

## オーストリア損害賠償法改革にみる ヨーロッパ不法行為法の動向（2・完）

——2011年司法省改正試案（いわゆる折衷草案）の検討を通して——

若 林 三 奈

### 目 次

- I. 本稿の対象と目的
- II. 損害と原因
- III. 帰 責
  - 1. 過失責任
  - 2. 複数行為者の責任 (以上、龍谷法学48巻1号)
  - 3. 危険な物や活動に対する責任
  - 4. 補助者に対する責任
  - 5. その他——土地工作物等に対する責任
- IV. 効 果
- V. 特殊の要件
- VI. 若干の考察 (以上、本号)

### 3. 危険な物や活動に対する責任（FE1306条～FE1306d条）

#### （1）前 提

オーストリアの危険責任——許された危険から生じる無過失責任——の規定は、ABGB1318条以下の若干の規定を除けば、その大半は、鉄道および自動車賠償責任法をはじめとする各種特別法に委ねられている<sup>113</sup>。こ

113 鉄道自動車賠償責任法（Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz; EKHG）、航空法（LuftfahrtG）、原子力賠償責任法（AtomHG）、旅館飲食店法（GastwirtschaftsG）、配管法（das RohrleitungsG）、遺伝子工学法（GentechnikG）、鉱物配管法（Mineralrohstoffgesetz）等。多くの法律には責任限度額の規定があるが、これを越えて、別途ABGB1293条による過失責任を追及する。

れら特別法にはとくに体系性や統一的な構想があるわけではないことから、法の欠缺が生じやすい。この点、オーストリアの判例は、個別の責任法の直接の適用範囲を超え、これら危険責任に関する特別法を包括的に類推適用するとの手法を通して（包括的類推適用 Gesamtanalogie [Rechtsanalogie]）、規定のない一定の設備や物についても司法の手によって危険責任を拡張してきた<sup>114</sup>。このような類推解釈は、「危険な業務 gefährliche Betrieb」に対して行われる。ここでは「巨大な自然力を惹き起こし、重い物体をすさまじい速度で走らせ、爆薬を製造もしくは使用し、堅固な地盤を掘削し、あるいは領空の安全を脅かしている<sup>115</sup>」かが問われる。またこのような危険性は、単に偶然に生じる個別具体的な状況からではなく、その業務の一般的な性質として、通常の場合と比較して極めて高度に他人の利益を危険にさらし得る業務に限って認められる<sup>116</sup>。また危険源からもたらされる高度の損害発生 of 蓋然性のみならず、極めて甚大な損害が発生する危険があることが重要であるとされる<sup>117</sup>。このことからオーストリアでは危険責任の包括的類推適用が判例で認められているとはいえ、近時、その適用、とりわけ危険な業務の存在の認定については、実務上はかなり慎重であるとされる<sup>118</sup>。

---

ゝことも可能である（Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 14/36）。

114 包括的類推適用については、たとえば Schauer in ABGB-ON § 7 Rn. 16. 判例や学説の詳細については、Kodek in ABGB-ON Vor § 1293 Rn. 9 等を参照。なおこのような解釈を疑問視するものとして、Harrer in Schwimann Vor § § 1293ff Rz 14ff. がある。

115 たとえば OGH 20.02.1958, 7Ob13/58 = SZ 31/26 など。その他は、脚注118参照のこと。

116 Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 14/48; Kodek in ABGB-ON Vor § 1293 Rz 9.

117 Kodek in ABGB-ON, Vor § 1293 Rn. 9.

118 Kodek in ABGB-ON, Vor § 1293 Rn. 9.; Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 14/48. 具体的に危険性が肯定された例として、マグネサイト工場の煙突排気ガスによる工場周辺の損害（OGH 20.02.1958, 7 Ob 13/58 = SZ 31/26）、構内鉄道（OGH 05.03.1958 2, Ob 540/57 = ZVR 1959/111）、花火事業（OGH 28.7

このような背景のもと、危険責任に関する一般条項の立法化をめぐってはかねてより多くの議論がある<sup>119</sup>。討議草案は、特別法において断片化した危険責任について、従来の判例を踏まえ一般条項の導入を提案する一方（DE1304条）、反対草案はこれに対して消極的な立場をとり、これまで通り判例の判断に委ねることとしていた<sup>120</sup>。本試案では、討議草案に依拠しつつ、これに一定の制限を加え、危険責任に関する一般規定（FE1306条から1306d条）と各論において陸上交通に関する個別規定（FE1337条から1339条）をおくことを提案する。後者は、基本的に、現行の鉄道自動車賠償責任法の内容に相当するため、FE1306条以下の危険責

---

103.1973, 5 Ob 50/73 = JBl 1974, 199) がある。否定例として、ホテル、移動式遊園地の各種アトラクション、芝刈り用トラクター、圧雪車などがある。ただし、圧雪車（OGH 15.09.2004, 9ObA 49/04b = SZ 2004/138）については、学説では、鉄道自動車賠償責任法（EKHG）を個別的に類推適用し、責任を肯定すべきであるとの見解が支配的である（Apathy, EKHG § 2 Rz 17 の他は、Kodek in ABGB-ON Vor § 1293 Rz 9 および Fn. 35 を参照のこと）。ブルドーザー（OGH 30.11.1971, 4Ob 643/71 = SZ 44/182 = JBl 1986, 525）についても同様の議論がある（Apathy, EKHG § 2 Rz 17; Schauer in Schwimann, 3. Aufl. § 2 EKHG Rz 19）。

119 危険責任に関する一般条項の導入について積極的な学説として、Koziol, Die Vereinheitlichung der Gefährdungshaftung in Europa, FS Michalek (2005) S. 217; Apathy, Schadenersatzreform- Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung, JBl 2007, 205; Taupiz/Pfeiffer, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrechts - eine kritische Analyse, JBl 2010, 88 (89ff)。また G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 14ff. も肯定的である。批判的な学説として、Zöllner, Gefährdungshaftung wohin? in FS Krejci (2001) 1355; Fischer-Czermak, Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung, NZ 2006, 2; Fischer-Czermak, Vorschläge zur Reform der Gefährdungshaftung, VR 2008, 34; Schauer, Die Perspektive von außen, VR 2008, 40, 42f. なお、保険との関係から Reisinger in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S 40f, 44.

120 反対草案では危険責任について一般条項を導入することは避け、個別に環境責任について、特定の危険な活動をする事業者への危険責任を提案していた（不可抗力免責のみ。GE1322 a 条）。また動物保有者責任についても危険責任に基づく責任の厳格化を提案していた。

任に関する一般規定の導入が現行法からの主要な変更点となる。

なお、このような危険責任にかかる一般条項は PECLが5:101条において採用している（異常に危険な活動に対する厳格責任）。反面、DCFRでは、当初の方針とは異なり<sup>121</sup>一般条項は採用されず個別的な規定に委ねられた<sup>122</sup>。

## （２） 一般的危険責任の要件

### FEI306条

- （１） 危険物を保持する者あるいは危険な活動を行う者（危険な業務の保有者）は、危険が現実化することによって生じた損害について責任を負う。危険物あるいは危険な活動に対する責任に関する特別規定には影響しない。
- （２） ここでとくに規定された場合の他、必要な注意を尽くしていたにもかかわらず、物それ自体にあるいはその活動に頻繁なあるいは重大な損害の危険を伴う場合には、危険な業務となる。堤防、油・ガス・高圧電流の輸送管、弾薬工場や装置、爆破、圧雪車、建設用重機などがこれに該当する。

試案では、危険物を保持する者、危険な活動を行う者に、危険な業務の保有者として一般的に危険責任を課す。危険な活動を対象とする点はPETLと同様である。しかし物や施設といった有形的な危険源の保有または管理を伴わない「裸の人間の活動」そのものに危険責任を拡張することにはかねてより批判がある<sup>123</sup>。この点、DCFRでは、危険責任は不動産、

121 von Bar, Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code, ZEuP 2001, S. 527. 2004年版では3:208条に一般条項がおかれていた。

122 DCFR VI3:202 [不動産の安全性の欠如]、VI3:203 [動物]、VI3:204 [製造物の欠陥]、VI3:205 [自動車]、VI3:206 [危険な物質又は放出]の各規定。変更された理由は明確ではないが、とくに設備の稼働や危険な物の保有を伴わない活動一般にまで広げて危険責任を一般条項化することは法的安定性を害すると考えられたためではないかとの見方をイギリスの同趣旨の判決を挙げつつ推測するものとして、G. Wagner, Deliktsrecht in R. Schulze u. a. (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, S. 192.

123 近時の議論として G. Wagner in Zimmermann (Hrsg.), Grundstrukturen

動物、製造物、自動車、危険な物質および設備からの放出施設等との関係でのみ認められている。

2項1文では、危険な業務の判断規準が示されている。ヴァーグナーは、「必要な注意を尽くしているにもかかわらず、頻繁なあるいは重大な損害の危険を伴う」といった場面は、まさに過失責任が損害回避のためのインセンティブをもたない場面と言え、危険責任を前提とした行動を求める規準として適切であるとして肯定的に評価している<sup>124</sup>。危険責任は危険源の保有者に対し要請される注意を遵守したか否かを問わず、発生した全ての損害費用を保有者に帰属させることによって、その効用が全ての費用を上回る危険源のみが操業されることを保証するからである。

2項2文では、危険業務を例示することにより、従来の具体的な判例の解決をめぐる生じていた課題についても同時に解決することを試みている。たとえば圧雪車（Pistenfahrzeug）の問題である<sup>125</sup>。試案ではこれも危険な業務に含まれることを明示することで、判例を修正している。

むろん、本試案に対しても、従来の両草案の対立を反映し、なお危険責任の一般条項化そのものに対する批判がある<sup>126</sup>。仮に立法者により適切

---

↘ des Europäischen Deliktsrecht, 2003, S. 290; G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 16. 人間が動物や人工的施設、危険な物質を取り扱わないかぎり、危険は生活上必要な注意によって支配しうる（つまり過失責任の問題である）という。

124 G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 15.

125 判例によれば、「圧雪車」は除雪車と一緒に単に運行しただけでは、危険な業務にはならない（OGH 15. 09. 2004, 9ObA 49/04b = SZ 2004/138）。圧雪車は速度も遅く制動距離も比較的短い。そこで圧雪車はたしかに転倒したスキーヤーに比べれば何倍も大きい、静的な障害物に相当するという。その限りで滑走中のスキーヤーの方がずっと危険であるとする。しかしこのような解釈には批判も多かった（脚注118も参照）。その他、建設機械、個人用エレベーター等も議論がある（Kathrein in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 256）。

126 Kerschner in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 21. は個別立法の類推で足りると言う。また一般的危険責任の導入は法政策的決定に委ねるとしつつも、保険との関係では特別法による個別立法を支持する見解として、Reisinger in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 40f.

