

論 説

24時間介護を受ける権利

長 尾 英 彦

はじめに

- 1 問題の所在
- 2 和歌山ALS訴訟
- 3 「介護保障請求権」の理論

おわりに

はじめに

難病のため体をほとんど動かすことのできない70歳代の男性が、障害者自立支援法のもとで24時間の公的介護を求めて提訴した、いわゆる「和歌山ALS訴訟」において、平成24(2012)年4月25日、和歌山地方裁判所は、24時間には達しないものの、1か月当たり542.5時間(1日当たり、17.5時間。介護保険給付と合わせて、1日当たり21時間)以上の介護給付を市に対して義務づけるという注目すべき判決を下した(後述のとおり、この判決はすでに確定している)。この判決の持つ意味

は極めて大きいと思われる。

本稿においては、この訴訟を軸としながら、「24時間の介護を求めること」の意味を考えつつ、これまでの「介護保障請求権」をめぐる理論の進展を振り返って、今後の課題を提示してみたいと考える。

1 問題の所在

高齢、疾病、障害などの理由により、1日のうちのかかなりの長時間の介護を必要とするケースが少なからず存在する。特に、わが国では社会の「高齢化」が急速に進行しつつある状況にあることから、今後、そのようなケースの増加が予想されるところである。

このような需要に対する介護その他の福祉サービスは、わが国においては（社会保険のような所得保障の次元と区別され）専ら対人的なサービス提供の形態で実施されてきたが（社会福祉制度、老人保健制度）、2000（平12）年4月より、介護保険制度が新たに施行され、「介護の社会化」が目指されているものの、保険給付については拠出した保険料との関係で支給限度額があるので、福祉サービスと併せて利用する（せざるをえない）こととなる。福祉サービスについては、さらに2006（平18）年より障害者自立支援法が施行され、実施主体である市町村により支給されるサービス内容（量、その他）が決定され、原則として利用者負担⁽¹⁾1割、という制度となっている。

このような制度は率直に言って複雑でわかりにくく、また、被介護者本人の利益になっているのかどうかおおいに疑問がある（後述）が、特に、後述のように、現実にかかなりの長時間（ほぼ24時間）の介護を必要としながら（実際、常時付き添っていないと生命の危険がある、というケースもある）、市町村が定めた支給が不十分である場合、深刻な問題を引き起こすこととなる。

2 和歌山ALS訴訟

(1) ALSとは

ALS (amyotrophic lateral sclerosis) とは、1869年にフランスの脳神経内科医シャルコー (Charcot) によって初めて報告された病気であり、日本語名を「筋萎縮性側索硬化症」という。運動神経が侵され、筋肉が萎縮していく難病である。原因は未だ解明されていない。大脳皮質運動野の上位運動ニューロン (UMN) と脳幹及び脊髄前角の下位運動ニューロン (LMN) の両方が障害される、進行性の神経変性疾患であり、難病指定されている。人口10万人当たり2ないし7人の割合で発症するが、紀伊半島はALSの多発地帯であるとされている。⁽²⁾

(2) 原告の状況 提訴まで

和歌山市内に在住のALS患者である70歳代の男性2人(仮にX, Aとしておく)が、和歌山市に対して、障害者自立支援法に基づき、1か月当たり651時間(介護保険による介護給付と合わせて、1日24時間)の介護支給決定の義務付けを求めて、提訴した[2011(平23)年5月11日]。また、本訴と併せて、24時間介護支給の「仮の義務付け」を求め訴えを申し立てた(後述)。

なお、Aは係争中の2011年9月8日に死去したため、(しかるべき支給が受けられなかったことによる)国家賠償請求の部分についてのみ、その子が継承することとなった。以下では、専らXに関して述べる。

Xの身体状況について見ておく。⁽³⁾

- ・ Xは、定年退職後の2006(平18)年6月、ALSと診断された。2007(平19)年春に人工呼吸器を装着、胃ろう(胃瘻)を造設し、

自宅での生活をするようになった。現在は24時間寝たきりの状態にある。

- ・ 四肢の筋力は全廃しており、わずかにまばたきができるのと、左足の小指を少々動かせる以外は、自分で体を動かすことはできない。
- ・ 但、痛みやかゆみなどの感覚はあり、脳の機能も正常のままである。
- ・ 自力で呼吸することができないため、人工呼吸器を取り付けて呼吸を維持している。⁽⁴⁾
- ・ 自力で喀痰の排出や唾液の嚥下はできない。喀痰や唾液が気管に入ると、呼吸困難や肺炎を引き起こす原因になるため、介護者がこれらを吸引しなければならない。定時に行なえばよいというものではなく、必要な時に適宜行なわなくてはならない。
- ・ 自力で食事を摂取することはできず、胃ろうで1日3回、1回1時間をかけて摂取する。この間も付き添いを要する。
- ・ 自ら、排便・排尿をすることはできない。介護者が尿瓶を使用したり、おむつも使用している。
- ・ 以上のような状態であるので、口の中に痰がたまって、人工呼吸器に異常が生じアラームが鳴っても、自力で人を呼ぶことはできない。たとえ10分でも呼吸困難の状態が続くと死に至り、1日24時間の絶え間無い付き添い介護を必要としている。

