

## 安全配慮義務

岡 林 伸 幸

### 一 問題の所在

#### (一) はじめに

安全配慮義務は古くて新しい問題である。後述する最高裁判所昭和五〇年判決以来、おびただしい数の論文・判例研究が著されている。そして今日においては、その実質を認めない者はおらず、各論的な課題、例えば履行補助者責任との関係や、効果として労務給付拒絶権や履行請求権が認められるかなど、に関心が移っているといつても過言ではないであろう。他方で総論において、もはや安全配慮義務の概念を不要とし、より一般的な義務構造論や民事責任論に解消されるとする見解が台頭してきている。<sup>1)</sup>果たしてそうであろうか。この点に関する疑問を契機として、本稿では安全配慮義務の特質と構造について再検討し、その概念の有用性を探究するものである。

## (二) 本稿の構成

本稿ではまず判例を検討する。もっとも判例理論に関しては既に様々な形で検討がなされているので、詳細な点についてはそちらに譲り、ここでは判例理論の到達点を客観的に明らかにするとどめる。その後で安全配慮義務の意義・概念に関して学説の状況を明らかにした上で検討を加え、私見を明らかにする。

(一) 例えば、潮見佳男『債権総論 第二版』(信山社・二〇〇三年)一二五頁以下(以下、潮見一総論として引用する)など。

## 二 判例

## (一) はじめに

安全配慮義務を直接規律する規定を我が民法は持っていない。そこで安全配慮義務の意義・要件・効果等は判例を通じて形成され、そして解明されてきた。そこで、代表的な判例を検討し、現在通用しているルールを明らかにすることにする。

## (二) リーディング・ケース

安全配慮義務のリーディング・ケースとされるのは、最高裁判所昭和五〇年二月二五日第三小法廷判決(民集二九卷二号一四三頁)である。この判決は、自衛隊の車両整備工場で働いていた自衛隊員が別の自衛隊員の運転する大型自動車に轢かれて死亡したという事案で、「国は、国家公務員に対し、その公務遂行のための場所、施設若

しくは器具等の設置管理又はその遂行する公務の管理にあたって、国家公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務を負っているものと解すべきである」と判示した。そしてその根拠として「右のような安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであって、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はなく、公務員が前記の義務を安んじて誠実に履行するためには、国が、公務員に対して安全配慮義務を負い、これを尽くすことが必要不可欠である」ということを示した。同判決が安全配慮義務を最高裁判所として初めて定義し、その根拠を信義則に求めることを明らかにした。そして原判決が、国は特別権力関係にある公務員について安全配慮義務を負わないことを理由に損害賠償を排斥したのを法令の解釈適用を誤ったものとして破棄し、安全配慮義務が「社会的接触関係に入った当事者間において」認められることを前提として、国と公務員関係も例外ではないとして肯定している。このような附随義務的な捉え方はドイツ官吏法に由来するものであるが、安全配慮義務の内容を前述のように制限的に捉え、さらに「安全配慮義務の具体的内容は、公務員の職種、地位及び安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なるべきものである」としていることから、判例の立場からすると、安全配慮義務を附随義務的に捉えるのは、特に不法行為上の注意義務との径庭を考慮に入れた場合、疑問がある。

他方で同判決は「国が義務者であっても、被害者に損害を賠償すべき関係は、公平の理念に基づき被害者に生じた損害の公正な填補を目的とする点において、私人相互間における損害賠償の関係とその目的性質を異にするものではないから、国に対する右損害賠償請求権の消滅時効期間は、……民法一六七条一項により一〇年と解すべきである」としている。このことから判例は、国の安全配慮義務違背に基づく損害賠償請求権の性質を、雇用契約上の安全配慮義務違背に基づく労働者の使用者に対する損害賠償請求権と同様に捉えているということが推測される。

つまり不法行為ではなく債務不履行に基づく損害賠償請求権と捉えているのである<sup>3)</sup>。この点に関し、理論的整合性がとれているのかどうか、疑問に思う。つまり、安全配慮義務が社会的接触関係に入った当事者間において認められる義務であるならば、その違反は不法行為責任を発生させるとするのが合理的である。それにもかかわらず、安全配慮義務違反が債務不履行責任であるとするならば、何らかの理由を示す必要があるはずであるが、このことに関し何も説明されておらず、ただ結論を示しているにすぎない。この点で判例の態度を疑問に思う。

### (三) 附遅滞・遺族固有の慰籍料

最高裁判所昭和五五年二月一八日第一小法廷判決（民集三四巻七号八八八頁）は、下請会社の従業員が塗装工として働いていた建設工事現場で、足を滑らせて地上に転落し死亡したので、その遺族が下請と元請との両会社に損害賠償を請求したという事案である。

同判決の前提問題として、本件は下請会社の従業員の事故死であり、彼は元請会社と直接の契約関係にはなく、この場合に安全配慮義務違反として元請会社に損害賠償請求しうるか、という問題がある。同判決から直接見て取ることができないが、この関係を雇用契約に準ずる法律関係上の債務の不履行とみることににより、この点をクリアしているように推測される<sup>4)</sup>。判決が示すように、安全配慮義務の根拠が「社会的接触関係に入った当事者間に信義則上認められる義務」であることから、この点は肯定されよう。

その上で同判決は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償債務が履行遅滞に陥る時期につき、「債務不履行に基づく損害賠償債務は期限の定めのない債務であり、民法四二二条三項によりその債務者は債権者からの履行の請求を受けた時にはじめて遅滞に陥るものといふべきである」と判示した。このことは安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求権が債務不履行の一態様であり、期限の定めのない債務として取り扱われることを示している。不法行

為に基づく損害賠償請求権であれば、損害の発生と同時に遅滞に陥り何らの催告も要しないとされているのに対し、この点は安全配慮義務を理由とする損害賠償請求権者に不利となる。

