

適切な福祉利用の確保とその公法的構成（一）

林 倖 如

目次

はじめに

第一章 適切な福祉利用とその権利実現

第一節 福祉利用のニーズ判定

一 要保障状態と給付内容の照応

二 利用者の選択権行使と専門技術・政策的判断

第二節 ニーズ判定の仕組みの分節化

一 請求権の存否と給付内容の決定

二 福祉サービスの受給の権利性

第三節 介護利用の権利実現過程

一 権利実現過程の分節化（以上本号）

二 分節化の諸側面

第二章 適切な介護利用の確保手法

はじめに

一 福祉という概念は必ずしも自明のものではない。⁽¹⁾ 従来日本の社会福祉法制においては、個別法ごとに当該サービスの基本理念や立法目的を明示したり、事業規制の対象となる社会福祉事業の範囲を明確にするため、事業内容ごとにサービスの類別または施設の種類を明記してきた。こうした個々の例を除けば、児童福祉、障害者福祉や老人福祉とは何かについて、明確な定義はおかれてこなかった。⁽²⁾ これら一定の社会階層の生活に対する保護を目的とする立法は、基本的に、要保者それぞれ具体的に属性を特定し、それに対する保護や援護の必要性という形で適用対象の範囲を定義するにとどまる。それを象徴するのは、要保者のおかれた権利状態が時々の社会問題と認識されたうえで、要保状態に陥る原因に即してその除去または軽減にふさわしい充足方法として、所得保障（年金）、医療や福祉サービス給付などの対策が個別に講じられてきたということである。⁽³⁾ さしあたっては、利用者の心身機能の未熟や低下状態を除去・軽減するために、必要かつ適切な「保健医療サービスおよび福祉サービスに係る給付」、「障害福祉サービスに係る給付、地域生活支援事業その他の支援」または「最も適切な支援を総合的に受けられる」⁽⁴⁾ ことを、権利保障の方法として積極的に位置づけることができる。各々の要保者の権利保障の実現にあたり、福祉関連諸法をはじめ、各種福祉施策の展開の中で給付体制の仕組みが具体的に

適用されることを、本稿では、福祉利用とよぶこととしたい。そうすると、適切な福祉利用の確保というのは、最も望ましい福祉の状態を達するための手段としてどのような制度的仕組みを講じかつ適用するべきかということになる。

そもそも、人が心身機能の未熟や低下状態を除去あるいは軽減することにより、自立した日常生活を営み、他者と同様に身近な地域社会に参加する機会を得ることができるといことは、個人の年齢・障害または疾病にかかわらず、人間としての共通の基本的要求である。一人一人の抱える社会的困難・不利益に着目し、そこから生じる生活障害の要因に適切に対応できるような権利保障の方法や制度が用意されるかは、従来から人権保障の問題としてとらえられてきた。もちろん、乳幼児、成人の障害と加齢に伴う障害とは相対的に区別しうる。個別立法においては個別的配慮・支援よりも集団別の画一的な対応を優先する発想が存する。⁵⁾ もつとも、子ども、高齢者や障害者にはそれぞれの特性があり、それぞれ特徴のある要保障状態に着目して、それにあつた適切な措置や支援を講ずることで、よりよき権利保障につながるものと考えられる。未熟な子どもの健全な育成と同様に、老齢に伴う心身機能の低下に起因する介護などの問題は、生涯においていつか誰でも向き合わなければならない。ただ、子どもの健全な育成や疾病からの回復とはやや異なり、高齢者の日常生活能力の低下は、地域生活への積極的参加を遠ざける原因であり、同時にまた、その多くは長期的かつ不可逆的な過程である。また高齢者福祉の特徴は、心身機能の回復や向上というよりも、むしろ現状維持や悪化防止に重点がおかれることにある。このように、人間としての普遍的な人権保障というのも一義的なものではない。それぞれの特性を有する個人を視野に入れて、望ましい福祉状態の実現のあり方について実証的考察を行い、あらためて制度の構成の正当性を問うことが、本稿の基本的目的である。

二 一九八〇年代の社会保障「再編」期において、福祉事務の団体委任事務化の推進とともに、国の福祉等費用負担の漸進的削減が行われ、財政負担軽減のための福祉抑制および福祉施設の最低基準の緩和という現象が現れ始めた。⁽⁷⁾ 九〇年代半ば以降になると、社会保障システムの全体的見直しとしてのいわゆる社会保障「構造改革」が始まり、この分野においては、公的供給体制の見直しと民間参入の容認を含む福祉供給主体の複数化とともに、「利用者の選択」や「利用者本位の仕組みの重視」が強調されて、利用者とサービス提供者との契約関係への移行が目指されるようになる。そしてこれにもとづき、福祉利用の法的関係につき、いわゆる「措置利用から契約利用へ」と移行させる制度改革がすすめられてきた。⁽⁸⁾ 近年の制度改正の動きに関しては、「措置利用から契約利用へ」という説明の仕方が妥当か否か、またこれをいかに評価するか、という問題はさておき、すでに顕著となっているのは、福祉分野全般にわたって事務実施主体の変更がみられる。⁽¹⁰⁾ 他方、様々な分野におよんでいる制度改革は、その内容が多岐にわたるとともに、相互に一定の関連性を有する。そのなかで、介護保険法によりはじめて制度化された仕組みが存する。すなわち、介護サービスの提供に関して、営利・非営利の別を問わずに供給主体を複数化し、より多様で効率的なサービス供給を目指しながら、他方で、要介護者の該当性とその要介護状態の区分に係る市町村の認定を受けることを前提に（同法十九条）、介護内容の具体的形成について、介護支援専門員の援助による介護サービス計画の作成（八条二三項）および指定居宅サービス事業者の自己選定（四一条三項）といった契約手法を用いることにより、利用者の選択権行使や自己決定の実現を図る、という仕組みである。このような制度設計は、社会福祉基礎構造改革を通じて、社会福祉の各分野に浸透しつつあるといえる。これと並んで、権力的形式たる受給資格認定と利用契約の組合せにより福祉利用関係の内容を具体化していくという仕組みは、その後、障害者支援制度や子ども・子育て支援制度に導入されて、現行社会福祉制度の横断的な仕組み

となっている。こうした経緯をみれば、高齢者福祉に限られない社会福祉全分野の制度転換や現行社会福祉制度のゆくえを考察するにあたっては、介護保険制度で用いられた法的仕組みの分析が一つの手がかりとなるものと考えられる。

三 利用者個人の選好を反映できるよう、このような利用手続の契約化をすすめることにより、従前の措置制度上の申請または受給権をめぐる権利性の問題は緩和されたといわれる。この点は一歩前進であるとはいえるものの、なお検討すべき課題は別に存在する。まず、「措置利用から契約利用へ」とは、単に利用関係の確定に係る行為形式の変化を意味するのではなく、介護サービス利用の実施過程において、介護サービス利用契約は具体的な利用関係の確定にいたるまでの過程の一部分にすぎないかという点である。また、このような変化に対しては、従来行政により行われてきた事務がいかなる法主体により担われるようになったか、利用者、サービス提供者と行政との間の三者間の法律関係はどのように変化しているか、これらをあらためて考える必要がある。とりわけ、福祉サービスの利用に関して、当事者間の「対等な緊張関係」に関心が寄せられているものの、契約手法の導入による私的契約関係への回帰は、権利保障や法治主義にもとづく公共的制約という観点から逸脱する可能性があるからである。⁽¹³⁾

そしてここにおいて、「措置利用から契約利用へ」の再編に対応する権利保障の仕組みの再構築の可能性もうかがえる。介護サービスの利用過程を時系列的にみれば、異なる機能を果たす他の行為形式が存する。従来の一方的かつ最終的決定をひとつの区切りとしてサービスの利用を包括的に規律する措置制度と異なり、介護保険制度においては、その利用過程をいくつの段階に区分しながら、段階ごとの目的に応じた行為形式が複数用いられている。すなわち、介護サービスの利用にあたり、利用者の受給資格の認定と利用契約などによる介護サービ

ス内容の具体的形成とに大きく二分され、それぞれに法的効果が与えられ、そして、後の行為が前の行為の成立に依存し、前後両段階の連続により介護利用の過程が成立していることである（以下、権利実現過程の「分節化」あるいは「分節的構成」という⁽¹⁵⁾）。またここには、さらに二つの現象をとらえることができる。その一つは、介護サービスの利用関係の確定にあたって、複数の行為の介在によっていくつかの段階に分節され、また、それとともに段階ごとに形成される法律関係が時系列的に垂直的に分断されるという現象である（以下、「利用関係の分節的構成」という）。そのなかでも、要介護認定と介護契約の結合という仕組みを用いるという点には、適切な介護給付の確保のための機能的分担の存在が推察される。そこには、福祉に係る専門性と利用者との主体性⁽¹⁶⁾の両立という問題を調和的に解決しようとする意図をみてとることができる。また、もう一つの現象は、福祉の専門性の確保のために、高度の専門技術的判断がもつばら措置の実施機関により行われるという状態があらためられ、動態的利用過程に設けられた数段階の専門家の参加に委ねられたことである（以下、「専門性確保手法の分節化」という）。上記の諸現象のいずれも、「措置利用から契約利用へ」という変化と表裏一体の関係にあると考えられる。この分野の問題整理にあたり、複数の行政手法の運用とそれによる権利構造の変化をいかに体系的に把握するかが肝要であると思われる。また、こうした構造変化に伴い、これまで措置決定と同時に統合されてきた利用者―サービス提供者―国・地方公共団体の三者間の法律関係が、時系列的に整序された複数の両極的法律関係に分断され、また、それとともに三者間の法的地位が相対化するがゆえに、権利保障をめぐる紛争の現れ方にも質的变化が生じてくるものと考えられる。そこで、種々の理論的問題が生じる。

四 近時の制度改正に関しては、様々な角度から分析が進んでいる⁽¹⁷⁾。本稿は、介護保険制度を検討素材に、介護サービスの利用構造を把握したうえで、新たな利用形態の意義を検証し、その法的統制に係る諸問題とその解

決のための方向を明らかにしようとするものである。ここでは、利用形態の転換により介護利用の権利実現過程に生ずる分節化現象を主な検討対象にすることとしたい。介護保険制度の利用形態に関して、これまでの分析は個別の法形式をとりあげて考察する傾向があり、包括的にとらえる視点が希薄であった。したがって、以下では、介護保険法に予定された要介護等認定と介護契約の両法形式の相互補完現象を一体にとらえることで、両者間の関連性および機能的分担を明らかにする点に重点をおく。まず、前記の複合的手法が実際にどのように運用されているか、さらに、介護利用手続の契約化により要介護者の選択権行使がどのように実現されているか、といった問題を検証する前提として、サービス利用構造の分析作業を行う。同時に、新たな利用形態により従来の福祉利用における権利阻害的要因がどこまで克服されたか、また、新たな制度の導入によりどのような法的問題が新たに生じるか、などの問題を把握するために、介護サービス利用そのものの本質に立ち返り、利用過程の構造転換とその法的意義を検討する。次に、介護契約を支える行政過程における行政法的仕組みの介在について、かかる理論の展開過程を辿り、そして、現行制度の法的構成とその問題点を明らかにすることを通じて、従来の議論をあらためて検証したい。なお、介護保険制度においては、介護サービス供給過程に現れる事業者などへの規制・監督などを含めた多様な法律関係が存在するが、以下では、直接に要介護被保険者を主体とする介護利用の権利実現過程、とりわけ要介護認定とそれに関連する制度の仕組みに考察の対象を絞ることにする。

注

- (1) 社会福祉に関連しては、必ずしも法学的に厳密でない類語がいくつもあるが、ここで個別的に吟味をすることができないので、一般的な用法にしたがっておく。なお、法律上厳密な定義が明示されていない福祉概念には、とらえ方によって様々な意味が含ま

まれている。この問題については後述する。

- (2) 社会福祉に関する共通の基本事項を定める社会福祉法（平成十二年六月七日法律第百一十一号）には、「福祉サービスは、個人の尊厳の保持を旨とし、その内容は、福祉サービスの利用者が心身ともに健やかに育成され、又はその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように支援するものとして、良質かつ適切なものでなければならぬ」（同法三条）という規定が存する。しかし、これは定義というよりも、福祉サービスの基本的理念としての望ましい状態や目標を提示するものにすぎないと思われる。なお、本法は一九五一年に制定された旧社会福祉事業法（昭和二十六年三月二十九日法律第四十五号）が、二〇〇〇年六月の「社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律」により改正されたものであるが、改正の対象は、法律の名称にとどまらず、法の対象、目的、理念などの社会福祉に関する共通の基本事項にもおよぶ。

- (3) それゆえ、かかる法制度は次第に給付別のものとして発展することとなった。ただし、實際上、要保者に要保障状態が生ずる原因は単一ではなく、経済的・心身的要因などが並存する場合が少なくない。このような重畳的かつ複合的な要保障状態に対して、従来、個別の要保障原因にたがって保障方法を類型化してきたが、この縦割りの法制度では次第に適切な対応をできないような状況が次第に生じてきている。近年、人口の急速な高齢化に伴って現れている要介護高齢者の問題は、おそらくその具体例の一つであろう。したがって、あらためて要保者の複合的なニーズに着目し、総合的な権利保障を求めるという視座が不可欠である。本稿でも、介護保険制度をめぐる諸問題を論ずる際に、このような認識を意識的に取り込むことにする。

- (4) 介護保険法（平成九年十二月十七日法律第百二十三号）一条、二条二項、三項および四条一項、障害者自立支援法（平成十七年十一月七日法律第百二十三号・平成二十四年六月二十七日法律第五十一号）により「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」と改稱した）第一条後段、現行の老人福祉法（昭和三十八年七月十一日法律第百三十三号）十条の三の一項前段および児童福祉法（昭和二十二年十二月十二日法律第百六十四号）二二条の八の前段など参照。

- (5) 「日本の高齢者や障害を持つ人は、社会保障・社会福祉の権利に関して、差別法制のもとで分断され」、それらに対して「集団として区別し、画一的な施策」が講じられてきた。もつとも、法制度上「厳密な『区別』やグループ分けに合理性も必要性もない」との指摘がある。井上英夫「高齢者、『障害者』の人権と日本の課題」早稲田法学七五巻三号（二〇〇〇年）七六～七七頁参照。
- (6) 一般的に、総人口に占める六五歳以上の人口割合を「高齢化率」、高齢化率が七%を超えた社会を「高齢化社会」、十四%を超えた社会を「高齢社会」と呼ぶのは、一九五六（昭和三一）年の国連の報告書に由来する。日本では、国連の報告書が発行された一九五六年当時、男性の平均寿命は六三・五九歳、女性が六七・六四歳であり、おむね平均寿命を超えた人が老人や高齢者と呼ばれていた。内閣府『平成二一年版高齢社会白書』（二〇〇九年）十二頁（<http://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/index-w.html>）。最終アクセス 2013/3/5）。その後、高齢者という言葉は、一九八〇年代後半以降から政府文書において一般的に使われはじめ、一九九三年の高齢社会政策基本法（平成七年十一月十五日法律第百二十九号）の制定によって、はじめて法律上の用語として採用された。制度的な意味での高齢者概念はすでに一九六三年の老人福祉法に現れているが、法文上の表現は「高齢者」ではなく、「六五歳以上の者」である。
- (7) 一九八〇年代の社会保障改革は、国家の負担削減および機能の重点化という課題と有機的な関連があり、今日に至る社会保障構造改革の先行形態の一つであった。国家財政の負担削減と福祉抑制を図るため、福祉事務の団体事務化とともに、既存の社会保障体系の枠内での各制度の変更と国庫支出の引き下げを行うことがその中心であった。また、その一部は「国から地方へ」という地方分権改革と合流した。その際、国際化による「経済構造調整」の名目の下に、規制緩和による市場分野の創出と拡大が次第に行政改革の重点となったが、いわゆる福祉の市場化の動きは、主に九〇年代以降の規制緩和の流れのなかで現れた。福祉施設の最低基準の緩和や公的施設の管理委託などからはじまり、供給主体の多様化と並んで、給付の社会保険方式や利用関係の契約手法の導入により、次第に福祉における市場化の条件が形成されてきた。このプロセスにつき、紙野健二「福祉国家と公的規制」

