

正 本

令和6年(ネ受)第155号 損害賠償請求上告受理申立事件

申立人 藤原路加、伊藤みどり、佐藤昌子

相手方 国

上告受理申立理由書

2024年4月17日

最高裁判所 御中

申立人ら訴訟代理人

弁護士 山 本 志 都



弁護士 大 棒 洋 佑



申立人ら（原審控訴人・第一審原告。以下「申立人」という。）は、原判決の判断につき、国家賠償法（以下「国賠法」という。）第1条第1項の解釈、介護保険法第5条及び第41条の解釈、及び事実認定における経験則等の「法令の解釈に関する重要な事項」が含まれていることを明らかにし、これが民事訴訟法第318条第1項に該当することをもって、本上告受理申立の理由とする。

なお、上記の前提として、「はじめに」で本件訴訟の概要及び本件の争点について記載する。

目次

はじめに—本件の概要と争点の判断に関する法令及び原判決の社会的不当性—	4
第1 国賠法第1条第1項の解釈の誤り	5
1 国賠法第1条第1項制定の趣旨	5
2 国賠法第1条第1項の要件を限定した法令を憲法第17条違反とした最高裁判例	6
3 実効的な指導の懈怠についての違法性判断	8
(1) 原判決の判断	8
(2) 各事業所に対する監督指導義務（（1）第一点）	8
(3) 能動的な監督権限の行使の必要性（（1）第二点）	9
4 財政的基盤整備の懈怠についての違法性判断	11
(1) 原判決の判断	11
(2) 改定作業に必要な合理性	12
第2 介護保険法第5条及び第41条の解釈の誤り	14
1 介護保険法の関連規定	14
2 原審の判断	15
3 原審の判断の誤り	15
(1) 報酬改定において参照された基礎資料に関する原審の判断	15
(2) 厚生労働大臣の義務	16
(3) 「介護事業経営実態調査」の不合理性	16
(4) 「政策課題」の放置の責任	21
第3 経験則違背—著しく不合理な事実認定—	22
1 申立人らの人間らしく働く権利の侵害	22
(1) 原審の判断	22
(2) ディーセント・ワークの保障	23
(3) 介護労働をめぐる国際的な動向	24

(4) ディーセント・ワーク保障に関する相手方の責任	29
(5) 「非定型パートタイムヘルパー」という労働形態を認めた問題点	30
(6) 小括	33
2 申立人らのケアする権利の侵害	33
(1) 原審の判断	33
(2) ケアしケアされる権利の保障	34
(3) 現在の訪問介護労働におけるケアする権利の破壊	36
3 裁量権の逸脱・濫用に関する判断の誤り	39
(1) 原審の判断	39
(2) 介護保険制度の政策的意図	39
(3) 介護保険制度施行後の経過	40
(4) 「保険制度」であることの限界	41
結 語	42

上告受理申立ての理由

はじめに一本件の概要と争点の判断に関する法令及び原判決の社会的不当性一

1 本件訴訟の概要

本件は、訪問介護員（以下「ヘルパー」という。）である申立人らが、被申立人国に対し、申立人らが労働基準法に違反する、賃金未払い等が常態化する劣悪な条件の下で働くことを強いられている状態を是正するために、被申立人は厚生労働行政上の規制権限を適切に行使するべきであるにもかかわらず、これを怠っていることが国家賠償法（以下「国賠法」という。）上違法であると主張して、国賠法第1条第1項に基づく損害賠償を請求する訴訟である。地裁、高裁を通じて、申立人らの請求は認められなかった。

在宅介護は、超高齢化社会の生活を支える最も基本的かつ必要不可欠なサービスであり、その在宅介護を支えているのはヘルパーによる訪問介護労働である。しかし、ヘルパーは有効求人倍率が1.5倍を超え、高齢化し、もはや絶滅危惧種とまで言われている。2000年に介護保険制度が発足した当初から、ヘルパーの平均賃金（常勤換算で報じられることが多いが、それは実態を表すものではない）はずっときわめて低額であり、また、その毎月の賃金にも大きな増減があり一定しない。後述するように、今や訪問介護については「女性しか働けないジェンダー化された市場」が作り上げられ、若年労働者や男性が参入しても継続して働き続けることがほとんど不可能な構造が作り上げられている。

申立人らは、特に、移動、待機、キャンセルなどのいわゆる「付帯労働時間」への常態化した未払いなど労働基準法が遵守されない労働環境の中で労働することを強いられているのは、国に責任があると主張してきた。

2 本件の争点

原判決では以下の点を争点として掲げている。

(1) 厚生労働省行政上の規制権限不行使が国賠法上違法か

- ① 訪問介護員の権利侵害が存在するか
- ② 実効的な指導の懈怠が認められるか
- ③ 財産的基盤整備の懈怠が認められるか

(2) 控訴人らに損害が発生しているか

この争点の整理自体に誤りはない。

3 原判決の民訴法第312条第1項、第2項第6号該当性及び社会的不当性

しかし、原判決の前記争点に対する判断は、(1)について、国賠法上の違法性を否定しており、この点、国賠法第1条1項の解釈、介護保険法第5条及び第41条の解釈並びに事実認定における経験則等の「法令の解釈に関する重要な事項」が含まれており、民訴法第318条1項に該当する事由がある。

そして、原判決の結論は、地裁・高裁を通じて、申立人らが明らかにしてきた、介護保険制度上の訪問介護の崩壊状況が生じた責任を、介護保険制度を構築し運営してきた国（厚生労働行政）に負わせないことを許容するという結果を是認することになるのであって、著しく社会正義に反しており、不当極まりない。

そこで、以下、前記上告受理申立ての理由を論ずる。

第1 国賠法第1条第1項の解釈の誤り

1 国賠法第1条第1項制定の趣旨

国賠法第1条第1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めている。これは、憲法第17条が「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法

律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」と定めていることに基づく。

他方、民法第709条は「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と定め、民法第715条第1項本文は「ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。」と定めている。これら諸規定のほかに、憲法第17条が規定され、それに基づいて上記国賠法が設けられた趣旨は、戦前の「国家無答責」の論理を放棄し、国家が理念上国民一般のために国家作用を及ぼしていくものであることに鑑み、国家作用によって損害が発生した場合は国民全体の負担にしてこれを賠償する理を示したものである。

したがって、国賠法第1条第1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて」行った不法行為により権利または利益を侵害され、損害を被った者の救済を強める趣旨であると解される。そうでなければ、憲法第17条の存在意味や、民法第709条及び同法715条のほかに国賠法第1条第1項が制定された意味がないことになるからである。

2 国賠法第1条第1項の要件を限定した法令を憲法第17条違反とした最高裁判例

最高裁判所平成14年9月11日判決（判タ1106号64頁）は、国賠法上の国の責任につき、郵便法第68条、同法第73条（改定前）が郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に国の損害賠償責任を否定している部分は憲法第17条に違反するとした。

具体的な事案は、債権差押命令を第三債務者である銀行に送達すべき郵便局の職員（当時は国の公務員）が、重大な過失により特別送達郵便物を自局内の第三債務者の私書箱に投函してしまったため、送達が遅延し、その間に債務者が

第三債務者から預金を引き出してしまったため、執行債権者が損害を被ったというものである。

上記判決は、まず、憲法第17条について、その保障する権利について、「法律による具体化」を予定しているとした上で、「公務員の行為が権力的な作用に属するものから非権力的な作用に属するものにまで及び、公務員の行為の国民への関わり方には種々多様なものがありうることから、国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則としたものであって、・・・立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」とした。

その上で、公務員の不法行為による損害賠償責任を免除または制限する規定の憲法第17条適合性の審査基準について、「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」との基準を設定し、まず書留郵便物（特別送達郵便物はこれに含まれる）について検討し、故意・重過失の場合の免責・責任制限部分を違憲とし、さらに特別送達郵便物について軽過失の場合の免責・責任制限部分を違憲とした。

同判決の違憲審査基準は、国賠法第1条第1項が、その基準に反して適用されている場合には適用違憲になるという結論を導く。国賠法第1条は要件上、違法性においても、故意・過失においても、特にその要件を加重していないにもかかわらず、解釈によって、特に制限的に適用することが許されるかのように解されているが、そのような解釈が許されるか否かの判断は、上記最高裁判例によれば、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、目的の正当性、その目的達成の手段としての合理性、必要性を総合的に考慮して判断すべきである。