さらに同判決は、被害者と両会社との間の雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でない遺族が雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係上の債務不履行により固有の慰籍料請求権を取得するものとは解しがたい、という理由で、民法七一一条において不法行為上認められている遺族固有の慰籍料請求権を、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求権者に認めなかった。債務不履行の場合にも精神的苦痛に対する慰籍料請求権を認めるのが通説・判例であるが、契約関係にない遺族に関しては、固有の慰籍料請求権は認められないと判断されたのである<sup>5)</sup>。もっとも判例は、慰籍料請求権に関して当然に相続を認めているので、安全配慮義務違反の場合でも、相続人は死亡した本人の慰籍料請求権を相続分に応じて加害者に請求することはできるであろう。

同判決は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償債務の性質をより明確に債務不履行責任と位置づけたといえるであろう。他方でこれらの準則は、不法行為責任を追及する場合に比べて被害者に不利となるものであるから、安全配慮義務の存在意義を否定する根拠ともなるものである。

### (四) 主張・立証責任

最高裁判所昭和五六年二月一六日第二小法廷判決（民集三五巻一号五六頁）は、自衛隊所属のヘリコプターが飛行中に回転翼に故障を起こし墜落したために乗員が死亡した、という事案である。同判決は 判決が示した準則に加えて、「国が国家公務員に対して負担する安全配慮義務に違反し、右公務員の生命、健康等を侵害し、同人に損害を与えたことを理由として損害賠償を請求する訴訟において、右義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、国の義務違反を主張する原告にある」と解するのが相当である<sup>6)</sup>、と判示し

て、請求を棄却した原審判決を維持した。

一般に不法行為責任の場合には被害者に、債務不履行責任の場合には債務者（加害者）に証明責任が分配され、この点で債務不履行責任の法が被害者に有利とされる。そして安全配慮義務違反について不完全履行として債務不履行責任と構成するのが、判決にみられるように、判例の立場である。ところが、安全配慮義務のような抽象的な概念に関しては、より具体化された義務違反に該当する事実が問題となり、そして判決が指摘するように、安全配慮義務の具体的な内容は様々であるから、具体的事実が証明されない限り債務内容を特定することはできず、結果として原告（被害者）に証明責任が課せられることになる。以上のことから同判決は、請求原因事実として証明されなければならないのは、抽象的な安全配慮義務違反ということでは足りず、具体化された義務違反に該当する事実を原告が証明しなければならないことを明らかにした、といえる。そしてこの点では安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求権も、主張・立証責任に関しては、不法行為責任を追及する場合と実質的に差がないことを示している。

#### (五) 安全配慮義務の限定

最高裁判所昭和五八年五月二七日第二小法廷判決（民集三七巻四号四七七頁）は、自衛隊の会計隊長が、同隊の自動車運転し、隊員輸送の任務を終了した帰途、路面が雨で濡れ、かつ、アスファルトが付着して極めて滑走しやすい状況にあることを看過し、急に加速した等運転者として道路交通法上当然に負うべき通常の注意義務を怠ったことにより、右自動車を反対車線に進入させて対向車に衝突させ、その衝撃によって右自衛隊の自動車に乗乗命ぜられた者を死亡するに至らしたという事案である。同判決は、国が負うべき安全配慮義務は、「国が公務遂行に当たつて支配管理する人的及び物的環境から生じうべき危険の防止について信義則上負担するものであるから、

国は、自衛隊員を自衛隊車両に公務の遂行として乗車させる場合には、右自衛隊員に対する安全配慮義務として、車両の整備を十全ならしめて車両自体から生ずべき危険を防止し、車両の運転者としてその任に適する技能を有する者を選任し、かつ、当該車両を運転する上で特に必要な安全上の注意を与えて車両の運行から生ずる危険を防止すべき義務を負うが、運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきものとされる通常の注意義務は、右安全配慮義務の内容に含まれるものではなく、また、右安全配慮義務の履行補助者が右車両にみずから運転者として乗車する場合であつても、右履行補助者に運転者としての右のような運転上の注意義務違反があつたからといって、国の安全配慮義務違反があつたものとすることはできないものというべきである」と判示して、国の安全配慮義務違反はないとした原審判決を支持した。

同判決は、判決を承けて、国が負う安全配慮義務の具体的内容を示したものである。安全配慮義務の具体的内容については三つの説がある。<sup>8)</sup>第一説は、安全配慮義務は、使用者が業務遂行のために必要な施設若しくは器具等を設置管理し又は被用者の勤務条件等を支配管理することに由来するものであるから、業務の安全な遂行を妨げる危険等を排除しうるに足る人的物的諸条件を整えることに尽きる、という説である。第二説は、安全配慮義務は、使用者においてその支配管理する業務遂行の過程において接触するであろう危害発生の危険から被用者を保護すべきものであるから、物的人的な環境の整備に加えて、使用者の支配管理を受けて業務に従事する者が業務遂行上必要な注意義務を怠らないようにして危険の発生を防止すべき義務も、安全配慮義務の内容となる、という説である。第三説は、安全配慮義務は、業務中の活動の全般にわたつて被用者の生命健康等を保持することに向けられた使用者の本質的な義務であるから、使用者は、被用者の過失・第三者の行為・不可抗力が介在する場合は別として、生命身体に対する危険がいかなる原因によるものであるかに関係なく、被用者の生命身体に対する安全それ自体を確保するという内容を持った、高次の安全配慮義務を負う、という説である。このような学説の状況において、判例

