

介護保険——必要とされる法的課題の検討と解決

橋本宏子

(神奈川大学)

一 はじめに

1 介護保険制度の仕組み

介護保険法に定められたサービスの給付(介護保険法第四〇～六一条参照)を受けるためには、被保険者(第九条～一三条参照)は、保険者である市町村に申請をし「要支援」または「要介護」という認定を受けなければならない。「要介護」という認定がなされると、「要介護」度に応じて、保険給付額が決まる。要支援の場合の給付額は一定である。被保険者(利用者)は、保険給付額を勘案して、原則として自分が必要とするサービスの種類や量を決定できる。その結果例えば、ホームヘルプサービスを利用したいということになると、被保険者(サービス利用者)は、直接サービス提供者者と連絡をとり、契約を結ぶことになる。介護保険給付の対象となるサービスの実施については、福祉事務所は関係しない。介護保険の導入により「措置から契約へ」の移行が進められたといわれるのは、こうした利用方法の変化に係している。

## 2 「措置から契約」への移行とサービスの実施過程に対する公的責任の後退

平成十二年五月、社会福祉事業法等が改正された（この改正で、社会福祉事業法は社会福祉法と名称変更。以下、社会福祉法という）。この改正のもつとも大きな柱は、これまでの「措置制度」をあらためることにあるとされ、事実この改正により「措置から契約へ」の移行は高齢者福祉以外の分野にも拡大されることになった。わが国の社会福祉は、雑駁な言い方をすれば、国（ここでは地方公共団体）が実施主体として福祉サービス自体を提供する「北欧式」から、サービスの供給自体は、基本的に民間に委ね施設サービスや在宅ケアサービスの利用に要する費用の一部が、高齢者医療保険（メデイケア）や医療扶助（メデイケイド）から償還される「アメリカ型」に転換しつつあるといつてよいであろう。その結果わが国ではサービスの実施過程で問題が生じた場合（入浴の際の転倒事故や、不十分なサービスの提供、金銭関係のトラブル等）、市町村の責任が問われることは原則としてなくなってきたといえる。

従来、日本国憲法第二十五条にいわれる社会福祉（本稿との関係では主として福祉五法に規定された人的・物的サービスを念頭に置いている）に対する公的責任は、改正前の社会福祉事業法第五条第一項第一号（公的責任転嫁禁止の原則）の性格からしても、具体的・日常的なサービスの実行にまで及ぶものと理解されてきた。このような前提から出発すれば、昨今の社会福祉政策の転換は、生存権の一つの発現形態である社会福祉サービスの保障方法を大きく転換させるものであり、ひいては憲法第二十五条と社会保障の関わりを問いなおすものに他ならない。国民は、このことを本当に理解しているのだろうか。

## 3 苦情解決の仕組

介護保険に関連して事業者が実施するサービスに関する利用者の不平や苦情は、各都道府県にある国民健康保険連合会が受け付ける。さらに社会福祉事業法等の改正に伴い、苦情解決については、「経営者による苦情解決」（社会福祉

法第八二条」と「運営適正化委員会による苦情相談等」(同第八五条)の仕組みが設けられた(これは介護保険にかかわるサービス内容への苦情のみを対象とするものではない)。この他独自に「福祉オンブズマン制度」を実施している市町村もある。しかしながら苦情が、どうしても解決されない場合の正式な法的救済手段は特別には検討されていない。

#### 4 望まれる多様な行政措置

行政措置(執行救済)。ここでは、アメリカでいう State Agency Enforcemnt Remedies に類するものを想定している)の確立は、「サービスの実施過程での問題」に対処する上でやはり不可欠なものと思われる。「公の責任は具体的・日常的なサービスの実行にまで及ぶ」という憲法第二五条の理念を、「措置から契約へ」の移行のもとでも貫徹させようとするなら、国は費用の一部を保険制度を通じて保障するだけでなく、せめて利用者の生存の権利を保障しうる行政措置を確立することが、必要になってこよう。