公法研究六〇号（一九九八年）一八二―一八五頁参照。

- (8) もっとも、「措置利用から契約利用へ」という表現は一義的なものではなかった。主流的な見方は、従来福祉サービス利用の必要性判断の際にあまり重視されてこなかった利用者の主体性価値、すなわち選択の自由を法的に取り戻そうという視点に立つ。厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『高齢者介護保険制度の創設について―審議の概要・国民の議論を深めるために（老人福祉保険審議会報告書・厚生省介護保険制度案大綱）』（きょうせい、一九九六年）二五頁、池田省三「社会福祉政策を転換する介護保険」ジュリスト一一三一号（一九九八年）三四―三五頁。これに関して、福祉サービス提供の契約方式への転換について、「消費者契約としての性格」が活発に議論されている（代表的な研究として、岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、二〇〇七年）、笠井修「福祉契約と契約責任」新井・秋元・本沢編著『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、二〇〇六年）、中野妙子「介護保険法および障害者自立支援法と契約―季刊社会保障研究四五巻一号（二〇〇九年）など。他方、利用関係の契約化に示される選択自由のフィクション性を指摘し、かかる制度的仕組みの変革を批判的に受け止める考え方も存する。たとえば、秋元美世「措置制度をめぐる諸問題―福祉行政と契約化の問題を中心に―」社会保障法一〇号（一九九五年）五二―五五頁、額田洋一「福祉契約序説」自由と正義二〇〇一年五月号二五頁、又坂常人「契約による福祉と行政の責任」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣、二〇〇一年）八六二頁、河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、二〇〇六年）一五三―一五四頁、秋元美世「措置から契約へ―社会福祉と契約―」法の科学四〇号（二〇〇九年）八一頁以下など参照。本稿では、介護保険制度の下で利用関係の対等当事者の構成は法的に擬制されたものであるととらえながら、福祉利用そのものの特質に立ち返って、適切な福祉利用の確保を探索するという観点から、かかる制度の法的構成を検証しようとするものである。さしあたり、「措置利用から契約利用へ」というとらえ方については、評価を留保しておきたい。

- (9) 当時、年金・医療保険の改革とともに、高齢者介護問題への対応策としての介護保険制度の創設が、社会保障構造改革の第一歩

として位置づけられた。翌年四月の老人福祉審議会最終報告「高齢者介護保険制度の創設について」では、社会保険方式を前提に「利用者が自分で選択してサービスが受けられる」仕組みを導入することにした。一九九七年に制定された介護保険法により、介護保険制度が二〇〇〇年四月から施行された（その経緯について、厚生省『厚生白書（平成九年版）』「第一編・第二部・第一章社会保障の構造改革・第3節介護保険制度の創設に向けて」参照（<http://www.hakusyo.mhlw.go.jp/wpdocs/hpaz199701/b0101.html>）。最終アクセス2013/3/5）。同時に、一九九七年に改正された児童福祉法二四条（法律第七十四号）にもとづく保育所選択入所をはじめとして、社会福祉制度全般を見直す作業といわれる社会福祉基礎構造改革についても、同年十一月から中央社会福祉審議会の社会福祉構造改革分科会において検討が開始された。一九九八年六月に基本理念や福祉サービスの利用制度などを提言した「社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）」、および十月に公表された「社会福祉基礎構造改革を進めるに当たって（追加意見）」をもとに、社会福祉サービスの利用に関して利用者の自己決定を尊重し、事業者との対等な関係・契約によりサービスを利用する仕組みへとあらためるものとされた。二〇〇〇年六月には、社会福祉事業法が社会福祉法に改正・改称されるとともに、児童福祉法（障害児在宅サービス部分）、身体障害者福祉法と知的障害者福祉法を含む福祉八法の全ても改正された。この法改正により、障害者福祉分野では二〇〇三年四月に支援費制度が施行され、福祉サービスの利用の仕組みは、長らく続いてきた措置制度（行政主体による福祉サービスの提供方式）から、利用者とサービス提供者の契約方式による支援費制度に転換した（その経緯について、厚生省『厚生白書（平成十一年版）』「第一編・第二部・第四章・第一節社会福祉の基礎構造改革」参照（<http://www.hakusyo.mhlw.go.jp/wpdocs/hpaz199901/b0084.html>）。最終アクセス2013/3/5）。その後、二〇〇六年の障害者自立支援法による障害者支援制度の統合、二〇一二年のことも・子育て支援法（平成二十四年八月二十二日法律第六十五号）にもとづく子ども・子育て支援制度、といった諸制度が相次いで創設されている。

(10) 現行の社会福祉法制は、介護保険法の制定を契機として契約化と市場化の方向へと歩みはじめることになり、「市場化、営利化、

契約化」への傾斜がその特徴であるともいわれる。豊島明子「生存権の実現に係る法律関係と行政手法の現状―社会福祉分野を素材として―」南山法学三五卷三、四合併号（二〇一二年）三五三頁以下、同「社会福祉行政の役割に関する一考察―高齢者福祉分野を対象に―」（南山大学）アカデミア（人文・社会科学編）八五号（二〇〇七年）二三三頁、同「社会福祉行政とNPM―変容する社会福祉行政と行政法学の課題―」法律時報七八卷九号（二〇〇六年）三三―三九頁参照。

(11) たとえば、介護保険法十九条の定める要介護認定、障害者自立支援法十九条の定める支給決定、子ども・子育て支援法二〇条の定める子どものための教育・保育給付に係る支給認定など。

(12) 最近、消費者保護法理や不当条項規制法理などのように、社会福祉利用における特殊性を考えながら契約自由を制約する概念として、「福祉契約」という用語がよく用いられている。介護保険制度における要介護者と介護保険事業者との間の介護サービスを利用するための契約もその具体的な形態の一種である。ほかに、①保険者ないし行政主体としての市町村と社会福祉事業経営者との間における、福祉サービス提供に係る包括的委託契約、②保護者からの申込みにより市町村との間で締結される保育所利用契約、③社会福祉法第八章が対象とする、社会福祉事業の経営者と利用者との間の「福祉サービスを利用するための契約」が挙げられる。本沢巳代子「社会福祉と契約『総論』」社会保険法十九号『介護保険と福祉契約』（法律文化社、二〇〇四年）九五頁参照。

(13) 国民と国家の両者を対峙してとらえるのは、少なくとも従来の公法学のいわば公理であったといつてよい。このことに対する問題意識と論点は多岐にわたるが、本稿では権利保障主体を規律する法理やその根拠への関心を示唆するにとどめる。

(14) 介護保険法におけるサービス利用の過程は、かつて福祉サービスの必要性と給付する内容（措置決定の法効果として生じる措置委託も含む）をいわば一体的に決定していた、いわゆる措置決定と対比すると、①要介護認定、②介護サービス計画（ケアプラン）の作成、③指定事業者との契約、という三段階に分けられる。こうした要介護高齢者の権利保障過程が細分化している現象が現

れていることはすでに指摘されており、また、この現象は障害者福祉分野においてもほぼ同様である。豊島明子「福祉の契約化と福祉行政の役割」名古屋大学法政論集二二五号(二〇〇八年)一九〇～一九一頁参照。

- (15) これは、前述の必要性と内容を一体に決定する措置決定と対比する観点から、サービスの要否の決定と提供すべきサービスの内容(実施者の選定を含む)の決定が分けられているという利用過程の分節化現象を説明するものである。比較的早い時期から、小早川光郎教授は行政作用の分節を明らかにすることが行政行為概念の一つの機能であると説き、また、それぞれの行政作用に行われているさまざまな行政行為のうちで権利義務の具体的な変動の段階に該当するものを、各々の行政作用のしくみにおける分節として明らかに認識することができると指摘している(同「行政の過程と仕組み」高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』(勁草書房、一九九七年)一五二頁)。以下では、介護サービスの利用関係の確定にあたり、かかる動態的なプロセスが複数の行為の介在によっていくつかの段階に分節されるとともに、段階ごとに形成される法律関係も時系列的に垂直的に分断される現象に着目し、段階ごとに行われる行為の連続を包括的に把握し、権利実現過程の分節としてとらえる意味で使うことにする。
- (16) 主体性という概念は厳密な法的意味を有するものとは言い難いが、とりあえず、制度変革に伴う利用者の法的地位の変化に関して、従前のような措置決定に服して福祉給付を受ける受動的な地位から、福祉利用の実現過程で能動的な権利主体として利用内容の形成を決定できる積極的な地位へ、という変化を説明するために、主体性という表現を用いる意味が認められると考えられる。以下は、問題発見という意図で、かつて利用者のおかれた従属的・客体的な法的地位に対置するための概念として主体性という用語を用いる。

- (17) これらの議論は検討対象または分析視角の違いによって、次の四つに分類することができる。

第一は、利用方式としての契約的手法の導入に着目するものである。福祉契約現象の類型化とその特殊性や、契約利用を支える条件整備に関する検討が主にこれに属する。これに関して、契約自由の原則の修正や消費者保護法の観点から、社会福祉法第

八章が対象とする、社会福祉事業の経営者と利用者との間の「福祉サービスを利用するための契約」を、「福祉契約」、「利用契約」または「福祉サービス利用契約」などの概念で説明する社会保障法学の先行研究として、岩村正彦「社会保障と契約の諸問題―総論―」季刊社会保障研究四五巻一号（二〇〇九年）、同編著・前掲注(8)、中野・前掲注(8)、新井Ⅱ秋元Ⅱ本沢編著「福祉契約と利用者の権利擁護」（日本加除出版、二〇〇六年）、社会保障法学会第四回大会「社会福祉と契約」掲載諸論文・社会保障法第十九号「介護保険と福祉契約」（法律文化社、二〇〇四年）、額田・前掲注(8)、品田充儀「福祉サービスの利用方式」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻社会福祉サービス法』（有斐閣、二〇〇一年）など。また、行政法学の一般理論の視点から、福祉契約を支える行政過程における行政法的仕組みの存在を再認識すべきとの見方も示されている。たとえば、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究（九州大学）六九巻四号（二〇〇三年）など。契約利用過程における利用者の権利擁護と公的责任に関する考察に関して、豊島・前掲注(10)および前掲注(14)論文、秋元美世「福祉契約の法的関係と公的责任―介護保険制度の問題を中心に―」社会保障法十九号（二〇〇四年）など。

第二は、福祉利用過程における行政決定の機能の変化、とりわけ要介護等認定の法的性格を考察し、要介護等認定の判断過程における公正性と中立性の確保の問題を論ずるものである。たとえば、秋元美世「福祉サービスの利用手続きをめぐって」社会保障法十八号（二〇〇三年）、同「福祉サービスの利用者と福祉の権利」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻社会福祉サービス法』（有斐閣、二〇〇一年）（同「福祉政策と権利保障―社会福祉学と法律学との接点」（法律文化社、二〇〇六年）第3章所収）、又坂・前掲注(8)など。

第三は、社会保険方式によるサービスの供給・利用制度の構築に関するものである。行政責任の間接化現象が指摘されるとともに、供給主体論から福祉供給の民間化に対する公的規制のあり方が検討されている。たとえば、豊島明子「福祉行政における供給体制論」室井力先生古稀記念『公共性の法構造』（勁草書房、二〇〇四年）、大沢光「介護保険法における指定制度の法的意味」

同上『公共性の法構造』、同「介護保険法改正と指定制度」青山法学論集五一巻三・四合併号(二〇一〇年)など。なお、介護保険制度を契機として、従来の年金、医療保障分野に限らず、社会保障領域全般において社会保険制度の有用性を再評価し、保険者自治の観点からこれにもとづく法理論の展開を図ろうとする試みも見られる。たとえば、倉田聡『社会保険の構造分析』(北海道大学出版、二〇〇九年)、河野・阿部・石橋・良永編著『社会保険改革の法理と将来像』(法律文化社、二〇一〇年)など。行政法学の観点から、被保険者の参加と民主政の関係を整理し、参加の根拠と形態を規範づける理論に関する分析として、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統性(一)〜(二)未完」名古屋大学法政論集二四二(二〇一一)〜二四七号(二〇一二年)がある。

第四は、介護保険を到達点とする社会福祉基礎改革後の社会福祉利用関係の多様化に着目して、社会保障法における権利主体である受給者を積極的・能動的な法的主体とし、福祉サービスの利用者像の分析を行うものである。たとえば、憲法学の観点から、「自律的個人」という人間像を唱え、「個人の自律の支援」を社会保障の目的に、「自律」基底的社会保障の法理の再構築を目指すものとして、菊池馨実「社会保障法における人間像」法律時報八〇巻一号(二〇〇八年)、同「社会保障の法理念」(有斐閣、二〇〇〇年)。憲法一三条は自律能力を有する者の人格的自律を保障するものと解し、自立した個人として尊重すべきであると主張するリベラリズムの社会権論を展開する考え方について、菊池・同上「社会保障の法理念」、竹中勲「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報七七巻五号(二〇〇五年)、佐藤幸治「法における新しい人間像」同『現代国家と人権』(有斐閣、二〇〇八年)など。これに対して、この自律した個人像に依拠するリベラリズムの社会権論の限界を指摘するものとして、西原博史「人権Ⅲ・生存権論の理論的課題―自己決定・社会的包摂・潜在的能力―」法律時報八〇巻二二号(二〇〇八年)、笹沼弘志「自立」とは何か―「自立と連帯」の強制と社会的排除―賃金と社会保障一四三三・三四合併号(二〇〇七年)など。また、社会保障法学の視角から、制度改正後の社会福祉利用関係の多様化に着目して、福祉サービスの利用者像の分析を行い、福祉サービスをめぐる提供者と利

用者との関係およびそれぞれの行為主体性を図式化した試みとして、秋元美世『社会福祉の利用者と人権』（有斐閣、二〇一〇年）九頁以下。さらに、他者依存的でない自立概念の変動に注目し、「自立のための一定の社会的条件整備を前提にして、それを利用することで自立を維持する人間像（社会法的人間像）」が、市民法的人間像の段階と明らかに異なることを説明し、社会保障法における自立概念とその特徴を分析するものとして、同「社会保障法と自立」社会保障法二四号（二〇〇七年）がある。

第一章 適切な福祉利用とその権利実現

福祉サービスの内容は、「福祉サービスの利用者が心身とも健やかに育成され、又はその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように支援するもの」である（社会福祉法三条）。ここには、日常生活上の必要な便宜やサービスの給付を受けることにより、利用者の適性とその有する能力に応じ自立した日常生活を営むのに支障となる原因の除去や、その状態を軽減することを求める、という福祉利用の意義を見出すことができる。後述するように、この点は、自由権保障のための仕組みとは異なる。そして、かかる給付を必要とする者の権利保障にあたって、いわゆる権利実現過程とは、利用者の要保障状態の除去または軽減を求め、手続にしたがって給付を受け、そして、不服申立てをしたり訴訟で争うなどの手段の確保を含み、さまざまな法的仕組みを通じて適切なサービスにアクセスする、という一連のプロセスを意味する。それらのうち、適切な福祉利用についていかにして利用者の要保障状態の除去または軽減を実現できるか、という問題は、最終的には、必要なサービス内容が利用者個人の要保障状態に見合うかどうか、両者の間の整合性または照応関係についての判断に帰着するということができる（以下、これを福祉利用の「ニーズ判定」とよぶこととする）。その際に重要なことは、後

