

# 専門家の民事責任

専門家責任研究会編

平成6年10月

安田火災記念財団

# 専門家の民事責任

専門家責任研究会編

財団法人 安田火災記念財団

## は し が き

ここに専門家責任研究会のメンバーによる共同研究の成果として、「専門家の民事責任」を安田火災記念財団叢書として公刊する運びとなった。

専門家責任研究会は、一九九二年四月に発足した。約二年半にわたり、ほぼ毎月一回共同研究を行なってきた。研究会では、弁護士、公証人、公認会計士、税理士、司法書士、土地家屋調査士等の専門家の民事責任を契約・不法行為の両面から検討し、専門家の責任の基準のありかた、その相手方の保護の要件などを考え、あわせて損害賠償と保険との関係を討議してきた。本書の執筆者は、この研究会のメンバーである。

この研究は、一九九四年秋の日本私法学会のシンポジウムにおいて報告することになっている。近時、諸外国でも、専門家の責任が問題とされつつあり、日本でも、これに関する裁判例が現われつつある。専門家とは何か、特に専門家の責任を取り上げる意味があるのか、など、根本的な問題がある。また、今回は、専門家の中でも、独自の大問題を抱える医師の責任を除き、弁護士と建築家の責任を中心に検討することとした。その意味では、本書は、専門家の民事責任に関する研究の第一歩ともいえるべきものである。もともと、すでに、「専門家の責任」(川井健編・日本評論社、一九九三年)が公けにされている。本書では、この研究書を前提とし、少しでも問題点の考察を深めるよう心がけたつもりである。今後、本書をきっかけとして、医師の責任を含め、さらに研究が進展することを期待している。

この研究に当たっては、財団法人安田火災記念財団のなみなみならぬご支援を受けた。とりわけ同財団の堀内生太郎専務理事と熊野真以子さんにたいへんお世話になった。また、安田火災海上保険株式会社の関係者の方々から実務的観点からの示唆をいただいた。研究会のメンバー一同、財団および関係者に心から感謝する次第である。

一九九四年九月

財団法人 安田火災記念財団評議員  
専門家責任研究会主査

川 井 健

(帝京大学教授)

専門家責任研究会のメンバー（五十音順。○印は主査。□はオブザーバー）

浦川道太郎（早稲田大学教授）

落合誠一（東京大学教授）

鎌田 薫（早稲田大学教授）

○川井 健（帝京大学教授）

小林秀之（上智大学教授）

下森 定（法政大学教授）

西嶋梅治（法政大学教授）

能見善久（東京大学教授）

□平沼高明（弁護士）

森島昭夫（名古屋大学教授）

弥永真生（筑波大学助教授）



目次

第一章 問題の提起

川井 健

- 一 はじめに……………1
- 二 専門家の民事責任とは……………1
- 三 具体的検討……………3

第二章 専門家の責任——その理論的枠組みの提案

能見善久

- 一 序……………4
- 二 専門家の特徴……………4
- 三 専門家と依頼者・顧客との関係……………5
- 四 専門家責任の特徴……………6
- 五 まとめ……………11

第三章 医師の責任からみた専門家責任

平沼高明

- 一 はじめに……………13
- 二 プロフェッションとしての医師……………13
- 三 医師の責任……………14
- 四 注意義務の評価基準……………15
- 五 医師の責任からみた弁護士責任……………16
- 六 医師の責任からみた建築家の責任……………17
- 七 おわりに……………18

第四章 比較法

(1) アメリカ

弥永真生

- 一 専門家の責任の特質……………21
- 二 ネグリジェンス責任……………21
- 三 立証上の問題……………22
- 四 保証責任、不実表示と厳格責任……………23
- 五 信任義務違反……………24
- 六 免責・責任制限条項……………24
- 七 責任を負う対象……………25

(2) ドイツ

浦川道太郎

- 一 専門家の責任と特徴……………31
- 二 弁護士の責任……………35
- 三 建築家の責任……………38

(3) フランス

鎌田 薫

- 一 専門家の責任の意義と特質……………43
- 二 公証人の責任……………45
- 三 弁護士の責任……………47
- 四 建築家の責任……………50
- 五 むすび……………51

第五章 役務提供者責任に関するEC指令案

浦川道太郎

- 一 はじめに……………53
- 二 役務提供者責任に関するEC指令案……………53

三	EC指令案に対する反響と批判	56
四	むすび	59
	〈資料〉 役務提供における責任に関する閣僚 理事会の指令のための提案	61
第六章 わが国における専門家責任の実情 鎌田 薫		
一	はじめに	63
二	裁判例等の動向	64
三	学説の状況と理論的な課題	70
四	むすび	73
第七章 弁護士の専門家責任 小林秀之		
一	はじめに	76
二	わが国の学説の状況	77
三	わが国の裁判例の状況	79
四	今後の方向性	84
第八章 建築家の専門家責任 森島昭夫		
一	建築家の専門性	87
二	注文主に対する責任	92
三	第三者に対する責任	98
四	まとめ	99
第九章 専門家の民事責任の法的構成と証明 下森 定		
一	はじめに	101
二	専門家の契約責任に関する理論的基礎	101
三	専門家の契約責任の各論的検討	106
四	むすび	108

## 第一〇章 専門家責任保険

落合誠一

一	はじめに	113
二	専門家責任保険の意義	113
三	専門家責任保険の検討	114
四	専門家責任保険の特色	119
五	専門家責任保険の課題	120
	〈資料1〉賠償責任保険普通保険約款	122
	〈資料2〉弁護士特約条項	125
	〈資料3〉建築家特約条項	126

## 第一章 総括

西嶋梅治

はじめに	128
一 会社役員専門家の責任	128
二 総括(その骨子)	135

## 付録

## 公認会計士の責任

弥永真生

一 証券取引法上の責任	139
二 商法特例法上の責任	140
三 民法上の責任	141
四 判例の状況	143
五 公認会計士の責任の問題点	143

# 第一章 問題の提起

帝京大学教授 川井 健

## 一 はじめに

弁護士や建築家等の専門家の民事責任をめぐって、近時、裁判例が増え、また、責任保険制度も普及しつつある。従来、民事責任論一般は学会でもとりあげられ議論されてきたが、「専門家」の民事責任の総合的考察は行なわれてこなかった。ここに、「専門家の民事責任」というテーマをとりあげ、民法、商法および民事訴訟法上の問題点を探り、日本私法学会における一九九四年大会民法部会シンポジウム（平成六年一〇月一日、立教大学で開催の予定）の

テーマとさせていただき、多方面からの検討をお願いしたいと思う。

専門家の責任に関しては、すでに「専門家の責任」と題する研究書が公にされている（川井健編・専門家の責任（日本評論社、一九九三年）。この書物のなかでは、イギリス、アメリカ、ドイツ、フランスの外国法の動向、日本における弁護士、公証人、鑑定人、公認会計士、司法書士、土地家屋調査士、宅地建物取引主任者、建築士の専門家の民事責任を各論的に考察し、法的処理としての専門家の契約責任および不法行為責任についての理論のほか、保険法上の問題をも検討している。

今回の研究は、この書物の執筆者とは一部重複するが一応異なるメンバーにより、この書物を前提としつつ、問題点を主に弁護士と建築家にしほり、さらに一步考察を深めようとするものである。

## 二 専門家の民事責任とは

本研究にいう「専門家」とは、通常人とは異なり、「士」といわれるような一定の資格を有し、その資格に基づく相談業務や情報提供業務という職業（プロフェッション）に従事する者をいう（一）。その職業は、いわゆる自由業（*freie Beruf*）に属する。西嶋梅治

教授によると、プロフェッションとは「科学または高度の知識に裏づけられ、それ自身一定の基礎知識をもった特殊の技能を、特殊な教育または訓練によって習得し、それに基づいて不特定多数の市民の中から任意に呈示された個々のクライアントの具体的要求に応じて具体的活動を行ない、よって社会全体のためにつくす職業である」と定義づけられている（二）。

第一に、資格を必要とする。その資格は国家試験制度等に基づくことが多く、特定の専門家集団ごとに強制または任意加入の団体が組織され、団体による自主的な規律が行なわれ、その職業についての倫理性が要求され、規律に違反した者に対しては団体内部での懲戒のような制裁が加えられるのが通常である。また、団体内部での研修・再教育も重視される。第二に、特殊な領域についての

判断が仕事の内容とされる。顧客の信頼を受け高度の裁量が委ねられるのが通常である。

第三に、仕事の対価は比較的高額となる。一定の資格に基づいて独占的に仕事をするのであり、また特殊な教育または訓練によって習得した特殊の技能を活用するのであるから、それ相応な報酬を伴うことは当然である。

第四に、その社会的地位は高いのが通常である。一定の資格に基づいて人々の信頼に応えるべき地位にあるといえる。

本研究にいう「民事責任」とは、専門家がその職業に従事するにあたり、他人に誤った情報や仕事を提供し、これを信頼した依頼者および第三者が損害を受けた場合の賠償責任をいう。この場合の責任は、通常人の責任に比べ、それぞれの職業に基づく高度の専門的な注意義務が前提とされている。その責任を果たすための各種の保険が行なわれている。

専門家の責任のうち医師の責任

は、医師の説明義務、患者の自己決定等をめぐって独自の領域を形成し、今回とりあげるにはあまりに問題が多いので、今後の検討に委ねることとし、今回は、これまであまりとりあげられてこなかった各種専門家のうち、実行型ないし請負型ともいべき建築家の専門家の責任と相談型ないし委任型ともいべき弁護士の問題をケーススタディとしてとりあげる。建築家および弁護士の責任をモデルに検討し、関連して、相談型に属する司法書士、土地家屋調査士、公認会計士等、実行型に属する医師の責任等にも触れながら、専門家の民事責任の実情、比較法、理論を考察し、専門家の民事責任はどうあるべきかということを考えることとしたい。

諸外国でも、近時、弁護士や建築家等の専門家の責任に関する文献が多くなっている。後に紹介されるアメリカ、ドイツ、フランスにおいてはもとよりだが、その他の諸国でもそうである(3)。

このような専門家の民事責任を通常人の責任と区別してとりあげる意義はあるのだろうか。その意義があるとして、弁護士と建築家の責任を主たるモデルの対象として論ずる価値があるのだろうか。

思うに、民法は、地位の対等な当事者を前提とした定めをしているのであるが、専門家の責任においては、これと前提を異にする。すなわち、契約の当事者の一方が専門的知識と能力を有し、相手方や第三者は通常素人であって専門的知識を有しない。相手方が専門家の判断を信頼して仕事の処理を委ねたところ、その判断に誤りがあったり、処理が適切でなかったために損害が生じたとき、素人である相手方や第三者がどのような法的構成でどのような要件の下に専門家に対して責任を追求することができるといことが検討されなければならない。また、ひとくに専門家といっても、多種多様な専門家がいて、そのすべての者の責任を並列的に論ずるのは必

ずしも効果的とはいえない。すでに述べたように、専門家のなかでもタイプを異にする弁護士と建築家をいわばモデルとしてとりあげ、あるべき専門家責任を考えてみたいというのが私たち専門家責任研究会のメンバーの共通の問題意識である。

専門家の注意義務について、判例は、医療事故に関してだが、医師に最大限の注意義務があることを明らかにしている。すなわち、いやしくも、人の生命および健康を管理する業務(医業)に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務が要求される、とした(最判昭三六・二・一六民集一五巻二号二四四頁)。この判決の考え方は専門家の責任について基本的にあてはまる。ただし、人の生命および健康にはかわらない場合における専門家の責任の基準等につき、具体的に検討を要するであろう。

### 三 具体的検討

以上のような問題意識のもと

に、本書では、専門家責任研究会のメンバーにより分担して、専門家の責任——その理論的枠組みの提案(能見善久)、医師の責任からみた専門家責任(平沼高明)、比較法(アメリカ・弥永真生、ドイツ・浦川道太郎、フランス・鎌田薫)、役務提供者責任に関するE.C指令案(浦川道太郎)、わが国における専門家責任の実情(鎌田薫)、弁護士の専門家責任(小林秀之)、建築家の専門家責任(森島昭夫)、専門家の民事責任の法的構成と証明(下森定)、専門家責任保険(落合誠一)、諸問題を検討し、最後に総括(西嶋梅治)をするとともに付録として、公認会計士の責任(弥永真生)の論文を掲げた。

「専門家」について、学界における確立した共通認識があるとは

いえない現状において、弁護士<sup>1)</sup>の責任や建築家の責任に関する本書の研究につき、各方面からの批判をいただきつつ、今後ともあるべき専門家の責任につき検討をしたいと思います。

- (1) 川井健編・専門家の責任(日本評論社、一九九三年)三頁以下。
- (2) 西嶋梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシチュアランスの基本問題」有泉亭監・現代損害賠償法講座。損害と保険(日本評論社、一九七三年)一四一頁。

- (3) アメリカについては、笠井修「アメリカ法における『専門家の責任』」川井編・前掲一〇三頁以下のほか本書〈第四章(1)〉掲載の弥永論文、ドイツについては、滝沢昌彦「ドイツ法における『専門家の責任』」川井編・前掲一三三頁以下のほか本書〈第四章(2)〉掲載の浦川論文、フランスについては、須永醇「フランス法における『専門家の責任』」川井編・前掲一五九頁以下のほか本書〈第四章(3)〉掲載の鎌田論文、イギリスについては、飯塚和之「イギリス法における『専門家の責任』」川井編・前掲七五頁以下参照。  
ほかに、スイスについては、Levis, Madeline - Claire, Zivvi-

rechtliche Anwaltschaftspflicht im Schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Schulthess, 1981, Wegmann, Paul, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltschafes im Kanton Zürich, 1988, Triunphy, Daniel, Architektenvertrasyten, Schuulthess, 1989, Zehnder, Hanes, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1993, ホーペル、フェル、Die Berufshaltung der Rechtsanwälte und Notare, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1990, Graf, Ferdinand, Anwaltschaftshaftung, Orac 1991, Werner, Ulrich, Rechtsfragen beim Bauen, 8. Aufl., Beck 1991, Schabel, Thomas, Architektenrecht von A = Z, Beck, 1991, ヴァンデル、d'Orsi, Vincenzo, La responsabilita civile del professionista, 1981, トルサダ, Mareanozquintero, La responsabilidad civil del profesional liberal, 1988.

なお、筆者は、一九九三年(平成五年)夏、ドイツの連邦建築家会(Bundesarchitektenkammer)のNebel弁護士<sup>2)</sup>連邦弁護士会

(Bundesrechtsanwaltskammer) のGellner事務局長、ノットマンの弁護士Dr. Konrad Huber氏、フランクの保険会社AlianzのDr. Brigitte Borgmann氏、マンハイム大学のProf. Dr. Erwin Deutsch先生等から、専門家の責任(Berufshaftung)とらわぬ弁護士および建築家の責任について事情を聴く機会を得た。

(かわさ・たけこ)

## 第二章 専門家の責任

### —その理論的枠組みの提案

東京大学教授 能見善久

#### 一 序

「専門家の責任」を論じる論文の多くが、専門家はその専門性に応じた高度の注意義務を負い、それだけ厳しい責任、重い責任を負う、ということを議論の中心に据えている(1)。これはまちがいではないが、どうも専門家の責任の重要な部分を見落としているように思われる。そこで、専門家の責任はどこに特徴があるのか、依頼者はなぜ専門家の責任を追求するのか、これらの問題を問い直すことから出発し、専門家の責任を考察するさいの一つの理論的な枠組みを提示しようというのが本稿の

目的である。結論を先取りするならば、専門家の責任には、専門家に負わされている高度の注意義務の違反が問題となる「高度注意義務違反型」と、依頼者から受けている信頼・信託を裏切る「忠実義務違反型」があるように思う(2)。医師、弁護士、建築士等はその専門性に応じて高い報酬を依頼者に要求するのであり、したがって、高度に専門的な仕事が行なわれてきた場合には、依頼者は当然専門家の仕事に不満をもつ。ここに高度注意義務違反型の紛争の端緒がある。また、依頼者は、専門家をその専門性の故に信頼し、仕事の委任にさいしては細かい指示をすることなく、広範な裁

量権を与えるのであるから、専門家に依頼者の利益に反する不誠実な行為があると、専門家との信頼関係が破壊される。ここに忠実義務違反型の責任が問題となる。そして、高度注意義務違反型と忠実義務違反型では、責任の根拠のみならず効果の点でも多少違いがあつてよいと考える。

#### 二 専門家の特徴

専門家といっても弁護士、建築士、医師、公認会計士、土地家屋調査士等さまざまな専門家がいますので、その特徴をあげるのは困難であるが、ジャクソンとパウエルによる次の整理は、出発点として

参考になる。同書によれば、専門家ないし専門的職業には四つの特徴がある(3)。すなわち、①仕事の性質が高度で専門的であり (skilled and specialised) 、マニュアルな作業よりも精神的・判断的作業が中心となる (mental rather than manual) 、②高い職業的倫理、顧客との信頼関係が重視される、③専門家集団によつてレベルが維持され、資格を要求されることも多い、④高い社会的身分、の四点が特徴としてあげられている。もちろん、ジャクソンとパウエルによる指摘は、イギリスの専門家を念頭においたものであることを考慮しなければならないが、多かれ少なかれわが国の専門家についてもあてはまるものである。

これをもとに、専門家の法的責任を論じるさいに重要になる専門家の特徴をとり出せば、次のような整理ができるであろう。すなわち、第一に、仕事の内容が高度で専門的であることは、資格

が要求されることと相まって、専門家に高度の能力・技能を要求することになる。しかも、医師・弁護士等の専門家の看板を掲げる以上は、能力・技能が十分でなかったことは免責の理由とはならず、一定水準以下の行為はかえって当然に過失を推認させることになる。すなわち、高度の能力・注意義務が客観化される。もつとも、

きわめて高度な知識・技能が問題となる領域では専門家の間でも格差があり、それを考慮してよいか

が問題となる（医療過誤訴訟で議論される医療水準の問題）<sup>(4)</sup>。

第二に、知的判断が中心の場合のことは、医師の誤診等の場合のように過失判断を困難にする。そこで、過失の証明にさいして何らかの工夫が必要となることが多い。

たとえば、説明義務違反等のレベルで責任を追求するといったことが考えられる。第三に、高い職業倫理、信認の関係は、依頼者からの信頼とそれに応じて依頼者の利益のために行動する専門家の忠

実義務を導くことになる。

### 三 専門家と依頼者・顧客との関係

#### 一 契約関係の存在

医師、弁護士、建築士等の専門家と依頼者・顧客との間には、専門家が依頼者に専門的なサービスを提供する契約関係が存在する。

そこで、専門家の責任という場合には、第一次的には、顧客から専門家に対する契約責任の追求が問題となる（専門家の第三者に対する責任は別である）。そして、本稿のテーマも専門家の責任が契約責任としてどのような特殊性をもつか、という点にある。ただ、ここで少し考えておかなければならないのは、依頼者——専門家間に契約関係が存在するにもかかわらず、契約責任ではなく不法行為責任を追求することが医師の責任等についてはかなり多く、また、諸外国でも専門家の不法行為責任を

問題とするところがあることである。たとえば、イギリスでは、契約関係にある専門家と顧客の間では、契約責任のほかに不法行為責任を追求できるかが問題とされており、それを肯定して請求権の競合 (concurrent liability) を認めるか、契約責任だけしか認めないかが争われている<sup>(5)</sup>。一九七〇年代においては不法行為責任を肯定する立場が判例上も有力であった。特に、不法行為責任を認めることのメリットは契約上の免責特約を排除する点にあった。しかし、一九八〇年代に入って、再び請求権の競合を認めることに消極的な判例が出ている<sup>(6)</sup>。おそらく、その背景には契約責任においても不当な契約条項の効力を否定する理論が展開されるようになって、不法行為法によって契約責任の限界を乗り越える必要が薄れてきたという事情もあるのではなからうか。日本でも、請求権競合がいまのところ通説・判例であると

種の制限が残されている時代にはともかく、契約責任自体が発展してきた段階では、もう一度請求権競合の問題については考え直す必要があるのではなからうか。いずれにせよ、本稿では専門家の契約責任を中心に考える。

#### 二 契約内容の特徴

専門家と依頼者の間に締結される契約は、内容的にはどのような特徴があるのであろうか。「与える債務」ではなく「なす債務」であるのが通常であり、サービス提供契約ということができる。しかし、これだけでは専門家と依頼者の間の契約の特徴を十分とらえきっていない。専門家の提供するサービスは、顧客の多様な要望に応じて与えられる「非定型性」に特徴がある。たとえば、自動車教習所が教習者に与える運転技術の教習も「なす債務」であり、「サービス提供」を内容とする契約である。しかし、このようなサービスを提供する者の負う責任は、「な

「債務」の不履行の問題一般として考察すべきもので、専門家の責任とは異なるものであろう（限界は明確でないが）。自動車教習、運送、英会話教習等は、いずれもすでに用意されたメニューのなかから一定のサービスを提供するので、「定型的サービス」、顧客の多様な要求に応じてサービス内容が異なる専門家のサービス（「非定型的サービス」と異なるのではなからうか。専門家の提供するサービスが非定型的であるのは、専門家に広い裁量権が与えられることも無関係ではない。いずれにせよ、こうした債務内容の非定型性故に、債務不履行の判断にも困難が伴い、専門家の責任の問題とする意義があるように思われる。

#### 四 専門家責任の特徴

##### 一 信頼

専門家は、依頼者から二重の意

味で「信頼」を得ている。第一に、専門家は、自己の専門領域の仕事をするについての最低基準を満たす能力を有することを保証していると考えるべきであらう。しかも、重要なことは、非専門家である依頼者は、依頼の相手である専門家の技量・能力を直接判断することができないことである。相手が医者であるとすれば、医者としての技能・能力を有することを依頼者として信頼するしかない。この点で、専門家との契約は、当事者間にきわめて大きな非対称性がある。第二に、専門家は、その裁量的判断についても信頼をおかれている。依頼者は、医師の治療行為にいくつかの選択肢がある場合に、いくら説明を受けても決断できない場合がある。依頼者（患者）としては医師の専門家としての判断を信頼して、治療行為の選択を医師に委ねることがある（自己決定ができる患者はそうすべきであるが、決定ができない患者が選択の判断を専門家に委ねること

は自然なことである）。また、弁護士に対して法律の素人である依頼人は、多くを弁護士の判断に委ねなければならぬ。そして、依頼者からすれば、医者、弁護士が依頼者の利益のために行動してくるであらう、という信頼があるのである。

第一の意味での信頼は、注意義務の程度をどのように設定するかという問題と関連する。当然のことながら、客観的で高度な注意義務が負わされることになる。そして、契約当事者間の非対称性を考慮して、どのように依頼者を保護するか、が問題とならう。

第二の意味での信頼は、まったく別の意味を有する。これは、専門家に委ねられている裁量的判断が依頼者の利益のために、適切になされたか否かの問題であり、注意義務とは異なる信認的な義務の違反の問題である。わが国には、このような問題を扱う適切な法的概念がないが、英米法上のフィドゥーシャリー上の義務(duty of

fiduciary)に相当するものであり、本稿では一応、商法二五四条ノ三や信託法の領域で講字上使われる「忠実義務」という表現を用いることにする。しかし、英米法でフィドゥーシャリー義務の中心をなすのは利益相反行為の禁止であるが、本稿では、そのほかに不誠実な行為を広く含めたものとして忠実義務を考えている(7)。

##### 二 高度注意義務と忠実義務

いままでの検討のなから、専門家の特徴を踏まえながら、その法的義務の特徴をとらえると、そこには「高度注意義務」と「忠実義務」の二種類の義務が浮かんでくるように思われる。すなわち、専門家は、一般人とは異なつて専門的知識・技能に応じた高度の注意義務を負う側面と、依頼者から信認を受けて裁量的判断をしなければならぬという意味での忠実義務を負う側面とがある。両者を区別することの意味については、後で詳しく検討するが、ここで



は、両義務はいずれも法的責任（債務不履行責任）を生じさせる義務であり、ただ、債務不履行類型として異なるものがある点を指摘しておく。

専門家は、多かれ少なかれ、高度注意義務と忠実義務の両方を負っているが、医師、弁護士、建築士等それぞれの専門家でいずれの義務に重点があるかが異なっている。たとえば、建築士では忠実義務の要素は少なく、むしろ高度注意義務が中心であろう。依頼者（注文者）から建築士に対するクレームも、依頼者の意図どおりになかったという形で生じることがはきわめて少なく、ほとんどが技術的なミスの原因とするものであるという（研究会における建築家協会関係者の話）。これに対して、弁護士については、その職務のうち、依頼者に法的な情報を提供すること（報告書作成・契約書作成等）等は、正確に調査・作成することが重要であり、ここでは高度注意義務が要求される。しかし、

弁護士は、一般的に誠実義務を負っているのみならず（弁護士法一条二項）、弁護士活動の重要部分である訴訟活動や和解等の紛争解決活動では、どのようにこれを行なうかの選択肢が増え、弁護士の裁量的判断が重要となる。その意味で忠実義務的側面が問題となることが多い。医者についても同様に、治療行為そのものについては高度注意義務が問題となるが、どのような治療行為を選択するかの点で忠実義務的側面もある。しかし、どちらかといえば、高度注意義務の比重が大きいように思われる。

### 三 専門家の債務不履行類型と責任の根拠

#### (1) 高度注意義務違反型

専門家として要求される基準以下の行為があったことが責任の根拠である。客観的基準による責任であり、一定以上の能力・技能があることへの信頼を基礎とする一種の保証責任と考えるべきである。

（信頼責任という表現では、忠実義務違反型との区別が明確でなくなるので、ここでは保証責任と呼ぶことにする）。建築士の設計ミス等が典型である。医師の施術上のミスもここに入る。ただし、専門家であれば犯すはずのない重大な過誤（輸血にさいして血液型検査をしなかったなど）があった場合には、専門家としての能力が問題となっていないのではなく、依頼者の利益を忘れた不誠実な行為が問題なのであり、忠実義務違反型として責任を問う場合があるであろう。

専門家の責任が専門家一般の客観的基準で判断されるとした場合に、当該専門家が依頼者の考えていた以上の高度で特別の能力・技能を有している、その能力を○%発揮すれば損害を与えなくてもすんだが、それをしないで平均的な専門家の能力・技能しか発揮しなかったために損害を与えたときに責任を追求しうるか、という問題がある。政策的には責任を肯定

するのが適当と考えられているが、理論的には説明が困難であった。これについては次のように考えるべきである。依頼者がその専門家の特別な能力を知っていて、それを期待していた場合には、特別の能力・技能を基準に過失を判断すべきである。また、依頼者が特別の能力を知らなかった場合には、専門家の特別の能力・技能に対する依頼者の信頼を根拠とすることはできないが、専門家が特別な理由なくその特別の能力・技能を用いなかったときは、忠実義務違反としての責任を問うことができるであろう（後述不誠実型）。高い職業的倫理をもつべき専門家としては、依頼者の利益のために最大限のことをすべきだからである。

#### (2) 忠実義務違反型

依頼者から信頼されて裁量権の行使を委ねられた専門家が、依頼者の利益という観点からみて適切でない行使をした場合の責任である。忠実義務に関しては、判例・

通説は、善管注意義務と基本的に同じであり、その内容を敷衍したものにすぎないという立場であるため<sup>(8)</sup>、それ以上の議論の展開があまりない<sup>(9)</sup>。しかし、ここでは、高度注意義務違反型ではとらえきれない紛争類型が忠実義務違反型を想定することで適切な処理ができることを提案したい。誠実義務ないし忠実義務を中核とする責任については、すでに加藤新太郎裁判官によって弁護士士の責任に関して主張されている。本稿の立場は、その意味では目新しいものではないが、忠実義務違反型の責任の範囲を専門家の責任一般に拡大し、かつ、その類型の実益を強調する点に若干の違いがある（忠実義務は単なる善管注意義務の加重ではない独自の意味があるという考えが基礎になっている）。忠実義務違反型のなかにもいろいろなものがあるが、次のように整理ができるであろう。

(a) 利益相反行為

依頼者から信託を受けている専

門家は、もっぱら依頼者の利益を図るべきであり、第三者の利益または自己の利益を図ってはならない。これに反する専門家の行為は、利益相反行為として専門家の忠実義務違反を構成し、債務不履行責任を生じさせる。依頼者が十分な説明を受けたうえで専門家の当該行為に同意を与えた場合には（インフォームド・コンセント）、忠実義務違反とはならない<sup>(10)</sup>。たとえば、医師が白血病患者の治療にあたって、患者の脾臓細胞組織が研究上興味があるものであり、その培養によって大きな金銭的利益が得られるという事情があるという場合には、医師個人の利益と患者の利益が相反しており、医師の判断が歪められる可能性がある。そのような場合に、医師が利益相反の事実を開示しないで、治療行為として脾臓組織を切除したときは、医師の忠実義務違反がある<sup>(11)</sup>。治療行為としては成功していても忠実義務違反としての何らかの損害賠償責任が生じると

考えるべきであろう。

(b) 不誠実型

利益相反的な関係がなくても、依頼者から信託されていた専門家に信頼を裏切るような行為があった場合にも、忠実義務違反としての責任を認めてよい。かなり適用範囲の広い類型であるが、一応以下の(i)期待の裏切り、(ii)裁量権の不適切行使の二つに整理しておく。医療過誤事件において期待権侵害として一定の損害賠償（慰謝料）を認める最近の下級審裁判例は<sup>(12)</sup>、このような観点から(i)のタイプに位置づけることができるであろう。

(i) 期待の裏切り

依頼者は、専門家を信頼し、依頼者の利益のために適切な行為をしてくれるものと期待しているのに、その信頼・期待を裏切るような行為があった場合には、専門家の忠実義務違反があるといつてよい。

たとえば、輸血のさいの血液型判定試験等は、過誤はあつてはな

らない初步的なものであり、医師を専門家として信頼している患者からすると、適切な試験をしなかったために生じた不適合輸血は、信頼を裏切る重大な過誤である。こうした忠実義務違反行為があった場合には、それだけで損害賠償の請求ができるとすべきである<sup>(13)</sup>。また、患者が症状を訴えていながら適切な検査をすることなく、漫然と放置されたような場合には、専門家たる医師として期待される誠実さを裏切ったという意味で忠実義務違反があるのではない<sup>(14)</sup>。

法律の専門家である弁護士についても、控訴期間徒過のような単純なミスは、依頼者からすれば、専門家がそのような単純なミスをするはずがないと信じているのであり、そのような期待に著しく反した行為は「期待を裏切る」行為として忠実義務違反となると考えるべきである<sup>(15)</sup>。ここでは専門家として何をすべきかの判断が困難であつたためにミスが生じたの

ではなく、専門家であればするはずのないミスをしたことに「期待裏切り」の根拠がある。

(ii) 裁量権の不適切行使（自己決定権の侵害）

複数の治療方法、複数の法的解決（和解等）が考えられる場合に、専門家にその選択が委ねられる場合がある。専門的な事項になると、素人である依頼者は、いくら説明を受けても十分理解できないので、専門家に選択を委ねることがある。そのような場合に、専門家としては依頼者の身になって裁量権を行使しなければならぬ。たとえば、乳ガンの患者が腫瘍部分のみの部分的切除を望んでいる場合に、乳房全体を切除したときは、治療としては成功しても、依頼者の意図にそった裁量権の適切な行使があつたとはいえない。医師の債務不履行責任が生じる場合がある。

行使という意味で、忠実義務違反があるといえる場合がある。たとえば、債権取立の委任を受けた弁護士が和解するにあたり債権額一五〇万円の一割に相当する一五万円をの弁済を受けるだけで残額一三五万円についての請求を放棄したような場合には、紛争解決という意味では一応委任を受けた趣旨にそつていても、依頼者の望んでいたこととは大きくかけ離れている。弁護士の債務不履行責任が生じる<sup>(16)</sup>。判例は、このような場合にも責任の根拠を善管注意義務違反に求めるが、ここでは被告である弁護士が十分注意しなかったことが問題なのではなく<sup>(17)</sup>、依頼者の利益を図らず安易な妥協の道を選択したこと、責任が問われているとすれば、忠実義務違反として構成する方が適切ではなからうか。また、控訴申立に関する特別授權を受けていた弁護士が控訴しても勝訴の見込みがないとの判断から、依頼者に相談することなく控訴しなかったことは、仮に、

客観的には勝訴の見込みがないとしても、依頼者の利益に反する不適切な裁量権の行使である<sup>(18)</sup>。

(c) 情報開示・説明義務違反

(a)(b)が専門家の裁量性を前提として、その不適切行使の責任を問うものであるのに対して、裁量的判断の適否そのもののレベルではなく、裁量性の範囲を制限する義務を設定したうえで、その義務違反を問うものである。専門的な高度の技能・能力の違反を問うものではないから、高度注意義務違反型とは異なるものであり、やはり、忠実義務違反型として位置づけられるものである。たとえば、複数の治療方法が考えられる場合に、医師は患者が理解できるようにこれを説明しなければならぬ。説明なしに、または、十分な説明なしに治療行為を選択した場合には、事後的に患者の同意がないかぎり、治療行為を適切でないと考えられる患者は、医師に説明義務違反の責任を問いうる。その場合に損害賠償として何を請求できる

かが次に問題となる。医学的にみて治療としては成功していても、損害賠償を請求できる場合がある。

#### 四 債務不履行の類型と損害賠償

(1) 専門家の過誤が高度注意義務違反型の場合には、過失判断等要件の点では特殊性があるが、効果の点では特別な問題はない。若干考慮を要するのは、専門家の提供するサービスの欠陥から生じる損害は、人的損害の場合も財産的損害の場合も巨額になることがあり、責任要件との関係では、サービスを提供する専門家にとつてもリスクが大きいことである。しかし、これは対価との関係で決まる問題であろう。依頼者は専門家に多額の報酬を支払うので、過誤があつた場合の責任が大きいことはやむをえないといふべきである。これに関連してどこまで免責特約、責任制限特約を認めるべきかが大きな問題である。専門家の責

任の発展の歴史は、責任制限を排除することを大きな課題としてきたのであり、イギリス等で不法行為責任による責任追求を認められたのは、そのためであることについてはすでに言及したとおりである。しかし、この問題はそれ自体として大きな問題であり、本稿ではこれ以上論じない。

(2) 忠実義務違反としての責任が追求される場合については論ずべき問題がある。この場合に、どのような損害賠償を請求できるか。

たとえば、依頼者から訴訟委任を受けた弁護士が控訴期限を徒過したために依頼者の敗訴が確定した場合に、通常の損害賠償の理論をあてはめるならば、依頼者としては弁護士の過誤と損害との因果関係を証明しなければならぬ。もし、裁判に勝つことよって得られる利益を基に損害賠償を請求するとすると、控訴をしていれば勝訴したはずであることを証明しなければならぬ。しかし、これ

は困難である。また、現実には勝訴の可能性は五〇%くらいあるという場合に、日本の裁判では損害ないし因果関係の証明がないとされてしまう。勝訴の可能性が五〇%以下という場合であればなおさらである。このような因果関係ないし損害の証明の困難に対する方策としては、次のようなものが考えられる。

第一は、単なる可能性による損害賠償を認めることはできないかである。公害事件の裁判では、証明度を下げ、因果関係の可能性に基づく損害賠償を認めるものもあるが<sup>(19)</sup>、これは大規模被害特有の事情があるからであり、専門家の責任が問題となるような個別事件では簡単に証明度を下げるわけにはいかないと考えられている<sup>(20)</sup>。しかし、忠実義務違反型の場合の損害賠償については、英米法では多少特殊な扱いがされており、検討に値する。典型的な忠実義務違反である利益相反行為については、因果関係の証明がなされ

なくても一定の損害賠償を認めてよい、という考えが有力である<sup>(21)</sup>。たとえば、受託者が自分の固有財産を信託財産に売却した場合に、その後、当該財産の価値が低下した場合には、価値低下が利益相反行為と因果関係がない場合であっても、受託者は価値低下分の損害を賠償しなければならないとされている<sup>(22)</sup>。また、弁護士

の各種の期間徒過によって依頼者が裁判で勝訴する機会が失われた場合にも、通常の証明に使われる証拠優越の原則ではなく、請求額に単に勝訴の確率を掛け合わせた額を損害とするものがある<sup>(23)</sup>（勝訴の可能性が五〇%しかない場合には、証拠優越の原則ではまだ損害があったことの証明にならない）。忠実義務違反の場合の損害賠償に関してこのような特殊な扱いをする理由としては、エクイティー法が原状回復を原則とすることや、忠実義務違反行為を抑止する必要が特に大きいなどの理由があげられているが、他方で、通

常の債務不履行と異なる扱いをする合理性に疑問を表明する説もある<sup>(24)</sup>。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるというだけで損害の証明をまったく不要とすることは困難であろう。忠実義務違反で作られた状態そのものを損害と考えて、その算定について証明度を下げることは考えられてもよいが、なお難点が多い。

第二に、慰謝料を利用する方法が考えられる。医療過誤事件等では、医師の重大な過失がある場合に、死亡との間の因果関係は認められない場合にも、何らかの精神的苦痛があったとして慰謝料を認めることで一定の賠償を与える解決が下級審裁判例では有力となっている。忠実義務違反を理由とする損害賠償として適した解決であると思われる。もともと、精神的苦痛をこうむったことを損害賠償の根拠とすることは一種の抑制であるのみならず、損害賠償額を抑えるおそれがある。実際の裁判では、こうむった可能性のある財産

的損害の額を慰謝料算定の要素の一つとしていわれるが、専門家の忠実義務違反で問題となるのは、むしろ財産的損害であるから、財産的損害の可能性を考慮することを明確にして慰謝料を算定すべきであろう（額が増える可能性がある）。また、こうすることによって忠実義務違反のなかの利益相反型の救済も図られる。なぜなら、利益相反型では依頼者が精神的苦痛をこうむったことはいにくいので、慰謝料による解決は困難な点があり、また、財産的損害の証明も十分できないために、一切の救済が受けられないおそれがあるが、財産的損害を考慮する慰謝料ならば十分な額の賠償が可能となるからである<sup>(25)</sup>。

## 五 まとめ

本稿は、専門家の責任とは通常の債務不履行責任とどこが異なるのか、その特殊性を追求しようとしたものである。そして、専門性

に依りて要求される高い善管注意義務の違反が問題となる高度注意義務違反型と、それは区別すべき忠実義務違反的な債務不履行類型が専門家の責任では問題となることとその特徴であることを明らかにしたつもりである。これまでに一般に忠実義務違反は、受託者や代理人の行為に関連して議論されていたため、主に当該行為を無効にするか否かという次元で議論されてきたが、損害賠償責任を生じさせる債務不履行の問題を論じるについても興味深い視点を提供してくれる<sup>(26)</sup>。ただ、その要件・効果についてはまだ検討の余地が多く、本稿では十分展開できなかった。一つの視点を提供することとまるといえるが、議論の材料となれば幸いである。

〔追記〕筆者も私法学会民法部会シンポジウムの報告を担当する「専門家の責任」研究会のメンバーであるが、学会当日は海外出張中で参加できないので、本稿によってその責めを果たすものである。

(1) たとえば、円谷峻「日本法における専門家の不法行為責任」川井健編・専門家の責任五五頁は、「誠実義務」にも言及するが、「高度の注意義務」として位置づけている。

(2) すでに類似の類型論が加藤新太郎・弁護士役割論七八頁以下で展開されている。そこでは、弁護士過誤を「不誠実型」「単純ミス型」「技能不足型」に分類している。本稿の「高度注意義務違反型」は同書の「技能不足型」に相当し、「忠実義務違反型」は「不誠実型」に相当するであろう。「単純ミス型」はウェイトのおき方によって、高度注意義務違反ないし忠実義務違反になる。なお、忠実義務は、英米法のフィドゥーシャリー・ドゥーターティー (fiduciary duty) に相当する概念であり、利益相反行為の禁止等を中心とするが、後述するように、本稿ではその概念を拡張して用いている。

(3) R. Jackson & J. Powell, Professional Negligence, p. 1. この点に言及するものとして、飯塚和之「イギリスにおける「専門家の責任」前掲注(一)七七頁。

(4) 医療水準に関しては、病院の規模等によって格差があり、過失判断にさいしても考慮される。畔柳達雄「医療水準——専門医、地域差、施設差」判夕六八六号七〇

頁。

(5) Jackson & Powell, p. 11.

(6) Holyoak, Concurrent Liability, A Judicial U-Turn?, Professional Negligence, Nov/Dec. 1985, p. 198.

(7) Dungleale & Stanton, Professional Negligence, 2nd ed. (1989), para. 1. 15 para. 14. 01 et seq. ともに、意図的に依頼人の利益に反する行為をすることはフィドゥーシャリー義務違反を構成するようである。不誠実な行為はこれに近い。

(8) 最判昭四五・六・二四民集二四卷六号六二五頁（八幡製鉄政治献金事件）。本判決は、忠実義務を善管注意義務とは区別された独自の義務として認めることを否定したものであるが、そもそも政治献金を忠実義務違反の問題とした原告側の主張に無理があり、忠実義務を論じるには適当な事件ではなかった。

(9) ただし、弁護士の誠実義務に関して議論があることについては、加藤・前掲書九頁以下に詳しい。そして、加藤裁判官が「不誠実型」をとりあげていることについては、前掲注(2)で触れたとおりである。なお、赤堀光子「取締役の忠実義務(1)」「(4)」法協八五巻一号〜四号。

(10) 四宮和夫・信託法〔新版〕二

三四頁によれば、信託受託者が負う忠実義務に関しては、受益者の同意があっても免責されないと解するのが信託法学説の通説である。

(11) Moore v. Regents of the University of California et al., 271 Cal. Rptr. 146 (1990).

(12) 新美術文「癌患者の死亡と医師の責任——期待権侵害」理論の検討」ジュリセフ七七八頁、石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ六八六号二五頁、渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰藉料」判タ六八六号六六頁等。裁判例についてはこれらの論文に引用されているものを参照。

(13) 岡山地判昭六三・三・二二判時一二九三号一五七頁は、「医師としての基本的知識の不勉強、不注意等に起因する初歩的な、そして患者の死をも招きかねない極めて危険かつ重大な、あってはならない医療過誤である」という。忠実義務違反を認めるに足る事情があったといつてよいであろう。慰謝料四〇〇万円が認められた。

(14) 神戸地判昭六三・一二・一四判時一三二四号九一頁。「甲は、延命の可能性が全くなかったというわけでもないのに、九か月近く下痢止めの投薬を受けたのみで、痔瘻に対する治療は何ら受けるこ

となく推移したのであるから、この点は、地域高度医療機関としての中央病院を信頼して受診した甲の期待を裏切ったものとして、精神的損害賠償の対象となることなればならぬ。……甲の被った精神的苦痛を金銭に評価すれば、金二〇〇万円と認めるのが相当地である。」

(15) 東京地判昭四六・六・二九判時六四五号八九頁。ただし、横浜地判昭六〇・一・二三判タ五五二号一八七頁は、控訴しても勝訴の見込みがなかったとして損害賠償請求を認めない。これらの判決の分析については、加藤・前掲書一一五頁以下。

(16) 東京地判昭四〇・四・一七判タ一七八号一五〇頁。

(17) 加藤・前掲書八九頁は、この事件につき、「不誠実型」の要素もあるものの、債権回収の見通しを誤った点で「技能不足型」の位置付けをする。

(18) 東京地判昭四六・六・二九判時六四五号八九頁。

(19) 東京地判平四〇・二・七判時臨時増刊平成四年四月二五日号、判タ七八二号六五頁。

(20) 加藤新太郎「公害訴訟における個別的因果関係の証明度」ジュリ一〇一三号一三一頁以下。

(21) Gummow, Compensation for Breach of Fiduciary Duty, in :

Youdan (ed.), Equity, Fiduciaries and Trusts, p. 88.

(22) Note: Liability of Trustee in the Absence of Causal Relation Between Wrongdoing and Loss, 50 Harv. L.R. 317.

(23) Hugh Evans, Damages for solicitor's negligence: (1) the loss of litigation, Professional Negligence, Dec. 1991, p. 203.

(24) これらの議論については、Gummow, op. cit. のほか、Finn, The Fiduciary Principle, in : Youdan (ed.), Equity, Fiduciaries and Trusts.

(25) Farrington v. Rowe McBride & Partners, [1985] 1 NZLR 83 は、人身事故にあって加害者から六万ドルの損害賠償を訴訟で勝ち取った原告Xが、その賠償金の使い道を思案していたところ、Y弁護士事務所のアドバイスでPデベロッパに対しての抵当貸付に投資することになった。しかし、貸付先のPデベロッパが倒産。そこで、Xは、Y弁護士事務所に対して損害賠償を請求した。

Pデベロッパは、Y弁護士事務所との顧客でもあり、同事務所はデベロッパの属する企業グループのファイナンス活動に関与していたが、そのことをXに開示していなかった。一番は原告の損害賠償の請求を棄却したが、控訴審は、

忠実義務違反を理由にXの請求を認め、損害算定のために原審に差し戻した。日本では、こうした事案においてどのように損害賠償を認めることになるか困難な問題がある。

(26) 英米でも、忠実義務違反による損害賠償の問題は、あまり議論されてこなかったが、最近注目を浴びていくことになったのは、Gummow, Compensation for Breach of Fiduciary Duty, in : Youdan (ed.), Equity, Fiduciaries and Trusts.

なお、脱稿後、契約の領域においても信託的関係の拡張を指摘する樋口範雄・アメリカ契約法八〇頁に接した。(のうみ・よしひさ)

# 第三章 医師の責任からみた専門家責任

弁護士 平沼高明

## 一 はじめに

医師が、いかなる意味でも専門家であることに争いはなく、歴史的な意味での三大プロフェッションであることも異論がない。

医師の責任を考えるにあたって、プロフェッションとしての医師の責任に焦点を絞って検討することとする。

プロフェッションとしての医師の責任を通常人の責任と区別してとりあげる意義があるのか、また医師の責任の特質は他のプロフェッションと異なるのか、他のプロフェッション、なかでも、弁護士、建築家の責任を考えるうえでどのような問題点があるかについて

て検討してみたい(1)。

## 二 プロフェッションとしての医師

医師は聖職者・弁護士とともに、古典的プロフェッションであるとされる。プロフェッションとは何かというとき、いくつかの有名な定義が存在しているが(2)、ここでは以下のように定義してみた。

① 特殊な訓練または教育を基礎とし、単なる技能でなく知的内容を要する職業である。

② 愛他的精神による社会のためサービスをする。

③ 高い倫理性と自律性を有する。

私は、プロフェッションの特質のうちでもっとも重要なものは、②にあげた、社会公共へのサービス (public service) にあると考える。また、プロフェッションという職業が、これからの社会にも必要なものであるとするならば、この点にこそ存在意義があるのではないかと考える。

資本主義社会が、とかく営利追求定義を第一とするときに、ブランドイスメの「経済的報酬の多寡がその成功を測定する基準とされない職業であること」の存在は危ういものがあることは当然である。

一方、資本主義社会も、マックスウェーバーの「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」にあるような、職業を通じて神に

奉仕するとの倫理的側面を失うべきではないこと、株式会社等の会社も「社会責任会社」(3)になるべきであるとの考え方も強くなってきた。

したがって、アメリカでは会社の経営者もプロフェッションであるとされている(4)。生活共同体(コミュニティ)において、連帯の精神、思いやり、友愛、同志的結合の必要性が強調されているが、プロフェッションの社会的役割も同一の思想から発している。

よきプロフェッションの多く存在する社会は理想的な社会である。

プロフェッションとしての医師は、プロフェッションの定義をほぼ満足していると考えられるが、アメリカでは、医師は崩れゆくプロフェッション(5)といわれる。

アメリカ医師協会(A.M.A.)の歴代会長が「健康産業である医学の発展」と礼讃するほどの産業にまで発展した医療は、過剰医療、誤診、高い治療費等社会的非難の対象となっており、クリントン政権の重要タスクにもなっている。

プロフェッションは、社会公共への奉仕というよい側面と、市場の独占という悪い側面とをもっていることは事実である。

市場の独占は、アメリカ社会の理想の一つである。「自由」と対立するものである。

一九六〇年代からの、医師のかかえる責任の追及は消費者主権主義(8)にも依存していることは、多くの論者の説くところである。

アメリカ社会における医師の問題は、他のプロフェッションに波及するものを含んでいると考えられる。アメリカの医師が、本来のプロフェッション性を失うことによる信頼関係の崩壊は重大である。

伝統的プロフェッションは、個人と個人の関係であったが、医師の場合、医療費の支払が政府、ビジネス、保険会社、労働組合によって行なわれることが、個人主義に立脚した伝統的な意味での「職業的独立」を侵している。

その意味では、病院に勤務する医師のプロフェッションとしての性格も微妙である。

### 三 医師の責任

プロフェッションとしての医師の責任を考えるうえで、医療行為の特質が考慮されるべきである。

医療行為の特質として、以下のものがあげられる。

① 病的過程と医療行為は常に拮抗競争する関係にたつ完全な診療によっても結果の不首尾の可能性がある。

② 危険性が内在している。「許された危険」を包含している。

③ 基準が不明瞭である。医師の裁量性が大。

④ 個体差が多い「個体特性の分散性」(7)。

法律家の多くは、右の特質に無関心であり、医学は自然科学であって、すべての究明は可能であるとか、医学的原因と結果との間には明確な方式があるはずであると医学に対する理解の不十分なものが多(8)。

このような立場にたつ人々は、

過失を推認することに大胆であったり、細心の注意をすれば薬物シヨックや手術中の事故は起こらないとしやすい。判決にも、よく「慢然と……」とするものがあるが、そのなかには注意義務の内容とそれに基づいて何をなし、あるいは何をなすなというのか「慢然」としたものがある(9)。

アメリカでもいわれているが、医師に対する過大な注意義務の設定による責任追及によって、防衛的医療(Defensive medicine)ないし萎縮的医療をもたらず、社会にとつて負の面があることが考慮されるべきである(10)。

専門家の責任の特質として、専門家の職務執行は教育の結果や特別の訓練・経験によって開発された特殊な能力を前提とするものであって、非専門家である依頼人等による評価になじまない面を有している(11)のである。

プロフェッショナル・ネグリジェンスにおいて、「よい医療上のプラクティス(good medical practice)」が行為水準を構成し、医師を相手とするネグリジェンス

訴訟において、慣行的プラクティスのルールは、原則として裁判所(陪審)は医事専門家証言なくしては医師の間で慣行的に行なわれているプラクティスをネグリジェンスであると認定しえない(12)。そして、このことは医師の行なう高度の知識・技術を必要とするプロフェッショナルな行為の当否に關し、裁判所(陪審)独自の法的判断を制限・排除する結果となる。

医師の責任については、製造物責任とは別個に考えて、嚴格責任が否定されてきたが、その根拠として、サービスの提供には伝統的に無過失責任が認められてこなかったこと、コミュニケーションは専門家のサービスを必要としており、その必要は無過失責任を負わせる政策的要請を大きく上回るものがあげられる(13)。

共同社会にとつて、プロフェッションの必要性が意識されるころでは、医師の責任についても、一般人の場合と異なる取扱いをすることにあらう。

わが国における、従来の研究の



多くのものが、プロフェッションとしての医師の責任について、最高裁判決のいわゆる「最善の注意義務」をキーワード化して用いるにすぎず、医師の責任の特異性について、なかんずくプロフェッションとしての医師の責任について、歴史的、社会思想的に深く掘り下げて考究することを怠つてきたと考える<sup>(14)</sup>。

プロフェッションが専門家なるがゆえにもつ世間の評価、すなわち、名声、声価、評判のもつ重要性にも考慮が払われるべきである<sup>(15)</sup>。訴訟が提起されただけで、その医師が失う世間の評価は深刻であるが、これに対する同情の念が法律家に欠けているのではなからうか。

プロフェッションの愛他性を促進するような配慮も必要である。世のなかには「ギブ・アンド・テイク」であつて、何かをしてもらうことに對する対価のない社会はよい社会とはいえない。

アメリカにおける「よきサマリア人法 (good samaritan law)」<sup>(16)</sup>の精神は、隣人愛を医師に求

める一方、医師に對する免責を与えるという条理にかなつたものである。

ロード・デニングは、医師のプロフェッションとしての特殊性を認め、その責任のあり方を次のように述べている。

「われわれが、たまたま上手くいかなかつたすべてのことにつき病院と医師に責任を課するならば、社会全般に害を与えることにならう。医師はその患者の利益よりも、彼等自身の安全をより考えざるをえぬようになるだろう。インシアティブは窒息させられ、また、信頼はゆらぐことにならう。適当な釣り合い感覚は、病院と医師が働かねばならぬ状況というものに考慮を払うよう要求している。われわれは、あらゆる点で患者につき相当の注意を払わねばならぬことを主張せねばならぬが、しかし、単に不運なできごとに対するものをネグリジェンスとして問責してはならない」<sup>(17)</sup>。

伝統的なプロフェッションにはなかつた、現代的論点として、アメリカにおける消費者運動から発

する、消費者宣言、これに続く患者の人権宣言がある。

患者の人格権として、自己決定権の主張があり、これに基づく、インフォームド・コンセントの問題、患者の知る権利に基づく、診療録の開示請求権等、従来のプロフェッションの予期しなかつた、新しい問題が提起されるに至つたのである。

これらの諸問題と医師の責任との関連については、別途詳論することとして、本稿ではふれないが、前述したプロフェッションとしての医師の責任を考へるうえで、の要件とはなるが、その本質は変わらないものと考えられる。

#### 四 注意義務の評価基準

医師の責任に関する最高裁判決は多い。最近のものとして、未熟児網膜症事件の判決があるが、以下のように判示している。

「人の生命及び健康を管理する業務に従事する者は、その業務の

性質に照らし、危険防止のため必要とされる最善の注意義務を尽くすことを要求されるが(最高裁判昭和三十一年(オ)第一〇六五号同三六年二月一六日第一小法廷判決・民事一五卷二号二四四頁参照)、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であり(最高裁判昭和五四年(オ)第一三八六号同五七年三月三〇日第三小法廷判決・裁判集民事一三五号五六三頁参照)、医師は、患者との特別の合意がない限り、右医療水準を超えた医療行為を前提とした緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くすべき注意義務まで負うものではなく、その違反を理由とする債務不履行責任、不法行為責任を負うこととはないというべきである。」(最二小判平四・六・八)。

医師の注意義務については、「最善の注意義務」が、後日、独り歩きを開始し<sup>(18)</sup>、医師の注意義務の超高度化を主張するさいの有力な根拠とされた。

プロフェッションの責任は、プロフェッションの意義、すなわ

ち、市民社会に対してプロフェス  
(宣言) (19) している職業という  
ことから、その所属するプロフェ  
スしたメンバーの質の保証に対応  
するものである。

通常、プロフェッションの団体  
は、専門家として高度な学識・技  
術を社会に対して公示しているこ  
とから、プロフェッションの注意  
義務の基準も当然、高度なものとな  
るのである。

言葉を換えていえば、プロフェッ  
ションの注意義務の基準は本来高  
度なものであるのであって、専門  
家としては当然、保持すべき注意  
義務であり、それ以外の何物でも  
ない。

専門家の注意義務の基準は、素  
人からみて高度であつても、その  
専門家集団においては通常の注意  
義務であるにすぎないことに注意  
がなされなければならない。

右最高裁判決は、注意義務の基  
準を、一般的には診療当時のいわ  
ゆる臨床医学の実践における医療  
水準であるとしているが、そこで  
いう「医療水準」とは、プロフェ  
ッションとしての、医師の注意義

務が客観化されたものである  
(20)。

医療水準がどのようなものであ  
るかについては、専門家によつて  
判断されることになる。実際の裁  
判においては、右の医療水準は、  
鑑定人の鑑定によることになる  
が、専門家であれば医療水準がわ  
かっているとは必ずしもいえな  
い。

医療水準の認定は裁判所の機能  
だといつてみても、結局は専門家  
の意見に頼らざるをえないのが現  
実であり、専門家の専門家たるゆ  
えんの専門性について、裁判所と  
いへども、単なる素人が判断する  
ことは不可能なことである。

そこで、解決策として、賠償科  
学とその人材の養成が必要とされ  
る(21)。医療水準が那邊にあるか  
を科学的に研究する、賠償科学の  
専門家である専門家によつてこ  
そ、正しい注意義務の基準(22)  
が判断されるであろう。

この点、賠償医学の学会(23)  
がすでに存在しているが、さらに  
研究が進められるべきである。

また、最高裁判決は、アメリカ

の裁判例においてプロフェッショ  
ナル・ネグリジェンスには、プロ  
フェッショナルな慣行的プラクテ  
イスがネグリジェンス判定の基準  
たる合理的行為と認められるとの  
考え方と同様の思考方法をとつて  
いるものと解すべきである。

その理由づけとして、①知的技  
能の存在、②特殊な訓練または教  
育の必要性、③社会のためにサー  
ビスすること、④素人にはその稼  
業を遂行することが不可能である  
ことがあげられているが、医療水  
準の認定についても、これらの要  
素が考慮されるべきである。

プロフェッションのネグリジェ  
ンスにおいて、例外として比較的  
非専門的な行為、たとえば、湯タ  
ンポの温度による火傷、包帯の巻  
き方、スポンジ・ケースは、常識  
(Common knowledge) の法理  
によるとされている。

プロフェッションの行為といつ  
ても、右の例の如く、ことさらに  
専門性を論ずるまでもない行為は  
(24)、専門家の責任として特に論  
ずる必要はないからである。

## 五 医師の責任からみ た弁護士責任

医師に比較して、弁護士過誤訴  
訟は圧倒的に少ない。その理由と  
して、いくつかの理由があげられ  
ているが、その一つに弁護士職務  
の専門性が一般人の予想しえない  
複雑性をもつこと、弁護士の社会  
的エリート性があげられている  
(25)。

プロフェッションとしての医師  
の責任において、非専門家である  
依頼人等による評価になじまない  
面があることは前述したが、弁護  
士の弁護技術についてはむしろ非  
専門家の裁判官がどう判断するの  
か根本的な問題が存在するとされ  
る。

イギリスにおいても、法廷弁護  
士(Barrister)は、訴訟追行の  
ための不注意な行為につき責任を  
問われない。その根拠として、法  
廷弁護士が職務上、正義の実現の  
ため裁判所に協力する義務を負つ  
ており、安んじて法廷活動ができ

る必要があることと、過去の訴訟の再検査を必要とすること、法廷弁護士は、弁護活動の依頼を常に受け入れる義務を負っているからとしている(26)。

わが国の判例も、弁護士の受任義務の処理については、相当の範囲において弁護士の裁量に委ねられるというべきであるとしている。

手形の取立を委任された弁護士に対する依頼人からの損害賠償請求を否定した判決(27)は、以下のように述べている。

「ところで、弁護士は、依頼者から事件の処理を委任された場合、委任の本旨に従い、法律専門家としての善良な管理者の注意をもって、誠実に右受任事務を処理すべきことはいうまでもないが、その事務の性質上、右受任事務の処理にあたっては専門的な法律知識と経験に基づいて具体的状況に応じた適宜の判断を下す必要があり、その意味において、弁護士の受任事務の処理については、相当の範囲において弁護士の裁量的判断に委ねられているものというべ

きである。したがって、弁護士は、その裁量的判断に基づいて誠実に受任事務を処理したものと認められる場合には、それが依頼者の指示に反し、あるいは、裁量権の範囲を逸脱したものと認められないかぎり、委任契約上の債務不履行責任を問われることはない」と解するのが相当である」。

民事訴訟における弁護士の陳述が相手方弁護士に対する名誉毀損を構成するとして損害賠償請求がなされた事案(28)において、「訴訟における主張立証行為は、その中に、相手方やその代理人の名誉を毀損するような行為があったとしても、それが訴訟における正当な弁論活動と認められる限り、違法性を阻却されるものと解するべきであり、且つ、その正当と認められる範囲は、広いものと解するのが相当である」。

プロフェッションの定義の重要な要素の一つに、愛他的、社会全体に奉仕することがあるが、弁護士の場合、営利を目的とするのではなく公共の利益の促進を目標とすること、「社会的正義の実現」

がその使命とされる(弁護士法一条一項(29))。

受任弁護士が裁判所における不動産競売の入札申込みを過失により誤ったため損害をこうむったとして委任者が求めた損害賠償請求につき、右委任契約は不動産競売手続の適正な実施の妨害を目的とする違法なものであるとして棄却した事例(30)で判決理由は以下のように述べている。

「そこで、原告と被告は、右の状況を了知したうえ、原告の本件土地・建物の入札価格の合計額二億五、〇〇〇万円の範囲内では、他の入札者はどのように入札価格を設定しても原告と同様の入札価格でなければ落札することが不可能であることを十分予想して、右入札をなすことを合意したこと、したがって、原告と被告は、その際、本件競売期日における入札を、実質上、阻止して、専ら競売期日を延期することをのみ目的とする旨合意したものであり、かかる目的は、他の入札者の買受けを妨げ、競売の適正な実施を妨害することが甚だしい事項を内容とす

る不法なものであるというべきである。そうすると、原告主張の委任契約は、民法九〇条所定の公の秩序善良の風俗に反し、無効であるものといわなければならぬ」。

## 六 医師の責任からみた建築家の責任

### 一 プロフェッションとしての建築家

医師、弁護士が古典的三大プロフェッションに属するのに対して、建築家は即プロフェッションとはいえず、建築士のなかのある者——ここでは建築家といおう——がプロフェッションであるとされている(31)。

その区別として、ニコラウス・ペヴスナーは、建築家 architect は architecture を造る人であり、アーキテクチャーとは、美的感動を目標に設計された建物のことであって、単にエンジニアの技術処理だけで無感動に建てられた

buildingとは異なるものだという<sup>(32)</sup>。

設計は、ある思想に基づく意図を形成することを意味し、思想が言語を媒体として形成されるように、設計も図面を媒体として設計者の企図を表現するものである<sup>(33)</sup>。

建築家がプロフェッションであるときれるのは、右のような設計が、知的で高度な思想であること、そして、その思想が社会全体のことを考慮していることが必要である。

社団法人日本建築家協会が起草した、「建築設計監理業務法(案)要綱」は、「使命」として、「建築設計監理者はその所産が直接に人間とその社会に与える影響の重大なことを自覚し、たんに建築に関する法令を守るだけでなく、建築物の物理的安全性を確保することはもちろんのこと、すすんで好ましい環境を形成し、公共の福祉に寄与する文化的使命を果たさなければならぬこととする」とを強調している。

同要綱は、その業務について、

「自己の良心と信念に基づいて行なう一身専属的で創作的な行為であり、営利を目的とした行為ではないこと」、「その業務に関して自由で独立であり他の支配や拘束を受けまたは他の利害に関与してはならない」と、そのプロフェッション性を明確にしている<sup>(34)</sup>。

建築物は、国民の住環境に関連して公共性がある。建築基準法も立法当初から建築物の安全配慮に力点をおいてきたが、日照紛争を契機として、日影規制をとりこむなど、建築物のもつ社会性にも目覚めてきている。

## 二 建築家の注意義務

アメリカの裁判所では、建築家の責任と弁護士または医師の責任とは変わりがないと考えられている。

注意義務についても、通常の建築家の正常な技術ないし注意義務を基準とする。建築家としての資格をもつ者のうち、「平均的メンバー」に通常備わっている技術(the skill normal to the average member)が基準とされる

<sup>(35)</sup>。

建築家は、設計の完全性(Professionalism)や、結果の満足性を特定したり、保証したりはしない。

建築家は、平均的な建築家が行使する程度の技量(only the ordinary and reasonable skill)を発揮すればよいのであって、彼がこれらの注意義務を果たしたのに、設計の瑕疵に基づく建築の欠陥が生じても、建築家の賠償責任は発生しないのである。