Xには同居の妻があるが、妻も70歳代であり、左変形股関節症の疾患があり、高血圧症でめまいもあるので、公的介護給付約12時間の残りの部分を全て妻が介護するには無理がある。

(処分行政庁 [和歌山市福祉事務所長] は、1か月当たり268時間の支給決定を行っていた。これは、1日8時間×31日に、夜間などの緊急時対応分としての20時間を合計したものである。これと、介護保険の給付を合わせると、1日につき約12時間の公的介護給付はある。)

Xは、株式会社F(介護事業者)からヘルパー2名の派遣を受けているが、公的介護給付を超える部分は、ヘルパーのボランティアによって(持ちだしの形で)無償で提供されている。

(3)「仮の義務付け」を認容した地裁決定

和歌山地決平23.9.26賃金と社会保障1552号21頁は、Xの求める1日24時間の公的介護までは認めなかったものの、和歌山市が、Xの妻が介護できるなどとして重度訪問介護の支給量1か月268時間(介護保険と合わせて1日約12時間の公的介護)しか認めていなかったことを裁量権の逸脱として、1日20時間の公的介護が必要、と認めた。すなわち、重度訪問介護の支給量を、1か月511.5時間とする支給決定を仮にせよ、と命じた⁽⁵⁾。

本決定は、まず、24時間の公的介護給付の請求に対して、Xの妻がXと同居していることを指摘して、

「申立人[X]が1日当たり24時間全ての介護サービスについて、公的給付を受けなければならないほど、その生命、身体等に対する危険の発生が切迫しているとまではいえない」

と述べた。

しかし、先ほど述べたような申立人の現状からすると、

「申立人は、ほぼ常時、介護者がその側において、見守りも含めた介護サービスを必要とする状態にあることが認められる」し、同居する妻の年齢や健康状態に鑑みると、「1日当たり20時間分については、職業付添人による介護サービスがなければ、申立人が必要十分な介護サービス

を受けることができず、その生命、身体等に対する重大な危険が発生する蓋然性が高い」

と認めた。

そして、現在、介護保険法により1日当たり3.5時間分の介護給付がされていることから、

「重度訪問介護の支給量1日当たり16.5時間分、すなわち、1か月当たり511.5時間については、介護給付費支給決定がされないことによって生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があると認められる」

とした。

また、現在、ヘルパーの派遣を受けて（ともかくも）24時間体制で介護が行なわれている点についても、

「……対価を支払っているわけではないところ…… [事業者が] このような負担を甘受しなければならない義務があるわけではないし、……民間企業にこのような負担を甘受させたままでは、実質的なヘルパーの確保が不可能になるおそれがある」ので、「[仮の義務付けに係る処分をするべき] 緊急の必要性を否定することは相当でない」

と述べた。

そこから、「緊急の必要性が認められる重度訪問介護の支給量を1か月511.5時間とする介護給付費支給決定の限度では、処分行政庁において、その処分をしないことが裁量権の逸脱濫用になると認められる」ので、上記の処分の限度では、義務付けの請求について理由があると見える」と結論づけた。

このように、1審和歌山地裁決定は、仮の義務付けを命令したが、和歌山市が即時抗告し、大阪高決平23.11.21は、原決定を取り消し、Xの申立てを却下する決定を行なった。大阪高裁は、前述のように、Xが現実には24時間介護を受けていること、人工呼吸器を装着した在宅のALS患者は市内に複数名存在すること、他の自治体でも必ずしも24時間介護が行なわれているわけではないこと、などを挙げ、本案勝訴要件について疎明があったとはいえない、とした。

Xは、これに対して抗告許可申立て及び特別抗告をしたが、大阪高裁は抗告を許可せず、最高裁も特別抗告を棄却した(2012年2月)ため、結論としては、仮の義務付けは実現しなかった。⁽⁶⁾

(4) 本案の支給決定義務付け 原告勝訴で確定

上記のとおり、仮の義務付けはならなかったが、本案において、和歌山地判平24.4.25賃金と社会保障1567・68号68頁は、市が行なった支給決定のうち、1か月268時間を超える部分について支給量として認めなかった部分を取り消し、1か月542.5時間を下回らない支給決定をするよう義務付ける判決を下した(前掲の仮の義務付けの段階において、和歌山地裁は1か月511.5時間が必要と認定していたので、さらに、1日当たり1時間分増加したことになる)⁽⁷⁾。

本判決は以下のように判示した。

「市町村が行う支給要否の決定並びに支給をする場合における障害福祉サービスの種類及び支給量の決定は、その判断の基礎となる事実看過し難い過誤があり、あるいはその判断内容が社会通念に照らして明らかに合理性を欠くこと等により、処分行政庁に与えられた裁量権の範囲を逸脱し、又はその濫用にわたるものと認められるような場合に限って

