

オーストリア一般民法一〇一四条の歴史的沿革とその適用範囲について

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)

113

(号 / Number)

1

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

79

(発行年 / Year)

2015-09-30

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00013574>

# オーストリア一般民法一〇一四条の歴史的沿革と

## その適用範囲について

宮本 健蔵

はじめに

### 第一章 ABGB一〇一四条の立法史

#### 一 委任者の無過失損害賠償責任

(1) 委任と他の契約類型の区別

(2) 委任者の損害賠償責任

#### 二 歴史的沿革

(1) 立法史

(2) 委任者の無過失賠償責任の取扱い

(3) 小括

#### 三 他の契約類型への準用

(1) 事務処理と結びついた雇用・請負契約とABGB一〇一

四条

(2) ABGB一一五一条二項の立法史

### 第二章 ABGB一〇一四条の理論的基礎の変遷

#### 一 起草者の見解

#### 二 初期の学説

#### 三 学説の展開

(1) 他人のためにする行為のリスク責任論

(2) 利益説

(3) 「委任者の計算と危険」説

(4) 小括

#### 四 リスク責任論をめぐる議論

(1) ファーバーの批判

(2) 若干の検討

### 第三章 事務管理とABGB一〇一四条の類推適用

#### 一 事務管理とABGB一〇一四条

(1) 事務管理に基づく義務

(2) 損害賠償

二 事務管理者の被った損害と本人のリスク責任

- (1) 学説
- (2) 判例
- (3) 社会保険との関連

三 事務管理者の損害賠償責任の軽減

- (1) 民法上の規定
  - (2) 責任制限の試み
- むすび

はじめに

オーストリアでは、労務遂行中に被った労働者の損害に関して、使用者は過失の有無を問わずこれを賠償すべき責任が判例法上認められている。すなわち、OGH一九八三年五月一三日(SZ 66/86)はこのような使用者の損害賠償責任を形式的には委任者の無過失損害賠償責任を定めた一〇一四条の類推適用、理論的には「他人のためにする行為のリスク責任」によって基礎づけた。また、労働者による使用者または第三者の加害の類型に関しては、被用者賠償責任法(DHG)が労働者の使用者に対する賠償責任の減免を明文で定める。これはオーストリア法の注目すべき特徴であるが、判例はこの類型に関しても一〇一四条の類推適用による労働者の賠償責任の軽減を肯定する。

このような労働契約への一〇一四条の類推適用をめぐっては、これまでに少なくとも二〇件を超える判例が公にされて<sup>(1)</sup>おり、また、通説的見解もこれを支持する。したがって、これは判例・学説上確定した法理であると評価できる。

このように一〇一四条は本来的な委任契約の領域ではなくて、雇用・労働契約において重要な役割を演じている。しかし、同条それ自体の歴史的な沿革や理論的な基礎を明らかにしておくことは、同条の雇用・労働契約への類推適用を論ずる際の資料として有用であるといえよう。本稿の目的は主としてこの点にある。また、近時、事務管理に關

しても、新しい判例が公にされたので、これに関しても見ることにしたい。

## 第一章 ABGB 一〇一四条の立法史

### 一 委任者の無過失損害賠償責任

#### (1) 委任と他の契約類型の区別

(a) オーストリア一般民法 (ABGB) は、第二二節「任意代理契約 (Bevollmächtigungsvertrag)」という表題の下で委任契約 (Auftrag) について規定する (一〇〇二条以下)。もっとも、その表題から明らかのように、本来的な委任に関する規定と代理に関する規定が混在しており、この点の注意が必要である。

ABGB では、委任はある者が有償または無償で他人の事務を他人の計算で処理すべき義務を負う契約をいうものとされる。この事務処理とは法律行為 (Rechtsgeschäften) または他の法的行為 (Rechtshandlungen) (例 契約交渉や財産の管理) を行うことである。そうでない純粋な事実行為 (歩道の掃除や物品輸送) は委任の概念に含まれない。このような純粋な事実的行為は委任ではなくて雇用または請負契約の領域に属する。<sup>(2)</sup> つまり、委任と雇用・請負契約はその対象が法律行為か、または純粋な事実的行為か否かによって区別される。<sup>(2)</sup>

また、雇用と請負の限定規準は時間的な労務給付で足りるか、それとも一定の結果を完成すべき義務を負うかにある。<sup>(3)</sup> 雇用と請負はいずれも「労務給付に関する契約 (Verträge über Dienstleistungen)」という表題の下で第二六節で扱われるが、総則規定を除くと、雇用契約は一一五三条以下、請負契約は一一六五条以下でそれぞれ規定される。

もっとも、雇用または請負契約が事務処理と結びつく場合には、委任に関する規定もこれに準用される（一一五一条二項）。

(b) ドイツ法と対比すると、委任と雇用・請負契約の限定規準が決定的に異なる。ドイツでは、無償性が両者の限定規準とされており、委任は無償の事務処理契約に限られる。この結果として、委任は法律行為に限定されず、純粋に事実的な行為をも含むことになる（広義の事務処理概念）。同様に、雇用・請負契約も純粋に事実的な行為だけでなく、法律行為も含むから、契約の対象たる行為の点では両者は同じである。

そうすると、「事務処理を対象とする雇用契約または請負契約」に委任の規定の準用を定めたBGB六七五一条一項における「事務処理」とは何かが問題となる。この規定は委任の規定が準用されない雇用・請負契約の存在を前提とするが、ここでの「事務処理」が広義の事務処理概念を意味するとすれば、すべての雇用・請負契約に委任の規定が準用されることになり、BGB六七五一条一項の前提と矛盾することになる。そこで、判例・通説は一般的な事務処理概念とは異なってこれを理解する（分離理論<sup>4</sup>）。これに対して、ABGB一一五一条二項はBGB六七五一条一項に相当するが、ここでは右のような問題は生じない。

さらに、雇用契約をめぐって重要な差異を指摘することができる。オーストリア法では、総則規定を含む一一五一条以下の意味での（真正な）雇用契約は「人的な従属性（persönliche Abhängigkeit）」を本質的なメルクマールとする（判例・通説<sup>5</sup>）。被用者は労働場所や労働時間、労働に関する容態を自由に定めることはできず、雇主の指揮監督に服し、その指図に拘束されて労務を給付しなければならない。この点では雇用契約は労働契約（Arbeitsvertrag）と同一である。このような従属性を有しない独立的な労務給付を内容とする契約は「自由な雇用契約（freier

Dienstvertrag)』と呼ばれるが、労働法および雇用契約法はこれに関して規定していない<sup>(6)</sup>。そこで、判例は人的従属性に由来しない雇用契約の規定(一一五二条・一一五九条・一一五九a条・一一五九b条・一一六二条ないし一一六二d条) に関しては自由な雇用契約への類推適用を肯定する<sup>(7)</sup>。

これに対して、ドイツ法では、民法上の雇用契約は人的従属性の有無を問わないから、真正な雇用契約および自由な雇用契約の両者を含む。人的従属性は労働法の適用範囲を画するものであり、労働法は人的従属性を伴う雇用契約(労働契約) に関してのみ適用される。

なお、わが国では、委任と雇用・請負契約の区別などについては、基本的にオーストリア民法と同じであるが、いわゆる自由な雇用契約は「準委任」(六五六条) に該当し、委任の規定に服する点で異なるといえよう。

## (2) 委任者の損害賠償責任

ABGBは委任者の義務として費用償還義務(一〇一四条第一文)と損害賠償義務(一〇一四条第二文・一〇一五二条)を定める。本稿の課題である委任者の損害賠償義務についてみると、これは次の三つの場合に分けられる。

(a) 委任者の過失による損害 一〇一四条第二文前段は「委任者は自己の過失によって生じた損害をすべて賠償しなければならぬ」と規定する。一〇一二条は受任者に関して同様に過失に基づく損害の賠償義務を定めており、両者は対応関係にある。しかし、加害者に過失がある場合にはこの損害を賠償すべきことは当然であるから(一二九三条以下)、これらの規定は損害賠償法の一般の規定を反復したに過ぎず、何ら特段の意味を有しない。

(b) 委任の履行と結びついた損害 委任者は過失の場合だけでなく、さらに、「委任の履行と結びついた損害

(mit der Erfüllung des Auftrages verbundener Schaden) をすべて賠償しなければならない」(一〇一四条第二文後段)。

(ア) ここでの責任要件は単に「委任の履行と結びついた損害」である。過失の有無は問題とされないから、これが無過失責任(リスク責任)であることは明らかである。生じた損害と委任の履行との「結びつき」について、判例<sup>(8)</sup>・通説は「委託された事務の増大した典型的な危険(erhöhte typische Gefahren des aufgetragenen Geschäfts)の結果として生じた損害」、すなわち「委任の原因に基づいて(ex causa mandati)生じた損害」をいうものと解する。この委託された活動によって損害発生蓋然性が一般的な生活リスクと比較して予見可能に増大しなければならぬ。単に「委任の機会から(ex occasione mandati)生じた損害」は賠償されない。

(イ) 一〇一四条によれば、「すべての損害」が賠償される。したがって、少なくとも積極的損害はすべて賠償されなければならない。積極的損害の種類は問題とならないから、物的損害だけでなく、人的損害、さらに財産的損害も一〇一四条により賠償される。<sup>(10)</sup>

(ウ) この委任者のリスク責任は無償委任だけでなく有償委任にも適用される。一部の学説は無償委任に限定するが、これは法の文言や体系に適合しない。一〇一四条は一〇一五条とは異なって、文理上無償委任に限られていない。また、雇用・請負契約は原則的に有償であるが、一一一条二項によれば、事務処理と結びつく雇用・請負契約に一〇一四条の規定が準用されるからである。<sup>(12)</sup>

(c) 偶然損害 受任者が事務処理(Geschäftsführung)に際して単に偶然的に(zufällig)被った損害は原則として賠償されない。しかし、受任者がこれを無償で処理することを引き受けた場合には(無償委任)、この偶然損害

の賠償請求権が受任者に認められる（一〇一五條）。ただし、この場合には、受任者の請求しうる賠償の範囲は有償委任であれば得たであろう報酬の最高額に制限される。

このようにA B G Bは一〇一四條および一〇一五條で委任者の無過失損害賠償責任を定める。ドイツ法やスイス法はこのような明文規定を有していないから、この点はA B G Bの特徴の一つといえる。

これに対して、わが国の民法典は一〇一四條に相当する規定を有する。六五〇條三項がそうである。もっとも、同條は「委任事務を処理するため」に被った損害と規定し、また受任者に過失がないことを要件とする点で異なる。また、一〇一五條のように無償委任の場合の特別な賠償責任は定められていない。

このようにA B G Bの委任者の無過失損害賠償責任の規定は非常に興味深いものであるが、このような規定は歴史的にどのように法典化されるに至ったのであろうか。オーストリア法における委任者の無過失損害賠償責任の歴史的な沿革を概観してみることしよう。

## 二 歴史的沿革

### (1) 立法史

A B G Bの成立過程は次の四つの段階に分けられる。テレジア法典、ホルテン草案、マルティニ草案、そして、マルティニ草案を原草案としてなされた審議である。<sup>(13)</sup>

(a) テレジア法典 女帝マリア・テレジアは一七五三年に民法典を作成するための編集委員会(Commissions-Commission)の設置を命じ、総督府の長官であるハウクヴィツ(Haugwitz)がこの編纂作業の責任者となった。

オーストリア一般民法一〇一四條の歴史的沿革とその適用範囲について(宮本)



オーストリア民法典の編纂作業はこの時に始まった。同委員会はブリュン (Brunn) で作業を行い、部分草案を提出した。しかし、これを改訂するための修正委員会 (Revisions-Commission) がウィーンに新たに設置され、その後、この委員会の下で進められた。そこでは、編集委員であったアッゾーニ (Azzone) が主要な役割を演じ、彼の死去した一七六〇年以降はツェンカー (Zenker) がこれを継承した。そして、一七六六年一月二五日に法典草案が女帝の裁可を仰ぐために提出された。これがテレジア法典 (Codex Theresianus) と一般的に呼ばれるものであるが、正規の法典ではなくて草案の段階にとどまる。

国務院 (Staatsrat) の審議では、国務大臣カウニッツ (Kaunitz) によって高く評価されたビンダー (Binder) が圧倒的な影響力を行使した。彼は草案の裁可を思い止まるべきことを主張した。草案の裁可に賛成したのはブリュンナー (Blümmgen) だけであった。

一七七〇年一〇月一四日、カウニッツは草案の改定を決議し、二年間の猶予期間を与えた。ホルテン (Horten) がこの改訂作業に従事したが、これも国務院の審議において種々の修正が加えられた。そして、一七七二年八月四日、マリア・テレジアはこれの更なる改訂を命じ、その際次の原則に従うべきものとした。すなわち、①法と教科書を混同すべきでないこと、②できるだけ簡潔に表現すべきこと、③曖昧さや不確性を回避すべきこと、④法それ自体においては、ローマ法に結びつけるのではなくて、自然的な衡平性が基礎とされるべきこと、また、法はできるだけ単純化し、不必要な注釈などによる条文数の増大を回避すべきこと、の四つである。これはビンダーやカウニッツの意見を採り入れたものである。

(b) ホルテン草案 テレジア法典の改訂作業はホルテン (Horten) を中心とする新しい委員会に委ねられた。

一七八〇年にマリア・テレジアが没してヨーゼフ二世が即位したが、この編纂作業はそのまま引き継がれた。一七八六年にホルテンが死去し、宮廷顧問官 (Hofrat) のケース (Keeg) がこれを継承した。彼らによって作成された第一編は同年の十一月一日に公布され、翌年から施行された〔「ヨーゼフ法典」と呼ばれる〕。

(c) マルティニー草案 一七九〇年にヨーゼフ二世が死去し、レオポルト二世が即位すると、編集委員会に代えてウィーン大学の自然法教授のマルティニー (Martin) を中心とする宮廷立法委員会 (Hofkommission in Gesetzachen) が設置された。

一七九二年にフランツ二世が帝位に着いたが、編纂作業はそのまま継続された。そして、マルティニーは一七九四年に民法典の第一編の改定案を提示した。これは行政部の高級官僚の強い反発を受けたため、新たに宮廷修正委員会 (Revisions-Hofkommission) がロットェンハン (Rottenhann) の下に設置されて、さらに検討が加えられた。そして、一七九六年に完全な草案が提出された (マルティニー草案)。

一七九七年一月一二日にマルティニーが健康上の理由から引退を表明すると、ケース (Keeg) によって若干の字句の修正が施されて、これが同年二月一三日に西ガリツィーエンに (西ガリツィーエン法典 (Westgalizisches Gesetzbuch))、さらに同年一月一八日に東ガリツィーエンに法律として公布された。<sup>(14)</sup> ガリツィーエン地方に限るとはいえ、包括的な民法典としては、これが公布にまで至った最初のものである。

(d) 原草案とツァイラーの提議

(ア) 一七九四年に新たに宮廷修正委員会が設置された結果、最高司法庁を後ろ盾とする宮廷立法委員会と総督府の

オーストリア一般民法一〇一四条の歴史的沿革とその適用範囲について (宮本)

意向を受けた宮廷修正委員会の間で主導権争いが繰り広げられることになった。<sup>(15)</sup>そこで、フランツ二世は一七九六年一月二〇日に、両委員会を一つに統合すること、および、マルティーニ草案を各ラントの立法委員会に意見具申のために通知することなどを命じた。

これに基づき、一七九七年に草案は各ラント立法委員会に一年の期限を区切って意見聴取のため送付された。しかし、各ラント立法委員会は期限を遵守せず、一八〇一年になって初めて完全になされた。そこで、同年の二月二日に第一回の委員会が開催された。ここでは、西ガリツィーエン法典とほぼ同じものが原草案 (Urentwurf) として審議に付された。<sup>(16)(17)</sup>

(4) この新しい委員会では國務大臣のロッテンハンが議長を務めた。そして、実質的な責任者となったのはツァイラー (Franz von Zeiler) であった。彼は最初の委員会の冒頭で民法典編纂の意義、これまでの編纂作業の経緯、および改訂作業に関する諸原則などにつき詳細な基調報告を行った。その後、ツァイラーが各立法委員会の意見を集約して各条文ごとに報告し、自己の見解を明らかにした上で、これに基づいて審議が行われた。

第一読会は一八〇一年二月二日から一八〇六年二月二日の第一三二回まで続いた。その後、第二読会が第一三三回 (一八〇七年五月四日) から第一六〇回 (一八〇八年一月四日) まで、第三読会が第一六一回 (一八〇九年一月一三日) から第一七四回 (一八一〇年一月四日) まで行われた。そして、フランツ二世の裁可を得て、一八〇一年六月一日に公布され (JGS Nr. 946/1811)、翌年の一月一日から施行された。これによってオーストリア全体の民法典が約六〇年の歳月を経て完成したのである。

その後、種々の改正がなされてはいるが、<sup>(18)</sup>現在でも現行法として維持されている。<sup>(19)</sup>

(2) 委任者の無過失賠償責任の取扱い

(a) テレジア法典 [Codex Theodosianus (1766)]

(ア) テレジア法典は、第三編「人的債務関係 (Personlichen Verbindungen)」の第五章「指図契約 (Befehlscontract)」で委任契約を規定する<sup>(28)</sup>。その主要な部分は次の通りである。

第一条「指図契約の本質と特性」

一号 指図契約とはある者が他の者から委託された事務の処理を無償で (umsonst) 引き受ける好意的な合意 (gutwillige Vereinigung) による。

四号 しかし、この契約の本質は、完全な達成後に感謝のために褒美や尊敬 (Verehrung)、『謝礼 (Vergeltung)』が提供され、または初めにそれに関して何かを与えることを約束し、あるいは一定の種類の事務に従事することによってその生活費を得ようとする者、たとえば弁護士や公証人、交渉使節などから、予めの約束なしに、この職業的活動に対して何かを要求されるとしても、これによって変更されない。

第六条「指図者または委託者の反対債務とこれに向けられた債権」

七三号 指図された事務の遂行に関して被指図者の財貨に指図者の最軽過失に基づいて生じた損害は同様に被指図者に賠償されるべきである。しかし、偶然から生じた損害または被指図者自身の過失がその契機を与えた損害は賠償されない。

七四号 すなわち、ある者を自宅に泊めることを指図された被指図者が自己の過失なしにこの者によって盗まれた場合には、指図者は盗まれた財貨の価値を賠償する義務を負う。ただし、この者の性質について十分に告知しなかったことは指図者の過失と評価すべきだからである。

七五号 これに対して、指名なしに有用な召使いの調達を懇請された被指図者がこの召使いを自宅に滞在させている時に彼によって盗まれた場合には、指図者に過失があるのではなくて、その者の選択において注意深く行爲しなかつたという過失が被指図者にある。

七六号 被指図者が委託された事務の遂行中に (in Ausrichtung des aufgetragenen Geschäftes) 自己の財貨に被つた偶然損害は、指図者の過失がそこに紛れ込まず、さらに、このような偶然に関する賠償を被指図者に予め約束していない場合には、指図者の負担に帰することはできない。すなわち、指図の遂行のために行われた旅行中に略奪されたときは、彼はこの損害を自分で償わなければならない。

七七号 危険が指図者に恐らく知られており、被指図者が指図者から警告されずに、委託された事務を悪意なしに善意で引受けた場合、あるいは、被指図者がこの指図の遂行を任意ではなくて、指図者に対する義務的な忠実さから引き受けた場合には、この指図の委託がなかつたとすれば損害が回避されたであろうときは、指図者は単なる偶然によつても被指図者の財貨に生じた損害を衡平上賠償しなければならない。

#### 第七条「相互の過失と危険」

七八号 これと異なり、単なる偶然に関しては、これが明示的な約定によつて引き受けられていないときは、誰も相手方に対して義務を負わず、偶然によつて自己の財貨に生じた損害は各人が自分で負担しなければならない。[...]

