

〔 論 文 〕

高齢者在宅福祉における権利性実現の課題と対策
—ヘルパー派遣訴訟からの考察—

(非常勤講師) 有 馬 晋 作

目 次

はじめに

Ⅰ. 行政法のアウトラインとホームヘルパー派遣の仕組み

Ⅱ. ホームヘルパー派遣訴訟の考察

Ⅲ. 高齢者在宅福祉における権利性実現の課題と対策

おわりに

はじめに

我が国の高齢化のスピードは欧米先進諸国に比べても著しく速く、21世紀初めには5人に1人が高齢者となるほか、少子化や核家族化による家族の介護能力の低下も相まって、今後とも一層、介護サービスへのニーズが急増することが予想される。そのため、2000年4月には介護保険が導入され、高齢者福祉の充実が図られたところである。¹⁾ このようななか、従来、高齢者福祉のうち特に在宅福祉は、法的にはほとんど争われることのなかった分野であったが、最近、2つのホームヘルパー派遣訴訟が提起され判決が示されている。

本稿は、これらの判決を考察することにより、人的財政的な資源制約が大きい給付行政の典型である高齢者在宅福祉における権利性実現について、サービスの受給をめぐる訴訟の権利を中心に、行政学的視点なども入れて政策的課題

1) 大島侑監修・杉本敏夫編著・『高齢者福祉論』(1999, ミネルヴァ書房) 1章を一部参照

と改善方策を明らかにするとともに、介護保険についても一定の評価を試みたい。

I. 行政法のアウトラインとホームヘルパー派遣の仕組み

1. 行政法のアウトライン

本稿は、介護保険導入前の老人福祉法に基づくホームヘルプサービスを例として、人的財政的制約の大きい高齢者在宅福祉の権利性実現に関する政策的課題と改善方策を考察するものであるが、その前に、本稿で考察する判決に関する行政法の各部分について、以下、簡単に概観したい。

まず行政活動は、一般的には規制行政、給付行政と私経済的行政に大別できる。

規制行政とは、私人の権利・自由を制限することを通じて、その目的を達成する行政活動である。たとえば、交通規制とか建築規制、経済規制などであり、これらは個人や企業の活動を規制することを通じて、秩序を維持したり危険を予防しようとするものである。

給付行政とは、道路、公園の整備や社会福祉施設を設置したり生活保護を行ったりして、個人や公衆に便益を給付するものである。また、このほかの行政活動については、行政が全く私企業と同じ立場に立つ場合を私経済的行政と分類できるが、これらの分類で把握できない重要なものとして税務行政もある。²⁾

自治体は、これらの行政活動を、行政行為や契約、事実行為、さらに行政指導、行政計画、行政立法など³⁾を用いて実施することになる。

行政行為は、「行政庁が、行政目的を実現するために法律によって認められた権能に基づいて、その一方的な判断で国民の権利義務その他の法的地位を具

2) 以上「まず行政活動は」からの解説：塩野宏著『行政法Ⅰ（第2版）』（1991，有斐閣）P8～11。その他、同様な分類として、①私人の権利・自由を制限する警察規制などの侵害行政，②道路・公園を造り生活保護等を行う給付行政，③庁舎建設の請負契約を結ぶなどの私経済的行政の分類がある〔山下淳・小幡純子・橋本博之著『行政法（有斐閣アルマ）』（1997，有斐閣）P65〕。

3) 山下・小幡・橋本前掲書（注2）P78 参照

体的に決定する行為」と定義される。⁴⁾

この行政行為は、行政手続法や行政事件訴訟法における「行政庁の処分」(行手法2条2項、行訴法3条2項)や地方自治法での「行政処分」(242条の2、1項2号)に該当し、一般的には行政処分と呼ばれ「行政機関が、具体的な事実に関して、法律や条例に基づき権利・義務の発生、変動その他法的な効果を発生する行為」とされ、法律や条例などの条文では、許可、認可、免許、命令、処分などの名称となっている。たとえば、道路占有許可、地方税の課税処分、飲食店の営業許可、農地の所有権移転の許可、違法な建築物の除去命令などである。

ところで、契約と行政処分は、両方とも法的な権利・義務について定めるものであるが、契約は両当事者の合意によりこうした権利と義務が発生するのに対し、行政処分は行政(自治体)側の一方的な判断(意思の表示)で住民の権利・義務を定め得るものである。ただし、この判断は法に基づかなければならない。なお、行政活動で人の権利・義務の発生、変動などの法的な効果を持たないものを(行政上の)事実行為という。たとえば、道路行政における道路占有の許可は行政処分であるが、道路の清掃や補修は行政上の事実行為である。⁵⁾

そして、行政処分は権力性があることから、本来は規制行政にのみ用いるのに適した方式といえる。したがって、給付行政の場合、公営の鉄道やバスの利用などでは私人間と同様の契約方式を利用するのが適しているが、道路や河川の利用関係のほか生活保護決定など社会保障の分野では行政処分も広範囲に用いられている。⁶⁾ 本稿で考察するホームヘルパー派遣訴訟における自治体による派遣決定も、この行政処分である。

4) 原田尚彦著『行政法要論(全訂第3版)』(1994, 学陽書房) P 113

5) 以上「この行政行為は」からの解説: 木佐茂男編著『自治体法務入門』(1998, ぎょうせい) P 195, 198。ここでは、行政処分という名称を主に使用した。研究論文では伝統的に現在も行政行為という表現が一般的で、むしろ「処分」は争訟法上の「処分」概念を意味するものとして使われることが多い。なお争訟法上の処分は、ほぼ行政行為に該当する〔山下・小幡・橋本前掲書(注2) P 80〕。

6) 以上「そして」からの解説: 塩野前掲書(注2) P92 参照

次に、我が国の行政救済制度を見ると、「財産上の損失に対する補償」、「行政訴訟」、「簡易な行政救済制度」の3つに大別することができる。

財産上の損失に対する補償は、国または地方公共団体による違法な行政行為によって生じた損害に対して国家賠償法に基づき賠償を要求する「損害賠償」と、適法な行政行為によって特定国民に生じた財産上の損失の補償を求める「損失補償」とに分かれる。

行政訴訟は、行政処分等によって形成される法律関係に関して、国民が自己の権利・利益の救済を求めるための制度であり、違法または不当な行政処分等に対し行政機関に対してその是正を要求する「行政不服審査制度」と、違法な行政処分等に対し司法機関にその取消等を求める「行政事件訴訟制度」からなる。その他、法制度としての完成度は落ちるが、近時、住民等の要求もあり「苦情処理制度」や「オンブズマン制度」が整備されつつある。

行政事件訴訟制度には、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟である「抗告訴訟」のほか、「当事者訴訟」、「民衆訴訟」、「機関訴訟」の計4類型がある。抗告訴訟は、行政訴訟の中軸をなす訴訟類型で、個人的な権利・利益の保護を目的とする主観的訴訟であり、①処分取消しの訴え、②裁決取消しの訴え、③無効確認の訴え、④不作為違法確認の訴えの4種類があり（行訴法3条）、①②を取消訴訟という。⁷⁾

我が国の行政事件訴訟は、もともと抗告訴訟のうちの取消訴訟を中心に構成されている。そのため、規制行政における許認可には比較的当てはまるものであるが、給付行政でのサービス提供に係る行政処分については、権利救済という観点からすれば十分でないとされる。⁸⁾

以上、行政法を概観したが、次章では「給付行政」である高齢者在宅福祉におけるホームヘルパーの派遣決定（不承認・部分承認・変更決定）という「行

7) 以上の行政救済制度の解説：宇山勝美著『新しい社会福祉の法と行政』P195, 200, 藤木英新・金子宏・新藤孝司編『法律学小辞典』（1972, 有斐閣）P729

8) 村上武則「給付行政」成田頼明編（増刊ジュリスト）『行政法の争点（新版）』（1985, 有斐閣）P11, 原田尚彦著『プレップ行政法』（1987, 弘文堂）P136, 137参照

政処分」に対する「取消訴訟」と「損害賠償」請求に係る判決を考察する。

2. ホームヘルパー派遣の仕組み

ホームヘルプサービスとは、高齢者の在宅生活の維持と安定、家族の介護負担の軽減を目的に、身体上または精神上の障害があつて日常生活を営むのに支障があるおおむね65歳以上の高齢者のいる家庭を対象に、家事援助や身体介護を行なうホームヘルパーを派遣するサービスである。

では本稿で考察するヘルパー派遣訴訟当時、つまり介護保険導入前の高齢者福祉サービスが、市町村においてどのように実施されていたかを、まず見てみたい。

我が国の高齢者福祉は、昭和38年制定の老人福祉法に基づいて実施されており、そのサービスは、養護老人ホーム、特別養護老人ホーム等への入所という施設サービスと、ホームヘルプサービス・デイサービス・ショートステイ（いわゆる在宅福祉3本柱）などの在宅福祉サービスの2つに大きく分けられていた。

この老人福祉法は、地方分権の流れの中で、平成2年に大幅改正され、①施設・在宅福祉の市町村への権限一元化（総合的なサービス提供体制）、②在宅福祉を法で明確に規定（在宅福祉重視）、③市町村及び都道府県の老人保健福祉計画策定の義務化という大きな改革がなされていた。

