

労働契約上の安全配慮義務法理についての一考察 —労災の補償から予防へ—

2012 年度

修士学位請求論文

法学研究科 公法学専攻
博士前期課程 西原 礼奈

はじめに

1. 問題の意義

我が国の労災補償制度には、労災保険法による保険給付制度（「給付」）と民法の損害賠償制度に基づく訴訟（「労災民訴」）がある。一般に、労働災害を被った場合、まずは法定の労災補償が行われる。法定の労災補償は、労働災害を被った労働者あるいはその遺族に対し、使用者の故意・過失を要件とせず一定の定型的な補償を行う制度であるから¹、労災補償制度による「給付」でカバーされない範囲（定型的給付を超える部分、慰謝料など）については「労災民訴」での請求が可能となっている²。

労災民訴の中心的法理で、労働者の生命・身体等の損害について使用者の責任を問う「安全配慮義務」法理は、昭和 50 年の最高裁判決（陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・最三小判昭和 50・2・25 民集 29 卷 2 号 143 頁）以来長きに渡って労働災害救済の法理として判例を蓄積し、2007 年制定の労働契約法の 5 条で明文化された。今日においては適用範囲の拡大や内容の豊富化によって労災事案の大部分を補償できる法理となり、労災「補償」の法理としては確立した法理論が構築されていると解される。

では、「補償」で補うことが出来ない将来の健康被害の場合はどうか。前述の通り、労災制度には「給付」と「労災民訴」があるところ、安全配慮義務法理によって拡充されてきたのは「労災民訴」のうちのさらに「補償」の部分に相当する。しかし、「補償」は、既に起きてしまった損害に対する補償であって、まだ起きていない損害については請求することができない。だから、損害が発生すると予見される現実的な危険があるけれどもまだ損害が発生していない場合には、「補償」ではなく「予防」を求めていくことになる。

安全配慮義務法理の枠内で労災「予防」を考える場合、損害賠償による金銭的解決を求める「補償」とは異なり、将来の危険を回避するために使用者に「予防」の措置を求めることになる。請求の形としては、使用者には危険回避措置をとる義務があったにもかかわらず

¹ 西村健一郎「労災補償責任の法的性質」『労働法の争点(第 3 版)』（2004 年）236 頁

² 奥田香子「災害補償」『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法』（2012 年）228 頁。なお、労災補償制度が存在する場合には民事上の損害賠償請求を認めない制度をとる国もある（岩村正彦『労災補償と損害賠償』（1984 年））

らず何の措置もしていなかった又は既に行っていた措置では不十分であるという債務不履行を根拠として、使用者の義務としての措置の履行を求める形になる。しかしながら、その使用者の義務として要請されている程度の措置とはどの程度のものなのか、複数の危険回避措置手段が存在する場合にも労働者が希望する措置でなくてはならないのか、履行を求める労働者は使用者に対しどのように意思表示する必要があるのかなどの部分が不明確であり、十分な法理論の構築がなされているとはいうことができないのが現状である。

2. 本稿における視点・目的

本論文の争点は、「労災民訴」のうち「予防」に関する部分である。労災「予防」の観点からは、使用者の安全配慮義務に基づき、労働者は使用者に危険回避措置の履行を請求できるかといった履行確保・履行請求の問題が議論されているが、「補償」に比べて判例も少なく、法理論の構築が必要とされているところである。具体的には、判例法上の安全配慮義務法理を前提として、労働契約法 5 条に明文化されたことも踏まえ、平成以降登場した新しい傾向の事案、例えば、石綿や有機溶剤、受動喫煙による健康被害事案における履行確保・履行請求に注目し、どのような場合に使用者への履行請求が認められ、損害の発生を未然に防ぐことが可能であるかを検討していく。

第 1 章 判例法上の安全配慮義務法理の展開と労働契約法 5 条の意義

安全配慮義務をめぐる裁判例の展開においては、新たな呼称を用いつつその法理的根拠を提供した最初の最高裁判決が陸上自衛隊八戸車両整備工場事件（最三小判昭和 50・2・25 民集 29 卷 2 号 143 頁）であるが、まずはこの最高裁判決以前の学説の反応と下級審裁判例の動向から見ていきたい。

1. 最高裁昭和 50 年 2 月 25 日判決以前の学説の反応

労災事件における使用者の損害賠償義務は、下級審において従来、もっぱら不法行為責任として処理されてきたが、昭和 45 年頃から保護義務ないし安全保証義務に支えられた契約責任によるものが現れ始めた³。学説は当初からこれを認めていたわけではなく、今日の通説的見解は、鳩山説にはじまり、末川説、我妻説を経て形成されたものである⁴。まず、学説の変遷の一端を紹介しながら、「保護義務」という考え方が我が国の学説に導入された契機、内容、意義を明らかにする。

³ 奥田昌道「安全配慮義務」『損害賠償法の課題と展望』（1988 年）44 頁

⁴ 國井和郎「「安全配慮義務」についての覚書（上）」判タ 357 号 19 頁

(1) 民法学説の変遷

「保護義務」という考え方が我が国の学説に導入された契機は、大正時代の鳩山説にあるとされる。労災補償制度が成立する以前、労災の救済は私法上の損害賠償制度を通して試みられたが、過失責任原則に基づく損害賠償制度は労働者の救済としてはきわめて無力であった。そこで、19世紀末のヨーロッパの先進諸国において、他人を使って危険な職業を営む者はその危険から生じた損失を補償する責任があるとして、無過失責任原理に基づく補償制度が創設された⁵。日本においても、それまでの学説が、雇傭契約から生じる使用者の義務は報酬支払義務に尽きると解し、権利の処分に関する制限を挙げるに留まっていたのに対し、鳩山説では使用者の義務についての「附説」として、労務者保護の政策上ドイツ民法が設けている特則を紹介している⁶。その一例としてドイツ民法618条及び619条が挙げられ、ほかにも615条ないし619条が挙げられている⁷。鳩山説は、使用者の義務が報酬支払い義務や特別法による扶助義務に尽きるものではない旨を明らかにした点で意義深く、「保護義務」を示唆することも重要であると評価されているが、まだ立法論の領域にすぎなかった⁸。

「保護義務」について次に見るべきは、末川説である⁹。末川説では、「保護義務」は民法に直接の規定を持たないけれども、雇傭は労働者の精神的ないし肉体的活動を対象として労務者の人格的利益に関するところが大きいとし、「使用者は当然に労務者の生命・健康等についてその安全を保護すべきは勿論、また教育・風紀・信教等についても留意しなければならぬ」とする。さらに、民法に一般的規定はないけれども、特別法に無過失責任として扶助義務を認める規定があること、および、これだけでは足りないから強制保険化する必要があり、そういった法律が制定されていることが指摘されている。また、明示はされていないが「保護義務」の内容から見て、末川説がドイツ民法に依拠していることは明らかであった。末川説は「保護義務」を解釈論的に主張した点に最大の功績を認めることができる¹⁰。

こうした動向を踏まえて「保護義務」を解釈論的に整備し、今日の学説に圧倒的な影響を与えたのが我妻説である¹¹。我妻説は、「雇傭の効力」のうち「使用者の附随的義務」として、「設備・機械・器具・労務場等につき労務者の生命・健康の危険を守る義務」を認めている。我妻博士はドイツ民法(618条1項、3項、619条)やスイス債務法(339条)¹²の

⁵ 浜村彰・唐津博・青野覚・奥田香子『ベーシック労働法(第4版)』(2011年)191~192頁

⁶ 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下)』(1924年)546~547頁

⁷ 宮本健蔵「雇傭・労働契約における安全配慮義務」『安全配慮義務法理の形成と展開』(1988年)186頁。西ドイツでは民法典は617条ないし619条で使用者の安全配慮義務を規定するが、現在の我が国の安全配慮義務と対応するのは民法618条1項に規定する使用者の義務(Fürsorgepflicht)である。

⁸ 國井・前掲19頁

⁹ 末川博『債権各論第二部』(1941年)246頁

¹⁰ 國井・前掲20頁

¹¹ 我妻栄『債権各論中巻2』(1962年)585頁以下

¹² ドイツ民法618条は次のように規定している。第1項「労務権利者(使用者)は、労務給付の性質が許す

「保護規定 (Schutzvorschriften, Schutzmassregeln)」を挙げ、これらの規定は、「労務者保護の政策上とくに課せられた義務」であり、使用者がそれらに定める義務を負うのは当然のことであるとしている。そして、その法的根拠は信義則にあるとする。のみならず、我妻説は、今日の企業関係においては、使用者の義務違反の責任を問うためには帰責事由を必要とすることや、義務を履行しない場合にその履行を請求しうると解しても、強制履行の手段によって実現することは實際上すこぶる困難であることを述べ、「保護規定」でも足りないとしている。労働基準法が義務内容を具体化し、それを行政監督によって実現し、「災害補償」制度において使用者の無過失責任で補強していることについては、「多くの国の労働立法にならったものであるが、極めて適切な態度である」と評価している。

我妻説は基本的に末川説と同旨であるが、「保護義務」を使用者の附随義務として雇傭契約法理の中に位置づけ、法的根拠を信義則でもって明確にした点で、解釈論的には一步先に進んでいると評価される。また、保護義務違反を損害賠償に結び付けるにあたって、無過失責任への傾斜を見せており、報償責任の原理で根拠づけていることも興味深いとされる¹³。

今日の通説はおおむね我妻説にあり、その後の学説はこれに従った。労働契約法 5 条で法文化されるまでこれを認める明文の規定がなかったけれども、使用者の附随義務として雇傭契約から当然に生ずるものであり、その法的根拠は信義則にある、と解されていた¹⁴。

(2) 労働法学説

労働法学の領域においては、以前から、安全配慮義務は単なる附随義務ではなく、雇傭契約と原理的基礎を異にする労働契約上の本質的義務であるとする見解が有力に主張されていた¹⁵。民法学の我妻説が「使用者の義務として、報酬支払義務のほか、附随的義務としてかかる保護義務を認め、使用者がこのような義務を負うのは当然のこと」とするのに対し、労働法学者は、「単なる附随義務といったものではなく、労働契約の特質に由来する

限りにおいて、彼が労務の遂行のために供与すべき領域、設備、器具を設置・維持するにあたり、また自己の指示または指導の下に遂行されるべき労務給付を規律するに当たり、それらを、義務者が生命・健康の危険から保護されるように行わなければならない。」(Der Dienstberechtigte hat die Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als Natur der Dienstleistung es gestattet.) 第 3 項「労務権利者が義務者の生命・健康に関して自己の負う義務を履行しないときは、その損害賠償義務につき、不法行為に適用のある 842 条ないし 846 条の規定が準用される」。なお、619 条は、「617 条・618 条により労務権利者が負う義務は、予め契約によってこれを排除もしくは制限することができない」として、その強行規定性を明らかにしている。(奥田・前掲 44～45 頁、柚木馨『独逸民法Ⅱ債務法』(1940 年) 565 頁以下)

スイス債務法 328 条 (旧 339 条) は次のように定めている。第 1 項「使用者は労働関係において、労働者の人格を尊びかつ保護し、その健康を適切に顧慮し、風紀の維持のために配慮しなければならない」。(奥田・前掲 45 頁)

¹³ 國井・前掲 20 頁

¹⁴ 幾代通『注釈民法 (16)』(1967 年) 45 頁以下

¹⁵ 下森定「国の安全配慮義務」『安全配慮義務法理の形成と展開』(1988 年) 237 頁

ところの、使用者の本質的義務である」と強調する¹⁶。つまり、市民法原理に立つ民法理論では、「使用者には雇傭契約上安全設備の設置が限度であってさらに進んで労働者の生命・健康を守る義務まで課せられると解すべきかは疑問である」とし、「社会政策的立法であるドイツ民法下の学説をそのままが民法の解釈基準に持ち込む学説（我妻説）は問題である」という¹⁷。そして、この義務は、生存権理念によって再構成された労働契約上の本質的義務であるとみる¹⁸。

労働契約は、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は原理的基礎を異にし、民法的雇傭契約における形式的な自由・対等な「法的人格」者間を規律する自由の原理が、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を余儀なくされたところに成立した法概念ととらえられるべきであると解されることから、労働契約上の「安全保証義務」も修正され、対等な市民相互間のそれとは同一ではありえず、雇傭契約上の安全保証義務より質的に高度なものと捉えられるべきとしている¹⁹。

労働法学上の議論は、「特殊＝労働契約上の安全配慮義務に関心が集中している結果、他の契約類型における安全配慮義務との関連、契約責任論一般における安全配慮義務論の位置づけ、債務構造論の分析等の点にはあまり関心が払われていな」かったとの指摘がある²⁰。

2. 判例の展開

(1) 最高裁昭和 50 年 2 月 25 日判決以前の下級審判決

学説上の議論の素地があったとはいえ、具体的に安全配慮義務（当時は「安全保証義務」等、呼称が統一されていなかった）を開発し、定着させたのは裁判例に他ならない。前掲陸上自衛隊八戸車両整備工場事件最高裁判決に至る以前の労災民事訴訟事案における下級審裁判例の動向を紹介する²¹。

リーディングケースとしては、早くは、後藤労災事件（東京地判昭和 37・6・20、判時 304 号 29 頁）が、使用者の負担する安全義務を「労働契約上の義務」とし、「使用者が著しくこれら義務に違反して労働者を就業させたような場合には、その行為は違法性を帯び

¹⁶ 奥田昌道「国の安全配慮義務違反と消滅時効」『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988年）321頁

¹⁷ 桑原昌宏『労働災害と日本の労働法』（1971年）229頁

¹⁸ 桑原・前掲 233頁

¹⁹ 岡村親宜『労災裁判の展開と法理』（1982年）89頁。岡村説は蓼沼説（蓼沼謙一「災害補償」『講座労働問題と労働法 5』212頁）と、蓼沼説を支持する沼田稲次郎解説を引用している（沼田稲次郎『労働法論・上巻』279頁）。

²⁰ 下森・前掲 237頁

²¹ 昭和 50 年以前の安全配慮義務に関する下級審裁判例を解説する文献として、奥田・前掲注 16・319 頁、國井和郎「裁判例から見た安全配慮義務」『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988年）5 頁以下、飯原一乗「不法行為責任と安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任との関係」『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988年）112 頁(別表)「安全配慮義務を問題にした裁判例一覧表」がある。

労働契約上の注意義務違反として民事上の責任を負担すべきもの」としたのが注目される²²。

さらに、不法行為責任を棄てて債務不履行との関係で安全配慮義務に類似の義務を最初に正面から求めた裁判例は、おそらく忠臣損害賠償事件（東京地裁昭和 45・1・27 判決、判タ 247 号 279 頁）である。これは、貯砂場で起きた生理事故の事案である。判決は使用者の債務不履行責任を否定したが、その理由は、「単に労働上の事故が発生したということのみで直ちに使用者の労働契約上の債務不履行と解することは一段の論理的飛躍がある」というものだった。

その後、昭和 47 年になると、労働災害の発生を使用者の債務不履行とする判決が現れた。門司港運事件（福岡地判昭和 47・11・24、判タ 289 号 273 頁）は、船倉内で貨物を扱う労働者が船底に転落した事案で、判決は雇傭契約上の安全保証義務を認め、船底に至る安全な通行設備を欠く点に義務違反ありとした。伴鑄造事件（東京地判昭和 47・11・30、労判 168 号 52 頁）は、溶接炉で作業中の労働者に落下物が命中して受傷した事案で、判決は雇傭契約上の保護義務を認め、ヘルメット等を備え付けず着用もさせなかった点を義務違反ありとした。