は、義務の内容が最も狭い第一説に従うことを同判決により明らかにした、といつてよいであろう。

さらに、従業員（健康（職業病））に関する使用者の責任について、最高裁判所平成二年四月二〇日第二小法廷判決（労判五六一号六頁）が判断している。同判決はチェンソー（自動鋸）やブツシユクリナー（枝刈払機）を使用していた営林著作業員に発症した振動障害につき、作業員らが国に対して、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償を請求した事案である。同判決は、判決を引用して、国に作業員の生命・健康等を危険から保護するように配慮すべき義務があり、その安全配慮義務の具体的内容は、それが問題となる具体的状況に応じて定まるとした。そしてその上で、まず、「昭和四〇年までは、……チェンソー等使用による振動障害発症の予見可能性が否定される以上、予見可能性を前提とする結果回避義務を問題にする余地はなく、右時点前は被上告人の安全配慮義務違反を問うことはできない」とした。次に「戦後における科学技術の著しい発達に伴い、往時とは比較にならぬほど種々の形態の機械器具が開発、利用され、そのため我々の社会、経済生活を営む上で各種の利便ないし利益を享受してきたが、それによつてもたらされる危険もまた否定し得ない。社会、経済の進歩発展のため必要性、有益性が認められるがあるいは危険の可能性を内包するかもしれない機械器具については、その使用を禁止するのではなく、その使用を前提として、その使用から生ずる危険、損害の発生の可能性の有無に留意し、その発生を防止するための相当の手段方法を講ずることが要請されているといふべきであるが、社会通念に照らし相当と評価される措置を講じたにもかかわらずなおかつ損害の発生をみるに至つた場合には、結果回避義務に欠けるものとはいえないといふべきである」という、一般論を展開した。そしてそれに沿つて本件を検討した結果、昭和四〇年以降、国はチェンソー等使用による振動障害発症の結果を回避するにつき社会通念上相当と評価される措置を講じてきているから、安全配慮義務違反があるとはいえない、として、営林著作業員のチェンソー等の使用による振動障害につき、国の安全配慮義務違反を否定した原審判決を維持した。

同判決の最も重要な点は、「経済的に有用な機械器具の導入に際して、人間の健康等への危険の可能性が存する場合であっても、その発生の防止につき相当の措置を講じていれば、たとえ右危険が現実化し、労働者に損害が発生したとしても、使用者は安全配慮義務の法的責任を負つことはない」（労判五六一号七頁）、とした点である。安全配慮義務の内容を具体化する際に、労働者の健康と機械の経済的有用性を秤にかけるのは避けられないことかも知れないが、後者への配慮に傾いているように思われる。むしろ同判決の奥野久之反対意見が説得的である。相反意見は、「労働関係に伴つて使用者の責務として労働者に対する安全配慮義務が存することは、今日広く承認されているところであるが、特に作業機械の使用による職業病の場合について考えると、その機械は労務給付に必要なものとして労務を提供する作業員にその使用が強制され、当該作業員にとっては選択の自由のないものであるから、使用者としては、（一）先ず新規の機械を導入するに当たっては、作業員の心身に障害を発生させるおそれの有無程度及び安全使用基準についてあらかじめ調査、確認することを必要とし、（二）導入後不幸にして作業員の心身に障害を生ぜしめることが判明し、もしくはこれを予見し得ることとなつた場合には、その障害の内容、程度並びにその機械の有用性及び必要性の程度に応じ、その機械の使用を廃し、あるいはその機械の使用を一時休止もしくは制限するなど、とりあえず障害の続発ないし憎悪を防止すべき措置を講じつつ、その障害の態様及び原因を究明して当該機械の改良、使用基準の改善を図り、障害発生防止並びに障害の被害を受けた者の救済につき、有効適切な対策を講ずべき義務があるものといわなければならない」（労判五六一号一六頁）として、本件について国に損害賠償義務があるとしている。何故にこのような差が生まれるのであろうか。既に指摘したように、判決は安全配慮義務の根拠を「社会的接触に入った当事者間において認められる」附随義務的なものとして捉えている。同判決の多数意見はこれに引きずられているのではなからうか。奥野反対意見を見ると、安全配慮義務の具体的内容を労働契約の特徴を踏まえて判断していることがよくわかる。判例が安全配慮義務を債務不履行責任と捉えるので

あれば（判決参照）、この奥野反対意見の方向で判定していくべきであろう。

（六）第三者惹起型

安全配慮義務の限界が問題となる新たな類型として、第三者惹起型と呼ばれるものがある。すなわち、使用者以外の第三者によって加害行為が行われたケースである。最高裁判所昭和五九年四月一〇日第三小法廷判決（民集三八巻六号五五七頁）がそれである。同判決は、会社が、夜間においても、その社屋に高価な反物・毛皮等を多数開放的に陳列・保管しているながら、右社屋の夜間の出入口に覗き窓やインターホンを設けていないため、宿直員において潜り戸を開けてみなければ来訪者が誰であるかを確かめることが困難であり、そのため来訪者が無理に押し入ることができる状態となり、これを利用して盗賊が侵入し宿直員に危害を加えることのあるのを予見し得たにもかかわらず、覗き窓・インターホン・防犯チェーン等の盗賊防止のための物的設備を施さず、また、宿直員を新入社員一人としないで、適宜増員する等の措置を講じなかったなどの事実関係がある場合において、一人で宿直を命ぜられた新入社員がその勤務中に潜り戸から押し入った盗賊に殺害されたという事案で、会社にその事故について安全配慮義務違反を認め、損害賠償責任を認めた原審判決を支持した。

同判決は、判決と同様に、「雇傭契約は、労働者の労務提供と使用者の報酬支払をその基本内容とする双務有償契約であるが、通常の場合、労働者は、使用者の指定した場所に配置され、使用者の供給する設備、器具等を用いて労務の提供を行うものであるから、使用者は、右の報酬支払義務にとどまらず、労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示の下に労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解するのが相当である」と判示した上で、「使用者の右の安全配慮義務の具体的内容は、労働者の職種、労務内容、労務提供

場所等安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なるべきものであることはいうまでもない」とした。そして本件事案に沿って判断し、労働者の生命・身体等に危険が及ばないように、物的・人的設備を施す義務があるのにそれを怠ったとして、安全配慮義務違反を認めた。

