

未決拘禁者や受刑者に対する国の安全配慮義務について

山 田 創 一

一 はじめに

安全配慮義務は、昭和50年2月25日の最高裁判例によれば、「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。」と定義され、こうした「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、しかもこの義務違反は債務不履行であり契約責任規範が適用されると解されている⁽¹⁾。そして、この判決が登場して以降、安全配慮義務の判例が最高裁で積み重ねられてきた。さらに、平成19年12月5日に公布され平成20年3月1日に施行された労働契約法5条において、安全配慮義務が明文化され、「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

(1) 最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁。なお、「安全配慮義務」という言葉は、信義則上の付随義務違反により債務不履行責任を基礎付ける場合と不法行為責任（国家賠償責任を含む）を基礎付ける注意義務を指す場合とがあり得るが（野村武範最高裁判所調査官「判解」ジュリ1502号103頁〔平29〕）、本稿では前者の意味で用いている。後者の意味で「安全配慮義務」が用いられたものとしては、最判平成2年11月8日判時1370号52頁があり、原審判決（広島高岡山支判昭和62年5月28日判タ662号175頁）で認められた「安全配慮義務違反の不法行為」を前提に判断がなされている。

るよう、必要な配慮をするものとする。」との規定が設けられるに至っている。

しかし、昭和50年2月25日の最高裁判例が登場したときは、被害者救済の切り札として安全配慮義務は賞賛されたが、その後の判例において、安全配慮義務の債務不履行責任が不法行為責任に比して被害者に不利となる判例が登場し、安全配慮義務の存在意義が問われるに至っている⁽²⁾。例えば、遅延損害金の起算点について、判例は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の遅延損害金の起算点を、債務不履行に基づく損害賠償請求権の遅延損害金の起算点ととらえ、期限の定めのない債務であるから民法412条3項により、債務者が債権者から履行の請求を受けた時と解しているが⁽³⁾、不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金の起算点については、期限の定めのない債務ではあるが、沿革と公平を理由に、判例は不法行為時（事故発生時）と解しており⁽⁴⁾、不法行為責任の方が被害者に有利である。また、遺族固有の慰謝料請求について、判例は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合、債務不履行に基づく損害賠償請求権であるから、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、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謝料請求権を取得するものとは解しがたいとして、遺族固有の慰謝料請求権を否定しているが⁽⁵⁾、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合には、民法711条により遺族固有の慰謝料請求権が認められており、不法行為責任の方が被害者に有利である。さらに、履行補助者の行為による責任について、判例は、履行補助者の故意・過失による債務者の安全配慮義務違反の範囲をかなり限定的に解し、国が「自衛隊員を自衛隊車両に公務遂行として乗車させる場合」の国の自衛隊員に対する安全配慮義務の内容は、①「車両の整備を十全ならしめて車

(2) 潮見佳男『債権総論Ⅰ』125頁以下（信山社、第2版、平15）。

(3) 最判昭和55年12月18日民集34巻7号888頁。

(4) 大判明治43年10月20日民録16輯719頁、大判明治44年2月13日民録17輯49頁、大判大正10年4月4日民録27輯616頁、最判昭和37年9月4日民集16巻9号1834頁、最判昭和58年9月6日民集37巻7号901頁。

(5) 前掲注(3)最判昭和55年12月18日。

両自体から生ずべき危険を防止」すること、②「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」すること、③「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」することであり、履行補助者に運転者として負うべき道路交通法その他の法令に基づく通常の注意義務違反があったとしても、国の安全配慮義務違反があったとすることはできないとしているが⁽⁶⁾、使用者責任（民法715条）では、運転者として負うべき道路交通法その他の法令に基づく通常の注意義務違反であっても、被用者が事業の執行につき第三者に加えた損害である以上、使用者の責任が肯定されるから、不法行為に基づく損害賠償請求権の方が安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権よりも被害者に有利となる。

