

西ドイツにおける使用者責任についての一考察

— 実務の動向を中心として —

田 上 富 信

はじめに

- 一 責任の構造と性質
 - 二 BGB八三一条をめぐる判例
 - I 免責立証
 - II 適用の回避
 - III 使用者の求償権
 - I 規定の構造
 - II 免責請求権
 - III 若干の考察
- むすび

はじめに

本稿は、西ドイツにおける使用者責任についての最近の判例の動向を概観するものである。本稿でかような考察を試みるのは、私が、かねてから次のような問題意識をもっていたからである。

周知の通り、わが国で使用者責任を規定している民法七一条は、成立の当初はドイツ法の影響を強く受けて、規定の仕方から解釈にいたるまで、現行ドイツ民法八一条とほぼ同様であった。^①ところが今日では、わが国の通説・判例は、ドイツ法とは、責任の基礎づけも解釈も、全く異った立場に立っている。私は、この通説・判例がとる現在の解釈論に対して、かねてから疑問をいだいている。責任の基礎づけはともかくとして、とくに被用者の故意・過失などの有責性を責任の前提とする解釈の妥当性は、すこぶる疑問が多い。すなわち、第一に、訴訟で被用者の過失の存否が争われた場合に、裁判所は被害者保護の見地から、被用者の過失を擬制してまで使用者に責任を負わせる傾向があり、第二に、民法七一条の監督義務者の責任との関連で、裁判所の責任能力認定に混乱をひきおこしており、第三に、使用者の被用者に対する求償について、被用者が究極の責任者であることを理由に使用者による全額求償の余地を残すこと、など解釈上問題が多い。^②

従って、本稿でドイツ民法八一条や、使用者の求償権について規定する八四〇条に関する実務の動向を考察することは、わが国の民法七一条についての解釈のあり方を知る上で参考になり得ると考える。

(1) 民法成立当時の学説およびその後の学説の変遷については、神田孝夫「企業の不法行為責任について」(北大法学論集二二巻三頁六一頁)で、若干の考察がなされている。

(2) かような解釈上の不都合は、通説・判例が民法七一条を代位責任と把握することから生じるといえるが、これに対して、私はかつて英米法を素材にして批判的検討を試み、そこで七一条の解釈上の問題点を具体的に指摘しておいた。田上富信「代位責任の基礎理論」(鹿大法学論集五巻二五三頁・六巻一三九頁参照)。

一 責任の構造と性質

一 ドイツにおける使用者の賠償責任についてBGB八三一条は次のように定める。⁽¹⁾

或事務に付他人を使用する者は、其の他人が事務の執行に付違法に第三者に加えたる損害を賠償する義務を負う。使用者が被用者の選任に当り且使用者が機械又は器具を装置し又は事務の執行を指揮すべき限度に於ては装置又は指揮に当り取引に必要な注意を用いたるとき、又は此の注意を用うるも尚損害が生ずべかりしときは、賠償義務を生ぜず。

契約に依り使用者の為に第一項第二文に掲げたる行為の処理を引受けたる者亦同一の責を負う。

この規定によつて使用者に賠償責任が発生する要件は、(一) 使用者と加害行為をなした者との間に雇用関係があること、⁽²⁾
(二) 加害行為が事業の執行につき行われたこと、⁽³⁾ (三) 第三者に対して違法に損害が加えられたこと、(四) 使用者が被用者の選任・機械器具の装置および事業の指揮にあたつて取引上必要とされる注意義務を怠つたこと、(五) 使用者の注意義務を欠いたことと結果の発生との間に因果関係があること、である。⁽⁴⁾ これ等の要件のうち、(四) および (五) は被害者が立証するのは非常に困難であるので、使用者側に、免責立証(Entlastungsbeweis)が課せられている。すなわち、使用者は賠償義務を免れようとするならば、被用者の選任・指揮および機械器具の装置に過失がなかつたこと、次にかかる意味での過失は使用者にあつたが、かりにこの注意を払つたとしても結果は発生したであろうことを証明しなければならぬ。

このBGB八三一条とわが国の民法七二五条を、規定の文言および構造の上で対比してみると、民法七二五条では機械器具の装置についての過失が定められていない点を除けば、両者はほとんど同一であることは明らかであろう。また使用者の求償権について、わが民法は七二五条三項で規定を置いているが、この点についてもBGBは八四〇条二項で使用者の被用者に対する求償の余地を定めているので、やはり両者の構造は同じであるといつてよい。このように使用者責任について、ドイツ民法とわが民法が規定の仕方および構造においてほぼ同一であることは、規定の沿革においても解釈のあ

り方においても同一の基盤を有するものといえよう。

ところで、BGB八三一条が定める使用者責任の法的性質について、ドイツの学説・判例の一般的理解によれば⁽⁵⁾、選任・指揮・装置についての使用者の注意義務違反が責任の根拠であり、この注意義務違反は法規の上で推定されているから八三一条は使用者の「推定された有責」(vermutetes Verschulden)にもとづく責任であると解されている⁽⁶⁾。それ故、八三一条は、ドイツ民法の基本原則である有責任主義 (Verschuldensprinzip) の例外でもなければ、他人の不法行為を代位する責任でもないし、ましてや危険責任を定めたものでもない⁽⁷⁾。この点で、わが国の支配的学説が民法七一五条を代位責任と把握し、その根拠を報償責任ないし危険責任に求めているのと対照的である。

二 BGB八三一条によって選任・指揮などの有責が使用者に推定され、これが責任の根拠とされている以上、使用者の責任を基礎づける不法行為の主観的帰責事由はこれで充足されているから、被用者の故意・過失などの有責性は、原則として使用者責任の要件ではない⁽⁸⁾。むしろ八三一条の責任は、被用者の責任無能力によって阻却されない⁽⁹⁾。加害行為の違法性は、客観的違法 (objective widerrechtlich) で足りるから、被用者の責任能力は問題とならないし、また責任無能力である被用者を使用することは、使用者の選任・監督上の過失にあたるからである。従って、八三一条によって使用者に賠償責任が生じるためには、被用者に故意・過失・責任能力は必要としないのであり、被害者は、被用者に故意・過失などがあつたことを立証しなくても済むわけである。このような法構造から、ドイツにおける使用者責任訴訟で勝敗の分れ目となるのは、主として使用者に選任・監督上の過失があつたかどうかであり、被用者に故意・過失などの有責があつたかどうかではない。この点、わが国における民法七一五条の使用者責任訴訟では、主として争点が使用者の選任・監督における過失の有無よりも、被用者の故意・過失および責任能力の有無に移行している現象と著しい差異を示しているのは注目されてよい。

三 使用者責任の客観的帰責事由である違法性 (Widerrechtlichkeit) は、被用者の行動 (Verhalten) について判断

される。被用者の行動が違法であるかどうかにつき、近時、連邦裁判所は、まず第一段階として、被害者がBGB八二三条以下で保護されている法益が被用者によって侵害されたことを証明すれば違法と一応推定されるとし、第二段階として、被用者の加害行為が「交通適法」な(秩序に適った)行動“verkehrsrichtiges (ordnungsgemäßes) Verhalten”にもとづいていたことを使用者の側で証明すれば、違法性は阻却される、と判示した⁽⁹⁾。

この判決の意義は、第一に、BGB八三一条が明記する使用者の免責立証に加えて被用者の秩序適合行動の証明という免責の可能性を使用者に与えたこと、第二に、従来のドイツにおける伝統的違法性理論である結果不法論(Erfolgsunecht)に対して行為不法理論(Handlungsunecht)を導入し、かつ両者を融合したこと、にある。第一の点について注意すべきことは、判決によって認められた免責の可能性が、従来の免責立証にとって代るものではなく、両者は相関関係にあることである。すなわち、被用者の行動が秩序適合的であれば使用者の選任・監督上の過失も阻却される可能性が強まり、逆に被用者の行動が秩序に適っていなければ、選任・監督について無過失の立証は困難になるということである⁽¹⁰⁾。