最高裁判所昭和六一年二月一九日第三小法廷判決（判時一一二四号一三頁、判夕六三一号一一二頁）は、陸上自衛隊の駐屯地に、制服等を着用して幹部自衛官及びその随従者を装って侵入した過激派活動家によって、勤務中の自衛官が刺殺された事故に関して、過激派活動家が武器獲得を目的として各地の駐屯地等に度々侵入し、また、当該駐屯地において、部外者にも容易に了知可能な状態のもので、営門の出入者が制服等により幹部自衛官及びその随従者と見える限り乗車する車両に同駐屯地内使用許可証等の掲示がなくとも身分確認及び車両等の点検を原則的に行わない取り扱いがされていたなどのような事実関係が認められた事案において、国の安全配慮義務を認めた判決である。

同判決は、判決を引用して、判決と同じ内容の安全配慮義務があることを認めた上で、「国は、陸上自衛隊の自衛官を駐屯地内の動哨勤務に就かせる場合であっても、公務の遂行に当たる当該具体的状況のもとにおいて、制服等の着用により幹部自衛官を装った部外者が営門から不法侵入し、かつ、動哨勤務者の生命・身体に危害を及ぼす可能性を客観的に予測しうるときは、営門出入の管理を十全にしてその侵入を防止し、もつて、同人にかかる危険が及ぶことのないよう配慮すべき義務を負うものと解するのが相当である」と判示した。そしてその理由として「およそ駐屯地内で動哨として勤務する自衛隊員は、規律維持等のほか、外部からの不法侵入に備えるべき職責を負い、その職責には生命、身体に対する危険が多少なれなく避け得ないに内在していることを否定することはできないが、外部から区画された施設内での警衛を分担する複数の公務遂行者の一員であることに鑑みると、前述のような手段、方法による営門からの不法侵入者により惹起されるべき動哨勤務者の生命、身体に対する危害の可能

性は、その職責に不可避的に内在している危険の限界を超えるものといえなく、国は、公務の遂行を管理する者として、かかる危害の可能性をあらかじめ客観的に予測しうる限り、これを排除するに足りる諸条件を整えるべき義務を免れないからである」とした。そして本件の場合、国に安全配慮義務違反を認めて損害賠償を命じた。同判決の論理は、判決と同じ内容であり、第三者惹起型の安全配慮義務違反の判断に関しては、具体的状況のもとで見可能性及び結果回避可能性の存在を前提として使用者の義務内容を個別的・具体的に措置するという、不法行為責任における過失の認定と類似の手法が採られている。

### (七) 小括

判例は、安全配慮義務の内容を人的・物的設備を整えるという範囲に限定する。そしてその根拠は、判決において社会的接触に基づく法定責任と捉えていたが、その損害賠償請求権の性質は、債務不履行責任であることに一貫してきた。そして不法行為責任上の規範をできるだけ排除してきた、といえよう。このような判例の態度が妥当であるかどうかを、学説の検討を踏まえて検討したいと思う。

- (2) 柴田保幸「国の国家公務員に対する安全配慮義務の有無 国の安全配慮義務違反を理由とする国家公務員の国に対する損害賠償請求権の消滅時効期間」『最高裁判所判例解説民事篇(昭和五〇年度)』(法曹会・一九七九年)所収六〇頁以下、六七頁。
- (3) 柴田前掲七二頁。
- (4) 吉井直昭「安全保証義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償債務の履行遅滞となる時期 安全保証義務違反の債務不履行により死亡した者の遺族と固有の慰籍料請求権の有無」『最高裁判所判例解説民事篇(昭和五五年度)』(法曹会・一九八五年)所収四二頁以下、四二二頁。

- (5) 最高裁判所昭和三十七年九月四日第三小法廷判決(民集一六卷九号一八三四頁)。
- (6) 吉井前掲四二〇頁。
- (7) 最高裁判所昭和四二年一月二日大法廷判決(民集二二卷九号二二四九頁)。
- (8) 遠藤賢治「自衛隊の自動車の運転者が運転上の注意義務を怠ったことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右同乗者に対する安全配慮義務」『最高裁判所判例解説民事篇(昭和五八年度)』(法曹会・一九八八年)所収一九三頁以下、一九九～二〇〇頁参照。
- (9) 潮見佳男「安全配慮義務の縮減理論(要件論)」『民商一〇一卷六号(一九九〇年)七五三頁以下、七六三頁(以下、潮見―要件論として引用する)』。

## 三 学説

### (一) はじめに

安全配慮義務に関する学説は百花繚乱状態にあり、各学説の位置づけなどについては、既にこれを検討した優れた文献があるので<sup>10)</sup>、詳細はそれに譲り、本稿においては、私が検討の対象としたい安全配慮義務に消極的な学説を紹介するにとどめる。その方向性には二つあり、一方は安全配慮義務が問題となる場面においては不法行為責任を追及すれば十分であり、わざわざ安全配慮義務を用いて損害賠償請求権を行使する意味はないという方向性であり、もう一方はより一般的な義務構造論に安全配慮義務は解消され、わざわざ安全配慮義務という概念を用いる必要はないという方向性である。この順番に検討していくことにする。

## (二) 新美説

新美教授は、判例で採り上げられた安全配慮義務の個々の論点、即ち消滅時効・附遅滞・遺族固有の慰藉料・過失及び帰責事由の証明責任などを検討する。そして不法行為責任を追究する場合と比較して、消滅時効を除いて、安全配慮義務を債務不履行責任として構成するだけで被害者救済のために有利になることはないことを指摘する。<sup>11)</sup>

判決においても不法行為に基づく損害賠償請求権が消滅時効にかかっていなければ同様の結論が得られたはずであるとし、「安全配慮義務は、当事者の明確な合意によるのではなく、信義則によって導き出され、かつ、確定すべきものである。すなわち、その具体的内容は、具体的状況に応じて、社会通念ないし価値判断によって事後的に確定されざるをえないのであり、その確定の方法は、不法行為の場合と異なるところはないように思われる」とされ、「安全配慮義務を債務不履行責任と構成しても、不法行為責任と構成することとの間には差異が認められないうし、また認めるべきではない」とする。そして結論として「少なくとも損害賠償の領域では、安全配慮義務の存在意義はきわめて乏しいのではなからうか」とされる。<sup>12)</sup>

