

過失による不法行為における危険の引受け

樫 博 行

はじめに

19世紀のアメリカでは、過失による不法行為の理論化が進展した。とりわけ19世紀末から20世紀に至る世紀転換期では、これが急速化した。移民の流入に伴う人口増加により、急速な経済発展がもたらされたため巨大工場が林立し、工場労働での事故も増加した⁽¹⁾。しかし、労働者には危険な労働で被った事故に対する救済がなされなかった。19世紀末の人々は、現在のように事故などの惨事が起こっても誰かに責任を負わせることがなかったのである⁽²⁾。また、過失による不法行為の抗弁(defense)として、危険の引受け(assumption of risk)の法理が出現した。

抗弁とは、被告が原告の請求につき正当な根拠がないことを主張することである⁽³⁾。そして、危険の引受けの法理とは、損害を被った者である原告が損害発生をもたらす危険性の性質と損害発生範囲を認識して、当該危険性に身をさらすことの合意であると定義されている⁽⁴⁾。合意が口頭または書面により明示されていると、明示的危険の引受け(express assumption of risk)と呼ばれる。そして、この危険の引受けは明らかな契約条項による使用者の不法行為責任を回避する法理として機能することになる。一方で、合意が明示されていないが、行為からそれが推定されるのは黙示的危険の引受け(implied assumption of risk)と呼ばれる。例えば、工場労働など雇用関係における危険の引受けは、被用者が義務を履行する際の危険性

(1) John Fabian Witt, THE ACCIDENTAL REPUBLIC 26 (2004).

(2) Lawrence Friedman, A HISTORY OF AMERICAN LAW 3rd ed., 352 (2005).

(3) See, e.g., 86 C.J.S. TORTS § 34 (updated 2020).

(4) 65A C.J.S. NEGLIGENCE § 395 (updated 2020).

を認識しつつ従事していれば黙示的にその危険を引き受けていることを意味する⁽⁵⁾。

現在における法的妥当性の是非は別として、世紀転換期においてこの抗弁が判例上形成された背景には、当時の目覚ましい工業発展がある。被用者が被った損害の賠償責任を使用者に負わせれば工業発展の妨げになるとして、そのような要因を取り去る意図があったと推定できる。裁判所が20世紀初頭まで労働環境に留意せず、レッセ・フェール(自由放任主義)を基調とした契約の自由を堅持したことは、その裏付けとなろう⁽⁶⁾。

以上のように、時代的な要請から出現した危険の引受けの法理であるが、それでは具体的にどのような法理であるのか。また、時代状況が変化した現在では当該法理はいかなる変貌を遂げたのか。そこで本稿では、危険の引受け法理の出現過程とその後を追いながら詳細を分析する。いかなる経緯で当該法理が出現し、その中心となる観念は何であったのか。また、当該法理が廃止および存続するようになったその経緯と理由はどのようなものであったのか。そして、そこにはいかなる他の法制度および法理がかかわってきたのか。これらについて考察を加える。

一 危険の引受け法理の形成背景

1. 「望んだ者には損害が生じない」法格言と危険の引受け法理の形成

ローマ法は大陸ヨーロッパでの法形成に深く作用した。イングランド

(5) 30 C.J.S. EMPLOYER'S LIABILITY § 259 (updated 2020).

(6) これを示す合衆国最高裁判所判決が1905年のLochner v. New York(198 U.S. 45 (1905).)である。本件は、製パン業者が被用者にニュー・ヨーク州法が禁ずる60時間を超える労働をさせた容疑で起訴された事案であった。本判決はニュー・ヨーク州法が使用者と被用者との間の雇用契約を結ぶ権利を侵害し(*Id.* at 53.)、州が合衆国憲法第14修正に定める適正な手続(due process)によらず、人から生命、自由、または財産を奪っていると判断したのである(*Id.* at 63.). ホームズ(Oliver Wendell Holmes)裁判官は反対意見の中で、合衆国憲法がレッセ・フェールを具体化する意図をもつものではないこと(*Id.* at 75.)、そして一般通常人がニュー・ヨーク州法の労働者の健康を保護する目的を理解できるため、合衆国憲法第修正14違反ではないと述べている(*Id.* at 76.).

でも13世紀初頭から14世紀に至るヘンリー3世とエドワード1世の時代に、コモン・ローを形成しつつローマ法の影響を受けることになった⁽⁷⁾。そして、多くのローマ法に由来する法格言が裁判を通じて定着し、コモン・ローにおける重要な法理を創造することになった⁽⁸⁾。その一つが、「望んだ者には損害が生じない(volenti non fit injuria)」とする法格言であり、危険の発生を認識しつつ意図的に危険に入った者には損害賠償の請求を否定する法理を形成した⁽⁹⁾。当時は不法行為法がコモン・ロー上で分類されていなかったため⁽¹⁰⁾、法一般に適用される格言であったと推定される。時代が下るにつれて18世紀初頭には、抵当権(mortgage)の事案においても、一方から条件の履行がなされ他方がそれを承諾した場合には、「望んだ者には損害が生じない」とする法格言と同一の効果があると述べられていた⁽¹¹⁾。つまり合意(consent)を前提とした損害賠償の否定であったのである。明示的な文言ではなく、危険を引き受ける行為により合意が推定されたのである。以上のように、法格言の対象は契約に明示されていない合意を前提とする、現在にいう黙示的危険の引受けであった⁽¹²⁾。

この法格言を背景として、危険の引受け法理は、時代が下った1799年のイングランドにおいてコモン・ローの法理として形成されることになった。被告が二輪馬車を走らせた際の過失により原告の馬が殺されたと主張

(7) W. F. Finlason. REEVES' HISTORY OF THE ENGLISH LAW, FROM THE TIME OF THE ROMANS TO THE END OF ELIZABETH 360 (1880).

(8) Alfred Sington, SHORT CONSIDERATION OF THE LAW OF NEGLIGENCE 186 (1903).

(9) John W. Salmond, LAW OF TORTS, A TREATISE ON THE ENGLISH LAW OF LIABILITY FOR CIVIL INJURIES 46 (1907). この法格言に言及した法学書のうち入手できる古いものは、アイルランドの裁判制度を扱った17世紀のJohn Davis, REOPRTS DES CASES & MATTERS EN LEY, RESOLVES & ADJUDGES EN LES COURTS DEL ROY EN IRELAND 67 (1674). がある。

(10) William Francis Walsh, OUTLINES OF THE HISTORY OF ENGLISH AND AMERICAN LAW 397 (1924).

(11) Lex Vadiorum, THE LAW OF MORTGAGE 21 (1706).

(12) この黙示的危険の引受けについては、後掲第三章 黙示的危険の引受けの状況を参照。

して、原告が損害賠償を請求した事案である *Cruden v. Fentham*⁽¹³⁾ で明らかにされたのである。被告が一頭立ての馬車に乗り、本来左側通行のところ通りの逆側つまり右側を走行していた。そこへ馬主である原告の使用人が馬に乗って反対方向から走行してきた。両者が走行していた道は非常に広かったため、両者は容易に通行することができた。しかし、原告の使用人は自分が馬で走行する側が正しいと考えて、あえて歩道と馬車との間を通過した。その際に原告側の馬と被告の馬車が衝突し、馬が死んでしまった。ケニオン裁判官(Lord Kenyon)は陪審への説示の中で、相手が間違った側を走行してこようと、馬車が通行するための道が広く相手を避けることができるのであれば、正しい側を敢えて走行し続ける行為が必ずしも妥当とはいえないと述べた⁽¹⁴⁾。そして彼は、あえて正しい側を走行し続けた行為が自発的に危険を導くものであり、また損害も自らが求めたものであると結論づけたのである⁽¹⁵⁾。

本判決は、1837年の *Priestley v. Fowler*⁽¹⁶⁾ に継受された。本件は以下の通りである。原告は食肉業を営む被告の被用者であったが、被告から荷馬車で彼が必要とする品物を受け取りに行くよう命じられた。荷馬車は被告による適切な保守点検が行われておらず、また大量の荷物が積載されていた。そして、品物の輸送中に突然荷馬車の車体が壊れ、車外に投げ出された原告は大腿部を骨折してしまったため、損害賠償を求めて訴えを提起した⁽¹⁷⁾。本判決でアビンガー裁判官(Lord Abinger, C. B.)は、被用者が使用者を相手取って損害賠償を請求する事案の先例は存在していないと指摘した。そして、使用者が荷馬車の不具合につき善意であるため、被用者に品物を安全に輸送できるようにする黙示(implied)の義務をもたないと述べた

(13) 2 Esp. 685 (1799).

(14) *Id.* at 685-86.

(15) *Id.* at 686.

(16) 3 M. & W. 1 (1837).

(17) *Id.* at 1-2.

のである⁽¹⁸⁾。

そして、彼は社会に対する一般義務(*general duty*)または契約により責任をもつ者は、下位の代行者(*inferior agent*)の過失に責任をもつと付言した。そのため、荷馬車の所有者が荷馬車の状態に責任を負うことになれば、馬車や馬具の製造者や御者の過失にも責任を負うことになる旨を示したのである⁽¹⁹⁾。これを認めることになると、使用者は明らかに被用者が業務執行している間(*in the course of employment*)の安全を確保する義務を負うことになる。そこで、当該義務を認めて本件訴えを認容すれば、被用者は使用者の代わりに義務を履行する上で払うべき注意を怠ることになる。これらを踏まえて、被用者による注意は被用者自らへの損害に対してよい予防策であるとして原告の訴えを退けたのである⁽²⁰⁾。

以上の2つの事案では、望んだ者には損害が生じないとする法格言に言及することはなかった。つまり、当該法格言と危険の引受け法理との間の関係については不明なものであったとともに、当該法格言から独立して危険の引受け法理が形成されたといえるのである。これらの事案が示すのは、自発的に危険な状態に入った者または被用者であれば、不法行為被害者であっても加害者または使用者に損害賠償請求をすることができなくなったことであった。それでは、望んだ者には損害が生じないとする法格言と危険の引受け法理とは、いかなる点において相違するのか。

1889年に貴族院は*Smith v. Charles Baker & Sons*⁽²¹⁾で、望んだ者には損害が生じないとする法格言が、業務にかかる危険発生を認識して自発的に業務を遂行する場合に限り適用されると述べている⁽²²⁾。この自発性に関しては、危険について十分に認識していることが必要であるとして、当該法

(18) *Id.* at 5.

(19) *Id.* at 5-6.

(20) *Id.* at 7.

(21) [1891] A.C. 325.

(22) *Id.* at 326.

格言の適用を認めなかったのである⁽²³⁾。本件は、以下の通りである。原告は、鉄道工事で岩盤に穴を開ける仕事で雇用されており、その隣で同一の使用者に雇用された者がクレーンを操作し、岩を持ち上げる業務に従事していた。クレーンが岩を持ち上げた際に揺れ、岩を原告の頭上に落下させてしまった。原告はケガを負い、損害賠償を請求したのであった。ワトソン裁判官(Lord Watson)は本判決の中で、まず「望んだ者には損害が生じない」とするローマ法由来の法格言が、雇用契約以外の事案で多く適用されていると指摘した。当該法格言は、ローマ時代には自らを奴隷にして売上を他者と共有する目的をもっていたからである⁽²⁴⁾。また適用される際には、自発的(volens)という語が他者に強制されることなく自らすすんで行動したという意味で厳格に解されていた。しかし、その後は自発的の意味が曖昧となり、この語の重要性は失われている。19世紀のイングランドでは屋根の葺き替え職人が自発的に仕事をしたという理由で、屋根から落下した事案で当該法格言が適用されているが、ローマの事案での自発的と同一とはいえないと述べた⁽²⁵⁾。さらに、19世紀の事案では、被用者が黙示的に特定の仕事での危険を引き受けている状態を示しており、そのためには危険が起ることを原告つまり被害者が合意していることが必要であると付言したのである⁽²⁶⁾。

経年的な概念の変化に対応して、当該法格言は多くの判例により包括的法理を具現化したものであり、とりわけ雇用契約の下で被用者が認識している危険を引き受けることを意味するものと解されてきた⁽²⁷⁾。一方で危険の引受け法理は、被用者が「責任を負う」や「自発的に引き受ける」などの文言により示される、黙示的契約の意味をもつ普遍的な概念ととらえら

(23) *Id.*

(24) *Id.* at 332.