前述の忠臣損害賠償事件は、一定の安全配慮義務を認めながら、債務不履行の成立を肯定するには至らなかった。これに対し、門司港運事件と伴鑄造事件の両判決は、債務不履行責任を認めた点で一段の飛躍を示した。忠臣損害賠償事件が「忠臣に対する安全配慮」という表現を用いたのに対し、門司港運事件と伴鑄造事件の両判決は「安全保証義務」なり「安全保護義務」を「雇傭契約上の義務」もしくは「雇傭契約に含まれる義務」とした点でも重要であった。この義務は先に述べた学説の、雇傭契約につき信義則上の附随義務として認める「保護義務」と同視しうるものであるといえる²³。また、忠臣損害賠償事件においては、帰責事由・立証責任は原告側にあるものとされたが、門司港運事件と伴鑄造事件の両判決では被告にあるとされ、見解が分かれた²⁴。

昭和 48 年には債務不履行の成立を否定した判決（京都地判昭和 48・2・27 判決、判タ 292 号 295 頁）もあったが、昭和 49 年には平田プレス工業事件（前橋地判昭和 49・3・27、判時 748 号 119 頁）と鹿島建設・大石塗装事件（福岡地判昭和 49・3・14、判タ 323 号 268 頁）が昭和 47 年の両判決と同趣旨の判決として後続し、この立場が裁判例の主流となるに至った²⁵。

このように、表現に多少の差はあるものの、労災事件において雇傭契約ないし労働契約上の安全保証義務を負うことが認められていった²⁶。そして、労災事故をめぐる責任の追及に債務不履行構成を採用した理由は、労災補償の不備欠陥をおぎなうものとして、消滅時

²² 奥田・前掲注 16 319 頁

²³ 國井・前掲注 21 6 頁

²⁴ 飯原・前掲注 21 112～113 頁

²⁵ 國井・前掲注 21 7 頁

²⁶ 西村健一郎「安全配慮義務と損害賠償」労判 222 号 8 頁

効の期間や原告に過失立証が不要であるからであった²⁷。

(2) 最高裁昭和 50 年 2 月 25 日判決²⁸

本件は、昭和 40 年 7 月、自衛隊員 A が隊内の車両整備工場で作業中に同僚隊員 B の運転する車両に轢かれて即死した事故に関して、A の両親 X ら（原告・控訴人・上告人）が国（被告・被控訴人・被上告人）に対し損害賠償を請求した事案である。X らは、事故後に支給された国家公務員災害補償法に基づく補償給付のほかに、昭和 44 年 10 月に、自動車損害賠償保障法 3 条に基づいて損害賠償請求の訴えを起こした。

第 1 審判決²⁹は、不法行為による損害賠償請求権の成立を認めたが、すでに時効により消滅しているとして請求を棄却した。原告は控訴に際して、国は「使用主として、隊員が服務するについてその生命に危険が生じないように注意し、人的物的環境を整備すべき義務を負担しているものであり、国は「義務を怠り、本件事故を発生させたのであるから、これに基く損害を賠償すべき責任がある」との主張を追加した³⁰。第 2 審判決³¹は、この債務不履行について、A は特別権力関係に基づいて服務していた者であるから、国は補償法に基づく補償以外に「債務不履行に基づく損害賠償義務を負担しないものと解するのが相当」であるとして、控訴を棄却した。

最高裁³²は、①国と公務員との間における主要な義務として、公務員法は、「公務員が職務に専念すべき義務」並びに「法令及び上司の命令に従うべき義務を」負い、国が労働契約に「対応して公務員に対し給与支払義務を負うことを定めている」が、「国の義務は右の給付義務にとどまらず、②国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、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（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解すべきである」とし、③「もとより、右の安全配慮義務の具体的内容」は、「具体的状況等によって異なるべきもの」であるが、④「国が、不法行為規範のもとにおいて私人に対しその生命、健康等を保護すべき義務を負っているほかは、いかなる場合においても公務員に対し安全配慮義務を負うものではないと解することはできない」とした。⑤「けだし、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」、⑥「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、公務員に対し安全配慮義務

²⁷ 國井・前掲注 21 7 頁

²⁸ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・最三小判昭和 50・2・25 民集 29 卷 2 号 143 頁

²⁹ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・東京地判昭和 46・10・30 労判 222 号 20 頁

³⁰ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・東京高判昭和 48・1・31 労判 222 号 22 頁

³¹ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・前掲注 30

³² 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・前掲注 28

を負い、これを尽くすことが必要不可欠であり」、⑦現行の災害補償制度も「国が公務員に対し安全配慮義務を負うことを当然の前提とし、この義務が尽くされたとしてもなお発生すべき公務災害に対処するために設けられたものと解されるからである」。そして、⑧「国に対する右損害賠償請求権の消滅時効期間」は、「民法 167 条 1 項により 10 年と解すべき」であると判断した。最高裁は、原判決を「法令の解釈適用を誤ったものというべき」として、破棄差戻しとの判決を下した。

最高裁の判旨の法理構成を分析すると、①で公務員と国がそれぞれ公務員法と労働契約によって負う義務について述べ、②で安全配慮義務を定義、③で安全配慮義務の具体的内容について述べ、④で安全配慮義務が不法行為規範とは別の規範のもとで成立するものとし、⑤⑥⑦で安全配慮義務が認められる法的根拠を提示し、⑧で債務不履行構成に基づく消滅時効の効力について言及している。最高裁はこのように考えた結果、破棄差戻しという結論に辿り着いたのだということがわかる。

本判決は、判例上、労働災害に対する使用者の損害賠償責任について、最高裁として、不法行為法上の注意義務とは別個に、その法律関係の信義則に基づく付随義務としての安全配慮義務を負うと認定して、はじめて債務不履行責任を認めた判例であり、その後、この立場を踏襲する判例法理の定着の転機を画した判例として注目される。最高裁は、昭和 40 年代以降の下級審判決の動向を是認し、安全保証・保護義務等の呼称で用いられていた使用者の義務を「安全配慮義務」という新たな呼称を用いて表現を統一した。そして、最高裁の示した法理は、従来の下級審判決が、「労働災害による危険に対して労働者をして安全に就労せしめるべき義務」（門司港運事件）など、同義務の内容を事故・災害といった物的な危険に対するものとして限定的に解する傾向にあったのに対して、同義務の内容を「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」として労務管理・健康管理までに拡大している点、および安全配慮義務発生の法的根拠となる対象を「ある法律関係」と広く設定する点が最大の特徴であった³³。

また、最高裁の示した安全配慮義務の概念については、ドイツ民法 618 条とその判例法理に由来するものであって、理論的には、信義則を実定法上の根拠とする保護義務が雇傭・労働関係上の安全配慮義務と同質のものであると理解されている³⁴。これは、既に述べた我妻説と比較して、使用者の安全配慮義務を信義則上の附随義務とする点では同じであるが、ドイツ民法条文との対応範囲、安全配慮義務が認められる契約類型の範囲が異なるものであった³⁵。

本判決は労災民事訴訟において重要な判決であったが、この義務の根拠は実定法にはなく、当時は判例・学説上にもまだ熟した法理があったわけではなく、積み残された多くの

³³ 水野勝「安全配慮義務——陸上自衛隊八戸車両整備工場事件」『労働判例百選(第 6 版)』(1995 年) 122～123 頁、青野覚「使用者の安全配慮義務」『社会保障判例百選(第 4 版)』(2008 年) 146～147 頁、西村・前掲注 26

³⁴ 奥田・前掲注 3・7 頁

³⁵ 宮本・前掲注 7・189 頁

問題を抱えていた³⁶。

(3) 最高裁昭和 50 年 2 月 25 日判決以降の最高裁判決による法理の展開＝枠組法理

昭和 50 年判決の提示した安全配慮義務法理は、後続する多数の最高裁判決によって補充され、最高裁の判例として確定していった。

①安全配慮義務発生の根拠となる法律関係（適用範囲）

昭和 50 年判決が安全配慮義務を「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的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に認められるべきもの」としたことから、最高裁はその後、民間の使用者についてもその雇用する労働者に対して労働契約上の安全配慮義務を負うと明言した（川義事件・最三小判昭和 59・4・10 民集 38 卷 6 号 557 頁）。

さらに、元請使用者と下請労働者の間に実質的な使用従属関係が認められる場合には「雇傭契約に準ずる法律関係」があったものとして使用者の安全配慮義務の存在を認める（大石塗装・鹿島建設事件・最一小判昭和 55・12・18 民集 34 卷 7 号 888 頁）など、安全配慮義務発生の根拠となる法律関係（適用範囲）を拡大する傾向が見られた³⁷。

②安全配慮義務の内容

「義務の内容」について、履行補助者の注意義務違反事案では、「国は……車両の設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、運転者が法令に基づき当然に負うべき「通常の注意義務」までは使用者の安全配慮義務に含まれるものではなく、「履行補助者に運転者としての……運転上の注意義務違反があったからといって、国の安全配慮義務違反があったものとする事はできない」として、安全配慮義務の内容に制限を加えた判決（陸上自衛隊 331 会計大隊事件・最二小判昭和 58・5・27 民集 37 卷 4 号 477 頁）が現れた。

しかし、第三者による加害事案では、最高裁は、使用者がその危険性を「十分予見することができたにもかかわらず……措置を講じていなかった」点を指摘し、「前記のような安全配慮義務を履行していれば……事故の発生を未然に防止しえたというべき」として使用者に安全配慮義務の不履行を認める判決（前掲川義事件）や、「危険の可能性をあらかじめ

³⁶ 飯原・前掲注 21・83 頁

³⁷ 青野・前掲 146～147 頁

客観的に推測しうる限り、これを排除するに足りる諸条件を整える義務を免れない」とした例（陸上自衛隊朝霞駐屯地事件・最三小判昭和 61・12・19 労判 487 号 7 頁）など、使用者が高度な義務を負うことを認める傾向があった。

③因果関係

労災民訴では、当該負傷、疾病または死亡が、労働者が業務に従事したことによって生じたと認めるのが相当であること、すなわち、業務従事と負傷、疾病または死亡との間に相当因果関係が存在することが要件となる。労災保険給付のための業務上認定においては、この相当因果関係にあたる「業務起因性」の有無がもっぱらの問題となるが、労災民訴においてもこの相当因果関係の有無が主要な争点となることが多い³⁸。

最高裁は、保母業務と頸肩腕症候群との因果関係が問題となった事案において、被災労働者の「症状の推移と業務との対応関係、業務の性質・内容等に照らして考え」、その業務と疾病の「発症ないし増悪との間に因果関係を是認し得る高度の蓋然性を認めるに足りる事情があるということができ、他に明らかにその原因となった要因が認められない以上、経験則上、この間に因果関係を肯定するのが相当であると解される」（横浜市立保育園保母事件・最三小判平成 9・11・28 労判 727 号 14 頁）とした。

④帰責事由

既に述べた通り、使用者は、客観的な危険の予見可能性が存在する限り、危険を予防・回避すべき義務を負っている（前掲川義事件・前掲陸上自衛隊朝霞駐屯地事件）。しかし、危険の発生を防止するための措置を講じたにも関わらず損害が発生するに至った場合はどうか。

最高裁は、振動障害発症の危険性を内包するかもしれない機械器具について、「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った場合には、結果回避義務に欠けるものとはいえないというべきである」とし、社会通念上相当な措置をすれば、使用禁止などの措置をとらなくても、結果回避義務に欠けるものではないと限定的に解した（林野庁高知営林局事件・最二小判平成 2・4・20 労判 561 号 6 頁）。

⑤立証責任

安全配慮義務違反に関する訴訟では、不法行為構成と比較して債務不履行構成を採る方が被災労働者には有利と解されていた。実務上は大差がないといわれるが、理論上は時効

³⁸ 菅野和夫『労働法（第9版）』（2010年）401頁

の期間や証明責任の分配について労働者側に利益があるからであった³⁹。

安全配慮義務違反の立証責任が労働者側と使用者側のどちらにあるのかについては、昭和 40 年代の中ごろより、対立する多数の下級審を経て、昭和 56 年の最高裁判例によって判例上は一応確立したものとされている。

昭和 40 年代の下級審判例では、(a)安全配慮義務違反の事実の主張・証明責任は労働者側にあるとするもの（忠臣損害賠償事件など）と、(b)安全配慮義務の存在は労働者側に、その義務の履行は使用者側に証明責任があるとするもの（門司港運事件・伴鑄造事件など）に分れて対立していたが⁴⁰、最高裁は、「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」（空自芦屋分遣隊事件・最二小判昭和 56・2・16 民集 35 卷 1 号 56 頁）とした。この判旨によれば、労働者側は、抽象的な安全配慮義務の存在を主張するだけでは足りず、抽象的な安全配慮義務をその災害の状況に適用した場合の具体的な安全配慮義務の内容を特定し、かつ、その不履行を主張立証しなければならないとして、制限的な解釈姿勢を見せた（ただし判旨は、帰責事由の不存在の立証責任は使用者側にあるとする）⁴¹。

⑥安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権

労働災害に被災した労働者及びその遺族の救済としては労災法の保険給付が用意されているが、慰謝料等それではカバーしきれない部分は、しばしば、安全配慮義務違反を理由とする民事損害賠償で補われている⁴²。

最高裁は、損害賠償請求権の消滅時効について、期間は民法 167 条 1 項により 10 年である⁴³とし、「右 10 年の消滅時効は、同法 166 条 1 項により、右損害賠償請求権を行使し得る時から進行するものと解される」とする。一般論として、「安全配慮義務違反による損害賠償請求権は、その損害が発生した時に成立し、同時にその権利を行使することが法律上可能となる」と示した上で、行政認定を必要とし特異な進行性の疾患であるじん肺の場合には「最終の行政上の決定を受けた時から進行するものと解するのが相当」とした（日鉄鉱業（長崎じん肺）事件・最三小判平成 6・2・22 労判 646 号 7 頁）。

(4) その後の下級審の動向

前述のような最高裁判例法理の枠組みを用いたその後の多数の裁判例により、安全配慮義務の適用範囲と内容の拡大・豊富化の傾向が顕著となった。

³⁹ 國井・前掲注 21・7 頁、村上博巳「証明責任」『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988 年）171 頁

⁴⁰ 飯原・前掲注 21・112～113 頁

⁴¹ 菅野・前掲注 38・399 頁

⁴² 小畑史子「第 5 条（労働者の安全への配慮）」『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法』（2012 年）339 頁

⁴³ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・前掲注 28

①安全配慮義務発生の根拠となる法律関係（適用範囲）の拡大

まず、最高裁の枠組みにもあった元請企業と下請会社の社外工間の適用について、「事実上……指揮、監督を受けて稼働し、その作業内容も……本工とほとんど同じであった」ことを根拠に、適用されることが再度確認された（三菱重工神戸造船所事件・最一小判平成3・4・11 労判 590 巻 14 頁）。また、研修医と研修病院の間には「労働契約関係と同様な指揮命令関係」が認められるとし、病院側の安全配慮義務を認めた判決（関西医科大学病院事件・大阪地判平成14・2・25 労判 827 号 133 頁）がある。

さらに、労働契約関係か否かには言及せず、高年齢者雇用安定法に基づくシルバー人材センターは高齢就業会員の「健康を保護すべき信義則上の保護義務（健康保護義務）を負っているものと解するのが相当」とする裁判例（綾瀬市シルバー人材センター事件・横浜地判平成15・5・13 労判 850 号 12 頁）も存在する。