##### (1) 介護保険法と行政措置

利用者の生存の権利の保障に繋がるような行政措置を介護保険法から拾いあげれば、サービス業者についての都道府県知事の指定(居宅サービス事業者を例にあげれば第七〇条参照。なお老人保健施設等については指定ではなく許可)をまずあげることができる。都道府県知事は、指定を受けたサービス業者が介護保険法に規定する事由に該当する場合には、指定を取り消すことができる(居宅サービス事業については第七七条参照)。なお市町村は、保険給付に関して必要がある時は、指定サービス業者からも文書の提出等を求めることができる(第二三条)。厚生大臣又は都道府県は介護給付等に関して必要がある時は、帳簿書類の提示等を求めることができる(第二四条)。といつてもここで、「保険給付に関して必要がある時」といつていることが、サービスの実施過程で生じた問題への保険者の介入の場合までも意味しているかについては、検討の余地があるがとりあえずあげておくことにしよう(注(12)後半部分参照)。

## (2) アメリカにみる執行救済

わが国において「利用者の生存の権利を保障するための行政措置の確立」を考える上での参考として、アメリカの例をみてみよう。<sup>(1)</sup> アメリカのナーシングホーム<sup>(2)</sup>に関する執行救済(State Agency Enforcement Remedies)はきわめて多様である。すなわち、州の機関(メディケイド・メディケアの機関/州検事総長等)は、施設への検査や様々なルート(州苦情申立て/消費者保護/オンブズマン等)をへて判明した違反に対して、様々な根拠法(メディケイド・メディケア法/州ナーシングホーム法/衡平法等)に基づき執行救済を実施する権限をもっている。州機関がナーシングホームに対し行使する手段の代表的なものとしては、認可の停止または取消し或いはメディケアおよびメディケイド適用契約施設の解除等があげられる。その他の手段としては、差止救済・罰金・管財人の任命・認可ベッド数の削減・州機関による紹介の打ち切り等がある。論者によつては、LTCオンブズマン<sup>(3)</sup>も執行救済の一つに挙げている〔三五―三六頁〕(一)書きについては注(一)参照)。これらの執行救済は、それぞれ制度上・運用上様々な問題をかかえており、一九八七年のナーシングホーム関連法の大改正を促す契機のひとつになったことも事実である。しかしまた、これらの制度が、求められる救済の多様性に応える形で展開してきたこと、それに応じて様々な法律が、ナーシングホームに関する執行救済の根拠法として発展してきていることは過小には評価できないだろう(九七頁)。「福祉の市場化」がとみに指摘されるアメリカであるが、先にあげた執行救済に繋がる手当がさまざまになされてきていることにも、ぜひ注目したいものである。こうした執行救済は、「後見人としての国家」(parens patriae)の伝統とも関係していると考えられる。

## 二 望まれる「規制行政の生存権的再構成」

わが国では、アメリカでいう執行救済に繋がるような行政措置は極めて少ない。その少ない行政措置が不十分にし

か実施されないとしたらどうだろう。せめて利用者等が裁判を通じて行政措置の実施を求めることが保障されなければならぬ。例えば、行政庁が「事業の設備及び運営に関する基準」（介護保険法第七三条、第七四条等参照）に違反している施設や在宅サービスの供給事業者に対して適切な監督措置をとることを怠っている場合に、利用者は「事業の設備及び運営に関する基準にもとづくサービスを受ける権利」に基づき、行政監督庁に対し、措置要求を求めることはできないのだろうか。わが国の行政事件訴訟法のもとでは、行政庁が最低基準に達しない施設に対して適切な監督措置をとることを怠っている場合に、施設利用者にとつての救済手段を見いだすことは措置制度の時代から困難とされてきた<sup>(4)</sup>。とくに介護保険制度のもとでの「事業の設備及び運営に関する基準による保護を受ける権利」の確立は、措置制度の場合以上に難しそうである。なぜなら措置制度のもとでは、公的責任の性格からして、最低基準はその遵守をサービス提供者に義務づけるだけでなく、少なくとも抽象的なレベルにおいては、利用者「最低基準による保護を受ける権利」を承認すると考えることが可能と考えられるが、介護保険制度のもとでは、法がサービス提供者にその遵守を義務づけている「事業の設備及び運営に関する基準」に依拠したサービスの実施を、利用者が権利として請求できるかは、例えば「指定の法的性格」の検討から直截的に導きだすしかならない問題となるように思われるからである<sup>(6)</sup>。さらにいえば現状の「事業の設備及び運営に関する基準」が、国家に対する関係で、サービス提供者にその遵守義務を課するという性格を克服して、利用者の権利を保障するという視点にたつて構成されているか、という問題もある。政策が、「措置から契約へ」の移行を意図するのであれば、「サービスの質」に関わる苦情を行政的手法を使って実体的に構成する法解釈、ひいては立法政策が不可欠であることを強調しておきたい。従来の規制行政の在り方をいわば生存権の視点から、再構成していくことが必要と考える。

