

判例研究

社会福祉法人の不適正な介護報酬の受領に対する保険者による返還を求める住民訴訟

(最一小判平二三、七、一四(判時二二二九号三一頁)、大阪高判平二二、七、二三一
(裁判所ウェブサイトに)、大阪地判平二〇、一、三一(判例自治三二二号六九頁))

—— 裁判例に基づく介護保険契約における利用者保護法理に関する一考察 ——

倉田 賀世

(事案の概要)

1、指定申請時の状況

社会福祉法人Aは平成二二年三月、指定居宅サービス事業者として通所介護事業所、ならびに、訪問介護事業所の指定を受け、さらに、平成一五年九月に指定居宅介護支援事業者として居宅介護支援事業所の指定を受け、介護事業を営んでいた(以下、これらの事業所を合わせて「本件各センター」といい、こ

れらの指定を合わせて「本件各指定」という)。

Aが通所介護事業所の指定申請にあたり申請した事項(A)

と、翌日提出した介護給付費算定に係る体制等に関する届出書

の内容(B)に、サービス提供時間(A)は九時半から四時、

(B)は一〇時から四時)および、利用定員(A)は利用定員

一五名(B)は利用定員一〇名)の点で違いがあり、指定後の

運用時における運営規定ならびに、重要事項説明書には定員が

一五名の記載のままだったため、府の担当者の指摘により平成

一七年二月に運営規定上の利用定員の変更の届け出をした。

また、本件各指定に際してAは当時の理事長の夫であり、本件各センターからおよそ一〇km離れた幼稚園の事務長であるDを管理者として申請していた。同時に、Cクリニックとの間で看護職員の派遣を受ける契約を締結していたが、実際に看護職員が派遣されていない日時の派遣料も支払い、実際の派遣料との差額については事後的に病院より、「寄付金」名目で払い戻しを受けていた。

2、住民監査請求および訴訟の提起

原告X（Y市住民）らは、平成一七年二月にY市監査委員に對して、Aが訪問介護事業と通所介護事業につき不正に介護報酬を受けているにも関わらず、Yが不当利得返還請求権の行使を違法に怠っているとして、請求権の行使を求める監査請求をしたが、Y市監査委員はこれを棄却した。Xらは、平成一七年五月、Aの不正請求により被った介護報酬相当額、および、これに一〇分の四〇を乗じた加算金（法二二条三項）をYに支払うようAに請求することを求める訴えを提起した（甲事件）。

Xらは平成一七年六月、Aが本件各指定にあたり、管理者として申請したDは管理者としての勤務実態がないから、そもそも指定は無効であり、Y市が支出した介護報酬全額が不当利得となるからその返還請求権を行使すべきであるのに、これを違

法に怠っているととして請求権の行使を求める監査請求をしたが、棄却された。平成一七年九月、XはYにたいし、Aの不正請求にかかる金員をYに支払うよう請求することを求める訴訟を提起した（乙事件）。

3、指定取消等

平成一七年八月、大阪府知事は、Aの訪問介護事業において介護給付費の不正請求があったことを理由として、訪問介護事業にかかる指定を取り消した。これを受けてYはAに對して不正請求にかかる介護報酬及び一〇〇分の四〇の加算金を支払うよう請求し、全額の弁済を受けた。また、平成一七年八月、大阪府担当職員は、Aの通所介護事業において介護給付費の不適正請求があったと指摘し、自主点検により返還を行うよう勧告した。Aの自主点検の結果、Yは不適正請求にかかる報酬の請求をし、全額の弁済を受けたが、これについては故意によるものでなく、解釈の誤りによるものであるとして加算金を請求しなかった。

4、請求額の変更

（3）を受けてXらは請求額の変更を行い、Aが不正に請求した介護報酬（三一三五万五〇三八円）にかかる加算金（一二

五万四千二百一十五円)、および、無効の指定に基づく違法な介護報酬(一億六〇〇〇万を下らない)のうち、すでに返還済みの分を控除した一億一八六万二千七百六円を、法二二条三項および民法七〇九条に基づき、Aに支払うよう請求することをYに求めた。

(判旨)

以下では、大阪地裁判決および最高裁判決の判旨を紹介し、地裁判決とほぼ同旨の高裁判決に関しては、検討の中で必要な範囲で言及することとする。

大阪地判(一部認容・一部棄却)

争点1 Aの不適正な介護報酬請求は法二二条三項に基づく加算金の対象となるか

(1)「本件デイサービスセンターは、認知症専用併設型通所介護事業所(利用定員一〇名)として運営していたから、前記法令の定めのとおり、そのために必要な人員は、提供時間を通じて専従の生活相談員一名、提供時間を通じて専従の看護職員又は介護職員一名(生活相談員、看護職員又は介護職員のうち一名以上は常勤でなければならない)、機能訓練指導員一名に加え、専従の看護職員又は介護職員一名である。そして、前

