

# 人身損害についての免責条項の有効性

——ドイツ法を素材として——

田 處 博 之

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 わが国の法状況
- 三 債務法改正にいたるまで
- 四 債務法改正後
- 五 むすびに代えて

## 一 はじめに

二〇〇一（平成一三）年四月一日に施行された消費者契約法（平成一二年法律六一号）は、債務不履行に基づく損

害賠償責任について、責任の全部を免除する条項を無効とする（同法八条一項一号）とともに、責任の一部だけを免除する条項<sup>(1)</sup>は、故意または重過失による責任を免除する場合にかぎり無効とする（同項二号<sup>(2)(3)</sup>）。同法制定まで、わが国では、契約による免責の可否を一般的に規制する法規定は存在せず<sup>(4)</sup>、その効力いかんは解釈に委ねられていたので、消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）に限つてとはいえ、契約による免責の許容される限界が一般的に法定されたことは画期的であつた。

従来、契約による免責は、解積上、契約自由の原則から、公序良俗や信義誠実の原則に反しないかぎり有効と解されてきて、伝統的にはとくに債務者側の帰責性に着目して、債務者自身の故意による責任からの免責は許されないと一致して解されていたものの、債務者自身の重過失や補助者の故意・過失については免責の可否につき見解が分かっていた<sup>(5)</sup>。そうしたなか、消費者契約法は、免責の可否を決する事情として、（債務者本人と履行補助者とを区別せずに）債務者側の帰責性の軽重と、これに加えて、責任排除か責任制限かという免責の範囲をも採用したものと<sup>(6)</sup>いえる。

ところで、かのドイツでは、一九七七年四月一日に約款規制法が民法の特別法として施行され、約款規制法二一条七号は、重過失についての責任からの約款による免責を、対消費者取引に限つて（同法二四条一文）ではあるが、（重過失が債務者本人ではなく履行補助者にある場合も含めて、また、責任排除だけでなく責任制限も）無効としていた<sup>(10)</sup>。その後、二〇〇二年一月一日に債務法現代化法が施行されて民法の債務法の部分が改正されたことにともない、約款規制法は民法に統合され、重過失についての約款による免責の禁止は、新民法三〇九条七号bとして、ほぼそのまま承継された。その一方で、それまでの約款規制法のもとでは明文の規定としてはなかった人身損害についての約款による免責の禁止が、これも対消費者取引に限つて（新民法三一〇条一項一文）ではあるが、新民法三〇九条七号aとしてあらたに条文化されている<sup>(13)</sup>。

わが国でも、債務者側の帰責性だけでなく、賠償の対象となる損害の種類にも着目して免責の可否を判断すべきことは、ある程度古くから、一部の論者において主張されてきたし、最近にも、人身損害についての免責禁止を立法化すべきかを検討した論考がみられる。<sup>15)</sup>

そこで、本稿では、まず、わが国の裁判例や学説が人身損害についての責任を契約によりあらかじめ免責することに対してどのような態度で臨んできたかを簡単に整理したあと(二)、ドイツで人身損害についての免責禁止があらたに条文化されたのは、一言で言えば、欧州共同体(E.C.)の閣僚理事会が一九九三年四月五日に採択した「消費者契約における不公正条項に関する指令」(以下、E.C.不公正条項指令という。)を受けてのことであったが、この条文化に際してドイツでどのような議論があつたのか、また、そもそも、この条文化以前は、人身損害についての免責に對しどのような態度がとられていたのか(三)、そして、条文化された後、この民法三〇九条七号aをめぐってどのような議論がされているのか(四)をみることで、わが国での今後の議論への示唆を得たい。

## 二 わが国の法状況

### (一) 裁判例

まず、わが国で、人身損害について免責の可否が問題となつた裁判例を以下にいくつかみておこう。

【J】大阪地裁昭和四二年六月一二日判決<sup>16)</sup>(日東航空機墜落事故損害賠償請求事件) 日東航空の旅客機が昭和三八年に墜落し、死亡した乗客の遺族が航空会社に損害賠償を請求した事案において、乗客の死傷による損害賠償責任の最

高限度額を一〇〇万円とする日東航空の約款条項の効力が問題となった。判決は、「人間の生命、身体は人の生存の根本的基礎」であり、「本件の如き人身事故、人的損害の損害賠償の關係においては人命の尊重とか被害者ないしその家族の救済という面での配慮が強く要請される」として、人命尊重、私人の権利保護、被害者救済の見地をいう一方で、企業の保護・育成の要請も看過しがたいとして、結局、責任限度を制限すること自体を当然に違法・無効ということはできないとする<sup>19)</sup>。もつとも、賠償限度額を一〇〇万円とする本件条項については、人身事故についてまで責任制限を有効と認めるのは、航空運送企業の発展を保護・助成するためで、「そのために何にもまして尊重さるべき人命の尊重、被害者の救済という要請に対しあえて譲歩を求めるもの」なので、責任制限は企業の健全な維持・発展に必要な最少限度にとどむべきであるという観点から、一〇〇万円という限度額は、実際の損害額に比して著しく低額だし、企業の維持・育成の点からみても必要最小限の限度額とはいえず、公序良俗違反により無効であるとする。

【J2】東京高裁平成元年五月九日判決<sup>21)</sup>（雫石全日空機・自衛隊機衝突事故損害賠償請求事件）全日空の旅客機が昭和四六年に自衛隊訓練生機と空中接触、墜落し、全日空（および損害を填補した損害保険会社）が国に対し損害賠償を請求、国も反訴により全日空に対し損害賠償を請求し、過失割合が自衛隊側二、全日空側一と認定された事案において、両者間の求償関係につき、乗客の人身損害に対する賠償限度額を六〇〇万円とする全日空の約款条項の効力が問題となった。判決は、公衆による航空の利用を困難にせず、航空運送の健全な発展を阻害しないためには約款で責任限度額を設けることが必要だが、「人命の尊重、事故被害者の救済の見地からは」<sup>22)</sup>できるかぎり被害填補に足る損害賠償額を得させることも必要なところ、本件条項の金額は、航空企業の保護・育成という目的を考慮しても、事故被害者の救済として甚だしく不十分で公序良俗違反により無効であるとする。

【J3】<sup>23</sup> 富山地裁平成六年一〇月六日判決（スイミングクラブ溺死事故損害賠償請求事件） スイミングクラブで平成三年に利用者がプールで溺死し、その父親がスイミングクラブの運営会社に対し損害賠償を請求した事案において、スイミングクラブ会員規約中の、会員は施設利用が自己の責任と危険負担において行われることを明確に承認のうえ、営業中の事故その他施設利用に際しての事故について、会社に故意または重大な過失がある場合を除き、会社は一切の賠償責任を負わないとする条項の効力が問題となった。判決は、本件条項が合意されたとは認められないし、かりに合意されていたとしても、会社に「契約上の債務不履行がありその結果会員の生命・身体に重大な侵害が生じた場合においても」会社が損害賠償責任を負わない旨の内容であるとしたら、本件条項は公序良俗違反により無効であるとする。

【J4】<sup>24</sup> 東京地裁平成一二年一月二八日判決（語学研修先ベッド転落事故損害賠償請求事件） 米国で平成八年に語学研修中の学生が、寮の一メートル七〇センチメートル余の高さがあるにもかかわらずはしごもなく落下防止の手すりもないベッドから就寝中に転落、負傷し、語学研修を企画・募集した業者に損害賠償を請求した事案において、いかなる原因であれ、人または物に対する損失、損害、損傷に対し責任を負わないとする業者の免責特約の効力が問題となった。判決は、本件免責特約が合意されたとは認められないし、本件免責特約は、文脈上、不可抗力により業者がサービスを提供できない場合を想定して、本件のような安全配慮義務違反の債務不履行責任まで免除するものではなく、かりにそのような趣旨であるとすれば公序良俗違反により無効であるとする。

【J5】<sup>25</sup> 東京地裁平成一三年六月二〇日判決（セキュアバダイビング講習会溺水事故損害賠償請求事件） セキュアバダ

イビング講習会の受講生が平成九年に海洋での講習中、溺れ、後遺障害が残り、講習会の講師および主催会社に対し損害賠償を請求した事案において、参加中のいかなる傷害その他の損害について、予測可能性の有無にかかわらず、責任のすべてを自分が個人的に負い、インストラクター、ダイビングストアー及びパディはいかなる結果についても責任を負わず、「発生しうる個人的傷害、財産の損害、あるいは過失によって生じた事故による死亡を含むあらゆる損害賠償責任から」インストラクター、ダイビングストアー及びパディを「免除し、請求権を放棄する」との受講生署名の免責同意書の効力が問題となった。判決は、スキューバダイビングのように生命の危険のあるスポーツで、対価を得て講習会を開催する場合は、専門的な知識と経験を有する講師において受講生の安全を確保することが必要で、「このような観点からすれば、人間の生命・身体のような極めて重大な法益に関し、免責同意者が被免責者に対する一切の責任追求を予め放棄するという内容の前記免責条項は、被告らに一方的に有利なもので」合理性をとうてい認めがたく、「人間の生命・身体に対する危害の発生について、免責同意者が被免責者の故意、過失に関わりなく一切の請求権を予め放棄するという内容の免責条項は、少なくともその限度で公序良俗に反し、無効である」とする<sup>26)</sup>。

【J6】東京地裁平成一五年一〇月二九日判決<sup>27)</sup>（富士スピードウェイ自動車レース事故損害賠償請求事件） 富士スピードウェイで平成一〇年に開催された自動車レースのスタート前の予備走行中に競技車両同士が衝突し、ドライバーが負傷、レース主催者らに対し損害賠償を請求した事案において、事故について決して主催者らに損害賠償を請求せず、このことは事故が主催者らの手違いなどに起因した場合でも変わらないとするドライバー署名の誓約書の効力が問題となった。判決は、本件誓約書の効力を文字どおり認めると、「主催者は、ドライバーの安全への配慮を故意又は過失によって怠り、その結果、重大な結果を伴う事故が生じた場合でも」、経済的利益は取得しつつ一切責任を負わな

い結果となり、著しく不当、不公平であつて、本件誓約書は、提出しないとレースに参加できないこととされていて、レース参加希望者の参加の自由を不当に制約し、主催者の一方的優位を背景に提出を義務づけた文書なので、本件誓約書のうち、主催者らの故意・過失にかかわらず損害賠償を請求できないとの部分は、レース参加希望者に一方的に不利益を課すもので、公序良俗違反により無効であるとする<sup>28</sup>。

これらの裁判例は、いずれも下級審ではあるが、人身損害についての免責を公序良俗違反として無効とする。いずれにおいても、被害が人身に及んでいることへの着眼がみられるものの、多くは、責任の全部排除である〔J5〕、〔J6〕、あるいは、条項による責任限度の額が少ない〔J1〕、〔J2〕とか、免責の文書の差入れが強いられていた〔J6〕など、他の事情も併せ考慮して公序良俗違反との判断を導いている。

## (二) 学説

総合考慮によるこうした裁判例に対して、学説には、人身損害についての責任を契約によりあらかじめ免責することの問題性を独立に論じて、人身損害についての免責であるというだけで、条項の効力を否定するものがみられる。

すなわち、医療の現場でみられる、万一の場合でも異議を申さないなどの文言の誓約書や手術承諾書の類による免責を対象としての論述であれば、早くも昭和三〇年代に、患者本人でも処分権をもたない身体に関する場合なので、軽過失についても免責は許されず、そのような免責は公序良俗違反により無効であるとするものがみられた<sup>29</sup>。

対象を限定しない一般的な論述としても、すでに昭和五〇年代から、軽過失免責も、財産損害については有効だが、人身損害については無効と解すべきであるとするもの<sup>31</sup>、諸外国での傾向を踏まえて、被侵害利益の重大さ（生命損害

など）や被害者層の広さ等から被害者の保護が特に要請される場合は、免責約款にはより厳しい規制が加えられるべきであるとするものがみられる。<sup>32)</sup>

昭和六〇年代にも、企業と消費者のように取引力の格差が著しい当事者間では約款内容の公正妥当性が求められ、最低限の公正妥当性の要件は充足されなければならないので、人身損害についての免責は許されないとするもの<sup>33)</sup>、人身事故は起こってはならないとの予防的見地から、人身損害については軽過失免責も許されないとするものがみられる。<sup>34)</sup>

近年も、人身侵害について事業者の責任を免除する条項は、被侵害権利が利益保護面で決定的に重要なので、消費者契約のみならず事業者間契約を含め、おおよそ一般的に不当条項であるとするもの<sup>35)</sup>、人身損害についての免責特約は無効とするのが一般論としては正当であるとするもの<sup>36)</sup>、生命や身体の侵害に関わる免責約款を、被害者の同意とすることはできないとするものがみられる。<sup>37)</sup><sup>38)</sup>

学説のこうした傾向を受けてか、消費者契約法（平成一二年法律六一号）の制定に向けての作業のなかで、一時期、人身損害については免責を不可とする案がみられた。<sup>39)</sup> この案は立法にはいたらなかったが、人身損害については免責を許すべきでないという声はその後もなお強く、同法制定後の改正論議のなかで同様の提案がいくつかみられる。

すなわち、近畿弁護士会連合会が平成一七年に開催した第二七回大会シンポジウムにおいて同連合会消費者保護委員会による同法改正試案は、その八条一項において「次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする」とし、その二号の二において「事業者の債務不履行により消費者の生命又は身体に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項」を挙げる<sup>40)</sup>。その提案理由としては、現行の消費者契約法や同法制定前の民法が免責条項を一律に無効としないのは私的自治を優先したものであるが、生命身体に関する利益についてはこれを自由に処分できるとするのは妥当

でなく、ましてや、将来の損害内容が不明確な契約段階で約款等の契約条項による一律の免責を認めることはその合理性に疑問があり、消費者に過酷な結果をもたらすことが多いことがいわれる。<sup>(41)</sup>その後、近畿弁護士会連合会の平成二二年度消費者保護委員会夏期研修会でも同連合会消費者保護委員会による消費者取引法試案は、人身損害についての責任の一部免除を禁止する。<sup>(42)</sup>

「平成一九年度消費者契約における不当条項研究会」の報告書も、人身損害についての免責について、特別の規定をおかずに、経済的損害と同様に消費者契約法八条の対象とすることで足りるかどうかは再検討の必要があるとする。<sup>(43)</sup>

さらに、民法（債権法）改正検討委員会が平成二一年にとりまとめた「債権法改正の基本方針」（検討委員会試案）の【3. 1. 1. 32】、【3. 1. 1. 33】も、約款または消費者契約の条項<sup>(44)</sup>であつて、「条項使用者の債務の履行に際して生じた人身損害について、契約の性質上、条項使用者が引き受けるのが相当な損害の賠償責任を全部または一部免除する条項」を、「当該条項が存在しない場合と比較して条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものとみな」し、無効とする。<sup>(45)</sup>その提案理由としては、人身損害についての免責条項は、「その法益の重要性および処分可能性により」全部免除については個別の合意であつても公序良俗違反により許されず、契約の性質上、条項使用者が引き受けるのが相当な損害の賠償責任を一部免除する条項も、約款および消費者契約の条項については、「人間の生命・身体という重要な法益にかかわる以上」、相手方の利益を信義則に反する程度に害するものとして無効とすべきことがいわれ、その例として、鉄道事故などで旅客に人身損害が生じた場合に運送者の損害賠償責任の一部または全部を免除する約款条項が挙げられ、これを不当条項とすることへの懸念も考えられるが、鉄道事故などにおいて、人身損害について責任制限を約款により認めることの当否こそが問題とされるべきであることがいわれる。<sup>(47)</sup>

