

主 文

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は、控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 処分行政庁が控訴人に対して平成21年1月19日付けでした介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定及び指定介護予防サービス事業者の指定を取り消す処分並びに生活保護法に基づく指定介護機関の指定を取り消す処分をいずれも取り消す。
- 3 被控訴人は、控訴人に対し、7000万円及びこれに対する平成21年7月28日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

1 本件は、介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定及び指定介護予防サービス事業者の指定（以下、併せて「本件指定①」という。）並びに生活保護法に基づく指定介護機関の指定（以下「本件指定②」といい、本件指定①と併せて「本件各指定」という。）を受けていた控訴人が、被控訴人に対し、処分行政庁のした本件各指定を取り消す旨の処分（以下、本件指定①を取り消す処分を「本件処分①」、本件指定②を取り消す処分を「本件処分②」といい、これらを併せて「本件各処分」という。）は、法令の適用を誤り、裁量権の範囲を逸脱しこれを濫用してされたもので違法であると主張して、本件各処分の取消しを求めるとともに、控訴人は本件各処分により廃業するに至ったと主張して、国家賠償法1条1項に基づき、損害の一部である7000万円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成21年7月28日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

原審は、本件各処分は処分行政庁の裁量の範囲を逸脱しこれを濫用してされたも

のではなく適法であり，また，処分行政庁が本件各処分をしたことに国家賠償法上の違法があるともいえないとして，控訴人の請求をいずれも棄却し，控訴人は，これを不服として控訴を提起した。

２ 前提事実，争点及び当事者の主張は，次のとおり補正し，３のとおり当審における控訴人の主張を加えるほかは，原判決「事実及び理由」欄の「第２ 事案の概要」の１から３まで（原判決２頁１４行目から１０頁１７行目まで）に記載のとおりであるから，これを引用する。

（１） 原判決６頁１２行目から１４行目までを「控訴人に関する平成２０年７月２９日実施の実地指導検査（以下「本件実地指導検査」という。）及び同年８月２７日実施の監査の結果は，次のとおりである。」に改める。

（２） 原判決８頁３行目から９行目までを次のとおり改める。

「（ウ） 以上のとおり，本件指定①について，介護保険法７７条１項３号及び５号，１１５条の８第１項３号及び５号所定の取消事由が存在する。本件において，控訴人に対する業務改善勧告，業務改善命令等はされてないが，控訴人の運営基準違反は重大かつ明白であり，本件処分①が処分行政庁の裁量権の範囲を逸脱しこれを濫用してされたとはいえない。」

（３） 原判決８頁１３行目から１６行目までを次のとおり改める。

「（イ） 控訴人について生活保護法５０条の指定介護機関の義務違反があり，処分行政庁は本件指定②を取り消すことができる（同法５４条の２第４項において準用する５１条２項）。上記義務違反の程度は重大かつ明白であって，本件処分②が処分行政庁の裁量権の範囲を逸脱しこれを濫用してされたとはいえない。」

３ 当審における控訴人の主張

被控訴人は，控訴人が主治医の指示書の交付を受けずに指定訪問看護等を提供したと主張するが，原審口頭弁論終結後，主治医において指示書の控えを保存していたことが判明しており，これは事実と異なる。また，被控訴人は，主治医が利用者を診察することなく指示書を発行していたとも主張するが，当該主治医は，日常的

に利用者と関わりを持ち、その状況を把握していたのであって、これも事実と異なる。

本件各処分は、上記の事実等について十分な調査もせず、処分行政庁の担当者の一方的な思込みに基づきされたもので、これは処分行政庁の裁量権の濫用というべきである。

第3 当裁判所の判断

1 当裁判所も、控訴人の請求にはいずれも理由がないものと判断する。その理由は、次のとおり補正し、2のとおり当審における控訴人の主張に対する判断を加えるほかは、原判決「事実及び理由」欄の「第3 争点に対する判断」の1から3まで（原判決10頁19行目から34頁7行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決12頁6行目の「平成15年12月4日」を「平成14年3月21日」に改める。

