

適切な福祉利用の確保とその公法的構成（五）

林 倅 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

第二節 ニーズ判定の仕組みの分節化

第三節 介護利用の権利実現過程（以上、二四九号）

第二章 適切な介護給付の確保手法

第一節 決定と利用契約の機能分担

第二節 介護サービス内容の交渉による形成（以上、二五一号）

第三節 要介護等認定とその法的位置づけ（以上、二五三号）

第三章 要介護等認定の適正な判断

第一節 公正性の担保としての手続

一 調査・判定に関する手続規範

〈1〉

二 専門家の関与 (以上、二五七号)

第二節 公的介護水準の基準化

一 介護基準による規律効果

二 基準化の規範的意義 (以上、本号)

第三節 裁量統制の手法

おわりに

第二節 公的介護水準の基準化

介護給付を受けようとする被保険者は、自らが要介護者に該当すること、および該当する要介護状態区分または要支援状態区分について、市町村による要介護等認定を受けなければならない(介護保険法十九条一項・二項)。介護給付に関しては、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。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は、要介護状態等区分に応じて厚生労働省告示で規定されている(同法四三条二項、五五条二項)⁽¹⁾。これらの条文から構成された介護保険制度では、要介護等認定の実施については要介護状態という概念が用いられ、要介護状態等区分に対する介護給付の支給上限が標準化され序列化されている。ここでは、定型的な介護保険給付を中心とする介護契約が要介護等認定により制約される、という特徴が存する⁽²⁾。二〇一四年六月十八日に参議院で可決され国会を通過した「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進す

(3) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

るための関係法律の整備等に関する法律」(平成二十六年六月二十五日法律第八十三号。以下、単に医療・介護総合確保法という)に含まれた介護保険法の一部改正(以下、単に二六年改正法という)により、二〇一五年四月一日から、特別養護老人ホームの入所資格者は要介護度三以上の要介護被保険者(厚生労働省令で定める)に限定されることとなっている(二六年改正法八条二項前段・二六項)。これにより、介護契約に対する要介護等認定の規律的效果がいつそう顕著になる。

ところで、介護保険制度では、介護給付は要介護状態等区分ごとに標準化された定型的なものとして規定されているので、利用者の要介護状態にふさわしい介護サービスをどのように実現するかが問題になる。そこでは、要介護等認定の適正性問題だけでなく、もう一つの異なる次元の問題が存在する。すなわち、要介護等認定の核心部分たる要介護状態等区分とは何か、それはいかに設定されるか、さらにその内容の適否など、実体的判断の準拠すべき規範のあり方という問題である。前節でのべたように、要介護等認定の適正な判断については、調査判定手続による公正性の確保が重要である。それに加えて、要介護等認定、より厳密に言えば要介護状態等区分の審査判定にあたっては、それが依拠すべき審査基準または解釈基準と審査判定の結果との間に密接な関連性がある。他方、介護保険法にもとづく諸給付の支給上限は、要介護状態等区分に応じて示された支給限度基準額の規定により定められるとともに、また、介護サービス利用の対価とその支給の額も厚生労働大臣の定める介護報酬とその算定方法に係る規定によって規律されている(以下、あわせて介護報酬に係る算定基準という)。この点、介護サービスの提供がいかなされるかは、介護契約の履行に係る問題であり、提供されたサービスに要する費用の査定支払にあたっては、介護報酬に係る算定基準への適合性だけでなく、指定介護サービス事業者から提供されたサービスが厚生労働省令で定める指定・事業運営基準をみたすことが、介護サービス費の支払請求の適正

性要件として要求される。以下、とくに説明しない場合、介護保険法の目的を実現するために、国や地方公共団体が法により政令、省令、告示または通達もしくはは条例などをもって介護保険法の規定を詳細化する一般的行為準則全般をあわせて介護基準と総称し、必要な介護保険給付の実施にあたって準拠すべき準則としてとらえておく。⁶⁾

これらの規定には、指定介護サービス事業者や市町村などの適用対象を直接に拘束するものもあれば、行政機関が一定の意思や事実を公示するものや行政の内部規範にとどまるものもあり、介護保険関係法令の適用解釈の際に、右の諸規定の効力が直接間接に要介護被保険者の地位を左右することがある。そのため、介護基準によって具体化される介護保険制度の下で、適切な介護給付のあり方を問うには、介護基準がいかなる機能を果たすか、どのように適用されるかなどの問題をも視野に入れることが必要となる。こうした問題については、介護基準の諸規定の実態を把握し、その法的性質を明らかにすることが一つの手がかりとなる。もちろん、介護基準の法的性質と拘束力の問題は行政立法の一般理論に属する問題であるが、そこにはなお検討の余地が残されている。⁷⁾近年、介護保険法をはじめとする社会福祉立法においては、介護や福祉サービスに要する費用の部分的補填を行う前提の下で、定型的な給付の受給に関する法形式として給付決定と利用契約の組合せが予定され、また、右のサービス給付費や支援費の審査支払あるいは事業者による代理受領などが規定される、という制度的仕組みが多く採用され、⁸⁾これらにおいては、おおむね基本的に同じ法構造が示されている。そうすると、介護基準の法的性質とその適用に関する問題の整理と検討は、介護保険制度だけではなく、社会福祉分野全般に共通する基準化の把握にも有益であろう。さらに、二〇〇六年に成立した地方分権改革推進法を経て、二〇一一年四月二八日、同年八月二六日と二〇一三年六月七日に三回で成立した「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るた

(5) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

めの関係法律の整備に関する法律」(国会成立の時間順により「第一次一括法」、「第二次一括法」および「第三次一括法」と称される)にもとづき、いわゆる第二期地方分権改革が進んでいる。⁽⁹⁾この第一次・第二次一括法には、介護保険法、障害者総合支援法、児童福祉法などの社会福祉関係の法律の改正が含まれている。⁽¹⁰⁾右の根拠法の改正は、地方公共団体の活動に関する法令の規律密度を緩和し、条例制定の範囲を広げることを目指し、施設・公物設置管理の基準および計画等の策定事項を義務づけ・枠付けの対象としたうえで、基準設定を条例に委任している。また条例を定めるにあたっては、厚生労働省令で定める基準について「従うべき基準」、「標準」と「参酌すべき基準」のいずれかに整理し、条例制定権の範囲を明らかにしたものとされている。⁽¹¹⁾地方公共団体の条例制定権への国の関与が縮減・限定されたという点では、こうした法改正は地域の自主性・自立性の向上に資するといえるが、しかしながら、介護や福祉サービス保障の最低基準とは何かはそれほど明確とはいえない。国の基準との間の関係はいかにとらえるべきか、これらが憲法や介護保険法の保障する水準に適合するか否かについてなお検討する必要がある。

そこで、以下、本節では、公的介護給付の水準を規定する介護基準の諸態様とそれからなる制度的仕組みを分析したうえで、法による羈束との距離から介護基準の法的性質を検討する。

一 介護基準による規律効果

介護保険法は、特別の規定があるものを除くほか、「この法律の実施のための手続その他その執行について必要な細則は、厚生労働省令で定める。」と規定している(二〇四条)。ここでは、まず、介護保険法にもとづく種々の保険給付にかかわる諸規定を整理しておく。

介護保険給付に係る権利実現のあり方についての介護保険法の定めは、大まかに次のように表すことができる。すなわち、同法とそれにもとづく省令または規則で定める調査、審査および判定の手続が適正に行われれば、個々の被保険者の要介護状態が正確に把握され、またこうした要介護状態等区分によって自動的に算出された介護サービス費の支給額は、被保険者ごとの要介護状態にふさわしい保険給付ともなる、というものである。要介護認定を受けて介護給付費により定型的な介護サービスを利用する要介護被保険者から見れば、右の権利実現過程に順次に適用される介護基準はさまざまである。こうした介護基準は、通則的規定のほかに、保険財政、専門職養成と事業の事後監督を含む提供体制の整備、要介護状態等区分に係る要介護認定、介護サービスの指定範囲とその費用算定・支給限度、指定介護サービス事業の設置・事業運営に係る事項などの類別に整理することができる。そのなかで、要介護状態等区分に係る判定基準、介護報酬に係る算定基準、指定・運営基準は、介護保険給付に関する主な規定であるといえる。これらの規定が適用されたうえで、介護利用の法律関係の形成または確定にあたって、その法的効果が直接または間接に要介護被保険者にも及ぶことがある。以下では、この点に留意しつつ検討を進める。

1 要介護状態に係る判定基準

要介護認定は、被保険者の要介護状態等とその区分に関する調査・審査判定を行い、介護の必要とその程度に応じて要介護被保険者を区分するものである。要介護認定の実施にあたっては、要介護状態とその区分が当該調査判定作業の中心をなす。要介護状態等区分とは、「要介護認定等に係る介護認定審査会による審査及び判定の基準等に関する省令」⁽¹⁾(以下、単に判定基準という) 一条・二条において、介護や支援助の必要の程度に応じた要介護認定等認定基準時間で示された各号の数値による区分を指す。介護の必要の程度について右の要介護状

(7) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

態等区分の数値基準をみたくする場合、要介護被保険者が要介護状態あるいは要支援状態にあると判定される（介護保険法七条一項・二項）。具体的にいえば、介護保険法にいう要介護状態等に該当するか否かについての審査判定は、右の判定基準とそれにもとづく「要介護認定等基準時間の推計方法」⁽¹³⁾（以下、単に推計方法という）にしたがい、被保険者の具体的な状況を要介護認定等基準時間で換算してえた時間点数の合計をもとに、要介護度のそれぞれのランクにあてはめる作業である。

前述した諸規定の解釈・適用の仕組みに即して、要介護状態等区分を含む要介護等認定の審査・判定手続において依拠される審査基準からその中核的要素を抽出すれば、介護の必要性の有無とその程度について、《要介護認定等基準時間の推計を経て》↓《厚生労働省令で定める要介護状態等区分の数値基準に達する場合》↓《介護保険法七条の要介護状態等規定に適合する》↓《同法十九条の要介護者あるいは要支援者に該当する》↓《要介護認定を受ける》↓《判定された要介護状態等区分に応じた支給限度基準額が当該要介護被保険者についての介護給付の上限として機能する》という図式が浮かび上がる。

介護保険法では、いかなる要介護状態等区分に認定されるかによって介護保険給付の給付水準が決まるという制度的仕組みが採用されている。この方式のように、要介護状態等を審査・判定するに際しては、要介護被保険者ごとに推計される要介護認定等基準時間の合計数値が当該判定の結果を支える根拠であり、要介護状態等区分を決定するためのもつとも重要な判断要素である。基本的には、調査・判定手続が適正に行われることを前提として、要介護認定等基準時間の推計数値が多ければ多いほど、要介護状態等区分について高い要介護度に当たる要介護認定を受けやすく、これにもなつて適用される支給限度基準額も上のランクに当たることになる⁽¹⁴⁾。要介護認定等基準時間の推計数値が少ない場合には、その結果は逆となる。推計された数値の多寡により要介護状

態等区分の結果が左右される。このようにして、各要介護被保険者に支給される介護給付の上限は、事案ごとに算定された要介護認定等基準時間の合計数にもとづき自動的に決まる。他方、右の推計方法に関して、要介護認定等基準時間に含まれる必要な援助活動の種類と対象範囲を狭く設定すれば、介護の必要性が認められにくくなる。また、必要と認める援助活動に関する時間点数の付け方を厳格にすれば、項目別の推計数値のみならず、事案ごとの要介護認定等基準時間の合計数値も低くなってくる。逆にこれを広く設定すれば、合計数値が高くなるために、介護の必要程度が高く判定される可能性もある。こうした制度的仕組みの下では、介護の手間または所要時間に関する推計方法とその根拠である判定基準は、要介護被保険者の選別のための要介護認定に係る権限行使のあり方を具体的に規定して規律するものであると解される。

