

令和元年（ワ）第29483号 国家賠償等請求事件

原告 藤原路加外2名

被告 国

第2準備書面

2020年11月2日

東京地方裁判所民事第12部合議C係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 山本志都

同 弁護士 大棒洋佑



本準備書面において、原告らは、第1準備書面の主張を補充する。

1 国家賠償法1条1項の「違法」の意義（原告第1準備書面4頁の補足）

（1）規制権限不行使が問題になる事例

ある者の行為や自然現象などが直接の原因となって他のあるものに被害が発生した場合、関係行政主体は、法令等に基づき被害発生に至るまでに何らかの予防・防止措置を講ずることが可能であったにもかかわらずその措置を講じなかつたときは、規制権限を行使しなかつたことによる責任を負うのかが問題となる。

私人とは異なり、行政主体には、私的自治の原則が妥当するわけではないから、特に、市民の安全や健康という法益を保護するため必要な場合、一定の損害発生の蓋然性や危険性・有害性が認識できるときには、適切な時点に

において、一定の措置を講ずべき適切な意思決定を行うべき義務を負うと考えるべきであり、この場合の違法判断では、公権力の行使により侵害される権利・法益とそれにより保護される権利・法益との衡量が重要な要素となる。

そして、市民の生命・健康の維持が権限行使の目的である場合には、行政庁の規制権限の裁量性を重視すべきではない。後述する判決や裁判例も「規制権限の不行使が著しく合理性を欠くこと」を求め、規制権限を求めた法律の趣旨・目的やその権限の性質等に照らし、当時の専門的知見等を踏まえて予測された被害の有無・内容、講じられた規制措置の内容等、さまざまな具体的な事情を総合して行為規範との整合性の有無を判断することで、保護法益の性質等の要素を重視する結論に至っているようにみえる。以下、判決裁判例を概観する。

(2) 規制権限不行使の違法性に関する最高裁判決

被告は、答弁書において、国の規制権限不行使の違法性に関する最高裁判決として、宅建業者訴訟最高裁判決（最判平成1年11月24日民集43・10・1169）、クロロキン薬害訴訟最高裁判決（最判平成7年6月23日民集49・6・1600）、筑豊じん肺訴訟最高裁判決（最判平成16年4月27日民集58・4・1032）の3つの判決を上げているが、関連する判例としては、水俣病関西訴訟最高裁判決（最判平成16年10月15日民集58・7・1802）も存在する。

これら4つの最高裁判決においては、「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、その性質に照らし、その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ものと解する」という規制権限不行使の違法性の一般的な枠組みが共通して示されているが、具体的にどのような事情の下において著しく合理性を欠くと認められるかは具体的な事情による。

ア 宅建業者訴訟

宅建業法監督権限不行使訴訟は、京都府知事から免許を受けた宅建業者が手付金や中間金を流用するなどの不正行為を行い、これによって損害を受けた原告が、京都府に対して、知事が業者に対して宅建業法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たものである。

最高裁は、宅地建物取引業法の免許制度の趣旨は、「直接的には、宅地建物取引の安全を害する恐れのある宅建業者の関与を未然に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行を確保する趣旨に出たものにほかならない。」業務停止や免許取消処分についても、「要件の認定には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」として、免許更新後は担当職員が業者と被害者との交渉の経過を見守りながら被害者救済の可能性を模索しつつ行政指導を続けてきたなどの事実関係の下では、権限不行使に国賠法1条1項の「違法」は認められないと判断した。

イ クロロキン薬害訴訟

クロロキン薬害訴訟判決では、厚生大臣は特定の医薬品を日本薬局方から削除し、またはその製造承認を取り消すことや薬事法上の諸権限を前提としも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等の権限を有するが、本件具体的な事情の下で、厚生大臣が「薬事法の権限を行使してクロロキン網膜症の発生を防止するための措置をとらなかつたことが、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、その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとまでは認められず、国家賠償法1条1項の適用上違法ということはできない」と判断された。

ウ 筑豊じん肺訴訟

一方、筑豊じん肺訴訟判決では、最高裁の判断定式のもとで「違法」を認めている。

すなわち、鉱山保安法は、鉱山労働者に対する危害防止等を目的とし、職場での労働者の安全・健康確保を目的とする労働安全衛生法の特別法としての性格を有するから、鉱山保安法に基づく保安規制権限は、鉱山労働者の労働環境の整備、その生命、身体に対する危害防止、健康確保を主要な目的として、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、適時にかつ適正に行使されるべきである。