違法となるというべきである。」

「……自立支援法は、勘案事項の1つである障害程度区分の認定及び支給要否決定をするに当たって考慮すべき事項を規定するとどまらず、これらの判断に際してとるべき手続を詳細に規定し、……専門家を関与させることにより、……その判断の過程を通じて合理性の確保を図っているものということができるし、……さらに、自立支援法における障害者には多様なものが含まれ、……その障害の種類、内容及び程度はそれぞれ異なるから、障害者1人1人の個別具体的な障害の種類、内容及び程度を考慮しなければ、自立支援法の趣旨目的(同法1条)を達成することは困難である。」

「原告が、体位変換、呼吸、食事、排たん、排泄等、生存に係るおよそすべての要素について、他者による介護を必要とすること、自力で他者に自分の意見を伝える方法が極めて限定されていることに鑑みると、原告は、ほぼ常時、介護者がその側にいて、見守りも含めた介護サービスを必要とする状態にあることが認められる。」

「[これまでの決定は]、[妻]が原告の介護を行っているという要素を過度に評価する一方で、原告及び[妻]の心身の状況等の考慮すべき要素を十分に考慮していないから、勘案事項である『障害の種類及び程度その他の心身の状況』……及び『障害者等の介護を行う者の状況』……を適切に考慮しておらず、社会通念に照らして明らかに合理性を欠くというべきである。」

現在の介護の状況及び[妻]の健康状態を考慮すれば、「1日24時間介護を前提とする介護給付費の支給を処分行政庁がしなければ、原告の生命、身体、健康の維持に重大な支障が生じるおそれがあるとは認められない」が、上記の事情に加えて、「ALSの特質……及び原告の生存に必要とされる器具の操作方法……等に鑑みると、少なくとも1日当たり21時間分については、職業付添人による介護サービスをがなければ、原告が必要十分な介護サービスを受けることができず、その生命、身体、

健康の維持等に対する重大な危険が発生する蓋然性が高いと認められる。」

現に、支給量を超える部分については無償でヘルパーの派遣を受け24時間体制での介護が行われているが、「これは、[事業者が]原告の生存に必要な不可欠であるという判断で、やむを得ず行っているものであるから、これをもって、原告の支給量を減少させる要素と考えることはできない。」

「以上の事情を総合すると、……自立支援法の趣旨目的に反しないようにするには、原告について、重度訪問介護の支給量1日当たり17.5時間、すなわち、1か月当たり542.5時間を下回る支給決定を行わないこと」が必要である。

国家賠償請求については、「処分行政庁が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と介護給付費の支給決定をしたと認めることはできないので、国家賠償法1条にいう違法があるとは認められない」とし、これを棄却した。

双方が控訴しなかったため、本判決はこのまま確定した。

(5) 小 括

以上の通り、24時間とまではいかなかったが、1日のうちのかなりの部分が公的介護給付によりまかなわれることとなった。結論においてはおおむね妥当と思われるが、本件の担当弁護士などから、なお、今後の課題としての論点の指摘がなされているので、本稿の主題との関連でそれらを紹介しておきたい。

まず、本判決は、24時間介護の義務付けこそ命じなかったものの、「あくまで『1か月当たりの支給量542.5時間を下回らない』支給決定を義務付けたのであり、24時間介護の可能性を否定しているわけではない」ことを確認する必要がある。これは、今後予想される同趣旨の訴訟にお

いても意義の大きい点であると思われる。⁽⁸⁾

しかし、反面、「介護における家族負担および民間事業者への負担転嫁の問題性の理解」については、前掲「仮の義務付け決定」中での判断よりも本件は後退した、という指摘もなされている。⁽⁹⁾ すなわち、「1日21時間を下回らないという義務付けはなされたものの、その介護時間の算定根拠についてはほとんど明らかにされていない。……そもそも24時間介護が必要でなくて21時間で済むならば、[事業者] は21時間で介護を行っているはずである」という点である。⁽¹⁰⁾ 前掲「仮の義務付け決定」は、既述のとおり、このような負担を負わせていては、「実質的なヘルパーの確保が不可能になるおそれがある」と警告を発しているが、本判決ではこのような配慮が見られない。

さらに、支給量の審議・決定にあたり、「どのようなスタンスで議論が行われたのか、そこに明らかな落ち度はなかったのかという点の検討が加えられていない」という問題がある。⁽¹¹⁾ 県 (知事) から取消の裁決を受けても、市は相変わらず1か月268時間の決定を繰り返した。これで、国家賠償法上の違法が本当になかったといえるのか、という点についても疑問の残るところである。⁽¹²⁾

3 「介護保障請求権」の理論

(1) 判例の散見

当時88歳の寝たきりの女性が、福祉事務所長と大阪市とを被告として、「週3回のホームヘルパー派遣は不十分であり、憲法25条で保障された生存権を侵害している」として、「週7回への派遣変更 (等)」を求めて1996 (平8) 年提訴した、「大阪市ホームヘルパー派遣請求訴訟」(大阪地判平10.9.29賃金と社会保障1245号 [1999] 30頁) を見てみたい。原告は、「派遣回数を増加してほしい、家事介護だけでなく身体介護にも

