

# 戦前の社会立法と現行法の解釈理論

## －戦前の立法および理論的遺産とその継承－

柳 澤 旭

### <目 次>

- I はじめに一判例における戦前立法への言及と解釈
- II 「建設アスベスト訴訟」における戦前の社会立法とその現代的解釈
- III 戦前と戦後—立法と学説
- IV おわりに—安衛法の改正と安全配慮義務の再考

### I はじめに一判例における戦前立法への言及と解釈

(一)「ニッポン一億総活躍プラン」(2016年6月2日, 閣議決定)を受けて, 多数の法律改正により構成される「働き方改革関連法」(正式な法律名は, 「働き方改革を推進するための関係法律に関する法律」)が, 2018年6月29日に成立し, 2019年4月1日から施行となっている<sup>1)</sup>。戦前の国民総動員体制(「国民勤労報告協力令」公布: 昭和16・1941年11月22日による「根こそぎ動員体制」)<sup>2)</sup>をも彷彿させる「ニッポン一億総活躍」総動員プランである。多くの労働関係法に係る改革法というには, ほとんど実定法の新たな制定は伴っていないものとなっている。しかし労働時間規制についてなど重要な法改正が含まれており検討する必要があるものも少なくない。なかでも本稿にとっての大きな関心は, 「労働安全衛生法」の改正についてである。

(二)その理由は次の点にあり, 同時に本稿の主要な問題意識となっている。

---

1) 働き方改革について, 労働法の観点からの最近の文献として, 法律時報2019年2月号<特集: 働き方改革の帰結と展望>があり, 8本の論稿が掲載されている。

2) 半藤一利『B面 昭和史 1926-1945』(2019年, 平凡社ライブラリー) 395-396頁。敗戦までに徴用(自発的・強制労働)されたもの, 学徒, 女子挺身隊など500万人を超えたとされている(396頁)。

①「働き方改革関連法」の一環としての「労働安全衛生法」（以下、安衛法とする。）の改正は、多くの内容と検討すべき論点を含むものである。特に「産業医」についての改正は注目される。産業医の役割・機能の強化と「衛生委員会」との連携強化ともいえる内容は、その具体的な実行性如何によっては、「安全配慮義務」の履行について多くの示唆を与えるものである。例えば、改正労働安全衛生法について、その性格を行政的取締・公法規定というだけでは、法理的な進展はない。具体的な「安全配慮義務の履行」問題に関して、新たな法理的検討を迫るものといえよう。この点の検討は、別稿を必要とするものであり、さしあたって本稿の目的ではない。

②本稿の直接の目的あるいは検討しようとする論点は、労働安全衛生法について、その性格についての歴史的系譜について若干の検討を行なうことである。現行の安衛法とその系譜としての戦前の立法との関連をたどり、現行法の性格を再検討することが目的である。このような問題意識は、いわゆる「建設アスベスト訴訟」におけるいくつかの高裁判決を検討する中で生まれたものである<sup>3)</sup>。本稿は、この二つの問題関心の中の②について、以下の順で検討する。まず「建設アスベスト訴訟」の高裁判決の安衛法に関する判旨を詳細に紹介する。その上で、高裁判旨における安衛法の解釈の当否について、戦前の学説を概観し、それをふまえて高裁判決の法理を検証する。

## Ⅱ 「建設アスベスト訴訟」における戦前の社会立法とその現代的解釈

### 1. 「建設アスベスト訴訟」と高裁判決

全国で争われている「建設アスベスト訴訟」とは、建設現場で働いた元建設労働者やその遺族及び一人親方等が、アスベストを吸引することで健康被害（肺がん、中皮腫などアスベスト関連疾病）を受けたとして、国（国家賠

3) 「建設アスベスト訴訟」の各高裁判決について、既に筆者は若干の検討を行なっている。柳澤旭「労働基準としての労働安全衛生法と『国家』規制の法理—対立する高裁判決を対象として—」山口経済学雑誌67巻3・4号（2018年）53頁以下、同「労働条件基準・労災防止としての労働安全衛生法—『建設アスベスト訴訟』高裁判決にみる国家規制の法理—」労働法律旬報1930号（2019年2月下旬号）25頁、「やまぐちの労働」（2019年6月号）4頁以下。

償法1条)と建材メーカーに損害賠償(共同不法行為)を求める一連の訴訟である。原告Xらは、全国各地で建設作業に従事していた建設作業に従事していた労働者とその遺族や一人親方等である。

これまでの高裁段階における四つの判決(高裁四判決)について確認しておきたい(以下、これらの高裁判決について、高裁①②③④判決として引用する)。

- ①国・旭硝子ほか(石綿曝露)事件・東京高判平29・10・27(判タ1444号137頁)
- ②国・旭硝子ほか(石綿曝露)事件・東京高判平30・3・14(LEX/DB25560269)
- ③国・ニチアスほか(石綿曝露)事件・大阪高判平30・8・31(LEX/DB25561547)
- ④国・ニチアスほか(石綿曝露)事件・大阪高判平30・9・20(LEX/DB25561601)