八九号 被指図者に託された指図者の物が偶然的に滅失した場合には、指図者は被指図者に対して、反対に被指図者が委託された事務の遂行中に自己の物に偶然損害を被つたとすれば被指図者が指図者に賠償請求できるよりも少ない賠償を請求することができる。

これによれば、委任契約は原則として無償の好意契約である(第一条一号)。しかし、他方では、当時の普通法の

学説を反映して、褒美や報酬が事後的に提供され、あるいは事前に約束された場合でも、契約の本質は変更されないと規定する（同条四号）。つまり、これらの褒美などは有償委任とは異なって委任事務の対価を意味しない。したがって、理論的には委任の無償性は維持されたままである。<sup>(21)</sup>

委任者（指図者）の損害賠償責任に関しては、極めて個別的に規定されている（第六条七三号ないし七七号、第七条八八号・八九号）。しかし、原則的には、偶然損害に関しては、受任者（被指図者）は委任者に賠償請求できず、これを自分で負担しなければならない（第七条八八号）。つまり、最軽過失であれ、過失が委任者に存在する場合にはのみ、損害賠償請求権が受任者に認められるに過ぎない（第六条七三号）。ローマ法源にも見られる具体的な事例が個別的に第六条七四号ないし七六号で明らかにされている。

これに対して、第六条七七号は二つの例外を定める。一つは、ある危険が委任者に恐らく知られていたが、受任者は彼から警告を受けなかったという場合である。もう一つは、受任者が任意ではなくて、委任者に対する義務的な忠実さから、この命令の実行を引き受けた場合である。これらの場合には、委任者は衡平上受任者の偶然損害を賠償すべき責任を負う。

注意すべきは、まず第一に、前者の事例は今日の見解では委任者の有責な説明義務違反として把握されるから、これは委任者の過失に基づく賠償という本来の原則の適用事例に属することになる。したがって、後者の事例が本来的な例外となる。また、偶然損害の賠償は完全な損害の賠償を目的としたものではなく、衡平による賠償に限られる。このようにテレジア法典では、現行民法典の一〇一四条や一〇一五条と同じような構想の萌芽はまだ見い出されない。

(イ) これと異なり、雇用契約に関しては、雇主の無過失損害賠償責任が明文で規定されている。テレジア法典では、第三編「人的結合について」ですべての債務関係が包括的に扱われているが、しかし、雇用契約に関する規定は存在

しない。したがって、雇用契約に関しては、第一編「人事法 (von dem Recht der Personen)」の第七章「被用者 (von Dienstleuten)」の規定が適用されることになる。具体的には、次の条文である。

第二條<sup>(22)</sup>

三〇号 雇主 (Herr) は被用者 (Diener) を保護し、不当に厚かましい言動から守り、被用者の過失なしに労務によって生じた物の損害を彼に賠償し、また、命じられた危険な仕事に、または雇主のその他の指図から生じた被用者の生命や健康に対する損害を賠償すべき義務を負う。この場合、裁判官は原告たる被用者をその行為それ自体から判明する衡平に従って争いのない状態に置かなければならない。

これによれば、雇主は保護義務と並んで、労務者の過失なしに労務により被った物的損害、および命じられた危険な仕事に、または雇主のその他の指図により生じた労務者の生命・身体に関する損害を賠償すべき義務を負うものとされる。

この規定はその後の法典化作業の過程で忘れ去られたが、テレジア法典において、すでに使用者の無過失損害賠償責任が認められていたことは大変興味深い。また、現行法でも、一〇一四条は雇用契約に準用されるが、しかし、事務処理を対象とする雇用契約に限られる(一一五一条二項)。事実的な雇用契約に関しては、一〇一四条を類推適用するのが現在の判例・通説である。テレジア法典が事実的な雇用契約を含むすべての雇用契約に使用者の無過失損害賠償責任を規定したことは、このような判例・通説による解決の先取りであると言えることもできよう。

(b) ホルテン草案 [Entwurf Horten (1787)]

ホルテン草案は、第三編の第一六章で任意代理契約 (Bevollmächtigungstracte) について定める。<sup>(23)</sup> その主たるものは次の通りである。

第二条 他人の事務の処理は無償で引き受けられなければならない、これと異なり、これに対して賃金が約束される場合には、これは雇用契約である。けれども、事務の達成後に、謝礼や尊敬、お返しが感謝のためにこの者に提供される場合には、この契約の本質は変更されない。

第三条 身体的な労務によってではなくて、むしろ理性や知力 (Kräfte des Verstandes und Geistes) によって成し遂げられるような事務の委託と引受けは、初めからその遂行に対して一定の謝礼が約束された場合でも、常に任意代理契約であると看なされる。[…]

第三条 また、委託を行った者の過失によってであれ、あるいは偶然 (ungefährer Zufall) によってであれ、委託された事務を行う際に任意代理人 (Bevollmächtigter) の財貨に生じたすべての損害は彼に賠償されなければならない。けれども、任意代理人は、彼の側にすべての過失がなく、かつこの偶然が専ら (einzig und allein) 委託された事務の処理に基づいて彼に生じた場合でなければ、偶然損害の賠償を請求することはできない。

このホルテン草案でも、委任の無償性は基本的には維持されているが (第二条第一文)、しかし、事後的な謝礼等の提供等が認められるとともに (第二条第二文)、高度の精神的労務に関しては、一定の謝礼の支払いが予め合意された場合でも、委任契約として扱われる (第三条)。

この点では、ホルテン草案はテレジア法典と比べて大きな違いはない。しかし、委任者の責任の問題については、

オーストリア一般民法二〇一四条の歴史的沿革とその適用範囲について (宮本)



委任者の過失は必ずしも不可欠なものとはされていない。ここでは、委任者の過失責任と無過失責任が併存的に規定される。すなわち、「委任者の過失によってであれ、あるいは偶然によってであれ」、受任者の財貨に生じた損害はすべて賠償される(第三三条)。ただし、偶然損害に関しては、任意代理人に過失がなく、かつ、この偶然が専ら委託された事務の処理のために彼に生じた場合に限られる。

このようにホルテン草案は委任者の過失責任と無過失責任を併存的に定める点で、現行民法典の一〇一四条と同じである。しかし、偶然損害の賠償責任の限界付けは現行民法典と比べると余り明確とは言えない。

(c) マルティーニ草案 [Entwurf Martini (1796)]

マルティーニ草案は委任に関して次のように規定する。<sup>(24)</sup>

第三編

第四章 助言契約 (Empfehlungsvertrag) と寄託契約 (Hinterlegungsvertrag)

第一条 とりわけ、ある者が他人の事務を処理し、あるいは他人の物を保管する場合には、無償の労務給付が行われる。一方の者がこの尽力を約束し、他の者がこの約束を受諾した場合には、前者では助言契約、後者では寄託契約が存在する。

第三条 他人の事務の処理に関して、謝礼が単に黙示的にせよ約定された場合(これはこの事務を引き受けた者の身分や職業から明らかになるに違いない)、あるいは、他人の物の保管者に賃金が提供されるべき場合には、これらの契約は単なる世話好き (bloße Dienstfertigkeit) を目的とするのではなくて、むしろ交換行為 (Tauschhandlungen) に属する。

第二条 誠実な占有者に対する償還と同じように、委任者 (Machtgeber) は受任者 (Gewalthaber) に事務処理のために支出した費用を償還すべき義務を負う。委任者の過失によって生じたか、または委任の履行と結びついた損害も受任者に賠償され

るべきである。

第十三条 しかし、単に予期しない偶然 (unvermutheter Zufall) によって生じた損害は、雇われた弁護士であれば、そこでなされた尽力につき彼に支払われるであろう最高の査定額の限度で、受任者に賠償されるに過ぎない。

このマルチーニ草案では、委任の無償性が厳格に貫徹された(第一条)。受任者の身分や職業から報酬が黙示的に約束されたことが明らかとなる場合には、委任契約ではなくて交換行為 (Tauschhandlungen) に属するものとなる(第三条)。もっとも、「交換」に関する第五章には、有償の事務処理契約に関連する規定は存在しない。

次に、委任者の賠償責任についてみると、委任者の過失責任と無過失責任を併存的に規定する点ではホルテン草案と同様である。しかし、マルチーニ草案の注目すべき点は、委任者の無過失責任に関して「委任の履行 (Erfüllung des Auftrages) と結びついた損害」(第十二条)と「予期されない偶然 (unvermühter Zufall) によって生じた損害」(第十三条)の二つに分けて規定したこと、および、後者の場合には、賠償額は仮定的な報酬額に限るとしたことにある。

このような構想は基本的に一〇一四条と一〇一五条と同じであって、現行法の原型はこのマルチーニ草案に求めることができよう。もっとも、マルチーニ草案では委任は無償のものに限られていた点に注意が必要である。

(d) 原草案 [Urentwurf (1797)]

原草案における委任に関する規定は次のようなものである。<sup>(25)</sup>

第三編

第四章 助言契約と寄託契約 (Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen)

第一〇二条 とりわけ、ある者が他人の事務を処理し、あるいは他人の物を保管する場合には、無償の労務給付が行われる。一方の者がこの尽力を約束し、他の者がこの約束を受諾した場合には、これによって、前者では助言契約 (Empfehlungsvertrag) が生じ、後者では寄託契約が生ずる。

第一〇四条 他人の事務の処理に関して、単に黙示的に報酬が約束された場合 (これは事務処理者 (Geschäftsträger) の身分や職業から容易に判断できる)、または他人の物の受寄者がこれに関して報酬を得べき場合には、これらの契約はもはや単なる世話好きに基づかない。これらは交換行為に属する。

第一一三条 委任者 (Machtgeber) は受任者 (Gewalthaber) に事務処理のために支出したすべての費用を、誠実な占有者に対してなされると同じように、償還すべき義務を負う。さらに、委任者は、彼の過失によって生じたか、または委任の履行と結びついたすべての損害を賠償しなければならない。

第一一四条 受任者が事務処理に際して単に偶然に (zufälliger Weise) 損害を被った場合には、委任者は、雇われた事務処理者 (Gedungener Sachwalter) がこの事務を行うとすれば支払われるであろう報酬の最も高い査定額以上のものを受任者に賠償する必要はない。

原草案でも、委任の無償性は維持された。第三編第四章の第一〇二条および第一〇四条はそれぞれマルチーニ草案の第一条と第三条に対応する。文章表現に若干の変化が見られるが、内容的な差異をもたらすものではない。

また、委任者の責任に関しても、原草案第一一三条および第一一四条はマルチーニの第一二条と第一三条にそれぞれ対応する。しかし、「予期されない偶然 (unvermünter Zufall)」という文言は削除され、現行民法典の一〇一

五条と同一の「偶然に (zufälliger Weise)」という表現に改められた(第一一四条)。もっとも、このような文言の変更がなされた理由は明らかではない。また、これによって内容的な修正が意図されたかどうか不明である。

(e) ツァイラーの提議

(ア) 一八〇五年三月一日の第八四回委員会で、原草案第一〇二条および第一〇四条の審議が行われた。<sup>(26)</sup> 第一〇二条に関しては、ウィーン大学法学部はラテン語の「contractus mandati」を十分に表現していないとして「助言契約 (Empfehlungsvertrag)」という用語を用いることに反対した。ツァイラーはこの異議を受け入れて、「助言契約」に代えて「代理契約 (Vollmachtsvertrag)」を用いることを提案した。しかし、ここで扱われる契約の概念をより明確にするために、「任意代理契約 (Bevollmächtigungsvertrag)」の用語を使うことが決定された。また、寄託契約は別のところで定めるものとして、第三編の第四章では単に「任意代理契約」が扱われることになった。

その結果、第一〇二条は「ある者が彼に委託された事務を他人の名で処理することを引き受ける契約は任意代理契約である」と改められた。第一〇四条についても、寄託に関連する部分を削除し、さらに、明示的・黙示的な報酬の合意がある場合につき「交換行為 (Tauschhandlungen)」ではなくて、「有償契約 (entgeltlicher Vertrag)」に属するものとされた。

委任の無償性との関連では、原草案第一〇二条の「無償の労務給付 (unentgeltliche Dienstleistungen)」という限定が削除され、また、第一〇四条の右の改正から明らかなように、報酬が合意された場合につき、原草案の第五章「交換 (Tausch)」の適用を受ける別個の契約(交換契約)としての位置づけが放棄された。これによって、委任契約の無償性が否定され、委任契約は有償委任を含むことが明瞭になったといえよう。

(イ) 一八〇五年三月一八日の第八五回委員会では、原草案の第一一三条および第一一四条が審議された<sup>(27)</sup>。第一一三条前段の費用償還請求について、受任者を「誠実な占有者」と類似して扱うことを止め、受任者は「失敗した結果の場合じやえ (selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge)」費用の償還を請求しうることを明らかにした。また、費用の前払請求権が追加された。費用請求権に関してはこのような改正がなされたが、これに対して、後段の委任者の損害賠償義務については何も変更されないままであった。

第一一四条の偶然損害の賠償責任に関しては、委任契約が有償委任に拡張されたことに伴い、無償委任の場合に限ることを明らかにした<sup>(28)</sup>。また、この場合の賠償額を「雇われた事務処理者 (gedungener Sachwalter)」を基準とした報酬の最高額ではなくて、「有償契約であれば支払われるであろう報酬の最高額」に改められた。

このように委任を有償委任に拡張し、また、無償委任への制限を第一一四条に関して追加し、第一一三条後段についてはこれを追加しなかったことから考えると、第一一三条後段の委任者の損害賠償責任は有償委任にも適用されるというのが立法者の見解だということが出来る。この点で、委任者の賠償責任はマルティーニ草案よりも拡張されており、また、委任の無償性に責任の基礎を求める従来の見解が貫徹できなくなったことに注意すべきであろう。ただし、このような委任者の責任を拡張する立法者の動機は立法資料からは窺い知ることができない。

### (3) 小括

委任者の損害賠償責任に着目すると、当初は、過失責任の原則とこれの例外とされたが(テレジア法典)、その後、過失責任と無過失責任が併存的に規定され(ホルテン草案)、さらに、後者は「委任の履行と結びついた損害」と

「予期しない偶然」または「偶然に」生じた損害の二つに分けて規定された（マルチイーニ草案、原草案）。

この段階までは、委任は原則として無償委任に限られていたが、ツァイラーの提議に基づき、有償委任も委任に包含されるに至った。その結果、「委任の履行と結びついた損害」の賠償は無償委任だけでなく有償委任にも適用されこれに対して、「偶然に生じた損害」は無償委任に限定された。これによって、委任者責任に関する現行法の規定が完成するに至った。A B G Bは有償委任においてこのような委任者の無過失賠償責任を認めた初めての立法例である。

### 三 他の契約類型への準用

#### (1) 事務処理と結びついた雇用・請負契約とA B G B一〇一四条

委任はある者が有償または無償で他人の事務をその者の計算で処理すべき義務を負う契約である（一〇〇二条）。委任の対象たる事務処理は法律行為やその他の法的行為を意味する。純粹に事実的な行為は委任ではなくて、雇用契約（Dienstvertrag）または請負契約（Werkvertrag）に属する。すなわち、一定の時間相手方のために労務を給付すべき義務を負う場合には雇用契約が成立し、単なる労務給付ではなくて仕事の完成を引き受けた場合には請負契約が成立する（一一五一条一項）。

