

### スイス債務法におけるリスク責任について： 委任・事務管理および労働契約を中心として

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)

107

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

92

(発行年 / Year)

2010-02-25

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00006516>

# スイス債務法におけるリスク責任について

——委任・事務管理および労働契約を中心として——

宮本健蔵

はじめに

## 第一章 旧債務法と新債務法

### 一 旧債務法の成立とその改正

(1) 旧債務法の編纂

(2) 民法典と新債務法の成立

### 二 委任と事務管理

(1) 旧債務法の規定

(2) 新債務法の規定

### 三 事務管理における本人の因果責任

(1) 債務法四二二条一項の適用要件と賠償の範囲

(2) 因果責任の理論的基礎の展開

(3) 事務管理者の報酬請求権

スイス債務法におけるリスク責任について（宮本）

## 第二章 債務法四二二条一項の類推適用と理論的基礎の変遷

### 一 委任関係への類推適用

(1) 無償委任における行為の利他性と立法者の過誤

(2) 学説上の理論的根拠と有償委任

(3) 有償委任における委任者の責任の厳格化

(4) 受任者の不完全履行と委任者の賠償責任

### 二 好意関係への類推適用

(1) 判例によるリスク責任論の採用と同条の類推適用

(2) 学説による評価

## 第三章 労働契約とリスク責任

### 一 労働者被害の類型

(1) 使用者の配慮義務

(2)使用者の賠償責任と社会保険法

二 労働者加害の類型

(1)労働者の賠償責任と債務法上の一般原則

(2)使用者責任の法的性質

(3)労働者の賠償責任の軽減

一的処理

(1)歴史的な沿革

(2)職業リスクと危険労働理論

(3)債務法三二一e条二項の類推適用による統一的処理

むすび

三 債務法三二一e条二項の沿革と同条の類推適用による統

はじめに

労働者が労務を給付するに際しては、労働者の生命や身体の侵害など労働者自身が損害を被る場合（労働者被害の類型）だけでなく、労働者が使用者や第三者に対して損害を与える場合（労働者加害の類型）も考えられる。このような労働過程で生じた損害は労働者と使用者の内部関係においてどのように処理されるべきであろうか。これが営業内部の損害補償（innerbetrieblicher Schadensausgleich）として論じられてきた問題である。この点について、最高裁昭和五十一年七月八日判決（民集三〇巻七号六八九頁）は、「使用者が、その事業の執行につきなされた被用者の加害行為により、直接損害を被りまたは使用者としての損害賠償責任を負担したことに基づき損害を被った場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散について使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見

地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し右損害の賠償または求償の請求をすることができる」と判示した。これは労働者加害の類型において労働者の責任を軽減し、この限度で労働過程で生じた損失を使用者に負担させるものである。しかし、これと異なり、労働者被害の類型においては、判例は過失責任の原則を貫徹し、使用者は過失がない限り、労働者の損害を賠償する必要はないとする。通説もこれを支持する。

このように判例・通説によれば、労働者被害の類型と労働者加害の類型は全く異なって取扱われる。しかし、労働者加害の類型だけでなく、労働者被害の類型についても、使用者と労働者間の「損害の公平な分担」という同じ見地から賠償責任の問題は処理されるべきであろう。これは、労働者被害の類型では、部分的にせよ使用者の無過失損害賠償責任を認めることに他ならないが、このような使用者の無過失責任を信義則で基礎づけることは難しいように思われる。

そこで、労働者加害の類型および労働者被害の類型に共通して、労働過程で生じた損失の負担を求める請求権を労働者に認め、これを基礎として両者の「損害の公平な分担」を実現することが考えられてよい。このような労働者の請求権は法理論的には「他人のためにする行為のリスク責任」、形式的には六五〇条三項の類推適用に根拠を求めることができる。つまり、同条による委任者の無過失賠償責任は「他人のためにする行為のリスク責任」に基づくものであり、このような責任法理が妥当する法領域では、同条の類推適用を肯定しようとするものである。

ドイツでは、労働者加害の類型に関してはいわゆる危険労働法理が判例法上確立され、これに基づいて労働者の賠償責任の制限が行われている。また、労働者被害の類型では、原則的には労働者の人的損害は保険によってカバーされ、使用者は労働者に対する賠償義務を免れるが、そうでない物的損害に関しては、判例は委任者の費用賠償義務を

定める六七〇条を類推適用して使用者の無過失賠償責任を肯定する。このようにドイツでは法的構成は異なるが、いずれの類型でも労働過程で生じた損害は使用者に帰せられる。オーストリアでも結論的には同様である。A B G B 一〇一四条は委任者の無過失損害賠償責任を定めるが、最高裁はこの規定を労働者の物的損害に類推適用した。また、労働者加害の類型では、被用者賠償責任法 (Diensthmerhaftpflichtgesetz) が労働者の不法行為責任を使用者との内部関係において制限している。しかし、最高裁はこれとは別に A B G B 一〇一四条の類推適用による労働者の責任制限を認めた。右の私見はドイツにおける安全配慮義務と保護義務を検討する中で着想を得たのであるが、結果的にオーストリアの最高裁の立場と軌を一にする。<sup>(1)</sup>

近時、我が国では、委任者の無過失賠償責任に関して、歴史的・比較法的見地からする詳細な研究が公にされた。<sup>(2)</sup> この中で、ドイツ・オーストリアにおけるのは異なっており、フランス・スイスでは、判例は委任規定の雇用への類推適用に否定的であるが、それは何故なのか、「相手方のために引受けた好意は何人にとっても損害とはならない」という委任者の無過失賠償責任の理由はひとしく無償を原則とした委任および寄託にのみ妥当するなどの指摘がなされた。<sup>(3)</sup> これはもちろん委任の規定を雇用・労働関係に類推適用しようとする「現代的傾向」に向けられたものである。

そこで、本稿では、右の問題提起を受けて、スイス法に関して、とりわけリスク責任を中心に検討することにした。その際、スイス法の特異性から、労働契約だけでなく委任契約・事務管理も考察対象に含めることにする。また、事務処理者(労働者・受任者・事務管理者)の過失や報酬との関連にも留意したい。

論述の順序としては、まず第一に、債務法の歴史的な展開を概観した上で、事務管理における本人の責任について考察する(第一章)。その上で、判例によるこの規定の拡張適用およびこれに関する学説を検討し(第二章)、最後に、

労働契約における賠償責任についてみることにする（第三章）。

## 第一章 旧債務法と新債務法

### 一 旧債務法の成立とその改正

(1)旧債務法の編纂 一八四八年にスイス連邦憲法が制定され、これによって近代国家スイスの基礎が築かれた。しかし、この憲法は訴訟法や刑法と同じように、私法の領域に關しても連邦の立法権限を認めなかったが、連邦國家の創設後間もなく、法の分散は維持できないものと感じられ、まず最初に各州間の協定に基づく共通の商法典の導入が検討された。<sup>(4)</sup>この作業はベルン大学のムンツィンガー (Munzinger) に委託されたが、彼は一八六三年に商法典の草案を提出した。

一八六六年にドイツで債務法に關するドレスデン草案が公表されたが、主としてこれの影響を受けて、一八六八年、各州は商法の統一だけではなくて、債務法全体を統一することに賛成する意向を表明した。<sup>(5)</sup>

ムンツィンガーは一八七一年に新たに債務法の草案を提出した。これはドレスデン草案の影響を強く受けたものであった。一八七三年、ムンツィンガーが逝去。これ以降、立法の準備作業はチューリッヒ大学のフィック (Fick) に引き継がれた。また、一八七四年に連邦憲法の全面的な改正が行われ、その際、すでに行われている債務法の準備作業に合わせて、商法や手形法を含む債務法に關する立法権限が連邦に委譲された。<sup>(6)</sup>そして、さらに数年の検討作業を経て編纂された「債務法に關する連邦法」(旧債務法)が一八八一年六月一四日に可決成立し、一八八三年一月一

スイス債務法におけるリスク責任について(宮本)

日から施行された。<sup>(7)</sup>

(2) 民法典と新債務法の成立 一八八八年、ドイツでは民法典の草案が公表されたが、これに刺激されて、スイスでも統一的な民法典の作成が議論されるようになった。この際、債務法を民法典(ZGB)の中へ組み入れるか、あるいは特別法として存続させるべきかが問題とされ、チューリッヒやジュネーブなどの州および連邦裁判所は前者の方法に賛成した。<sup>(8)</sup> また、連邦政府(Bundesrat)は一八九六年一月二十八日の連邦議会(Bundesversammlung)への教書(Botschaft)において、スイスにおける民法典の統一化の必要性を強調した。<sup>(9)</sup> そして、一八九八年六月三日に連邦憲法が改正され、債務法だけでなく民法のその他の領域に関しても立法権限が連邦に認められた。<sup>(10)</sup>

民法典については、一九〇〇年に司法省草案(Departemental Entwurf)、一九〇四年に法律草案がそれぞれ公表され、一九〇七年二月一日に民法典が成立した。<sup>(11)</sup> 司法省は民法草案の準備作業の終了後、債務法の民法への適合理化の問題に取り組み、連邦政府の債務法改正草案が一九〇五年三月三日に公表された。<sup>(12)</sup>

しかし、民法典の審議が優先され、債務法の改正については、民法典と同時に施行できるように、専門家委員会(Kommission von Experten)の作業を進めるとされた。一九〇九年六月一日に委員会草案が提出され、連邦議会における審議が同年九月から翌年の一月まで行われた。しかし、民法典と同時に施行するために、この審議の途中の一九一〇年の夏に編纂委員会(Redaktionskommission)が招集された。<sup>(13)</sup> そして、一九一一年三月三〇日に新債務法が「スイス民法典の補充に関する連邦法(第五編 債務法)」として成立した。<sup>(14)</sup> これの施行日は民法典と共に一九一二年一月一日である。民法典の制定および債務法の改正に関しては、ベルン大学のオイゲン・フーバー(Eugen Huber)が主導的な役割を果たした。

民法典は導入編と四つの編（第一編 人法、第二編 家族法、第三編 相続法、第四編 物権法）からなるが、債務法は単独の法律ではあるものの、民法典の第五編を構成するものである。

債務法の改正は特に時代的な理由から旧債務法の第一章ないし第二章に対象が限定された。改正されない第二章から第三章（五五二条ないし八八〇条）は従来の条文数のままで新債務法に付け加えられた。<sup>16)</sup>

この新債務法は現在でも基本的に維持されている。もちろん、一九三六年に初めての部分改正が第三章から第五章（会社法、商業登記簿、有価証券法）に関して行われ、その後においても保証、不当競争、消費者保護などと関連して幾つかの改正がなされている。とりわけ、一九七一年には、雇用契約法が全面的に改正されて、表題も雇用契約（Dienstvertrag）から労働契約（Arbeitsvertrag）に変更されたが、これは本稿との関連では特に重要な意味を有する。しかし、委任と事務管理に関しては、これまでのところ当事者の基本的な権利関係の変更は行われていない。この領域では、新債務法と旧債務法の差異に着目することが有益だと思われる。

## 二 委任と事務管理

(1) 旧債務法の規定 旧債務法においては、まず第一に、委任者の責任は次のように規定された。すなわち、「委任者は委任の実行中になした受任者の金銭の支出（Auslage）や物の消費（Verwendung）につき利息を付して賠償し、受任者の引き受けた債務から免責すべき義務を負う」（四〇〇条一項）。また、「委任者は、委任から生じた損害に關して、この損害が委任者側のすべての過失なくして生じたことを証明できない限りで、これを受任者に賠償すべき責任を負う」（同条二項）。

スイス債務法におけるリスク責任について（宮本）



これらの委任者の義務は、委任の有償・無償を問わず、受任者が委任者のためにする行為によって財産的損失を被るべきではないという思想に基づく<sup>(18)</sup>。委任者がこのような義務を負う点で、無償委任は単なる贈与類似の債務とは異なる。

一項については、ムンツィンガールの草案四八〇条において定められていたが、これは基本的にチューリッヒ私法典(Privatrechtlichen Gesetzbuch)一一七七条の規定を継受しつつ、利息を付すべき点はドレスデン草案七〇三条に依拠したものである。これに対して、二項に相当する規定はムンツィンガールの草案では存在しなかった。これは一八七九年七月のスイス法務・警察省草案(Entwurf des eidgenöss. Justiz- und Polizei-Departementes, FJPD)四〇七条<sup>(19)</sup>に由来する<sup>(20)</sup>。

ここで注目すべきは四〇〇条二項の規定である。これは過失についての挙証責任の転換を規定したものであるが、これは委任者の損害賠償義務が過失責任に服することを当然の前提とする。これによって、スイスの立法者は、普通法上争われていた委任者の無過失損害賠償責任を否定することを明らかにした<sup>(21)</sup>。

次に、事務管理についてみると、「事務処理の引受が本人の利益によって必要とされていた場合には、本人は、必要または有益で、かつ、この関係に適切であったすべての費用をこれに利息を付して事務管理者に賠償し、同じ範囲で引き受けられた債務から免責すべき義務を負う」(四七二条一項)。また、「正当な注意をもって行為した事務管理者は、意図した結果が生じない場合でも、この請求権を有する」(同条二項)。「費用が事務管理者に賠償されない場合は、事務管理者は七四二条二項の意味での除去権(Recht der Wegnahme)を有する」(同条三項)。

このように事務管理では、費用に関して委任と同様の義務を本人に課しているが、損害賠償義務については何ら規

定されていない点が注目される。

(2)新債務法の規定 (a)委任に関しては、新債務法は旧債務法の規定を原則的にそのまま承継した。費用賠償や免責義務に関する旧債務法四〇〇条一項は、「委任を執行して (in Ausführung des Auftrages)」という表現を「委任を正当に実行して (in richtiger Ausführung des Auftrages)」に置き換えた点を除いて、そのままの形で四〇二条一項に引き継がれた。また、委任者の損害賠償義務に関する旧債務法四〇〇条二項は何ら変更されることなく四〇二条二項となった。

しかし、委任者の損害賠償義務を過失責任の原則に服させる点については、すでに新法制定前の段階において有力な反対意見が表明されていた。バーゼル大学のブルックハルト (Bürckhardt) の見解がそうである。彼は一九〇三年九月二日にローザンヌで開催されたスイス法曹協会の年次総会で「損害賠償法に関するスイス債務法の改正」と題する講演を行い、次のように主張した。<sup>(22)</sup>

まず初めに、問題を検討する基本的なスタンスとして、損害賠償請求権の要件を統一的に把握することは生活の多様性に鑑みると困難であり、その必要もない。過失責任や因果責任 (Kausalhaftung) という単に一つの要件によるのではなくて、どのような場合にどの責任要件が妥当し、あるいは融合的に形成された要件により行われるべきかが問題とされるべきであるとする。

このような視点から契約の領域をみると、ここでは、過失責任の原則が支配しており、不法行為の領域におけるよりも安定した地位を享受している。結果責任 (Erfolgshaftung) を一般的に認めるべきだという主張はここでは存

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

在しない。しかし、ある一定の領域においては、このような結果責任（因果責任）が問題となりうる。

たとえば、委任の領域では、受任者の被った損害について、比較的古い普通法上の理論はアフリカヌスの過失の伸張（*Culpastrückung*）を放棄して偶然損害の賠償を肯定した。しかし、一九世紀に歴史法学派の下で過失原則が支配的となったが、これはパウルスが望んだ以上にそうである。これに対して、イエーリングが初めて反撃を開始し、モムゼンやウンガー、アイゼレ（Eisele）なども過失原則に反対した。

各国の立法をみると、制定された時代的特徴を反映している。フランス民法二〇〇〇条は受任者の被った損害すべてに関して因果責任を肯定するが、これは注釈（*de Jossé*）を基礎とする。オーストリア民法典一〇一四条・一〇一五条はアフリカヌスの見解を基礎として、委任の履行によって生じた一般的に賠償されるべき損害と、単に委任の機会に生じ、委任者の過失の場合にのみ賠償されるべき損害を区別している。スイス（旧）債務法は過失の単独支配の最終段階で成立したが、これは委任者が自己に過失がないことを証明できない場合にのみ賠償責任を肯定した（拳証責任の転換を伴った過失責任）（四〇〇条）。これはパウルスの見解を基礎としたものである。

ここでは費用と損害の区別が困難であることが懸念される。過失責任の反対者はこれに乗じて、費用概念の拡張を試みる。ドイツでも、一部の見解はこれを主張するが、しかし、他の多くの著者はこれに反対しており、そこでは、賠償されるべき損害に関する古い議論は未解決のままである。これに対して、スイスでは、この解決は本来的には反対の意味で試みられてきた。因果責任を認める場合にはどうしても責任の限界づけが必要であるが、この限界づけの困難性が正当な請求権を顧慮しないままである今日のシステムを修正することに対する不愛想さを惹起したのかも知れない。というのは、修正に賛成する比較的新しい学説は無制限的な偶然損害の賠償は認められないという消極的

な点では一致するものの、その積極的な限界づけに関しては見解が分かれていたからである。イエーリングやウンガーのように、「*ex causa mandati* (委任の原因から)」と「*ex occasione mandati* (委任に際して)」の区別によるべきか、それとも、モムゼンのように、損害の原因が委任の一定の内容の中にあるか否かによるべきか、あるいは、アイゼルのように、実行の方法が通常であった事例を排除すべきであろうか。

この点については、ブリュックマン (*Brückmann*) の見解に依拠して、委任の実行の目的のために、非難の余地なしに、これに役立つものと考えられる、損害の発生を促進するような増大した危険を伴う行為が受任者によって行われた限りでのみ、この賠償を裁判官の裁量により彼に認めるべきである。すなわち、通常のリスク (*Gewöhnliche Risiken*) は受任者に生ずるが、これに対して、これの引受が所与の事実状態のところでは注意深い受任者によって委任の成功のために必要と考えられたであろう場合には、増大したリスク (*erhöhte Risiken*) は委任者に課すことができる。

ブルックハルトはこのように主張して、委任者の因果責任を四〇〇条の中に追加することを提案した。<sup>(23)</sup>これによって、裁判官は衡平に基づいて事実状態を評価することもできるし、無償委任・有償委任という重大でなくはない事情も考慮することが可能になるといえる。ブルックハルトのこの提案は改正法には取り入れられなかったが、しかし、後に見るように、彼の見解は多くの判例において引用されており、その後の判例法理の展開に大きな影響を与えた。とりわけ、リスクに着目して責任の範囲を限定した点は高く評価されるべきであろう。

(b)次に、事務管理についてみると、旧債務法四七二条は新債務法では四二二条となったが、費用賠償義務と免責義務については改正されずに、そのまま新債務法に承継された。しかし、委任法とは異なって、事務管理者の被った損

害に関しては、極めて注目すべき改正がなされた。すなわち、四二二条一項の中に「(本人は)他の損害に關しても事務管理者に裁判官の裁量によりこれを賠償すべき義務を負う」という文言が新たに加えられた。これによって、本人の過失に依存しない損害賠償責任が明文化されるに至ったのである。

このような本人の厳格な責任は、すでに旧債務法の時代にいくつかの判例によって肯定されていたようである。<sup>(24)</sup>また、ブルックハルトはすでに紹介した一九〇三年の講演の中で、委任者と同様の因果責任を本人に課すべきことを提案した。<sup>(25)</sup>事務管理を委任よりも不利に取り扱うべき理由は存在しないし、「自己の利益のためにではなく、利他的に(altmüßlich)引き受けた義務の履行はその者の損にはならない」というのが衡平に合致するからである。また、事務管理者については、事務管理が本人の意思に反する場合には、客観的な賠償責任が彼に課されていることも指摘する(旧債務法四七〇条二項、現債務法四二〇条三項)。

一九〇四年のオイゲン・フーバーの草案でも、このような本人の賠償責任の規定が含まれていた。一九〇五年、連邦政府は「事務管理に關する章も実体的には変更されないままである」というコメントを伴ってこれを承認した。<sup>(26)</sup>そして、一九〇八年一〇月一九日の専門家委員会では、担当官は「確かに普通法の理論と矛盾するが、<sup>(27)</sup>しかし、衡平に合致するような、事務管理者の請求権の拡張を導入する」つもりであると<sup>(28)</sup>し、審議の中では、このような偶然的に成立した損害に關する本人の責任は自然の法感情に適合することが指摘された。<sup>(29)</sup>一九〇九年の国民議會(Nationalrat)の審議でも、報告者はこの規制内容の正当性を主張した。<sup>(30)</sup>

このような過程を経て本人の因果責任(Kausalhaftung)の規定が導入されたのである。ブルックハルトの提案がこれにどのような影響を与えたのかは明らかではないが、いずれにせよ委任と事務管理をこの点では同一に扱うべ

