

安田火災記念財団叢書 No.44

専門家の民事責任

専門家責任研究会編

平成6年10月

法人 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

法團 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つた。

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つてきいた。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つてゐる。近時、諸外国でも、専門家の責任が問題とされつゝあり、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して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ふべきものである。もつとも、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。

この研究に当たつては、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つた。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

<p>第一章 問題の提起</p> <p>一 はじめに 1</p> <p>二 専門家の民事責任とは 1</p> <p>三 具体的検討 1</p>	<p>川井 健</p>
<p>第二章 専門家の責任——その理論的枠組みの提案</p>	
<p>一 序 4</p> <p>二 専門家の特徴 4</p> <p>三 専門家と依頼者・顧客との関係 4</p> <p>四 専門家責任の特徴 5</p> <p>五 まとめ 6</p>	<p>能見善久</p>
<p>第三章 医師の責任からみた専門家責任</p>	
<p>一 はじめに 13</p> <p>二 プロフェッショナルとしての医師 13</p> <p>三 医師の責任 14</p> <p>四 注意義務の評価基準 15</p> <p>五 医師の責任からみた弁護士の責任 16</p> <p>六 医師の責任からみた建築家の責任 17</p> <p>七 おりに 18</p>	<p>平沼高明</p>

第四章 比較法

<p>(1) アメリカ</p>		<p>弥永真生</p>
<p>一 専門家の責任の特質 21</p> <p>二 ネグリジエンス責任 21</p> <p>三 立証上の問題 22</p> <p>四 保証責任、不実表示と厳格責任 23</p> <p>五 信任義務違反 24</p> <p>六 免責・責任制限条項 24</p> <p>七 責任を負う対象 25</p>	<p>川井 健</p>	
<p>(2) ドイツ</p>		<p>浦川道太郎</p>
<p>一 専門家の責任とその特徴 31</p> <p>二 弁護士の責任 35</p> <p>三 建築家の責任 38</p>	<p>鎌田 薫</p>	<p>弥永真生</p>
<p>(3) フランス</p>		<p>浦川道太郎</p>
<p>一 専門家の責任の意義と特質 31</p> <p>二 公証人の責任 35</p> <p>三 弁護士の責任 38</p> <p>四 建築者の責任 43</p> <p>五 むすび 47</p>	<p>鎌田 薫</p>	<p>弥永真生</p>
<p>第五章 役務提供者責任に関するECC指令案</p>		<p>浦川道太郎</p>
<p>一 はじめに 53</p> <p>二 役務提供者責任に関するECC指令案 53</p>	<p>浦川道太郎</p>	<p>浦川道太郎</p>

第六章	わが国における専門家責任の実情	鎌田 薫	59 56
一	はじめに		
二	裁判例等の動向		
三	学説の状況と理論的な課題		
四	むすび		
第七章	弁護士の専門家責任	小林秀之	
一	はじめに		
二	わが国の学説の状況		
三	わが国の裁判例の状況		
四	今後の方向性		
第八章	建築家の専門家責任	森島昭夫	
一	建築家の専門性		
二	注文主に対する責任		
三	第三者に対する責任		
四	まとめ		
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		
二	専門家の契約責任に関する理論的基礎		
三	専門家の契約責任の各論的検討		
四	むすび		

第一〇章 専門家責任保険

落合誠一

第一章 総 括	西嶋梅治	
一	はじめに	
二	会社役員の専門家性	
三	総括（その骨子）	
四	公認会計士の責任	
一	証券取引法上の責任	
二	商法特例法上の責任	
三	民法上の責任	
四	判例の状況	
五	公認会計士の責任の問題点	

付録

一	はじめに	
二	会社役員の専門家性	
三	総括（その骨子）	
四	公認会計士の責任	
一	証券取引法上の責任	
二	商法特例法上の責任	
三	民法上の責任	
四	判例の状況	
五	公認会計士の責任の問題点	

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つた。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（平成六年一〇月一〇日、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。

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、「一士」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（プロフェッショナル）に従事する者をいう（¹）。

その職業は、いわゆる自由業（der freie Beruf）に属する。西嶋梅治教授によると、プロフェッショナルとは「科学または高度の知識にづけられ、それ自身一定の基礎知識をもつた特殊の技能を、特殊な教育または訓練によつて習得し、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な要求に応じて具体的活動を行ない、よつ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（²）。

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つて習得した特殊の技能を活用するのであるから、それ相当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つ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てこなかつた各種専門家のうち、実行型なし請負型ともいる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るべき弁護士の責任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。

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。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つ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つたり、処理が適切でなかつ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かということが検討されなければならない。また、ひとくちに専門家といつても、多種多様な専門家がいて、そのすべて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。すで述べたように、専門家のなかで最もタイプを異な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かる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 具體的檢討

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

いえない現状において、弁護士の責任や建築家の責任に関する本書の研究につき、各方面からのご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う。

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

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（鎌田薰）、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）、の諸問題を検討し、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

卷之三

(Bundesrechtsanwaltskammer) の Gellner 事務監査、 ハーベンゲンの弁護士 Dr. Konrad

im Schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Schlußthesis, 1981, Wegmann, Paul, Handbuch über die Berufspflichten des

氏、ゲッティンゲン大学のProf. Dr. Erwin Deutch先生等から、我々はおける専門家の責任（Befruchtung）」、このわけ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。

Nouale, Hugo, *Anwaltschaftshaftung*, Orac Stadt, 1990, Graf, Ferdinand, *Architektenrecht von A = Z*, Beck, 1991, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, d'Orsi, Vincenzo, *La responsabilidad civil del profesionalista*, 1981, Marenoyozuquierdo, La sada, 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、連邦弁護士会

第一 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

「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と思われる。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合わせることから出発し、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・信認を裏切る「忠実義務違反型」があるようと思う(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遂行できなかつた場合には、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

専門家といつても弁護士、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るので、その特徴をあげるのは困難であるが、ジャクソンとパウェ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

一序

二 専門家の特徴

これをもとに、専門家の法的責任を論じるさいに重要な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ということは、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・技能が十分でなかつ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つ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・注意義務が客觀化される。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）（4）。

第二に、知的判断が中心的となることは、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、高い職業的倫理、信認的関係は、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ぬのは、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）を認めかが争われている（5）。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のメリットは契約上の免責特約を排除する点にあつた。しかしながら、一九八〇年代に入つて、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（6）。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つて、不法行為法によつ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いかろうか。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ろうか。いざれにせよ、本稿では専門家の契約責任を中心と考える。

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ふことができる。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つていないのであろうか。「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ふことができる。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つていないのであろうか。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

す債務」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もので、「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」と異なるのではないか。専門家の提供するサービスが非定型的であるのではなくだろうか。専門家の提供が異なる専門家のサービス（「非定型的サービス」）と異なる専門家のサービス（「非定型的サービス」）との間には、専門家に広い裁量権が与えられることが最も無関係ではない。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、専門家の責任を問題とする意義があるようと思われる。

四 専門家責任の特徴

一 信 賴

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ろう。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。

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、が問題となる。

二 高度注意義務と忠実義務

今までの検討のなかから、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と思われる。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ない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

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学上使われる「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「fiduciary」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）。

専門家は、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

概念がないが、英米法上の*fiduciary* に相当するものである）。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ない。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れるであろう、という信頼があるのである。

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*fiduciary* に相当するものである。わが国には、この二種類の義務が依頼者の利益のために、適切に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、この二種類の義務が浮かんでくるようと思われる。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ない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

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こう。

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つている。たとえば、建築士では忠実義務的要素は少なく、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しなかつたという形で生じることはきわめて少なく、ほとんどが技術的なミスを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）。これに対しても、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（弁護士法第一条二項）、弁護士活動の重要な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つたことが責任の根拠である。客観的基準による責任な専門家の能力・技能しか発揮しなかつたために損害を与えたときには、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

う（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つたなど）があつた場合には、専門家としての能力が問題となつていては、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、専門家が特別の能力を知らなかつた場合には、専門家の特別の能力・技能が問題なのであり、忠実義務違反型として責任を問いつける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・技能を有していて、その能力を一〇〇%発揮すれば損害を与えなくてすんだが、それをしないで平均的な専門家の能力・技能しか発揮しない。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

するも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つた。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つていて、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、依頼者が専門家の特別の能力・技能には理由なくその特別の能力・技能を用いなかつたときは、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るべきだからである。

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⁽⁸⁾、それ以上の議論の展開があまりない⁽⁹⁾。しかし、ここでは、高度注意義務違反型ではなく、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と提案したい。誠実義務なし忠実義務を中心とした責任については、すでに加藤新太郎裁判官によつて弁護士の責任に関する主張されている。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方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
依頼者から信認を受けている専

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つてはならない。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⁽¹⁰⁾。たとえば、医師が白血病患者の治療にあたつて、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⁽¹¹⁾。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

依頼者から信認されていた専門家に信頼を裏切るような行為があつた場合にも、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こう。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⁽¹²⁾、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いい。

たとえば、輸血のさいの血液型

られ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つ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つた場合には、それだけで損害賠償の請求ができるとすべきである⁽¹³⁾。また、患者が症状を訴えていた場合に、それが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ないか⁽¹⁴⁾。

法律の専門家である弁護士についても、控訴期間超過のような單純なミスは、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⁽¹⁵⁾。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つて裁量権を行使しなければならない。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、依頼者の意図にそつ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ろう。

弁護士の和解等においても、依頼者の望んでいたこととかけ離れていた場合には、裁量権の不適切

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いても、依頼者の望んでいたこ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⁽¹⁶⁾。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つたことが問題なのではなく⁽¹⁷⁾、依頼者の利益を図らず安易な妥協の道を選択したことの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ろうか。また、控訴申立に関する特別授権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つたことは、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⁽¹⁸⁾。

(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ない。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る患者は、医師に説明義務違反の責任を問う。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っ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うべきである。

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による責任追索を認めたのは、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すべき問題がある。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超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ない。もし、裁判に勝つことに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ない。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しの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⁽¹⁹⁾、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例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⁽²⁰⁾。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

なくと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(21)。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(22)。また、弁護士の各種の期間超過によつ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(23)。

第一に、慰謝料を利用する方法が裁判で勝訴する場合には、証拠優越の原則ではなく、請求額が單純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(23)。損害があつたことの証明にならぬ(勝訴の可能性が五〇%しかない)。忠実義務違反の場合の損害賠償を認める場合には、証拠優越の原則ではまだ損害があつ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、エクイティ法が原状回復を原則とする

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(24)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(25)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(24)。わが国の議論としては、

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(24)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(25)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(24)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(25)。わが国の議論としては、

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(24)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(25)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(24)。わが国の議論としては、忠実義務違反型であるといふだけでも損害の証明をまったく不要とする(25)。わが国の議論としては、

的損害の額を慰謝料算定の要素の一つとしていると思われるが、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つたことはいいにないので、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。⁽²⁵⁾

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

に応じ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、それと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が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。⁽²⁶⁾ 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つた。一つの視点を提供するにどまるものであるが、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、本稿によつてその責

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。

(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

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つて、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fiduciary duty・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.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(1)七七頁。

(4) 医療水準に関しては、病院の規模等によつて格差があり、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」判タ六八六号七〇

頁。

(5) Jackson & Powell, p. 11.

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

1985, p. 198.

(7) Dungdale & Stanton, Professional Negligence, 2nd ed. (1989), para. 1.15 para. 14.01 et seq. も、意図的に依頼人の利益に反する行為をすることはfiduciary

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（八幡製鐵政治獻金事件）。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、そもそも政治獻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關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」をとりあげてゐることについては、前掲注(2)で触れたところである。なお、赤堀光子「取締役の忠実義務(1)～(4)」法協八五卷一号～四号。

(10) 四宮和夫・信託法〔新版〕二

111回頁によれば、信託受託者が負う忠実義務に関しては、受益者の同意があつても免責されないと解するも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) 新美育文「癌患者の死亡と医師の責任——『期待権侵害』理論の検討」ジユリ七八七号七八頁、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・一一二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步的な、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、あつ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つ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・一一・一四判時一二三四号九一頁。「丁申は、延命の可能性が全くなかつたといふわけでもないのに、九か月近く下痢止めの投薬を受けたのみで、膀胱に対する治療は何ら受けたる」

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亡甲の期待を裏切つたものとして、精神的損害賠償の対象となるしなければならぬ。……甲の被つ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である。

(15) 東京地判昭四六・六・一九判時六四五号八九頁。ただし、横浜地判昭六〇・一・一三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つ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つた点で「技能不足型」の位置付けをする。

(18) 東京地判昭四六・六・一九判時六四五号八九頁。

(19) 東京地判平四・一一・七判時増刊平成四年四月一五日号、判タ七八二号六五頁。

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) ハルムの議論よりシドニーバンノウ、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 833は、人身事故において加害者から六万ドルの損害賠償を訴訟で勝ち取つた原告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デベロッパーに対する抵当貸付に投資することになった。しかし、貸付先のPデベロッパーが倒産。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。

(26) 英米でも、忠実義務違反による損害賠償の問題は、あまり議論されていなかったが、最近注目を浴びてこらんところでは、Gunnnow, Compensation for Breach of Fiduciary Duty, in : Youdan (ed.), *Equity, Fiduciaries and Trusts*.