な判断規準が置かれたとしても、危険責任の一般条項化が意味するところは、最終的な過失責任と危険責任との線引きを裁判所の手に委ねることに変わらないからである。これにより新たな危険源が出現した場合、たしかに裁判所は立法を待たずにすぐさま危険責任による対応をとることが可能とはなる。しかし、その反面、一定の範囲で法的安定性を損なうことは争いようがないところである<sup>127</sup>。もっともオーストリアではドイツとは異なり<sup>128</sup>、すでに危険責任法全体の包括的類推適用を認める判例が制限的であるとはいえ存在することから、判例法を通して危険責任の一般条項化をめぐる議論はかなり相対化されていると言え、その意味であとは立法者の決断の問題であるとの評価もある<sup>129</sup>。

なお一般条項化への批判に対して、改めて、カルナーは、一般条項化により判例を明確にしその問題点を修正すると同時に、過失責任の意義を実質化する——危険責任に代わって過失責任が厳格化されることによって（注意義務の異常な高度化）、損害賠償法の予防機能が失われることのないように——との観点から、この提案を支持している<sup>130</sup>。

### （３） 免 責

#### FE1306a条

- (1) 損害が不可抗力、もしくは戦争・内乱・軍事事件・騒擾や暴動、テロ行為、または法規定の命令や関係省庁の指示によって、あるいは回避不能な事件（２項）によって生じた場合には、この責任は排斥される。また加害時に保有者の

127 それゆえこの問題の核心的な問いは、司法判断の柔軟性というメリットが法的安定性の喪失に勝るか、という点にあるという（G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 14ff.）。

128 詳細は、Koziol, Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Österreich, FS 50 Jahre BGH (2000) 943 (960)。

129 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 266. 危険責任の一般条項の導入にあたって、（過失責任の場合にはない）責任限度額規定（FE1306d条）を設けることは一種の妥協であるとされる（この点の批判として、Huber in Reform II [Fn. 3] S. 90）。

130 Karner in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 15f.

業務に従事していた者、もしくは自己の物が輸送中であった者や運送を引き受けた者に対しては、この責任を負わない。

- (2) 回避不能な事件とは、危険物または危険な活動に瑕疵がなく、保有者が最善の注意を払い、その損害が被害者や当該事業に従事していない第三者または動物の行動に起因するものであって、なおかつこの損害において第三者または動物の行動によって惹起された異常な事業リスクが現実化したのではない場合をいう。

危険責任の免責について、討議草案（DE1304条4項）にならい「不可抗力」と「回避不能な事件」の二つを挙げる。もっとも回避不能な事件をも免責事由として挙げる点には批判が多い。不可抗力概念が損害原因に外在する事件（自然災害や戦争等）を前提としているのに対し、回避不能な事件とは、最善の注意を払っても（理想的な保有者によっても）結果を回避できなかった事件をいう<sup>131</sup>。このような免責を認めることは、危険責任を——過失の立証責任を転換しただけの——「厳格な過失責任」へと突然変異させ、危険責任の目的を見誤るものである<sup>132</sup>。PETL や DCFR においても危険責任の免責は不可抗力で統一されている（PETL7：102条〔厳格責任に対する抗弁〕および DCFR5：302条〔制御の不可能な事象〕）<sup>133</sup>。

なおコツィオールは、免責ではなく業務の危険性に応じて減額するとの

131 Griss in Entwurf (2006) [Fn. 1] S. 60f. また Kötz/Wagner, Deliktrecht [Fn. 68] Rn. 563ff.

132 Fisch-Czermak in Reform II [Fn. 3] S. 161; G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 16; Huber in Reform II [Fn. 3] S. 88; Taupiz/Pfeiffer, Der Entwurf und Gegenentwurf für ein neues Schadenersatzrecht, JBl 2010 S. 91, 同様に Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 267. フーバーやタウピッツらは、ケッツの言葉を引用し、危険責任は過失に関係しない責任である以上、回避不能な事件という免責要件は、危険責任とは「異質 Fremdkörper」であるという。

133 詳細については、Schmidt-Kessel, Reform des Schadenersatzrecht I (2006), S. 132.

効果も視野に入れるべきことを提案する<sup>134</sup>。不可抗力の場合であっても業務の危険性が損害発生的前提となっており、そういった危険性がまさに損害の範囲に影響するからである<sup>135</sup>。

#### (4) 効 果

本試案によれば、危険責任の対外的な効果について「同一の危険物あるいは危険な活動を保有する者は、被害者に対して連帯責任を負う」(FE1306b条2項)。また「損害が複数の危険物あるいは危険な活動によって生じた場合、各保有者の責任が現行法規に照らして排除されないかぎり、被害者は各保有者に対して請求できる。各保有者は、この場合にも連帯責任を負う」(FE1306b条3項)。

前述のとおり、本試案のFE1294条2項では分割責任が提案されている。その結果、試案では危険責任では連帯責任、過失責任では分割責任となる。その根拠は何か。また両者が競合する場合はどうなるのか。FE1294条2項が、古典的な択一的因果関係の事例のみならず、因果関係の割合が不明な場合一般に拡張されるならば、問題は広範に及ぶ。加えて危険責任に関して因果関係が推定される危険の保有者については<sup>136</sup>、「損害の性質によ

134 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 322. なお討議草案1304条4項：損害が不可抗力によりあるいは物に欠陥がなくまた最善の注意をもってしても(回避不能な事件)発生した場合には、免責される。これは、とくに、被害者、当該事業に従事していない第三者、動物の行動に起因する場合である。原子力、ダム、航空機、弾薬工場のような格別に高度な危険性のある事例では、当該責任は、危険性の程度に応じて減額するにとどめることもできる。同様のことは、回避不能な事件が具体的な状況においてその物の危険性を本質的に高めた場合にも妥当する(異常な業務危険)。

135 このような趣旨から、原子力責任法(1999年)では、不可抗力の場合でも一般に免責は生じない。なお、Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht II (1996) Rz 702 等も参照のこと。

136 FE1306c条1項によれば「危険物あるいは危険な活動が、個別事例の状況に照らして、とりわけ損害の性質や損害発生の日時および場所により、また業務の経過や用いられた設備、用いられた物質の種類や集積の程度により、さらには気象状況によって、損害を発生するに相当である場合には、その危険物あ

れば、複数の危険な物あるいは危険な活動が原因として考えられ、その協働につき蓋然性がある場合、各保有者は、それぞれの事業の範囲および危険性にしたがって決定される負担部分について責任を負う」（FE1306c条2項1文）として分割責任を原則としつつも、「負担部分が決定しない場合、保有者は連帯責任を負う」（FE1306c条2項2文）としており、本条との間でも矛盾が生じている、との指摘がある<sup>137</sup>。

なお、討議草案では括弧書きで1306d条に危険責任一般に関する賠償限度額の規定も提案している。危険な業務の保有者が過失責任の場合と同様に無制限に責任を負うべきかは、なお検討課題とされている。

#### 4. 補助者に対する責任（FE1313条～FE1316条）

##### （1）前 提

ABGB1313条1文によれば、他人の行為に対しては誰も責任を負わない（自己責任原則）。むろんこれには制定法による例外がある（同2文）。その例外は ABGB では1313a条から1318条にある。中でも使用者責任にかかる1313a条および1315条が実務的には重要である。1313a条はいわゆる契約法における履行補助者に関する規定であり<sup>138</sup>、1315条が不法行為における使用者責任の規定に相当する<sup>139</sup>。うち1315条の要件が使用者が事業者である場合には被害者にとって厳格にすぎることが問題視され<sup>140</sup>、そ

---

ゝるいは活動が損害を惹起したと推定される。保有者は、当該損害は自己の物あるいは活動によって惹起されたものではない旨を疎明することによって、この推定を覆すことができる」。

137 Reischauer, JBl 2013 [Fn. 18] S. 80.

138 ABGB1313 a 条「他人に対して給付を義務づけられている者は、その他人に対して、自己の法定代理人ならびに履行のために用いる者の過失について、自己の過失についてと同様の責任を負う。」なお、本条は、厳密には契約法上の義務のみならず、その他の法的義務（公法上の義務等）も含む。

139 ABGB1315条「不適格な者、または、それと知っていて危険な者を自己の業務の遂行に用いる者は、これらの者がこの性質のために第三者に加えた損害について責任を負う。」

の改正の必要性については学界の一致を見ているといつてよい。もっとも実務では、このような問題を克服するため、ドイツ法と同様に、第1に、契約上の義務の拡張を図り（契約締結上の過失、保護義務や配慮義務）1313a条によって救済を図ってきた。とくに第三者保護効を伴う契約の形で多くの社会生活上の義務違反のケースが吸収されている<sup>141</sup>。第2に、特別法（危険責任規定）において使用者責任の拡充を図っている<sup>142</sup>。第3に、使用者が法人の場合には、その組織および法人を代表する立場にある者（担当責任者等）の不法行為については代表者責任（Repräsentantenhaftung）論によっても拡張されている<sup>143</sup>。

提案では、カトラインによれば討議草案および反対草案の中間をとり、業務補助者の責任について拡充が図られた（履行補助者とは一応区別し、

140 使用者が、責任を負うのは、業務遂行にあたって業務補助者が——原則として恒常的に——不適格であるか、あるいは使用者がその（たとえば身体的、精神的な）危険性を認識していた場合に限られる（Schacherreiter in ABGB-ON § 1315 Rz 13, Rn 20.）。

141 たとえば Harrer/Neumayr in Reform II (2006) [Fn. 3] S. 134f. ; Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 269. ここに掲げられた文献等。また最近の判例 OGH 23. 03. 2010, 8Ob 155/09s = ecolex 2010/260, 747 と当該法理による解決の不安定性についても、同270頁を参照のこと。なおノイマイヤーによれば、歴史的にみればオーストリアにおいても、ABGB1313条1文を根拠として、特別な法的関係のない場合にあっては補助者の責任の引受けを認める判決はあった。しかし当時は大規模事業者や農業経営者の経済的負担の可能性が危惧されたため、法改正には至らなかった。1936年の OGH 判決以降、1313条1文は契約関係にない第三者に対しては適用されないことが明確にされ、第二次世界大戦後、「第三者のための保護効を伴う契約」の形で判例法が展開され現在に至る。

142 たとえば、鉄道自動車賠償責任法19条2項、山林法56条、配管法10条、原子力責任法17条等の各種の特別法において使用者責任の規定が設けられている。

143 OGH 15. 04. 1971, 10b 87/71 = JBl 1972, 312 など。その他の判例は、Schacherreiter in ABGB-ON § 1315 Rz 24ff. を参照。また F. Bydlinski, ZAS 1966, 165 (169ff); F. Bydlinski, System und Prinzipien 144f; Ostheim, GedS Gschnitzer 317 (328ff); Ostheim, JBl 1978, 57; Ostheim, JBl 1969, 535; Koziol, Haftpflichtrecht II, 2. Aufl, S. 375ff. なお代表者責任論は、近時、自然人にも適用されるに至っている。

