

令和4年（行コ）第290号 遺族補償給付等不支給処分取消請求事件

控 訴 人

被控訴人 国

控訴理由書

令和4年12月9日

東京高等裁判所第7民事部ロ乙係 御中

控訴人訴訟代理人

弁護士 指 宿 昭 一
同 明 石 順 平

目次

第1	本件の概要	- 4 -
第2	原審判断の概要	- 4 -
1	「家事使用人」該当性	- 4 -
(1)	前提	- 4 -
(2)	原判決の判断	- 5 -
2	処分理由の追加	- 5 -
(1)	前提	- 5 -
(2)	原判決の判断	- 5 -
3	業務起因性	- 6 -
第3	原判決の誤りについて	- 6 -
1	「家事使用人」該当性	- 6 -
(1)	脱法スキーム	- 6 -
(2)	雇用の実態	- 7 -
(3)	原判決が脱法スキームを認めた根拠	- 8 -
ア	契約形式	- 8 -
イ	紹介への諾否の自由と交渉余地	- 9 -
ウ	家政婦業務への指示	- 9 -
エ	平成17年事務連絡	- 10 -
(ア)	前提	- 11 -
(イ)	原判決の判断	- 11 -
(ウ)	上記判断の誤り	- 12 -
(エ)	平成17年連絡の本件へのあてはめ	- 12 -
i	利用者要件を満たしていない	- 12 -
ii	訪問介護計画作成要件を満たしていない	- 13 -

iii	サービス提供透明性確保のための体制がとられていない.....	- 14 -
iv	まとめ.....	- 15 -
(4)	小括.....	- 15 -
2	処分理由追加.....	- 15 -
(1)	事実上無制限の処分理由追加を肯定.....	- 15 -
(2)	最高裁判例違反.....	- 16 -
(3)	原審での審理状況.....	- 17 -
3	業務起因性.....	- 17 -
第4	予備的主張.....	- 18 -
1	合算して認定すべき.....	- 18 -
2	憲法27条2項違反.....	- 19 -
3	憲法14条違反.....	- 19 -
第5	水町教授による原判決批判.....	- 22 -
第6	労基法116条2項見直しの動き.....	- 23 -
第7	結語.....	- 25 -

第1 本件の概要

本件は、亡Aの夫である原告が、平成30年1月16日付渋谷労働基準監督署長による遺族補償給付及び葬祭料を支給しない旨の処分（以下「原処分」という。）の取り消しを求める事案である。

亡Aは、平成25年8月20日、訴外株式会社Y社（以下「Y社」という。）に訪問介護ヘルパー及び家政婦の両方で登録を行い、平成27年5月19日までは家政婦としてのみ稼働した。

同年5月20日～26日までの6日間、亡Aは、後述するとおり、利用者（以下、「B氏」という。）宅にて、家政婦及び訪問介護ヘルパーとして、ほぼ24時間休みなしの業務に従事した。

同月27日、亡Aは、府中駅前の入浴施設内で倒れているところを救急搬送されたが、翌28日午前0時43分に、「急性心筋梗塞」（以下「本件疾病」という。）で死亡した。

原処分の不支給決定の理由は、亡Aが労基法116条2項の「家事使用人」に該当し、同法の適用除外となるため、労災保険法も適用されないというものであった。

原審は、結論としてこの原処分の不支給決定を支持し、請求を棄却した。原審の最大の問題点は、端的に言うと、労基法適用逃れのための「脱法スキーム」を認めてしまった点にある。

第2 原審判断の概要

本件の争点は大きく分けて3つあるが、原審の判断はそれぞれ下記のとおりであった。

1 「家事使用人」該当性

(1)前提

労基法116条2項の「家事使用人」について、旧労働省の通達（基発150

号)は「個人家庭における家事を事業として請け負う者に雇われて、その指揮命令の下に当該家事を行う者は家事使用人に該当しない。」としている。

したがって、この通達に従い、亡AがY社に「雇われて、その指揮命令下に」家事を行っていたと認められる場合、亡Aに労基法及び労災保険法が適用されることになる。

(2)原判決の判断

この点について原判決を要約すると下記のとおりである。

- ①亡Aは、介護部分についてはY社に雇用されていたと認められるので、その部分については労基法、労災保険法が適用される。
- ②他方、家事部分についてはB氏の息子との労働契約なので、労基法116条2項により、適用除外。
- ③①の部分だけだと、介護計画では、1日4時間30分の労働時間であり、1週間合計でも31時間30分にとどまるので、「短期間の過重業務」に該当しない。

