

適切な福祉利用の確保とその公法的構成（六）

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（以上、二四九号および二五一号）

第二章 適切な介護給付の確保手法（以上、二五一号および二五三号）

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（以上、二五七号）

第二節 公的介護水準の基準化（以上、二五九号）

第三節 裁量統制の手法

一 基準化の統制法理

二 適切な介護基準の確保（以上、本号）

おわりに

〈1〉

第三節 裁量統制の手法

1 本章第一節で明らかにしたように、要介護等認定の適正性確保のための裁量統制においては、要介護状態区分の審査判定、とりわけ介護認定審査会による二次判定の適法性の確保が焦点となる。そこにいう裁量は、さらに二つに整理することができる。それは、介護基準の適用に関する裁量と、介護基準の定立に関する裁量である。⁽¹⁾前者は介護基準の拘束力にかかわり、個別の事案に対する介護基準の一律的適用が法の趣旨や目的に適合するか否かという点が問題となる。⁽²⁾後者においては、介護基準の制定に関する行政立法行為の適法性に焦点が当てられて、授権根拠の有無や基準化のための組織法的・実体法的・手続法的統制のあり方が問われることとなる。⁽³⁾そのなかでも、法令の定める給付水準が憲法二五条一項にいう「健康で文化的な最低限度」の水準をみたすか否かが、しばしば判例上の争点となってきた。

前二節でのべたように、今日、調査・審査手続の充実のみならず、受給資格の審査基準や給付内容の支給基準を具体的に規定することにより、要介護等認定の処分に対する司法的な裁量統制の密度が過去と比べて向上していることががわかれる。そして学説上では、基準が公にされている場合には、例外の認め方次第で基準の意味がなくなってしまうことや、個別の処分がたとえ法令の許す範囲内のものであっても、それが基準に反していれば処分の相手方の予測と信頼を裏切りかねないことから、行政の自己拘束の原理にもとづき、通常は基準の一律的適用が求められるものとされている。⁽⁴⁾ただ、法の目的の達成という前提の下で、根拠法令の目的や趣旨に相応しい裁量基準を探求しそれを適用するために、行政庁が個別的事情に応じて裁量権を行使することを認めるべき場合もあることは否定できない。近年では、基準適用行為における裁量について積極的な存在意義を認めると

〈3〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成（六）（林）

もに、こうした裁量権限行使の類型化とそれに応じた統制法理の緻密化を試み、さらに、生活保護事件を具体例として、個別法の目的・趣旨から個別事案に相応しい特別基準の制定が認められべきと説く見解もある⁵⁾。法解釈上、介護基準の適用についてもこうした考え方が妥当であると思われる。

2　そして、要介護等認定をめぐる裁量統制の問題を取り上げるにあたっては、要介護等認定の段階のみならず、これよりも一段階前の段階、すなわち行為準則や保険給付の標準化を定める介護基準そのものにも視野を広げていく必要がある。というのも、要介護等認定に関する条文の解釈・適用の仕組みにおいては、要介護認定等の基準時間の算定が個々の被保険者の介護等状態を判断するためのカギとなっており、たとえば、要介護認定等基準時間の推計の際には、算定対象の種類と具体的な内容、およびその抽出方法のあり方が、右の推計の合計数値ないし要介護状態区分の結果を左右するからである。そのため、要介護等認定の問題点を精査すると、要介護認定等基準時間の推計方法のあり方こそが根本的な問題となっている。たとえば、要介護状態の発生とその軽減または悪化の防止に資する介護サービスとの関係からとらえて、右推計対象の選定とその構成内容に不合理な点がないかを問題にすべき場合がある⁶⁾。

3　ところで、現行法制度の下では、介護の必要性に関する要介護等認定と介護サービスの利用に関する介護契約という二つの法形式に応じた権利救済方法がそれぞれ想定されている。いいかえれば、司法救済のルートとして、違法な要介護等認定の排除を重点におく行政訴訟と、介護契約をめぐる民事責任の追及とが峻別されるものとされている。他方で、介護基準の適用行為たる要介護等認定により、介護契約への制約という法的効果が生じるとともに、介護利用に係る権利内容が具体化されて、利用者の要介護・要支援状態の軽減または悪化防止が図られる。しかしながら、介護基準の規律効果が要介護被保険者の権利利益に影響を及ぼすにもかかわらず、前

述した権利救済手段のいずれにおいても、こうした介護基準により保障されるべき利用者の権利利益が表出されにくいのみならず、行政処分^①の適法性審査を介さずには、介護基準の適否は法的紛争とはなりにくい側面がある。こうした限界を念頭におきつつ、介護基準の法的コントロールについて、事前規制を含めてそのあり方を検討することが本節の目的である^②。

以下では、介護サービス保障水準を具体化する介護基準の制定について、その正当性・正統性がどのようにとらえられてきたか、また、それをどのように問うべきかという視点から、これまでの判例法理と学説をたどり、その統制理論の到達点と方向性を論じたい。また、近年の地域分権改革にもなつて進んでいる社会福祉分野における分権化、とりわけ給付基準の地方条例化の動きをもあわせて視野におき、昨今における問題の所在の変化と個別法の相違に注意しながら、介護基準に係る統制理論の方向性を転換させる契機を探っていききたい。

一 基準化の統制法理

介護保険法では、要介護等認定に係る判定基準、指定介護サービス費に係る支給限度とその算定方法（すなわち介護報酬に係る算定基準）、および指定介護サービス事業の指定・運営基準の制定について、厚生労働大臣が省令や告示で定める、または都道府県・市町村の条例に委ねるものと規定されている（二七条、四一条または七三条）。これらの基準定立にあたっては、条例の制定は厚生労働省令の定める基準に「従う」べき、またはこれを「標準とする」・「参酌する」べきものとする規定が散見される（七四条三項、七八条の四第三項、八一条三項、八八条三項、九七条四項など）。また、一定の場合には、社会保障審議会の意見を聴いたり（四一条五項、四二条の二第三項、四六条三項、四八条三項、五八条三項、七八条四項、七八条の四第四項、八一条四項、八八

〈5〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

条四項、九七条五項、一一五条の四第四項、一一五条の十四第四項、一一五条の二四第四項)、あるいは「被保険者その他関係者の意見の反映や学識経験者の知見の活用を図る」措置をとるという規定がみられる(五四条の二第五項、七八条の四第六項、一一五条の一四第六項)。そして、介護基準の定立に関する規律としては、行政手続法上の意見公募一般手続以外には、右の組織・手続規定しか存しない。介護基準はこうした規律密度での授權条件の詳細化により制御されているのであるが、それで十分に定立内容の適切性が確保されるかどうか、またそれに対していかなるコントロールがなされるかなどの問題は、なお検討の余地がある。

従来、日本の行政法学においては、一般に行政上の決定の権限、手続および形式にかかわる形式的適法性要件と、目的、要件判断および行為内容にかかわる実質的適法性要件とを通じて、行政活動に対する統制が講じられてきた。⁶⁾ 行政立法に関する統制理論一般に関しては、大別して、議会制定法による授權と司法審査による事後的統制に着目して論じられている。後者の裁判所による事後的統制についていえば、法律により授權された範囲を逸脱していることを理由としてその処分が違法となるかどうかは、最終的には裁判所により判断される(憲法八一条)。そこでは、もっぱら抽象的規律規範の具体的な解釈・適用行為すなわち行政処分の適法性が審査の中心におかれる。その際、審査基準や処分基準の適否についても司法審査が行われるが、それは付随的なものである。法令の根拠と目的規定に照らして、定立内容の授權範囲からの逸脱の有無、手続過程の欠落・不合理についての審査がなされるものとされている。この点について、ここではまず、社会保障関係事件を対象として、給付基準の設定改廃とその適否に言及した最高裁判所判決を検討し、社会保障給付基準に係る統制法理一般を見ていきたい。

1 給付基準の設定改廃に係るいくつかの最高裁判決

(1) 社会保障給付に係る需要測定の方法とその不足分をみたす手段を詳細化する給付基準に関わる紛争としては、生活保護基準の設定改廃や障害福祉年金等の併給調整をめぐって給付基準の適法性が争点となった最高裁判決がいくつかある。

最高裁判所の判断がはじめて示されたのは、「念のために」生活扶助基準の適否について意見をのべた【朝日訴訟上告審判決】(最高裁昭和四二年五月二四日大法院判決・民集二一巻五号一〇四三頁)である。⁹⁾ 同上告審判決では、憲法を具体化する生活保護法にもとづく保護は「法的権利であって、保護受給権とも称すべきものである」とのべ、その保護は「厚生大臣の設定する基準に基づいて行なうものとしている」から(八条一項参照)、「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こと」を右権利の内容と解すべきと示したうえで、生活扶助基準の適否に関して、傍論として、厚生大臣の認定判断には、与えられた裁量権の限界を超えたまたは裁量権を濫用した違法はない、との判断を示した。

同上告審判決を一つの契機として、憲法二五条の「健康で文化的な最低限度の生活」とはいかなる水準であるのか、それをいかにとらえるべきかなどについて、大きな関心が寄せられてきた。¹⁰⁾ ここでは、生活保護基準の制定に関する法的統制をいかに行うべきか、という問題を取り上げてみたい。この点に関して、同上告審判決の論旨をもとにすると、最高裁判所の審査方法は次のように整理できよう。まず、生活保護法上の諸規定は憲法二五条を具体化するものであるととらえて、「具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によって、はじめて与えられている」と説き、二つの法規範の間の序列関係を明らかにしたものの、保護基準の設定を厚生大臣に委ねるという規定それ自体の適否を論ずることなく、こうした授權規定の合憲性を

〈7〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

肯定した。そして、右の授權にもとづいて厚生大臣の合目的裁量に委ねられる基準定立行為が生活保護法三条、八条一項・二項および九条に適合するか、という委任命令そのものの法律適合性の問題に審査の重点をおきながら、委任命令の許容範囲・限界について、生活保護法八条二項所定事項を遵守すること、最終的には憲法で定める健康で文化的最低限度の生活を維持するにたりるものであること、の二点を示し、これにより厚生大臣の合目的裁量の範囲を限定しようとしている。また、ここでの違法性の判断基準については、現実の生活条件を無視して著しい低い基準を設定するなど、憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量の限界を越えた場合または裁量権を濫用した場合には違法な行為となるとのべ、厚生大臣の判断が裁量権の逸脱・濫用と認められる場合もあるものと判示している。

ここにおいては、本件基準設定に係る厚生大臣の合目的裁量とその裁量の統制法理が示されている一方、委任立法の法的統制のあり方もまた映されている。これに関して、最高裁判所の見解は次のように整理することができる。第一に、厚生大臣の定める生活扶助基準の適否について、委任立法の授權根拠となる生活保護法の合憲性の問題と、当該授權にもとづく生活扶助基準の定立行為の合憲性・法律適合性の問題とを分けて司法審査を行った。前者に関して、憲法を具体化する生活保護法にもとづく保護受給権の権利の内容は、「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こと」であると解し、これでもって生活保護基準の設定を厚生大臣に委ねる、いわゆる委任立法の授權規定の適法性を説明し、生活保護法八条一項の合憲性・法律適合性を肯定した。第二に、最高裁判所の審査の重点は前者よりも後者におかれ、基準設定が厚生大臣の合目的な裁量に属することや、裁量権限行使に対する法による制約を指摘し、「現実の生活条件を無視して著しい低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨目的に反し」た裁量権の逸脱・濫用があった

