

判例研究

社会保障法判例

江 口 隆 裕

居宅生活支援費の支払に係る損害賠償請求住民訴訟事件

大阪地方裁判所平成23年3月4日判決（平成18年（行ウ）第148号損害賠償請求事件（住民訴訟））判例地方自治351号84頁以下

I 事実の概要

Y市では、従前の措置制度の下で、行政庁が直接移動介護サービスを提供する方式を採用し、Y市長が視覚障害者にガイドヘルパーを直接派遣していたが、支援費制度に変更されるに当たり、移動介護サービスを提供する事業者が存在しなかつたため、移動介護サービスが提供できないおそれが生じ、視覚障害者の団体であるS協会自身が指定居宅支援事業者の指定を受け、事業所Fを開設して移動介護サービスを提供することとした。

S協会の代表Aは、平成15年1月27日にFについて身体障害者福祉法（平成17年法第123号による改正前のものをいう。以下「身障法」という。）に基づく指定居宅支援事業所の指定を申請するに当たり、管理者をAとし、本件各責任者をサービス提供責任者とする旨指定申請書に記載してY市長に提出した。しかし、管理者が常勤かつ専従でなければならないこと（身体障害者福祉法に基づく指定居宅支援事業者等の人員、設備及び運営に関する基準（以下「人員等基準」という。）6条）、従業者及び業務の管理を一元的に行わなければならぬこと（人員等基準28条1項）を知らず、管

理者は事業所の代表者としていろいろの責任があるという程度に認識していただけであった。また、サービス提供責任者についても、居宅介護計画を作成する義務がある（人員等基準24条1項）ほか、指定居宅介護事業所に対する指定居宅介護の利用申込みに係る調整、従業者に対する技術指導等のサービス内容の管理等を行う職責があること（人員等基準28条3項）を知らず、20人程度のヘルパーのまとめ役であるという程度の認識しか有していなかった。

また、Fの事務職員であるD及びEにあっては、管理者及びサービス提供責任者の職責については、Aとほぼ同様の認識であったものの、居宅介護計画については、平成15年4月にFの事業が開始された後のいずれかの段階で、本来これを作成すべきことを認識するようになった。だが、利用者から突発的な利用の申込みがされることがあり、そのような依頼にも対応したいと考えたこと、移動介護サービスについては、目的地までの経路や時間を決定すること以上に複雑な予定を立てる必要がないことから、居宅介護計画を作成しないことにしていた。

Fの事業内容は、ほぼ全てが移動介護サービスであり、それ以外では家事援助をごくわずかに行う程度であった。この移動介護サービスとは、具

体的には、社会生活上必要な外出及び社会参加促進の観点から必要な外出を行う場合に、単独で外出することが困難な重度等の視覚障害者であって支援を必要とする者に対し、ヘルパーが1対1で付き添い、外出の手助けを行うという内容のサービスであった。

2 Aは、A宅において鍼灸院を一人で営んでいることもあり、当該事務所を訪れる回数はおおむね週1回、多くても3回程度であったが、事業内容については、DやEから適宜報告や相談を受け、必要な指示を行っていた。

本件各責任者は、いずれも10年程度の経験を有するヘルパーであったが、通常は、Fの事務所に常駐しておらず、それぞれ他のヘルパーと同様に利用者に対する移動介護の業務に従事していた。他方、利用者からFに対してなされる指定居宅介護の利用申込みに係る調整については、本件各責任者の助力を得ることもあったものの、主としてDやEらの事務職員により行われていた。

Fの利用者の多くは、支援費制度の開始以前から利用していたヘルパーを引き続き利用しており、移動介護サービスの利用を申し込む際には、相性の良いヘルパーに直接依頼する場合が多かった。ただし、突発的な利用については、利用者は、Fの事務所を経由して依頼することもあった。

また、Fでは、利用者に対するサービス量の管理のため、利用者宅に「ヘルパー利用確認票」を備えつけ、利用者がサービスを利用するごとに、利用者及びヘルパーが互いに当日の利用分と残量を確認するようにしていた。Fの事業が継続していた間、利用者とヘルパーとの間で個人的なトラブルが生じることはあったものの、Aが双方に話を聞くなどして解決していた。

Fの利用者の主たる利用目的は、運動、買物、散歩、病院、趣味の活動等であったが、葬式や通院等で急を要する依頼がされることもあった。

3 平成17年8月にS協会から提出されたサービス提供に係る請求書等をY市が審査する過程において、サービス提供責任者が作成すべき居宅介護計画が作成されていないことが判明したため、Y市は、まず、同月に請求のあったサービス提供に係

る居宅生活支援費の支払を留保した。

Y市は、同年9月15日にFに対する実地指導を実施したところ、Fの事業について、居宅介護計画を作成せずにガイドヘルパーを派遣しており、サービス提供責任者も名目的であり、管理者についても、事業開始後しばらくして常勤でなくなっていた事実を確認したため、S協会に対し、Fに管理者及びサービス提供責任者を配置するよう指導した。