(2) 原判決15頁2行目の「後記(3)の实地指導検査」の次に「(本件实地指導検査)」を加える。

(3) 原判決15頁11行目の「实地指導検査」を「本件实地指導検査」に改める。

(4) 原判決17頁1行目の「として、」から、同行目から2行目にかけての「決定分」までを「(平成20年9月までの東京都国民健康保険団体連合会の決定分)」に改める。

(5) 原判決17頁8行目の「9割以上である。」を「9割以上であり、平成20年5月ころに実施した集団指導には控訴人も出席している。」に改める。

(6) 原判決17頁17行目から18頁8行目までを次のとおり改める。

「a 介護保険法

介護保険法77条1項3号及び115条の8第1項3号は、都道府県知事は、指定居宅サービス事業者及び指定介護予防サービス事業者（以下、併せて「指定居宅

サービス事業者等」という。)が運営基準に従って適正な指定居宅サービスの事業及び指定介護予防サービスの事業(以下、併せて「指定居宅サービス事業等」という。)の運営をすることができなくなったときは、当該指定居宅サービス事業者等に係る指定を取り消すことができる旨を規定する。

したがって、処分行政庁は、指定居宅サービス事業者等が、単に運営基準に違反する行為があったというにとどまらず、当該指定居宅サービス事業者等において、もはや運営基準に従った適正な指定居宅サービス事業等の運営をすることを期待し得ない事情が生ずるに至ったときには、当該指定居宅サービス事業者等に係る指定を取り消すことができることになる。」

(7) 原判決18頁10行目から19頁10行目までを次のとおり改める。

「(a) 指定居宅サービス運営基準は、① 指定訪問看護事業者(指定居宅サービスに該当する訪問看護の事業を行う者をいう。59条、60条1項参照)は、指定訪問看護の提供の開始に際し、あらかじめ、利用申込者又はその家族に対し、重要事項説明書を交付して説明を行い、当該提供の開始について利用申込者の同意を得なければならない(74条において準用する8条1項)、② 指定訪問看護事業所の管理者は、主治医の指示に基づき適切な指定訪問看護が行われるよう必要な管理をしなければならない(69条1項)、③ 指定訪問看護事業者は、指定訪問看護の提供の開始に際し、主治医による指示を文書で受けなければならない(69条2項)、④ 指定訪問看護事業者は、主治医に訪問看護計画書を提出し、指定訪問看護の提供に当たって主治医との密接な連携を図らなければならない(69条3項)、⑤ 看護師等は、利用者の希望、主治医の指示及び心身の状況等を踏まえて、療養上の目標、当該目標を達成するための具体的なサービスの内容等を記載した訪問看護計画書を作成し、これを利用者に交付しなければならない(70条1項、4項)旨を定める。

(b) また、指定介護予防サービス運営基準は、① 指定介護予防訪問看護事業者(指定介護予防サービスに該当する介護予防訪問看護の事業を行う者をいう。6

2条，63条1項参照）は，指定介護予防訪問看護の提供の開始に際し，あらかじめ，利用申込者又はその家族に対し，重要事項説明書を交付して説明を行い，当該提供の開始について利用申込者の同意を得なければならない（74条において準用する8条1項），② 看護師等は，利用者の日常生活全般の状況及び希望を踏まえて，指定介護予防訪問看護の目標，当該目標を達成するための具体的なサービスの内容，サービスの提供を行う期間等を記載した介護予防訪問看護計画書を作成し，これを主治医に提出し，利用者に交付しなければならない（76条2号，5号），③ 指定介護予防訪問看護事業所の管理者は，主治医の指示に基づき適切な指定介護予防訪問看護が行われるよう必要な管理をしなければならない（77条1項），④ 指定介護予防訪問看護事業者は，指定介護予防訪問看護の提供の開始に際し，主治医による指示を文書で受けなければならない（77条2項），⑤ 指定介護予防訪問看護事業者は，指定介護予防訪問看護の提供に当たって主治医との密接な連携を図らなければならない（77条3項）旨を定める。」

（8） 原判決19頁18行目の「上記b①及び④の定めに関して，」，同25行目の「上記b②及び⑤の定めに関して，」，20頁4行目の「上記b③及び⑥の定めに関して，」をいずれも削除し，19頁26行目の「62名」を「64名」に改める。