場合には違法となる旨を説き、基準設定の違法性の審査基準をはじめて示した。もつとも、生活保護基準の設定にあたって厚生大臣に認められる権限は、根拠法律による制約を受け、同法の趣旨・目的により委任立法の限界が画定されることは、当然のことである。そして第三に、そこで注目すべきは、裁量逸脱・濫用の違法の有無を判断するにあたり、基準設定の際の考慮要素および基準の内容の構成要素に依じてその適否を検討する、という審査方法を提示したことである。本件基準設定に関しては、その定立過程において考量された要素（たとえば「生活的要素」の斟酌、基準の内容構成について保護の程度、最低限度の需要をみたす手段（保護の種類と範囲、単給または併給等）、一般抽象的需要測定尺度などを厚生大臣の合目的な裁量に属するものと認めた上で、生活保護法三条、八条二項および九条により与えられた裁量権の逸脱・濫用がない限り、違法の問題を生ずることはない）とされている。ここでは、基準設定の際に多数の不確定的要素を総合考量する厚生大臣の合目的な裁量の余地が肯定され、根拠法律の規定とその趣旨・目的により、需要測定の方法、最低限度の需要をみたす手段の組合せと保護の程度についての法的制約が存することを確認して、各々の法律適合性を判断した。

本件最高裁判決が示した統制法理は、要するに、保護基準の設定に関して、法により委ねられた裁量が認められるとしても、委任命令の制定にあたっては、制定機関である厚生大臣には諸考慮事項の総合考慮義務が課せられるのみならず、実体的側面においては、生活保護に係る需要測定の方法、最低限度の需要をみたす手段の組合せと保護の程度などを詳細化した内容が、根拠法律の規定とその上位規範である憲法の趣旨・目的に適合しなければならぬ、とまとめることができよう。

(2) 児童扶養手当の受給資格に関して、障害福祉年金の受給を消極的要件とする併給調整条項（昭和四八年法律第九三号による改正前の児童扶養手当法四条三項三号）とそれを適用した処分が憲法二五条、十四条および

(9) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

一三条に違反しないと判断した、いわゆる【堀木訴訟上告審判決】（最高裁昭和五七年七月七日大法院判決・民集三六卷七号一二三五頁）では、朝日訴訟上告審判決の審理方法を踏襲した部分が見られるものの、基準設定行為の適否について根拠法律の合憲性の問題と委任命令の合憲・適法性問題とを二元的にとらえた朝日訴訟上告審判決との間で、若干の相違点もある。その一つは、本件堀木訴訟では、当該併給調整規定が上位規範である憲法に適合するか否かという点が焦点となっており、これはいわゆる立法裁量の問題である。同上告審判決では、憲法二五条の規定の趣旨にこたえて社会保障給付の併給調整条項を設けるかどうか、また併給調整について具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、「立法院の広い裁量にゆだねられ」るものとし、それが「著しく、合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」（傍点は筆者）を除いて、裁判所による判断に適しないと判示した。もう一つは、右併給調整条項の内容は「立法院の裁量の範囲に属する事柄」または「立法政策上の裁量事項」であるとするとする一方、現実の社会保障立法として具体化するにあたっての考慮事項として、「国の財政事情」のほかに、本件併給調整条項の適否について、「憲法二五条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、……憲法十四条及び十三条違反の問題を生じうる」との見解が示されている。

堀木訴訟上告審判決については、次の二点に注意しておきたい。第一に、現実の社会保障立法の際に、実体的要件として、憲法二五条の定める「健康で文化的な最低限度の生活」の水準のみならず、憲法十四条および十三条にも適合しなければならないとしたことである。憲法二五条を具体化する立法措置は立法院の広い裁量に委ねられるといっても、その選択決定が「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえない場合」に

は、裁判所の審査判断が行われるとされている。すなわち、社会保障法制の立法裁量に関して、憲法二五条に反するか否かについての判断は、「著しく合理性を欠く明らかな裁量の逸脱・濫用」という審査基準により行われる。そして、立法措置の具体的な内容、たとえば受給者の範囲、支給要件、支給金額などについて「合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定め」がある場合には、憲法に違反する恣意的かつ不合理な立法であるとされている。第二に、社会保障立法の要考慮事項に関して、朝日訴訟上告審判決では「生活外的要素」を含む「多数の不確定的要素を総合考量する」とされているが、堀木訴訟上告審判決では、「国の財政事情」が重視されているほかに、本件併給調整条項について、「社会保障給付の全般的公平を図るため」であることが指摘されるとともに、「不当な差別的取扱」や「個人の尊厳の毀損」の問題が論じられている。

同判決は、社会保障立法に関して、憲法に委ねられている立法裁量の許容範囲を画定したうえで、憲法の趣旨にこたえる具体的立法措置を講ずるにあたって考量すべき事項の重みを示したものと見えよう。

(3) そして、生活保護基準の老齢加算部分の段階的減額・廃止について、最高裁平成二四年二月二八日第三小法廷判決（民集六六卷三号一二四〇頁。以下【老齢加算訴訟東京事件最判】という）および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。以下【老齢加算訴訟福岡事件最判】という）がある。これらの判決においては、堀木訴訟上告審判決が引用され、保護基準の具体化の際における立法政策上の裁量事項について、「高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断」の必要性が指摘されている。しかし、それは立法裁量と異なる次元である行政立法の裁量問題であり、また、この判断の違法性審査に関して、基準定立の際の考慮事項の抽出や序列に着目する審理方法ではなく、いわゆる判断過程合理性審査という手法が採用されてい

〈11〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

る。

右の老齡加算廃止訴訟の両上告審判決においても特徴的なのは、生活保護基準の制定に関する授權規定の有無とその許容範囲にとどまらず、基準の定立手続についてまで言及した点である。とりわけ基準の内容を基礎づける根拠資料と審議過程の適法性・合理性に関する審査基準を明らかにすることによって、朝日訴訟上告審および堀木訴訟上告審で一貫して認められてきた広範な立法裁量や基準定立裁量を限定しようとする趣旨がうかがえよう。⁽¹¹⁾これに関して、具体的な審理方法においては両上告審判決の間には多少の相違があるものの、次の点は共通している。第一に、生活保護法五六条にいう「正当な理由がある場合とは、既に決定された保護の内容に係る不利益な変更が、同法及びこれに基づく保護基準が定めている変更、停止又は廃止の要件に適合する場合を指すもの」と解していることである。⁽¹⁴⁾第二に、生活保護基準の設定改廃に関して、本件老齡加算の支給の根拠となっていた高齢者の特別な需要が認められないというのであれば、老齡加算の減額又は廃止することは同法八条二項の規定に沿うところであるという判示である。そして、第三の点がかつとも注目されている。すなわち、最高裁は、本件老齡加算の減額または段階的改廃の適否に関して、「1」高齢者の特別な需要の存否を含む最低限度の生活の需要に係る判断、および「2」激減緩和等措置の要否を含む老齡加算の廃止の具体的方法、のいづれも厚生労働大臣の専門技術的な考察にもとづいた政策的判断であると認めた上で、「1」の判断については最低限度の生活の具体化に係る判断の過程および手続における過誤または欠落の有無の観点から、「2」の判断については被保護者の期待的利益や生活への影響等の観点からみて、「統計等の客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性に欠ける」場合には、裁量権の逸脱または濫用があり、同法八条二項の規定に違反した違法なものである、という判断の仕組みを示している。

右の第三点から、生活保護基準定立の裁量統制に関する最高裁の見解を次のようにとらえることができよう。第一に、前述の「1」高齢者の特別な需要の存否および「2」老齢加算の廃止の具体的な方法について高度の専門技術的な考察にもとづいた政策的判断を行う際に、その判断の根拠となっている各種の統計や専門家の作成した資料などは、専門技術的な考察の結果を表すものであると解される。というのも、右の判断にあたっては、これらを基礎に斟酌したうえで、基準の設定改廃の必要性和具体的な内容を定めるからである。第二に、こうした判断に対する違法性審査において考慮事項をいかに取り扱うのかが明らかには示されていないものの、両上告審判決では、考慮事項の根拠となる統計や資料まで審査の対象として、その合理性を問題としている。具体的には、「統計等の客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性に欠ける」事情があるか否かについて審査する、という判断過程合理性審査の手法がとられている。そのなかでも、専門家集団から構成される専門委員会の意見が本件老齢加算の廃止に関する考慮要素となるが、厚生労働大臣の判断を拘束するものではないと判示されている。そして、生活保護基準の改定にいたる策定または審議過程において取り上げられた「統計等の客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性」は、当該行政立法の合理性を基礎付ける根拠であり、実質的な適正性を確保するための要件として位置付けられると考えられている。また、手続的側面に関しては、生活保護基準の策定過程または審議過程に専門家集団からなる専門委員会が参画することの意義が肯定されており、現行法上の規定はないにもかかわらず、それを当該分野の行政立法手続の一環として構成する可能性が示されているといえよう。⁽¹⁵⁾この点は、生活保護や社会福祉分野における基準化の手続法理とその制度化の必要性を示唆している。

2 基準定立の正当性とその統制法理

(1) 前述した三つの事件についての最高裁判決をまとめると、生活保護や社会福祉分野における基準定立に際しての裁量の合憲性・適法性について、最高裁は主に次の点に焦点をあてている。

第一に、上位規範による授権にもとづかなければならない。憲法を具体化する社会保障関係立法上の諸給付を受ける権利の内容は、根拠法律とその授権によって設定された給付基準によって必要な財やサービスを受給することである。ここでは、社会保障給付の受給権が、憲法↓法律↓委任立法による給付基準、という順で具体化・詳細化されるという法構造が存する。右の法規範の序列を逆方向にたどれば、下位規範の正当性の根拠は上位規範による授権規定に求めることができる。また、ここにおいては、立法院の立法裁量の合憲性と、委任立法の基準定立裁量の合憲性・法律適合性という二つの次元が存在し、両者の間で、法により許容される裁量の範囲は異なる。

第二に、授権の目的と要件にしたがい、法により委ねられた裁量の範囲をこえてはならない。たとえば、健康で文化的な最低限度の生活とは何か、憲法の規定にしたがって具体的にいかなる立法措置をするのかは、まずは立法院の立法裁量に委ねられ、次に根拠法律の授権によって行政立法に委ねられるものである。後者について、たとえば生活保護法八条一項の保護基準の設定は、専門技術的かつ政策的見地からの考察にもとづく厚生労働大臣の合目的な裁量に属する。ただし、基準定立の際に諸考慮事項をいかに選択するか、また、受給資格としての需要測定・評価、需要の程度とその不足分を補う手段・方法について具体的にどのような内容を規定するかは、同条二項の規定および三条と九条の目的・趣旨によって制約されている。ここでは、授権規定とその目的・趣旨から、授権の要件と範囲を画定し、基準定立行為の適法性要件を抽出することができる。