## 三 国の義務と基準

### 1 わが国の「設備及び運営に関する基準」とその内容

介護保険法は、「サービス事業者」の指定や指定の取消しに際し「設備及び運営に関する基準」の遵守を重視している（第七〇条等参照）。そこでここでは「指定居宅サービス」を例に基準の内容をみてみることにしよう。厚生省令第三七号は、介護保険法第七十三条第一項を受けて「指定居宅サービスの設備及び運営に関する基準」を定めている。その中には「事業者等の義務」（利用者のためにすべきこと）として規定されていることがあるが、そこからはざっとみても以下のようなことが指摘される（括弧内の条文は厚生省令第三七号のもの）。

- (1) 指定訪問介護事業者等の義務とされていることでも、総じて指定訪問介護事業者等の裁量が大きい。
- (2) 厚生省令全体を通じて、一般に利用者の有する権利を前提としてその権利を保障するという視点から、指定訪問介護事業者等を規制するという発想になっていないことが指摘される。そのことは、指定訪問介護事業所の従業者の秘密保持義務等（第三三条）が、利用者等の「プライバシーの権利」との関わりで構成されていないことにも具体的に提示されている。
- (3) 特に、福祉サービスの利用等にかかわる苦情の訴えが利用者の権利として構成されていないことは問題とされてよいだろう。また苦情の訴えの手段、苦情に対し指定訪問介護事業所等が負っている義務等の内容が利用者情報として事前に提供すべき義務とされていないことにも注意すべきである。
- (4) 重要事項（第二九条）の内容が、利用者の有する権利を前提としてその権利を保障するものとして組み立てられていない。利用者等の「プライバシーの権利」の保障とその手段、苦情の申立方法とその手続等、「サービスの質」を

どう確保するのかの具体的な明記も、本来は重要事項と考えられる。

(5) 記録の整備(第三九条)が、従業者、設備、備品及び会計に関する諸記録の整備となっていて、利用者への処遇に対する記録については考慮されていない。「処遇に対する記録」や「他の関連機関等との連携」等の記録は、事業者等の裁量に委ねられやすい事項が、どのように適切に実施されたかを判断する上でも本当は重要なはずである。厚生省令の性格を示すものといえよう。

利用者保護の視点をもつ規定としては、次のような条文をあげることができよう(先に掲載した条文の中にも、利用者保護に通じるものがあり明確な区分ではない)。

- (1) サービス提供の開始にあつての内容及び手続の説明(第八条)
  - (2) 正当な理由のない提供拒否の禁止(第九条) もっとも、なにごと正当な理由なのか、不当な理由を通すために正当な理由があげられていると推察される場合の対処等の問題は残されている。
  - (3) サービス提供困難時の対応(第一〇条)
  - (4) 要介護認定の申請をしていない者に対する当事者の意向に基づく援助(第一三条)
  - (5) 提供終了時の指導、他のサービス機関との連携(第一四条)
- 介護保険法に関しては、措置から契約への移行を理由に、利用者への情報提供とそれに基づく利用者の同意、すなわち自己決定の尊重が強調されている。その中であつて利用者側に特に周知されなければならないことを、厚生省令の条文からひろつてみると以下のものである。

- (1) 利用料等の受領(第二〇条) 特に通常地域外交通費(第二〇条第三項)
- (2) 法定代理受領の仕組み(第一五条関係)
- (3) 訪問介護計画の説明(第二四条第三項)

- (4) 指定訪問介護等の具体的方針(第三條第二項)  
 (5) 同居家族に対するサービス提供の禁止(第二五條)

## 2 アメリカ——入所者の処遇過程における権利条項の確立

アメリカでは、メディケア(高齢者医療保険)やメディケイド(医療扶助)から費用の償還を希望するナーシングホームは、連邦法令に定める基準(参加の条件)に従わなければならない(一三七頁)。基準は、①「ナーシング・ホームが遵守すべき法令」(主として施設の物的な構造・設備の基準)、②「管理運営のあり方と組織」、③「入所者のケアの基準」から構成されている<sup>(8)</sup>。特に、ここでは②「管理運営のあり方と組織」の一部として「入所者の処遇過程における権利条項」(以下「権利条項」という)が定められていることを指摘しておきたい。

