

オーストリア法における使用者のリスク責任論の展開(2・完)

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)

3

(開始ページ / Start Page)

101

(終了ページ / End Page)

141

(発行年 / Year)

2007-02-28

オーストリア法における使用者のリスク責任論の展開(二・完)

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 D H G 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、一〇四卷二号)

第四章 労働者の人的損害

一 A S V G 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 D H G の類推適用

四 労働者の訴訟費用・弁護士費用

むすび

(以上、本号)

オーストリア法における使用者のリスク責任論の展開(二・完) (宮本)

第四章 労働者の人的損害

一 A S V G の規定と問題の所在

(a) 労働者が労務遂行中の事故(労働災害)により人的損害を被った場合、労働者は A B G B 一〇一四条の類推適用を理由として使用者にこれの賠償を請求できるか。A B G B 一〇一四条の請求権は物的損害だけでなく人的損害にも及ぶとするのが判例・通説であるから、同条の類推適用の場合にこれを否定すべき理由は⁽¹⁷⁾ない。

しかし、労働関係に関しては、A S V G の特別規定が存在する。これによれば、すでに言及したように、労災による労働者の人的損害については、使用者は、故意の場合を除いて、これの賠償責任を負わない(使用者の免責特権・A S V G 三三三一条一項)。賠償責任の法的根拠が何であるかは問わないから、A B G B 一〇一四条類推による責任もこれに含まれて当然に免責されることになる。⁽¹⁸⁾

これが原則であるが、例外的に、その稼働に関して法律上の規定に基づいて高度の賠償責任(erhöhte Haftpflicht)が存在する交通手段によって労災が生じた場合には、使用者の免責特権は適用されない(A S V G 三三三一条三項)。ただし、使用者は存在する責任保険から自由になる保険金の額に至るまで責任を負うに過ぎない(同項第二文)。このことから理解できるように、このような例外を認めたのは、自動車責任保険者に責任を課す点にあるのであって、使用者に実際に賠償責任を負担させることが企図されているわけではない。

(b) 法改正がなされる前の段階では、同条項は、「その稼働に関して法律上の規定に基づいて増大した責任義務が存在する交通手段による『被保険者の一般交通への参加に際して (bei der Teilnahme des Versicherten am allgemeinen Verkehr)』労災が生じた場合には」使用者の責任特権は排除されると規定していた。

判例⁽⁴⁹⁾は、この「一般交通への参加」という要件を極めて厳格に解釈した。すなわち、このような「一般交通への参加」は、その事故が営業的な出来事の範囲外で生じ、関与者が自己の労務を行っておらず、その事故が被害者の職務と場所的・時間的かつ原因的に関連していない場合にのみ認められる。また、被害者たる労働者が公衆の利用できない使用者の自動車で輸送されていた場合には、一般交通への参加は存在しないと解した。

このような厳格な解釈の結果として、旧法では、使用者の責任特権の排除が認められることはほとんどなかった。そのため、職業的に活動している同乗者や運転手は事故保険から給付を受けることができたに過ぎない。そうでない交通事故の第三者と比較すると、自動車責任保険者に対する慰謝料請求が認められない点で、これらの者は不利な地位に置かれることになる。

そこで、このような不公平を除去し、これらの者にも自動車責任保険者に対する慰謝料請求権を付与するために、一九八九年の第四次普通社会保険法の部分改正法 (48. ASVG-Novelle) によって、「一般交通への参加」という文言が削除された。そして、これが使用者の追加的な財政負担をもたらすのではなくて、単に自動車責任保険者の免責排除が目的であることを明らかにするために、第二文が追加されて、前述のような規定内容となったのである。

(c) 立法者はこれによって使用者特権の排除の適用範囲を拡張したのであるが、しかし、旧 ASVG 三三三三条三項の反射規定 (Reflexnorm) ないし補充規定 (Komplementärnorm)⁽⁵⁰⁾ である「鉄道および自動車賠償責任法 (EK

HG)「三条二号には手を付けずにそのままにした。この規定によれば、被害者が使用者の自動車で輸送されており、事故の時点で自動車の営業のところで活動している場合(すなわち「一般交通への参加」に該当しない場合)には、自動車保有者としての使用者の危険責任は否定される。従って、この保有者責任との関連では、ASVG三三三条三項の使用の特権排除の要件は存在せず(保険給付の不存在)、これらの者は慰謝料請求権を有しないことになって、改正目的は達成されない。

そこで、この保有者の危険責任とは別に、ABGB一〇一四条類推による責任が使用者に認められるかどうかが現実的な問題として浮上した。この賠償義務が「自動車賠償責任保険法(KHVG)」二条一項により自動車責任保険でカバーされると解するときは、使用者特権排除の要件を充足し、自動車責任保険者に対する慰謝料請求権がこれらの者に認められることになる。

近時、この問題に関して、二つの最高裁判例が全く正反対の判断を明らかにしたこともあって、学説の注目を集めている。

二 判例

(1) OGH二〇〇二年九月五日(ZVR 2004, 61)の第二法廷判決では、次のような事案が問題とされた。生石灰用の輸送サイロが設置された自動車(Sattelanhänger)の運転を任された労働者が、その輸送サイロから別の貯蔵庫に送り出す際にこれと繋いでいたホースが外れ、漏れた高圧の生石灰によって目に重傷を負った。被害者に保険給付した社会保険者が使用者の自動車責任保険者に対してこれの償還を請求した。

裁判所は、まず第一に、自動車保有者の危険責任に関しては、EKHG三条三号により、使用者の責任を否定した。従って、使用者の責任特権は排除されず、自動車責任保険者への代位は認められない。そこで、次に、ABGB一〇一四条類推による使用者の責任を検討し、これを肯定した。生命や健康という法益の重大性に鑑みると、使用者のリスク責任によって物的損害のみが把握され、人的損害が把握されないとすれば、それは評価矛盾だからである。そして、後述する学説の見解に従って、ABGB一〇一四条類推による賠償請求権も、KHVG二条一項の「法律上の責任規定 (gesetzliche Haftungbestimmung) による賠償請求権」に含まれるとして、自動車責任保険による保護を認めた。これによって、ASVG三三三三条三項の要件はすべて満たされるから、自動車責任保険者はこれの賠償義務を負うと判示した。

ここでは保険代位が直接的な問題とされているが、この見解によれば、被害者たる労働者は使用者および自動車保険者に対して慰謝料を請求できることになろう。

(2) これに対して、OGH二〇〇二年二月十九日 (JBI 2003, 662, ZAS 2004, 88) の第八法廷判決は、トラックの運転手がトレーラーをトラックに連結するためにそれを駐車位置から同僚と一緒に手で引っ張っている時に隣のトレーラーとの間に挟まれて怪我をしたという事案で、「徹底的に考察した上で (nach reiflicher Überlegung) 右の第二法廷の見解を否定し、被害者たる労働者からの使用者に対する慰謝料請求を棄却した。

まず第一に、ABGB一〇一四条類推による責任を認めると、運転手として活動している労働者に常に無過失の慰謝料請求権が成立することになるが、立法者がこれを望んだとすれば、一九八九年の法改正に際してEKHG三条三号を削除したであろう。しかし、立法者はこれを行わなかった。肯定説はEKHG三条三号との間で明確かつ正当化

し得ない評価矛盾に陥る。第二に、その事故がもっぱら被害者たる労働者の有責な行為によって惹起された場合にも、慰謝料請求権を当該労働者に認めることは、余りにも極端な特権へと導く。また、自己の自動車を提供した労働者は使用者の免責特権の結果として慰謝料請求権を有しないから、これと比べてその取扱いに極端な不平等が生ずる。

第八法廷はこれらを理由として第二法廷の見解を拒否し、A B G B 一〇一四条類推による使用者のリスク責任はK H V G 二条一項の意味での「法律上の責任規定」ではないとした。

(3) このように判例の見解は分かれているが、その後、第九法廷はO G H 二〇〇三年五月七日 (DRdA 2004, 346) の判決で第八法廷の見解を支持した。事案は、トラックの運転手がその自動車の中で宿泊していたが、その際、追加的に設置したスタンド暖房 (Standheizung) のスイッチを入れたところ、このスタンド暖房の機能不全の結果、運転手が二酸化炭素中毒により死亡した。そこで、未亡人に保険給付をした事故保険者が自動車責任保険者にこれの償還を請求したというものである。

裁判所は、本件事故は自動車の稼働 (Betrieb) またはその使用 (Verwendung) に際して生じたものではないとして、E K H G の責任を否定した。そして、A B G B 一〇一四条類推によるリスク責任に関して、人的損害に関する使用者の責任はA S V G 三三三条において排他的に規定されており、その責任特権は第四八次部分改正法によっても維持されたままであると述べて、同条の類推適用を否定した。