「拡げてほしい」と要求していたが、福祉事務所長の決定は、「派遣内容は変わらず、回数を週1回増やした(週2回だったのを3回にした)」にすぎないものであったので、この変更処分の取消と損害賠償請求を行なったものである。

大阪地裁は、住民個人に「ホームヘルパーの派遣を請求する権利」はない、ということ为前提として、件の(変更)決定は原告に「有利なもの」であるから取消を求める訴えの利益がない、という極めて形式的な理由付けでこれを却下し、「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、「福祉事務所長の裁量に広く委ねられている」ものであるし、「被告市のホームヘルパーの増員について法律上違法と評価するほど明白かつ著しい懈怠があるとはいえない」とし、損害賠償請求はこれを棄却した。⁽¹³⁾

これは、未だ介護保険制度が施行されておらず、老人福祉法上は、市町村が介護を必要とする住民に対し、行政判断によりサービスの提供を決定・実施するという「措置制度」の権限規定しかなかった時期の事件である。サービスの受給者は、行政側の(一方的な)決定に基づく内容を有難く頂戴せよ、という、受給者を(単なる)客体視しサービスの提供を恩恵的なものと捉える考え方である。

この判決は、法律上、住民の側に介護を請求する「権利」としての具体的な規定がない、という点を繰り返し強調している。そこには、このような介護サービスの請求が、つまるところ憲法25条の生存権保障、あるいは憲法13条の定める個人の尊重・幸福追求権の保障の理念から必然的に導き出されるものである、という思想は見られない。

しかし、法令上に個人の権利や不服申立ての手續を明定する規定がないからといって、問題となっている事柄について直ちに権利性が否定されることにはならないはずであるし、⁽¹⁴⁾ 障害者施策によるホームヘルプサービスと介護保険制度による訪問介護との適用関係を取り上げた事例で、

次のような判例もある。

右上下肢の機能全廃の身体障害者が (旧) 身体障害者福祉法に基づき、居宅生活支援費の支給を申請したところ、福祉法上の調整規定及びこれについての解釈基準を定めた通知に従って不支給決定処分がなされた。すなわち、同通知によれば、介護保険制度による給付と重複する障害者施策のサービスについては原則として提供することを要しない、とされていたのである。

原告は市長に対し異議申立てをしたが棄却されたため、本件処分の取消を求めて出訴した。1 審神戸地判平19. 2. 2 賃金と社会保障1479号67頁は、これらの規定等が立法府の裁量を逸脱、濫用したのではなく、処分も違法なものとはいえない、とした⁽¹⁵⁾。ところが、控訴審の大阪高判平19. 9. 13 賃金と社会保障1479号63頁は、原判決を取り消して原告の請求を認容した (確定)。

大阪高裁は、件の調整規定が立法府の裁量の逸脱、濫用ではない、としたものの、「両者の目的は異なっており、それぞれの必要性の認定についても、同一の観点からなされるとは言い難い」し、「福祉法と保険法で同一のサービスが提供されるとしても、福祉法による支給量は、保険法による保険給付と常に同一であるといえない」などとして、「本来なすべき [原告] に対するホームヘルプサービスの支給量……を具体的に認定することなく、本件通知に基づいて……不支給の処分をしたものであって、違法な処分である」と判示した⁽¹⁶⁾。介護保険制度で対応できない部分については障害者施策から必要なサービスを提供できることを認めたものであり、形式的な支給制限規定に抛らず、現実の介護の必要性を認めてこれに対応しようとする姿勢を見せたものと評価することができる。

さらに、脳性マヒによる体幹機能障害、四肢の著しい機能障害を有する身体障害者である原告が、障害者自立支援法に基づく重度訪問介護 (移動介護加算) の支給量を不足として、市を相手に争った事例 (「石田

訴訟)で、裁判所は上乘せの支給決定を義務付ける判決を下している。

この事例では、原告はもともと障害者福祉法に基づく居宅生活支援費(いわゆる支援費支給制度)の支給を受けていたが、これに代わり、障害者自立支援法に基づく介護給付費が支給されるのに伴い、重度訪問介護(移動介護加算を含む)の支給を申請したものであるが、市の決定した支給量を不十分として提訴したものである(原告は1人暮らしである。争いは数か年分にわたっているが、一例として平成21年分決定を見てみると、市の決定が1か月当たり407.5時間(移動介護20時間を含む)であるのに対して、原告は821.5時間を求めている)。

原告は、不十分な支給量しか認めていない市の支給決定を取り消し、1日24時間介護(1か月744時間、うち移動介護124時間)の義務付けを求めた。

和歌山地判平22.12.17賃金と社会保障1537号20頁は、24時間介護の義務付けまでは認めなかったが、上記支給決定を取り消し、和歌山市に対して、月500.5時間以上744時間以下とする支給決定をするよう義務付ける判決を下した。この判決は、市の支給決定は「重視すべきでない要素を過度に評価する一方で、考慮すべき要素を十分に考慮しておらず、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものであるというべきである」と断じた。そして、結論として、「1か月505.5時間以上744時間以下の幅の支給量の介護給付費支給決定を行わないことが、裁量権の逸脱濫用になると認めるのが相当である」として、これを義務付ける判決を下した。⁽¹⁷⁾