第二の点については、行為不法理論の導入によって違法性と過失との関係が問題となり、ドイツではこの判決を契機として激しい議論がたたかわされ、未だに決着をみていない。この過失と違法性をめぐる論争の経過については、わが国ですでに詳細な紹介がなされているのでここでは触れない⁽¹²⁾。ただ使用者責任の構造上留意しなければならないのは、この判決を契機として八三一条は、被用者の客観的注意義務違反という過失要素が責任の前提とされるに至ったことである。すなわち、被用者の客観的・外部的行動が交通規則その他社会生活上遵守されるべき規則に違反すれば、それは、法秩序違反としての違法評価の対象になると同時に、過失の客観的要素である「社会生活上要求される注意義務」“im Verkehr erforderliche Sorgfalt”に違反したことになるといえる点である。そして連邦裁判所は、八三一条において被用者の過失などの有責性は責任の前提とされていないこと、および権利侵害≠違法という従来の理論上および実務上の立場と矛盾しないように、被用者の秩序適合行為を違法性阻却事由の中に組み入れるという巧妙な方法で解決をはかっていることに注目

説
しなればならぬ¹³⁾。したがって、八三一条は、依然として被用者の故意・過失などの有責性は責任の前提とされてい
ないといつてよい。ただ、過失の点で被用者の客観的注意義務違反という過失要素が違法性阻却事由という消極的な形で責
任要件の中にとりこまれるに至ったので、過失の主観的要素、すなわち、被用者の「意思」と結びつけられた過失予見
し得べきものを予見せずという心理状態が責任の前提とされなくなったといえるだろう。

四 このように被用者の故意・過失・責任能力は、使用者責任の要件ではないが、被用者にこれらの有責事由が備わって
おり、かつ被害者がこれを証明し得た限り、被用者は被害者に対して個人責任を負う。その際、使用者と被用者は連帯債
務者として責任を負い、賠償を支払った使用者は被用者に対して求償ができる(BGB八四〇条一項・二項¹⁴⁾)。

(一) BGB八三一条の日本語訳は、神戸大学外国法典叢書・ドイツ民法Ⅱ(債務法)七九二頁(袖木馨)による。但し、片仮名は平
仮名に改めた。

(二) 雇用関係は必ずしも雇用契約によることを要せず、委任・請負契約などでもよい。要するに使用者の指揮・命令に従属(abhän-
gig)して委任された事務を行うものであればよく、有償・無償、継続的・一時的、職種の如何を問わない。従って、子供が家事
および両親の営業を手伝えばその子供は八三一条の被用者であるが、妻は家事または夫の営業を手伝っても被用者ではない。なぜ
ならば前者は、雇用はいかなる法律関係、家族法上の義務にもとづくか問わないからであり、後者は夫婦関係が指揮・命令に従属
関係となじまないからである。なお、独立の請負人(selbständiger Unternehmer)は注文者の指揮・命令に従属しないので
八三一条の被用者ではない。但し、注文者に仕事の執行につき指揮権限が留保されているときは被用者である。Geigel, Haft-
pflichtprozess, 14 Aufl. (1969) S.422f, 424f.

(三) 使用者が責任を負うのは、「事業執行につき」"in Ausführung der Verrichtung"生じた損害についてであり、「事業執行
の際に」"bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung"生じたものについては責任を負わない。すなわち、「事業執行
につき」といえるためには加害行為が事業執行の活動領域を定めた規範の範囲内で行われたこと、換言すれば、加害行為が委任され
た事業の目的・態様と内的関連性(innere Zusammenhang)をもたねばならない。たとえば、家具取附職人が室内のシャンデリ

- アを故意または不注意で毀してしまえば、それは「事業執行につき」なされたものであるが、室内にあるものを窃取した場合は、「事業執行の際に」行われたものであり、使用者は職人の窃取行為について責任を負わない。なぜならば後者は窃取行為が事業執行と外部的（場所的・時間的）な関連性はあるが、内的関連性はなからざる（JW, 1913, 36; 1915, 510, Recht 1914, 1687, 2012; RG 87, 3）。Geigel, a.a.O., S. 426 ff.
- (4) BGB八三一条の責任要件についての教科書的な解説は、加藤一郎編「諸外国における交通事故による人身損害賠償の研究」ドイツ（小西国友）一四〇頁以下が詳しい。
- (5) Geigel, a. a. O., S. 421; Soergel-Siebert-Zeuner, Schuldrecht II (BGB-Komm.) Bd. 3, 10Aufl., (1969) S. 1047 ff.; RGR = Komm. (BGB), 11Aufl, Bd. 2 (Haager), (1960) S. 1374 ff.; Palandt, BGB = Komm, 26 Aufl. Bd. 7 (Gramm), (1967) S. 707 ff.などの教科書・コンメンタールをよびついで引用されている判例（たとえば RG 151, 297）参照。
- (6) ドイツでは、故意 (Vorsatz) ・ 過失 (Fahrlässigkeit) などの主観的帰責事由を “Verschulden” と呼ぶ。わが国には故意・過失を包摂する法概念はなからるので日本語訳をつけるのに困惑するが、一応、賠償責任を行為者に帰せしめるに足りる程度の非難可能性という意味で “Verschulden” を「有責」と訳しておく。したがって八三一条は、使用者自身の過失・責任能力を法規上推定したものと理解されている。
- (7) もともと、ハッサーは八三一条を「過失要素と危険要素との混成 (compositum mixtum)」として。Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 205, 2.
- (8) Geigel, a. a. O., S. 429 ff.; RGR = Komm. (Haager), a. a. O., S. 1386f.; Palandt, a. a. O., S. 709; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 9Aufl. (1967), S. 135 ff. など判例として RG, Urt. VI 4789 v. 20 März 1930 (DJZ 1930, 1034) など「BGB八三一条は、事業を委任された者の客観的に違法な行動による加害を前提としているのであり、委任された者の有責を前提としているのではない」としている（但し、傍論。対向自動車避けようとして原告に自動車衝突させた事案で、被告は対向車のライトに目が眩んだ不可避事故であると抗弁したが認められなかった。）。その他、同旨の判

例として JW 1931, 854 参照。

もっとも BGB 八二六条のように故意を要件とした不法行為については、被用者に故意がなければ使用者は責任を負わない。
Geigel, a. a. O., S. 430.

(9) ドイツでは、責任無能力者として、BGB は、(一) 七才に達しない者 (八二一条一項)、(二) 七才以上一八才未満の者にして一定の判断力を有しない者 (八二八条二項)、(三) 自由な意思決定をなし得ない者 (八二七条)、を規定している。もっとも、責任無能力者も一定の条件に従って責任を負わされる場合がある。これは衡平責任 (Billigkeitshaltung) と呼ばれるもので、加害者が富み、被害者が貧しい場合など裁判所によって命ぜられる特別の責任である (BGB 八二九条)。

(10) 一九五七年五月四日の大法廷による決定 (BGHZ 24, 21)。この判決の事実および判決要旨については、別冊ジュリスト二三号・ドイツ判例百選 (前田達明) 一二三頁参照。

(11) Soergel—Siebert—Zeuner, a. a. O. S., 1055f.; Caemmerer, Festschr. 2, 43DJT II 119 ff. (参照しなす) ; Stoll, JZ 1958, 137f.; Wieacker, JZ 1957, 535; Hauss, Ann. LM Nr. 2 zu § 831 [E] (参照しなす) ; Erdsiek, Juristen Jahrbuch Bd. 8 (1967/68), 36 [37.]

(12) 乾達明「不法行為法についての一考察—違法性と過失をめぐって」法学論叢八一卷四号、六号、八二卷卷一号、五号、六号参照。

(13) Wieacker, a. a. O., S. 535ff.; Stoll, a. a. O., S. 137ff.