A B G Bは一一五三条以下で雇用契約を、また一一六五条以下で請負契約をそれぞれ詳細に規定しており、委任に関する規定は雇用・請負契約には適用されないのが原則である。しかし、「事務処理が雇用・請負契約と結びついてる限りでは、任意代理契約に関する規定も遵守されなければならない」とされる（一一五一条二項）。

したがって、事務処理的要素を含む雇用・請負契約に関しては、一〇一四条に基づいて、使用者または注文主は被用者や請負人の被った損害につき委任者と同様に無過失賠償責任を負わなければならない。このことは条文上明らか

である。

(2) A B G B 一一五一条二項の立法史

(a) この規定の歴史的な沿革をみると、すでに述べたように、(ア) テレジア法典は使用者の無過失損害賠償責任に関する規定を有していた(第一編第七章第二条三〇号)。そこでは、事務处理的要素を含む雇用契約という限定はない。

(イ) ホルテン草案ではこの規定は引き継がれなかったが、第三編第一二節では、「身体的な活動によってではなく、理性と知力によって実行される仕事 (Verrichtung) は金銭で評価し得る労務に属しない。このような労務の給付に関して契約が締結された場合には、この契約は労務給付契約 (Dingungscontract) ではなく、また、これに対して約束された報酬は賃金ではない。この契約と報酬は第一六章(任意代理契約)の規定により判断されるべきである」との規定が置かれている(第九四条)<sup>(30)</sup>。

これは一一五一条二項のように雇用契約の中で特殊な形態を認め、これに関する法の適用を特別に定めたものではない。そうではなくて、これは単に雇用契約と委任契約の区別を規定するに過ぎない。この規定が委任に関する第三編第一六章の第三条と内容的に全く同一であることから、このことは容易に理解することができる。そうだとすると、この規定は何ら独自の意味を有しない。まして一部の雇用契約に関して使用者の無過失損害賠償責任を特別に規定したものとはいえない。

(ウ) マルティーン草案では、「労務給付契約 (Dingungs- und Verdingungsvertrag) のとりもつ他の契約 (andere Verträge) が同時に起こることは時々生ずる」として、「このようなすべての事例では、それぞれの特別な事

務に適する法律上の規定が遵守されるべきである」とされる（第三編第八節第二七条<sup>(31)</sup>）。

これによれば、たとえば雇用契約と同時に委任類型に属する特別な事務の委託がなされた場合には、この限度において、委任契約に関する規定が適用されることになろう。

(エ) 原草案は「労務給付契約と他の従たる契約 (andere Nebenverträge) が一つになっている (vereinigen) 場合には、(…) それぞれの事務に適する法律上の規定が遵守されなければならない」とした（第三編第八節第二七八条<sup>(32)</sup>）。

労務給付契約と従たる契約が合体する具体的な例として、物品管理人 (Güterverwalter) に金銭や他の物品の保管を依頼し、あるいは特別な事務を同時に委託する場合、またはこのような事務が委託なしに彼によって引き受けられた場合が当該条文の中で明示的に挙げられている。これはマルティニ草案の例示するものと全く同一である。したがって、両者は規定表現を異にするが、内容的には完全に一致している。

(オ) 一八〇五年七月八日の第九四回会議で右の規定は審議に付されたが、ツァイラーはこの条文につき特に意見を述べなかった。しかし、審議の結果、一般原則から推論しうるとして、これらの具体例を規定から削除することが決定された（なお、決算報告義務についても削除<sup>(33)</sup>）。

そして、第一草案では、「労務給付契約 (Dingungs- und Verdingungsvertrag)」から「賃金契約 (Lohnvertrag)」に用語変更がなされて、これが第二八六条となった。改訂草案および最終草案では第一一四七条となり、最終的に A B G B の第一一五九条として成立した。すなわち、「他の従たる契約が賃金契約と結びつく (verbinden) 場合には、それぞれに適する法律上の規定が遵守されなければならない」。



(b) 当初の A B G B では、この規定が属する第二六節は「勞務給付に関する有償契約」という表題の下に、賃金契約 (Lohnvertrag) と出版契約 (Verlagsvertrag) 、<sup>33)</sup> 僕婢契約 (Gesindevertrag) について定めていた。つまり、雇  
用契約と請負契約は区別されず、両者を含む統一的な類型として「賃金契約」が構想されていた。

しかし、時代の経過とともに労働形態が変化し、これに應じて種々の特別法も制定されるに至った。そこで、一九一六年の第三回部分改正法 (III. Teilnovelle, RGBl. Nr. 69/1916) はこの第二六節を全面的に改正し、勞務給付に関する契約に新たな枠組みを与えた。

すなわち、表題を「勞務給付に関する契約」に改め、その下で雇用契約と請負契約をそれぞれ独立の契約類型として定めた。また、出版契約は維持されたが、僕婢契約は削除された。

その後、雇用契約に関して若干の改正がなされたが、<sup>34)</sup> これを除くと、一九一六年の雇用契約に関する規定はそのまま維持されている。

(c) この第三回部分改正法によって、従来の一五九条は現行の一五一条二項に置き換えられた。その際、「賃金契約」が内容的に「雇用・請負契約」に変更され、これと結びつくものが「従たる契約」から「事務処理」に限定された。また、この限定の当然の帰結として、法的効果の面では、遵守すべき対象は「それぞれに適する法律上の規定」から「任意代理契約に関する規定」に変更された。

問題となるのは、なぜこのような限定がなされたかである。この点に関して、貴族院の報告書は次のように述べている。<sup>35)</sup> すなわち、これまで一一五九条によって言及された、雇用または請負契約と他の契約の関係は本来的には単に任意代理契約に関して法律上明確にする必要があるに過ぎない。けだし、「事務処理」(一〇〇二条) それ自体は一種

の「労務給付」であり、これに関する契約は労働契約と評価されるべきだからである。そこで、「事務処理」に限定した上で、これまでオーストリア法によれば存在していたような「賃金契約」と「委任 (Auftrag)」の関係を本質的に変更することなしに、旧一一五九条に相当する規定を一一五一条の第二項として付加した。

このように改正法は雇用・請負契約と結びつくのは「従たる契約」というよりも「事務処理」に限られるという認識に基づいて、従来の規定を文言的に修正したに過ぎないといえよう。

## 第二章 ABGB 一〇一四条の理論的基礎の変遷

### 一 起草者の見解

このような委任者の無過失責任はどこにその理論的基礎が求められるのだろうか。歴史的には、委任契約の無償性すなわち「好意で活動する者は不利益を負担しない」という功利思想 (Utilitätsgedanke) によって、これは基礎づけられた。

しかし、ABGBは一方では委任者の無過失責任を認め、他方で、委任を有償の場合にも拡張した。これに伴って、委任者の無過失責任は有償委任の場合にも適用されるに至った。これを編纂上の過ち (redaktionelles Versehen) に基づくものということはできない。起草者は一〇一五条の規定を意識的に無償委任に制限した。それにも関わらず、起草者が一〇一四条に関してはこの点を見落としたと評価することは許されないからである。<sup>(36)</sup>

このように有償委任にも委任者の無過失責任を認める場合には、無償性を前提とする右の功利思想はもはや妥当し

ない。そこで、これに代わる理由づけが必要となるが、立法資料の中では、これに関する説明は何も見当たらない。もっとも、ツァイラーはそのコンメンタールの中で、一〇一五条に関しては、衡平の考慮 (billige Berachtung) に基礎を求めている。<sup>(37)</sup> すなわち、無償の受任者は少なくとも彼の財産に損害を被らないことを望んでおり、また、親切で引き受けたのでないとすれば、委任者は報酬を合意した蓋然性が非常に高いが故に、仮定的な報酬の最高額の限度で賠償されるべきであるという。これと異なり、一〇一四条に関しては、火災からの物の救出の例を挙げるに留まり、理論的根拠については言及していない。

## 二 初期の学説

民法典の施行後から一九七〇年頃までは、多くの学説は、すでに普通法で展開された「委任の原因に基づいて (ex causa mandati)」生じた損害と「委任の機会から (ex occasione mandati)」生じた損害の区別を前提として、一〇一四条は前者の損害、一〇一五条は後者の損害に関して定めたものと理解し、その上で、「委任の原因に基づく損害」の概念を検討している。ここでは、このような委任者の責任の理論的な説明は意図されていない。

このような中において、ドグマ的な基礎に言及する学説も幾つかみられる。これらは大きく三つのグループに分類することができると思われる。

(a) 衡平説 ウンガー (Unger) によれば、委任者が委任の遂行から生じた損害を負担しなければならぬということは、委任者がこれから利益を有するが故に衡平であるという。<sup>(38)</sup> そして、この衡平の観点から、委任者の責任を委任の履行と原因的な関連に立つか、これと直接的に結びついている損害に限定する。

(b) 営業危険説 ショイ (Schey) は、一〇一四条の責任は「全く現代的な思想 (durchaus moderner Gedanke)」に基づくと考える。すなわち、それが委任者の事務であり、受任者はこの委任者の事務に従事しているが故に、委任者がこの営業危険 (Betriebsgefahr) を負担すべきは当然であるとす。

また、シュタンツル (Stanzl) は、一〇一四条によって営業危険すなわち委託された事務の典型的な危険に関する委任者の責任が定められたと述べるが、その理由として、受任者が委任者の事務を処理していること、および受任者が委任者のために行為していることに求める。そして、営業危険の考えは現代法では益々広く採用されていると述べる。これらの点から考えると、シュタンツルはショイの見解を支持するものと言えよう。

なお、エーレンツヴァイク (Ehrenzweig) は「現代の賠償義務思想 (moderner Haftpflichtgedanke)」がここに現れているとするが、<sup>(41)</sup>これがショイの営業危険を意味するかどうかは明らかではない。

(c) 企業の理念説 ヴィルブルク (Wilburg) によれば、<sup>(42)</sup>企業者 (Unternehmer) は経済的な合目的性の観点から、第三者に対する危険責任が企業者に集中すると同じように、内部関係でも関与者に対して一定の損害の危険を負担しなければならない。報酬と引換えに企業者に仕える従業員とは異なり、企業者は「費用と収益 (Kosten und Gewinn)」の相互作用を考慮している。また、企業者は損害の予防措置を講ずることができるとともに、保険の締結によってこれに対処することもできる。これらの事情は、損害の危険を典型的に計算に入れる状態にあるような損害に関する企業者の増大した責任に賛同するという。

これは契約関係における損害賠償義務に関して一般的に述べたものであるが、同様の観点は委任者の責任に関して

も妥当する。何故委任者は委任遂行中の危険に関して責任を負わなければならないのかという問いに対して、「企業理念 (Idee des Unternehmens)」すなわち委任者はある活動の「利益と不利益 (Vor- und Nachteile)」をその経済的な関連では結びつけて考えていることから説明できるとする。<sup>(43)</sup>

前述した「営業危険」の考え方は「他人の事務の処理」という点に主眼を置くものであるが、企業理念説はこのような客観的な性質よりも、企業者による経営上の抽象的な計算を基礎とする点で異なるといえよう。

### 三 学説の展開

#### (1) 他人のためにする行為のリスク責任論

ドイツでは、一九六一年一月一〇日の大部の決定 (蟻酸事件)<sup>(44)</sup> を契機として、学説では「他人のためにする行為のリスク責任論」(以下、リスク責任と略) が展開された。<sup>(45)</sup> これは利益思想と危険設定思想を基礎として、物に関する従来の危険責任に相当する無過失責任 (リスク責任) が「他人のためにする行為」の受益者に課されるとするものである。この原則は委任関係や事務管理、さらに雇用・労働関係にも共通して妥当し、委任者や事務管理における本人、さらに使用者はこの原則に基づいて受任者や事務管理者、労働者の被った損害に関してリスク責任を負う。

このリスク責任論は、一九七〇年代以降のオーストリアの学説にも影響を与えた。<sup>(46)</sup> オーストリアでも労働関係、とりわけ労働者の物的損害に関する使用者の責任が議論されるようになったが、学説は一〇一四条の中に「他人のためにする行為のリスク責任」という一般原則の表現を見だし、同条の労働関係への類推適用を肯定するに至った。<sup>(47)</sup>

(a) 先駆的学説 オーストリアにおいてドイツのリスク責任論を初めて導入したのはクラマー (Kramer) である。<sup>(48)</sup>

彼は、カナリスやシュタインドルフに依拠しながらリスク責任の一般原則を肯定し、これは委任の履行と結びついた損害の賠償責任を定める一〇一四条に関して妥当すると主張した。これに基づいて、営業の中に持ち込まれた労働者の物の損傷、および労務の履行に際して労働者の被った物的損害に関して、使用者の無過失損害賠償責任を肯定する。

クライン (Klein) は労働者の物的損害に関して論ずる。<sup>(49)</sup> 彼はドイツの蟻酸事件判決の紹介およびその検討を通して、オーストリアでは一〇一四条の類推適用によるべきだと主張した。

彼によれば、一一五一条二項の事務処理概念は一〇〇二条と同一であって純粋な法律行為だけでなく「その他の法的行為」も含まれるが、労働者が使用者の利益領域で自己の物を使用することは、単なる事実的行為というよりも「その他の法的行為」に近い。そうだとすると、物的損害に関しては一〇一四条を類推適用して使用者に営業危険を負担させることが妥当である。そして、一〇一四条の背後には、カナリスの主張するリスク責任の原則を見いだすことができるという。

(b) 判例 このようなリスク責任論は、その後、OGHによって明示的に採用された。すなわち、OGHは一九八三年五月三十一日の判決 (SZ 56/86)<sup>(50)</sup> で、①一〇一四条には他人のためにする行為のリスク責任という一般的な原則が表現されており、②この規定を労働契約に類推適用することが事態に適しているとして、勤務走行中に除雪車と衝突して自己の自動車に被った労働者の損害賠償請求を認めた。

そこでは、クラマーの学説が引用されているが、実質的にはドイツのカナリスの理論に依拠したものと評価しうる。そして、冒頭で述べたように、これを基礎とした判例は公にされたものに限っても現在すでに二〇件を超えてい

る。

(c) 通説的地位の獲得 この判例は右のいずれの点でも学説によって好意的に受け入れられた。OGHとは無関係に同様の見解を主張していたクラインはもちろん、<sup>(81)</sup>ハンライヒ (Hanreich)、<sup>(82)</sup>ケルシュナー (Kerschner)、<sup>(83)</sup>ビドリンスキー (F. Bydinski) などによって支持された。その結果、オーストリアでは、OGHと同様に、「他人のためにする行為のリスク責任」論によるのが圧倒的な学説または通説であると評価されている。<sup>(85)</sup>

(d) 特別な基準の付加 ヤボルネック (Jabornegg) もOGHの判決に全面的に賛成する。<sup>(86)</sup>しかし、判例は一方では委任の原因に基づいて (ex causa mandati) 生じた損害・当該事務の典型的な危険を要求する点では通説の見解と同じであるが、他方では、労働者の個人的領域・使用者の行為領域を問題としている点で通説を超えている。この領域的な考え方は委任者や使用者の責任を合理的な範囲に制限するためには必要である。問題はどのような基準によって両当事者間の領域を決定することができるかどうかである。

有償委任の場合には、「委任の機会から (ex occasione mandati) 生じた損害」は有償性を理由に受任者の領域に割り振られるが、「委任の原因に基づいて (ex causa mandati) 生じた損害」の割り振りについては、まず第一に報酬の合意に基づいて判断される。これによって判断できない場合、OGHは使用者が営業車を労働者に提供しなければならなかったかどうかを基準として用いる。

しかし、これを判断するためには、当該危険が使用者の領域に組み入れられるべきかどうかが前提として問題となる。このような使用者と労働者の危険領域の限定基準に関しては、同様に自己の目的のための他人の使用が問題とな

っている履行補助者や使用者責任に関する一三二三a条・一三二五条が参考となる。ここでは、他人の行為の利用およびこれに関する本人の自由裁量 (Disposition) という二つの要素に基づいて本人に危険が帰責される。使用者と労働者の間の危険領域もこの二つの要素によって判断されるべきであるという。

このようにヤボルネックの見解は領域思想を取り入れた点に特徴があり、これによれば、委任の原因に基づいて (ex causa mandati) 生じた損害・典型的な危険の現実化としての損害に該当するかどうか、そして、当該リスクが両当事者のいずれの領域に属するかという二つの観点からリスクの帰属が判断されることになる。

この見解がリスク責任の理論的基礎をどこに求めるかは必ずしも明確ではないが、OGHの見解を全面的に支持していることから、同様に「他人のためにする行為のリスク責任」に求めるものと解される。

## (2) 利益説

(a) フィッツ (Fitz) は従来の学説を個別的に検討し、その問題点を指摘する。本稿との関連で重要なカナーリスの見解と利益学説に対しては、次のような問題点を指摘する。<sup>(57)</sup>

(ア) まず第一に、カナーリスは「他人のためにする行為のリスク責任」という統一的一般原則を主張するが、使用者のリスク責任と委任や事務管理におけるリスク責任の間には重大な差異が存在する。委任や事務管理の場合には、危険責任 (Gefährdungshaftung) の意味での抽象的な支配可能性の優位性は委任者や本人に存在しない。これらの者はとりわけ物の支配や営業上の組織力を有しておらず、危険源と典型的に近い関係にあるということはできない。これに対して、利益のメルクマールは事務管理やその他の利他的な行為の場合には特に顕著である。しかし、被害者と賠償義務者の間に特別な個人的利益関係が存在し、一方当事者がいわば相手方の目的追求の道具となっており、本