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かと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、あまり議論されていなかったが、最近注目を浴びてこらんところでは、Gunnnow, Compensation for Breach of Fiduciary Duty, in : Youdan (ed.), *Equity, Fiduciaries and Trusts*。
なお、脱稿後、契約の領域における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。

(のりみ・よしお)

第三章 医師の責任からみた専門家責任

弁護士 平沼高明

て検討してみたい（1）。

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ナルであることも異論がない。

医師の責任を考えるにあたつて、プロフェッショナルとしての医師の責任に焦点を絞つて検討することとする。

プロフェッショナル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ナルと異なるのか、他のプロフェッショナル、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

二 プロフェッショナルとしての医師

医師は聖職者・弁護士とともに古典的プロフェッショナルであるとされる。プロフェッショナル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。

資本主義社会が、とかく當利追求定義を第一とするときに、ブランドイングのいう「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）になるとるべきであるとの考え方も強くなっている。

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ナル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、プロフェッショナル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ナルの多く存在する社会は理想的な社会である。

プロフェッショナルとしての医師は、プロフェッショナル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ナル（5）といわれる。

アメリカ医師協会（AMA）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つており、クリントン政権の重要なタスクにもなつている。

プロフェッショナルは、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つ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(6)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ナルに波及するものを含んでいると考へる。アメリカの医師が、本来のプロフェッショナル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ナルは、個人と個人の関係であつたが、医師の場合、医療費の支払が政府、ビジネス、保険会社、労働組合によつ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ナルとしての性格も微妙である。

三 医師の責任

プロフェッショナル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つ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つて、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明確な方式があるはずであるとの医学に対する理解の不十分なものが多い(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つたり、細心の注意をすれば薬物シヨツ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どいうのか「自然」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、防御的医療(Defensive medicine)」な

いし萎縮的医療をもたらす、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・経験によつて開発された特殊な能力を前提とするものであつて、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・ネグリジエンスにおいて、「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エンス

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エ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、厳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つたことと、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があげられる(13)。

共同社会にとつて、プロフェッショナルの必要性が意識されるところでは、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なるであろう。

わが国における、従来の研究の

多くのものが、プロフェッショナル裁判決のいわゆる「最善の注意義務」をキーワード化して用いる。医師の責任の特異性にすぎず、医師の責任の特異性について、なかなかよくプロフェッショナル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。¹⁴⁾

プロフェッショナル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¹⁵⁾。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いか。

プロフェッショナルの愛他性を促進するような配慮も必要である。世の中は「ギブ・アンド・テイク」であつて、何かをしてもらうことに対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)」¹⁶⁾の精神は、隣人愛を医師に求

める一方、医師に対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ナル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ろう。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ろう。適当な釣り合い感覚は、病院と医師が働く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すぎぬものをネグリジェンスとして問責してはならない」¹⁷⁾。

伝統的なプロフェッショナルには、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ナルの予期しなかつた、新しい問題が提起されるに至ったのである。

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、本稿ではふれないと、前述したプロフェッショナルとしての医師の責任を考えるうえで、その要件とはなるが、その本質は変わらないものと考える。

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從事する者は、その業務の

性質に照らし、危険防止のため必要なことを要求されるが（最高裁昭和三一年（オ）第一〇六五号同三六年二月一六日第一小法庭判決・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庭判決・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い」というべきである。（最高

裁判所の注意義務について、「最善の注意義務」が、後日、独り歩きを開始し（18）、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。

プロフェッショナルの責任は、プロフェッショナルの意義、すなわ

ち、市民社会に対してプロフェッセス（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ッセスしたメンバーの質の保証に対応するものである。

通常、プロフェッショナルの団体は、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、プロフェッショナル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、プロフェッショナル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っても、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、プロフェッショナルとしての、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、専門家によっ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、裁判所といえども、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⁾。医療水準が那辺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ってこそ、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・ネグリジエンスには、プロフェッショナルな慣行的プロクテイスがネグリジエンス判定の基準

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知的能力の存在、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など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。

プロフェッショナルのネグリジョンにおいて、例外として比較的非専門的な行為、たとえば、湯タントンボの温度による火傷、包帯の巻き方、スポンジ・ケースは、常識（Common knowledge）の法理によるところである。

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。その根柢として、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。

五 医師の責任からみた弁護士の責任

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）。

プロフェッショナル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。

専門家の裁決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。

専門性を論ずるまでもない行為は、専門家の責任として特に論ずる必要はないからである。

る必要があることと、過去の訴訟の再検査を必要とするなど、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つて、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な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」と述べている。

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ふべきであるとしている。

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つたとしても、それが訴訟における正当法性を阻却されるものと解すべきことはいうまでもないが、されど、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。」

きである。したがつて、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譽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つたとしても、それが訴訟における正当法性を阻却されるものと解すべきことはいうまでもないが、されど、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。」

「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つたとしても、それが訴訟における正当法性を阻却されるものと解すべきであり、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。」

プロフェッショナルの定義的重要性の一つに、愛他的、社会全体に奉仕することがあるが、弁護士の場合、當利を目的とするのではなく公共の利益の促進を目指とすること、「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つ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つたとしても、それが訴訟における正当法性を阻却されるものと解すべきことはいうまでもないが、されど、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。」

プロフェッショナルの定義的重要性の一つに、愛他的、社会全体に奉仕することがあるが、弁護士の場合、當利を目的とするのではなく公共の利益の促進を目指とすること、「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つ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つたとしても、それが訴訟における正当法性を阻却されるものと解すべきことはいうまでもないが、されど、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。」

プロフェッショナルの定義的重要性の一つに、愛他的、社会全体に奉仕することがあるが、弁護士の場合、當利を目的とするのではなく公共の利益の促進を目指とすること、「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つ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つたとしても、それが訴訟における正当法性を阻却されるものと解すべきことはいうまでもないが、されど、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。」

プロフェッショナルの定義的重要性の一つに、愛他的、社会全体に奉仕することがあるが、弁護士の場合、當利を目的とするのではなく公共の利益の促進を目指とすること、「社会的正義の実現」

六 医師の責任からみた建築家の責任

一 プロフェッショナルとしての建築家

医師、弁護士が古典的三大职业（アーチテクチャ）に属するのにに対して、建築士は即プロフェッショナルとはいえず、建築士のなかのある者は——ここでは建築家といおう——がプロフェッショナル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つて、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

(33)。

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、設計も図面を媒体として設計者企図を表現するものである (33)。

建築家がプロフェッショナルであるとされるのは、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」とすることを強調している。

同要綱は、その業務について、

「血肉の良心と信念に基づいて行なう一身専属的で創造的な行為で

あり、當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ナル性を明確にしている (34)。

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)」が基準となる

(35)。

建築家は、設計の完全性 (perfect plan) 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療を保障しないのと同様であつて、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 (36)。

判決例 (37) 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

本稿は医師の責任を考えるにあたって、「プロフェッショナル性」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つた、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 (38)。

権威主義的でパトナー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い。それに伴い、医師のプロフェッショナルとしての地位も崩れつつある」とは

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

前述したとおりである。

しかしながら、医師がプロフェショ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っている。

「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ががらの反映ではあるが、それらに従うべき理由は双方で根本的に異なる。信頼と尊厳は道徳によつて支配された関係には芽生えりが、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らうとも、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、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ー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)、いざこの視点からとらえるときにも、医師のプロフェッショナリズムをネグレクトして考察すべきではないと考える。

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

(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

頁(第一章二頁)。

(2) 西嶋梅治「プロフェッショナル・ライアビリティ・イン・ショナル・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・アーリカのプロフェッショナル(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

・近代ドイツの専門職(一九九三年、晁陽堂)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」工号では、「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

(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. ABAJ. 68 (1993); 山田卓生「医療事故責任の厳格化と波及効果」判タ十四五〇号二五頁。

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

(12) 平林勝政「プロフェッショナル・ネグリジョ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2)」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(1)」NBL五四四号五一頁(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、専門家の重要な部分を見落としているのではないかと指摘する。

(15) 弥永・前掲注(1)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「よきサマリア人法」法学セミナー四六九号一〇九頁、リバーマン・訴訟社会(保險毎日新聞社、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トとの責任の問題」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) 番柳達雄「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」賠償医学一五号四卷。
- (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って、職場の流動モデルを紹介しているが、プロフェッショナル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五四一号三四頁（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い誰の目にも過失が明らかである。弁護士の義務の内容が争もので、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) 望月礼一郎・英米法〔改訂版〕一七一頁。
- (27) 大阪地判昭五八・九・一六判時一三八号一〇六頁。
- (28) 大阪地判昭六〇・二・一六判時一六一号七三頁。
- (29) Robert H. Aronson. & Donald T. Weckstein, Professional Responsibility 10 (1990).
- (30) 京都地判昭六〇・一・一八判時一六六号一二七頁。
- (31) 大森文彦「建築設計の法律空間」東洋法学三二巻一・二月合併号一九頁。
- (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) 花立文子「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ナルの法律的責任」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) Lena 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)プロフェッショナルの契約、(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)契約対立者の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。コミュニティのあり方をもう一度考えるべき」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る(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じまない面を有する。そこで、専門家の責任をめぐつては、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つていて、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、信任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)によって画されれるが、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

び実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も広範であること、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)が多い。これは、契約責任が契約違反時に評価する場合には、それが実現されない場合に、それが実現されない場合には、契約違反を追及できる

(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て、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ふ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、過失によつて、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、明示的な契約について、病気を治すことを約束した場合に、それが実現されない場合には、契約違反を追及できる

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つて、専門家は非専門家よりも高い技術をもつてサービスを提供する義務を負う（リストメント二九九A条のコメントc）⁽⁶⁾。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なるときの注意義務のレベルは、基本的に、合理的に慎重な人（reasonably prudent person）が同様または類似の状況の下で、払つたであろう注意の程度である（7）。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つて、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にのみ、「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

使しなければならない（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、その職業人のな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）。

ただし、平均的な専門家である同業者が払うであろう注意の程度が水準とされるという見解もある（12）。

もちろん、知識や技能の局面上においては、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ゐる程度の判断水準であれば十分である（14）。すなはち、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ふ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証責任を負う（17）。

しばしば、この注意義務に関しては、地域性（locality limitation）といふことがいわれる。すなはち、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ゐ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ゐ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（locality）において同種の活動をしていきあたり、行為者が、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ゐ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ゐる（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って立証されることは、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、証人等は専門家であり、注意義務の水準についての判断は事实上専門家によっ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(22)。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、証人等をみつけることは困難であると指摘されている(23)。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、ある実務者が「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」、「最低限の許容す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。すべての許容され実務を証人等が知っていると考えることは非現実的である。

四 保証責任、不実表示と厳格責任

アリヤ、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(24)。

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。

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つた。

きた(29)。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つて(30)、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つたこと(31)、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

しかし近年、厳格責任を専門家に負わせる」とが学説においてのみならず⁽³³⁾、判例においても検討されていふ。医師の責任に関して、広く行なわれてゐる実務に従つてはいるといふ抗弁を受け入れずに医師のネグリジェンス責任を認めたHelling v. Carey (83 Wash. 2d 514, 519 P.2d 981 (1974)) の補足意見^{（おもに）res ipsa loquitur}を

(32)、無過失責任を認める」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
てある。Silverhart v. Mount

みつたClark v. Gibbons (58 Cal. Rptr. 125,426 P2d 525(1967)) によればトブリナー (Tobriner) 判事の補足意見は、厳格責任構成を支持している。⁽³⁴⁾ 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 NEGLIGENCEがあるたという汚名をさせないですむことがあげられてゐる。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。⁽³⁵⁾ また、医師に保証責任を問うんじができる場合は少ないと考えられるが⁽³⁶⁾、医師や歯科医師が保証責任を負うことが可能である」とは判例法上認められてゐる。⁽³⁷⁾ 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⁽³⁸⁾。わいふる、たとえば治療方法について有効な同意を得てない場合等、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⁽³⁹⁾。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。⁽⁴⁰⁾ 建築家につけても、厳格責任を負わせるべくであるという学説があり⁽⁴¹⁾、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⁽⁴²⁾。他方、默示の担保責任の適用はないと考えられているが⁽⁴³⁾、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⁽⁴⁴⁾。

