

適切な福祉利用の確保とその公法的構成（三）

林 倬 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、二四九号）

二 分節化の諸側面

第二章 適切な介護利用の確保手法

第一節 決定と利用契約の機能分担

- 一 適切な介護利用の法的仕組み
- 二 ニーズ判定のための複合手法

第二節 介護サービス内容の交渉による形成

- 一 交渉過程の制度化

- 二 利用者の選択権行使（以上、二五二号）

第三節 要介護等認定とその法的位置づけ

- 一 保険給付請求権に対する応答

- 二 介護契約に対する制約（以上、本号）

第三章 要介護等認定の適正判断

おわりに

第三節 要介護等認定とその法的位置づけ

介護保険法にもとづく種々の保険給付による介護サービスを利用するには、介護保険への加入という基礎的法的関係の成立がその前提であり、また、具体的なサービス利用関係の形成または確定にあたり、適切な介護利用の確保のために、要介護等認定と介護契約などの行為形式の組合せがニーズ判定の仕組みとして用いられてい

ることは、すでにのべた。ここにおいては、要介護等認定と介護契約との間にいかなる結合関係が存在するか、また、いかなる制度的仕組みによって両者が関連づけられているかについて、なお検討を進める必要がある。この問題は、介護保険制度における要介護認定または要支援認定（以下、とくに説明しない限り、あわせて「要介護等認定」とする。）には、どのような法的仕組みによっていかなる法的効果が付与されているか、ということでもある。

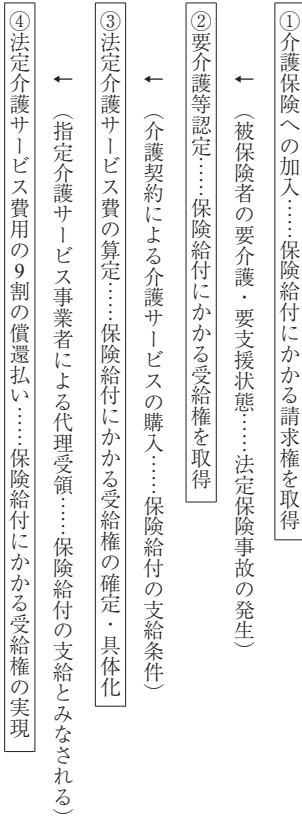
そこで、以下、本節では、上述の問題に即して、介護保険法にもとづく種々の給付そのものの特色を明らかにするとともに、現行法の下での要介護等認定にかかる法的仕組みを分析し、その法的位置づけをのべながら、新たに現れた問題についてもあわせて検討していきたい。

#### 一 保険給付請求権に対する応答

1 被保険者の要介護状態または要支援状態に対して必要な保険給付を行う介護保険制度において（介護保険法二条一項）、法定介護サービスに要する費用の補填をその内容とする保険給付は、介護給付、予防給付、市町村特別給付の三種類に分けられる（十八條、四十條各号、五二條各号および六二條）。この保険給付の支給を求めようとする被保険者は、自らが要介護者または要支援者に該当すること、およびその該当する要介護または要支援状態区分について、市町村の認定を受けなければならない（十九條一項・二項）。この要介護等認定は、保険給付の支給申請を行った被保険者について、要介護性の有無と程度、すなわち受給資格の該当性を審査・判定するものである。そして、同法によると、要介護等認定を受けた被保険者が自ら選定する指定介護サービス事業者に被保険者証を提示して居宅介護サービスや施設サービスなどを受けた場合、当該指定介護サービス事業者に

支払うべき費用について、利用者である要介護被保険者に代わり、保険者である市町村が法定支給限度内で法令により算定される必要な費用の合計額の九割を支払う、という規定がなされている（四一条一項～四項・六項や四八条一項・二項・四項など）。そして、指定介護サービス事業者から当該費用の請求があつたときは、市町村は厚生労働省令および厚生労働大臣が定める基準に照らして審査し、それを支払うものとされている（四一条九項・十二項や四八条六項・八項など）。なお、前述の支払いがあつたときは、要介護被保険者に対して介護サービス費の支給があつたものとみなされる（四一条七項や四八条五項など）。

これをまとめると、介護保険法にもとづく諸給付の受給について、被保険者の法的地位は、基本的に以下の図式の順で具体的に実現されていくものといえよう。



2 介護保険法十九条、二七条一項および三条一項をみると、要介護被保険者が介護保険給付を「請求できる」

というような請求権的な表現はとられていない。同法では、法定介護サービス費の支給を受けるには、まず介護保険給付の受給資格を取得すること、すなわち被保険者が要介護等認定を受けることを要する。右記の図式②の段階がこれにあたる。具体的には、要介護等認定を受けようとする被保険者は、法令にしたがって申請書に被保険者証を添付して市町村に申請をしなければならぬ(二七条一項および三二条一項)。この申請に対して、保険者である市町村は、申請を行った被保険者の要介護状態について、介護認定審査会の審査および判定の結果にもとづき要介護者の該当性を認定し、当該認定にかかる被保険者にその結果を通知し、要介護状態区分、認定審査会の意見または利用しうるサービスの種類の指定などの事項を被保険者証に記載してこれを返付するものと定められている(二七条七項・九項、三二条六項・八項および三七条一項)。このように、要介護等認定にかかる申請とその審査・判定手続は法定され、こうした申請に対して市町村が応答すべき義務も明定されている。また、介護保険法上の諸給付に関して、要介護被保険者には、法令にもとづき申請あるいは請求をすることができるという法的地位、すなわち保険給付請求権の行使にあたって保険給付の支給開始を求めるとして申請権を有することが認められている<sup>1)</sup>。

にもかかわらず、介護保険法では、市町村の要介護等認定をまっしてはじめて個別保険給付にかかる受給権が発生するという構造となっている<sup>2)</sup>。ここで、市町村の要介護等認定は、法令にもとづく受給資格の有無にかかる申請に対して諾否の応答を行う処分であるが、要介護等認定の法的効果は、介護保険給付の支給対象者となる資格を得ることにすぎない。いいかえれば、介護保険の加入者である要介護者は、自身の要介護状態の発生により、法定保険給付の請求権を行使することができるものの、介護保険法十九条、二七条一項および三二条一項によれば、この申請は介護保険給付の支給手続の開始を働きかけるものとどまる。したがって、個別保険給付の支給

については、要介護被保険者の受給権が要介護等認定によって発生し、また、前出の四〇六頁の図式③に示された法定介護サービス費の算定プロセスを経てはじめて、介護保険給付の受給内容が具体的に確定される。

このように、介護保険法による諸給付の支給過程における一つの結節点としての要介護等認定は、被保険者の申請権行使に対する市町村の応答であり、当該被保険者の保険給付受給権を具体化するという法的効果を生じさせるものである。それに加えて、要介護等認定の有効期間内に、被保険者が法定介護サービス費用の支給を受けられることができるという効果も発生する。<sup>6)</sup> こうした点からすれば、介護保険法では、介護サービス費用の支給を受けうる地位が要介護等認定によって法的に確定する仕組みを採用しているため、利用可能なサービスの提供ないし供給体制の整備が不十分であったとしても、介護サービス費用の受給について要介護被保険者が申請できる地位はとりあえず保障されている、という体裁がとられている。

3 そして、介護保険給付の支給に関しては、要介護被保険者が指定居宅サービス事業者や介護保険施設など（とくに説明しない限り、あわせて「指定介護サービス事業者」という。）から保険給付対象範囲内の居宅サービスや施設サービスなどを受けたときに、当該サービスに要する費用について法定限度内で介護サービス費などとして支給される（介護保険法四一条一項・二項・六項、四三条や四八条一項・二項・四項など）。この「受けたとき」という文言からすれば、法定介護サービス費の支給については、要介護等認定を受けていることだけではなく、実際に介護保険法の適用対象となるサービスなどを利用したことがその支給の開始条件である。<sup>4)</sup> そして、右の指定介護サービス事業者から法定介護サービスを受けたときにはじめて、当該サービスに要する費用の支給を請求することができる。そうすると、当該請求があったときに、前出の四〇六頁に示された図式③と④からなる算定プロセスが開始するといえる。他方で、費用の支払方法は保険給付の種類によって異なる。福祉用具購入費

や住宅改修費などの支給については、厚生労働省令や条例で定める支給限度基準額にもとづき要介護被保険者に支払うものとされている(同法四四条および四五条)。その他の介護サービス費の支給については、原則として、要介護被保険者に代わって、保険者である市町村が、サービスを提供した指定介護サービス事業者に対して支払うことになっている(四一条七項や四八条五項など)。いわゆる指定介護サービス事業者による代理受領である。この場合には、指定介護サービス事業者から右記の費用の請求があったとき、市町村は自ら厚生労働省令または厚生労働大臣が定める基準に照らして当該請求の額を審査したうえで支払い、あるいは上述した審査と支払事務を国民健康保険連合会に委託する(四一条九項・十項や四八条六項・七項など)。