原則否定されていた例として運送会社・備車運転手間の例がある。運送会社において自己所有のトラックを持ち込み業務に従事する備車運転手は、従業員と比較して指揮監督・拘束の程度、報酬・負担等をみても、労働基準法上の労働者ということとはできないとする判決（横浜南労基所長（旭紙業）事件・最一小判平成8・11・28 労判 714 号 14 頁）があり、最高裁は原則として備車運転手の労基法・労災法上の労働者性を否定していたが、「雇傭契約関係は認められないものの、……指揮監督の下に労務を提供するという関係が認められ、雇傭契約に準じるような使用従属関係があった」として安全配慮義務の適用を認める判決（和歌の海運事件・和歌山地判平成16・2・9 労判 874 号 64 頁）が現れたことにより、備車運転手への補償の可能性は存在しているということができるようになった。

②義務内容の豊富化

当初から「災害」事案の多くの裁判例で、事故防止のための施設・用具・装備の整備や人員配置・安全教育・労務管理体制などの「物的・人的安全環境の整備」義務が挙げられていた⁴⁴（前掲川義事件、前掲航空自衛隊芦屋分遣隊事件）。

「疾病」事案では、有機溶剤による中毒死や石綿粉じん吸入によるじん肺疾患を防ぐための安全教育や保護具着用の徹底が問題となる例（喜楽鋳業（有機溶剤中毒死）事件・大阪地判平成16・3・22 労判 883 号 58 頁、関西保温工業事件・東京高判平成17・4・27 労判 897 号 19 頁）がある。

近年注目される過労死事案においては、労働時間、休憩等について適正な労働条件を確保して健康を把握・管理する義務、労働者の健康悪化を防止するため「過重な業務に就か

⁴⁴ 青野・前掲 33・147 頁

せないようにするとか、業務を軽減するなどの配慮をするべき義務」も内容と解されている（システムコンサルタント事件・東京地判平成10・3・19 労判736号54頁）。

さらに、「過労自殺・いじめ自殺」事案においては、過重労働への配慮のみならず「労働者が労働に従事することによって受けるであろう心理面又は精神面への影響にも十分配慮」し、適切な措置を講ずべきメンタルヘルスケア義務や、いじめの事実の有無の調査・いじめ防止のための職場環境の調整をする義務を認めるなど、精神的配慮も内容と解されている（オタフクソース事件・広島地判平成12・5・18 労判783号15頁、川崎市水道局事件・横浜地判平成14・6・27 労判833号61頁）

義務内容の広がりには「セクハラ・パワハラ」事案にも影響を与えており、ハラスメントの防止義務、事実調査や従業員への教育といった事後の対応を内容とする職場環境配慮義務を認める裁判例がある（京都セクシュアル・ハラスメント事件・京都地判平成9・4・17 労判716号49頁）

③安全配慮義務違反を基礎付ける「因果関係・帰責事由」

因果関係の認定について、「過労死」事案では、業務過重性が「唯一の原因であることを要するものではなく、他の要因が存在していても、……自然的経過を超えて右素因等を増悪させ」、「共働の原因の一つであるということができれば」足りる（前掲システムコンサルタント事件）とする傾向にあり、「自殺」事案では、労働者の自由意思による切断論をとらずに因果関係を是認する傾向がある⁴⁵。裁判所は、「うつ病によるうつ状態の深まりの中で衝動的、突発的にされたものと推認するのが相当」であり「自由意思の介在を認めるに足りない」（電通事件・東京高判平成9・9・26 労判724号13頁）、うつ病に陥って自殺する事態は「使用者として予想すべきもの」である、労働者の性格が「通常想定される範囲を外れるものでない場合」には裁判所は性格等を自殺の「心因的要因としてしんしゃくすることはできない」（電通事件・最二小判平成12・3・24 労判779号13頁）とする。

そして、被災労働者側の帰責事由は、損害賠償額算定の場面で過失相殺の問題として処理する裁判例が多数となっている（前掲・電通事件最高裁）。

④安全配慮義務の履行請求問題の発生

今日の裁判例における安全配慮義務は、理論的ルーツである保護義務を超えて損害賠償という労災の事後的救済法理として機能しているだけでなく、将来の健康被害の防止という労災予防の観点から、安全配慮義務の履行請求が問題となっている⁴⁶。

⁴⁵ 中嶋士元也「職業性疾病・作業関連疾病と安全配慮義務」『労働関係法の国際的潮流』（2000年）135頁。切断論とは、自殺という行為そのものに自殺者の自由意思が介在する場合は業務と自殺との相当因果関係が切断されるとするものである。

⁴⁶ 青野寛「労働契約法の規定内容と実務上の留意点」『労働契約法・改正男女雇用機会均等法・改正パート

じん肺疾患の事案では、じん肺法施行以後は使用者の負うべき作業環境・健康管理等の具体的な義務が特定されているとして、労働者の履行請求権を肯定する判決がある（日鉄鉱業松尾採石所事件・地判平成2・3・27 労判563号90頁）。また、実定法の存在しない受動喫煙事案では、原則として履行請求はなしえないが健康への現実的な危険が存在する場合には履行請求を認める余地はあるとする判決（京都簡易保険事務センター事件・大阪高判平成15・9・24 労判872号88頁）や、明確に内容を述べていない「作為請求」であっても、社会通念上「禁煙措置」であることは容易に理解できるのだから使用者にとってその履行が困難又は不可能であるとはいうことはできず、裁判所で損害賠償を請求する際に「当該作為義務が履行されているか否かを判断することは可能である」とする判決（JR西日本（受動喫煙）事件・大阪地判平成16・12・22 労判889号35頁）がある。労働契約法制定や健康増進法制定、たばこ規制枠組み条約（FCTC）批准等と関連して今後さらに具体的に論じられていくものと思われる。この問題については第三章で詳しく検討することとする。

3. 労働契約法5条の制定とその意義

2007年に制定された労働契約法（以下「労契法」）は、労働者の保護と労働契約の安定を目的として、労働契約の成立から終了に至るまでの、労働契約当事者である「労働者」と「使用者」の関係を定めた最初の法律⁴⁷——わが国で最初の労働契約に関する一般法である。

総論として労契法の制定とその背景、評価と実定法上の位置付けについて触れてから、安全配慮義務を法文化した労働契約法5条の意義と法的性格について論じる。

(1) 労働契約法の制定とその背景

①時代の変化と契約ルール立法化の必要性

かつて、労働法の分野においては、労働基準法（以下「労基法」）・労働組合法・労働関係調整法が「労働三法」と呼ばれ、重厚長大産業中心の経済構造において、労働組合を主体とする、工場や建設現場のような現業部門で働く労働者の集団的労働条件の形成に大きな役割を果たしていた。このような第二次世界大戦直後から高度経済成長期までの時代においては、法律で最低労働条件を保障してもらい、労働組合の団結の力で集団的に労働条件を底上げしていくことが労働側の基本政策であった。

しかし、時代は変化して、1973年と1979年の二度のオイルショック以降、世界経済の変容と共に日本の経済構造も第二次産業中心から第三次産業中心へと大きく変化し、女性の社会進出、少子高齢化、国際競争激化などの要因から雇用形態も多様化・個別化するよ

タイム労働法・改正高年齢者雇用安定法に関する情報収集・分析・対応に関する検討』（2011年）14～15頁

⁴⁷ 和田肇「労働契約法総論」『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法』（2012年）310頁

うになり、労働組合による集团的労働条件の改善が及ぼす影響も小さくなっていった。時代が変化したことにより、最低労働条件を労基法で規制し、上乘せ分を労働組合が向上させていくという形では対応できなくなってきたのである。

この新しい時代において重要視されるようになったのが、「雇用関係は契約関係である」という大原則であった。一人の労働者と使用者との雇用関係について、大前提として存在する労働契約という契約が適正に締結され、実施されるように規律する法律が必要である、という認識が高まっていった⁴⁸。

②労働契約法の制定過程

労契法の立法の出発点は、解雇権濫用法理の立法化（労基法 18 条の 2、現在は削除）などの重要な法改正であった 2003 年の労基法改正に伴う衆参両議院の厚生労働委員会での附帯決議で、「労働条件の変更、出向、転籍など、労働契約について包括的な法律を策定するため、専門的な調査研究を行う場を設けて積極的に検討を進め、その結果に基づき、法令上の措置を含め必要な措置を講ずること」との要請が示されたことにあった⁴⁹。そこで、厚生労働省に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」が設置され、検討が行われ、2005 年 9 月に労契法構想を含む報告書が提出された⁵⁰。この間に、在野からは、経営法曹会議の「今後の労働契約法制の在り方について」、日本労働弁護団の「労働契約法成立法提言」、連合総研の「労働契約法試案⁵¹」がそれぞれ公表されている。

その後、労働時間規制の緩和の観点から上層のホワイトカラーへの労基法の労働時間規制を適用除外にする「日本版ホワイトカラー・エグゼンプション」の導入に関する議論が審議されていたこともあり、労政審議会労働条件分科会での公労使各委員の見解の深刻な対立⁵²から、同会報告案の白紙撤回及び審議の一時中断⁵³という異常事態を経て⁵⁴、再度召集された労働政策審議会労働条件部会による 2006 年 12 月の最終報告及び労政審議会答申「今後の労働契約法制及び労働時間法制の在り方について（報告）」がまとめられた。これを基礎に労基法改正案と労契法案が作成され、2007 年 3 月に法案として国会に提出され、衆参両議院で修正が加えられて同年 11 月に可決され、労契法が成立した。

(2) 労働契約法の評価と実定法上の位置付け

⁴⁸ 野川忍『わかりやすい労働契約法』（2007 年）6 頁以下

⁴⁹ 青野・前掲注 46・7 頁

⁵⁰ 菅野和夫「雇用システムの変化と労働法の課題」ジュリスト 1347 号 6 頁

⁵¹ 連合総研「労働契約法試案」は、労働法、民法の研究者と弁護士など 8 名の専門家によって構成される「労働契約法制研究委員会」（主査・毛塚勝利）がとりまとめた。62 条からなる具体的な条文案を提言している。在野からこれほどまとまった立法試案が提出されるのは稀との評価がある（和田 前掲注 311 頁）。

⁵² 菅野・前掲注 50・6 頁

⁵³ 米津孝司「労働契約法の成立と今後の課題」労旬 1669 号 7 頁

⁵⁴ 青野・前掲注 46・7 頁

①就業規則法制の成文化と労働契約法の評価への影響

制定過程における混乱は、一つには、労契法案と同時に労基法改正法案が検討されていて、既に述べた「日本版ホワイトカラー・エグゼンプション」の導入が含まれていたことにも要因があったと思われる。しかし、最大の原因は、労契法に含まれる就業規則制度についての深刻な理論的対立にあったといえる。

研究会は、就業規則と労働契約の関係を法規定として明らかにし、合理性の要件を前提として就業規則による労働条件の変更には法的拘束力を認めるという最高裁の判例法理を契約法制として書き込んで明文化すると提言していた⁵⁵。これに対し、労働法研究者有志の声明「禍根を残す就業規則変更法理の成文化～契約原理に反する労働条件法理の固定化は避けるべきである」(2007年12月)⁵⁶は、「労働法の柱のひとつになるべき労働契約法の発展を歪め、契約原理に死を宣告する契約法になりかねない」と強い危惧を表明していた。21世紀の労働法を構築すべき今日、19世紀当時の未熟な労使関係における労働者保護の観点から創設されたという歴史的格を持ち、かつ、近代法の基本理念と論理的に矛盾するような法制度である就業規則制度の機能を大幅に拡大する労契法の法案に、労働法の研究者の多くが危惧をもたざるをえなかったのである⁵⁷。このような見解の対立は、学説上の労働法の評価に大きな影響を与えている⁵⁸。

②労働契約法の実定法上の位置付け

労働契法は、実定法上、民法の特別法である。労働契法が罰則をもって担保する労働の最低基準を「前提として」、「労働条件が定められる労働契約について、合意の原則その他基本的事項を定め、労働契約に関する民事的なルールを明らかにしているもの」であると宣言されている⁵⁹。つまり、労働契法と異なり、罰則を持たず、特別な行政監督も予定されていないことから、労働契法はあくまでも契約法であり、民法の特別法に位置づけられ、私法的規制が中心となっている点が特徴的である⁶⁰。

労働契法 1 条が、法の目的について、合意原則と労働者保護を宣言していることから、労働契法は広義の労働保護法に位置付けられる。ちなみに、憲法 27 条 2 項は労働条件法定の

⁵⁵ 菅野和夫「労働契約法制の課題—その概要と考え方—」中央労働時報 1049 号 3 頁

⁵⁶ 季刊労働法 216 号 110 頁以下

⁵⁷ 就業規則の法文化に関する議論には本論では詳しく触れないこととする。労働契約法の立法過程における見解の対立については青野・前掲注 46・8 頁、和田・前掲注 47、米津・前掲注 53 を参照。

⁵⁸ 労働契約法の積極的な評価は、制定過程に直接関与した研究者の労働契約法の解説に現れている。村中孝史「労働契約法制定の意義と課題」ジュリスト 1351 号 42 頁以下、菅野和夫「雇用システムの変化と労働法の課題」ジュリスト 1347 号 2 頁以下、荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』(2008 年) 22 頁以下等。これに対する意見として、毛塚勝利「労働契約法の成立が与える労使関係法への影響と今後の課題」季刊労働法 221 号 27 頁以下、和田・前掲注 47・318～319 頁、米津・前掲注 53・12 頁以下、三井正信『現代雇用社会と労働契約法』(2010 年) 45 頁以下等がある。

⁵⁹ 平成 20・1・23 基発 0123004 号

⁶⁰ 三井・前掲 16 頁

原則を規定しており、労働者の自己決定や契約における交渉過程の重要性を踏まえると、同項のいう「勤労条件の基準」は労働条件の最低基準のみならず、労働契約の成立・展開・終了に関するルールも含むものと考えることができ、「労働者の保護」を目的に掲げる労契法は憲法 27 条 2 項の要請を受けて制定された法律であると位置づけることができるであろう⁶¹。

(3) 労働契約法 5 条の意義と法的性格

労契法 5 条は「使用者は、労働契約に伴い、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。」と規定する。

①意義

本規定は、最高裁によって確立された判例法理を法文化し、労働契約上使用者が負うべき労働者に対する安全配慮義務の法的根拠を明定したものであるとしての意義を持つ⁶²。

当初、2006 年 6 月の「労働契約法制及び労働時間法制の在り方について（案）」⁶³では、安全配慮義務より広い配慮を含みうる「安心して働くことができるように配慮する」旨を総則で規定し、判例法理に対応した具体的な安全配慮義務を各則に相当する部分で規定する予定であったが、同年 12 月の報告書及び答申「今後の労働契約法制及び労働時間法制の在り方について」⁶⁴では、総則規定を置くことをやめ、判例上確立している安全配慮義務を各則から総則部分に移行して「労働契約の原則⑤」として規定することとなった。これにより 5 条は、当初よりも配慮の範囲を狭めることにはなったが、既に確立した安全配慮義務に関しては、労働契約に関する原則的ルールとして総則の中に置かれることとなったのである⁶⁵。

②法的性格——強行規定——

「労働契約に伴い」とは、契約上の根拠規定が存在しなくても安全配慮義務が発生することを示している。政府案では「労働契約により」としていた文言は、衆議院において「労

⁶¹ 三井・前掲 15 頁

⁶² 青野・前掲注 46・12 頁

⁶³ 労働政策審議会労働条件分科会『労働契約法制及び労働時間法制の在り方について（案）』（2006 年）2 頁。「第 2 検討の方向」「労働契約法」「総則事項 ⑤使用者は、労働者が安心して働くことができるように配慮するとともに、労働契約において、雇用形態にかかわらずその雇用の実態に応じ、その労働条件について均衡を考慮したものとなるようにするものとする。」とある。