述するような福祉利用者の他者への依存傾向、心身機能の維持・向上に資する福祉サービスの実施に係る専門技術的判断の優位性、および、この両者に起因する利用過程における利用者の受動的地位、すなわち福祉利用の従属性という問題を、いかに取り扱うべきかという点である。そして、福祉利用のニーズ判定に係る制度的仕組みを考察するにあたり、法技術上いかなる考慮要素が重視されるのか、また、その法的意義を検証するためには、かかる問題の把握が有益である。

したがって、本章では、まず、介護サービスなどの福祉サービスの利用に関して、そのニーズ判定の法的意義、および福祉サービスの利用における利用者の従属性という特性を明らかにしたうえで、介護利用のニーズ判定の構成要素を探求する。次に、この問題に関する裁判例の分析を通じて、これまでの制度構造とその問題点を明らかにしたうえで、学説上の議論の流れを把握し、介護保険制度の下におけるニーズ判定に係る法的仕組みの分的構成とその法的理由を検討したい。そして最後には、介護サービスの利用関係の変化に着目し、かような権利実現過程の構造分析を行い、その特徴としての分節化現象を明らかにする。以上のような本章の課題は、次章の検討に入るための準備として、福祉サービスの適切な利用に関して、かかる権利実現過程の全体を明らかにし、「措置から契約へ」に伴う構造変化を把握することである。

第一節 福祉利用のニーズ判定

一 要保障状態と給付内容の照応

1 福祉や社会福祉という概念は、ある状態・目的を指すもの、または手段を指すものとして、これを整理す

ることができる。⁽¹⁸⁾たとえば、日本国憲法二五条二項にいう「向上および増進」の対象としてとらえられる社会福祉は前者にあたる。後者の「手段」的概念は、何らかの手段・施策などの実践的活動そのものを指す。たとえば、大戦後早い時期に社会保障制度審議会によりなされた「社会保障制度に関する勧告」（一九五〇年十月十六日）⁽¹⁹⁾では、社会福祉の概念については、「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うこと」と説明されている。ここでは、社会福祉は手段的概念としてとらえられている。

2 もっとも、手段的概念としての社会福祉は、金銭給付による経済的保障からは明確に区別され、一般的に、指導・援護を必要とする者に対して、要保障者個人の能力・適性やそのおかれた環境などに応じた個別処遇に係る様々な行為や活動を指すものと理解されてきた。本稿においては、福祉や社会福祉という概念が目的と手段としての意味とを併有することを意識しつつ、ひとまず、次のような定義をしておく。すなわち、福祉あるいは社会福祉とは、様々な生活障害のある高齢者、児童や障害者に対し、地域社会を構成する一員として日常生活を営み、社会、経済、文化その他のあらゆる分野の活動に参加する機会が与えられるように、老人福祉法、児童福祉法または障害者福祉関連法令などにもとづき、施設入所、各種サービスや福祉用具の提供その他の支援を行う活動である。たとえば、老人福祉分野において、市町村は、「六十五歳以上の者であつて、身体上又は精神上の障害があるために日常生活を営むのに支障があるものが、心身の状況、その置かれている環境等に応じて、自立した日常生活を営むために最も適切な支援が総合的に受けられる」ように、老人福祉法十条の四および十一條の「措置その他地域の実情に応じたきめ細かな措置の積極的な実施に努める」（同法十條の三第一項）ことは、その例の一つである。

また、前出の老人福祉法を具体例とすると、いわゆる措置の積極的な実施とは、市町村は必要に応じて、居宅における介護などの「措置を採ることができる」(十条の四)、あるいは老人ホームへの入所などの「措置を採らなければならない」(十一条)ことである。ここにいう「必要」とは、市町村の措置権限の発動条件として、同法十条の四および十一条各項各号に規定される「身体上又は精神上の障害がある」あるいは「認知症である」ために「日常生活を営むのに支障がある」こと、「環境上の理由および経済的理由」により在宅介護が困難であること、「養護者がいないか」または「養護者の養護が不適当である」、などの要養護状態となる事由を指す。しかも、措置の具体的な内容は相当に簡略であり、主に法令で定める基準にしたがう「便宜」の提供や「入所」などと表現されているにとどまる。このようにして、ひとまず、老人福祉を含む福祉サービスの利用者が必要なサービスを獲得・享受できるよう、かかる実施過程において行われるさまざまな行為を、包括的に福祉利用とよぶことにする。そして、福祉利用が具体的に行われる過程を図式的に整理すれば、次の三つの段階に分けることができよう。第一に、福祉ニーズの存否とその程度に係る調査と判定(要保障性の認定)、第二に、かかるニーズを充たすサービス内容(種類および利用量)の確定(適切な給付内容に対する判断)、第三に、福祉サービス給付の具体的支給または実施、という三段階である。また、これを前提とすれば、いわゆる福祉利用のニーズ判定は、もっぱら右の三段階における利用者個人の要保障状態と給付内容の整合性・対応関係を探求することを目的とするものである。

3 ところで、介護サービスなどの福祉サービスの利用について、要介護または要援護の高齢者は、何らかの福祉サービスを必要とするだけでなく、かかるサービス利用の実現状態を必要とし、かつ、その過程において、福祉サービスの実施機関にもっぱら依存するという意味で、これに従属する存在ということができた。したがっ

て、利用者の要介護状態と給付内容の整合性・対応関係をいかに把握すべきかを考えるにあたっては、介護サービスの提供側と利用者の間には、一定の従属関係が存することに注意しておかねばならない。

福祉利用におけるこのような利用者の依存性または従属性は、福祉利用に対するニーズ自体に内在するものであり、介護や福祉サービスの専門性から生ずるものでもある。⁽²⁾ 介護サービスにおいては、個々の要介護高齢者の要介護状態は一樣ではないが、福祉従事者の介助がなければ日常生活を送ることが困難な高齢者も存する。介護サービスに対するニーズは、高齢者の要介護性あるいは要援護性を意味すると同時に、人間として最も基本的な自主性または主体性を実現・回復することが必要である状態も示している。そして、当該ニーズについて福祉従事者などの介護に依存するほかにないという特性が存する。⁽²⁾ さらに、適切な介護サービスの実施については、量的側面のみならず、最も望ましい状態となるように提供されるか否かという質的側面も問題となり、常に変化しつつある利用者のニーズに応ずるため、介護・援護サービスの方法や手段も多岐にわたる。こうした個々の要介護高齢者の要介護状態の多様性と常時的な可変性に対応するためには、その要介護状態などの調査・判定、給付内容の決定およびサービスの実施という各段階において、専門的知識や経験にもとづく専門技術的判断がなされる必要がある。たとえば、老人福祉法にもとづき老人ホームへの入所措置をする場合に、入所措置の基準により入所者となるべき老人の健康状態、日常生活動作の状況、精神の状況、家族状況または住居の状況などを調査した上で、総合的に判定しなければならぬことはその具体例である。⁽³⁾ 現行介護保険法の要介護認定に関して、要介護被保険者の心身の状況とそのおかれた環境などの事項についての調査、身体上または精神上の障害の原因である疾病や負傷の状況などに関する医師の意見書、または要介護状態の原因である身体上または精神上の障害が特定疾病に起因するものか否かの該当性判断なども同様である（同法二七条二～四項）。この専門技術的判断は、

福祉ニーズの特性および給付内容の専門性から生み出される技術的要請ともいえよう。このように、福祉利用の要否またはその内容の当否に関する判断のみならず、サービスの給付過程においても、福祉サービスの提供者側に専門技術的裁量を認めざるをえないことは、福祉ニーズの特性とそれにもとづくサービス給付の専門性から導かれた制度上の帰結であると考えられる。他方で、福祉政策の実施に要する財源はその公平的配分という政策的要請として現れてきた。⁽²⁴⁾そして、専門性の要請および公平的配分の政策的要請は考慮事項としてなお整序の必要がある。とはいえ、措置決定を適切な福祉利用の確保のための法的仕組みとする措置制度においては、以上の二つの要請は行政の裁量権行使の正当性を支える理由と説明されてきた。さらに、この専門技術・政策的判断に関し委ねられた裁量の範囲が大きいほど、利用者に対する福祉実施機関などの支配の度合も強まり、その反面として、利用者の従属性もいっそう顕著になる。措置による福祉利用においては、措置決定について福祉実施機関などが一方的権限を握るからこそ、措置権者に対する利用者の従属的地位がより固定化されることは、従来から指摘されてきた。⁽²⁵⁾

4 このように、福祉利用における利用者の従属性は、福祉ニーズの特性から生じるものであり、その特性に応じるために福祉サービスの専門性を認めざるをえないところ、高度の専門性を要するサービスほど従属性もいっそう強まる傾向がある。したがって、個々の利用者の要保障状態と給付内容との整合性・対応関係を判定するにあたり、福祉実施機関などの一方的判断権限が広く認められてきた。こうした背景の下、適切な介護利用を求めて上記の三段階のいずれを経る際には、要介護高齢者はその属性すなわち心身の自律能力の低下により十分な自己決定能力を有しないため、介護や福祉に係る専門的知識・経験を有する専門機関や専門職員あるいは行政側に必要性の判断を委ねざるをえない場面が少なくなる。そして、福祉利用者個人の要保障状態に見合う最善の

給付内容を検討する過程において、専門家の意見または公平的な配分を理由とする専門技術・政策的判断と、利用者個人の主観的意思とそれにもとづく選択すなわち主体性とがいつも一致するわけではなく、常に前記の諸考慮要素を総合的に衡量または調整するよう要請されることになる。

二 利用者の選択権行使と専門技術・政策的判断

1 前述のように、要介護状態すなわち要介護性の認定、要介護状態にふさわしいサービス内容の形成および介護サービスの具体的実施方法について、専門技術・政策的判断の結果が常に利用者個人の主観的意思とそれにもとづく選択と一致するわけではない。にもかかわらず、利用者個人の要介護状態と必要な介護内容との整合性・照応関係を把握するにあたって、福祉利用に関する専門技術・政策的判断という客観的要素と利用者個人の意思または選択という主観的要素をいかに考量すべきか、また、いかなる判断の仕組みをとるかによって、かかる二一ズ判定の結果も左右される可能性がある。そして、これらの考慮要素のどちらを優先させるべきかについて大きい影響を及ぼすと考えられるのは、各々の法制度における適用対象者のあり方―制度化された利用者像―の相違である。さらに、介護サービスの利用についていえば、制度改正の前後において、老人福祉法で用意された法的仕組みと介護保険法のそれが相当に異なり、それぞれに示される法的意味も必ずしも同じものとはいえない。⁽⁷⁾

2 老人福祉法にもとづく措置については、利用開始の申請手続が明記されておらず、「必要な実情」の把握を理由に、措置の実施機関の専門技術的判断により権限発動の要否が決められる仕組みが最も適切であると考えられた。⁽⁸⁾そして、受給者の資格を「必要」と認められた高齢者のみに限定する一方、介護などの必要性の存否、または「適切な処遇」措置の実施に係る基準の設定と適用を措置権者の判断に委ねるといふ給付構造がとられ

た。⁽³⁰⁾ このような申請者の「必要性」および給付の「適切さ」について、行政の判断が介入するので、措置されるか否かにとどまらず、給付の具体的内容についても措置権者の裁量によるものとされた。したがって、福祉利用関係の確定に至る手続の過程で、給付を行うか否かあるいはどのような給付を行うかについて行政の裁量の余地があり、受給者の厳密的の意味での具体的完結的な請求権があるわけではない。⁽³¹⁾ すなわち、要援護または要養護者は裁量決定の内容にしたがうものとされ、結果として、福祉の受動的な受け手という客体的地位にとどまるのである。⁽³²⁾ 要するに、利用者個人の要養護状態と必要な処遇内容の整合性・照応関係を判断する際に、福祉利用の専門技術・政策的判断がなお中心をなし、利用者は従属的な地位におかれ、その主体的意思には重きがおかれてこなかった。

3 これに対して、介護保険法においては、措置制度における弊害―利用者への受動的地位とそれにより生じた権利性の弱さなどの権利性阻害要因―を克服して利用者の主体性を回復するために、介護サービスの利用者を事業者と対等な地位にあるものとして位置づけるという体裁がとらえられている。合意にもとづく給付内容の形成という契約的手法の導入によって、介護サービスの内容の具体的形成を利用者と提供者との間の交渉に委ねる一方、利用者の選択と専門技術・政策的判断の間の齟齬を可能な限り防止するために、介護利用に係るニーズ判定プロセスを複数の段階に区分し、要介護等認定と介護契約の二つの段階の組合せにより福祉利用に係るニーズ判定を行う。ここでは、ニーズ判定の適正性の担保を、二つの段階の機能分担に託そうとしている。すなわち、介護保険制度においては、要介護高齢者の介護利用プロセスが、介護サービスの必要性の判定と介護サービス内容の具体的形成という二つの段階である。同法上、前段階として被保険者の要介護・要支援状態の発生が介護保険給付の支給条件とされ、⁽³⁴⁾ この判断は従来のように行政決定として行われ、要介護・要支援認定という形で維持されてい

る（同法十九条一項、二項）。後者は介護内容の具体的形成段階であり、介護所要費用の九割を介護保険給付とし（四一条一項、四項および四八条一項、二項）、前段階の認定を受けた要介護者は、要介護等認定の結果にしがたい、法定支給限度内（四三条）において介護サービスの種類と量を決めて、自ら指定介護事業者と利用契約を結んで介護サービスを購入するという仕組みである。

このように、措置から契約へという制度の展開と、それにより現れた利用過程の分節化の法的意義は、次の点に求められる。すなわち、福祉利用の給付内容の適切性よりも利用機会の公平性を重視したかつての措置制度における福祉利用抑制の仕組みをあらためるという点⁽³⁵⁾、および、介護保険料の拠出と要介護・要支援認定により介護サービス利用の公平性と専門的要請を確保しながら、契約手法の介在により利用者の主観的意思または選択を尊重し、それにより介護サービスの適切な利用状態への接近を目指す、という点である。さらに、介護サービスの利用プロセスにおいては、契約手法の採用により利用者の選択権行使を保障し、適切な利用状態を求めると同時に、要介護状態の判定や介護サービス計画の作成などに対する専門家の参加という法的仕組みを通じて、要介護高齢者の契約当事者としての対等な地位が法的に補完されている。このように、適切な介護利用のニーズ判定は、介護利用の専門性または政策的要請と利用者の選択権行使を調和させざるを得ない過程であることとらえることができる。また、介護保険制度においては、その調和の可能性はおそらく、介護利用の権利実現過程の分節的構成とその分節された各段階、とりわけ要介護等認定の段階および介護サービス計画と契約による給付内容の形成段階ごとに求められる機能分担により担保されるということができよう。