それでは、ドイツではどうであつたか。彼地での状況を次にみよう。

### 三 債務法改正にいたるまで

#### （一）はじめに——債務法改正でなにが変わったか——

もともと、ドイツ民法では、契約による免責は、債務者自身の故意に基づく責任についてのみ禁止され、履行補助者の故意についての責任や、過失についての責任からの免責は許容されていた（二七六条二項、二七八条二文）<sup>48</sup>。二〇〇二年施行の債務法改正による新民法三〇九条七号は、対消費者取引に限って（新民法三一〇条一項一文）ではあるが、約款による免責につき、以下の三つの点でこれに対して修正を加える。

一点目は、免責が許容される故意・過失の程度で、故意のみが免責不可だったのが、重過失についても免責不可とされたこと、二点目は、故意・過失の主体を問わなくなったこと、債務者自身の故意のみが免責不可だったのが、履行補助者の故意（や重過失）についても免責不可とされたこと、三点目は、生じた損害の種類を問うようになったことで、生命、身体または健康の侵害による損害については、軽過失しかなくとも免責不可とされたことである。

このうち一点目と二点目は、一九七七年施行の約款規制法の一条七号によりすでに実現されていて、二〇〇二年施行の債務法改正により新たに加わったのが三点目の人身損害についての免責禁止である。

一九九三年採択のEC不公正条項指令は、個別に交渉されなかつた契約条項が、信義誠実の要請に反して、消費者の不利益に、契約当事者の契約上の権利および義務の不当な不均衡を惹起するときは、当該契約条項は不公正と解されること（三条一項）、加盟国は不公正な条項が継続して用いられないようにするための適切で効果的な方策を講じなければならぬこと（七条一項）を規定し、不公正と解され得る条項の網羅的ではない指示的なりストを付表に用意

して(三条三項)、そうした条項の一つとして「営業者の作為または不作為により消費者がその生命を失いまたは身体損害を被った場合の営業者の法律上の責任を排除または制限することを目的とするまたは効果として有する条項」を挙げていた(付表一号a)。この人身損害についての免責禁止は条項リストの筆頭に置かれ、生命および健康の高い位置づけが強調されたと評される。<sup>49)</sup>

ドイツにおいて、二〇〇二年施行の債務法改正で人身損害について免責不可とされたのは、このEC不正条項指令を受けてのことであったが、指令の付表のリストは、その三条三項もいうように、不正と解され得る条項のリストであって(ブラックリストでなく、グレーリストに過ぎない)、<sup>50)</sup>加盟国として人身損害について免責不可と国内法化することが義務づけられているわけではなかった。<sup>51)</sup>しかし、グレーリストではあっても、もともとEC委員会からは有用であろうと期待されていたし、<sup>52)</sup>実際、欧州司法裁判所二〇〇〇年六月二七日判決は、<sup>53)</sup>国内法は指令に適合的に解釈されなければならないことを判示する。<sup>54)</sup>

もともと、もともとドイツでは、二〇〇二年施行の債務法改正以前からすでに、人身損害についての免責は許されないといわれていた。次に、債務法改正前の裁判例と学説とをみよう。<sup>55)</sup>

その前にここで、債務法改正前の約款規制法の関連する条文の文言を紹介しておく。<sup>56)</sup>

約款規制法九条(一般条項)は、一項において、

「約款の規定は、約款使用者の契約相手方を信義誠実の命令に反して不適切に不利にする場合は無効である」と規定し、二項において、

「規定が、

1 逸脱される法律規制の本質的な基本思想と相容れない、または、

2 契約の性質から生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危うくされるほどに制限する場合は、疑わしきときは不適切に不利にするものと認定されなければならない」と規定していた。

また、同法第一条（評価余地なき条項禁止）は、七号（重大な過責の場合の責任）において、

「約款では、約款使用者の重過失的な契約違反に、または、約款使用者の法律上の代理人もしくは履行補助者の故意的もしくは重過失的な契約違反に基づく損害についての責任の排除または限定は、無効である。…」と規定し、同法二四条（人的適用範囲）は、一文において、

「本法二条、一〇条および一一條ならびに民法施行法二九条aの規定は、事業者、公法上の法人または公法上の特別財産に対して使用される約款には適用されない」と規定し、二文において、

「一文の場合において、九条は、一〇条および一一條に挙げられた契約規定を無効ならしめるときでも適用されなければならない、その際は、商取引において妥当する慣習および慣行を適切に考慮しなければならない」と規定していた。

## （二） 債務法改正前の裁判例

人身損害についての免責の可否については、次節③でみるように、学説ではある程度詳細に論じられているが、裁判例では実はそうでもなく、以下にみるように、いくつかの裁判例で（それも下級審のものである。）比較的簡単な論述のもとに、人身損害についての免責が許されることが述べられるのみである。

【D1】シウトウツトガルト上級ラント裁判所一九七七年一月七日判決<sup>(57)</sup>(頸動脈造影後遺症損害賠償請求事件) 頸動脈造影を受けて後遺障害が残った患者が、措置前に頸動脈造影のリスクやあり得る結果について説明されなかったとして、病院設置者と医師とに対し損害賠償を求めた事案において、病院規定が故意・重過失についてしか責任を負わな  
いとしていたことの効力が問題となった。判決は、説明がしかるべくされていなかったとして請求をその根拠につき  
正当と認めるが、それに際して、本件条項は、少なくとも治療や説明の欠陥を対象とするかぎり、良俗および信義誠  
実の諸原則に反する(民法一三八、二四二条<sup>(58)</sup>)ので、承認できないとする。そのことの説明として、判決は、①被告  
病院設置者は多くの医療分野で独占的地位を有するので、あらゆる過失について責任を負うと法律に規定されてい  
ることから乖離することは耐え難いこと、②財産利益しか一般的には問題にならない商工業におけると異なり、患者と  
医師ないし病院との間の関係では、生命・健康という価値のより高い法益が危険にさらされていて、医師の軽過失で  
あっても、患者に、予測不可能な結果をもたらし得ること、③病気や事故の際に医師を頼るしかない患者に対して、  
責任が重過失に制限されることを求めることはできないのに対し、病院や医師には、軽過失の結果をもカバーする責  
任保険の締結が求められてしかるべきであることを行い、これらの理由から本件病院設置者が自分のところの医師に  
よる治療や説明の欠陥についての責任を制限しようと試みても孤立無援であると<sup>(59)</sup>する。

【D4】シウトウツトガルト上級ラント裁判所一九八八年四月二二日判決<sup>(60)</sup>(スポーツセンター約款条項使用差止請求事件)  
スポーツセンターの契約書式中のいくつかの約款条項の使用差止めを消費者団体が求めた事案において、スポーツセ  
ンターは故意および重過失についてしか責任を負わない、結果損害についての責任は排除されるとする条項の効力が  
問題となった。判決は請求を認容するが、それに際して、軽過失についての責任排除は、生命および健康への危険が

定型的に生じる行為をも対象とするかぎり、民法二七六条および二七八条の<sup>61</sup>基本思想によって、約款規制法九条一項および同条二項一号により無効であるとし、その理由として、損害賠償義務の存在を通じてこれらの法益を保護することは法秩序の放棄不可能な事項であることをいう。<sup>62</sup>

【D5】カールスルーエ上級ラント裁判所一九八九年八月二三日判決<sup>63</sup>（モータースポーツクラブドライバークラスの賠償請求事件）ドライバークラス講習企画の参加者が、他の参加車両に追突されて自車に生じた損害の賠償を当該追突車両の運転者他に対して求めた事案において（講習企画の主催者であるモータースポーツクラブは被告となっていない）、モータースポーツクラブの公募条項中の、主催者は参加者に対して、人損、物損、財産損害についての責任を引き受けず、参加者は出場登録により、企画に関連して被ったあらゆる事故または損害について、参加車両の運転者他に対するあらゆる権利を放棄し、自己の危険において企画に参加するとする条項の効力が問題となった。判決はいくつかの事情を指摘して、本件条項が信義誠実の命令に反して原告を不適切に不利にし、それゆえ約款規制法九条により無効であるとして、被告による本件条項の援用を認めず、請求をほぼ認容する。判決が指摘するいくつかの事情とは、①約款規制法一一七条は本件では適用されない（他の参加者は主催者の補助者でない）、②被告は重過失による損害について責任を排除する条項を無効とする同号にあらわれた原則は、同法九条において、法律規制の本質的な基本思想として妥当すること（本件では追突車両の運転者には重過失があったと認定されていた）、③被告は価格が低廉であるとのいわゆる価格論拠や契約目的達成の必要性をいうが、原則的にこれによつては、契約相手方を不適切に不利にすることを正当化することはできないこと、④責任追及の放棄は、本件企画の特殊性によつても正当化されず、守られないと定型的に生命や健康が危険にさらされるところの注意義務は、原則的に、免責の対象となり得ないこと、

④車両保険を指摘しても免責は正当化されないことである。

【D7】ミュンヘン上級ラント裁判所一九九五年三月三〇日判決<sup>(64)</sup>(減量スタジオ約款条項使用差止請求事件) 女性向け減量スタジオのいくつかの約款条項の使用差止めを消費者団体が求めた事案において、スタジオは重過失または故意を除いて事故の責任を負わないとする条項の効力が問題となった。判決は請求を認容するが、それに際して、たとえば、被告が軽過失で場所や器具をきちんとした状態に保たなかったことによつて事故が起きたときは、被告は、本件条項によれば、健康への危険や侵害から顧客を守るべき本質的な義務から解放されることになるが、これは約款規制法九条二項一号と相容れないとする<sup>(65)</sup>。

人身損害(ないしその危険)が生じた事案において、結論として、責任からの免責を認めなかった裁判例であれば、他にも少なからず見受けられるが、人身損害についての免責は許されないと直接、判示したものは、筆者のみるかぎり、右に紹介した裁判例に限られる。それどころか、逆に、人身損害について免責を認める結果となる判断を下す裁判例も、以下のとおり、一部にみられる。

【D2】ミュンヘン上級ラント裁判所一九八一年五月二二日判決<sup>(67)</sup>(ハングライダー講習事故損害賠償請求事件) ハングライダー学校の講習参加者が墜落して骨折し、講師に対し損害賠償を求めた事案において、申込書式中の、墜落およびその結果としての受傷についてはいかなる種類のものであれ生徒ないし講習参加者自身が責任を負うとする条項の効力が問題となった。判決は、講師には少なくとも重過失はなく、本件条項により軽過失では責任は生じない(本件

条項は、故意および重過失についての責任を対象とするかぎりで、民法二七六条、約款規制法一一条七号により無効だが、軽過失についての責任を対象とするかぎりでは有効である。として、請求を棄却する。

【D3】コーブレンツ上級ラント裁判所一九八四年五月七日判決<sup>68</sup>（オートバイレース事故損害賠償請求事件）オートバイレースの参加者が事故に遭って（カーブでコースから逸脱し、逸脱箇所に戻らず短絡しようとしてそこにあつた穴にはまり転倒したようである）、レース主催者他に対して慰謝料の支払いを求めるとともに、主催者他が事故による将来損害の賠償義務を負うことの確認を求めた（したがって、掲載誌からは明らかでないが、人身損害が生じたと思われる。）。事案において、出場登録文書中の、参加者は、出場登録により、企画に関連した被つたすべての事故または損害について、事故または損害が故意または重過失によるのではないかぎり、主催者に対するあらゆる権利を放棄する。とする条項の効力が問題となった。判決は、主催者には重過失はなく、原告は軽過失を理由とする請求権をもたないとして主催者に対する請求を棄却するが、本件条項について、判決は、軽過失についての責任免責は約款規制法九条にいう不適切に不利にすることではなく、そのような免責は、モータースポーツの企画では全般的に許されるとする。その理由として、判決は、①本件のようなレースは危険な催しで、主催者が軽過失について責任を免責されたいと欲するのは衡平に思えること、②軽過失的行為と事後的には称することができ、各参加者が自明で不可避なこととして受忍するところの事象が、レース中には多く生じ得るので、レースへの参加にはリスクの引受けがみられ、軽過失に基づく請求権の放棄が可能であること、③原告は、責任排除は、レース参加者の健康と財産とを危険にさらすので、無効と主張するが、レース参加者は、レース参加により、再三、自分の健康と生命とをリスクにさらし、また、他の参加者の軽微なルール違反によって損害を被つてもその者に対する請求権は認められないし、さらに、自分が軽

過失でサーキットの設備に損害を与えても責任を負わないので、そのような主張は妥当でないことをいう。

【D6】コープレントツ上級ラント裁判所一九九二年六月二九日判決<sup>(69)</sup>(モータースポーツクラブ選手権レース事故損害賠償請求事件) 選手権レースの参加者が、他の参加車両に衝突されて重傷を負い、当該衝突加害車両の運転者他に対して損害賠償を求めた事案において(レースの主催者であるモータースポーツクラブは被告となっていない)、出場登録書式中の、参加者は、出場登録により、企画に関連して被ったすべての事故または損害について、事故または損害が故意または重過失によるのではないかぎり、参加者に対するあらゆる権利を放棄するとする条項の効力が問題となった。判決は、加害運転者には軽過失しかなく、軽過失や危険についての責任は、出場登録書式に原告が署名したことで排除されるとして請求を棄却するが、本件条項について、判決は、責任を全般的に排除しようというものではなく、軽過失と道路交通法上の危険についての責任についてのみ責任を排除するもので、約款規制法九条二項にいう不適切に不利にすることではないとする。その理由として、判決は、①故意責任からのあらかじめの免除(民法二七六条二項)ではないので、法律規制の本質的な基本思想からの乖離はないこと、②約款規制法一一条七号違反でもないこと、③スポーツをする者がスポーツのルールを守り事故にいたった場合は、その時々被害者が、まったく同じ侵害を自分がその者に加えていたかもしれないところの原因者に損害を転嫁しようとすることは不快に感じられるという基本思想が、責任を免れしめる方向で根本にあり、信義誠実の原則が妥当することをいう。

なお、【D3】と【D6】の判決の読み方として、理由付け【D3】では②と③、【D6】では③に危険の引受けの考え方がみられることからすると、免責条項がなくても、そもそも責任が否定されるべき事案と判決はみていたといえるかもしれないが、

判決は、あくまで、条項の効力から責任を否定しているので、やはり、人身損害についての責任を免責条項に基づき否定したものといつてよいだろう。

このように、裁判例では、人身損害について責任を契約によりあらかじめ免責することの不許容性がいくつかの裁判例において明言されていたものの、その不許容性が普遍的に認識されていたとはいいたい。

### （三） 債務法改正前の学説

こうした裁判例に対して、学説では、人身損害についての免責の可否について、ある程度詳細な議論がみられる。筆者のみるかぎりこの問題をはじめて論じたのはシュトルである。シュトルは、一九六一年に、『自己危険における行為』と題する著書のなかで、通説によれば、不法行為責任を法律行為によつて排除することは基本的に可能で、民法二七六条二項により故意についての責任だけはあらかじめ免除することができないとされるが、この見解は、人身損害についての不法行為責任の排除にかかわつては、疑問があるとする。シュトルいわく、身体の完全性という法益につき原則的に誰も処分権を有しないことは一般的に承認された理論であるが、この理論から、身体への重大な侵害についての同意の有効性が否定されるのに、身体への重大な侵害から生じる損害を対象とする責任放棄が否定されないというのは、自分には理解できない、と。シュトルはさらに、故意責任についてのみ免除を禁止する民法二七六条二項について、同項は債務不履行責任にのみ適用されると理解する。