それゆえ、通商産業大臣は、遅くとも、1960年（昭和35年）3月31日のじん肺法成立の時までに、「じん肺に関する医学的知見及びこれに基づくじん肺法制定の趣旨に沿った石炭鉱山保安規則の内容の見直しをして、石炭鉱山においても、衝撃式さく岩機の湿式型化やせん孔前の散水の実施等の有効な粉じん発生防止策を一般的に義務付ける等の新たな保安規制措置を執った上で、鉱山保安法に基づく監督権限を適切に行使して、上記粉じん発生防止策の速やかな普及、実施を図るべき状況にあったというべきである。そして、上記の時点までに、上記の保安規制の権限（省令改正権限等）が適切に行使されていれば、それ以降の炭坑労働者のじん肺の被害拡大を相当程度防ぐことができたものということができる。」「本件における以上の事情を総合すると、昭和35年4月以後、鉱山保安法に基づく上記の保安規制の権限を直ちに行使しなかったことは、その趣旨、目的に照らし、著しく合理性を欠くものであって、国家賠償法1条1項の適用上違法というべきである。」

エ 水俣病関西訴訟

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「水俣病」患者を原告とし、チッソに対して不法行為による損害賠償を請求するとともに、国及び県に対し、チッソ水俣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について規制権限不行使の違法があるなどと主張して、国賠法に基づき損害賠償を請求した水俣病関西

訴訟においても、最高裁の判断定式の下で、規制権限不行使の違法性が認められた。

水質二法（「公共用水域の水質の保全に関する法律」と「工場排水等の規制に関する法律」）は、公共用水域の水質の保全を図り、公衆衛生の向上に寄与することなどを目的とする法律である。同法は、そのための規制権限として、特定の公共用水域の水質の汚濁が原因となって公衆衛生上看過し難い影響が生じた場合に、当該水域を指定水域に指定し、水質基準（指定水域に排出される水の汚濁の許容限度）を定めること、污水等を排出する施設を特定施設として定めること、特定施設から排出される工場排水が水質基準に適合しないときに、排水の処理方法の改善、当該特定施設の使用の一時停止その他必要な措置を命ずべきことなどを定めていた。

国においては、1959年（昭和34年）11月末時点で、①水俣湾周辺住民の生命健康に対する深刻かつ重大な被害が生じ得る状況が継続していると認識していたこと、②水俣病の原因物質がある種の有機水銀化合物であり、その排出源がチッソ水俣工場のアセトアルデヒド製造施設であることを高度の蓋然性をもって認識し得る状況にあったこと、③排水に微量の水銀が含まれることの定量分析も可能であったことからすると、水俣湾周辺海域を指定水域に指定すること、工場排水から水銀又はその化合物が検出されないという水質基準を定めること、アセトアルデヒド製造施設を特定施設に定めることといった手続を執ることが可能であった。そして、この手続に要する期間を考慮に入れても、同年12月末には、水質二法に基づく規制権限を行使して、同工場のアセトアルデヒド製造施設の使用停止等の措置を執るように命ずることが可能であり、しかも、水俣病による健康被害の深刻さにかんがみると、直ちにこの権限を行使すべき状況にあった。また、この時点では上記権限が行使されていれば、水俣病の被害拡大を防ぐことができたことも明らかである。「本件における以上の諸事情を総合すると、昭和35年1月以降、水質二法に基づく上記規制権限を行使しなかったことは、水質二法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、

著しく合理性を欠くものであって、国賠法1条1項の適用上違法となる。」

また、熊本県についても、当時の同県漁業調整規則は、水産動植物の繁殖保護に有害な物を遺棄してはならないこと、これに違反する者に対し除害に必要な設備の設置を命ずることができることなどを定めていたのであるから、本件の事実関係の下において、同規則による権限を行使しなかったことは違法である、と判示した。

才 考慮されるべき要素

最高裁は、前2例においては、規制権限を行使する時期、態様、行使要件の認定について、行政庁の裁量に委ねられていることを認めるが、後2例については、行政庁の裁量を問題とせず、規制権限は「適時にかつ適切に行使されるべきもの」であることを明示した。

上記判例で考慮された要素については、まず原告が求める規制措置との関係で、その権限の根拠法規がどのような利益を保護することを予定しているのか、法の趣旨・目的が問題にされている。そして、次に、権限の不行使が問題にされた当時、行政当局が把握していた被害の状況がどのようなものであったのかが問題となる。その時点で、既に重大かつ深刻な被害が発生しており、それを行政側も認識しており、その被害の防止を他の方法で行うことが困難である場合には、規制権限の行使により侵害される利益が大きいというような特別の事情がない限り、規制の必要性が認められるべきである。この様な事情が認められたのが後2例であるといえる。