3 実効的な指導の懈怠についての違法性判断

(1) 原判決の判断

原判決は、第一に、申立人らが各事業所に対して未払賃金の支払を請求したことはうかがわれず、主張どおりの賃金未払が存在することも認めることはできないから、各所轄労基署が各事業所に対して労働基準関係法令を遵守した賃金支払をするように監督指導すべき義務があるのにこれを怠ったとは認められないとし、第二に、賃金未払が存在する事実が証拠上認定できず、相手方が職務上の義務を負う法令上の根拠が厚生労働大臣の告示制定権限しか示されていないので、厚生労働行政による能動的な監督権限の行使をすべきとも認められないとする。

(2) 各事業所に対する監督指導義務（（1）第一点）

前述したとおり、厚生労働省が発出している通達には事業者を守る抜け穴があるから、仮に事業所が国の通達どおりに運営していたとしても、労基法違反がないとはいえない。通達に沿っているのかを確認したとしても、労基法違反について指揮監督をしたとは評価しえない。

利用者を選べないことによって変形労働時間制による労働条件明示は有名無実化している。サービス提供時間は毎月一緒にはなりえない。

キャンセルや待機時間についての賃金の支払いについても、変形労働時間制に基づいて支払われていないことは、労基署も認識しており、指導の対象とはされていない。事業所の代替えの指示についても、指示をしないことを違法とはしていないため、指導が行われることはない。

休日、有給休暇、時間外割増、健康診断など、サービス提供時間に関係のない問題については、訪問介護事業所以外の事業所と同じように指導することはできても、サービス時間にかかわる指導は行われぬ。通達の内容の不備という厚生労働行政の規制権限の不行使によって、抜け穴となり労基法違反が是正されないのが現状である。

(3) 能動的な監督権限の行使の必要性（(1) 第二点）

前述のとおり、国賠法上の賠償責任を認められるのは、損害を被った者の救済を強めるためであるところ、原審は、「申立人らの主張する賃金未払が証拠上認定できること」を規制権限行使の前提としており、救済範囲を狭める解釈を行っているからである。

ア 労働監督に関する国際的要請

ILOは、2000年以降、法違反が多発する産業部門を「インフォーマル経済」と定義して、積極的・計画的な労働監督の必要性を強調していた。

2002年のILO総会では「ディーセント・ワークとインフォーマル経済」に関する決議が採択された。同決議は、ディーセント・ワークに反する状況が、開発途上国だけではなくそれ以外の国でも拡大してきたことから、

「インフォーマル経済」という概念を新たに提起して、規制緩和政策に警鐘を鳴らしたものである。同決議では、インフォーマル経済として、特定の労働状況を対象とする法的規定がない場合、適用される労働基準は存在するが、完全にまたは部分的に無視され、法規が遵守されないために使用者の義務が果たされず、労働者の権利が認められない場合、の2つを掲げた。

また、ILOは、2006年総会において労働監督について報告を行い、「インフォーマル経済の労働者に労働法の保護を拡大することは、発展途上国及び一部の先進国の労働行政が直面する主な課題の一つである」として、ディーセント・ワーク実現のための労働監督の意義を強調した。さらに、2011年総会では「労働行政及び労働監督に関する決議」を採択し、「労働監督官は、摘発が困難な事業場（農業・建設部門など）、雇用関係が特殊な事業場（在宅勤務・家事労働）、識別が困難な事業場（新たな雇用形態、外部委託、複雑なサプライ・チェーン）で労働法を遵守させるという難題に直面している」として、労働監督が取り組むべき課題を摘示した。

イ 計画的・能動的な労働監督の必要性

訪問介護の現場では、ヘルパーの労働条件、賃金をめぐって労働基準法違反が多発し、そのことを認識していた厚生労働省は、2004年（甲5）、2009年（甲4）及び2021年（甲89）の3度にわたって、介護事業所の法遵守を求める通知を発出した。法遵守を求めるほぼ同趣旨の通達が反復されたことは、ヘルパーの劣悪な労働環境は、介護保険制度施行後、少なくとも改善されていないことを示すものである。そして、厚生労働省自身も「人材確保」が重要な政策課題となるほどに、ヘルパーの人手不足が深刻であることを認めている。

このような現状からして、日本の介護労働部門、特に訪問介護は、法規制不遵守が業界全体に蔓延した、ディーセント・ワークに反するインフォーマル経済となっていると認められる。そして、その原因は、前述したとおり、「非定型的パートタイム」を許容して訪問介護の主な担い手とし、出来高払いを原則的な形とした介護保険制度の設計そのものにあり、その点で厚生労働省に責任が認められる。

そして、インフォーマル経済に対する労働監督の重要性、労働者保護の必要性の高さからして、単に個別の申告に応じた監督を行うだけではなく、積極的・組織的な労働監督を行うことが求められる。具体的には、通達の遵守状況や通達を発出したことの効果などについて積極的に調査して、全国的に労働監督行政の実が上がるように調査・指導を行うことが必要であった。

ウ 公正な労働監督の制度的担保が存在しないこと

介護事業においては、実質的な事業運営主体と労働監督の主体が同じ厚生労働省であるという点も問題になる。

厚生労働省は、介護事業の運営や財源確保、公定価格たる介護報酬について決定する権限を有しており、その一方で労働監督行政の主体となっている。事業運営面では、訪問介護のインフォーマル経済化に責任を問われる立場にあり、他方では、ディーセント・ワーク実現のために介護事業者を監督し、

公正な運営が行われているかについて検証すべき立場にある。日本も批准しているILO労働監督条約（81号）は、労働監督に携わる監督職員について身分的独立を求めているところ、行政組織として公正に労働監督が行われる制度的担保に欠けると言わざるをえない。

エ 小括

原審は、上記のような事情について考慮せずに違法性判断を行っており、国賠法第1条1項の解釈に関する重要な事項を含む。

4 財政的基盤整備の懈怠についての違法性判断

(1) 原判決の判断

原判決は、厚生労働大臣がおおむね3年ごとに「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」を含む介護給付費の算定基準を定める告示を改定することになっていること、その改定にあたっては社会保障審議会介護給付費分科会の意見を聴取していること、同分科会では、①「厚生労働省の実施する介護事業経営実態調査、介護事業経営概況調査、介護サービス施設・事業所調査、介護従事者処遇状況等調査のほか、各種調査報告、関係諸団体からのヒアリング結果等を基礎資料として」、②「介護事業者の経営状況、介護労働者の労働状況、介護サービスを巡る状況等の実態の把握、従前の介護報酬改定の降下の検証などを行い」審議した上で、③社会保障審議会の審議報告としてのとりまとめ→厚生労働大臣の告示改定案の作成→社会保障審議会への諮問→社会保障審議会の答申→告示の改定 という運用が行われていると、告示改定の手続について認定している。

さらに、原判決は、上記調査のうち、「介護事業経営実態調査」については、調査サービス対象ごとに無作為に抽出した施設・事業所を客体として、サービス提供の状況、居室・設備等の状況、職員配置・給与、収入の状況、支出の状況を調査するものであり、この調査からは、「施設・事業所当りの介護料収入

等の収益、給費等の費用のほか、延べ訪問回数、常勤換算職員数、常勤換算一人当たり給与費・・・略・・・訪問1回当たりの収入及び支出、常勤換算職員一人当たり訪問回数などを把握することができる」として、その他の調査もふまえて審議が行われていることからすれば、「このような形で実態把握を行って本件告示の改定作業を行うことが明らかに不合理であるとはいえない」と判断した。

(2) 改定作業に必要な合理性

前述のとおり、国賠法上の違法性が認められるか否かについては、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、目的の正当性、その目的達成の手段としての合理性、必要性を総合的に考慮して判断すべきであるところ、原判決は、公務員の規制権限の不行使が国賠法上「違法」と評価されるかについて、控訴人らが「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か否か」という基準のみによって、その判断を行っている点で誤っている。

ア 原審で明らかになった調査の実態

原審において、申立人らが報酬改定にあたって「総合的に勘案した」内容について、資料や具体的配分の判断材料を明らかにするように釈明を求めたのに対して、被申立人は「労働時間と評価されるべき『移動時間、待機時間、書類作成時間』の時間数や、それに対応する賃金額がどれほどの額になるのかなどといった事項は、各事業所が提供するサービスの具体的方法や内容、これに従事する労働者の業務遂行の方法・態様等、極めて個別性の高い事情に左右されるものであり、これを介護給付費分科会において正確に把握することは極めて困難な事柄である上、そもそも介護保険法は、居宅介護サービス費の額を定めるに当たって、そのような事項を把握すべきことまで要求しておらず」求釈明は前提を誤っていると回答した。また、介護給付費分科会における介護報酬改定に向けた審議において、具