2 介護報酬に係る算定基準

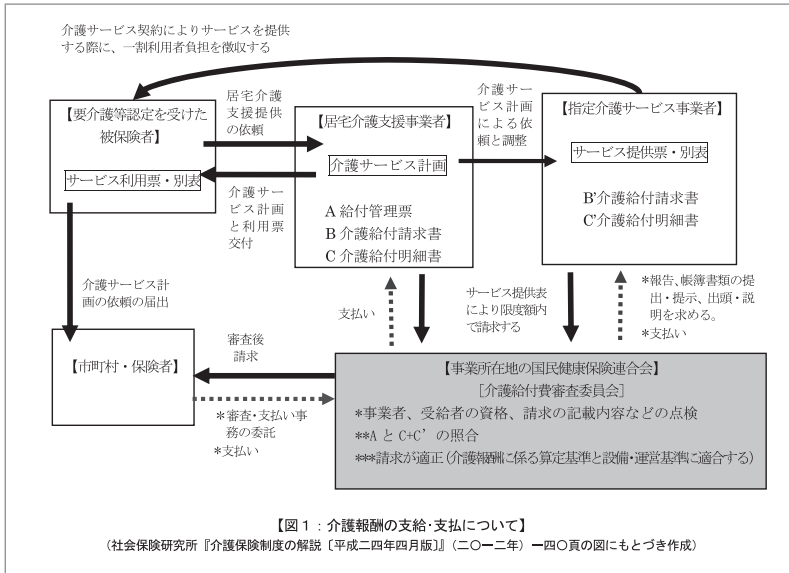
介護保険法第四章の各条の規定のほか、保険給付となる介護サービス費用の支給および指定介護サービス事業者の申請に関して必要な事項は、厚生労働省令すなわち施行規則で定めるものとされている（四十二条二項、四二条の二第十項、四四条二項、四五条二項、四六条八項、四八条八項、五三条八項、五四条の二第十項、五六条二項、五七条二項、五八条八項）。同法四一条の居宅介護サービス費の支給を例にとると、この費用は厚生労働大臣が同条四項各号に掲げるサービスについて定める算定基準により算定した費用の額の九割に相当する額として、厚生労働省令で定めるところにより、市町村が必要と認める場合に限り支給する（同条二項・四項）。四四条の福祉用具購入費および四五条の住宅改修費を除き、右の算定の仕組みは、基本的に介護サービスに要する費用の額を算定するための共通のものである。ここでは、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、同法上一般的な規定が定められている。介護保険給付となる介

(9) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

介護サービス費の支給額はこれらの規定にしたがって算定される。しかし、支給額の算定にあたっては、前出の介護保険法上の諸規定にもとづくのみではなく、要介護状態等区分に応じて支給上限のランク付けを規定する区分支給限度基準額、介護サービス種類別の支給標準や計算方法などの算定基準の詳細が、厚生労働省告示によって定められている。⁽¹⁵⁾これらの算定基準はいわゆる介護報酬に関する規定であり、基本的に介護サービスの種類別に介護給付費単位数表で掲げられている。各介護給付費単位数表においては、当該介護サービスについて細目の類型が設けられ、各細目ごとに一回の利用あたりの単位数が掲げられている。⁽¹⁶⁾

指定介護サービス事業者から介護サービス費の請求があったとき、市町村は右の介護報酬の規定および同法に規定する指定介護サービスの事業の設備および運営に関する基準などに照らして審査した上で支払うものとされている（介護保険法四一条九項）。こうした審査や支払に関する事務は、同条十項により各都道府県の国民健康保険連合会（以下、単に連合会という）が市町村から委託を受けて行うものとされている（一七六条一項一号）。⁽¹⁷⁾連合会は右の委託を受けて介護給付費請求書の審査を行うために、指定介護サービス担当者代表、市町村代表および公益代表から構成される介護給付費審査委員会をおく（一七九条および一八〇条）。介護給付費審査委員会が必要があると認めるとき、都道府県知事の承認をえて、当該請求にかかわる指定介護サービス事業者または介護保険施設に対して報告や帳簿種類の提出・提示を求め、あるいは当該事業所の長または介護保険施設の開設者・管理者もしくはサービス担当者に対して出頭・説明を求められることができる（一八一条）。⁽¹⁸⁾

そこで、介護報酬の審査と支払いは次頁の「図1：介護報酬の支給・支払について」のように行われている。そのうち、連合会による点検・査定と支払に注目して、事業者の請求が適正でない場合の判断プロセスを図式化すると、《指定介護サービス事業者から事業所在地の連合会へ請求》↓《請求の記載内容の点検》↓《給付管理



票をもとに介護給付費明細書と照合する」↓《介護報酬に係る算定基準と設備・運営基準にもとづき請求が適正でない》↓《請求額の減額決定》↓《査定額の支払》という図式が成立する⁽¹⁹⁾。

介護報酬の支給については、基本的には、要介護被保険者が介護サービスを受けた後にはじめて申請することができる。指定介護サービス事業者による代理受領を前提に、介護報酬の査定と支払は、介護保険法八条二三項の居宅介護支援と結びつけられた給付管理体制の実務運用にもなっており⁽²⁰⁾。たとえば、居宅介護サービス費の請求に関して、現行介護報酬制度の下で、連合会が当該支払請求を審査する際には、介護サービス計画にあわせて、居宅介護支援事業者がサービス提供票・別表にもとづき作成した給付管理表をもとに、指定介護サービス事業者の介護給付費明細書と照らし合わせて、支給限度額などの審査が行われる⁽²¹⁾。そして、「指定介護サービスに要した費用の額」を算定するにあたっては、具体的なサービス内容と所要時間を特定するために、指

れに誘導されて規律されるということが想定されている。⁽²³⁾ ここでは、介護報酬の算定とサービス別の報酬点数の評価のあり方は、介護サービスの提供について、利用可能な見込み量のみならず、その質にも影響を及ぼすことが考えられる。⁽²⁴⁾

また、請求の額にとどまらず、請求明細に示されたサービスの内容も点検・査定の対象となっている。そこでは、指定介護サービス事業者とその提供する介護サービスが介護保険法とそれにもとづく指定・運営基準に適合するかどうかについて、事後のチェックがなされている。実務上では、提供された介護サービスが右の基準をみたさなかったために、介護報酬の請求が適正でないと認められた場合、請求額の修正が求められるか、あるいは減額決定がなされている。⁽²⁵⁾ その上で、指定介護サービス事業者が設置・運営基準をみたして介護サービスを提供することが介護報酬の支給条件となっている。そして、介護報酬の査定にあたっては、支給内容の適正さについて、前述の支給要件との適合性を審査する。他方、指定介護サービス事業者が、偽りその他の不正の行為により介護報酬の支払いを受けたときは、市町村は当該事業者からその支払った額について返還させるべき額を徴収するほか、その返還させるべき額に一〇〇分の四〇を乗じてえた額を徴収することができる⁽²⁶⁾と定められている（介護保険法二二条三項）。同項の規定に関して、たとえば指定介護サービス事業者の「指定申請が違法に行なわれた……個別の介護報酬の請求は偽りその他の不正の行為によりなされたものと優に推認することができる」とする下級審の判決がある（大阪地裁平成二〇年一月三十一日判決・判例地方自治三一―一六九頁とその控訴審である大阪高裁平成二一年七月二三日判決・判例集未登載）。

このように、本来は指定介護サービス事業者を拘束する指定・運営基準や介護報酬の規定は、間接的に、介護被保険者が利用した契約内容すなわち介護サービスの実施内容とその対価をも規律している。以上の、介護報

〈13〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

酬に係る算定基準を適用し、また指定・運営基準に関する事業規制を事後に審査する、といった介護報酬の審査・支払の仕組みの下で、間接的にはあるが、これを介して介護サービスの利用内容のあり方を問うことが可能である。⁽²⁷⁾

3 指定・運営基準

「適切な保健医療サービス及び福祉サービスが、多様な事業者又は施設から、総合的かつ効率的に提供されることを二条一項で明定した介護保険法は、指定介護サービス事業者の適性について、社会福祉法人であるか営利法人であるかを問わないこととして、供給主体の多様化の方向を採用し、これを制度化した。⁽²⁸⁾これは、かつて措置制度の下で、介護給付につき行政が老人福祉法により直接実施責任を担ってきたのと大きく異なる点でもある。介護保険法では、直接実施責任から離脱した市町村を含む地方公共団体と国の責務は、介護保険事業の健全かつ円滑な運営および介護サービス提供体制の確保にあるものと規定されている(五条)。介護サービス提供体制の確保のため、「私人の活動の監督責任・保証責任を果たすようになった国や自治体による再規制の具体的現れ」⁽²⁹⁾として、介護サービス事業者の指定制度が採用されている。そして、介護予防給付の見直しと生活支援サービスの充実のために、医療・介護総合確保法の成立とともに行われた二〇一四年六月の介護保険法の一部改正により、訪問介護・通所介護サービスは、二〇一五年度から二〇一七年にかけて、介護予防給付から地域支援事業へと統合され、新たな「介護予防・日常生活支援総合事業」として市町村が実施するべきものとされている(二六年改正法一一五條の四五第一項)。右の総合事業の実施方法として、事業者への委託等のほか(一一五條の四七第四項)、介護予防給付と類似した指定事業者制度の導入が新設される(二六年改正法一一五條の四五の三、一一五條の四五の五第一項)。地域支援事業の拡大と右の総合事業に係る市町村の実施義務化からは、一見する

と当該事業の実施責任が市町村にあるようにも見える。しかし、事業実施の委託と指定事業者制度の導入などの規定をあわせてみると、市町村の地域支援事業についても、市町村は介護サービスの提供に関して直接実施責任から離脱し、事前の指定と事後の監督に重点をおく公的規制の責任へと移行していることが看取される。⁽³⁰⁾

指定介護サービス事業を行う者の申請があったときは、都道府県や市町村は、厚生労働省令または条例で定めるところにより、介護サービスの種類と事業所ごとに指定を行い、また指定した場合には公示するものとされている（介護保険法七〇条、七八条、七八条の二、七八条の十一、七九条、八五条、八六条、九三条など）。一定の要件をみたさず、欠格事由に該当する場合、あるいは要件をみたしても適切な事業運営と認められない場合には、介護保険法の対象となるサービス事業者として指定してはならないとされている。⁽³¹⁾これは指定制度の基本的な仕組みである。前述した指定の欠格事由は、介護保険法のほかに、主に介護サービス事業に関する指定・運営基準の規定をみたさないことをいう。⁽³²⁾第一次一括法（平成三三年五月二日法律第三十七号）に含まれる介護保険法の一部改正により、右の指定・運営基準は、内容的に厚生労働省令の基準にしたがい定めるもの、標準して定めるものおよび参酌するものとして、都道府県や市町村が条例で規定するものとされている（七四条一～三項、七八条の四第一～三項など）。そして、介護保険法上の指定を受けることにより、指定介護サービス事業者は何ら特別な法的地位を与えるものではないが、「介護サービス費を受ける供給主体であることを法的に確認する」という法的効果が生じる。⁽³⁴⁾前出の介護報酬の審査支払と連動した構造の下で、基本的には、指定を受けかつ指定が取消されていない場合に、介護報酬の支払について法律上の理由が存在するものと解されている。⁽³⁵⁾