これは、あたかも医師が病気の治癒を保障しないのと同様であって、建築家も設計の完全性、建築物の絶対的完全性や耐久性を保障するものではない<sup>(36)</sup>。

判決例<sup>(37)</sup>として、ある宗教の教会堂の設計・管理を請負った原告が、基本設計図としてA案からF案まで作成したが、結局、教祖の気に入らず契約の解除がなされた事案において、裁判所は、「建築家は出来得る限り建築主の希望に添って建築設計すべき義務があるが、反面また建築について、建築基準法に定められた建蔽率、容積率、斜線制限等の制約が

あり、建築主といえども設計者のかかる法的に規制された基準に準拠しつつ、しかもなお設計者の専門的な技術を尊重してその仕事を協力すべき義務があると言わねばならない」として債務不履行は認めず、教会に設計料の支払義務があることを認めた。

## 七 おわりに

本稿は医師の責任を考えるにあたって、「プロフェッション」性という見地に視点を集中して考察してみたものである。

一九六〇年代にアメリカで起こった、患者主権主義に伴う、患者の自己決定権が医師と患者の関係をどのように変化させていくか、いまなお進行中の問題である<sup>(38)</sup>。

権威主義的でパターナリスティックな従来の医師と患者との関係を変えるべきであるということには異論はなさそうである。それに伴い、医師のプロフェッションとしての地位も崩れつつあることは

前述したとおりである。

しかしながら、医師がプロフェシヨナルでなくなることは望ましいことと思えない。医師と患者は敵対関係にあるものではなく、医療行為は、医師と患者との協同行為である。

メイソンは次のようにいつている。

「医師と患者間のような相互関係を法律を主体とした見地から捉えることは、相互関係に多かれ少なかれ微妙な、しかし重要な変化をもたらすことになる。法が医師に要求するものは、医療倫理法則が要求することとかなり似通ったことからの反映ではあろうが、それらに従うべき理由は双方で根本的に異なる。信頼と尊敬は道徳によつて支配された関係には芽生えるが、法律規則の下での関係では芽生えにくい。法は他の生活場面の事件に対してはいかに正しくあるうとも、過剰な警告つきの形式性を医師と患者の関係に導入することは、それがお互いを潜在的な敵とみることを意味するならば、結局患者の利益にはならない」(39)。

医師の責任についてのアプロウチのしかたには種々あるが、契約法からみたとき(40)、不法行為法からみたときについて(41)、いずれの視点からとらえるときにも、医師のプロフェッション性をネグレクトして考察すべきではないと考える。

プロフェッションと責任の問題は、医師のみならず、弁護士、建築家等の他のプロフェッションの責任を考えるうえでも今後の研究すべき課題であらう。

(1) 川井健「専門家の民事責任(1) 問題の提起」NBL五三九号二三四頁(第一章二頁)。

(2) 西嶋梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシユアランスの基本問題」現代損害賠償法講座(8)損害と保険(日本評論社、一九七三年)一四八頁、山田正喜子・アメリカのプロフェッションナル(日経新書)一三頁。

社会科学事典の定義(マクミラン社刊)によると、①知的技能の存在、②特殊な訓練または教育の必要性、③社会のためにサービスすること、④素人にはその稼業を遂行することが不可能であること、とされる。

チャールズ・E・マクレランド

・近代ドイツの専門職(一九九三年、晃陽堂)一八頁は、専門職の指標リストとして、①高度に専門化した高等教育、②行為に対する特別の定め(倫理)、③愛他主義、公的奉仕、④厳しい資格試験、審査、免許、資格性、認可証授与、⑤高い社会的威信、⑥高い経済的報酬、⑦職歴パターン、⑧サービス市場独占、⑨自律性、主体性、独立性、職能団体を掲げている。

(3) 名東孝二「社会責任会社」エコノミスト一九九四年五月一七号では、「企業の社会への貢献、フィランソロピーの必要性、生活共同体への連帯の精神思いやり、友愛、同志的結合」を説く。

(4) 神崎克郎「取締後の注意義務と経営判断の原則」金融法務事情一三八五号一七頁以下。

(5) 山田正喜子・前掲注(2)六六頁。

(6) 山口志保「資料・消費者の権利宣言(海外編)」法律時報六六卷四号六四頁。

(7) 中野貞一郎「過失の推認(一九八八年、弘文堂)八二頁は、医療の特質について深い洞察がなされている必読の論文である。その他に、松倉豊治「医学と法律の間(判例タイムズ社、一九七七年)七七頁。

(8) 平沼高明「賠償医学とは何か」賠償医学一号五頁。

(9) 我妻堯「頸管裂傷縫合出血致死事件」別冊医事判例百選(一九七三年)一一二頁は、どんなに注意していてもある時点まで後出血を発見できないことがあることを指摘している。

(10) Kenneth Jost. Still Warning our Medical Malpractice. ABAL. 68 (1993); 山田卓生「医療事故責任の厳格化と波及効果」判夕四五〇号二五頁。

(11) 弥永眞生「アメリカにおける専門家責任(その一)」NBL五三九号二五頁(第四章(1)二一頁)。

(12) 平林勝政「プロフェッションナル・ネグリジェンスとしての医療過誤」現代損害賠償法講座(4)(日本評論社、一九七四年)四一頁。

(13) 弥永「アメリカにおける専門家責任(その二)」NBL五四〇号三二頁(第四章(1)二三頁)。

(14) 能見善久「専門家の責任(出)」NBL五四四号五二頁(第二章四頁)は、高度の注意義務に議論の中心をおいていることに対して、専門家の重要な部分を見落としていのではないかと指摘する。

(15) 弥永・前掲注(11)二八頁、ロード・デニング・法の習練(東京大学出版会、一九九三年)。

(16) 樋口範雄「よきサマリヤ人法」法学セミナー四六九号一〇九頁、リーパーマン・訴訟社会(保険毎日新聞社、一九九三年)一七

- 一頁、平沼「良きサマリア人法は可能か」週刊医学のあゆみ(一九九三年八月一五日号)。
- (17) デニング・前掲注(15) 四五六頁、下山瑛二「イギリスにおける医師としてのプロフェッションとその責任の問題」医療と法と倫理(一九八三年、岩波書店)、嶋津格「不法行為における不運の位置について」現代の不法行為法(有斐閣、一九九四年)。
- (18) 畔柳達雄「医療水準」判夕六八六号七〇頁。
- (19) 中川米造・医の倫理(玉川大学出版部、一九七七年)三頁。
- (20) 能見・前掲注(14) 五三頁。
- (21) 小島武司「裁判・裁判外紛争解決相対交渉と賠償科学的知見」木川統一郎先生古稀記念論文集上巻五一頁。
- (22) 手嶋豊「専門責任に関する一考察」私法五一号一三七頁。
- (23) 平沼・前掲注(8) 五頁、同「医療事故における賠償医学的視点」賠償医学一五号四巻。
- (24) 小島武司・弁護士(学陽書房、一九八八年)三八頁は、弁護士業務を例にとつて、職場の流動モデルを紹介しているが、プロフェッションの業務は流動的であり陳腐化する業務がある。
- (25) 小林秀之「弁護士の専門家責任(その一)」NBL五四一三三頁、四頁へ第七章七六頁。
- 私が関係した弁護士賠償保険の審査会案件約一五〇件のほとんどは、期日徒過、手続の不備のような誰の目にも過失が明らかであるもので、弁護士の義務の内容が争われたものは一〇％に満たない。
- (26) 望月礼二郎・英米法「改訂版」一七一頁。
- (27) 大阪地判昭五八・九・二六判時一一三八号一〇六頁。
- (28) 大阪地判昭六〇・二・二六判時一一六二七三頁。
- (29) Robert H. Aronson, & Donald T. Weckstein, Professional Responsibility 10 (1990).
- (30) 京都地判昭六〇・二・二八判時一一六六号一二七頁。
- (31) 大森文彦「建築設計の法律空間」東洋法学三一巻一・二月合併号一九九頁。
- (32) 建築通論(新建築技術叢書一五)(彰国社、一九八一年)五頁。
- (33) 新建築学大系・建築計画一六〇頁。
- (34) 花立文字「建築設計・管理契約に関する一考察(一)」法学志林八六巻三・四合併号一〇二頁。
- (35) 西島梅治「建築家のプロフェッションの法的責任」建築家一九七一年秋号九頁。
- (36) 花立・前掲注(34) 一九一頁。
- (37) 東京地判昭五〇・四・二四判時七九六号六三頁。
- (38) Lenna Darvall, Medicine, Law and Social Change 7 (1993).
- (39) メイソン・法と医の倫理(勁草書房、一九八九年)一五頁。
- (40) 医療契約の特質として以下のものがあげられよう。①プロフェッションの契約、②僧院から医師へ、③歴史的に無償契約的性質、④非交換型契約、即ち非財産法的性格、⑤契約対立的要素の稀薄利益協同者的、⑥ボランティア的性格、⑦報酬の非対価性(謝礼)、⑧手段債務性。
- (41) 棚瀬孝雄「不法行為責任の道徳的基礎」ジュリスト九八七号六八頁は現代の不法行為法の危機を唱える。コミュニケーションのあり方をもう一度考えるべきことを示唆している。

(ひらぬま・たかはる)

# 第四章 比較法(1)——アメリカ

筑波大学助教授 弥永真生

## 一 専門家の責任の特質

アメリカにおいて、専門家の責任との関連で、「専門家」として

考えられてきたものとして、医師、歯科医師、薬剤師、弁護士、公認会計士、建築家 (architect)、エンジニア等をあげることができ(1)。専門家の職務執行は、教育の結果や特別の訓練・経験によって開発された特殊な能力を前提とするものであって、非専門家である依頼人等による評価にない面を有する。そこで、専門家の責任をめぐっては、注意義務のレベル、専門家の過失あるいはそ

れと損害との間の因果関係等の立証の困難、責任を追及できる第三者の範囲等が問題となっている。また、専門家と顧客との間には信頼関係があることが前提となるため、信義義務違反が問題となる。

## 二 ネグリジエンス責任

アメリカ法においては、原則として不法行為責任 (torts) と契約責任 (breach of contract) に基づく請求の競合が認められる(2)。ところが、専門家の責任の追及は、不法行為責任による内容が多い。これは、契約責任が契約内容の解釈に依存すること、およ

び實際上の理由に基づくといわれる。実際上の理由としては、不法行為に対する損害賠償の範囲は契約違反に対する損害賠償の範囲より広範であること、および出訴期間の起算点が不法行為の方が遅いことが指摘されている。すなわち、契約違反に基づく損害賠償の範囲は、契約締結時における被告の予見可能性 (および契約の約款) によって画されるが、不法行為は近因 (proximate cause) に

よって画され、また、精神的損害の回復 (契約訴訟では原則として認められない) や懲罰的損害賠償が認められ、wrongful death による扶養請求権の侵害に対する回復 (契約訴訟では認められない) が不法行為訴訟では認められる

(3)。不法行為訴訟の出訴期間は契約訴訟の出訴期間より短い、契約訴訟の出訴期間の起算点が契約違反時であるのに対し、不法行為訴訟の出訴期間の起算点は損害発生時である(4)。

他方、契約責任が契約内容の解釈に依存するとは、契約「違反」であると評価するためには、その契約の目的および趣旨に照らし、なすべきとされた行為に違反したことが必要とされるが、多くの場合、専門家は、彼の熟練および判断力を最大限に用いるということだけを引き受けるのであり、特定の成果を約束するものではないから、過失によって、そうすることに失敗した場合には不法行為が成立するのであって、契約違反とは評価できない。もちろん、たとえば医師が、明示的な契約によって、病気を治すことを約束したり、特定の結果の達成を保証した場合に、それが実現されない場合には、契約違反を追及できる(5)。

専門家としての一定の高度の能

力を有することを表示し、それを用いてサービスを提供することを引き受けることによって、専門家は非専門家よりも高い技術をもってサービスを提供する義務を負う(リステイトメント二九九A条のコメントc)。(9)。しかし、通常のネグリジェンス責任と同様、専門家のネグリジェンス責任が問題とされるときの注意義務のレベルは、基本的には、合理的に慎重な人(reasonably prudent person)と同様または類似の状況の下で、払ったであろう注意の程度である(10)。なみはずれた注意を払わなければならぬわけではなく、その専門的知識によって、一般人であれば気づかなかつたであろう注意の必要性に気づいた場合のみ、「通常(ordinary)」以上の注意が要請されるにすぎない(8)。

当該状況の下で何が合理的な注意であるかを決定する一つの要素は、被告が有している特別の知識や技術である。専門家は合理的かつ通常の注意をもつた専門家であれば有する知識、技術、能力を行

使しなければならぬ(9)。これは、専門家に適用される注意義務の水準は客観的なものであつて、当該専門家の個別の経験や訓練を考慮に入れることなく、その職業に属するすべての専門家に適用される最低限の水準を意味すると一般には考えられている(10)。また、不法行為法リステイトメント二九九A条も、その専門家または熟練者であつて、その職業人のかで認められている(in good standing)者が、通常有している技能と知識を用いることが専門家には求められるとしており、コメントeによれば、その資格をもち、その職に従事する能力をもつと認められる者の技能が基準となるのであつて、その専門家等として最高水準の技能や平均的な技能が基準とされるのではない(11)。

もちろん、知識や技能の局面においては、不十分な仕事しかしな

いことが、その専門家の集団では「慣習(custom)」であつたとしても、それによつて専門家の過誤が正当化されるものではない(13)。しかし、判断の局面においては、その専門家のなかにおいて慣習となつている程度の判断水準であれば十分である(14)。すなわち、慣習であることの証明は、専門家の行為が合理的であるという高い蓋然性を示すものである(15)。(16)。

この注意義務の水準は原告が举证責任を負う(17)。

しばしば、この注意義務に関しては、地域性(Locality limitation)ということがいわれる。すなわち、専門家には、同一の一般的地域(General area)または類似したコミュニティにおける他の専門家と同様の注意義務水準が求められるというものである(18)。

ただし、これは実際に払われている注意を基準とすることを求めるものではなく、それを考慮してよいとするものである(19)。不法行為リステイトメント二九九A条の

コメントgは行為者が活動を行なつているコミュニティのタイプが考慮されなければならないとするが、コミュニティの地理的位置関係、規模、コミュニティの特徴一般を考慮して同種の地域(Localities)において同種の活動をしている人の標準を意味するとする。しかし、このルールは、とりわけ、医療従事者に関しては、情報の伝達がより迅速になり、治療方法がより一律になつていることを背景として、国全体の標準(national standard)にとつて代わられてきており、行為者が、同一または類似の状況下で平均的な同業者に期待される注意義務を果たしたかを判断する要素の一つにすぎなくなつて(20)。

### 三 立証上の問題

専門家の過失に関しては、通常、目撃者は存在しないから、過失は実施された手続や手順が専門家として許されないものであつた



ことを示すことによつて立証される。ところが、専門家責任における過失の存否については、一般人からなる陪審には十分な判断能力がないのが普通であるため、証人・鑑定人が必要とされるが<sup>(21)</sup>、証人等は専門家であり、注意義務の水準についての判断は事実上専門家によつてなされることになる。

すなわち、専門家が自分たちの注意義務の水準を設定することを許すことになる<sup>(22)</sup>。しかし専門家は、同業者を悪くいうことには躊躇をおぼえるであろうから、証人等を見つけることは困難であると指摘されている<sup>(23)</sup>。そして、証言も、その証人個人の意見であり、専門家を代表するものではないことがありうる。しかも、ある実務が「専門家として許容されるものであるか」あるいは「一般に用いられているか」、「最低限の許容しうる実務の範囲内であるか」という質問に、証人等が答えるのは容易ではない。すべての許容される実務を証人等が知っていると考えられることは非現実的である。

そこで、judicial noticeの理論を拡大して、専門家の注意義務の水準を認定するという問題は裁判所の機能とすべきであるという見解もある<sup>(24)</sup>。

#### 四 保証責任、不実表示と厳格責任

ネグリジエンス責任訴訟において、過失の推定 (res ipsa loquitur) が認められ、举证責任が転換されることがあるが<sup>(25)</sup>、それ以外の場合には原告が举证責任を負うため、損害を受けた者の救済が不十分になる可能性がある<sup>(26)</sup>。とりわけ、陪審は専門家にネグリジエンスがあったという判断をすることを躊躇する傾向があるともいわれている<sup>(27)</sup>。

過失を立証しなくとも専門家の責任を問える法律構成としては、主として保証責任 (warranty) には契約責任であるから、純粹な経済的利益の損害のみが発生した場合にも損害賠償の対象となる

し、また行為者の過失の有無は問わない)、不実表示 (misrepresentation) 過失による不実表示も純粹な経済的損失の賠償責任の原因となるが、不実表示には後掲七で述べる契約関係理論が妥当すると考えられている)、および不法行為における厳格責任 (strict liability) が存在する。

しかし、判例法上は、無過失責任を認めるか否かに関して、売買とサービスの提供の間には差が認められてきた。すなわち、専門家的なサービスの提供に関連して欠陥商品を提供した場合の責任<sup>(28)</sup>は、通常の製造物責任とは別個に考えられ、厳格責任は否定されてきた<sup>(29)</sup>。この根拠は、専門的取引 (professional transaction) は本質的にサービスの提供を内容とするものであって<sup>(30)</sup>、サービスの提供には伝統的に無過失責任が認められてこなかったこと<sup>(31)</sup>、およびコミュニティは専門家のサービスを必要としており、その必要は無過失責任を負わせる政策的要請を大きく上回ること

を認めるべきである。また、Zion Hospital 判決 (注(29)①判決) は、危険を作り出した、または欠陥をコントロールし、検査し、発見するよりよい能力を有しているという意味において「よりよい立場 (a better position)」にある者に厳格責任は負わされてきたとしたうえで、②判決と同様、「取引の本質テスト」を適用し、その取引の本質はサービスの提供であるとして、厳格責任を認めなかった。

<sup>(22)</sup>、無過失責任を認めることはネグリジエンス責任を無用のものとするおそれがあること (注(29)②判決参照) 等に求められてきた。Silverhart v. Mount Zion Hospital 判決 (注(29)①判決) は、危険を作り出した、または欠陥をコントロールし、検査し、発見するよりよい能力を有しているという意味において「よりよい立場 (a better position)」にある者に厳格責任は負わされてきたとしたうえで、②判決と同様、「取引の本質テスト」を適用し、その取引の本質はサービスの提供であるとして、厳格責任を認めなかった。

しかし近年、厳格責任を専門家に負わせることが学説においてもみならず<sup>(33)</sup>、判例においても検討されている。医師の責任に関して、広く行なわれている実務に従っているという抗弁を受け入れず、に医師のネグリジエンス責任を認めた *Helting v. Carey* (83 Wash. 2d 514, 519 P.2d 981 (1974)) の補足意見、および *res ipsa loquitur* に

よったClark v. Gibbons (58 Cal. Rptr. 125, 426 P.2d 525 (1967)) におけるトブリナー (Tobriner) 判事の補足意見は、厳格責任構成を支持している<sup>(34)</sup>。厳格責任構成によるべきとする重要な論拠として、専門家にネグリジェンスがあったという汚名をきせないでむことがあげられている。しかし、医師に厳格責任は適用されないとするのが判例法である<sup>(35)</sup>。また、医師に保証責任を問うことができる場合は少ないと考えられるが<sup>(36)</sup>、医師や歯科医師が保証責任を負うことが可能であることは判例法上認められている<sup>(37)</sup>。たとえば、整形外科等で一定の結果を保証した場合や、薬等を供給した場合には、適用可能性がある<sup>(38)</sup>。さらに、たとえば治療方法について有効な同意を得ていない場合等、無権限で同意なしに治療がなされた場合には、暴行 (battery) を理由とする責任を負う<sup>(39)</sup>。また、詐欺 (fraud) 〃 欺罔 (deceit) 〃 不実表示 (misrepresentation) に基づく責任を負う

場合がある<sup>(40)</sup>。建築家についても、厳格責任を負わせるべきであるという学説があり<sup>(41)</sup>、建築家であり、かつ建築工事を行ない家屋を供給した者に厳格責任を適用した判例がある<sup>(42)</sup>。他方、黙示の担保責任の適用はないと考えられているが<sup>(43)</sup>、いくつかの法域では建築家に適用されるとする判例がある<sup>(44)</sup>。

弁護士については、黙示の担保責任が生ずる可能性を傍論として示したものとして、Broyles v. Brown Engineering Co., 275 Ala. 35, 151 So. 2d 767 (1963) があるが、多くの領域では黙示の担保責任は認められない<sup>(45)</sup>。なお、詐欺 (fraud) に基づく責任を負う場合がある<sup>(46)</sup>。

会計士については、不実表示または詐欺 (fraud) に基づく責任を追及されることがある<sup>(47)</sup>。また、監査証明を行なった会計士は、黙示の担保責任を問われる可能性がある<sup>(48)</sup>。

## 五 信任義務違反

専門家は、顧客 (患者等) の有しない高度の専門的知識・経験を有しており、多くの場合、広い範囲の裁量権が与えられている。すなわち、顧客は専門家の行動をコントロールし、またモニターすることができないのが通常である。そこで、専門家が顧客の最善の利益を図ることが担保されなければならず、専門家と顧客の間には信任関係 (fiduciary relationship; confidential relationship) が認められることが多い<sup>(49)</sup>。この信任義務違反に対しては、顧客は、その義務違反によつて専門家が得た利益の返還を求めることができるとし、また、詐欺 (fraud) 〃 州によつては constructive fraud を含む) 〃 悪意 (malice) 〃 圧迫 (oppression) 等に基づく (州によつては重過失 [gross negligence] を含む) 不法行為訴訟においては、懲罰的損害賠償 (punitive damages) を求め

ることができるとある場合がある<sup>(50)</sup>。

## 六 免責・責任制限 条項

たとえば、厳格責任を免れさせる文言や責任を制限する文言を契約中に入れた場合に、その文言は有効と認められるかという問題があるが<sup>(51)</sup>、裁判所は医療過誤について、その有効性を否定している<sup>(52)</sup>。また ABA の専門家の責任に関する規約 (ABA Code of Professional Responsibility (1969)) は、弁護士が自分自身の責任を制限することを禁じていた (DRG-102)。会計士に関しても、公序に反するという理由に基づいて、免責条項の有効性は否定されてきた。仮に、顧客と会計士の間で免責条項の効力が認められても、第三者との関係では有効性は認められないのが原則であるが<sup>(53)</sup>、監査証明における意見の限定文言や意見差控文言には意義が認められる<sup>(54)</sup>。なお、UCC 二



リメントを参照。

- (7) *Morrison v. MacNamara* (1979, Dist Col. App.), 407 A.2d 555; 57 A Am. Jur. 2d NEGLIGENCE §190.
- (8) Prosser, *op. cit.*, 185.
- (9) *Morrison v. MacNamara* (1979, Dist Col. App.) 407 A.2d 555; *Gant v. Boone, Welford, Clark, Langschmidt & Pemberton* (1983, MD La.) 559 F. Supp 1219, *aff'd without op.* (1984, CA 5 La.) 742 F.2d 1451; *Pension Ben. Guaranty Corp. v. Pincus, Verlin, Hahn, Reich & Goldstein Professional Corp.* (1984, ED Pa.) 42 Bankr 960, 5 EBC 2355; *Heath v. Swift Wings, Inc.*, 40 N.C. App. 158, 252 S.E.2d 526 (1979), *cert den* 297 N.C. 453, 256 S.E.2d 806 (1979) and *petition den* 297 N.C. 453, 256 S.E.2d 806 (1979); *WADE, PROFESSIONAL NEGLIGENCE (ROADY, T. & W. ANDERSEN, EDS.), FOREWARD*, vii (1960).
- (10) *Heath v. Swift Wings, Inc.*, 40 N.C. App. 158, 252 S.E.2d 526 (1979), *cert den* 297 N.C. 453, 256 S.E.2d 806 (1979) and *petition den* 297 N.C. 453, 256 S.E.2d 806 (1979).
- (11) Prosser and Keeton, *op. cit.*, 187.

(12) Note, *The Bases of the Attorney's Liability to his Client for Malpractice*, 37 VIRGINIA L. REV. 429 (1951). なお、1 N. Y. PATTERN JURY INSTRUCTIONS-CIVIL 2d 2: 152 (1974) は、弁護士の合理的な注意が、十分な弁護士の合理的な注意で、十分な弁護士の合理的な注意を基礎として評価されるべきことを指示している。

(13) *Morris, C., Custom and Negligence*, 42 COLUMBIA L. REV. 1147, 1165 (1942); *Bohlen, F. H., Some Recent Decisions on Tort Liability*, 4 TULANE L. REV. 370, 379 (1930); 64 年 11 月 11 日 1136 *Tenants' Corp. v. Max Rothenburg & Co.*, 36 App. Div. 2d 804, 319 N.Y.S. 2d 1007 (1971).

(14) Comment, *Professional Negligence*, 121 UNIV. OF PENN. L. REV. 627, 640 (1973); *Epstein, R. A., Medical Malpractice: The Case for Contract*, 1976 AMERICAN BAR FOUNDATION RESEARCH JOURNAL, 87, 110.

(15) *Hill Aircraft & Leasing Corp. v. Tyler*, 161 Ga. App. 267, 273, 291 S.E.2d 6, 11 (1982); *DiPiero Goodman* (1982, Mass. App.) 436 N.E.2d 998, 999; *Prosser and Keeton, op. cit.*, 193ff.

(16) このように、専門家には最低

限または平均的な専門家の行為が求められるべきなることは、一般人のネグリジエンス責任を判断することにあたって用いられるのは「合理的な人」という概念であり、「平均的な行為ではなく、平均的な慎重な行為が一般人には求められていること」のバランスを欠くという指摘がある。すなわち、一般人に適用される「合理的に慎重な人」ルールは「一般の人の平均以上のことをこななければならぬ」ということを含意するものを見方がある (*Curran, op. cit.*, 538) また、法が「通常の (ordinary) 注意と慎重な」というのは「平均的な人びと」の慎重な人のべき注意を指すものとして (*Green, L., The Negligence Issue*, 37 YALE L. J., 1029, 1035 n. 19 (1928)) 「一般人の行動の基準を定むべき」という見方がある (*Raynolds, The Reasonable Man of Negligence Law: A Health Report on the "Odious Creature,"* 23 OKLAHOMA L. REV. 410, 417 (1970))。専門家に適用される標準は、このように、平均的な標準よりも高くなるべきである (Comment, 121 UNIV. OF PENN. L. REV. 634)。

が、一般人に適用される「合理的に慎重な人」ルールと異なることが正当化される理由としては、非専門家の陪審員としての役割、コストが実施可能性を有すること (*Morris, op. cit.*, 1164; *Meltzer, N., Helling v. Carey: A Landmark or Exception in Medical Malpractice?*, 11 NEW ENGLAND L. REV. 301, 308 (1975))、専門家として厳しきテストを採用する専門家のなり手がなくなるであろうこと (*Goodman & Mitchell v. Walker*, 30 Ala. 482, 495 (1857))、医療訴訟が増加すること、専門家が不確定的要素を避け、新しい問題と手を打ちたくない (可能ならば)、「専断 (malpractice)」は専門家の名義を指すこと、新な基準を定めること (Comment, 121 UNIV. OF PENN. L. REV. 635) などの理由、専門家職自体を厳しき仕事であり、このため、専断を引くべきな微妙な平衡を要求するべきである (James F. Jr., *The Qualities of the Reasonable Man in Negligence Cases*, 16 MISSOURI L. REV., 15 & n. 87 (1951); *Moore, LIABILITY OF ARTISANS AND TRADESMEN FOR NEGLIGENCE, IN PROFESSIONAL NEGLIGENCE (ROADY, T. & W. ANDERSEN*







Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P.2d 685, cert den 368 U.S. 987, 7 L. Ed. 2d 525, 82 S. Ct. 603 (1961) (受遺者のケース) および手続轉「アメリカにおける弁護士の依頼人以外の第三者に対する責任法理の現状」龍谷法學二一巻一号(一九八八年)一四頁以下に掲げられた判例參照。

(25) 余計士は「Glanzer v. Shepard, 233 N. Y. 236, 135 N.E. 275 (1922); Rusch Factors, Inc. v. Levin, 284 F. Supp 85 (D. R. I. 1968); International Mortgage Co. v. John P. Butler Accountancy Corp., 177 Cal. App. 3d 806, 223 Cal. Rptr. 218 (1986) 等」多數存在するが、余計士は「見聞能とせれる範圍」は「變り変わり」する(とりわけ「ステートメント」五二条は「ある一定の集団(class)に属する不特定の第三者の信頼を保護するが、これに従う判例が多数存在する。變遷」)。(JOYANTHAN, R. H. H. POCKSON, ACCOUNTANTS' PROFESSIONAL NEGLIGENCE 116-117 (1982))。医師は「薬を与える」に「運輸を控える」に「指示しなかつた事案」に「交通事故の被害者」に対する責任を認め、たまたま「存在する」。

Kirk v. Michael Reese Hospital & Medical Center, 117 Ill 2d 507, 513 N.E. 2d 387, cert den 99 L. Ed. 2d 236, 108 S. Ct. 1077 (1987); Wlischinsky v. Medina, 108 N.M. 511, 775 P.2d 713 (1989), 弁護士は「Zendell v. Newport Oil Corp. (App. Div. 1988), 226 N.J. Super 431, 544 A. 2d 878, 轉譯家」Davidson & Jones, Inc. v. County of New Hanover, 41 N.C. App. 661, 225 S.E.2d 580 (1979), cert den 298 N.C. 295, 259 S.E.2d 911, 468 Dooley, op. cit., 468.

(26) Donnelly Constr. Co. v. Oberg/Hunt/Gilleland, 139 Ariz 184, 677 P.2d 1292 (1984); Parliament Towers Condominium v. Parliament House Realty, Inc. (1979, Fla. App. D4) 377 So. 2d 976; 切迫した危険を及ぼす場合は「契約関係論は適用」されること。Brown v. Hiatt v. Brown (1981, Ind. App. 2d Dist.) 422 N. E.2d 736; Waggoner v. W&W Steel Co. (1982, OKla.) 657 P.2d 147; Speiser, S. M., C. F. Krause & A. W. Gans, 4 THE AMERICAN LAW OF TORTS 819 (1987) は「建築家は契約関係論は認められな」とする。

(27) 余計士は「Merit Ins. Co. v. Colao (1979, CA7 Ill) 603 F.2d 654, cert den 445 U.S. 929, 63 L. Ed. 2d 763, 100 S. Ct. 1318; United States National Bank v. Fought, 46 Or. App 635, 612 P.2d 754, rev'd 291 Or. 201, 630 P.2d 337; Aeronca, Inc. v. Gorin (1983, S.D. N.Y.) 561 F. Supp 370. 弁護士の「詐欺」(fraudulently) に「偽造」(falsehood) の「責任」(liability) を「負」(assume) する。Hoppe v. Klapperich, 224 Minn. 224, 28 N. W.2d 780, 173 A.L.R. 819 (1947); McKinnon v. Tibbetts (1982, Me) 440 A.2d 1028; Durant Software v. Herman (1989, 2nd Dist) 207 Cal. App. 3d 809, 255 Cal. Rptr. 250; Neal v. Ardoin (Tex. Civ. App. 1979), 594 S.W.2d 145; MALLEN, R. E. & J. M. SMITH, 1 LEGAL MALPRACTICE, 3rd ed. (1989) §6. 1.)。また「建築業者 (contractor) の責任」に「目的物の危険な欠陥を有」する。Knowlton v. Knowlton (1982, Ill. App. 1st Dist.) 511 N.E.2d 1000. 知「つ」た場合「または目的物が固」有「または差」迫「つ」た危険を有「つ」る場合「は、契約関係の存在」は「問題」な「ら」な「い」。

Travis v. Rochester Bridge Co., 188 Ind. 79, 122 N.E.1 (1919). (28) 余計士は「State Street Trust Co. v. Ernst, 274 N. Y. 104, 15 N.E.2d 416 (1938); Fischer v. Kletz (S. D. N. Y. 1967), 266 F. Supp 180. 本頁を參照。」(余計士・本頁)



## 第四章 比較法(2)——ドイツ

早稲田大学教授 浦川道太郎

### 一 専門家の責任とその特質

#### 一 専門家とは何か

わが国で「専門家」と呼ばれている者を包摂し、その語と対応するドイツ語を選ぶとするならば、「自由業 (der freie Beruf)」に

従事する者」(以下、「自由業従事者」ということ)になる。自由業は、時代により変遷してきた概念であり、それ自体を明確に定義することはむずかしい。だが、自由業従事者を「従属的な被用者(公務員・会社従業員)」、「自営業者」および「原料生産者」と対比するなかで、その類型

的な性格を抽出するならば、自由業は、次のような特質をもつといわれている(1)。すなわち、自由業は、①職務として、個人的な精神的創造に基づく成果を自己の責任に基づいて・経済的な自立性のなかで相手方に提供し、②職務遂行の前提として資格・創造的能力と、そのための修業が要求され、③相手方との間の特別の信頼関係に基づいて職務を遂行し、④職務活動に利他性があり(営利性が排除され)、そして、⑤職務従事者の結成する団体の自律性が国家により承認され、団体が職務の行為基準を定め、その違反の制裁においても団体の自律性が認められている、という特徴があると解されているのである。

かような自由業の従事者として

は、一般に、①医療従事者(医師・薬剤師等)、②法律的・経済的職務従事者(弁護士・公証人・弁理士・公認会計士・税理士等)、③建築・科学技術的職務従事者(建築家・顧問的技師・鑑定者等)、④教育的・精神科学的職務従事者(自立した教育者・司牧者等)、⑤芸術的・著述的職務従事者(作家・ジャーナリスト等)があげられる(2)。この点からみると、自由業は、英米でいう「プロフェッション (profession)」とほぼ重なり合うものの、特に経済的な自立性と個人的な職務遂行の要素が強調される点では、それと微妙に相違する部分もあるといえる(3)。

### 二 専門家の責任をめぐる判例・学説の展開

個別的にみるならば、関連する研究や裁判例はすでに第二次世界大戦前から存在していたが、ドイツにおいて専門家の責任 (Berufshaftung) (4) が独立したテーマとして積極的に研究の対象とされ、また、意識的に判例法形成の対象とされはじめたのは、近年のことに属する。そのさい、まず、医療過誤にかかわって医師の責任がとりあげられたが、一九八〇年代に入ってから、情報提供者責任の側面から、弁護士・公認会計士・税理士等の責任が多くとりあげられるようになり、専門家の責任は、いまや損害賠償法の中心的テーマの一つになったともいわれている(5)。もつとも、そうはいっても、その研究はいまだ個々の専門家や特定の側面に関するものにかぎられており、専門家の責任を総合的・横断的に研究するものは、あまりみあたらないのも事実である。

ところで、近年における専門家の責任に関する判例と学説の発展

の背景には、専門家を取り巻く社会環境の急速な変化があると指摘されている。これは先進国に共通するところであるが、その一つとしては、まず、複雑化した社会のなかで、市民や企業が専門的知識を必要としてきており、それに伴って専門家と接触する機会が増大し、また、生活を営むうえで専門家の提供するサービスや情報に頼ることも多くなっている事実があげられる。専門家に依頼し、専門家の提供するサービスや情報への依存度が大きくなれば、当然のことながら、その責任が問題になるトラブルも増えることになるのである。また、第二に、社会の民主化と高学歴化の進行から、専門家と一般市民との間の身分的・地位的な格差がほとんどなくなっていることも指摘できよう。すなわち、専門家は専門知識の分野では尊敬を受けることがあつても、もはや不可侵な存在とは認められなくなつてきている。そして、専門家の誤りにについても、その社会的地位ゆえに責任追及できないと感じられることはなく、専門家であるゆえにミスは許されず、責任

問題になると意識されることの方が多くなつてきているのである。

### 三 専門家の責任の法的構成

医師・弁護士・建築家を含めて専門家が給付した役務が不適切であり、損害が発生した場合において、ドイツ法の下で損害賠償責任を問うための一般的な法的構成は、民法上の契約責任ないし不法行為責任であつて、このための特別法は存在していない。

専門家の責任として問題になる民法上の契約責任ないし不法行為責任は、ドイツ法も日本法とほぼ同様の帰責の構造に基づいている。つまり、契約責任では、債務者たる専門家が契約上課された義務に違反するところから債務不履行責任が問われ、また、不法行為責任では、主として、加害者たる専門家が社会生活上の義務に違反することを起点にして、過失責任が問われるのである<sup>(6)</sup>。したがつて、両責任において、義務違反の問責は共通であつて、この義務は平均的な専門家の水準に照らして設定されるため、平均的専門家が行なうことをしない場合や、逆

に、行なわないことをした場合に、責任が肯定されることになる。それゆえ、専門家であるため、普通の市民に比べて職務上高度な注意義務が要求されることはあつても、その者が属する専門家集団の平均人のレベルの注意を尽くしていれば責任を問われまいという点では、伝統的な契約責任や不法行為責任と相違するところはないといえよう。もつとも、専門家の場合には、法的な損害賠償責任を免れたとしても、職業倫理の側面で非難されるところがあるならば、所属する職能団体により制裁を受けることはありうる<sup>(7)</sup>。

このように、専門家の責任が一般の契約責任と不法行為責任に基づくものとする、当然のことながら、専門家は、契約関係にある依頼者との間では契約責任を負い、また、契約関係にない第三者との間では不法行為責任を負うものと考えられるであろう。しかしながら、ドイツ法では、請求権競合の前提の下、両責任の要件と効果に内在する制約のために、この当然ともいふべき責任構成が貫徹できず、歪んだ展開を示してい

る。すなわち、第一に、契約責任では、慰謝料請求権が認容されていないために<sup>(8)</sup>、人身被害が中心になる医師と契約関係にある患者との間の責任問題では、その大半が不法行為責任を根拠に処理されている。また、不法行為責任では、人身や物に有形的な被害を与えない純粹財産損害の賠償が原則的に否定されているために<sup>(9)</sup>、専門的知識を情報として提供したことにより弁護士等が契約関係にない第三者に損害を与えた事例では、不法行為責任を追及できず、契約責任ないし準契約責任の構成が選択されているのである(詳細は、後述四参照)。

ところで、医療過誤の領域を除外すると、ドイツにおいて専門家の責任として議論されている主要な部分は、専門家たる弁護士等が提供した情報が契約関係にない第三者に被害を与えた場合の損害賠償責任の問題にかかわっている。そして、この問題は、社会における専門家の役割と責任のあり方の変遷をもつとも顕著に反映したもものになつている。それゆえ、以下では、ドイツにおける専門家の責

任の特色を探るために、専門家の情報提供者責任の問題に焦点をあてて、検討することにしよう。

#### 四 専門家の情報提供者責任

##### (1) 専門家の職務と情報提供の

意義

現代社会における専門家の役割では、専門的知識に基づいて一定の仕事を行なうために実行し、あるいは依頼者に代わって実施するという従来からの任務のほか、依頼者自身の判断に資するために、専門的知識を情報として提供する任務の領域が急速に拡大しつつある。

ところで、専門家の法的責任という観点からみると、たとえば、医師が依頼者のために医療行為を実施し、また、弁護士が依頼者に代わって訴訟行為を行なう場合のように、専門家が依頼者のために約束した仕事を役務として提供する場合には、あまりむずかしい問題は生じないといえよう。というのは、この領域で専門家が任務遂行に失敗して負う責任は、大半が依頼者に対する関係にとどまっております。注意義務の水準設定や証

明責任等で議論の余地が残るとしても、それに対しては、民法典（以下、「BGB」という）に定める委任・雇傭・請負等の条文や不法行為の規定を大幅に修正せずに適用することが可能だからである。これに反して、近年になって

専門家の役割として大きくなってきた情報提供の領域では、専門家の責任は、困難な問題に直面することになる。なぜならば、専門家の提供する情報は、依頼者において利用されるだけでなく、第三者にも権威があるものとして伝達されて利用されることが多く、それに伴い、専門家の責任の範囲も拡張し、従来の契約責任と不法行為責任では対処できない問題も生じさせることになるからである。

##### (2) ドイツ法における情報提供者

責任の問題点

ドイツの学説上、専門家の責任として近時盛んに議論されているテーマは、情報提供者責任に関するものである。この背景には、前述したように、専門家の職務のなかで情報提供者としての役割の占める割合が大きくなるに従って、誤った情報が依頼者以外の第三者

に被害をもたらす機会も増え、その責任問題を検討する必要性が高まってきたこともあるが、より実質的な理由としては、情報提供者責任に関して法理論的に解決すべき課題が山積している事実があげられよう。

情報提供者責任に関する法理論的に解決困難な課題は、次のような事情から発生している。すなわち、第一に、この問題の解決の起点となるBGBは、情報提供者責任に関してきわめて消極的であつて、BGB六七六条は、情報提供者自体から責任が生じることを明文をもって否定し、通常の不法行為責任ないし契約責任にその解決を委ねている<sup>(10)</sup>。第二に、そのために責任根拠となる不法行為責任では、人の身体や有体物の保護が中心になつており、無形的な被害である単なる財産上の損失を保護せず、それゆえ、専門家の誤った情報提供により第三者が財産上の損失をこうむつた場合には<sup>(11)</sup>、

純粋財産損害として原則的に賠償請求不能なものとされている。また、第三に、契約責任では、純粋財産損害の賠償請求も認められて

いるが、責任の前提に当事者（加害者・被害者）間の契約関係の存在が要求されており、原則的に契約外の第三者の被害までは責任が及ばない限界が存在しているのである。

このような現行法のもつ制約に直面して、ドイツの判例法は、これらの制約の間を縫って専門家の情報提供者責任を肯定し、専門家の提供した不実な情報により財産損害をこうむつた第三者に損害賠償請求権を認容する方途を開発してきた。そして、この判例法の動向を受ける形で、学説の一部には、専門家に特有な新たな責任要件を創造する必要性を説く者も現われはじめている。

##### (3) 判例法における情報提供者

責任

これまで述べたように、ドイツの専門家の責任において、もっとも特徴的な動向を示し、議論が集中している領域は、専門家の提供する誤った情報により第三者が損害をこうむつた場合の損害賠償責任に関する問題である。この分野では、判例は、BGBが示した消極的な姿勢にもかかわらず、専門

家が与えた不実の情報により第三者に生じた損害に対して、専門家の責任を肯定しようと積極的に努めてきた。そのさいにドイツの判例法が採用した主流的な法的構成は、純粋財産損害の賠償を認容する契約責任の保護を可及的に第三者に拡張することであった。そして具体的には、以下に述べるように、①黙示的情報提供契約、②第三者に対して保護効をもつ契約、③契約締結上の過失等の法的構成が用いられた。また、契約責任と並んで、良俗違反による不法行為責任(BGB八二六条)も補充的ながら利用されている。

#### ① 黙示的情報提供契約

直接の依頼を受けず専門家が第三者に不実の情報を提供した場合であっても、両者の接触のなかから、専門家と第三者との間に黙示的な情報提供契約が締結されたと考えることができるならば、契約責任に基づいて、第三者の純粋財産損害の賠償を可能にする途が開かれる。ライヒ裁判所は、BGB施行から二年を経たにすぎない一九〇二年に、Aの所有不動産の担保による負担状況について情報を

提供するようにAから依頼された公証人Yが誤った情報を銀行Xに提供し、このためXが貸金を回収しそこねた事例において、この黙示的情報提供契約の考え方を採用した。すなわち、「当該種類の業務において、他人に助言的な役割をすることを職務にしている者が、他人がその件で信頼に値する情報を求めていることを知りつつ、その者に宛てた文書で重要な点に関する情報を与える場合には、それによつて情報を求める者との間に情報にかかわる契約を締結する」と判示したのである(12)。

この黙示的情報提供契約の考え方は、現在の連邦通常裁判所(BGH)によつても一層強化された形で採用され、専門家による不実の鑑定書作成の事例や銀行による不実の信用情報・投資助言の事例で利用されている。そして、連邦通常裁判所の裁判官の見解によれば、黙示的情報提供契約の成立要件は、(i)情報がその受領者にとつて大きな意味があり、受領者が情報を実質的な決定の基礎にしようとして意図していること、(ii)情報のも

つ意義と当該情報を受領者が決定の基礎にしようとしている事実を情報提供者が認識していること、および、(iii)情報提供者が当該情報について専門的知識を有し、かつ、情報提供において特別の信頼を受けているか、または情報提供に利害を有していること、であると整理されている(13)。

#### ② 第三者に対して保護効をもつ契約

第三者に対して保護効をもつ契約とは、契約当事者以外の第三者が契約債務者に対する給付請求権をもつことなく、信義則の要請により、契約債務者の負担する保護義務の保護領域に組み込まれることをいう。第三者に対して保護効をもつ契約が肯定されるならば、専門家Y(契約債務者)が契約に基づきA(契約債権者)に提供した不実の情報をAを介して第三者Xが入手し、情報を信じたためにXが損失をこうむつたような事例においても、XのYに対する保護義務違反による損害賠償請求権を肯定することが可能になる。だが、連邦通常裁判所は、以前には、契約債権者Aが第三者Xに対

して配慮義務を負う関係がない場合、そして両者間に利害の共通性がない場合には、Yは第三者Xに対して契約上の保護義務を負わないと解し、第三者に対して保護効をもつ契約の成立を情報提供者責任の領域で認めることに消極的な態度を示していた(14)。

これに対して、近時の連邦通常裁判所は、契約債権者Aと第三者Xとの間の利害の一体性の要件を著しく緩和し、第三者に対して保護効をもつ契約の法的構成を専門家の情報提供者責任の領域で積極的に活用するようになってきている。すなわち、専門家の提供する情報に関してAとXの間で相反する期待と希望があるにせよ、情報の正確さについて両者が共通の信頼をおいている場合には、なお、専門家Yは契約に基づく情報提供の直接の相手方であるAのみならず、第三者Xに対しても、第三者に対して保護効をもつ契約を根拠に、不実の情報から生じた損害の賠償責任を負うと解するに至っているのである(15)。

③ 契約締結上の過失  
連邦通常裁判所は、専門家の情

報提供者責任の特殊な事例で、さらに契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) の法的構成も採用している。すなわち、たとえば、A有限合資会社への投資を勧誘するパンフレットに弁護士Yが誤った情報を記載したために、それを信頼して投資をしたXが損害をこうむったというようなケースでは、専門家の専門知識を信頼の起点に位置づけるとともに、その信頼により投資家の意思決定に影響を与えたYはXに対して契約締結上の過失の責任を負うものと解している<sup>(16)</sup>。

④ 良俗違反による不法行為責任

不法行為責任のもっとも基礎的にして広範な成立要件であるBGB八二三条一項は、純粹財産損害の賠償を認めていないが、良俗違反による不法行為に賠償責任を認めるBGB八二六条は、その成立に故意を要求するものの、効果の点では純粹財産損害の賠償も許容している。それゆえ、銀行、興信所、弁護士、公認会計士等々が提供した不実の情報を信じたために第三者が投資等で損失をこうむつ

たときでも、良俗違反により故意に損害が加えられたものと評価できる場合には、情報提供者が専門家は、BGB八二六条により、被害者に生じた純粹財産損害を賠償しなければならない。

判例法は、専門家の情報提供者責任を拡げる意図をもって、ここでも責任の成立要件を著しく緩和する傾向にある。すなわち、銀行等が重過失により業務上の注意義務に違反して不実の情報を第三者に提供した場合には良俗違反があらと解され、また、不実の情報により第三者が損害をこうむる可能性を認識し、それを許容していたならば、故意があると解されているのである<sup>(17)</sup>。

(4) 学説における情報提供者責任  
連邦通常裁判所により展開された判例法は、主に契約責任に基盤をおいて、補充的に不法行為責任(BGB八二六条責任)を利用する形で、専門家の情報提供者責任を積極的に認める方向で発展してきた。これに対して、学説の多くは、専門家の責任の拡張には肯定的な評価を与えているものの、責任要件をきわめて技巧的に操作す

る法的構成については批判的な声を強めてきている。そして、判例法の成果を整理して、新たな法的構成による包括的な責任要件の創造の試みも提唱されている。

その一つは、「信頼責任 (Vertrauenshaftung)」の主張である。たとえば、信頼責任の考え方を一般的に展開したカナリスは、専門家の情報提供者責任も契約締結上の過失の理論の発展上に位置する第三の——契約責任・不法行為責任と相違する——責任類型たる信頼責任に基礎づけることができると述べている<sup>(18)</sup>。

また、第二に、専門家の情報提供者責任を不法行為法の発展線上に位置づけ、「他人の財産を保護するための社会生活上の義務 (Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens)」を肯定することでのこの問題を解決しようとする試みも主張されている。この強力な主張者であるフォン・パーは、判例法の展開からこのような不法行為要件が事実上成立していることを検証しようとするが、さらに債務法改正に関する鑑定意見書のなかでもこの問題を

とりあげて、専門家の情報提供者責任に関する新たな不法行為規定を提案している<sup>(19)</sup>。

このほかにも、ここでは紙数の関係で触れることができないが、専門家の情報提供者責任に関しては、契約責任、不法行為責任およびその中間形態、あるいは第三の責任類型と多様な根拠づけが学説により模索・検討されている。この事実からもわかるように、ドイツにおける専門家の責任は、情報提供者責任の分野で、他の責任分野と相違する独自の展開を示しており、また、適切な拡張と有効な枠付けの努力が払われているのである。

## 二 弁護士の責任

### 一 専門家としての弁護士とその責任の現状

(1) 弁護士の資格・地位と役割  
ドイツにおける弁護士 (Rechtsanwalt) は、すべての法律事務に関する資格ある助言者・代理人であり、司法の独立機関として、

自由業を営むものである(連邦弁護士法(Bundesrechtsanwaltsordnung)以下、「弁護士法」という)一条・二条・三条)。弁護士は、原則として一つの通常裁判所についてのみ職務を許可され(単数許可制(同法一八条))、高等裁判所管轄区域ごとに設置される弁護士会(Rechtsanwaltskammer)に所属する(同法六〇条)。弁護士となるためには、ドイツの国家試験に合格して裁判官の資格を取得するか、または、EC各国で弁護士資格を得たうえで弁護士適性試験に合格しなければならない(弁護士法四条)。弁護士として弁護士会に登録した者は、一九九四年において、七万四三八人である<sup>(20)</sup>。

弁護士は、自治組織である弁護士会により監督されている。専門家たる弁護士の職務義務に違反する場合には、軽いつきには弁護士会の役員会により譴責され、重いつきには弁護士懲戒裁判所(Birengericht)により懲戒されるが(同法七四条・一三三以下)、その基準となる職務義務は、弁護士法の第三部(一般条項として、同法四三条)に抽象的には定めら

れているが、具体的には連邦弁護士会が指針の形で定めるものとされている(同法一七七条二項二号)<sup>(21)</sup>。この職務義務は、第一次的には懲戒基準となる倫理的な性格を有するものであるが、弁護士の民事責任の判断基準にも影響を与えるものである。

ドイツでは、区裁判所を除いて民事訴訟では弁護士強制が行なわれ(民事訴訟法(Zivilprozessordnung)七八条)、その他の訴訟でも一般的に弁護士強制が行なわれており、さらに訴訟費用を負担する権利保護保険(Rechtsschutzversicherung)が発展しているために<sup>(22)</sup>、弁護士が一般市民の法律事務に関与する機会がわが国に比べて大きい。なお、弁護士報酬を定める法律として連邦弁護士報酬法(Rechtsanwaltsgebührenordnung)がある。

(2) 弁護士の民事責任の現状

担当した法律事務における過誤を原因として、弁護士に対して損害賠償が請求される事態は、ドイツでは近年になってきわめて増加してきている。統計的なデータではないが、たとえば、プリンツ

は、一九八六年に、平均的なドイツの弁護士は二年半に一件の割合で過誤による損害賠償請求を受けているとし<sup>(23)</sup>、また、ボルグマンらは、年間約八〇〇件の訴訟が弁護士に対して提起されていると述べている<sup>(24)</sup>。さらに、旧西ドイツ地域の弁護士責任保険の三分の二を扱っているアリアンツ保険会社によると、一九九〇年には一万二、〇〇〇件の保険金請求を処理したとしており、先の弁護士数を考え合わせると、全弁護士の約三分の一が何らかの形で弁護士活動に伴って損害賠償の請求を受けたことになる<sup>(25)</sup>。この事実からみると、ドイツの弁護士は専門家として非常に重い責任負担の下におかれている、ということができよう<sup>(26)</sup>。

## 二 弁護士の民事責任

右にみたように、ドイツにおける弁護士の不適切な役務提供に対する民事責任の追及には、大変厳しいものがある。この弁護士の民事責任追及に用いられる責任根拠は、弁護士の業務が近年になって急速に拡大していることに対応し

て、多彩なものとなってきている。すなわち、弁護士が訴訟代理人としてだけでなく、破産管財人・遺言執行人・信託の受託者・後見人等として活動し、また、単なる事務処理を超えて助言・顧問的な仕事や鑑定的な仕事を多く行なうようになるに従って、その役務の性格も変化し、それに伴って多様な責任を負うようになってきているのである。ここでは、弁護士の民事責任の全体を明らかにする余裕はないので、もっとも基礎的な責任形態について概観することにした<sup>(27)</sup>。そのさい、(1) 弁護士が依頼者に対して負う責任と(2) 第三者に対して負う責任に分けて検討するのが便宜であろう。

### (1) 依頼者に対する責任

① 責任の法的根拠

弁護士と依頼者との間には契約関係があり、弁護士の不適切な役務提供が依頼者に与える損害も純粹財産損害が中心になるため、依頼者が弁護士の民事責任を問う場合には、契約責任が根拠とされる。

依頼者と弁護士間に締結される弁護士契約は、ドイツ民法(BG

B)では委任を無償契約と定めているために、委任に分類することができない。したがって、一部の任務については請負と解されているが、通常の任務の領域では雇傭として扱われ、いづれにせよ事務処理を目的とするために、委任の規定の大部分を準用する有償事務処理契約(BGB六七五条)<sup>(28)</sup>と解されている。それゆえ、この六七五条と弁護士職務を定める弁護士法が主な根拠となつて、契約責任が問われることになる。しかし、実定法に定める職務義務は抽象的であるため、判例は弁護士の職務に即して依頼者に対して契約上負担する具体的な職務義務を形成しており、判例法の発展の著しい分野となつている。

② 契約の成立

依頼者から職務依頼を受けた弁護士は、職務を引き受けない場合には遅滞なく拒絶の意思表示をしなければならず、過失により遅滞したことにより生じた損害賠償責任を負担する(弁護士法四四条)。これは契約締結上の過失(culpa in contrahendo)による責任と解されている。

③ 弁護士契約から生じる職務義務

弁護士の責任が問題になる事例において、判例は、弁護士が負担する職務義務を具体的な事案に即して多様に設定しており、それを個々に列挙することは不可能に近い。整理した形では、次のような職務義務が認められている。

(i) 依頼者の指図の遵守義務

弁護士の任務は依頼者の利益を守ることにあり、依頼者の指図に基本的に拘束される。指図から逸脱できる場合は例外であつて、その逸脱が依頼者の利益からみて正当化できる場合にかぎられる(BGB六六五条)。ただし、専門家たる弁護士は、専門知識のない依頼者の不明確な指図や疑問がある指図に単純に従うべきではなく、むしろ後に述べる助言・教示義務を行使して、指図の明確化や変更を求めねばならない。また、依頼者の利益にとつて法的ないし経済的に決定的な影響を与える事項を実施するについては、弁護士は依頼者の具体的な指図を求めなければならぬが、そうでないかぎりにおいては、依頼者の包括的

な指図の範囲内で、最適と考えられる手段を選択する裁量権をも有している。なお、依頼者の違法な指図には従う義務はないし、むしろそれを拒絶する権利を有する(弁護士法四五条一号)。ここで問題になる依頼者の指図と弁護士の裁量権および助言・教示義務の相互関係については、患者の自己決定権と医師の裁量権および説明義務の関係に類似するものがある。

(ii) 事案説明義務

弁護士は、職務を実施するにさいして、対象となる事件がいかなるものか、事実関係を説明する義務を負う。事案を説明するために、依頼者からだけではなく、場合によっては相手方の事情聴取を含めて、必要な調査を実施しなければならぬ。

(iii) 権利関係調査義務

弁護士は、対象となる事案の解明に基づき、権利関係がどのようなものかを調査・研究する義務を負う。そのさいに、法律・判例にあたり、誤りなきを期さねばならない。公知ではないような法律について知識が要求され、また、判例については、公式判例集ほか

りでなく専門雑誌にも注目して、最新の状況を把握することが要求される<sup>(29)</sup>。

(iv) 助言・教示義務

弁護士は、依頼者に対して、事案の状況と見通しに関して一般的な・包括的かつ可能なかぎり完全な説明をなし、また、必要に応じて経済的なりリスクについても教示し、そして、もつとも安全で危険の少ないとるべき手段を助言しなければならぬ<sup>(30)</sup>。このもつとも安全で目的に合致した方法を採用することは、助言・教示の領域ばかりでなく、弁護士の職務一般に要請されている。

(v) 書類綴り作成・保管義務

弁護士は依頼された事件について書類綴りを作成し、保管する義務を負う(弁護士法五〇条)。

(vi) 守秘義務

弁護士は依頼された事件に関して知りえた事実について守秘義務を負う。この守秘義務は、刑法その他の法律によつても要請されている。

④ 職務義務違反と弁護士の契約責任

弁護士の契約責任は、前述の職

務義務違反を根拠に主に積極的債権侵害を理由とする損害賠償責任として問責される。弁護士法五一条は、この損害賠償請求権の消滅時効を請求権発生時または契約終了時から三年と定めている。もつとも、判例によれば、弁護士は自己の職務上の過誤と、それから生じる賠償請求権の存在について依頼者に教示する義務があり、この教示違反義務がある場合には、原状回復の手段として消滅時効にかかった損害賠償請求権はなお行使可能になるとされている。そのため、弁護士は、実質的には、時効を主張することが困難な状況におかれている<sup>(31)</sup>。

⑤ 責任制限

弁護士が依頼者との間の契約で免責特約を定めることについては、BGB二七六条二項（故意に関する免責特約の禁止）および約款規制法（AGBG）の制約があり、認められない。しかし、連邦弁護士会の定めた規則<sup>(32)</sup>などを根拠に、弁護士が通常加入している事件一件あたり五〇万マルクの責任保険の金額を限度に責任を負うとする責任最高限度額を約定

することは許されると解されている<sup>(33)</sup>。現在審議中の弁護士・弁護士の職務法の改訂に関する法律案は、この点を法律上明確にすることを意図して、責任保険の強制保険化と責任制限に関する規定をおいている<sup>(34)</sup>。

(2) 第三者に対する責任

弁護士が第三者に対して民事責任を負う場合としては、弁護士が誤った情報を提供したことにより第三者が損害をこうむった事例がもつとも多い。この第三者に対する情報提供者責任に関しては、すでに検討を加えたので、ここでは再述しない（前号三六頁以下参照）。そこで述べた責任は、弁護士に典型的に妥当するものである。

(3) 履行確保措置

現行法上では、連邦弁護士会が定める規則により弁護士には責任保険を締結することが義務づけられているが、これは法的義務ではない。審議されている職務法の改正法が成立した場合には、弁護士に五〇万マルクの責任保険を締結する義務を課す強制保険制度が導入されることになる。また、弁護

士は、その限度で契約により依頼者に対する責任限度額を設定することが可能になる（前掲①⑤参照）<sup>(33)</sup>。

三 建築家の責任

一 専門家としての建築家とその責任の現状

(1) 建築家の資格・地位と役割  
ドイツにおける建築家 (Architekt) は、建築施設について建築許可のための建築確認図書類の作成の権限を有し、設計 (Planung) および監理 (Bauleitung) にかかわる諸業務を実施する。建築家の資格、職務義務、および、その自治的団体にかかわる事柄は、州 (Land) の法律である建築家法 (Architektengesetz) により規定されている。建築家となるためには、原則として、大学等で専門教育を受けて卒業修了証書 (Diplom) を取得し、さらに二年程度の実務経験を積んで州の建築家名簿 (Architektenliste) に登録

することが必要である。建築家名簿に登録された者は、現在では、約七万人（うち、建築家・約六万五、〇〇〇人、屋内建築家・約三、〇〇〇人、庭園景觀建築家・約二、〇〇〇人）であり、建築物の設計・監理にかかわる建築家のうちの約三万五〇〇人がフリーランサー、約三万人が官庁・企業に雇われた建築家である<sup>(35)</sup>。

建築家は、自治組織である州の建築家会 (Architektenkammer) により監督されている。職務義務に違反する場合には、建築家会に設置される建築家職業裁判所 (Architekten-Berufsgericht) により懲戒されるが、その基準となる職務義務は、建築家会の制定する建築家職業規則 (Berufsordnung) により詳細に定められている。この職務義務は建築家の民事責任にも影響を与えるものであるが、建築家の場合には、職務義務の履行が設計・監理という仕事として現われるため、一般的には、仕事の瑕疵の側面から民事責任を問われる。

なお、建築家の報酬は、連邦レベルの法規命令である建築家・技



師業務報酬規程 (Honorordnung für Architekten und Ingenieure [HOAI]) により最高額と最低額が法定されている。

(2) 建築家の民事責任の現状

わが国では建築家の責任が問われることがきわめて少なく、その責任が問題となりうる事例でも、多くは建築請負人への責任転嫁により、設計・監理に携わる建築家の責任が不問に付されているといわれている。そして、その原因は、建築家と建築請負人の馴れ合い関係や建築家の職能に対する国民の認知度の低さにあると指摘されている。かようなわが国の現状と好んで対比されるのが、ドイツの状況である。この分野の研究者も分析・明らかにすることく、ドイツの建築家の民事責任に関する裁判例は、数量的にも多く、また内容的にも豊富である。この点からも、ドイツの建築家は、わが国の建築家よりも厳格な責任の下にあるということができよう<sup>(36)</sup>。

二 建築家の民事責任

弁護士の仕事は、訴訟遂行に典型的に現われるように、仕事の成

果が保障されたものではなく、仕事に過誤があった場合の損害も、主として純粋財産損害の形で発生する。これに対して、建築家の仕事は、その成果が建築物の完成として結実しなければならぬものであり、また仕事に過誤があった場合の損害も、建築物の欠陥や人身事故として物損ないし人損の形で発生する。このことから、責任根拠と法的構成においても、おのずから両者の間には相違がある。

(1) 注文者に対する責任

① 責任の法的根拠

注文者が建築家との間に締結する建築家契約は、仕事設計であるか監理であるか、その双方を含むかに応じて、建築設計契約、建築監理契約、建築設計・監理総合契約の三種類に分類される。この三種類の建築家契約の性質については、今日の判例は、いずれも請負契約であると解している。それゆえ、建築家の注文者に対する民事責任としては、まず、請負の瑕疵担保責任 (BGB 六三三条以下) が問題になる。また、建築家は仕事の給付にあたって注文者に対して付随的に義務も負っているた

め、付随義務違反による積極的債権侵害の責任も問題になる<sup>(37)</sup>。

② 建築家の瑕疵担保責任

建築家は、設計・監理の瑕疵に対して請負の瑕疵担保責任を負う。設計の瑕疵は、建築確認を得られない場合、建築の技術水準に達していない場合、契約の基礎とされた経済的な要求に応じていない場合等に存在する。監理の瑕疵は、施工が建築規則や設計と合致することの監督を怠ったときに存在する。

瑕疵担保責任としては、第一に、瑕疵修補請求権 (同六三三条) が問題になる。しかし、判例は、設計建築家の仕事は精神的なものにかざられているため、施工後に建築物を修補することで仕事を修補することは無意味であるとし、注文者の建築家に対する施工後の修補請求権を否定している。なお、損害賠償請求を避けるために建築家が自主的に修補をする権利があるかについては議論があるが、連邦建築家会が定める建築家契約約款においては、修補を依頼できるように建築家は注文者に要求できるとする条項が挿入されてい

る<sup>(38)</sup>。

建築家の瑕疵担保責任では、瑕疵修補請求権が大きな意味をもたないのと同様に、解除権や報酬減額請求権 (同六三四条) も、注文者の救済にとつて実質的な意味をもたない。これに対して、注文者の被害救済にもっとも大きな意義を有するのが、建築家の有責な不履行を理由とする注文者の損害賠償請求権 (同六三五条) である。すなわち、建築家は、仕事の瑕疵と密接・直接的な関係をもつ損害および近い瑕疵惹起損害については、建築物に生じた損害およびそれから派生する損害を含めて、損害賠償責任を負うのである。

なお、瑕疵担保責任の消滅時効は、仕事の引取から五年である (同六三八条)。だが、建築家は建築物の瑕疵の原因となる設計瑕疵について開示し、その結果として生じる注文者の権利について教示する義務があるために、弁護士の責任の場合と同様に、消滅時効の成立は、実質的に大きく制約されている<sup>(39)</sup>。

③ 建築家の付随義務違反による責任

建築家は、瑕疵のない設計・監理について責任を負うほかに、建築と関連する諸問題に関して必要な事実を注文者に教示し、助言する義務がある。この付随義務に違反するならば、建築家は、積極的債権侵害を理由とする損害賠償責任を負う。建築家の過誤により、教示・助言義務に違反して仕事と離れて人身損害や財産損害が注文者に発生したようなときには、積極的債権侵害による損害賠償が問題になる。このさいの消滅時効は三〇年である(同一九五条)。

#### ④ 責任制限

連邦建築家会の定める建築家契約約款のなかでは、建築家の瑕疵ある仕事に関して、原則として、軽過失の場合の責任を建築家の加入する責任保険により填補される金額に制限する旨の条項が含まれている。このような責任制限については有効と解されているが、なお約款による責任制限の細かな部分に関しては異論もある(40)。

#### (2) 第三者に対する責任

建築家の第三者に対する責任としては、第三者に対して保護効をもつ契約の形で、建築家の負担す

る保護義務が注文者と一定の関係にある第三者に拡張されることがある。そのほかにも、建築現場の危険防止措置の懈怠を原因とする事故に対する社会生活上の義務違反の責任(BGB八二三条一項)等も問題になる。しかし、建築家は、一般的には建築現場の安全に配慮する義務はなく、監理契約の内容によって建築現場の安全に責任が生じる場合に、第三者に対する社会生活上の義務を負わされることになる。なお、建築家についても、第三者に対する情報提供者責任が生じる場合がある。

#### (3) 履行確保措置

弁護士の場合と同様に、建築家会の定める建築家職業規則により、建築家は、責任保険に加入することが義務づけられている。一般的には、建築価格が一五〇万マルクまでの場合には、人損について一〇〇万マルク、その他の損害については一五万マルクの責任保険をかけるべきだとされている(建築価格が一五〇万マルクを超える場合には、その他の損害についての保険金額は三〇万マルクになる)。責任保険の特約について

は、各州の建築家会の連合組織である連邦建築家会が保険業界と協議して取り決めている(41)。

(1) Taupitz, Jochen: Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 38f. タウピッツの本書は、自由業に関する法的側面からの最初の包括的な大研究であり、注目すべきものである。なお、本文の自由業の特質は、タウピッツのあげた八つの要素を整理したものである。

(2) タウピッツの前掲書(Taupitz, a.o., S. 86f.)を参考にした分類である。

(3) 会社の従業員として雇傭されることは、特にアメリカのプロフェッショナルの概念と矛盾する要素ではないが、経済的自立性を強調するドイツの自由業の考え方は対立するものがある。

(4) ドイツにおいて「専門家の責任」という場合には、通常は、Berufshaltungの語が用いられるが、FachlehrtätigkeitやExpertentätigkeitという語も使用されている。なお、ドイツの専門家の責任では、自由業従事者のなかでも、前項にあげた④教育的・精神的職務従事者や⑤芸術的・著述的職務従事者の責任が問題とされることはなく、反対に、自由業に属さない金融業者(銀行等)の

責任を含めて論じられることが多い。したがって、専門家の責任としては、典型的な自由業に属する者の責任が問題になるとともに、それに加えて、自由業の要素を保有しないが自由業従事者と同様に専門的知識を保有している職業(従事者)の責任が問題にされているといえよう。そしてそのさい特に問題になるのは、後述するように、専門家が与えた虚偽の情報を信頼した者が財産的な処分により損失をこうむった場合における専門家の情報提供者としての責任の問題である。

(5) Eke, Werner F., JZ 1990, 688. なお、早期の総合的な研究として注目すべきものに、Mertens, Hans-Joachim: Berufshaltung, VersR 1974, 509がある。

(6) ドイツの不法行為法では、基本的構成要件の三分法から、責任の成立要件として、社会生活上の義務に違反する絶対権侵害(BGB八二三条一項)のほかに、保護法規違反(同八二三条二項)、良俗違反(同八二六条)がある。しかし、もっとも利用される不法行為規定は、社会生活上の義務に違反する絶対権侵害である。

(7) 専門家の責任は、法的な責任のほかに、専門家の属する職能団体による自治的な制裁が存在するところに、その特質がある。本誌

合研究では、法的責任に焦点を当てているために、団体による制裁については対象外におかれる。

(8) BGB二五三条参照。なお、ドイツにおける慰謝料制度については、浦川道太郎「慰謝料の比較法的研究(西ドイツ)」比較四四号二〇頁(一九八二年)参照。

(9) 純粹財産損害の意義に関しては、浦川道太郎「損害論」一九九〇年私法学会報告者グループ編・製造物責任の現状と課題六四頁(商事法務研究会、一九九二年)参照。

(10) BGB六七六条は「他人に助言または推奨をなす者は、契約関係ないしは不法行為から生じる責任を別に於て、この助言または推奨に従ったことによりその他人に生じた損害を賠償する義務を負わない」と規定し、情報提供自体から責任が生じないことを明らかにするとともに、情報提供者責任の処理を一般の契約責任・不法行為責任に委ねている。本条の成立史を含めて、ドイツにおける情報提供者責任を詳細に検討するものとして、松本恒雄「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論(1)(2)(3)」民商七九巻二号一八七頁以下・三号三八〇頁以下・四号五四八頁以下(一九七八年〜七九年)がある。なお、ドイツにおける情報提供者責任に関しては、岡孝「情報

提供者の責任」現代契約法大系(7)三〇六頁以下(有斐閣、一九八四年)、滝沢昌彦「ドイツ法における『専門家責任』」川井健編・専門家の責任一三三頁以下(日本評論社、一九九三年)も参照。  
(11) 専門家の提供する不実な情報によって第三者に生じる損害は、たとえば、専門家たる美術鑑定人の作成した誤った鑑定書を第三者が信じて偽作絵画を購入するなど、人身損害や物的損害の形をとらない純粹財産損害となつて現われるのが通例である。

(12) RGZ 52, 365.  
(13) Lang, Arno : Zur Dritthaltung der Wirtschaftsprüfer, Wpg 1989, S. 61.  
(14) 岡・前掲注(10)三一八頁参照。

(15) BGH JZ 1985, 951, BGH NJW 1987, 1758. なお、情報提供者責任における第三者に対しては、保護をもつ契約の活用拡大は、専門家の責任の分野での近年のものとも注目し値する。「センセーショナルな展開だと評されている。Damm, Reinhard: Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ 1991, S. 377.  
(16) BGHZ 77, 172.  
(17) 詳細については、松本・前掲注(10)民商七九巻四号五五〇頁以下参照。なお、Münchener

Kommentar zum BGB, 2. Aufl., § 826, Rdnr. 172ff. (Mertens, Hans-Joachim).