⁶⁴ 労政審議会『今後の労働契約法制及び労働時間法制の在り方について』（2006 年）3 頁。「I 労働契約の原則 ⑤使用者は、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができる職場となるよう、労働契約に伴い必要な配慮をするものとする。」とある。

⁶⁵ 小畑・前掲注 42・339 頁

働契約に伴い」に修正された。安全配慮義務は、合意が無くても信義則上当然に生じる使用者の義務であるが、政府案では、契約上の特別の根拠がないと安全配慮義務が生じないとの誤解を生むと考えられたためである⁶⁶。文言を「労働契約に伴い」に修正することで、安全配慮義務は、特別な社会的接触の関係の付随的義務として信義則に基づいて生ずるものであって、就業規則や個別契約上の定めのような契約上の根拠規定を必要としないことを示した⁶⁷。しかし、「労働契約に伴い」という文言から安全配慮義務の法的性質を考えるにあたり、労働法学説の多数説である本質的義務説ではなく、民法学説・最高裁判決の付随義務説に立つものと解すべきかが解釈論においては問題となるだろう⁶⁸。

本条は、要件・効果を具体的に定める形の規定になっていない。その理由は、安全配慮義務が、結果が発生した後に債務不履行に基づく損害賠償請求を根拠付ける義務として形成されてきたもので、損害賠償請求を超えて安全配慮義務の履行請求が可能か否かについては、裁判例の立場が確立していないからであるとされる⁶⁹。すなわち、立法者が条文の文言を「するものとする」としたのは、現時点で要件・効果を明定するのではなく、さらなる判例法理の発展を許容しつつ、現在確立している安全配慮義務について明文で規定するのが適切であると判断したのである⁷⁰。この点は、前述の労働条件分科会における安全配慮義務の位置付けの変遷からも裏付けられる⁷¹。

そして、本規定の法的性格は、上記のような立法趣旨から、強行規定であり、安全配慮義務を免除するいかなる特約を結んだとしても無効とするものである⁷²。

4. 小括

最高裁 50 年判決以来積み重ねられた判例により確立した安全配慮義務法理は、労契法 5 条として明文化され、今日においては実定法に根拠を持つ使用者の義務となっている。

安全配慮義務が争われる事案は労働契約形態や社会構造の変化と共に多様化し、義務内容も豊富化する傾向にある。安全配慮義務法理が登場した当時主に争われた事案は「災害」事案であったが、現在は「疾病」事案、「身体的疾病」の増悪による「過労死」、「精神的疾病」による「自殺」が多くを占めるようになり、「補償」の法理は使用者によって引き起こされた直接の「災害」より広範な保護を行うようになった。直接引き起こされた損害に対する賠償がなされ、間接的な影響により生じた疾病への補償が認められるとなれば、次の段階として、現実的な危険が発生する前に予防するべき措置を請求できるかが問題となるだろう。

⁶⁶ 荒木ほか・前掲 83 頁

⁶⁷ 小畑・前掲注 42・339～340 頁

⁶⁸ 青野・前掲注 46・12 頁。安全配慮義務の法的性質についての議論は第 2 章で詳しく検討する。

⁶⁹ 荒木ほか・前掲 82 頁

⁷⁰ 小畑・前掲注 42・341 頁

⁷¹ 第 1 章 3 (3) ①・17 頁

⁷² 青野・前掲注 46・12 頁

労契法制定によって、安全配慮義務が使用者の義務として法定されたことは評価されるべきことである。しかしながら、労契法 5 条は具体的な要件・効果を示しておらず、一般的な規定となっていることから、具体的な要件・効果については従来通り判例を参照する必要があることに変わりはない。そもそも労契法は、労基法が罰則をもって担保する労働の最低基準を前提として、労働条件が定められる労働契約について、合意の原則その他基本的事項を定め、労働契約に関する民事的なルールを明らかにするものと定義されているのであるから、労働契約に関する新しい時代の一般法としての要請に応えるべく、労契法制定時に明記することができなかつた判例法理の早期確立や、労契法 5 条を実務上根拠とできる法理の深化が望まれる。

第 2 章 安全配慮義務と履行確保・請求

前章では、安全配慮義務法理の成立と判例の展開、労働契約法での法文化について論じた。この章では、いまだ判例法理が確立しておらず労働契約法 5 条にも明定されなかつた安全配慮義務の履行請求について、以下の順で検討する。

安全配慮義務の履行請求の可否に関連して、学説は、長らく、安全配慮義務が訴求可能な給付義務なのか、または損害賠償のみを請求しうる保護義務なのか争ってきた。一般に、安全配慮義務はその違反に対して損害賠償のみが許され履行請求できないと言われてきたが、学説は、安全配慮義務の法的性質が訴求可能な給付義務であれば履行請求しうるとし、保護義務であれば損害賠償のみを請求しうると議論してきたが、現在に至るまで、安全配慮義務の法的性質に関する議論は未決着なままである。なぜ履行請求の可否を論じるために法的性質を検討する必要があるのか、そして法的性質の議論の今日的様相はいかなるものか見ていく（→ 1. 安全配慮義務の法的性質と履行請求）。

次に、近年登場した履行請求の新たな傾向について検討する。当初は、既に起きてしまった損害に関する民法レベルでの議論であったのが、近年、新しい傾向が登場した。じん肺や受動喫煙の事案である。原告側は、既に起きてしまった損害の賠償でなく、これから起こると予見される労働災害を予防するためになんらかの安全措置または健康増悪防止措置の実現を求めた。判例は、安全配慮義務の履行請求に関して、原則として履行請求しえないものとしながらも、履行請求を認めるに足る「特段の事情」があり、生命・身体に対する現実的な危険が生じている場合、その履行すべき措置が特定されている限り履行請求の可能性を認めている。現在踏襲されている判例法理と下級審例、そしてこの予防を目的とした履行請求に関する学説を整理する（→ 2. 履行請求の新たな傾向——補償から予防へ——）。

そして、現存する法律で特定できる安全配慮義務の義務内容とその問題点は何か。該当する実定法が存在しない場合は裁判例・学説はどう捉えるのか（→ 3. 履行請求と義務内容の特定）。

最後に、安全配慮義務における「履行請求」自体のプロセスと内容はどのように考えられているかを検討する（→4. 履行請求のプロセスと内容）

1. 安全配慮義務の法的性質と履行請求

(1) 判例

前述のように、安全配慮義務は判例が形成した概念であり、現在では確立した判例である。この安全配慮義務をどのような性質をもつものと捉えているかについて、判例理論は必ずしも明らかではないが、裁判所は安全配慮義務を保護義務と同視しているというのが学説の一致した見方である⁷³。

奥田説は、前記昭和50年最高裁判決の調査官解説⁷⁴を参考に、①安全配慮義務の概念はドイツ民法618条1項に由来すること、②私法上の法律関係に適用される規範ないし法理と実質的に同内容の規範ないし法理を公法上の法律関係のために定立する媒介として、前者の根底にある法原理＝信義則を用いて、同様の規律を行うことができるということ、③ドイツの判例法上承認されてきた保護義務の実定法上の根拠は信義則であり、ドイツ民法618条の安全配慮義務の根底にある思想も信義則であるから、両者は同性質のものともみることができるといふこと、④保護義務の成立する法律関係は広く、雇傭・労働関係がそれに含まれること、を理由として挙げる。

しかし、安全配慮義務が保護義務と性質を同じくするからといって、安全配慮義務の内容が完全に保護義務と同一であるとは限らない。後述するが、学説は、安全配慮義務が根底においては保護義務と同じであることを認めた上で、保護義務を超える内容をもつと主張するからである⁷⁵。

(2) 学説

①原則否定説

多数説は、判例同様、安全配慮義務を保護義務ととらえ、原則として安全配慮義務は履行請求しえないが例外的に履行請求しうる場合があるとする。論者には民法学者が多く、古い時代の議論が多い。

「保護義務」とは、「給付結果の実現そのものに向けられたものではなく、契約締結から終了に及ぶ、契約過程で相手方の生命・身体・人格・財産を保護することを目的とした

⁷³ 鎌田耕一「安全配慮義務の履行請求」『労働保護法の再生』（2005年）363頁、國井和郎「安全配慮義務」についての覚書（下）」判タ364号70頁以下、奥田・前掲注3・7頁、宮本・前掲190頁、

⁷⁴ 柴田保幸 評釈『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988年）307頁以下

⁷⁵ 鎌田・前掲363頁

付随義務」である⁷⁶。また、それは「本来の契約利益の外にある相手方の法益を保護する義務であり、その性質上、不法行為法上の注意義務に類似した義務」である⁷⁷。北川説は、安全配慮義務を保護義務と同一視する理由として、ドイツ法学の支配的学説が安全配慮義務を保護義務として位置付けていること、労災事故と欠陥商品事故の被害の間に差異がないことを挙げる⁷⁸。

原則否定説は、安全配慮義務違反があった場合、原則として損害賠償請求であり、履行請求は例外的な場合にのみ認められるとする。その理由として、まず、安全配慮義務が「給付義務」でないことを挙げる。「給付義務」とは、給付の結果又は給付行為の実現を目的とする債務である⁷⁹。当事者が合意した目的ないし行為の達成に向けられた義務であるから、裁判外での請求が可能なのは勿論、任意に履行されない場合は訴求し執行しうる義務である⁸⁰。前田説は、安全配慮義務＝保護義務が「給付義務」でない理由について、保護義務は売買契約の善管注意義務と同様、あらかじめ内容が確定したものではなく、事後的にみてあの時こうすればよかった、こうすれば債務不履行を回避し得たとされるものであるから、訴求すること自体が無理であり、「履行義務」とはいわないとする⁸¹。しかし、特段の事由がある場合は附随義務のまま履行しうる義務に高められる場合があるということは否定しない。例えば、警備保障契約のように安全注意を当事者の合意により、または法規により、事前に内容を確定すれば不可能ではないとするのである⁸²。ゆえに、履行請求は例外的な場合にのみ認められると述べる。

多数説に対しては、事前に内容が特定できないことが履行請求権を否定する理由にはならないという批判がある。事前に内容が特定できないから履行請求不可能としているところ、例外的に合意によって履行請求しうる義務に高められるとするが、事前に内容が特定できないことに変わりはない⁸³。また、事前に内容が不特定の義務でも裁判例・学説が一致して履行請求を肯定する例として競業禁止義務⁸⁴、同様に法規が肯定する例として不正競争防止法3条1項、そして安全配慮義務の履行請求を認めるドイツの判例・学説⁸⁵を挙げ、事前に義務の具体的内容が不特定であることが履行請求権を否定する理由とはならないと述べる見解もある⁸⁶。

⁷⁶ 北川善太郎「債務不履行の構造とシステム」『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988年）276頁

⁷⁷ 鎌田・前掲366頁

⁷⁸ 北川・前掲368～369頁、鎌田・前掲366頁

⁷⁹ 奥田昌道『債務総論（上）』（1982年）16頁

⁸⁰ 鎌田・前掲366頁。後述するが、「履行請求しうる」とは、「裁判外で履行請求しうる」もの（任意的履行請求権）と、「裁判で訴求しうる又は執行しうる」もの（強制的履行請求権）があり、性質が異なるため、区別する必要がある。

⁸¹ 前田達明「債務不履行責任の構造」判タ607号2～3頁

⁸² 北川・前掲293頁、前田・前掲3頁

⁸³ Stürner, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Solgfaltspflichten, JZ 1976, S.386.

⁸⁴ 東京リーガルマインド事件・東京地決平成7・10・16 労判690号75頁、岩村正彦「競業禁止義務」『労働法の争点(第3版)』（2004年）147頁

⁸⁵ Stürner・前掲

⁸⁶ 鎌田・前掲367～368頁

②原則肯定説

安全配慮義務を「給付義務」ととらえる学説は、安全配慮義務も原則として履行請求しうるとする。論者には比較的労働法学者が多い。

奥田説は、安全配慮義務が「給付義務」である理由として、①安全配慮義務はドイツ民法 618 条に由来するが、ドイツにおける 618 条の生成過程と保護義務理論の登場過程は全く別であること⁸⁷、②安全配慮義務と保護義務では内容に差異があることを挙げている。

安全配慮義務の内容について奥田説は、保護義務が自分の行為から生ずる危険に対して責任を基礎づける⁸⁸のに対し、安全配慮義務は「単に自己の行為によって労働者の人身を侵害することのないように振舞う（不法行為規範のもとでの不可侵義務）のみならず、労働者の健康管理の面で積極的にさまざまな措置をとることが義務づけられる。これは一般的な保護義務の内容あるいは限度を超えたものといわざるを得ない」とする⁸⁹。そして、その具体的内容は労働安全衛生法によって特定されるとする⁹⁰。

原則肯定説は、安全配慮義務違反があった場合、義務違反に対する救済として損害賠償のみならず履行請求権も認める。労働法学説において安全配慮義務の履行請求について詳しく検討しているのは三柴説である。三柴説は、制定法を根拠として労働者が個人的・集団的に行使しうる「私法上の労災予防権」を提唱する。労働安全衛生法に基づく行政監督による労災予防システムが対応できない場合や、労働組合が対応を怠った場合、必要な手続を踏めない場合、司法上の確認以外に労働者が行使できる私法的手段の重要性は依然として失われていないとして「労災予防権」の積極的導入を勧める⁹¹。このようにして、原則肯定説は履行請求権の意義を労災予防システム全体の中に位置づけるのである⁹²。

こうした学説に対する批判として、①安全配慮義務を雇傭・労働契約における固有の義務または「給付義務」と捉え、安全配慮義務の内容が保護義務を超えるものとしているが、内容を検討してみると不法行為法上の注意義務と異ならないのではないか（高橋説では「不法行為法規範から導くことに問題はないのではないか」と表現されている）ということ⁹³、②契約の解除や損害賠償という別の手段が存在することから、安全確保が履行に先行することが「必ずしも」履行請求を認める理由にはならないということ⁹⁴、が挙げられている。

③二分説

⁸⁷ 奥田・前掲注 3・20 頁以下、高橋眞『安全配慮義務の研究』（1992 年）25 頁以下。

⁸⁸ 鎌田・前掲 370 頁

⁸⁹ 奥田・前掲注 3・25 頁

⁹⁰ 奥田・前掲注 3・14 頁

⁹¹ 三柴丈典『労働安全衛生法論序説』（2000 年）69 頁以下

⁹² 鎌田・前掲 372 頁

⁹³ 高橋眞「安全配慮義務の性質論について」『民事法理論の諸問題（下）』（1995 年）313 頁

⁹⁴ 鎌田・前掲 378～379 頁

二分説は、前述した民法学と労働法学の理論を踏まえ、安全配慮義務を履行請求の有無によって「安全確保義務」と「保護義務」に二分する説である。

下森説は、宮本説に補足を加え、「使用者の安全配慮義務を給付義務として把握する場合でも、……安全配慮義務の領域で問題としてきたものが、すべて従たる給付義務とされるわけではない」として、このうち「労働者の生命・健康に対する損害の防止に関する、使用者の指揮・命令の元でなされる労務のための物的環境の整備および人的環境の整備を内容」⁹⁵とする「高次の給付義務としての安全配慮義務」⁹⁶だけを「安全確保義務」と呼んで「保護義務」と区別し、両者の併存を認めることが妥当であるとする。