2 処分理由の追加

(1)前提

原処分は、亡Aが労基法116条2項の家事使用人に該当するので不支給と判断しただけであり、業務起因性については検討していなかった。

そのため、本件訴訟において、処分理由に業務起因性が無いことを追加することが許されるのか否かが争点となった。

(2)原判決の判断

原判決は、処分理由の差し替えや追加は、処分の同一性の範囲内で許容されるどころ、本件で業務起因性が無いことを追加するのは、処分の同一性の範囲内であるから、適法であるとした。

3 業務起因性

亡Aが家事使用人に該当しない場合、死亡に業務起因性があるかが問題となる。原判決は1で述べたとおり、介護業務部分のみ労基法及び労災保険法の適用を認めたが、その部分の労働時間だけでは非常に短いため、死亡に業務起因性は無いとした。

第3 原判決の誤りについて

1 「家事使用人」該当性

(1) 脱法スキーム

前述のとおり、旧労働省の通達（基発150号）は「個人家庭における家事を事業として請け負う者に雇われて、その指揮命令の下に当該家事を行う者は家事使用人に該当しない。」としている。この通達の適用を免れるため、形式的に、派遣先の家庭と家事使用人と直接労働契約を締結するという手段がある。こうすれば、少なくとも法形式上は、「雇われて」の条件に該当しないからである。Y社がやっていたのは、正にこの脱法スキームであった。

Y社は、家事部分については形式的にB氏の息子と亡Aの間で直接労働契約を締結させていたが、実態は、次に述べるとおり区別されていなかった。原審で争点となったのは、介護部分と家事部分を明確に区別できたのか、という点であった。

なお、原処分は介護部分も含めて「家事使用人」に該当すると判断したが、原判決はその点は是正し、介護部分はY社に雇用され、指揮命令下にあったと認定した。ただ、それは再審査請求における保険審査会の判断と同様である。介護部分について家事使用人該当性が否定されることは、原審において被告も争っていなかった。結局のところ、原判決は、保険審査会と同様の判断をただけである。

(2)雇用の実態

亡Aの雇用の実態を端的にまとめると下記のとおりである。

- ①亡Aは、介護部分をY社と、家事部分をB氏の息子と労働契約。
- ②介護部分についてはY社が訪問介護計画書及びホームヘルパー業務指示書作成。
- ③B氏の息子が頻繁に口出ししてくるため、実際は計画通りにいかず、介護部分と家事部分が混合。
- ④求人票兼労働条件通知書は、Y社が介護部分と家事部分の合計額を記載して作成（甲7。「日給1万6000円」と記載）。
- ⑤給料は、介護部分も家事部分も区別されずにY社から直接亡Aに支払い。
- ⑥Y社は、上記賃金の14%を亡Aから紹介料として徴収。
- ⑦Y社は、介護部分と家事部分を区別せずに亡Aの賃金を記録（甲10）。
- ⑧Y社は、家政婦業部分についても、業務指示書の別紙に、かなり具体的な業務内容の指示を書き（甲13）、1～2か月に1度、多い時には2週間に1度くらいB氏宅にケアマネージャーを派遣し、家事使用人にヒアリングをしていた（甲11、12）

以上の事実につき、原判決は、⑧は無視しているが、①～⑦は認めている（原判決17頁～21頁）。ただ、③の点について、原判決は「B氏の息子は、介護の方法や実施時間等に関して訪問看護計画とは別に指示を出していたため、亡Aは、訪問介護計画通りに介護を実施することができないことが多かった」と過小評価している。この点につき、別の時期にB氏宅に派遣されていたC氏はこう述べている（甲11）。

「Bさんの自宅は息子さんがいて、実際の指示は息子さんから出ていました。この息子さんが、一方的に命令する、話し合いが全くできない人で、ヘルパーは

みんな苦勞していました。介護の仕事は、大まかなプランがあっても、例えば利用者の体調によってずれることも多いです。その上、Bさんの自宅では、息子さんが間に入ってきては口を出すので、時間帯も、作業にかかる時間も、**指示書のとおり**にできたことは**1日もありませんでした。**」

以上のとおり、「介護計画通りに実施することができないが多かった」のではなく、「介護計画通りに実施することは全くできなかった」という方が正しい。原判決は、何ら根拠なく③の点を過小評価している。そして、この点が後に述べるとおり極めて重要である。

③を過小評価しているとはいえ、原判決も上記①～⑦については認めている。そして、この実態からすれば、Y社がやっていたのは、家事使用人派遣事業又は家事請負事業と言うべきである。本当に単なる紹介業だったのであれば、継続的に毎月賃金の14%もの金銭を徴収するのはおかしい。紹介への対価は最初に払えば終わりのはずだからである。