三 学説

(1) これに関する学説をみると、A B G B 一〇一四条類推による使用者のリスク責任に基づいて使用者の責任特権

排除を肯定するものとして、オーバーホーフアーおよびケルシュナー／バークナーの見解が挙げられる。

オーバーホーフアーによれば⁽⁵¹⁾、まず第一に、A B G B 一〇一四条類推によるリスク責任をA S V G 三三三三条三項の適用領域において展開することは、自動車の運転手として雇われている労働者や職業上活動している同乗者に自動車責任保険者に対する慰謝料請求権を認めるといふ立法者の動機に適合する。第二に、A B G B 一〇一四条によるリスク責任は後見や緊急事務管理などの契約外の関係でも適用されるから、契約は「法律上の責任要件 (gesetzliche Haftungstatbestand)」の単なる結合点にすぎない。また、K H V G 二条一項の「法律上の責任規定に基づく賠償請求権」は、判例では広く解されている。従って、A B G B 一〇一四条類推によるリスク責任もこれに該当する。

さらに、オーバーホーフアーは、使用者の自動車を用いた労働者と自己の自動車を使用者のために用いた労働者を異なっており扱ふことは正当ではないとして、後者の労働者に対しても、A B G B 一〇一四条類推によるリスク責任の要件の下で、自動車事故による慰謝料請求権につき使用者の責任を認める。このことはA S V G 三三三三条三項の第一文から理解できるといふ⁽⁵²⁾。

また、ケルシュナー／バークナー⁽⁵⁴⁾は、生命や健康という法益の優越性からすると、A B G B 一〇一四条類推による使用者のリスク責任は労働者の人的損害にも及ぶことは明らかである。指示した業務の典型的な危険に関して使用者は責任を負わなければならないということがリスク責任の中心であるが故に、ここではある種の営業危険が問題となっており、危険責任と近い。従って、A B G B 一〇一四条類推による賠償請求権はK H V G 二条一項の「法律上の責任規定による賠償請求権」に含めることができるという。この請求権が契約 (雇用契約) に基礎を有することを理由に「法律的な性質」を否定することはできない。その根源を契約または不法行為に有するとしても、いずれにせよこ

じたかは自動車責任保険者の観点からは単なる偶然に過ぎない。また、A B G B 一〇一四條類推によるリスク責任は委任者や使用者の計算と危険でなされる行為に関する特別な民法上の責任規制であつて、自動車責任保険の保護とは関係しない。

このようなことから、A B G B 一〇一四條は自動車責任保険では何らの役割を演じないと結論づける。そして、方法論的には、K H V G 二條一項を目的論的に制限して、A B G B 一〇一四條類推による責任は保険保護を基礎づけないとする（第八法廷判決と同旨）。

(b) アパシーも同様に否定説を支持する⁽⁵⁷⁾。まず第一に、E K H G 三條三号によれば、自動車の営業のところでは活動し、かつ輸送されていた者が交通事故により損害を被つた場合には、保有者は一被害者が保有者の労働者であるか否かを問わず一危険責任を負わない。このような被害者は自己の行為の結果については自分で負担すべきであるというのがその理由であるが、このような保有者の責任排除は一般的には不公平ではない。

また、第四八次部分改正法による改正は「一般交通への参加」という要件の削除によって、公衆に開放されていない使用者の自動車で単に輸送されている労働者に損害賠償請求権を認めることが目的とされていた（従来判例法理の一部否定）。この限りでは、E K H G 三條三号の修正は必要とされない。また、そこでは、外部の第三者よりも有利な地位に置くことは意図されていない。さらに、運転手にも慰謝料請求権を認めるのが立法者の意図であつたといふことは難しい。E K H G 三條三号が使用者の運転手に対する危険責任を排除していることを立法者が見落としていたとしても、改正法は、少なくとも使用者に過失がある場合に、使用者（保有者）の運転手に対する責任を惹起する。従つて、E K H G 三條三号を同時に改正しないとしても、改正法は意味を有する。

除責任の領域を使用者責任特権の排除の範囲に合わせるという点にあった。しかし、第四八次部分改正法によって、この両者の関係が取り除かれたことによって、EKHG三条三号はその特徴的な機能を奪い取られ、そのため適用可能でなくなった（EKHG三条三号の機能喪失（Funktionsverlust））。

第四八次部分改正法の立法者の意図は労働者の責任法上の差別待遇を阻止することであって、労働者に有利な責任状態を作り出すことではない。ABGB一〇一四条類推によるリスク責任を持ち出すことはこれと一致しない。そうではなくて、EKHG三条三号の機能喪失を承認して、労働者をEKHGの人的な適用範囲の中に加えることが法改正の趣旨に合致する。

具体的には、EKHGの危険責任法的な帰責の観点とDHGの特別な評価を考慮してこれを判断すべきである。まず第一に、前者の観点からは、保有者にとって回避不可能な出来事（*unabwehrbares Ereignis*）すなわち損害発生の原因が支配可能な危険領域の外にあるか否かが重要となる。たとえば、被害者たる労働者が必要な注意を遵守し、異常な営業危険が現実化した場合（EKHG九条二項第一文）、あるいは、その事故がもっぱら自動車の性能の瑕疵や装置の故障に基づく場合（EKHG九条一項）には、保有者たる使用者が危険責任を負うことに争いはない。運転手の交通違反的な容態による事故の場合には、次のように分けて考えるべきである。他の被害者たる労働者（同乗者）については、その事故は回避不可能な出来事に該当せず、保有者は被害者に対して危険責任を負う。これに対して、交通違反をした運転手自身の損害については、EKHG九条一項を類推して保有者は危険責任を免れる。この者との関連では、当該事故は回避不可能な出来事だといえるからである。このような回避不可能な出来事の認定に際しては、DHGの評価を考慮すべきであり、このことは回避不可能な出来事とされる範囲の制限へと導く。

(b) シュマランツァーはEKHG九条からEKHG三条三号の適用制限(部分的廃止)を導こうとする。⁽⁸⁹⁾すなわち、EKHG九条一項によれば、自動車等の性能の瑕疵や装置の故障のリスクはいずれにせよ保有者が負担しなければならぬ。そうだとすると、事故の原因が保有者の領域の中にあり、営業のところで活動している労働者に過失がないときは、他の被害者たる労働者と同様の保護が与えられるべきである。EKHG三条三号はこの限度で適用が制限されるべきであり(EKHG三条三号の部分的な廃止 (teilweise Derogation))、⁽⁹⁰⁾これによって、被害者たる運転者にも慰謝料請求権を認めようとする立法者の意図を達成することができるという。

なお、ABGB一〇一四条類推適用論に関して、シュマランツァーは同条の類推は労働者に過失がない場合に限るとする見解を前提として、EKHGとの間に評価的な矛盾は生じないとする。

(4) ABGB一〇一四条と人的損害の関連については、ASVGの改正に伴ってこのような問題が顕在化した。EKHGによる保有者(使用者)の危険責任が存在するときは、KHVGによる保険給付が認められるから、ASVG三三三条三項の要件を充足し、使用者の責任特権が排除されることは明らかである。このような使用者の責任特権の排除は同時に被害者たる労働者に慰謝料請求権を認めることを意味する。

問題となるのは、このようなEKHGによる危険責任が存在しない場合である。ここにおいて、ABGB一〇一四条類推による人的損害に関する使用者のリスク責任およびKHVG二条一項への包含によって、使用者の責任特権の排除を認めることができるかどうか争われてきた。判例は当初これを肯定したが、後に否定説へ転じた。肯定説および否定説はいずれもEKHG三条三号の全面的な適用を前提とするが、これに対して、折衷説はEKHG三条三号の適用を全部または一部否定することによってEKHGによる保有者の危険責任の範囲を拡張し、これによって問題

を解決しようとする。

とりわけ肯定説と否定説の間では、A B G B 一〇一四条類推によるリスク責任の人的損害への適用の可否という観点から議論されており、まさに同条の適用範囲それ自体が争点であるかのような印象を与える。しかし、問題の本質はこのような点にはない。そうではなくて、使用者責任特権の排除される範囲が争われているのであって、換言すると、労災による人的損害については使用者の賠償義務を否定し、すべて保険によって処理するという制度に由来する特有の問題に係わる。わが国では、使用者の労災補償責任・労災保険給付と民法上の賠償義務は併存するから、これらの議論は余り参考とならない。それよりも、いずれの見解においてもA B G B 一〇一四条による賠償請求が一般的・抽象的には人的損害にも及ぶとされている点に注目すべきであろう。

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

(1) 労働者が労務の遂行中に第三者に損害を与えたという事案としては、まず第一に、労働者が第三者の所有する自動車を営業手段として用いた際に、これが交通事故により毀損したという場合があげられる。