（9） 原判決20頁12行目から21頁3行目までを次のとおり改める。

「（b） 前記認定のとおり，本件運営基準違反行為は，疑いにとどまるものを除いてもなお多数の利用者に対し，ほとんど日常的，恒常的にされていたもので，その違反は重大かつ明白である。そして，このことに加え，控訴人が，平成15年の実施指導において，主治医の指示書の不備を指摘され，これを改善して報告するよう求められながら，その後も主治医による指示を文書で受けることなく指定訪問看護等の提供を行い，更には，本件実地指導検査に備え，主治医の面前でA管理者らが代筆する方法により事後に主治医の指示書を作成するなどしていたことに照らすと，控訴人については，単に運営基準に違反し

たというにとどまらず，もはや運営基準に従った適正な指定居宅サービス事業等の運営をすることを期待し得ないような事情が生ずるに至っていたというべきである。」

(10) 原判決 2 1 頁 9 行目から 1 0 行目にかけての「〇〇管理者」を「〇〇管理者」に改める。

(11) 原判決 2 1 頁 2 1 行目末尾の次に行を改めて次のとおり加える。

「控訴人は，本件運営基準違反行為は，指定訪問看護等の提供の開始の際，主治医による指示を口頭で受け，文書では受けなかったという手続的な不備にとどまるのであり，介護保険法 7 7 条 1 項 3 号，1 1 5 条の 8 第 1 項 3 号には該当しない旨の主張もする。

しかし，介護保険法が，指定居宅サービス事業者等に対し，運営基準（指定居宅サービス運営基準，指定介護予防サービス運営基準）に従うことを求め（同法 7 4 条 1 項，2 項，1 1 5 条の 4 第 1 項，2 項），上記の運営基準が，指定訪問看護事業者等は指定訪問看護等の提供の開始に際し主治医による指示を文書で受けなければならない旨を定めるのは，指定訪問看護等が「診療の補助」（同法 8 条 4 項，8 条の 2 第 4 項）であり，主治医の指示の下に行われることから，当該指示を事前にかつ文書で受けることにして，指定訪問看護事業者等と主治医との密接な連携を図り，もって，医療機関ではない指定訪問看護事業所及び指定介護予防訪問看護事業所（以下，併せて「指定訪問看護事業所等」という。）において適切な指定訪問看護等が行われることを客観的に担保しようとしたものと解される。その意味において，指定訪問看護等の提供の開始に際し，主治医による指示を文書で受けることを定める運営基準は，指定居宅サービス事業等における最も基本的かつ重要な取扱いを定めるものというべきであり，仮に主治医による指示を口頭で受けていたとしても，これを文書で受けなかったことを単なる手続的な不備ということとはできない。

控訴人は，指定訪問看護等のほとんどは，入浴，清拭，利用者の安楽につながる援助等の「療養上の世話」であり，主治医による指示を受けなくても行い得る旨の

主張もするが、指定訪問看護等の要否及びその内容は主治医による治療の必要の程度等に係る判断によるのであって（介護保険法８条４項，８条の２第４項参照），主治医による指示を受けなくても指定訪問看護等の提供を行い得るなどということとはできない。指定訪問看護等の提供の開始に際して主治医による指示を文書で受けることが極めて重要であることは，上記のとおりであり，控訴人の主張を採用することはできない。」

（１２） 原判決２１頁２４行目から２３頁４行目までを次のとおり改める。

「② 控訴人は，平成１５年の実地指導において，指定訪問看護等の提供の開始後に，主治医の指示書の交付を受けたことにつき特段の指導はなく，また，訪問看護計画書の作成日を主治医に対する提出日としていたことについても指導はなかったのであるから，控訴人がこれらを遵守することができなかったとしてもやむを得ない旨の主張をする。