記前提事実のとおり、Aは、本件デイサービスセンターの指定の申請に当たり、配置する従業者を常勤かつ専従の生活相談員一名、非常勤かつ専従の看護職員兼機能訓練指導員一名、常勤かつ専従の介護職員一名としていたから、そのとおりの従業者が本件デイサービスセンターに配置され、現に勤務していれば、認知症専用併設型通所介護事業所としての人員基準を満たすこととなる。」「(証拠略)及び弁論の全趣旨によれば、本件デイサービスセンターにおいて、平成二二年四月以降、常勤の介護職員が配置され、現に勤務していたこと、平成二二年八月以降、非常勤の介護職員が配置され、毎週月曜日、水曜日及び金曜日に勤務していたことが認められるが、看護職員が配置され、勤務していたことを裏付けるタイムカードその他の客観的証拠は提出されていない。」「Aは、本件病院から週二日(火曜日及び木曜日)各二時間だけ看護師の派遣を受けていたにとどまるから、本件デイサービスセンターは、開設当初の平成二二年四月から上記非常勤介護職員が配置された同年八月までは、認知症専用併設型通所介護事業所としての人員基準を満たしていなかったものと推認できる。」「したがって、本件不適正請求(1)のうち平成二二年四月から同年七月までの期間のものについては、Aが、本件派遣契約により、本件デイサービスセンターの人員基準充足を偽装し、これに基づいて介護報酬を請求したものであるから、偽りその他不正の行為による介護報酬の請求として、加算金(法二二条三項)の対象となるべきである。しか

し、本件において、上記期間の本件不適正請求金額を特定するに足りる証拠はないから、結局、本件不適正金額〔1〕に関する原告らの請求は理由がない。」

(2)「また、前記前提事実のとおり、Aは、本件デイサービスセンターの利用定員を当初は一五名として申請していたにもかかわらず、介護給付費算定に係る体制については、利用定員を一〇名として届出をし、利用定員(二〇名)を超過しても、介護報酬の所定の減算をしなかった」「しかし、利用定員の超過は五年間で一日にすぎず(弁論の全趣旨)、恒常的なものとはいえないことに照らせば、Aが指定内容の変更届出書の提出を失念していたというAの弁明(証拠略)を一概に排斥することはできず、「偽りその他不正の行為」により、所定の減算をせずに介護報酬を請求したことを認めるに足りる証拠はない。」

(3)「介護報酬の算定基準は、提供する指定居宅サービス及び提供される施設の種類並びに提供時間によって単位数が細かく区分されており、その中でも、提供時間は、所要時間四時間以上六時間未満の場合と所要時間六時間以上八時間未満の場合とに区分されているが、その所要時間数の算定方法については、現に要した時間ではなく、通所介護計画に位置づけられた内容の指定通所介護を行うのに要する標準的な時間で算定すると規定されているほかは、それ以上具体的な定めは置かれていない。」「上記法令の定めを文理解に從えば、所要時間六時間以上

八時間未満として介護報酬を請求することにも、それなりの理由があるというべきである。」「また、当初の介護計画から時間を短縮した場合の取扱いについても、前記法令の定めのとおり、具体的にどの程度の変更があった場合に計画を組み直すべきかについて一義的かつ明確な基準が定められていたわけでもなく、Aが、あえて大阪府の解釈ないし見解を無視して上記介護報酬の請求をしたと認めるに足りる証拠はない。」「そうすると、Aが、午前一時〇〇分から午後四時〇〇分までのサービス提供について、四時間以上六時間未満ではなく、六時間以上八時間未満と区分して介護報酬を請求し(本件不適正請求〔2〕)、当初の介護計画から時間を大きく短縮した場合に当初計画どおりの時間を前提として介護報酬を請求したこと(本件不適正請求〔3〕)は、介護報酬の算定方法についての解釈の相違に起因するものと解する余地があり、少なくともAの「偽りその他不正な行為」によるものと認めるに足りず、加算金(法二二条三項)の対象となるものではないというべきである。」

(4)「以上のとおり、本件不適正請求について、加算金(法二二条三項)の支払を請求することを求める前記各請求はいずれも理由がない。」

争点2 Aが常勤の見込みのないDを管理者として本件各指定を受けたことが不正の手段により指定を受けた事に該当し、したがって、その指定を前提として得た介護報酬の返還義務を負

うか。

「指定通所介護事業者、指定訪問介護事業者、指定居宅介護支援事業者は、事業所ごとに、原則として専らその職務に従事する常勤（原則として週三二時間以上）の管理者を置かなければならず、例外的に他の職務と兼ねることができるとして、同一敷地内にある又は道路を隔てて隣接する等、特に当該事業所の管理業務に支障がないと認められる範囲内に他の事業所、施設等がある場合に、当該他の事業所、施設等の管理者又は従業員としての職務に従事する場合で、当該事業所の管理業務に支障がないときに挙げられている」 「Aが管理者として申請したDは、学校法人Z六学園の理事長であり、本件各センターから直線距離で約一〇km離れている本件幼稚園の事務長であったことが認められるから、少なくとも例外的に他の職務と兼ねることができるとして上記要件を充足しない。したがって、Aが、本件各指定に係る申請に当たり、Dが本件幼稚園の事務長である旨を記載していれば、補正指示がされ、直ちに本件各指定がされることはなかったと推認できる。」 「そうすると、Aが本件各指定に係る申請に当たり作成した管理者経歴書に、Dが本件幼稚園の事務長であることを記載しなかったのは、これを記載すると上記基準に抵触して本件各指定がされなくなると考え、あえてその経歴を秘匿したものと推認できる」 から「Aは、Dの経歴書に虚偽の記載をするという不正の手段により本件各指

