

生存権と社会保障受給権に関する一考察（2・完）

— 介護保険給付の受給権を中心に —

伊藤 周平

目次

- 1 問題の所在—社会保障改革と生存権
- 2 生存権論と社会保障の権利論の展開
- 3 構造改革と生存権論，社会保障の権利論（以上（1）前号）
- 4 生存権保障と介護保険給付の受給権（以下本号）
- 5 介護保険給付受給権の特徴と問題点
- 6 むすびに代えて—残された課題

4 生存権保障と介護保険給付の受給権

（1）生存権と介護保障

2（2）でみたように，憲法学説での生存権論は，生存権の法的性格や違憲審査基準をめぐる問題を中心に展開されてきた。そして，これらの議論を反映して，憲法25条1項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容についても，①その生活水準は，特定の国家の，特定の時期においては，客観的に存在しうるもので，科学的に算定することが可能とする説（絶対的確定説）⁽⁵¹⁾と②何が最低限度の生活水準であるかは，特定の時代の特定の社会において，ある程度客観的に決定できるとする説（相対的確定説）⁽⁵²⁾とが，学説上も存在している（②が有力説）。これに対し，判例は「健康で文化的な最低限度の生活なるものは，抽象的な相対的概念であり，その具体的な内容は，文化の発達，国民経済の進展に伴って向上するのはもとより，多数の不確定的要素を総合考慮してはじめて決定できるもの」（前記朝日訴訟最高裁判決）としており，具体的な生活水準については憲法から読み取ることはできないとする相対的確定説の立場に立っているとされる⁽⁵³⁾。

判例の立場に立てば、「健康で文化的な最低限度の生活」水準の確定には、高度の専門的判断が必要とされ、立法府もしくは行政府の広い裁量が認められることとなり、逆に絶対的確定説の立場に立てば、客観的に確定される最低限度の生活水準については、立法府等の裁量の余地はなく、それを下回る立法や処分は違憲無効とされることとなろう。

いずれにせよ、これまでの憲法学での生存権保障の議論は、「健康で文化的な最低限度の生活」の水準を所得水準に特化し、金銭給付（特に生活保護給付）による所得保障の議論として展開してきた。そこでは生存権保障が所得保障であることが当然の前提とされてきたのである。しかし、高齢や障害により日常生活において何らかの支援や介護を必要とする人（以下「要援助者」という）にとっては、金銭給付による所得保障のみでは、「健康で文化的な最低限度の生活」を維持することができず、医療や福祉サービスの提供といった現物給付が必要となる場合が多い。要援助者には、所得保障のみならず、例えば適切な介護保障も「健康で文化的な最低限度の生活」の範疇に含まれるともいえ、こうした見解は学説でも有力となってきた⁽⁵⁴⁾。

ただし、要援助者の介護ニーズなどは多様で個別性が強く、その「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容や水準を確定することは容易ではない（かりに確定できたとしても、それは個別的な水準にとどまり、普遍化できる性格のものではない）。その意味で、憲法学の生存権保障の議論が、立法（行政）裁量の統制のために、数値として客観的に確定しやすい所得水準を前提として、所得保障に特化する形で展開してきたのも、やむをえない面があったと考えられる⁽⁵⁵⁾。所得保障にとどまらない介護保障等の問題は、いわば憲法学における生存権論の課題として残されていたといえる。そして、この問題についての議論が十分な展開をみないまま、憲法学では生存権論そのものへの関心が薄れてきていることは前述したとおりである。

また、措置制度のもとでは、社会福祉各法により、要援助者に対して福祉サービスの給付という形で介護保障が行われてきたが、福祉サービスについての権利性を否定する行政解釈とサービス資源の絶対的な不足という状況にあって、憲法学のみならず社会保障法学においても、福祉給付の受給権という社会保障給付の受給権の内実を明らかにし、行政裁量を統制する法理論の

形成は十分になされなかった（2（6）参照）。

（2）介護保険の給付の仕組み

以上のような状況のもと、要介護状態となった者に対して「必要な保健医療サービス及び福祉サービスに係る給付」（介護保険法1条。以下「介保」と略）を行う介護保険法が成立し（1997年12月）、2000年4月から施行されている。介護保険法の施行は、従来の高齢者福祉制度（措置制度）を、サービス供給体制、給付や財政構造、公的責任のあり方にわたりドラスティックに転換するものであった。以下、要援助者の介護保障と生存権保障という視点から、介護保険給付の受給権の特徴と問題点を明らかにする。

まず介護保険の給付の仕組みについてみると、介護保険の被保険者が保険給付を受けるには、①被保険者として介護保険料を納付し、②市町村の行う要支援・要介護認定（以下「要介護認定」と総称）を受け（介保19条）、給付資格を認められ、③居宅もしくは施設サービス計画（以下、両者を総称して「介護サービス計画」といい、使い分ける場合には、それぞれ「居宅サービス計画」、「施設サービス計画」という）を作成して市町村に提出し、④指定居宅サービス事業者や介護保険施設（指定介護老人福祉施設、介護老人保健施設と指定介護療養型医療施設）とサービスの利用契約（以下「介護保険契約」という）を結び、それに基づいてサービスを利用する必要がある。

このうち、①の被保険者は、市町村の区域内に住所を有する65歳以上の者（第1号被保険者）と、市町村の区域内に住所を有する40歳から64歳までの医療保険加入者（第2号被保険者）からなる（介保9条）。65歳以上の生活保護受給者（以下「被保護者」という）も、住所を有する市町村の第1号被保険者となるが、この場合は、生活扶助に保険料分が加算して支給されるので、実質的な負担はない。第2号被保険者の場合は、医療保険加入が被保険者の要件となっているので、医療保険非加入のほとんどの被保護者は、介護保険の被保険者となっていない⁽⁵⁶⁾。

②の要介護認定は、保険者である市町村が、認定を申請した被保険者において、要支援・要介護状態（介保7条1項・2項。保険事故）が発生しているか否か、発生している場合には、その程度（介護保険法上は要介護状態区

分。以下「要介護度」という)を判定するもので「申請に対する処分」(介保27条14項)、つまり市町村(行政庁)の行う行政処分とされている。なお、第1号被保険者の場合には、要支援・要介護状態になった原因は問われないが、第2号被保険者の場合は、特定疾病により要支援・要介護状態になったことが、保険給付の要件とされ、要介護認定で、要支援・要介護状態にあると判定された被保険者は、それぞれ「要支援者」と「要介護者」(以下、両者を総称して「要介護者」という)と呼ばれる(介保7条3項・4項)。

③の居宅サービス計画については、居宅介護支援事業者(所属の介護支援専門員)が計画の作成を行った場合、作成費用は、居宅介護(支援)サービス計画費として、保険給付の対象となり、10割給付で利用者負担はない(介保46条1項・2項、58条1項・2項)。また施設サービス計画は、介護保険施設に所属する介護支援専門員が作成するが、作成費用は、施設サービス費の給付に包摂され、独立の保険給付とされていない。

以上の手続きを経たうえで、要介護者が、指定居宅サービス事業者や介護保険施設(以下、両者を総称し「介護事業者」という)と介護保険契約を結び、③の計画に基づき当該サービスを利用することで、介護給付(「要介護」判定の場合)や予防給付(「要支援」判定の場合)を受給することができる(④の要件。介保18条)。この場合、当該サービスの費用(厚生労働大臣が定める基準により算定する支給額。以下「介護報酬」という)の9割が給付されるが(居宅介護サービス費の支給につき介保41条1項参照)、市町村は、その費用を当該要介護者に代わり、サービスを提供した介護事業者に直接支給する(代理受領といわれ、通常は、この方式がとられている)。

