法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-08

オーストリア法における使用者のリスク責任論の展開(1)

MIYAMOTO, Kenzo / 宮本, 健蔵

(出版者 / Publisher)
法学志林協会
(雑誌名 / Journal or Publication Title)
法学志林 / 法学志林
(巻 / Volume)
104
(号 / Number)
2
(開始ページ / Start Page)
33
(終了ページ / End Page)
69
(発行年 / Year)
2006-12-22

Hosei University Repository

オーストリア法における使用者のリスク責任論の展開（一）

宮本健蔵

はじめに
第一章　労働過程で生じた損害に関する法規制
一　労働者被害の類型と普通社会保険法
二　労働者加害の類型と被用者賠償責任法
第二章　使用者のリスク責任
一　判例法理の形成と展開
二　法の欠缺と類推適用
三　雇用・労働契約の有償性とリスク責任
四　ＤＨＧの排他的規制
五　小括
第三章　労働者の物的損害
一　判例による責任限定基準
二　使用者の活動領域と労働者の個人的な生活領域
三　使用者のリスク責任の限定基準（以上、本号）
第四章　労働者の人的損害
一　ＡＳＶＧの規定と問題の所在
二　判例
三　学説
第五章　第三者に対する加害
一　第三者に対する加害類型と判例
二　第三者に対する加害と損害の移転
三　ＤＨＧの類推適用
四　労働者の訴訟費用・弁護士費用
むすび

Hosei University Repository

はじめに

労働過程においては、種々の損害が労働者に生じうる。労働災害や職業病などにより労働者自身が直接的に損害を被る場合（労働者被害の類型）だけでなく、さらに、労働者が自己の不注意で使用者または第三者に損害を与え、これの損害賠償義務の負担という形で損害を被る場合（労働者加害の類型）もある。このような労働過程で生じた損害に関しては、使用者と労働者の内部関係では、使用者は過失とは無関係にこの経済的損失を負担すべきだというのが使用者のリスク責任論に他ならない。このような使用者のリスク責任は雇用・労働契約という契約法領域における使用者の無過失責任であって、いわば不法行為法上の危険責任に相応する。両者はいずれも利益思想（Vorteilsgedanke）と危険設定思想（Gefahrsetzungsgedanke）を理論的根拠とする点で共通する。

わが国では、労働者加害の類型では使用者の求償権（七一五条三項）の制限が論じられているものの、労働者被害の類型では圧倒的な見解は過失責任を貫徹し、使用者は過失のない限り責任を負わないとする。しかし、このような法状況は、ドイツやオーストリアのそれと比べると立ち後れたものと言わざるを得ない。というのは、これらの国においては、法的構成に争いはあるものの、結論的には労働過程で生じた経済的損失の使用者への帰属を認める点では判例・学説は一致しているからである。

ドイツでは、判例・通説はＢＧＢ六七〇条の費用概念の拡張および危険労働理論によるが、カナーリスは[1]、これに代えて、統一的に「他人のためにする行為のリスク責任（Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in frem-

Hosei University Repository

dem Interesse)」という一般的な理論によるべきことを提唱した。この見解はドイツでは受け入れられなかったが、しかし、オーストリアの判例によって採用されるに至った。[2] すなわち、OGHは、一九八三年の判決（SZ 56/86（S. 384), ÖJZ 1983, 872）において、委任者の無過失損害賠償義務を定めるABGB一〇一四条を「他人のためにする行為のリスク責任」を規定したものと解し、この規定を類推適用して使用者のリスク責任を肯定した。この判例理論は学説においても圧倒的に支持されている。

わが国において、このような使用者のリスク責任の観点を主張したのは四宮説が最初であろう。これによれば、六五〇条三項や信託法三六条は「利益の属する者に危険も属する」という原則を明らかにしており、事務管理者が損害を被った場合、この原則により賠償請求しうるとした。[3] そして、このような事務処理関係における「結果の移転」としてのリスク転嫁の原則はさらに雇用・労働契約にも妥当するとして、労働者加害の類型における使用者の求償権および損害賠償請求権の制限を基礎づけた。[4] また、私見は安全配慮義務論を研究する中で、使用者の安全配慮義務を給付義務として位置づけるとともに、労働過程で生じた損害に関しては、労働者被害の類型および労働者加害の類型に共通して、「他人のためにする行為のリスク責任」を理論的根拠として、形式的には六五〇条三項の類推適用によって統一的に使用者にその経済的損失を帰すべきことを主張した。[5]

しかし、このようなリスク責任論に対しては、学説の反応はこれまでのところ冷淡かつ懐疑的なように見受けられる。[6] そこで、使用者のリスク責任論をより明確化しこれに対する疑念を払拭するために、本稿では、オーストリアにおけるリスク責任論の展開について検討することにしたい。オーストリアにおいては、これに関する判例理論が蓄積されつつあり、類型的にも広がりを見せつつあるからである。

Hosei University Repository

オーストリア法では、わが国と異なりそれぞれの類型に関して特別法が存在するから、まず最初にこれを概観し、使用者のリスク責任の問題領域との関連を明らかにしておくことが有益であろう。その上で、リスク責任論一般に関する問題点を検討し、それから各類型について判例を中心として個別的に考察することにしたい。

第一章　労働過程で生じた損害に関する法規制

一　労働者被害の類型と普通社会保険法

労働者が労働過程において損害を被った場合（労働者被害の類型）には、普通社会保険法（ＡＳＶＧ）の特別規定が存在する。これによれば、労働災害または職業病による労働者の人的損害に関しては、故意の場合を除いて、使用者は労働者およびその遺族に対して賠償責任を負わない（ＡＳＶＧ三三三条一項）。ただし、交通事故による場合には使用者の免責特権は排除される（ＡＳＶＧ三三三条三項）。

従って、民法上の賠償責任規定が適用されるのは、このような使用者の免責特権が適用されない場合に限られる。まず第一に、物的損害がそうである。ＡＢＧＢ一〇一四条類推による使用者のリスク責任がこれまで主として問題とされてきたのは、このような労働者の物的損害をめぐってである。第二に、人的損害に関しても、使用者の故意の場合および交通事故の場合には使用者の責任特権が排除される。前者の場合にはリスク責任の実益はない。また、後者についても、使用者の自動車保有者としての危険責任（従って、自動車責任保険者による保険給付）が存在するため、使用者のリスク責任は実際的には問題とならなかった。しかし、一九八九年のＡＳＶＧ三三三条三項の改正に伴って、

Hosei University Repository

使用者の免責特権の排除と保有者の危険責任の範囲にズレが生じたため、近時、この場面での使用者のリスク責任が判例・学説の注目を集めている。

二　労働者加害の類型と被用者賠償責任法

労働者加害の類型については、一九六五年に制定された被用者賠償責任法（Dienstnehmerhaftpflichtgesetz、以下、DHGと略す。）が次のような労働者の責任軽減を規定している。

まず第一に、労働者の使用者に対する加害の場合であるが、労働者が労務給付の調達に際して過失により使用者に損害を与えたときは、裁判所は衡平に基づいて減額し、軽過失のときは、全部を免責することもできる（二条一項）。この賠償義務の判断に際しては、裁判所はとりわけ労働者の過失の程度や当該活動と結びついた責任の程度、報酬の算定に際してそのリスクがどの程度考慮されているか、労働者の職業教育の程度、労務給付が調達されるべき条件、損害発生の回避の困難性が経験的に当該労務給付と結びついているかどうかを考慮すべきものとされる（二条二項）。また、宥恕可能な過ち（entschuldbare Fehlleistung）については、他の事情を考慮することなく、労働者は免責される（二条三項）。

第二に、労働者が第三者を加害した場合には、賠償した労働者または使用者の償還請求権について次のように規定する。すなわち、使用者の同意を得て、または確定判決に基づいて、労働者が第三者に過失によって加えた損害を賠償したときは、この賠償額および不可避的な訴訟費用や差押費用の償還を一部、または軽過失のときは全部、使用者に請求することができる。二条二項に掲げた事情はここでも考慮される（三条二項）。また、宥恕可能な過ちによる

Hosei University Repository

ときは、他の事情を考慮することなく、全額の償還を使用者に請求できる（三条三項）。

逆に、労働者の同意を得て、または、確定判決に基づいて、使用者が第三者に賠償した場合、使用者は労働者にこの賠償額および不可避的な訴訟費用や差押費用の償還を請求することができる。ただし、労働者が過失によって第三者に損害を与えた場合に、裁判所がその償還を減額し、または、軽過失のときに、全部の免責をするときは、使用者の償還請求権は制限または排除される。二条二項の事情はここでも考慮される（四条二項）。また、宥恕可能な過ちによるときは、使用者は労働者に対する償還請求権を有しない（四条三項）。