定を受けたと推認することができる。」「そうすると、Aが、本件各指定を受けたことを前提として受領した金員は、「偽りその他不正の行為により支払を受けた」（法二二条三項）ものにと当たると解されるから、被告はAに対し、その全額（ただし返還済みのものを除く。）を請求することができる。」

最小小判（破棄自判）

※加算金（争点1）については原審において請求が棄却され、Xが申立の対象としなかったため最高裁では審理の対象となっていない。

争点2 Aが常勤の見込みのないDを管理者として指定を受けたことが不正の手段により指定を受けた事に該当し、したがって、その指定を前提として得た介護報酬の返還義務を負うか。

「介護保険法二二条三項は、事業者が上記支払を受けるに当たり偽りその他不正の行為をした場合における介護報酬の不当利得返還義務についての特則を設けたものと解される。そうすると、事業者が同項に基づき介護報酬の返還義務を負うものと認められるためには、その前提として、事業者が介護報酬の支払を受けたことに法律上の原因がないといえる場合であることを要するといふべきである。」 「前記事実関係によれば、（中略）参加人（執筆者注・原審より訴訟に補助参加した社会福祉法人

A) が不正の手段によって指定を受けたという指定当初からの瑕疵の存在を理由とする大阪府知事による本件各指定の取消しはされておらず、また、参加人が大阪府知事から本件各指定を受けるに当たったの原審の認定に係る前記3(2)の経緯(執筆注・経歴書に幼稚園事務長である旨の記載をしなかったこと)も、本件各指定を無効とするほどの瑕疵の存在をうかがわせるものとはいえない。そうすると、参加人が前記の既に返還済みの部分を除いた介護報酬の支払を受けたことにつき、不正の手段によって指定を受けたことの一事をもって、直ちに法律上の原因がないということはできず、他に法律上の原因がないことをうかがわせる事情もない。」以上によれば、参加人は、堺市に対し、被上告人の請求に係る介護保険法二二条三項に基づく介護報酬の返還義務を負うものではないといふべきである。」

なお、宮川光治裁判官の補足意見がある。

3、検討

(1) 意義と射程

介護保険制度は、保険者による要介護、要支援の認定を受けた被保険者が事業者と契約を締結し、各人が認定された限度内で居宅サービス、あるいは、施設サービス等を利用したうえで、

自己負担分の費用(二割)を支払い、残りの九割が保険給付として支給される仕組みとなっている。給付に際しては、被保険者が、厚生労働省令によって定められた一定の人員基準や設備運営基準を満たしたうえで、都道府県知事による指定を受けた事業者からのサービスを受けた場合、その他の要件をみたせば、当該被保険者に代わり、サービス提供事業者が直接、保険者から介護報酬を受領することができる(ex、介保四一条六項、四六条一項)。ただし、平成二〇年改正前の介護保険法(以下、旧法とする)二二条三項は、事業者が偽りその他不正により介護報酬を受領した場合、保険者は介護報酬の返還請求のみならず、事業者に一定の加算金を請求できる旨規定していた。

本件は、事実と異なる申請に基づいて指定を取得した上で、不適正な請求に基づいて介護報酬の支払いを受けていた指定事業者に対して、旧法二二条三項に基づく介護報酬の返還請求、ならびに、加算金の請求を行わなかった市町村の住民が、市町村による請求権の行使を求めて提起した住民訴訟であり、最高裁が旧法二二条三項の趣旨や要件を初めて明らかにした判決である。また、住民訴訟という点でも、先例的価値が高い判決と目されている¹⁾。ここで争点となった規定はすでに改正されているが、法改正後も最高裁が示した解釈の射程は及び得るものとされており、同時に、類似の規定を有する医療保険法にもその射程が及びうる²⁾ことが指摘されている。

以下では、地裁および高裁でのみ論じられた旧法二二条三項

の加算金にかかる争点について検討したうえで(2)、最高裁において論じられた旧法二三条三項の趣旨ならびに要件について検討を行う(3)。さらに、評釈という観点からは外れるものの、本事案を題材として、介護保険サービスの契約化、あるいは、民営化による利用者とサービス事業者の当事者自治に対する制約法理について、個別具体的な事例に基づく検討を試みたい(4)。

なお、本判決はその先例的価値ゆえに学会の注目も高く、とりわけ、最高裁判決に関してはいくつかの詳細かつ緻密な判例評釈がすでに公表されている⁽⁴⁾。したがって、争点に関わる以下の検討のうち(2)および(3)に関しては、これらの判例評釈に依拠しつつ、わずかばかりの自らの見解を示すに留まることとなった。

(2) 法二三条三項に係る加算金の返還について

まず初めに、第一審および第二審で争点となった、旧法二三条三項の加算金の返還に関して見ていくことにしたい。すなわち、本件では府担当職員によりAの通所介護事業所における不適正請求が指摘され、介護給付費については全額弁済がなされたものの、加算金請求は行われなかった事が問題となっている。旧法では、偽りその他不正の行為によって事業者が介護報酬の支払いを受けた場合、市町村が「その支払った額につき返還さ