(18) Canaris, Claus - Wilhelm : Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten, in : Festschrift für Karl Larenz, 1983, S. 27ff. なお、情報提供者責任の分野における学説上の信頼責任の主張に関しては、松本・前掲注(10)民商七九巻三号四一四頁以下、岡・前掲注(10)三一九頁以下も参照。  
(19) フォン・パールは、BGBの不法行為規定に以下のような新たな条文を挿入するように提案する。

八二八条(営業取引におけるその他の加害)  
「故意または過失により、次の各号に掲げる行為を行なう者は、損害の範囲を予見すべきであつたかぎりにおいて、これによつて生じた損害を賠償する義務を負う」

一 職業的活動により特別の信頼を得る地位を享受し、相手方がこの信頼を主張できるにもかかわらず、財産にかかわる業務において、特定の人に不実の情報を与え、もしくは瑕疵ある推奨を行ない、または新たな知識があるにもかかわらず訂正を行なわない者」。  
v. Bar, Christian: Deliktsrecht, in : Gutachten und Vorschläge

zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S.1761. なお、この点に関しては、浦川道太郎「不法行為法改正に関するフォン・パールの立法提案」下森定ほか編著・西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究五五頁以下(日本評論社、一九八八年)参照。

(20) ドイツの弁護士制度ならびに法曹養成制度の最近の動向を報告するものとして、村上淳一「ドイツにおける法律家養成の現況」ジュリー一〇一六号七二頁以下(一九九三年)、小田中聰樹「ドイツにおける最近の法曹養成制度改革の動きとその特徴」ジュリー一〇一八号五九頁以下(一九九三年)、「ハインリッヒ・メンクハウス」「ドイツの弁護士制度」ジュリー一〇二一号八六頁以下(一九九三年)参照。なお、弁護士数は「AnwBl 1994, S. 181. の記事による」。

(21) しかし、このようなものとして連邦弁護士会により作成された規則(Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts)は、一九八七年七月一四日の連邦憲法裁判所の決定(Breyt GE 76,176)により、法規範の性格を有するものにおき換えられる必要があるとして違憲とされた。このため、現在、後述するように、新たに弁護士の職務義務を法律により詳細に定め、かつ、近年になつて著しく変

化した弁護士職務形態に対応すべく、弁護士および弁理士の職務法の改訂に関する法律草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte, BT-Drucksache 12/4993 v. 19. 05. 93) が連邦議会に提出され、審議されている。職務義務の明確化のほかにも、単数許可制の放棄等、この法律が今後の弁護士業務に与える影響は大きいものと考えられるが、詳細な紹介をここでは行なうことはできない (なお、この法律は本年七月八日に成立した)。

(22) ドイツの権利保護保険に関する最近の紹介としては、辻千晶「訴訟費用と権利保護保険」ジュリ九九七号八九頁以下 (一九九二年)。

(23) Prinz, Matthias: Der juristische Supermann als Maßstab, VersR 1986, 317.

(24) Borgmann, Brigette/Haug, Karl H.: Anwaltschaft, 2. Aufl. 1986, S. 234. 弁護士責任に関して包括的に記述する著作は、ドイツではいくつか著されているが、本書もその一つである。後述の弁護士職務義務に関しては、本書ならびに後掲注(25)のハルトシュタンの論文を参考にしたい。なお、最近の雑誌論文とし

て Hensler, Martin: Haftungsrtsiken anwaltlicher Tätigkeit, JZ 1994, 178.

(25) Hartstang, Gerhard/Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 1992, 73. アリアンツ保険会社から川井健教授に宛てられた報告書 (一九九三年八月一六日付) でも、専門家の責任については、医師責任よりも弁護士の方がリスクが大きいと指摘されている。

(26) なお、辻千晶「弁護過誤と責任保険」ジュリ九九〇号五九頁以下 (一九九一年) にドイツの弁護士業務のリスクが具体的に説明されている。

(27) ドイツにおける弁護士の民事責任を詳細に論じるものとして、滝沢昌彦・前掲注(10)一三三頁以下、岡孝「弁護士の責任」川井健編・前掲注(10)二〇七頁以下がある。

(28) BGB六七五条「事務処理を目的とする雇傭契約又は請負契約には六六三条、六六五条ないし六七〇条、六七二条ないし六七四条の規定を準用し、かつ、義務者が告知期間をおかないで告知する権利を有するときは、六七一条二項の規定も準用する」。

(29) BGH NJW 1992, 425.

(30) BGH VersR 1960, 932; BGH MDR 1961, 578.

(31) BGH NJW 1984, 2204 u. a.

Taupitz, Jochen: Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlerhaltens, 1989, S. 9ff. など、この問題について、大木満「自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について」早稲田法学会誌四四巻九六頁以下 (一九九四年) を参照。

(32) 前掲注(21) 参照。

(33) Borgmann/Haug: aO., S. 234.

(34) 前掲注(21) に引用した弁護士・弁理士職務法改訂法案で新設される弁護士法五一条 a および五一条 b により、強制責任保険と責任制限の制度が導入される。

(35) ドイツの建築家制度については、花立文字「建築家職業倫理と懲戒制度」志林八六巻二二八頁以下 (一九八八年) に詳しい。なお、建築家の登録数は、連邦建築家会の提供による Bundesarchitektenkammer: The legal and professional status of architects in the Federal Republic of Germany, S. 2 にある。

(36) ドイツの建築家の責任について分析し、本文のような指摘をする者として、日向野弘毅「建築家の責任と建築訴訟」一頁以下・五七頁以下 (成文堂、一九九三年)、『花立文字「建築設計・監理契約に関する一考察」志林八六巻三・四

号九三頁以下・八七巻三号八七頁以下・八八巻三号一八三頁以下 (一九八九年～一九九一年)、『高橋寿一「建築士の責任」川井・前掲注(10)四〇一頁以下。』

(37) 建築家の民事責任については前掲注(36)に掲示した諸論文を詳しい。本稿もこれらの論文を参考にしている。

(38) Allgemeine Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVVA) §5 Abs. 5. など、Werner, Ulrich/Pastor, Walter: Der Bauprozess, 7. Aufl., 1993, S. 512. 参照。

(39) BGHZ 77, 144. など、前掲注(31) 参照。

(40) Hartmann, Rainer, GewAhrleistung und Haftung nach den Architektenvertragsmustern der Bundesarchitektenkammer im Spiegel des AGB-Rechts, S. 337ff., in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, 1990.

(41) Bundesarchitektenkammer, aO., S. 10.

\* ドイツの専門家の責任に関しては、本研究会の代表である川井健教授より多くの資料の提供を受けた。このことに感謝し、あわせて、資料を完全には利用できなかったことについて、この場でお詫び申し上げたい。

(うらかわ・みちたろう)

# 第四章 比較法(3)——フランス

早稲田大学教授 鎌田 薫

## 一 専門家の責任の意義と特質

### 一 専門家とは

フランス語において、《profession》という言葉は、広く職業ないし事業一般を意味している。職業人は、調理人であれ、電気屋であれ、クリーニング屋であれ、みずからの職業に関して素人とは異なる専門的知識および技能を有しており、そのかぎりにおいて、これを「専門家」と称することができ。しかし、私たちがここで問題にしようとしているのは、そのような職業一般ではなく、医師・

弁護士等、高度の知見と技能を有し、その職務内容に一定の公益性が認められる専門的職能であり、フランスでは「自由専門職 (profession liberale)」または「独立自由専門職 (profession liberale et independente)」と呼ばれているものが、これに相当する。

しかしながら、フランスの民法学あるいは少なくとも債権法学の世界において、専門家であるが故に特別の取扱いを要するものとして議論の対象となってきたのは、《profession》一般であって、《profession liberale》が格別の議論の対象とされることはほとんどなかったといつて過言でない。たとえば、リペールが、一九三〇年代末に、《droit civil profes-

siennel》の構想を打ち出し、それから約一〇年後に、タンク教授が、リペール記念論文集において、《droit des contrats professionnels》という概念を提唱した

(2) のも、前世紀末以降の産業活動の飛躍的な発展に伴い、各産業分野ごとに自立的な取引慣行が形成されるとともに、事業活動に付随する事故が増大したことを背景として、産業活動の実態と事業者・消費者間の立場の不均衡を考慮したきめ細かな法律論が展開されるべきであるという認識に立脚するものであって、そこにいう《professionnel》の概念には、工業者、商業者、自由専門職および場合によって農業者に至るまでほとんどすべての事業者を含むも

のであった。

同様に、今日までの消費者保護法制を総括するものとして一九九三年七月二十六日に制定された「消費法典 (Code de la consommation)」においても「《professionnel》の語は、消費者に對置されるものとしての事業者一般を広く意味するものとして用いられている。

債権法の領域において自由専門職に一定の意味を認めたものとしては、手段債務と結果債務の区別を提唱したドゥモウグの「自由専門職に属する職業人つまり医師や弁護士のように独立して職務を執行する職業人は、手段債務しか負わない。単純肉体労働者からものと程度の高い建築家に至るまでの生業 (metier) は、一般に、結果債務を負っている(3)」という見解がもつとも著名なものといえよう。しかし、この見解は、それぞれの職業が事情に応じて手段債務も結果債務も負担しうるものであること等、さまざまな批判を受け、手段債務と結果債務の区別の

基準としては、ほとんど受け入れられるところとなっていない(4)。

このように、フランス法においては、「専門家」という語は「職業人」ないし「事業者」とほぼ同義で用いられており、「専門家の責任」に相当する《responsabilité professionnelle》という概念、あるいはこれをより具体化した《faute professionnelle》という概念も、製品事故における製造業者や販売業者の責任等も含むきわめて幅広い概念として用いられている(5)。これに対し、自由専門職の責任のみを指称する特別の概念も、これのみを独自の法理の対象とする考え方も存しないといつてよい(6)。

このように、自由専門職の責任と一般的な職業人の責任とを特に区別しないことがフランス法の特徴であり、そのことは、われわれが専門家の責任について考えるうえでも、きわめて重要な示唆を含んでいる。しかし、いずれにせよ、フランスにおける専門家責任

の中核をなし、これをめぐる議論の展開を導いてきたのは、自由専門職とりわけ公証人の責任をめぐる判例・学説であるから、本稿では、以下、自由専門職の民事責任を念頭におきつつ、フランス法における専門家の民事責任をめぐる全体的な問題状況を概観し、その後、公証人、弁護士、建築家のそれぞれに特有の問題を紹介していくこととする。

## 二 専門家の責任の法的性質

フランス法はかなり厳格な法条競合説をとっているから、専門家が職務遂行上の過誤によつて他人に損害を与えた場合には、顧客に対する関係では契約上の責任を、第三者との関係では不法行為上の責任を負うと解するのが正当であるように思われる。

しかし、フランスにおいては、古くから、専門家の責任の法的性質が争われてきた。ごく大まかにいえば、判例は、一方では、製品事故・運送事故・医療過誤等の分野で、安全義務(obligation de

securite) 概念等を通じてフォートに関する被害者の立証負担を減免させたり、不法行為訴権に課された附帯私訴の出訴期間制限を免れさせるために契約当事者の近親者等についても契約責任の追及を認めるなど、契約責任を拡張させてきたが、他方で、契約当事者に対する関係でも不法行為責任の追及を認める判例も少なくない。特に、自由専門職の責任に関しては、今日でこそ公証人の場合を除いて契約責任性を認めるようになってきたが、以前は、もっぱら不法行為によるものとされていたと指摘されている(7)。

専門家の顧客に対する責任が不法行為責任であるとされてきたことの理由はさまざまであるが、主なものとして、①専門家の責任の根拠は、当事者の合意ではなく専門家としての地位に基づいて課される法律・判例上の義務の違反にあると解されること、②不法行為責任は、無生物責任等に関する特別(一三八四条)があること、損害賠償の範囲を制限する規定(一

一五〇条)の適用がないこと、責任の減免に関する特約の効力が否定されること、遅延損害金を得るために付違滞の手續を要しないこと等の点で契約責任よりも被害者に有利であること、③専門家の義務内容は多くの場合手段債務であるから、契約責任を認めても被害者の立証負担を不法行為より軽減させたことにはならないこと等をあげることができるであろう。

学説においては、専門家の責任は専門家と非専門家との社会的関係に由来する義務の違反に基づくものであつて、契約内容を詮索することによつてその義務内容を確認しうるものではないし、明示的な契約が締結されたか否かによつて専門家の注意義務に相違は生じないこと、同一事故の被害者のうち契約当事者と第三者とで時効期間や損害賠償の範囲が異なることは妥当でないこと等を理由として、契約責任か不法行為責任かの区別に拘泥するよりも、独自の法領域を構築するように努めるべきであると見る見解が有力になりつ

つある(8)。ただし、すでに触れ  
たように、フランスにおいては、  
専門家の概念を幅広い内容をもつ  
ものとしてとらえ、広く一般に専  
門家と非専門家との社会的立場の  
不均衡の是正を図ることが法律お  
よび法律学の課題であると考えら  
れているので、ここで想定されて  
いるのも、狭い意味での専門家  
(自由専門職)の責任に関する法  
制度ではなく、製造物責任・役務  
提供者責任・約款規制等を含む一  
般的な消費者保護法制に近いもの  
であると解されることに留意する  
必要がある。

### 三 専門家のフォート

(faute professionnelle)

フランス法においては、契約責  
任であれ、不法行為責任であれ、  
フォート(故意・過失)がなけれ  
ば、損害賠償責任を負うことはな  
い。フォートの内容ないし程度に  
関して、一般に、不法行為責任の  
場合にはもともと軽いフォート  
(levissima culpa)で足りるが、  
契約責任の場合には、給付の性質

によって、軽微なフォート  
(faute légère)で足りる場合も  
あれば、重大なフォート(faute  
lourde)が要件とされる場合もあ  
るとされている。

専門家(職業人)の職務遂行上  
の過誤に関しては、古くから、重  
大なフォートがある場合にしか責  
任を負うべきではないし、判例も  
そのような見解をとっていること  
の説が主張されてきた。かつて  
は、職業活動の自由の保障や萎縮  
医療の回避といった観点から、こ  
れを積極的に支持する見解も有力  
であったが(9)、その一方で、判  
例は専門家を免責したいときには  
重大な過失がなければ責任を負わ  
ないといひ、責任を負わせたいと  
ときには最軽微のフォートで足りる  
とされているのであり、肝心なこ  
とはフォートの段階付けではな  
く、法律・判例・慣習等により当  
該専門職に要求される水準の注意  
義務を尽くしていたか否かである  
とする見解も有力に主張されてい  
た(10)。

今日では、専門家の場合にも、

当該職務に精通した専門家が尽く  
すべき注意義務を尽くしたか否か  
がフォートの有無の判断基準であ  
り、この点ではフォートの認定に  
関する一般原則と何ら異なるとこ  
ろはないと解することにほぼ見解  
が一致しているようである(11)。  
ただし、賃金労働者は、職務遂行  
上の行為について、重大なフォ  
ートまたは故意がある場合でなけれ  
ば、使用者に対して損害賠償責任  
を負うことはないものとされてい  
る。

このように、フランスにおける  
専門家の責任の基本的な考え方  
は、それぞれの職務に精通した専  
門職が、当該職務を遂行するうえ  
で尽くすべき注意義務を尽くして  
いないときには、これによって与  
えた損害を賠償すべきものとする  
ところにある。こうした観点から  
は、その職業が高度の専門的な知  
識と技能を要求するものであるか  
否かによって尽くすべき注意義務  
の内容や水準に差異が生ずること  
があるとしても、その判断枠組み  
自体に質的な相違が生ずることは

ありえないといわなければならない。  
それ故に、医師や弁護士(の責  
任も、手工業者や職業的売上の責  
任も、同じ「専門家の責任」(re-  
sponsabilité professionnelle)の  
法理で処理されるべきものと考  
えられているものと解される。

とはいえ、それぞれの専門職ご  
とに特有の問題があることは否定  
できず、そのことがまた専門家の  
責任に関する一般理論にも微妙な  
影響を与えているであろうことは  
想像に難くない。そこで、まず、  
フランスにおける専門家の責任に  
関する判例・学説の発展につき、  
医師とともに、大きな役割を果た  
してきた公証人の責任について概  
説することとしよう。

## 二 公証人の責任

### 一 公証人の責任の法的性質

公証人(notaire)は、一方  
は、(1)司法権の一部の委譲を受け  
た公の吏員としての性格を有し、

他方では、(ii)顧客の依頼に依りて幅広い業務をこなしていく自由業的性質を有している。

ところで、不法行為責任と契約責任との区別の基準として、法律上の義務に違反した行為は不法行為であり、契約上の債務の不履行は契約責任を生じさせると考えることができ、公証人職は、右の(i)の側面においては厳格な法令上の義務の下で職務を執行し、(ii)の側面においては契約上の債務を履行すべきものと解されるので、公証人の顧客に対する責任については、①前者の側面を強調して不法行為責任であると考えられることもできれば、②後者の側面を強調して契約責任であるということもでき、さらに、③具体的な業務内容に応じて不法行為責任のこともあれば、契約責任のこともあると解することも可能となる。

古くは、共和歴一二年ヴァンブーズ二五日の公証人の組織に関する法律六八条の「第六、八、九、一〇、一四、二〇、五二、六四、六五、六六および六七条の規定に

違反して作成された証書は、契約当事者全員の署名がない場合には無効であり、全員の署名がある場合には私署証書としての効力を有する。いずれの場合にも、必要があるときは、違反した公証人に対する損害賠償の請求を妨げない」という規定のうち「必要があるときは」という文言を重視して、公証人に重大なフォートがある場合にかぎって責任が生ずるものと解されていた。

しかし、判例は、間もなくこのような解釈を捨て、右の③説(二元説)を採用するに至った。そして、後にみるように、公証人の責任の中心的な部分は説明・助言義務の違反にあるところ、説明・助言義務は、当事者の合意によって生ずるものではなく、公証人の資格および公証人の職能上の義務から生ずるものと解しうるので、必然的に不法行為責任の認められる場合が多くなっているということができる(12)。

## 二 公証人の義務

公証人の義務内容は、さまざまに分類することができるが、最近の有力学説は、これを公証義務(Devoir d'authentification)と説明・助言義務(Devoir de conseil)の二つに分けている(13)。

公証義務は、公証人の職務に関する法令を遵守し、依頼を受けた証書ないし合意に適式に公証力を付与し、さらにこれに付随する登記・登録手続を履践し、証書を保管し、謄抄本を交付する義務をいう。この義務は法令上の義務であるから、これに反する場合には不法行為責任を負うことになる。

これに対し、説明・助言義務は、証書ないし行為の実体的な有効要件を充足させ、かつ、その実効性を確保させるために、当事者の能力、目的物の権利関係、公法上の規制の有無・内容等を調査し、かつ、その行為のもつ法的・経済的意味や税務上の問題等を説明し、適切な助言を与える義務である。この義務は、依頼者からの

求めがあるときにだけ成立するものではなく、公証人の地位から当然に成立するものとして、一九世紀半ば以降の破毀院判例によって確立されたものである。その法的性質については、これを契約ないし事務管理上の義務と解する説と公証人の地位に由来する職務上の義務と解する説とがあるが、後者の説が多数であり、したがって、その違反行為は原則として不法行為責任を生じさせるものと解されている(ただし、判例は、依頼者が契約責任ないし事務管理上の責任を追及することを禁じてはいない)。

公証人の説明・助言義務は、いわゆる情報提供義務のもつとも徹底したものということができ、その内容はきわめて厳格なものである。こうした厳しい義務が課されている理由は、公証人の職務が、単なる代書業務ではなく、紛争の発生を回避し、語の本来の意味での「取引の安全」を確保すること内容をとしていることによる。フランス社会において、公証人が自



由専門職の最高峰の地位を確保しているのは、公証人自身が積極的にかつ広範な責任を引き受けてきたからにほかならない。職能上の権限の拡大は、責任範囲の増大によってでなければ具体化されえないことを如実に示しているといえよう。

### 三 履行確保措置

公証人の責任はきわめて重いものであり、しかも損害賠償額も著しく高額になる可能性がある。その賠償義務の履行が確保されないときには、被害者の公証人に対する信頼は裏切られたままになってしまう。そこで、フランス法は、一九五五年五月二〇日のデクレおよび一九六六年一月二九日の法律によって、すべての公証人が保険会社との間で損害賠償責任保険契約を締結することを義務づけた。

この保険は、戦災その他の一般的な免責事項のほか、法令の禁止する行為によって与えた損害の賠償責任、担保不足によって依頼者

に生じた損失等については填補しないこととされている。しかし、こうした免責事由がある場合に被害者の損失が填補されないということでは、公証人職全体の信頼が損なわれるおそれがある。

そのため、フランスの公証人は、公証人職全体が連帯して拠出した基金によって被害者の損失を補填する集団的保証 (garantie collective) の制度を設けている。

この制度は、一九三四年一月二五日の法律によって、公証人の倒産により、その職務に関連して公証役場に寄託された金員の償還が不可能になった場合に、公証人職が連帯してこれを填補するための制度が設けられたことを端緒としている。その後、一九五五年五月二〇日のデクレ、一九五六年二月二九日のデクレ、一九七一年一月二三日のデクレ等によって、さらに発展させられて、公証人の「通常の職務の執行 (exercice normal des fonctions)」から生じた損害賠償責任も填補するものとなっている。「通常の職務」の意

義については解釈上の問題がありうるが、現在の実務においては、公証人の本来の職務以外の関連業務も包含するものとされ、また、保険契約によっては担保されない故意による加害行為に基づく損害賠償責任も担保するものとされている。担保不足によって生じた損失については法令上免責されることになっているが、判例は、依頼者保護の見地から、公証人が担保目的物の価格評価を誤った場合以外の場合(登記が遅れて抵当権の順位が劣後した場合、抵当権設定契約が無効だった場合等)には免責を認めていない。

なお、組織的には、各控訴院管轄区域ごとに、地方公証人評議会の監督の下に地方保証金庫 (Caisse régionale de garantie) を設け、それらを統括するものとして、公証人高等評議会の監督の下に中央保証金庫 (Caisse centrale de garantie) が設置されている<sup>(14)</sup>。

## 三 弁護士 の 責任

### 一 弁護士の職務と民事責任の法的性質

(1) フランスにおいて弁護士 (avocat) の民事責任が論じられるようになったのは、比較的最近のことである。

フランスの弁護士制度は、もともとイギリスや明治初年の日本などと同様に弁護士 II 代言人 (avocat) と代訴士 II 代書人 (avoué) の二元制度をとっており、訴訟当事者を代理し、訴状や準備書面等を作成するのは代訴士の仕事であって、弁護士はもっぱら法廷における弁論のみを行っていた。そのため、訴訟の不適切な遂行や依頼者への説明義務違反をめぐる民事責任問題は主として代訴士について生じ、弁護士が職務上の民事責任を問われることはほとんどなかった。

しかし、一九七一年一月三一日の法律第一一三〇号によって、

大審裁判所付代訴士および商事裁判所付代訴人 (*avocat*) が弁護士 (*avocat*) に統合され、弁護士は、すべての裁判所および司法機関において、当事者を補佐し、代理し、訴状・準備書面を作成し、弁論を行なうことができ(ただし、コンセイユデタ・破毀院付弁護士、控訴院付代訴士の専権に属する事項を除く)、かつ、原則としてすべての行政機関において当事者を補佐し、代理することができるようになった。さらに、一九九〇年一月三十一日の法律第一二五九号によって法務助言士 (*conseil juridique*) が弁護士に統合されて、弁護士は、法律相談業務や私署証書作成業務も行なうことになった。このようにして弁護士の職務の範囲は著しく拡張され、それに伴って民事責任を負うべき領域も拡大した。

(2) 弁護士の民事責任の法的性質をめぐって、かつては、これに常に不法行為責任であるとする説も有力に主張されていたようであるが、今日では、依頼者との関係

では原則として契約責任を負い、第三者との関係では不法行為責任を負うと解する説が通説的地位を占めている<sup>(15)</sup>。ただし、最近では、より実務的な観点から、契約責任と不法行為責任との間には、要件面でも効果面でもほとんど違いがないとして、両者の区別に拘泥するよりも、統一的な責任法理を構築すべきであるとする傾向も有力である<sup>(16)</sup>。

なお、弁護士嘱託契約の法的性質に関しては、職務内容に応じて委任または請負と解する説<sup>(17)</sup>と、無名契約ないし混合契約と解する説<sup>(18)</sup>があるが、いずれにしろ、弁護士の債務は原則として手段債務であると解されている<sup>(19)</sup>。また、民法典二二七七条の

一が、訴訟代理権限を有する者に対する民事責任訴権はその事務の終了の時から一〇年の消滅時効にかかる旨を定めているので、契約責任か不法行為責任かを論ずる実益は小さいものになっているといえることができる。

## 二 弁護士の注意義務

(1) 弁護士の民事責任は、契約責任であれ、不法行為責任であれ、①フォート、②損害、③因果関係の三つを、その成立要件とする。このことは、民事責任の一般原則から当然に導かれることではあるが、一九七一年一月三十一日の法律二七条は、これに重ねて、弁護士は職務の執行にさいしておとしたネグリジェンスおよびフォートについて責任を負う旨を規定している。

この場合のフォートは重大なものであることを要せず、その成否は職務に精通した弁護士に期待される注意義務の水準を基準として抽象的に評価される<sup>(20)</sup>。

なお、訴訟における戦術の選択は弁護士の専権に属するので、それ自体について責任を問われることはないし、訴訟の結果についても責任を負わないのが原則である。また、訴訟に関連する名誉毀損については損害賠償責任を負わないものとされている<sup>(21)</sup>。

(2) 弁護士の果たすべき具体的な義務の内容は、当事者から依頼された業務によって異なるが、民事責任との関係では、これを、①説明・助言義務 (*devoir de conseil*)、②善管注意義務 (*devoir de prudence*)、③忠実義務 (*devoir de diligence*) の三つに分類するのが一般的である<sup>(22)</sup>。

これらの義務の相互関係は多少曖昧であるが、説明・助言義務が適切な説明・助言を与えることによつて依頼者の意思形成に影響を及ぼすという積極的な義務であるのに対し、善管注意義務は依頼事項の枠内で事務を処理するにあつて依頼者および第三者に損害を与えないようにする消極的な義務であり、説明・助言義務や善管注意義務が依頼事項に付随する義務であるのに対し、忠実義務は依頼事項を直接に実現するものである点で、それぞれが区別されていると理解してよいようである。

(ア) 説明・助言義務 弁護士は、依頼者との間に明示的な合意がない場合であっても、依頼者に

対し、その権利状態やとりうる法的手段のすべてを説明し、適切な助言を与える義務を負う。この義務の根拠は、弁護士（代訴士）委嘱契約に付随する黙示の合意等に求められてきたが、新民事訴訟法典四一一条によって、助言義務に關する判例の集積を前提として、訴訟に關して当事者を補佐する職務には助言をする義務と権能とが含まれている旨の明示的な規定が設けられ、弁護士が特約等によつてこの義務を免れることはできないものと解されている。私署証書の作成や法律相談等の裁判外の法律事務に關しても、同様に、必要な事項について調査し、説明し、適切な助言を与える義務を負うものとされている。

説明・助言義務の具体的な内容は、依頼者の言動、その社会的地位、問題の難易性、調査のために与えられた時間等によつて変化しうるものと解されるが、判例に現われた事例としては、誤った情報を与えた場合のほか、出訴期間の制限その他依頼者の権利を保全す

るために留意すべき事項について適切な説明を与えなかった場合、私署証書の作成や法律相談にあつて当該取引の危険性について説明を怠つたり、取引の有効性と実効性を確保するための適切な措置をとらなかつた場合等がある。これに對し、弁護士が助言を与えた時点ではその後の判例や立法の展開を予見しえなかつたときは、結果的に助言の内容が誤つていたとしても、弁護士にフォートはないものとされている。

(イ) 善管注意義務 第三者に對する關係では、濫用的な訴えを提起した場合、誤つた不動産について執行をした場合、動産執行が容易に行なえるのにあえて不動産執行をした場合、無資力者の代理人として競落をした場合等に弁護士の善管注意義務違反を理由とする損害賠償責任が認められている。依頼者との關係では、依頼事項を無視し、または依頼の範囲を超えた活動をして依頼者に損害を与えた場合に損害賠償責任が認められている。

(ウ) 忠実義務 弁護士は、依頼者の利益を護るために必要なすべての訴訟行為を、みずからのイニシアチブにおいて、遅滞なく実行しなければならぬ。訴状その他の書面の提出を怠つたり、口頭弁論期日に欠席した場合や、控訴期間その他の法定期間を徒過した場合等に、忠実義務違反を理由とする損害賠償責任を負う。

### 三 損害の確實性

弁護士にフォートがある場合、これによつて生じた損害は、財産上のものであれ、精神的なものであれ、賠償の対象となる。しかし、その損害は、確實かつ現実のものでなければならぬ。したがつて、たとえば、弁護士の懈怠によつて訴訟をなしえなかつたが依頼者の主張にはまかつた理由がない場合、欠陥商品の買主の弁護士が製造者に対する訴求を怠つたが売主から損害の賠償を得られる場合等には、依頼者に現実の損害はないものとされ、損害賠償請求権は成立しない。

しかし、訴訟の結論を確實に予測することはきわめて困難であるから、損害の確實性を嚴格に要求するときには、弁護過誤の被害者の救済が不十分になるおそれがある。そこで、このような場合には、勝訴あるいは上級審による判決変更の可能性が相当程度の蓋然性をもつて認められるときには、その機会を喪失したこと自体は確實であると認められるので、いわゆる「機会の喪失 (perte d'une chance)」の法理を適用することにより、被害者の救済が図られている<sup>(23)</sup>。この場合の損害賠償額の算定は事実審裁判官の専権事項であるが、勝訴の可能性がほとんど認められないような事件について、千フランあるいは二千五百フランといった名目額の支払が認められている例も少なくない<sup>(24)</sup>。

### 四 履行確保措置

代訴士については一九四五年のデクレによつて職能団体による集団的履行確保措置がとられていたが、弁護士については、一九五四

年のデクレが資産管理を引き受けた弁護士について損害担保契約の締結を義務づけたほかには、一般的強制保険制度は存在していなかった。しかし、一九七一年に弁護士と代訴士の制度が統合されるにあたって、依頼者および第三者の保護のために、すべての弁護士は、個人または団体で、弁護士およびその補助者の職務上の懈怠による民事責任を担保するための保険に加入することを義務づけられ、これと先述の損害担保制度に由来する預託金返還担保制度と併存することになった。

#### 四 建築者の責任

(1) 建築家 (architecte) は、契約の相手方である施主に対し、①普通法上の契約責任および②工作物の瑕疵に関する担保責任を負う。

右の①と②の責任の関係については、工作物の受領前に損害が発生見され責任が追及される場合には①の契約責任を、受領後は②の担

保責任を追及するのが原則であるとする説が有力なようであるが、判例には、受領後に普通法上の契約責任の追及を認めるものも少なからず存在し、両者の競合を認める傾向にあると指摘されている<sup>(25)</sup>。

(2) 普通法上の契約責任に関しては、建築家の債務の性質が問題となる。原則として、建築家の債務は結果債務であり、建築家の側で損害の発生は外部原因によるものであることを証明しない限り損害賠償責任を免れることができないが(民法典一一四七条参照)、後述の説明・助言義務、行政庁の許可を得る義務、工事監理義務等は手段債務であり、債権者の側で建築家のフォート<sup>(26)</sup>を証明しなければならぬものとされている。建築家と施主との契約関係はさまであり、設計から工事監理までのすべてを引き受けることもあれば、開発業者の指揮のもとでごく一部の設計業務を引き受けることもあり、当然のことながら、みずから引き受けた業務の範囲

内でのみ契約責任を負う。ただし、その業務の範囲内においては、施主からの依頼の有無にかかわらず、当該建築計画または工事の危険性や不都合等について、施主に理解可能なかたちで説明および助言を与える義務を負う。

この説明・助言義務 (devoir de conseil) は、比較的最近になって、判例上認められるようになったものである。当初は、主として建物や工事の安全性に関連する建築技術上の助言が求められていたのが、次第にその範囲は拡張され、建築費用、施工業者や建築材料の選択、完成建物受領時の瑕疵の有無、さらには地役権や都市計画規制等の法律問題についても適切な説明・助言を与えるべきものとされるようになった<sup>(26)</sup>。このような責任の厳格化の傾向は一九七七年一月三日の法律によつて建築家の職業上の独占権が名実ともに確立されたことと無関係ではないとする指摘がある<sup>(27)</sup>。

なお、普通法上の契約責任を免

除または軽減する特約は原則として有効であるが、本質的債務を免除する特約は無効であり、重過失がある債務者が免責約款を援用することも許されないものとされている。

(3) 一九七八年に改正された民法典一九九二条以下の規定は、施主の保護のために、建物の瑕疵については建築者 (constructeur) が法律上当然の責任を負い、建築家は、施工業者、販売業者等とともに、ここにいう「建築者」に含まれるものと定めている。建築には多数の者が関与し、誰の過誤によつて瑕疵が生じたかを特定することが困難なため、施主との関係では、関係事業者全員にフォートを推定し、それらの者が連帯して責任を負うべきものとする趣旨である。建築者は、当該損害が外部的原因に起因することを証明したときにはこの責任を免れることができるものの、この責任を排除または制限する特約は効力を有しないものと定められている。

なお、一九七八年法は、建物の

瑕疵によって被害を受ける可能性のある施主に損害保険契約の締結を強制する——保険会社から建築者に對する求償権を認めることで建築業界を《moraliser》するとともに、建築者に賠償責任保険を強制する（それ以前は、建築家についてのみ賠償責任保険が強制されていた）——ことよってリスクの社会化を図るという特色のある制度を設けていることでも注目されている(27)。

(4) 建築家の過誤によって第三者に損害を与えた場合には、第三者は、その不法行為責任を追及することができ、建築家の不法行為が成立する場面としては、隣家にはみ出して建物が建てられたり、映画館の設計ミスにより隣家が騒音にさらされることになった事例のように設計のコンセプトに過誤がある場合と、工事監理の過誤によって隣家に損害を与える場合が代表的なものである。

この他に、判例は、たとえば瑕疵のある建物の賃借人等が、第三者のためにする契約の法理を援用

することにより、施主が建築者に對して有する瑕疵担保訴権を行使することを認めている(28)。

## 五 むすび

フランスにおける専門家(自由専門職)の民事責任の特色は、説明・助言義務の拡充にあるといつてよい。

この義務は、一八七二年四月二日の破毀院民事部判決(D. 1872. 1363)が公証人についてこれを認めて以来、その適用領域と内容を拡張してきた。

その成立の根拠は、依頼者は専門家を信頼するが故に専門家に事務処理を依頼するという事実それ自体に求められるべきである。そして、まったくの素人である依頼者についてみれば、どのような事項についてどのような助言を受けなければよいかということさえわからないのであるから、情報の提供についての明示的な合意がある場合のみ義務が発生するといった考え方にはそもそもなじみ難い

し、専門家のイニシアチブにおいてこの義務の減免に関する特約を締結させることも不適切である。したがって、この義務は、本来的に、明示的な合意なしに発生し、原則として免責約款の効力が否定されるべき性格を有しているといえよう。

このような特色に着目するかぎりには、情報量に圧倒的な格差があり、一方が他方を信頼して契約関係に入らざるをえない場合には、共通に同種の義務の存在が認定されるべきであり、自由専門職に特有の問題ではないと考えるべきことになる。それゆえに、この義務は、契約締結前の情報提供義務(obligation d'information, obligation de renseignement)との境界を不分明にしつつ、その適用範囲を拡張し、弁護士、医師、建築家、銀行、不動産仲介業者等の各種役務提供者のみならず、物の質貸人や売主などにまで適用されるに至っている。

また、説明・助言義務の右に述べたような性格は、安全義務ない

し安全保護義務(obligation de sécurité)と類似し、分業化の進んだ現代社会に特有の新たな法律問題を象徴するものとして、今後ますますその重要性を増していくものと思われる。

(1) G. RIPERT, *Ebauche d'un droit professionnel, Mélanges CAPRANT*, 1938, p.677 et s. その概要を紹介するものとして、中村勝信「フランスにおける職業責任」中央大学大学院研究年報一七号一—二(一九八八年)三二頁以下、須永醇「フランス法における専門家の責任」川井健編・専門家の責任(一九九三年、日本評論社)一六二頁以下等がある。

(2) A. TUNC, *Ebauche d'un droit des contrats professionnels, Etudes offertes à G. RIPERT*, t. 2, 1950, p.136 et s. 中村・前掲注(1)三三頁以下、須永・前掲注(1)一六三頁以下参照。

(3) R. DEMOGUÉ, *Traité des obligations en général*, t. V, 1925, n° 1237.

(4) G. VINET, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions*, 1982, n° 540.

(5) Voy. Phle TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., 1982, n° 1373 et s. 須永・前掲注(1)一

六五頁以下参照。

- (6) 自由専門職を主たる検討対象とするものとして R. MARTIN, *La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales*, thèse Lyon, 1934; J. SAVATIER, *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, thèse Poitiers, 1947. 著者は、これを他の専門家責任と別体系のものとみるべきだとおぼしめるべきであると述べられている。
- (7) H. L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol, *Obligations, théorie générale*, 8<sup>e</sup> éd. par F. CHABAS, 1991, n° 462.
- (8) 前掲の RIPERT, TUNG, VINEY の著作のほか P. SERUOOTEN, *Vers une responsabilité professionnelle? Mélanges Hazeaud*, 1981, p. 805 et s. 参照せよ。
- (9) L. JOSSERAND, *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, *D.H.* 1939, *Chr.*, p. 29 et s.; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 790.
- (9) G. RIPERT, *op. cit.*, p. 688.
- (11) なるべき H. L., J. MAZEAUD & F. CHABAS, *loc. cit.*; H. L., MAZEAUD & A. TUNG, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6<sup>e</sup> éd., 1965, n° 503 et s.
- (12) J. de POURQUERET, *Juris-Classes, Responsabilité civile*, Fasc. 420-4, 1993, n° 1 et s.; J.-L. AUBERT, *Responsabilité professionnelle des notaires*, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n°s 20 et 21.
- (13) J. de POURQUERET, *La responsabilité civile et disciplinaire de notaires*, 1974, n° 13 et s.; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 48 et s., 44<sup>ter</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 810 et s., 33<sup>ter</sup>.
- ① 適法な証書を作成する義務 ② 近事者の同一性を確認する義務 ③ 同意の内容を精確に記述する義務 ④ 方式遵守義務 ⑤ 説明・助言義務 ⑥ 委任契約および事務管理上の義務 ⑦ 守秘義務等に分類しつづる。これらの義務の具体的な内容を紹介する邦語文献として、井上治行「フランスにおける公証人の民事責任」公証法学一号（一九七二年）一三〇頁以下、西澤宗英「公証人の職務上の責任—フランスの場合」公証法学一七号（一九八八年）一頁以下がある。
- (14) 保険および集团的補償の制度について詳しくは J. de POURQUERET, *La responsabilité civile et disciplinaire de notaires*, n° 241 et s.; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 87 et s. 等を参照された。
- (15) H. L. & J. MAZEAUD & F. CHABAS, *loc. cit.*
- (19) Voy. Y. AVRIL, *La responsabilité de l'avocat*, 1981, n° 4 et s.
- (17) Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1672.
- (18) R. SAVATIER, *Les contrats de conseil professionnel en droit privé*, D. 1972, chr. 149, n° 29.
- (19) Ph. Le TOURNEAU, *loc. cit.*; G. VINEY, *op. cit.*, n° 547; M.-A. PENNO, *Juris-Classes, Responsabilité civile*, Fasc. 330, n° 21 et s.
- (20) H. L. & J. MAZEAUD & F. CHABAS, *loc. cit.*; G. VINEY, *op. cit.*, n° 599; G. FLECHEUX & F. FABIANI, *La responsabilité civile de l'avocat*, *JCP*, 1974, I, 2673, n° 11 et s.
- (21) H. L. & J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, n° 463.
- (22) Y. AVRIL, *op. cit.*, n° 13 et s.; J. HAMELIN & A. DAMIEN, *Les règles de la profession d'avocat*, 7<sup>e</sup> éd., 1992, n° 533.
- (23) Y. AVRIL, *op. cit.*, n° 55 et s.; M.-A. PENNO, *op. cit.*, n° 59 et s.; H. L. & J. MAZEAUD & F. CHABAS, *op. cit.*, n° 412.
- (24) Y. AVRIL, *op. cit.*, n° 81.
- (25) G. LIET-VEAUX, *Juris-Classes, Responsabilité civile*, Fasc. 355-1, n° 11. なお、古軸藤介「フランス法における『建造者の契約責任』—その発展と一九七八年一月四日法によるフランス民法典の改正について」(2) 成蹊法学三二二号（一九九一年）六八頁以下、同「フランス法における一九七八年法による改正後の『建造者の契約責任』」日仏法學一八号（一九九三年）二六頁を参照せよ。
- (26) G. VINEY, *op. cit.*, n° 505; B. BOUBU, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, 1991, n° 135 et s.
- (26) G. LIET-VEAUX, *op. cit.*, n° 8.
- (27) G. VINEY, *op. cit.*, n° 28 et 47.
- (28) Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1520; G. LIET-VEAUX, *op. cit.*, n° 63.

(かまた・かき)

## 第五章 役務提供者責任に関するEC指令案

早稲田大学教授 浦川道太郎

### 一 はじめに

消費社会が発展した先進諸国においては、取引の客体は、有体物から次第に無体的な役務（サービス）に重心を移行しつつある。EU（ヨーロッパ連合）でも、この傾向が顕著であり、取引全体に占める商品と役務の割合はすでに逆転し、加盟国の国民総生産の三分の二は役務取引によるものといわれている（1）。

ところで、EUは、わが国の製造物責任法のモデルになった「欠陥製造物についての責任に関する加盟国の法律、規則及び行政規定の調整のための閣僚理事会指令」（2）を採択し、有体物たる動産

（製造物）を対象に、製品事故被害に関する加盟国の損害賠償責任ルールを統一することに成功した。このような状況の中で、先に述べた取引における重心の移行を考え合わせると、次の段階として、役務に関する事故被害の法的責任の調整を目指す動きが現れることは、当然のことであるといえよう。この試みとしてEC委員会により示されたものが、「役務提供における責任に関する閣僚理事会指令のための提案」（以下、「役務提供者責任指令案」と省略し、「EC指令案」ないし「本指令案」という）（3）であった。

本指令案は、役務の提供に際して発生する人損や物損の損害賠償に関わる責任ルールを定めるものであるが、責任主体の側面からみるならば、役務提供者の責任を規定するものである。そしてそれは、後述するように、賠償の範囲との関係で一定の限定があるものの、依頼に応じて専門知識に基づく役務（サービス）を提供する専門家の責任とも大きな関係を有するものでもある。そこで、本稿では、EUで構想されている役務提供者責任指令案について紹介するとともに、それに関わって特に専門家の責任との関係で生じている議論について検討することにした

い。

### 二 役務提供者責任に関するEC指令案

#### 一 EC指令案の成立過程

一九八五年の製造物責任に関するEC指令（2）により、欠陥製品事故に対して厳格な責任を導入した後に、EC委員会は、欠陥役務（サービス）に対しても、製造物責任と同様に統一的な責任ルールをEU全域内に施行する努力を開始した。これは、加盟国内の取引において商品（製造物＝動産）取引と役務取引のもつ重要性が完全に逆転し、現在では役務取引が国民総生産の三分の二を占めるに至っていることに配慮し、域内市場の確立のために、役務取引の不均衡な競争条件を解消し、加盟国間で異なる消費者保護の水準を調整する必要性を認識したためである。

このEUレベルでの役務提供者責任の規制の試みは、EC委員会が一九八九年一月二日にプリ

ユツセルで公聴会を開催し、招集した加盟国の政府代表と関係諸団体に指令の予備草案 (Vor-entwurf) を提示したことで、公然たるものとなった(4)。そしてEC委員会は、一九九〇年四月二七日にフランス語の予備草案を公表して、より詳細な内容を明らかにした。

予備草案は、次のような内容であった(5)。

① 責任の対象としての役務の定義 責任の対象となる役務とは、動産の製造行為または物権・知的所有権の移転行為を除く、営業活動ないし公益事業の枠内で提供される給付をいう。ただし、家の設計・建築ならびに主催旅行は責任の対象から除外される。また、指令と同等の保護を保障する無過失責任原則に基づく補償基金を加盟国が設けるならば、医療も除外される。

② 責任原則 欠陥ある役務を提供した場合に役務提供者が無過失責任を負う。役務の「欠陥」とは、製造物責任における「欠陥」の定義を模範とし、健康および身体の不可侵性・物の不可侵性の観点から期待

される安全性を役務が提供しないことを指す。また、人損・物損が役務提供の際、あるいは役務提供後一年以内に生じた場合には、役務の欠陥が推定される。この欠陥の推定は、人身の保護のための強制的な行政規定に違反して役務提供がおこなわれる場合にも生じる。

③ 賠償される損害の範囲 慰謝料を含む人損と物損について損害賠償義務が生じる。製造物責任に関するEC指令のような最高責任限度額の定めはない。

右にみるように、役務提供者責任に関する予備草案は、役務の欠陥を要件とする無過失責任を採用するなど製造物責任に関するEC指令ときわめて近似する内容であり、一定条件の下に欠陥を推定すること、さらに消費者寄りの立場を強める内容であった。

しかしながら、役務を製造物と完全に同一の仕方では規程せず、完全な同一の仕方で規程せんとするEC委員会の態度に対しては、強い異論が唱えられた。

たとえば、逸早く予備草案の内容を紹介した、ドイツ教授は、以下のような批判をおこなっている。

すなわち、製造物責任の対象である製造物には大量生産や製造者が分かりにくいなど要素があり、それが厳格な無過失責任を基礎づけたが、これに対して、役務にはそのような要素が欠けている。それゆえ、製造物責任とパラレルに役務提供者責任を考えることはできない。さらに、法益侵害に媒介されて損害が生ずるとの形式を採用せず、欠陥役務により損害が生ずるとするフランス式の責任要件を採用することで、予備草案は、賠償対象となる損害の限定を困難にしている。また、そもそも国境を越える役務取引はあまり考えられないために、役務提供者間の競争条件の均質化を云々することは難しく、欧州共同体設立条約(ローマ条約)を根拠に統一的な役務提供者責任の導入を構想することは難しいのではないかと、というのである(6)。

EC委員会は、このような批判に配慮して再検討を加えたが、結論的には予備草案の責任原則に大きな変更を加えて最終的なEC指令案を作成し、一九九一年一月に

加盟国政府、欧州議会および閣僚理事会に送付して、EUの正式な立法手続に乗せた。

## 二 EC指令案の内容

EC委員会により作成され立法手続に移された役務提供者責任に関するEC指令案(7)は、前文と一三カ条よりなるが、予備草案を骨格において引き継いではいないものの、責任原則に関しては大きな修正が加えられている(なお、役務提供者責任指令案の前文を除く条文の翻訳を後掲「資料」として掲げた)。

### (1) 法的根拠 (EUの立法権限)

指令案に付された理由書(Begründung)によると、本指令案は、欧州共同体設立条約一〇〇条A(1)に根拠をもつものであり、役務提供者の責任基準をEU全域で同じものにするにより、各国の役務提供者の競争条件を同一にし、域内市場で営業を広く展開しようとする役務提供者にとって投資の阻害要因を除去する目的があるとしている。また、このこと



は、国境を越えて役務の提供を受ける消費者の保護を促進するものであり、消費者がどこに居住するかを問わず同一の責任基準で保護されることは、域内市場の確立にとつても意義があると述べている(8)。

(2) 対象となる役務

本指令案では、対象となる役務が定義されている(指令案二条)。役務を提供する者が責任者である(指令案一条一項)ために、「役務」概念は、役務提供者責任の客観的範囲と主観的範囲を画定する重要な要素である。

本指令案の定める役務提供者責任の対象となる役務は、製造物責任によりすでに把握されている物を製造する行為、および物権・著作権を譲渡する行為を除外するが、きわめて広範囲に及んでいく。つまり、営業活動ばかりでなく公益事業の枠内で提供されるものも含み、有償のみならず無償の給付行為をも含んでいる。

ただし、その特殊性ゆえに、警察や刑務所など公共の安全維持のための公務、ECが別に規定を設

けている(あるいは設ける予定の)主催旅行(パック旅行)(9)・廃棄物に関わる役務(10)、および、航空交通や陸上運送のようにすでに加盟国やECが批准している国際的な協定により定められている役務については、例外的に対象から外されている。

(3) 責任原則

予備草案が欠陥を要件とする無過失責任を採用していたのに対して、EC指令案は、過失責任主義に立脚している。すなわち、指令案の一条一項は、「役務提供者は、故意または過失により(11)役務提供に際して人の健康および身体的完全性ならびに役務提供の対象物を含む動産または不動産の完全性に生じた損害について責任を負う」と定める。

この「故意または過失」(有責性 [Verschulden [独語]・fault [英語)])の有無に関する判断では、役務提供者の行為が通常か予想見できる条件の下で正当に期待できる安全性を確保していたかどうかを考慮しなければならぬ(指令案一条三項)。また、役務を

提供した時点以降に、当該役務よりも優れた役務が存在し、あるいは、優れた役務の可能性があった事実だけでは、「故意または過失」があつたと判断してはならない(同一条四項)。

このように指令案は過失責任主義に戻ったものの、「故意または過失がないことを証明する責任は、役務提供者が負う」とし、過失の証明責任を役務提供者に課した(同一条二項)。したがって、被害者は、損害、および役務提供と損害との間の因果関係については立証しなければならないが(同五条)、専門的な知識に欠如していることや事故により証拠になる役務提供の対象物が通常は消滅してしまう困難な状況が顧慮されて、役務提供者の過失を証明する必要はないものとされている。

(4) 責任者

前述したように、指令案二条により定義された役務を提供する者が責任者である。責任者たる役務提供者は、自然人ばかりでなく法人をも含む。公益事業が問題になる場合には、国や公共団体も責任

者になる。

役務提供者が独立した下請負人により実際の役務提供をさせる場合には、下請負人も、役務提供者とならんで役務提供者責任を負う。これに対して、役務提供者が代行者や従属的な仲介者を用いて役務提供をする場合には、代行者・仲介者を使用する役務提供者が責任者となる。もつとも後者の場合において、責任者たる役務提供者がEC域外に居住している場合には、——本来の役務提供者の責任に影響なく——代行者や仲介者が本指令案による責任を負担する(指令案三条)。

(5) 賠償される損害の範囲

賠償範囲に入る損害の画定については、フランス法式の損害賠償の考え方を採用したため、若干複雑な規定となっている(指令案四条)。

まず第一に、人の健康または身体的完全性の毀損、および役務提供の対象物を含む動産・不動産の完全性の毀損が賠償の対象となる損害である。人や物に有形的な損害を与えず、経済的な損失だけが

生じる純粹財産損害は、賠償の対象外である。したがって、医療過誤をおかした医師や医療機関は、本指令案の責任に服することになるが、弁護過誤をおかした弁護士は、身体・財物に有形的な損害を与えず、財産状態の上でマイナス（純粹財産損害）を依頼者に与えるにとどまるために、本指令案の責任を負わない。このため、故意・過失ある役務提供により一般に財産的な損害だけが生じるような職業である弁護士、公認会計士、弁理士、投資顧問業者などの助言的な業務については、本指令案の責任は、実質的に及ばないものといえよう。なお、人損において慰謝料を賠償の範囲に含めるか否かは、加盟国の法律に委ねられる。

第二に、賠償の範囲は、直接的な損害に限られる。それゆえ、手術の失敗を苦にした自殺や、屋根の修繕が不完全なために家屋の賃貸借契約の機会を逸したことによる損害などのように、人・物の完全性の毀損と直接的に関連がない後続損害は、本指令案の下では賠

償されない。

第三に、物損においては、製造物責任に関するEC指令と同様に、個人的使用・消費のための物であり、現実に個人的に使用・消費されていた物に生じた損害に限って賠償請求が可能になる。

#### (6) その他の実体的規定

役務提供者と第三者の過失の共同により損害が発生した場合に、被害者の損害賠償は減額されないが、被害者の過失が共同するときは、過失相殺により賠償額が減額されるか、責任が免除される（指令案六条）。

本指令案の責任を免責し、あるいは制限する契約上の特約（減・免責特約）は無効とされる（同七条）。

本指令案の下で複数の者が責任を負う場合には、それらの者の賠償責任は連帯債務となる（同八条）。

本指令案に基づく責任に関する損害賠償請求権は、役務提供の時点から五年間で消滅する。いわゆる責任期間の定めである。これに対して、損害賠償請求権の消滅時

効期間は、被害者が損害と役務、および役務提供者を知りまたは知りうべかりし時から三年である。ただし、建物の設計・施工に関わる役務提供では、これらの期間は、それぞれ二〇年と一〇年に延長される（同九条、一〇条）。

#### (7) 経過規定と国内法の施行

本指令は、施行以前に提供された役務については適用がない（指令案一条）。また、加盟国は、一九九二年二月三十一日までに、本指令に即して国内法を施行するように義務づけられる（同一条）。もともと、指令案が閣僚理事会により今日に至るまで採択されていないために、この日付は意味を失っている。

### 三 EC指令案に対する反響と批判

前節で内容を概観した役務提供者責任に関するEC指令案は、現段階では、EUの立法手続に付されている。本指令案は、欧州共同体設立条約一〇〇条Aを根拠に提案されたものであるため、立法手

続としては、欧州議会および経済社会評議会との協議を経て、閣僚理事会において議決されねばならない<sup>(12)</sup>。しかし、筆者が今日までに入手した情報では、経済社会評議会においては、小差をもって提案が否決されたといわれ<sup>(13)</sup>、欧州議会内でも意見は別れている状況である<sup>(14)</sup>。また、指令案が通告されたEU加盟国内にも消極的な意見は多く、たとえば、ドイツ連邦共和国では、連邦参議院は指令案に対してすでに反対を表明し、連邦議会内の委員会での審議でも否定的な見解が多いといわれている<sup>(15)</sup>。そしてEC委員会は多くの消極的な意見に直面して、後述するように、新たな提案を考慮しているとも伝えられている。

このような審議経過を総合するならば、本指令案が閣僚理事会により採択される目処は全くたっていないといつてよいであろう。これは、役務提供者責任に関するコセンサスが関係者間でいまだ得られていない証左であるが、この間に示された批判的見解をながめると、本指令案が抱える問題

点が明らかになるものと思われる。そこで、以下では、専門家の責任と関わる批判に焦点を当てて、役務提供者責任指令案の問題点を検討することとしたい。

### 一 役務提供者責任の法制化とEUの立法権限

ところで、EC委員会が役務提供者責任に関する指令案を企画した背景には、前述したように、有体物たる動産（製造物）に対して製造物責任に関するEC指令を採択して、加盟国間の法的調整と消費者保護の増進に成功した事実が存在している。ハードな製造物に関わる事故被害の分野で消費者保護を達成したのであるから、第二段階としては、ソフトな役務（サービス）に関わる事故被害を対象にして消費者保護を推進させようという考え方である。しかしながら、役務に関する責任を加盟国間で調整することが、製造物責任を調整したと同様に、域内市場の確立と消費者保護の観点から不可欠なものであるかという疑問が示されている。すなわち、本指令案の

対象となる医療や建築などを考えると、それは、製造物のように国境を越えて流通する性質を有しておらず、むしろ一国の地域内で役務提供者から市民に提供される性格を持っている。したがって、役務提供者（医師、建築業者、建築家等）間で国際的競争が問題になることは、特殊な場合を除いてほとんど考えられず、また、消費者側からみても、役務提供者責任のルールに加盟国間で相違があるために保護の面で不都合があるとも認められない。そう考えるならば、「域内市場の確立および運営」のために閣僚理事会の立法権限を認める欧州共同体設立条約一〇〇条Aを根拠に本指令を制定すること自体が可能であるかという、根本的な疑念すら生じることになるのである（16）（17）。