権利条項では、自己決定の前提としての「知る権利」、入所者の意思ではない退所や移送の制限と事前手続の保障、入所者としての権利・市民としての権利の保障、その手段としての苦情申立等の保障、入所者の財産管理、拘束からの自由、個人の医療上の記録(入所者個人の財務管理の記録、ソーシャルワーカーによるサービスの記録)についての秘密保持、処遇にあたってのプライバシーを含めた「尊厳性と個性」への配慮、尊重および十分な認識の保障が規定されている。このように「権利条項」は、入所者の自由権の保障を中心に構成されたものではあるが、裁判では、特に「処遇にあたってのプライバシーを含めた「尊厳性と個性」への配慮、尊重および十分な認識の保障」に依拠して、「サービスの質」の保障という具体的な権利が実質的に問われていることを指摘しておきたい。

## 3 基準と裁量

指定や認可またその取消しに関係する「設備及び運営に関する基準」では、適切な内容が明確に規定されているこ



とが望まれる。しかし特に「サービスの質」に係わる記述については、関係機関の裁量に委ねる部分を全く排除する形で基準を定めることは不可能に近いだろう。一般的には命令的インジャンクションが相当広範に認められているといわれるアメリカでも、ナースングホーム訴訟（連邦や州の機関を被告とする場合）をみる限り、命令的インジャンクションによる法的救済は制限的である（一五三頁、一三二頁）。ライセンスや認可の取消を州機関に強制できるのは、ライセンスや認可に対する明確な基準が法令で定められており、州機関が基準を遵守していないことが裁量権の濫用にあたる判断される場合に限られるからである（一六〇頁）。そこでアメリカでは、基準の明確化と同時に裁量権の濫用についての判断に関連して、次のようなことが行なわれている。

#### 4 裁量を収縮させるもの／事実認定

調査機関 (Survey Agency) は、要求されている事実認定——例えば施設は「その管理能力の限界のゆえに基準に従うことができなかつたのか、あるいは遵守するため集中的に努力したにも関わらず不可抗力のためにそれをする事ができなかつたのか」等の認定——を行い、その記録を作成しなければならない。調査機関はそのような事実認定を合理的な基準に従って実施しなければならぬとされる（一六五頁）。もともと、要求されている事実認定が調査機関によって行なわれている場合には、調査が適切なものであったかどうかの実質を争うことはなかなか難しいとされている。その認定はより主観的なものになるからである（一六五頁）。

#### 5 裁量を収縮させるもの／LTCオンブズマン

アメリカのLTCオンブズマンは、規制行政の限界・不足を補う意味で導入されたと言われている（六九頁）。規制行政当局による査察の多くが不適切とされてきたからである。特に一九八七年の改正で、規制行政当局とLTCオン

ブズマンとの繋がりが強化されていることは注目されてよいだろう。規制行政当局とLTCオンブズマンの間では、それぞれの責任範囲を明確にするために、メモ交換(MOUsと呼称されている)による確認が行なわれてきている。一九八七年の改正では、規制行政当局は、施設調査の早い段階でLTCオンブズマンと接触し、LTCオンブズマンが早い段階から情報や状態を把握しやすいうように配慮している。また同年の改正で、LTCオンブズマンは規制行政当局による施設調査の終了時に行なわれる会議に、オブザーバーとして参加することが認められている。このような規制行政当局とLTCオンブズマンとの連携は、前述のような事実認定調査についても資することが大きいものと推察される。<sup>(10)</sup>

#### 四 立入調査権——公的責任の一翼を担うものとしての長期介護施設

アメリカの一九八七年のナーシングホーム改革法は、ナーシングホーム入所者が保護や援助サービスを必要とする場合に、LTCオンブズマンに直ちに直接接触できることとしている。同時に一九八七年の高齢者法(the Older Americans Act)は、施設を訪問し、<sup>(11)</sup>居住者の記録にアクセスすることをはじめとする重要な法的保護を、州はLTCオンブズマンに付与すべきことを規定した(五六頁)。北欧に端を発するとされる伝統的な意味でのオンブズマンと異なり、LTCオンブズマンは、(政府・利用者に対する)第三当事者である長期介護施設にも関与する。こうしたオンブズマンの役割の拡張は、規制者並びに償還者(メデイケアやメデイケイドから給付を行なう者)としての政府が、長期介護施設に実質的に関わりをもっているからであると説明されていることは重要である。<sup>(12)</sup>そこでは、長期介護施設が公的責任の一翼を担うものであり、それゆえにLTCオンブズマンの介入を許容すべきものとして理解されているからである。