Y社がB氏の息子と亡A間で形式的に労働契約を締結させていたのは、通達の適用逃れのための脱法スキームに過ぎない。そして、介護部分のみは自社と雇用契約を締結する形にしていたのは、介護報酬を受給するためである。Y社の事業主であったD氏も「家政婦とヘルパーの業務の違いは、基本的にはありません。介護保険が利用できるかどうかだけです。」と、業務内容に違いが無いことを認めている（甲9、10頁）。ところが、原判決はこの脱法スキームを、次に述べる理屈で真正面から肯定した。

(3) 原判決が脱法スキームを認めた根拠

ア 契約形式

原判決はまず、「亡Aは、家政婦としての業務に関しては、B氏の息子と雇用契約を締結していたのであって、訪問介護サービスの提供業務とその他の家事及び介護業務の利用者がそれぞれ異なることは明確であったものと認められる」と認定している。

しかし、これは通達の適用逃れのために形式をそうしているというだけであり、単なる脱法スキームである。このような形式論は明確区分性を肯定する根拠になり得ない。

イ 紹介への諾否の自由と交渉余地

原判決は「本件会社の登録家政婦には、本件会社の職業紹介に応じるか否かについて諾否の自由があり、本件会社が賃金の基準額を求人者に提示していたという事情はあるにせよ、賃金額等の労働条件は求人者との交渉によって設定する機会は与えられていた」と認定した。

しかしながら、原審において、登録家政婦が本件会社の職業紹介に対し、実際に拒否をしたという事例は出ていない。さらに、Y社は、介護部分も家事部分もまとめて求人票に提示していたが、この点についても、現実に家政婦が派遣先の家庭と交渉して条件を変えた、という事例は出ていない。要するに、原判決の認定は証拠に基づかない単なる想像に過ぎない。特に、労働条件については、求人票（甲7）に「勤務時間、休憩時間等は面接の際決定します」と記載しているだけであり、賃金には触れられていない。したがって、Y社が提示する介護家事合計の日給1万6000円という賃金に交渉余地は無かったと見るしかない。

ウ 家政婦業務への指示

原判決は「介護保険業務（訪問サービス）に関する指示や監督、要介護者宅の要望や注意事項の伝達、要介護者と登録家政婦とのトラブルの仲介の域を超えて、本件会社が、登録家政婦と要介護者宅との家政婦業務に関し、登録家政婦に対して指揮命令をしていたと認めるに足りる的確な証拠は無い」と認定した。

しかし、これも誤りである。Y社は、家政婦業務部分についても、業務指示書の別紙に、かなり具体的な業務内容の指示を書き（甲13の2枚目）、1～2か月に1度、多い時には2週間に1度くらいB氏宅にケアマネージャーを派

遣し、家事使用人にヒアリングをしていた（甲11、12）

特に、業務指示書の別紙（甲13の2枚目）に注目すべきである。この別紙には、「7：00 朝食の仕度（息子さんのもの）」「10：15～11：00 昼食仕度（息子さんのもの）」という記載がある。B氏の息子は介護の対象ではないので、これは明らかに介護の範囲を超える業務指示である。さらに、「朝食セットが終わったら仏壇を行う」とあるが、これも明らかに介護の範囲を超える業務指示である。さらに、掃除について、ホームヘルパー業務指示書には、「台所掃除」の欄に○がついているだけだが、別紙には「玄関内と外、門扉の外、車庫、庭」とある。介護業務として指示されているのは、あくまで業務指示書本体に記載のある「台所掃除」であるが、別紙にはそれを超える範囲の掃除をせよと記載されているのである。

また、本件ではB氏の息子が同居しているという点がポイントである。ホームヘルパー業務指示書（甲13）には、介護サービスのうち、「生活援助」として、「台所掃除」「ゴミ出し」「調理」「洗濯」が入っている。そして、本件ではB氏の息子が同居しているので、これらのサービスはB氏の息子にも提供されていることになるのである。なぜなら、ゴミにはB氏の息子が出したゴミも当然入るし（息子の分だけ分けていたとは思えない）、調理については前述のとおりB氏の息子の分も作るよう指示されていた上、台所はB氏の息子も使用するものだからである。

後述するが、もともと、介護と家政婦業務をセットで提供する場合において、介護保険の適用を受けたい場合、独居又は独居に準じる状態にある者のみ対象となっている。本件はそれに該当しないので、必然的に同居者にもサービス提供をすることになるのである。

したがって、B氏に対する介護を超える業務指示をY社が行っていたことは明白である。

エ 平成17年事務連絡

(ア) 前提

平成17年9月14日付厚生労働省「事務連絡」(以下原判決と同様、「平成17年連絡」という。)では、「同一介護者が、訪問介護を1日に数時間行い、24時間のうち残りの時間を「家政婦」として家事や介護のサービスを行う場合は、サービス内容が明確に区分できないことから、訪問介護費を算定できない旨、平成15年5月30日当課より発出した事務連絡「介護報酬に係るQ&A」において示しているところである。」と述べている。その上で、一定の要件を満たした場合にのみ、訪問介護とそれ以外の部分を明確に区分でき、介護報酬を算定できるとしている(乙8)。