せるほか、その返還させる額に一〇〇分の四〇を乗じて得た額の加算金を支払わせることができる」と規定していた。この規定における、介護報酬返還請求権と加算金の関係ならびに両者の性質について、これまでの下級審判決では、地方税の滞納処分の準用や不服審査手続きが設けられている公法上の債権である徴収金とは異なり、私法上の債権であるとするもの⁽⁵⁾、明示的判断は示していないものの、不当利得返還請求権と理解していると思われるものがある。なお、いずれの裁判例においても、両者は一体的に捉えられてきた。一方、学説においては、介護保険ではないものの健康保険法と同様の規定(健保五八条)について、返還請求権を不当利得返還請求権と理解し、加算金については四割になって以降は、「懲罰的な損害賠償に近いもの」と見るのが適切⁽⁷⁾であるとする見解がある。

この点に関して、地裁判決では、特にその性質に関する言及はないが、高裁判決においては介護報酬返還請求権を「損害賠償請求権又は不当利得返還請求権の性質を有する」とする一方で、加算金については「指定介護事業者が偽りその他の不正行為により介護報酬の支払いを受けた場合に、その支払った額の回復に加え、法が特に損害賠償を法定して市町村に認めた損害賠償請求権の性質を有すると解するのが相当である」とし、さらに、法が、「できる規定」としていること、加算金は「市町村が介護報酬として支払った額そのものではなく、これに加えて請求することが法により特に認められていること」に基づき、

「加算金を請求するかどうかは、市町村の長の裁量に属するというべきである」と述べ、不適正給付に対する加算金請求の可否は、市町村の判断に委ねられているとしている。したがって、高裁の枠組みに基づけば、仮に介護報酬の返還請求が認められるような不適正請求が行われたとしても、そのことによつて直ちに加算金まで請求されるわけではないことになる。

このような裁判所の理解に対しては、先に紹介した健康保険法の規定に係る理解を前提としてこれを「妥当なものといえよう」とする見方がある。確かに、介護報酬返還請求権と加算金請求権はその目的の相違もあり、必ずしも一体的なものとは捉え難い。ただし、加算金請求が制裁的な目的を有するものであるとするならば、行政に広範な裁量を認めた場合、立法趣旨を阻害するおそれがある。したがって、このような解釈を前提とした場合、裁判所は、市町村が加算金請求権を行使しないことの妥当性についても判断する必要があるものと思われる。この点に関して高裁判決が、加算金請求に市町村の裁量が認められる事を指摘するにとどまっている点は不十分な判断であるという印象が否めない。

なお、平成二〇年改正により規定が「支払わせることができる」から「徴収することができる」に改められている。改正後も「できる規定」であることから、依然として加算金徴収債権の行使は市町村の裁量に委ねられているといえる。ただし、「徴収金」とされたことにより、加算金請求権の性質が民事上

の債権から、市町村が自力で滞納処分ができる債権（介保一四四条）に変わったという理解がされている。このような理解に基づくと、市町村の加算金請求に関しては、被徴収者がこれを不服としているにもかかわらず加算金が徴収された場合、行政不服審査手続き（介保一八三条）が適用されることになる。これにより被徴収者の権利に対する手続き保障がこれまでよりも手厚くなったことを前提にした場合、加算金徴収の行使にかかると市町村の裁量は、従前よりも広く解することができるのではないかと思われる。

（3）介護報酬の返還義務について

次に、介護報酬の返還義務につき検討する。事業者が介護保険法に基づき指定を受けるためには、厚生労働省令で定める人員基準を充足することが要件であり、本件各センターにおいても、事業所ごとに原則として常勤の管理者を置くことが求められる（平成一一年厚生省令第三七号、第三八号）。ところが社会福祉法人Aは、指定申請に際して管理者としての勤務実態を有することが困難なDを管理者として指定を取得していたことから、そもそも指定が無効であり、Aが受領した介護報酬がすべて返還請求の対象となるか、がここでの問題である。この点に関して第一審および高裁判決では、いずれも、社会福祉法人Aが幼稚園で事務長をしているDにつき、経歴書に虚偽の記載

をした上で本件各センターの常勤の管理者として指定申請を行い指定を受けたことは不正の手段によるものであり、その結果、Aが受けた金員は旧法二二条三項の「偽りその他不正の手段の行為により支払を受けた」ものに該当するから、介護報酬の全額が返還請求の対象となるとしている。これに対して最高裁は、旧法二二条三項を不当利得の特則であると解した上で、事業者が介護報酬の返還義務を負うためには、不当利得の要件である法律上の原因がないことが必要であるとして、Aに対する指定取り消しが必要でない以上、Aが介護報酬を得たことにつき法律上の原因がないとは言えないから、Aには不当利得は生じておらず、したがって、返還義務を負わないと判断した。つまり、最高裁の解釈は、介護報酬返還義務の成否を、指定取り消しの有無にかからしめるものである。

このような最高裁の解釈との関係ではまず、旧法二二条三項が不当利得の「特則」であるとする解釈が、どのような意味を有するかが問題となる。この点については、不当利得の要件である「法律上の原因なくして」が不要となるという意味での「特則」であると理解するものと、そのように考えるべきではないとするものがある。このうち、前者の考え方は、事業者が詐欺や脅迫によって介護報酬を得た場合に、利用者との契約を取り消すことなく介護報酬の返還を求める事ができる点に、当該規定を「特則」であるとする意義があるとしている。^⑩しかし、事業者が詐欺や脅迫を行った場合、一般的には、利用者は