(3) 介護保険給付の特徴

以上のように、介護保険の給付では、要介護者が介護サービス計画に基づいてサービスを利用した場合に、はじめて保険給付がなされ、給付の内容も、支給限度額(上限)付きの定額の現金給付(サービス費用の9割給付)となっている点に特徴がある。

介護保険法には現物給付を原則とする旨の規定がないうえに、各保険給付の内容が「居宅介護サービス費を支給する」(介保41条1項)というように、

費用支給の形態をとっている。つまり、介護保険の給付は、医療保険の「療養の給付」(健康保険法63条1項, 国民健康保険法36条1項。以下, それぞれ「健保」, 「国保」と略)と異なり, サービス費用の償還給付, つまり現金給付なのである。

ただし, 実際は, 前述のように, 要介護者が介護事業者からサービス提供を受けた場合に, 代理受領の方式をとるため, 要介護者にとっては, 医療保険のような現物給付と同じに見える。これを「実質的な現物給付」⁽⁵⁷⁾と呼ぶ論者もいるが, この場合も, 介護保険法上は, 保険者が, サービス費用(9割)を要介護者に支給し, 本人が自己負担分(1割)と併せて, 介護事業者に費用を支払うという形態が基本とされ, 代理受領方式は, あくまでも便宜的な方法とされている点に注意すべきだろう⁽⁵⁸⁾。

また, 医療保険の場合は, 被保険者が保険医療機関に被保険者証を提示し, 医療機関の医師が, 治療の必要性等を判断する方式をとり(要介護認定のような行政処分は介在していない), 医師が行った治療等は, 療養の給付として現物給付され, 保険給付部分と自由診療部分を組み合わせる「混合診療」は原則として禁止されている⁽⁵⁹⁾。しかし, 介護保険の場合は, 保険給付の支給限度額を超えた部分のサービス利用の費用は全額自己負担となり, 介護保険の給付対象となるサービス(以下「介護保険サービス」という)と自費によるサービスとの併用, いわゆる混合介護が認められている。しかも, 介護保険の給付は, 後述するように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が想定されている(サービスの商品化, もしくはサービス供給の市場化)。

(4) 介護保険給付の受給権の発生時期

こうした介護保険給付の受給権については, 要介護者の介護保障を目的とするものであることから, 他の社会保障給付の受給権と同様に, 譲渡や担保, 差押えが禁止され(介保25条), 保険給付として支給を受けた金品に対して租税その他の公課が禁止されているが(介保26条), 問題となるのは, 介護保険給付の受給権の発生時期である。

一般に、社会保障（給付の）受給権を得るためには、行政庁による一定の行為や決定（処分）を必要とするものが多い。例えば、生活保護の受給であれば、保護開始決定（生活保護法24条、25条。以下「生保」と略）が、老齢基礎年金等の受給であれば、社会保険庁長官の裁定が必要となる（国民年金法16条）⁽⁶⁰⁾。これらの決定等の法的性格については、前者の生活保護の開始決定は形成的行為、後者の社会保険庁長官の裁定など、主に社会保険分野での行政決定は確認行為と解する説が有力である⁽⁶¹⁾。社会保険関係の場合は、被保険者が法律要件に該当することで発生した抽象的な給付請求権が、行政決定（処分）によって具体的な請求権（受給権）として確定するという論理構成がとられている（労働者災害補償保険法による保険給付について、最判昭和29・11・26民集8巻11号2075頁参照）。

一方、国家公務員災害補償法に定める補償や労働基準法に定める災害補償については、法律に定める一定の事実の発生によって、行政庁の行為を介在することなく、直ちに具体的な権利が発生すると解されている。この場合も、人事院が行う災害の認定や労働基準監督署長の行う審査が介在することがあるが、これらは抗告訴訟の対象となる行政処分ではなく（最判昭和31・10・30民集10巻10号1324頁など）、補償請求者は、民事訴訟または公法上の当事者訴訟によって、直接に権利を主張できるとされている⁽⁶²⁾。また、医療保険の給付についても、前述のように、被保険者が医療機関に被保険者証を提示することで、医療機関から直接に現物給付として療養の給付を受けることができる⁽⁶³⁾。

これに対して、介護保険の給付については、被保険者が、保険者である市町村が行う要介護認定を受け給付資格を認められ、介護サービス計画にしたがって介護保険サービスを利用した時点で、受給権が発生すると考えられる。これは介護保険の給付内容が、介護保険サービスの費用の償還給付であることに起因する。もっとも、要介護認定は、申請のあった日にさかのぼって効力を生じるので（介保27条11項）、要介護認定がなされた段階で、保険給付に対する抽象的な請求権を取得し、介護事業者との契約により介護保険サービスを利用することによって受給権が生じるとの説明もなされている⁽⁶⁴⁾。

いずれにせよ、介護保険では要介護認定により給付資格を認められても、

サービスを実際に利用しなければ、給付は受給できず、受給権は発生しない(要介護認定により取得した抽象的な給付請求権を放棄したと解することもできる)。実際、2004年6月末現在で、要介護者約394万人のうち、給付を受給した者は約307万人で、給付資格ありとされた要介護者の2割以上が保険給付を受給していない(厚労省「介護保険事業状況報告」による)。これは、保険医療機関に受診にきた被保険者のほぼすべてが療養の給付を受給している医療保険と比べても、かなり特異な給付状況といえる。

5 介護保険給付受給権の特徴と問題点

(1) 利用者負担による給付受給の制約

以上のような介護保険給付の受給権をめぐるのは、第1に、定率の利用者負担の存在により、特に低所得者の給付受給(権)が制約されているという問題がある。

前述したように、介護保険の給付内容は、サービス費用の償還給付であり、要介護者がサービスを利用した場合に、その費用(の9割)を給付するという構成をとっている。その意味で、給付資格のある要介護者であっても、1割の利用者負担が困難で、サービスが利用できないような場合は、給付は受給できない(給付受給権は生じない)。

実際、支給限度額に対する居宅サービスの利用割合は、厚労省の調査でも、4割強にとどまっており、たとえば、最重度の「要介護5」の要介護者で、月額約36万円の支給限度額に対し約15万円程度(「要介護1」の支給限度額相当)のサービスを利用しているにすぎない。介護扶助により利用者負担なくサービスが利用できる生活保護受給者の場合は、この利用割合が8~9割にのぼっていることを考えれば、利用者負担の存在が、特に低所得者にサービス利用を抑制させ、給付の受給を制約していることは明らかである⁽⁶⁵⁾。

従来 of 措置制度のもとでは、サービスの利用者負担は応能負担で、例えば、ホームヘルプサービスについては、利用者の8割以上が住民税非課税世帯で無料であった(高所得者は1時間で最高1000円近い負担があった)。それが介護保険法施行とともに、これらの人には新たな負担が生じ(身体介護のホー

ムヘルプサービスでいえば1時間約400円)、従来は利用できていたサービス利用を抑制せざるをえなくなり、逆に、高所得者は負担減となり、サービスの選択の幅が広がり、利用が促進された。介護保険法のもとでは、低所得者が介護保険サービスの利用から選択的に排除され、経済的余裕のある人ほど多くの介護サービスを利用できるというサービス利用の階層化が進んでいるとあってよい。

