

令和4年(ネ)第5449号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 藤原路加ほか2名

被控訴人 国

## 答弁書

令和5年3月15日

東京高等裁判所第2民事部CD係 御中

被控訴人指定代理人

〒102-8225 東京都千代田区九段南一丁目1番15号

九段第2合同庁舎

東京法務局訟務部(送達場所は別紙のとおり)

部付生貝由香里  
訟務官太田友輔



〒100-8916 東京都千代田区霞が関一丁目2番2号

厚生労働省

労働基準局労働条件政策課

課長補佐益原大亮(代)

労働基準局監督課

労働監督訟務官 津田恵史(代)

労働監督訟務官 塩尻公代

監督係長嘉副崇夫(代)

監督係員	浅 弘 一	朗 代
監察係長	飯 野 直	樹 代
特定分野労働条件対策係長	近 本 佳	美 代

## 職業安定局雇用開発企画課介護労働対策室

室長補佐	永 井 祐	七 代
介護労働対策係長	石 井 健	太 代

## 社会・援護局福祉基盤課福祉人材確保対策室

マンパワー企画係長	田 本 公一	朗 代
資格・試験係長	高 村 茉里奈	奈 代

## 老健局認知症施策・地域介護推進課

企画調整専門官	田 中 健 登	代
企画法令係長	小 菅 望 基	人 代
主 次 検 察	中 田 祐 一 郎	代
企画法令係員	青 木 健 太 朗	代
企画法令係員	石 野 瑞 花	代
課長補佐	佐 藤 敏 彦	代
基準第一係長	山 崎 竜 平	代
基準第一係員	元 木 大 地	代

## 老健局老人保健課

課長補佐	迎 雄	介 代
主 次 検 察	野 尸 將 一 郎	代
企画法令係員	塚 原 遊 尋	代

## 目 次

第1 控訴の趣旨に対する答弁	6
第2 はじめに	6
第3 控訴理由書における控訴人らの主張に対する認否	7
1 「第1 審理不尽について」について	7
2 「第2 原審の判断の誤りについて」について	7
(1) 「2 「公的価格」としての介護報酬」について	7
(2) 「3 在宅介護労働に対する評価」について	8
(3) 「4 制度設計・運営上において厚生労働省行政に認識されるべき事実」について	11
(4) 「5 規制権限不行使の具体的な内容」の「(1) 実効的な指導が行われていないこと」について	12
(5) 「5 規制権限不行使の具体的な内容」の「(2) 財政的基盤の整備懈怠」について	12
(6) 「5 規制権限不行使の具体的な内容」の「(3) 調整者としての厚生労働行政」について	14
(7) 「6 厚生労働省の制度運営上の説明責任」について	14
(8) 「7 本件訴訟への注目」について	14
第4 控訴人らの控訴審における主張に理由がないこと	15
1 原判決に審理不尽の違法はないこと	15
(1) 控訴人らの主張	15
(2) 被控訴人の反論	15
ア 原審における控訴人らの主張は主張自体失当であり、その旨の反論等にもかかわらず控訴人らが抽象的な主張に終始したこと	15
イ 原審における控訴人らの人証申請に係る証拠調べの必要性がないこと	

.....	17
ウ 小括 .....	17
2 規制権限不行使の違法があるとの控訴人らの主張には理由がないこと .....	18
(1) 国家賠償法1条1項の違法性の基本的判断枠組み .....	18
ア 国家賠償法1条1項にいう「違法」の意義 .....	18
イ 規制権限の不行使が国賠法1条1項の適用上違法とされる場合 .....	19
(2) 「実効的な指導が行われていないこと」が規制権限不行使であるとの控訴 人らの主張には理由がないこと .....	21
ア 控訴人らの主張 .....	21
イ 被控訴人の反論 .....	21
(3) 「財政的基盤の整備懈怠」が規制権限の不行使であるとの控訴人らの主張 には理由がないこと .....	23
ア はじめに .....	23
イ 介護保険制度の概要 .....	24
(ア) 介護保険制度の目的 .....	24
(イ) 介護保険の仕組み .....	24
(ウ) 介護報酬の仕組み .....	25
(エ) 本件告示の改定に係る運用 .....	26
ウ 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こと .....	28
エ 介護保険制度に係る規制権限不行使の違法は認められないこと .....	29
(ア) 厚生労働大臣告示の改定に係る不行使が著しく合理性を欠くと認めら れる場合は極めて限定的であること .....	29
(イ) 厚生労働大臣の本件告示の改定が、許容される限度を逸脱して著しく 合理性を欠くとは到底いえないこと .....	30

(4) 小括 .....	32
3 その他の控訴人らの主張について .....	32
第5 結語 .....	33

被控訴人は、本書面において、控訴人らの控訴の趣旨に対する答弁をした上で（後記第1）、令和5年1月10日付け第1準備書面（控訴理由書）（以下「控訴理由書」という。）における控訴人らの主張に対し、必要と認める範囲で認否及び反論を行う（後記第2ないし第4）。

なお、略語等は、本書面で新たに用いるもののほかは、原審における被控訴人の答弁書及び準備書面の例による。

## 第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。
- 3 仮執行の宣言は相当ではないが、仮に仮執行宣言を付する場合は、
  - (1) 担保を条件とする仮執行免脱宣言
  - (2) その執行開始時期を判決が被控訴人に送達された後14日経過した時とすることを求める。

## 第2 はじめに

被控訴人の事実上及び法律上の主張は、原審口頭弁論において主張したとおりであり、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決は正当であって、控訴人らの本件控訴には理由がないから、いずれも速やかに棄却されるべきである。