第三に、基準内容の適正性の確保である。生活保護基準の適否に関して、授権規定とその趣旨・目的から見出された授権事項・要件、基準定立にあたって考量すべき諸考慮事項のほか、基準の設定改廃に係る判断にいたる策定過程または審議過程の適法性・合理性、とりわけ基準定立を基礎づける根拠資料の客観的数値との合理的関連性や、専門的知見との整合性などが要請されている。これは、基準定立の際の「専門技術的かつ政策的見地からの考察」の適否を問うことである。そこにおいては、何らかの形式で基準の策定・審議過程の適正性を確保しようとすることも含まれている。

第四は、基準定立へ専門家の関与とその位置づけである。生活保護基準の定立手続に関しては、行政手続法第六章に定められた意見公募等の一般規定があるものの、生活保護法には特別な規定はない。そうはいっても、保護基準の設定改廃にいたるまでの策定過程または審議過程において、実際上は、社会保障審議会やその専門委員会のような、専門家集団からなる第三者機関が関与している。もともと第三者機関の意見については、個別法上に関係規定がないため、あるいは規定があっても第三者機関が諮問機関か参与機関かという位置づけの相違のため、その意見の拘束力は区々である。にもかかわらず、専門家による関与を基準定立手続に取入れることは、基準内容の実質的な適正性を確保するために、専門的知見を合理的に機能させることができる手段である。

(2) 以上の諸点においては、何らかの形で実体的な適正性を実現するための二つの要請が内在している。すなわち、授権法律による制約と、専門的知見・政策的見地からの考察にもとづく合目的判断の確保、の二点である。また、後述のように、これらをみだしてはじめて、基準定立行為そのものの正当性が基礎づけられることとなる。

行政活動の法律への適合関係を立法によりいかにコントロールするかについて、比較的早期に日本における行

〈15〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

政統制の特徴を論じた雄川一郎教授は次のようにのべたことがある。日本国憲法における権力分立制の下で、立法と行政の機能的分化が現れ、行政活動の法律への適合関係について、議会によって定立された法律に行政をしたがわせるといふ形式的合法性を確保した上で、行政の実体的内容とその生成過程の統制を行政自身の合目的な判断に委ねることが、従来の日本の行政統制論の基本的考え方である。そのうえで、行政統制のための統治機構とその機能が制度的に分離され、行政活動の外枠の統制すなわち合法性の統制は裁判所に、合目的性の統制は行政に委ねるといふ形で、理論的、観念的に区別され、そして、実務上、前者の行政の外枠的統制に限定して審査する裁判所の姿勢がみられる、と。⁽¹⁶⁾ 行政活動のうちの行政立法について、授權法律による制約を施し、授權根拠の存否と明確さや許容範囲に焦点をあてて形式的合法性を問うことは、規制法理の固有の法的表現である。憲法四一条との関係では、委任立法の設定改廃に関して、国権の最高機関・唯一の立法機関である国会が法律で規定する授權の要件・目的・範囲いかん、とりわけ授權根拠の有無とその明確さは重要である。そして、基準定立に係る裁量の範囲がそうした授權規定の趣旨と目的によって限定されることはいうまでもない。二〇〇五年改正(平成十七年法律第七三号)によって追加された行政手続法三八条一項はこの法理を再確認し、行政立法手続一般の実体的要件を示す規定である。したがって、基準定立にあたっては、命令等の制定機関は、個別の制定法上の授權要件および手続規定にしたがい、根拠法律の趣旨および目的に反してはならず、また法に委ねられた範囲を超えてはならない。⁽¹⁷⁾ そして、授權の要件や手続がいかなるものかは、根拠規定とその趣旨・目的に照らして解釈すべきである。何よりも、議会制定法によって委任立法の外枠を画定することは、基準定立行為を国民代表機関である議会によるコントロールの下におき、かかる基準の制定に民主的正統性を付与するという意義をも兼ねている。

これに対して、基準定立過程における専門性の確保は、基準内容の適正さにつながるものである。たとえば、生活保護について、法技術上、「最低限度の生活」需要の評価とその不足分を補う方法・程度に関して種々の保護事由の種類や程度を類型化するにあたっては、専門技術的かつ政策的見地からの考察を基礎にすることが必要である。そこでは、立法者が具体的な基準までは定めえないこともあって、行政の合目的な判断や選択に委ねざるをえない面があることは否定できない。現実の特殊な需要の存否とそれに応じた適切な給付内容（種類・程度）について、特定の利用者の属性とその困難度を正確かつ客観的に把握するためには、専門的知見や技術にもとづく考察が欠かせないし、基準設定後においてもこうした考察を踏まえて基準の適否に係る定期的な検討が必要となってくる。⁽¹⁸⁾その上で、利用の優先順位、たとえば他の利用者との調整あるいは同一事由の同種給付との併給調整については、生活外要素を含む諸考慮事項の斟酌を経て、政策的な見地から合目的な判断を行うものとされている。ここにおいては、行政の合目的判断が広く認められるといっても、前述した行政の外枠としての合法性の統制にとどまらず、何らかの形で行政の合目的性の統制を行い、そうした判断が法の趣旨・目的に即した合理性を備えるようにすることが期待されている。それは何よりも、右の専門的知見・政策的見地からの考察と、それをもとにした審議・推論・判断の過程が、公正かつ客観的に遂行されることによってこそ、基準内容の合理性が確保され、それにより実体的正当性を基礎づけることができるからである。

したがって、基準定立の実質的適正性の確保については、合法性の統制と合目的性の統制を機能的に分離してそれぞれの統制手法を講ずる理論の構成が可能である。この二つの機能が果たすべき役割との関係で、生活保護基準を含む給付基準に対する法的コントロールは、実体法的・手続法的・組織法的な三つのアプローチから組み立てられる。⁽¹⁹⁾そのなかでも、規範内容の正当性の確保と適正手続の遵守、という二つの規律の方向に注目したい。

〈17〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

二 適切な介護基準の確保

1 外枠的統制の機能的分離—合法性と合目的性の確保—

(一) 介護保険法上、要介護等認定に係る判定基準、指定介護サービス費に係る支給限度とその算定方法(すなわち介護報酬に係る算定基準)や、指定介護サービス事業の指定・運営基準については、厚生労働省令または同省大臣が定める基準あるいは条例に委ねられる旨の規定がある(介護保険法二七条、四一条または七三条)。前述した給付基準の統制法理に照らすと、右の諸規定には多少の相違点があるものの、ここでは、法律による制約と専門性の確保という二つの要素が組み込まれ、合法性の統制と合目的性の統制が講じられているという点は共通している。以下では、介護基準の法的コントロールについて、実体法・手続法・組織法的な側面から検討する。⁽²⁰⁾

まず、実体法的コントロールについて、介護保険法上、要介護状態等の審査・判定、あるいは当該状態の軽減や悪化防止に資する介護サービスの提供は、厚生労働省令または告示にしたがって行うものとされている。ここでは、保険給付となる対象範囲・内容と保障水準がこれらの介護基準によって具体化されることになっている。介護基準定立にあたっては、命令等の制定機関は、「当該命令等がこれを定める根拠となる法令の趣旨」すなわち介護保険法に適合するようになければならない。⁽²¹⁾このように、個別の制定法上の授權規定をもって基準の制定機関と規範の形式を明確に規定することは、一般的にみられる。他方で、たとえば指定・事業運営基準の定立に関して、都道府県や市町村の条例に委ねる規定がある場合でも、右の条例制定権は厚生労働省令により画定される枠内にとどまるものとされ、内容別に程度の差があるものの、国の基準による拘束を定める規定もある(七四三条三項、七八条の四第三項、八一条三項、八八条三項、九七条四項)。⁽²²⁾そして、要介護者の需要に係る評価、介

護方法・手間の類型化、必要の程度などについて、命令等の制定機関によりなされる具体的な立法措置は、専門技術的・政策的見地からなされることが必要である。右の諸事項が命令等の制定機関の合目的な判断に委ねられる以上、個別の授權規定でもって制定機関に与えられる判断や選択の余地、すなわち立法政策の裁量事項を明確に限定することが、立法的コントロールの中心をなすものといえる。確かに、授權規定の有無とその明確さを中心とする実法的規制において、行政立法に対して課される要件を明示することにより、これを実質的に規律することが可能である。しかし、そうはいつでも実法的規制は行政立法の外枠としての統制にとどまるという限界をまぬがることができない。したがって、委任立法の趣旨・目的を果たさせるために、命令等の制定機関に与えられる行政立法権限に対してどのような形で合目的性の立法的コントロールを行うかが、もう一つの課題となる。すなわち、介護保険法によりいかにして制定機関に委ねられる合目的判断をコントロールするか、という行政立法裁量に対する統制の問題である。

このような問題に関して、判例のなかには、判断過程の合理性や考量すべき諸考慮事項の総合義務を命令等の制定機関に求め、この義務の違反により裁量権の逸脱・濫用と認められる場合には違法となる、といった審理の方法を採用するものがあり、⁽²³⁾ 前述した生活保護基準の適否が争われた事例において、その具体的な運用が示されている。⁽²⁴⁾ ここでは、行政立法の手續や定立過程をも視野に入れてその合理性を問うことにより、基準定立の合目的性または実質的な適正性を規律するという統制機能を果たそうという考え方がうかがえる。とりわけ、基準定立に係る諸考慮事項の提示や総合考慮の義務付けによって策定・審議過程の合理性を担保することで、基準定立の合目的性を確保することが期待されている。このような規制法理は、介護基準定立の場合についても妥当する。介護基準の設定改廃に際しては、個別の根拠条項で定められた授權の要件・範囲にしたがうことのほか、

〔19〕適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

命令等の制定機関は以下の諸規定に拘束され、それらから析出された要考慮事項を総合考慮し、その理由を提示することが求められる。介護保険法二条によれば、介護基準で詳細化・具体化される介護保険給付は「要介護状態等の軽減または悪化の防止に資する」(二項)もので、かつ「必要な」程度で行われるものである(一項)。具体的には、保険給付の実施について「医療との連携に十分配慮」するほか(一項)、被保険者の「心身の状況」「置かれる環境」とその「選択」を尊重することや、「多様な事業者又は施設」からの介護サービスの「総合的かつ効率的」な提供(三項)などに配慮することが、介護基準の制定機関に求められている。また、以上の諸考慮事項以外に、要介護被保険者が「可能な限り、その居宅において、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」(四項)内容と水準をみたすことが、介護基準の合理性を問う際の判断基準となるものといえよう。

このように、実体法的側面においては、合法性のコントロールの形をとりつつ、合目的性のコントロールについて考慮事項の提示・考慮義務を求めて、実体的に介護基準の定立裁量を法の下に規律するものである。しかし、実体法で右の規範的事項を規制するといっても、これらはいくまでも介護基準の外枠としての統制にとどまる。そこで、介護基準の合目的性の統制については、適正手続がもう一つのアプローチとして重要となる。