控訴審の大阪高判平23.12.14賃金と社会保障1559号21頁は、1審の内容をさらに進展させ、原告に対して「1か月当たりの支給量578時間を下回らない介護給付費支給決定をせよ」との判決を下した。⁽¹⁸⁾ 被告側は12月21日、上告を行わない旨を表明し、原告側も上告しない決断をして、この判決が確定した。

この事案においては、原告の日常の生活の実態と介護の必要性についての市の調査過程が不十分であったこと、財政事情を理由とする抗弁が

斥けられたこと等から、和歌山市側の抗弁が否定されたこと、逆にいえば、このような分野における行政裁量の統制の方向性が示されたことの意義は大きいといえる。同じ和歌山地裁に継続した冒頭のALS訴訟にも影響を与えたのではないかと想像される。

但、やはり、1日24時間介護の必要性までは認められなかった。同地裁判決は、24時間介護までしなくとも、「医学上の重大性、緊急性や、[呼吸ができなくなる]事態が生じる具体的な危険性等を認めることができない」としている。この点は、担当弁護士をはじめ、各論者から批判されているところである。⁽¹⁹⁾

また、「排泄に関する自己決定権」の論点についても、「憲法13条により保障される権利とまでは認められない」と消極的である。判決は、「1日の大半は介護があるのだから、尿器への排尿が可能である」というが、それでは、それ以外の時間は尿器へ排尿できなくとも、人間としての尊厳が維持されている、と考えるのであろうか？⁽²⁰⁾

さらに、移動介護加算の論点については、原告の主張は全く認められなかった。⁽²¹⁾判決は、「日常生活の用を足すこと以外の外出のため [1か月当たり] 20時間 [の介護] を確保すれば、これをもって……裁量権の範囲を逸脱して少なすぎるとまでは認められない」としており、いかにも、身体障害者は、不急不要の外出は遠慮せよ、と言わんばかりの姿勢である。これは、障害者の移動介護請求権を中心的な論点として争われた、いわゆる「鈴木訴訟」判決(後述)と比較してもかなりの後退であり、障害者が知識や情報を得るために、また、社会と接触し社会的な活動を行なっていくために外出することの意義を理解していないものである。この点は後ほど検討を加えたい。

(2) 「24時間介護保障請求権」を語ることの意味

介護保険制度の施行前(2000年以前)においては、ホームヘルプサー

ビスを誰にどの程度派遣するか、は、一方的に行政庁の裁量に委ねられている、というような理解が少なくなかった。前述のとおり、一方的に行政庁が決定した範囲のサービスで満足しなくてはならないし、それに対する不服を申し立てる手続規定もなかった。

こうしたことは、わが国の「公法」概念が、公権力による個人(国民・住民)の権利侵害をめぐる法制度として、つまり、侵害行政を中心的に想定して創られてきたことと無関係ではないと思われる。したがって、たとえば、行政争訟の花形は取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)であるが、不十分な給付決定に対して不服を唱えて争うという場合に、取消訴訟の構造は不向きである。つまり、不十分な給付であっても、それを取り消させたのでは給付そのものがなくなってしまい、救済にならない(かえって悪くなってしまう)というジレンマを抱えていたのである。

しかし、この点については、2004(平16)年の行政事件訴訟法の大幅改正により、義務付け訴訟(同法3条6項)が新しい訴訟類型として新設されたことで改善を見ることとなった。すなわち、もとの処分⁽²²⁾の取消

再申請 新処分という迂遠な経路を辿らなくとも、義務付け判決一発で目的を達成することが可能となったわけで、このことは、福祉受給分野の争訟においては前進であることは疑いない⁽²²⁾。

とはいえ、これはあくまでも争訟手段の枠組の問題であって、肝心の権利(権利性)そのものについての行政や司法の理解が進展しないことには、真の発展にはならない。

もとより、社会保障を受ける権利は、人的物的限界を全く無視しては語れないが、しかし、だからといって、行政の広汎な裁量に任せてしまっていてよいものではない。「社会保障の領域における『公法』の概念を伝統的なそれとは距離をもったところで捉え、社会保障法の権利実現過程をその性質にふさわしいものにつくりかえていくことは決して不可能ではない⁽²³⁾」という指摘が現れてくる。特に、ここで述べている福祉サービスの場合には、「金銭給付の場合と異なり、継続的に給付がなされる

ことによりはじめてサービスの目的が達成される」⁽²⁴⁾ものであるからであり、さらに、その「ニーズ (生存への希求に基づく必要性) は、個々人によって、また環境により異なるものであり、[しかも] 常に変化するもの」⁽²⁵⁾であるからである。こうした問題について、裁判所は「[行政の] 専門的技術的判断を要する」とすることが少なくないが、しかし、それをいうなら、「非専門家集団である裁判所が、なぜ [行政の決定に] 『瑕疵がなかった』⁽²⁶⁾といえるのか」という矛盾をあぶり出さなくてはならない。