控訴人らは、控訴理由書において、原判決の判示に誤りがある旨種々主張するが、その実質は原審における主張を繰り返すものであり、これらに理由がないことは、原審における被控訴人の主張及び原判決の判示から明らかである。

以下においては、控訴人らが控訴審において主張を追加したと解される部分などにつき、必要と認める範囲で認否した上で（後記第3）、原判決に審理不

尽の違法がないこと（後記第4の1）、控訴人らの「規制権限不行使の具体的内容」（控訴理由書26ないし33ページ）の主張に理由がないこと（後記第4の2）について述べる。

### 第3 控訴理由書における控訴人らの主張に対する認否

#### 1 「第1 審理不尽について」について

全体として争う。

この点に関する被控訴人の主張は、後記第4の1のとおりである。

#### 2 「第2 原審の判断の誤りについて」について

##### (1) 「2 「公的価格」としての介護報酬」について

###### ア 「(1) 介護保険制度内の介護労働者の賃金の性質」について

第1段落のうち「訪問介護職の求人倍率は」から「14.92倍となつており」までは、「3.92倍」が「3.29倍」の誤記であることを前提に認め、その余は知らないし控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

第2段落のうち、第1文は認め、第2文は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。第3文は否認ないし争う。訪問介護の介護報酬は、サービスの提供時間に応じて単位が変わるものであり、「サービス提供時間のみ報酬が提供され」るものではない。

第3段落のうち、第1文はおおむね認め、第2文のうち「事業所は」から「基本となるので、」までは認め、「介護報酬の引き下げが続く状況」は否認し、第2文のその余及び第3文は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。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、「介護報酬の引き下げが続く状況」というのは控訴人らの独自の認識に基づくものである。

第4段落のうち、「介護報酬は、2009年にプラス3%と上昇した」は認め、「4回も実質マイナス改定が繰り返されてきた」は否認し、その余は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。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、「4回も実質マイナス改定が繰り返されてきた」というのは控訴人らの独自の認識に基づくものである。

#### イ 「(2) 処遇改善と「公的価格」について

第1段落はおおむね認めるが、正確には「中間報告」ではなく「中間整理」である。

第2段落のうち「ここで、同委員会は、」から「全力で取り組んでいる」として、」までは認め、その余は控訴人らの見解を述べるものであり認否の限りでない。

第3段落は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

#### ウ 「(3) 訪問介護の利用者と担い手」について

第1段落はおおむね認めるが、「被保険者」とあるのは「第1号被保険者」、「介護保険受給者」とあるのは「要介護・要支援認定者」が正しい。

第2段落は、第1文のうち「2018年の52.1万人から減少が続いている」は争い、その余は知らないし認否の限りでない。介護サービス施設・事業所調査によると、訪問介護員の数は52.2万人（平成30年）、50.8万人（令和元年）、50.2万人（令和2年）、51.3万人（令和3年）と推移しており、減少が続いているというのは誤導である。第2文はおおむね認めるが、控訴人らが引用する介護労働安定センター調査（令和3年度介護労働実態調査）によると、「85%」とあるのは、「76%」が正しい。

#### (2) 「3 在宅介護労働に対する評価」について

ア 「(1) 家事・生活援助に対する評価」について

(ア) 柱書きについて

控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

(イ) 「ア 家事・生活援助に対する低評価」について

第1段落の第1文は認め、第2文のうち「しかし訪問介護業務において」から「「複合型」は廃止され、」まではおおむね認め、その余は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。第3文（括弧書きを含む。）は、平成24年度の報酬改定において、生活援助について、所要時間30分以上1時間未満の場合に229単位、所要時間1時間以上の場合に291単位の算定を認めていたものを、所要時間20分以上45分未満の場合に190単位、所要時間45分以上の場合に235単位の算定を認めることとしたという限度で認め、その余は争う。

第2段落のうち「2014年の法改正では要支援認定の人に『家事援助』は提供されなくなり」は、要支援者への介護予防サービスのうち、介護予防訪問介護と介護予防通所介護が介護予防・日常生活支援総合事業に移行したという限りにおいて認め、「4%という大幅な引き下げ」は、平成27年（2015年）度の介護報酬改定において、訪問介護に係る報酬単位数が4%引き下がったという限度で認め、その余は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

第3段落のうち、第1文は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。第2文は、厚生省老人保健福祉局振興課長が平成12年に発出した「指定訪問介護事業所の事業運営の取扱等について」（平成12年老振発第76号）において、「一般的に介護保険の生活援助の範囲に含まれないと考えられる事例」のうち「「直接本人の援助」に該当しない行為」として「主として家族の利便に供する行為又は家族が行うこ

とが適当であると判断される行為」を例示したという限度で認め、その余は否認ないし争う。第3文及び第4文は認める。

第4段落のうち「さらに」から「図っていく」としまでは、第9回社会保障審議会介護保険部会の厚生労働省提出資料において、「例えば、施設における介護職員が行っている業務を、利用者に直接触れる移動・排泄・食事等の介助や清拭などの専門性の高い直接的な介護業務と、清掃・洗濯、配膳、必要な品の買出しなどのそれ以外の間接的な業務等に仕分けを行った上で、介護職員は、その専門性を十分に発揮できるよう、直接的な介護業務により注力していただくとともに、間接的な業務については、いわゆる介護助手に実施していただくことなどにより、適切な役割分担の下でのケアの質の向上を図っていくことが考えられる。」と記載されているとの限度で認め、その余は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