そして、近時、安全配慮義務の適用範囲を一層狭め、未決拘禁者に対する安全配慮義務に関し、「国は、拘置所に収用された被勾留者に対して、その不履行が損害賠償責任を生じさせることとなる信義則上の安全配慮義務を負わない」とする最高裁判決が登場するに至った⁽⁷⁾。本稿では、この判例の問題点を検討する中で、未決拘禁者や受刑者に対する国の安全配慮義務を肯定すべきか否かを考察することとしたい。

(6) 最判昭和58年5月27日民集37巻4号477頁。同旨のものとして、最判昭和58年12月6日訟月30巻6号930頁。なお、最判昭和58年12月9日裁判集民140号642頁も、「国は、自衛隊員を公務の遂行として自衛隊機に搭乗させる場合には、右自衛隊員に対する安全配慮義務として、構造上の欠陥のない航空機を航空の用に供し、かつ、その整備を十全にして航空機自体から生ずべき危険を防止するとともに、航空機の操縦士としてその任に適する技能を有する者を選任配置し、かつ、適切な航空交通管制の実施等につき配慮して航空機の運航から生ずる危険を防止すべき義務を負うが、操縦者において航空法その他の法令等に基づき当然に負うべきものとされる通常の操縦上の注意義務及び国において前示の人的・物的諸条件の整備とは無関係に搭乗員を安全に輸送すべきものとする所論の義務は、右安全配慮義務に含まれるものではない」と判断している。

(7) 最判平成28年4月21日民集70巻4号1029頁。

二 未決拘禁者に対する安全配慮義務に関する判例

（一）事案

Xは、平成18年10月23日に逮捕・勾留され、平成19年3月15日に神戸地裁において建造物損壊罪で懲役1年の判決を受けた後、これを不服として控訴し、同年5月10日、大阪拘置所に移送・収容されていた。大阪拘置所の常勤医師は、Xが11食連続で食事を拒否し、入所時と比較して体重が5kg減少しており、食事をするよう指導してもこれを拒絶していることから、このままではXの生命に危険が及ぶおそれがあると判断し、Xの同意を得ることなく強制的に、鼻腔から胃の内部にカテーテルを挿入し栄養剤を注入する鼻腔経管栄養補給（以下「本件措置」という）を行った。Xは、本件措置により、鼻血を出すなどの傷害を負ったほか、多大な精神的苦痛を受けたとして、被収容者に対する医師の善管注意義務（安全配慮義務）違反を理由に、Y（国）を被告として慰謝料300万円の損害賠償と遅延損害金の支払を求め提訴した。

（二）第1審判決⁽⁸⁾

「安全配慮義務の根拠が信義則に求められる以上、少なくとも当事者の自由意思が契機となって開始されたものではないような関係は、『法律関係に基づく特別な社会的接触』の範ちゅうの外にあると考えるのが相当である。」とした上で、「国と未決拘禁者との関係は、あくまで身体拘束に伴う国の強制力行使に本来的に内在する一般的な義務として存在するものであって、法の規定によって法律関係が開始され、規律されるものであり、自由意思を契機として開始されるものではないから、信義則を根拠とする安全配慮義務を観念する余地はないものといわざるを得ない。その保護は不法行為規範によってのみされるべきものである。」として、Xの請求を棄却した。なお、本件措置は違法でなく、