S協会は、同年9月28日、Fの事業につき廃止届出を提出了。

4 平成18年3月23日のY市議会予算審査特別委員会において、Fが人員等基準に違反していたこと、その後、Y市からの実地指導を受けてこれが発覚し、廃業に至ったことなどが明らかにされた。

Y市障害福祉課は、平成18年4月から同年6月にかけて、Fの事業に関する実態調査を行い、その結果を当時のY市長であったCに報告した。それによると、利用者88名のうち、利用時間数の多い上位10名を抽出し、ヒアリングを実施したところ、Fのサービス内容について満足しており、適切なサービス実態があったものと認められ、また、ヘルパー83名のうち利用時間数の多い利用者にサービスを提供していた15名についてヒアリングを行ったところ、ヒアリング内容と請求内容はおおむね一致しており、特に不適正なサービスを行ったと疑われるものは確認できなかった。

5 原告Xは、平成17年5月当時から平成18年3月当時までY市議會議員であり、同年5月、Y市監査委員に対し住民監査請求書を提出し、身障法43条の4第2項により、Fに対し平成15年4月の開業から平成17年7月の廃業までに支払われた①1億6,511万9,280円の全額、②同法の定める加算金、及び③①、②に対する平成15年4月より完済に至るまでの遅延損害金を、相手方、S協会、並びにS協会理事であるAほか4名に請求することなどを求めた。(判決からは明らかでないが、監査請求は理由がないとされたようである。)

6 Xは、この監査結果を不服として、Y市長に対し、地方自治法242条の2第1項4号により、①S協会に対して不法行為に基づく損害賠償請求又は不

当利得返還請求として、②S協会の代表者であつたAに対して、不法行為に基づく損害賠償請求として、③Y市の障害福祉課長であったBに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求として、④Y市の市長であったCに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求として、それぞれ上記居宅生活支援費相当額の支払の請求をすることなどを住民訴訟として求めた。

(本件では、Xの訴えが監査請求前置の要件を満たすか、S協会がY市に対し身障法43条の4第2項に基づく支払額返還義務を負うか等も争点となっているが、本評釈ではこれらについては取り上げない。)

II 判 旨

請求棄却（確定）

1 S協会及び同協会の代表者AのY市に対する不法行為の成否について

（1）人員等基準違反について

「……Fのサービス提供責任者とされた本件各責任者は、実際には、当初からサービス提供責任者としての職務を果たしておらず、居宅介護計画も作成していなかった上、管理者として申請したAは、平成15年4月1日の開業後しばらくすると常勤ではなくなったというのであるから、Fは人員等基準違反の状態であったと認められる。」

（2）不法行為該当性について

「……サービス提供責任者の職務である利用量の調整については、利用者宅に「ヘルパー利用確認票」を備えつけ、ヘルパーと利用者との間で個々に確認作業を行うことにより代替し、利用申込みの調整については、DやEらの事務職員が本件各責任者の助力を得て行うことにより代替していたところ、その後のY市の調査によても、利用者に対するサービスの提供に重大な不備があるとか、不適正な居宅生活支援費の請求がされていた等の事情は見つかなかったというのであるから、Fは、上記代替手段を用いることにより、利用者に対し、特段の支障なくサービスを提供することができていたといえる。」

「さらに、……Fの事業内容のほぼ全てが移動介護サービスで、利用者に対し1対1で付き添い手助けをするという内容であったことに加え、Fの利用者から葬式や通院等の急を要する依頼がされることもあったこと、……平成15年4月に平成12年改正法が施行され、支援費制度が開始されて間もない段階であり、A、E及びDも、サービス提供責任者の職責について正確な認識を持っていなかったことをも考慮すれば、Fの事務職員において、移動介護サービスについては目的地までの経路や時間以外に複雑な予定を立てる必要がない一方、利用者からの需要には迅速に対応する必要があり、居宅介護計画を毎回作成することは非効率的であると考え、居宅介護計画を作成しないことについていたとしても、やむを得ない面があるといえる。」

これらの点に鑑みると……S協会は、指定居宅支援事業者の指定を受けた上、居宅支給決定身体障害者である視覚障害者に移動介護サービスを提供していたのであり、人員等基準に違反する点があったとはいえ、提供した移動介護サービスは居宅支給決定身体障害者に対する指定居宅支援として適切な内容のものであり、同障害者に提供する指定居宅支援の量等の管理についても何ら支障はなかったというのであるから、A及びS協会が行った指定居宅支援の提供やY市に対する居宅生活支援費の請求及び受領行為を違法な不法行為ということはできない。指定居宅支援事業者の指定を申請しこれを受けた点についても、A及びS協会が、管理者やサービス提供責任者の職務に相当する事務を行う意思も能力もないのに、Y市の担当者を欺罔する意図（ママ）をもって指定を申請したとはいえないし、殊更に人員等基準を無視し、必要な業務を行わずに居宅生活支援費を違法に受領していたとはいえないのであって、指定を申請しこれを受けた行為及び移動介護サービスを提供し、居宅生活支援費を請求し受領した行為を一連の行為として、居宅生活支援費を違法に取得した不法行為と評価することはできないというべきである。仮に上記申請当時人員等基準を満たす見込みがなく、A及びS協会に何らかの落ち度があった