第二節 ニーズ判定の仕組みの分節化

福祉利用の権利実現過程の分節化は、介護保険制度においてはじめて現れたものではない。生活保護請求権の具体的権利性が争点となった朝日訴訟⁽⁷⁾を契機として、生活保護受給権の法的性格、および生活保護基準に対する司法審査のあり方に関する議論のなかで、社会保障給付の実施までの行政決定の段階的形成という発想はすでに現れていた。もちろん、生活保護法七条の申請による保護のような条文形式がとられていなかった社会福祉関連法令については、職権による措置を受ける利用者の法的地位はやや異なるものと解されてきた。それにもかかわらず、福祉サービスの利用関係をめぐって、かつて措置制度の下での権利保障の不全状態、すなわち、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」にすぎないという考え方に起因するところの、請求への消極的態度をいかに克服すべきかについて、措置決定に至る判断過程の区切りにより福祉利用に係る請求権の明確化を図るといふ形で様々な議論がなされてきた。⁽⁸⁾これらの議論は、その出発点や視点に多かれ少なかれ相違があつた。とはいえ、福祉給付の積極的かつ柔軟な形成の要請という福祉をめぐる権利の特質に着目し、措置決定がなされるまでの判断過程を一括して単一の行政行為としてとらえることをせず、このような判断過程を利用者資格(請求権)の確定と具体的給付内容の形成という二段階に分けて考えるところで共通していた。現行介護保険制度における介護利用の権利実現過程とその法的意義を把握するには、これまでの議論の蓄積をあらためて検討することが一つの手かかりとなる。以下においては、そこでの問題の所在にかかわる論点の整理を試みよう。

一 請求権の存否と給付内容の決定

1 従来、日本国憲法二五条にもとづく国家責任として運営されてきた生活保護、福祉サービスや医療・年金などの社会保障給付において特徴的であったのは、給付の実施に至る過程全般にわたって、国や地方公共団体などの公的行政主体がきわめて強力な関与を行ってきたことであった。社会保障関係法令は、これらの給付活動を根拠づけまたは義務づけ、あるいは授權する行政権限行使の規範体系として機能すると同時に、このような行政権限行使の適否に対する受給者の権利救済法の体系としての意義も有する。そして、かかる権利の実現までの段階で行政の何らかの行為が介入すべきことが法的に定められ、また、個別のかつ具体的な対象に具体的な措置を与える決定は、実定法上、行政処分として構成されるようになった。ここでは、行政による認定決定などの行為を具体的な請求権の成立要件と解するか否かにより、かかる給付の受給の法的性質すなわち請求権の存否が左右される。とりわけ、生活保護給付と社会保険給付以外の福祉給付について法的請求権が存在するか否かは、明確であった。さらに、措置決定を受けた受給者が自らの権利の実現を求める場合には、措置決定自体の効力を争う抗告訴訟あるいはそれによる権利利益の侵害に対する国家賠償訴訟を提起する方法がありうる。しかしながら、両訴訟のいずれとも処分の違法性が条件となる。その結果、受給者の権利保障は、措置処分の適法性確保という問題に帰着する。⁽⁴⁰⁾ところが、必要な措置をとるか否かの決定について、関係法令に定められた法律要件が一義的に明確ではなく、具体的な給付要件の設定を行政機関に委ねる場合が普通である。たとえば、老人ホームの入所措置に関して、入所必要性の判断基準とその手続や、措置委託などについての事項が、厚生省社会局長通知によって定められた。⁽⁴¹⁾そこで、誰が解釈の最終的判断者として法律要件事実の存否を最終的に決定するのかという点が、重要な問題として現れることとなる。この点は、司法救済の可否だけではなく、かかる給付要件の定立行為に対

して司法審査がどこまで及ぶかという問題にもかかわるからである。要するに、社会保障給付に係る権利の実現にあたって、受給者の申請に対する行政機関の応答行為の法的性質とその違法性の有無、およびそれが依拠する給付基準や審査基準の違法性審査などの問題が、しばしば争点として現れてきた。

したがってここでは、生活保護や福祉サービス関連給付に関して、その権利実現過程は、給付請求権にもとづく請求に端を発し、保護基準や福祉に関する最低基準にもとづく行政の措置決定を経て、不服申立てさらには抗告訴訟までに至る、一連の過程であった。この最終的決定としての性質をもつ行政決定が一方的に作成された結果、要保護者や福祉サービスの受給者が給付を受けることは措置決定の結果に従属するものとして認識され、行政決定の枠内での権利保障でしかなかった。従来、生活保護事件や福祉事件で多く争われたのは、利用者の受給資格の有無に関する問題ではなく、受給権の具体的内容―給付の種類や程度―に関する不服であった。しかし、給付内容の変更や増額請求を行う場合、行政の応答決定に対する争訟において何を対象に取消訴訟を提起できるのかはあまり明らかではなかった。

2 上記の問題はいわゆる朝日訴訟において重要な争点のひとつとなった。この事件の上告審判決の傍論は、後の社会福祉や生活保護事件における裁判にも影響を与えた。この上告審判決は次のように判示した。日本国憲法二五条一項の規定により個々の国民が直接に国家に対して具体的かつ現実的な権利を有するとはいえない。生活保護受給権は単なる国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益ではなく、生活保護法により具体化される法的権利である。その具体的内容は「厚生大臣が最低限度の生活水準を維持するにたりると認めて設定した保護基準による保護を受け得る」ものである。そして、「健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、その具体的内容は……多数の不確定要素を総合考量してはじめて決定でき」るため、生活保護

法による保護基準の設定は厚生大臣の専門技術的かつ合目的な裁量判断に委ねられたものであり、法の趣旨・目的を逸脱しない限り、不当の問題を生ずるに過ぎず、違法の問題を生ずることはない、と。本判決においては、限定的であるが、二つの積極的意義がある。⁽⁴⁵⁾ 第一に、生活保護法にもとづき国から生活保護を受けることは裁判上主張しうる権利として承認されたこと。第二に、生活保護基準の設定行為は厚生大臣の合目的裁量に委ねられたものとしてとらえられ、「裁量権の踰越・濫用」の法理によりそれに対する裁判的統制の可能性が示されたこと、である。

しかし、ここで言及された受給権の権利性の問題については、本判決の射程が生活保護以外の社会保障給付全般の問題としてとらえられることはなかった。特に、申請による保護のような条文形式がとられていなかった福祉関係給付については、その申請権の法的構成はなお明確さを欠いたままであったか、法的権利として裁判上主張しうるための、より体系的な受給権の一般的法理を探索する必要性を説く学説があった。また、給付決定に至るまでの裁量権行使に対して、裁判所がいかに事後審査を行うのか、また、いかなる範囲において審査しうるのかは、保護基準などの法規性および行政決定や基準定立行為の公正または適法性確保などの問題と深くかわるため、より緻密な裁量統制理論の構築を求める主張も見られる。下山瑛二教授は、権利実現過程における受給権の保護決定に対する従属的關係に着目し、憲法二五条の権利保障制度を基礎にして、受給権と行政決定の關係の再構成を試みた。⁽⁴⁶⁾ すなわち、保護や措置の決定をもって生活保護や福祉などの権利の特殊性に応じる適切な給付の確保手段と見るが、決定内容の相違に即して受給資格の認定と給付内容の確定を手続上区別した上、両者の裁量余地の広狭にしたがって裁判による事後審査の法理を異にすべきとし、もって社会保障以外の社会保障給付全般における権利性の確立を意図したのである。また、この主張は以下のように、社会保障給付の二ーズ判定の仕

組みの分節化について新たな方向性を示した。

3 個人の生存または生活のためのニーズが固定的なものではなく、社会保障給付が可変的なニーズに応じることができ、べきものであることについては、おそらく異論がなからう。可変的なニーズに対応してこれを充足することを権利の内容とする社会保障給付は、その権利性と保障の方法において、同一ではなく、⁽⁴⁵⁾ 個人の変動的なニーズに対して一律の給付によるのみでは、個人の要保障状態に関する具体的な事情を考慮に入れることが想定されないから、適切な給付内容が付与されるための仕組みが要請される。⁽⁴⁶⁾ そもそも、社会保障給付とりわけ福祉サービスについて、その権利の内容は、固定的な状態にとどまることはなく、その保障の方法も自由権と同様のあるいはせいぜい画一的な給付にとどまることではなく、「国家に対する作為請求権・配分請求権としての意味をもち、その限りで多少財および所得の再配分機能を」⁽⁴⁷⁾ 求めるものである。このような権利に対応して、常に要保障者の要保障状態の有無や程度を把握し、それにふさわしい必要な給付の実施をすみやかに講じる義務がある。たとえば、生活保護法九条の「必要即応の原則」や老人福祉法十条の三第一項の「最も適切な支援」や「細かな措置の積極的な実施」などは、個別法においてこの趣旨を定めたものといえる。そして、社会保障給付の権利実現過程において、受給申請に対する許否判断を、申請者の受給資格すなわち受給請求権の成立条件の該当性を確認する行為と、申請者の要保障状態にしたがい給付請求権の具体的内容を積極的に形成する行為とに区別し、二段階に分けてとらえるという考え方は、特に前記の権利の性質を踏まえて、適切な給付の判断の仕組みにそれを取り込む試みである。

この下山説において特徴的なのは、第一に、生活保護給付の内容の変更や増額給付請求をも含み、要保障者のニーズをみたく補足給付請求権が実定法上の請求権としての法的性質を有することの根拠を説明できること、お

よび第二に、受給請求権の存否確認と権利内容の適切な形成という二つの決定の異なる性質にもとづき裁量統制理論の緻密化が図られたこと、の二点である。前者の受給資格の判断は権利の存否の問題にかかり、一般的に(48)は法定の条件に該当すれば実定法上の請求権が存在するものと考えられるため、給付要件となる事実の有無についての認定は裁判所の審査に服するものとされる。これに対して、後者の権利内容の積極的形成は、そもそも「非法的性質」(50)あるいは社会保障「行政的特質」(51)を有するものであり、厳格な権利概念でとらえきれないところがある。すなわち、給付内容の具体的形成の際、要保者個人の可変的なニーズを充足しうる給付を想定することが可能としても、配分資源の有限性という要因が働いたため、ニーズの可変性と資源の有限性という要素を法的に把握することが難しく、厳格な法的規律になじまない側面がある。しかし、理論的には、ニーズの可変性と資源の有限性という要素の作用を受給請求権の概念から除いても、必ずしもこのような権利の法的性格が損なわれる結果となるものではなからう。しかも、ここでは、専門技術・政策的な形成判断を理由に恣意的な裁量行使がなされることにより、権利の空洞化が生じるおそれがあり、それを防ぐためには、給付内容の形成という側面が完全に法から逸脱することはいけない。したがって、給付内容の具体的形成に関し、具体的事案において適切な調査と妥当な評価を経た公正かつ合理的な結論を担保するためには、実施機関の専門技術・政策的裁量にもとづく判断が必要であると同時に、その判断の公正または適正性担保のため、最終的決定に至るまでの推論過程における、目的的な裁量行使の義務が行政に求められるものと解される。(52)そうすると、裁量権の踰越・濫用に係る審査方法によって、右の義務の違反に対する違法性を問うことが可能となり、また、従来は裁判所の事後審査があまり行われてこなかった増額請求など、給付内容の適法性の問題についても司法審査の途が開かれることとなる。

このように、社会保障給付の実施過程における、受給者の法的地位⇨受給請求権の存否の認定行為と給付内容

の積極的形成行為との二つの判断を複合的に構成するとらえ方は、社会保障の権利の性質に適合的なものということができる。そしてこれにより、実定法の解釈についても国民の生存の「権利」性と行政の「決定」との間に新しい解釈を見出すことが可能となると思われる。また、こうした二つの判断の法的性質の相違に応じて異なる役割を担わせるという思考方式は、適切な給付の判断過程における機能的分担の可能性を示したものと考えられる。

二 福祉サービスの受給の権利性

1 一般に、社会保障給付に係る関連法令においては、請求権の存在を観念しややすい条文の形式が必ずしもとられているわけではない。社会福祉分野においては、前述のような権利の存否と権利内容の確定を二段階に分けてその法的統制を考える、という思考方式の通用可能性には、なお疑問が残っていた。すなわち、まず、社会福祉関連法令においては、法律上、要保者の申請あるいは給付請求に係る法的地位、または申請に対する実施機関の応答義務を定める例は皆無であった。また、福祉サービスの保障水準の設定、福祉利用の必要性の判断または給付内容の適切な形成については、社会保険給付や生活保護給付に係る請求権形式をとる条文規定（たとえば生活保護法七条や二四条など）とは異なる点があり、条文の内容から言えば、福祉措置の権限の発動のための要件を規定するにとどまっていた。そのため、請求権の条文形式をとっていなかった福祉サービスの領域においては、受給請求権の存否の認定行為と給付内容の積極的形成行為との二つの判断の複合的構成という法解釈をとるためには、さらに克服を要する問題が存するのではないかと思われる。

ちなみに、介護や福祉サービスに係る給付は、所得喪失のような「貨幣的ニーズ」ではない。⁽⁵⁴⁾ そのニーズの内

容が固定するものではなく、金銭給付のような定型化あるいは定量化にはなじみにくい。そのため、福祉ニーズの充足のための法的仕組みにおいては、人的または物的基盤を整備した上で、専門職員による常時的判定、指導、介護などの現物給付という保障方法が必要である。「利用者が心身ともに健やかに育成され、またはその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように」良質かつ適切なサービスを提供することは、福祉サービスの核心概念である（社会福祉法三条⁶⁵）。要保障者の要保障状態＝心身自律能力の衰退や不足という「非貨幣的ニーズ」の軽減または改善を目的とする福祉サービスに関し、給付要件の核心的規定は法定の要保障状態であり、内容的には主に諸々の障害事由の類型が整理されて、各サービスごとに要保障状態の種類と程度が定められている。そして、条文規定を見ると、要保障者が利用主体として請求しうる法的地位を賦与するという請求権の形式がとられておらず、行政の福祉措置権限の発動条件とその内容を規定する「できる規定」（任意的事務）または「給付を義務づける規定」（必要的事務）である。たとえば、老人福祉法においては、在宅介護サービスあるいは老人ホームへの入所について、要保障者の受給請求権や申請権を明記しておらず、ただ措置権限の発動要件として「身体上又は精神上的の障害がある」あるいは「認知症である」ために「日常生活を営むのに支障がある」こと（老人福祉法十条の三、十条の四各項各号）、「環境上の理由および経済的理由」により在宅介護が困難であること（同法十一条一項一号）、「養護者がいないか」または「養護者の養護が不相当である」（同項三号）など、要養護状態としての事由が類型化されているにとどまる。さらに、これらの内容から分かるように、要保障者の心身自律能力の衰退や不足状態について、法律において、諸々の障害事由の種類や程度を正確かつ個別的に規定することは困難であり、また、特定の利用者の属性が具体的に取り込まれて法定されることがあっても、その規定はきわめて抽象的であり、不確定概念の多用が不可避であった。それに加え、利用しうる福祉サービスの内容

も簡略であり、通常、単に「指導」や「措置」と表現されているにとどまる。こうした状況の下では、行政決定の公平および適正を確保するために、福祉サービスに係る権利の発生要件および具体的給付内容を確定する際、行政機関内部の行政規則である審査準則、支給標準や実施要綱または通達などが重要な機能をはたす。そのために、行政実務上では、これら通達や内部規則に定められた給付要件または支給準則にしたがって最終的決定が下されるような意識が支配的にならざるをえない。⁽⁵⁶⁾これに対して、抗告訴訟を提起するための要件として、ある行為を「処分」と明定する法律規定上の根拠の存在が厳格に要請される。しかも、法律の明文の根拠がない場合、通達や要綱などの行政規則についていわゆる外部効果や保護規範性を認めるだけではサービス受給に対する申請権ないし請求権の存在は認められなかった。⁽⁵⁷⁾