### 二 指令案の内容に関わる疑問と批判

(1) 全体構想に関わる疑問  
役務提供者責任に関わる本指令案は、賠償範囲が人損と物損に限られる点では、完全性利益の保護

を主目的とする不法行為責任的色彩が強く、これに対して、役務の成果としての仕事に関する損害（例Ⅱ修繕しそこなった屋根自体に生じている損害）の賠償を認める点では、契約責任的な色彩も帯びている。また、請求権者について限定せず、契約関係にある役務の受領者以外の第三者も損害賠償請求権者に含めていることでは、不法行為責任だということもできない。さらに、本指令案は、対象となる役務の種類を限定せず、建築の設計・施工のように役務提供者（建築家・建設業者）にとつて結果債務になるものと、医療のように役務提供者（医師・医療機関）にとつて手段債務になるものとして同一の責任基準の下に処理しようとしている。

そこで、このように広範な責任領域を対象にして、不法行為責任と契約責任の区別を廃した一元的な処理を強いる本指令案については、次のような疑念の声も上がっている。

① 製造物責任の場合には、加盟各国の国内法の中で判例法や学

説を通して一つの纏まりある責任体系が存在していたために、EC指令を国内法に移行させることに困難はなかった。しかし、役務提供者責任に関しては、加盟各国の国内法の中で独立した責任体系がまだ形成されておらず、その処理は、不法行為責任、労務提供型契約の契約責任、さらに一般的債務不履行責任が組み合わされた形でおこなわれている。それゆえ、役務提供者責任指令案の国内法への移行に際しては、既存の法制度との摩擦が大きく、加盟国の現存する法体系に歪みをもたらす恐れがある（18）。

② 本指令案は、欠陥ある役務による損害については、常に損害賠償（指令案一条。明言されていないが、金銭賠償であろう）を予定している。しかし、例えばドイツ法では、建築家に適用される請負の瑕疵担保責任では、第一次的な救済手段として、建築家に対する瑕疵修補請求権が認められ、その他、事情によっては、損害賠償や契約解除の方法も認められている。このように多様な救済手段を

認めている現行の法制度と比べる  
と、本指令案の救済手段は単純に  
過ぎないか。

③ 本指令案は、役務の種類を  
区別せず、役務全体に横断的  
(horizontal) に及ぶ単一の責任  
規定を設けようとしている。しか  
しながら、対象となる役務では、  
建築家の設計のように結果関連的  
債務とされて、履行結果の当否が  
問題になるものも、また、医師の  
治療行為のように行為関連的債務  
とされて、履行過程の当否が問題  
になるものもある。それゆえ、こ  
れらを統一的に処理することには  
自ずから困難が伴うのではない  
か。

右のような疑問に対して、本指  
令案の理由書は、横断的な指令案  
の他に、個別の役務を対象にする  
特別法に相当する指令案の作成可  
能性も排除しないと述べており  
(19)、その後、EC委員会も、弁  
護士や医師の責任を対象にする指  
令の制定も考慮すると述べている  
(20)。だが、本指令案を一般法と  
して、特殊な役務に特別の指令を  
制定する方法に関しては、その妥

当性を問う意見も主張されている  
(21)。

(2) 責任要件に関わる疑問

① 「過失」に関する証明責任  
の転換について 本指令案に対  
する最大の批判は、過失責任主義  
を採用しながらも、過失の不存在  
の証明責任を役務提供者側に課し  
た点(指令案一条)に向けられて  
いる。なぜならば、本指令案にお  
ける「故意または過失(II Ver-  
schulden・fault)」は、フランス  
法のフォート(faute)と同様に、  
単なる主観的な非難可能性にとど  
まらず、客観的な行為義務違反の  
意味をも含んでいるため、証明責  
任が転換された結果、役務提供者  
は、自己の役務提供が行為義務に  
合致して提供された事実まで証明  
しなければ、免責を受けられない  
ことになるからである(22)。この  
ことは、証明責任に関して、現行  
の不法行為法に対しては当然、契  
約法に対しても、手段的(行為関  
連的)な債務については、大きな  
相違をもたらす。具体的には、特  
に、現行法上、契約責任・不法行  
為責任の双方において行為義務

(医療水準)違反による責任を医  
師に課し、その義務違反について  
は被害者(II患者)に証明責任を  
課している医師の責任に対して、

大きな影響を与えると予想され  
る。したがって、本指令案により  
過重な結果責任を医師に負担させ  
ることになるのではないかと危惧  
する者は、この点を強く非難して  
いる(23)。また、これに関連し  
て、第九四回ドイツ医師会大会  
(Der 94. Deutsche Ärztetag)  
は、患者の健康状態の悪化につい  
て医師に過失がない事実を証明さ  
せ、過大なりスクを医師に負わせ  
るものであると批判して、本指令  
案に反対する決議をおこなって  
いる(24)。

② 因果関係について 被害  
者には損害と役務提供との間の因  
果関係の証明だけが要求されてい  
る(指令案五条。「故意または過  
失」に関する証明責任の転換とも  
関連するが、客観的な行為義務違  
反は役務提供者に証明責任が転換  
された責任要件たる「故意または  
過失」に含まれるために、役務提  
供者が行為義務に違反して役務提

供(欠陥ある役務提供。言い換え  
ると、期待される水準以下の役  
務)をしたために損害が発生した  
ことを、被害者は証明する必要が  
ない。だが、従来の契約法や不法  
行為法の損害賠償責任では、原則  
的に、債務者(加害者)側の行為  
(注意)義務違反の行為により損  
害が発生したという事実(因果関  
係)の証明を債権者(被害者)側  
に課していたために、指令案の考  
え方に対しては、事故被害者を優  
遇しすぎているとの批判がある  
(25)。

(3) 損害概念について

賠償される損害が純粋財産損害  
に及ばないことについては、一面  
では、責任の範囲を異常に拡大さ  
せない点で歓迎されている。しか  
し、他方では、市民がますます利  
用するようになってきた弁護士・  
税理士などの助言的役務の提供に  
関して、典型的に生じる純粋財産  
損害を賠償範囲から除外して、結  
果的にそれらの者の責任を不問に  
付したことに對しては、消費者保  
護を旨とする本指令案の趣旨に合致  
しないとの批判も多い(26)。

(4) 免責特約の否定について

製造物責任に関する指令にら  
つて、本指令案は、役務提供者側  
の免責特約を全体的に無効である  
としている(指令案七条)。しかし  
ながら、製造物自体の損害を除外  
した製造物責任EC指令と相違し  
て、本指令案の責任が本来的な契  
約責任にも及ぶことを考慮する  
と、免責特約を一概に否定できな  
いのではないかとの意見が強い。

また、専門家を含む役務提供者  
は、製造物製造者と相違して企業  
でない場合が多いことからする  
と、市場における力関係の観点か  
ら、責任制限を約する自由まで完  
全に否定することに合理性がある  
かとの疑問も提出されている  
(27)。

(5) その他の疑問

その他、建築家の責任にも関わ  
る建築の設計(施工)について、  
責任期間が二〇年、消滅時効の期  
間が一〇年に設定されていること  
にも問題がある。なぜならば、新  
築建物の場合、設計・施工の瑕疵  
の八割は五年内に発現し、残りの  
二割が五年ないし一五年内に発現

するというデータがあり、また、  
時間の経過とともに経年的変化や  
環境的要素に起因する損害と設  
計・施工の瑕疵に起因する損害と  
の区別ができなくなる事実も認め  
られている。それゆえ、竣工二〇  
年後に発生した損害に対してまで  
役務提供者(建築家など)に無過  
失の証明を要求する本指令案の立  
場には、合理性に欠けるとの批判  
が生じるのである(28)。

四 むすび

これまでながめたように、役務  
提供者責任に関するEC指令案に  
ついては、専門家の責任の観点か  
らみただけでも、多くの疑問点が  
存在している。反対論が強く、見  
直し作業のために審議が停滞して  
いることからすると、本指令案が  
理事会により無修正で採択される  
可能性は、きわめて少ないものと  
思われる。

確かに、製造物と相違して、役  
務提供が地域的に限定されている  
実態からすると、一面的な見方で  
は、急いでEUレベルで統一的な

役務提供者責任を制定する必要性  
はないともいえよう(29)。しかし  
ながら、EU域内では、統一市場  
の要請から役務(サービス)の自  
由な移動が保障されており、特に  
専門家の職務にかかわって、他の  
加盟国で資格を取得した専門家が  
域内の別の国で職務を実施する事  
例が急速に増加しようとしてい  
る。そのため、医師・弁護士・建築  
家などの専門的な職務について、  
EUレベルにおける資格要件の調  
整・近似化の努力がすでにおこな  
われており、また、これに関連し  
て、専門家の役務提供に関わる責  
任の統一化の要請も将来的には次  
第に大きくなるものと思われる  
(30)。このような動きをみると、

本指令案のような一般的な役務提  
供者責任に関わるルールの制定よ  
りは、むしろ、医師・弁護士・公認  
会計士・税理士・建築家などの専門  
家の責任ルールを加盟国間で調整  
する必要性が生じる事態も十分に  
予想されよう。

製造物責任の分野でわれわれが  
経験したように、EUにおいて制  
定される民事責任に関する指令

は、比較法的な法系の相違を克服  
したものととして、EU以外の国の  
立法にも大きな影響を与える潜在  
的な力を有している。そう考える  
ならば、役務提供者責任や専門家  
の責任の分野でのEUの今後の立  
法活動には、なお十分に注目して  
いかねばならないであろう。

\* 本稿は、専門家の責任の観点か  
ら、高島平蔵教授古稀記念『民法  
学の新たな展開』(成文堂、一九  
九三年)に寄稿した「役務提供に  
関わる責任——ECにおける法制  
化の試み——」に若干の加筆・修  
正をおこなったものである。

(1) Deutsch, Erwin, Einheitliche  
Dienstleistungshaftung in Eur-  
opa, ZRP 1990, S. 454.

(2) Richtlinie des Rates vom 25.  
Juli 1985 zur Angleichung der  
Rechts- und Verwaltungsvorsch-  
riften der Mitgliedstaaten über  
die Haftung für fehlerhafte  
Produkte, ABJ. Nr. L210 S. 29.

(3) 「役務提供における責任に関  
する閣僚理事会指令のための提案  
(Vorschlag für eine Richtlinie  
des Rates über die Haftung bei  
Dienstleistungen)」は、一九九一  
年一月一八日のEC官報(Am-  
batsblatt) C 一一号四頁に掲載  
されている。なお、本稿では、

- イツ連邦政府が連邦議会に指令案を提出して報告した連邦議会印刷物(BT-Drucks. 12/180)を用いて、本指令案を引用・翻訳し、適宜、英語版のEC官報を参考にした。
- (4) Europa-Report in EuZW 1990 S. 47; BT-Drucks. 11/6349 S. 4.
- (5) 一九九〇年四月二十七日公表の役務提供者責任に関するEC指令予備草案の内容については、Deutsch, aO, S. 454f.
- (6) Deutsch, aO, S. 455.
- (7) 欧州共同体設立条約一〇〇条A一項は、「閣僚理事会は、EC委員会の提案に基づき、欧州議会と協働して、かつ経済社会評議会と協議の後、特定多数決により、域内市場の確立および運営を目的とする加盟国の法律、規則および行政措置の接近に関する措置を定める」と規定している。
- (8) BT-Drucks. 12/180 S. 13.
- (9) 主催旅行(Pauschalreise)の指令案(Richtlinie des Rates über Pauschalreise, ABl. vom 23. 6. 1990 Nr. L158 S. 59.)がある。
- (10) 廃棄物による損害に関する責任に関しては、EC指令案(Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die zivilrechtliche Haftung für die durch Abfälle verursachten Schäden, ABl. vom 4. 10. 1989 Nr. C251 S. 49.)が提案された。審議中である。
- (11) 原文では「有責性(Ver-schulden [独語] = fault [英語])」という用語が用いられているが、ここでは我が国の法概念に移して換えて、「故意または過失」という訳語を用いた。
- (12) 一九九三年一月のマーストリヒト条約の発効にともない、本指令案の立法上の根拠条文を含めて、「立法手続に相應する変更があるはずであるが、最近になって立法上の具体的な動きがないため、本指令案の呼称を含めて、従前のままとする。なお、ECだけは、EUという名称に変更した。
- (13) 一九九一年七月三日の経済社会評議会における記名投票で、指令案は賛成六二票、反対六七票、保留二票の僅差で否決された。ABl. vom 14. 10. 1991 Nr. C269 S. 40.
- (14) 欧州議会内の経済・通貨・産業政策委員会および環境問題・保健・消費者保護委員会は、指令案に積極的な態度を表明したといわれるが、議会としての最終的な態度表明は、いまだおこなわれていない。なお、欧州議会の法務委員会では、法律業務、医療・建築分野を本指令案の適用領域から除外するように提案している。Friedrich, Edwin, Der europäische Vorschlag einer Haftung für Dienstleistungen, DB 1992, S. 930. Henssler, Martin, Haftung anwältlicher Tätigkeit, JZ 1994, S. 188.
- (15) ヘルシンキの各州代表からなるイツ連邦参議院は、一九九一年四月二十六日の審議に基づいて、圧倒的多数で指令案に反対の態度を示した。Friedrich, aO, S. 931.
- (16) 弁護士・公認会計士などは、国境を超えて役務提供をする機会に相対的に多量だが、これらの者の提供する役務は、損害の定義(純粋財産損害の除外)との関係で、実質的に本指令案の対象外になっている。
- (17) Deutsch, aO, S. 455; Friedrich, aO, S. 931. ヘルツ連邦参議院の本指令案に対する疑念の中心の点は指摘されている。BR-Drucks. 63/91.
- (18) Heinemann, Klaus, Auf dem Weg zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991 S. 1193 u. 1196f; Friedrich, aO, S. 931f.
- (19) BT-Drucks. 12/180 S. 12.
- (20) Friedrich, aO, S. 932; Skaupey, Walther, Der Vorschlag einer EG-Richtlinie für die Haftung bei Dienstleistungen, BB 1991 S. 2025.
- (21) 個別的な役務に関する指令が多数分散する結果になることと、一般的な指令と特別的な指令の相互関係に困難が生ずることを理由として、Litbarski, Sigurd, Bemerkungen zur Notwendigkeit einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, in: Litbarski (Hrsg.), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, 1992, S. 105.
- (22) Heinemann, aO, S. 1197; Friedrich, aO, S. 932 u. 933. 指令案第一條第三項により定められた過失の判断基準から、ここでは「故意・過失」が主観的な非難可能性にとらまれない、客観的な義務違反の要素を含むことが明らかになる。
- (23) Skaupey, aO, S. 2023; BR-Drucks. 63/91.
- (24) Entscheidung des 94. Deutschen Ärztetages zur geplanten Arzthaftung nach EG-Recht, MedR 1991 S. 165.
- (25) Friedrich, aO, S. 988f. Heinemann, aO, S. 1198.
- (26) Litbarski, aO, S. 109. 賠償される損害の観点から当然に本指令案の対象となる医師などの役務に比して、弁護士・公認会計士などの助言的な役務の方が、国境を超えて提供されることが多い。このことを考えると、この分野についてこそ、むしろ積極的に加盟国間で責任基準の統一が図られる必

要がある。

(27) Frietsch, aO., S.934. なお、専門家は「一般に法人組織とすることを認められておらず、その結果として無限責任を負わされている。その点を考慮すると、有限責任である企業と相違して、責任制限約款の有効性が認められる必要性があるとの主張も一部でなされつつある。

(28) Litharski, aO., S.110f.

(29) 一般的な視点からみた本指令案に対する批判と筆者の若干の感想については、さらに浦川道太郎・前掲論文（「役務提供に関わる責任」）を参照していただきたい。  
 (30) Gaidzik, Peter W., Der EG-Richtlinientwurf über die Haftung bei Dienstleistungen, JR 1992, S.325  
 (しらかわ・みちたろう)

〈資料〉  
**役務提供における責任に関する閣僚理事会の指令のための提案**  
 (KOM (90) 482 endg. — SYN 308)

(前文省略)

**第一条 原則**

(1) 役務提供者は、故意または過失により役務提供に際して人の健康および身体的完全性ならびに役務提供の対象物を含む動産または不動産の完全性に生じた損害について責任を負う。

(2) 故意または過失がないことを証明する責任は、役務提供者が負う。

(3) 故意または過失の判断に際しては、役務提供者の行為が通常かつ予見できる条件の下で正当に期待されうる安全性を確保しているか否かを考慮しなければならない。

(4) 役務提供の時点またはその後により優れた役務が存在したと、あるいは、より優れた役務の可能性があったという事実だけでは、故意または過失があったとす

ることはできない。

**第二条 役務の定義**

本指令の意味における「役務」とは、財貨を生産する行為あるいは物権または著作権を譲渡する行為を直接かつ専ら対象とするものではない、営業活動または公益事業の枠内で自立的に提供される有償または無償のすべての給付行為をいう。

本指令は、公共の安全の維持のための公益事業については適用されない。本指令は、主催旅行および廃棄物と関連する役務についても適用されない。

さらに、本指令は、すでに加盟国や欧州共同体により批准された国際的な協定により責任問題が規定されている損害についても適用されない。

**第三条 役務提供者の定義**

(1) 「役務提供者」なる概念は、営業活動ないし公益事業の枠内で第二条に定める役務を提供するすべての自然人ないし私法上または公法上の法人を意味する。

(2) ある者が役務提供のために代行者または法的に従属的な他の

仲介者の役務を利用する場合にも、その代行者または仲介者を利用する者が本指令の意味における役務提供者である。

(3) 第一項にいう役務提供者が欧州共同体内に住所を持たない場合には、——その者の責任に変わることなく——役務を欧州共同体内で提供する代行者ないし法的に従属的な仲介者が本指令の意味での役務提供者となる。

**第四条 損害の定義**

「損害」なる概念は、以下のものを意味する

(a) 人の死亡あるいは健康または身体的な完全性の何らかの毀損により生じた直接的な損害。

(b) その物が、  
 ① その種類において通常は個人的な使用と消費のために供されるものとされており、かつ、  
 ② 被害者により主として個人的な使用と消費に供するものとされ、または、個人的な使用と消費のために用いられていた限りで、  
 動物を含む、動産または不動産の完全性の何らかの毀損により生じた直接的な損害。

(c) (a)および(b)に掲げた損害から直接的に生じる財産的な損害。

**第五条 証明**

被害者は損害および役務提供と損害との間の因果関係を証明しなければならぬ。

**第六条 第三者の行為および共働過失**

(1) 損害が役務提供者自身の故意または過失と第三者の行為によって生じた場合には、役務提供者の責任は縮減しない。

(2) 損害が役務提供者の故意または過失と被害者または被害者が責任を負う者の故意または過失によって生じた場合には、役務提供者の責任は縮減し、あるいは、免除されうる。

**第七条 責任の免除**

役務提供者は、本指令により課される責任を被害者に対して制限し、あるいは免れることはできない。

**第八条 連帯債務による責任**

(1) 本指令により数人の者が同一の損害に対して責任を負う場合には、それらの者は、役務提供者の相互的な求償権に関する国内法

上の法律規定に関わりなく、連帯債務として責任を負う。

(2) フランチャイズ協定を結んだグループに関する条約第八五条第三項の適用に関する一九八八年一月三〇日付のEC委員会規則(EWG)第四〇八七/八八号の定義による——フランチャイザー、主幹フランチャイジーおよびフランチャイジーは、第一項の意味における連帯債務による責任を負う者である。

発生した損害が規則(EWG)第四〇八七/八八号に従い自ら供給せず、また、自ら指示できなかった産物によるものであった事実を証明できる場合には、フランチャイザーおよび主幹フランチャイジーは、責任を免れることができる。

**第九条 請求権の消滅**

加盟国は、その法律規定の中で、被害者がある間に役務提供者に対して何らの裁判手続、行政手続、または仲裁手続を申し立てない限り、役務提供者が損害を惹起させた役務を提供した時点から五年の期間の経過により本指令によ

り被害者に与えられる請求権が消滅する旨を定めるものとする。

ただし、役務が建物の設計または施工に関わる場合には、この期間は二〇年に延長される。

**第一〇条 請求権の消滅時効**

(1) 加盟国は、その法律規定の中で、請求権者が損害、役務、および役務提供者を知りまたは知りうべかりし時から三年で本指令に定められた損害賠償請求権が消滅時効にかかる旨を定めるものとする。

ただし、役務提供が建物の設計または施工に関わる場合には、この期間は一〇年に延長される。

(2) 時効の停止および中断に関する加盟国の規定は、変更されることなく効力を有する。

**第一一条 経過規定**

本指令は、第一二条第一項にいう規定の施行前に提供された役務については適用しない。

**第一二条 国内法への移行**

(1) 加盟国は、一九九二年一月三十一日までに本指令を履行するために必要な法律規定および行政規定を公布するものとする。加

盟国は、法律規定および行政規定の公布に関して遅滞なくEC委員会に報告するものとする。

加盟国がこれらの規定を公布する場合には、規定の中で、あるいは、公的な公布文の中で本指令への関連を示すものとする。加盟国は関連の詳細について定める。

(2) 加盟国は、本指令の対象領域で公布する国内の法律規定についてEC委員会に伝達するものとする。

**第一三条 終末規定**

本指令は全加盟国を名宛人とする。



## 第六章 わが国における専門家責任の実情

早稲田大学教授 鎌田 薫

### 一 はじめに

(1) 本稿に与えられた課題は、医師以外の専門家の民事責任に関するわが国の裁判例・学説等の実情を概観することである。

「専門家」の意義についてはさまたまな理解がありうるが、ここでは、「法律に基づいて一定の資格が認められ、契約の相手方である依頼者に対し、特殊領域に関する高度に専門的な技能や情報を提供することを業とする者」という定義(一)に従うものとする。

(2) 専門家の民事責任を通常人の責任と区別して取り扱うことの意味については、民法が地位の対等な当事者を前提とした定めをお

いているのに対し、専門家の責任においては専門的な知識と能力を有する者とこれを有しない者との関係が問題となつているところにあるとされている(二)。

素人が専門家に仕事を依頼するのは、専門家に對して、専門的な知識と技能を活用して自己の利益をよりよく実現してくれるように期待するからである。したがって、専門家は、何よりもまず、依頼の趣旨に従つて、善良なる管理者としての注意義務を尽くして、あるいは信義に従い誠実に、依頼された事務の処理を行なわなければならない。しかし、そのこと自体は、対等な当事者間の契約関係についても同様に認められるところである。素人と専門家との契約関係であることから生ずる特殊性

としては、専門家は、専門家であるが故に、依頼者から与えられた期待や信頼に応えるべく、通常人よりも高度な注意義務を負うべきことにある。第三者との関係においても、同様に、専門家は、自己に寄せられる信頼に見合った高度の注意義務を負い、その内容は委任契約上の善管注意義務あるいは誠実義務と実質的には同程度のものであるとされている(三)。もつとも、その一方で、専門家には、専門的な知識と技能を存分に發揮することが期待されているのだから、その職務の執行にあたっては自由な裁量が確保されなければならない。専門家の事務処理方法が依頼者の意に沿わなかったとしても、それによつて直ちに専門家の責任が生ずるものと解することは

できず、実際の過失判断は相当微妙なものにならざるをえない。

また、依頼者は素人であるから、依頼者の判断が不十分または不適當な場合もありうる。さらに、専門家は、法令により職業上の独占権を与えられるのと引き換えに、法令を遵守し公正に職務を執行すべき義務その他の公益に奉仕すべき義務を負わされる例が少なくないが、明らかに不当な訴訟の提起が弁護士に依頼された場合のように、依頼者の意向に忠実であることが公共の利益や第三者の利益に反する場合もありうる。これらの場合に、専門家は、専門的立場からの説明や助言を行なつて、依頼者の情報の不十分さを補い、場合によつて依頼者の判断を是正させる義務も負っていると解すべきことにならう。これが、ドイツやフランスの判例において、専門家の説明義務・助言義務が重視されていることの理由であると解される。しかし、この場合にも、職種によつて当事者の利益保護と客観的眞実の発見のいずれを重視すべきかに差異があり、説明・助言義務の成立する範囲およ

び内容について一般的原則を提示することは相当に困難であるといえよう。

(3) 専門家責任論のもつとも重要で実践的な課題は、専門家責任の右にみたような特色を考慮しつつ、それぞれの専門家が、どのような場合に、どの程度の責任を負うべきかを確定することにあると考えられるが、本稿では、その性質上、右の課題に直接に応えるための個別具体的で微妙な作業に深入りすることはできない。そこで、主要な専門職の民事責任についての検討は後掲の諸論文に譲り、ここでは、より一般的・抽象的に、わが国における裁判例・学説等が専門家の民事責任のあり方についてどのような考え方をとっているかを概観し、諸外国における議論との対比において、どのような法律論上の問題点を抱えているかを指摘することにした。

## 二 裁判例等の動向

### 一 全体的な傾向

(1) 専門家の責任をめぐる裁判例は、昭和三〇年代後半以降増加の傾向にある。しかし、その大部分は医療過誤訴訟であり、医師以外の専門家の民事責任をめぐる裁判例は著しく事件数が少ない。ただし、このことは専門家責任をめぐる事故がほとんど存しないことを意味するものではない。たとえば、弁護士会には年間三〇〇件台から四〇〇件台の懲戒請求がなされ、二〇件前後の懲戒処分がなされていて、そのなかには依頼者または第三者との関係で損害賠償が問題とされるべき弁護士過誤事件が少なくない。また、各種専門家のそれぞれについて賠償責任保険の保険金請求例も存在している。保険金請求例に関するデータはほとんど整備されておらず、一部の例外的場合を除いて幹事会社ですらクレーム数に関する正確な統計的数字を持ち合わせていないようであるが、それぞれの専門職ごとに、せいぜい年間数件から数十件の範囲内と推測され、欧米諸国の状況に比べると、その数の少なさは異常なほどであるといっても過言でない<sup>(4)</sup>。

職種別にみると、戦後の公表裁判例の数が相対的に多いのは弁護士と司法書士であり、それぞれ約三〇件ないし五〇件程度の公表裁判例が存在する。これに対し、建築家、公認会計士、税理士、弁理士、不動産鑑定士、土地家屋調査士、薬剤師等に関する公表裁判例は、皆無かせいぜい一〇件程度である。なお、わが国では公証人に関する責任については国家賠償法が適用されているが、これをめぐる公表裁判例の数も多くない<sup>(5)</sup>。

(2) 欧米諸国における状況との違いについては、訴訟に対する国民感情の違い、専門家をめぐる社会状況（専門家の質と量、専門性の認知度等）の相違、代替的手段の存在（弁護士における紛議調停・懲戒請求を通じた紛争処理、建築家における建設業者・不動産業者への責任追及の可能性等）の

ほか、専門家の側にも、ミスを犯したことを同業者や世間一般に知られたくないので水面下での解決を好む傾向があること（保険金請求が職能団体を経由する賠償責任保険制度をもつ専門家の場合には、保険金の請求を差し控えるケースも存在するといわれている）等にその理由を求めることができよう<sup>(6)</sup>。

医療過誤訴訟に比べて医師以外の専門家の責任を追及する訴訟が少ないことの理由としては、医療事故が多くの場合直接に生命・身体に有形の損害を与え、被害者またはその親族の苦痛も大きいのに対し、それ以外の専門家の過誤は明白な形を残さなかったり、軽微な財産損害しか生じさせないことが多いという事情に求めることができるように思われるが、そうした相違を考慮してもなお医師以外の専門家に対する責任追及例は少なく、専門家に要求される技能ないし注意義務の水準が医療水準ほど明確なものになっていないこととうかがわれる。

(3) 公表裁判例や保険金請求例に現われた事案の内容について

は、一般に、弁護士控訴期間徒過、建築家の設計ミスによる建物の欠陥、土地家屋調査士の現地測量上の不注意による器物損壊等のように、単純な懈怠やうっかりミスが明白な形をもった不都合を生じさせているケースが多く、前述したような専門家の責任の特色を明確に描き出すものは少ない。訴訟になるまでもなく専門家が賠償責任保険の支払を請求してきた事例においては、当然のことともいえるが、訴訟となった事件以上に少額事件や専門家に弁解の余地のない単純ミスのケースの比率が高い。

損害賠償額も、不動産がらみのもの等一部の事例を除いては、それほど高額になっていないものも多く、また、専門家の過失は認定されたが損害がないとされたり、過失相殺がなされている例も少なくない。これらのことも、訴訟にまで至る事例が少ないことの原因になっているものと推測される。

(4) わが国の判例においては請求権競合論がとられており、不法行為の成立に關しドイツ法のような抑制的な議論がなされていない

こともあってか、損害賠償請求権の法的性質に關する議論はそれほど重大な関心事になっていない。第三者が専門家の責任を追及する事例においては、若干の例外的場合を除いて、不法行為に基づく損害賠償が請求されているのは当然として、依頼者から専門家に対して損害賠償が請求された事例においても、契約法上の責任を追及するもののほか、不法行為責任を追及するものや、契約責任と不法行為責任とを並べて追及するものが相当数存在する。

その理由は必ずしも明らかではないが、①委任型の契約の場合には、専門家の義務違反事実の証明と過失の証明とに依頼者の立証負担の差がないこと、②委任か請負かが明確でない契約の場合には、その性質決定をめぐる議論を回避しうること、③請負型の契約の場合には、請負人の担保責任の除外期間を回避する必要があること、④契約締結前の情報提供義務違反が問題とされる場合には、不法行為責任を追及する方が確実であること、⑤遅延損害金その他不法行為の方が有利な場合があること等

の理由が考えられる。

(5) 上述のように、医師以外の専門家の民事責任をめぐる公表裁判例の数は少なく、既存の公表裁判例のみから専門家の責任に關する判例の一般理論を探り出すことは困難である。そうしたなかで、公表裁判例の数のうえで、内容面においてももっとも興味深い展開を示しているのは、司法書士の責任をめぐる裁判例である。委任型の専門家責任のモデルと考えられる弁護士の責任、請負型の典型である建築家の責任および公認会計士の責任については、後掲の小林論文、森島論文および弥永論文によって詳しく検討される予定でもあるから、以下、もっぱら司法書士の民事責任に關する裁判例を素材として、専門家の責任に關するわが国の裁判所の考え方の一端を紹介することとしたい。

## 二 司法書士の責任

### (1) 裁判例の動向

司法書士の民事責任にかかわる公表裁判例は約五〇件を数えることができる。その大部分は昭和五〇年代半ば以降のものであり、内

容的には不動産登記関連のものがほとんどを占めている。

司法書士の登記申請業務に關する裁判例が多いことの理由としては、①不動産の価格が高額であること、②不動産登記手続に誤りがあったという事実それ自体は多くの場合外形上明白であり、証明の困難が存しないこと、③司法書士は個人の資格で独立の事務所を開設して業務を行っており、不動産会社のように解散することがないこと、④そのため、取引の相手方に対する損害賠償請求に実効性がない場合に、最後の拠り所として、司法書士を被告にする訴えが提起される場合がありうる（とくに、詐欺的な不動産取引においては、しばしば不動産登記に対する信頼が悪用されるため、いずれかの段階で司法書士が関与させられているケースが多い）こと等をあげることができる。

昭和五〇年代半ば以降に公表裁判例が急増するようになったことについては、不動産価格が著しく高騰したことや、国民の権利意識の昂揚等の理由をあげることができ、それ以上に重要なこと

は、この時期以降、司法書士の民事責任のあり方に関する裁判所の考え方が大きく変化していったことである。司法書士の「専門性」に対する一般の法意識の変化が公表裁判例の数と裁判所の判断の変化に反映しているものと解される(7)。

## (2) 司法書士の注意義務

司法書士の登記代理業務は、依頼者の嘱託を受けて、登記済証・印鑑証明書その他の書類を持参させ、登記申請書等を作成し、登記申請手続を代理することを主な内容としており、そのさい、登記済証を提出することができない依頼者のために不動産登記法四四条に定める「登記義務者に人違いなきことの保証」をすることがある。

これらの一連の事務処理のなかで司法書士がどのような義務を負っているかについては、さまざまに分類が試みられているが(8)、ここでは、(ア)依頼された登記申請手続を忠実に実現すべき義務、(イ)依頼された登記申請手続を実現するにあたって、依頼者や第三者の利益を害さないようにするために、善良なる専門家として尽くす

べき注意義務、(ウ)説明・助言義務の三つに分けて紹介する。

(ア) 登記申請手続の委任を受けた司法書士は、迅速に登記申請をする義務を負う。したがって、たとえば受託後合理的期間内に登記申請手続をとらなかつたために抵当権の順位が劣後してしまつた場合や、同一の不動産に二重に登記申請の委任を受けた司法書士が後から委任を受けた登記を先に申請してしまつた場合には、司法書士の損害賠償責任が生ずることになる(仙台高判昭六二・四・二七判時一二三八号九三頁等参照)。また、当事者から登記必要書類を預かつた司法書士が、登記申請前に、これらの書類を登記権利者の同意を得ずに登記義務者側に返還してしまつたり、盗取されたりして、依頼の趣旨に従つた登記をすることができなくなつた場合にも、司法書士の登記権利者に対する損害賠償責任が生ずる(最判昭五三・七・一〇民集三二巻五号八六八頁等参照)。

これらの場合には、登記代理委任契約上の本体的債務の不履行があつたことは歴然としており、實際上、義務違反の有無が争点にな

ることは少なく、委任契約が成立したか否か、あるいはそれが有効に解除されたか否かが中心的な争点となる。司法書士に登記申請手続の代理を委嘱する契約の成立時期については、司法書士の業務は必要書類を整えて登記申請手続を代理するところにあるのだから、登記済証・印鑑証明書その他の依頼者において持参すべき書類が完備したときにはじめて契約が成立すると解する裁判例が多いが、後述の実体関係調査義務や説明・告知義務との関係で、登記必要書類の一部に不備があつても委任契約の成立を認めるもの、書類が完備することを停止条件として契約が成立すると解するものや、契約の成立は認めないが信義則上の義務は生じていると解するもの等が増えつつある(福岡地判昭六一・五一六判時一二〇七号九三頁、東京地判平三・三・二五判時一四〇三号四七頁等参照)。

(イ) 司法書士が依頼されたおりの登記を申請したとしても、登記義務者が無権利者であつたり、登記義務者の代理人が無権代理人であつた場合には、登記権利者は

期待したとおりの権利を取得することができない。今日の一般的な取引慣行においては、登記申請に必要な書類が完備し、司法書士において登記申請代理を受託したときに売買代金の決済や融資の実行がなされているので、このような場合には、登記権利者に多大な損害が生ずることになり、場合によつて真正権利者や、登記権利者からの転得者その他の第三者が損害をこうむることもある。また、依頼の趣旨に従つた登記がなされた場合でも、それに先だつて差押の登記や抵当権設定の登記がなされているのを看過していた場合には、登記権利者は不測の損害をこうむる。そこで、このような場合に、司法書士は、単に登記申請をするだけでなく、目的物をめぐる現在の権利関係、登記原因となっている物権変動が有効に生じているか否かなどの実体関係を調査・確認すべき義務があるのではないかという問題が生じる。以下、場合を分けて裁判例を紹介する。

① まず、登記申請代理の依頼を受けた不動産について最新の登記簿上の権利関係を調査・確認す

る義務について、かつて、東京高判昭五〇・九・八（判夕三三五号二一六頁）は、「不動産登記申請手続を適式に処理することを要請され、不動産についての実体法上の権利義務の得喪変更に関与せず、またみだりに関与すべきでない司法書士」としては、登記簿上の権利関係の事前調査を依頼されていない以上、受託物件がその一日前にみずから所有権移転登記をした物件と同一であることに気づいたとしても、依頼された登記の実現が不可能であることを依頼者に告げ、善後措置の助言をするなどの介入的行動に出なくても注意義務に欠けることはないとする趣旨の判断を示した。これに対し、

前掲東京地判平三・三・二五は、「司法書士に登記が必要な取引の内容を告げ、取引に立ち会って登記手続を完了させることを依頼する場合には、依頼者は、単に登記手続のみならず、登記に関する限り、取引上支障無く、手続が完了するように司法書士が注意してくれることを期待し、その期待の上に立って取引を行うのが一般であり、それが、司法書士の専門家である

ある所以である」から、「取引当日にできる限り接着した時点における登記簿の状態を把握する等できる限りの努力をする必要がある」として、最新の登記簿を確認しないまま取引を行なわせた司法書士について、「専門家に要求される高度の注意義務」を尽くさなかつたものと判断している。

② 次に、真実の所有者以外の者が偽造の登記済証や印鑑証明書を用いて登記申請手続をするように依頼した場合等に、司法書士はそれらの書類の真偽を調査・確認する義務を負っているかという問題について、かつては、司法書士は当事者の提示した書類に基づき申請書類を作成するにあたり形式的に必要な書類を整え、その記載要件に欠缺のないようにする注意義務があるにすぎず、登記官のような審査義務を負うものではないとして、この種の調査義務はないとされていたが（京都地判昭四〇・二・二三訟月一巻七号九六頁等参照）、後に、偽造・変造が一見明白な場合等に調査義務を認めるようになり、今日では、司法書士は、法律上、業務に関する法令お

よび実務に精通して公正かつ誠実にその業務を行なうことが要求されていることに照らし、登記原因証書その他関係書類の真否について注意を払い、もって真正な登記の実現に協力すべきであるということができ、ことに依頼者から関係書類の真否について調査を依頼された場合および関係書類の偽造を疑わしめるに足りる相当の理由を司法書士が有する場合には、かかる特段の事情のない通常の場合以上に関係書類を仔細に検討し、あるいはその結果必要に応じてその他の調査をなすなどしてその真偽を確認する注意義務があるとする裁判例が現われるに至っている（大阪地判昭六二・二・二六判時二二五三号八三頁）。

③ 登記申請に必要とされる書類の偽造が見破れない場合や、無権限者によって真正の書類が冒用された場合等には、司法書士が、登記義務者の人的同一性、その登記申請意思、依頼者の代理権の存否等を調査・確認する義務を負うか否かが問題になる。近時の裁判例は、司法書士は、不動産登記制度に対する国民の信頼を維持すべ

く、虚偽の登記を防止し真正な登記の実現に協力すべき職責を有すること等を理由として、この種の調査義務を強調する傾向にあるが、その一方で、登記手続の迅速性の要請等も考慮して、登記申請の真正を疑うに足る相当な理由のある場合にのみ申請の前提となる実体関係の存在を調査・確認すべき義務があるものとしている（大阪地判昭六一・一・二七判時二〇八号九六頁、東京地判昭六一・一〇・三一判時二二四六号一一頁等参照）。

なお、この種の不動産詐欺事件においては、登記済証を提出できないために保証書による登記申請がなされる例が少なからず存在し、そのさい、司法書士が登記義務者に人違いなきことの保証（不登法四四条）をすることがある。当事者の同一性を確認しないまま保証をした司法書士が依頼者または第三者に対する責任を免れる余地はほとんどない（大判昭二〇・二・二二民集二四卷一三七頁等参照）。登記権利者が司法書士に対し調査不要である旨を告げた場合に司法書士の登記権利者に対する責任は免除されるか否かにつき、

肯定（東京高判昭五五・一〇・二九判  
タ四三三九九頁）、否定（仙台高  
判昭五六・二・一七判タ四三八号一  
九頁）の裁判例があるが、こうし  
た免責特約が第三者に対する責任  
を免れさせるものではありえない  
ことには疑問の余地がないであら  
う。

(ウ) 司法書士は、単に依頼者の  
指示に従って登記申請手続を代行  
するのみではなく、依頼者または  
第三者の利益を保護・増進させる  
ために、積極的に説明・告知・助言  
をする義務を負うのだろうか。か  
つては、これに消極的な態度がと  
られていた。たとえば、東京地判  
昭四一・一二・二六（判タ二〇五号  
一五七頁）は、依頼者に持参すべ  
き書類を指摘し、その調整持参を  
促せば足り、その持参が遅れてい  
ても、進んでその督促を繰り返す  
義務はないとし、前掲東京高判昭  
五〇・九・八は、不動産についての  
実体上の権利義務の得喪変更にみ  
だりに関与すべきでない司法書士  
としては、依頼された登記をする  
ことは不可能であることを告げた  
り、善後措置の助言をしたりする  
義務はないとしていた。

しかし、その後の裁判例は、こ  
の点についてより積極的な考え方  
をとるようになってきている。たとえ  
ば、所有権移転登記の申請を依頼  
されたが、そのために必要な書類  
の不備等を理由として直ちにはこ  
れをすることができない旨を告げ  
て受託を留保した司法書士が、そ  
の後に同一の不動産につき、これ  
と矛盾する登記の申請手続をする  
ように依頼された場合には、先行  
する依頼の登記権利者に対してそ  
の旨通知して適切な措置を講ずる  
機会を与えるべき義務があるもの  
としている（横浜地判昭五八・九・  
三〇判時一〇九二号八七頁、福岡地  
判昭六一・五・一六判時一二〇七号九  
三頁等）。

さらに、大阪地判昭六三・五・二  
五（判時二二二六号二〇七頁）は、  
売買当事者間において代金支払と  
所有権移転登記手続等の取引が司  
法書士立会のもとになされている  
のは、司法書士が、単に登記手続  
の専門家であるからというにとど  
まらず、社会的に信用における人  
物であり、かつ、一般の法的関係  
にも明るい準法律家として、右取  
引自体の円滑・適正に資するべく

その役割が期待されているからに  
ほかならないのだから、右取引に  
立ち会った司法書士としては、登  
記の手続に関する諸条件を形式的  
に審査するだけでなく、重要な  
事項に関しては、進んで右登記手  
続に関連する限度で実体関係に立  
ち入り、当事者に対し、その当時

の権利関係における法律上・取引  
上の常識を説明・助言することに  
より、当事者の登記意思を実質的  
に確認する義務を負うことは当然  
の道理といふべきであるとして、  
原告（登記権利者）に対し、「売  
買代金額やその支払時期、支払条  
件を聞き質し、かつ抵当権等の登  
記が抹消されないまま代金全額を  
支払う危険性についても説明、助  
言した上で原告の登記意思を確認  
する義務」に違反した債務不履行  
があるとしている。この事件で  
は、取引当事者間で事前に抵当権  
の登記を抹消しないまま代金全額  
を支払う旨の合意がなされてお  
り、これに従って司法書士立会の  
もとに所有権移転登記手続の代理  
を委任するのと引き換えに代金が  
支払われたのであるから、右判決  
のいう「当事者の登記意思の実質

的な確認」とは、司法書士の助言  
のもとに、登記権利者に取引の決  
済に関する意思の変更を迫ること  
にほかならないといえよう。

同様に、前掲東京地判平三・  
三・二五の事案においても、取引  
に立ち会った司法書士ないしその  
補助者が、最新の登記簿謄本が入  
手できていないがそのまま取引を  
進めるかどうかについて買主（原  
告）およびその代理人である不動  
産業者の意向を一応確かめた事実  
が認定されているのであって、司  
法書士が専門家に要求される高度  
の注意義務を尽くさなかったと判  
断されたのは、「登記簿を確認す  
るまで取引を延ばすべきこと、未  
確認で取引するのであれば、自分  
としては、責任が持てないことを  
業者および原告に対し、強く主張  
すべきであった」のに、これをし  
なかつた点であり、ここでも、実  
体関係にかかる当事者の意思を形  
成し直させる義務が課されている  
と評することが可能であろう。

### (3) 注意義務の水準

司法書士の注意義務の範囲は、  
右にみたように拡大しつつある  
が、そのさい、司法書士において

尽くすべきものとされる注意義務の水準については、とくにこれについて正面から論じた裁判例を見出すことはできなかったが、諸外国におけると同様に(9)、法令および実務に通じた標準的な司法書士に要求される注意義務の程度が基準になっているものと解される。

したがって、保証書を作成した司法書士が、依頼に来た代理人とかねてから面識があり、委任状にも疑うべき点がなかったことから、本人につき人違いなきことの心証を得て、保証書を作成した場合、これがその当時の司法書士間に一般的に行なわれている慣行に従ったものであるとしても、右慣行は不動産登記法四四条の法意に照らして司法書士の過失の存否の判断の標準となしえないものとき(前掲大判昭二〇・一二・二二)、公証人法二八条二項が、面識がないときには印鑑証明書の提出その他これに準ずべき確実な方法によりその人違いなきことを証明させるものとしていても、不登法四四条の保証書作成者においては登記義務者と面識のないかぎり保証

をなしえないものとされている(前掲仙台高判昭五六・二・一七)。

また、報酬の多寡も、注意義務の水準に直接の影響を与えないものと解されているようであり、登記簿の閲覧と立会の間に他の登記がなされる危険は、六万円余の手数料しかもらえない司法書士ではなく、買主に対して目的物の実体上・登記上の権利関係について調査・説明の法的義務を有し、仲介報酬として一千万円余りを受領する仲介業者が負担すべきであるという主張も、考慮の対象とされていない(前掲東京地判平三・三・二五)。

依頼者が不動産業者や金融業者のような専門的業者である場合や、そうした業者が依頼者の代理人になつている場合には、司法書士の本来的な業務内容はあくまで登記申請手続の代理でしかないこととの関連で、実体関係の調査・確認およびその形成はもつぱら当事者の責任においてなすものとする余地もありうると思われるが、裁判例は、一般に、こうした場合も司法書士を免責させず、過失相殺を行なうことで調整を図る

傾向にある。この場合の過失相殺は、事案によつても異なるが、五割程度のもものが多く、なかには九割に達するものもある。

#### (4) 小括

以上みてきたように、司法書士の民事責任は次第に重くなりつつある。そして、そのことは、過失責任から無過失責任へといつたような責任原理の転換や要求される注意義務の水準自体の変更によつてもたらされたものではなく、司法書士の業務内容ないし職責についての理解が、単に登記申請に必要な書類を整えて申請手続を代行するだけのものと捉えるところから、偽造の登記を防止し登記の真正を確保するために、必要に応じて実体関係を調査・確認し、依頼者に説明・助言を与えるべき法律専門職と認識するところへと変化してきたことによるものであると解することができる。フランスにおける公証人が、みずからの職能の確立は民事責任を負う範囲の拡大によつて裏付けられるものと認識し、証書の有効性のみならず、その実効性等についても責任を負うことを、公証人に事務処理を依頼

することの優位性として、積極的にその宣伝に活用していることと対比して興味深く感じられる。

しかしながら、司法書士は、あくまで当事者の依頼を受けて、その職務を遂行するものであるから、登記官と同等な審査権限を有するものでもなければ、厳密な真実発見の義務を負うものでもない(土地家屋調査士に関する長崎地判昭六二・八・七判時一二七五号一一〇頁参照)。また、登記申請代理は、通常の法律行為の代理と比べれば実体的な権利の変動へのかかわり方が小さいし、登記手続の迅速性の要請もある。したがって、常に必ず実体関係に立ち入って調査・確認をし、依頼者に事細かな説明・助言を与える義務を負うというわけではなく、受任に至る経緯や当事者の言動、提示された書類等から実体関係に疑いを生じるような事情が存した場合にのみ調査・確認の義務を負い、十分な判断能力を有しない当事者が気づかないままに取引の常識に反するような危険な取引が行なわれようとしている場合にのみ、説明・助言の義務が負わされているものと解

される。

とはいえ、法律上、司法書士の業務と定められているものであつても、他の法律において制限されているものについては、これを行なうことができず（司法書士法二条二項）、その業務の範囲を超えて他人間の訴訟その他の事件に關与してはならない（同法一〇条）などとして、その業務範囲を厳しく制約されている司法書士が、不動産取引の立会にさいして、前述の如く、実体的権利関係をみずから調査し、場合によつて取引の中止を求めようなど強い助言の義務を負うことがあるとされているのに対し、「一般の法律事務」を行なうことにつき職務上の独占権を有し（弁護士法三条一項・七二条、はるかに高額な報酬を得ている弁護士が、簡単な指示・注意を与えることで免責されている点については（東京地判昭六〇・九・二五判タ五九九号四三頁参照）いささか釈然としない思いも残る（10）。代理権の存否その他の調査義務が公証人より司法書士の方が厳しくなつてゐると指摘されていることや、法律上の実体関係調査義務を課され

るのと引き換えにきわめて高額な報酬を得ている不動産仲介業者と低額な報酬しか得ていないのに囑託に応ずる義務が課されている司法書士との責任分担関係がそれぞれの地位に応じたものといひうるか否かの疑問等も含め、各種の専門家相互間の民事責任のあり方のバランスも問題とされる余地があるように思われる。

### 三 学説の状況と理論的な課題

#### 一 学説の状況

わが国における医師以外の専門家の民事責任論の現状は、「弁護士、司法書士、公認会計士、公証人、宅地建物取引業者のような職業的専門家の民事責任が問われる事例が裁判例の中でも次第に増大している。また、外国法においても、専門家の責任を問う裁判例が多いし、それに関する個別的研究も増えてきている。しかし、専門家の責任について、総論的、各論的にまとめて検討をした研究は、まだ現れていない」との記述（11）

によつて、すべてが言い尽くされているといつて過言でないであらう。

裁判例については、前述したように、次第にその数を増大させつつあるが、いまだ一般的な判例理論が確立したといひうる状況にはない。学説については、アメリカの弁護過誤、ドイツの情報提供者責任および建築家責任、フランスの公証人および建築家の責任等、外国法に関する研究は相当に深められているが、日本法に関する研究としては、個別の判例研究において鋭い議論が展開されているものの、専門家責任論としてのまとまった研究は、弁護士・司法書士等に関するいくつかの優れた論稿が存在するにとどまり、総合的な専門家責任論はいまだ議論の緒についた段階にあつて、民事責任論に関する体系書・概説書の類で専門家責任に関して独立の項を設けているものはきわめて例外的である（12）。

したがつて、ここでは、本来、専門家責任に関する一般理論を整理して、論争点を明らかにすべきものと考えられるが、わが国における理論状況はいまだそうした作業を可能にするほど熟していないと判断されるので、諸外国における理論状況をも参考にしつつ、今後検討されるべき課題を指摘するにとどめざるをえない。

#### 二 専門家責任をめぐる解釈論上の問題点

##### 1 専門家の注意義務

(1) 本稿では、専門家の依頼者に対する民事責任が問題となる事例を、大まかに、①控訴を依頼された弁護士が、これを放置していたところ、控訴期間が徒過して敗訴が確定した場合のように、本来の債務を履行しなかった場合（忠実義務違反型）、②建築家が依頼者の注文内容に沿つた建物を建築したが、構造計算を誤つたために完成建物に倒壊の危険が生じた場合のように、本来の債務を履行するにあつて尽くすべき注意義務を尽くさなかつた場合（善管注意義務違反型）、③所有権移転登記の申請を依頼された司法書士が、抵当権およびその登記を抹消しないまま代金を決済することの危険性を説明しなかつたために、自己



の取引の危険性が気がつかなかつた依頼者が回復困難な損害をこうむった場合のように、依頼者の知識の不足を補い、適正な判断をなし得るような説明および助言を与えなかつた場合（説明・助言義務違反型）の三類型に分ける視点を採用した<sup>(13)</sup>。

(2) これらのうち、専門家の責任としての特殊性を認めることができるのは、②と③であり、いずれの場合にも、専門家が高度に専門的な知識と技能を有することを信頼して自己の事務の処理を委ねるのであり、そうであるが故に、法律がそうした信頼を受けるのに足る知識と技能を有する者に一定の資格と職務上の独占権とを与えているのであるから、専門家は、そうした信頼に応えるのにふさわしい高度の注意義務を負い、場合によって依頼者の第一次的な意思を超え、あるいはこれに反する調査や助言を行なう義務を負うことがある。

ただし、ここでいう「高度の注意義務」とは、法令や実務に通じた標準的な専門家に要求される注意義務という意味で、素人のそれ

よりも「高度」であるというのであって、それ以上でもそれ以下でもない。したがって、その注意義務の具体的な内容は、当該専門職の種類、その業務に対する一般的な期待水準、当該依頼契約の内容とその締結に至る経緯、依頼者の社会的な地位や知識の程度等を総合的に勘案して決定すべきことになる。その内容の確定は、性質上、個別具体的な検討に委ねるべきこととなるが、医療過誤における医療水準論や製造物責任における欠陥の有無の判定基準をめぐる議論等が参考にされてよいように思われる。

なお、専門家の注意義務の右のような特質からして、専門家の過失の有無の判定は、当該専門職の実情に通じた者によって行なわれることが望まれる。そのため、専門家責任保険においては、当該専門職の代表者を含む審査委員会等が設けられている例が多いようであるし、裁判においても、必要に応じて同業者の鑑定を依頼すべきものと考えられる。ただし、そのことが、かつての医療過誤訴訟において指摘されていたように、専

門家の責任の追及を困難にする要因とならないように十分な配慮をすることが要請される。

(3) 第三者との関係では、右の①②③の場合のほか、④弁護士が不当訴訟や不当な強制執行の代理人となつた場合のように、依頼者に対する債務は完全に履行したが、依頼内容自体に違法性があつて第三者に損害を与えた場合が問題となり、いずれの場合にも、一般人から専門家に寄せられた信頼に応えるような高度の注意義務に違反する場合に、専門家の損害賠償責任が生ずる。この場合の注意義務の内容と程度は、基本的に、依頼者に対する関係での善管注意義務と変わりはないものと解される。

2 専門家責任の根拠と法的性質

(1) 右の①ないし④のそれぞれの場合の専門家の義務の成立根拠を問題にする余地がある。

依頼者との関係では、①の場合には、専門家の義務が契約上の義務であることに疑問の余地はない。専門家の委嘱契約であることが義務の内容およびその範囲を確定するさいに一定の影響を与える

ことがあるとしても、それは、契約解釈の問題に解消されることになる。

②の場合にも、専門家の義務は、委任契約上の善管注意義務または請負契約に付随する信義則上の注意義務として構成することが可能であり、原則として契約上の義務であるということができる。

専門家であるが故に注意義務が高度化するといわれていることに関連して、フランスでは、この種の義務は当事者との合意によって生じるのではなく、専門家の特殊性に着目して合意の有無にかかわらず課されるようになった判例上の義務であるから、その義務違反は不法行為責任を成立させるという議論が有力に主張されてきた。しかし、わが国では、たとえば、委任契約上の善管注意義務は、受任者の職業・地位等に応じて一般的に要求される注意義務であるから、受任者が専門家の場合には、専門家なら通常払うであろう注意義務が基準になると解するのが通説である<sup>(14)</sup>。したがって、そのかぎりにおいて、弁護士<sup>(15)</sup>の注意義務は弁護士であるが故にそれにふ

さわしい程度に高度化されるのであって、誠実義務に関する弁護士法一条二項の効果として弁護士注意義務が加重されると解する必要はないものと思われる<sup>(15)</sup>。

③の説明・助言義務についても、一般的に、黙示的合意から生ずる義務、善管注意義務の一内容あるいは信義則上の付随義務等として、契約上の義務と構成されているようである。しかし、すでにみたように、依頼者の一次的ないし表見的な意思を超え、あるいはこれに反する助言をする義務まで認められているときに、これを常に必ず契約上の義務であるとする場合には、若干の抵抗が感じられる。専門家がその職業的な知見に基づいて、あるいは当該専門職に要求される法令遵守義務や中立性維持の要請から、依頼者の再考を促したとしても、おそらくは依頼者の自己決定権を奪うことは許されないであろうから、広い意味での当事者意思の枠内で専門家は行動していると説明することになるのかもしれないが、契約締結前の情報提供義務論や、法的義務論に関する根本問題にもかかわりう

る問題であるので、さしあたり、問題点の指摘にとどめることとしたい。

ただし、右のようにいうことは、依頼者から専門家に対する不法行為責任の追及を排斥しようとするものではなく、依頼者が専門家の不法行為責任を追及することに一定のメリットがあり、実際にも契約当事者間で不法行為責任が追及されている例が少なくないことは前述した。

(2) 専門家を委嘱する契約が委任ないし準委任であるか、請負であるか、雇用であるかという問題については、すでに医師の場合について、仕事の内容によって、委任の場合もあれば、請負の場合もあり、雇用の場合もありうると思われるように、一律にこれを決定することは困難である。また、契約の性質を決定することから当然に解釈論上の具体的結論を導きださうという考え方に對しても強い疑問が投げかけられている。ここでの中心的な課題である専門家の注意義務に関しても、契約の性質の理解如何によつて、その程度・内容が異なつてくるとも思わ

れない。

しかし、契約の性質をどのよう理解するかによつて、無過失の専門家に損害賠償責任を問うるか（履行請求ないし瑕疵修補請求）については、請負の担保責任によらずとも、委任または雇用上の債務の一部未履行と構成すること、同一の結論に達しうる、短期の除斥期間にかかるか、第三者に対する関係で七一五条または七一六条の適用があるか、といった問題があり、これらの諸点は依頼者および第三者の利益に相当大きな影響を与えうるものであるにもかかわらず、これまで必ずしも十分な検討の対象とされてこなかったといえよう<sup>(16)</sup>。

ちなみに、時効または除斥期間に関しては、専門家委嘱契約の法的性質論とは別個の問題であるが、建物売主の買主に対する担保責任が除斥期間によつて消滅した場合に、売主の請負人である建築家の被害者に対する不法行為責任も消滅するか、建築請負人の瑕疵担保責任が除斥期間の経過によつて消滅した場合に工事監理者（建築家）の責任も消滅するか（東京

地判平四・一一・二一判時一四八五号四一頁参照）、司法書士や土地家屋調査士の過失によつて虚偽登記が作出された後長期間経過後に第三者に被害が生じた場合の時効ないし除斥期間の起算点はいつか、といった困難な問題があり、専門家責任保険によつてカバーされる期間が比較的小さいこと等との関係も考慮しつつ適正な対処を図る必要が感じられる。なお、ドイツの判例が、依頼者保護の観点から弁護士や建築家が時効を援用しうる可能性を厳しく制限していることも注目されよう<sup>(17)</sup>。

その他、アメリカ、ドイツ、フランスのいずれもが、免責約款および責任制限約款の効力を否定または制限していたのに対し<sup>(18)</sup>、わが国では、この点に関する議論がいまだあまり深められていないことを指摘しておかなければならないであろう。

(3) 第三者との関係における専門家の義務は、契約の第三者に対する効力の拡張が認められる場合を除けば、法律上の義務であることに疑問の余地はない。

専門家は、依頼者の委嘱を受け

て事務を処理するものであるから、その職務上の過誤が依頼者の委嘱内容によって惹起される場合がある。たとえば、弁護士に不当訴訟が依頼される場合や、司法書士に無権代理行為に基づく無効な所有権移転登記が委嘱される場合等がその例である。こうした場合に、専門家は、依頼内容を忠実に実現したという理由で、第三者に對する責任を免れることはできない。当該行為の適法性・有効性等に關する判断は専門家が独自の立場から専権的に行なうべきものと考ええる。ただし、その判断の前提となる事実關係については、特段の事情のないかぎり、依頼者から提供された資料や説明に基づいてこれを認定することで足りるものと解すべきであろう。

これに關連して解釈論上問題となりうる論点としては、専門家の被用者性ないし履行補助者性をめぐる論点をあげておこう。たとえば、BがAに對する債務を履行するについて、みずからそれを行なうよりもよいと考えて、専門家であるCに依頼したところ、Cの過誤によりAに損害が生じたとする。

この場合、①Cが専門家としての資格を有する以上、七一五条の適用において使用者の選任監督上の注意義務を尽くしたものと推定され、依頼者の使用者責任は免責されるのではないか、②Cが専門家である以上、Bにはいわゆる「干渉可能性」がなく、完全独立補助者と評しうるので、CをBの履行補助者とみることとはできず、Bが専門家を委嘱すること自体がAに對する債務不履行責任を生じさせる場合を除いて、BのAに對する債務不履行責任は免責されるのではないか(19)、③AがCの責任を追及してきた場合に、Cは、A B間またはB C間の契約に付された免責約款を援用することができるか(20)、といった問題、およびそれらの場合のB C間の内部的な損害分担のあり方如何の問題が生ずる。

#### 四 むすび

(1) 欧米諸国においては、すでに前世紀以来、専門家の民事責任について、各専門職ごとに詳細な

議論が展開されてきた(初期においては、専門家の責任を軽減する方向での議論も有力であったようであるが、少なくとも最近の議論は消費者保護的色彩を強めていくといつてよい)。これに對し、わが国においては、医師以外の専門家の責任をめぐる議論はいまだその結についたばかりであるといつてよい。

しかしながら、現代の日本社会においては、欧米諸国におけると同様に、すべての分野において分業化・専門化が進展しつつある。したがって、まったくの素人が専門的知識の欠缺を補うために専門家に事務処理を委嘱する場合だけでなく、みずからもその事務を処理することができるが、より一層の効率を求めて専門家を委嘱する場合も増大しつつあるように思われる。

この後者の場合においては、経済効率的観点から専門家の仕事が進められているのであるから、期待した水準の仕事がなされなかった場合には、専門家の民事責任を追及することによってその損失を回復しようとするのは当然である。

また、前者の場合においても、製造物責任その他の消費者保護的傾向が強まるにつれて、専門家の責任に對する追及は厳しくなっていくものと予測される。したがって、わが国においても、訴訟の途が選ばれるか否かは別として、専門家の責任を追及する事例が増大することは必至であるといえよう。

(2) 右に掲げたいずれの場合においても、専門家としての資格を信頼して事務処理が依頼されている以上、専門家はその信頼に應えうるだけの仕事の質を保たなければならぬはずである。それ故に、専門家は「高度な注意義務」を負うべきものとされている。

しかし、そこでいう「高度の注意義務」とは、結局のところ、当該事情のもとで標準的な専門家が果たすべき注意義務を意味するものであり、専門家がそうした意味での「高度な注意義務」を負うことは、伝統的な民事責任論の原則に照らして当然に認められることであるから、ここに専門家責任の特色を求めることはできない。

専門家の民事責任を通常人の民

事責任と区別して論ずることの意味は、専門家は一般人よりも高度な知識と技能を有し、公正かつ誠実に職務を執行すべきものとされているが故に、依頼者からの明示的な指図がなかったとしても、依頼者および第三者の利益を保護するために、専門的な立場から、通常人以上に慎重な配慮をもって、必要な範囲での調査・確認をし、依頼者に適切な説明・助言を与え、義務を負う点にあると考えられる。

そうであるとするならば、契約当事者間の情報量に圧倒的な差があり、一方が他方を信頼して契約関係に入らざるをえない場合や、製品に関する情報やその安全性を確保する能力を製造者が独占している場合等にも、同様の注意義務の存在が認められるべきことになる。こうした観点からは、専門家の民事責任を論ずるにさいして、専門家の意義を医師、弁護士その他の古典的な自由専門職に限定することにはあまり大きな意味を認めることはできない。そのかぎりでは、フランス法が専門家の意義を専門的事業者一般に拡張して理

解していることに一定の正当性を認めることができるように思われる。

- (1) 川井健「専門家の責任」と判例法の発展」川井健編・専門家の責任（一九九三年）四頁参照。
- (2) 川井健「問題の提起」NBL五三九号二頁（第一章一頁）。
- (3) 円谷峻「日本法における『専門家の不法行為責任』前掲注（一）五五頁。
- (4) ドイツにおける弁護士の民事責任につき、浦川道太郎「ドイツにおける専門家の責任」NBL五四九号五一頁（第四章（二）三六頁）は、年間約八〇〇件の訴訟が提起され、一保険会社だけで年間一、二、〇〇〇件の保険金請求を受けたとし、高橋寿一「建築家の責任」前掲注（一）四〇五頁は、アメリカでは建築家の設計ミスを追及する訴訟が連邦地方裁判所に提起されたものだけで、一九八一年には一八万件にも達しているという。アメリカにおける弁護過誤訴訟の動向につき、加藤新太郎・弁護士役割論（一九九二年）二六頁以下も参照せよ。
- (5) 公証人の責任につき、飯塚和之「公証人の責任」前掲注（一）二四五頁以下参照。
- (6) 弁護過誤訴訟が少ない理由については、加藤・前掲注（四）五

〇頁以下、小林秀之「弁護士の専門家責任」NBL五四四号三四頁（第七章七六頁）、小島武司・弁護士（新装補訂版）（一九九四年）二一九頁以下、建築家については、日向野弘毅・建築家の責任と建築訴訟（一九九三年）一頁、森島昭夫「建築家の専門家責任」〈第八章八七頁〉等を参照されたい。

(7) 司法書士法上の業務規定も、昭和二五年の改正司法書士法においては、司法書士は、他人の嘱託を受けてその者が裁判所、検察庁又は法務局若しくは地方法務局に提出する書類を代わって作成することを業とする」と定められていたところ、登記関連の部分で、昭和四二年に「登記又は供託に関する手続を代わってすること」と改められ、さらに昭和五三年改正によって、「登記又は供託に関する手続について代理すること」とおよび「登記および供託に関する審査請求の手続について代理すること」と改められている。

(8) 司法書士の民事責任をめぐる裁判例について、詳しくは、山崎敏彦「司法書士の職務上の民事責任について」青山法学論集二六卷三・四号（一九八五年）一一一頁以下・二八卷四号（一九八七年）一〇九頁以下、同・登記代理委任契約論（一九八八年）一頁以下、

同「登記代理委任契約に関わる司法書士の民事責任・補論」青山法学論集三二卷三・四号（一九九二年）四六九頁以下、同「司法書士の登記代理業務にかかる民事責任」鈴木祿弥先生古希記念・民法学の新展開（一九九三年）四二頁以下、鎌田「司法書士の登記申請業務にかかわる注意義務」登記先例解説集三三九号・三四一（一九九〇年）、田中克志・不実登記責任論入門（一九九二年）一五四頁以下、住吉博「いわゆる『立会』における不動産登記手続代理人の責任」ジュリスト一〇二二号・一〇二五号・一〇二六号（一九九三年）、小野秀誠「司法書士の責任」前掲注（一）三二七頁以下など参照。

(9) アメリカ不法行為法リステイメント二九九A条は、その専門家または熟練者であつて、その職業人のなかで認められている（「good standing」）者が、通常有している技能と知識を用いることが専門家には求められるとし（弥永真生「アメリカにおける専門家責任」NBL五三九号二六頁（第四章（一）二二頁）、フランスの有力学説は、専門家のフォートは、職務に精通した（avis）医師、公証人といった抽象的な範型（type abstrait）の行為態様に照らして評価されると述べている（H. L. et

J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., 8<sup>e</sup> d., n°462).