(25) *Id.* at 355.

(26) *Id.*

(27) C. B. Labatt, COMMENTARIES ON THE LAW OF MASTER AND SERVANT 972 (1904).

れるようになったのである⁽²⁸⁾。

2. アメリカにおける危険の引受け法理の形成⁽²⁹⁾

19世紀後半には、学説により危険の引受け法理がアメリカへ継受された。まず1866年にヒラード(Francis Hillard)は、使用者と被用者間の雇用契約があり被用者が危険な状態を認識しつつ労務提供を継続している場合に、危険の引き受けを認めた⁽³⁰⁾。一方で、望んだ者には損害が生じないとする法格言は、他者により引き起こされた過失を原因とする損害賠償を請求する者に、過失のない状態でなければならないことと、通常の注意義務を果たしていることをそれぞれ求めるルールであると考えられたのである⁽³¹⁾。

続いて1870年には、シャーマン(Thomas G. Shearman)とレッドフィールド(Amasa A. Redfield)は、望んだ者には損害が生じないとする法格言については言及しなかったが、危険の引受けの法理についての見解を示した。彼らは危険の引受け法理を、使用者と被用者間には危険な業務に従事する黙示の契約があるため、被用者が訴権を放棄していることであるととらえたのである⁽³²⁾。しかし、その後の1880年には、トンプソン(Seymour D. Thompson)は、危険の引受け法理が雇用関係のみならず、広くその他の契約で適用される法理であると考えたのであった⁽³³⁾。一方で、望んだ者には損害が生じないとする法格言は、危険を自発的に引き受ける者に対して、損害を被った際の賠償請求を認めないものであるととらえたのであ

(28) *Id.* at 974.

(29) 本節は、樫博行「世紀転換期のアメリカにおける不法行為法」法政論叢56巻2号51頁(2020)に依拠している。

(30) 2 F. Hillard, *THE LAW OF TORTS OR PRIVATE WRONGS* 3d ed. 467 (1866).

(31) 1 F. Hillard, *THE LAW OF TORTS OR PRIVATE WRONGS* 3d ed. 124 (1866).

(32) T. Shearman and A. Redfield, *A TRIETIES ON THE LAW OF NEGLIGENCE* 2d ed. 121 (1870).

(33) 2 S. Thompson, *THE LAW OF NEGLIGENCE IN RELATIONS NOT RESTING IN CONTRACT* 1148 (1880).

る⁽³⁴⁾。

しかし、危険の引受け法理の根拠を黙示の契約に求めることに反対する主張も見られるようになった。1878年にはワートン(Francis Wharton)は、労務提供中の事故が過失による不法行為であるため、契約に基づいた抗弁は、法の方針(policy of law)に合致しないと主張したのである⁽³⁵⁾。不法行為の抗弁として機能する危険の引受けの根拠は、不法行為法に求めなければならないと述べたのである⁽³⁶⁾。ワートンは、望んだ者には損害が生じないとする法格言については、損害を被ることを合意している被害者には賠償が認められないとする格言であると述べている⁽³⁷⁾。つまり、労務提供中の損害は、過失による不法行為を原因としたものであり、損害を被ることに合意していたこととは無関係であると考えたのである。さらに、1895年にはウォーレン(Charles Warren)は、被告に義務がない場合に原告が自ら危険な状態に身を置いたことが危険の引受けであるととらえたのである⁽³⁸⁾。彼は、望んだ者には損害が生じないとする法格言を、行為者の義務の対象とならない状態へ自発的に身を委ねることを意味すると述べた⁽³⁹⁾。そして、当該法格言は抗弁ではなく、他者の過失行為を原因とする危険発生と危険の内容を認識し自らをその状態に置いた者に対して、損害賠償の請求を禁ずるルールであると結論づけたのである⁽⁴⁰⁾。

ウォーレンの判断は、1891年のマサチューセッツ州最高裁判所判決であるFitzgerald v. Connecticut River Paper Co.⁽⁴¹⁾を根拠としていた。本件は、

(34) *Id.*

(35) F. Wharton, A TRIETIES ON THE LAW OF NEGLIGENCE 2d ed. 180 (1878).

(36) *Id.* at 181.

(37) *Id.* at 109.

(38) C. Warren, *Volenti Non Fit Injuria in Acts of Negligence*, 8 HARV. L. REV. 457, 458 (1895).

(39) *Id.* at 458-59.

(40) *Id.* at 459.

(41) 155 Mass. 155 (1891).

被告である使用者により設置された被用者用の通路が滑りやすい状態であり、被用者がそこを通行中に滑ってケガをした事件であった。本判決は、まず雇用関係においては黙示の契約による危険の引受けがあり⁽⁴²⁾、また被用者が滑りやすい状態の通路を歩くことを自発的であるととらえた⁽⁴³⁾。そして、望んだ者には損害が生じないとする法格言を、他者の過失行為により発生する危険を認識し、その危険の内容を理解した上で自らそれにさらす意味であるととらえたのである⁽⁴⁴⁾。また、同年のマサチューセッツ州最高裁判所では、*Miner v. Connecticut River R. Co.*⁽⁴⁵⁾が下されていた。本件は、以下の通りである。原告の被用者が被告の貨物置場で貨車から穀物を馬車に積み替えている際に、貨車が音を発した。その音に驚いた馬が暴れて壁に激突して死亡したため、原告は貨物置場の管理不備を理由に被告である貨物置場を所有し管理する鉄道会社に対して損害賠償を請求した事案であった。本判決は、危険の引受けの法理を雇用関係とは無関係に存在するものであり、適切な注意を払ったとしても損害賠償請求を認めないものであると述べていた⁽⁴⁶⁾。そして、望んだ者には損害が生じないとする法格言について、被用者が被告の貨物置場の危険な状態を認識し、自発的にそれを引き受ける場合に適用されるものであるととらえた⁽⁴⁷⁾。

19世紀後半のアメリカにおいて危険の引受け法理は、学説上では雇用関係で発生するものであったが、判例上では統一性のないものであった。マサチューセッツ州最高裁判所という同一の裁判所ですら、見解は統一されていなかったのである。

(42) *Id.* at 161.

(43) *Id.* at 162.

(44) *Id.* at 158.

(45) 153 Mass. 398 (1891).

(46) *Id.* at 402-03.

(47) *Id.* at 402.

3. 雇用関係と危険の引受け法理

1900年にマサチューセッツ州最高裁判所のLamson v. American Axe & Tool Co.⁽⁴⁸⁾で、ローマ法以来の法格言に言及することなく、いわば独立した不法行為法上の抗弁としての危険の引受け法理が示された。斧の製造工場において棚が壊れて落下し、そこに入っていた斧で被用者がケガを負った事案であった。首席裁判官であったホームズ(Oliver Wendell Holmes)は、被用者が斧の製造工場勤務しているのはケガを負う危険性を認識して引き受けていることであるため、使用者を相手取って損害賠償請求ができないと判断したのである⁽⁴⁹⁾。

本判決以後には、危険の引受けが雇用関係に限定された不法行為のみ適用されるのではなく、過失による不法行為事案で一般的に適用されるべきであると解する傾向が見られるようになった⁽⁵⁰⁾。1906年のボーレン(Francis Bohlen)の主張が契機であった。彼は、契約の有無に関わらず任意に危険を引き受けたか否かが危険の引受けを判断する基準であると述べたのである⁽⁵¹⁾。彼はまず経済状況から危険の引受けの法理を正当化しようとした。20世紀初頭のアメリカの経済状況は良好で失業率も低いため、被用者が自分の仕事を危険と考えれば危険でない仕事に転職するはずであり、転職せずに労務提供を継続していることは既に危険を引き受けたと考えられるからである⁽⁵²⁾。次にアメリカ人を社会学的に分析した結果から当該法理の正当性を導いた。アメリカ人は安全の確保を求める傾向を有しているため、軽率や不承不承の行為から危険が発生すると理解していると述べる⁽⁵³⁾。これらを総合し、またアメリカ人の個人主義志向も併せて考えると、アメリカ不法行為法における抗弁として危険の引受けの法理が妥当す

(48) 177 Mass. 144 (1900).

(49) *Id.* at 145.

(50) Francis Bohlen, *Voluntary Assumption of Risk*, 20 HARV. L. REV. 14, 91 (1906).

(51) *Id.* at 14.

(52) *Id.* at 15.

(53) *Id.*

ると結論づけたのである⁽⁵⁴⁾。

以上のように、20世紀初頭まで危険の引受けは雇用契約の下での使用者責任を否認する法理として機能してきた。しかし、危険の引受けが雇用関係と合意を背景としていることだけが示されたのであり、実際にはこの概念は明確なものではなかった。例えば、1908年の第3巡回区連邦控訴裁判所は、危険の引き受けが認められる場合を限定し、また使用者責任を否認することもなかった⁽⁵⁵⁾。本件は、被用者が直接使用者を相手取って不法行為損害賠償請求をしたのではなく、第三者を相手取ったものであった。鋼製車(steel car)の製造事業者である被告の依頼で建物を建設する建設会社の被用者が原告であった。建物の建設中に、被告の許可を得て建築建物への通路を使用して建築現場用の足場を移動していたところ、原告が移動中のクレーンと衝突してケガを負った事案であった⁽⁵⁶⁾。同裁判所は、被告が被用者である原告に対して明白な危険から防御する義務を負うが、雇用に付随する危険や被告の過失による危険までをも引き受けていないと判断した⁽⁵⁷⁾。次に1916年には、ペンシルベニア州最高裁判所は、道路を横切ろうとした原告に路面電車が衝突したとして、原告が路面電車を運行する会社を相手取って損害賠償請求をした事案で、以下の通り判断した⁽⁵⁸⁾。原告が道路を横切ろうとする行為は自発的に危険を引き受けていることとなるため、他者が十分な注意を行っていないと主張することはできないと結論づけたのである⁽⁵⁹⁾。本件事実が示すのは、原告が自発的に道路を横切った過失のみである。本件は、危険の引受けではなく寄与過失の事案であったことになる。

(54) *Id.* at 14.

(55) *Standard Steel Car Co. v. McGuire*, 161 F. 527 (3rd. Cir. 1908).

(56) *Id.* at 528-29.

(57) *Id.* at 530.

(58) *Wolf v. Philadelphia Rapid Transit Co.*, 252 Pa. 448 (1916).

(59) *Id.* at 450.