それのみならず、福祉サービス利用手続の面において、申請にはじまり調査・決定・実施に至る手続について、法律上に関連規定をおく例は少なく、主に国の通達または措置権者たる地方公共団体の実施要領や支給準則などの行政規則により形成されてきた。⁽⁵⁸⁾そして、その内容については、事務処理の適正性の担保の側面が強いと指摘されている。⁽⁵⁹⁾ここでは、「申請にもとづく措置」として解釈・運用されていなかったため、行政手続法上の「申請に対する処分」に含まれないものとされ、同法の規定が適用されないと解されるようになった。申請の一部拒否または増額請求の拒否についても、請求が一部満足されることを理由に、利用者に不利益を与えるものではないとされ、不利益処分に係る行政手続法の適用が除外されている(老人福祉法十二条の二)。ただ、居宅介護や老人ホーム入所などの措置の解除に対して、市町村の理由説明および利用者意見の聴取が福祉の手続として要求されているにとどまる(同法十二条)。⁽⁶⁰⁾また、事後救済に関して不服申立ての規定も設けられていなかった。⁽⁶¹⁾

要するに、福祉サービスに係る法の基本的仕組みにおいては、法律上の権利発生要件と内容(法的効果)がや

や不透明であり、実体法だけではなく、手続法の側面においても、権利としての形成は徹底されてなかったといえよう。こうした条文構造の下で、行政実務は、「法的権利であれば、明白な権利規定あるいは申請や不服申立てなどの手続規定が設けられるはず」という命題を反対解釈して、「福祉サービスの受給については申請や不服申立てなどの規定が見当たらないため、受給請求権はない」という結論を導き、申出に対する返答義務も利用者の給付請求権も認めないという結論を導いてきた。⁽⁶²⁾ このようなとらえ方により、本来は区別すべきはずの実体的問題と手続的問題が混同され、その結果として、福祉利用に対する権利性の曖昧さを招いているといえよう。⁽⁶⁴⁾

上記の「申請規定なくして請求権なし」という趣旨の説示は、高齢者福祉裁判においても数多く見受けられる。多くの判決は、福祉サービスの受給を要綱や規則などにもとづく措置の決定により生じた反射的利益の享受と見なし、かかる請求への消極的対応を示したのみならず、福祉裁量のような専門技術・政策的形成判断の適否について謙抑的姿勢を示してきた。これらの判決の主な特徴は、次の三点に整理することができる。第一に、受給利益は処分庁の職権措置に伴う反射的利益にすぎず、福祉利用の申請が「法令にもとづく申請」とは認められなかった。⁽⁶⁶⁾ 第二に、福祉利用の権利は措置決定によりはじめて具体化されるとの認識にもとづいて、給付内容変更請求の拒否決定または減給ないし廃止決定についてのみ処分性が認められた。⁽⁶⁷⁾ のみならず、給付内容の変更決定は利益処分であるという理由により訴えの利益が否定された。⁽⁶⁸⁾ 第三に、以上の二つの要素が除去されても、最低保障基準の定立またはそれに依拠した措置決定の専門技術的・政策的（財政要素）的判断に対して、裁判所は最小限の審査（例外的審査）しか行わなかった。このように、いわゆる「健康で文化的な最低限度の生活」の水準をいかにして具体化するかは、立法・行政の両政治部門の広い裁量に委ねられるべきという裁判所の立場は、朝日訴訟上告審判決および堀木訴訟上告審判決によりほぼ定着し、福祉分野のみならず、社会保障領域全般でこれが

踏襲されてきた。⁽⁷¹⁾

第三節 介護利用の権利実現過程

一 権利実現過程の分節化

1 福祉利用の権利性をいかに基礎付けるか、という請求権の確立とその理論的基礎付けの課題は、右のように、急務であったから、憲法学や社会保障法学から様々な問題整理やこれに関する理論が示されてきた。ここでは、行政法学における議論状況を簡単に整理しておく。初期の議論は外国法との比較研究から出発し、生活保護法で実定法化される生活保護受給請求権のように、関連法律の整備と相まって具体的な権利としての保護を福祉受給者に与える必要性を指摘するものであった。⁽⁷²⁾ 右のように新たな権利概念の構築を目指してその制度化の方向性を提示する考え方も現れた。⁽⁷³⁾ そして、社会保障の権利の体系化に関する理論構成の緻密化作業として、社会保障行政上の個人的権利を実体法上の権利と手続法上の権利とに分けるといふ見解が比較的早くから提示され、福祉利用に係る権利性とその問題の所在に対する考察が行われ、福祉の権利の体系化とそのため理論構成の試みがすすめられてきた。⁽⁷⁶⁾ 他方、権利救済の観点から、具体的な請求権として受給権を保障するためには、給付「基準の法規性を緩和し、措置決定の一応の準拠規則」と解されるべきとの考え方、⁽⁷⁷⁾ あるいは法律や条例によって制度化されたものでなく通達や行政指導によって運用されているものについて、信頼保護法理あるいは慣習法としての効力を承認することにより、申請者に裁判上の保護を認めようとする解釈論も存在した。⁽⁷⁸⁾ 権利救済の可能性については、救済手続論と実体上の権利論―福祉利用にかかわる受給権成立の法的仕組み―との間で密接な関係

が存することも指摘された。⁽⁷⁹⁾そして、申請や不服申立てなどの手続規定の不存在を理由に、請求権的性格の承認に消極的な態度をとる判例の傾向に対しては、福祉受給者の権利がすでに法律上の仕組みのなかに規定されているとの立場からの批判も寄せられた。⁽⁸⁰⁾

こうした状況のなかで、福祉利用を求める者の申請権や請求権を認めていくため、職権措置のとらえ方を本来的に見直して、利用者の法的地位あるいは法的主体性を向上・回復することが必要であるという認識が徐々に広まった。そのなかで、福祉サービスに係る権利保障の実現アプローチについて、法技術上、権利状態の形成・變動に働きかける法的仕組みのとらえ方について、次の三つの方向性が示されてきた。⁽⁸¹⁾

第一に、福祉措置という利用形態の存続を前提に、法解釈上、生活保護給付のように、福祉サービスの利用について、実体法上の受給請求権の根拠に関する緻密な理論構成を目指しながら、手続面において利用者の申請に対する措置機関の応答義務を明らかにし、要保護状態の存否と給付内容の要否や程度に係る調査・決定に関する手続保障の充実を講じる、という権利の体系化の試みである。

第二に、措置制度から完全に脱却し、公的医療や国民年金などの社会保険制度のように、保険技術にもとづき被保険者対保険者の対等な当事者関係を築き、保険給付の給付要件と受給内容を法により定型的に定め、法定保険事故の客観的要件を充足しさえすれば、行政判断を待たずに保険給付の受給請求権が当然に成立するという、いわゆる社会保険方式の導入である。法定された定型給付の受給に係る当事者関係の構築により、請求権の存在と給付内容を明確化できるところが、措置制度とは最も異なる点である。

第三に、福祉利用の法関係の形成に関し、利用者とサービス提供者との間の合意によって直接に受給権を発生せしめる、いわゆる契約方式である。

介護保険法の制定までは、第一のアプローチが主流であった。このアプローチにおいては、すでにのべたように、一方的措置決定を中心とする構造の下で、措置決定に係る裁量権限の行使と権利救済の有効性との関係に着目し、とりわけ福祉利用者の従属的地位の固定化や福祉利用の権利の実現または救済を妨げる要因となる福祉裁量を問題視して、それに対する法的統制をいかに行うか、特に司法審査をどこまで及ぼすべきかという問題に最大の関心が寄せられた。⁽⁸⁾ いいかえれば、福祉裁量の抑制という方向で行政の裁量余地をできる限り抑え、もって福祉利用に関する反射的利益説を克服し、その法的権利性の確立を目指すことがその基本的発想であるとはいえる。これについては、次の点がとくに評価に値する。まず、福祉サービスの受給に関し、柔軟かつ積極的に形成すべき特質を有する受給請求権の内容を、受給資格の確認行為と適切な給付の専門技術・政策的形成判断に区別するという考え方の転換により、福祉の権利の柔軟かつ積極的な形成という要請にふさわしい法的仕組みの分節的構成を可能としたことである。また、解釈論上、実体法上の請求権の有無と手続上の申請の要否を区別できるとともに、手続的側面において申請に対する行政の応答義務を明確にしたことである。したがって今後、行政決定の合義務・合目的裁量に関する統制法理の展開がなされなければならない。

このようなとらえ方は、実定法の枠内で既に成立した権利の内容を合理的かつ適正に形成するには、確かに有用である。しかしながら、権利性を認めるような条文表現をとってこなかった実定法の構造の下では、このような議論の前提として問うべき請求権の存否の問題が曖昧なままであるといわざるをえない。そのため、この問題について、第一のアプローチのような法解釈論のレベルで迂回するようなとらえ方よりも、第二および第三のアプローチの方が明解であろう。また、このような受給権の権利性の確立にあたって、措置制度と比べると、保険料負担の見返りとしてのサービス受給の権利的性格が強い社会保険方式の導入が大きく役立つことも指摘されて

きた。⁽⁸³⁾ というのも、保険給付の受給権が原則的に法定要件事実の発生とともに成立するからである。また、近時強まりつつある見方によれば、社会保険における「対価」性、すなわち被保険者の保険料拠出を要件として保険給付の受給権が発生するということは、受給権の明確性にとって積極的意義をもつ一方、社会保険の加入者個人が保険料を自ら拠出して将来に備えるという点からみても、生活の個人責任原則すなわち自助の理念に適合的である、とされる。しかるに、福祉サービスの給付方式をめぐって、これまでの措置制度のあり方、社会保険方式との優劣、サービス利用へ対応の適切性などについて、権利保障の目的を明確にしつつあるものの、十分な議論がなされていたわけではない。⁽⁸⁴⁾ にもかかわらず、政策上、措置制度が包括的に否定され、それに対する社会保険方式のメリットのみが強調されてきた。その後、介護保険法の制定に伴って措置制度のあり方に係る議論が停滞し、主な問題関心は社会保険制度および福祉サービス契約へ移りつつあるかのようなようである。そこで、以下では、これまでの議論をふりかえ、介護保険制度における利用関係の特徴を簡潔に整理してみよう。

2 社会保障給付関係の形成に際して、対等な当事者間の交渉ないし合意形成を構成要素とする私法形式を行為形式として用いるというのは、とくに新しいものではない。かつて、現代国家機能の拡大に伴う私法形式による行政活動の増大、すなわち非権力的行政あるいは給付行政などの法現象をいかにとらえるべきかに関する議論のなかで、一般的な認識として、行政主体の本来的任務の達成手段として用いる行為形式であれば、公法上のものであるか私法上のものであるかを問わず、私法形式を含む行政活動の多様化現象をも行政法の視野に取り入れるべきと考えられていた。⁽⁸⁵⁾ 給付行政の分野では、制定法上、法律関係を形成するための行為形式として契約方式を積極的に採用している傾向が認められる。これに対し、法律の特別の規定において、契約ではなく行政行為を通じての権利の得失または変動が予定されていることもある。社会保障領域の給付関係の形成に関しては、用い

られる行為形式—行政の意思表示—の法的性質が何かを問う際に、個別制度上に用意された法的仕組みの違いによってその答えが異なる。それを優越的公権力の発動たる処分と解するほかに、当事者間の意思表示の合致という要素に着目して民事法上の契約形式とするものも見受けられる。もちろん、利用者の申込みに対する行政からの返答がいかなる法形式としてとらえられるべきか、あるいは行政判断の介在が必要であるか、さらにその法効果として給付に係る具体的給付請求権が発生するかなどは、いずれも立法政策の問題に属する。たとえば、国民年金などの社会保障給付については、事務処理の大量性および画一性という要請にもとづいて、行政の裁定や決定という方式が制定法上広くとられている。⁽⁸⁶⁾ただ、それにしても、個別制度に定められる法の仕組みにより、どの法形式が用いられるか、そして当該行為形式に処分性が認められるかどうかが定まり、それによってその法律関係の性質や争訟手続もかなり異なったものとなることは否定できない。

従来から、行政法の基本的スタンスとして、三段階構造(法規範↓行政行為↓強制行為)における行政行為の特殊性が見出されてきた。そして、行政行為に対する法的統制の一般的認識として、特定の法的効果に結び付けられる行政機関の介入形態(行政行為)を司法統制の対象にして事後的な審査を行い、行政介入の前提たる行政法規の定めた要件がみたされなかった場合に、取消訴訟によって予定された法効果を否定して行政行為の特殊な効力を取り除き、一度介入行為によって変動した法状態を元に戻す、という思考様式がとられてきた。そして、ここにいる取消訴訟の対象は、最高裁判所昭和三九年一〇月二九日判決(民集一八卷八号一八〇九頁)⁽⁸⁷⁾の定式によれば、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接に国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」とされる。ただ、この図式をそのまま硬直的に社会保障領域の給付関係に適用すると、司法救済上の不都合が生じるおそれがある。とりわけ、請求権的条

文表現がとられておらず、また、行政機関の内部規則で定められた給付要件または支給準則にしたがう傾向が強かった福祉利用関係の場合には、その司法救済の可能性が狭隘である。

このような下で、行政行為論中心の伝統的な理論体系への批判から出発して、社会保障関係の契約的構成の可能性を示した学説は比較的早くから存在した。山田幸男教授は、行政法関係が行政行為のみならず、契約あるいは協議による事実上の合意などの多様なものを含んでおり、特に社会保障給付関係に関して、行政庁の判断行為によって形成される一回的・局所的なものだけでなく、その継続的な法律関係全体を把握すべきと主張した。このようなとらえ方は、社会保障関係の契約的構成に対して理論上の積極的説明を提供しようと思われる。社会保障給付を例にとつて、次のような説明がなされていた。⁽⁸⁸⁾ 受給要件や受給内容などが法令で定められていても、社会保障関連規定が基本的に私保険の保険約款に相当するものであるため、かかる利用関係は本質的に当事者関係や契約関係と見ることができ、保険への強制加入や保険料の強制徴収などの特殊な法的規律が存在することに鑑みて、この法律関係を公法上の当事者関係あるいは契約関係ととらえるべきである。もちろん、上記の強制加入や強制徴収などの規定に権力性の契機が存在することは否定できない。と。また、成田頼明教授は、「市民法的保険法理を修正した」社会保障の「保険者と被保険者との間の給付関係についてみると、それは対等的当事者間の債権債務関係に近い」と指摘した。⁽⁸⁹⁾ 宮崎良夫教授は、たとえ要件事実の認定や給付内容の確定など行政の判断を介在せしめることが法的に認められていても、それは技術的要請にもとづくものであって、これらの認定、決定、裁定などの行為によって実体上の権利が発生・変動するわけではない、とのべていた。⁽⁹⁰⁾ そして、これらの行為を確認処分といつても、「給付主体と相手方との間における無用の紛争を回避し、迅速かつ確実な給付を担保するための単なる手続上の要請にもとづいて行われるにすぎない。これは純粹の法的判断として一義

的に定められる法定要件の該当性についてなされるべきであり、また、「かならずしも行政庁または保険者の第一次的判断権を尊重する必要は存しない」ため、「取消訴訟の消極性を補充する意味で、義務確認訴訟又は公法上の当事者訴訟としての給付訴訟、地位確認訴訟を認める」ことができる。⁽⁹¹⁾さらに、社会保障給付関係の当事者の構成をより徹底して、相手方の申請にもとづいて給付を開始する場合、これを申込みに対する承諾とみて契約的構成をとることが可能であるとし、それを一種の公法上の契約関係と解する考え方も存した。⁽⁹²⁾