「安全確保義務」の具体的内容は実定法の定める内容を基準とすることとなるが、「当該労働契約の内容、労務給付の場所、施設等の具体的状況により決定される」ことになる⁹⁷。勿論、義務が二分されるため、義務違反の効果もそれぞれ異なることになる。「安全確保義務違反」の効果として、履行請求、労務給付の拒絶、解約告知および損害賠償請求が認められ、「保護義務違反」としては原則として損害賠償請求のみ（例外的に解約告知）が認められるとする。そして、使用者が「安全確保義務」を履行しない場合、「労働者の生命・健康に対する危険が現実存在する場合あるいはその危険発生の蓋然性が強い場合には、労働者はその危険の除去あるいは予防措置を請求しうる」という。履行請求の程度については、具体的状況によるが、労働安全衛生法規の定める基準が目安になるとしている⁹⁸。

二分説は、履行請求権を積極的に認める一方で「保護義務と安全配慮義務の共通性を考慮し債務法体系全体との整合性を図って」おり、「雇傭・労働契約における固有性と保護義務の一般性を構造的に組み込んだ」点が巧みであるとされる。しかしながら、①安全配慮義務と「安全確保義務」の違いが必ずしも明確ではないこと、②具体的状況により義務内容が決定されるならば、保護義務としての一般的性格が「安全確保義務」にもあることになり、結果的に保護義務として存在するものも履行請求しうることになるのではないかと——すなわち、履行請求可能性を基準にして安全配慮義務を二分することや、そもそも安全配慮義務の法的性質を議論することそのものの意義が問われるのではないかと、という批判がある⁹⁹。

④従たる給付義務説（潮見説）

⁹⁵ 宮本・前掲 194 頁

⁹⁶ 下森・前掲 240 頁

⁹⁷ 下森・前掲 244 頁

⁹⁸ 下森・前掲 245～246 頁

⁹⁹ 鎌田・前掲 373～374 頁

従たる給付義務説とは、「債務者の義務が何に基づいて設定されるか」という観点から「給付義務実現を目指す履行過程における義務」を分類し、安全配慮義務を「従たる給付義務」と位置付ける潮見説のことである¹⁰⁰。

潮見説における安全配慮義務論をまとめると¹⁰¹、①従来、給付義務と保護義務は保護法益が異なるとの議論が盛んに行われてきたけれども、この二つは「利益のレベルが異なるもの」であり、保護義務の保護法益である「完全性利益の保護」を給付義務の保護法益として把握することは可能であるとした上で、真に議論すべき問題は「完全性利益の保護それ自体が合意されていない場合に「契約上の義務の対象にすることができるか否か」、「できるとすればその理論構成いかにある」とまとめている点¹⁰²と、②保護義務を「履行過程との関連で」四段階に分類し、各段階によって義務違反の認定基準と付与すべき請求権が異なるとしている点¹⁰³である。

二分説における「安全確保義務」に相当する義務内容は、潮見説の分類によれば「第三の保護義務」であり、契約の目的である給付結果を実現するという「主たる給付義務」についての給付請求権では請求できないものであるから、四つの基準を満たした場合は第三の保護義務違反として請求権を付与しなければならないとする¹⁰⁴。また、本旨に適さない行為の差止めや単なる事後的効果としての損害賠償にとどまらず、事前の積極的な履行請求権を付与することが妥当であるとしている。

潮見説は、実現すべき利益の構造を分析することで、「保護義務だという理由で履行請求権を否定してきた通説的見解に対し、一定の基準のもとに従たる給付義務として履行請求しうることを示した」として評価する見解がある¹⁰⁵。

⑤債務の本旨説

安全配慮義務に関する従来の学説はドイツの債務構造論を踏まえたものであったが、平井説はドイツ民法の構造と日本民法の構造が異なることに着目して、日本の債務不履行責任の要件・効果は「再構成されるべきである」とする¹⁰⁶。

平井説によれば、ドイツ民法は「履行不能・履行遅滞についてしか規定していない」¹⁰⁷が、日本民法は415条で「債務の本旨に従った履行をしないうとき」という文言によって債務不

¹⁰⁰ 潮見佳男『契約規範の構造と展開』（1991年）140頁以下

¹⁰¹ 潮見説で数多く紹介されているドイツ民法理論については本稿では扱わない。

¹⁰² 潮見・前掲 146～148頁

¹⁰³ 潮見・前掲 148～154頁

¹⁰⁴ 例えば、労務提供を給付結果とする労働契約において、使用者の安全配慮義務は給付結果そのもの（第一の保護義務の対象）や、給付結果実現に必要なもの（第二の保護義務の対象）ではないが、給付結果実現のために行われた行為で発生しうる利益を保護するために必要なものである。すると、第一保護義務の請求範囲には第三保護義務が含まれておらず、別途請求権を付与する必要がある。

¹⁰⁵ 鎌田・前掲 375～376頁

¹⁰⁶ 平井宣雄『債権総論（第2版）』（1994年）41頁以下

¹⁰⁷ 平井・前掲 45頁。ドイツ民法 280条・286条

履行の要件を包括的に規定しており、「義務違反の故に責任を問いうる」というドイツ民法的解釈論¹⁰⁸を採る必然性はなく、むしろ、「債務の本旨」に従わざる履行の内容を具体的に明らかにすることが重要であるとする¹⁰⁹。また、平井説は帰責事由について、ドイツ民法では使用者責任に関する規定¹¹⁰の不備のため、使用者責任によって債権者に保護を与えることができないから「責めに帰すべき事由」¹¹¹を活用して履行補助者の法理で契約責任上の保護を与えなくてはならないとする。しかし、日本民法¹¹²にそのような問題はないのだから、「責めに帰すべき事由」の内容としてではなく、「他人の行為に対する責任の一つとして位置付けられなければならない」と述べる¹¹³。以上のような差異から、日本民法の解釈論は「ドイツ民法のように、給付義務・付随義務という形で債権総則のレベルにおいて扱われるべきではなく」、「契約各論のレベル」で「債務の本旨」を確定——つまり、個々の契約の解釈として解決するべきであるとした¹¹⁴。

鎌田説は、平井説同様ドイツ民法的債務構造論とは異なる考え方として、近年の比較法制度史の研究結果（川村説）¹¹⁵を紹介している。各国の約束保障形式を見ると、ドイツは給付義務以外の各種の義務を定立せざるをえない法制だったのに対し、日本民法はフランス法同様、金銭補償と給付保障を併存させているのである¹¹⁶。

これらをまとめた鎌田説が示す視点によれば、①給付義務か付随義務かという区分から出発するのではなく、「生命・健康等を危険から保護すべき義務」の履行請求の可否自体を検討すべきであり、②日本民法において履行を強制する権利は金銭賠償と並ぶ約束保障の形式の一つにすぎないのだから、当事者が当初の合意に従って履行を任意に請求する権利を分けて考えるべきである¹¹⁷。

すなわち、安全配慮義務の履行請求の可否は、安全配慮義務の法的性質とは別に検討されるべきということになる。

2. 履行請求の新たな傾向——補償から予防へ——

今日においては、従来の事後の補償だけでなく事前の予防を求める裁判例がある¹¹⁸。安全配慮義務法理の形成は、既に被害の発生した「事後」に使用者の責任を問い、損害賠償によって損なわれた法益を補えるよう発展してきた。その法理が定式化された今、「事後」

¹⁰⁸ 平井・前掲 49 頁

¹⁰⁹ 平井・前掲 46 頁

¹¹⁰ ドイツ民法 831 条

¹¹¹ ドイツ民法 278 条

¹¹² 日本民法 715 条

¹¹³ 平井・前掲 46～47 頁

¹¹⁴ 平井・前掲 49～50 頁

¹¹⁵ 川村泰啓『個人史としての民法学』（1995 年）403 頁

¹¹⁶ 鎌田・前掲 377～378 頁

¹¹⁷ 鎌田・前掲 378 頁

¹¹⁸ 第 1 章 2 (4) ④・13～14 頁

ではなく「事前」に、将来の被害発生を防止する観点から使用者に義務の履行を求める訴訟が行われるようになった。理論的に見れば、安全配慮義務は保護義務をルーツとするけれども、判例の蓄積によりルーツを超えた労災の事後的救済法理が当然となり、現在は将来の健康被害の防止という履行請求の問題が検討されていることになる¹¹⁹。

(1) 安全配慮義務の履行請求に関する裁判例

安全配慮義務の履行請求の可否については、平成以降、じん肺や石綿の損害賠償請求訴訟（以下「じん肺事案」）、労働者が職場の受動喫煙により健康被害を受けたとして損害賠償を求める、もしくは喫煙の制限を求める事案（以下「受動喫煙事案」）において、一定の判断枠組みが示されている。

①日鉄鉱業松尾採石所事件（東京地判平成2・3・27 労判563号90頁）

本件は、削石作業に従事し重度のじん肺に罹患した労働者 X が事後的補償を求めた損害賠償請求事案である。

本来ならば、使用者の義務内容が特定され、その違反、被害との因果関係、使用者の帰責性が特定されれば判決が確定する事案であったところ、本判決はその義務の履行請求可能性にまで言及した¹²⁰。判決は、「じん肺法が制定された後においては、粉じん作業労働者に対し、その違反が損害賠償義務を生じうるにすぎないいわゆる安全配慮義務を負うにとどまるものではなく、粉じん作業労働者がじん肺に罹患するのを防止するために雇用契約の継続する限り、絶えず実践可能な最高の医学的・科学的・技術的水準に基づく作業環境管理、作業条件管理及び健康等管理に関する諸措置を講ずる履行義務（以下「粉じん作業雇用契約に基づく附随的履行義務」という。）を負担し」、「粉じん作業労働者はその使用者に対し、右義務に対応する履行請求権を有するもの」と解するのが立法趣旨に沿った「規範的解釈」であるとし、当該時点において実践可能な水準に基づく諸措置の具体的内容は、通風体系を除いては、「いずれも特定することが可能なものといえるから、右義務の内容は履行可能なものというべきである」と示した。

一部削除・修正があったが¹²¹、諸措置の履行義務について労働者の履行請求権を認めた点、履行されるべき諸措置の水準などは最高裁判決においてもそのまま支持され、じん肺事案における裁判所の判断枠組みは一応確立したといえることができる¹²²。

¹¹⁹ 青野・前掲注46

¹²⁰ 三柴・前掲80頁

¹²¹ 控訴審においては、「その違反が損害賠償義務を生じうるにすぎないいわゆる安全配慮義務を負うにとどまるものではなく」部分が削除され、また、「規範的解釈」は「合理的解釈」に改められた。

¹²² 三柴・前掲83頁

②高島屋工作所事件（大阪地判平成2・11・28 労経速1413号3頁）

本件は、労働者 X が、疾病による視力低下のために、旧労働安全衛生法 66 条 7 項に基づき業務内容の変更、配置転換等の措置を求めた事案である。

判決は、安全配慮義務は「本来的履行義務とは異なり、あくまで労働契約に付随する義務であり、予めその内容を具体的に確定することが困難な義務であるから、労使間の合意その他の特段の事情のなき限り、労働者は、裁判上、使用者に対し、直接その義務の履行を請求することはできず、労働者に疾病の発生またはその増悪等の結果が惹起した場合において始めて事後的にその義務の具体的内容及びその違反の有無が問題となるにすぎないものと解するのが相当である」とする。一方で、「特段の事情」があれば安全配慮義務であっても「本来的履行義務」に高まると述べた上で、旧労働安全衛生法の規定が本件義務を「本来的履行義務」に高めるものか否かを検討し、旧労働安全衛生法の規定一般についてはともかく、同法 66 条 7 項は「抽象的、概括的」であり、罰則を課すことを予定していないことから、「直ちに、その規定が使用者に命じた行為内容が、使用者の労働契約における本来的履行義務になったとまで認めるのは困難である」として棄却している。

本判決は、決して安全衛生法規の履行請求可能性を一般的に否定したものではなく、本件で問題とされた規定を例外として、罰則の裏付けを持つその他の規定については是認することができることと解することもできる¹²³。安全配慮義務が労働安全衛生法の定める具体的措置義務よりも広範な内容を有していることを認めているが、規定が「抽象的、概括的」であることや内容が不確定であることを理由として法規の履行請求権が否定されるのであれば、不確定な法概念を含む場合には履行請求権が否定されうるということになると危惧する見解もある¹²⁴。

③受動喫煙裁判例

今日まで、主に履行請求の可否を問題としているのは「受動喫煙」事案である。受動喫煙事案の特徴は、前記じん肺事案で確定した枠組みを引継ぎながらも、喫煙制限や禁煙推進など行政の示す方向性により今もなお変化しているということである。

当初、喫煙に関する法律は、昭和 45 年施行「建築物における衛生的環境の確保に関する法律（いわゆる「ビル衛生管理法）」に始まり、昭和 47 年の労働省令「労働安全衛生規則」、同年施行「労働安全衛生法」があった。昭和 50 年代になっても、医療機関に対して通知として「喫煙場所の制限について」¹²⁵と「医療機関におけるたばこの煙に関する配慮について」¹²⁶が出されていただけであった。その後、受動喫煙の回避に関わる措置要求事案とし

¹²³ 望月浩一郎「過労死と安全配慮義務の履行請求」日本労働法学会誌 90 号 177 頁

¹²⁴ 三柴・前掲 86～87 頁

¹²⁵ 昭和 53・4・28 病 58 号

¹²⁶ 昭和 59・4・5 医発 335 号

て名古屋市人事委員会（名南中学校等喫煙室）事件（名古屋地判平成 3・3・22 労判 594 号 120 頁）、東京都人事委員会（東京都衛生研究所）事件（東京地裁平成 3・4・23 労判 601 号 45 頁）が登場した。

(a) 名古屋市人事委員会（名南中学校等喫煙室）事件（名古屋地判平成 3・3・22 労判 594 号 120 頁）

本件は、受動喫煙を強いられることは人格権の侵害であると主張した中学校教諭 X らが職員室に隣接して喫煙室を設ける措置を要求したが、人事委員会が措置要求を「認めることができない」としたことに対する取消請求事案である。

判決は、受動喫煙が健康に及ぼす影響について認めながらも、当時は「健康被害が統計的手法によって示されざるをえな」かったこと¹²⁷と関連し、「受動喫煙を強いられることをもって直ちに人格権の侵害として違法ということはできず」、「受動喫煙対策一般については……今後の行政上の指導的措置に期待する」とし、「現時点において」は「行政庁の裁量の範囲内」にあるとして原告の請求を棄却した。

本件は喫煙をめぐる当時の状況を反映したものと言えるが、問題となった当時の状況や行政の措置を踏まえた判決の対応は冷静であり妥当なものと考えられる。

(b) 東京都人事委員会（東京都衛生研究所）事件（東京地裁平成 3・4・23 労判 601 号 45 頁）

本件は、衛生研究所の職員 X が、気管支炎と診断されたのは職場のたばこの煙が原因であるとして職場の分煙または喫煙被害のない場所への移動措置を要求した事案である。人事委員会は措置要求を「認める事ができない」としていた。

判決も人事委員会の決定は「裁量の範囲内」で違法は存在しないとして請求を棄却した。

本判決は、前掲名古屋市人事委員会（名南中学校等喫煙室）事件に続く、喫煙の回避にかかわる措置要求事案である。判決はビル管理法その他既存の法令を細かく参照して当時の X の勤務条件等に重大な瑕疵が無いかを判断している。すなわち、喫煙制限に関する法令があり、それに違反していたならば認められる余地があるということである。

(c) 岩国市（禁煙措置要求）事件（山口地判平成 4・7・16 労判 613 号 20 頁）

本件は、市職員 X が、受動喫煙により健康を侵害されているとして、岩国市に対して人格権に基づいて市庁舎事務室内の禁煙にするべき旨の命令と、安全配慮義務違反に損害賠

¹²⁷ 名古屋市人事委員会（名南中学校等喫煙室）事件・前掲 126 頁。喫煙に対する規制の状況として、当時は政令指定都市の学校のごく一部に会議中喫煙自粛が行われる程度であったことや、何らかの喫煙制限措置をしている企業が 18%しかなかったこと、さらに原告と同就労形態においては訳 1 割でしかなかったことなど、当時の調査結果が引用されている。