一方で、ほぼ同時期にはニュー・メキシコ州最高裁判所は危険の引受け法理の適用範囲を狭くとらえていた。1928年に同州最高裁判所は、危険の引受け法理は雇用関係にのみ適用されると述べたからである⁽⁶⁰⁾。しかし、本判決後に出版された1939年の不法行為リステイメント初版では、当該法理の適用範囲を雇用関係に限定しなかった。他者が危険を引き起こしたまたは危険な行為を行っていることを知りつつ、危険な状態に留まっている者は、故意以外の根拠で引き起こされた損害の賠償を求めることはできないと危険の引受け法理を定義したのである⁽⁶¹⁾。

後年になっても危険の引受けの概念的混乱は収束することはなかった。1943年の合衆国最高裁判決であるTiller v. Atlantic Coast Line R. Co.⁽⁶²⁾の同意意見の中で、フランクファーター(Felix Frankfurter)裁判官は以下の通り危険の引受けの概念について述べている。「危険の引受けという表現は、無批判的に文言を使用することで法を混乱させる卓越した説明である。文字通り、この表現の巧妙さは気怠く感じるような反復をすることになる。この反復は法理としての確立を示すのであるが、当該法理は無分別に相違かつ矛盾する考えとして用いられる」⁽⁶³⁾と評したのである。フランクファーターの評釈は、危険の引受けという名称が巧妙、つまり巧み(felicity)過ぎるものであるからさまざまな意味を示していると解することができる。しかし、彼は危険の引受けに代替する用語を示したわけではなかった。そのため、危険の引受けの概念の混乱が収束することはなかった。

二 危険の引受け法理とその他の法制度との関係

1. 労災補償法の制定

20世初頭までには、危険の引受けの法理の適用条件として雇用関係が

(60) Rutherford v. James, 270 P. 794, 796 (N.M. 1928).

(61) RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS § 893 (1939).

(62) 318 U.S. 54 (1943)

(63) *Id.* at 68.

示されてきたが、その後、当該法理それ自体が制定法により制限される傾向が見られるようになった。州労災補償法(worker's compensation statute)が労働災害への補償という形式で、実質的に危険の引受け法理を適用除外するようになったのである。アメリカでの労災補償法の嚆矢となったのが1911年のウィスコンシン州労災補償法である⁽⁶⁴⁾。雇用契約がある場合に、被雇用者⁽⁶⁵⁾が業務中に被った不法行為損害を補償する目的をもつ制定法であり、雇用者の過失により被った損害をも金銭で填補するものであった。この補償は、雇用者から支払いが遅延した賃金として支払われるものと位置づけられたのである⁽⁶⁶⁾。

労災補償法の対象となる損害の原因となる行為は、原則として過失によるものでなければならない⁽⁶⁷⁾。そこで、損害を被った被雇用者が、損害に対して未必の故意による無視(deliberate and reckless indifference to danger)⁽⁶⁸⁾、および故意の違法行為(willful misconduct)⁽⁶⁹⁾、さらに意図

(64) 当時のウィスコンシン州最高裁判所裁判官であったマーシャル(Rouget Marshall)は、立法推進の支持を表明した。多くの州民が損害を負ったにもかかわらず賠償を受けることのできない被用者に同情的になってきたことを理由に、損害賠償に代わり州労災補償法の立法を推進することになったのである。See, 17 WIS. PRAC., WORKER'S COMP. LAW § 2:2 (updated 2019). ところで、同年代のニュー・ヨーク州では、1910年に労災補償法が制定されているが、これが使用者に対して強制的な性質をもつという理由から適正手続(due process)違反とされている。See, *Ives v. South Buffalo Ry. Co.*, 94 N.E. 431, 441 (N.Y. 1911).

(65) 本節では労災補償法を扱うため、本稿で用いる民法上の被用者と使用者を本節に限り被雇用者および雇用者とする。

(66) 例えば、アリゾナ州では労働補償をこのように位置づけている。See, A.R.S. § 38-711(2019). また連邦法では、例えば1974年の鉄道労働者退職法(Railroad Retirement Act of 1974)が、補償を労働賃金への補填と位置づけている。45 U.S.C. § 231(h)(1).

(67) 例えばルイジアナ州ではこの考え方である。LSA-R.S. 23:1032 A(1)(a), B.

(68) デラウェア州では、醜陋状態に加えて損害に対する未必の故意による無視も労災補償の対象から外している。19 Del.C. § 2353 (b).

(69) アラバマ州では被雇用者の故意による違法行為での損害は、労災補償の対象外であると規定されている(Ala. Code 1975 § 25-5-51)。またコネチカット州(C.G.S.A. § 31-284)やニュー・メキシコ州(N.M.S.A. 1978 § 52-3-45)も同様な規定をもっている。

的といえる過失(willful negligent)⁽⁷⁰⁾または非難に値する過失(culpable negligence)を行った場合には⁽⁷¹⁾、補償の対象外であると定められていた。これらの行為は過失と比べ深刻かつ悪質なものであるため⁽⁷²⁾、補償の対象から除外することが合理性をもったからである⁽⁷³⁾。

しかし、一部の州の労災補償法、例えばインディアナ州では、故意による損害発生もその対象に含んでいる⁽⁷⁴⁾。また、一部の州法では故意および未必の故意によるものであっても、それによる損害が予期せぬ偶然のものであれば労災補償の対象としている⁽⁷⁵⁾。予期せぬ偶然は被雇用者である被害者の主観によって決定されるため労災補償が容易に得られるおそれがあったが、事故が被雇用者にとって予期せぬものであれば労災補償の対象となる⁽⁷⁶⁾。損害賠償ではなく賃金補償としての金銭的補填が被雇用者に与えられたことにより、労災補償法は危険の引受け法理に修正を加えた

(70) これを採用するのがネブラスカ州である。Neb. Rev. St. § 48-102.

(71) 非難に値する過失の文言を規定するのがワイオミング州である。Wyo. Stat. Ann. § 27-14-102(a)(xi)(C)。これは、意図的で重大な過失(willful and serious misconduct)と解されている。Shepherd of Valley Care Center v. Fulmer, 269 P.3d 432, 438 (Wyo. 2012)。

(72) Williams v. State, Judicial Branch, 7 A.3d 385, 389 (Conn. 2010)。

(73) Delaware Tire Center v. Fox, 401 A.2d 97, 100 (Del. 1979)。

(74) Lovely v. Cooper Indus. Products, Inc., 429 N.E.2d 274, 277 (Ind. 1981)。本判決はインディアナ州法のIC 22-3-6-1に故意も含まれると解している。

(75) 例えば、アリゾナ州ではFireman's Fund Ins. Co. v. Industrial Commission, 119 Ariz. 51, 579 P.2d 555, 557 (1978)。で、アリゾナ州法(A.R.S. § 23-1021)をこのように解している。ネブラスカ州では、Risor v. Nebraska Boiler, 765 N.W.2d 170, 183 (2009)。で、ネブラスカ州法(Neb.Rev.St. § 48-151(2))に定める、労災補償の対象となる事故(accident)が予期せぬものであるとする規定を根拠にして労災補償の是非を判断している。また、ユタ州では、Smith's Food and Drug, Inc. v. Labor Com'n, 250 P.3d 1008, 1010 (Utah 2011)。で、ユタ州法(U.C.A. 1953 § 34A-2-401(1))に定める労災補償の対象となる事故に、予期せぬものを含むことを判示している。

(76) この考えを採っているのがミシシッピ州、L.B. Priestler & Son v. McGee, 106 So.2d 394, 396-97 (1958)。ニュー・メキシコ州、Griego v. Patriot Erectors, Inc., 161 P.3d 889, 891 (N.M. 2007)。そしてサウス・カロライナ州、Landry v. Carolinas Healthcare Systems, 719 S.E.2d 288, 291(S.C. 2011)。である。

わけである⁽⁷⁷⁾。労働補償法は当時の革新主義の方向性と合致したものであり⁽⁷⁸⁾、ウィスコンシン州で制定された後にアメリカのすべての州にも及んだのであった⁽⁷⁹⁾。

以上のように、各々の州における被用者の危険の引受けの状況は多様化した。一方で連邦では、勤務中に損害を負った被雇用者の救済を目的に、運転士をはじめとする鉄道労働者を対象として、1908年に連邦雇用者責任法(the Federal Employers Liability Act)が成立した⁽⁸⁰⁾。複数の州にまたがって鉄道整備などの業務を行う鉄道労働者は、州際移動を必要とするため州法である労災補償法が適用されない。そのために、彼らに対して連邦法である連邦雇用者責任法が制定されたのである⁽⁸¹⁾。同法は、州間で鉄道輸送を展開する一般運送業者(common carriers)に輸送業務中に発生した被雇用者への損害を賠償する義務(liable in damages)を負わせた⁽⁸²⁾。さらに1939年に連邦議会は、連邦雇用者責任法で被雇用者が業務中に被った損害につき、雇用者が危険の引受けを抗弁として主張できない旨の改正を行った⁽⁸³⁾。つまり、連邦制定法は雇用関係での危険の引受けの法理を否定

(77) 労災補償法は、危険の引受け法理だけではなく、使用者責任を否定する共働者の準則(fellow servant rule)をも修正するものとなった。当該準則は、業務中に発生した同僚の過失行為による損害から使用者が免責されるとするものであり、19世紀の不法行為責任を制限するルールであった。19世紀における当該準則の発展については、前掲注29・樫博行・51頁を参照。

(78) この状況は社会立法を促した革新主義と関連していると推定できる。前掲・樫博行51頁を参照。なお革新主義とは、世紀転換期にアメリカが直面しようとした問題に対する改革運動であり、都市の中間層をターゲットとして女性参政権の確立、住民提案や住民投票、そして工場法や最低賃金法などの社会立法の具体化がなされてきた。久保文明『アメリカ政治史』74-75頁（有斐閣、2018）を参照。

(79) この全米的な立法の動向については、*See, e.g., Alan Stephens, Workers' compensation: coverage of injury occurring between workplace and parking lot provided by employer, while employee is going to or coming from work*, 4 A.L.R.5th 585 (1992).

(80) 45 U.S.C.A. § 51, Apr. 22, 1908, c. 149, § 1, 35 Stat. 65; Aug. 11, 1939, c. 685, § 1, 53 Stat. 1404.

(81) *See, e.g.,* 33 TEX. JUR. 3d EMPLOYER AND EMPLOYEE § 267 (updated 2020).

(82) 45 U.S.C.A. § 51.

(83) 45 U.S.C.A. § 54.

したのである。

2. 寄与過失ならびに比較過失における危険の引受け法理

危険の引受けは被害者側の合意により加害者の損害賠償を否定する機能をもつため、義務の否認ルール(no-duty rule)とも形容されている⁽⁸⁴⁾。一方で寄与過失は、不法行為被害者にたとえ些細であっても過失があれば、被害者の過失を理由に損害への賠償を否定する法理である⁽⁸⁵⁾。加害者の損害賠償を完全に免責する効果の点は、危険の引受けと同一の効果をもつ。しかし、歴史的に連邦雇用者責任法が制定される以前は、雇用関係における危険の引受けは使用者に被用者への損害賠償責任を免除するものであったのに対して、寄与過失は単に損害賠償を無くすものであった⁽⁸⁶⁾。また、危険の引受けは、債務を履行すると損害を被ることを認識しながら自発的に引き受けるものであるのに対して、寄与過失は原告の過失が損害発生効果をもたらすものである⁽⁸⁷⁾。したがって、危険の引受けと寄与過失は内容が異なるため、相互に重複することがあってもいずれかの概念に統合することはできず、制度的に併存することになる。

一方で、比較過失は原告と被告の責任を有責の割合に沿って分割するものである⁽⁸⁸⁾。そのため一方当事者の責任は完全に否定されないことになる。つまり、比較過失は危険の引受けを否定する関係にあり、両者は併存できない⁽⁸⁹⁾。しかし、様々な根拠から危険の引受けと比較過失の併存を認

(84) Fleming James, Jr., *Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation*, 78 YALE L.J. 185, 187-88 (1968).