(3) 労働基準・労働安全衛生関係の裁判例

上記判例を受けて、下級審においては、泉南アスベスト訴訟地裁判決（大坂地判平成22年5月19日判時2093・3）、抗がん剤イレッサ東京地裁判決（東京地判平成23年3月23日判時2124・34）、首都圏アスベスト神奈川事件地裁判決（横浜地判平成29年10月24日判例秘書）や同東京高裁判決（東京高判平成29年10月27日判時1444・137）、東京地裁判決（東京地判平成24年12月5日判時2183・194）など

を始めとする各地の建設アスベストによる健康被害に関する国の責任を認める裁判例が続いている。

このような流れは、環境や薬事、労働安全行政については、環境の保全が国家の責任と考えられるようになってきたことが大きく影響している。

なお、本件との関係では、知的障害者虐待訴訟（大津地判平成15年3月24日判時1831・3）が参考になる。

同裁判例は、知的障害者である原告らが、勤務していた会社の経営者である被告Aから暴力行為等を受けたこと、適正な賃金が支払われないなどの劣悪な労働条件等の下で労働を強いられたこと、障害基礎年金を横領されたこと等について、被告Aに対し損害賠償を請求するとともに、知的障害者更生施設や福祉事務所等には必要な調査等を行わなかった違法があると主張して被告滋賀県に対し、また、労働基準監督署や公共職業安定所にも必要な指導等を行わなかった違法があると主張して被告国に対し、それぞれ損害賠償を請求したものである。

判決は、Aの責任を認めた上で、滋賀県及び国に対する損害賠償請求を認容した。

被告滋賀県との関係では、知的障害者更生施設及び身体障害者更生施設について、障害者の実習中に職場の適否について調査をすべきであり、施設を退所した後でも、障害者が職場等に適応できなくなる危険があるような一定の場合には退所した障害者の就労状況等の調査などをすべきであり、これらを怠った場合には違法になる場合があるとした。そして、当該施設は、実習中には必要とされる調査等を行っており、違法はなかったとしたものの、施設退所後については、死亡した障害者との関係において、当該障害者が被告Aから権利侵害を受ける危険が存在することを認識し得たのに就労状況等を確認するなどしなかった違法があるとし、当該不作為と死亡との因果関係を認めて、被告滋賀県に対する損害賠償請求を認容した。

さらに、被告国との関係では、労基署等について、その権限行使は監督機関の判断に委ねられているものの、労働者に対する権利侵害を認識し得る場

合には、監督機関の権限不行使が違法となる場合があるとした上で、権利救済の申立てや障害者からの匿名の手紙があったという本件の具体的事情の下において、労基署が調査等を行わなかったことは違法であったとした。また、公共職業安定所についても、その業務の遂行は職安の判断に委ねられているものの、障害者が職場に適応することが困難な事情が存在することを認識しうる場合には、職安の不作為が違法となる場合があるとした上で、死亡した障害者について就職後の指導を行わなかったことは違法であったとした（他の原告らについては、上記事情の存在やその認識可能性がなかったとして違法とはならないとした。）。

本件では、県及び国の責任の根拠については、関係法規等から直接導き出しておらず、知的障害者福祉行政に関する法律の規定や機関等設置の趣旨、当該機関と障害者との実質的な関係等を検討した上で、当該機関等が障害者に危険や権利侵害等が生じる可能性を認識し得たような場合には、障害者に対する指導等を行わないという当該機関等の不作為が違法となる場合があることを説いた。

すなわち、同裁判例は、労基法について、「労基法は、労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たす最低の労働条件の基準を定め（同法1条）、その確保を使用者に義務づけてこれを民事上実現する（同法13条）とともに、罰則を設けてこれに違反する使用者に刑事罰を科すこととし、その実効を確保している。したがって、労基法の定める基準に沿った労働条件の確保等は、第一次的には使用者の義務とされ、国は後見的立場からその義務履行を監視し、場合によっては罰則の圧力によって違反行為の発生を未然に防止し、又は違反状態を是正させるべく行政的監督を行うものであって、この行政的監督指導を効果的に遂行させることを目的として置かれているのが、労基署等の監督機関である。／そして、労基法は、監督機関である労働基準監督官に対し、事業場、寄宿舎その他の附属建設物に臨検し、帳簿及び書類の提出を求め、又は使用者もしくは労働者に対して尋問を行う権限（臨検尋問権—労基法101条）、附属寄宿舎が安全及び衛生に関して定め