これに続いて、ドイチュが一九七四年に「職業責任からの免責」と題する論説のなかで、通説に反対して、不法行為法を強行法と解する立場から、少なくとも生命や身体の保護が問題となるときは、免責は認められないとし、不法行為規範を任意法と解することは、人身損害に関するかぎり、身体、生命または健康を害された者の世話にかかわる

公の利益に反しもするであろうとする。

その後、ヴォルフがこの問題を詳細に論じ、以降の学説の展開を方向づけることになる。ヴォルフは、一九八〇年に、「約款における軽過失免責の諸禁止」と題する論説のなかで、約款規制法一条七号が重過失免責を無効とすることから、軽過失免責は許されると推論されるものの、実際には軽過失免責が許されない例外的場合があるとして、(1) 信頼保護の特別な必要がある場合、(2) 責任保険に加入できる場合、(3) 行為が生命や健康への危険を定型的にもなう場合の三つをいう。この(3)の場合について、ヴォルフは、損害予防および公正な損害分配は法律規制の本質的な基本思想に属する重要事項であるところ、軽過失についての責任は、重過失についての責任と異なり、十分な予防効果がないことなどから、軽過失免責は原則的に、損害予防思想の侵害とはみれないとしつつも、生命や健康といった重要な法益への危険が存する場合は損害予防は特に重要な事項なので、生命や健康への著しい危険を定型的にもなう行為での軽過失免責は、約款規制法九条二項一号違反であるとする。<sup>76</sup>

ヴォルフは、一九八四年にも、ヴォルフ他の約款規制法コメントルのなかで、右と同様に、生命や健康といった法益を損害賠償義務の存在を通じて保護することは、法秩序の放棄し得ない事項なので、軽過失についての責任排除は、生命および健康への定型的な危険が生じる行為義務を対象とするかぎりで、約款規制法九条二項一号との連携のもと民法二七六条および二七八条の基本思想により無効であるとしたうえで、判例は制限解釈により同様の結論を導くが、生命および健康への定型的な危険にかかわるかぎり、一義的に表現された責任免責であっても無効とされなければならぬとする。<sup>77</sup>

バズドゥも、一九九三年に、ミュンヘン民法コメントルのなかで、損害予防の見地から人身損害について免責を認めないヴォルフのこうした見解を支持する。すなわち、バズドゥは、非商人に対する関係での軽過失免責につ

き、約款規制法一一七号の反対解釈から軽過失免責が常に有効と推定されるべきではなく、約款規制法九条により、損害を調整する必要性、損害回避コスト（予防機能）、付保可能性などの基準によって判断される必要があるとしたうえで、免責条項は約款規制法九条二項一号にいう法律規制の本質的な基本思想に反することがあり得、制定法である責任法は、そのすべての細目がということではないにしても、約款規制における指導形象に属し、このことは、とくに重要なとりわけ非物質的な法益（生命、健康、名誉）の保護が問題となるところでは、損害予防が前面に出てくるので、大きな意味をもつとする。<sup>(82)</sup>

また、グラフ・フォン・ヴェストファーレンは、一九九三年に、『契約法および諸約款』と題する編書のなかで（当該部分の執筆者も同氏<sup>(83)</sup>）、憲法の規制内容から明らかなように、法益保護には序列があつて、人身損害のリスクは物的損害のリスクよりも高位にあり、なにかしらの附随義務の違反による財産損害についての法的保護が最下位にあること、人身損害のリスクをも対象とする責任免責条項は、約款規制法九条一項により無効であること、民法八二三条一項が身体、生命、健康の保護を保障していることにより、人身損害がつねに全範囲で補償されることが要求されることをいう。<sup>(86)</sup>

これらに対して、当時、人身損害についての免責を部分的に許容する論者も一部にみられなかったわけではない。たとえば、シュロツサーは、一九八〇年に、シュタウディングアの民法コンメンタールのなかで、責任排除か責任制限か、死亡か身体侵害かで区別して以下のようにいう。すなわち、約款規制法一一七号の反対解釈から軽過失についての責任免責は原則的に許容されるが、軽過失について書式による責任免責が許されない場合の一つとして、職業典型的な給付が特別の信頼関係に基いて求められる場合があり、人自身の世話についての契約は特別の信頼関係を基礎づけるので、入院契約、宿泊契約、旅行催行契約では軽過失の身体侵害についても責任排除は許されず（もつとも

適切に責任限定するのは許される。)、したがって、区別なしに身体侵害をも対象とする責任免責条項は全体として無効であるとし、また、約款使用者によって契約相手方の死亡が惹起されたときは、書式による全般的な免責は基本的に許されないが、身体侵害については、今日ほとんどの人に社会保険法上の健康保護があるので、重過失ある場合に責任を限定することは通常、許されるとする。

また、ツイークラーも、一九九〇年に、「約款における契約締結上の過失責任の制限」と題する論説のなかで、①軽過失責任はほとんど予防機能を有しないこと、②身体侵害については一般的には十分な社会保険法上の保護があること、③生命・健康・所有権といった完全性利益にかかわる損害はほとんど予見不可能で、約款使用者の保険費用は価格を通じて顧客が転嫁されることになることから、完全性利益についても約款による軽過失行為についての免責は許されるとする(もつとも、生命についてだけは留保を付し、最高位の法益である生命は代替不可能で保険に付することもできないとして、以上の論拠は完全にはあてはまらないとする)。

このように一部に異論がみられたものの、債務法改正前のこの時代、人身損害についての免責は許されないとするとする学説が、その後も相次いでいる。<sup>88)</sup>

そうしたなかで、一九九三年にEC不正条項指令が採択され、これを受けて、ドイツでは一九九六年に約款規制法が一部改正されたが、それは消費者契約に関する特則として二四条aを新設するなどしたにとどまり、この時点で、人身損害についての免責禁止は条文化されなかった。

しかし、学説では、人身損害についての免責は許されないとする立場が、通説としての地位を揺るぎないものとしていく。たとえば、ヴォルフは、一九九四年に、ヴォルフ他の約款規制法コンメンタールのなかで、また、ハインリヒスも、一九九七年に、パーラントの民法コンメンタールのなかで、EC不正条項指令の付表一号aは、健康や生

命の侵害についての責任は約款規制法九条二項一号により排除が許されないという約款規制法の解釈を強固にする。バズドゥも、二〇〇一年に、ミュンヘン民法コンメンタールのなかで、判例は人身損害についての責任免責を約款規制法九条二項一号により無効と幾度も解してきたが、この判例は、EC不公正条項指令によって欧州レベルの付加的支柱を得たと評し、さらに、グラーフ・フォン・ヴェストファーレンは、二〇〇二年に、「債務法改正後…責任免責・制限条項の新しい限界」と題する論説のなかで、民法三〇九条七号aにより、約款使用者は、最終消費者の身体、生命または健康への侵害を理由とする損害賠償責任を排除することは許されなかったが、このことはすでに債務法改正前から自明のことであって、なぜなら、EC不公正条項指令の付表一号がそうした場合の責任免責は不公正であると明示的に規定していたからであると説明する。<sup>96</sup>

もつとも、EC不公正条項指令が人身損害について免責を完全に禁止したことを問題視する指摘も一部にみられた。ケスター・ヴァルチェンは、一九九八年に、シュタウディングアの民法コンメンタールのなかで、レースや乗馬など危険なレジャーに消費者がかかわって事故が起きたとき、自動車保有者や動物保有者責任の責任（道路交通法七条や民法八三三条一文に規定される危険責任であって、故意・過失を要件としない——筆者注）でリスク配分が不適切に固定されてしまい、人身損害についての免責が、書式ではなく個別契約による場合でも（条件が個別に交渉されたのではないかぎり）排除できないとされるのは、私的自治への広範な介入であって大いに問題であるとする。<sup>99</sup>

#### （四）民法三〇九条七号aの新設

二〇〇二年施行の債務法改正により民法三〇九条七号にaが新設されて、人身損害についての責任から約款により免責することが、対消費者取引に限ってではある（民法三一〇条一項一文）が、禁止された。

ここで関連する民法の条文の文言を紹介しておく。

民法三〇七条（内容規制）は、一項において、

「約款の規定は、約款使用者の契約相手方を信義誠実の命令に反して不適切に不利にする場合は無効である。不適切に不利にするとは、当該規定が明瞭で理解容易とはいえないことによっても生じうる」と規定し、二項において、

「規定が、

1 逸脱される法律規制の本質的な基本思想と相容れない、または、

2 契約の性質から生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危うくされるほどに制限する場合は、疑わしきときは不適切に不利にするものと認定されなければならない」

と規定する。これは、一項に、透明性の要請をいう後段を追加したうえで、約款規制法九条を受け継いだものである。また、民法三〇九条（評価余地なき条項禁止）は、七号（生命、身体、健康の侵害の場合および重大な過責の場合の責任排除）において、「法律規定からの乖離が許される場合であつても、」まずa（生命、身体、健康の侵害）として、

「約款使用者の過失的な義務違反に、または、約款使用者の法定代理人または履行補助者の故意的または過失的な義務違反に基づく生命、身体または健康の侵害による損害についての責任の排除または限定」

それからb（重大な過責）として、

「約款使用者の重過失的な義務違反に、または、約款使用者の法律上の代理人もしくは履行補助者の故意的もしくは重過失的な義務違反に基づくその他の損害についての責任の排除または限定

は、約款では無効である。…」

と規定する。これは、文言を若干改めたうえで約款規制法一条七号をbとして受け継ぎ、そこにaを追加したものである。<sup>(10)</sup>

そして、民法三一〇条（適用範囲）は、一項において、

「三〇五条二項および三項ならびに三〇八条および三〇九条は、事業者、公法上の法人または公法上の特別財産に対して使用される約款に対しては、適用されない。一文の場合において、三〇七条一項および二項は、三〇八条および三〇九条に挙げられた契約規定を無効ならしめるときでも適用され、その際は、商取引において妥当する慣習および慣行を適切に考慮しなければならない」

と規定する。これも、文言を若干改めたうえで、約款規制法二四条を受け継いだものである。<sup>(11)</sup>

なお、民法三〇九条七号には適用除外規定があつて、右に紹介した部分に続けて、同号三文は、市街電車、トロリーバスおよび路線交通の自動車について旅客運送法により認可された運送条件および運賃規則にある責任制限については、一九七〇年二月二七日の市街電車交通、トロリーバス交通および自動車による路線交通の一般運送約款についての命令から旅客に不利に乖離するのでないかぎり、同号のaもbも適用がないことを規定する。この適用除外規定は約款規制法の当時からすでにあり、債務法改正により新たに付加されたものではない（約款規制法二三条二項三号としてあつたのが、債務法改正により位置が変わつて、民法三〇九条七号に統合された）。債務法改正にあつては、EC不公正条項指令がこうした適用除外をもたないので、こうした例外を認めることが許されるのかどうか疑問も呈されたが、この適用除外規定という責任制限は拘束力のある法律規定に基づくもので、問題ないとされ、約款規制法時代からのこの適用除外規定は維持された。もつとも、人身損害についての免責は、もともと旅客運送法二三

条によって禁止されていると解されるため、この適用除外規定によって人身損害について免責が許容されるものではない。<sup>(10)</sup>

話しをもとに戻そう。一九九三年にEC不正条項指令が採択されて、人身損害について免責が禁止された当時、学説では、この禁止を(同様に約款規制法を上回る保護を内容とする他のいくつかの条項禁止とともに)、ドイツ法に受け容れることを真摯に検討すべきであるとする指摘が複数みられた。<sup>(11)</sup>しかし、ドイツの立法者はこの禁止を国内法化しようとはしなかった。約款規制法一〇条および一条の無効条項カタログは、EC不正条項指令が不正と解されるとした条項のカタログに完全に一致するものではないが、指令の条項カタログは指示的なものでしかないので、約款規制法の改正は必須ではないとされたのである。<sup>(12)</sup>立法者のこのような態度は、学説から、適応を意識的に放棄したと評され、人身損害についての免責禁止が国内法化されなかったことに学説では賛否が分かれていた。

すなわち、シュミット・ザルツァーは、一九九五年に、「EC不正条項指令のドイツ法および約款規制法への転換(個別問題)」と題する論説のなかで、約款規制法一〇、一条と指令の条項カタログとの間には広範な内容の一致がみられるものの、部分的には差異があり、その最たるものが免責条項について、指令によれば、人身損害については、責任排除条項も責任制限条項も全般的に、不正と解され得、軽過失責任についての責任からの免責は許されないことにならうので、この点では、指令は、約款規制法一条の条項カタログに比べてより厳しいが、だからといって、ドイツの立法者は、約款規制法の責任排除・制限条項についての条項カタログ規制を変更する必要はなく、なぜなら、ドイツの判例は、今後、不正性という基準を適用していくなかで、人身損害については、指令の付表一号aを指向することができるからであるとし、約款規制法一〇、一条の条項カタログが改訂されないのはそのかぎりでは正当であるとする。

これに対して、ヘンセンは、二〇〇一年に、ウルマー他の約款規制法コンメンタールのなかで、EC不正条項指令の付表一号aは約款規制法が責任制限を許容する範囲を明らかに超えるのだから、立法者は約款規制法を改正する義務があつたとする。

そうしたなか、債務法改正によりようやく、人身損害についての免責の禁止が条文化されたのである。民法三〇九条七号aの新設は、このようにEC不正条項指令の国内法化のためであつたが、同号aの目的は、顧客の身体的完全性への危険を回避することであり、この法益は、特に重要であることから、また、侵害を金銭により補償しても限界があることから、強力な保護を受けるなどと学説では説明される。

前々節(二)、前節(三)でみたように、すでに債務法改正前から、学説上（また、学説におけるほど普遍的にはなかつたものの、いくつかの裁判例においても）、人身損害についての免責は許されることがいわれていたから、民法三〇九条七号aの新設により法状況が変わつたわけではない。<sup>(10)</sup>しかし、同号aによる免責禁止は、実務的には、債務法改正にとりもなう約款規制の変更で重要なことの一つであるといわれる。<sup>(11)</sup>すでに約款規制法のもとで、約款使用者は、法律上の規制を自分に有利に変更する余地が、消費者に対する関係でも事業者に対する関係でも小さくなつていたが、債務法改正により、対消費者取引ではそのような余地はもはや残されておらず、対事業者取引でもさらに小さくなつたといわれ、なかでも免責条項は法的に無意味になつたと評された。<sup>(12)</sup>

#### 四 債務法改正後

##### (一) 債務法改正後の裁判例

それでは、この新しい民法三〇九条七号aのもとで、裁判例や学説はどのような動きをみせたか。免責条項について民法三〇九条七号aへの適合性が問題とされた裁判例としては、筆者のみるかぎり、以下がある。