弁護士については、默示の担保責任が生ずる可能性を傍論として示したのとし⁽⁴⁵⁾、Brovies v. Brown Engineering Co., 275 Ala. 35,151 So. 2d 767(1963)があらゆる領域では默示の担保責任は認められない⁽⁴⁶⁾。なお、詐欺 (fraud) に基づく責任を負う場合がある⁽⁴⁷⁾。

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^{(48) (49)}。また、監査証明を行なった会計士は、默示の担保責任を問われる可能性がある⁽⁵⁰⁾。

る」とができる場合がある⁽⁵¹⁾。

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るというのが通常である。

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⁽⁵²⁾、裁判所は医療過誤について、その有効性を否定している⁽⁵³⁾。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のを禁じていた

その義務違反に対する対応では、顧客は、認められたところ多く⁽⁵⁴⁾、信託関係 (fiduciary relationship; confidential relationship) が認められることが多い⁽⁵⁵⁾。この信託義務違反に対する対応では、顧客は、その義務違反によって専門家が得た利益の返還を求めることができる（DR-102）。会計士に関しては、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、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

、第三者的な損害の範囲では有効性は認められないのが原則であるが⁽⁵⁶⁾、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⁽⁵⁷⁾。なお、DOC-1

一七一九条は、最低限の適切な救済が与えられるかあり、買主に与えられる救済 (remedies) を契約により制限すないことを認めている。そして、たゞくは結果損害 (consequential damages) については売主は責任を負わないとする条項も認められ、保証違反 (breach of contract warranty) やおよびネグリジンスに基づいて請求し、その契約における責任制限条項が適用される (註)。

七 責任を負う対象

詐欺 (fraud) が認められる場合を除いては、専門家の過誤により依頼人以外の第三者に損害が生じた場合にも、契約関係 (privy relationship) の認められないから、その第三者に対し、その専門家はネグリジエンス責任を負わないとするのが確立した先例であった (註)。これは、責任を負う対象を限定するより、専門家の責任が過大になることを防ぐ

ためである。

しかし、契約関係理論は廃棄されてしまうこととなる。

(2) Catala & J. A. Weir, *Delict and Torts: A Study in Parallel*, 37 TULANE L. REV. 580 (1963).

(3) Rosser, W. L., *The Border*

beneficiary test (註) 及び *foreseeable test* (註) が判例法上採用された場合があり、一九二一年証券法、一九三四年証券取引法等は、

契約関係理論を *foreseeable test* ではなく、*reliance test* を採用してくる。多くの州で、建築家や技術者についても契約関係理論が放棄されてしまう (註)。また、詐欺 (fraud) が認められる場合には第三者は対しても責任を負うほか

(3) 重過失により不実表示をなした場合には詐欺が推定されるという擬制的詐欺 (constructive fraud) の法理の適用がある場合にば、第三者に対する責任を負う (註)。

(4) Kozan v. Comstock, 270 F.

2d 839 (1959, 5th Cir.); Sullivan v. O'Connor, 363 Mass. 579, 296 N.E. 2d 183 (1973); Note, *Express Contracts to Cure: The Nature of Contractual Malpractice*, 50 INDIANA L. J. 361 (1975).

(5) Curran, W. J., *Professional Negligence—Some General Components*, 12 VANDERBILT L. REV. 533 (1959).

は、その領域を特に専門とする者が通常有している技術と知識を有しなければならない (Prosser AND KEETON ON THE LAW OF TORTS, 5th ed., 187 (1984); Rayburn v. Day, 126 Or. 1356, 268 P. 1002, 59 A.L.R. 1062 (1928); Adkins v. Roppe, 105 Ind. App. 311, 14 N.E.2d 727 (1938); Rule v. Chesseman, 181 Kan. 957, 317 P.2d 472 (1957); Baker v. Story, 621 S.W.2d 639 (1981, Tex. Civ. App.); Sallis v. United States, 502 F. Supp. 989 (1981, M.D.Pa.);弁護士 (註) Neel v. Magana, Olney, Levy, Catcart & Gelfand, 6 Cal. 3d 176, 98 Cal. Rptr. 837, 491 P.2d 421, 428 (1971); Wright v. Williams, 47 Cal. App. 3d 802, 121 Cal. Rptr. 194 (1975); Rodriguez v. Horton (1980, App.) 95 N.M. 356, 359, 622 P.2d 261, 264)。ただし、専門家への最低限の劣る技能しか有していないと表示した者は、有していないと表示した技能を行使すればならぬ (Higgins v. McCabe 126 Mass. 13 (1878); 整形療法医 Josselyn v. Dearborn, 143 Me. 328, 62 A.2d 174 (1948); Cummins v. Donley, 173 Kan. 463, 249 P.2d 695 (1952)。ラバーベルト (註) 199 A.2d 695 (1964) の

ふるふ) 一九九A条のローマンアルファ文字は、その領域を特に専門とする者が通常有している技術と知識を有しなければならない (Prosser AND KEETON ON THE LAW OF TORTS, 5th ed., 187 (1984); Rayburn v. Day, 126 Or. 1356, 268 P. 1002, 59 A.L.R. 1062 (1928); Adkins v. Roppe, 105 Ind. App. 311, 14 N.E.2d 727 (1938); Rule v. Chesseman, 181 Kan. 957, 317 P.2d 472 (1957); Baker v. Story, 621 S.W.2d 639 (1981, Tex. Civ. App.); Sallis v. United States, 502 F. Supp. 989 (1981, M.D.Pa.);弁護士 (註) Neel v. Magana, Olney, Levy, Catcart & Gelfand, 6 Cal. 3d 176, 98 Cal. Rptr. 837, 491 P.2d 421, 428 (1971); Wright v. Williams, 47 Cal. App. 3d 802, 121 Cal. Rptr. 194 (1975); Rodriguez v. Horton (1980, App.) 95 N.M. 356, 359, 622 P.2d 261, 264)。ただし、専門家への最低限の劣る技能しか有していないと表示した者は、有していないと表示した技能を行使すればならぬ (Higgins v. McCabe 126 Mass. 13 (1878); 整形療法医 Josselyn v. Dearborn, 143 Me. 328, 62 A.2d 174 (1948); Cummins v. Donley, 173 Kan. 463, 249 P.2d 695 (1952)。ラバーベルト (註) 199 A.2d 695 (1964) の

コメントd参照。

- (¹⁷) Morrison v. MacNamara (1979, Dist Col. App.), 407 A.2d 555; 57 A. AM. JUR. 2d NEGLIGENCE §190.

(¹⁸) PROSSER, *op. cit.*, 185.

(¹⁹) Morrison v. MacNamara (1979, Dist Col. App.) 407 A.2d 555; Gantt 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) 422 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. C. 453, 256 S.E.2d 806 (1979); WADE, PROFESSIONAL NEGLIGENCE (ROADY, T. & W. ANDERSEN, EDS.), FOREWORD, vii (1960).

(²⁰) 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).

(²¹) Prosser and Keeton, *op. cit.*,

(12) Note, *The Bases of the*

- Attorney's Liability to his Client
for Malpractice, 37 VIRGINIA L.
 REV. 429 (1951).
 V. PATTERN JURY INSTRUCTIONS –
 Civil 2d 2 : 152 (1974) ザ'弁護
 士の如職的な注意せよ あるべく
 (in good standing) 十分な弁
 護士が扱つたるの注意を基準
 ハシマト 幸運な事いへば要所ニハ
 ツメテ。

(23) Morris, C., *Custom and Neg-
 ligence*, 42 COLUMIA L. REV. 1147,
 1165 (1942); Bohlen, F. H.,
*Some Recent Decisions on Tort
 Liability*, 4 TULANE L. REV. 370,
 379 (1930); もとより 45番+12号
 1136 Tenant's Corp. v Max
 Rothenburg & Co., 36 App. Div.
 2d 804, 319 N.Y.S. 2d 1007 (1971).

(24) Comment, *Professional Neg-
 ligence*, 121 UNIV. OF PENN. L.
 REV., 627, 640 (1973); Epstein, R.
 A., *Medical Malpractice : The
 Case for Contract*, 1976 AMERICAN
 BAR FOUNDATION RESEARCH JOUR-
 NAL, 87, 110.

(25) 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; PROS-
 SER AND KESTON, *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にすぎないことは、一般人の NEGLIGENCE 責任を判断する」とにあたつて用いられるのは「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しなければならない」ということを含んでゐるという見方があり (Curran, *op. cit.*, 538)、また法が「通常の (ordinary)」注意と慎重をとしているのは、平均的な人ではなく、慎重な人のそれらをいつているとして (Green, L., *The Negligence Issue*, 37 YALE L. J., 1029, 1035 n. 19 (1928))、一般人の行動の基準が高むるから兎方もあるが (Raynolds, *The Reasonable Man of Negligence Law : A Health Report on the "Ostacis Creature,"* 23 OKLAHOMA L. REV., 410, 417 (1970))、専門家に適用される基準はつゝては、いのうな批判はあれてゐるが、指摘されることは (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
専門家の陪審にとっては、このテ
ストが実施可能性を有するかと
(Morris, *op. cit.*, 1164; Meltzer,
N., *Helling v. Carey : A Land
mark or Exception in Medical
Malpractice?*, 11 NEW ENGLAND L.
REV. 301, 308 (1975))「専門家」
について厳しきテストを採用すると
専門家のなり手がなくなるであら
べりる (Goodman & Mitchell v.
Walker, 30 Ala. 482, 495
(1857))。過誤論訟が増加するにつ
れて、専門家が不確定的要素を避け、
新しさ問題に手を出さなくな
る可能性があるから、「過誤
(malpractice)」は専門家の名聲
を損なひ、等があげられてくる
(Comment, 121 UNIV. OF PENN. L.
REV., 635)。さて専門家職由
体が厳しき仕事であり、しばしば
過ちを犯すような微妙な判断を要
求するものである点に正当化の根
拠を求めるのがわかる (James F.
Jr., *The Qualities of the Reason-
able Man in Negligence Cases*, 16
MISSOURI L. REV., 15 & n. 87
(1951); Moore, LIABILITY OF
ARTISANS AND TRADESMEN FOR NEG-
LIGENCE, IN PROFESSIONAL NEGLI-
GENCE (Roody, T. & W. ANDERSEN

- (EDS.) 309 (1960))。
 「ふ」専門家の場合ば、やむに専門家についてのあくまでも標準的な者と云う意味で「専門的」と云ふ概念を規範概念として用ひるがであるが、一般人の場合ばは、客観的・規範的な水準があむことなどとのど、「合理的に慎重な人」と云ふ概念を必要とするべし。
- (17) Morrison v. MacNamara (1979, Dist. Col. App.) 407 A.2d 555 ; Taylor v. Beardstown (1986, 4th Dist.), 142 Ill. App. 3d 584, 491 N.E.2d 803 ; Kemmerlin v. Wingate, 274 S.C. 62, 261 S.E. 2d 50 (1981).
- (18) Michael v. Roberts, 91 N. H. 499, 23 A.2d 361 (1941) ; Hoover v. Goss, 2 Wash. 2d 237, 97 P.2d 689 (1940) ; Bowman v. Coursey (1983, La. App. 1st Cir.) 433 So. 2d 251, *writ den* (1983, La.) 440 So. 2d 151 ; Powder Horn Nursery, Inc. v. Soil & Plant Laboratory, Inc. (1978, App.) 119 Ariz. 78, 579 P.2d 582 ; Levine v. Wiss & Co., 97 N.J. 242, 478 A.2d 397 (1984) ; ~~小字~~ Gant v. Boone, Welford, Clark, Langschmidt & Pemberton (1983, MD La) 559 F. Supp