としても……居宅生活支援費は指定居宅支援としての移動介護サービスに対して支払われるものであり、上記申請行為と指定居宅支援費の支払との間に相当因果関係を認めることはできず、また、上記申請に対してY市長が指定居宅支援事業者の指定をしたことが、Y市に損害を与えるものということはできず、結局、上記申請行為をY市に損害を与える不法行為と評価することはできない。

2 B及びCのY市に対する債務不履行の有無

(1) Bの責任について

ア「……S協会が平成15年1月27日付けでY市長に対して提出した申請書には、管理者をAとし、本件各責任者をサービス提供責任者とする旨記載され、従業者等の勤務態勢及び勤務形態一覧表が添付されていたことが認められる。そうだとすれば、当該申請書の記載内容は、身障法及び身障法施行規則が求めている要件を充足していたものと認められ、当時の障害福祉課長が専決権者としてFに対し指定居宅支援事業者の指定を行ったことはその善管注意義務に違反するものではない。

……Fに対する指定居宅支援事業者の指定が違法、無効とはいえないところ、Bが指定居宅支援事業者であるFからの請求に応じて居宅生活支援費を支出することも違法とはいえないことになる。」

イ「もっとも、身障法17条の22は、指定居宅支援事業者が人員等基準に従って事業を運営することができなくなった場合等に指定を取り消すことができる旨規定し、当該事業者の指定を取り消さないことが裁量権の逸脱又は濫用と評価することができる場合には、指定を取り消さずに居宅生活支援費を支出することが違法と評価される余地もある。しかしながら、……Fにおいては、視覚障害者に対するサービス自体は適切に提供できており、特段の支障は生じていなかったことなどからすれば、本件の事情の下では、Fに対する指定を取り消さなかったBの行為が裁量権の逸脱又は濫用に当たるとはいえない。

ウ「なお、……同法17条の5第10項は、市町村は、指定居宅支援事業者から居宅生活支援費の請求が

あったときは、人員等基準（指定居宅支援の取扱いに関する部分に限る。）に照らして審査の上で支払うものとする旨規定している。……その趣旨は、人員等基準のうち居宅生活支援費の対価というべき指定居宅支援の内容に係る部分を指すものと解するのが合理的である。そうすると、管理者及びサービス提供責任者の職務態様並びに居宅介護計画の作成の点も、提供する指定居宅支援の内容に影響するものでなければ上記人員等基準に含まれるものではないから、このような規定があるからといって、Fに対する居宅生活支援費の支出が違法と評価されるものではない。」

エ「以上によれば、Bが、専決権者として、Fからの請求に基づき、S協会に対する居宅生活支援費の支出をしたことは違法とはいはず、Bに債務不履行責任があるとはいえない。」

(2) Cの責任について

「……Bが行った居宅生活支援費の支出行為が違法とはいえないものであるから、Cについても、Bに対する指揮監督義務違反に基づく債務不履行責任があるとはいえない。」

3 S協会の利得の有無及び法律上の原因の存否について

「……Fの廃業に至るまで、Fに対する指定居宅支援事業者としての指定は取り消されてはいなかつたのであるから、Fに対する居宅生活支援費の支払を違法無効ということはできない。したがって、Fに対する居宅生活支援費の支払にはいずれも法律上の原因があるから、その余の点について検討するまでもなく、S協会に対する不当利得返還請求を求める請求は理由がない。」

III 解 説

判旨の理由に疑問がある。

1 本判決の意義

本件は、すでに廃止された支援費制度の下で、地方自治法242条の2第1項に基づく住民訴訟として、人員等基準を満たさなかった指定居宅支援事

業者が行った身体障害者居宅介護について、不法行為ないし債務不履行に基づく損害賠償及び不当利得の請求がなされた事案であり、いずれの請求も棄却されている。

ところで、介護保険法をはじめとする多くの社会保障立法では、支援費と同様の仕組みが採用されており、人員基準等を満たさないサービス提供に対してどのような裁判上の救済が可能なのかを考える上で、本判決は貴重な示唆を与えてくれる。そこで、判決内容を検討する前に、本件で問題となった支援費の費用負担方式の意義を考えてみたい。