前述のとおり、原審では、訪問介護部分について、亡AがY社の指揮命令下にあったという点については争いが無かった。争いがあったのは、訪問介護部分とそれ以外を明確に区分できるか否か、という点である。そして、平成17年事務連絡は明確区分性の要件を定めていることから、この要件を満たしていない場合、訪問介護とそれ以外の部分が明確に区分できない。そうすると、全ての業務について亡AがY社の指揮命令下にあったとみるのが合理的ということになる。

原審での最大の争点はこの平成17年事務連絡の要件を満たすか否かであった。

(イ) 原判決の判断

原判決は下記のとおり判断した(27頁)。

- ①これはあくまで介護保険の適用に関して介護報酬の算定が困難となる場合の行政対応の指針を示した事務連絡であり、
- ②また、訪問介護サービスに係る事業と家政婦としての事業の内容に共通性や連続性があるために実際の業務遂行の際に両業務を明確に区別することが困難な場合が生ずるとしても、本来、両業務は異なる事業主体に

よる業務であって、それにより介護保険法の適用の有無が指定されることとなる以上は、両業務は原則として峻別されることになる旨を行政解釈として示したものと認められる

(ウ) 上記判断の誤り

まず、①の点について、これが介護保険適用のための基準であるからと言って、本件において介護業務と家政婦業務を区別する基準として使えない、という理由にはならない。それは単なる形式論である。国が介護業務と家政婦業務の実態を調べた上で作成した明確区分性の基準なのだから、本件においてこれを参考にしない合理的理由は無い。何より重要なのは、この平成17年連絡の基準を満たさない場合、介護報酬を不正受給していることになる、という点である。これは後述する。

次に、②の点について、乙8をどう読んでも「両業務は原則として峻別されることになる旨を行政解釈として示した」と解釈することはできない。峻別し難いからその判断基準を示している、というだけである。

(エ) 平成17年連絡の本件へのあてはめ

原判決は平成17年事務連絡を使って本件の明確区分性を判断すること自体を放棄してしまったため、具体的あてはめを行っていない。そこで、以下あてはめを行う。

i 利用者要件を満たしていない

平成17年事務連絡は、利用者の要件について2点、サービスの実施について3点、要件を挙げている。そのうち、利用者の要件について、「独居又は独居に準ずる状態（「準ずる状態」とは、同居者が要介護者である場合等、介護ができない状態を言う。）状態にある者であること」としている。

本件の場合、B氏は息子と同居しており、独居に該当しない。また、B氏の息子は要介護者ではないので、独居に準ずる状態にも該当しない。

このように、利用者要件を満たさないので、Y社がB氏宅の訪問介護サービスについて介護保険の適用を受けるのは明らかに違法である。

この点、原判決は、利用者要件について

①要介護度4若しくは5の者又は認知症により徘徊、異食、不潔行為、日の不始末が見られるなど常時見守り等が必要である者

又は

②独居に準ずる状態（中略）である者について、適正なケアマネジメント及びそれに基づく適正な訪問介護を確保するための条件が満たされる場合

と認定している（17頁）が、この「又は」の部分が誤りである。平成17年事務連絡には「**いずれも**満たす利用者」と明記されている（乙8）。これは致命的誤りである。原判決の誤った認定だと、B氏が利用者要件を満たすことになる。結果的に、原判決は介護報酬の不正受給を見逃してしまった。不正受給の有無は本件の直接の争点ではないとは言え、明らかに違法なものを裁判所が見逃すことは許されない。

ii 訪問介護計画作成要件を満たしていない

平成17年事務連絡は、訪問介護計画作成にあたっての要件①として「訪問介護」としてのサービスと「家政婦」としてのサービスの違いを明確化した上で、その双方について、ケアプラン上に明確に位置づけられていること」をあげている。

しかし、本件の場合、訪問介護部分については一応定められているが、家政婦としてのサービスとの違いを明確化した上で、「その双方について」、「ケアプラン上に明確に位置づけられている」とは言えない。

次に、要件②として「訪問介護のみが提供されるのではなく、利用者の必要性に応じて訪問看護等他の介護保険給付対象サービスが提供され

るよう、主治医等の意見等を踏まえたケアプランが作成されていること」が挙げられている。

しかし、本件の場合、「主治医等の意見等を踏まえたケアプラン」は作成されていない。

iii サービス提供透明性確保のための体制がとられていない

平成17年事務連絡は、サービス提供透明性確保のための体制として、「①介護者が所属する訪問介護事業者に併設していない居宅介護支援事業者によりケアマネジメントが行われ、モニタリングにより「身体介護」「生活援助」又は「家政婦」サービスが明確に区分されていることの確認が行われること」を挙げている。