そもそも、指定制度の下では、指定・運営基準の規制対象は指定介護サービス事業者である。ここでは、事前の指定・事後の事業監督権限を行使する都道府県あるいは市町村と指定介護サービス事業者が、右の指定・運営

〈15〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

基準により規律され、拘束される。しかし、前述した介護報酬の審査・支払の際に、保険者である市町村への介護報酬の支払請求が適正であつて、かつ、支払った介護報酬について法律上の理由が存在することを説明する上で、指定介護サービス事業者とその事業運営が右基準をみたすことが理由付けの一つとして認められている。このことに鑑みれば、指定制度は介護サービス供給主体の形成とその事業の安定のための仕組みであると同時に、介護サービスの質の維持のための仕組みとしての機能を担っているものでもある。⁽³⁶⁾ この介護報酬の審査・支払と連動した指定制度は、要介護被保険者との介護契約関係についてもかかわりを有するものの、それは直接的なものではない。しかも、指定介護サービス事業者の指定、事業運営または介護サービスの提供のあり方について、右指定・運営基準は、一定の水準のサービスの提供を確保するための最低基準と位置付けることができるものと解される。というのも、これらの規定は憲法二五条一項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の基準を、指定介護サービス事業者または施設の設定・人員配置・事業運営および利用者の処遇などについて具体化したものであり、介護保障の権利形成にとって重要な意義をもつものとしてとらえられるからである。⁽³⁷⁾ また、厚生労働省令や条例で定める指定・事業運営基準について、指定介護サービス事業者または施設開設者等の遵守義務が定められている(七三条一項、七八条の三第一項、八〇条一項、八七条一項、九六条一項、一一五条の三第一項、一一五条の十三第一項、一一五条の二三第一項、一一五条の四六第四項)。そこでは、利用者の処遇の内容とその質の確保責任は、当該サービスを提供する指定介護サービス事業者が直接に負うこととなっている。これらの基準をみたしたところでは、要介護被保険者に提供される介護サービスの内容が一定の水準を保っているものと想定されている。

二 基準化の規範的意義

1 要介護状態に係る判定基準、介護報酬に係る算定基準および指定介護サービス事業者の指定・運営基準は、介護保険給付の請求・支払いまたは支給対象となる介護サービスの提供のあり方についての細目を規定している。以上の検討により、介護基準の規範的意義は、少なくとも二つの点から導き出される。すなわち、一つは、介護の必要性に関する裁量権限の許容範囲と行為準則が、要介護状態に係る判定基準によって画定されていることである。もう一つは、介護報酬の支払・審査が指定制度と連動したうえで、介護サービスの提供のあり方、とりわけ介護契約の内容となる利用対価および利用者の処遇などが、介護報酬に係る算定基準および指定介護サービス事業者の指定・運営基準によって規律されていることである。

こうした介護基準の規定は、介護保険給付に関する制度的仕組み全般をつらぬき、解釈・適用の際に相互に補充しつつ、複雑な解釈的仕組みを構成している。ここでは、要介護被保険者―保険者―指定介護サービス事業者の三者の間において、そのうちの両者が当事者となる両極的法律関係がいくつか現れてくる。たとえば、保険者である市町村の要介護被保険者に対する要介護等認定の実施、指定介護サービスの提供事業者に対する都道府県や市町村の指定、指定介護サービス事業者と要介護被保険者との介護契約の締結、右契約の成立を前提に指定介護サービス事業者から市町村（実際には連合会）への介護報酬の支払請求などである。これらの法律関係は互いに別個な存在として取り扱われることとされている。とはいえ、介護報酬の審査・支払にあたっては、前述の諸介護基準との適合性を包括的に再チェックすることが可能である。しかし、介護基準をみただけと認められない介護サービスが提供された場合に、指定介護サービス事業者の支払請求について、要介護被保険者は直接にその拒否を保険者たる市町村に求めることはできない。ただ、多少迂遠であることは免れないとしても、介護保険

〈17〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

法二三条三項の不正な介護報酬の返還請求に関する住民訴訟においては、介護報酬の不正支給行為の違法性を問うことにより、住民たる要介護被保険者が指定介護サービス事業者と保険者たる市町村の法的責任を追及することはなほ可能である。⁽³⁹⁾

ところで、要介護被保険者と指定介護サービス事業者の間の介護契約においては、前出の介護基準がどのように位置づけられるのか、これによる法的規律がどこまで及ぶのかは、それほど明瞭ではない。たとえば、介護報酬の審査・支払の際に、指定居宅介護サービスの内容・回数等をどのように理解するか、またいかに評価するかなどについて、介護契約当事者間の合意により、厚生労働大臣が定める算定基準とは異なる契約の内容をなしうるか、あるいは介護基準に違反する内容の契約に当事者が拘束されるのか、という問題がある。これらは、保険者、要介護被保険者、指定介護サービス事業者の三者間の法律関係をどのようなものとしてとらえるかにかかわっている。そのなかでも、介護契約の内容の解釈は、介護報酬に係る算定基準および指定・事業運営基準の解釈と無関係ではなく、これらの規定の解釈・適用の整合性が問われている。これらの点について、前述した介護基準の諸規定をモデル利用契約の内容に組み入れる試みや、消費者保護法理にもとづく法解釈の展開が見られており、民法や社会保障法の観点からさまざまな問題整理や理論提示がなされている。⁽³⁹⁾ 他方で、憲法二五条により保障されるべき公的介護給付水準が介護基準によって具体化されるという観点から問題整理を行うことが、もう一つのとらえ方として求められるべきであろう。こうした問題は、介護基準の法的性質とはいかなるものか、といった点にかかわるものと考えられる。以下、これについて検討する。

2 (1) 介護保険法にもとづき定められた介護基準に関して、採用された立法の形式は規範の内容ごとにさまざまになっている。十九頁の「表1 介護保険給付に関する介護基準の立法形式」に示されるように、これら

の規定は、主に政令、厚生労働省令・告示、通知などの形式により定められている。

同表1の整理によれば、介護保険法上、介護認定審査会の委員定数とその他の必要な事項は施行令に、法律の解釈的规定や実施のための一般的手続・形式については施行規則に委ねられている。個別の事項に関する補充的规定や数値基準などの事項は、個別の厚生労働省令または「厚生労働大臣が定める基準」で規定するか、あるいは「厚生労働省令で定める基準」を「従うべき基準・標準・参酌すべき基準」として都道府県や市町村の条例で定められている。根拠条文の委任規定をあわせて見れば、指定介護サービス事業者の指定・事業運営などの事項について、「厚生労働省令で定める基準」が別掲の省令で定められるほかに、介護サービスに要する費用の算定と支給限度については、「厚生労働大臣が定める基準」や「厚生労働大臣が定める額」にかかわる規定が数多く見られる。これらの規定は、主に厚生労働省告示で数量的指標やその計算式を示し、根拠法令の具体的な内容を詳細化している。内容的には、組織規程や特例給付などの事項が政令で定められ、介護保険法の実施のための一般的手続・形式が施行規則に委ねられるほかに、要介護等認定の審査判定、介護保険給付の支給とその対象範囲に関する詳細規定は、個別の省令および告示でもって定められる。また、右の介護基準の具体的実施および運用方法に関しては、各都道府県知事あての事務連絡として厚生労働省関係局長からの通知が発出されている。

〈19〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

表 1: 介護保険給付に関する介護基準の立法形式 (2014年11月現在。同年6月25日法律第83号介護保険法の一部改正は含まない。筆者作成。)

類別	内容	立法形式				社会 保険 審議 会 の 見 解	根拠条項 (介護保険法)
		政令 (施行令) 第73(4)、 内閣11、 行組11	厚生労働省令行組12 I 施行規則	厚生労働大臣が定める 基準(告示) 行組14 I	条 例		
被保険者資格	被保険者資格の取得・喪失その他の届出事項並びに被保険者証の交付。		✓				§12 I VI、
要介護認定	要介護認定等の申請と有効期間(更新・変更認定を含む)、取消し、サービス種類の指定の変更申請等手続に関する必要な事項		✓				§27 I、§28 I II、§29 I、§30 I、§31 I、§37 III、§39等
	認定調査の事項		✓				§27 II、IV
	要介護・要支援状態区分、要介護認定等に係る介護認定審査会の審査及び判定の基準			✓			§7 I II、§27 V、§32 V等
	要介護認定等基準時間の推計の方法			✓			判定基準 §3
	介護認定審査会の委員の定数	✓従うべき			✓		§15 I
	介護認定審査会の必要な事項	✓					§17
	要介護認定等の具体的な実施及び運方法					✓	
介護認定審査会の運営、審査判定の手順					✓運営要綱	§14	
介護給付	居宅介護サービス、施設サービス、介護予防サービス等の用語		✓				§8、§8の2
	市町村特別給付				✓市町村		§18 ③、§62
	指定居宅サービス費、指定居宅介護支援費、指定地域密着型サービス費、指定施設サービス費、指定介護予防サービス費、指定介護予防支援費、指定地域密着型介護予防サービス費等の算定基準、1単位の単価等			✓			✓ §41 II IV、§42の2 II、 §46 II、§48 II等
	地域密着型介護サービス費の額の限度			✓	上限	✓市町村	§42の2 IV、
	福祉用具購入費、住宅改修費等の上限額の算定方法	✓					§44 IV、§45 IV
	居宅介護サービス費・介護予防サービス費等区分支給限度基準額、居宅介護福祉用具購入費・介護予防福祉用具購入費支給限度基準額、指定居宅改修費・介護予防住宅改修費支給限度基準額			✓			§43、§44 V、§45 V等
	介護保険給付費の支給に係る審査支払等手続	✓	✓				§41 VII・XI・XII、§42の2 VI・X、§46 VII、§48 VII
	特例居宅介護サービス費、特例施設介護サービス費等の支給に係る離島その他の地域の基準	✓		✓			§42、§42の3、§47、§49、 §51の4
	高額介護サービス費、高額医療合算介護サービス費(予防介護を含む)	✓	✓				§51、§51の2 II
	居宅介護サービス等の額の特例の支給要件(予防介護を含む)	✓	✓				§50
	特定入所者介護サービス費の食事・居住費の負担限度			✓			§51の3 II
	指定 事業 運営	介護サービス事業者の指定申請、介護老人保健施設の開設許可申請、更新・変更、取消し、公募指定等手続と公示	✓				
指定居宅サービス、指定介護老人福祉施設、指定介護予防サービス、指定地域密着型介護サービス等の事業に関する人員・設備及び運営基準							✓ §42 I ② II、 §73 I、 §74 I、 §78の4 I IV、 §88 I IV、 §115の4 I IV、 §115の14等
・従業員の数とその員数 ・居室の床面積 ・事業運営に関する事項(サービスの適切な利用、適切な処遇及び安全の確保並びに秘密の保持等)			✓従うべき		✓都道府県	✓	
小規模多機能型居宅介護及び認知症対応型通所介護の事業に係る利用定員(介護予防サービスを含む)			✓従うべき		✓市町村	✓	§78の4 ③、 §115の14 III ③等
利用定員			✓標準		✓都道府県 市町村	✓	
その他の事項			✓参照する		✓都道府県 市町村	✓	
指定居宅介護支援、指定介護予防支援等の事業・事業所の人員及び運営基準			✓				✓ §81 I ~ III、 §115の24 I ~ III
介護老人保健施設の人員・設備及び運営基準のうち							
療養室、診察室及び機能訓練室、医師及び看護師の員数(看護体制と病床等)			✓				§97 I ~ V
・介護支援専門員の基準とその員数 ・事業運営に関する事項(利用する要介護者のサービスの適切な利用、適切な処遇及び安全の確保並びに秘密の保持等)			✓従うべき		✓都道府県	✓	
その他の事項		✓参照する		✓都道府県	✓		
介護老人保健施設が広告しうる事項			✓			§98	