られた基準に反し、かつ労働者に急迫した危険がある場合においては、使用者に対してその全部又は一部の使用の停止、変更等を即時に命じる権限（即時処分権一同法103条）を付与し、また、労基法違反の罪について、労働基準監督官は、刑事訴訟法に規定する司法警察官の職務を行う（同法102条）としているのであるが、上記のような監督機関の役割に照らすと、これらはいずれも行政的監督の実効性を確保し、使用者をして労基法に定められた義務を履行させることを目的として付与された権限であると解される。」とし、行政的監督や権限行使には一定の裁量（監督機関の合理的な判断）があることは前提としながらも、「しかし、一方で、労基法は労働者の最低の労働条件を確保することを目的としており、監督機関による使用者に対する行政的監督等も、労働者の労働条件確保を最終的な目的としていることはいうまでもない。そして、上記（1）のとおり【代理人注：労基署の権限をさす】、監督機関には強力な権限が付与されていて、その行使も究極的には当該事業場における労働者の権利保護を目的としてされるのであるから、監督機関には行政的監督等を適切に行うことが要請されるのであって、その有している情報等から、労基法等の労働関係法規の違反による労働者に対する権利侵害を認識し得る場合において、これに対して行政的監督やそのための権限行使を行わないことがその合理的な判断として許される範囲を逸脱したときは、その不作為は、当該労働者との関係において国家賠償法1条所定の違法行為にあたるというべきである。」との判断を示している。

2 被告の規制権限不行使を基礎づける前提事実（原告第1準備書面8頁の補足）

（1）原告らの事業所において労働基準関係法令違反が存在していること

原告ら3名につき、2018年1月ないし2019年12月の稼働状況について分析した表を添付する（甲17ないし甲19）。

これらの表は、各原告について、稼働した日について、各利用者宅におい

て提供したサービスの種別、そのものの労働時間、既払賃金、実際に利用者宅に移動するのに要した移動時間あるいは利用者宅までの移動距離を整理し、待機時間（B）、キャンセル・移動時間（C）、そのうち休憩時間相当分（D）を計算して、当月の各原告の平均時給から $B + C - D$ の未払賃金合計を算出したものである（平均賃金は、原告藤原及び原告伊藤については、サービス内容によって時給が異なるため、総支給金額をサービス提供時間で割って算出し、原告佐藤については、時給が一律であるため、契約上の時給とした）。

ア 移動時間について

原告藤原については、移動時間について賃金の支払いはない。

原告伊藤については、利用者宅間の距離を Google マップ上で計算して移動にかかると割り出された時間分について「移動手当」が支給されるが、あくまでも距離に基づく計算上の時間であり、現実にかかる移動時間について賃金が支払われているわけではない。

原告佐藤については、距離 30 キロを移動時間 1 時間とみなし、移動距離を換算する方式で手当が出ているが、現実に係る移動時間について賃金が支払われているわけではなく、しかも移動に利用するのは自分の所有・管理する自家用車であり、ガソリン代のすべてが保障されるわけではない。

イ 待機時間について

待機時間については、当該時間の自由利用が労働者に保障されていないと認められる場合には、労働時間に該当するが、利用者宅と利用者宅との間の時間については、自由に使えるわけではなく、公共の場所や店舗、コンビニの駐車場などで時間をつぶすことがほとんどであり、これらについても待機時間として計算した。

原告 3 名ともこの待機時間について、賃金や手当は支給されていない。

ウ キャンセル料について

使用者の責めに帰すべき事由により、労働者を休業させた場合には、使用者は、休業手当として平均賃金の 100 分の 60 以上の手当を支払わな

ければならないとされている。

利用者の自宅でしかも利用者と接近してサービスを提供するという在宅介護の特質から、ホームヘルパーは、利用者が入院する・ショートステイで留守にする、死亡する、サービス提供を受ける日時を失念する、感染症を心配する（近時では「新型コロナウィルス感染症が心配だから訪問するな」と言われる）、利用者自身の体調が悪いなど利用者側のさまざまな理由で、予定していたサービスを提供できなくなることに頻繁に遭遇する（ホームヘルパー側の事情によらず、利用者の事情で予定していたサービス提供ができなくなることを「キャンセル」という）。しかも、それらのキャンセルは、入院などでなければ事前に把握できないことが多い。

原告藤原は、各月末に行われる事業所のミーティングで翌月1ヶ月の勤務予定表の配布を受けている。原告伊藤は、毎月末に翌月1ヶ月の予定をオンラインで送付されている。原告佐藤には、2週間ごとに翌2週の予定がオンラインで送付される。本来であれば、上記のような「キャンセル」が発生し、サービス提供ができなくなった場合には、原告らホームヘルパーは原則として平均賃金の100分の60のキャンセル料の支払いを受けることができるはずである。

しかし、原告ら3名はいずれもそのようなキャンセル料の支払いを受けていない。

原告伊藤及び原告藤原は、当日キャンセルが発生したものについて、「最低賃金」の100分の60の手当が支給されているだけである。

原告佐藤は、訪問したが不在もしくは訪問したその場でキャンセル担った場合のみ、時給の100分の60のキャンセル料が支給される。

エ きわめて不安定な雇用形態

結局、実質的に拘束されている時間のうち、移動時間や待機時間には時給が発生せず、キャンセル料も特定の場合にしか支払われないことによって、登録型ホームヘルパーの労働形態は、実際には、変形労働時間制の労働ではなく労働時間が特定されない雇用契約（いわゆるゼロ時間契約）に