本件訴訟についての判例動向についてみると、原告ら建設作業従事者のうち、国の責任を惟一、否定した一判決(高裁①判決の原審①「神奈川アスベスト訴訟」横浜地判平成24.5.24)を除いて、全て「労働者」に対する「国の責任を認める」内容となっている。

高裁四判決において、一審段階において、これまで認められなかった「一人親方等」が安衛法の保護対象(救済対象)となるかについての判断は、①判決を除いて、その後の三判決(②③④)は全て認めているのが注目される。とりわけ高裁四判決における②判決の持つ意義は、①判決と異なり、高裁段階で初めて「一人親方等」に対する国及び「アスベスト含有製品」メーカーの賠償責任を認めたところにある。この②判決を契機に、③④と一人親方等に対する賠償責任を認める高裁判決が三つ続くこととなった。

各高裁判決(②③④)の画期的なところは、労働者でない「一人親方等」に安衛法の適用を認めたことにある。このような法理は、「安衛法の適用対象(保護対象)は労働者」であるという、これまでの判例・通説からは導き出せないものであった。このような解釈法理を導き出す根拠となったのが、以下にみる戦前の労働立法(工場法、労働者災害扶助立法等)と現行法(とくに労基法及び安衛法)の関連についての新たな解釈法理であった。

## 2. 高裁判決②における安衛法のとらえ方について

各高裁判決についての中で、高裁判決②を例にして戦前の立法についての判旨をそのまま引用する。そのうえで、戦前の立法についての高裁判決の解釈法理について検討してみることにした。

以下は判旨の概要である。判旨における条文解釈について、正確な理解とその解釈法理の展開をみるためにも、ほぼ忠実に引用することにした。何よりも、判旨の法理展開を忠実に引用し紹介することそれ自体に意義があると、筆者には思われるからである（傍線は筆者）。

### <東京高裁②判決 判旨>

#### (1) 工場法13条, 旧労基法42条, 安衛法22条, 55条, 57条について

戦前の工場法（明治44年法律第46号）は、旧労基法の前身となる法律である。工場法13条の規定は、「行政官庁は命令の定むる所により工場及び付属建物並びに設備が危害を生じ又衛生、風紀その他公益を害する虞ありと認むる時は予防又除害のため必要なる事項を工場主に命じ、必要と認むる時はその全部又は一部の使用を停止することを得」となっており、「工場ないし設備」から生じる工場内外の危害を防止することを目的としていた。その後、制定された旧労基法42条は、「使用者は、機械、器具その他の設備、原料もしくは材料又はガス、蒸気、粉じん等による危害を防止するために、必要な措置を講じなければならない。」と規定した。同条の条文には、「使用者」という文言はあるが、「労働者」という文言がなく、その規定の体裁は、前記の工場法13条の規定内容と類似している。

#### (2) 黄燐燐寸製造禁止法, 旧労基法48条, 安衛法55条, 57条について

ア 戦前の黄燐燐寸製造禁止法（大正10年法律第61号）は、旧労基法48条の前身となる法律である。旧労基法48条は、有害物の製造禁止として「黄りんマッチその他命令で定める有害物は、これを製造し、販売し、輸入し、又は販売の目的で所持してはならない。」と規定する。

黄燐燐寸製造禁止法は、「燐寸製造業者ハ燐寸ノ製造ニ黄燐ヲ使用スルコトヲ得ス」（1条）及び「黄燐ヲ使用シテ製造シタル燐寸ヲ販売シ、輸入若ハ移入シ又ハ販売ノ目的ヲ以テ所持スルコトヲ得ス」（1条）と定め、黄燐マッチの製造及び販売等を禁止するとともに、そ

の違反に対しては、「一年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」(4条1項)と規定していた。同法は、前記(1)の工場法とは別の単独法として制定されており、工場における製造のみではなく、すべての者を対象に販売等を禁止する措置が採用されていた。上記法律の提案理由は、「従業者ノ健康ヲ因ッテ、国民ノ健康上ニ遺憾ナキヲ期シタイ」という点にあり、旧労基法48条は、上記のような黄燐燐寸製造禁止法の趣旨を踏襲し、「黄りんマッチその他命令で定める有害物は、これを製造し、販売し、輸入し、又販売の目的で所持してはならない」と規定したものである。