【D8】フランクフルト・アン・デア・オーダー・ラント裁判所二〇〇三年七月二二日判決<sup>(12)</sup>（住宅賃貸借約款条項使用差止請求事件） 住宅賃貸借契約のいくつかの約款条項の使用差止めを、賃借人の利益擁護団体が求めた事案において、賃貸人は、エレベーターにかかわる事故を理由とする賃借人の損害賠償請求権については、いかなる種類の事故であれ、故意または重過失ある場合についてしか責任を負わないとする条項の効力が問題となった。判決は本件条項につき請求を認容するが、それに際して、軽過失についての責任排除は、身体および生命への危険が定型的に生じる行為をも対象とするかぎりで、民法二七六条および二七八条の基本思想によつて、民法三〇九条七号aにより無効であるとし、その理由として、損害賠償義務の存在を通じてこれらの法益を保護することは法秩序の放棄不可能な事項であること、<sup>(13)</sup> いわゆる本質的な義務についての責任免責は、軽過失についても契約目的を危険にさらすところ、エレベーター設備をきちんと危険のないように維持し、賃借人の健康や生命に危険や侵害が生じないようにすることは賃貸借契約の本質的な義務であることをいう。<sup>(14)</sup>

【D9】シュトウツトガルト上級ラント裁判所二〇〇四年四月二日判決<sup>(15)</sup>（馬購入代金返金等請求事件） 購入した馬が離断性骨軟骨症を患っていて買主が契約解除による代金返還等を求めた事案において、契約が重過失および故意を除きあらゆる責任ないし瑕疵担保について責任を排除していることの効力が問題となった。判決は、本件条項は、物の瑕疵による責任とこれに関連する損害賠償請求権のみを排除する趣旨なので、民法三〇九条七号aに違反しないなどとして、請求を棄却する。

【D10】ハム上級ラント裁判所二〇〇五年二月一〇日判決<sup>(16)</sup>（中古車売買契約解除事件） 中古の乗用車の売買で瑕疵を理由に買主が売主に対し契約を解除を求めた事案において、瑕疵担保責任を排除する契約条項の効力が問題となった。判決は、瑕疵の存在を認めただうえで、本件条項は、人身損害や重過失についての責任をも対象としていてBGB三〇九条七号aおよびb違反により全体として無効であるとして、売主が本件条項を援用することを認めず、請求を認容する。

【D11】デュッセルドルフ・ラント裁判所二〇〇五年一〇月五日判決<sup>(17)</sup>（旅行社約款条項使用差止請求事件） 旅行社の約款条項の使用差止めを、不正競争撲滅を目的とする団体が求めた事案において、主給付義務違反以外の契約上の義務違反の場合は、旅行社は故意または重過失があるときのみ責任を負い、また、責任は旅行代金額に、いずれにしても予見可能で典型的な損害に制限されるとする条項の効力が問題となった。判決は、本件条項は民法三〇九条七号のaにもbにも違反するとして請求を認容するが、それに際して、旅行社は旅行媒介契約により注意義務や助言義務をも負い、これら義務への違反があると、顧客の生命、身体、健康に損害が生じることも考えられる（たとえば旅行に健康

上必要とされる事柄についての説明にかかわつて」ところ、民法三〇九条七号aは、過失による説明義務違反についても責任排除を禁じているとする。

【D12】連邦通常裁判所二〇〇九年二月二六日判決(旅行代金返金等請求事件) 旅行者が旅行給付の瑕疵を理由に旅行主催者に対し旅行代金の一部払戻しと休暇の時間を意味なく過ごしたことを理由とする賠償を求めた事案において、旅行約款中の、旅行者の契約上の請求権の消滅時効期間を法定よりも短く一年とする条項の効力が問題となった。判決は、BGB三〇九条七号aおよびbという責任制限には法定の消滅時効期間の短縮による損害賠償請求権行使の時的制限も該当し、本件条項は、旅行の瑕疵による責任を、生命、身体、健康の侵害による損害や旅行主催者ないしその履行補助者の重過失の場合を除外することなく全般的に排除しているので、同号違反により無効であるとし、原判決(本件条項による時効消滅を認め請求を棄却していた。)を破棄し、旅行の瑕疵についての審理を求めて事件を原審に差し戻す。

いづれも、人身損害が生じていて、責任からの免責を受けようと免責条項が援用されたという事案ではない。人身損害が生じる場面で、責任からの免責を定める条項が用いられることは、少なくともってきているのかもしれない。

なお、ドイツでは、効力維持的縮減、すなわち、法律規定に違反し許されない約款条項を、当該法律規定に違反せず許される限界にまで縮減的に解釈することで当該条項の効力を維持することは、基本的に許されないとするのが判例・通説なので(許されるとする反対説もある)。<sup>⑩</sup>【D10】や【D12】の判決のように、当該事案では人身損害についての免責が問題となっているわけではないのに、そこでの約款条項が、人身損害についての免責をも内容とするがために民法

三〇九条七号a違反として無効とされることがある。

## （二） 債務法改正後の学説

学説はどうか。人身損害について免責が禁止されたことに対して、筆者のみるかぎり、批判はみられないよう<sup>⑭</sup>で、学説の関心はすでに、この禁止が及ぶその射程距離いかに移っている。以下に簡単にみておこう。

まず、民法三〇九条に規定された条項禁止は、条文中、対消費者取引に限って適用されるものとされる（民法三〇一条一項一文）<sup>⑮</sup>が、対事業者取引でも人身損害についての免責は禁止されるか。プファイファーは、二〇〇三年に、「新しい債務法——約款法における新しい指導形象」と題する論説のなかで、生命、身体、健康という法益が最高位にあることは、契約相手方が事業者であつても異ならないし、重過失免責を禁止するBGB三〇九条七号bについては、<sup>⑯</sup>あれば、判例は、対事業者取引で少なくとも徴表的意義はありと認めているので、BGB三〇九条七号aは対事業者取引でも類推適用されるべきであるとする。もつとも、プファイファーは、その一方で、この対事業者取引への適用云々は、相手方である事業者が例外的に自然人である場合にしか問題になつてこない（被害者として典型的に考えられるのは契約相手方の従業員だが、従業員の請求権は、約款使用者と契約相手方との間に有効な約款によっては排除されない）と指摘する。人身損害についての免責禁止が対事業者取引でも妥当するかについては、このように、あまり問題にならないとしつつも、これを肯定するのが学説における多数である。<sup>⑰</sup>

それから、民法三〇九条七号aは、条文の文言上、明示的に過失責任のみを対象として、人身損害についての免責の禁止をいう。EC不公正条項指令の付表一号aは故意・過失の有無を問題とせず、危険責任をも対象として免責を禁止したと解されるので、ドイツ法の解釈として、故意・過失を要件とはしない危険責任についても、人身損害につ

いての免責は許されないと解すべきかが問題となる。この点については、危険責任についても、民法三〇七条二項一  
号により、やはり免責は許されないとする学説がみられる<sup>15)</sup>。

さらに、人身損害についてだけでなく、自由や一般的人格権などの他の高度に人格的な法益についても、民法三〇  
九条七号aの類推適用により、免責を許さないこととするこの可能性がいはれる。すなわち、クリステンセンは、  
二〇〇六年に、ウルマー他の約款法コンメンタールのなかで<sup>16)</sup>、これら法益への加害は金銭賠償によつては部分的にし  
か償えないだけに、このことが考慮に値するとする。もつとも、結論としては、一般的人格権では総合考慮が必要に  
なるので、柔軟性にまさった三〇七条を適用するのがよいであろうとする。

このようにみえてくると、人身損害についての免責禁止は、その射程距離いかにしてなお議論はあるものの、こ  
の禁止そのものはドイツにおいて受容されたといえる。債務法改正を受け、約款条項をどのような文言とすべきか実  
務向けに解説するいくつかの論説<sup>17)</sup>では、免責条項が全部無効とされないよう<sup>18)</sup>、条項には、人身損害は責任排除や制限  
の対象外であることを明確に規定すべきであるとされる。人身損害が生じる場面で、責任からの免責を定める条項が  
用いられることは、もはやなくなつてくるであろう。

## 五 むすびに代えて

ドイツにおいて、人身損害についての免責が禁止されるにいたつた経過を以上のとおりみてきた。そこでまず気付  
かされるのは、人身損害についての免責を許さないのがかねてより判例・通説であると評されてきたが、それが学説  
主導型であつたことである。

すなわち、人身損害について免責が許されないことを明言する裁判例は多くはなく、それも下級審のものだけで、理由付けもさほど詳細ではなかった。これに対して、学説では、シュトルが先陣を切ってこの問題を論じ、人身利益の処分不可能性から、人身損害についての賠償責任が放棄不可能なことを導く。その後、ドイチュが、不法行為責任を（通説に反対して）強行法規と理解する特殊な立場からではあったが、人身損害について免責は許されないとし、これに続いてヴォルフが、損害予防の見地を強調しつつこの問題を詳細に論じてその許されないことをいう。これにバズドゥが続き、また、グラーフ・フォン・ヴェストファーレンが法益保護の序列を指摘して、やはりその許されないことをいう。

もつとも、学説上一致してその不許容性がいわれていたわけではなかったし、裁判例でも人身損害について免責を認める結果となる判断を下すものも一部にみられた。しかし、学説では、その後は、人身損害について免責を許さないのが判例・通説であるとして、このことが当然視されていく。そうしたなかで、一九九三年にEC不正条項指令が採択され、人身損害についての免責は許されないとする立場は、ドイツにおいて、揺るぎのないものとなったのである。

ドイツにおいて、人身損害についての免責は許されないといわれるとき、その実質的な理由であったのは、おおよそ次の二つ、すなわち、(1)人身利益の処分不可能性と、(2)損害予防の必要性とであったと集約できよう。(1)はシュトルによって、(2)はヴォルフやバズドゥによってそれぞれ援用されたところである。

しかし、(1)人身利益の処分不可能性から、人身への侵害は契約相手方（被害者）の承諾があっても許されないとすることはいえても、不幸にして実際に人身が侵害を受けたときに発生する損害賠償請求権（財産権でしかなく、処分不可能な人格権ではもはやない。）の免除が許されないかどうかは別論であるように思われる。

これに対して、(2)損害発生を予防する必要性は、たしかに、免責が有効とされて事故が起きても損害賠償責任を負わなくてもよいのであれば、事業者によつては、事故が起きて被害を及ぼさないよう、手間やコストを惜しまずに可能なかぎり最大の予防措置を講じようというインセンティブが働かず、いい加減な対応がされるといふことも考えられよう。その意味では、損害予防の必要性から、かけがえのない生命・身体という人格利益への侵害については、損害賠償請求権のあらかじめの免除を認めないというのは、発想としてそれなりに理解できるところである。しかし、損害賠償責任の事実上の機能の一つとして損害発生を予防があることはその通りであるものの、やはり損害賠償責任の本質は生じた損害の填補であつて、筆者としては、損害予防の必要性から人身損害についての免責を一律に無効と解することにはなお躊躇せざるを得ない。<sup>14)</sup>

このようにみえてくると、ドイツで、人身損害についての免責が禁止されるにいたつたのが必然であつたのかどうか。もちろん、EC不正条項指令の国内法化が義務づけられている以上は、その意味では必然であつたといえなくもないが、民法三〇九条七号aが異論もなく立法されたのは、人身損害については免責は許されないとのが判例・通説であるとの認識が基礎にあつたことが大きかつた。通説であつたことはたしかにその通りであろうが、しかし、その拠つて立つところがそれほど盤石であつたとは思えないのである。

わが国でも、人身損害についての免責は許されないとする立場が一般的になりつつある。しかし、人身損害について免責が許されないといわれるときにその理由としてながいわれてきたのかをみたとき、人身損害というだけで一律に免責を許さないこととするのは必然ではないように思うのである。免責条項に対する内容規制では、債務者側の帰責性の軽重のほか、免責の範囲(責任の完全排除が部分的な制限か)、免責を許さないとしたときの債務者側の負担やこれに対する自衛可能性、免責を許したときの契約相手方(被害者)側の保険その他による自衛可能性、免責によ

り給付の価格が低廉になっているのか等々の事情を考慮してその有効無効を判断していくことになるが、そうした総合考慮のなかで人身損害についても免責の可否を判断していくのが妥当ではないか。

（注）

- (1) 一部を免除するとは、損害賠償責任を一定の限度に制限し、一部のみの責任を負うことをいう（消費者庁企画課編『逐条解説 消費者契約法 第二版』（平成二二年）一八四頁）。損害賠償額の上限を定めたり、基準額を定めるなどがその典型である。これに対して、たとえば人的損害については責任を負うが、物的損害については負わないという条項は、物的損害については全部を免除しているもので、一部免除には該当せず、全部免除として消費者契約法八条一項一号により無効となる（前掲『逐条解説 消費者契約法 第二版』二〇三頁）。また、たとえ一部の責任を負うと特約していても、額があまりに低い場合も、全部免除としてやはり同号により無効と解すべきであろう（前掲『逐条解説 消費者契約法 第二版』二〇一頁は、損害賠償責任の九〇％を免除する条項は、消費者の利益を一方的に害する条項として同法一〇条により無効となりうるとする。）。
- (2) 債務の履行に際してされた不法行為による責任の免責についても同様である（消費者契約法八条一項三・四号）。
- (3) なお、条項が軽過失についての責任を一部免除するのであれば、常に有効というわけではない。契約条項の内容審査のため的一般規定である同法一〇条があるため、そのような場合でも、同条の意味で消費者の利益を一方的に害するのであれば、無効となる（消費者庁企画課編・前掲（注1）『逐条解説 消費者契約法 第二版』一八五頁）。
- (4) 本稿では、責任の全部を免除する責任排除と、責任の一部だけを免除する責任制限とを総称するものとして免責という語を用いることとする。
- (5) たとえば、売買契約についての、売主の担保責任免除特約の効力を制限する民法五七二条（同条は、民法五五九条により、他の有償契約にも準用される。）など、個別の法規定であれば若干存在する。
- (6) たとえば、債務者自身の故意についての免責特約は無効だが、重過失については場合により、履行補助者の故意・過失については差し支えないとするもの（我妻栄「新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）」（昭和三九年）一〇一、一一一頁。債務者自身の重過失については、責任免除特約の効果は疑問としつつも、過失の軽重についての紛争を避けることを目的とし、債務者が不当

に責任を免れる意図を有さない場合は有効と解してよいとする。)、故意について無効なのはもちろんだが、重過失についても原則無効と解すべきで、軽過失についても場合により、たとえば損害により場合分けして財産損害については免責有効だが、人身損害については免責無効とすべきであるとするもの(星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論) 補訂版』(昭和五六年)六一〜六二頁)などがみられた。もっとも、現在では、故意・重過失についての免責条項は無効であることが当然視されているといわれる(奥田昌道編『新版 注釈民法 100Ⅱ 債権(1) 債権の目的・効力(2)』(平成三年)二一七〜二八頁(北川善太郎・潮見佳男執筆))。

(7) 窪田充見『不法行為法 民法を学ぶ』(平成一九年)二五五頁を参照。

(8) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9.12.1976, BGBl. I S. 3317. この法律については、さしあたり、河上正二「約款とその司法的規制(一)」法学協会雑誌一〇二巻四号(昭和六〇年)二六〜二七頁他(同「約款規制の法理」(昭和六三年)二六頁他に所収)、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法 改訂普及版』(平成一年)を参照。

(9) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896, RGBl. S. 195.