(85) 寄与過失はイングランドのコモン・ローに由来する制度であり、またアメリカにおいては多くの州で廃止されている。なお、寄与過失の成立背景や内容については、樑博行「寄与過失を巡る問題」白鷗法学第26巻1号445頁(2019)を参照。

(86) *Owens v. Union Pac. R. Co.*, 319 U.S. 715, 721(1943).

(87) *Sloas v. CSX Transp. Inc.*, 616 F.3d 380, 393 (4th Cir. 2010).

(88) 樑博行「アメリカにおける比較過失」白鷗法学第26巻2号107頁(2019)を参照。

(89) *Integrated Waste Services, Inc. v. Akzo Nobel Salt, Inc.*, 113 F.3d 296, 300 (2d Cir. 1997).

める管轄地域がある。ヴァージン・アイランドではこれらの併存を認めている。同管轄地域は危険の引受けを、合意から明らかな明示的危険の引受けと、行為から暗黙に危険の引受けをしたと推定する黙示的危険の引受けとに分け、前者にのみ比較過失を適用している⁽⁹⁰⁾。その理由は、第1にヴァージン・アイランドでは比較過失が採用されているからである。第2に不法行為リステイトメント第2版で、明らかに認識された危険により損害を被った被誘引者(invitee)⁽⁹¹⁾に対して、土地所有者が抗弁できると述べられているからである⁽⁹²⁾。これらを根拠に、危険の引受けと比較過失が併存すると主張されている⁽⁹³⁾。

次にカリフォルニア州では、損害を生じる危険性に対して加害者が被害者を保護する注意義務を負わない一次的危険の引受け(primary assumption of risk)に該当すれば、被害者は損害賠償を完全に否定されることになる⁽⁹⁴⁾。換言すれば、一次的危険の引受けには注意義務がないため、当該義務違反に問われることはない。つまり、加害者に過失がないため加害者と被害者の間に過失の不法行為の関係が存在しないことになる。なお、注意義務を加害者に負わせるものの、被害者が義務違反から発生する危険性を認識しながら敢えてそれに遭遇するのが、二次的危険の引受け(secondly assumption of risk)である。この危険の引受けは比較過失と併存することになる⁽⁹⁵⁾。

契約による明示的危険の引受け、または法定の危険の引受けだけを有効な抗弁とする州がある。これがペンシルベニア州である。1993年にペンシルベニア州最高裁判所は、Howell v. Clydeでこの考えを明らかにし

(90) Monk v. Virgin Islands Water & Power Authority, 53 F.3d 1381 (3rd Cir. 1995).

(91) 被誘引者とは、不動産所有者や占有者の同意を得て彼らの利益のために不動産に立入る者を指す。樫博行『アメリカ民事法入門第2版』229頁（勁草書房、2019）を参照。

(92) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 343A (1) (1965).

(93) Monk, 53 F.3d at 1388.

(94) Knight v. Jewett, 834 P.2d 696, 707-08 (Cal. 1992).

(95) *Id.* at 708.

た⁽⁹⁶⁾。本判決によれば、ペンシルベニア州では危険の引受けは以下の通りになるという。第1に被害者自らの過失で損害賠償を請求できない危険の引受けが寄与過失と位置づけられていたが、比較過失が採用されたため現在ではこの危険の引受けは廃止されている⁽⁹⁷⁾。第2に黙示的危険の引受けは、過失での義務違反の判断の際に相手方の義務違反の程度を判定するために適用される⁽⁹⁸⁾。第3にパーティーの客が余興で火薬を持参して大砲に装薬した際に誤って爆発事故を起こした事件では、他の客が自発的な行為で危険を引き受けているとして、招待した主人は義務がないことになると述べたのである⁽⁹⁹⁾。

以上から本判決は、第2と第3の危険の引受けが比較過失と併存可能であれば存続できると考えたわけである⁽¹⁰⁰⁾。明示的危険の引受けは、後述するように自発的に危険を負うことを約定する契約に基づくものであるため、過失責任の分配を前提とする比較過失とは異なる。そこで、2つの制度の併存を認める場合には、まず実際に引き受けた範囲の危険に対してのみ明示的危険の引受けを適用すべきという考えが現れることになる⁽¹⁰¹⁾。次に被害者が引き受けた危険、つまり過失割合が加害者よりも少ない場合に限り、危険の引受けによる損害を超過した部分のみ賠償を可能とする考えも現れてくるのである⁽¹⁰²⁾。

(96) 620 A.2d 1107 (Pa. 1993).

(97) *Id.* at 1112.

(98) *Id.*

(99) *Id.* at 1113.

(100) *Id.* at 1112-13.

(101) *Scott By and Through Scott v. Pacific West Mountain Resort*, 834 P.2d 6, 13 (Wash. 1992).

(102) *Davenport v. Cotton Hope Plantation Horizontal Property Regime*, 508 S.E.2d 565, 573 (S.C. 1998). サウス・カロライナ州最高裁判所による本判決では、明示的危険の引受けのみならず、特定の行為に本来的に備わっている危険性を黙示的に引き受ける場合にも、この点が妥当すると述べている。*Id.* なお、当該黙示的危険の引受けは、一次的黙示的危険の引受けと称されている。*Id.* at 570.

三 黙示的危険の引受けの状況

1. 黙示的危険の引受けの混乱と衰退

明確な契約ではなく行為から危険の引受けを推定する黙示的危険の引受けは、実際には望んだ者には損害が生じないとするローマ法の法格言に由来し、19世紀末には既に認識されたものであった。この法理は次第に被告による過失行為への評価や自発的に危険に向き合う心理状態、つまり主観的要素により認められるようになってきた⁽¹⁰³⁾。たとえ原告が被告の不法行為責任の免除を明示せず合理的行動をとったとしても、危険を認識して行為をしたということだけで黙示的危険の引受けの存在が認められるようになったのである⁽¹⁰⁴⁾。鍵となったのは危険を引き受ける合意であった。この合意については、不法行為リステイメント第2版は、被告の行為に明らかで危険があり原告が積極的にそれを受け入れる場合に限り、危険が引き受けられたと述べている⁽¹⁰⁵⁾。

しかし、合意の認識は当事者により異なる。被告は原告が合意したと判断しても、実際には原告にはその意思がない場合がある。合意にかかる誤認を回避するため、不法行為リステイメント第3版は、危険に向き合うことを認識しているだけでは合意にはならないと述べている⁽¹⁰⁶⁾。これを踏まえれば、合意の存在を判断するには、両当事者の認識の合致のみならず積極的な受容が必要となる。そこで、合意は行為から経験的に推定せざるを得ないことになる。

一方で、両当事者の合意ではなく、一方当事者の自発的行為のみで危険

(103) H.R.H. Metals, Inc. v. Miller, 833 So.2d 18, 27 (Ala. 2002).

(104) Crews v. Hollenbach, 751 A.2d 481, 488 (Md. 2000). 本判決では、危険の引受けの成立を判断する基準として、危険への認識、危険内容の理解、そして自発的な危険の引受けが必要であり、これら客観的な要素が必要であると述べている。Id. at 489-90. これらの要素が客観性を担保するものか否かという疑問が生じるが、本判決では客観性が担保できる基準を志向していたといえる。

(105) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 496C (1965).

(106) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS (Apportionment) § 2 (2000).

の引受けを推定する例がある⁽¹⁰⁷⁾。それが1915年に下されたケンタッキー州控訴裁判所のCurtis v. Traders Nat. Bank⁽¹⁰⁸⁾である。本件は、暴風雨の中で銀行に入ってきた顧客である原告が、大理石の床に溜まった水のために滑って転んでケガを負った事案であった。まず、同裁判所は当該状態が本来的に危険な状態とはいえ、被告の銀行が何らかの懈怠を行っているとはいえないと述べた⁽¹⁰⁹⁾。次に、床が水浸しになっており滑りやすい状態であることを知っているにもかかわらず、その床に入ってきた原告はそれから起こるすべての危険を引き受けたことになると述べた⁽¹¹⁰⁾。以上の理由から、原告の損害賠償請求を棄却したのである⁽¹¹¹⁾。つまり、同裁判所は黙示的危険の引受けが必ずしも合意のみから導かれるものではないことを示したことになる。本件における暴風雨で水の溜まった大理石の床を原告が歩行したことは、自発的行為でありかつ過失である。原告の過失により損害賠償が否定されることは寄与過失のルールに該当することになる。したがって、本判決は寄与過失と黙示的危険の引受けを混同したとも解すことができる。

1950年代以降、黙示的危険の引受けは寄与過失との概念的混同のために機能しなくなった。1959年にはニュー・ジャージー州最高裁判所がMeistrich v. Casino Arena Attractions, Inc.で、危険の引受けの抗弁を誤解されやすくまた誤りのあるものであると批判した⁽¹¹²⁾。本件は、スケートリ

(107) 自発的行為につき、プロッサー(William Lloyd Prosser)教授は、以下について言及する。横断歩道のないところを横切る者が知ることのできる範囲内で危険に遭遇することを理解しており、当該行為は自発的に行われている。しかし自発的にそれを行うことで、自動車運転手の注意義務を免除していることにはならないため、横断歩道のないところを横切る者は単に過失であるといえると述べている。PROSSER & KEETON ON TORTS 5th ed. § 68, at 490 (1984).

(108) 237 S.W.2d 76 (Ky. 1951).

(109) *Id.* at 77.

(110) *Id.* at 78.

(111) *Id.* at .

(112) 155 A.2d 90, 92 (N.J. 1959). 本判決では、黙示的危険の引受けである旨を示すことはなかったが、被害者がスケートをする上でスケート場管理者との間で免責合意

リンクに氷を張る際に氷を固め過ぎて滑りやすい状態になっていたところ、スケートをしていた者が滑ってケガを負い、スケートリンクを相手取って損害賠償を請求した事案である。まず本判決は、危険の引受けには被告に過失がなかったということと、被告の義務を積極的に否定する抗弁の2つの意味があると述べた⁽¹¹³⁾。とりわけ、後者については寄与過失と重複し混乱させるものであるとともに、被告の過失の立証を原告に求めることになると述べて⁽¹¹⁴⁾、危険の引受けとりわけ黙示的なものを適用しない方向性を示したのである。原告の過失立証にかかる負担を軽減させる目的があったと推定できる。寄与過失と黙示的危険の引受けが重複して認識される状態は、1963年のウィスコンシン州最高裁判所の*Gilson v. Drees Bros.*⁽¹¹⁵⁾においても言及された。本件は、牛を購入する目的で家畜市に行ったところ、雄牛により原告がケガを負った事件であった。本判決は、原告に対してなされた黙示的危険の引受けの抗弁が、寄与過失の意味であるとして、当該危険の引受けの適用を否定したのである⁽¹¹⁶⁾。このように、黙示的危険の引受けと寄与過失の間で概念的混乱があり、それを避ける目的から黙示的危険の引受けが適用されなくなった。その結果、1990年代には黙示的危険の引受けは過失に対する積極的抗弁ではなく、被告の注意義務の履行を判断する基準として位置づけられるようになったのである⁽¹¹⁷⁾。

黙示的危険の引受けと寄与過失を明確に区分する説明概念を求める動きも存在した。1972年にオハイオ州控訴裁判所は*Ball v. Hilton Hotels, Inc.*⁽¹¹⁸⁾に

をしていなかったため、実際には当該危険の引受けが争点となっていた。

(113) *Id.* at 93. 同旨にはカンザス州最高裁判所の*Simmons v. Porter*, 312 P.3d 345, 350 (Kan. 2013).