(8) 大阪地判平成25年3月15日訟月60巻3号517頁。

「仮にXの請求を国家賠償法に基づくものとみる余地があるとしても、不法行為が成立する余地はなく、国家賠償請求が認められないことは明らかである。」としている。

（三）第2審判決⁽⁹⁾

安全配慮義務は、「一般的法原理に基づく義務であり、これを認めるべき必要性は、当事者間の一定の接触関係において、一方当事者が相手方当事者に対し、一定の場所、設備等のもとにおいて勤務等を命じうるという優位な立場にあることから、相手方当事者は、そのことによる内在的危険を負担しているところ、優位な立場にある当事者は、相手方の上記危険を予測して危険を回避することが可能であるのに、相手方当事者は、自らその危険を回避することが困難であることから、優位な立場にある当事者に相手方当事者に対する保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価から来るものであって、当事者の意思を論拠とするものではない。そして、一般的に、安全配慮義務違反が債務不履行責任として構成されているのも、義務を課した側と課された側に常に契約関係が存在するからではなく、この点も法的・社会的評価から、『特別な社会的接触』をもって、一種の契約関係と同視しているにすぎないのである。現に、厳密には契約関係とはいえない、国又は公共団体の任命行為によって開始される公務員の労働関係（従前は特別権力関係などと称されていた。）などにも安全配慮義務が認められているのであるから（昭和50年最高裁判決）、安全配慮義務違反が認められる場合を『契約関係又はこれに準ずる関係』が存在する場合に限定する論拠もないものというべきである。また、このような安全配慮義務を不法行為責任とは別に認めるべき実質的必要性は、不法行為の損害賠償請求権が3年の消滅時効期間であるのに対し、債務不履行の損害賠償請求権の消滅時効期間が10年であるという損害賠償請求権の消滅時効期間の長

(9) 大阪高判平成26年1月23日判時2239号74頁。

短にあるが、刑事収容施設の被収容者は、身柄を拘束されている立場上、権利行使の実効性がある程度制約されているのであるから、労働関係などよりも一層、長期の消滅時効期間により保護すべき必要性が高いものといわなければならない。」と第2審判決では解されている。こうして、「刑事関係法の適用により刑事収容施設に拘禁された被収容者は、施設外部の国民と異なり、自己の意思に従って自由に医師の診療行為を受けられるわけではなく、医療行為を受けるためにも、刑事収容施設の職員の協力が不可欠である。そして、同職員は、被収容者が飲食物を摂取しない場合等に強制的な診療行為等を行う権限も与えられているから（刑事収容施設法62条1項2号）、その反面、施設内の診療行為等に関し、被収容者の生命及び身体の安全を確保し、危険から保護すべき必要性があり、その必要性は、雇用契約における雇用者と労働者との間の関係などと別異に解すべき論拠がないばかりか、むしろそれ以上の必要性が認められる。したがって、国は、刑事収容施設の被収容者の診療行為に関して、安全配慮義務を負担していると解するのが相当である。」として、本件措置の実施は安全配慮義務違反が認められ違法であるとし、慰謝料50万円と遅延損害金の限度でXの請求を認容した。なお、国家賠償請求に関しては時効により消滅したものととしてXの主張を斥けている。

(四) 最高裁判決⁽¹⁰⁾

最高裁は、以下の理由により原審を破棄してXの請求を棄却した。すなわち、「未決勾留は、刑訴法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を刑事施設内に限定するものであって、このような未

(10) 前掲注(7)最判平成28年4月21日。この判決に関し、重本准教授は、「(その不履行が損害賠償責任を生じさせる程度の)信義則上の安全配慮義務成立の前提と言うべき『特別な社会的接触の関係』の範囲を明白に限定する姿勢を最高裁が示した意義は、決して小さくない。本件原判決と異なり、当該関係の形成過程と当事者意思のかかわり、特に、安全配慮義務の負担が問題となっていない当事者側の意思のかかわりが当該義務成立にとって必要とみなしている点も特徴的である。」と指摘している（重本達哉「判批」重判解平成28年度53頁〔平29〕）。

決勾留による拘禁関係は、勾留の裁判に基づき被勾留者の意思にかかわらず形成され、法令等の規定に従って規律されるものである。そうすると、未決勾留による拘禁関係は、当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上の安全配慮義務を負うべき特別な社会的接触の関係とはいえない。したがって、国は、拘置所に収用された被勾留者に対して、その不履行が損害賠償責任を生じさせることとなる信義則上の安全配慮義務を負わないというべきである（なお、事実関係次第では、国が当該被勾留者に対して国家賠償法1条1項に基づく損害賠償責任を負う場合があり得ることは別論である。）。」