このような第三者加害の場合の特別な法規制は、いずれも使用者がＡＢＧＢ一三一三ａ条（法定代理人および履行補助者の過失に関する責任）ないし一三一六条（旅店主や運送業者の責任）または他の法律の規定により第三者に対して賠償義務を負う場合に限られる（三条二項・三項、四条一項）。また、労働者または使用者が第三者から請求されたときは、これを遅滞なく相手方に通知し、訴訟の場合には、訴訟告知をしなければならない（三条一項、四条一項）。訴訟告知を怠ったときは、償還請求権自体はなくならないが、相手方は第三者に対する抗弁を主張することができ、また、第三者との訴訟でこの抗弁が異なる判決に導き得た限度で、償還を免れることができる（三条四項、四条四項）。

使用者または第三者に対する加害に共通する規制としては、①労働者の権利の制限は労働協約（Kollektivvertrag）によらなければならないこと（五条）、②軽過失に基づく使用者と労働者間の損害賠償請求権または償還請求権は行使しうる日から六カ月以内に裁判上行使しなければ消滅すること（六条）、③労働者に対する相殺は禁止されないが、労働者が意思表示の到達後一四日以内に異議を述べたときは、相殺は許されないこと（七条）などがある。

Hosei University Repository

これが被用者賠償責任法の概要である。労働者による加害の類型については、このように被用者賠償責任法によって立法的な手当がなされている。

使用者のリスク責任との関連では、この特別法が排他的な性質を有するか否かが問題となるが、後述するように、判例・通説はこれを否定し、ＡＢＧＢ一〇一四条類推に基づく使用者のリスク責任の追及を労働者に認める。

第二章　使用者のリスク責任

一　判例法理の形成と展開

(1)　労働者の被った損害に関する使用者の責任について、ＯＧＨ一九八三年五月三一日判決（SZ 56/86（S. 384）, ÖJZ 1983, 572）は画期的な見解を明らかにした。事案は、原告たる労働者は、一九七五年四月一五日以来、公的災害保険会社で労働災害の事故調査担当者として働いていた。一九八〇年一一月五日、原告が事故調査のために自己の自動車で走行中に除雪車と衝突し、自動車に重大な損害が生じた。そこで、これの賠償を使用者に請求したというものである。

ＯＧＨは次のように判示した。すなわち、「労働者が労務義務の履行に際して被った物的損害に関する使用者の―無過失の―賠償責任について、ＯＧＨはこれまで見解を明らかにしていない。しかし、ドイツでは、ＢＡＧ一九六一年一一月一〇日判決以来、ＢＧＢ六七〇条の類推適用によって、使用者の無過失責任が肯定されている。このＢＡＧによって最近展開された原則のいくつかは、オーストリア法でも用いることができる。その際、ＡＢＧＢ一〇一四条

Hosei University Repository

から出発すべきである。ＡＢＧＢ一〇〇二条以下の『委任契約（Bevollmächtigungsvertrag）』が『事務の処理（Besorgung von Geschäften）』すなわち法律行為の締結やその他の法的行為を本質とし、純粋に事実的な労務を含まないような活動だけを対象とするということは、ＡＢＧＢ一〇〇二条の意味での『事務処理（Geschäftsbesorgung）』をも労働者に任されたような労働関係にのみ、ＡＢＧＢ一〇一四条を適用しうるということを意味しない。ＡＢＧＢ一〇一四条の中で表現された『他人のためにする行為のリスク責任（Risikohaftung bei Tätigkeit in fremdem Interesse）』という一般原則は、むしろこの規定を労働契約に類推適用することが全く完全に事態に適しているように思わせる。」（括弧書きは筆者）

この判決によって、ＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用による使用者の無過失損害賠償責任が初めて肯定された。そして、注目すべきは、ＡＢＧＢ一〇一四条の中に「他人のためにする行為のリスク責任」という一般原則を見出し、これによって労働契約への類推適用を正当化したことである。これに関して、判例はエーレンツバァイク、シュタンツル、クラマーなどのオーストリアの学説を援用するが、ドイツのカナーリスが提唱した理論に大きな影響を受けていることは明らかである。

(2)　ＡＢＧＢ一〇一四条類推適用論はその後の判例によって維持され、現在では確立した判例法理となっている。事案としては自動車の毀損に関するものが大半を占める。具体的には、労働者が自分の自動車を営業のために使用したところ交通事故にあい、自動車が毀損したというのが典型的な例である。しかし、その後、労働者自身の車ではなくて、妻や同棲相手など第三者の所有する車であった場合にもこの法理の適用が肯定され、さらに、「営業手段（Betriebsmittel）」として用いられた物の毀損とは関係しないような第三者の損害事例にも適用される。また、労働者の

Hosei University Repository

人的損害に関しては見解は分かれるが、これを否定する見解でもＡＢＧＢ一〇一四条の人的損害への類推適用可能性を一般的・抽象的に拒否するものではない。このように判例においては、ＡＢＧＢ一〇一四条類推による使用者のリスク責任は加害の類型や損害の種類によって制限されない一般法理として位置づけられている。現在までのところ、使用者に対する加害の事案は見当たらないようであるが、ここではＤＨＧの適用によれば十分であって、リスク責任を持ち出す実益がないからであろう。

(3) このように判例はＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用によって使用者のリスク責任を導くのであるが、学説もこれを支持するのが圧倒的である。たとえば、ヤボルネックは、ＯＧＨがＡＢＧＢ一〇一四条の基礎を他人のためにする行為のリスク責任に求めたことを高く評価し、このような理解だけが事実的行為をも含むと一般的に解されているＨＧＢ一一〇条にも合致するとして、判例の絶対的な支持を表明する。[7] ピドリンスキーも同じく、①使用者の賠償義務の基礎としてＡＢＧＢ一〇一四条を類推適用すること、および②他人のためにする行為のリスク責任という一般原則からこの類推を正当化することを支持し、この責任は利益思想と特別な危険の設定思想の二つの責任要素の結合に基づくとする。[8][9]

これに対して、トーマンドルは判例法理を批判して、ＯＧＨのリスク責任論はＡＢＧＢ一〇一四条による責任から八歩離れているという。[10] すなわち、①同条のリスク責任の事実的な活動への拡張、②同条の規定から委任を超えて適用されるような一般的な法原則の抽出、③これによる労働契約への類推適用の正当化、④同条のリスク責任の典型的な危険への制限、⑤使用者のリスク責任の労働相当な物的損害への制限、⑥使用者のリスク責任を労働者へのリスク転嫁の場合に制限すること、⑦ＤＨＧの原則による労働者の過失の考慮、⑧使用者のリスク責任とＤＨＧ三条の要件

Hosei University Repository

の非依存性、の八つである。ＡＢＧＢ一〇一四条を雇用・労働契約に類推適用する際にはこれらの点が問題となるが、トーマンドルはこれを個別的に検討した上で、結論として、ＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用を否定する。

以下においては、このトーマンドルの指摘を参考として、学説上大きな議論の対象とされている点を個別的に検討することにしよう。具体的には、①法の欠缺と類推適用、②雇用・労働契約の有償性とリスク責任、③ＤＨＧの排他的性質、の三つである。

二　法の欠缺と類推適用

裁判官による法創造は立法者によって認識されていないか、または意識的に未解決のまま残されたような問題について許容されるに過ぎないという見解を前提として、トーマンドルはこれに関する立法者の意思を明らかにしようとする。[11] 彼によれば、学説や立法手続の中では、すでに第三次部分改正法[12]の前に、単なる事実的な事務処理の問題やＡＢＧＢ一〇一四条によってこれが把握されていないことが認識されていた。また、改正作業に関与した貴族院の委員会は、事務処理者が法律行為を行う際に被った損害にのみＡＢＧＢ一〇一四条を適用することから出発しており、事実的な行為にも拡張する最も良い機会であったにも拘わらず、これをしなかった。ＡＢＧＢ一一五一条二項は下手に文書化されたのでは決してなく、立法者の意思を明確に表現している。従って、ＡＢＧＢ一〇一四条の適用を事実的行為に拡張したり、同条から「他人のためにする行為のリスク責任」という一般原則を演繹することは妥当ではない。また、法の欠缺という類推適用の要件が欠けており、それ故、純粋に事実的な労務を内容とする労働契約にＡＢＧＢ一〇一四条を類推適用することは認められない。