「公的責任の一翼を担うものとしての長期介護施設」という位置付けは、「ナーシングホームは貧困者に対し保健サ

ービスを供給するという伝統的な州の行為を遂行している」「ナーシングホームに対する州の規制並びに基金の付与からして、州とナーシングホームの間には利害の一致がある」とする判決の姿勢に、より明確に示されている(二一九頁)。「措置から契約へ」の移行の中での「わが国における公的責任のあり方」を考える上でも示唆に富むものといえよう。また例えば知的障害者の権利を擁護するNPOであるPAI (Protection & Advocacy, INC.)は、知的障害者への虐待等がPAIに報らされた時、または虐待が行なわれたと確信しうる理由がある場合には、事態を調査し、法的救済等の適切な救済を遂行しうる事が州法並びに連邦法<sup>13)</sup>で規定されている<sup>14)</sup>。

## 五 執行救済を実質的に機能させる手段——アメリカから示唆されること

### 1 執行救済と私人

わが国では、「不当な行為が行われているおそれ」について「苦情処理機構」等から通知を受けた都道府県は、監査の際にその事実を確認することが想定されているようである。これに対しアメリカではもつと様々な、より積極的な執行救済が用意されていることは前述の通りである。さらにこのような「執行救済を実質的に機能させる手段」として、私人にいくつかのことを保障する試みを行なっている。例示してみよう。

(1) いくつかの州は管財人に関する法令で、ナーシングホームの入所者に管財人の任命を裁判所に求める権利を認めてきたが、一九八七年以降は多くの州で居住者やその他の者は、管財人の任命を裁判所に求める権利をもつと解されるようになってきている(四五頁)。

(2) 州機関が執行救済を行使している場合には、州機関を支援して住民がその過程に参加することが、多くの場合望ましい結果になると考えられてきた(規制を守らせるための住民参加の重要性)。

(3) ナーシングホームが執行救済の受け入れを拒否している場合には、入所者の弁護士は、当事者の代理人としてあるいは「裁判所の友」(amicus brief)として裁判所の支援を求めることが必要とされてきた。

(4) 入所者は、他の連邦及び州の機関を通じて、執行救済の執行を求めることができると考えられてきた。

## 2 州機関による執行救済の行使が行なわれない場合と私人

アメリカにおいても、私人が執行救済の行使を裁判所に求めることができるのは、「管財人の任命」という執行救済の場合に限られているといえそうである。では、施設の入所者は、州機関による執行救済の行使が行なわれないとしたら、どのような場合「差止め」等の手段に訴え、裁判所に対し、州機関による執行救済行使を求めることができるのだろうか。四章で前述してきたことは、直接・間接にこの点に関係しているが、さらに次の二点すなわち、(1)施設の入所者は、法を執行する州や連邦機関の過失を訴訟上請求できる請求権 (cause of action) を有するか、さらに(2)施設の当該入所者は、個別の処置(請求の内容)を主張しうる根拠を有するか、について言及しておくことが必要であろう。

- (1) 請求権の確立 : ナーシングホームや州や連邦政府に対する入所者の「黙示の請求権」が、コモン・ローや連邦法令や州法令(州のライセンス、メデイケイドの承認、消費者保護に係る法令)に基づき、暗黙のうちに保障されているという主張がなされた(二〇八頁)。しかし「黙示の請求権」が認められるかどうかについての裁判所の判断は分かれている(二二三頁)。もっとも州法令の中には、明文で請求権を保障しているものもある。請求権 (cause of action) という概念は、英米法固有のものであるが、わが国でも前述のことを参考に「事業の設備及び運営に関する基準による保護を受ける権利」に基づき、「監督行政庁に対する措置要求」ができるとする規定を導入することが必要と考える。
- (2) 個別の処置(請求の内容)を主張しうる根拠 : その理由づけとして、以下のようなことが指摘されている。
- (1) 施設はメデイケアやメデイケイドからの償還の資格をえるためには、連邦政府の「参加の条件」に従うこと