(a) これに関する判例としては、次のようなものがある。

(イ) O G H 一九八六年二月一八日判決 (JBI 1986, 468, ZAS 1987, 85, DRDA 1988, 132) では、妻の自動車の毀損

が問題とされた。労働者は二人の顧客との約束を守るために使用者の了解 (Einvernehmen) を得て自家用車を使用した。走行中に凍った車道の上で事故が発生し、自家用車が全損した。そこで、労働者が使用者に約七万シリングの賠償を請求したというものである。

本件では、自動車の所有者は誰かが争点の一つであったが、OGHは、原告が事故の前に自家用車の所有権を獲得していたときは、その損害は労働者の所有する自動車について生じ、被告は八三年判決の要件の下でABGB一〇一四条の類推適用に基づいてこれを賠償すべき義務を負うと判示した。これはすでに言及した労働者被害の類型に属するから、特に目新しい問題はない。

しかし、OGHはこれに続いて、妻が自家用車の所有者であり、かつ、原告が妻に対してこれの賠償義務を負う場合にも、被告の賠償義務は認められるとした。このような場合、経済的にみると、損害は労働者の財産に生じている。原告が妻に賠償したとすれば、原告は間接的な被害者ではなくて、直接的な被害者である (損害移転 (Schadensverlagerung) の事例)。また賠償していかないときのように通常は被害者に生ずる損害を例外的に第三者が経済的に負担しなければならぬ場合には、この損害転嫁 (Schadensüberwälzung) によって加害者 (ここでは使用者) はABGB一〇一四条類推による賠償義務を免れないからである。ここでも、八三年判決の要件はもちろん満たさなければならぬ。

(四) OGH一九九五年一月八日判決 (OJZ 1996, 300) はこれと類似する。ここでは、同棲者 (Lebensgefährten) の所有する自動車がいられて毀損したという事案に係わる。裁判では主として消滅時効の期間が争われたが、OGHはその前提としてABGB一〇一四条の類推適用による使用者のリスク責任の適用を認めた。ただし、

その理由については、前述した八六年判決のような理由付けを説示することなく、「A B G B 一〇一四条は労働契約にも類推適用されるべきであり、使用者はこれに基づき本件事例において生じているような労働相当な物的損害を賠償しなければならず、O G Hは繰り返し判示してきた」と述べるに過ぎない。⁶¹⁾

(b) 労働者の自動車の毀損につき、A B G B 一〇一四条類推による使用者のリスク責任を認める場合には、労働者の使用した自動車が第三者の所有に属するときも、同様に処理することは容易に理解できる。営業手段として用いられた自動車が労働者に属するか、あるいは第三者所有の物であるかは、使用者にとってはいわば偶然的な出来事に過ぎないからである。この意味において、第三者所有物の毀損の場合にも、判例が使用者のリスク責任の原則を適用したことは正当といえる。また、責任の要件ないしリスク責任の限定基準についても、労働者の自動車の毀損に関して展開されたことがここでもそのまま妥当することになる。

(2) 第三者加害の事案の中には、さらに、このような営業手段とは関係しない第三者の損害が問題となったものもある。

(a) この類型に属する判例としては、次のようなものがあげられる。

(イ) O G H一九八九年五月二四日 (ZAS 1991. 57) では、原告(最も若い見習労働者)が指示された買物に自転車を出かけたが、帰り道で自分を追い越した自動車に注意することなく左に曲がり、その自動車と衝突して約四万四〇〇〇シリングの損害を与えた。原告は被害者に賠償した後、使用者にこれの支払いを求めた。

第一審判決は損害が直接的に原告の財産に生じていないという事情は何も変更しないとして、使用者のリスク責任を肯定した。そして、原告の過失を考慮して、三分の二の限度でこれを認容した。

これに対して、控訴審は原告の請求を全面的に否定した。使用者のリスク責任に関しては、労働者が自己の財産 (Vermögenswerte) を使用者のために使用したことが必要とされるが、本件では使用者の自転車が用いられており、このような場合には使用者は労働者の惹起した事故損害に関して責任を負わない。第一審判決のように解すると、客観的に正当化できないような使用者責任の拡張に至るといふ。

OGHは控訴審の見解を否定して使用者の責任を認めた。自転車の運転による事故において指示された行為の典型的な危険の現実化すなわち労働相当な物的損害 (Sachschaden) に関する使用者の無過失責任の要件は満たされている。その損害が原告の財産 (Vermögen) に直接的に生じていないということは被告の責任に影響を及ぼさない。原告が被害者に賠償し、その損害が経済的に見ると彼の財産に生じたことが確定しているときは、なおさらそうである。いわゆる損害の移転 (sogenante Schadensverlagerung) の事例が存在する。原告は間接的な被害者ではなくて直接的な被害者である。使用者責任の拡大という控訴審の議論は実定法上の基礎を有しないが、これに対しては、使用者は営業賠償責任保険 (Betriebspflichtversicherung) の締結によってその経済的なリスクを排除すれば足りる。

(四) OGH一九九七年三月二六日判決 (DRdA 1998, 34) では次のような事案が問題とされた。自動車のシートベルト (PKW-Sicherheitsgurte) の製造業者はWと自動車のシートベルトの輸送契約を締結したが、その孫請け会社の運転手はパスポートを忘れたので引き返す際にトラックのトレーラーが横転し、積荷のシートベルトが毀損した。製造業者は約一〇〇万シリングの損害を被ったので、これを孫請け会社とその運転手に対して賠償請求した。第一審裁判所は両者の責任を認めたが、第二審のリンツ高等裁判所は孫請け会社の責任を否定し、運転手の不法行為責任を

肯定した。製造業者はこれに基づいて運転手の給与を差し押さえた (Gehaltssekution)。そこで、本件訴訟において、運転手は使用者である孫請け会社に対してすでに被害者に支払った賠償の償還と将来の償還義務の確認を求めた⁽⁶²⁾。第一審裁判所はDHG三条による償還請求を使用者の自己責任の欠缺を理由に否定したが、しかし、ABGB一〇四条類推による使用者のリスク責任を肯定。控訴審もこれを支持した。

OGHも同じくDHGの直接的な適用を否定する。そして、使用者の第三者に対する自己責任の欠缺はABGB一〇四条類推によるリスク責任の原則を何も変更しない。ABGB一〇四条の類推適用にとって決定的に重要なことは、指示された行為の典型的な危険と結びついた労働相当な加害が労務給付の調達に際して第三者のところで生じ、第三者の労働者に対する賠償請求が裁判上認められることによって、結果的に労働者の自己損害 (Eigenschaden) が存在することであると判示した。⁽⁶³⁾

(b) このように判例は営業手段とは関係しない第三者に対する加害の場合にも使用者のリスク責任法理を適用する。ABGB一〇四条は損害類型を問わず適用されると解されており、この類推による使用者のリスク責任に関してこれを営業手段の毀損に限定すべき合理的理由は存在しないように思われる。使用者のリスク責任論の理論的基礎はここでも妥当する。

この類型における責任要件は、判例によれば、指示された行為の典型的な危険の現実化すなわち労働相当な損害であれば足りる。自動車の毀損の場合とは異なり、使用者の活動領域と労働者の個人的な生活領域との区別は問題とならない。

(3) 第三者に対する加害の類型は、すでに見たように、営業手段として用いられた物の毀損の場合と、営業手段と

は関係しない第三者に対する加害の場合に分けられるが、判例はいずれの場合にも使用者のリスク責任法理の適用を認める。この際、八六年判決および八九年判決はその理由付けとして「損害移転」を持ち出している。しかし、このような損害移転がここで存在するかどうかは疑問であり、学説ではこの点に対する批判が強い。

また、第三者に対する加害の類型はDHGの本来的な適用領域に属する。そこで、ABGB一〇一四条類推による使用者のリスク責任がこれによって排除されるか否かが問題となるが、この点はすでに言及した(第二章四参照)。右の判例はいずれも通説と同様にこれを否定して使用者のリスク責任の成立を認める。そうすると、両者の責任の關係、とりわけ使用者のリスク責任に関してDHGの規定が類推適用されるべきかどうかさらに問題となる。右の九年判決は、使用者の自己責任というDHG三条の定める要件が存在しないときでも、使用者のリスク責任はこれによって影響されないとする。類推適用の観点から見ると、これは自己責任に関するDHG三条の類推適用を否定したものと評価することができる。確かに成立要件に関しては困難であろうが、しかし、成立した使用者のリスク責任を法的にどのように取り扱うかをめぐっては、DHGの規定を類推適用することも考えられてよい。