Hosei University Repository

判例・通説は受任者に過失がある場合にもＡＢＧＢ一〇一四条および一〇一五条を適用しうることを前提とするが、しかし、両条の成立史などからは、立法者はこれを否定する意図であったといいうる。従って、判例・通説はその実定法上の基礎を欠く。

このように立法者の意思は明確であり、法の欠缺は存在しないから、裁判官による法創造は許されないとトーマンドルは主張する。

これに対して、ビドリンスキーは、ヤボルネックの指摘を敷衍して[13]、ＡＢＧＢ一一五一条二項は委任契約に関する規定の全体を事務処理を伴う雇用契約に適用することを規定しており、このことから逆に、ＡＢＧＢ一〇一四条という一つの規定の適用範囲が委任および事務処理を伴う雇用契約に制限されるという立法者の意思を導き出すことはできない。立法者はこのような問題状況の存在を少しも意識していなかった。このような立法者の見解の欠陥（Anschauungsfehler）に手を加えることは、まさに類推の課題であると主張する[14]。

このように立法者の意思が奈辺にあったかをめぐって見解が対立する。しかし、議事録などの客観的な資料からは立法者の意思を確定することはできず、成立史や規定の体裁などから間接的に推断されているに過ぎない。この意味では、いずれに理解することも可能であり、若干水掛け論的な印象を受ける。また、法の適用（解釈）において問題とされるべきは当該規定の現在有する意味の確定であり、その際、立法者の意思が決定的な役割を営むわけではない。立法者意思を検討する意味は当該規定の制定された当時の意味内容を明らかにする点にあるに過ぎない。たとえ立法者意思が明確にされたとしても、これを唯一の根拠として、現在におけるＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用を否定することはできないように思われる。

Hosei University Repository

三　雇用・労働契約の有償性とリスク責任

判例はＡＢＧＢ一〇一四条から「他人のためにする行為のリスク責任」という一般原則を導き出し、これを雇用・労働関係に適用する。しかし、雇用・労働契約は有償であるから、労働者は自己のために行為しているのであって、必ずしも「他人のために行為する者」とはいえないのではないか、従って、右の一般原則の適用によって使用者のリスク責任を導くことはできないという疑問が生ずる。

しかし、ドイツ法と異なって、オーストリア法では委任は有償の場合をも含むから、ＡＢＧＢ一〇一四条は有償・無償を問わず適用されることは明らかである。そうすると、「有償」の雇用・労働契約に同条を類推適用しても大きな問題はないように思われる。トーマンドルもこの点は同様である。このような疑問はある意味では「他人のためにする行為のリスク責任」というネーミングから生じた混乱であるともいえよう。

もっとも、一部の学説は、有償の雇用・労働契約の場合には、他人のためにする行為のリスク責任という一般原則だけでは使用者のリスク責任を基礎づけることはできないという。

たとえば、フィッツは[15]、他人のためにする行為から利益を受ける者がその行為と結びついた損害リスクを負担すべきだとする利益学説が妥当するのは無償給付に制限される。交換関係の場合には、自己責任的な契約形成の原則(Prinzip der eingenverantwortlichen Vertragsgestaltung)が妥当し、行為者は予見可能な損害リスクを自分で負担しなければならない。利益―不利益の基準はこの場合のリスクの帰責には不適切である。このことは、雇用・労働関係にも妥当する。確かに使用者は労働力を使って自己の目的を追求している。しかし、このことは労働者の側に

Hosei University Repository

もいえる。純粋な他人のためにする事務執行に類似する利益関係が存在すると考えることは、現実とかけ離れていると批判する。

もちろんフィッツも使用者のリスク責任を認めるのであるが、労働者の人的および経済的な従属性や労働者の側における自己責任的なリスク管理の期待不可能性にその根拠を求める。このような労働者の社会的な保護の必要性が真実の帰責根拠であって、他人のためにする行為という概念で説明することはこれを覆い隠すものに他ならないと主張する。

ケルシュナーは[16]、無償行為に限定する点を除いて、フィッツの見解を全面的に支持する。すなわち、雇用・労働契約の場合には労働者は有償つまり自己の利益をも追求している。しかし、労働者はリスクを支配することができず、あらゆる危険に対して予防措置を講ずることはできない。このような典型的な力の不均衡すなわち労働者の経済的・組織的な従属性が使用者に損害リスクを帰責するための重要な追加的要素（maßgebliches zusätzliche Element）であるという。

また、オーバーホーファーは[17]他人のためにする行為のリスク責任を企業の理念（Idee des Unternehmens）に求める。すなわち、ある行為の利益と不利益はその企業の経済的関連において結びついているという企業の理念から、補助者の加害行為に関する責任（他人の行為に関する責任）だけでなく、他人のために行為する者に生じた損害に関する責任（他人のためにする行為のリスク責任）も由来する。そこでの利益と危険のパラレルは、無償行為の場合にのみ本人のリスク責任を正当化する。有償行為の場合には、行為者は自己の利益を追及してあるいは自己の事業の領域内で損害を被ったのであり、本人のリスク責任は直ちには妥当しない。しかし、この場合でも、本人のリスク責任

Hosei University Repository

が全面的に排除されるわけではない。一つには、他人のためにする行為という帰責事由の薄弱さ（schwächere Ausprägung）が別の責任要素によって補完される場合には、本人のリクス責任が生ずる。また、損害リスクがその事務と非常に緊密に結びついている場合もそうである。

これを有償の雇用・労働契約に関していえば、他人のためにする行為の帰責原則だけで使用者のリスク責任を基礎づけることはできないが、しかし、ここでは、使用者は適切な範囲で労働者を免責しなければならないという社会的保護原則（soziales Schutzprinzip）が補完的に介入する。労働者は原則的には賠償リスクを吸収するほどの収入を得ることは不可能であり、他の責任マネジメントの可能性も残されていないが故に、いわば追加的な反対給付として、相当な責任軽減を用意することが使用者に課される。この社会的な保護原則は労務給付の調達の際に過失で惹起された他人の損害および自己損害に関して適用される。この領域では、他人のためにする行為という帰責原因および社会的な保護原則という帰責原因（いずれも使用者に不利な事由）と労働者の過失（労働者に不利な事由）という複数の帰責原因が一つの天秤にかけられて一緒に考慮されるという。[18]

このように雇用・労働契約の「有償性」を問題とする見解においても、労働者の人的・経済的な従属性や社会的保護原則などを付加することによって、結論的に使用者のリスク責任の承認に至る点で判例・通説と一致する。

四　ＤＨＧの排他的規制

労働者による加害の類型に関しても、判例・通説はＡＢＧＢ一〇一四条を類推適用して使用者のリスク責任を肯定する。しかし、すでに述べたように、労働者加害の類型に関しては、ＤＨＧという特別法が存在するから、これとの

Hosei University Repository

関連が問題となる。この特別法が労働者加害の類型を排他的（完結的）に規定しているとすれば、一般法である民法の適用は排除され、それ故ＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用も許されないことになるからである。

(1) この点について、ケルシュナー[19]は、労働者による第三者加害の場合については、ＤＨＧが排他的に適用され、ＡＢＧＢ一〇一四条の類推による責任は認められないと主張する。ＤＨＧによれば、労働者の使用者に対する償還請求権は、①労務給付の調達に際して生じた損害だけでなく、②ＡＢＧＢ一三一三ａ条ないし一三一六条、または他の法律上の義務により、使用者が第三者に対して直接的に賠償義務を負う場合に限られる。ＡＢＧＢ一〇一四条を類推適用して使用者のリスク責任を認めると、このような制限を課したＤＨＧの評価を完全に無視することになる。また、ＤＨＧの立法者はＡＢＧＢ一〇一四条による使用者のリスク責任との競合問題にまだ直面していなかった。それ故、ＤＨＧは一般的な閉じられた責任秩序（allgemeine abschließende Haftungsordnung）を構成しており、後発的に生じた競合関係では、ＤＨＧの強行的な評価（zwingende Wertungen）を遵守すべきは当然のことである。競合に賛成する者もこの評価を守らざるを得ない。そうだとすると、目的論的に、また、法的安定性からも、最初からこれの競合を否定すべきであるとする。

もっとも、ケルシュナーは、例外的に、労働者が営業手段（Betriebsmittel）として使用した他人の物（他方配偶者や第三者の物）の毀損の場合には、ＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用を認める。営業手段が労働者または第三者のいずれに属するかを問わず、使用者が毀損された物の代わりに自己の物を提供しなければならなかったときは、使用者はリスク責任を負うべきだからである。[20] また、第三者に対して賠償義務を負う蓋然性が極めて高いような活動のために労働者を使用する場合には、使用者は十分に付保するように配慮すべき義務を負う。使用者がこの配慮義務に有責