近いものに変質してしまっている。一定の労働時間の保障がないために収入額が全く一定しないのである。実際、長年にわたってホームヘルパーとして働いてきた原告藤原は、数年前に、利用者の入院待機・死亡等が重なって、前月に比べて月8万円の減収となったことを経験している。甲17ないし甲19の月額合計の既払い賃金欄を見れば、月々の収入の増減がとても大きいことが分かる。

原告らを含む登録型ホームヘルパーの就労環境はきわめて不安定である。

オ 原告らだけでなく多くのホームヘルパーに賃金未払いが生じていること
賃金未払いや過酷な就労環境といった事情は、ホームヘルパーとして働く多くの労働者に共通している。

原告らは、本年7月から、ホームヘルパーとして現在稼働しているか1年以内に稼働していた人を対象として、在宅介護の内容・賃金、仕事に伴うリスクなどについて、実態調査のアンケートを行い、10月初旬までに約690名の回答を得た。

現在、アンケート結果について集計・分析の作業にかかっている。後日、このアンケート結果を援用して主張を補充する。

(2) 上記状況が介護報酬の設定によって生じていること

ア 前提

訪問介護は介護保険サービスの中核的なものであり、また、利用者の自宅を個別訪問し、各利用者の状況やニーズにあったサービスを提供するという性格上、ほかの介護保険サービスに比してより労働集約的な性質を有する。

この賃金水準を評価する基準となるのが介護報酬である。介護報酬とは、事業者が利用者に介護サービスを提供した場合に、その対価として事業者に対して支払われる報酬のことをいう。よって、介護報酬は事業者にとつて、ストレートに収入の多寡に直結していく。

介護報酬は基本部分と加算部分から構成されるが、近年の介護報酬改定においては、基本部分が引き下げられてきた。2003年の改定では全体で2.3%、2006年の改定では全体で2.4%、2015年の改定でも2.3%の引下げが行われている。一方で、夜間・早朝加算、特定事業所加算、介護職員処遇改善加算など種々の加算が行われてきた。しかし、介護報酬体系が複雑化されることによってサービスの妥当性が見えにくくなり、また加算部分は必ずしも各介護労働者の処遇の改善に結びついていない。

そもそも、訪問介護については、非常勤かつパートの女性が就労する場として構想され、編成されてきた。そして、訪問介護サービスは施設や通所系のサービスとは異なり、要介護度に応じた介護報酬単価が設定されておらず、1回当たりいくらの設定になっている。このことは、介護保険の制度設計をする際の医療保険福祉審議会介護給付部会での議論によって、訪問介護については、サービスに要する時間を念頭において、標準的なサービスの組み合わせを考慮して介護報酬を設定することが現実的であり、介護の必要の程度がサービスの内容や時間に現れることになるので、要介護度別に評価する必要はないと考えられたことによる。また、訪問介護における報酬単価の算定方法において身体介護に報酬が傾斜配分されたのは、身体介護のサービス提供時間が生活援助よりも多いと想定されていたことが理由とされた。

しかし、日本の訪問介護サービスは、生活援助と身体介助とに峻別されているところ、現実には、訪問介護のうち「生活援助」においては自立度の高い利用者に対するサービス提供が多くなり、利用者の要介護度が高くなるほど平均利用時間や延べ利用回数は減少する傾向がある。つまり、生活援助においては、利用者の介護の程度がサービスの「時間」にあらわれているとはいはず、実態は上記前提とは異なっている。また、厚生労働省のデータでも、要介護状態区分別にみた訪問介護内容類型別受給者数の利用割合は、身体介護と生活援助はほぼ同数になっており、生活援助の割合

は増加傾向にある。この点も、介護報酬単価設定当初の前提とは異なっている。つまり、「生活援助」の基本報酬の単価設定は、現在の状況を前提にした場合に妥当であるといえるのか、そもそも問題があると言わざるをえない。

イ 近時の「効率化」を目的とする介護報酬改定

近時、効率重視の介護報酬改定が行われることによって、短時間のサービスが介護報酬上評価される傾向が顕著になった。

2012年報酬改定によって、生活援助2：30分以上60分未満 229単位、生活援助3：60分以上 291単位だった（2009年）のが、生活援助2：20分以上45分未満 190単位（マイナス39単位）、生活援助3：45分以上 235単位（マイナス56単位）と変更された。これは30分あるいは60分であったサービス時間が20分、45分になるということであり（45分以上提供しても見返りはないので、45分が上限となる）、サービスの短時間化にインセンティブを与える報酬体系に移行している（時間あたり介護報酬は引き上げられたことにはなる）。