体的な調査結果として参照するものは「介護事業経営実態調査」であることが明らかになった。被申立人はそれ以外の調査を参照しているとは回答していない。そして、介護事業経営実態調査において、ヘルパーの労働実態、ことに労基法が遵守されているか否かについては調査項目とされていない。

イ 合理性を欠く調査方法

被申立人は、原審において、介護給付費分科会においては、介護報酬が、サービス業務に従事する労働者の移動時間や待機時間等に対する賃金を支払うのに十分であるか否かを調査する必要はない旨の主張を行っている。

しかし、介護報酬が公定価格としての意味を有する以上、介護報酬を決定する際には、介護事業所が雇用するヘルパーに対して労基法を遵守した賃金を支払うための経済的条件の整備は、厚生労働大臣が本件告示の制定権限を行使する中で行うべきことである。そのためには、ヘルパーの労働実態に関する調査を実施し、労基法を遵守した賃金の支払いが実際に行われているか否かを確認し、事業所のある地域、事業所の規模や開設の経緯、経営母体の性質にごとに、介護報酬をどのように定めれば、労基法を遵守した賃金の支払いを行うことができるのかについて検討する必要がある。

一方、被申立人の主張は、「介護保険法が、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った観点から基準（本件告示）が定められることを予定していることからすれば、介護給付費分科会が、各サービスにおける収支全体を総合的に把握することにより、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を確認」できれば足りる（だからこそ、介護事業経営実態調査だけを参照して合理的な判断を導きうる）というものである。そして、原審も結果としてこれを肯認した。

介護給付費の算定基準を定めるには広範かつ多様な事情を考慮に入れる必要があるという点は原審が認めるとおりだが、被申立人の行為の違法性を検

討する際に「著しい合理性の欠如」を要求する必要はない（仮に「著しい合理性の欠如」が必要だとしても本件においては違法性が認められる）。

第2 介護保険法第5条及び第41条の解釈の誤り

1 介護保険法の関連規定

介護保険法は、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、排泄、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、必要な保険医療サービス及び福祉サービスに係る給付を行うため、介護保険制度を設け、その行う保険給付等に関して必要な事項を定め、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を目的としている（1条）。

そして、国（相手方）は、その責務として、介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われるよう保険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ものとされている（5条）。

ヘルパーが行う訪問介護は居宅サービスであり、居宅サービスに係る保険給付は居宅サービス費として支払われる。つまり、要介護認定を受けた被保険者が訪問介護を受けると、当該被保険者に対し、当該居宅サービスに要した費用について、居宅介護サービス費が支給される（介護保険法41条1項）。そして、厚生労働大臣は、介護保険上の各サービスに要する平均的な費用の額を勘案して介護給付費の算定基準を定めるべきものとされている（同条4項）。

したがって、厚生労働大臣がこの算定基準を定める際には、介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われるように配慮する義務を負うものといえる。

2 原審の判断

原判決は、厚生労働大臣がおおむね3年ごとに「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」を含む介護給付費の算定基準を定める告示を改定することになっていること、その改定にあたっては社会保障審議会介護給付費分科会の意見を聴取していること、同分科会では、①「厚生労働省の実施する介護事業経営実態調査、介護事業経営概況調査、介護サービス施設・事業所調査、介護従事者処遇状況等調査のほか、各種調査報告、関係諸団体からのヒアリング結果等を基礎資料として」、②「介護事業者の経営状況、介護労働者の労働状況、介護サービスを巡る状況等の実態の把握、従前の介護報酬改定の効果の検証などを行い」審議した上で、③社会保障審議会の審議報告としてのとりまとめ→厚生労働大臣の告示改定案の作成→社会保障審議会への諮問→社会保障審議会の答申→告示の改定 という運用が行われていると、告示改定の手続について認定している。

さらに、原判決は、上記調査のうち、「介護事業経営実態調査」については、調査サービス対象ごとに無作為に抽出した施設・事業所を客体として、サービス提供の状況、居室・設備等の状況、職員配置・給与、収入の状況、支出の状況を調査するものであり、この調査からは、「施設・事業所当たりの介護料収入等の収益、給費等の費用のほか、延べ訪問回数、常勤換算職員数、常勤換算一人当たり給与費・・・略・・・訪問1回当たりの収入及び支出、常勤換算職員一人当たり訪問回数などを把握することができる」として、その他の調査もふまえて審議が行われていることからすれば、「このような形で実態把握を行って本件告示の改定作業を行うことが明らかに不合理であるとはいえない」と判断した。

3 原審の判断の誤り

(1) 報酬改定において参照された基礎資料に関する原審の判断

原審は、報酬改定にあたって参考とされる基礎資料について列挙するが、これらは相手方が基礎資料としてあげたものではない。

また、原審は、厚生労働大臣に、介護報酬を改定するにあたって、事業所がヘルパーに対して労基法を遵守した賃金を支払うための経済的条件を整備する義務を負うのか否かについて明らかにしないまま、本来どのような資料が必要とされるのかについての判断を示さずに、基礎資料なるものを掲記している。

(2) 厚生労働大臣の義務

介護保険法5条1項において、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険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必要な各般の措置を講じなければならないから、厚生労働大臣は、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の措置を講ずる義務を負い、介護報酬改定にあたっては、この義務を果たすことが必要である。

(3) 「介護事業経営実態調査」の不合理性

被申立人は、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」して介護報酬の改定を行い、「平均的な費用の額」を定めるにあたっては介護事業経営実態調査を基礎資料としていると主張した。原審は、同調査以外にも勘案していると基礎資料を広げ、また勘案する事情についても被申立人の主張していない点を補充しているが、そもそも、介護事業経営実態調査によって、ヘルパーに対して労基法を遵守した賃金を支払うことができるかを判断することはできず、原審の判決理由にはこの点でも齟齬がある。

後述するように、今年4月からは、介護事業経営実態調査の結果を唯一の根拠として訪問介護の全てのサービスについての基本報酬切下げが行われた。訪問介護事業所の4割が赤字という状況で、しかも、高齢登録ヘルパーの離職数が入職者を上回る状態が改善されないというきわめて深刻な事態が報告されているにもかかわらず強行されたこの切下げは「厚生労働省の大失策」と言われ、施行以降も撤回すべきであるという要望が出されている。この一事をとってみても、「介護事業経営実態調査」は介護報酬を決定する調査として合理性を有するものとはいえない。

ア 介護事業経営実態調査とは

厚生労働省老健局において、介護事業における各サービス施設・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ことを目的とし、3年に1回、報酬改定の前年に、改定後2年目の状況を調査の目的として行うものである。直近では、2023年（令和5年）5月に、令和5年度調査（令和4年度決算を調査）が実施され、その結果が公表されている。

ただし、この調査は無作為抽出で行われ、後述するように回答率は低く、特にアンケートに回答するだけの人手が足りない小規模事業所や、経営に困難を抱える事業所は回答しない傾向にあることから、その調査内容にはかなり偏りがあると言われている。

イ 介護事業経営実態調査を根拠とした訪問介護報酬の切下げ

厚生労働省は、上記令和5年度介護事業経営実態調査の結果（訪問介護事業所3105か所を調査対象とし、そのうち有効回答事業所数1311事業所）をもとに、2024年度介護報酬改定において、全体のサービスの改定率をプラス1.59%（平均）としたが、訪問介護では基本報酬で全てのサービス区分を引き下げた。訪問介護の基本報酬引き下げについて、厚生労働省は、上記介護事業経営実態調査で訪問介護の収支差率が+7.8%であり、全22サービス平均の収支差率（+2.4%）を大きく上回っているということを理由とした。

しかし、この収支差率は、サービス付き高齢者向け住宅などの同一建物の訪問介護数を含むものである。このような併設事業所は移動時間がかからず、事業効率性が高いとされる。

この数字はあくまでも平均値であり、事業効率性の高い訪問介護事業所の存在が含まれている。しかも、調査の性質上、併設事務所を分離してそれぞれのデータを整理することは容易であるにもかかわらず、厚生労働大臣は分

離しないで集計されたデータを基本報酬切下げの根拠とした。

なお、申立人らが2023年11月24日に行った厚生労働省との交渉の中では、「サービスケア付き高齢者住宅の訪問介護を含めると利益率が前年比+2%となるのはサービスケア付き住宅を併設できない訪問介護事業所全体の正確な利益率把握にならず、介護報酬に反映するのはやめるべきだ」と要望したが、出席した厚生労働省の担当者は、「審議会で検討している」と繰り返し答えるのみであった（もちろん、厚生労働省の担当者は、平均の数値が訪問介護事業所の実態を示すものでないことについてよく理解している）。