償の支払いを求めた事案である。

判決は、まず禁煙命令の要求について、一般論として人格権に基づく差止め請求可能性を是認したが、差止め請求が認められるには、喫煙による被害だけでなく、社会一般の考え方、喫煙規制の状況等「諸事情を総合的に評価し、侵害行為が受忍限度を超えたものであることが必要である」とする。本件事案に照らしてみると、①Xの症状は受動喫煙の影響であると推認される、②そして、受動喫煙の結果重大な疾病に罹患する危険性は「全く否定することはできない」、③しかしながら一方で、Xが受動喫煙を強いられたことにより「慢性影響が生ずる危険性がどの程度あるかを判断するには未だ証拠が不十分」、④そのうえ、職場環境は以前より改善されている、⑤「非喫煙者の健康に対して影響を及ぼす可能性をすべて排除すべき法律上の義務があるとまではいうことができず」、職場環境に関しては使用者に一定の裁量権があり、「現時点においては」一定の喫煙対策をとっており「裁量の範囲を逸脱したとはいえない」ことを総合して、「事務室を禁煙にしていなかったことをもって、直ちに違法（人格権の侵害）であるということとはできない」として棄却した。損害賠償請求についても、前記の通り「受動喫煙によって受けた影響は受忍限度の範囲内」であることや提訴された当時の社会状況等も総合考慮すると、「安全配慮義務違反があったとは認めがたい」として棄却している。

本判決は、人格権侵害を理由とする差止め請求の可能性を示したが、侵害行為が受忍限度を超えたものであることが必要であるとし、市が事務室を禁煙にしないことをもって直ちに違法であるとは言えないとした例である。この判決に対し、結論は妥当であるにしても受忍限度を超えると判断される場合があるのか疑問とする見解¹²⁸や、差止め請求の可能性を示したことには一定の意義を認めつつも、「受忍限度論と人格権侵害及び安全配慮義務違反の構成要件との関連性」に説得性がないとして、かえって安全配慮義務の履行請求可能性を狭めたとする見解¹²⁹がある。

ところで、判決内では当時の社会状況を考慮する表現が多く用いられている。提起があった「昭和62年頃」の社会状況、と述べているのは、提起と判決の間、平成3年にWHOの受動喫煙勧告を受けて通達が出され¹³⁰、平成4年5月より日本でも初めて世界禁煙デーが行なわれるなど大きく禁煙に関する社会状況が変化しているからではないかと推測できる。

(d) 名古屋市人事委員会（志賀・桜田中学校喫煙室）事件（名古屋地判平成10・2・23 労判760号90頁）

本件は、使用者Yは公務遂行に当たり職員の生命及び健康を危険から保護するよう配慮すべき義務等を負っているにも関わらず、これらの義務に違反し、職場を禁煙にすること

¹²⁸ 岩国市（禁煙措置要求）事件・前掲20頁

¹²⁹ 三柴・前掲89～92頁

¹³⁰ 平成3・8・2 健医健発56号

なく不十分な分煙措置を講じたにすぎないとして、中学校教諭 X が損害賠償の支払いを求めた事案である。

判決は、最高裁昭和 50 年判決が示した安全配慮義務¹³¹を前提とした上で、受動喫煙の危険に対する具体的な義務内容は、「喫煙室を設けるなど可能な限り分煙措置を執るととともに、……原則として職員が執務のために常時在室する部屋においては禁煙措置を執るなど……職場の環境として通常期待される程度の衛生上の配慮を尽くす必要がある」としたが、禁煙措置等の実効が相応にあったことや X が自覚する受動喫煙の程度が軽度であったことから、安全配慮義務違反は否定した。

本判決は、Y の講じた措置が生命及び健康を受動喫煙の蔵する危険から保護するよう配慮すべき義務を尽くしていないとは評価できないとして、Y の義務違反を否定した例である。通達や指針との関連を見ると、前掲東京衛生研究所の最高裁判決、同じく前掲名南中学校等喫煙室事件の高裁判決が出されたのが平成 4 年、その後本判決までの間に「職場における喫煙対策のためのガイドライン」¹³²や「公共の場所における分煙のあり方について」¹³³が出されている。本判決は結果として X の請求を棄却したが、喫煙対策について人格権侵害や使用者の裁量権を用いたこれ以前の判決と異なり、生命・健康配慮義務として処理した点が評価できるだろう。

(e) 京都簡易保険事務センター事件（京都地判平成 15・1・21 労判 852 号 38 頁）

本件は、庁舎内における受動喫煙によって健康上の被害を被っているとして、職員 X が国に対し、安全配慮義務を根拠に禁煙措置および損害賠償を請求した事案である。

本判決の判旨は①本件禁煙請求の特定、②受動喫煙による一般的な健康被害の有無、③禁煙請求の可否、④損害賠償請求の可否から構成されている。判決は、①庁舎内禁煙措置の請求の特定について、「社会通念上容易に理解することができ、被告に対し、困難ないしは不可能な措置を求めるものでもない」とし、請求内容は特定可能であるとする。なお、仮に請求が認容された場合、「裁判所において、債務の履行を確保するための金銭の支払いを命ずるに際し、当該作為義務が履行されているか否かを判断することも可能である」。②受動喫煙による一般的な健康被害は存在する。③禁煙請求の可否について、まず、最高裁昭和 50 年判決が示した安全配慮義務を前提として、「生命、健康等に対する具体的な危険が生じているにもかかわらず」、「生命、健康等を危険から保護するための措置」を執らない場合には、「安全配慮義務を根拠に、上記の措置を執ることを求め得ると解する余地はある」とする。また、「受動喫煙の危険性を考慮すると、受動喫煙を拒む利益も法的保護に値するとみることができ」、「利益が侵害された場合に損害賠償を求めるにとどまらず、人格権の一種として、受動喫煙を拒むことを求め得ると解する余地も否定することはできない」

¹³¹ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・前掲注 28

¹³² 平成 8・2・21 基発 75 号

¹³³ 平成 8・5・15 健医発 625 号

とする。しかし、「受動喫煙による健康被害」は「一般的、統計的な危険性」であって、「暴露時間、暴露量等にかかわらず現実的な危険が生じるというものでもないこと」を本件に照らし合わせると、Xの暴露時間は少なく量も高くないことから、本件程度の分煙（「全面的に禁煙としないこと」）が「安全配慮義務に違反し違法であるとまではいうことができない」から、禁煙請求は理由がないとした。④損害賠償請求についても同様の理由で認めなかった¹³⁴。

本判決は、結論でこそ原告側の請求を棄却したけれども、社会的背景や喫煙対策の現状を踏まえた上、「嫌煙権侵害排除請求」という法的利益の存在を肯定的に捉え、根拠として「安全配慮義務」の判例法理を据えたことにより、後の受動喫煙事案に大きな影響を与えたと評価できる¹³⁵。本判決の中でも詳細に検討された社会的背景・喫煙対策の現状についてみると、本判決の前年（平成14年）には東京都千代田区で日本初の「歩きたばこ禁止条例」¹³⁶が施行され、判決後の平成15年5月には受動喫煙防止規定¹³⁷を持つ「健康増進法」の施行が待っていた。その後、同年9月に出された控訴審（大阪高判平成15・9・24 労判872号88頁）も一審判決を支持したことで、いわゆる嫌煙権訴訟の先例となった（最高裁は棄却・不受理）。

(f) 江戸川区（受動喫煙損害賠償）事件（東京地判平成16・7・12 労判878号5頁）

本件は、区職員Xが、職場における「受動喫煙」による健康被害について、使用者としての地方自治体Yは職場における禁煙・分煙措置を行う必要があったにもかかわらずこれを怠ったとして、安全配慮義務違反の債務不履行責任に基づいて損害賠償を請求した事案である。

判決は、①受動喫煙を、「非喫煙者が自らの意志とは無関係に、たばこの煙に暴露され、それを吸引させられている状態」と定義し、「非喫煙者を継続的に受動喫煙下に置くことによって、非喫煙者の肺がん等のリスクが増加することは否定できない」とする。そして、Xが受動喫煙下に置かれた平成7年4月から平成11年3月31日までの期間について、安全配慮義務を前提とした上で、平成4年の労働省告示59号¹³⁸から平成8年の労働省ガイドライン¹³⁹を引用して、Yは受動喫煙の危険性から職員の生命及び健康を保護するよう配慮す

¹³⁴ 同事件のうち、原告らが全面禁煙を求める趣旨のビラを配布した際に管理職らに妨害され精神的苦痛を感じたとして請求した損害賠償については、本稿では取り扱わない。

¹³⁵ 前掲・京都簡易保険事務センター事件

¹³⁶ 正式名称は「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」21条。「道路上で喫煙する行為及び道路上（路上植栽を含む。）に吸殻を捨てる行為を禁止する」と定めている。

¹³⁷ 健康増進法25条「学校、体育館、病院、劇場、観覧場、集会場、展示場、百貨店、事務所、官公庁施設、飲食店その他の多数の者が利用する施設を管理する者は、これらを利用する者について、受動喫煙（室内又はこれに準ずる環境において、他人のたばこの煙を吸わされることをいう。）を防止するために必要な措置を講ずるように努めなければならない。」

¹³⁸ 平成4・7・1 労働省告示59号

¹³⁹ 前掲・基発75号

べき義務を負っていたことを明らかにした。ただし、その義務内容は具体的状況に従って決せられるとした。②本件における具体的判断として、段階的な一定の禁煙・分煙措置がとられていた等を考慮し、請求期間のうちの一定の期間（平成8年1月～3月）についてのみ、Xから、受動喫煙による急性障害の疑いがあり同様の環境下では悪化が予想されるので非喫煙環境下での就業が望ましいことなどが記載された「医師の診断書」を示されて申出を受けていたにもかかわらず、「速やかに必要な措置を講ずることなく、これを放置していた」のであるから、Yは「受動喫煙の危険性から保護するよう配慮すべき義務に違反」しているとした。③Yの安全配慮義務違反と相当因果関係にある損害賠償については、申出のあった日以降同年4月1日にX本人の希望で職場を異動させるまでの間のみ、「精神的肉体的苦痛」に対する慰謝料を認めた。

本判決は、「受動喫煙」事案において、使用者の安全配慮義務違反を認め、精神的肉体的苦痛に対する慰謝料としての損害賠償を命じた初の事案である。本判決は、前掲京都簡易保険事務センター事件の枠組みに沿い、使用者の消極的対応と受動喫煙による現実的な危険との間の因果関係を、医師の診断書により裏付けられる限りにおいて限定的に認めて損害賠償を認容したものである。本判決の意義は、分煙対策を進める使用者に対し、現実的な対応の基準を示した点にあるといえる。

(g) JR西日本（受動喫煙）事件（大阪地判平成16・12・22 労判889号35頁）

本件は、鉄道職員Xが、使用者Yは職場の禁煙または十分な分煙措置をとっていないとして、「人格権に基づく妨害排除・予防請求権又は安全配慮義務履行請求権」に基づき、各施設内を禁煙とすることを求める（以下「本件作為請求」）とともに、慰謝料等を求めた事案である。

判決は、①「本件作為請求」について、請求の内容は特定されているとする。それは「社会通念上、容易に理解できるもの」であって、Yが「方法ないし手段が明らかでないことを理由として、その履行が困難又は不可能であるということはできない」とし、「裁判所において、債務の履行を確保するための金銭の支払を命じるに際し、当該作為義務が履行されているか否かを判断することは可能である」とした。②使用者の負う安全配慮義務には、労働安全衛生法や健康増進法上受動喫煙防止のために必要な措置を講ずる「努力義務」が含まれているが、本件当事者XY間においては、受動喫煙による現実的な危険が生じたとまでは認め難いことや、Xらは本件各施設に常時滞留することが義務付けられているわけではないこと、滞留中常時受動喫煙にさらされているわけではないこと、国の喫煙対策で全ての場所に置いて禁煙・分煙措置が義務付けられているわけではないこと等を考慮すれば、Yは「受動喫煙を完全に防止するに足りる分煙措置を講じるべき作為義務を負っているということはできない」から、本件作為請求には理由がないとした。③人格権に基づく場合も、同様に考え、違法な侵害行為を認めず、理由がないとした。④前掲理由により、損害賠償

請求は認められない。また、Yが平成14年7月まで分煙措置を講じていなかったことについて、前掲理由に加えて健康増進法制定以前であることも考慮すると、平成14年7月までは分煙措置を講じていなかったということが直ちに違法であると評価することはできない、として棄却した。

本判決は、前掲京都簡易保険事務センター事件一審判決同様、作為義務の内容が不特定であることを理由に履行不能を主張する使用者の主張を退けた。そして、作為請求に関しては、「努力義務」であることや受動喫煙被害が医師の治療を必要としない程度であることを理由として認めなかった。また、判決は、作為義務が存在するかについては具体的状況からの判断にとどまり、「一般に安全配慮義務に基づく履行請求が法的に可能かどうか論ずるまでもなく」という表現を用いて一般論の検討を避けたと評価できる。

(h)神奈中ハイヤー（受動喫煙）事件（東京高判平成18・10・11 労判943号79頁）

本件は、タクシー乗務員Xが、喫煙車両での乗務により受動喫煙を強要され続けて慢性気管支炎と判断されたとして、使用者Yに対し、労働契約に基づく安全配慮義務の不履行、または不法行為に基づく損害賠償として、慰謝料等を求めている事案である。

一審判決は、①Yは、受動喫煙の危険性に照らし、Xの生命および健康等を危険から保護すべき義務を負うが、その義務の内容は具体的な状況に従って決すべき、②Yには、タクシーを全車禁煙とするまでの間、喫煙車と禁煙車に分けて乗客の喫煙を一定限度で認めると共に、Xら乗務員の健康状況を定期的に診断し受動喫煙による影響を監視し、健康被害が生じないよう配慮する義務があるが、乗務員は常に暴露しているわけではなく、急性の症状は乗務員自らの申告がなければ分からない。従って、乗務員は体調の変化を自らYに告知することが必要であるところ、告知があるにもかかわらずYがこれを放置する等して乗務員に被害が生じた場合には、Yは、安全配慮義務違反を理由に責任を負うと解されるのが相当であるとした。③本件についてみるに、Xは異義を唱えることなく非禁煙タクシーに乗務し、体調不良を明確に訴えることがなく、健康診断の結果にも特に異常が無かった。そして、Xが受動喫煙の被害を自ら訴えてからは、YはXに健康被害が生じないよう配慮する措置をとっていたのであるから、直ちに禁煙タクシーに乗務させなかったことが安全義務違反であるとはいえず、本件の経緯に照らせば、Yは安全配慮義務を尽くしたとすることが相当であるとして、請求を阻却した。

本判決は、一審判決を相当として控訴棄却としたが、安全配慮義務の内容の一部を変更した。(i)「従業員の受動喫煙による健康への悪影響を排除するために、受動喫煙を防止する措置を採るように努力する義務があったことは明らか」であり、「非禁煙車両に乗務する従業員に対しては、その業務の遂行に伴う受動喫煙による健康への悪影響が生じていないか、個々の従業員の健康状態を定期的に診断するなどして、当該従業員が受動喫煙によりその健康を害することのないように配慮し対応すべき義務がある」。(ii)もつとも、従業員の暴露