#### (イ) 「イ 家事援助に対する再評価の必要性」について

第1段落は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

第2段落は不知。

第3段落のうち、第1文はおおむね認めるが、「2000年7月」とあるのは、「2000年11月」が正しい。第2文以降は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

第4段落は趣旨が不明確であるため認否できない。

#### イ 「(2) 市場化が訪問介護に与えた影響」について

##### (ア) 「ア 介護保険制度導入前の在宅介護」について

第1段落のうち、第1文は認め、第2文のうち、「実際には臨時職員や特別職非常勤として任用されることが多かった」は不知、その余はおおむね認めるが、「老人家庭方針派遣事業運営要綱」とあるのは、「老人

家庭奉仕員派遣事業運営要綱」が正しい。第3文のうち、「非正規化が拡大し社会福祉協議会への委託も進行し、」は不知、その余はおおむね認める。

第2段落のうち、「これと並行して、」から「認められ、」までは認めるが、その余は不知。

第3段落はおおむね認める。

第4段落のうち、「さらに、1997年からは」から「1460円となつた。」まではおおむね認めるが、その余は不知。

(イ) 「イ 市場化原理とケア労働と矛盾的関係」について

第1段落は認める。

第2段落から第4段落までは控訴入らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

(ウ) 「ウ 小規模事業所のおかれている現状」について

控訴入らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

(3) 「4 制度設計・運営上において厚生労働省行政に認識されるべき事実」

について

ア 「(1)「高齢社会をよくする助成の会・大阪」の実態調査」について  
不知。

イ 「(2) 制度改変の現場への影響」について

第1段落のうち「2012年には、生活援助について基本45分以下とする誘導が行われ」は争い、その余は認める。

第2段落のうち、「甲85・4頁のとおり」から「5割を越えており」までは認めるが、その余及び第3段落は控訴入らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

ウ 「(3) 移動時間・待機時間・キャンセル等に関する扱い」について

## (7) 「ア 「付帯労働時間」の存在」について

第1段落の第1文のうち、「介護報酬は定められたサービス提供に対する対価」であることは認め、その余は争う。第2文は、控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。第3文は不知。

第2段落は、社会保障審議会介護給付費分科会のうちいずれの回の意見であるか明らかでなく、認否できない。

第3段落及び第4段落は認める。

第5段落は不知。

第6段落及び第7段落は、控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

(4) 「イ 控訴人藤原の具体例」及び「ウ 控訴人伊藤の具体例」について  
不知。

## エ 「(4) 3次にわたる厚生労働省通知」について

原審被告答弁書第2の4(4)(7及び8ページ)における認否のとおりである。

## (4) 「5 規制権限不行使の具体的な内容」の「(1) 實効的な指導が行われていないこと」について

全体として争う。

介護事業場に関して労働基準監督機関が規制権限を適切に行使していることは、原審被告答弁書第5の2(3)イ(15ないし17ページ)のとおりである。

## (5) 「5 規制権限不行使の具体的な内容」の「(2) 財政的基盤の整備懈怠」について

## ア 柱書きについて

第1段落のうち、第1文は認め、その余は認否の限りでない。

第2段落及び第3段落は、控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

イ 「ア 介護保険移行時の報酬単価の問題点」について

第1段落はおおむね認める。

第2段落のうち「1999年8月に厚生省が示した」から「単価設定を行った」までは認め、その余は控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

ウ 「イ 2006年報酬改定」について

第1段落は控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

第2段落のうち「2004年通知後の最初の介護報酬改定（2006年4月）時、「介護報酬に移動、事務処理時間等を明確に位置づけるべき」との事業団体からのヒアリング（2005年9月）」があったことは認め、「2006年の報酬改定では、訪問介護の単位数はすべての区分で1単位の増加もなく、逆に1時間30分以上の生活援助中心型の加算を廃止し、短時間利用化を図った」という点は、「短時間利用化を図った」のではなく「長時間利用について適正化を図った」ものであり、291単位に1時間以上の場合に30分増すごとに83単位を加算した単位数の算定を認めていたものを291単位の算定のみにしたにすぎないという限度で認め、その余は控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

エ 「ウ 新予防給付の月額制報酬化」について

第1段落は認める。

第2段落第1文及び第2文は認め、第3文は控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

オ 「エ 2009年報酬改定」について

第1文は認める。第2文は不知。

カ 「オ 2012年報酬改定」について

第1文は認める。第2文は不知。

キ 「カ 2015年報酬改定」について

第1文はおおむね認めるが、「402単位」とあるのは「404単位」が、「190単位」とあるのは「191単位」が正しい。第2文は争う。

ク 「キ 総合事業による報酬単価の大幅引下げ」について

第1段落はおおむね認める。

第2段落のうち「しかし、無資格者は」から「カットされているが、」までは不知、その余は控訴人らの意見を述べるものであり認否の限りでない。

ケ 「ク 2018年、2021年報酬改定」について

第1文及び第2文は認め、第3文は争う。

コ 「ケ 小括」について

第1段落は争う。

第2段落はおおむね認める。

第3段落は控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

第4段落は、身体介護及び生活援助の単位数については認め、その余は控訴人らの意見を述べるものであり、認否の限りでない。

(6) 「5 規制権限不行使の具体的な内容」の「(3) 調整者としての厚生労働行政」について

全体として不知文は控訴人らの意見にわたる部分であり、認否の限りでない。

(7) 「6 厚生労働省の制度運営上の説明責任」について

全体として、本件訴訟との関連性が不明であり、認否の限りでない。

(8) 「7 本件訴訟への注目」について

控訴人らの意見にわたる部分であり、認否の限りでない。

#### 第4 控訴人らの控訴審における主張に理由がないこと

##### 1 原判決に審理不尽の違法はないこと

###### (1) 控訴人らの主張

控訴人らは、「原審裁判所は、控訴人らが再三にわたり求めていた人証申請を全て却下し、控訴人らにおいて必要十分な主張、立証活動の機会を与える、具体的な主張を行う訴訟活動も制限し、十分な審理が行われたとはいえない状況のもとにおいて、上記控訴人らの具体的な主張はない、という判断を行っている。」旨主張する（控訴理由書第1・3ページ）。