本件ではこの点は最も重要である。亡Aと同じくB氏宅で勤務していたC氏はこう述べている（甲11）。

「Bさんの自宅は息子さんがいて、実際の指示は息子さんから出ていました。この息子さんが、一方的に命令する、話し合いが全くできない人で、ヘルパーはみんな苦勞していました。介護の仕事は、大まかなプランがあっても、例えば利用者の体調によってずれることも多いです。その上、Bさんの自宅では、息子さんが間に入ってきては口を出すので、時間帯も、作業にかかる時間も、指示書のとおりにはできたことはありませんでした。」

このように、B氏宅の場合、息子があれこれと口を出すため、指示書通りに業務遂行することができなかった。指示書通りに遂行できないのだから、提供するサービスを明確に区分することなど不可能である。したがって、Y社は「明確に区分されていることの確認」などしていない、というよりできない。

さらに、平成17年事務連絡は、要件②として「家政婦」としてのサービスを含めて提供したサービス内容をきちんと記録すること」を挙げて

いる。本件の場合、訪問介護部分についての記録はあるものの、家政婦部分については記録がされていない。記録がされていないものを明確に区分することなどできない。

iv まとめ

以上のとおり、B氏宅に関する業務は、平成17年事務連絡が定める明確区分性の要件を満たしておらず、訪問介護部分とそれ以外の部分を分けることができていない。そうすると、亡Aは全体としてY社の指揮命令下にいたとみるべきである。

(4)小括

家事使用人該当性の論点について、原審では最終的に平成17年事務連絡該当性の争いとなった。そしてその基準に照らすと、上記のとおり介護業務と家政婦業務を明確に区分できないことが明らかとなった。明確に区分できない以上、本来は介護報酬を受領できないし、そもそもB氏は利用者要件も満たしていなかった。完全に不正受給である。

Y社は、通達の適用逃れのために、形式的に亡AとB氏の息子間で労働契約を締結させていた一方、介護については亡Aと直接労働契約を締結し、介護報酬を不正受給していたということである。「労働基準法適用を逃れつつ、金は得る。」という許されざる脱法スキームである。

しかしながら、原判決は形式論に終始し、平成17年事務連絡については利用者要件の致命的な読み間違いを犯し、Y社の脱法スキームを肯定してしまったのである。

2 処分理由追加

(1)事実上無制限の処分理由追加を肯定

原判決は、「処分の同一性の範囲内」であれば、処分理由の追加が許されるとし、範囲内にあるかどうかは、当該処分にかかる個別の実定行政法規の解釈によるとした(30頁)。

そして、労災保険法については「同一の種別の保険給付の範囲内であり、対象疾病の内容及びその原因について同一性があるといえる限りは同一の処分として取り扱うという立法政策を採用しているものと解する」とし、原処分で全く判断されていなかった業務起因性に関する処分理由の追加を認めた。この原判決の判断枠組みであれば、手続的要件か実体的要件かを問わず、事実上無制限に処分理由の追加が許されることになってしまう。

一般に、法令が行政処分に理由の提示を求めているのは、処分庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと言えるが、原判決の判断では、その趣旨が没却される。不服申し立てをする側からすれば、不意打ちを覚悟せよと言われているに等しい。

(2)最高裁判例違反

この原判決の判断は最高裁平成5年2月16日第三小法廷判決（和歌山ベンジジン事件。以下「ベンジジン判決」という。）に違反している。

ベンジジン判決は、労災保険法施行後に生じた疾病は、同法施行前の業務に起因するものであっても、保険給付の適用対象になると判断した。そして、業務起因性についての判断は留保した上で不支給決定を取り消した。

その理由は、原処分において、労災保険法の適用外であるという理由のみで不支給決定がされており、業務起因性については判断されていなかったからである。そのような場合において、業務起因性についても裁判所が判断してしまえば、本来、行政段階と司法段階の2段階にわたって業務起因性を判断される制度設計となっているにもかかわらず、司法での1段階しか判断機会が与えられない結果になる。要するに、他の労災申請者と比べて、判断機会が1段階減らされるということであるから、法の下での平等（憲法14条）に反するし、手続保障も侵すことになる。ベンジジン判決は当然の判断をしたと言える。

そして、本件においても、原処分は、亡Aが労働基準法116条2項により

適用除外となるため労災保険法が適用されないという、手続的要件のみで判断しており、実的要件である業務起因性については触れていない。これはベンジジン判決と全く同様である。

