

令和4年(ネ)第5449号 国家賠償等請求控訴事件

控訴人 藤原路加外2名

被控訴人 国

### 第3準備書面

2023年5月16日

東京高等裁判所第2民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人 弁護士 山本志都

同 弁護士 大棒洋佑



控訴人らは本準備書面において、答弁書に対して必要な限度で反論し、控訴人らの規制権限不行使に関する主張を補充する。

### 目次

第1 答弁書第3に対する認否・反論 .....	3
1 介護報酬改定について .....	3
(1) 介護報酬全体の変化 .....	3
(2) 訪問介護について .....	4
2 訪問介護員の不足について .....	6
(1) 訪問介護員の人数の減少 .....	6
(2) 訪問介護員の人手不足 .....	7

(3) 訪問介護の担い手の先細り .....	8
第2 答弁書第4に対する反論.....	9
1 審理不尽について .....	9
(1) 被控訴人の主張 .....	9
(2) 控訴人らの主張 .....	10
2 国家賠償法1条1項の違法性の基本的判断枠組み .....	10
(1) 被控訴人の主張 .....	10
(2) 控訴人らの主張 .....	11
3 実効的な指導が行われていないことについて .....	18
(1) 被控訴人の主張 .....	18
(2) 控訴人らの主張 .....	18
4 財政的基盤の整備の懈怠について .....	19
(1) 被控訴人の主張 .....	19
(2) 控訴人らの主張 .....	20
第3 控訴人らの主張～国の規制権限不行使の違法性 .....	22
1 規制権限不行使の国賠法上の「違法性」の判断.....	22
(1) 最高裁判例による規制権限不行使の違法性判断基準について .....	23
(2) 判例及び学説を通じて共通する要件について .....	26
(3) 本件におけるあてはめ .....	27
2 実効的な「指導・改善」を行わなかったこと .....	35
(1) ディーセント・ワーク実現のための労働行政・労働監督の重要性 .....	35
(2) 厚生労働行政が行うべき能動的監督義務 .....	36
(3) 控訴人らの事業所に提訴後に入った調査の内容 .....	37
3 財政的基盤の整備を懈怠したこと .....	38
(1) 介護報酬制度の仕組み .....	38
(2) 適切な調査を実施していないこと .....	39

## 第1 答弁書第3に対する認否・反論

被控訴人は、答弁書第3において、控訴理由書における控訴人らの主張に対して、主に認否を行っている。この被控訴人の認否に対し、必要な限りで、前提となる重要な事実として控訴人らの認識を明らかにすべき点を指摘する。

### 1 介護報酬改定について

被控訴人は、介護報酬について、控訴人らが「介護報酬の引き下げが続く」と主張していることに対して、「介護報酬全体では平成27年度改定を除き近年プラス改定が続いている」と主張し（答弁書8頁など）、介護報酬が引き下げられているという控訴人らの主張について、「独自の認識」などと切り捨てている。しかし、このような被控訴人の認識自体が根本的に問題である。

#### （1）介護報酬全体の変化

たしかに、2000年の介護保険制度発足後3年ごとに行われる改定時に、厚生労働省が発表する介護報酬全体の変化（公称改定率）はそれぞれ、

2003年 第1回報酬改定	マイナス2.3%
2006年 第2回報酬改定	マイナス2.4%
2009年 第3回報酬改定	プラス3.0%
2012年 第4回報酬改定	プラス1.2%
2015年 第5回報酬改定	マイナス2.27%
2018年 第6回報酬改定	プラス0.54%
2021年 第7回報酬改定	プラス0.70%

となっており、毎回引き下げられているわけではない。

しかし、その内容をみれば、処遇改善交付金、介護職員処遇改善加算拡充、消費税対応分などの交付を介護報酬に入れているために見かけ上の数値が高く出ているものがある。

直接介護報酬に影響を与える部分だけに限定した実質の改定率は、2012年以降以下のとおりである。

2012年 マイナス0.8%（処遇改善交付金が介護給付に移行するため必要な財源2%相当を除く）

2015年 マイナス4.48%（収支状況などを反映した適正化により基本報酬の4.48%の大幅引下げが行われた。公称はこれに、処遇改善、中重度対応加算分の2.21%を加えたもの）

2018年 マイナス0.5%（収支状況などを反映した適正化により0.5%の引下げ）

2021年 プラス0.65%（新型コロナウイルス特例的な評価0.05%を除く）

つまり、7回の報酬改定のうち2009年と2021年を除く5回がマイナス改定ということになる。処遇改善や加算報酬による対応は、法人全体の処遇改善にはつながらず、加算条件が厳しいため、加算を受けられない事業所も少なくない。

その他にも、2006年の改定では在宅・軽度は大きくマイナスされており、2009年の改定では、初めてのプラス改定ではあるが、「特定事業所加算」「地域区分」（地域に応じた人件費の調整）、「医療系サービスのアップ」が行われ、インセンティブの導入が図られた。地域格差が生まれたため、一律に3%アップしたわけではない。

## （2）訪問介護について

訪問介護の分野についてみれば、介護報酬は2009年改定時にサービス提供の短時間化を進めるために短時間区分のみを引き上げ、2018年及び2021年に若干の引き上げを行ったが、全体としては引き下げられており、現在も、身体介護中心の20分未満、30分未満、30分以上1時間未満、生活援助中心の20分から45分未満、45分以上の各類型の報酬単位数は、身体介護に20分未満が導入された2012年からと比較して下回ったままである。

経過をみれば、2009年度の報酬改定では、身体介護中心型30分未

満を23単位引き上げ、生活援助中心型30分～1時間未満を21単位引き上げたが、その他は基本報酬を据え置くことにより、訪問介護サービスの短時間化を誘導した。2012年度の報酬改定は、身体介護中心型に新たに「20分未満 170単位」を設けて他の区分は報酬単位を据え置き、生活援助中心型については1時間で区分していた時間区分を45分に短縮し、報酬単位を引き下げた。これまで最大の報酬の引下げが行われた2015年度の改定では、すべての時間区分で時間単位数を3.5～4.7%のマイナスとなっている。

また、2014年介護保険法改定で、予防訪問介護と予防デイサービスは全国一律の介護保険サービスから「市町村総合事業」に移行させられた。

2015年～2017年度にかけて導入された「介護予防・日常生活支援総合事業」では、それまで予防給付であった要支援1及び2の介護予防訪問介護を、介護保険上の給付から外し、市町村の裁量で設定できる「訪問型サービス」に移行させた。総合事業では、介護保険よりも基準を緩和したサービスの提供（生活援助型訪問サービス）が認められており、介護報酬よりも1～3割低く報酬が設定されている（「低報酬介護」とよばれている）。その低額化したサービスに、通常はこれまでと同様に訪問介護員がついているのが実態である。たとえ、総合事業に切り分けられたとしても、訪問介護事業所がサービスを提供するという意味では低報酬介護も訪問介護の一部なのであり、実質的にはここでも大幅な報酬の切下げが生じた（甲82）。

2018年は、当初国は「要介護2までの生活援助は自費」方針を打ち出していたが、根強い反対があったため妥協線として、報酬単価を減額して無資格者を生活援助中心に導入することにした。さらに生活援助の回数をチェックし、回数の多いものについて届け出をさせることにした。ここでも生活援助の切捨ての政策がとられていることがみてとれる。

## 2 訪問介護員の不足について

被控訴人は、控訴人らが訪問介護員の人数について「2018年の52.1万人から減少が続いている」と主張したのに対して、減少が続いているというの誤導であると主張し(答弁書8頁)、訪問介護の担い手不足についても、訪問介護職の求人倍率について認めながら、「ホームヘルパーの求人難は異常な状態」という控訴人らの主張については「意見」にすぎないと(同7頁)。

しかし、訪問介護の担い手不足がきわめて深刻な問題となっていることは、「意見」とか「認識」とかを超えた厳然たる事実である。厚生労働省は近年「介護人材確保に向けた取り組み」を最重要課題のうちの1つに位置づけているはずである。被控訴人が、本件訴訟において、この事実を前提として、控訴人らの主張に対応できていないこと自体がきわめて深刻な問題であろう。

(なお、2018年には、参入促進、労働環境・待遇の整備、資質の向上の3本柱を設定し、「介護人材確保」が目指されていた。ここで「目指すべき姿」とされていたのは、介護職の対象として、「就業していない女性、他業種、若者、障害者、中高年齢者」まで「人材のすそ野の拡大」に努め採用して裾野を広げ、介護福祉士は高度に専門性を発揮できる身体介護中心のサービスに集中させるというものだった(甲114)。ここでは、生活援助は「誰でもできる仕事」と想定されている。しかし、事態はこの想定通り進まず、特に訪問介護において人手不足は顕著である。)

