

第一部

事例研究への視角

1 事例研究の必要性

社会保障法の解釈と運用

社会保障に関係する法律を实情に即して解釈していくためには、社会保障の法制度をよく理解し、適用の実態に目を向けつつ、他方で、憲法をはじめ行政法や民法などが社会保障の法制度の運用にどのように関係し、またそれらの法規定が社会保障制度の実態にうまく適合して機能しているのか、機能していないとすればどのような検討が必要になってくるのか、といったことの考察が重要である。

事例との対峙

法学部の社会保障法の講義では、そのことを「原点」として、また私自身の指針ともしてきたつもりである。そしてこの思いは、法務研究科で社会保障法を担当するようになってからは、「事例」を通じて、この「原点」を受講者に提示することで、私自身も社会保障法とあらためて対峙してみたい、という形に深化することとなった。

「審査会」と私

ふりかえれば、地方自治体を先駆とする情報公開制度の普及、福祉基礎構造改革に伴う「措置から契約へ」の流れ、年金記録問題の発生等の社会的背景の中で、私はこの一〇年以上の歳月を、地方自治体や社会福祉協議会の情報公開や個人情報保護に関する審査会をはじめ、「苦情解決委員会」（社会福祉法八五条参照）、「介護認定審査会」（介護保険法三章参照）、「介護保険審査会」（介護保険法一八三条参照）の委員として、また国のレベルでは「社会保険審査

会」(社会保険審査官・社会保険審査会法参照)や「年金記録確認中央第三者委員会」(総務省組織令附則二二条参照)の委員として、社会保障の実務の一端に法的視点から目を向けてきたことになる。

法と現実の齟齬

しかしながら、こうした審査会をはじめいくつかの実践的な活動を通し向き合うことになった社会保障についての様々な法的課題について、私自身納得のいく解決方法を見いだしてきたかといえば、そうばかりとはいえない。提起された課題を、行政法や民法の研究成果に学びながら解決しようとしてもなかなかうまく適合出来なかつたり、事案によっては、行政法や民法の領域ではあまり関心がもたれていないのか、関連する文献が少なく、課題の解決にはあまり役に立たないといったことも少なくなかつた。何よりも行政法や民法の研究者や弁護士の方々から、社会保障法研究者としてはどう考えるのかと逆に質問され、返答に窮することがたびたびであった、というのが正直なところである。そして、こうした状況は現在ますます増加しているように感じている。

他分野での成果

もつとも前述のことと一見矛盾するようだが、あらためて目を向けてみると、この一〇年あまり、行政法や民法の領域で展開されてきている諸理論には、私が解決を求めて考えてきた(考えている)ことと呼応するようにもみえる多くの示唆が散見されるようになってきていることもまた事実である。例えば、民法学、行政法学における「制度的契約論」¹についての議論、社会保険における「給付と信義則」²をめぐる問題と「委ねられた者の配慮義務」への視点、厚生年金基金の法的性格と「行為法と組織法の峻別論」³の見直しの問題、アメリカでいう「信認関係」⁴の考え方が、

患者と医師の関係を考える際の視点として提示されてきていることからの示唆⁽⁶⁾など、枚挙に暇がないといつてよいほどである。これらの示唆を社会保障法の具体的課題に結び付けていく媒介項をどのように構築していくかが、今後の課題といえよう。

アメリカ研究からの示唆

「措置から契約へ」の流れの中で、わが国の福祉サービスは雑駁な言い方をすれば、「イギリス型」から「アメリカ型」に移行してきている。

アメリカにおける改革主義的なりベラリズムは、一九六〇年代頃を頂点としてその後次第に減少し、八〇年代に入ると、アメリカの現代政治においては保守主義の政治的影響力が増大してきている。⁽⁸⁾

福祉法の領域においても、アメリカでは一九六〇年代を中心に様々な解釈論が展開され、高齢者や障害者の「生存権」に係る実質的な保障を位置づけ、定着させようとする努力が積み重ねられてきている。連邦憲法上「生存権」の規定がなく、判例上も「生存権」が明確に承認されているとは言いがたいアメリカにおいて、このことはやはり注目に値する。

例えばアメリカでは、ひとびとの健康 福祉 なかんづく児童や高齢者 障害者に対しては、州が後見人としての役割を果たすべきものとする、後見人としての国家 (Parens patriae) 論の伝統が、この間発展的に深化してきて展開されてきているようにも窺える。

またアメリカでは、ナッシングホーム (ここでは、日本の介護保険法における介護保険施設に類似したもの、と簡単に説明しておく。1の注(9)参照) の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ィケイド受給者に関するメディ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」違反を入所者と施設の契約違反として追及できるという解釈もなされている。こうした考え方は、「個別の当事者の意思とは無関係に外から規範が課される」という意味で、内田貢教授の唱えられる「制度契約」との関連性も思われて興味深いところである。

アメリカでは、ナースィングホームの入所希望者に認知症の傾向がみられても、家族 (family) がいれば、私の知る限り本人の契約締結能力を問題とすることは少ないようにみえる。この辺の事情もあるいは入所者と施設の契約に対する「包括条項の考え方」が影響しているようにも窺える。

新しい課題の解決と国家

いずれにしても、社会保障の運用を通じて透けてみえる「人間が生きる」上での課題が、新たな法的解決を求められていることは間違いない。

だとすれば、そこでの課題の法的解決には、狭義の解釈上の問題だけではなく、法がうまく適合しない問題に対し、どのような対処をするのかといった立法政策の検討も視野に入れておく必要がある。

社会保障法の解明にも資すると思われる諸理論が、行政法や民法の領域で展開されてきていることは先にも触れたが、これらの理論の多くが、それぞれの「国家」観を背景としていることにもみられるように、「事例」を通じて社会保障法と対峙する作業もまた、個人の生存と他者の存在、国家のあり様についての考察をどこかでは念頭に置かないわけにはいかないだろう。⁽¹¹⁾

こうしてみると、「事例」を通じて社会保障法と対峙するという作業は、当初考えていたよりもっと奥の深いもの

だということに気づかされる。行政法や民法をはじめ各分野で進行中の研究成果を、様々な視点から社会保障法の領域に具体的に適用させていくことの「必要性」とその「困難さ」をあらためて痛感している。

必要とされる関係者との連携

この、困難だが不可避な作業を行うためには、各法分野の研究者だけではなく、弁護士や福祉関係者の参加を得て、まずは事例ごとに実質的な検討を積み重ねていくことが不可避となつてこよう。

そしてその行き着く先に、現状では数少ない社会保障法に精通した弁護士が育ってくれることを期待したい。

たしかに社会保障法に関連する領域での弁護士の方々の活動は活発化してきている。しかしその活動は、どちらかというと権利性の明確な生活保護法の領域や成年後見法や刑事事件に特化しているようにも窺える。

本稿でとりあげる「事例」とその性格

こうした現状に鑑み本稿では、今まであまり注目されてこなかった、しかし極めて現代的な課題と思われるいくつかの「事例」をとりあげ、「事例研究」を行うことの必要性を具体的に提起し、今後の「研究会」の発展の契機にしたと考えるものである。

このような問題設定の帰結として、「事例」についての「回答」は完璧なものではなく、現状における私達の「解決の方向性」を提示したものとなる。また、回答者が研究者であるか実務家であるかによっても、その「書きぶり」に違いがあるようにも窺える。そのこと自体を今後の研究の参考にしていきたいと思う。

関係者の協力を得て、今後より密度の濃い「回答」が可能となることを期待したい。その結果が弁護士をはじめと

する実務家の方々の社会保障法への関りを深め、ひいては市民生活の支えとなっていくことを切に願うものである。

クリアリングハウスへの希求

アメリカのロースクールには、リーガルエデュケーションの一環として障害者法、児童法、DV法等といった科目が置かれ、またロースクールには、クリニック教育センターと呼ばれる一種の実習、研修の場が設けられている場合が多い。学生はそこで、①新しい法律分野についての知識を実践を通じて学んだり（日本でいう社会保障法の領域はまさにその一分野である）、②サービスの行き届かない人びとに弁護士が法律扶助を提供するのを手伝ったりする（ここでいう法律扶助とは、権利擁護、苦情解決、書類申請代理等を含むものとして考えられていることに注目しておきたい）。

アメリカで行われているこうしたクリニック（clinical education work）に関連して指摘しておきたいことは、学生の中には「福祉関係のNPO」（例えばDAI Protection & Advocacy, Inc. 精神的な障害をもつ人や高齢者の権利と利益を擁護する組織）やCANHR（The California Advocates for Nursing Home Reform ナーシングホームの改革を支援する組織）で、クリニックとして「福祉と法」の実践を学ぶ学生が存在するということである。こうした組織には「福祉サービス利用者」のために働く「弁護士集団」が形成されているからである。

アメリカでは、貧困者や高齢者や障害者の人権を擁護するために法廷闘争を行う弁護士たちに法的支援を行うクリアリングハウスが連邦補助金によって設立され、現在に至っている。

アメリカでは一九六〇年代を中心に、福祉に係る法律問題について様々な解釈論が展開され、高齢者や障害者の「生存権」に係る実質的な保障を位置づけ、定着させようとする努力が積み重ねられてきたことは前述したが、その背

景として、クリアリングハウスの役割の重要性は無視できない⁽¹²⁾。

わが国でも、社会保障に係る法律相談においては弁護士や法律の研究者だけでなく、社会保険労務士等いわゆるパ
ラリーガルといわれる職種の方々⁽¹³⁾、精神医学やケースワーク等の関連諸領域の仕事に携わる方々が「クリアリング
ハウス」を形成し⁽¹⁵⁾、互いに研究を重ね、多様で複雑になってきている社会保障に関わる法律問題に携わるために、特
に若い弁護士の方々を支援し、ひいては人々の生活の支援に資することができればと切に願うものである。

2 事例研究への視点

福祉サービスに係る事例

本稿では、いくつかの制約から、社会保障法の領域でも社会保険分野の法律問題や生活保護法に関する事例はとり
上げないこととした。本稿がとりあげた事例は、あえて分類すれば福祉サービス⁽¹⁾に関連する法律問題のいくつかとい
うことになる。

なぜ今、新しい課題なのか

先に「人間が生きる」上での新たな法的課題が解決を求めてきている、と述べた。しかしながら時代の流れの中で、
新たな課題が浮上してくることは今に限られたことではない。

それでは現在、社会保障、特に福祉サービスに係る法領域において、ことさらにそのことを強調しなければならな
い理由はどこにあるのだろうか。

(1) 社会保障政策の動向と社会福祉基礎構造改革

この点に主に関わりそうなこととして、ここ二〇年余の社会保障政策の動向を踏まえておく必要があるが、「社会福祉法の解説」⁽²⁾は、この間の推移について要旨次のように述べている。

「日本の経済は、一九九一年のバブル崩壊を契機に、低経済成長またはマイナス成長に陥ることになった。こうした中で、日本経済の持続的発展と景気回復の条件として、社会経済構造の諸改革がすすめられた。⁽³⁾ 社会保障構造改革もその一環とされ、少子高齢社会において増大多様化する福祉需要に対して将来にわたって効率よく的確にサービスが提供できるように、介護保険制度の導入、年金制度改革、少子化対策、医療制度改革が進められ、そのなかに社会福祉基礎構造改革も位置づけられた」⁽⁴⁾とした上で、社会福祉基礎構造改革の基本的な方向を、七点に要約して指摘しているが、その方向は、つきつめていえば「市場化」「規制緩和」と無関係ではない。

(2) 社会福祉基礎構造改革と「サービスの利用者」と提供者の対等な関係の確立

社会福祉基礎構造改革においては、最も重視すべきは「サービスの利用者」と提供者の対等な関係の確立」であるとされた。その理由は、「社会保障法は歴史的に民法法原理が修正されるなかで培われてきたが、原点は誰もが市民社会を構成する一員である、という意味において、対等な関係は基本原理である」からというところである。⁽⁶⁾ 「恵的な視点から他者を救済するのではなく、対等な関係を基本にして、誰もが人として自ら責任をもって選択して、自己決定でき、その結果、多様な自己実現が図れるように支援する立場を明確にすることこそが、ノーマライゼイションの具現化」⁽⁷⁾であるとも述べられている。

(3) 社会福祉基礎構造改革と公的責任のあり様の変化

「サービスの利用者と提供者の対等な関係の確立」、すなわち「措置から契約へ」の流れの中で、例えば介護保険制度のもとでは、要介護認定等を受けた被保険者が、指定居宅サービス事業所等からサービスを受けたときは、市町村は、介護のために必要とされる費用の一部を保険制度を通じて支払うこととされている（介護保険法四一条等参照）。すなわち、介護保険制度のもとでの主たる公的責任（憲法二五条に基づき、国や地方公共団体に課せられた責任。以下同じ）は、介護のために必要とされる費用の一部を、保険制度を通じて保障することで体现され、介護サービス自体を国や地方公共団体（以下、地方自治体ともいう）が供給する方向には向けられていない。こうした公的責任のあり様は、障害者自立支援法等を通じてさらに定着し、好むと好まざるとに関らず、「市場化」「規制緩和」の流れに竿さす状況が進んでいる、ように窺える。

(4) 生存権保障の発現形態の変化と浮上する新しい課題

日本国憲法は、その前文において、「……国政は、国民の厳肅な信託によるものであって、その權威は国民に由来し……その福利は国民がこれを享受する」ことを明言し、また二五条において「国民の生存権 国の社会的使命」について規定している。「社会福祉法の解説」の言葉をあえて借用すれば、まさに「社会保障法は歴史的に市民法原理が修正されるなかで培われてきた」ものであり、その意味で社会保障法は、生存権保障の一つの発現形態でなければならぬはずである。

このことから、従来日本国憲法二五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（に対する公的責任は、改正前の社会福祉事業法五条一項一号（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、と考えられる。こうした視点からふりかえってみると、社会福祉基礎構造改革は、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、ひいては憲法二五条と社会保障の関わりを変更させるものであり、その結果として、人々の生存の権利保障のために解決しなければならぬ新しい課題や疑問が生み出されてきていることに気づくだろう。ここに社会保障、特に社会福祉サービスに係わる法領域において、ことさらに今「解決すべきあらたな課題」の存在を強調しなければならない理由がある。

(5) 生存権保障を問い直す

そしてこうした状況のもとでは、理念としての国家の存在意義とそのあり様を確認すること、いいかえれば「憲法二五条と社会保障のあらたな関わり」⁽⁸⁾を問い直し、そのあり様をあらためて具体化していく作業が急務となってくる。

例えば、「市場化」「規制緩和」の方向に対しては、福祉サービスの多くは、採算のとれないあるいは採算をとろうとすると、人間的接触を重要視する福祉本来の目的が達成されにくいものではないか、という根本的な疑問がまず生じてくるところだが、そのことはさておくとしても、少なくとも現状では、当面の解決すべき課題のひとつとして、「公的サービス」の一翼を担うことになった「多様な主体」⁽¹⁰⁾に対し、国はその主体性を尊重しつつ、かつ、国民の生存権保障の視点からどのような規制を、どのような手立てで行っていくべきなのかを具体的に検討されなければならぬ⁽¹¹⁾。

そもそも現状の社会福祉サービスの供給システムは、「社会福祉法の解説」が指摘するように、「誰もが人として自ら責任をもって選択」する、そうした構造になっているのだろうか。¹²⁾もしそうでないとすれば、さしあたりどのような手立てが検討されなければならないのか、という問題も浮上してこよう。

もともと私たち人間は、「社会福祉法の解説」が指摘するような意味で「自己決定でき、多様な自己実現が図れる」存在なのだろうか。「多様な自己実現が図れるように支援する」、その支援としてはどのような手立てが考えられるだろうか。疑問はつきない。少なくとも想定される支援は、民法の一部改正を中心とした「成年後見制度」だけで治まるものではないはずである。¹³⁾

(6) 生存権保障を問い直す作業と事例研究の重要性

社会保障構造改革、社会福祉基礎構造改革は生存権保障の発現形態を大きく転換させ、その結果、人々の生存権保障のために解決しなければならぬ新しい課題や疑問を生み出してきていることは、先にも触れた。

以下第一部では、第二部での個別事例の検討に先立ち、①本稿でとりあげる事例のもつ現代的な特徴を、いくつかの視点に分けてより突っ込んだ形で説明しておきたい。ついで②Y学園事件と社会福祉協議会の二つを取り上げ、それぞれの問題の所在と解決の方向性について若干の試論を提示することにより、本稿が全体として追求したいと考えていることの一端をより明らかにしたいと考える。