他方、2024年度介護報酬改定実施の直前である本年3月11日、厚生労働省は、それまで訪問介護事業について「経営が良好である」と説明してきたが、参議院予算委員会の中で野党の質問を受け、上記経営実態調査の対象年度である2022年度（令和4年度）において、訪問介護のうち利益率が0%未満の赤字事業所が、36.7%（481事業所）であったことを認めた。この比率からすると約3万4400か所（2022年4月）の全国の訪問介護事業所のうち赤字は1万2600か所以上に上ることになる。

ちなみに、申立人2人は三鷹市内の訪問介護事業所に所属しているが、三鷹市内の訪問介護事業所46か所（2024年1月時点）のうち15か所は、処遇改善加算も取れていない赤字状態であることが明らかになっている。

ウ 報酬改定の理由とされた「介護事業経営実態調査」の不合理性

上記のとおり、厚生労働大臣は、介護事業経営実態調査の結果を基に、公定価格である介護報酬額を決定しているが、同調査結果は、訪問介護事業においては事業経営の実態に則した結果になっているとは到底言えず、その結果、告示の改定も不合理きわまりないものとなった。

(ア) 調査方法の不適切さ

同調査は、上述したようにランダムサンプリングで3100事業所（全国

の訪問介護事業所の1割以下)が選ばれ回収率は4割程度、ケース数は1311となっているが、介護報酬額を決めるための基礎資料として使うという目的からいえば、全数調査を行うべきである。研究者や個人であれば、手間や費用の関係から抽出して調査を行うしかないが、介護報酬額決定の参考にするためであれば、厚生労働省は手間と費用をかけて調査を行うことが容易にできるはずである。

そして、経営実態調査の質問事項は多数であり、調査に回答するのには、相当の手間と時間、資料の整理が必要とされ、中小零細や経営破綻に近い状況の事業所の回答は含まれない。そのため数値に相応の偏りが出る。このような偏りを出さないためにも、(回答に必要な事務作業を軽減する工夫をした上で)全数調査を行うべきである。

(イ) 平均値をとることの不合理性

同調査では、訪問介護の収支差率が+7.8%となっているが、これは都市部の大手事業所や、サービス付き高齢者向け住宅(サ高住)といった集合住宅に併設され、効率よく訪問し、入居費・食費などの名目で利用者負担が在宅より大きく料金体系で利益を上げられる事業所が、平均値を押し上げている結果であり、地域に点在する利用者宅を一軒一軒訪ね、ホームヘルプサービスを提供する中小の訪問介護事業所の経営実態を示すものではない。

上述したとおり、2022年度において訪問介護事業者の36.7%(481事業所)が赤字経営である。全体の4割近くが赤字であれば、その事実そのものに着目して報酬改定をする際に考慮する要素とすべきであり、経営状態のよい一部の事業所とあわせて「平均値」を出しても意味がない。

要するに、経営実態調査にて収支差率が+7.8%と平均を大きく引き上げているのは一部の事業所の存在であり、その結果のみを根拠に、訪問介護全体の介護報酬を切り下げることの合理性は全くない。

(ウ) 報酬改定の著しい不合理性

実際に、介護職員の人手不足が深刻化する中、訪問介護ヘルパーの求人倍率は1.5倍を超え、人手不足をその一因とする訪問介護事業所の倒産件数は過去最高を更新した（2023年の「老人福祉・介護事業」の倒産は122件で過去2番目、このうち訪問介護事業者の倒産は過去最多58件を大幅に上回る67件である。倒産以外でも介護事業者の休廃業・解散が510件と過去最多を記録している）。

こんな苦境の中でのまさかの介護報酬マイナス改定に対して、全国社会福祉協議会・全国ホームヘルパー協議会、日本ホームヘルパー協会という訪問介護の業界団体や中小事業者及び現場のヘルパーからは、抗議や不満、怒りの声が広がっているのが現状である。特に地方における小規模事業所の経営難とヘルパーへの負担は著しく、「厚生労働省は訪問介護を見捨てたのか」という声すら出ている。

今次改定に係る経過をみても、介護事業経営実態調査を根拠として、介護報酬改定を行うことには合理性が一切認められない。

エ 相手方が容易に合理的調査を行いうること

申立人らが、2021年にヘルパーを対象としてアンケート調査を実施したのは、被申立人らが報酬改定において検討材料とすると認めていた「介護事業所経営実態調査」がヘルパーの労働実態について調査の対象としていないこと、その他の調査で出てくる調査結果も、相手方が知る実態とは著しく乖離していること（厚生労働省の調査通りの賃上げ実態があれば人手不足になるはずがない）からであった（甲42）。この調査は、統計学的な手法にのっとりしたものとはいえないが、それでも、個人や研究者が調査を行うことは可能だったのであり、厚生労働省において、実態を把握するための調査を行うことは容易なはずである。

原審で証言した山根純佳教授の調査でも、営利企業のクリームスキミング（利益のあがりやすい利用者を事業者の側が選択し、良心的な事業所が負担

を負う)の実態が浮かび上がってきた。

介護保険制度を、一定の質を保持し、持続可能なものとして運営していくためには、ヘルパーの労働実態、事業所の経営の困難の要因、労基法違反の広がり、3回の厚生労働省の通達の認知度、実施水準などの把握・検討のために、より正確な調査が行われるべきであり、そのような有意な調査をすることを、相手方らを含む市民は長年にわたって繰り返し厚生労働省に求めてきた。しかし、厚生労働省は積極的に調査を行わず、「介護事業所経営実態調査」の結果を根拠として、報酬改定を行い、今年度は上述したように、誰がみても不合理な報酬切下げという愚策を強行したのである。

(4) 「政策課題」の放置の責任

ア 「政策課題」に関する原判決の摘示

原判決は、「訪問介護の現場一般において、賃金支払に関する労働基準関係法令の遵守や、賃金水準の改善と人材の確保が長年にわたり政策課題とされながら課題の解消に至っていない事実は認められる」としながら、解消のための取り組みが進められている（しかしその根拠とされたのは、公的価格評価検討委員会の「中間整理」のみである）ことを認めて、長年の政策課題が解決されていないことだけでは、規制権限の不行使の違法性が認められるものではないとした。

イ 「政策課題」の先鋭化

申立人らは、介護保険制度にそのものに内在していた問題点が、報酬改定や制度の見直しを経て、増幅あるいは顕在化してきたことを具体的に指摘して、申立人らをはじめとする全国のヘルパーは労基法が遵守されない状態で働き続けてきたこと、仮に訪問介護事業所が労基法を完全に遵守して、移動や準備、記録、連絡、待機、キャンセルについて、全て労働時間としてカウントし、かかった時間全てについて賃金を支払ったとしたら事業所の経営が成立しえないことを主張立証してきた。

厚生労働行政は、単に「政策課題」を放置しただけではない。各報酬改定において、報酬の実質的引下げやサービス提供時間の短時間化を行って、ヘルパーの労働環境を悪化させ、ヘルパーの人手不足を促進し、さらに問題を深刻化させてきたのである。今般の報酬改定はまさに「政策課題」を先鋭化させたものであり、厚生労働行政は「政策課題」を解決すべきものととらえていないことの証左とってよい。

第3 経験則違背—著しく不合理な事実認定—

原判決は、申立人らの権利侵害が発生していること、労働基準監督署が実効性のある指導を行わず、かつ、合理的に求められる財政的基盤整備を行わない「規制権限の不行使」が存在していることについて、以下に述べるとおり、著しく不合理な事実認定をしており、それは経験則に違背するとまでいうことができる。

1 申立人らの人間らしく働く権利の侵害

(1) 原審の判断

地裁及び高裁での審理を通じて、申立人らは、ヘルパーの労働環境について、法定労働条件の遵守が徹底されず、移動時間や待機時間、キャンセル時間を労働時間として取り扱っていない事業所が多く存在し、申立人らについても、実際の労働時間からは乖離した時間に対する賃金しか各事業所から支給されていないことを主張し、さらに、数次の介護報酬改定を経て（特に2012年次の改定）、サービス提供時間の短時間化が推し進められたことにより、現場では限られた時間の中でサービスの提供を行うことによる労働強化に加え、利用者とのコミュニケーションを行う時間をとることすらできず、流れ作業で最低限の援助を行うことしかできない状態になり、介護の質を維持することはおろか時には虐待にあたるような状況を看過せざるをえなくなったことで、労働者としての尊厳を傷つけられていると主張してきた。この主張は、申立人らが、労