###### (2) 被控訴人の反論

ア 原審における控訴人らの主張は主張自体失当であり、その旨の反論等にもかかわらず控訴人らが抽象的な主張に終始したこと

(ア) 控訴人らは、原審において、国賠法上の違法性について、「厚生労働大臣が、介護労働者の労働条件の確保・改善につき、長年にわたり、労働関係法令違反の状態を放置し、労働関係法令・介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律等が求める介護労働者の福祉の増進等に対する適正な手段ないし適正な規制を講じなかつたために、原告ら介護労働者が、労働者としての基本的な保護を受けられなかつたこと」が、国賠法上の違法であると主張した（訴状34ページ）。

しかしながら、原審答弁書（12ないし14ページ）で述べたとおり、そもそも労働基準関係法令や介護保険法等において、厚生労働大臣に対して、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を付与する規定は存在しないから、控訴人らの主張はそれ自体失当である。

仮に、控訴人らの主張が、厚生労働大臣と労働基準監督機関を一体のものとして、その規制権限の不行使を問題とするものであると解したとしても、原審答弁書（14ないし19ページ）及び被控訴人原審準備書面（1）（9ないし11ページ）で述べたとおり、そもそも労働基準監督機関には規制権限の行使につき広範な裁量が認められており、個別の国民である控訴人らとの関係で規制権限の不行使が国賠法上違法と評価されるためには、少なくとも、労働基準監督署機関が控訴人らの勤務先事業場における具体的な法令違反の内容及び性質等を認識していることなどの前提事実が認められる必要があり、また、国賠法上の違法を基礎づける事実についての主張立証責任は全て原告にある（井上繁規・最高裁判所判例解説民事篇平成5年度114ページ以下参照）ところ、控訴人は、一般的・抽象的な社会情勢のみを根拠に規制権限の不行使が違法であると主張するにすぎず、主張自体失当である。

(イ) また、控訴人らは、原審において、「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」と主張した（原告第2準備書面20及び21ページ）。

しかしながら、被控訴人原審準備書面（1）（8及び9ページ）で述べたとおり、控訴人らの主張によても、「厚生労働行政」が行使すべき「広範な規制権限」の根拠法令や具体的内容は明らかではなく、上記主張もまた失当といわざるを得ない。

(ウ) 以上のとおり、控訴人らは、原審において、現状の介護保険制度に対

する不満を述べていたものの、被控訴人による主張自体失当との反論を受けてなお、規制権限不行使の違法性として、労働基準関係法令に基づく規制権限不行使について抽象的・一般的に主張するにとどまり、明確な具体的主張を行ってこなかったものである（後述のとおり、控訴理由書第2の5（2）「財政的基盤の整備懈怠」において始めて、介護保険制度に係る具体的な主張として構成されるに至った。）。

#### イ 原審における控訴人らの人証申請に係る証拠調べの必要性がないこと

前記アの控訴人らの主張を踏まえるに、各主張はいずれもそれ自体失当であり、また、前記ア(ア)の主張について、厚生労働大臣と労働基準監督機関を一体のものとして、その規制権限の不行使を問題にするものであると解したとしても、そもそも労働基準監督機関には規制権限の行使につき広範な裁量が認められており、個別の国民である控訴人らとの関係で規制権限の不行使が国賠法上違法と評価されるためには、少なくとも、労働基準監督機関が控訴人らの勤務先事業場における具体的な法令違反の内容及び性質等を認識していることなどの前提事実が認められる必要があるところ、控訴人らはそのような前提事実に係る主張をせず（むしろ、控訴人らは、原審第3回口頭弁論期日（令和2年11月2日）において、「労基署の具体的な認識を主張する予定はない」と述べている（原審被控訴人準備書面(1)12ページ。）、また、原審における控訴人らの人証申請をみても、当該尋問の結果により上記前提事実が明らかになるとは考えられないものであった。

そうすると、原審における控訴人らの人証申請について、証拠調べの必要性がないことは明らかであり、当該申請を却下したことにつき、原判決に審理不尽の違法があるとする控訴人らの主張には理由がない。

#### ウ 小括

以上のとおり、控訴人らは、原審において、介護保険制度に対する不満を述べていたものの、労働基準関係法令に係る規制権限不行使について抽象的・一般的に主張するのみで、上記不満と国賠法上の「違法」の関係性が不明であったため、被控訴人としては、労働基準関係法令に係る規制権限不行使の違法性に関して、必要な範囲で認否及び反論や求釈明への対応を行ったものであり、原審裁判所も、こうした被控訴人の主張を踏まえて、適切に争点整理をし、証拠の採否をしたものである。