(10) ただし、加藤・前掲注(4)

一〇一頁以下は、それに見合った報酬を得ていないということ等も勘案して、一般に、契約締結に立ち会った弁護士は契約の有効性の調査検討の義務を負うものではないとして、こうした見方を批判する。

(11) 川井・前掲注(1)三頁。

(12) 専門家の民事責任および情報提供者責任に関する外国法研究およびわが国の各種専門家ごとの各論的著書・論文は多数にのぼるため、その引用は本書各論稿および前掲注(1)掲載の諸論文に譲る。専門家責任の総論的研究としては、手嶋豊「専門家責任」に関する一考察」私法五一号(一九八九年)一三六頁以下があり、標準的な教科書類で専門家責任をとりあげたものとしては、野村好弘「伊藤高義」浅野直人・不法行為法(一九八一年)一〇三頁以下〔平林勝政〕がある。

なお、ごく最近、山川一陽「根田正樹編・専門家責任の理論と実際」法律・会計専門家責任と保険(一九九四年)に接したが、本稿脱稿後であったため、その内容は十分に参酌していない。

(13) この分類法は、フランスにお

ける弁護士の責任に関する有力学説のそれに準じたものである(鎌田「フランスにおける専門家の責任」NBL五五三三二頁九頁「第四章(3)四八頁参照」。これに対し、能見善久「専門家の責任」NBL五四四号五二頁以下・五四五号一六頁以下「第二章四頁以下」は、専門家に負わされている高度の注意義務の違反が問題となる「高度注意義務違反型」と、依頼者から受けている信頼・信任を裏切る「忠実義務違反型」とに分類しており、本稿とは多少視点異なるが、いずれにしても、依頼者との合意内容を忠実に実現すべき義務と当事者間の明示的な合意の有無にかかわらず専門家としての地位に基づいて生ずる義務との併存を重視する点では共通の認識にたっているものと理解する。

(14) 川井・前掲注(1)五頁等参照。

(15) 鈴木重勝「弁護士の民事責任」判例研究・取引と損害賠償(一九八九年)二五六頁等。ただし、加藤・前掲注(4)一一頁以下は、誠実義務は弁護士・依頼者間の信任関係に由来する忠実義務であると考えられ、債務不履行事由としての義務違反の基準として善管注意義務に加えて誠実義務が必要とされる場面があるとして、これを批判する。

(16) ただし、下森定「日本法における『専門家責任』」前掲注(1)九頁以下、同「専門家の民事責任の法的構成と証明」NBL五四七号三五頁以下・五四八号三四頁以下「第九章一〇一頁以下」参照。

(17) 浦川・前掲注(4)NBL五四九号五二頁「第四章(2)三八頁・五四頁」第四章(2)四〇頁。

(18) 弥永・前掲注(9)NBL五四〇号三六頁「第四章(1)二四頁」、浦川・前掲箇所、須永醇「フランス法における『専門家責任』」前掲注(1)一七〇頁等。

(19) 椿寿夫編「講座現代契約と現代債権の展望」二巻一一九頁以下(今西康人)、潮見佳男「履行補助者責任の帰責構造」民商九六巻二号・三号(一九八八年)等参照。

(20) 山本豊「免責条項の第三者効」広中俊雄教授還暦記念論集・法と法過程(一九八六年)九〇三頁以下参照。  
(かまた・かおる)

## 第七章 弁護士の専門家責任

上智大学教授・弁護士 小林秀之

### 一 はじめに

#### 一 わが国では少ない弁護過誤訴訟

わが国の弁護士の専門家責任を論じるにあたって、わが国ではその責任が問題となる弁護過誤訴訟が欧米（特にアメリカ）に比較して圧倒的に少ないことから論じようとするのは、若干パラドックスであるかもしれないが、冷徹たる現実である。

これまで、わが国で弁護過誤訴訟が少なかった理由としてあげられたのは、①弁護過誤が裁判所の釈明権の行使のような裁判所の後見的役割によってカバーされていること、②弁護士の綱紀委員会、

紛議調停委員会等の代替システムによって依頼者や第三者の不満が吸収されていること、③裁判所や依頼者に責任転嫁していること、④弁護士の職務遂行は無形なことが多く過誤が明確に現われることが少ないうえ、過誤を補充する機会が少なくないこと、⑤弁護士職務の専門性が一般人の予想しえない複雑性をもつこと、⑥弁護士の社会的エリート性、等である（一）。これらは諸外国でも、かなり共通にあてはまるので、わが国特有の理由としては、⑦弁護士数が諸外国に比較して極端に少ないので（二）、需給のアンバランスもあり社会との関係で責任を問われる機会が少ない恵まれた存在であること、⑧弁護士会等を通じお互いに顔なじみであることからくる

身内意識があり、いわば同僚を訴えるよしみに欠けたことはできないこと、⑨弁護士の専門家責任の法理が十分発達していないために、一見して明白な場合を除き訴訟追行が困難であり（典型的な前訴の弁護士の訴訟追行の過誤を後訴の弁護士が責任追及するという場合、「訴訟内訴訟」となり、かつ情報は前訴の弁護士のほうが自分のことなのでより豊富に有している）、賠償額も十分な金額をとりにくかったこと（勝訴の可能性が確実でなければ慰謝料の形になり、わが国では多額の慰謝料は期待しにくい）、等があろう。

しかし、弁護士数は近時の司法試験改革や外国法事務弁護士（いわゆる外弁）の進出との関係で今後次第に増加していく傾向にある

うえ（三）、社会全体として消費者意識が高まってきている折、今後わが国で弁護過誤訴訟が少ないままであるとはいえない。弁護士の専門家責任の法理も、後述のように、わが国の学説は諸外国の理論を参考にしながら発達しつつある。

ただ、弁護士の場合、典型的な訴訟追行過程での「過誤」が問題となる状況で考えても、上訴期間の徒過のように客観的で誰がみても「過誤」といえる場合を別にすれば、一定の裁量の範囲内においてその時点で別の訴訟行為をすべきであったと同じ（レベルの）法曹であり、弁護技術についてはむしろ非専門家の裁判官がどう判断するかという根本的な問題が存在する（後述のように、わが国の裁判例で問題になった事例の大半は、弁護士として最低限の注意義務に反しているといえる事例で、ここで問題とするような「訴訟内訴訟」ないし「リターンマッチ訴訟」ともいうべき場合は裁判例としてはいまのところ数はそれほど多くない）。

## 二 弁護士の活動領域の広がり

弁護士の専門家責任を議論する場合には、弁護士の活動領域全体をカバーする議論でなければならぬが、近時のわが国の弁護士の活動領域が伝統的な訴訟活動にとどまらず、かなり多方面にわたっていることを考える必要がある。訴訟外での示談交渉はおそらくほとんどの弁護士がしているであろうし、契約書作成、法律相談についても同様であろう。さらに、弁護士自体の専門化と連動して、各種の書類作成（遺言書、証券発行書類、官公庁への届出書類等）や総合的な会社業務の指導（株主総会や取締役会の指導から日常的なクレーム対策まで）を行なうようになってきており、国際的（渉外的）活動あるいは会社関係における弁護士業務の拡大現象は顕著である。

以下）ないし準委任（民法六五六条）にとらえる学説が主流（通説といえると思う）であったが、

弁護士の活動内容によつては請負（民法六三二条以下）や雇傭（民法六二三条以下）との混合契約ととらえる方が適当な場合もかなりある（書類作成自体が目的である場合には請負との混合契約であり、社内弁護士の場合は雇傭との混合契約といつてよい場合が多いであろう）。

## 二 一 わが国の学説の状況

### 一 弁護士の二面的性格

専門家の特性の一つとして、営利を第一目的とするのではなく公共の利益の促進を目標とするものであることがあげられている（一）、弁護士の場合には「社会的正義の実現」という公共の利益がその使命とされ（弁護士法一条一項）、特にわが国の弁護士にはこの意識が強い。

このため、弁護士の専門家とし

ての責任を問題にする場合には、弁護士が依頼者との契約に基づいて負う責任と社会のために負う公益的責任の二面性の調和を常に考える必要がある。弁護士の専門家責任の二面的性格は、他の専門家責任とも共通する面はあるが、

弁護士の方が他の職業よりも二面性から生ずる矛盾は強い（たとえば、建築家の場合、法規を遵守し社会的に価値のある建物を建築する公益的責任があるとしても、それは依頼者の利益にも通常合致する）。  
 弁護士の専門家責任の二面性、特に公益的責任は、民事訴訟法研究者・実務家から強く主張される（二）、特に異論はないようである。公益的責任は、実際的には弁護士の依頼者に対する契約上の責任の限界を画する機能を果たしていることが多いようである。

なお、弁護士の依頼者に対する責任も、鑑定意見の作成では中立的・客観的な意見の陳述が求められるのに対して訴訟代理人の場合には当事者の立場を積極的に陳述・立証することが求められるように、業務内容によって多面的性

格を有することは留意する必要がある。

## 二 弁護士と依頼者との法的規律

弁護士の専門家責任は、依頼者に対する責任と依頼者以外の第三者に対する責任の二つに大別できるが、前者の依頼者に対する責任の法的構成は、委任ないし準委任と解するのが通説（三）であり、委任者・受任者間の信頼関係を基礎とする典型的な委任契約の特色を帯有するとさえいわれている（四）。

弁護士の業務内容が、伝統的な訴訟追行や法的助言といった無形の最善の処理を行なうことだけが義務づけられた信頼関係に基づく精神的業務であつて手段債務であるという時代においては、委任ないし準委任で足りたが、前述したように弁護士の活動領域が飛躍的に拡大した現代社会では不十分なものではないだろうか。書類作成業務を中心に一定の結果を招来する履行を求める結果債務である業務が存在し、それらは請負的な性

格を有しており、単純な仕事の完成だけでなく法的助言との複合という意味では委任と請負の混合契約であるというべきであろう。また、社内弁護士のように、依頼者との関係に雇傭関係が存在する場合には、雇傭ないし雇傭との混合契約ということになる。

なお、国選弁護人については従来から通常の場合と区別して法的規律を論じる見解が有力であり、公法上の事務管理説(判例)ないし特殊信頼関係説(8)が唱えられている。しかし、国選弁護人の訴訟上の地位は私選の場合とは変わらないことや、国選弁護人は当該被告人を依頼者と考えるべきであつてたまたま被告人の貧困ゆえに国が報酬や費用を被告人に代わつて払っているにすぎないことからすると、通常の場合と同様に被告人との間に契約(刑事事件であるので通常は準委任)があると考へてよいのではないだろうか(9)。あるいは、第三者のためにする契約として国との間での契約として国にも国選弁護人に対して誠実な弁護活動を請求できる権利

を認め、被告人は受益の意思表示をしたときから国選弁護人との間で準委任の関係が生じるといふ解釈も考えられるであろう。

ドイツ法では委任が無償であることもあつて、弁護士と依頼者との関係を基本的には事務処理を目的とする雇傭ないし請負とされているが、前述のように、わが国でも雇傭や請負と解すべき法律関係にとつてはドイツ法の規律が参考になる(10)。

### 三 誠実義務論争

弁護士と依頼者との間の法的規律につき、誠実義務論争ともいふべき論争がある。

弁護士法一条二項は、弁護士は誠実にその職務を行なわなければならない旨規定しているが、この誠実義務が民法上の弁護士の依頼者に対する善管注意義務(民法六四四条)を加重した法的義務なのか、それとも単に倫理的規範なのかをめぐつて学説上争われている。善管注意義務を加重したものと解する多数説(11)は、弁護士の業務の特殊性・専門性からその

責任が通常の善管注意義務より加重されてくると主張するのに対し、単なる倫理的規範と解する少数説(12)は、善管注意義務に加えて誠実義務が必要とされる場面は実際上ないと反論する。

善管注意義務の理解の問題にもなってくるが、善管注意義務をその職務上要求される高度の注意義務と解するかぎり、弁護士に善管注意義務を認めれば十分なようにも思えるし(より加重された注意義務が誠実義務であると説いたところで善管注意義務の程度を高く設定すれば同一の結果になる)、弁護士法一条二項が同条一項の公共的責任に基づいて(前項の使用命に基き)弁護士が誠実にその職務を行なわなければならないと規定していることを考慮する必要がある。誠実義務は、弁護士の依頼者に対する善管注意義務と社会に対する公共的責任を統合した弁護士の専門家責任をうたったものであり、委任ないし準委任以外の場合にも高度の職務的注意義務である善管注意義務(同時に公共的責任も)が生じるという意義を有

すると解すれば足りるのではないだろうか(第三者との関係でも同様――後述四)。さらに、弁護士は誠実義務をより強固に具体化したといふべき弁護士倫理をも遵守する義務を負っているが、これは誠実義務の内容を構成するものもあるが基本的には倫理規定であつて法的義務とまではいえないであろう。

判例の分析からも同様の結論が導かれるが、これは三で後述する。

### 四 弁護士と第三者との法的規律

弁護士と契約関係にない(依頼者でない)第三者との間の法的責任については、不法行為によることについては異論をみない。また、依頼者との関係でも、請求権競合を認める立場では不法行為に基づき請求権を肯定する。

問題は不法行為の前提となる注意義務の程度であるが、弁護士が法律専門家である以上、高度の注意義務であることはほぼ異論はないところである。前述の誠実義務の把握からすると、弁護士は第三



者に対しても誠実義務を負っているから、依頼者に対するのと同様の善管注意義務と同レベルの注意義務を負うことになりそうであるが、関係が薄い第三者に対して高度の注意義務を負うとはいえないであろう（たとえば、同種の他の事件の当事者に対してさえも、敗訴することにより大きな影響があるからといって依頼者に対するのと同じ高度の注意義務を負うとはいえない）。依頼者と同レベルの注意義務を第三者に対する責任でも弁護士に負わせるのは、完全に無制限の人的範囲ならば酷であろうが、弁護士が専門家としての信頼を得ているような第三者との関係ではそこまでの高度の注意義務を認めてよいであろう（13）。

実際のにも訴訟や交渉の相手方は弁護士であるから一定の社会的敬意と信頼をなすのであり、そのような人的範囲については法律専門家としての高度の注意義務を負っていると解してよいであろう。判例で問題となる不法行為責任の人的範囲もほぼこの範囲内におさまっている（後述三参

照）、その意味では法的構成の差異による注意義務のレベルの差の問題はこれまでのところ実際上は生じていない。

依頼者が第三者かの実際的な差異としては、注意義務のベクトルの方向性の違いであろう。当事者主義構造のなかでは弁護士は依頼者の利益を図ることを第一次的な責任として負い、それを通じて公共的責任を果たしているのであるから、弁護士の注意義務のベクトルの方向性は第一次的には依頼者の利益であり、誠実義務の二内容である公共的責任から第三者の利益を不当に侵害しないことが出てくると解すべきであろう。

### 三 わが国の裁判例の状況

#### 一 概観

弁護士の専門家責任をめぐる裁判例は、前述のように数があり多くないだけでなく、医療過誤事件等に比較すると、弁護士の専門家としての高度の注意義務が問題

となるよりも、単純な不注意ないし不誠実な対応といった一般人でも問題となるようなケースについてその責任が認められている場合がほとんどである（これに対して、責任が認められていないケースでは相手方がいわゆる訴訟マニアと思われるような場合がかなり含まれている）。その意味では、弁護士の法律専門家としての高度の注意義務を問題とし、前訴の弁護士の高度な訴訟活動の巧拙を後訴で吟味する「訴訟内訴訟」といった本来的な専門家責任の裁判例は数があまり多くない。

裁判例分析の分類視角として、加藤判事は依頼者に対する責任につき、義務の内容の観点から、①審判を受ける機会・期待を保護すべき義務、②依頼者の損害を防止すべき義務、③適切な助言・主張立証すべき義務、④説明・報告義務、⑤依頼者の上訴の機会を保護すべき義務に分類し、執務態度の観点から、①不誠実型、②単純ミス型、③技能不足型に分類し、局面的観点から、①訴訟、②債権取立て・保全、③その他に分類して

いる。第三者に対する責任では、局面ないし事項の観点から、①不当訴訟・不当執行に関するもの、②訴訟活動に関するもの、③その他に分類している（14）。

アメリカの裁判例の分析視角であるが、手嶋教授は、①書類関係、②依頼人の不動産の所有権を検討するように依頼された場合、③法的手段の準備の過失、④法律の知識に関する問題、⑤訴訟追行、⑥上訴における過失、⑦代理権の踰越、⑧金銭の回収にさいして、⑨委託金の運用、⑩事務の終了、に分類している（15）。

本稿では、わが国における弁護士の専門家責任の裁判例の現状を客観的に知るために、戦後（主に近時）の裁判例をその数が多いと思われる事件類型順で整理してみよう。依頼者との関係では、上訴期間の経過や期日不出頭・休止満了等の期日懈怠型、依頼者の希望とは異なる解決をってしまった断然処理型、依頼者に十分な法的説明をしなかった説明不十分型等が多いようであり、第三者との関係では相手方本人あるいはその代理

人の名誉を侵害した名誉侵害型がもっとも多く、その亜種ともいえるべき不当訴訟型もかなり多い。なお、以下の紹介は戦後の裁判例の全体的な傾向を示すためのものであり、事件全体を要約したもので網羅的なものでもないことをお断りしておきたい（各判例の出典等については、後掲別表を参照）。

## 二 依頼者との関係

### (1) 期日・期間懈怠型

単純ミスであり専門家責任とは本来いえない一般人についても成立する責任という見方もありうるが、上訴期間等の期日・期間の厳守が強く要求される弁護士だからこそ期日懈怠型が多いという見方も可能であろう。最高裁は、弁護士の事情で期間を遵守できなかった場合に不可抗力による訴訟行為の追完（民訴法一五九条）をほとんど認めないことも（16）、このタイプの責任を発生させる一因になっている。

弁護士ないし弁護士が雇用する事務員の懈怠により控訴期間を徒過し、依頼者が控訴の機会を失っ

てしまった判例としては、①東京

地判昭四六・六・二九（弁護士が依頼者に連絡がとれなかったため、控訴しなかったことの懈怠）、

②東京地判昭四九・一二・一九

（事務員が送達期日を誤って伝えたため弁護士が控訴期間を徒過した懈怠）、③横浜地判昭六〇・一・二三（②と同様の事案）がある。興味深いのは、いずれも控訴できなかったことによる財産的損害の請求を認めているわけではないことである（③は当事者が異なるため慰謝料も認めず）。控訴したからといって勝訴できたとはかぎらないので、財産的損害の因果関係が否定されたためである。

弁護士が訴訟継続・保全処分申請を行わず期間徒過により訴訟を休止したとし債権を時効消滅させた④東京地判昭五二・九・二八や、弁護士が期日に出頭せず依頼者にもまったく連絡せず解任された⑤東京地判昭四九・八・二八も同様の事件類型と考えられる（④は因果関係が明白なので財産的損害まで認容し、⑤は慰謝料を認

容）。

### (2) 独占処理型

弁護士が依頼者の意見（希望）とは異なる形で事件を処理してしまつた類型である。依頼者の合理的意思とはまったく反する場合に

は弁護士の責任が認められるが、合理的意思に合致しないしは弁護士の裁量権の範囲とみなされる場合には責任は認められず、両者の境界づけには社会常識や弁護士倫理が大きな意義をもつ。前者の、依頼者の合理的意思とはまったく反する場合としては、被告人の死刑判決は相当である旨の控訴趣意書を提出した国選弁護人についての⑥東京地判昭三八・一一・二八、弁護士が依頼者の意思を確認することなく控訴を取り下げた⑦東京地判昭五四・一一・一三（ただし、財産的損害しか請求していなかったため因果関係が不明として請求棄却）、いったん仮差押決定を得ながら弁護士が債務者から何の担保もとらずに仮差押決定の取消申請を勝手にしてしまつたため債権回収ができなくなつた⑧東京地判昭四九・三・二五、

弁護士が債権回収の委任を受け相当額の回収が可能だったのに一割で和解し残額を放棄してしまつた⑨東京地判昭四〇・四・一七等がある。いずれも社会常識のないし弁護士倫理からみて問題があることは明らかだった事件である。

これに対して、弁護士が独占（というよりは裁量）により処理したことに義務違反がないとして依頼者への責任を認めなかった判例に、手形取立ての委任を受けた弁護士が債務者の資金繰りを考慮して手形の書換えに応じ結局一部が回収不能になつたとしても責任はないとした⑩大阪地判昭五八・九・二六、抹消登記請求訴訟で勝訴したがすでに対象不動産に価格を上回る抵当権が設定されていて債務者からも和解の申出があつたので弁護士が直ちに抹消登記請求や強制執行を行なわなくても責任はないとした⑪福岡地判平二・一一・九、弁護士が係争不動産の権利関係を整理したうえで売却することを依頼されそのように事務処理をしたが買主の不動産業者が同日もつと高い価格で転売したとし

別表 戦後主要裁判例一覧（番号は本文中に引用のもの）

I 依頼者との関係（財産的損害認容はすべて債務不履行を理由とする）

(1) 期日・期間懈怠型

- ① 東京地判昭46・6・29 判時645号89頁 慰謝料一部認容〔20万円〕（財産的損害は請求棄却）
- ② 東京地判昭49・12・19 下民集25巻9～12号1065頁・判時779号89頁 慰謝料一部認容〔20万円〕  
（上訴目的物の価額が350万円以上で担当弁護士から別に30万円弁済されていることを考慮）
- ③ 横浜地判昭60・1・23 判タ552号187頁 請求棄却（財産的損害は因果関係不明で、慰謝料は当事者違い）
- ④ 東京地判昭52・9・28 判時886号71頁 財産的損害認容〔492万4,544円〕
- ⑤ 東京地判昭49・8・28 判時760号76頁 慰謝料一部認容〔30万円〕

(2) 独断処理型

- ⑥ 東京地判昭38・11・28 下民集14巻11号2336頁・判時354号11頁・判タ155号138頁 慰謝料一部認容〔3万円〕
- ⑦ 東京地判昭54・11・13 判時957号63頁・判タ409号126頁 請求棄却（財産的損害の因果関係不明）
- ⑧ 東京地判昭49・3・25 判時753号36頁 財産的損害認容〔343万7,000円〕
- ⑨ 東京地判昭40・4・17 判タ178号150頁 財産的損害認容〔135万円〕
- ⑩ 大阪地判昭58・9・26 判時1138号106頁・判タ533号185頁 請求棄却（責任なし）
- ⑪ 福岡地判平2・11・9 判タ751号143頁 請求棄却（責任なし）
- ⑫ 東京地判昭41・12・17 判時473号14頁 請求棄却（責任なし）

(3) 説明不十分型

- ⑬ 東京地判昭54・5・30 判タ394号93頁 財産的損害認容〔金額不明〕
- ⑭ 東京地判昭60・9・25 判タ599号43頁 請求棄却（責任なし）
- ⑮ 東京地判昭62・6・18 判時1285号78頁 請求棄却（責任なし）
- ⑯ 高知地判昭58・4・14 判タ530号208頁 請求棄却（責任なし）
- ⑰ 東京地判昭57・5・10 判時1064号69頁・判タ485号128頁 請求棄却（責任なし）

(4) その他

- ⑳ 大阪地判平5・9・27 判タ831号138頁 財産的損害認容〔304万円〕

II 第三者に対する関係

(1) 名誉侵害型

- ㉑ 東京地判平5・7・8 判タ824号178頁 慰謝料一部認容〔30万円〕（依頼者本人も同額の責任）
- ㉒ 大阪高判昭60・2・26 判時1162号73頁 慰謝料一部認容〔相手方およびその代理人弁護士に各10万円〕
- ㉓ 千葉地館山支判昭43・1・25 判時529号65頁 慰謝料一部認容〔5万円〕
- ㉔ 京都地判平2・1・18 判時1349号121頁・判タ723号151頁 慰謝料一部認容〔30万円〕
- ㉕ 東京高判平元・3・22 判タ718号132頁 請求棄却（責任なし）
- ㉖ 東京地判昭56・10・26 判タ453号107頁 請求棄却（責任なし）

- ㉔ 東京地判昭43・6・20 判タ226号167頁 請求棄却（責任なし）  
 ㉕ 東京地判昭26・9・27 下民集2巻9号1138頁 請求棄却（責任なし）  
 ㉖ 横浜地判昭25・9・11 下民集1巻9号1438頁 請求棄却（責任なし）

## (2) 不当訴訟型

- ㉘ 東京高判昭54・7・16 判時945号51頁・判タ397号78頁 請求棄却（責任なし）  
 ㉙ 京都地判平3・4・23 判タ760号284頁 請求棄却（責任なし）  
 ㉚ 東京地判昭49・3・13 判時747号75頁 請求棄却（責任なし）

## (3) その他

- ㉛ 東京地判昭61・1・28 判タ623号129頁 財産的損害一部認容〔500万円〕（遺贈額は4,000万円だが原告にも相続権の確保につき落ち度があったことを斟酌）  
 ㉜ 東京地判昭62・10・15 判タ658号149頁 財産的損害一部認容〔232万円〕（建物の割合的価額）

## III 依頼者の相手方との関係〔参考〕

- ㉝ 最判昭63・1・26 民集42巻1号1頁 請求棄却（責任なし）

でも責任がないとした㉔東京地判昭四一・一二・一七がある。全体として判例は、弁護士が一応誠意をもって処理しているかぎりは、その裁量権を尊重し適法とする傾向にある。

## (3) 説明不十分型

依頼者と弁護士の信認関係からすると、弁護士は依頼者に十分説明し依頼者からの信認を常に確保する必要があるが、わが国の弁護士は依頼者に対する説明・報告はあまり得手ではない。極端な例は、一審から最高裁まで一度も依頼者からの事情聴取も依頼者への報告もしなかった㉛東京地判昭五四・五・三〇がある。間に入った人とは連絡をとっていたようであるが、連絡をとった人が法定代理人でありその人だけに説明をすればよいような特殊な事情でもないかぎり（本人が禁治産宣告を受けているなど）、説明不十分であるうえ本人自身が重要な情報源であるために不十分な訴訟追行になるおそれが高い（本件も前訴は情報不足で敗訴している）。

これに対して、責任否定例とし

て、不動産売買の立会人になることを弁護士が依頼された場合、契約が有効であるかについてまで助言・指導する必要はないとした㉜東京地判昭六〇・九・二五や、重要証拠や一部請求認諾の意味や訴訟全体への影響への説明が十分ではなかったが精一杯の努力をしていた弁護士との責任はないとした㉝東京地判昭六二・六・一八、仮処分申請につき事件によっては中止するよう助言すべき場合もあるが一見明らかに誤っていないかぎり弁護士との判断に委ねられるとした㉞高知地判昭五八・四・一四、公共団体の無料法律相談では弁護士が故意に不当な意見を述べた誤導したり通常期待される助言・指導としての適切を著しく欠かないかぎり責任がないとした㉟東京地判昭五七・五・一〇等があり、いずれも弁護士の説明義務を厳しくとらえてはいない。

## 三 第三者に対する関係

## (1) 名誉侵害型

訴訟追行のさいの弁護士の訴訟活動が相手方ないし相手方の弁護

士との関係で名誉侵害になるかが問題となるケースは、わが国では割合に多い。基本的な考え方としては、当事者主義ないし弁論主義を基調とする民事訴訟において一方当事者の立場を積極的に代弁するのが弁護士の基本的職務である以上、原則として弁論や証拠調べにおける訴訟行為は当事者の立場を代弁するものであるから名誉侵害を構成しないが、訴訟当事者の立場との合理的関連を欠く訴訟行為や単なる誹謗・中傷は名誉侵害を例外的に構成するといえる(17)。

名誉侵害の成立を認め弁護士の責任を肯定した判例には、相手方弁護士を、倫理感が麻痺し弁護士であれば何をしてもかまわないという特権的な思いあがった意識にとりつかれ、名誉毀損、恐喝を常套手段としているなどと準備書面で誹謗した場合に名誉毀損を構成するとして慰謝料が認められた(18)東京地判平五・七・八、二重売買の背信的悪意者の誹謗のさいに相手方弁護士を横領罪の共犯であると準備書面で断定したことが名誉

棄損を構成するとして慰謝料が認められた(19)大阪高判昭六〇・二・二六(二審)大阪地判昭五八・一〇・三二判時一一〇五号七五頁・判タ五一九号一八四頁)、訴訟に関係のない相手方弁護士が被告人となつた刑事事件を執拗に引用し法律知識を悪用して法律の裏をかくあらゆる途を講じていると準備書面で誹謗したことが名誉棄損を構成するとした(20)千葉地館山支判昭四三・一・二五、相手方が第三国人としての立場を利用して巧みに儲けた旨の記載がある興信所作成の報告書を裁判所に提出したことが名誉を毀損するとして慰謝料を認めた(21)京都市判平二・一・一八等がある(18)。

これに対して、弁護士の訴訟活動(主に弁論や証拠調べ)が正当な弁護士活動の範囲内であるかないかは名誉を侵害していないとして弁護士の責任を認めなかった判例が相当数ある(22)東京高判平元・三・二二、(23)東京地判昭五五・一〇・二六、(24)東京地判昭四三・六・二〇、(25)東京地判昭二六・九・二七(二号、三号の生活費を出している

かという事件に関係ない尋問だが反対尋問であることを考慮して責任を否定)、(26)横浜地判昭二五・九・一一)。

なお、弁護士ではなく依頼者に対して責任が問題になつた場合も同様な傾向であり、若干の例外的場合を除けば圧倒的に否定例が多い。

## (2) 不当訴訟型

不当訴訟型では、不当訴訟提起に関する当事者本人の責任についてのリーディング・ケースである(27)最判昭六三・一・二六が弁護士の責任にとつても参考になる。判例(28)は、実測清算売買で土地家屋調査士に対して過少測量の責任を問題とした前訴で誰が依頼し指示して測量したものであるかを確認しないでなされた訴訟提起が不当訴訟として責任があるかが問題となつた事案で、提訴者が主張した権利等が事後的・法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者がそのことを知りまたは通常人であれば容易に知りえた場合等「訴えの提起が裁判制度の趣旨的に照らして著しく相当性を欠く」と認めら

れたときのみ責任を負うと判示した(19)。

判例(29)を弁護士の責任にあてはめると、依頼者主張の権利等が事実的・法律的根拠を欠くうえ、弁護士にその認識または認識可能性があることが要件となり、依頼者の認識または認識可能性は要件としなくてよいであろう(20)。下級審判例もほぼ同様の立場をとつており、弁護士が依頼者の言を立証できれば訴訟物を異にするから裁判所が別異の判断をする可能性があるとして訴訟提起しても不当訴訟にならないとした(30)東京高判昭五四・七・一六や、請求異議訴訟の原因として相殺の受働債権が債務不履行による遅延損害金であると主張し、民法五〇九条は債務不履行を構成する事実が同時に不法行為を構成する場合だけであると考へたことは弁護士の判断としても相当なものであるから責任がないとした(31)京都市判平三・四・二三がある。また、依頼者が約束手形を所持してその取立てを依頼されずに弁済消滅していることを知らずに仮差押を行なつたと

しても弁護士には責任がないとした⑩東京地判昭四九・三・一三は、依頼者は明らかに不当訴訟の責任を負うべき事案であったので、やはり弁護士と依頼者の責任を区別して独立に考えている。

### (3) その他

遺言執行者に指定された弁護士が遺言が無効だった場合に、受遺者にその旨を告げ遺産に対しての権利行使の機会を失わせないようにする義務を負っていたとして責任を認めた⑪東京地判昭六一・一・二八、弁護士が建物の持分の帰属が確定するまでは建物を取り毀さない旨の和解に関与しながら、建物を取り毀すことを察知しながら委任に基づき建物を売却したことは和解の相手方に責任があるとした⑫東京地判昭六二・一〇・一五等がある。

名誉侵害型や不当訴訟型の人的範囲は相手方ないし相手方弁護士であり、その他の類型もそれに準ずる人的範囲であることは、第三者に対する責任が基本的には一定の人的範囲に対するものと構成する方向を示唆している。

## 四 今後の方向性

### 一 弁護士活動の類型化

弁護士の専門家責任の今後の方角性としては、拡大化現象が顕著な弁護士活動領域にあわせて活動類型ごとに依頼者や第三者との関係を考えていく必要がある。たとえば、証券発行にさいして作成した書類に過誤があれば、それを信頼した投資家への責任が問題になるし、遺言書や融資関係書類に過誤があつて無効となれば受遺者や金融機関への責任が問題となるし、株主総会の指導では株主全員に対する責任も問題になつてこよう。依頼者との法律関係も活動類型に即して構成する必要があるし、責任を負う第三者の人的範囲も同様であろう。

一つの試論としては、まず弁護士活動が通常の場合のように独立的活動であるのか、社内弁護士ないしそれに準ずるような関係の場合のように非独立的活動であるのか分けてみる事が考えられる。

後者は雇用に近い類型であるが、第三者に対する関係では雇用した会社使用者責任が生じるうえ、会社との関係でも会社の規律に服する関係上、独立的活動の場合のように重い責任を負わせられるべきではないだろう。前者の独立的活動の場合には、通常は委任ないし準委任の関係を依頼者との間で有するが、書類作成自体を目的とするような場合には請負ないし請負との混合契約的な関係を依頼者との間に有する。しかし、請負ないし請負との混合契約的な類型でも、依頼者との間の高度の信頼関係を考慮すると、すべて請負の規定で処理するのは適当ではなく委任の規定もかなり準用すべきではないかと思われる。

### 二 新たな法理論構成の可能性

同時に、弁護士の伝統的な活動領域である訴訟（債権回収等も含めて）についても、前訴の弁護士の活動に過誤があると判断する判断基準をもっと発達させていかないと、今後統廃するかもしれない弁護士技術が悪かつたために敗

訴したという近時の医療過誤訴訟に類似する「訴訟内訴訟」ないし「リターンマッチ訴訟」の処理に困難をきたそう。

それに関連して、弁護士の責任が肯定された場合の損害賠償額の算定の問題も生じてくる。訴訟は多数の訴訟行為の積み重ねによるものであつて、最終的な結果の予測は困難であり、単純な上訴期間の徒過という場合でも上訴すれば勝訴できたという保障はまったくない。多くの場合慰謝料によらざるをえないとしても、単純な精神的ダメージだけでなく機会利益喪失による財産的損害をカバーする慰謝料の算定という問題になつてこよう。逆に、書類作成を目的とする活動については財産的損害の算定は容易であるが、損害額が膨大なものになつてくるので履行確保を図る必要がある。

その意味では、弁護士の原則的な活動類型である委任型における依頼者との法的紛争の処理についても新たな法理論構成を発達させていく必要があるといえる。その新たな法理論構成の方向性

は、弁護過誤と損害との因果関係が明確で損害全額について責任を肯定できる場合を別として、民事裁判を受ける権利（個別的には、たとえば上訴をする権利と構成できることも多いだろう）の侵害という機会利益の喪失を正面からとらえた理論構成であり、慰謝料による救済よりも直接的に問題の本質をとらえているだろう。その場合の損害賠償額は、機会利益の喪失を何らかの形で合理的に計算した、たとえば、上訴による勝訴確率をかけたものや、その後の法的目的の実現に要する費用（弁護士費用その他）ということになってくるのではないだろうか（場合によっては裁判所の裁量で算定してもよいだろう）。この点において参考になる最近の判例に、依頼者に対するものとして③大阪地判平五・九・二七、依頼者に近い第三者に対するものとして判例⑩がある。

判例③は、弁護士の専門家責任の具体的内容（法律相談を受けた後依頼されたのに受任しないならすぐに連絡しなかったり、明渡仮

処分では現実の占有者を相手方に加えなければ善管注意義務違反になるなど）につき判示しているのみならず、その債務不履行責任は民事裁判を受ける権利ないし裁判上の救済手続を受ける権利の侵害であるとして、その後の法的権利の実現に要した費用（弁護士費用）を損害額として認定している。判例⑩の概要は前述したが、自己の権利主張の機会を失したことを損害とし、原告の落ち度も斟酌したうえで原告が損失した相続額の一部賠償を命じている。いずれも、原告の損害の算定が困難な場合であるが、機会利益の喪失を正面から認めようとしている点で注目に値する。

このように現実の損害が明確ではなく一定水準の弁護士としての役務を提供しなかったことの期待利益（期待権）の侵害である場合には、弁護士を含めた専門家の職務の誠実性（信認関係）から生ずる信義義務違反による無形損害の賠償という性格が強くなる。さらに、一般化すれば、無形の役務提供型の債務に共通する契約法上

（あるいは第三者との関係）の理論がまさにそこでは問題となつていたのであつて、従来の給付提供型中心の契約法や不法行為法の理論を修正し、新たに役務提供型債務のための契約理論や第三者との関係の理論の構築が求められているという見方も可能であろう。

(1) 加藤新太郎・弁護士役割論（弘文堂・平四五〇頁以下、下森定「日本法における『専門家の契約責任』」川井健編・専門家の責任（日本評論社・平五）四〇頁、斎藤秀夫・松田勝義「弁護士の職務執行に伴う私法上の責任——アメリカにおける malpractice の法理」民事訴訟の法理（敬文堂・昭四〇）七三七頁。

(2) わが国の登録弁護士数は、一九九三年七月一日現在で一五、〇四四人（準会員および外国法事務弁護士を含む）であり、実働数はそれより少なく一四、〇〇〇人前後であろう。これに対して、アメリカは一九九三年に九〇万人を超え今世紀終わりには一〇〇万人を突破するといわれている。人口比でも、アメリカはわが国の三〇倍以上の弁護士数であり、この法曹密度の差は弁護過誤訴訟の提起数の差に大きな影響を及ぼしているであろう。

(3) 近時の司法試験改革の結果、合格者数は約五〇〇名から約七〇〇名に四〇%アップしているが、任官者数があまり変わらないとすると、弁護士の供給数は従来よりも五〇%以上アップするはずである。また、外国法事務弁護士については日米構造協議やガット協議の対象とされた結果、日本人弁護士との共同事業が認められた（仲裁代理も将来認められると思われる）こともあり、活動領域の拡大に伴う数的増加も十分予想される。

(4) 西嶋梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシチュアランスの基本問題」現代損害賠償法講座8（日本評論社・昭四八）一四一頁以下。

(5) 加藤・前掲注(1)五頁以下、石川明「弁護士の基本的性格に関連して」民法法の諸問題（一粒社・昭六二）三九四頁、伊藤眞「弁護士と当事者」講座民事訴訟3（弘文堂・昭五九）一一八頁等。

(6) 代表的なものとして、我妻栄・債権各論中二（岩波書店・昭三七）六八七頁、来栖三郎・契約法（有斐閣・昭四九）五〇四頁、星野英一・民法概論IV（良書普及会・昭五一）二七二頁、三ヶ月章・民事訴訟法（有斐閣・昭三四）二〇一頁、新堂幸司・民事訴訟法（第二版補正版）（弘文堂・平二二）

- 一二七頁等。
- (7) 中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系IV(有斐閣・昭三八)二六七頁。
- (8) 齊藤||桜田・前掲注(1)七一七頁以下。
- (9) 国選弁護士人について重要な法律問題は、選任や解任あるいは辞任であり、これらの問題の処理にあたっては単純な委任と考えるだけでは不十分で、弁護士の公共的責任も問題になってくる(弁護士の誰かが国選弁護士になる必要があるため)。小林充「国選弁護士に関する諸問題」法曹時報二五巻五号八一二頁以下(昭四八)。
- (10) 岡孝「弁護士の責任」専門家の責任(日本評論社・平五)二〇七頁は、同様の問題意識から、弁護士業務の請負的側面につき近時のドイツ法の動向を紹介する。
- (11) 加藤・前掲注(1)九頁以下、福原忠男・増補弁護士法(第一法規・平二)四五頁、伊藤眞・前掲注(5)一一三頁。
- (12) 鈴木重勝「弁護士の民事責任」判例研究・取引と損害賠償(商事法務研究会・平元)二五六頁。
- (13) 円谷峻「日本法における『専門家の不法行為責任』」専門家の責任(日本評論社・平五)六九頁も、誠実義務を媒介として、一定の関係から専門家としての高度の信頼を寄せることが正当だと評価される者との関係では一種の信託関係(fiduciary relation)があることを理由に、契約関係にある場合と同等の注意義務を認める。
- (14) 加藤・前掲注(1)七八頁・一二六頁。
- (15) 手嶋豊「アメリカにおける弁護士の依頼人に対する民事責任の展開」判タ六一三三号二六頁以下(昭六一)。
- (16) 判例は、代理人弁護士が判決の送達をまったく知らなかった場合でも事務員や法律事務所勤務の弁護士が知っていれば、「当事者の責に帰すべからざる事由に因り」上訴を追完すること(民訴法一五九条)を許さない(最判昭二四・四・一二民集三巻四号九七頁、最判昭二七・八・二二民集六巻八号七〇七頁。後者は裁判所書記官が執行吏に判決正本を託したとの誤った言明があつたとも思われる事案だが、追完を許さず)。これに対して、最判昭四六・四・二〇判時六三〇号六四頁は、弁護士が所属弁護士会を送達受取人と定めていたところ同弁護士会が受送達処理手続の終わった日を受送達日とする押印を慣行としていた場合、押印を信頼したために弁護士が控訴期間を徒過したときは控訴の追完が許されるとしており、弁護士の支配圏内か否かをメルク
- マールにしていると思われる。
- (17) 同旨||鈴木重勝「民事訴訟における名誉侵害(上)」民事研修三六七号二二頁(昭六二)、加藤・前掲注(1)一九七頁。注釈民法(有斐閣・昭四〇)一八八頁(五十嵐清)も、特に悪意をもつてなされた発言でないかぎり、原則として違法性を阻却するとする。
- (18) 同判決は、同時に興信所に相手方の身辺調査を依頼しその報告書を裁判所に提出してもその調査が立証のために不可欠であれば、正当な弁護士活動の範囲内であると判示している。
- (19) 評釈としては、林屋礼二・ジュリ九〇八号五三頁(昭六三)、中島弘雅・法教九六号五三頁(昭六三)、小林秀之・法セミ四〇七号一一二頁(昭六三)、吉村徳重||松尾卓憲・判タ六七二号四七頁(昭六三)、吉田邦彦・判時一三〇〇号(判評三六二二号)二〇一頁(平元)、梅善夫・昭六三年重要判例解説一一九頁(平元)、中村隆之「訴えの提起と不法行為の成否」判タ七一八号二二頁以下(平二)。
- (20) 加藤・前掲注(1)一七九頁。
- (こばやし・ひでゆき)



# 第八章 建築家の専門家責任

名古屋大学教授 森島昭夫

## 一 建築家の専門性

### 一 建築家と建築士

#### (1) 建築士法上の建築士

欧米では、医師、弁護士などと並んで、建築家 (architect, architecte, Architekt) は、専門家ないしは自由業者として、民事責任上も特別な責任を負うものと考えられている。わが国では、日常的には、芸術性をもった建造物の設計者というようなイメージで建築家というこゝばが使われることがあるが、医師法上の医師や弁護士法上の弁護士のように、法律で認められた資格として建築家とい

うカテゴリーがあるわけではない。法律上は、建築士法(以下、法)に建築士という資格が認められている。

建築士には、一級建築士、二級建築士および木造建築士という三種類がある(法二条)。

一級建築士は、試験によつて建設大臣が免許を与えるもので、第三条一項各号に規定する建築物(延べ面積五〇〇平方メートルを超える学校、病院、劇場などの用に供する建築物、高さが一三メートルを超える木造の建築物、延べ面積が三〇〇平方メートルを超える、高さが一三メートルを超える鉄筋コンクリート造りの建築物、延べ面積が一、〇〇〇平方メートルを超える二階建て以上の建築

物、など)の設計または工事監理をすることができ(法二条二項、三条、四条一項)。

つぎに、二級建築士は、試験によつて都道府県知事が免許を与えるもので、前述した法三条一項各号に掲げる建築物以外の建築物であつて、法三条の二第一項に掲げる建築物(延べ面積が三〇平方メートルを超える鉄筋コンクリート造りの建築物、延べ面積が一〇〇平方メートルを超える、または、三階建以上の建築物、など)の設計または工事監理をすることができ(法二条三項、三条の二、四条二項)。なお、一級建築士は、二級建築士が設計・工事監理できる建築物についても設計・工事監理をする資格がある(法三条一項参照)。

これに対して、木造建築士は、試験によつて都道府県知事が免許を与えるもので、延べ面積が一〇〇平方メートル以上、三〇〇平方メートル未満の木造建築物の設計または工事監理をすることができ(法二条四項、三条の三、四条二項)。なお、一級建築士と二級建築士は、木造建築士が設計・工事監理できる建築物についても設計・工事監理をする資格がある(法三条の三第一項)。

わが国における建築士の数は外国に比べて著しく多いといわれている(1)。一九八八年三月現在で、一級建築士の数が二一万九三七人、二級建築士が四八万六、七三〇人、木造建築士が一萬一、三六七人で、合計七〇万九、〇三四人ということである。

これらの建築士の多くは、建築工事を請け負い施工する建築会社(建築請負会社)に雇われ、その設計部門に勤務している(2)。他方で建築士は、「設計、工事監理、建設工事契約に関する事務、建設工事の指導監督、建築物に関する調査若しくは鑑定又は建築に関する

る法令若しくは条例に基づく手続の代理を行うことを業としようとするときは「一級建築士事務所などの設計監理事務所を設立して事務所の登録をしなければならぬが、自らが建築士でない者も、建築士を雇って建築士事務所を開設することができることになっていく(法二三条)。しかし、建築士事務所の中には、設計業務のほかに建築施工を兼業したり、建築会社の設計部門であるものがかなり存在するということがある(3)。

また、もっぱら設計・工事監理を行う建築士事務所であっても、小規模なものについては、日頃取引のある建築請負会社に依頼されて名目上の設計・工事監理を行なうこともあるようである(4)。建築士法三条や三条の二、三条の三に定める建築物については、建築物の規模に応じた資格を持つ建築士が設計・工事監理を行われなければならないとされているので(なお建築基準法五条の二)、必要な資格をもった建築士を雇っていない建築請負会社は、一級あるいは二級建築士に設計監理を委託して

建築確認申請をしなければならぬからである。

## (2) 建築家

わが国では、(1)で述べたように、法律上は建築家というカテゴリーはないが、建築士の全国組織のなかにはわが国建築士界の最上層の会員からなる日本建築家協会という組織があり(そのほか、日本建築士会連合会、全国建築士事務所協会連合会などの組織がある)、そこでは独立の自由職業人として「建築家」ということばが使われている。

日本建築家協会は、建築設計者が建築施工会社に従属する地位から脱却してプロフェッションとして社会に認められることをめざして、昭和四三年に現行建築士法の改正をめぐって建築設計監理業務法案が提案されたさいに、設計と施工の分離を強力に主張した(5)。建築設計監理法人を建築請負会社から独立させ、前者の設計に基づいて後者が施工し、それ以前者が監理することによって適切な工事を保証しようとしたのである。しかし、大手の建設会社は工

事の大規模化、工業生産化などに対応して建設業界の機械化・合理化を進めるために、材料・設計・施工を一貫して新たな生産体制を確立することを主張して設計施工分離論に反対し、結局、設計監理業務を独立させるという構想は実現しなかった。

われわれの研究会においても、多数かつ多様なわが国の建築士の専門家責任を議論するのではなく、真にプロフェッションの名に値する建築家を前提にして考えるべきではないかという意見もあった。しかし、ごく一部には、高度の能力と技量を持ち、独立して広い裁量のもとに設計や監理を行っている建築士がいることは確かだけれども、そのような建築設計者とそうでない建築士とを線引きできる明確なメルクマークはなく、また現実に裁判例に現れる建築士は、建築の専門家であるにしても、必ずしも高度の能力と技量とを有しているとはいえないので、現状では、すべての建築士を前提にして議論をせざるを得ないのでないかと思われる。したがって、本稿

という建築家は、建築士法上の建築士と同義であることをご了解いただきたい。

## 二 建築士の業務

### (1) 設計

建築士法は、建築士は「設計、工事監理等の業務を行う」としている(法二条二・三・四項)。そして、建築士の主要な業務の一つである設計とは、「その者(建築士)の責任において、設計図書を作成すること」をいい、設計図書とは、「建築物の建築工事実施のために必要な図画及び仕様書」をいうとされている(法二条五項)。すなわち、建築士は建築物の構造や工法を構想するという創造的な思考を行ない、その思考・判断の結果を図面上に表した設計図書を作成するのが設計である。したがって、設計には、多くの可能な選択肢のなかから建築物の構造や工法などを「その者の責任において」選択するという専門的判断行為が含まれているのである。

建築物の設計には、設計者の設計思想が盛られることがあり(た

たとえば、東洋風な静寂さ・簡素さの表現)、また設計思想を実現するにはさまざまな方法が可能である(たとえば、素材に木や竹をふんだんに使い、あるいは切妻の瓦屋根、吹き抜けの空間を用いるなど)。建築物の機能よりも美観が重視されることもある。その意味では、劇場、美術館あるいは富豪の居宅など、特別な建築物の設計には、設計者の高度の能力と技量が反映され、設計者の個性が尊重されている。

しかしながら、建築基準法や地方公共団体の建築条例には、環境保全や建築物の安全を確保するために建築材料や構造などについてさまざまな規制があり、設計はそれの制約の下でなされなければならない(法一八条二項)から、通常の建築物の設計では、建築士にそれほど大きな裁量の余地があるわけではない。日常的には、設計者は、工事価格や間取りなどについて建築主の希望を聞いて、その枠の範囲内で、建築基準法などの法令に違反しないかどうか、建築技術上可能かどうか、などを判断し

て、設計を進めることになろう。しかしそのような場合であつても、建築資材や工法について最新の情報を持ち、さまざまな条件の下で地盤調査や強度計算などを行なつてきた経験を有する建築士は、その専門的判断能力や技量において、注文主をはるかに超えるものがあり、注文主は建築士の技術的判断に信頼をおかざるを得ない。

## (2) 工事監理

建築士のもう一つの主要な業務として、工事監理がある。工事監理とは、「その者(建築士)の責任において、工事を設計図書と照合し、それが設計図書のとおりを実施されているかいないかを確認すること(をいう)」(法二条六項)。建築士は、工事請負人(建築請負会社)から独立した立場で、工事が設計通り行なわれているかどうかをチェックし、「工事が設計図書のとおりに実施されていないと認めるときは、直ちに工事施工者に注意を与え、工事施工者がこれに従わないときは、その旨を建築主に報告しなければならぬ」

(法一八条三項)とされている。

建築士法一八条三項の規定は、建築士が建築主のために(建築主に代わつて)専門家として工事施工を監視することを前提としている。したがつて、建築士が建築工事を施工する建設会社の従業員であつたり、建築士事務所が工事施工も請け負つているときは、このような建築士が行なう工事監理は、一種の利益相反行為となる危険性ははらんでいる。

このほか、建築士法では、建築士が、建築工事契約に関する事務、建築工事の指揮監督、建築物に関する調査または鑑定、建築に関する法令または条例に基づく手続の代理、などを行うことが予定されている(法二三条一項参照)。いずれも建築主のために行なう行為であるが、専門的な知識を要するといへ、設計に比べると裁量の余地の少ない行為だといえよう。

## 三 専門家としての建築士

(1) 専門家(プロフェッション)  
前述したように、今日の社会で

は医師や弁護士は専門家であるといわれるが、建築家もまた専門家のカテゴリーにいられている(6)。それでは、どのような特性がある職業が専門家と呼ばれているのであろうか。西嶋梅治教授は、つぎの五つの要件を備えた職業が専門家(プロフェッション)であるといわれる(7)。すなわち、(ア)その業務について一般原理が確立しており、この理論的知識に基づいた技術を修得するのに長期間の高度の教育と訓練が必要であること、(イ)免許資格制度があること、(ウ)職能団体を結成してその団体が自律性を保持していること、(エ)営利性を排除して何よりも利他主義つまり公共の利益の促進を第一とすること、(オ)主体性ないし独立性を保ち、もっぱら自己の良心に従つて忠実に意思決定をすること、という五つである(8)。

西嶋教授はこの五つの要素が全部備わつているときに、はじめてプロフェッションとしての資格が認められるとされるが、後に述べられるように、わが国の建築士にはこれらの要素のうちいくつもの

が欠けている(9)。

どういふ要件を備えた場合にプロフェッションと呼ぶかは、定義の問題であろうが、西嶋教授があげるこれらの要件は、聖職者、医師、弁護士という古くからのプロフェッションがもっていた属性であつて、専門家の民事責任について一般的に考察しようというといふわれわれの関心事からは、これらの要件は沿革的なものとして参考にはなるが、必ずしもこれらの要件を備える職業に限定する必要はないように思われる。

そこでやや観点を交えて、現代におけるプロフェッション・ライアビリティが問題となつていゝ当事者の関係を見てみよう。今日プロフェッションと呼ばれている医師、薬剤師、弁護士、公認会計士、建築家などの職業は、高度に発達した科学技術のうえに複雑な社会関係が成り立っている現代社会で生じるさまざまな問題を解決するために、それぞれの分野で高度の知識と技術に基づくサーヴィスを提供している。問題解決に必要な高度の知識と技術は、それを

修得するために長期間の教育と訓練を必要とし、また科学や技術の進歩に対応して不断の学習が求められる。高度の知識と技術に裏付けられたサーヴィスの内容は定型的ではなく、複雑な状況に応じた裁量的な判断と適切な技術とを必要とするものである。他方で、専門的知識や技術をもたないサーヴィスの受け手(相手方)は、自分のために提供されるサーヴィスの質や内容を評価することはできない。そこで相手方は専門家の技量と判断に自己の生命健康や財産的利益を委ねて、問題を処理してもらうほかにない。そこに、相手方の信頼を受けた専門家が、相手方に代わつて相手方の最善の利益を実現する義務(職業倫理)を負う根拠がある。

ここでもう一度、プロフェッションが活躍する場の状況についてまとめてみると、まず第一に、サーヴィスを提供する側(プロフェッション)には、問題を処理するための高度の知識と技術とが備わつていゝ。これに対して、第二に、サーヴィスを必要とする相手

方には問題を処理する能力と知識が欠けており、プロフェッションの能力・技量と相手方のそれとの間には大きな格差が存在する。そこで第三に、相手方はプロフェッションの判断と技術に問題の処理を委ね、プロフェッションは、相手方の最善の利益のために、相手方の身体や財産的利益に介入することになるのである。ちなみに、西嶋教授があげる要件のうち、

(ア)、(イ)、(ウ)は、プロフェッションの高度の専門的能力と技量の修得と維持に関するものであり、(ニ)、(オ)は、相手方の最善の利益のために行動する職業倫理に関するものといふことができるであろう。(ウ)は、職業倫理にも関連している。

専門家と相手方との関係をこのような特徴をもつたものとしてとらえると、専門家の相手方に対する民事責任を論ずる場合にも、両者の関係を前提として、つぎのように考えることができる。まず、専門家が高度の専門的判断能力と技術を持ち、それを持っていない相手方から事務処理を依頼されたという事実を前提にすると、両者

の法的な関係がどのように構成されるにせよ(委任か請負か、あるいは雇用か)、専門家は高度の注意義務を負ふことになるであろう。次に、相手方が自分の利益に係わる判断を専門家に委ねているという事実を前提にすると、専門家は、相手方の最善の利益のために行為をすべきであり、第三者や自己の利益を図つてはならないといふ、忠実義務を負ふこととなる。専門家責任を特徴づけるのは、専門家と相手方の社会的な関係を反映した高度の注意義務と忠実義務とである。

能見善久教授もそのような考え方をとられている。すなわち、能見教授は、専門家責任における専門家の法的義務として、高度注意義務と忠実義務の二種類をあげて(10)、前者は、専門家が高度の専門的知識・技能をもつていゝことから生じる義務であり、後者は、専門家が依頼者から信託を受けて裁量的判断をすることから生じる義務であるとすゝ。

しかし、忠実義務に関しては、利益相反行為があつた場合だけで

はなく、医師が血液型検査をせず  
に不適合輸血をするなど、専門家  
として初歩的なミスをした場合に  
も、依頼者の信頼を裏切る不誠実  
な行為があったとして、忠実義務  
違反を認めている。忠実義務違反  
があるときにはそれだけで損害賠  
償を認めようとする能見教授の解  
釈によれば、依頼者の利益に反す  
る不誠実な行為があったときには  
それだけで債務不履行として損害  
賠償を認めることになるが、不誠  
実な行為から具体的な損害が発生  
していないときは、慰謝料が認め  
られることになるのであろう。

ところが、高度の注意義務違反  
の場合にも、専門家はなすべきこ  
とを怠って依頼者の信頼に反して  
いるのであるが、能見教授によれ  
ば、この場合には具体的な損害の  
発生が要求されることになるか  
ら、高度注意義務違反の場合とい  
わゆる不誠実行為の場合とでバラ  
ンスを失することになるのではな  
いだろうか。やはり、忠実義務違  
反は、これまでと同じく、利益相  
反行為など、第三者や専門家本人  
の利益を図ってなされた行為に限

るほうがよいように思う。忠実義  
務違反があったときは、高度の注  
意義務を果たしていたとしても、  
債務不履行として損害賠償をなす  
べきであり、もし具体的な損害が  
なければ、慰謝料を支払うべきで  
あろう。たとえば、インフォーム  
ド・コンセントがないまま手術が  
行なわれた場合には、高度の注意  
義務を果たして手術が行なわれて  
成功したとしても、慰謝料の支払  
がなされるべきであらう。なお、  
インフォームド・コンセントの法  
理は、従来治療法の選択は医師の  
裁量に委ねられていたところを、  
患者の利益は患者自らの判断で決  
定するという考え方によって、患  
者の利益のために判断する医師の  
裁量権を制限したものである。

## (2) 理念と現実

建築家についても、高度の専門  
的知識と技術に支えられて広い裁  
量権を持ち、建築主の利益のため  
に独立して設計・工事監理にあた  
る専門家であるといわれている  
(II)。しかし、現実には、一般の  
建築士は必ずしもそうではないよ  
うに思われる。

前に述べたように、わが国の建  
築士の数は総計で七〇万人を超え  
ている。その数は個人業者を含む  
建築業者の総数が五一五、四〇〇  
(一九九一年現在)であるのと比  
べてもかなりの数といえるであろ  
うし、他の専門家、たとえば、医  
師二一、七九七人、歯科医師七  
四、〇二八人、薬剤師一五〇、六  
二七人(以上一九九〇年現在)、  
弁護士一四、九六二人(一九九三  
年現在)と比べると、著しく多い  
(12)。これだけの数の建築士のす  
べてが長期間の専門的教育と訓練  
を受け、高度の専門的知識と技術  
を修得しているとはとうてい考え  
られない。なかには建築士に予定  
された高度の注意義務を果たすだ  
けの専門的能力や技術を持たない  
者も含まれているであらう。

また、建築士の業務形態からみ  
ても、前述のように、その多くは  
独立の業務を行なっているのでは  
なく、建築請負施工を行なう建築  
会社に勤務して、その指揮監督下  
で働いているようである。また建  
築士が建築士事務所を開設してい  
る場合であっても、建築基準法上

建築確認申請のさいに設計・工事  
監理者として建築士の名前を記載  
する必要があることから、請負施  
工にあたる建築会社は依頼されて  
建築士が名目上設計・工事監理業  
務を行なう場合がある。これらの  
場合には、建築士はむしろ請負施  
工会社のサイドにあり、とくに工  
事監理にあたっては施工者に対し  
て厳格なチェックをすることが難  
しいのではないかと考えられる。  
建築士が施工会社の一員であつた  
り、施工会社の「ダミー」である場  
合、あるいは施工会社の口利きで  
建築主と設計・工事監理契約をし  
た場合には、建築士は、現実には  
建築会社の意向を無視できないで  
あろうし、建築主、建築士、建築  
請負会社という三者関係におい  
て、建築士が建築主の最善の利益  
のために設計・工事監理ができる  
構造になっていない。建築主に対  
しては最初から利益相反関係にあ  
り、忠実義務違反を犯すおそれが  
ある。

以上述べてきたように、建築士  
全体をみた場合に、すべての建築  
士が専門家として要求される高度

の知識と技術を修得しているとはいえないように思われるだけでなく、その業務形態においても、必ずしも建築士が建築主の最善の利益のために業務を行なう構造になつていない場合がある。ところが、建築には高度の専門的知識技術が必要であるにもかかわらず、建築主には自ら建築を行なうだけの知識技能が欠けているから、どうしても専門家としての建築士には高度の注意義務が要求されることになる。そして、同時に、建築主に代わつてその最善の利益のために行動することが期待される。