これにより施設サービスは機関委任事務が団体委任事務となり、従来、都道府県が行なっていた入所決定を市町村が行なうことになった。また在宅福祉サービスは、従来から市町村の事務となっていたが、団体委任事務として老人福祉法で明確に位置付けられた。たとえば、ホームヘルプサービスは、老人福祉法10条の4を根拠規定とする市町村の団体委任事務で、各市町村は国庫補助事業を導入して市町村自ら若しくは市町村社会福祉協議会、社会福祉法人、福祉公社などに委託して運営しており、条例でなく要綱に基づいて実施することが多かった。

次に利用手続きからみると、施設サービスの場合、特別養護老人ホームの入

所希望者は市町村へ申請し、市町村の職員による家庭訪問調査などがなされた後、措置会議や入所判定委員会が開かれ入所が決定された。特に、特別養護老人ホームは、入所希望者が多く、順番待ちで「待機」が必要な場合がほとんどであった。

在宅福祉サービスの場合は、日常生活用具の供与・貸与や給食サービスなどは、利用希望者が市町村に訪問した際、その場で事実上の供給の決定がなされることが多いが、ホームヘルプサービスは、利用希望者が市町村の窓口を訪れヘルパー派遣の「申請」を行なうと（在宅介護支援センターによる代理申請も可）、所得調査のほか市町村職員が家庭に訪問して高齢者の状況や介護の状況等を調査した後に、サービスの内容や派遣回数などを含め「派遣決定」を行っていた。

この派遣決定に基づき、市町村のホームヘルパーまたは市町村が委託している市町村社会福祉協議会や社会福祉法人などのホームヘルパーが高齢者宅に派遣される。利用者はその所得に応じた利用料（前年所得税課税年額で7階層区分の「応能負担」：1998年度1時間0～940円）を市町村に支払い、市町村は運営に係る経費を委託料として委託先に支払っていた。⁹⁾

以上のような制度的仕組みと利用手続きのホームヘルプサービスであるが、次章で2つのヘルパー派遣訴訟について、事実、判旨を紹介し、争点について具体的に考察したい。なお、最初の訴訟は、利用希望者からの派遣申請への不承認及び部分承認という行政処分に対し、取消訴訟と損害賠償を提起したものであり、次の訴訟は、利用希望者からの派遣回数を増やす変更申請への派遣変更決定に対し、取消訴訟（実質、派遣増の要求）と損害賠償を提起したものである。

9) 以上のうち制度面の解説：一番ヶ瀬康子監修、中野いずみ著『高齢者福祉とは何か』（1999、一橋出版）「第2章、高齢者保健福祉の法と関連施策」やホームヘルプサービスの解説（P 79）を一部参照、サービスの利用手続きの解説：橋本弘子著『福祉行政と法』（1995、尚学社）P 129を一部参照

II. ホームヘルパー派遣訴訟の考察

1. ホームヘルパー派遣申請不承認処分取消等請求事件¹⁰⁾

(東京地裁平成8年7月31日判決、判時1593号41頁)

<事実の概要>

原告Xは、平成5年12月4日に交通事故に遭い、翌5日に入院し、母親Aの介護ができなくなったことから、被告Y1(大田区洗足福祉事務所長)に対して、ホームヘルパーの派遣申請をしたところ、Y1からは、退院までの期間、1週3回・1回6時間とする派遣通知を受けた(第1通知)。

同月19日に病院から退院した後、Xは在宅において治療を続けることになったことから、1週7回・1回8時間の派遣を求める申請をY1に行った。

この申請に対し、同月27日に、福祉事務所の職員はX宅に調査に訪れたが、Xがビデオカメラで職員らを撮影し続けるなどしたこと、職員らはXらの生活状況について十分把握できないまま調査を終了せざるをえなかった。そこで、Y1は、Xが通院していた病院医師の診断書をもとに、日常生活は概ね自力で可能と判断し、Xの申請不承認とする通知を行なった(第2通知)。

Xからは、翌6年1月4日になって1週7回・1回24時間の派遣申請、同月26日には1週7回・1回12時間の派遣申請があったが、Y1はいずれも不承認の決定を行なった(第3、第4通知)。

なお、第3通知に先だって、福祉事務所の職員が、再度X宅へ調査に訪れ生活状況の調査を行なっている。Xも今回は調査を受け入れ、障害のため日常生活に支障があることを申し立てた。さらには、Xの医師からも一部介助が必要である旨の診断書が提出されていたが、Y1はこれらの調査及び診断書を総合

10) 以下の事実の概要及び判旨は、佐藤進・西原道雄・西村健一郎・岩村正彦編、別冊ジュリストN○153『社会保障判例百選』(2000、有斐閣)P230、『判例時報』1593号P41～51参照

的に勘案した上で、第3通知において不承認の判断を下している。第4通知においても、前回申請から状況に変化がないとして、同じように申請不承認とした。

Xは、その後同年2月12日に、今度は骨髄炎を併発し歩行困難との医師の診断書を添付し、1週6から7回、1回8から10時間の派遣申請をしたところ、Y1は3月3日に1週2回・1回3時間とする派遣通知書を交付した。その後約2か月ほど、派遣時間等が変更されながらも、ヘルパーの派遣が継続された。

Xは、これらY1からの不承認ないし部分承認とする通知に対して、この決定を不服として、大田区長に対し審査請求をしたが、全て請求を棄却されている（第1通知については、派遣期間を退院までとした決定を不服として審査請求している）。そこで、被告Y1に対する処分の取消しと、被告Y2（大田区）に対する損害賠償の支払いを求めて、東京地裁に提訴した。同地裁の判決は、処分の取消訴訟については「訴えの利益がない」として却下したが、損害賠償の請求については一部認容した。

＜判旨＞

（本件各通知の取消しを求める訴えの利益について）

①「処分の取消しを求める訴えの利益の存否は、原則として、口頭弁論終結時において当該処分が取消判決によって除去すべき法的効果を有しているか否かによって決すべきである。……本件各通知が違法であるとして取り消された場合には、法的には各通知に対応するXのヘルパー派遣申出がある状態に戻ることになるが……（Xは）怪我から回復し、もはや（被告要綱の）介護者要件に該当すべき状態でないことは当裁判所に顕著である。仮に本件各通知が違法であるとして取り消されたとしても、現時点において……ヘルパーが派遣される可能性はないものと解される。したがって、Xには本件各通知の取消しを求める訴えの利益がない。」

(本件各通知の違法性の有無について)

②「別紙2の対象者基準及び同3の介護者基準は、本件要領（大田区高齢者ホームヘルプサービス事業取扱要領，平成6年4月1日における改正前のもの）の対象者要件と介護者要件とをそれぞれ明確化したものであり、本件各通知のされた当時においても、概ね右各規準と同様の基準によってヘルパー派遣の運用がされていた……そうすると、（改正後の）本件要綱（大田区高齢者ホームヘルプサービス事業実施要綱）に定める『日常生活を営むのに支障がある』と対象者要件及び『介護のサービスを必要とする場合』という介護者要件は、対象者基準及び介護者基準によって具体化されており、右基準に該当する限り、本件要綱の要件を満たすものというべきである。」

③第1通知については違法は認められないとした上で、第2通知以降の各通知については、「本件不派遣通知当時、X世帯においては、Aが対象者基準に該当し、Xが介護者基準に該当していたということができ……当時、ヘルパーの需要が大きかったものと認められることを斟酌しても、一方で……Xの骨髄炎が治癒し、怪我も全般的に軽快した後である平成6年5月13日以降も、1日当たり3時間、1週当たり2日のヘルパー派遣がされているものと認められること等から考えて、本件不派遣通知時以降も、当時の介護需要、派遣体制等に照らしても、少なくともこれと同程度のヘルパー派遣が適当であったものと解される。」

「したがって、X世帯へのヘルパー派遣を一切認めなかった本件不派遣通知は、派遣が認められた場合に受けるXの利益を侵害したこととなる。」

(損害賠償における故意又は過失の有無について)

④「(本件第2通知に当たって)平成5年12月27日調査においては、X住居の客観的状況を把握することはできたが、原告から具体的な事実の申述を得ることはできなかったため、……室内での日常生活の状況等から明らかにすることはできなかった。……原告からの調査協力が無いとしても、既に開示されている(原告の生活実態に即して記載された)天明診断書記載事項について……

具体的内容を問い合わせることも可能であった（が）…ホームヘルプサービス事業は被告区独自の住民福祉事業であって、被告区に広汎な調査権を付与しているものでなく、申出者において必要な事項を開示することが予定されているものと解されることを総合すれば、天明医師に対して診断書の記載内容を確認等をしなかったことをもって過失ということはできない。……ことなどを総合すれば、Xが通常日常生活が可能な状況にあると判断したとしても、このことをもって直ちに被告Y1の過失と評価することはできない。」

⑤「（本件第3通知をするに当たっては）既に平成6年1月14日に事務職員によるXの負傷個所の確認がされ、同月13日付けの新井意見書にはX自身がその日常生活の一部介助を必要とすることが明記され、同月18日にはXから具体的な生活実態に即した説明がされているのであるから、……Y1も認識し得べきであったものというべきである。また本件第4通知時までには、Xの生活実態の改善を認めるに足る証拠はない。したがって、Y1が、右のような事実を認識せず、介護者要件の認定を誤って本件第3、第4通知をした点には、過失があったものといわざるを得ない」

＜本件判決における争点の考察＞

(1) 訴えの利益の有無

抗告訴訟のなかの「処分の取消しの訴え」（取消訴訟）は、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為の取消しを求める訴訟（行訴法3条2項）であり、訴訟要件として、①行政庁の違法な処分の存在（処分性）、②訴えの利益の存在、③被告適格の存在、④管轄裁判所への提起、⑤審査請求前置主義との関係、⑥出訴期間の遵守、⑦訴の形式の具備がある。¹¹⁾