ところで、旧労基法48条の適用範囲は、旧労基法8条の適用事業(ただし、旧労基法8条ただし書により、同居の親族のみを使用する事業もしくは事業者は又は家事用人については、旧労基法は適用されないこととされている。)に限られ、その他の事業に係る者には、適用されないのではないかが問題とされた。しかし、旧労基法48条は、前記のとおり、黄燐燐寸製造禁止法を引き継いで制定されたものであり、同法は、工場法の適用工場に限らず、すべての者を対象としていたことにかんがみ、旧労基法8条の適用事業に係る者以外のすべての者に適用があると解せられ、いわゆる家内労働世帯についても適用があると考えられ、それが行政解釈でもあった(労働省昭和34年11月25日基発800号通牒参照)。イ 安衛法は、後記(4)のとおり、雇用関係のみを前提とする労基法における規制では、災害を的確に防止することができないとして、単独法として制定されたものであり、旧労基法48条の規定は、安衛法55条に引き継がれた。

昭和47年の安衛法55条は、「黄りんマッチ、ベンジジン、ベンジジン含有する製剤その他の労働者に重度の健康障害を生ずる物で、政令で定めるものは、製造し、輸入し、譲渡し、提供し、又は使用してはならない。ただし、試験研究のため製造し、輸入し、又は使用する場合で、政令で定める要件に該当するときは、この限りでない。」と定めていた。

また、昭和47年の安衛法57条は、「ベンゼン、ベンゼン含有する製剤その他の労働者に健康障害を生ずるおそれのある物で政令で定めるもの又は前条第一項の物を譲渡し、又は提供する者は、労働省令で定めるところにより、その容器(容器に入れないで譲渡し、又は提供するときにあつては、その包装。以下同じ。)に次の事項を表示しなければならない。ただし、その容器のうち、主として一般消費者の生活の用に供するためのものについては、この限りでない。」と定めていた。

上記の安衛法55条及び57条は、有害物の職場からの排除ということで共通する規定であり、ともに第五章（機械等及び有害物に関する規制）第二節（有害物に関する規制）に規定されていた。

### (3) 労働者災害扶助責任保険法、労働者災害扶助法、昭和40年改正労災保険法について

ア 労働者災害扶助責任保険法（昭和6年法律第55号）及び労働者災害扶助法（昭和6年法律第54号）は、戦前における保険制度で、戦後の労災保険と趣旨を同じくする法律であった。労働者災害扶助法は、工場法及び鉱業法（明治38年法律第45号）により工場労働者等に認められていた災害・事故時の扶助を一定の範囲の屋外労働者にも認める制度であった。この労働者災害扶助法の適用を受け得る「労働者」につき、同法は特段の定めを置いていなかったが、一般に、労働者ではない土木建築工事の下請人も、労働者の代表者又は親方として自己もまた作業に加わるときは、労働者の中に加えられるべきであるとされていた。

また、労働者災害扶助法の適用を受ける業種は、「國、道府縣、市町村又ハ勅令ヲ以テ指定スル公共團體ノ直管工事」「鐵道、・・・水道電氣若ハ瓦斯ノ事業ヲ營ム者ガ其ノ事業ノ爲ニスル直管工事」等の通常の木造家屋建築を除く大規模な建設工事に限られていた（同法1条2号、労働者災害扶助法施行令2条）。

イ 労働者災害扶助法は、災害補償の面のみならず、労働安全衛生に関する規定を置き（同法5条）、これに基づく規則によって、労働安全衛生に関する各種規制が行われていた。そして、旧労基法が制定されるに伴い、労働者災害扶助法は廃止されるに至り、上記規則は失効した。また、労働者災害扶助責任保険法は、労災保険法の制定に伴い、廃止された。このように、旧労基法が制定され、労働者概念が明確にされるまで、国は、一人親方等について、行政措置として災害・事故時の扶助につき、労働者に準じて認めてきたものである。

ウ さらに、国（労働省）は、昭和40年改正労災保険法の制定による労災保険特別加入制度の導入前から、土木建築事業の一人親方について、労災保険法の擬制適用を認めてきた（「昭和22年11月12日付け基発第285号「土木建築労働者についての労働者災害補償保険法適用に関する件」」）。

その後、この擬制適用の範囲は順次拡大され、土木建築事業以外の一人親方にも、労基法適用労働者と同様に労災保険法が擬制適用されてきた。

昭和40年になって、労災保険法の一部を改正する昭和40年改正労災保険法が制定された。その趣旨は、労災保険は、労働者の業務災害に対する補償を本来の目的としているところ、業務の実情、災害の発生状況等に照らし、実質的に労基法の適用がある労働者に準じて保護するにふさわしい者に対し、労災保険を適用しようとする点にある。労働者以外の者であっても、中小事業主や一人親方その他の自営業者とその事業に従事する者等が、労働者に準ずる者として、労災保険特別加入制度の対象とされた。

なお、上記制度創設の際の労働者災害補償保険審議会は、「特別加入者の範囲については業務の危険度ないしその事業の災害率に照らし、特に保護の必要性の高いものについて考慮するとともに、特別加入者の従事する業務の範囲が明確でないし特定性ももち、保険業務の技術的な処理の適確を期しうるかどうかに十分に検討すべき」であるとの答申を行っている。