Y 学園事件並びに社会福祉協議会、この二つの事例は、おそらく研究者や実務家がこれまであまり突き詰めて考えてこなかった問題といえよう。特に Y 学園事件として纏めた事例は、障害者自立支援法の基本に係る法的課題であると考えるが(4の注(21)参照)、この問題は、先般の同法改正においても、規定上の解決ははかられていないように見える。しかしここでは、Y 学園事件についての詳しい説明はここでは後回しにして、以下では主に第二部において事例としてとりあげる社会福祉協議会その他について、少し説明を加えることから始めていきたい。

3 事例のもつ現代的意味とその分類

(1) 「サービスの利用者と提供者の対等な関係の確立」とその現実

Y 学園事件は、社会福祉基礎構造改革が最も重視する「サービスの利用者と提供者の対等な関係の確立」が惹起させたいくつかの課題を象徴的に提起している。また、そこで浮上してきた法的課題が、行政法や民法の領域で展開されている諸理論の福祉サービス領域への適用の可能性を示唆している、という意味でもまさに現代的な課題といえる事案である。

(2) 社会福祉協議会と現代的課題

社会福祉協議会は、福祉サービスに係る法領域における現代的課題を、Y 学園事件とは別の視点から象徴的に提示している。その理由は、以下のとおりである。

(1) 生存権保障の担い手と国家の役割

国民連帯と等号で結ばれた社会連帯が実質を失いかけ、「福祉国家の危機」を契機に投げかけられた国家の存在理由への懐疑が深まりを増してきているようにもみえる。⁽¹⁾そして個人の自由や財産を守るための「組織」は、国家だけではなく、地域の自治組織や労働組合、協同組合、同好団体などが分け合い、重層的に担うものという考えは、わが国でもそれなりに浸透するようになってきている。

日本国憲法前文の「国政は国民の厳粛な信託による」との規定は、ロックの「政治権力への自然権の一部信託の法理」を受け継いだものといわれる。そしてロックの人権体系からすれば、政治権力は生存権を起点とする人権を保障するために存在する、ことになる。⁽²⁾このことは社会保障を考える上では極めて重要なことと思われる。そのことを前提としつつも、否するからこそ、冒頭で述べたような状況の中で、そもそも現状において国家とは何か、国家の役割は何か、「新しい公」といわれることの含意は何かなど、社会保障法の視点からも関心はつきない。⁽³⁾

(2) 社会福祉協議会の歴史

かつて社会福祉協議会（特に、都道府県社会福祉協議会）は、共同募金会と表裏一体の関係にある「地域社会組織化活動における代表的な組織」として位置づけられてきたが、平成一二年の社会福祉事業法の改正において、共同募金に関する規定から切り離され、「地域福祉の推進の中心的な担い手」として位置づけられ現在に至っている。なお、平成一二年の改正では、市町村社会福祉協議会が社会福祉協議会の基礎的単位として位置づけられた。都道府県社会福祉協議会については、社会福祉法一〇八条に規定されるもののほか、福祉サービスの利用援助、福祉サービスに係る苦情の適切な解決、社会福祉を目的とする事業への支援について、法律上特別な位置づけがなされている。⁽⁴⁾

こうした社会福祉協議会の位置づけの変化は、社会福祉基礎構造改革の理念や基本的方向に関係している、とみることができるが、より広い視点でいえば、現状における国家とは何か、国家の役割は何か、「新しい公」といわれることの含意は何かに関連する、社会保障法領域の新しい課題と考えられる。

(3) 「中間団体」としての社会福祉法人と現代的課題

第二部では、社会福祉法人に係る事例もいくつか取り上げている。最近では、児童福祉施設のように国、都道府県、市町村以外の者であっても、都道府県知事の認可を得れば設置できるとされている場合もあるが（児童福祉法三五条四項）、特別養護老人ホームのように、国、都道府県、市町村以外の者については、その設置が依然として社会福祉法人に限定されている場合も少なくない（老人福祉法一五条四項参照）。

社会福祉法人は、現在でも社会福祉事業（社会福祉法二条参照）を経営する民間団体の中核を占めている、ということである（社会福祉法人については、社会福祉法六章に規定がある）。

しかも、前述した「社会福祉協議会」についていえば、厚生労働省の方針もあり、市区町村社会福祉協議会のほとんどが社会福祉法人であり、その結果、社会福祉協議会は社会福祉法人の仕組みに基づき構成されており、社会福祉法人定款準則がその基本に置かれている。⁽⁷⁾

なお社会福祉法五八条をはじめ、諸立法（例 老人福祉法二五条）は、社会福祉法人に公的助成がなされたときは特別な監督に服し、公の支配に属することになるので、憲法八九条に抵触しないと構成されてきた。⁽⁸⁾つまり社会福祉法人は、実態からすると、公の支配に属する「民間団体」ということになる。

このように社会福祉法人は、様々な視点からみて「社会福祉事業（社会福祉法二条参照）を経営する民間団体」として特別な意味をもっており、特に「中間団体」「新しい公とは何か」「補助金と公的責任」、「中間団体」に対する国や地方公共団体の規制、「中間団体」の自律性等の問題が浮上してきている現在、社会福祉法人に關係する課題の一端を、事例を通じて明らかにすることが重要になってきている。

わが国の社会福祉法人等が経営する社会福祉施設等は、理念的には市民社会と親密圏、市場の交錯するところに存在し、国家の責任で行われる公共サービスの実質的担い手でもある。この場合の社会福祉法人等と国家の關係は、たえず緊張關係にあり、下請けになるか、一度關係を切断した上で、契約關係を媒介にして社会福祉法人の「自治」を貫ける構造になっているかが、重要である。⁽¹⁰⁾

(4) 拡大されてきているサービス供給主体と国家の關係

先にあげた児童福祉施設のように、福祉領域においても「規制緩和」の流れの中で、福祉サービスの実施主体が拡大され、多様化してきているものもある。⁽¹¹⁾

こうした新しい福祉サービスの担い手と国や地方公共団体との關係は、補助金の交付とそれに伴う「一定の規制」を通じて具体化されているものと考えられる。⁽¹²⁾ 補助金と公的責任、「中間団体」に対する国や地方公共団体の規制、「中間団体」の自律性等の課題がここでも顕在化してこよう。NPO法人と補助金の問題（県からの補助金の交付を受けて「退所児童等アフターケア事業を実施」）についての事例は、主としてこうした問題関心から取り上げられたものである。

(5) 福祉に関わる第一線の行政機関の「役割の縮小」と虐待問題

事例が取り上げる児童虐待や高齢者虐待の問題は、社会福祉基礎構造改革のもとでの社会保障政策の変化と関係している。同時に、ここ二〇余年の家族生活の変化とともに顕在化してきた課題でもある。措置から契約への移行の中で、措置の時代には福祉に関わる第一線の行政機関として中心的な役割を果たしてきた福祉事務所の仕事、生活保護に事実上収斂され、児童虐待や高齢者虐待の問題に新たな視点から挑戦することが難しくなっているという現実がある。

こうした中で児童問題に限っていえば、福祉事務所と並ぶ福祉に関わる第一線の行政機関である児童相談所の役割が特化して問われてくることになるが、それに応える児童相談所の機能整備については、課題はつきないのが現状である。

いずれにせよ、従来は基本的に私的自治に委ねられてきた家族生活に、国家が家族や個人（児童や高齢者）の生存を守るという視点から、どこまでどのように介入することが望ましいのか、が問題になってきていることは間違いない。その意味では、事例が取り上げる児童虐待や高齢者虐待の問題は、前述した社会福祉サービスをめぐる課題と同じ問題を抱えている。

(6) 問われてきている措置の法的性格とその対応

児童自立支援施設に関わる課題

事例がとりあげる児童自立支援施設に関わる課題は、従前から一部の関係者の間では指摘されてきたことである

が、全体としての福祉サービスへの対応が措置から契約へと移行する中で、依然として「措置」として対応せざるを得ない問題が存在すること、そこでの人権保障をどのように考えるか、が措置から契約へという政策の変化の中であらためて問われてきていることを示している。

児童自立支援施設は、入所児童が従来の「罪を犯した児童」「罪を犯すおそれのある児童」だけでなく、不登校の児童や虐待を受けている児童へと、その対象を拡大してきていることも問題を難しくする新たな要因となつてきている。

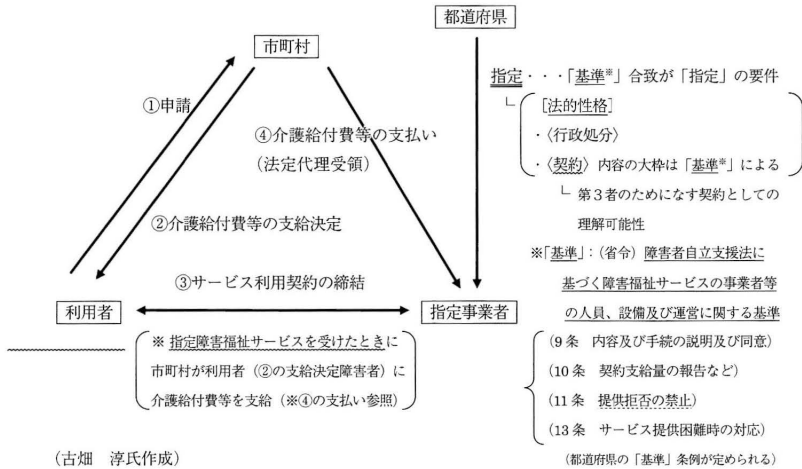
児童相談所の一時保護をめぐる課題

児童相談所の一時保護をめぐる事例は、従前から「措置」の脈絡の中でなされてきたが、児童や親権者の権利との関わりで、その法的性格の明確化と人権保障の視点からの法の整備が求められてきている。その意味で、極めて現代的な課題といえよう。ここでは従来、主として子の財産権との絡みで想定されてきた親権の問題が、子の人権保障の観点から新たな課題を提起してきていることも見逃せない。

こうした新しい課題や疑問にこたえるべく、「憲法二五条と社会保障のあらたな関わり」を問い直し、そのあり様を具体化していく作業の糸口は微細な社会関係の根っこにこそ存在する、という思いは強い。本稿の事例はこうした思いの中から取り上げられたものである。

以下第一部では、①Y学園事件が提起する「契約の応諾義務」の問題を切り口に、「福祉領域に契約関係を持ち込む

【障害者福祉サービスの利用の仕組み】



(古畑 淳氏作成)

こと」の課題とその検討の方向性を提示したい。また、こうした問題を解決していく上でのひとつの糸口を探るといふ意味で、②アメリカにおけるナースィングホームと法をめぐる課題とその解決に係る事項を、筆者のこれまでの研究から極めて簡略な形ではあるが提示しておきたい。次に、③「中間団体」である社会福祉協議会をめぐる課題を取り上げ、国・都道府県と社会福祉協議会の関係を、法的な視点からどのように整理すべきかを考えてみたい。③もこれまでの筆者の研究に依拠するものであるが、そこから補助金の交付をめぐる公的責任のあり方、「中間団体」への国や地方公共団体からの規制のあり方、「中間団体」自身の自主規制のあり方についても、考え方のヒントが得られればと思う。

4 Y 学園事件にみる法的課題とその解決の方向性

(1) 事実関係

知的障害者である A とその両親は、社会福祉法人 B が設置運営する入所授産施設 (以下 Y 学園という) に併設された通所授産施設 C の利用を希望していた。しかし、社会福祉法人 B 及び Y 学園は、①

Aの家族が「保護者の会」と仲が悪い、②D県育成会に非協力的、③施設職員に苦情を言う、の三点を理由に、通所授産施設Cの利用に係る契約の締結を拒否したという⁽¹⁾。

この事件の背景を少し補足すると、Aはいわゆる「措置」の時代から、通所授産施設Cを利用して来た、と推測される。しかし、障害者自立支援法（以下「支援法」ともいう）の成立に伴い、通所授産施設Cが新事業体制に移行することになったため、以下のような「支援法」の仕組みのもと、Aはその利用（「支援法」五条六項にいう「生活介護」サービスの利用）について、Y学園と「契約」を締結することが必要になったが、Y学園から「契約」の締結を拒否されたということのようである。

「契約」する前の段階であるにも関わらず、Aの家族と施設との軋轢が、Y学園側の「契約拒否」理由となっているのはそのためと考えられる。

なお、障害者自立支援法は、平成二四年六月二七日 法律第五一号による改正で、「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」と名称変更された。しかし、この改正によっても本稿が問題とするような「障害者福祉サービスの利用の仕組み」が大きく変更されるわけではなさそうである。また四条、二二条をはじめ前記改正法の一部は、平成二六年四月一日からの施行とされている。本稿は、前記改正前の障害者自立支援法に基づき、話を進めることにしたい。

（２）障害者自立支援法の構造

「支援法」のもとでは、「障害福祉サービス」（同法五条一項参照）の利用を希望する障害者又は障害児の親（以下

「障害者等」という)は、あらかじめ市町村に申請をして介護給付費等の支給決定を受けることが必要である(同法第二章第二節 第二款参照)。

そして介護給付費等の支給決定(同法一九条参照)を受けた障害者が、指定障害福祉サービス等(同法二九条一項参照)を受けようとするときは、指定障害者支援施設等に受給者証(同法二二条八項参照)を提示して、サービスを受けるものとされている(同法二九条二項参照)。

(3) 障害者自立支援法と契約

先にみたように、「支援法」二二条八項は、「受給者証を提示して、サービスを受ける」と記しているだけで、契約を締結することについて明文では規定していない⁽²⁾。

また「支援法」についての解説によれば、受給者証の提示が「契約の申込み」を意味すると解されているわけではない。解説は、支給決定障害者等は受給者証を「その都度、指定障害福祉サービス事業者等に提示しなければならぬ」(傍線 引用者 以下本稿の第一部において同じ)と述べており、受給者証を提示しなければならぬ理由は、「利用者に対する給付費支払が、法定代理受領(準委任契約)により事業者に支払われるからである⁽³⁾」と説明されている。

もつとも、「障害者自立支援法に基づく指定障害福祉サービスの事業者等の人員、設備及び運営に関する基準」(平成一八・九・二九 厚労令 一七一、以下、「基準」という)は、「指定居宅介護事業者は、支給決定障害者等が指定居宅介護の利用の申込みを行ったときは、……。当該指定居宅介護の提供の開始について当該利用申込者の同意を

得なければならない(九条参照)とし、また「指定居宅介護事業者は、指定居宅介護を提供するときは、当該指定居宅介護の内容、支給決定障害者に提供することを契約した指定居宅介護の量その他の必要事項を支給決定障害者の受給者証に記載しなければならない(二一条一項参照)と規定する。また「基準」は、提供拒否の禁止(同一条参照)、サービス提供困難時の対応(同二三条参照)等についても規定していることを考えると、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間には、サービス提供に係るなんらかの契約関係があることは間違いなさそうである(注(12)参照。なお、二一条、二三条等の条文は、「基準」の九三条により指定生活介護の事業にも準用される⁽⁴⁾)。

(4) 障害者自立支援法の全体構造と当事者間の契約―問題の所在と検討の方向性―

(1) はじめに

先にみたように、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等との間には、何らかの契約関係があるとしても、「障害福祉サービスの利用を希望する障害者等は、あらかじめ市町村に申請をして介護給付費等の支給決定を受ける」。さらに「支給決定を受けた障害者は、指定障害者支援施設等に受給者証を提示して、指定障害福祉サービスを受ける」という「支援法」の制度上の仕組みは、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等との間の、先の「私法上の契約関係」にまったく影響しないのだろうか。

Y学園事件では、Y学園からその利用を拒否されたAとその両親は、E市の障害福祉課に相談したが、E市の回答は「民―民の契約(支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等)の間の契約関係をさす。引用者注」のことであるので、介入はできない」ということであった⁽⁵⁾という。ほんとうにそうなのだろうか。このような場合、Aとその両親にはE市の介入を求める何の手立てもないのだろうか。

(2) 手がかりとしての「医療保険の診療契約」

① 「二次的診療契約」という考え方

医療保険の診療契約の当事者については、保険者と指定医療機関との関係を使用者と被用者の関係になぞらえ、医師等と患者との診療契約は、あらかじめ締結されている保険者と指定医療機関との双務協定の枠内で行われる、いわば間接的診療契約、または前記双務協定を仲介とする二次的診療契約であるという主張が、古くからなされている。⁽⁶⁾