一方、利用者負担の減免は、介護保険法令では災害などの突発的事情による所得減少・喪失に限定されており、恒常的な低所得を理由とした減免は認められていない(介保50条, 60条等)⁽⁶⁶⁾。独自に利用者負担の軽減を行っている市町村もあるが、恒常的な低所得者については、後述のように生活保護法に介護扶助が新設され、基本的に生活保護制度による対応となっている。また、医療保険の高額療養費に類似した高額介護サービス費の仕組みが設けられ、自己負担額に上限が設定されている(介保51条, 61条等)。

しかし、前者については、利用者負担が困難な低所得者に生活保護受給を強制することにつながり、その自己決定権の侵害になるのではないかという問題があり、後者についても、医療保険の高額療養費と異なり、介護保険では要介護度に応じて上限額が設定されているため、在宅の自己負担額の最高が月額3万6000円で、一般の高額介護サービス費の基準額(月額3万7000円)に届かず、施設入所以外は意味をなさないこと、しかも高額介護サービス費の支給は償還払いであり、そもそも立て替えるだけの資力をもたない低所得者のサービスの利用抑制を防ぐことができないことなどの問題がある。

いずれにせよ、利用者負担が困難で、介護保険サービスが利用できず給付が受けられない要介護者の受給権保障の手段としては、現行法上、生活保護法の介護扶助による形しか残されていない。しかし、私見では、介護保険給付を含め社会保険の給付は10割給付を原則にすべきと考える。保険料を拠出している被保険者本人が、保険事故が発生した場合に、利用者負担のために、保険給付の受給を制約される事態を許容する規範的根拠は、少なくとも現行憲法上、見いだしえないからである。実際、健康保険の被保険者本人については、従来は10割給付で一部負担はなかった。それが1984年から1割負担が導入され、2003年からは3割負担となっている。介護保険法の場合は、当初

から9割給付を原則としているが、後述のように、利用者負担を廃止するなどの介護保険法の改正が必要と思われる。

（2）サービス不足による給付受給の制約

第2に、施設等のサービス不足により、給付受給が制約されているという問題がある。

後述のように、現行の介護保険法では、現金給付（介護手当）が事実上認められていないため、サービスが不足して利用できない場合にも、要介護者は給付を受給することができない。介護保険法施行後、在宅サービスについては、指定基準や運営主体の規制緩和により、事業者（特に営利法人）が多数参入し、利用も増大したが、施設については、依然として不足状態が続き、特に特別養護老人ホーム（介護老人福祉施設）の入所待機者は全国で30万人を超えていると推計されている。

サービス不足の状態は、措置制度のもとで顕著であったが、保険料を拠出している社会保険方式のもとでは、サービスの不足で、給付が受けられないという事態は、保険者の給付義務違反の問題を生じさせる。措置制度のもとでも、保育サービスの未整備を理由に、市長に対して国家賠償を求める訴訟が提起された例⁽⁶⁷⁾があるが、介護保険法のもとで、サービス不足で保険給付を受けられないことを理由に、要介護者が保険者（市町村）に対して、損害賠償等の責任を問うことができるかが問題となる。

しかし、前述のように、介護保険の給付は、あくまでもサービス費用の償還給付であり、保険者である市町村が、要介護者に対して負っている給付義務は、サービス給付の義務ではなく、要介護者がサービスを利用した後の事後的なサービス費用の給付（償還）義務にすぎない。したがって、市町村は保険者であっても、サービス整備の法的責任を有するわけではない。十分な民間サービス等の整備が進まない場合には、最終的には、憲法25条1項を根拠に、自治体に直接サービス供給義務が課されるとする見解もあるが⁽⁶⁸⁾、生存に関わる急迫性がある場合には、後述のように、市町村の側に、措置という形でサービスを供給（現物給付）する義務が生じると解されるものの、それ以外の場合の一般的なサービス供給義務が市町村に課されているとはい

いがたい。

つまり、現行の介護保険制度では、国や自治体がサービス不足の状態を放置していても、法的救済を求める手段はないに等しい。すでに介護保険法施行前から、厚生省（当時）も「サービスそのものの基盤整備が遅れて給付が受けられないということは、公権力の行使に当たる行為には当たらないので、行政訴訟の対象とはならない」⁽⁶⁹⁾と明言しており、例えば、不作為の違法確認訴訟（行政事件訴訟法3条5項。以下「行訴」と略）により市町村のサービス整備の懈怠を問うことも、さらには、2004年の行政事件訴訟法改正で法定化された義務付け訴訟（行訴37条の2）により市町村に対して必要なサービスの整備を義務づけることも、少なくとも現行法では、訴訟要件が厳しく困難と思われる。

結局、国や自治体の責任は、政治的責任として、選挙等の政治的手段で追求するしかない。ただし、市町村の介護保険事業計画で定められた必要サービス量（それは当該地域の第1号被保険者の介護保険料設定の根拠になっている）さえも確保されずに、サービス不足により保険給付を受給できなかった結果、状態が悪化したなど何らかの損害が生じたとして、要介護者が、市町村に損害賠償責任を問う形で、間接的にサービス整備の懈怠責任を問える余地はある。しかし、この場合も、実際には、計画の未達成と個別の損害との因果関係の立証が困難なことなどから、認められる可能性はほとんどないと考えられる⁽⁷⁰⁾。

また、市町村が提供するサービス量が支給限度額を下回り、サービスが不足して給付が受けられない場合には、代替的な金銭給付として、要介護認定で認められた支給限度額との差額を支給する「介護費方式」を提唱する見解もある⁽⁷¹⁾。ただ、要介護者が、支給限度額一杯のサービス（正確にはサービス費用）について受給権を有するかについては消極的に解さざるをえず⁽⁷²⁾、しかも給付費の増大が現実視されることから、同方式の導入は、解釈論的にも、現実の政策としても難しいだろう。

(3) 限定的な給付水準と給付内容

第3に、介護保険の給付水準と給付内容が限定されているため、給付が受

給できても、特に重度の要介護者について必要な介護保障がなされないという問題がある。

介護保険では、要介護度ごとに保険給付に支給限度額が設定され、それを超えた部分のサービス利用は全額自己負担(10割負担)となるため、多くのサービスを必要とする重度の要介護者ほど保険が効かないサービスが大量に発生し、多額の自己負担が必要となる。さらに認知症高齢者や家族の介護力が低下している「老老介護」世帯などは、在宅介護の困難さが、要介護認定に反映されにくく、要介護度(支給限度額)が介護ニーズに比して低くなりがちで、十分なサービスが利用できなくなる事例が多くなっている。

在宅サービスの支給限度額の水準は、最重度の「要介護5」で月額約36万円だが、これは身体介護の訪問介護(ホームヘルプ)サービス(1時間未満で約4000円の介護報酬単価。1単位=10円で計算。以下同じ)を毎日3時間強ほど利用すれば上限に達する水準にすぎず(4000円×3時間×30日=36万円)、24時間介護が必要な重度の要介護者が、家族介護者等に依存せずに在宅で暮らしていける水準には程遠い。少なくとも、この給付水準は、家族等の介護者の存在を前提にしており、保険給付の内容・水準が、要介護者が「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ように配慮されなければならない」とする介護保険法2条4項の規定に抵触する。