(10) 条文の文言は、関連する同法九条をも併せて、三(一)で紹介する。なお、これら規定の制定過程については、さしあたり、拙著『契約による過失責任の免責(三)——ドイツにおける司法的内容規制の展開——』早稲田法学六八巻二四号(平成五年)四四〜七一頁を参照。

(11) 対事業者取引での重過失免責も、一般条項である約款規制法九条の内容審査により無効と解される可能性が条文中留保されている(同法二四条二文)、実際、対事業者取引でも、自身のまたは指揮的職員の重過失については免責は許されないと解されていた。指揮的でない補助者の重過失については、免責の可否が争われていたが、やはり免責は許されないとする裁判例や学説が一部にみられた(さしあたり、石田編・前掲(注8))『注釈ドイツ約款規制法 改訂普及版』二〇九〜二一〇頁(山本宣之執筆) Jürgen Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2001, § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 28; Helmut Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 61. Aufl. 2002, § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 38-39a; Michael Coester, in: Straudinger, Kommentar zum BGB, 13. Bearbeitung 1998, § 9 AGBG Rn. 345-346; Dagmar Coester-Walfjen, in: Straudinger, 1998, § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 39; Horst-Diether Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2001, § 11 Nr.

7 Rn. 29-39; Manfred Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 7 Rn. 44-58を参照<sup>9)</sup>。

なお、一九七七年四月一日に約款規制法が施行された当初は、同法一条などによる条項禁止は対商人取引に適用除外とされていた（同法二四条一文）が、一九九八年に、商法改正法（Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz - HRefG) vom 22.6.1998, BGBl. I S. 1474) 二条により、商人（Kaufmann）が、これよりもより広い概念である事業者（Unternehmer）に置き換えられた。債務法改正による新民法もこれを引き継ぎ、条項禁止は対事業者取引に適用除外とされる（新民法三二〇条一項一文）（*よこあたり*、Peter Ullmer und Carsten Schäfer, in: Ullmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 11. Aufl. 2011, § 310 BGB Rn. 11-12; Manfred Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 310 Abs. 1 BGB Rn. 6を参照<sup>9)</sup>）。

- (12) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.
- (13) 条文の文言は、三画で紹介する。
- (14) 古くには、広瀬久和「免責約款に関する基礎的考察（研究報告）」私法四〇号（昭和五三年）一八七頁、星野・前掲（注⑥）『民法概論Ⅲ（債権総論）補訂版』六二頁がある。二(二)で改めて紹介する。
- (15) 清水真希子「人身損害の免責条項、裁判管轄条項、仲裁条項、準拠法条項」消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析（別冊NBL二二八号）』（平成二二年）五五〜六六頁。
- (16) ドイツ語原文では *mißbräuchliche Klauseln* などで（フランス語原文でも *les clauses abusives* である）、「濫用条項と訳出すべきであろうが、英語原文では *unfair terms* などで、日本語への多くの訳出例にならうって、本稿では不公正条項と訳出した。谷本圭子「ドイツでの『消費者契約における濫用条項に関するE.G指令』国内法化の実現——約款規制法（AGBG）改正法の成立・施行——」立命館法学二四七号（平成八年）五〜六頁注四、石原全「ドイツにおける約款規制法の改正」一橋大学研究年報法学研究三〇号（平成九年）八頁注六をも参照。
- (17) Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABIEG, Nr. L 95 (1993), S. 29-34. この指令を扱った邦語文献として、河上正二・大村敦志「EC消費者関連指令（仮訳）——最近の二つ

の重要指令(資料)「NB L五三四号(平成五年)三四、四一〜四五頁、新美育文「消費者契約における不正条項に関するE C指令の概要と課題」ジュリスト一〇三四号(平成五年)七八〜八八頁、松本恒雄・鈴木恵・角田美穂子「消費者契約における不正条項に関するE C指令と独英の対応」一橋論叢一一二巻一号(平成六年)一〜二二頁、ユルゲン・クンツ/鈴木恵訳「消費者契約における不正条項に関するE C指令とそのドイツ国内法化」関東学院法学六巻一号(平成八年)一三一〜一四五頁、谷本・前掲(注10)立命館法学二四七号一〜四三頁、石原・前掲(注10)一橋大学研究年報法学研究三〇号三〜四二頁、松本恒雄「消費者取引における不正な契約条項の規制——EU指令との対比で見た日本法の現状——」『民法における「責任」の横断的考察(伊藤進教授還暦記念)』(平成九年)三七〜五八頁、鹿野菜穂子「不正条項規制における問題点(一)」「(二)——EU加盟各国の最近の動きを手掛かりに——」立命館法学二五六号(平成一〇年)二〇〇〜二三一頁、二五七号(平成一〇年)一〜二三頁、石田編・前掲(注8)『注釈ドイツ約款規制法 改訂普及版』三三一〜三三八頁(神谷遊訳)、イブニルイ・サージュ/原田智枝訳「消費者契約における不正条項に関するE C指令——本指令はその目的を達成できるのか」鹿野菜穂子・谷本圭子編『国境を越える消費者法』(平成二二年)一八一〜二二三頁がある。

(18) 下民集一八巻五・六号六四一頁、判時四八四号二一頁、判タ二〇七号二〇三頁。

(19) 判決は、このことをいうに際し、①運送人の責任制限の企業経営上の必要性ないし合理性、②これを禁ずることが必ずしも一般乗客にとつて有利とはいえないこと(乗客の収入の多寡により賠償額を異にすると、巨額な賠償債務に備えて運賃が高額になり、比較的少額な賠償しか得られない大衆の負担のもとに高額所得者に賠償されることになりかねないし、責任制限を認めても乗客は任意保険により損害填補を図り得る)、③国際条約等でも運送人の有限責任が認められていることを指摘する。また、判決は、運送人ないしその使用人の故意または重過失により損害が発生した場合は、責任制限条項の援用は許されないとする。

(20) 判決は、このような観点によるべきなのは、約款が企業者の一方的設定にかかるもので、乗客は事実上その適用を強制されるに近いことの反面であるとする。

(21) 判時一三〇八号二八頁。

(22) 判決は、そのほか、自動車事故等では損害賠償額に限度がないこと、約款は企業が一方的に決定するもので旅客の側に契約内容の選択・変更の余地がないことを指摘する。

- (23) 判時一五四号一〇四頁。
- (24) 判時一七一六号八九頁、判タ一〇三四号一六〇頁。
- (25) 判タ一〇七四号二一九頁。
- (26) なお、会社側は、軽過失による損害についての免責の限度で免責条項は有効であるとも主張したが、判決は、インストラクターには重過失があるので、かりにそのように解釈しても、責任は免れないとする。
- (27) 判時一八四三号八頁。
- (28) 判決は、主催者らが主張するレース参加者の自己責任についても、主催者らの無過失・不可抗力により発生した事故についての自己責任でしかなく、主催者らの故意・過失により発生した事故についてまでドライバーが損害賠償請求権を放棄したとするのは相当でないとする。
- (29) 加藤一郎「医師の責任」『損害賠償責任の研究 上（我妻先生還暦記念）』（昭和三二年）五二四～五二五頁。医療の現場での誓約書等につき、人身損害についての免責であることを理由に免責の効力を否定するこうした立場を支持するものとして、落合威「免責約款」根本久編『裁判実務体系 第一七巻 医療過誤訴訟法』（平成二年）四九頁、助立明・中井英雄編『医療過誤法』（平成六年）六九頁（高島英弘執筆）、大谷實『医療行為と法 新版補正第二版』（平成九年）九三頁がある。
- なお、医療の現場での誓約書等による免責の可否を扱った裁判例としては以下があり、いずれも免責を否定するが、人身損害についての免責であることを理由とするわけではない。大阪地裁昭和三七年九月一四日判決（下民集一三卷九号一八五二頁、判時三一四号一二頁）（誓約の趣旨は、病気には医師の最善の努力にも拘らず不測の事態の生ずることあることを認め、そのような際苦情を言わない、という趣旨のもの：であつて、：不法行為についてまでもその損害賠償請求権を抛棄する：とは到底解せられない。仮りに、そのように解すべきものとするならば、その限度において右誓約は公序良俗に反し無効とする。）（控訴審の大阪高裁昭和四〇年八月一七日判決（判時四二八号六一頁）も、右原判決をそのまま引用する。）、静岡地裁浜松支部昭和三七年一月二六日判決（下民集一三卷一二号二五九一頁）（誓約書は単なる『例文』の類：であつて急迫した病苦に喘ぐ患者から斯かる誓約書を徴して自己の過失の責を免れんとするのは失当で：効力を認めることはできない』とする。）、その控訴審判決である東京高裁昭和四二年七月一日判決（判時四九六号四五頁）（誓約書は開胸手術を受けようとする患者が手術の直前に：差入れたもので、：病院側の過失を予め宥恕し、或いはその過失に基づく損害賠償請求権を予め放棄した：と解

することは、他に特別の事情がない限り、患者に：酷に失し衡平の原則に反する：から、免責は認められないとする。

- (30) なお、人身損害についての免責であることを明示的に理由とするものではないが、すでに大正九年に手術承諾書による免責の効力を否定するものがみられる（山崎佐『医事法理学』（大正九年）四二五～四二六頁）。同書は、当事者といえども、不法行為をあらかじめ承諾することは公序良俗に反すること（これを認めると不法行為を奨励しかねない）、すでに発生した損害賠償請求権を放棄するのは有効だが、診療前は、損害賠償請求権は発生していないので、放棄は不可能なことをいう。

- (31) 星野・前掲（注(6)）『民法概論Ⅲ（債権総論）補訂版』六二頁。

- (32) 広瀬・前掲（注(14)）私法四〇号一八七頁。

- (33) 山下友信「約款による取引」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座 第四卷 企業取引』（昭和六〇年）二七頁。

- (34) 山本豊「免責条項の内容的規制のための基準について」私法四九号（昭和六二年）二二四頁（同『不当条項規制と自己責任・契約正義』（平成九年）一五五頁に所収）。

- (35) 潮見佳男『債権総論Ⅰ（債権関係・契約規範・履行障害）第二版』（平成一五年）四一五頁。同書は、さらに、警備契約や介護契約など人身保護そのものを目的とする契約では、引き受けられた人身保護の範囲を超えるものについては、免責の余地を認めることに合理性があるようにも見えるが、しかし、その場合でも、事業者の故意・過失による人身侵害を免責することは、被害法益の重要性から不当との判断に傾くとする。同旨の論述は、潮見佳男・角田美穂子「不当条項リストをめぐる諸問題」河上正二ほか『消費者契約法——立法への課題——（別冊NBL五四号）』（平成一二年）一七二～一七三頁、奥田編・前掲（注(6)）『新版 注釈民法（10）Ⅱ 二四五頁（北川・潮見執筆）』にもみられる。

- (36) 加藤雅信「債務不履行の諸問題」（新民法体系Ⅲ 債権総論 第12回）法学教室二八二号（平成一六年）七六頁（同『債権総論（新民法体系Ⅲ）』（平成一七年）一六九頁に所収）。ただし、通常の医師が引き受けたがらない危険な手術をする契約等、軽過失免責に一定の合理性がある場合は有効とする。

- (37) 窪田・前掲（注(7)）『不法行為法』二五四頁。被害者の同意があれば、生命や身体への侵害の場合も不法行為責任は免除されるが、同意の完全性、真摯性が必要で、免責約款では同意があったとはいえないとする。

- (38) そのほか、藤田寿夫「債務不履行責任とその免責条項（特集 強行法と任意法——債権法規定と異なる合意・特約の効力）」法学セミナー六八四号（平成二四年）六頁は、被侵害利益の重大性から、過失により生じた人身損害を免責する特約は公序良

俗に反しないかが問題になるとする。また、清水・前掲（注⑮）『消費者契約における不当条項の横断的分析』六三、六五頁は、生命・身体に関する利益は合意によって処分できないと解するのであれば、人身損害の責任免除制限条項は無効と解することになるとする。

(39) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者契約法（仮称）の具体的内容について——国民生活審議会消費者政策部会中間報告と関連資料——』（平成一〇年）八、五二頁。無効とされる不当条項リストに、人身損害についての事業者の責任を排除または制限する条項を挙げるべきであるとする。

(40) 近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編『消費者契約法の改正——もっと使える消費者契約法を目指して——』（第二七回近畿弁護士会連合会大会シンポジウム第一分科会 基調報告書）（平成一七年）四頁。「消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者の生命又は身体に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項」についても同様である（同項四号の二）。なお、責任の全部を免除する条項は、損害の種類を問わず無効とされる（同項一号、三号）。

(41) 近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編・前掲（注④）『消費者契約法の改正』三六～三七頁。

(42) 近畿弁護士会連合会消費者保護委員会平成二二年度夏期研修実行委員会編『消費者取引法試案——統一消費者法典の実現をめざして——』（消費者法ニュース別冊）（平成二二年）七三頁。現行法が人身損害について特別の扱いをしていないのは問題であるとする。その理由は示されていない。

(43) 平成一九年度消費者契約における不当条項研究会「平成一九年度消費者契約における不当条項研究会報告書（内閣府平成一九年度消費者契約における不当条項の実態に関する調査請負事業報告書）」（平成二〇年）五頁。http://www.consumer.go.jp/kankaihourei/keiyaku/sankou/file/houkokusyo.pdf（平成二四年一月三十一日閲覧） 消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析（別冊NBL二二八号）』（平成二二年）の一七九～二八二頁にも資料として収録されている。

(44) ただし、個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を内容規制の対象から除外する方向性があり得ることを留保する。

(45) ただし、法令により損害賠償責任が制限されているときは、それをさらに制限する部分についてのみ、条項使用者の相手方の利益を害するものとみなす。

(46) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針（別冊NBL二二六号）』（平成二二年）一一一～一二二、一一三

〜一四頁。

- (47) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲(注46)『債権法改正の基本方針』一一五頁。同編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般(1)』(平成二年)一二三〜一二四頁をも参照。
- (48) 債務法改正前の民法二七六条二項は、故意による責任を債務者に対してあらかじめ免除することはできないことを、二七八条二文は、履行補助者の故意・過失による債務者の責任には二七六条二項が適用されないことをそれぞれ規定していた(債務法改正後も、二七六条二項が同条三項に繰り下がっただけで、これらの規定はそのまま引き継がれている)。ドイツ民法のこのような立場の由来については、さしあたり拙著『契約による過失責任の免責(一)—ドイツにおける司法的内容規制の展開—』早稲田法学六六巻四号(平成三年)二二〜四〇頁を参照。
- (49) Guido Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注③), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 6.
- (50) Norbert Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht. Binnenmarkt und Verbraucherinteresse, 2. Aufl. 1993, S. 264.
- (51) スウェーデンがEC不公正条項指令の国内法化として、この付表を法文化せず、法律案の理由書に注釈付きで取り入れたこととまる(鹿野・前掲(注17)立命館法学二五六号二二四頁を参照)。ことの、加盟国としての義務違反性が争われた事案において、欧州司法裁判所二〇〇二年五月七日判決(EuGH (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften), Urt. v. 7.5.2002, Rechtssache C-478/99, Sammlung der Rechtsprechung 2002, S. I-04147 = EuZW 2002, 465-466 mit Anm. von Thomas Pfeiffer)は、付表は、不公正と解され得る条項の網羅的ではない指示的なりすとであって(リストに挙げられた条項が必然的に不公正と解されるのではない)、反対に、リストに挙げられていない条項が不公正と解されることもあり得、また、付表のリストは国内官庁が条項の不公正性について決定するに際しての裁量の余地を制限するものではない。このリストは指令三〇七条から生じる請求権を超える請求権を消費者に認めるものではないので、国内法規定の構成部分とされなければならないというものではないなどとして、義務違反を否定する。この判決については、さしあたり、今野裕之「EC不公正条項指令と国内法化の不備(ECC企業法判例研究65)」国際商事法務三二巻八号(平成一九年)一〇八六〜一〇八八頁を参照。
- (52) この付表のリストの法的性格については、さしあたり、新美・前掲(注17)ジュリスト一〇三四号八一〜八二頁、松本ほか・前掲(注17)一橋論叢一一二巻一号三〜四頁を参照。
- (53) 松本ほか・前掲(注17)一橋論叢一一二巻一号一四頁注七を参照。