(2) 介護基準上定立の手続に関しては、行政手続法第六章の定める「命令等」の「意見公募手続等」の一般規定(行政手続法三九～四三条)のほかに、介護保険法では次のような規定が設けられている。介護報酬の算定基準(四一条五項、四二条の二第三項、四六条三項、四八条三項、五八条三項)および介護サービス事業者の指定・事業運営基準(七四条四項、七八条の四第四項、八一条四項、八八条四項、九七条五項、一一五条の四第四項、一一五条の四第四項、一一五条の二四第四項)について、厚生労働大臣は省令または告示で定めようとするときは、「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」。また市町村は、同法にもとづ

き地域密着型サービスに係る介護報酬とその指定・事業運営基準を定めようとするときは、「あらかじめ、当該市町村が行う介護保険の被保険者その他の関係者の意見を反映させ、及び学識経験を有する者の知見の活用を図るために必要な措置を講じなければならない」（五四条の二第五項、七八条の四第六項、一一五条の一四第六項など）。これらは、介護基準の設定・改廃についての特別な手続規定である。行政立法活動における不特定の関係者の意見や専門家の知見を反映させる手段として事前手続が制度化されたものである。

右の諸規定は、一般の意見を公募してそれを反映させる国民参加の事前手続ではなく、介護基準の定立過程への関係者や専門家の適切な参加の確保という目的に資するための手続規範である。そのなかでも、厚生労働省の下に設置される社会保障審議会は、厚生労働省設置法（平成十一年法律第九十七号）六条一項にもとづき、学識経験のある者のなかから厚生労働大臣が任命する委員三十人以内で組織され、厚生労働大臣等の諮問に応じて調査審議し意見をのべるほか、社会福祉法、介護保険法や健康保険法などの規定によりその権限に属する事項を処理するものとされる（同法七条一項）。右の組織規定をあわせてみれば、前述した「社会保障審議会の意見を聴く」という規定は、制定機関が定める介護基準の内容の適切性・正当性を支えるために、基準定立過程において専門家を含む第三者機関の関与を介在させるという組織法的側面からのコントロールとしての意味を兼ねていることがうかがえる。

もつとも、個人の要介護状態に見合う最善の給付内容を決定する過程において、専門家の意見や公平な配分を理由とする専門技術的・政策的判断と、利用者個人の要求とそれにもとづく選択とがいつも一致するわけではなく、常にこうした諸要素を総合的に衡量または調整するよう要請される。⁽²⁷⁾ この点は、介護基準に係る行政立法についてでも妥当する。行政立法の政策決定または定立過程において、社会保障審議会の意見を聴いたり、利害関係

〈21〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成（六）（林）

者の意見や学識経験者の知見を取り入れたりする規定は、介護保険法以外にも、公的医療保険関係立法においても見られる。⁽²⁸⁾ こうした介護基準定立手続の規定は、行政手続法一条の掲げる「行政運営における公正の確保と透明性の向上」という規範的要請からはもちろん、⁽²⁹⁾ それと同時に、介護基準の定立過程における専門家および関係者の参加により、専門的知見にもとづく合理的な内容の確保および利用者の選択の尊重といった要請に応える意味をもつものと考えられよう。

(3) そのなかでも、介護基準の定立過程への専門家の参加は、社会保障審議会の意見その他の専門家の知見の活用を求める形態としてとらえられる。これにより立法措置の内容の合理性を求めつつ、制定機関の恣意・専断を排し、基準定立行為の目的性かつ客観中立性を確保して実体的な正当性を基礎づけることがその目的である。こうした専門家の参加に対してどのような法的コントロールをとるかについては、前述した手続規定や組織規定による規制以外にも、老齡加算訴訟上告審判決が専門委員会の意見などの適否について示した見解に、もう一つの手がりがある。すなわち、立法目的、規制手段の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般的事実といった立法事実の認定判断の合理性を問うことである。⁽³⁰⁾ これは、立法事実の認定判断について「合理的関連性」・「専門的意見との整合性」のある根拠資料の提出を求め、こうした資料をもとに行われる政策形成や審議の過程の合理性を問うことを通じて、専門的知見にもとづいた判断にいたる手続過程全般を規律するという考え方である。介護基準の実体的な適正性を求めるために、何らかの形で専門性を確保することがそこでの重点となる。そして、介護基準の定立過程への専門家による参加は、手続法的小よび組織法的コントロールの機能を伴うことで、目的性の統制を果たすための複合的手法として用いられているといえる。

他方で、要介護状態に見合う最善の給付内容を定めるにあたっては、介護基準の制定機関は、介護や医療に関

する専門性の確保以外に、利用者の選択、多様な事業者や施設からの総合的かつ効率的な介護サービスの提供、他の利用者との公平性・公正性の確保ないし国の財政事情など介護以外の要素をも含めて考量するものとされている。前述した朝日訴訟上告審判決をはじめとする最高裁判所の見解に照らしても、以上の諸要素の配慮と取捨が命令等の制定機関の合目的的判断に属する裁量事項であると解することができる。ここでは、介護・福祉・医療保健に係る専門性の確保のためのコントロールを専門家の参加ととらえると、それに対して、右の利用者の選択、介護サービスの総合的・効率的提供、または他の利用者との公正・公平な調整などの介護そのものの以外の諸要素を斟酌することは、多様かつ対立的な利益をいかに反映し調整するかにかかわる問題でもある。この点から、介護基準の法的コントロールについてなお検討しておく余地が残されている。ここでは、専門性の確保に資する機能をもたせつつ、保険者自治の観点から多様な利益の調整機能を果たさせるために、介護基準の定立過程における参加がもう一つの法的コントロールの態様としてとらえられるであろう。また、介護基準の地方条例化の動きにもなつて、介護条例制定過程における市町村介護保険審議会や運営協議会が右の両機能を統合する参加形態として制度化されることが見られる。ここに、介護基準定立裁量のコントロールについて新たな視野を開く契機がある。以下では、この点もあわせて、保険者である市町村そして中立的な専門家としての公益代表のほかに、指定介護サービス事業者と被保険者のみならず、介護サービスの潜在的利用者を含む多様かつ対立的な利益が介護基準定立過程に表出される法的仕組みとして、審議会制度を再考してみたい。そして、介護基準定立過程への監視と参加という意味で、介護基準定立裁量のコントロールについての方向性を検討しておく。

2 基準定立手続における民主主義的回路

(1) 行政立法活動の法的コントロールに関して、事前手続をも視野におき、合法性の枠のなかで制定機関に委ねられる判断の実体的な適正性を確保するために、根拠規定を具体化する行政立法の定立や手続過程の統制が重要な地位を占めることは、早くから指摘されてきた。実体的規律のみならず、適正手続の実現によって、法律による行政の原理とその背後にある法治国原理はより充実されていくという理解の下に、行政に委ねられた「裁量権を適切に行使させるにも、手続を公正・透明にすることが重要である」ことが強調されている。⁽¹⁾そして、行政立法行為の正当性は、上位規範の規定に適合していること、授権された範囲から逸脱していないことに求められており、また、命令等の制定機関に委ねられた判断または選択の余地を認めるとしても、これを法の下にコントロールし、行政立法の手続や定立過程全般を規制してその合理性・合目的性を確保することは、当然のことであると解される。こうした前提の下で、前述のように、介護基準の定立行為については、実体的規律のみならず、手続法的側面や組織法的側面からの外枠的統制という構成がとられている。

介護保険法においては、以上の統制法理の一部が採用されている。たとえば、介護報酬に係る算定基準を告示で、介護サービス事業者・施設の指定・事業運営に係る国の基準を省令で定めようとするとき、制定機関である厚生労働大臣は、「社会保障審議会の意見を聴かなければならない」と定められている。しかし、省令で要介護等認定に係る判定基準を定める場合については、これと類似した手続規定は設けられていない。他方、市町村が、介護保険法にもとづき、地域密着型サービスに係る介護報酬とその指定・事業運営基準について条例で定めようとするときは、「あらかじめ、当該市町村が行う介護保険の被保険者その他の関係者の意見を反映させ、及び学識経験を有する者の知見の活用を図るために必要な措置を講じなければならない」と規定されている。介護保険

や老人保健福祉に関する事項を調査・審議するため、同条および地方自治法一三八条の四第三項によって、条例で介護保険運営協議会などを設置する市町村も少なくない。⁽³³⁾ところが、地域密着型サービス以外の指定・事業運営基準の制定機関である都道府県が条例で定めようとする場合には、右のような手続規定は見当たらない。ただし、社会福祉に関する事項を調査審議するため、都道府県、指定都市および中核市は条例でもって地方社会福祉審議会を設置するという規定は存する（社会福祉法七条一項および地方自治法一三八条の四第三項⁽³⁴⁾）。地方社会福祉審議会は、都道府県知事、指定都市もしくは中核市の長の監督に属し、その諮問に答え、または関係行政庁に意見を具申するものとされ（社会福祉法七条二項）、その委員は、当該地方公共団体の議員、社会福祉事業に従事する者または学識経験のある者のうちから、都道府県知事、指定都市もしくは中核市の長が任命する（八条）。実務上、介護保険に関する事項の調査審議に関して、都道府県レベル（指定都市と中核市を含む）では、社会福祉審査会の下におかれる専門分科会とその関係部会が行うか、⁽³⁵⁾あるいは個別の条例で設置する介護保険審議会や介護保険運営協議会⁽³⁷⁾が行うという例がよく見られる。実務上の運用としては、社会福祉審議会または介護保険審議会の調査審議を経ることが行われている。これについては、介護基準の設定改廃にあたっては右審議会の参加を必要な前提要件としてその意見を聴くことが義務づけられる場合には、介護基準等命令の制定機関は審議会の意見や決議を尊重する義務があると解することができる。⁽³⁸⁾

また、審議会の組織構成に関する規定も一様ではない。とりわけ審議会委員の選任に関して、学識経験のある者から厚生労働大臣が任命する社会保障審議会委員とは異なり、地方社会福祉審査会、介護保険審議会や介護保険運営協議会の委員については、介護・保健・医療または福祉に関し学識経験を有する者に限らず、地方議会の議員、住民または被保険者、介護サービス提供事業者から任命するものとされている。⁽³⁹⁾少なくとも地方公共団体

〈25〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

レベルでは、右審議会の運用の下で、専門家以外にも、住民・被保険者および事業者が関係者として介護基準の定立過程におけるコミュニケーションに参加する機会が創出されるようになっていく。こうした場においては、専門家の専門的知見にもとづく意見の提出・調査・審議が専門性の確保に資する一方、同時に、諸利益代表の間での情報伝達・意見交換が可能となり、これを通じて、多様な利益の認識・反映・調整機能を果たすことが期待されている。⁽⁴⁰⁾ ここにおいては、介護基準の規範定立過程に国民・住民が主権者として参加する、もうひとつの民主主義的側面が存するといえよう。