働者として労働基準法で維持されるべき労働環境を侵されるということを超え、人間らしく働くという権利を侵害されたというものである。

しかし、原審は、「訪問介護の現場では、長年にわたり、多くの事業所において移動時間や待機時間が労働時間に該当する場合におけるこれらを含めた労働時間に対する賃金の支払や、キャンセル休業手当を支払うべき場合におけるその支払が適正に行われないという問題が解決されず、また、賃金水準の低さとこれを一因とする慢性的な人手不足が長年にわたり問題にされながら、未だ問題の解消に至っていない状況にあることが認められる」と、訪問介護の現場に解消されていない政策課題が存在することは認めながら、それらを申立人らの権利侵害としては認めなかった。

(2) ディーセント・ワークの保障

憲法25条第1項が、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を保障し、この生存権の保障を基本理念として、憲法27条は、勤労者に対して人間に値する生存を保障すべきものとする見地に立って、労働の権利（第1項）及び勤労条件の法定（第2項）を保障し、憲法28条は経済上劣位に立つ勤労者に対して実質的な自由と平等とを確保するための手段として労働基本権を保障している。

このことからすれば、国がすべての国民に保障すべき労働は「働きがいのある、人間らしい労働」でなければならず、憲法は、すべての人に、公正かつ良好な労働条件を享受しつつ人間らしく働く権利を保障していると解すべきであり、憲法27条は、人間に値する生活を保障する憲法25条と相まって、すべての人の人間らしく働く（ディーセント・ワークを行う）権利を保障しているというべきである。

1999年のILO総会で、事務局長は「ディーセント・ワーク」の実現を目標として掲げたが、その後、ILOは一貫してそれを、諸活動を集約する最重要な課題と位置づけている。その後、ILOは2008年の「公正なグロー

バル化のための社会正義に関するILO宣言」において、4つの戦略目標、すなわち、①仕事（雇用）の創出…国や企業による仕事（雇用）創出などの支援、②社会的保護の拡充…社会保障の充実や安全で健康的に働ける職場環境整備、③社会対話の推進と紛争解決…職場での問題や紛争の平和的解決の促進、④労働（仕事）における権利の保障…労働者の権利の保障、尊重を達成することで実現されると説明している。

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約も、「すべての者が公正かつ良好な労働条件を享受する権利」（7条）と、「適切な生活水準の権利」（11条）を保障し、日本は同規約を批准しているのであるから、これを実現する法的義務を負うといえる。

（3）介護労働をめぐる国際的な動向

ア 介護労働を含むケア労働に対する世界の動き

近年、「ケア」を政治課題としてどうとらえ、どのような人権として保障していくかという議論が、政治学、法学、社会福祉学の領域で深まる中、国際機関においても、介護労働を含むケア労働については、この10数年非常に大きな注目を集めており、新型コロナウイルスパンデミックを経て、現在に至るまで、ILO（国際労働機関）、OECD（経済協力開発機構）、EU（欧州連合）において、多くの政策文書が成文化され発表されるに至っている。主だったものは以下のとおりである（『ケアという地平』2024年・日本評論社所収 脇田滋「高齢者ケア労働者の権利保障をめぐる課題～ILO、OECD、EUの動向を手がかりに」から）。

2011年

ILO「家事労働者条約・勧告」採択

OECD報告書「求められる介助とは？」

2016年

ILO報告書「世界の非標準雇用」

2017年

EU「社会権の柱」採択

2018年

ILO報告書「ディーセント・ワークの未来のためのケアワークとケア
ジョブ」

EU欧州社会政策ネットワーク報告書

2019年

EU「透明で予測可能な労働条件」指令

2020年

パンデミック発生

OECD報告書「誰がケアするのか？」

EU報告書「ケアの『ウーバー化』に向けて」

2022年

ILO報告書「仕事におけるケア」

ILO条約勧告適用専門委報告「ケア労働とディーセント・ワーク」

2023年

OECD報告書「拍手を越えて？」

イ 注目の背景にあるもの～ケア分野の民営化

第二次世界大戦以後、多くの資本主義国家がめざした「福祉国家」は、社会福祉サービスを公的な責任のもとで行う制度を確立しようとした。しかし、1970年代後半からは、1979年のサッチャー政権、1981年のレーガン政権の影響を受けて「競争と選択」を旗印とする新自由主義的政策が広がり、1990年代以降、各国で需要が急速に高まった「高齢者ケア（介護）」政策についても、サービス利用者による選択権が拡大し、業者は競争によってサービスの質を向上させると標榜され、営利企業の参入による市場化が進められた（高齢者ケアの民営化）。

民間営利企業による運営がケア分野に広がるにしたがって、営利目的の施設は利用者に対する職員配置数が少なく、職員の雇用形態の多くが非標準型であり、職員の離職率も高く、労働者の過酷な状況を反映して利用者が受けるケアの質も低いことが指摘されるようになった。

ウ OECD報告書の変遷

OECDは、1948年に設立された国際経済全般について協議することを目的とし、1964年に日本が加盟し、現在38カ国が加わっている国際組織であるが、2007年から2009年の世界的な金融危機による大不況と失業率上昇を経て、従来の新自由主義的政策を切り替え、市場の柔軟化を促進する政策から脱却してきた。

2011年に、OECDは「求められている介助とは？～介護のための提供と支払い」という報告書を発表した。同報告書は、高齢化が進み、身体が不自由な高齢者に社会が関与する必要性の高まりを指摘した。公益支出を抑えるために家族間のケアを支援することが財政的にも有益であること、ケア労働者については、比較的参入しやすいケア部門も専門化することは将来的に参入障壁を高める可能性があるとしていた。

高齢化が加速する中で、2017年、OECDは高齢者ケアをめぐる新たなプロジェクト「介護と医療保険」を開始し、2020年、「誰がケアをするのか？～高齢者向けケア人材の誘致と維持」という報告書を発表する。同報告書は、介護に従事する労働者が、過酷な労働条件などの理由による不足する事態が発生したが、新型コロナウイルスによるパンデミックによってその構造的欠陥が露呈したと述べる（「不十分な人員配置、質の低い仕事、不十分な技能」、これら全てが「ケアの質と安全性に打撃を与えている」）。ケアの質を向上させ労働者を引き留めるには、労働条件とスキルの改善が必要であるとされた。

パンデミックの経験を経て、2023年、OECDは「拍手を越えて？～

介護における労働条件の改善」という報告書を発表した。同報告書は、パンデミック期間中に、医療・ケア労働者の献身に賞賛が送られたが、時間の経過とともにそれが記憶から消えつつあることを憂慮し、「介護の労働力不足に、今決断的な行動をとらなければ、社会的に受け入れがたいレベルに達する可能性がある」と喫緊の課題であることを強調した。そして、長年労働力不足に悩まされてきたのに賃金が低いままであることをパラドックスとして指摘し、「市場原理」が働かない分野であることも指摘する。そして、各国政府が、ケア労働者の労働環境改善のために公的資金を増やし、主導的役割を担うこと、団体交渉を支援して労働協約を全ての介護労働者に拡大し、労働監督を強化して労働協約の内容に関する情報を明確にすることで遵守・執行を強化する必要があることを指摘した。

エ 「ケア労働」に対するILOのコミット

ILOは、1996年総会で「ディーセント・ワーク」（働きがいのある人間らしい仕事）をその主要目標として提起した。ディーセント・ワークとは、生産的な仕事、公正な収入、事業場における安全と、家族のための社会的保護、個人の発達と社会統合のよりよい見通しをもたらす仕事、人々が自らの関心を表明し、組織化し、その生活に影響を与える決定に参加する自由を与えられる仕事、すべての女性と男性に平等な機会と待遇をもたらす仕事と定義されている。

一方で、ILOは、ケア労働がそのディーセント・ワークに反することが少なくないことを指摘し、各国で高齢者ケアを含む家事労働に、多くの移民や女性が、無申告労働や偽装的自営業形態で就労しているという状況を背景に、2011年に「家事労働者条約」（189号）と「家事労働者勧告」（201号）を採択した。

2018年、ILOは、「ディーセント・ワークの未来のためのケアワークとケアジョブ」と題する報告書を提出した。同報告書は、切迫する世界的

な「ケア危機」を指摘し、緊急行動を各国に呼びかけたものである。同報告書によれば、当時、世界中で、子ども、高齢者、障害者などケアを必要とする人は21億人であったが、2030年までには23億人に増加する。ところが、現実のケアは、20億人の無償ケア労働によって行われる一方、有償ケア労働者は、3億8100万人に過ぎず、その3分の2が女性で、多くが非正規雇用や移民など「非公式経済」下で働くことを余儀なくされている。