（ここにおいては、内容別に採用される立法形式が異なるとともに、法による羈束の密度もさまざまである。また、介護保険法上の要件規定あるいは効果規定、たとえば要介護状態等区分、介護保険給付の法定範囲（指定サービスの種類、介護報酬の算定と支給上限）などについては、根拠法律↓政令↓省令↓告示（条例）↓局長通知という順で、その内容が次第に具体化されている。

憲法四一条とのかかわりにおいては、国家行政組織法十二条一項は、各省大臣は「主任の行政事務について、法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて、それぞれその機関の命令として省令を発することができ。」と定め、厚生労働大臣は同法十四条一項により、「所掌事務について、公示を必要とする場合においては、告示を発することができる。」前掲の表1に照らして見れば、要介護認定等の審査・判定および指定・事業運営に関する介護基準は、介護保険法の委任規定にもとづいて政令や厚生労働省令で定められる。これらの規定は法規の性質を有するものと解され、行政手続法二条八号の「法律にもとづく命令」であるが、ここでは、厚生労働省告示で定立される一般的規定、とりわけ介護報酬関係規定の法的性質について同様に解すべきかが問題となる。

（2）もつとも、告示は政令や省令のような法令そのものではなく、行政機関の意思決定または事実を不特定多数の者に対して公式に表示すること、またはこうした表示のために用いられる特定の形式を指すにすぎない。⁽⁴⁰⁾生活保護法八条一項にもとづいて厚生労働大臣の定める生活保護基準の公示のように、厚生労働省告示の形式でもって法規命令が表示されることもある。生活保護や社会福祉分野においては、法規命令のほかに、認定内容の公示、指定行政機関の指定や数値的標準の公示など多様な内容が厚生労働省告示でもって公式に表示されている。生活保護や社会福祉関係法令に関して、根拠法律の委任規定が存在するにもかかわらず、国家行政組織法十二条

一項の省令の規定によらず、同法十四条一項により告示でもって委任立法の定立行為を行い、通達や事務連絡の通知を発して具体的な運用を示すという方法は、従来の実務においてしばしば見られる⁽⁴⁾。

介護給付費用の算定方法や支給限度基準額に関して、介護保険法では、「厚生労働大臣の定める基準」あるいは「厚生労働大臣の定める額」のような委任規定がある(四一条四項、四二条の二第二項、四三条二項、四四條五項、四五條五項、四六條の二第二項、四八條二項など)。この点からすれば、右の告示された規定は行政手続法上の「法律にもとづく命令(処分の要件を含む)又は規則」と解されよう。しかしながら、告示の形式で公示された規定については、法律上の委任規定があるとはいえず、必ずしも法的拘束力が認められるものではないとされている⁽⁴⁾。この点については、告示で示される内容が多岐にわたり、したがってその法的性質も一様ではないため、根拠法令の授権の有無と当該規定の内容についての検討が必要である。同表1に示される立法形式のうち、厚生労働省告示で定める規定は、要介護状態等区分を測定する要介護認定等基準時間の推計の方法、指定介護サービス費等に係る算定基準すなわち介護報酬の単位・単価、諸保険給付の支給限度基準額と負担限度などを示すものである。根拠規定に照らせば、法文上の「厚生労働大臣の定める基準」および「厚生労働大臣の定める額」にあたる。

前章でのべたように、介護保険法による諸給付の受給については、要介護等認定を受けることを前提として、判定された要介護状態等区分によって保険給付の内容(サービスの種類と支給上限)が自動的に決まるという方法が採用されている。そして、受給資格の有無すなわち介護の必要程度の測定基準として用いられる推計方法、介護保険給付の内容を具体化するための介護報酬に係る規定または諸給付の支給限度額に関する告示は、介護保険法によって保障される介護給付の具体的実現形態とその給付水準を示す行政立法法である。この点に鑑みれば、

右の告示による介護基準の規定は、その性質上、法規としての性質を有する委任命令であると解することができる。⁽⁴⁴⁾しかし、そうはいっても、そのうち介護契約に対する介護報酬の法的拘束力は、介護保険法による介護給付についてのみ及ぶものであるという点に注意を要する。そうすると、介護保険給付対象以外の介護サービスに要する費用の算定はその適用範囲外にあるということになろう。したがって、保険対象外の介護サービス利用について、介護契約当事者間の合意にもとづき介護報酬関係規定に即しない契約内容を締結することも可能ということになる。

他方、介護契約の法律関係の形成について、省令で定める指定・事業運営基準の法的効果が間接的に影響を及ぼすことがある。もつとも、介護サービスの提供について、指定・事業運営基準の諸規定は、事業者に対する行政監督的な見地からの規制を行う性格を有するものであり、違反があった場合の私法上の効果は明確ではない。そのため、現行法制度の下では、利用者がその基準自体に依拠し、指定介護サービス事業者に対して介護契約の取消しや損害賠償請求等をなしうると解することは困難であると説かれている。⁽⁴⁵⁾この場合に、法的責任を問うためにはさらなる法的根拠が必要となる。たとえば、指定・事業運営基準の規定をモデル契約を媒介としてあるいは介護契約の約款に取り入れることにより、その遵守義務を介護サービス事業者の「善管注意義務」（民法六四四条）として構成することも可能である。また、事故があったとき、介護サービス事業者またはサービス担当者に対して不法行為・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などの刑事責任を及ぼす際、右の基準をみたすことが認められなかったことは、当該介護サービス事業者とその所属職員に帰せられるべき適切な注意義務の違反などを認定する根拠となる、という裁判例の傾向を指摘する見解がある。⁽⁴⁶⁾こうした損害賠償法理は、介護保険給付サービスの利用についてはもちろんのこと、対象外のサービスについても

〈23〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

当然に適用されるものと考えられる。

(3) 介護基準の規律内容を機能的にとらえれば、申請に対する処分に関する審査基準であったり、処分の根拠法規である法令の解釈を内容とする解釈基準であったり、あるいは法律の委任にもとづいて法令の内容を告示で補充し、実質的に法規的性質を持たせるものであったりする。解釈基準あるいは裁量基準のいずれにあたるかにより、各々の介護基準の法的拘束力は異なる。両者の相違点について、基本的には、介護基準の規定は一律に適用されるべきであるが、しかし、事案ごとの適用にあたって不都合が生ずる場合、根拠法律の趣旨・目的に適合させるために、当該裁量基準の規定にもとづくことなく行政が合目的判断を行うことが期待されると解される。⁽⁴⁷⁾

前述した介護保険法上の「厚生労働省令で定める基準」や「厚生労働大臣が定める基準」の規定に関しては、各々の介護基準またはそのうちの一部分が解釈基準なのかそれとも審査基準なのかは判定しにくく、あるいは同時に並存する場面もある⁽⁴⁸⁾。たとえば、要介護等認定の判定基準とそれにもとづく推計方法の告示規定は、要介護状態が何かに関する法令の解釈でもあり、要介護状態等区分のための要介護・要支援度のランクとその必要程度を測定する審査基準でもある。このように、各々の規定の法的性質は一樣でなく、その法的拘束力も一律のものとは考えられるべきではない。

まず、介護保険法にもとづく諸給付の内容は、要介護状態等区分に連動して法令で標準化されるため、保険者である市町村が選択する余地が存在しないことはすでにのべた。したがって、介護保険給付の種類・支給単位・単価についての介護報酬関係規定および諸給付の支給限度基準額の告示は、法律の委任にもとづいて法令の内容を告示で補充し、実質的に法規的性質を持たせるものであると解され、一律に適用すべきであると考えられる。

次に、要介護等認定の判定基準とそれにもとづく推計方法については、保険給付の受給資格を審査する際の行為準則として、専門的知見にもとつき要介護状態等区分の審査・判定を行うための審査基準となっている。そして、介護サービスの提供に係る指定・事業運営基準は、指定介護サービス事業者からの申請にもとづく指定処分を行う際の審査基準であるとともに、報告・指定の取消しなどの事後的監督権限を行使し、不利益処分を行う際の処分基準でもある。後二者の裁量基準については、事案ごとに適用するに際して、権限をより合目的に行使するため、既存の基準にもとづかず合理的な判断を行う余地がある。

また、介護保険法上の受給資格の審査基準と給付水準の具体化が厚生労働省令・告示により行われていることは、国の法令による規律密度が高められているものと評することができる。この点は、かつての通達や要綱に依拠した措置制度の下での状況とは対照的である。介護保険制度の下では、介護保険事務に関する行政活動の行為準則たる裁量基準が省令・告示で公表されることに特徴があり、介護基準の規律密度の向上という側面がうかがえる。また、法による羈束という視点から見れば、厚生労働省令・告示で定める介護基準は、一般的に行政規則と取り扱われてきた行政手続法五条の審査基準と比べると、法による統制の密度が高いといえる。

何よりも注意すべきは、法規命令とそれ以外のものについてとらえるべき視点が同様ではなく、とくに、根拠法律に適合するための要件が両者の間で異なる、という点である。そこでは、さらに基準適用の裁量と基準定立の裁量という双方の問題が存在するが、これについては次節であらためて検討する。⁽⁴⁹⁾

3 (1) 介護基準の法的拘束力に関して問題を生ずる場面がもう一つ存在する。すなわち、第二期地方分権推進改革の第一次一括法以降、個別立法により条例制定権に対する立法的関与が制度化されている。これにともなって、介護保険関係立法においては、政令、省令・告示で定立された介護基準（以下、単に国の基準という）

と条例との関係をいかにとらえるべきか、とりわけこうした国の基準がいかなる規範的意義を有するか、という問題が生ずる。以下に、これについて検討する。

介護保険法上、要介護等認定を含む介護保険事務とその収入及び支出については市町村および特別区の自治事務であると解されるが(二三条)⁽⁵⁰⁾、同法とそれにもとづく厚生労働省令・告示による規律密度が高いことは明らかである。そのなかでは、介護サービス事業や施設の指定については都道府県あるいは市町村が事業別により指定権限を有すると規定されている(七〇条、七八条の二、七九条、八六条、九四条など)。第二期地域分権改革の第一次一括法により、施設・公物設置管理の基準および計画等の策定事項が「義務づけ・枠付けの見直し」対象とされており、これに関連して介護保険法の一部改正がなされた。介護保険事業計画の策定のほかに、指定介護サービス事業の人員配置・設備および事業運営に関する事項について法令の規律密度が整理され、これらに関する条例制定権が都道府県または市町村に付与されたことが同改正法の重点である⁽⁵¹⁾。そして、指定・事業運営基準を条例で定める際に、厚生労働省で定める基準が事項別に「従うべき基準・標準・参酌すべき基準」とされ、条例制定権の行使を規律する規定がおかれている(七四条三項、七八条の四第三項、八八条三項、九七条四項など)。ちなみに、ここでは、条例への委任に際して、国の基準による関与の方式が三つの類型で法定化される。「地域主権戦略大綱」(平成二二年六月二八日閣議決定)の添付資料によれば、国の基準の地方公共団体への拘束の度合について、次のように説明がなされている⁽⁵²⁾。まず、「従うべき基準」は、「条例の内容を直接に拘束する、必ず適合しなければならぬ基準であり、基準の範囲内で地域の実情に応じた内容を定める条例は許容されるものの、異なる内容を定めることは許さないもの」である。次に、「標準」は、「法令の『標準』を通常よるべき基準としつつ、合理的な理由がある範囲内で、地域の実情に応じた『標準』と異なる内容を定めることが許容されるもの」