取り消し権を行使して契約を無効にするものと考えられる。ここから、このような場合に、あえて、不当利得の特則であるという理解を用いて、利用者との契約が維持されていると解する必要性は高くはないものと思われる。この限りにおいて、特則を「法律上の原因なくして」という要件が不要であるという意味に理解することには疑問が残る。したがって、ここでの特則がどのような意味を有するのかは必ずしも明らかではないものの、少なくとも、旧法二二条三項の介護報酬返還請求権の行使に際しては、法律上の原因がないことが要件であると解することになる。

しかしながら、最高裁の解釈に対しては次のような批判がなされている。その批判とはすなわち、介護報酬の返還請求について、指定の法的効力に関わりなく、市町村による不適切な公金支出の適法性が問えるという立論ができない限り、おおよそ住民は当該市町村の行為の適否を、住民訴訟を用いて問うことができなくなってしまうことよって、法が住民訴訟を設けた趣旨を阻害するというものである。ここでは同時に、本件事情の下では、指定の公定力をあえて持ち出して私人(社会福祉法人A)を保護する必要性がないこと、旧法二二条三項の行政解釈(老介発〇一三二〇〇一平一七、一、三一)についても、返還金・加算金が介護保険法の徴収金ではなく、したがって、督促、滞納の際は民事上の執行手続きによることを明らかにしたに過ぎず、「不当利得返還請求権の発生要件までを同項の要

件に付加的に読み込む趣旨であると解するのは無理がある」と¹³という理解が示されている。

さらに、今ひとつの批判として、判決での「指定」の理解に関わるものがある。すなわち、判決では「指定」を「市町村から介護報酬を被保険者に代わって受領し得る地位を事業者に付与する」ものとして「包括的」に捉えているが、仮に、代理受領にかかる事業者の法的地位を「一般的・抽象的に介護報酬を代理受領しうる地位」と「その地位に基づいて実際にサービスを提供し介護報酬を受領できる地位」とに分離して考えた上で、「指定」によって生じるのは前者の地位のみとすれば、事業者が不正に介護報酬を取得した場合、市町村は指定の効力にかかわらず、自らの判断に基づいて事業者に返還を求めるか否かを決定することが可能であり、このような点を検討せずに指定を包括的に捉え、「公定力を形式的に適用して事業者の返還義務を否定した理由付けは」妥当性に欠けるといふ批判である¹⁴。

上述の二つの批判は、住民訴訟や公定力が認められている趣旨、目的に基づく立論（前者）、および、「指定」の多元的理解に基づく立論（後者）であるという点で、論理構成が異なるもの、いずれも、都道府県知事による「指定」の効力と、市町村による介護報酬返還請求の可否を切断することを目的とした解釈であると言える。このうち後者の解釈をとった場合、「指定」によっては「一般的・抽象的に介護報酬を代理受領しうる地位」のみしか発生しないとすれば、事業者が「実際にサー

ビスを提供し介護報酬を受領できる地位」は、おそらく被保険者との契約に基づいて発生すると解されることになる。そうなった場合、旧法二三条三項が不当利得構成をとっているという前提に立つ限り、今度は、事業者と被保険者の契約関係の存否が市町村の介護報酬返還請求権の可否にかかってくることになるため、結局、市町村は介護報酬返還請求権を、他の法律関係とは関わりなく、自らの裁量のみによって行使することが困難になるのではないだろうか。この点からすれば、同じ目的を達成する手段として両者の解釈を見る限りにおいては、前者の解釈の方が、難点が小さいように思われる。とはいえ、いずれの批判も意図しているように、判旨のように知事による指定の効力を市町村の介護報酬返還請求の可否にからしめることは、結果的に、実際の財政負担者である保険者、あるいは、当該市町村の住民の権利行使を阻害する可能性を生じさせると同時に、不適正な報酬請求を行った事業者を不当に保護することにもつながりかねない。したがって、いずれにしても指定と介護報酬返還請求権は切り離した上で、市町村が独自に請求権を行使できるといふ解釈論が望ましいことになる¹⁵。この点からすると、両者をつなげ、その結果Aを免責することになる最高裁の論理構成には疑問が残る。

(4) 利用者の立場からの検討

最後に、評釈からは外れるが、本件を題材にして利用者の立場からの検討を行ってみよう。本事案は、形式的に考えれば指定基準を満たしておらず、契約当事者になることが困難であった事業者による介護サービスの提供を、利用者が受けていた事案である。しかしながらすでに多くの指摘があるように、指定基準は事業者にたいする規制監督基準として作用する一方で、利用者と事業者との間の契約関係に直ちに影響を及ぼすものではないとされている。それゆえ、事業者の主張にあるように、

少なくとも事業者は利用者との契約に基づいたサービスを提供していた以上、そのサービスの提供が介護報酬請求との関係では問題になるとしても、そのことよって直ちに、利用者との関係で債務不履行(不完全履行)¹⁷⁾と解されることにはならない。ここから従来より、利用者のサービスの質を確保するためにも、事業者への規制監督基準が事業者とサービス利用者との間の契約関係においても何らかの法的拘束力を有すると解せるような、法理論構築の必要性が論じられてきた。¹⁸⁾