2 身障法17条の5の意義

(1) 定着する代理受領・現物給付方式

身障法17条の5の規定は、現金給付方式をとりつ法定代理受領によってサービスの現物給付化を行う費用支払方式（以下「代理受領・現物給付方式」という。）を定めた規定であり、措置から契約への転換を目指した平成12年の社会福祉基礎構造改革における支援費制度の柱となるものであった。しかし、その第10項では、「市町村は、指定居宅支援事業者から居宅生活支援費の請求があったときは、前条第2項の市町村長が定める基準¹⁾及び第17条の19第2項に規定する指定居宅支援の事業の設備及び運営に関する基準（指定居宅支援の取扱いに関する部分に限る。）に照らして審査の上、支払うものとする」と規定しており、①市町村が居宅生活支援費の審査支払をする際に、身障法17条の19第2項に基づく設備運営基準だけを照合すればよいのか、換言すれば、同条1項に基づく人員基準は考慮しなくてもよいのか²⁾、②それとの関連で、括弧内の「指定居宅支援の取扱いに関する部分に限る」の意味をどう解すべきなのか、という疑問が生じる。

ところで、代理受領・現物給付方式をとった上で審査支払の対象を「取扱いに関する部分」に限るという法形式（以下「審査対象限定代理受領・現物給付方式」という。）は、同時に改正された知的障害者福祉法（同法15条の6第10項等）及び児童福祉法（同法21条の11第10項）でも用いられ

ている。さらに、これと同じ法形式は、平成17年に制定された障害者自立支援法、これを引き継いで平成24年6月に成立した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（以下「障害者総合支援法」という。）（介護給付費又は訓練等給付費の支給（29条6項）等）、さらには子ども・子育て新システムとして平成24年8月に成立した子ども・子育て支援法（施設型給付費の支給（27条7項）等）でも採用されており、今や介護・福祉の分野において広く定着している。

(2) 代理受領・現物給付方式普及の理由

このように代理受領・現物給付方式が広く活用される理由としては、次の2つが考えられる。第一に、健康保険法の療養の給付（同法63条）を典型とする現物給付方式の場合には、質・量ともに完全なサービスを提供するという考え方（本稿ではこれを「完全給付原則」と呼ぶ。）が前提となり、サービス供給が完全給付原則を満たさない場合には、保険者や市町村といった制度運営主体のサービス提供責任が問われやすい³⁾のに対し、現金給付方式の場合には、制度運営主体が決定する費用負担の範囲で給付を行えばよく、必ずしも完全給付原則は妥当しない⁴⁾。したがって、利用者負担のあり方を含め、より自由な給付設計になじみやすい⁵⁾。

第二に、これは福祉及び教育の分野に限った問題ではあるが、憲法89条との関連があろう。すなわち、同条を厳密に解釈すると、サービスの現物給付の場合には、「公の支配」に属する事業でなければ公金の支出を受けられなくなるが、サービスの利用は利用者と事業者の契約によることを前提として、「事業」ではなく「利用者」に市町村が金銭を給付する方式の場合には、憲法89条の射程範囲外となる⁶⁾。

(3) 老人保健法における審査対象限定代理受領・現物給付方式の導入

次に、なぜ審査支払の対象を「取扱いに関する部分」に限っているのかという疑問に答えるため、審査対象限定代理受領・現物給付方式のルーツをたどると、介護保険法における居宅介護サービス費の支給に関する規定（同法41条9項）を経て、

老人保健法における老人訪問看護⁷⁾、さらに老人保健施設療養費の支給に関する規定にまで遡る。そこで、老人保健法において審査対象限定代理受領・現物給付方式がとられた経緯を探ってみたい。

ア 老人保健審議会の権限に関する争い

昭和57年の老人保健法制定に際し、政府提出法案では、新たに設ける老人保健審議会が老人医療の内容を含め、「老人保健に関する重要事項」を調査審議することになっていた。しかし、これが国会で大きな争点となり、結局、老人の診療報酬については、社会保険診療報酬との関係も考え、中央社会保険医療協議会(以下「中医協」という。)が、医療等以外の保健事業(ヘルス事業)については公衆衛生審議会がそれぞれ所掌し、老人保健審議会は「保険者の拠出金等に関する重要事項を調査審議する」(老人保健法7条2項)小さな審議会に権限を縮小するよう国会で修正が加えられた⁸⁾。

イ 老人保健施設の創設と老人保健審議会の権限拡大

その後、昭和61年の改正で老人保健施設を創設する際に、老人保健施設療養費の額及び老人保健施設の設備・運営基準のうち「施設療養の取扱いに関する部分」に限っては中医協の所掌とされたものの(同法46条の2第5項、46条の8第6項)、施設・人員基準及び設備・運営基準のうち「施設療養の取扱いに関する部分を除く」ものは老人保健審議会の所掌とされた(同法46条の8第5項⁹⁾)。これによって老人保健審議会の権限も拡大され、同審議会は「老人保健に関する重要事項」(医療等以外の保健事業に関する事項並びに老人診療報酬及び特定療養費を除く。)を調査審議することになった。