ここで留意すべきは、法定介護サービス費の支給について厚生労働大臣が法令にもとづき支給限度基準額を定める、という規定が存在することである(四三条二項、四四条五項、四五条五項、五五条二項、五六条五項および五七条五項)<sup>6)</sup>。この厚生労働大臣により定められた基準をみると、要介護状態区分に応じて要介護度のランクが定められ、とりわけ居宅介護サービス費または介護予防サービス費の支給について、毎月利用できるサービス<sup>6)</sup>の合計額の上限が要介護度別に設けられて、それぞれ単位数で区分支給限度基準額が掲げられている。また、実際上、支給額を算定するにあたっては、右記の介護度別に設定された区分支給限度基準額、単位単価<sup>7)</sup>および介護サービス費用の算定基準<sup>8)</sup>などの規定にしたがい、まず、算定基準で定められた単位数にしたがって単位の合計数を算定し、そして算定された単位数を一単位の単価に乗じて必要費用の総額を合計し、区分支給限度基準額を超えない範囲内で当該合計額の九割を支給額とする、という算定方法が定められている。そのため、要介護等認定を受けた被保険者ごとに、その要介護状態区分を上述の諸規定にあてはまれば、当該被保険者に支給すべき保険給付の上限が自動的に算出されることになる。こうした算定構造の下では、要介護等認定を受けた被保険者に

とって、要介護状態区分および介護サービス種類の指定を記載した当該認定は、介護保険給付の支給をもって利用できるサービスの種類と範囲を示すものともなる。指定介護サービス事業者との合意にもとづいて介護サービスの具体的な内容（種類別と時間数）を決めるに際しても、要介護被保険者の「選択」が前出の公的介護サービスの支給内容に左右されることは否定できないと思われる。

このようにして、介護サービスの利用については、契約相手方たる指定介護サービス事業者の選択や契約の締結こそ要介護被保険者が自ら行うものの、具体的な契約内容の形成については、要介護等認定の内容、すなわち認定された要介護状態区分に応じた支給限度額および指定された介護給付対象サービスの種類に制約され、またこの枠のなかで、介護支援専門員の援助を通じてあるいは自ら選定した事業者と交渉して、具体的な契約内容が形成・確定される、という構造になっている。このなかでは、被保険者と指定介護サービス事業者との間の契約に先行する要介護等認定は、介護保険給付の枠内で行える介護サービスとその費用負担について当該被保険者が受給可能な給付上限を定める機能を持つこととなる。その結果、要介護被保険者が指定介護サービス事業者との間で締結する介護契約は、要介護等認定<sup>(9)</sup>によって定められた枠に拘束される、という意味において、要介護等認定の法的効果の拡散をみてとることができる。ここにおいては、保険者である市町村が行う権力的形式たる要介護等認定は、被保険者の要介護状態の該当性に対する判断であるにとどまらず、公的介護サービスの支給上限と利用可能なサービスの種類を含めて介護契約の内容を制約する、いわゆる「枠づけ」としての付随的効果があることに注意を要する。<sup>(10)</sup>



## 二 介護契約に対する制約

1 介護保険法では、介護利用にかかるニーズ判定については、要介護状態の有無とその程度、すなわち受給資格の該当性を判断する段階と、認定された要介護度にあわせて介護内容を確定する段階とに分けられ、そして、この両段階の連続によって一つの介護利用の仕組みがつくりあげられている。受給資格の法定要件に該当するか否かを判断する前段階は、行政関与が必要な領域に属するものとされており、権力的形式たる処分により判定がなされる。その後の介護内容の確定段階は、基本的に利用者の選択権を優先させることが妥当な領域として、行政による決定行為から分離されるとともに、介護サービスの充足の仕方を規律する手法として契約手法が用いられている。前節でのべたように、前後の両段階に用いられる要介護等認定の実施と介護契約の締結という二つの行為形式が一つの法的仕組みの下で組み合わせられ、被保険者個人の要介護状態と介護内容との整合性・照応関係を最もよく実現できるように、両者は、それぞれの制御機能によって、介護サービスの利用関係の確定・具体化のために、相互補完的關係にたつて機能している。すなわち、介護保険法による諸給付を受ける法的地位ないし法律関係の形成・確定にあたっては、具体的な介護サービス内容の決定は、介護の必要の程度に対する判定行為から分離されており、これが介護保険制度の基本的な構造となっている。それにもかかわらず、要介護等認定による介護契約への制約という法的効果が生ずるのはなぜか、またそれはどこから生み出されるのか。この問題については、さらなる検討を要するものと思われる。

要介護等認定による介護契約への制約という法的効果はどのようにして生ずるかという問題を明らかにするためには、上述した両法形式の結合関係はいかなるものか、とりわけ被保険者の要介護状態に対応した介護サービスの内容はどのように定まるか、といった両者間の照応関係を把握することが、一つの手がかりとなるものであ

る。そしてこれについては、介護保険給付の費用算定に用いられる「要介護状態区分」という概念がカギを握るものと考えられる。もちろん、この問題について、立法論のレベルでいかなる規範を設けるべきかを検討することは重要である。ただ、現行制度全般のあり方を問うに際しては、まず現行介護保険法令の枠内で量的・内容的に十分な介護サービスが保障されているか否かを検証することが、問題発見のために有益な作業であると考えられる。そして、こうした課題に向き合うにあたり、適切な介護利用を確保するための解釈論上の分析を進めることも不可欠であろうと思われる。そこで、以下では、この二つの視角を念頭において、要介護状態区分をもとに定められた費用算定に関する条文の規定から、その算定の仕組みを把握し、要介護等認定による介護契約への制約という法的効果の発生原因が何であるかを考えてみたい。

2 介護保険法にいう保険給付としては、具体的には、四〇条各号に定められた介護サービス費等の支給、五二条各号に定められた介護予防サービス費等の支給、および六二条にもとづき条例で定められる市町村特別給付、の三つが挙げられている。四〇条にいう介護サービス費等の支給に関しては、たとえば、指定居宅サービス事業者から居宅介護サービス費の請求があったときは、市町村は同法四一条「第四項各号の厚生労働大臣が定める基準及び第七十四条第二項に規定する指定居宅サービスの事業の設備及び運営に関する基準（指定居宅サービスの取扱いに関する部分に限る。）に照らして審査した上、支払うものとする」（同条九項）と定められている。ここにいう「居宅介護サービス費の額」とは、居宅サービスの区分に応じ、当該サービスに要する平均的な費用の額を勘案し、厚生労働大臣が定める基準により算定した費用の額の百分の九十に相当する額とされている（四項）。そして、「居宅要介護被保険者が居宅サービス等区分ごとに月を単位として厚生労働省令で定める期間において受けた一の居宅サービス等区分に係る居宅サービスにつき支給する居宅介護サービス費の額の総額及び特例

居宅介護サービス費の額の総額並びに地域密着型サービスにつき支給する地域密着型介護サービス費の額の総額及び特例地域密着型介護サービス費の額の総額の合計額は、居宅介護サービス費等区分支給限度基準額を基礎として、厚生労働省令で定めるところにより算定した額の百分の九十に相当する額を超えることができない」(四三一条一項)との、いわゆる居宅介護サービス費等区分支給限度基準額に関する規定がおかれている。また区分支給限度基準額は、「居宅サービス等区分ごと……厚生労働省令で定める期間における当該居宅サービス等区分に係る居宅サービス及び地域密着型サービスの要介護状態区分に応じた標準的な利用の態様、当該居宅サービス及び地域密着型サービスに係る第四十一条第四項各号及び第四十二条の二第二項各号の厚生労働大臣が定める基準等を勘案して厚生労働大臣が定める額」であるものとされている(同条二項)。

右の介護保険法の規定からみれば、要介護等認定の結果と保険給付の内容との間の整合性または照応関係について直接に定める規定は見当たらないものの、保険給付の内容を示す支給額の算定は、主に厚生労働省令または厚生労働大臣が定める基準に委ねられている。同法にもとづき定められた厚生労働省令においては、「要介護状態区分」は、介護サービスに対する必要の程度にかかる測定単位として、要介護度1～5または要支援度1～2に区分され、またその審査および判定の基準が掲げられている。そして、この要介護度または要支援度に応じて保険給付の利用限度のランク付け、すなわち区分支給限度基準額が設定され、あるいは、要介護状態区分や指定介護サービスの提供体制などに応じてサービスごとに支給の基本単位を加算・減算するものとして、サービス種類別に支給標準や計算方法などの算定基準が定められている。<sup>(11)</sup>