上述のような理解に基づく、本件では、例えば、事業者が行った介護サービスの費用が返還請求の対象になった場合に、介護報酬により支払われるはずだった九割のサービス費用の支払いを事業者が利用者に請求できるかが問題となり得る。仮に

この様な状況が生じるとすると、利用者には想定外の負担が生じることになる。それゆえ、このような状況を回避するための手段として「介護保険制度上の介護保険契約である以上、指定取消・無効があったとしても、利用者は一部負担金を超える義務を負わない旨の契約であると類推的に推定する」あるいは、指定による「信頼を裏切った事業者による請求は信義則に反すると」というような、利用者を守る解釈論を検討する必要があることとなる。これらの解釈においては「介護保険契約」であること、あるいは、「信義則」を用いることで、通常の契約関係とは異なる解決を導くことが目指されている。

このうち、介護保険契約であることを理由として当事者自治への制約を導くという解釈としては、内田貴教授による「制度的契約論」がある。¹⁹⁾この理論によれば、サービスや事業の中には、いかなる主体が実施するかに関わらず、その性質ゆえに私人間の契約に制約が課されるものとされており、介護保険においては、介護サービスが利用者の「意思」ではなく、「ニーズ」によって公平・平等に分配されるべきという、個人を超えた利害への強い配慮を要するという内在的な「外部性」を有するゆえに、行政の関与による制度的制約が必然的に行われることになる²⁰⁾とされている。ここでは同時に、このような内在的制約を有する契約の特徴として、個別交渉排除原則、締約強制、差別禁止原則、(受給者の)参加原則、(提供者の)受給者に対する説明責任、が掲げられている。たしかに、介護保険

契約においては、配分の公正さという点から個人の利害を超えた調整が要請され、それゆえ行政の関与を通じて当事者意思の制約(ex、要介護認定を通じたサービス量の配分調整)が行われているが、他方で、指摘されている「制度的契約」の特徴のうち、介護保険契約において法令に基づき要求されるのは重要事項説明の義務づけ(ex、平成一一年厚生省令第三七号第一七八条/平成一八年厚生労働省令第三五号第二三四条)による説明責任のみであり、それ以外の原則が、例えば、司法判断の場において認められた事例は見あたらないものと思われる。この点からすれば、現時点の介護保険契約では、制度的契約論に基づくような一般契約法理の制限は、必ずしも十分に作用しているとは言い難い状況にある。

一方、「信義則」を用いて、事業者の利用者に対する介護サービス費請求権の行使を制限しようとする解釈は、おそらく、真実と異なる申請に基づき指定を受けた事業者が、それを信頼して契約を締結した利用者に対して、自己の損害を回復するために、本来介護報酬として受領できるはずだったサービス費用を請求することは、信義則に基づき許されないとするものである。そうであるとするれば、ここでの信義則は、当事者間の公平を図るための原理というよりは、むしろ、民法七〇八条の不法原因給付におけるような、事業者への制裁原理として用いられていると見ることもできる。²⁴⁾不法原因給付においては、条文を機械的に適用することを避けるために、裁判所は、給付の返還

請求が認められない「不法」を判断するにあたって、単なる強行法規違反や公序良俗違反に止まらず、さらに、給付者の強い倫理的非難の可能性を要求する傾向にあるとされている。²⁵⁾類似的な目的で信義則を用いる場合、不法原因給付と同様に行為者の「非難性」が信義則の適用を認めるための要件になり得るとする理解がある。²⁶⁾この点に関して本件では、事業者の行った申請行為に基づく指定の取得は、少なくとも最高裁の判断に基づく限り、指定の取消に該当するような非難性の高いものとはされず、おらず、むしろ、軽微な「瑕疵」であると認定されている。²⁷⁾同時に、利用者との関係では、最低基準が契約内容を直ちに拘束するものではないとされていることからすれば、本件では少なくとも、契約に基づく債務の履行がなされており、利用者はそれを受領したうえで自己負担分の支払いを行っている。それゆえ、これらの事情を勘案すると、本件の下で信義則の適用が認められるかは定かではない。²⁸⁾

以上の点からすると、本事案において利用者に生じ得る不利益の解消手段を考える場合、これらの民事法的手法を用いて私的自治への制約を導くことは容易とは言い難い。思うに、介護保険契約においては「指定」によって、契約の相手方の選択が予め一定程度制限されており、同時に、「指定」により、当該事業者が最低基準に基づくサービスを提供できるという外観が形成されている状況下で、利用者は契約を締結している。ここから、この様な利用者に例えば、有料老人ホームの場合と同等

の契約上のリスクを課すのは妥当でないという価値判断に基づき、例外的に当事者自治を制約すべきという理解が導かれているとすれば、ここではむしろ「指定」の存在が介護保険契約の独自性を認めるに当たって大きな役割を果たしている事になる。しかしながら従来、介護保険制度の「指定」は、医療保険制度の場合と異なり、「当該費用の一部が介護保険の給付対象となるサービスを実施する事業者であると同時に、これに同法の規制が及ぶという確認にすぎない」として、もっぱら、事業者との関係でのみその効果を有し得るものと解されてきた。³⁰⁾したがって、仮に、上述のように「指定」を媒介にして利用者と事業者間の私法上の法律関係における妥当な解決を導こうとするのであれば、いかなる解釈や論理が求められるのかを更に検討する必要がある。