きだという彼の主張は顧慮されなかった。

### 三 事務管理における本人の因果責任

#### (1) 債務法四二二条一項の適用要件と賠償の範囲

(a) 適用要件 (イ) 四二二条一項による損害賠償請求権の要件としては、真正でかつ正当な事務管理であることがあげられる(四二二条一項、四二三条)<sup>(31)</sup>。この賠償請求権は結果の発生とは無関係に認められ(結果非依存性)、事務管理によって意図された結果が生じなかった場合にも肯定される(四二二条二項)。また、本人の過失の存在も必要ではない。この点は法文上明らかであって、学説上も争いは存在しない。判例・学説によれば、このような本人の損害賠償義務は因果責任(Kausalhaftung)として把握される<sup>(32)</sup>。

真正な事務管理(echte Geschäftsführung ohne Auftrag)とは、事務管理者が委託なくして他人の事務を本人のために処理する場合を意味する。他人の事務の処理という客観的な要件だけでなく、他人のために行為するという意思(事務処理意思)をも必要とする(主観的要件)。この意思が欠ける場合には、不真正な事務管理(unechte GoA)として四二三条の適用を受ける。

また、正当な事務管理(Berechtigte GoA)とは、この事務処理が本人の利益によって「必要とされており(Geboten sein)」(四二二条一項)、かつ、これが本人の有効な干渉禁止に違反しない場合をいう(四二〇条三項)。これらの要件を満たさない場合が正当でない事務管理(unberechtigte GoA)であり、この場合には、事務管理者は不当利得に基づく請求権(六一二条)を有するに過ぎない。

スイス債務法におけるリスク責任について(宮本)

この必要<sup>(33)</sup>性 (Gebotenheit) というのは、不可避性 (Notwendigkeit) と単なる有益性 (Nützlichkeit) の中間に位置する。たとえば本人と連絡が取れないか、あるいはこれを自分で行う能力が本人にないために、干渉がどうしても必要であった場合には、事務管理の必要性はもちろん肯定されるが、これに限られる訳ではない。また、有益でない事務管理は必要性の要件を満たさないが、他方で、有益な事務管理のすべてがこの要件を満たす訳でもない<sup>(33)</sup>。

このような必要性は誠実かつ正しく行為する者が当該事情の下で信義則上必要なものと考えることが許されるかどうかを規準として判断される (客観説)。事務管理者がこの必要性につき誤って判断したが、これが本人の責めに帰すべき事情に基づくときは、事務管理は有効に成立する。休暇中のスキー客がホテルに何も告げずに外出し夜遅く帰っても帰らないような場合がそうである<sup>(34)</sup>。

(四)事務管理者に過失があった場合には、四二二条の損害賠償請求権は成立しないのだろうか。四二二条二項は「事務管理者が正当な注意 (gehörige Sorgfalt) を用いて行為した場合には、意図された結果が生じないときでも、事務管理者はこの請求権を有する」と定めており、これとの関連が問題となる。

たとえば、ガウチー (Gausch) は、事務管理者の損害賠償請求権の要件として、①本人の利益において、かつ本人の認識可能なまたは推定的な意思を考慮して着手・実行されたこと、②事務処理における注意 (Sorgfalt in der Ausführung) に違反しないこと、③事務処理と損害の間に相当因果関係が存在すること、の三つをあげる<sup>(35)</sup>。①の要件は、引受過失 (Übernahmeverschulden) およびこれと同視される誠実違反 (Treuerletzung) による引受や事務の処理が存在しないことを意味する。四二〇条三項は本人の明示的または認識可能な意思に反する場合のみを規定するが、ガウチーは、さらに本人の利益に反するような事務管理の着手や実行もこれと同一に扱われるべきだ

とする。これらの場合には（悪意の事務管理・bösgläubige Geschäftsbesorgung）、事務管理者は四二〇条二項に基づいて本人の偶然損害に関しても賠償すべき責任を負う。ここでは、事務管理者の反対訴権すなわち損害賠償請求権などの成立は否定される。これに対して、善意の事務管理（gutgläubige Geschäftsbesorgung）すなわち本人の意思や利益に適合する事務管理の場合には、結果が発生しなくとも四二二条一項の反対訴権が事務管理者に認められる（四二二条二項）<sup>(36)</sup>。

②についてみると、事務管理者は本人の利益と推定的な意図に適合するように事務を処理すべき義務を負う（四一九条）。これは事務管理者の誠実義務から生ずる注意義務であり、狭義での事務管理の実施、情報義務（Informationspflicht）、真実に合致してかつ完全に決済すべき義務（Abrechnungspflicht）などがこれに属する。事務管理者がこれに違反する場合には、四二〇条一項または二項により事務管理者の損害賠償義務が基礎づけられるが、反対に、四二二条一項による事務管理者の反対訴権は「正当な注意」を欠くが故に認められない。もっとも、事務管理者が四二〇条一項または二項による損害賠償義務を履行したときは、事務管理者に過失がある場合にも、四二二条一項の反対訴権の成立は認められるべきである。この限度で、「正当な注意」の要件を一般化することはできない<sup>(37)</sup>。

ガウチーによれば、責任原因は事務処理の危険性であり、事務管理者の損害が彼の自己過失（Selbstverschulden）に基づくときは、この責任原因は脱落する<sup>(38)</sup>。この結果、本人の損害賠償義務は生じないことになるが、これは要件③の相当因果関係の不存在と解することもできよう。

また、シュミット（Schmidt）は過失と事務管理の結果不発生との関連に着目して、二つの場合に分けて考察する<sup>(39)</sup>。まず第一に、事務管理者が事務処理に際して注意義務に違反し、これが得ようと努められた結果の不発生の相当な

スイス債務法におけるリスク責任について（宮本）



原因である場合には、事務管理者の賠償請求権は認められない。四二二条二項に含まれる制限はこのような場合にのみ妥当する。

第二に、注意義務違反が結果不発生の原因でないような場合には、事務管理者は自己過失の存在にも拘わらず四二二条一項による賠償請求権を取得する。もっとも、事務管理者はこの賠償請求権と共に、四二〇条一項・二項による損害賠償義務を負う。両者の債権は一二〇条以下の規定に従って相殺することができる。

このように事務管理者が注意義務に違反する場合には、ガウチーの見解では全面的に、シュミットの見解では結果不発生の原因である場合に限り、事務管理者の損害賠償請求権は排除される。しかし、他方では、ガウチーもシュミットも事務管理者の過失は事務管理者の損害賠償請求権の減額事由であるとする。<sup>(40)</sup> 通説も同様である。<sup>(41)</sup> ここでは、損害賠償請求権の成立要件としての「正当な注意」と損害賠償の減額事由としての事務管理者の過失とは区別されている。とりわけ、ガウチーはこの点について次のように述べる。すなわち、「事務処理における注意違反(Sorgfaltverletzung in der Ausführung)」と事務管理者の「損害と因果関係に立つ過失(schadenkausales Verschulden)」は異なる。前者は本人に損害を与えるが、事務管理者には損害を与えない。換言すると、これは事務管理者に生じた損害と因果関係に立つ過失ではない。これに対して、後者は損害賠償請求権を排除するのではなくて、裁判官の裁量による減額事由となるに過ぎない。<sup>(42)</sup> これは委任における説明であるが、受任者と事務管理者の反対訴権を統一的に把握しようとするガウチーの見解によれば、これは当然に事務管理にも妥当しよう。

これに対して、ズーター(Suter)は事務管理者に過失があるときは損害賠償請求権は認められないとする。<sup>(43)</sup> 当該状況における通常の注意を事務管理者に期待することができるとともに、他の事例では自分で負担しなければなら

いような不注意の結果を事務管理者は相手方に転嫁することはできないというのがその理由である。しかし、ベッカ―の見解が引用されていることからすると、これは裁判官の裁量判断の結果を表現したに過ぎず、損害賠償請求権の成立自体を否定するものではないと理解するのが妥当であると思われる。

(b) 賠償の範囲 これらの要件を満たすと、事務管理者は本人に対して損害の賠償を請求することができる。しかし、ここでの損害賠償は完全な範囲に及ぶのではなくて、裁判官の裁量によって決定される(四二二条一項)。裁判官は裁量の結果として損害賠償義務それ自体を否定することもできる。

裁判官の裁量は個々の事例の重要なすべての事情を考慮して「法と衡平(Recht und Billigkeit)」に基づいて行われなければならない(ZGB四条)。重要な事情としては、たとえば、①差し迫った危険の大きさ、②危機に瀕している財貨の価値、③関与者の財産状態、④危険と認識可能なリスクの関係などがあげられる<sup>(44)</sup>。さらに、⑤事務管理者を他人のための行為に動かし動機や⑥彼が他人の仕事を自己の利益でも処理したかどうかなども、これに含まれる<sup>(45)</sup>。また、事務管理者に過失がある場合にもこの賠償請求権の成立の余地を認める通説的見解によれば、事務管理者の過失もここで考慮されるべき事情に属することはいうまでもない。

## (2) 因果責任の理論的基礎の展開

(a) すでに述べたように、立法者は直接的には「衡平」や「自然の法感情」との合致を厳格な責任の根拠とするが、これは実質的には事務管理の利他性にあることは明らかである。その後の学説においても、これと同様に、利他的かつ他人のために行為する者はこれによって損失を被るべきではないが故に、事務管理者は本人の過失を要件とするこ

となく、事務管理に際して被った損害を本人に転嫁することができると説明されてきた。<sup>(46)</sup>

しかし、他方では、前述のブルックハルトが利他性と並んで強調していたように<sup>(47)</sup>、この責任根拠として事務処理の危険性 (*Gefahr der Geschäftsbesorgung*) に着目する見解もみられる。たとえば、ガウチーは、無償の契約上の事務処理と契約のない事務処理に基づく事務執行者の損害賠償請求権の要件は同じであり、また、その責任根拠は事務処理の危険性にあるとして、受任者の損害賠償請求権に関する説明を参照指示している。<sup>(48)</sup> これは危険責任の観点から受任者の損害賠償請求権を含めて統一的に把握しようとするものである。レースラー (*Rösler*) やリッシャー (*Lischer*) も、同様に、事務管理者の損害賠償請求権の責任根拠を事務処理自体の危険性に求める。<sup>(49)</sup>

このような事務処理の危険性に責任根拠を求める見解によれば、本人の因果責任はリスク責任として把握されることになろう。近時、危険責任は物の危険性に基づく場合を意味し、ここでのように「行為の危険性」が問題となっているときは、これと区別して「リスク責任」あるいは「他人のためにする行為のリスク責任」と呼ぶことが一般化している。この用語法に従えば、事務処理の危険に基づく本人の賠償責任は「リスク責任」として表されるからである。

(b) チューリッヒ大学のホンセルはこのようなリスク責任を詳細に論じ、委任の場合だけでなく、雇用・労働契約、さらに事務管理の場合にも無過失損害賠償責任が本人 (委任者、使用者を含む) に課されるべきことを主張した。<sup>(50)</sup> これは直接的にはドイツ法を検討の対象としたものであるが、しかし、自著の教科書で引用していることから明らかに<sup>(51)</sup>、ドイツ法にとどまらずスイス法にも妥当するものである。委任や雇用・労働契約については、本稿では第二章以下で扱う予定であるが、便宜上、これらも含めてホンセルの見解をここで見ておくことにしよう。

ホンセルによれば、過失原則の絶対的支配は、長い間、不法行為法だけでなく契約法においても、過失と並んで別

の責任基準が存在するという認識を曖昧なままにさせた。しかし、今日では、たとえば、物や営業の危険性と所有者によるこの危険の支配 (Risikoprinzip)、さらに、これと密接に関連して、利益を享受する者は不利益も負担すべきであるという思想 (Interesseprinzip) は「損害賠償法の基本要素 (Elemente des Schadensrechts)」であると考えられている。この議論は、契約法の中では、すでにローマ法上のいわゆる功利原則 (Utilitätsprinzip) に見いだされる。しかし、この詳細な具体化については争いがあったし、これから導かれる不明確性は今日まで影響が残っている。

そこで、ホンセルはまず始めに受任者の偶然損害をめぐるパウルスとユーリアンの見解の対立を検討する。そして、これに続いて、ヨーロッパ諸国の法規制を紹介した後、ドイツ法上の問題を考察する。

すなわち、ドイツ民法典は費用償還請求権のみを規定し (BGB六七〇条)、受任者の損害賠償請求権については規定しなかった。これは事例の多様性や概念的な区別の困難性を理由に判例や学説に委ねることが合目的であると考えたからである。

そこで、BGB六七〇条を損害賠償に類推適用しうるかが問題となるが、判例は当初これを消極的に解した。しかし、その後肯定説に転じ、これが判例法理として確立した。また、この損害賠償請求権には完全賠償主義は適用されず、初めから適切な賠償を求める請求権として成立するものとされる。

学説では、圧倒的にこのような判例が支持されている。ただし、理由付けについては、表面的なものであるとか、任意性のメルクマールは擬制に過ぎないなどの批判がみられる。また、このような損害賠償請求権の根拠を「他人のためにする行為のリスク責任 (Risikohaftung bei Taugkeit in fremdem Interesse)」の原則に求める見解もある。

この原則の中には、利益と損失の一致という格言（利益の帰する者がその損失を負担する）やいわゆる功利原則（Utilitätsprinzip）すなわち責任の分配に際しては、その契約が誰の利益に至るのかが考慮されなければならず、無償契約の場合のように、その契約が相手方の利益でのみ締結された場合には（寄託、使用貸借、委任）、一方当事者の責任緩和または他方当事者の責任の厳格化が認められるという原則が差し込まれている。また、無償性の代わりに、他人の利益（fremdes Interesse）が基準とされており、利益—損失の考え方（Vorteil-Nachteil-Gedanke）の重要性が正当に強調されている。

利益と損失の一致という原則は比較的抽象的であり、それ故、多種多様に適用可能である。これは被害者が報酬を得る場合、たとえば有償の事務処理（entgeltliche Geschäftsbearbeitung）の場合（B G B 六七五条）や労働者の危険労働の場合にも弱められた形式で妥当しうる。また、危険労働の場合の責任緩和と労働者の被った損害の賠償は同じ原則から由来する。いずれの場合も過失責任の原則は制限され、前者（労働者加害の類型）では過失のすべてに関し労働者は責任を負う必要はないし、後者（労働者被害の類型）では、無過失の賠償責任が使用者に課される。労働法では危険労働における労働者の賠償責任の制限がずっと前から認められているが、連邦労働裁判所は、賠償責任と自己損害の相違を強調して、リスクを孕んだ行為により被った労働者の偶然損害の賠償を否定する。確かに賠償責任の制限がリスク責任の承認に必然的に導くわけではないが、しかし、この責任制限はリスク責任をも含んでおり、また、両者の事例は決定的な点で非常に類似しているから、両者をパラレルに解決することが望ましい。

さらに、事務管理の場合にもリスク責任は肯定される。もちろん誘因（Veranlassung）の欠缺を無視することはできないし、特に他人の事務への干渉や契約関係の不存在はリスク責任の制限に導きうる。しかし、人命救助の事例

では、救助すべき道徳上の義務または法律上の義務が存在するから、契約上の義務の不存在はもはや問題とならない。また、物的損害の回避の事例では、危険行為の利他主義的な引受が帰責基準として十分であるかという問題が明確な形で現れる。一方では、契約の観点をこれとの関連で過大評価することは許されないし、他方では、B G B 六八三条は本人の利益と推定的な意思が客観的に守られることを要件としていることから、ここでもリスク責任を肯定することができるとができる。

この損害賠償請求権は衡平に基づいて認められるものであるから、損害の賠償額についても同様に衡平が問題となる。最高の平等性 (*summa aequitas*) が不平等に転換することは許されない。ここでは、完全賠償の原則は適用されず、賠償額は危険の程度、獲得された利益の大きさ、報酬の問題、さらに当事者の財産関係も考慮して決定される。これがホンセルの主張である。この見解によれば、スイス債務法四二二条一項の損害賠償請求権は「他人のためにする行為のリスク責任」に理論的根拠を有することになる。ホンセルは、債務法の教科書の中で、四二二条一項により請求しうる損害は事務執行の機会に (*bei Gelegenheit der Geschäftsführung*) 生じただけではなくて、これと内部的に関連して (たとえば、危険な活動に際して) 生じなければならぬとするが、これは右のようなことを前提として初めて理解することができる。

### (3) 事務管理者の報酬請求権

事務管理者の報酬請求権については、明文上の規定はない。立法者によれば、他人の事務を行う者は自己の損失の補償を得ることができるが、しかし、この利他的な行為からいかなる利益も取得すべきではないからである。しかし、

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

事務管理者の使用した物(自動車、電話、部屋など)については補償されるが、自分自身の費やした時間や労働力に關しては補償されないということは首尾一貫しない。また、一定の謝礼(報酬)を認めることによって、正当な事務管理を促進することは法政策的に望ましいともいえる。

そこで、学説の大多数は四二二条一項の「費用(Verwendung)」概念を拡張して、これを認める<sup>(53)</sup>。しかし、この中でも、どのような場合にこれを認めるか、あるいは賠償の対象となる報酬とは何かについては見解が分かれる。たとえば、当該事務管理者が事務管理の間に被った収入減が対象だと解する見解、事務管理者が報酬を支払って他の労働者を用いることができたような労務を自分で行った場合だとする見解、さらに、その給付された活動にとつては報酬が支払われるのが通常(Eblich)であるような場合にこれを認める見解などがみられる<sup>(54)</sup>。

もっとも、第一の見解に対しては、ここでの報酬は損害(逸失利益)の賠償としての機能を有するが、このような損害賠償の問題は「費用」概念の拡張という迂回路によって解決されるべきではない。また、この場合、事務管理者は自己の逸失利益を具体的に証明しなければならぬが、これは不可能なことが多いと批判される。第二の見解については、損害の証明が不要な点で便宜であるが、計算の基礎とされた費用と事務管理者の実際の報酬とは必ずしも一致しないし、このような計算上の第三の費用(Drittkosten)を本人に転嫁するにはさらなる理由付けが必要だという疑問が提起される。さらに、第三の見解は、委任の場合の報酬の取扱い、すなわち報酬は合意がある場合だけでなく、これが通常(üblich)である場合にも認められるというスイス法の取扱いを(三九四条三項)、事務管理の場合に用いるものである。ここでは、損害賠償法的な考えは放棄され、真の報酬請求権(echter Vergütungsanspruch)を認めるものといつてよい。

いずれにせよ、このように事務管理者に報酬請求権を認める場合には、事務管理の無償性や、さらには、後述するような四二二条一項の類推適用を無償委任に限定する判例・通説の見解も再検討を迫られることになる。また、無償性と利他性は必ずしも一致しないことを示唆する点でも注目される。

## 第二章 債務法四二二条一項の類推適用と理論的基礎の変遷

委任法においては、事務管理に関する四二二条一項に相当する規定は存在しない。しかし、とりわけ無償委任においては、利他的に他人の事務を処理する点では事務管理と共通する。両者は単に委託があったか否かの点で異なるに過ぎない。そこで、このような委任関係に四二二条一項を類推適用して、委任者に無過失損害賠償責任を認めることができないのかどうか問題となる。さらに、法的拘束力を有しない好意関係もこれらと類似するから、これに四二二条一項を類推適用することも考えられてよい。

### 一 委任関係への類推適用

(1) 無償委任における行為の利他性と立法者の過誤

スイスの連邦裁判所は、次の二つの判決において、四二二条一項を無償委任契約に類推適用することを肯定した。これによって、委任者の過失責任の原則を定める四〇二条二項は無償委任に関しては適用されず、委任者は事務管理の場合と同様に因果責任を負うことになった。これは旧債務法の立法者によって拒否された原則の復活であるといっ

スイス債務法におけるリスク責任について(宮本)



てよい。問題となった事実関係と判旨の概要は次の通りである。<sup>(55)</sup>

(a)連邦裁判所一九三二年二月一三日判決 [BGE 48 II 487] (泥棒追跡事件)

〔事実関係〕原告は被告のところで牛の乳搾りとして雇われていた。ある夜、被告は自分の森から木材が盗まれたことに気づき、泥棒を捜すために、一緒に森の中に来るように原告に指示した。彼らは三人の泥棒と出くわしたが、その一人がナイフで原告の左目を刺した。左目は直ちに摘出され、義眼がはめ込まれた。原告はこれによる損害の賠償を求めて訴えを提起。

一番は、雇用契約に基づいて泥棒の追跡を手伝う義務を負うとし、雇主である被告は十分な保護措置を行わなかった点に過失があるとして、三三九条(現行法三二八条以下)に基づいて被告の賠償責任を認めた。これに対して、控訴審は、このような雇主としての過失は存在しないと、原告の請求を棄却した。そこで、原告が上告。