しかし，指定訪問看護等の提供の開始に際し，主治医による指示を文書で受けるべきことや，その提供の開始前に訪問看護計画書等を作成して主治医に提出し，利用者に交付すべきことは，運営基準において明確に定められている上，前記認定のとおり，主治医の指示書，訪問看護計画書と主治医との関係等については，処分行政庁による集団指導においても説明がされていたのであって，控訴人において，これらを遵守しなかったことにつきやむを得ない事情があったとはいえない。控訴人は，平成１５年の実施指導の内容は，主治医による指示を口頭で受け，指定訪問看護等の提供を開始した場合であっても，指示書の交付を受ける必要があり，そのためには指示書を郵送したりするのではならず，直接主治医に指示書を作成させるよう努力しなければならないというもので，控訴人はこれを現に行ってきた旨の主張もするが，平成１５年の実地指導の内容が，主治医の指示書の不備を指摘しこれを改善するよう求めるものであることは明らかである。控訴人の主張を採用することはできない。」

（１３） 原判決２３頁１６行目から２７頁２０行目末尾までを削除する。

(14) 原判決 27 頁 21 行目の「e」を「d」に改める。

(15) 原判決 31 頁 4 行目の「本件処分①をする前に、」の次に「介護保険法 76 条の 2 の」を加える。

(16) 原判決 31 頁 12 行目の「また、②の点については、」から 13 行目の「確かに、」までを次のとおり改める。

「(a) また、②の点についても、介護保険法 76 条の 2、115 条の 7 は、処分行政庁は、指定居宅サービス事業者等の運営基準違反を認めるときは、運営基準を遵守すべきことを勧告することができ、また、当該勧告を受けた事業者が、正当な理由なく勧告に係る措置をとらなかったときは、当該措置をとるべきことを命ずることができる旨を規定するもので、同法 77 条 1 項、115 条の 8 により指定の取消しをするに当たって、これらをすべきことまで規定するものではない。もっとも、」

(17) 原判決 32 頁 5 行目から 23 行目までを次のとおり改める。

「(b) 本件通知の上記 (a) の定めは、処分行政庁が介護保険法 77 条 1 項 3 号、115 条の 8 第 1 項 3 号に該当することを理由に指定の取消しを行うに当たっての指針を示したもので（したがって、同法 77 条 1 項 5 号、115 条の 8 第 1 項 5 号に該当することを理由に指定の取消しを行う場合にまで、前記の勧告等をすべきとするものではない。）、同法 76 条の 2、115 条の 7 の業務改善勧告、業務改善命令をしなかったからといって、直ちに指定の取消しが裁量権の範囲を逸脱しこれを濫用してされたものとなるわけではないし、仮にそうであるとしても、本件通知の上記 (a) の定めは、「重大かつ明白な基準違反があったとき」には、運営基準に従った適正な運営ができなくなったものとして、直ちに指定の取消しをすることができるとするところ、前記のとおり、控訴人の運営基準違反は重大かつ明白というべきであって、いずれにしても、本件処分①が処分行政庁の裁量権の範囲を逸脱し、これを濫用してされたものということとはできない。」

2 当審における控訴人の主張に対する判断

控訴人は、主治医の指示書の控え（甲 26，27 の 1 から 7 まで）が存在していたことを理由に、控訴人が主治医の指示書の交付を受けずに指定訪問看護等を提供したわけではない旨の主張をする。

しかし、主治医の指示書の控えが存在していたからといって、当該主治医が、指定訪問看護等の提供の開始に際し、控訴人に指示書を交付したことまで推認されるわけではない（仮にそうであったとしても、多数の利用者につき、いまだ主治医の指示書の控えさえ発見されていない現状に照らすと、いずれにしても、控訴人においては、主治医の指示に基づき適切な指定訪問看護等が行われるよう必要な管理が行われていなかったというべきである。指定居宅サービス運営基準 69 条 1 項，指定介護予防サービス運営基準 77 条 1 項参照）。また、控訴人は、主治医は、日常的に利用者に関わりを持ち、利用者の状況を把握していた旨の主張もするが、仮にそうであるとしても、控訴人が運営基準に違反していたことに変わりはない。いずれにしても、処分行政庁の担当者による調査が不適切であったとはいえ、控訴人の主張を採用することはできない。

3 したがって、原判決は相当であって、本件控訴は理由がない。

よって、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第 21 民事部

裁判長裁判官 前 田 順 司

裁判官 飯 田 恭 示

裁判官 森 富 義 明