しかし、ともあれ、福祉サービスの増量・ニーズの変更といった問題は、従来はあまり表に出てこなかった論点のように思われる。もちろんそれは、始めに戻って、申請権の権利性、サービス選択権の欠如、という枠組の問題もあったかと思われるが、それだけではない。究極的には、それらの福祉サービス受給権を憲法 (25条、13条はもちろんであるが、さらに14条、22条等も) 上に明確に根拠づけることが必要なのではないか。たとえば、「介護保険制度」導入により (政府の宣伝する) 「介護の社会化」は実現したか? 「介護」は「権利」になったか? 「(支払った) 保険料に見合う介護サービスが受けられないのではないか」という懸念・批判を表す論者、マスコミは少なくないが、むしろ、「保険料に見合うサービスしか受けられない」⁽²⁷⁾ (傍点引用者) ということこそ実は大問題なのではないか。「介護の社会化」ではなく「介護のビジネス化 (商業化)」ではないか、と批判されるゆえんである。結局、それは、かつての小泉政権下の福祉基礎構造改革のもとで、国家財政緊縮のための「自己責任・自己負担の導入」にしかかかっていないのではないか?⁽²⁸⁾

『健康で文化的な』最低限度の生活のためには、24時間介護が必要な者にはあくまでそれが実現されるべき」であるといえるし、それは憲法の要請でもあると考えられる。⁽²⁹⁾

このことと関連して指摘する必要があるのが、前掲「石田訴訟」においても認められなかった「障害者の移動介護保障 (移動介護加算)」の問題である。⁽³⁰⁾

すなわち、(旧) 支援費制度のもとで障害者の移動介護の支給量が争われた「第1次鈴木訴訟」(東京地判平18.11.29賃金と社会保障1439号55頁)においては、移動介護の時間を一律に32時間とすることには合理性がない、と判示されたし、⁽³¹⁾ 自立支援法の下で同趣旨の争訟となった「第2次鈴木訴訟」(東京地判平22.7.28賃金と社会保障1527号23頁)では、月113時間のみでの移動介護加算の支給決定を「裁量権の逸脱濫用」と判示した。すなわち、これらの司法判断は、「社会生活上、必要不可欠な外出」のみならず、「余暇活動等の社会参加のための外出に係る移動の介護」の必要性をも認め、⁽³²⁾ つまり、そうしたのもも障害者の権利として認めたのである。

後者の判決では、「障害者が外出する時間は、障害者各人によって千差万別であり、そのうちいかなる範囲の外出に……公費を支出することが社会通念上相当なものか否かということも、事柄の性質上一概に定められるものではない」と判示している。⁽³³⁾ これと比較すると、「石田訴訟」の各判決の内容は極めて後退したものと見ざるをえない。

お わ り に

憲法25条の生存権保障の規定が、自身の力では他の人々と同等の自由を享受することのできない人、つまり社会的・経済的弱者に対して、国が支援・援助をすることによって享受できるようにしてやろうという趣旨のものである(「国家による自由」「国家を通じての自由」とするならば、本稿で扱った福祉における介護サービスの問題はまさにそのような側面を体現しているものであるといえる。

とすれば、国や公共団体の財政事情や予算うんぬんなどという次元の理由で、そうしたサービスが値切られたり、切り下げられたりしてはならないはずである。⁽³⁴⁾

「自立」「社会参加」「選択の自由」といった理念・理想は重要であるとしても、それらが、「公」から「私 (民)」への責任の転嫁・負担の転嫁を糊塗するための旗印として使われては、何もならない。

2012 (平24) 年6月27日に、これまでの自立支援法をはじめ福祉関係諸法を統合する「障害者総合支援法」が公布され、本 (2013) 年4月より施行されることとなっている。⁽³⁵⁾ 同法についても、障害者にとって「改善」になっているかどうか、疑義や批判が少なくないところであるが、⁽³⁶⁾ 一例として、ホームヘルプや補装具支給など障害者福祉サービスの対象者に「難病」が加わることとなり、従前、公的支援のなかった難病患者は期待を抱いたが、厚生労働省は昨 (2012) 年12月、対象範囲を暫定的に、国の調査研究助成対象にされているものなど¹³⁰疾患に限定する方針を示した。対象外となる希少疾患などの患者団体からは、「病名で区切らず、生活実態から判断すべきだ」という声があがっている。⁽³⁷⁾

需要者個々人のニーズを充足させてこそその介護サービスであるならば、先述のとおり、「24時間の介護を必要としている人」がいるなら、そこにおいては24時間介護が実現できるような法制度・法令・行政運営が強く望まれるのではないか。

[註]

- (1) 障害者自立支援法 (平成17年法律第123号) 1条は、目的として、「……障害者及び障害児が自立した日常生活又は社会生活を営むことができるよう、必要な障害福祉サービスに係る給付その他の支援を行い、もって障害者及び障害児の福祉の増進を図るとともに、障害の有無にかかわらず国民が相互に人格と個性を尊重し安心して暮らすことのできる地域社会の実現に寄与することを目的とする」と述べる。

また、ALS訴訟において主に関係する「重度訪問介護」については、同5条3項が、「この法律において『重度訪問介護』とは、重度の肢体不自由者であって常時介護を要する障害者につき、居宅における入浴、排せつ又は食事の介護その他の厚生労働省令で定める便宜及び外出時における移動中の介護を総合的に供与することをいう」と定める。