このうち処分性とは抗告訴訟の対象性であり、最高裁は抗告訴訟の対象とな

11) 宇佐見方宏著『三訂版・行政法の解説』（1997、一橋出版）P 89

る行政庁の処分とは「公権力の主体たる国又は公共団体が行なう行為のうち、その行為によって直接国民の権利を形成しまたはその範囲を確定することが、法律上認められるもの」を指す（最判昭30. 2. 24, 民集9巻2号214頁）とし、処分性の要件として公権力行為による具体的な法効果の発生と争いの成熟性を要求し対象を厳しく限定している。

また訴えの利益は、通常、主観的側面と客観的側面に分かれ、前者は「原告適格」で処分の取消しを求めることについて法律上の利益を有する者でなければならないというもので、後者は「狭義の訴えの利益」で、取り消された場合、現実に法律上の利益の回復が図られる状態にあることである。¹²⁾

本判決は、判旨①のとおり、狭義の訴えの利益がないを主な理由として却下している。つまり、本件各通知が取り消されても、Xは既に怪我から回復しているため、もはや大田区の実施要綱の介護者要件に該当せず、口頭弁論終結時においてヘルパーが派遣される可能性はないのでXには訴えの利益がないとして、本件各通知の取り消しを求める訴えを却下している。

なお、本訴訟が提起された平成6年以前である平成元年には国の老人家庭奉仕員派遣事業運営要綱が改正され、従来の「家族が老人の介護を行えないような状況にある」との条件が緩和され、家族が介護を行なう能力があっても必要により希望すれば活用できるとなっていた。¹³⁾ この要綱は、法令の解釈運用のための行政内部での基準にすぎず、行政組織内部での効力しか持たないともいえるが、¹⁴⁾ 本判決が、この条件緩和を全く検討せず訴えの利益がないとしたのは疑問の残るところである。

(2) 損害賠償における裁量の違法性の有無

国家賠償法1条1項では、「国又は地方公共団体の公権力の行使に当る公務

12) 以上「このうち処分性」からの解説：原田前掲書（注4）P 325～327, 331, 332 参照

13) ホームヘルパー養成研修テキスト作成委員会編「2000年改訂版・ホームヘルパー養成研修テキスト・2級課程」（2000, 長寿社会開発センター）P 298。

14) 山下・小幡・橋本前掲書（注2）P 122

員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めている。その要件には、当該行為の違法という客観的要件と、故意・過失という主観的要件が並立している。¹⁵⁾

本件の場合、ヘルパー不承認決定という行政処分が違法であるかどうかと、その行政処分を行なうに当たって故意または過失があったかどうかである。

本件被告の場合、ヘルパーの派遣決定は実施要綱の要件に沿って決定されているため、この要綱の具体的な要件は裁量基準といえる。この基準は、画一的かつ合理的な業務の処理のために設けられた裁量権行使の内部準則であるので、本来的には法的拘束力を持つものではなく裁量基準に従わない決定通知でも不当の問題が生じることこそあれ、当然に違法となるものではないとされる。¹⁶⁾

たとえば、マクリーン事件上告審判決（最判昭和 53. 10. 4、民集 32 巻 7 号 1223 頁）では、「行政庁が、その裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものであるから、処分が右準則に違背して行なわれたとしても原則として当不当の問題を生ずるにとどまり当然に違法となるものではない」¹⁷⁾としている。

裁量基準のこのような理解が通説ではあるが、本判決は、判旨②③のように、通知第 3・4 の不派遣通知当時、A は対象者基準、B は介護者基準に該当していたこと（厳密に言えば、この基準は不派遣通知当時は未策定であったが、従前から、この基準で運用していた）、さらに当時ヘルパー需要が大きかったとしても、X が骨髄炎が治癒し怪我も全般的に軽快したのちも、1 週 2 回・1 回 3 時間ヘルパーが派遣されていることなどにより、本件不派遣通知当時も少な

15) 塩野宏著『行政法Ⅱ（第2版）』（1994、有斐閣）P 238

16) 「この基準は」からの解説：関川芳孝「ホームヘルパー派遣不承認処分と内部準則に基づく平等原則」佐藤・西原・西村・岩村前掲書（注10）P 231

17) 塩野前掲書（注2）P 87、この判決は出入国管理令21条1項による外国人の在留期間の更新を拒否した事例において、在留期間の更新を「適当と認めるに足る相当の理由」があるかどうかの判断について法務大臣の裁量を認めている〔山下・小幡・橋本前掲書（注2）P 95〕。

くとも怪我輕快以降の水準の派遣が適当と解され、本件不承認通知は派遣が認められた場合に受けるべきXの利益を侵害したとしている。

この判決は、行政機関が裁量基準を作っておきながら、特定の者に対して、これを適用しないである行為を行なった場合には、そのことについて合理的理由がなければ、その行為を平等原則違反として違法としたものであるといえよう。¹⁸⁾ なお、平等原則とは、同じ状況にある者について、合理的な理由なしに差別することを禁じる原則である。¹⁹⁾

次に損害賠償に係る被告の故意又は過失について、本件判決は、判旨④のとおり第2通知に当たっては、原告からの調査協力もなく被告の日常生活の事実を詳しく把握できなかったことや、診断書の内容について医師に確認しなかったとしても被告大田区に広汎な調査権が与えられていないため過失はないとしている。一方、第3・4通知については、判旨⑤のとおり原告の申述つまり調査協力もあり診断書も一部介助必要と記載しているのに、事実を認識せず不派遣としたとして過失を認めている。

以上のように、本判決は第3・4通知に対し、平等原則違反と事実誤認という過失によって損害賠償について一部認容している。

18) 「この判決は」からの解説：柴地義一著『行政法総論講義（第3版増補）』（1972, 1999, 有斐閣）P 89, 90。このように裁量基準が、一定限度で外部効果をもつことを認める学説がある。たとえば、裁量権の公正な行使確保、平等取扱いの原則、相手方の信頼保護といった要請からすると、準則と異なった判断をするには、そのための合理的な理由が必要であると解され（その説明ができない限りは違法の問題が生じる）、その意味において裁量基準は分類上は法規命令に当たらないけれども、一定の外部効果を持つという説がある〔塩野前掲書（注2）P 87〕。

19) 山下・小幡・橋本前掲書（注2）P 96

2. ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件²⁰⁾

(大阪地裁平成10年9月29日判決、「賃金と社会保障」1245号30頁)

＜事実の概要＞

原告X（女性，明治40年生）は，一人息子のB（昭和8年生）と二人暮らしであった。Xは，昭和62年以来，おおむね週2回，家事援助のためのホームヘルプサービスを受けていた。平成5年1月，Xが脳梗塞の後遺症と診断されたのを機に，Bは会社を辞めてXの世話をすることにした。

その後，Xは，平成5年5月に左大腿骨骨折のため入院することになり，被告Y1（大阪市城東区福祉事務所長）より，入院期間中のヘルパーの派遣を停止する旨の通知を受けた。2か月後，Xは退院し自宅に戻るが，Y1は，「長男の介護が受けられるため」という理由で，ヘルパーの派遣を廃止する旨の通知をしてきた。

これに対しXは派遣廃止決定に対する異議申立てを行い，Y1は同年10月にホームヘルパー派遣再決定をした。派遣内容は週2回・1回2時間で，サービス内容は「買物，掃除，調理，車椅子での散歩」という家事援助に限定されていた。

退院後，家事援助だけでなく身体的な介護も必要としていたXは，同月，サービスを家事援助だけでなく身体介護にも広げて欲しいこと，またヘルパーの派遣回数を増やして欲しいことを申し出た。

しかし，担当のケースワーカーMは，これを単なる相談扱いとし，身体介護サービスも派遣回数の増加もその場で口頭で拒否した。そのため，その後2年あまり，Xの介護をBひとりが担うことになった。なお，その後，平成6年11月に，Bは福祉事務所のコーディネーターIに対し，派遣内容の拡大を求めた

20) 以下の事実の概要及び判旨は，佐藤・西原・西村・岩村前掲書（注10）P232，233。旬報社編『賃金と社会保障』No. 1245（1999年3月上旬号）P30～50

が、具体的な対応はなされなかった。

Xは、平成7年11月21日に、Y1に対し弁護人を代理人として家事援助ヘルパーに加え、身体介護ヘルパーの派遣（週7回・1回3時間）と介護・排泄介護・身体清拭・洗髪をすることを求める旨記載したホームヘルパー派遣変更申請書を提出し、ホームヘルパー派遣内容の変更を求めた。Y1は、平成8年1月8日付けで、Xに対しホームヘルパー派遣変更決定をした。しかし、その内容は、従前に比べ1回の派遣時間は変わらず、派遣回数を週1回増やしたにすぎなかった。

同年4月、Xは、Y1がXにした1月8日付けの「ホームヘルパー派遣決定（変更）処分」の取消しを求めるとともに、本件変更決定にいたるまでにY1や担当職員のMやIに違法な対応があったことなどを理由に、被告Y2（大阪市）に対し国家賠償法に基づく損害賠償の請求を行った。判決は、Y1に対する訴えを却下し、Y2に対する請求については棄却した。なお、本訴訟は、現在上告中である。

<判旨>

（本件変更決定の取消しの訴えについて）

①「本件変更決定が、法律上……原告からの申請を一部拒否する内容の行政処分（申請に対する拒否処分）としての性質を有するか否かについては、その根拠となる法令が個々人に対して派遣を求める申請権を付与しているものと解し得るかどうかによって決すべきである。」