その後、2015年報酬改定によって、時間はそのまま、生活援助2：183単位（マイナス7単位）、生活援助3：225単位（マイナス10単位）途端かが引き下げられ、2018年報酬改定では、さらに生活援助2：181単位（マイナス2単位）、生活援助3：223単位（マイナス2単位）と引き下げられた（甲20・53頁表参照）。

ウ 「生活援助」のサービス縮小・利用制限

この傾向は2006年から一貫して続いている。2006年からは利用時間の上限がなかった生活援助サービスの提供上限が60分となり、同居家族のいる場合は原則として「生活援助中心型」利用が制限された。そして、2012年にはこれが45分とされたのである（身体介護については、所要時間1時間以上の場合は30分増す毎にわずかではあるが加算が可能だが、生活援助には45分を超えるサービスについては全く報酬の評価はなされない）。

これによって、生活援助中心型の介護サービスを提供するヘルパーは慌ただしく業務をこなさなければならなくなり、利用者とのコミュニケーションも十分にとれなくなってしまった。本来、在宅生活の援助（ホームヘルプサービス）は、利用者ができるだけ長く自宅で生活できるように支えるという意味で、掃除、洗濯、食事の準備などのいわゆる生活援助が中心となるのが当然であって、生活援助サービスは高齢者の自立を助け、高齢者の生活の人間らしい生活を維持するために必要不可欠なサービスといえる。また、ホームヘルプは単に、家事援助や身体介護にとどまるものではなく、それらを通じて問題を発見し、要支援者、家族、環境に働きかける技術であり、衣食住を通じて利用者の意欲や機能を引き出し、自立を支援する機能も有する。つまり利用者との会話も、利用者の心身の状況を把握するという観点からも重要な要素であるが、サービス提供時間が45分に短縮されたことによって、十分に行うことができなくなっている。このことは、多くのヘルパーが「たとえ賃金は低くても、ヘルパーの仕事は、利用者とコミュニケーションをとり交流する中で、利用者の生活を支えている実感を得られることにやりがいがある」と感じていた仕事の意義を奪うような変化であった。

エ 「サービス効率化」がもたらす影響

(ア) 細切れサービスによる賃金不払いの増大

もともと、訪問介護労働は、細分化されたスポット労働という特徴を有していた（甲15など）が、上述した介護報酬体系の変化から、事業所は短時間の訪問を数多く積み重ねていかざるをえなくなった。

訪問時間が短時間化されると、1回当たりの訪問時間は従来よりも短くなる一方、重度の利用者などより多くのサービスを必要とする利用者には、より多くの訪問回数が必要となるが、それによって、移動時間や記録作成時間など労働時間とカウントされない拘束時間はより増大し、ヘルパーの労働条件はさらに悪化している。

(イ) 介護職員不足の深刻化と労働環境の悪化

厚生労働省は、2015年、団塊の世代が75歳以上になる2025年には介護職員が38万人不足すると公表した。特に、訪問介護職の不足は深刻で、2019年度の有効求人倍率は13.1倍、全ての職種平均の9倍の高さ、介護職全体の平均の3.95倍と比べても3倍以上の高さとなっていることは、広く報道され、「ホームヘルパー絶滅」が危惧されるに至っている。本年8月19日の「社会保障審議会介護給付費分科会」では、ホームヘルパーの有効求人倍率が15倍を超えたことが明らかにされた（甲21）。

しかし、本来、国内には介護人材は十分存在する。2018年度末の介護福祉士登録者数は156万人、介護福祉士、介護職員初任者研修・介護福祉士実務者研修、ホームヘルパー1級・2級の資格を有する、ホームヘルパーとして働く人は380万人にも及ぶといわれている。介護職員が選ばれないのは、ひとえに低賃金と労働条件の劣悪さによる。2013年賃金構造基本統計調査によると、常勤のホームヘルパーや介護福祉士の賃金は月収22万円程度にすぎず、産業平均の月額32万円より10万円も低い。

しかも、介護職員不足、特にヘルパーの求職者が激減し、人手不足が深刻化したのは2012年以降である（甲20・96頁：2016年度の求職者（1ヶ月平均）はわずか1700人であり、訪問介護事業所の半数以上の53%が人手不足であると回答している）。

2012年には上述したような報酬改定があり、細切れのサービス提供により、業務負荷が過大になると裏腹に仕事のやりがいも感じられなくなった。また、2015年以降介護報酬改定により介護報酬単価が下がったため、当然のことながら求人時の時給も低廉なままである。訪問介護事業所のホームヘルパーの多く（約8割）は「登録型ヘルパー」であり、一定の労働時間の保障がなく、労働時間も収入も全く不安定である。かつては社会的意義ややりがいを重視してホームヘルパーとして就労した人たちが、2012年以降はホームヘルパーへの就業を回避し