新美説の安全配慮義務批判の特徴は、安全配慮義務を債務不履行責任に構成できないとするのではなく、少なくとも損害賠償責任に関する限り意味がない、という点にある。そしてさらに新美教授は、安全配慮義務を安全確保義務と保護義務に分け、前者に関しその履行請求権や使用者が違反した場合の給付拒絶権を承認する見解に対し、「履行請求権にしても、履行拒絶権にしても、契約上の権利として構成する方が理論構成としてはすっきりしており、その限りでは、こちらの点に関しての安全配慮義務の存在意義を肯定する見解に賛成である」とする。しかしながらその実益についてはやはり疑問を呈示される。つまり、「(ア)安全配慮義務違反を債務不履行として捉えることが、そして、(イ)安全配慮義務を一定の債務体系の中に位置づけることが、債務概念の体系化ないし思考の整理といった点での実益を超えて、適用規範を異ならしめるなどのゆえに、現実の紛争解決にとって一定の実益を

有するとみることに対しては、賛成できない。なぜならば、第一に、(ア)との関連では、ひとつの事故による損害賠償請求権について、その法的構成を操作するだけで、適用規範が異なり、したがって解決結果に差異が生ずるとすることが果たして妥当なものといえるのか疑問があるからである。そして、第二に、(イ)との関連では、そもそも、債務体系についての通説ともいえるべき見解が確立しているとはいえない状況では、体系的な位置づけをもつて実際の紛争処理に寄与するということがおよそ非現実的であるからである。それはさておき、安全配慮義務を一定の債務体系の中に位置づけることができるとしても、現実の問題となる債務を債務体系の中の個々の類型の債務の中に同定することがきわめて困難であることに鑑みるならば、その実用性に関しては大きな疑問があるとともに、現実の債務を債務体系の中に位置づけることのみで、当該債務をめぐる多岐にわたる争点への適用規範のすべてを一挙に決定することができるのか疑問であるからである」とされる。<sup>13)</sup>そして再び各論点について吟味された上、従前の私見を維持することを宣言される。

## (三) 潮見説

潮見教授は、安全配慮義務の内容について、「債権関係における給付提供過程・受領過程が進行する中で発生することが通常予想される具体的危険から相手方を保護すべき義務として理解するのが適切であり、これを人的・物的組織編成面に限定すべきではない」として、前述の第二説に与することを表明する。そして安全配慮義務に関して債務不履行責任を貫徹する判例の見解を鑑みて、安全配慮義務を債務不履行責任と構成することが必ずしも被害者に有利とならない点を指摘する。また不法行為上の注意義務の程度を安全配慮義務の程度と同等に構成できることから、安全配慮義務論は労災救済法理が労災補償も含めて不十分で、かつ、民事責任の基礎理論（契約責任の射程に関する議論・不作為不法行為の構造に関する理論）も未確立な時代における過渡的理論と評価する。そこで、

安全配慮義務論の成果は、労働法その他特別法上の理論と、民事責任の基礎理論（保護義務論・不法行為責任論）に、それぞれ発展的に解消するのが適当であり、結局、「安全配慮義務」という表現は、特別の問題領域における保護義務を当該問題領域（雇用関係とか学校事故といったように）に注目して「内容面」で特徴づけるために用いられるべきものであって、「構造面」で保護義務論から独立した分野を形成しているものではない<sup>16)</sup>と結論付ける。

#### （四） 小括

安全配慮義務に批判的な見解も、安全配慮義務の実質的な内容そのものを否定するのではなく、それが問題となる場面では民事責任の基礎理論（不法行為の理論）で十分対処でき、わざわざ安全配慮義務を債務不履行責任として構成する必要はない、とか、あるいはより一般的な義務構造論に解消され、安全配慮義務という範疇を設ける必要はない、といった法的構成面の批判であることがわかる。しかし、本当に安全配慮義務の概念は不要であるのか。特に、労働者が危険な業務を履行するに際し、具体的な安全配慮措置を使用者に求めたり、使用者がそれを履行するまでその業務に就くことを拒否したりすることは、不法行為規範にはない安全配慮義務固有の領域といえるのではないであろうか<sup>17)</sup>。以上の検討を踏まえて、最後に私見を述べる。

（10） 例えば、宮本健蔵『安全配慮義務と契約責任の拡張』（信山社・一九九三年）や高橋眞『安全配慮義務の研究』（成文堂・一九九二年）（以下、高橋―研究として引用する）、同『安全配慮義務の性質論について』前田達明編『民事法理論の諸問題 下巻 奥田昌道先生還暦記念』（成文堂・一九九五年）所収二七五頁以下（以下、高橋―性質論として引用する）、などを参照。

（11） 新美育文『「安全配慮義務」の存在意義』ジュリハ二三号（一九八四年）九九頁以下（以下、新美―存在意義として引用する）。なお、附遅滞の時期については、不法行為責任の場合に不法行為時に開始するのを疑問とし、請求の時を附遅滞の時期とすべきである、とする（同二〇三頁）。

（12） 新美―存在意義、一〇一頁。

（13） 新美―存在意義、一〇四頁。

（14） 新美―存在意義、一〇四頁。

（15） 下森定「国の安全配慮義務」同編『安全配慮義務法理の形成と展開』（日本評論社・一九八八年）所収二三三頁以下、二四四―二四九頁（以下、下森―展開として引用する）、及び宮本前掲一九四―一九七頁、三五九―三六九頁、参照。