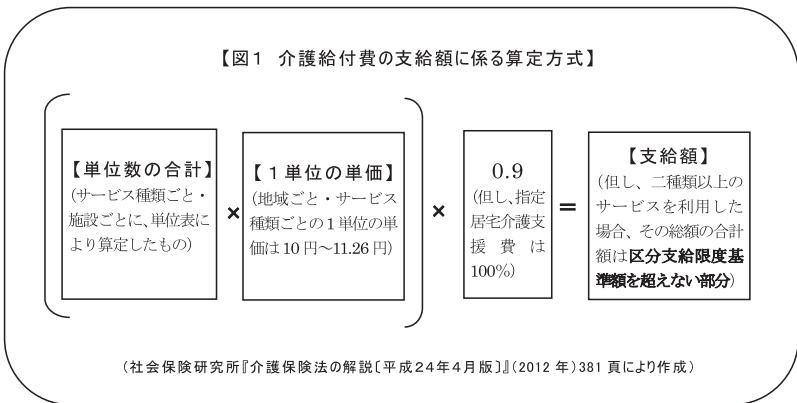
このように、介護保険法という保険給付は、要介護状態区分によって決まる支給限度内の金銭給付であるが、同法上、保険給付の適用対象となるサービスの種類とその費用算定の方法、支給手続や支払いなどについて、一

一般的な規定がおかれ(四一条～四九条および五三条～五九条、原則的に、介護保険給付の支給額はこれらの規定にしたがって算定されている。しかしながら、支給額の具体的な算定は、前出の介護保険法上の諸規定にもとづくのみではなく、厚生労働省令または厚生労働大臣の定める基準にしたがって行われている。前述した「区分支給限度額」とその他の費用算定基準などがこれにあたる。これらの規定は、要介護状態区分に応じて介護サービスの種類を指定し、各指定介護サービスの費用算定などに関する細かな規定を定めている。介護保険法四〇条にいう介護サービス給付費を例にとれば、福祉用具購入費等を除き、その算定基準は介護サービスの種類別に毎回利用する単位数を介護給付費単位数に掲げているとともに、サービスの種類別にその支給の単位数と計算方法をも規定している。すなわち、指定居宅サービス、指定居宅介護支援および指定施設サービスに要する費用の額は、厚生労働大臣が定める各「介護給付費単位数により算定し」て、算定した単位数に「別に厚生労働大臣が定める一単位の単価」<sup>(13)</sup>を乗じるものとされている。

このような諸規定を簡潔に整理すれば、介護サービス給付費の支給額とその合計額に関する計算方式は、図1のように表すことができる。

3 このように、右の費用算定に関する規定は、基本的に要介護状態

【図1 介護給付費の支給額に係る算定方式】

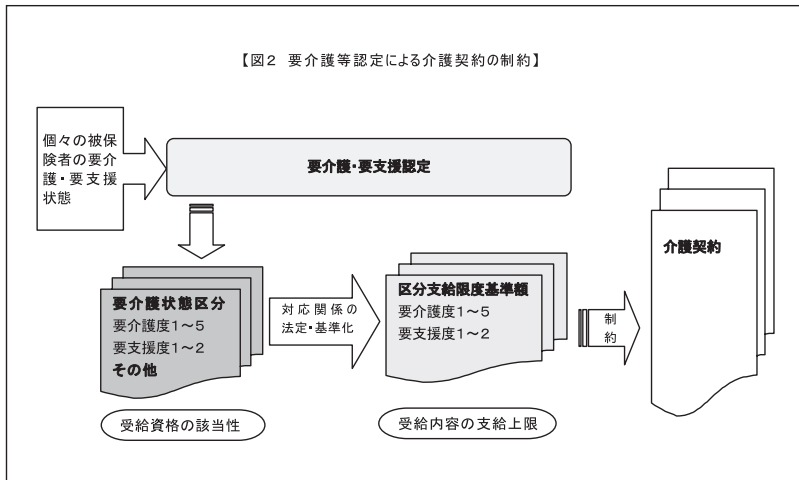


区分という概念をもとにして定められている。指定介護サービスの種類別に定められた介護給付費単位表においては、各指定介護サービスの単位数は、当該サービスの提供体制とその内容別に加えて、要介護度または要支援度のランクに応じて加算・減算されて細かく設定されている。また、区分支給限度基準額は、要介護状態区分すなわち要介護度または要支援度に応じて、月ごとの支給額の上限を単位数で掲げている。もともと要介護状態区分という概念は、もっぱら被保険者の介護サービスに対する必要の程度を類型化するものであり、要介護状態または要支援状態の具体的な特徴を示すとともに、その程度差に応じて要介護度1〜5または要支援度1〜2というランクに分類されている。にもかかわらず、前出の区分支給限度基準額とその他の算定基準などの規定を適用することにより、介護給付費としていくらまで支給されるかという介護保険給付の内容は、右の規定によって定められた支給限度およびサービスの種類に拘束される。というのも、上述の算定基準などの規定においては、介護保険対象となる介護サービスについてその内容が細かく類型化されており、保険給付の対象となるのは、算定基準ごとに掲げられたサービスの種別項目に属するものに限定されているからである。

そして、右の厚生労働省令または厚生労働大臣の告示などにより、介護保険給付の支給範囲が要介護度または要支援度別に応じて規定されており、これにより、要介護状態区分と保険給付との間の照応関係が標準化して規律され、前者に対する後者の内容が序列化されているものといえる。このように、要介護状態に応じていかなる保険給付が支給されるべきかという判断については、受給資格の有無にかかる要介護状態区分という判定行為から分離されたうえで、個々の被保険者に対する市町村の裁量権は認められていない。代わりに、要介護度または要支援度のランクに対応する給付内容の設定は、厚生労働大臣の専門技術・政策的判断に委ねられ、厚生労働省令または規則によって全国一律の支給基準が規定されている。

このような費用算定の仕組みの下において、要介護等認定からはじまる法定介護給付費の算定・支払いまでの過程を把握すれば、要介護状態区分という概念は、要介護等認定の結果を示すものであると同時に、保険給付の支給上限の設定という法的効果と結びつけられた重要な概念でもある。図2に示されるように、要介護状態区分（受給資格の該当性）と区分支給限度基準額（受給内容の支給上限）との照応関係が標準化されているという前提の下で、要介護状態区分という概念があたかもフィルターのようになり、必要と認められる被保険者を選別してその困難度を客観的にはかるための道具として用いられている。そして、判定された要介護度または要支援度を標準化された支給基準の諸規定にあてはめることで、各々の要介護被保険者に支給すべき額の上限が容易に算出されるようになっていく。

しかしながら、もともと要介護等認定とは、各々の被保険者の要介護・要支援状態から介護サービスへの客観的ニーズを審査し、受給資格の有無と要介護性の程度を判断するものであって、介護サービスの利用内容とその見込みの有無の要素は、要介護等認定に際しての配慮事項に含まれていない。すなわち、いかなる



介護給付を受けるのは、本来、右の認定の内容に属しないものであると考えられる。そして、受給資格の有無といった給付要件の認定については専門的知見が必要であるため、その認定は専門技術的事項として、市町村と其の下に設置された介護認定審査会に裁量権行使の余地があるはずである。それにもかかわらず、いかなる給付内容を選択するかについて、すでに厚生労働省令または規則で詳細な規定がなされているため、かような点については裁量の余地が残されていない<sup>(14)</sup>。このように、要介護被保険者のニーズの評価に関して、受給権の有無または具体的な給付内容の決定における恣意的もしくは不適切な行政裁量を抑制しつつ、ニーズ判定を客観的に行うという趣旨が、介護保険制度において再び確かめられているといえよう<sup>(15)</sup>。

4 要介護状態区分によって利用できるサービスの種類や支給限度が決まるといふ法構造の下では、介護契約の内容、すなわち介護サービスの利用内容と具体的なスケジュールの設定が、要介護等認定で定められた支給上限という外枠によって拘束され、右記の限度内で「定型のかつ包括的に定まる」こととなっている<sup>(16)</sup>。

このように要介護被保険者個人の心身状況から客観的に判定された要介護状態区分に応じて、全国一律の支給限度や費用算定基準によって介護契約の内容が典型的に決まるといふことは、保険原理をとりこむ介護保険制度の基本構造になじみやすいものであると説かれる<sup>(17)</sup>。「本来保険というものは、個々人の諸事情や生活状態を考慮せず、一定の基準に従って定型的な給付を行う冷たい部分を持つものである」という認識にもとづき、介護サービスの利用について社会保険制度を用いる以上、個別的なニーズに概括的に対応する定型的な給付となり、その受給量にも一定の上限が設定されることにならざるをえない、ともされている<sup>(18)</sup>。ただし、同じく社会保険方式をとっている公的医療保険は、これとは対照的である。公的医療保険においては、疾病または負傷に関して、被保険者が被保険者証を提示して、自ら選定する指定保険医療機関または保険薬局から健康保険法または国民健康

保険法令で定められた療養の給付を受ける（健康保険法六二条三項および国民健康保険法三六条三項）。また、右の療養の給付に要する費用について、請求があったとき、保険者は厚生労働省令または規則によって算定した金額から一部負担金を控除したうえで、当該請求をした保険医療機関などに支払う（健康保険法七六条および国民健康保険法四五条）。介護保険給付は類似の仕組みを採用しているが、多少異なるところも存在する。両者の最も大きな相違点は、公的医療保険においては、介護保険法という要介護状態区分や区分支給限度基準額などが規定されていないこと、また、療養の給付については現物給付として出来高払い方式が採用されていることである。<sup>(19)</sup>以上の点からすれば、給付内容の上限枠という問題は、社会保険方式をとるか否かとの関連性があるというよりも、法技術上における「支給要否や程度判定制度の採否と、その標準サービス量の設定の仕方によるところが大きい」といえる。<sup>(20)</sup>