わが国の現実と理念との間にはギャップがあるが、建築主が専門的知識・技術に基づく裁量的判断を建築士に委ねざるを得ないという事実がある以上、建築士に専門家としての責任を課すことによつて、建築士全体の資質の向上を望むほかないのであろう(13)。

## 二 注文主に対する責任

### 一 契約責任と不法行為責任

#### (1) 契約責任——請負契約説と準委任契約説

(ア) 建築家と注文主との間の契約 建築家の行なう業務は、先に述べたとおり、主として設計および工事監理であるが、それらの業務は建築主といわれる注文主との間の契約に基づいて行なわれるのが普通である。

他方、建築家は建築確認申請をする資格のない建築工事請負人に依頼されて形式的に設計・工事監理を行なうこともあるようだが、そのさい、建築工事請負人の斡旋によつて注文主との間で直接契約が締結される場合もあれば、単に建築工事請負人から依頼されるだけで注文主との間には契約関係が設定されない場合もあるということである(14)。

また、契約の内容としては、設計だけを依頼するもの、工事監理

だけを依頼するもの、そして設計と工事監理をともに依頼するものがあるということであるが、建築家としては、設計をするのが本来の業務といふべきであり、かつ工事監理をすることによつて自分の設計というアイデアを建築物という有形のものに具体化するこゝとができるのであるから、設計および工事監理を内容とする契約がノーマルといえよう(15)。

建築家が注文主との間で契約を締結せず、建築物に見合った建築士の資格をもたない建築工事請負人との間で設計等を行なう契約を結ぶ場合には、建築家は、建築請負人に対して契約上の責任を負う。しかし、設計・工事監理はもとと建築主(注文主)のために行なうのであるから、実質的には、建築工事請負人は注文主のために建築家と契約を締結したと考へるべきであり、この契約を第三者のための契約と考へるかどうが一応おくとしても、建築家は設計・工事監理にあつて建築工事人の利益ではなく、注文主の利益のために行動しなければ契約の趣

旨を履行したことになるかと考へるべきであろう。

(1) 設計・工事監理契約の法的性質 実質的であれ形式的であれ、注文主との間に契約関係があれば、建築家は注文主に対して契約上の責任を負うことになる。そこで、建築家と注文主との間の設計・工事監理契約はどのような法的性質をもつものなのかが問題とされている。

学説には、建築家と注文主との間の契約を、請負契約と解するものと準委任契約と解するものとが対立している。

請負契約説は、契約の内容が設計図書作成あるいは工事監理という一定の仕事の完成を目的とし、建築家は仕事の完成によつてあらかじめ定められた報酬を受けるのであるから請負だとする(民法六三二条)(16)。さらに、請負契約と解すれば、仕事の目的物に瑕疵があれば請負人は無過失責任を負うのに対して(民法六三四条以下)、準委任とすれば、注文主は建築家に債務不履行があつたことを立証しなければ請負人の責任を

追及できず注文主に不利となるとして、契約の性質を請負契約と解することによって、注文主をより保護しようとする実質的理由が示されている(17)。

これに対して、準委任契約説は、建築家は注文主の意図を実現するために自己の価値観や思想に基づいて建築物の設計を行なうのであり、どのような設計をするかは建築家に委ねられているから、契約時にいかなる状態が仕事の完成となるのかが決まっているわけではなく、建築家は依頼があつたときから設計図書の完成や工事監理に至るまで、継続的な業務の遂行を依頼されているとして、建築家と注文主との間の契約を仕事の完成を目的とした請負ではなく、設計や工事監理等の業務を目的とした準委任だと解している(18)。

(ウ) 請負と準委任との要件上の

違い ところで、請負契約と準委任契約の成立要件上の違いは、前者が報酬の支払を受けて仕事を完成することを目的としている(六三二条)のに対して、後者が事務処理の委託を目的としている(六五八条)点にある。しかし、

後者においても報酬が支払われることがあるので(六四八条参照)、報酬の有無はそれほど重要ではない。そこで、設計をしたり工事監理を行なうことが、仕事の完成を目的としたことになるのか、それとも事務処理をめざしたものであるのかが問題となるが、準委任説が述べるように、契約時にはまだどういふ設計をするか決まっているわけではないから、完成すべき仕事の内容は決定されておらず、したがって、むしろ設計という事務(業務)の委託と考えたほうが無理がないように思われる。さらに、工事監理についても、建設工事が設計図書のとおりを実施されているかどうかを確認するという業務を委託されたとみるのが自然であろう。以上述べてきたところから、設計契約や工事監理契約は

準委任の一種と解するほうがよいように思われるが、むしろ問題は、法律効果からみて、請負と構成するのと準委任と構成するのではどちらが妥当な結果をもたらすかという点であろう。

(エ) 請負と準委任との効果上の違い そこで、請負契約と準委任契約の法律効果上の違いをみてみると、前者では建築家は瑕疵担保責任(六三四条以下)を負うのに対して、後者では債務不履行責任を負うことになる。しかし、建築工事の請負の場合と異なり、設計の場合には、瑕疵担保責任の発生要件である「仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキ」(建築家にとつては、設計図書が仕事の目的物であつて、建築物自体ではない)というのは、結局のところ、建築家として一般に有すべき知識と技術に基づき相当とみられる設計をしなかつた場合であるから、債務不履行の場合と異ならないであろう。言い換えれば、設計については、請負契約の目的である仕事を完成したかどうかは建築家としての注意義務を果たしたかどうかによって

判定されることになるから、設計契約を請負と解する場合であっても、結局は建築家に過失(注意義務違反)があることが必要となり、無過失責任ということにはならない(20)。工事監理においても同じである。さらに、責任の内容についても、債務不履行と構成しても、請負の瑕疵担保責任で認められている完全履行請求(瑕疵修補請求)、解除権、損害賠償請求権(六三四条・六三五条参照)はいずれも認められる。この場合に、

完全履行請求権ないし瑕疵修補請求権の内容は、設計のやり直しであつて建築工事の修補ではない。建築物自体の修補義務もあるという考え方があられるけれども(21)、建築家自身はみづから工事をする権限はないから、自分の行なつた不完全な設計によつて建築物の瑕疵が生じた場合であっても、瑕疵修補義務を負うのは建築工事請負人であり、建築家は工事請負人に対して修補の費用について填補すべき義務を負うと解すべきである(22)。

なお、工事監理の場合には、不

十分にしか監理がなされなかったとしても、すでに監督すべき工事は建設工事請負人によって行なわれてしまった後であるから、工事監理だけをやり直しても無意味であり、追完請求は認められないと考えるべきであろう。

(イ) 責任の存続期間 このようにみてくると、設計や工事監理契約を請負と構成するか準委任と構成するかによってそれほどの違いが出てくるわけではない。ただ、責任の存続期間については、請負では一年である(六三七条)のに対して、債務不履行では一年(一六七条一項)という違いがある。しかし、設計図書が完成して一年経過しても、建設工事が完了して設計内容が建築物として具体化してみないと、設計が適当なものであったかどうか(設計に瑕疵があったかどうか)が判明しないであろうから、少なくとも建設工事が終わるまでは建築家の責任を存続させることが必要である。他方で、特約がないかぎり、建築工事の請負人の責任が建築物の引渡後五年ないし一〇年で消滅する

(六三八条)ことを考えると、設計・工事監理にあたった建築家の責任も、建設工事請負人の責任と同じ時期に消滅することにするのが公平であろう。設計契約や工事監理契約においては、設計ないし工事監理という行為が建築物という有形物に具体化されるという特殊な事情があるところから、建築家の責任の存続期間についても、建築請負人のそれと対応して建築物の引渡後五年または一〇年と解釈するのが妥当である(23)。もし、このような解釈が成り立つとすると、設計・工事監理契約が請負契約であるのか、準委任であるのかという争いには、説明の仕方以上の意味はないことになるであろう。

(ウ) 専門家としての責任の内容 建築家と注文主の間の契約を請負と構成するか準委任と構成するかという議論は、建築家の専門家としての責任の内容には直接触れていない。しかし、いずれの構成をとるにせよ、契約の目的として完成すべき仕事の内容、ないしは委託された事務の内容が専門家

の場合には高度のものであるとされている(24)。しかし、専門家の負う注意義務が具体的にどのようなものであるかという点については必ずしも詰められた議論がされているわけではない。なお、この点もこれまであまり議論されていないが、工事監理契約においては、建築家は注文主に代わって建築工事請負人を監督しているのであるから、建築家は注文主の利益のために行動すべきであり、自己の利益や建築工事請負人の利益と注文主の利益が相反する場合には、注文主に対して忠実義務を負っているといふべきである。

(キ) 損害賠償責任の範囲 建築家は、建築家として建築物に瑕疵が生じないように設計・工事監理をする注意義務を負っている。しかし、建築物のすべての瑕疵について責任を負うわけではない。設計に瑕疵がなく、また工事監理の義務が及ばないところで生じた建築物の瑕疵については、建築家は責任を負わない。他方で設計に瑕疵があり、あるいは工事監理が十分でなかったために生じた損害

については、たとえその損害が直接的には請負工事人によって惹起されたものであっても、いわゆる相当因果関係の範囲にあるかぎり、建築家が損害賠償責任を負うことは当然である。

(2) 注文主に対する不法行為責任 先にも述べたように建築家が建築工事請負人に依頼され設計図書を作成したりすることがあるが、この場合には建築家と注文主との間に直接契約が締結されないこともある。その場合には、建築家が設計を誤り、注文主に損害を与えたときは、注文主は不法行為責任を追及するほかはない。不法行為においても、責任要件である過失を認定するにあたって、専門家としてとれだけの注意義務を負うかが問題となるが、この点についてもあまり詰めた議論はなされていない。しかし、建築主(注文主)との関係でいえば、たとえ不法行為法上の注意義務ということであっても、注文主との間に契約がある場合と実質的に同じ注意義務を負っていると考えるべきである。注文主との間で直接契約が締結さ



れていないとしても、建築家が設計・工事監理のさいに負うべき注意義務の内容は変わらないからである。

なお、建築家が建設工事請負人との間で設計・工事監理の契約を結んでいる場合であっても、実質的には建築家は注文主に対して責任を負っているわけであるから（瑕疵ある設計や工事監理によって損害をこうむるのは注文主である）、建築家が注文主に対して不法行為上の賠償責任を履行したときは、原則として建設工事請負人に対する契約上の責任も果たしたと考えるべきであろう。

## 二 判決例

### (1) 設計上の責任

建築家の責任に関する判決例は著しく少ない。しかしここで、判決に現われた建築家の責任の例を紹介しておく（25）。

まず設計に関して、建築家が注文主に対して負う責任について述べるが、以下の事例は、(b)を除いて、いずれも建築工事請負会社あるいは建築士が設計、施工、監理

を請け負った例である。しかし、ここでは、主として設計上のミスが争われた例をあげた。

(a) 一級建築士（Y）が注文主（X）から軽量鉄骨造陸屋根三階建住宅一棟の建築の設計、施工および監理を委託された事例で、Yはみずから行なった構造耐力計算に基づいて、設計上、建築学会等が作成した設計基準に達しない軽量鉄骨を使用することにしたため、完成した建物の屋上にひび割れが生じ、雨漏りが発生したので、XがYに対して修補を請求したがこれに応じなかった。そこで、Xは、訴外人に修補工事をさせたうえで、Yに対して請負工事契約の債務不履行に基づいて修補費用、工事完成費用、慰謝料等を請求した。

判決（大阪地判昭五七・五二七判夕四七七号一五四頁）は、建築の分野で権威ある基準として是認されてきた基準に従わなかった場合には、基準に定められているものと同等以上の耐力を確保しているかと認められる特段の事情がないかぎり、建築物が本来有すべき安全

性に欠けているものと推認せざるをえないとして、Yの設計、施工および監理上の債務不履行責任を認め、修補工事代金のほか六〇万円の慰謝料の支払を命じた。

(b) 建築工事請負会社（Y<sub>1</sub>）は、注文主である会社（X）から二棟の建物の建築工事を請け負い、設計監理会社（Y<sub>2</sub>）およびその代表者である一級建築士（Y<sub>3</sub>）に対して建築確認の手續上設計および工事監理を依頼した（XとY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の間には契約は締結されなかった）。ところが、この建物には鉄骨軸組架構体の歪み、鉄骨構造体の溶接不良、誤った地耐力計算に基づく基礎構造の不良があり、これによる不等沈下が生じて建物が傾斜してしまつた。そこで、Xは、Y<sub>1</sub>に対しては、債務不履行ないし請負人の瑕疵担保責任、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に対しては不法行為責任に基づき、修補費用、慰謝料、弁護士費用等の支払を求めた。

判決（大阪高判平元・二一七判時一三三三号六八頁）は、Y<sub>3</sub>は地耐力について実際に地質調査することなく机上の計算によって設計図

書を作成したが、それが建築確認申請上の必要性から作成されたものであるにせよ、実際に工事施工をする際にそれに基づいて建築が行なわれたものであるから、一級建築士としてのY<sub>3</sub>の行為は、設計を法令または条例の定める建築物に関する基準に適合させる義務に反しているとして、民法七〇九条による不法行為責任を負わせ、修補費用の一部と慰謝料等の支払を命じた。また、Y<sub>2</sub>については、Y<sub>2</sub>の代表者であるY<sub>3</sub>の行為に対して民法四四条に基づき賠償責任を負わせた。なお、工事請負人のY<sub>1</sub>については、不完全履行に関する一般的な債務不履行責任は適用されないとしたうえで、民法六三四条の責任を認めている。

(c) 注文主（X）は、狭い敷地に建築基準法に違反する広さの住宅を建てることを建築工事請負会社（Y<sub>1</sub>）とその代表者（Y<sub>2</sub>）に依頼し、そのさい、車庫の設置も依頼した。Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>は、設計・施工を引き受けたが、結局できあがつた車庫は敷地が狭いため利用できなかった。そこで、Xは、出入庫で

きない車庫の瑕疵等を主張して、請負人の瑕疵担保責任、債務不履行責任等を根拠として、 $Y_1 \cdot Y_2$ に損害賠償を求めた。

判決（東京地判平三・六・一四判時一四一三号七八頁）は、本件車庫の工事は社会通念上最低期待される性状を備えていないとして、瑕疵ある工事と認定し、発注者が誤った指示をした場合であっても、請負人がそれを知っているときは、発注者に知らせてそれを改める機会を与えるべきであるとした。そして、本件の場合には修補はできないので、瑕疵があるために建物の客観的な交換価値が減少したことによる損害を賠償すべきであるとして、 $X$ が請求した建物の建替費用等については賠償請求を認めなかった。なお、判決は、本件建物の瑕疵が重大であるとして、八〇万円の慰謝料を認めた。

水切り処理がなされていなかったために床面に雨水が浸水し、畳が腐食するなどの被害が生じたので、 $Y_1 \cdot Y_2$ に対して、修補費用等を請求した。

判決（東京地判平三・二・二五判時一四三四号九〇頁）は、 $Y_1 \cdot Y_2$ はそれぞれ本件建物の設計、監理、施工について十分な注意をする義務があるところ、上に述べた初歩的な工事の瑕疵があり、また一階床組の構造について明らかな設計ミスがあるほか、雨仕舞等について施工・監理のミスがあるとして、 $Y_1$ の瑕疵担保責任および $Y_2$ の過失による不法行為責任を認めた。

さらに、設計そのものに関するものではないが、設計・監理者の境界や地盤に関する調査義務について判示した判決がある。

(e) 設計監理会社（ $X$ ）は、注文主（ $Y$ ）から建物設計および訴外建築請負会社が行なう建物建築の施工監理を依頼されて、設計および施工監理を行なったが、 $Y$ が報酬の一部を支払ったのみで残額を支払わないので、 $Y$ に対して報酬残額の支払を求めた。これに対

して、 $Y$ は、 $X$ は建物設計にあたって、隣地との境界についても専門家として独自の調査をして建築に支障がないように隣地との境界を確定する義務があるにもかかわらず、それを怠ったため、後に隣接土地の所有者から土地の境界について異議が出て、当初予定していた棟数の建物が建設できなくなったとして、その損害賠償金と $X$ の報酬残金との相殺を主張した。

判決（東京地判昭五〇・二・二〇判時七九四号八九頁）は、設計監理の受任者は委任者が指示・提示する図面等に基づいて現実に敷地にあたるなどしてその範囲を実測確定し、高低差を含め敷地の現状を調査すれば足りるとしたが、さらに、できるだけ正確な設計を行なうため、専門家として、必要とする限度で、相応の注意をもって調査を行なう必要があり、境界の不明等敷地の範囲が確定できないなどの事情があるときは、委任者の協力を求めるなどして可及的に正確な調査を基に設計を行なって委任の趣旨に添うように努めるべき義務があると述べた。しかし、本

件の場合には契約当時から隣地との間に境界不明等の紛争が起こっていたとは認められないので、敷地の現状について通常の調査をした $X$ には委任契約上の義務違反はないと判示した。

(f) 注文主（ $X$ ）は、建築設計・施工監理会社（ $Y$ ）に対して、木造建物の設計・工事監理を依頼した。ところが、 $Y$ に勤務する一級建築士（ $Y_2$ ）は、本件建物の敷地が造成地で硬軟両質の地盤からなっていることを認識していたにもかかわらず、建物が木造であることから、敷地の地盤調査を不要と考えてまったく敷地調査をすることなく設計をしたため、建築された建物全体が不同沈下してねじれるように変形した。また、訴外建築会社が施工するにあたって、 $Y_2$ は、基礎工事中現場に赴かなかつたために工事の欠陥を発見できず、また訴外会社の工事の手抜きを発見できなかった。そこで、 $X$ は、 $Y_2$ に対しては民法七〇九条、 $Y_1$ に対しては民法四一五条または同七一五条に基づいて損害賠償を請求した。

判決（大阪地判昭五三・一一・二判時九三四号八一頁）は、 $Y_2$ には、一級建築士として設計にあたり、現地を十分に調査し、敷地上に完全な建築物が建築されるように基礎構造を十分検討して設計すべき注意義務があるとして、敷地調査をしなかった $Y_2$ の注意義務違反を認めた。また、工事監理については、 $Y_2$ には、一級建築士として設計図どおりに工事が施工され、いやしくも手抜工事が行なわれないように工事施工者を指導監督すべき義務があるとして、現地に赴かなかった $Y_2$ に監理上の過失を認め、民法七〇九条による責任ありとした。また、 $Y_1$ については同七一五条による責任があったとした。損害賠償額については、本件建築のために支出した総金額と欠陥ある建物の価値との差額であるとし、そのほか慰謝料三〇万円や建物の鑑定評価費用等の支払を命じた。

(2) 工事監理上の責任

すでに(1)で紹介した判決例においても、建築工事請負会社が設計、工事監理、施工をすべて引き

受けている例が多い。しかし、工事監理は、工事施工者が設計図書どおりに工事を行なっているかどうかを監理者がチェックするものであるから、工事施工者が行なう工事監理は内部的なものであり、施工者が十分な注意をもって設計図書どおりに施工して建物を完成すべき義務の一部をなすものであって、独立の意味をもたない。もっとも、工事請負会社が建築確認の申請をする場合には、建築士が設計・工事監理を担当しなければならぬから（建築基準法五条の二・六条、内部に建築士がいる場合にはその者が工事監理者となっている。そこで、注文主は建築士に工事監理義務違反があったことを主張して建築士の責任を問う、そして、建築士の雇主である建築工事会社の使用者責任等を問うこともできる（d）は、そのような例であろう）。

工事監理上の注意義務が独立して問題となるのは、設計監理会社が工事監理を引き受ける場合である。この場合には、建築設計と工事監理がワンセットで契約の内容

となつていて（b）（f）参照）。すでに紹介した判決例のほか、次の事例が工事監理に関するものである。

(e) 注文主（X）は、訴外建築会社との間で鉄筋コンクリート造四階建貸ビルの建築請負契約を締結し、この訴外建築会社の紹介で一級建築士（ $Y_1$ ）が管理する建築事務所（ $Y_2$ ）に対して建築設計および工事監理を依頼した。その後建物は完成したが、建物北側の壁が設計と異なつて垂直でなく、最上部で北側に一〇センチも傾いていた。そこで、北側に隣接する土地所有者から調停が提起され、Xは北側土地所有者に対して三〇万円の損害賠償金を支払うことを余儀なくされた。そこで、Xは、 $Y_1$ ・ $Y_2$ に対して工事監理上の債務不履行を理由にして三〇万円の支払を請求した。

判決（名古屋地判昭四八・一〇・二三判タ三〇二号一七九頁）は、建築士が工事監理を委託された場合には、建築士法一八条によつて工事が設計どおり進行しているかを確認する義務があり、もし設計ど

おり工事が進行していないと認めるときは工事施工者に対して注意を与える義務があり、工事施工者がこれに従わないときは建築主に報告する義務があるとして、本件の場合、 $Y_1$ が監理義務を尽くしていれば、本件工事の瑕疵は直ちに発見でき、工事施工者に注意を与えることによつて是正できたものと解せられるとして、 $Y_1$ には監理業務不履行の責任（判旨からは明らかではないが、不法行為責任か）があると、 $Y_2$ には工事監理契約の当事者として契約責任があると判示した。

(h) 建築主（X）は、建物建設にあたり、一級建築士（Y）に対して設計および工事監理を依頼した。YがXと協議して建設工事請負人を選定していたところ、Xは突然訴外建設業者（A）を工事請負人として申し入れ、Yはやむなくこれを受け入れた。工事開始後Yは、設計図書では軽量鉄骨を使用することを指示していたにもかかわらず、Aが設計とは異なる重量鉄骨を庇に用いたことに気づき、Aの現場監督に是正するよ

う申し入れたが、Aがこれに従わなかったのでXに報告した。しかし、XはかえってAの求めに応じてAの施工を承認した。Aはその後もYの了解を得ることなく樋のジョイント部分等で設計図書に反する非常識な施工をしたが、発見の困難な箇所であったため、Yはこれらの工事ミスを看過し、その後もXに報告しなかった。これらの工事ミスのため建物引渡後建物に雨漏りが生じたため、Xは、工事監理上の債務不履行（報告義務違反）を理由にYに対して損害賠償を請求した。

判決（福岡高判昭六一・一〇・一判タ六三八号一八三頁）は、一般論として、工事監理にあたって、建築士には施工が設計図書のとおりを実施されているかどうかを確認し、実施されていないと認めるときは直ちに工事施工者に注意を与え、工事施工者がこれに従わないときは、その旨を建築主に報告する義務がある（建築士法一八条三項参照）と判示したが、本件においては、Xが予算節減のため一方的にAを選定したこと、YがAの

庇の工事につきXに報告したにもかかわらずXがこれを無視したと、Xが予算面を重視して手直工事に消極的であったこと等から、仮にYがAの工事ミスに気づきこれをXに報告したとしても、Xがこれを無視したであろうことが容易に推認されるところとして、諸事情を総合勘案したうえで、上に述べたAの粗雑な工事ミスについてYが報告しなかったとしても、信義則上Yに債務不履行があったとはいえないとした。

この判決では、建築士法一八条に定める建築士の業務執行規定が単なる倫理規定ではなく、私法上の義務となつていることを認めた。なお、建築士の工事監理上の報告義務は、注文主の利益のために行動する建築士の忠実義務の一つと解すべきであろう。

### 三 第三者に対する

#### 責任

#### 一 不法行為責任

建築家の設計または工事監理の

ミスにより建築物に欠陥が生じ、その欠陥によって第三者に損害が発生したときには、建築家は、被害者に対して不法行為責任を負う。なお、注文主と建築家との間に直接の設計工事監理契約が締結されていない場合には、建築家は、注文主に生じた損害について不法行為責任を負うことになるが、その責任の内容は契約責任と実質的には同じであるべきだという考え方については、すでに二一(2)で述べた。そこで、ここで検討するのは、注文主以外の第三者に対する責任の問題である。

建築物に危険な瑕疵があり、それによって第三者に損害が生じた場合には、建築物の占有者あるいは所有者が土地工作物責任を負っている（民法七一七条）ので、通常被害者は、建築家の設計・工事監理上の注意義務違反の責任を問うでもなく救済を受けることができる。そのせいか、これまで建築家の対第三者責任についてはあまり議論されることがなく、裁判例もほとんどない。

建築家は、建築物の設計や工事

監理を行うにあたって、建築物の安全性の確保に万全の注意をすべき義務を負っている。建築基準法などの関連法規は建築物の安全確保のための諸規定をおいており、建築士法一八条二項は、設計にあたって建築士は法令または条例の定める建築物に関する基準に適合するようにしなければならないと定めているが、この規定をまっまでもなく、建築に関する専門家としての建築士は、条理上当然に他人に被害を及ぼさないように万全の措置をとる義務を負っていると考えるべきである。その義務に違反した場合には、民法七〇九条に基づいて損害賠償責任を負う。

#### 二 判決例

設計者の対第三者責任に関する判決例はあまりないが、ここでは一例だけを紹介する(II)。

(i) 建築会社(Y)は、訴外民宿経営者の依頼により、旅館の建物の浴室の設計施工を請負い、プロパンガスを燃料とする風呂燃焼釜を浴室内に設置した。そのさい、燃焼釜は低い隔壁で仕切られ

て洗場近くの場所に設置されたが、隔壁内には排水口も設けられていないため、洗場からの水やゴミが溜まりやすくプロパンガスの不完全燃焼の危険があった。その後この民宿に宿泊した女性が入浴中にプロパンガスの不完全燃焼による一酸化炭素中毒によって死亡し、その両親（Xら）がYの従業員に設計施工上の過失があったとして、Yの使用責任（民法七一条五）を問うた。

判決（東京地判昭五一・三・一八判時八三三八号六頁）は、およそ建物の設計施工に従事するものには、その業務の性質上自己の設計施工上の措置等から他人に被害を及ぼさないように万全の配慮をなすべき高度の注意義務があると判示し、本件浴室を設計施工した当時には建築関係法規には浴室の設計施工上遵守すべき格別の規定はなかったが、本件浴室内部にはガス不完全燃焼により一酸化炭素が充満するおそれのあることは予見しえたのだから、Yの従業員には過失があり、Yは使用者としての責任を負うとした。

#### 四 まとめ

一般に建築家は専門家とされ、諸外国で専門家責任が論じられるさいには建築家の責任はその一部を構成している。専門家は、専門外の者とは隔絶した高度の専門分野の知識や判断能力をもっているので、専門外の者は専門家の知識・判断能力を信頼して自分の身体や財産上の処理を専門家の技術や判断に委ねるのである。そこに、専門家が高度の注意義務を負い、依頼者の利益のために行動することが求められることになるのである。しかし、わが国の建築家の実態はまことに多様であり、専門家としての知識や判断能力にも建築家によって差があるようである。建築家の間に専門家としての知識や技術の水準にばらつきがあるとすれば、長期の教育や資格試験によって知識・技術水準が一定以上に保たれている医師や弁護士と同じような専門家の責任を建築家について議論できるのかどうか問

題である。学説は、建築家の責任が高度の注意義務に裏付けられているとはいえないものの、具体的にどのように高度な注意義務なのかあまり詰めた議論をしていない。おそらく、建築家の多様な実態を前提とすると、ある水準の注意義務を想定することは困難なのである。判決例をみても、建築関連法規を遵守したかどうか、学会等が定めた規格や基準によっているかどうか、建築家の設計等の瑕疵を判断する基準になっているように思われる。

それにもかかわらず建築家の責任には、専門家といわれる他の職業従事者の責任と共通するところがある。第一は、どれくらい高度であるかとはかく、特約がなくとも、少なくとも同業他者がもつと同等の技術・知識をもっていることが要求されていることである。第二に、他人に代わってその人の利益に介入するのであるから、本人の利益にもっとも合するように行動する義務を負い、また、本人に対して、その利益にかかわる事項について報告したり承

諾を求めるなどの義務を負っていることである。忠実義務といってもよい。

このように考えると、専門家責任というのは、基本的には信託など、他人の財産の管理制度における管理者の責任と共通の構造をもっているように思われる。他方で、ひと口に専門家といってもさまざまな分野でさまざまな水準の専門性をもった専門家が存在しているのだから、専門家責任というひとつのカテゴリーを觀念することができるとはどうか、さらに法技術的に意味があるカテゴリーなのかどうか、再検討してもよいのではないだろうか。さらに、今後の課題としては、これまで共通点があるものとしてあまり意識されなかった、他人のために他人の利益に介入する諸制度における責任ルールと専門家責任との間にある共通の基盤を分析して、体系化する理論を探ってみることが有益なのではないだろうか。

(一) 高橋寿一「建築士の責任」川井健編・専門家の責任四〇二頁（日本評論社、一九九三年）。本

論文によれば、人口一〇〇万人当たりの建築家の数でみると、西ドイツ二、〇〇〇人、イギリス四二〇人、アメリカ二〇〇人、日本五、七六〇人で、日本が圧倒的に多い。

(2) 高橋・前掲注(1)四〇五頁。

(3) 高橋弘「建築家(設計監理技師)の法的地位」法律時報四三巻一二号五五頁(一九七一年)。なお、大阪地判昭五七・五・二七判夕四七七号一五四頁は、一級建築士が設計施工を引き受け、施工を下請に出した例であり、大阪地判昭五九・一二・二六判夕五四八号一八一頁と東京地判平三・一二・二五判時一四三四号九〇頁は、建設会社が建築を請け負い、内部の建築士が設計・工事監理をした例である。

(4) 大阪高判平元・二・一七判時一三三三三号六八頁は、建築を請け負った建設会社から設計監理会社が設計・工事監理を下請けした(名目的に建築主との間で設計監理契約を締結している)例である。

(5) 高橋弘・前掲注(3)五五頁。

(6) 川井健編「専門家の責任(前掲注(1))」では、医師(特別の研究を要するとして、各論では扱われていない)、弁護士、公証人、鑑定人、公認会計士、司法書士、土地家屋調査士、宅地建物取引主

任者、建築士を専門家のカテゴリーにいられている。弥永真生「アメリカにおける専門家責任(その1)」NBL五三九号二五頁(第四章(1)二二頁)は、アメリカで専門家として扱われてきた職業には、医師、歯科医師、薬剤師、弁護士、公認会計士、建築家、エンジニア等があるとしている。西嶋・後掲注(7)論文一四六頁は、さらに多くの専門家の例をあげている。

(7) 西嶋梅治「プロフェッションナル・ライアビリティ・インシユアランスの基本問題」現代損害賠償法講座八・損害と保険一四八頁以下(日本評論社、一九七三年)。

(8) 川井健「問題の提起」NBL五三九号二二頁(第一章一頁)は、専門家の特色として、資格、高度の裁量、相当な報酬、高い社会的地位、をあげている。これに対して、能見善久「専門家の責任(上)」NBL五四四号五二頁(第二章四頁)は、ジャクソンとパウエルに基づいて、高度で専門的な仕事、高い職業的倫理、専門家集団によるレベルの維持、高い社会的身分、をあげている。

(9) 花立文字「建設設計・監理契約に関する一考察(一)」法学志林八六巻三・四合併号一〇〇頁は、建築士に対する国家によるコントロールが強く職業集団の自律

性が弱いこと、報酬に応じた仕事が行なわれ営利性が強いこと、建築士には兼業建築家が多く独立性が確保されていないことなど、西嶋教授のあげる要素のうち(ㄱ)、(ㄷ)が欠けている。

(10) 能見・前掲注(8)論文五四頁(第二章六頁)。

(11) 高橋寿一・前掲注(1)論文四〇一頁は、「建築主の信頼に応え得る十分な資質、才能、経験、人格と責任の裏付けによる自由を保持して……建築主並びに施工業者の正当な利益を守るために公平に行動する」建築家像を示す日本建築家協会憲章を引用している。

(12) これらの数字は、Japan Almanac 1994(朝日新聞社)による。

(13) 高橋寿一・前掲注(1)論文四〇六頁、花立・前掲注(9)論文一〇〇頁はいずれも、建築家が必ずしも専門家としての特質をすべて備えているとはいえないにしても、専門家としての高度の責任を負わせるべきだと主張する。

(14) 花立文字・前掲注(9)一〇六頁。

(15) 日向野弘毅「建築家の責任と建築訴訟(一九九三年、成文堂)」一〇頁以下参照。

(16) 花立・前掲注(9)一一二頁、高橋寿一・前掲注(1)四〇七頁。請負説および準委任説の詳細については、主として花立論文に依った。

(17) 花立・前掲注(9)一一四頁、高橋・前掲注(3)四〇八頁。

(18) 花立・前掲注(9)一一三頁。

(19) 花立・前掲注(9)一一三頁。

(20) 高橋・前掲注(1)四一〇頁、花立「建設設計・監理契約に関する一考察(三・完)」法学志林八三巻三号一九七頁は、ともに無過失責任を前提にしている。

(21) 花立・前掲注(20)一九三頁、なお、日向野・前掲注(15)一一頁、高橋・前掲注(1)四〇九頁参照。

(22) 花立・前掲注(20)一九四頁。

(23) 花立・前掲注(20)二〇五頁も同旨。

(24) たとえば、高橋・前掲注(1)四〇六頁。

(25) 日向野・前掲注(15)二七頁以下は、設計ミスおよび監理ミスに関するわが国の裁判例を詳しく紹介している。  
(もりしま・あきお)

# 第九章 専門家の民事責任の法的構成と証明

法政大学教授 下森 定

## 一 はじめに

専門家の民事責任の法的構成として、民事責任法の一般法ともいふべき不法行為責任構成が重要な役割を果たすことは、とりたてていうまでもない。しかし、専門家の民事責任が問題となる事例の多くは、クライアントとの契約関係上のトラブルであるから、法条競合論をとれば当然に、また請求権競合論をとっても、不法行為責任構成と並んで契約責任構成がとられてよいはずである。ところが、これまでの裁判例では、医療過誤訴訟に典型的にみられるごとく、不法行為訴訟によるものが格段に

多い。その原因としてはいろいろなことが考えられるが、たとえば裁判上の争いとなると損害賠償の請求がほとんどであり、この点に關しては、時効を除くと、不法行為責任構成でも、契約責任構成でもあまり差異がないこと、特に日本の裁判の実情では、裁判官が時効の起算点や、証明責任等に関しても硬直な態度をとらず、具体的な解決を導く傾向がほとんどであることがあげられよう。しかし、このほかに重要な原因として、現行民法典の債務不履行規定の不備があげられるものと考えられる。すなわち、専門家とクライアント間の契約の法的性質としては、民法典の典型契約にいちばん近い距離にあるものとして、一般

に委任ないし準委任契約があげられるが、現行民法典の規定は、無形のなす債務の不完全履行責任についてきわめて不備であり、そのため不法行為責任構成によって責任追及がなされてきたもののようには思われるのである。不法行為責任構成による処理も有用ではあるが、特殊な契約関係上のトラブルは、契約法上のテクニクを使って処理するのが、理論的にも実際的にも妥当と思われるので、契約責任論の新たな展開によつて対処する道を模索するのが、今後の学説の課題であると私は考える。かくて、本稿のねらいは、専門家の民事責任に關し、不法行為責任構成に対する契約責任構成の有用性の有無を、契約責任再構成ない

し契約責任論の新たな展開の視点から検討し、若干の問題提起を試みることにあつた(1)。

なお、「専門家」の契約責任の、一般の契約責任に対する特質とその理論的枠組みについては、本連載(6)(7)の能見善久教授の論稿(本誌五四四号五二頁・五四五号一六頁)(第二章四頁以下)を参照していただきたい。

## 二 専門家の契約責任に關する理論的基礎

### 一 現行契約責任体系の基本構造と問題点

契約責任論、特に不完全履行論の新たな展開のための前提として指摘しておきたいことは、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする損害担保の契約責任構造をとるコモン・ロー体系に対し、わが民法は、大陸法を継受し、履行請求権の第一次的認容を媒介とする、

結果実現保障の契約責任構造をとっているという事実、そしてかかる契約責任構造は今後も基本的に維持すべき有用なシステムであると私は考えていることである。

また、この点が、わが民法の下で、損害賠償請求権を第一次的保護手段とする不法行為責任システムに対する契約責任システムの大きな特色といえる(2)。

次に、与える債務を中心に構築された現行契約責任体系は、履行内容が不完全であった場合の救済制度として特に瑕疵担保責任制度を用意したが、専門家の契約責任の考察上もつとも問題となる、なす債務についての「履行内容の不完全履行」に関しては、仕事の結果が有形であることの多い請負について瑕疵担保責任制度を用意したものの、特に無形のサービスの提供について不備である。またこの欠陥を指摘した学説も、今日までのところ、さほど積極的あるいは具体的な解釈論的成果をあげていないように思われる。かくて、現時点での最大の理論的課題は、

なす債務の不完全履行論の新たな展開であり、特に効果論上は追完請求権の検討にあると私は考える。

## 二 専門家契約の法的性質と不完全履行

専門家とクライアントのサービス供給契約は、一般には、委任ないし準委任契約、請負契約、雇用契約さらにはこれらの混合契約として締結されることが多いが、ここでは請負契約と委任契約を中心に、特に不完全履行について一般的な検討を試みたい。

### (1) 請負契約の不完全履行と追完請求権

請負人の不完全履行責任については、瑕疵担保責任との関係をどう考えるかが問題となる。学説上う考えるかが問題となる。学説上議論のあるところであるが、私はこう考える。請負は仕事を完成すること、つまり瑕疵のない完全な仕事をするのが債務の内容なのであるから、仕事の内容に瑕疵あるときは不完全履行である。そうだとすると請負契約上の債務は消

滅せず、注文主は請負人の帰責事由の有無を問わず、瑕疵修補の可能なかぎり当然に追完あるいは瑕疵修補の請求をなしうる(無過失責任というまでもなく、本来の履行請求の問題。なお、このことは不完全履行一般に妥当し、追完あるいは瑕疵修補請求権の成立要件として帰責事由は不要と解すべきである)。つまり請負人の瑕疵担保責任は不完全履行責任そのものにほかならないとみるべきである。もつとも、立法者が未だ今日使われている意味での「不完全履行」概念(短期の期間制限を伴う履行内容の不完全履行責任概念↓わが国独自の、勝本||末弘説に由来するそれ)を知らなかったがために、本来なら不完全履行概念を使つて処理するのが妥当であった問題を、瑕疵担保責任制度に依拠して処理したのであるが、それは不代替物の特定物売買に関する法定無過失責任としての瑕疵担保責任(それはいわゆる特定物ドグマを前提とするものであり、梅博士もかかる発想をすずでもつてい

た)③とは、その法的性質を異にするものである。したがって、今日の時点での解釈論としては、請負の瑕疵担保責任の規定は、今日いう意味での不完全履行の萌芽の規定であると解し、一般の不完全履行の請負における特別規定(債務不履行とは異なる瑕疵担保責任という形での特則ではなく、不完全履行そのものの請負における特則)と解するのが妥当である。つまり、不完全履行の責任と瑕疵担保責任とが並存するものではなく、また、請負の担保責任の規定によって不完全履行の一般理論が完全に排斥されるとみるべきでもない。本質的にみるときは、不完全履行の規定といえる請負の担保責任の規定をまず適用すべきであるが、規定のない問題、あるいは今日の時点からみて現行規定が妥当でないと考えられる問題については不完全履行の一般理論によつて解決することが望ましい。たとえば、六三五条の契約の解除につき、瑕疵が重大であっても注文者はつねに即時無催告解除がで



きると解すべきではなく、修補が可能なかぎりは、請負人との信頼関係が破壊されたとみられるような特別の場合を除き、相当期間を定めて催告した後でなければ解除できないと解すべきである（一般的に追完が不可能なことが多く、あるいは売主が瑕疵修補の技術をもたないことが多い不代替物の特定物売買における瑕疵担保責任とは異なる）。そして、請負人が瑕疵修補あるいは追完履行の請求を受けたにもかかわらず修補を怠ったり、不完全な修補をした場合にはじめて、第二次的手段である解除権が発生すると解するのが妥当である。さらに、わが民法が瑕疵の修補請求と損害賠償との選択を認めているのは（六三四条二項）、債務不履行の一般原則からみて問題がある（履行に代わる損害賠償の請求は二次的手段であるのが原則。ド民六三四条一項・六三五条参照）。即時の損害賠償請求を信義則によって制限するのが妥当な場合もあろう。また、賠償義務が無過失責任でかつ拡大損害（瑕疵結

果損害）を含む全損害に及ぶとも、請負の瑕疵担保責任を不完全履行とみる立場からは疑問である。要するに注文者の保護としては、追完が可能なかぎり重大な瑕疵があつても第一次的には相当期間を定めた追完、あるいは瑕疵修補請求、それが行なわれない場合、あるいは行なわれたが不完全であつた場合にはじめて第二次的に契約解除または代金減額の損害賠償、履行利益や拡大損害（瑕疵結果損害）の賠償については、瑕疵の発生（履行内容の不完全履行）について請負人に帰責事由のあることを要件としてこれを認めるのが妥当である。売主の瑕疵担保責任について近時ドイツや日本で問題とされている不特定物売買における売主の瑕疵修補権、追完権（あるいは債権者の履行請求権への「拘束」）の問題が、請負の場合にも当然問題とされるべきであり、このことは、不特定物売買や請負の瑕疵担保責任を不完全履行責任そのものとみるとき、その理論的根拠が明確となるものとい

えよう。

(2) 委任契約の不完全履行と追完請求権

専門家とクライアント間の契約の典型例といえる委任契約の不完全履行に関し、わが民法は、受任者の善管注意義務についての特別規定を設けているが、瑕疵担保責任に関する規定をおいていない。しかし、受任者のなした事務処理行為の内容が不完全であつた場合、委任者としては、善管注意義務違反を理由とする損害賠償請求権の行使のほかに、契約責任の一般原則により、むしろ第一次的には、履行請求権、追完請求権の行使が許されるものといえよう。もつとも、民法は委任契約の場合には、請負契約における六三四条のような瑕疵修補請求権に関する規定をおいていない。委任は無償を原則とするから瑕疵担保責任を負わないとみたものとも考えうるが、受任者の注意義務を無償にもかかわらず善管注意義務として

ずしもなるまい。さらに、わが民法は、不特定物の遺贈義務者は、給付した目的物に瑕疵があつたときは瑕疵のない物をもつてこれに代えなければならぬ旨規定し（九九八条二項）、起草者の梅博士は、この点について、特定物の場合と異なり、不特定物の遺贈の場合には、瑕疵ある物が給付されてもそれは債務の履行といえず、代物給付義務を免れない。このことは贈与や売買でも同じだと説明している（<sup>1</sup>）。そうだとすると、有償・無償を問わず、委任の場合でも、受任者が不完全な履行をした場合には、債務の本旨に従つた履行といえず、追完義務を免れえないものといえよう。委任者のこの追完請求権は、前述のごとく、契約上の本来の履行請求権であるから、その行使の要件として、受任者の故意・過失ないし善管注意義務違反があつたことを要しない。また、追完に要する必要経費は、特別の事情のないかぎり、受任者の負担となる（四八五条）。もつとも、受任者の委任事務の

処理が債務の本旨に従った履行でなかったことは、委任者の方で証明しなければならぬ。請負契約の不完全履行においても、仕事の目的物に瑕疵のあることは注文主の方で証明する必要があるが、瑕疵のない完全な仕事をする事（特定の結果の達成）が債務の内容であり（結果債務といわれる）、かつ仕事の結果が有形であることの多い請負の場合と異なって、委任はいわゆる手段債務として、特定の結果の達成に向けて最善の措置を行なうことを内容とするものであり、かつ、仕事の結果が無形であることが多いので、債務内容の証明さらには委任事務処理が不完全であったことの証明は、請負の場合に比し、より困難なことが多い。特に大幅な裁量権が与えられている専門家の場合には一層困難といえる。しかし、委任契約によりあらかじめ委任事務の内容・処理方法が詳細かつ具体的に取決められている場合もないわけではなく、事務処理の種類・性質上それが明確な場合もまれではな

い。さらに、予防法学的には、当事者間に契約関係の存在することの多い専門家責任の場合には、一般の不法行為責任の場合と異なって、紛争事例の集積を待つて、あらかじめ契約上具体的かつ明確な基準を取り決めておくことで、将来の証明責任をめぐる紛争に備えることも可能であり、またそれが必要ともいえよう。また、建築家の場合には、設計・監理上のミスが完成された建物の欠陥として有形的に現われることが多いので、瑕疵ないし不完全さの証明が容易なことも多く、弁護士については、同じ専門家である相手方弁護士や裁判官にとつて、履行さるべき債務の内容は比較的明瞭なことが多いといえ、証明の困難さが他の専門家に比して少ない場合も多いため、入歯の治療、盲腸の手術、風邪や腹痛等の診断や投薬といったごく普通の診療行為の場合には、事務処理の内容やその不完全さの証明は比較的容易な場合が多いであろうから、証明責任との関

係で追完請求権（さらには損害賠償請求権）の行使が一般的に困難であるとは必ずしもいえまい。また、委任事務内容や事務処理の不完全さの証明が容易なケースの場合には、損害賠償の請求に関しても受任者の故意・過失の立証を要しない契約責任構成の方が、不法行為責任構成より有利であるといえよう。少なくともそのようなケースの存するかぎり契約責任構成の有用性がみとめられうるものといえよう。もちろん、かかる場合でも、不法行為責任構成によりつつ、過失の認定上の操作により妥当な解決が導けないわけではないが、あえて有利な契約責任構成をとらず不法行為責任構成をとることもなからう<sup>(5)</sup>。

契約の現場やその他の請負・委任のケースにおいて、追完は一般的・日常的に行なわれていることでもある。その意味において、委任契約の不完全履行における追完請求権の認容の提言は、何ら新しいことをいったわけではなく、いわば当然のことをいつたまでであるがあまり説かれていないのがむしろ不思議ともいえ、あるいは、あまりにも当然のことなので説く必要なしと一般的に考えられていたのであろうか。そうだとすると筆者の不明である。

このほかの追完請求権の行使の要件、期間制限等に関しては、なす債務の不完全履行の萌芽的形態といえる請負の瑕疵担保責任の規定を類推適用して処理するのが妥当と考えるが、詳細は既発表の論文に譲る。

(3) 損害賠償の請求と専門家の注意義務の程度

民法は、信頼関係に基礎をおく委任契約の特質にかんがみ、受任者の注意義務の程度につき、無償

にもかかわらず、善管注意義務を負うものと特に定める。そして、今日、受任者が専門家の場合には、一般人の場合に比し、その程度はさらに高度なものとされ、それぞれの職業に基づく高度の専門的な注意義務を負うものと解されている。たとえば、判例は、医療事故のケースにつき、いやしくも、人の生命および健康を管理する業務（医療）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務が要求される、とした（最判昭三六・二・一六民集一五卷二四四頁へ東大梅毒輸血事件）。ただし不法行為訴訟。この判決の考え方は専門家の責任について基本的にあてはまるが、人の生命および健康にはかわらない場合における専門家の責任の基準については、さらに具体的に検討を要する（6）。

は、川井健「問題の提起」本誌五三九号参照（7）。一定の資格を有し、高い社会的地位や報酬が一般的に保証され、クライアントの信頼の下に、その事務処理につき高度の裁量が委ねられている専門家は、そのことの故に、それに見合うものとしての、信頼責任に根拠をおく保証責任、高度の注意義務を負うべきものといえよう（8）。この点は、専門家の契約責任、不法行為責任を問わず、一般的に認められるべきものである。しかし、さらに、クライアントとの間に特別の社会的契約的接触関係に入った専門家は、当該契約関係に入った事情、契約内容、契約関係継続中の諸事情さらには契約関係終了後も一定期間にわたって、当該契約関係の特殊事情や契約解釈から導かれるところの、特殊II契約上の債務やそれに伴う高度の注意義務を負うものと解すべきである。情報開示・説明義務、忠実義務ないし信任義務等の概念で語られている問題がここに入る。たとえば、町の開業医と専門医

ないし大病院とでは、同じく専門家の高度の注意義務といっても、その一般的基準がおのずから異なることは明らかであるが、患者が、町の開業医を避け、特に高度の治療行為が期待できる専門医・大病院を時間と費用を惜しまずに入院先として選定し、相手方もまた、そのような期待に副いる医師ないし病院としての地位を誇り、そのようなものとして患者と診療契約関係に入った場合には、当該専門家は、一般的高度注意義務を上回る当該特殊II契約上の高度の信頼責任、保証責任を負担すべきものといえよう。反面において、僻地や離島で難病に罹った患者が、時間や費用の故に専門病院に入院できず、村の診療医に診療を依頼した場合には、患者の医師に対する信頼・期待は、専門医に対するほどのものではなく、またそれを期待しうべきものでもないから、その程度の医師に要求される一般的高度注意義務あるいはその程度の信頼責任の水準にとどまるものといえよう。さらにま

た、同じ大病院での診療であつても、普通の正規時間の診療行為と、医師の少ない夜間に救急患者として意識不明のままかつぎこまれてきた患者への診療行為とでは、契約関係に入った事情、状況が異なるから、医師の信頼責任の程度、内容もまた異なるものといえよう。

ところで、かかる契約関係上の諸フアクターは、専門家の責任を問うにあたり不法行為責任構成をとつた場合でも、判断材料とされてはいるが、債務の内容、注意義務の程度、故意過失や不完全履行の判定、その主張・立証責任さらには損害賠償額の算定（たとえば契約の対価を考慮にいれた賠償額の算定等をもし行なうことが許されるとするならば）などの面において、契約責任構成による方が、よりきめ細かく、無理なく処理でき、説明も容易であるといえるのではあるまいか。

### 三 専門家の契約責任の各論的検討

以上の総論的検討を踏まえて、次に、建築家、弁護士、医師という典型的な専門家の契約責任について各論的検証を試みよう。

#### 一 建築家の契約責任

建築家の行なう業務の内容は、通常は建築物の設計および監理である。建築設計・監理契約の法的性質については議論のあるところであるが<sup>(9)</sup>、典型契約からの距離ということからみると、準委任契約に近いといってもよいであろう。もともと、請負契約説も有力であるが、その一つの実際の根拠は、効果論上瑕疵担保責任、特に瑕疵修補請求権に関する規定の適用が企図されているからにほかならない。しかし、前述したように、委任契約の不完全履行を理由とする追完請求権の行使が認められるとするとこの点の重要性は薄

れてくる。つまり、不完全履行論の新たな展開は今後この点をめぐる従来の論争に一つの問題提起をすることになる。

ところで、建築物の建築は、建築主と建築請負人との建築請負契約によって行なわれるので、建築家は、通常、建築物の完成まで約束するものではない。しかし、建築設計・監理契約上の債務の履行行為は、完成建築物と密接かつ不可分の関係にある。そこで、完成建築物に瑕疵があった場合、それが建築家の設計・監理行為の不完全な履行によるものであることが注文主によって主張・立証されたとすると、その限度で建築家の責任が問われることになる。この場合の建築家の法的責任の根拠として不法行為責任も考えうるが、その場合には、さらに、過失の立証が必要となるし、効果論上は損害賠償の請求にとどまる。しかし、注文主にとっていちばん望ましい手段は、瑕疵の修補ないし追完請求であることはいうまでもない。特に高名な建築家の設計になる建

築物は、建築家の著作権ないしデザイン権（著作権法一〇条一項五号・二〇条一項（同一性保持権）、ただし同条二項二号に注意、さらに建築士法一九条参照）とも関連して、第三者が無断で設計変更をして瑕疵の修補をすることは困難である。そして、瑕疵修補請求権ないし追完請求権の法的根拠は、現行法上契約責任構成に求めるほかない。もちろん、実際問題としては、裁判上で追完請求権の行使がなされることはまれであろうが、著作権ないしデザイン権との関係で、第三者による設計変更、代替修補が困難である場合や、どうしても当該建築家本人の手によって追完されることを注文主が期待している場合には、間接強制による現実的履行の強制も考慮してみる必要がある、このことはまた民事執行の領域で間接強制の一段の活用を求める近時の学説上の一部の動向にも副うものといえるのであるまいか<sup>(10)</sup>。さらに、裁判規範たる民法は、同時に事実上行為規範としても機能するから、実体

法上の請求権として追完請求権が認められることは、裁判外における紛争解決上きわめて重要な意義をもつものであり、また建築家の報酬請求権の行使に対する、追完請求権の行使による同時履行の抗弁あるいは支払拒絶の抗弁の面で、法律上も実効性がある。他面また、建築家にとっても、追完権（債権者の本来的履行請求権への「拘束」<sup>(11)</sup>）の認容が有利でもあることは、前述したとおりである。

さて、建築物完成後に、設計・監理行為の過誤が建築物の上に現われたとき、建築家は準委任契約上の債務の不完全履行として、追完履行の義務を負うものと解される。この場合、建築物の瑕疵の修補そのものは建築請負人の仕事であるが、建築家としては、その前提として改めて設計をやり直し、それに基づいて瑕疵の修補工事を監理することで追完を義務づけられるものとみるべきであろう。この意味で両者は合同して修補工を行なうべく、一種の合手的債務

を負担するものといえよう。そうだとすると、信義則による追完請求権行使の期間制限、あるいは瑕疵担保責任における時効期間についても両者一体としてその起算点や期間を定める必要があるケースも生じ、損害賠償請求の面でも同様の問題が生ずることが予想される。それと関連して、不法行為責任構成をとった場合のこの点の処理をどう考えるかも、今後に残された課題となろう。

## 二 弁護士契約責任

弁護士の民事責任が問われる事例の多くは、依頼者との間の契約関係上のトラブルであり、その訴訟は、現在のところ債務不履行訴訟によるものが多数である。医療過誤訴訟の場合と異なり、契約当事者や契約内容が比較的明確であることがその原因と思われる。弁護士と依頼者との間の契約は、一般に委任ないし準委任契約と解されており、この点はあまり異論をみないようである（請負契約とみ

(12)。

と)ところで、目下のところ、わが国では、弁護過誤訴訟は医療過誤訴訟ほど多くない。その理由は、①釈明権の行使等裁判所の後見の役割によって弁護士の訴訟活動の不行がかなり補完されていること、②弁護士会の綱紀委員会、懲戒委員会等の自律的活動で、ある程度紛争が解決されていること、③弁護士の職務遂行の不行を、裁判所や依頼者に責任転嫁し、素人である依頼者がこれに反論できないこと、等の指摘がある(13)。建築家の場合には、無形の行為であっても完成された有形の建築物にその過誤が移行して明確に現われることが多いのに対して、弁護士の職務の遂行は無形の行為がほとんどであって、過誤が明確に現われることが少ないこともその一因といえよう。また、その行為の不完全さは、相手方や裁判所との継続的な対応のなかで随時補完され、あるいは補完の機会が多いことが、完成建物に一拳に欠陥が現われることの多い設計・監理行為

の過誤との差異ともいえよう。このことは、弁護過誤の法的救済において追完請求権のもつ比重が軽く、損害賠償請求権のそれが重くなることを意味しよう。

ところで、損害賠償請求における証明責任について、不法行為責任構成でも、契約責任構成でも、さほど差異はないのではないかという議論が従来よくなされている。しかし、弁護過誤でよく問題となる上訴期間の徒過例のケース等を考えてみると、依頼者としてはかかる場合、当該弁護士から適切な通知・報告・説明がないままに上訴期間が徒過したという事実を主張・立証すれば、その債務不履行責任を追及しうるのであり、これに対して当該弁護士の一方で上訴期間の徒過につき自己に過失がなかったことを立証してはじめて責任を免れうる(たとえば、控訴審での訴訟追行の委任を受けた弁護士が、原審を担当した弁護士の事務所判決正本の送達日を問いついて誤って伝えたために控訴期間を

徒過した場合とか、勝訴の見込みがまったくないと判断したので控訴しなかったとか。もつともかかる事由で免責されるかはそれ自体一つの問題ではあるが)。一般に、委任契約上の債務は手段債務とされ、弁護士の職務遂行債務が不完全履行であったことの証明が困難な場合が多いとはいえ、右のような場合は容易に立証が可能である。職業的専門家の場合、どの程度の履行をなせば債務の本旨に従った履行となるのか、専門外の第三者には判定がむずかしいことも多いが、逆に、その専門性・技術性の故に、なすべき債務の内容が明確なこともあり、特に弁護士の職務活動の内容については、同じ専門家である裁判官や相手方弁護士にとつて、容易に判定がつくことも多いであろう。委任契約関係にある当事者間の弁護過誤訴訟の多くが契約責任構成で争われていることはその一つの証左であり、またかかる事例の場合には、債務不履行ないし違法性判断と帰責性ないし故意過失の判断とを一元化

する必要は必ずしもなく、両者を区別する実益があるといえよう。かくて弁護士の過誤行為に関しては、損害賠償請求に関しても契約責任構成が少なくとも一定の範囲内においては有用であると思われる。

### 三 医師の契約責任

医療過誤訴訟については債務不履行ないし契約責任構成によるものより不法行為責任構成によるものが多いことは周知のとおりである。診療契約の法的性質は一般には準委任契約とみうるが、契約の成立の有無や当事者（意識不明の急病人が通行人によって病院に運びこまれた場合等、さらには債務者は医師か病院かなど）が不明な場合があることか、債務内容の特定上の困難さが、不法行為責任構成がとられる理由とされるが、診療過誤の場合、医師と患者との間には、直接契約関係が認められないとしても、特殊契約的社会的接触関係が存在するから、かかる関係にないことを一応の前提とす

る既存の不法行為法理で処理することは不十分であることは否定できまい。不法行為法理の発展による対処ももちろん有用であり、現にその努力が積み重ねられてきているが、これまでみてきたような契約責任法理、準委任契約における不完全履行論の新たな展開（さらには立法論も含めて）で処理する方法がより妥当とはいえないか。あるいは少なくとも、不法行為責任構成と並んでかかる法的構成を展開することは無意味とはいえない。証明責任を含む要件論・効果論上、多面的な被害者救済をはかりうる点で実益があり、不法行為責任構成で十分であり、契約責任構成は不要とい切れるかは、医師の責任に関しても（建築家や弁護士の場合と程度の差はあれ）、疑問である。たとえば、歯科医の入歯の治療とか、外科医の盲腸の手術、内科医の普通の風邪や腹痛等に対する投薬行為の過誤等は、前述のように債務内容は原則として明確といえ、違法性と帰責事由の二元性は証明責任上も患

者に一応有利であり、患者の追完請求権や医師の追完権（本来的履行請求権への「拘束」）の承認は有用といえよう。医療過誤訴訟の領域においても、不完全履行論の新たな展開・契約責任再構成の視点は、今後一定の成果をあげうるのではないかと考える。

### 四 むすび

比較法的考察は本稿の対象外ではあるが、この点に関する若干の感想を後日の研究のための覚書として簡単に書きとめ、本稿のむすびとしたい。

一 専門家の民事責任に関する既存のわが国の比較的研究にざっと眼をとおしたかぎり、各国とも、それぞれさまざまな問題をかかえているようであり、いずれも発展途上の研究段階にあり、判例法もまたしかりと思われる。

まず、アメリカ法については、われわれの研究会メンバーの弥永論文<sup>(1)</sup>に詳しいが、これによ

ると、アメリカでは、専門家の責任追及は、不法行為責任によることが多いという。しかし、その原因としてあげられている実際上の理由は、わが国の不法行為責任制度との差異の故に、日本法にとつてそのまま参考にはならないように思われる。他面、契約責任として問うことのできる保証責任、信任義務違反については、わが国でもほぼ同様に考えることができよう。ただ、契約責任が契約内容の解釈に依存することのもつ問題性については、わが国でも同様であり、債務内容の確定の困難さとして議論されているところであるが、この点は前述したところなので繰り返さない。また、前述したように、損害賠償請求権を第一次的保護手段とし、スペシフィック・パフォーマンスを例外的にしか認めない英米法の下では、追完請求権のもつ比重が軽いといえようが、裁判上の問題としてはもちろん、裁判上の問題としても果たしてそれでよいかは、根本的に検討さるべき課題である<sup>(2)</sup>。

次に、イギリス法については、川井退官記念論文集における飯塚論文に詳しい(16)。イギリス法の下で、判例は、不法行為責任構成から契約責任構成へ、さらにまた不法行為責任構成へと変遷を重ねているようであるが、前述のようになわれわれの問題関心からみるときは、問題は契約責任の内容にあり、この点で、イギリス法が日本法にどのような示唆を与えてくれるものか、さらに今後の研究を待ちたい。

フランス法においては、不法行為責任法理でも契約責任法理でもない第三の法理として職業的責任法理が有力に説かれている、と前掲川井論文集における須永論文が紹介している(17)。この独自の責任説がとりわけ強調するところは、職業的責任すなわち職業的義務の不履行に基づく責任のあり方が、有効な契約の存否とか、それが契約の相手方との関係で問題視されているか、第三者との関係で問題視されているか、というような事情とか、によって差異を認め

られるべきではないということであり、たとえば、意識ある患者対医師の関係においてなら契約責任、意識喪失の状態にかつぎ込まれた患者対医師の関係においてなら不法行為責任とし、そのいずれであるかによって法的処上の差異を生じさせるとか、製造物の欠陥に基づく損害が契約関係(ないし契約的連鎖)にたつ者について生じたかまいったくの第三者について生じたかに応じて差異を生じさせるとか、のごときは是認されえないだろうという、とのことである。

ここで指摘されている問題状況はまさに日本と同様であり、職業的専門家に高度の注意義務を課す方向性は共通であるが、既存の契約責任体系のもつ問題性をどう打開していくのか、現に、ドイツや日本で努力の展開されている債権法の改正、契約責任再構成あるいは不完全履行論の新たな展開といった理論的模索は、現代フランス民法学の下でどのような状況にあるのであろうか。かかる問題提起

をわれわれが行なった場合、フランス民法学はこれにどう応えるのか、今後の展開を見守りたい。

最後にドイツ法の問題状況をみよう。ドイツの専門家の責任、特に弁護士のものについては、前掲川井論文集の滝沢論文および岡論文に詳しい(18)。ドイツ民法典の下では、委任は無償契約に限定されているために、弁護士との契約は委任とされず、雇用契約を基本にした有償事務処理契約とみるのが大半で、ごく限定された領域で請負契約的債務処理契約が認められるという。この点、委任ないし準委任契約とみるのを原則とする日本の場合とかなり異なる。なお、建築家との設計・監理契約については請負契約説がかなり有力であるが、ここでは瑕疵担保責任、特に瑕疵修補請求権の規定の適用問題が実際上の理由として大きな比重を占めている(19)。

近時のドイツ法の問題状況を知らるには、統一的保護関係理論を中心とする契約責任論の新たな展開、これらを受けた債権法改正の

動向が見落とせない(20)。特に後者の動向は日本法の今後の展開を考えるうえで重要であるが、日本法とドイツ法との差異故に、その動向がそのまま日本法にとって参考になるかについては慎重を要する。たとえば、日本民法典は四五条にみられるように債務者が債務の本旨に従った履行をしないと、きという一般規定を有し、遅滞・不能という明確な二元構成となっていないこと、契約解除と損害賠償との併存・競合を認めていること、時効期間が原則として一〇年であり、ドイツのように三〇年という長期でないこと、瑕疵担保の時効の起算点が、売買の場合瑕疵を知ったときからとされていること、また期間の点についても売買・請負の瑕疵担保責任ともにドイツ法よりやや長く、かつまた裁判所が柔軟な処理を実際上していること、あるいはまた、種類売買につき、ドイツ民法四八〇条のような特別規定、つまり瑕疵担保責任としての追完請求権を独自に規定していないために、その請求権と