なお、保険会社も共同被告とされているが、ここでは割愛する(いずれも、保険会社に対する訴えは認容)。

〔判旨〕上告認容 ①農業の雇用契約の場合であっても、従者(Knecht)は家屋敷以外の所有物を監視・防衛するのを手伝うべき義務を負わない。森の木の泥棒の追跡を手伝うことは雇用契約上の義務の履行ではなくて、雇用関係とは関係しない特別の委任を引き受けたのであって、原告と被告の間には別個の委任関係が存在する。

②本件事例では、被告に過失はないから、四〇二条による賠償責任は認められない。

③債務法の改正において、事務管理については、衡平の理由から因果責任が認められたが、これによって、事務管理者は受任者よりももっと良い地位に置かれた。委任者の過失責任は有償委任が問題となるところでは正当である。事務を報酬と引き換えに行う者は、これによって事務と必然的に結びついたリスクをも引き受けているからである。しかし、この委任が純粹に利他的な事務(ein rein altruistisches Geschäft)に関連している場合には、少なくとも事務管理の場合と同様に、委任者がこのリスクを全部または一部負担すべきである。ただし、利他的に引き受けた義務の履行は決してこの者に損失を与えないということが衡平だからである(C. Chr. Burchardt, Die Revision des Schweiz. OR in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 44, S. 409)。それ故、事務管理の場合に本人の因果責任を衡平を理由に規定しながら、純粹に利他的な委任関係の場合に同様の因果責任を規定していないのは、法律の過誤(Versehen des Gesetzes)に他ならず、民法一条によりこれを修正することは裁判官の義務である。

従って、委任者は、受任者に対して、事務管理の本人と類似して、裁判官の裁量に基づいて、無償で純粋に利他的に引き受けた委任の実行の際に被った損害に関して賠償すべき責任を負う。

(b) 連邦裁判所一九三五年四月二日判決 [BGES 11195] (梨の木揺さぶり事件)

「事実関係」原告と被告は農業を営む隣人同士であった。ある日、梨を収穫するために、被告は原告に梨の木に登って枝を揺さぶることを依頼した。被告自身は目眩のためにはや木に登ることができなかったからである。原告はこれに応じて、木に登って枝を揺すったが、その際、彼が立っていた大きな枝が折れて転落し重症を負った。そこで、これによって被った損害の賠償を被告に請求した。

一番および二番はいずれも請求を棄却。雇用であれ委任であれ、過失がある場合にのみ被告の責任は問題となるが、被告には過失はないというのがこの理由である。

「判旨」破棄差戻し ①被告の過失は明らかに否定される。従って、四一条以下に基づく不法行為責任および三三九条に基づく雇主としての賠償責任は成立しない。また、原告と被告の間に雇用契約が成立したということもできない。これに絶対に必要な時間的要素が欠けているからである。

②木を揺するといふ作業の委託は、本件のすべての事情によれば、委任(三三九条以下)と考えられる。もっとも、原告が良き隣人関係に基づいて引き受けた、一回限りの限定的な委託が問題となっている。

③四〇二条の規定は、すでに連邦裁判所が一九三二年判決(48 II 487, S. 490ff.)で判断したように、有償委任の事例にのみ適用される。これと異なり、無償委任の場合には、四二二条一項が事務管理に関して規定しているように、委任者は受任者の損害を裁判所の裁量により賠償しなければならぬ。無償委任の受任者が事務管理者よりも悪い地位に置かれているが、しかし、衡平に基づく損害賠償請求権が事務管理者に認められる内部的理由が無償委任にも当てはまる場合には、これは立法者の過誤(Versehen des Gesetzgebers)に起因するものであって、民法一条に基づいて裁判官によって修正されるべきだからである。事務管理と無償の委任では、いずれも純粋な利他的な事務の引受(Ubernahme eines rein altruistischen Geschäftes)が問題となっている。

④それ故、本件事例では原告が対価を求める請求権を有しない限りで、被告の賠償義務は原則的に肯定される。しかし、有償・

無償という決定的な問題についてもっと説明する必要がある。原告は雇用契約から出発しているが、この構成は事実関係からすると全く問題となり得ないと共に、報酬が本来的にどの点に存在するののかも証拠からは明らかではない。従って、事件は原審に差し戻されるべきである。

被告は原告への馬の引渡を報酬として考えているが、このような被告の給付はこの取引をまだ有償なものとしなない。隣人が場合によっては反対権 (Gegenrecht) を期待して給付したことが証明されるところでも、これによって行為の利他的な性質を否定することはできないし、本質的には無償の友好的な隣人の援助給付が問題となっている。

このように連邦裁判所は、事務管理において本人の無過失損害賠償責任を導入したにも拘わらず、委任者について同様の責任を定めなかったことは立法者の過誤であると断じた。そして、これを修正するために、無償委任に四二二条一項を類推適用して、委任者の因果責任を肯定した。<sup>(36)(37)</sup> この結果、委任者の賠償責任に関しては有償委任の場合と無償委任の場合とで取り扱いを全く異にし、前者では四〇二条二項の過失責任の原則が適用され、後者の場合には四二二条二項の類推適用による因果責任に服することになった。

これの理論的な基礎についてみると、無償委任の「純粹に利他的な事務性」および「利他的に引き受けた義務の履行は決してこの者に損失を与えるべきではない」という衡平性にその根拠が求められている。とりわけ前者の判決では、これと関連して、すでに紹介したブルックハルトの論文を引用し、また、衡平と並んで「リスクの引受け」にも言及している点が注目される。

また、後者の判例は委任者から何らかの給付がなされたとしても無償委任に該当する場合があるとする。これは報酬や対価の認定に係わるものであるが、しかし、見方を変えると、報酬の存在を制限的に解することによって一部の

有償委任に因果責任を押し広げる余地を残したと評価することもできよう。

(2) 学説上の理論的根拠と有償委任

(a) 四二二条一項を無償委任に類推適用することは学説でも圧倒的に支持されている。これの根拠については、判例と同様に、無償委任の利他性を根拠とする見解もあるが、さらに、無償性と利他性を区別して、無償性を根拠とする見解もある。これはガウホ (Gauch) の見解である。<sup>(59)</sup> 判例は委任の無償の引受けを行為の利他的な引受けと理解しているが、契約上の給付の無償性は単に給付義務者が反対給付請求権を有しないということを意味するに過ぎない。無償で引受けた義務を自己の利益のためにも行うことはあり得る (相関的な利他性、*reziproken Altruismus*)。この場合でも、四二二条一項の類推適用は妨げられない。給付が他人のためになされるという事情は給付受領者の因果責任を基礎づけるには十分ではない。むしろ無償性が要件として必要であるという。

しかし、他方では、このような無償性や利他性ではなくて、リスクの要素に着目する見解も有力である。

たとえば、ホンセルは、債務法の教科書の中で、過失のない損害に関して原則として受任者は賠償請求することはできないとした上で、無償委任に関して四二二条一項を類推適用した判例を紹介し、これは無償で利他的な一定のリスクを伴う活動 (*Tätigkeit*) を事態に適して考慮したものであると評価する。しかし、ここではリスク責任についてこれ以上の言及はなされず、すでに紹介したリスク責任に関する自己の論文を参照指示するに留まる。<sup>(60)</sup>

フェルマン (Fellmann) も、無償委任の場合には、ドイツで六七〇条に基づいて展開された委任者の責任の場合のように、「他人のためにする行為のリスク責任 (*Haftung für die Risiken einer Tätigkeit, die in fremdem Inter-*

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

「esse erfolgt」が問題となっている。これはある行為と結びついた特別な損害危険はこのリスクのある行為を自己の利益のためにさせた者に帰せられるという原則に基づく。この責任の法政策的な動機 (rechtspolitisches Motiv) もこの点にある。このことからこの委任者の賠償責任は契約外の損害賠償法の危険責任 (Gefährdungshaftung) に近づくという。<sup>(61)</sup>

また、ホーフシュテッター (Hofstetter) は、無償委任における委任者の因果責任は契約違反に依存するのではなくて、受任者から委任者への損害の移転 (Schadensverlagerung) に基づくとし、これの正当化は受任者が無償でかつ専ら委任者の利益を確保する義務を負っている点にあるとする。<sup>(62)</sup> これは無償委任の利他性を直接的な根拠とするものであるが、しかし、賠償の対象については委任に典型的に内在するリスクに限ると解しており、この点にリスク責任の思想を見いだすことができる。

このようにリスク責任によって基礎づける見解においても、有償委任の場合には、委任者の因果責任は妥当せず、四〇二条二項が適用される。従って、受任者に対する委任者の容態義務 (保護義務) 違反がある場合に限り、委任者は損害の賠償責任を負うことになるが、このようなリスク分配は事態に適しているという。委任を報酬によって引き受けた者はいわゆる職業リスク (risque professionnel) を負担すべきだからであり、<sup>(63)</sup> あるいは、受任者は委任者よりもこの危険を良く知っており、予防措置を行い、あるいは加害に対して付保し、場合によっては異なる危険分配 (abweichende Risikoverteilung) を委任者と合意できる状態にあることから、いわゆる職業リスク (Berufsriskien) は受任者が負うべきだというのがその理由である。<sup>(64)</sup>

もっとも、注意すべきことは、これらの見解において無償委任と有償委任における差別的な取扱いが必ずしも貫徹

されていまい点である。たとえば、フェルマンによれば、リスクを仕方なく背負い込むことが委任の実行にとって不可避的であるか、あるいは少なくとも有益でかつこの関係に適合する場合には、委任者はこの損失を過失とは無関係に費用のように (*wie eine Verwendung*) 賠償すべき責任を負う。<sup>(65)</sup> これは費用概念の拡張によって四〇二条二項の適用を否定し、この限度において実質的に委任者の無過失責任を肯定するものといつてよい。また、ホーフシュテッターは報酬の基準が絶対的な妥当性を有するわけではないとして、職業的な受任者が無償で事務を処理する場合でも、彼が職業リスク (*risque professionnel*) を負うことに変わりはないし、職業的でない受任者に報酬が約束された場合でもこのリスクを引き受けたことを意味しないという。<sup>(66)</sup> ここでは、有償・無償の区別ではなくて、職業リスクに重点が置かれている。

(b) ヴェーバー (Weber) は無償委任・有償委任ではなくて、①過失ある場合の損害賠償と②過失のない損害賠償に分けて論ずる。前者はもちろん四〇二条二項の適用領域に属する。後者の場合、判例と同様に四二二条一項の類推適用を認めるが、その際、報酬を決定的な規準とすべきかは疑問であり、この事柄についての職業的な熟知 (*berufliches Vertrautsein*) という規準、すなわち職業リスクの領域 (*Berufsriskosphäre*) の観点にも、重点を置くべきだと主張する。<sup>(67)</sup>

この見解によれば、職業的な熟知・職業リスクが存在しない場合には、有償委任についても四二二条一項の類推適用が認められるとともに、無償委任でも職業的な熟知・職業リスクが存在するときは、委任者に過失がある場合(四〇二条二項)を除いて、受任者が原則的に損害を負担することになると思われる。つまり、受任者の職業的な熟知・職業リスクが問題とならないときは、有償委任・無償委任を問うことなく、四二二条一項の類推適用が認められるこ

とになるう。

(c) 時代的には前後するが、学説では、さらに、四〇二条二項による損害賠償責任を含めて、危険責任 (Gefährdungshaftung) として理解する見解がある。これはガウチーの見解であるが、彼は、有償委任の場合には四〇二条二項の適用、無償委任の場合には四二二条一項の類推適用がなされるが、<sup>(68)</sup> いずれの場合も (事務管理の場合を含めて)、責任原因は委任遂行の危険性 (Gefahr der Auftragsausführung) である。<sup>(69)</sup> 無償の事務処理の場合には、損害に至るすべての危険がそうであり、有償の場合には、委任者が知っているにも拘わらず、これを委任者に黙っていた特別な危険がそうである。危険責任の構想 (Konzeption der Gefährdungshaftung) は現代の損害賠償法では良く知られている。四〇二条二項の場合も含めて、これらは契約違反に基づく責任ではないが故に、不法行為に関する四一条以下の規定がこれに適用されるべきである。たとえば、時効については、六〇条の一年の時効に服すると主張する。

この見解の特徴は、有償委任に関する四〇二条二項の賠償責任は委任者の契約違反に基づく責任ではないとする点にみられる。ガウチーは、通説の見解と同じく、①使用者の保護義務は債務法三二八条二項で規定されているが、委任者は受任者に対してこのような義務を負わない。しかし、②委任者は自己のみが知っている委任の特別な危険については、これを受任者に注意すべき義務 (保護義務) が委任者に課されるとする。<sup>(70)</sup> ここまでは通説の見解と同じであるが、この委任者の保護義務の法的性質の理解が通説とは異なる。すなわち、通説の見解によれば、これは契約法上の従たる義務であり、この違反は債務不履行 (積極的債権侵害) による責任を惹起する。<sup>(71)</sup> これに対して、ガウチーはこれを一般的な法的義務の流出物 (Emanation einer allgemeinen Rechtspflicht) に他ならないとする。<sup>(72)</sup> 従っ

て、委任者の保護義務違反は債務不履行とはならず、このような義務違反を基礎とする四〇二条二項は「契約の履行に基づくが、契約違反に基づくかない損害 (Schaden aus Vertragserfüllung, nicht aus Vertragsverletzung)」を把握していることになる<sup>(7)</sup>。また、有償委任では、受任者は事務処理の一般的な危険を任意で引き受けている。従って、委任者は委任処理の一般的な危険 (allgemeine Gefahren der Auftragsausführung) については責任を負わず、これの特別な危険 (besondere Gefahren) に関してのみ責任を負えば足りるとする点も注目される。

(d)このように学説では、無償委任における委任者の因果責任をリスク責任の観点から基礎づける見解、職業リスクの観点から有償委任の場合にも因果責任の余地を肯定する見解、さらに、四〇二条二項を含めて危険責任として事務執行のリスクから基礎づける見解などがみられる。そして、ここでは、無償委任・有償委任による法的処理の区分は貫徹されず、有償委任の領域への因果責任の進出を看取することができる。

### (3)有償委任における委任者の責任の厳格化

委任者の賠償責任について、立法者は過失責任主義を採用した(四〇二条二項)。しかし、右にみたように、四二条一項の無償委任への類推適用によって、過失責任主義は有償委任に限定されることになった。しかし、ここでも四〇二条二項における過失を厳格に解すると、委任者の賠償責任は過失責任主義から離れて、実質的には無過失責任あるいは因果責任に近くなる。そこで、四〇二条二項の過失とは何を意味かが問題となる。

これに関しては、次のような指導的な判決がある。



連邦裁判所一九二五年三月一〇日判決 [BGE 51 II 183]

【事實關係】一九二三年七月三日、エドワード・ウィレミン (Edward Willemijn) の依頼により、原告銀行は自己を振出人、被告銀行を支払人とする額面三四〇〇〇フランの小切手を振り出して彼に交付した。原告銀行はその際ナンバー七〇〇四と記載された自己の小切手用紙を用いた。同日、原告銀行は被告銀行に三五〇〇〇フランを送金し、小切手の現金化の要請を伴う書面による通知を行った。七月一〇日に、ウィレミンは原告銀行にこの小切手を返還した。同日、原告銀行は被告銀行に小切手の無効宣言を書面で通知し、送金した金額の返還を要請した。原告銀行の無効宣言の通知は七月一四日に被告銀行に到達したが、すでに七月一〇日に偽造されたナンバー七〇〇四の小切手が被告銀行に呈示され、これに基づいてすでに支払いがなされていたために、被告銀行はこれの返還を拒否した。被告銀行は、窓口に現れたエレガントな紳士が旅券および小切手や領収書になされた署名によってウィレミンであることを正当に確認したと主張。そこで、原告は送金額の返還を求めて訴えを提起。下級審ではいずれも請求は棄却された。

【判旨】上告棄却 ①原告銀行と被告銀行の間には、小切手法上の関係と並んで、民法上の委任関係が存在する。七月三日の原告銀行の書面は小切手の現金化の委任を含んでいる。

②四〇二条一項の費用は「委任の正しい履行において (in richtiger Ausführung des Auftrages)」支出されたものに限られるが、「正しい履行」か否かは主観的な考察方法ではなくて客観的な考察方法による。従って、偽造小切手の支払は被告銀行が単に主観的に誤って委任の実行であると思つてなされたに過ぎないから、これは費用に該当しない。この支払いにつき被告銀行に過失がない場合でもそうである。

③このように被告銀行が過失なしに誤つて費用と考えたものは、四〇二条二項の損害の典型的な例に属する。ここでは、原告銀行が免責立証をしたかどうかが問題となるが、二項但書の過失は「最軽過失 (culpa levisima)」を意味し、委任者は最軽過失という厳格な規程によつても過失がないときに初めて免責されると解すべきである。というのは、単なる因果責任に賛成する見解 (Burkhardt, Die Revision des Schweiz. OR in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, Z.f.schw.R. n.F. Bd. 22., S. 507 bis 509.) が主張されていたにも拘わらず、立法者は過失責任に賛成し、新しい債務法においてこれに固執したから、法の適用に際しては過失の最小限で満足する契機が存在する。また、委任者の容態がこのような厳格な規程により測定して、完全に非の打ちどころがな

くはない場合に、委任者が責任を負うべきことは衡平の要求である。このことは、取引の性質によれば、九九条の規制にも合致する。

④被告銀行からの返答を待つことなく小切手を買戻す場合には、原告銀行はこれによって損害が惹起される危険を覚悟しなければならず、この点につき原告銀行には過失がある。

このように判例は委任者の責任を基礎づけるには最軽過失で足りるとする。学説もこれを支持する<sup>(76)</sup>。これによって、委任者の責任は通常の過失責任よりも厳格化され、「無過失の証明」の実際的な困難性をも考慮すると、委任者の責任は客観的な責任すなわち因果責任に極めて近いと評価することができよう<sup>(76)</sup>。

ここではもちろん無償委任の場合のような「立法者の過誤」は問題とならないが、しかし、判例が債務法改正時の反対学説の存在を理由に最軽過失で足りるとして委任者の責任を厳格化したことは大変興味深い。有償委任の場合をも含めて、委任者の無過失損害賠償責任へのこだわりを強く感じとることができる。また、このような解決が裁判官の衡平感覚に合致することの証左でもあるといえよう。

#### (4) 受任者の不完全履行と委任者の賠償責任

受任者が契約や指図に従って委任事務を処理せず、または不誠実ないし不注意な事務処理を行った場合（不完全履行<sup>(77)</sup>）、受任者はこの際に被った自己の損害を委任者に対して賠償請求することができる。四〇二条二項および四二二条一項では、この点は明確ではない。また、これと関連して、損害と因果関係に立つ過失が受任者にある場合について、ここで見ることにしたい。

スイス債務法におけるリスク責任について（宮本）

(a)有債委任の場合 (イ)まず第一に、不完全履行した場合における受任者の賠償請求権に関してであるが、学説では、全面的に否定する見解と、相当因果関係の有無に分けて考察する見解が対立している。

ガウチーは四〇二条二項の適用を全面的に否定し、受任者の賠償請求権を認めない。<sup>(78)</sup>

彼は委任や事務管理を含む事務処理法 (Geschäftsführungsgesetz) においては、事務処理者の過失なしに被った損害は利益享受者によって引き受けられるのが衡平に合致するとし、利益享受者の因果責任の根拠を事務処理の利益と危険 (Nutzen und Gefahr der Geschäftsführung) の本人への帰属に求める。そして、このような事務処理者、とりわけ受任者の損害賠償請求権の一般的な要件として、①委任事務処理と損害の間の相当因果関係の存在、②正当な委任事務処理 (richtige Auftragsausführung) の存在 (四〇二条一項参照)、③受任者の無過失 (Schuldlosigkeits) という三つの要件を導く。有債委任の場合には、本来的には右の原則は妥当しないが、スイス債務法は中間的な解決を行い、委任者が損害と因果関係に立つ自己の過失の不存在を立証したときはこの責任を免れるものとした。従って、有債委任においては、委任者がこのような立証に失敗したことが特別な要件となる。

ガウチーによれば、契約や指図に反する事務処理や不誠実または不注意な委任事務の処理は②または③の要件を満たさないから、四〇二条二項による賠償請求権は認められない。このような委任事務の処理は本人の利益に属さず、利益享受者 (委任者) に賠償責任を課す基礎を欠くからである。なお、事務管理のところで述べたように、ガウチーは「事務処理における過失」と「損害と因果関係に過失」を区別するが、ここでいう「受任者の無過失」または「過失なし」というのは前者の「事務処理における過失」の不存在を意味することに注意する必要があるであろう。