(114) *Meistrich*, 155 A.2d at 93.

(115) 120 N.W.2d 63 (Wis. 1963). 本件では黙示的危険の引受けについて言及がなされていないが、原告が家畜市に参加していることのみ述べられて危険の引受けがそこから生じると被告により抗弁されているところから、黙示的危険の引受けであったと推定できる。

(116) *Id.* at 67.

(117) *Morgan v. State*, 685 N.E.2d 202, 207 (N.Y. 1997).

(118) 290 N.E.2d 859 (Ohio 1972).

において、寄与過失と区別する目的で黙示的危険の引受けについて、十分に認識した危険を大胆さ(venturousness)で自発的に過失となる行為をなすものと表現した⁽¹¹⁹⁾。寄与過失が不注意に基づくものであるのに対して、危険の引受けとは大胆さによるものであるとして、2つの法概念を明確に区別したのである⁽¹²⁰⁾。その上で、本件の原告による暗い階段を下る行為は大胆さによる危険の引受けに該当し、損害賠償請求をすることができないと判断したのである⁽¹²¹⁾。寄与過失と混同するため大胆さという新しい黙示的危険の引受けの要件を示したわけである。しかし、この大胆さと寄与過失での不注意について本判決では説明されておらず、具体的な内容は不明であった。

過失を相殺する比較過失の勃興とともに、過失を完全に免責する危険の引受けは比較過失制度とは相容れないものと考えられるようになった。比較過失制度を採用する州では、制定法またはコモン・ローにより黙示的危険の引受けが廃止されるようになった。マサチューセッツ州では制定法により⁽¹²²⁾、またアイダホ州ではコモン・ローにより廃止されるに至っている⁽¹²³⁾。コモン・ローつまり判例法による黙示的危険の引受け法理の廃止の根拠は2つある。まず、寄与過失と黙示的危険の引受けの争点が同一であり、比較過失制度では寄与過失が廃止されているため、黙示的危険の引受けも関連して廃止すべきだからである⁽¹²⁴⁾。次に、比較過失の判定要素として機能するようになり、独立した積極的抗弁とはならなくなったためである⁽¹²⁵⁾。

(119) *Id.* at 861.

(120) *Id.*

(121) *Id.*

(122) Mass Gen. L. Ann. ch. 231, § 85.

(123) *Rountree v. Boise Baseball, LLC*, 296 P.3d 373, 379 (Idaho 2013) その他に同様の判断を示した州は、カリフォルニア州(*Knight v. Jewett*, 834 P.2d 696 (Cal. 1992))、ウエスト・ヴァージニア州(*King v. Kayak Manufacturing Corp.*, 387 S.E.2d 511 (W.Va. 1989))、オハイオ州(*Anderson v. Ceccardi*, 451 N.E.2d 780 (Ohio 1983))、ノース・ダコタ州(*Green v. Mid Dakota Clinic*, 673 N.W.2d 257 (N.D. 2004))がある。

(124) *Rountree*, 296 P.3d at 379.

(125) *Green v. Mid Dakota Clinic*, 673 N.W.2d 257, 260 (N.D. 2004).

2. 黙示的危険の引受けの分割：

一次的危険の引受けと二次的危険の引受け

多くの州が寄与過失から比較過失に移行する中で、1959年にニュー・ジャージー州最高裁判所は、*Meistrich v. Casino Arena Attractions, Inc.*⁽¹²⁶⁾で、黙示的危険の引受けを一次的(primary)なものと二次的(secondary)なものに分割することを提唱した。一次的危険の引受けには、被告が義務をもたないため過失とはならない意味がある。二次的危険の引受けには、義務違反が存在し寄与過失と区分できない積極的抗弁の意味があり、それぞれ意味が明確に異なるためである⁽¹²⁷⁾。

その後、1973年にフロリダ州最高裁判所も比較過失を採用する判断を示した⁽¹²⁸⁾。比較過失制度をもつ州となったフロリダ州では、州最高裁判所が1977年の*Blackburn v. Dotra*において、黙示的危険の引受けを廃止したのである⁽¹²⁹⁾。同裁判所は、黙示的危険の引受けは寄与過失制度に依拠する法理であるととらえたからである⁽¹³⁰⁾。この判断に至るために、黙示的危険の引受けを、*Meistrich*判決と同様に一次的危険の引受けと二次的危険の引受けの2つに分類して各々の概念を提示した。一次的危険の引受けは、被告が義務をもたないために過失になることはなく⁽¹³¹⁾、原告に対する抗弁にはならない⁽¹³²⁾。次に二次的危険の引受けは、被告が原告に対してもつ義務に違反する場合の積極的抗弁となると述べたのである⁽¹³³⁾。さらに原告の行為が合理的なものであるが救済が否定される合理的危険の引受けと、不合理な行為であり救済が否定される不合理的危険の引受けに分割し、後者

(126) 155 A.2d 90 (N.J. 1959).

(127) *Id.* at 93.

(128) *Hoffman v. Jones*, 280 So.2d 431, 438 (Fla. 1973).

(129) 348 So.2d 287, 293 (Fla. 1977).

(130) *Id.* at 289.

(131) *Id.* at 290.

(132) *Id.* at 291.

(133) *Id.* at 290.

については比較過失に包含されるため独立して存在することを否定したのである⁽¹³⁴⁾。一方で、本判決は比較過失を採るフロリダ州法では合理的危険の引受けを否定することになると述べた⁽¹³⁵⁾。原告が合理的な行為をしているにもかかわらず救済を否定されるのは、被告との関係で不公平な取り扱いとなるからである⁽¹³⁶⁾。

本判決以降、黙示的危険の引受けは、多くの管轄地域で一次的危険の引受けと二次的危険の引受けに分割されることになった。そこで示された一次的危険の引受けの概念は、初期事案のものとは異なり、不法行為被害者が加害者と自発的に関係をもつことを前提とすることになった。そして、被害者が加害者により将来発生する可能性のある危険から保護されないことを認識しつつ、それらの危険について黙示的に加害者の注意義務を免除する危険の引受けを意味することになった⁽¹³⁷⁾。具体的には、一次的危険の引受けは、被害者が特定の行為に生来的に備わっている(inherent)将来の発生を想定される危険を知りつつ、当該行為を引き受けることを意味する⁽¹³⁸⁾。引き受けられた危険は被告の過失ではなく、行為そのものの性質から由来することになる⁽¹³⁹⁾。そのため、加害者は被害者が特定の行為をなす際に注意義務をもつことはない⁽¹⁴⁰⁾。そして、第一次的危険引受けは、過失による不法行為を成立させる訴訟原因そのものを否定するものであるため、加害者の過失への抗弁とはならない⁽¹⁴¹⁾。

一次的危険の引受けの概念は、危険な作業の伴う雇用契約事案で適用さ

(134) *Id.* at 291.

(135) *Id.*

(136) John L. Diamond, *Assumption of Risk after Comparative Negligence: Integrating Contract Theory into Tort Doctrine*, 52 OHIO ST. L.J. 717, 732 (1991).

(137) *See, e.g., Ridge v. Kladnick*, 713 P.2d 1131, 1132-33 (Wash. 1986).

(138) *See, e.g., Yoneda v. Tom*, 133 P.3d 796, 808 (Haw. 2006).

(139) *See, e.g., Knight v. Jewett*, 834 P.2d 696, 705 (Cal. 1992).

(140) *See, e.g., Daly v. McFarland*, 812 N.W.2d 113, 119 (Minn. 2012).

(141) *See, e.g., Bennett v. Hidden Valley Golf and Ski, Inc.*, 318 F.3d 868, 873-74 (8th Cir. 2003).

れるようになった⁽¹⁴²⁾。また、特定の行為に生来から備わっている危険を知りつつ行動するという性質から、後述するようにスポーツ競技に参加または観戦することが多く対象となる。故意または無謀な行為(reckless act)によるものを除き、加害者の過失により被った損害の賠償を得ることができないことになる⁽¹⁴³⁾。ただし、損害はあくまでもスポーツ競技が生来備える危険に由来するものでなければならない⁽¹⁴⁴⁾。

被告の注意義務違反への抗弁として作用することになったのが二次的危険の引受けである⁽¹⁴⁵⁾。被害者である原告が危険に遭遇することを予期して、それを行うことを敢えて選択すれば、その者は二次的危険の引受けを行っていることになる⁽¹⁴⁶⁾。ただし、この選択が合理的なものであるのか、または遭遇した危険が不合理に発生したことであるのかを区分して、事実関係を検討する裁判所もある⁽¹⁴⁷⁾。選択が合理的と判断されるものは二次的危険の引受けに該当するが、不合理なものは寄与過失ととらえられるわけである⁽¹⁴⁸⁾。なぜなら、不合理な場合の二次的危険の引受けが寄与過失と同一なものと位置づけられているからである⁽¹⁴⁹⁾。一方で、危険の引受けと寄与過失を完全に分離する傾向のある裁判所は、危険の引受けが主観的要素で判断されるものに対して、寄与過失は客観的な一般通常人基準で判断されると述べている⁽¹⁵⁰⁾。

(142) See, e.g., *Priebe v. Nelson*, 140 P.3d 848, 853 (Cal. 2006).

(143) See, e.g., *Grady v. Green Acres, Inc.*, 826 N.W.2d 547, 552-53 (Minn. 2013).

(144) See, e.g., *Sullivan-Coughlin v. Palos Country Club, Inc.*, 812 N.E.2d 496, 502 (Ill. 2004).

(145) See, e.g., *Halpern v. Wheeldon*, 890 P.2d 562, 565 (Wyo. 1995).

(146) See, e.g., *Spencer v. Wal-Mart Stores East, LP*, 930 A.2d 881, 886 (Del. 2007).

(147) *Perez v. McConkey*, 872 S.W.2d 897, 900 (Tenn. 1994).

(148) *Storm v. NSL Rockland Place, LLC*, 898 A.2d 874, 881 (Del. 2005).

(149) *Renswick v. Wenzel*, 819 N.W.2d 198, 205 (Minn. 2012).

(150) *Riley v. Davison Const. Co., Inc.*, 409 N.E.2d 1279, 1282 (Mass. 1980). なお、黙示的危険の引受けが比較過失と寄与過失の視点から分割され、結果的に黙示的危険の引受けが比較過失採用州で廃止に至った過程については、See, *Kenneth W. Simons, Reflections on Assumption of Risk*, 50 UCLA L. REV. 481, 495-503 (2002).