Hosei University Repository

に違反するときは、これに基づく損害賠償義務が使用者に課される。このような使用者の過失責任はＤＨＧによって排除されない。[21]

トーマンドルもケルシュナーと同じようにＤＨＧの排他性を強調する。[22] すなわち、ＤＨＧは使用者に対する加害の場合における労働者の賠償義務の軽減を規定する。そして、第三者に損害を与えた場合にも、使用者に損害を与えたと同じ法的地位に労働者を置いた。もっとも、この場合には、使用者が第三者に対して直接的に賠償義務を負う場合であることが要件とされる。この要件は使用者の労働者に対する求償権の制限（ＤＨＧ四条）については当然のことである。この場合には、第三者がまず最初に使用者に対して賠償請求することが前提とされるからである。これとは異なり、労働者の使用者に対する免責請求（ＤＨＧ三条）に関して、なぜこの要件を必要とするのかは明らかではない。この場合、第三者が使用者に賠償請求し得ないときは、労働者が完全かつ最終的にその損害を負担することになるが、この結果は法政策的には遺憾であり平等違反（gleichheitswidrig）であると考えることもできる。しかし、これが現行法である限り、如何ともし難い。立法者の明示的に定めたこの特別な要件をＡＢＧＢ一〇一四条の類推によって除去することは許されない。

また、ＤＨＧは一般的な損害賠償法と異なる損害負担を定める労働法上の特別立法である。ＤＨＧは一八一一年に制定されたＡＢＧＢ一〇一四条に対して後法（lex posterior）であり特別法（lex speccialis）でもある。ＯＧＨ自身も使用者のリスク責任の範囲・程度はＤＨＧに従うことを強調しているが、これによれば、ＤＨＧが責任減額を拒否する場合には、使用者のリスク責任が問題とならないことは明らかである。[23] 従って、たとえＡＢＧＢ一〇一四条類推による使用者のリスク責任を認める見解が正しいと仮定するときでさえ、ＤＨＧの規制対象である使用者または第

Hosei University Repository

三者に対する加害事例においてこれを持ち出すことはできない。

トーマンドルはこのように述べてＤＨＧが労働者による加害の類型を排他的（完結的）に規定していると結論づける。その上で、ＤＨＧに規定されていない事例すなわち労働者の被った物的損害に関して考察し、ＤＨＧの類推適用によって使用者の賠償責任を基礎づける。労働者が使用者の供給した営業手段（Betriebsmittel）を毀損したときは、ＤＨＧ二条により、労働者の責任は軽減され、使用者は少なくとも損害の一部を負担しなければならない。そうだとすると、使用者が営業手段の供給を労働者に転嫁することによって、使用者はこの責任を免れることは許されない。営業手段を労働者に供給することは使用者の義務だからである。[24]

労働者が第三者に属する営業手段を使用しこれを毀損した場合はどうか。労働者の第三者に対する加害という点では、ＤＨＧの規制に服するということもできる。しかし、使用者が労働者に営業手段の供給を請求する場合には、当該供給された営業手段が労働者の物であっても、第三者の物でも、使用者にとっては同じである。この観点からすると、この事例はＤＨＧによって明示的に規定されておらず、労働者自身の営業手段の毀損と極めて類似するから、ＤＨＧを類推適用してこれと同様に処理すべきであるという。

このようにトーマンドルはＤＨＧの特別法的性質を強調するとともに、その本来的な適用領域でない労働者の営業手段の毀損およびこれと類似する第三者の営業手段の毀損の事例については、これの類推適用によって処理すべきことを主張する。

(2)　このようなＤＨＧの排他的性質について、ＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用肯定説からは、次のような反論がなされる。まず第一に、使用者の第三者に対する責任というＤＨＧの要件は、不器用な労働者は使用者に償還請求でき

Hosei University Repository

るが、器用な労働者はこの要件の欠如のために償還請求できず、自分でその損害を負担しなければならないという恣意的で法倫理的には我慢できない結果を導く。しかし、この要件を解釈によって排除することはできない。これと異なり、他の請求権の基礎が存在するときは、これを援用することによって要件排除の結果を達成することは可能である。つまり、他人のためにする行為のリスク責任が成立するときは、ＤＨＧの要件が存在しないときでも、労働者はこれに基づいて使用者に償還請求することができる。この場合、立法者がＤＨＧの中で閉じられたシステムを創設するつもりであったか否かは重要ではない。ＤＨＧの文言からは同一の目的を追求する他の請求権は排除されるべきことを引き出すことは決してできない。[25]

第二に、使用者のリスク責任はＤＨＧの発効後初めて裁判所によって展開されたが故に、これとの関連でＤＨＧの閉じられた性質による立論がどうしても必要な訳ではない。[26] 換言すると、法は当然に制定時に存在する法状況を前提とするから、ＤＨＧはその当時の法理論を排除するということはできても、その後に展開された法理論までも当然に排除するわけではないからである。

このようなＤＨＧの排他的性質を否定する見解によれば、一〇一四条類推による使用者のリスク責任はＤＨＧの規定する請求権とは別個のものでありこれと併存して認められることになる。

五　小括

ＡＢＧＢ一〇一四条類推による使用者のリスク責任をめぐって、右のような問題点が争われてきた。ここでは、損害類型を基準としてその法的構成を簡単に整理しておこう。

Hosei University Repository

まず初めに、判例・通説は労働者被害の類型および労働者加害の類型のいずれの場合にもＡＢＧＢ一〇一四条類推によるリスク責任を認める。この中には、オーバーホーファーのように、社会的な保護原則などの補強的な根拠を援用する見解もみられる。

これに対して、トーマンドルは労働者加害の類型についてはＤＨＧを排他的に適用し、さらに、営業手段の毀損に関しても、これが労働者の所有である場合（労働者被害の類型）だけでなく、第三者に属する場合にも、ＤＨＧ二条の類推適用によるべきだとする。ここでは、ＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用は問題とされていない。

ケルシュナーの見解は両者の中間に位置する。すなわち、労働者被害の類型はＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用、労働者加害の類型はＤＨＧの排他的な適用による。もっとも、労働者被害の類型に関して、労働契約が有償であることから、労働者の経済的・組織的な従属性をＡＢＧＢ一〇一四条類推のための追加的根拠として援用する。労働者加害の類型についても、第三者の営業手段の毀損については、例外的に、ＤＨＧではなくてＡＢＧＢ一〇一四条の類推適用を肯定し、また、第三者に対して賠償義務を負う蓋然性が極めて高いような労務の場合には、使用者の配慮義務違反を理由に賠償責任を認める。

このように労働過程で生じた損害の帰属をめぐっては、その法的構成に関して大きく三つの見解が対立するが[27]、使用者への損害の帰属を肯定する点ではいずれも同じである。

なお、このようなＡＢＧＢ一〇一四条類推による使用者のリスク責任は連邦公務員などの公法上の雇用関係には適用されない[28]。ある雇用契約に関して特別法が存在するときは、この限りで民法上の雇用契約に関する規定は適用されないが、この補完性の原則（Subsidiaritätsprinzip）は雇用契約に類推適用されるＡＢＧＢ一〇一四条についても妥

Hosei University Repository

当するからである。これに対して、連邦の契約職員（Vertragsbedienstete）については、ＡＢＧＢ一〇一四条類推による請求権が肯定される。[29] 契約職員法（Vertragsbeienstetengesstz）は他人のためにする行為のリスク責任の規制を何も含んでいないから、この補完性の原則により、民法の規定が直接的または類推的に適用されることになる。

第三章　労働者の物的損害

労働者の物的損害の主たる事例としては、労務のために労働者が自己の自動車を使用し、交通事故などによってこの自動車が毀損されて損害を被ったという場合があげられる。このような営業手段（Betriebsmittel）として用いられた労働者の所有物（自動車）の毀損に関して、どのような要件の下で使用者はこのリスクを負うかが争われてきた。換言すると、使用者のリスク責任の限定基準・画定基準は何かという問題である。

一　判例による責任限定基準

(1)　八三年判決（前掲）によれば、使用者のリスク責任は次のような基準により画定される。

まず第一に、労働相当な物的損害（arbeitsadäquate Sachschäden）でなければならない。使用者のリスク責任の対象となるのは、具体的な労務給付と典型的に結びついた労働相当な物的損害であって、使用者のリスク責任は労働者の行為の特別なリスク（spezifisches Risiko der Tätigkeit des Arbeitnehmers）の現実化であるような物的損害に限られる。労働者の偶然に被った損害はこれに含まれない。危険労働、特に公の交通における自動車の運転のよ