を要請されている。したがって連邦政府の「参加の条件」は、施設と州の契約の内容をなす。居住者は、「第三者受益者」として、「参加の条件」違反を追及でき、しかるべき執行救済を求めることができるということである。翻つてみると、介護保険法における居宅サービス事業者等の指定は、「都道府県知事が、介護保険法に規定されている各条項（いわゆる法的約款）を契約内容として居宅サービス事業者等との間で締結される公法上の片務的不従的契約であり、居宅サービス事業者等は、要介護被保険者等から申し込みがあつた時は、厚生省令で定める基準に従い「指定居宅サービス」の給付を行なう債務を負う」「一種の第三者のための契約」とも考えられる。その意味で、前述の指摘は検討に値しよう。

(2) アメリカでは、入所者と施設の契約は、包括条項 (integration clauses) であり、明確な文言がなくても州のライセンスの基準並びにメデイケイド受給者に関するメデイケイドの基準が求める要件に明白に合致したものととして、例えば「参加の条件」違反を、居住者と施設の契約違反として追及できるという解釈がなされている。わが国では、取締法規違反の契約も、必ずしも無効ではないとするのが判例学説の通説のようである。しかしこうした中で立法によって約款に記載すべき内容を定めるとともに、約款内容の基準を定め、業者作成の約款の内容はこの基準に合致していることが必要であるとする契約も増加しているという。またわが国の判例の中にも、少数だが「認可は国家による顧客の後見的・利益代表的役割を果たすものとして普通約款の拘束力を考える上でも重視すべき」とするものもある<sup>(15)</sup>。介護保険制度のような構造のもとの業者作成の約款を考える上では考慮されてよいだろう。もつともいずれの場合も、基準（介護保険でいえば厚生省令）の内容が充実していることが前提条件ではある。

(3) ADRと争訟をつなぐもの——入所者の請求権の実質的拡大

LTCオンブズマンの法的権限について、もつとも進んだ規定をおいているワシントンDCの法律では、LTCオンブズマンは「入所者の代理人」として定義されており、「管財人の請求」「差止救済と損害賠償の請求」「市長に

「マンデイマスの執行」を求める法的権限をもつとされている(七八頁)。この例にみるように、LTCオンブズマンの機能は、ADRを争訟につなぐ手段としても、またひいては入所者の請求権を実質的に拡大させる手段としても意義のあるものとなる。もとよりLTCオンブズマンの事業内容はこれにつきるものではない。わが国において注目をあびてきている「福祉オンブズマン」制度を含む「苦情処理制度」のあり様についても、LTCオンブズマン事業、さらにはイギリスの苦情処理制度や司法審査等も参考に、その効用と限界を整理してみる(16)ことが重要と考える。関連する法分野の研究者や実務家の具体的な教示をえて、福祉の権利の実質化に努めたいと願うものである。

(1) 橋本宏子「アメリカ—ナースィングホームと法」神奈川法学第三二巻三号一七三頁参照。なお、本文中に「」で示す頁は同論文のもの。なおアメリカの在宅サービスとわが国のそれとは違いが大きいので、ここでは相対的に比較がしやすいナースィングホームを例にあげた。ナースィングホームは、わが国の特別養護老人ホームあるいは老人保健施設と類似している。その費用の一部は、高齢者医療保険(メディケア)や医療扶助(メディケイド)から償還される。詳しくは、前掲論文参照。アメリカの在宅サービスについては、橋本宏子「アメリカにおける高齢者在宅福祉サービスと法」神奈川法学第三二巻三号参照。

(2) ナースィングホームについては、注(1)にあげた論文参照。なおナースィングホームは、長期介護施設(Long Term Facilities)の一環に入れられる。

(3) LTC (Long Term Care) オンブズマンは、ナースィングホームなどの長期介護施設の入所者に情報を提供したり、苦情を聞いて解決する等の活動を行なう。詳しくは前掲論文参照。

(4) このことを福祉サービスに即して指摘したものとして、例えば小早川光郎「保育所入所児童が保育所設置者に対し省令最低基準の履行を請求しうるとされた事例」判例時報七二四号がある。