「（老人福祉）法は市町村に対し右各規定の内容に従った措置の総合的な実施に努めるべきことを定めてはいるが、個々人がホームヘルパー派遣の申請権を有すること、あるいは、これを前提とした申請の手続や派遣の措置が認められなかった場合の不服申立てに関する規定はなく、右の申請権があることを窺わせるような規定もない。」

「（申請権が認められない以上）本件において、Xの本件変更申請書の提出によ

りXが求めた内容どおりの派遣決定ないし派遣変更決定がされなかったからといって、本件変更決定をXの申請を（一部）拒否するとの内容の行政処分と解することはできない」

②「措置を求める申請権自体は肯認できないとしても、新たにホームヘルパーの派遣する旨の措置は、名宛人に対し、右措置の内容に従ったホームヘルパーの派遣を求める法律上の地位を付与する、名宛人に有利な処分と解するのが相当であり、（措置の解除には老人福祉法12条により理由提示と意見聴取が定められており、この規定の前提は、行政手続法12条の処分基準公表と14条の不利益処分の理由提示の適用なので）派遣の措置の変更は、従前の措置の内容に比較して名宛人に不利益な部分は措置の一部解除としての不利益処分、名宛人に有利な部分は新たな行政処分として、いずれも行政処分と解すべきことになる。ただし、利益処分に対しては、名宛人はその取消しを求める法律上の利益はないといわざるを得ない。……派遣の申出に対してこれを拒絶する旨の通知を受けたとしても、その者は……不利益な行政処分としてその取消訴訟を提起することはできないが、いったん、決定を受けた後に、それを廃止又は制限する内容の措置の変更を受けた者は、その不利益な部分については、これを行政処分として取消訴訟を提起することができる……そうすると本件変更決定は行政処分であるが、原告にはその取り消しを求める法律上の利益はない」

（損害賠償の請求について）

③「本件変更決定は……派遣の申請を一部拒絶した処分ではなく、むしろ……原告により有利な処分と解するほかない」

「（老人福祉）法10条の4第1項所定の介護の要件及び介護の内容については、抽象的に定められているのみであって、具体的、明確な規定は見当たらない。また……（老人福祉）法10条の4第1項は『市町村は、必要に応じて、次の措置を採ることができる』と規定されているのみである」

「ホームヘルパーの派遣の要否、回数や時間、それによる介護の内容の決定は、対象者のADL（日常生活動作）、介護者の介護能力についての医療面等から

の専門技術的判断を要するとともに、その派遣には費用を要し、派遣されるホームヘルパーの人的資源にも制約があることから、当該市町村及び区域におけるホームヘルパー派遣の需要及びその将来の見通し、並びに実際に派遣されているホームヘルパーの数、回数及びその内容等の諸事情を把握し、それらの総合的判断としてされるものといわざるを得ない。」

「派遣の需要に対して派遣の供給余力が不足する場合には、……限られた財源、人的資源を派遣の希望者にどのように割り振って配分するかの問題にもなり得るのであって……このような判断は、その相当部分は、前記の諸事情を把握して対処する立場にある市町村の担当者、本件においてはY 1の裁量に委ねられているものというべきである。」

④「待機世帯が85件、特にその中でXと同様に全面介助を要する高齢者で家族と同居している場合だけを挙げても9件に上っており、Y 1が定めた本件要綱や本件要領に基づいたホームヘルパーの派遣の需要を前提にしても、その供給が恒常的に不足する状態であった。」

「(Y 1の職員が) 本件変更決定の判断に影響を及ぼすような重要な事実について誤認をしたと認めるに足る証拠はない」

「(被告大阪市は大阪市ホームヘルプサービス事業運営要綱及びその事務細則である大阪市ホームヘルプサービス事務取扱事務処理要領を定めているが、後者の) 要領には『派遣の決定にあたっては、派遣対象者の心身の状況、家族等の介護、介助の程度等を十分検討したうえで、サービス内容の決定及び別表ホームヘルパー派遣基準(平成5年9月策定の大阪市高齢者保健福祉計画と同一内容で同計画は平成11年度の目標水準を定めたもの)を参考にして、²¹⁾ 派遣時間、回数の決定を行う』ものとされており、……本件派遣基準はあくまで参考とされるものにすぎず、本件要綱及び本件要領においても、少なくとも本件派遣基準に従った派遣が確保されるものとされていたわけではない。」

21) 原告の場合、本件派遣基準に沿うと週5回、1回3時間(又は週15時間)が派遣基準であった〔被告の主張より：旬報社前掲書(注20)P32参照〕。

「Y 1 においてホームヘルパーの増員を図るべき政治的責任があるのは当然であるとしても……厳しい財政状況の中でホームヘルパーの増員に予算を投じ……ホームヘルパーの数を他の政令指定都市に比較してみても……劣るものとはいえないと考えられる。」

「このようにみてくると、Y 1 がした本件変更決定が、その裁量権を逸脱したり、又は濫用したりしたものとして違法であるとはいえず、むしろ……X に対するホームヘルパーの派遣を週 3 回、1 回 2 時間とした本件変更決定は、当時の Y 1 の判断としては、やむを得なかったものというべきである。」

＜本判決における争点の考察＞

(1) 処分性及び原告適格の有無

本判決は、本件変更決定の処分性の有無については、法令が個々人に対して派遣を求める申請権²²⁾を付与しているかどうかで判断すべきであるとし、本件の場合、老人福祉法 10 条の 4、1 項 1 号で市町村の措置を「できる」規定としていることなどから申請権を否定し、判旨①のとおり本件変更決定を X の申請を（一部）拒否する内容の行政処分と解することはできないとしている。

しかし判旨②のとおり、申請権は肯認できないとしてもヘルパー派遣決定（措置）は原告 X にヘルパー派遣を求める利益を付与する処分であると解され、老人福祉法で措置の解除に理由提示や意見聴取が定められ、その前提に措置の解除には行政手続法 12 条及び 14 条が適用されるという考えがあることを根拠に、従前の措置に比べ不利益な部分（たとえばヘルパー派遣の廃止）は不利益処分で取消しを求める法律上の利益はあるが、有利な部分は新たな行政処分で、この利益処分については取消しを求める法律上の利益はないとしている。

22) 申請に対する審査及び応答など何らかの措置が遅滞なく行なわれるとともに行政機関が違法な仕方でも申請を拒否してはならないという申請者の権利を一般に申請権と呼ぶ〔小早川光郎著『法律学講座双書・行政法・上』（1999、弘文堂）P 220 参照〕。

具体的には、週2回・1回2時間のヘルパー派遣であったものを、Xが平成7年11月21日に週7回・1回3時間とする変更申請をY1にしたのに対し、Y1が平成8年1月8日に週3回・1回2時間と決定したのは、1回派遣が増える有利な処分（措置）であるので、取消しを求める法律上の利益はXにないということである。

申請拒否処分に裁量性があるときでも法律が申請権を与えている以上、適切な裁量によって許否の判断を受ける法的利益があるとされるが、²³⁾ 本判決の場合、変更決定の処分性の有無及び原告適格について、法令で申請権が認められないにもかかわらず、最終的には行政手続法12条及び14条に定める不利益処分での理由提示、意見聴取の適用対象となるかどうかを手掛かりに判断²⁴⁾したものといえよう。²⁵⁾ 結論は、いったん決定された派遣決定の廃止、制限のみが取消訴訟の対象と認め、それ以外は認めないというもので、本件のような派遣回数を増やすことを求める変更決定の取消訴訟（実質上、義務づけ訴訟）²⁶⁾に道を閉ざすものである。

ところで、従来、生活保護法7条は申請保護を前提とし、この申請は法律の規定による申請権の行使と解されており、申請がなされたときは、行政庁はこれに対応する法律上の義務があるとされている。これに対し、いわゆる福祉五法における福祉の措置や援護の措置を求める場合、申請の手続きが法定されて

23) 塩野前掲書（注15）P 99

24) 類似の判断：給付行政の分野で、法律の仕組みを手掛かりとして処分性が認められることがあるが、最高裁判所がときに手掛かりとしているのは、行政上の不服申立の途を法律が開いているかであるとされる〔塩野前掲書（注15）P 82〕。

25) その他の解説として、本判決は派遣決定（変更）を申請に対する拒否処分と派遣措置の変更という2つの観点の問題に分け、前者は法令に申請権がないことを理由に処分性自体が否定し請求が却下され、後者は処分性を肯定しているものの有利な処分であることを理由に訴えの利益がないとして原告適格を否定したものであるとの解説がある〔秋元美世「ホームヘルプ派遣処分の原告適格・資源の制約と裁量性」佐藤・西原・西村・岩村前掲書（注10）P 233〕。

26) ドイツでは、生活保護の申請が違法に拒否された場合は、拒否処分の取消しといった迂遠な手段ではなく、直接に行政庁に対し申請どおりの行政決定を求める義務づけ訴訟を提起できるようになっている。我が国の場合、裁判所側は、この義務づけ訴訟を判例法によって承認することに慎重であるが、ある限られた範囲で義務づけ訴訟を無名抗告訴訟の一種として承認または現行の行政事件訴訟法の解釈を通じて承認することは、理論上も不可能でないとの見解がある〔原田前掲書（注8）P 138, 141, 142〕。