Hosei University Repository

うな労働を行う際に被った損害は明らかに前者に属する。

第二に、労働者が自己の自動車での勤務走行中に損害を被った場合には、その自動車の使用が労働者の個人的な生活領域（persönlicher Lebensbereich）ではなくて、使用者の活動領域（Betätigungsbereich）に属しなければならない。これは、労働者の自動車の提供がなければ、使用者は営業車を使用させなければならず、それでこれと結びついた事故リスクを自分で負担しなければならなかったかどうかによって判断される。

すなわち、労働者に委託された仕事が自動車なしでも同様に処理することができ、それ故、労働者が個人的便宜（persönliche Erleichterung）のために自動車を用いたときは、これは労働者の個人的な生活領域に属する。これに対して、自動車なしでは当該仕事をそもそも正常に処理しえないために、使用者が労働者に営業車を使わせなければならなかったような場合には、労働者の自動車の使用は使用者の活動領域に属する。

このように八三年判決によれば、労働相当性ないし委託された労務の典型的な危険の現実化、および使用者の活動領域への算入という二つの基準を満たすことが必要とされる。

(2) 判例の提示する第一基準はＡＢＧＢ一〇一四条の要件に対応するものであって、特に大きな問題はない。ＡＢＧＢ一〇一四条は「委任の履行と結びついた損害（die mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen Schaden）」であることを唯一の要件とするが、これは次のように解されてきた。すなわち、損害発生の危険が委任と結びついていること、換言すると、ある種の営業危険（Betriebsgefahr od. Betriebsrisiko）つまり委託された事務の典型的な危険（die typischen Gefahren des aufgetragenen Geschäfts）の現実化としての損害が問題となっている限りで、委任者は無過失賠償責任を負う。委任に基づいて（ex causa mandati）生じた損害のみが賠償され、委任の機会か

Hosei University Repository

ら（ex occasione mandati）生じた損害はこれに含まれない。[30] 使用者の責任にＡＢＧＢ一〇一四条を類推適用する場合にも、同一の制限が課される。これが第一基準に他ならない。

これに対して、第二の基準はＡＢＧＢ一〇一四条の本来的な適用要件ではないから、明らかに同条の通説的な見解を超えるものである。学説の多くはこのような問題性に言及していないが、ヤボルネックは、[31] 使用者（委任者）の活動領域という基準によってＡＢＧＢ一〇一四条の客観的に正当化し得ないような責任の拡張を阻止することができ、同時にリスク責任という責任事由を正当に評価することができるという。たとえば、タクシー運転手の場合、合意された報酬（運送契約の有償性）から一定の危険をタクシー運転手が引き受けていることが明らかである。しかし、弁護士が裁判所に行く途中で交通事故にあった場合については、合意された報酬からこのうな危険の引受を推論することはできない。このような場合には、この第二基準によって依頼者のリスク責任を有意義に限定することができる。

しかし、他方で、ヤボルネックは、使用者の活動領域と労働者の個人的な生活領域を分ける具体的な判断基準については賛同しない。判例は、①労働者の自動車の提供がなければ、使用者は営業車を使用させなければならなかったかどうか、あるいは②自動車なしに当該仕事を正常に処理することができなかったかどうかによる。しかし、たとえば、委託された活動を自動車なしでも同様によく処理することができるが、それにも拘わらず、使用者が労働者の車の提供を期待している場合には、①の営業車の提供ということは問題とならない。これの使用が使用者の指図（Weisung）によるときは、使用者のリスク責任は認められる。

また、使用者が公共交通手段の利用を命じたが、公共交通手段では出張目的をもはや適時に達成することができないので、労働者が使用者と相談することなく自己の車を使用したときは、②を満たすようであるが、しかし、使用者

Hosei University Repository

は指図違反や出張中止の可能性を援用することができないのだろうか。

同様に、交通事故によって自動車だけでなく服も毀損した場合、指示された仕事をこの服なくしても同様によく処理できたかどうかを問題解決の基礎とすることはできない。

さらに、使用者が営業車を労働者に提供しなければならなかったかどうかの問題は、当該リスクが使用者の領域に組み入れられるべきかどうかをまず先に解明して初めて答えることができる。従って、使用者が提供しなければならなかったというのはそのリスクが使用者の領域に組み入れられるということの書き換えに他ならず、循環論法（petitio principii）に属するという。

二　使用者の活動領域と労働者の個人的な生活領域

(1)　ヤボルネックはＡＢＧＢ一三一三ａ条・一三一五条の補助者責任を参考として、新たな基準を提唱する。[32] 補助者責任では、補助者を関与させることが本人の自由裁量に服し、本人がこれから自己の目的のために利益を引き出すという考えが基礎とされる。この他人の行為（または物）を用いることの自由裁量（Disposition）とそれからの受益（Nutzung）という基準は一般化可能なものである。ＡＢＧＢ一〇一四条による責任に関してもこの基準により委任者のリスク責任の範囲が確定される。これによれば、弁護士の依頼人はこのような自由裁量を有しないからリスク責任を負わないことは明らかである。また、労働者の物的損害の事例では、使用者のリスク責任の範囲は、労働相当な危険領域（arbeitsadäquater Gefährdungsbereich）に属する損害であり、かつ、自由裁量と受益（Disposition und Nutzung）によって限定された使用者のリスク領域（Risikobereich）に属する損害に限られる。[33]

Hosei University Repository

このような限定基準によれば、判例とは異なり、労働者が委託された活動を自動車なしでも同様にうまく処理することができ、彼は自己の車を単に個人的な便宜のために用いたかどうかは問題とならない。使用者が自家用車の使用を指示し（anordnen）またはこれを当然と考える（voraussetzen）ときは、使用者の自由裁量がなされ、労務目的で労働者の自動車が使用されたといえる。[34] 労働者の服の毀損についても、この要件を満たせば、使用者は当然にリスク責任を負うことになる。

このように判例が自動車を必要とするような業務であるか否かという業務の客観的性質によって判断するのと異なり、ヤボルネックは使用者の自由裁量と受益の要素を重視する。

(2)　労働者の自動車の毀損に関しては、さらにその後、次のような判決が公にされた。[35]

(イ)　ＯＧＨ一九八八年二月二四日（ÖJZ 1988, 501）では、公務員組合のためのオーストリア労働組合総同盟（Österreichische Gewerkschaftsbund für die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst）が国を相手として次のような確認の申立てをした。

「連邦の契約職員（Vertragsbedienstete）は、彼が自己の自動車を公務出張のために使用者の同意（Zustimmung）を得て用いた場合、あるいは彼が自分に委託された活動を自動車なしには正常に行うことができず、使用者が自動車を提供しなかった場合には、公務出張の際に契約職員の自動車に生じた物的損害の賠償請求権を使用者の過失とは無関係に使用者に対して有する。自動車の毀損につき契約職員に過失がある場合には、使用者に対する彼の賠償請求権は、使用者によって自動車が提供された場合に適用される被用者賠償責任法または機関賠償責任法の規定により減額される。」

Hosei University Repository

ＯＧＨは、まず第一に、他人のためにする行為のリスク責任に基づく契約職員の賠償請求権は私法上の雇用関係の場合と同じくＡＢＧＢ一〇一四条から、または給与法（Gehaltsgesetz）二〇条一項の（拡張的な）解釈から導かれるとした。そして、この請求権の基礎たる根本思想（Grundgedanke）は、労働者の労務を行うべき危険領域の中で労働者の物を自己の目的のために自由裁量で用いた（disponieren）使用者はこれによって相応の利益（entsprechender Nutzen）を得ているというにある。それ故、自動車なしでは履行が可能でないかまたは期待できないような任務（Aufgaben）が契約職員に課され、その損害がこの任務の遂行中に生じ、かつ使用者が営業車を提供しないために自分の事故リスクを節約した場合にのみ、契約職員の自家用車の使用から生じた損害は使用者に帰せられる。これに対して、契約職員が単に個人的な便宜のために自己の自動車を用いた場合には、これは彼の個人的な生活領域に属する。[36]

また、使用者の同意はそれだけではリスク責任を基礎づけない。その使用が「業務上の利益（Diensitesinteresse）」であることを上司が確認する（bestätigen）場合には、旅費規程により、公共交通機関の乗車賃よりも多い旅費の支給が認められるに過ぎない。指示された労務の正常な遂行のために自動車が必要な場合に使用者がリスク責任を負うのは、このような同意や確認に根拠を有するわけではない。また、時間や旅費の節約のために自動車の使用を許可した場合、これをもっぱら使用者のリスク領域に算入することはできない。多くの事例では、その主たる利益は労働者側にあるからである。