このことは同様に労働者被害の類型でも問題となる。労働者被害の類型はDHGの本来的な適用領域に属しないが、しかし、DHGは使用者と労働者間の特殊な関係を考慮して特別な規定を置いたのだから、労働者被害の類型においても同様にDHGの政策的判断を尊重すべきかどうか当然に問題となる。このように考えると、労働者加害の類型か労働者被害の類型かを問わず、使用者と労働者の間において、ABGB一〇一四条類推によるリスク責任につきDHGの規定を考慮すべきかという一般的な問題として設定することができる。

本章では、このような損害移転の問題とDHGの類推適用について検討することにしよう。

二 第三者に対する加害と損害の移転

(1) 損害移転 (Schadensverlagerung) すなわち第三者損害賠償 (Drittschadensliquidation) は、従来、次のような事例において問題とされてきた。⁽⁴⁾

まず第一に、債務者が危険負担を免れるような場合である。たとえば、贈与された目的物が贈与者のところで贈与者の過失なしにある加害者によって破壊された場合には、贈与者は債務を免れ (A B G B 一四四七条)、財産的には贈与契約が履行されたのと同様の地位に立つ。また、売買契約において、売主がまだ物の所有者であるが、買主がすでにその危険を負担する場合において、加害者がこの物を壊したときも同様である。

第二に、間接代理または受託者が自己の名で契約を締結したが、契約相手方の不履行により損害が本人に生じた場合である。

第三には、労働者が加害者によって怪我をさせられ、これによって労務給付ができなくなったが、使用者が A B G B 一一五四(b)条ないし労働協約により賃金を支払わなければならない場合、あるいは、身体侵害に伴う治療費が被害者自身ではなくて、扶養義務者や社会保険者がこれを負担する場合などである。

これらの事例では、賠償請求権を有する直接的な被害者 (unmittelbarer Geschädigte) に本来的に生ずべき損害が何らかの法的原因に基づいて第三者すなわち間接的な被害者 (mittelbarer Geschädigte) に生じている。このような損害の移転によって加害者が賠償義務を免れることはもちろん不当であり許されない。そこで、判例・通説は、直接的な被害者がこの第三者の損害を自己の損害として賠償請求し、あるいはこの請求権を第三者に譲渡して

第三者が自分で加害者に請求できるとする。

(2) 判例は第三者に対する加害の類型をこのような損害移転の事例として理解するのであるが、ケルシュナーは八六年判決の評釈においてこれを持ち出す必要は全くないと批判した。⁽⁶⁵⁾ OGHは妻の物的損害を念頭において、この損害は経済的には労働者が負うが故に、妻から夫への損害の移転があるという。しかし、ABGB一〇一四条の類推による賠償請求権を有するのは労働者であって妻ではないし、また、第三者に対する損害賠償義務の負担という形で労働者自身に損害が生じているから、損害移転のない通常の事例が存在する。損害移転の事例は、夫が妻に賠償義務を負わないような場合にまさに問題となるに過ぎない。ヤボルネック⁽⁶⁶⁾やオーバーハーホフ⁽⁶⁷⁾もこのケルシュナーの批判を全面的に支持する。

このように損害移転の理論を持ち出すことに対しては学説からの厳しい批判がある。このような批判を考慮したからであろうか、その後の九五年判決（同棲者の自動車事件）や九七年判決（シートベルト事件）では損害の移転に全く言及していない。

三 DHGの類推適用

判例・通説によれば、ABGB一〇一四条類推による請求権はDHGとは別個・独立のものであるが、しかし、その法的な取扱いをめぐってDHGの規定を類推適用すべきかが争われている。具体的には、過失相殺（DHG二条、三条二項・三項）および訴訟告知義務（DHG三条一項）、強行法規性（DHG五条）、時効期間（DHG六条）についてである。訴訟告知・拘束効を除いて、これらは労働者被害の類型にも共通する問題である。条文の配列に従って、

これを見ることにしよう。

(1) 過失相殺 損害の発生につき労働者に過失がある場合に、A B G B 一〇一四條類推による請求権はどのように取り扱われるべきか。

O G H は、八三年判決において、次のように判示した。すなわち、労働者の過失を理由に使用者は A B G B 一〇一四條類推による賠償義務を免れることはできない。労働者が自己の自動車を使用者の活動領域の中で使用しなければならず、その際、労働者はその業務の性質によれば自己の所有物の毀損という恒常的な危険 (ständige Gefahr) にさらされるが故に、使用者が労働者の事故損害に関して責任を負うべき場合には、使用者の供した営業車の毀損に適用されると同一の原則により、使用者は労働者を免責しなければならないと述べて、D H G 二条で挙げられた基準による使用者の賠償義務の減額を認めた。

これは労働者の自動車が営業手段として用いられた事例であるが、⁽⁶⁸⁾営業手段として用いられた第三者の自動車の毀損だけでなく (九五五年判決)、これと関係しない第三者の損害の事例でも同様である (八九年判決・九七年判決)。

このように D H G 二条の基準を用いて過失相殺することは確固とした判例法理といえる。これに対して、学説の中には、労働者に過失がある場合には、A B G B 一〇一四條類推による使用者のリスク責任を否定する見解がある。たとえば、トーマンドルによれば、⁽⁶⁹⁾受任者による有責な損害惹起の場合を A B G B 一〇一四條も一〇一五條も明示的に規定していないが、しかし、その立法史や A B G B の議事録からは、両条とも受任者に賠償請求権を認めるつもりでないことは明らかである。従って、労働者に過失がある場合には、A B G B 一〇一四條類推適用のための基礎を欠くという。

しかし、このような否定説はごく少数であって、圧倒的な学説は判例を支持する。⁽⁷¹⁾労働者の過失は使用者の責任の減額事由にとどまり、リスク責任の成立自体の否定に導くわけではない。そして、この責任減額はDHGの基準に従うとする。たとえば、ビドリンスキーは、⁽⁷²⁾労働者被害の類型において労働者の過失をDHGと異なって評価することは首尾一貫しないという。DHGは労働者加害の類型につき使用者の営業リスク(Betriebsrisiko)との関連における労働者の過失の評価を規定しているからである。ビドリンスキーは労働者被害の類型のみを論じているが、使用者のリスク責任を第三者への加害の類型でも認めるときは、同様のことが妥当しよう。

⁽⁷³⁾クラインも同様に労働者の過失を責任減額事由として位置づけるが、その適用条文を一三〇四条(過失相殺)に求める。その上で、具体的な減額については、過失責任の領域とは異なり、使用者のリスク責任と労働者の過失が相對している場合にはDHGによる評価と並行してなすべきだという。これは過失相殺の根拠条文と減額基準を明確に區別した点で評価できる。

(2) 訴訟告知義務 DHG三条は被害者たる第三者から賠償請求された労働者の訴訟告知義務(Streitverkündungspflicht)を規定するが、この規定をABGB一〇一四条類推による労働者の請求権に関しても適用しうるかが問題となる。

OGH一九九七年三月二六日(DRDA 1998, 34)はこれを肯定した原審を支持し、補充的に次のように述べる。すなわち、ABGB一〇一四条類推による請求権については、労働者の過失はDHG二条の基準より評価されて、使用者の賠償義務の範囲が判断される。DHG三条はDHG二条の補充的規定であるから、使用者の賠償義務を検討する際にDHG三条を考慮することに何も反対しない。それ故、前訴の拘束効(Bindungswirkung des Vorprozesses)

の問題は民事訴訟法の規定だけで解決されるべきではない。

DHG三条において、前訴の拘束効が認められるのは前訴の中で使用者が聴取の可能性を有していたかまたは有していたであろうからである。本件事案では、使用者は前訴において共同被告であったから、DHG三条による個別の訴訟告知をすることは必要ではない。また、一審判決で使用者に対する訴訟が棄却されたために、上訴手続きに参加しなかったから、再訴は禁止され、上訴審での新しい主張も許されない。上訴審において補助参加人 (Nebenintervenient, ZPO一七条) として関与することは使用者の自由であり、そこで補助参加人としての訴訟行為を通して自己の見解を主張することを原告である労働者は妨害していない。これらのことから、前訴の拘束効は使用者にも及ぶとした。

訴訟告知義務および前訴の拘束効については、学説でも、これを肯定するのが通説といえる。⁽⁷⁴⁾

(3) 強行法規性 使用者のリスク責任は片面的強行法規性を有するか。これに関する判例はまだ存在しないようであるが、学説では、ABGB一〇一四条が本来的に任意法規であることから、類推適用の領域においても同様に任意法規性を認めるのが通説的な見解である。しかし、最近では、DHG五条を類推適用する見解も見られる。