### (1) 訪問介護員の人数の減少

たしかに、「介護サービス施設・事業所調査」によると、「訪問介護員」の人数は、

2018年10月現在 52万1855人 (平成30年度)

2019年10月現在 50万8256人 (令和1年度)

2020年10月現在 50万1666人 (令和2年度)

2021年10月現在 51万2890人 (令和3年度)

と減少一辺倒ではない（この調査によるデータは、自治体のデータを集計したもので、複数の事業所に所属している労働者が重ねてカウントされているため、後述のとおり、訪問介護員の実数はこれより相当少ないと言われている）。

しかし、2018年と2021年を比較すれば、訪問介護員の人数は約9000人減少している。また、2017年以前には、人数の総計すらとられていないが、1施設あたりの常勤換算人数のデータ（平均）で、2013年に7.6人であったのが、2014年7.5人、2015年7.4人、2016年及び2017年に7.3人と漸減しているのであって、大きな傾向として訪問介護員の人数が減少しているということは間違いない。

## （2）訪問介護員の人手不足

一方、「介護保険事業状況報告」中の「居宅サービス受給者」数で、居宅サービスを利用している人数を上記期間についてみると、

2018年4月 363.6万人

2019年4月 373.5万人

2020年4月 385.4万人

2021年4月 394.1万人

2022年4月 402.6万人

と増加の一途をたどり、5年間で10%増えている（ちなみに、衆議院調査局厚生労働調査室が作成した介護保険法改正案の「参考資料」によると、2000年4月の居宅サービス受給者は97万人だったところ2010年4月には294万人に増加した（約3倍）とのことであり、介護保険発足時の2000年からみれば現在は約4倍ということになる）。

利用者（訪問介護の利用者は居宅サービス受給者の一部ではある）が増加し続けているのに担い手である訪問介護員が減少しているのであるから、人手不足が生じるのは当然の帰結である。

控訴理由書でも触れたように、訪問介護職の求人倍率は、2013年度

の3.29倍から上昇し続け、2019年度は15.03倍、2020年度は14.92倍と異常な数字が出ている。

決して人材がいないのではない。在宅介護のあまりの労働条件の悪さ、収入の不安定さゆえに、(やりがいがある仕事と認識されているにもかかわらず) 敬遠されているのである。介護福祉士登録者数は2022年9月末現在で187.4万人（厚生労働省データ）だが、介護福祉士として介護職員として働いている人の人数は、82.9万人（介護給付費分科会2018年12月第166回の参考資料15頁／2016年の数字）に過ぎず、資格をいかして、介護関係の職についている者は半分以下であると指摘されている。

そして、公益財団法人「介護労働安定センター」が毎年実施している介護労働実態調査でも、事業所の訪問介護員が足りないと感じている率（不足率）は、

2018年 82.1%

2019年 81.2%

2020年 80.1%

2021年 80.6%

と近時常に8割を超えていた。

### （3）訪問介護の担い手の先細り

公益財団法人「介護労働安定センター」の調査では、65歳以上の訪問介護員がいる事業所は、

2019年 22.2%

2020年 25.6%

2021年 34.1%

と毎年増加している。

最新の令和3年度調査では、訪問介護員の平均年齢は、各職種の中で最も高い54.4歳で、前回調査より0.3ポイント上がり、60歳以上が

37.6%で、前回調査から0.6ポイント上がった。年齢層でみると、「60歳以上65歳未満」が13.2%で最多、次いで「55歳以上60歳未満」が12.3%、「70歳以上」も12.2%となっている。最近、控訴人らを取り上げた雑誌記事には「還暦でも『若手』・・介護現場は崩壊寸前！」と現場の状況をよく示す見出しがつけられた（甲115）。

以上のようなデータからは、「ホームヘルパーを長年にわたって続いている高齢者層は多いが、若い世代が安定的に職にとどまることは少なく、高齢化に伴うリタイアが増えるにつれて全体的な人数も先細りになっていく」という実態がみてとれる。このままでは、訪問介護が必要な利用者に訪問介護サービスを提供するというシステムを維持し続けられないことは明らかである。

## 第2 答弁書第4に対する反論

被控訴人は、答弁書第4において、控訴理由書における控訴人らの主張について反論を行い、「控訴人らの控訴審における主張に理由がない」と主張している。この被控訴人の主張に対して反論する（控訴人らの主張は第3で行う）。

### 1 審理不尽について

#### （1）被控訴人の主張

被控訴人は、原審における控訴人らの主張について、①厚生労働大臣には事業主による個々の労働基準関係法令違反に関する監督指導等を行う規制権限は与えられていないから、控訴人らの主張は主張自体失当である、②厚生労働行政が行使すべき規制権限の内容は原審では不明確であったと（答弁書15～16頁）し、人証を採用し尋問を行ったとしても、「違法」性を評価する前提事実が明らかになるとは考えられないとして、人証申請について証拠調べの必要性はないという（答弁書17頁）。

## （2）控訴人らの主張

被控訴人は、自らが地裁段階で、控訴人が求めた釈明事項に対応せず、控訴人の事実主張に対する認否・反論を行わなかったことを棚上げして、控訴人の主張の内容について論難する。しかし、控訴人が、「労働時間となる移動時間、待機時間等については、介護報酬にすべて勘案されている」という被控訴人の主張の核心について、その勘案されている根拠や「勘案」の具合的内容などについて明らかにするように求めても、根拠を示さないまま、同様の主張を繰り返すだけで、裁判所もそれ以上に積極的に訴訟指揮を行わなかったことで、争点に対する双方の主張が明らかにならなかつたのである。

厚生労働大臣ないし厚生労働行政に規制権限が存在すること、その規制権限の不行使が違法であること、原告らに損害が発生していること、規制権限の不行使と損害との間に因果関係が認められることなど、検討すべき争点を認定するにあたって、人証を採用して調べを行うことは必要不可欠である。

## 2 国家賠償法1条1項の違法性の基本的判断枠組み

### （1）被控訴人の主張

被控訴人は、国家賠償法1条1項「違法」とは、「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背すること」をいう（最判昭和60年11月21日、最判平成17年9月14日参照）という前提に立ち（答弁書18～19頁）、規制権限の不行使が「違法」とされる場合について、最判平成1年11月24日、最判平成7年6月23日判決によって判例の立場が確立されたものとして（同19～20頁）、「規制権限を行使するかどうかについて、行政庁に裁量が認められている事項や、権限行使の要件が具体的に定められていない事項については、第一次的には行政庁の判断が尊重されるべきであって、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的な

情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときに限られる」（答弁書21頁）と主張する。

## （2）控訴人らの主張

しかし、行政庁に一定の裁量が認められるとしても、被控訴人らの主張するように第一次的に行政庁の判断が優先されると考えるべきではない。

権限の行使・不行使が行政庁の裁量に委ねられるとしてもその不行使が常に違法でないわけではない。裁量を尊重すべき必要性がない状況のもとでは、裁量が制約され、不行使が違法になる場合や、権限の目的との関係で権限を行使しないことが違法と評価される場合が存在すると考えるべきである。

### ア 立法不作為との違い

被控訴人が最初にひく最判昭和60年11月21日判決は、障害があり投票のために外出することが困難な原告が、公選法の改正によって在宅投票制度が廃止されたことによって投票することができなくなったことについて、損害賠償を求めた事案である。

一審は、在宅投票制度の廃止を、憲法で保障された選挙権を制限する措置として捉え、合憲性の審査については、より制限的でない他の選び得る手段の基準によるべきであるとし、措置が違法であることを認めた。控訴審は、国会が在宅投票制度設置の請願を受けてから1年を経過した1969年以降において、同制度を設けるための立法を行わなかった国会議員の不作為を加害行為とし、選挙の公正、投票の秘密を守るために合理的と認められるやむを得ない事由のない限り、国会は選挙権の行使を保障するために在宅投票制度を設けるための立法を行うべき憲法上の義務を負っているところ、同制度を設けなかつたことにつき合理的と認められるやむを得ない事由があったものとはいうことができないから、立法不作為は憲法に反するが、国会議員に故意過失があつたものとはいいうことができない、として、原告の請求を棄却した。

これに対して、最高裁は、在宅投票制度を廃止しその後同制度を設けるための立法を行わなかったという立法行為・立法不作為を本件の加害行為として捉え、それが国賠法1条1項の「違法」に当たるかどうかを検討した。最高裁は、「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するもの」として、国会議員の立法不作為を含む立法行為（立法不作為を含む）の違法性については、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであるとする。そして、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」と判示した。

この判示は、国会議員の立法行為又は立法不作為を理由とする国家賠償請求の可否についてのものであり、最判平成17年9月14日（在外邦人選挙権訴訟）も同様である。加害行為の特殊性（司法行為、検察官の行為も相当する）によって、違法性判断の基準が異なる例であり、行政の不作為を問題にしている本件とは異なることに留意すべきである。