しかも、この給付水準でも、利用者負担の存在等により支給限度額一杯にサービスを利用している要介護者はほとんどいない(全体の2%弱)。このことは、介護保険法のもとでも、在宅の家族等の介護者の負担が十分に軽減されていないことを意味している⁽⁷³⁾。そして、それが現在、施設志向が強まっている原因のひとつと考えられる。施設であれば、家族介護者の負担も、支給限度額を超えるという形での自己負担もなく、24時間体制で必要な介護が保障されるからである。

さらに措置制度のもとでのサービス給付が、量的に不足し、要援助者の最低限の介護保障すら難しかったという問題はあったが、その給付内容は、まがりなりにも要援助者の生活を包括的に支援するものであったのに対して、介護保険の給付内容は、例えばホームヘルプサービスでは、限定的な家事援

助と身体介護に矮小化されている。当然、認知症高齢者や知的障害者など、きめこまかな相談支援や「見守り」が必要な要介護者（もっとも、これらの人は要介護認定で「自立」と判定され、要介護者にすらなれない場合も多いと考えられる）にとって、介護保険の限定的な給付では、十分な生活保障は困難となる。

介護保険の給付が、限定的な介護保障にとどまり、要介護者の生活全般を保障するものでないことは、介護保険施設の入所者の日常生活費や食費など、介護費以外の部分が自己負担となっていること（介保48条2項参照）や要介護認定の基準が、被保険者の生活状況を考慮せず、その心身状況に特化したものとなっていることから明らかである。もっとも、後者については、要介護認定の客観性の確保という観点から積極的に評価する見解が多い⁽⁷⁴⁾。確かに、家族の存在を理由に、介護保険サービスの利用を制限することには問題があるが、介護保険の給付水準が、家族等の介護者の存在を前提にしているのに、要介護認定において家族の介護力を考慮しないのは矛盾する。結果的に、独居の要介護者や家族の介護力が脆弱な「老老介護」世帯の要介護者などは、介護保険の給付水準では在宅介護は不可能となり、その生存権保障は、最終的には施設入所という形でしか実現されえないからである。在宅生活を希望していても、こうした理由で施設入所せざるをえないという現実には、要介護者にとっては、いわば強制された自己決定といえ、その選択権や自己決定権は空洞化している。いや、特別養護老人ホームの入所待機者が増大し、2005年10月からは、施設入所者からの居住費や光熱費の徴収、食費負担の増大（1日780円から1500円へ）といった負担増がなされようとしている現状では、低所得者にとっては施設入所すらも難しくなっている。

(4) ドイツ介護保険の補完システム

第4に、要介護者の介護保障、さらには生存権保障のために介護保険の給付を補完する仕組みが不十分という問題がある。

ドイツでは、介護保険制度の導入に際して、日本の生活保護に該当する社会扶助、具体的には、社会扶助の中の介護扶助（Hilfe zur Pflege）による補完が自明のものとされていた。ドイツの場合、もともと日本の措置制度に

相当する仕組みがなく、在宅サービスの利用や老人ホームなどの施設入所は、利用者と事業者・施設との直接契約で、費用は利用者の自己負担となっていた。そうした自己負担が困難な多くの要介護高齢者が社会扶助に集中し⁽⁷⁵⁾、社会扶助財政が逼迫してきたため、社会扶助でカバーしていた部分を保険給付で置き換える形で介護保険制度が創設された経緯がある。

そのため、ドイツの介護保険でも介護保険給付に上限が設定されているが、それを超えるサービスが必要であれば、その費用は介護扶助がカバーし、「要介護ゼロ」とされ介護保険からの給付がなくても、社会扶助を受給していれば、施設入所が可能となる（施設費用は介護扶助で全額賄われる）。ただし、介護保険の給付水準は低く、しかも、重度の人しか給付対象とならないため、社会扶助を受けている高齢者は依然として多い⁽⁷⁶⁾。

また、ドイツの介護保険の給付は10割給付が原則で、利用者負担がなく、現金給付の選択もあるので、日本の介護保険のように、サービス不足や経済的負担増で、要介護者であっても保険給付が受けられないという事態は基本的には生じえない。認定基準は厳しいが、認定さえされれば、何らかの給付が受けられるのである（給付資格者と給付受給者とがほぼ一致する）。ドイツでは、介護保険だけでは要介護者の介護ニーズを部分的にしか充足しえないことを前提に、社会扶助（介護扶助）による補完システムを完備しているといえ、社会扶助給付の受給に対する抵抗感も日本に比べ極めて低く、しかも介護扶助の場合は、社会扶助の中でも特別扶助（Hilfe im besonderen Lebenslagen）の一種として位置づけられ、一般扶助である生活扶助（Hilfe zum Lebensunterhalt）よりもはるかに受給要件が緩和されていると指摘されている⁽⁷⁷⁾。

近年、日本でも、社会障給付の体系的整理という観点から、応能負担という形で、所得保障とサービス保障が一体となっていた従来の措置制度の福祉給付をサービス給付に純化し、所得保障については生活保護や公的年金等の所得保障制度で対応すべきという考え方が台頭しつつあり、介護保険法においても、介護ニーズには介護保険の給付が対応し、それ以外の基本的な生活ニーズに関しては公的年金等の所得保障制度に委ねるという考え方が採用されているとの見解がある⁽⁷⁸⁾。しかし、要介護者の生活保障は、個々の細切

れる的な介護サービスの提供だけでなく、相談援助や家事援助などの支援を総合的に組み合わせてはじめて可能になること、さらに年金などの所得保障の給付水準が不十分な現状では、前述のような重度や低所得の要介護者の生存権を保障するためには、介護保険の給付を補完するサービス給付や所得保障の仕組みが不可欠となる。

もっとも、介護保険法上、市町村は条例により、国基準の支給限度額を上回る基準を設定できるが（介保43条3項）、第1号被保険者の保険料を引き上げる形になるので、実施している市町村は少ない（そもそも、前述のように支給限度額一杯に利用している事例が稀である）。また、介護保険の給付対象とならないサービスについては、やはり市町村が条例により、市町村特別給付（介保62条）の形で給付することができるものの（移送サービスや配食サービスなど）、この場合も財源が第1号被保険者の保険料に限定されるため、実施市町村はわずかである。いずれにせよ、介護保険法による「上乘せ」や「横だし」サービスによる補完には限界があり、他法・他制度による補完が必要となろう。以下、その補完の仕組みとして生活保護法と老人福祉法の措置について考察する。

（5）生活保護法による介護保険給付の補完

まず介護保険法施行に伴う生活保護法の改正で、介護扶助が新たに設けられている（生活保護法11条1項5号。以下「生保」と略）。この介護扶助は、医療扶助と同じく介護券を発行する現物給付方式で行われ、居宅介護および施設介護は、指定介護機関（介護扶助のために居宅介護、居宅介護支援計画の作成または施設介護を担当する機関として厚生労働大臣の指定を受けた機関。生保54条の2）に委託して行くと規定されている（生保34条の2）。これにより、医療保険未加入で介護保険の第2号被保険者とされない40歳から64歳までの被保護者に対しても、介護保険と同一のサービスが介護扶助として給付され、65歳以上の要介護者たる被保護者の場合には利用者負担分が介護扶助の対象となる。