以上にみるように、「建設アスベスト訴訟」高裁②判決（③判決も同様）は、戦前の労働社会立法の制定経緯とその戦後への継承についての法解釈を行なったうえで、「一人親方等」が安衛法の保護対象であることを実証的（法社会学的）に論理づける。

### Ⅲ 戦前と戦後—立法と学説

#### 1. 戦前の立法とその解釈法理—高裁判決法理の妥当性について

日本の労働・社会立法は、明治維新以来、日清、日露の戦争を経て第二次大戦中においても、その内容（内実）とその実行性に問題があるにしても立法が行われ、敗戦後、新憲法の下で新たな労働社会立法が制定されることとなる。戦後74年経ついま、戦前のそれも明治以降の社会立法が現行法の解釈に関連づけて検討されるということは、労働法、社会保障法の立法史として語られることはあっても、現代の裁判において直接、正面から法解釈の問題として取り上げられることは無かったといえよう。

ところが、それを正面から取り上げ検討したのが、上記の「建設アスベスト訴訟」の各高裁判決であった。上記Ⅱでみたように、「建設アスベスト訴

訟」高裁判決（②③）は、戦前の工場法、労災扶助立法等を取り上げてその内容を詳細に検討している。通常の研究論文でもここまで詳しく検討したものは、ほとんどない。高裁判決の判旨は、労働安全衛生の立法史とその解釈についての「法社会学的検討」<sup>4)</sup>ともいうべき内容となっている。筆者が、「建設アスベスト訴訟」判決（高裁②③判決）の「判旨は大論文に匹敵」<sup>5)</sup>するといったのは、この意味においてである。くり返しになるが、前項Ⅱにおいて②判決要旨を詳しく引用・紹介したのはそのためである。

## 2. 判旨における戦前立法史のとらえ方とその妥当性

（一）明治初期の労働関係における労働者（鉱夫、職工）の傷病死（今日という「労働災害」）の予防・防止について、その端緒を1873（明治6年）年「日本鉱法」（太政官布告259号）の災害予防に関する規定にみることができる。その後、「鉱業条例」1890（明治23）年が制定され、その内容に、①「鉱夫の生命及衛生上の保護」および②「地表の安全及公益の保護」が規定される。「鉱業条例」における①と②との目的規定に留意したい。労働者と公共（公衆）の安全ということが表裏の関係としてとらえられていることである。そして、鉱業条例制定から15年経過した1905（明治38）年、「鉱業法」が制定されたが、安全衛生についての規定内容に変化はない。

本格的な労働保護立法として「工場法」が、1911（明治44）年制定される。この法律においても、その制定理由として、工場設備の不完全なことから、人命を危うくし公衆に重大な傷害を与える事態を生じさせることがあげられていることに注目したい。鉱山と工場という規制対象が異なるもの

4) ここでいう「法社会学的」とは、現行法の条文のみをみて当該事案を解決する解釈態度ではなく、当該条文の歴史的な改正・立法経緯をふまえること。その上で、当該事案において争われている権利（法益）を具体的現実状況の中で確定するという解釈方法をいう。この点が問題となった最近の事案として、「学校法人専修大学事件」（最二小判平成27.6.8民集69巻4号1047頁）、同事件について、柳澤「労働災害の被災労働者に対する打切り補償と解雇の効力」労働法律旬報1847号（2015年9月下旬号）34頁以下。かつて争われた「法社会学論争」について、藤田勇・江守五夫編『日本の法社会学：文献研究・法社会学論争』（1969年、日本評論社）参照。

5) 柳澤・前掲労働法律旬報1930号33頁、山口経済学雑誌67巻3・4号72頁。

の、「鉱業法」と「工場法」とは、共に労働者と労働者以外の公衆への安全・衛生の確保も目的としていた点では共通する。「労働者」だけの「安全衛生」を保護するという法目的、法の性格では無かったことが理解できる。

(二) 「建設アスベスト訴訟」東京高裁②判決のように、工場法13条は、「行政官庁は命令の定める所により工場及び付属建物並びに設備が危害を生じ又衛生、風紀その他公益を害する虞ありと認むる時は予防又除害のため必要な事項を工場主に命じ、必要と認むる時はその全部又は一部の使用を停止することを得」と規定していた。

この工場法13条の規定は、「工場ないし設備」から生じる「工場内外の危害を防止」することを目的としていた。その後、制定された旧労基法42条は、「使用者は、機械、器具その他の設備、原料もしくは材料又はガス、蒸気、粉じん等による危害を防止するために、必要な措置を講じなければならない。」と規定した。昭和47（1973）年、労基法から分離独立した安衛法は基本的に工場法—旧労基法—安衛法という法形式で継承されることになった。ここで注目すべきことは、労働者の労働条件保障を目的とする労働保護法の法益は、労働者の生命・健康のみでなく公衆（国民一般）をも保護の対象としていたという立法事実である。