である。最後に、「参酌すべき基準」は「地方公共団体が十分参照した結果であれば、地域の実情に応じ、異なる内容を定めることが許容されるもの」である。このように、「標準」または「参酌すべき基準」については、「地域の実情」に依拠して、条例により国の法令と異なる内容を定めることが可能である。「従うべき基準」についての説明はやや不明確であるが、文言からすれば、地域の実情に応じた国の基準と異なる内容を定める条例しか想定されまいであろう。そうすると、「従うべき基準」は、全国一律に適用されるべきものとして位置づけられよう。⁶³⁾

(2) そして、前出の十九頁の表1に照らせれば、介護認定審査会の委員の定数に関して「政令で定める基準に依り条例で定める数とする」(十五條二項) ほか、指定介護サービス事業の指定・事業運営基準に関して制定権限を有する都道府県あるいは市町村は、条例でこれを定める際に、基本的には①従業員の基準と員数、②居室の面積、③利用者のサービスの適切な利用・処遇および安全確保並びに秘密の保持その他事業運営事項については国の基準に従うべき、④利用定員については標準とし、その他の事項については参酌すべきである、と規定されている。ところが、「小規模多機能型居宅介護及び認知症対応型通所介護の事業」の利用定員について、市町村の条例が国の基準に「従うべき」ものとされている(七八條の四第三項、一一五條の十四第三項)。指定居宅介護支援・指定介護予防支援事業等の介護支援専門員の員数および事業運営に関する基準(八一條一二項、一一五條の二四第一・二項)、ならびに、介護老人保健施設の開設・事業運営基準のうちの療養室・診察室・機能訓練室の設置、医師・看護師の員数など看護体制・病床にかかわる事項(九七條一項・二項)は、右の枠付けのような条例の委任規定がおかれておらず、厚生労働省令で定めるものと規定されている。ここにおいては、指定・事業運営基準で定める規制対象の内容により、条例制定権限の許容範囲、すなわち国の基準による関与の密度が

序列化されていることがうかがえる。

指定介護サービス事業者または施設の指定あるいは開設許可については都道府県が権限を有し、指定地域密着型介護サービス・介護予防サービス事業の指定については市町村が権限を有するが、それぞれの指定権限の行使に関する義務付けの規定にあわせて、第一次一括法では、それぞれの審査基準たる指定・事業運営基準の制定については、当該事業所在地の都道府県あるいは市町村の条例に委ねられ、同時に右「枠付け」規定により条例制定権の範囲が画定されている。他方、指定・事業運営基準以外の介護保険事務に関しては、「枠付け」の立法形式をとっておらず、政省令または告示で定めるという規定が少なくない。たとえば要介護等認定の判定基準、介護報酬に係る算定基準などである。厚生労働省令・告示と条例との関係をいかに捉えるべきかについては、明確な規定がない。これらの介護保険事務の処理・方法を定める国の基準の規定について、条例による自主的決定が認められるか否か、という問題はなお残されている。⁽⁵⁴⁾ 第二期地方分権改革以前から、自治事務に関する法律が当該事務に係る事案処理の基準を十分に法定していない場合について、「基準補充の基準」という観点から条例で基準を付加することを肯定する見解が存する。⁽⁵⁵⁾

にもかかわらず、介護保険法上、介護保険事務は自治事務であって、国から地方への立法的関与の縮減を目指す第二期地域分権改革においては、地方公共団体の活動とりわけ手続や判断基準などの事務処理の方法について、法令の規律密度を低めて「地域の実情」に応じた条例制定の範囲を広げるといいうわゆる「地域自主決定」が進められた。しかし、そもそもなぜ国による関与が必要とされるのか、また、個別立法による条例制定への関与の態様が一樣でないが、なぜ国の基準による規律密度の差を設けるのか。こうした問題については、個別の法領域ごとに問わざるをえないより根本的な法的理由があるものと考えられる。本稿の目的に即していえば、これは、

憲法二五条にもとづく介護サービス保障のあり方のみならず、憲法九二条の「地方自治の本旨」にもとづき介護サービスに関する国と地方公共団体の事務配分にかかわる課題であり、こうした二つの視点からあらためて検討すべきであると考えられるが、ここでは、問題点を整理するにとどめ、その具体的検討は将来の課題としたい。

(3) これらと関連して、もう一つ留意すべき点がある。第二期地域分権改革以前から、政令、省令または告示等の定めを詳細なものにすることで、政省令による規律密度を上昇させれば、地方公共団体の条例制定権を制約することになると指摘されていた。⁽⁶⁵⁾ こうした視点から自治立法を考えれば、内容・基準・手続等の「義務づけ・枠付けの見直し」にともなう政省令による規律密度の上昇により、逆に、法令による国の立法的関与が強化される可能性があることは否めないであろう。かつて「中央官庁の官僚的決定メカニズムの下に置かれた」社会福祉行政においては、ナショナル・ミニマムの達成は、国が中央集権的に立案した施策を地方公共団体に確実に実施させるものとして理解され、かつ行われてきた。⁽⁶⁷⁾ 今日においても、介護保険事務の具体的な運用に関して、厚生労働省から事務連絡のための通知がなお存在する。こうした点からは、「市町村の国への依存体質」という側面がそれほど変わったとはいえない。⁽⁶⁸⁾ そして、二〇一四年六月十八日に成立した医療・介護総合確保法ともに行われた介護保険法改正により、介護予防サービスのうちの訪問介護などは、介護保険の給付範囲から除外されることとなり、来年度から二〇一七年にかけて、市町村の実施事業と位置づけられる地域支援事業へと統合されるものとされている。同改正法においては、地域支援事業の指定や実施などについては、条例の委任規定を設けておらず、政令または厚生労働省令で定めるものとされている（二六年改正法一一五条の四五第一項・第三項、一一五条の四五の二第一項、一一五条の四五の五、一一五条の四五の十一など）。これらに鑑みれば、国の基準による関与が強いことには変化がない。

もつとも、ニーズの必要性を見出し、当該需要の充填を権利の内容として具体的に構成することが、介護利用をめぐる権利の実現の最も重要な特徴である。この点は、社会福祉のみならず社会保障の全領域についても共通している。ここでは、権利保障のための制度設計として、給付の適切・公正・公平な受給を確保するために、受給資格と給付内容・水準に係る基準化が要請されてきた。給付基準が公表されなかつたり、あるいは通達・要綱に依拠するにとどまっていたかつての規律密度の低い状況と比べると、委任立法である法規命令の性質をもつ介護基準により、法による羈束の程度は高くなった。とりあえず、介護給付に係る給付基準の基準化については、法的統制の密度が深化している側面がうかがえる。他方、そこにおいては、介護サービスの保障水準の維持・向上、いわゆるナショナル・ミニマムの確保の観点も重要である。もつとも、ナショナル・ミニマムとは何か、それが一義的にとらえられるか否かについて、さまざまな見解が示され、論者間で一致しているとはいえない。⁽⁵⁹⁾ ただ、介護サービスのナショナル・ミニマムの保障手段としての性質に着目するならば、介護保険給付に関する国の基準のうち、少なくとも、全国一律的な「従うべき基準」は、ナショナル・ミニマムである最低基準としての規範機能をもつものといえる。⁽⁶⁰⁾

以上のように、本節での検討によれば、介護保険給付関係法令を解釈・適用する際に、各介護基準間に相互に補充する機能があり、政・省令または告示でもって定める介護基準により、法規たる性質をもった規律効果が生ずる。介護基準の基準化によって、規律密度の序列化、法による統制の向上、最低基準の法令による枠付け、という三つの効果が期待できる。ところが、要介護被保険者の介護の必要に応じるべき介護給付の適正さを問うには、要介護等認定の適正な判断という次元に限らず、その根拠となる判定基準などの諸規定の適法性と合理性について検討する必要がある。これは要介護等認定の適正な判断と違った次元に属するものであり、何よりも、諸

介護基準の規定が各々の要介護被保険者の具体的な状況を十分に考慮したものでどうか、また介護基準の定立行為の合憲性・適法性、さらに内容の合理性が問われている。ここでは、介護基準の定立行為を法の趣旨と目的に即していかにコントロールすべきかが、規範内容の正当性および適正手続の遵守、の二点から検討されるべきと考えられる。これについては、次節であらためて検討したい。

注

- (1) 介護保険法四三条二項、四四条五項、四五条五項、五五条二項、五六条五項、五七条五項などを参照。
- (2) 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）を参照。
- (3) 拙稿「適切な福祉利用の確保とその公法的構成（三）」名古屋大学法政論集第二五三号（二〇一四年）四一―頁以下を参照。
- (4) 二〇一二年八月二日に成立した社会保障制度改革推進法（法律第六十四号。以下、改革推進法という）九条にもとづいて時限的に設置された社会保障制度改革国民会議により、「確かな社会保障を将来世代に伝えるための道筋」報告書（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kokuminkaigi/pdf/houkokusyo.pdf>。最終アクセス2014/09/25）が昨年八月六日に提出された。同報告書を踏まえて、二〇一四年から二〇一七年にかけて社会保障制度改革のための関係法案が国会に提出される工程表（http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hokabun/ya/shakaihoshou/dl/251226_04.pdf最終アクセス2014/09/25）などを定めた「持続可能な社会保障制度の確立を図るための改革の推進に関する法律」（法律第百十二号。以下、プログラム法という）が同年十二月十三日に公布された。右工程表を実施するための「第一弾」として、医療・介護総合確保法に含まれた介護保険法の一部改正が二〇一四年六月十八日になされた。これは前述した改革推進法七条およびプログラム法五条二項各号の規定を具体化したものである。内容的には、①

〔31〕適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

地域支援事業の見直しによる要支援者の保険給付外し(介護支援・日常生活支援総合事業への統合)、②利用者適格要件の限定を含む指定居宅・施設サービス費の見直し(要介護度三以上の入所者資格、支給要件として特定入所者の所得・資産状況のしん酌規定などの新設)、③一定以上の所得を有する第一号被保険者の利用者負担の二割引き上げ、といった改正がなされている。医療・介護総合確保法の重点について、伊藤周平「医療・介護総合確保法案の狙いと課題(上)(下)」賃金と社会保障一六二一四頁以下、一六一二四頁以下(二〇一四年)および稲森公嘉「介護保険制度改革」論究ジュリスト十一号(二〇一四年)十八頁以下を参照。