おらず、福祉五法における給付・サービスの受給は、国民の権利ではなく行政庁の職権発動の結果生じる「反射的利益」に過ぎないとの行政解釈がある。このように申請が権利でなく職権行使の反射的利益だとすると、その理論的帰結として、これらの給付・サービスの受給に関する法的地位が一方的に奪われても不当の非難は生じても権利侵害として争えないことになる。²⁷⁾ 本判決は、実質的に、この反射的利益とする行政解釈と近い結論になったものといえよう。

(2) 損害賠償における裁量の違法性の有無

給付行政は事態の変化への対応を必要とするため、行政裁量ないし行政の判断余地が強く求められるが、²⁸⁾ ホームヘルパーの派遣決定も、同じように行政裁量に基づき決定されたものである。

従来、判例・学説は行政庁の裁量判断をその性質に応じて羈束裁量と便宜裁量に二分し、羈束裁量の当否は完全な裁判審査に服するのに対し、便宜裁量のそれは原則として裁判審査の範囲から除外されるものとしてきた。

しかし、行政行為が法目的の実現を目指す活動である以上、行政庁に絶対的裁量行為が認められるわけではないので、裁量権の行使が客観的にみて裁量権の限界を逸脱している場合（裁量権の踰越）や、裁量権の範囲であっても不当な動機ないし目的で裁量判断している場合（裁量権の濫用）は違法となるといえる。具体的にいえば、事実誤認や法の明示の限界をこえて行政行為を行ったり著しく不合理な内容の行政行為をしたとき、たとえば、少々の不正に対し不当に過酷な懲戒処分をしたり（比例原則違反）、特定の個人をいわれなく差別し不利益な扱いをした（平等原則違反）ときに、裁量権の限界をこえ違法とされる。また表面上は適法に見えても、不公正な動機で処分をしたり、法の目的

27) 以上、反射的利益の解説：宇山前掲書（注7）P 133, 136。ただし、職権主義や反射的利益の理論は近時薬害や公害の裁判を通じて少しづつ修正を余儀なくされている事実注目が必要がある〔宇山前掲書（注7）P 133〕。

28) 村上前掲論文（注8）P 12

と異なる目的で処分をすること（他事考慮）は許されない。²⁹⁾

本判決は、Y2が行なったヘルパー派遣決定に違法性があるかどうかについて、この裁量権に踰越や濫用、つまり行政事件訴訟法30条「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」を根拠に判断しているといえる。

具体的に見ると、本判決は、判旨③④のとおり、本件変更決定は原告にとって有利な処分であること、法が定める介護の要件及び介護の内容について具体的、明確な規定が見当たらないこと、ヘルパーの派遣の要否・回数や時間・介護内容の決定は医療面等からの専門技術的判断を要すること、限られた財源・人的資源をどのように配分するかは被告福祉事務所長の裁量に委ねられていること、原告と同様な状況の派遣待機者がおりヘルパー派遣が恒常的に不足する状況であったこと、本件変更決定に影響を及ぼすような重要な事実誤認がなかったこと、実施要領の派遣基準はあくまで参考であること（この判断は、派遣基準について要領で「参考にして」という文言があったことと高齢者保健福祉計画の平成11年度派遣目標と同一のものになっていたからといえよう）、³⁰⁾ヘルパーの増員について政治的責任はあるが厳しい財政状況のなか増員の予算を投じヘルパー数も他指定都市に劣るものでもないこと等から、ヘルパーの派遣を週3回・1回2時間とした本件変更決定は、裁量権の逸脱又は濫用はなく、むしろやむを得なかったとしている。

以上により違法性はないとして、本判決は損害賠償を認めていない。

3. 判決の総合的考察と評価

本稿はホームヘルパー派遣訴訟の判決を2件あげ考察したが、本節では、これを比較して簡単にまとめるとともに一定の評価を試みたい。

29) 以上「従来、判例・学説は」からの解説：原田前掲書（注4）P127, 128

30) 判決では、「そもそも本件派遣基準は……平成11年度の目標水準を定めたものであるから、その3年前であって本件変更決定された平成8年当時に、すべての派遣希望に対して本件派遣基準どおりの派遣ができなかったとしてもやむを得なかった」と述べている〔旬報社前掲書（注20）P49〕。

なお、本稿の判決のうち最初に考察した東京地裁での「ホームヘルパー派遣申請不承認処分取消等請求事件」を以下「東京判決」と呼び、後に考察した大阪地裁での「ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件」を以下「大阪判決」と呼ぶ。

本稿で見たように両訴訟とも、行政庁によるヘルパー派遣の不承認・部分承認・変更決定について、その取消しを求める取消訴訟を提起するとともに損害賠償を請求したものである。

取消訴訟については、両判決とも訴えを却下している。その理由は、東京判決は訴えが認められたとしても、口頭弁論終結時点では原告の怪我が回復しているので被告の要綱の介護者基準に該当しないためヘルパーが派遣されず訴えの利益がないというものである。また大阪判決は、法令に申請権がないことなどや行政手続法では措置の解除のみ適用されるという規定から、変更決定のうち不利益な部分は取消訴訟の対象となるが、本件の場合、変更申請に対して派遣回数が増えている有利な処分なので取消訴訟の対象とならないとした。

この判断についてであるが、東京判決の場合、要綱の派遣基準に該当せず訴えの利益がないとしているが、当時の要綱自体が国が要綱で示した派遣基準に反していることから、他の要件を十分検討せず主に狭義の訴えの利益のみで判断し却下しているのは疑問の残るところである。また大阪判決は、法令に申請権がないとした上で、実質上、決定の廃止、解除のみが取消訴訟の対象としている。

損害賠償については、東京判決は、被告の要綱に派遣基準があり、この基準に該当していたときに派遣していないことから、平等原則違反を根拠に違法性を認め損害賠償を一部認容している。これは裁量基準と違う取扱いをする場合、合理的な理由が必要であることを意味する。大阪判決は、法で定めた派遣基準は明確でなく、ヘルパー派遣の決定は専門技術的判断や財政的人的制約などがあることなどで行政庁の裁量であるが、ヘルパー増員に努めているが恒常的に不足し重要な事実誤認もないことなどから、その裁量に踰越や濫用はなく違法性はなかったとし、損害賠償を棄却している。なお、大阪判決の場合、派遣基

準を要綱に基づく事務細則である要領で定めているが、これはあくまで参考であるとしている。

以上のように、2つのヘルパー派遣訴訟の判決をみると、裁量基準が明確である場合、平等原則などを介在して行政裁量の裁判規範となり、損害賠償によって国民の権利擁護に一定の効果を発揮する可能性はあるが、取消訴訟については、法令に申請権が規定されていない場合、処分性や原告適格を認められず権利性が希薄になることを示している。ただ、他の給付行政の分野では、要綱による助成金支給申請が法令に基づく申請に当たるとした裁判例（同和地区妊産婦対策費支給申請の不作为違法確認請求控訴事件,³¹⁾大阪高裁昭54. 7. 30, 判時948号44頁）もみられる。

Ⅲ. 高齢者在宅福祉における権利性実現の課題と対策

1. 権利性実現のための根拠規定の解釈

一般に、福祉においてサービスを受ける権利を法的に整備するとは、①社会福祉サービスの情報に関する権利、②サービスを受けるための手続きの権利、③適切なサービスであることが保障される権利、④サービスの受給をめぐる訴訟の権利、⑤社会福祉行政計画や管理運営への参加の権利について、法令で保障することとされる。³²⁾

本稿では、④サービスの受給をめぐる訴訟の権利を中心に権利性実現を考察するものであるが、前章までで2つのヘルパー派遣の判決から、高齢者在宅福祉では、法令に申請権が規定されていないため取消訴訟への道は閉ざされ、権

31) この判決では、要綱に基づく申請を含めた本件給付制度全体の趣旨・目的から被告大阪市長が行政庁として応答すべき旨を義務付けられていると認められる場合は、本件申請は「法令に基づく申請」といえるとし、本件給付制度が同和对策特別措置法に基づく同和对策事業の一つであること及び同法の趣旨等によれば受給資格者が享受する利益は、法律上の保護に値する法的利益ということが出来るから、本件要綱に定める給付金受給申請をした者は、支給・不支給の応答を受ける法律上の利益を有し、被告大阪市長にはその応答をすべき義務が生じ、結局右申請は「法令に基づく申請」にあたるとした。本件は、要綱に基づく申請に関する初めての高裁段階での裁判例である〔『判例時報』948号P44〕。

32) 佐藤進著『社会保障の法体系（全）』（1990、勁草書房）P371～376、佐藤進著『社会保障と社会福祉の法と法政策（第4版）』（1996、誠信書房）P187, 188

利性が非常に希薄になっていることをみた。また大阪判決をみると、損害賠償の請求を却下した理由として、ヘルパーの派遣の要否、回数や時間、介護内容の決定は専門的技術的判断を要することや財政的人的制約などのために行政庁の裁量に委ねられていることがあげられていた。

このように、ヘルパー派遣の権利性実現が難しい主な理由は、①法令に申請権が規定されていないことと、②行政裁量が大きいことが考えられる。

以下、この章から、この2つの点を中心に政策的課題と改善方策を行政学的視点なども入れて明らかにするとともに、介護保険にも一定の評価を試みたい。

そこで、ヘルパー派遣について、①法令で申請権が規定されているかどうかの点を、あらためて本稿で取り上げた判決から詳しく考察する。

ヘルパー派遣について法令で申請権があるかどうかは、東京判決では直接の判断を避け、大阪判決では「(老人福祉)法は市町村に対し……措置の総合的な実施に努めるべきことを定めてはいるが、個々人がホームヘルパー派遣の申請権を有すること、あるいは、これを前提とした申請の手続や派遣の措置が認められなかった場合の不服申立てに関する規定もない。」として申請権を否定している。