このように述べて、使用者の同意を得た場合のリスク責任について請求を棄却し、その余の訴えを認容した。なお、賠償義務の対象は事故損害であって、単なる故障（Pannen）は含まれないことは自明だとする。

Hosei University Repository

ここでは、八三年判決の基準が基本的に維持されており、特に目新しい点はない。ヤボルネックは使用者の同意だけでは使用者のリスク責任を基礎づけないとする点は一般的に支持するが、しかし、判例とは異なって、「業務上の利益」の確認はリスク責任の基礎づけとして十分だとする。[37] 時間や費用の節約を含むすべての事例において、このような確認は営業車を自由に使わせることができない場合にのみ問題となる。このことは、営業車の提供が原則的に正当化されるような状況を示唆しており、従って、この確認は一方では使用者の受益を証明し、他方では営業車の提供と比較可能な使用者の自由裁量を表しているという。

なお、ヤボルネックは言及していないが、判例が自由裁量と受益にリスク責任の基礎を求めた点は彼の見解に影響されたものといえよう。

(ロ)　OGH一九九〇年一一月七日（JBl 1991, 329）では、いわゆる〝交代要員（Springer）〟として雇われている契約教師が住居から学校への走行中にカーブでスピンし、木に衝突した。そこで、自動車の毀損による損害の賠償を被告である州に請求したという事案が問題とされた。

OGHによれば、通勤での自動車の使用は一般的には労働者の私的な領域に属する。これによって営業上の利益が促進されず、また、典型的な使用者の自由裁量が存在しないからである。しかし、第一審裁判所の認定によれば、どの学校で勤務するかの指図は契約教師である原告にとって予見可能ではなく、場合によっては、一日単位または週単位で、電話や口頭で急になされた。彼女が自己の自動車を使用しないとすれば、その指図に応ずることはできなかったであろう。このような場合の自動車の使用は労働相当であり、特別な危険領域の中で行われた。交代要員の労務はその都度の配置場所に適時に現れることをも含むからである。被告が自動車がなければ適時に実施可能でないような

Hosei University Repository

指図や配置を行う際には、労働者による自家用車の提供を意のままにし（disponieren）、かつ、これによってとりわけ交代要員の無制限的な移動性と即時の使用可能性の点で相応の利益（entsprechender Nutzen）を得ていると判示した。

この判決は労働者が本来的な業務処理のために自家用車を用いたのではなくて、通勤手段としてこれを使用した点に事案の特殊性がある。裁判所は交代要員としての特殊性からその業務の範囲を広く把握し、これに従来の判断基準をそのまま適用して、労働者による自家用車の使用は使用者の活動領域に属するとした。この意味では、本判決は従来の判例理論の延長線上にあるといってよい。

注目すべきことは、まず第一に、ヤボルネックを明示的に引用して、他人のためにする行為のリスク責任に基づく賠償請求権の判断に際しては、原告の車が事故の日に被告の利益のために、かつ被告の自由裁量により（zum Nutzen und nach Disposition der bekl. Partei）使われていたかどうかが重要だとした点である。もっとも、具体的な判断基準についてもヤボルネックの見解を支持したわけではない。

第二に、OGHは原判決を破棄して控訴審に差戻した。控訴審は公共交通手段を利用して適時に勤務地に到達できたという被告の主張を審理しなかった。また、使用者により自家用車の使用が禁止されている場合や、勤務地の近くに仮の宿舎（Quartier）を賃借することが時間的・財政的に期待可能な場合にも、原告の自家用車の使用は原告の個人的な生活領域に属するから、これらについて審理すべきだというのがその理由である。このように勤務地への適時の到達は多くの実現可能性が存在しうるから、実際的に使用者のリスク責任が認められる余地はそれ程多くないように思われる。

Hosei University Repository

(ハ)　ＯＧＨ一九九六年九月四日判決（DRdA 1997, 273）では、弁護士事務所の弁護士候補者（Rechtsanwaltsanwärter）の交通事故が問題とされた。この弁護士事務所では、所員は月曜日に自家用車に乗ってきて、事務所にそのまま置いておき、週末に乗って帰るという慣行が行われていた。平日の間は、使用者は所員の車を自由に使用することができた。月曜日に弁護士候補者が自己の住居から事務所に向かって走行中に交通事故を引き起こし、自動車に全損の被害が生じた。原告である弁護士候補者は、自動車の損害および街灯（Lichtmast）の毀損や清掃費用、行政費用、牽引費用、衣服やメガネの破損による損害を含めて、使用者にその賠償を請求した。

ＯＧＨは、被告の利益のためにかつ被告の自由裁量により（zum Nutzen und nach Disposition der bekl. Partei）当該自家用車が使用されていたどうかが決定的に重要だとする。そして、本件事案では、勤務場所での業務使用（Dienstgebrauch）のためにも準備すべき自家用車による住居地から勤務地へのいわゆる引渡走行（Überstellungsfahrt）は、被告の利益（Nutzen）にとって重要であり、使用者の要求した自家用車の提供のために必要な引渡走行は、それ故、使用者の自由裁量（Disposition）に基づいて行われた。引渡走行中の自家用車の使用は、九〇年判決の事案と類似して、労務指示の履行（Erfüllung des Arbeitsauftrages）と結びついていた。使用者は勤務地での自家用車の準備を要求することによって、営業車を節約した。従って、当該自動車の毀損による損害について、使用者はリスク責任を負わなければならない。

しかし、これ以外の街灯の毀損等による損害は使用者のリスク責任に含まれない。労務指示によって生じたこれらの損害リスクは労働者の私的な生活リスクを超えていないし、労務のための走行によって増加していないからであると判示した。(38)

Hosei University Repository

本件では、勤務場所において労働者の自家用車を業務使用のために準備すべきだったのであり、このためには引渡走行は不可欠だといえる。これに代えて営業車や公共交通機関などを使用することは全く問題とならない。つまり、ここでは、自動車なしで履行しうるかという労務の性質や使用者の事故リスクの節約という観点は役に立たない。この点において、本件事案ではヤボルネックの基準による処理が不可欠だったといえよう。(39)

このようにヤボルネックの見解はＯＧＨに大きな影響を与え、一定の範囲で使用者のリスク責任の拡大に寄与した。しかし、これによって全面的に従来の判断基準が放棄されたと断定することはできない。というのは、従来の基準を維持する判例も見られるからである。ＯＧＨ一九九八年一〇月二一日（DRdA 1999, 144）の判決では、外回りの労務遂行の機会に妹を訪ねる目的で同じ場所にとどまり（何らかの回り道は不要）、住居地（勤務地）への帰り道に事故を起こしたという事案において、従来の一般原則を繰り返した上で、この走行も委託された労務給付との関連でとらえられると判示した。ここでは、本来的な労務の一時的な中断が問題となっている点に特徴があるが、しかし、この中断はいずれの基準によるかに直接係わるものではないし、逆に言えば、いずれの基準によってもこれの結論を当然に導くことができるわけではない。この意味では、この判決が従来の基準を採用したことを過大に評価すべきではないように思われる。

三　使用者のリスク責任の限定基準

使用者のリスク責任の要件ないし限定基準に関して、ヤボルネックの見解はすでに述べたが、これ以外の学説をいくつか見ておこう。

Hosei University Repository

(1)　ビドリンスキーによれば[40]、使用者のリスク責任の要件として、①後に損害に現実化したリスクが行為それ自体と結びついていること（行為のリスク）および②これが雇用契約の履行としての行為と結びついていること（履行の特別なリスク）を必要とする。

まず第一に、行為それ自体の危険に関してであるが、行為の危険ないしリスクとは当該行為と損害発生の促進（蓋然性）（Begünstigung（Wahrscheinlichkeit）des Schadenseintritts）の結合を意味する。ここでの損害促進は統計的な蓋然性や相当因果関係ではなく、経験のある注意深い平均人であれば予め計算に入れることができる程度の損害発生の可能性で足りる（損害の予見可能性）。労働者の車の損害につき予め計算に入れることができたというには、単に勤務中の自動車の運転だけでなく、労働者の車の使用をも計算に入れることができなければならない（リスク判断の対象）。