(a) 前者の代表的なものとしては、ビドリンスキーの見解があげられる。彼はABGB一〇一四条の任意規定性から出発して、これの免責合意に関しては、まず第一次的な問題は免責合意の存在の有無とその射程範囲であり、その後、第二次的にその免責合意の許容性・法的な有効性が問題になるとする。⁽⁷⁵⁾

明示的な免責の合意があればもちろん、そうでない場合でも、契約の解釈によって免責合意を導くことができる。たとえば、契約上定められた金銭給付または高額な報酬支払いがリスク責任を排除する目的でなされたような場合が

そうである。もっとも、このような目的は労働者にとって誤解の余地のないほど明確に現れ、少なくとも契約締結の同意を通して彼によって一般的に受け入れられたことを必要とする。使用者の単なる内心の意思や契約締結後の目的設定は法的には全く重要ではない。

このような契約解釈による免責は特に日当 (Tagegeldern) や手当 (Diaten)、走行距離手当 (Kilometergeldern) の場合に問題となる。どのような財産的負担 (費用や損害) がこれによって弁済 (Abgeltung) されているかという免責の射程範囲に関しては具体的な契約との関連でのみ判断することができる。しかし、取引上通常の意味からすると、一般的には次のようにいうことができる。日当や手当はある任務の履行中に必要となった、通常の個人的な (家での) 生活費用を超える費用に対する弁済を意味する。従って、費用償還請求権は排除されるが、これは自動車の損害には及ばない。走行距離手当の場合には、OGHと同様に、一般的には、これによって経常的に生ずる費用 (自動車の消耗を含む) のみを弁済しているに過ぎず、事故に伴う物的損害のリスクを含まない。これに対して、自動車の稼働や維持と結びつくすべての費用や支出に対する弁済を意識的に意欲した契約条項の場合には、リスク責任も排除される。修理費用すなわち自動車の事故に伴う物的損害は自動車の維持費用に属するからである。

このような免責合意の存在が認められる場合でも、常にその有効性が認められるわけではない。その許容性の範囲は公序良俗違反性 (八七九条一項) によってその限界が画される。集团的契約上の報酬額が高いために追加的なリスク負担が労働者に期待可能である場合には、免責合意は公序良俗違反とはならない。追加的なリスク負担によって労働者が普段の生活を保持できなくなるわけではない。同様に、労働者のリスクの増大が相応に弁済される場合には、免責合意は有効である。この要件の下で、一〇一四条の任意法規性は完全な効果を發揮するという。

ケルシュナーも同様⁽⁷⁶⁾に使用者のリスク責任の任意法規性から出発し、個々の事例においては公序良俗違反が問題となるとする。そして、労働者の労務に伴う事故損害のリスクと労務の履行に際して使用者や第三者を加害するという労働者のリスクは類型的に異なるとともに利益状態も同じではないことを理由にDHG五条の類推適用に反対する。しかし、労働者が契約上自己または第三者の自動車を使用することを義務づけられているような場合には、例外的にDHG五条を類推適用することが必要だという。DHGの強行法的な責任秩序は労働者が労務の履行と結びついたリスクを回避できないというに基づいており、ここでも同様のことが妥当するからである。

(b) これに対して、ヤボルネックはDHG五条の類推を肯定して使用者のリスク責任の強行法規性を認める⁽⁷⁷⁾。使用者の物の毀損に関してはDHGの責任軽減を排除しあるいは無過失責任を労働者に課すという合意は許されないが(DHG五条)、営業のために用いられた労働者の物の毀損に関してはすべての損害を労働者に課す合意が許されるとすれば、これは耐え難い評価矛盾であるし、必然的に使用者が労働者に自己の物の使用を迫るという事態に導くであろう。ABGB八七九条一項の公序良俗違反によりこれを阻止することもできるが、しかし、その際にDHGによるリスク負担の強行法規性を考慮しないことが可能であるとは考えられない。ここでは、DHG五条を類推することが評価的に正当であり事態に適合するという。

このようにヤボルネックは強行法規性を承認するが、このことは契約による労働者へのリスク移転を全面的に否定するものではない。労働者にとって不利でなければリスクを労働者に移転する契約も有効である(有利性の検査・Günstigkeitsprüfung)。たとえば、営業のために用いられた労働者の物に関して使用者のリスク責任を相当な追加報酬の支払いによって排除するような場合がそうである⁽⁷⁸⁾。

(4) 時効期間 (a) D H G 六条は使用者のリスク責任に類推適用されるべきか。オーバーホーフアーはこれを肯定する。⁽¹⁹⁾ D H G は経済的な非独立者の責任に関する原則を規定したものであり、労働生活においては請求権の存否を迅速に確定することが望ましいという D H G 六条の立法趣旨はまさに使用者のリスク責任に基づく請求権にも妥当するからである。しかし、彼は、D H G には、そもそも基本的な評価矛盾 (Wertungswiderspruch) が存在するという。すなわち、D H G によれば、使用者と労働者間の軽過失に基づく賠償請求権は六ヶ月の消滅時効に服する。一九八三年の法改正によって、労働者の責任軽減は重過失の場合にも拡張されたが、この際、D H G 六条はそのまま手を付せずに維持された。その結果、軽過失のときは六ヶ月、重過失のときはこれよりも長い時効期間が適用されることになる。このことは D H G 二条による使用者の損害賠償請求権 (Schadensersatzanspruch) および D H G 四条による使用者の償還請求権 (Regreßanspruch) については妥当であるが、しかし、D H G 三条による労働者の補償請求権 (Ausgleichsanspruch) については、重過失者のほうが軽過失者よりも長い権利行使期間が認められるという奇妙な結果を招来することになる。

そこで、労働者重過失の場合の D H G 三条による労働者の補償請求権については、三〇年の一般時効 (A B G B 一四七九条) ではなくて、A B G B 一四八六条の三年の時効期間を適用することによって、これを回避すべきだとする。同条は日常生活の債権 (Forderung des täglichen Lebens) について規定するが、労働関係に基づく金銭債権は原則的には「日常生活の取引による債権 (Forderungen aus Geschäften des täglichen Lebens)」に該当するものと考えらるべきであり、D H G 三条による労働者の補償請求権もこれに含まれる。また、第三者への損害賠償の給付によって、労働者は労務遂行と関連する費用を支出したのだから、損害賠償給付は同条五号の「経費 (Auslagen)」に

該当するというのがその理由である。もちろん、オーバーホーフアーの言うように三年の時効期間を適用しても、これによって上記の評価矛盾が全面的に除去されるわけではない。オーバーホーフアーは法改正がどうしても必要だと主張するが、この背景にはこの点の認識が存在するといつてよい。

オーバーホーフアーは、さらに、労働者重過失の場合における使用者のDHGに基づく請求権の時効について検討する。ここでも、DHG六条の六ヶ月の時効期間は適用されないからである。まず第一に、DHG二条による使用者の損害賠償請求権に関しては、ABGB一四八九条の三年の時効が適用されることは明らかである。また、DHG四条による使用者の償還請求権をみると、DHG三条による労働者の補償請求権と異なる時効規定を適用することは正当ではない。誰が第三者に対して賠償給付したかによって区別することに客観的な理由はないとともに、労働者よりも使用者を有利に扱うことは労働契約法の基本的評価に反する。従って、ABGB一四八六条五号の類推適用により三年の時効期間に服すると解すべきである。同条同号の直接的な適用でないのは、ここでは労働者ではなくて使用者による経費の支出が問題となっているからである。

ABGB一〇一四条類推によるリスク責任にDHG六条を類推する場合にも、同条によって把握されない場合の時効期間が問題となる。具体的には、労働者に共同過失がない場合および重過失の場合である。いずれの場合も、DHG三条による労働者の補償請求権と同様の理由により、ABGB一四八六条五号の三年の時効期間に服すべきである。ただし、五号の経費 (Auslagen) の概念は費用 (Aufwand) よりも財産的価値の意識的な投入の観点をもっと強く全面に出しているから、損害 (Schaden) をこれと同一に置くことは不可能である。従って、ここでは、ABGB一四八六条五号の適用ではなくて、この類推適用による。

ケルシュナーは、⁽⁸¹⁾類推の基礎が欠けているとして、DHG六条の類推適用を否定する。そして、ABGB一〇一四
条類推による労働者の請求権は契約上の請求権としての性質を有することを理由に、ABGB一四八六条五号に服す
るといふ。

これに対して、ビドリンスキーは⁽⁸²⁾損害賠償請求権の観点を強調する。本来的な委任法の領域では、リスク責任に基
づく請求権は一般的な三〇年の時効に服するが、雇用契約の領域では、無過失責任であるとしても損害賠償請求権が
問題となっている。従って、法の欠缺は存在せず、損害賠償請求権に関するABGB一四八九条の時効規定（第一文
の三年の時効）が適用されるとする。