同列に置くことまではしていない）。具体的な提案は次のとおりである。

## （2）提 案

**FE1313条〔履行補助者〕** 他人に給付義務を負う者は、自己の法定代理人ならびに履行のために用いる者の過失に対し、自己の過失に対するのと同様の責任を負う。

### **FE1314条〔業務補助者〕**

- （1） 自己の用務の処理のために他人を用いる者は、他人が補助者として第三者に加えた損害について、補助者が不適格であったこと、または使用者が補助者を注意深く選任もしくは監督しなかったことを被害者が証明したときは責任を負う。ただし使用者が事業者であるときは、使用者は自己の業務補助者のあらゆる過誤行為に対して責任を負う。
- （2） 危険な物や活動の保有者は（1306条2項）、保有者の意思によってこの業務に従事する者の有責性に対しても責任を負う。
- （3） 他人の用務を自己の責任で遂行する者は、業務補助者ではない。

**FE1315条〔代表者〕** 事業者は、当該事業において決定および指示権限を有する管理職務を担当する者が第三者に与えた損害に対しても責任を負う。法人はその定款上の組織に対しても責任を負う。

履行補助者に関する FE1313条は、現行法の文言（1313a条）と意味的には何ら変更されていない。業務補助者に関する責任については、従来どおりの制限的な規定を原則としつつも、使用者が事業者である場合には補助者のあらゆる過誤行為について直接に責任を負う旨を新たに規定した（FE1314条1項、無過失責任）。併せて、危険な業務にかかる業務補助者の不法行為についても、事業保有者が無過失責任を負う旨を提案する。この点は、従来の草案にはなかった点である<sup>144</sup>。加えて、判例によって形成されてきた法人における「代表者」の責任を条文化することが提案されている（FE1315条）。なお、討議草案で提案されていたものの、異論の多かった技術的な補助手段の使用にかかる特別規定（DE1305条3項）はこ

---

144 試案本条2項に疑問を呈するものとして、Reischauer, JBl 2013 [Fn. 44] S. 83.

の提案では削られている<sup>145</sup>。

提案が示す不法行為法分野における新たな使用者責任（FE1314条）に対しては、これまで用いられてきた技巧的な解釈を不要とするものであり、概ね肯定的に受け止められている<sup>146</sup>。事業者と非事業者との区別についても同様である<sup>147</sup>。事業者の責任のあり方については、討議草案では特別の規定がおかれていたが、その趣旨は十分に反映されたこととなる。事業者の使用者責任という側面では基本的に3つの草案は一致するものであるとされる<sup>148</sup>。

もっとも1項の補助者の不適格と使用者の選任監督上の過失との関係は必ずしも明らかではない<sup>149</sup>。また代表者責任（FE1315条）については、そもそも「代表者」概念が、業務補助者責任に代替するものとして学説や判例において作り上げられてきた概念であることに鑑みれば、改正後は不要であるとの指摘もある<sup>150</sup>。

145 このような削除提案を支持するものに、Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 271. 同様に、討議草案の提案に対して懸念を示していたものとして、G. Wagner, Reform JBl 2008 [Fn. 18] S. 13. こういった問題は使用者責任の枠組みの中で処理されるべきという。

146 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 271; Koziol, aa.O. S. 324. また若干の留保はあるが、Reischauer, JBl 2013 [Fn. 44] S. 83. 自立的な事業者が「業務補助者」ではない点を明確化した点も同様に評価されている（これについては、Schauer, VR 2008, 51. および反対草案 1315条2項）。

147 事業者に営利性の有無は問うべきでない（Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 271. 他にも E. Wagner, ÖJZ 2007, S. 764; Reischauer, JBl 2009 [Fn. 45] S. 414.）。

148 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 273. とくに使用者の選任監督上の責任を明確にした点を評価する。

149 この点については、Reischauer, JBl 2009 [Fn. 45] S. 83. なお、反対草案では、日常生活における個人的な用務について補助者を用いる者は選任上の過失について責任を負う、とされていた（GE1315条3項）。

150 Reischauer, JBl 2013 [Fn. 44] S. 84. またノイマイヤーも少なくとも第2文は不要という（Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 272）。他方で、コツィオールは本条は「今日の支配的な見解に対応する」と評価する（Koziol

### （3） 使用者責任の効果

FE1316条 他の規定にもとづく補助者の責任は、履行補助者や業務補助者および代表者に対する使用者の責任によっては妨げられない。使用者は補助者等と連帯して責任を負う。

FE1316条は、基本的に現行法に倣うものとされる。現行では、使用者が被害者に対して損害を賠償したとしても、補助者に有責性があるかぎりでは求償が可能である（ABGB1313条2文）<sup>151</sup>。もっとも補助者が使用者の被用者である場合には、被用者責任法（Dienstnehmerhaftungsgesetz）により、求償は制限される（軽過失の場合には求償されない。重過失の場合にも軽減が認められる）。

コツィオールは次のようにこの提案に賛同する。「たしかに外国の法制度ではしばしば被用者の免責が規定されている。しかし、一般的な規定によれば責任ある加害者について、他の者（つまり使用者）が当該損害の賠償責任を負うという理由だけでなぜ免責されるのかが明白ではない。加えて強調すべきは使用者が破産した場合である。この場合に、被用者を免責すると被害者の負担となる。しかし、使用者が破産した結果については責任要件を満たす行為者であるところの被用者こそが負担すべきであって、責任のない被害者が負担すべきでないことは明らかである。」

他方で、ノイマイヤーは、補助者の対外的責任は、従来はとりわけ現行法（1315条）が被害者保護にとって不十分であったことから必要であったにすぎず、提案のように改正した場合にまで、法政策的にみて確固として維持すべきかどうかは検討の余地があるという。現状でも「労働関係にある被用者の内部責任は、被用者責任法によって制限されている。つまり被用者が被害者から請求を受けた場合、使用者に求償権をもつ。判例実務に

↘ in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 324.)

151 使用者責任の成立にあたっては、被用者の行為が「違法」であれば足り、有責に行為したかは関係ない（Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 13/40）。

よる FE1314条の発展可能性に鑑みて、被用者自身の対外的責任を維持する旨を規定することは少なくとも避けた方がよい」という<sup>152</sup>。

## 5. その他——土地工作物等に対する責任

[1] 試案では ABGB1318条から1320条の前に「7. 落下物、工作物ならびに立木、道路および動物に対する責任」との標題を挿入した上で、従来の1319条[6. 土地工作物]、1319a条[6a. 道路]、1320条[7. 動物]における各条文見出しは削除されている。各条文において提案されている修正点は以下の通りである。

[2] ABGB1318条は「危険な状態で掛けられもしくは置かれた物の落下」または「住居からの放出もしくは流出」によって生じた損害について、当該住居の利用権者<sup>153</sup>に責任を課す。住居利用権者が責任を負うのは、損害発生リスクを回避あるいは軽減しうる立場にあるからである<sup>154</sup>。その他、一般的には被害者の立証困難および原因者に対する住居利用権者の求償可能性から本条の趣旨が説明される<sup>155</sup>。ただし条文に明記されていないものの、解釈上、利用権者は、その者が「発生しうる損害を回避するのに、客観的に必要とされるあらゆる措置を講じていた（＝結果回避の

152 場合によっては、少なくとも使用者の対外的責任との関係において被用者責任法の改正も考慮すべきという（Harrer/Neumyer in Reform II [Fn. 3] S. 136, 143f.）。

153 本条にいう責任主体は条文上明確ではないが、住居や店舗等、一定の居住空間について事実上の利用権限を有する者〔Wohnungsinhaber〕と解されている（Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1318 Rz. 3-7）。そのため所有者が住居を賃貸に出している場合には、賃借人や用益賃借人が利用権者として本条の責任を負う（Harrer in Schwimann 3. Aufl. § 1318 Rz. 5）。判例によればホテルの客室の利用客はこれに該当しない（これを批判する学説として、Harrer, aa.O. Rz. 6）。

154 Koziol/Welser Bürgerliches Recht I 13Aufl. S. 366; Harrer in Schwimann § 1318 Rz. 1 等。

155 Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1318 Rz. 1 を参照。

ためにあらゆる注意義務を尽くしていた)」ことを証明した場合には責任を負わない（判例・通説）。このことから判例上も本条は結果責任を定めたものではなく<sup>156</sup>、「証明責任の転換を伴う過失責任」であると考えられている<sup>157</sup>。本条の責任は、「損害発生以前に客観的に認識可能な危険性が存在していること」、すなわち利用権者が損害発生の危険を予見し得たこと（予見可能性）、またその現実化を客観的に回避し得たこと（結果回避可能性）が前提となっているからである<sup>158</sup>。その際、「危険性」の有無は客観的な基準によって判断される。判例によれば、「損害発生の蓋然性が一般的な経験則や生活習慣によりあらかじめ考慮に入れることができる」場合に本条に言う「危険」があるとされ、その意味で本条の責任は主観的な有責性を前提とはしていないとされる<sup>159</sup>。

試案は、利用権者が本条の責任を負うのは、利用権者が「危険回避のために必要とされるあらゆる注意を尽くしたことを証明できなかった場合」に限るという判例法を条文化することにより、本条は結果責任を規定したものではなく、証明責任の転換を図った規定であるという判例の立場を明確化するものである。

[3] 続く FE1319条では、現行の ABGB1319条に判例に基づく若干の修正を加える。本条は「建物等の土地工作物の占有者の責任」に関する規定であり、上述の ABGB1318条とは異なり「占有者が危険回避のために必要とされるすべての注意を尽くしたことを証明できなかった場合に責任を負う」ことはすでに明文で規定されている。本条における必要な注意もま

156 OGH 28. 11. 2006, 5 Ob 246/06x; Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1318 Rz 2, 12; Danzl in KBB 2 Aufl. § 1318 Rz 4.

157 OGH 19. 05. 1988, 7 Ob 584/88 = SZ 61/132; OGH 16. 03. 2005, 7 Ob 38/05x = RdW 2005/447.

158 たとえば, Harrer in Schwimann 3. Aufl. § 1318 Rz. 3; Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1318 Rz. 2 等。

159 Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1318 Rz. 12.