- なお、最後に述べるように、本(2013)年4月より、これに代わり障害者福祉関係諸法を統合する新法「障害者総合支援法」が施行される運びとなっているが、本稿では、話の都合上、「自立支援法」として論述する。
- (2) ALSに関する医学的知見については、たとえば、日本ALS協会編『新ALSケアブック』(川島書店、2005)など参照。
 - (3) 原告の身体状況については、芝野友樹・賃金と社会保障1552号(2011)4頁[4-5頁]に詳しい。ALS患者の現状については、川口有美子『逝かない身体 ALS的日常生活を生きる』(医学書院、2009)、佐々木公一『やさしさの連鎖 難病ALSと生きる』(ひとなる書房、2006)など参照。
 - (4) 特に、呼吸障害は生命に直接かかわる深刻な問題となる。呼吸障害の問題については、前掲(註2)『新ALSケアブック』71頁以下など参照。
 - (5) 本決定に対する解説、評釈として、芝野友樹・前掲(註3)、金川めぐみ・賃金と社会保障1552号(2011)11頁など参照。
 - (6) 芝野友樹・同前[10頁]、金川めぐみ・同前[19頁]など参照。
 - (7) 本判決に対する解説、評釈として、長岡健太郎・賃金と社会保障1567・68号(2012)49頁、金川めぐみ・同56頁など参照。
 - (8) 長岡健太郎・同前[53頁]。判決確定後、市はこれをふまえ、2012年5月29日、Xに対し593.5時間(介護保険の分と合わせて1日当たり21.5時間)の支給決定をした。
 - (9) 金川めぐみ・前掲(註7)62頁
 - (10) 金川めぐみ・前掲(註7)63頁
 - (11) 金川めぐみ・前掲(註7)64頁は、このような「ソーシャルワークの側面」についての言及がないことを批判する。「石田訴訟」でも、移動介護加算を増加しなかった点に関連して、同旨、金川めぐみ/大曾根寛・賃金と社会保障1537号(2011)4頁[10頁]。
 - (12) 取消裁判の拘束力の範囲云々の問題は、ここでは本題より外れるので立ち入らないが、仮に、今日の通説である「職務行為基準説」をとったとしても、取消の裁判を受けた決定内容を繰り返す、というのは不可解としか言いようがない。
 - (13) 本件の事実関係や経緯の詳細については、阪田健夫・賃金と社会保障1189号(1996)52頁を参照。本判決の解説、評釈については、阪田健夫・賃金と社会保障1245号(1999)4頁、橋本宏子・同10頁、前田雅子・同19頁など参照。
 - (14) 必ずしも法令上の規定がなくとも、平等原則や条理など、法の一般原則に反するような支給(拒否)決定は違法となりうるので、取消を請求できる可能性がある。内部準則に基づく給付行政(ホームヘルパー派遣不承認

決定) を平等原則違反と認定した事例として、東京地判平 8 . 7 . 31判例時報1593号41頁。評釈として、関川芳孝・社会保障判例百選 [第三版] (2000) 230頁。

- (15) 賃金と社会保障1479号 (2008) 67頁
- (16) 賃金と社会保障1479号 (2008) 63頁。評釈として、田中達也・同54頁参照。
- (17) 賃金と社会保障1537号 (2011) 20頁。本判決の解説、評釈として、金川めぐみ / 大曾根寛・同 4 頁、長岡健太郎・同13頁。
- (18) 賃金と社会保障1559号 (2012) 21頁。本判決の解説、評釈として、青木志帆・同 4 頁、金川めぐみ・同11頁。
- (19) この点について、特に、長岡健太郎・前掲 (註17) 17頁など参照。
- (20) 「排泄の自己決定権」の問題については、特に、金川めぐみ・前掲 (註18) 18-19頁が、「生存権から健康権へ」という観点から検討を加えている。排泄ケアの重要性については、他に、たとえば、「特集・排泄ケアは介護の基本」NHK社会福祉セミナー2006年1 - 3月テキスト (NHK出版) 8頁以下参照。とくに、三好春樹氏は、「『尊厳』を守るケアとは、ちゃんとした排泄ケアをすること」と強調する [8 頁]。
- (21) この点についても、各論者から批判されている。金川めぐみ / 大曾根寛・前掲 (註17) 9 - 10頁、長岡健太郎・前掲 (註17) 18頁、青木志帆・前掲 (註18) 8頁など参照。
- (22) もっとも、当初は、福祉分野での義務付け訴訟で勝訴することは困難なのではないか、との見方もあった。義務付け訴訟の原告勝訴判決としては、たとえば「東大和市の保育園入園承諾義務付け事件」判決 (東京地判平18. 10. 25判例時報1956号62頁。気管切開手術を受けてカニューレを装着している児童の入園を承諾するよう市に義務付けた) が著名であるが、近年、生活保護支給を義務付けた判例もある。那覇地判平23. 8 . 17賃金と社会保障1551号 (2011) 62頁。生活保護の分野では初めてである。この判決の解説、評釈として、大井琢・同56頁など参照。
- (23) 橋本宏子・前掲 (註13) 14頁
- (24) 橋本宏子・同前15頁
- (25) 橋本宏子・同前15頁
- (26) 橋本宏子・同前15頁
- (27) 阪田健夫・前掲 (註13) 5 頁。介護保険制度導入にあたり参考にされたのが、ドイツの介護保険制度である。しかし、ドイツの介護保障は、もともと介護保険法と社会扶助法上の各種給付が相互補完的に介護給付を行なうことによって実施されるものであり、介護保険制度導入によって従前の