#### イ 被控訴人が判断枠組みを確立したとして引用する2判決

被控訴人は、以下の2つの判決によって判例の立場が確立されたものと主張する。たしかに、規制対象となる事業者等がいる事案において、規制権限不行使の違法性が問題となった最高裁判例として2判決があり、後の最高裁判例（「第3」で指摘）にもその基本的な判断基準が踏襲されていることは争わない。いずれも、規制権限の不行使が国賠法上違法とされるか否かを判断するに当たって、「その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的な事情の下において、その不行使が許容

される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、これにより被害を受けた者との関係において、国賠法1条1項の適用上違法となる」と判示している。しかし、具体的なあてはめをするためには、判決の内容について確認する必要がある。第3で検討する4判決は、侵害される法益が重大な場合には、裁判所は相当程度の積極性を示すべきとの姿勢を示しているようにみえる。

(ア) 平成1年11月24日（宅建業者事件）判決

被控訴人は、最高裁平成1年11月24日判決をひく。同事件は、京都府知事から免許を受けた宅建業者が、不動産取引において顧客から受領した手付金や中間金を流用するなどの不正行為を行ったため、この顧客が、京都府に対して宅地建物取引業法（昭和55年法律第56号による改正前のもの）に基づく業務停止処分ないし免許取消処分を行わなかつたことが違法であると主張して、国賠法1条1項に基づき損害賠償を請求した事案である。

同判決は、「法がかかる免許制度を設けた趣旨は、直接的には、宅地建物取引の安全を害するおそれのある宅建業者の関与を未然に排除することにより取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあり、監督処分権限も、この免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する趣旨に出たものにほかならない。もっとも、法は、その目的の一つとして購入者等の利益の保護を掲げ（1条）、宅建業者が業務に関し取引関係者に損害を与え又は与えるおそれが大であるときに必要な指示をする権限を知事等に付与し（65条1項1号）、営業保証金の供託を義務づける（25条、26条）など、取引関係者の利益の保護を顧慮した規定を置いており、免許制度も、究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、前記のような趣旨のものであることを超え、免許を付与した宅建業者的人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為

規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法1条1項にいう違法な行為に当たるものではないというべきである。また、業務の停止ないし免許の取消は、当該宅建業者に対する不利益処分であり、その営業継続を不能にする事態を招き、既存の取引関係者の利害にも影響するところが大きく、そのゆえに前記のような聴聞、公告の手続が定められているところ、業務の停止に関する知事等の権限がその裁量により行使されるべきことは法65条2項の規定上明らかであり、免許の取消については法66条各号の一に該当する場合に知事等がこれをしなければならないと規定しているが、業務の停止事由に該当し情状が特に重いときを免許の取消事由と定めている同条9号にあっては、その要件の認定に裁量の余地があるのであって、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。したがって、当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない」と判示しており、被控訴人が引用する判示がなされていることは認める。

ただし、同判決については、奥野久之裁判官による反対意見が存在する。その内容は以下のとおり、法によって裁量権を付与された趣旨に反して権限の行使を怠ったときは、その不作為は国家賠償法1条1項の適用上も違法となるというものである。

「法が、宅建業者につき免許制度を設け、かつ、その事業に必要な規制を定め、免許・監督に関する権限を知事等に与えている趣旨は、直接的には宅地建物取引の安全を害するおそれのある業者の関与を未然に排除す

ることにより取引の安全を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあることはいうまでもないが、同時に、購入者等の利益の保護をも目的とするものであり（1条）、知事等に指導、助言及び勧告の権限（71条）や、業者に報告を求め、事務所等に立ち入り、帳簿等を検査する権限（72条）、業者が取引関係者に損害を与えるおそれがあるときは必要な指示をする権限（65条1項1号）までも付与し、業者には取引の相手方の損害を補填するための営業保証金の供託を義務づけている（25条、26条）ことをも考えると、知事等としてはこのような法の目的を達成するため、免許ないしその更新に当たっては免許基準（5条1項）を厳正に適用し、またいったん免許を付与した後においても、隨時適切に指導監督すべき職責を有するものというべきである。もとよりその権限の行使は原則として広範な裁量に委ねられるべきものではあるが、宅地建物取引が益々国民生活において重要性を増しつつあること並びにしばしば極めて高額の取引となることにかんがみ、宅建業者において法所定の規制に違背して取引関係者に損失を及ぼし、かつ、同種の所為を反覆累行するおそれがあるため、免許取消、業務停止等の監督処分をしなければいたずらに取引関係者の被害を増大あるいは継続させ、右法の趣旨を没却すべきことが予想されるに至ったときは、知事等はもはや裁量の名において監督処分権限を発動しないことは許されず、その後その業者との間で宅地建物取引を行うべき者に対する関係においても、相当な監督処分をすべき義務を負うに至るものと解するのが相当である。監督処分は、本質的に当該業者にとっては不利益処分であるとともに、既存取引関係者の利害にも影響するものであるから、その発動には慎重を期することが必要であり、そのため法も、業務の停止又は免許の取消を行うに当たっては、公開の聴聞（69条）及び公告（70条1項）の手続を義務づけているのであるが、他面、近来文化の進展と社会の複雑多様化による行政需要の增大に伴い、国民の福祉増進のため社会生活上の各種活動に種々の規制を加え、その規制権限を行政庁の裁量に委ねることが益々増加しつつある今日、規制の結果は直接国民生活に影響

を及ぼし、その基盤となる性質を有するものであるから、その権限の行使は同時に職務上の責務を伴い、場合によっては行政処分の名宛人以外の第三者との関係においても権限の行使を義務づけられることとなる場合があることを承認しなければならないのであって、それが福祉国家における法の一つの使命でもあると考えられ、往年の取締行政に対する觀念の転換をする面があると思われる所以である。しかし、そのような場合にその権限を行使すべき公務員が、法によって裁量権を付与された趣旨に反して権限の行使を怠ったときは、その不作為は国家賠償法1条1項の適用上も違法となるものというべきである。」（下線は控訴人ら代理人）

この反対意見は、宅地建物取引の今日的重要性、知事が違法免許を放置していた過去の経緯等にかんがみ、一定段階で権限行使が義務づけられ違法性を肯認する余地があるとするものであって、裁量権が一定の範囲で制約されるという考え方を示しており、第3で検討する最高裁判例も、この意見の延長線上にあるものと評価しうる。

#### （イ）平成7年6月23日判決（クロロキン事件）について

被控訴人が引用する平成7年6月23日最高裁判決は、腎疾患、てんかん、関節リウマチなどの治療のためにクロロキン製剤を服用し、その副作用によりクロロキン網膜症に罹患した患者とその家族が原告となり、国、製薬会社及び医療機関を被告とした損害賠償請求事件に係るものである。

クロロキン網膜症の被害の発生を防止するために薬事法上の権限（承認の取消し、日本薬局方からの削除など）を行使しなかったことについて、「厚生大臣の薬事法上の権限の行使についての右のような性質ないし特質を考慮すると、医薬品の副作用による被害が発生した場合であっても、厚生大臣が当該医薬品の副作用による被害の発生を防止するために前記の各権限を行使しなかったことが直ちに国家賠償法一条一項の適用上違法と評価されるものではなく、副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見の下において、前記のような薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、右権限の不行使がその

許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使は、副作用による被害を受けた者との関係において同項の適用上違法となるものと解するのが相当である」と判示している。

ここで言及されている「薬事法上の権限の行使の性質ないし特質」とは、厚生大臣の有する医薬品としての承認の取消し、劇薬等として指定する措置などに加え「薬事法上の諸権限を前提とし若しくは薬務行政に関する一般的責務に基づいて、医薬品製造業者等に対して指導勧告等の行政指導を行うことができる」権限であり、最高裁は、「厚生大臣は、右のような権限を具体的な状況に応じて行使するが、その前提となるべき医薬品の有用性の判断は、当該医薬品の効能、効果と副作用との比較考量によって行われるものであるから、これについては、高度の専門的かつ総合的な判断が要求される。そして、右判断の要素となる医薬品の有効性と副作用及び代替可能な医薬品や治療法の有無等に関する医学的、薬学的知見は、研究、開発の成果などにより常に変わり得るものであるから、医薬品の有用性の判断は、その時点における医学的、薬学的知見を前提としたものとならざるを得ない。また、厚生大臣は、当該医薬品の有用性を否定することができない場合においても、その副作用による被害の発生を防止するため、前記のような権限を行使し、あるいは行政指導を行うことができるが、これらの権限を行使するについては、問題となつた副作用の種類や程度、その発現率及び予防方法などを考慮した上、隨時、相当と認められる措置を講ずべきものであり、その態様、時期等については、性質上、厚生大臣のその時点の医学的、薬学的知見の下における専門的かつ裁量的な判断によらざるを得ない」と判示している。