た客観的な基準によって決定される<sup>160</sup>。したがって占有者が一定の措置を講じることができなかったことについて主観的には有責性が欠けること（例えば占有者の病氣）を証明したとしても免責されることはない。しかし、工作物の危険が客観的に認識しえない以上、占有者に本条の責任が問われることはないと解される<sup>161</sup>。占有者は、社会通念上期待され得る必要（合理的な）予防措置を講じていたことを証明すればよい<sup>162</sup>。以上のことから、伝統的な判例は本条の責任もまた結果責任ではなく「証明責任を転換した過失責任」であると説明する。もっとも本条では危険を回避するのに必要となるあらゆる（客観的）注意を尽くしたことを占有者が証明するかぎりで免責されるものの、主観的な有責性が欠ける場合であっても責任を負いうることから、近時は本条の性質について一種の危険責任と表現する判例もある<sup>163</sup>。試案では判例にしたがいが本条は立木（Baum）にも適用されることを明確にしたにとどまる。

[4] 1319a条は、自己およびその被用者の故意または重過失による道路

160 Koziol, Haftpflichtrecht II 2. Aufl. S. 400, Harrer in Schwimann 3. Aufl. § 1319 Rz. 10, Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1319 Rz. 3 等。

161 Harrer in Schwimann 3. Aufl. § 1319 Rz. 12; Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1319 Rz. 3 等。

162 Koziol, Haftpflichtrecht II 2. Aufl. S. 400; Danzl in KBB 2 Aufl. § 1319 Rz. 4. 他。

163 OGH 19. 12. 2000, 1 Ob 93/00h = ZVR 2002, 89 およびこれを引用し ABGB1319条の法的性質を示すものとして OGH 25. 06. 2002, 10b 129/02f = ZVR 2003, 130. 前者の判決は、その理由付けにあたって Reischauer in Rummel 3. Aufl. § 1319 Rz. 15 および Koziol, Haftpflichtrecht II 2. Aufl. S. 400, Harrer in Schwimann 2. Aufl. § 1319 Rz 10 を引用している。Reischauer は本条を「免責可能性により弱められた結果責任」と説明するのに対し、Koziol は本条は「証明責任の転換により厳格化された客観的注意義務違反」とする。ここでは主観的意味での有責性に欠けることによって免責されることはないが、当該危険が占有者に（客観的に）認識不能かつ回避不能であれば占有者に責任はない。同様の説明をするものに、Terlitz, immolex 2001, 186 および Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1319 Rz 3。

の瑕疵に対する道路保有者の責任を定める。試案では、被用者（Leute）という文言が業務補助者（Besorgungsgehilfen）[FE1314条参照]に改められている<sup>164</sup>。

本条の被用者概念は ABGB970条〔寄託物から生じた損害に対する旅館飲食店経営者の責任〕にも見られる。もっとも本条の被用者とは、従業員などの被雇用者にとどまらず、個別事案において行為者に対して具体的に指示をなしうることを可能とするような一定の社会的関係〔近接関係〕が道路保有者との間に認められればよいとされる<sup>165</sup>。他人からの指図を受けない独立性を有する事業者は被用者に含まれない<sup>166</sup>。この場合、道路保有者は事業者の選任監督について義務違反があるかぎりで責任を負い<sup>167</sup>、事業者もまた一般的な損害賠償規定により賠償責任を負う<sup>168</sup>。この結果、現行法では、たとえば凍結防止剤の散布車両の運転手に過失があったような場合、運転手が独立した事業者の被用者であれば、現行1315条が適用される結果、使用者の責任成立が極めて限定される一方、他方で運転手が道路管理者の被用者であれば1319a条が適用される結果、被用者に重大な過失があるかぎりで道路管理者が責任を負うこととなる。そのため学説の一部で批判もあった<sup>169</sup>。

164 本条の被用者概念は970条〔宿泊業における受託物から生じた損害に対する責任〕にも見られるが、必ずしも道路保有者と雇用関係は必要とされず、道路保有者が自己の義務の範囲内で具体的な指図をなすことが個別事例において可能である程度の社会的関係があればよいと解されているようである（Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1319a Rz 23）。

165 OGH 27. 01. 1983, 8Ob 102/82 = RS 0030028.

166 OGH 07. 02. 1989, 2Ob 160/88 = ZVR 1989/168 等。OGH 03. 09. 1981, 8Ob 144/81 = ZVR 1982/162.

167 判例によればこの場合、通常の過失で足りる（Weixelbraun-Mohr in ABGB-ON § 1319 a 条 Rz 24. たとえば、OGH 29. 04. 2009, 2Ob 217/08p = SZ 2009/57）。

168 たとえば OGH 07. 09. 1989, 8 Ob 541/89 = ZVR 1990/16 等。

169 本条は、少なくとも重過失ある自己の被用者の有責性について道路保有者に責任を課すことにより時代遅れの使用者責任規定（ABGB1315条）を部分的に現代化するものであることから（Harrer in Schwimann § 1319a Rz 13）、上ノ

試案では以上の矛盾は使用者責任規定の改正（FE1314条）により一定解消されるものの、逆に、1319a条における道路保有者に対する責任軽減——故意・重過失による場合に限る——は残された。この点にはかねてより批判もあっただけに今後問題となる可能性があろう<sup>170</sup>。

#### IV. 効果（FE1321条～FE1324条）

##### 1. 原状回復原則

試案では損害賠償の方法として「1. 原状回復」を掲げ、現行のABGB1323条と同様、損害賠償が第一義的には原状回復を原則とすることを示す<sup>171</sup>。討議草案1314条とも内容的にはほぼ同じである。本試案によれば、積極的損害と消極的損害の区別が賠償範囲に影響を与えないことから、従来の損害填補（Schadloshaltung）と満足（Genugtuung）との区別はなくなる。具体的な提案は以下の通りである。

FE1321条 被害者は、以前の状態あるいは同等かつ同価値の状態の原状回復を可能な限り求めることができる。賠償義務ある者は、原状回復の方法による方が自らの利益が著しく上回る場合には、原状回復の方法によることを主張しうる。

PETLは原状回復の理念から出発しつつも金銭賠償原則をとる

---

ㄨ記のような矛盾については一般的な使用者責任法の適用を排除し、事業者は道路保有者およびその被用者と同様に責任を負うべきであるという（Harrer in Schwimann § 1319a Rz 14）。また Reischauer は道路交通法（StVO）93条5項を類推適用する。異なる見解として、Kozioł, Haftpflichtrecht II 2. Aufl. S. 204。

170 Harrer in Schwimann § 1319a Rz 13, Rz 3 記載の文献を参照のこと。

171 ABGB1323条1文では、損害の賠償は、原状を回復するか、あるいはこれが実行不可能な場合には価値賠償によることを明示する。原状回復を優先するのは「自然的原状回復は被害者の完全性利益を保護し、またそれゆえに損害賠償法上の補償思想を実現するのに最も適している」からである（OGH14. 12. 1988, 3Ob 565/88; Hineregger in ABGB-On § 1323 Rz 1）。

(PETL10:101)。金銭賠償に代わる原状回復の方法については「それが可能であり、かつ他方当事者に過剰な負担とならない場合」にかぎって認めている (PETL10:104)。DCFR もまた原状回復の理念から出発するが (DCFR VI-6:101 (1))、具体的には金銭賠償による他、「受けた損害の種類及び程度その他の当該事案のすべての事情を考慮して最も適切と認められるときは、その他の方式によることができる」と定める (DCFR VI-6:101 (2))。

ところで PETL や DCFR では、損害賠償の一般規定として他にもいくつかの規定をおく。たとえば被害者が加害の結果として利得を得た場合、その「利得の目的」に鑑みて (PETL10:103条〔損害事実を通して得た利得])、あるいは「受けた損害の種類、損害を生じさせた者の責任の性質及び当該利得が第三者によって与えられた場合におけるその目的」を考慮して (DCFR VI6:103条〔損益相殺])、損害から利得を控除することを認める一般規定がおかれている。本試案ではこのような一般規定は見られない (FE1322条1項において判例上認められてきた「旧品に対する新品が調達された場合の控除」をおくに留まる)。また DCFR で見られた「些細な損害は賠償されない」といった些事原則もない (DCFR VI6:102条)。定期金賠償については (PETL10:102条、DCFR VI6:203条)、身体侵害に関する特則において規定が設けられている (FE1326条)。

## 2. 財産的損害の金銭賠償

ABGB1323条では、原状回復原則を規定するが、誰が原状回復をすべきかまでは示されていない。むしろ被害者は加害者に原状回復措置を求めることもできるし、あるいは（第三者によるものも含め）被害者の側で原状回復措置を行い、それに必要な費用の賠償を求めることもできる<sup>172</sup>。物

172 Hiteregger in ABGB-ON § 1323 Rz 5.

損の場合、同種かつ同価値の物の再調達あるいは物の修理が問題となる。もっとも保険契約法49条により保険者は損害賠償を金銭で給付すべきことが規定されていることから、自動車事故等では通常、金銭賠償のみとなっている<sup>173</sup>。

#### FE1322条

- (1) 物的損害の場合、被害者は原状回復に際して、原状回復措置につき権限をもつ事業者が必要とする金額あるいはその事業者への前払金を請求することができる。ただしこの請求は、必要な金額が毀損された物の価値をさほど超えず、かつ原状回復における賠償義務者の利益を著しく超えない場合にかぎる。前払金の使用については、合理的な期間内に、その用途明細書を提出しなければならない。毀損された物の原状回復によりその利用可能性が延長された場合には、損害額から合理的な金額を控除しなければならない。
- (2) 被害者に発生した損害が原状回復によって補償されることのないかぎり、賠償義務者は金銭で損害を賠償しなければならない。物的損害の場合、被害者は少なくともその物が侵害時に有していたであろう一般的な価値に応じて、その物の価値喪失分を請求しうる。

試案の1322条1項では、被害者は原状回復につき必要な金銭を要求しうることを、その際、事業者による原状回復措置を前提に算定しうることを明らかにしている（つまり純粋な修理費用に加えて売上税分も計上される）。また、被害者は原状回復費用につき事前に加害者から受け取り（前払金 *Vorschuss*）、あとで精算することも可能である<sup>174</sup>。毀損された旧品に対

173 Danzl in KBB 4. Aufl. § 1323 Rz. 5.

174 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 32 は、このような規定をおくことが、悪質業者による修理や売上税の脱税の防止につながる面があると指摘する。なお被害者が原状回復費用を調達するために、金利負担等が発生した場合にはこれも損害となる。もっとも事前請求が認められていることから、事前の請求がなく金利請求する場合には、ABGB1304条を根拠として損害軽減義務違反（ABGB1304条）に問われる可能性もある（Hiteregger in ABGB-ON § 1323 Rz 6）。

して新品が調達された場合の損害賠償額の控除（損益相殺）も判例の認めるところである<sup>175</sup>。2項1文は、現行の ABGB1323条と同様である。これに加え、2文において、物的損害の場合には、毀損された物が侵害時にもっていた市場価値を最少損害として賠償請求可能であることを明らかにしている。

試案の文言は、それぞれ討議草案1315条1項から4項の規定に相応するものである（なお同5項の規定については、各論の身体侵害の規定において吸収されている）。また現在の判例実務に照らしても、実務上とくに目新しいものではないためかあまり議論されていない。

### 3. 精神的損害の賠償

#### （1） 現行法の現状

オーストリア損害賠償法改革の目的の一つは被害者救済の充実にあり、非財産的損害（精神的損害）の賠償の拡充は、使用者責任の強化と並ぶ改革プランの重点の一つであった。現行法では、非財産的損害の賠償については、1325条〔身体侵害〕、1328条〔性的自己決定の侵害〕、1328a条〔プライバシー侵害〕、1331条〔物損における特別な愛好価値〕に明文の規定がある他（なお1329条〔自由の剥奪〕については後述の通り解釈上の争いがある）、特別法にも多くの規定がおかれている<sup>176</sup>。

もっとも、以上の場合においても常に精神的損害の賠償が認められるかについては議論がある。というのも、損害賠償給付に関する一般規定である ABGB1323条によれば、（原状回復の方法によらない場合の）価値賠償として「本来の損害填補（Schadloshaltung）」と「完全な満足（volle Genugtuung）」があるところ、前者に含まれるのは積極的損害だけであって、「賠

---

175 OGH 01. 07. 1982, 8Ob 148/82 = SZ 55/104. その他は Danzl in KBB § 1324 Rz 19; Hinteregger in ABGB-ON § 1323 Rz 27. を参照のこと。

176 詳細は、たとえば Hinteregger in ABGB-ON § 1324 Rz 2.