(5) 措置制度のもとでは、最低基準の制定義務と遵守監督義務は、福祉サービスを保障する枠組みの一環を構成していると考えられる。

(6) サービス供給業者の特定の行為を差止めることは、結果として良質なケアの供給を義務づけることになりうる。大阪

空港公害訴訟の先例にも立ち返りつつ、福祉サービス固有の視点から民事差止請求の問題を、差止請求の根拠となる実体的権利や差止請求の強制執行（本文で述べたアメリカの例が参考になる）、行政訴訟との関係等から検討してみる必要がある。

(7) 措置から契約への移行に伴い、民間事業所に課する最低基準の意味も変わってくる可能性がある。河野正輝「社会福祉の権利構造」（有斐閣、一九九一年）一三八頁並びに本文二の「措置と最低基準」に関する記述参照。

(8) この分類並びに処遇過程の権利の内容については、前掲・河野「社会福祉の権利構造」二〇八頁以下による。

(9) 実質的証拠準則（行政庁の事実認定についての有効性を審査するための準則）と関連する指摘と考えられる。アメリカ法で実質的証拠準則が採択される場合は、その前番手続が、第三者機関により、かつ司法手続に準ずる手続を採択していることとされることは重要である（下山瑛二「サービス行政における権利と決定」「人権と行政救済法」（三省堂、一九七九年）一九九頁）。

(10) もっとも実際には、LTCオンプズマンはどこまで規制行政当局を援助できるのかという疑問も提起されている。

(11) これに対し、わが国の「苦情処理機構」の関係者に、施設等に立入り苦情を調査する権限はない。社会福祉法第八三条に関連して、児童福祉施設等の最低基準が改正され、児童福祉施設・養護老人ホーム・知的障害者援護施設・身体障害者更生援護施設・精神障害者社会復帰施設は、運営適正化委員会の行う社会福祉法第八三条第一項の規定による調査にできる限り協力しなければならない（例えば児童福祉施設最低基準等の一部を改正する省令（児童福祉最低基準の一部改正）第一四条の二第三項）とされた。「調査にできる限り協力していない」と判断された場合は、最低基準違反となる可能性がある。しかしこれ以外の民間事業所（例えば有料老人ホームや無認可保育所）に関する特別の規定はない。また前述の施設についても、日常的に施設に立入りすることが、法律上当然に保障されているとはいえないだろう。

(12) これに対しわが国の介護保険法における居宅サービス事業者等の指定は、都道府県知事が、介護保険法に規定されている各条項（いわゆる法的約款）を契約内容として居宅サービス事業者等との間で締結される公法上の片務的不従約であり、居宅サービス事業者等は、要介護被保険者等から申し込みがあった時は、厚生省令で定める基準に従い「指定居宅サービス」の給付を行なう債務を負う「一種の第三者のための契約」とも考えられる。保険者が、保険医療機関に費用を償還することを原則とする医療保険と異なり、当該指定居宅サービスに要した費用は、直接当該要介護被保険者に支払われる（都道府県知事と保険者の関係については略）。「公的責任の一翼を担うもの」としての居宅サービス事業者等の位置は、「州とナーシングホームの関係」あるいはわが国の医療保険の場合と比較しても、希薄といわざるをえない。要件

を充足した身体障害者に支給される支援費でのみとは、関係はさらに希薄になろう。

(13) the Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act, (as amended 42 U.S.C. § 6000 et seq.) アメリカのナーシングホームには、相対的には少数だが、二一才から六四才までの障害者がいる。

(14) 公的サービスに関係する民間事業所(例えば有料老人ホームや無認可保育所)への公的な監督を、民間事業所との契約により達成していくことも今後は考えられてよい視点と思われる。関連として、伊奈川秀和「フランスに学ぶ社会保障改革」(中央法規、二〇〇〇年)一一七頁、橋本宏子「住民参加と法」(一九九一年)一九頁(規制と自治権の関係)参照。

(15) 約款についての記述は、長尾治助「約款と消費者保護の法律問題」(三省堂、一九八一年)による。

(16) イギリスでは、独自の苦情処理制度の他、オンブズマン制度や司法審査が苦情処理の解決に直接間接に関係している。橋本宏子「イギリスにおける苦情処理手続」神奈川法学第二八巻一号、橋本宏子「福祉サービスと権利保障(一)」神奈川大学研究年報第一六号参照。

(はしもと・ひろこ)