これに対して、フェルマンは、<sup>(79)</sup>①損害の存在、②委任者の契約違反の存在、③損害と契約違反の間の因果関係、④

委任者の過失の四つを四〇二条二項の適用要件として挙げる。そして、受任者の不完全履行については、これと損害との因果関係に着目して、次の三つの類型に分けて考察する。

(i) 受任者の損害が契約ないし指図に違反する事務処理の結果として生じた場合。このような受任者の不完全履行は委任者の責任を排除しない。委任者に契約違反がない故に、四〇二条二項の要件を満たさず、それ故、委任者の賠償責任が結果的に問題とならないに過ぎない。

(ii) 損害が確かに受任者の不完全履行の結果として生じたが、しかし、委任者にも損害回避のための保護義務違反の非難がなされる場合。ここでは、委任者の保護義務違反が存在するから、四〇二条二項による損害賠償請求権が成立する。しかし、受任者の共同過失が存在するから、これにより賠償額は減額される。この共同過失が免責事由の強度さに至るときは、受任者の損害賠償請求権は排除される。

(iii) 受任者の契約ないし指図の違反や誠実義務の違反が存在するが、しかし、これらが被った損害と因果関係に立たず、単に委任者の契約違反に帰すべき場合。このような場合には、委任者はこの損害を完全に賠償しなければならぬ。受任者の不完全履行は損害賠償の減額事由とはならない。これとは別に、受任者の契約違反によって委任者に損害が生じたときは、委任者は受任者に対して賠償請求することができるし、これと受任者の損害賠償請求権を相殺することもできる。

また、ホーフシュテッターは、「受任者が契約や指図に従って行為せず、この結果として損害を被った場合には賠償義務は生じない」と簡単に述べているが、これは右の第一類型に該当するものであり、この限りでフェルマンの見解と一致する。

(四)次に、受任者に共同過失 (Miferschulden) がある場合についてみると、このような受任者の共同過失は損害賠償の減額または免責事由とされる点に争いはない。四〇二条二項の損害賠償請求権を委任者の保護義務違反による契約法上の賠償責任だと理解する場合には、損害賠償の算定は九九条の総則規定に従う。受任者の共同過失は九九条三項による四四一条一項の準用に基づいて、損害賠償の減額または免責に導く。また、これを危険責任だと理解する場合にも、ガウチーは四四一条以下の規定に服するとするから、四四一条一項が直接的に適用されることになる。<sup>(81)</sup>ここでは、もちろん受任者の損害と因果関係に立つ過失が問題となっていることは当然のことである。

(b)無償委任の場合 (イ)ここでは、四二二条一項が類推適用されるが、ガウチーによれば、前述の三つの要件は無償委任を含む受任者の損害賠償請求権の一般的要件であるから、有償委任の場合と同様に、受任者の不完全履行があるときは、受任者の損害賠償請求権は否定される(なお、事務管理におけるシュミットの見解も参照)。

これに対して、フェルマンは、<sup>(82)</sup>同条の類推適用の要件として、①損害の存在と②この損害と委任事務処理の間の因果関係の存在を挙げる。受任者の被った損害は委任と結びついた危険から生じたものでなければならず、一般的な生活リスクの現実化はこれに含まれない。

このような要件論を前提とすると、受任者の不完全履行の場合にも、同条の類推適用による損害賠償請求権は排除されない。これによる損害賠償は裁判官の裁量に服する(四二二条一項)。この際、裁判官は衡平を規準として、当該事例のすべての事情を考慮して請求権の存否および賠償額を決定することになるが、受任者の不完全履行もこの中で考慮される。

フェルマンは、<sup>(83)</sup>不完全履行の場合の損害賠償という表題の下で、さらに①受任者の事故が彼の不完全履行に基づく

場合と、②受任者の損害が彼の契約違反と関連せず、むしろこの契約違反が委任と結びついた受任者の特別な危険に帰すべき場合の二つに分け、前者では、この事情は裁判官の裁量において考慮されるが、通常は委任者の責任は否定される。後者では、損害賠償請求権を初めから排除することは許されないが、しかし、裁判官の裁量に広い余地が認められると述べる。このフェルマンの説明は単に右の裁判官による裁量を具体的に述べたに過ぎない。

(回)また、受任者に自己過失 (Selbstverschulden) がある場合には、これは損害賠償算定における裁判官の裁量の中で考慮される。この点は、いずれの見解でも同じである。<sup>(84)</sup>

## 二 好意関係への類推適用

### (1)判例によるリスク責任論の採用と同条の類推適用

一九二二年に連邦裁判所の判決が出されて以降、無償委任における四二二条一項類推適用論は判例・学説上確固たる地位を形成した。その後、これ以外の領域において同条の類推適用を認める判例は明らかにされてこなかった。しかし、近時、連邦裁判所は好意関係が問題とされた事例において、四二二条一項の類推適用を肯定した。これは連邦裁判所の初めての判断であり、四二二条一項類推適用論は新たな領域を獲得するに至った。

### 連邦裁判所二〇〇二年一〇月二一日判決 [BGE 129 III 181] (丸太チェーン掛け事件)

【事実関係】 Aは場合によってはこれを譲り受けるつもりで、Bの農場に子牛を見に行った。その際、AはBから建物の正面に立て掛けてある重い丸太の移動を手伝うことを依頼された。Aはハシゴを登って、Bの操縦するパワーショベルに固定されたチェ

ーンをその丸太に掛けようとしたが、その前にハシゴから転落して重症を負った。そこで、AはBに対して損害賠償請求の訴えを提起した。

一審・二審とも請求棄却。二審判決は、当事者間に契約は存在せず、また、被告の行為は原告の転落や怪我の原因ではないとして、被告の契約上の責任および契約外の責任を否定した。これに対して、原告が上告。

【判旨】 破棄差戻し ①連邦裁判所一九九〇年九月二〇日判決 (BGE 116 II 695) によれば、労務給付の領域でも、契約上の債務を生じさせず、特に不履行や不完全履行の場合に給付者の契約責任に導かないような非拘束的な好意 (unverbindliche Gefälligkeiten) が存在しうる。契約が存在するか、あるいは、単なる好意関係 (Gefälligkeits) にとどまるかは、個々の事例の事情により判断され、特に給付の種類、これの根拠や目的、法的・経済的意義、これがなされた事情、当事者の既存の利益状態により判断される。提供された援助についての給付者自身の法的・経済的な利益や、専門的な助言や援助を受ける被援助者の認識可能な利益は契約意思に賛成する。州裁判所はこの原則を正しく適用して、当事者の法的拘束意思 (Rechtshinzungswillen) を否定した。従って、本件では、単なる好意関係が存在するに過ぎない。

②原告の援用する連邦裁判所一九三五年判決 (BGE 61 II 95) は、連邦裁判所一九三二年十二月二三日判決 (BGE 48 II 487) を維持して、四二二条一項の無償委任への適用を認めた。この一九三二年の判決では、無償委任の法律上の規制に関して、裁判官によって修正されるべき立法者の過誤が存在すること、同じ利益状態は同じ法的な取扱いを必要とすること、四二二条一項は自己の利益のためではなく利他的な引き受けた義務の履行によって損失を被るべきではないという原則を基礎とすることが指摘されている。そうだとすると、この原則は法的拘束意思のない好意関係の判断に際しても妥当すべきことは、法律上の同一扱いの原則 (Gründen rechtlicher Gleichbehandlung) から直ちに明らかとなる。

③四二二条一項による損害賠償請求権に関して、学説や判例では、他人の利益での行為だけが責任原因 (Tatfungsgrund) を構成するのではなくて、場合によっては、事務管理者が危険な状態に入るといふ事情も責任原因を構成することが指摘されている<sup>(66)</sup>。この意味で四二二条一項はリスク責任 (Risikohaftung) の要素も含んでいる。このリスク責任は、損害傾向のある危険な活動がその者のために行われた本人によってこの危険な活動のリスクが負担されるべきであるという契約上も契約外でも有効な原則に基づく<sup>(67)</sup>。この限りで、四二二条一項を法的拘束意思のない好意行為 (Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen) の事例に類推適用することも正当化される。けれども、この責任は危険な活動に内在するリスクが現実化した場合のみを把握している。

いわゆる偶然損害 (Zufallsschäden) はこれによって把握されない。それ故、特別な行為リスク (besonderes Tätigkeitsrisiko) ではなくて、一般的な生活リスク (allgemeines Lebensrisiko) が現実化する場合には、この責任は否定されるべきである。

原審はこのような損害賠償請求権について論じておらず、また、これの判断に必要な事実関係も認定されていないから、原判決を破棄し、事件は原審に差し戻される。

④なお、損害賠償とは異なり、同条の費用賠償や債務からの解放は法的拘束意思のない好意行為の場合には適用されない。贈与意思を伴った事務管理の場合と同様に、寛大さの意図 (liberalitätsabsicht) がこれらの請求権を排除する。

この事例では、丸太の移動の手伝いが問題となっているが、これは収穫のための梨の木の木の揺さぶりと類似する。それにも拘わらず、連邦裁判所はここでは無償の委任契約ではなくて、単なる好意関係が存在するに過ぎないと認定し、その上で、このような好意関係についても四二二条一項の類推適用は認められると判示した。連邦裁判所判決の意義はまず第一にこの点に求められる。

また、類推適用の理論的根拠として、行為の利他性という無償委任で挙示されたもの以外に、さらに四二二条一項による損害賠償責任をリスク責任すなわち「他人のためにする行為のリスク責任」から基礎づけ、これは契約上でも契約外でも有効な原則だとすることによって、好意関係への類推適用を導いた。このようにリスク責任論を前面に打ち出したのはこの判決が初めてであり、この点に判決の第二の意義がある。

## (2) 学説による評価

学説では、この二〇〇二年判決に言及するものはまだ少ないが、これまでに次のような評価と問題点の指摘がなさ

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)



れている。<sup>(87)</sup> 好意関係への類推適用に関するものとリスク責任論に関するものに分けて見ることにしよう。

(a) 好意関係への類推適用 (i) ガウホはこの事例において好意関係の存在を認定したことは正当であるとし、また、この好意関係に四二二条一項を類推適用したことにも全面的に賛成する。<sup>(88)</sup> これは従来の判例法理を首尾一貫的に展開したものに過ぎない。契約上の拘束意思の欠缺はこれに関して無償委任と異なって判断することを正当化しない。これは「裁判官の同一取扱いの原則」から明らかであり、また、四二二条一項の本来的な適用場面である事務管理が契約関係に属しないことから理解できるとする。

彼によれば、法律上の拘束意思が欠けているにも拘わらず、好意行為は—契約上の給付義務の履行のように—関与者の相互的な了解の下に行われる。これによって、関与者間の給付に関連した関係は、一つの契約類似の給付関係になるとする。<sup>(89)</sup> このような好意関係の理解が彼の評価の基礎となっているといつてよい。

もっとも、判決そのものについては若干の疑問点を指摘する。まず第一に、判旨が好意関係の当事者には給付義務は生じないと述べながら、「利他的な義務の履行は誰にも不利益を与えない」という原則を好意関係にも援用することは不正確であると批判する。<sup>(90)</sup> しかし、このような無償委任に合わせて作られた命題の決まり文句的な再利用は、これによって以前の判例と関連づけたに過ぎず、また、給付の無償性が四二二条一項の類推適用に導くことを確認したものであるとして、判例の不正確さに一定の理解を示している。

第二に、四二二条二項との関連である。<sup>(91)</sup> 事務処理によって意図された結果が事務管理者の「正当な注意をもって処理」しなかったが故に生じなかった場合には、同条一項による責任はなくなる。チェーンを丸太に掛ける前にハシゴ

から転落し、意図された結果は生じなかった。従って、四二二条二項の適用の有無が問題となるが、判例はこの点に  
 関して何も述べていない。同様のことは一九三五年判決にも妥当する。

(ロ)このようなガウホの見解と異なり、ウィーガント (Wiegand) は好意関係への類推適用に懐疑的である。<sup>(92)</sup>

まず第一に、これは単なる類推ではなくて、質的な飛躍 (qualitative Sprung) が問題となっている。無償で他人  
 の委任事務を行う者は委託なしにこれを行う者よりも不利な立場に置かれるべきではないという理由付けは、好意関  
 係への類推適用を基礎づけえない。好意関係の場合とは異なり、無償の受任者は有効な契約関係に立っているからであ  
 る。また、「利他的に、かつ自己の利益のために引き受けられたのではない義務の履行は決してその者の不利益にな  
 るべきではない」という原則は、事務管理のような法律上の債務関係あるいは無償委任のような契約上の法律関係が  
 存在する限りでのみ正当である。

第二に、判例の見解を首尾一貫すると、日常的な好意関係が法化 (Verrechtlichung)<sup>(93)</sup> され、好意を要請した者に  
 社会的な現実 (soziale Gegebenheiten) にも当事者の觀念にも合致しないようなリスクを背負い込ませることにな  
 る。また、本人が因果責任を負うとすると、これの相関概念 (Korrelat) として、結局、好意者についても不法行  
 為責任以外の責任を認めざるを得なくなるといふ。

(b) リスク責任論の採用 (イ) リスク責任論の採用に関して、ウィーガントはこれに言及していない。また、ヴェーバ  
 ーは、この判例によって四二二条一項の適用範囲を広く拡張しただけでなく、特別な行為リスクと一般的な生活リス  
 クの区別を導入したことを指摘するが、これについての主観的な評価は述べていない。<sup>(94)</sup>

(ロ) これに対して、ガウホは、右の類推適用とは異なり、リスク責任論についてはこれを厳しく批判する。

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

まず第一に、リスク責任論一般についてであるが、裁判所の見解によれば、本人の責任は「危険行為に内在するリスク」が現実化した損害に制限され、「特別な行為危険ではなくて、被害者の一般的な生活危険」が現実化した場合には、本人の責任は否定される。

このように「一般的な生活リスク」は消極的な帰責要素として用いられ、それで責任限定の要素とされるが、このことは疑わしい。<sup>(95)</sup>①この「一般的な生活リスク」に属するリスクのグループはドイツでもまだ明確にされていない。この概念は利用可能な輪郭を欠いている。これを明らかにすることなしに、このような不明確な概念に連邦裁判所のような意義をスイス法において付与することは大胆な企てだというべきである。②「特別な行為リスク」を補充的概念として用いても、この点は何ら変わらない。「一般的な生活リスク」の範囲が明らかになって初めて、何が「特別な行為リスク」であるかも明確となるからである。③また、何故「一般的な生活リスク」が被害者自身によって負担されるべきかの客観的な理由付けもなされていない。

第二に、スイス法との関連であるが、①「一般的な生活リスク」に依拠する必要性はスイス法では存在しない。四二二条一項による本人のリスク責任は事務処理と損害の間の相当因果関係の存在を要件とする。この相当因果関係が存在しないときは、責任は否定されるが、この結果を基礎づけるために「一般的な生活リスク」に依拠する必要はない。また、当該損害が事務処理の特別な危険に基づくかどうかなどは四二二条一項の裁判官の裁量判断において考慮される。しかし、ここでも、「一般的な生活リスク」の概念は不要である。②「一般的な生活リスク」は四二二条一項の責任領域から排除されるといふ一般的な留保は、具体的な事例においてこのようなリスクがいつ、どのようにして現実化したかはまさに当該事務処理に基づくという事実を無視している。また、このような一般的な留保は個別的

事例における最大限の正当性を獲得するために立法者が認めた裁判官の裁量を制限するものであり、このような制限は法文からも立法資料からも取り出すことはできない。立法者はいろいろなリスクを区別することなしに、すべてを裁判官の裁量に委ねることによって、開かれた解決を意図的に選択したのであり、「特別なリスク」に賠償を制限することはスイスの立法者の意思と合致しない。また、③「損害傾向のある危険な行為がその者のために行われた本人によってこの危険な行為のリスクが負担されるべきである」という命題は、無償の労務給付への制限を無視するものであり、余りにも広く一般化している<sup>(96)</sup>。

第三の問題点は「偶然損害 (Zufallschaden)」の用語法に関する<sup>(97)</sup>である。一九二二年判決 (BGE 48 II 487, S. 492) では、四二二条一項は「偶然的な損害結果に関する」責任を規定していると述べ、そこでは、「偶然」というのは本人の有責な容態に基づかない損害の出来事に関して用いられている。これに対して、ここでは逆に、四二二条一項の責任領域から排除するつもりである損害を「偶然損害」として表し、「偶然」という用語は「一般的な生活リスク」から生ずるような損害に関して用いられている。このように理解された「偶然損害」という文言によって、リスク責任に関するドイツの学説の表現を継受した。

第四に、実際の事例における適用についても問題がある。<sup>(98)</sup>仮に連邦裁判所の見解によるときは、ハシゴからの転落は「一般的な生活リスク」に算入されるべきかどうかが考察されるべきであった。このような事故はハシゴを使うときはいつでも生じるものだからである。

このように述べて、ガウホは、四二二条一項の損害賠償義務は「裁判官の裁量を伴うリスク責任」であり、裁判官は衡平的な裁量により、リスクを区別することなく、すべての事情を考慮して、賠償義務の存否および給付される賠

償額を判断しなければならない。このようなスイス法の下では、「特別な行為のリスク」と「一般的な生活リスク」を区別するリスク責任論は不要であり、立法者の意思にも適合しないと主張する。

### 第三章 労働契約とリスク責任

#### 一 労働者被害の種類

##### (1) 使用者の配慮義務

(a) 立法の変遷 使用者が労働者に対して損害を与えた場合には、使用者は不法行為に基づいて賠償すべき責任を負う(四一条)。また、使用者は労働者に対する配慮義務ないし保護義務の違反を理由に債務不履行による損害賠償責任を負う(九七条)。

この使用者の配慮義務についてみると、旧債務法では、家庭共同体 (häusliche Gemeinschaft) の中で一緒に生活している労働者が過失なしに一時的な病気にかかったときは、使用者は自己の費用で食事の世話をし、医者の治療を受けさせるべき義務を負う旨が規定されていた(旧三四一条二項)。

しかし、新債務法では、右の規定は家庭共同体 (Hausgemeinschaft) と題する三四四条の第二項に引き継がれたが、さらに、「個々の雇用関係や労務給付の性質を考慮して正当に期待される限りで、営業危険 (Betriebsgefahren) に対して十分な保護規制を行い、適切で健全な労働場所、および家庭共同体が存在する場合には、健全な寝室を用意」すべき義務が使用者に課された(三三九条)。

その後、一九七二年六月二五日の法改正 (BBl 1971 II 1421) によって、新債務法の雇用契約 (Dienstvertrag) に関する第二〇章は「労働契約 (Der Arbeitsvertrag)」という新たな表題の下で全面的に書き改められた (一九七二年一月一日施行)<sup>(99)</sup>。この改正法では、使用者の保護義務については、労働者の人格保護というタイトルの中で、三二八条と三二八 a 条がこれを定める。後者は家族共同体の中で使用者と一緒に生活している労働者に関する特別規定である。そこで、一般規定である三二八条をみると、使用者は次のような義務を負うものとされる。

すなわち、「使用者は労働関係においては労働者の人格 (Persönlichkeit) を尊重かつこれを保護し、また、労働者の健康に相応な配慮をなし、公序良俗の保持に努めなければならない」(三二八条一項)。また、「使用者は、個々の労働関係や労務給付の性質を考慮して正当に期待できる限りで、労働者の生命や健康を保護するために、経験によれば必要不可欠であって、技術水準によれば適用可能であり、かつ、営業状態や財政状況にふさわしいような措置を講じなければならない」(三二八条二項)。

さらに、一九九五年三月二四日の男女平等化法 (Gleichstellungsgesetz) により<sup>(100)</sup>、右の一項に第二文として「使用者は、特に、女性労働者と男性労働者がセクハラを受けないように、また、これの被害者にさらなる不利益が生じないように努めなければならない」という規定が追加され、第二項には、保護対象として「個人的な道徳的完全性 (persönliche Integrität)」を追加して、「労働者の生命、健康および個人的な道徳的完全性を保護するために」と改められた。また、一九九二年六月一九日の情報保護法 (Datenschutzgesetz) により、三二八 b 条が追加された (BBl 1992 III 959 (S. 973))。これによれば、使用者が労働者の個人情報を利用できるのは、労働関係への労働者の適性に係わるか、または労働契約の実行ために必要な場合に制限される。

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

このように家庭共同体の中に受け入れられた労働者に関する配慮義務から労働者の生命・身体などを保護すべき義務、さらに労働者の人格を保護すべき義務へと、配慮義務の範囲は拡張されてきた。しかし、一般的な配慮義務 (allgemeine Fürsorgepflicht)、『すなわち労働関係において労働者に保護と配慮を与え、労働者の正当な利益を誠実に守るべき使用者の一般的な義務を規定するまでには至っていない』。