（16） 新美育文『「安全配慮義務」の存在意義』再論』法律論叢六〇巻四・五合併号（一九八八年）五八三頁以下、五八五頁（以下、新美―再論として引用する）。

（17） 新美―再論、五八七頁。

（18） 潮見―総論、一一二―一二三頁。

（19） 潮見―総論、一一七頁。

（20） 奥田昌道『請求権競合問題について』法教二五九号（一九九三年）一一頁以下、二八頁。

## 四 私見

### （一） 安全配慮義務の意義

まず安全配慮義務の範囲について、私は前述の第二説、即ち、安全配慮義務は使用者においてその支配管理する業務遂行の過程で接触するであろう危害発生危険から被用者を保護すべきものであるから、使用者の支配管理を受けて業務に従事する者が業務遂行上危険の発生を防止するために尽くすべき注意義務も使用者の負うべき安全配慮義務の内容になる、と考える。判例は第一説に立ち、労務の管理支配行為の発現としての人的物的諸条件の整備

に限定しているが、それは論理必然的でない。なぜなら「労務管理支配性なる概念は、契約内容若しくは職務内容となつてゐる労務・職務に対する指揮命令権限に結び付くものであつて、労務提供・受領過程での当事者の接触の中における被用者の完全性利益に対する管理支配とは無関係である」<sup>21)</sup>からである。他方で、第三説に関しては、その前提となる安全配慮義務の構造論（民法上の雇傭契約と労働法上の労働契約の峻別論）に賛成することができず、支持できない。この点に関しては後述する。

## (二) 安全配慮義務の法的構造

次に安全配慮義務の体系的な位置付けが問題となるが、私は雇傭契約・労働契約ないしそれに類似の法律関係（例えば元請負・下請負関係など）に固有の給付義務と捉えたい。それ以外の安全配慮義務、例えば託児契約や在学契約にみられるように生命・健康等の安全の配慮自体を契約目的とする安全配慮義務、あるいは売買契約の履行の際に相手方の完全性利益を侵害しない保護義務などは、ここでいう安全配慮義務とは異なるものである。前二者はまさしく本来の給付義務であり明示的に契約内容となつてゐる義務である。後者の保護義務は、一般的な不可侵義務と同質であり、債務者が本来の給付義務を実現する過程で相手方の生命・身体・財産への侵害を回避する義務である。いずれも債務者が債権者に対して負う義務であるのに対し、ここでいう安全配慮義務は債権者（使用者）が、債務者の履行過程において、債務者（被用者・労働者）の生命・身体・安全を配慮すべき義務であるという点で、主体を異にするという特徴を備えている。

私は安全配慮義務が「債権者の義務」である点が決定的に重要であると考えている。すなわち前二者に関しては、安全配慮義務は債務者の義務であるから、託児契約や在学契約の安全配慮義務は主たる給付義務として構成され、他方で売買契約における保護義務は附随義務として構成される。しかしながら、「雇傭契約における使用者の主た

る給付義務は報酬支払義務であるから、安全配慮義務を主たる給付義務によつて基礎づけることはできない。むしろ、労務の受領という権利の行使に付随する義務であり、……債権者（使用者……）は労働力……の効用を自由に消費することができるが、その本体たる被用者……を毀損することは許されず、後者の保護のために一定の措置をとるべき義務が課せられるものである」<sup>22)</sup>、ということができる。即ち、安全配慮義務を報酬支払義務に附随する義務と構成することもできず、「労務遂行の過程において使用者が被用者の生命・健康を害しないよう配慮すべき義務は、（被用者の）主たる給付義務の履行過程で問題となるものではあるが、債権者（使用者）が債務者の生命・身体を安全を配慮すべき義務である点に特徴がある」<sup>23)</sup>ということがなる。そしてその法的根拠はやはり信義則に求められ、「この義務が信義則に根拠を持つということとは、安全配慮義務が契約上の特別の合意や法律規定なくして認められることを意味し、それ自体は義務の程度の軽重に関わりをもつものではない。ただ安全配慮義務が信義則によつて認められる根拠が、社会的力関係の差により不利益な労働条件の下に置かれがちな被用者の保護にあることからすれば、右義務の承認は社会的理由に基づくものであり、予め合意をもつて安全配慮義務を排除・軽減することは許されないと解すべきである」<sup>24)</sup>。以上の点で、高橋説に同調する。

それでは、安全配慮義務は、結局何なのか、ということになるが、私は従たる給付義務であると考え、雇傭契約の主たる給付義務は報酬支払義務であり、安全配慮義務を主たる給付義務と構成することはできない。他方で、安全配慮義務を報酬支払義務に附随すると構成することもできない。むしろ債務者（被用者）の労務提供に附随している義務であるからである。また保護義務と構成すると、損害賠償責任に関する限り、安全配慮義務を債務不履行責任と構成するだけでは被害者（被用者）の救済に役立たない、という新美説の批判がまさしく妥当することになり、履行請求権や就労拒絶権といった法律効果を導き出せなくなるという欠陥を露呈することになる。そこで従たる給付義務と解し、雇傭契約を締結すると、報酬支払義務とともに、本質的に使用者に課せられる義務と考える。

## (三) 民法上の雇傭契約と労働法上の労働契約の峻別論

安全配慮義務の意義について最も広義の第三説に立つ見解の前提には、民法上の雇傭契約と労働法上の労働契約の峻別論がある。すなわち、市民法における双務・有償性の労働力商品の交換の原理を貫徹させる雇傭契約概念と労働者の団結の法認を通じて労働者の生存権の確保の理念によって修正された労働契約概念とは原理的基礎を異にする<sup>(26)</sup>。この理念にしたがって、岡村弁護士は、「雇傭契約上の安全保護義務は、規範的には生存権の原理によって強化された信義則の適用によって修正され、原理的には雇傭契約上の安全保護義務と区別された労働契約上の安全保護義務が成立するといわなければならない」として、「労働契約上の安全配慮義務は、生存権の原理にのっとる労働契約関係において、労働者にとつて最低限の前提条件であり、使用者の主たる義務の一つといわなければならないので、労働契約における本質的義務といわなければならない」とする。そして両者を峻別することによって、「労働契約上の安全保護義務は、雇傭契約上の安全保護義務より質的に高度であり、それは、個々の労働者の不注意をも予測して、不可抗力以外の労災死傷病事故を防止するための万全の措置をこつずべき包括的義務といわなければならない」と結論付ける。