- (5) 従来、行政機関が行政の機関・活動に関して条文の形式で一般的規範や抽象的な規定を定立すること、または定立された規範そのものを行政立法といい、外部効果の有無により、法規命令と行政規則に分類されてきた(室井力編『新現代行政法入門(一)』〔補訂版〕—基本原理・行政作用・行政救済—(法律文化社、二〇〇五年)八六頁以下〔平田和一〕、塩野宏『行政法Ⅰ(第5版補訂版)』行政法総論(有斐閣、二〇一三年)九二頁以下、藤田宙靖『行政法総論(初版)』(青林書院、二〇一三年)二九四—三〇七頁などを参照)。しかし、右の区分については一定の相対化現象が存在する。そこで、両者を統一的に考察すべきであるとの見解が徐々に広がり、法概念を再整理する行政法教科書もある。たとえば、「行政機関による規範定立」芝池義一『行政法総論講義(第4補訂版)』(有斐閣、二〇〇六年)一一四頁以下)、法律目的を実現するために法律規定を詳細化する「行政基準」(大橋洋一『行政法Ⅰ(第2版)』現代行政過程論(有斐閣、二〇一三年)一一三頁以下)、行政機関が活動を行うためにあたって準拠となる「行政準則」(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)六三頁以下〔本多滝夫)といった概念が提唱されている。

- (6) 「行政裁量統制の見地から裁量基準の機能とその法的性質について論ずる研究は数多く、たとえば、深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開』(信山社、二〇一三年)第二章及び第三章、山下竜一「裁量基準の裁量性と裁量規律性」法律時報八五巻二号(二〇一三年)

二二頁以下、交告尚史「行政判断の構造」磯部Ⅱ小早川Ⅱ芝池編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）二六九頁以下、野口貴公美「行政立法―裁判規範性―に關する一分析―」磯部Ⅱ小早川Ⅱ芝池編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、二〇一一年）二五頁以下など。

個別的な領域法の考察として、社会保障法領域に關しては、早くから法源の一種として行政による規範定立が論じられてきた（園部Ⅱ田中館Ⅱ石本編『社会保障行政法（初版）』（有斐閣、一九八〇年）三八～四七頁〔田中館照稿〕など）。社会保障行政作用の諸形態の一つとして行政立法を説明する教科書がある（室井力編『新現代行政法入門（2）（初版）―行政組織・主要な行政領域―』（法律文化社、二〇〇四年）二六〇～二六一頁〔本多滝夫〕）。社会保障分野におかれた措置制度を素材に、諸基準の類型化とその法的性格を検討し、基本的な法構造を分析した研究として、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣、一九八九年）第2編（一八九頁以下）、河野正輝『社会福祉の権利構造』（有斐閣、一九九四年）一三三頁以下などがある。近年、憲法二五条にもとづき、障害者自立支援の増額請求や生活保護の老齢・母子加算の廃止などを争う訴訟が日本各地で提起されている。これとともに、個別法分野における行政立法の合憲・適法性とその統制法理について検討するものが見られる。たとえば、豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開―老齢加算廃止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に―」法律時報八五卷二号（二〇一三年）二九頁以下、常岡孝好「生活保護基準改定の合理性と必要即応の原則に基づく特別基準設定申請権―須藤裁判官の意見を踏まえて―」自治研究九〇卷二・三号（二〇一四年）など。

(7) 確かに、福祉利用の法律関係につき、いわゆる「契約利用へ」との制度改正後、サービス給付をめぐる利用者資格、給付内容または具体的支給方法などを詳細化する諸認定・給付・事業設置運営基準に關して、利用者の権利の重要な内容やサービスの量と質がこれらの基準によって規定されるとの認識がすでに存在する（瀧澤仁唱「福祉サービスの基準と質の保障」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』（法律文化社、二〇〇一年）七七頁以下、同「介護サービスの基準と質」

〈33〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

社会保険法第十九号(二〇〇四年)五一～五四頁などを参照)。しかし、当該分野における行政立法の定立行為全般を視野においた、実体的側面と手続的側面をあわせた統制法理一般の検討は、充分になされているとはいえない。

(8) たとえば、平成十七年に制定された障害者自立支援法、これを引き継いで平成二十四年六月に成立した障害者総合支援法二九条六項の介護給付費または訓練費等給付費の支給、あるいは平成二四年八月に成立した子ども・子育て支援法二七条二項の施設型給付費の支給などである。

(9) これに対して、役割分担原則の明示、機関委任事務制度の廃止および国から地方に対する関与制度の整備に力点がおかれてきた第一期地方分権改革は、一九九五年の地方分権推進法の制定を起点に、一九九九年に地方自治法その他大量の法律を一括改正したいわゆる地方分権一括法によって実現した。地方分権改革の経緯に関して、下井康史「二〇一一年第二期地方分権改革の意味・意義課題」社会保険法第二七号(二〇一二年)五頁以下、「特集 自治体における分権改革の諸相」法律時報八四卷三号(二〇一二年)に所収の諸論文、高橋滋「地方分権はどう進んだのか」義務づけ・枠付け見直し」を中心に「自治体法務研究二四号(二〇一二年)六～七頁、小早川光郎「地方分権の現状と課題」ジュリスト一四一三三号(二〇一〇年)八頁以下などを参照。

(10) これまでの地方分権改革に関して、時期ごとの重点は異なるが、歴年の政府関係文書によれば、各論的には、法政策上の理念の一貫性の有無はさておき、生活保護・社会福祉等の分野が主要な法領域として繰り返し取り上げられてきた。ところが、右分野の地方分権・分権化に関して、時々に見られた様相はさまざまであり、時期ごとにとらえられた内容も異なる。社会福祉法領域の分権化についての検討は、下井・前掲注(9)のほか、社会保障法学会第五九回大会「シンポジウム 地方分権改革における社会保障のあり方」社会保険法第二七号(二〇一二年)に収録される論文、本多滝夫「義務づけ・枠付け見直し」の影響「福祉行政を中心に」自治体法務研究二四号(二〇一二年)二五頁以下、前田雅子「分権化と社会福祉サービス」社会保障法学会編「講座社会保険法第3巻 社会福祉サービス法」(法律文化社、二〇一〇年)などがある。

- (11) たとえば、第一次一括法十八条で改正された介護保険法四二条一項は、特例居宅介護サービス費の支給に関して、「基準該当居宅サービス」に従事する従業員等の基準、事業の設備および運営に関する基準を、都道府県の条例で定めるものと規定する。また、右の条例を定めるにあたっては、「従業員に係る基準及び当該従業員の員数」、「居室の床面積」とサービスの適切な利用、適切な処遇及び安全の確保並びに秘密の保持等「事業の運営に関する事項」(一～三号)については厚生労働省令で定める基準にしたがい定めるものとし、「利用定員」については厚生労働省令で定める基準を標準として定めるものとし、その他の事項については厚生労働省令で定める基準を参酌するものとする(同条二項)。
- (12) 平成十一年四月三十日厚生省令第五十八号(最終修正：平成十八年三月十四日厚生労働省令第三十二号)。
- (13) 平成十二年三月二十四日厚生省告示第九十一号(最終修正：平成二十四年三月三十日厚生労働省告示第二百二号)。
- (14) 前掲注(2)「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」を参照。
- (15) 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二百十六号)など。
- (16) 基本的には、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数表で定める単位数は、当該サービスの提供体制とその内容別に加えて、要介護状態区分のランクに応じてサービス提供の平均費用が加算・減算されて細かく設定されている。なお、法定介護サービス費用の算定とその支給に関する制度的仕組みについては、拙稿・前掲注(3)・四二二～四二六頁を参照。
- (17) 介護保険法四二条の二第九項、四六条七項、四八条七項、五一条の三第八項、五三条七項、五四条の二第九項、五八条七項および六一条の三第八項において準用する場合が含まれる。なお、介護保険における介護報酬については、公的医療保険における診

〈35〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

療報酬と類似した審査支払体制が採用されているといわれる(倉田聡『これからの社会福祉と法』(創成社、二〇〇一年) 八四～八六頁を参照)。両者に関して、各根拠法令にもつき報酬請求の適正性を審査したうえで費用を支払うこと、保険者以外の審査支払機関に右の審査支払事務が委託されていることは共通しているが、次の点において介護報酬と異なる。すなわち、診療報酬に関しては、指定保険医療機関等による代理受領方式が採用されていないこと、審査支払事務の委託について医療保険各法によって保険者と審査支払機関との間で委託契約が締結されていること、診療内容の適切性について審査支払機関が実質的な審査権限を有することなどである。石田道彦「診療報酬・介護報酬の審査支払体制」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) 七四～七七頁を参照。なお、介護報酬の減額査定を受けた指定介護サービス事業者が保険者等に対して行った居宅介護サービス費の支払請求について、第一審と控訴審がともに棄却した事件(松山地裁平成十五年一月四日判決・判例集未登載、高松高裁平成十六年六月二四日判決・判タ一二二二号三〇〇頁)の評釈において、介護保険における当事者の法律関係は現物給付を採用する社会保険医療と異なるものであり、診療報酬の査定支払の仕組みがそのまま介護報酬に適用するものではない、と指摘したものがあつた。小島晴洋「介護保険において減額査定を受けた事業者が保険者等に対して行なつた居宅介護サービス費の請求が棄却された事例」季刊社会保険研究四三巻三号(二〇〇七年)三〇一～三〇四頁を参照。

(18) 二〇一五年四月一日から、指定権限をもつ市町村の承認を得て、地域密着型介護サービス、地域密着型介護予防サービスおよび介護支援・日常生活支援事業者またはサービス担当者に対して請求することができる、という規定が二〇一四年六月の法改正により新設されている(二六年改正法一一八条二項)。

(19) 社会保険研究所『介護保険制度の解説(平成二四年四月版)』(社会保険研究所、二〇一二年)一四〇頁の図および三八六～三八八頁を参照。

(20) 介護サービス計画の作成について、介護支援専門員や指定居宅介護支援事業者に依頼する場合、要介護被保険者に交付される週

間サービス計画表、サービス提供票・同別表がほぼそのまま、その後の指定介護サービス事業者との介護契約の内容になるものとされている。介護サービス計画とともに、介護契約のモニタリングのための右交付書類にもとづく給付管理票の提出などの事務は、介護保険法八条二三項にいう居宅介護支援として、介護支援専門員に依頼されることが一般的である。給付管理票は、支給限度基準内として提供されたサービス実績をサービス提供票などにもとづきまとめたものである。たとえば同法四六条の居宅介護サービス費の支給を申請する際に、指定居宅介護支援事業者が提出する。こうした給付管理体制の下で、介護サービス提供票とその別表の記載内容は、具体的に介護サービスの内容を規定するものであるといえることができる。

(21) 社会保険研究所・同前掲注(19)・一三〇、一四〇および三八一頁以下を参照。

(22) 同注(17)。本件は、介護報酬の減額査定に関して裁判所が審理の仕組みを示し、はじめて判断を下した事例である。同事件においては、指定介護サービス事業者が減額査定を「保険給付の処分」ととらえて介護保険法一八三条により審査請求を行ったところ、「不服申立ての対象となる『行政庁の処分』に当たらない」として右審査請求を却下する裁決がなされた。その後、指定介護サービス事業者は、審査支払機関である国民健康保険団体および保険者である市町村を被告として直接に給付を求める民事訴訟を提起した。右支払請求の訴えについて、裁判所は診療報酬の減額査定と異なる審理の仕組みを示したが、そのまま審理して判断を下した。したがって、今後、介護報酬の減額査定について、指定介護サービス事業者が裁決を経て処分取消しの訴えによって争う可能性は低いと推測されている。小島・前掲注(17)・三〇二頁を参照。