この点との関係で、「指定」を、公的主体が担っていた任務を民営化する事に伴い実定法上採用されている「再規制」であるとする理解が興味深い。³¹⁾すなわちこの理解では、民営化による公的任務の担い手の変更は「その任務の「公的任務」としての特性までも否定するものとは限らない。もし、否定しない場合に立法者には、民営化の決定に併せて、任務を民間に委ねても国民との関係で問題状況が生じないような手段を講じる必要が生じる。その際に見られるのが再規制である」として、この「再規制」の一つに介護サービスでの「指定」をあげている。³²⁾介護保険制度においては、行政の役割が金銭給付に限定される

と解されていることから、³³⁾民間事業者が実施する介護サービスの提供に、従来の老人福祉法に基づく措置の場合と比較してどの程度の「公的任務性」が残存しているかについては議論の余地があるものと思われるが、介護保険制度においても、サービスの供給過程において予め行政の一定程度の関与（ex、要介護認定や都道府県知事による勧告、命令）が組み込まれていることからすれば、少なくとも「公的任務性」が完全に消失しているとはまではいえないだろう。³⁴⁾

再規制であるとする指摘の中では、ここでの「指定」が「再規制であるということに特段の意味を持たせるような解釈がなされているわけではない。しかしながら、上述の理解を前提とした場合、通常の行政規制と比較して、民営化に伴う「再規制」においては、業務が当事者自治に委ねられた趣旨を損なわない範囲で、利用者に生じ得る不利益を回避するような公法的規律の私法領域への援用理論が検討されるべきではないだろうか。なぜなら、「再規制」の第一義的なる目的は、まさに、契約化に伴う問題を回避することにあるからである。

仮にこのようなアプローチが認められたとしても、その具体的内容や、程度についてはより詳細な検討が必要である。また、このような行政法的アプローチの限界も指摘されている。³⁵⁾さらに、介護保険制度のように委任や授權を伴わない民営化においては、利用者に問題が生じた場合、行政訴訟や国家賠償による利用者の救済は想定されていない一方で、民事訴訟による司法

救済のみならず、苦情解決機関による苦情解決処理（ex、社福八三条、介保一七六条）が利用可能であり、契約締結過程においても行政による情報提供や権利擁護等の利用者支援（ex、社福二条三項一二号、七五号）が整備されている。それにもかかわらず、現行法で予定されている手法の活用による利用者の救済が必ずしも十分とは言い難い状況下で、民事法的アプローチによつては必ずしも妥当な解決を導びき出し得ない場合もあることに鑑みた場合、これらと相互補完的に作用し得る「再規制」に着目した新たな問題解決手法の可能性を探ることは、否定されるべきでない事柄のように思われる。

- (1) 岩村正彦「社会保障法判例」季刊・社会保障研究四八卷一号（二〇一二年）九九頁、西上治「行政判例研究」自治研究第八九卷二号（二〇一三年）一四六頁。
- (2) 岩村・前掲注（1）一〇三頁。
- (3) なお、一口に民営化といっても、行政の任務を組織ごと民営化する場合、最終的な責任は行政に止めたままで業務を民間に委託する場合、実施責任も含めて民間に委ねる場合など多様性があるが、本稿での民営化とは最後の方法による民営化を指す（参照 原田大樹「民営化と再規制」法律時報八〇巻一〇号（二〇〇八年）五四―五五頁）。
- (4) この事案にかかる判例評釈としては、検討に際して引用するもののほか、川久保寛「社会保障判例研究」北法六三巻四号（二〇一二年）一〇八〇頁以下がある。
- (5) さいたま地判平二二、六、三〇判例自治三四五号（二〇一一年）六三頁。
- (6) 京都地判平一八、九、二九裁判所ウェブサイト
- (7) 岩村正彦「社会保障法1」（弘文堂、二〇〇一年）七一頁。
- (8) 小西啓文「社会保障法判例」季刊・社会保障研究四五巻四号（二〇一〇年）七〇頁。
- (9) 確井光明『社会保障財政法精義』（信山社、二〇〇九年）三二六頁。
- (10) 上原克之「介護保険法における介護報酬の不当利得返還義務の有無」民商一四五巻六号（二〇一二年）六〇五頁。
- (11) 判例時報匿名コメント、判例時報二二二九号（二〇一一年）三一頁。
- (12) 上原・前掲注（10）六〇五頁。
- (13) 岩村・前掲注（1）一〇二頁。
- (14) 西上・前掲注（1）一五三頁。
- (15) なお、二〇一一年より大都市等の特例により（介保二〇三条の二）、指定監督権限の県から市町村への移譲が行われている。この場合、法制度上、指定取消権者と報