このようにして、介護基準の定立過程に審議会の関与を組み入れてその意見を求めることは、法制整備の程度に差異があるものの、条例制定手続の一環として採用されるように見受けられる。ここでの審議会・協議会などの運用については、専門性の確保による実体的正当性を担保するとともに、利益代表・調整という機能をも担うものであるという点が注目に値する。そして、現行介護保険制度の下では、市町村が介護保険者であると規定されており(介護保険法三条)、この点をあわせて吟味して、介護保険に関する政策形成・決定における保険者の民主的意思決定を実質的に統制する規範論として、もう一つの視点、すなわち「保険者自治」が説かれている。⁽⁴¹⁾

(2) 実際の行政の政策形成・決定過程とその実施・執行過程においては、その決定の公正さを担保するために、行政組織法上の諮問機関であるか否かを問わず、⁽⁴²⁾ 何らかの諮問の手続を用いて、行政活動または決定についての意見が求められてきた。⁽⁴³⁾ そこでは、機能的には、民主的・総合的・利害調整的側面と専門的・技術的側面とが交錯しかつ併存することは、室井力教授がすでに指摘したとおりである。⁽⁴⁴⁾ そのなかでも、専門的知見あるいは利害関係を有する特定の者あるいは不特定の国民・住民の代表からなる審議会諮問手続は、行政の政策形成なり政策

運営における適正化を導くための一種の事前的行政手続であり、行政過程における参加の一形態としてとらえられる。行政活動または決定について意思をのべる権限（その意見が拘束的か否かを問わず）を有する機関であるという意味で、利益代表的・専門技術的な審議会制度は、「権力に対する監視と参加」の一手法として有用であると説かれている。⁽⁴⁵⁾

従来、行政上の法律関係において行政活動の相手方となる私人その他の関係者がどのように位置づけられるかは、行政過程における私人として論じられてきた。⁽⁴⁶⁾ すなわち、行政過程におかれた私人の地位は、場合によって異なる。行政決定権限の帰属主体との関係を図式的に整理すれば、公権力を行使する行政主体に対峙する財産権や自由権の主体としての防衛的存在、国・地方公共団体から各種の給付を受給する受益的存在、第三者に対して行政の介入とりわけ一定の公権力の発動を求める個人、または行政活動にあたって決定過程へ参画あるいは役割分担する私人など、さまざまな態様がそこには見られる。主観的権利利益と客観的法を対照的に峻別してきた行政法学では、行政活動の意思決定過程における私人の法的位置づけについては、おおまかに、個人の権利利益が公益一般に吸収されるか否かにより、個別の行政決定の相手方その他利害関係者に限定された行政手続における参加と、広く行政活動への不特定の国民・住民の参加、の二つの形態に区別して問題を整理してきたといえる。⁽⁴⁸⁾ 確かに、国民の権利・利益の保護の視点から、行政手続法制の整備を含め、手続上の地位としての法的保障の対象を拡げていく制度化が進められている。しかし、実定法上の具体的な権利・利益の存否に固執するいわゆる「権利利益防御型」行政手続の構造の下で、行政決定の与える効果の範囲が拡大したり、その他の行政作用の影響が不特定多数の国民・住民の権利利益に及ぶ場合に、何らかの事実上の効果を受ける特定・不特定多数の関係者がどのような法的地位を有するのかは、なお明らかではない。それでも、各々の行政活動の意思形成過程において、

(27) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

公益一般に吸収・解消されない関係者らの一般抽象的な「法律上の利益」、「集团的国民生活利益」や「共同利益」がいかにとらえられるべきかという問題意識は、広く共有されている。この点は、新たな法や社会秩序の形成機能を果たす行政活動としての行政立法の定立や行政計画の策定にあたってはより顕著である。しかも、特定・不特定の多数の関係者間の複雑かつ多様な利益の対立・調整にかかわるため、その内容の合理性を法自体が保障することは困難である。社会において表出される多様な利益または複雑な利害状態をいかに調整するのか、またかかる権利利益を保護・実現するためにどのような法的仕組みをとるべきか、こうした問題について次第に関心が寄せられてきている。⁽⁴⁹⁾

学説上、実体的権利や利益から離れた「参加利益」を「手続的」な利益として構成し、「行政決定の公正の保障」という視点から要請される手続の構成が必要であると指摘し、行政活動の意思決定過程における参加利益の法的保障として、当事者参加をより広く求め、議会制の補充的・二次的機能を有する「住民参加」について早くから言及したものがあ⁽⁵⁰⁾る。近年、行政活動全般の規律化を求める際に、狭義の行政手続を含む手続過程をも視野におくべきという見解が示されている。⁽⁵¹⁾他方では、関係者の主観的な権利利益の保護にとどまらず、民主主義的価値の行政過程における実現を内包するものとして、手続過程に広く国民・住民の参加を求める見方も説かれつつあ⁽⁵²⁾る。処分手続以外の行政活動におけるコミュニケーションシステムへ「客観的利益を表述するのに相応しい私的主体の参加」を保障することに対する認識が広がっていくなかで、さまざまな視点からの問題整理や検討がなされている。たとえば、多面的関係における利益調整を行政法の内容とするという理解のもとで、狭義の行政手続に含まれない行政運営の手続全般において「市民の参加・関与」のような行政と市民の間における対話過程の構築の視点から、「フィードバック過程としての行政過程」に言及するものがある。⁽⁵³⁾行政過程において私人や私的

組織が何らかの役割を果たす広い「協働」の意味で、行政活動の意思決定過程において「私人に個別的・一般的情報の『入力』あるいは『処理・加工』に関する何らかの権限が与えられている制度」を手続過程における参加ととらえ、こうした参加による「情報入力」と「決定」をつなぐ「双方向・多数回のコミュニケーションの場の制度化として、行政の政策形成・原案作成段階への市民参画手続の構築を説くものもある。⁽⁵⁴⁾

何よりも、諸利益・価値の発見・表出・調整を経て新たな法や社会秩序を形成するという機能をもつ行政立法や計画策定の規律手法を論ずる際には、問題発見・整理のために以上のような視点が有用である。⁽⁵⁵⁾そして、介護サービスの保障について、諸種のサービスの必要性・利益の確認・表出をはかり、資源配分の適正さや、適切・総合・効率的な提供を勘案しつつなされる介護基準の定立過程においては、「コミュニケーション」・「議論の空間」の一形態として、制定機関、事業者、住民・被保険者、学識経験者などの関係者から構成される審議会を活用することが可能である。⁽⁵⁶⁾

(3) 生活保護、社会福祉、医療や年金などに関する政策形成・決定における意思決定にあたって、あらかじめ、社会保障制度審議会その他の関係審議会の意見を聴くかあるいはその調査審議を経ることは、個別の法律規定の有無を問わずに、国または地方公共団体レベルでの社会保障行政においてよく見られる。医療保険や介護保険関係法制の整備の際に、保険給付の内容・受給資格または保険料に関する事項の基準化について、被保険者・利用者サービス提供事業者・従事者双方とは別に、専門技術的能力を有する専門家が中立的な公益代表として基準制定機関の意思決定過程に参加し、福祉・医療・保健に関する学識経験にもとづく専門的知見を反映させて客観的に「公益」判断の形成を促すというのが、社会保険関係審議会の基本的な構図である。⁽⁵⁷⁾

介護サービス保障のナショナル・ミニマムを確保するために、法定給付の内容と価格にかかる介護報酬の詳細

〈29〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

な具体化を厚生労働省令・告示または条例に委任することは、本来は福祉・保健・医療技術の進歩などに迅速かつ柔軟に対応するという専門技術的要請からである。それにもかかわらず、国の財政状況や国民の生活水準等の政策的考慮をも含むとされているために、そこにおいて、諸利益の利害調整を国民の自主的・代表委員に實質上ゆだねる仕組みとして、基準設定段階での参加手続の整備が期待されている。これに関して、利用者の選択・主体性の尊重を指向する介護保険制度においては、「個人の参加」を積極的にとらえようとする制度発想の転換が示されるにともない、かかる政策形成・策定過程における民主的意思決定を實質的に統制する規範論として、給付と負担の対応関係は明確であることが望ましいという意味で保険集団構成員の自治・自律性を強調する保険者自治といった視点が唱えられている⁽⁵⁸⁾。そうすると、保険集団構成員の自己統制の実現のための仕組みとして、右の介護保険関係者および学識経験者の二つのグループからなる社会保険審議会を取り上げることが、理論的な親和性があるのみならず、既存の手段を用いてこれを実現することもできる。他方では、二〇一一年の第一次・第二次一括法にもなった介護保険法の改正により、指定・事業運営基準および地域密着型サービスの介護報酬等の設定について、一定の枠内で都道府県または市町村の条例で定めることとなっている。これについても、地域の自主性・自立性の向上といった第二期地方分権改革との関連からとらえるのみならず、介護保険制度における保険者自治の一発現形態であることとらえることもできよう。条例制定の前段階とりわけ政策形成・策定段階において、介護保険に関する事項の調査・審議のために用いられる既存の介護保険審査会・協議会を、規範の共同形成に寄与するコミュニケーションの場として設定し、保険者たる市町村以外の民間法主体―被保険者・利用者、サービス提供者や従事者などの関係者および学識経験者―が右行政決定過程で討議し、専門的知見の反映に限らず、介護保険制度における諸利益の表出・調整機能を果たすことができるよう、適切な介護内容の共同

形成のための「討議」の場へ進化させていくことが期待される。⁽⁵⁹⁾そこにおいて、政策形成・策定過程における民主的意思決定をコントロールする手法として条例制定手続過程に組み入れられた審議会制度が、保険者自治の実現のための法的仕組みとして再構築される契機が現れてくる。ただ、こうした「討議」空間の形成にあたっては、権利の確立が後回しにされる可能性もあるため、この点には注意を要する。⁽⁶⁰⁾

以上のように、本節での検討によれば、介護サービス保障のための基準化に際しては、授權法律による制約と、専門的知見・政策的見地からの考察にもとづく合目的判断の確保、の二点を規律の中核とする統制法理が存する。具体的には、法律適合性に重点におく実体法的アプローチによってコントロールの外枠を画定することが主な手段とみなされ、その上に手続法的・組織法的手当てとして審議会制度が組み込まれている。事項別に多少の相違があるが、介護基準の定立過程における不特定の関係者の意見反映や専門家の知見の活用を図る手段としての事前手続が制度化されているものと評することができる。他方、介護保険制度における「個人の参加」を積極的にとらえようとする制度的発想からは、介護基準に関する政策形成・策定過程における民主的意思決定がより強く要請される。介護基準の地方条例化の動きにあわせて、介護基準の定立過程における参加は、専門性の確保という機能をもたされつつも、保険者自治の観点から多様な利益の調整機能を果たすようにシフトする方向を見出すことができる。本稿では、介護サービスの保障をめぐって諸種のサービスの必要とそれを利用する権利・利益の表出をはかるとともに、公正・公平な利用の調整や適切・総合・効率的な供給体制などを勘案しなければならぬ介護基準の定立過程において、保険集団構成員の自己統制の実現のための法的仕組みとして既存の審議会制度を用いる可能性についてのべ、これを、制定機関、事業者、住民・被保険者、学識経験者などの関係者から構成される「コミュニケーション」・「議論の空間」の一形態としてとらえている。基準の制定機関以外の介護