3. 合意により黙示的危険の引受けが認められる場合

—スポーツ競技の参加と観戦

危険の引受けのうち黙示的なものにより変化を余儀なくされたのは、黙示的なものが寄与過失そのものを意味したためである。一方、明示的なものは過失ではなく損害賠償請求権の放棄または合意を明らかに口頭または書面で示すものであり、比較過失制度と調和するものととらえられたからであった⁽¹⁵¹⁾。この明示的な合意は、すべての不法行為賠償責任を原告に負わせる関係である損失補償(indemnity)を明らかにしたものである⁽¹⁵²⁾。

ところで、行為から推定される合意は、当事者の過失割合を考慮して賠償額を決定する比較過失制度に直接関連しない。むしろ、不法行為加害者の注意義務の不存在を意味するに過ぎないととらえられているのである⁽¹⁵³⁾。しかし、この合意が注意義務の不在を導き、その結果不法行為加害者を免責することは、公序良俗に違反するとも考えられる⁽¹⁵⁴⁾。以上から、行為から推定される合意を前提とする黙示的危険の引受けは、被告に有利に機能するだけの法理ではなくなったことになる⁽¹⁵⁵⁾。

危険な作業における雇用では、作業に生来的に備わっている固有の危険性に対してのみ危険の引受けが行われたのであり、その範囲で被告が免責される。生来的に備わっている危険性とは、作業の基本的性格を形作る必須のものでありかつ地域で一般的に認識されているものである⁽¹⁵⁶⁾。つま

(151) Shorter v. Drury, 695 P.2d 116, 123 (Wash. 1985).

(152) 損失補償とは、契約によりすべての賠償責任を特定の者に転嫁する危険の引受けの効果を示している。RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: APPOINTMENT LIAB. § 2 (2000).
なお、損失補償は共同不法行為において考慮されるものである。前掲注(91)・樺博行・201頁を参照。

(153) Turcotte v. Fell, 502 N.E.2d 964, 967 (N.Y. 1986).

(154) Neighbarger v. Irwin Industries, Inc., 882 P.2d 347, 351 (Cal. 1994).

(155) Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden and Ellen M. Bublick, THE LAW OF TORTS 2d ed. § 237 (updated 2020).

(156) Beninati v. Black Rock City, LLC, 175 Cal.App.4th 650, 658 (2009).

り、危険な作業に従事する者は、作業以外で発生するであろう危険の引受けについては合意したものではないことになる。そのため、被告の損害賠償責任を完全に免除する抗弁としての機能はない。

合意により黙示的危険の引受けが認められる典型例がスポーツ競技への参加である。ここでは、2つの場合が想定される。第1が、参加するスポーツが性質上危険とされるものである。第2が、スポーツで過失行為がなされる場合である。前者では、スポーツに生来的に備わっている危険を認識して合意の上でスポーツに参加したと考えられる。しかし後者では、合意されていない損害を引き受けることになるため、黙示的引受けの範囲から外れることになる。

これを判定する基準が、スポーツ生来の性質から発生した損害か否かである。例えば、スキー場の滑走面に雪の積もった藪があり、そこへスキー初心者が突っ込んで四肢麻痺となる傷害を負った事案では、スキー場は当該藪を撤去しなかった過失があると判断されている。スキーは生来的に危険である⁽¹⁵⁷⁾。しかし、本件事故はスキー場が藪を撤去しなかった過失により発生したものであるため、危険の引受けが適用される場合ではないととらえられたのである⁽¹⁵⁸⁾。また、スケート場でインストラクターの指導上の過失のためケガを負った事案でも同様な判断が示されている。スケート場従業員の過失により負った損害はスケート生来のものではないので、スケート場管理者にスケート場での損害の免責を制定法が認めていない限り、従業員の過失はその管理者が責任を負うと述べたのである⁽¹⁵⁹⁾。

スキーやスケートよりも、生来的に危険発生の可能性が高い種目であるラグビーやアメリカン・フットボールでは、スポーツ競技中に過失で傷害を負うことが想定される。そこで、スポーツの性質や種類により危険も異

(157) *Sunday v. Stratton Corp.*, 390 A.2d 398, 402 (Vt. 1978).

(158) *Id.* at 403.

(159) *Derricotte v. United Skates of America*, 794 A.2d 867, 871 (N.J. 2002).

なるため、注意義務の内容を変える必要があると判断されている⁽¹⁶⁰⁾。ラグビーなど接触を伴うスポーツ競技では、過失によりルールを遵守できないことが不可避であるとも考えられる⁽¹⁶¹⁾。そのため、生来的な危険の範囲外にある故意または無謀な(reckless)行為による損害は、合意がなされなかったため、危険の引受けには該当しないことになる⁽¹⁶²⁾。

接触を伴うプロ・スポーツの場合には、競技者および観戦者とも限定責任ルール(limited-duty rule)が適用される。これは、プロ野球の黎明期に形成された、野球場経営者および運営者に対する過失上のルールである。彼らが観客のために打球から身体を保護できる区画を設けている場合、観客が身体を保護しない席で観戦して打球に当たりケガをしても、観客の寄与過失であるとされ、野球場経営者などは免責される⁽¹⁶³⁾。バックネット裏など一部の席に打球の直撃から避ける遮蔽物があるだけで、野球場経営者と運営者の義務は履行されたことになる。そのため、プロ野球観戦で打球から身体を保護しない席に座る者は、打球が当たる危険を引き受けたことになるのである⁽¹⁶⁴⁾。打球により身体に損害を被ることを黙示的に引受けたため、打球の直撃によりケガを負っても損害賠償請求ができないことになる。限定責任ルールは、土地や家屋の立入を許可された立入被許可者(licensee)が明らかな不動産上の瑕疵を認識し危険発生を理解していれば、当該不動産の所有者が発生した不法行為への賠償責任を負わないコモ

(160) Knight v. Jewett, 834 P.2d 696, 708 (Cal. 1992).

(161) Karas v. Strevell, 884 N.E.2d 122, 135 (Ill. 2008).

(162) Knight, 834 P.2d at 710. コモン・ローのみならず、州制定法が高校生徒と大学学生のアマチュアが参加する接触を伴うスポーツ競技で、故意または無謀な行為により発生させられた損害のみが責任の対象と規定している。See, W.S.A. § 895.525(4m)(a). スポーツによっては、故意または無謀な行為による損害も本来的とされる場合がある。これが野球である。カリフォルニア州では、ピッチャーがバッターへ故意にデッド・ボールを与えるのは、野球の本来的な性質から来るものであり、バッターは損害賠償を請求できないと判断されている。See, Avila v. Citrus Community College Dist., 131 P.3d 383, 393 (Cal. 2006).

(163) Crane v. Kansas City Baseball & Exhibition Co., 153 S.W. 1076, 1078 (Mo. 1913).

(164) Quinn v. Recreation Park Ass'n, 46 P.2d 144, 146 (Cal. 1935).

ン・ロー上のルールに由来している⁽¹⁶⁵⁾。

この限定責任ルールが、プロ野球およびプロ・スポーツの競技者に適用されることになったわけである⁽¹⁶⁶⁾。スポーツ競技に内在する危険性についての情報を得た上で、競技者が積極的に競技に参加すれば、当該危険性から派生した損害の責任を加害者に追求できないことになる⁽¹⁶⁷⁾。

限定責任ルールの適用範囲は個別の事案により異なっている。危険と想定されるすべてのスポーツ競技⁽¹⁶⁸⁾のみならず、楽しみとスリルを目的としているという理由でボートの乗船などにも適用範囲を広げる判断も見られている⁽¹⁶⁹⁾。この判断が基礎としているのは、競技者による危険なスポーツを行うという合意である⁽¹⁷⁰⁾。そして、その合意には競技者が危険を引き受ける上での相当な期待をしていることが必要である。相当な期待とは、競技者がスポーツの危険性を考慮しつつ一般通常人の注意義務を果たしながら⁽¹⁷¹⁾、他の競技者の過失により損害を与えられないと想定している

(165) John W. Wade, *The Place of Assumption of Risk in the Law of Negligence*, 22 LA. L. REV. 5, 10 (1961).

(166) アメリカン・フットボールについては、Hackbart v. Cincinnati Bengals, Inc., 601 F.2d 516 (10th Cir. 1979)。競馬については、Turcotte v. Fell, 502 N.E.2d 964, 967 (N.Y. 1986)。がある。

(167) Turcotte, 502 N.E.2d at 967。一部の管轄地域ではアマチュア・スポーツの参加者にも限定責任ルールの適用を認めている。アメリカン・フットボールについては、*See, e.g., Knight v. Jewett*, 834 P.2d 696 (Cal. 1992)。サッカーについては、*Jaworski v. Kiernan*, 696 A.2d 332 (Conn. 1997)。ソフトボールについては、*Crawn v. Campo*, 643 A.2d 600 (N.J. 1994)。である。しかし、アマチュア・スポーツに制限責任ルールを適用することについては反対がある。プロ・スポーツでは独特のルールが適用され通常の法制度から離れた社会で競技を行っており、責任を考慮しない状況下にあるのでプロ・スポーツでのルールは適用されないと主張するのである。Stephen D. Sugarman, *Assumption of Risk*, 31 VAL. U. L. REV. 833, 877 (1997)。

(168) *Daly v. McFarland*, 812 N.W.2d 113, 120 (Minn. 2012)。

(169) *Truong v. Nguyen*, 156 Cal.App.4th 865, 879 (2007)。

(170) パラセーリングの場合には、それを行う者はそのスポーツが生来的に危険であるとの認識と参加の合意をしていることが必要であると指摘されている。*See, Bangert v. Shaffner*, 848 S.W.2d 353, 355 (Tex. 1993)。

(171) *Hendricks v. Broderick*, 284 N.W.2d 209, 214 (Iowa 1979)。

ことである⁽¹⁷²⁾。ただし、この想定は個人の主観によりなされる。説得力のある客観的判断を行うために、十分に危険性があることを競技者が認識していることを示す行為を抽出する必要がある。

一方で、限定責任ルールの適用を、一般的に危険とは考えられない身体的な接触のないスポーツに限定する例が見られる。それがゴルフであり、他のプレイヤーの打球に当たった者の損害賠償請求を否定している⁽¹⁷³⁾。この判断の前提には、プレイヤーが他から損害を受けないと考える相当な期待ではなく⁽¹⁷⁴⁾、ゴルフに内在する生来的な危険性を引き受けているという認識が存在することである⁽¹⁷⁵⁾。したがって、スポーツの生来的な危険性の認識を前提にして危険の引受けを根拠づけているため、限定責任ルールが適用されない場合と同様の論理構成になる。また、生来的な危険性も曖昧な概念である。そのため、限定責任ルールをプロ・スポーツのみならず、スポーツ全般の事案において適用することを否定する見解も現れてくる。比較過失制度を採用する州では、当該ルールがスポーツの生来的な危険の評価に応じて他の競技者の注意義務を免除するものであり、結果的に被害者に危険を引き受けさせることになるので妥当ではないと考えられている⁽¹⁷⁶⁾。

ところで、スポーツ観戦とりわけ野球の場合においては、前述したように従前より限定責任ルールが適用されていた。打球から観客を保護する設備のある席が用意されており、観客がそれ以外の席を選択して打球に当たった場合には、野球場経営者または運営者は損害賠償責任を免除されていた。これは現在においても妥当であるとされ、アイス・ホッケーの事案

(172) *Jagger v. Mohawk Mountain Ski Area, Inc.*, 849 A.2d 813, 831 (Conn. 2004).

(173) *See, e.g., Shin v. Ahn*, 165 P.3d 581, 584 (Cal. 2007); *Sanchez v. Candia Woods Golf Links*, 13 A.3d 268, 270 (N.H. 2010).

(174) *Pfister v. Shusta*, 657 N.E.2d 1013, 1019 (Ill. 1995).

(175) *Sanchez*, 13 A.3d at 270.