人が自分で行えば本人自身に生ずるであろう危険が問題となっている点で、伝統的な危険責任の要件とは異なる。

(イ) 利益と危険の同一帰属 (Gleichlaus von Nutzen und Gefahr) の観点から、ラーレンツやカナーリスなどは「相手方に一定の活動をさせ、これから利益を得る者はこの活動と結びついた損害危険を負担すべきである」とする。しかし、このように広く一般化すると、利益学説 (Interessenlehre) は実際的な問題解決に資することができない。また、この民法上の核心領域では、利益学説は無償給付に制限されていることは明らかである。交換契約の場合には、両当事者は原則的には同等の地位に立つから、利益—不利益の基準は妥当しない。このことは労働関係に関するも当てはまる。

(b) そこで、フィッツは民法や商法、労働法に共通する統一的な解決を追求するのではなくて、いくつかの問題グループを個別的に検討することが必要だとする。

(ア) 委任関係においては、<sup>(68)</sup>無償委任の場合には利益思想が委任者の責任を基礎づける。一〇一四条は無償委任・有償委任の双方を含むが、同条の適用は無償委任に制限されるべきである。とりわけ不動産仲介業者や弁護士など職業的な委任関係に関しては、一〇一四条の適用は否定される。

一〇一四条は「委任の履行と結びついた損害」を要求することによって、「委任の原因に基づいて (ex causa mandati) 生じた損害」と「委任の機会から (ex occasione mandati) 生じた損害」の基準を採用するが、これは単に責任の因果関係の限定のための手段にとどまらず、責任原因としての功利原則 (Utilitätsprinzip) の防御手段として機能する。

また、一般的な生活リスクの排除がウンガー (Unger) によって主張され、これによって初めて「特別な事務危険

(spezifische Geschäftsfahr.)」のメルクマールが導入された。この危険性は単に責任の制限だけではなく、危険責任の下では同時に責任を基礎付ける要素でもある。このように委任者の賠償義務を委任に特有のリスクに制限することは「利益と危険」という帰責要素の本質的な競演に関する理論史上重要な方向転換であったといえる。

(イ) 事務管理も無償委任と同様に、「他人のためにする行為」であり、利益と危険の同一帰属という利益思想が妥当することに疑問の余地はない。<sup>(59)</sup>

(ウ) 有償の事務処理契約の場合には、すでに述べたように、利益思想に基づくリスク責任は認められない。ただし、これには次のような例外が存在する。

すなわち、労働契約の場合には、確かにリスク責任が使用者に課されるが、これは労働者の典型的な市場弱者性、他人の組織への組入れ、使用者の支配可能性の優位性、労働者の社会的保護の必要性などがその決定的な理由である。労働契約の場合にも利益原則を持ち出すことはこれを覆いかくすものである。<sup>(60)</sup> 一九八三年のOGHの判決は基本的には正当であるが、右と同様の問題を有する。

また、他人の計算で行われる行為の場合には、この行為から生じた事務リスク (Geschäftsrisiko) は他人のためになす行為のリスク責任の典型的な事例として本人に帰せられる。たとえば、問屋営業 (Kommissionsgeschäft) <sup>(61)</sup> がそうである。

### (3) 「委任者の計算と危険」説

近時、「委任者の計算と危険」での事務処理 (Geschäftsbesorgung auf Rechnung und Gefahr des Auftraggebers) という委任法の原則によって、委任者の無過失責任を基礎づける見解がファーバー (Faber) によって主張

された。<sup>(62)</sup> 彼によれば、一〇一四条によるリスク責任については、同条が一〇〇二条以下の規範集団の中にあるという「規範環境 (normatives Umfeld)」から考えて、まず第一次的に、委任法上の原則による正当化が試みられるべきであり、第二次的には一般的な損害賠償法上の評価にも注目すべきだとする。

(a) 委任法上の原則 一〇〇二条以下の委任法は次の三つの基本的な原則から成り立つ。

まず第一に、委任者の「計算での (auf Rechnung)」事務執行である。これは受任者によって行われるべき事務のすべての経済的な結果は委任者に生ずることを意味する。これの積極的な側面としては受任者の利益引渡義務（一〇〇九条）、消極的な側面としては事務処理と結びついた費用の負担すなわち報酬支払義務（一〇〇四条）、費用償還請求権（一〇一四条第一文）が挙げられる。一〇一四条第二文後段や一〇一五条によって賠償される損害も、広義の事務の費用に含まれる。

それ故、一般的に広義では「委任者のためにする事務」ということができる。確かに有償委任では、報酬を得る点では受任者も委任の引受につき固有の利益を有する。しかし、報酬請求権は委任契約の締結によって成立し、委託された行為の結果とは無関係である。これに対して、費用や損害などここで挙げたものは委託された行為の結果それ自体に依存し、契約締結後あるいは事務処理後に初めて確定される性質のものである。委任法はこのような不明確な要素を伴うすべてのものを委任者に割り当てており、事務と結びついた利益だけでなく、これと結びついた損失も委任者に帰属させている。

第二に、委任者の「危険での (auf Gefahr)」事務処理である。右の委任者による費用負担の原則は、委託された行為によって意図された事務目的が実現されず、あるいは委任者の利益になることなく、再びこれが脱落した場合に

も適用される。つまり、事務処理は委任者の「危険で」行われる。たとえば、事務処理に不可避的または有益な費用はその目的を達成しない場合でも、委任者はこれを償還しなければならぬ。また、仕事の完成が偶然によって妨げられた場合でも、委任者は費用償還や損害賠償の義務、さらに適切な報酬の支払義務を負うものとされる（一〇二〇条第二文）。

第三に、当該事務に関する委任者の常時支配 (dauerzeitige Herrschaft) の原則である。受任者の説明義務や決算報告義務（一〇二二条）、委任者の指図権と受任者の服従義務（一〇〇九条）、委任者の自由な撤回権（一〇二〇条）などがこれの表れである。これらによって、委任者は当該行為を開始しないし維持することが有意義であるかどうか判断し、状況の変化に素早く適切に対応することが可能となる。つまり、委任者は「事務の支配者 (Herrn des Geschäfts)」であり、受任者は委任者の「延長された手 (verlängerter Arm)」であることが可能。

(b) 一〇一四条の責任 委任者の無過失責任はこのような「委任者の計算と危険での事務処理」の原則に基づくものであるが、このような理解は「委任の履行と結びついた損害」という要件の解釈指針として役立つ。すなわち、委任法によれば、委託された事務の経済的な責任を委任者に課すためには、その事務の経済的な結果をある程度判断できる可能性が委任者に存在することが前提とされている（常時支配の原則）。したがって、「委任の履行と結びついた損害」というのは、委任者にとって予見可能な損害ないし計算可能な損害を意味する。このリスクの予見可能性は具体的に生じた損害や損害発生の事情に關してであり、損害額の計算可能性までは要求されない。事務の支配者の観点からすると、契約締結時に限らず、当該リスクが後の時点で存在することが初めて明らかとなり、委任者がこれを知り得たにも関わらず、契約の変更や指図をすることなくこの活動を維持した場合には、委任者は責任を免れることは

できない。この予測可能性の有無は客観的な基準すなわち注意深いかつ経験的な平均人を基準として行われるべきである。

(c) 一般的な損害賠償法と一〇一四条 一〇一四条は委任法の規定ではあるが、同時に損害賠償法上の規定でもある。「委任の履行と結びついた損害」というのは、現実化したリスクと委託された事務の内容との間に特に密接な関連性を要求しているが、通説によれば、「この種の活動に特別な典型的リスクの現実化」としての損害でなければならぬ。これは一般的な損害賠償法の相当性理論と類似する。相当性理論では、非典型的な損害に関して責任が排除されるが、ここでは逆に、まさに特別な典型的損害に関して責任が基礎づけられる。また、リスク責任における損害と行為の間には極めて高い関連性が要求されることは明らかである。さらに、この考察は責任義務者の観点から事後的ではなく、かつ、客観的な基準を基礎として行われなければならない。それ故、「委任の履行と結びついた」損害という基準は、損害賠償法の観点からは、重大に増加した強度さを伴う一種の相当性基準であるということができる。

この帰責に必要な強度さの程度について、ビドリンスキーは「取引の平均的な見解によれば真面目にこれを計算に入れるべき程度に、生じた損害が問題なる行為によって促進された」場合だとする。しかし、彼も賠償される損害を明確に限定することは可能ではないことを強調している。

そこで、これを一般的な損害賠償法のところで考慮することが有意義なように思われる。損害を他人に転嫁するにはこれを正当化する特別な事情が必要である。とりわけ違法かつ有責な加害行為がこれに該当するが、一〇一四条の責任はこれを前提としていない。しかし、損害賠償義務という法的効果は同じであるから、異なる帰責の観点はその

重大性においてはば一致すると考えられる。したがって、特別な行為リスクの基準は評価的には違法でかつ最低限の軽過失の容態に匹敵するような強度でなければならず、比較的厳格な基準が用いられるべきである。

(d) 一〇一五条との関連 一〇一五条は無償委任における制限的な賠償義務を規定するが、これは利益思想(Vorteilsgedanke)と委任者の「計算と危険での」事務処理という二つの法理を考慮したものと考えることができる。前者によれば、その事務から結果として生じたすべての損害が賠償されるべきことになる。これに対して、後者では、「委任の機会から(ex occasione mandati)生じた損害」は賠償されない。そうすると、「委任の原因に基づいて(ex causa mandati)生じた損害」の場合には、二つの法理はともに賠償を肯定する方向に作用するが、「委任の機会から(ex occasione mandati)生じた損害」の場合には、前者はこれの賠償を肯定、後者はこれの否定という正反対の方向に作用する。賠償額を制限する一〇一五条の規定はこの二つの法理のジレンマとして理解できる。無償での引受が通常でない場合には、仮定的な報酬の額はその限度で委任者が計算に入れるべき金額に相当し、この額への制限は右の二つの評価の交点(Schnittpunkt)を構成すると考えられるからである。

(e) 評価 ファーバーの見解は要件論的には「予見可能な、特別な行為リスク」とする点で通説と異ならないが、その基礎を「委任者の計算と危険」という委任法の原則に求める点に特徴がある。もっとも、このような観点は必ずしも新しいものではない。ファーバー自身が指摘するように、シヨイやヴィルブルクなどの見解とその根底においては共通する。また、委任者によって指示された活動の予見可能なリスクの現実化は委任者の経済的活動の費用に属するという点に委任者の無過失責任の根拠を求める見解<sup>(63)</sup>とも相通する側面を有する。

#### 四 リスク責任論をめぐる議論

右にみたように、現在の判例・通説は一〇一四条の無過失損害賠償責任の理論的基礎を「他人のためにする行為のリスク責任」論に求める。しかし、この見解に対しては、近時、ファーマーによって比較的詳細な検討と批判が展開されるに至った。ここではその概要を見るときともに、「委任者の計算と危険」説につき若干の検討を行うことにしたい。

##### (1) ファーマーの批判

「他人のためにする行為のリスク責任」論は利益思想と危険設定思想を基礎として委任者の無過失責任を基礎づけるものであるが、ファーマーはそれぞれの基礎について次のように述べる。<sup>64</sup>

##### (a) 利益思想 (Vorteilsgedanken)

(ア) これは確かに無償委任の場合には妥当する。しかし、これを過大評価すべきではない。フィッツが正当に指摘したように、無償性から必然的に相手方の一方的な利益を推論することはできないし、受任者の固有の経済的利益の欠缺を常に意味する訳ではないからである。また、利益思想によれば、すべての経済的な利益が一方当事者に生ずる場合にはすべての不利益がこの者に帰せられることになる。しかし、一〇一四条では「委任の原因に基づいて (ex causa mandati) 生じた損害」に制限され、また、一〇一五条では仮定的な報酬額に制限されているが、なぜこのような制限がなされているかを説明することはできない。

(イ) 有償委任の領域でも、一部の学説は利益思想によって一〇一四条のリスク責任を正当化しようとする。有償委任では受任者も固有の利益を有しており、委任者と同等の地位に立つにも関わらず、そうである。

(i) たとえば、ビドリンスキーは委任者や使用者へのリスク帰責に関して、「単に見込まれる、または目的とされた利益」でも十分であり、「少なくとも意図された、または典型的な事例では生ずるに違いない利益」であれば足りるとする。

しかし、「単に見込まれる、あるいは典型的な事例では生ずる利益 (auch nur zu erwartenden oder im typischen Fall eintretenden Vorteil)」によって正当化できるのは、経済的に合理的な事業 (企画) に限られるとともに、事業 (企画) が総じて成功裡に行われると考えることは大胆な仮説である。また、「単に目的とされ、あるいは少なくとも意図された利益 (auch nur bezweckten oder wenigstens intendierten Nutzen)」とするときは、単に「利益の獲得意思」という主観的な要件で足りることになるが、このような意思がなぜリスク責任を基礎付け得るのかは理解できない。

(ii) また、ビドリンスキーは労働者の自動車の損傷という事例に関連して、「社有車の節約された事故リスク」を使用者の明確な利益と考えている。しかし、事務処理者の活動や行われるべき事務に代えて、物の投入に関連づけることはビドリンスキー自身も貫徹していないし、歴史的に見ても新しいものである。また、一〇一五条では無償行為それ自体からの利益が念頭に置かれていることは明らかであり、物の投入による利益に依拠するとすれば、一〇一四条との差異が生じないことになる。

使用者の「節約された事故リスク」と法的効果としての「労働者の事故リスクの負担」とは全く対応しており、逆に表現したに過ぎない。したがって、これによって責任を基礎づけることはできない。また、思いがけず生じた急ぎ



の事情により労働者の車がどうしても必要な場合や、使用者が小規模会社で財政的に社有車を確保できない場合には、仮定的な社有車の投入は完全な擬制に過ぎない。

(b) 危険設定思想 カナーリスは利益思想と並んで危険設定思想を持ちますが、これによれば、危険源の設定とその支配可能性がリスク責任を基礎づける。

(ア) カナーリスは危険源の設定を委任者や使用者が当該活動を受任者や労働者に任せたとという点に見いですが、これは両当事者間の契約締結に起因するものであり、これがなぜ一方当事者の責任負担を基礎づけるのかは理解できない。また、これをリスク誘因の観点から考える場合でも、危険な行為の契約上の引受によって、受任者も全く関係のない第三者とは異なって能動的に危険の直面に貢献している。

(イ) 危険源の支配可能性についてみると、委任者や使用者は営業の相当な組織化または付保可能性などによって危険源の支配可能性を有する。この考えはオーストリアの学説によって支持された。さらに、法の経済分析やこれに依拠するコラー (Koller) の学説がこれと類似する基準を包括的なリスク分配の規制として定立することを試みている<sup>(65)</sup>。ここでは、これらの学説を中心として検討する。

まず第一に、最も少ない費用でリスクを回避できる者つまりリスクの支配者がこれを負担するという「最安価回避者の原則 (Prinzip des cheapest cost avoider)」または「抽象的な支配可能性の原則 (Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit)」<sup>(66)</sup> 一〇一四条を納得的に説明することはできない。

一〇一四条の文言からは「委任の履行と結びついた損害」であれば足り、両当事者の損害回避能力は問題とされない。

労働契約における典型的な事例では、確かに優位的な支配可能性が使用者に認められる。しかし、労務遂行のために用いられた労働者の自動車損傷という事例では、事故を阻止できたのは労働者であって使用者ではない。また、使用者は労働者の自動車をより安全に装備することは殆ど出来ない。営業の適切な組織化の観点からも、自動車の使用禁止の指図は適切な公共交通機関がない場合には実際上不可能である。社有車の提供によって事故リスク自体が減少するわけではないから、使用者の陵駕的な危険回避可能性を基礎づけることはできない。委任契約の領域では、委任者によるリスク回避の可能性は使用者と比べるとさらに少ない。

陵駕的な危険支配性の観点に従うと、たとえば間接代理人による物品の売却の事例では、奇妙な結果となる。すなわち、物品に瑕疵があるときは、間接代理人は買主に対して担保責任を負い、この賠償を一〇一四条により委託者に請求することができる。この場合、委託者が同時に製造業者であるときは、委託者の陵駕的な危険支配性を理由に一〇一四条の適用を肯定しうるが、単なる取次業者である場合には、これは存在しないから、同条の適用は否定されることになる。しかし、自己の名前での物品の売却という委託内容が同一であり、一〇一四条の要件からも両者の結論の差異を正当化することは難しい。

第二に、有利な付保可能性または最も安価な付保者にリスクを帰責するという「最安価付保者の原則」が一〇一四条の基礎となり得るかどうかは、具体的な事例に基づいて検証されるべきである。結論から先に述べると、労働契約および委任契約においても、使用者や委任者は最安価付保者であるということとはできない。具体的には、次の通りである。

(i) 労働者の物的損害に関しては、使用者の営業責任保険 (Betriebshaftpflichtversicherung) による付保が考えられるが、しかし、労働者の用いた自動車 (動産) に生じた損害に関しては、いわゆる「活動条項 (Tätig-