具体的には、当時の知見の内容が、クロロキン製剤の有用性を否定するまでのものではなく、クロロキン製剤は、根本的な治療法の発見されていない難病である腎疾患やてんかんに対する有効性が認められ、臨床の現場で、副作用を考慮してもなお有用性が肯定されていたということ（患者の治療を受ける機会を喪失させるという問題）などが指摘され、薬事法所定

の権限不行使が著しく合理性を欠くとまではいえないとされた。

### 3 実効的な指導が行われていないことについて

#### (1) 被控訴人の主張

被控訴人は、①労基法の定める基準に沿った労働条件の確保については、第一次的には各事業場において是正すべきものであり、労働基準監督署においては、後見的な立場から行政的監督や規制権限の行使を適切に行うことが要請されるものにすぎない、②控訴人らが各事業場を所轄する労働基準監督官に対し、労働基準関連法令違反の事実を申告したと認めるに足りる証拠はない、③介護事業場における労働条件の確保・改善について、労働基準監督機関は規制権限を適切に行使しているなどと主張している（答弁書22～23頁）。

#### (2) 控訴人らの主張

しかし、この被控訴人の主張は、控訴人らの「規制権限の不行使」を労働基準監督署におけるものだけに矮小化してとらえている点で、控訴人の主張とはかみあっていない。

控訴人らは、厚生労働省が、訪問介護員の労働条件の確保に係る「通知」を3度にわたって発出しながら、その「通知」が現場で実施されていることの検証や実施されていない場合の制度の改善、（後述するような）財政的基盤の整備を行ってこなかったことを問題にしている。

厚生省及び労働省（2001年以降は厚生労働省）は、訪問介護員、特に直行直帰の「登録型」として働く多くのホームヘルパーの移動時間・待機時間・キャンセル等の扱いに労働基準法と抵触する問題点があることを、介護保険施行前から当然に把握していたにもかかわらず、介護保険制度導入の2000年時点では、訪問介護員の身分保障・労働基準法が遵守される労働条件の確保のための、特段の施策を講じなかった。そのため、訪問介護員は、所定労働日や労働時間も不明確なまま、中には「雇用」ではなく

く「委任」「委託」として労働者としての地位からはずされるような扱いを受けていた者もいた。

そこで、2004年通知（甲5）が発出された。ここでは、登録型ヘルパーも「労働者」であることが明示され、賃金や労働時間等に関して労働基準法を遵守することが求められている（2008年に一部改正が加えられた。甲89参照）。

さらに、同通知が行われた後も、法令違反が多数発生し改善されなかつたため、2009年通知（甲4）が発出され、「あらゆる行政手段を通じて、介護労働者の労働条件の悪補・改善対策の一層の効果的な推進を図る」とがよりかけられた。同通知は、「労働基準関係法令や労務管理に関する理解が十分でない事業場も少なくない」、「労働条件の基本的な枠組みが確立していない事業場が多い」と現状を認めつつ、内容においては2004年通達と大きく異なるところはない。

そして、本件訴訟提訴後の2021年1月15日には、「訪問介護労働者の移動時間の取り扱いについて（周知徹底）」と題する通知が発出された（甲89）。

移動時間及び待機時間、休業手当（キャンセルの扱い）に関して同趣旨の通知が、繰り返し発出されているのは、厚生労働省が「通知」の趣旨が徹底されていないことを認識しているからである。しかし、その一方で、厚生労働省はこの通知を事業団体に確實に実施させるための周知や、通知発出後の実態調査や検証などを行っていない。控訴人らは、それらの点を含めて「実効的な指導が行われていない」と主張している。

#### 4 財政的基盤の整備の懈怠について

##### （1）被控訴人の主張

被控訴人は、控訴人らの財政的基盤の整備懈怠の主張に対して、①介護保険法令は介護事業場における個々の労働者の労働条件の確保・改善を直接的に保護するものではないから「違法」と評価されえない（答弁書28

～29頁)、②厚生労働大臣の告示制定行為は、規制権限の不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとは認められない(同29～32頁)と主張する。

## (2) 控訴入らの主張

控訴入らの主張は、介護報酬の基準を改定するにあたり、控訴入らホームヘルパーに関する適法な労働条件を遵守することが可能な形で改定すべきところ、これを怠り、財政的基盤の整備を懈怠したというものである。

### ア 厚生労働大臣の告示制定行為について

たしかに、介護保険法自体においては、介護事業場における個々の労働者の労働条件の確保・改善を直接的に保護する規定はない。しかしながら、本邦における介護保険制度は、介護サービスを提供する事業所における「労働者」としての介護労働者が存在しなければ成立しないものであり、国の責務として、「国は、介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われるよう保健医療サービス及び福祉サービスを提供する体制の確保に関する施策その他の必要な各般の措置を講じなければならない」(介護保険法5条1項)との規定より、当然に介護保険事業の健全な運営及び介護サービス提供体制の確保の措置を講ずる義務を負う。

厚生労働大臣は告示を制定することにより、介護報酬の改定を行っており、告示制定行為にあたって、上記義務を果たすことが必要である。

被控訴人の主張は、介護保険制度の骨格をなす介護保険法において、介護労働者を壇外として扱い、介護保険制度の重要な担い手である介護労働者の存在・尊厳を著しく冒涜するものであり、法律の建前論に終始し今後も違法状態を放置することを意味するに等しいものである。被控訴人の主張は、究極のところ、介護保険における公定価格である介護報酬額をいくら低くしようと、介護労働者の適法な労働条件とは無関係だとするもので、厚生と労働を担う機関たる省(国)の責務を放棄するものである。

控訴入らが本件訴訟で問題としているのは、介護報酬額が市場原理の働

かない公定価格であり、その公定価格たる介護報酬額が、特に控訴人らのような訪問介護職（いわゆるホームヘルパー）の適正な労働条件を確保するための労働基準法や介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律等の他の法令に構造的に反するものとなっており、その違反状態が常態化し、長期にわたり具体的な是正措置が講じられることなく放置されている（通知を繰り返し発出するにとどまり、違法状態を黙認）状況そのものなのである。そして、この状況は今後も何ら改善されないまま、となることは明白である。

#### イ 限定される裁量

被控訴人は、介護報酬決定にあっては、介護給付費分科会の審議を経て社会保障審議会から厚生労働大臣に答申がなされ、決定されているところ「多方面にわたる複雑多様でかつ高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断が必要であり…その改正内容そのものについて、厚生労働大臣の裁量に委ねたものであると解される。」と主張する。

仮にそのような裁量に委ねるところがあるにせよ、その決定過程においては、当然に他の法令との齟齬や矛盾がないように必要な調査を行ったうえ、検討を重ね決定されるべきものである。

控訴人らは、本件訴訟第一審の審理段階より、被控訴人に対して、何度も介護報酬額決定過程において、今般控訴人らが問題としているホームヘルパーの付帯労働時間（移動・待機・キャンセル・書類作成等時間）の費用を勘案しているのか、勘案しているとするならば、その割合とその前提となる調査データやモデルケース（訪問介護現場における労働基準法不遵守の違法が、各事業場の問題であるならば、どのようなモデルによって適切な運営が可能であるのかを示したもの）の資料の開示を求めてきているが、被控訴人は、介護事業実態調査は行っているとはいうものの、控訴人らが求めている上記調査データや資料は一切明らかにしていない。すなわち、被控訴人においては、これまでそのような調査は行っていないのである。

仮に被控訴人において上記調査を行い、介護報酬改定にあたりその点を勘案しているというのであれば、結審前にその資料の提出を強く求める。被控訴人において、繰り返し通知を発出していることからすれば、少なくとも被控訴人においても、全国の複数介護事業場において労働基準法違反の状態が長期間にわたり発生し、改善されていない事実を認識していたといえる。

さらに、後述で一部を引用した衆参両議院内の審議における内容からみても控訴人らが訴えている問題点の状況については、厚生労働省としても十分に把握、認識していたものといえ、その点に関しての調査を行うことに何らの支障はなかったといえる。

しかしながら、被控訴人においては、それらの問題点が指摘されてきたにもかかわらず、必要な調査を行わず、介護報酬改定にあってもその点が検討されてきた形跡もない。被控訴人において、介護報酬改定にあたり、必要な調査が行っていないということは、介護保険事業の健全な運営及び介護サービス提供体制の確保における財政的基盤の整備を行っていないことの証左である。介護報酬改定にあたり、厚生労働大臣の裁量があるにせよ、その判断の過程及び手続に過誤、欠落があり、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があることは明白であるから、介護保険法5条1項の規定に違反し、違法であり、かつ違法状態の改善に必要な規制の権限を行使していないところ、この点に関し、厚生労働大臣の裁量が認められる余地もない。