(176) *Pfenning v. Lineman*, 947 N.E.2d 392, 403 (Ind. 2011).

においても適用されるようになってきている⁽¹⁷⁷⁾。アイス・アリーナの運営者は、野球の場合と同様な状況の下では過失にはならないと判断される⁽¹⁷⁸⁾。また一部の裁判所は、スポーツ競技場運営者がスポーツに内在する生来的な危険に対しては義務をもたない⁽¹⁷⁹⁾、または通常行うべき注意義務を一旦履行すればそれ以降観客を保護する義務をもたないと判断するようになってきている⁽¹⁸⁰⁾。

しかし、スポーツ競技場運営者に義務を負わさないのはスポーツ競技のみであり、競技場設備の保守は対象外である。そこで、観客席が崩壊して観客が身体的および財産的な損害を被った場合には、スポーツ競技場運営者に損害賠償責任が生じることになる⁽¹⁸¹⁾。

四 明示的危険の引受け

1. 明示的危険の引受けの意味

口頭または書面により明示的に危険を引き受けることが、明示的危険の引受けである。ただし、多くの州では重過失(gross negligence)や無謀な行為を含む故意による不法行為については、明示的危険の引受けの対象から除外されている。それは、重過失⁽¹⁸²⁾や故意⁽¹⁸³⁾による損害賠償の放棄が公序良俗(public policy)に違反するという理由からである。この点について不法行為リステイメント第2版は、明らかな合意で被告の過失行為に

(177) Sciarrotta v. Global Spectrum, 944 A.2d 630, 632 (N.J. 2008).

(178) *Id.* at 639.

(179) Coomer v. Kansas City Royals Baseball Corp., 437 S.W.3d 184, 198 (Mo. 2014).

(180) Hurst v. East Coast Hockey League, Inc., 637 S.E.2d 560, 562 (S.C. 2006).

(181) Boyer v. Iowa High School Athletic Ass'n, 152 N.W.2d 293, 296 (Iowa 1967). 本件では、バスケットボール場の観客席が崩壊した因果関係が不明であった。しかし、バスケットボール場の管理者のみが管理をしていたという点を踏まえて、過失推定測(res ipsa loquitur)が適用されて、当該管理者の過失が認定されている。

(182) Feleccia v. Lackawanna College, 215 A.3d 3 (Pa. 2019).

(183) Laeroc Waikiki Parkside, LLC v. K. S. K. (Oahu) Limited Partnership, 166 P.3d 961 (Haw. 2007).

より発生する損害の危険性を引き受ける原告は、当該合意が公序良俗に反しない限り成立すると述べている⁽¹⁸⁴⁾。

危険の引受けを明示的に行うとは、損害を被る以前に危険を引き受ける旨の合意または損害賠償請求の放棄を明らかにすることである。危険を引き受ける旨の合意は、例えば危険地域に入ることを選択すると明らかにすることで足りる⁽¹⁸⁵⁾。つまり、当事者の明確な合意が前提になるため、明示的危険の引受けは契約となる。

そこで明示的危険の引受け、すなわち被告に対する不法行為免責の明示的な合意は、契約法上の原理が適用され解釈されることになる⁽¹⁸⁶⁾。しかし、危険の引受けが不法行為加害者の賠償責任を一方的に免除するものであるため、契約当事者間で不公平な契約となる⁽¹⁸⁷⁾。不法行為賠償の基本的な指針は、過失をした当事者に責任を負わせて当該損害を填補するとともに、違法行為を抑止することにある。これを踏まれば、危険の引受けを認める契約条項つまり免責条項(exculpatory provisions)はこの指針を害することになる⁽¹⁸⁸⁾。この指針の違反を回避するために、免責条項を文言通りに解釈するのではなく⁽¹⁸⁹⁾、免責される当事者に対して厳格な結果をもたらすように当該条項を解すことが妥当になる⁽¹⁹⁰⁾。

(184) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS § 496(B) (1965).

(185) *Phelps v. Firebird Raceway, Inc.*, 210 Ariz. 403, 405 (2005)

(186) *Cohen v. Five Brooks Stable*, 159 Cal.App.4th 1476, 1483 (2008).

(187) 契約内容が契約当事者間で不公平であれば、通常の契約では非良心的契約(unconscionable contract)となり、契約が成立しないことになる。なお、非良心的契約については、前掲注(91)・櫻博行・61頁を参照。

(188) *Hanks v. Powder Ridge Restaurant Corp.*, 885 A.2d 734, 742 (Conn. 2005).

(189) *Id.*

(190) *Plant v. Wilbur*, 47 S.W.3d 889 (Ark. 2001). *See, also* RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS (APPORTIONMENT) § 2, cmts. d & e (2000). コメントdによれば、免責条項の存在を主張する当事者はその存在と当該条項の適用の妥当性について証明しなければならない。そして、免責条項は明確かつ具体的な文言で規定していなければならないと述べている。またコメントeは、危険の引受けの条項をもつ契約が公序良俗違反で無効になると述べている。

明確な危険の引受けを厳格に解することは、契約当事者の公平性を担保するためである。そのため、解釈は以下に留意することになる。第1は、危険の引受けの意思が明確に存在し、かつそれが容易に理解できるよう明らかに示されていなければならないことである。第2は、免責条項が統一商法典(Uniform Commercial Code)が採用する客観的基準で明瞭に解釈されることである⁽¹⁹¹⁾。これらを実行するためには、必然的に署名入りの書面で免責条項を定めることが求められる⁽¹⁹²⁾。

明示的危険の引受けの範囲は、不法行為被害者が自発的合意を行う範囲になる。自発的合意は、一方当事者により作成された免責を他方当事者が合意することでなされるが、その際に免責条項が明瞭で理解可能な文言であることが求められる。例えば、スキー場のリフト券の裏面に事故の免責条項が印刷されていれば、スキーヤーがそれを読まずにスキー場で標識のない人工雪製造装置に衝突しても、免責条項は明瞭かつ曖昧ではないため実際に読んでいなくても適用されると判断されている⁽¹⁹³⁾。免責条項が明瞭な文言であることが明示的危険の引受けの範囲の判断基準となっているが、この明瞭性について危険の引受けの範囲も明確かつ認識可能であることが求められるのはいうまでもない⁽¹⁹⁴⁾。しかし、被った身体的損害の程度が重大であればこの基準は適用除外されることになる。不法行為による死亡への免責は合理性がなく認められないからである⁽¹⁹⁵⁾。

2. 明示的危険の引受けと公序良俗

一方、契約に拠る明示的危険の引受けが公序良俗違反で無効になる場合がある。公序良俗は広範な概念であり、当事者間に特別な関係および交

(191) Littlefield v. Schaefer, 955 S.W.2d 272, 274 (Tex. 1997).

(192) See, e.g., Yauger v. Skiing Enterprises, Inc., 557 N.W.2d 60, 64 (Wis. 1996).

(193) Miller v. Sunapee Difference, LLC, 918 F.3d 172, 176-77 (1st Cir. 2019).

(194) Moore v. Hartley Motors, Inc., 36 P.3d 628, 633 (Alaska 2001).

(195) Hargis v. Baize, 168 S.W.3d 36, 47 (Ky. 2005).

渉力に格差が存在しないことを意味するとともに⁽¹⁹⁶⁾、実体的に非良心的(unconscionable)なものになっている状態も指している⁽¹⁹⁷⁾。実体的に非良心的となるには、一方当事者に対して厳しくかつ不公平となっていることが求められる⁽¹⁹⁸⁾。

公序良俗違反の典型的な例として医療過誤の免責がある。病院が治療にかかる一切の免責を認める書面に患者の署名を求めれば、当該免責は公序良俗違反になる。これを示したのが、1963年のカリフォルニア州最高裁判所判決のTunkl v. Regents of University of California⁽¹⁹⁹⁾である。医療サービスは患者にとって重要なものであるため、患者は病院に黙従せざるを得ない。そこで本判決は、患者が自発的に病院の過誤を含む一切の免責を認めたとはいえないので、当該免責が公序良俗に違反して無効であると判断した⁽²⁰⁰⁾。本判決は、以下の公序良俗違反を構成する要因を挙げた。第1に、免責の合意が公的規制に関連するものであること。第2に、免責を求める当事者が公的に重要なサービスを行っていること。第3に、当事者が市民の求めるサービスを協力的に行う者であること。第4に、免責を求める当事者が交渉力で優位な立場であること。第5に、交渉により買主が売主やその代理人の過失による危険の影響を受けることである⁽²⁰¹⁾。これらが満足されると公序良俗違反になるが、純粹に私的で自発的な危険の引き受けは当該違反にはならないことになる⁽²⁰²⁾。

(196) McGrath v. SNH Development, Inc., 969 A.2d 392, 396 (N.H. 2009); Kyriazis v. Univ. of West Virginia, 450 S.E.2d 649, 655 (W.Va. 1994).

(197) Bagley v. Mt. Bachelor, Inc., 340 P.3d 27, 36 (Or. 2014).

(198) *Id.* at 40.

(199) 383 P.2d 441 (Cal. 1963).

(200) *Id.* at 446.

(201) *Id.* at 445-46.

(202) *Id.* at 446. 医学実験に関連した例には、Vodopost v. MacGregor, 913 P.2d 779 (Wash. 1996)がある。本判決では高山における呼吸に関する医学実験で、治験者による実験上の過失は免責となることを被験者に求めた免責条項について、公序良俗違反で無効となると判断した。*Id.* at 787.

公的機関と私人との間では、特別な関係や交渉力の格差が存在する。学校と生徒の関係が典型であり、両者の間の格差を考慮して、一方のみが有利であれば公序良俗違反の判断がなされる。その例が、1988年のワシントン州最高裁判所判決であるWagenblast v. Odessa School Dist. No. 105-157-166J⁽²⁰³⁾である。本判決は、学校対抗の運動競技の際に学校が参加する生徒に学校側の過失責任を免除する書類に署名させたことを、公序良俗に違反すると判断したのである⁽²⁰⁴⁾。同裁判所は、カリフォルニア州最高裁判所のTunkl判決で示された公序良俗の要件を引用して審理した⁽²⁰⁵⁾。本件は公立学校での事案であるため、とりわけ生徒に対する学校および学区の注意義務が公序良俗の最終的な判断要素となった。本判決は、まず学校が相当に予見可能な危険から生徒を保護する注意義務を果たさなければならず、学校間でのスポーツ競技にも当然及ぶと述べた⁽²⁰⁶⁾。そして、過失責任の免除を認めることは、生徒に危険を引き受けさせて学校自らがその義務を軽減させるものであり、公序良俗に違反すると判断したのである⁽²⁰⁷⁾。

本判決は公序良俗を構成する2つの事項を導いた。まず、公序良俗に違反するのは生徒など特定集団の者を保護する注意義務違反である。学校のみならず保育施設においても同様である。保育施設の運営者に通常の注意義務を免除する契約は、保育の目的に反するものであるとして当該契約は公序良俗違反と判断されている⁽²⁰⁸⁾。次は公益性である。本判決では学校の義務を軽減させることを公序良俗違反と判断しているが、この前提と考えられるのが学校の公益性である。つまり、Tunkl判決の第1から第3までの公序良俗違反となる要因が示したのは、公的規制に服し、かつ重要で市民が望むサービスがまさに公益と換言できるものであった。

(203) 758 P.2d 968 (Wash. 1988).

(204) *Id.* at 970.

(205) *Id.* at 971.

(206) *Id.* at 973.

(207) *Id.* at 974.