償が逸失利益や不快感の除去 (Tilgung der verursachten Beleidigung) にも及ぶ限りで」後者の満足となるという。その上で ABGB1324条において、被害者が完全な満足を請求することができるのは、損害が「悪意または著しい過失」(故意および重過失と理解される) によって生じた場合であり、「その他の場合には、本来の損害填補にかぎる」。つまり、「不快感への償い」がなされるのは、本来の損害填補を越える完全な満足をなされる場合であって、これは加害者に重大な有責性がある場合に限られる。このことから通説によれば、精神的損害の賠償が認められるのは、明文の規定がないかぎり加害者に重大な有責性(故意または重過失)がある場合と解されてきた<sup>177</sup>。もっとも学説の中には、ABGB1293条を根拠規定として、非財産的損害は積極的損害の一つであるとして捉え、軽過失の場合であっても賠償対象となるとする見解もある<sup>178</sup>。

ところで自由の剥奪に対して「被害者に従前の自由を回復し、完全な満足を与える」ことを義務づける ABGB1329条の文言をめぐっては、そもそも同条の「完全な満足」に精神的損害の賠償が含まれるのか、という点からして議論がある。旧判例は非財産的損害の賠償は法律が明文でこれを規定する場合にかぎって認められるところ、本条の「完全な満足」との文言には非財産的損害の賠償という文言が直接には含まれていないとして、これを否定していた<sup>179</sup>。これに対して近時の判例は、一定の要件のもとに、たとえば違法逮捕など国家権力による自由の剥奪が問題となる場合には直接ヨーロッパ人権条約5条5項(または1988年に成立した個人自由保護法[PersFreG]7条)に基づき非財産的損害の賠償を認めてい

177 F. Bydliński, Der Ersatz ideeller Schäden als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173, 237, 247; Koziol, Grundfrage des Schadenersatzrechts (Rz 5/26).

178 Strasser, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht, 1964; Harner in Schwimann, 3. Aufl. § 1323 Rz 4.

179 詳細は Hinteregger in ABGB-ON § 1329 Rz 5.

る<sup>180</sup>。また公権力によって自由権が剥奪されたのではない場合にあって、判例は、1329条をヨーロッパ人権条約5条に即して解釈している。いずれも加害者に故意がある場合に限られ<sup>181</sup>、単なる過失によって自由の剥奪が生じた場合には、一般規定である1323条の解釈に立ち返り非財産的損害の賠償を否定している<sup>182</sup>。学説は、判例と同様、少なくとも重過失がなければ非財産的損害の賠償は認められないとの立場<sup>183</sup>と軽過失の場合であってもこれを認めるとする立場<sup>184</sup>に分かれている。後者の学説によれば、身体侵害の場合には通常の過失のときでも慰謝料が認められることから（1325条等<sup>185</sup>）、身体と並んで重要な保護法益である自由の侵害にかかる1329条においてもこれを認めなければ評価矛盾が生じるという<sup>186</sup>。

以上のような議論を背景に、近時の立法は、比較的この問題に対して寛大である。たとえば ABGB の改正（1328条〔性的自由の侵害〕や1328a条〔プライバシー侵害〕）や消費者保護法31e条において、軽過失の場合にも精神的損害の賠償を認めている。また危険責任に関する特別法の多くにおいても、加害者の有責性の程度を問わずに非財産的損害の賠償を認めている<sup>187</sup>。

180 OGH 01. 03. 1979, 7Ob 555/79 = JBl 1980, 372〔Koziol 評釈〕等。

181 OGH 09. 05. 1985, 7Ob 566/85 = JBl 1986, 114.

182 OGH 27. 03. 1990 5Ob 544/90 = JBl 1990, 794.

183 たとえば Bydlinski, JBl 1965〔Fn. 176〕S. 251; Koziol, JBl 1980, 372; Koziol, Haftpflichtrecht II, 2. Aufl., S. 170; Karner, Die Neuregelung des Ersatzes ideeller Schäden bei geschlechtlichem Mißbrauch, JBl 1997, 700; Karner, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) S. 7ff.

184 たとえば Strasser, JBl 1975, 645; Reischauer in Rummel ABGB 3. Aufl. § 1329 Rz 8; Danzl in KBB, 3. Aufl. § 1329 Rz 4; Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 13/57; Hiteregger in ABGB-ON § 1329 Rz 5.

185 いくつかの特別法においては、有責性の有無にかかわらず身体侵害における精神的損害の賠償が認められている（たとえば EKHG13条等）。

186 詳細には Reischauer in Rummel 3. Aufl. § 1329 Rz 8 等。

187 このような状況を背景に、加害者が軽過失の場合、あるいは危険責任を負う場合にも、これらの非財産的損害の賠償の規定群を包括的類推し、法律上明

判例もまた、精神的損害の賠償は、法律上明文で認められている場合に限るとする一方で、近時では——ここでも包括的類推適用（Ⅱ 3 参照）という解釈手法を通して——、近親者が死亡した場合において加害者の有責性が重大なときには、近親者（遺族）にとくに健康被害（いわゆるショック損害）がなくとも、純粋な精神的苦痛に対して慰謝料（Trauerschmerz）を認めている<sup>188</sup>。また旅行契約に重大な瑕疵がある場合にも、休暇の喜びの喪失にかかる精神的損害の賠償を認めている<sup>189</sup>。

## （2）提 案

### FE1323条

- （1）精神的不利益は、法律に規定がある場合には、常に賠償される。
- （2）加えて、重大かつ客観的に追試可能な人格権侵害は金銭賠償の対象となる。
- （3）故意による財貨の侵害がある場合、被害者は特別な愛好利益の賠償についても請求できる。
- （4）とくに精神的利益の満足に資する有償契約が、一方当事者によって有責に重大な不履行あるいは適切な履行がなされなかった場合、他方当事者は、精神的不利益の合理的な賠償を求めることができる。ただし、この請求は合理的な補償が契約の解消によって達成できない場合に限る。この賠償請求権の算定においては、とりわけ瑕疵の重大さと継続性、有責性の程度、契約で合意された目的、契約金額を考慮する。

本試案では、非財産的損害の賠償は「法律に規定がある場合」に制限されている（FE1323条1項）。これは判例の原則的立場であり、ドイツ民法253条にならうものである。試案は本条2項で人格権侵害に対する重大な

---

、確な制限がある場合を除いては、軽過失の場合にも精神的損害賠償を一般的に認めうるのではないかと、との見解もある（Hinteregger in ABGB-ON § 1324, Rz 3）。

188 OGH 16. 05. 2001, 20b 84/01v = SZ 74/90 = ZVR 2001/73 [Karner 評釈]。他方で、判例は、軽過失や危険責任の場合には遺族慰謝料を請求する余地がないとする。この点の批判は、Hinteregger in ABGB-ON § 1325 Rz 44。

189 LG Linz 02. 05. 2002, ZVR 2002/69 [Kathrein 評釈]。

侵害を挙げ<sup>190</sup>、同 3 項において故意による財貨侵害の場合の特別な愛好価値の賠償を規定する（ABGB1331条<sup>191</sup>）。同 4 項には「とくに精神的利益の満足に資する有償契約」の不履行によって生じる精神的損害についての規定を置く。この規定は、特別な休暇の満足の賠償に関する改正消費者保護法31条 2 項の規定を引き受けたものである<sup>192</sup>。以上の規定は基本的に現行の判例実務に従うものである。また本条には含まれないが、非財産的損害の拡張という意味で重要な改正として、被害者が死亡あるいは重大な身体侵害を負った場合に、直接被害者の近親者にも慰謝料（Trauerschmerzengeld）を認める判例を明文化している（FE1327条。なお FE1325 条 3 項も参照）。

試案の 2 項以下は討議草案になっている。しかし 1 項について見ると、討議草案（DE1316条 1 項）では「精神的損害は、原状回復が可能かつ適切であるかぎり（DE1314条）、常に賠償される」との一般原則がおかれていたことからすれば、かなり制限的な内容での提案となっている。このことから、コツィオールは、試案のような規定は「ドイツでも標準といえず」、判例の従来 of 狭い解釈態度に照らせば「なぜ今さらこのような規定を提案するのか」との疑問を投げかけている<sup>193</sup>。他方、2 項については、「比較的

190 オーストリアにおける人格権概念については、ABGB16条が手がかりとなる（Kathrein in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 251）。

191 ABGB1331条によれば、特別な愛好利益の賠償が認められるのは、加害者に刑法上禁止された行為や悪意（Mutwille）または害意（Schadenfreude）が認められる場合に限られている。このような規定に疑問を呈するものとして、G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 18。

192 Kathrein in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 1] S. 251, Neumayr, aa.O. S. 262, Simone Leitner/TUI 事件で欧州司法裁判所の判断（EUGH, 12. 3. 2002, C-168/00 in ZVR 2002/56 = EuZW 2002, 339 (Doehner) = NJW 2002, 1255 (Simine Leitner/ TUI Deutschland) により賠償が認められ、消費者保護法の改正に至った（31 e 条 3 項）。詳細は、Karner in Entwurf (2006) [Fn. 1] Rz. 15。

193 詳細は、Karner/Kozioł, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Gutachten zum 15. Österreichischen Juristentages (2003) 17ff.。

幅の広い規定であり、BGB847条や253条の狭い規定を克服するため基本法に基づき形成されてきたドイツの判例に従うもの」であって、「法秩序によって高い位置づけにあるものとして承認されている人格権について、少なくとも重大な侵害に対して損害賠償法上の保護を享受する必要があるとの基本的な評価に対応するものである」として<sup>194</sup>、積極的に評価する。

4項については、放棄したはずの有責性の程度に基づく区別が再び顔を出すことに疑問が呈されている<sup>195</sup>。なぜ FE1325条2項の提案同様に「被害者には被った侵害に対して合理的な慰謝料が認められる」と規定することで足りないのか。つまりなぜここで異なる評価基準を掲げる必要があるのか。またその際に有責性の程度に言及することが果たして意味があるのかが問われている。さらに、現行の消費者保護法31e条3項の規定を「精神的利益の満足に資する有償契約」へ一般的に拡張することに対する危惧もある。果たしてオペラや演劇鑑賞等の場合も対象となるのか。その適用範囲に疑問が呈されている。

#### 4. 減責条項

第3節（損害賠償の方法）の最後に「4. 責任の軽減」として、例外的状況において加害者の賠償金額の減額を認める規定を導入することが提案されている。資力の乏しい加害者（主として未成年者）が軽微な不注意によって事故の相手方から巨額の賠償請求を受けるような事態が想定されている<sup>196</sup>。このような減額条項は、PETL10:401条〔損害賠償の軽減〕や

194 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 326. 討議草案では、FE1323条2項に相応する条文の前文として「金銭賠償を給付すべきかは、被侵害財貨の重要性、客観的な追試可能性、侵害の程度と継続性、帰責根拠の重大性による(DE1316条2項1文)」とあったが当該部分は削除されている。G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 18 もこれを不要としていた。

195 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 262.