(14) 使用者の求償権についての実務の動向に関しては、後述三参照。

二 BGB 八三一条をめぐる判例

1 免責立証

一 BGB 八三一条が許容する免責立証は、実務上次のような弊害を生ぜしめるとして、批判されている。⁽¹⁾
第一の弊害は、免責立証は、事故そのものの具体的経過から全くかけ離れた状況に審理が集中する結果、これが裁判所

に過重な負担を課す、ということである。すなわち、免責立証における弁論と証拠調は、企業の組織や内部関係、被用者の前歴調査（それは、しばしば不必要に被用者のその後の職務上の地位や職業選択に影響を及ぼす）に集中する結果、原告は通常の訴訟と異って訴訟の結果に見通しをもつことができず、訴訟手続きの複雑化と裁判官の負担の増大を招来する。さらに免責立証は、使用者にとっては、自動車賠償責任保険や企業責任保険によって彼および被用者の不法行為責任までカバーされており、何等経済的には損失を蒙らないときでも、しばしば使用者の威信にかけて行なわれることが指摘されている。

第二の弊害は、免責立証が大企業に有利に働き、中小企業には不利に働く可能性があるということである。大企業は、被用者の選任・監督などの管理体制が末端組織まで行き届いているのが一般であり、末端にある被用者の選任・監督は、通常、中間被用者に委ねられているから、中間被用者の選任・監督に注意さえ払えば責任を免れるというのである。これに対して、大企業と反対の状況にある中小企業においては、使用者の免責立証の成功・不成功は訴訟を担当する弁護士の実験・才能などの偶然によることが多いとされる。

右の弊害のうち、第一のそれは、実務上の実態を正確に指摘しているが、第二のそれについては、最近では、むしろ判例は反対の傾向にあることが指摘されている。以下、第二の点、すなわち、大企業における免責立証について、判例を分析してみる。

二 実際、連邦裁判所の判例として、大企業における被用者の選任・監督は、通常、中間被用者に委ねられているから、使用者は中間被用者の選任・監督に注意さえ払えば責任を免れるという趣旨を表明した判例がある。

判例一—BGHZ 4, 1 (Urt. v. 25. 10. 1951)

〔事実〕 被告は農場の所有者である。被告の支配人Kが、農場で働く当時一六才の被用者Bに、揮発油を取りに行くことを命じた。Bが雑種の馬に荷を積んで運んでいたところ、その馬が暴れだして原告に重傷を与えた。

第一審は、原告の損害賠償請求を棄却。控訴審は認容。

〔判決要旨〕 一、本件において、支配人Kは、Bを選任し、その仕事を指揮していた。彼は被用者であるBと使用者である被告との間に立つ中間被用者である。RGの判例によると(RGZ87, 61:89, 136)、大企業における使用者は、従業員の一部を選任し監督するものと考えられていない。従業員の大部分が、使用者によって個別的に指揮・監督を委任された高級被用者・支配人の指揮に従って仕事についている場合、使用者の免責立証は、高級被用者・支配人を相当の注意をもって選任・監督したということである。それ以上に、中間被用者が相当な行為をしたかあるいは中間被用者が損害を惹起した被用者を注意深く選任し監督したという証明は、使用者にとっては必要でない。

二、本件では、まづ、被告が支配人Kの選任・監督について要求されている注意を十分に払ったかが審理されなければならない。原審はこの点の審理を充分していない(破棄差戻)。

この判決は、大企業に「分散的免責立証」“dezentralisierten Entlastungsbeweis”を認めたものとして、判決の中で引用されているライヒ裁判所の判決と共に、悪評の高いものである。この判決の立場を文字通り貫けば、大企業の責任を追求する原告は、使用者の選任・監督上の過失を積極的に基礎づける証拠を握っていないと、使用者の免責を容易に許すことになる。そして、原告は大して資力もない中間被用者を相手にしなければならなくなる。

しかし、この分散的免責立証を認めたといわれる判決が、判例として、西ドイツで確立されているかどうかについては疑問視されている。というのは、判例の一般的傾向として、使用者が個別的な選任・監督権を中間被用者に委任しても、被用者に対する一般的・包括的な指揮・監督権限は残っているのであり、従って使用者が完全に責任を免れようとすれば、この一般的・包括的な指揮・監督についても注意を怠らなかつたことを証明しなければならないとされているからである。このことは、分散的免責立証を認めたとされる判例自身もいっているところである。判例一は、判決文の中で、先例となったライヒ裁判所の判決理由を引用して次のように述べる。⁽²⁾

「しかしながら、使用者は、秩序に適った業務遂行と監督を保証する充分な管理を實行しなければならない。たとえ農業労働者に対す

る直接の個人的監督が支配人だけの義務である場合も、秩序に適った業務遂行を保証するための一般的な監督規定を備える任務は、使用者たる農場主に留保されているのである。組織上の瑕疵があれば、使用者は、BGB八二三条一項による一般的監督義務違反を理由に、責任を負わなければならない。」

右の判決文は、傍論ではあるが、しかし、この考え方が、その後連邦裁判所で承継され、分散的免責立証の効果を、実質的に弱める判例となって現われた。

判例二—BGH, Urt. v. 17. 10. 1967 (NJW 1968, 247)

〔事実〕原告は、夫が運転する被告会社製造の乗用車の助手席に乗っていたところ、突然、車が横ぶれを起し、振り回されたあげく転覆して、そのため重傷を負った。原告は、事故の原因が車の後部推進支柱 (Schubstrebe) のひび割れによるものであり、これは被告会社の部品製造工程における低温下での鍛冶に起因し、そのひび割れは磁気波 (magnetischer Flutung) による検査をすれば容易に見えてくるものであるとして、損害賠償を請求。

〔判決要旨〕一、被告会社は、検査を担当する被用者Sが注意深く選任され、かつ信頼できる労働者であったこと、およびSが事故の原因となった部品の検査を行ったこと、の二点について充分な証明をしていない。この点で原審が、免責立証が不充分と認定したのは相当である。

二、磁気波検査は、被告と販売会社Gとの合意によって課せられた義務であるが、これを怠ったと認められる被告会社は被害者に不法行為責任を負わなければならない。

三、被告は、大企業において分散的免責立証が許容された判決 (BGHZ 4, 1 註判例一) を挙げて、本件で事業監督者についての免責立証に成功すれば責任を免れるという見解を上告理由で主張している。当裁判所は、大企業に有利な分散的免責立証が判例として確立されているかどうかは留保する。いづれにしても企業者は、一般的な指揮・監督義務を放棄することはできない、といわねばならない。企業者は、かような一般的監督義務を、いかなる場合にも、注意深く選任し監督した被用者に譲り渡すことはできない。

自動車製造企業においては、運行の安全にとって決定的に重要な部品が損害を惹起する状態にあるとき、あるいは製造工程に瑕疵が

あるときは、日常経験に照らして、それは企業組織に有責な欠陥があることを示している。被告企業のどの部分に、どの時点で、指揮についての有責な義務違反があったかを原告に証明させることは不可能である。かような状況においては原告の立証を免除させなければならぬ。ところで、本件において、被告会社は組織上の有責推定を覆えす有力な反証を挙げていない。被告は、特に事故防止について具体的な指揮・監督をしたこと、および被用者Sが磁気波検査を行ったことの積極的な証明をしていない。

この判決の意義は、第一に、分散的免責立証が判例として確立しているかどうかを留保し、免責立証を末端被用者についてまで及ぼしたこと、第二に、使用者の一般的監督義務の違反についての挙証責任を、使用者の方に課したこと、にある。第一の点については、連邦裁判所自身が、かつての判例に、先例としての価値を留保したことは、今後の分散的免責立証の運命を物語るであろう。分散的免責立証を認めたとされる最初の判例がしたのは、第一次大戦前の一九一一年であり（RGZ 78, 107）、その後にはむしろ使用者の一般的監督義務が強化され、分散的免責立証の認められるのが厳しくなつたことが指摘されているところから、この判決が正面から分散的免責立証を認めたとされる判決の先例としての価値を留保したことの意義は大きいといえるだろう。

第二の点については、判例が、従来から、使用者の一般的監督義務違反を、法人の機関責任（BGB 31条）、あるいは法人自体のBGB 823条の責任、と構成することによって、823条の適用を回避してきた延長線上にあるものである。823条が、免責立証という裁判所にとって厄介で過重な負担を課す以上、判例が使用者の責任をこのような負担のない823条・823条などで基礎づける方向へ進むことは、当然の成行きである。この判決は、使用者の823条にもとづく監督義務違反についての挙証責任を、一般原則に反して使用者に課したことは、原告の立証の不利を救済するものとして注目されてよく、今後の判決の動向を暗示するであろう。

II 適用の回避

一 BGB 831条の免責立証が、大企業に有利に働く可能性を残したり、裁判所に過重な負担を課したりする結果、現代西ドイツの判例は、種々の構成で、831条の適用を回避する方向に動いている。先に述べた、BGB