(三) 翻って、現行の安衛法第27条1項は、安衛法の核となる「危害防止基準」（安衛法20条から25条まで及び25条の2第1項）の規定により、事業者が講ずべき措置及び労働者が守らなければならない事項は、厚生労働省令で定めるとしている。

続けて安衛法は、27条2項において、前項の「危害防止基準」を省令によって具体化するに当たって、「公害」（環境基本法第2条3項に規定する公害）その他「一般公衆の災害で、労働災害と密接に関連するものの防止に関する法令の趣旨に反しないように配慮しなければならない」と規定する。

この規定は、これまで法解釈上あまり注目されておらず、公害等の規制との関連に配慮する努力義務という解釈であったとあってよい。しかしこの安衛法27条2項の規定は、努力義務であるとかいう単なる条文解釈の問題で

はない。既述のように、「建設アスベスト訴訟」高裁判決のいう戦前の立法経緯に照らしてみると、戦前の立法は、工場の中と外とを区別しない規制方法をとっており、事業主と直接的な労働契約関係にある労働者（職工）のみを規制対象（保護対象）としていたわけではない。「労働災害」と「公害」とは工場の中と外という場所の問題であるが、安全と衛生に係る労働災害の危険は、このような区別が事実上、無意味であることを確認した規定なのである<sup>6)</sup>。このことも「建設アスベスト訴訟」高裁<sup>②</sup>判決は明確に論じているところである。

### 3. 判旨の妥当性その評価について

「建設アスベスト訴訟」高裁判決（<sup>②③</sup>）は、労働災害の危険は労働者だけでなく、共に労働場所で働く人々をも保護対象としていること。このことを明確にして現行安全衛生法の解釈論としたものである。すなわち、「労働者」の生命および衛生上の保護と「国民」（市民）の安全という「公益」（法益・権利）とは不可分のものとして、わが国の初期労働保護法は制定され、それは現在にも引き継がれている。「建設アスベスト訴訟」高裁判決は、この点を明確にしたうえで、現行安全衛生法の解釈論としたものである。安衛法について、このような法理構成は、これまでにない新たな法理として評価されるものである。「建設アスベスト訴訟」高裁判決は、戦前の立法を辿ることによって現行法（安全衛生法）についての新たな解釈を展開した点で注目される内容である。当然に上告されていることから最高裁判決を睨んだ解釈法理の展開である。<sup>7)</sup>

戦前と戦後立法の断絶と連続性ということについて、新憲法下における「生存権」（憲法25条）および「労働基本権」（憲法27条、28条）保障に基づく労働立法は、戦前、とくに戦時下の労働立法とは質的に断絶しているとい

6) この問題について、柳澤「労働者のアスベスト（石綿）による健康障害と国の責任—大阪泉南アスベスト国賠事件（最1小判平成26.10.9）を対象として—」山口経済学雑誌 63巻5号（2015年）216-217頁。

7) 最高裁に向けての論点について、柳澤・前掲・労旬1930号37頁以下。

う見方もあり得る。しかし「建設アスベスト訴訟」高裁判決は、このような見方をとっていない。あくまで実定法の規定を忠実にフォローしながら戦前立法との連続性を解釈論の根拠としたものである。ところで、戦前の立法について、当時の研究者は、どのように法理論的にとらえていたのであろうか。戦前における労働社会立法の制定・改廃について<sup>8)</sup>、当時の学説はどのように評価していたのであろうか。この点について、戦前における菊池勇夫の業績を参照してみることにしたい。

### Ⅲ 戦前と戦後—立法と学説

#### 1. 戦前の社会立法とその法理—菊池「社会法」論

「建設アスベスト訴訟」高裁判決における戦前の各立法の意義とその解釈について、制定当時には学説理論においてどのようにとらえられていたのか。このことを確かめることの意味は、「建設アスベスト訴訟」高裁判決の法理の妥当性を検証することにもなるであろう。すなわち、戦前の立法は時代を超えて妥当するものなのか、その立法の継続性・連続性の関係はみられるのかを理論史からみることにしたい。

戦前の労働・社会立法について、当該法律の立法経緯と法律条文とを実証的に検討しつつ法理論化した代表的な研究者として菊池勇夫の学説を上げることができる。菊池勇夫の戦前の代表的な著作として①『日本労働立法の発展』（昭和17年・1942年、有斐閣）および②『労働法の主要問題』（昭和18年・1943年、有斐閣）をあげることができる（以下、前著を①、後著を②とする）。両著作の関連について、①は戦前の立法の変遷をたどった立法史であり、②は立法の変遷を基礎にして菊池の法理論（「社会法」論）の展開を行うという関連にある。両著作において、今日の労働災害における「安全と