しかし、学説の通説的見解はこのような包括的な性質を有する一般的な配慮義務を解釈上肯定する<sup>(10)</sup>。使用者の一般的な配慮義務は労働者の忠実義務に対応するものであり、労働者と使用者の間の共同体関係ではなくて、個別的労働契約の人的な性質、さらに労働者の人格権や信義則から生ずるものと解する。このような立場からすると、一般的配慮義務に関する規定を有しない現行債務法をどのように評価するかが問題となるが、この点は肯定的といえる。使用者の義務に関する他の規定をも総合的に考慮すると、現行債務法はすでに一般的な配慮義務に属する多くの重要な部分につき規定を有するからである。<sup>(11)</sup>

(b)労働者の人格の保護 三二八条一項により保護される労働者の人格的利益としては、とりわけ生命と健康、身体的・精神的な完全性、個人的・職業的な名譽、営業内での地位や評判、秘密領域 (Geheimnisphäre)、『個人的見解を表明する自由、労働組合を組織する自由などがあげられる。これらの人格保護は民法二八条で規定されているが、三二八条一項は労働関係においてこれを具体化したものである』。

このような労働者の人格保護の下で、労働者の生命・健康の保護以外に、①村八分 (Mobing) からの保護、②就労させる義務 (Beschäftigungspflicht)、『③同一取扱いの原則 (Gleichbehandlungsgrundsatz)』、④両性の平等 (Gleichheit der Geschlechter)、『⑤遺伝的な検査などが議論されてくる』<sup>(12)</sup>。

(c)労働者の生命・健康に関する特別な保護義務 (besondere Schutzpflicht) (イ)三二八条二項は労働者の生命や健康、個人的な道徳的完全性を保護すべき義務を定める。これは同条一項の労働者の人格保護を具体化したに過ぎず、使用者の配慮義務の拡張を意図したものではない。<sup>(10)</sup>

このような保護義務に基づいて、具体的には、使用者は次のようなことをなす必要がある。<sup>(10)</sup> まず第一に、労働場所に関してであるが、使用者は労働者の生命や健康が保護されるようにこれを整備・維持しなければならない。また、作業器具や機械設備については、作業が危険なしに行われるように危険防止装置を取り付けるべきであり、必要な場合には、保護マスクや保護メガネなどを労働者に使用させなければならない。

このような物的設備の安全性だけでなく、労働者の生命・健康を保護するために適切な服務規則の作成や指図をなすべき義務も使用者に課される。危険が直ちには労働者に認識可能でないような場合には、使用者は労働者にこれを警告し説明しなければならない。具体的には、書面や口頭による指導、警告信号や警告板の設置などの方法が考えられる。また、労務遂行の方法や保護装置の使用などについて必要な指図を行い、労働者がこれを遵守しているかどうかを十分に監視・監督しなければならない。

さらに、労働者の生命や健康を害しないように、使用者は営業や一般的な労働経過、具体的な作業工程を組織すべき義務を負う。<sup>(10)</sup> 勤務時間の合目的でない規制や過労をもたらすような異常な要求、さらに、不適切な労働者に当該作業を行わせたり、補助者を付けなかった場合には、このような組織義務の違反が存在する。

(ロ)三二八条二項は使用者に保護義務を課すだけではなくて、これの制限についても規定する。<sup>(10)</sup> 使用者の保護義務は

スイス債務法におけるリスク責任について(宮本)



もちろん無制限ではあり得ないが、スイス債務法はこれの制限基準を明示的に規定する点で特徴的である。具体的には、次のような制限に服する。

① 経験に基づく必要性による制限 保護対策が経験によれば必要である限りでのみ、保護義務は成立する。当該営業の中で得られた知識だけでなく、他の営業や専門雑誌、労働官庁やスイス事故保険協会（S U V A）の実務から得られた一般的な経験も基準となる。当該使用者が保護対策を実際に認識していたかどうかは何の役割も演じない。

② 技術水準による制限 平均的な専門家にとって明白であり、実際的かつ一般的に認められた技術の法則が規準とされる。技術の進歩が計算に入れられるべきであり、従来通例であったというだけでは十分でない。

③ 適切性による制限 保護対策は営業または使用者の財政との関係で適切なものでなければならぬ。中小企業には大企業と同程度の保護対策を要求することはできない。もっとも、生命に重大な危険をもたらす場合には、経済的な理由による使用者の免責は認められない。

④ 労働関係の種類や労務給付の性質による制限 労働関係の種類や労務給付の性質によれば正当に使用者に要求できる限りで、使用者は保護義務を負う。成人した経験豊かな労働者と比べると、徒弟や青少年、経験が無く精神的に未成熟な労働者などに対しては、より注意深く危険について教え、より多くの管理・監督を必要とする。

(イ) 使用者の保護義務に関しては、債務法だけでなく、公法上の労働保護法もこれを規定する。たとえば、労働法六条や事故保険法（U V G）八二条一項、これに関連する政令などがそうである。そこで、このような公法上規定された保護義務も三二八条二項の制限基準に服するのかが問題となる。

このような公法上の義務が個別労働契約の内容となりうる場合には、三四二条二項により、民法上の履行請求権が

労働者に認められるが、この規定は絶対的な強行規定とされる（三六一一条一項）。従って、公法上規定された保護義務については、三二八条二項の制限は適用されないことになろう。この意味では、公法上の保護義務は使用者の保護義務の最低限度であり、これを下回ることはいってよい。同条の制限が適用されるのは、公法上の保護義務が存在しない場合に限られる。この点については、学説上争いはない。

それでは、逆に、公法上の保護義務が使用者にとって義務づけられる上限となるのであろうか。これは公法上の保護義務の絶対的強行法規性と並んで、保護義務に関する三二八条が片面的強行規定とされていることとの関連で問題となる。一部の見解はこれを肯定し、それ故、三二八条二項の実際的な重要性は僅かであるという<sup>(10)</sup>。これに対して、反対説によれば、私法上の保護義務と公法上の保護義務が一致する必要はない。公法上許されることは、必然的に私法上の保護義務の観点の下でも許されるとする必要はない。また、保護義務に関する三二八条は片面的な強行規定であるから（三六二条一項）、三四二条二項が絶対的な強行規定であるとしても、もっと厳格な保護義務を合意することは当事者の自由裁量に委ねられたままであると主張する<sup>(11)</sup>。

このように見解の対立がみられるが、反対説を支持すべきものと思われる。その理由を敷衍すると、三四二条二項は公法上の規定に民法上の効力を付与したものであり、三六一一条はこのような民法上の効力（履行請求権）を剥奪する合意を禁止しているに過ぎない。従って、特約がある場合にも、公法上の規定は当然に使用者の保護義務を構成することになるが、しかし、この保護義務の具体的な内容や程度については、もっぱら三二八条二項によって判断される。これは片面的強行規定であって、労働者に不利な解釈は禁止されるから、この場合の具体的な内容や程度を公法上の規定よりも下回って判断することはもちろん許されないが、しかし、逆に、この内容を拡張しあるいは程度を厳

スイス債務法におけるリスク責任について（宮本）

格化することは可能であろう。同様に、使用者の責任を厳格化する合意も許される。

(d)労働者の財産を保護すべき義務 使用者の配慮義務は労働者の財産を保護することにも及ぶ。たとえば、民法に規定するものとしては、労働者が使用者の同意を得て自分で労務を行うために機具や材料を用立てた場合における使用者の賠償義務(三二七条二項)、および、労務遂行によって不可避免的に生ずる費用の賠償義務(三二七a条一項)、使用者または自分の自動車を使用する場合における稼働費用や維持費用の支払い義務(三二七b条一項)などがその例である。さらに、一般的な配慮義務から直接に導かれるものとして、①労働者の物の安全な保管手段を提供すべき義務や②企業に関する社会給付や保険給付などに関して労働者に情報提供すべき義務などが挙げられる。さらに、③労働者が労務の遂行中に第三者に損害を与えまたは自己に損害を惹起した場合には、労働者が使用者との関係で免責されるであろう限りで、これを賠償すべき義務もこの例の一つとする見解もある。<sup>(11)</sup>

(e)配慮義務違反の効果 使用者が配慮義務に違反する場合には、労働者の生命・健康等に関する保護義務の違反を含めて、次のような法的救済手段が労働者に認められる。すなわち、①労務給付の拒絶、②履行請求訴訟、③損害賠償請求、④解約告知の四つである。この中で損害賠償の請求が実際上最も重要なものである。

このような契約上の損害賠償義務が使用者に生ずるためには、①配慮義務ないし保護義務の違反、②使用者の過失、③労働者の損害、④相当因果関係の存在を必要とする。使用者の責任は過失責任の原則に服する。しかし、通常の債務不履行の場合と同様に、債務者である使用者の過失は推定されるから、自己に過失のないことを証明しない限り、使用者は損害を賠償しなければならない(九七条一項)。

もっとも、保護義務違反が問題とされるところでは、連邦裁判所は過度の注意や予見を要求することによって、す

べての職業リスク (Berufsrisko) に関して使用者に責任を課す傾向にあるとされる。とりわけ機械への危険防止装置に関してはそうである。たとえば、使用者は労働者の不注意の結果としてはじめて現実化するような危険に対して、この労働者の不注意が通常の予見可能性の外にない限りで、労働者を保護しなければならぬ<sup>(11)</sup>。また、他の労働者によって怪我させられることを防止するために必要な予防措置を行うべきであり、これに違反するときは、使用者は賠償責任を負うというように、使用者の保護義務に過度の要求を課している<sup>(12)</sup>。このような保護義務の厳格化・拡張化によって、広範囲に因果責任と同様の結果がもたらされている。

学説ではこのような判例の傾向は正当なものであるとして支持されている<sup>(13)</sup>。さらに、近時では、営業リスクの観点から、使用者は過失とは無関係に労働者の損害を賠償すべきだとする見解が主張されている<sup>(14)</sup>。これは労働者の加害の類型を含めて統一的に理解しようとするものである。この見解については、労働者加害の類型の中でまとめて見るとにしたい。

## (2) 使用者の賠償責任と社会保険法

(a) スイスで働く労働者が職業事故 (Berufsunfall) や職業病 (Berufskrankheit) により損害を被った場合には、事故保険法などによる保険給付を受けることができる。これに関しては、一九一一年六月一三日に制定された疾病・事故保険法 (Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, KUVG) が規定していた。

その後、一九八一年三月二〇日に事故保険法 (Bundesgesetz über die Unfallversicherung, UVG) が新たに制定された(一九八四年一月一日施行)。これは職業事故だけでなく職業病にも適用される(六条一項、九条三項)。従っ

て、労災事故に関しては、これは従来のKUVGに代わるものである。<sup>(16)</sup>

また、二〇〇〇年一〇月六日には、社会保険法の通則法 (Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSSG) が制定された (二〇〇三年一月一日施行)。これに伴い、事故保険法や疾病保険法 (KV G) など関連する一六の連邦法が改正された。

(b)これが労災に関する社会保険法の変遷であるが、このような保険給付と使用者の労働者に対する賠償義務とはどのような関係に立つのだろうか。この点については、すでに一九一一年のKUVGにおいて、使用者の免責特権が規定されていた。すなわち、使用者が保険の掛け金を支払っているときは、使用者は事故を故意または重過失で惹起した場合にのみこの事故に関して責任を負えば足りる (二一九条二項)。

このような使用者の軽過失免責は新たに制定されたUVGにおいても引き継がれた。同法四四二条二項によれば、職業事故に基づく使用者に対する被保険者の損害賠償請求権 (Halbflichtanspruch) は、使用者がこれを故意または重過失で惹起した場合にのみ成立するものとされた。

このような使用者の免責はUVG四三条の意味での保険給付によって全部または一部カバーされる同種の損害 (gleichartiger Schaden) に関するのみ妥当する。従って、保険給付と同じ種類でない損害に関しては、免責の対象とはならないから、労働者はこれの賠償を請求することができる。たとえば、労働者の物的損害や慰謝料などがそうである。また、労働者が死亡した場合には、遺族は不法行為を理由に扶養損害の賠償を請求できる。<sup>(17)</sup>

しかし、このような使用者の免責特権に関して、二〇〇〇年のATSSGは注目すべき改正を行った。ここでは、右のUVG四四二条二項は削除され、「職業事故 (Berufsunfall) に基づく使用者に対する保険者の償還請求権 (Rückg-

「Erfolgsanspruch」は、「使用者がこれを故意または重過失で惹起した場合にのみ成立する」という規定に置き換えられた（七五條二項）。これは保険者からの使用者に対する償還請求権を制限するものであり、使用者の免責特権（Erfolgungsprivileg）から使用者の償還特権（Regressprivileg）への変更を意味する。職業病の場合については明文規定を欠くが、これと同様のことが妥当しよう。職業病は原則として職業事故と同一に取り扱われるからである（UVG 九條三項）。

このような法改正がなされた理由は、一方では、使用者が職業事故保険に関して保険者に掛金を支払っているが故に、使用者に対する保険者の償還請求は認められるべきではないが、他方では、被害者の補填されていない損害については、被害者は使用者に損害賠償を請求しうるべきだという点にある<sup>(18)</sup>。

このような現行法によれば、従来とは異なり、①使用者の軽過失の場合にも、労働者は使用者に賠償請求することができることに、②保険給付と同種の損害であるか否かを問うことなく、保険給付で補填されない損害すべてを賠償請求できることになった。これによって人的損害に関する賠償の欠缺が閉じられた<sup>(19)</sup>。

このような新法の下では、使用者に対する損害賠償請求が旧法下よりもさらに増加することが予想されるが、リスク責任論などによる使用者の賠償責任の厳格化は単に理論上にとどまらず現実的・実践的な意義を獲得したといえる<sup>(20)</sup>。

## 二 労働者加害の類型

### (1) 労働者の賠償責任と債務法上の一般原則

労働者加害の類型についてみると、まず第一に、労働者が使用者に損害を与えた場合には、労働者は不法行為責任とともに、債務不履行責任を負う(三三二 e 条一項)。労働者は彼に任された作業を注意深く行うべき義務に違反したからである(三三二 a 条一項)。ここでも九七条の一般原則が適用されるから、労働者の過失は推定される。従って、労働者が責任を免れるためには、故意・過失の不存在につき立証しなければならない。

第二に、労働者が第三者を加害した場合には、労働者は不法行為に基づく賠償責任を負う(四一条一項)。さらに、使用者も、この損害が雇用上または業務上の仕事の実施につき惹起されたときは、この第三者に対して損害を賠償しなければならない。ただし、①損害を防止するために事情に応じて要求されるすべての注意(Sorgfalt)<sup>(12)</sup>を用いたこと、または②この注意を用いても損害が生じたであろうことを使用者が立証したときは、使用者は賠償責任を免れることができる(五五条一項、旧債務法六二条一項)。

使用者が被害者たる第三者に賠償したときは、加害者たる労働者自身が損害賠償義務を負う限りで、使用者は労働者に求償することができる(五五条二項)<sup>(12)</sup>。また、労働者の第三者に対する加害が労働契約上の注意義務違反に該当する場合には、三三二 e 条に基づいて、使用者は労働者にこれの賠償を請求することもできる。

労働者加害の類型に関する債務法上の規定はこのようなものである。この限りではわが国の民法典と大きな差異はないが、ここで特に注目すべきは損害賠償に関する一般原則および労働者の責任軽減を明文で規定した三三二 e 条の

存在である。また、使用者責任の法的性質についても興味深い理解がなされている。労働者の責任軽減とは直接的に関連するものではないが、これから先に見ておくことにしよう。

## (2) 使用者責任の法的性質

使用者責任の法的性質について、判例・通説は、家長 (Familienhaupt) の責任と同じく (旧債務法六一条、民法三三三条一項)、緩和された因果責任 (milde Kausalhaftung) として把握する。つまり、違法な加害行為、損害、両者の間の因果関係という客観的な事実が存在すれば足り、労働者や使用者の過失などの主観的要件は不要であると解されている。

このような見解は、すでに旧債務法の時代にブルックハルトやツウルツェル (Türing) などによって主張されていた。<sup>(四)</sup> 彼らは、まず第一に、労働者の過失が使用者責任の要件を構成するかどうかに関して、これを否定する。法は労働者によって惹起された損害と規定している。この法の文言によれば、違法行為と損害の間に因果関係が存在することだけが要件とされており、これ以外のことは必要ではない。これは不法行為法の章の中で遵守されている用語法と一致する。また、求償権は労働者が賠償義務を負う限りで認められる旨が規定されているが (旧債務法六三条、新債務法五五条二項)、これによって法は帰責可能でない労働者の加害行為に関して使用者に責任を負わせることを想定しているからである。このように労働者の過失は要件ではないから、使用者責任は「他人の過失に関する責任」ではない。これは純粋に客観的な要件の存在に基づく責任に他ならない。

第二に、使用者の過失に関してであるが、ここでは使用者の免責立証に関する規定 (旧債務法六二条一項、新債務

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)



法五五条一項)をどのように理解するかが問題となる。

反対説によれば、使用者責任は使用者自身の過失に基づく責任であり、ここでは過失の举证責任が転換されているに過ぎないとされる。しかし、原告がこれの証明につき困難な状況にあるか否かとは無関係に、このように証明責任を一般的に被告に課すときは、過失がなくとも責任を負わされる危険に人はさらされることになる。さらに、最も重要なことは、免責証明についての理解である。これを単なる举证責任の転換だと解する場合には、被告は生じた損害と因果関係にあるすべての過失の欠缺を証明することが必要となる。しかし、法文によればそうではない。そこでは、消極的な事実の証明は被告に課されていない。むしろ、被告が積極的なこと、すなわち法文に規定された注意を用いたことの証明を要求している。従って、これは無過失の証明 (Exculpationsbeweis) ではなくて、抗弁の証明 (Exceptionsbeweis) であると主張した。

このような学説の影響を受けて、判例は過失責任説から因果責任説へと見解を変更した。この立場は現在でも維持されており、通説もこれを支持する。このように解することが規定の文言や趣旨に適合するというのが判例の挙げる理由であるが、学説では、さらに、このような使用者の厳格な責任の理由として、使用者は自己の利益のために労働者を第三者を加害しうるような作業のために用いたこと、使用者は職業リスク (risque professionnel) として、このような労働力の使用に内在するリスクを負担すべきことなどが指摘されている。

このような因果関係説によれば、①労働者については、その加害行為が違法であれば足り、過失の存在は必要でない。従って、労働者に判断能力が欠けている場合にも、使用者責任は認められる。また、労働者に故意または重過失が存在する場合でも、使用者は責任を免れることはできない。また、使用者の過失も不要とされるから、過失責任の

場合とは異なって、過失を意味しないようなごく僅かな義務違反のみが彼に非難される場合や、使用者が加害の時点で判断能力がなかった場合、使用者自身には全く不注意はないが、彼に従属する幹部に不注意がある場合でも、使用者の責任は肯定される。<sup>(18)</sup>これらの点で、使用者責任が認められる範囲は他の見解よりも広い。

なお、使用者の免責立証について、ここで若干付言すると、第一の免責事由は使用者が損害を防止するために事情に応じて要求されるすべての注意を用いたことであるが、このような使用者の注意義務ないし予防措置として、従来、①被用者の選択における注意 (cura in eligendo)、②指図における注意 (cura in instrendo)、③監視における注意 (cura in custodiendo) が問題とされてきた。<sup>(19)</sup>

しかし、今日では、さらに、④適切な工作器具や材料の使用における注意<sup>(20)</sup>、⑤営業の合目的な組織化 (zweck-mässige Organisation des Betriebs) における注意<sup>(21)</sup>、⑥製造物の最終チェック (Endkontrolle) に関する注意<sup>(22)</sup>もこれに属するとされる。

このような注意義務ないし予防措置の内容的な拡大・充実化によって、免責立証の余地は狭められ、使用者責任は実際的には「緩和された因果責任」ではなくて「厳格な因果責任」に近づく。

次に、免責立証の第二の方法すなわち「この注意を用いても損害が生じたであろうこと」の証明についてであるが、この規定は特別な意味を有しないと解されている。使用者の不注意と生じた損害の間に因果関係が存在しなければ責任が生じないことは自明のことだからである。

## (3) 労働者の賠償責任の軽減

(a) 損害賠償の範囲に関する一般原則による責任軽減 スイス債務法では、債務不履行による損害賠償の範囲に関しては、不法行為責任に関する規定が準用される(九九条三項)。従って、両者は同一の原則に服する。唯一異なるのは、債務不履行の場合には、特にこの取引が債務者の如何なる利益をも目的としないときは、責任の範囲が減額的に判断されるという点だけである(九九条二項)。

損害賠償の仕方と大きさについては、裁判官が当該諸事情と過失の程度を考慮して決定すべきものとされる(四三条一項)。また、被害者(債権者)が加害行為を承諾した場合、または、被害者の責任を負うべき事情が損害の発生や拡大に影響を与えたか、あるいは賠償義務者の立場を困難にした場合には、裁判官は賠償義務を軽減または全部免責することができる(四四条一項)。賠償義務者がこの賠償によって窮地に置かれる場合にも、この損害を故意または重過失で惹起したのではないときは、裁判官は賠償義務を減額することができる(四四条二項)。