196 たとえば、少年がスキーコースに隣接する自宅から犬を放してしまい、そのためスキーヤーが驚いて転倒し、結果、社会保険から高額な求償請求を受け、

DCFR VI 6:202条〔責任の軽減〕にも見られる。比較法的にも、オランダ民法典 6:109条やスイス法44条2項に類似の規定がある<sup>197</sup>。

#### FE1324条

- (1) 賠償責任が賠償義務者にとって過度にかつ長期にわたって極めて重い負担となり、また被害者におよそ一部の賠償しか期待し得ない場合には、この責任を例外的に軽減することができる。その際、帰責根拠の重大性、当事者の財産状態および賠償義務者が得る利得を考慮しなければならない。
- (2) 加えて賠償義務者がもっぱら公益のために利他的に活動していた場合、この責任を減免し得る。その際、被用者責任法（BGBl. Nr.80/1965）の基準が、被用者の責任の減免のために合理的に適用される。
- (3) 1項および2項による責任の軽減は、賠償義務者が故意の場合あるいは損害が責任保険によって補填される場合には排除される。

---

ゝるようなケースが挙げられる。また国内的な議論の発端には、オーストリアの有名なスキーヤーであるヘルマン・マイヤーのバイク事故に際して高額な賠償（500万ユーロの逸失利益）が問題となったケースがあるともいわれる。

- 197 オランダ民法第6編109条「(1) 責任の性質、両当事者間の法律関係ならびに両当事者の支払能力を含む諸事情に照らし、完全な損害賠償の認容が明らかに是認できないものとなる場合には、裁判官は、法定の損害賠償債務を縮減することができる。(2) この縮減により債務者が保険によって填補されている額または填補することが義務づけられている額を下回る金額を導くことはできない。(3) 1項に反するいかなる合意も無効である。」（以上は、フォン・パール著窪田充見編訳『ヨーロッパ不法行為法（1）』（弘文堂・1998）532頁の訳による）。またスイス債務法44条2項「損害が故意や重過失によらず発生し、賠償義務者が債務の履行により困窮に陥る場合、裁判官はこれを理由として賠償義務を軽減することができる」。加えてスイス債務法43条1項には、損害賠償額の算定一般において、「裁判官は債務者の状況や債務の重さを考慮し賠償額を確定する」旨の規定がある。同様の規定は新しいリトアニア民法6:251条にもある。諸外国の規定については、Olophant/B. C. Steininger (Hrsg), *European Tort Law. Basic Text* (2011)。もっともスイスにおいて必ずしも減責条項が積極的に評価されているわけではない（Honsell, *Schweizerisches Haftungsrecht*, 2005, Rz. 33）。実務上も、賠償責任者の多くが責任保険をかけていることからほとんど適用例がないという（G. Wagner, *JBl* 2008 [Fn. 18] S. 18f.; Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (2002) Rz 828ff, Rz 852）。

試案の1項は、討議草案1318条（修正前1317条）に若干の変更を加え、これに2項と3項を新たに追加したものである<sup>198</sup>。討議草案では、①改正により全部賠償原則に転換すること（＝段階的損害概念との決別により軽過失の場合にも逸失利益の損害賠償を認めること）、②危険責任についても賠償限度額規定を設けないことの2点を考慮して、——極めて例外的な事情に限るとはいえ——減責規定が必要であると判断されたとされる<sup>199</sup>。またオーストリア法では経済的負担能力が賠償責任額の決定にあたって影響を与えることはすでに ABGB1306a条〔緊急避難時の衡平責任〕および1310条〔未成年者等の衡平責任〕においてもなされていること、また実際にこのような規定をもつ国家法が存在することから、減責規定は適切に扱い得る実用性のあるものという<sup>200</sup>。

今回の提案に対して、コツィオールは——減責条項規定の導入に賛成する立場から——改めてカナーリスおよびビドリンスキーの見解を詳細に引用し、当該条項の必要性を強調する<sup>201</sup>。カナーリスによれば、憲法上の過剰介入の禁止の考え方により、加害者を破滅させるような賠償義務を一定の要件のもとで軽減する可能性がなければならず、過大な賠償義務によって、加害者の行為自由のみならず、憲法上保護される加害者の人格権もまた害される。被害者が賠償給付を必要としている場合には、その賠償請求権の行使は全額正当なものとして認められるが、被害者が賠償給付がなくとも自己の需要を満たすことができるような場合、なおかつ加害者が

198 第2項についての批判は、Reichauer, JBl 2013 [Fn. 44] S. 78。

199 Karner in Entwurf (2005) [Fn. 1] S. 90, Rn. 22。

200 Karner in Entwurf (2005) [Fn. 1] S. 91, Rn. 21。加えて被用者責任法（DHG）の減責条項が引き合いに出されることもある（Kodek in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 32.）。

201 これらの見解はすでに討議草案に際しても参照されていた（Karner in Entwurf (2005) [Fn. 1] S. 90, Rz 23 を参照）。同様に減責条項の導入を支持する見解として、Taupitz/Pfeiffer, JBl 2010 [Fn. 132] S. 100。逆に批判的なものとして、Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 18f. 等。

損害賠償債務を履行することによって生涯にわたって生活の破綻をきたすような場合には、この被害者の賠償請求権は減額しうるという<sup>202</sup>。また F・ビドリンスキーは、人間の経済的な生活基盤は、損害を被ることによってだけではなく、莫大な賠償義務を負わされることによっても破壊される可能性があること、それもそのような事態に陥るかどうかは、かなりの程度偶然にかかっていることに注意を喚起する。そもそも一定の帰責原因から損害が発生するか、それがどの程度の損害となるのかは、偶然の付随的事情に左右される。このことから、責任範囲の画定に際しては、正義の観点から、こういった事情が強ければ、責任を基礎づける根拠との衡量がなされるべきことを説く<sup>202a</sup>。その上でコツィオールは、加害者に十分な帰責要素がある場合、通常であれば、補償原理と予防原理に従い、完全な賠償を給付しなければならず、減額は、極めて慎重に極端に例外的事例において認められるに過ぎないことを強調する<sup>203</sup>。

もっとも、このような減責条項は、たとえば PETL の策定過程においても賛否両論であったのと同様、オーストリアにおいても、討議草案公表直後から厳しい批判がある。その大要は以下の通りである。

第1に、減責基準の不明瞭性である<sup>204</sup>。減責に際しては帰責根拠の重大性が考慮されるとするが、討議草案では、たとえば DCFR やスイス法のように、「故意（あるいは重過失）の場合を除く」といった制限もな

202 Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 995, 1001f. なおこれに対する批判として, Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992) 53ff.

202a F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 226 und 233.

203 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 329., コツィオール「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅱ（二・完）」民商144巻6号（2011）23頁以下。

204 Reicshauer in Reform II (2006) [Fn. 3] S. 45, Fischer-Czermak, aa.O. S. 152 等。この点では動的システム一般に向けられたのとはほぼ同様の批判が繰り返される。

かった<sup>205</sup>。この点、本提案では3項により故意の場合には適用されないことは明らかにされたが、なお帰責根拠の重大性とは何を意味するのかは明らかではない<sup>206</sup>。第2に、本条によれば、減責（賠償範囲の確定）にあたって両当事者の財産状況が考慮される。このことは、ABGBの起草者であるツァイラーの意図にも反するし、ABGBの体系とも適合しない<sup>207</sup>。とくにABGB1310条（衡平責任）は減免責に関する規定ではなく、責任無能力者の責任を例外的に肯定する規定であって同列に語ることはできない上<sup>208</sup>、実務では財産状況を考慮するという規定は何の役割も果たしていないこと<sup>209</sup>、また被用者責任法は、社会的弱者の保護や企業リスクが

205 Reischauer in Reform II (2006) [Fn. 3] S. 24.

206 Neymayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 273f.

207 Kerschner in Reform II (2006) [Fn. 3] S. 109; Kerschner in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 24f.

208 Neymayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 273.; Kerschner in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 49等。詳細は、Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 14/31., Schacherreiter in ABGB-ON Rz 26f.。加害者と被害者の財産状況を斟酌する際、両当事者の財産額や財産状況が問題となることはない。判例実務上、重要となるのは責任保険の有無である。たとえば子どもに責任保険が付されている場合が典型である。他方で、判例は、被害者側の保険（例えば被害者が加入していた火災保険等）についても、衡平責任を否定する要素として考慮することを認めている（Schacherreiter in ABGB-ON § 1310 Rz 30）。

209 Reischauer, Österreichische Schadenersatzreform mit deutschen Schiedsrichtern?, JBl 2010, S403 (Taupitz/Pfeiffer 論文への反論として、Reichauer, JBl 2013 [Fn. 44] S. 77f.。またこの点が、Kodek, Schadenersatzreform - die Sicht der Praxis, in Jarolim, Reform 28 (32) では考慮されていないとして、Reichauerも批判している)。もっとも本条の財産に責任保険を考慮することには、学説では批判もある。被保険者に対する損害賠償請求を補填するのが責任保険の目的であって、責任保険の存在によって責任を根拠づけるべきではないからである（Kerschner, ÖJZ 1979, 282、同様に批判的なものとして、Apathy in Bürgerliches Recht III Rz 14/31）。なお、コツィオールは、責任保険のみをもって賠償請求が認められることはないが、責任保険が存在する場合には、それゆえに（他の理由、たとえば有責性を根拠に存在する）損害賠償請求が財産がないとの理由で排除されることは認められないとする（Koziol, Haftpflichtrecht II, 2. Aufl. 312f.）。