B 三一条および八二三条による一般的監督義務違反という構成も、その一つの方向であるが、判例はそれ以外に契約責任や公務員責任の拡大という方法で、回避を試みている。以下、後者による回避の方向を簡単にみてみよう。⁵⁾

(1) 契約締結上の過失 B G B 二七八条は、債務者が履行補助者の行為に対して債権者に責任を負わなければならないと定めているが、この規定は、履行補助者に有責性が必要であること、債務者に免責事由がないこと、が八三一条の責任要件と異なる主な点である。使用者と被害者との間に債務関係があれば、二七八条は問題なく適用されるが、両者間で契約締結に至らない段階、すなわち、契約準備行為（*Verragsverhandlung*）の段階では、その適用が問題になる。

判例は、この契約準備段階でも、いわゆる契約締結上の過失（*culpa in contrahendo*）の一環として、二七八条を適用している。ライヒ裁判所は、リノリウム絨毯事件（R G Z 78, 329）で、デパートにおいて原告から絨毯の提示を求められた店員がそれを持ってくる際に不注意にも立てかけてあった他の絨毯を倒して原告を傷害した事案につき、デパートと原告との間に購買を予定した法律関係があり、それは契約類似の性格をもつものであり、その限りで法律行為的拘束性を生ぜしめるとして、デパートに二七八条にもとづく責任を負わせている。この判決は、この種の事案における先例となり、その後長い間ライヒ裁判所を支配していった。⁶⁾そして、この立場は連邦裁判所でも受け継がれ、デパートで婦人が入口附近に備えつけてあったバナナの陳列台が倒れて傷害を受けた事案につき、次のように判示している。⁷⁾

「デパートの訪問者が、床の上に備えつけられたバナナ台で傷害を受けた場合、デパートの営業主に対する損害賠償請求権は、事故の時すでに購買交渉（*Kaufverhandlung*）に入っていたかどうかを問わず、契約締結上の過失によって生じる。デパートの営業主は、彼および彼の被用者が、デパートの組織領域内で客観的に違法な状態が生じることを避けるために、あらゆる注意義務を尽したことを証明しなければならぬ。」

契約締結上の過失によって責任が生じるとされる典型的な事例は、契約が当事者の意思によって一応成立したがそれが

無効もしくは不能であった場合、あるいは契約は有効に成立したがそれに附随して損害が生じた場合である。⁽⁸⁾ 契約締結に至らない準備段階（リノリウム絨毯事件）やそれにも至らない接触段階（前掲の連邦裁判所の判決）にも、契約締結上の過失論を適用することは、一種の擬制であり、本来ならば不法行為の領域で解決されるべきものであろう。しかし、こうした一連の判決の意図は、原告が企業の内部組織の様子を知ることができないことを考慮して、BGB八三一条を排除して、二七八条を適用することによって原告の举证責任の負担を免れしめることにあるのを留意しなければならない。

(2) 第三者のためにする契約 BGB三二八条は、第三者に直接権利を得させることを目的とする契約の締結を許容している。いわゆる第三者のためにする契約である。⁽⁹⁾ 契約債務者が、自己もしくは補助者の過失によって不完全な給付をして、債権者の家族や被用者などに損害を与えた場合、被害者は第三者のためにする契約を理由として、損害賠償を請求し得るだろうか？ そもそも第三者の行使し得る権利の中に、損害賠償請求権が含まれるだろうか？ 判例は、これを早くから肯定している。引越しの手伝いに雇用された家政婦が、ガス配管業者の作業員の過失によってガスメーターが爆発し、それによって傷害を受けた事案につき、ライヒ裁判所は、被害者がガス配管業者に対して第三者の権利にもとづいて損害賠償を請求することを認めている。⁽¹⁰⁾ 判決理由は次のようにいう。

「相当な注意を払うべきことを要求する権利は、委任者（原告の使用者）のみならず、原告自身も享有する。原告に直接訴権を与えるという三二八条の契約意思が存在するかどうかは、契約目的から探究しなければならぬ。しかしながら、すべて合意は、当事者が瑕疵ある契約履行に直面したならばするであろう契約意思によって把握されねばならず、実際そのような可能性を意識していたかどうかによって、理解されてはならない」

右の判決は、委任契約に附随して第三者の保護を内容とする合意を認定し、第三者に損害賠償請求権の行使を認めためであるが、この判決はその後のこの種の事案の先例となり、判例は、賃貸借契約⁽¹¹⁾・医療契約⁽¹²⁾・運送契約⁽¹³⁾・請負契約⁽¹⁴⁾における家内被用者や企業従業員の第三者としての権利行使を許容するに至っている。さらに、これは売買契約にも拡張され、

売主は、売買契約から生じる注意¹⁵保護義務を、契約の相手方である買主のみならず、第三者に対しても負うとされている。¹⁶

かような判例の動向を理論的に正当化する学説の努力も従来から行われているが、問題は、いかにして、契約当事者間で第三者のために損害賠償請求権を与える合意がなされたかを基礎づけることにある。従来、学説や判例は、「黙示の合意」や「契約の補充的解釈」（BGB一五七条）で基礎づけていた。しかし、このような見解に対しては、BGB三二八条が規定している本来の趣旨は、第三者が契約債務者に本来的契約給付履行を請求する権利であるから、契約債務者の瑕疵履行を前提とする第三者の保護は、医療契約や運送契約を別として、当事者の意思にもとづくものでもなく、また客観的契約目的でもないのであるから、かような見解は擬制であり、BGB三二八条の「構成的濫用」であると批判された。¹⁶

かような批判から出発して、今日では、新しい契約類型である「第三者のための保護効を伴う契約」“Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter”が学説によって確立され、多数の承認を得ている。¹⁷。それによれば、契約債務者は、債権者に対して、本来的契約履行義務のみならず、債権者の利益を相当な注意でもって保護する義務を負い、その結果、債権者は履行請求権と保護請求権をもつことになる。そして、この保護義務は、第三者が債務者の契約履行に関与している限り、第三者にも及ぶとされる。

右の新しい契約理論は、すぐに判例によって採り入れられるに至った。製練所が錆止め塗料“Capuzol”を業者から購入したが、そのとき、これが火災を起す危険があることを知らされずに、受取った。火災によって負傷した製練所の被用者が業者を相手に損害賠償を請求した事案につき、連邦裁判所は次のように判示している。¹⁸

「本件およびこれと類似の事案において、本来の第三者のためにする契約は、問題とならない。なぜならば、債務者は契約によって第三者に履行する義務を負わないからである。しかしながら、債務者は、瑕疵ある給付もしくは不完全な防護措置によって迷惑をかけた第三者を保護しなければならない。この保護は、債務者が注意義務に違反したことを理由とする契約上の損害賠償請求権にもとづくも

のではない。契約の意味と目的および信義誠実の原則から、注意および保護義務は、債権者をおして接触し、その結果、債権者に關係する第三者に対して、存在する。というのは、債権者は、父親・企業者が家族や従業員に対するのと同様に、第三者に対して、保護と扶助の義務を負うからである。債権者は、第三者と苦楽を共にするのであるから、彼によって保護されている第三者が、契約の相手方の注意義務違反によって被害を受けてはならないという点で利害關係をもっている。このような契約債務者の責任の拡大は、債権者が第三者の安全を自分のそれと同様に期待していることを債務者において認識できる限り、また、このような保護を受ける第三者の範囲が予見できる限り、正当視される。……本件では、原告は、燃えやすい錆止め塗料を扱うということにおいて、危険領域の中に入っていた。」

契約自由が支配する契約法において、「第三者のための保護効を伴う契約」理論に対しては、西ドイツでは大した異論をみない。ただ、契約債務者が予期しない第三者から、保護義務を求められる可能性があるもので、保護されるべき第三者の範囲を確定することが今後の課題であるし、また、實際上、債務者は債権者との間で免責条項を契約に入れることが要請されるであろう¹⁹⁾。いづれにしても、こういった判例による契約法的構成は、實際上、契約債務者と第三者との間の不法行為法的構成（八三一条）を回避する重要な機能をもっていることを忘れてはならない。