したがって、原判決に審理不尽の違法がないことは明らかであって、控訴人らの主張は理由がない。

## 2 規制権限不行使の違法があるとの控訴人らの主張には理由がないこと

控訴人らは、控訴理由書第2の5（26ないし33ページ）において、「規制権限不行使の具体的な内容」を主張するところ、控訴人らは、原審において被控訴人が再三にわたり指摘したにもかかわらず（被控訴人原審準備書面(1)8及び9ページ並びに被控訴人原審意見書4ページ）、「規制権限不行使」の具体的な内容やその根拠法令、また、個別の国民たる控訴人らとの関係で規制権限を行使すべき義務が発生し、その不行使が違法となることを基礎づける具体的な前提事実等を一切明らかにしなかったものであり（前記1）、控訴審に至って新たにこれを主張することは遅きに失するといわざるを得ないが、これをおくとしても、以下のとおり、控訴人らの主張には理由がない。

### (1) 国家賠償法1条1項の違法性の基本的判断枠組み

#### ア 国家賠償法1条1項にいう「違法」の意義

国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項にいう「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い（最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ、最高裁平成17年9

月14日大法廷判決・民集59巻7号2087ページ参照)、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り、「違法」の評価を受けるべきものであり(最高裁平成5年3月11日第一小法廷判決・民集47巻4号2863ページ、最高裁平成11年1月21日第一小法廷判決・裁判集民事191号127ページ参照)、上記「違法」を基礎づける事実の主張立証責任は原告にある(東京高裁平成11年4月26日判決・訟務月報46巻3号937ページ、前掲井上繁規参照)。

したがって、国賠法1条1項に基づく損害賠償請求を行うに当たっては、原告側において、いかなる公務員が、いかなる時点において、個別の国民に対する関係でいかなる職務上の法的義務を負担し、いかなる態様でこの職務上の法的義務に違背する行為をしたか(加害行為)を、具体的な事実を摘示することによって特定して主張し、これを立証する必要がある。

#### イ 規制権限の不行使が国賠法1条1項の適用上違法とされる場合

(7) 規制権限不行使に係る国賠法1条1項の違法性の判断枠組みにつき、最高裁判所平成元年11月24日第二小法廷判決(民集43巻10号1169ページ)は、規制権限がその裁量により行使されるべきものとされている場合につき、具体的な事情の下において、規制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、当該権限の不行使は、個々の取引関係者に対する関係で国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものでない旨判示している。

また、最高裁判所平成7年6月23日第二小法廷判決(民集49巻6号1600ページ)も、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薬事法上の権限を行使しなかったことが直ちに国賠法1条1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、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、当該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旨判示している。

規制権限不行使に係る国賠法1条1項の違法性の判断枠組みについては、上記の2つの最高裁判決により判例の立場が確立されたものと評価されており(長谷川浩二・最高裁判所判例解説民事篇平成16年度(下)568ページ)、以後、最高裁判所平成16年4月27日第三小法廷判決(民集58巻4号1032ページ)、最高裁判所平成16年10月15日第二小法廷判決(民集58巻7号1802ページ)においても、同様の立場が踏襲されている。

(イ) 前記最高裁判所平成7年6月23日第二小法廷判決の調査官解説において、「規制権限の不行使という不作為が国賠法上違法であるというためには、当該公務員が規制権限を有し、規制権限の行使によって受ける国民の利益が国賠法上保護されるべき利益である(反射的利益ではない)ことに加えて、右権限不行使によって損害を受けたと主張する特定の国民との関係において、当該公務員が規制権限行使すべき義務(作為義務)が認められ、当該作為義務に違反することが必要である。」と解説されている(山下郁夫・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度(下)597ページ)。

そして、同解説において、公務員の作為義務に関しては、「規制権限行使の要件が法定され、右要件を満たす場合に権限行使しなければならないとされているときは、右要件を満たす場合に作為義務が認められ

ることになる」が、「権限行使の要件は定められているものの、権限を行使するか否かにつき裁量が認められている場合や、権限行使の要件が具体的に定められていない場合には、規制権限の存在から直ちに作為義務が認められることにはならない」と解説されている(同・597及び598ページ)。

(イ) このように、規制権限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、その規制権限の不行使が国賠法1条1項の適用上違法となるのは、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に限られる(原判決も同旨・8ページ。)。

## (2) 「実効的な指導が行われていないこと」が規制権限不行使であるとの控訴人の主張には理由がないこと

### ア 控訴入らの主張

控訴入らは、規制権限不行使の具体的な内容として、「厚生労働省は、通知(引用者注: 控訴入らが控訴理由書(22ないし25ページ)で指摘する、「2004年(平成16年)通知」(甲5)、「2009年(平成21年)通知」(甲4)、「2021年(令和3年)通知」(甲89)のいずれか又はその全てであるかは明らかでない。)を発出したことで厚生労働省としての公的な見解を示すことはするものの、事業所に対して労働基準法違反の実態を改善するために、その見解を周知し、実態を把握し、改善を求めるための実効的な手段を何も講じていない」と主張する(控訴理由書26及び27ページ)。

### イ 被控訴人の反論

しかしながら、そもそも控訴人らがいう「その見解を周知し、実態を把握し、改善を求めるための実効的な手段を講じ」との行為について、厚生労働省のどの機関が、通知を発出するという以上にいかなる手段を講じるといふのか、それがいかなる法令に基づくものであるのかについて何ら明らかにしていないから、控訴人らの主張はそれ自体失当であるといわざるを得ない。