〈31〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

保険関係者らによる積極的参画と自律的な秩序形成の役割に着目するならば、介護基準内容の形成過程における「協働」の発現形態としてこれをとらえることができよう。⁽⁶⁾ しかしながら、本節では、介護基準の合理性・合目的性のコントロールについて、専門性の確保、利益調整機能の実現と基準定立過程における「コミュニケーション」の場の設定といった視点から、介護基準定立の手続過程へ民主的要素を組み入れる必要性を指摘し、またその実現の仕組みとして審議会制度を活かすための理論的基礎・根拠を検討したにとどまる。行政立法手続における参加、協働のあり方に関して、民主政理論との整合性、それを規律する規範理論と制度整備、また審議会制度のあり方について組織的中立性・独立性の確保、基準内容の「バックチェック」、審議の公開・透明性など、諸々の論点が残っている。これらの検討は今後の課題としたい。

注

(1) 行政処分とその依拠する裁量基準との関連づけを総合的にとらえれば、裁量基準それ自体が「裁量性」と「裁量規律性」をもつと説かれている。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)一二頁以下を参照。学説上、具体的事案ごとの裁量の適法性審査については、裁量基準の適用行為たる処分における裁量、および裁量基準の定立に際しての裁量を区別してその法的統制のあり方を考えるべきと説くものがある。常岡孝好「行政立法の法的性質と司法審査(二)——最近の道路運送法関係に係る裁判例を素材にして——」自治研究九〇巻十一号(二〇一四年)二二頁などを参照。なお、右の異なる次元の裁量について二段階審査を行った最高裁判所判決として、伊方原発訴訟の上告審判決(最高裁平成四年十月二十九日第一小法廷判決・民集四六巻七号一一七四頁)のほか、生活保護基準の改定による老齢加算廃止訴訟の上告審判決(最高裁平成二四年二月二八日第三小法廷判決(東京事件)・判例時報二二四五号三頁、最高裁平成二四年四月二日第二小法廷判決(福岡事件)・判例

時報二一五一号三頁) などがある。

- (2) 裁量基準の適用行為に対する裁量統制について、裁量基準の一律的適用と個別事案の合理性の相克という認識の下で、合目的判断義務や個別事情考慮義務が行政に課される一方、行政裁量の存在意義からは裁量拘束禁止原則が導出され、個別の行政決定の適法性・合理性の確保のために、事案の個性に応じた適用とその基準の探求を処分裁量の中身と構成することで、両者の調和をとらえ、裁量統制の積極的側面を論じる見解がある。たとえば、深澤龍一郎「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義(二・完)」民商法雑誌二二八卷一号(二〇〇三年)二五頁以下(同「裁量統制の法理と展開」(信山社、二〇一三年)一一八頁以下所収)、交告尚史「行政判断」磯部小早川「芝池」行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論(有斐閣、二〇一二年)二八四頁以下などを参照。
- (3) 介護保険の実施にあたり市町村その他行政機関がよるべき法令や規則等の規定は数多く見られる。要介護等認定を受けて定型的な介護給付費により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。内容的には、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。ここでは、主に、介護保険給付に関する規定すなわち要介護状態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、の三つを介護基準という(以下、とくに説明しない場合、単に介護基準という)。これらの規定が相互に解釈・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という側面がある。拙稿「適切な福祉利用の確保とその公法的構成(五)」名古屋大学法政論集第二五九号(二〇一四年)五〜十五頁以下を参照。なお、「基準の制定」または「基準の設定」という用語が散見され、立法および行政実務で統一されておらず、本稿でも両方用いることとした。
- (4) 佐伯祐二「審査基準・処分基準の法的性格」高木宇賀編『行政法の争点』ジュリスト増刊(有斐閣、二〇一四年)七八〜七九

(33) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

頁を参照。

- (5) 前掲注1の老齡加算廃止訴訟(福岡事件) 上告審判決における須藤正彦裁判官補足意見は、「本件の改定を機械的に適用した個々の保護減額決定が同条の定める必要即応の原則に反するという場合もないわけではないと思われ、その場合は、同条に基づく厚生労働大臣に対して特別基準の設定を申請しなければならないことになり得る。」と指摘し、個別事案に相応しい特別基準の制定を認めるべきとの考えを示している。同事件を素材に、生活保護基準の合理性の確保のために、生活保護法九条から特別基準設定義務の理論的構成を行うものもある。常岡孝好「生活保護基準改訂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(一)(二・完)」自治研究九〇巻二号〓三号(二〇一四年)を参照。
- (6) とりわけコンピューターによる一次判定ソフトに関して、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・対象範囲とその時間点数の付け方について、被保険者の具体的状況と要介護認定等基準時間との関係が明らかにされず、これらの規定の内容に不合理な点があるか否かを検証すべきである」と指摘しながら、比較法の観点から、ドイツ社会法典第十一編介護保険法(一九九四年五月二六日成立) 十四条にいう基礎介護に洗髪時間が含まれるかどうか、その必要な援助の時間などを争って要介護状態の判定について裁判所の判断を求めたドイツの事例を紹介したものととして、和田隆夫「要介護認定基準時間の法的問題」同「社会保障・福祉と民法の交錯」(法律文化社、二〇一三年) 一九六頁以下を参照。ほかには、障害者総合支援法による諸給付の算定に関して「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」との指摘もなされている。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。
- (7) 「統制」と「コントロール」の用語の使い方については、明確なルールはないようである。行政法学においては、「コントロール」を決定、指導、抑制といった強い意味での「統制」と同視し、区別せずに使っている論者も見られるものの、本稿では、それ以外の「チェック」に近い意味で「コントロール」を用いる。

(8) 室井力編『新現代行政法入門(1)〔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) 一三四～一四〇頁〔浜川清〕を参照。

(9) 同上告審判決では、同法にもとづく金銭給付の内容とする生活扶助に関して「被保護者の最低限度の生活の需要を満たす」といった法の予定する目的以外に流用することを許さないから、被保護者の生存中の扶助ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利について、「一身専属の権利である」以上、上告人の死亡によって当然消滅し、相続の対象となりえないと解したうえで、上告人の相続人による本件訴訟の相続を否定した。そのため、本件の訴訟は終了した。

(10) 近年、憲法二五条にもとつ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、憲法二五条の「健康で文化的な最低限度の生活」水準を具体化するべき社会保障諸給付の給付水準に関してさまざまな見地からの検討がなされており、憲法学や社会保障学の観点からの最低基準保障のあり方とその一般法理の構築についての研究が数多く蓄積している。たとえば、葛西まゆこ『生存権の規範的意義』(成文堂、二〇一一年)、本沢巳代子「社会福祉の権利の実現」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法2地域生活を支える社会福祉』(法律文化社、二〇一二年) 四九頁以下、原田啓一郎「サービス保障法制とナショナルミナム」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法3ナショナルミナムの再構築』(法律文化社、二〇一二年) 八七頁以下、木下秀雄「最低基準保障と生活保護基準」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法3ナショナルミナムの再構築』(法律文化社、二〇一二年) 一四一頁以下などである。

そのなかでも、社会保障領域における行政立法の合憲性・適法性の検討とその統制法理の探求が議論の焦点となっている。具体的事件に即して行政法の見地から詳細な検討を行った近時の文献として、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

(35) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

(二〇一四年) などがある。

- (11) 常岡孝好「生活保護基準における老齢加算廃止と裁量審査」民商法雑誌一四八巻二号(二〇一三年)一六六―一六八頁を参照。
- (12) ここでは、「最低限度の生活」に係る立法裁量については、国会の立法裁量と法規命令の立法裁量とがあるが、両者の裁量の広狭が同一であるのか否かが問題である。「立法府の広い裁量」を認めた堀木訴訟上告審判決のほか、朝日訴訟上告審判決や老齢加算廃止訴訟上告審判決もこれを論じていなかった。これに関して、堀木訴訟上告審判決を引用した老齢加算廃止訴訟上告審判決は同様に広い裁量を認める趣旨と解されるが、憲法四一条との関係で両者に認められる裁量は本質的に異なる、と主張するものがある(村上裕章「判断過程の現状と課題」法律時報八五巻二号(二〇一四年)十一頁注十一を参照)。また、裁量権の逸脱・濫用の審査に関して、堀木訴訟上告審では「著しく合理性を欠き」「明らかに」と明白性まで要求しているが、法規命令の適否に焦点をあてた朝日訴訟上告審判決や老齢加算廃止訴訟上告審判決では、明白性を要求していない(常岡・前掲注11・一六六―一六七頁を参照)。そうすると、両者の裁量の広狭は同様に扱われるべきではないと考えられる。
- (13) たとえば、生活保護基準のうちの老齢加算に係る部分を改定する際に、専門技術的かつ政策的な見地からの厚生労働大臣の裁量権は、生活保護法八条二項規定のほかに、【東京事件最判】では、同法三条および九条の趣旨により制約されるものとされている。また、大臣の判断と専門委員会の意見との関係についての論じ方は、二つの上告審判決でもっとも異なるところである。【東京事件最判】では、かかる意見の根拠となる統計や資料等の「客観的な数値等との合理性や専門的知見との整合性の有無」を審査し、専門委員会での検討を踏まえて行った厚生労働大臣の本件改定の判断は生活保護法の諸規定に違反するものでないと解し、そして、本件改定にもとづきされた本件各決定にも、これを違法と解すべき事情は認められないと判示した。これに対して、【福岡事件最判】では、専門委員会の法的位置づけとその意見の法的性質に着目し、かかる意見が基準改定の際の考慮要素であって厚生労働大臣の判断を法的に拘束するものでないことを説き、そして、老齢加算に見合う特別な需要および激変緩和措置に係る厚生

労働大臣の判断は、「統計等の客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性の有無等について何ら審理を尽くすことなく部分があつた」ため、原判決の判断を破棄し、原審に差し戻した。

- (14) 二つの最高裁判決が本件老齢加算の減額・廃止は生活保護法五六条の適用範囲外と判示した点について、学説上、肯定する判評があり、たとえば太田匡彦「生活保護基準改定(老齢加算の廃止)の裁量性と不利益変更の可否」ジュリスト一四二〇号(二〇一一年)五四～五五頁、村上裕章「生活保護老齢加算廃止訴訟」(九州大学)法政研究八〇巻一〇八～一〇九頁などを参照。ただし、批判もある。社会保障給付の保障水準に関して、憲法二五条により制度後退禁止原則が導かれ、生活保護基準の定立行為については当該原則を具体化する生活保護法五六条が適用されるから、本件老齢加算部分の段階的廃止等は不利益変更の行為に該当すると指摘されている。菊池馨美「老齢加算の廃止等と生活保護基準の改定及びこれにもとづいて老齢加算を減額した下保護変更決定につき、生活保護法五六条、八条、九条ならびに憲法二五条違反しなさとされた例(①事件)と、生活保護法五六条に違反するとして、同決定が取消された事例(②事件)」判例時報二二二二号(二〇一一年)一五〇～一五一頁(判例評論六二九号四～五頁)などを参照。