(3) **第三者損害賠償** 市当局が市営の屠殺場にある冷凍室の修理をある業者に委任したが、修理中に業者の作業員の過失によって火災を起し、肉屋などが入っていた貯蔵肉をダメにしてしまった。貯蔵肉の所有者は、市当局に有責事由がない限り、損害賠償の請求はできない。業者に対しては、BGB八三一条にもとづく損害賠償の請求はできるが、免責立証という裁判所にとっても、被害者にとっても厄介な障害に会う。かような場合、市当局が、自己の名において所有者のために、業者を相手に損害賠償の請求ができるだろうか？

ライヒ裁判所は、右のような事案につき、市当局の請求を認めた²⁰⁾。これは、「第三者損害賠償」[“Drittschadensliquidation”]として、その後、次に述べるような連邦裁判所の判決によって承認され、判例法として確立されているものであ

る。契約債務者は、債権者との関係で被害を蒙った第三者のために債権者に損害の賠償を支払う構成であることから、かような名称がついている。⁽²¹⁾

判例—BGHZ15,224 (Urt. v. 23. 11. 1954)

〔事実〕 運送業を営む原告は、アルミニウム鋼板を西ベルリンから、西ドイツの某所まで運送することを、被告から委託された。

原告は、第三者Fが所有する大型貨物自動車賃借していたが、その車で目的地向けて運送する途中、ソウィエト占領地域で、運送中に虚偽の記載があることが発覚し、占領当局によって、貨物自動車は積荷もろとも没収されてしまった。原告は、車の貸与者Fから損害賠償の請求をされていないにもかかわらず、運送状の虚偽は被告の責任であるとして、車の代価および貸貸延滞料を、被告に請求した。

〔判決要旨〕一、契約債権者が、契約あるいは好意によって引受けた第三者に属する事項を契約義務の履行として相手方債務者に対して行う場合、特別の事情がない限り、契約の補充的解釈(BGB一五七条)によって第三者に属する事項も契約目的に含む合意があったとみるべきである。その際、債務者は、その事項が第三者に属することを知っていたか、あるいは知らなかったか、または少なくともそのような可能性があることを考慮に入れていたかどうかは、問題でない。なぜならば、債務者にとって、その事項が合意による契約目的の遂行である以上、誰にその事項が属しようとも同じであるからである。従って、契約上の債権者は、所有者である第三者の利益の賠償を、第三者が債権者あるいは加害者に対して損害賠償請求権を持っていない場合でも、債務者に請求できる。

二、本件において被告は、原告が貨物自動車でアルミ鋼板を運送することを知っていた。このことは、第三者に属する事項を契約目的に含めるといふ合意があったことを示すものである。被告は、貨物自動車原告の所有に属さないことを考慮に入れねばならなかった。というのは、運送業者は、しばしば他人の車で業務を行うものであるからである。被告は、原告との運送契約において、運送状の虚偽から生じたすべての損害に対して、責任を負わなければならない。その中には、本件のような貨物自動車の押収の危険も含まれる。契約の目的からして、当事者間で合意された被告の責任は、貨物自動車の所有関係や、原告が所有者に負うかもしれない賠償義務となら関係なく生じる。

右の判例は、契約債務者の賠償義務の根拠を、契約の補充的解釈による当事者の合意に求めているが、これに対しては契約債務者は、契約締結時に第三者と債権者との利害関係を知らないのが通常であるから、かような構成は擬制であるとの批判がなされている。²²⁾ 学説はBGB二八一条の類推にもとづく債権者の代償請求、債権者の権利と第三者の利益との分離、²⁴⁾ 債務者の保護義務などに根拠を求めている。

今日では、第三者損害賠償が認められる主要な事例は、大別して三つに分類される。²⁶⁾ 第一の類型は、受任者 (Kommissionär) の場合である。取引の相手方による履行不能、履行遅滞、不完全履行に対して、第三者である委託者 (Kommittenten) のために行う損害賠償請求。第二は、危険移転 (Gefahrverlagerung) の場合である。運送商品が損害を蒙った場合の送付売買 (Versendungskauf) では、売主は依然として所有者ではあるが、価格危険はすでに買主に移っている (BGB四四七条)。さらに、遺贈の目的物を第三者が有責に毀損した場合の受遺者の場合。第三は、契約債権者に所有権はないがその保管にかかる目的物が、契約の相手方によって有責に毀損された場合 (前掲判例参照)。

(4) 公務員責任 BGB八三九条は、公務員の職務違反の場合における公務員自身の個人責任を規定している。そして公務員の職務違反についての国家の責任は、ボン基本法三四条で定められている。それによると、「ある人が、自己に委託された公務の執行に違反したるとき、原則として、この者を使用する国または地方公共団体が責任を負う」と定められている。この規定は、ワイマール憲法一三二一条の規定を、わずかに語句の修正をただで承継したものである。すなわち「委託された公権力」“anvertrauter öffentlicher Gewalt”を「委託された公務」“anvertrautes öffentliches Amt”にしたに過ぎず、学説・判例の一致した理解によれば、それ以外の根本的な変更は意図されていなかった。²⁷⁾

「公権力」の意味について、判例はすでに早くから、その本来の意味を越えて拡張解釈を行っている。BGBの起草者は、「公権力」を、国家の権力的行政活動という狭い意味に理解していた。²⁸⁾ これに対して、ライヒ裁判所の判例は、すでに早くから、強制力を賦与された高権的な活動のみならず、国民の生存の配慮に奉仕する国家の単純な行政活動も、「公

「権力」の中に含まれるとの立場に立っていた。⁽²⁹⁾ この立場は、ボン基本法のもとで、連邦裁判所においても、「委託された公務」を「高権的活動」(hoheitlicher Betätigung) と解釈することによって承継されている。⁽³⁰⁾ このような判例の拡張解釈は、若干の反対を除いて、一般に承認されている。というのは、もし、公務員責任を権力的行政活動のみにその適用を制限し、それ以外を B G B 八三一条の適用のもとに置かならば、被害者は實際上賠償を受けられなくなる可能性もつ。すなわち、国家ないし地方公共団体の行政組織は、その瑕疵のない組織を考慮すると、公務員の選任・監督につき相当地な注意をなしたという免責立証を容易に為し得るからである。⁽³¹⁾

ところで、判例は従来から、街路交通の領域においても、公務員責任は適用されるとの立場をとっている。⁽³²⁾ 官庁用の自動車の運行は、「公権力」の行使ないし「高権的活動」とされ、警察・消防・軍事業務と同一に取扱われているのである。しかし、これは、B G B 八三九条との関係で不都合な結果をもたらす。B G B 八三九条は、その一項二文で、公務員の過失による職務違反については、被害者が他の方法で賠償を得ることができないときのみ、官吏の個人責任が生じると定めている。この規定の趣旨は、公務員の決断力を損害賠償義務の脅威から守ることにあるとされている。⁽³³⁾ 問題は、公務員の過失による職務違反と第三者の不法行為が共同して行われた場合である。公務員責任においては、共同加害者間の求償について規定を欠いているので、第三者は被害者に対して単独で責任を負わなければならない。加害公務員に責任が生じない以上国もしくは公共団体も責任を負わないから、結局、加害第三者は損害を最終的に負担しなければならない。かような不公平を除くために、少なくとも街路交通の領域については公務員責任の適用を排除して一般不法行為法における求償関係として処理されるべきであるが、⁽³⁴⁾ 判例は最近でも依然として従来の立場を固守している。連邦裁判所は、一九六四年四月一六日の判決で、この点について次のように述べている（事案は不詳）⁽³⁵⁾。

「この規定が（註一八三九条のこと）、今日では多くの事案について不当な結果を導くので、「古くさいもの」として意識され、それ故、規定の改正が必要とされるに至っている。しかし、裁判官は法律を無視する権限をもたない。もしそのようなことをすれば、憲法

秩序に拘束される裁判官の限界を踏み越えるものであり、立法者の専権をはく奪するものである」

二 以上みてきたような判例による八三一条の回避の動向に対して、かような動向は、契約責任と不法行為責任との区別を不明確にする「技巧的構成」であり、裁判官による法創造の一面をもち、好ましいものではないとの批判がある⁽³⁶⁾。しかし、だからといって回避のためのかような構成を捨てて、BGB八三一条の免責立証を忠実に適用することは、保護されるべき被害者を保護しないことになり、裁判所に過重な負担をかけることになりやすい。判例のかような動向に対して、西ドイツにおける大方の反応は、八三一条が免責立証を許容している以上やむを得ないとする立場が多い。このような回避の方向を中止させ、適正な八三一条の適用を回復する方法は、もはや、現行八三一条における免責立証の部分を法改正によって廃止する以外に道はないとされている⁽³⁷⁾。

(一) 免責立証を含めたBGB八三一条に対する総合的批判は、Referententwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, II, 1967, S. 94ff. (邦訳—大阪市立大学法学雑誌一七卷一号一四九頁以下) 参照。

(二) BGHZ 4, 1 (3)

(三) Esser, Schuldrecht, 2 Aufl., § 205, Ziff. 3c.