岡村弁護士は、従来の安全配慮義務論に対して次のような批判を呈示する。まず、雇傭契約概念に関し、自由・対等な法的な人格者間の労務と報酬との有償双務の継続的債権関係として構成されている点から、使用者の労働者に対する労働力提供過程における労働者の生命・身体・健康を保護すべき義務は原理的に導けないとする。そしてたとえ信義則を適用しても、それは雇傭契約に附随する義務であり、安全保護義務の内容も使用者と労働者を対等な立場で労働災害の発生を防止する義務にとどまるから、前述の高度の義務を導き出せないとする<sup>(30)</sup>。

次に、雇傭契約は、自由・対等な法的な人格者間の、契約自由の原則の下に取り結ぶ契約であるから、当事者の合意によって使用者の安全保護義務を排除することができる、として、具体的な保護義務を雇傭契約の安全保護義務の内容とすることは不可能であると批判する<sup>(31)</sup>。そこで、労働契約上の安全保護義務を觀念し、前述のような結論を導き出している。

私は、雇傭契約と労働契約を原理的に区別することに反対である。岡村弁護士は、労働契約の原理的基礎を生存権の原理による媒介を経た意味における自由におくが、契約の原理的基礎は意思及び信頼であり、自由の概念はそれを確保するための手段・制度である。また生存権の原理を規定する憲法二五条を私はプログラム規定と解するわけではないが、権利としては抽象的なものであり、そこから直ちに具体的な労働契約概念が導き出されるとは思えない。岡村弁護士は、「生産手段を所有せず、人格的意思主体を喪失して企業に従属し、企業に対し労働力を得ることによって生活を維持する労働者にとって、自ら労働災害にあわされ、生命や健康を害するということは、まさに生存権に関わる問題である<sup>(32)</sup>」とするが、憲法二五条の名宛人はあくまで国家であり、国家に労働者の生存権を確保するための立法や政策を促すことはできても、使用者に直接具体的な措置を講じさせることはできないと解すべきである。

次に岡村弁護士も「規範的」には認めているように、労働契約上の安全保護義務の法的根拠は信義則である。そして信義則の適用に関してそれが市民法原理の補充ないし調整機能と社会法原理の実現のための機能を営む場合とを厳密に区別すべきであるが、労働契約上の安全保護義務は労働者の生存権確保の理念によって修正強化されなければならない<sup>(33)</sup>、とする。私も雇傭契約に信義則が適用されることを否定しないし、その際社会法原理に基づくルールが取り込まれることも否定しない。このことによって本来行政法である労働安全衛生法の内容が労働契約に取り込まれることも可能となる。しかしこのことと雇傭契約と労働契約が原理を異にすることは別物であり、むしろ雇傭契約を信義則で修正したのが労働契約であると捉え、両者は労務供給型契約として一体として把握すべきではなからうか。岡村弁護士は、「人間にとつて生命と健康は、最も基本的根源的な権利であり、労働者の生命と健

康は労働契約関係存立の最低限の前提条件といわなければならない、かつ一方で企業（使用者）は労働者に対し優越的地位にあり危険有害な諸施設に対し支配権をもっており、他方で労働者は企業に從属し生理現象として「不注意」を発生させる地位にしかない<sup>(36)</sup>として、前述の高度の注意義務を使用者に課している。しかしながら、憲法二五条からこのような義務を導き出すことはできず、社会法原理に基づく信義則を通じて具体化されるとしても自ずと限界があり、このような高度の注意義務を使用者に課することはできず、結局、安全配慮義務の内容に関しては、前述の第二説にとどまると解すべきである。

私見に立てば、雇傭<sup>37</sup>労働契約に岡村説のような高度な注意義務が課せられないのは当然ということになる。他方で、当事者に合意によって安全配慮義務を排除できるかどうかであるが、安全配慮義務違反は人格権侵害となりうるから、少なくともその全面的な免責条項は、公序良俗に反するとして排除できるであろう。

#### (四) 給付義務としての安全配慮義務と保護義務としての安全配慮義務の分離論

下森教授は、安全配慮義務の法的性質について、「契約の相手方の生命・身体・財産等を害しないように配慮すべき安全配慮義務は、給付義務としての安全配慮義務と保護義務としての安全配慮義務に二分化して把握し、両者の併存を認めることが妥当である<sup>(37)</sup>」として、この点に関して後述する宮本説に同調する。そして「雇傭契約上の安全配慮義務を……信義則上の附随義務と構成したことに関連して、これを対等当事者間の意思の補充ないし調整機能を果たす民法レベルでの附随義務とみるべきでなく……」、特殊<sup>38</sup>労働契約関係（「労働」商品の特殊性、「機械制・工場制生産方式」下における継続的……組織的集団労働」という労働契約の背後の社会関係の特殊性）に附随した労働法原理に立脚した使用者の義務（一種の法定契約責任）として把握すべきだ<sup>(38)</sup>とする。そして岡村説に対しては、「安全配慮義務は、……補充的契約責任の領域に属するものであり、本来的給付義務に対し附随義

務あるいは保護義務と呼ばれる性質のものである。両者の分類は、債務の性質の差による形式的分類であって価値評価を含むものではない。したがって、附随義務だから重要でなく、本質的義務ではないというような評価にはなじまない<sup>(39)</sup>と反論する。