酬返還請求権者の分離が解消されることになるが、両者の判断についてはそれぞれ行政裁量認められるため、指定取消と返還請求権の行使における行政判断の不一致は、少なくとも理論的には依然として発生し得る。この点からすれば権限分離が解消されるとしても、両者を分離独立させて各権利ごとに行使を可能にするような解釈論の必要性は失われない。

(16) 加藤他『社会保障法』(有斐閣、二〇一三年)二七五頁、中野妙子「介護保険法および障害者自立支援法と契約」季刊・社会保障研究四五巻一号(二〇〇九年)一七頁。

(17) 介護保険契約における債務の本旨に関しては、長沼健一郎『介護事故の法政策と保険政策』(法律文化社、二〇一一年)四三―四四頁、および、そこで言及されている論文を参照のこと。

(18) 倉田聡「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」社会保障法一四号(一九九九年)六五頁。

(19) 岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点」季刊・社会保障研究三五巻三号(一九九九年)二五六頁。

(20) 西上・前掲注(1)一五七頁。

(21) この問題に関しては、この他にも福祉サービス利用者を消費者と捉え、消費者法に基づき契約締結時の保護法

制を整備すべきことを指摘するものとして岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点」季刊・社会保障研究三五巻三号(一九九九年)二五一頁以下、介護保険契約への消費者契約法の適用可能性を論じるものとして四ツ谷有喜「介護保険契約の消費者契約性」法制理論三九巻三号(二〇〇七年)三〇〇頁以下がある。

(22) 内田貴「制度的契約論」(羽鳥書店、二〇一〇年)六七―七〇頁。これと関連して、わが国の介護保険制度が行政の関与を前提に機能し得ることを指摘するものとして原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究六九巻四号(二〇〇三年)七六五頁以下。

(23) 内田・前掲注(22)八六頁。

(24) 金銭消費貸借契約において元本を含む返済額全額が信義則を根拠として不法行為の損害に当たると認定された事例(札幌高判平一七、二、二三判時一九一六号三九頁)について、このような指摘をするものとして、廣瀬正子「信義則再考」立命館法学三〇五号(二〇〇六年)一〇〇頁。

(25) 藤原正則『不当利得法』(信山社、二〇〇二年)九二頁。ちなみにここで、当事者の非難可能性に言及する裁判例としてあげられているのは、統制法規に違反した売買契約に基く給付が、民法第七〇八条にいう不法原因に

よるものかどうかが争われた事案であり、そこでは「その行為の実質が当時の国民生活並びに国民感情に照らし反道徳的な醜悪の行為としてひんしゆくすべき程度の反社会性を有する程度の違反行為」であるかどうかで、不法原因給付であるかが決まるとされている（最判昭三七、三、八民集一四卷一一号二二〇九頁）。

(26) 廣瀬・前掲注(24) 一二七頁。

(27) 法律時報二二二九号(二〇一一年)三四頁。

(28) なお、事情変更による信義則の適用が認められるか否かについても、事情変更の適用が当事者の予見可能性や帰責事由に左右され、かつ、これらが嚴格に解される傾向があることからすれば(参照 最三小判平九、七、一民集五一卷六号二四五二頁) 本件の事情の下で、信義則の適用が認められるかは、なお、定かではないものと思われる。

(29) 医療保険制度においては医療機関に対する「指定」によつて、当該医療機関の参入資格が認められるのみならず、保険者と被保険者との間で療養の給付に係る準委任契約が形成されると解されている(参照 大沢光「介護保険制度における指定制度の法的意味」室井古稀記念論文集『公共性の法構造』(勁草書房、二〇〇四年) 六〇七頁)。

(30) 前田雅子「介護保障請求権についての考察」質社一二

四五号(一九九九年)二四頁。

(31) 原田・前掲注(3) 五四頁。

(32) 原田・前掲注(3) 五七頁。

(33) 前田・前掲注(30) 二四頁。なお、前田によれば介護保険の給付が代理受領方式を採用していることから、これを現物給付と理解するものがあるが、保険者は現物給付義務を負うわけではないことからすれば、このような理解は「理論的には正確さを欠く」とされている(前田・前掲注(16) 二八一頁〔社会保障法〕の前田執筆部分)。

(34) この点に関して憲法二五条に基づく国民の介護サービスに対する権利に対する自治体の直接的なサービス供給義務に言及するものとして、菊池馨美「生存権と介護サービス保障」民商法雑誌一一八卷四、五号(一九九八年) 五六一頁、また、参考文献として、ドイツ法に関わる議論を紹介するものとして、大脇成昭「民営化法理の類型的考察」法政研究六六卷一(一九九九年) 三〇九—三一一頁。

(35) すなわち、私人間関係に行政原理を拡張させていくことに対しては、そのような拡張をいかに正当化するかという問題があるため、法律上の根拠がない以上説明がでないという指摘がされている(参照 内田貴「制度的契約論の構想」北法五九卷一(二〇〇八年) 一〇二頁)。ただし、行政法学の側からは、授權や委任を伴わない

「公的任務遂行主体の担う作用の市民に与えるインパクトや公的任務遂行主体の組織上の特性に着目して公法法の適用を拡張する必要」性が指摘されており、「民事ルールに対して一定の修正が加わった公的任務遂行主体と市民との私人間契約」を「公共部門契約」として理論構築を試みる動きがある（参照 原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、二〇〇七年）二七三頁）。