このような一般原則は労働者の賠償義務についても妥当する。従って、労働者が使用者または第三者に損害を与えた場合において、このような一般的な減額事由が存在するときは、この限度で労働者の責任は軽減される。また、労働者の使用者に対する債務不履行責任に関しても、同様のことがいえる。

(b) 三二一e条による特別な責任軽減 右のような一般原則による責任軽減の他に、スイス債務法は、労働者の債務不履行責任に関して特別に規定する。三二一e条がそうである。これはドイツ・オーストリアおよびわが国の民法典には見られないものであって、スイス債務法の注目すべき特徴の一つといつてよい。

三二一e条は、まず初めに、通常の債務不履行の場合と同様に(九九条一項)、過失責任の原則に基づいて、労働

者は故意・過失により使用者に加えた損害を賠償すべきことを明らかにする(同条一項)。その上で、「労働者が責任を負うべき注意の程度(Mass der Sorgfalt)は、その個々の労働関係に従って、職業リスク(Berufsrisiko)やこの仕事に必要な職業教育の程度や専門的知識、使用者が知りまたは知ることができた労働者の能力や性格(Fähigkeiten und Eigenschaften)を考慮して決定される」と規定する(同条二項)。

これによれば、労働者の能力や性格という主観的な事情が使用者の認識可能性の存在という制限付きではあるが、労働者の注意義務の考慮要素とされる。これは注意義務を主観的に書き換えたものであって、制限付きの主観的過失を意味する。この点で、労働者の過失の否定すなわち労働者の債務不履行責任の否定という結論が他の契約関係よりも多く導かれることになる(職業リスクについては後述)。

さらに、この規定は裁判官による損害賠償額の決定に際しても第一次的な規範として機能するものと考えられている<sup>(11)</sup>。従って、労働者が債務不履行責任を負う場合でも、職業リスク、労働者の教育の程度・専門的知識、労働者の能力や性質を考慮して、債務不履行による賠償額は減額されることになる。もちろん、ここでも、すでに述べた一般的な減額事由が存在するときは、賠償額は補充的ないし追加的に減額される。

なお、三二一e条は片面的強行規定とされるから(三六二条一項)、労働者に不利な合意は無効となる。

### 三 債務法三二一e条の沿革と同条の類推適用による統一的処理

#### (1) 歴史的な沿革

歴史的に見ると、一八八一年の旧債務法では、労働者の責任軽減に関する規定は存在しなかった。そこでは、労働

者の自己遂行義務(三三九条)を労働者の義務として定めていたに過ぎない。

このような労働者の責任軽減を初めて規定したのは一九一一年の新債務法である。すなわち、三二八条は注意深く労務を遂行すべき義務(一項)および労働者の過失責任の一般原則(二項)を明らかにした上で、労働者の注意義務の程度の決定に際して考慮すべき事情を職業リスクを除いて現行法と同様に規定した(三項)。

このような三項の規定が新設された理由は、連邦政府の説明によると、労働者にはあらゆる注意を用いることが要求されるが、しかし、この注意の実際的な程度は個々の事例に応じて非常に変化する。そこで、これの評価に際して考慮されるべき要素を三二八条三項が強調することによって、法律が必要な明確性を付与することが望ましいという点にある。<sup>(14)</sup>ここでは、労働者の責任軽減を図るといような積極的な意図は見いだされない。しかし、労働者の責任について債務不履行の一般原則からの相反を意図しないのであれば、このような規定を特におく必要はない。また、すでに述べたように、制限的な主観的過失を採用したのであるから、起草者の意図がどうであれ、労働者の責任軽減に導くことは明らかである。

一九七一年に雇用契約法が全面的に改正されたが、<sup>(15)</sup>そこでは、従来の三二八条二項および三項は三二一条の一項および二項にそれぞれ引き継がれた。しかし、その際、「職業リスク(Berufsrisko)」という新しい考慮要素が同条二項の中に追加された。

もっとも、一九六七年に議会に提出された連邦政府の法案では、職業リスクの文言は存在せず、三二一条はその当時の三二八条二項・三項の文言と全く同じであった。<sup>(16)</sup>職業リスクという要素が追加されたのは、国民議会の委員会においてである。そこでは労働者の経過失免責を主張するグループと法案の立場を支持するグループが激しく対立し

ていたが、両者の妥協の結果として、職業リスクを労働者の責任において考慮すべきものとされた。全州議会 (Ständerat) の委員会はこの点の議論なくして国民議会の提案に賛成した。<sup>(16)</sup> このようにして職業リスクを新たに追加した三二一e条二項が成立するに至ったのである。

## (2) 職業リスクと危険労働理論

このような職業リスクという要素の導入は、いわゆる危険労働理論を明文化したものと一般的に解されている。すなわち、経験的に使用者への加害の増大した危険を伴うような職業活動、いわゆる危険労働 (schadensgeneigte oder gefahrengeneigte Arbeit) の場合には、この営業リスク (Betriebsrisiko) を企業者リスク (Unternehmerisiko) の一部として取扱ひ、この損害の全部または一部を使用者に転嫁することが正当である。それ故に、増大した職業リスクは労働者の損害賠償義務の削減または脱落に導くとされる。<sup>(16)</sup>

具体的には、ドイツの判例・通説と同じく、過失を三つに分けて、①最軽過失 (leichte Fahrlässigkeit) の場合には、労働者の全部免責、②中間の過失 (mittlere Fahrlässigkeit) の場合には、両者間での損害の分割 (一部免責)、③重過失 (grobe Fahrlässigkeit) の場合には、労働者の全部責任 (免責の全部否定) を認めるのが通説である。<sup>(17)</sup>

これに対して、軽過失 (leichte Fahrlässigkeit) と重過失 (grobe Fahrlässigkeit) の二分類を前提として、一つには、軽過失の場合には、職業リスクは損害賠償義務の重大な削減 (erhebliche Reduktion) または全部の脱落 (ganzer Wegfall) に導く。とりわけ損害が軽微なときは、全部免責の余地があるとし、重過失の場合にも減額は可

能だとする見解<sup>(148)</sup>、他の一つには、軽過失の場合には減額ではなくて全部免責、重過失の場合には減額のみ可能とする見解<sup>(149)</sup>などがある。

このように免責の範囲については見解は分かれるが、いずれも職業リスクをドイツにおける危険労働法理と同視して、そこでの議論をそのまま援用する点では共通する。しかし、スイス法において危険労働理論を持ち出す際には、いくつかの点に注意する必要がある。

まず第一に、危険労働の位置づけに関してである。ドイツでは、従来、危険労働性は労働者の責任軽減法理の適用要件として位置づけられてきた。従って、たとえ労働者が軽過失または最軽過失であったとしても、危険労働でないときは労働者の責任軽減は認められない<sup>(150)</sup>。しかし、その後、危険労働でない場合にも労働者の責任軽減の必要性が認識されるようになり、一九九四年、連邦労働裁判所(BAG)は従来の判例法理を変更する旨の決定をした<sup>(151)</sup>。すなわち、労働者の責任軽減法理はたとえ危険なものでもなくとも、企業(Betrieb)によって指示されかつ労働関係に基づいて交付されるすべての労働に適用されるべきものであり、危険労働性はBGB二五四条による損害分割に際して考慮されるべき事情の一つに過ぎないとされた。

右に挙げたスイスの学説の論述によれば、危険労働は労働者の責任軽減のための要件であるかのように誤解される恐れがある。スイス債務法三二二e条二項では、すでに明らかのように、職業リスクすなわち危険労働性は労働者の教育の程度や専門知識、労働者の能力や性質などと並ぶ注意義務の考慮要素および賠償責任の減額事由の一つに過ぎないのだから、ドイツ法におけるような問題は当初から全く存在しない。この点を明確に認識した上で、職業リスクを論ずることが必要だと思われる。

第二に、職業リスクと労働者の過失との関連である。労働者の責任制限の理論的な基礎に関しては、債務不履行自体の否定、あるいは違法性や有責性を否定するなど、種々の方法が考えられる。この点について、三二一条二項の法文によれば、職業リスクの要素も注意義務の程度の判定に際して考慮すべき要素とされる。このことから、一部の学説は、スイスの立法者は職業リスクを過失の領域において考慮することを明確にしたのだから、理論的基礎づけに關する争いは意味がないとする<sup>(18)</sup>。これに対して、有力説はこれを誤解的な公式化であると批判し、職業リスクの要素は労働者の注意義務自体を減少させるわけではない。つまり、職業リスクは労働者の加害行為を合法化するのでも、過失の非難から労働者を免れさせるのではなく、単に損害賠償義務の一部または全部の免責に導くに過ぎないと主張する<sup>(19)</sup>。

この点については、三二一条二項が単に注意義務の程度に關してだけでなく、損害賠償の範囲に關しても適用されるという点をも考慮すると、職業リスクは二つの領域にまたがって機能するものというべきではなからうか。

第三に、労働者の過失の程度と責任軽減の範囲との関連である。学説は危険労働の場合に両者を結合させて、労働者の過失の程度に応じて賠償責任の範囲を決定する。しかし、スイス債務法では、このような硬直的な解決方法はとられていない。確かに、一般的な原則によれば、過失の程度を考慮して裁判官は損害賠償の範囲を決定すべきものとされるが、そこでも、過失の程度だけではなくて、これ以外の諸事情も考慮される。また、三二一条二項は損害賠償の範囲を定める際にも適用されるから、労働者の教育の程度や専門的知識、労働者の能力や性格なども賠償の範囲に影響する。従って、このような柔軟性を有する法制度の下では、職業リスクが存在する場合でも、過失の程度と責任軽減の範囲を直線的に結びつけることは妥当ではないように思われる。

スイス債務法におけるリスク責任について(宮本)



スイス法上の議論にはこれらの点で若干疑問があるが、いずれにせよ、危険労働法理（労働者の責任軽減法理）はスイス法では三二一e条二項に明確な実定法上の根拠を有する。これに対して、ドイツでは、危険労働法理を立法化する試みが何度となく繰り返されているが、未だ実現されるには至っていない。<sup>(8)</sup>このようなドイツの法状況に鑑みると、スイス法がすでに一九七一年の段階でこれを債務法の中に取り込み、職業リスクの要素を労働者の責任軽減のための一つの事由としたことは高く評価されるべきであろう。

### (3) 債務法三二一e条二項の類推適用による統一的処理

三二一e条二項は直接的には労働者の使用者に対する債務不履行責任を規律対象とする。しかし、使用者が不法行為に基づいて賠償請求するときでも、請求権競合の観点から、これも同条の制限に服することになろう。

問題となるのは、このような使用者に対する加害の場合だけでなく、第三者に対する加害の場合、さらに、労働者自らが損害を被った場合（労働者被害の類型）にも、同様のことが妥当しいのかどうかである。三二一e条二項の「職業リスク」が危険労働を意味し、これによる労働者の責任軽減が使用者の営業リスクや企業者リスクの思想を基礎とするものだとすると、これらの場合を使用者に対する加害の場合と異なって処理すべき理由は存在しない。いずれの場合も、労働過程で生じた損害（損失）が問題となっており、使用者と労働者の内部関係における損害の帰属（損失負担）のあり方が問われている点で同じだからである。使用者または第三者に対する損害賠償義務や使用者からの求償に応ずべき義務、あるいは、このような法的義務を媒介としない直接的に被った自己の損害というように、単に損害の表現形式が異なるに過ぎず、これらの差異は使用者と労働者の内部関係における損害の帰属という問題の

評価に影響を及ぼすものではない。<sup>(15)</sup>

このように考えると、三二一e条二項を他の類型に類推適用して、労働過程で生じた損害を統一的に処理することが検討されなければならない。学説の中には、このような方向を指向するものがみられる。

(a) たとえば、第三者に対する加害の類型に関してであるが、マイエル (Meier) は次のように主張する。<sup>(16)</sup> (イ) 使用者が第三者に賠償し、これを労働者に求償する場合には、過失ある者 (労働者) に対する求償を定めた五一一条二項の適用はここでは否定されるべきである。職業リスクを考慮しないで使用者は労働者に求償しうるとすると、使用者はすべての職業リスクを労働者に転嫁できることになり、衡平に反するからである。従って、使用者の求償については裁判官の裁量に委ねられることになるが (五一一条一項による五〇条二項の準用)、この際、裁判官は三二一e条二項に依拠して求償の可否および範囲を決定しなければならない。使用者の労働者に対する求償を労働者による使用者の直接的な加害と異なる規制に服させる理由は存在しないからである。

また、(ロ) 被害者たる第三者が労働者に賠償請求する場合には、労働者の使用者に対する免責請求権 (Freistellungsanspruch) が問題となる。危険労働のときは、(イ) の場合と同様に五一一条二項の適用は否定されるべきだから、労働者は五一一条一項で準用された五〇条二項により使用者に求償することができる。求償の可否および範囲は裁判官の裁量によるが、使用者を直接的に加害したとすれば三二一e条二項により労働者が免責される限度で、労働者の使用者に対する求償は認められなければならない。もっとも、使用者が一〇一条または五五条に基づく責任を負わないときは、このような五一一条一項・五〇条二項の適用の余地は存在しない。しかし、三二一e条二項という特別規定を定めた時に、立法者は第三者に対する加害の事例についても規定を設けるべきだったのにこれを怠ったのだから、ここで

は法の欠缺が存在する。裁判官は三二一e条二項を類推してこの欠缺を閉じることが妥当である。

このように第三者に対する加害の場合の内部的な求償関係について、マイエルは三二一e条二項に依拠して処理すべきことを主張する。彼は労働者被害の類型について言及していないが、これは彼が考察対象を労働者の賠償責任に限定しているからに他ならない。

(b)さらに、第三者に対する加害の場合だけでなく、労働者被害の類型をも含めて、三二一e条二項の類推適用による統一的な処理を主張する見解もある。

レービンダー (Rehinder) は営業リスク (Betriebsrisiko) の観点からこれを論ずる<sup>(18)</sup>。使用者は自己の過失とは無関係に、第三者の損害賠償請求権から労働者を免責しなければならない(いわゆる営業内部の損害補償)。また、職業事故 (Berufsunfall) による人的損害のような免責的な保険給付が規定されていない限り<sup>(19)</sup>、労働者固有の損害についても使用者は自己の過失とは無関係に賠償しなければならぬと主張する。前者は労働者の第三者に対する加害の類型、後者は労働者被害の類型に該当するが、いずれの場合も三二一e条二項の類推適用に根拠を求める。

ポルトマン (Portmann) も、労働者が労働契約上の仕事を行う際に使用者ではなくて、自分自身または第三者に損害を惹起した場合には、三二一e条二項が類推適用されるべきだとする<sup>(20)</sup>。具体的には、使用者は営業リスクに基づいて場合によっては労働者の損害を全額負担しなければならない。また、労働契約上の義務の履行中に第三者に損害を与え、労働者がこの第三者に対して賠償責任を負う場合には、労働者が使用者との関係で三二一e条二項により免責される限りで、使用者は労働者を第三者に対する責任から免れさせなければならない。求償に関しても、三二一e条二項が顧慮されるべきであり、同条は五〇条・五一条の特別法 (lex specialis) である<sup>(21)</sup>。

このようにレービンダーやポルトマンは、労働過程で生じた損害については、使用者の過失とは無関係に営業リスクの観点から統一的に使用者にこの損失を帰属させようとする。労働者の使用者に対する加害の場合には三二一条二項の適用、その他の場合には同条の類推適用にこの実定法上の根拠を求める点で両者は一致する。レービンダーは使用者の求償権の制限について言及していない点でポルトマンと異なるが、この求償権につき三二一条二項の類推適用を否定する趣旨であると解すべきではなからう。

また、ホンセルは、労働者加害の類型と労働者被害の類型は決定的な点で類似するから両者をパラレルに判断すべきであるとし、リスク責任すなわち他人のためにする行為のリスク責任に基づいて解決すべきことを主張する<sup>(6)</sup>。スイス法との関連は明らかではないが、右に見た見解と同様に、条文上の根拠としては三二一条二項の類推適用に求めることになると思われる。

これらの学説によれば、労働過程で生じた損害は、労働者加害の類型であるか、労働者被害の類型であるかを問うことなく、統一的に使用者に帰属することになる。そして、すでに指摘したように、二〇〇〇年の社会保険法の通則法（ATSG）の下では、これらの理論は極めて重要な現実的意味を獲得した。

(c)本稿では、事務管理・委任および労働契約を中心として、事務処理者の被った損害に関する本人の責任について見てきた。要約的にみると、事務管理の領域では、四二二条一項は本人の無過失損害賠償を定めるが、判例および学説はすでに古くから無償委任への類推適用を認めてきた。また、近時、判例は好意関係にも同条の類推適用を肯定するに至り、この範囲はさらに拡張された。

このような本人の厳格な責任は一般的には「利他的かつ他人のために行為する者はこれによって損失を被るべきで

はない」という原則にその基礎が求められる。しかし、行為の危険性に着目する有力な見解もみられる。二〇〇二年の連邦裁判所の判決は四二二条一項の責任をリスク責任の要素を含むものと判示し、「特別な行為リスク」「一般的な生活リスク」の概念を用いることによって、いわゆる「他人のためにする行為のリスク責任」論を採用することを明らかにした。これは単に好意関係にとどまらず、右のすべての領域に妥当するものである。今後の実務では、このようなりスク責任論を基礎として、事案の解決が図られることにならう。この意味において、この判決はリスク責任論の展開にとって画期的な意義を有する。

また、労働契約の領域では、三二二 e 条二項が労働者の賠償責任の軽減を定めるが（労働者加害の類型）、学説では労働者被害の類型にもこれを類推適用すべきだとする見解が主張されている。これによれば、労働過程で生じた損害はいずれの類型かを問うことなく統一的に使用者に帰せられることになるが、これの基礎はリスク責任に求められる。

このようにリスク責任論はスイス債務法において次第に確固たる地位を占めつつある。すでに古くから責任原因の多様性が主張され、過失責任以外にも信頼責任や危険責任などが存在することが指摘されてきた。リスク責任は「行為の危険性」に着目した危険責任に他ならないから、これを責任原因の一つとすることにそれほど大きな問題はないように思われる。このような責任の存否よりも、これを前提とした上で、より詳細な責任要件や責任限定のための基準を明らかにすることが今後取組むべき課題であると言わなければならない。

もちろん有償委任においては、四二二条一項の類推適用は否定されているが、これはスイス債務法には過失責任の原則を採用した四〇二条二項という明文規定が存在することに起因する（法解釈の限界性）。従って、これを理由に

リスク責任が民法上の責任原因の一つであることを否定することはできない。判例が同条項の過失を委任者の「最軽過失」で足りるとして、実質的に委任者の厳格な責任を実現していることも、これとの関連では注意する必要がある。

## むすび

スイス債務法におけるリスク責任の観点から、委任・事務管理および労働契約を中心として見てきたが、わが国の民法六五〇条三項を雇用・労働契約に類推適用して、使用者の過失損害賠償責任を肯定すべきであるとする私見との関連では、とりわけ次のような点が重要であると思われる。

まず第一に、スイスの立法者は受任者の被った損害に関する委任者の賠償責任について、他の立法例とは異なり、明示的に過失責任の原則を採用した(四〇二条二項)。これに対して、事務管理では、本人の無過失損害賠償責任が一九一一年の新債務法において明文で規定された(四二二条一項)。このような法状況はオーストリアや我が国の民法典とは全く正反対である。これらの民法典には、委任者の無過失損害賠償責任に関する規定は存在するが、事務管理ではこれに対応する規定を有しない。

このような立法上の相違から、オーストリアや我が国では、委任の規定を事務管理に類推適用しうるかが問題とされるのに対して、スイス法では、逆に事務管理の規定を委任契約へ類推適用することが問題とされる。

スイスの判例は、四二二条一項を無償委任契約に類推適用して、委任者の無過失賠償責任を肯定した。また、近時、

スイス債務法におけるリスク責任について(宮本)

好意関係についてもこれを肯定し、四二二条一項の類推適用の範囲はさらに拡張された。オーストリアでも、判例は、委任に関する一〇一四条の規定を雇用・労働契約に類推適用するだけでなく、同じく委任の一〇一五条を緊急事務管理に類推適用することを認め<sup>(8)</sup>た。ここでは、無過失責任に関する規定であることを理由に、これらの類推適用を消極的に解するというような法解釈は採用されていない。