もっとも、控訴理由書27ページの「事業所に対して労働基準法違反の実態を改善するために」という文言からは、控訴人らの主張について、各事業場に対する労働基準関係法令違反に係る是正措置をいうものと善解することも可能である。しかしながら、原判決も適切に判示するとおり、各事業場による労働基準関係法令違反は、いずれも労基法の定める基準に沿った労働条件の確保等に関するものであるから、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ず（原判決9ページ）、労働基準関係法令違反があることのみから、労働基準監督署をはじめとする厚生労働省のいずれかの機関において、何らかの規制権限が生じるというものではない。また、労働基準監督署の規制権限不行使の違法が認められるためには、労働基準監督署が、個別の使用者について、労働基準関係法令の違反による労働者に対する権利侵害があることを具体的に認識し得る状況にあったことを要すると解されるところ（大津地裁平成15年判決も同旨である。）、控訴人らが本件各事業場を所轄する労働基準監督官に対し、本件各事業場による労働基準関係法令違反の事実を申告したと認めるに足りる証拠はなく、本件全証拠によっても労働基準監督機関に対して当該法令違反を疑わせる情報がもたらされたとも認めることはできない（原判決9及び10ページ）。

その他、介護事業場における労働条件の確保・改善について、労働基準監督機関が規制権限を適切に行使していることは、原審答弁書（15ないし17ページ）で述べたとおりであり、これを超えて、労働基準監督機関が「実効的な手段」として具体的にいかなる措置を講じる必要があるのかは不明であるし、そもそも、労働条件の確保・改善についても、第一次的には各事業場において是正すべきものであるところ、本件において、個別の国民たる控訴人らに対する関係で、労働基準監督機関が直ちに「実効的な手段」を講ずべきことを基礎づける具体的な事実も明らかでない。

したがって、本件各事業場や控訴人らとの関係において、厚生労働大臣や労働基準監督機関による労働基準関係法令に係る規制権限不行使の違法が認められないことは明らかであり、控訴人らの請求には理由がない。

### (3) 「財政的基盤の整備懈怠」が規制権限の不行使であるとの控訴人らの主張には理由がないこと

#### ア はじめに

控訴人らは、「介護保険法に基づく事業が、「準市場」の中で「公定価格」に拘束されるという性質を有するものである以上、事業所が労働者に対して労働基準法を遵守した賃金の支払いを行うための経済的条件を整備することは、厚生労働省がその規制権限の中で行うべきことであり、経済的条件の整備を怠ることは、行うべき規制権限の行使を行わなかつたものとして違法との評価を受ける」旨主張する（控訴理由書27ページ）。

かかる主張も、その趣旨が明らかでなく失当であるが、善解すると、介護保険法上の介護保険制度において、厚生労働大臣が居宅介護サービス（介護サービスの類型のうち、控訴人らが従事している訪問介護を含む類型）に係る介護報酬の基準（厚生労働大臣告示）を改定するに当たり、介護保険サービスを提供する事業所に雇用される労働者（以下「介護労働者」と

いう。)に係る経済的条件を踏まえた形で改定すべきところ、これを忘了たという告示制定権限(以下「本件告示制定権限」という。)の不行使の違法を述べるものと思われる(なお、上記規制権限不行使の違法を主張するものでないのであれば、いかなる法令に基づくいかなる規制権限不行使の違法を述べるものか不明であり、主張自体失当といわざるを得ない。)。

しかしながら、後述のとおり、介護保険法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ため、厚生労働大臣の本件告示制定権限の不行使が国賠法1条1項の「違法」と評価される余地はなく(後記ウ参照)、仮にその余地があるとしても、厚生労働大臣の本件告示制定行為が「財政的基盤の整備懈怠」に該当し、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到底認められないから、何ら違法性はない(後記エ参照)。

## イ 介護保険制度の概要

### (7) 介護保険制度の目的

介護保険制度は「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ため」に設けられた制度である(介護保険法1条)。

### (4) 介護保険の仕組み

要介護者又は要支援者(以下「要介護者等」という。)である被保険者が介護保険法上の各サービスの提供を受けるに当たり必要な費用については、被保険者が納付する保険料や公費に加え、利用者による負担により財源を確保している。

具体的には、各サービスに要した費用について、原則としてその費用

の100分の90に相当する額を介護給付又は予防給付として要介護者等である被保険者に対し支給する。国は、介護給付及び予防給付に要する費用の額のうち、介護給付（介護保険施設及び特定施設入居者生活介護に係るものに限る。以下同じ。）及び予防給付（介護予防特定施設入居者生活介護に係るものに限る。）に要する費用（以下「施設等給付費」という。）の100分の15に相当する額を、これらの費用を除いた介護給付及び予防給付に要する費用（以下「居宅給付費」という。）の100分の20に相当する額を負担するとともに、介護保険の財政の調整を行うため、介護給付及び予防給付に要する費用の額の総額の100分の5に相当する額を市町村（特別区を含む。以下同じ。）への調整交付金として負担する（介護保険法121条1項、122条1項・2項）。都道府県は、施設等給付費の100分の17.5に相当する額を、居宅介護費の100分の12.5に相当する額を負担し（介護保険法123条1項）、市町村は介護給付及び予防給付に要する費用の額の100分の12.5に相当する額を負担する（同法124条1項）。国、都道府県及び市町村が負担する費用を除いた、介護給付及び予防給付に要する費用については、介護保険の被保険者である第1号被保険者（市町村又は特別区の区域内に住所を有する65歳以上の者をいう。同法9条1号参照）及び第2号被保険者（市町村の区域内に住所を有する40歳以上65歳未満の医療保険加入者をいう。同条2号参照）の保険料により負担される。