というのも、老人保健施設が保健医療と福祉の中間的性格を有するという新しい性格のものであることから、医療法にいう病院又は診療所ではないと法律上明確に位置づけられたこと(老人保健法46条の17)を踏まえ、老人保健法において衛生面も含めた施設・設備等の規制を行うとともに¹⁰⁾、老人診療報酬など医療の内容に関する事項は専門の審議会である中医協の所掌とした上で、両者にまたがる内容をもつ設備・運営基準について、

中医協と老人保健審議会の所掌を決めるメルクマールとして「取扱いに関する部分」という概念が用いられたのである。つまり、この概念は、医療の内容を専門に所掌し、かつ、既存の医療関係者の利害調整機関としての性格をも有する中医協が、老人保健施設の施設療養の内容を決定する権限を維持するために用いられたことになる。

このような経緯からすると、「取扱いに関する部分」とは、老人保健施設で行われる施設療養の内容に関する部分を意味することになる。

ウ 審査支払と「取扱いに関する部分」

上述の整理を前提に、市町村が老人保健施設療養費を支払う際にも、設備・運営基準のうちの「取扱いに関する部分」に限って、つまり個別の施設療養が内容的に適切に行われたかどうかだけを審査の対象とし、事業所そのものに関する基準は審査の対象とされなかつた¹¹⁾。

しかし、審議会の所掌分担だけでなく、市町村の審査についても「取扱いに関する部分」に限ったのはなぜだろうか。はたして、両者が同一の基準によらなければならない理由はあったのだろうか。

その理由は必ずしも明らかではないが、恐らく、老人保健施設療養費の審査支払は支払基金等に委託できるとされていること(同法46条の2第10項)を考えると、支払基金等の審査支払機関では、医療内容についてのみ審査するという一般の医療保険と同様の整理がなされたからではないかと思われる(健康保険法における診療報酬の審査支払では、医療法に基づく人員・施設基準の適合性は審査しない。)。

エ 人員基準の取扱い

では次に、人員基準そのものが審査の対象とされなかつたのはなぜだろうか。老人保健施設における施設療養も対人サービスである以上、それを担う人員基準を無視してよいはずはない。

これについては、審査支払の際には、老人保健施設療養費の額に照らして審査するものと定められており(老人保健法46条の2第9項)、他方、老人保健施設療養費の額の算定において人員基準を満たしていることを前提とした内容が定められる

ので、結局、老人保健施設療養費の額の基準に照らして審査を行えば、人員基準についても審査をしたことになると考えられたからではないかと思われる。

その前提として、老人保健施設に係る人員基準違反に対しては、都道府県知事が改善命令、業務停止を命ずることができ（同法46条の14）、これに従わない場合には、施設開設の許可を取り消すことができる（同法46条の15第1項2号）のに対し、審査支払機関にはそういった権限は与えられていないという制度構成を指摘できる。これは、医療法に基づく病院に対する知事の指導監督と同様の構造であり、人員基準は衛生行政の一環として知事が監督権限と責任を有するという制度構成がとられているのである。

オ 老人訪問看護制度の創設

平成3年の改正では、高齢者の在宅療養を支援するため、老人訪問看護制度が創設された。同制度は、従来からの行政主体型ないし医療機関主体型の在宅看護とは異なって、看護師が中心となる老人訪問看護事業者が在宅看護を行う点に特徴があった¹²⁾。この改正に際しては、老人保健施設の例に倣い、指定老人訪問看護の人員基準及び、運営基準のうち「取扱いに関する部分を除く」ものは老人保健審議会が、運営基準のうち「取扱いに関する部分」は中医協がそれぞれ所掌すると定め、実際、具体的な基準の内容に関しては、それぞれの審議会からこの役割分担に従った答申が出されている¹³⁾。

それぞれの答申内容をみると、老人保健審議会では、基本方針及び人員基準のほか、運営基準として、管理者の責務、管理規程の制定、勤務体制の確保など事業所に関する事項について、中医協では、訪問看護提供開始の際の説明・同意、訪問看護開始・終了時の遵守事項、受給資格の確認、指定老人訪問看護の具体的取扱い方針（妥当適切に行うこと、懇切丁寧を旨とすることなど）、さらには老人訪問看護計画書の作成といった訪問看護サービスの内容に関する事項について述べている。

そして、この老人訪問看護の整理に従えば、本

件で問題となった事項のうち、居宅介護計画の作成は「取扱いに関する部分」に含まれ、事業所の管理者に関する事項は含まれないことになる。

（4）老人訪問看護と居宅介護サービスの相違

ところで、介護保険法による居宅介護サービスは、同じ在宅サービスである老人訪問看護に関する規定を先例として受け継いでいるものの、次の点で老人訪問看護制度とは異なっていることに留意が必要である。