時間や濃度は種々の条件によって異なるから、「個々の従業員から受動喫煙による体調の変化を訴えられなければ」、従業員の健康被害の程度を「具体的に知ることは困難であることを否定することはできない」。(iii) そうすると、「非禁煙車両に乗務する」ことを前提に採用された X の受動喫煙を理由とする本件損害賠償請求訴訟において、Y が安全配慮義務の不履行又は不法行為に基づく損害賠償義務を負うというためには、X が「受動喫煙による体調の変化を具体的に訴え」、Y は健康診断により健康への悪影響が出ていると認識し得たにもかかわらず、これを放置したために、「健康被害の結果が生じたものと認めることができる場合であることを要するものと解するのが相当である」。

本判決は、タクシー乗務員の受動喫煙事案における使用者の義務を明らかにし、労働者が使用者の義務違反を問うために必要な要件を提示した。受動喫煙事案においては、「現実的な危険」があった場合に義務違反が問われるとされていたが、抽象的な文言であった。前掲江戸川区事件、前掲 J R 西日本事件、本件を整理すると、「現実的な危険」は有害物質の測定や医師の診断書等の証拠で裏付けられる程度の健康被害であり、労働者側は健康被害を感じた場合は使用者に明確に申告すべきであり、使用者には「現実的な危険」を健康診断等によって把握すべき義務がある。この論理は、前掲京都簡易保険事務センター事件で確立した判例を補い、受動喫煙事案の判例法理をより具体的にし、今後の受動喫煙事案にも生かされることとなろう。なお、本件は、X により最高裁へ上告がなされたが、上告棄却・不受理の決定がなされている。

④まとめ

平成に入って以来、主に受動喫煙事案の損害賠償請求を通して争われてきた履行請求問題は、判決結果自体は棄却が大半であったが、一定の枠組みが確立したと言えるだろう。

第二章で検討した安全配慮義務の成立と展開が裁判例の積み重ねによって発展してきたのに対し、こちらは社会一般的・行政的な流れが先にあったといえる。神奈中ハイヤー事件以降の受動喫煙裁判例はまだないが、平成 17 年 2 月に国際条約である「タバコ規制枠組み条約 (FCTC)」の発行があり、同年 6 月には、全面禁煙による対策の勧奨を含む通知「「職場における喫煙対策のためのガイドライン」に基づく対策の推進について」が出されている上、平成 23 年 7 月 1 日より全国の法人タクシーが全面禁煙とされている¹⁴⁰。今後の裁判例に期待したい。

(2) 近時の学説——鎌田説——

鎌田説は、上記のような新しい傾向の履行請求問題を視野に入れ、従来の、安全配慮義務の法的性質から履行請求問題を検討する学説の論理的欠陥を指摘し、議論すべき点は「雇

¹⁴⁰ 全国ハイヤー・タクシー連合会「法人タクシーの禁煙タクシーに係る取組みについて」

用関係における安全配慮義務の特質やその内容の不特定性ではなく、ある安全措置に対する現実的な請求機能を付与することが妥当かの判断に委ねられることになる¹⁴¹。そして、ドイツの議論を紹介して、ドイツ法特有の債務構造論に基づいた立論ではあるが¹⁴²、「履行請求権の発生根拠を損害賠償等の他の救済手段との比較衡量によって決定しようとする点」が日本法の解釈においても参考になると述べる。

現在のドイツ法学における有力説は「安全配慮義務を保護義務としてとらえながらも、履行請求可能であるとする説」である。シュティルナー説¹⁴³は、労働契約に基づく労働関係は「社会的接触」関係に該当し、①保護義務の履行請求は、損害賠償、解除などのその他の救済手段によって満足が得られない場合の二次的な手段であり、②履行請求の可否は、その他の救済手段との比較衡量によって決せられ、③労働関係における安全配慮義務違反によって生ずる損失は、損害賠償、解約では填補できず、履行請求権が認められるべきであると主張している。

この考え方を、現在の日本の安全配慮義務履行請求事案に当てはめて見ると、受動喫煙など長期間に渡って健康被害がなされていたり、勤務が労働者の疾病を増悪させる恐れのあるケースが増加する傾向にあり、いずれも「将来の健康被害」が問題となっている。これは損害賠償では解決できない問題である。また、「原告である労働者の個別被害だけではなく、他の労働者の労働条件でもある職場環境」も問題となっている。これは「集団的労働条件の形成」が争われていることになる。鎌田説は、このような問題を解決するためには、損害賠償や解約（退職）という手段では不十分であると結論付けている¹⁴⁴。

これに対して、安全配慮義務が履行請求できないとする説は、労働者の就労拒否権を主張する。労働者は「社会的接触」関係を終結することは期待できないとしても、就労（給付）を一時的に拒否できる。それでも安全措置の履行請求を認める必要があるのか、というのである¹⁴⁵。まず、労働者に就労拒否権があるかについては、肯定する学説が多数であり、わずかではあるが肯定する裁判例、最高裁判決も存在する¹⁴⁶。こうして見ると、法的には就労拒否は可能であるといえる。しかし鎌田説は、法的に可能であるからといっても、実際に労働者が就労拒否できるかといえば懲戒処分や賃金不払いといった使用者の反撃を呼ぶ

¹⁴¹ 鎌田・前掲 378 頁以下。第 2 章 1 (2)・21~25 頁

¹⁴² 第 2 章 1 (2) ⑤・24~25 頁

¹⁴³ 鎌田・前掲 381 頁、Stürner・前掲、鎌田耕一「ドイツにおける使用者の安全配慮義務と履行請求」釧路公立大学紀要『社会科学研究』6 号 35 頁以下。シュティルナーは保護義務を、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発生する義務とする。その「社会的接触」関係は、生命・健康及び財産が危険にさらされている時、誰でも変更することが許される。しかし、その「社会的接触」関係を変更することが不可能又は変更の期待ができない時には、危険を回避するために「社会的接触」を簡単に終結させようかどうか問題となるという。

¹⁴⁴ 鎌田・前掲注 73・381 頁

¹⁴⁵ 鎌田・前掲注 73・381~382 頁

¹⁴⁶ 宮本・前掲、東京地判昭和 57・12・24 判時 1071 号 142 頁、電電公社千代田丸事件・最三小判昭和 43・12・24 民集 22 卷 13 号 3050 頁

ことから事実上困難であるとし、労働者による就労拒否は期待できないから、労働者が就労拒否権を有することが履行請求を否定する理由にはならないとした¹⁴⁷。

3. 履行請求と義務内容の特定

新たな傾向の裁判例において、判決は、履行請求の義務内容が既に存在する実定法によって特定されているものは履行請求を認め、実定法が存在せず内容が不特定な場合であっても、現実的な健康への危険が存在する場合には履行請求をなし得る可能性があるとしている。すなわち、安全配慮義務の履行請求の実際上の意義を考える場合、まず、実定法との関連を考慮に入れ、次に実定法がない場合に履行請求権をどう考えるべきなのか検討する必要がある。

(1) 履行請求と労働安全衛生法

国が事業者に労災予防のためのさまざまな義務を課す実定法には、労働安全衛生法がある。その特別法には、労働安全衛生規則やじん肺法がある。そして、これらの法律によって課された義務の履行は労働行政によって監督され、罰則をもって担保される。しかし、これらの法律を安全配慮義務の履行請求と関連させるにあたり、二つの問題が存在する。第一に、労働安全衛生法上の義務の私法的効力に関する問題である。第二の問題は、労働安全衛生法の予防システムが安全配慮義務の履行請求を不要とするかどうかという問題である。

①労働安全衛生法上の義務の私法的効力

労働安全衛生法（以下「労安法」）その他の法律は、事業者に対して様々な義務を課している。これらは、行政機関によりその履行が監督され、違反に対しては刑事的・行政的手段により制裁される。したがって、労安法上の義務は本来、国が事業者に課す公法上の義務であるといえる。これが直ちに私法上の義務となるわけではない¹⁴⁸。

しかし、これまでの学説は、ほぼ共通して、行政的取締法規であるが、労基法を通じて労働契約の内容となっているとする。その根拠として、労安法は 1 条において労基法とのドッキング規定を設けており、労基法 13 条によって当然に労働契約の内容となる（強行的直律的効力を持つ）ことを挙げている¹⁴⁹。

¹⁴⁷ 鎌田・前掲注 73・382 頁

¹⁴⁸ 鎌田・前掲注 73・383 頁

¹⁴⁹ 和田肇「雇傭と安全配慮義務」『安全配慮義務の形成と展開』144 頁、下森・前掲 241 頁、片岡昇「労働者の健康権」季刊労働法 124 号 7～8 頁、西村健一郎「白ろう病と民事損害賠償」ジュリスト 827 号 50 頁など

裁判例も同様に、労安法、労働安全衛生規則の各規定は、いわゆる行政的な取締規定であって、「使用者の国に対する公法上の義務」と解されるが、この規定の目的は「労働者の安全と健康の確保にある（労働安全衛生法 1 条参照。）と解するのが相当であるから、その規定する内容は、使用者の労働者に対する私法上の安全配慮義務の内容ともなり、その基準になると解するのが相当である」（内外ゴム事件・神戸地判平成 2・12・27 労判 596 号 69 頁）としてきた。

その意味は主として、安全配慮義務の具体的内容の特定及び違反事実の主張・立証責任の軽減にあるとされる。前掲・三菱重工神戸造船所事件¹⁵⁰は、使用者の安全配慮義務の具体的内容を特定し、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は原告労働者にあるとした上で、労安法上の各規定に基づいて義務内容を主張した場合には、規定の要件に該当する事実主張があれば、安全配慮義務の内容は具体的に特定されるとしている。

従来の学説・裁判例に対し、労安法上の義務の私法的効力を否定すべきという説（小畑説）もある。小畑説は、前掲 1 条の定める目的から、労安法は「義務を定めると共にその履行確保方法をも定める自己完結的な構造」であり、義務の主体は本来、事業者に限らず様々な関係者を含んでいるため、罰則以外に勧告や指導等のソフトな行政方法が多用されていることから、「その内容は私法的請求により実現されることを予定していない」と主張する¹⁵¹。

さらに、小畑説は従来の学説に対し、①労安法の諸規定が労基法 13 条のいう「この法律で定める基準」に当たるとは直接には言えない、②直律的効力があるとするれば労安法に基づく履行請求や労務拒否が認められることになるが、請求が認められると実際には不都合な事態が生ずることが予想される、③労安法の規定を損害賠償請求訴訟の不履行の基準にすると、責任判断の硬直化を招くおそれがある、④労安法に労基法 13 条に相当する規定がない点から、労安法は直接に労働契約の具体的内容とならない趣旨で立法されたことを意味する、と批判する¹⁵²。鎌田説は小畑説を、「これまでの学説が十分認識していなかった論点を浮かび上がらせた点で高く評価すべき」としながらも、「私法的効力をもたないという結論に賛成できない」と批判する¹⁵³。

鎌田説はまず、労安法上の義務が私法的効力を有するか否かについては、公法・私法の単純な区分が問題となるのではなく、「そもそも法として、規制対象の事業者等と国との間の規制関係のみではなく、事業者と労働者との間の労働関係を直接規律するのか」¹⁵⁴が問題になるとする。しかし、小畑説とは異なり、「公私協働」¹⁵⁵の観点から、「労災予防システムが有効に機能するためには行政組織による監視監督だけではなく、事業者の積極的な予防の取り組みや労働災害によって損害を被る労働者の主体的予防活動が不可欠」であり、

¹⁵⁰ 第 1 章 2 (4) ①・12 頁

¹⁵¹ 小畑史子「労働安全衛生法規の法的性質 (3)」法学協会雑誌 112 巻 5 号 644～645 頁

¹⁵² 小畑・前掲注 151・614 頁

¹⁵³ 鎌田・前掲注 73・384～388 頁

¹⁵⁴ 小畑史子「労働安全衛生法規の法的性質」法学協会雑誌 112 巻 2 号 221 頁

¹⁵⁵ 山本隆司「公私協働の法構造」『公法学の法と政策 (下)』(2000 年) 535 頁

同時に「労働者の主体的な活動を促すものとして捉えるべきである」から、労安法上の義務は「使用者・労働者間の権利義務として捉える必要がある」とする。ただ、ドッキング規定と労基法13条によって労安法上の義務が労働契約内容になるとしてきた従来の議論については、労基法の定める基準を直接に契約に定着させる13条を援用すると契約の義務内容が労安法の定めたものに限定されてしまうことになるとして、ミスリーディングであるとした。

裁判例においても、労安法が直接独自の権利を基礎づけるのではなく、安全配慮義務の内容を特定する限りで契約内容となる（前掲三菱重工神戸造船所事件）としている。学説は、裁判例における労安法令の適用について、安全配慮義務を(a)労安法令を遵守すべき義務として措定する立場と、(b)労安法令の規定を斟酌して措置する義務を使用者に課する立場の二つがあるとし、後者を妥当とする¹⁵⁶。前者を妥当としない理由として、労安法令に基づく安全措置義務の不履行が直ちに履行請求権を発生させ「使用者に不可能を強いるに等しくなる」という懸念を挙げるが¹⁵⁷、鎌田説は新しい傾向の裁判例において、安全措置義務の履行請求権は労安法に基づき直ちに発生するのではなく、不履行によって健康侵害が継続しているか又は侵害の具体的な危険がある場合に発生する¹⁵⁸と考えられていることを挙げ、この懸念の必要はないとする。

②労働安全衛生法の予防システムは安全配慮義務の履行請求を不要とするか

第二の問題は、行政による労災予防制度は、安全配慮義務の履行請求権を不要とするか、という問題である。

小畑説によれば、行政への労働者の申告権が認められているのにさらに私法的請求を許すのは疑問であるという。履行の実現の面で見ても、行政への申告の方が「私法的な履行請求よりも迅速・確実に達成され得る」とする¹⁵⁹。

これに対し、鎌田説¹⁶⁰は、労安法97条の「申告」とは「労働者が、労働基準監督機関に対して、法律違反等の事実を通告して、その権限の発動を促すことをいう」¹⁶¹が、同法は「申告」を受けた監督官に「これに対応して措置などをとるべき職務上の義務まで負わせたものと解することはできない」（青梅労働基準監督署事件・東京高判昭和56・3・26 労判361号11頁）、すなわち、「労働安全衛生法規違反を申告しても、労働基準監督署がそれで活動を開始するとは限らない」のだから、行政措置は「私法的な履行請求よりも迅速・確実に達成され得る」とはいえないとした。

¹⁵⁶ 中嶋士元也「労働関係上の付随的権利義務に関する感想的素描」『労働関係法の現代的展開』（2004年）170頁

¹⁵⁷ 中嶋・前掲注156

¹⁵⁸ 第2章2(1)③・25～34頁

¹⁵⁹ 小畑・前掲注151・649頁

¹⁶⁰ 鎌田・前掲注73・388～390頁

¹⁶¹ 佐藤勝美『労働安全衛生法の詳解』（1992年）830頁

三柴説¹⁶²も、行政機関の作為義務について、これまでに行政判例において形成されてきた「自由裁量の法理」によって、行政権発動の可否、およびその在り方に関して広範な裁量権を保障されてきたことから、判例は「行政機関の作為義務を生ぜしめるに足る極めて厳しい条件を課しており、その雇用過程において健康不安を感じた労働者が、症状を発現する前段階で、迅速にその対応を求めることなどはほぼ不可能」であり、「労安法上の本来的救済手段たる労働者の申告権については、その行使にどれだけの効果が期待できるかは未知数」とし、わが国においては「理論上こうした私法的手段は依然としてその重要性を失っていない」とする。

(2) 履行請求と労働契約法

第二章で述べた通り、労契法 5 条は現時点で確立した安全配慮義務を明記することにより、要件・効果を具体的に定める規定になっていない¹⁶³。

しかし今後は、本条によって安全配慮義務が使用者の義務と明記されたことから当然にその債務の履行が請求されるであろうし、本条の立法過程で履行請求が主要な政策課題の一つとされていたこと¹⁶⁴等から、履行請求についてさらに具体的に論じられるだろう¹⁶⁵。