② 「療養給付請求権」の発生時期

健康保険法に基づく療養給付請求権に係る訴訟⁽⁷⁾において、原告である総評議長らは、一九七一年、日本医師会が保険医総辞退戦術をとったことから、都医師会役員を被告とし、健康保険法四三条一項(当時)に基づく療養給付請求権の存在確認を、また被告国に対しては前記被告(都医師会役員)にその給付をなすように指示することを求めて提訴した。⁽⁸⁾しかし、訴訟継続中に総辞退が終結したため、原告は訴えを変更し、総辞退期間中に原告の療養給付請求権が侵害されたのは、前記被告と被告国の共同不法行為によるものであるとして慰謝料の請求とした。

この訴訟において、裁判所は「療養給付請求権は、被保険者が具体的に疾病障害等の保険事由が生じてはじめて発生するもの解されるところ、Yらの保険医辞退の期間中にXらが具体的な疾病、障害に罹患して保険事由が発生し、または、そのためにXらが保険医たる同Yらに対し診療などを求めたことについてはXらにより何らの主張もなされていないので、同人らが、……具体的療養請求権を取得した点については結局その主張がないことに帰する」と判断している。

(3) 障害福祉サービスの場合

① 「介護給付請求権」の存在

「支援法」において、指定障害福祉サービス事業者（「支援法」二九条参照）に対し、指定障害福祉サービス（同条参照）の利用の申込みを行うのは支給決定障害者等である。支給決定障害者等とは、「支援法」五条一七項二号が規定するところの支給決定障害者等であり（「基準」二条一項三号参照）、「支援法」一九条一項の規定により同項に規定する支給決定を受けた者、すなわち「市町村から介護給付費等を支給する旨の決定を受けた者」である。

つまり、Y学園事件におけるAは、支給決定障害者であり、Aには「介護給付費等を受ける具体的事由」が発生しているから、前述の判決にそって考えてみても（判決事案における「療養給付請求権」の場合と異なり）、Aには「介護給付請求権」が発生していることになる。

こうした経緯からみて、Aが市町村に対し「介護給付請求権」（その内容については後述）を有することは明らかであるが、Aは指定障害福祉サービス自体については、市町村ではなく指定障害者支援施設等に受給者証（「支援法」二二条八項参照）を提示して受けるものとされているのであるから、Aは指定障害者支援施設等に対しても、「介護給付請求権」に基づき、指定障害福祉サービス等の提供を求めることになっていると考えるのが理にかなっている。⁹⁾

② 市町村と支給決定障害者等の間の契約関係

くりかえしになるが、「支援法」にいう「障害福祉サービス」の利用を希望する障害者等は、市町村に申請をして介護給付費等を支給する旨の決定を受ける。

この支給決定を受けた段階で、市町村と支給決定障害者等の間には、「市町村は、支給決定障害者等が、指定障害福

社サービス事業者等から、障害福祉サービスの提供を受けたときは、介護給付費等を支払う」（正確には、「支援法」二九条をはじめ、法令に規定されていることが契約内容となるが、要約すれば前述のようにまとめることができよう）という「大枠のサービス供給契約」が成立している、とみるのが自然である。

③ 支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間の契約

支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間の契約は、（先に言及した「医療保険の診療契約の当事者」についての例を参照すれば）、「大枠のサービス供給契約」の枠内で行われるサービス供給契約、または「大枠のサービス供給契約」を仲介とする二次的なサービス供給契約ということになり、その契約の主たる内容は、当該「支給決定障害者等」が、当該「サービス事業者」から提供を受ける「障害福祉サービスの具体的な種類、内容、程度等」を定めたものということになる（「支援法」五条一七項、「基準」九条参照）。

このことは、「基準」が「指定居宅介護事業者は、指定居宅介護を提供するときは、当該指定居宅介護の内容、支給決定障害者に提供することを契約した指定居宅介護の量その他の必要事項を支給決定障害者の受給者証に記載しなければならない」と規定していることも附合する（「基準」一〇条一項参照。同条は、「基準」九三条で生活介護にも準用される。以下、断りなき限り、指定居宅介護事業者についての規定は、他の指定障害福祉サービス事業にも準用されていることを前提として話を進めることにしたい）。

そして指定居宅介護事業者は、支給決定障害者等が、指定居宅介護等の利用の申込みを行ったときは、「大枠のサービス供給契約」やそれに依拠する支給決定障害者等の「介護給付請求権」に規定され、供給される具体的な障害福祉

サービスの内容に係る契約を、当該支給決定障害者等との間で当然に締結しなければならないことになる、と考えられる（「提供拒否の禁止と正当事由」については、後述）。

この点について少し補足すれば、近年民法の領域では、最終的な契約締結への意思決定に至るまでの契約交渉過程についても、その成熟度の度合いの評価に応じて、そこにどの程度の法的効果を付与するかが重視されてきている。⁽¹⁰⁾つまり伝統的な意味での申込み・承諾によって成立する契約という形ではとらえられない「最終的な契約締結への意思決定に至る過程」においても、そこに一定の当事者の了解とか意思活動があることを重視し、その中で相手方と与えた信頼であるとか、引き受けたものというものを汲み上げて、それを法律効果へと反映させていく中間項として、「小文字の合意」という用語が使われ、当事者の意思への関心が示されている。⁽¹¹⁾

「支援法」の仕組みのもとでは、提供される障害福祉サービスの具体的な種類、内容、程度等は、「支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間の契約」において、初めて具体化されるものである。Y学園事件の場合、その意味での契約は、確かに最終的な契約締結には至っていない。⁽¹²⁾

しかしながら「支援法」においては、その大枠は市町村と支給決定障害者等間の関係に関する規定（大枠のサービス供給契約）を通じて、制度的に方向づけられている。そうなれば、この仕組みにたいする当事者の了解や信頼からしても、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間の契約における契約過程の成熟度は、受給者証が提示された段階から極めて高いとみなければならぬだろう。

いいかえれば、指定障害福祉サービス事業者等が契約締結を拒否できる場合はかなり制限されてくるといえるだろう。

④ 市と指定障害福祉サービス事業者等の関係

「支援法」二九条一項(要旨)は、市町村は、支給決定障害者等が「都道府県知事が指定する障害福祉サービス事業者から指定障害福祉サービスを受けたときは、介護給付費等を支給する」としている。

それでは、先という指定障害福祉サービス事業者等は、なぜ支給決定障害者に対し指定障害福祉サービス等を供給しなければならぬのだろうか。¹³⁾

「支援法」二九条一項だけではその理由は充分ではないようにみえる。同条四項は、「市町村は、当該支給決定障害者等に代り、指定障害福祉サービス事業者等に、当該介護給付費等を支払うことができる」とする、いわゆる「代理受領」について規定しているが、それ以上にここでいう「市と指定障害福祉サービス事業者等の関係」について、直截に言及する規定は「支援法」には少ない(4の注(20)参照)。

市と指定障害福祉サービス事業者等の関係をより包括的に把握するためにも、本稿では、先に「都道府県と指定障害福祉サービス事業者等の関係」をみていくことにしたい。前述のように「支援法」二九条一項(要旨)は、市町村は、支給決定障害者等が「都道府県知事が指定する障害福祉サービス事業者等から指定障害福祉サービスを受けたときは、介護給付費等を支給する」としており、指定の内実をみていくことが、指定障害福祉サービス事業をめぐる法関係を正確に理解する糸口になるように思われるからである。

⑤ 都道府県知事と指定障害福祉サービス事業者等との間で結ばれる関係とその影響

「支援法」二九条一項という指定障害福祉サービス事業者の指定は、「基準」の定めるところにより、障害福祉サービス事業者の申請により都道府県知事が行うこととされている(「支援法」三六条一項、三項参照)。

この都道府県知事の行う指定は、行政処分ということになるが、正確には「行政処分手続を含む契約関係」として構成されるものとみることができ⁽⁴⁾る。すなわち「基準」に定められていることの多くは、都道府県と指定障害福祉サービス事業者等との間で結ばれる契約の内容を構成するものといえよう。

例えば「基準」は、「……指定居宅介護事業者は、支給決定障害者等が指定居宅介護の利用の申込みを行ったときは、……当該指定居宅介護の提供の開始について当該利用申込者の同意を得なければならない」(九条参照)と規定し、また「指定居宅介護事業者は、指定居宅介護を提供するときは、当該指定居宅介護の内容、支給決定障害者に提供することを契約した指定居宅介護の量その他の必要事項を支給決定障害者の受給者証に記載しなければならない」(二〇条一項参照)とし、さらに提供拒否の禁止(同一一条)、サービス提供困難時の対応(同一三条)等についても定めを置いているが、これらは「基準」により、指定障害福祉サービス事業者等に課せられた契約上の債務ということになる(アメリカでいうナーシングホームの「参加の条件」について後述参照)。

このようにみえてくると、指定障害福祉サービス事業者等が、支給決定障害者に対し指定障害福祉サービス等を供給しなければならぬ直截的な義務は、「基準」に基づくもの、いいかえれば都道府県知事と指定障害福祉サービス事業者等の間の契約に基づくものということになる。

それでは「基準」は、契約上、当然に明らか当事者(都道府県知事と指定障害福祉サービス事業者等)のみを拘束するもののだろうか。次にこの点をみていくことにしたい。

⑥ 都道府県と指定障害福祉サービス事業者等との「契約関係」が及ぼす範囲
すでに何回か指摘したように、「基準」にいう支給決定障害者等とは、市町村から介護給付費等の支給決定を受けた者であり（「支援法」一九条一項参照）、受給者証は、支給決定を行った者に市町村が交付するものである（同法二二条八項参照）。

また「支援法」二九条一項は、「都道府県知事が指定する障害福祉サービス事業者等（すなわち指定障害福祉サービス事業者等）から指定障害福祉サービスを受けたときは……」（要約）と規定し、指定障害福祉サービス事業者等からサービスの供給を受けることを当然の前提として構成されている。しかし、前述のように市町村と指定障害福祉サービス事業者等の法的関係に関するこれ以上に詳細な規定を「支援法」に見出すことはできない。つまり「支援法」二九条一項を中心構成されている市町村と支給決定障害者等の法的関係、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の法的関係についての詳細は、「支援法」ではなく、指定を受けた障害福祉サービスの事業者等に課されるいわば「指定の条件」（アメリカのナーシングホームのひそみにならえば「参加の条件」として構成されている、とみることができ）る。

いかえれば、「支援法」二九条一項は「基準」を前提に構成されており、「基準」は、「支援法」二九条一項を基軸に規定される「市町村と支給決定障害者等の法的関係」、「支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の法的関係」をより実質的に裏づける形で構成されている、とみることができ）る。

このようにみえてくると、都道府県知事の行う指定とそれに伴う（都道府県知事と指定障害福祉サービス事業者等の間の）契約において、指定障害福祉サービス事業者等に課せられた契約債務の内容が、市町村と支給決定障害者等の関係を含む本体給付の周辺や契約当事者以外の者にも広がりを見せていることは間違いない、ように窺える¹⁵⁾。

また冒頭でも触れたアメリカでいう「包括条項」の考え方（詳しくは、後述参照）は、市町村、支給決定障害者等、指定障害福祉サービス事業者等、都道府県それぞれの間の関係について規定する法令の定めが、それぞれの関係者の間の契約内容にどのように反映されているのか、その結果として関係者間の法関係をどのようなものとして構築することが理に適っているのかを検討していく上でも、制度の相違を超えて参考になるように思われる。

こうした関係を法的にどう整理するかは今後の課題とせざるをえないが、少しだけ無謀を承知でこの点について記述を進めていきたい。

⑦ 支給決定障害者等の都道府県知事に対する「裁判上の請求権」

くりかえしになるが、「支援法」二九条一項が、指定障害福祉サービス事業者等からの（支給決定障害者等に対する）サービスの供給を当然の前提としていること、また「基準」が「支援法」が規定する「市町村による介護給付費等の支給決定」の仕組みを組み込む形で、指定障害福祉サービス事業者等による支給決定障害者等へのサービス供給の開始について規定していることからすると、支給決定障害者等は、指定障害福祉サービス事業者等にサービスの供給を拒否するなどの「基準」に違反する行為があった場合には、都道府県知事に対して、その「介護給付請求権」に基づき、指定障害福祉サービス事業者等が介護給付をなすように指示することを求める「裁判上の黙示の請求権」を有すると考えるのが理に適っているようにみえるが、⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾どうだろうか。

⑧ 都道府県知事の行う指定と公法上の「第三者のための契約」

都道府県知事の行う指定を、本稿では「行政処分手続を含む契約関係」、具体的には「指定に伴う都道府県知事と障

害福祉サービス事業者の間の契約」とみていることは前述のとおりである。

その場合、この契約の法律上の性質を公法上の「第三者のための契約」として捉え、受給者証の提示は、第三者である支給決定障害者等の受益の意思表示と想定することも考えられる。

アメリカにおいては、「裁判上の請求権」に依拠するもの他に、ナーシングホームの居住者が「第三受益者」の立場から、ナーシングホームの基準違反を追及する訴訟も散見されることは後述のとおりである。

「第三者のための契約」については、意思能力がなかったり、行為能力に制約のある支給決定障害者等については、受益の意思表示が難しい場合があるのではないかという「問題点」が指摘されている。この問題は、そもそも様々な障害をもつ人の利用が想定される福祉サービスの利用関係に対し、契約関係を持ち込むことの本来の矛盾に由来する問題の一例である。

後述する「保護者」の問題もその例だが、障害者に係る福祉サービスの法の運用は、そのあたりの問題を巧妙にすりぬけつつ運用されているのが実情である。

さりながら、こうした問題点に当面目をつむり、現状の中に解決の糸口を見出していくとすれば、「受給者証の提示」を第三者である支給決定障害者等の受益の意思表示と擬制して、当該契約の法律上の性質を公法上の第三者のための契約と構成することも、いちがいに否定できない。

また前述のように「支援法」二九条一項は、「基準」を前提に構成され、「基準」は「支援法」二九条一項を中心と

する「市町村と指定障害福祉サービス事業者等の法的関係」「支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の法的関係」を実質的に裏付ける形で構成されており、結局のところ「基準」は市町村と指定障害福祉サービス事業者等の関係についても規定している。その意味では、市町村もまた、都道府県知事、指定障害福祉サービス事業者等だけでなく、「基準」をめぐる法関係の当事者といえないだろうか。だとすれば、市町村もまた、都道府県知事や指定障害福祉サービス事業者等と同じく、支給決定障害者に指定障害福祉サービスを提供する法律上の義務を有することになるといえないだろうか。

(4) 履行の強制

① 直接強制の可能性

法令が「提供拒否の禁止」について規定していることはすでにふれた（「基準」一一条には、指定居宅介護事業者への「提供拒否の禁止」規定がある。同条は「基準」四八条等で他の指定障害福祉サービス事業者にも準用されている）。もっとも正当な理由のない提供拒否は、公序良俗に反し無効ということだとすれば、指定障害福祉サービス事業者等が提供を拒否する正当な理由について抗弁し、裁判においてそれが認められた場合には、指定障害福祉サービス事業者等は、当該契約の締結を拒否できるということになる。

Y学園事件の場合、明らかにされている事実をみる限り、提供を拒否する正当事由はなさそうである。仮に正当事由が認められないとして、A及びその両親は、通所授産施設Cの利用という非代替的義務の履行（直接強制）を裁判上、求めることは可能だろうか。

② 履行の要件

一般に、履行の要件としては、i 債務の存在、ii 債務の本旨にそつた履行がないこと、iii 履行が可能であること、iv 債務の性質が強制履行を許さないものでないこと、が挙げられてきた。¹⁸⁾

裁判において、「提供拒否の理由」についてのY学園側の抗弁が採用されないとすれば、前述してきたことからするとi ii iiiの問題は、クリアできそうである。問題はivである。Aがこれまで通所授産施設Cに措置入所していたことからすると、直接強制は可能なようにもみえる。

③ 誰に対して直接強制を求めるか

仮に直接強制が可能であるとして、障害者自立支援法の構造のもとでは、A及びその両親は、誰に対して直接強制を求めることが適切なのか、といった問題もありそうである。¹⁹⁾

直接強制の相手方として考えられるのは、i 指定という行政処分手続を含む契約の一方の当事者である都道府県知事、ii 指定障害福祉サービス事業者から当該指定障害福祉サービス等の支給がなされることを与件として、介護給付費等の支給を決定した市町村、iii 前記iの契約の相手方として、指定障害福祉サービスを提供する法律上の義務を負う指定障害福祉サービス事業者、である。