これに対し大阪判決での原告は、「憲法13条(幸福追求権)及び25条(生存権)によって抽象的権利として保障された高齢者の介護を受ける権利は、老人福祉法10条の3(措置の総合的实施)、10条の4(居宅における介護等)、11条(老人ホームへの入所等)、20条の8(市町村老人福祉計画)等の諸規定によって具体的権利となった」と主張している。

以上のことから、憲法25条及びヘルパー派遣の直接の根拠規定である老人福祉法10条の4をめぐる解釈を、以下、詳しく考察したい。

(1) 憲法25条の解釈

憲法25条は1項で「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」とし、2項で「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」と規定して

いるが、その法的性格をめぐる学説は大略して、次のように3つに分かれる。

第1は「プログラム規定説」で、憲法25条の規定は国民の生存権の充足に資すべき国の責務を訓示的に宣明したに過ぎず、この規定をもって直ちに実態的規範が生じるものではないというものである。

第2は「抽象的権利説」で、憲法25条はそれだけでは実態的権利とはなりえないが、これを具体化する法律が制定された時には、その法律によって具体的権利が設定され、その設定された権利内容の違憲性については裁判規範となりうるとするものである。

第3は「具体的権利説」で、現に国民が救済を必要とする状態にあるにもかかわらず、救済のための立法がなされず、あるいは存在する救済法が救済にとって著しく不適当な場合は憲法25条を根拠にして立法府の不作为を司法判断に委ねることができるとするものである。

我が国では、現行憲法制定当初からプログラム規定説が通説的地位にあった。我が国の司法判断のリーディングケースは、昭和23年の食糧管理法違反事件（最判昭和23. 9. 29, 刊集2巻10号1235号）であり、その判旨のなかで明確にプログラム規定説を採用している。以来、下級審にプログラム規定説を支持しないものが近時目立ちはじめているが、最高裁はこれまで一貫してプログラム規定説によっており、現在ではこれが行政実務でも通説的見解となっている³³⁾ただ、学会ではプログラム規定説を批判するとともに生存権の法的権利性を主張する法的権利説が、より有力になってきており、この法的権利説が前述した「抽象的権利説」と「具体的権利説」に分かれている。³⁴⁾

ちなみに代表的判例として、朝日訴訟（最判昭和42. 5. 24, 民集21巻5号1043頁, 判時481号9頁）をあげると、この判決は、周知のように生活保護法上での生活扶助基準が低額に過ぎ国の実施する生活保護が国民に「健康で文化的な最低限度生活を営む権利」を保障した憲法25条に反するとして争わ

33) 以上、憲法25条に関する学説等の解説：宇山前掲書（注7）P 34～36。

34) 内野正幸著『（新版）憲法解釈の論点』（1997, 日本評論社）P 101

れたものであるが、最高裁は「念のため」と付加した意見の中で生存権の法的性格について「憲法 25 条の規定は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう、国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して、具体的な権利を賦与したものではない」とし、「具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によってはじめて与えられているべきである」と述べている。³⁵⁾

このような解釈の背景には、全体と個の関係に係る政策的問題については、政策上の必要性や国家の財政状況を配慮した総合的な視点に立って、国民に対して最も政治的な責任を負いやすい機関が決定するのが適切で、裁判所が法律問題として判断するのは適当でないという考えがあるからといえよう。³⁶⁾

特に我が国は、欧米先進諸国に比べても高齢化のスピードが速いため、2025 年には高齢者比率が 27.4%になると推計され、21 世紀の我が国は世界一の高齢社会になるものと予想される。このため、2000 年の 280 万人の要援護老人が 2025 年には 520 万人と倍増し、介護サービスには今後とも一層多額の財源が必要となり、国民所得に対する租税負担率と社会保障負担率を合わせた国民負担率も 1998 年度 37.3%が将来は約 50～56%になると予想されている。³⁷⁾

35) 以上、朝日訴訟の解説：宇山前掲書（注 7）P 36。なお、朝日訴訟の本文では、「何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、厚生大臣の合目的な裁量に委ねられており、その判断は、当不当の問題として政府の政治的責任の問題になりうるとしても、直ちに違法の問題を生じることはない」と判示して、扶助金額が低すぎるかどうかについて判断を回避している〔原田前掲書（注 8）P 15, 16〕が、本件朝日訴訟と堀木訴訟（最高裁昭和 57. 7. 7, 民集 36 卷 7 号 1235 頁, 判時 1051 号 29 頁）の上告審判決は、行政府や立法府が裁量権を逸脱、濫用した場合には司法審査の対象となりうるとして裁判規範性を肯定したものといえる〔河野正輝「生存権と生活保護基準—朝日訴訟—」, 佐藤・西原・西村・岩村前掲書（注 10）P 5〕。

36) 原田前掲書（注 8）P 16 参照。その他、プログラム規定説の根拠としては資本主義社会では完全な社会保障は期待し得ないことや、社会保障の給付のあり方は国の財政政策（予算のあり方）によって左右されることがあげられる〔内野前掲書（注 34）P 100〕。

37) 長寿社会開発センター編『老人福祉のてびき・平成 11 年版』（2000, 長寿社会開発センター）P 1, 2, 25 参照、ぎょうせい編『介護保険の手引・平成 11 年版』（1999, ぎょうせい）P 1～12 参照、一番ヶ瀬・中野前掲書（注 9）P 13～18 参照、都村敦子「増加する社会保障給付と負担」日本放送協会編『NHK・社会福祉セミナー』（2000 年 12～3 月号, 日本放送出版協会）P 32 参照

また、現在のように自治体の財政状況が厳しい下では、³⁸⁾ 高齢者在宅福祉は、ニーズの急増により常に資源不足に陥りやすい行政分野になるとともに、そのサービス充実是他施策に与える影響も大きいといえよう。

たとえば、大阪判決でも、被告大阪市は「本件事業は、被告大阪市が国から一定の補助を受けながら一般財源の中で実施しているものであり、当然に財政的制約を受けざるを得ない。仮に財政的制約による裁量がなく、財源の枠を超えてサービスを行なうことが法により義務付けられているとすれば、多くの場合、市町村の行政全般の適正な遂行に支障が生じることは明らかである。」³⁹⁾と主張しており、裁判所も財政的制約のあることを認めている。

以上のようなことから、高齢者在宅福祉の場合、そのサービス充実には多額の財源を要し、そのことから他施策に与える影響も大きくなるといえるので、憲法 25 条についてはプログラム規定説または抽象的権利説に基づき、予算議決権を持つ議会により政策的判断を経て制定する法律または条例によって申請権を認めるのが妥当と考えられる。

(2) 老人福祉法 10 条の 4 の解釈

ヘルパー派遣決定は、老人福祉法 10 条の 4 の規定を根拠とする「措置」と呼ばれる行政処分である。この派遣決定は、特別養護老人ホームなどへの入所が 11 条で「措置を採らなければならない」としているのに対し、市町村は必要に応じ措置を採ることができるという「できる」規定となっている。

この「できる」規定の意味は、在宅福祉を市町村の任意事務として位置づけ、かつ実施機関の行政裁量を大幅に認めるということである。このことは要援護者の措置請求権を明記する規定もなく、また申請に始まり決定・実施に至る手続き規定のないことと相まって、在宅福祉のサービス受給の権利性を非常に希

38) 国の経済対策に伴う公共事業拡充などもあって、自治体の地方債残高（いわゆる借金）は増加傾向にあり、1999 年度の県内全 96 市町村の地方債残高は過去最高の 1 兆 80 億 3100 万円に達し、一方、自治体の貯金である基金は減少傾向で、市町村財政は依然として厳しい状況である〔南日本新聞 2000 年 11 月 26 日「データでみるかごしま」〕。

39) 旬報社前掲書（注 20）P 36

薄なものとしている。⁴⁰⁾

このように在宅福祉が市町村の任意事務となった理由は、施設のように国の負担義務が明確な国庫負担金でなく国庫補助金となったことからして、十分なサービス供給体制や財源を確保できないという判断があったからともいわれている。⁴¹⁾

ちなみに、本稿で考察した東京大阪両判決も、損害賠償の請求に関して人的制約や財政的制約を考慮して判断を下している。

たとえば、東京判決は、ヘルパー派遣体制（人的資源）についてはBの怪我が回復して介護者基準に該当しなくなってもヘルパーを派遣していること（つまり非該当者に派遣しているぐらいだからキャパシティはある）から、不派遣通知当時も派遣できる体制があったと判断しているとも解される。また大阪判決は「被告Xにおいてホームヘルパーの増員を図るべき政治的責任があるのは当然であるとしても……厳しい財政状況の中でホームヘルパーの増員に予算を投じ……ホームヘルパーの数は他の政令指定都市に比較しても劣るものとはいえないと考えられる。」として過失はなかったとしている。

さらに行政解釈は、老人福祉施設への入所措置について、市町村は常時介護が必要な65歳以上の高齢者については特別養護老人ホームに入所措置をとらなければならないと定められているにもかかわらず、それは職権に基づく措置であり、国民側にとっては反射的利益であり権利でないとしている。⁴²⁾ このことから在宅福祉も同様に、反射的利益で権利ではないというのが行政解釈と解される。なお入所措置を、こう解する理由も、財政的理由があるといわれる。⁴³⁾