- 1219, *aff'd without op* 742 F.2d 1451^断。弁護士は誤りば、Hutchinson v. Smith, 417 So. 2d 926, 928 (1982, Miss.) ; Sheets v. Letnes, Marshall & Fiedler, Ltd., 311 N.W.2d 175, 180 (1981, N.D.) ; 1 N.Y. PATTERN JURY INSTRUCTIONS-CIVIL 2d 2 : 152 (1974) ば、弁護士の合理的な注釈によるべきの類似弁護士業務を行なうべき地域にあつて (in the locality) しかくも平均的な弁護士が何の状況の下で行使したやあから注意の程度であらうか。
 しかば、現在では弁護士につれては地域性を認め得ることの無理である。コスティーナンスル九十九条のロメハルム「半島豊「アメリカにおける弁護士の依頼人は如何なる職業責任の履行」單々大二二四」。
- (19) Murphy v. Little, 112 Ga. App. 517, 145 S.E. 2d 760 (1965).
 (20) Morrison v. MacNamara (1979, Dist. Col. App.) 407 A.2d 555 ; King v. Williams (1981, SC), 276 S.C. 478, 279 S.E.2d 618 ; May v. Moore (1982, Ala.), 424 So. 2d 596 ; Peterson v. Shields (1983, Tex) 26 Tex. Sup. J. 400, 652 S.W.2d 929 ; Shier v. Feedman, 58 Wis. 2d 269, 206 N.W.2d 166 (1973), *mod and reh den on*
- other grounds
- 58 Wis. 2d 285, 208 NW 2d 328 ; cf. 61 Am. Jur. 2d PHYSICIANS §219. 1 たゞ九月改訂の 覆面はるべく 1 説医はつこく、 Letnes, Marshall & Fiedler, Ltd., 311 N.W.2d 175, 180 (1981, N.D.) ; 1 N.Y. PATTERN JURY INSTRUCTIONS-CIVIL 2d 2 : 152 (1974) ば、弁護士の合理的な注釈によるべきの類似弁護士業務を行なうべき地域にあつて (in the locality) しかくも平均的な弁護士が何の状況の下で行使したやあから注意の程度であらうか。
 しかば、現在では弁護士につれては地域性を認め得ることの無理である。コスティーナンスル九十九条のロメハルム「半島豊「アメリカにおける弁護士の依頼人は如何なる職業責任の履行」單々大二二四」。
- (21) PROSSER AND KEETON, *op. cit.*, 240. たゞべきの証言は必ずしも訴訟における証言ではないが、公衆責任を負わざる個人の責任を認めたものである。Boyce v. Brown, 54 Ariz. 416, 77 P.2d 455 (1938) ; Beane v. Perley, 99 N. H. 309, 109 A.2d 848 (1954) ; Johnson v. Hammond, 47 Ohio App. 3d 125, 547 N.E.2d 1004 (1988) ; Taylor v. Beardstown (1986, 4th Dist.), 142 Ill. App. 3d 584, 491 N.E.2d 803. たゞ弁護士はこのABC Trans. National Transportation, Inc. v. Aeronautics Corporation, Inc., 90 Ill. App. 3d 817, 831, 413 N.E.2d 1299, 1311 (1980) ; Fidler v. Sullivan (1983, 3d Dept) 93 App. Div. 2d 964, 463 N.Y.2d 279. 証言は必ずしもPaxton v. County of Alameda, 119 Cal. App. 2d 393, 259 P.2d 934 (1953) ;

- Covil v. Robert & Co. Associates, 112 Ga. App. 163, 144 S.E.2d 450 (1965); H. Elton Thompson & Assoc., P. C. v. Williams, 164 Ga. App. 571, 298 S.E.2d 539 (1982). たゞ、供給業者の運送の業種や理 解に際のつづり、取扱い技能が欠かすことのない場合には必要ではある (Pension Ben. Guaranty Corp. v. Pincus Verlin, Hahn, Reich & Goldstein Professional Corp. (ED Pa) 42 BR 960, 5 EBC 2355; Bates v. Gambino, 72 N.J. 219, 370 A.2d 10 (1977); Walker v. Southeast Alabama Medical Center, 545 So.2d 769 (1989); Campbell v. Palmer, 20 Conn. App. 544, 568 A.2d 1064 (1990))。
 他方、弁護士は証言は必ずしも証言の範囲を超えていた點でもある (United States v. Simon, CCA Fed. Sec. L. Rep. 1192, 511 (2nd Cir. 1969), *cert denied*; Hochfelder v. Ernst & Ernst, 503 F.2d 1100 (CA 7th, 1974))。
 (22) James, F., Jr. & D. K. Siger son, *Particularizing the Standards of Conduct in Negligence Trials*, 5 VANDERBILT L. REV. 697, 710 (1952).
 (23) Curran, *op. cit.*, 539.
 (24) Curran, *op. cit.*, 540.
 (25) 国語の「マナックス」 Manax v.

- The Necessity of Fault*, 58 Iowa L. Rev. 1221 (1973); 呼び出された「アカントントの責任」についての論述。
- (42) Comment, *Architect Tort Liability in Preparation of Plans and Specifications*, 5 CALIFORNIA L. REV. 1361 (1967)。
- (43) Schipper v. Levitt & Sons, Inc., 44 N. J. 70, 207 A.2d 314 (1965).
- (44) Audlane Lumber & Builders Supply v. Britt, 168 So. 2d 333, 335 (Fla. Dist. App. 1964); Dooley, J. A., 2 MODERN TORT LAW 466 (1977).
- (45) Note, *Liability of Design Professionals—The Necessity of Fault*, 58 Iowa L. Rev. 1233 (1973).
- (46) Vandall, *op. cit.*, 50.
- (47) McKinnon v. Tibbets (1982, Me) 440 A.2d 1028, 1030.
- (48) Bonhiver v. Graff, 311 Minn. 371, 248 N.W.2d 291, 92 A.L.R.3d (1976).
- (49) Harper, F. V., & M. C. McNeely, *A Synthesis of the Law of Misrepresentation*, 22 MINNESOTA L. REV. 939 (1938); Rouse, C. P., *Legal Liability — the Public Accountant*, 23
- KENTUCKY L. REV. 1 (1934); Note, *The Accountant's Liability For What and to Whom*, 36 Iowa L. Rev. 319 (1951).
- (50) 1 次の専門家と顧客（建築）との間で、建築物の構造設計（construction trust）を認めたとするべきは多數存在する。弁護士による「Paxweve Aircraft Co. v. Greenwood, 61 Cal. App. 2d 21, 141 P.2d 933 (1943); Terry v. Bender, 143 Cal. App. 2d 198, 300 P.2d 119 (1956); 裁判所のHammonds v. Aetna Casualty & Surety Co., 237 F. Supp. 96 (D.C. N.D. Ohio, 1965), motion den 243 F. Supp. 793; Ostertag v. Donovan, 65 N.M. 6, 331 P.2d 355 (1958); Hewett v. Bullard, 258 N.C. 347, 128 S.E.2d 411 (1962); Wade v. Thomasville Orthopedic Clinic, Inc., 167 Ga. App. 278, 306 S.E.2d 366 (1983); 「弁護士によるFirestone v. Galbreath (1990, Ohio) 147 F. Supp. 1556.
- (51) 「弁護士によるMallen, R. E. & J. M. Smith, I. LEGAL PRACTICE 908-911 (3rd ed. 1989)。」
- (52) R. A., *Medical Malpractice: The Case for Contract*, 1976 AMERICAN BAR FOUNDATION RESEARCH JOURNAL 87,105.
- (53) Tunkl v. Regents of Univ. of California, 60 Cal. 2d 92, 98-100, 383 P.2d 441, 445-456 (1963); Porubiansky v. Emory Univ., 156 Ga. App. 602, 275 S.E.2d 163 (1980), *affid* 248 Ga. 391 (1981); 61 AMERICAN JURISPRUDENCE, 2d, PHYSICIANS, SURGEONS & OTHER HEALERS §107 (1972).
- (54) Windal, F. W. & R. N. CORLEY, THE ACCOUNTING PROFESSIONAL 205-206, 209 (1980).
- (55) C. I. T. Financial Corp. v. Glover, 224 F.2d 44 (1955); MacNerland v. Barnes, 129 Ga. App. 367, 199 S.E.2d (1973).
- (56) Island Creek Coal Co. v. Lake Shore, Inc., 832 F.2d 274 (4th Cir., 1987); Long Island Lighting Co. v. Transamerica Delaval Inc., 646 F. Supp 1442 (S. D. N. Y. 1986); Kearney & Trecker Corp. v. Master Engraving Co., 107 N.J. 584, 527 A.2d 429 (1987).
- (57) Seaver v. Ransom, 224 N.Y. 233, 120 N.E. 639; 2 A.L.R. 1187; 「弁護士によるFlaherty v. Weinberg, 303 Md. 116, 492 A. 2d 618 (1985)。(注) 平均的な詐欺 (fraud) 及び通謀 (collusion) が契約関係理論を適用

やるやうじを前提とする); 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) (駕
遺者のケース) および手島豊「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(一)」龍谷法学二一巻一号(一九
八八年)一四頁以下に掲げられた
判例参照。

(61) 第三回
Shepard, 233 N. Y. 236,135 N.E. 275 (1922); Rusch Factors, Inc. v. Levin, 284 F. Supp. 85 (D. R. I. 1968); International Mortgagee Co. v. John P. Butler Accountancy Corp., 177 Cal. App. 3d 806, 223 Cal. Rptr. 218 (1986) 等、多教存在するが、余社に対する手配見可能となる範囲については移り変わつてゐる（とりわけリスティメントヘルム五五）一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。遷はつゝも JONATHAN, R. H. H. POCKSON, ACCOUNTANTS' PROFESSIONAL NEGLIGENCE 116-117 (1982)。医師はつゝも、薬を与へねわらに運転を控えるように指示しなかつた事案に關して、交通事故の被害者に対する責任を認めた判例はかなり存在する。たとえ

第四章 比較法(2)——ドイツ

早稲田大学教授 浦川道太郎

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) (1) が独立したテー

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」と呼ばれてゐる者を包摂し、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) 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「從属性の被用者 (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 (營利性が排除され)、そして、⑤職務従事者の (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「プロフェッショナル (profession)」とほぼ重なり合うものの、特に経済的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

は、一般に、①医業従事者 (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「プロフェッショナル (profession)」とほぼ重なり合うものの、特に経済的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

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おり、それに伴つ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を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きた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っても、もはや不可侵な存在とは認められなくなっている。そして、専門家の誤りについても、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いなっ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って、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(6)。したがって、両責任において、義務違反の問責は共通であって、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行わない場合や、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らぬ。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っても、その者が属する専門家は、人身や物に有形的な被害を与くしていれば責任を問われないという点では、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(7)。

このように、専門家の責任が一般的の契約責任と不法行為責任に基づくものとすると、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、専門法では、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。

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のになっている。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依頼者のために実行し、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に、依頼者自身の判断に資するため、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ふ観点からみると、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遂行する場合

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、大部分が依頼者に対する関係にどまつており、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、それに対しても、民法典（以下、「BGB」という）に定められた委任・雇用・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つ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、専門家が提供する情報は、依頼者において利用されるだけではなく、第三者にも権威があるものとして伝達され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、専門家の職務のかた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つて、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があるが、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。すなはち、第一に、この問題の解決の起點となるBGBは、情報提供者責任に亘り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つて否定し、通常の不法行為責任なし契約責任にその解決を委ねている^⑩。第二に、そのため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

中心になつておらず、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った場合には^⑪、純粹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、純粹財産損害の賠償請求も認められており、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

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があるが、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。

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つ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拓してきた。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、もつ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した積極的努力を経てきました。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、純粹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なります。
① 默示的情報提供契約、
② 第三者に対する保護効をもつ契約、
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。

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、この默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、それによって情報を求める者との間に情報にかかる契約を締結する」と判示したのである(12)。

① 默示的情報提供契約

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、この默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、それによって情報を求める者との間に情報にかかる契約を締結する」と判示したのである(12)。

② 第二著に対しで保護效

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、(ii)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ろう。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解し、第三者に対しても保護効果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)。

これに對して、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、第三者に対しても保護効果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、第三者に対する保護効果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つているのである(15)。

③

して配慮義務を負う関係がない場合には、Yは第三者Xに合、そして両者間に利害の共通性はない場合には、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、第三者に対しても保護効果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、第三者に対しても保護効果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、情報提供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、第三者に対する保護効果をもつ契約を根拠に、不実の情報から生じた損害賠償責任を負うと解するに至っているのである(15)。

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 が損害をこうむつ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因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 (16)。

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、情報提供した専門
家は、BGB八二六条により、被
害者に生じた純粋財産損害を賠償
しなければならない。

る法的構成については批判的な声を強めている。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立の試みも提唱されている。

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(19)。

二
汗襄士○賈子

二 弁護士の責任

専門家としての弁護士

(1) 弁護士の資格・地位と役割

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(17)。

(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

賴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(16)。

④ 良俗違反による不法行為

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(17)。

(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

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(17)。

(4)

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(17)。

(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

など述べている(1)。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」とで、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・バルは、判例法の展開からこのような不法行為要件が事实上成立していることを検証しようと努めているが、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

一般的に展開したカナーリスは、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一契約責任・不法行為責任と相違する—責任類型たる信頼責任に基づくことができると述べている(18)。

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(19)。

(1) 弁護士の資格・地位と役割

弁護士の資格・地位と役割

二一 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關する資格ある助言者・代理人であり、司法の獨立機關として、