他方、上記の法関係論とは異なるとらえ方として、従来の行為形式論を再考し、行政行為の概念における権力性の要素を、実体法的な意味ではなく、人為的に与えられた争訟手続上の通用力という意味でとらえ、契約と行政行為は概念上必ずしも相互排他的な関係でないとする見解がある。⁽⁹³⁾小早川光郎教授は、「二つ法律関係につき、契約による規律と行政行為による規律とが交錯する状況」もありえ、社会保障給付の法律関係を形成・変動させる行為が「人為的に行政行為として取り扱いを受ける場合であっても、そのことはこれらの法律関係から契約の観念を当然に排除するものではない」と主張した。⁽⁹⁴⁾このような考え方を前提とすると、社会保障給付関係の形成または変動について複数の法形式の並存の合理的な説明のみならず、その組合せによる社会保障給付過程の分節化または分節的構成とも整理的といえよう。そして、社会福祉サービス利用関係について、権利性を確保するという見地から、権利の存在（受給資格）と権利の内容（給付の種類および程度）とを概念上区別して、その利用過程を分節して取扱うべきであるという認識は、ここでも共有されているものと思われる。すでにのべたように、分節化する福祉サービスの利用過程を複数の行政行為の組合せとしてとらえて、裁量統制の実をあげようとする見解がある。前田雅子教授は、福祉の権利という要請を重視し、交渉形式をとる契約手法が当事者の意向に沿うものであると考えたうえで、次のように説いた。福祉サービスの受給資格に係る公権力的な判断を下した後のサー

ビス実施をめぐる法律関係―すなわち、福祉サービス給付内容の具体化段階―を、サービス提供者との契約によって取り扱う方が妥当であつて、法関係が一定期間継続する社会福祉給付全般について、福祉サービスの特殊性を反映できる契約的構成がよりふさわしい、と。⁽⁹⁵⁾

これらの考え方を社会保障関係の契約的構成と称するとしても、おそらく、従来の福祉利用の権利阻害要因の克服のために、そこでの裁量をできる限り抑えようとする思考様式として共通するものがある。これらの考え方においては、契約という対等当事者間の法律関係としての構成は、ただの道具的概念として一方的措置決定と対比的に用いられて、福祉利用の従属性を払拭し、利用者の権利主体的地位の確立に役立つものと推察される。具体的にいえば、社会保険方式においては、受給の資格要件と給付内容について法律で明確な規定を設け、法律所定の要件を充たす事実の発生によって法定給付に係る具体的な給付請求権が発生する。そして、受給者が直ちにこれを行使しうる状態におかれるため、給付主体と相手方の間における給付要件と効果は明確である。なによりも、被保険者が保険者を相手に給付請求権を行使するような対等な当事者関係として構成されれば、申請に対する応答義務の存在は明白であり、従来の福祉利用の権利性の曖昧さの解消が期待できる。また、交渉的要素をもつ契約形式は、福祉給付の二ーズ判定に利用者の意思または選好を反映させる機能があり、福祉の権利の柔軟性という要素にふさわしいものであつて、これにより従来の福祉利用者の従属的地位をある程度緩和することができるであろう。利用者の給付請求権の具体的実現のより一層の貫徹は、かかるとらえ方によってはじめて可能なるものと考えられる。

3 現行介護保険制度は以上の理論をある程度制度化したものと見えよう。すなわち、介護保険法は、介護保険の給付について、必要と認める法定介護サービス費の支給をその内容と規定するとともに(同法四〇条)、そ

の支給について、要介護認定を受けた被保険者が指定介護事業者から指定介護サービスを受けたことを前提要件に、かかるサービスに要した費用の九割を要介護被保険者に支給することを規定している(四一条一項、四項)。介護サービスの利用方法については、サービスを受けようとする要介護被保険者が、法令で定めるところにより自己の選定する指定居宅サービス事業者について、「被保険証を提示して、当該指定居宅サービスをうけるものとする」との規定があるものの(同条三項)、要介護被保険者と指定要介護事業者との間の契約締結などについての具体的な規律はなされなかった。⁹⁶⁾とはいえ、前出の要介護被保険者自身による指定介護事業者の選定および九割の介護費用の支給規定に、要介護被保険者に代わって市町村がその費用を事業者に支払う規定(四一条六項、七項)を加えて見れば、指定介護事業者から購入した介護サービスを利用する、いわゆる介護サービスの契約利用は、おそらく介護保険制度の暗黙の前提であると推定することができる。したがって、介護保険制度は社会保険の法律関係を建前に、法的に要介護等決定の段階と介護契約の段階に分節して、介護保険給付の実施過程における行政行為と契約との組合せという、一つの適切な介護利用の実現の仕組みを作り上げたものである。この実定法上の裏づけを有する権利実現過程の分節化現象に関して、各段階の行為の機能とその相互関係を把握する前に、なぜ介護利用関係の形成に契約形式を加える複合的仕組みがとられたのか、また、それが全体の仕組みに対していかなる新たな法的意義を有するかをもう一度確認しておく。

要介護高齢者の介護問題への法的対応に特化した介護保険法について、次の三つの法的特徴を指摘することができる。第一に、社会保険の原理にもとづき、潜在的利用者を被保険者として、その介護保険料の拠出などを財源確保の方法とすることで、介護保険財政の自律的運営を支えることである。第二に、法定要介護状態にある被保険者が法定介護費用を請求できるという法的地位は、保険料拠出の対価として説明され、かかる請求の権利性

がいつそう明瞭になったことである。第三に、介護サービスの供給について民間業者の参入を容認・促進することにより、短期間での供給拡大および必要量の確保へと直接につなげ、また、それに伴う事業者の選択肢の拡大を通じて、契約手法により保障された利用者の選択の自由―介護サービス内容の自己決定―の実現をも間接に担保することである。ここでは、介護サービス利用関係の成立や内容形成にわたる各段階において、介護利用者と相手方（介護保険者や介護事業者など）との間に対等な当事者としての関係が構築されることが、法的に想定されているものとうかがえる。

法技術上、介護サービスの利用関係の形成に関しては、基礎的法律関係の形成段階における社会保険方式、および、介護サービスの具体的利用段階における要介護状態に関する権力的形式の判断（要介護等認定）と契約なごの行為形式の組合せは、それぞれの段階ごとに新たな法的仕組みとして登場している。すなわち、介護利用をめぐる法律関係の成立段階において、保険料拠出と保険給付との等価交換という保険原理を修正する社会保険方式が導入されている。社会保険給付が拠出に見合う部分であるという対価性―拠出と保険給付との牽連関係にもとづき、被保険者の介護保険料拠出を要件として介護保険給付の受給権が発生し、また、法定要介護状態の発生により法定介護費用の支給を求める権利が具体化されるという点で、要介護被保険者が介護保険者に対する法定介護費用の支給を請求できるという請求権的構成がなされている。介護サービスの社会保険化に関しては、介護サービスのニーズの増大に機動的に対応できる仕組みが期待される一方、要介護被保険者にとっては介護保険当事者としての法的地位が確立され、介護サービス受給の権利性が強化されるという評価がなされている⁽⁹⁸⁾。また、具体的な介護サービス受給内容の確定段階においては、要介護認定に契約方式を付け加えるという法的仕組みがとられている。介護サービスの具体的な内容（種類別と時間数）は、後述の要介護等認定を受けることを前提と

して、当該認定により決められた限度額の範囲内で、個々の要介護被保険者が指定介護事業者などとの合意を経て自由に形成される。利用者の法的地位から説明すれば、前段階の介護保険加入関係において介護保険の加入者が被保険者として介護保険費を拠出したことを前提に、介護保険者に対して法定介護費用の九割支給を請求するのである。後の段階の契約においては、法定介護費用の業者による代理受領の規定により、要介護認定を受ける利用者（要介護被保険者）が自ら指定介護事業者を選び、介護契約の締結によって希望する介護サービスを購入することができる（もつとも、法の建前上は、利用者は指定介護サービス事業者と契約を結んだ後に市町村に費用の償還を求めることができるという仕組みがとられていることに注意を要する）。

注

(18) 社会福祉法令研究会編集『社会福祉法の解説』（中央法規、二〇〇一年）五八～五九頁参照。河野正輝『社会福祉の権利構造』（有斐閣、一九九一年）七頁註(1)がすでに同旨を説く。

(19) 一九五〇（昭和二五）年十月十六日「社会保障制度に関する勧告」参照（<http://www.max-hi-ho.ne.jp/nvco/KANKO25.HTM>）。最終アクセス2013/3/5）。

(20) 戦後日本の社会福祉制度を把握する際、注意すべき点がある。すなわち、これまでの社会保障政策において、どのような社会的形態をとろうとも、生活保障のあり方は主に現金給付体系に所得保障を中心に展開してきた一方、非経済的保障の対人的社会福祉サービスはきわめて「補足的・補充的位置」におかれてきたことである（西原道雄「小川政亮「日本社会保障法の問題点」岩波講座『現代法10現代法と労働』（一九六五年）三二七～三四〇頁および三四九頁〔西原道雄執筆〕参照）。また、この傾向は、一九八〇年以降の福祉見直し論に関連していつそう固定化する。一応、生活保障の軸として社会保険や公的扶助などの技術的形

態のいずれをとろうとも、所得保障体系の完結性を前提に、個人のニーズに即した対人的サービスおよび福祉関連給付を、社会福祉サービスの市場において「商品」として求める、いわゆる福祉サービスの有償化という制度の構図である。佐藤進「日本型福祉国家の法政策の展開過程」東京大学社会科学研究所編『福祉国家第4巻日本の法と福祉』（東京大学出版会、一九八四年）一七七～一八〇頁参照。さらに、これは介護保険制度のみならず、社会福祉基礎構造改革とその後の支援費制度など現行制度全般にはほぼ定着したともいえよう。

- (21) 要保護者の依存性・従属性の指摘について、木下秀雄「『権利の体系としての社会保障』の意義」法律時報七九卷八号（二〇〇七年）一三一～一三二頁、河野・前掲注⑧・一一一～一二頁参照。ここにいう福祉利用の従属性は、高齢者福祉に特有な現象ではなく、社会福祉分野の共通点として、身体的・精神的自律性が未熟または不十分である児童・障害者など生活障害を持つ要保護者についても現れることをここで附記しておきたい。

(22) 河野・前掲注⑧・一一一頁参照。

- (23) 「老人ホームへの入所の入所措置等の指針について」（昭和六二年一月三十一日社老第八号厚生省社会局長通知）の「第四 老人ホームへの入所措置の基準 1 養護老人ホームに関する判定事項」参照。これは一九九七年改正前の老人福祉法十一条に定められた入所措置に関する通達である。二〇〇〇年四月に介護保険法が施行され、老人福祉法の一部改正がなされたことに伴い、上記の通知が廃止され、その代わりに新たな「老人ホームへの入所措置等の指針」（平成十八年三月三十一日付け老発第〇三三一〇二八号厚生労働省老健局長通知）が発せられた。新たな指針では、老人福祉法十一条にいう「やむをえない事由」として、要介護認定の申請の困難および高齢者虐待というケースが挙げられ、養護老人ホームに関する判定事項は健康状況と環境の状況の二つに限定された。

- (24) これまで老人福祉法制のほとんどの財源が公費であり、国・地方とも年度の予算によりその行政のあり方が規定されたため、財

- 源の不足を理由に高齢者福祉行政の規模が抑制されるという現象が普遍的にみられた。そして、圧倒的に少なかった老人福祉施設や限られたサービスをいかに公正かつ公平に要保障者に配分するかという課題が、従来の高齢者福祉行政の中核を占め、また、老人福祉の責務を負う行政側に配分の必要性判断を委ねることも老人福祉関連法令により定められていた。なぜなら、従来、社会保障給付関係の形成について、社会全体における財の公正な配分が強く要請される場合、あるいは多種の法律関係を派生させる基礎となる場合には、行政行為は、行政が公益判断を行うための適切な法形式であると考えられてきたからである。山本隆司「処分性(1)―行政行為の法律上の根拠、給付行政における処分性」法学教室三三二号(二〇〇八年)一四四頁参照(同「判例から探求する行政法」(有斐閣、二〇一二年)所収)。現行介護保険制度においては、上記の考え方が異なる側面から持ち出されている。また、介護保険の保険給付の給付範囲の適正化などによる介護サービスの効率化および重点化を図らなければならないことは、二〇一二年の社会保障制度改革推進法(平成二十四年八月二十二日法律第六十四号)により明文化されている(同法七条参照)。
- (25) 河野・前掲注(18)・一一一頁参照。
- (26) 高齢者福祉制度に指定される高齢者像とその法的地位の変容についての検討は、別稿に譲る。
- (27) 老人福祉法十条の二により、老人福祉措置の実施に当たって、介護保険法にもとづく措置との連携および調整が行われるべきものとされている。その具体的な給付調整の規定は、老人福祉法十条の四第一項各号および十一條一項二号であり、「やむをえない事由」により介護保険法に規定する居宅介護サービスの利用または介護施設に入所することが「著しく困難であると認めるとき」は、老人福祉の実施機関である市町村が、必要に応じて法定措置をとるものと定められている。いいかえれば、高齢者介護サービスの利用に関し、老人福祉法にもとづく措置利用は介護保険制度を補充するものとして位置づけられる。なお、同前掲注(23)平成十八年「指針」参照。
- (28) 老人福祉法十条の四および十一條により、市町村は「必要に応じて」介護や入所等措置をとることができる。

- (29) サービスの利用資格や権限発動の条件を設定する際に、高齢者の一定の属性が具体的に取り込まれている。その詳細は後述する。
- (30) この職権主義的給付構造は措置制度とも称され、一九九〇年代後半の社会福祉基礎構造改革以前には、高齢者福祉のみならず、保育や障害福祉をも含む社会福祉制度全般における共通の制度であった。
- (31) 手続上、福祉利用の開始について職権主義をとっても、必然的に実体的請求権の否定につながるわけではない。この申請がなければ実体的請求権はないとする考え方は、実体的問題と手続的問題を混淆したために生じた混乱だと思われる。請求権の有無という実体的問題と、申請の要否という手続的問題は、次元を異にする問題であり、この両者は区別されなければならない。
- (32) 福祉サービスを含む社会保障行政においては、権利保障の仕組みとしての性格が希薄であり、その帰結として保護実施者への服従が所与のこととされてきたことができる。権利の確立を欠いた保護と服従との裏腹の関係は、物質的生活保障と引き換えに、利用者の権利主体性や精神的自由の侵害の可能性さえはらむものであり、「近代的自己決定」自己責任原理、およびそれと表裏をなす保護「服従構造」は生存権保障制度の機能を妨げてきた、という指摘がある。笹沼弘志『ホームレスと自立／排除』（大月書店、二〇〇八年）七二頁参照。
- (33) ここにいう要介護状態とは、「身体上又は精神上の障害があるために、入浴、排せつ、食事等の日常生活における基本的な動作の全部又は一部について、厚生労働省令で定める時間にわたり継続して、常時の介護を要すると見込まれる状態」であり（介護保険法七条一項）、要支援状態とは、要介護状態まで至らずその状態の「軽減若しくは悪化の防止に特に資する支援を要すると見込まれる」ような状態である（同条二項）。
- (34) 介護保険法二条により「介護保険は、被保険者の要介護状態又は要支援状態に関し、必要な保険給付を行うもの」とされ（二項）、また、保険給付は、医療との連携に十分に配慮した上で、「要介護状態又は要支援状態の軽減又は悪化の防止に資するよう行われるべきもの」とされる（二項）。