④ 「介護給付請求権」を誰に対して行使するか

都道府県知事

前述のように「基準」は、「指定居宅介護事業者は、支給決定障害者等が指定居宅介護の利用の申込みを行ったと

きは、(当該指定居宅介護の提供の開始について当該利用申込者の同意を得なければならない)(九条参照)と規定し、また「指定居宅介護事業者は、指定居宅介護を提供するときは、当該指定居宅介護の内容、支給決定障害者に提供するを契約した指定居宅介護の量その他の必要事項を支給決定障害者の受給者証に記載しなければならない」(一〇条一項参照)とし、さらに提供拒否の禁止(同一条)、サービス提供困難時の対応(同一条)等についても定めを置いている。これらは「基準」により、指定障害福祉サービス事業者等に課せられた契約上の債務であり、都道府県知事は、自らが指定した障害福祉サービス事業者等がこれらの法令上の義務を果たすように監督し、指導する法律上の義務を負っている(「支援法」一一条、四八条〜五〇条。なお4の注(20)参照)。

こうした制度上の仕組みからすれば、支給決定障害者等は、i 介護給付請求権に基づく「裁判上の黙示の請求権」を根拠に、iiあるいは「第三受益者」として、要約者である都道府県知事に対し、諾約者である指定障害福祉サービス事業者等に介護給付をなすことを命じることを内容とする義務づけ訴訟を提起できると考えるのが、理に適っているようにみえる。(Y学園事件の場合についていえば) Aは、iあるいはiiに依拠し、行政事件訴訟法三条六項一号に基づき、都道府県知事に対し、規制権限の行使をもとめる訴訟を提起し、「Y学園に対して、Aとの契約を締結するよう指示することを求めることができる」と考えたい。

前記iについて補足すれば、支給決定障害者等は、指定障害福祉サービス事業者等に、サービスの供給を拒否するなどの「基準」に違反する行為があった場合には、都道府県知事に対しても、介護給付請求権に基づくところの「監督権の履行請求を求める裁判上の黙示の請求権」がある、と考えるものである。もっとも立法論としては、支給決定障害者等の都道府県知事に対する「裁判上の請求権」を、法令上、明記することが望ましいことはいうまでもない。

前記 ii) について補足すれば、都道府県知事の行う指定を、本稿では「行政処分手続を含む契約関係」、いいかえれば「指定に伴う都道府県知事と当該障害福祉サービス事業者の間の契約」関係の存在に着目していることは前述のとおりである。その場合、この契約の法律上の性質を、公法上の「第三者のための契約」として捉え、受給者証の提示は、第三者である支給決定障害者等の受益の意思表示と想定しようとするものである。「第三者のための契約」として捉えようとすることについては、意思能力がなかったり、行為能力が制限されている支給決定障害者等については、受益の意思表示が難しいという「問題点」が指摘されているが、ここではこうした問題点には当面目をつむり、現状の中に解決の糸口を見出していこうとするものであることは前述のとおりである。

市町村

市町村は、支給決定障害者等に対し、「都道府県知事が指定する障害福祉サービス事業者等から指定障害福祉サービスを受けたときは、介護給付費等を支給する」ことを制度上確約しており、支給決定障害者等は、市町村に対し「介護給付請求権」を有すると考えられることは、前述のとおりである。

このことを根拠に、Y学園事件の場合のように、指定障害福祉サービス事業者が、契約の締結に応じず、サービスの提供拒否している場合には、支給決定障害者であるAは、行政事件訴訟法三条六項一号に依拠し、E市を被告として、規制権限の行使をもとめる訴訟を提起し、E市に対し、Y学園に対して、Aとの契約を締結するよう指示することを求めて提訴することができるだろうか。

市町村には、指定障害福祉サービス事業者等に対する「監督権限」⁽²⁰⁾がなく、したがって救済権限がないとして、「介護給付請求権」の実現を、市町村が、指定障害福祉サービス事業者等に求めることはできないとみるのが、大方の結

論であろう。

そのことを承知のうえで、少しだけ話を進めたい。まず、「介護請求権」の内容を確認しておこう。

Aの市町村に対する「介護給付請求権」に対する市町村の一義的な義務は、介護給費の支給（費用の保障）である。しかし、法は「市町村は、支給決定障害者等が、指定障害福祉サービス事業者等から、障害福祉サービスの提供を受けたときは、介護給付費等を支払う」（「支援法」二九条）と述べていることからすると、二九条は、「支給決定障害者等が、指定障害福祉サービス事業者等から、障害福祉サービスの提供を受けること」を制度上の前提（与件）として構成されている。いいかえれば、市町村は、Aの市町村に対する「介護給付請求権」に対する一義的な義務である。介護給費の支給（費用の保障）を誠実に履行するためにも、「支給決定障害者等が、指定障害福祉サービス事業者等から、障害福祉サービスの提供を受けること」を確保することについて市町村は、少なくとも何らかの「義務」を負っていると考えざるをえない。

このことを法的に裏付けるかのように、「支援法」二九条一項は、「基準」を前提に構成されており、「基準」は、「支援法」二九条一項を基軸に構成されるところの「市町村と支給決定障害者等の法的関係」、「支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の法的関係」を、実質的に裏づける形で構成されている、ようにみえる。つまり、都道府県知事の行う指定とそれに伴う（都道府県知事と指定障害福祉サービス事業者等の間の）契約において、指定障害福祉サービス事業者等に課せられた債務の内容は、都道府県知事に対する義務であるだけでなく、指定障害福祉サービス事業者等の市町村に対する義務としても（いいかえれば市町村は、指定障害福祉サービス事業者等に対して契約締結を求める法的権限を有するものとして）広がりを見せている、ようにみえる。

こうした制度上の事実をもとに、市町村の指定障害福祉サービス事業者等に対する「法的権限」に係る理論の構築

が深まることを期待したい。そのように解さないと、指定障害福祉サービス事業者等は、なぜ支給決定障害者に対し、指定障害福祉サービス等を供給しなければならないのか、なぜ「支援法」(二九条五項、六項)は、指定障害福祉サービス事業者等に対して「代理受領」を唐突に認めているのかを理解することは難しいはずである。

とすれば、市町村と指定障害福祉サービス事業者等との間には、基準に内包される「黙示の契約関係」があり、支給決定障害者とその「第三受益者」であるとすれば、前記「契約」の要約者である市町村は、諾約者である指定障害福祉サービス事業者等に対し、債務(支給決定障害者等に、指定障害福祉サービスを提供すべきこと)を履行すべきことを諾約者(指定障害福祉サービス事業者等)に請求することを義務づけることができる、といえないだろうか(なお、4の注(20)参照)。

指定障害福祉サービス事業者等

支給決定障害者等の指定障害福祉サービス事業者等の契約は、市町村と支給決定障害者等との間の「大枠のサービス供給契約」を受けた二次的契約である。

加えて、市町村に関して言及したような「基準の構造」からして、支給決定障害者等が、指定障害福祉サービス事業者等に「サービス契約の提供」を請求できる、と考えられる。指定障害福祉サービス事業者等への履行の強制が可能であるとするれば、支給決定障害者等の目的はそれだけで達せられるともいえようか。

課題

以上、様々検討してきたが伝統的な考え方のもとでは、Y学園事件のような場合、直接強制はいずれの場合におい

てもかなり難しいのかもしれない。

しかし、直接強制が難しいということになると、「措置から契約へ」に移行しても、支給決定障害者等の指定障害福祉サービス事業を受ける「権利」は、喧伝されているようには保障されないことになってしま⁽²⁾う。

(5) 指定障害福祉サービス事業者の提供拒否と措置による提供

ここで、直接強制を可能とするもうひとつの道筋を本件事例に則して探ってみたい。

(1) 知的障害者福祉法一六条一項

知的障害者福祉法一六条一項(要旨)は、「市町村は、一八歳以上の知的障害者につき、その福祉を図るため、必要に応じ、次の措置をとらなければならない」と規定し、二号で「やむをえない事由により介護給付費(療養介護等に係るものに限る)の支給を受けることが著しく困難であるときは、……社会福祉法人の設置する障害者支援施設……に入所させてその更生援護を行うことを委託すること」としている(療養介護等については、「支援法」五条五項に規定がある)。

(2) Y学園事件への知的障害者福祉法一六条一項の適用

知的障害者福祉法一六条一項二号は、もともとは一八歳以上の知的障害者が、何らかの理由で、「支援法」にいう自立支援給付費等の支給自体を申請できない場合を想定していたようにも窺われる。しかし、もともとの立法趣旨とは異なるとしても、Y学園事件の場合のように、通所授産施設Cの利用に係る契約の締結が拒否されているといった状

況は、「やむをえない事由により介護給付費の支給を受けることが著しく困難であるとき」に該当すると考えられる。そうすると、E市には知的障害者福祉法一六条一項二号に基づき、Aの希望を受入れ、通所授産施設CにAの更生援護を行うことを委託する措置を実施することが求められることになろう。通所授産施設Cには、知的障害者福祉法二二条に基づき受託義務が課せられている。

(3) 義務付けの訴え（行政事件訴訟法三条六項）と法令に基づく申請

社会福祉基礎構造改革が施行される以前のいわゆる措置の時代においては、老人福祉法、児童福祉法、身体障害者福祉法、精神薄弱者福祉法（後の知的障害者福祉法）に基づく措置は、当該措置を受けようとする希望者からの申請に基づくものではなく、措置の実施機関が職権をもって自主的に行うものと解され、生活保護法が申請に基づいて保護することを原則とし、国民に保護請求権を付与しているのとは異なるものと説明されてきた。⁽²²⁾

行政事件訴訟法三条六項二号は、「行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において……」と規定している。

前述の解釈に従えば、現行の知的障害者福祉法一六条一項に基づく措置は「当該措置を受けようとする希望者からの申請に基づくものではなく」、法令に基づく申請とはいえないことになってしまふ。果たしてそうだろうか。

(4) 介護給付請求権の存在と法令に基づく申請

前述のように、知的障害者福祉法一六条一項二号（要旨）は「やむをえない事由により介護給付費（療養介護等に係るものに限る）の支給を受けることが著しく困難であるときは、……社会福祉法人の設置する障害者支援施設……」

に入所させてその更生援護を行うことを委託すること」と規定している。

Y学園事件におけるAは支給決定障害者であり、Aには、前述のように「介護給付費等を受ける具体的事由」が生じているのであるから、Aが市町村に対し「介護給付請求権」を有することは明らかであるが、指定障害福祉サービス自体については、市町村ではなく、Aが指定障害者支援施設等に受給者証（「支援法」二二条五項参照）を提示して受けるものとされている。したがってAには、どの指定障害者支援施設等から指定障害福祉サービスを受けるかについての「選択権」があることになり、AがE市に前記申請を行う際に、通所授産施設Cにおける「措置の実施」を求めることは、当然に可能ということになる。

このようにみえてくると、少なくともAのような事案の場合における知的障害者福祉法一六条一項に基づく措置は、「法令に基づく申請」を前提にするものと解するのが相当である。⁽²³⁾

(5) 行政事件訴訟法三七条の二 一項の要件

知的障害者福祉法一六条一項二号に係る実務においては、運用上、利用希望者からの「申請」書類の提出が前提とされていることが予想される。そして、仮にAに係る当該「申請」が「法令に基づく申請」であることが認められたとしよう。

次の問題は、E市がAに対し「通所授産施設Cへの入所を承諾しない旨の処分」をした場合である。Aは本件処分の取消訴訟とともに、E市に「通所授産施設Cへの入所処分」を義務付ける訴訟を提起し、勝訴することは可能だろうか。

行政事件訴訟法三七条の二 一項は、「第三条第六項第一号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の処分
がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに
限り、提起することができる」と規定している。

従って、争点は、Aが通所授産施設Cに入所できないことがAに対し重大な損害を発生させるおそれがあるかどうか、通所授産施設C以外の通所授産施設に入所する等の方策が、Aにとって「他の適当な方法となりうるかどうか」の判断にかかってこよう。

Aは「支援法」の成立以前から、通所授産施設Cを利用していた、と推測され、環境の変化をはじめ知的障害のあるAの日常生活への影響が大きく、そのため行政事件訴訟法三七条の二 一項の要件に該当する契約がなされないとすれば、実際には施設利用が打ち切られたのと同じことになる、と判断できる可能性はあろう。

社会保障法の領域では、すでに保育所について仮の入園承諾処分が認められ、当該事件の判決⁽²⁴⁾においては、平成六年の行政事件訴訟法改正により、法定された義務付けの訴えが初めて認容されている。本件を考えるうえでも参考にならう。また生活保護法に関して、執行停止や仮の義務付けが認められてきていることも付記しておきたい。⁽²⁵⁾

(6) 利用者の意思能力 行為能力

(1) 保護者の指定

先に取り上げたY学園事件に係る実際の事件では、(ホームページによれば)、Y学園側は当初 契約の締結自体を拒否していたが、後に契約の代理人(代理人のことと思われる)をAの母親とするなら、契約を結んでもよいとした

ようである。

通常Y学園では、保護者を契約の代理人としているようである。この点についてはA側も異論を唱えていない。しかしAは成人であり、行為能力に問題があるのであれば、制度上は成年後見人の選定が必要となる。

(2) 保護者の法的性格

知的障害者福祉法における保護者は、「配偶者、親権を行う者、後見人その他の者で、知的障害者を現に保護するものをいう」とされる(二五条の二 一項かつこ書き)。この保護者の定義については、措置の時代から実質的な変更はない。⁽²⁶⁾

現状では、保護者が知的障害者本人からの実質的な委任がないまま、契約の代理人になったり、保護者が個人情報の開示請求を行ったり、介護給付費等の請求を行っている場合が少なくない。こうした現状をすべて否定すると、逆に知的障害者の権利行使の機会を制約し、結果的に知的障害者本人の権利を侵害することにもなりかねない。さりながら、保護者の意向が知的障害者本人の意向を反映したものであるのかの判断は難しく、場合によっては、保護者の意向や利益と知的障害者本人のそれと相反することもありうるので、現状をそのまま肯定するわけにもいかない。かといって、保護者の代りに必要に応じて成年後見人を選任すれば、すべて解決する問題でもなさそうである。

精神薄弱者福祉法の時代から、法が保護者に期待しようとしたアドボケート(伴走者)としての役割を、「措置から契約へ」の移行の中で法的にどう掬いとり、制度として定着させていくかが課題のように思われる(2の注(13)参照)。

(3) 保護者と親権者

Y 学園の事例では、前述のように Y 学園側は、契約の代理人（代理人のことと思われる）を A の母親とするなら、契約を結んでもよいとしたようである。⁽²⁷⁾ 保護者が知的障害者本人からの実質的な委任がないまま、契約の代理人になることの問題点はさておき、A が成人であり、両親がともに A を保護しているのであれば、少なくとも父親母親双方が「保護者」ということになるのではなからうか。

A が未成年者の場合はどうなるだろう。A の場合、親権者である両親が保護者ということになろう。親権者は法定代理人であるから、A に代って契約を締結できることになる。その場合、両親は共同親権者として、父母いずれもが契約の当事者になることが必要なのだろうか。Y 学園の事例では、両親いずれも A が通所授産施設 C を利用すること望んでいるようだが、実際には、一方の親だけがそれを望んでいる場合もある。

個人情報保護に関する審査会の場合、未成年者の個人情報、一方の親だけが法定代理人として「本人請求」する事例も散見されるようになってきている。

昭和四二年の最高裁は、昭和二八年の最高裁判決を引用し、財産については共同親権の行使を求めている。⁽²⁸⁾ 福祉サービスについてはどうか。福祉サービスに関連する領域での共同親権の行使があらたな課題となっている。

(4) 障害者自立支援法の全体構造と求められる行為能力の程度

指定障害福祉サービス事業者の指定は、「基準」に定めるところにより、障害福祉サービス事業者の申請により、都道府県知事が行うこととされている。そしてこの都道府県知事の行う指定は、行政処分ということになるが、正確に

は行政処分手続を含む契約関係と考えられることは前述のとおりである。

後述するアメリカでは、高齢者医療保険（メディケア）や医療扶助（メディケイド）からの費用の償還を希望するナーシングホームは、連邦政府や州政府の認可を受ける際の要件（「参加の条件」ともいわれる）として、「入所者の処遇過程における権利条項」を含む連邦法令や州法令の規定に従うことが義務づけられている。