### 第3 控訴人らの主張～国の規制権限不行使の違法性

#### 1 規制権限不行使の国賠法上の「違法性」の判断

戦前の行政法理論によれば、行政は、法律によって行われなければならないが、優越的な権限を有し、公益判断権を独占し、行政は原則として司法的統制の外におかれた。日本国憲法下では、行政はあくまでも法律を執行する権限を有するにとどまり、行政が公益に関する判断を独占することではなく、

行政についても司法的統制が及ぶ。

そして、行政権限の拡大に伴い、国・公共団体が直接の加害者ではない場合でも、直接の加害者に対して規制権限・監督権限を適切に行使していれば、市民に損害が発生することを防止できたのにもかかわらず、その行使を怠ったために損害が発生してしまうという例が多数発生するようになり、争訟も増大している。

#### （1）最高裁判例による規制権限不行使の違法性判断基準について

##### ア 最高裁の判断基準

国の規制権限の不行使について国賠法上 1 条 1 項の適用上違法であると判断した最高裁の近時の判例には、筑豊じん肺訴訟（平成 16 年 4 月 27 日）、水俣関西訴訟（平成 16 年 10 月 15 日）、大阪泉南アスベスト訴訟（平成 26 年 10 月 9 日）の各判決が存在する。

上記 3 判例は、被控訴人が引用した宅建業者事件、クロロキン事件と同様に、「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的な事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となる」との判断基準を示している。

筑豊じん肺判決は、筑豊地区の炭鉱において坑内作業等に従事してじん肺に罹患した労働者及びその遺族らが国に対し、国がじん肺の発生・憎悪を防止するために鉱山保安法に基づく規制権限を行使しなかったことが違法であるなどと主張して、損害賠償を求めた事案である。最高裁は、鉱山保安法 30 条に基づく規制権限は「鉱山労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきものである」とした。

水俣病関西事件は、かつて水俣湾周辺地域に居住し、その後関西方面に転居した者及びその遺族らが、チッソ水俣工場の排水に含まれているメチル水銀化合物によって汚染された魚介類を大量に摂取したことにより水俣病に罹患したとして、国及び熊本県に対して、同工場の排水を規制しなかったこと、水俣湾の魚介類の漁獲を制限しなかったことが違法であるなどと主張して損害賠償請求をした事案である。最高裁は、水質保全法5条1項及び同2項並びに工場排水規制法12条（水質基準適合命令）に基づく規制権限は、「当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして、適時にかつ適切に行使されるべきものである」とした。

大阪泉南アスベスト事件は、大阪の泉南地域にある石綿紡織工場の元従業員、近隣住民及びその遺族である原告が、石綿軍人により石綿関連弛緩に罹患したのは、国が労働関係法規、環境関連法規及び毒物及び劇物取締法に基づく規制権限を適切に行使すべきであったにも関わらず、これを怠ったためであるなどとして、国に対して損害賠償を求めた事案である。最高裁は、旧労基法45条に基づく規制権限は「粉じん作業等に従事する労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきものである」とした。

これら最高裁3判決は、「求められる規制権限行使の在り方」に関して、規制権限を行使すべき「主要な目的」を、当該規制権限の根拠となっている法令の趣旨、目的を十分に踏まえて導くべきとし、「適時にかつ適切に」と判示することでその時点での客観的状況を重視するという基準を示したものといえる（水俣病関西判決も、厚生省食品衛生調査会が1959年11月12日に水俣病の主因は「ある種の有機水銀化合物である」との結論を出した事実を踏まえ、同月末までには指定水域の指定、水質基準の定め及び特定施設の定めを行い、翌12月末までにチッソ水俣工場に対して

水質基準適合命令を発すべきだったとして、極めて迅速な対応が取られるべきであったとしている)。

#### イ 神奈川建設アスベスト事件訴訟

さらに、上記3事件と同様の判断枠組みに立ちながら、予見可能性について踏み込んだ判断をしたと評価される、神奈川アスベスト訴訟事件についての最高裁判決（最判令和3年5月17日判決・判例タイムズ1487号106頁）が存在する。

この事件は、主に神奈川県内において建設作業に従事し、石綿（アスベスト）粉じんにばく露したことにより、石綿関連疾患に罹患した患者又は遺族が、被告国に対し、建設作業従事者が石綿含有建材から生ずる石綿粉じんにばく露することを防止するために被告国が労働安全衛生法に基づく規制権限を行使しなかったことが違法であるなどと主張して、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた事案である。

最高裁は、上記3判決と同様の基準に採用した上で、国の規制権限の不行使が国家賠償法1条1項の適用上違法となる始期について、予見可能性について具体的に判示した。原判決は、1975年当時、国による当時の石綿粉じん対策は、不十分なものであったとしつつ、国は、当時、建設現場における石綿粉じんの実態を把握しておらず、建設現場において石綿粉じんにばく露することにより、建設作業従事者に広範かつ重大な危険が生じていると認識していなかったとして、このような国の認識状況を前提にすると、1980年12月31日以前の国の規制権限の不行使は、許容される限度を超えて著しく不合理なものとはいえないとしていた。これに対し、本判決は、国が建設現場における石綿粉じんの実態を把握していなかったとしても、国は建設現場における石綿粉じん濃度の測定等の調査を行うべきであり、調査を行えば、国は、石綿吹付け作業に従事する者以外の建設作業従事者にも、石綿関連疾患に罹患する広範かつ重大な危険が生じていることを把握することができたとして、国の規制権限の不行使を著しく不合理なものとしたものである。

従前の最高裁判決において、規制権限の不行使が国家賠償法1条1項の適用上違法とされたもの（筑豊じん肺訴訟判決、水俣病関西訴訟判決、泉州アスベスト訴訟判決）は、いずれも、国が被害の発生を認識していたという事実関係の下での判断であった。本判決は、上記のとおり、調査を行えば建設作業従事者に石綿関連疾患に罹るする広範かつ重大な危険が生じていることを把握することができたとして、国の規制権限の不行使が国家賠償法1条1項の適用上違法となるとし、予見可能性を広げ、国にアスベストによる被害を回避するための規制権限行使の責任を認めたのである。

## （2）判例及び学説を通じて共通する要件について

規制権限不行使による違法性の判断基準は、最高裁の判例で確立されたといつても、前記のとおり、その具体的な検討要素は種々指摘され、また学説上も様々な議論がなされており、一概に確定することはできない。

しかし、これまでの判例や学説を踏まえると、上記最高裁判例の枠組みであれ、裁量権収縮論の採用する場合であれ、作為義務の導出にあたって共通する要件としては、おおむね①被害法益の性質、重大性、②被害の予見可能性、③被害の結果回避可能性、容易性、④規制権限行使への期待可能性をあげることができる。

したがって、本件においてもこれらの要素に沿って、国の規制権限不行使の判断がなされるべきである。

また、作為義務の導出要件については、以下のような要件相互の相関性が認められる。

すなわち、作為義務の成立要件は、相互に独立したものである反面、互いに密接に関連しているものであるから、①被害法益が重大であれば、④の期待可能性は高まるし、②の被害の予見可能性も、①において生命侵害などの重大な法益侵害が予想される場合には、相当程度の危険の蓋然性があれば、権限行使が要請されるであろうし、逆に法益が重要でなければよ

り具体的な予見可能性が必要とされる。③についても他の要件の程度が高まれば肯定されやすくなることは同様である。また、私人自らが危険の回避が困難で、④の期待可能性が高まれば、やはり厳格な予見可能性を要求することは適切でない。なお、④の期待可能性は、場合によっては、国民が積極的に自衛の措置をとることができないからこそ国の規制権限の発動が期待されることがあり、単に現実に国民が行政介入を期待していたかどうかは問題ではなく客観的に行政介入が期待される状況にあったかどうかの判断が必要である。

### （3）本件におけるあてはめ

#### ア 厚生労働大臣の規制権限

介護保険法は、「国は、介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われるよう保健医療サービス及び福祉サービスを提供する体制の確保に関する施策その他の必要な各般の措置を講じなければならない。」（介護保険法5条1項）との規定より、当然に介護保険事業の健全な運営及び介護サービス提供体制の確保の措置を講ずる義務がある。また、国は「国及び地方公共団体は、地域における認知症である者への支援体制を整備すること、認知症である者を現に介護する者の支援並びに認知症である者の支援に係る人材の確保及び資質の向上を図るために必要な措置を講ずることその他の認知症に関する施策を総合的に推進するよう努めなければならない。」（同法5条の2第3項）との規定より、介護労働者的人材を確保し、資質の向上を図るために必要な措置をとる努力義務を負う。