- (15) 行政機関による規範定立の法的統制に関して、審議会への諮問機関や利害関係人の意見聴取手続などを命令制定の手続規制として、個別法で整備・充実させることの必要性に言及したものがある。高橋信隆「行政立法の法的統制」高木 宇賀編『行政法の争点』ジュリスト増刊(有斐閣、二〇一四年)三三三頁を参照。

- (16) 雄川一郎「行政の法的統制」公法研究三九号(一九七七年)一一〇～一一五頁を参照。

- (17) 最近の医薬品ネット販売の権利確認等請求事件上告審判決において、最高裁判所はこうした法理をあらためて論じ、次のように積極的な判断を示している(最高裁平成二五年一月十一日第二小法廷判決・判例時報二二七七号三五頁)。郵便等販売を規制する内容の省令の制定については「これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合」すべきであり(行政手続法三八条一項)、また「立

(37) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

法過程における議論をもしんしゃくした上で……新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」。本件の省令は「各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効」である、と。

(18) 行政立法の内容について、命令等制定機関が定期的検討を行ってその適正さを確保する努力義務が行政手続法三八条二項に規定されている。また、近年、省令制定権限の不行使について国家賠償法一条一項の違法性を認めた、筑豊じん肺国賠訴訟上告審判決（最高裁判平成十六年四月二七日第三小法廷判決・判例時報一八六〇号三四頁）および泉南アスベスト訴訟上告審判決（最高裁判平成十六年十月九日第一小法廷判決・判例集未掲載）では、最高裁判所は、労働厚生大臣の「法律に基づく規制権限は……労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきである」と判示している。このような規制権限行使の義務づけは、要介護者の生命・健康に係る介護基準制定権者についても当然に妥当するものであろう。

(19) 行政立法の規範具体化機能を果たすための裁量統制の一般理論について、宮田三郎『行政裁量とその統制密度』（信山社、一九九四年）二六二～二六三頁では、二つの条件を法的に整備する必要性があるとされる。第一に、法律による最終的規制の具体化を行政に委ねることは立法者が意図する場合のみ可能であり、その際に明示の法律の授権を必要とすることはもちろんのことである。第二に、同時に、制定機関の構成、手続および作成方法などについての最小限の行政手続が法的に保障されていないばならない。

(20) 行政活動の統制図式について、大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」公法研究六五号（二〇〇三年）七九頁では、行政がしたがうべき法には、行政活動の要件・効果の規律に係る実体法上のコントロール、手続法上のコントロールと組織法上

のコントロールの三つの形態があり、またこれらの三者を統合的にとらえる視点が必要であるとされている。本稿でもこうした視点を参考にして検討を進める。

- (21) 行政手続法三八条一項を参照。
- (22) すなわち、指定・事業運営基準を条例で定めるにあたっては、厚生労働省令で定める基準が事項別に「従うべき基準・標準・参酌する基準」とされる。国の基準による関与が右の三つの類型で序列化されている。拙稿・前掲注3・二五頁以下を参照。
- (23) 村上・前掲注12・一〇頁以下を参照。また、学説上、行政立法制定権限行使の違法性判断に関して、「考慮事項の重み付け」をともなう「判断過程の統制方式」の有用性を説く見解（山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、二〇一二年）五七二～五七四頁を参照）、あるいは、「法令の立法目的、規制手段の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般的事実」に着目して立法事実認定判断の合理性を追究し、行政立法裁量統制の審査密度を高める試みもある（常岡孝好「行政立法の法的性質と司法審査（二）——最近の道路運送法関係に係る裁判例を素材にして——」自治研究九〇巻十一号（二〇一四年）五十一頁を参照）。
- (24) 豊島・前掲注10・二九頁以下を参照。
- (25) 指定・事業運営基準全般でなく、介護サービスの「取扱いに関する部分」に限られる。
- (26) 社会保障審議会令（平成十二年六月七日政令第二百八十二号・最終改正：平成一八年三月三〇日政令第九五号）二条、三条を参照。また、社会審議会の下には、統計、医療、福祉文化、介護給付費、医療保険料率の事務に応じて各分科会が設置される（同政令五条）。
- (27) 拙稿「適切な福祉利用の確保とその公法的構成（一）」名古屋大学法政論集第二四九号（二〇一三年）十九～二二頁を参照。
- (28) 公的医療保険制度においては、標準報酬月額、診療報酬の設定・改廃、あるいは保険料率の変更については、事前の社会保障審議会の意見聴取、中央社会保障医療協議会への諮問、または社会保障審議会の議を経るなどの規定がある（健康保険法四〇条三項、八二条一項、一六〇条十一項など）。そのほかにも、特定機能病院や保険医療機関等の指定とその取消しの際に、地方社会保険医

(39) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

療協議会への諮問を求める規定がある(医療法四条の二、二九条六項、健康保険法六七条など)。

(29) 意見公募手続等行政立法一般手続の制定と制度整備の経緯に関して、紙野健二「行政立法手続の整備と透明性の展開」名古屋大学法政論集第二一三号(二〇〇六年)四八五頁以下、宇賀克也『行政手続三法の解説―行政手続法、行政手続オンライン化法、番号法―』(学陽書房、二〇一四年)三三―三九頁および二七五―二八二頁を参照。なお、地方公共団体の場合、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るため必要な措置を講ずる努力義務があり(同法四六条)、行政手続法の趣旨にのっとり、既存の行政手続条例の改正あるいは独自の条例によりパブリック・コメント手続の法制化が進められている。

(30) 行政立法制定過程における裁量の司法審査に関して、「事実の基礎を欠く」違法性の有無を審査する際に、立法事実の存在に係る認定判断の合理性を追究する審査方法である。常岡・前掲注23・五―十一頁以下を参照。

(31) 行政の政策形成に関する裁量事項について、外枠としての手続の統制を通じて行政過程の実質的な適正を狙う意義をもつと早期から指摘されていた(雄川・前掲注16・一一七―一一八頁)。原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂、一九七九年)三六―三九頁では、生活保護基準設定行為においても「行政庁が決定を下すにいた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、手続的側面からの審査方式の有用性を提示していた。なお、近時のものとして、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)一三四頁、常岡孝好「裁量権行使にかかる行政手続の意義―統合過程論的考察―」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、二〇〇八年)二五七―二五八頁以下、太田匡彦「行政による分配の構造と手続」法律時報八七巻一号(二〇一五年)二二―二九頁などを参照。

(32) 塩野・前掲注31・一三三頁、二六九頁および二七七頁を参照。現代における法治主義がどうあるべきかについて、同「法治主義の現状と課題」司法研修所論集九五号(一九九六年)三三頁以下(同「法治主義の諸相」(有斐閣、二〇〇一年)一四一頁以下所収)

では、権力の抑制にとどまらず、「認めるべき権力はこれを明確に認めた上で、その統制の手法を確立」し、実体的かつ手続的統制手法を含めて、「権力の規律化」という点を考えることが必要であるとのべられている。そこでは、「命令等制定手続の導入を含め、行政手続法制の整備には民主的参加の要素が浸透していることは否めない。同・前掲注31・二八六頁および三一七頁を参照。

- (33) たとえば、高浜市介護保険・介護予防の総合的な実施及び推進に関する条例（平成十二年三月三十一日条例第八号）三〇条、国立市介護保険条例（平成十二年三月二十九日条例第五号）十六條、国立市介護保険運営協議会規則（平成十二年三月三〇日規則第十九）二条、練馬区介護保険条例（平成十二年三月二一日条例第二八号）六条、三郷町介護保険運営協議会設置条例平成十二年九月二六日条例第四二号）二条、湯川村介護保険条例（平成十二年三月二二日条例第二号）二条など。

- (34) かつて、社会福祉事業の全分野における共通的基本的事項その他の重要な事項を調査審議することを目的として、厚生省（当時）におかれる中央社会福祉審議会（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）六条一項）と、都道府県および指定都市におかれる地方社会福祉審議会（同条二項）があった。一九九九年の「中央省庁等改革関係法施行法」（平成十一年法律第六十号）による改正にともない、社会福祉事業法六条一項の規定が削除され、中央社会福祉審議会が社会保障審議会に統合されることになる（厚生労働省設置法（平成十一年七月十六日法律第九七号）六条と七条）。二〇〇〇年の「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」（平成十二年六月七日法律第一一一号）により、社会福祉事業法の名前を社会福祉法に改め、また、第二章（七〜十三条）では地方社会福祉審議会についてのみ規定することになった。社会福祉法令研究会編集『社会福祉法の解説』（中央法規出版、二〇〇一年）一一一頁を参照。

- (35) たとえば千葉市社会福祉審議会高齢者福祉・介護保険専門分科会（千葉市社会福祉審議会条例（平成十二年三月二二日条例第十号）七条一項・三項）などを参照。

- (36) たとえば仙台市介護保険条例（平成十二年三月十七日条例第四号）十二条などを参照。

〈41〉 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

- (37) たとえば横浜市介護保険条例(平成十七年三月二二日条例第一二三号) 十五条などを参照。
- (38) 社会保障行政全般において、個別の法律によって生活保護、社会福祉、年金・医療保険等事項の調査審議等のために関係者代表あるいは学識経験者からなる審議会の設置が多く見られる。そのなかでは、審議会の意見を聴かなければならないあるいはその調査審議を経なければならぬというような規定がある場合に、その答申・決議などが行政機関の意思決定を法的に拘束する参与機関としてとらえる見解がある(小川政亮『社会事業法制「第4版」(ミネルヴァ書店、一九九二年) 五五〜六〇頁および九七〜一〇〇頁を参照)。ところが、最高裁判所の見解によれば、現行法上、生活保護基準の設定改廃についてはこうした規定はなく、厚生労働大臣は社会保障審議会の専門委員会の意見に法的に拘束されないものとされている(老齡加算廃止訴訟上告審判決「東京事件」(最高裁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))
- (39) 仙台市介護保険条例十二条などを参照。
- (40) そこにおいては、行政の側の情報収集機能、合意形成機能と利害調整機能がある。藤原静雄「住民参加」法学教室二〇九号(一九九八年) 三〇頁を参照。
- (41) 旭川市国民健康保険料条例事件に関する最高裁平成十八年三月一日大法廷判決(判例時報一九二三号十一頁)の滝井繁男裁判官の補足意見では、限定的であるとはいえ、次のような端緒が示唆されている。社会保険料率算定の基礎となる賦課総額の見込み額等の推計については、社会保険財政の特殊性があり、本来は拠出者である被保険者の集団自治を基盤とする社会保険においては、通常の民主的決定過程すなわち国会によるものと別の保険集団の議決機関の審議(特別会計の年度予算・決算)における統制に服せしめることは保険者自治の観点から許容される、と。なお、保険者自治に関してはさまざまな視点からの問題整理や検討がなされており、そのなかでも、ドイツ法との比較研究が多く見られる。たとえば、社会連帯から社会保険制度の存在理由を説明して保険者自治に関する理論構成とその制度化を論ずるものとして、倉田聡『社会保険の構造分析』(北海道大学出版会、