〔旧〕老人福祉法等の「措置制度」上の給付を廃止するというわが国のそれとは、「似て非なるもの」である、という批判について、木下秀雄「ドイツにおける介護保障」貸金と社会保障1158号(1995)40頁参照。ドイツの介護保険制度については、他に、本沢巳代子「ドイツの公的介護保険」ジュリスト1056号(1994)111頁など参照。

さらに、平成24(2012)年4月より施行されている改正介護保険法と介護報酬改定の内容を見てみても、実質的内容の引き下げ・切り下げが目立ち、十分な介護・看護ができるものかどうか、疑わしいものとなっている。この点について、伊藤周平「改正介護保険法と高齢者福祉のゆくえ」ゆたかなくらし2012年4月号18頁など参照。

- (28) この点を指摘、批判するものとして、大曾根寛『社会福祉と権利擁護』(放送大学教育振興会、2012)11頁以下〔特に15頁以下〕など参照。
- (29) 金川めぐみ・前掲(註18)19頁。なお、2011(平23)年8月に出された障がい者制度改革推進本部による「骨格提言」にも、「必要な人には24時間の介護が保障されるべき」旨が記されている。この点について、青木志帆・前掲(註18)10頁など参照。
- (30) 2005年の自立支援法により、外出・移動介護は「地域生活支援事業」の中の「移動支援事業」中に位置づけられ、多くの障害者にとって、外出・移動介護は個別給付では利用できなくなり、「給付費の加算」という形をとることとなった。この点について、金川めぐみ/大曾根寛・前掲(註17)9頁参照。
- (31) 「第1次訴訟」判決の解説、評釈として、藤岡毅・貸金と社会保障1439号(2007)4頁、原田啓一郎・同14頁。
- (32) 「第2次訴訟」判決の解説、評釈として、豊島明子・貸金と社会保障1527号(2010)4頁
- (33) 「他利用者の平均利用時間との比較」という基準が無意味な点について、金川めぐみ/大曾根寛・前掲(註17)9-10頁参照。特に、「移動の権利」の観点からの構成を試みるものとして、池田直樹「移動の権利と政策」河野正輝・関川芳孝編『障害をもつ人の人権 権利保障のシステム』(有斐閣、2002)205頁以下〔特に208頁以下〕など参照。
- (34) 菊地馨実『社会保障の法理念』(有斐閣、2000)、特に19頁以下など参照。また、阿部泰隆「憲法上の福祉施策請求権」『成田頼明先生古希記念 政策実現と行政法』(有斐閣、1998)1頁以下は、「金がなくとも、最悪の場合、バラックを建てて住み、食べ物は、山菜、蛙や蛇を取ってきて食べても、生きることはできる。……〔しかし〕金は多少あっても、身の回りの世話をする人がたりないという場合〔は〕、……もっと悲惨である。……

金がないよりは、介護がない方が困っているはずである」[3-4 頁] とし、「要介護状態になった者を行政的に放置することは、『健康で文化的な最低限度の生活』を侵害して違憲状態というべきである」[4 頁] と述べる。

- (35) 「地域社会における共生の実現に向けて新たな障害者保健福祉施策を講ずるための関係法律の整備に関する法律」平成24年法律第51号。「官報」(号外第139号)(平成24年6月27日)[2分冊の1] 14頁。
- (36) 「資料 障害者自立支援法『廃止』ならず!?!」賃金と社会保障1559号(2012) 45頁以下など参照。

もともと、障害者自立支援法については、応益負担(利用者負担)、サービスの上限設定、サービスの不足など、制定当初より批判の多い内容であった。同法の特徴と問題点については、たとえば、九州弁護士会連合会・大分県弁護士会編『障害者の権利と法的諸問題 障害者自立支援法を中心に』(現代人文社、2008)[本稿との関連では、特に72頁以下参照]、岡崎伸郎・岩尾俊一郎[編] 『障害者自立支援法時代を生き抜くために』(批評社、2006)、伊藤周平『障害者自立支援法と権利保障』(明石書店、2009) など参照。

障害者総合支援法の問題については、他に、棕野美智子「障害者総合支援法と当事者参画」週刊社会保障2692号(2012年9月3日号) 36頁、「障害者の暮らし輝く新法を」赤旗日曜版2013年2月3日号33面など参照。

- (37) 「病名だけで決めないで 障害者総合支援法 『難病』の範囲を限定患者らが訴え」毎日新聞2013(平25)年1月11日朝刊19面参照。