また、四二二条一項の無償委任への類推適用によって、過失責任の原則を採用した四〇二条二項の適用は有償委任の場合に限定された。しかし、それでも、判例によれば、ここでの過失は最輕過失で足りるから、委任者の責任は通常の過失責任よりも広く認められる。また、学説では、有償の場合でも、一定の要件の下で四二二条一項の類推適用を肯定する見解も有力である。このように有償委任でも過失責任の原則が全面的に適用されているわけではなく、立法者によって排斥された委任者の無過失責任の実質的な復活であると評価することもできる。我が国では、委任者の無過失賠償責任を定めた六五〇条三項を無償委任に適用を制限し、有償委任では過失責任の原則による見解が有力なようであるが、これはスイスの判例・学説の動向とは大きく異なる。また、スイスでは、事務管理者や受任者に過失がある場合でも、本人や委任者は無過失損害賠償責任を免れることはできない。事務管理者や受任者の過失は賠償額を定める際の考慮事由の一つと解されている。この点の議論も我が国の解釈論にとって有益な示唆を与えるものと思われる。

第二に、労働契約に関してみると、スイス債務法は労働者の債務不履行責任を制限する独自の規定を有する(三二一一条二項)。これは、労働者加害の類型に関して、使用者との内部関係における労働者の責任軽減を定めたものである。これはスイス債務法の注目すべき特徴の一つといえる。

これに対して、労働者被害の類型に関しては、特別規定は存在しない。しかし、労働者の人的損害については、保険法上の給付が使用者の過失の有無を問わずなされ、他方で、使用者に免責特権が付与され、使用者は労働者に賠償すべき直接的な責任を負わない。このような法制度の下では、主に労働者の物的損害が問題として残るが、学説の中には、「職業リスク」の観点から三二一e条二項を類推適用して、労働者加害の場合と統一的に処理すべきだとする見解が有力である。近時、新たに社会保険法の通則法が制定されたが、これによって、使用者の免責特権が廃止されて使用者の償還特権へと変更された。この現行法の下では、労働者加害との統一的処理すなわち三二一e条二項類推適用論は大きな現実的意味を獲得したといえよう。

判例は委任規定の雇用への類推適用に否定的であるが、それは何故なのかという野田教授の冒頭で引用した疑問に対しては、このような三二一e条二項という特別規定の存在を指摘することで答えることができる。ドイツ・オーストリアおよび我が国では、このような規定は存在しない。そこで、ドイツでは、労働者加害の類型については危険労働法理を適用し、労働者被害の類型では、使用者の免責特権が適用されない物的損害については六七〇条の類推適用がなされる。また、オーストリアでは、被用者賠償責任法(Dienstnehmerhaftpflichtgesetz)という特別法が労働者の不法行為責任の軽減を定めるが、これとは別に、判例はいずれの類型にも一〇一四条の類推適用を認める。

これらの法実態に鑑みると、我が国においても、労働者加害の類型や労働者被害の類型を問わず、六五〇条三項を雇用・労働契約に類推適用し、労働過程で生じた損失を統一的に使用者に帰するという方向に進むべきだと思われる。第三に、無過失損害賠償責任の理論的基礎に関するが、判例は、事務管理における四二二条一項を「他人のためにする行為のリスク責任」の原則に基づくものと理解した。この他人のためにする行為のリスク責任論はカナ



リスが提唱したものであるが、彼は、ある活動と結びついた特別な危険はこれから生ずる利益を享受する者が負担すべきであるという客観的要素（利益思想）と、賠償義務者がその危険源を設定し、これの支配可能性を有するという主観的要素（危険設定思想）が存在するときは、これまで認められてきた物の危険責任と同様に、利益の享受者たる本人がこのリスクを負担するという原則が認められる。そして、この原則を委任・事務管理および雇用・労働契約に適用して、利益の享受者たる委任者や本人・使用者はいずれもこれによる損失（リスク）を負担すべき義務を負うと主張した。

ホンセルはこのようなリスク責任論を全面的に支持し、このような立場から好意関係に四二二条一項を類推適用した判例に賛同する。ホンセルはこのリスク責任論は労働関係にも適用されるとするが、三二一e条二項との関連は明らかではない。しかし、彼の基本的立場からすると、同条の基礎もリスク責任論に求めることが首尾一貫すると思われる。また、一部の学説は同条への「職業リスク」の導入を危険労働法理を採用したものと解するが、同条においては「職業リスク」は他の要素と並ぶ労働者の責任軽減のための一要素に過ぎないのだから、これを危険労働法理として把握することは適切ではない。三二一e条二項は全体として「他人のためにする行為のリスク責任」の原則を表したものと解すべきであろう。このことは、四二二条一項に関連してであるが、このリスク責任を「契約上も契約外でも有効な原則」とした二〇〇二年判決にも適合するよう思われる。

この「他人のためにする行為のリスク責任」は、オーストリアでは、一九八三年の判決によって採用された（OGH Urteil vom 31. 5. 1983, SZ 56, Nr. 86, S. 384）。また、ドイツでも、近時、労働者所有の自動車に生じた事故損害が問題となった事件において、BGB六七〇条の類推適用という従来の判例法理を維持した上で、BGB六七〇

条を「受任者の損害」に類推適用する根拠は「他人のためにする行為のリスク責任」の原則にあるとする判例が公にされた (BAG Urteil vom 23. 11. 2006, NJW 2007, 1486)。

このように「他人のためにする行為のリスク責任」論は、問題領域をそれぞれ異にするが、オーストリア、スイス、さらにドイツにおいて判例法上採用された。これによって、リスク責任論は確たる地位を獲得したといつてよい。確かに委任者の無過失損害賠償責任はローマ法を起源とする長い歴史を有するものである。しかし、他方で、現代法において、危険責任が過失責任や信頼責任などと並ぶ責任事由の一つであることに異論は見られない。従来 of 危険責任は物の危険性に基づく損害に関して論じられてきたが、リスク責任論は行為の危険性に着目し、物の危険性の場合と同様の要件が存在するときは「行為の危険性に基づく損害」を利益享受者に帰属させようとするものに他ならない。委任や事務管理における委任者や本人の無過失損害賠償責任、および労働者の賠償責任の軽減を定める規定をこの原則の表現と把握し、これらの法領域をリスク責任の観点から考察することは十分に合理性を有するように思われる。

本稿におけるスイス債務法の検討からは、リスク責任論を理論的基礎として、六五〇条三項を雇用・労働契約に類推適用すべきだという主張はなお維持すべきものと考えられる。

なお、現在、我が国では民法の改正作業が進行中であるが、本稿の立場からすると、次のようなことを提案したい。すなわち、①使用者の安全配慮義務に関する規定を置くこと、②委任者の無過失損害賠償責任を無償委任に限定すべきでないこと、③事務管理および雇用契約の中で、本人および使用者の無過失損害賠償責任、さらに労働者の賠償責任の軽減規定を置くことの三点ある。これらを実現することによって、新しい民法典がより良いものとなることを期待したい。

- (1) ドイツ法・オーストリア法および私見については、拙著「安全配慮義務と契約責任の拡張」一七三頁以下（一九九三年）参照。なお、六五〇条三項の類推適用を初めて主張したのは一九八五年一月二日の私法学会での個別報告においてである（私法四八号二〇九頁（二一五頁）（一九八六年）参照）。
- オーストリアにおけるその後の判例・学説の展開については、拙稿「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）」（2）「法学志林」一〇四巻「号」三三頁以下（二〇〇六年）、一〇四巻三号一〇一頁以下（二〇〇七年）参照。
- (2) 野田龍一「委任者の損害填補義務——民法六五〇条三項の史的系譜」福岡大学法学論叢三六巻一・二・三号五一頁（一九九二年）「木幸之」委任者の経済的不利益等に対する委任者の填補責任(1)(2)——民法六五〇条および「無過失損害賠償責任」に関する一試論——「國學院法学四五巻」号一頁（二〇〇七年）、四六巻一号一頁（二〇〇八年）。
- (3) 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——」福岡大学法学論叢二七巻二・三・四号三六三頁（四〇一頁以下）（一九九三年）。
- (4) 債務法の歴史的な展開の概観については、vgl. Fugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 1979, §3, S. 15f.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 6. Aufl., 2001, §1, S. 3ff.
- (5) 一八六七年二月三日に開かれた商法典の導入に関する会議で、ネルン州の代議士は、商法典だけでなく、一般的なスイス債務法も作成することを提案した。一八六八年二月三日、連邦政府は五月の終わりにこれにつき回答することを各州に要請した。Vgl. Aus den Verhandlungen des schweiz. Bundesrates, BBl (Schweizerisches Bundesblatt) 1868 I 143 (S. 144). したがって BBl 27 (1867) <http://www.amsdruckschriften.bar.admin.ch/se/langue.do?lang=DE&currWebPage=searchHome> を入手せよ。
- (6) 一八七四年の連邦憲法六四条は次のように規定する。「次の事柄に関する立法は連邦の権限に属する。すなわち、人的な行為能力に関して、商業や不動産取引に関するすべての法律関係（商法や手形法を含む債務法）」。Vgl. Bundesbeschluss betreffend Ergänzung des Artikels 64 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, BBl 1887 II 572.
- (7) Bundesgesetz über das Obligationenrecht, BBl 1881 III 109. 案文は [www.admin.ch/secretariat/143](http://www.admin.ch/secretariat/143) Bundesgesetz über das Obligationenrecht, Amtliche Ausgabe, 1881 を参照。
- (8) Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des En-

- turves eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen, BBl 1905 II 1 (S. 2).
- (9) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit, BBl 1896 IV 733.
  - (10) 連邦議院の議案に附したる追加の案「連邦民法のその他の領事と等しい民法權限を與ふ」のその案。Vgl., Bundesbeschluss betreffend Revision des Artikels 64 der Bundesverfassung, BBl 1898 IV 13.
  - (11) 連邦議院のその議案に附したる案、vgl., Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch, BBl 1904 IV 1.
  - (12) Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907, BBl 1907 VI 589.
  - (13) BBl 1905 II 1.
  - (14) その議案に附したる案「連邦議院のその案に附したる案に對して參照」。Bericht der Redaktionskommission des Obligationenrechtes an die Bundesversammlung, BBl 1911 I 845.
  - (15) Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünftler Teil : Obligationenrecht), BBl 1911 II 355.
  - (16) Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 1979, 83, S. 17. のその案、第二八章 社團 (七二六條ないし七一九條) の民法典の六四條以下の規定が附されたその案に對して削除された。
  - (17) Vgl., Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BTr, 6.Aufl., 2001, §1, S. 4f..
  - (18) Walter Fellmann, Berner Kommentar (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402, N 10, S. 696.
  - (19) その案に對して附したる案のその案「1. Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verbindungen, welche dieser um des Auftrages willen gemacht hat, sammt Zinsen zu ersetzen und denselben von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.  
2. Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden sei.」

スイス債務法におけるリスク貸付について (原稿)

- (20) Vgl., Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 4ff., S. 694f.
- (21) 改訂草案の懸念損害に關するローテットの證券やその他の後の懸念に關しては、vgl., Heinrich Honsell, Die Risikohaftung des Geschäftsherrn, Festgabe für Ulrich von Lublow zum 80. Geburtstag, 1980, S. 485ff.; 改訂の英文文書に於ては、前掲註(19) (20) に引用したもののなほがある。なほ、英國の法理に關しては、後述の「メルマン・ホルム (Burchardt)」の紹介を参照。
- (22) C. Chr. Burchardt, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 22 (Neue Folge), 1903, S. 469ff. (S. 506ff.).
- (23) 具體的には「委任者は、委任から生じた損害に關しては、この損害が彼の側の過失なしに生じたことを証明せねば限りて、委任者に対して責任を負う」という規定の後で、次のような規定を追加すべきだとする。「委任者がこの証明をする場合でも、裁判官の裁量により、委任の遂行の目的で委任者の行った、非難の余地なしに目的に役立つと考えられた危険な行為によつて惹起された損害の全部または一部の賠償を委任者に課するべきである。」(C. Chr. Burchardt, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 22 (Neue Folge), 1903, S. 469ff. (S. 583).
- (24) Vgl., Jörg Schmid, Zürcher Kommentar (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch), Bd. V/3a, 3. Aufl., 1993, Art. 422 N 53 S. 97.; ders., Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 1992, Fn. 590, S. 170.
- (25) C. Chr. Burchardt, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 22 (Neue Folge), 1903, S. 469ff. (S. 509f., S. 585).  
彼は「四十二條の中に次の規定を追加すべきだとする。「この事務処理に基いて他の損害に關しては、この損害が事務処理の目的のために行われた、非難の余地なしに目的に役立つものと考えられた危険な行為によつて惹起された場合には、裁判官の裁量によりその損害の全部または一部の賠償が事務管理者に認められる。」
- (26) BBl 1905 II 1 (S. 42 und S. 216 [Art. 1523]).
- (27) このような見解とは異なり、カウチーは無償委任でも事務管理でも、事務処理者の財産は減少せねばなりません。この点のなほローテ・普朗博士の事務処理法の原則をよんで、Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/5, 2. Aufl., 1964, Art. 422 N 10a, S. 489.
- (28) この点については、vgl., BG Urteil vom 13. 12. 1922, BGE 48 II 487 (S. 491).
- (29) Vgl., Richard Suter, Ehre und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., 1933, S. 103. スーターは「また、この規定を経済的な不利益を衡平の観点により分配しようとする努力する見解の好ましい結果であると評





的に締結された委任が認められるとする。Heinrich Honseil, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 6. Aufl., 2001, S. 329.

(52) 各字號およびその評価については、Vgl. Jörg Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 1992, N 531ff., S. 177ff.; ders., Zürcher Kommentar, Bd. V/3a, 3. Aufl., 1993, Art. 422 N 65ff., S. 99ff..

(53) これについては、野田龍一・前掲注(3)三八五頁以下にすでに紹介がある。

(54) これに関する下級審判決としては、ヘルン控訴院一九六一年一月二〇日判決 (ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins) 1963, 143ff.) がある。

【事実関係】原告は当時25歳の農業従事者である。彼は義兄である被告の求めに応じて、被告が収獲した穀物の脱穀する作業を手伝った。彼は脱穀機の中に穀物を入れる際に、脱穀機の金属歯の間に右手を巻き込まれて、腕の肘から切断する重症を負った。そこで原告は被告に対して損害の賠償を請求した(放牧地組合 (Angenossenschaft) に対する訴えについてはここでは省略)。

なお、この手伝いに関して、原告は賃金を得ていない。しかし、被告から賄いを受け、時々の手伝いの反対給付として馬を自己の小作地で使用することが許された。

【判旨】①賄いや時々の馬の自由使用は給付された労務の対価を意味しないから (BGE 61 II 93, 96f.) 原告の手伝いは無償委任に基く。

②被告には原告の事故につき過失は認められない。しかし、無償委任の場合には、四二三条を類推して、被告は原告に裁判官の裁量により損害を賠償しなければならない (vgl. BGE 61 II 93, 95ff.)。

③原告には事故につき重大な過失が存在するが、しかし、事故の唯一の原因であると思われるほどには重大ではない。これは四四四条一項により、損害賠償の削減に導く。また、被告の経済的な給付能力の少なさも賠償義務の削減へと導く(四四四条二項)。原告の全損害額は五〇〇〇フランに達するが、本件のすべての事情を考慮して、支払われるべき金額は五〇〇〇フランであると認定した。

(57) もっとも、ガウホによれば、いずれの事件でも(法的拘束意思のない)好意関係が存在していたのであり、委任契約の承認は「虚構」であるように思われる。また、仮に契約が存在していたとすれば、ここでは一定の結果につき義務を負うが故に、これらの契約は贈負契約、無報酬のときは贈負契約類似の無名契約として理解される。そして、四二三条一項は無償委任だけでなく、無償の労務給付を目的とする他の契約類型にも適用するところ。Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 191 (S. 206f., S. 209f.)。

(58) Eugen Bucher, Obligationenrecht, BT, 3. Aufl., 1988, §12 VII 3, S. 233.; Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 1972, §4 B IV Fn. 57, S. 139.



- (95) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 191 (S. 207ff.).
- (96) Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 6. Aufl., 2001, §23 V 3, S. 312. かつ、その「参照指示された論文では(本稿第一卷(三)参照)「被相続人が相続を継ぐ場合に『他人のたぐいのベネフィット責任』は認められた形ではある」というのであるから、四二二条一項の類推適用を無効理由に限定するようには疑問の余地がある。
- (97) Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 181, 190, 192, S. 738ff..
- (98) Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, S. 90.
- (99) Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 152, S. 730.
- (100) Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, S. 89.
- (101) Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 147, S. 728. かつ、その「裁判の争点」による表現は不明瞭であるから、ユースの文脈から推察することはできない。また、その「裁判の争点」をめぐっては、  
 附随する° Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, Fn. 45, S. 214.  
 かつ、無効理由の存在が、係争中の裁判上の義務違反に帰して認められなければならないことは、有償取引の場合と同様の原則(ただし、無償取引の立証を除く)に照らすべきである(N 182, S. 738)°。しかし、その「四二二条一項による裁判上の義務違反が排除される」ということは、この「義務違反」に「被相続人の義務違反」ということと区別されるべきである。
- (102) Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, S. 89.
- (103) Rolf H. Weber, Basler Kommentar, Basler Kommentar, OR I, 1992, Art. 402, N 11, S. 2012f., und N 14, S. 2013.  
 かつ、その「相続財産は、その四二二条一項による裁判上の義務違反に帰して認められる」ところ。Rolf H. Weber., Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 422 N 11, S. 2580.
- (104) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 2. Aufl., 1960, Art. 402 N 22 a F., S. 588ff., und N 23 a F., S. 590f..
- (105) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 2. Aufl., 1960, Art. 402 N 24 a F., S. 591f.; ders., Berner Kommentar, Bd. VI/2/5, 2. Aufl., 1964, Art. 422 N 10 b, S. 490.
- (106) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 2. Aufl., 1960, Art. 402 N 22 b, S. 589.
- (107) Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 153ff., S. 730f.; Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, S. 88.

なお、この点に関して、ウェーバーは当初「四〇二条二項では委任者の契約違反に基づく損害は把握されていないとしていた (Rolf H. Weber, Basler Kommentar, OR I, 1992, Art. 402, N 11, S. 2012f.)。しかし、その後、委任者の契約上の容態義務の違反によって生じた損害が把握されており、ドグマ的には、举证責任の転換を伴った過失責任が問題となっているという見解に変わった (ders., Basler Kommentar, OR I, 2. Aufl., 1996, Art. 402, N 11, S. 2159f.)」。

(72) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 2. Aufl., 1960, Art. 402 N 22 b, S. 589. この点では、前述のブルムツァハルトの見解と同くである。

(73) なお、ホーンントテッターは、この点では(法律上の)危険責任 (Gefährdungshaftung) の構想は強いていると批判する。委任の場合には、受任者は決して特別な危険にさらされる必要はないから、危険の観点は一般的に正当ではないというのがこの理由である。Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, Fn. 53, S. 89.

(74) なお、本件は小切手法の改正前の事件であり、今日では実定法上解決されている。すなわち、債務法一一三三条によれば、偽造または変造された小切手の現金化から生じた損害は、この小切手の振出人 (Aussteller) に過失、特に彼に委ねられた小切手用紙の保管における過失が限りで、支払人 (Bezogener) がこれを負担すべきものとされる。これは一九三六年十二月十八日の「債務法」四章から三三三章の改正に関する連邦法 (BBl 1936 III 605) によって新たに導入された。Vgl. Hugo Oser/Wilhelm Schönberger, Zürcher Kommentar, Bd. V/2, 2. Aufl., 1986, Art. 402 N 11, S. 1498, § 7 IV, 1. Halbsatz; 債務法の改正草案一一四〇条によつて把握されよう。

(75) Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 162, S. 733; Rolf H. Weber, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 402 N 13, S. 2434.

(76) Vgl. Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, S. 88.

(77) 三九八条一項によれば、受任者は労働者と同じ注記に関して責任を負うものとされる。従って、受任者は三一一〇条の定める労働者の軽減された注意義務と同一の注意義務を負えば足りるものとなる。しかし、学说によれば、立法者の誤りであるとして、委任者の注意義務の軽減を拒絶するものが一般的である。Vgl. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 6. Aufl., 2001, §23 IV 2, S. 305f.

(78) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1960, Art. 402 N 20 d, 21f., S. 586ff.

(79) Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 145, S. 728, und N 166ff., S. 734f.