私は、「給付義務としての安全配慮義務には契約法規範が全面的に適用される<sup>(40)</sup>」というのは賛成できるが、契約責任としての保護義務について「契約責任と不法行為責任の中間領域に位置するから、いずれかの規範を全面的に適用したり、両規範の競合を認めるといよりはむしろ、この領域に適合した規範を発見あるいは創造するのが妥当である<sup>(41)</sup>」とするのには賛成しかねる。下森教授のねらいは、使用者の安全配慮義務を特殊<sup>(42)</sup>労働契約に附随した労働法的原理に立脚した、契約上の使用者の義務と把握すべきであるとされることが、損害賠償に関しても高次の責任を負わせようという点にあると思われる。しかしながらそうであれば、わざわざ安全配慮義務を二分して損害賠償の法律効果を保護義務違反から導き出すのではなく、一元的に安全配慮義務を従たる給付義務と構成して、それに違反した場合にも損害賠償は認められるわけであるから、それで十分であるように思う。下森教授は、「一般に信義則の適用を論ずる場合、それが市民法原理の補充ないし調整機能を営む場合と、異質の法原理たとえば社会法原理（労働法原理もその一）の実現のための機能を営む場合とは厳密に区別して論ずべきだというのが、近時の民法解釈学の一つの重要な成果である<sup>(43)</sup>」とした上で、安全配慮義務を「雇傭<sup>(44)</sup>労働契約の特殊性に根ざす、民法原理に對立する社会法あるいは労働法原理の次元で把握されるべき問題だと思つのである<sup>(44)</sup>」とされるが、そうであればなおのこと、契約責任と構成する必要があり、安全配慮義務を二分する必要はないのではなからうか。

下森教授が安全配慮義務を二分化した基となったのは、宮本教授の理論である。宮本教授は、安全配慮義務を従たる給付義務として履行請求権や義務給付拒絶権なども結び付く安全確保義務と附随義務として損害賠償に結び付くにすぎない保護義務としての安全配慮義務に区別する<sup>(45)</sup>。その基本的な価値観は「雇傭・労働契約の給付目的物

たる労務は、物の給付契約と異なり、労働者の身体を切り離すことができない。また、労働者は使用者の指揮・命令の下で、使用者の提供した場所で、そのための装置・器具を用いて労務を給付しなければならぬ。このような雇傭・労働契約の特殊性からすると、損害賠償請求権は労働者の救済手段としては必ずしも十分なものとはいえない。労働者の生命や健康に対する危険が現実存在する場合には、労務給付の拒絶、さらに危険の除去を請求することによって損害を事前に回避することが労働者に認められなければならない<sup>(46)</sup>、という点にある。

宮本教授の功績は、安全配慮義務の法律効果として、履行請求権及び労務給付拒絶権を肯定する理論的基礎を提示したことであり、この点で私も同調する。問題は、安全確保義務と保護義務としての安全配慮義務の関係をどう捉えるからである。すなわち、安全配慮義務という概念の中に二つの義務があると捉えるのか、そもそも両者は異質のものであると捉えるのであるか、である。私は後者のように捉えるべきであると考える。つまり、労働契約上の安全配慮義務は、安全確保義務であり、これは雇傭・労働契約固有のものであるのに対し、保護義務としての安全配慮義務は、それが労働契約の場合にも認められるとしても、それは社会的接触がみられる両当事者間において認められる一般的な義務であり、他の契約の場合にみられるものと同質のものである。したがって、私は両者は元々別個のものであって、両者を併せて安全配慮義務と称する必要はないと考えている。宮本教授が両者の関係を前者のように捉えるならば、その点で私見は異なる。

(五) 小括

最後に私見を纏めると、私は安全配慮義務の意義については第一説の立場に立つ。そしてその法的性質は、雇傭・労働契約に特有の従たる給付義務と捉える。その際雇傭契約と労働契約を峻別せず、両者は連続し、労働契約は雇傭契約が信義則を通じて労働法制に基づいて修正されたものと捉える。しかし安全配慮義務は「労務の提供過程」

において認められる点で共通性を持ち、労働契約の場合にのみ認められることはできない。他方で、託児契約や学校契約における安全配慮義務とは主体の点で異なり、この違いは義務構造の視点から決定的であり、労働法上の安全配慮義務とは区別して取り扱うべきである。そしてさらにこの点に安全配慮義務の独自性があり、その存在意義が認められる。

- (21) 潮見一要件論、七六六頁。
- (22) 奥田昌道『債権総論「増補版」』(悠々社・一九九二年)一六六―一六八頁。
- (23) 高橋一研究、一四三頁。
- (24) 高橋一性質論、二八九頁。
- (25) 高橋一研究、一四三頁。
- (26) 岡村親宜「労災における企業責任論」季刊労働法八二号(一九七一年)五四頁以下、五九一―六〇頁。
- (27) 岡村親宜「労災における企業責任論の課題」労働法律旬報八三九号(一九七三年)四頁以下、一〇頁(以下、岡村一課題として引用する)。
- (28) 岡村一課題、一〇頁。
- (29) 岡村一課題、一一頁。
- (30) 岡村親宜「労災責任の規範的論理構造」日本労働法学会誌四三三号(一九七四年)四九頁以下、五三―五四頁(以下、岡村一構造として引用する)。
- (31) 岡村一構造、五四頁。
- (32) 岡村一課題、一〇頁。
- (33) 岡村一課題、一〇頁。
- (34) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢四七巻二号(一九六二年)一八一頁以下。

- (35) 岡村―構造、六三頁。
- (36) 岡村―課題、一一頁。
- (37) 下森―展開、二三九頁。
- (38) 下森定「労働契約上の安全配慮義務」法ゼ三三三九号（一九八三年）二二四頁（以下、下森―論点として引用する）。
- (39) 下森―論点、一二五頁。
- (40) 下森―展開、二三九頁。
- (41) 下森―展開、二三九頁。
- (42) 下森定「殉職自衛官遺族の国に対する損害賠償請求と消滅時効」法ゼ二四二号（一九七五年）二二頁以下、一七・八頁（以下、下森―時効として引用する）。
- (43) 下森―時効、一七頁。なおこの成果は、好美前掲一八一頁以下、によるものである。
- (44) 下森―時効、一七頁。
- (45) 宮本前掲一八一頁以下。
- (46) 宮本前掲一七四頁。