わが国の「基準」の中にも、適切な「入所者の処遇過程における権利条項」が包摂され、障害福祉サービス事業者は、利用者（入所者）に対する関係において、当該基準を遵守すべきことが「指定の条件」として明確化されれば、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者間の契約の内容は、それだけ簡潔でわかりやすかつ意義のあるものにならないだろうか。⁽²⁹⁾

その結果として、契約締結にあたり、支給決定障害者等に求められる行為能力の程度は、それだけ緩やかになると考えられないだろうか。

ここで少しアメリカにおける「ナーシングホームと法」の問題に触れておきたい。

5 アメリカにおける「ナーシングホームと法」——利用者の権利を考えるために

「措置から契約へ」の流れの中でわが国の福祉サービスは、雑駁な言い方をすれば、国（地方公共団体を含む）が実施主体として福祉サービス自体を提供する「イギリス型」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サービスの利用に要する費用の一部を国が償還する「アメリカ」型に転換してきていることも前述のとおりである。

そのアメリカでは一九六〇年代以降、ナーシングホームにおいて様々な人権問題が顕在化することになった。こう

した中で多くの訴訟が提起され、あわせて状況を改善する試みや提案がなされることにより、「人権保障のための法的な枠組み」についての一定の整備がなされてきている。

連邦憲法上「生存権」の規定がなく、判例上も「生存権」が明確に承認されているとは言いがたいアメリカにおいて、財産権・平等権の保障の延長線上に、高齢者や障害者の「生存権」に係る実質的な保障を位置づけ、定着させようとする努力が積み重ねられてきたことは、やはり注目に値する。

例えばアメリカでは、ひとびとの健康・福祉、なかならずく児童や高齢者・障害者に対しては、州が後見人としての役割を果たすべきものとする、後見人としての国家 (*parens patriae*) の伝統が発展的に理解されてきているようにも窺える。

また、メデイケイド事業からのナーシングホームの脱退は、コモンローに基づく施設のケア提供義務に違反し、ケア放棄の意思表示であるとの主張は、⁽¹⁾「個別の当事者の意思とは無関係に外から規範が課される」という意味で、内田貢教授の唱えられる「制度契約」との関連性も思われて興味深い。

前述のように「措置から契約へ」の流れが定着し、サービスの供給形態が総じて「アメリカ」型に移行してきているわが国において、アメリカにおいて生じてきたような「様々な人権問題」が顕在化し始めている現状を顧みれば、アメリカが経験し、克服しようとしてきた課題とその解決にむけての方策の一端をあらためて確認しておくことは、わが国の現状を再認識し、その発展を考えるうえで、きわめて具体的な視角を提供してくれるものと思われる。

「措置から契約へ」の移行のもとでも、「公の責任は具体的・日常的なサービスの実行にまで及ぶ」という憲法二五

条の理念を貫徹させようとするなら、「サービスの実施過程」における利用者の「権利」を守る手立ての確立は重要となる、と考えられるからである。

以下では、わが国の現状を念頭におきながら、アメリカにおける試みの一端に簡単にふれておくことにしたい。

(1) アメリカ 参加の条件と入所者の権利

アメリカでは、メデイケア（高齢者医療保険）やメデイケイド（医療扶助）から「介護費用」の償還を希望するナースィングホームは連邦法令に定める基準に従わなければならない（「参加の条件」といわれる）とされる。当該基準は、①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⁽²⁾。特に②管理運営のあり方と組織の一部には、「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が注目される。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（入所者個人の財産管理の記録、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」の保障の内実が問われていることに注目したい。

(2) アメリカにみる様々な「規制執行の実施」(State Agency Enforcement Remedies)と多様な根拠法

アメリカのナーシングホームに関する「規制執行の実施」(State Agency Enforcement Remedies)は極めて多様である。すなわち、州の機関(メデイケイド・メデイケアの機関、州検事総長等)は、施設への監査や様々なルート(州苦情申立て、消費者保護、オンブズマン等)を経て判明した違反に対して、様々な根拠法(メデイケイドやメデイケアに関連する法律、州のナーシングホーム法、衡平法等)に基づき、「規制執行の実施」に対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やメデイケイドおよびメデイケア適用施設の解除等があげられる。ここまではわが国と大差はないが、その他の手段として、差止救済、罰金、償還率のコントロール、管財人の任命、認可ベッド数の制限、州機関による紹介の打切り等がある。場合によってはLTCオンブズマン⁽³⁾も行政救済のひとつに入れられている。

これらの「規制執行の実施」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「規制執行の実施」の根拠法として発展してきたおり、行政規制の実施過程、より限定的には違反の発見とそれへの対応を行う執行過程が、わが国よりは明確なことが注目される。

(3) 基準と裁量

指定や認可またその取消しに係る要件については、規定の明確化が望まれるところだが、特に「サービスの質」に

関わる基準については、関係機関の裁量をまったく排除する形で基準化をはかることは困難である（2の注（11）参照）。

このため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、ナーシングホーム訴訟（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。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いるからである。州機関がライセンスや認可の取消を強制できるのは、基準を遵守していないことが裁量権の濫用にあたると明確に判断される場合に限られている。

こうした状況を克服するひとつの手立てとしてアメリカでは、調査機関（Survey Agency）は、求められている事項についての認定（施設は管理能力に問題があり基準に従うことができなかったのか、あるいは不可抗力のために遵守できなかったのか等）を行うにあたり、その記録を作成しなければならぬとされている。もっとも、こうした認定が調査機関によって行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。しかし、このことが実質的証拠基準則と関連するものとすれば、やはり注目されるべきものといえよう。

またアメリカでは、LTCオンブズマンも「規制の実施過程における対応を充実させる方策のひとつ」として、行政当局による不適切な調査に対処するために導入されたといわれている。特に一九八七年の改正で、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。

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）による確認が行われてきた。一九八七年の改正では、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ナーシングホームについての情報や状況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、行政当局による施設調査の終了時に行われる会議にオブザーバーとして出席することが認められている。このような行政当局とLTC オンブズマンとの連携が、実質的に意味をもつものとしてなされるならば、前述した調査機関による認定にも資するところは大きいものとなろう。⁽⁴⁾

LTC オンブズマンについて、もう少し補足をおこう。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、入所者はLTC オンブズマンに直ちに直接接触できるとしている。同時に一九八七年の高齢者法(The Older Americans Act)は、州は施設を訪問し、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権限をLTC オンブズマンに付与すべきことを規定している。

このように、アメリカのLTC オンブズマンは、北欧に端を発するといわれる伝統的な意味でのオンブズマンと異なり、(政府、利用者に対する)第三当事者であるナーシングホームにおける問題への対応に関わる。

このようにLTC オンブズマンがナーシングホームに関与するのは、ナーシングホームに対する規制者であり償還者(メデイケイドやメデイケアからナーシングホームに介護費用の一部を償還する者)である連邦政府が、ナーシングホーム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。ここでは、ナーシングホーム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。わが国では、いわゆる「措置の時代」においても、市町村から措置の委託を受けた社会福祉法人の特別養護老人ホームの従業員を国家賠償法上の「公権力の行使にあたる公務員」にあたりと判断した判例は少ない。⁽⁵⁾

「公的責任の一翼を担うものとしてのナーシングホーム」という位置づけは、「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 (state action) 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。⁽⁶⁾

同様に、知的障害をもつ人々の権利と利益を守る「擁護組織」である P A I (The Protection and Advocacy Agency) は、民間の独立した非営利組織であるが、判例上は州の組織とみなされることがあるのは、P A I が州の行為と同視されるころの州法の概観の下に (under color of state law) 行われる行為を遂行していると考えられることよってである。なおアメリカには、代理も後見も擁護の場合も、当事者間には信認関係 (fiduciary) が存在するとされる考え方もあることは見逃せないところである。

(4) 行政規制を実質的に機能させる手立てと私人の位置

事例への素材として、先に取り上げた Y 学園事件に係る実際の事件では、(ホームページによれば)、A 側の訴えを受けた E 市は当初、民一民の関係だからととりあわず、その後「問題を把握し、直ちに指導する旨回答」し、再度指導もしているようだが、解決には至っていないとされる。同じく (ホームページによれば) F 県も、何度か Y に対し行政指導はしているが、解決には至っていないようである。A 側は「F 県は、事業を指定している責任において、また運営を管理監督する立場でありながら特別監査も行わないままである」と述べている。また、わが国では一般に都道府県が運営適正化委員会等から「不当な行為が行われているおそれ」について通知を受けた場合、多くの都道府県では、監査の際にその事実を確認するといった対応がなされているのが現状のようである。

アメリカでは、わが国と比較しより多様な行政規制の手法が採られていることは前述のとおりだが、行政規制に係る私人の位置はどのようなものなのだろうか。

① ナーシングホームが行政規制の実施を拒否している場合には、入所者の弁護士は、入所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重要とされてきた。

② また入所者は、行政当局が行政規制の実施をしない場合は、他の連邦及び州の機関を通じて、行政救済の執行を求めることができると考えられてきた。

③ 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。

④ 州機関が行政規制を実施している場合には、住民はその執行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。⁽⁷⁾

(5) 州機関による「規制執行の実施」が行われない場合と私人

アメリカにおいても、私人が行政救済の行使を裁判所に求めることについて明確に規定しているのは、「管財人の任命」に限られるようである（現状は不明）。

では、施設の入所者は、州機関による行政救済の行使が行われなかったら、どのような場合「差し止め」等の手段に訴え、裁判所に対し州機関による行政救済行使を求めることができるだろうか。

前記(3)で述べたことは、直接、間接にこの点に関係しているが、さらに以下のことを付記しておきたい。

請求権 (cause of action) の確立

メデイケイドに関係する社会保障法は、州やサービスの供給者が法律に従わなかった場合に、被害を被ったナーシングホームの居住者(メデイケイドの受給者)に対し、彼らに対し社会保障法令上の義務の執行を求める特別の訴訟上の請求権を規定していない。

こうした場合、ナーシングホームや州政府に対する入所者の「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。もともと州法令の中には、明文で請求権を保障しているものもある。請求権という概念は英米法固有のものであるが、わが国でも英米法のひそみにならない、「事業の設備及び運営に関する基準」等において、利用者の「裁判上の請求権」を明確に規定していくことが必要なのではなからうか。⁽⁸⁾

包括条項

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ズ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すべきことを施設に遵守させることは可能であると考えられてきた。例えば公営住宅の「違法な居住者」に関するいくつかの訴訟では、「住居規定の要件」が(関係者の)黙示の前提とされていることから、「住居規定の要件」は、賃料を払わない被告(居住者)の抗弁理由となるとされてきた。州裁判所は、同様のことを「居住者が利用料の支払いをしない」というナーシングホームからの訴えに適用している。すなわち、裁判所は「当該ナーシングホームの管理人は、法の要請する資格

をもっていないことから、契約は法に違反し無効である」と判示している。⁽⁹⁾

第三受益者

施設はメデイケイドやメデイケアからの償還の資格を得るためには、連邦政府の「参加の条件」に従うことが要請されている。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ことになるから、入所者はその「第三受益者」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になる。連邦政府や州政府とナーシングホームの契約において、ナーシングホームの入所者は、第三受益者であるとして提起された訴訟において、いくつかの裁判所は「入所者は、第三受益者として、州法にもとづく権利を遂行できる」としている。

例えば *Hulse* 事件では、黙示の請求権は否定されたが、裁判所は「原告は、州とナーシングホームのメデイケイド・メデイケアサービス供給契約 (Provider Agreement) の第三受益者である」と判示して、第三受益者としての請求権を容認している。しかし、アメリカの論文には「第三者のためにする契約」のような理論構成で入所者の権利を保障するのではなく、いわば入所者の「生存権」の視点から権利性を構築していくことが本来的には望ましい、といった指摘もあることは注目される。⁽¹¹⁾

もつとも、包括条項や第三受益者の考え方は、州機関等に対し行政救済の行使を求めることについての直截的な参考にはならないだろう。

しかし前述したように、包括条項の考えかたは、わが国の都道府県知事の指定に係る「基準」にたいする市町村の位置を考える上で、また第三受益者の考え方は、要約者として、例えば市町村が受益者に対する「基準」に沿ったサ

ービスの履行を、諾約者（サービス事業者）に請求しうる権利の行使を市町村に求めるといった形で、意味を持つてくるようにみえるが、どうだろうか。

(6) ADRと争訟をつなぐものー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、もっ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、管財人の選任請求、差止救済や損害賠償の請求、市長にマニディマスの執行を求める、といったことについての法的権限をもつとされてきた。この例にみるように、LTCオンブズマンの機能は、ADRを争訟につなげる手段としても、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あるものとなりうる。⁽¹²⁾

6 「中間団体」としての社会福祉協議会をめぐる課題とその解決の方向性

平成一二年の社会福祉事業法の改正で、市町村社会福祉協議会が社会福祉協議会の基礎的単位として位置づけられた。都道府県社会福祉協議会については、社会福祉法一〇八条に規定されるもののほか、福祉サービスの利用援助、福祉サービスの係る苦情の適切な解決、社会福祉を目的とする事業への支援について、法律上特別な位置づけがなされることになったことは前述した。

こうした社会福祉協議会の位置づけの変化は、社会福祉基礎構造改革の理念と基本的方向と関係している、とみることができ、より広い視点でいえば、現状における国家とは何か、国家の役割は何か、「新しい公」といわれることの含意は何か、に関連する社会保障法領域の新しい課題と考えられることも前述のとおりである。以下では、事例

の解題に先立ち、社会福祉協議会の問題の所在と解決の方向性について、若干の試論を提示しておくこととしたい。

(1) 都道府県社会福祉協議会（苦情解決委員会）と公的責任の連携

(1) 運営適正化委員会とは

社会福祉法八五条一項は、「運営適正化委員会は、福祉サービスに関する苦情について解決の申出があったときは、その相談に応じ、申出人に必要な助言をし、当該苦情に係る事情を調査するものとする」と規定し、二項で「運営適正化委員会は、前項の申出人及び当該申出人に対し福祉サービスを提供した者の同意を得て、苦情の解決のあつせんを行うことができる」と規定している。

この他、運営適正化委員会については、社会福祉法八章二節に関連規定があり、その他、政令等にも詳細な規定が置かれている。

(2) 運営適正化委員会の設置主体

社会福祉法は、「……福祉サービスに関する利用者等からの苦情を適切に解決するため、都道府県社会福祉協議会に、……運営適正化委員会を置くものとする。」（八三条参照）としており、その規定の仕方からは、国や都道府県と運営適正化委員会の関係はみえにくい。

このような「主語がない」規定の仕方が、組織規定でしばしばみられることは周知のとおりであり、社会福祉法も社会福祉の組織ないし管理に関する法であることからすると、特段の問題はないようにもみえる。

しかし、社会福祉事業法は、公私社会事業の責任と分野の明確化、社会福祉協議会の設置等を原則として掲げる「厚

生行政六原則」を受けて制定（一九五一年）されたものであり、さかのばれば国民の生存権を規定する憲法二五条一項を受けた同条二項が規定する国の保障義務を履行する上での組織ないし管理のあり方を規定したものであることと無関係ではないと考えられる。事実、社会福祉事業法は、国と地方の間での社会事業の事務配分、国の行政機関、地方公共団体における行政機関、社会事業経営に対する公的規制（公的責任と民間社会事業との関係）、社会事業財政について規定してきており、そこでは社会福祉協議会は社会事業経営に対する公的規制の対象として位置づけられてきたといえる。⁽¹⁾

これに対して、社会福祉事業法の改正である社会福祉法においては、社会福祉協議会は、前述の社会福祉法八三条をみる限り、国、地方公共団体と並ぶ社会福祉の事務を担う主体として直截に位置づけられているようにみえる。

社会福祉基礎構造改革は、「今後の社会福祉の共通基盤制度を、日本国憲法が示す市民社会の原理に沿って」⁽²⁾再構築することを謳っている。そして社会福祉法は、その「社会福祉基礎構造改革によって抜本的改正が行われた」^(同)ものであるとされていることからすると、社会福祉協議会が国、地方公共団体と並ぶ、社会福祉の事務を担う主体として直截に位置づけられることに矛盾はない、とみなされているように窺える。

しかし、歴史的には市民法原理を修正する中で培われてきた社会保障法の成立の契機、その本質、機能との関わりで、憲法二五条の意義を考えると、国民は、社会福祉法を「日本国憲法が示す市民社会の原理に沿って」実施するという社会福祉基礎構造改革の意味することを本当に理解し、承認しているのだろうか、疑問なしとしない。