---

8) 労働立法史についての最近の研究書として、濱口桂一郎『日本の労働法政策』（2018年、労働政策研究・研修機構）、島田陽一・菊池馨実・竹内（奥野）寿・編著『戦後 労働立法史』（2019年、旬報社）がある。濱口・前著は1074頁、島田ほか・後著は711頁の大著であり、各分野の労働立法について、戦前と戦後の立法との関連についても検討がなされている。

衛生)」(危険防止および健康被害の防止：危害防止措置)との関係について明確な見解を打ち出している。

例えば、支那事変以降の労災発生率の甚だしい増加という特殊な社会状況の中で、労災防止、作業施設取締り法規の実行性、安全管理者・安全委員の設置や国立の安全研究所の設置の必要性などを論じている。(菊池①158頁)、さらに、軍需工業における労働保護法規の改正し、長時間労働を規制することによる災害防止、保健衛生の保持などを論じ、また、労働災害による傷病が3年間治癒しない場合に540日分の「打切扶助料」を支給して以後一切の責任を免れる問題、さらに「家内労働者」(「家内工業者」)における安全衛生・労災防止などについて既に論じている(菊池②「家内工業労働の保護立法」277頁以下)。このような菊池の戦前の業績を参照すると、「労働者災害扶助立法」の内容と現行の「労災補償法」とが連続性を持つことも知ることができる(菊池②221, 346頁)。

このように一瞥しただけでも、菊池における戦前の労働立法のとらえ方と現行法との連続性が伺えるのである。そうすると、「建設アスベスト訴訟」高判②③判決における戦前の立法の解釈と、戦前についての当該労働立法についての菊池の法の理解は一致するものとなっている(前掲②判決判旨参照)。

## 2. 戦前の労働法—学説とその理論—石井保雄の菊池「社会法論」の評価について

(一) 菊池を含めた戦前の労働法研究者の研究について、近時、石井保雄が精力的に研究している。その成果として、①石井保雄「菊池勇夫の『社会法論』」独協法学91号(2013年)67以下(67~180頁。113頁の大作)、②『わが国労働法学の史的展開』(2018年、信山社)が刊行された(以下、石井①、②とする)。石井②は、①をも入れて構成された大著(630頁を超える)であり、同書の内容については本格的な検討や書評が期待されるところであろう<sup>9)</sup>。

菊池勇夫の戦前の労働・社会立法の当時の見方（法理論）について、石井は同書において、菊地の法理論についてどのように評価しているのであろうか。石井の菊地理論評価についてその一部を紹介する。石井同著における菊池の戦前立法の評価、その理論的把握の批判的検討をみることによって、戦前の労働・社会立法と現在の立法（ここでは、労基法・労災保険法・安衛法の関係）との切断・連続性という問題にもふれてみたい。「建設アスベスト訴訟」高裁判決は、実定法の連続説（継承説）をとって現行法の解釈を行なっているからである。石井の菊池理論について評価は概要、次のようである。

新たな労働者災害扶助法について、健康保険や船員保険と並んで、「わが国における社会保険法体系の一部を形成するもの」との菊池の法理的意義を紹介する。（①101頁。②120頁以下。）

また工場法15条に規定する職工の業務上災害（負傷、疾病、死亡）の扶助について、この災害補償規定を公法・私法という二分法ではとらえきれない「社会法」的性格のものとした。石井は、労災補償制度の今日における理解（労働法的、社会保障法的）への原型として評価する（①113頁。②128頁）。なお、菊池の著作において、工場法15条と労災補償との関連が論じられているが、工場法13条や労働者災害扶助法における職工や公衆の安全衛生について論じられているわけではない。現在の「建設アスベスト訴訟」で取り上げられてた「工場法13条」の規定や労働者災害扶助法で取り上げられた職工や公衆の「安全衛生」については、とくに言及されていない。

---

9) 石井の大作『わが国労働法学の史的展開』の前に、既に石井は10年に及ぶ期間をかけて、単著論文として10余名の研究者について詳細に検討していた。その中で7名の研究者について、改めて各個人研究者について戦前・戦中という時代区分（歴史空間）に配置して1冊としたものである。各単著論文と本書とは関連するが、それぞれ単独の著作としての意義をもつものでもある。このことの意味は、①個人研究者のトータルな研究史（物語ともなっている）ということと、②戦前・戦中時代における各個人研究者の労働法理論の位置づけ・関連という二つの側面である。この石井の大作について、これから様々な角度から検討されるべきであろう。この大作を検討することの意義は、労働法が「法理論」であるとはどういうことか。この問題を再考することに繋がるように思われる。