一方、学説のなかにはヘルパー派遣の申請権を認めるものがある。たとえば、一般の申請行為が単に申請発動を促す事実行為にすぎないか、それとも権利と

40) 三橋良士明「3章・高齢者在宅福祉行政の公共性と福祉公社」、坂本重雄・山脇貞司編著『高齢者生活保障の法と政策』（1993、多賀出版）P 79

41) 武田宏著『高齢者福祉の財政的課題』（1995、あけび書房）P 64, 65 参照

42) 厚生省社会局老人福祉課監修『改訂・老人福祉法の解説』（1982、中央法規出版）P 88, 89 参照

43) 佐藤前掲書 1996（注 32）P 180

しての申請権に基づく権利行使行為であるかは、法令の解釈上、当該申請行為に対して行政庁が何らかの応答義務があると解することができるかどうかが重要な判断基準となる。ホームヘルプサービスの場合、国の定めた要綱で申出（申請）の手続き規定があり、申出があった場合、速やかに派遣の要否を決定することになっていることから、申出に対して一定の応答義務が制度上想定されていると考えることが妥当で、申請権を認めるべきとする説がある。⁴⁴⁾ さらに、前述したように、他の行政分野では要綱による助成金支給申請が法令に基づく申請に当たるとした裁判例もみられる。

老人福祉法 10 条の 4 の規定の解釈については、以上のような状況であるが、高齢者在宅福祉の場合、前述したように予算議決権を持つ議会により政策的判断を経て制定する法律または条例によって申請権を認めるのが妥当にもかかわらず、必要とする財源が特に多額なことなどから、政策的に当初から「できる」規定としていたと解されるので、国が示した要綱には申請権と解される余地もあるが、その根拠となる法令では申請権が認められていると解することは難しいと考えられる。

なお、当時の団体委任事務のもとでも、自治体が条例で申請権を規定し、条例もしくは要綱で派遣基準を明確化することにより、住民の高齢者在宅福祉の権利性を実現することが可能であったことを、念のため指摘しておきたい。

2. 財政的制約解決のための改善方策

前節で憲法 25 条及び老人福祉法 10 条の 4 の規定の解釈を考察し、高齢者在

44) 秋元美世「ホームヘルパー派遣処分と原告適格、資源の制約と裁量権」佐藤・西原・西村・岩村前掲書（注 10）P 233。その他の申請権を認める説としては、法令に基づき「行政庁が許諾の応答をすべき」義務に対応する申請権（行手法 2 条 3 号）の有無は、不作為違法確認訴訟に関する行政事件訴訟法 3 条 5 項と同じく、個別法令の解釈上申請権が存在するか否かにより判断される。そして、この判断は申請と、これに対応する応答の仕組みが法制度上前提とされているか否かにより決せられる。つまり、申請（およびこれに対応する仕組み）がなければ当該法制度の趣旨目的が達成され得ないか否かが問題となるのである。ホームヘルプサービスの場合、要綱に申請という規定が存在し運用上申請による要件審査が開始され、これへの応答という形でサービスの決定が行なわれていることを考慮すれば、老人福祉法では申請と応答の仕組みが前提にされていると解されるとの見解がある〔前田雅子「介護保障請求権についての考察」旬報社前掲書（注 20）P 20〕。

宅福祉の場合、憲法 25 条はプログラム規定説または抽象的権利説が妥当で、ヘルパー派遣の根拠規定は「できる」規定であり、法令に申請権があると解するのは難しいと述べたが、その根本的原因は、高齢化の進行によって要介護老人が急増するため財政的制約が大きいからといえよう。

行政学においても、給付行政の場合、規制行政と大きく異なり、予算や人的資源に大きく影響され法の理念とギャップを生じやすいと指摘されている。

その理由は、①依存している資源が異なること。たとえば、規制行政は法令に強く依存するが、給付行政は法律だけでなく計画や財源的制約のある予算にも依存せざるを得ない。②法令の理念と予算の不一致。たとえば、規制行政でも法令の解釈をめぐって行政と規制対象者との間でコミュニケーション・ギャップが生まれることがあるが、給付行政はさらに複雑で法令と予算がしばしば矛盾することがある。③給付行政は人員という制約要素も加わること。たとえば、給付行政は実施過程でより多くの人員を配置しないとイケない。④第一線職員と対象者（物）に対する不確実性が高いこと。たとえば、個人給付は対象者・処遇方法・処遇内容について不確実性が高いため事前に与えられているプログラムの予見可能が低い。⁴⁵⁾

このように給付行政は、その目的実現が予算（財源）や人員などの資源制約に大きく影響される。特に高齢者在宅福祉は、前述したように急速な高齢化の進行も相まって多額な財源が必要で、財政的制約が大きいほか、その充実は他施策に与える影響が大きいといえる。

このようなことから、ホームヘルプサービスをはじめとする高齢者在宅福祉においては、大幅な財源確保を可能とし財政的制約を解決するような仕組みを構築しなければ、真の権利性は確立しないといえよう。そこで、解決すべき課題として、少なくとも次の 3 点をあげたい。

① 急増するニーズに対応できる財源の確保または創設

45) 以上「行政学においても」からの解説：武智秀之著『行政過程の制度分析』（1996、中央大学出版社）P 46, 47

②サービス提供基準の明確化

③サービス提供基準に要する必要な経費の予算措置の義務化

高齢者福祉重視の立場からは、従来から高齢者福祉に関する特別会計を設け、その財源を消費税や特別の目的税で完全に確保することにより実施するとの主張⁴⁶⁾がなされていた。2000年4月に導入された介護保険でも、上記の各課題について検討改善されているので、ここで見てみたいが、その前に、介護保険の仕組みについて簡単に紹介したい。

介護保険は、市町村及び特別区を保険者とし、40歳以上の者を一定の保険料を支払う強制加入の被保険者とする社会保険制度である。65歳以上の被保険者が一定の介護を必要とする状態になったとき、市町村に申請し要介護（5段階）や要支援認定を受けた上で、サービス事業者から、各認定の支給限度額内（358,000～61,500円）で、1割の利用料を負担してケアプランに基づき計画的に介護サービスを利用できる仕組みである。また、サービス事業者は、被保険者に介護サービスを提供し、その経費を、保険者たる市町村に対し介護報酬を請求して賄うことになる。なお、介護保険の財源構成は、保険料50%、税50%で、税については国25%、県12.5%、市町村12.5%の負担割合となっている。⁴⁷⁾

このような仕組みとなっている介護保険では、前述した課題の①については、保険料という新たな財源の確保で改善され、②については、要介護認定を経なければならないが、支給限度額という一定のサービス基準の明確化で改善されている。

③の予算措置の義務化を詳しく見ると、従来は一般会計で予算を組んでからのサービス提供であり、本稿で考察したヘルパー派遣決定のように財政的制約もあって予算によりサービスが抑制されもしたが、介護保険はサービス提供後の介護報酬の請求、つまり後からの清算であることにより、実施上、予算措置

46) このような主張の例：里見賢治・二木立・伊東敬文著『公的介護保険に意義あり（もう一つの提案）』（1996、ミネルヴァ書房）P 206～210、伊藤周平著『介護保険』（1999、青木書店）P 212～218

47) 以上の仕組みの解説：有馬拙稿「介護保険におけるサービス基盤整備の仕組みと方策」鹿児島県立短期大学地域研究所『研究年報』第30号（2000）P 41～42

の義務化を実現している。これを法的に言えば、サービス事業者がサービスを提供したときに、事業者が市町村に介護報酬を請求する債権が生じ、一方、市町村に支払う債務が生じることにより、予算措置の義務化が市町村に生じる仕組みといえよう。

さらに、介護保険の財源は保険料 50%、税 50%となっており、財源が不足する場合は介護保険特別会計に都道府県に設置されている財政安定化基金から貸付けられた後に、自治体が返還する仕組みとなっている。⁴⁸⁾ この返還する仕組みも、サービス支給限度額までは予算措置する義務を最終的に市町村に負わせることとなる。これは、介護サービスが著しく伸びると、最終的には市町村は他の事業を抑制しても対応しなければならなくなることを意味するが、同時に、その財源の 50%が保険料のため、3年ごとの保険料改訂時に自動的に住民の負担も増える仕組みでもある。

このように介護保険は、その財源を保険料という新たな財源と税とで確保して、要介護認定を伴う支給限度額というサービス提供基準を明確化し、支給されたサービスに要した経費の予算措置を市町村に実質上義務化させることにより、介護保険法において要介護認定の申請（27条）と認定への不服申立て（183条）や取消訴訟（196条）が明確に規定され、一定の権利性が実現されているといえる。

これは財源と法の申請権がリンクしていると同時に、新たな財源である住民の保険料という負担もサービス提供の量と連動する仕組み、つまり財政的担保があったから実現したものといえよう。なお、介護保険については、低所得者にとって保険料や利用料の負担が大きいことや、サービス基盤が十分整備されるかなどの幾つかの課題が指摘され、権利性では、そもそも現在の支給限度額で憲法 25 条の理念を実現できるのかどうか、さらに支給限度額以上の支給を求めるような義務づけ訴訟は許されるのかとの課題も考えられるが、これらの

48) ぎょうせい前掲書（注 37）「第 2 章・介護保険」参照

点については別の機会に論じたい。

3. 資源制約下での自治体福祉現場の課題と改善方策

前述したように、ヘルパー派遣の権利性実現が難しい主な理由に、法令に申請権が規定されていないことのほか、行政裁量が大きいことがあげられた。

そこで、この行政裁量の大きいことについて、本節ではニーズの増加が著しくサービス資源が不足しやすい高齢者福祉の自治体現場での課題として、行政学及び社会福祉学の視点も入れて考察する。