しかし、ドイツの介護保険と異なり、介護扶助がカバーするのは、原則として介護保険の給付の範囲で、在宅サービスの場合、支給限度額を超えた部

分のサービスはカバーしない。ただし、最低生活を維持するために必要な介護ニーズが支給限度額を超える被保護者の場合は、厚生労働大臣が設定する介護扶助の特別基準により、支給限度額を超えたサービス提供を介護扶助として行う余地がある⁽⁷⁹⁾。さらに、生活扶助に加算される障害者加算の一種である他人介護費で、支給限度額を超えたサービスをカバーすることも考えられる。他人介護費は、一定程度以上の障害のある被保護者が世帯員以外に介護人を付ける費用が必要な場合に、一定の基準額の範囲内で支給されるものだが、この一般基準では必要な介護ニーズが満たされない特別の事情がある場合には、厚生労働大臣がそれを上回る額を特別基準として個別に設定することもできる。

とはいえ、介護扶助の受給には生活保護の受給が前提であり、介護扶助の対象となるサービスも介護保険と同種類のサービスに限られている⁽⁸⁰⁾。また、他人介護費も実務上、厚生労働大臣があらかじめ特別基準の上限額を設定し、その範囲内で、都道府県知事等が認定する扱いになっており、低額であるうえ(2001年度の特別基準額で月10万8300円以内。厚生労働大臣がそれを超える特別基準を設定する場合でも、わずかの額の上乗せしか認められていない)、給付手続きも煩雑で使いにくい。

この他人介護費特別基準が、重度障害者である原告に必要な介護を保障するのに十分でないことと争ったのが、高訴訟である。同訴訟の控訴審判決(名古屋高裁金沢支部判決平成12・9・11賃金と社会保障1285号64頁)は、他人介護費特別基準の設定についての厚生大臣(当時)の裁量を認めたとうえで、施設保護が可能であることなどから、特別基準の水準や上限額の設定を違法とまではいえないと判示している⁽⁸¹⁾。ここで問題となるのは、被保護者が居宅保護を希望する場合でも施設保護が可能であることを論拠に、他人介護費の低水準を正当化できるかだが、同判決は、在宅保護によるか、施設保護によるかの被保護者本人の意思は最大限尊重されなければならないとしながらも、財源上の制約や広範な行政裁量の存在を理由に、これを容認している。

確かに、在宅の重度の要援助者に個々に必要とされる介護を24時間体制で保障するためには、高額の介護費用を必要とするが(高訴訟の原告高氏の場合でも、低く見積もっても月額70万円とされていた)、介護保険は、給付に

上限を設定し、保険給付によるこうした24時間の介護保障を完全に否定している。つまり、それは必要な介護の一部しか保障しない仕組みといえる⁽⁸²⁾。とはいえ、前述のように、介護保険法2条4項は、要介護者が、その居宅で自立した日常生活が営めるように保険給付の内容や水準に配慮すると規定しており、施設入所の可能性があるということだけで、介護保険の給付水準の低位さを正当化することはできまい。特に特別養護老人ホームなどへの入所待機者の増加という現状で、現実には施設入所の可能性がなく、介護保険の給付水準では、在宅の要介護者の「健康で文化的な最低限度の生活」を保障することができないような場合には、行政の側で何らかの代替措置を講じないかぎり、違法の問題が生じる余地がある。

学説では、生活保護が最低限度の介護サービスを保障し、介護保障の最後の拠り所となるべきとする見解⁽⁸³⁾と最低生活保障としての介護保障は社会福祉各法に委ね、生活保護は所得保障に純化すべきとする見解⁽⁸⁴⁾があるが、生活保護を介護保障の最後の拠り所とするためには、介護扶助の範囲の拡大、介護扶助特別基準や他人介護費加算の拡充、手続きの簡略化などクリアすべき課題が多い⁽⁸⁵⁾。何よりも、生活保護そのものの受給要件が厳しく、その申請や受給にステイグマが伴い、実際に必要な人が受給しきれていない現状があり、その支給要件の緩和や運用の改善などの課題がある。

(6) 老人福祉法の措置による補完

つぎに介護保険法施行に伴う法令改正により、老人福祉法の措置は残されたが、その範囲は、65歳以上の高齢者が、やむを得ない事由により介護保険サービスを利用することが著しく困難な場合とされている（老人福祉法10条の4、11条。以下「老福」と略）。

そして、厚労省は、この「やむを得ない事由」を①本人が家族等の虐待・無視をうけている場合、②認知症等の理由で意思能力が乏しく、かつ本人を代理する家族等がない場合、と限定的に解し、これらの場合でも、特別養護老人ホーム入所等で家族等の虐待・無視の状況から離脱し、または成年後見人制度等に基づき、本人を代理する補助人等を活用することができる状態となり、利用の契約等が可能となった時点で措置が解消され、通常の契約に

よる介護保険サービスの利用に移行するとしている⁽⁸⁶⁾。

しかし、老人福祉法の規定を字義どおりに解釈すれば、「やむを得ない事由」を厚労省解釈のように限定する必然性はなく、「身体上又は精神上の障害があるために日常生活を営むのに支障がある」高齢者が、利用者負担ができずにサービスを利用することが困難な場合も「やむを得ない事由」で、介護保険のサービスを利用することが著しく困難な場合に当たり、措置による対応が可能ではないかと思われる⁽⁸⁷⁾。特に特別養護老人ホームへの入所の場合には、市町村が「措置を採らなければならない」と規定されており(老福11条1項)、当該要件に該当する場合には措置義務が市町村に生じると解される。

また、介護保険の支給限度額を超える介護サービスについても措置による実施の余地がある。すでにホームヘルプサービスに関しては、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、社会生活の継続性を確保する観点から、介護保険では対応できない部分は引き続き障害者施策から必要なサービスを提供することができるとされており(「介護保険制度と障害者施策との適用関係等について」平成12年3月24日通知)、実際に支給限度額を超えたサービス提供が行われている。なお、やむを得ない事由による措置の場合、市町村は介護事業者に措置費を支払い、措置対象者(または扶養義務者)から、その負担能力に応じて費用徴収することされており、利用者負担に関しては応能負担原則が貫かれている(老福28条)⁽⁸⁸⁾。

いずれにせよ、介護保険法施行による法令改正で、老人福祉法の「福祉の措置」は職権主義に一本化されたことから、最終的には、十分な介護保障がなされず「健康で文化的な最低限度の生活」が侵害される急迫性がある場合には、市町村の側に、老人福祉法に基づく在宅サービスの提供や施設入所などの措置義務が生じると考えられる⁽⁸⁹⁾。しかし、現実には、厚労省の限定的な解釈のゆえか、介護保険法施行後、老人福祉法による措置がなされた例はわずかで、2000年度から措置の予算的裏付けをしていない市町村も多く、老人福祉法の措置による介護保険給付の補完は、実際には、きわめて不十分なものとなっている。

6 むすびに代えて一残された課題

(1) 介護保険給付の受給権と生存権

以上の考察を踏まえて、最後に、要援助者の生存権保障という観点から、改めて介護保険給付受給権の特徴と問題点を整理し、介護保険法令の改正案という形で立法的課題を、司法審査の可能性という形で理論的課題を提示しておきたい。

介護保険給付の受給権の内実は、保険料負担（拠出）を前提とした給付の受給権であり（介護保険料の滞納者に対しては給付制限がなされる。介保66条～69条参照）、要介護認定を受け給付資格を認められた要介護者が、介護サービス計画と介護保険契約にもとづいて利用した介護保険サービスの費用償還給付の受給権であり、しかも支給限度額の範囲内の限定されたサービス費用の受給権ということができる。