#### (イ) 介護報酬の仕組み

介護保険法41条4項は、居宅介護サービスに係る介護報酬（以下「居宅介護サービス費」という。）について「訪問介護、訪問入浴介護、訪問看護、訪問リハビリテーション、居宅療養管理指導、通所介護、通所

リハビリテーション及び福祉用具貸与」については「これらの居宅サービスの種類ごとに、当該居宅サービスの種類に係る指定居宅サービスの内容、当該指定居宅サービスの事業を行う事業所の所在する地域等を勘案して算定される当該指定居宅サービスに要する平均的な費用（通所介護及び通所リハビリテーションに要する費用については、食事の提供に要する費用その他の日常生活に要する費用として厚生労働省令で定める費用を除く。）の額」を（同項1号）、「短期入所生活介護、短期入所療養介護及び特定施設入居者生活介護」については「これらの居宅サービスの種類ごとに、要介護状態区分、当該居宅サービスの種類に係る指定居宅サービスの事業を行う事業所の所在する地域等を勘案して算定される当該指定居宅サービスに要する平均的な費用（食事の提供に要する費用、滞在に要する費用その他の日常生活に要する費用として厚生労働省令で定める費用を除く。）の額」を（同項2号）、それぞれ勘案して「厚生労働大臣が定める基準により算定した費用の額（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。）の100分の90に相当する額」と定めており、具体的な基準は厚生労働大臣の定めに委任されている。

かかる委任を受け、「厚生労働大臣が定める基準」として定められた「指定居宅サービスに要する費用の額の算定に関する基準」（平成12年厚生省告示第19号）（以下「本件告示」という。）の別表においては、居宅介護サービス費に係る具体的な基準（単位数）が定められている。

また、厚生労働大臣は、当該基準を定めようとするときは、あらかじめ社会保障審議会の意見を聴かなければならないとされている（介護保険法41条5項）。

#### (I) 本件告示の改定に係る運用

本件告示をはじめとした、介護報酬を定める厚生労働大臣告示については、3年を一期として市町村及び都道府県が定める介護保険事業（支援）計画の期間に合わせて、おおむね3年ごとに改定を行ってきている（介護保険法129条3項参照）。

介護報酬改定に向けては、通例、社会保障審議会介護給付費分科会（以下、単に「介護給付費分科会」という。）が、前回の介護報酬改定に関する審議報告において示された今後の主な課題について、各種調査・研究を活用して実態を把握することから始まる。この中で、例えば各サービスに要する平均的な費用の額については、介護事業経営実態調査等により、各介護サービスを提供する施設及び事業所の收支状況を把握する。介護給付費分科会は、これらの実態把握に加え、介護報酬改定の効果検証や、個別の論点に関する調査研究も行った上で、それらの結果を踏まえて審議し、介護報酬改定の方針を審議報告としてとりまとめた。

厚生労働大臣は、当該審議報告を基に介護報酬を定める厚生労働大臣告示の改正案を作成し、社会保障審議会に対して諮問を行い、社会保障審議会から付議を受けた介護給付費分科会において、当該諮問について審議し、了承する場合にはその旨を決定し、社会保障審議会に対して報告を行った後、社会保障審議会から厚生労働大臣に対して答申が行われる。

このように、介護報酬を定める厚生労働大臣告示の改正は、法令の定めに従い必要な審議の過程を経て公布・施行されている。

こうした審議等を求めつつ、具体的な基準について厚生労働大臣が定めるものとした介護保険法41条の趣旨は、本件告示の改定に当たっては、多種多様な費用や全国各地の実態、地域的特性、経済的情勢や国民負担の影響等、多方面にわたる複雑多様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、各サービスにおいて発生する多種多様な費用の全てを単純に積み上げて介護報酬に盛り込めるものではなく、国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図るために被保険者に対して必要なサービスを提供できる水準になっているか否かという観点から、各サービスにおける収支全体を総合的に勘案して、各サービスに要する費用の額の算定基準を判断する必要があるため、専門事項に関して学識経験を有する者によって構成された審議会の関与を必要としながらも、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。

#### ウ 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こと

前記ア(イ)のとおり、規制権限の不行使が国賠法上違法であるというためには、当該規制権限の行使によって受ける国民の利益が当該規制権限を定める法律上保護されるべき利益であって、規制権限行使によって反射的に受ける利益ではないことを要する。

前記イのとおり、介護保険制度は、要介護状態となった者等に対して、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ために設けられたものであり、その目的は「保険給付等に関する必要な事項を定め、もって国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図ること」である（介護保険法1条）。居宅介護サービス費を含め、介護報酬については、被保険者に対して必要なサービスが提供されるか否かという観点から、本件告示によつて具体的な基準が定められている。そうすると、介護保険制度における介護報酬の制定・改定は、国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図るべく、被保険者に対して必要なサービスを提供することを目的としたものであり、介護事業者が被保険者に対する給付を通じて支払を受ける介護報酬を

原資に給与を支払うことで事実上個々の介護労働者が利益を受けることがあっても、当該利益を法律上直接的に保護することを目的としているものではない。

したがって、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・改善を法律上直接的に保護するものではないことから、厚生労働大臣の本件告示に係る規制権限の不行使は、労働者に対する関係で、国賠法1条1項の「違法」と評価される余地はないため、控訴人らの前記アの主張は理由がない。