社会福祉法八三条を善解すれば、苦情解決という社会福祉に係る事務については、国・地方公共団体と並び法定（社会福祉法一一〇条）の団体である都道府県社会福祉協議会を社会福祉に係る事務の一翼を担うものとして位置づ

けるといふことのようにも窺えるが、その場合でも、双方の合意にもとづく都道府県と都道府県社会福祉協議会の委託契約関係を前提としているということになるのではあるまいか。⁽³⁾ なお、5の(3)のPAIについての記述を参照されたい。

(3) 運営適正化委員会に関する政令の定め

運営適正化委員会については、社会福祉法八章二節に規定するもの他、政令等に詳細な規定が置かれている。

都道府県社会福祉協議会は、選考委員会の委員に係る関係者からの意見聴取の方法については、政令が定める方法等のうちから、都道府県社会福祉協議会があらかじめ定める方法とするとされ⁽⁴⁾ こと等をのぞけば、上記の点に係る事項について、都道府県社会福祉協議会が、自主的に独自に決定できる構成にはなっていないことは重要である。

その理由として、国は「都道府県社会福祉協議会は、公共性の高い団体ではあるが、事業団体としての側面もあることから、政令等に詳細な規定を置くことで、中立性・公共性を強化する必要がある」という趣旨の説明をして⁽⁵⁾ いる。

仮にこの点に異論はないとしても、いかに法定の団体であるとはいえ、国が政令等で都道府県社会福祉協議会を規制していく根拠はどこにあるのだろうかという「公的責任と私的自治」に係る疑問は依然として消えない。

しかしこの点はひとまずおき、ここでは運営適正化委員会に関する国の通知についても少し見ておくことにしたい。そこには、先の疑問にも関連する事項も散見されるからである。

(4) 運営適正化委員会に関する都道府県知事への通知（技術的助言）

運営適正化委員会については、先に述べてきた法令の規定にくわえ、運営適正化委員会及び選考委員会の設置要

綱と、運営適正化委員会における福祉サービスに関する苦情解決事業に係る実施要綱⁽⁷⁾とが、それぞれガイドラインの形で定められている⁽⁸⁾。

注目したいことは、この二つの要綱は地方自治法二四五条の四 一項の規定に基づく技術的助言として、各都道府県知事に当てられた社会・援護局長通知であることである。そして同通知には、法の施行にともない、福祉サービスに関する苦情の解決を行う機関として、「都道府県社会福祉協議会に運営適正化委員会が設置されることとなつたところです。つきましては、運営適正化委員会及び選考委員会の設置について、別紙の通り設置要綱を定めましたので、管下関係機関にご周知の上、円滑な実施が図れるよう、ご配慮願います。」と記載されている(管下関係機関とは、具体的には、都道府県社会福祉協議会を指すと考えられる。以下 その前提で話を進める)。

(5) 技術的助言と自治事務の内容

この記載から、とりあえずいくつかの疑問、すなわち要綱が地方自治法二四五条の四 一項の規定に基づく技術的助言としてだされていることからすると、運営適正化委員会による苦情解決事業は、都道府県の自治事務ということになりそうだが、i その場合の自治事務の内容は、苦情解決事業そのものを実施することなのだろうか、それとも ii 都道府県社会福祉協議会が行う苦情解決事業を監督するということなのだろうか、といった疑問が浮上する。

(2) 苦情解決機関の権限行使と法の整備

(1) 運営適正化委員会と調査権限

「適正化委員会は、福祉サービスに関する苦情の申出があつたときは、その相談に応じ、申出人に必要な助言をし、

当該苦情に係る事情を調査するものとする」(社会福祉法八五条一項)とされ、必要に応じては事実関係を的確に把握するため、事業者側の意見も聴取することが想定されている。⁽¹⁰⁾「運営適正化委員会における福祉サービスに関する苦情解決事業実施要綱」では、運営適正化委員会による事情調査は、「申出人及び事業者の双方の同意を得て」行うこととされている。

国は、平成一二年の社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律の施行に伴い改正された児童福祉施設最低基準等(以下「この項で「基準」という。))では、児童福祉施設等は「……社会福祉法第八三条に規定する運営適正化委員会が行う同法第八五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」ことが規定された。

運営適正化委員会が行う苦情解決事業は、①国の都道府県への法定受託事務なのか(法定受託事務とする規定はないように判断される)、あるいは②都道府県の自治事務なのか、それとも③法定された「民間団体」である社会福祉協議会に属する運営適正化委員会が独自に行うものなのだろうか、という疑問はここでも再燃してくる。①もしくは②であるとするなら、「……社会福祉法第八三条に規定する運営適正化委員会が行う同法第八五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」とする規定との整合性は理解しやすいが、この場合には 国あるいは都道府県と社会福祉協議会の関係は、委託関係でなければならないはずである。③ということになると、運営適正化委員会が行う苦情解決に伴う調査に対し、事業者側に協力を求める根拠が、国の省令によって定められているという点で納得しがたいものが残る。⁽¹¹⁾

施設の場合は、施設の基準を遵守する義務が課せられているから、①又は②を前提とすれば説明はつきやすいが、少なくとも在宅サービス事業者との間では、①又は②を前提とする場合でも、社会福祉法八三条に規定する運営適正化委員会が行う苦情解決に係る調査については、事業者側の自立と公的責任の関係を明確にするために、事前に運営

適正化委員会と都道府県と事業者側の間で、協定もしくは契約を結ぶこと等が必要と考えられるが、どうだろうか。

(2) 運営適正化委員会と「申し入れ」

運営適正化委員会は、苦情の解決を求める市民への「助言」とどまらず、必要と判断される場合には、事業者に対し、苦情の解決に係る申し入れを行っているが、申し入れを行う根拠規定はどこにあるのだろうか。この点も明確にしていく必要がある。

運営適正化委員会が「申し入れ」を行う際には、「申し入れ」を行う根拠が明確でないこともあり、表現等についても遠慮した対応がとられている事情がある。しかしなお、事業者側からすれば、「申し入れ」についての正式な「反論」の機会がないことに不満もあろう。

(3) 運営適正化委員会から都道府県知事への通知

社会福祉法は「運営適正化委員会は、苦情の解決にあたり、当該苦情に係る福祉サービスの利用者の処遇につき不当な行為が行われているおそれがあると認めるときは、都道府県知事に対し、速やかにその旨を通知しなければならない」(八六条)と規定している。

しかし、通知に至るまでの間、さらに通知がなされた後、県はどのような対応をするのかについての手続的規定はない。対応結果についての情報の公開もなされていない事実にもっと目が向けられるべきである。そもそも「利用者の処遇につき不当な行為が行われているおそれ」があるかどうかの判断も申立者の話から判断するだけでなく、前述

した「調査」がどのような性格のもので、どの程度行われるのかによっても変わってこよう。「解決」後のフォローアップがどの程度行われるかによっても異なってくることに留意したい。なお、5の(3)のLTCオンブズマンについての記述を参照されたい。

(3) 運営適正化委員会と国庫補助

(1) 国から都道府県への補助金の流れ

通知「運営適正化委員会における福祉サービスに関する苦情解決事業について」は、「本実施要綱に基づく事業に要する経費については別に定めるところにより補助するものとする」としているが、「別に定めるところ」が何かについては、具体的に規定はない。

やや古いが近年においても大きな変化はないと考えられるので、手元の平成一八年度の例をあげると、当該年度におけるセーフティネット支援対策等事業費に係る国庫補助金の交付が「平成一八年度セーフティネット支援対策等事業費補助金交付要綱」により行うこととされたことを受けて、同年四月二〇日「平成一八年度セーフティネット支援対策等事業費補助金の国庫補助について」と題する厚生労働省事務次官通知が、都道府県知事、指定都市長、中核都市長宛発せられている。

このセーフティネット支援対策等事業費補助金が対象とする事業の中には、都道府県等地方公共団体が実施する事業の他、社会福祉協議会等が実施する事業に対し都道府県、指定都市が補助する事業も含まれており、福祉サービスの利用援助や苦情解決もその対象とされている⁽¹⁵⁾。

重要なことは、セーフティネット支援対策等事業費補助金は、「地方自治体が、……様々なサービスを総合的、一体

的に実施することにより、……地域の要援護者の福祉の向上に資することを目的（平成一八年度セーフティネット支援対策等事業費補助金交付要綱」2（交付の目的）とするとその「セーフティネット支援対策等事業」に対し、「予算の範囲内において、交付するものとされ、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律施行令及び厚生労働省所管補助金等交付規則の規定による」¹⁶）ほか、「平成一八年度セーフティネット支援対策等事業費補助金交付要綱」の定めるところによるとされていることであろう。

セーフティネット支援対策等事業は、地方自治体が総合的、一体的に実施する様々なサービスの総体として把握され、苦情解決もそうしたサービスの一環に位置づけられていることからすると、苦情解決は直截には社会福祉協議会等が実施する事業ではあるが、最終的には都道府県の自治事務として、都道府県ひいては国の公的責任のもとに行われる事業ということになりそうである。

このようにみてくると、社会福祉法八三条はやはり、法定（社会福祉法一一〇条）の団体である都道府県社会福祉協議会に、（公的責任のもとに）運営適正化委員会（苦情解決機関）を置くものとしている、と解するのが実態にあっているように思えてくる。そうすると、八四条から八七条までの規定も、果たして表面的な規定ぶりから判断して、社会福祉法が都道府県社会福祉協議会及び運営適正化委員会に直截に義務を課していることではないのだろうか。そうではなくて、都道府県の自治事務であることの意味は、苦情解決事業そのものを実施することにあると理解しないと実態にあわないのではないかと、という疑問が再び浮上してくることになる。

この疑問は、法定の団体とはいえ、民間非営利組織¹⁷である都道府県社会福祉協議会に対する現在の社会福祉法八三条の規定の仕方や、「公的責任に基づき、都道府県から都道府県社会福祉協議会に発せられる規制」のあり方が、市民社会と国家を繋ぐ「中間組織」であるはずの社会福祉協議会と都道府県（ひいては国）のあり方として望ましいもの

なのか、といったことについての疑問とも通じてくる。

前述してきたことが示唆するように、これまでの社会福祉協議会の国に対する関係が従属関係に近い関係だとすれば、国と都道府県社会福祉協議会（運営適正化委員会）の関係を契約化することで、国との合意の上に社会福祉協議会の自律性を保障していくことが必要になってくるような気がする。もとよりその場合には、社会福祉協議会がそのような主体性をもった機関であるかが問題となってくる。

以下では、この点も念頭に置きながら、もう少し補助金の行方を追ってみることにしたい。

(2) 都道府県から都道府県社会福祉協議会への補助金の流れ

前述の「セーフティネット支援対策等事業費補助金交付要綱」によれば、苦情解決事業に対し、都道府県から都道府県社会福祉協議会に対し補助金が交付されることになる。社会福祉協議会等が行う事業に対し都道府県又は指定都市が補助する事業の交付額の算定方法については、前記要綱に規定がある¹⁸⁾。神奈川県社会福祉協議会の平成二一年度収支予算書（案）によれば、公益事業特別会計の中に運営適正化委員会事業（当初予算額二四、七二五千元）の項目がある。この運営適正化委員会事業と、同書に掲載された資金収支予算書の神奈川県補助金収入（中区分）のうちの権利擁護相談センター事業費補助金収入は金額が同じであり、両者は同一のもので、国から都道府県に交付された「セーフティネット支援対策等事業費補助金」に基づく神奈川県からの補助金であると理解される。

都道府県から社会福祉協議会への補助金交付については、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（いわゆる適正化法）の適用はない²⁰⁾。その結果、例えば神奈川県では、県が県以外の者に対して交付する補助金については「補助金の交付に関する規則」（昭和四五年三月三十一日規則四一号）によるとされており、神奈川県から神奈川県社会

福祉協議会への前記補助金の交付についても、前記規則が適用されていることが窺われる。

前記規則では、補助事業の目的及び内容等について記載した交付申請書を添付することとされている他、補助金の支給要件、手続に係るいくつかの事項も定められているが、十分とはいえない。

補助金は、民法が規定する負担付贈与と構成されているが、市民社会と国家を繋ぐ「中間組織」であるはずの社会福祉協議会と国のあり方からすれば、民法に依拠することで足りるのだろうか。⁽²¹⁾

補助金についての法令または条例の規定は、それが存在するときでも概括的であり、また、裁判所の判断になじむ詳細な要綱があることさえ例外のようである。⁽²²⁾

補助金交付についても、支給要件、手続を条例・規則で明確に定めるとか、苦情解決事業に係る都道府県と都道府県社会福祉協議会との間で、苦情解決事業をめぐる協定を締結するといったことを考えていきたいものである。⁽²³⁾

1 注

(1) 内田貢「契約の再生」(弘文堂 一九九〇年)、同「契約の時代」(岩波書店 二〇〇〇年)、二〇〇六年二月からジュリストに掲載された内田貢「民営化と契約(1)」(6完)を契機として議論が展開された。その後内田貢「制度的契約論―民営化と契約」(羽鳥書店 二〇一〇年)が発表されている。

行政法の研究者からは、例えば「制度的契約論の構想」についての「研究会」のコメント二として、原田大樹「行政法学からみた制度的契約論」北大法学論集五九巻一号(二〇〇八年)一一五―一二七頁)がある。

(2) 加茂紀久男「裁判例による社会保険法」(二〇〇七年 民事法研究会) 九二頁参照。

(3) 同三九六頁参照。

(4) 河上正二・大橋洋一「行政行為 民法との対話」六七頁、宇賀克也・大橋洋一・高橋滋「対話で学ぶ行政法」二〇〇三年 有斐閣所収。

(5) 当事者間に「信認関係」fiduciary relationが存在する場合に、相手方の信頼を受け、その者の利益のために行動、助言する義務を

負うところの「受任者」Educary は、引き受けた任務につき、自己執行義務、忠実義務、注意義務などを負う。

(6) 樋口範雄「医療と法を考える 第一回 Whyで始める医事法入門」法学教室 No.307 有斐閣 二〇〇六。

(7) 橋本宏子「福祉と法をつなぐもの」二五七頁 注(3) 参照 新版 社会福祉学習双書編集委員会編「法学」全国社会福祉協議会 所収 二二八―二七九頁 二〇〇八年。

(8) 飯田文雄「平等」一〇五頁 川崎修・杉田敦編「現代政治理論」有斐閣 アルマ 二〇〇六年 所収。

(9) ナーシングホームについて詳しくは、橋本宏子「ナーシングホームと法」神奈川法学 三三巻三号 一三三―一六頁参照。

(10) 前掲原田「行政法学からみた制度的契約論」では、民法学と行政法学のアイデンティティとの関係を明らかにする目的から、三つの類型論を展開しているが(二一七―二五頁)、それをみてもそれぞれの類型に、それぞれの「国家」観が反映されていることがわかる。

(11) 「市民的公共性」は、「公共性」(公益性)を定義する権利を国家の独占から奪還しはじめている。国家が強制力をもって実現すべき価値を解釈し定義するのは、国家ではなく公共性である。国家は公共性のある限定された次元を担うに過ぎない。公共性と国民国家は、相違するものであり、検討が必要なのは、民主的な法治国家という意味での国家である。齋藤純一「公共性」二―三頁 岩波書店 二〇〇〇年が指摘する以上のような視点が重要になってこよう。

(12) 以上、アメリカのクリニカルエディケーション及びクリアリングハウス等についての記述は、橋本宏子「アメリカに学ぶクリニカルエディケーション」神奈川大学ロージャーナル第一号の一部を再録した。

(13) 前掲加茂「裁決例による社会保険法」にみるように、社会保険分野の法律問題については、弁護士だけでなく社会保険労務士等が関心をもち、知識を深めることは重要と考える。この点については、神奈川大学の教員として、これまで努力してきたつもりだが、その成果は決して充分とはいえない。

神奈川大学法学研究科では、関係者の努力で、社会保険労務士の方を主たる対象とする「経営・労働コンサルティング法実務」が開講予定である。社会保険労務士の方々には、社会保険の領域にもぜひ関心を向けていただきたいものである。今後の課題である。前掲橋本「アメリカに学ぶクリニカルエディケーション」参照。

(14) 神奈川大学法学研究所・共通プロジェクト「グローバル化する世界の中の地域社会における法の役割」での共同研究が、クリアリングハウス形成への契機となればと願うものである。