- (82) Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/6, 2. Aufl., 2000, §7 IV, S. 90.
- (83) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1960, Art. 402 N 22 C, S. 590 und N 24 C, S. 597f..
- (83) Walder Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 180, S. 737f. und N 191, S. 740f..
- (83) Walder Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402 N 205 f., S. 744.
- (83) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1960, Art. 402 N 24 b, S. 592.; Walder Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, 1992, Art. 402, N 197, S. 742.
- (85) ヲリツト<sup>14</sup> の有名な文献を引用せしむる。Rolf H. Weber, Basler Kommentar, OR I, 2. Aufl., 1996, Art. 422 N 11, S. 2263f.; Urs Lischer, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1990, S. 90.; Jörg H. Rösler, Haftpflicht für Schäden aus Hilfeleistung, Diss. Bern 1981, S. 63.; BGE 48 II 487, E. 3, S. 491f..
- (89) ヲリツト<sup>14</sup> 次の有名な文句が引用せしむる。Heinrich Honsell, Die Risikohaftung des Geschäftsherrn, Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1980, S. 485ff.; Canaris, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, in: Recht der Arbeit, 1966, S. 41ff., insbes. S. 43.
- (87) 後述する判例の他に、本判決の解説を「V. Aeppli, Baurecht 4/2003, S. 173」がある。しかし、判例の事実関係と判旨の紹介が大半であり、「本件事件は確かに建築法と殆ど関係しないが、契約上の債務の外の援助給付という類似の状態は建築現場における一般的に考えられる」という一文を添えらるべきではないか。
- また、ホンスェルは「〇〇三年と出版された教科書は同じ判例を同じ順序で取り上げ、これを支持した。Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 7. Aufl., 2003, §23 V, S. 320.
- (88) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 191 (S. 215).
- なお、ガウハは、連邦裁判所一九二二年判決および一九三五年判決の事例についても、同様に好意関係として考えるべきであり、契約が存在するときは、委任ではなくて請負契約またはこれと類似する無名契約であるとする (S. 206f.)。
- (88) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 216. 上のような理解から、逆に、好意者の不完全履行によって給付受領者に生じた結果損害（好意者の不完全履行に基づく身体侵害）や付随損害（好意行為の際に生じた損害）に関して、好意者は不法行為の規程だけでなく、契約法によっても責任を負わなければならないという立場が採られる (S. 216f.)。
- (86) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 215f..

- (16) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 222f.
- (17) Wolfgang Wiegand, ZBJV Bd. 140 (2004), S. 861 (S. 864f.).
- (18) わが国でも、いわゆる隣人訴訟において同様のことが問題とされた。事案は、好意で預った近所の幼児が溜池に落ちて水死し、幼児の両親がこれを預った近所の夫婦に対して損害賠償を請求したというものである。ここでは、好意者の被った損害ではなくて、好意の要請者側の損害が問題となっている点で異なるが、津地判昭和五八年二月二五日(判時一〇八三号一二三五頁、判タ四九五号六四頁)は契約関係の存在を否定した上で、七〇九条による賠償責任を肯定した。
- (19) Rolf H. Weber, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 402 N 14, S. 2434f., und Art. 422 N 11, S. 2580.
- (20) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 201ff..
- (21) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 203ff., S. 218ff..
- (22) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 218.
- (23) Peter Gauch, Festgabe für Paul Richli, 2006, S. 220ff..
- (24) 専門家委員会の作業はヒューク (Prof. Hug) の指導の下で一九五七年から一九六三年まで行われ、一九六三年九月三〇日に準備草案 (Vorentwurf) としてまとめられた。そして、一九六七年八月二五日に改正法案が国会に提出され、国会の審議は一九七一年に終了した。Vgl. Alfred Koller, in Gull, Das Schweizerische Obligationenrech. 9. Aufl., 2000, §46 N 2, S. 468; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Tiers und des Zehnten Tierslaßs des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 241 (S. 257ff.).
- (25) 正式名称は「Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann」(BBl 1995 II 382)°。これは「男女の実際のな平等化を促進する」を目的として制定された(民法一条)°。
- (26) Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., 2003, Art. 328 N 1, S. 1741.; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, 4. Aufl., 2006, Art. 328 N 2., S. 373.; Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl., 1997, §9 B I, S. 89f..
- (27) 債務法三二八条から三二九c条までは労働者の人格保護に関する規定であり、三二七条から三二七c条および三三〇条は労働者の財産の保護、三三〇a条は労働者の経済的な生計の促進のための規定である。Vgl. Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Basler



- (11) Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 321 e, N 24, S. 1795; Manfred Rahbinder, Basler Kommentar, OR I, 2. Aufl., 1996, Art. 321 e, N 5, S. 1728.; ders., Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl., 1997, 88 C II 1, S. 66. 447. 11  
 れらは労働者の財産保護にまつて述べているから、この種の損害は労働者の物的損害に限られる。しかし、後述の「11000  
 年の社会保険法の原則法にまつて使用者の免責特権が廃止された現在では、労働者の人的損害もこれに含まれることとなる。また、  
 労働遂行中に生じた第三者損害や労働者の損害を賠償すべき使用者の義務を一般的に配慮義務の一つとして認める場合には、使用者の  
 賠償は配慮義務の履行そのものである。配慮義務違反の効果として使用者に賠償義務が課せられるわけはな。
- (16) なお、この種の規定は「従来のKVGは疾病保険法 (Bundesgesetz über die Krankenversicherung, KVG) による形  
 式で改められた (BBl 1981 I 743, (S. 781))。そして、一九九四年三月一八日の旧法を廃止して同名の法律が新たに制定された (BBl  
 1994 II 236, und S. 271, 一九九六年一月一日施行)。これは事故保険が問題とならないうちの事故にも適用される (一条二項の意)。
- (17) Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar, Bd. V/2 c, 3. Aufl., 1996, Art. 328 N 36, S. 316f.; Adrian von Kaenel,  
 in Thomas Geiser/Peter Münch, Schaden-Haftung-Versicherung (Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. 5), 1999, §12 N 38, S.  
 608f.
- (18) Vgl., Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit, BBl 1999 V 4523 (S. 4659).
- (19) Vgl., Brunner/Bühler/Waeber/Bucher, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., 2005, Art. 328 N 16, S. 126f.;  
 Frank Vischer, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7/4, 3. Aufl., 2005, §18, S. 193; Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I,  
 4. Aufl., 2007, Art. 328 N 56, S. 1874.
- (20) なお、ドイツでは、使用者の免責規定は現在でも維持されている。これらとRVG六三六条がこれを規定したが、一九九六年  
 に新たに制定された社会法典第七編 (Siebtes Buch Sozialgesetzbuch, SGB 7) により、使用者の免責特権は継承されている (一〇四  
 条)。また、ドイツでは、重過失の場合も免責の対象に含められるが、ドイツ法と異なる。
- (21) この種の注意 (Sorgfalt) は過失 (Fahrlässigkeit) の反対物となし、また、義務に類した類型注意 (pflichtgemäße Willens-  
 betätigung) ともなす。後述のとおり、注意たる措置の是非を判断する。Vgl., BG-Urteil vom 17. 9. 1930, BGE 56 II 283 (S. 287); An-  
 dreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Hb. 1, 2. Aufl., 1942, S. 382.
- (22) 異なる法的原因に基づく複数の賠償義務者間の求償については、五一一条一項が一般的に規定しており、五五一条一項は内容的にこれ  
 と異なる。従って、五五一条二項の規定は不要であると解されている。Vgl., Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2.

AufI., 1998, §8 N 963, S. 211.; Max Kaller/Sonja Gabi-Bolliger, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd.II, 1985, S. 164.

(23) スイス法では、通常、責任の種類は過失責任 (Verschuldenshaftung) と因果責任 (Kausalhaftung) の二つに大別される。因果責任は賠償義務者の過失なくして課せられる責任であり、過失責任の例外を構成する。この因果責任は、やむに、通常の因果責任 (gewöhnliche Kausalhaftung) と危険責任 (Gefährdungshaftung) に分たされる。後者の危険責任は機械や装置などの特別な危険性を帯びた責任であり、やむに、通常の因果責任に属するものとして、たとえば、使用者責任 (五五条)、動物保有者の責任 (五六条)、家長の責任 (民法三三三条)、判断能力のない者の賠償責任 (五四条)、工作物所有者責任 (五八条) や土地所有者の責任 (民法六七九条) などが挙げられる。前三者については、注意証明 (Sorgfalbeweis) による免責可能性が法律上認められてくるが、これを緩和された因果責任 (milde Kausalhaftung) や、やむに、これを厳格な因果責任 (strenge, scharfe Kausalhaftung) である。Vgl., Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., 2005, §1, N 8ff., S. 3ff.; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., 1998, §8 N 77 ff., S.17 ff., §8 N 884 ff., S.197 f.

なお、レー (Rey) は、因果責任と、表現による中間的責任を特徴とする事実上の間の因果関係の——証明法上の——被験と由来との、比較的中立的な、この責任の、業態責任 (Versuchungshaftung) や結果責任 (Erfolgshaftung) 等を、客観的責任 (objektive Haftung) などの業態を区別する。Vgl., Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., 1998, §3 N 64, S. 15.

(24) C. Ch. Burchardt, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 22 (Neue Folge), 1903, S. 469 (S. 533ff.); Fritz Trüffel, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, Geschäftsherrn und Tierhalters, ZBJV Bd. 45 (1909), S. 113 (S. 114ff.). 本条の記載は、中立的な被験と被験と。

(25) BG Urteil vom 27. 11. 1919, BGE 45 II 638 (S. 647) の、過失の欠如の証明と、この責任の、民法第一項で規定された被験的責任に、(positive Handlungen) による、この責任の、免責の可能性。

(26) BG Urteil vom 2. 7. 1903, BGE 29 II 485 (S. 489).

(27) BG Urteil vom 4. 3. 1919, BGE 45 II 85 (S. 86) (responsabilité causale); BG Urteil vom 27. 11. 1919, BGE 45 II 638 (S. 647) (gemilderte Verursachung); BG Urteil vom 29. 9. 1921, BGE 47 II 408 (S. 412) (gemilderte Zufallshaftung); BG Urteil vom 13. 3. 1923, BGE 49 II 89 (S. 94) (gemilderte Verursachungs-oder Zufallshaftung); BG Urteil vom 4. 6. 1946, BGE 72 II 255 (S. 261) (Kausalhaftung); BG Urteil vom 6.7.1971, BGE 97 II 221 (S.223) (Kausalhaftung) usw..





組織義務の具体的な内容としては、たとえば、従業員間の明確な権限の限定、十分な数の補助員 (Hilfskräfte) の配置、製造物に瑕疵がないことを監視するための必要な対策の指示、危険な状況に対する必要な安全対策の指示などをあげられる。Vgl., Karl Otfinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 2/1, 4. Aufl., 1987, §20 N 114, S. 329; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., 1998, §8 N 939ff., S. 207f.

(87) BG-Urteil vom 9. 10. 1984, BGE 110 II 456 (S. 463f.). コンクリート製の建築資材 Schachtrahmen の欠陥による事故で負傷した労働者が五五条に基づいてこの製造会社に対して賠償請求した事案において、裁判所は、使用者 (被告会社) は製造上の瑕疵を防止し、あるいは、瑕疵ある製造物が売却されることを不可能にするために、必要かつ期待可能なすべての処置を行うべき義務を負うとして、製造物の瑕疵が製造過程の組織変更によって回避できない場合には、最終チェックがどうしても必要であると判断した。そして、このような最終チェックが可能でなかったか、期待できなかった場合には、製造上の欠陥を高度の蓋然性をもって排除するような設計方法 (Konstruktionsart) を選択しなければならなかったか、この違反を理由に被告会社の責任を肯定した。なお、この訴訟が四一条に基づいて認められるかどうかについては判断する必要はない。

(88) この場合、ケーススタディでは、被用者賠償責任法 (DHG) とする特別法が労働者の責任軽減を規定するが、これは労働者の不法行為責任に関するものである。

(89) Alfred Koller, in Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, §46 Arbeitsvertrag, V 6, N 67, S. 484.

(90) Manfred Rehbinder, Basler Kommentar, OR I, 2. Aufl., 1996, Art. 321 e N 5, S. 1728; ders., Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl., 1997, §8 C II 1, S. 65.

(91) Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., 2003, Art. 321 e N 3 und N 4, S. 1701ff.; Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 321 e N 3 und N 5, S. 1791f..

(92) BBl 1905 II 1 (S. 37).

(93) Bundesgesetz über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1971 I 1421.

(94) BBl 1967 II 241 (S. 430) の Art. 321 e を参照。このように、邦楽は既に法 (Art. 328 Abs. 2 und Abs. 3) から変更なく (unverändert) 労働者の賠償責任の規定を継承したという連邦政府の説明に符合する (LaO, S. 310ff.)。なお、このように、フランス労働者の責任に関して、法的強行規定とするようにして、欠損損害に関する契約条項を制限的に解釈する判例法理を取り入れたこと、

および、労働団体からの経過先立金の要請を拒絶してこれを法文化しなかったことが説明されている。

(44) この点については Vgl. Kurt Meier, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 1978, S. 16.

(45) Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar, Bd V/2c, 3. Aufl., 1996, Art. 321 e, N 23, S. 124. トーヘルはより強固にこれを指摘し、職業リスクを III-1-a 条の中に受け入れるに際しては、いわゆる危険労働の場合の労働者の責任に関するメイソンの判例・学説に基づいて大部分の方針が決定されたことは立法資料から明確であり、これにより危険労働の場合の労働者の責任制限が実定法で定められたこと。Kurt Meier, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 1978, S. 17, S. 34.

(47) Manfred Rehbinder, Basler Kommentar, OR I, 2. Aufl., 1996, Art. 321 e, N 5, S. 1728.; Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., 2003, Art. 321 e, N 5, S. 1702.; Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 321 e, N 6, S. 1792.

なお、エヌー (Egu) は重過失の場合にも中間の過失の場合と同様に責任の減額を認める。Hans-Peter Egu, in Jolanta Kren Kostkiewicz usw., Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2002, Art. 321 e, S. 361.

(48) Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar, Bd V/2c, 3. Aufl., 1996, Art. 321e, N 19 und N 23f., S. 122 und 124f..

(49) Brunner/Bühler/Waeber/Brueckel, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., 2005, Art. 321 e, S. 54.

(50) 危険労働法理の展開およびこれの要件に関する問題については、拙著・前掲注 (一) 二二四頁以下、二二五頁以下参照。

(51) BAG Großer Senat Beschluss vom 27. 9. 1994, BAG E 78, 56.

この決定に至るまでの経緯をみると、事案は、建設会社の現場監督者 (Polier) が浚渫機の運転手 (Baggerführer) にガスの接続管の存在やそこでは人力による作業をすべきことの注意を怠ったために、運転手がガス管を傷つけ、地下室に充満したガスの爆発により家に損害が生じた。建設会社は家の保険会社に償還請求された額を支払い、また家の所有者から保険でカバーされない損害の賠償請求を受けた。そこで、建設会社はこの現場監督者に対して償還額の支払いとこれ以外の賠償義務の確認を求めたというものである。

① BAG 8. Senat Beschluss vom 12. 10. 1989, BAG E 63, 120 は、このような現場監督者の義務は危険労働に該当しないが、このような労働者にも従来の責任軽減法理が適用されるべきだとした原審の判断を支持するが、これは従来の判例と異なるため、大部 (großer Senat) の判断を要請した。

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

② BAG Großer Senat Vorlagebeschluss vom 12. 6. 1992, BAG E 70, 337 は第八部の見解に同調したが、これは B G H の判例と相反するため、*Gründungsverbände* 連邦最高裁判所の共同部 (Gemeinsamer Senat) の判断を求めた。

③ *Gründungsverbände* BGH 6, Zivilsenat Beschluss vom 21. 9. 1993, NJW 1994, 856 はこの見解に結果的に従うことを決定した。

④ *Gründungsverbände* Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes Entscheidung vom 16. 12. 1993, BB 1994, 431 は共同部の審理を中止した。

⑤ これを受けて、BAG Großer Senat は危険労働に制限されない旨の本決定を行ったのである。

その後、BAG 8, Senat Urteil vom 16. 2. 1995 (JURIS 参照、未公刊) は本件事案に労働者の責任軽減法理を適用しつつ、被告たる現場監督の過失が中間の過失か最軽過失に属するかをさらに確定する必要があるとして、ニュルンベルクの労働裁判所に差し戻した。また、同法廷は同じ日に、*Sturmer* スチュワーデスが飛行に際してパスポートを忘れたため、アメリカの入国管理局から航空会社に三〇〇〇ドルの罰金が課されたという別の事案につき、このスチュワーデスに責任制限法理を適用して、これによる損害の三分の一の限度(当事者の合意による割合)で責任を認めた (NJW 1995, 3204)。

なお、責任制限法理を非危険労働にも適用すべき理由については、一九九二年および一九九四年の BAG の見解と一九九三年の B G H 第八部の見解の間で大きな対立が存在する。BAG によれば、次の二つの点が理由とされる。すなわち、①二五四条(過失相殺)は被害者に過失がある場合を規定するが、この法の文言を超えて、使用者である被害者が営業リスクを負う場合にも適用される。しかし、この営業リスクは単に企業の損害源の一部を把握しているに過ぎない。さらに、実際の組織権や人事権および労働者の人的従属性や指図拘束性という法的状態はこの組織リスク (Organisationsrisiko) をも一般的企業リスク (allgemeines Unternehmensrisiko) の要素として使用者に負わせることを正当化するから、これも使用者の帰責事由として考慮される。このような事業体の組織や労働条件の形成に関する責任は危険労働の場合だけでなく、危険でない労働の場合にも同じ程度に存在する。②労働者の無制限的な賠償責任は労働者の職業の自由 (Art. 12 Abs. 1 GG) や一般的な活動の自由 (Art. 2 Abs. 1 GG) という基本法上の権利に対する過度の侵害であり、労働者の生存の確保に必要な場合には、使用者の経済活動の自由は労働者の就業能力や給付能力に対して後方に退かなければならない。営業上指示され労働による損害を使用者に帰責することはこのような基本法上の客観的な評価秩序に適合する。

これに対して、B G H は第一の理由付けには賛同するが、第二の理由付けについては、これを拒否する。二五四条で考慮すべき要素に関して、これらの憲法上の権利を特別に強調する必要はないし、このような議論によって過失責任の修正ではなくて、これが放棄されたという誤解を与える恐れがあるからである。

- (52) Kurt Meier, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 1978, S. 34f. und S. 36f..
- (53) Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar, Bd. V/2 c. 3. Aufl., 1996, Art. 321e, N 24, S. 124.; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Bd. V/2 c. 4. Aufl., 2006, Art. 321e, N 24, S. 146.; Hans-Peter Egu, in Koskiewicz usw., Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2002, Art. 321 e, S. 361.
- (54) 立法化の試みの主なものとしては、たゞとせば、連邦政府によって設置された労働法典委員会 (Arbeitsgesetzbuchkommission) が一九七七年に労働法草案を公表、一九八九年および一九九三年、一九九五年にドイツ社会民主党 (SPD) が「労働者責任の規制に関する法律案 (Gesetzentwurf zur Regelung der Arbeitnehmerhaftung)」を連邦議会に提出、同じ一九九五年にヤンセン自由都中が労働契約法の草案を連邦参議院に提出、一九九六年にはフランケンブルク州が「労働法の修正のための法律案 (Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts)」を連邦参議院に提出した。この中で、(一) 二五五頁 Hansjörg Otto/Roland Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl., 1998, N 421ff., S. 260ff., 参照。
- なお、一九九二年一月二九日に連邦労働裁判所大部の裁判長から連邦労働・社会秩序省に対して「近頃の労働者責任法の規制についての発議を期待する」ことが出来るか否かの照会がなされたが、これに対する回答はなされなかった (Vgl., BAG GS Vorlagebeschluss vom 12. 6. 1992, BAGF 70, 337 S. 340f.).<sup>9)</sup> また、一九九四年の連邦労働裁判所大部は、即刻に立法化を促すことを期待して裁判所にやる法創造を一時見合わせるというは、いまだ知られていない (BAG GS Beschluss vom 27. 9. 1994, BAGF 78, 56, S. 63.)<sup>9)</sup> これは立法の遅れに対する裁判所の苛立ちを解するつもりではない。
- (55) 拙著・前掲註(一) 三〇五頁以下参照。
- (56) Kurt Meier, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 1978, S. 61f., S. 63f., S. 66.
- (57) Manfred Rehbinder, Basler Kommentar, OR I, 2. Aufl., 1996, Art. 321 e, N 5, S. 1728.; ders., Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl., 1997, 88 C II 1, S. 66.
- (58) すでに本文で言及したように、二〇〇〇年の法改正により、このような使用者の免責は廃止されたから、このような限定は現在では無意味である。
- (59) Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., 2007, Art. 321 e, N 24, S. 1795.
- (60) ちよび、使用者の求償権を定めた五五三項のうちの持ちこたえを便宜である。
- (61) Heinrich Honsell, Festgabe für Ulrich Lübbow, 1980, S. 485ff. (S. 498).

スイス債務法におけるリスク責任について (宮本)

(162) OGH Urteil vom 24. 8. 1995, DRdA 1996, 27. なお、この判例は一〇一四条の類推適用を否定するが、その理由は、事務管理の場合には、本人が事務管理者を意図的にこの事務の典型的な危険にさらしたのではないし、また、事務管理者が損害回避のために介入するかどうか、どのように介入するかにつき本人は影響を与えないという点にある。