そして、介護保険上の各種サービス費については厚生労働省令によって決せられ（訪問介護について、介護保険法41条2項など）、厚生労働大臣は、市町村に対し、保険給付の効果に関する評価のためその他必要があると認めるときは、その事業の実施の状況に関する報告を求めることができ（同法197条1項）、あるいは、都道府県知事又は市町村長に対し、当該都道府県知事又は市町村長が第5章の規定により行う事務に関し必要

があると認めるときは、報告を求め、又は助言若しくは勧告をすることができ（同条2項）、医療保険者に対し、納付金の額の算定に関して必要があると認めるときは、その業務に関する報告を徵し、又は当該職員に実地にその状況を検査させることができる（同条4項）など、調査権限を有している

結局、被控訴人は、介護保険制度の実施について、①介護に関わる制度の運営に必要な基準などの設定、②保険者の財源にかかる定率の負担、調整交付金の交付や財政安定化基金への拠出などの財政負担、③介護サービス基盤の整備、④介護保険事業の円滑な運営のための市町村・都道府県などに対する助言・監督・指導という関与を行い、厚生労働大臣はこのうち、①、③及び④に関連する権限を有している。

厚生労働大臣がこれらの権限を有するのは、「介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われる」（同法5条1項）ためである。介護保険制度は「加齢に伴って生ずる心身の変化に起因する疾病等により要介護状態となり、入浴、排せつ、食事等の介護、機能訓練並びに看護及び療養上の管理その他の医療を要する者等について、これらの者が尊厳を保持し、その有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるよう、必要な保健医療サービス及び福祉サービスに係る給付を行う」という目的のために設けられたものであり、究極的には「国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図ること」がめざされている（同法1条）のであって、これらの権限を厚生労働大臣が有するのは、この目的を達成するためには、厚生労働行政全体に配慮し、多岐にわたる事項を考慮して、判断を行うことが必要とされたためである。

#### イ 被害法益の性質、重大性

本件における被害法益は、直接には控訴人らの労働者としての権利であるが、介護保険法は、介護を要する者が尊厳を保持して、その有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるようにして、国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図ることが目的とされている。厚生労働行

政が規制権限を行使しないまま在宅介護が持続可能性を失ったと評される状態まで至ったことによって、人の生命・健康という不可侵の法益、人々の生活や環境といった個人の尊厳に直接にかかわる人格権の総体が侵害された。被害法益の重大性は明らかである。

#### ウ 被害の予見可能性

##### (ア) 介護保険制度設計時における重大な誤謬

第1準備書面でも主張したように、介護保険法施行前に、老人福祉法などに基づいて在宅での介護ヘルパーが稼働していたが、公務員の身分を有する者も多く、社会福祉協議会などに所属する者も有期契約を更新して常勤化する例もあった。

しかし、国は、介護保険制度導入前の1997年、訪問介護ヘルパーなどの費用について、従来の人件費交付方式とは異なる事業費補助方式を導入して、市町村の選択に委ねた。人件費交付方式では、国がその2分の1を負担し、訪問介護の補助単価は年額349万円とされていたところ、事業費補助方式では、補助単価がサービスごとに設定され、訪問実績に応じた出来高払い方式に変更された（身体介護中心3730円、家事援助中心1460円）。人件費交付方式においても、評価訪問、ケース会議や研修参加、ケース記録作成などの時間が補助対象から除外され、移動時間も30分以内は対象外とされた。

介護保険法施行後は、事業費補助方式をそのまま利用する形で介護報酬制度が運用されることになった。この変更によって、社会福祉協議会等は、常勤ヘルパーをパートタイム（登録型）に変更せざるを得なくなった。

つまり、1997年の事業費補助方式の導入は、介護保険制度における訪問介護員を非正規化し、人件費抑制を行う目的があったと考えられる（1999年の労働者派遣法改正で、「医療」は対象外とされたが、介護は医療に含まれないという理由で、派遣労働の対象になったが、これも同様の目的を有するものであると指摘されている）。介護保険制度、特に在宅介護については、非正規雇用形態のパートタイム労働を前提にして、訪

問介護員を担い手として設計したことになる。

一方で、この時期、国際的には、「ディーセント・ワーク」という言葉が注目を集め、労働分野における格差と貧困の解消が課題であることが意識されていた。ILOのホームページによれば、「ディーセント・ワーク」という言葉は、1999年の第87回ILO総会に提出されたファン・ソマビア事務局長の報告で初めて用いられ、その中でILOの活動の主目標と位置づけられ」たもので、同事務局長は、「ディーセント・ワークとは、権利が保障され、十分な収入を生み出し、適切な社会的保護が与えられる生産的な仕事を意味します。それはまた、全ての人が収入を得るのに十分な仕事があることです」とい、ILOの主要な目的として、労働における基本的原則及び権利、②雇用、③社会的保護、④社会的対話の4つを戦略的目的として設置した（甲107）。

介護保険制度は、たしかに急速な高齢化の中で公的介護の重要性が高まる中で構想されたものだったが、被控訴人は、介護保険制度を通じて介護事業の民営化を進め、上記国際的潮流に逆行しながら、非正規で出来高払いの労働者を前提とする仕組みを作り出した。介護保険制度の開始時から、訪問介護には構造的問題点があることについて、被控訴人は十分に認識していたものと言わなければならない。

#### （イ）2004年通知における「非定型的パートタイム」の位置づけ

2004年通知は、「訪問介護労働者の勤務形態」とし、①正社員、嘱託社員等の名称にかかわらず、当該事業場で定める所定労働時間を勤務する労働者、②短時間労働者であって、労働日及び労働場における労働時間が定型的・固定的に定まっている労働者、③短時間労働者であって、月、週又は日の所定労働時間が、一定期間ごとに作成される勤務表により、非定型的に特定される労働者、④短時間労働者であって、急な需要が生じた場合にのみ臨時に雇い入れられる労働者などの種々の勤務形態があるとする（①をフルタイム、②をパートタイム、③を非定型的パートタイム、④臨時と分け、大多数を占める登録型訪問介護員を③にカテゴライズし

た)。そして、「利用者からの訪問介護サービスの利用申込みに連動して、月、週又は日の所定労働時間が非定型的に特定されるため、労働条件の明示、労働時間の把握、休業手当の支払、賃金の算定等に関して、労働基準法等関係法令上の問題点が多くみられる」として、法定労働条件の確保の要請が高いことにも触れている。

この通知は、訪問介護に従事する者について労働法令が適用される労働者であることを正面から認めたという点で大きな意義を有するが、オンコール労働やゼロ時間契約として、諸外国では規制の対象になっていることもある就労形態と共にこの「非定型的なパートタイム」労働について、分類まで示しながらも積極的に弊害を指摘し、必然的に生じる問題について抜本的に改善を図ることはなかった。

#### (ウ) 訪問介護員の報酬についての手当がされていないこと

訪問介護には、施設の介護とは異なり、必然的に移動・待機などが生じ、出来高払い方式で賃金が支払われることが基本とされれば、移動時間、待機時間、記録作成時間、連絡・調整時間などの付帯労働時間についての賃金の不払いが生じうることを、被控訴人は制度設計の当時から十分に認識していた。

しかし、当初から、介護報酬にはそのための手当をされなかつたばかりでなく、3年ごとの報酬改定においても、新たな事業などへの利益誘導のために加算や減算が繰り返されるばかりで、基礎報酬の抜本的引上げや移動時間分の賃金の支払いやキャンセル時の補償を行うための手当は行われなかつた。

訪問介護の短時間化が進んだことによって、さらに、移動が増え、移動時間が長くなり、拘束時間に比して賃金がのびない問題が発生し、これが訪問介護員の離職につながったことは、近時の爆発的な求人倍率の増加をみても明らかである。

#### (エ) 時間短縮の際に行われた「調査」内容

上述したとおり、2012年度の介護報酬改定で、在宅介護の生活援助

の基準時間が 60 分から 45 分に短縮された（「30 分以上 60 分未満」の基本的サービス提供時間を「45 分未満」にするというもの）ことについては、国会の厚生労働委員会で何度か議論がされている。

厚生労働省は、時間が短縮できる根拠として、洗濯、掃除など行為別の提供時間の調査結果があるとしたが、その内容がきわめてずさんであり、問題が多いものであることが指摘された。

たとえば、2011年12月1日の参議院厚生労働委員会では、田村智子議員が、以下のように質問した。「生活援助の行為ごとの組合せ時間なんという、こういうモデル図があるんですけども、例えば準備に6分、洗濯15分、掃除15分で36分、こんなモデル図があるんです。これ、例えば、洗濯機回している間に掃除していたって、それだって30分で洗濯機が全部回り終わって洗濯物を干せるなんということはないから、洗濯機回っているうちに洗濯物を取り出して干しなさいと求めているのと同じことなんですよ。こんなばかなことはないわけなんです。／何でこんな変なものが示されるのかなと思ったら、どうやら、基になった調査というのに大変な疑義があるわけです。このモデルを示すような基になった調査、一体いつ、どこに対して、回答締切りいつということで求めたものか、簡潔に御回答ください」