- (1) 社会福祉サービスについて明確な定義はない。「社会福祉を目的とする事業」は、「福祉サービスを実施するための事業」であるとされ、「社会福祉を目的とする事業」は、社会福祉事業（社会福祉法二条に規定がある）より広い概念であるとされている（社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」二〇一一年 中央法規 六一～六一頁）。
- (2) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」（平成一二年の社会福祉事業法等の改正内容を解説したもの）。
- (3) 同二七頁。
- (4) 同二八頁。
- (5) 同三二頁。
- (6) 同三四頁。
- (7) 同。
- (8) 社会保障の法理念としては、憲法二五条だけでなく憲法一三条、一四条があげられることが多い。憲法二五条と憲法一三条、一四条の関係については、橋本宏子「新たな時代における社会保障の法理念」社会福祉研究 通巻一〇〇号 二〇〇七年所収 参照。
- 国家の存在理由は、人びとの生にとつて共役可能な価値、誰もが必要とする価値を実現することにある（前掲齋藤「公共性」七二頁）。しかし、国民連帯と等号で結ばれた社会連帯は、一九七〇年代を境にその実質を失うような変化が目につくようになったと指摘されている（前掲齋藤「公共性」七六頁）。私の言葉でいえば、国家に何を信託するのか、信託できるのか、問われてきているということだろう。
- こうした中で、今年の厚生白書（二章）が、「社会保障と関連する理念や哲学」をとりあげているように、近年社会保障法の領域においても、受益する者だけでなく、負担する者も含めた社会全体の「正義」のあり方に関する議論の必要性が夙に指摘され（江口隆裕「白書と正義論」週刊社会保障 No.2699）、社会保障の理念を、最近の「正義」に関する哲学の成果と関連づけて論ずることが多くなってきた。本稿のスタンスとしては、基本的には先の論文で述べた方向性を踏まえつつ、「正義」の問題は、日本人の「自我のあり様」なども視野に入れながら、日本の土壌を踏まえて今後具体的に検討していくことが必要ではないかと考えるものである。
- (9) 国家がその「公共性」の定義を一方的に押し付けることは困難になり、国家と市場 双方から区別される市民社会の独自の意義が強調されるようになってきている（前掲齋藤「公共性」二頁）。そして福祉国家から福祉社会へ つまり人々のニーズに対する空間を国家から市民社会に移すというオプションも提起されているが、これについてはいくつかの留保をつける必要があるとし、そのひとつとして、市民社会におけるケアなどの社会行為と政治的行為との不可分な関係が指摘されている（前掲齋藤「公共性」八四頁以下）。

下参照)。

(10) この点に関連し、国家にとつて個人やコミュニティは統治の客体である以上に自己統治自治の主体であり、国家の統治は、「統治の統治」という形態をとり始めているという指摘も興味深い(前掲齋藤「公共性」七九頁参照)。

(11) 規制執行研究の重要性について、「規制執行研究の目的のひとつは、「実効的な行政法執行とはどのようなものなのか、そのためには、どのような執行裁量権限を行使すればよいのかを实证研究に基づき、検討することである」と指摘されている(北村喜宣「行政執行過程と自治体」一〇〇～一〇一頁 日本評論社 一九九七)。

(12) 指定障害福祉サービス事業者の指定は、障害福祉サービス事業を行う者の申請によるとされ、障害福祉サービス事業者を障害者自立支援法の仕組みに包摂することは、営業の自由を前提とした経済的な修正原理でしかない。ここにも、「措置から契約へ」のあやうさがある(この点については、初井常喜「社会保障法」一五九頁参照 総合労働権所 一九七二)。

また、施設の設定あるいはその他の非金銭的サービスにおいては、その供給量が人々の福祉サービスの利用に関する「権利」を大きく左右する。特別養護老人ホームを例にとつても、利用希望者数に比して、圧倒的に少ないのが現状であり、例えば横浜市では、入所の申込みの増加に対応し、入所の必要性の高い入所申込者を優先的に入所させるための、横浜市内の入所に関する統一な基準を定めることにより、より適切な介護サービスの提供に資することを目的として「横浜市 特別養護老人ホーム入退所指針」(平成一八年三月)を作成している。「サービスの利用者」と供給者の対等な関係の確立」の困難さは、こうしたことから窺える。

施設の設定あるいはその他の非金銭的サービスの供給計画を考えるにあたっては、国や地方公共団体の財政状況を無視できないが、その決定を全面的に国や地方公共団体に委ねるのではなく、計画策定過程や関連する基準の策定過程への住民参加手続の保障が、「計画や基準における裁量取扱いのない決定」を担保し、要求としての生きる「権利」を、法的権利へと具体化していく重要な手段となる。橋本宏子「住民参加と法」一〇頁参照 日本評論社 一九九一。

(13) 成年後見人の身上配慮義務は、成年後見人の後見事務である生活、療養看護又は財産管理に関する法律行為の遂行にあたっての注意義務として定められたものであるから、介護労働等の事実行為を含むものではない(小林昭彦他「新しい成年後見制度」商事法務研究会 二〇〇〇年 一二二頁)。

かつて唄孝一(東京都立大学名誉教授が指摘された「面倒見の義務」(鈴木祿也・唄孝一「人事法 I」有斐閣 一九七五 二二七～二二九頁)のようなものが、つながりの中の個を考える上では重要となつてこよう(橋本宏子「社会保障と未来社会への展望」神奈川大学評論 七二巻所収 参照)。

二〇一三年一月二六日に開催された「神奈川大学院法学研究科都市コミュニティ研究会」での岡田朋子氏(調査研究組織 福

社と保健の生活課題を考える会（代表）の報告では、人々と制度・サービスを繋ぐ自助・互助が充分でなく、何らかの支援（伴走機能）が必要であるとの指摘があった。伴走機能においては、日常性（家族のようにその人らしさに寄り添うことができる）がもっとも重要であり、ついで専門性（課題を明確にでき、見通しや方針を立てられる）が必要とされるが、その背景には、法律的なバックアップが必要との指摘がなされた。この法律的なバックアップとは何かを明らかにする意味でも、専門性・権利性・法的手続きの観点から「伴走支援」の内実を明確化することが必要になる。

3 注

- (1) 前掲齋藤「公共性」七二頁 同七六頁参照。
- (2) 下山瑛二「人権の歴史と展望」四〇頁 一九七二年 法律文化社。
- (3) 前掲橋本「社会保障と未来社会への展望」六四頁。
- (4) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」三三頁。
- (5) 橋本宏子「福祉サービスと苦情解決」一三〇頁 神奈川法学 四二巻三号所収。
- (6) 同一四〇頁。
- (7) 同一四五頁。
- (8) 小川政亮「社会事業法制概説」一二八頁 誠信書房 一九六四年。
- (9) 前掲齋藤「公共性」七八頁参照。
- (10) 国家が強制力をもって実現すべき価値を解釈し定義するのは、国家ではなく公共性である（前掲齋藤「公共性」七頁）。市民社会において評価されるのは、社会的行為。社会的行為は、政治的行為とも不可分であり（同八六頁）、公共圏の側面をあわせもつている（同九四頁）と指摘されている。
- (11) 九〇年代には、ボランティア団体、NPO（非営利組織）、NGO（非政府組織）など市民によって自発的に形成されるアソシエーションに注目が集まり、国家と市場の双方から区別される市民社会の独自の意義が強調されてきている（前掲齋藤「公共性」二頁参照。こうした動きは「市民的公共性」の生成という仕方で要約されている）。
- (12) 例えば児童福祉法は、社会福祉法人以外の児童福祉施設にも補助の道を開き、あわせて補助金交付に伴う規制について規定している。五六条の二、五六条の三。

4 注

- (1) 本稿がY学園事件として構成した「元の事件」については、現段階ではホームページに掲載されていること以上のことは必ずしも明らかではない。しかしこの事件を通じて明らかになってきた課題は、「措置から契約へ」の移行に伴い発生してくる極めて本質的な問題であることから、不明な点は適宜補充し、Y学園事件として構成した。現実の事件そのものではないことをお断りしておきたい。
- (2) 介護保険法も同様の規定を置いている（介護保険法四八条等参照。提供拒否の禁止。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四条の二）。
- (3) 京極高宣「最新 障害者自立支援法 逐条解説」九七頁 新日本法規 二〇〇八年。
- (4) 社会福祉法七六条にいう「福祉サービスの利用を希望する者からの申込み」とは、民法上の「契約の申込」と同義であるとされている（前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」二六八頁参照）。
- 支援費制度においてであるが、当時の身体障害者福祉法一七条の一九 二項等に基づいて定められている「設備及び運営に関する基準」が、利用の申込みと契約締結との関係については何も規定せず、障害者の契約締結についての基準が存在しないことが問題視されていた（正田彬「措置から契約へ」支援費制度の問題点（上）」六九頁 ジュリスト No.1248所収）。
- (5) 後に「行政指導」はしているようだが、解決には至っていない。
- (6) 松倉豊治「医師からみた法律」医療と法律一頁 九頁（西原道雄「保険診療契約の当事者」七三頁 社会保障判例百選 No.56による）。
- (7) 東京地裁昭和四八年五月一六日判決。昭和四六年（行ウ）第一六八号診療義務存在確認等請求事件 判例時報七〇八号 二三頁）。
- (8) 宇津木伸「健康保険法上の療養給付請求権の発生時期」六〇頁 別冊ジュリスト 社会保障判例百選 No.56。
- (9) 児童福祉法が、入所時における保育所の選択権を認めていることについて、横浜地方裁判所は、横浜市立保育園廃止処分取消請求事件において、「児童福祉法二四条は、保育所を選択しようという地位を保護者における法的な利益として保障している」と判示している（横浜地裁平成一八年五月二二日判決）。同じく参考として、アメリカにおける請求権（cause of action）についての本文の記述を参照されたい。
- (10) 前掲「行政行為 民法との対話」六一頁の河上教授の発言による。
もともと厚生労働大臣が事業者に対して課している「基準に従って事業をなすべき義務」は、行政との関係事業者を拘束するものであっても、そこから私法上の契約締結義務を引き出すことができるかについても疑問があるとの指摘も少なくない（例えば、又坂

常人「契約による福祉と行政の責任」八六〇頁、塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』所収。

(11) 「小文字の合意」を「信義則」で説明することも可能とされる(前掲「行政行為 民法との対話」六一頁の河上教授の発言による)。(12) 支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等との間の契約に係る利用の申込みと契約締結との関係について、「支援法」や「基準」は、明示をしていない。ここでは、今後の検討にあたり参考になりそうなくつかの点を確認しておきたい。

① 指定障害福祉サービスを受けようとする支給決定障害者等は、指定障害福祉サービス事業者等に受給者証を提示して当該指定障害福祉サービス等を受けるものとする¹⁾とされているが(「支援法」二九条二項参照)、前述のように、「支援法」についての「解説」は、受給者証の提示は、「契約の申込み」を意味しない、としている。

② 「基準」九条一項によれば、「指定居宅介護事業者等は、支給決定障害者等が指定居宅介護等の利用の申込みを行ったときは、重要文書を交付して説明を行う」ことになるが、不動産売買やフランチャイズ等のいくつかの契約類型における「重要文書の説明」について判例は、契約締結前に相手方に対し、十分な情報提供や助言義務があるとしていることにならば(内田貴「民法Ⅲ」一三頁参照 一九九六年 東京大学出版会)、「基準」九条一項にいう「重要文書の交付とその説明」も、契約締結前の情報提供等ということになる。

③ 社会福祉法七五条は、福祉サービスを利用しようとする者に対する、社会福祉事業の経営者の情報提供について規定している(「訓示規定」と解されている。「社会福祉法の解説」二六五頁。同書については、4の注(4)参照)が、これは「契約の申込みの誘引にあたる」と解されている(同二六五頁)。

④ 社会福祉法七六条は、「社会福祉事業の経営者は、その提供するサービスの利用を希望する者からの申込みがあった場合には、その者に対し、当該福祉サービスを利用するための契約の内容及びその履行に関する事項について説明するよう努めなければならない」と規定している。そして、この「申込み」は、民法上の「契約ノ申込」と同義であるとしている。そして同条の解説は、「利用希望者にとっては、契約の申込みを行う時点で、契約締結する前に判断材料を得る最終的な機会であり、利用を判断するためにより具体的、個別的な情報提供を受け、十分理解・納得したうえで契約を締結することが必要となる」(二六七頁)としている。社会福祉法は、社会福祉事業に関する共通的基本事項を定めたものと解される(「社会福祉法の解説」一一頁、三二頁参照)。

⑤ なお社会福祉法では、「重要事項」を記載した書面の交付は、利用契約が成立したときに交付することになっている(同法七七条参照)。「支援法」の場合は、「基準」九条一項に基づき、「文書を交付して説明を行う」ことになっている。前述のように、社会福祉法は、「一般法」ともいえる性格を有しており、この場合のように「特別法」としての性格をもつ「支援法令」が、社会福祉法と異なる定めをしている場合は、後者が優先的に適応されると解される。

⑥ 「基準」九条一項は、「重要事項」を記載した文書を交付して説明を行った後に、当該利用申込者の同意を得なければならぬ、と規定している。

以上のことからすると、「基準」九条一項にいう「利用の申込み」は、契約の申込であり、「受給者証」の提示も、同様に解することができよう。

ただ、留意したいことは、通常、申込みがあつた場合は、相手方（ここでは当該指定障害福祉サービス事業者等）がこれに対し承諾しさえすれば契約は成立することになるが、前述してきたような「支援法」における指定障害福祉サービス事業者等の「立ち位置」や先の「解説」の意味するところからすると、給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間の契約においては、当該利用申込者が、「基準」九条一項にいう「同意」をしない場合がある、すなわち申込者があらかじめ撤回を自由にできる旨の表示がなされている（制度上の合意がある）と解することが必要になってこよう。

また先に、相手方（ここでは当該指定障害福祉サービス事業者等）がこれに対し承諾しさえすれば契約は成立する、と記したが、本件のような場合においては、相手方（ここでは当該指定障害福祉サービス事業者等）には、「基準」一一條（提供拒否の禁止）からしても、原則として「承諾するか否か」の選択の余地はないとみるべきだろう。

「支援法」の制度上の構造、すなわち先にみてきたような「大枠のサービス供給契約」やそれに依拠する給決定障害者等の「介護給付請求権」の存在からすれば、受給者証が提示された段階において、指定障害福祉サービス事業者等には、「契約類似の信頼関係に基づく信義則上の責任」（契約交渉継続義務）が発生すると考えることも重要であろう（前掲内田「民法」Ⅲ「一三頁参照」）。本文で述べた「小文字の合意」も大筋では、同様の方向性をめざすものと考えられる。

実際には支給決定障害者等は、「受給者証」を提示した段階で、多くの場合（あまり大きな問題がなければ）当該指定障害福祉サービス事業者等からサービスを受けようと「決断」している場合が多いように窺える。こうした「福祉の実情」にも配慮していきたい。

これまで述べてきた考え方に對し、支給決定障害者等が「受給者証」を提示した時点（支援法）二九條二項参照。「基準」九條にいう「利用の申込み」があつた時点は、「受給者証」の提示があつた時点と解する）で、支援決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者等の間には、i 「包括的な契約」が成立していると理解し（この場合には、先に述べた「大枠のサービス供給契約」と「二次的なサービス供給契約」の中間に、ここでいう「包括的な契約」が存在することになる。本稿で言及するように、市町村と指定障害福祉サービス事業者等との間には、基準に内包される「黙示の契約関係」があり、支給決定障害者とその第三受益者であると考えるところ、ここでいう「包括的な契約」は理解しやすいことにならないだろうか）、ii 「基準」九條一項にいう支給決定障害者等の「同

意があつた段階で、前記の「包括的契約」を具体化したところの当該サービスの内容やサービスの量やその他の必要事項等と内容とする前記「包括契約」を具体化するところの「新たな契約」が締結される、と考えることもできそうな気がする。4の注(4)であげた正田論文の七〇頁では、利用者の同意を得た計画内容を、すでに何らかの形で締結されている「包括的な契約」の内容が決定される、あるいは「包括的契約」の内容が変更される」ものとして把握している。

先にみてきたような「大卒のサービス供給契約」やそれに依拠する給決定障害者等の「介護給付請求権」の存在や、「基準」では、指定障害福祉サービス事業者等は障害福祉サービスを提供するときに、これらを受給者証記載することになっていることや(「基準」一〇条一項参照)、受給者証が提示された段階において、何らかの「包括的な契約」が締結されていると考える方が、「支援法」の趣旨や、障害福祉サービス利用者の理解により適合的なようにも窺える。なお、考察を重ねていきたい。