ているのではないかとの指摘がある。

各事業所は常に人手不足の状況であり、少ない人数で事業所を維持・存続させるためのサービス提供を行っていくために、在籍している経験のあるホームヘルパーの労働条件はさらに劣悪になっていっている。

才 介護報酬の公定価格としての性質

通常の業界で人手不足が生じれば、時給が上がることによって、受給バランスが調整される。しかし、介護保険制度下では、介護報酬に人件費や諸経費が含まれており、これが、労基法を遵守した人件費を含みかつ事業所を最低限維持・存続させるのに十分なものと評価できる水準になければ、ヘルパーが提供する業務に賃金を支払うことができず、結果不払い労働をヘルパーが甘受しなければならない状態になる。

介護報酬は介護サービスの公定価格である。そして、介護報酬が引き揚げられない限り、介護事業所の収益が上がることはなく、賃金引上げは不可能である。深刻な人手不足に見舞われていても、介護事業所の収入が介護報酬で決まる以上は、介護報酬点数の引上げがなければ労働者的人件費を上げることはできない。その意味では、介護職員の賃金も、労働需要と労働供給によって決定される「市場賃金」ではなく介護保険制度の下で決定される介護報酬点数によって決まる一種の「公定価格」といえる。

前述したとおり、訪問介護における基本報酬の設定は、制度設計時に想定されていた状況と現実との乖離により妥当性が認められなくなっている。

(3) 上記法令違反状況は勤務先事業所の努力によっては解消できないこと

介護保険制度では、利用者が望ましいサービスを選択するという意味での「市場原理」が導入されたが、その一方で、この「市場」は国・地方自治体からの強い規制の中にあり、提供する介護サービス内容及びその報酬等が、国の法令で規制されている。すなわち、介護職員の賃金水準は、介護報酬点数（介護サービスの「公定価格」）によって決まる介護事業場の収益によつ

て決定され、労働需要と労働供給によって決定される市場性が働かない。介護報酬点数が低ければ事業所の収入は低迷し、介護職員の賃金を上げることもできない。

訪問介護事業者は、介護保険法によって介護サービスを提供することが求められる一方で、その多くは小規模であり、上記介護保険制度の制約の中で、介護労働者の賃金・労働条件等を労働基準法に基づいて整える義務を果たし得るに足る介護報酬を得られておらず、未払賃金の支給と良好な労働環境（休暇取得や職後病の防止や研修などによる技能向上等）を整備することが困難である。

三菱総合研究所が、厚生労働省補助金（老人保健健康増進等事業）の助成を受けて行った2016年3月にまとめた調査「訪問介護の今後のあり方にに関する調査研究事業報告書」中の2015年11月～12月に実施した、事業所に対するアンケート（無作為抽出2000箇所、うち581票回収）によると、2015年時点の收支について、「均衡」と答えたのが34.1%だったが、「赤字」と回答した事業所が32.7%にのぼった。事業主体別でいると、社会福祉協議会や社会福祉法人においては赤字が38.1%にものぼっている。そして小規模事業所ほど赤字率が高くなっている（甲22・48頁）。

（4）労働基準監督機関が上記労働基準関係法令違反について認識していること

被告は、ホームヘルパーが日常的、継続的に労基法違反の状態で働くことを余儀なくされているという現実を、労働基準監督行政だけでなく、他の厚労省関係の調査・研究も含めて得ていたにもかかわらず、十分に監督権限を行使せず、また監督権限行使だけでは小規模事業所など経営基盤が弱い事業所が労基法を遵守することが困難な状況があることを認識できたにもかかわらず、積極的な改善策をとろうとせずに放置してきた。

厚生労働省は、介護保険制度開始の4年後の2004年8月27日には

「訪問介護労働者の法定労働条件の確保について」と題する労働基準局通知（甲5）を発し、多くの訪問介護事業所でホームヘルパーが所定労働日・労働時間が定型的でない「登録型」として稼働し、その法的地位が明らかにされていなかったことから、このような登録型ヘルパーも労働基準法上の「労働者」であることを明らかにし、労働時間のとらえかた及びその把握について明示した。