三 受刑者に対する安全配慮義務に関する判例

（一）事案

津地方裁判所上野支部において常習累犯窃盗の罪により懲役3年の有罪判決を受けた受刑者Xが、収容されていた名古屋刑務所内において、同所の刑務官らに、コンクリートの床に引き倒され、頭部を踏みつけられるなどされた上、腹部を革手錠で締め上げられ、これらによって骨盤骨骨折、腰椎変形、急性腹膜炎及び急性腎不全等の傷害を負い、数か月間病舎に入病を余儀なくされ、多大の精神的損害を被ったとして、Y（国）に対し、安全配慮義務違反に基づき、慰謝料500万円及び弁護士費用50万円とその遅延損害金の支払を求めた事案である。

（二）第1審判決⁽¹¹⁾

「戒護権の行使が被収容者の自傷行為等を防ぎ、被収容者の身体生命の安全を確保することも目的としていることや、被収容者とYとの関係は、一定期間継続することが予定されているものであり、戒護権の行使や移動の自由の制限

(11) 大阪地判平成23年12月8日判時2149号90頁。

といった特別の制約が許されるという特殊なものであることからすれば、Yは、被収容者に対して直接的な強制力を行使することが許される反面、被収容者の生命及び身体の安全を確保し、危険から保護すべき義務を負い（以下、この義務を『安全配慮義務』と呼称する。）、刑務所の職員が法律によって許容される限度を超えて強制力を行使するなどして、上記義務に違反した場合には、被収容者に対して損害賠償責任を負う場合があると解すべきである。」とした上で、「Xを保護房に収容し、革手錠を使用した時点においては、保護房収容と革手錠の使用を併用する必要があったといえるとしても」、「刑務官が保護房内に昼食を運び入れ、着替えのために革手錠が一旦外された時点においては、革手錠を併用する必要性がなくなったにもかかわらず、その後も革手錠の使用が継続されたものといわざるを得ない。」とし、また、「Xに対しては、Xが嘔吐し、急性腎不全に至る程度に革手錠がきつく締められていたものである。保護房に立ち入る際に刑務官が暴行を受けることを防止するために革手錠を使用するのであれば、革手錠が外れない程度に締められていれば十分であるから、目的達成のために必要最小限の範囲を超える緊度で革手錠が用いられたものと認められる。したがって、革手錠を使用した当初には保護房収容と併せて革手錠を使用する必要があったとしても、革手錠の使用方法は、目的達成のために必要最小限の範囲を超える程度に及んでいたものと認められ、刑務官らの行為は、安全配慮義務に違反する違法なものである。」として、慰謝料200万円及び弁護士費用30万円とその遅延損害金の限度でXの請求を認容した。

(三) 第2審判決⁽¹²⁾

「もともと安全配慮義務を認める必要があるとされた状況は、不法行為における、何人も他人の生命・身体・財産等を侵害しないように配慮すべき一般市民的義務では足りず、より高度の義務を信義則上認めるべき場面が存在する

(12) 大阪高判平成24年10月25日判時2175号23頁。

として取り上げられてきたものである。そしてそのような義務を認めるべき必要性は、当事者間の接触関係に内在する危険に対して、一方当事者が、当事者間の関係から発生している義務により自己の行為によって危険を回避することが困難な状況にあり、一方、義務を課した側では相手方が義務を果たすべき場を自由に設定し、相手方に対して指揮監督等を行う権限を持ち、相手方の危険を予測し回避することが可能である場合に、危険を回避することのできない相手方を保護すべき義務を認めることが相当であるとされることから生じるものである。保護の必要性が肯定されたのは、上記のような状況においては保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価から来るものであって、当事者の意思にかかるものではない。契約ないしは契約に準ずる関係において安全配慮義務が肯定されるのも、上記の特徴を持つ当事者間の接触関係の一態様として、契約ないしは契約に準ずる関係を想定しているにすぎず、そのような安全配慮義務を認める当事者の意思が存在することを根拠としているものではなく、社会が信義則上相当であると認めることによるのであって、それ故に、契約関係があれば常に安全配慮義務が肯定されているものではなく、現実はこの義務が肯定されているのは、契約関係の中でも、継続的な接触関係が予定され、かつ一方当事者の他方当事者に対する一定の指揮監督関係等があって、指揮監督を受ける側の当事者が、自らの意思によって危険を回避することが困難な契約類型に限られるのであって、そのような関係にない場合には、仮に契約関係にあっても、安全配慮義務が問題とされるものではない。このように、安全配慮義務を認める必要性があるとされる根拠は、自由意思による契約の有無に求められるのではなく、一方の当事者に相手方当事者に対する現実の支配関係あるいは指揮監督関係等が存在し、相手方当事者の損害発生の回避が可能である状況があり、一方で損害を被る可能性のある反対当事者が結果発生を回避する行動をとることが当事者間の関係から困難であることにあるというべきである。そして、上記のような安全配慮義務を認めるべき根拠となる当事者間の関係としては、受刑者と刑務所との関係は安全配慮義務発生の根拠となる要素の