(35) 戦後日本の措置制度に関しては、老人福祉法を例として、以下の六つの特徴が挙げられている。第一に、要介護者の措置請求は、実際には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」と解釈されていた。第二に、国と地方公共団体が一方的にサービスの提供と内容を決定し給付する枠組であった。第三に、応能的な利用者負担と最低基準の設定により、少なくとも要介護者の負担にかわりなく、全国共通の福祉水準を確保してきたが、最低基準が低く抑えられ、かつそれが事実上の最高基準とされてきた。第四に、高齢者介護を含む福祉サービスの提供と基盤整備は、市町村の自治事務であり、その実施の程度は地方財政に密接に依存するため、市町村の高齢者福祉予算によりその量、給付対象および内容が規定されていた。第五に、財政責任をも含めた公的責任が明確化され、社会福祉法人に対して措置委託費が支弁されることにより、サービス提供の安定性と継続性が確保されてきた。第六に、介護サービスを住民に配分する際、その優先順序を所得に着目した貧窮度により決定しており、実際には低所得者を対象にした選別的な制度となった(伊藤周平『介護保険法と権利保障』(法律文化社、二〇〇八年)三九―五一頁参照)。これに加えて、老人福祉法制の主要財源が公費であったため、国・地方を問わず、年度の予算により時の高齢者福祉に係る行政の規模が規定された。そして、老人福祉施設などの増設のみならず、個別の措置決定の判断についても財政的制約が強く働いていた。このような老人福祉関係通達や要綱の高齢者福祉行政に対する抑制的側面を看過すべきではない。また、生活保護基準にかかる厚生大臣の裁量として国の財政事情を含む専門技術かつ政策的判断の必要性を認めた裁量法理は、朝日訴訟上告審判決(最高裁昭和四二年五月二四日大法院判決・民集二二巻五号一〇四三頁)をはじめとする裁判例の積み重ねにより定着したと考えられる。近時、最高裁平成二四年四月二日第二小法院判決(判例タイムズ一三七一号八九頁)は、生活保護基準中の老齢加算に係る改定の際に、最低限度の生活を維持する上で老齢であることに起因する特別なニーズが存在するといえるか否かを判断するにあたって、厚生労働大臣に国の財政事情を含めた多方面にわたる専門技術かつ政策的な見地からの裁量権が認められる、と判示した。そして、生活保護法のような措置決定の仕組みを採用する老人福祉法の解釈についても同様の判例法理が広く用いられて

きた(たとえば大阪ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件に関する大阪地裁平成一〇年九月二十九日判決・賃金と社会保障
一二三四号三〇頁)。このような動向の下で、措置制度における福祉利用抑制の仕組みがますます強まってきた。これは措置制
度の構造的特徴であると同時に、老人福祉の増進という制度趣旨の実現を妨げた大きな要因でもあったと考えられる。

- (36) 二〇〇〇年四月に発足した介護保険制度は、高齢者介護問題に対してより広く対応するために、これまでの措置制度の解体を行
い、財政的制約に導かれた福祉抑制の傾向という制度のゆがみを解消する試みである。介護保険制度の制定過程での議論や関係
政府文書によれば、介護の財政負担または財源確保の問題を一举に解決することこそ介護保険制度の最大の関心であると考えら
れる。ところが、介護給付と利用者負担を連動させる構造をもつ介護保険においては、老人福祉関連措置における財政的制約と
異なる様相が現れる。制度構造上、介護利用の抑制機能が直接または間接に作用する以上、それは要介護被保険者の権利の実態
を規定するものであって、かつての措置制度と程度の差こそあれ、質的に異なるものとはいえないであろう。この点に関する検
討は別稿に譲る。

- (37) 東京地裁昭和三十五年十月十九日判決・判例時報二四二号二頁、東京高裁昭和三十八年十一月四日判決・判例時報三五五号一頁お
よび最高裁昭和四二年五月二四日大法廷判決・民集二二卷五号一〇四三頁。

- (38) 日本では、社会保障給付に関する通則法的な実定法が存在せず、社会保障給付とその範囲は個別法の総括によるほかない。一般
には、社会保険に係る給付、拠出義務を前提せずに定型的給付を行う公的扶助あるいは社会手当の給付、および非定型的なニ
ーズに対して金銭・現物・サービスの給付により直接に個々のニーズを充足する社会福祉給付、という三つの給付の総称としてと
らえる。

- (39) 当時、福祉利用を求める者の申請権や請求権を認めていくため、職権措置のとらえ方を見直して、利用者の法的地位あるいは法
的主体性を向上・回復することが必要であるという認識が徐々に論者の間に広まった。そして、権利保障の実現アプローチにつ

いて、法技術上、権利状態の形成・変動に働きかける法的仕組みのとらえ方の相違に応じて、①福祉裁量の統制、②社会保険制度の導入、③契約方式の導入、の三つの方向性が論じられてきた。その詳細は後述する。

(40) 措置利用に生じた権利阻害構造と福祉措置の司法審査の問題に関し、又坂常人「社会保障受給権と行政裁量の関係についての若干の考察(一)」自治研究五八卷一〇号(一九八二年)参照。

(41) 同前掲注(2)昭和六二年「指針」参照。

(42) 最高裁昭和四二年五月二四日大法廷判決・民集二一巻五号一〇四三頁。

(43) 又坂・前掲注(40)・一五三頁参照。

(44) 朝日訴訟を検討素材に、イギリス法との比較考察を踏まえ、生存権の保障(救済)制度の構築について、いちはやく「権利」と「決定」を調和させるための新たな概念の必要性を唱えた先駆的研究として、下山瑛二「サービス行政における権利と決定―生活保障行政を素材として―」田中二郎先生古稀記念『公法の理論(中)』(有斐閣、一九七六年)(同『人権と行政救済法』(三省堂、一九七九年)所収)。その後、ドイツ社会法との比較研究のなかで、又坂・前掲注(40)、同「社会保障受給権と行政裁量の関係についての若干の考察(二)(三)」自治研究五八卷十一・十二号(一九八二年)は、社会保障受給権と行政裁量の関係について、給付請求権の存否と権利内容の形成との区別を踏まえて、両者の性質の相違によりその裁量余地は同一ではなく、裁判所の事後審査のあり方も異なると述べ、また、ドイツ社会法における社会保障給付の「個別化の原則」に示唆を受けて、給付請求権の内容と程度の形成に対する給付主体の合義務的裁量といい、給付内容の形成に関する保護基準や入所基準などの片面的拘束力を指摘しながら、上記の基準によらず給付内容の変更や増額請求を行う実体法上の請求権を主張する。

(45) 実は、この問題意識は、すでに一九六〇年代中ごろの給付行政や非権力行政に係る議論の中に見られるものである。初期の文献としてその後の議論に大きな影響を与えたのは、成田頼明「行政法の側面から見た社会保障法(上)(下)」ジュリスト二九八

三〇二号（一九六四年）である。成田教授は、生活保護や社会保険など社会保障の法律関係を行政法観点からいかにとらえるべきかについて、以下のように指摘した。国民の最低生活を保障し、その福祉を増進するための社会保障行政は、「個人の自由および財産権を命令・強制によつて規制する干渉行政に対置される新たな公行政の作用分野を構成」し、「その実施主体である公行政がその任務を果たす」ために、「これまでに公法や私法の分野で発達してきた各種の法形態や法技術」が豊富に用いられている。そして、このような法律関係の設定・形成の手段に関し、「どの法律手段が用いられるにせよ、それらは、社会保障法の意図する目的を果たすためのいわば手段にしか過ぎないから、社会保障法固有の趣旨・目的に照らしてその偏差を修正しなくてはならない」。そして、それに適用される法原理は干渉行政の場合と同一のものではなく、実定法の規定に照らして制度ごとに個々の解明することが必要である。生活保護を例として、その法律関係は行政処分によつて形成された後にも引き続き行政の広汎な指導・指示などの関与を受ける。しかし、これらの公権力の行使とその他の類似行為は警察作用の分野に見られるものに比べてかなり異なつた点があり、「仮に公権力の行使とみるとしても、それは緩和され・弱められた公権力であつて干渉行政の分野にみられる命令・強制とは著しく性質を異にする」ため、「本来の権力関係とは言えそうもない」（同論文（上）二二六～二二八頁参照）。そのほかにも、生活保護や社会保険給付関係に関し、かかる処分を非権力的な行為としてとらえ、受給者に対して継続的に事実上の支配力を及ぼすような法律関係が存在するという考えもあつた。園部Ⅱ田中館Ⅱ石本編『社会保障行政法』（有斐閣、一九八〇年）一〇五頁参照（田中館照橋執筆）。また、ドイツでの「法関係」説を紹介しながら、社会保障行政法関係の特徴を整理し、社会保障給付の決定や措置の決定が「そもそも権力的要素のすくないものであり、……行政行為として理論構成されているのも、技術的要請にもとづくもの」だと指摘し、行政と市民との関係が柔軟かつ多様な形で形成されうることを示したのもとして、宮崎良夫「社会保障行政と行政法の課題」社会保障法一〇号（一九九五年）一五～二〇頁以下。

(46) 下山教授は、このことを「法の柔軟性」とも呼んでいる。社会保障制度に必然的に内在する「柔軟性」という要素をいかに法的

に構成するかが社会保障法の基本問題である、という思考がそこにつながえよう。下山・前掲注(44)・六三三五頁参照。

(47) 又坂・前掲注(40)・一五七頁参照。

(48) 以下、下山・前掲注(44)・六六一頁参照。

(49) これは市民の法的地位の安定性確保にもとづくものともいえよう。社会保障給付への国民の依存度の増大という状況の下で、社会保障給付の受給を厳格な権利概念を通じて把握し、権利成立の要件を明確にすることにより、「給付に対する予見可能性」および「給付に関する法の安定性」を確保することが可能となる。また、原則的に「その権利を法的請求権として保護し、法律の規定によって明示的に裁量行使が授權されている場合以外は請求権の存在を承認すること」が、憲法二五条の趣旨にふさわしい解釈である。又坂・前掲注(44) (三三)・一三八頁参照。

(50) 下山・前掲注(44)・六六一頁参照。

(51) 又坂・前掲注(44) (三三)・一三八頁参照。予測しえない受給者個人の個別的な事情を考慮し、受給者の希望に即しながら、可能な限り適切な合目的的方法により適当と認める給付内容を作り上げることが、そもそも「社会行政の本質的な任務の一つ」である。

(52) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂、一九七九年)三六〇三九頁は、早くから、給付の内容や水準の決定に係る行政の政策形成的裁量事項について司法審査を求めるにあたって、「行政庁が決定を下すに至るまでの推論過程に公正を疑わせるような不合理な行為が介在しなかったかどうかを手続的・形式的側面から追及していくことが」より効果的であると指摘し、手続的側面からの司法審査手法の有用性を説いた。

(53) 河野・前掲注(18)・一一頁および三三六頁参照。

(54) 社会保障給付に係るニーズ充足の種類との関連で、要保障者の生活上のニーズについて、貨幣で直接に満足できる「貨幣的ニ

ズ」と、金銭を財やサービスの購入に充ててはじめてニーズが満たされうる「非貨幣的ニーズ」との両者を、概念的に区別することができる。そして、それぞれの保障方法として、前者については貨幣の形態での被保障者に対する金銭給付、後者については財またはサービスの形態で支給される現物給付が行われる。社会保障給付は基本的にこの両者のいずれかの形態で行われる。次の四つの場面、すなわち、金銭給付で生活上必要な財やサービスが購入できない場合、要保障者のニーズを満たすために一定の財やサービスの消費が強制的である場合、個々の利用者ニーズに極端な差があるために一律定型的な金銭給付では目的達成が困難である場合、および金銭給付より現物給付を行ったほうが要保障者にとって便宜である場合には、現物給付のほうが望ましい（堀勝洋『社会保障法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、二〇〇四年）三八―三九頁参照）。あわせて福祉利用の要保障状態の可変的特質に鑑みれば、社会保障給付に係るニーズの「非貨幣的」性質は明らかであろう。

(55) この規定は、利用者の「自立」支援という制度改正趣旨にしたがって、戦後の日本における社会保障制度の共通基盤を定めた旧社会福祉事業法（昭和二十六年三月二十九日法律第四十五号）三条の規定の内容を少々修正した定義である。

(56) 生活保護や社会福祉などの分野における行政規則の運用実態に関する実証的研究を行い、要綱行政という法現象を緻密に分析し先駆的研究として、大橋洋一『行政規則の法理とその実態』（有斐閣、一九八九年）第二章および第四章がある。

(57) 通達・要綱などの行政規則にもとづく給付の決定について、かつての下級審の裁判例では、法律または条例の根拠を要するとの理由でその処分性を否定するものが多かった。処分性を認めるために法律上の根拠が必ず必要か否かについて、最高裁の態度は明確ではなかったが、労災就学援護費不支給決定取消事件（最高裁平成十五年九月四日第一小法廷判決・判例時報一八四一―八九頁）により、一定の条件の下で法の体系的解釈により緩やかに処分の上の根拠を認める可能性が示された。すなわち、法律上、a 給付の決定を処分とする根拠規定があるが、別の b 給付の決定を処分とする明文規定がない場合に、体系的解釈により、b 給付が a 給付の補完するものであると認めうるならば、関連の強い給付を処分と認める法律・条例上の規定あるいは授權委任の

規定があることを前提に、a 給付決定と同様な制度的仕組みを定める行政規則にもとづくb 給付決定について、その処分性が認められた。

- (58) たとえば、養護老人ホームなどの入所判定手続は、主に当時厚生省社会局長から各都道府県知事指定都都市市長あてに発せられた通知である「老人ホームの入所判定について」(一九八四(昭和五九)年九月二〇日社老第一〇七号)により形成されたものであった。また、在宅福祉の利用手続については、たとえば大阪市ホームヘルプサービス事業運営要綱およびその事務細則である大阪市ホームヘルプサービス事業事務要領(一九九二(平成四)年四月一日制定)など、措置権者である各市町村が制定した要綱が存した。
- (59) 大橋・前掲注56・三二四頁参照。

- (60) 福祉利用に係る事前手続の不備が従来問題視されてきたものの、一九九三年の行政手続法の制定当時、福祉分野だけでなく、社会保障領域全般にわたる全面的な手続整備の動きはなかった。神長勲「福祉行政における裁量と手続」季刊社会保障二九卷三号(一九九三年)二四九頁参照。福祉行政手続に関する検討として、神長・前掲論文、又坂常人「福祉行政手続」磯部Ⅱ小早川編『自治体法学全集4自治体行政手続法』(学陽書房、一九九三年)二三九〜二四一頁、橋本宏子「福祉行政と法 高齢者福祉サービスの実態」(尚学社、一九九五年)第四章、室井Ⅱ紙野編著『地方自治体と行政手続』(新日本法規出版、一九九六年)二四七頁および二五一〜二六三頁(本多滝夫執筆)、石山ちぐさ「高齢者福祉サービスにおける権利の手続的保障」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル四号(一九九七年)一〜二九頁、前田雅子「社会保障における行政手続の現状と課題」ジュリスト一三〇四号(二〇〇六年)十八頁以下など参照。