- (54) EuGH, Urt. v. 27.6.2000, verbundene Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98, Sammlung der Rechtsprechung 2000, S. I-04941 = DB 2000, 2056-2058 mit Anm. von Ansgar Straudinger = EuZW 2000, 506-508 = EWIR 2000, Art. 3 RL 93/13/EWG, 783 (LS) mit Anm. von Robert Freitag = JZ 2001, 245-246 mit Anm. von Andreas Schwarze.
- (55) 合意による管轄を定めた契約条項（消費者と業者との間の契約に「個別に交渉されることなく取り入れられていた。」の公正性が問題となった事案である。判決は、本件条項がEC不正条項指令の付表の一号qにあたることとすうえて、国内裁判所は、EC不正条項指令の前または後に発布された国内法規定を適用するに際しては、これを、可能なかぎり、指令の文言および目的を顧慮して解釈しなければならず、指令適合的解釈の必要性から、とりわけ、国内裁判所は、みずからの管轄が公正な条項によって約定されているときは、みずからの管轄を職権により否定することを可能ならしめる解釈を優先させる必要があることを判示する。この判決については、さしあたり、野村秀敏「EC不正条項指令と合意管轄条項（EC企業法判例研究50）」国際商事法務三二巻五号（平成十五年）六八五〜六九一頁を参照。
- (56) 二〇〇二年施行の債務法改正により廃止された時点での文言で紹介してある。紹介した部分で、一九七七年の約款規制法施行当初と内容的に異なっている点として、二四条（人的適用範囲）のところで適用除外が対商人取引から対事業者取引へと拡大されたことがある。注(II)を参照。
- (57) NJW 1979, 2355-2356 = VersR 1979, 1016. 下級審判決だが、確定している。
- (58) 本件は、約款規制法施行前の事案である。当時の良俗違反理論や信義誠実原則による免責条項に対する内容規制については、さしあたり、拙著・前掲（注(48)）早稲田法学十六巻四号四一〜四三頁、拙著「契約による過失責任の免責（二）——ドイツにおける司法的内容規制の展開——」早稲田法学六七巻三号（平成四年）一〜四頁を参照。
- (59) 判決はここで、次節(III)で紹介するドイチュの論説（Erwin Deutsch, Freizeichnung von der Berufshaftung, VersR 1974, 305）が、のちに紹介する部分の直前で、医師、歯科医、薬剤師、病院は通例、責任を制限せず、医師や病院では職業倫理感や信頼の待受けといった理由から、免責への思いが生じなかったとするのを援用する。
- (60) NJW-RR 1988, 1082-1083.
- (61) 当時の民法二七六条は、債務不履行につき、債務者は、別段の定めがないかぎり、故意および過失について責任を負うことを定めていた（現行規定は文言は変更されたが、内容は基本的に変わらない）。民法二七八条は履行補助者の故意・過失につ

いて債務者の責任を定める（当時も今も同様である）。

- (62) 判決はこゝで、ヴォルフの論説 (Manfred Wolf, Freizeichnungsverbote für leichte Fahrflüssigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1980, 2440)・ヴォルフ他の約款規制法コンメンタール中のヴォルフの論説 (Manfred Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Kommentar, 1984, § 11 Nr. 7 Rn. 30)・ウルマー他の約款規制法コンメンタール中のハンヤンの論説 (Horst-Diether Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, Kommentar, 5. Aufl. 1987, Anh. §§ 9-11 (Sportsstudios) Rn. 671) を援用する。こゝずれも次節④で紹介する。

- (63) DB 1989, 2065-2066 = NJW-RR 1989, 1333-1335. 下級審判決だが、確定している。

- (64) NJW-RR 1995, 1467-1468.

- (65) 判決はこゝで、前掲 (注⑥) [D4] シュトゥットガルト上級ラント裁判所一九八八年四月二二日判決を援用する。

- (66) そのような裁判例として、以下がある。人身損害についての免責は許されないと直接、判示したものではないが、学説で人身損害についての免責は許されないと主張される(次節④でみる。)ときに、こうした裁判例も、本文に掲げた裁判例とならんで援用されることがあるので、目についたものだけではあるが、こゝで併せて紹介しておく。

連邦通常裁判所一九五八年一〇月二一日判決 (BB 1958, 1224 = NJW 1959, 38-39) 電気の配線工事の瑕疵により乳牛が感電死し、その所有者が電力会社に対し損害賠償を求めた事案において、電気供給約款中の免責条項の効力が問題となった。判決は、本件条項は、電気供給の途絶等による顧客の損害を対象とし、本件のような積極的債権侵害により顧客の物件に発生した損害を対象とし、請求を認容する。

連邦通常裁判所一九六九年六月一八日判決 (NJW 1969, 1708-1710 = NJW 1969, 2043 (LS) mit Anm. von Ulrich Loewenheim) 新車の買主が車の欠陥で事故になったと主張して、売主であるディーラーに対し損害賠償を求めた事案において、売買契約約款の責任排除条項の効力が問題となった。車は売主のもので引渡検査が実施されていたのであるが、判決は、本件条項は引渡検査には及ばない、引渡検査はディーラーが最大限の注意をもって実施していると買主が信頼することがもし許されないのなら、引渡検査は買主にとって意味をもたないであろう、ディーラーは、そうした注意義務への違反による請求権から免責されることを欲するなら、明瞭で誤解のない規定でもってそのことを表示しなければならなかったなどとして、本件条項による責任排除を認めず、原判決 (本件条項による責任排除を認め、また、主張の欠陥がすでに引渡時にあったことの証明がな

いなどとして請求を棄却していた。）を破棄し、事件を原審に差し戻した。本判決については、拙著・前掲（注⑩）早稲田法学六八巻三・四号四〇頁注八五をも参照。

連邦通常裁判所一九六九年七月二日判決（*NJW* 1969, 1903-1905） 電気を供給する郡企業局の従業員の配線誤りで火事になったと主張して、おもちゃ工場の工場主が郡に対し損害賠償が求めた事案において、電気供給約款中の免責条項の効力が問題となった。判決は、本件条項は、電力会社が惹起したすべての損害について一般的に免責するものではなく、瑕疵ある契約履行による損害についての免責でしかないところ、本件で問題となっているのはそのような損害ではなく、積極的契約侵害の結果、顧客の物件に直接及ぼされた損害なので、被告は、本件条項を援用できないとして、請求をその根拠につき正当と認める。

ミュンヘン第一ラント裁判所一九七二年一〇月六日判決（*VerfR* 1974, 377-378） 排気装置の取付けの瑕疵でトラックが炎上し、積荷等の損害をトラック所有者に填補した運送保険会社が取付作業にあたった自動車修理業者に対し損害賠償を求めた事案において、いかなる法的根拠によるものであれ、積極的債権侵害や不法行為も含めて、直接および間接のすべての損害について責任は排除され、責任は引き渡された修理依頼物件への損害に限定されるとする約款条項の効力が問題となった。判決は、本件条項により被告が負担するリスクの小ささと依頼者に転嫁されるリスクの大きさ、危険の支配可能性、依頼者の専門知識の欠如などから、本件条項は信義誠実原則に反し無効であるとし、請求を認容する。本判決については、拙著・前掲（注⑤）早稲田法学六七巻三号六七頁注五四をも参照。

連邦通常裁判所一九七六年七月一三日判決（*VerfR* 1976, 1175-1177） 柵で囲われ公衆が自由に入れる動物公園で、子どもと訪れた利用者が販売機で買った餌をグマジカに与えていたところ、突然グマジカに角で突き倒され、負傷し、公園を経営する市に対し損害賠償を求めた事案において、入場は自己の危険においてされるとする掲示中の指示の効力が問題となった。判決は、本件指示は気付くのが困難で、原告が本件指示を読んでいたとは認定できず、また、本件状況のもとでは、本件指示が、不注意に行わないようにとの一般的な警告を超える意味をもつかどうか疑わしく、さらに、市は、動物公園への来訪や餌やりなどを通じての動物との接触を市民に促す一方で、来訪者が動物により損害を被ったときはあらゆる責任から免れようとするのは矛盾的行為なので、掲示による責任排除を援用することは許されない権利行使であろうなどとして、責任排除を認めず、過失相殺により半額につき請求を認容する。

連邦通常裁判所一九七八年二月一日判決 (WM 1978, 515-518) 天然ガスへの転換工事に際して配管工事の瑕疵によりガス爆発が起きて住民が死亡し、工事を実施させた市に対し遺族が損害賠償を求めた事案において、ガス企業は供給の途絶や異常を可能な限りすみやかに除去するよう努めるが、(定められた発熱量や圧力から乖離した場合も含め)値引きや損害賠償は決してないこと、ガス企業は、顧客の設備を検査したことあるいは検査しなかったことで、また、顧客の設備を管網に接続したことで責任を引き受けるものではないことなどを規定する市企業局の約款条項の効力が問題となった。判決は、前者の条項はガス供給の途絶等による損害についての賠償請求権を排除するもので、本件では適用されないし、後者の条項は、ガス企業の供給設備やこれないしこれへの作業に由来する損害には適用されないなどとして、本件条項による責任排除を認めず、請求をその根拠につき正当と認める。

連邦通常裁判所一九七八年四月十九日判決 (BGHZ 71, 226-234 = MDR 1978, 837-838 mit Anm. von Egon Schneider = VersR 1978, 737-739) 上水道が大腸菌で汚染されていてひどい消化不良を患ったと主張して、住民が給水事業連合に対し慰謝料の支払いを求めた事案において、故意ある場合を除き、事業連合に対する損害賠償請求権は、給水の制限、中断、水圧の変化、水質その他の理由によるものも含めて排除されるとする約款条項の効力が問題となった。判決は、原告が主張するように、もし給水管が最初から不適切に敷設され、約束された給付がきちんと提供されることがまったくできなかったのであれば、本件条項は適用されないし、かりに行き止まりの支管に問題はなかったが、被告による年二回以上の間隔での洗浄が必要であったとしたなら、被告はこの監視義務違反については、機関または指揮的職員に重過失があったときは、本件条項を援用できず、そこでは、可能な限り細菌のない水を供給することの重要性にかんがみ、給水企業の注意義務には厳しい要求が課せられるとする(第一審判決が本件条項により請求を棄却していたのを、原判決は、本件条項は設計の瑕疵や重過失での監視義務違反を対象としないとして破棄し、事件を第一審に差し戻していたが、本判決は、原審は請求権の原因についてみずから判断すべきであったとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した)。本判決については、拙著・前掲(注⑩)早稲田法学六八巻三・四号二二二二三頁、四〇頁注八五をも参照。

連邦通常裁判所一九七八年七月五日判決 (NJW 1978, 2241-2243) 中古車の買主が、以前の所有者が正しくないタイヤを装着していたことが原因で事故になり、売主に対し損害賠償を求めた事案において、売買目的物について保障はしない、解除、代金減額、損害賠償の請求権は存しないなどとする約款条項の効力が問題となった。判決は、不法行為の成立を肯定し請求を

認容するが、それに際して、被告が機械の状態に問題がないと明示的に保証していたことから、被告は、にもかかわらず損害賠償請求権から自己を免責させ、保証を価値なきものにしてしまうというなら、そのことを誤解のないように明示しなければならず、本件条項は、少なくとも本件の特殊性のもとでは、その種の包括的な責任排除として十分でないとする。

ミュンヘン上級ラント裁判所一九八〇年一月二四日判決（BB 1980, 96） プールの利用者が、清掃時に用いられた洗剤ですべりやすくなっていた段階で転倒し、プールを経営する地方自治体に対し慰謝料の支払いを求めた事案において、施設への入場・利用は自己の危険においてされるものとし、施設の瑕疵に起因する人身ないし物的損害について自治体が責任を負うのは機関や従業員に故意・重過失がある場合に限られるとする施設の条例の効力が問題となった。判決は、本件条項は一義的ではなく、階段の清掃に際しての社会安全義務違反という本件事例を十分な明確性をもって対象としているとはいえず、本件の責任原因は条項という施設の瑕疵にあたらぬなどとして、本件条項の援用を認めず、自治体の責任を肯定する。

連邦通常裁判所一九八二年二月一六日判決（VerfSt 1982, 492 f. 965） レジャー施設のプールで当時一四歳六か月の少年がプール用イカダから飛び込んで水底に頭を打ち、横断麻痺の障害が残り、施設経営者らに対し損害賠償を求めた事案において、プールの利用は自己の危険においてされるものとし、もし損害が生じても責任は負わないとする揭示の効力が問題となった。判決は、不法行為の加害者が揭示などで明らかにした要求に対し、不法行為の被害者が明示的に異議を唱えていなかったからといって、そのことから直ちに、社会生活上の基本的な安全確保義務への違反についての責任追及を放棄したとみることはできないこと、信義誠実により補充的契約解釈がかかってくるので、被害者が責任のことを考えていなかったというだけで責任排除を否定することはできないにしても、とくに本件でのように生命や健康への危険が問題となつているところでは、そのような補充的契約解釈は大いに抑制的でないならばならないこと、補充的契約解釈により責任追及の放棄を肯定するには、社会生活上の安全確保義務を負っている者からのすべてのリスクを引き受けよとの要求を被害者は衡平上、拒めないということの確認が必要となること、本件ではこのことはあたらぬこと、むしろ逆に、レジャー施設の経営者に社会生活上の基本的な安全確保義務違反があつた場合は責任リスクの被害者への転嫁は許されないと、イカダの安全確保に瑕疵があればそのような違反であること、信義誠実に反しているのは、施設経営者に対して請求を行う原告ではなく、レジャー施設の利用を促しておきながら、あらゆる責任からみずからを免れさせようとする経営者の方であることから、本件揭示による責任排除を否定する（原判決も本件揭示による責任排除を否定し、過失相殺のうえ請求をその根拠につき正当と認めていたが、本判決は、施設経営者

は、イカダを別の被告であるライフガード団体に譲っており、それにもかかわらずイカダにつきなお社会生活上の安全確保義務を負っていたのかどうか原審は十分な認定をしていないなどとして、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。)

ケルン上級ラント裁判所一九八八年一月九日判決 (NJW 1990, 776-777) 自費診療の患者が麻酔事故で死亡し、遺族が大学病院他に対して損害賠償を求めた事案において、大学病院の入院約款中の、報酬請求の権限がある教授およびその受任者による自費診療により惹起された損害については病院の責任から除外されるとする条項の効力が問題となった。判決は、本件条項は不意打ち効のある異常なもので、責任排除条項は、患者の健康の保護を旨指す診療契約の指導形象に原則的に矛盾し、リスク負担を許されないうかたちで移動させるので、本件条項は契約内容となっていない、責任を変更する条項をもしそれでも有効と解するのであれば、当該条項の存在と射程距離とを患者に明示的に指示しなければならぬが、本件ではそのような指示を欠いているなどとして、麻酔医と病院に対する請求を認容する。