(二) 石井は、戦前の菊池の社会法理論について客観的な評価をしつつも、菊池の「社会法」論とは、当時の「総力戦体制下」において、他の研究者と同じように「国家総動員体制を擁護し、積極的に推進していった」ものと厳しく批判する(①168頁, ②267-268頁)。石井の批判の根拠は、菊池の著作のほぼ全てに当たり、丁寧に詳細に検討した上での評価であり、勿論、単なる印象批評やイデオロギー論ではない。石井による菊池理論に対する独自の学的な理論的評価である。石井は、戦前における研究者の理論・業績について、単に過去(戦時中の言論活動)を断罪するのではなく、その時点で存在していた正義や理念も正当に評価して、各研究者の理論について客観的な見方を提示していることは確かである。

このような石井の菊池批判と異なった見解、評価もあり得るであろう。戦時中の総力戦体制を擁護する理論であっても、なお見るべき論理はあるのではないか。あるいは、戦前における「理論的遺産」として今なお受け継げるものは何かという検討は、あり得るし、これは批判とは又、別の問題であろう。たとえば、菊池の「社会法論」について、荒木誠之は次のように評価する。

菊池の戦前の労働契約論と災害扶助論は、「社会的労働に従事する労働者の人間的生存を保障すべき社会の責任」(生存権思想・理念)を根拠にした労働保護立法に「内在する論理」を摘出し、その「発展の方向を明示」するものであった。それは又、戦前における労働立法の法状況においては、「現実の保護立法の初期性・不徹底さを反省させる理論」でもあったとみる<sup>10)</sup>。

(三) 戦前の天皇制への言及することの意味、それは死をも覚悟せざるを得ないという絶対的な言論統制下における、直接的暴力による脅威の下での権力への迎合・服従でもあったことは歴史的事実である。この歴史的事実について、こんにち現在の時点で各自がどうみるか。これが戦前の理論を検討するにさいしての核心であろう。この点に関しては、論者によって様々な見方

10) 荒木誠之「労働保護法の展開と特質」(1959年)同『労働条件法理の形成』(1981年、法律文化社)所収27-28頁。

があり得るであろう。また多様に自由に論じられてしかるべきであろう。ただし自己の言動や研究成果についての責任という研究者の自覚に立っての上である<sup>11)</sup>。元号としての平成は、平成31(2019)年4月で終ろうとしている現下の日本社会において、自由な言論による自由な研究成果について、これを規制する国家権力の介入は形式上は存在しないといえる。

しかし多数という民主主義による専制体制が、現下の政治の要諦となり、社会の隅々にまで多数の暴力的専制による少数者・少数意見の排除が行われているとみざるを得ない<sup>12)</sup>。このような政治状況の中で、多数を占めた権力を支持、付度した言動をとることが研究者としての地位安定とその経済的保障も得られるという「自己決定」もあり得る。この自由な選択と戦前の直接的権力・暴力による言動の圧殺と言う状況とを比較するとき、戦前と今の研究者の言動とをどのように各自がとらえたらよいのであろうか。各研究者が、この重い問題を問いかけることの必要性を石井の名著は示唆してくれるものでもあろう。

---

11) 戦前の法学者の理論について、小野博司・出口雄一・松本尚子編『戦時体制と法学者1931～1952』(2016年、国際書院)があり、同書において菊池勇夫についても検討がなされている。同書357頁以下(出口雄一「菊池勇夫—『社会法』から労働法へ」)。また戦時体制における学問・科学の総力戦体制について、山本義隆『近代日本150年—科学技術総力戦体制の破綻』(2018年、岩波新書)、山之内靖『総力戦体制』(2015年、ちくま学芸文庫)があり、例えば、戦時中の経済・社会政策学者である「大河内一男」についての見方に関して両著に共通性が見られる。こ点は本稿にとっても特に興味深い(前掲・山本192頁以下、前掲・山之内175頁以下)。なお付記すると、山本は、かつての「東大闘争」(1968年)の過程で、当時の総長であった「大河内一男」と対峙・対決した「全共闘」の議長であった。また、戦前の言論・思想統制(弾圧と転向)を担当した司法権力について、荻野富士夫『思想検事』(2000年、岩波新書)は、「思想犯」の「勤労働員」(強制労働)にも言及している(同書171頁以下)。かつて筆者も菊池勇夫の「社会法」論(「労働法と社会保障法」)について検討したが、それは前掲石井著作によれば、一面的なものでトータルな把握とはいえないことになろうか。柳澤旭「労働法と社会保障法—政策論的アプローチによる同異性」大憲論叢17巻1号(1977年)57-59頁。

12) 多数者による少数者に対する排除と支配とについて、既に洞察して「自由」について論じたのは、J・S・ミルである。ミルの警戒した社会状況(多数者による社会的暴虐)になっているのが、今の日本社会であり、似たような他の諸国(アメリカ、ロシア、中国など)であろう。J・S・ミル(1859年)塩尻公明・木村健康訳『自由論』(1971年、岩波文庫)14, 220, 236頁。