自由業を営むものである。(連邦弁護士法 (Bundesrechtsanwaltsgesetz) 第二条・三條以下、「弁護士法」と云ふ) 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) 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、E.C 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。⁽²⁰⁾

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、軽いときには弁護士会の役員会により譴責され、重いときには弁護士懲戒裁判所 (Ehrengericht) により懲戒されるが (同法七四条・一一三条以下)、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) (21)。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 (Rechtschutzversicherung) が発展しているために (22)、弁護士が一般市民の法律事務に関与する機会は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。

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として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 (23)、また、ボルグマンらは、年間約八〇〇件の訴訟が弁護士に對して提起されていると述べている (24)。さらに、旧西ドイツ地域の弁護士責任保険の三分の一を扱っているアリアンツ保険によると、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 (25)。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、といふことができる (26)。

① 依頼者に対する責任

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が、通常の任務の領域では雇傭として扱われ、いざ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⁽²⁸⁾）と解されている。それゆえ、この六七五条と弁護士の職務義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する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るため、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、依頼者の利益にとって法的な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) 事案解明義務

弁護士は、職務を実施するにさして、対象となる事件がいかなるものか、事実関係を解明する義務を負う。事案を解明するためには、依頼者からだけではなく、場合によつ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ない。

(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に基づき、権利関係がどのようなものを調査・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

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（29）。

(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・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するべき手段を助言しなければならない（30）。このもつとも安全で目的に合致した方法を探用することは、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、刑法その他他の法律によつても要請されている。

(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、刑法その他他の法律によつても要請されて

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る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けるべきである。

(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（³²）などに基づき、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」とは許されると解されている（³³）。現在審議中の弁護士・弁理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、責任保険の強制化と責任制限に関する規定をおいている（³⁴）。

(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

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できる（前掲（1）（5）参照）（³⁵）。

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（Planning）および監理（Bauleitung）にかかる詰業務を実施する。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、弁護士は、原則として、大学等で専門教育を受けて学業修了証書（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、庭園景観建築家・約二、〇〇〇人）であり、建築物の設計・監理にかか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・企業に雇用された建築家である（³⁶）。

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（Berufsrundung）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 (Horarordnung 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ところがきわめて少なく、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間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や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⁽³⁶⁾。

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、仕事の成

果が保障されたものではなく、仕事に過誤があつた場合の損害も、主として純粹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ないものであり、また仕事に過誤があつた場合の損害も、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、仕事が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つて注文者に対しても付隨的に義務も負つていて

め、付隨義務違反による積極的債権侵害の責任も問題になる⁽³⁷⁾。

② 建築家の瑕疵担保責任

建築家は、設計・監理の瑕疵に対する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つたときに存在する。

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ぎられているため、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、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⁽³⁸⁾。

る⁽³⁸⁾。

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

の救済にとっ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つ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

③ 建築家の付隨義務違反による責任

建築家は、瑕庇のない設計・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する必要な事実を注文者に教示し、助言する義務がある。この付隨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

連邦建築家の定める建築家契約款のなかでは、建築家の瑕庇ある仕事に関して、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つ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がある。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、タウピツのあげた八つの要素を整理したものである。

(2) タウピツの前掲書(*Taupitz, aaO., 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ねば、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と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、Berufshaftungの語が用いられる

が、FachleutehaftungやExpertenhaftung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

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(同八二二条二項)、良俗違反(同八二六条)がある。しかし、もつ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。

(5) Ebke, 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 : Berufshaftung, 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(同八二二条二項)、良俗違反(同八二六条)がある。しかし、もつ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。本總

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

(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「慰謝料の比較的研究」(西ドイツ)比較四四号(一九八一年)参照。

(9) 純粹財産損害の意義に関するは、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して、この助言または推奨に従つ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)民商七九卷二号一八七頁以下・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『専門家の責任』」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るのが通例である。

(12) RGZ 52, 365.

(13) Lang, Arno : Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer, Wpg 1989, S. 61.

(14) 同・前掲注(10) 111一八頁参照。

(15) BGH JZ 1985, 951, BGB NJW 1987, 1758. なお、情報提供者責任における第三者に対しても保護効をもつ契約の活用の拡大は、専門家の責任の分野での近年のもつとも注目に値する、センセーションナルな展開だと評されている。Damm, Reinhard: Entwicklungs-tendenzen der Expartenhaftung, JZ 1991, S. 377.

(16) BGHZ 77, 172.

(17) 詳細については、松本・前掲注(10)民商七九卷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 - Schutzwpflichten, in : Fest-

schrift 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關しては、松本・前掲注(10)民商七九卷三号四一四頁以下、岡・前掲注(10)三一九頁以下も参照。

(19) フォン・バールは、BGBの不法行為規定に以下のようないい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ったかぎりにおいて、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賴を得る地位を享受し、相手方が

（20） ドイツの弁護士制度ならびに意見の研究五五五頁以下(日本評論社、一九八八年)参照。
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」ジユリ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」ジユリ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」ジユリ一〇一一号八六頁以下(一九九三年)参照。なお、弁護士数は、Anwälte 1994, S. 181. の記事によく。

zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S.1761. なお、「不法行為法改正に関するフォン・バールの立法的提案」下森定ほか編著・西ドイツ債務法改正鑑定

意見の研究五五五頁以下(日本評論社、一九八八年)参照。

(21) しかし、このようないい規則(Grundsätze des anwaltschaftlichen Standesrechts)は、一九八七年七月一四日の連邦憲法裁判所の決定(Bverf GE 76,176)により、法規範の性格を有するものに違憲とされた。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

化した弁護士の職務形態に対するべき、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、審議されてゐる。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」(ヨリ九七号八九頁以下)(一九九一年)。

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

(24) Borgmann, Brigitte/Haug, Karl H.: Anwaltshaftung, 2. Aufl. 1986, S. 234. 弁護士責任に関する包摂的に記述する著作は、ヨーロッパではこれまで著されてくるが、本書もその一つである。後述の弁護士の職務義務に関しては、本書ならびに後掲注(25)のハルトミュタングの論文を参考にした。なお、最近の雑誌論文とし

て Henseler, Martin : Haftungssrisiken anwältlicher Tätigkeit, JZ 1994, 178.

(25) Hartstang, Gerhard: Anwaltschaftung, 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」(ヨ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)一一三頁以下、岡孝「弁護士の責任」(川井健編・前掲注(10))一〇七頁以下がある。

(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」項の規定も準用すべし。

(29) BGH NJW 1952, 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 Fehlers hältens, 1989, S. 9ff. など、)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卷九六頁以下)(一九九四年)を参照。

(32) 前掲注(21)参照。

(33) Borgmann/Haug: aaO., 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五一一条aおよび五一一条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、花立文子「建築家職業倫理と懲戒制度」志林八六卷二号八二頁以下(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 による。

(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)、花立文子「建築設計・監理契約に関する一考察」志林八六卷三・四

以下・八八卷三号一八三頁以下(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)に掲載した諸論文に詳しく述べた。本稿をもつれる論文を参考にしてほしい。

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

(39) BGHZ 77, 144. なお、前掲注(31)参照。

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

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

* ドイツの専門家の責任に関する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つたことについて、この場でお詫び申し上げたい。(からかわ・みちたるう)

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

1 専門家とは

フランス語において、『profes-

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 libérale)」または「独立自由専門職 (profession libérale et indépendante)」と呼ばれるものが、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、みずからのお仕事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る。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・

○年代末に、『droit civil profes-

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た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つて、そこには、『profession』一般であつて、『profession libérale』が格別の議論の対象となることはほとんどなかつたといつて過言でない。

『professionnel』の概念には、工業者、商業者、自由専門職および場合によつ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つたとえば、リピールが、一九三〇年代末に、『droit civil profes-

のであつた。

同様に、今日までの消費者保護法を総括するものとして一九九三年七月二六日に制定された「消費法典 (Code de la consommation)」においても、『professionnel』の語は、消費者に対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ゐる。

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ークの「自由専門職に属する事業人つまり医師や弁護士のように独立して職務を執

行する事業人は、手段債務しか負わない。単純肉体労働者からもつと程度の高い建築家に至るまでの生業 (métier) は、一般に、結果債務を負つてゐる(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つていはない(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色であり、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、その後に、公証人、弁護士、建築家のそ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っ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と思われる。

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

securité) 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、契約当事者に對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つてきただが、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定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っ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努めるべきであるとする見解が有力になりつ

一五〇条)の適用がないこと、責任の減免に關する特約の効力が否定されるること、遅延損害金を得るために付遲滞の手続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關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定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努めるべきであるとす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ても、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。

III 専門家のフォート

(faute professionnelle)

フランス法においては、契約責任であり、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關して、一般に、不法行為責任の場合にはもつとも軽いフォート（levissima culpa）で足りるが、契約責任の場合には、給付の性質

によつて、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いわれている。

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とする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い、責任を負わせたいときには最軽微のフォートで足りるといつてゐるのであり、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な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全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、使用者に對して損害賠償責任を負うこと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とは、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かときには、これによつ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つ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、その判断枠組みは、(イ)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、

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主の責任も、同じ「専門家の責任（responsabilité 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、それぞれの専門職はとに特有の問題がある」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ゐ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。

一 公証人の責任

一 公証人の責任の法的性質

公証人（notaire）は、一方で、(イ)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、(イ)顧客の依頼に応じて幅広い業務をこなしていく自由業的性格を有している。

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ると考えることがあり、公証人職は、右の(イ)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、(ロ)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るれば、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、共和歴二一年ヴァントーブ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つ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、後にみると、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、当事者の合意によつ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ことが可能となる。

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し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ふ。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、証書なし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

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する規定のうち、「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つ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、後にみると、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、当事者の合意によつ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ことが可能となる。

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」を確保することを内容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

求めるとき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、一九世纪半ば以降の破壊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」を確保することを内容としていることによる。フ

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こうした厳格かつ広範な責任を引き受け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つ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は、被害者の公証人に対する信頼は裏切られたままになつてしまふ。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つて、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つて与えた損害の賠償責任、担保不足によつ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つて被害者の損失を補填する集団的保証 (garantie collective) の制度を設けてゐる。

この制度は、一九三四年一月二十五日の法律によつて、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つた場合に、公証人職が連帶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、一九七一年二月三〇日のデクレ等によつて、これ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

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、保険契約によつ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ゐる。担保不足によつて生じた損失については法令上免責されることがなつてゐるが、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もと、中央保証金庫 (Caisse centrale de garantie) が設置されてもう一つである。

義については解釈上の問題があるが、現在の実務においては、(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つたのは、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 = 代理人 (avocat) と代訴士 = 代書人 (avoué) の二元制度をとつており、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つて、弁護士はもっぱら法廷における弁論のみを行なっていた。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」とはほとんどなかつた。

しかし、一九七一年一二月三一日の法律第一二三〇号によつて、

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

大審裁判所付代訴士および商事裁判所付代訴人 (*agréé*) 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る（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つた。さらに、一九〇九年一二月三一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、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つた。このようにして弁護士の職務の範囲は著しく拡張され、それに伴つ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つて、かつては、これを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⁽¹⁵⁾。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ひがないとして、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⁽¹⁶⁾。

なお、弁護士委嘱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⁽¹⁷⁾と、無名契約なし混合契約と解する説⁽¹⁸⁾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⁽¹⁹⁾。また、民法典一二七七条の二が、訴訟代理権限を有する者にかかる注意義務の水準を基準として抽象的に評価される⁽²⁰⁾。

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⁽²¹⁾。

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、訴訟に関する名譽毀損については損害賠償責任を負わぬものとされている⁽²²⁾。

二 弁護士の注意義務

(1) 弁護士の民事責任は、契約責任であり、不法行為責任であれば、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導かることではあるが、一九七一年一二月三一日の法律二七条は、これに重ねて、弁護士は職務の執行にさいしておかした NEGLIGENCE 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⁽²³⁾。

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、訴訟に関する名譽毀損については損害賠償責任を負わぬものとされている⁽²⁴⁾。

(2) 弁護士の民事責任の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、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⁽²⁵⁾。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っ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る。また、忠実義務や善管注意義務が依頼事項に付随する義務であり、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。

(2) 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つても、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。この義務の根柢は、弁護士（代訴士）委嘱契約に付随する默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つて、助言義務に関する判例の集積を前提として、訴訟に関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関しても、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留意すべき事項について適切な説明を与えたかった場合、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。これに対し、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

第三者に対する関係では、濫用的な訴えを提起した場合、誤っ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る。依頼者との関係では、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る。

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、確実かつ現実のものでなければならぬ。したがつて、たとえば、弁護士の懈怠によって訴訟をなしえなかつたが依頼者の主張にはまったく理由がない場合、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る(23)。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(24)。