給付行政は、その目的実現が資源の制約に大きく影響されると述べたが、このような状況に対し行政は、①資格要件、②適用範囲、③サービス利用度、④代替可能性の要素を操作して対応している。⁴⁹⁾

自治体は、これらを通常、要綱などで定めるが、さらに自治体の福祉現場では「割当」⁵⁰⁾を行っており、割当の方法として、①資格要件を通じた対象者の絞り込み、②抽選による順位付け、③順番待ち、④裁量的判断による順位づけがあげられる。⁵¹⁾

このうち④裁量的判断による順位づけが、本稿で考察した判決でのヘルパー派遣の回数や内容などを決める行政裁量に該当する。この行政裁量が大きいことが、ヘルパー派遣の権利性実現の難しい理由と述べたが、高齢者在宅福祉の場合、本来、この行政裁量は、社会福祉主事や老人福祉指導主事などケースワーカーによる相談を軸として、高齢者の自立支援とQOL（生活の質）向上を目的にケースワーク（個別援助技術）⁵²⁾として展開されなければならない。し

49) 武智前掲書（注45）P 48

50) 「割当」とは、社会福祉学における rationing の訳で「資源が必要量に対して不足しており、かつ価格機構つまり市場が資源配分の機能を果たさない状況において用いられる特定資源の配分方法」と定義できる〔武智前掲書（注45）P 187〕。

51) 武智前掲書（注45）P 188, 189

52) ケースワークとは、サービスの利用者がもつ個別のニーズを客観的に把握しこれに応じた的確なサービスを提供する援助技術であると定義される〔シリーズ21世紀の社会福祉委員会編『社会福祉基本用語集・改訂版』（1999、ミネルヴァ書房）P 70〕。これは人間の個別性に焦点を当てて1人のワーカー（指導員・保母・寮母等援助を行なう人を総称してこう呼ぶ）がクライアントと一対一でじっくりと関わっていく援助形態で、その実践原則として、「個別化」「意図的な感情表現」「統制された情緒関与」「受容」「非審判的態度」「クライアントの自己決定」「秘密保持」の7原則がある〔岡本民夫・成清美治・小山隆編『社会福祉援助技術論』（1997、学文社）P 32, 33〕。

かし、ニーズの増加のスピードが速く常に資源不足に陥りやすい高齢者在宅福祉の分野では、サービス提供体制が不十分なため、このケースワークによって判明した各高齢者のニーズに対応できないことが多々生じる。

このような状況に、イギリスでは、1990年制定のコミュニティ・ケア法により、ニーズ判定の責務とサービス提供の責務を分離する方式が採用され、必要なニーズ判定、サービス決定、それに続くサービス提供のモニタリングを手続法的に保障している。⁵³⁾

これを、ホームヘルプサービスに当てはめイメージしてみたい。たとえば、利用希望者の申請または相談に対しヘルパーを派遣できるかどうかに関係なく、自立支援やQOL向上の観点から、必要なニーズをケースワーカー等が判定する。次に、ケース会議等で各ニーズを比較しつつ緊急度・優先度を考慮して、週何回・1回何時間、どのようなサービス内容でヘルパーを派遣するかを決める。その際は、ヘルパーを派遣できないときの代替サービスも検討する。その後のヘルパー派遣中も、モニタリングを通じて改善を行なう。このような一連の過程を手続的規定として高齢者に法的に保障することにより、当初判定されたニーズの実現を図っていくというものである。⁵⁴⁾

このような方式からいえば、本稿で考察した大阪判決において、被告の派遣増の申出を単に相談扱いとして、その場で口頭で拒否したケースワーカーの行為は問題があるといえよう。

結局、我が国ではこの方式は採用されず介護保険が導入されたわけであるが、自立とされた高齢者の福祉の分野などで、依然、参考となる方式であるといえ

53) コミュニティ・ケア法の解説：橋本前掲書（注9）P 134～138 参照。最近のイギリスでの状況については次の文献が詳しい、橋本泰子・竹内孝仁・白澤政和監修『ケアマネジメント講座③・海外と日本のケアマネジメント』（2000、中央法規）P 92～106

54) ここであげた一連の過程の例は、次の文献を参考にイメージしてみた。

Margaret Dexter/Wally Harbert(1983) "THE HOME HELP SERVICE" Tavistock Publications、マーガレット・デクスター／ウォーリー・ハーバート著、大阪地域福祉サービス研究所、岡田藤太郎監訳『ホームヘルプ・サービス』（1987、相川書房）P 193～195、268、274 参照。なお当初実現されなかったニーズをいかに充足していくかについては、この文献では必ずしも明確でない。イギリス当局は、具体的対処がなされていないニーズへの訴訟の提起を警戒しているという指摘もある〔橋本前掲書（注9）P 137〕。

よう。

一方、介護保険では、このような方式に近いものとしてケアマネジメントが導入されている。介護保険では、ケアマネジャーが、高齢者や家族と相談しながらニーズに沿って、医療・保健・福祉にわたって利用サービスを総合的に決めるケアプランを作成するが、これはケアマネジメントの一部として行なわれる。

ケアマネジメントは、厚生省によると「ケアを必要とする人が、つねにそのニーズに合致した適切なサービスが受けられるように支援する一連の活動」⁵⁵⁾とされている。より具体的にいうと、高齢者の自らの意思による選択・決定を基本に、援助を必要とする人に対して、そのニーズと公的サービスや民間・ボランティアなど様々な社会福祉サービスを結び付けて、高齢者の自立・QOL向上に向けて適切なサービスを受けられるようにする一連の援助過程といえよう。⁵⁶⁾

介護保険においては、前述のサービス受給に関係なくニーズを判定することは、実際は実施されていないが、⁵⁷⁾ ニーズに沿って様々なサービスを組み合わせるケアプランの作成が、ケアマネジメントの一環として実質上義務づけられたのは相当の改善といえる。なお、介護保険でのケアプランについては、ケアマネジャーが自分の属する事業者のサービスを優先するという「囲い込み」など幾つかの問題点が指摘されているほか、ケアマネジメントが十分機能するには介護保険対象サービスだけでは十分でなくインフォーマルなサービスの開発という課題も考えられるが、これらについては別の機会に論じたい。

55) 厚生省高齢者介護対策本部の定義：大島・杉本前掲書（注1）P 227。その他の定義としては、「ケアマネジメントとは、介護保険で要介護認定を申請し要介護者とされた人に対する介護サービスまたはケアプランに基づき地域の資源を連絡調整する技術である」〔シリーズ21世紀前掲書（注52）P 52〕とか、「利用者の必要とするケアを調整を果たす援助で『対象者の社会生活上での複数のニーズを充足させるため適切な社会資源を結びつける手続の総体』（白澤政和）が代表的定義である」〔山野文治・柏女霊峰著『社会福祉用語辞典』（2000、ミネルヴァ書房）P 70〕などがある。

56) ケアマネジメントとは、もともとケースマネジメントと呼ばれ、それは1人のケアマネジャーが、援助を必要とする人の複雑な社会福祉サービスを結びつけ援助を必要とする人が適切なサービスを受けられるようにすることである。その際、フォーマル、インフォーマルなネットワークを活用することが求められる〔岡本・成清・小山前掲書（注52）P 137, 138〕。その他、ぎょうせい前掲書（注37）P 62参照

57) 同様な指摘：橋本・竹内・白澤前掲書（注53）P 104

おわりに

本稿は、2つのホームヘルパー派遣訴訟の判決を考察することにより、人的・財政的な資源制約が大きい給付行政の典型である高齢者在宅福祉における権利性実現について、サービスの受給をめぐる訴訟の権利を中心に、行政学的視点なども入れて政策的課題と改善方策を明らかにするとともに、介護保険についても一定の評価を試みた。

2つのヘルパー派遣訴訟の判決をみると、裁量基準が明確である場合、平等原則などを介在して行政裁量の裁判規範となり、損害賠償によって国民の権利擁護に一定の効果を発揮する可能性がみられた。また取消訴訟については、法令に申請権が規定されていない場合、処分性や原告適格を認められず権利性が希薄になることを示していた。

このように、ヘルパー派遣の権利性実現が難しいのは、①法令に申請権が規定されていないこと、②行政裁量が大きいことが、主な理由と考えられた。

そこで、憲法25条及び老人福祉法10条の4の規定の解釈について、あらためて考察した上で、特に高齢者在宅福祉は、急速な高齢化の進行も相まって多額の財源が必要で、財政的制約が大きいほか、その充実は他施策に与える影響が大きいといえるので、大幅な財源確保を可能とし財政的制約を解決するような仕組みを構築しなければ、真の権利性は確立しないと述べた。

そこで、解決すべき課題として、①急増するニーズに対応できる財源の確保または創設、②サービス提供基準の明確化、③サービス提供基準に要する必要な経費の予算措置の義務化をあげ、介護保険では、いくつかの課題が残るものの前記の課題について改善が図られて、申請権、不服申し立て、取消訴訟の規定が設けられるなど一定の権利性が実現されていた。

さらに、行政裁量が大きいという点については、イギリスのコミュニティ・ケア法のようにニーズ判定とサービス決定を分離し、さらにモニタリングを行うという方式を手続法的に保障するという方策があると述べた。ただ、これは我が国では導入されておらず、今後の課題であるといえるが、介護保険では、

ケアマネジメントという方法で改善が図られていた。

以上のように、高齢者在宅福祉の権利性実現に向けて、一定の改善が図られているが、依然として残る課題もみられるので、今後の改善が期待されるところである。