①ケアマネジメントの制度化

介護保険制度では、利用者の状況に応じた在宅サービスの適切な組合せ及び要介護度別限度額管理の必要性から、ケアマネジメント（居宅介護支援）（介保法8条23項）を制度化している。これは、訪問看護のような個別的なサービスの提供とは違って、その前段階のサービス全体の調整と費用の管理を保険給付として位置付けたものである。その上で、法定代理受領によるサービスの現物給付化を行うためには、あらかじめ作成した居宅サービス計画（ケアプラン）を市町村に届け出ることが必要とした（介保法41条6項）¹⁴⁾。したがって、ケアマネジメントを利用しない場合には、原則的給付形態たる現金給付によることになり、この点は、単独のサービスでも代理受領が認められる老人訪問看護や支援費制度とは違っている。

なお、ケアマネジメントの仕組みは、支援費制度では取り入れられなかったものの、障害者自立支援法及び障害者総合支援法では、計画相談支援給付費（同法51条の17）として取り入れられている。

②介護差額の防止＝割引契約の容認

介護保険制度では、医療保険における薬価差のような公定価格と実勢価格のかい離が生じるのを防ぐため、介護報酬の支払は、現に要した費用を限度とすることを明記し¹⁵⁾、介護報酬より低い価格でのサービス提供が可能な仕組みをとっている¹⁶⁾。これによって、介護差額の発生を防止するとともに、民間活力を活用した効率的なサービスの提供を目的としたのである。この差額防止規定は、その後の代理受領・現物給付方式すべてに取り入れられている。

3 判旨の検討

さて、以上の法制度的理解を前提に、判旨を検討しよう。

(1) S協会及びAのY市に対する不法行為の成否（判旨1）について

判旨は、本件各責任者が当初からサービス提供責任者としての職務を果たしておらず、居宅介護計画も作成していなかった上、管理者として申請したAも常勤ではなく、Fは人員等基準違反の状態であったと認定した上で、それにもかかわらず、Fは利用者に対し特段の支障なくサービスを提供できていたこと、Aが常勤かつ専従ではないとしてもFの管理に何ら支障が生じていなかつたこと、居宅介護計画を作成しなかったのもやむを得ない面があることから、S協会が行った指定居宅支援の提供やY市に対する居宅生活支援費の請求及び受領行為を違法な不法行為ということはできないとした。

まず、判旨からは、不法行為の成立要件としての違法性が問題とされているのか、それとも損害の発生が問題とされているのかがはっきりしない。前者について言えば、人員等基準に違反しているという一事をもって違法であると考えることもでき（形式的違法）、この場合には、次に損害の発生の有無が問題になる。他方、特段の支障なくサービスを提供したという意味で、実質的な違法性はないと考えることも可能であり（実質的違法）、この場合には、損害も総合的に考慮して違法性を判断することになろう（過失概念の総合化¹⁷⁾）。

そこで問題となるのは、本件の場合、はたして損害があったのかどうかである。これは、単独のサービスである居宅介護についても居宅介護計画の作成を求めているのはなぜか、という問題でもある。これについて、行政解釈は、居宅介護計画の作成は、それによって利用者の状況を把握・分析し、居宅介護の提供によって解決すべき問題状況を明らかにし（アセスメント）、これに基づき援助の方向性や目標を明確にするためとしており¹⁸⁾、この考え方自体は妥当である。そうだとすると、居宅介護計画を作成しないため、例えば、現在の移動介護サービスの問題状況を明らかにすること

ができず、したがって追加的な援助に結び付けられないという場合には、サービスの質の低下が問題となり得るのであり、本判決がそこに立ち入らずにサービスが行われたことだけで判断した点には問題が残る。もっとも、仮にサービスの質の問題に立ち入ったとしても、損害をどう認定するのかという問題は残る。

(2) B及びCのY市に対する債務不履行の有無（判旨2）について

本件は、地方自治法242条の2第1項に基づく4号訴訟として提起されているが、その対象は、損害賠償請求権又は不当利得返還請求権に限定され、契約に基づく債権は対象とはならないとされている¹⁹⁾。それにもかかわらず、本判決は、原告の主張を受け、債務不履行責任について論じているが、これ自体失当というべきであろう。

さらに、債務不履行責任を問うためには、誰に対する何の債務の不履行なのかを明らかにしなければならないはずである。判旨2（1）アでは、指定当時の障害福祉課長が専決権者としてFに対し指定居宅支援事業者の指定を行ったことの善管注意義務違反を検討した上で、これが違法、無効とはいえないでの、Bがその指定を前提にFに対し居宅生活支援費を支出したことも違法とはいえないと判示している。

しかし、障害福祉課長は、指定の際、誰に対して善管注意義務を負うというのだろうか。これは、障害福祉課長が行った指定という職務行為の適法性の問題であり、債務不履行の問題ではないと考えるべきであろう。

次に、判旨2（1）イでは、指定を取り消さないことが裁量権の逸脱・濫用と評価できる場合には、指定を取り消さずに居宅生活支援費を支出することが違法と評価される余地もあるとしつつ、Fのサービス自体は適切に提供できていたことなどから、Fに対する指定を取り消さなかったBの行為が裁量権の逸脱又は濫用に当たるとはいえないと判示している。