これに対して、厚生労働省の政府参考人が、「お尋ねの調査でございますが、これは厚生労働省の老健局老人保健課で、44都道府県を通じまして訪問介護事業所、地域包括支援センターなどに対して、本年3月の訪問介護の提供内容やケアプランについて、本年5月に調査票を配付し調査を実施したものでございます。／具体的には、訪問介護事業者がサービス提供記録を基に記載するということで、一ヶ月間の訪問介護サービスの提供回数、掃除とか洗濯などの生活援助の行為ごとの所要時間、その実績を把握したということでございます。要支援1から要介護5までの訪問介護サービス利用者3000人に対し調査票を配付し、92%の回答を得ているということでございます」と回答している（甲117）。

上記調査は「訪問サービスにおける提供体制に関する調査研究事業」と題するもので、2011年12月5日に開催された介護給付費分科会で資料として提供された（甲118）。

この調査の目的は、「利用者の同居家族の状況、状態像と訪問介護サービスの提供内容を調査」するものとされており、サービス提供時間の調査ではなかった。また、調査方法は、各都道府県から10保険者を任意に抽出し、保険者内の訪問介護事業所から要支援要介護度ごとに1以上を抽出し、「訪問介護事業所が、1月間に提供したサービスについて行為ごとの回数と時間を訪問介護サービス提供記録を下（ママ）に記入」するという方法であった。

訪問介護サービス提供記録には行為ごとの提供時間を記録することになつていないので、サービス提供記録をもとにしても、行為ごとの標準的な所要時間を検討することはできない。複数の行為を平行して行いながら（調理をしながら洗濯機を回す、掃除をしながら衣服の整理をするなど）処理をしているのが現実であるのに、記録をもとに実際にかかる時間を割り出すことなどはできないのである。そもそも、家事援助については、個別性が大きいことから、標準的な所用時間の検討の対象とされてこなかつたのに、個別性を無視して平均値だけを出したために、生活援助の報酬区分・行為ごとの平均サービス提供時間で、洗濯が16.6分、一般的な調理、配下膳が32.2分などという現実離れした数字が出てしまった。

本来、もし平均的な時間に関する調査を行うならば、サービス提供記録からではなく、現実のサービスについて実際の援助時間の計測を行って具体的に分析することが必要であった（そんなことは厚生労働省の担当者も当然に理解していたはずである）のに、それをせずに、生活援助の実態を反映しない不正確な調査を時間短縮の根拠にしたのである。

## エ 被害の結果回避可能性、容易性

介護労働部門での深刻な労働状況は決して不可避なものではなく、努力により抜本的な改善をすることが可能な領域である。

介護業界と同様、深刻な人材確保難に直面してきた建設業界では、国土交通省、業界団体、関連労働組合が協議し、下請け制度による弊害、社会保険不加入の蔓延などの状況に関して、立法措置を含め改善をしてきた。特に、国土交通省は、2007年に「建設業法令遵守推進本部」を設置し、建設業における労働法令の不遵守や労働保険・社会保険不加入などの改善を進め、同年に「建設業法令遵守ガイドライン～元請人と下請人の官営に係る留意点～」（現在第8版、甲119）を、2011年に「発注者・受注者間における建設業法令遵守ガイドライン」（現在第4版、甲120）を策定するなど、適正化を図るために活発な活動を続けている。

厚生労働大臣を含む厚生労働行政が適切に規制権限の行使を行い、事業所が労働基準法を遵守できるような適切な監督を行い、省令制定権限を適切に行使していれば、控訴人らの損害が生じなかつたことは明らかである。

#### 才 規制権限行使への期待可能性

介護保険制度上の介護サービスは、政府が財源を確保し、サービスの供給については民間が行うという「準市場」で取引されている。そして、このサービスは全て国（厚生労働大臣）によって報酬が決められおり、契約によっても変更することができないので、「公定価格」の性質を有する。国は3年おきに、介護報酬単価を変更し、社会保障審議会介護保険給付文化書きの議論を経て、介護報酬の設定、サービス提供時間の基準、事業所の指定基準の改定を決定している。

このような実態をふまえて、内閣官房に設置された公的価格評価検討委員会は、2021年12月、診療報酬、介護報酬、子ども子育て支援新制度など公的に決定されるサービス等の対価について「公的価格」と定義して、国として収入の引き上げを行う旨を明記している（甲80）。

厚生労働大臣は介護保険の制度設計、運営、維持を行っているのだから、積極的な権限行使を期待しうる。

#### カ 小括

以上より、厚生労働大臣は本件提訴の2019年当時、適切に規制権限

を行使すべきでありながらその行使を怠る状態にあったといえる。具体的な権限については以下のとおりである。

## 2 実効的な「指導・改善」を行わなかったこと

### (1) ディーセント・ワーク実現のための労働行政・労働監督の重要性

まず、労働行政・労働監督が、訪問介護員のような、制度から必然的に生み出される、構造的な労働者にディーセント・ワーク（働きがいのある人間らしい仕事）を実現するためにきわめて重要であることを指摘する。

第97回ILO総会で2008年6月に採択された「公正なグローバル化のための社会正義に関するILO宣言」（甲121）は、すべての人に対する完全かつ生産的な雇用及びディーセント・ワークという目標を、政策の主目的に掲げることを表明した。そして、ディーセント・ワークの実現に向けて、「雇用関係の認定、良好な労使関係の促進及び効果的な労働監督制度の構築など、労働法及び制度を効果的なものにすること」が重要であると指摘している（10頁）。

第100回ILO総会では「労働行政・労働監督」が議題にあげられ、「グローバル経済における労働者の移動性の増大と、労働者保護に不利益をもたらす雇用関係を偽装しかねない多様な勤務形態のために労働省および監督機関の保護・執行機能は特に課題に直面している」という認識が示され、「労働行政及び労働監督に関する決議」で、新たな労働環境変化が生じており、その中で労働監督が取り組むべき課題が指摘された。具体的には、「雇用関係が特殊な事業場」として在宅勤務・家事労働があげられ、「識別が困難な事業場」として新たな雇用形態、外部委託、複雑なサプライ・チェーンが掲げられ、在宅介護のような労働領域で、労働法を遵守させることが課題であることが課題であること、そのためには能動的な監督が必要であることが指摘されている（甲107）。

## (2) 厚生労働行政が行うべき能動的監督義務

介護保険法の施行後、厚生労働省は、一方では、自治体や事業者を指導・管理し、公的な費用負担を担う介護事業の推進・運営主体であったが、他方では、労働行政、とくに労働基準監督署などが行う労働監督の主体として労働者を保護すべき主体であった。本来、介護労働者の保護が適切に行われていれば、事業運営と労働行政・労働監督の立場が大きく矛盾することはなかったはずである。

また、たしかに、事業所には、雇用している労働者のために労働基準法に適合した労働環境を実現・維持する責任があり、労働基準法違反の事案が発生した際には、当該労働者が働いている事業所が一次的にはそれを是正し、発生した損害を賠償すべきである。しかし、ある制度内において、事業所が労働基準法を遵守した労働環境を実現することができない状況があった場合には、不可能なことを求めるわけにはいかないので、厚生労働行政の規制権限が積極的に行使されなければならない。

訪問介護員の労働条件について労働基準法が遵守されていない実情の改善を求めて、2004年、2009年、2021年に通知を発出したことで明らかのように、訪問介護員の劣悪な労働環境は、2000年に介護保険制度が発足してからほとんど改善されていない。通知が繰り返されていることから、厚生労働省も同様の認識を有していることは、被控訴人も争わないであろう。

そもそも、被控訴人の制度設計において「非定型的パートタイム」(2004年通知)という、当時他には例をみない形態の労働者が訪問介護を担うことが予定されていたこと、そのような形態であることから必然的に訪問介護員の立場は脆弱であり、処遇改善のために声を上げるのが難しい状態におかれていること、訪問介護員の報酬は「公定価格」としての性質を有することなどの事情からして、厚生労働行政は、個々の申告に応じた受動的な労働監督のみならず、能動的な監督権限の行使を行うべきであった。具体的には、時期ごとに達成目標を設定した集中的計画的な労働監督であ

る。

### (3) 控訴人らの事業所に提訴後に入った調査の内容

本件提訴後に、控訴人らの事業所には、それぞれ調査が入っている。

控訴人藤原の就労する事業所には、2019年6月4日付で、三鷹労基署が、休憩時間、休日労働、時間外労働、賃金台帳への記載の点について、是正勧告を行ったが、2020年3月4日までに是正措置をとった。2023年1月20日には、安全衛生管理活動について調査があり、健康診断結果の医師からの意見聴取を「健康診断個人票」に記載すべきであること、2021年に発生した腰痛災害について、衛生委員会などで労働愛害防止対策を検討する必要があると指摘された。しかし、いずれにおいても、待機、移動、キャンセルへの言及・勧告などはなかった。