ILOは、「ケアワークにもディーセントワーク・アプローチが採用されなければならない」ということを前提にして、それに対する対応を呼びかけたのである。

さらに、ILOは、パンデミックにおいてケア労働者が過酷な状況にあることから、ケア労働に関する一般調査を実施し、同調査結果は、2022年6月の第110回総会で「ケア経済の主要な行動主体である看護職員と家事労働者のディーセント・ワークの確保」として発表された。

オ EUの「ケア労働者保護」

2007年から2008年にかけての経済的ショックで多くの加盟国が深刻な経済不況に陥り、その後の緊縮財政によって、多くの国で社会福祉の削減が進められるとともに、社会における経済的格差は拡大した。一方で、2016年、イギリスは、EUが進める社会政策に消極的な対応を続けてきた保守政権が提案した、EUからの離脱（ブレグジット）を国民投票で決した。

このような状況をふまえて、2017年11月、EUは「社会サミット」で政治的宣言である「欧州社会権の柱」を欧州委員会、欧州議会、欧州理事会で共同採択した。同宣言は、ディーセント・ワークの保障を打ち出すとともに、介護については、「すべての人が良質な介護サービス、特に在宅ケアと地域密着型サービスを安価に受ける権利を有する」とされ、施設以外のケアサービスが優先されるべきことが確認された。

また、欧州社会政策ネットワーク（EUと近隣諸国の専門家によって構成

された組織：ESPN)は、2018年、35の欧州各国の介護に関する国家政策を比較分析した報告書を発表した。同報告書は、介護に対する公的支出の拡大につれて財政的持続可能性が重要課題になること、前記「社会権の柱」を実現するには介護部門の充実と質的向上が重要であることが指摘されていた。

さらに、2022年9月、EU委員会は、「質が高く、手頃な価格で利用しやすいケアサービスを確保し、専門的ケアまたは非公式ケアを受ける人とケアする人々の両方の状況を改善するための欧州ケア戦略」を発表した。この「戦略」には、介護へのアクセスに関して、高齢、病気、障害により日常生活の支援に依存している人々が自主性を維持し、尊厳を持って生活できることを目的とするという、加盟国への勧告が含まれていたが、各国においては課題が山積していることも指摘され、「行動計画」が示されている。

この行動計画中には「ケア提供者」に対する勧告が含まれているが、特に「介護における公正な労働条件」実現のための方法に関する内容は以下のとおりである。「社会的パートナーの自主性を尊重しつつ、介護部門における魅力的な賃金の開発を支援することを含め、介護における全国的な社会的対話及び団体交渉を促進すること」「労働安全衛生に関する組合法を損なうことなく、またその効果的な適用を確保しつつ、すべての介護労働者のために労働安全衛生における最高基準を促進すること」「家事労働者、住み込みケア労働者、移民ケア労働者など、脆弱な労働者集団の課題に取り組むこと」

(4) ディーセント・ワーク保障に関する相手方の責任

ディーセント・ワークが一般的に保障されなければならないことを前提にして、上記の国際的な動向をみると、ケア労働、特に高齢者の介護にかかる労働については、社会におけるその必要不可欠性にもかかわらず、雇用条件や労働環境の劣悪さが問題になっていることが明らかである。

相手方にはディーセント・ワークを保障するために、その実現に向けて積極

的に関与する責任がある。

(5) 「非定型パートタイムヘルパー」という労働形態を認めた問題点

ア オンコール労働

ILOは2016年に、世界に広がる新たな非定型的労働形態の問題をとりあげた「世界の非標準的雇用～課題の理解と展望の形成」という報告書を作成・発表した。弊害の大きい非定型的労働形態の1つに、労働時間が非常に短いパートタイム雇用で、使用者の恣意的な要請に応じて働く「オンコール労働」をあげている。

「オンコール労働」は「ゼロ時間契約」とも称されるもので、雇用契約に所定労働時間は決められておらず、呼び出しの形で就業するという雇用形態とされる。2019年6月には、EUで、「透明で予見可能な労働条件指令」が発出され、一定の規制が試みられている。「通知義務」として、「加盟国は使用者が労働者に雇用関係の本質的な側面を通知するよう求められることを確保するものとする」（4条1項）と定められ、「最低保証賃金支払時間数及び最低保証時間を超えてなされた労働の報酬」「労働者が労働を求められる参照時間及び参照日」などについての通知を保障するように求められた。さらに、「最低限の労働予見可能性」が確保されるような制度を策定することも必要であると言明された（10条）。

上記指令は、EU内の多くの国で問題になったケア部門の労働者の処遇に関する問題が指摘され、アイルランドで、前年の就労実績に基づく時間帯での「保証労働時間」の規定などを内容として雇用法が改正されたことが契機となって策定されたものである。

イ 「非定型型パートタイム」の公認

介護保険制度下におけるヘルパーの労働条件の最大の問題点は、登録制ヘルパーが大多数を占めている点にある。

1980年代の行政改革路線の中で、公務員ヘルパーは削減され、時間給

の有償ボランティアを主とした住民参加型組織への委託が進み、1989年には、「家事型」「介護型」に分類された「事業委託基準単価」が導入された。ここで、常勤ヘルパーの雇用は抑制され、女性のパートタイム労働を前提としたヘルパーの利用が進んだ。ホームヘルパー事業は「ゴールドプラン」（1989年）「新ゴールドプラン」（1994年）によって急拡大したが、その担い手は現在と同じような登録制ヘルパーや、労働者としての権利があるとされなかった請負型ヘルパーであり、労働法制の枠外におかれていた。

介護保険法制定後、被申立人は、同法施行準備の目的で、1997年にヘルパーの費用について「事業費補助方式」（補助単価がサービス毎に設定され、実績に応じた出来高払い制度となる）を取り入れ、翌年には同方式に一本化された。この転換によって、被申立人は、さらにヘルパーの非正規雇用化を財政的に誘導した。

介護保険制度では、全面的にサービス単位の出来高払いに切り替えられたことによって、訪問介護事業所は出来高払いの報酬の中から、給与、事務経費、施設維持費、福利厚生費、人事管理などの経費を支払うという仕組みになったが、人件費割合が法定されているわけではないので、事業所からすれば、これまで以上に、短時間にスポットで働ける労働者を雇用することが合理的であるため、訪問介護制度が施行された後もヘルパーの稼働実態には変化がなかった。雇用契約に定めるべき内容も定かでなく、介護保険から事業所に支払われる介護報酬はサービス提供時間のみを対象とするため、事業所は、移動時間、待機時間、記録時間、会議時間、キャンセルとなった時間について賃金を払わないことが横行していた。

あまりにひどいこの状況について発出されたのが2004年通達（甲5）だった。同通達は、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たものだだったが、介護保険制度下におけるヘルパーの大部分を「非定型パートタイム」という雇用形態で整理した。これは、労働者が働く時間帯や時間数を不明確なままにする点で労働基準法が定める「労働条件明示義務」に反するものであり、上述の「オンコール労働」を公認するものだった。しかし、被申立人は、介護保険制度が事業費補助方式に基づき介護報酬の時間単位決定と関連づけるために、業務に対応する時給制出来高払いの労働形態が許容されるとしたのである。

このような被申立人の対応は、労働時間も労働条件も確定しない違法な就労形態を公認して、労働者の権利侵害が生じるおそれが非常に強い就労状況が横行していることを知りながらこれを是認してしまったのであった。

労基法27条は、「出来高払制で使用する労働者については、使用者は、労働時間に応じ一定額の賃金の保障をしなければならない」と定めている。同条の趣旨は、出来高払制には、仕事の供給量に伴う事業の忙しさによって賃金額が左右されたりすることで、労働者の生活の安定を確保することが困難になるという弊害があるため、実収賃金の確保ないし減少防止を通じて労働者の生活を保障すべく労働時間に応じた一定額の賃金保障を使用者に義務づけたものである。同条の趣旨からすれば、事業所に対して、労働者の生活安定のための施策を全くとらないまま「非定型パートタイム」を認めることは許されない。原審で主張してきたように、利用者の入院や失念など利用者の都合でキャンセルは常に生じるものであり、それは介護保険制度の性質上、当然に発生することが予定されている、いわば「保険事故」のようなものである。しかし、このキャンセルによって、ヘルパーの受け取る賃金には月ごとに大幅な変動が生じ、ヘルパーの賃金は不安定きわまりない。実際にこのような弊害が生じていることから、被上告人の対応は、上告人らのディーセント・ワークの保障の権利を侵害するものであることは明らかである。