## 二 介護保険制度に係る規制権限不行使の違法は認められないこと

### (7) 厚生労働大臣告示の改定に係る不行使が著しく合理性を欠くと認められる場合は極めて限定的であること

前記(1)イのとおり、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には限られる。

この点、介護保険法上、厚生労働大臣は、各サービスに要する「平均的な費用の額」を「勘案」して本件告示を定めることとされており（介護保険法41条4項1号・2号）、多種多様な費用や全国各地の実態、地域的特性等がある中で、具体的にどのように勘案するかについて、総合的な判断を行う必要がある。また、前記イ(1)のとおり、要介護者等である被保険者が介護保険法上の各サービスの提供を受けるに当たり必要な費用については、被保険者が納付する保険料や公費に加え、利用者による負担により財源を確保しているため、本件告示の改定は介護保険財政に直接関わる事柄であって、経済的・社会的情勢や国民負担の影響等、多方面にわたる複雑多様かつ高度の専門技術的な考察とそれに基

づいた政策的判断を必要とする。これらを踏まえると、本件告示の改定は、社会保障審議会の意見を聴くことを前提に、厚生労働大臣の広い裁量に委ねられているというべきであり、厚生労働大臣の本件告示に係る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認められる場合というのは、極めて限定的な場面に限られる。

加えて、前述のとおり、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・改善を法律上直接的に保護するものではないことから、介護労働者である控訴人らとの関係において、厚生労働大臣の本件告示制定権限の不行使が著しく合理性を欠くと認められる場合は、更に限定的な場面に限られる。

(イ) 厚生労働大臣の本件告示の改定が、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとは到底いえないこと

a 前記イ(イ)のとおり、本件告示の改定に当たっては、多種多様な費用や全国各地の実態、地域的特性、経済的・社会的情勢や国民負担の影響等、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を必要とし、各サービスにおいて発生する多種多様な費用の全てを単純に積み上げて介護報酬に盛り込めるものではなく、国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図るために被保険者に対して必要なサービスを提供できる水準になっているか否かという観点から、各サービスにおける収支全体を総合的に勘案して、各サービスに要する費用の額の算定基準を判断する必要がある。

また、前記(ア)のとおり、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・改善を法律上直接的に保護するものではないため、多種多様な費用のうち介護労働者に係る人件費だけを殊更に考慮するのではなく、あくまで他の費用も含めて総合的に考慮され、

介護報酬が改定されるべき性質のものである。

これらのことと踏まえると、仮に各介護報酬改定時において、控訴人らがるる述べる点を考慮していなかったとしても、そのことが直ちに、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くものであると評価されるものではない。

b また、前記イ(イ)及び(ア)のとおり、居宅介護サービス費は、サービスごとに当該サービスの内容等を勘案して算定される当該サービスに要する平均的な費用の額を勘案して厚生労働大臣が定める基準（本件告示）により算定した費用の額の100分の90に相当する額とされているが、この平均的な費用の額については、介護事業経営実態調査等により、各介護サービスを提供する施設及び事業所の収支状況を把握している。

控訴人らが指摘する訪問介護（居宅介護サービス）についても、他のサービスと同様、当該調査の結果における支出の中に入件費が計上されており、介護労働者に対して支払われた給与も含め、あらゆる費用を総合的に勘案し、介護給付費分科会における審議、諮問・答申を経て報酬改定を行っているものである。例えば、控訴理由書で言及されている過去の介護報酬改定のうち、臨時の改定を除いた直近2回の訪問介護に係る報酬改定（平成30（2018）年及び令和3（2021）年）においても、介護給付費分科会の資料として介護事業経営実態調査結果（案）が提出されており（乙9及び10）、その資料の中には、訪問介護に限らず各サービスにおける給与を始めとした介護事業費用の情報が示されている。控訴人らは、「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。」(控訴理由書19ページ)

旨主張するが、上記のように、介護給付分科会においては、介護労働者の給与についても調査をした結果を示しているのであって、その中には、控訴人らが指摘する各業務に対する給与も当然想定されている。

このように、介護給付費分科会では、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、その答申を受け、本件告示の改正（報酬改定）を行っているものである。

c 以上のとおり、各介護報酬改定時において、控訴人らが控訴理由書において述べる点を考慮していなかったとしても、そのことから直ちに、厚生労働大臣に付与された本件告示の改定権限の趣旨に照らして、当該改定につき、その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと評価されるものではないし、むしろ、厚生労働大臣は、介護給付費分科会において、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ことを踏まえ、本件告示の改定を行ってきたものである。

このように、厚生労働大臣は適切に本件告示の改定を行ってきたものであり、本件告示の改定につき、その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとは到底認められない。

#### (4) 小括

以上より、控訴人らとの関係において、厚生労働大臣の本件告示制定権限の不行使が、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるものではなく、国賠法1条1項の適用上違法ではないことは明らかである。

#### 3 その他の控訴人らの主張について

控訴理由書第2の5(3)「調整者としての厚生労働行政」及び同6「厚生労

「勵省の制度運営上の説明責任」における控訴人らの主張については、個別の国民たる控訴人らに対する関係で、被控訴人（国）の公務員に具体的にいかなる規制権限を行使すべき義務があるのか、その権限の発生根拠となる法令の定め等が不明であり、また、その権限の発生根拠たる法令の定め、趣旨、目的、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るに足りる事実を主張するものではないから、主張自体失当である。

## 第5 結語

以上のとおり、控訴人らの本件控訴は理由がないから、いずれも速やかに棄却されるべきである。

以上

別紙

## 送達場所

住所

〒102-8225

東京都千代田区九段南一丁目1番15号

九段第二合同庁舎

東京法務局訟務部

民事訟務部門 太田 宛て

電話 03-5213-1291

-1293

-1392

FAX 03-3515-7308