(b) OGH一九八九年九月三日 (JBI 1990, 469) は、オーバーホーファーの見解を援用して、ABGB一〇一四
条類推による使用者のリスク責任に基づく労働者の請求権に関してはABGB一四八六条五号を類推して三年の時効
期間に服すると判示した。立法者はABGB一四八六条五号のところではこのような請求権を恐らく考えていなかっ
た。しかし、この規定の目的な解釈によれば、立法者は労働関係に基づく金銭債権を原則的には日常生活の債権と
して短期の三年の時効期間に服させるつもりであることが導かれる。従って、時効に関しては、この請求権は労働者
の経費償還債権と類似して取り扱われると判示した。

もっとも、ここでは、労働者の過失は認定されているが、これが重過失であるとはされていない。そうだとすると、
DHG六条（六ヶ月の短期時効）の類推の有無が問題となるが、本判決はオーバーホーファーの見解を援用するにも
拘わらずこれに言及していない。

(c) これに対して、OGH一九九五年一月八日 (ÖJZ 1996, 300) では、軽過失が認定された事例において、使

用者のリスク責任に基づく労働者の請求権は契約上の請求権であり、労働関係に基づく金銭請求権としてA B G B 一四八六条五号（三年の時効）を類推適用すべきだとした。そして、これは労働者の軽過失または重過失とは無関係にそうであるという。

O G Hは軽過失の場合にはD H G 六条を類推適用すべきだとするオーバーホーフアーの見解をこの限度で拒否した。その理由は次のような点にある。過失相殺に関してD H G 二条の基準を用いることから、D H G 六条の類推適用が必然的な効果としてもたらされるわけではない。また、A B G B 一〇一四条による労働者の請求権はD H G 六条の損害賠償請求権や償還請求権とは異なる。重過失と軽過失の場合の時効期間に関する評価矛盾も存在しない。立法者は重過失による賠償請求権が六ヶ月で消滅しないことが事態に適するものと考えていた。また、立法者がD H G 六条のところでA B G B 一〇一四条による請求権を考慮していないことは明らかである。これらを理由として、O G HはD H G 六条の類推適用を否定した。

その後、O G H一九九七年三月二六日(DRdA 1998, 34)もこのA B G B 一四八六条五号類推適用論を支持した。

四 労働者の訴訟費用・弁護士費用

(1) 第三者に対する加害の事例と関連して、労働者が第三者の提起した訴訟で敗訴し訴訟費用の負担を命じられた場合に、これを使用者に請求しうるか。D H G 三条の要件を満たすときは、不可欠な訴訟費用を含めて使用者に償還請求しうることは明文上明らかである。しかし、たとえば使用者が第三者に対する賠償義務を直接的に負わないときなど、D H G 三条の要件を満たさない場合に、A B G B 一〇一四条の類推適用に基づいて賠償請求しうるかが問題と

なる。刑事訴訟における弁護士費用の賠償請求についても同様である。これらはもちろん労働者自身に生じた損害の類型であるが、便宜上ここで扱うことにしたい。⁽⁸³⁾

(2) 学説をみると、たとえば、ケルシュナーは次のように述べる。⁽⁸⁴⁾ すなわち第三者損害訴訟における訴訟費用 (Prorzekosten) に関しては、A B G B 一〇一四条の類推適用によって D H G 三条の特別な要件を回避することは許されない。従って、同条の類推による請求権は D H G 三条による償還請求権が成立しない場合にのみ認められる。たとえば、労働者が第三者から裁判上請求されたが、その後実際に賠償を求められなかったというような場合 (使用者が労働者より先に弁済した場合) である。立法者はこのような事例を忘れていたように思われるが、この欠缺は A B G B 一〇一四条類推によって閉じられるべきである。⁽⁸⁵⁾ 刑事事件における弁護士費用については、有罪判決の場合には、これの賠償を求めることはできない。これに対して、単なる行政罰 (Verwaltungsstrafen) については、いずれにせよ労働者の個人的な非難可能性が存在しないときは、使用者に転嫁することができる。故意に行政刑法に違反する場合でさえ、使用者がこれを指図したときは、使用者は賠償義務を負うという。

また、マヤー・マリーは、⁽⁸⁶⁾ 罰金を賠償するという約束の有効性について検討し、ドイツおよびオーストリアの判例を参照して、犯罪を行う前になされた約束は、公序良俗に違反して無効であるが、犯罪後になされた約束は有効だとする。同様に、訴訟費用の賠償に関する約束も許される。第三者に対する訴訟に関する訴訟費用や防衛費用は、このような約束がなくとも、A B G B 一〇一四条により賠償請求しうるとする。

(3) これに関連する判例としては、O G H 一九九六年七月二四日判決 (OJZ 1997, 28) がある。事案は、使用者があるガストハウスを借りて営業をしていたが、ウェイトレスの過失により火災が発生。建物所有者に賠償した保険会

社が、保険代位に基づき使用者およびウェイトレスに対して賠償請求し、裁判所は両者に連帯して賠償すべきことを命じた。また、ウェイトレスは刑事責任も追及され、有罪判決を受けた。ウェイトレスはこれらの訴訟費用および弁護士費用を使用者に請求したというものである。

まず訴訟費用に関してであるが、使用者が労働者に被害者たる第三者に対する訴訟の遂行を要請するか、または使用者が第三者に損害賠償することによってDHG三条二項の範囲内での労働者の償還からその基礎を奪う場合には、DHGによって把握されない労働者のいわゆる自己損害が存在する。このような自己損害に関しては、ABGB一〇一四条を類推して、使用者の配慮義務という特別な要件の下で、使用者の負うべきリスク責任の範囲内で、使用者はこれを賠償すべき義務を負う。

また、刑事訴訟における弁護士費用 (Verteidigerkosten) についても、この費用の賠償を使用者に求めることが一般的に否定される訳ではない。労働者の有罪判決は確かに彼の加罰的な行為に帰せられるが、けれども刑事判決の拘束効との関連で弁護士を用いるべきだとの使用者のあり得る指図や労働相当性を無視することは許されない。このような事情に帰することができる部分については、労働者は使用者にこれの賠償を請求しうる。その際、DHG二条を類推して労働者の過失の程度に応じて減額されると判示した。

(4) 第三者に対する訴訟費用については、DHG三条の要件を満たす場合には、この賠償を請求しうることは明らかである。また、判例によれば、ABGB一〇一四条類推による責任はDHGとは別個独立のものであるから、これに基づいて訴訟費用の賠償を請求することもできよう。DHG三条の要件を満たすときは、単にその実益が存在しないに過ぎない。

労働者が罰金を支払った場合、これをA B G B 一〇一四一条類推により賠償請求することはできないであろう。刑罰という害悪を他の者に転嫁することは許されず、有罪判決を受けた者自身がこれを負担しなければならぬ。また、A B G B 一〇一四一条類推による賠償請求権を認めることは、犯罪を助長することに繋がるとともに、犯罪前の賠償合意が無効であることと矛盾するからである。

これに対して、刑事訴訟における弁護士費用は罰金それ自体とは異なる。右の判例が掲げる要件の下では、これの賠償を認めることが妥当であるように思われる。

なお、これと類似して、有限会社の業務執行者 (GmbH-Geschäftsführer) に生じた訴訟費用が問題となった事例もある。O G H 二〇〇〇年一月二六日判決 (J B I 2000, 530) がそうである。事案は、有限会社の業務執行者であった原告に対して、計画倒産 (Kritik) の嫌疑での刑事訴訟および債権者の一人から職務懈怠を理由に損害賠償の訴えが提起されたが、いずれも無罪判決および請求棄却の判決が確定した。そこで、原告はこれに要した弁護士費用 (Verteidigerkosten) を破産債権として届け出たが、破産管財人がこれを争ったので、これの確認を申し立てたというものである。

裁判所は、業務執行者に課された罰金刑 (Geldstrafe) や有罪判決が出された刑事訴訟における権利防衛費用 (Kosten der Rechtsverteidigung) は A B G B 一〇一四一条の意味での費用 (Aufwand) ではない。しかし、無罪判決で終わった刑事訴追や業務執行者に対する棄却された民法上の損害賠償請求のリスクは、その業務執行者が一会社に対しても合法的なもの (eine ordnungsgemäße) であった場合には、個人的な生活領域または一般的な生活リスクではなくて、A B G B 一〇一四一条に包摂される特別なリスクであると評価すべきである。これと必然的に結びつく代理

費用 (Vertretungskosten) は A B G B 一〇一四條のリスク責任の原則によって賠償請求しうる損害 (Schaden) であると判示した。⁽⁸⁷⁾