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

しかし、訴訟の結論を確実に予測することはきわめて困難であるから、損害の確實性を厳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、このよだな場合に勝訴あるいは上級審による判断しなければならない。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。

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、一般的な強制保険制度は存在していないかった。しかし、一九七一年に弁護士と代訴士の制度が統合されたにあたって、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つた。しかしながら、一九七一年に弁護士と代訴士の制度が統合されたにあたって、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。

(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、行政庁の許認可を得る義務、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を証明しなければならないものとされている。

建築家と施主との契約関係はさまざまであり、設計から工事監理までのすべてを引き受けることもあるが、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、みずからが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からず存在し、両者の競合を認めると傾向にあると指摘されている（25）。

(3)

一九七八年に改正された民法典一七九二条以下の規定は、施工の保護のために、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、建築技術上の助言が求められてい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るのであるが、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つた（26）。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っ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。

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つたものである。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であるが、次第にその範囲は建築家は、施工業者、建売業者等とともに、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は困難なため、施主との関係では、関係事業者全員にフォートを推定し、それらの者が連帶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、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とされてゐる。

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対する求償権を認める」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）——ことによってリスクの社会化を図るという特徴のある制度を設けていることでも注目されている。⁽²⁷⁾

(4) 建築家の過誤によつ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る。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悩まされるなどになつ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など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」とにより、施主が建築者に對して有する瑕疵担保訴權行使を強制する——保険会社から建築者に対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）——ことによってリスクの社会化を図るという特徴のある制度を設けていることでも注目されている。⁽²⁸⁾

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、一八七一年四月一日の破壊院民事部判決 (D. 1872. l. 363) が公証人についてこれを認め以来、その適用領域と内容とを拡張してきた。

その成立の根柢は、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ろう。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ればよいかといつゝとさえわからぬのであるから、情報の提供についての明示的な合意がある場合に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

する」とにより、施主が建築者に對して有する瑕疵担保訴權行使を強制されることも不適切である。したがつて、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となる。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) 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つてゐる。

(2) A. Tunc, *Ébauche d'un droit des contrats professionnels, Études offertes à G. Ruppert*, t. 2, 1950, p.136 et s., 小村・前掲注 (一) 11111頁以下、須永・前掲注等がある。

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

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

(5) Voy. Phle TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^e ed., 1982, n° 1373 et s. 須永・前掲注 (1) —

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。したがつて、この義務は、本来的に、明示的な合意なしに発生し、ますますその重要性を増していくものと思われる。

(一) G. RUPPERT, *Ébauche d'un droit professionnel, Mélanges CAPTAIN*, 1938, p.677 et s. 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「七号1—2」(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。

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

(5) Voy. Phle TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^e ed., 1982, n° 1373 et s. 須永・前掲注 (1) —

- (6) 血虫専記識を用いたる筆者著
「アーヴィングのアーヴィング」 R. MARTIN, *La
faute professionnelle spécialement
dans les professions libérales,*
thèse Lyon, 1934 ; J. SAVATIER, *La
profession libérale. Étude juridi-
que et pratique*, thèse Poitiers,
1947. 著者によると、この書は、アーヴィングの専門家責任と別体係の専
門家責任の問題を扱ったものである。
- (7) H., L. & J. MAZEAUD, *Lecons
de droit civil*, t. II, 1^{er} vol, *Obliga-
tions, théorie générale*, 8^e éd, par
F. CHABAS, 1991, n° 462.
- (8) 稲葉の著者 P. SERLOOTEN, Vers
神作の著者 P. SERLOOTEN, Vers
une responsabilité profes-
nelle? *Mélanges HERBAUD*, 1981, p.
805 et s. 著者によると、
- (9) L. JOSSEAU, La renaissance
de la faute lourde sous le signe de
la profession, *D.H.* 1939, *Cher.*, p.
29 et s.; R. SAVATIER, *Traité de la
responsabilité civile en droit
français*, t. 2, 2^e éd, 1951, n° 790.
- (10) G. RUPERT, *op. cit.*, p. 688.
- (11) 稲葉の著者 H., L., J. MAZEAUD
& F. CHABAS, *loc. cit.*; H., L.
MAZEAUD & A. TUNC, *Traité théor-
ique et pratique de la respon-
sabilité civile délictuelle et
contractuelle*, t. 1, 6^e éd., 1965, n°
CHABAS, *loc. cit.*
- 503 et s.
- (12) J. de POURQUER, *Juris-Clas-
sieurs, Responsabilité civile*, Fasc.
420-4, 1993, n° 1 et s.; J.-L.
AUBERT, *Responsabilité profession-
nelle des notaires*, 2^e éd., 1981, n°s
20 et 21.
- (13) J. de POURQUER, *La respon-
sabilité civil et disciplinaire de
notaires*, 1974, n° 13 et s.; J.-L.
AUBERT, *op. cit.*, n° 48 et s. 著者によると、
SAVATIER, *op. cit.*, n° 810 et s. が、
①過失な証書を作成する義務、②
当事者の同一性を確認する義務、
③合意の内容を正確に記述する義
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
している。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「アーヴィングにおける
公證人の民事責任」公證法学」中
(一九七一年) 1110頁以下、西
野宗英「公證人の職務上の責任—
フランシスの場面」公證法学」一七号
(一九八八年) 1頁以下がある。
(14) 保険による集団的補償の制度
としての特徴として J. de
POURQUER, *La responsabilité civil
et disciplinaire de notaires*, n° 241
et s.; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 87
et s. 著者によると、「建物者の取扱
責任」一項の発展と一九七八年一
月四日改正された民法典の
- (15) Voy. Y. AVRIL, *La respon-
sabilité de l'avocat*, 1981, n° 4 et s.
(16) Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°
1672.
- (17) R. SAVATIER, Les contrats de
conseil professionnel en droit
privé, D. 1972, ch. 149, n° 29.
- (18) Ph. LE TOURNEAU, *loc. cit.*; G.
VINEY, *op. cit.*, n° 547; M.-A.
PEANO, *Juris-Classieurs, Respon-
sabilité civile*, Fasc. 330, n° 21 et s.
(19) H., L. & J. MAZEAUD & F.
CHABAS, *loc. cit.*; G. VINEY, *op. cit.*,
n° 599; G. FLÉCHEUX & F. FABIANI,
*La responsabilité civile de l'
avocat*, *JCP*, 1974, I, 2673, n° 11 et
s.
- (20) H., L. & J. MAZEAUD & F.
CHABAS, *op. cit.*, n° 463.
- (21) Y. AVRIL, *op. cit.*, n° 13 et s.; J.
HAMELIN & A. DAMIEN, *Les règles
de la profession d'avocat*, 7^e éd,
1992, n° 533.
- (22) Y. AVRIL, *op. cit.*, n° 55 et s.;
M.-A. PEANO, *op. cit.*, n° 59 et s.;
H., L. & J. MAZEAUD & F. CHABAS,
op. cit., n° 412.
- (23) Y. AVRIL, *op. cit.*, n° 81.
- (24) G. LET-VEAUX, *Juris-Clas-
sieurs, Responsabilité civile*, Fasc.
355-1, n° 11, が、むしろ解説「アーヴィングの
責任」一項の発展と一九七八年一
月四日改正された民法典の

参考文献

503 et s.

(17) 成蹊法學III-1甲

(一九九一年) 六八頁以下、同

「アーヴィング法における一九七八年
改正後の『建造者の契約(18) フラントルの参考文献 (一九九
九年) 111K頁の参考文献。(19) G. VINEY, *op. cit.*, n° 505; B.
BOUBLI, *La responsabilité et l'
assurance des architectes, entre-
preneurs et autres constructeurs*,(20) G. LET-VEAUX, *op. cit.*, n° 8.
(21) G. VINEY, *op. cit.*, n° 28 et 47.(22) Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°
1520; G. LET-VEAUX, *op. cit.*, n° 63.
(参考文献)

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

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全区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、役務取引の不均等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一二月一二日にブリ

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つた「欠陥製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する責任ルールを定めるもの

ユッ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（Vorentwurf）を提示したことだ。公然たるものとなつた（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つた（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、製作物責任における「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

賠償義務が生じる。製作物責任に関するEC指令のようない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ことで、さらに消費者寄りの立場を強める内容であつた。

しかしながら、役務を製作物と完全に同一の仕方で規律せんとするEC委員会の態度に対しても、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つてい

る。すなわち、製作物責任の対象である製作物には大量生産や製造者が分かれにくいため要素があり、それが厳格な無過失責任を基礎づけたが、これに對して、役務にはそのような要素が欠けてい

る。それゆえ、製作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、といふのである（⁶）。

(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（ローマ条約）を根拠に統一的役務提供者の責任基準をEU全域で同じものにすることにより、各

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（³）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いるものの、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（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、といふのである（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

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っ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る。つまり、営業活動ばかりでは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)・廃棄物に関する役務(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對して、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(1)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つ予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ない(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場合だけでは、「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」ものとし、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った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、指令案二条によれば、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ない場合には、國や公共団体も責任

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

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る、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ることなく、財産状態の上でマイナス（純粹財産損害）を依頼者に与えるなどするために、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) その他の実体的规定

役務提供者と第三者の過失の共同

同により損害が発生した場合には、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帶債務となる（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。これに對して、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（指令案一一条）。また、加盟国は、一九九二年一二月三一日までに、本指令に即して国内法を施行するよう義務づけられる（同一二条）。もとともに、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る。

本指令に即して国内法を施行するよう義務づけられる（同一二条）。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（12）。しかし、筆者が今日まで入手した情報では、経済社会評議会においては、小差をもつて提案が否決されたといわれ（13）、欧州議会内でも意見は別れている。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（14）。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ンセンサスが関係者間でまだ得られないままの証左であるが、この間に示された批判的見解をながめならば、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。

一 役務提供者責任の法制化とEUの立法権限

ところで、E C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E C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）に関す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とすることは、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权限を認める歐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ふ、根本的な疑念すら生じることになるのである（16～17）。

二 指令案の内容に関する疑問

(1) 全体構想に関する疑問 役務提供者責任に関する本指令

（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

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）修繕しそこなった屋根自体に生じている損害）の賠償を認めることでは、契約責任的な色彩も帶びている。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に含めていくことでは、不法行為責任だとうこともできる。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を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のようないいが、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、事情によつては、損害賠償や契約解除の方法も認められていい。

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、E C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、加盟各と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。明言されてはいないが、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、事情によつては、損害賠償や契約解除の方法も認められていい。

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も、本指令案の理由書は、横断的な指令案の外に、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) 責任要件に関する疑問

(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(=Ver-schulden・fault)」は、フランス法のフォート(faute)と同様に、單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提

(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(=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、過大なリ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)。

(3) 損害概念について

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しまう(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の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關して、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対しては、消費者保護を目指す本指令案の趣旨に合致

供(欠陥ある役務提供。言い換えられると、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)側の行為に課していいたために、指令案の考案方に対しては、事故被害者を優遇しすぎているとの批判がある(25)。

(4) 免責特約の否定について

製造物責任に関する指令にならつて、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す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）。」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「役務提供に関する責任——ECにおける法制化の試み」に若干の加筆・修正をおこなつたものである。

(1) Deutsch, Erwin, Einheitliche Dienstleistungshaftung in Europa, ZRP 1990, S. 454.

(2) Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. 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、一九九年一月一八日のEC官報（Amtsblatt）C-11号四頁に掲載された。なお、本稿では、ド

いか連邦政府が連邦議会に指令案をつい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EU通知を参考した。

(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指令予備草案の内訳は、

Deutsch, aaO., S. 454f.

(6) Deutsch, aaO., S. 455.

(7) 欧州共同体設立条約100条A一項は、「閣僚理事会は、EC委員会の提案に基づき、欧洲議会と協力して、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」と規定している。

(8) BT-Drucks. 12/180 S. 13.
(9) 主催旅行 (Pauschalreise) について述べた、EU指令(Richtlinie des Rates über Pauschalreise, ABl. vom 23. 6. 1990 Nr. L158, S. 59.)をおもね。

(10) 廃棄物による損害についての責任は関しません。EU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.)が提案されています、審議中である。

(11) 原文では、「有責性(Ver- schulden)〔独語〕=fault〔英語〕」ふた用語が用ひられてゐるが、これは我が国の法概念に移し換へて、「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とともに、本指令案の立法上の根拠条文を含めて、立法手続に相応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、従前まことに「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まだおこなわれてない。なお、欧洲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提案している。Frietsch,

Edwin, Der europäische Vorschlag einer Haftung für Dienstleistungen, DB 1992, S. 930. Henschler, Martin, Haftung anwältlicher Tätigkeit, JZ 1994, S. 188.