「<sup>(66)</sup>Keitsklausel」によって、使用者に対する労働者の損害賠償請求権は保険の対象から除外されている。また、車体保険に關してみると、労働者が最安価付保者である。さらに、いわゆる「出張—車体保険(Dienstreise - Kaskoversicherung)」を使用者が締結するという方法も考えられる。しかし、私的走行を勤務走行と偽り、勤務走行の距離を實際よりも少なく申告するなどのモラルリスク(モラルハザード)がこれには存在する。それ故、保険者はこの保険を単体で提供していいし、相当な契約総数に昇る場合のみ提供しているに過ぎない。保険料も労働者の車体保険よりも通常は安くない。

いづれにせよ使用者が大企業であるときは、使用者が最安価付保者と考えられる場合もあり得る。しかし、大企業であるか否かという契約当事者の個性にリスク帰責の判断を依拠させることは一〇一四条の要件とは合致しない。単に現実化したリスクと委託された活動の内容の關連が同条のリスク帰責にとって決定的であるに過ぎない。

(ii) 責任損害(Haftpflichtschaden) すなわち第三者に対する賠償義務の負担という労働者の損害に關しては、OGHは一〇一四条の類推適用による使用者への転嫁を認める。これに關しては、原則的には使用者は營業責任保険の締結によってカバーすることができる。この保険料が個々の労働者が責任保険を締結した場合の保険料よりも少ない場合には、使用者は最安価付保者ということができる。

しかし、労働者が労務のために用いた自動車による第三者の損害惹起という實際的に重要な事例では、使用者の付保可能性は存在しない。自動車条項(Kraftfahrzeugklausel)<sup>(67)</sup>により、使用者の責任保険はこれに及ばない。したがって、労働者が自動車責任保険を締結し、この保険料を使用者の走行手当の支給によって一部補填するという通常行われている形態が實際的には有意義である。つまり、最安価付保者の基準による使用者への帰責は自動車事故の事例には妥当しない。

(iii) 労働契約ではなくて、委任契約では、委任者が最安価付保者であるということではできない。すなわち、物的損害に関しては、労働契約のところでも述べたように、「活動条項」によって受任者の物的損害は委任者の責任保険から排除される。車体保険に関しては、受任者が最安価付保者である。また、責任損害については、労働契約の場合と異なっており、一〇〇二条以下の意味での受任者の賠償義務は委任者の営業責任保険では付保されない。したがって、いずれの場合でも、受任者が自分で責任保険を締結する必要がある。

間接代理人が買主に対して担保責任を負う場合、受任者たる間接代理人に対する一〇一四条による委任者の損害賠償義務は委任者の責任保険によってカバーされない。担保責任は保険上の損害賠償義務に該当しないし、受任者に生じた損害は純粋な財産的損害だからである。したがって、委任者が最安価付保者だとはいえない。<sup>(68)</sup>

(c) ヤボルネットは一三一一三a条・一三一五条に依拠した領域理論を主張する。確かにこれらの規定は参考に値するが、しかし、履行補助者責任および使用者責任はいずれも被害者たる第三者と本人の間の責任に関するものであり、内部関係では補助者に責任が残ったままである。また、「自由裁量と利益」という要件以外に、使用者責任では被用者が不適切な者であったことが必要とされる。また、履行補助者責任では本人と第三者との間に契約関係が存在し、この履行ということが要件とされるから、いずれにせよ単に「自由裁量と利益」の観点によってリスク領域を限定することはできない。

さらに、このようなリスク領域による区別が一〇一四条の要件の基礎に置かれているかは疑わしい。これは規定の文言や歴史的な考察の結果に反するし、委任者または受任者の領域への損害の組入れは一〇一四条による判断の結果であるに過ぎず、この規定の責任要件ではない。

## (2) 若干の検討

ファーパーは「他人のためにする行為のリスク責任」論をこのように批判して、「委任者の計算と危険」という委任の基本原則に委任者の無過失責任の基礎を求めべきだと主張する。

しかし、これについては、とりあえず次のような点を指摘しておきたい。

まず第一に、確かにオーストリア一般民法のように、委任者の無過失責任に関する明文規定を有する場合には、委任の基本原則すなわち「委任者の計算と危険」によってこれを説明することもできよう。しかし、ドイツやスイスではこのような明文規定は存在しない。ここでは委任者の無過失責任は一般的な理論によって基礎づけられなければならない。その上で、この要件と効果の明確化が図られる。ここでも「委任者の計算と危険」という委任の基本原則を用いることはもちろんできようが、しかし、この場合には、一〇一四条や一〇一五条のような制限を導くことは当然にはできない。

第二に、「委任者の計算」というのは、事務処理のすべての経済的な結果が委任者に生ずることを意味し、積極的な側面だけでなく、消極的な側面に関しても妥当するとファーパーは主張する。しかし、この主張は利益思想とほぼ重なるように思われる。「与える債務」とは異なり、「なす債務」の場合には、積極的な側面すなわち利益がすべて債権者に帰属することは明らかである。利益思想はこれを前提として、一定の法律関係においては、利益と損害の同一帰属すなわち利益の帰属者にこれの消極的側面すなわち損害も帰属させるべきことを主張するものに他ならない。

ファーパーは有償委任では受任者も固有の利益を有するとして、利益思想の限界を指摘する。しかし、右に述べたような事務処理による利益が委任者に帰するという契約の基本構造は委任の有償性によって変更されるわけではない。

受任者の報酬が利益思想に基づく無過失責任を排除するのは、その額などから損害リスクを受任者に移転させる特約を解釈上肯定しうる場合であろう。受任者の報酬はこの限度で問題となるに過ぎない。もちろん、医師や弁護士などの契約のように、損害リスクを受任者に移転させることが契約の趣旨と解される場合、さらにそうでない契約でもこのような特約が明示または黙示になされた場合にも利益思想による無過失責任は排除される。

第三に、ファーバーはビドリンスキーやショイの見解を引用しながら、雇用契約も委任と同じく「純粋な行為の義務付け」として構成されており、その結果労働者の給付は使用者の「計算と危険」で行われていると理解する。このことは雇用契約が事務処理と結びついているか否かとは無関係に妥当するから、一一五一条二項のような限定は合理的理由がないとして、事務処理と関係しない雇用契約にも一〇一四条の類推適用を肯定する。事務管理に関しても、本人の「計算と危険」を理由に一〇一四条の類推適用を認める。

このように債権者の「計算と危険」で行われる法律関係を広く認める場合には、これは単に委任法上の原則ではなく、一定の共通する法律関係に横断的に存在する原則として把握することが妥当であろう。

第四に、ファーバーは委任者の無過失責任の基礎を「委任者の計算と危険での事務処理」という原則に求め、第三の原則である「常時支配の原則」はこの責任要件の解釈に役立つとして、具体的には委任者の計算可能性の存在を賠償の要件として導く。

この「常時支配の原則」は委任者が当該行為を開始ないし維持することが有意義であるかどうか判断し、状況の変化に応じて素早く対応することができるということを意味する。これは受任者の説明義務や受任者の服従義務などの規定を前提として、これから導かれる原則である。しかし、この原則の内容、すなわち種々の事情を考慮した結果として、当該行為を「開始」または「維持」したという点に着目すると、リスク責任論のいう危険設定思想と同じく重

なり合うように思われる。つまり、危険設定思想は狭義では当該危険の設定が本人の誘因ないし意思に帰せられることを意味しており、これは当該行為の「開始」または「維持」と同義だからである。また、営業の相当な組織化や保険の締結などの事情はリスク責任論では必ずしも不可欠な要件とはされていないし、<sup>(70)</sup>さらに、これらの要素はファーバーの見解においても当該行為の「開始」または「維持」の判断に際して委任者の考慮する諸事情の中に当然に含まれることになろう。

なお、ファーバーはカラーの分析枠組みを用いて検討し、委任者や使用者は営業の相当な組織化または付保可能性などによる危険源の支配可能性を有しないと主張する。しかし、前述したように、この危険源の支配可能性は危険設定思想の一部を構成するに過ぎず、これが一部の事例において否定されるとしても危険設定思想が全面的に排除されることにはならない。

### 第三章 事務管理とA B G B一〇一四条の類推適用

#### 一 事務管理とA B G B一〇一四条

##### (1) 事務管理に基づく義務

- (a) 本人の費用償還義務 A B G Bはこれを二つの類型に分けて規定する<sup>(71)</sup>。

まず第一に、緊急事務管理 (Geschäftsführung im Notfall) すなわち目前に迫った損害を回避するためになされる場合には、事務管理者は不可避的で合目的な費用の償還を請求することができる (一〇三六条)。これが過失な

しに失敗に終わったときでもそうである。

第二に、有益な事務管理 (nützliche Geschäftsführung) すなわち緊急性なしに、明確かつ圧倒的な他人の利益のために事務管理が行われた場合には、事務管理者は費用償還請求権を有する (一〇三七条)。ここでの費用償還請求権は二つの点で制限される。すなわち、合目的でない費用や無駄になった費用は償還請求できない。また、合目的な経費もそれが成果を収めた場合にのみ賠償される。

第三に、無益な事務管理 (unnütze Geschäftsführung) の類型である。本人の圧倒的な利益が明確でない事務管理 (一〇三八条) と、本人の明示的な意思に反する事務管理 (一〇四〇条) がこれに属する。いずれの場合にも、事務管理者は費用償還請求権を有しない。むしろ事務管理者は以前の状態を回復し、この干渉がなければ生じなかった損失を賠償しなければならない (一三二一条第二文)。

(b) 事務管理者の義務 事務管理者の従たる義務として、一〇三九条は管理継続義務と計算義務を定める。この管理継続義務は有益な事務管理のみに妥当し、内容的には当該事務処理の中止によって損害を増大させることは許されないという点にある。

さらに、獲得された利益の返還義務や本人への通知義務なども解釈上認められている。

## (2) 損害賠償

ABGBの事務管理に関する規定の概要は右の通りである。これから明らかのように、受任者の被った損害に関する一〇一四条や一〇一五条に相当する規定は事務管理法には存在しない。そこで、このような損害賠償請求権をたど



例えば一〇一四条の類推適用によって解釈上認めることができるかが問題とされる。この点について、事務管理者の被害の類型と事務管理者による加害の類型に分けて次にみることにしよう。

## 二 事務管理者の被った損害と本人のリスク責任

### (1) 学説

他人の家の消火活動に際して、自己の衣服や身体に損害を被った場合や犬を救助する際に、手を噛まれて怪我をした場合、あるいは自殺者を救助する際にこれに暴れて抵抗した自殺者によって腕を噛まれて、救助者がエイズに罹患・発病したような場合に、事務管理者は本人に対してこれらの損害の賠償を請求できるか。

(a) 比較的古い学説では、このような損害賠償の問題に言及するものはあまり多くない。たとえば、エーレンツヴァイクはこれを否定し、このような事務処理と結びついた損害はいかなる場合にも賠償されないと主張する。<sup>(72)</sup> 委任法の類推は正当ではないし、本人は事務管理者にその危険の中に入ることを要請していないからである。これに対して、ヴィルブルクは損害賠償請求権を肯定する。彼によれば、利益のみを享受する者は衡平の考慮に基づいて、受任者や事務管理者がその仕事の遂行中に被った損害を賠償しなければならないという。<sup>(73)</sup>

(b) その後の学説では、一〇一四条を類推適用してこれの賠償を認める見解が多く見られるようになった。

(ア) たとえば、シュタンツルはこの問題を若干詳細に論ずる。<sup>(74)</sup> 彼によれば、本人は事務管理者に対して営業危険 (Betriebsgefahr) すなわち事務の典型的な危険に関して責任を負う。したがって、一〇一四条最後尾の規定は事務

管理者に類推適用されなければならない。

確かに一〇三六条は一〇一四条第一文前段のような費用償還請求権を事務管理者に認めているに過ぎない。しかし、このことから、一〇一四条最後尾の「事務の遂行と結びついた損害」の賠償請求権を事務管理者に否定することは不十分だと思われる。また、一〇三六条が損害賠償に言及していないことを余り重要視すべきではない。事務管理法は比較的僅かな規定しか有しておらず、また、一〇三六条で反復された費用償還請求権を除くと、一〇一四条の挙示する事例は事務管理に関しては問題とならないか(前払い)、自明なこと(過失による損害に関する責任)だからである。

さらに、一〇一四条だけでなく、一〇一五条も事務管理に類推適用される。したがって、緊急事務管理の場合には、一〇一四条の類推による損害賠償請求権を有しない限りで、偶然的に損害を被った事務管理者は彼の費用や逸失利益を超える報酬(Belohnung)を求める請求権を有する。<sup>(75)</sup>

(イ) フィッツは利他的な委任の場合に決定的に重要な「利益と危険(Interesse und Gefahr)」というメルクマーは事務管理の場合にも妥当するとして、シュタンツルの一〇一四条類推適用論に賛成する。<sup>(76)</sup> もっとも、事務管理の場合には、事務処理の可能な結果とリスクの均衡が必要とされるとともに、過失のない不幸の帰責が問題となっていないことから、両当事者の経済的な負担能力を考慮した衡平補償(Biligkeitssausgleich)が妥当するという。オーバーホーファーはこの見解を支持する。<sup>(77)</sup>

(ウ) ファーバーも基本的にはこれを支持する。<sup>(78)</sup> 緊急救助の場合の事務管理者も受任者などと同じく本人の計算と危険で行為している。ここでの特殊性は事務処理の危険が本人にとって事前に(ex ante)予見可能でなく、そのために委任契約の場合のように、当該事務処理を断念するという選択ができない点にある。しかし、この予見可能性は単

に状況証拠的機能を有するに過ぎない。ここでは当該事務処理の特別なリスクが現実化したと評価できることが重要である。いずれにせよ、事務管理者は無償で行為するから、本人へのリスク配分は狭義の利益思想によって基礎づけられる。本人の予見可能性の欠如すなわち制御可能性の欠如は事務管理者の賠償請求権を「適切な賠償 (angemessener Ersatz)」に制限することによって対処すべきだという。

このように緊急事務管理の場合に一〇一四条の類推適用によって事務管理者に損害賠償請求権を認めるのが現在では通説的見解であるといつてよい。<sup>(79)</sup> さらに、一部の学説は有益な事務管理の場合にも同様に損害賠償請求権を肯定する。<sup>(80)</sup>

(c) これと異なる見解としては、たとえば九六七条二項の類推適用説が挙げられる。マイセル (Meisel)<sup>(81)</sup> は委任の場合には契約上の義務の履行の領域内で生じた受任者の損害が問題とされるが、事務管理者はこのような契約上の義務なしに行為する点で大きく異なるから、一〇一四条を類推適用する通説は妥当ではないと批判する。そして、これに代えて、他の規定すなわち寄託に関する九六七条二項を類推適用すべきことを主張する。

寄託契約では、有責な方法で加えられた損害の賠償義務および寄託物の維持や継続的な利益の増大のために用いられた費用の償還義務と並んで (九六七条一項)、緊急の場合に受寄者が受寄物を救うために自己の物を犠牲にしたときは、受任者は適切な賠償を請求することができる (九六七条二項)。

前者の費用償還は契約によって把握され、受寄者に義務づけられた行為に関連する。これに対して、後者は受寄者の契約上の義務に属さない、自己の物の利他的な犠牲に関連する。このような契約上の義務を超える活動を行う場合には、受寄者は事務管理者であると看なされる。したがって、九六七条二項は緊急事務管理者の被った損害に類推適

用することができる。

このように九六七条二項を類推適用するときは、その要件および法的効果に関しても妥当な結論を導くことができる。すなわち、ここで賠償されるのは本人の法的財貨の救済のために犠牲にされた財貨の賠償であって、偶然損害の賠償ではない。また、この賠償は「適切な賠償 (angemessene Entschädigung)」であって、個々の事例の事情を考慮して決定される。具体的には、犠牲にされた財貨の価値、犠牲の合目的性、救助された財貨の価値および事務管理者と本人の財産状況などである。これによって不当な過酷さが本人に生ずることを回避することが可能となる。

また、「犠牲にされた財貨」とは意識的に具体的な事務処理のリスクにさらしたすべての財貨を意味するから、「行為に特別な損害」もこれに包摂される。一般的な生活リスクに属する損害はこれから排除されるとともに、事務管理者の「行為に特別な損害」の賠償は「適切な賠償」に制限されることを基礎づけることができるとする。

## (2) 判例

事務管理者の損害賠償請求権に関連する判例は長い間存在しなかった。しかし、一九九五年に至って初めて、OG Hはこの問題に関して注目すべき見解を明らかにした。その後、この見解は一九九七年の判例でも維持されており、判例の立場は確定したものと評価することができる。

(a) OGH 一九九五年八月二四日判決 (2 Ob 46/95) (SZ 68/142 = DRdA 1996, 27 = ÖJZ 1996, 265)

〔事実関係〕一九九二年七月二九日の午前十一時四〇分過ぎ、Fは約束に従ってあるものを受け取りに被告の家を訪れた。家に被告の一〇歳の息子が一人でいたが、Fが家に入るや否や煙の臭いに気づいた。そこで、Fは台所の戸を開けて入ると、煙が充

満していた。油で一杯の鍋が電源スイッチの入った熱い電熱板の上に置かれており、そこから煙が上がっていた。Fはこれを他のところに移し電源を切った。その際、鍋の油が熱い電熱板の上にこぼれて燃え上がった。そこで、台所の火災を防止するために、鍋の二つの取っ手をつかんで、戸外へ持って行こうとした。その際、油が少しタイルの床にこぼれ、その上でFは足を滑らせて転倒した。熱い油が彼女の腕と足にかかった。また、床にこぼれた熱い油の上を尻と背中を使って移動したため、尻と背中にも火がついた。さらに、顔にも重度のやけどを負った。