(13) わが国における指定を受けた障害福祉サービス事業者等の国(地方公共団体を含む)との関係を考える上で、アメリカにおいては、メデイケイドやメデイケアからの償還の資格を得るために連邦政府の「参加の条件」に従うことを要請されているナッシングホームは、州の行為と同視されることこの州法の概観の下に (under color of state law) 行われる行為を遂行しているとする判決もあることは注目される。

(14) 判例には、病院等の医療機関の開設者が行う申請に基づいて都道府県知事(現在は厚生労働大臣)が行う保険医療機関の指定における「申請及び指定の法的性質」についてであるが、これを「都道府県知事が第三者である被保険者のために、療養の給付等健康保険法に規定されている各条項(いわゆる法定約款)を契約内容として医療機関との間で締結する公法上の双務的不従約的契約」と解するものがある(大阪地裁昭和五六年三月二三日判決 判例時報九八八号一頁、判例タイムズ四三六号七四頁、訴訟月報二七巻九号一六〇七頁)。

学説では、保険医療機関の指定についてであるが「指定自体は行政行為であり、指定の結果、契約関係が形成されるという理解が有力になつている」と指摘されている(河野正輝・江口隆裕編「レクチャー 社会保障法」第四章 五〇頁石田道彦執筆部分 法律文化社 二〇〇九年)。もっとも行政法においては、歴史的にも様々な議論が展開されているように窺える。なお、検討を重ねたい。

(15) 前掲「行政行為 民法との対話」六一頁の河上教授の発言参照。
 (16) 法令上に明確な規定がない「裁判上の請求権」については、(制度の相異を度外視しての話だが)アメリカにおいても、裁判所の判断は分かれている。立法論としては障害者自立支援法において、支給決定障害者等の「裁判上の請求権」が明記されることが望ましい。

(17) (ホームページによれば) F県も、何度か行政指導はしているが、解決には至っていない。A側は、「F県は、事業を指定している

責任において、また運営を管理監督する立場でありながら特別監査も行わないままである」と述べている。

(18) 内田頁「契約の時代」一七〇頁 岩波書店 二〇〇〇年。

(19) 診療義務存在確認等請求事件(4の注(7)参照)では、国に対し保険診療給付請求権に基づき、当初被告医師会役員らに保険診療給付をなすように指示することが求められた。

(20) 「支援法」一〇条一項(要旨)は、「市町村等は、自立支援給付に際して必要があると認めるときは、自立支援給付対象サービス等を行う者」に対し、報告若しくは文書その他の物件の提出若しくは提示を命じ、又は当該職員に関係者に対して質問させ、若しくは当該自立支援給付対象サービス等の事業を行う事業所若しくは施設に立ち入り、その設備若しくは帳簿書類その他の物件を検査させることができる」としている。また「支援法」二一条は、厚生労働大臣又は都道府県知事の自立支援給付対象サービス等に関する調査等について規定している。

一〇条は、自立支援給付を行う市町村等が適正に給付を行うための規定であるとされる(九条も同じ。障害者福祉研究会編集「逐条解説 障害者自立支援法」中央法規出版 平成一九年 七〇頁。以下「逐条解説」という)。二一条は、「厚生労働大臣又は都道府県知事が自立支援給付に要した費用の一部を負担することから、その自立支援給付が適正に行われたものかどうかの調査を行うための規定である」とされる(同七一頁)。

また「支援法」四八条一項(要旨)は、「都道府県知事又は市町村長は、必要があると認めるときは、指定障害福祉サービス事業者等に対し、報告若しくは帳簿書類その他の物件の提出若しくは提示を命じ、若しくは当該指定障害福祉サービス事業者の当該指定に係わるサービス事業所に立ち入り帳簿書類の物件を検査させることができる」と規定している。

また「支援法」四九条一項く六項は、都道府県知事の勧告、命令等について定めているが、同条七項(要旨)では、「市町村は、介護給付費等の支給に係る指定障害福祉サービス等を行って指定事業者等について、厚生労働省令で定める指定障害福祉サービス事業の設備及び運営に関する基準等に従って適正な指定障害福祉サービス事業等の運営をしていないと認めるときは、その旨を都道府県知事に通知しなければならない」としている。また、都道府県知事の指定の取消し等について規定した五〇条二項(要旨)も、「市町村は、指定障害福祉サービス事業者等が、同条一項各号のいずれかに該当すると認めるときは、その旨を都道府県知事に通知しなければならない」としている(前記条文は、「逐条解説」出版当時のもの)。

これらの規定について、「逐条解説」は、都道府県知事については指定事業者等の指定を行うこととされていること、市町村長については、介護給付費等の支給に係る指定障害福祉サービスを行って指定事業者等について指定基準に従い適正な事業の運営を行っていないと認めるときは、都道府県知事に対して通知しなければならないとされていることから(前記参照)、都道府県知事及び

市町村長が、これらの業務を適正に行うため、報告徴収等必要な調査を行うことができるものとしたものである、とする主旨の解説をしている（一四二頁）。

つきつめていえば、「支援法」四八条一項により、市町村長に課せられた調査権限は、「支援法」四九条六項並びに五〇条に基づき、市町村に課せられた「都道府県知事への通知」に係る業務を適正に行うために置かれたものであり、「支援法」一〇条により市町村長に課せられた権限は、介護給付等を支給する市町村（「支援法」一九条一項参照）が、適正に給付を行うことを担保するために置かれたものということになる。因みに、条例でできる罰則について規定した「支援法」一一五条二項は、同法一〇条一項に対応している。

さらに注目したいのは「支援法」一〇条一項（要旨）が、「市町村等は、自立支援給付に關して必要があると認めるときは、当該自立支援給付対象サービス等を行う者若しくは」と規定しているのに対し、「支援法」四九条六項は、「市町村は、介護給付費、訓練等給付費又は特定障害者特別給付費の支給に係る指定障害福祉サービス等を行った指定事業者等について」と規定し、同法五〇条二項は、「市町村は、自立支援給付に係る指定障害福祉サービス等を行った指定事業者等について」と規定していることである。

つまり、「支援法」一〇条一項が、「市町村等は、自立支援給付に關して必要があると認めるときは、当該自立支援給付対象サービス等を行う者若しくはこれらの者であった者」と規定していることからすると、本件のように、通所授産施設の利用を拒否されたという事例についても、市町村等（「支援法」八条参照）は、「支援法」一〇条一項に基づき、当該自立支援給付対象サービス等を行う事業者（ここでは通所授産施設）を調査する権限を有すると解する余地もあろう。因みに、都道府県知事等も、自立支援給付に要した費用の一部を負担することから（「支援法」九四条、九五条参照）、「支援法」一一条二項で、その自立支援給付が適正に行われたものかどうかの調査等の権限を有すると解されるが、自立支援給付に要した費用の支弁者である市町村等（「支援法」九二条、九三条参照）とは異なり、「支援法」一一条にいう「都道府県知事等の場合には、「自立支援給付に關して必要があると認めるときは、自立支援給付対象サービス等を行った者若しくは」となっており、すでに給付された自立支援給付に係る調査等のみが対象とされていることに注目したい。

(21) 事実、Y学園事件の実際の例では、やむをえず他の施設を利用することになったと聴く。

介護保険制度のもとで、「契約になったこと」で、施設の入所拒否があったりしますと公的責任は果たせませんから、特別な配慮が必要になります。難しいですけれども、解釈論として、契約の締結を請求できるのか、市町村の措置義務を論じることが必要になります」と指摘されている（前掲「行政行為 民法との対話」六三頁の大橋教授の発言参照）。

(22) 大山正「老人福祉法の解説」二二四～二二五頁参照。全社協 昭和三九年。

- (23) 保育所入園承諾義務付等請求事件(東京地裁平成一八年一〇月二五日 判例時報一九五六号 六二頁、判例タイムス二二三三三三三
一一七頁)では、原告の入園申込みが、「法令に基づく申請」か否かは、争点になっていないようである。なお、4の注(9)参照。
- (24) 前掲保育所入園承諾義務付等請求事件 4の注(21)参照。
- (25) 大井琢「全国初の生活保護に関する執行停止・仮の義務付け」賃金と社会保障 No.1519・1520。
- (26) 精神薄弱者福祉法では、同法一六条一項一号のかっこ書において「現に監護する」と規定されていた。
- (27) Y学園事件の元の事件では、主にAの父親とY学園側に軋轢があつた模様である。
- (28) 同事件では、父母の共同親権にかかわらず親権者の一方の名でした法律行為の効力が争われた。判例時報四九七号 五九〜六〇頁参照。

(29) なお付言すれば、支給決定障害者等と指定障害福祉サービス事業者間の契約においては、指定障害福祉サービス事業者の「専門性」に基づく主体的な判断が、施設の運営を中心に保障されていることも重要である。現状での「措置から契約の流れ」は、指定障害福祉サービスの事業者等にとっても、対等な契約関係を保障しているようにはみえない。

民間事業所への公的監督を民間事業所との契約を通じて達成していく上での関連文献として、伊奈川秀和「フランスに学ぶ社会保障改革」一一七頁 中央法規 二〇〇〇年、前掲橋本「住民参加と法」一九頁(規制と自治権の関係)をあげておきたい。

5 注

- (1) 河野正輝「社会福祉の権利構造」二二三頁 有斐閣 一九九一年。
- (2) 詳しくは、前掲河野「社会福祉の権利構造」二〇三〜二一六頁参照。
- (3) Long Term Care Ombudsman 長期介護施設に関するオンブズマンを指す。
- (4) わが国の社会福祉法八六条とその運用について、本文の記述を想起されたい。
- (5) 橋本宏子「福祉行政と法」二五頁以下参照 尚学社 一九九五年。
- (6) 橋本宏子「ナッシングホームと法」二一九頁 神奈川法学 三二巻三号所収。
- (7) わが国の社会福祉法八五条一項という調査とその運用について、本文の記述を想起されたい。
- (8) 前掲橋本「ナッシングホームと法」一八〇頁。
- (9) 同二〇九頁。
- (10) The third party beneficiary (第三受益者)については、前掲橋本「ナッシングホームと法」一八二頁 注(5)参照。

- (11) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Rev.650 Oct.1980
- (12) 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。わが国における「福祉オンブズマン」や「苦情解決制度」の仕組みについては、この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のが重要と考える。

6 注

- (1) 前掲小川「社会事業法制概説」の目次参照。
- (2) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」はしがき参照。
- (3) 社会福祉法八三条一項の規定にかかわらず、都道府県は、同法八五条一項にいう福祉サービスに係る苦情解決制度を自ら設置することは可能だろうか。
- (4) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」二九三頁参照。
- (5) 同二八五頁参照。
- (6) 「運営適正化委員会の設置要綱について」平成二二年六月七日社援第一三五三号と、運営適正化委員会における福祉サービスに関する苦情解決事業に係る実施要綱。
- (7) 「運営適正化委員会における福祉サービスに関する苦情解決事業について」平成二二年六月七日社援第一三五四号。
- (8) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」二九四頁、五三九頁、五四八頁参照。
- (9) 詳細は、前掲橋本「福祉サービスと苦情解決」の補論部分参照。
- (10) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」二八八頁。
- (11) 前述のように、社会福祉法八三条から八七条についての「一般的な考え方」は、社会福祉法人である都道府県社会福祉協議会への都道府県知事の一般的監督（自治事務）とみているように考えられるとすると、本文の③が、「一般的考え方」ということになるのだろうか。今後の検討に委ねたい。
- (12) 例えば、老人福祉法一七条参照。
- (13) 「運営適正化委員会における福祉サービスに関する苦情解決事業について」（平成二二年 各都道府県知事宛 厚生省社会・援護局長通知）の四 解決方法の決定の中には、申入れについての記述もある（前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」五五〇頁参照）。

- (14) 前掲社会福祉法令研究会編「社会福祉法の解説」一五五二頁参照。
- (15) 「平成一八年度セーフティネット支援対策等事業費補助金交付要綱」3(3)。
- (16) 補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律は、「補助金等」の交付申請の処理方法、返還を命じられた補助金等の強制徴収の規定、事業者の一定の義務違反について罰則等を置き、行政手続法の制定に伴う改正以後は、「補助金等の交付に関する各省各庁の長の処分については、「行政手続法」第二章及び第三章の規定は、適用しない」との条項(二四条の二)を伴っている。「国が国以外の者に対して交付する」(二条一項柱書)「補助金等」については、これらの条項の解釈により、認容または拒否の決定を行政処分とみるべきことに、ほぼ異論がないとされる(佐伯祐二「行政法」法学教室 No.327 一五〇頁 二〇〇七年。なお佐伯論文が引用する文献の記載は、ここでは割愛する。前掲佐伯「行政法」を参照されたい。以下同じ)。
- (17) 和田敏明・斉藤貞夫編「概説 社会福祉協議会」二頁 全国社会福祉協議会 二〇〇九年。
- (18) 「平成一八年度セーフティネット支援対策等事業費補助金交付要綱」4(3)。
- (19) 平成二一年四月一日〜平成二二年三月三十一日。
- (20) 国の補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律に相当する条例はなく、一般に、長の規則(地方自治法一五条一項)の形式で、対応するルールが定められているようである。ただ、それらに強制徴収の規定はない。補助事業者の義務違反に関しては、罰則はもちろん、過料(地方自治法一五条二項)の定めもない。これらの規則の適用を受ける決定であっても処分と解することは難しいとされる。しかし、旧来の行政事件訴訟法の下では、普通地方公共団体における交付決定を行政処分とみた裁判例がある(前掲佐伯「行政法」一五〇頁)。
- (21) 民法の負担付贈与契約(民法五五二条二項、五五三条)による金銭給付を申し込む者が、満額であれ一部であれ、締結前に給付への権利を有することは、民法学の議論では想定外とされているようである(前掲佐伯「行政法」一五一頁)。自治体の補助金交付関係を保民法の負担付贈与契約とみていくことへの疑問は残る。
- (22) 前掲佐伯「行政法」一五一頁。「補助金交付決定のように、実質的にみて契約であるものが、補助金適正化法という手続法の定めによって行政処分の性質を帯びることがある。こうした契約と行政処分の複合的な法律関係が旧行政の特色であり、契約と行政処分は排他的関係には立たず、一つの行為が双方の側面をもつことがあり得る」(交告尚史「行政法」法学教室 No.289 一六一頁 二〇〇四年。なお交告論文が引用する文献の記載は、ここでは割愛する。交告「行政法」を参照されたい)との指摘に注目したい。
- (23) 地方公共団体レベルでは、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律に相当する法令は存在せず、行政限りで定める要綱が広く用いられてきた。要綱は法令ではないので、そこに定められた支給決定は、行政行為ではない。したがって、要綱に交付決定と

いう文言があっても、そこに見られる法律関係は行政契約である(大橋洋一「行政法 第二版」有斐閣 三四四頁 二〇〇四年)。(24)協定の法的性格には、①協定の法的拘束力を否定し、協定を行政指導の一種と説くもの ②協定を契約であると捉え、その法的拘束力を認める見解もあるとされる(前掲大橋「行政法 第二版」三四七頁)。

以上一部の記述のうち、(5) アメリカにおける「ナーシングホームと法」、(6) 中間団体としての社会福祉協議会をめぐる課題の項は、(5) については、橋本宏子「介護保険 必要とされる法的課題の検討と解決」全国憲法研究会、〇〇〇〇年 および橋本宏子「アメリカ ナーシングホームと法」神奈川法学 三二巻 三号の一部をきわめて簡略に要約したものであり、(6) については、神奈川法学 四二巻三号の一部を転載したものである。

その理由は、本号に再録し、それぞれの研究を本研究の中に位置づけなおすことにより、当初からの研究の意図を、より明確な形で提示でき、今後の研究にも資することが大きいと考えたからである。本号が、筆者にとって、神奈川大学法学部の専任教員としての最後の執筆になるという事情も踏まえ、甘受頂ければ幸いである。

なお(5)と(6)についての本号での注は最小限に留めた。また記述についても、本号は、その概略を記すことに留めている。それぞれの元論文をあわせて参照頂ければ幸いである。こうした事情から、(5)で指摘したことは、必ずしも「ナーシングホームと法」に係るアメリカの現状を反映するわけではない。日本における問題を考えるひとつの「手がかり」としてとりあげておきたいと考えるものである。

なお、一部二部を通じ、コメントをお寄せ下さった神奈川大学法学部嘉藤亮准教授をはじめ、法学部の教員の皆様から多くの研究上の示唆を頂いた。心からお礼を申しあげたい。