(四) 八二三条による使用者責任の拡大は、三つの方向でなされている。第一は、新しい取引義務の創造で、第二は、BGB三〇条三一条、八九条における機関責任の拡大によって、第三は、いわゆる組織の瑕疵によってである。Vgl. Helm, Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen, AcP166, 389 [390f.]

(五) 判例によるBGB八三一条の回避は、Grunwald, Hauptv. Erdstiek, Die Problematik des § 831 und seine Einwirkung auf unsere Verträge—und Amtshaftung, Juristen—Jahrbuch Bd. 8 (1967/68), 36 [45ff.] によった。

(六) このリノリウム絨毯事件をはじめとするRG時代の一連の判例については、北川善太郎「契約責任の研究」二四〇頁以下に紹介がある。

- (7) BGH, NJW 1962, 21. など。この事案では、事故当時、被害者に購買意思があったかどうか不明であった。
 - (8) ドイツにおける契約締結上の過失論の構造および判例・学説の史的展開は、北川・前掲二九頁以下に、詳しい研究がある。
 - (9) BGB 三二八条以下の解説は、外国法典叢書ドイツ民法(債務法Ⅱ) 一八九頁以下、および第三者のためにする契約とこれに類似する法制度との比較は、来栖三郎「第三者のためにする契約」民商法雑誌三九巻四・五、六合併号五二三頁参照。
 - (10) RGZ 127, 218
 - (11) RGZ 91, 24; 102, 232; BGHZ 2, 94; LM Nr. I zu § 536. Vgl. Erdsiek, a. a. O., S. 55f.
 - (12) RGZ 91, 24; 102, 232; BGHZ 1, 383f. Vgl. Erdsiek, a. a. O.
 - (13) RGZ 87, 64; BGH, VersR 1957, 166. Vgl. Erdsiek, a. a. O.
 - (14) BGH, MDR 1956, 534. Vgl. Erdsiek, a. a. O.
 - (15) BGH, NJW 1956, 1193 以下。原調車 (Antriebsseibe) の売買につき、判決は次のように言う。「原調車の引渡し契約で注文主が、契約締結の際に、機械操作のために雇用されている者の重要性を可能な限り考慮に入れるべき意図を企業者(註―売主)に知れるよう行動した場合には、被用者のためにする契約が成立しているといえる。」もっとも、本件は買主が機械を貸し、借主の被用者が傷害をうけて訴を起したところ、訴そのものは棄却された。同旨の判例として BGH, JZ 1960, 124 参照。
- Vgl. Erdsiek, a. a. O., S. 56; Böhmer, Künstliche Konstruktionen zur Umgehung des § 837 BGB, MDR 1964, 968 [969f.]
- (16) Erdsiek, a. a. O., S. 57; Böhmer, a. a. O., S. 970.
 - (17) シェルン(Stoll)によれば、給付義務と保護義務が区別され、ランレンツ(Larenz)がこれを発展させて、この理論を確立した。Vgl. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936 (参照文献); Larenz, Schuldrecht, I § 11, NJW 1960, 77; Erdsiek, a. a. O., S. 57f.
 - (18) BGH, NJW 1959, 1676.
 - (19) Erdsiek, a. a. O., S. 59.

- (20) RGZ170, 251.
- (21) "Drittschadensliquidation" の日本語訳は「一応」本文のように訳しておいたが、筆者としては自信がない。"Liquidation"は「清算」「整理」「弁済」などの意味があるが、どれもピッタリこない感じなので、意味する内容に一番近いと思われる一本来の言葉の意味から離れるが、「第三者損害賠償」という訳をつけておいた。
- (22) Erdsiek, a. a. O., S. 54.
- (23) Larenz, a. a. O., Anm. 39.; Erdsiek, a. a. O., S. 53.
- (24) Tiegert, Die Geltendmachung des Drittschadens (参照) ; Erdsiek, a. a. O.
- (25) Reinhardt, Der Ersatz des Drittschadens, 70 (参照) ; Erdsiek, a. a. O.
- (26) Erdsiek, a. a. O., S. 52.
- (27) Soergel—Siebert—Glaser, Schuldrecht II, Bd. 3, 1969, § 839 BGB Bern, 20.; Erdsiek, a. a. O., S. 59 ff.
- (28) Erdsiek, a. a. O., S. 61.
- (29) RGZ56, 89 (「統治権の遂行は必ずしも強制権を伴う国権(州権)のみならず、国家的扶助・保護活動においても存在する」) ; RGZ84, 29 (「公権力という表現は、必ずしも強制的権力の行使を意味するものではない」) ; Vgl. Erdsiek, a. a. O., S. 60.
- (30) BGHZ16, 111 ; 20, 202.
- (31) Erdsiek, a. a. O., S. 60.
- (32) RGZ166, 1 ; BGHZ29, 38, LM Nr. 25 zu Art. 34 GG u. Nr. 6 zu § 839 (Fc) BGB.
- (33) Mugdan, Materialien, Bd. 2, S. 453ff.; Erdsiek, a. a. O., S. 61.
- (34) 一九六七年の参事官草案は、BGB八三九条の改正案で、公務員の職務違反が一般不法行為の要件を具備するときは、補充責任が排除され、一般不法行為法の求償関係として処理される方向をうち出している。Referentenentwurf, II, § 839 (邦訳—前掲法学雑誌一七卷一・二号一六一・一一八頁以下)参照。
- (35) BGHZ 42, 176 [181] ; Erdsiek, a. a. O., S. 61

(36) Bohmer, a. a. O., S. 971ff.

(37) Erdsiek, a. a. O., S. 61f.

三 使用者の求償権

I 規定の構造 一 B G B 八四〇条では、その一項で、不法行為をひきおこした多数賠償義務者は被害者に対する関係では連帯債務者として責任を負うと定められている。B G B 八三一条によって賠償義務を負う使用者は、加害行為をなした被用者が有責性 (Verschulden) を具備している限り、八四〇条に従ってその被用者と連帯して責任を負わなければならない。

連帯債務者相互の求償関係については、原則規定として B G B 四二六条が置かれており、それによると、他に別段の定めがない限り、連帯債務者は相互に平等の割合で責任を負うと定められている。しかし、使用者と被用者の求償関係については、八四〇条二項によってこの原則規定の適用は排除され、被用者のみが使用者に対して全額責任を負うとされている。従って、被害者に賠償を支払った使用者は、賠償額全額を被用者に求償できるわけである。

二 使用者と被用者が内部関係では被用者のみが責任を負うと定めた趣旨は、B G B の起草者によれば、直接の加害者が単独で責任を負うのが衡平であると単純に考えられていた。⁽¹⁾ 起草者の頭の中には、直接の加害者である被用者の過失責任は、危険責任や推定された過失にもとづく責任よりも非難性が重いので、全額の負担をしなければならぬ、という責任原因優越性の思想が根底にあったものと考えられる。⁽²⁾

しかし、この使用者の全額求償を許容した八四〇条二項は、今日では、特別規定⁽³⁾や判例⁽⁴⁾によって制限され、ほとんど効力を失っているといつてよい。特に、近時、判例が危険性のある労働から生じた損害について、被用者に故意もしくは重大な過失がない限り、賠償を支払った被用者は使用者に免責請求権を行使し得るといふ判例法を確立してからは、この規