社会保険者である原告はこれまでにこの負傷に関してFに約三一万シリング<sup>(82)</sup>を支払った。

そこで、原告は被告に対してこの支払額の賠償請求と将来的な給付に関する被告の責任の確認を求めた。

一番は請求棄却。原審も原告の控訴を棄却した。原告が上告。

〔判旨〕 破棄差戻し

① 本件では、一〇三六条の緊急事務管理が成立する。

② 一〇一四条以下とは異なって、一〇三六条が損害賠償請求権を規定していないことを理由として、事務管理者は偶然損害の賠償を請求できないという結論を導くことは許されない。比較可能な利益状態に鑑みると、受任者とは異なって緊急事務管理者に完全な損害のリスクを負担させるつもりであるという立法者の意図を仮定することはできない。むしろ評価的な考察においては、法の欠缺が認められるべきである。

③ 事務管理の場合には、事務管理者は本人によって意図的に事務の典型的な危険にさらされたのではないし、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関して本人は影響力を有しないから、一〇一四条を類推適用することはできない。

④ むしろ、一〇一五条および一〇四三条や九六七条の規定から「適切な賠償 (angemessene Entschädigung)」という基本的な考えを取り出すことができる。このことは二二〇六a条、二二二〇条に依拠した「衡平責任 (Billigkeitshaftung)」へと導く。

緊急事務管理者に賠償が行われるべきかどうか、どの範囲で賠償されるかは、個々の事例の事情に依存する。本件では、たとえ本人の差し迫った危険と事務管理者によって冒されたリスクの間の関係、事務管理者の損害の種類と額、危険状態の発生への寄与および経済的な負担能力が考慮されるべきである。衡平による賠償の算定に関しては、危険と損害が事後的に (ex post) 関係づけられる。また、負担能力に関しては、収入や財産だけでなく、保険による補償も考慮すべきである。

衡平による被告に対する請求権が被害者に成立するかどうか、どの程度成立するかは、これまでの認定に基づいて最終的に判断することはできない。特に、実際に差し迫った被告の危険の大きさと両者の収入や財産関係の認定が欠けており、さらに被告の保険による補償が成立しているかどうかが解明されていない。経済的に考えて、二つの保険が相互に対峙しているときは、これも衡平考慮の中に入れられるべきである。

ここでは、一〇一四条の類推適用という学説の通説的見解を拒否して、一〇一五条および一〇四三条・九六七条の規定から導かれる「適切な賠償 (angemessene Entschädigung)」を事務管理者に認めた。法的構成は異なるが、緊急事務管理者に対する本人のリスク責任を初めて肯定した最上級審の判断である。

なお、差戻審の一番および原審では、被告の責任は七五%と認定されたが、原告と被告双方が再び上告した。両者の対立点は次の二つである。すなわち、①Fはもっぱら被告の個人的な利益のために行為したから、このリスクは被告に帰責されるべきであるか、②被告は自己の責任保険によって全損害の負担が可能であり、被告の責任保険とFの社会保険が対峙している場合には、社会保険はFの側の財産として評価されるべきではないか、それとも、経済的に二人の保険者が対峙しているときは、両者の補償準備金に比例して損害の分割が行われるべきか。

OGHは、<sup>(83)</sup>①被告の利益のためになされたことから、直ちに事務管理者の請求権の減額が否定されることにはなら

ない、②緊急事務管理者と本人の双方に保険者がいる場合には、両保険者の負担能力ではなくて、緊急事務管理者と本人がどの程度負担可能であるかが問題とされるべきであり、本件ではいずれの当事者も完全な保険補償を得ていることから、両者は対等の割合で負担すべきであると判示した。

(b) OGH 一九九七年六月一八日判決 (3 Ob 507/96) (SZ 70/113 = JBl 1998, 114)

〔事実関係〕一九九四年三月三二日の夜九時過ぎ、ある婦人が自動車で走行中に犬をはねてしまった。彼女はこの衝突音を聞いて出てきた農夫と一緒にこの犬を捜し、農家の車庫にいるのを見つけた。そこで、彼女はこの日の緊急当番医である獣医の原告に電話した。原告はこの犬を一〇メートルほど引張って外に出して、診察を始めた。しかし、その途中でこの犬が突然原告に噛みつき、原告は右の親指の骨折、爪の破損や裂挫傷を負った。原告は自己の動物診療所に代わりの医師を手配し、また、予定されていた市場での肉検査の仕事キャンセルせざるを得なかった。そこで、原告はこの犬の所有者である被告に対して、これらの損害の賠償を求めて訴えを提起した。

一審は二三二〇条（動物保有者の責任）の適用を否定して、原告の訴えを棄却。これとは反対に、原審は同条に基づく被告の責任を肯定しようとして、一審判決を破棄差し戻した。また、これに関する最高裁判例がないことなどから最高裁に異議申立てできるとした。被告が上告。

〔判旨〕 上告棄却。

①原審の見解とは異なり、本件では、二三二〇条を根拠とすることはできない。被告は必要な犬の管理を行わなかった。しかし、原告の負傷はたとえ自由に走り回っている犬に襲われたことによるものではなく、犬の診察の際に生じたものであるが故に、いわゆる結果損害 (Folgeschaden) に属する。このような結果損害の賠償に関しては学説上争いがあるが、当法廷は保護規範の違反

に基づく結果損害に関する責任については規範相当性 (Normadäquanz) によって判断すべきだとする見解に従う。すなわち、リスク分配、一般的な生活リスクと特別な生活リスク、不法性の強度さ、保護法の目的と当該結果損害の遠さなどを相互に考慮して判断されるべきである。この観点から見ると、原告の負傷は一二二〇条の規定の意味での規範相当性があるものとはいえないから、同条による不法行為責任は排除される。

②しかし、原告は緊急事務管理者であると考えられる。動物の応急措置をなすべき公法上の行為義務が存在する場合でも、事務管理はこれとは無関係に成立しうる。

OGHは一九九五年の判決で次のように述べた。すなわち、緊急救助の事務管理者には、一三〇六a条および一三一〇条に依拠した衡平責任に基づいて、その際の偶然的な負傷に関して、適切な賠償が给付される。緊急事務管理者に賠償が認められるか、どの範囲で賠償が認められるかどうかは、個々の事例の事情に依拠する。たとえば、本人の差し迫った危険と事務管理者から由来するリスクの間の関係、事務管理者の損害の種類と額、危険状態の発生への寄与および経済的な負担能力が考慮されるべきである。本法廷はこの見解に従う。

本件では、適切な賠償の考察に必要な認定がなされていない。したがって、理由は異なるとしても、一審判決は取り消されなければならない。

### (c) 若干の検討

(ア) このようにOGHの第二法廷は一九九五年の判決で「衡平責任」に基づいて、緊急事務管理者に「適切な賠償」を初めて認めた。その後、OGHの第三法廷も一九九七年判決でこれを支持した。

諸外国の法状況についてみると、スイス債務法四二二条は事務管理者に対する裁判官の裁量による損害賠償を本人に義務づけている。ドイツ法では、事務管理者の損害賠償請求権に関する規定は存在しない。しかし、法的構成に争



いはあるものの、事務管理者の損害賠償請求権は解釈上肯定されている。もっとも、賠償の範囲は「適切な賠償」に制限するのが多くの学説の見解である。

OGHの見解はこれらの国の取扱いと適合的であって、OGHがこれを理由付けの一つとして考えていることは一九九五年の判決の中でこれらの国の法状況に言及していることから明らかである。

(イ) OGHが事務管理者の特徴すなわち本人の委託の欠如および事務管理者に対する影響力の行使不可能性に着目したことはもちろん正当である。問題はこれをどの平面で考慮するかである。OGHはこのことから一〇一四条の類推適用の否定という結論を導くが、これが唯一の方法ではない。従来の学説は一〇一四条を類推適用した上で、これを損害賠償の範囲の平面で考慮している。<sup>(84)</sup>

(ウ) OGHは一〇一五条および一〇四三条や九六七条という複数の条文から「適切な賠償」と「衡平責任」を導き、これを緊急事務管理に適用する。<sup>(85)</sup> このような全体の類推 (Gesamtanalogie) は一〇一四条の類推適用のような個別の類推と比較すると、その要件は不明確である。緊急事務管理の領域ではこれで良いとしても、有益な事務管理にも妥当するかどうか、さらに類似の利益状態が存在する事例においてその外延を明らかにすることはできないであろう。OGHの挙げる責任範囲の確定に際しての考慮事情は過失相殺的な法理の中に持ち込み、これによって「適切な賠償」を実現するほうが方法論的には穏当なように思われる。

(エ) 一〇一四条の類推適用という通説の見解と全く異なるにも関わらず、OGHの見解はいくつかの判例評釈において好意的に受け入れられた。<sup>(86)</sup> これは緊急事務管理の場合に本人のリスク責任を肯定し、その賠償を適切な範囲に制限した点に注目した結果であるといえよう。ファーバーも判例の解決は結果的には自己の主張する評価によっても正当であるとし、単に行われた活動の種類に特別なリスクが現実化したという評価が決定的であり、加えて、狭義の利

益思想すなわち行為の無償性が本人へのリスク割当てを一定の範囲で正当化することを指摘するに過ぎない。<sup>(87)</sup>

しかし、結果の妥当性はもちろん重要ではあるが、その法的構成にも十分な関心を払うことが必要であろう。<sup>(88)</sup>

### (3) 社会保険との関連

(a) 労災の場合には、労働者は社会保険者に対して保険給付を請求することができる。さらに、一定の事故類型に関しては労災と同一に扱われる。一般社会保険法（ASVG）一七六条一項はこのような場合として一三の類型を規定する。この中で、本稿と関連するのは同項の二号である。<sup>(89)</sup> ここでは、①現実的または推定的な生命の危険からの人の救助またはこのような救助の試みに際して生じた事故、②差し迫った援助給付のために医師や救急隊員、助産婦を連れに行った際に生じた事故、③行方不明者の捜索の際に生じた事故、④その他の不幸または公衆の危険や苦境における援助給付の際に生じた事故、⑤生命の危険にある病人や遭難者のところに聖職者を連れてくる際に生じた事故、⑥献血または臓器移植法（Organtransplantationsgesetz = OTPG）による臓器移植に際して生じた事故、そして⑦公安機関（Sicherheitsorgan）の職務行為の適切な手助けの際に生じた事故が労災と同視される。ただし、いずれの場合にも、この事故が救助者の故意によって惹起されたのでないことや他の事故保険法や事故介護法（Unfallversicherungrecht）の規定などにより給付請求権が存在しないことが保険給付の要件とされる。

そして、このような活動を行う者が事故保険の被保険者でない場合でも、これらの活動に際して生じた事故に基づく事故保険の給付は彼に認められる（同条三項前段<sup>(90)</sup>）。

このように一般社会保険法の規定に基づいて、緊急事務管理者は事故保険からの給付を受けることができるが、これと関連して次の二つの点が問題とされる。

(b) まず第一に、使用者の免責特権を定めたASVG三三三条一項を類推適用して、事務管理者に対して本人の免責を認めることができるかどうかである。換言すると、事務管理者は本人に対して保険給付でカバーされない残余損害を賠償請求しうるかが問題となる。

OGHはとりわけ同法一七六条一項六号の「営業的な活動 (betriebliche Tätigkeit)」に関連してではあるが、同法三三三条一項の適用を広く認める傾向にあった。たとえば、OGH一九七七年一月三〇日判決 (8 b 146/77f, SZ 50/156) は、被害者がASVGの意味での「被保険者」である場合にのみ責任特権の適用があることを前提として、三三二条ないし三三四条の意味での被保険者とは事故保険に基づく給付請求権が成立する者であれば足り、この請求権が一七六条一項による労災と同視される事由に基づくか否かとは関係しないという<sup>(91)</sup>。

これに対して、学説はこのような免責の拡張を否定する<sup>(92)</sup>。使用者に免責特権が認められたのはとりわけ使用者が故保険の掛け金を支払っているからである。同法一七六条一項の事例では、このような保険の掛金の支払いは規定されていない。同様に、企業平和の理由もここでは妥当しない。また、同法三三五条三項は、同法三三三条の適用などと関連して、誰が使用者と同等に扱われるべきかを一定の事例について明示的に規定している。仮に立法者が同法一七六条一項の事例において免責特権を望む場合にはこれに言及するはずであるが、このような言及はなされていない。同法三三三条一項は損害賠償請求権の排除という例外的規定であって、これを拡張的に解釈することはできない。学説はこれらを理由として免責の拡張を否定する。

その後、OGHはすでに述べた一九九五年判決において、右の批判学説であるフィッツの文献を引用して同法三三三条一項の類推適用を否定した。

これは緊急事務管理の事例に関する初めての判断であり、結論的には正当であると評価しうる。しかし、これは同法一七六条一項六号に関する従来の判例とは異なっており、このような相反を単に事案の相違を理由として正当化する<sup>(93)</sup>ことはできないであろう。

(c) 事務管理者に対する本人の免責を否定する場合には、本人に対する保険者の償還請求の可否がさらに問題となる。ASVG三三二条によれば、同法の規定により給付の権利を有する者が他の法律上の規定に基づいて請求する<sup>(94)</sup>ことができる場合には、この給付がなされなければならない限りで、この請求権は保険者に移転する。これによって、緊急事務管理者の損害は最終的には本人の負担に帰すことになる。

しかし、緊急事務管理が利他的な動機に基づいて公衆の利益のために行われるという性質を考慮して事故保険の中に組み入れたにも関わらず、事故保険者が本人に求償しようとすると、結局、事故保険による一時的な立替という結果になる。そこで、このような保険代位の可否が第二の問題として争われる。

(ア) フィッツはドイツのハウス(Haus)の見解に依拠して、緊急事務管理の場合における保険代位は否定されるべきであると主張した<sup>(95)</sup>。本人は差し迫った危険な状態にあり、事務管理を拒否することも制御することもできないのだから、このような者を有責な加害者と同じように扱うことは不当である。また、立法者によれば、緊急事務管理は公の利益でもあり、それ事故保険の中にも含まれたにも関わらず、公衆と本人の関係においては、何故、事務管理のリスクが本人にのみ帰責されるべきかは理解できないというのがその理由である。

(イ) これに対して、前述の一九九五年判決はこのフィッツの見解を否定して保険代位を認めた。すなわち、使用者や同僚に対する償還請求権は法律上制限されている<sup>(96)</sup>が、緊急事務管理の本人に関しては明文規定は存在しない。また、

法の目的もこのような制限を要求していない。緊急事務管理者に保険保護を提供し、本人の支払不能のリスクを除去することが法の目的であって、事務管理に基づく本人の責任を免責させる点にはない。利他的に公衆の利益で行われる生命救助などは事故保険の中に算入されるべきであるが、これによって、救助リスクを最終的に一般公衆に移転し、本人を民法上の責任から免責することを意図していたことは立法資料から取り出すことはできない。本件事例がそうであるように、緊急事務管理者は公衆の利益で行うが、単にそれだけではなくて、個人の利益のためにも行為している（家の焼失の防止）。それ故、緊急救助損害の厳格な社会化は拒否されるべきであると述べた。

(ウ) これに対して、フィッツは OGH の立法資料の用い方には問題があると批判する。<sup>(97)</sup> 本人の緊急事務管理者に対する賠償義務が判例上認められたのは最近のことであって、立法者がこれを考慮して償還の問題を判断する機会は存在しなかった。むしろその損害は最終的には公衆に転嫁されることから出発していたというべきである。また、緊急事務管理が本人の個人的な利益においても行われているということから何を導こうとしているかは不明であり、具体的にどのような分割が償還において行われるべきかも問題だと指摘する。

### 三 事務管理者の損害賠償責任の軽減

#### (1) 民法上の規定

緊急事務管理の場合には、他人の法領域への干渉につき違法性は否定されるが故に、事務管理者はこの干渉を理由とする損害賠償義務を負わない（一三一一条）。

しかし、事務管理を行う際に際して過失がある場合には、損害賠償法の一般原則である一二九五条以下に基づいて、事務管理者はこれを賠償すべき責任を負う。これが通説的見解である。<sup>(98)</sup> これによれば、本人の物を軽過失で損傷した

ときは、損傷の時点での通常の価格を賠償し（一三三二条）、故意・重過失のときは、さらに逸失利益も賠償される（一三三二条）。

## (2) 責任制限の試み

(a) フィッツは利他的に行為している場合に行為者の損害につき本人に無過失賠償責任を認めるときには、同様に行為者の加害による賠償義務も軽減されるべきではないかという問題を提起する。ドイツ民法六八〇条は緊急事務管理者の責任を故意・重過失に限っており、軽過失について緊急事務管理者は免責される。フィッツはこの条文とこれに関するドイツの判例・学説を参考としながら、結論的に緊急事務管理者の軽過失免責を主張する。

すなわち、自己のためにする行為の場合には、行為者は自己の費用で賠償義務負担の危険に対処すべきである。準備金の積立や損害保険の締結など、その手段は問わない。これに対して、ある者が利他的な危険救助をなし、相当な反対給付なしに責任リスクを増大させた場合には、報酬欠缺に対応するものとして、軽過失の免責が行われる。<sup>(99)</sup>

緊急事務管理に関しては、一三一二条が防止しなかった損害に関する事務管理者の免責を定める。しかし、救助途中で事務管理者の惹起した損害をこの中に含めて理解することはできない。これの賠償をめぐる事務管理者の軽過失免責は利益帰属の思想から導かれる。責任の厳格化（本人の無過失賠償責任）と責任緩和（事務管理者の賠償義務の軽減）は一個のコインの裏表だからである。<sup>(100)</sup>