(15) ヘーベンの各州代表からなるイタ連邦参議院は、一九九一年四月二十六日の審議において、圧倒的多数で指令案に反対の態度を示している。Frietsch, aaO., 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は相対的に多いが、これらの人々が提供する役務は、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つてゐる。Heinemann, aaO., S. 1197; Frietsch, aaO., S. 932 u. 933. 指令案第一條第三項によつて定められた過失の判断基準から、この「故意・過失」が主観的な非難可能性にとどまらない、客観的な義務違反の要素を含むことが明確になら。

(17) Deutsch, aaO., S. 455; Frietsch, aaO., S. 931. ツイヒ連邦参議院の本指令案に対する疑念の由由の点は指摘されてゐる。BR-Drucks. 63/91.

(18) Heinemann, Klaus, Auf dem Weg zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991 S. 1193 u. 1196; Frietsch, aaO., S. 931f.

(19) BT-Drucks. 12/180 S. 12.

(20) Frietsch, aaO., S. 932; Skaupy, 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となり、一般的な指令と特別的な指令の相

互関係は困難が生じるゝを理由に挙がり反対する声があつて、Littbarski, Sigurd, Bemerkungen zur Notwendigkeit einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, in: Littbarski

(Hrsg.), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, 1992, S. 105.
(22) Heinemann, aaO., S. 1197; Frietsch, aaO., S. 932 u. 933. 指令案第一條第三項によつて定められた過失の判断基準から、この「故意・過失」が主觀的な非難可能性にとどまらない、客観的な義務違反の要素を含むことが明確になら。

(23) Skaupy, aaO., S. 2023; BR-Drucks. 63/91.

(24) Entschließung des 94. Deutschen Ärztetages zur geplanten Arzthaftung nach EG-Recht, MedR 1991 S. 165.

(25) Frietsch, aaO., S. 988f. Heinemann, aaO., S. 1198.

(26) Littbarski, aaO., S. 109. 賠償金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。このことを考慮すると、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, aaO., 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得る。

(28) Littbarski, aaO., 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（「役務提供に関する責任」）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
(らむかわ・みちたる)

〔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こと、あるいは、より優れた役務の可能性があつたという事実だけでは、故意または過失があつたとす

る」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に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。

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。

第四条 損害の定義

(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

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) 第二項にいう役務提供者が

体内で提供する代行者ないし法的に従属性の仲介者が本指令の意味での役務提供者となる。

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性の仲介者が本指令の意味での役務提供者となる。

ことなく――役務を欧州共同

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性の他の

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ない。

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つて生じた場合には、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つて生じた場合には、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、自ら指示できなかつた産物によるものであつた事實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、被害者がその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、役務提供者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、第一二条第一項に依る。

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、一九九二年一二月三一日までに本指令を履行するためには、公的な公布文の中で本指令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、公的な公布文の中で本指令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ざ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(1)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、民法が地位の意味など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ゐるところにあるとされている(2)。

素人が専門家に仕事を依頼するのは、専門家に対して、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、専門家は、何よりもまず、依頼の注意義務を負い、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(3)。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つてはすべきことになろう。これが、ドラ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觀的真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

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当な場合もありうる。さら

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な実践的な課題は、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い。

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

は異常なほどであるといつても過言でない⁽⁴⁾。

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過誤事件が少くない。また、各種専門家のそ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數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つても過言でない⁽⁴⁾。

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⁽⁵⁾。

(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、ミスを犯したこと同業者や世間一般に知られたことを同業者や世間一般に知られたこと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⁽⁶⁾。

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對し、それ以外の専門家の過誤は明白な形を残さなかつたり、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ど明確なものになつていないと云うかがわせる。

(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、弁護士の控訴期間徒

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、単純な懈怠やうつかりミスが明白な形をもつ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、訴訟となつ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、それほど高額になつていらないものが多く、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。これらのことと、訴訟にまで至る事例が少ないと理由になつてゐ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、不法行為の成立に関しドイツ法のようない抑制的な議論がなされていない

ことであつてか、損害賠償請求権の法的性質に関する議論はそれほど重大な関心事になつていない。

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證明と過失の説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すること、(3)請負型の契約の場合には、請負人の担保責任の除外

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関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も、内容

面においてももつ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、請負型の典型的専門家責任のモデルと考へられ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つて詳しく述べられる予定であるから、以下、もっぱら司法書士の民事責任に関する裁判例を素材として、専門家の責任に関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。

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る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関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ること、(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なつており、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つたことについては、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

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「登記義務者に人違ひなきことの保証」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、善良なる専門家として全くす

べき注意義務、(ツ)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った場合や、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(仙台高判昭六一・四・二七判時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、そ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、依頼者の趣旨に従つた登記をすること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とおりの登記を申請したとしても、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、実際上、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てきた。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、登記原因となつてゐ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権利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、このような損害が生ずることになり、場合によって真正権利者や、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、それに先だって差押の登記や抵当権設定の登記がなされてゐるのを見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はなく、目的物をめぐる現在の権利関係、登記原因となつてゐ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。

る義務について、かつて、東京高裁判昭五〇・九・八（判タ三三五号二一六頁）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とも注意義務に欠けるところ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、取引に立ち会つ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、その期待の上に立つて取引を行なうのが一般であり、それが、司法書士の専門家で

ある所以である」から、「取引当日にできる限り接続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、登記官のよう類の偽造が見破れない場合や、無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していたが（京都地判昭四〇・二・二三訟月一一巻七号九九六頁等参照）、後に、偽造・変造が一目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、登記原因等を理由として、この種の証書その他関係書類の真否について注意を払い、もつ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、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（大阪地判昭六一・一・二七判時一二〇八号九六頁、東京地判昭六一・一〇・三一判時一二四六号一一一頁等参照）。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・一二・二二民集二四巻一三七頁等参考）。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
タ四三三号九九頁）、否定（仙台高
判昭五六・一一・一七判タ四三八号一一
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ろ
う。

(ウ) 司法書士は単に依頼者の指示に従つ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)は、依頼者に持參すべき書類を指摘し、その調整持參を促せば足り、その持參が遅れていても、進んでその督促を繰り返す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。

三〇半時　〇九二号ハ七頁
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(判時一三一六号一〇七頁)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ど
まらず、社会的に信用のにおける人
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

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、これに従つ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

敗されたのは、一登記簿を確認するまで取引をするのであれば、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つた」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

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つてゐる。たゞ、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の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）。

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、右取引に立ち会つ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はなく、重要な事項に関しては、進んで右登記手続に関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うべきであるとして、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

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、取引に立ち会つ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つて、司法書士が専門家に要求される高度の注意義務を全くさなかつたと判

(3) 注意義務の水準

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、取引に立ち会つ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つ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つた」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。

尽くすべきものとされる注意義務の水準について、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つたが、諸外国におけると同様に(9)、法令および実務を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つてゐるものと解される。

したがつて、保証書を作成した司法書士が、依頼に來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つたことから、本人につき人違ひ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慣行は不動産登記法四四条の法意に一般的に行なわれてゐる慣行に従つ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實な方法によりその人違ひ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

したがって、保証書を作成しな

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、買主に対しても目的物の実体上・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はない（前掲東京地判平三・三・一五）。

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になつていている場合には、司法書士の本來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っぱら当事者の責任においてなすものと解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

三

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、割程度のものが多く、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ゝある。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、フランスにおける公証人が、みずから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、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、そこ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つて調査・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ふわけではなく、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。

とはいへ、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（司法書士法第二項）、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づから調査し、場合によつて取引の中止を求めるような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）いささか厭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い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

るのと引き換えて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かないのに嘱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の地位に応じたものといふの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ろう。

う。

裁判例については、前述したよう、次第にその数を増大させつあるが、いまだ一般的な判例理

論が確立したといふ状況にはない。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、専門家責任論としてのまと

まつた研究は、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論につい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的理論を整理して、論争点を明らかにするためにまとめて検討をした研究は、

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、これを放置してたところ、控訴期間が超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つた場合（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たつて全くすべき注意義務を全くさなかつた場合（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

の取引の危険性に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、適正な判断をなしえるような説明および助言を与えた場合（説明・助言義務違反型）の三類型に分ける視点を採用した（13）。

(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る、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になるが、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と思われる。

なお、専門家の注意義務の右の特質からして、専門家の過失の有無の判定は、当該専門職の実情を通じた者によつ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、それがかかると、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

門家の責任の追及を困難にする要因とならないよう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る。その内容の確定は、性質上、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かぎりにおいて、弁護士の注意義務が基準になると解するのが通常である（14）。したがって、その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。

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第一条二項の効果として弁護士の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（15）。

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、右のようについてることは、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。

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ところには、若干の抵抗が感じられる。専門家がその職業的な意見に基づいて、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のであろうから、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、仕事の内容によつて、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ころである。従つて、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しうるという考え方に対しても、強い疑問が投げかけられている。

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度・内容が異なってくるとも思われる。ここでの中心的な課題である専門家の注意義務に関する、契約の性質の理解如何によつて、その程度・内容が異なるとしても思われる。

れ
な
い

しかし、契約の性質をどのように理解するかによって、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）、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つたといえよう（16）。

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者の被害者に対する訴訟権も消滅する。

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ヴァーされる期間が比較的短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、依頼者保護の觀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(17)。

(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。

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、第三者に対する責任を免れることはできない。当該行為の適法性・有効性等に関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る。ただし、その判断の前提となる事実関係については、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。

これに関連して解釈論上問題とな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に対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はできず、Bが専門家を委嘱すること自体がAに対する債務不履行責任を生じさせる場合を除いて、BのAに対する債務不履行責任は免責されるのではないか⁽¹⁾、③AがCの責任を追及してきた場合に、Cは、AB間またはBC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⁽²⁾、といった問題、およびそれらの場合のBC間の内部的な損害分担のあり方如何の問題が生ずる。

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。したがつて、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と思われる。

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求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つた場合には、専門家の民事責任を追及することによつてその損失を回復しようとするのは当然であるから、ここに専門家責任の特色を求めるることはできない。

(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

四 むすび

(2) 右に掲げたいづ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応え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

う。また、前者の場合においては、専門家の責任を軽減する方向での議論も有力であつたようであるが、少なくとも最近の議論は消費者保護法的色彩を強めているといつてよい。これに対し、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。

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つたようであるが、少なくとも最近の議論は消費者保護法的色彩を強まるにつれて、専門家の責任に対する追及は厳しくなっていくものと予測される。したがつて、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。

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つたとしても、依頼者および第三者の利益を保護するため、専門的な立場から、通常人以上に慎重な配慮をもつて、必要な範囲での調査・確認をし、依頼者に適切な説明・助言を与える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) 川井健編「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五三九号二三頁（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（1）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（2）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（1）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（1）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（4）五

○頁以下、小林秀之「弁護士の専門家責任」NBL五四一號三四頁
「第七章七六頁」、小島武司・弁護士「新裝補訂版」(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
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、登記関連の部分が、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」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
と改められている。

同「登記代理委任契約に關わる司法書士の民事責任・補論」青山法學論集三二卷三・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・民事法学の新展開（一九九三年）四二一頁以下、鎌田「司法書士の登記申請業務にかかる注意義務」登記先例解説集三三九号・三四一号（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」ジュリスト一〇二三号・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（1）三二七頁以下など参照。

(9) アメリカ不法行為法リストイ
トメント二九九A条は、その専門
家または熟練者であつて、その職
業人の中な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 (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(1)二二頁)、フランスの有力學
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 ab-
stract) の行為態様に照応して評
価されると述べている (H., L. et

J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Lessons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., 8^e d., n°462)。

(10) ただし、加藤・前掲注(4)

一〇一頁以下は、それに見合つた報酬を得ていらないということ等も勘案して、一般に、契約締結に立ち会つ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取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・会計専門家の責任と保険(一九九四年)に接したが、本稿脱稿後であつたため、その内容は十分に参酌していらない。

(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五五三号二九頁へ第四章(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、本稿とは多少視点が異なるが、いずれにしろ、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つているものと理解する。

(14) 川井・前掲注(1)五頁等参考照。

(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)二一頁以下は、

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されつつ、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の責任」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『専門家の責任』」前掲注(1)一七〇頁等。

(19) 椿寿夫編・講座現代契約と代債権の展望二巻(一九九頁以下〔今西康人〕、潮見佳男「履行補助者責任の帰責構造」民商九六卷二号・三号(一九八八年)等参考照。

(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)九〇三頁以下参考。(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

うえ（3）、社会全体として消費者意識が高まっている折、今後も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。

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、冷厳たる現実である。

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証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、いに顔なじみであることからくる