強い関係であるということができ、この関係には当然に安全配慮義務を肯定することができるというべきである。」とし、「刑務所と受刑者との関係は、監獄法及びその関係法令により規律されていることは当然であるが、上記法令のみによって規律され尽くされるものではなく、上記のとおり、当事者間の接触関係に内在する危険について、一方当事者である刑務所のみが、受刑者に対して直接的な強制力を行使することが許される反面、強制力行使に伴う危険を予測し回避することが可能な状況にあり、受刑者の生命及び身体の安全を確保し、危険から保護すべき義務を負っているというべきであるから、同義務違反が生じた場合には、債務不履行に基づく損害賠償義務を負うというべきである。」と解したものの、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権は時効によって消滅しており、Yが消滅時効を援用することをもって権利の濫用あるいは信義則違反であると解することはできないとして、Xの請求を棄却した。

四 未決拘禁者や受刑者に対する安全配慮義務に関する学説

学説では、近時まで未決拘禁者や受刑者に対する安全配慮義務に関し議論があまりなされてこなかったが、こうした者に対する安全配慮義務を否定するものとして、星野雅紀「安全配慮義務とその適用領域について」判タ457号15頁以下(昭57)、西埜章『国家賠償法コンメンタール』801頁(勁草書房、第2版、平26)、谷口誠「判批」行政判例研究会編『平成25年 行政関係判例解説』239頁(平27)、松浦聖子「判批」法セ744号110頁(平29)、平野裕之「判批」民商153巻1号101頁(平29)がある。その理由として、星野・前掲16頁は、「収容施設内の事故について、国・公共団体と被拘束者との間には確かに支配・管理あるいは教育指導するという法律関係の介在が認められるが、これは、自由な意思に基づくものでなく、国と公務員あるいは学生・生徒と学校との間にみられる法律関係とは自から異質なものである。安全配慮義務は、債務不履行を理由とする以上、少くとも契約的な関係で相接触するという法律関係の存在を

前提としなければならず、国・公共団体が専ら一方的な公権力の行使により特別権力関係に組入れた場合、そこに契約関係又はこれに類似する法律関係を構成することの困難さがあると思われる。」と指摘する。

五 私見

未決拘禁者や受刑者に対する国の安全配慮義務に関する判例で、安全配慮義務が認められることを肯定したものとしては、大阪地判平成23年12月8日判時2149号90頁〈受刑者〉、大阪高判平成24年10月25日判時2175号23頁〈受刑者〉、大阪高判平成26年1月23日判時2239号74頁（未決拘禁者）がある。

これに対し、下級審でこれを否定したものとしては、大阪地判平成25年3月15日訟月60巻3号517頁（未決拘禁者）があるが、下級審判例は、未決拘禁者に関しこれを否定した最判平成28年4月21日民集70巻4号1029頁が登場するまでは、どちらかといえば安全配慮義務を肯定する傾向にあったといえる。

前掲大阪地判平成25年3月15日は、「安全配慮義務の根拠が信義則に求められる以上、少なくとも当事者の自由意思が契機となって開始されたものではないような関係は、『法律関係に基づく特別な社会的接触』の範ちゅうの外にあると考えるのが相当である。」とした上で、「自由意思を契機として開始されるものではない」国と未決拘禁者との関係に「信義則を根拠とする安全配慮義務を観念する余地はない」としており、当事者の関係が「自由意思が契機となって開始されたもの」か否かを安全配慮義務の発生根拠として重視していた。