(208) Gavin W. v. YMCA of Metropolitan Los Angeles, 106 Cal. App. 4th 662, 676 (2003).

そこで、公益に関わる機関は、契約により過失責任が免除されないことになる。従前より寄託、運送、そして水道やガスなどの公共サービス業務という公共の利益に関わる業務の従事者は、自らの過失で発生した責任を回避することができなかった。まず寄託に関しては、駐車場で車を第三者に破壊されたことにつき、たとえ当該駐車場経営者が駐車場で損害の賠償責任を負わないと契約上明記したとしても、駐車場経営者は損害賠償責任を負わされることになる⁽²⁰⁹⁾。次に運送については、複数の州の間で運送を行う者は、実損への賠償責任を定める連邦法の適用を受け、受取人に運送上の損害につき危険の引受けをさせることができない⁽²¹⁰⁾。最後に公共サービスについては、電力会社は公共サービスを行う上での公的義務をもつため⁽²¹¹⁾、当該義務を履行する上での過失による損害を免責する契約は公序良俗違反と判断されている⁽²¹²⁾。

3. 親が子供のために作成した免責同意書と公序良俗

子の損害賠償請求権が親が放棄すれば、公序良俗違反になり無効となる。2006年にニュー・ジャージー州最高裁判所は、*Hojinowski v. Vans Skate Park*⁽²¹³⁾でこれを明らかにした。本件は以下のとおりである。民営のスケートボード場でスケートボードをしていた未成年者が大腿部を骨折した。スケートボード場の利用の際に、その者の母親がスケートボード場の免責を認める書面に署名していた。そこで、当該書面の効力が争われた。本判決は、親は子供を監督する権限をもつが⁽²¹⁴⁾、子供の不法行為請求

(209) *Berrios v. United Parcel Service*, 627 A.2d 701, 705 (N.J. 1992). ただし本判決は、契約当事者間での交渉力の差があるとして、これを根拠とする場合には公益の観点から危険の引受けは許容できないと判断している。 *Id.*

(210) 49 U.S.C.A. § 11706 (c).

(211) *Southwestern Public Service Co. v. Artesia Alfalfa Growers' Ass'n*, 353 P.2d 62, 69 (N.M. 1960).

(212) *Id.* at 71.

(213) 901 A.2d 381 (N.J. 2006).

(214) *Id.* at 390.

を放棄する書面を代わりに作成することは公序良俗違反に該当すると判断した。その理由は、加害者に免責を認める合意が、子供を保護しない傾向を促すことになるからであった⁽²¹⁵⁾。また、子供の最大の利益を保護する後見人としての州(*parens patriae*)の義務の視点からも公序良俗違反になると付言した⁽²¹⁶⁾。もし親が傷害の治療費を賄えない状況であれば、加害者の免責により子供は必要な介護と支援のための金銭を持たないまま見捨てられることになるからである⁽²¹⁷⁾。

コロラド州最高裁判所も2002年の*Cooper v. Aspen Skiing Co.*⁽²¹⁸⁾で、母親が未成年者である子供のために免責同意書に署名する行為を公序良俗違反であると判断した⁽²¹⁹⁾。本件は、母親が子供の出場するスキーマの試合前に、所属スキークラブとの間で子供の傷害につき当該クラブの免責を認める書面に署名をしていた事案である。2009年には、アイオワ州最高裁判所が*Sweeney v. City of Bettendorf*⁽²²⁰⁾で同様な判断を示した。本件は、市が主催する校外学習に子供が参加する際、親が市の免責を認める書面に記入し学校に提出した後に、校外見学中の子供が野球観戦の折、バットに当たってケガを負った事案であった。同裁判所は、書面に記載されたものが市の不法行為責任を免除する内容であったとしても、校外見学中の子供が負ったケガの免責を認める効力をもたないと判断したのである⁽²²¹⁾。

一方で、学校行事の参加中での事故について、親が署名した学校の責任を免除する書面の効力を認める判決がある。これが2002年のマサチューセッツ州最高裁判所の判決の*Sharon v. City of Newton*である⁽²²²⁾。本件では、チアリーディングの校外講習に参加した生徒が事故に遭遇したとこ

(215) *Id.* at 386.

(216) *Id.* at 387.

(217) *Id.* at 387-88.

(218) 48 P.3d 1229 (Colo. 2002).

(219) *Id.* at 1232.

(220) 762 N.W.2d 873 (Iowa 2009).

(221) *Id.* at 879.

(222) 769 N.E.2d 738 (Mass. 2002).

ろ、学校側の損害賠償を免除する親の署名入りの書面の効力につきその是非が争われた。本判決は、チアリーディング講習は課外活動であり、強制されて参加したものでもまた学業に必須というものでもないため、書面で学校側の不法行為責任を免除することは公序良俗に違反するものではないと判断している⁽²²³⁾。

親による免責合意が子供に及ぶ是非についての判断について、1998年のオハイオ州最高裁判所による *Zivich v. Mentor Soccer Club, Inc.*⁽²²⁴⁾ は、その判定基準を営利性に求めていた。本判決は、非営利組織の活動の一環としてサッカーの試合が行われているため⁽²²⁵⁾、子供のケガへの主催者側の免責を認める母親による合意を妥当なものであると結論づけたのである⁽²²⁶⁾。しかし、前述の *Hojnowski* 判決では、営利組織であるスケート場での事故であったが、営利性を理由として公序良俗違反の判断に至ったとは述べられていない。本判決は、*Zivich* 判決を含め非営利組織との免責合意を認める他の管轄地域の状況に言及するが⁽²²⁷⁾、非営利であることが免責合意を妥当とする要因になるとは述べていない。また、前述の *Sweeney* 事件も市が主催する校外学習での事案であった。アイオワ州最高裁判所は、非営利組織に関する言及や市との免責合意を検討することもなく、当該合意を公序良俗違反と判断したに過ぎなかった⁽²²⁸⁾。以上のように、オハイオ州最高裁判所の *Zivich* 判決が示した、営利目的の活動である場合のみが公序良俗違反とする基準は、コモン・ロー上の統一性がないためすべての管轄地域において妥当しないことになる。

ところで、免責合意を安全法規違反ととらえ、公序良俗違反と判断する

(223) *Id.* at 745.

(224) 696 N.E.2d 201 (Ohio 1998).

(225) *Id.* at 207.

(226) *Id.* at 204.

(227) *Hojnowski*, 901 A.2d at 389. この点については、*Cooper*, 48 P.3d at 1236も同様に言及している。

(228) *Sweeney*, 762 N.W.2d at 876.

管轄地域がある。例えば2005年には、ケンタッキー州最高裁判所がHargis v. Baize⁽²²⁹⁾で、免責の合意に効力を与えなかった。本件は、木材が製材所の不手際で緩く結束されていたために、トレーラーの荷台から滑り落ちて木材運搬の請負人を死亡させた事案であった。本判決は、製材所の安全法規違反の過失を理由として、事故前に締結していた請負人の損害を免責する合意の効力を否定したのである⁽²³⁰⁾。また、安全法規ではないが、免責を認める法規の不在を理由に親の免責合意を公序良俗違反とする判断がある。その例が、2008年にミシガン州控訴裁判所が下したWoodman v. Kera, LLC.⁽²³¹⁾である。本件は子供の誕生日会を催すために遊戯施設を賃借した親が、その折に当該施設での事故に対して施設賃貸人を免責する合意をしたところ、事故が発生した。そこで、親が賃貸人の過失および州消費者保護法違反を理由として損害賠償を請求した事案であった。同裁判所は、親が子供の損害を免責することを認める制定法上の規定があれば、免責合意が有効になると判示した⁽²³²⁾。本判決は、まず他の管轄地域の状況を分析しつつ⁽²³³⁾、ミシガン州の先例では当該合意が公序良俗違反と判断されていると述べた⁽²³⁴⁾。そして、州裁判所ではなく州議会が公序良俗の内容を決定する機関であるため⁽²³⁵⁾、親が子のためにした免責合意を認める制定法が存在すれば公序良俗にはならないとも指摘した。その上で、本件に適用されるべき制定法が不在のため、本件免責合意は公序良俗に反して無効であると判断したのである⁽²³⁶⁾。

本判決からも明らかのように、州裁判所が公序良俗違反の判断を下す際には、他の管轄地域の状況を把握するとともに分析して結論を導き出して

(229) 168 S.W.3d 36 (Ky. 2005).

(230) *Id.* at 47.

(231) 760 N.W.2d 641 (Mich. 2008).

(232) *Id.* at 654.

(233) *Id.* at 647-52.

(234) *Id.* at 652.

(235) *Id.* at 655.

(236) *Id.* at 656.

いる。つまり、各々の州での状況を踏まえた公序良俗の判断は、特定の管轄地域に限定されない、より普遍的になされていることを示すのである。

おわりに

危険の引受けが概念的に誕生した18世紀末から19世紀にかけてのイングランドにおいては、「望んだ者には損害が生じない」とするローマ法の法格言に由来した危険の引受け法理が成立した。後年になり黙示の危険の負担と称されるもので、自発性が要件とされたのである。イングランドのコモン・ローは黙示の危険の負担を中心に形成されていった。そして、黙示の危険の引受けが継受された19世紀後半のアメリカにおいては、危険な業務に従事する黙示の契約を中心として危険の引受け法理が展開した。これは時代的要請があった。急速な工業化を背景にして、これを阻む法的障害とならないために黙示的危険の引受けが適用されたのである。

しかし、時代状況は変化した。黙示的危険の引受けを存続させつつ、それを修正して労働者の業務上の事故への補償を目的した立法措置がとられるようになった。コモン・ローつまり判例法による危険の引受け法理を修正する方向が現れたのは、多くの州で寄与過失から比較過失に制度が変更されるようになってからである。寄与過失と黙示的危険の引受けは損害賠償請求を否定する機能において同一であるが、法理論的基礎は異なる概念である。そのため、1950年代から両概念の混乱が見られるようになってきた。現在では、黙示的危険の引受けは原告つまり被害者の合意および自発的行為から明確に推定できる範囲に限定されるようになったのである。また、概念的混乱を避けるために行われた黙示的危険の引受けの分割化により黙示的危険の引受けなる語は使用頻度が低くなり、契約を基礎とする明示的危険の引受けのみが存続しているように見受けられる。しかし、黙示的危険の引受けは、とりわけスポーツ競技参加および観戦の事案で存続している。スポーツ競技に参加および観戦することは、スポーツに生来的

に備わる危険を引き受けることに合意している意味となる。そして、その合意範囲に限定して損害賠償請求が否定されるのである。

契約としての明示的危険の引受けは契約法上の制限を受けることになり、公序良俗の視点から引受けの範囲が確定される。しかし、子供がスポーツ競技や校外活動で被る損害につき親が子供に代わり損害賠償請求を放棄することの是非は管轄地域により異なる。

危険の引受けは、黙示的の場合には合意と自発的行為を要件として展開し、明示的の場合には契約法で規律される。この分類がなされる過程で、寄与過失や比較過失をはじめとして、多くの他の法理との関係で危険の引受けは検討されてきた。損害賠償を否定する法理である故に、時代を追うごとに厳格に検討されてきたのである。つまり、危険の引受けは他の法理の影響を受けながら展開されてきたことになる。

〈2020年度科学研究費基盤研究(C)「実体法を手段とした私人による法実現の比較法的研究－証券関係法と信託法を素材に－」課題番号[18K01342]による研究〉

(本学法学部教授)