また、介護サービスは、医療のように傷病を治癒するまでの期間に限って高度の技術的サービスを継続するのではなく、高齢者の自立した生活を維持することがその目的であり、質の面でもサービスの量の面でも医療とは異なる。基本的に、介護サービスの給付水準は基礎的保障の部分にとどまると考えられている。公的医療保険と異なり、介護保険法という保険給付は、介護サービスに要する費用についての定型給付となり、どの介護状態区分に認定されるかによって個々の要介護被保険者への支給上限が決まり、一定の期間ごとに当該支給限度内の額を支給するものと規定されている。もちろん、介護保険財政の健全化という観点から、給付の普遍化とともに拠出と給付の対価性を維持するには、給付内容の上限枠の設定はやむをえないものといえなくもない。<sup>(21)</sup>しかも、要介護被保険者が指定介護サービス事業者からサービスを購入するといっても、介護保険給付によって支給される部分である限り、提供されるサービスの種類別、内容、利用単位・回数や報酬単価の設定などは、介護保険法や



厚生労働省令もしくは厚生労働大臣によって定められた範囲と基準を逸脱することができない。こうした点から、介護サービスの提供について一定の給付水準を維持する、すなわち要介護状態区分と給付内容の標準化により介護の基礎的保障を担保しようとする趣旨がうかがえる。

他方で、介護サービス費の支給という金銭給付の形式をとる介護保険法では、介護保険給付の特色として次の三点を挙げることができる。<sup>(2)</sup>その一は、指定介護サービス事業者による代理受領という規定があるものの、介護保険給付はもっぱら介護サービス費用の補填にとどまることである。その二は、介護サービス費用の償還払い方式をとっている介護保険制度の下では、保険者として市町村に求められる責任は、法定介護サービス費用の九割を支給することにとどまるため、残りの一割の費用は利用者負担として要介護被保険者と指定介護サービス事業者との間の債権債務関係となり、利用する際に対価の一部を要介護被保険者が負担することである。その三は、介護保険給付としての法定介護サービス費の支給は、要介護状態区分ごとに応じて支給限度基準額によって算定される定型的な給付であることである。とりわけ、それは定型的な給付であるがゆえに、介護保険法上、保険給付対象となるサービスと対象外のサービスとの併用（いわゆる混合介護）も認められている。<sup>(3)</sup>ただ、要介護等認定によって指定されなかった種類あるいは支給限度を超える介護サービスを利用しようとする場合には、その部分については、介護保険法以外の他の給付を求めるか、あるいは費用を自己負担するか、のいずれかによらざるをえない。そして、介護保険対象外の介護サービスを利用しようとする場合、介護保険以外の公的介護給付を求めることができるかどうか、とりわけほかの法令による介護給付または予防給付との併給調整がしばしば問題となる。

現行法上、労働者災害補償保険関係法令にもとづく介護給付とその他の相当する給付が行われた場合には、そ

の限度において介護保険給付は行われぬものと定められている（介護保険法二〇条）。また、身体上または精神上の障害により日常生活に障害がある老人の居宅介護や入所については、老人福祉法に定めるもののほか、介護保険法の定めるところによると規定されている（老人福祉法十条）。とはいえ、老人福祉法による措置の発動は、「必要に応じて」かつ「やむをえない事由により介護保険に規定する……介護を利用することが著しく困難であると認める」場合（同法十条の四の第一項各号および十一条一項二号）に限られるがゆえに、介護サービスの利用については介護保険法が優先的に適用されることになる。ただし、障害者福祉関連法によって障害者手帳をもつ高齢者である場合には、介護保険法または健康保険法にもとづく介護給付その他に相当する部分を除き、障害者総合支援法にもとづき自立支援給付として介護給付を請求することは可能である（同法七条）<sup>(24)</sup>。実際にも、要介護等認定で認められた介護保険給付だけでは要介護高齢者のニーズを満足することができない場合に、障害者総合支援法による介護給付費の支給を求めた事例が存在する<sup>(25)</sup>。

5 利用者の要保障性にふさわしいサービスの適正な給付をいかに実現するかという問題は、社会福祉ないし社会保障制度のあり方にかかわる核心的課題として従前から議論されており、今後もそうありつづけると思われる。混合介護という現象をこうした視角からとらえれば、いくつかの疑問の余地がある。たとえば、介護サービスの利用についてなぜ保険給付の対象範囲が限定されるのか、対象範囲の設定の正当性をどこに求めるか、基準規定の合理性をいかに問うか、保険対象外のサービスへのアクセスをどのように保障するか、などの問題がある。これらの問題は何よりも、介護サービスの給付に関する基礎的保障とは何か、すなわち「健康で文化的な最低限度の生活」の内実とその具体的実現形態をいかにとらえるべきか、という基本的問題に帰着するものであると考えられる。

介護保険法では、いかなる保険給付を支給すべきかについては、要介護者が「有する能力に応じた自立した日常生活を営むことができるのに必要な保健医療サービスおよび福祉サービス」の保障(二条)として、「要介護状態又は要支援状態の軽減または悪化の防止に資するように行われる」(二条一項・二項)といった抽象的な給付基準しか規定されていない。これについては、要介護被保険者が介護保険給付の枠内で合理的な介護サービスを選択すれば、要介護状態が解消・軽減されて、自立的日常生活が可能になる水準でなければならぬと解することができる。<sup>(6)</sup>そして、要介護状態区分、区分支給限度額または費用算定方法などの中核的要素を含めて、介護保険給付の具体的な給付基準の設定は厚生労働大臣の定めに委ねられているとはいっても、これらの基準設定自体が右の給付水準を充足しているかどうかについては、なお検証すべき余地がある。ところが、右の給付基準の設定に関しては、厚生労働大臣は「あらかじめ社会保障審議会の意見を聴かなければならない」という規定(介護保険法四一条五項や四八条三項など)のみが定められている。基準設定などの定立手続において、利用側である要介護者の意見をいかに反映するかについては、なお明らかではない。また、上述の基準に依拠した処分の違法性を争うことができるとしても、基準の定立行為ないし給付水準自体の違法性を問うという形で権利救済を求めることは容易なことではない。<sup>(7)</sup>このような制度構造にかかわる問題は、なお残されているといえよう。

また、混合介護については、介護保険給付以外のサービスを利用しようとする場合に、サービス利用の見込みまたは供給の調整や確保を誰がいかにして行うか、という問題が次に問われる。介護保険法においては、この問題の処理は要介護等認定の段階ではなく、基本的には、利用者本人やその家族、あるいは介護サービス計画の作成ないし実施段階における居宅介護支援員に託されることとなっている(介護保険法八条二三項)。介護サービスの利用について、支給限度付きの介護保険給付だけでは要介護者のニーズに十分対応できず、それに加えて、

介護保険法以外の公的介護を求めたり、自己負担で不足分を購入したり、さらには家族やボランティアによる介護に頼る余地が残されている。<sup>(28)</sup> 利用者の事情に即してこれらの選択肢から実行可能な組合せを練るに際して、居宅介護支援員がその総合調整役を担っているのが現状である。

ところが、現行社会福祉制度は、生活障害の類型ごとに集団別の画一的な対応を講じてきたため、個別的な立法の下で各種の法的対応が制度別に分断されている。こうした縦割り体制の下で、居宅介護支援員に介護保険以外の公的介護の利用見込みや提供の連絡・調整などの役割を託そうとしても、それには現行法上限界があるといわざるをえないだろう。<sup>(29)</sup> また、介護支援専門員は厚生労働省令で定める基準にしたがって「介護支援専門員の業務」を行わなければならないが（同法六九条の三四第二項）、同条第一項、七条五項の「介護支援専門員」および八条二三項の「居宅介護支援」にかかる規定からみれば、ここにいう「介護支援専門員の業務」とは、もっぱら介護保険法で定める介護サービスの種類とその範囲に限定されるものと解される。そして、こうした法定給付の範囲を超える部分について、とりわけ他の社会福祉制度の利用を考慮するにあたっては、関係法制度とその提供体制の現状に対する把握のみならず、当該福祉分野に関する専門知識や経験なども必要である。このように、右の連絡・調整などを介護支援専門員が実際に行う事例はないわけではないが、むしろ、これはもともと現行法制度において予定されていないものであると考えられる。

6 ここで、本章における考察をまとめてみたい。法定介護サービス費用の九割を保険給付として要介護被保険者に支給するという介護保険の制度的構造の下で、ある要介護保険者について要介護状態の発生によって介護保険者との間に生じる具体的介護保険給付の法律関係は、原則として要介護等認定を経て法定介護費用が支給されることで、一応完了する。そして介護サービスの内容は、居宅介護支援制度を通じて、要介護者と指定介護サ-