これに対し前掲大阪高判平成26年1月23日では、安全配慮義務は、「一般的法原理に基づく義務であり、これを認めるべき必要性は、当事者間の一定の接触関係において、一方当事者が相手方当事者に対し、一定の場所、設備等のもとにおいて勤務等を命じうるという優位な立場にあることから、相手方当事者は、そのことによる内在的危険を負担しているところ、優位な立場にある当事者は、相手方の上記危険を予測して危険を回避することが可能であるのに、相

手方当事者は、自らその危険を回避することが困難であることから、優位な立場にある当事者に相手方当事者に対する保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価から来るものであって、当事者の意思を論拠とするものではない。そして、一般的に、安全配慮義務違反が債務不履行責任として構成されているのも、義務を課した側と課された側に常に契約関係が存在するからではなく、この点も法的・社会的評価から、『特別な社会的接触』をもって、一種の契約関係と同視しているにすぎないのである。現に、厳密には契約関係とはいえない、国又は公共団体の任命行為によって開始される公務員の労働関係（従前は特別権力関係などと称されていた。）などにも安全配慮義務が認められているのであるから（昭和50年最高裁判決）、安全配慮義務違反が認められる場合を『契約関係又はこれに準ずる関係』が存在する場合に限定する論拠もないものというべきである。」としており、安全配慮義務の発生根拠を、「当事者の意思」でなく、「当事者間の一定の接触関係において」「優位な立場にある当事者に相手方当事者に対する保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価」に求めている。

前掲最判平成28年4月21日は、「未決勾留による拘禁関係は、勾留の裁判に基づき被拘留者の意思にかかわらず形成され、法令等の規定に従って規律されるものである」ことを強調していることからすると、この事案の一審判決である前掲大阪地判平成25年3月15日と同様に、当事者の関係が「自由意思が契機となって開始されたもの」か否かを安全配慮義務の発生根拠として重視していると解される。

思うに、受刑者に関する前掲大阪高判平成24年10月25日が指摘するように、安全配慮義務は信義則を根拠とする以上、「保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価から来るものであって、当事者の意思にかかるものではない」と解され、未決拘禁者に関する前掲大阪高判平成26年1月23日は正当であったと考える。信義則は、当事者の意思で義務を根拠付けられないときに、

義務を法創造する法的・社会的評価規範であるといえる⁽¹³⁾。当事者の関係が「自由意思が契機となって開始されたもの」か否かを安全配慮義務の発生根拠として重視するなら、特別権力関係といえる自衛隊員のような特別公務員の公務員関係（東京高判昭和48年1月31日訟月19巻3号37頁参照）、元請企業と下請企業の労働者との関係、国公立学校と生徒との在学関係など自由意思に基づかない場面で安全配慮義務を認めてきたこととの整合性に難点を生ずるのではないかとの疑問が残る。また、我が国では、自衛隊員に徴兵制は採用されていないが、仮に韓国のような徴兵制があり、「自由意思」の要素が全く見い出せないような自衛隊員であっても、前掲最高判昭和50年2月25日の判例法理は妥当すると考える。「特別の社会的接触関係」における信義則上の義務としての安全配慮義務の範囲と実質的根拠は、中田教授が指摘されるように、「相手方の身体を一定の人的・物的環境に置くことを当然に伴い、かつ、本人がその環境を制御できるという法律上又は事実上の関係においては、生命身体等という法益の重大性に鑑み、相手方の生命身体等の安全に配慮する義務が少なくとも抽象的には認められる（その具体的な内容・程度は、上記関係の内容によって定まる）」と解され⁽¹⁴⁾、「自由意思が契機となって開始されたもの」でない未決勾留による拘禁関係や受刑者に対する拘置関係に安全配慮義務を肯定してよいと考