(3) 義務内容が特定されていない事案の検討

ここまでは、実定法により義務内容が特定される事案について検討してきた。では、実定法が存在しない事案ではどうか。

判例は、実定法が存在しなくとも、請求内容が「方法ないし手段が明らかでない」ものであっても、「社会通念上容易に理解することができ」、「困難ないしは不可能な措置を求めものでもない」場合、義務内容は特定可能であり、仮に請求が認容された場合、「裁判所において、債務の履行を確保するための金銭の支払いを命ずるに際し、当該作為義務が履行されているか否かを判断することも可能である」（前掲京都簡易保険事務センター事件、前掲 JR 西日本（受動喫煙）事件¹⁶⁶）とする。

学説のうち、義務内容の不特定を根拠として履行請求は不可能であるとする原則否定説は、例外として合意により内容を特定することで履行請求可能な義務に高められると主張する¹⁶⁷。それに対し、平井説の、ドイツ民法とは異なる日本民法の構造を踏まえて債務の本旨に従わざる履行である場合は債務不履行であるとする見解¹⁶⁸を引用する鎌田説は、義

¹⁶² 三柴・前掲 69～70 頁

¹⁶³ 第 1 章 3 (3) ②・18 頁

¹⁶⁴ 連合「労働契約法案」24 条 2 項。

¹⁶⁵ 青野・前掲注 46・15 頁

¹⁶⁶ 第 2 章 2 (1) ③ (g) 32～33 頁

¹⁶⁷ 第 2 章 1 (2) ①・21 頁

¹⁶⁸ 第 2 章 1 (2) ⑤・24～25 頁

務内容の特定不特定を履行請求の論点とするのではなく、生じた損害を補填するのに履行請求権を付与することが妥当か否かで判断すべきとする¹⁶⁹。

4. 履行請求のプロセスと内容

そもそも、「履行請求権」という用語はどのようなものとして考えられているのだろうか。

「履行請求権」は「債権の内容」のレベルで議論されるものではなく、損害賠償、解除とともに「契約違反に対する救済手段」として位置付けられ、「履行ないし不履行のプロセスに関連する債権者の権能」として用いられるべきとされる¹⁷⁰。

一般論として、多くの学説は、「履行請求権」を履行ないし不履行のプロセスにおいて債権者に認められる権能であるとした上で、「任意的履行請求権」と「強制的履行請求権」に分ける。「任意的履行請求権」は、履行期が到来した場合に債権者が履行を請求する場合など裁判外で用いられる履行請求権で、債務者側の事情を考慮せずに当事者の当初の約束の実現を目的とするものである。これに対し、「強制的履行請求権」は、債務不履行の後、債権者が債務者に対し裁判で給付を請求可能な履行請求権であり、債務者側の事情を考慮した履行実現であると解されている¹⁷¹。

この一般論を安全配慮義務の履行請求権にあてはめると、裁判外で労働者が使用者に対して求める場合（＝任意的履行請求権）と、使用者がその履行を怠った場合に強制的実現を求める場合（＝強制的履行請求権）に区別することができ、異なった内容を持つものとしてとらえることが可能になる。しかし、一般論との相違点として、安全配慮義務という義務が当事者の合意だけでなく信義則から生ずる場合があること、信義則上の安全配慮義務は事前に債務内容が特定されていないこと、そして、その当該状況によって履行請求内容が変化するということがある。安全配慮義務の履行請求権は契約締結と履行プロセスによって異なる内容が特定されるので、両者の違いは明確に現れることになる。

(1) 任意的履行請求権の内容の特定

一般論として、安全配慮義務の内容は当該具体的状況によって特定される。そして、既に第二章で述べたように、労働者側が具体的状況に合わせて請求する措置を特定することになる。これは、任意的履行請求権の場合であっても同じである。

鎌田説は、安全配慮義務の任意的履行請求権には三種類の請求があるとする。労安法を根拠とする「危険・有害物を使用しないという不作為請求」、「安全配慮の為の具体的措置をとることに対する作為請求」、そして、講ずべき措置が明らかでない場合に必要な「交渉

¹⁶⁹ 第2章2(2) 34～36頁

¹⁷⁰ 能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向』NBL51号108頁

¹⁷¹ 鎌田・前掲注73・392頁。例えば、強制的履行請求権が脱落する障害事由として、履行不能による債権の消滅が挙げられる。

機会の実効的保障という作為請求」である¹⁷²。

措置の内容は、多くの場合、労安法に定める義務によって特定されるけれども、労安法によって特定できない場合、すなわち、労働者に対してどのような安全措置を講ずべきかが明らかでない場合は履行する内容をどのように、どの程度特定するかということが問題となる。例えば、前掲受動喫煙事案では、喫煙対策として空気清浄機の設置から、職場配転、分煙、全面禁煙まで措置の程度と種類が多く存在し、義務内容の特定が明確ではない。その中から労働者側が最も効果的と思われる措置を特定して請求したとしても、実際にはどのような安全措置を講ずるかは使用者の裁量に委ねざるを得ないのである¹⁷³。そうなること、労働者の履行請求権と使用者の裁量との間の調整が問題となるから、当事者間の履行に向けた交渉の機会は保障されなければならない¹⁷⁴。

(2) 強制的履行請求権の内容の特定

強制的履行請求権が認められるとして、一般的に、裁判においては、具体化し、内容を特定して請求することが重要である。安全配慮義務の履行請求に関しても、請求の趣旨が明らかになる程度に具体的に特定しなければならない。結局のところ任意的履行請求権と同様に、どの程度特定すべきかは個々の事案ごとに判断することになる。

安全配慮義務と関連して強制的履行請求権が用いられる場面として、使用者が既に措置を行った後その措置に異議申立てをする場合と、使用者が任意的履行請求に応じないために履行請求する場合がある。前者は、使用者の決定の是非が問題となり、現在そして将来の危険の程度、複数在り得た措置の中からその措置を選択した際の合理性、その措置を講じても残る労働者の不利益の程度を総合的に判断することになる¹⁷⁵。後者は、使用者が任意的履行請求に応じなかった、すなわち、履行に向けた協議に応じなかったという不履行に対する裁判になり、労働者は使用者に具体的な安全措置の履行を訴求することができることと解される。しかし、措置は前述の通り複数存在するので特定の措置をとるという作為を請求するのではなく、使用者は労働者に対し「～させてはならない」といった不作為の請求をすることになる。

こうした司法的救済は、特定の措置の実現を求めるものではないが、当事者間の法律関係の枠組みを確定する機能を果たす点では異義があるとする見解がある¹⁷⁶。

(3) まとめ

¹⁷² 鎌田・前掲注 73・396～397 頁

¹⁷³ 望月・前掲 178 頁、宮本・前掲 207 頁、鎌田・前掲注 73・396 頁

¹⁷⁴ 鎌田・前掲注 73・396～397 頁

¹⁷⁵ 岩国市（禁煙措置要求）事件・第 2 章 2 (1) ③ (c) 29 頁

¹⁷⁶ 鎌田・前掲注 73・400 頁

鎌田説は、安全配慮義務の履行請求の可否について、履行請求権の一般的理論からのアプローチを試みることで、漠然としていた安全配慮義務の履行請求のプロセスを明らかにしたといえる。裁判外における労安法を根拠とする任意的履行請求、実定法が存在しない場合の協議の保障、そしてそれが果たされない場合の裁判における訴求（＝労働者が協議を求める地位にあることの仮処分申請）等、履行請求権の性質を場面に合わせて分類した。今後の履行請求の裁判例においても、既出のこの裁判例と類似しているからこのようにするのが良いかもしれないという不明確な論理ではなく、当事者双方が取るべき手法やその程度を分析し、明確な論理を提供する必要がある。

5. 小活

安全配慮義務の履行請求は安全配慮義務の法的性質と共に論じられることが多い。しかし、やはり、履行請求の可否がドイツ民法的債務構造論をベースとした安全配慮義務の法的性質によって決定されるとするのは、現実的ではない。日本民法の構造や、安全配慮義務という義務が守るべき法益が労働者の生命・健康であることを考えれば、法的性質の議論とは別に、具体的な「債務の本旨」を確定し、それが実際に履行請求可能か不可能かを議論すべきである。

多数説が、履行請求権を安全配慮義務の義務内容のレベルで議論していた（請求可能な義務か否か議論していた）のに対し、近時の学説は、履行請求権を損害賠償や解約と並ぶ救済手段の一つと位置付けて議論している。これは、安全配慮義務の理論的ルーツがドイツの保護義務であるからという理由によって難航していた履行請求の問題に新たな議論の場を与えたと評価できるだろう。

実定法との関連では、労安法の私法的効力を否定する見解が現れた。行政による労災予防制度は私法的救済との連携を予定しておらず自己完結的な構造であること等をその根拠とするが、既に述べたように、行政へ申告したからといって必ず措置がとられるわけではないことから説得力は薄い。やはり、判例や多数説同様、労安法の私法的効力を認め、行政による救済が不可能な場合には、私法的側面から使用者のとるべき措置の基準として労安法を用いるべきであると考えらる。

履行請求のプロセスについては、請求の可否が注目を集めるためにあまり議論がなされない所ではあるが、新しい傾向の裁判例によって履行請求の可能性が認められつつある昨今においては、履行請求のプロセスについても、一般論としての履行請求のみならず安全配慮義務の履行請求ではどうかという差異を検討する必要がある。

おわりに

「補償」の法理としての安全配慮義務は、判例の蓄積を経て労働契約法 5 条となり、条文に根拠を持つ法理となったが、具体的な効果や要件が記されていない点が問題である。そして、履行確保・履行請求問題では、従来の法的性質の議論から離れ、現実はその措置が必要であったかが履行請求の可否に影響を及ぼすとするのが近時の学説・判例の見解となった。受動喫煙事案では、京都簡易保険事務センター事件控訴審判決によって一定の枠組みが確立し、その後の下級審判決によってなされた「現実的な危険」の判断や履行請求に必要な要件が神奈中ハイヤー事件控訴審判決によって確認されており、抽象的であった部分が補完されてきたといえよう。

本稿は、労災「予防」の観点から、安全配慮義務に基づき、労働者は使用者に危険回避措置の履行を請求できるかという履行確保・履行請求の問題を検討してきた。まず、判例は、その措置が必要とされていたか否か（実定法・通達上、社会通念上、使用者にその措置をとるべき義務があったのかどうか）という実務的な側面から判断していることがわかった。①対応する実定法が無い場合や②履行請求が不特定な場合については、①安全配慮義務を根拠に危険回避措置を請求可能であり、利益が侵害された場合は損害賠償にとどまらず危険を拒むことができると解する余地はある、②請求内容が不特定でも「社会通念上容易に理解することができ、被告に対し、困難ないしは不可能な措置を求めるものでもない」¹⁷⁷ならば請求内容は特定し得るとする。使用者側は①や②を理由に履行不可能だと主張することが多いが、判例は事件ごとの「具体的状況」を考慮して柔軟に判断しているといえる。しかし、柔軟に判断しているとは言っても、結果として請求が認められた例は少ないのが現状である。請求が認められるためには、労働者自らの積極的な措置要求¹⁷⁸、現実的な危険性の証明¹⁷⁹が必要とされているが、その措置を行うべき作為義務を負っているとは必ずしも言えないと判断される¹⁸⁰と道が閉ざされてしまう（つまりどの措置を行うかについては使用者の裁量があり、労働者の望む措置をとるとは限らない）ことになる点が問題である。

学説は、労災「予防」の請求は、損害賠償や解約等のその他の救済手段では不十分であり解決することができない場合に用いられる手段であるとする。従来の法的性質の議論やドイツ民法的債務構造論から離れ、日本民法の「債務の本旨」を根拠として訴求可能な義務の範囲を広く考える傾向がある。前掲判例法理の要点①②については、そもそも実定法の有無や義務内容の特定・不特定を問題とせず、生じた損害を補填するのに履行請求権を付与することが妥当か否かで判断すべきとする。判例に残された問題である使用者の裁量については、労使協議の場を設けて意見調整を行うようにした上で、訴求する場合には特

¹⁷⁷ 前掲・京都簡易保険事務センター事件控訴審判決

¹⁷⁸ 前掲・神奈中ハイヤー（受動喫煙）事件控訴審判決

¹⁷⁹ 前掲・江戸川区（受動喫煙損害賠償）事件

¹⁸⁰ 前掲・JR 西日本（受動喫煙）事件

定の措置を請求するのではなく不作為を請求するべきであると提案する。判例においても、例えば、「当該従業員が受動喫煙によりその健康を害することのないように配慮し対応すべき義務がある」¹⁸¹という「～させないようにする」義務の存在を認めているから、履行請求の場面においては、特定の義務ではなく不作為を請求する形式は無難だろう。ただし、不作為請求が安定した履行請求方法といえるとしても、これは履行のプロセスの問題にすぎず、裁判において請求が認められる要件として挙げられている現実的な危険の問題等が満たされなければ履行請求可能性は薄れることになる。混同されがちな部分であるからこそ、プロセスの問題と要件の問題は明確に区別して議論すべきである。

残された課題として、労契法 5 条の活用がある。2007 年制定であるため、5 条を根拠とする裁判例は少ないが、今後増加すると思われる。まず、同条の文言「必要な配慮」が労災の「予防」においてどの程度の配慮であるのかについては、前掲江戸川区（受動喫煙損害賠償）事件以降具体的な判断基準が示されつつある。次に、同条の文言「するものとする」は作為義務規定であるから、同条を根拠として債務不履行や損害賠償を請求することが可能である。労契法 5 条を用いた高度な判例の蓄積に期待したい。

最後に、労災「予防」事案について、結局は行政・立法が動かなければ進展しないのではないかと、という懸念を挙げておきたい。既に法理論が構築されている労災「補償」事案においても、判例の蓄積により社会問題化が進み、行政・立法が動くのが自然な流れであったけれども、行政・立法が動く以前は「使用者の裁量」や健康被害の程度が軽微であることを理由に棄却されることが多く、補償がなされぬまま健康被害に苦しむ人々が多く存在した。例えば、石綿関連疾患においても、家庭内曝露¹⁸²や間接暴露への「救済に消極的な司法」に対し、2006 年に石綿健康被害救済法が施行されることで、被害者への医療費等と遺族への一時金の給付が行われるようになったのである¹⁸³。すなわち、まず労働者の損害があり、補償請求の可否やその額が争われて判例法理として確立又は司法が消極的であるゆえに行政・立法が動いて救済——これが労災「補償」の法理論である。勿論、法理論の構築には時間が掛かるから、構築している間に健康被害が悪化して補償を受けられぬまま亡くなる例も少なくない。本稿で扱ったじん肺事案もじん肺法が制定されて一応の決着を見たのであるし、受動喫煙事案も国際的な禁煙傾向からの圧力を受ける形で行政・立法が行動したのである。健康被害は、純粋な契約法の損害賠償とは異なり、一度失った利益（健康）を全く元と同じ状態に治すことはほぼ不可能であることを念頭に置き、損害が発生する以前に、行政・立法が動くまで待つことなく、労災予防措置を請求できる法理論の構築を今後の検討課題としたい。

¹⁸¹ 前掲・神奈中ハイヤー（受動喫煙）事件控訴審判決

¹⁸² ミサワリゾート（石綿家庭内曝露）事件・東京高判平成 17・1・20 労判 886 号 10 頁

¹⁸³ 浜村ほか・前掲 191～192 頁