有限会社の業務執行者は労働者ではない。また、有限会社の業務執行者については、合名会社 (Offene Handelsgesellschaft) の社員に関する H G B 一〇一〇條のような規定 (A B G B 一〇一四條と内容的に同一である) も存在しない。このような有限会社と業務執行者の間の関係において、右の判例は A B G B 一〇一四條を直接的に適用して、無過失の損害賠償請求権を認めた。わが国の学説が民法六五〇條三項の (類推) 適用に慎重であることを考えると、この点でも注目に値しよう。

むすび

(1) オーストリア法では、使用者のリスク責任論は一九八三年の O G H の判決を契機として展開された。O G H は委任に関する A B G B 一〇一四條の中に「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だし、同條の雇用・労働契約への類推適用を正当化した。A B G B 一〇一四條の雇用・労働契約への類推をめぐっては、主として法の欠缺の存否、雇用・労働契約の有償性および D H G という特別法の存在との関連で疑念が提起されたが、この法理論は現在の判例および学説において確固たる地位を占めている。

類型的には、当初、労働者の所有する自動車の毀損という労働者の物的損害の事例が問題とされたが、その後、当該自動車が第三者の所有であった場合、さらに労務のための使用とは関係しない第三者の法益を侵害した場合など、

第三者に対する加害の類型についても肯定された。また、A S V G 三三三三条三項の改正に伴って、近時、労働者の人的損害の類型が現実的な問題として浮上した。判例は A B G B 一〇一四條類推肯定説によったが、その後、否定説へと立場を変えた。学説でも、A B G B 一〇一四條類推による使用者のリスク責任を労働者の人的損害につき認めることには否定的な見解が優勢であるといえよう。しかし、これらは立法者が手を付けなままにした E K H G 三三三三号との関連で否定するに過ぎず、A B G B 一〇一四條類推による使用者のリスク責任が労働者の人的損害に及ぶことを否定するのではない点に注意すべきである。

このように使用者のリスク責任は労働者被害の類型および第三者に対する加害の類型について認められてきたが、使用者に対する加害の類型に関してはこれまでのところ判例は見当たらないようである。しかし、労働者の損害賠償義務の負担が問題となる点で第三者に対する加害の類型と異ならないのだから、これを使用者のリスク責任から排除すべき理由はないといつてよい。

A B G B 一〇一四條は「委任の履行と結びついた損害」であることを要件とする。同条の類推の場合も、これに対応して、使用者のリスク責任は具体的な労務給付と典型的に結びついた労働相当な損害に限られる。ビドリンスキーやファーバーなどはリスクの予見可能性やリスクの判断対象、リスク判断の時点などに分けて、この要件をさらに具体化することを試みている。訴訟費用に関する O G H の二〇〇〇年の判決ではビドリンスキーの見解が援用されており、今後、この視点での分析が展開されるように思われる。

さらに、労働者の個人的な生活領域・一般的な生活リスクではなくて、使用者の活動領域に属することを必要とする。これが付加的な要件か、それとも右の要件の一つの具体化に過ぎないのかについては見方が分かれる。また、一両

者の領域の判断基準も問題となる。自動車の毀損の事例において、判例は自動車なしでは当該仕事を正常に処理しないかどうかによったが、その後、自由裁量と受益 (Disposition und Nutzung) というヤボルネックの基準を採用した。これによって、労務の遂行と直接的に関連しない事例も使用者のリスク責任に含めることが可能となった。近時、訴訟費用の償還の事例においても、このような労働相当性や一般的な生活リスクに属しない特別なリスクの要件が用いられたが、ここでは、もちろん自動車なしで当該仕事を正常に処理し得たかどうかという判断基準が妥当しないことはいうまでもない。

ABGB 一〇一四条類推による労働者の損害賠償請求権は債務不履行や不法行為とは異なる別個・独立の請求権である。従って、この請求権の法的な取扱いが問題となるが、過失相殺や消滅時効の期間、強行法規性などを中心として、その全容がほぼ明らかになったといえよう。

(2) 使用者のリスク責任論はこのようにオーストリア法において著しい発展をみた。このような法状況に鑑みると、わが国のリスク責任論はまだ未成熟であると言わざるを得ない。ここでは、リスク責任論に対して抱くであろういくつかの疑問点を検討して本稿のむすびとしたい。

まず第一に、雇用・労働契約の有償性との関連である。六五〇条三項が「他人のためにする行為のリスク責任」という一般原則を表明したものであるとしても、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おり、他人のために行為する者とはいえず、右の一般原則は妥当しえないとする疑問があらう。しかし、「他人のためにする行為」というのは、当該行為と結びついたすべての利益を「他人」(委任者や使用者など)が享受するといふ「利益思想 (Vorteilgedanke)」を表現したものに他ならない。このような行為から生ずる利益の帰属関係がその

核心をなしているのであって、当該行為に対する対価（報酬）が支払われるか否かとは関係しない。「他人のためにする行為」とは決して利他的な行為や無償行為などを意味するのではない。このような誤解を招く恐れがあるというのであれば、もう一つの理論的根拠である「危険設定思想（Gefahrsetzungsgedanke）」すなわち委任者の活動が委任者の指示ないし意思に由来するという帰責要素に重点を置いて、「委託した行為のリスク責任」と呼ぶことも考えられてよい。

第二に、六五〇条三項の賠償責任は無過失責任であって、これを広く認めることは使用者にとって酷ではないかという疑念が生ずる。しかし、本稿の冒頭で指摘したように、労働者加害の類型において、使用者の求償権や損害賠償請求権を制限して損失の使用者への帰属を認めるにも拘わらず、労働者被害の類型においてこれを否定することは首尾一貫性に欠ける。使用者のリスク責任を肯定することはそこで一般的に承認されている基本的な価値判断と相反するものではない。問題となるのはリスク責任の要件に関してであろう。六五〇条三項は「委任事務を処理するため」を受けた損害と規定しており、その範囲をめぐっては見解が分かれる。しかし、これは委任事務を直接的原因とする損害を意味することは明らかであるから、雇用・労働契約に類推する場合には、これに対応する要件が必要となる。具体的には、労働相当な損害ないし労務の典型的な危険の現実化としての損害がこれに該当しよう。また、オーストリアの一部の判例・学説のように、予見可能なリスクを意味するとすれば、使用者にとって決して過酷とはならない。使用者は予めこのリスクを計算に入れて当該行為の中止を命ずるか、保険を締結するか、あるいは現金で支払うことを選択することが可能だからである。

第三に、委任者の無過失損害賠償責任は特異な規定でありその適用を制限すべきではないのかという点である。こ

れを無償委任に限定し、あるいは有償委任においては損害賠償の範囲は無償委任の場合よりも減縮されるべきだとする見解の背後にはこのような認識が存在しよう。しかし、受任者の受領物引渡義務（六四六条）や費用償還請求権（六五〇条一項）などから明らかのように、委任契約の本質は委任者の計算と危険に基づいて行われる点にある。委任者の無過失損害賠償責任もこれの一つの現れに他ならず、この意味では委任契約の本質上当然の規定であるいえよう。そうだとすると、本人の計算と危険あるいは利益思想が妥当する法律関係にこれを類推適用することも認められてよい。

また、六五〇条三項が他の多くの法律関係に準用されている点にも注意する必要がある。たとえば、民法典の中では、準委任に準用されることはいうまでもないが（六五六条）、さらに、組合の業務を執行する組員（六七一条）や遺言執行者（一〇一二条）にも準用される。

また、家事審判法一六条は家庭裁判所が選任した財産の管理をする者について六五〇条の準用を定める。具体的には、不在者の財産管理人（同法九条三号）や第三者が無償で子に与えた財産の管理人（同一一号）、遺産の管理人（同二三号・二五号・三一号・三二号）などがそうである。

商法においても、問屋と委託者の関係に委任に関する規定が準用され（商法五五二条二項）、問屋についても同様である（商法五五八条）。さらに、会社法（平成一八年五月一日施行）では、株式会社と役員および会計監査人との関係は委任に関する規定に従うものとされ（会社法三三〇条）、委員会設置会社の場合には、委員会設置会社と執行役との関係についても同様である（会社法四〇二条三項）。また、持分会社では、業務を執行する社員と持分会社との関係について六五〇条が準用される（会社法五九三条四項・五九八条二項）。これらは旧法でも同様に規定され

ていた(商法旧六八条・旧一四七条・旧二五四条三項、旧有限会社法三二条)。持分会社の清算の場合には、清算持分会社と清算人との関係は委任に関する規定に服し(会社法六五一条)、また、会社の解散命令の申立てがあった場合に、裁判所の管理命令で選任された管理人について六五〇条が準用される(会社法八二五条七項)。