ビジネス事業者の交渉を経て達した合意に委ねられるものとされている。心身ともに自律性の十分でない要保護高齢者を法的に介護契約の当事者として仕立て上げれば、誰でも自己決定にもとづき適切なサービスが利用できるように見えるかもしれない。しかし、現実には、要保護高齢者の選択の自由の実現という要請は、各々の要保護高齢者の介護提供（従事）者への依存・従属の程度に応じて満たされる程度も異なり、介護利用への従属性が高ければ高いほど利用者の要介護度が高くなるため、その心身の自律性も期待し難くなる。これについて、要介護等認定の介入や、介護契約に関する居宅介護支援ないし交渉過程の制度化などは、専門家の関与を通じて介護利用にかかる専門技術的要請を充たし、適切な介護利用の実現を確保しようとするとともに、各々の利用者が本当の意味での自己決定を行えるように、その選択権の行使を支援するものでもある。そして、適切な介護利用を確保するため、要介護等認定と介護契約との結びつきがニーズ判定の仕組みとして規定され、また、両者間には機能的分担といえる現象が存在する。しかも、これらの二つの法形式は、相互補完的でありながら、後者が前者によって規定されるという従属的關係でもある。というのも、要介護等認定には、介護契約に対する制約という法的効果が付与されているからである。

また、介護保険法上、要介護被保険者に与えられる抽象的な保険給付請求権は、要介護等認定、ケアプランの作成、事業者との契約という一連の過程を経て具体化するものである。そのなかで、要介護等認定を受けている要介護被保険者の要介護状態は、要介護度または要支援度のランクにもとづき判定され、当該判定結果を厚生労働大臣の定める区分支給限度基準額にあてはめれば、当該被保険者に支給すべき介護サービス費の上限が定まるという構造がとられている。そして、要介護等認定は、介護利用過程における数個の手続を連結する、いわば結節点に位置するものである。この要介護等認定は、手続上は、介護保険法にもとづく申請に対する市町村の応答

であると位置づけられるが、申請者の要介護状態に関する判定としての性質を有するのみならず、その法的効果は、利用可能なサービスの種類を個別に指定したり（三七条、四三条および五五条）、費用補填の上限設定を通じて具体的な利用量を規定するなど、要介護被保険者の選択権行使の枠を設定するという側面をも有する。<sup>(30)</sup> このように、介護内容（法効果）の要介護認定（要件事実）に対する整合性・照応関係が法定され、とりわけ要介護状態区分に即して諸介護サービス費の算定基準が省令や規則によって標準化されていることこそが、要介護等認定の法的効果が拡散する要因ではないかと考えられる。<sup>(31)</sup> 要介護状態区分という概念の介在や給付内容の標準化された定型的な給付によって、要介護等認定と介護契約がリンクされ、前者の法的効果が後者の内容にまで及ぼされることになる。そして、法定介護サービス費の支給を定型的な給付と定めた介護保険法では、介護保険対象サービスと対象外サービスの併用、いわゆる混合介護が容認されている。

しかし、こうした制度構造の下でなお問わなければならない問題も残されている。介護利用の権利実現過程の分節化にともない、利用者―サービス提供者―地方公共団体または国の三者間の法律関係が分断され、介護利用をめぐる紛争が契約の締結や履行などの消費者保護問題に収斂されて、私的契約関係へと回帰する傾向をみとることができる。介護事故をめぐる損害賠償請求訴訟などの事例からみれば、<sup>(32)</sup> 契約関係からの離脱や債務不履行責任の追及などに重点をおく事後的救済が認められるとしても、そのことが要介護者にとって望ましいこととは必ずしもいえない。<sup>(33)</sup> また、介護契約の外枠を規定する要介護等認定について、要介護状態区分などの認定結果に不服がある場合、もちろん調査・審査・判定手続にかかる義務違反の有無や当該判定結果の違法性について裁判所で争うことは可能である。<sup>(34)</sup> だが、結果として要介護度があり、支給限度も高くなり、それだけ介護保険給付で利用可能なサービス量が増えるとしても、同時に一割の利用者負担も増加するので、経済的余裕のない者

(世帯) にとつて要介護度の変更は実効的な権利救済とは必ずしもいえない。<sup>(35)</sup> そして、要介護状態区分とも連動する支給限度額とその算定内容の妥当性ないし違法性を対象として争うことができるか否かについては、定かではない。とくに、要介護状態区分の判定基準や支給限度額または諸費用算定基準などの厚生労働省令または規則は、憲法二五条にもとづき介護保険法が保障すべき「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的実現形態としての性質を有すると考えられるため、こうした具体的な行政立法により算定された介護サービス費は、少なくとも、要介護者等の「健康で文化的な最低限度の生活」を実現しうる水準でなければならぬであろう。

また、現行社会保障制度の諸給付を利用して、要介護者のニーズが満足できるように公的介護を求めようとする場合、介護保険給付以外にも障害者総合支援法などにもとづき保険対象外のサービスを利用することが可能であるとしても、支給の要否決定と支給量決定の根拠となる給付基準そのものの妥当性・違法性がふたたび争点となってくる。さらに、現行の縦割り立法の下では、類似給付をめぐる制度間の適用関係、たとえば給付内容の重複の有無やその併給調整につきさまざまな法令や規則が定められており、これらの規定の適法性ないし合理性もしばしば問題となっている。<sup>(36)</sup>

いずれにしても、なお残された課題は、権利保障手段のあり方について、「人権保障」という目的の面において、またそれを実現する手段の面において、現代化された法治主義」の視点を重視しつつ、再検討を行っていくことであろう。<sup>(37)</sup> そのなかでも、行政立法の定立行為を含む行政活動に対する司法審査のあり方を問い直すことがなお求められている。<sup>(38)(39)</sup>

以上のような課題は、福祉分野で従来から存在したものはあるが、介護保険制度の下で変化するところもある。そしてこれらの課題は、介護保険制度に限らず、少なくとも「措置利用から契約利用へ」の移行と称される

社会福祉分野全般に共通するものである。

注

(1) 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」(九州大学) 法政研究六九巻四号(二〇〇三年) 七七七～七七八頁、又坂常人「契約による福祉と行政の責任―介護保険法を中心として―」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革(下)』(有斐閣、二〇〇一年) 八五三頁を参照。

(2) 西田和弘「障害程度区分・支給決定手続と相談支援」社会保障法二五号(二〇一〇年) 二五頁を参照。

(3) ただし、要介護等認定の効力が生じた日前に、たとえば緊急その他やむをえない理由あるいは法令で定める理由により介護サービスを受けた場合、必要があると認められるときには、当該費用は、法令により算定される額で特例介護サービス費として要介護被保険者に支給することが、例外として認められている(介護保険法四二条一項、四七条一項や四九条一項など)。

(4) そして、要介護等認定を受けているといっても、介護保険対象内のサービスを実際に利用していなければ、かかる費用の給付は受給できないため、受給権はまだ具体的には発生していない。後述のように、要介護等認定の申請権は、保険給付の受給権に直接的には結びつくことなく、法定介護サービス費の償還給付という具体的な給付受給権の取得は、介護保険対象内の介護サービスを利用した時点で生じ、ここには要介護者のサービス利用という作為を必要とするからである。伊藤周平『介護保険法と権利保障』(法律文化社、二〇〇八年) 五九頁および一〇六頁を参照。

(5) 支給限度基準額は、介護保険法にいう保険給付の対象となる介護サービスについて、その支給上限を表すものである。たとえば、居宅介護福祉用具および介護予防福祉用具購入費に関する支給限度基準額は一〇万円であり(平成十二年二月十日厚生省告示第三十四号。最終修正：平成十八年三月二十四日厚生労働省告示第百五十号)、住宅改修費については二〇万円である(平成十二年



適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (三) (林)

- 二月十日厚生省告示第三十五号。最終修正：平成十八年三月二十四日厚生労働省告示第四百四十六号。
- (6) たとえば「居宅介護サービス費等区分支給限度基準額及び介護予防サービス費等区分支給限度基準額」(平成十二年二月十日厚生省告示第三十三号。最終修正：平成十八年三月三十一日厚生労働省告示第二百五十八号)。なお、居宅介護サービス費などの区分支給限度額は、次の表1のように、金額ではなく、単位数でその限度額が示されている。
- (7) 平成十二年二月十日厚生省告示第二十二号(最終修正：平成二十四年三月十三日厚生労働省告示第九十四号)により、厚生労働大臣が定める一単位の単価は一〇円を基本とし、サービスの種類や地域区分(事業所などの所在地)ごとの人件費の差が1・4%〜12・6%の割増に反映されている。社会保険研究所『介護保険制度の解説〔平成二四年四月版〕』(二〇一二年)三八二頁を参照。
- (8) 介護報酬の算定基準とも称される。たとえば、「指定居宅サービスに要する費用の額の算定に関する基準」(平成十二年二月十日厚生省告示第十九号)、「指定居宅介護支援に要する費用の額の算定

表1 要介護度別の支給限度額と平均的な利用率(平成二五年三月現在)