事務管理者が第三者に損害を与えた場合には、右の責任制限に対応した保護が与えられる。具体的には、本人に対する解放請求権や償還請求権が事務管理者に認められると主張する。<sup>(101)</sup>

(b) このように緊急事務管理者の責任を故意・重過失に限定することに対して、マイセルは次のように批判する。<sup>(10)</sup> まず第一に、これは損害賠償法の一般原則に違反する(一二九五条)。第二に、事務管理者は事務管理に必要な不可欠な勤勉さや知識に関して責任を負わなければならないが、緊急事務管理の場合にはこれは適用されない(一二九九条)。さらに、過失の前提としての事務管理者の注意義務は事務処理の状況の特殊性や干渉の緊急性、脅威の程度などを考慮して確定されるから、軽過失に関する責任を演繹的に否定しなくとも、事態に適した解決は可能である。

しかし、この見解によっても、過失の認定によってすべての事例を解決することができないわけではない。右のような諸事情を考慮してもなお過失が肯定される事例が残ると思われるが、まさにこの場合にも事務管理者の免責を認めるべきだというのがフィッツの主張に他ならない。マイセルの批判はこの点で正鵠を射ていないと思われる。<sup>(11)</sup> もっとも、フィッツのように軽過失の場合は全面的免責、重過失の場合には全部の責任肯定というのは若干硬直的に過ぎる。具体的状況に応じて割合的な責任を導くことが妥当であろう。

(c) なお、同様のことは事務管理の場合だけでなく、受任者や労働者についても問題となる。これを一〇一四条を用いて、どの程度本人に転嫁することができるかはリスク責任論の主たる議論の一つである。しかし、これに関する学説の関心はもっぱら労働者の賠償責任に向けられている。この点はすでに論じたことがあるので、<sup>(12)</sup> ここでは受任者の賠償責任に関するフィッツの見解を紹介するにとどめたい。

受任者の賠償義務については、一〇一二条が過失によって損害を惹起した場合にはこれを委任者に賠償すべき責任を負う旨を定める。しかし、オーストリア法における委任契約は有償を本来的な形態としており、両当事者の利益のためになされる。したがって、受任者の責任を原則的に制限すべき契機は存在しない。むしろ、弁護士や財産管理人、

仲介人、委託販売業者、銀行などでは、高度の職業上の注意義務が受任者に課されるべきである。これと異なり、利他的で且つ職業的でない事務処理という非典型的な事例に関しては、法の欠缺が存在し、これは利益状態に適合した責任基準によって充足されるべきであるとフィッツは主張する<sup>(15)</sup>。これは一〇一二条の適用領域を有償委任に限定し、無償委任の場合には、利益とリスクの同一帰属の観点から受任者の賠償義務を軽減しようとするものである。

## むすび

本稿では、主としてオーストリア法における委任者の無過失責任およびこれの準用規定に関する歴史的な沿革と理論的基礎、さらに事務管理における類推適用に関する判例・学説の状況を見てきた。ここでは、これらに関して幾つかの重要と思われる点を指摘して、本稿のむすびに代えたい。

### (1) 委任者の無過失責任に関する歴史的な沿革

(a) 委任者の損害賠償責任に関する A B G B の規定をみると、その特徴として次のような点を指摘することができる。すなわち、① A B G B 一〇一四条において委任者の過失責任と無過失責任が併存的に規定されていること、②「委任の履行と結びついた損害」と「偶然によって生じた損害」を分けて、別個に規定されていること、③「偶然によって生じた損害」に関しては、仮定的な報酬額に制限されていること、④委任の無償性の原則が放棄され、有償委任も委任に含むものとされたこと、⑤これを前提として、偶然損害に関する A B G B 一〇一五条は無償委任にその適用範囲が限定されていることの五つである。



(b) これらを立法史的に考察すると、(ア) 過失責任と無過失責任の併存的な規定はホルテン草案にその起源を求むることができる。テレジア法典でも委任者の無過失責任は規定されていたが、これは過失責任の原則に対する例外として構成されていたに過ぎない。

(イ) 「委任の履行と結びついた損害」と「偶然によって生じた損害」の区別はマルチーニ草案をその起源とし、原草案に受け継がれた。そこでは、一〇一四条の「委任の履行と結びついた損害」という表現はいずれも同じであるが、一〇一五条の「偶然に (zufälliger Weise) 生じた損害」はマルチーニ草案では「予期されない偶然 (unvermühter Zufall) によって生じた損害」という表現が用いられていたが、原草案の段階でこれが修正された。

なお、テレジア法典およびホルテン草案では、両者とともに規定するのではなく、テレジア法典は「偶然損害の賠償」を、ホルテン草案は「事務処理に基づいて生じた偶然損害の賠償」のみを定める。このホルテン草案は文言的にみると現行法の「委任の履行と結びついて損害」に相当するものと解することができる。また、受任者（任意代理人）に過失がないことが要件とされている点でホルテン草案は他の草案とは異なる。わが国の六五〇条三項および母法であるフランス民法典二〇〇〇条も同様の要件を定めており、この点でも注目される。

(ウ) 偶然損害に関しては、賠償の範囲はいずれも制限的なものとされた。テレジア法典では「衡平上の賠償」に限られる。マルチーニ草案において初めて仮定的な報酬の最高額という制限が用いられた。この制限は原草案およびツァイラーの提議においても維持された。しかし、その基準は「雇われた弁護士」から「雇われた事務処理者」を経た、「有償契約」であれば支払われるであろう報酬額へと変更された。

(エ) 委任の無償性の原則はテレジア法典から原草案に至るまで一貫して維持されてきた。立法の最終段階において、この委任の無償性の原則はツァイラーの提議によって放棄された。その結果、無償委任を前提としてこれまで認めら

れてきた委任者の無過失責任が有償委任にも拡張されることになった。

これに関する立法者の意図は立法資料からは明らかではない。しかし、すでにテレジア法典において、事後的な謝礼の支払だけでなく、これの事前の支払約束の有効性、さらに一定の職業人にはこのような約束が存在しない場合にも報酬を請求し得ることが認められていた。これらは無償委任の原則に反しないものとされたが、その経済的な実態は事務処理の対価すなわち報酬であることは明らかである。つまり、委任の無償性はすでに形骸化していたのであり、ツァイラーはその実態を直視してこれを法典化したに過ぎない。同様に、委任者の無過失責任も実質的には有償委任にもその適用が肯定されていたというべきである。このような実態ないし実質に着目する場合には、ツァイラーの提議によって委任者の無過失責任の適用範囲が有償委任に拡張されたという評価は必ずしも正鵠を射ていないと思われる。

(オ) 偶然損害に関する A B G B 一〇一五条を無償委任に限定することは、同じくツァイラーの提議によって行われた。「委任の履行と結びついた損害」と「偶然によって生じた損害」の区別は、すでに述べたようにマルチーニ草案に始まる。これを継承した原草案を含めて、両者の責任が委任者に認められていた。これに対して、ツァイラーは後者の責任を無償委任に限定した。その結果、無償委任の場合には従来と同様に委任者は両者の責任を負うが、有償委任の場合には前者の責任に限られることになった。

(c) A B G B 一一五一条二項によれば、A B G B 一〇一四条を含む委任契約の規定は「事務処理を対象とする雇用・請負契約」に準用される。この起源はマルチーニ草案に求めることができる。ここでは、混合契約論的な観点から、当該契約に適用されるべき法規範が定められた。これ以降は、表現方法を異にするものの、内容的には同一の規定が置かれた。

ホルテン草案ではこのような観点は希薄であり、「理性と知性によって実行される仕事」の契約は単に任意代理契約の規定に従うものとされた。また、テレジア法典ではこのような準用規定はないが、使用者の無過失損害賠償責任を定めていた点は注目される。

(2) 委任者の無過失損害賠償責任の理論的な基礎づけ

(a) 一〇一四条の無過失損害賠償責任の理論的根拠については、起草者の見解は明らかではないが、初期の学説では、衡平説・営業危険説・企業理念説が主張された。その後、一九七〇年代には、ドイツ学説の影響を受けて「他人のためにする行為のリスク責任」論が主張された。一九八三年判決がこれを採用すると、多くの学説もこれを支持するに至り、現在の判例・通説が形成された。もっとも、近時、利益説や「委任者の計算と危険」説などの新たな主張も見られる。

(b) ファーバーは「他人のためにする行為のリスク責任」論を批判的に検討し、これに代えて「委任者の計算と危険」説によるべきことを主張した。彼は委任法の規定から委任の三原則を導き、これによって委任者の無過失責任を基礎付けることを試みる。しかし、このような思考方法は委任者の無過失責任が実定法化されていない場合にも妥当するかは疑問の余地がある。また、この「計算と危険」が委任の場合だけでなく、雇用契約や事務管理にも妥当するとして、使用者や本人の無過失責任を肯定する。そうすると、「計算と危険」は単に委任法の領域だけでなく雇用や事務管理に共通する原則となり、この点ではリスク責任論における「利益思想」と同様であるといえる。また、ファーバーが委任法の第三原則だとする「常時支配の原則」は内容的にはリスク責任論の「危険設定思想」と重なる。ファーバーはこれを委任者の無過失責任に関する責任要件の解釈に資するものとするが、少なくともこれが

実定法化されていない国では利益思想と並んで委任者の無過失責任の基礎づけとして用いるべきであろう。このように解することが「物に関する危険責任」との類似性からも正当だと考えられる。

### (3) 事務管理とABGB一〇一四条の類推適用

(a) 事務管理者の被った損害と本人のリスク責任 近時の通説的見解は緊急事務管理にも一〇一四条の類推適用を認める。したがって、緊急事務管理に際して事務管理者が損害を被った場合には、事務管理者は本人の過失を問うことなくこれの賠償を請求することができる。これに対して、OGHは通説とは異なり、一〇一五条および一〇四三条や九六七条という複数の条文から「適切な賠償」と「衡平責任」を導く。これの結論が妥当であるとしても、このような全体の類推という方法が適切であるかどうかは慎重な検討を必要としよう。

なお、緊急事務管理者の損害に関しては、一般社会保険法（ASVG）が適用されるが、これと関連して、①使用者の免責特権の規定がここで類推適用されるか、また、②保険代位により事故保険者は本人に賠償請求できるかが問題とされる。前者につき、通説および判例はこれを否定する。また、後者については、有力説は保険代位を否定すべきだと主張するが、判例はこれを肯定する。

(b) 事務管理者の損害賠償責任の軽減 事務管理者が本人または第三者に損害を与えた場合に負う事務管理者の損害賠償義務は本人との関係において軽減されるか。この問題を扱う学説はそれほど多くない。有力説はドイツの学説・判例を参考としながら、事務管理者の責任を故意・重過失に制限すべきこと（軽過失免責）を主張するが、損害賠償の一般原則に反するとともに、過失の前提としての注意義務の認定によって事態に適した解決が可能だとする批判がある。

(4) 我が国への示唆

ABGB 一〇一四条の歴史的沿革や理論的根拠、およびこれの類推適用をめぐるオーストリアの法状況は右に述べた通りである。また、ドイツ法およびスイス法については別稿ですでに論じた。

わが国では、民法六五〇条三項が委任者の無過失損害賠償責任を明文で規定するが、オーストリアの判例と同様にこれを「他人のためにする行為のリスク責任」の観点から理解することが考えられて良い。これによって、有償委任への適用や同条の適用要件の明確化、さらに同条の雇用・労働契約や事務管理への類推適用の基礎づけなどに資することができよう。これの詳細は今後の検討に委ねざるを得ないが、一部の法領域では、すでに「他人のためにする行為のリスク責任」がわが国でも実質的に認められていることを指摘しておきたい。

すなわち、危険責任や報償責任は本来的には第三者に対する無過失損害賠償責任を基礎づけるものであるが、近時、これが使用者の労働者に対する求償権の制限根拠として援用(46)されている。そうすると、これは使用者と労働者の間において、「他人のためにする行為のリスク責任」論と同じく利益思想と危険設定思想に基づき使用者のリスク責任を肯定するものと評価しうるからである。

(1) これに関しては、拙稿「労働過程で生じた損害の帰属と他人のためにする行為の危険責任」法学研究四七号三二八頁以下（一九九一年）、同「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）（二・完）」法学志林一〇四卷二号三三頁以下（二〇〇六年）、同三号一〇一頁以下（二〇〇七年）参照。

(2) Vgl. Kozol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 10. Aufl., 1995, S. 362 f..

もともと、古く判例の中には、委任の対象は法律行為だけでなく、事実的な活動でもよいとしたものもある。具体的には、OGH II, 1. 1881, GIU (Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes) Nr. 8245 が挙げられる。

事案はドナウ汽船会社の従業員が夜に泥酔した渡り板の監視員の代わりに汽船を固定することを委託され、これを行う際に、台船 (Stehschiff) と汽船の間に足を挟まれて怪我をしたというものである。一審判決は委託された労務給付が原告の労働義務に属さず、原告がこれを任意かつ無償で引き受けた場合には、委任契約が存在するとした。委任契約は単に法律行為だけでなく、通常の労務給付に属するようなものも対象としうるからである。もっとも、一〇一四条は単なる損害発生の可能性ではなくて、損害発生の際に蓋然性の存在を必要とするが、本件では、このような蓋然性が認められないとして、同条の適用を否定した。控訴審はこれを支持。OGHもこれを援用して上告を棄却した。

同様の学説としては、Swoboda, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem, 1932, S. 24 f. が挙げられる。

(3) なお、雇用契約は有償だけでなく無償でもあり得る点に争いはないが、請負契約では有償に限るかどうかが争われる。通説的見解は、「報酬と引換えて (gegen Entgelt)」となる一五一条一項後段に基づき有償性は請負契約の本質であるとして、無償の請負契約を否定する。これに対して、有力説は、通説のように解すると、事実的な結果の無償での完成は委任に算入すべきことになるが、事務処理に向けられた委任の規定を適用することは適切ではないと批判して、無償の請負契約を肯定する。また、無償性の明示的な合意を許容する一五二条の規定は請負契約にも適用しうるものとの根拠の一点を挙げる。Vgl., Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts (Fn. 2), S. 403.

(4) 拙稿「事務処理に際して生じた損害をマイン民法六七〇条(一・完)「法律雑誌林一〇〇四年第三三頁以下(二〇一三年)参照」。(5) Spentling in Koziol, Bydinski, Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, (im folgenden, KBB), 3. Aufl., 2010, §1151, Rn. 2, Rn. 6 ff., S. 1282 ff.; OGH 9. 11. 1976, EwVI 1977/112 (ÖJZ 1977, 239) = ZAS 1978/8 (S. 53); OGH 19. 5. 1981, EwVI 1982/24 (ÖJZ 1982, 72) = JBl 1982, 500.

(6) 以下の一〇〇四年の改正法によつて、自由な雇用契約に関して使用者の書面交付義務が一六四a条として追加された (BGBl I 2004/77)。

(7) OGH 29. 9. 1981, ZAS 1983, 29; OGH 26. 3. 1997, SZ 70/52.

(8) OGH 9. 2. 1987, SZ 19/40; OGH 31. 5. 1983, SZ 56/86.

(9) Apathy in Schwimann-Praxiskommentar, Bd. 5, 1997, §1014 ABGB Rn. 9, S. 743; Bydinski in KBB (Fn. 5), §1014 ABGB Rn. 7, S. 1113 f.; Stanzl in Klang-Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl., 1968, §1014, 1015 ABGB S. 849; Strasser in Rummel-Kommentar zum ABGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2000, §1014, 1015 ABGB Rn. 10, S. 2090 f.