- (61) ただし、老人福祉法の改正経過を振り返ってみれば、一九八六(昭和六一)年改正以前の老人福祉法三〇条と三一条には老人ホーム等施設の入所措置に関する審査請求と再審査請求の規定が存した。これらの規定は、機関委任事務であった入所措置に関して、行政不服審査法の一般原則に対する特則として定められたものであった。しかし、一九八六年の機関委任事務の整理・合

理化に関する法律による老人福祉法の改正に伴い、老人ホームの入所措置が団体委任事務とされると同時に、削除された（厚生省社会局老人福祉課監修『改訂老人福祉法の解説（改訂版）』（中央法規出版、一九八七年）三四三頁以下参照）。この改正趣旨に鑑みて、かかる措置に対する不服申立ては行政不服審査法の一般原則にしたがうべきという見解も有力である。坂田健夫「大阪市ホームヘルパー派遣請求訴訟・大阪地判の問題点を衝く」賃金と社会保障二四五号（一九九九年）八頁参照。

(62) 厚生省社会局老人福祉課監修・前掲注(61)・八八頁参照。

(63) 確かに、福祉利用の過程から見ると、実体法上の請求権の有無と手続上の申請の要否との間には関連性があるように見えるが、より論理的に考えれば、両者は異なったものであると考えられる。すなわち、本来、老人福祉法では、福祉を受けることが権利か否かという実体的問題と、福祉利用の開始について申請を待つて行うのを原則とするか、職権によるのを原則とするかという手続的問題との間には、必ずしも必然的関連はない。もちろん、要介護者・要援護者の特性から考えると、福祉利用の開始について、申請主義よりも職権主義にもとづく積極的な措置権限の行使の方が、より生存権保障の目的に応えるものだと考えられる。ただ、その場合には、申請のいかんにかかわらず、給付を受ける権利を認めたと解すべきであり、「∴むしろ、申請を保護開始の絶対的条件とすることこそかえって保護を受ける権利の保障を全くするゆえんでないとさえいえるのである」。西原∥小川・前掲注(20)・三七五頁（小川政亮執筆）参照。請求権の有無と申請の要否との関連性という問題を取り上げ、社会保障の各領域を対象に、私人の権利と行政決定との関係を分析したものとして、太田匡彦「権利・決定・対価（一）（三）」法学協会雑誌一一六巻二二二五号（一九九九年）。

(64) 福祉サービスに係る権利の曖昧性については、その原因を次の三点に求めることができる。第一に、法律上、保障される福祉サービスの種類、個々の福祉サービスの範囲および方法が明確に規定されておらず、法文上は対人福祉サービスが単に「指導」や「措置」と表現されているにとどまること。第二に、要保護者の措置請求権を明記する規定形式が採られていないこと。第三に、福

社サービスの公的責任、公私分離原則が貫徹されていなかったこと、である。河野・前掲注(8)・五五～五六頁参照。

(65) たとえば、行政解釈によれば、居宅介護サービスや老人ホームの入所を必要とする高齢者にとって、措置を受けることによりかかる給付を受給することは「利用者に与えられた権利ではなく、単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である」とされてきた。厚生省社会局老人福祉課・前掲注(6)・八八～八九頁。一見積極的に見える老人福祉行政は、措置権者たる市町村に、給付の可否さらには給付内容の程度を決定する裁量権を与える結果をもたらした。そのため、利用者には、権利主体でなく、要保護・管理の対象でしかない「客体」的存在だと考えられた。

(66) 養護老人ホームの入所「措置から派生する反射的利益にすぎない」(東京高裁平成四年十一月三〇日判決および最高裁平成五年七月十九日判決、ともに判例集未掲載)。

(67) たとえば、大阪ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件(大阪地裁平成一〇年九月二九日判決・賃金と社会保障一二三四号三〇頁、大阪高裁平成十三年六月二一日判決・判例地方自治二二八号七二頁)。

(68) 前掲大阪ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件において、第一審は、「ホームヘルパーの派遣の要否、回数や時間、それによる介護内容の決定は、対象者のADL、介護者の介護能力についての医療面等からの専門技術的判断を要するとともに、……派遣されるホームヘルパーの人的資源にも制約があることから、……福祉事務所長の裁量」に委ねられ、また、ホームヘルパーの「供給が恒常的に不足する状態で」、被告地方公共団体にその「増員を図るべき政治責任がある」といえても、厳しい財政状況の中で高齢者保健福祉計画所定目標水準に達しえなかったことは、ほかの政令指定都市と比較してより劣るものとはいえず、「その増員について法律上違法であると評価するほど明白かつ著しい懈怠があると言えない」と判示した。また、控訴審は地裁の判断を維持しながら、さらに、最低限度の「日常生活維持レベル」のホームヘルパーサービスの実践について「行政庁の具体的な認定判断」に委ねられるものと判示した。

- (69) 最高裁昭和四二年五月二四日大法廷判決・民集二一卷五号一〇四三頁。
- (70) 最高裁昭和五七年七月七日大法廷判決・民集三六卷七号一二三五頁。
- (71) 前田雅子「生存権の実現にかかわる行政裁量の統制」社会問題研究四六卷二二号（一九九七年）六頁参照。
- (72) 戦後のドイツ法を参考にし、社会保障関連給付を受ける権利を個人的権利の性質を持つものとしてとらえ、社会保障の受給者に公権利としての保護を与える必要性を早くから唱えていたものとして、成田・前掲注(45)（上）・二五～二六頁。さらに、社会保障給付を受ける権利の特殊性について、成田教授は次のように指摘していた。社会保障関係法において一般私人に付与される権利が個人的な公権利の性質も持つものと考えても、訴訟手続や実体法上公法的な特殊の処理を要するという必然性はない。社会保障関係係法において特別の規定が設けられても、それらは「最低限度の生活を維持できるようにするための国家的給付であるという特殊性にもとづいて、一般の私権と異なった保護を与えるための立法政策的に設けられたものということができよう」（同論文・二六頁参照）。また、その後、戦後ドイツにおける社会保障受給権の理論展開と実定法の動向を紹介し、日本法への継受の可能性を示したものとして、又坂・前掲注(40)などがある。
- (73) イギリス法との比較法的考察を通じ、社会保障の権利に関する思考方法の転換の必要性を主張したものとして、下山・前掲注(44)を参照。
- (74) 原田・前掲注(52)・三六～三九頁、園部ほか編・前掲注(45)・一一四～一一五頁（田中館照橋執筆）など。
- (75) 園部ほか編・同掲注(44)・六二六頁以下（河野正輝執筆）。
- (76) 福祉の権利の体系化と理論構築に関する主な先行研究として、小川政亮「社会保障に関する法律権利」行政法講座第六卷「行政作用」（有斐閣、一九六六年）二二〇～二三六頁（小川政亮著作集第一卷『人権としての社会保障』（大月書店、二〇〇七年）所収）、河野・前掲注(18)などがある。

- (77) 下山・前掲注(44)・六五九～六六〇頁参照。
- (78) 宮崎良夫「社会保障行政と権利保護」東京大学社会科学研究所編『福祉国家第4巻日本の法と福祉』（東京大学出版会、一九八四年）二八三頁（同『行政争訟と行政法学』（弘文堂、一九九一年）所収）参照。
- (79) 又坂常人「権利救済手続の諸問題」社会保障法一〇号（一九九五年）七三頁以下、同「行政の法的行為形式の多様化と権利救済手続の諸課題（二）」信州大学法学論集六号（二〇〇四年）一四七頁以下など参照。
- (80) たとえば、堀勝洋「養護老人ホームの個室への入所を請求しうる具体的権利がないとされた事例（森訴訟第一審判決）」（横浜地裁平成四年一月二九日判決、未掲載）季刊社会保障研究二八巻四号（一九九三年）四三八頁以下、同・同事件控訴審および上告審判決（東京高裁平成四年一月三〇日判決および最高裁平成五年七月十九日第二小法廷判決、全て未掲載）評釈・季刊社会保障研究三三巻一号（一九九六年）八〇頁以下参照。また、大阪市ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件の第一審判決（大阪地裁平成一〇年九月二九日判決・判例タイムズ一〇二二号一五〇頁）について、倉田聡「老人福祉法にもとづく在宅介護サービスの供給とその法的性格」ジュリスト一一五九号（一九九九年）一〇七～一〇八頁、橋本宏子「ヘルパー派遣請求訴訟と介護を受ける権利」賃金と社会保障一二四五号（一九九九年）十一頁以下、前田雅子「介護保障請求権についての考察」賃金と社会保障一二四五号（一九九九年）十九～二三頁など参照。同事件控訴審判決について、東條武治「解説」判例地方自治三三三三号（二〇〇三年）一〇七～一〇八頁など参照。
- (81) 河野・前掲注(18)・二七一～二七二頁参照。
- (82) 行政法上の議論は、ほぼ福祉裁量の裁判統制を中心に展開されてきたといえる。主要な文献として、下山・前掲注(44)、神長勲「福祉と行政法」法の科学一〇号（一九八二年）、同・前掲注(60)、江橋崇「生存権実現と行政の課題」ジュリスト八五九号（一九八六年）、又坂・前掲注(40)、同「福祉の措置」の法律問題」雄川一郎先生献呈「行政法の諸問題下」（有斐閣、一九九〇年）、河野・

前掲注(8)・六七頁以下、前田・前掲注(7)および前掲注(8)、秋元美世「措置制度の諸問題―『反射的利益論』と権利性の確保問題をめぐって―」社会福祉研究六六号(一九九六年)、同「福祉給付における権利と決定―措置制度と公的介護保険制度―」社会保障法十二号(一九九七年)など。前掲注(8)の各評釈のほかに、東京大田区ホームヘルパー派遣申請不承認処分取消等請求事件(東京地裁平成八年七月三十一日判決、判例時報一五九三号四一頁)について、秋元美世「評釈」季刊社会保障研究三四卷三号(一九九八年)など。

- (83) 新たな介護システムとして社会保険方式の導入を具体的に提起した、厚生省委託・高齢者介護・自立支援システム研究会報告「新たな高齢者介護システムの構築を目指して」(一九九四年十二月) 八八頁は、「措置制度と比べると、利用者の権利的性格が強」と説明している (<http://www.ipss.go.jp/publication/shiryu/no.13/data/shiryu/syakafukushi/514.pdf>)。最終アクセス2013/03/03。)
- うした論じ方はその後の政府報告書にもよく見かけられる。類似の見解につき、池田・前掲注(8)・三四―三五頁、堀・前掲注(54)四五頁および二二〇頁、石橋敏郎「介護保険給付」河野ほか編著『社会保険改革の法理と将来像』(法律文化社、二〇一〇年)九〇頁参照。

- (84) 介護保険法に至る政策形成と立案の流れに関して、河野正輝「佐藤進編『介護保険法―権利としての介護保険に向けて―』(法律文化社、一九九七年)二五頁以下「佐藤進執筆」参照。

- (85) すなわち、純然たる私法関係と区別して扱われるべき公益上の必要性があるために、特殊の法的取扱を認めるところに公法関係としての特殊性があり、そして、こうした公法と私法が混合して支配する行政分野も行政法の対象範囲に含まれるものとして法治主義的な制約を受けるべきであるという思考様式は、戦後日本行政法学の基本的姿勢であった。たとえば、公法関係に関し、行政主体の優越的な意思表示にもとづく権力関係または支配関係に對置し、公共の福祉を保護するために特殊の法的規律に服せしめることによって本来の(対等的私人相互間の)私法関係に修正的效果をもたらす「管理関係または役務提供関係」を、非権

力行政に対応する範疇概念として提示した田中二郎博士の見解(同『行政法総論』(有斐閣、一九五七年)二一五頁以下、同『新版行政法上巻(全訂第二版)』(弘文堂、一九七四年)三四～三五頁および七九～八三頁参照)、あるいは上記の区別を認め、公行政の本来の任務達成手段として行政主体が私法形式を用いた場合、当該管理作用に関する法律関係は本質的に私法上の当事者関係であるが、公共の福祉を理由とする特別な定めがある限りで「公法上の当事者関係・契約関係」となると述べた山田幸男教授の見解(同『行政法の展開と市民法』(有斐閣、一九六一年)一八二頁)など。また、非権力行政あるいは給付行政の法現象を正面からとらえて当該分野の理論構成の方向性を示した初期の文献として、成田頼明「非権力行政」公法研究二八号(一九六六年)、山田幸男「給付行政法の理論」岩波講座『現代法4現代の行政』(岩波、一九六六年)などがある。

- (86) 「特別な規定がない限り、契約形式の推定が働く」ものとされる(塩野宏『行政法Ⅰ〔第五版〕』(有斐閣、二〇〇九年)一九〇頁参照)。また、「契約関係上の行為として構成しうる行為が行政行為とされるのは…行政体に特有の強制の制度と結合させようとする立法政策、あるいは強制の制度と結合した行政行為に随伴して創設されてきた特有の権利保護ないし権利救済制度の適用対象とすることで行政内部の統一性の確保および行政行為の相手方の権利利益の保護・救済と法関係の早期の確定を図ろうとする立法政策に由来する」市橋⇨榊原⇨本多⇨平田『アクチュアル行政法』(法律文化社、二〇一〇年)八九頁参照(本多滝夫執筆)。
- (87) 当該判決は、処分性を定式化したリーディング・ケース(ごみ焼却場設置条例無効確認等請求事件)である。この事件は「行政事件訴訟特例法時代の判決であるが、行政事件訴訟法の下でも妥当するものである」とされる(塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版〕』(有斐閣、二〇一〇年)一〇三頁)。

(88) 山田・前掲注(85)『行政法の展開と市民法』一八二頁参照。

(89) 成田・前掲注(45)(上)・二三頁参照。

(90) 宮崎・前掲注(45)・二〇頁参照。

- (91) この見解は保険給付の決定等処分を具体的給付請求権の取得要件と認めた実務上の支配的見解（最高裁昭和二十九年十一月二六日第二小法廷判決・民集八卷一―号二〇七五頁および二〇七七頁）と異なり、かかる給付決定処分の公定力または形成力を否定する考え方である（成田・前掲注(45)（上）・二三三頁参照）。
- (92) 同上注・二四頁参照。また、宮崎・前掲注(45)・一九―二〇頁、同旨。
- (93) 行政行為と契約関係の交錯現象を論じた小早川光郎「契約と行政行為」岩波講座『基本法学4契約』（一九八四年）がある。近時、このとらえ方を受けて、行政行為と契約の組合せを社会福祉利用関係の形成についての法的仕組み一般として把握するものとして、原田・前掲注(7)、大橋洋一『行政法 現代行政過程（第2版）』（有斐閣、二〇〇四年）三六〇頁、又坂・前掲注(79)などがある。
- (94) 小早川・前掲注(93)・一二七頁参照。
- (95) 前田・前掲注(7)・二七―二八頁および同「社会保障の法関係」ジュリスト増刊『行政法の争点（第3版）』（有斐閣、二〇〇四年）二三三頁参照。
- (96) 時間的には、「福祉サービスを利用するための契約」は介護保険制度の施行に伴い、二〇〇〇年の社会福祉法における「第八章 福祉サービスの適切な利用」の新設によりはじめて利用手法として制度化された（同法七六条、七七条）。
- (97) いわゆる私保険における「給付反対給付均等の原則」と「収支相当の原則」であり、社会保険の保険性とも称される。社会保険は、社会性や扶養的要素（強制加入や保険料減免等）を加えることで、この保険性や保険要素を修正したものである。河野正輝「社会保険の概念」同ほか編著『社会保険改革の法理と将来像』（法律文化社、二〇一〇年）三頁以下参照。
- (98) 石橋・前掲注(83)・九〇頁参照。

（未完）