なお、2004年通達は、キャンセルの扱いについても、使用者側を救済

する条件を付したものであり、キャンセルが生じても、「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」のみ休業手当の支払いが必要となるものとされ、「代替業務の提供を行った場合」「勤務時間の変更や労働日の変更を行い他の利用者宅で勤務させる等必要な業務の提供を行った場合」には休業手当の支払いを行わなくてよい、という内容になっている。サービス提供時間が1時間未満の短時間になり代替は難しく、また利用者との関係性もあり代替を行うことには障害があるのに、製造業のような思考方法で、休業手当の支給の制限を行うものである。

(6) 小括

原審は、一般的に訪問介護の現場で賃金未払いなどの違法状態が頻繁に生じていることを認めながら、申立人らがディーセント・ワークを求める権利を侵害されていることについて、正面から検討せずに判断を回避した。

2 申立人らのケアする権利の侵害

(1) 原審の判断

地裁及び高裁の審理を通じて、申立人らは、介護の専門職として利用者の尊厳を守るケアサービスを提供することを望み、そのためにヘルパーとして稼働しているにもかかわらず、現在の介護保険制度の枠内で、介護報酬改定によってケアが細切れにされることによって、「利用者が自己の尊厳を守りながら自分らしく地域での生活を維持する」というホームヘルプの目的に反する結果となるようなケアサービスの提供しかできなくなっていることで、介護労働者としての尊厳を傷つけられたと主張してきた。

利用者の生活の維持のためには、利用者自身の判断を尊重しながら、日々の生活のプランを立て、介護の専門職が共にプランの分析を行うことが必要であり、ホームヘルパーの訪問にはそのような役割が期待されている。だが、現場では利用者本人の希望について話し合う時間もなく、本人からリクエストを受

けても、プランにないことを理由に断らざるをえない。また、サービス提供時間と本人の生活上のニーズの不適合によって、真摯に利用者に向き合うホームヘルパーが「自分はケアの提供によって虐待に関与してしまっているのではないか」と感じ、自己の尊厳を侵害されることが生じている。

この点につき、原判決は、訪問介護の現場に解消されていない政策課題が存在することは認めながら、それらを申立人らの権利侵害としては認めなかった。

(2) ケアケアされる権利の保障

ア 相互的な関係の中で生じる権利

「ケア労働」とは、自分自身では自分の必要性を充足できない人をめぐって、その人の要求（ニーズ）を聞いたり、状態を観察したりしながら、「よりよい状態」に向けて働きかけて行く相互的な作業、それを内容とする労働である。病気の治癒という目標が設定されている医療とは異なり、日常生活を支えるケアにとって、「ニーズ」や「よりよい状態」は一元的ではなく、その人の疾患や心身の状況、来歴、予後、他者との関係などの要素によって変化する。これを自分なりに判断するために、ヘルパーは利用者の顔色や声、部屋の様子などを観察して本人の状況を把握し、認知症や病気に関する専門的な知識・経験も用いながら、その場での「ニーズ」や「よりよい状態」を把握する。認知高齢者の介護においては、本来、特別なことはできるだけせず、声かけや見守りを中心とした「共にいる」ケアが、基盤として必要かつ重要ということになる（「共にいる」ケアが効を奏していればいるほど、判定の場面では問題行動が見られないとして軽度判定されて、介護の時間が短くなってしまい、症状が悪化するということが現実にはおきてしまう）。単に利用者の「症状」だけではなく、生活環境や家族関係、介護者との関係、当人のこれまでの生活歴などを含めた関係性の中でのニーズの把握が必要である。このようなニーズ把握は、単純に能力の足りないところを補って個人

の自立を促すというよりもむしろその前提として、関係性の中で利用者を見ることによって可能になる。

とすれば、本来、ケア関係を大切にする立場からは、介護サービスの提供にかかる標準時間を参考にして給付が行われるという、介護保険法の仕組み自体が、関係性の形成を確保することを中心においていないため、問題をはらむものだったことになる（個別具体的な対応については現場の判断に委ねて対応するという形が望ましい）。

イ 利用者の尊厳を保障する介護保険法

人の尊厳は「侵されてはならない人間としての根源的な価値」であり、人の尊厳を守ることはその人の自由と生存を尊重することに直結する（憲法13条）。当然介護サービスの利用者の尊厳も守られなければならない。

2000年に改正された社会福祉法は、福祉サービスの基本理念として「福祉サービスは、個人の尊厳の保持を旨とし」と明記した（3条）。これを経て、2005年改正介護保険法も、1条で、介護保険制度を要介護者などが「自らの尊厳を保ちつつできる限り自立して生活できるよう」医療・福祉サービスを提供するための制度と定めた。

厚生労働省老健局長の研究会である高齢者介護研究会は「2015年の高齢者介護～高齢者の尊厳を支えるケアの確立に向けて」において、高齢者が要介護状態となっても尊厳を持って暮らせる社会づくりを最重要課題と掲げた。

介護現場において介護者は、利用者が安心して日常生活を送る権利や、自由に社会参加する権利を守れるように配慮するように求められ、また、「住み慣れた家で過ごしたい」などといった要望に応えるケアプラン作りも重要とされる。また、介護者は、利用者のけが、事故、病気につながる要因を放置すること、利用者に不安や悲しみ、怒りを与えること、利用者に経済的損失を与えること、利用者に生じている機能低下に向けた配慮を行わないこと

などによって、利用者の心身をみだりに傷つけることがないように配慮が必要である。

ウ ケアする者の尊厳の保障

上述したように、ケアが相互的な関係の中で行われるものであることからすると、尊厳を守られたケアの提供者によって、利用者の尊厳を守ることができるケアが提供されるという関係があり、利用者というケアを受ける者の尊厳が守られるためには、ケアを行う側の尊厳が保持されなければならない。

つまり、介護労働者の労働環境の保持、労働条件確保の課題を抜きにして、介護の質を語ることはできないということである。要介護状態になったときに人間らしい生活が保障される社会を構築していくことが介護に係る制度を構築していく際の最終的な目標であるとするれば、介護を支える介護労働者の尊厳が守られるような労働が確保され、人間的な生活ができるような労働条件を確保することなしには、その目標を達成することはできない。

エ 人間の尊厳とケアしケアされる権利

憲法13条の「個人の尊厳の尊重」は、自己決定の理念、すなわち、人は自らに関わることを自ら決定するか、少なくともその決定に関与する可能性を持つべきであるという理念をその中核におく。

自由かつ独立した主体という近代法の個人に関する概念は1つのフィクションであり、肉体を有するという物理的制約から、人間は年をとり、病気になり、家族の状況も常に変化するのだから、現実的には脆弱であり、その現実に応じた尊厳の保障が必要とされる必要がある。

その上で、憲法14条が法の下での平等を定めていること等に照らせば、憲法は、すべての人に対して、ケアしケアされる権利を保障しているというべきである。本件においては、申立人らのケアする権利の侵害が問題になる。

(3) 現在の訪問介護労働におけるケアする権利の破壊

ア 介護の専門性の収奪

介護保険制度の施行は、介護労働者の身分保障を非正規化によって崩壊させるとともに、在宅介護労働者からアセスメントを行い、関係性を形成する支援の機会を奪い、その業務の内容も変質させた（「老人家庭奉仕員」とされていた時期には、相談助言に関することが業務の内容とされていたが、介護保険制度によって、介護の内容は、身体介護と生活援助に限定されて、相談は除外された）。介護支援専門員が作成したケアプランにしばられることによって、利用者とのコミュニケーションを通じてニーズを把握して業務を行うことは一定の制約を受けることとなった。

だが、ヘルパーは、利用者の生活の中に入って、関係性を構築し、生活障害を見付けながら、自立支援を行いその人らしく暮らすという最終的な目標に向かって実践を重ねるというプロセスの中で業務を行う、高い対人援助技術を必要とする専門職である。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、それらを通じて利用者が抱える問題を発見し、要支援者、家族、環境に働きかけ、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しており、専門性を発揮する機会は失われたわけではなかった。

しかし、介護報酬改定の際に「生活援助」の縮小をめざした改定が行われ、生活援助の時間は短縮化された。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（1時間を超える長時間のサービスには加算がなくなった）、同居家族のいる場合は原則として「生活援助中心型」利用が制限されることとなった。また、2009年改定では、身体介護及び生活援助の両サービスにおいて、最も短い30分未満の報酬単価が引き上げられた。2012年には、これは実質的には30分あるいは60分であったサービス時間をそれぞれ20分、45分にするという内容の改定が行われた。

サービス時間の短縮により生活援助中心型の介護サービスを提供するヘル

パーは流れ作業的に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り、ケアの専門性を十分に発揮することができなくなった。このことは、多くのヘルパーが「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り、そのことは、これまで申立人が提出したアンケート結果などで裏づけられている。