たとえば「移動時間」については「事業場、集合場所、利用者宅の相互間を移動する時間」とし、「使用者が、業務に従事するために必要な移動を命じ、当該時間の自由利用が労働者に保障されていないと認められる場合には、労働時間に該当する」とし、「業務報告書の作成時間」や「待機時間」、「研修時間」も使用者の指揮命令下であると認められるなどの要件があれば「労働時間」に該当し適正把握の必要があるとした。又、「休業手当」については、「訪問介護事業においては、利用者からの利用申込みの撤回を理由として労働者を休業させた場合に、休業手当を支払っていないものが認められるところである」と実態を指摘した上で、「例えば、他の利用者宅での勤務の可能性について然るべき検討を十分に行ったかどうか等当該労働者に代替業務を行わせる可能性等を含めて判断し、使用者として行うべき最善の努力を尽くしたと認められない場合には、使用者の責に記すべき事由があるものとして休業手当の支払が必要となる」ともされた。このように制度が実施されて4年で、原告らが指摘しているような基本的な労働基準法違反の具体的な事例を被告は認識し、そのような状況については、「監督指導時はもとより、関係行政機関と連携・協力の上、・・関係事業団体への周知、集団指導の実施等により、この内容を徹底し、訪問介護労働者の法定労働条件の確保に遺憾なきを期されたい」と全国の労働局に通知をしている。

しかし、一方で、被告は、訪問介護の小規模の事業所の経営実態などから、介護報酬体系などにおいて労基法を遵守するに足りる収入が事業者に保障されていない現状をも十分に把握していた。2011年5月31日に厚生労働省が都道府県労働局長宛に発出した「平成23年度地方労働行政運営方針

について」では、介護労働について項をもうけ、「介護労働者の法定労働条件の履行確保を図る為、労働基準関係法令の適用について、介護事業の許可権限を有する都道府県等と連携して周知するとともに、計画的に監督指導を実施するなどにより労働基準関係法令の遵守の徹底を図る」と方針を出し（甲10）、それ以降、ようやく小規模の介護サービス事業所にも労基署の監督調査が実施されるようになり、さらには2012年4月施行の改正介護保険法では、介護サービス事業者の指定権である都道府県等は、労基法等労働法規に違反して罰金刑を受けた介護サービス事業者の指定を取り消すことができるようになった（結局、そこまでは小規模な事業所まで含めて労基署が監督権限を行使し、調査結果に基づき指定取消しを行うことは行われてこなかったが、それは小規模事業所の経営実態があまりにも厳しく、事実上労基法遵守が困難であることを被告自身が認識していたためである）。

（5）被告が上記状況を放置してきたこと

ア 規制権限不行使にとどまらない不作為

原告らは、厚生労働大臣が厚生労働行政全般において介護労働者の雇用管理の改善・適正化のため行使すべき広範な規制権限を行使しなかったことを国賠法上の「違法」事由として、本件訴訟を提起している。また、市場原理に任せて放置すれば、労基法違反の労働条件や賃金の未払いが横行することになり、労働者の権利が守られないために、各種労働者保護法制が存在し、厚生労働行政はこれを行政機関として法に基づき適正に実施しなければならない立場にある。たとえば、企業倒産により賃金が支払われないまま退職した労働者に対して、未払賃金の一部を立替払する未払賃金立替払制度は、全国の労働基準監督署及び独立行政法人労働者健康安全機構で実施されているが、労働者保護の観点から本来使用者が負うべき責任を国が肩代わりするということは当然行われている。被告の主張は、厚生労働行政の自己否定とも評価しうる。

原告らは、労働基準監督機関を含むがそれだけにとどまらない厚生労働

行政が、介護保険法によって規定される介護労働の実態において、介護労働者に労働基準法が遵守されていない状態が構造的・継続的に生じていることを認識した上で、使用者が自主的に違反状況を是正できるような状態にないことを知りながら、規制権限を行使せずに違法状態を放置してきたという点を、国賠法上の「違法」であると主張する。

イ 集計・分析の欠落

乙2は「社会福祉施設事業場」(障害者支援施設、重症心身障害児施設、養護老人ホーム、保育所、ホームヘルプ・デイサービス・相談事業等を行う事業場を含む概念である)に対する監督指導状況であり、訪問介護事業場はこのうちごく一部である。

なお、厚生労働省に国会議員を通じて問い合わせたところ、「訪問介護事業場」のみの監督指導状況のデータは集計されておらず、資料として提供できないとの回答を得ている。しかし、事業場ごとに数値を出し、集計しているはずであり、厚生労働省で訪問介護事業場の監督指導件数を把握していないということはありえない(仮にそのようなことがあるとすれば、施設の特性に応じた集計や分析を行っていないということになるから、そのこと自体が監督指導権限を適切に行使していないことの証左となる)。

第1準備書面において、原告は、訪問介護事業場に対する労働基準監督機関の監督指導状況について、①適用事業場数、②監督指導実施件数、③違反事業場数、④違反事業場の違反事由を示す2009年度から集計が終了した最新年度にいたるまでの集計結果の提示を求めた。被告はこれについて速やかに開示されたい。

以上