そのため、介護ニーズがありながら、介護保険の給付受給権を取得できない要援助者が少なからず存在することとなる。前述のように、介護保険給付の受給権は、サービス費用の償還給付の受給権であるため、①要介護認定の申請と給付資格の認定、②介護サービス計画の作成、③介護事業者との介護保険契約の締結、④、②及び③にもとづいた介護保険サービスの利用というプロセスを経て、ようやく現実化する。

しかし、要援助者の多くは、ねたきりであったり、判断能力が低下しているなどのため、①の要介護認定の申請にしても、②の介護サービス計画の作成や③の介護保険契約の締結にしても、何らかの支援が必要となる。このことを想定して、①では居宅介護支援事業者等による申請の代行（介保27条1項）、②では居宅介護支援事業者（介護支援専門員）による介護サービス計画作成費の保険給付化（介保46条1項・2項等。この場合は、利用者負担はなく10割給付）、③では運営基準による介護事業者の情報提供・説明義務の明確化などの支援の仕組みが設けられているが、これらの支援の仕組みも、また成年後見制度などの権利擁護の仕組みも十分とはいえない⁽⁹⁰⁾。さらに要介護認定で給付資格が認められない場合（要介護者となれない場合）や要介護者であっても、例えば利用者負担が困難で介護保険サービスが利用で

きない場合も、給付受給権は発生しない。

また、かりにこれらの要件をクリアーして、介護保険給付の受給権が現実化したとしても、現行の介護保険の限定された給付水準と給付内容では、特に重度の要介護者については必要な介護保障がなされない。しかも生活保護の介護扶助や老人福祉法の措置などの補完システムも不十分で(5(5)(6)参照)、独居や重度の要介護者の生存権保障は、施設入所という形でしか実現されえない。そして、その施設すらも、特別養護老人ホームの場合は慢性的な不足状態にある(サービス不足により給付が受給できない)。

いずれにせよ、介護保険給付の受給権の性格は、商品化された介護保険サービスを購入する権利、つまり保険料負担や利用者負担の対価として(もしくはそれらを前提として)取得できる商品的権利に近い。それゆえ、保険料負担や利用者負担が困難な低所得者は、生活保護という、日本ではきわめてスティグマの強い制度の活用と引き換えでなければ、介護保険給付の受給権を取得することができない。それは、介護ニーズがあっても、金銭的負担や生活保護に依存しないという自尊心の放棄なしには、取得できない受給権であり、憲法25条により、さらには国際人権規約等により、社会保障の権利として国際的にも承認されているはずの社会保障受給権とは大きな隔たりがある。

(2) 立法的課題

こうした特徴と問題を内在している介護保険給付の受給権を、要援助者の介護保障、さらには生存権保障のための、本来的な意味での社会保障受給権に近づけるには、他の社会保障給付による補完とともに、次のような介護保険法令の改正が必要と考える。

第1に、給付受給の制約が低所得者に集中的に生じている事態をなくすため、1割の利用者負担を廃止する法改正が必要である。ドイツの介護保険では利用者負担はなく、10割給付が原則である。具体的には、サービス費を定めている各規定から「百分の九十に相当する額」(介保41条4項1号・2号等)の文言を削除する改正となる。

第2に、サービス不足による給付受給の制約をなくすため、国や自治体のサービス整備責任を介護保険法に明記し、特別養護老人ホームなどの介護保

険施設を早急に整備すべきである。介護保険施設に関する国の参酌基準では、65歳以上の高齢者人口の3.2%の定員分の整備が事実上の上限とされているが、私見では、先進諸国の経験から、少なくとも高齢者人口の5%程度の定員の施設を確保する必要があると考える。市町村の介護保険事業計画や参酌基準等を見直し、目標値の引き上げを行う必要がある。

第3に、介護ニーズのある要援助者に対して必要な介護保障を行うため、要介護認定は廃止し、おおまかな介護保険サービス提供の基準を介護保険法に定め、具体的なサービスの内容や水準の決定は、介護支援専門員が、要援助者本人や家族の意見を聞きつつ、介護サービス計画を作成する形で行い、それにもとづくサービス利用については上限なしに給付する方式を導入すべきである。これは現行の支援費制度の給付方式に近い。利用者負担に加え、支給限度額まで廃止すれば、過剰なサービス利用が横行し、給付費が高騰するとの反論があろうが、介護サービス計画を保険者である市町村に提出し、本人の主治医を含めた審査会によるチェックを義務づけ、さらに介護事業者は非営利法人を原則とし、介護報酬を引き上げて介護支援専門員の中立性を確保し、適切なケアマネジメントを行えば、サービス利用は適切な範囲内におさまり、給付費の高騰はないと考えられる。

第4に、老人福祉法の措置を拡充する必要がある。利用者負担や支給限度額の廃止で、生活保護法による補完は不要となろうが、老人福祉法の措置は、判断能力が不十分な要介護者や虐待を受けている要介護者の権利擁護の仕組みとして大きな意味をもつ⁽⁹¹⁾。

第5に、介護保険において現金給付（介護手当）を制度化すべきと考える。現金給付に関しては、一部の女性団体や研究者から「女性を介護にしばりつける」などの情緒的な批判がなされ、結局、制度化が見送られた経緯があるが、その最大の理由は、もし現金給付を認めれば、在宅の要介護者のほぼ全員が給付を申請することは確実で、現金給付の額を抑えたとしても、介護保険の給付費が膨らむと考えられたからである⁹²⁾。しかし、ドイツでは、家族介護者の介護労働の価値を社会的に評価し、介護者の社会保障法上の権利保障という観点から現金給付の議論がなされ、それが制度化されている。具体的には、家族介護者と要介護者との間に就労関係を認め、現物給付と「介

護手当 (Pflegegeld)」の受給が可能となっている (両者をともに受給することも、介護手当のみを受給することも可能。Pflegeversicherungsgesetz 37条)。さらに、介護手当だけを選択した場合にも、保険者である介護金庫は、介護等級に応じて定期的にソーシャルステーションの職員を介護手当を受けている要介護者宅に派遣する形がとられている⁽⁹³⁾。ドイツのような介護手当の仕組みを導入すれば、「女性を介護に縛りつける」というような事態は本来的に起こりえないし、家族介護者の介護労働の価値を社会的に評価することもできる。介護保険法施行後も家族介護に多くを依存する構造に基本的な変化はない以上 (他人の手をかりず、家族で介護し続けたいと思う人もいるはずである)、少なくとも、ある程度の施設整備のめどが立つまででも、現金給付の仕組みを導入すべきだろう。

(3) 理論的課題

しかし、2005年に予定されている介護保険法改正では、施設入所者の負担増や軽度の要介護者の給付制限といった給付抑制策が中心にすえられており⁽⁹⁴⁾、前述のような法改正の可能性はほとんどないどころか、課題としてすら認識されていない。そこでは要援助者の介護保障、さらには生存権保障という視点は完全に欠落している。生存権理念は、少なくとも、現在の政府の進めている社会保障改革の基本指針とはなっておらず、むしろ、それを空洞化する方向が鮮明になってきているといってもよい。