問題となる特定の法領域に限った問題であって一般化できないとされる<sup>210</sup>。第3に、民事執行法や倒産法とどのような関係に立つのか不明な点がある<sup>211</sup>。「少なくとも加害者は、あらゆる債務者のために用意されている執行制限や倒産法に関する規定によって十分に保護を受けている」からである<sup>212</sup>。その意味で、加害者の保護は執行手続の改善を検討し得るにとどまるのではないかと指摘がある<sup>213</sup>。またその他にも、「減責することで多くの他の問題が処理される可能性もあるため、裁判官がまず賠償義務の軽減を検討する試みに屈する可能性があるのではないか」<sup>214</sup>といった懸念も示されていた。またスイス法を参照することに懐疑的な意見もある<sup>215</sup>。

これらの批判のうちとくに3点目の指摘から反対草案の策定過程において減責条項は激しい批判にさらされた（その結果、反対草案では減責条項はない）<sup>216</sup>。以上の批判に対して、改めてコツィオールは、加害者には単に執行法上の規定により最低生活費のみを保障するのではなく、加害者の

210 Kerschner in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 1] S. 50. 加えて、「裕福な、あるいは経済的に恵まれた被害者はほとんど損害賠償を得ることができないのではないか」(Reishauer, ÖJZ 2006, 401, あるいは Reform II (2006) [Fn. 8] S. 45)、被害者は自己の財産状況を開示しなければならないのか。加害者はどのように被害者の財産状況について証明しうるのか (Reischauer, JBl, 2013 [Fn. 44] S. 77) といった懸念もある。

211 Wilhelm ecolx 2005, 497, Schauer, JRP 2006, 283f., Schauer, Die Reduktionsklausel im Entwurf des österreichischen Schadenersatzrechts, NZ 2007, 129ff., G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 18ff.

212 Schauer, Die Reduktionsklausel im Entwurf des österreichischen Schadenersatzrechts, NZ 2007, 131f.

213 Reischauer, JBl 2013 [Fn. 44] S. 77.

214 Welser in Reform II (2006) [Fn. 3] S. 17.

215 Reischauer, JBl 2010 [Fn. 44] S. 413; Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 273; また減責条項の導入に賛成しつつ、実務的意義については懐疑的な見解もある (Kodek in Dialog im Parlament [Fn. 6] S. 32)。

216 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 273.

将来的な人生の発展可能性の余地を保障するためにも、また（加害者が競合する場合）対第三者との関係においても、実定法上の義務の軽減が必要であることを主張し<sup>217</sup>、提案を支持している。その上で、損害賠償債務以外でも巨額な債務を負担することはあり得るにもかかわらず、なぜ損害賠償債務との関係でのみ減責を問題とするのかとの問題について、契約による債務は債務者の自由な意思に基づくこと、また意思に欠ける場合や期待した展開とならない場合には債務者には法的救済が用意されているのに対し（行為基礎の脱落等）、法定債務関係の場合には、こういった可能性がない。それゆえ両債務には大きな相違があり、異なる取り扱いが正当化されるという<sup>218</sup>。

本提案以後、ノイマイヤーは、この問題はもはや損害賠償法上の政策的問題であるとする。もっとも仮に減責条項を導入するとしても、極めて特殊な事例においてしか適用されないことを文言上も明確にしなければならぬこと<sup>219</sup>、また和解への圧力となることのないよう指摘する<sup>220</sup>。

## V. 特殊の要件（各論）

### 1. 概 観

提案では、第4節に8つの項目が挙げられている。そのうちいくつかの項目について、新たなあるいは修正提案がなされている。現段階ではあまり詳細な議論が見られないこともあり、以下、特徴的な点のみを簡単に紹

217 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 327.

218 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 328f.

219 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 273, またコーデックもコツィオールの見解を支持しつつも、本条の実務的な意義は乏しいとみる (Kodek in Dialog im Parlament (2012) [Fn. 6] S. 32)。

220 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 1] S. 273f., 減額交渉の危険を指摘するものとして、Huber, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts, ZVR 2006, 472 (476); G. Wagner, JBl 2008 [Fn. 18] S. 20 など。

介するにとどめる<sup>221</sup>。

## 2. 身体侵害（FE1325条～FE1327条）

身体侵害については、前述のとおり近親者慰謝料や継続的損害における定期金給付が認められる等、原則として現在の判例の明文化が図られた。近親者慰謝料は、生命侵害の場合に加え（FE1327条2項）、重度の身体侵害の場合にも認められる（1325条3項）。同様の規定は PETL10：301条〔非財産的損害〕の1項3文にも見られていた。

もっとも外貌醜状については性別による区別はなくなったが、このような規定が残された点には批判もある<sup>222</sup>。

### FE1325条

- (1) 他人の身体もしくは健康を侵害する者は、治療費・看護費・増大した必要経費の賠償、外貌醜状による生計の減少、並びに失われた収入および将来得べき収入を賠償しなければならない。収入の喪失に対する賠償は、現実の収入のみならず、その稼働能力が減じられた場合にも、被害者に認められる。
- (2) 加えて、被害者には、被った侵害に対して合理的な慰謝料が認められる。
- (3) 侵害が被害者に重篤な状態をもたらした場合、被害者の近親者にはその精神的負担に対する慰謝料が認められる。配偶者、登録上の生活パートナー、事実上の生活パートナー、ならびに両親および子どもは、近親者と推定される。そ

---

221 その他、「動物の侵害」に関する特則である ABGB13312 a 条においては若干の修正がある。本条によれば、被害状況におかれた合理的な動物保有者であれば支出するであろう治療費についてはたとえ動物の価値を超えたとしても賠償される。現行法に、そのような支出が「とくに精神的利益に基づき」支出された場合として、括弧書きで示した文言を補足することが提案されている（FE1331条）。

222 提案に対しては、コツィオールは、近親者の慰謝料請求権および継続的損害における定期金給付の優先を明文化した点を積極的に評価する一方、外貌醜状の賠償については課題も多くこの規定を維持した点は消極的に評価している。他方、ノイマイヤーは、FE1327条3項の要件は明確ではない点を指摘する（判例によれば、この費用を負担する義務ある者、あるいはそれを事実上負担した者に請求権がある）。

の他の者は、同等の関係を証明しなければならない。

#### FE1326条

継続的損害は、過去の発生分に対しては一時金により、将来の発生分に対しては定期金による。重大な理由があれば、被害者は、将来分についても、賠償義務者に期待可能なかぎり一時金賠償を求めることができる。ただし、この一時金は、定期金の継続が予測される範囲で算定の上、中間利息を控除する。

#### FE1327条

- (1) 受傷後に死亡した場合、賠償義務者は法定の被扶養者に対して、失われた扶養および将来得べかりし扶養を給付しなければならない。また死者が合意により扶養していた者に対して、失われた扶養および将来得べかりし必要な扶養を賠償しなければならない。
- (2) 併せて、死者の近親者（1325条3項）には、その精神的苦悩に対する慰謝料が認められる。
- (3) 合理的な埋葬料は、これを支出した者に賠償される。

### 3. 名誉毀損

名誉毀損および信用毀損については、ABGB1330条および判例に基づいて提案された討議草案1323条（旧1321条）の提案をベースに若干の変更が提案されている。

#### FE1330条

- (1) 他人の名誉を毀損し、並びに真実でないと知りまたは知るべかりし事実を流布することによって、他人の信用、収益または出世を危殆化した者は、差止め、意見の撤回、その公表およびその他の損害の填補が求められる。重大な名誉毀損の場合には、これに加えて被った侵害に対する合理的な賠償が求められる。真実でない事実を公のもとではなく伝達した場合、発信者もしくはこれを受信する者がその伝達に正当な利益を有していたとき、かつ発信者がそれが真実でないことを知らなかったときには、発信者は責任を負わない。
- (2) 真実を流布した者が責任を負うのは、その事実が公知の事実ではなかったこと、その伝達に正当な利益が存在しなかったこと、そしてこの事実が私的領域に由来すること、もしくはその流布によって他人を重大に侵害することが明白

であるときにかざられる。

- (3) メディアでの名誉毀損に対する責任は、もっぱらメディア法の規定による。

差止めの文言は今回新たに明文化されたものである。もっともすでに討議草案の注釈においても、条文にはなくとも、法益に対する侵害が切迫していたり、侵害が繰り返される危険性がある場合には、被害者には ABGB16条により差止請求権が認められることが指摘されていた<sup>223</sup>。本条により、ABGB は、すべての自然人は、生まれながらにしてその理性ゆえに明白な固有の権利として人格が認められる（ゆえに奴隷性は許されない）ことを明らかにしている（権利能力の平等）。本条による人格保護に対する包括的保障を根拠として、各論において損害賠償しか規定されていない名誉毀損や信用毀損の場合にも差止めが認められることが判例によって明らかにされている<sup>224</sup>。そして通説によれば、この差止請求は有責性を前提としない<sup>225</sup>。

原状回復原則による意見（Äußerung）の撤回とその公表、さらに財産的損害に対する填補が認められることは現行法と文言上もほぼ違いはない。これらに加えて重大な名誉侵害の場合には「合理的な賠償」が認められるとする。この点、討議草案では明確に精神的損害となっていたところ、文言が修正されたこととなる。

---

223 Kathrein in Entwurf [Fn. 1] S. 102. なお ABGB16条の現代的意義については、五十嵐清「オーストリア民法典の200年」札幌法学25巻2号（2014）1頁以下を参照されたい。

224 通説によれば絶対権が侵害された場合には権利者は差止請求を主張しうる（Kissich in ABGB-ON § 1330 Rz 79）。名誉毀損について OGH 30b 511/83 = SZ 56/63、信用毀損について（ABGB1330条2項）OGH 10b 658/83 = SZ 56/124。なお、その他、身体侵害について 6Ob 155/99h = JBl 2000, S. 246、プライベートな空間への侵害については 6Ob 6/06k = MR 2000, 127. 等。

225 Kathrein in Entwurf [Fn. 1] S. 102; Aicher in Rummel 3. Aufl. § 16 Rz 35; Schauer in ABGB § 16 Rz 28.

#### 4. 助言者等の責任 (FE1332条)

助言者責任について、本提案では、ABGB1300条を現在の判例に鑑みて次のように改正提案する。修正後に加筆された討議草案1325条をほぼ踏襲している。

##### FE1332条

- (1) 他者との債務関係もしくは取引関係において有責に、誤った助言もしくは不正確な情報提供を行った者は、純粋財産損害に対しても責任を負う。同様の責任は、誤ったもしくは不正確な説明に対して、その受取手が明らかにその説明に依存しかつ信頼をよせる場合、または意図的に誤ったもしくは不正確な説明がなされた場合にも負う。
- (2) 誤った助言や不正確な情報提供によって、人格権や物権、無体財産権が侵害された場合、その受取手がこの説明を信用し、その説明によってその者が危殆化されることが、助言する者に認識可能であるかぎり、助言する者は債務関係や取引関係の存在と関係なく責任を負う。

現行の ABGB1300条 1 文は、専門家が、自己の活動領域において、故意または過失により、他人に不適切な助言を与えた場合の責任について規定する。このことは不適切な情報提供にも妥当する（判例・通説）。不作為による場合も含まれる<sup>226</sup>。現行法では、不適切な助言等が有償でなされた場合に限定されている。しかし判例・学説は、これを不適切な助言が特別な法的関係の中で行われる趣旨であると解釈している。このことから、たとえ個別の助言等に特別な報酬が発生していなくとも、長年にわたる取引関係のような一定の債務関係の中で助言する場合にも同条の責任が認められている<sup>227</sup>。また 1 項 2 文は、いわゆる目論見書責任や会計監査役の責任等、純財産損害について個別に規定があったところである。その意味

<sup>226</sup> Schacherreiter in ABGB-ON § 1300 Rz 1.