しかし、本件の場合には、Fは指定要件に違反しており、人員基準違反は、管理者要件も含め、指定取消し事由（身障法17条の22第1項1号）に該

当し、他方、Y市長は事業者等に対する報告徴収権を有している（身障法17条の21、43条の2）。したがって、指定の取消権の行使だけでなく、Y市がFに対し適切な指導監督を行わなかったことの違法性の有無も検討されるべきであり、サービス自体が適切に提供できていたという実態だけで違法性はないと結論付けるのは、早計というべきである。

さらに、判旨2（1）ウでは、身障法17条の5第10項の「取扱いに関する部分」について、「人員等基準のうち居宅生活支援費の対価というべき指定居宅支援の内容に係る部分を指す」と解した上で、「管理者及びサービス提供責任者の職務態様並びに居宅介護計画の作成の点も、提供する指定居宅支援の内容に影響するものでなければ上記人員等基準に含まれるものではないから」、Fに対する居宅生活支援費の支出は違法ではないと述べている。

しかし、2で検討したように、「取扱いに関する部分」は、居宅介護のサービス内容に関する部分を意味し、居宅介護計画の作成もこれに含まれると解するのが妥当である。また、「取扱いに関する部分」は、あくまで支援費の審査支払に際してのチェックポイントにすぎず、支援費の対価というべき内容は、人員等基準を満たした事業者によるサービスの提供全体と捉えるべきである。判旨は、ここでもサービスが実際に提供されたかどうかに重きを置きすぎ、サービスの質に関する評価をなおざりにしていると言えよう。

（3）S協会の利得の有無及び法律上の原因の存否（判旨3）について

判旨3では、Fに対する指定は取り消されていなかったのであるから、居宅生活支援費の支払には法律上の原因があり、これを違法無効ということはできないとする。これは、指定の公定力を前提に、不当利得返還請求を否定したものと考えられる²⁰⁾。

4 最後に

本件からは離れるが、最後に、指定基準を満たさない事業者によって各種サービスが行われた場

合に、利用者はどのような訴訟上の対応が可能かについて考えてみたい。

既述のように、判旨の問題点は、サービスの提供があったという実態を重視し、居宅介護計画の作成といったサービスの質にかかわる事項を評価していないことにある。本件は4号訴訟という形式をとったが、利用者が直接事業者を相手として訴える場合には、違った展開が可能となる。利用者と事業者の間の介護サービス提供契約に基づく債務の不履行があったとして、不完全履行を主張することができるからである。もっとも、この場合であっても、不完全履行によってどのような損害が生じたのかという問題は残る。介護保険制度のようにケアマネジメントが制度化され、これがないと必要なサービスが円滑に受けられない場合と、本件のような単独のサービスしか提供されない場合、さらに、単独のサービスでも、サービス計画が重要な意味を持つ場合と、そうでない場合とでは、結論が異なりそうである。

注

- 1) 身障法に基づく指定居宅支援等に要する費用の額の算定に関する基準（平成14年厚生労働省令第78号）。
- 2) 岩村正彦「社会保障法判例 介護保険法22条3項の返還金請求の要件」季刊社会保障研究48巻1号100頁は、介護保険に関してではあるが、指定事業者が人員の基準に違反してサービスを提供しても、債務の本旨に従った履行となるとする。
- 3) 医療保険では、かつて差額ベッド等が大きな問題となつたことを想起せよ。これらを契機として、昭和59年に特定療養費制度が導入され、それが現在の入院時生活療養費や保険外併用療養費となっている。また、福祉の措置制度の下でも、市町村は、措置としてのサービス提供責任を負っていたが、条文上「必要に応じて」といった文言を挿入することにより、完全給付原則を修正していた。しかし、これが市町村のサービス提供責任を曖昧にするという問題を生んだ。
- 4) 介護保険制度にあっては、介護給付の水準は標準的なもの（ナショナルスタンダード）とされ、上乗せ・横出しサービスは自助努力・民間保険で対応するのが基本とされている。このことは、介護保険法に基づく居宅介護サービス費等区分支給限度基準額が、最重度の要介護5の場合でも1か月35,830単位（約36万円相当）とされていることに現れている。これに対し、同じ現金給付方式をとつ