中間法人法でも、無限責任中間法人と社員との関係について、六五〇条が準用される(同法一〇二条六項)。

寄託に関する六六五条とは異なり、これらの規定ではいずれも六六五条三項の準用は排除されていないから、同条項も準用されることに法文上疑いはない。

このように種々の法律関係において六五〇条三項の無過失損害賠償責任が見いだされる(さらに、信託法三六条一項も参照)。このような責任の広がりをみるとき、現行法において委任者などのリスク責任を異端児であるということは到底できないように思われる。このような責任の存在を直視して、その具体的な適用をめぐる諸問題を解明することこそがまさに学説の取り組むべき課題といえよう。

- (7) Vgl. Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 65.
- (8) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 65 f., Neumayr, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Bd. 8, 2. Aufl., 1997, § 333 ASVG, Rz. 6, S. 327.
- (9) OGH 1984, 11. 27 JBl 1985, 665.
- (10) Vonklich, Haftpflicht für Klz-Schäden von Dienstnehmern, Arbeitgeberprivileg und Haftpflichtversicherung nach der 48. ASVG-Novelle, ZVR 2004, 40 ff. (44).
- (11) Oberhofer, Der Ersatzanspruch bei Schäden wegen Tätigkeit in fremdem Interesse, ÖJZ 1994, 730 ff. (732 f.).
- (12) オーバーホーファーは、一九八七年のKHVGの適用下における一九八八年の自動車責任保険普通取引約款(AKH B)一条一項

について論じている。しかし、新しいKHVGが一九九四年に施行され、これに伴いAKHBも改正された。新旧を問わずいずれもKHVG二条一項とAKHB一条一項は保険の対象につき文言的に同じように規定している。そのため、KHVG二条一項に置き換えて統一を図ることにした。

(53) 最後の点については、同条第二文を無視するものであるとともに、普通社会保険法の第四八次部分改正法は使用者の追加的な負担を強いることになり批判される。Vgl. Faber, *Haltung für Personenschäden eines als Kfz-Lenker eingesetzten Arbeitnehmers auf Grund §1014 ABGB*; JBI 2003, 669 ff. (673), Apathy, *Risikohaftung des Arbeitgebers für Personenschäden?*, JBI 2004, 746 ff. (750 ff.). これに対して、オーバーホーファーは、労働者が自分の自動車を使用する場合は、これによって使用者は労働者の自動車責任保険の共同被保険者となるという。Oberhofer, in Schwimann, *Praxiskommentar zum ABGB, Nach §§ 3 und 4 DHG, Rz. 21, S. 232 ff.*

(54) Kerschner/Wagner, *Risikohaftung des Arbeitgebers bei Personenschaden des Arbeitnehmers?*, DRdA 2001, 568ff. (569, 571 ff.).

(55) なお、ケルシュナーは自分の自動車を使用した労働者について慰謝料請求権を否定する。これは一見すると奇妙な感じを与えるが、使用者の自動車賠償責任保険が使用者の自動車に付されていることの結果に過ぎないという。Kerschner, *Dienstnehmerhaftungsgesetz*, §1, Rz 21, S. 41.

(56) Faber, JBI 2003, 669 ff. (671 f.).

(57) Apathy, JBI 2004, 746 ff. (752 ff.).

(58) Vonklich, ZVR 2004, 40 ff. (45 ff.).

(59) Schmaranzer, *Risikohaftung des Dienstgebers*, ZAS 2004, 88 ff. (92 ff.).

(60) AKHG三条三号に關する同様の制限はすでにシャウアーによつて主張されていた。しかし、シャウアーはABGB一〇一四条との關連に於ては言及していない。Schauer, in Schwimann, *Praxiskommentar zum ABGB, Bd. 8, 2. Aufl.*, 1997, §3 EKHG, Rz 18, S. 64.

(61) なお、OGH一九九六年二月二日 (DRdA 1997, 478) では、労働者が使うために使用者に委ねられた第三者所有の自動車が交通事故により毀損され、第三者が当該労働者に対して賠償請求したという事案が問題とされた (ライトマン事件 (Kombi-Fall))。裁判所は使用者の所有物の代わりに自分の物をおてた者はDHGの保護を享受する者によって用いられることを受け入れたが故に営業

内部の損害補償のシステムの中に包含される。この限りでは、当該第三者は使用者に分類されるべきであり、DHG三条ではなく同法二条を適用すべきだとした。

ここでは、加害した労働者の使用者に対するABGB一〇一四条类推による賠償請求は問題とされていない。また、使用者によって提供された自動車が第三者の所有に属する点において、賃貸、リースあるいは所有権留保売買などの事例と共通する。しかし、使用者のリスク責任と同じくDHGも使用者と労働者の内部関係に係るものであるとあって、第三者の法的地位に影響を与えないから、右の判断を一般化するべきでない。Vgl. Kerschner, DRdA 1997, 478 ff. (481 f.), Faber, Risikohaftung, S. 326 ff.

(62) 事実関係の詳細については、Vgl. Kerschner, DRdA 1998, 34 ff.
 (63) これ以外にも、DHG三条による帰答義務や拘束効果よるDHG六条の短期時効との関連について判断するが、この点については後述する。

- (64) Vgl. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, S. 433 ff., Koziol-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1995, S. 467 ff.
- (65) Kerschner, ZAS 1987, 85 ff. (87).
- (66) Jabornegg, DRdA 1988, 133 ff. (136).
- (67) Oberhofer, ZAS 1991, 57 ff. (58).
- (68) Auch OGH1988, 2, 24 ÖJZ1988, 501.
- (69) Tomandl, ZAS 1991, 37 ff. (42 ff.).
- (70) Schmaranzer, ZAS 2004, 88 ff. (93) 裁判機器や文書等。
- (71) Oberhofer, ZAS 1991, 57 ff. (59), Jabornegg, DRdA 1988, 132 (134), Strasser, in Rummel, Kommentar zum ABGB, §81014, 1015, Rz. 10, S.2092, Apathy, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, §1014, Rz. 11, S. 744, Faber, Risikohaftung, S. 250 f.
- (72) Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers, S. 39 ff.
- (73) Klein, DRdA 1983, 347 ff. (355).
- (74) Apathy, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, §1014, Rz. 12, S. 744, Oberhofer, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Nach §§ 3 und 4 DHG, Rz. 25., S. 233, Kerschner, DRdA 1998, 34 ff. (36).
- (75) Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers, S. 96 ff.

- (76) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 75 ff., derselbe, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, §5, Rz. 10, S. 200.
- (77) Jabonegg, DRdA 1988, 133 (134 f.).
- (78) オーバーホーファーもほぼ同様であるが、相対的な追加的報酬の支払はそれだけでは決してDHBGの規制を排除するのには十分ではないとみる。Oberhofer, in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Nach §§ 3 und 4 DHG, Rz. 10 ff., S. 230 f.
- (79) Oberhofer, Präklusion und Verjährung im Haftungsrecht der wirtschaftlich Unselbständigen, ZAS 1989, 45ff.
- (80) オーバーホーファーは、改正案として、労働者軽過失の場合の使用者の請求権は6ヶ月の時に服して、軽過失を超える場合の労働者の請求権は同じ6ヶ月で時効消滅するようしてDHBG六条を修正するようを提案する。Oberhofer, ZAS 1989, 45 ff. (55).
- (81) Kerschner, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, §6, Rz. 16, S. 216, derselbe, Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 60.
- (82) Bydlinksi, in Koziol, Kurzkommentar zum ABGB, 2005, §1015, Rz. 11, S. 1004.
- (83) なお、費用と損害の間の区別は、通常、意思的要素を基準として行われる。すなわち、任意的・意思的な財産的犠牲 (freiwillige, willentliche Vermögensschaden) が費用であり、任意的でない財産的犠牲 (unfreiwillige Vermögensschaden) が損害となる。しかし、訴訟費用などがいずれに属するかは、必ずしもハッキリとはしない。Strasser, in Rummel, Kommentar zum ABGB, S. 2086 などにはこれを費用とするが、Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 64 以下に異論を唱えている。Mayer-Maly, Die Risikohaftung des Arbeitgebers für Eigenschaden des Arbeitnehmers, NZA Beil.3, 1991, 5 ff. (13) にも能動的な訴訟の費用・受動的な訴訟では損害に近いとする。また、後述する判例は損害 (Schaden) として位置付けている。
- (84) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung, S. 67.
- (85) Kerschner, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, §3, Rz. 38, S. 164 f., derselbe, JBI 2000, 530ff. (533).
- (86) Mayer-Maly, NZA Beil. 3, 1991, 5 ff. (11 f.).
- (87) なお、有限会社法 (GmbHG) 二三条は業務執行者の責任を規定する。判例によれば、これは強行規定であると解されるから、この限りでDHGは適用されない。本件では、原告は有限会社の従業員であり同時に業務執行者であったが、この場合も同様である。