	①支給限度基準額	②受給者1人 当たり費用額	③支給限度基準に 占める割合 平均利用率% (②/①)
要支援1	4,970 (単位)	2,258.5 (単位)	45.40%
要支援2	10,400 (単位)	4,114.5 (単位)	39.60%
要介護1	16,580 (単位)	6,767.4 (単位)	40.80%
要介護2	19,480 (単位)	9,375.4 (単位)	48.10%
要介護3	26,750 (単位)	14,070.6 (単位)	52.60%
要介護4	30,600 (単位)	17,167.8 (単位)	56.10%
要介護5	35,830 (単位)	21,102.8 (単位)	58.90%

\*①は前出の「区分支給限度基準額」に定められたもの。  
 ②および③は「居宅サービス給付単位数・受給者数、要介護(要支援)状態区分・都道府県別(閲覧第5表)」(出処：介護給付費実態調査月報(平成二五年三月審査分) <http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001110663> 最終アクセス2013/12/03)にもとづき作成したもの。

に関する基準」(平成十二年二月十日厚生省告示第二十号)、「指定施設サービス等に要する費用の額の算定に関する基準」(平成十二年二月十日厚生省告示第二十一号)、「指定地域密着型サービスに要する費用の額の算定に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生労働省告示第百二十六号)、「指定介護予防サービスに要する費用の額の算定に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生労働省告示第百二十七号)、「指定地域密着型予防サービスに要する費用の額の算定に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生労働省告示第百二十八号)、「指定介護予防支援に要する費用の額の算定に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生労働省告示第百二十九号)などである。右記の厚生労働大臣が定める算定基準は、各サービスごとに基本的なサービス提供にかかる費用に加えて、各事業所の提供体制や利用者の要介護度などに応じて加算・減算する仕組みとなっている。具体的には、各サービスごとに一回利用する単位数が設定され、また、別表として介護給付費単位数表が掲げられている。

- (9) これは、要介護等認定の効力に関する問題である。もちろん、要介護等認定に定められた要介護度ないし保険給付の上限には、保険者である市町村および被保険者も拘束されるが、それと同時に「介護保険給付の枠内で行える介護サービスとその費用負担」も規律される。この現象に関しては、要介護等認定は「私人間での法律関係設定に関わる行政行為」であり、とりわけ「被保険者と指定介護サービス事業者が介護契約によって形成する法律関係の一部をなす要素について先行的に拘束的言明を行」うものであると説明される。そして、社会保障給付の仕組みにおいて、行政主体と私人の間の権利変動にかかる法技術の一つとして利用される行政行為が、私人の形成する法律関係の一部をなす要素について「規律Ⅱ拘束的言明」を行うには、その拘束的言明の対象は、「主体・対象(目的)・発生時期、この三つの法律関係の構成要素の一部または全部」と考えられるが、その態様は一樣ではなく、法律関係の変動のあり方は行政行為を予定する法的仕組みのあり方に照らして定まるものと指摘される。太田匡彦「行政行為—古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって—」公法研究六七号(二〇〇五年)二四〇頁および二四二頁を参照。

- (10) サービス利用希望者がサービス提供者と介護契約または障害福祉契約を締結する際に、当該契約の「大まかな外枠」は、介護保険法にもとづく要介護等認定あるいは障害者自立支援法（平成十七年十一月七日法律第二百二十三号・平成二十四年六月二十七日法律第五十二号）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」と改称された。以下、「障害者総合支援法」という。）にもとづく支給決定によって定まり、その内容は前出の給付決定で定まる上限の範囲に留まるものと指摘される。中野妙子「要介護保険法および障害者自立支援法と契約」季刊社会保障四五巻一号（二〇〇九年）十五頁、原田・前掲注(1)・七七九～七八〇頁を参照。
- (11) 「要介護認定に係る介護認定審査会による審査および判定の基準等に関する省令」（平成十一年四月三十日厚生省令第五十八号、最終改正：平成十八年三月十四日厚生労働省令第三十二号）一条、二条および三条を参照。
- (12) たとえば、前掲注(6)に示した「区分支給限度基準額」、前掲注(8)に示した諸算定基準など。
- (13) 同前掲注(7)。
- (14) 介護保険法にもとづく要介護等認定に関して、「法規上も実務上も、要介護度の審査判定から認定つまり支給決定に至るまでの過程に行政の裁量は介在しない」との見解が示されている。西田・前掲注(2)・二五頁、中野・前掲注(10)・十六頁を参照。ところが、裁量統制のあり方について、裁判所の審理判断内容からみれば、現行法の下では要件裁量と効果裁量の区別が相対化している（塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論（第五版補訂版）』（有斐閣、二〇一三年）一二八～一三三頁および一三八頁注(6)を参照）。要介護等認定の場合においては、要介護状態区分が客観化・標準化され、要介護状態区分に応じた保険給付の上限が法定されているとはいっても、要介護・要支援状態の有無といった要件の認定について、処分要件の事実とそれにもとづき評価した部分のどのレベルに裁量が及ぶかといった問題がなお残されている。また、この問題については、支給上限や費用算定基準などの行政立法に関する厚生労働大臣の裁量権行使に対する統制のあり方がもう一つの裁量統制の問題である。その詳細は次章の検討に譲る。

- (15) これに対して、障害者総合支援法十九条の定める支給決定は、介護保険法と類似した仕組みを採用しているが、支給決定に認められる裁量の余地は比較的広い。すなわち、障害者総合支援法にもとづく支給決定に関しては、市町村は障害程度区分の認定後、認定結果と認定調査でえられた諸事項を勘案し、当該障害者申請に対して支給要否決定を行い、また支給決定を下す場合には、市町村の定める支給基準とそれを具体化したガイドランにもとづき、利用しうるサービスの種類、支給量や当該決定の有効期間を決定し、受給者証を交付するものとされている。ここでは、支給の要否とあわせて、サービスの種類ごとに支給量を具体的に決定するという点が、要介護等認定と最も異なる点である。また、要介護者個人の心身状況のみにもとづきニーズ判定が行われる要介護等認定と比べると、前述した支給決定では、障害の種類と程度だけではなく、介護者の状況や具体的なサービス利用の見込みなど諸事項を勘案した総合的判断が求められるため、全体としてかなり行政裁量が入りこむ余地がある。これらの点については、西田・前掲注(2)・二五頁、竹中康之「支援費の支給決定をめぐる法的課題―改正障害者福祉法制の給付行政システムとしての側面に焦点をあてて―」同志社法学五四巻三号(二〇〇二年)四三六―四三八頁を参照。また、拠出と給付の対価性にもとづく受給の権利性を認める介護保険制度に対して、「障害者総合支援制度においては、限られた資源の効率的な配分という給付の選別主義的性質が強くな」るがゆえに、支給決定に際しての行政裁量が広く認められる、と指摘するものとして、中野・前掲注(10)・十六頁を参照。
- (16) 中野・前掲注(10)・十五―十六頁を参照。
- (17) 岩村正彦『社会保障法Ⅰ』(弘文堂、二〇〇一年)四四頁、中野・前掲注(10)・十六頁を参照。
- (18) 介護について社会保険制度を用いる以上、要介護状態に対する基礎的サービスは保険給付限度額の枠内で利用することが当然である一方、公的医療保険の出来高払いの弊害を懸念し、支給を一定程度抑えるための施策を講じておかねばならない、との指摘がしばしば見受けられる。たとえば、本沢巳代子『公的介護保険―ドイツの先例に学ぶ』(日本評論社、一九九六年)一四九―

一五〇頁、佐藤＝河野編『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）六〇頁（阿部和光）など。なお、近時の公的医療保険改革論において、医療保険についても給付限度額を定めた定型的な給付を導入すべきという議論が存するが、これも同様の考え方にもとづくものであると考えられる。

- (19) 公的医療保険と比べれば、要介護認定の介在と定額給付方式が介護保険法の特徴である。そして、公的医療保険の給付との間の主な相違は、次の三点が挙げられる。第一に、公的医療保険の保険給付の内容は、「被保険者の疾病又は負傷に関しては、次に掲げる療養の給付を行う」と規定されているように（健康保険法六三三条一項、国民健康保険法三六条一項）、いわゆる現物給付である。利用する際に、要介護等認定のような行政処分は介在せずに、被保険者が保険医療機関に被保険者証を提示し、保険医が治療の必要性と処方判断して必要な治療を行う。この診療行為は、療養の給付としての現物給付である。そして、必要充足の原則および平等の原則により、保険給付部分と自由診療部分の組み合わせた「混合医療」は、例外的な場合に限定される。第二に、公的医療保険の保険者が療養の給付に関する費用を保険医療機関等に支払うと直接に規定していることは（健康保険法七六条一項、国民健康保険法四五条一項）、介護保険法四一条六項の指定介護サービス事業者による代理受領の規定と対照的である。第三に、療養の給付という現物給付を基本とする公的医療保険においては、保険者は特別の事情がある被保険者に対して、法令により一部負担金の徴収猶予や減免の措置をとることができる（健康保険法七五条の二、国民健康保険法四三条、四四条）。ただ、被保険者の医療費負担は保険者に対する一部負担金であり、保険医療機関から診療行為を受ける対価でない。伊藤・前掲注(4)・五五―五七頁、前田雅子「介護を受ける権利―介護保障請求権についての考察―」賃金と社会保障二二四五号（一九九九年）二二―二四頁を参照。