定は現実の法状態に合わず、空文化の傾向を押し進めているのは注目されてよい。以下、被用者の免責請求権についての判例法を概観してみる。⁽⁵⁾

論 Ⅱ 免責請求権 一 確立された判例によれば、被用者が使用者に対して免責請求権 (Freistellungsanspruch) を行使

できるのは、次のような要件を必要とする。すなわち、第一に、危険性のある労働から生じた損害であること、第二に、損害は被用者の過失によってひきおこされ、故意または重大な過失によってひきおこされたものでないこと、である。

第一の危険性のある労働もしくは損害をひきおこしやすい労働 (gefährungeneigige od. schadungeneigige Arbeit) とは、労働者によって遂行される仕事の性質からして、注意深い労働者でもしばしば誤ち (Fehler) を犯すことが大きな蓋然性として起り得ることを問題としている。この誤ちは、確かに避けることができ、それ故、過失によってひきおこされたものであるけれども、人間の不充分さ (menschlichen Unzulänglichkeit) を考慮すれば、⁽⁶⁾ 経験上、業務遂行上の典型的な誤ちとして考慮されねばならないものである。

具体的には、損害をひきおこした事案が危険性をもっているかどうかで判断される。判例の上で危険性がある労働として認定されたものは、自動車の運転が最も多いが、⁽⁷⁾ その他、簡単に毀れる物品の取扱、⁽⁸⁾ 蒸気暖房設備の操作および検査、⁽⁹⁾ 高所での起重機操縦、⁽¹⁰⁾ 汽関車の操作、⁽¹¹⁾ などがある。

第二の被用者の有責性の点であるが、判例は、免責請求権が生じる場合を被用者が過失によってひきおこした損害に限定している。ライヒ労働裁判所一九〇四年二月一八日の判決およびこれを承継した連邦労働裁判所一九五七年の大法廷の決定は、被用者の免責請求権の根拠を、労使関係を支配する誠実⁽¹²⁾ 扶助義務思想 (Treue- und Fürsorgepflichtgedanken) に求めている。従って、使用者が、被用者の過失によってひきおこされた損害—それは委任された仕事の特別の危険性から生じたものであり、使用者によって負担されるべき典型的な企業危険でもある—に対して、損害賠償を被用者に請求するのは、この思想と調和せず許されないことになる。このような考え方から、判例は次のような結論を導きだした。⁽¹³⁾

(一) 危険性のある労働において、被用者が重大な過失 (grobe Fahrlässigkeit od. schwere Schuld) によってひきおこした損害は、被用者のみが単独で負担しなければならない。

(二) 危険性のある労働において、被用者が重大な過失によらないでひきおこした損害については、

(イ) 通常の過失 (normale Fahrlässigkeit) については、使用者と被用者との間で損害を割合的に分担する。

(ロ) 軽微な過失 (geringe Fahrlässigkeit) については、使用者のみが単独で責任を負う。

このように使用者と被用者との間の責任分担関係は、被用者の過失の段階によって決定される。なお、通常の過失の際における使用者と被用者との損失分担割合は、衡平の原理と妥当性の観点から個別的具体的事情によって決定される。判例によって判断の要素として挙げられているものは、(イ) 被用者の有責性の程度、(ロ) 労働に内在する危険の大きさ、(ハ) 使用者によって予測される危険の範囲、(ニ) 保険によってカバーされる危険の可能性、(ホ) 被用者の企業内での地位、(ヘ) 労働賃金の高さ、(ト) 特別に、あるいは賃金の中に含まれている危険剰余金 (Risikoprämie) の支払いおよびその高さ、(チ) 被害の大きさ、(リ) 勤続年数、(ニ) 被用者の年令および家族関係、(ロ) 被用者の日頃の行ない、などである¹⁴⁾。

二 危険性のある労働において、企業外の第三者に損害を与えそして賠償を支払った被用者は、右に述べた基準に従って、使用者に対して免責請求権を行使できる。すなわち、軽微な過失の場合は、全額を、通常の過失については、一部を請求できる。重過失の場合（故意の場合は当然）には、免責請求権はない。なお、免責請求権は、第三者に賠償を支払う以前でも行使できる¹⁵⁾。

危険性のある労働によって被害を受けた者が、企業内部の仲間労働者である場合は、判例は、少なくとも一九六三年の災害保険新規定法 (Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes) が効力をもつ以前においては、企業外第三者の場合と同様に加害被用者に免責請求権を認めていた。しかし、この法律の施行によって、加害被用者が仲間労働者に対して責任を負うのは、故意についてであり、従って、仲間労働者の人身傷害に対する限り、過失の段階に応じた免責請求権の

説 適用はない。⁽¹⁶⁾ 人身傷害を受けた労働者は、労働災害として、社会保険者としての同業保険組合 (Berufsgenossenschaft)

から、災害保障を受けるのみである。なお、被害労働者に賠償を支払った社会保険者は、加害被用者に故意もしくは重大な過失がある限り、求償できるが、しかし、加害者の経済状態を考慮して求償権を放棄できる。⁽¹⁷⁾

三 危険性のある労働において、被用者が使用者に損害を与えた場合―たとえば、貨物列車の運転士が運転操作を誤って停車中の他の貨物列車に衝突させて鉄道企業者に損害を与えた場合のように物的損害の事例が多い―、使用者は、加害被用者に対して、やはり、先に述べた過失の段階に応じて損害賠償を請求できる。逆に、加害被用者は、過失の段階に応じて、免責の抗弁が主張できるわけである。使用者の請求権は、契約上の請求権であっても、不法行為上の請求権であっても、これは変りない。⁽¹⁸⁾

III 若干の考察 危険性のある労働において西ドイツの判例が確立した三段階論、すなわち、被用者は軽微な過失については責任を負わないが、通常の過失については一部、重過失については全部責任を負うとする考え方は、使用者と被用者との間の損失分担のあり方としては、正しい方向を示すものとして西ドイツでは一応の評価を受けている。というのは使用者が危険な仕事を労働者に遂行させておながら、それから生じた損害をことごとく労働者に負担させることは不当であり、その意味で労働者の有責段階に応じて損失を分担させる判例の処理はそれなりの合理性をもつからである。しかし、この判例理論にも、問題がある。この点について、最近、アイケ・フォン・ヒッペル (Eike von Hippel) は、判例理論に対して、次のような批判を加えている。⁽¹⁹⁾

第一の批判は、通常の過失に対して被用者が部分的に責任を負うとする点に向けられる。すなわち、危険性のある労働を遂行する上での過失は、人間の不充分さを考慮すれば、業務上典型的な誤ちとして考慮されねばならないのならば、軽微な過失の場合のみならず、通常の過失の場合にも被用者は責任を免れてよく、この点、判例理論は首尾一貫しない。そして企業者は、軽微な過失のみならず、通常の過失についても、経営危険として保険をかけることによって、自己を防衛

することができ、保険料は経費の一部として価格の中に組み入れることによって、何等損失を蒙らないのであるから、通常の過失の場合にも被用者の責任を免除しても、不都合はない。

第二は、重過失のある被用者に損害の全部を一律に負担させる点である。重過失といっても、種々の態様があり得る。たとえば、泥酔して自動車を運転する悪質な行為もあれば、長距離運送に従事する運転手が疲労で居眠り運転をして信号を見落したりする行為もある。かような場合、運転手の行為を画一的に重過失と認定して雇用運転手に全責任を負担させるのは、あまりにも硬直すぎる。重過失の場合には、むしろ、判例が通常の過失の場合採用した処理、すなわち、事情に応じて弾力的に被用者に損失を分担させる方法を用いるべきである。

(1) Motive ; Mugdan, Materialien, Bd. 2., S. 412.

(2) Referententwurf, II, S. 143 (邦訳—法学雑誌一七卷二号二二八頁)；神戸大学外国法典叢書ドイツ民法Ⅱ債務法(袖木鑿)三三九頁。

(3) 多数賠償義務者間の損害分担関係として、民法以外の特別法は、StVG § 17, Haftpflicht § 9b, SHaftpflicht § 8, LuftVG § 41 がある。これも損害惹起に対する寄与度によって求償関係が処理される。この点については Geigel, a. a. O., S. 212ff., Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 9 Aufl., 1967, S. 212ff. 参照。

(4) 過失責任と危険責任が競合した場合、八四〇条二項・三項から内部関係では過失責任者のみ損害を負担すべきだという一般論をひきだしてはならず、二項・三項で挙げられている事案にだけ適用を制限すべきである (BGHZ 6, 3, 28; 6, 319, 321f)。使用者が八二三条によっても責任を負うときは、八四〇条二項は適用をなれなく (RG Recht 1915 Nr. 1496)。Vgl. Soergel—Siebert—Zeuner, Schuldrecht II, 10. Aufl., 1969, S. 1192.