したがって、原判決の判断は明白にベンジジン判決に違反する。原判決は、ベンジジン判決について、単に「本件とは事案が異なる」というのみであり、なんら説得力のある理由付けをしていない。ベンジジン判決も本件も、「労災保険法が適用されない」という理由で不支給となった点は同じなのであるから、事案が異なるとは言えない。

(3)原審での審理状況

原審では、被告が平成17年事務連絡に沿った介護業務と家政婦業務の明確区分性の立証を全くできなかった。そのため、家政婦業務も含めて亡AがY社の指揮命令下にあることはもはや争えないという流れになっていた。しかし、労災保険法の適用があるとしても、原処分で判断されていない業務起因性についてまで裁判所が判断して良いのか、という論点が次に浮上した。

原審は、ベンジジン判決を踏まえて、そもそも業務起因性について本件で裁判所が判断してよいかどうかをまず当事者に主張させた上で、念のため業務起因性についても主張立証を促した。

より具体的には、本件では低温サウナにおいて亡Aが死亡しているのが発見されたので、低温サウナによって業務との因果関係が絶たれるのか、という点が問題となった。業務起因性についてはこれが真の争点であった。

このような流れだったので、原告側としてはベンジジン判決に従い、業務起因性については判断を留保した上で原処分が取り消されることを予想していた。しかし、介護部分のみY社の指揮命令下にあったとした上、最高裁判例も無視した原判決の判断には非常に驚いた。

3 業務起因性

原判決は、介護部分のみY社の指揮命令下あるとし、その部分の労働時間を1

日合計4時間30分と認定した。そうすると、本件疾病発症前おおむね1週間の労働時間は31時間30分にとどまり、短期間の過重業務に該当しないとした。

前提として、介護部分のみしか指揮命令下ないと認定している点が誤りである。ここまで述べてきたところからすれば、家政婦部分も含めてY社の指揮命令下にあった。

また、労働時間を1日4時間30分と認定したのも誤りである。これはあくまで指示書に書かれた時間に過ぎない。繰り返し指摘しているとおり、別の時期にB氏宅に派遣されていたC氏が「指示書のとおりにはできなかったことは1日ありませんでした。」(甲11)と述べているのであるから、指示書通りに1日4時間30分と認定することは明らかに誤りである。原判決は徹頭徹尾形式論しかしていない。

3 小括

以上のとおり、3つの争点に対する原判決の判断は全て誤りである。最も大きいのは、「通達の適用逃れのための脱法スキーム」を肯定した上、「介護報酬の不正受給」も、平成17年事務連絡の誤読により見逃した、という点である。

第4 予備的主張

1 合算して認定すべき

念のため下記の予備的主張を追加する。

本件においては、亡Aの家政婦業務部分についてもY社の指揮命令下にあると認定すべきであるが、仮に百歩譲ってそうではないとしても、家政婦業務部分の労働時間も合算し、業務起因性を判断すべきである。

通常、使用者が異なる場合、就業場所も就業実態も異なる。したがって、令和2年9月1日の改正労災保険法施行前は、複数事業所で雇用される場合、賃金も労働時間も合算されずに労災認定が行われていた。

しかしながら、本件の場合、形式的に使用者が異なるだけであり、就業場所も就業実態も全く異なることが無い。ただ形式的に使用者が異なるという理由のみをもって業務起因性を個別に判断する、ということになれば、この特殊な実態を

無視する結果となる。それは、「業務上の事由又は通勤による労働者の負傷、疾病、傷害、死亡等に対して迅速かつ公正な保護をするため、必要な保険給付を行い、あわせて、業務上の事由又は通勤により負傷し、または疾病にかかった労働者の復帰、当該労働者及びその遺族の援護、労働者の安全及び衛生の確保等を図り、もって労働者の福祉の増進に寄与することを目的とする」改正前労災保険法第1条の趣旨に明白に反する。

なお、この場合、B氏の息子の指揮命令下にある部分については労基法116条2項の「家事使用人」に該当するのではないか、という問題点が出てくる。しかし、労基法116条2項は下記に述べるとおり、憲法に違反するというべきである。

2 憲法27条2項違反

憲法27条2項は「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める。」と規定している。しかし、「家事使用人」について労基法の適用を除外してしまった場合、「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準」が何も定まっていない状態となってしまう、同項に違反する。

この点、家事使用人について労基法の適用が除外された理由は「そのような労働者の労働条件について国家的規制と監督を行うことが困難かつ不適切と考えられたことによる」とされている（菅野和夫「労働法」第12版175頁）。