- (20) 石橋敏郎「介護保険給付」河野＝良永＝阿部＝石橋編『社会保険改革の法理と将来像』（法律文化社、二〇一〇年）九二頁を参照。  
 (21) これについて、保険給付の上限が要介護状態区分ごとに定められるという定額給付方式は、給付水準より介護保険財政に力点を

おきやすい構造となっているため、単なる給付抑制策となってしまうという傾向が指摘されている。佐藤Ⅱ河野編・前掲注(18)・六〇頁〔阿部和光〕を参照。

(22) 伊藤・前掲注(4)・五四～五九頁を参照。

(23) 介護保険給付は限定的な給付にとどまり、要介護者の生活全般を支えるものではなく、保険給付で不足するサービスについては自費で購入することを、介護保険法も想定しており、混合介護の拡大による介護市場の創出という政策目的が存在する、と指摘されている。伊藤・前掲注(4)・五五～五六頁を参照。

(24) 障害者福祉施策によるホームヘルプサービスと介護保険制度による訪問介護との適用関係について、旧身体障害者福祉法十七条の九(平成十七年法律第二百二十三号による改正前のもの)は、「居室生活支援費及び特例居室生活支援費の支給は、当該身体上の障害の状態につき、介護保険法(平成九年法律第二百二十三号)の規定によりこれらの給付に相当する給付を受けることができるときは、その限度において、行わない」と規定していた。こうした併給調整の規定について、厚生省大臣官房障害保険福祉部企画課長・障害福祉課長通知(平成十二年三月二十四日障企第十六号、障障第八号)は、「六五歳以上の障害者が要介護または要支援状態となった場合には……共通するサービスについて、介護保険から……支給された介護給付と重複する障害者施策で実施されているサービスについては原則として提供することを要しない」が、障害者施策と介護保険とで共通する「在宅ホームヘルプサービス(以下「訪問介護」という)について……保険給付に比べてより濃密なサービスが必要であると認められる全身性障害者については、社会生活の継続性を確保する観点から、介護保険法の訪問介護で対応できない部分について……必要なサービスを提供することができる」という解釈を示した。そして、この通知にもとづく身体障害者居宅生活支援費不支給決定の取消を求めた事件において、神戸地裁平成十九年二月二日判決(賃金と社会保障一四七九号六七頁)は、両法律によるサービスの重複する部分に関して、本件通知でいう「全身性障害者か否かという受給主体の属性のみによって生活支援費全体の支給の要否を決定

することも、両法律の適用関係を調整し社会保障給付の全般的公平を図るといふ憲法および前記福祉法十七条の九の趣旨に反するものとはいえない」と判示し、原告の請求を棄却した。これに対して、控訴審は「要介護である障害者であっても二重にサービスを受ける理由はないし、拠出制の制度による給付と無拠出制による給付が重複する場合には、拠出制による給付が優先すべきことも当然である」ため、「重複する部分について保険給付による訪問介護が優先することを定めたにすぎない」福祉法十七条の九の規定は合理的であつて「立法府の裁量の逸脱・濫用をみいだすことはできないから……合憲である」とするとともに、同条の解釈基準である本件通知について、これが「通達であつて、法規性を有しない」とし、「福祉法のホームヘルプサービスにつき、保険法の訪問介護で対応できない部分は存在しない、とする本件通知の依拠する解釈は、福祉法の立法目的・理念に沿うものではなく、福祉法と保険法の関係について行政の法令解釈に裁量の余地があることを充分考慮してもなお、その裁量の範囲を逸脱したものである」として、法令の正当な解釈を示すものといふことはできない」としたため、「本件処分は福祉法と保険法との関係についての解釈を誤り……違法な処分である」と判示し、原判決を取消した（大阪高裁平成十九年九月十三日判決・賃金と社会保障一四七九号六三頁）。

法令による介護給付の調整について、現行障害者総合支援法七条は、自立支援給付の併給調整の範囲をより拡大し「当該障害の状態につき、介護保険法（平成九年法律第二百二十三号）の規定による介護給付、健康保険法（大正十一年法律第七十号）の規定による療養の給付その他の法令に基づく給付であつて政令で定めるもののうち自立支援給付に相当するものを受けることができるときは政令で定める限度において、当該政令で定める給付以外の給付であつて国又は地方公共団体の負担において自立支援給付に相当するものが行われたときはその限度において、行わない」と規定している。そして、障害者自立支援法にもつき入院中の重度訪問介護給付を請求した事件において、東京地裁平成二五年一月二十九日判決（判例時報二一九一号三三頁）は、次のような見解を示した。健康保険法六三条一項五号および国民健康保険法三六条一項五号にいう看護との給付調整に関して、保険

医療機関の従業員による看護が自立支援給付の内容と重なって、支給決定障害者が入院した場合には障害者総合支援法五条三項に規定する「居宅」に該当しないと解すべきであるため、重度訪問介護に関する介護給付費を支給することを予定していない、と。たとえば、筋萎縮性側索硬化症（以下、「ALS」とする）患者である高齢者二名が、和歌山市を相手に、旧障害者自立支援法にもとづき、介護保険とあわせて一日二四時間の公的介護を命ずる義務付けなどを請求した事件（いわゆる「和歌山ALS訴訟」）がよく知られている。原告らは、一日二四時間の居宅介護サービスが必要であるにもかかわらず、介護保険に関して要介護5の認定を受けて一日当たり三・五時間分の介護保険給付を受給するとともに、旧障害者自立支援法にもとづき障害程度区分6の認定を受けたが、和歌山市の支給決定基準により、重度訪問介護の支給量を一ヶ月二六八時間とする介護給付費支給決定しか受けていなかったため、公的介護給付で賄われない部分は、指定介護サービス事業者が無償で提供していた。本件について、和歌山地裁平成二四年四月二五日判決（賃金と社会保障一五六七号八五頁）は、和歌山市に対して一ヶ月当たり重度訪問介護の支給量について五四二・五時間を下回らない支給決定を義務付ける旨を判示したが、一日二四時間の公的介護の義務付けおよび国家賠償法一条一項にもとづく損害賠償請求については、一日二四時間介護を前提とした介護給付費支給決定をしないことが「裁量権の逸脱濫用になるとは認められない」として、これを棄却した。

(26) 佐藤 河野編・前掲注(8)・七〇頁〔阿部和光〕を参照。

(27) 介護保険法は、法定介護サービス費を「支給する」と定めているのみで、この支給に関する法令の規定をみて、支給するにあつて市町村において何らかの決定をする旨の規定、あるいはその決定を利用者に対して通知することを示す規定は存在しない。介護保険給付の具体的な支給内容について、たとえば支給額の算定結果に不服があつても、当該費用算定過程のどの行為を対象として争うことができるのかは明らかではない。また、介護保険給付と類似した算定構造を採用する障害者総合支援法において、も同様である（一九条三項（八項））。近時、障害者自立支援法にもとづく障害福祉サービス利用後の介護給付費等請求事件において、



東京地裁平成二五年一月二九日判決(判例時報二一九一号三三頁)は、次の理由により、同法二九条一項による介護給付費の支給が行政訴訟法三条二項にいう「処分」に該当しない、と判示した。「障害者自立支援法には、介護給付費についての市町村等による支給決定に関する規定はなく、介護給付費は、同法二九条三項および四項並びにこれらの委任を受けた告示および政令によって具体的に定まることとされているのであり、他に、市町村等による決定等の形成行為又は確定行為によって初めて具体的な権利が発生することとされていることをうかがわせる規定はない」。法令上、「事実関係を明確するために支払決定という文言を用いることがあっても、…直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められるものに該当せず、また、障害者自立支援法上、これが処分であることをうかがわせる手続規定も」存在しない、と。

ところで、障害者総合支援法二九条の支給行為ではなく、同法二九条により市町村が行う支給量の支給決定を争うことは可能である。ちなみに、十九条による支給決定は、障害程度区分の認定にとどまらず、支給要否決定および支給量決定をあわせて行うものである(二二条、二三条)といった点は、介護保険法十九条にいう要介護等認定と大きく異なる(両制度の差異について分析しているものとして、中野・前掲注⑩)、竹中・前掲注⑮)、倉田聡「支援費支給制度をめぐる法律問題」ジュリスト二〇〇四号(二〇〇一年)など)。そして、必要な支給量を下回る支給決定について、裁量権を逸脱濫用した違法処分として当該支給決定の取消を求めたり、一定の支給量を下回らない支給決定の義務付けを求める事件が、近年日本各地で現れている。たとえば、前掲注⑮)に掲げた和歌山A.L.S訴訟以外にも、二四時間公的介護支給決定の義務付け等請求事件で原告の請求を一部容認し、積極的な見解を示した裁判例が見られる(いわゆる「石田訴訟」。和歌山地裁平成二二年十二月二七日判決・賃金と社会保障一五三七号二〇頁、大阪高裁平成二三年十二月十四日判決・賃金と社会保障一五五九号二頁)。これに対して、従来の消極的見解を維持し、支給決定の違法性を否定して義務付け請求等を退けた裁判例も見られる(大阪地裁平成二二年四月二三日判決とその控訴審・大阪高裁平成二二年十二月十四日判決(ともに判例集未登載)、札幌地裁平成二四年七月二三日判決(判例集未登載)など)。