<sup>227</sup> たとえば、OGH 15. 11. 1961 = 5 Ob 370/61 = SZ 34/167。銀行での照会や契約締結前の情報提供等である。なお請求権者は情報を受ける者であるが、この契約に第三者保護効が認められる場合もある。

で、本条は概ねこれまでの判例実務に照らして文言を修正するものとされる<sup>228</sup>。しかし、1項2文の要件をめぐっては懸念もある。従来、第三者に対する責任に対しては、当該説明が第三者に対しても重大であること、つまり明らかに第三者に向けられたものであって、それゆえに第三者がそれを信頼したことからの注意義務が発生すると考えられていたが、提案ではこの点が曖昧であるという<sup>229</sup>。併せて2項「誤った助言や不正確な情報提供による絶対権侵害」についても規定の意図が明確でないとの指摘がある。

## 5. 自動車・鉄道・鋼索鉄道（FE1337条～FE1339条）

地上交通については、危険責任の一般条項化に伴い、特別法である鉄道および自動車賠償責任法が ABGB に統合され、その結果、いくつかの補足的な規定を各論におくことが提案されている。これらは基本的に現行法に変更を加えるものではなく割愛する。

## 6. 医療責任（FE1340条・FE1341条）

折衷草案では、なお検討段階の域を脱するものではないとしつつも<sup>230</sup>、新たに医療責任として、感染被害に関する医療機関者等の中間責任（FE1340条）と、治療および説明過誤に関する医師の責任（FE1341条）の二つが提案されている。

**FE1340条** 病院、療養施設、高齢者用福祉施設および介護施設、さらには同様の施設設置者は、当該施設における感染症によって患者および入居者が被った損害に対して、設置者があらゆる感染リスク予防に必要な注意を尽くしたことを証明しないかぎり、責任を負う。

228 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 330.

229 Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 275. なお、判例については、たとえば Schacherreiter in ABGB-ON § 1300 Rn. 12ff. を参照のこと。

230 Kathrein in Dialog im Parlament [Fn. 6] S. 8.

FE1341条

- (1) 医学および医学的経験に照らして誠実に診療しなかったことによって、他人に損害を与えた者は、その診療契約に基づき責任を負う。
- (2) 加えて、有効な同意なく他人を診療した者は、たとえその際に医学的知見および経験則を遵守していたとしても、診療契約に基づく責任を負う。緊急時を除き、この同意は、受診者が診療開始前に適時に口頭もしくは書面によって、口頭による照会と併せて、わかりやすい方法で、診療方法およびそのリスク、利用可能な代替方法が説明された場合にのみ有効となる。医師が受診者に専門医や特定施設による個別診療を指図し、その理由および転医の意味を説明した場合には、医師は責任を負わない。

まず感染責任の規定に対しては、立証責任が転換することを明確化したとして肯定的な評価がある一方で、「同様の施設」とは何か、どのような形で限定が可能なのかが問われている<sup>231</sup>。また診療責任の規定をめぐっても、1項については自明のことであり、規定の必要性そのものが問われている。2項についても、有効な同意のない治療が違法であることは自明であり、有効な同意の前提に関する詳細なルールを規定することは意味があるかもしれないが、その場合であっても、それらの規定は、身体侵害に関するセクションに入れることが可能である等、医療責任の項目を設けること自体に疑問が呈されている<sup>232</sup>。

## VI. 若干の考察——まとめに代えて

2001年以降、オーストリア司法省において検討されてきた損害賠償法改

---

231 たとえば、これらの施設に、幼稚園や学校は含まれるのか、航空会社や劇場経営者、音楽興行事業者はどうなのかといった問いである (Neumayr in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 275, Koziol, aa.O. S. 331f.)。

232 Koziol in 200 Jahre ABGB (2012) [Fn. 5] S. 332.

革は、2011年に再度本試案（折衷草案）が提示され、本稿で紹介したようないくつかの議論がかわされたもののその後議論に進展はなく現在に至る。現実問題として、EU 規則や指令への対応をはじめとして私法分野において山積する課題を前に損害賠償法改革を進める余裕はないようにも思われる。議論が開始された当初は、ヨーロッパにおける契約法の平準化にかかる学術的検討が進む中で不法行為法における平準化についても同様の検討が意欲的に進められた時期でもあった。2005年に提示された司法省討議草案は、まさに2005年に発表された PETL (Principles of European Tort Law) での検討成果を色濃く反映したものであった。またそれゆえに激しい批判が巻き起こったといつてよい。

むしろ損害概念の修正（分別的損害概念との決別）、使用者責任（とくに事業者の責任）の厳格化、非財産的損害の柔軟化といったオーストリア法に固有の積年の課題も存在したことから、損害賠償法改革に向けた内在的な要請もあったとはいえる。しかし、改正を契機に PETL のモデルをいち早く国内法レベルにおいて実現することにより、ヨーロッパでの不法行為法の現代化をめぐる議論をリードする意図も少なからずあったことは確かであろう。

本試案では、当初の討議草案において柱とされた——PETL が依拠していた——動的システムによる一般条項の多くが削除された。批判が集中した動的システムを放棄することで改革に現実味をもたせる意図が多分にあったことは否定しがたい。もっとも多様な不法行為をすべて個別規定で対応することは不可能であることから、なにがしかの一般条項を設定することは避けられない<sup>233</sup>。動的システムによるか否かにかかわらず、個別規範においてどのような基準（衡量基準）を設定するのかといったことこ

233 一般論として、吉村良一「不法行為法の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（日本評論社・2008）338頁以下も参照のこと。

そが重要となる。本試案では、動的システムとして提示されていたいくつかの要素は、結果的には、たとえば注意基準の設定の場面において多少残されたにすぎない（FE1296条）。オーストリア法では主観的有責性たる過失の枠組みで「予見可能性を前提とする結果回避可能性」を問いつつ、併せて違法性の問題として注意義務違反を捉え、ここにおいて、合理人に期待される一般的注意義務にかかる判断要素を一般規定として明示することを試みている。試案の FE1296条では、その要素の一つに加害行為の社会的有用性を挙げるが、このことはとりわけ生命・身体といった極めて高い保護が与えられるべき保護法益の侵害との関係においても妥当するのか。このような基準を提示する場合、裁判規範としてどのような判断基準を設定し具体化するのか、またどのような原理原則によるのかを検討する必要があるだろう。

また過失責任原則との関係において危険責任をどのように位置づけるのかという問題は、我が国の不法行為法の現代化においても重要な課題として受け止めざるを得ない<sup>234</sup>。DCFR では一般条項化は断念されたのに対し、オーストリアでは本改正試案においても PETL と同様、一般危険責任条項は維持された。しかしオーストリアでは、すでに危険責任の包括的類推適用を認める判例法が形成されていたという事情は看過できないであろう。また免責要件として不可抗力に加えて回避不能な事件を挙げる等、過失責任との関係はなお不明瞭である。加えて、すでにドイツではかねてより議論があるように、物を媒介としない「人間の活動」に「危険責任」を適用できるのかといった点も含め、検討されるべき課題は多い。むろん仮に一般危険責任条項の導入を検討するならば、まずはその前提作業とし

234 同様にこの点を指摘するものとして、山本周平「ヨーロッパ不法行為法の一断面——共通参照枠草案（DCFR）第Ⅵ編の検討——」北法 64（2012）762頁以下。

て、危険責任原理から導かれる判断要素を明らかにすることから始めなければならないであろう。そしてこれらの作業は同時に過失責任が機能する局面、その限界、ひいては過失責任の意義、あるいはその判断要素を明らかにすることにもつながることとなる。

加えて、オーストリア損害賠償法改正をめぐる議論は、総論のみならず各論においても多様な論点を提示するものではある。これらをすべて網羅的に指摘し分析することまでは本稿で予定していないが、最後に、本試案においても討議草案と同様、損害賠償額の最終的な調整制度として減責条項の導入が提案されているのでその点に少し言及しておきたい。PETLやDCFRにおいても見られるこの種の制度は、今やヨーロッパにおいて一つの潮流となっているようにも見られ得るからである。しかしすでに多くの議論がこれまでも展開されてきたように、加害者に厳密に帰責性を問う一方で、「富める被害者に対して資力の乏しい加害者」といった構図の中で、一種の衡平による減免責制度を合理性ある制度として損害賠償法制度の中で維持しうることが果たして可能なかということについては、今後なお慎重な検証が必要となろう。

たしかに日本法においてもたとえば監督者責任規定の改正にあたって衡平責任を導入しようとする議論は以前から見受けることができ<sup>235</sup>、これは現在、不法行為法の現代化を考える上で再び注目を集めている<sup>236</sup>。ここで問題となっているのは従来からドイツ法等にみられた「責任肯定型の衡平責任」（行為者に責任能力がないが、「富める不法行為者と弱者たる被害者」という構図において衡平の観点から責任を肯定する）である。これに対して、本試案をはじめ現在ヨーロッパにおいて一部で強い支持を得つ

235 星野英一「責任能力」ジュリ893号（1987）89頁。

236 加藤雅信「〔2〕日本民法改正試案の基本方向」ジュリ（2008）1355号98頁、101頁。

つある減責条項とは責任能力ある行為者の賠償責任を衡平の観点から減免するものであり（責任否定型の衡平責任）、民事損害賠償法の目的や帰責原理に基づく損害分配、さらには被害者の権利保護といったことに鑑みれば、両者を同列に論じることは困難であろうが、衡平責任の本質を考える上で一定の素材を提供するものとはなろう。

\*脱稿後、潮見佳男「不法行為法の改正に向けた立法のベースラインの提示」NBL1056号（2015）4頁以下および現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務・2015）に接した。