(13) 高橋教授は、「前掲最高裁昭和50年2月25日判決の説明は、安全配慮義務が信義則に基づく義務であると述べているが、これは当事者の合意に基づくものではないことを意味する。」と指摘し、「『信義則に基づく義務』であることは、安全配慮義務が当事者の合意を超えた公序に基づくことを意味するものであると考える。」と解されている（高橋眞『続・安全配慮義務の研究』16頁以下〔成文堂、平25〕）。

(14) 中田裕康『債権総論』120頁（岩波書店、第3版、平25）。平井宜雄『債権総論』59頁（弘文堂、第2版、平6）も、「①原被告間に私法上の契約関係が存在しないけれども、それと同様の権利義務関係の存在（とくに公法上の権利義務関係）を肯認できる場合であって、②その権利義務関係が一方当事者の提供する場所・設備・器具等を使用またはその指示の下に労務を提供するという内容（雇用契約類似の関係）に伴って発生するものであり、③その義務違反が生命・身体への侵害をもたらす場合」を安全配慮義務の要件としており、「自由意思が契機となって開始されたもの」か否かは要件に含まれていないと解する。「安全配慮義務が認められるには意思ないし契約関係を要するのか、それとも、指揮監督ないし優位関係を基礎とするのかという理解の相違がある。」とされるが（北居功『判批』重判解平成28年度74頁〔平29〕）、「特別の社会的接触関係」における信義則上の義務としての安全配慮義務は、後者を基礎とすると考える。

える⁽¹⁵⁾。

ところで、前掲最判平成28年4月21日は、近時その傾向を強めてきた債務不履行責任の射程範囲を縮減する判例の流れの中で生み出された判例といえる。とりわけ、「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはない」とした判例⁽¹⁶⁾と、同様の判例の流れにある⁽¹⁷⁾。この判例も原審は契約締結前の説明義務違反につき債務不履行責任を肯定していたが⁽¹⁸⁾、最高裁は破棄自判して、債務不履行責任を否定した。「特別な社会的接触関係」は、債務不履行責任の射程範囲を拡張する機能を有する概念であるが、自由意思を契機とし

(15) 北居教授は、「我が国の安全配慮義務法理は、生命身体侵害での我が国の不法行為法の不備を、ドイツ法とは違った形で補完してきたのではないか。」と指摘し、「勾留の裁判に基づき被勾留者の意思にかかわらず形成される未決拘禁者に対し国の安全配慮義務を否定した前掲最判平成28年4月21日に対し「疑念を想起」されている(北居・前掲注(14)74頁)。

(16) 最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁。平野教授も、「昭和50年判決の信義則上の義務論が安全配慮義務を越えて拡大していく可能性のある一般法理を宣言したのを、明確に債務不履行責任を否定し歯止めをかけた点は注目されてよい。契約交渉破棄事例も、本判決と同様の論理が妥当し、債務不履行責任が否定される可能性が高い。」と指摘する(平野裕之「契約締結に際する信義則上の説明義務違反に基づく責任の法的性質—最二判平成23・4・22の債務不履行責任論へのインパクト」NBL955号23頁〔平23〕)。もっとも、この判決は、「契約の締結に先立ち」という絞り」と「当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報」という絞りをかけられた説明義務違反の類型であり、「不当勧誘など契約締結段階の違法行為によって本来しなかったはずの契約を締結せられた」という意味で自己決定権が侵害され、財産的損失を被った」場合の説明義務違反に関し、債務不履行責任でなく不法行為責任が生じるとしたものであって(角田美穂子「判批」民法判例百選Ⅱ10頁〔有斐閣、第7判、平27〕)、契約締結前の説明義務違反をすべて不法行為責任としたわけではない点は注意を要する(同判決の千葉裁判官の補足意見参照)。なお、債権法が改正されると、債務不履行責任の時効メリットは減殺されるので(改正案166条、167条、724条、724条の2)、契約締結前の説明義務違反をすべて不法行為責任と扱うべきであるとの主張は一層有力になると思われる。

(17) 北居教授も、前掲最判平成23年4月22日や前掲最判平成28年4月21日は、「契約責任の限界付けをめぐる議論に重大な問題を提起している。」と指摘している(北居・前掲注(14)74頁)。