(23) 社会保険制度における報酬基準に関して、たとえば診療報酬の設定と改正について公定価格体系としての統制機能とインセンティブとしての誘導機能を有することが指摘されている。西田和弘「社会保険サービス給付の給付水準にかかる規範的検討―医療保険を中心に―」社会保険法第二二号(二〇〇六年)一四二頁を参照。これについて、石田道彦「診療報酬制度の機能と課題」社会保険法第十七号(二〇〇二年)一一一頁では、「診療報酬点数数の操作を通じて、特定のサービスの拡大や抑制を図るなど医療

(37) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

供給のあり方に統制を及ぼしている」と具体的に説明されている。また、こうした診療報酬による政策誘導機能は、似たような制度的仕組みをとる介護報酬についても同様であると考えられよう。

- (24) というのも、利用者にとっては支給限度額内で利用できるサービス内容が介護報酬の算定基準いかににより定まり、またそれにより、指定介護サービス事業者・施設の経営状態も影響を受けるからである。加藤Ⅱ菊池Ⅱ倉田Ⅱ前田『社会保障法(第5版)』(有斐閣、二〇一三年)三〇一～三〇二頁(前田雅子)を参照。なお、そのほかにも、障害者総合支援法による諸給付の算定を検討素材に、報酬設定の誘導・統制機能に着目して、「報酬基準設定の考え方や報酬決定手続の明確化の必要性、報酬単位数や報酬単価の妥当性といった論点を検討する必要」がある、と指摘するものもある。新田秀樹「費用負担と報酬基準」社会保障法第二五号(二〇一〇年)五〇頁を参照。

(25) 社会保険研究所・前掲注(19)・三八七～三八八頁を参照。

- (26) この事件は、介護事業者等の指定を知事から受けた社会福祉法人が常勤の管理者をおかないなどの不正行為により市から居宅介護支援費を受けたにもかかわらず、市が介護保険法(二二条三項)にもとづき当該事業者の介護報酬等の返還請求を行わなかったため、住民が地方自治法(二四二条の二第一項四号)にもとづき市長等に対して損害賠償請求を求めた住民訴訟である。同事件の上告審である最高裁判平成二三年七月十四日第一小法廷判決(判タ一三五六号七三頁)においては、不正な介護報酬の返還義務の有無について次のような判断の仕組みが示されている。法定の要件と基準をみたまない介護報酬が指定介護サービス業者に支払われたとき、「市町村は当該事業者に不当利得の返還を求め得る」と解され、二二条三項の規定は「介護報酬の不当利得返還義務についての特則を設けたもの」である。そして、指定介護サービス事業者が「同項にもとづき返還義務を負う」と認められるためには、その前提として、事業者が介護報酬の支払を受けたことに法律上の原因がないといえる場合であることを要する。また、事業者としての適性判断について指定の当初から瑕疵が存在したことは、「本件の各指定を無効とするほどの瑕疵の存在をうかがわせる

ものとはいえない。……不正な手段によって指定を受けたことの一事をもって、直ちに法律上の原因がないということではできず、他に法律上の原因がないことをうかがわせる事情もない」ため、返還義務は認められない。以上の最高裁の見解を反面から読み取れば、介護報酬の支給について法律上の原因が存在するための判断要素として、法定の要件と指定基準等をみることが必要である。ただし、二二条三項の返還義務を肯定するためには、これらの規定に反したことに加えてはかの要素の存在が求められ、たとえばその瑕疵が指定処分を無効とするものであるとか、その他法律上の原因を失わせる事情の存在が要求されるものと考えられる。

(27) これに対して、公的医療保険を例に、診療報酬の不正または不当請求についての審査支払を行う際に、療養の給付・療養費の支給に関する診療の内容が直接に指導監督の対象となる事例は少ない、という消極的な見方もある（西田・前掲注②・一三八頁を参照）。もちろん、診療や介護などのサービス給付の質の向上と適正化を確保するために、右記のような事後的介護報酬の審査支払よりも、保険医療機関等について厚生大臣の指導・監査または指定の取消し（健康保険法七三条、七八条、八十条など）、あるいは指定介護サービス事業者について都道府県知事の勧告・命令または指定の取消し（介護保険法七六条、七六条の二、七七条など）などの事後的な規制権限を積極的に行使することがより期待される。

(28) そのうえで、介護保険法を含め、現行福祉サービスの供給体制に関する公的規制には、三つの特徴がある。第一に、供給主体への規制と事業への参入規制について供給主体の序列構造が相対化されている。第二に、供給主体への規制のあり方について市場への参入・撤退を規制している点が共通する。第三に、サービスの質の確保のため、法令で定める施設設備・人員等の最低基準の遵守義務が要請される。豊島明子「福祉サービスの供給体制論」社会保険法第二五号（二〇一〇年）一一五～一二六頁を参照。

(29) 人見剛「公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察」公法研究七〇号（二〇〇八年）一七四頁を参照。介護給付活動の民間開放とその供給主体の多様化について、介護保険法の指定制度の導入は「任務の民営化」と称されたり（原田大樹「民営化と再規

〈39〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

制—日本法の現状と課題—」法律時報八〇巻十号(二〇〇八年)五九頁を参照(同『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂、二〇一四年)所収)、これを契機に「再規制の具体的な現れ」として説明されている(大沢光「介護保険法改正と指定制度—その行政法学的検討—」青山法学論集五一巻三〇四合併号(二〇一〇年)二五〇頁を参照)。ここにいう保証責任は「生活に不可欠なサービスの供給などを市民に『保証』する国家責任」をいう(山田洋「『保証国家』とは何か」岡村〓人見編著『世界の公私協働—制度と理論—』(日本評論社、二〇一二年)一四三頁を参照)。なお、官民の役割分担または公私協働と呼ばれる現象に関して行政法学の観点から検討する論考は数多く、たとえば紙野健二「協働主体の基礎理論」室井力先生追悼論文集『行政法の原理と展開』(法律文化社、二〇一二年)、大久保規子「協働の進展と行政法学の課題」磯部力〓小早川〓芝池編『行政法の新構想—行政法の基礎理論—』(有斐閣、二〇一一年)二二三頁、山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』(青林書院、二〇〇八年)一七三頁以下など。

(30) 一九九七年の介護保険法により制度化され、二〇〇五年および二〇〇八年の二回の大きな法改正を経た指定制度に関して、制度の変遷と検討を行ったものとして、大沢光・前掲注⑳・二四九頁以下を参照。なお、介護サービスの事業者の指定制度のみならず、新たな介護予防・日常生活支援総合事業を含め、介護サービスの提供体制に関する考察が不可欠であるが、これについての検討は別稿に委ねる。

(31) 事前規制である指定に関しては、より良質の適正な事業運営が要請されており、指定基準との適合性以外に、事業者の継続性・安定的な提供能力などがなければ、指定の欠格事由があるものであって指定してはならないとされている(地域密着型サービス事業不指定処分取消請求事件に関する東京地裁平成二四年十月十九日判決・社会保障と賃金一六〇五号五二頁)。しかし、事後規制である指定取消の事由について、「適正な……事業の運営をすることができなくなったとき」を判断する際、事業者の継続的・安定的な提供能力よりも、利用者側のサービス利用の継続性と安定性の確保が重視されることは、前掲注㉑の最高裁平成二三年

七月十四日第一小法廷判決からもうかがえるとところである。指定居宅サービス事業者指定取消処分取消請求等事件について、「重大かつ明白な基準違反があったとき」には、運営基準にしたがった適正な運営ができなくなったものとして、直ちに指定の取消しをすることができるところ……控訴人の運営基準違反は重大かつ明白というべきである」と示した下級審判決がある（東京高裁平成二三年六月十六日判決・判例集未登載）。これは、「利用者のサービス利用の継続性・安定性の要請から、基準違反＋マイナス事由（悪質性）がある場合に限り取り消しとし、適正な事業運営をなしえない場合を悪質なときに限定する」立場であると解されている。西森利樹「地域密着型サービス事業者の指定とサービスの継続的・安定的提供能力―介護保険事業者不許可処分取消請求事件（東京地裁平成二四年十月十九日、本号五二頁）―」賃金と社会保障一六〇五号（二〇一四年）四八―五〇頁を参照。

(32) ほかに、保険医療機関の指定が類似の仕組みを採用している。指定と連動して診療報酬が支払われるという点は共通である。介護保険法制定当時の指定制度の基本的仕組みを分析し、保険医療機関の指定との相違を検討したものととして、大沢光「介護保険法における指定制度の法的意味」室井力先生古稀記念論文集「公共性の法構造」（勁草書房、二〇〇四年）五九九頁以下などがある。

(33) たとえば、介護保険法四二条一項二号および七四条一項・二項について「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」（平成十一年三月三十一日厚生省令第三十七号）、四七条一項一―二項について「指定居宅介護支援等の事業の人員及び運営に関する基準」（平成十一年三月三十一日厚生省令第三十八号）、八八条一項・二項について「指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準」（平成十一年三月三十一日厚生省令第三十九号）、九七条一―三項について「介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準」（平成十一年三月三十一日厚生省令第四十号）、七八条の四第一項・第二項について「指定地域密着型サービスの事業の人員、設備及び運営に関する基準」（平成十八年三月十四日厚生省令第三十四

41) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

号)、一一五条の四第一項・第二項について「指定介護予防サービス等の事業の人員、設備及び運営並びに指定介護予防サービス等に係る介護予防のための効果的な支援の方法に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生省令第三十五号)、一一五条の十三第一項・第二項について「指定地域密着型介護予防サービスの事業の人員、設備及び運営並びに指定地域密着型介護予防サービスに係る介護予防のための効果的な支援の方法に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生省令第三十六号)、一一五条の二第二項・第二項について「指定介護予防支援等の事業の人員及び運営並びに指定介護予防支援等に係る介護予防のための効果的な支援の方法に関する基準」(平成十八年三月十四日厚生省令第三十七号)など。

34) 大沢・前掲注32・六一〇頁を参照。また、指定介護サービス事業者に限定する制度趣旨は、「施設基準や人員配置基準をクリアできない施設・事業者を排除することによって、介護サービスの質を確保することにある」と解される。倉田・前掲注17・八二頁を参照。

35) 前掲注26の最高裁判平成二三年七月十四日第一小法廷判決を参照。

36) 大沢・前掲注32・六一三〜六一四頁を参照。なお、前掲注31に示された諸判決からは、事前規制の指定と事後規制の指定取消との両者について、「適正な事業運営」について問うべき内容は異なるものであるが、サービス利用の継続性・安定性がその重要な判断要素に位置づけられることはいうまでもない。

37) 介護保険法で保障されるサービスの質は、同法の委任にもとづく政省令で定める指定・事業運営基準により規定されることとなつている。瀧澤・前掲注(7)・五二〜五三頁を参照。かつては、措置制度の下における生活保護基準、福祉施設・事業運営基準や入所判定基準などの基準の設定は、憲法二五条一項により保障される給付基準を具体化した最低基準であると解されてきたが、社会福祉における本来のナショナル・ミニマムのあり方に合憲性・適法性の問題があると指摘されている。河野・前掲注(6)・一三三頁以下を参照。また、介護保険給付水準の設定のあり方については、「支給限度額に限らず、介護保険法の与えるサービス