(28) 前掲注(25)の和歌山ALS訴訟はその具体例である。

(29) この点、介護保険制度への移行は、費用償還給付への変化という給付形式上の問題にとどまらず、給付の基本的な性格の変更も伴っている。倉田・前掲注(27)・二三頁では、かつて高齢者の「生活」全般を包括的に把握して適切な福祉の提供を目指して総合的な給付を展開してきた措置制度と異なり、介護保険制度は「高齢者の介護ニーズに着目した『サービス』保障給付への純化が強く意識されているのであり、また、こうした介護保険給付の基本的な性格について、支援費の支給とその後の障害者総合支援法による介護給付費が同様であることをも指摘している。もともと、人間の生活そのものが、所得保障とサービス保障を組み合わせることで成り立っている。このような事実を踏まえるならば、ばらばらの保障給付を個人レベルで統合する作業を支援する枠組みの構築が必要である点についても注意しなければならない。

(30) また、介護サービス費の算定構造の下で、要介護被保険者ごとに利用可能なサービスの種類とその利用量を個別に調整したり、算定基準などを改正したりすることにより、実際に介護保険給付等の費用支出全体の財政規模をコントロールする可能性もないとはいえないだろう。

(31) もちろん、この点について立法政策上の議論が存在するが、現行法令の枠内で、量的にも内容的にも十分なサービスを保障するための法解釈を展開することも可能であると考えられる。その詳細については次章の検討に譲り、ここでは問題を指摘しておくにとどめたい。

(32) 介護保険法施行後、高齢者介護をめぐる事故の法的責任を、施設または事業者に対して損害賠償請求訴訟という形で問う事件が表面化してきている。福祉サービスをめぐる責任の所在や業務のあり方、利用者にとつての処遇の身身、ひいては施設職員勤務形態や業務内容といった点について、福祉サービス事業者の専門性のあり方が主な争点となっている。鳥野猛「最近の社会保障・社会福祉判例からみた特徴と争点」賃金と社会保障一三七七号（二〇〇四年）八〜九頁、笹木俊一・鳥野猛「社会保障関係訴訟

の意義と展望」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第6巻 社会保障法の関連領域―拡大と発展―』（法律文化社、二〇〇一年）二二九～二三二頁を参照。また、高齢者介護事故をめぐる損害賠償責任について、関係裁判例を分析して高齢者介護事故の特徴を整理し、当該分野における安全配慮義務違反などの損害賠償法理の検討を行うものとして、菊池馨実「高齢者介護事故をめぐる裁判例の総合的検討（一）」（二・完）賃金と社会保障一四二七、一四二八号（二〇〇六年）、鳥野猛「高齢者施設における介護事故裁判からみた社会福祉の課題」21世紀における社会保障とその周辺領域編集委員会編『21世紀における社会保障とその周辺領域』（法律文化社、二〇〇三年）など。

(33) 高齢者介護事故について、事故を発生させた責任が、介護施設または事業者とその所属する職員に帰せられるべき場合に、法的には、不法行為・債務不履行による民事損害賠償責任や刑法二二一条の業務上過失致死罪などの刑事責任の追及以外にも、施設または事業者に対する指定の取消し等介護保険法にもとづく制裁（七七条一項四号、七八条の十第一項六号、九二条一項四号など）や、専門職の職員に対する免許取消・業務停止（社会福祉士および介護福祉士法四二条二項）なども問題となりうる。しかし、これらはいずれも、事故が発生した後にその法的責任を追及することにとどまる。こうした責任の追及は、権利侵害とその原因を除去することはできるかもしれないが、もともとの権利状態の回復までには及びにくい。当該事故の被害にあった要介護高齢者にとって実効的な権利救済とはいえないであろう。

(34) 介護保険制度における行政訴訟の現状について利用者の争訟権保障の観点から検討し、その問題点を指摘したものとして、伊藤周平「介護保険行政訴訟の現状と課題―被保要介護者の争訟権保障の観点から―」鹿兒島大学法学論集四二巻一・二合併号（二〇〇八年）など。

(35) というのも、保険給付額内においては介護サービスのナショナル・ミニマムが保障されているものの、所得によってサービス利用に差が生じることを容認する介護保険制度では、保険給付内で生活のために十分な介護サービスを確保できない場合に、負担

能力のある者だけが望むサービスを選択・購入することができ、負担能力の十分でない者はサービスの選択に制限を受けるような構造となっているからである。この問題について、「機械的な定型的給付を行う社会保険方式の介護保険制度の中心に置くというのであれば、基本給付を上回る個別の介護ニーズについて、民間保険をはじめとする自助努力によることとしつつ、他方では自己負担できない低所得者の介護ニーズに個別に柔軟に対応できる公費方式の制度」、たとえば老人福祉法または生活保護法によってこれを補完すべきである、と指摘されている。本沢巳代子「介護保障法の体系と構造」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第4巻 医療保障法・介護保障法』（法律文化社、二〇〇一年）一五〇頁、前田・前掲注(19)・二五～二七頁を参照。

(36) たとえば、前掲注(24)に示した事件においては、健康保険法などの入院中の「看護」と障害者総合支援法にいう「重度訪問介護給付費」の併給調整について、関連法令とその法令解釈たる通知の合憲・適法性が問題にされている。なお、当該事例については、社会福祉をめぐる諸制度の縦割りに起因する制度適用上の谷間が存在することにも注意を要する。

(37) 法と国家作用の関係という視点から、法治主義は段階的展開を遂げてきており、その近代から現代への歩みは、「市民的・自由主義的法治国から社会的法治国へと展開」という形態をとる」ものであり、社会的法治国へと展開してきた法治国の原理・原則を「法治主義の普遍的近代化」ととらえるとともに、形式的法治主義から実質的法治主義への展開を前提に、「法治国家の実質面・目的面をなす人権（基本権）の保障を万全すること、そしてその目的面を実現するための手段面・形式面（法による国家作用、組織と手続、違憲審査制、包括的・実効的権利救済等々）を完備する」という意味における「法治主義の現代化」を唱えるものとして、高田敏「法治国家観の展開―法治主義の普遍的近代化と現代化―」（有斐閣、二〇一三年）四二〇頁および七四七頁を参照。

(38) ここでは、同じく一般的規範の合憲性または合法性を争うという構造的類似点があるが、裁量といっても異なる次元があり、法律の適否とその合憲性が争われたものと、所管大臣による給付基準の適否とその合憲性・合法性が争われたもの、の二つが存する。

たとえば国民年金法にもとづく障害福祉年金の受給者に対して児童扶養手当法の児童扶養手当の併給禁止が憲法二五条に違反するか否かが争われた堀木訴訟上告審判決（最高裁昭和五七年七月七日大法廷判決・判例時報一〇五一号二九頁）は前者であり、そこでは国会の立法裁量の有無や広狭が問題となっている。後者については、行政立法法の適否、とりわけ基準定立または改定にかかる裁量が問題とされる。たとえば、厚生労働大臣によって設定された生活保護基準の内容が、「健康で文化的な最低限度の生活」（憲法二五条一項）や「最低限度の生活」水準（生活保護法三条、八条二項）に違反するか否かが争われた朝日訴訟上告審判決（最高裁昭和四二年五月二四日大法廷判決・判例時報四八一号九頁）、生活扶助の老齢加算の廃止を内容とする生活保護法による保護の基準の改定にかかる厚生労働大臣の判断の適否が争われた事件（最高裁平成二四年二月二八日第三小法廷判決・判例時報二一四五号三頁、最高裁平成二四年四月二日第二小法廷判決・判例時報二一五一号三頁）などがこれに属する。

③9 他方で、公的介護の適切な提供に関する国・都道府県・市町村の総合的福祉責任が縮小している。これに対する法的責任を追究するには、たとえば違法な財産管理上の行為ないし事実の是正を求め、損害賠償などを請求する住民訴訟の提起が仮に可能であるとしても、いかにも迂遠であるといわざるをえない。具体的には、介護保険法二二条三項にいう「偽りその他不正な行為」によって受けた介護報酬の返還請求について、地方自治法二四二条の二第一項四号にもとづき市町村長に対して損害賠償訴訟を提起した事例が存する（大阪地裁平成二〇年一月三一日判決・判例地方自治三一〇号六九号、大阪高裁平成二二年七月二三日判決・判例集未登載、最高裁平成二三年七月十四日第一小法廷判決・判例タイムズ一三五六号七三頁）。ここでは、当該支給行為の違法性を問うことより、介護保険法二三条の「偽りその他の不正な行為」という要件の該当性および介護報酬に相当する不当利得の返還義務の有無が主な争点になっている。

（未完）