しかしながら、「働き方改革」がさけばれ、長時間労働を無くしていこうという昨今の風潮において、このような抽象的な理由付けはもはや合理性を持たないことは明らかである。後述するとおり、本件では亡Aが利用者に対する24時間対応を余儀なくされ、それが原因で死に至っている。労基法116条2項をこのまま放置すれば、亡Aのように24時間業務を余儀なくされ、過労死する家事使用人が今後も発生していくことになる。

3 憲法14条違反

憲法14条は「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会

的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と定める。

「家事使用人」を労基法の適用除外とすることは、「家事使用人」という社会的身分を理由として、経済的関係において差別するものであると言える。なぜなら、労基法の適用対象であれば発生する割増賃金等が発生せず、その分だけ経済的に不合理な格差が生じるからである。

さらに、亡Aもそうであるように、「家事使用人」をするのはほとんどが女性であるから、性別を理由として経済的差別をしているとも言える。

この点、家事労働者の人権保護は今や国際的な流れとなっており、国際社会から日本に対しても強く要請されている。

平成23（2011）年6月16日、ILO第100回総会で、「家事労働者の適切な仕事に関する条約（第189号条約）」が採択された（甲14）。令和2年3月1日現在の批准国数は29カ国である（甲15）。

本条約は、その特殊性により労働・社会保障法の適用対象外になることが多い家事労働者を労働者と認定し、その労働条件改善を目指して初めて採択された歴史的な国際基準である。家事労働者は他の労働者と同じ基本的な労働者の権利を有するべきとして、安全で健康的な作業環境の権利、一般の労働者と等しい労働時間、最低でも連続24時間の週休、現物払いの制限、雇用条件に関する情報の明示、結社の自由や団体交渉権といった就労に係わる基本的な権利及び原則の尊重・促進・実現などを規定している（甲14）。

同ILO総会では、日本政府も条約の採択に賛成した。これについて、平成30（2018）年4月16日第30回ILO懇談会議事概要によると、次のような日本政府見解が示されている（甲16）。

「(政府側)

政府が条約採択に当たって投票する際は、批准できるかどうかという観点もある

が国際労働基準として必要な内容かどうかという観点から賛否を決めるものである。本条約については国際労働基準として必要であるという理由から賛成したものである。」

しかしながら、日本は同条約をいまだ批准しておらず、国連女子差別撤廃委員会「日本の第7回及び第8回合同定期報告に関する最終見解」において、日本政府は同条約の批准を検討することを求められている（甲17、14頁）。

この最終見解に対し、日本は男女共同参画局に「女子差別撤廃委員会最終見解への対応に関するワーキング・グループ」を組織し、議論をしている。このワーキンググループの2回目の議事録において、小山内委員から下記の指摘があった（甲18、2頁）。

「家事労働者の多くは女性で、雇用労働条件の点で差別や人権侵害などを受けやすい非常に弱い立場にあると思われる。その上、家事労働がきちんとした労働として認められてこなかったという歴史的な経緯もあり、実際の就労現場では家事労働者が低賃金や長時間労働などにさらされたりしてきたケースが少ないのが現状である。

（中略）189号条約の批准は、関連議論を活発化させ、関係者全員の明確な自覚を促し、家事労働者の実質的な状況改善につながるとも考えられる。」

このように、ILOでは、家事労働者を労働者と認定し、家事労働者の人権の保護、雇用条件、安全かつ健康的な作業環境の確保に係る政府の関与等について規定する条約を採択し、家事労働者の保護を図ろうとしている。そして、日本政府も、本条約の採択について「国際労働基準として必要である」との認識をもって賛成をしていた。日本は同条約の批准をしていないが、国連女子差別撤廃委員会より勧告も受けており、家事労働者（家事使用人）の人権保護が議論されているところである。

3 小括

以上のとおり、労基法116条2項は憲法14条、27条2項に違反しているため、本件には適用されない。

なお、仮に憲法違反ではないとしても、本件の事実関係の下では、端的に労働基準法116条2項は適用されない、と判断すべきである。

家事使用人の労働関係は家庭内の問題であるから、国家が立ち入るべきではないという価値判断が労基法116条2項の前提にあると思われる。しかし本件では、家事使用人部分の労働条件についてもY社が事実上全部決めている上、前述のとおり業務指示も出しているため、純然たる家庭内の問題とは到底言えない。通達において、事業者が家事使用人を派遣する場合を除外したのも、そういった実態があればもはや家庭内の問題ではないから、という考えがその前提にあると言える。そしてそれは本件にも同様にあてはまる。単に形式的に使用者を派遣先家庭にただけで労働基準法の適用を容易に免れることが出来てしまうのは、あまりにも不当である。