また、後に現実化したリスクを惹起する使用者の意思的活動（Willensakt）の時点を基準として、これらの予測可能性が判断される（リスク判断の時点）。具体的には、契約締結、指図、あるいは契約の変更のいずれかの時点である。指図などは、労働者の自動車の提供自体ではなく、労働者の車の提供がなければ履行できないような労務給付に関連していれば足りる。労働者自身が自動車の使用につき判断するような場合でも、このことが契約に内在するときは、使用者の意思に帰すことができる。

第二に、使用者のリスク責任に関しては、雇用契約の履行としての行為と結びついた損害でなければならない（契約の履行の特別な危険）。雇用契約の履行との関連がなくとも生ずる損害の促進・リスクについては、労働者がこれを負担する。これらは個人的な生活領域・一般的な生活リスクに属する（ストッキングの伝線や財布の喪失、階段か

Hosei University Repository

らの転倒、衣服の消耗など)。個人的な生活領域のリスクを超える労務履行の危険 (eine über das Risiko des privaten Lebensbereiches hinausgehende Gefahr der Diensterfüllung) すなわち雇用契約の履行の特別な危険 (spezifisches Risiko der Erfüllung des Dienstvertrages) が認められる場合に、使用者はリスク責任を負う。

労働者の自動車の毀損については、雇用の拘束がなければその自動車が運用されたであろうような私的生活と比較して、認識可能なリスクの増大をその雇用上の行為がもたらすかどうかが決定的である。単に一時的かつ制限的な範囲で労働者が自己の車を使用者のために使用する場合には、このようなリスクの増大が存在するとはいえないから、使用者のリスク責任は認められない。これに対して、私的な使用を明確に超える程度においてその自動車を雇用上使用することが予見可能であり、それ故実際的にはいつも計画に組み込まれていた限りで、すなわち、初めから計画に組み込まれた永続的な雇用上の使用の場合には、重大なリスクの増大が存在する。

なお、労働者の車の投入が労務の履行に役立つと共に、労働者の個人的な便宜にも役立つ場合などのグレーゾーンでは、損害の分割によって処理される。

ビドリンスキーの見解はこのようなものであるが、ファーバーは基本的にこの見解を支持する。[41] すなわち、ファーバーは委任者の計算と危険に基づく事務処理義務という委任契約の本質を前面に押し出し、この観点の下で委任法の規定を総合的に理解しようとする。彼によれば、ＡＢＧＢ一〇一四条による責任もこのような委任者の計算と危険に由来するものであり、雇用契約への同条の類推適用もこのことから基礎づけられる。「委任の履行と結びついた損害」という要件に関しても委任者の計算での事務処理という観点はその基本的な解釈指針となり、このことから委任者にとって損害発生が予見可能なことが要求される (リスクの予見可能性)。また、一般的な損害賠償法の観点から、こ

Hosei University Repository

の要件の下で、現実化した損害が委託された行為の特別なリスクであることが必要とされるという。そして、予見可能性や行為に特別なリスクに関するビドリンスキーの見解を原則的に支持する。しかし、ビドリンスキーが委任関係や雇用関係によって認識可能的にリスクが増大したかという問題を持ち出すことに対しては反対する。予見可能な、行為に特別なリスクという要件で十分であり、これ以外の考察を持ち出すことは必要でも有益でもないからである。

(2)　さらに、学説の中には使用者の意思的要素をも考慮する見解がある。たとえば、マヤー・マリー[42]は、使用者が他の自己の財貨を使用させなければならず、自分でそのリスクを負担しなければならなかったかどうかという判例の基準を支持するが、さらに、労働者の財貨使用前における使用者の容態によっても使用者がリスク責任を負うことを認める。すなわち、使用者は労働者の財貨の使用を望み（wünschen）、これを許容（gestatten）あるいは命ずる（anordnen）ことができる。命令のときはリスク移転を生ずることは明らかであるが、ある種の意思表示的価値（gewisser Erklährungswert）を伴う使用者のすべての容態もリスク移転に導くという。

ケルシュナーは使用者が労働者または第三者に属する物の使用を承諾し（zustimmen）またはこれを黙認した（dulden）場合に少なくとも使用者のリスク責任を認めてきたが、さらに、現在では、使用者が自己の物を使用させなければならなかった場合にもこれを認める。[43]

(3)　トーマンドル[44]は、ＤＨＧの類推適用の立場からではあるが、営業手段の提供（Beistellung）は使用者の義務であり、これを労働者に転嫁することによって使用者は責任を免れることはできないとする。これによれば、労働者が自分で営業手段（Betriebsmittel）を提供することを使用者から直接的または間接的に強いられた場合には、使用者はリスク責任を負わなければならない。具体的には、労働者による営業手段の提供が使用者から請求

Hosei University Repository

(verlangen) されたか、または指示された労務を正常に処理するためにはそれが必要不可欠 (notwendig) であった場合がこれに該当する。[45]

使用者のリスク責任の要件ないし限定基準に関しては、このような学説が存在する。これによれば、使用者のリスク責任論は決して野放図な使用者の責任へと導くことにはならない。とりわけビドリンスキーやファーバーのように、使用者のリスク責任が客観的に予見可能な特別なリスクに制限されるとすれば、過大（苛酷）な負担を使用者に課すことにはならないであろう。また、リスクの予見可能性が存在するのであるから、使用者はこれを考慮して損失を被るリスクを冒すことを取り止めることもできる。いずれを選択するかはまさに使用者が自己の計算と危険においてなすべき事柄であり、リスクが損害に現実化したときは、使用者がこれを負担すべきは当然のことといえよう。[46]

(1) Canaris, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 1966, 41 ff..

(2) この点については、拙稿「労働過程で生じた損害の帰属と他人のためにする行為の危険責任」法学研究四七号三二八頁以下（一九九一年）参照。

(3) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上巻）』三三頁以下（一九八一年）。もっとも、賠償請求しうる損害は「費用」に準ずるものに限られる。

(4) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下巻）』七一〇頁以下（一九八五年）。

(5) 拙稿「雇用・労働契約における安全配慮義務—給付義務構成への一つの試み」法学研究三六号一六〇頁以下（一九八六年）、同「安全配慮義務と保護義務」私法四六号二〇九頁以下（一九八六年）。その後、「雇用・労働契約への民法六五〇条三項の類推適用」法学研究四九号一三五頁以下（一九九二年）において、これの具体化を試みた。

(6) 下森定「国の安全配慮義務」国家補償法大系2・二五九頁以下（一九八七年）、同「判批」判タ六六九号五六頁以下（一九八八年）、野田龍一「民法六五〇条三項の適用範囲について—比較法制史的考察—」福岡大法学論叢三七巻二・三・四号三六三頁以下（一九九三

年）など。

なお、六五〇条三項の歴史的な沿革については、野田龍一「委任者の損害賠償義務―民法六五〇条三項の史的系譜―」福岡大法学論叢三六巻一・二・三号五一頁以下（一九九一）に詳しい。

(7) Jabornegg, Arbeitgeberhaftung für Sachschäden an AN-Eigentum, DRdA 1984, 37 ff. (37), derselbe, Zur Schadenshaftung des AG nach § 1014 ABGB, DRdA 1988, 132 ff. (134)).

(8) Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers, 1986, S. 56 ff..

(9) 判例を支持する学説としては、本文に引用するものの他に、Klein, Der dienstbedingte Sachschaden des Arbeitnehmers, DRdA 1983, 347 ff. (357 f.), Hanreich, Schadensersatzansprüche aus der Verwendung des eigenen Kfz für den Auftraggeber oder Arbeitgeber, JBl 1984, 361 ff. (364), Spielbüchler, in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht, Bd. I, 4. Aufl., 1998, 335 f., などがある。

(10) Tomandl, Grundlagen und Grenzen der verschuldensunabhängigen Arbeitgeberhaftung, ZAS 1991, 37 ff. (38).

(11) Tomandl, ZAS 1991, 37 ff. (40 ff.).

(12) これは Dritte Teilnovelle zum ABGB vom 19. 3. 1916, RGBl. Nr. 69 を指す。

(13) ヤボルネックは、ここではABGB一〇〇二条以下が一般的に問題となっているのではなく、単にABGB一〇一四条が問題となっているに過ぎないことを指摘するが、そこでは、法の欠缺との関連は必ずしも明確に意識されていない。Jabornegg, DRdA 1984, 37 ff. (37).

(14) Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers, S. 57.

(15) Fitz, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, 1985, 50 ff..

(16) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung nach § 1014 ABGB, in Tomandl, Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis, 1991, S. 57 ff. (59 f.).

(17) Oberhofer, Die Risikohaftung wegen Tätigkeit in fremdem Interesse als allgemeines Haftungsprinzip, JBl 1995, 217 ff. (217 f., 225 f.), derselbe, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Bd. 8, 2 Aufl., 1997, Nach §§ 3 und 4 DHG, Rz. 3 und 4, S. 229.