ハム上級ラント裁判所一九九一年一〇月一〇日判決 (NJW-RR 1992, 243-244) フィットネススタジオのいくつかの約款条項の使用差止めが求められた事案において、顧客は施設を自己の危険において利用し、フィットネスセンターは重過失および軽過失の場合は責任を負わない、会員にフィットネスセンターに対する賠償請求権が認められる場合は、フィットネスセンターは、加入している責任保険の枠内で責任を負い、それ以上の損害賠償請求権は排除されるとする条項の効力が問題となった。判決は請求を認容するが、本件条項について、軽過失の事例に限ったとしても、約款規制法九条違反により無効であるとする(その理由は示されていない)。

トリーア・ラント裁判所一九九二年一〇月二九日判決 (NJW 1993, 1474-1476) ロックコンサート参加者のうち約三〇名が大音響で聴覚障害を起し、そのうち一人が主催者に対し損害賠償を求めた事案において、入場券裏面に、物的損害および身体損害について責任を負わないと印刷されていたことの効力が問題となった。判決は、被告は、聴衆の聴覚に対する危険に対し少なくとも重過失で目をつぶり、原告の予想し得べき健康損害を防止するのに必要で可能な措置をとらなかったとしたうえで、被告は、入場券裏面のこの小さく印刷された刷込みでもって社会安全義務違反による損害賠償責任を排除できないこと、判読困難で、対応する掲示もなかったこの刷込みは、契約への組入れ要件(約款規制法二条一項)を満たさず、契約内容となり得ないこと、聴衆が主催者のこうした要求に黙示的に服したと認定することは、基本的な社会安全義務の違反による責任の場合、できないこと、責任排除は、聴衆が信義誠実に反するやり方で不適切に不利にされるので、約款規制法九条一項にも反

することを判示し、慰藉料請求をほぼ認容する。

連邦通常裁判所二〇〇〇年九月二七日判決（NJW 2001, 292-302）自動車メーカーの連盟が推奨する新車販売約款につきいくつかの条項の使用差止めを消費者保護団体が求めた事案において、軽過失の場合、売主は制限的に責任を負う、責任は、損害が保険給付を上回り、第三者損害が自動車保有者のための責任保険についての法律の枠内で賠償されない場合にのみ存在する、そこでの責任額は、自動車保有者の責任保険についての法律によるその時々々の最低保険額に制限されるとする条項の効力が問題となった。判決は、本件条項は身体および生命の侵害の場合にも約款使用者の責任を制限するので、契約相手方を不適切に不利益にすると思われるが、この点については決定を要しないなどとしたうえで、いずれにしても、本件条項は、透明性の要請に反し約款規制法により無効であるとして、請求を認容する。

- ハンブルク上級ラント裁判所二〇〇一年六月六日決定（MDR 2001, 1106-1107 mit Anm. von Klaus Lützenkirchen）賃借家屋の平屋根等木の欠陥で浸水し家具が損傷したので、賃借人が賃借人に対し損害賠償を求めた事案において、賃借物件の瑕疵により物的ないし財産損害が生じても、賃借人は故意または重過失がある場合にしか責任を負わないものとし、軽過失で惹起された物的ないし財産損害について賃借人の責任を排除する契約書式の効力が問題となった。決定は、その遵守が契約のきちんとした履行をはじめて可能にするところの契約義務について、違反の責任を約款により制限することは、当該義務の空洞化を招くので約款規制法九条二項二文により許されないとするいわゆる極要義務論を展開し（この理論については、さしあたり、拙著・前掲（注⑩）早稲田法学六八巻三・四号六（二七頁を参照））、賃借人の保守義務はこの極要義務にあたることとして、住居賃貸借契約の契約目的には居住者がそこに滞在する権利だけでなく、私物を住居に持ち込みそこで保管することができることも含まれるところ、屋根等木に損傷があると、居住者は、生命および健康ならびに居住空間の喪失の危険のみならず、持ち込んだ物品への損傷の危険にさらされるので、本件条項は約款規制法九条に反するとする（本件条項を無効として請求を認容しようとした原審が、本件条項の有効性について法的決定を求めてきたのに対し、本決定は右記のように判断した。）。
- (67) Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz (AGBE), Bd. 2 (Entscheidungen aus dem Jahre 1981), Nr. 70 zu § 11 Nr. 7 = BB 1981, 1851-1852 mit Anm. von Alfred Gerauer = NJW 1981, 1963. 下級審判決だが確定した事。
- (38) Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz (AGBE), Bd. 5 (Entscheidungen aus dem Jahre 1984), Nr. 56 zu § 9 = VersR 1984, 1053-1054. 下級審判決だが確定した事。

- (69) VersR 1983, 1164-1165. 下級審判決だが確定している。
- (70) [D] 20 Helmut Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 52. Aufl. 1993, § 9 AGBG Rn. 43<sup>7</sup> [D6] 20 Helmut Heinrichs, in: Palandt, 61. Aufl. (注⑩), § 9 AGBG Rn. 43をそれぞれ参照。
- (71) Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1961, S. 274 Fn. 1. この著書を紹介する邦語文献として、前田達明「Hans Stoll著『自己危険にもとづく行為』(紹介)」法学論叢八五巻四号(昭和四四年)六八〜九八頁(同『判例不法行為法』(昭和五三年)二二一〜二七一頁に所収)があるが、本文に掲げた部分は紹介されていない(八五頁(「判例不法行為法」二五五頁に所収)を参照)。
- (72) Deutsch (注⑨), VersR 1974, 305.
- (73) なお、ドイツでは、民法典制定前の一時期、損害賠償責任を強行法と解する立場が一定程度支持されていた。拙著「一九世紀ドイツにおける過失責任の免責——強行法理論をめぐる判例での議論を中心に——」『民法学と比較法学の諸相』Ⅲ(山崎正男・五十嵐清・藪重夫先生古稀記念)(平成一〇年)一五五〜一八五頁を参照。
- (74) ドイツ語は「ここで、ヴィントシャイトのパンデクテン教科書中のキップの論述(Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 455 Nr. 12, S. 975-976 (bearbeitet von Theodor Kipp))」シホタウディングの民法コンメンタール中のヴェルナーの論述(Alfred Werner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 1930, § 276 IV, S. 292-293)「自己危険における行為」と題するシュタルの著書(Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr (注⑩), S. 274 Nr. 1)を同旨であるとして、これらを援用するが、キップの論述は「ローマ法において、アクイリア法(Lex Aquilia)に基づく不法行為は非故意行為でも成立し、有責性は不注意で足りること(さしあたり、春木一郎「Lex Aquiliaニ付テ」鳩山秀夫編『私法論集』(土方教授在職二十五周年記念)(大正六年)一九〇頁、乾(前田)達明「不法行為法についての一考察」——違法性と過失をめぐって——」法学論叢八巻四号(昭和四二年)二七頁注七を参照——筆者注)を述べるもので、また、ヴェルナーの論述は、すでにドイツ普通法(gemeines Recht)では、過失責任の契約による軽減が、契約外の(不法行為)責任についても許されるのが争われていて、民法典についても八二三条(不法行為についての規定で、一項が他人の生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利を違法に侵害した者はこれにより生じた損害を賠償する義務を負うことを、二項が他人の保護を目的とする法律に違反した者は同様の義務を負うことをそれぞれ規定する——筆者注)の責任を契約により軽減できるかと

いう同様の問題があり、ライヒ裁判所一九〇八年四月二四日判決 (RGZ 68, 358-367 = JW 1908 Nr. 38, 465-467) (運河当局の過失で係柱にきちんと固定されていなかった汽船が解に衝突して解が損傷し、損害賠償が求められた事案において、運河管理当局の運河水先案内人他の職員に過失があっても、ライヒは船舶が被った損害の賠償義務を負わないとするヴェルヘルム皇帝運河 (現在のキール運河) 営業規則一条二項の効力が問題となった。判決は、民法八二三条の責任は契約によって排除することはできないとして、本件条項を無効とする——筆者注) がこれを否定に解していることを述べるもので、いずれも、人身損害について免責が許されるかどうかを論じたものではない。

(75) ドイチュは、一九七六年にも『責任法 第一巻 一般理論』と題する著書のなかで (Erwin Deutsch, Haftungsrecht, Bd. 1: Allgemeine Lehren, 1976, § 20 III 4, S. 333) 同様の趣旨を述べる。

(76) Wolf (注②), NJW 1980, 2433-2440.

(77) ヴォルフは、軽過失責任が法秩序の放棄不可能な基本事項となる法益としては、まず第一に、生命および健康が考えられるとし、それに際して、ドイチュの論説 (Deutsch (注⑤), VersR 1974, 305) を援用する。

(78) ヴォルフは、ここで、いくつかの裁判例を挙げるが、いずれも人身損害 (ないしその危険) が生じた事案ではあるものの、人身損害についての免責は許されないと直接、判示したものではない。挙げられた裁判例は、前掲 (注⑥) 連邦通常裁判所一九五八年一〇月二二日判決、前掲 (注⑥) 連邦通常裁判所一九六九年六月一八日判決、前掲 (注⑥) 連邦通常裁判所一九六九年七月二日判決、前掲 (注⑥) ミュンヘン第一ラント裁判所一九七二年一〇月六日判決、前掲 (注⑥) 連邦通常裁判所一九七八年二月一五日判決、前掲 (注⑥) 連邦通常裁判所一九七八年四月一九日判決、前掲 (注⑥) 連邦通常裁判所一九七八年七月五日判決、前掲 (注⑥) ミュンヘン上級ラント裁判所一九八〇年一月二四日判決である。

(79) Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher (注②), § 11 Nr. 7 Rn. 30.

(80) ヴォルフは、こゝで、自著の論説 (Wolf (注②), NJW 1980, 2440) を援用し、また、(生命でなく) 身体侵害の場合について反対に解する説として、このあと紹介するシュタウディンガーの民法コンメンタール中のシュロツサーの論述 (Peter Schlosser, AGB-Gesetz (Sonderausgabe des AGBG aus Staudingers Kommentar zum BGB, 12. Aufl.), 1980, § 11 Nr. 7 Rn. 44) を挙げる。ヴォルフは、また、ここでいくつかの裁判例をも挙げるが、裁判例はいずれも人身損害 (ないしその危険) が生じた事案ではあるものの、前掲 (注⑦) [D1] シュトゥットガルト上級ラント裁判所一九七七年一月二七日判決を除き、人身損

害についての免責は許されないと直接、判示したのではない。挙げられた裁判例は、前掲(注66)連邦通常裁判所一九六九年六月一八日判決、前掲(注57)[D1]シュトゥットガルト上級ラント裁判所一九七七年二月七日判決、前掲(注66)連邦通常裁判所一九七八年二月一五日判決、前掲(注66)連邦通常裁判所一九七八年四月一九日判決、前掲(注66)ミュンヘン上級ラント裁判所一九八〇年一月二四日判決、前掲(注66)連邦通常裁判所一九八二年二月一六日判決である。

(81) Jürgen Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1993, § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 104, 107.

(82) バスドゥは、ここで、前掲(注63)[D5]カールスルーエ上級ラント裁判所一九八九年八月二三日判決と、付随的に前掲(注60)

[D4]シュトゥットガルト上級ラント裁判所一九八八年四月二二日判決、前掲(注66)ハム上級ラント裁判所一九九一年一〇月一〇日判決、ヴォルフの論説(Wolff(注62), NJW 1980, 2440)とを援用する。

(83) Friedrich Graf von Westphalen, in: ders. (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Loseblattsammlung, 1993, Freizeichnungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit Rn. 58-59, 95.

(84) グラーフ・フォン・ヴェストファーレンは、ここで、前掲(注60)[D4]シュトゥットガルト上級ラント裁判所一九八八年四月二二日判決、前掲(注63)[D5]カールスルーエ上級ラント裁判所一九八九年八月二三日判決、前掲(注66)ハム上級ラント裁判所一九九一年一〇月一〇日判決を援用する。

(85) 同項については、注(74)を参照。

(86) グラーフ・フォン・ヴェストファーレンは、一九八五年に、同書のもととなったレーヴェ他の約款規制法コメントールのなかでも(Friedrich Graf von Westphalen, in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. 3: Einzelklauseln und Klauselwerke, 2. Aufl. 1985, Freizeichnungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit Rn. 33)「また、一九八三年に、「約款規制法九条による軽過失の場合の責任免責・責任制限条項の有効性限界」と題する論説のなかでも(Friedrich Graf von Westphalen, Die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit gem. § 9 AGB-Gesetz, WM 1983, 980)「本文に掲げたうちの前段と同様のことをすべし」と述べた(ただし、根拠条文は約款規制法九条二項一号ないし二号であった)。

さらに、グラーフ・フォン・ヴェストファーレンは、一九九〇年に、同年一月一日に施行された製造物責任法(Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz - ProdHaftG) vom 15.12.1989, BGBl. I S. 2198)を扱った

「新しい製造物責任法」と題する論説のなかでも（Friedrich Graf von Westphalen, Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1990, 91）「今般、同法一四条は同法による製造者の損害賠償責任が強行規定であることを規定したが、責任免責が約款規制法九条の評価基準のもとで有効かどうかは争いがあるものの、製造物の欠陥が健康や身体への侵害を招く場合は、責任免責条項は約款規制法九条二項一号により認められるべきでないとし、その理由として、肉体や生命、健康の保護は憲法の価値秩序のなかで高位にあり、約款条項での責任免責がこの価値決定に反することは許されないことなどをいう。

なお、一九九〇年一月一日施行の製造物責任法の一四条が製造物責任からの免責を禁止した趣旨は製造物利用者の保護にあった（BTDruks 11/2447, S. 25）が、対商人取引でも、また、約款でなく個別の約定による場合にもこの禁止が及ぶものとされたことからは、行を過ぎつはなしかとの批判もある。ちよあたり、Rüdiger Krause, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 14 ProdHaftG § 14 Rn. 1; Gerhard Wegner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, ProdHaftG § 14 Rn. 1-2を参照。

(87) Schlosser, AGBG (注⑩), § 11 Nr. 7 Rn. 37, 40, 44.

(88) Christoph Eduard Ziegler, Die Beschränkung der Haftung aus culpa in contrahendo in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1990, 234f.

(89) そのような学説については、たとえば以下がある。Helmut Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 46. Aufl. 1987, § 9 AGBG Anm. 6(c)(dd)（軽過失についての責任排除が約款規制法九条により無効となる場合のことについて「約款使用者の相手方の健康または生命が侵害される場合を挙げる」）; Hensen, in: Umer/Brandner/Hensen, 5. Aufl. (注⑫), Anh. §§ 9-11 (Sportstudios) Rn. 671（スポーツスタジオの約款につき「事業者は「器具の欠陥による軽過失で惹起された健康損害についても責任を負わなければならないとする」）; Hendrik Hefernehl, in: Emaan, Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 1989, § 9 Rn. 316（スポーツセンターの約款につき「顧客の健康や生命が危険にさらされたり侵害されたりしないよう施設や器具を管理すべきこととした状態に置くべき義務は、「契約の性質上、本質的な義務であり、この義務からの免責は許されないとする」）; Coester, in: Staudinger, 1998 (注⑬), § 9 AGBG Rn. 340（約款使用者が「顧客の生命および健康について特別の責任を負っているとき」は「免責は無効であり、生命および健康の保護義務は、原則的に、約款規制法九条二項二号にいう本質的な義務であるとする」）。

(90) Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung vom 19.7.1996, BGBl. I S. 1013.