第5 水町教授による原判決批判

水町勇一郎東京大学教授は、原判決について、ジュリスト2022年12月号の評釈にて下記の批判をしている（甲23）。

- ①本件Aの家事業務についても、賃金の決定・支払い、労働時間の決定、業務遂行の方法やトラブル解決等についてB社が事業として組織的・定型的に関与・把握しており、労基法の上記趣旨からすると、その実態として、適用除外される家事使用人には当たらないと解すべきではないか、
- ②使用者単位での判定は使用者の災害補償責任の代替という労災保険法の一側面に着目したものに過ぎず、労働災害という社会的危険から労働者を保護するという労災保険法全体の趣旨・性格からすれば、（2020年改正労災保険法適用前であっても）労働者単位で業務起因性を判断し労働者の適切な保護を図る解釈をすることが考えられるのではないか、という疑問がある。

本判決は、就業の実態より形式の契約（例えば契約の締結主体が異なり形式的に諾否の事由や労働条件交渉機会があること）を重視し、労災保険法の一側面に着目した形式的な解釈を重ね合わせたため、就業の実態や労災保険法全体の趣旨から乖離した結論に至ったきらいがある。上級審では、実体を精査し、法の趣旨に沿った解釈がされることが期待される。

この水町教授による批判は、控訴人がここまで述べてきたことと全く同趣旨である。同教授が指摘するとおり、原判決は形式的な解釈に終始し、実態を完全に無視した。その結果、脱法スキームを肯定し、労災保険法の趣旨に背く結果となった。

第6 労基法116条2項見直しの動き

労基法116条2項については、国会でも見直しの動きが出ている。令和4年10月27日参議院厚生労働委員会では、石橋通宏参議院議員と加藤勝信厚生労働大臣との間で、下記の質問と答弁があった（甲24の44頁）。

○石橋通宏君

（中略）

あと、最後一問だけ。

家事労働の労働基準法適用除外問題について、これも今後しっかりここで議論させていただきたいと思いますが、二〇一五年に、皆さんも御存じのとおりです、六十八歳の女性が家事労働、長時間労働の末、お亡くなりになりました。しかし、労基法で家事労働全般が除外をされているということで労災を認めなかった。東京地裁も、残念ながら処分の取消しを認めなかった。

大臣、これも戦後の、戦後のあのときに決まった法律が今この期に及んでも有効になってしまっていて、家事労働で、今政府の方針でも家事使用人、家事労働、促進しようみたいなことをやっておられる。そんな中で多くの皆さんが頑張っているのに、労働者として保護されない、労働基準法によって守られない、こんなことを長年放置してきた。既に九〇年代からこの問題は指摘をさ

れてきたはずで、見直しを検討しよう。ILOも家事労働条約を採択をしました。日本政府も参加をしたはずで。

であれば、もういいかげんこの問題を放置せず、一日も早く家事労働で頑張っていていただく労働者の皆さんにもきちんと労働基準法が適用されるよう、これも加藤労働大臣の、厚労大臣のイニシアチブですぐにでも対処していただくべきだと思いますが、大臣、いかがでしょうか。

○国務大臣（加藤勝信君） もう経緯は言うまでもなく石橋委員御存じだと思いますが、家事使用人については、通常の労働関係と異なった特徴を有する関係について国家による監督、規制といった法の介入が不相当である等の考え方から労働基準法の適用除外とされていると、それをベースに今判断がされているということでもあります。

ただ、委員の問題意識、私も共有はさせていただいているところであります。まず、その家事使用人。家事使用人といっても、家事使用人という形と、それから派遣されて行かれるという、この派遣されて行く場合には労働者性があるということで労働保険の適用がありますから、同じ仕事をやっても違うというまた実態もあります。

ただ他方で、家庭の中でという、いわゆるその雇用関係というんでしょうかね、それが、雇用というか、その関係がですね、ちょっと違うというところは留意しなきゃいけないと思っておりますが、いずれにしても、その家事使用人の実態そのものが長らく我々見てきていないので、まずはその調査を行わさせていただきたい。その実態を踏まえて、労働者の保護の観点からどういった対応が必要なのか、考えられるのか、これは検討していきたいというふうに思っておりますし、実態もできるだけ早くに進めさせていただきたいと思っております。

このように、国もまずは家事使用人の実態調査に乗り出すことを明言しており、労基法116条2項の見直しに向けて動きだしている。

第7 結語

労基法116条2項は明白な女性差別規定であり、憲法に違反しているが、通達の解釈を採用することによって、この条項の適用を排除し、控訴人を救済する途はあった。しかし、原判決はなぜかその途を選ばず、形式論に終始し、脱法スキームを肯定した上、事務連絡の解釈を誤って不正受給の点も見逃し、業務起因性については最高裁判例に違反する判断をした。

このような判決が維持されることは、世の流れに逆行し、労災保険法の趣旨を没却する結果となる。そんなことがあってはならない。原判決は絶対に取り消されるべきである。

以上