の水準の設定についてほぼすべてを厚生労働大臣の定めに委任していることは再考の余地がある。……給付水準に関する基本的な事項は法律で定める必要がある」とも指摘されている。石橋敏郎「介護保険給付」河野 良永 阿部 石橋「社会保険改革の法理と将来像」(法律文化社、二〇一〇年) 九三〜九四頁を参照。ただ、提供されるサービスの質と安全性を確保するための最低基準を論ずる際に、法による行政の原則がもちろん重要であるが、他方で、現行法制度で規定された既存の基準とあるべき規範的基準を区別したうえで、前者を後者に照らして検証するべき、との認識も重要である。原田啓一郎「サービス保障法制とナショナル・ミニマム」日本社会保険法学会編「新・講座社会保障法3 ナショナル・ミニマムの再構築」(法律文化社、二〇一二年) 八七頁以下を参照。本稿では、この分析視角を兼ねて検討する。

- (38) 法二二条三項にいう「偽りその他不正な行為」による介護報酬の返還請求を求め、指定介護サービス事業者または市町村の法的責任を追及することができる。後者の場合、違法な財産管理上の行為と事実の是正を求め、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不正な介護報酬の返還請求について損害賠償訴訟を提起した事例が存在する(前掲注②)に示した諸判決を参照)。

- (39) これらの議論に関して、拙稿「適切な福祉利用の確保とその公法的構成(二)」名古屋大学法政論集第二五一号(二〇一三年) 二七六〜二七七頁以下を参照。

- (40) 芝池・前掲注(5)・十四頁、市橋ほか・前掲注(5)・六七頁(本多滝夫)を参照。

- (41) 市橋ほか・前掲注(5)・六七頁(本多滝夫)、豊島・前掲注(6)・二九〜三〇頁を参照。他方、法律の委任があっても法的拘束力が認められるものではないとして、生活保護基準を裁量基準と解する見解がある。芝池・前掲注(5)・十五頁を参照。

- (42) 日本においては、生活保護・社会福祉に関する最低基準の設定という考え方は、戦後にはじめて現れ、実定法上においては、児童福祉施設最低基準を厚生省令で設けると規定した昭和二二年児童福祉法(法律第六十四号)四五条が、法律のなかに最低基

〈43〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

準を取り入れる端緒であったと説かれている。それ以降、社会福祉の個別立法にともない、基準設定に関する委任規定あるいは義務付け規定の普遍化が見られるが、基準の立法形式はさまざまであり、とられた政省令・告示または通達も煩雑であり、また児童・老人福祉・障害福祉の各部門において一致していなかったという現象が指摘されている。措置制度の下での最低基準に関する経緯と検討については、河野・前掲注(6)・二二三頁以下を参照。

(43) 芝池・前掲注(5)・十四～十五頁を参照。

(44) 加藤ほか・前掲注(24)・三七八頁〔前田雅子〕を参照。なお、老齢加算減額廃止訴訟最高裁判決(平成二四年四月二日第二小法廷判決・判例時報二二五一号三頁)について、豊島・前掲注(6)・二九～三〇頁は、生活保護法八条一項にもとづき厚生労働省告示で定める生活保護基準は「憲法二五条に基づき同法が保障すべき『健康で文化的な最低限度の生活水準』の具体的実現形態としての保護費の算定根拠」を定める行政立法であると説き、保護基準は同法の委任を受けた「厚生労働大臣の定める法規たる性質を有する法規命令のうち委任命令である」と解する。もともと、法規命令であるか否かを論じる際に、法律による行政の原則にもとづき、法律の授権の有無はもろんのことであるが、どのような法形式がとられているかによってのみ判断することなく、法形式よりも、内容的に行政の相手方の権利義務とのかかわりがあるか、それがどのようなものであるかという点こそ重要であり、規定の実体的な内容に即してその法的性質を問うべきである。

(45) 岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点―社会保障法と消費者法との交錯―」同『福祉サービス契約の法的研究』(有斐閣、二〇〇七年)二八頁を参照。

(46) 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、高齢者介護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。こうした訴訟においては、債務不履行または不法行為の成否を論じる際に、介護サービスの提供責任とその業務のあり方、利用者にとっての処遇の本身、ひいてはサービス担当職員の勤務体制や業務内容などが指定・事業

運営基準に適合するかどうかが争点となっている。なお、関係裁判例を素材に、高齢者介護事故の特徴を整理して、安全配慮義務違反などの損害賠償法理の検討を行う文献として、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号、一四二八号(二〇〇六年)(同「社会保障法制将来構想」(有斐閣、二〇一〇年)二四五～二七六頁所収)、品田充儀「福祉契約と契約当事者―介護事故における損害賠償の法理―」新井秋元編著『福祉契約と利用者の権利擁護』(日本加除出版、二〇〇六年)一六五頁以下などがある。

(47) 裁判所は、行政による法令解釈の司法審査については自らの判断を行うのに対して、裁量基準の適法性審査については行政の合理性判断を尊重するとの見方が一般的である。塩野・前掲注(5)・一〇六頁、佐伯祐二「審査基準・処分基準の法的性格」芝池小早川編『宇賀編『行政法の争点(第3版)』ジュリスト増刊(有斐閣、二〇〇四年)五六頁を参照。

(48) 佐伯・前掲注(47)・五六頁を参照。

(49) 高橋滋「行政上の規範―安全基準を中心とした一考察―」磯部小早川編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』(有斐閣、二〇一一年)頁二六五～二六六頁を参照。

(50) 一九九五年の地方分権推進法からはじまり一九九九年の地方分権一括法によって実現された第一期地方分権改革との関係について、「市町村の介護保険の事務はすべて自治事務とされたこと」、「市町村による介護保険事業計画の作成」、「地域差にあわせ、介護報酬に……幅のある単位制」の導入や「小規模多機能型居宅介護及び夜間対応訪問介護」に関する介護報酬の市町村による加算、または地域の独自性を示す「市町村特別給付」の支給などの点に、「地方分権的に制度設計された介護保険法の特徴」があると説かれている。ただし、同法では「地域間の競争」という理念が潜んでいることは否めないといえるが、「地方分権の産物」というよりも、介護保険法は「あくまで社会保障制度の展開のなかで生み出されたものである」と指摘されている。小西啓文「介護保険法にみる地方分権改革推進の功罪」『社会保障法第二七号(二〇一二年)二三～二五頁を参照。

〈45〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

- (51) これは国の立法権限の一部を条例に授權しているため、「事務自体の委任と分権改革前の委任条例からの転換、および授權・委任の二面性を認識し」たうえで、「法律規定条例」(斉藤誠「条例制定権の限界」芝池Ⅱ小早川Ⅱ宇賀編「行政法の争点」(第3版)ジュリスト増刊(有斐閣、二〇〇四年)一六〇頁)あるいは「法律施行条例」(村上Ⅱ白藤Ⅱ人見編「新基本法コンメンタール地方自治法」(第一版)別冊法学セミナー二七二号(法律評論社、二〇一一年)七二頁(市橋克哉)など)と呼ばれている。また、かつての「委任条例」の意味と明確に区別し、地方自治法十條二項にある文言から「分任条例」と称するものもある(北村喜宣「分任条例の法理論」自治研究八九巻七号(二〇一四年)二〇頁以下を参照)。
- (52) 以下、本大綱の別紙1「義務づけ・枠付けの見直しと条例制定の拡大の具体的措置(第2次見直し)」一頁と四〇五頁を参照。(http://www.cao.go.jp/chiki-shuken/doc/100622aik01.pdf 最終アクセス 2014/09/25)。
- (53) ここにおいては、国の基準を上回る、すなわち上書き条例の制定は「参酌すべき基準」についての認められると解されている。本多・前掲注(00)・二八頁を参照。しかしながら、あくまでも参考として示される「参酌すべき基準」をふまえて条例化した基準を「上書き」と称することに対しては、憲法九二條の「地方自治の本旨」や地方自治法一條の二の「国と自治体との適切な役割分担」の趣旨に照らして疑問との指摘もある。出石稔「義務づけ・枠付けの見直しにともなう自治立法の可能性」条例制定権拡大をどう生かすか」自治体法務二四号(二〇一〇年)一三頁を参照。
- (54) これについて、地方分権改革推進委員会平成二〇年十二月第二次勧告における「義務付け・枠付けの見直し」条項の選定基準では、「国民の生命、身体等への危険に対して国民を保護するための対人給付サービスの内容・方法等に係る規定のうち、金額等の定量的基準、具体的な方法等を含まないもの(政省令、告示への委任規定を含む規定を除く)」に該当しない限りは、見直しの対象とする、という立場を示しているが、やや読み取りにくい規定といわざるをえない。地方分権推進委員会第二次勧告の添付資料(別紙1)義務付け・枠付け条項及びそのメルクマール該当・非該当の判断」に示された「義務づけ・枠付けの存置を許容す

る場合のメルクマール」を参照 (<http://www.cao.go.jp/bunken-kaikaku/inikai/forimatome/081208orimatome35.pdf> 最終アクセス 2014/09/25)。

(55) そして、法律の委任または授權がない場合には、考慮事項の重要程度を目安、重要とされる事項に関して具体的な状況に応じた妥当な処置を定型的ないし例示的に示すものについては、条例により裁量基準を定めることができる。小早川光郎「基準・法律・条例」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) 三九六～三九九頁を参照。

(56) 斉藤・前掲注51・一五八頁以下を参照。

(57) いわゆる「開発主義型のナショナル・ミニマム」の特徴がある。本多滝夫「分権改革の展開とナショナル・ミニマム」法律時報 八四卷三号(二〇一二年) 七～八頁以下を参照。かつての福祉行政事務の分権化に関して、自治事務と性格づけられた事務について地方公共団体の条例制定権が認められるようになったものの、個別法上には政省令で定める基準にしたがうとする法律の規定が数多くあり、地方公共団体との関係において国による強い関与が残存することは早くから指摘されていた(芝池義一「福祉行政事務の地方移譲の法的問題点」日本地方自治学会編『広域行政と府県』(敬文堂、一九九〇年) 一〇三～一〇四頁を参照)。この点は、戦後日本の社会福祉行政における国と地方公共団体の関係、とりわけ「事務配分の原則における事務配分論から機能分担論への転換」といった経緯に深くかかわるものと説明されている(塩野宏「社会福祉行政における国と地方公共団体の関係」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) 三〇七頁以下を参照)。ちなみに、企画と実施の分離、いわば機能的な観点にもとづき、前者が中央省庁に、後者は地方公共団体に配分する、という「国と地方の機能分担」の観念で事務配分の原則をとらえていた結果、社会福祉行政における中央集権主義的傾向が作り上げられてきたのである。

(58) 小西・前掲注50・二七頁を参照。

〈47〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (五) (林)

(59) これまでいろいろな場面でのべられてきた「ナショナル・ミニマム」という表現が多義的であるという認識は共有されている。

また、地域分権改革の流れをふまえて、憲法九二条の「地方自治の本旨」から社会保障に関するナショナル・ミニマムを検討する立場について、本多・前掲注(57)・六〇八頁以下、岡田正則「地方自治とナショナル・ミニマム」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法3 ナショナル・ミニマムの再構築』(法律文化社、二〇二二年) 四九頁以下を参照。

(60) 「福祉行政分野の特性であるナショナル・ミニマムの確保」のために、地域の実情に応じて国の基準を上回る、上書き条例の制定を肯定し、「従うべき基準」はナショナル・ミニマムである最低基準を意味し、「標準」はナショナル・ミニマムを超えた水準を意味し、「参酌すべき基準」は地域の実情を考慮しないと定量化できないものであって、考慮指針とするための定性的な基準をさだめるもの」と解する見解がある。本多・前掲注(10)・二一九頁を参照。

(未完)