契約上の本来の履行請求権との関係をめぐる面倒な議論をしなくてすむといった差異があり、ドイツ民法典と比べ、欠陥が少ないといえる。さらに、日本では、勝本教授が提唱され、末弘教授によって洗練された、履行内容の不完全履行論（特に追完給付請求権の期間制限がポイント）が独自の展開をとげており、この結果瑕疵担保の規定によらずとも、種類売買につき妥当な処理が可能となり、さらにこの発想を押し進め、請負の瑕疵担保責任をも同様にとらえ、委任契約の不完全履行論の新たな展開によって専門家の責任等についても事態の妥当な解決をはかる道が容易であることにも留意さるべきである。ドイツでは、私見によれば本来履行内容の不完全履行として処理さるべき問題が、種類売買や請負契約において瑕疵担保責任制度に仮託して立法化されたために、古典的な瑕疵担保責任制度にひきずられてその内容の不備がめだち、遂には今回の改正提案のように、売買と請負の瑕疵

担保責任の接近化、さらには瑕疵担保責任概念の廃止等による給付障害論の一元化等の提案へと至っているのであるが、それはそれでまた、新たな問題点をかかえこむこととなるように私には思われる。たとえば、改正提案は、不代替物の特定物売買においてもいわゆる特定物ドグマを否定し、原則として売主の瑕疵修補義務を認めることで、法定無過失責任としての瑕疵担保責任の債務不履行責任への一元化をはかっている。しかし、民法典の規制対象たる取引行為としては、今日商人間の取引、商人対市民間の取引が重要な地位を占めているとはいえず、一般市民間の取引行為もかなりの地位を占めていること、さらに改正提案の視野の外にある、無償の贈与、遺贈、無利息の消費貸借をも視野にいて総論的検討を試みるとき、特定物ドグマはなお合理性があるように思われる。すなわち、種類の無償贈与の場合等では、瑕疵ある物の給付は不完全履行となるが、特定物の無償贈与ではそれは

不完全履行とはいえず贈与者に追完給付義務を認める必要があるまい。また、瑕疵担保は有償契約に特有のものであって、無償契約においては認める必要がなく、この場合には不完全履行が成立する場合にはのみ債務者に責任を認めれば足りる。改正提案が、売主や請負人の過失の有無を問わない代金減額請求権を残したことは、名称はともかく、有償契約における瑕疵担保責任の実質は残したことを意味し、瑕疵担保責任の完全な債務不履行責任化に至ってはいいないことが注意さるべきである。なお、なす債務、サービス供給契約における債務不履行論はどのように展開されるのか、未だ必ずしも明らかとはいえない。本稿のような、瑕疵担保責任制度にとらわれない不完全履行論の新たな展開は、ドイツ民法学からみると、どのような評価を受けるのであろうか。また、専門家の民事責任を考えるとき、雇用や請負を基本とする有償事務処理契約として処理するドイツ民法学の立場は、委任の規定

が大幅に準用されるとはいえず、その妥当性は疑問であり、立法論的には有償の委任契約を認め、その不完全履行として処理する方向性が妥当とはいえないか(2)。

二 比較法的研究の諸成果は、専門家の民事責任につき、欧米先進諸国の実状を知らしめ、消費者保護的発想に伴う、専門家の注意義務の高度化、厳格責任化の状況を伝えて、日本における問題考察にとつてきわめて示唆的である。しかし、他面において、その法的構成については、それぞれの国の法的救済システムの差異により、それぞれに問題をかかえていることをわれわれに示唆し、問題の複雑さ、困難さを教示する。かかえている実際の問題状況が同一であるにもかかわらずである。

しかし、この間にあつて、与える債務の典型である商品売買契約における売主の契約責任に関する国際売買統一法の動向が、サービス供給契約の問題解決にあたってもきわめて示唆的である。すなわち、一九八八年一月一日に発効し



た国際動産売買に関する「ウィーン売買条約」は、コモン・ローの概念を受け継いで、当事者が自己に課された義務を履行しないとき、それはすべて「契約違反」として、契約違反の態様に差異を設けていない。しかし、契約違反の効果を規律するにあたっては、ヨーロッパ大陸法圏からその伝統を引き継ぎ、第一次的保護手段として履行請求権を認めた(四六条)。そして、追完(二項)および修補

(三項)請求権のいずれも、買主がその請求権を、瑕疵の責問を起点とする「相当な期間内」に行使用することという制約に服せしめた(22)。この結果はまさに、種類売買における瑕疵ある物の給付につき、これを不完全履行として、瑕疵担保責任から切り離し、期間制限を伴う追完ないし瑕疵修補請求権を認めてきた、わが国の従来の通説の立場と合致する。そしてこの方向性は、さらに、前述のごとく、なす債務の不完全履行論の新たな展開へと連なるべきものと考へることは許されないものである

うか。なお、履行請求権を第一次的保護手段とする以上、履行遅滞、履行不能、不完全履行の三元構成はそれなりの合理性があると思われ、契約違反あるいは義務違反概念による債務不履行の一元立法がなされても、さらに、三態様に応じた特別規定の必要性、あるいは解釈による解決が必要となるであろうことが確実に予測される(23)。

かくて、専門家の民事責任の研究という課題は、実務上、消費者保護的視座の下に重要な意義をもつとともに、他面においてサービス供給契約、なす債務の債務不履行責任のあり方いかんを模索する過程のなかで、契約責任システムの再検討、ひいては債権法の改正問題へと発展する一つの重要な契機を提供する理論的法政策的問題であり、さらに問題は、広く国際的にも共通の法システムの開発へと向かうべき、国際的課題をわれわれに提起するものといえる。役務提供者責任に関するEC指令案の動向も視野のなかにおくべき

である(24)。換言すれば、専門家の民事責任という研究課題は、かかる大きな視野の下に取り組まれるべき、実際の、理論的課題であるといえよう。

(1) 本稿は基本的には、既発表の拙稿「日本法における『専門家の契約責任』」川井健編・専門家の責任(日本評論社・一九九三年)所収(以下「下森第一論文」として引用)を要約したものであるが、その後の研究の進展(たとえば、拙稿「不完全履行論の新たな展開」司法研修所論集一九九三年II九〇号(以下「下森第二論文」として引用))や専門家責任研究会における共同研究の成果を一部取り入れて加筆したものである。なお注記は紙数の制約上必要最少限度にとどめた。詳細は下森第一論文の注に譲る。

(2) 渡辺達徳「ウィーン売買条約」(CISG)における契約違反の構造」商学討究四一巻四号(一九九一年)ほか一連の研究およびそこで引用されている諸文献参照。

(3) 下森「不完全履行と瑕疵担保責任」加藤一郎先生古稀記念論集・現代社会と民法学の動向下巻三五〇頁以下(有斐閣・一九九二年)、同「瑕疵担保責任に関する

一つの覚書」内山教授ほか古稀記念論集・続現代民法学の基本問題一九七頁以下(第一法規・一九九三年)参照。

(4) 梅謙次郎「民法要義巻之五相続編三五七頁以下(一九〇一年)参照。

(5) 不法行為責任構成と契約責任構成との一般的差異および証明責任については、下森第一論文一〇頁以下およびそこで引用した諸文献参照。

(6) 川井「専門家の民事責任(1)問題の提起」NBL五三九号二二頁第一章二頁。

(7) 川井・前掲注(6)二二頁以下。

(8) 能見善久「専門家の民事責任

(6)(7) 専門家の責任(下)NBL五四四号五二頁以下・五四五号一六頁以下(第二章四頁)参照。

(9) この問題については、花立文子「建築設計・監理契約に関する一考察(一)(二)(三)・志」法学志林八六巻三・四合併号・八七巻三号・八八巻三号およびそこで引用する諸文献参照。近時の労作としては日向野弘毅氏の一連の研究があるが、最近一書にまとめられた。日向野・建築家の責任と建築訴訟(成文堂・一九九三年)。

(10) 三ヶ月章・民事訴訟法(弘文堂・一九八一年)、中野貞一郎・民事執行法(第二版)(青林書院

・一九九一年)等参照。なお、平井宜雄・債権総論(第二版)二四六頁以下(弘文堂・一九九四年)および同書の引用する森田修論文参照。

(11) この用語および問題点につき、森田「フランスにおける債務転形論と「附遅滞」」法学志林九〇巻一号一頁以下、およびこの論文を引用する平井・前掲注(10)書七四頁以下、特に七六頁参照。

(12) もともと、小林秀之「専門家の民事責任(4) 弁護士の専門家責任(その1)」NBL五四一号三四頁以下(第七章七六頁)が指摘するように、現代におけるわが国の弁護士活動の拡大化は、場合により、請負や雇用との混合契約ととらえる方が適当な場合もある。この場合にはドイツ法の議論がわが国にとっても参考となることとがある。

(13) 小林・前掲注(12)論文参照。  
 (14) 弥永真生「専門家の民事責任(2)(3) アメリカにおける専門家責任(その1)(その2)」NBL五三九号二五頁以下・五四〇号三二頁以下(第四章(1)二一頁)参照。

(15) ちなみに、近時の英米法は、比較的広く特定履行を認める傾向にあることを指摘する、渡辺・前掲注(2)論文一三一頁参照。  
 (16) 飯塚和之「イギリス法における

「専門家の責任」川井編・前掲注(1)書七五頁以下参照。なお、樋口範雄・アメリカ契約法(弘文堂、一九九四年)二二九頁以下参照。

(17) 須永醇「フランス法における「専門家の責任」」川井編・前掲注(1)書一五九頁以下参照。

(18) 滝沢昌彦「ドイツ法における「専門家の責任」」川井編・前掲注(1)書一三三頁以下、岡孝「弁護士の責任」同書二〇七頁以下参照。

(19) 花立・前掲注(9)論文(二)法学志林八七巻三号八七頁以下参照。

(20) 岡II辻伸行訳「ドイツ債務法改正委員会の最終報告書・総論」ジュリスト九六号・九九七号・九九八号、ゲッツ・フォン・クラ

オスハールII花立文子訳「請負契約法にとつての債務法改正委員会による民法草案の意義」法学志林九一巻一号二一三頁以下、下森・前掲注(1)下森第二論文等参照。

(21) 前掲注(12)参照。  
 (22) 渡辺・前掲注(2)論文一三三頁参照。

(23) わが民法の解釈論として、債務不履行の三元構成を不要かつ無意味であると主張する平井教授の見解(前掲注(10)書四八頁以下)は、英米法的発想に近く、ウ

ーン売買条約やドイツの改正提案と基本的方向性を同じくするものと思われる。私見と見解を異にするが、鋭く、重要な問題提起である。損害賠償請求権に関してはともかくとして、履行請求権の第一次的保護手段性、瑕疵担保責任の位置づけ等(具体的には、履行請求権やその期間制限の有無、即時の解除権の発生時期等)との関係でさらに論点の詰め合せが必要と思われる。一部については前掲下森第一論文で応接を試みたが、第二版の刊行を受けて、今後さらに検討を続けてみたい。

(24) 岡・前掲注(17)論文二二九頁がその一端を紹介している。

(追記) 本稿脱稿後校正段階で、NBL五四四号・五四五号登載の能見論文(第二章)に接した。一般の委任契約上の受任者に対する、特殊「専門家」の契約責任の特質とその理論的枠組みを分析・提示するこの論文はきわめて示唆に富む。研究会における中間報告でおおよその方向性は教示されていたが、改めて活字となつたものを読み、本稿との接点についてさらに考察を深める必要性を、いま感じている。つまり、本稿は、はじめに指摘したごとく、専門家の民

事責任についての不法行為責任構成に対する契約責任構成の特質、その有用性の検討に中心的視座をすえ、契約責任再構成、不完全履行論の新たな展開という問題意識の下に、考察を展開した。その結果、契約責任構成内における、特殊「専門家」の契約責任の、他の一般の受任者(あるいは請負人)の契約責任との関係・特質を分析・検討する点に関しては、不十分な結果に終わっている。高度「専門家」のサービス給付の代替性(建築家の追完義務に関する間接強制の検討)、損害賠償の請求と専門家の注意義務の程度等の点で、若干この問題に触れてはいるが、不十分というほかない。この点につき、能見論文はきわめて示唆的といえよう。能見論文を踏まえて、今後この問題点についてさらに検討してみたいが、現段階ではこのことを本追記で指摘し、次の課題とするほかない。

# 第一〇章 専門家責任保険

東京大学教授 落合誠一

## 一 はじめに

一 現代のビジネス社会においては、責任の問題は、保険の問題であるといわれる。これは、責任が問題となったときには、一般に責任保険が付保されているのが通常であるから、結局のところ、責任問題は、實際上保険によって解決されることになるからである。

つまり責任の問題を考える場合には、保険の問題を当然視野にいれなければならないが、したがって、合理的な保険カバーがそもそも不可能となるような責任構成は、それを主張したところで現実には到底ワークしないことになる。このことは、専門家の責任についても妥

当すると思われる。たしかに専門家責任保険の加入率(付保率)は、後述二(2)でみるように、現状ではそれほど高いものではない。その意味では、わが国の専門家の責任は、保険によってほとんど解決されているとはいえないが、加入率の問題は、むしろわが国の専門家に対する責任追及の動向が、現状ではそれほど活発ではないことに起因するものと考えられ、将来的には、保険の手配なくして専門家としての業務を行なうことは考えられなくなるであろう。

二 本稿は、専門家責任保険についての基本的な論点をとりあげて若干の考察を加えることにより、わが国における専門家責任保険のあり方を検討するものであ

る。そこでまず、専門家責任保険の機能・現状を検討して、その意義を明らかにする(二)。次に、弁護士責任保険と建築家責任保険をとりあげて、専門家責任保険の具体的な検討を行なう(三)。続いて、各種専門家責任保険全体に通ずるその特色を検討する(四)。そして最後に、専門家責任保険の課題を明らかにして、本稿の結びに変える(五)。

## 二 専門家責任保険の意義

### 一 専門家責任保険の機能

(1) 専門家責任保険とは、専門家が専門家としての業務を行なうにあたって損害賠償責任を負担す

ることによってこうむる損害をてん補する保険である。プロフェツシヨナル・ライアビリティ・インシユアランスあるいは職業的責任保険といわれることもある。専門家が、専門家として活動するにあたり契約の相手方または第三者に対して債務不履行責任ないし不法行為責任を負うことがあるが、その責任を担保するのが、専門家責任保険である。したがって専門家責任保険は、保険カバーの対象が責任である点において一般の責任保険と異ならないが、責任の主体が専門家であり、責任の対象となる行為が専門家としての行為である点にその特色が認められる。そこでさらに専門家ないし専門家としての行為といったときの専門家が何を意味するかが問題となる。

この問題は、専門家の責任をどう理解・構成するかとも関係するが、保険実務においては、後述二(1)において述べるとおり専門性のある職業人ときわめて広く理解されている。

(2) 専門家責任保険は、専門家が責任を負担することによる損害をてん補することにより専門家を

保護する機能を有する。それと同時に、加害者である専門家の賠償資力が確保されることにより、被害者を保護する機能も有する。さらに事故の防止機能も認めることができよう。責任保険の保険料は、一般に責任負担の可能性、すなわち責任リスクとの見合によって決定されるから、事故の発生を防止・減少することは、保険料に反映される。したがって保険料負担の増減は、専門家の事故防止・減少のインセンティブとなりうるのである。

## 二 専門家責任保険の現状

(1) わが国における専門家責任保険の嚆矢は、一九六三年一月二月から開始された医師責任保険である(1)。ついで一九七一年四月には建築家責任保険が、一〇月には公認会計士責任保険が、それぞれ開始された。そして現在では、弁護士、税理士、司法書士、弁理士、行政書士、土地家屋調査士、薬剤師、救急救命士等について責任保険の引受がなされている。もつとも専門家の意義をどのように理解するかによって、検討の対象

とすべき専門家責任保険の範囲は変わりうるものであり、これを専門性のある職業人の責任保険ときわめて広く解する立場をとるとすれば、柔道整復師責任保険、はり師・きゅう師・あんま・マッサージ師・指圧師責任保険、助産婦責任保険あるいは旅行業者責任保険、薬種商責任保険、情報サービス業者・電気通信事業者責任保険等も含まれることになる。そして保険実務では、このきわめて広く解する立場がとられているのである(2)。専門家責任保険契約の内容は、保険約款の定めるところによる。保険約款は、賠償責任保険普通保険約款およびそれぞれの専門家ごとの特約条項(たとえば弁護士であれば、弁護士特約条項)からなる。

(2) 各種専門家責任保険の加入状況は、どうであろうか。この点は、十分な統計データはとられていないようであり、したがって正確なところははっきりしないといわざるをえない。一般的には、加入状況はきわめて高いというわけではないようであり、たとえば弁護士責任保険では、せいぜい五〇

パーセント前後程度のものであり、また建築家責任保険では、事務所単位の加入であるが、全国で約一二万五、〇〇〇あるといわれる事務所のうち、新日本建築家協会加盟の事務所は、約三、八〇〇あり、そのうち約一、五〇〇事務所が責任保険に加入しているといわれている(3)。次に専門家責任保険のリザルトは、どうであろうか。この点も、責任保険全体のリザルトのみしか公表されておらず、専門家責任保険の全体はもとより、個々の専門家責任保険のリザルトは知ることはできない。

## 三 専門家責任保険の

### 検討

#### 一 弁護士責任保険

(1) 保険の対象業務  
(ア) 弁護士責任保険の対象となる業務は、「弁護士の資格に基づいて遂行した業務」である(特約条項一条一項)。具体的にこれが何を意味するかについての定義は、約款上なされていないが、弁護士法三条一項および二項に定める業

務がこれにあたりと解される。すなわち「当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱によって、訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件に関する行為その他一般の法律事務を行う」こと(三条一項)および「弁理士及び税理士の事務」(三条二項)である。特約条項一条二項は、「後見人、保佐人、相続財産管理人、清算人、管財人、破産管財人、整理委員等の資格において法律事務を行なうこと」が「弁護士の資格に基づいて遂行した業務」に含まれると規定しているが、「後見人、保佐人……等の資格」と「弁護士の資格」とは必ずしも同じではないので、解釈上の疑義を避けるため注的に規定したのものであろう。

(イ) 「弁護士の資格に基づいて遂行した業務」かどうかは、そこで問題にされた行為そのものの性質から判断されるべきである。たとえば長年法律問題の処理を依頼している顧問弁護士の勧めに応じて投資をした依頼者が、その投資によって損害を受けた場合、弁護

士の投資勧誘行為は、保険の対象となる業務といえるか(4)。たしかに弁護士は投資勧誘行為は、弁護士と依頼者という関係のなかでなされているが、それだからといって弁護士としての資格でなされた行為としてよいかは、さらに検討の必要があると思われる。弁護士としての資格でなされた行為は、あくまでも法律の専門家としての業務(プロフェッショナル・サービス)でなければならず、したがって一般的にいつて投資勧誘行為は、それにあたらないと考え

るべきである。依頼者のための法律事務処理の一環として依頼者の弁護士として行為したのでなければ、弁護士責任保険の対象とすべきでないからである。

(2) 保険事故

(ア) 保険事故とは、保険者のてん補義務を具体化させる事故をいうが、責任保険の保険事故を一般にどのように理解するかは見解が分かれている(5)。もともと弁護士責任保険の保険事故は、その特約条項の定めによつてはつきりさせられている。すなわち被保険者である弁護士が、保険期間中に弁

護士の資格に基づいて遂行した業務に起因して、保険期間中または保険期間終了後三年以内に、日本国内において損害賠償を請求され、法律上の責任を負担することによつて損害をこうむることである(一条一項・二条)。

(イ) 弁護士責任保険の保険事故において特徴的なのは、保険者のてん補義務が損害賠償の請求の有無にかかる点にある。というのは一般の責任保険の保険事故は、被保険者が損害賠償責任を負わねばならない損害を他人に与える事故の発生であり、かかる事故が保険期間中に発生すれば、損害賠償の請求を受けたかどうかにかかわらず、保険者はてん補義務を負担するからである(賠償責任保険普通保険約款一条)。すなわち一般の責任保険では、いわゆる発生事故方式(オカレンス方式)がとられているのに対して、弁護士責任保険では、いわゆる請求事故方式(クレイムズ・メイド方式)がと

られているのである。

(ウ) 請求事故方式は、現在、発生事故方式による保険者の負担増加を軽減するものとして一定の責

任保険分野、たとえば専門家責任保険、製造物責任保険、環境責任保険等で広く用いられている(6)。というのは、発生事故方式であると、保険者は、かかる事故が保険期間内に発生しているかぎり、保険期間が終了した後であっても保険てん補の義務を負わねばならないが、請求事故方式であれば、保険期間中に請求のあつたものだけをてん補すればよいからである。すなわち発生事故方式においては、保険者のてん補義務は、保険期間が終了しても、相当長期間にわたつて確定せず(保険金請求権の消滅時効は、被保険者の責任負担が確定したときから進行する)(普通約款一九条、したがつて保険者は自己の負担すべきリスクの正確な算定が困難となり、場合によつては一定の責任保険分野の引受そのものがむずかしくなることも考えられる。たとえばアスベスト事故のケースのように、保険者は保険引受の時点でそうしたリスクの存在・規模・程度を予測しえたとは必ずしもいいがたい場合も十分ありうるから、保険の対

象とすべき責任分野の如何によつ

ては、保険引受のリスク算定の困難性ゆえに被保険者を満足させるような保険の引受ができなくなる可能性がある。これに対して、請求事故方式をとれば、保険者は、保険期間の終了によつて自己のリスクを確定させることができるので、保険期間終了後の相当長期にわたる法的・社会的・事実的事情の変化等までも予測する必要はなくなり、発生事故方式では保険を引き受けられない場合でも、保険の引受がなされうることになる。

(エ) とところで弁護士特約条項二条が定める請求事故方式は、二点において特色が認められる。第一点は、請求が保険期間中ではなくとも、保険期間終了後三年以内であれば、なお保険てん補がなされることである。純粋な請求事故方式は、保険期間中に請求がなされる場合に保険てん補を認めるものであるから、特約条項のこの定めは、被保険者に有利な修正がなされていることを意味する。もつとも期間延長は特約により五年または一〇年にすることも可能のようである(7)が、原則を三年とす

るのが適当かはさらに検討の必要

がある

がある。

特色の第二点は、被保険者である弁護士業務は、保険期間中に遂行されたものでなければならぬことである。本来請求事故方式は、保険期間中に請求がなされれば、その請求の基となった業務遂行は保険期間中ではなくとも保険てん補がなされるものであるが、この特約条項の定めでは、保険期間中の業務遂行との要件が付加されており、これは被保険者に不利な修正ということになる。というのは保険期間開始前の業務遂行による責任は、まったくカバーされないことになるからである。もともとこのような制約を課すことに理由がある場合もある。たとえば弁護士がはじめて保険に入ろうとする場合、保険者が、当該弁護士が過去にどのような法律業務をいかなるやり方で遂行していたか十分に確信がもてなかつたり、あるいは過去に問題のある業務遂行があったがゆえに保険加入を希望していると思われなくてもないときなどはそうである。しかしそうした合理的な理由が存在しない場合にも保険カバーが奪われることは妥

当とは思われないし、また告知義務などによる対応も考えられるから、かかる制約を一律的に課すことにはより慎重であることが望ま

### (3) 免責事由

(ア) 保険者の免責は、賠償責任保険普通保険約款のすべての責任保険に共通する定めを前提として、特別な場合につき弁護士特約条項が定めをしている。まず普通保険約款における定めは、次のとおりである(四条)。第一は、保険契約者・被保険者の故意である。ここでは、責任保険における被害者保護機能の重視から、重過失は免責とされていない。第二は、戦争・変乱・暴動・騒じょう・労働争議である。第三は、地震・噴火・洪水・津波等の天災である。第四は、被保険者が所有・使用・管理する財物の滅失・き損等につき、その財物に対し正当な権利を有するものに対し負担する責任である。これは、普通保険約款ではカバーされる財物損害の責任のうちから、受託物の責任は免責とする趣旨であり、この責任をカバーするには、別途特約を締結し

なければならぬ(受託者特別約款)。もともと弁護士特約条項では財物損害の責任一般を免責にする規定があるから、この普通保険約款の免責事由は、そのままの形で適用されることはない(特約条項三条三号)。第五は、被保険者と世帯を同じくする親族に対する責任である。第六は、被保険者の使用人が被保険者の業務に従事中にこうむった身体障害に起因する責任である。この責任は、労災保険により通常カバーされるからである。第七は、排水・排気による責任である。第八は、被保険者と他人との間に損害賠償に関し特約のある場合に、その特約によつて加重された責任である。

(イ) 弁護士特約条項は、さらに次のような免責事由を規定する(三条)。第一は、被保険者の犯罪行為(過失犯を除く)または他人に損害を与えるべきことを予見しながらした行為による責任である。第二は、被保険者が公務員としての職務上遂行した業務による責任である。この責任は、国家賠償の分野だから除く趣旨である。第三は、他人の身体の障害・財物

の損壊による責任である(ただし証拠書類・証拠物の損壊および執行行為に付随して生じた財物の損壊に起因する場合を除く)。これは、弁護士責任保険のカバーを依頼者・第三者の一般的な財産上の損害についての責任に限定し、普通保険約款ではカバーされる人身損害および財物損害の責任(一条)を除外する趣旨である。この免責事由は、前述のとおり財物損害の責任を一般的に排除しているから、普通保険約款の受託物責任の免責もそこに含まれることになる。受託物責任をカバーするには、別途特約を締結する必要がある(受託者特約条項・貴重品等担保特約)。なおこの免責事由には例外があり、財物損害でも弁護士の業務遂行と密接に関係する証拠書類等の損壊等による責任は、カバーされる。

### (4) てん補される損害

(ア) 弁護士責任保険でてん補される損害は、第一に、被害者に対する損害賠償金である(普通保険約款二条一項一号)。その第二は、損害賠償に関連する各種の費用であり、このてん補があることは責

任保険の特色をなす。具体的には、損害防止軽減費用（二条一項二号・三号）、緊急措置費用（二条一項三号・三条一項）、争訟費用（二条一項四号）および協力費用（二条一項五号）である。

そして以上の損害は、すべて金額がてん補されるわけではなく、てん補される金額は、一回ごとの事故につき、争訟費用および協力費用を除き、損害賠償金、損害防止軽減費用、緊急措置費用の金額の合算額が免責額を超過する部分であつて、保険金額をもって限度とされる（二条三項）。争訟費用と協力費用は、てん補限度額の枠外でてん補されるが、前者については一定の制約がある（二条四項）。

(イ) 争訟費用の請求については、近時、興味ある判決が出された（8）。事案は、弁護士責任保険の被保険者である弁護士が、被害者から提起された損害賠償請求訴訟に応訴するため、他の弁護士を訴訟代理人に選任し（特約条項六条）、保険者にその旨通知するとともに負担した着手金についての支払を求めたものである。裁判所

は、普通保険約款二条一項四号の「被保険者が当会社の承認を得て支出した」争訟費用をてん補する旨の条項は、保険者に適正妥当な争訟費用の範囲を判定できるとの裁量権を与えるが、被保険者が適正妥当な争訟費用を支出したと保険者が判定できるときには、保険者は条項所定の承認がないからとの理由でその支払を拒むことはできないとしたが、被保険者の故意によつて生じた賠償責任に基づく損害については、保険者は免責されるから（四条一号）、それに關する争訟費用についても免責され、したがつて故意責任に基づく疑いが相当程度あるときは、保険者は、争訟費用が適正妥當かにかかわらず、故意責任の点が明確になるまで支払を拒めるとした。そして本件では、被保険者の故意責任が主張されており、保険者において被保険者の主張する着手金が適正妥當かの判定はいまだ困難であり、また裁量権の濫用も認められないとした。さらに争訟費用のてん補の請求は、被保険者の責任負担を前提とするものではなく、場合によっては争訟費用のみの請

求もできるが、その請求をするには現実には支出されている必要があるとし、本件では着手金の現実の支出につき被保険者の主張・立証がないとした。そして結論としては被保険者の請求を全部排斥した。判旨は、おおむね妥當といふべきであろう。

(5) 賠償解決における被保険者の同意

保険者が責任の有無・賠償額について被害者と協定しようとするときは、あらかじめ被保険者の同意を得なければならぬ（特約条項五条一項）。この被保険者の事前同意という特則は、専門家責任保険に特有なものである（9）。保険者が被害者と協定することは、専門家である被保険者の責任を認めることを意味し、被保険者である弁護士の名譽と信用にかかわるからである。しかし被保険者が、正当な理由なく同意をしない場合には、保険者は、損害賠償金については協定されたであろう額を、また賠償に關係する費用については同意を求めたときまでに発生した額を、それぞれ自己のてん補額とすることができる（五条二項）。

(6) 求償権の不行使

被保険者は、債務不履行責任の場合は履行補助者の行為につき責任を負い、不法行為責任の場合は被用者の行為につき責任を負う。そのいずれの場合も被保険者は、履行補助者または被用者に対して求償権を行使できるが、保険者が保険金の支払をすれば、保険者は、その求償権を代位取得する。

しかし保険者がその求償権を行使すれば、被保険者は履行補助者または被用者の責任を實質的に負担せざるをえなくなり、結局のところ被保険者が責任保険に入った意味がなくなる。そこでこの不都合を避けるために、保険者は代位取得する権利のうち「被保険者の使用人その他被保険者の業務の補助者に対するものにかぎり、これを行使しない」として（特約条項八条）。もつとも「これらの者の故意によつて生じた損害」の場合には、除外される（同条ただし書）。

(7) 記録の完備

被保険者は、業務遂行にあたり、業務遂行に關係する記録を備えなければならず、正当な理由なく

この義務を怠った場合には、保険者は当該業務に起因する損害につきてん補の義務を免れる（特約条項四条）。業務遂行の記録は、業務遂行の適法性の判断の重要証拠であり、また業務の適切な遂行のためにも絶対必要であるからであろう（10）。

## 二 建築家責任保険

### (1) 保険の対象業務

建築家責任保険の対象となる業務は、日本国内で遂行される建築物の設計業務である（建築家特約条項一条）。建築家の業務は、主として設計業務と管理業務があるが、保険の対象業務は、前者の業務に限定される（11）。また設計業務も、建築物に限定されるから、土木工事は除外される。このように保険カバリの対象が限定されるのは、主として保険料負担の軽減のためとされている（12）。そして保険カバリの対象となる設計業務および建築物が具体的に何を意味するかは、特約条項においてそれぞれ詳細な定義がなされている（二条）。

### (2) 保険事故

(7) 建築家責任保険の保険事故は、弁護士の場合とは異なり、請求事故方式ではなく、いわゆる発見事故方式がとられている。すなわち特約条項は、「設計業務を遂行するにあたり職業上相当な注意を用いなかったことに基づき、当該設計業務の対象となった建築物に滅失またはき損（以下「事故」といいます。）が発生した場合において、当該事故または事故に起因する他人の身体の障害もしくは財物の損壊について、被保険者が法律上の賠償責任を負担することによって被る損害をてん補します」（二条）と定めようえ、保険者は、「保険期間中に、事故が発見された場合に限り、損害をてん補します」（三条一項）としているからである。したがって、保険期間中に被保険者に責任を生じさせる建築物の滅損が発見されることが保険事故となる。

(1) 建築物の滅損は、設計業務の遂行によるものでなければならぬが、当該設計業務の遂行は、保険期間中の場合もあれば、保険期間開始前の場合もある。純粹な発見事故方式であれば、建築物の

滅損が保険期間内に発見さえされれば、保険てん補がなされてよいはずである。しかし特約条項は、建築物の滅損が保険期間開始前に遂行された設計業務に起因する場合は、次の二要件を満たすときのみ保険てん補の義務を負うとする（三条二項）。その要件は、第一に、当該設計業務の遂行時に、

現在締結している保険契約と同一の危険を負担する保険契約が同一の保険者との間で締結されていたこと、および、第二に、その保険者との間に締結された同種の保険契約が、現在締結されている保険契約の保険期間の始期まで有効に存続していたことである（三条二項）。しかしこのような要件の充足は、建築家がはじめて保険契約を締結する場合には不可能である。そこで保険責任遡及担保条項が用意され、保険期間開始前一年間に遂行した設計業務に起因した損害はそれによってカバーされることになる。

また保険期間中に発見された建築物の滅損を惹起した設計業務の遂行時が、保険期間開始前ではあっても、前述の二要件を満たせば、

ば、保険てん補がなされることになるが、その場合の保険てん補は、設計業務遂行時の契約の保険金額でなされるのか、それとも現時の契約の保険金額でなされるのかが問題となる。この点につき特約条項は、いずれか低い金額が限度となるとしている（四条三項）。むしろこのような場合の解決としては、いずれか高い方の金額としてよいと思われるし、そうでないとしても本約款が発見事故方式を原則的な保険事故としている以上、発見時の金額とする方がより整合性があるのではあるまいか（13）。

なお「設計業務の遂行時」については、約款上定義がなされており、被保険者が設計図書、指示書、施行図承認書在完成、引渡したときとされる（三条三項）。

### (3) 免責事由

この保険も弁護士責任保険と同様に、まず賠償責任保険普通保険約款の定める一般的な免責事由があり、それを前提として建築家特約条項にも付加的に免責事由が定められている。普通保険約款の定める免責事由は、すでに前述三一



(3) (7) でみたところであるので、ここでは、特約条項における免責事由(五条)を検討する。

まず第一は、原子力施設の設計業務に起因する責任である。これは、責任が巨額になる可能性が高いからである。第二は、展示会・博覧会・興行場等の仮設建築物の設計業務に起因する責任である。これは、事故発生率が高いからである。第三は、日本国外に建設される建築物の設計業務に起因する責任である。これは、国内で建設される場合とでリスクが大きく相違しうるからであろう。第四は、建築物以外の目的物の設計業務に起因する責任である。これは、本保険が建築物を対象とするからであるが、建築物の建築工事に付帯して行なわれる基礎工事の設計業務に起因する責任は、その付帯性ゆえにカバーされる。第五は、建築主から提供された測量図、地質調査書等の設計業務遂行のための資料の過誤に起因する設計業務の過失による責任である。資料の過誤が建築家の通常の注意をもって発見可能な場合には、この免責は認められない。第六は、被保険者

が事故の発生を予見できた設計業務に起因する責任である。

(4) てん補される損害

弁護士責任保険では、てん補される損害は基本的に普通保険約款の定めによつていたが、建築家責任保険では、むしろそれを修正した特約条項が規律する。保険者がてん補する金額は、一回の事故につき、協力費用を除き、損害賠償金、損害防止軽減費用、緊急措置費用、争訟費用の金額の合算額が免責額を超過する額とし、保険金額が限度とされる(特約条項四条一項)。ただし地盤の沈下・隆起・移動等、土砂崩れ、土砂の流出・流入、地下水の増減等地質、地形もしくは地盤の組織にかかわる事故の場合には、免責額を超過する額の二分の一とし、保険金額が限度とされる(四条二項)。争訟費用が、いずれもてん補限度額の枠内とされている点で、弁護士責任保険よりも被保険者は不利となっている。

(5) 求償権の不行使

保険者が代位取得する被保険者の履行補助者・被用者に対する求償権は行使されないとすること

は、弁護士責任保険の場合と同様である(特約条項七条)。

(6) 賠償解決における被保険者の同意・記録の完備

弁護士責任保険にはあるこれらの定めは、建築家責任保険には存在しない。これら定めが、建築家責任保険では不要とは考えられず、したがつて特約条項において同様の手当がなされるべきである。

四 専門家責任保険の

特色

一 保険の対象業務

一般の責任保険と比較しての専門家責任保険のもつとも顕著な特色は、保険の対象業務にあると思われる。すなわち専門家の専門家としての業務(プロフェッション・サービス)が対象とされることである。このことは、きわめて明瞭であるが、問題は、専門家とは何か、また専門家としての業務とは何かであり、その解答は、必ずしも常に容易というわけではない。この関連で私見としては、専門家の意義については一般論とし

て、あまり伝統的なプロフェッション概念に拘泥する狭いものであつてはならないと考える。現代社会では、広い分野で分業化が進展し、専門性はますます多用化・高度化してきている。したがつて現代社会における専門家概念は、現代社会のかかる現実を的確に包摂しうるものでなければならず、相当に広いものとして構成されるべきである。この意味において、保険実務が専門家責任保険の専門家の意義を広くとらえていることは、その方向性において十分理解しうるところである。もつとも専門家ないし専門業務性をきわめて一般的・抽象的に論じてみてもそれほど意味があるとも思われない。保険の立場からしても、あくまでも弁護士なら弁護士の、建築家なら建築家の、それぞれの個別的な責任保険類型において、保険カバーの問題が具体的にどう解決されるかがより重要であるからである。

二 保険事故

(7) 専門家責任保険の保険事故の特色は、請求事故方式が主流と

なっていることである。すなわち弁護士責任保険がそうであるし、公認会計士責任保険、税理士責任保険、司法書士責任保険、土地家屋調査士責任保険等もこれに属する。医師責任保険は、建築家責任保険と同様に発見事故方式をとるが、日本医師会医師責任保険は、請求事故方式をとっている。また発生事故方式をとるものに、薬剤師責任保険、獣医師責任保険等がある。

(イ) 純粹の請求事故方式では、保険期間中の請求のみが重要であるが、弁護士責任保険では、それに加えて被保険者である弁護士の当該業務が保険期間中に遂行されたものであることを要求している。しかしこうした要件は、請求事故方式をとる他の責任保険、すなわち公認会計士、税理士、司法書士、土地家屋調査士の各責任保険では要求されていない。

### 三 賠償解決における被保険者の同意・記録の完備

専門家にとって名譽と信用は、きわめて重要であるから、賠償解決の事前同意が必要となつてく

る。したがつてこの点の定めの内容は、専門家責任保険の特色をなす。弁護士責任保険、公認会計士責任保険等では、かかる定めがみられるが、建築家責任保険等のようにその定めがないものもある。これは、その合理的な理由があるというよりも、むしろ約款の不備とみるべきであろう。この点は、記録の完備の定めについても同様なことがいえる。

## 五 専門家責任保険の課題

一 現代社会における専門家の役割は、今後ますますその重要性を増していくであろうし、質的にも量的にも専門家の充実のない社会は、到底今後の発展を期待することはできない。そのためには専門家として適格性のある人材を不断に供給・維持・充実させるとともに、その活動を適切にコントロールすることが、われわれの社会の発展にとって不可欠といわなければならぬ。したがつて専門家の責任およびその保険カバーをいかに構成するかは、われわれの社

会にとつての一つの重要な課題である。

二 本稿の冒頭においても述べたとおり、専門家の責任をいかに構成するかの問題は、その責任構成において保険カバーが合理的に確保されるかの問題と表裏一体の関係にある。いかに責任構成それ自体としては優れているようにみえるものであつても、その責任の合理的な保険手配が不可能であれば、結局のところその責任構成は、不合理なものといわざるをえないのである。第一に、いかに法律上での責任が認められようが、その確実な履行確保が図られないかぎり、被害の救済は実現しないことになるが、現代におけるもつとも有効な履行確保手段は、保険であり、したがつて合理的な保険手配が不可能な責任は、責任構成として妥当とはいえないのである。第二に、保険は、合理的なりスク分散の手段であるが、保険手配が不可能であることは、専門家は大きなリスクを負つたまま業務を遂行しなければならぬことを意味し、適格性のある専門家の供給・維持・充実がきわめて困難に

なる。したがつて合理的な保険手配が不可能となる責任構成は、この点においても不合理といわざるをえないのである。

三 以上の認識を前提として、専門家責任保険そのものの課題について若干の指摘をしたい。

(ア) まず指摘すべきことは、専門家責任保険の加入率が満足すべき状況にないことである。これは、被害者にとつても、また専門家にとつても、好ましいことではない。その基本的な原因は、わが国において専門家責任がまだまだ必ずしも十分には発達していないことによるものであろう。しかし保険の側においても、専門家にとつて責任保険を魅力あるものとするにつき十分な工夫・努力がなされているかにつきなお検討の余地があるのではなからうか。

(イ) 保険の対象業務についてであるが、被保険者である専門家ができるかぎり広い範囲での業務遂行リスクのカバーを望む場合に、保険はそれに十分応えているだろうか。もちろん保険カバーの拡大は、保険料との見合いを考慮しなければならぬが、たとえば建築

家責任保険のカバーが建築物の設計業務に限定されるのは、少し狭すぎるのではあるまいか(14)。公認会計士責任保険の対象から、会計士が行なう税務代理・税務書類の作成・税務相談の業務による責任が除かれている点も同様である(15)。また保険事故についても、たとえば弁護士責任保険において請求事故方式をとりながら、業務遂行が保険期間中でなければならぬことをも要求することは、公認会計士責任保険等それを必要としないものと比較しても、十分な合理性があるかは、相当に疑問である。すでに指摘したが、同様の専門家責任保険でありながら、賠償解決についての被保険者の同意や記録の完備の条項があったりなかったりするの、妥当とは思われない。さらに、被保険者の範囲の定め方についても問題がないではないように思われる。一部の例外(たとえば税理士責任保険)を除いて、使用人その他業務の補助者は被保険者に含まれていない。その場合に、もし被害者がこれら補助者に対して損害賠償請求をしたとすると、補助者みずか

らが別途、責任保険に加入していないかぎり、補助者についての保険のカバーはない。特に被保険者である専門家の責任保険が、請求事故方式であつて、しかも被害者が専門家本人には損害賠償請求をしないときには問題が生じうる。約款上、所要の手当をしておくことがベターであろう。いずれにしても、現行の専門家責任保険の条項は、なお相当に改良の余地はあるものと思われる。

(ウ) 最後に、専門家責任保険の強制保険化の問題にふれる。諸外国では、特定の専門家責任について保険を強制するところがある。たとえば英国、カナダの諸州、オーストラリアの諸州、フランス等は、弁護士の責任について強制保険としている(16)。強制保険は、最低限の履行確保の手段として大きな意義が認められるが、たとえば保険金額につきミニマムの線はどこに引くかとか、あるいはモラル・リスクにどう対処するかとか、制度の合理的設計に困難が生じうる余地がないではない。専門家責任および責任保険の今後の動向等を慎重に見きわめつつ、各個

の専門家ごとにその導入の是非を検討していくべきであろう。

- (1) 西嶋梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシュアランスの基本問題」損害賠償法講座八巻一四五頁。責任保険の沿革については、東京海上火災保険編・損害保険実務講座七巻(新種保険(H))二六六頁参照。
- (2) 前掲・実務講座三五六頁以下、日産火災海上保険・賠償責任保険の理論と実務二〇六頁、小池良一「専門職業人の賠償責任保険」金融・商事判例九三三号八七頁等参照。
- (3) 専門家責任研究会(代表・川井健教授)における実務家の発言等による。
- (4) 参考となる米国の判例として次のものを参照。General Accident Ins. Co. v. Namesnik, 790 F. 2d 1397 (9th Cir. 1986).
- (5) 西嶋梅治・保険法(新版)二七五頁参照。
- (6) たとえば、次の文献を参照。Comment, "Claims-Made" Liability Insurance: Closing the Gaps with Retrospective Coverage, 60 *Texas L.Q.* 165 (1987).
- (7) 前掲・実務講座三六一頁。
- (8) 大阪地判平五・八・三〇判時一四九三号一三四頁。
- (9) 西嶋・前掲注(1)基本問題一

七一頁。

(10) 藤井俊雄「職業的責任保険」現代契約法大系六巻(担保・保証・保険契約)一七四頁。

(11) 西嶋・前掲注(1)基本問題一七一頁、藤井・前掲注(10)一六六頁。

(12) 西嶋・前掲注(1)基本問題一七一頁。

(13) 特約条項の定め賛成するものとして、田辺康平「建築家の責任と保険」新損害保険双書三巻(新種保険)二一九頁、藤井・前掲注(10)一六七頁。発見時の保険金額によるの見解として、西嶋

金額によるの見解として、西嶋「専門家の責任」と保険」専門家の責任(川井健先生退官記念)二〇〇頁。

(14) 西嶋・前掲注(1)基本問題一七一頁。

(15) 西嶋・前掲注(1)基本問題一六八頁。

(16) オーストラリアの興味ある状況については、次の文献参照。Gill, *Professional Liability and Protection for Lawyers*, 61 *Australian L.J.* 552 (1987)。フランスについては、須永醇「フランス法における『専門家』前掲注(13)専門家の責任一七二頁参照。

(おちあい・せいいち)

〈資料1〉  
賠償責任保険普通保険約款

(当会社のでん補責任)

第一条 当会社は、この約款に従い、被保険者が特約条項記載の事故(以下「事故」という。)により、他人の生命もしくは身体を害しまたはその財物を滅失・き損もしくは汚損した場合において、法律上の賠償責任を負担することによつて被る損害(以下「損害」という。)をてん補する責に任ずる。(損害の範囲および責任限度)

第二条 当会社がてん補する損害の範囲は、次のとおりとする。

(1) 被保険者が被害者に支払うべき損害賠償金(損害賠償金を支払うことによつて代位取得するものがある場合はその価額を控除する。)

(2) 被保険者が第一六条第一項第二号の義務を履行するために支出した必要または有益であつた費用

(3) 被保険者が第一六条第一項第三号の手段を講ずるために支出した必要または有益であつた費用

(4) 被保険者が当会社の承認を得て支出した、訴訟費用・弁護士報酬・仲裁・和解または調停に関

する費用

(5) 被保険者が第一七条第一項の協力のため支出した費用

2 当会社の責任は、一回ごとの事故について定める。

3 一回の事故について、当会社がてん補すべき金額は、第一項第四号および第五号の費用を除き、第一項第一号ないし第三号の金額の合算額が保険証券に記載された免責金額を超過する部分とし、保険金額をもつて限度とする。

4 第一項第一号の損害賠償金の額が保険金額を超える場合は、同項第四号の費用は、保険金額の同項第一号の損害賠償金に対する割合による。

(費用の負担)

第三条 当会社は、被保険者が第一条に掲げる事故により、他人の生命もしくは身体を害し、またはその財物を滅失・き損もしくは汚損した場合において、第一六条第一項第三号の手段を講じた後に賠償責任のないことが判明した場合、その手段を講じたことによつて要した費用のうち、被害者に対する緊急もしくは止むをえざる処置のため、被保険者が支出した費用をてん補する責に任ずる。

2 前項の場合においても、当会社の責任は、第二条第二項により定めるものとし、当会社がてん補す

べき金額は、保険証券に記載された免責金額を超過する部分とし、保険金額をもつて限度とする。(免責)

第四条 当会社は、直接であると間接であるとを問わず、被保険者が次に掲げる賠償責任を負担することによつて被る損害をてん補する責に任じない。

(1) 被保険者または保険契約者の故意によつて生じた賠償責任  
(2) 戦争(宣戦の有無および前後を問わない)・変乱・暴動・騒じよう・労働争議によつて生じた賠償責任  
(3) 地震・噴火・洪水・津波もしくはこれらに類似の自然変象によつて生じた賠償責任  
(4) 被保険者が所有・使用もしくは管理する財物の滅失・き損もしくは汚損につき、その財物に対し正当な権利を有する者に対し負担する賠償責任

(5) 被保険者と世帯を同じくする親族に対する賠償責任  
(6) 被保険者の使用人が被保険者の業務の従事中に被つた身体の障害(障害に起因する死亡を含む。)によつて生じた賠償責任  
(7) 排水または排気(煙を含む。)によつて生じた賠償責任  
(8) 被保険者と他人との間に損害賠償に関し特約ある場合におい

て、その特約によつて加重された賠償責任

(責任の始期および終期)

第五条 保険期間は、その初日の午後四時に始まり、末日の午後四時に終る。ただし、保険期間が始まつた後であっても、当会社は、保険料領収前に生じた事故による損害はてん補する責に任じない。(調査)

第六条 当会社は、保険期間中いつでも、保険事故発生の予防措置の状況を調査し、かつ、その不備の改善を被保険者に請求することができる。

2 被保険者が正当の理由がなく、前項の請求に応じないときは、当会社は保険契約を解除することができる。

(告知義務)

第七条 保険契約の当時、保険契約者またはその代理人が、故意または重大な過失によつて、保険申込書の記載事項中重要な事項について、当会社に知っている事実を告げずまたは不実のことを告げたときは、当会社は損害をてん補する責に任じない。他人のために保険契約を締結する場合において、保険契約者またはその代理人が被保険者またはその代理人の故意または重大な過失によつて、知っている事実を告げずまたは不実のこと

を告げるに至つたときも、また同様とする。

2 前項の規定は、次に掲げる損害には適用しない。

(1) 前項の告げなかつた事実または告げた不実のことがなくなつた時以後に生じた事故による損害

(2) 保険契約者または被保険者が、保険申込書の記載事項につき、書面をもつて更正を当会社に申し出て、当会社がこれを書面によつて承認した時以後に生じた事故による損害

(3) 当会社が契約の当時、その事実もしくは不実のを知り、または過失によつてこれを知らなかつた間に生じた事故による損害

(通知義務)

第八条 保険契約締結の後、次の場合においては、保険契約者または被保険者は、遅滞無く、この旨を当会社に書面で通知し、保険証券に承認の裏書を受けなければならぬ。

(1) この保険契約と同一の危険を負担する保険契約を他の保険者と締結しようとするとき、またはこのような保険契約が存在することを知つたとき

(2) 前号の場合のほか保険申込書の記載事項を変更しようとする

とき、または変更が生じたことを知つたとき

2 前項の手續を怠つた場合においては、当会社は、その事実が発生した時、または保険契約者もしくは被保険者が、その発生を知つた時から承認裏書請求書を受領するまでの間に生じた事故による損害はてん補する責に任じない。

3 当会社は、第一項の通知があつた場合において、著しい危険の増加があると認めるときは、保険契約を解除することができる。

4 前項の規定による解除権は、その通知を受領した後三〇日以内に行使しなければその効力を失う。

(保険契約解除の効力)

第九条 保険契約の解除は、将来に向かつてのみその効力を生ずる。

(割増保険料)

第一〇条 当会社は、第七条第二項第二号または第八条第一項第二号の承認をする場合には、所定の割増保険料を請求することができる。

2 当会社は、保険契約者が前項の割増保険料の支払を怠つたときは、割増保険料領収前に生じた損害はてん補する責に任じない。

(保険料の精算)

第一一条 保険契約者は、保険料が、賃金・入場者・領収金または売上高に対する割合によつて定めら

れる場合においては、保険契約終了後遅滞なく、保険料を確定するために必要な資料を当会社に提出しなければならない。

2 当会社は、保険期間中および保険契約終了後一年以内の期間において、保険料を算出するために必要があると認める場合は、いつでも保険契約者または被保険者の書類を閲覧することができる。

3 当会社は、第一項の資料および前項の規定によつて閲覧した書類に基き算出された保険料(当会社の定める最低保険料に達しないときは最低保険料)と既に領収した保険料に過不足あるときは、その差額を追徴しまたは返還する。

4 この約款において、賃金・入場者・領収金・売上高とはそれぞれ次のものをいう。

(1) 賃金……保険証券記載の業務に従事する被保険者の使用人に対して、保険期間中における労働の対価として被保険者が支払うべき金額の総額であつて、その名称の如何を問わない。

(2) 入場者……保険期間中に、有料・無料を問わず保険証券記載の施設に入場を許された総人員をいう。ただし、被保険者と世帯を同じくする親族および被保険者の業務に従事する使用人を除く。

(3) 領収金……保険期間中に、保険証券記載の業務によつて被保険者が領収すべき税込金額の総額をいう。

(4) 売上高……保険期間中に、被保険者が販売したすべての商品の税込対価の総額をいう。

(保険契約の無効)

第十二条 保険契約の当時、次に掲げる事由があつた場合には、この保険契約は無効とする。

(1) 保険契約に関し、保険契約者・被保険者またはこれらの者の代理人に詐欺の行為があつたとき

(2) 保険契約者が他人のために保険契約を締結する場合に、その旨を申込書に明記しなかつたとき

(保険料の返還——無効の場合)

第十三条 保険契約の無効が当会社の責に帰することのできない事由によるときは、当会社の定める最低保険料を收受して残額を返還する。

2 保険契約の無効が当会社の責に帰すべき事由によるときは、保険料の全額を返還する。

(保険料の返還——失効・解除の場合)

第十四条 保険契約の失効または解除が当会社の責に帰することのできない事由によるときは、領収し

た保険料から既経過期間に対し当  
 会社の定める短期料率によつて計  
 算した保険料(当会社の定める最  
 低保険料に達しないときは最低保  
 険料)を控除して、残額を返還す  
 る。

2 保険契約の失効または解除が当  
 会社の責に帰すべき事由による  
 ときは、未経過期間に対し、日割をも  
 つて計算した保険料を返還する。

(失効・解除の特例)

第五條 保険料が貸金・入場者・領  
 収金または売上高に対する割合に  
 よつて定められた保険契約の失効  
 または解除の場合には、前条の規  
 定にかかわらず、第一一條第三項  
 の規定によつて保険料を清算す  
 る。ただし、当会社の責に帰すべ  
 き事由によるときは、最低保険料  
 の定めがないものとして計算す  
 る。

(事故の発生)

第一六條 保険契約者または被保険  
 者は、事故または損害が発生した  
 ことを知つたときは、次の事項を  
 履行しなければならぬ。

- (1) 事故発生の日時・場所・被害者  
 の住所氏名・事故の状況および  
 これらの事項の証人となる者が  
 あるときは、その住所氏名を、  
 また損害賠償の請求を受けたと  
 きはその内容を、遅滞なく書面  
 で当会社に通知すること。

(2) 他人から損害の賠償を受ける  
 ことができる場合においては、  
 その権利の保全または行使につ  
 いて必要な手続きをすること。

(3) 損害を防止軽減するために必  
 要な一切の手段を講ずること。  
 (4) 損害賠償責任の全部または一  
 部を承認しようとするときは、  
 あらかじめ当会社の承認を得る  
 こと。ただし、被害者に対する  
 応急手当または護送は、損害賠  
 償責任の承認とはみなさない。

(5) 損害賠償責任に関する訴訟を  
 提起しまたは提起されたとき  
 は、直ちに当会社に通知するこ  
 と。

2 保険契約者または被保険者が、  
 正当の理由がなく前項各号の義  
 務に違反したときは、当会社は、  
 第一号および第五号の場合は損害  
 てん補の責に任せず、また、第二  
 号および第三号の場合は防止軽減  
 することができたと認められる損  
 害額、第四号の場合は当会社が損  
 害賠償責任がないと認めた部分を  
 それぞれ控除して、てん補額を決  
 定する。

(当会社による解決)

第一七條 被保険者が、被害者から  
 損害賠償の請求を受けた場合にお  
 いて、当会社が必要と認めたと  
 きは、被保険者に代り自己の費用で  
 その解決に当ることができると。

の場合において、被保険者は、当  
 会社の行うすべての要求に協力し  
 なければならない。

2 被保険者が、正当の理由がなく  
 前項の要求に協力しないときは、  
 当会社は、損害をてん補する責に  
 任じない。

(保険金請求の手續)

第一八條 被保険者が、この保険契  
 約によつて損害のてん補を受けよ  
 うとするときは、損害が確定した  
 日から三〇日以内または当会社が  
 書面で承認した猶予期間内に、保  
 険金請求書およびその損害を証明  
 する書類その他当会社が必要と認  
 める書類を保険証券に添えて当会  
 社に提出しなければならない。

2 前項の書類に故意に不実のこと  
 を表示し、もしくは事実を隠した  
 とき、またはその書類もしくは証  
 拠を偽造しもしくは変造したと  
 き、または前項の義務に違反した  
 ときは、当会社は損害をてん補す  
 る責に任じない。

(保険金の支払)

第一九條 当会社は、被保険者が前  
 条の手續をした日から三〇日以内  
 に保険金を支払う。ただし、当会  
 社が、この期間内に必要な調査を  
 終了することができないときは、  
 これを終了した後遅滞なく保険金  
 を支払う。

(保険金の分担)

第二〇條 この保険契約と同一の危  
 険を負担する他の保険契約があ  
 り、かつ、それぞれの保険契約に  
 ついて、他の保険契約がないもの  
 として算出したてん補責任額の合  
 計額が損害の額を超過する場合  
 は、当会社は、この保険契約によ  
 るてん補責任額の前記合計額に対  
 する割合によつて損害をてん補す  
 る責に任ずる。

(評価人および裁定人)  
 第二一條 当会社と被保険者との間  
 に、当会社のとん補すべき金額の  
 決定について争いが生じたとき  
 は、その争いは、当事者双方が書  
 面によつて選定する各一名の評価  
 人の判断に任せる。もし、評価人  
 の間に意見が一致しないときは、  
 双方の評価人が選定する一名の裁  
 定人に裁定させる。

2 当事者は、自己の選定した評価  
 人の費用(報酬を含む。)を各自  
 負担し、その他の費用(裁定人に  
 対する報酬を含む。)は半額ずつ  
 これを負担する。

(代位)

第二二條 被保険者が他人に対し損  
 害賠償請求権を有する場合におい  
 て、当会社が被保険者に保険金を  
 支払つたときは、当会社は、支払  
 つた保険金額の限度において、被  
 保険者がその者に対して有する権  
 利を取得する。

2 被保険者は、保険金を受領したときは、前項の権利を行使するために必要な一切の書類を、遅滞なく、当会社に提出しなければならぬ。

(準拠法)

第三条 この保険約款に定めがない事項については、日本国の法令に準拠する。

弁護士特約条項

〈資料2〉

(当会社のでん補責任)

第一条 当会社は、賠償責任保険普通保険約款(以下「普通約款」という。)第一条の規定にかかわらず、被保険者が弁護士の資格に基づいて遂行した業務(以下「業務」という。)に起因して法律上の損害賠償責任を負担することによつて被る損害をてん補する責めに任ずる。

2 前項の業務には、後見人、保佐人、相続財産管理人、清算人、管理人、破産管財人、整理委員等の資格において法律事務を行なうことを含む。

(保険期間と保険責任の関係)

第二条 当会社は、被保険者が保険期間中に遂行した業務に起因して、保険期間中または保険期間終

了後三年以内に、日本国内において損害賠償を請求された場合に限り、損害をてん補する責めに任ずる。

(免責)

第三条 当会社は、直接であると間接であると問わず、普通約款第四各号に掲げる賠償責任のほか、被保険者が次に掲げる賠償責任を負担することによつて被る損害をてん補する責めに任じない。

(1) 被保険者の犯罪行為(過失犯を除く。)または他人に損害を与えらるべきことを予見しながらなした行為(不作為を含む。)に起因する賠償責任

(2) 被保険者が公務員としての職務上遂行した業務に起因する賠償責任

(3) 他人の身体の障害(死亡を含む。)または財物の損壊、(紛失、盗難を含む。以下同じ。)に起因する賠償責任。ただし、証拠書類、証拠物の損壊および執行行為に付随して生じた財物の損壊に起因する場合を除く。

(記録の完備)

第四条 被保険者は、業務遂行にあたり、業務遂行に関する記録を備えておかなければならない。被保険者が正当な理由なくこの義務を怠つたときは、当会社は当該業務に起因して生じた損害をてん補す

る責めに任じない。

(賠償の解決における被保険者の同意)

第五条 普通約款第十七条第一項の規定にかかわらず、当会社が損害賠償責任の有無またはその額について被害者と協定しようとするときは、あらかじめ被保険者の同意を得るものとする。

2 被保険者が正当な理由なく前項に定める同意をしない場合には、当会社がてん補すべき損害の額は、次の各号に掲げる額の合算額を限度として算定するものとする。

- (1) 普通約款第二条第一項第一号の損害賠償金については、もし被保険者が前項の同意をしたならば損害賠償金の額として確定したと認められる額
- (2) 普通約款第二条第一項第二号ないし第五号の費用については、当会社が前項の同意を求めたときまでに発生した額

(弁護士の選任)

第六条 被保険者は、損害賠償請求に関し、訴訟、仲裁、和解または調停の手続を行なうときは、自ら弁護士を代理人として選任することができる。

2 当会社は、普通約款第二条第一項第四号の承認をする場合において、代理人たる弁護士の選任につ

いては、被保険者の決定のとおり承認する。

(一請求の定義)

第七条 保険金額または免責金額の適用において一請求とは、損害賠償請求者の数の如何を問わず、同一の業務に起因するすべての損害賠償請求をいうものとする。

(求償権の不行使)

第八条 当会社は、普通約款第二条の規定に基づき取得する権利のうち、被保険者の使用人その他被保険者の業務の補助者に対するものにかぎり、これを行使しない。ただし、これらの者の故意によつて生じた損害については、この限りではない。

(読み替え規定)

第九条 この特約については、次のとおり普通約款を読み替えて適用する。

- (1) 第二条第三項の規定中「一回の事故について」とあるのは「一請求につき」
- (2) 第五条の規定中「割増保険料領収前に生じた事故による損害」とあるのは「保険料領収前に遂行された業務に起因する損害」
- (3) 第一〇条第二項の規定中「割増保険料領収前に生じた事故による損害」とあるのは「割増保険料領収前に遂行された業務に

起因する損害

2 この特約については、普通約款  
 第四条第四号の規定は適用しな  
 い。

(適用規定)

第一〇条 この特約に規定しない事  
 項については、この特約に反しな  
 いかぎり、普通約款の規定を適用  
 する。

(注) 事故が発生した場合、判断の  
 客観性を保持するため損害賠償責  
 任の有無、損害賠償額等について  
 安田火災が設立する「弁護士賠償  
 責任保険審査会」に諮り、その意  
 見をきくことがあります。

〈資料3〉  
**建築家特約条項**

(当会社のでん補責任)

第一条 当会社は、賠償責任保険普  
 通保険約款（以下「普通約款」と  
 います。）第一条（当会社ので  
 ん補責任）の規定にかかわらず、  
 被保険者またはその使用人その他  
 被保険者の業務の補助者（以下  
 「被保険者等」といいます。）が、  
 日本国内において設計業務（以下  
 「設計業務」といいます。）を遂  
 行するにあたり職業上相当な注意  
 を用いなかかったことに基づき、当  
 該設計業務の対象となつた建築物  
 に滅失またはき損（以下「事故」

といひます。）が発生した場合に  
 おいて、当該事故または事故に起  
 因する他人の身体の障害（障害に  
 起因する死亡を含みます。）もし  
 くは財物の損壊について、被保険  
 者が法律上の賠償責任を負担する  
 ことよつて被る損害（以下「損  
 害」といひます。）をてん補しま  
 す。

(定義)

第二条 この特約条項において「設  
 計業務」とは、被保険者の責任に  
 おいて遂行される次の各号の業務  
 をいひます。

- (1) 被保険者等による設計図書の  
 作成
- (2) 被保険者等のうち建築士の資  
 格を有する者による施工者に対  
 する指示書の作成
- (3) 被保険者等のうち建築士の資  
 格を有する者による施工図承認  
 書の作成

2 この特約条項において「設計図  
 書」とは、建築物の建築工事実施  
 のために必要な図面（施工図を除  
 きます。）および仕様書をいひま  
 す。

3 この特約条項において「指示  
 書」とは、建築物が設計図書の設  
 計意図どおりに実現するように施  
 工者に対して設計図書の補足を行  
 う図面または文書をいひます。

4 この特約条項において「施工

図」とは、設計図書を実際に施工  
 に移す場合に作成される図面（工  
 作図、施行計画図等施工の方法、  
 手段、技術、手順、安全計画等を  
 示した図面を除きます。）をいひ  
 ます。

5 この特約条項において「建築  
 物」とは、次の各号のものをいひ  
 ます。

- (1) 建築基準法第二条第一号に規  
 定する建築物
- (2) 前号の建築物に付属する工作  
 物であつて、前号の建築物と物  
 理的に一体をなしている工作物  
 （保険期間と保険責任の関係）

第三条 当会社は、普通約款第五条  
 （責任の始期および終期）に掲げ  
 る保険期間中に、事故が発見され  
 た場合に限り、損害をてん補しま  
 す。

2 当会社は、前項の事故が保険期  
 間開始前に遂行された設計業務に  
 起因する場合は、次の各号のすべ  
 てに該当する場合に限り、損害を  
 てん補します。