控訴人伊藤の就労する事業所を運営する企業は、業界大手であり、労働基準監督署の定期監査を受けているはずであるが、詳細については不明である。しかし、待機、移動、キャンセルへの言及・勧告はなされていない。控訴人佐藤の就労する事業所には、2020年ごろ須賀川労基署が調査と指導を行った。同労基署は、36協定に基づく時間外労働、年次有給休暇所得管理、産業医による健康管理等について指導を行ったが、勤務間移動時間やキャンセル時の事業所が行うべき対応についての、調査や指導は行われていない。

提訴を受け、控訴人らが労働基準法が遵守されていないと訴えていることについて、厚生労働省を通じて各所轄労働基準監督署は認識を有しており、そうであるにもかかわらず、待機、移動、キャンセルについていずれも問題にされていない。ある意味受動的な規制権限の行使すら行われていないのが現状である。

### 3 財政的基盤の整備を懈怠したこと

#### (1) 介護報酬制度の仕組み

介護報酬算定の根拠となる点数として、「移動」は含まれておらず、待機時間やキャンセルについては、サービスの提供がない以上、原則として、介護報酬が支払われることが予定されていないことは、これまで主張してきたとおりである。そして、多くの事業場が介護報酬を収入の最大の柱としていることからすれば、移動や待機、キャンセルなどによる負担が想定された上で、サービスに要する費用の額の算定基準が決定されていなければ、事業場は労働者に、労働基準法を遵守した労働時間の計算を行い、賃金の支払いを行うことができない。

被控訴人は、控訴人らの「介護報酬は定められたサービス提供に対する対価であり、訪問介護業務には必ず付随することになる、移動、待機、介護記録作成や業務連絡などに対する賃金部分が別途想定されているわけではない」という主張を否定するだけで、どのような調査を行って実態を把握し、その実態をどのように考慮して算定基準を決定しているのか、算定基準のうち、移動、待機、介護記録作成や業務連絡にかかる時間に相当する部分はどの程度にあたるのかについて、原審においても、控訴審においても具体的に説明していない。控訴審では、「介護報酬給付分科会では、介護労働者に対して支払われた給与も含めたあらゆる費用を総合的に勘案して審議しており」「厚生労働大臣は、その当審を受け、本件告示の改正（報酬改定）を行っているものである」との主張が出てきた（答弁書32頁）が、この主張についても裏付けは示されていない。

被控訴人は、各介護報酬改定時において、「介護報酬給付分科会で、介護労働者に対して支払われた給与も含めたあらゆる費用を総合的に勘案して審議された」と主張するが、その点については、以下のとおり、釈明を求める。

介護報酬給付分科会において、各介護報酬改定時に、

1) どのような資料に基づいて、移動時間、待機時間、書類作成時間にか

かる費用について、事業所全体の収益部分から事業者が適切に配分することが可能であると判断しているのか。その判断の理由はいかなるものか。

2) 上述した2004年通知、2009年通知及び2021年通知発出後に、それぞれ、その通知をふまえて、労働基準法を遵守した上で訪問介護員の報酬を支払うことができるのかについて検討したことがあるのか。あるとすれば、その内容いかん。

## (2) 適切な調査を実施していないこと

### ア 現在実施されている調査

厚生労働省が、現在、介護・高齢者福祉の分野で、施設や従業員に関する資料を収集するために行っている調査は、以下の4調査である。

各サービス施設・事業所の経営状況を把握し、次期介護保険制度の改正及び介護報酬の改定に必要な基礎資料を得るために実施されているのが、①介護事業経営実態調査（報酬改定3年目の5月に改定2年目の1年分の調査を行うもの）及び②介護事業経営概況調査（報酬改定2年目の5月に改定前後の2年分調査を行うもの）であり、それぞれ3年に1回実施される。全国の介護サービスの提供体制、提供内容等を把握することにより、介護サービスの提供面に着目した基盤整備に関する基礎資料を得ることを目的とするのが、③介護サービス施設・事業所調査であり、毎年実施されている。「介護報酬改定が介護従事者の処遇改善に反映されているかの検証を行うとともに、次期介護報酬改定のための基礎資料を得ること」を目的として実施されるのが、④介護従事者処遇状況等調査である。

しかし、それぞれの調査は、訪問介護員の労働実態の調査することを目的とするものではなく、事業所を経由して実施されるものであることから、事業所自体が「労働法を遵守していない」実態を認めて回答することは考えにくく、訪問介護員の労働実態は明らかにならない。

### イ 実態の把握のために必要な調査

訪問介護員を対象として、雇用形態、雇用期間、賃金額、拘束時間、移

動手段、移動回数や距離、移動手段の経費負担の方法、移動時間に対する賃金の支払いの有無や方法、待機時間の発生する頻度や回数、待機時間の労働者の過ごし方、待機時間に対する賃金の支払いの有無や方法、キャンセルが生じる頻度、キャンセルが生じた際の労働者の過ごし方、キャンセルに対する賃金の支払いの有無や方法など、労働条件が事前に示されているか、シフトがどのように知らされているかなど、労働基準法が遵守されているかどうかについての実態調査が、被控訴人もしくは被控訴人が第三者に委託するなどして行われたことはない。

しかし、そのような調査が行われなければ、適正な介護報酬の算定基準の決定はできないはずである。

#### ウ 「調査」に関する国会審議

2005年6月14日の参議院厚生労働委員会では、訪問介護員の「移動時間」に関する議論が行われ、調査の必要性についても触れられている（甲122）。

共産党の紙智子議員が、出身地である北海道のある事業所で働く登録型ヘルパーの例をあげて、説明をした上で質問している。

30分サービス 時給1055円 賃金は月7万3850円

移動手当 1回 150円、バス代を合計して月8万7000円

移動時間18時間、報告の作成時間4時間については賃金が出ていない。

介護報酬は、

1時間2080円から時給+移動手当+バス代をひくと400円

そこから30分の移動時間、記録時間の給与として仮に500円を支払うと事業所は赤字になり、事業所の家賃、サービス提供責任者の人件費、社会保険料などは持出しになる計算

紙議員は、以上の実例を紹介した上で「現在の介護報酬の水準や仕組みでは、幾ら労基法を守りなさいと、移動や待ち時間、記録時間に賃金を支払いなさいと言っても、これ困難じゃありませんか」と質問した。これに対し、尾辻秀久厚生労働大臣は、「私どもは、介護報酬はちゃんとこれま

た皆さんで御議論いただきて、お決めいただいた上での設定をいたしておりますわけでございますから、それに基づいて介護報酬を決めておる、額を決めておるということでございます。／また一方、働いておられる方々の権利というのは当然あるわけでございまして、そうした関係法令にきっちり照らし合わせて、働く方は働いていただく、使用者側はそれでちゃんと働いてもらうということをやってもらう。これがまた当然のこととございますから、そのことを、極めて建前でありますけれども、申し上げざるを得ませんと「建前」を述べた。

紙議員が、「やっぱり本当に現場では、それは払いたいということもあるわけですけれども、実態としてこの介護報酬が低いために苦労しているわけですよ。それで、事業者が本当に苦労して、通達を実行した場合には今の介護報酬で経営できないと。それらの実態調査を、どうなっているかということをまず実態調査を行ってほしいと。それで、来年度の介護報酬の改定の際に何らかの公的な措置によってやっぱり改善を図ることを、これ検討すべきじゃないかというふうに思うんですけども、いかがでしょうか」と質問したのに対し、厚生労働省の政府参考人は、「それぞれの事業所の経営状況に関する実態調査などは介護報酬改定の際にさせていただいておりますし、先ほど委員は15年4月の改定でヘルパーさんの給与下がったというお話をございますが、ちょっとそこは、訪問介護につきましてはプラスの改定をしておりますので、どうしてそういう事態が起こっているのか。そういう事態であれば、そういうことがどうして起こっているかということも私ども把握させていただき、18年4月の介護報酬の改定に向けて作業をしてまいりたいと思います」と調査を行うとは述べている。

「今、実態調査をやっていると言ったんですけども、こういうふうに実際、事業者の皆さんのが今の介護報酬じゃできないというふうに言っていることについては調べられたんですか」という紙議員の質問に対して、同政府委員は「介護報酬、15年4月の介護報酬の改定前にも実態調査をや

っておりますし、今度もさせていただきます」と述べ、事業所の経営実態調査と異なる、労働者の労働条件にふみこむような調査を行うことまでは明言していないが、調査の必要性については認めている。

ただし、その後、介護事業所実態調査以上の調査が実施されたかどうかは明らかではない。

以上