- (10) Kerschner, Die Reichweite der Arbeitsgeberhaftung nach §1014 ABGB oder Zur Entmystifizierung einer neuen Wundernorm, in: Tomandl, Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis, 1991, S. 57 (S. 65 ff., 74 f.).
- (11) Fitz, Risikozurechnung bei Tätigkeit in fremden Interesse, 1985, S. 89 ff., 160 ff.; Oberhofer, Die Risikohaftung wegen Tätigkeit in fremdem Interesse als allgemeines Haftungsprinzip, JBl 1995, 217 (S. 218).
- (12) Faber, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht, 2001, S. 93 ff.
- (13) Vgl. Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen (im folgenden, Der Codex Theresianus), Bd. I, 1883, S.1 ff.; derselbe, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechts, 1868, S. 36 ff.; Orner, Berathungs-Protokolle der k. k. Hofkommission in Gesetzssachen, S. 1 ff.; in: Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (im folgenden, Der Ur-Entwurf), Bd. I, 1889.
- またこれに関する我が国の文献としては、村上淳一『近世法の形成』二六三頁以下(一九七九年)、ヴィアッカー著・鈴木祿弥訳『近世私法史』四二二頁以下(一九六一年)、石部雅亮「オーストリア民法典」久保正幡先生還暦記念『西洋法制史料選Ⅲ』二二五頁以下(一九七九年)、シュロッサー著・大木雅夫訳『近世私法史要論』一一三頁以下(一九九三年)などがある。
- (14) 西ガリツィーエン法典はマルティーニ草案とは次の点で異なる。①マルティーニ草案では、各編の各章毎に条文数が振られていたが、西ガリツィーエン法典では、各編毎に通し番号が付された。②純粹に用語的な適合化が行われた。もっとも、個々の規定が客観的な点においても草案の規定と一致しないことも時々見られる。Vgl. Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S.104.
- (15) 皆川宏之「法典編纂と自然法論(一)・完・オーストリア一般民法典第七条の成立史を題材として」法学論叢一四九巻四号二一九頁(二〇〇一年)参照。
- (16) 西ガリツィーエン法典については、第一編第一条から五七条までに限られるが、次の文献で紹介されている。Barta, Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts in ihrem Verhältnis zum preussischen Gesetzbuch, S. 324 ff.; in: Barta, Palme, Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation, 1999, 11に於て「原草案と西ガリツィーエン法典の同一性を確認することができぬ」。
- なお、両者の僅かな相違については、Orner, Entwurf eines allgemein bürgerlichen Gesetzbuches (Der Urentwurf), Fußnote, CXLVIII, in: Der Ur-Entwurf (Fn. 13), Bd. I, を参照。
- (17) マルティーニ草案を原草案と表記することが多く見られる。しかし、マルティーニ草案と西ガリツィーエン法典「さらに原草案の間に、すでに指摘したような差異が僅かではあるが存在することに注意する必要がある」。

(18) ABGBの法改正は現在までに八八回を数えている。とりわけ、一九一四年から一九一六年の間に三回にわたって部分改正が行われたが、この中でも、一九一六年の第三回部分改正法 (Dritte Teilnovelle, RGBl Nr. 69/1916) は民法典全般に及ぶ広範囲な法改正である。

(19) ABGBが他のヨーロッパ諸国に与えた影響に関しては、ブラウネーター著・堀川信一訳「ヨーロッパ私法典としてのオーストリア一般民法典」一橋法学一〇巻一号一九頁以下(二〇一一年)参照。

なお、損害賠償法の近時の改正動向については、大東文化大学法学研究所オーストリア損害賠償法研究班(代表者・堀川信一)「翻訳オーストリア損害賠償法草案(一)」(5・完)「大東法学」一〇巻一頁以下(二〇一〇年)、「二〇巻二頁以下(二〇一一年)」、「二二巻一頁以下(二〇一一年)」、「二二巻一・二頁以下(二〇一三年)」、「同三巻一頁以下(二〇一三年)」参照。

(20) Vgl., Harrasowsky, Der Codex Theresianus (Fn. 13), Bd. III, S. 261 f., 270.

(21) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)』二四頁(一九八九年)「中川高男」参照。

(22) Vgl., Harrasowsky, Der Codex Theresianus (Fn. 13), Bd. I, S. 270.

(23) Vgl., Harrasowsky, Der Codex Theresianus (Fn. 13), Bd. IV, 1886, S. 459 f..

(24) Vgl., Harrasowsky, Der Codex Theresianus (Fn. 13), Bd. V, 1886, S. 171 f..

(25) Vgl., Ofner, a. a. 0. (Fn. 16), S. XCIX f..

(26) Vgl., Ofner, Der Ur-Entwurf (Fn. 13), Bd. II, 1889, S. 44 f..

(27) Ofner, Der Ur-Entwurf (Fn. 13), Bd. II, S. 49 ff..

(28) マルティニー草案では、このような制限は不要であった。そこでは、委任は無償に限られるから、原草案第一一三条および第一一四条も当然に無償の委任関係のみに適用される。

(29) 雇用契約は被用者の人的従属性を本質的なメルクマールとする(真の雇用契約・echter Dienstvertrag)。従って、このような人的従属性を有しない独立的な労務給付を目的とする契約は第二六節の意味での雇用契約ではない(自由な雇用契約・freier Dienstvertrag) (モルトも「二〇〇四年の改正によって、自由な雇用契約に関する規定が書面交付義務に限定であるが「一六四a条として新設された」。それ故、「一一五一条以下の規定は自由な雇用契約には直接的に適用されない。しかし、判例によれば、人的従属関係に由来せず、また社会的弱者の保護に仕えない第二六節の規定は自由な雇用契約に解釈上類推適用される」。Vgl., Spentling in KBB (Fn. 5), §1151 Rn. 2, 6 und 12, S. 1282 ff.; Schrammel in Klang-Kommentar zum ABGB, 3. Aufl., 2012, §1151 Rn. 60 ff., S. 35 ff.. なお、「このような「自由な雇用契約」は我が国では「準委任」に相当する(六五六条)。





- (47) もっとも、労働関係に1014条を類推適用すべきことを最初に主張したのはヘーレンツウィックである。Ehrenzweig, System (Fn. 41), S. 490.  
その後、この見解が広く認められる (Hammerle, Arbeitsvertrag, 1949, S. 251) や シェンタニル (Stanzl in Klang-Kommentar (Fn. 9), §1014, 1015, S. 849) によっても支持された。しかし、これらは1014条の本質の理解を異にする点で本文で述べる見解とは異なる。
- (48) Kramer, Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, 1975, S. 75 ff..
- (49) Ch. Klein, Der dienstbedingte Sachschaden des Arbeitnehmers, DRdA 1983, 347 (350 ff., 354 f.). なお、この論文は次に述べる一九八三年のOGHの判決の前に書き上げられたことから、時間的には同判決の前の学説として分類した。
- (50) この判決については、拙稿・法学研究四七号(前掲注(一))三三七頁以下、同・法学志林一〇四巻三号(前掲注(一))三九頁以下参照。
- (51) Ch. Klein, Der dienstbedingte Sachschaden (Fn. 49), S. 357 f..
- (52) Hanreich, Schadensersatzansprüche aus der Verwendung des eigenen Kfz für den Auftraggeber oder Arbeitgeber, JBl 1984, 361.
- (53) Kerschner, Der praktische Fall: Die geratete Fotoausrüstung, DRdA 1986, 230 (233).  
彼によれば、1152条二項の目的は労働者の事務処理に関して単に労働契約の規定によって判断することを阻止する点にあった。したがって、同条から、事実的な種類の労務給付の場合には委任法の個々の規定は一切適用しえないという結論を導くことは許されない。事務処理を対象とするか否かは第三者との外部的な接触の点で異なるに過ぎないが、事務処理を対象とする場合と同じく、事実的な労務給付の場合にも第三者の危険にならなれることが多く存在する。したがって、両者を異なして取り扱うべきではないとし、リスク責任の観点から責任の要件を考察する。
- (54) Bydinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers, 1986, S. 34 ff., S. 56 ff. 彼は他人のためにする行為のリスク責任の原則を1014条の法的根拠として取扱いつつ、それゆえにこれを類推の基礎とするのは全く正しくないとする。
- (55) Vgl. Kerschner, Der praktische Fall (Fn. 53), S. 232; Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts (Fn. 2), S. 400.
- (56) Jabomegg, Arbeitgeberhaftung für Sachschäden an AN-Eigentum, DRdA 1984, 32 (S. 37 ff.).
- (57) Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 46 ff. など、オーナー・オーナー・テナンツの見解を全面的に支持する。Oberhofer, Risikohaftung (Fn. 11), S. 218 f..

- (85) Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 58 ff.
- (86) Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 96 ff.
- (87) Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 90, S. 162 ff.; Oberhofer, Risikohaftung (Fn. 11), S. 218, 225 f.
- (88) Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 166 ff.; Oberhofer, Risikohaftung (Fn. 11), S. 226 f.
- (89) Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 164 ff.
- (90) Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts (Fn. 2), S. 365.
- (91) Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 111f.
- (92) Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 78 ff.
- (93) 責任保険約款 (AHVG) 七条一〇・二号によれば、責任保険は動産の使用、運送、加工または他の活動に際してまたはその結果として生じた被保険者の損害賠償義務には及ばないものとされる。Vgl. Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 149 f.
- (94) 責任保険約款七条五・三号によれば、この保険は被保険者または彼のために行為する者が自動車の保持または使用によって惹起した損害賠償義務には及ばないものとされる。Vgl. Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 153 f.
- (95) 支配可能性の原則や有利な付保可能性の原則以外に、コラーはいわゆる吸収原則 (Absorptionsprinzip) と分業的誘因の原則 (Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung) を持たますが、フューバーはこれらに対して否定的である (Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 159 ff.)。
- (96) 吸収原則によれば、予見可能ではあるが支配可能でないリスクについては、最も良くリスク分散やリスク配慮をなし得る当事者に帰責される。労働者の物的損害について、コラーは損害発生の子見可能性は使用者と労働者にとってほぼ同等であり、損害の計算については、逆に労働者に優位性が認められるが、しかし、ここでは労働者の乏しい経済力、これに伴うリスク分散の可能性の不在を考慮すると (労働法上の保護思想)、使用者の側に吸収の優位性を認めることが正当化されるという。

このような労働法上の観点は民法上の委任の場合には妥当しない。また、この原則によるリスク帰責は、間接代理人の事例から明らかなように、製造者かどうかなど委任者の地位に依拠することになるが、これは一〇一四条の要件とは調和しない。賠償金の支払いのための積立金創設 (自己保険) というリスク分散の可能性は企業規模や製造された物の個数に依存する。これらの要素は一〇一四条とは関係しない。

(4) 分業的誘因の原則とは、他人を自己の利益のために分業的に行為させた者はこれと結びついたりリスクをも負担しなければならぬというものである。これは第二次的な基準であり、抽象的な支配可能性の原則や吸収原則によってリスク配分ができない場合にのみ

適用される。

しかし、委任者だけでなく、受任者も自己の需要すなわち労働力の利用という需要を満たしているから、この原則の前提は異論の余地がある。また、この原則の重要な適用事例は予見可能でないリスクの場合である。しかし、一〇一四条に関しては、圧倒的な見解によれば、予見可能なリスクに限られる。予見可能でないリスクにまで一〇一四条の適用範囲を広げると、一〇一五条の適用範囲はほぼ存在しないことになる」と批判する。

(66) Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 243 ff., 258 ff..

(70) 確かに、カナリスは労働者の物的損害の事例に関して、使用者はリスクを創設し、この活動から利益を取得し、彼はこの危険状態を支配していることを指摘し、使用者にとっては保険の締結が有意義であるが、労働者はこの危険を回避できないと述べる。また、労働者の加害の事例に関しては、営業の相当な組織化であれ、保険の締結によってであれ、使用者は最も良くこの危険を支配しようとする (Canaris, Risikohaftung (Fn. 45), S. 45, 48)。

しかし、カナリスは伝統的な物に関する危険責任と「行為のリスク責任」という二つの下位的事例の上位に位置する原則を「このリスクから利益を引出し、これがその者の意思に帰せられるべき者にリスクを帰責する」という原則として定義する。ここでは支配可能性は問題とされていない。また、労働契約とは異なり、委任のところでは、危険設定思想として受任者の活動が委任者の誘因または意思に帰せられることを挙げているに過ぎない。これは事務管理に関しても同様である (Canaris, Risikohaftung (Fn. 45), S. 43)。

(71) Vgl. Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts (Fn. 2), S. 504 ff..

(72) Ehrenzweig, System (Fn. 41), S. 718.

(73) Wilburg, Die Elemente (Fn. 42), S. 121.

(74) Stanzl in Klang-Kommentar (Fn. 9), §1036, S. 900.

(75) ルトメル教授的な一〇一四条および一〇一五条の類推適用を支持する。Rummel in Rummel-Kommentar zum ABGB, Bd. 1, 2. Aufl., 1990, §1036, Rn. 4, S. 1649.

「*der*」 Rummel in Rummel-Kommentar (Fn. 9), S. 2142 では、この部分が削除されて判例の紹介に置き換えられたが、後述する有益な事務管理に関する説明を「従来の見解が維持されていることは明らかである (注 (80) 参照)」。

(76) Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 96 ff..

(77) Oberhofer, Risikohaftung (Fn. 11), S. 219 ff..

(78) Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 259.

- (79) 一〇一四条の類推肯定説としては、さらに次のようなものが挙げられる。Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts (Fn. 2), S. 505; Apatky in Schwimann - Praxiskommentar (Fn.9), §81036-1040 ABGB, Rn. 12, S. 777.
- (80) Fitz, Risikorechnung (Fn. 11), S. 99; Rummel in Rummel-Kommentar (Fn. 9), §1037, Rn. 5, S. 2143.
- なお、フィッツは緊急事務管理の場合とは異なして、有益な事務管理の場合の損害賠償請求権はこの事務処理の積極的な結果が残る場合に限るとする。

このような肯定説に対して、オーバーホーファーはオーストリア法では有益な事務管理は常に違法の非難が課されるから、このような違法な干渉にリスク責任思想を適用することはできないと批判する。Oberhofer, Risikohaftung (Fn. 11), S. 219 f..

- (81) Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag, 1993, S. 190 ff..
- (82) オーストリアにユーロが導入されたのは一九九九年一月一日である。そして、二〇〇二年二月二十八日までに旧通貨は回収された。ユーロとの交換比率は一〇〇シリングで七・二七ユーロである。

(83) OGH 17. 10. 1996, 2 Ob 2325/96f, RIS (Rechtsinformationssystem, <http://www.ris.bka.gvaat/jus/>). (未公刊)

【判言】破棄自判 ①緊急事務管理者は通常は公衆の利益だけではなく、個人的な利益においても行為する。原審の認定によれば、本件の緊急事務管理は明らかに被告の利益のためになされた。しかし、この本人の個人的な利益の言及から、事務管理者の請求権が減額されないまま存在するという結論は生じない。

原審の認定によれば、請求権を減額する共同過失はFには認められない。また、Fの不器用さは本件の事情の下では請求権の減額に導かない。

②原告の見解とは異なり、負担能力の考察に際して、社会保険補償を無視することは許されない。本件事例でも、経済的に考えると二つの保険者が対峙しており、このことは衡平の評価のところでも考慮されるべきである。

衡平判断の事例に関する判例では、被害者の補償請求権が個人の保険契約に基づくか、社会保険者に対する法律上の請求権に基づくかどうかによって異なって判断すべきだとはされていない。

③原審は被告の現実に差し迫った危険が大きいことを認定しており、この点での割合的な検討は行われない。この事情はまず第一に緊急事務管理者に賠償を認めることに賛成するが、さらに、賠償の額の算定に関しても重要である。

本件事例では、負担能力の検討が決定的に重要となる。経済的に考えて二人の保険者が対峙している場合には、被告の見解とは異なり、関与する保険者にとってこの損害が負担可能であるかどうかではなくて、緊急事務管理者と本人がどの程度でこれを負担できるかが問題となる。

本件事例では、両者は完全な保険補償を享受しており、この損害は両者にとって等しく負担可能である。このことは一対一の割合での分割に導く。

被告はこの範囲ですべてに請求を認めているから、被告の責任保険の補償額が五〇〇万シリングであり、原告たる社会保険は無制限であるという事情が被告の有利に働くか否かという問題は糊上げにすることができる。

右の割合と異なる分割を正当化するその他の事情も本件事例では存在しない。

(85) Vgl. Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 98 ff.; Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 258 ff..

(86) なお、前述した一九九七年判決は一九九五年判決に従う旨を述べるが、そこでは一九九五年判決とは異なって、一〇一五条は全く引用されていない。

(87) Fitz, Anmerkung zum OGH 24. 8. 1995, ÖZW (Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 1997, 14; Grömmel/Oberhofer, Geschäftsführer ohne Auftrag - Schadensersatz, DRdA 1996, 311 (313 f.). なお、後者は「圧倒的な自己過失」の抗弁の主張に言及していながら、この問題をこの指摘する。

(88) Faber, Risikohaftung (Fn. 12), S. 258 ff..

(89) Koziol in KBB (Fn. 5), §1036, Rn. 6, S. 1148 中の判例を紹介するが、それにも関わらず、一〇一四条の類推適用により損害は賠償されると述べている。

(90) この一項二号は一九五五年の制定当初から存在していた。その後、これが拡張され、一九六二年の改正法では②「差し迫った援助給付のために医者や助産婦を連れに行く際 (BGBl Nr. 13/1962)」、一九八七年の改正法では、⑦「公安機関 (Sicherheitsorgan) の職務行為の適切な援助の際」がそれぞれ追加された (BGBl Nr. 609/1987)。また、二〇一二年には「献血の協力に際して」が⑥「献血または臓器移植法による臓器移植に際して」に置き換えられた (BGBl Nr. 107/2012)。

また、二号の適用は当初は「これらの給付につき特別な法律上の義務が存在しない場合」に限られていた (BGBl Nr. 189/1955)。しかし、二〇一二年に本文で述べたような制限に変更された (BGBl I Nr. 123/2012)。したがって、フヤックが述べるように、従来の制限をめぐっては議論があったが、現在では意味を失ったと言えよう。Vgl. Fitz, Risikozurechnung (Fn. 11), S. 106 ff..

なお、一項の列挙する労災と同視される事故類型は当初四つの場合に限られていた。その後、一九六一年に三つ追加され (BGBl Nr. 13/1962)、一九七二年に二つ (BGBl Nr. 31/1973)、一九七六年に二つ (BGBl Nr. 704/1976)、一九八〇年に二つ (BGBl Nr. 585/1980)、そして一九八七年に一つ (BGBl Nr. 609/1987) がそれぞれ追加されて、現在の三つとなった。これに伴って三項の適用範囲も拡大された。



(106) 近時の下級審判例としては、エーディーディー事件に関する京都地判平成二三年一〇月三一日労旬一七六二号七一頁、控訴審の大  
阪高判平成二四年七月二七日労判一〇六二号六三頁や、仙台地判平成二四年一月九日TKC【文献番号】2545388などがある。学  
説については、加藤(一)編『注釈民法(19) 債権(10)』有斐閣・一九六五年「森島昭夫」二六七頁以下および二九七頁以下参照。