(18) Oberhofer, ZAS 1991, 57 ff. (59) によれば、他人のためにする行為のリスクの帰責原則と社会的な保護原則という帰責原則の累

Hosei University Repository

Hosei University Repository

積的な効果は、稀な事例を除いて、過失という帰責事由のある労働者の免責をもたらすという。

(19) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 69 ff..

(20) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 65.

(21) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 72 f., derselbe, DRdA 1991, 137 ff. (140).

(22) Tomandl, ZAS 1991, 37 ff. (45 ff.).

(23) もっとも、ＯＧＨは過失相殺による減額の仕方に関してこのように述べているだけであるから、トーマンドルのこの主張は牽強付会の誹りを免れないように思われる。

(24) このようなＤＨＧの類推適用論はすでに八三年判決を契機としたシュランクの論文において主張されていた。彼によれば、ＤＨＧによって把握されていない労働者の物的財貨（Sachgütern）に対する損害について、労働者にこれを完全に負担させることは不可解な評価の断裂（unverständlicher Wertungsbruch）である。これは計画違反の法の欠缺であり、ＤＨＧのリスク分配原則を類推的に援用することによってこれを閉じるべきである（ＤＨＧ二条・三条の類推適用）。営業手段を供給すべき義務を労働者に転嫁することによって、使用者はＤＨＧのリスク分配を回避することはできない。Schrank, Betriebsrisiko und arbeitsrechtliche Wertordnung, ZAS 1985, 8 ff. (12).

(25) Oberhofer, ZSA 1991, 57 ff. (59).

(26) Apathy, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Bd. 5, 2. Aufl., 1997, § 1014, Rz. 12, S. 744.
ＯＧＨ一九九五年一一月八日（ÖJZ 1996, 300）も、立法者が明らかに考えていなかったＡＢＧＢ一〇一四条による請求権はＤＨＧ六条の中に包含されていないとする。

(27) この他に、使用者のリスク責任の基礎を配慮義務に求める見解もある。すなわち、シュノールによれば、配慮義務に基づいて、通常の労働危険を超える労務に伴う特別犠牲（dienstbedingtes Sonderopfer）に関しては労働者に適切な賠償を給付すべき義務が使用者に生ずる。この使用者の義務は労働者の側では労働契約に基づく履行請求権として現れる。Schnorr, Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers?, RdW 1984, 77 ff. (83).

(28) OGH 1988. 11. 16 JBl 1989, 734.

(29) OGH 1988. 2. 24 ÖJZ 1988, 501.

(30) Stanzl, in Klang und Gschnitzer, Kommentar zum ABGB, Bd. 1/4., 2. Aufl., 1968, §§ 1014, 1015, S. 849, Strasser, in Rummel,

Hosei University Repository

Kommenar zum ABGB, Bd. 1, 3.Aufl., 2000, §§ 1014, 1015, Rz. 10, S. 2090 f., Gehnitzer, Österreichisches Schuldrechts, Besonderer Teil und Schadensersatz. 2.Aufl., 1988, S. 271.

(31) Jabornegg, DRdA 1984, 32 ff. (37 f.).

(32) Jabornegg, DRdA 1984, 32 ff. (39).

(33) Jabornegg, Reiseaufwand eines BR-Mitgliedes, DRdA 1989, 400 (403) によれば、使用者の利益のために、かつ、使用者の自由裁量により（zum Nutzen und nach Disposition des AG）、労働者の物が使用されたかどうかという問題に帰する。

(34) これによれば、使用者の指図に違反するか、何の理由もなく突然にかつ使用者や上司と協議しないで、労働者が自家用車を使用した場合には、使用者のリスク責任は認められない。Vgl. Jabornegg, Zur Schadenshaftung des AG nach § 1014 ABGB, DRdA 1988, 132 ff. (135).

(35) なお、ＯＧＨ一九八七年二月二四日（DRdA 1989, 400）も労働者の自動車の毀損に係わるものである。しかし、この事案では、損害は当該労働者が経営協議会委員として会議に出席するために自動車で走っている途中での交通事故によって生じたという点に特殊性がある。裁判所は、経営協議会委員の委託（Betriebsratsmandat）は労働契約と密接に結びついており、労務給付の調達と意味的な関連性を有するとして、ＡＢＧＢ一〇一四条類推によるリスク責任法理の適用を認めた。しかし、この場合のリスク判断は、労働者としての活動ではなくて、この委託遂行のために自己の自動車の投入を必要とするか否かに依る。つまり、労働者の自動車の使用がなければ、使用者は自己の自動車を投入しなければならず、それでこれと結びついたリスクを自分で負担しなければならないかどうかが問題となるが、本件事案では、このような使用者の義務は存在しないとして労働者の賠償請求を否定した。まず第一に、労働規則法（ArbVG）七二条の〝その他の物品の必要性（sonstige Sacherfordernisse）〟を拡張解釈して、使用者の自動車供与義務を承認しうるが、個々の事例ではこれは営業の大きさや経営協議会の必要性（Bedürfnisse）により判断される。本件では営業規模などからこのような義務を使用者は負わない。第二に、その会議に出席するために自動車を用いることの不可避性も否定される。公共交通手段の利用の可能性が存在したこと、会議の期日や場所の調整可能性の存在、さらに自己の自動車を最寄りの駅やバス停留所に置いておくことができた。このようなことから、自己の自動車の使用は労働者の個人的な生活領域に算入されるべきであって、使用者の活動領域には属しない。

これに対して、ヤボルネックは経営協議会の委員は使用者の利益のために活動しているのではないから、ＡＢＧＢ一〇一四条によるリスク分配は問題とはならないと主張する。営業所有者の物品供与義務を定める労働規則法（ArbVG）七二条は、その意義と目

Hosei University Repository

的によれば、供与すべき物品の偶然的な損害のリスクは営業所有者に帰せられるという点に及ぶ。本件では、ＡＢＧＢ一〇一四条ではなくて、労働規則法七二条から導かれる特別な法律上のリスク分配を基礎とすべきだという。Jabornegg, Reiseaufwand eines BR-Mitgliedes, DRdA 1989, 400 (402 f.).

なお、リスク責任の人的適用範囲については、Vgl., Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 60 ff..

(36) さらに、衣服や旅行用具の喪失や毀損などは「一般的な生活危険（allgemeine Lebensrisiko）」に属するとした。指示された行為による損害の促進（Schadensbegünstigung）は問題とならないからである。

(37) Jabornegg, Zur Risikohaftung nach § 1014 ABGB im Arbeitsrecht, DRdA 1991, 27 ff. (33).

(38) これに対して、ケルシュナーはメガネや衣服など労働者の費用と危険において使用に供されるべき物については賠償されないが、自家用車の事故の結果としての行政費用や牽引費用は賠償されるべきだとする。Kerschner, Dienstnehmerhaftplichtgesetz, 2. Aufl., 2004, § 1, Rz. 21, S. 40, derselbe, DRdA 1997, 273 ff. (275).

(39) なお、当該自動車が労働者ではなくて第三者の所有に属する事例としては、ＯＧＨ一九八六年二月一八日（JBl 1986, 468）およびＯＧＨ一九九五年一一月八日（ÖJZ 1996, 300）がある。詳細は第三者に対する加害の類型において後述するが、使用者の活動領域の判断基準について簡単にみると、前者では八三年判決がそのまま援用されている。また、後者では、使用者がこの損害に関してリスク責任を負うこと自体は争われていないため、従来の判例を繰り返すにとどまる。

(40) Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitsgebers, S. 63 ff..

(41) Faber, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht, 2001, S. 164 ff., 239 ff..

(42) Mayer-Maly, Die Risikohaftung des Arbeitgebers für Eigenschäden des Arbeitnehmers, NZA Beil. 3, 1991, 5 ff. (15). derselbe, Österreichisches Arbeitsrecht, Bd., 1. 1987, S. 94.

(43) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 65.

(44) Tomandl, ZAS 1991, 37 ff. (46 f.).

(45) なお、シュノールは、配慮義務説の立場から、使用者のリスク責任を労働者にとって特別犠牲（Sonderopfer）を意味するような労務に伴う損害すなわち通常は労働者の労働危険に属しない損害に限る。ここでは、当該損害が労働に典型的なまたは異常な出来事に拠るかどうかは法的に重要ではない。Schnorr, RdW 1984, 77 ff. (82).

(46) Vgl., Faber, Risikohaftung, S. 184 f..