そして、選挙等の政治変動による現行の政策転換が当面期待できないのであれば、社会保障の現場で生じている問題や事件についての実態分析と法理論的検討を行い、具体的な「当事者」が出てきたときに司法救済の課題として取り上げる「社会保障訴訟をつくる」作業⁽⁹⁵⁾、そうした社会保障訴訟を通じて当事者の権利救済をはかるとともに、問題状況を明確にし、政策転換を促すための (同時に立法指針、政策の規範的指針を示すための) 生存権論・社会保障の権利論の理論的展開が必要となろう。具体的には、不完全だが本稿で試みたような社会保障受給権の内実を個々の具体的な制度に則して明確化していく作業、憲法学の生存権論の成果をとりいれつつ、社会保障受給権の実現のための司法審査基準を具体化、明確化していく作業が課題として残

されている。

本稿では後者の作業にまで踏む込むことができなかつたが、例えば、健康で文化的な水準の「最低限度の生活」保障については、厳格な司法審査が及び、それを上回る水準の生活保障については、広い立法裁量を認めるという、憲法学で有力な「審査基準の二分論」⁽⁹⁶⁾に基づきながら、介護保険の給付資格をもつ要介護者について、個々の「最低限度の生活」水準を明らかにする（まさに高訴訟の審理過程でなされたような）実態分析を積み重ね、要介護者にとっての「健康で文化的な最低限度の生活」水準を典型的に具体化していくこと、それを通じて、介護保険の給付水準では、要介護者の「健康で文化的な最低限度の生活」を維持できないことが立証されたならば、それを上回る給付を請求できる訴訟類型を模索していくことなどが考えられる⁽⁹⁷⁾。

同時に、社会保障受給権の内実についてのさらなる考察も課題である。近年、社会保障受給権の中でも、抛出にもとづく社会保険給付の受給権とそうでない生活保護等の給付受給権の格差を当然視するような議論が出てきているからである。先の高訴訟の第1審判決（金沢地裁判決平成11・6・11賃金と社会保障1256号38頁）でも、介護保険の給付水準との比較について（原告に支給された他人介護費特別基準額は月12万1000円で、介護保険の在宅給付の最高月額約36万円の3分の1程度でしかなかった）、介護保険法による給付は「保険加入者の保険料支払の上に成り立つ介護保障であり、生活保護とは性質を異にするから、生活保護法において同程度の介護費が支給されなければ違法になるものとはいえない」とし、生活保護法による介護扶助の水準を抛出を前提とする介護保険の給付より低位に置くことを容認している。実務上も、厚労省の強い指導により、被保護者については、かりに支給限度額を超える量のサービスが必要であっても、必ず支給限度額の範囲内のサービス利用に抑えるよう厳格な運用がなされ、被保護者を他の被保険者より劣等処遇する運用が貫かれているとの指摘もある^{*}。

しかし、私見では、社会保障受給権は、ニーズを有する要援助者に保障されるべきもので、要援助者の支払能力や抛出の有無によって左右されるべきものではないと考える。また、それは他の自由権などの権利の放棄（さらには生活保護に依存しないという自尊心の放棄）と引き換えでなければ取得で

きないものでもないはずである。社会保険給付の受給権と福祉給付の受給権の内実の比較検討、両者の規範的根拠として生存権をどう位置づけるかについての考察は、他日を期したい。

注

- (51) 大須賀・前掲注(3) 96頁以下参照。
- (52) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第3版〕』(岩波書店, 2002年) 245頁参照。
- (53) 小山剛「生存権—生活保護基準額の見直し」法学セミナー 593号(2004年) 23頁参照。
- (54) 菊池・前掲注(26) 書183頁以下, 遠藤美奈「『健康で文化的な最低限度の生活』の複眼的理解」齋藤純一編著『福祉国家／社会的連帯の理由』(ミネルヴァ書房, 2004年) 168頁以下などを参照。
- (55) 岩本一郎「生存権と国の社会保障義務」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣, 2004年) 218頁は, 生存権保障=所得保障という前提は, 個人の多様な福祉ニーズに応じて, 生存権の内容を多様化する方向に議論が進むのを阻んだとしている。また, 阿部泰隆「憲法上の福祉施策請求権」西谷剛ほか編『政策実現と行政法』(有斐閣, 1998年) 2頁以下も参照。
- (56) 国民健康保険法6条6号により, 被保護者は国民健康保険の被保険者から除外されているため, ほとんどは第2号被保険者となっていない。65歳を境に, 被保護者の介護保険適用の取扱いが変わる不整合は, 第2号被保険者の介護保険料を医療保険の保険者から納付させる仕組みとしたために生じたもので, 法的な整合性をはかるには, 65歳以上の被保護者は介護保険の被保険者から除外するか, 国民健康保険法を改正し, 被保護者も国民健康保険の被保険者とするかの措置が必要であったと思われる。新田秀樹「介護保険制度と生活保護制度(上)」月刊介護保険 106号(2004年) 65頁も参照。
- (57) 堀勝洋「社会保障の給付」前掲注(26)『講座社会保障法・第1巻』117頁参照。こうした見解に対しては, サービスの利用に係る法律関係において市町村がサービス給付義務を負う当事者ではないという点を看過させるおそれがあるとの批判がある。前田雅子「社会保障の法律関係」芝池義一ほか編『ジュリスト増刊・行政法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 2004年) 235頁参照。
- (58) 同様の指摘として, 前田・前掲注(21)24頁参照。実際, 例えば, 介護保険法41条6項の代理受領の規定も「居宅サービス事業者に支払うことができる」と規定されている。
- (59) 医療保険の「混合診療」の問題については, 二木立『医療改革と病院』(勁草書房, 2004年) 204頁以下が詳しい。
- (60) 成田頼明「行政法の側面からみた社会保障法(下)」ジュリスト 302号(1964年) 22頁は, 社会保険の場合は, 通常, 受給資格や給付額について法律でかなり明確な規定が設けられているが, 給付主体と相手方との間における紛争を防止し,

給付の法的確定性を担保する見地から、裁定や決定といった行政処分を介在させていると説明している。

- (61) 成田・前掲注(60)22～23頁、及び堀勝洋『社会保障法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2004年）227頁以下などを参照。これに対して、宮崎・前掲注(19)351頁以下は 保護決定を設権（形成）行為とみる見解は、それを恩恵的なものであるとする考え方の残滓であると批判し、実際の実務処理からみても、保護決定は確認行為とみる方が、憲法適合的としている。私見も同様の見解である。
- (62) 堀・前掲注(61)226頁参照。なお、宮崎・前掲注(19)357頁以下は、類似の地方公務員災害補償法による支給決定は行政処分とされるなど、立法の不統一を批判している。
- (63) ただし、移送のように、保険者が必要と認める場合に限って、その費用が支給されるものもあり（移送費の支給。健保97条）、この場合の保険者の承認は「保険給付に関する処分」（健保189条1項）とされ、審査請求の対象となる。
- (64) 堀・前掲注(61)229頁参照。
- (65) 山本恵子『行財政からみた高齢者福祉』（法律文化社、2002年）104頁以下は、支給限度額利用割合と保険料段階を比較した自治体調査から、サービスの利用を抑制した階層が介護保険料第2・3段階の低所得者層に集中していることを明らかにしている（第1段階層は主に生活保護受給世帯で、利用者負担が生じないため、サービスの利用抑制は生じていない）。
- (66) ただし、社会福祉法人が提供する在宅・施設サービスには、市町村に申請して生計困難と認められた低所得者について、利用者負担が5%になる助成措置がある。もっともこの措置も、法人としての独自の減免制度であり、しかも公的助成は低額なため（残りは法人の負担となる）、実施している社会福祉法人は全体の7割程度となっている。
- (67) 財政上可能であるにもかかわらず、市長が長年にわたって零歳児保育の定員増をしなかったのは、義務の懈怠として、保護者が市に対し国家賠償を求めた例であるが、裁判所は、市に整備拡充をはかる政治的責任はあるが、法律上違法と評価するほどの著しい懈怠があるとはいえないと判示している（東京地判昭和61・9・30判例時報1218号93頁）。
- (68) 菊池・前掲注(26)書203頁参照。
- (69) 厚生省『介護保険制度案Q&A集（第1部）』（1997年7月）143頁。
- (70) 同様の指摘に、新田秀樹『社会保障改革の視座』（信山社、1998年）256頁参照。
- (71) 阿部和光「介護保障と公的介護保険」河野正輝・菊池高志編『高齢者の法』（有斐閣、1997年）292頁以下参照。
- (72) 倉田聡「支援費支給制度をめぐる法律問題」ジュリスト1204号（2001年）21頁以下は要介護認定によって、介護サービスの費用が法的に確定し、施設が不足する場合でも、介護サービス費用の受給権だけは確保されると説明するが、少なくとも、在宅サービスの場合は、支給限度額一杯のサービス費用の受給権が確保さ