- (1) 当該設計業務の遂行時に、こ  
 の保険契約と同一の危険を負担  
 する保険契約（以下「同種の保  
 険契約」といひます。）が当会  
 社との間に締結されていたこ  
 と。

(2) 当会社との間に締結された同  
 種の保険契約が、この保険契約

の保険期間の始期まで有効に存  
 続していたこと。

3 前項第一号の「設計業務の遂行  
 時」とは、被保険者が第二条（定  
 義）第一項第一号から第三号まで  
 の設計図書、指示書または施工図  
 承認書を作成、引渡した時をいひ  
 ます。

(損害の範囲および責任限度)

第四条 普通約款第二条（損害の範  
 囲および責任限度）第三項の規定

にかかわらず、一回の事故につい  
 て、当社がてん補する金額は、  
 普通約款第二条（損害の範囲およ  
 び責任限度）第一項第五号の費用  
 を除き、同条第一項第一号から第  
 四号までの金額の合算額が保険証  
 券記載の免責金額を超過する額と  
 し、保険金額をもつて限度としま  
 す。

2 前項の規定にかかわらず、地盤  
 の沈下・隆起・移動・振動・軟弱化、  
 土砂崩れ、土砂の流出・流入、地  
 下水の増減等地震、地形もしくは  
 地盤の組織にかかわる事故の場合  
 には、一回の事故について、当会  
 社がてん補する金額は、普通約款  
 第二条（損害の範囲および責任限  
 度）第一項第五号の費用を除き、  
 同条第一項第一号から第四号まで  
 の金額の合算額が保険証券記載の免  
 責金額を超過する額の二分の一と  
 し、保険金額をもつて限度としま  
 す。



す。

3 保険期間開始前に遂行された設計業務に起因する損害については、前二項により算出された当社社がてん補する金額が第三条（保険期間と保険責任の關係）第二項第一号に規定する同種の保険契約の保険金額を超える場合には、同種の保険契約の保険金額をもって限度とします。

4 当会社は、第二条（定義）第一項第三号の業務に起因する損害のうち、当該業務の対象となった施工の過誤に起因する損害については、普通約款第二条（損害の範圍および責任限度）第一項第一号を「被保険者が被害者に支払うべき損害賠償金（損害賠償金を支払うことによつて被害者から代位取得するものがある場合は、その価額を控除します。）から被保険者が施工者に対し損害賠償請求できる金額を控除した金額」と読み替えて前三項の規定を適用します。

5 普通約款第二条（損害の範圍および責任限度）第四項の規定は、これを適用しません。

**(免責)**

第五条 当会社は、直接である間接であることを問わず、普通約款第四条（免責）各号の掲げる賠償責任のほか、被保険者が次に掲げる賠償責任を負担することによつて

被る損害をてん補しません。

(1) 原子力事業者が所有、使用または管理する原子力施設の設計業務に起因する賠償責任

(2) 展示会、博覧会または興行場等の仮設建築物の設計業務に起因する賠償責任

(3) 日本国外に建設される建築物の設計業務に起因する賠償責任

(4) 建築物以外の目的物の設計業務に起因する賠償責任。ただし、建築物の建築工事に付帯して行われる基礎工事の設計業務に起因する賠償責任については、この限りではありません。

(5) 被保険者に対して建築主から提供された測量図、地質調査書等の設計業務遂行のための資料の過誤に起因する設計業務の過失によつて生じた賠償責任

(6) 被保険者が、事故の発生することを予見することができた設計業務に起因する賠償責任

**(事故の発見)**

第六条 保険契約者または被保険者は、事故が発生したことを知ったときは、普通約款第一六条（事故の発生）第一項第一号に掲げる事項のほか、事故発見の日時を遅滞なく、書面で当会社に通知しなければなりません。

**(代位)**

第七条 当会社は、普通約款第二二

条（代位）第一項の規定に基づき取得する権利のうち、被保険者の使用人その他被保険者の業務の補助者に対するものに限り、これを行使しません。ただし、これらの者の故意によつて事故が発生した場合、この限りではありません。

**(保険料の精算)**

第八条 普通約款第一条（保険料の精算）第一項から第三項までの規定は、この特約条項に準用します。

**(読み替え規定)**

第九条 この特約条項においては、次のとおり普通約款を読み替えて適用します。

(1) 第五条（責任の始期および終期）の規定中「保険料領収前に生じた事故による損害」とあるのは「保険料領収前に発見された事故による損害」

(2) 第七条（告知義務）第二項第三号の規定中「事故が生じる前に」とあるのは「事故が発見される前に」

(3) 第七条（告知義務）第三項の規定中「事故が生じた後に」とあるのは「事故が発見された後に」

(4) 第八条（通知義務）第二項の規定中「承認裏書請求書を受領するまでの間に生じた事故」と

あるのは「承認裏書請求書を受領するまでの間に発見された事故」

(5) 第一〇条（保険料の追徴または返還―告知・通知事項の承認の場合）第二項の規定中「追加保険料領収前に生じた損害」とあるのは「追加保険料領収前に発見された事故による損害」

(6) 第一四条（保険料の返還―契約解除の場合）第二項および第三項の規定中「既経過期間中に保険事故が生じていたときは」とあるのは「既経過期間中に事故が発見されていたときは」

**(普通約款との關係)**

第一〇条 この特約条項に規定しない事項については、この特約条項に反しない限り、普通約款の規定を適用します。

# 第一章 総括

法政大学教授 西嶋梅治

## はじめに

本稿は、NBL五三九号以降連載が続けられている「専門家の民事責任」に関する諸論文の完結を前提にして、われわれの共同研究の成果を総括して、一九九四年一月一日に開催される私法学会の報告に備えることをその目的としている。しかし、本稿が執筆されている段階では、いまだ共同研究者の諸論文の公表が完了していない。

そこで、本来の総括は、学会当日の研究報告を全部聞き終った段階で筆者が口頭で要約する所によらずることにはしたい。ここでは、当

日の総括のための下準備として、筆者が二年間の共同研究の間に抱きつづけた問題についての検討の結果を記録にとどめておくこととする。会社役員も専門家かという角度から専門家の民事責任の特色を明らかにすると同時に、共同研究の骨子の説明をすることが本稿の内容である。

### 一 会社役員の特

性

— 総括のための準備

作業

### 一 会社役員も専門家か

高度に専門化した高等教育の修得、高い社会的威信、高い経済的報酬等が専門家の特色であるとす

れば、会社役員は、これらの要件を充足していると認められるので、専門家のなかに加えても差支えないであろう(一)。

しかし、冷静に事の本質をかぎりなく追求していくと、会社役員が専門家に属するか否かを問題とすることが専門家の民事責任を研究するわれわれの共同作業においてどのような意味をもつかという疑問に逢着する。

この難問は、今回の共同研究の意義いかんの説明が困難であるのと同程度に解答が困難な基本問題であり、私が総括を引き受けてはみたものの、的確な答案が書けないうで終わる性質のものである。しかし、現段階における私見をまとめると、次のようになる。

社会全体が高度に専門分化し、各専門分野ごとに極度に研ぎ澄まされた技能と知的判断が要求されるために、一般人が立入を禁止され、有資格者だけが出入りを許される聖域が数多く確立されてきた。人々は、ことあるごとに聖域を支配している専門家の門を叩いて相談し、助けを求めないと生きていけない(二)。

医師を頂点とする専門家は、かつては優越的な業務知識を背景に尊大不遜な態度を維持し、一般人が聖域に立ち入ることを拒否しつづけた結果、いかなる事態が発生してもほとんど無責任で済ますという原則を堅持するという幸せな特典を享受することができた。しかし、このような専門家の無責任原則が崩壊して厳しい有責リスクにさらされはじめたので、専門家が有責とされるのはどのような場合であるかを厳密に説明する作業が進行しはじめた。専門家責任の研究は、そのような歴史的背景の下で、はじめて本格的な作業を開始したのである。

## 二 会社役員責任の目覚め

会社役員が、専門家と同じような針の筈に坐らされていることに気づきはじめてのは、やっと最近のことであり、それまでは、役員責任などどこ吹く風ぞと呑気に太平を謳歌していた。平成5年の商法改正以降、全国の会社役員が背筋に寒気を走らせ、厳しい責任追及の嵐のまにに戦々恐々となり、従前とは様相が一変している。近時社会経済情勢が一変し、会社役員受難時代に突入り、役員が巨額の賠償のためその全財産を破滅させるリスクが激増したことが、このような激変をもたらす原因であった。規制緩和、金融の自由化、競争の国際化の激流に巻きこまれたため企業収益の安定がたえずおびやかされ、一瞬の油断や決断の遅延が大欠損を招来しかねないため、会社役員は常時厳しい緊張状態に追い込まれ、困難な経営判断の連続的プレッシャーにより疲弊困憊している。それだけに、主観的には会社にとって最善の選択を

したのに、結果として誤った判断であったことが判明し、何らかの責任をとらされるリスクが高くなってきた。

このような誤りを避けるため、会社役員は、企業経営および会社の業務活動を取り巻くあらゆる法的規制や法的リスクに精通し、適法経営の技術をマスターしなければならぬ。きわめてデリケートな経営判断を要求される問題については、あらゆる角度から損得のリスクをめぐる十分なる情報を集めたうえで、慎重かつ的確な結論を導くこと、その審議のプロセスを証拠としてきちんと保存することが必要である。将来の為替レートの読み違いや、進出した海外の相手国の政変等、予測困難な不確定要素があるため、有能で慎重な役員でも見込み違いを冒すおそれは十分ある。

反面、慎重でありすぎることか、かえって責任追及の原因となることもあるから、役員は慎重と大胆のバランスのなかで生きる必要とされる。常に最悪の場

合を予測して安全第一主義をとると、会社は消極経営による縮小均衡を来し、そのことが命取りとなつて経営が危殆に瀕することもある。要は、健全なバランス感覚を失わないことである。

もちろん、会社役員も全知全能の神でない以上、見込み違いを冒すことがありうるので、結果として失敗したからといってすべて役員に結果責任を負わせるわけにはいかない。経営判断の原則は、役員が責任追及をおそれる余り、萎縮経営に陥らないようガードするためのルールであり、この原則のおかげで、会社役員の責任が過大になることがないよう歯止めされているわけである。

いづれにしても、わが国においては、従前は無責任の気楽な職業であったのに最近になって厳しい責任追及の的となりはじめたため責任の重さを自覚し、その対策に責任の重さを自覚し、その対策に頭を痛めはじめたという歴史的経過において、会社役員は、医師等の専門家と共通していることが明らかである。

## 三 専門家の特質

専門家であるか否かを判定する基準として多くの特質が列挙されるが、判定の目的や判定基準設定者の価値判断により、必ずしも同一の判定基準が用いられてはいない。ここでは、大体において、多くの人が共通に用いている判定基準を整理しておきたい。

専門家たることの指標として誰もが第一にあげるのは、その職に従事する準備段階において、一般の職業とは異なる高度に専門化した長期の研究と濃密な技能訓練の必要である。医師に六年間の大学教育とインターンが要求され、法律家に最低四年間の大学教育と司法修習が要求されることにその典型例がみられるように、短期間の講習や数回の訓練だけで資格が認定されるような簡易な職業は、専門職ではない。

第二の指標は、厳しい資格試験、合格者に対する公的な資格証明書の発行、資格登録制による無資格者の参入排除である。

医師になるためには、医師国家試験に合格し、厚生大臣の免許を受け、厚生省の医籍に医師免許につき登録されなければならない（医師法二条・五条）。弁護士になるためには、司法試験に合格したことの証書を取得し（司法試験法九条）、日弁連の弁護士名簿に登録されなければならない（弁護士法八条）。そして、医師でなければ医業をなしてはならないし、無免許医業に対し二年以下の懲役または二万円以下の罰金が課せられ（医師法一七条・三二条）、非弁護士の法律事務取扱等の罪につき二年以下の懲役または一〇〇万円以下の罰金の制裁が課される（弁護士法七二条・七七条）。

このように、厳格な業務の独占が貫徹され、刑罰の威嚇をもって無免許営業が取り締まられている点に、専門職の特徴があり、国家的保護に値するだけの、卓越した能力の保持が制度的に裏づけられるようにするため、厳重な試験、資格審査、登録のシステムが完備されているわけである。

すでに公認会計士等も医師や弁護士と同等の業務独占体制がとられているが、将来、次々に専門職業が新たに確立される場合においても、前記と同様な業務独占体制がとられるはずであり、業務独占体制が完備しているか否かが、専門家とそうでないものとを区別する基準になるということもできよう。

第三の指標は、専門家と依頼者との間に特別な信頼関係が存在することである。専門家は、依頼者（患者・顧客）の有しない高度の専門知識や技能を保持しているという信頼を得ている。専門家は資格登録を通して自己の専門領域の仕事をするについての最低基準を充足する能力を有することを対外的に保証している。しかも、非専門家である依頼者は、依頼の相手である専門家の技量・能力を評価することができない。依頼者は、専門家の技能や能力をただひたすら信頼するしかない。この点で、専門家との契約は、当事者間にきわめて大きな専門知識における格

差（情報の非対称性）がある（3）。さらに、専門家は、広い範囲の裁量権が与えられているが、その裁量的判断についても依頼者から全面的な信頼を受けている。専門家の側では依頼者の要求を実現するにつき複数の選択肢がありうるので、それぞれの方法の利害得失につき十分に説明して依頼者の自己決定に委ねるのであるが、依頼者が自己決定できないときは選択の判断を専門家に委ねざるをえないし、依頼者は、専門家が依頼者の最善の利益をはかるような選択をしてくれるものと信頼する。

前者の意味での信頼は、依頼事項につき専門知識をもたず、専門家の能力の評価もできない依頼者との対比において、専門家の注意義務を客観的で高度のものとしておくことの根拠となり、専門家の能力保障制を確立するものである。

これに対し、後者の意味での信頼は、前者とはまったく異なる。これは、専門家に委ねられている

裁量的判断が依頼者のために最善の利益となることの担保であり、専門家と依頼者との間に信頼関係（fiduciary relationship : confidential relationship）が存在することを前提にして、依頼者から信頼されて裁量権の行使を全面的に委ねられた専門家が、もっぱら依頼者の利益をはかるべきであり、第三者の利益または自己の利益をはかつてはいけないという問題である。依頼者の信頼を裏切るような専門家の行為については、利益相反行為ないし不誠実行為として専門家の忠実義務違反が成立し、専門家の債務不履行責任が発生する（4）。

このように、専門家の民事責任の特色は、専門家の資質確保を目的とする高度注意義務と、専門家の背信行為の排除を目的とする忠実義務の二面性がある点である。そこで、会社役員についてもその民事責任に二面性があることを論証し、これにより、会社役員も専門家と共通する性質をもつことで、そのかぎりにおいて、会社役

員を専門家に準ずるものと把握できることを明らかにしたい。

#### 四 会社役員の善管注意義務と忠実義務

取締役と会社との関係につき、商法二五四条三項が委任に関する規定に従うと規定しているので、取締役は、善良な管理者の注意をもって業務を執行すべき義務を負うが、他方、商法二五四条の三が取締役の忠実義務を規定しているため、両者の関係をいかにとらえるかにつき、同質説と異質説とが対立している。

判例は、忠実義務に関する規定は善管注意義務を敷衍し、いつそう明確にしたにとどまるものであって、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の高度の義務を規定したものではないとしている(5)。有力学説も判例の立場を支持する(6)。

これに対し、近時、異質説が多数説となりつつある。異質説は、第一に、忠実義務と善管注意義務は、機能する側面が基本的に異なる

とする。つまり、善管注意義務

は、取締役が職務の執行にあたって尽くすべき注意の程度に関する規範であり、その者の能力に応じた主観的な注意ではなく、その者の職業、地位、知識等において期待されている注意を尽くさなければ過失があると判定される。これに対し忠実義務は、取締役がその地位を利用して個人的利益のために会社の利益を犠牲にすることを禁じるものである。善管注意義務は取締役が会社のために職務を執行する側面において尽くすべき注意の程度を問題とするのに対し、忠実義務は取締役が会社の機関として行なう行為そのものではなく、むしろ取締役が本来の役割を忘れて個人的利益の追求に走ることを阻止することを目指している。利害衝突と背信という切り口から信頼された者が信頼した者を裏切つてはいけないという側面に注目した結果、忠実義務が強調されるわけである(7)。

異質説は、具体的な要件上の特色として、善管注意義務違反の責

任に原則として必要な故意過失

が、忠実義務違反の責任の成立要件ではないとし(8)、また、忠実義務違反の責任の範囲は、善管注意義務違反の場合と異なり、会社のこうむった損害の賠償にとどまらず、取締役の得たすべての利得の会社に対する返還(提供)に及ぶべきものとし、商法二六六条四項が義務違反により取締役または第三者が得た利益の額を会社のこうむった損害額と推定していることもこの趣旨を裏書きするものと評価されるとしている(9)。また、異質説の立場においては、善管注意義務の解釈につき、英米法にならって経営判断の法則を採用すべきこととなり(10)、責任免除が原則であるというに近いまで注意義務が緩和されてしまったアメリカ法の状況を、そのままが国の取締役の善管注意義務の解釈に持ち込むべきではないという警戒を呼び起こし(11)、善管注意義務の緩和の傾向

があるがゆえに、忠実義務をより一層強調しなければいけないと主

張されている(12)。

#### 五 専門家の裁量性と会社役員 の経営判断の原則

会社は利益追求を目的とするものであり、その企業経営には、当然に多少の冒険とそれに伴う危険がつきまとう。そして、会社役員が業務執行のための経営判断を行なうにあたっては、会社をめぐる将来の社会・経済環境を完全かつ正確に予測することができず、その判断が結果として誤っていたことになる場合が必ずしも少くはない。したがって、会社役員が会社の業務執行にあたって行なった経営判断が結果として会社に損害を生じさせたとしても、それが誠実に行なわれたかぎりには、裁判所が事後的な判断によって、会社役員に注意義務違反があったとしてその責任を直ちに問うべきではない。ただ、会社役員が会社の業務執行として行なった経営上の判断に注意義務の違反がないというためには、その判断が、その当時の状況に鑑み、会社役員として会社

の業務執行を行なう能力および識見を有する者の立場からみて、明らかに不合理でないことが必要である。会社役員の仕事執行における経営判断が結果として誤っていた場合に、事後的に直ちにそれが注意義務の違反を構成するとすることは、会社役員の仕事を萎縮させるので、これを回避するため、経営判断の原則が確立され、わが国の判例および学説も、次第にこれを容認しつつあるといえよう<sup>(13)</sup>。

専門家についても責任の厳格化と責任の緩和の両側面がみられる点において、会社役員の仕事執行における事情とほとんど同一である。医学がどれだけ進んでも、なお未解決の分野が残るし、医療行為が患者の体に及ぼす影響を医師が完全に把握し病状を支配することはできない。弁護士も勝訴という訴訟結果を約束し訴訟過程を支配することができない。建築家も地盤の不等沈下やクラックの発生等の不可抗力的な事象については完全

な事故防止や建築過程をコントロールする能力がない。このように、専門家の仕事は、専門家みずからのコントロールを超えた要素を含むために、結果の完全性を保証することはできないのであり、専門家の仕事は、手段仕事であって結果仕事ではない<sup>(14)</sup>。

また、医療行為に典型的にみられるように、医師の逡巡萎縮による適時かつ適切な治療の懈怠が人類全体にもたらす負の効果を阻止するために専門家の裁量性を肯定せざるをえない。医療行為には高度な専門的知識、技術およびその応用が要求されるうえ、仕事のやり方が時間的制約の下におかれ、かつ、常に生体の具体的形態と反応の刻々の変化に機敏に対応しなければならず、実際に現場で継続的に治療に携っている医師の時宜を得た適切な判断が要求される。そのため、ほとんどの医療行為について医師の裁量の余地が認められることになる。ある具体的な場面においてとりうる医療措置がいくつ考えられ、そのさいにとる

べき治療方法について医師の間に見解の相違があり、A医師の選択が結果的に誤りであり、別の方法を選択すべきであったと解されることもありうる。しかし、事後的に医師の選択の誤りを厳しく追及することは、その医師にとつて酷にすぎただけではなく、結果責任の追及は医師一般に対しいたずらな遅疑逡巡をもたらし、助かるべき患者を放置し、ひいては医学そのものの発展を阻止する結果となりかねない。したがって、同一の疾病あるいは同一の症状に対して複数の医療方法が考えられる場合に、その選択は、ある程度まで医師の判断に任されるという意味で自由な裁量性を容認する点で、学説・判例は一致している<sup>(15)</sup>。

会社役員につき経営判断の原則が認められる結果、会社役員にも業務執行につき自由裁量が認められることになる。裁量の対象につき差異があるが、裁量性が肯定される点において会社役員と専門家の間に共通性があるといえよう。次に、裁量性の制約について

も両者間に共通性がみられることを分析しよう。

#### 六 依頼者の自己決定権と専門家の裁量の範囲の縮減

非専門家は、問題の適切な処理に必要な知識がないため、能力を有する専門家に解決を依頼するのであり、手術の要否については医師の判断に委ねるべきであつて、患者が自己決定をしたり自己主張をすべきではないと考えられていたし、裁判に踏み切つた以上、それから先のことは弁護士にすべてを委ねるべきであり、依頼者が細かく弁護士に指図すべきではなく、弁護士は受任事務の処理につき相当の範囲で裁量権を有すると考えられてきた<sup>(16)</sup>。

しかし、最近、依頼者の自己決定権の尊重とインフォームド・コンセント（十分な説明と同意）の理論が強く叫ばれることにより、専門家の裁量の範囲が縮減される傾向が顕著にみられるようになった。このような変化が生じた原因としては、非専門家が専門領

域の情報にアクセスする機会が増加し、かつ、非専門家が専門家の仕事内容を批判しうる能力を身につけはじめたこと、人権感覚が鋭利になり従来は泣き寝入りになっていた人も今日では積極的に戦う姿勢をもつようになってきていること、自分の生命、健康、財産、幸福については自身が最終的な決定権を最後まで留保し専門家にすべてを委ねるべきでないと考えはじめたこと、医師や弁護士の間には自分の都合だけを優先し依頼者の利益をないがしろにする者もいないわけではないとして信頼感の動揺がみられること、多くの非専門家が専門家との接触を経験し、期待が大きいの比し結果が思わしくなかった苦い体験に立脚し、事前に十分なる結果予測をしたうえで、専門家の選別や相談内容を綿密に決めてから依頼するという慎重で賢明な専門家の利用の仕方に習熟しはじめたこと等が考えられる。

な決着が依頼者の真の希望や意見に全面的に反することは許されないし、依頼者も事件処理のテクニクについては弁護士に委ねるが最終の決着のあり方については依頼者の意思が貫徹できることが重要と考えている。そこで、弁護士は、考えられる法的手段のそれぞれにつき依頼者の利害得失を詳細に分析して説明し、事件の進行度に合わせて状況の変化を報告し密接なコンタクトをとって依頼者の自己決定権を尊重しながら事件の処理を進めていくべきである。弁護士の裁量や判断に委ねられる部分と、依頼者の意思を確認し依頼者の自己決定権を尊重すべき部分とを明確に区分けしたうえで、依頼者の最善の利益に合致するように弁護士が業務上の注意を払うべきである(17)。

使う場合には、プロトコールから離れて治療することを患者に伝えてその了解を求め、かつ、患者に対し治療薬の使い方がプロトコールに反したものであることを説明し、患者の同意を得るといふ二つの手続が必要とされている。人体実験の危険と治療薬による奇蹟的薬効とが表裏の関係にあることから、医師の十分な情報提供を前提にした患者の自己決定権の尊重が、治療薬の使用の側面においても重視されるわけである。

このように、専門家の自由裁量の範囲は、最近、次第に縮減されつつあることが明らかである。

七 会社役員について同様の事情が認められるので、この点について次に考察したい。

七 会社役員

会社役員は、その識見と能力のゆえに利益の追求を究極の目的とする会社の業務執行を委ねられているが、企業の経営には多少の冒險とそれに伴うリスクがつきま

っており、会社役員が行なった業務執行が結果として失敗に終り、会社に損害を生じさせた場合に会社役員がそのことにつき当然に責任を問われることになったのである。業務執行における会社役員は、業務執行における会社役員は、行動を萎縮させることになり、会社のビジネスチャンスが失われ、そのような結果は投資家の利益にも合致しない。したがって、会社役員が業務執行にあたり企業人として合理的な選択の範囲内で誠実に行動した場合には、その行動が結果として間違っており、不首尾に終わったために会社に損害を生ぜしめても、そのことのゆえに、会社役員に注意業務の違反があつたとして責任を問われるべきではなく、判例も、会社役員は自由裁量権を肯定している(18)。会社役員につき経営判断の原則を適用すると会社役員は責任免除を原則化する危険もないが、このような会社役員は自由裁量権を無制限に認めることの弊害を鋭く見抜いて、最近では、これを制限するための各種の歯止めを設ける努

力が続けられている。

経営の破綻に瀕し資金難に陥っている企業と取引するような場合には、それにより会社が損害を受ける危険が大きいので、会社役員は、このような企業と取引をし、あるいは長年続いた取引を今後も継続するか否かを決定するさいには、相手企業の状態を詳細に調査し、取引することの危険性と取引することにより期待される会社の利益の可能性を測定すべきである。このような調査をすることなく漫然と経営の破綻に瀕した企業や資金難に陥っている企業と取引をし、あるいは相手方企業の倒産に備えて対策を講じないままに放置すると会社役員は注意義務違反の責任を問われる。東京高判昭五〇・一・二九(19)は、主要取引先が在庫の増加により資金難に陥っていることを知りながら、その従前の実績や当時の主要取引先の製品に対する需要見込みから漫然成算ありとして主要取引先の事業につき調査を行わず取引を継続したため、その取引先の倒産によ

り他の取引先に対して債務の履行をすることができなくなった会社の役員が取引先債権者から損害賠償請求された事案において、会社役員への責任を安易に広く認めることは放漫経営の名のもとに結果責任を会社役員に課すことになるので十分注意すべきではあるが、本件のように会社役員が行うべき経営上の客観的合理性を著しく欠いたものである場合には、会社役員への注意義務違反があるとして第三者に対する責任を肯定した。

また、東京地判平五・九・二一(20)は、会社役員が会社の定款上の目的の範囲内で経営判断を行なう裁量権を有するが、その判断が著しく客観的合理性を失し、裁量権の範囲を逸脱した場合には免責されないとし、会社の返済能力を超えた多額の借入金による株式投資の失敗につき、会社役員の善管注意義務違反の責任を認めている。

このように、企業人としての合理的な選択の範囲を外れてはいけないという枠をかぶせることによ

り、会社役員のカ量の範囲に制限が課せられているのが現状である。このほか、有価証券報告書等による会社の営業成績の詳細な開示の方法による会社役員のカ量判断の適否が会社経営の委任者である株主等により審査される機会が確保されていること、株主総会における質疑応答や会社役員を選・解任の議案の審議において会社役員のカ量や経営判断の適否がチェックされ、また、株主代表訴訟の活性化をめざした平成5年の商法改正の結果、会社役員のカ量自由裁量における暴走が抑制される効果も見のがすことはできない。

なお、わが国において会社役員のカ量判断の原則の適用要件として、(1)十分な情報を集めたうえで慎重な決定手続がとられたこと、(2)他人を説得できるだけの合理的根拠のある判断であること、(3)会社役員のカ量自己または第三者のカ量からまわっていない事案についての判断であること(忠実義務違反の事例についてはこのルールの適用をしない)、(4)法令に違反

する経営判断でないこと、(5)下すべき経営判断を怠るという不作為についてはこの原則を適用しないこと、の五点が提示されているが(2)、これらの要件も、会社役員のカ量権を実質的に制約する機能を持ち、会社役員が会社の利益を考えて業務を執行することを裏面から支えるものである。

以上の考察から、裁量権の制限の仕方に差異があるものの、会社役員のカ量権も依頼者たる株主に對する説明と同意を前提としているので専門家の裁量権におけると同様な制限を受けることが明らかであろう。

#### 八 会社役員のカ量性についての要約

前記の考察の結果をひとまず要約しておきたい。専門家の民事責任を通常人の責任と區別してとりあげる意義がどこにあるかを探るための一手段として、会社役員のカ量民事責任と専門家のそれとの対比を試みた。その結果、一般の職業とは異なる長期の高度の教育と訓



練、厳しい資格試験と資格登録制、無資格者の排除、職能団体の結成と自治の諸点において会社役員と専門家の間には明確な違いがあるが、高度注意義務および忠実義務の二面性において、両者の共通性が認められるほか、広い自由裁量権が認められてはいるが最近その裁量の範囲や裁量のあり方につき各種の制約が加えられつつあることにおいても両者に共通性が認められることが判明した。

会社役員レベルが一律でないために包括的に会社役員の特徴をまとめることには危険があるが、平均的な上場企業の平均的な会社役員についてみれば、その専門的知識および識見、高度の教育と訓練、裁量性の広さとこれに対する制約、特殊な信頼関係と忠実義務および高度な注意義務の諸点において、会社役員は専門家とほとんど同一視することができる。いいかえると、会社役員は厳密な意味ではフル・プロフェッションとしての専門家ではないが、準専門家と云うてよいであろう。したがっ

て、会社役員も専門家と同様な民事責任を負うことがすでに現行商法（二五四条三項、二五四条ノ三）に明示されていることは当然であり、その厳しい責任の履行措置としての役員責任保険を専門職責任保険の一つとして位置づけつつ、その活用を促すべきであろう（22）。

## 二 総括（その骨子）

### 一 専門家の概念

その代表は、医師と弁護士である。「プロフェッション」に属するといわれている職業も、近時多様化していること、また、古典的なプロフェッションも経済および社会の変化に伴い次第に変容していることの結果、その属性として共通な要素を抽出し、これらが具備されるか否かで「プロフェッション」か否かをふるい分けるような定義（判定基準）を設定することは困難である。

そこで、具体的に、ある職業がプロフェッションであるか否かをことごとく、みな法で判定することは諦めるべきであり、その代りに、典型的考察方法を採用したうえで、プロフェッションとされる職業の特色をどの程度色濃く備えているかを定量的に測定して各職業の位置づけと特色を説明することが適当であろう。

#### (1) サービス給付の非代替性

業務の遂行にあたり履行補助者を使用することは許容されるが、業務の中核的な部分は、プロフェッション自身がみずから遂行しなければならず、他人の給付をもつて代替することは許されない。その理由は、サービス購入者がプロフェッションの個性・能力に着目し、その固有の力量に信頼してサービスを受けることを重視しているからである。

#### (2) 創造的な給付

一回かぎりの、きわめて個別具体的なサービスを創造的に行なわねばならない。仕事の内容が千差万別であるから、それぞれのケー

スにつき最善の結果が実現できるように仕事の段取りをして、創造的、実験的に業務を遂行しなければならぬ。仕事のやり方をマニュアル化し、単純かつ機械的に反復してこと足れりとするオートメーション方式にはなじまないし、そのような安易なマスプロ方式を採用することは厳禁される。

ただし、多くの知的労働（たとえば、コンピュータのソフト開発）においても、業務内容の創造性が高くなっているので、プロフェッションの仕事の創造性との差は縮小しつつある。

#### (3) 仕事のやり方についての裁量の自由

業務の遂行における独立性、自主的な選択が保障され、誰からも命令されたり規制または妨害を受けることなく、自己の良心に従って仕事を行うことができる。

依頼者は、何をして欲しいか仕事の内容を注文し指図することができるが、その仕事のやり方については指図することはできない。プロフェッションは、客の指図

の不拘束性を前提に、仕事のやり方について自主的に決定する自由があり、最終の目標を達成するために複数のルートがあるときに、そのいずれかを選択するかは、彼自身の蓄積してきた経験と勘をもとにして全人格を傾注して客のベスト・インタレストに合致すると確信したところに従って自由に決定することが出来る。客が特定のルートの採用を要求した場合には、そのルートの弊害を説明し、客の納得をえたうえで、彼がベストと考えるルートを選択すべきである。客の注文を無視しても責任は発生しないのかについては、インフォームド・コンセントの法理により判定すべきことであろう。

#### (4) 経済的従属性の排除

プロフェッションも生きていかねばならないし、金の力で彼の良心的な判断やサービス内容が曇ったり歪められたりすることがないようガードすることが必要であり、そのためには、衣食が足りた状態を常時確保しなければならぬ。金持ちや権力者にペコペコす

ることがあると、プロフェッションの矜持がたもてないばかりか、本来的な仕事のあり方が歪曲され、プロフェッションの墮落がはじまる。

したがって、プロフェッションが、あらゆる誘惑に対して耐性を保持し、不覇独立を貫けるように経済的自立をはかることが必要であるから、そのことを可能ならしめるに十分な報酬を支払うシステムを構築すべきである。

#### (5) 教育・訓練・試験・資格

高度に創造的な能力が不可欠である職業であるから、長年月の教育と苛酷な訓練が必要とされ、この能力の有無をテストする試験と、合格者に対する資格の付与、資格取得後の定期的な再教育や講習が必要である。そこで職能団体が、これらの役割を果たすことが期待されている。

#### (6) 依頼者との間の特別の信頼

a 個人情報・秘密の開示と守秘義務

依頼者が健康状態、支払能力など個人の私生活にかかわる秘密を

開示しないと医師や弁護士の仕事ができないが、依頼者はプロフェッションを信頼しないと個人情報や秘密を開示するわけにはいかない。そこで、国は、プロフェッションに対し、職務上知りえた秘密の漏泄を刑罰（六月以下の懲役、一〇万円以下の罰金（刑法一三四条））をもって禁止している。

#### b 専門知識における格差

依頼者は、依頼事項につき専門知識がないため自身自身はまったく訳がわからないと割り切ったうえで、全面的にプロフェッションにすべての判断を委ねるほかはない。そこで、プロフェッションは、依頼者の全幅の信頼にこたえうるだけの、人格、識見、能力、素質を有することが客観的に証明される人物であること（免許）が必要とされる。

ただ、最近では、プロフェッションの知識の圧倒的優越を背景にした盲目的信頼を依頼者に強制する方式をやめ、プロフェッションの説明義務を前提としつつ、その義務の履行として十分にサービス

内容の長短、副作用等につき説明を受けて納得したうえで、仕事のやり方につき依頼者がコントロールし、その結果については依頼者も甘受する方式が有力になりつつあり、医療のほか、法律サービスについてもこの傾向が強まりつつある。

#### c 信頼関係の果す役割

依頼者は専門家を信頼すればこそ、他人に知られたくない恥ずかしい秘密をプロフェッションに対し打ち明けて助けを求める。プロフェッションは、全幅の信頼を前提にしないと、職務の遂行に不可欠な個人情報を入力しえない。

信頼が崩壊したときは、依頼者は、委任契約を無理由解除（解任）しうる。契約の拘束力が弱く、易解除性が、プロフェッション委任契約の特色であり、弱点でもある。

#### (7) 職務の利他性・公共性

専門家の職業は聖職と称されるように、職務活動それ自体が公共の利益の促進を目的とし、利他性があるため、営利を主眼として業

務活動をすることを回避すべきものとされている<sup>(23)</sup>。専門家は、自分の利益が大となるか否かを基準にして行動すべきではなく、依頼者の利益と社会公共の利益を優先させるべきである。他人の生命や健康、他人の法律問題を左右する仕事に携わる専門家としては、依頼者の命を救い依頼者の窮境を打開することに第一目的をおくべきであり、報酬は、事後的に窮地脱出の功績に対する感謝のしるしとして支払われるにすぎない。もちろん、報酬の多寡に比例して業務サービスの内容を高度化したり逆に手抜きすることは許されない。依頼者の門地や社会的身分により業務サービスの内容に手ごころを加えることもいけないし、本来的には、成功報酬制や時間に対応した報酬や建築費に連動する報酬制は疑問である。

弁護士の場合には、弁護士が依頼者との契約に基づいて依頼者の利益をはかる義務と公益的責任との二面的性格があり、時として、この両者が矛盾衝突することがあ

るが、この場合には、公益的責任を優先させるべきものと考えられている<sup>(24)</sup>。

## 二 職能団体の自治

業務の独占、無資格者による業務の排除等のほか、専門家の資質・能力・技術の向上をめざす教育、再訓練、非行者に対する懲戒や免許剥奪・業務停止等の自己規律を達成するための職能団体の結成が不可欠である。

平均的な専門家の技術水準における注意義務を尽くしていないか、逆に平均的な専門家が行わないことを実行したときは専門家の民事責任が成立し、また専門家の集団の平均人のレベルの注意を尽くしておれば契約責任や不法行為責任を問われることはないが、職業倫理の側面では非難に値する行動が認められるときには、所属する職能団体により勧告等の制裁を受けることがある<sup>(25)</sup>。

このように、専門家の特色の一つは、同業者間で結成される職能団体が厳しく会員の行動を規制

し、自治的に腐敗の防止に努力してそれなりの成果をあげている点にある。

## 三 契約責任か不法行為責任か

専門家のサービスに失敗があり、追完や修補が可能な場合には、損害賠償や契約解除よりも先に、修補請求や追完請求を優先させる方が委任者・受任者の双方にとって有利であるから、不法行為責任構成による責任追及よりも契約責任構成による責任追及が望ましい<sup>(26)</sup>。ただ、医師が手術に失敗して患者が死亡したり、摘出の必要がなかった臓器を摘出した場合や、一事不再理の原則により弁護士が同一訴訟のやりなおしができない場合等、一回性のサービスについては損害賠償の方法によるしか方法はない。

(1) 西嶋梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシチュアランスの基本問題」損害と保険一四一頁等において、長期の高度の訓練、試験・免許制、職能団体の結成、営利性の排除、倫理綱領の確立の五要件を完全なプロフェッ

シヨンの要件と規定したが、専門家の民事責任の角度から要件を再吟味することが求められる。

(2) 同旨、浦川道太郎「ドイツにおける専門家の責任」NBL五四八号三五頁(第四章(三)二頁)。

(3) 同旨、能見善久「専門家の責任」NBL五四四号五四頁(第二章六頁)。弥永真生「アメリカにおける専門家責任(その2)」NBL五四〇号三五頁(第四章(一)二四頁)。

(4) 能見・前掲注(3)(下)NBL五四五号一七頁(第二章八頁)。

(5) 最大判昭四五・六・二四民集二四卷六号六二五頁、神戸地判昭五一・六・一八下民二七卷五〇八号三七八頁、福岡高判昭五五・一〇・八高民三三卷四号三四一頁。

(6) 鈴木竹内・会社法二八九頁、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商八一巻四号四五五頁。

(7) 北沢正啓・会社法(第三版)三八六頁、浜田道代・新版注釈会社法(6)二七頁以下。

(8) 北沢・前掲書注(7)三八六、三三七頁、浜田・前掲注(7)三〇頁、星川長七「取締役の忠実義務と責任についての一考察」早法三八卷三〇四冊九頁、神崎克郎「取締役の忠実義務」吉永古稀記念八八頁、赤堀光子「取締役の忠実義務(4)」法協八五巻四号五六二頁

- 五六四頁。
- (9) 北沢・前掲書注(7)三八七頁。
- (10) 赤堀・前掲注(8)五三二頁、神崎・前掲注(8)吉永古稀記念八八頁、浜田・前掲注(7)三〇頁。
- (11) 浜田・前掲注(7)三〇頁、森本・前掲注(6)民商八一巻四号四七八頁、四八〇頁。
- (12) 北沢・前掲書注(7)三八六頁。
- (13) 神崎吉郎・商法II(会社法)二〇五頁、同・取締役制度論——義務と責任の法的研究六五頁。
- (14) 笠井修「アメリカ法における専門家の責任」川井健編・専門家の責任一一四頁。なお、鎌田薫「土地家屋調査士の責任」川井編・専門家の責任三五八頁、三六二頁は、土地家屋調査士も高度の専門的知識と技能を有することが期待されているが、しかし、その調査・測量の結果や専門的な判断の誤りにつき常に必ず調査士の責任が生じるわけではなく、相当な注意を尽くしてもなお避けがたい誤りについては調査士の過失を認めることはできないこと、とりわけ土地家屋調査に特有の事情として地籍の混乱、地図の不備、境界標識の不明確等のため調査・測量の過誤が不可避免的に生じる場合が少なくない。そこで、調査士の過失や善管注意義務違反の有無の判定にさいし若干の軽減をはかるなどの配慮が必要であるとし、調査士も結果を支配したり、約束することができない点において、他の専門家と変わりがないことを明らかにしている。なお、医療契約が結果債務でなく手段債務であることを強調するものとして、唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」現代損害賠償法講座4七頁がある。
- (15) 岩垂正紀「医療過誤——過失」中川兼子監・医療過誤・国家賠償九五頁。東京高判昭三五・一〇・三医療過誤民事裁判例集四七頁が、療法としていかなる措置をとるべきかは医師が患者の状況その他に基づいて自己の専門的知識経験に従い決定すべきであり、考えられるいくつかの措置が医師のとるべき措置として合理的なものであるかぎり、そのいずれを選ぶべきかは当該医師の裁量の範囲に属するのであり、必ずその一つだけが正当であつてこれと異なる措置をとることはすべて過失となるわけではないとして、医師の裁量性を肯定しているが、この判決は専門家に対し裁量性を認めるのが判例の立場であることを裏書きするものと評価されよう。
- (16) 大阪地判昭五九・九・二六判時一一三八号一〇六頁等。
- (17) 小林秀之「弁護士」の専門家責任」NBL五四二四九頁一五〇頁(第七章八〇頁)。
- (18) 神戸地判昭五一・六・一八下民集二七巻五〇八号一〇四頁、東京地判昭五三・三・一金融・商事判例五六二号三六頁、福岡高判昭五五・一〇・八判夕四三三三号一四九頁、東京地判平五・九・一六判時一四六九号二五頁。
- (19) 金融・商事判例四四八号二頁。
- (20) 金法一三七〇号二八頁。
- (21) 近藤光男「わが国における経営判断の法則の適用」東洋信託銀行代りポート一〇九号五頁。
- (22) 甘利公人「取締役の責任免除と会社補償制度」熊本法学七八号四三頁は、会社役員にも専門職業人と同様に賠償責任保険の恩恵を享受させるべきであるとし、また、近藤光男・前掲注(21)四頁も、専門的職業人と会社役員とを同一取扱いをし、いづれかを差別して特権的地位を与えるべきではないとしているが、両氏も、会社役員を、専門家の中に含めるか、少くともこれに準ずる地位を認めることを前提としている点で私見と同じであることがわかる。
- (23) 弁護士法一条一項が「社会的正義の実現」という公共の利益の実現を弁護士の使命として規定しているため、営利を第一目的としてはいないものと考えられ、他の専門職についても、職務の利他性、公共性が同様に認められている。この点につき、小林・前掲注
- (17) NBL五四一号三五頁以下(第七章七七頁)頁以下、浦川・前掲注(2)NBL五四八号三四頁(第四章(2)三一頁)を参照。
- (24) 小林・前掲注(7)NBL五四一号三六頁(第七章七八頁)、加藤新太郎・弁護士役割論(弘文堂・平成四年)五頁以下。
- (25) 浦川・前掲注(2)NBL五四八号三六頁(第四章(2)三三頁)。
- (26) 下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明」NBL五四六号三七頁(第九章一〇一頁)以下。

# 付録 公認会計士の責任

筑波大学助教授 弥永真生

## 一 証券取引法上の責任

### 一 責任の性質

証券取引法上の対第三者責任の性質は不法行為に準ずる責任であるから、証券取引法に規定のない点については、同法の規定と矛盾しないかぎり、民法の不法行為に関する諸規定が適用される(1)。監査人の行為が不法行為の要件を満たさざり、監査の特殊性を理由にして免責を認める必要はないからである。また、証券取引法上の責任が特別の法定責任であると考えると、一般不法行為責任と併せて主張することができ

### ① 有価証券届出書のうちの監査証明にかかわる書類の重要な事項について虚偽の記載があり、または記載すべき重要な事項もしくは誤解を生ぜしめないために必要な重要な事実の記載が欠けていること(虚偽記載等)を原因とする発行市場における損害賠償責任(二一条一項三号)

重要な事項であるか否かは個別の事項について具体的に判断されるが、一般的にはその記載が真実であり、またはその事実が記載されていれば、合理的な投資家はそのような条件で当該有価証券を取得しなかつたと認められるような事項である。有価証券を取得した者が、その取得の申込みにさいし、当該有価

証券届出書の記載が虚偽であることまたは記載が欠けていることを知っていたときには公認会計士(監視法人を含む。以下同じ)は免責される。

また公認会計士が当該有価証券届出書を監査証明したことについて故意または過失がなかつたときにも、公認会計士は責任を負わない。

いずれの場合にも挙証責任は公認会計士にある。

### ② 有価証券届出書の虚偽記載等を原因とする流通市場における損害賠償責任(二二条)

有価証券を流通市場において取得した者がその取得にさいし、当該有価証券届出書の記載が虚偽であることを知っていたときには公認会

計士は免責される。取得者が虚偽記載等を知らなかったことの挙証責任は取得者にあるという考えもあるが(と)、知っていたことの挙証責任が公認会計士にあると解すべきであろう。

また公認会計士が当該有価証券届出書を監査証明したことについて故意または過失がなかつたときにも、公認会計士は責任を負わない。この点についての挙証責任は公認会計士にある。

### ③ 有価証券報告書の虚偽記載等を原因とする損害賠償責任(二四条の四)

②と同じである。

なお公認会計士が監査証明したことにつき故意または過失がなかつたとは、一般的には公認会計士が受任者としての善管注意義務を尽くしたことをいい、具体的には監査基準および監査実施準則等に基づいて監査を行なうことを意味する。しかし監査基準および監査実施準則等に基づいて監査したのみでは善管注意義務を尽くしたとはいえない場合がある(3)。なぜなら善管注意義務に基づいて何を

なすべきかは具体的事案に即して変わってくるからである。

## 二 損害額の算定

損害賠償額の算定に関しては証券取引法上、有価証券届出会社につき、証券取引法一九条に規定がおかれているが、公認会計士や届出会社の役員については法定されていない。しかし、立法趣旨から判断して証券取引法一九条に準じて考えてよい(4)。

証券取引法一九条の損害賠償額の算定方法は、請求権者が当該有価証券の取得について支払った額の市場価値、もし市場価値がないときは、その時における処分推定額、あるいは、②請求前に当該有価証券を処分したときはその処分額、を控除した額となっている。

## 三 消滅時効

証券取引法には公認会計士の損害賠償責任の消滅時効期間について明文規定はないから、民法七二四条の規定が適用され、損害賠償請求権者またはその法定代理人が

損害および加害者を知ったときから三年間、不法行為のときから二〇年間を経過した場合には公認会計士の損害賠償責任は消滅する。これに対して届出会社の損害賠償請求権は、証券取引法二〇条により虚偽記載等を知ったときまたは相当な注意をはらっていれば知ることができたであろうときから一年間、届出書の効力を生じたときまたは目論見書の交付があつたときから五年間で消滅すると規定されている。

## 二 商法特例法上の責任

### 一 責任の種類と性質

① 会計監査人としての任務を懈怠したことに基づく会社に対する損害賠償責任(九条) 会社と締結した就任契約に基づき、その任務を遂行するにさいして、はらうべき善良な管理者の注意を怠つたため会社が損害をこうむつた場合には、任務懈怠(5)に基づく債務不履行責任を会計監

査人は負い、会社に対して損害を賠償しなければならぬ。

なお、会計監査人が二名以上存在する場合には、会社に対して連帯して損害賠償の責任を負い、いずれの者の過失により、どれだけの損害をこうむつたかは問わず全体の責任を負う。すなわち九条の規定は会計監査人が複数ある場合に、それらの者が連帯責任を負うこととされた点に意義があるといわれている(6)。

② 会計監査人の監査報告書の虚偽記載に基づく第三者に対する損害賠償責任(一〇条)

会計監査人は、重要な事項について特例法一三条一項の監査報告書に虚偽の記載をしたために損害を被つた第三者に対して、連帯して損害を賠償する責任を負う。本来、会計監査人と第三者との間には直接の法律関係が存在しないので、不法行為の要件を満たさないかぎり、会計監査人は第三者に対し損害賠償責任を負わないはずである。しかし、監査が適正に行なわれることは会社以外の第三者にとつても重要な意味をもつため

この規定が設けられた。

なお、会計監査人がその職務を行なうにつき注意を怠らなかつたことを証明したときは免責される(特例法一〇条ただし書)。

なお、ここにいう会計監査人には、その補助者も含まれる。したがって、補助者の過失についても会計監査人は責任を負い、これを免れるためには補助者も注意を怠らなかつたことを証明しなければならぬ。そして、注意を怠らなかつたことの挙証責任は公認会計士にある。

## 二 損害額

会計監査人がその行為により会社あるいは第三者に損害を与えた場合には、損害額の立証は原告たる会社または第三者が行なわなければならない。会社の損害については、監査契約において賠償額を予定することも可能であるが(7)、対第三者責任については、難しい問題がある。

対第三者責任につき、会計監査人が賠償すべき損害には、直接損害と間接損害の双方を含む。前者

は投資者が投資判断を誤った結果受ける損害、後者は会計監査人の違法な監査の結果、会社が損害をこうむったことにより、持分の減少を生じ、あるいは会社から債権の満足を受けなくなった場合の損害をいう。間接損害の場合の第三者の賠償請求額は会社の損害額を限度とすると考えるべきであろう。

株主の場合でも会計監査人の責任追及については代表訴訟が認められないから、特例法により請求できる額は自己がこうむった損害額だけ（しかも会計監査人の違法行為が監査報告書の虚偽記載という形をとった場合にかぎる）である。直接損害は株式の売買によるものが主であるが、損害額の算定方法は法定されていない。この場合に損害賠償を要する額は、「虚偽記載がなかったとすれば有すべかりし株価と、実際の被害者の売値又は買値との差額」であると理論的にはいえるが、虚偽記載がなかったとすれば有すべかりし株価の決定は困難であるから（8）、賠償額の算定方法を法定するか推定規定をおくべきであつ

た。もちろん、粉飾の事実が確定し、株価の値下りが生じた場合には、無過失の立証責任は転換され、表示に対する信頼については法律上ないし事実上の推定が存在している以上、投資者は一応の損害賠償請求が可能であろう。

### 三 消滅時効

特例法上の会計監査人の民事責任の時効に関して、会社に対する損害賠償責任については、特例法には明文規定がないので、民法一六七条の債権の消滅時効の規定が適用されて一〇年になると考えられる。

しかし、監査契約の締結を会社の付属的商行為（商法五〇三条）とみて、監査契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効は商行為によって生じた債権の消滅時効である五年（商法五二二条）を適用すべきであるとする説もある（9）。しかし第三者に対する責任には妥当しないであろう（10）。

また、第三者に対する損害賠償責任の消滅時効も特例法に明文が

なく、民法七二四条の規定（不法行為による消滅時効）が適用され、被害者が損害および加害者を知ったときから三年間、または不法行為のときより二〇年を経過したときに消滅時効が完成することとなる。

### 四 証券取引法上の責任と特例法上の責任

責任原因と第三者の範囲の相違があり、重複適用が生ずる。すなわち、特例法の定める責任原因は、監査報告書への虚偽記載であるが、証券取引法のそれは有価証券届出書・有価証券報告書に含まれる監査証明への虚偽記載であり、書面に相違がみられる。ただし、一方の虚偽記載はおそらく他方の虚偽記載を推定せしめるであろう。次に、第三者の範囲は、明らかに特例法の方が広い。証券取引法上は、有価証券の発行市場および流通市場において証券を取得した者を保護の対象とするが（なお、後述五の名古屋高判昭五八・七・一）、特例法ではそのほか会社債権者や、場合によっては被監

査会社の子会社の関係者をも含む。また特例法は悪意の第三者を除外していない（11）。

### 三 民法上の責任（12）

#### 一 責任の種類と性質

#### ① 債務不履行責任（四一五条）

公認会計士と依頼人との契約は一般に準委任（民法六五六条）の關係と解されており（13）、公認会計士は委任された義務（監査業務等）について善良なる管理者としての注意（民法六四四条）のつとめて処理する義務を負っているが、この義務が完全に履行されていない場合には民法四一五条に基づき債務不履行を原因とする民事責任を負う。

公認会計士の業務は公認会計士法二条に規定されており、「財産書類の監査又は証明」（二項業務）と「財務書類の調整、財務に関する調査若しくは立案をし、又は財務に関する相談に応ずること」

(二項業務)とがある。公認会計士は依頼者の目的によつてそれぞれの業務を行なうことを内容とする契約を締結するが、一項業務、二項業務のいずれについても善良なる管理者としての注意(職業専門家として相当の注意)を払つて職務を遂行する義務があり、善管注意義務を欠いた場合には債務不履行となり民事責任を負う。

② 一般不法行為責任(七〇九条)

公認会計士が、業務上、故意または過失により他人の利益を害した場合には、依頼者に対し債務不履行責任を負うか否かを問わず、不法行為責任(四)を負う。ここにいう過失とは、一般人・普通人としてなすべき注意を怠ることをいう。

なお、その行為の損害賠償の範囲については、債務不履行の場合の民法四一六条が準用され、その行為と相当因果関係の範囲内の損害を賠償すべきであろう。

③ 使用者責任(七一五条)(五)  
公認会計士が他人(公認会計士、会計士補、無資格者等。以下「補助

者」という)を使用し、補助者が業務執行について第三者に損害を与えた場合には、補助者とともに使用者も損害賠償の責任を負う。ただし、公認会計士が補助者の選任、監督につき相当の注意をなしたこと、または相当の注意をなしたにもかかわらず損害が生じたことを証明すれば免責される。なお、公認会計士が損害を賠償したときは補助者に対して求償することができる(民法七一五条三項)。

④ 法人の不法行為による責任(四四条)

監査法人については、公認会計士法三四条の二第三項により商法七八条が準用されている。さらに商法七八条二項により民法四四條が準用されている。

そこで、監査法人の社員がその職務を行なうにつき他人に損害を与えた場合には、当該社員のほか監査法人自身も損害賠償の責任を負う。

ところで、公認会計士法三四条の四第三号により監査法人の社員はすべて業務を執行する権利を有し義務を負うが、同法三四条の二

二第三項により準用されている商法七六条により定款または総社員の同意をもつて業務執行社員のうちから特に法人を代表すべきものを定めることができるとされている。そこで代表権を有する社員は当然のこと、代表権を有しない社員の行為についても前記法人の不法行為責任が生ずるかが問題となる。

この点、民法の解釈として、法人の代表権を有しない理事であっても、業務執行権を有する理事の不法行為については、法人は責任を負うとする説によれば、代表権を有しない社員の不法行為についても監査法人は責任を負うことになる。

ここで、「職務を行なうにつき」という場合の職務とは、行為の外形上、監査法人の社員としての職務行為と認められれば足り、たとえ粉飾に故意に加担するなどの不正の目的でなされても職務行為である。

なお、監査法人が民法四四條の賠償責任を負う場合には、当該不法行為を行なった社員個人も損害

賠償責任を負うことは当然、監査法人の財産をもつてその賠償債務を完済できないときは監査法人の他の社員も連帯してその弁済をしなければならぬ(同法三四条の二第三項、商法八〇条一項)。

二 消滅時効

債務不履行による損害賠償請求に対する消滅時効については民法一六七条が適用され、損害賠償を請求できるときから一〇年間請求しない場合、請求権は時効により消滅する。

なお、相手方が商人の場合には、監査契約に基づく損害賠償請求権は商行為により生じた債権であるとして消滅時効の期間を五年とする説もある。

次に、不法行為による損害賠償請求権に関する消滅時効には民法七二四条が適用され、損害および加害者を知ったときから三年間、または不法行為のときより二〇年が経過したときは請求権は消滅する。



### 三 特例法上の責任と一般不法行為責任

会計監査人の第三者に対する責任が特殊な不法行為責任であるとすれば、そのかぎりで民法の適用は排除され、会計監査人の監査報告書への虚偽記載に基づく損害以外、第三者は会計監査人の責任を追及できないことになる。会計監査人の職務としては監査報告書の作成が中核をなすからで、その虚偽記載についての責任を規定すれば、それで第三者保護は図れるといえる。しかし、会計監査が一般投資家保護のために重要であることにかんがみ、第三者を保護する必要から特例法一〇条が設けられたのであり、会計監査人の監査報告書の記載に関して立証責任を転換したところにその意義があること、株主の代表訴訟が認められない以上、間接損害を除外する理由にとほしいこと、等から考えると、一般不法行為の要件を満たさかぎり、会計監査人に一般不法行為責任を追及することができると解する。たとえば、会計監査人が

株主総会において虚偽の陳述をしたことと第三者の損害との間に相当の因果関係がみとめられるのであれば、不法行為責任をみとめてよいであろう。この場合には、会計監査人は第三者に対する故意・過失なくして責めを負うことになるという問題もありうるが、広く第三者の利害に影響するおそれある行為に関しては、会計監査人には損害発生防止義務があるというべきであろう。

### 四 判例の状況

会計士の責任に関する日本における公表判例は一件（東京地判平三・三・一九九時一三八一号一六頁）にとどまり、しかも任意監査の事案であつて債務不履行責任（民法四一五条）が追及されたものである。監査人が、被監査会社の経理部長が不正行為を行なっていることを発見できなかったことに対し、財務諸表の監査は被用者の不正行為の発見を主な目的にするものではないとしても、財務諸

表に著しい影響を与える不正がないことを確かめるのでなければ、財務諸表の適正性に対する意見の表明が無意味になるとしたうえで、「職業専門家の正当な注意をもって監査を実施するという前記のような本来なすべき手続きを怠り、その結果被用者の重大な不正行為を看過したときは、監査人は監査の依頼者に対し、それによつて生じた損害について賠償すべき責任を負うものと解するのが相当である」とした。

### 五 公認会計士の責任の問題点

会計士の過失が推定されても、虚偽記載であること、虚偽記載と損害発生との因果関係、損害額の立証はいずれも原告の側にあり、原告はどのような立証に必要な資料を有しないのが通常である。すなわち有価証券届出書または有価証券報告書の虚偽記載に関する発行会社の責任に関してのみ損害賠償額が法定されており、その他の場合には原告が損害額を立証する

ことになる。さらにアメリカとは異なり、クラスアクションが認められていないため、一人一人の訴額は通常小さくなり、訴訟によつて損害賠償を求めるとは相対的にみて、コストがかかりすぎる。

他方、第三者の範囲はきわめて広いと、会計士等が損害賠償すべき額は巨額にのぼる可能性がある。たしかに昭和五六年改正前商法二六六条ノ三第一項後段に基づく取締役の責任に関する下級審判例では「会計と直接の取引関係に入つた者あるいは当該会社の株式又は社債を公開の流通市場において取得した者」に第三者の範囲を限定するものがあるが（名古屋高判昭五八・七・一判時一〇九六号一三四頁）、情報提供責任に関する解釈としては妥当ではない。したがつて会計士等が巨額の損害賠償責任を負うことを認めたいうえで、保険制度や会計士の監査報酬のうえでその点を考慮すべきである（16）。

公認会計士損害賠償責任保険の問題としては、てん補限度額とスタッフの人数によつて保険料が決

まるようになっていたが、これでは一部の不注意な者や不心得者を淘汰できないし、すべての公認会計士で、そのようなものの尻拭いをする事になり妥当ではないのではないかとこの点が指摘されている。

他方、業務を行なった時期と損害賠償請求を受ける時間との間にギャップを生じるため、相続人等は保険の恩恵を受けないことになりかねない。

さらに、故意または不誠実にによる虚偽の監査証明の場合には保険会社は免責されるが、そのような場合に投資家の保護は十分であるかという問題が生ずる。

- (1) 龍田節「監査人の対第三者責任序説」商事法の研究(大隅還暦)一九二頁、山村忠平・新商法による株式会社監査一七九頁。
- (2) 志村治美「証券取引法上の民事責任」証券取引法大系(河本還暦)五六三頁。
- (3) これに対して、監査実施準則に基づく監査で足りると解するようには思われるものとして、渡辺豊樹ほか「改正証券取引法の解説六九頁、河本一郎・神崎克郎・問答式改正証券取引法の解説一一一頁

く一一二頁等がある。しかし、十分な証拠なしに意見を表明することには過失があるといわざるをえない(龍田節「公認会計士の責任と保険の対象」商法・保険法の諸問題(大森還暦)五二七頁)。

- (4) 神崎克郎「証券取引法二八〇頁参照。
- (5) 新版注釈会社法(6)五七二頁(五七三頁(龍田節)に詳説されている。

(6) 龍田・前掲注(5)五七四頁。  
 (7) ドイツにおいては会社に対する損害賠償額の上限(五〇万マルク)が定められている(商法三二三条二項)。また普通契約約款では軽過失に基づく責任についてはあるが、対第三者の関係でも一件につき五〇万マルクに制限されている。宇佐美豊「監査人の責任——ドイツを中心としたEC諸国における動向」JICPAジャーナル四五六号七頁以下参照。

- (8) 黒沼悦郎「証券市場における情報開示に基づく民事責任」法学協会雑誌一〇六券二二四八頁以下。
- (9) 正亀慶介「会計監査人の民事・刑事責任」税経セミナー一八巻四号九七頁、山村・前掲注(一)一七九頁。
- (10) 龍田・前掲注(5)五七九頁。
- (11) ただし、虚偽表示と損害の発生との間の因果関係の存否の要件

によって、ほぼ同じ結果となる。

- (12) 以下については、良永和隆「公認会計士の責任」川井健編・専門家の責任三〇七頁(三一〇頁)が詳しい。

- (13) 味村治「株式会社監査制度改正要綱案の解説」商事法務四九二号一七頁、倉澤康一郎「会計士・監査人の法的責任」税経セミナー三五巻五号四頁、龍田節「会計監査人の選任と責任」会計ジャーナル六巻六号一四五頁(一四六頁)等。良永・前掲注(12)三一〇頁もこれに賛成する。他方、請負契約とみるものとして、大住達雄「監査契約の性格と公認会計士の責任」企業会計二〇巻九号一四六八頁、篠田四郎「会計監査人の責任」名城法学二六巻一号六一頁。
- (14) 一般不法行為責任においては不実表示の「重要性」は要求されていないが、因果関係のレベルで考慮される(龍田・前掲注(一)一九八頁)。
- (15) 補助者の使用については、弥永「他の監査人の監査結果の利用をめぐる法的問題」筑波法政一四号三一九頁以下参照。
- (16) ドイツにおいては普通契約約款において、報酬と付保を考慮して五〇万マルクを超える賠償義務を負うことが予想されている(宇佐美・前掲注(7)八〇頁)。アメリカ

カにおいて公認会計士の損害賠償責任の制限を図ろうとする動きについては、伊東敏「米国における訴訟の現状と損害賠償責任制度改革の行方」JICPAジャーナル四五五号一四頁以下。

アメリカにおいては、カリフォルニア、ハワイ、マサチューセッツ、ペンシルバニア、バーモントを除く四五州で有限責任パートナーシップ(Limited liability partnership, LLP)を認めるに至っており、公認会計士にLLPを用いることを認める立法がなされている。

これによって公認会計士の個人資産に対する追及が回避されることになる。たとえば、ニューヨークにおける新しい有限会社法(Limited Liability Company Law)は、New York Law Journalの一九九四年七月一三日号および同一四日号に紹介されているが、公認会計士、弁護士、医師等のプロフェSSIONナルによる利用が予想される。イリノイでも同趣旨の立法がされたが、弁護士には適用されないようである(Crain's Chicago Business, Aug. 8, 1994, P. 7)。(やなが・まろお)