(18) 大阪高判平成20年8月28日金判1372号34頁。

ていない関係や契約が成立する前の社会的接触関係においては、特段の事情がない限り不法行為責任で対応すべく、債務不履行責任を用いるべきでないとの価値判断（契約責任の拡張現象に対する揺り戻し）が背後にあると思われる。

前掲最判平成28年4月21日は、「未決勾留は、刑訴法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を刑事施設内に限定するものであって、このような未決勾留による拘禁関係は、勾留の裁判に基づき被勾留者の意思にかかわらず形成され、法令等の規定に従って規律されるもの」としていることから、同様に拘束関係が法令等の規定に従って規律される少年院、留置場、拘置所、刑務所、都道府県知事により入院措置がなされた精神科病院における拘束関係においても、国家賠償法一条一項に基づく損害賠償責任を負う場合はあり得るが、「その不履行が損害賠償責任を生じさせることとなる信義則上の安全配慮義務を負わない」ことになると解される。

なお、前掲最判平成28年4月21日の事案では、Xが11食連続で食事を拒否し、入所時と比較して体重が5 kg減少していて、拘置所の常勤医師が、食事をしよう指導してもこれを拒絶していることから、このままではXの生命に危険が及ぶおそれがあると判断し（いわば緊急事態）、Xの同意を得ることなく強制的に鼻腔から胃の内部にカテーテルを挿入し栄養剤を注入する鼻腔経管栄養補給を行ったのであり、こうした行為に対し鼻血を出すなどの傷害があったとしても、原審判決のように50万円の慰謝料の賠償を認めるのは不当との価値判断が最高裁にあったと思われる。しかし、債務不履行の損害賠償責任を否定するために、「国は、拘置所に収用された被勾留者に対して、その不履行が損害賠償責任を生じさせることとなる信義則上の安全配慮義務を負わない」と解するのでなく、拘置所に収用された被勾留者に対して国の安全配慮義務の存在を肯定した上で、安全配慮義務違反の事実はないとしたり、あるいは、違法性が阻却されるとして、債務不履行の損害賠償責任を否定すべきではなかったかとの疑問が残らざるを得ない判決といえよう。

六 終わりに

現在、債権法改正は、平成27年の通常国会に「民法の一部を改正する法律案」として提出されたが継続審議となり、平成29年の通常国会においても継続審議の状況が続いている状況にあるが、改正案によれば、安全配慮義務のような債務不履行において、人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効については、①債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間行使しないとき、あるいは、②権利を行使することができる時から20年間行使しないときとされ（改正案167条・166条）、人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権の消滅時効については、①被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から5年間行使しないとき、あるいは、②不法行為の時から20年間行使しないときとされる（改正案724条の2、724条）。その意味では、改正法が成立すれば、安全配慮義務の時効メリットはなくなることから、国家賠償法でなく安全配慮義務論を用いるべきとの必要性は小さくなるといえよう⁽¹⁹⁾。

しかし、大嶋弁護士が指摘されるように、「安全配慮義務が不法行為の過失の前提となる注意義務として措定されることにより、安全配慮義務違反が同時に不法行為上の過失とされて不法行為責任が認められる事例は多い。特に、不作為による不法行為について、作為義務の内容として安全配慮義務が主張されるようになり、不法行為責任の追及を容易にするという効果があったと思われる。」⁽²⁰⁾という側面は重要であり、こうした役割は今後とも果たし続けることになるだろう。

(19) 山下純「判批」法教431号139頁（平28）、松浦聖子「判批」法セ744号110頁（平29）。

(20) 大嶋芳樹「安全配慮義務判決（最判昭和50年2月25日）を振り返って—30年後の事例報告—」ひろば58巻3号69頁（平17）。大嶋・前掲は、「安全配慮義務概念は不法行為規範に取り込まれて、いわば隣の畑で花を咲かせている」と述べている。なお、不作為不法行為については、橋本佳幸『責任法の多元的構造』5頁以下（有斐閣、平18）に詳しい研究があるが、安全配慮義務との関係では、橋本・前掲101頁以下参照。