二〇〇九年）が代表的であり、また、行政法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を行うものとして、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）」（四・完）名古屋大学法政論集第二四二（二〇一）＝二四七号（二〇一）＝二五一号（二〇一三年）＝二五二号（二〇一三年）などがある。

- (42) 国あるいは地方公共団体において行政庁の下に設置され、何らかの形で行政の意思決定に参加する学識経験者や関係者によって構成される合議制の行政機関を指す。たとえば「法律の定める所掌事務の範囲内で、法律又は法令の定めるところにより、重要事項に関する調査審議……その他学識経験を有する者等の合議により処理することが適当な事務をつかさどらせる」ために国の行政機関に設置される審議会等（国家行政組織法八条、あるいは法律又は条例の定めるところにより、普通地方公共団体の「執行機関の付属機関として……審議会、調査会その他の諮問または調査のため」に設置する合議制の機関（地方自治法一三八条の四第三項、二〇二条の第三項）はこれにあたる。また、法令上の名称は審議会に限定されず、委員会、協議会、調査会、会議など多様である。
- (43) 今日でも多くの行政領域に現れた審議会や公聴会などの多用現象に関して、室井力「諮問行政」同「行政改革の法理」二版（法律文化社、一九八三年）九三～九四頁および九九～一〇二頁は、あわせて「諮問行政」と称し、また右の機能的・技術的契機を強調してその民主化の側面を軽視してきた運用を指摘し、その民主的構成の重要性を早くから論じた。また、審議事項がほぼ専門技術的なものに集約される「審議会行政」を批判し、集団的な国民生活利益の保障や国民・住民の直接民主主義的参政の観点から、国民参加手続としての利益代表的審議会の構築に言及したものがあつた（兼子仁「行政法学」（岩波、一九九七年）一〇五～一〇七頁を参照）。なお、審議会などの諮問機関の具体的運用とそれに対する批判的見解は数多くあり、行政法学から問題を把握して全面的検討を行ったものとして、金子正史「審議会行政論」雄川＝塩野＝園部「現代行政法大系第7巻 行政組織」（有斐閣、一九八四年）一一三頁以下などを参照。
- (44) 室井・前掲注43・九三～九八頁を参照。

(43) 適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

- (45) 同右注。現実に、審議会制度が時として設置目的を逸脱して行政遂行の手段として用いられてきたなどの「制度の病理」があるといっても、そもそも、行政の民主化、専門知識の導入、公正の確保、利害の調整、行政の総合調整等機能を果たすことが本来の存在理由・機能であるというべきであり、「現代行政の特質からくる議会による民主化の限界を補充する」手段の一形態として審議会制度が位置づけられるべきことが説かれている。金子・前掲注43・一八一〜一八三頁を参照。なお、議会民主主義の観点から審議会制度のあり方はなお検討して余地があるが、ここでは、審議会制度の現実を指摘しておくにとどまる。
- (46) 北島周作「行政法における私人の地位・能力」高木Ⅱ宇賀『行政法の争点』ジュリスト増刊(有斐閣、二〇一四年)十六頁を参照。
- (47) 塩野・前掲注31・三六〇〜三六八頁を参照。
- (48) 田村悦一「行政過程と住民参加」立命館法学二二三〜二三六号(一九七八年)一五五〜一五八頁以下を参照(同『住民参加の法理』(有斐閣、二〇〇六年)所収)、人見剛「住民自治の現代的課題」公法研究六二号(二〇〇〇年)一九三〜一九四頁、野口貴公美「行政過程における住民参加」高木Ⅱ宇賀『行政法の争点』ジュリスト増刊(有斐閣、二〇一四年)九〇頁などを参照。
- (49) たとえば兼子・前掲注43・二〇二〜二〇三頁、原田尚彦『行政法要論「全訂七版」』(学陽書房、二〇一三年)一〇五〜一〇七頁、塩野・前掲注31・三六五頁など。ただし、藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、二〇一三年)一五二〜一五五頁は、行政過程における意見調整の手続を含めて事前手続を整備拡充する必要性があるといっても、「法律と事前手続、そして裁判審査等との間での機能分担」から、具体的事例の「民主的事態解決」についてより慎重な態度をとるべきと指摘している。
- (50) 田村悦一「参加利益の法的保障」立命館法学一四七号(一九八〇年)一頁以下、同「地方自治と住民参加」公法研究四三三号(一九八三年)一八五〜一九五頁、小高剛「住民参加手続の法理」(有斐閣、一九七七年)一七五頁以下、金子・前掲注43・一八一頁などを参照。議会以外の行政統制の一環として参加制度をのべた近時の論考について、榊原秀訓「議会外の行政統制」公法研究七二号(二〇一〇年)一九二頁以下、同「自治体の総合計画策定における参加制度と議会」南山法学三七卷一・二号

- (二〇一四年)二五頁以下などがある。
- (51) 塩野・前掲注32・二七～二八頁を参照。
- (52) 小高剛「行政手続と参加」雄川＝塩野＝園部『現代行政法大系第3巻 行政手続・行政監察』(有斐閣、一九八四年)一〇六～一〇七頁、塩野・前掲注31・二八六頁および三一七頁を参照。行政過程における国民参加について、同「法治主義と行政法―日本における展開―」自治研究八三巻十一号(二〇〇七年)十七～十九頁では、その指導理念は、自由主義の原理に立脚する法治主義というよりもむしろ民主主義であり、また二〇〇五年に行政立法の意見公募手続、情報公開法制の整備を契機に、民主主義の行政過程における浸透が日本にも見られる、とする。
- (53) 大橋・前掲注20・七四頁以下を参照。
- (54) 角松生史「手続過程の公開と参加」磯部＝小早川＝芝池『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)二八九頁以下を参照。これに関して、市橋克哉「日本における行政手続の進化―国家、市場および社会との関係―」名古屋大学法政論集二四五号(二〇一二年)一七三頁以下では、日本における行政手続に関する考え方の展開について、二〇世紀に確立した国民の生存を排他的に保障する「国家中心モデル」から、九〇年以降、「国家が排他的に担っていた『公』すなわち『公共性』」が見直されて、「市場原理」と「自己責任」を核心概念とする「市場中心モデル」への移行が見られるが、「市民社会が『公共性』を内在的に生成する方向」を目指すためには、「手続重視・プロセス志向の民主主義モデル」への方向転換が必要であると説き、また行政手続に関する理論と制度化について「行政過程(政策決定―立法―法適用―法執行)」全般を規律の対象として、行政立法の定立、その前提となる政策や計画の決定に関する事前コントロール手続の規律についても視野を広げ、「あらゆる段階」における「市民を起点とする双方向・反復」のコミュニケーション過程・「議論と熟議の集中的な『空間』」の構築の必要性に言及している。
- (55) 近年、公共サービスの民間開放、公私協働、公的任務の私的主体への拡散・「複線化」・「多層化」等などの言葉で表される新たな

〈45〉適切な福祉利用の確保とその公法的構成 (六) (林)

な行政法現象の下で、個人をもちや国家に対峙するものでなく、国家以外の主体によって公的任務が担われる多元的システムの下での担い手の一つとしてとらえ、また、これに対応する規範理論の構成として、他の政策科学との関係での行政法学からの制度設計論、個別の政策分野における制度設計の際の政策基準としての規律規範や、立法者制御の法理論の試みを示すものがある(原田大樹『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂、二〇一四年)一七八〜二三三頁および三二九〜三四一頁以下)。こうした視点は、行政の実現すべき政策目標・準拠枠の定立についての動的過程全般を把握し、社会的利害調整や政策判断にかかわる討議の場とそれについての規律規範を探索する際に問題発見としての役割が期待される。

56) 兼子・前掲注43・一〇一頁以下は、集团的国民生活利益の保障や国民・住民の直接民主主義的な参政の観点から、行政立法や計画策定の行政基準設定における国民参加手続の制度化を語り、公聴会や審議会諮問手続の活用に言及している。近時、住民参加の制度化動向について、「行政と住民の意見調整の場」として機能してきた協議会・審議会方式は「より多元的な主体を取り込む形での法定化が進んでいる」と説くものがある(野口・前掲注48・九〇〜九一頁を参照)。

57) 実務上では、学識経験者委員に専門技術的事項に限られない公益判断の役割が予定されることは、社会保険の領域においてのみならず、各分野において広く見られる。こうした運用について、これが特定の私的利益と対峙する「中立・超然的公益観」に起因するものであり、国民の信頼性の向上のために、専門家集団による閉鎖性を排除し、「透明性」や民主的要素を組み入れる仕組みが必要であると説かれている。兼子・前掲注43・一〇四〜一〇五頁、角松・前掲注54・二九三頁、戸部真澄「調査・評価に関する行政手続」法律時報八七巻一号(二〇一五年)一三頁などを参照。なお、個別の法領域に関して、原子炉の安全性が争点とされた原発訴訟を素材に、原子力行政決定過程における専門家集団の参加形態とその統制手法を検討した最近の論考として、友岡史仁「統治と専門性―行政法の視点から―」公法研究七六号(二〇一四年)一二五〜一三七頁などを参照。

58) 保険者自治に関しては、保険者とその管掌する保険を自律的に運営するという意味で理解されることが一般的である。そして、

保険者の自律性がどこまで認められるか、あるいは国家との距離をどこまで認めるべきかについては、主に、保険料の設定・徴収・管理を含む社会保険財政のガバナンス・自律的運営あるいはそれに対する国や地方公共団体の財政負担のあり方に焦点をあてて論じられてきた（たとえば井原辰雄「保険者自治と国家責任」河野 良水 阿部 石橋『社会保険改革の法理渡と将来像』（法律文化社、二〇一〇年）五七～六三頁、倉田聡『社会保険の構造分析―社会保障における「連帯」のかたち―』（北海道大学出版会、二〇〇九年）六五頁以下および一八九頁以下、新田秀樹「介護保険制度における市町村の責任」名古屋大学法政論集第一七九号（一九九九年）五五、六〇～六二頁など）。

(59) なお、行政立法等規範定立過程における民間法主体との交渉・同意に注目し、とくに民間法主体間の合意による規範代替機能を説き、これによる規範の共同形成を「規範制定局面における協働」の一発見形態にとらえ、ドイツ法の議論動向を踏まえて行政立法における協働の形態とその規範規律の一般理論を探求するものがある（岸本太樹「契約と行政立法―序説 規範内容形成局面における協働の限界」北大法政論集六五卷三号（二〇一四年）一～五六頁を参照）。

(60) たとえば参加する当事者が積極的・主体的に参画しない限り、「形式」を逃げた場における議論が実質的決定を左右して、結局、決定が「私的」な領域に移行してしまう」場合はありうる。角松生史「行政過程における参加と責任」法律時報八七巻一号（二〇一五年）二二頁を参照。

(61) 規範の定立から執行までを含む行政過程における私的主体の積極的役割に着目し、多様な協働現象の類型化とその規律規範の探究について行政法の守備範囲を拡げていくことを、「行政法の拡大」モデルと称するものがある。前田雅子「行政法のモデル論」磯部 小早川 芝池『行政法の新構想―行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一二年）二七頁以下を参照。

（未完）