生存権と社会保障受給権に関する一考察(2・完)

れるとはいいがたい。介護保険の給付は費用の償還給付であり、支給限度額に達していなくとも、あくまでも利用した分のサービス費用についてのみ償還給付の受給権が確保されるにすぎないからである(残余部分については、給付請求権を放棄し、受給権が発生していないと解される)。

- (73) 横山純一『高齢者福祉と地方自治体』(同文館, 2004年) 181頁以下は、独自の調査から、介護保険法施行後、低所得者層を中心に家族介護へ逆戻りしているケースがみられると指摘している。
- (74) 西村健一郎『社会保障法』(有斐閣, 2003年) 296頁などを参照。
- (75) 旧西ドイツ地域では、老人介護ホーム入所者の80%, 旧東ドイツ地域に至っては、入所者のほぼ100%が、その費用の一部または全部について、社会扶助を受けていたとされる。松本勝明『社会保障構造改革』(信山社, 1998年) 156頁参照。
- (76) 老人介護ホームに入所している人の4分の1は「要介護ゼロ」とされ、引き続き、社会扶助を受給しているとされる。松本・前掲注(75) 171頁参照。
- (77) 木下秀雄「介護保障における平等原則の意義—介護保険と介護扶助—」週刊社会保障2045号(1999年) 22頁参照。
- (78) 倉田・前掲注(72)22頁以下参照。
- (79) 同様の指摘として、小林厚介「生活保護は介護保険に挑戦する」尾藤廣喜ほか編著『生活保護法の挑戦』(高菅出版, 2000年) 27頁以下参照。
- (80) この点、医療保険の給付の方が対象範囲が広く、原則として支給限度額といった給付の上限がないため、医療扶助が必要な医療サービスをほぼカバーできると対照的である。医療保障については最適保障が求められるという議論もある。堀・前掲注(61)52頁参照。
- (81) 高訴訟第1審判決については、木下秀雄「高訴訟・金沢地裁判決について」賃金と社会保障1256号(1999年) 9頁以下、および岡村世里奈「社会保障法判例」季刊社会保障研究36巻2号(2000年) 279頁以下参照。控訴審判決については、田中明彦「高訴訟高裁判決とこの訴訟が問うもの」賃金と社会保障1286号(2000年) 58頁以下参照。
- (82) 同様の指摘として、田中・前掲注(81)67頁参照。
- (83) 前田・前掲注(21)23頁以下参照。
- (84) 岡村・前掲注(81) 285頁、および堀勝洋「介護の最低保障」月刊介護保険66号(2001年) 24頁以下参照。
- (85) 原田啓一郎「障害者の最低生活保障と介護保障」九大法学78号(1999年) 380頁も、現行生活保護法は最低限度の生活を営むためのサービスを確保する法的な基盤とはなりえないとしている。
- (86) 『介護保険制度の解説・平成15年版』(社会保険研究所, 2003年) 82~83頁。
- (87) 同旨、今村雅夫「社会福祉基礎構造改革の下での福祉事務所・市町村の役割を問う」総合社会福祉研究18号(2001年) 62頁以下参照。
- (88) この場合も、措置対象者が介護保険の被保険者資格があり、要介護認定を受け、

介護保険の給付が受けられる場合には、9割分を介護保険から給付し、給付が行われない部分（利用者負担相当額）が措置費の支弁の対象となる（老福21条、21条の2）。障害者施策により支給限度額を超えるサービスを受ける場合には、介護保険給付の部分が原則1割負担となり、障害者施策による部分が、所得に応じた応能負担となる（平成12年3月24日通知参照）。

- (89) 前田雅子「生存権の実現にかかわる行政裁量の統制」社会問題研究46巻2号（1997年）29頁は、ケースの緊要性によっては、生活保護法の急迫保護に示される憲法25条の要請に従い、老人福祉法に基づき、緊急措置その他の代替的な措置を実施する義務が市町村に生じるとしている。また、相澤直子「基本的人権と介護保障に関する序論的考察」九大法学82号（2001年）22頁以下は、生存（生命の維持）それ自体については、国の裁量を挟まず、絶対的に保障される権利と考える必要があるとする。
- (90) 成年後見制度など要介護者の権利擁護をめぐる問題については、伊藤周平『改革提言・介護保険—高齢者・障害者の権利保障に向けて』（青木書店、2004年）第6章参照。
- (91) この点について詳しくは、伊藤・前掲注(90) 220頁以下参照。
- (92) 介護保険に現金給付が制度化されなかった経緯については、伊藤周平「介護保険制度のジェンダー問題」女性労働研究36号（1999年）29頁以下参照。
- (93) 以上のドイツの介護手当の仕組みについては、松本・前掲注(75) 217頁以下参照。
- (94) 2005年の介護保険見直しの内容については、伊藤・前掲注(90)22頁以下参照。
- (95) 木下秀雄「社会保障訴訟をつくる」賃金と社会保障 1289—90号（2001年）87頁参照。
- (96) 前田雅子「生存権実現の理論」公法研究59号（1997年）338頁。
- (97) 生活保護基準については、生活保護法の必要即応の原則（生保9条）を根拠にして、弾力的な運用をはかり、給付額の審査において、要保護者の要求給付額と行政の判定資料を突き合わせるなどの当事者争訟的方法を提唱する見解がある。下村瑛二「サービス行政における権利と決定」雄川一郎ほか編『公法の理論（中）』（有斐閣、1976年）660頁以下参照。また、又坂常人「社会保障受給権と行政裁量の関係についての若干の考察（3・完）」自治研究58巻12号（1982年）141頁以下は、ドイツ社会扶助法における「規準」と同様の性格や機能を生活保護基準についても承認すれば、要保護者が、保護基準によっては実際に生活を維持できない場合には、そのことを立証することにより保護基準を上回る額の保護給付を請求しうることが可能になるとする。
- (98) 同様の指摘として、木下・前掲注(77)24頁参照。

〔付記〕 本稿脱稿後の2005年2月8日、介護保険法改正法案が国会に提出された。その内容は、新たな予防給付の創設や施設入所者の負担増（本稿でも言及）など、重大な問題をはらむもので、その考察については、改めて別稿で行いたい。