- (91) ドイツの約款規制法が消費者契約か否かを問わず、約款を規制するのに対し、EC不正条項指令は消費者契約を対象とし、両者は規制対象を異にする。そこで、指令の国内法化に際し、消費者契約に関して、指令に対応した規制を留意することとしたのが二四条aである(さしあたり、谷本・前掲(注⑩)、立命館法学二四七号一〜四三頁、石原・前掲(注⑩)、一橋大学研究年報法学研究三〇号三〜四二頁、鹿野・前掲(注⑩)、立命館法学二五六号二二〜二四頁、石田編・前掲(注⑧)『注釈ドイツ約款規制法 改訂普及版』三一五〜三一九頁(谷本圭子執筆)を参照)。
- (92) Manfred Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1994, Anh. Nr. 1a EG-Richtlinie Rn. 14.
- (93) Helmut Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 56. Aufl. 1997, § 24a AGBG Rn. 26.
- (94) Basedow, in: MünchKommBGB, 4. Aufl. (注⑩), § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 4.
- (95) Friedrich Graf von Westphalen, Nach der Schuldrechtsreform: Neue Grenzen für Haftungsfreizeichnungen- und Haftungsbegrenzungsklauseln, BB 2002, 210.
- (96) ツラフ・フォン・ヴェンスタマーレンのこの論述は、対消費者取引を前提としたものだが、同氏は一九九七年に「商人取引における責任免責・制限条項の不奏功」と題する論説のなかで(Friedrich Graf von Westphalen, Die Nutzlosigkeit von Haftungsfreizeichnungen- und Haftungsbegrenzungsklauseln im kaufmännischen Verkehr, DB 1997, 1807)「人身損害に ついて免責が許されることは、対商人取引でも同様に妥当するべきである」。
- (97) Coester-Walfjen, in: Staudinger, 1998 (注⑩), § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 38.
- (98) Straßenverkehrsgesetz vom 19.12.1952, BGBI. I S. 837.
- (99) もともと「ケスター・ヴァルチェン」は「これに続けて、指令が人身損害について免責を禁止したことは約款規制法の改正を迫るものではなく、責任の制限や排除の問題は約款規制法九条により判断され、そこでは、以上の基本思想を考慮する余地があるべきである」。
- (100) BTDrucks 14/6040, S. 153-154; Thomas Lapp und Erwin Salamon, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 307 Rn. 2; Michael Coester, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 307 Rn. 1; Manfred Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5. Aufl. (注⑩), § 307 BGB Rn. 3.
- (101) BTDrucks 14/6040, S. 156; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑩), § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 5. ㊦㊧

「契約違反」が「義務違反」に改められ、また、契約締結上の過失についての一節が削除された。

- (102) BTDrucks 14/6040, S. 160; Jürgen Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 310 Rn. 2; Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5. Aufl. (注⑩), § 310 Abs. 1 BGB Rn. 3.
- (103) Personenbeförderungsgesetz (PBefG) vom 21.3.1961, BGBl. I S. 241.
- (104) Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27.2.1970, BGBl. I S. 230.
- (105) 路線交通の運送契約の内容は、原則的に、本文に挙げた一九七〇年二月二七日の命令によって決せられ、運送条件は契約としての性質を有しないので、そのかぎりで約款規制法による規制はかかってこないが、路線交通において、一般運送約款から乖離した特別の運送条件が認可官庁の同意のもと用いられるとき、この特別の運送条件は私法上の約款であって、約款規制法による内容規制に服するところ、この適用除外規定をもって、この命令や旅客運送法にみられる、本来は約款規制法一一条七八号によっては許されないはずの責任制限を、特別の運送条件において可能にする趣旨であった(Peter Schlosser, in: Straudinger, 1998 (注⑪), § 23 AGBG Rn. 26; Norbert Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, 4. Aufl. (注⑫), § 23 Rn. 200; Jürgen Basedow, in: MünchKommBGB, 4. Aufl. (注⑬), § 23 AGBG Rn. 31; Peter Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl. (注⑭), § 23 Rn. 40)。
- (106) BTDrucks 14/6857, S. 16; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑮), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 8.
- (107) BTDrucks 14/6857, S. 52; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑯), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 8; Basedow, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. (注⑰), § 310 Rn. 31 をも参照。EÜ不公正条項指令一条二項は、「拘束力のある法規定」または「加盟国やEÜが——特に運送領域で——当事者である国際条約の規定や原則に基づいて、本指令の規定は適用されない」と規定する。
- (108) 同条は、「物的損害についての責任」との見出しのもとに「事業者は、物的損害についての責任を各旅客に対し、損害が一〇〇ユーロを超えず、故意または重過失によらないかぎりで、排除することができる」と規定し、これを受けて、本文に挙げた一九七〇年二月二七日の命令の「四条が「責任」との見出しのもとに、事業者は、旅客の死傷および旅客の携行品への損害につき、一般規定により責任を負うこと、事業者は、物的損害については、各旅客に対し最大一〇〇〇ユーロまでしか責任を

負わないが、当該物的損害が故意または重過失によるときはこの責任限定は適用されないことを規定する。旅客運送法二三条は、一九六一年の制定当初、その一項一文において、「事業者は、人身損害について旅客に対して負う責任を排除することはできない」と明文をもって規定していたが、一九九〇年六月二十八日の第三次法訂正法 (Drittes Rechtsbereinigungsgesetz vom 28.6.1990, BGBl. I S. 1221) 二八条によりこの部分は削除された。すでに一九七八年一月四日の責任法 (Haftpflichtgesetz vom 4.1.1978, BGBl. I S. 145) 七条などが人身損害についての責任排除を禁止していたので、運送法において改めて禁止を規定する必要はなごうられたのである (Michael Bauer, Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, 2010, § 23 Rn. 2)。

(90) Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, 4. Aufl. (注⑩), § 23 Rn. 200 を参照。

(10) 適用除外を定める規定としては、他にも民法三二〇条二項があり、同項は、三〇八条および三〇九条は、供給条件が、料金表顧客への電気、ガス、遠隔暖房の熱および水の供給のための約款についての(諸)命令から顧客に不利に乖離しないかぎり、特別需用家への供給網からの電気、ガス、遠隔暖房の熱および水の供給についての契約には適用されないとする。特別需要家はかりに消費者であったとしても、料金表顧客よりもより大きな保護を要するものではないので、供給事業には特別需要家向けの約款を一般供給約款に合わせたものとする自由が認められるべきであるとの考えによる。これも、文言を若干改めたうえで、約款規制法二三条二項二号を受け継いだものである (BTDruucks 14/6040, S. 160; Basedow, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. (注⑪), § 310 Rn. 12; Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5. Aufl. (注⑫), § 310 Abs. 2 BGB Rn. 3; Ulmer und Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑬), § 310 BGB Rn. 96)。

(11) Kaspar Frey, Wie ändert sich das AGB-Gesetz?, ZfP 1993, 579; Helmut Heinrichs, Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, NJW 1993, 1821; Reinhard Damm, Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht. Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 1994, 175.

(12) BTDruucks 13/2713, S. 6.

(13) Coester, in: Staudinger, 1998 (注⑭), § 9 AGBG Rn. 88.

(14) Joachim Schmidt-Salzer, Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993 in deutsches Recht und AGB-Gesetz: Einzelfragen, BB 1995, 1494.

- (15) Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl. (注⑩), § 11 Nr. 7 Rn. 43.
- (16) BTDrucks 14/6040, S. 156.
- (17) Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑪), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 7. Eva-Maria Kieninger, in: Münch-KommBGB, 5. Aufl. (注⑫), § 309 Nr. 7 Rn. 2 を参照。 この点については注⑩及び BTDrucks 14/6040 (判解解説文庫) の立法資料から明確である。
- (18) BTDrucks 14/6040, S. 156; Dagmar Coester-Waltjen, in: Staudinger, 2006 (注⑬), § 309 Nr. 7 Rn. 1; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑭), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 7; Robert Koch, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, WM 2002, 2177-2178; Friedrich Graf von Westphalen, AGB-Recht ins BGB - Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 21; Arnd Arnold, Freizeitungsklausen für leichte Fahrlässigkeit in AGB, ZGS 2004, 17.
- (19) Peter Schlosser, in: Staudinger, 2006 (注⑮), Vorb. zu §§ 305ff. Rn. 16.
- (20) Koch (注⑯), WM 2002, 2174.
- (21) Graf von Westphalen (注⑰), BB 2002, 215; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑱), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 40.
- (22) ZMR 2003, 741-743. 下級審判決であり、確定してはいないようである。
- (23) 判決は「この」前掲 (注⑲) [D] ネットマットガルト上級ラント裁判所一九八八年四月二二日判決を援用する。
- (24) なお、判決は「新民法が適用されない二〇〇二年以前締結の契約でも、本文にどのような免責は、約款規制法九条により許されぬことなる」。
- (25) ZGS 2004, 271-275.
- (26) NJW-RR 2005, 1220-1222.
- (27) WRP 2006, 389-390.
- (28) NJW 2009, 1486-1487 mit Anm. von Ernst Fuhrich.
- (29) やこあたり、河上正二「約款とその司法的規制(五・完)」法学協会雑誌二〇一二年二卷二二号(昭和六〇年)九〇〜九一頁(同『約

- 款規制の法理』三七六頁に所収)・山本豊「附随的契約条項の全部無効・一部無効または合法解釈について」法学(東北大学)五〇巻五号(昭和六二年)二〇二―二二二頁(同)『不当条項規制と自己責任・契約正義』一二六―一三四頁に所収)・石田編・前掲(注⑧)『注釈ドイツ約款規制法 改訂普及版』七六―八〇頁(中田邦博執筆)・Harry Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑩), § 306 BGB Rn. 14; Christian Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 306 Rn. 6を参照。
- (130) もともと、一九九八年にシユタウディンガーの民法コンメンタールのなかで、EC不正条項指令が人身損害について免責を完全に禁止したことを問題視していたグスター・ヴァルチェンの論述(注⑨)は、二〇〇六年の新しい版でも維持されている(Coester-Waltjen, in: Staudinger, 2006 (注⑪)), § 309 Nr. 7 Rn. 41)。
- (131) Thomas Pfeiffer, Neues Schuldrecht - neues Leibbild im AGB-Recht, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente - Brennpunkte - Ausblick, 2003, S. 248-249.
- (132) プフマインマーは、併せて、事故のための保険や法定の健康保険があることは意味をもたない(もしこのことが意味をもつのなら、約款使用者は、消費者(実際、保険の対象となっている。)に対しても、典型的に保険の対象となる損害については保険でまかなうてくれといえることになるはずだが、実際はそうではない。)とする。
- (133) そのような発端として、たゞえは以下がある。Graf von Westphalen (注⑫), NJW 2002, 20-21; Arnold (注⑬), ZGS 2004, 17; Coester-Waltjen, in: Staudinger, 2006 (注⑭), § 309 Nr. 7 Rn. 41.
- (134) Kieninger, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. (注⑮), § 309 Nr. 7 Rn. 3を参照。
- (135) Graf von Westphalen, in: ders. (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (注⑯) (Stand: Juli 2000), Freizeichnungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit, Rn. 2; Coester-Waltjen, in: Staudinger, 2006 (注⑰), § 309 Nr. 7 Rn. 41; Manfred Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5. Aufl. (注⑱), Anh. Nr. 1a EG-Richtlinie Rn. 12; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 11. Aufl. (注⑲), § 309 Nr. 7 BGB Rn. 6. ㊦㊧㊨㊩㊪㊫㊬㊭㊮㊯㊰㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿ (Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl. (注㉑), § 11 Nr. 7 Rn. 41)。
- (136) したがって、国内法化として適切であったのかどうかについては疑問も呈される(Friedrich Graf von Westphalen, Das Verbot von Nr. 1b des Anhangs zur EG-Klausel-Richtlinie 93/13/EWG, ZGS 2004, 469)。

- (137) Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5. Aufl. (注③), Anh. Nr. 1a EG-Richtlinie Rn. 14.
- (138) Guido Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht. Kommentar, 10. Aufl. 2006, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 23.
- (139) Koch (注①⑧), WM 2002, 2178; Benno Ziegler und Markus S. Rieder, Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZIP 2001, 1789.
- (140) 効力維持的縮減が基本的に禁止されているためである。注(129)を参照。
- (141) わが国でも、加藤・前掲(注29)『損害賠償責任の研究 上』五二四～五二五頁(医療の場面での誓約書等につき)や清水・前掲(注15)『消費者契約における不当条項の横断的分析』六三三、六五頁、近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編『前掲(注40)』『消費者契約法の改正』三六頁、民法(債権法 改正検討委員会編・前掲(注46))『債権法改正の基本方針』一一五頁がこのことを援用する。
- (142) わが国でも、山崎・前掲(注30)『医事法制学』四二六頁(医療の場面での誓約書等につき)や山本・前掲(注34)私法四九号二一四頁(同『不当条項規制と自己責任・契約正義』一五五頁に所収)がこのことを援用する。
- (143) 医療の場面での誓約書等については、高田利廣・小海正勝『病院・医院(業種別法律相談)』(昭和四八年)八二頁、菅野耕毅『医療過誤責任の研究』(昭和五七年)一四三頁は、損害賠償請求権は一種の財産権に過ぎないので、その放棄は可能であるとする(後者は、結論としては誓約書等の効力を否定するが)。なお、最近にも、窪田・前掲(注7)『不法行為法』二五〇頁が、文脈はやや異なるが、「身体侵害については同意があっても、それは社会的に許容されるべきことではない」という評価と、被害者から加害者への損害賠償請求権の行使を認めるか否かということとは、質を異にする問題である。」と指摘する。
- (144) 不法行為責任についてであるが、その制裁・予防機能につき、たとえば、窪田・前掲(注7)『不法行為法』一九頁は、不法行為責任が現実を果たしている機能と、どのような役割を果たすべきかという目的とは区別して考える必要があるとし、橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰『民法V 事務管理・不当利得・不法行為』(平成二三年)八五頁(橋本執筆)も、制度の本来的目的ではなく機能にとどまるとする。
- (145) なお、人身損害についての免責は許されないと解したとき、契約相手方が自動車レースなどの危険なスポーツにみずからの意思で参加して事故になった場合とか、医療の場面で結果的に患者を救えなかった場合などで不当な結果になるのではないかとの懸念があり得る。しかし、この点は、危険の引受けの考え方により責任を否定できる場合もあるだろうし、そもそも

事業者や医師の側で最善が尽くされていたのであれば過失が存在せず、責任そのものがないことになる（もともと免責条項がなくても、責任が否定される。）ので、この懸念はあたらぬように思う。

(146) もっとも、指令の付表がグレイリストでしかないことを強調すれば、必然であったともいえない。

(147) 清水・前掲（注15）『消費者契約における不当条項の横断的分析』六六頁は、人身損害についての免責禁止をグレイリストではなくブラックリストの一項目とした場合の問題点として、事業者が保険等でリスク転嫁できないときは事業が発達しない可能性や、事業者が高度な危険をともなうサービスの提供を見送る可能性をいう。もっとも、グレイとすべきかブラックとすべきかについて、結論は留保しつつも、方向性としてはかなりブラックに近いようである（グレイとした場合でも責任制限が認められるのは例外的な場合に限られるし、責任制限が認められるには約款条項では足らず個別の同意が要する。）。

(148) かつて、筆者は、ドイツにおける約款規制法制定前の裁判例を分析して、本文のような考慮事情を抽出したことがある（拙著・前掲（注58）早稲田法学六七巻三号二七頁）が、このことについてのきちんとした検討は他日を期したい。

以上

（平成二四年一月三二日脱稿）