(5) 危険性のある労働における労働者の責任制限についての文献は、判例・学説とも豊富であるが、本稿は紙数の関係で判例理論を概観するにとどめた。判例の発展および学説の展開は、後日に期したいと思う。なお、判例理論の概観は、主として、Reinecke, Die Haftung für Schaden aus gefahrengefährdeter Arbeit nach der Rechtsprechung, DB, 1964, Nr. 34, S. 1190.

によった。また、本節で引用した判例について、必ずしも全部をたたくてゐるわけではない。

- (6) RAGE 24, 199; BAGE 5, 1; BAGE 7, 118.
- (7) RAGE 24, 199; BAGE 5, 1; BAGE 7, 290; BAGE 9, 243; BGHZ 16, 111 und viele andere.
- (8) RAGE 24, 199.
- (9) RAGE 24, 290.
- (10) LAG Düsseldorf (Urt. v. 5. 1. 1956) — 38a 213/55 in DB 1956, 355.
- (11) BGH, DB 1959, 1114.
- (12) RAGE 24, 199; BAGE 5, 1. 誠実＝扶助義務は、一般的に、労働者は使用者に対して業務遂行上誠実義務を負う、使用者は労働者の人格的および財産的利益を保護する義務を負うことにより定義される。危険性のある労働における労働者の責任制限の範囲についての新説の検証は、Achterberg, Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit, AcP 164, 14 以下註記。
- (13) BAGE 7, 290 = APNr. 23 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.
- (14) BAGE 5, 1; BAGE 7, 118; BAGE 7, 290; BGHZ 16, 111.
- (15) RAGE 24, 199; BAGE 5, 1.
- (16) Reinecke, a. a. O., S. 1191.
- (17) § 640 RVO n.F.
- (18) BAG, Urteil v. 12. 5. 1960 in AP Nr. 16 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.
- (19) Zur Haftung des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit, NJW 1969, 302.

む ね

一 BGB 八三一条は、その発生史からみれば、一九世紀後半のドイツにおける学問上および実務上の支配的見解を代表

するものではなくして、当時としては少数派に属するパンデクテン法学の所産であった。¹⁾当然のことながら、この規定は成立の当初から批判の目でみられ、実務の上でも種々の不都合さを露呈するにいたり、その結果、本稿でみたように判例によって、解釈による規定の変容や適用の回避がなされてきた。今日では、八三一条の欧米法における後進性は一般の意識するところとなり、一九六七年に西ドイツ連邦司法省による参事官草案として、この規定の改正案がだされるに至っている。²⁾

参事官草案が提示する八三一条の改正案は、被用者が事業執行につき故意もしくは過失にもとづく不法行為によって第三者に損害を加えた場合、使用者は被用者と並んで責任を負うと規定する。主たる改正点は、(一) 現行八三一条一項二文が許容する使用者の免責立証を撤廃したこと、(二) 被用者の故意・過失などの有責性を責任の前提としたこと、である。この改正案に対して、その後西ドイツでは、学者や実務家によって意見が表明されているが、免責立証を撤廃したことについては、賛成が多い。しかし、被用者の有責性を前提としたこと、とりわけ責任能力を責任の前提としたことに対しては批判がなされている。³⁾

二 危険性のある労働における被用者の責任制限についての判例法は、BGB八四〇条二項を実質的に空文化するものである。一九六四年の第四五回ドイツ法曹家会議労働法部会では、民法の規定とは別に、労働者の使用者に対する責任を規定すべきかどうかというテーマで討議が行なわれたが、統一した見解は得られなかった。⁴⁾一九六七年の参事官草案は、現行八四〇条二項を撤廃し、使用者と被用者の責任分担関係は、連帯債務者間における負担部分の求償関係として処理する態度をとっている。すなわち、それによれば使用者と被用者の責任分担額は、各自の損害に対する寄与度や過失の軽重などが総合的に判断されて、決定される。⁵⁾

三 わが国の民法七一五条が、ドイツ法を手本にして作成されたものであることは、条文の体裁および民法起草者の意見から、うかがい知れる。そして、民法成立当初の学説は、使用者責任の根拠づけから解釈に至るまで、ドイツ民法八三一

条のそれとほぼ同様であった。しかるに今日のわが国の通説・判例は、使用者責任の根拠を、報償責任や危険責任に求められており、七一五条は、被用者の故意・過失などの有責性を前提とした、他人の不法行為に対する責任を定めたものと解されている。そして、被用者の選任および事業の監督につき相当の注意を払ったことなどの使用者側の免責事由は、単なる使用者の「免責条件」を解され、学説も判例もこれを空文化するように努めている。

このように、わが国では、ドイツと異なり、解釈論によって、結果的には参事官草案が指向する改正案とほぼ同様の立場に立っているといる。なぜ、わが国ではかような立法によらない解釈の変遷が生じたのであろうか？ 七一五条が適用される社会関係に変化が生じたのであろうか？ それならば、学説はどのような根拠にもとづいて、この規定を社会関係に適合させていったのか？ これらの問題は、いづれにしても、被用者の故意・過失などの有責性を前提とするわが国の通説・判例の妥当性と共に、今後、検討しなければならない問題であらう。⁽⁶⁾

(1) BGB八三一条の発生史の概観は、田上富信「西ドイツにおける使用者責任法理の史的変遷」民商法雑誌(資料紹介)六二巻三号五〇四頁参照。

(2) 参事官草案BGB八三一条の改正案については、大阪市大法學雑誌一六巻一号一六〇頁以下参照。

(3) Uwe Diederichsen, *Zum Entlastungsbeweis für Verrichtungsgehilfen*, ZRP 1968, 60. ディーダーリクセンは、製造者責任において、現代の生産方法の単調さ(コンベヤー労働、オートメーション)は、これに従事する被用者に大きな精神障害や短絡反応(Kurzschlusreaktion)をひきおこすことから、被用者の責任能力を問題にして、個人責任や企業の責任を問うのは不当であるとす。したがって、使用者責任とりわけ製造者責任では、被用者の有責(Verschulden)は、前提とすべきではなく、仮りに前提とすることが必要であるとしても挙証責任の転換をはかるべきだとす。

(4) NJW 1964, 2098 [2100f.] Mitteilung 参照。大会では、ガミルシュエック教授(Prof. Dr. Gamilschueg)の報告に基づいて討議が行われたが、意見の一致をみず、参加者の問題に対する意見は次の通りであった。(一) 将来において損害賠償法の改正、労働契約の立法化がなされるときには、労働者の責任は法規の中に採り入れねばならない。(二) 労働者の責任を単一立法によって

規定すべきだという有力な意見もあったが、多数意見は、確立した判例法を立法化する必要はないということであった。(三) 立法者に、今日の判例理論および学説を立法化することを勧告するかどうかについては、統一した意見は得られなかった。

(5) 参事官草案BGB二五四、四二六、八四〇条の改正理由（法学雑誌一五卷二号一〇七頁以下）参照。

(6) 最近、七一五条の解釈論について、私とはほぼ同一の問題意識から、使用者の有責性を前提とする通説・判例の解釈上の難点を回避ないし克服する法的構成として、企業そのものを不法行為責任の主体と捉え、それ自体の過失というものを構想して、企業の責任を直載に導出すべきことが主張されている（神田孝夫「企業の不法行為責任について」北大法学論集二二卷三号六一頁。なお、同「使用者責任における求償権について」民事研修一六八号参照）。しかし、この見解は、七一五条（法人の機関責任を定めた四四条も含めて）について、通説・判例の立場を結論的に支持した上で論を進めているが、この点で私は賛成できない。私は、通説・判例のとる七一五条（四四条も含めて）についての解釈論を再構成することによって、企業責任本来のあり方に達し得るものと考えている。七一五条の解釈論は、後日展開する予定である。