### 3. 戦前と戦後の労働・社会立法の連続性と生存権法理

戦時立法として出現した各種扶助立法や社会保険立法は、戦時目的達成の手段として制定され運営されたことは事実である。当時強調されたように「人的資源の保護が目的であり、生活の保障自体を独立した立法目的としたものではなかった。他の目的のための手段として、社会立法が役立てられた」のであり、「戦後これらの立法が独自の存在意義をもって発展するには、戦時立法の色彩を拭い去り、国民生活を支える法に徹する必要があった。その指導原理がとなったのが生存権であり、戦前の立法は、生存権の法理を吸収することによって社会保障法へ発展したのである」。<sup>13)</sup>

以上の荒木の論理をどのように見ることができるのであろうか。戦前と戦後の断絶説とも連続説とも違うものであるとみることができよう。すなわち、労働者の生活・生存も全て戦争目的（人的資源・労働力保全）として制定、利用された戦時労働立法は、敗戦によって新憲法の生存権理念のもとで新たに展開することとなったというとらえ方である。

この荒木の見解は、社会保障法の初期立法として戦前の厚生立法をとらえるものであり、必ずしも労働法について論じたものではない。しかし労働法も含めた戦前の社会立法（初期労働立法と社会保障立法）にも共に妥当する見方であるといえよう。そして、この見解は、「建設アスベスト訴訟」高裁判決に通じるものがあるといつてよい。

## IV おわりに—安衛法の改正と安全配慮義務の再考

はじめにも触れたが、労働安全衛生法が改正され、平成最後の月、平成31（2019）年4月1日から施行される。この法改正は大きなものであり、理論的にも検討すべき問題と課題がある。安衛法は、法律条文の数、関連法規の膨大さとその内容の専門的・技術的性格からして労働法の中でも特別な分野といえよう。しかし、安衛法の規制目的は、労働者の職場における危険と健康障害の防止（「危害防止基準」の確立。安衛法1条、20条乃至28条）にあり、

13) 荒木誠之『社会保障法読本（第3版）』（2002年、有斐閣）273頁。

労働・社会保障立法生成の原点であった。このことは工場法制定以降、100年以上経った今も変わりはない。

安衛法の規制内容が時代と共に益々、複雑化するのに伴い、工学・化学的な技術的規制が多くなるのは必然的なものである。そして安衛法による「危害防止基準」は、労働契約上の安全配慮義務（労契法5条及び判例法理）の内容を、より拡大する方向に向かっていると法的にみることができる。例えば、一つの課題として、「産業医」と「安全衛生委員会」との連携強化による労働者の健康状態の把握と事前の対応等、職場における過労死防止への具体的な対応が可能となる。安全衛生委員会の権限を縮少しようとする国（フランス）の有る中で、「安全衛生委員会」が「産業医」と連携しつつ、労災防止について実質的な機能を果たし得るシステムを目指ことの意義は大きい<sup>14)</sup>。

安衛法は、憲法27条2項に基づいて、「労働災害防止のための危害防止基準の確立」（安衛法1条）を目的に、「安全」（危険防止。同20条、21条）と「衛生」（健康障害防止。同22条）についての基準である。安衛法の核である「危害防止基準」という労働条件は、工学・医学的な専門性的見地から省令に委任され（安衛法27条）、膨大な規則等が法体系的として形成されている<sup>15)</sup>。この膨大な安衛法体系の法令は、罰則付きで事業者（使用者）に遵守させる行政的・公法的規制であるが、同時に、この安衛法上の労働条件基準は私法上も「安全配慮義務」の内容（中身）を構成するものである<sup>16)</sup>。今回の安衛法の改正を契機として、使用者の安全配慮義務、とくに使用者の安全配慮義務の「義務履行」および労働者からする「履行請求」という問題について、一

14) 小畑史子「働き方改革と労働安全衛生法」法律時報2019年2月号52頁。法時の同号は、「特集・働き方改革の帰結と展望」というテーマで、総論および個別具体的論点を論じた8編の論稿が掲載されている。

15) 「危害防止基準」ということの安衛法における意義について、柳澤「労働者のアスベスト（石綿）による健康障害と国の責任—大阪泉南アスベスト国賠事件（最1小判平成26.10.9）を対象として—」山口経済学雑誌63巻5号（2015年）218頁以下。

16) 柳澤「労働災害の法理—労災防止と労災補償—」良永・柳澤編著『労働関係と社会保障法』（2013年、法律文化社）90頁以下。

層, 具体的な検討をすすめたい。

\* 中田範夫教授の経済学部定年退職をお祝いするとともに, これからも学生に講義を続けられるとのこと, 中田流の熱いパワフルな教育が継続されることと推察されます。教授会等の席で隣り合わせになり良くお喋りしましたが, 何故か今も記憶に残っていることがあります。それは, 「簿記」の語源が英語であった(らしい)ことでした。book-keepingがナマって, 「ブッキ」, 「ボキ」になったと。