イ ケア概念と相容れない「効率化」「生産性」の導入

ケアとは、与え手と受け手の双方が支援を受け、ケアが共有され、ケアのための資源が与えられることによって初めて適切に遂行されることになる。そして、ケアの時間とは、たんに物理的ケアに従事している時間だけを指すわけではなく、ケアの受け手のニーズを見きわめ、その時々々のケアの良し悪しを判断し、ふりかえり、また次のケア活動に活かしていく、といった一連のプロセスの時間全体をさす。そのようなケアの本質からすれば、ケアと「効率化」あるいはケア「生産性の向上」というのは、本来相容れないものといえる。生産性とは、投入するインプットに対するアウトプットの大きさのことをさし、一人当たりの時間当たりで生み出される量が増えることが生産性向上の指標となる。製造業をはじめとする市場経済における商品生産は、設備投資や技術革新によって生産性を上げることができる。しかしケアは必要な時間を短縮するという意味での純粋な生産性向上の余地はない。

しかし、被申立人は、「人口減少の中、介護職は限られた人数で専門性の高い介護サービスを提供しなければなりません。職員が介護業務に集中でき、いきいきと働くことのできる環境を作るため、日ごろの業務改善（すなわち生産性向上）は重要です」として、介護ニーズの増大と人手不足に対する対策として、生産性の向上を打ち出し、2021年には、厚生労働省老健局が「介護分野における生産性向上の取組を支援・促進する手引き」を発行する

などして、効率化を押し進めている。

ウ 小括

報酬改定によって、高齢者の生活や歩行などの時間を無視してサービス提供時間を限界まで短時間化された上、厚生労働省が介護についても効率を上げ、生産性を向上することを目標に設定することによって、ヘルパーのサービス提供は、利用者の個別性やニーズを無視した流れ作業のようなものに変質した。現場では利用者本人の希望について話し合う時間もなく、本人からリクエストを受けても、プランにないことを理由に断らざるをえない。また、申立人ら自身が、サービス提供時間と本人の生活上のニーズの不適合によって、「自分はケアの提供によって虐待に関与してしまっているのではないか」と感じ、自身の介護労働者としての尊厳が、回復しがたい程度まで損なわれている。

申立人らは、介護の専門職として利用者の尊厳を守るケアサービスを提供することを望み、そのためにヘルパーとして働いているのに、このような変質によって、「利用者が自己の尊厳を守りながら自分らしく地域での生活を維持する」というホームヘルプの目的に反する結果となるようなケアサービスの提供しかできず、介護労働者として有するケアをする権利を侵害されている。

3 裁量権の逸脱・濫用に関する判断の誤り

(1) 原審の判断

原審は、介護報酬決定に関する厚生労働大臣の裁量について、社会保障費としての支出が伴うものであることを背景にして、広汎かつ多様な事情を考慮することを認めているものと解される。

(2) 介護保険制度の政策的意図

介護保険制度は、発足当時、女性に押しつけられてきた家庭内の介護の負担

によって生じた弊害を解決するものであるかのようにとらえられ、政府の宣伝もあいまって、おおむね歓迎されていた（原審でも主張したように、保険制度の導入を懸念する声は各所で存在していたが、支配的なものではなかった）。しかし、制度導入の主要な狙いは、高齢者福祉制度を廃止し公費支出を抑制することであり、結果、2000年の介護保険制度導入は、社会保障費を削減して規制緩和して社会保障分野に営利企業を参入させる先駆けとなり、高齢者医療の一部を介護に移行させることによって高齢者医療制度を再編する道筋がつけられることとなった。

40歳以上の医療保険加入者は自動的に介護保険費を負担させられるが、介護保険給付の対象となるためには要介護認定を受けた者だけが受給資格を得られる。そして、40歳以上65歳未満の被保険者は要介護・要支援となった原因が加齢に起因する疾病によるものしか受給できず、結果、被保険者のうち、受給しているのは2割以下である（75歳以上の認定率は約3割、85歳以上の認定率は約6割とあがる）。

また、7段階の要介護状態区分ごとに保険給付の上限が設定されており、これを超えた部分は全額自費負担となる（この基準額は制度導入以降上がっていない）。さらに、高齢者福祉制度の応能負担とは異なり、介護保険制度では収入に関わりなく「応益負担」が求められることになり、低所得者層にとっては大幅な負担増となった。応益負担では要介護度が重いものほど利用者負担が大きくなり、年金収入の少ない高齢者は、必要なサービスを受けたいと思っても利用を差し控えるようになった。

（3）介護保険制度施行後の経過

介護保険制度施行後の給付に関する経過を概観すると以下のとおりである。2001年4月に小泉内閣が発足したが、同政権は、毎年2200億円もの社会保険費の削減を打ち出し、2003年、2006年の第1次・第2次報酬改定では大きなマイナス改定があった。2003年度からは「給付適正化事業」

が本格化し、給付の抑制が行われた。さらに、2005年制度改定で「予防重視型システムへの転換」という名の下に、新予防給付と地域支援事業を介護保険制度から切り離した。

その後、人手不足が深刻となり、2009年の第3次報酬改定では初めてのプラスとなり、全額国費の介護職員の処遇改善交付金の制度ももうけられた。2012年の第4次報酬改定では名目はプラスとなったが、介護職員処遇改善加算分を控除するとマイナス改定であり、ヘルパーの生活援助時間は短縮された。

2015年第5次報酬改定は最大級の引下げとなった（処遇改善加算分を考慮すると4.5%）。その後、2018年、2021年の改定でもほとんど報酬に関しては改善がみられない。

一方、2014年の介護保険法改正では、要支援者の訪問介護と通所介護を保険給付から外して地域支援事業に移行させることとなり、2015年～2017年度にかけて市町村で実施された。利用者負担も、2015年に「2割負担」が一部に導入され、2018年には「現役なみ所得」がある場合には「3割負担」とされた。

(4)「保険制度」であることの限界

厚生労働省は、介護サービスの利用抑制と保険給付削減の手段として、「利用者負担」を利用してきた。政府は、2024年度から、2割負担の対象となる所得基準を引き下げて行う対象拡大とケアマネジメント有料化をもくろんでいたが、強い反対の声に強行することはできなかった。しかし、2022年5月にまとめられた財務省の「建議」においては、利用者負担を原則2割とし、2割・3割負担の対象拡大も提言されている。また、ケアマネジメントについても3年後の有料化がめざされている。

さらに、政府は、要介護1及び2の生活援助サービス（ホームヘルプとデイサービス）を保険給付から外し、市町村が行う「総合事業」へ移行しようとし

ている。これは、介護認定の7区分のうち、要介護2までの4区分については、要介護認定を受けても保険給付の対象から外して、市町村によってサービス利用を縮小させようというものである。要介護2までの4区分（軽度者）は、現状で利用者数の65%を占めており、そもそも地域において生活したいと望む高齢者のコア部分はこれら軽度者の中にあるから、これを介護保険から切り離し、実施責任を市町村に移行するというのでは、もはや「保険制度」とは言いがたい。

一方、介護保険に関わる国庫負担を確認すると、介護給付等に対し、国が支出する国庫負担の割合は4分の1であり、2023年度予算でも約3兆円である。高齢者から徴収される第1号保険料は約2.9兆円、40歳以上64歳以下から徴収される第2号保険料は約3.5兆円であり、「赤字」状態ではない。そして、政府予算中介護にあたる部分は、社会保障費の中でも約8%（年金や医療の3分の1程度）、一般会計歳出の約3%に過ぎない。高齢者介護費用が国家財政の大きな負担になっているという事実はなく、むしろ、厚生労働大臣の裁量は、介護保険制度が「保険」であることによって一定の制約を受けると解すべきである。

結 語

以上のとおり、原判決は、国賠法第1条第1項、介護保険法第5条、第41条等の「法令の解釈に関する重要な事項」を含んでおり、かつそれらの法令の解釈を誤っている。さらに、重要な事実認定につき経験則違背が認められ、この点も「法令の解釈に関する重要な事項」にあたる。そして、それらが判決の結論に影響を及ぼすものであることは、これまで論証してきたところから明らかである。

よって、民事訴訟法第318条第1項に基づき、貴裁判所においては本件申立てを受理し、同法第325条第1項により原判決を破棄し貴裁判所において自判して申立人の相手方らに対する請求を認容する旨の判決をするか、または本件を東京高

等裁判所に差し戻し、申立人の損害についての判断をなさしめるべきである。

以 上