- ていても、障害者自立支援法の場合には、1日24時間介護を前提とした介護給付費の支給決定が可能である（和歌山地判平24年4月25日判例時報2171号28頁、札幌地判平24年7月23日（判例集未搭載）参照）。なお、後者の判例は、24時間介護給付を実施するためには、障害者1人につき年間約1690万円（月140万円）の予算の裏付けが必要となることを前提に、24時間介護給付を真に24時間介護が必要な者に限定して給付するのは、裁量範囲の逸脱ないし裁量権の濫用には当たらないとする。）。このように、現金給付方式の場合に完全給付原則をとるかどうかは、基本的には当該立法の趣旨・目的などによることになる。他方、現物給付方式の場合には、必要な給付を行うと言いながら、その一部は不要であるという理由付けをしなければならないという意味で、現金給付方式に比べれば、完全給付原則によらないのはよりハードルが高いと言えよう（ここでは、利用者の一部負担の問題は除いて考える。）。
- 5) 現物給付方式を基本とする医療保険制度では、保険診療と保険外診療の併用は原則として禁止されている（混合診療の禁止。最3小判平23年10月25日民集65巻7号2923頁参照。同判決では、混合診療保険給付外の原則と呼んでいる。）のに対し、現金給付方式をとっている介護保険制度では、介護保険給付と保険外の給付との併用（混合介護）が容認されている。したがって、介護支援専門員（ケアマネジャー）が居宅サービス計画（ケアプラン）を作成するに当たっては、介護保険サービスだけでなく、それ以外の保健医療・福祉サービスやボランティアサービスなども計画に位置付けることが求められている（指定居宅介護支援等の事業の人員及び運営に関する基準（平成11年厚生労働省令第38号）13条4号）。
- 6) 江口隆裕「支援費制度と憲法89条—その新たな可能性」ジュリスト1252号（2003年）2-5頁。
- 7) 老人訪問看護と介護保険の経緯については、介護保険法の法案作成等を担当していた厚生労働省の神田裕二、伊原和人及び朝川知昭各氏の助言を得た。
- 8) 吉原健二『老人保健法の解説』（中央法規、1983年）34-36頁。
- 9) 老人保健法46条の8（抄）
「5 厚生大臣は、第1項（筆者注：施設基準）及び第2項（筆者注：人員基準）の厚生省令を定めようとするとき、並びに第3項に規定する老人保健施設の設備及び運営に関する基準（施設療養の取扱いに関する部分を除く。）を定めようとするときは、あらかじめ（筆者追加：老人保健）審議会の意見を聴かなければならない。
- 6 厚生大臣は、第3項に規定する老人保健施設の設備及び運営に関する基準（施設療養の取扱いに

関する部分に限る。）を定めようとするときは、あらかじめ中央社会保険医療協議会の意見を聴かなければならない。」（下線は筆者）

- 10) 老人保健施設に関しては、衛生規制の観点からする開設許可など、病院であれば医療法で定めるような事項も、老人保健法で定めていた（同法46条の6以下）。これは、介護老人保健施設にも受け継がれている（介護保険法94条以下、特に97条、98条参照）。
- 11) 老人保健法46条の2第9項「市町村は、老人保健施設から老人保健施設療養費の請求があつたときは、第4項の規定による厚生大臣の定め（筆者注：老人保健施設療養費の額）及び第46条の8第3項に規定する老人保健施設の設備及び運営に関する基準（施設療養の取扱いに関する部分に限る。）に照らして審査した上、支払うものとする。」（下線は筆者）
- 12) 老人訪問看護の意義については、江口隆裕『社会保障の基本原理を考える』（有斐閣、1996年）119頁以下参照。
- 13) 平成3年11月26日老人保健審議会答申「指定老人訪問看護事業の人員及び運営に関する基準（指定老人訪問看護の取扱いに関する部分を除く。）」及び平成4年1月10日中央社会保険医療協議会答申「指定老人訪問看護事業の運営に関する基準（指定老人訪問看護の取扱いに関する部分に限る。）」参照。
- 14) このほか、自ら作成した居宅サービス計画（セルフ・ケアプラン）をあらかじめ市町村に届け出た場合などにも代理受領が認められる（介保法施行規則64条）。
- 15) 居宅介護サービス費の場合であれば、その額を定める条文中に「算定した費用の額（その額が現に当該指定居宅サービスに要した費用の額を超えるときは、当該現に指定居宅サービスに要した費用の額とする。）」という括弧書きをつけており（介保法41条4項），これは他の介護保険給付の場合と同じである。
- 16) 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）69頁及び90頁では、介護契約にあっては、価格も含め当事者に契約内容を形成する自由はないという理解を前提としているようだが、それは正確ではない。
- 17) 大村敦志『基本民法II 債権各論（第2版）』（有斐閣、2005年）193頁。
- 18) 平成15年3月28日障発第0328019号厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知「指定居宅支援事業者等の人員、設備及び運営に関する基準について」
- 19) 栗木純一「クローズアップ住民訴訟」判例地方自治229号6頁。契約に基づく債権債務関係は、両当事者の信頼関係を尊重して処理することが望ま

しく、4号ではなく3号訴訟の対象となるとする。
20) 岩村・前掲注2) 101頁。ただし、岩村は、公定
力を根拠に不正請求を行った事業者に対する返還

請求を否定するのは疑問であるとする(同102頁)。
(えぐち・たかひろ 神奈川大学教授)