紛議調停委員会等の代替システムによつ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、過誤を補完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（1）。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（2）、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のこと、⑨弁護士の綱紀委員会、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に欠けたことはできなうこと、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ら、わが国では多額の慰謝料は期待しくい）、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

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ないきめで誰がみても「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るべきであつたと同じ（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のかという根本的な問題が存在する（後述のように、わが国裁判例で問題になつた事例の大半は、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」ともいる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へる必要がある。

訴訟外での示談交渉はおそらくほとんど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、弁護士自身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（涉外的）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。

弁護士活動のこのような拡大現象は、弁護士の専門家責任の法理にも大きな影響を及ぼす。従来、わが国では弁護士と依頼者との間の法律関係を委任（民法六四三条

以下）ないし準委任（民法六五五条）と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（民法六三三条以下）や雇傭（民法六二三条以下）との混合契約となる方が適当な場合もかなりあろう（書類作成自体が目的であり、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 わが国の学説の状況

一 弁護士の二面的性

専門家の特性の一つとして、當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（⁵）、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、業務内容によつて多面的性

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へる必要がある。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。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、業務内容によつて多面的性

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と解するのが通説（⁶）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帶有するとさえいわれている（⁷）。

弁護士の業務内容が、伝統的な訴訟進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、委任なしし準委任説で足りたが、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のではないだろうか。書類作成業務を中心とした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ろう。

なお、国選弁護人については從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たま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がらすると、通常の場合と同様に被告人との間に契約（刑事案件であるので通常は準委任）があると考え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する権利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う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って、弁護士と依頼者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ろう（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いうべき論争がある。

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ぬ旨規定しているが、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っ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ると主張するのに対し、單なる倫理的規範と解する少數説（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實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まま履帯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ろう（¹⁰）。

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

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く請求権を肯定する。

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

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もいる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。

者に対しても誠実義務を負つてゐるのであるから、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對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對してさえも、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對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對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）。

実際的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ので（後述三参考）

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實際上は生じていない。

依頼者か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があろう。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る。

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まり多くないだけではなく、医療過誤事例等に比較すると、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（これに対しても、責任が認められ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、アーヴィングの「訴訟マニア」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」といった本來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、局面の観点から、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訴訟進行、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してしまった独断処理型、依頼者に十分な法的説明をしなかつ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

人の名譽を侵害した名譽侵害型がもつとも多く、その亜種ともいす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つ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）をほとんどの認めないことも⁽¹⁶⁾、このタイプの責任を発生させる一因になつていてる。

弁護士なし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つ

てしまつた判例としては、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つたため、控訴しなかつたことの懈怠）、

②東京地判昭四九・一二・一九（事務員が送達期日を誤つ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つ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

く、①②が慰謝料のみを認容していることである（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・保全処分申請を行なわず期間徒過により訴訟を休止満了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) 独断処理型

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、

たため弁護士が控訴期間を徒過し

た（⑥東京地判昭四五・一・一七等が

ある。いずれも社会常識的ないし

弁護士倫理からみて問題があるこ

とは明らかだつた事件である）。

これに対しても、弁護士が独断（というよりは裁量）により処理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の裁量権の範囲とみなされる場合

には大きな意義をもとう。

前者の、依頼者の合理的意思とはまつ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

していないかったので因果関係が不

明として請求棄却）、いつたん仮

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手の回収が可能だつ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。いずれも社会常識的ないし弁護士倫理からみて問題があることは明らかだつた事件である）。これに対しても、弁護士が独断（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つた判例に、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3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）

- ② 東京地判昭43・6・20 判タ226号167頁 請求棄却（責任なし）
 ⑤ 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）
 ⑥ 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

- ⑧ 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）
 ⑨ 京都地判平3・4・23 判タ760号284頁 請求棄却（責任なし）
 ⑩ 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

- ⑪ 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）
 ⑫ 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〕

- ⑯ 最判昭63・1・26 民集42巻1号1頁 請求棄却（責任なし）

ても責任がないとした⑯東京地判昭41・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つ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⑯東京地判昭四五・三〇がある。間に入つた人とは連絡をとつていたようであるが、連絡をとつた人が法定代理人でありその人にだけ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）。

活動が相手方ないし相手方の弁護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⑯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つたが精一杯の努力をしていた弁護士の責任はないとした⑯東京地判昭六二・六・一八、仮処分申請につき事件によつ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つていなかぎり弁護士の判断に委ねられるとした⑯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て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⑯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けない。

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權的な思いがあがつ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(一審)・大阪地判昭五八・一〇・三一判時一一〇五号七五頁・判タ五一九号一八四頁)、訴訟に關係のない相手方弁護士が被告人となつた刑事案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は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続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られた⁽²¹⁾ 京都地判平二・一・一八等がある⁽¹⁸⁾。

これに対しても、弁護士の訴訟活動(主に弁論や証拠調べ)が正常な弁護士活動の範囲内であるかないし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つた判例が相当数ある(②東京高判平元・三・一二、⁽²²⁾ 東京地判昭五六・一〇・二六、⁽²³⁾ 東京地判昭四三・六・二〇、⁽²⁴⁾ 東京地判昭二六・九・二七〔二号、三号の生活費を出している

かという事件に關係ない尋問だが反められた⁽¹⁹⁾ 大阪高判昭六〇・二・

二六(一審)・大阪地判昭五八・一〇・三一判時一一〇五号七五頁・判タ

五一九号一八四頁)、訴訟に關係の

ない相手方弁護士が被告人となつた刑事案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

ゆる途を講じてはいると準備書面で

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

続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られた⁽²¹⁾ 京都地判平二・一・一八等がある⁽¹⁸⁾。

かという事件に關係ない尋問だが反めると、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

例⁽²¹⁾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実的・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目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⁽²²⁾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⁽²²⁾ 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

考え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⁽²³⁾ 京都地判平三・四・二

三がある。また、依頼者が約束手

形を所持していくその取立てを依頼されすで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(30)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する義務を負っていたとして責任を認めた(31)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(32)東京地判昭六一・一〇・一五等がある。

名誉侵害型や不當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ろう。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との間に有する。しかし、請負なり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つと発達させていかないと、今後続発するかもしれないが分けてみることが考えられる。

弁護士の技術が悪かつたために敗

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に使用者責任が生じるうえ、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し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、請負なり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。

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ろう。

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存在するといえる。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）の侵害といふ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）ということになつてくるのではないだろうか（場合によつ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⁽³³⁾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⁽³¹⁾がある。

判例⁽³³⁾は、弁護士の専門家責任の具体的な内容（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つたり、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⁽³¹⁾の概要是前述したが、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つたことの期待利益（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）から生ずる信認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るのであって、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・桜田勝義「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

3（弘文堂・昭五九）一一八頁

等。

（6） 代表的なものとして、我妻榮

・債権各論中二（岩波書店・昭三

七）六八七頁、來栖三郎・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）

（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、弁護士の供給数は從来より

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「プロフェッショナル・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するて」民事法の諸問題（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

法講座8（日本評論社・昭四八）

一四一頁以下。

（6） 代表的なものとして、我妻榮

・債権各論中二（岩波書店・昭三

七）六八七頁、來栖三郎・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）

(7) 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) 斎藤・桜田・前掲注(1)七一七頁以下。

(9) 国選弁護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つてくる(弁護士の誰かが国選弁護人になる必要があるため)。小林充「国選弁護人に関する諸問題」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)一二三頁。

(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) 内谷峻「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認関係(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つた場合でも事務員や法律事務所の勤務弁護士が知つていれば、「(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)」。

これに對して、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つ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、弁護士の支配圈内か否かをマルク

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譽侵害(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。

(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、正当な弁護活動の範囲内であるとも判示している。

(19) 評釈としては、林屋礼二・ジユリ九〇八号五三頁(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〔判評三六二号〕二〇一頁(平元)・梅善夫・昭六三年重要判例解説一九頁(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

うカデゴリ一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。

物、など）の設計または工事監理をすることができる（法二条二項、三条、四条一項）。

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國に比べて著しく多いといわれてゐる(1)。一九八八年三月現在で、一級建築士の数が二一万九三人、二級建築士が四八万六、七三人、木造建築士が一万一、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

(1) 建築士法上の建築士
歐米では、医師、弁護士などとい
並んで、建築家 (architect, ar-
chitecte, 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、芸術性をもつた建造物の
設計者というようなイメージで建
築家といふことばが使われる」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

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、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

並んで、建築家（architect, architecte, Architekt）は、専門家ならしは「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、芸術性をもつた建造物の設計者というようなイメージで建築家といふことばが使われるゝことがあるが、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

設大臣が免許を与えるもので、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越える、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）

これに對して、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

る法令若しくは条例に基づく手続きの代理を行うことを業としようとする。

建築確認申請をしなければならぬからである。

(2)
建築家

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ないが、自らが建築士でない者も、建築士を雇つて建築士事務所を開設することができることになつている（法二三條）。しかし、建築士事務所のなかには、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である（3）。

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。

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、設計監理の業務を独立させるという構想は実現しなかつた。

日本建築家協会 建築言語学
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トして、昭和四三年に現行建築士法の改正をめぐつて建築設計監理業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、それら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

しかし、一昔前に高層の角柱を力と技量を持ち、独立して広い裁量のもとに設計や監理を行つ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ができる明確なメルクマールはなく、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ひ難いので、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。したがつて、本稿

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

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

二 建築士の業務

でいう建築家は、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。

(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、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面及び仕様書」をいふとされている（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。したがつて、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

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っ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に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ない」

（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（建築主に代わって）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。したがって、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っているときは、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をはらんでいる。

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はい、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（プロフェッショナル）

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（プロフェッショナル）であるといわれる（7）。すなわち、（1）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、（2）免許資格制度があること、（3）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、（4）當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、（5）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っているときに、はじめてプロフェッショナルとしての資格が認められるときだ。後に述べるように、わが国の建築士にはこれらの要素のうちいくつかのもの

が欠けている(9)。

どういう要件を備えた場合にプロフェッショント呼ぶかは、定義の問題であろうが、西嶋教授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トもつ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ふう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と思われる。

そこでやや観点を変えて、現代におけるプロフェッショナル・ライアビリティが問題となつてゐる当事者の関係を見てみよう。今日プロフェッショント呼ばれている医師、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つてゐ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ビスを提供している。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斷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ビ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ビスの受け手（相手方）は、自分のために提供されるサービ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、プロフェッショント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、サービスを提供する側（プロフェッショント）には、問題を処理するための高度の知識と技術とが備わっている。これに対して、第二に、サービ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、プロフェッショントの能力・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トの判断と技術に問題の処理を委ね、プロフェッショントは、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、プロフェッショント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、(エ)、(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う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い特徴をもつたものとしてとらえると、専門家の相手方に對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、

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・技能をもつてる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認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る。

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不適合輸血をするなど、専門家として初步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つたとして、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つ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があるが、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る。

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つ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つてなされた行為に限

るほうがよいよう思う。忠実義務違反があつたときは、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ろう。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つて、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(1)。しかし、現実には、一般的の建築士は必ずしもそうではないよう思われる。

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おり、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(2)。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ろう。

また、建築士の業務形態からみても、前述のように、その多くは建築会社の意向を無視できないで建築主と設計・工事監理契約をし、施工会社のダミーである場合、あるいは施工会社の「利き」で建築士が施工会社の一員であつた場合には、建築士は、現実には建築会社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つても、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に依頼され、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つては施工者に対しても厳格なチエ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場合には、建築主と設計・工事監理契約をし、施工会社のダミーである場合、あるいは施工会社の「利き」で建築士が施工会社の一員であつた場合には、建築士は、現実には建築会社の意向を無視できないで、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つていらない。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と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、建築主に代わってその最善の利益のため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って、建築士全体の資質の向上を望むほかないのである（13）。

二 責任

一 契約責任と不法行為責任

(1) 委任契約説

建築家と注文主との間の契約 建築家の行なう業務は、先述べたとおり、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っ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た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点である（14）。

また、契約の内容としては、設計だけを依頼するもの、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うべきであり、かつ工事監理することによって自分の設計というアイデアを建築物とした設計といふ形であります。それが、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。そういう有形のものに具体化するこ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・工事監理はもともと建築主（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、この契約を第三者的なための契約と考へるか一応おくとしても、建築家は設計・工事監理にあたつて建築工事の利益ではなく、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らないと考

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、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)。
また、準委任説は、建築家は専門
家として高度の注意義務を負つて
いるのだから、その義務を履行す
ればたり、無過失責任を負うべき
ではないという実質的根拠も示し
ている(19)。

(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、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
どういう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に実施され
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

違い　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、瑕疵担保責任の發
生要件である「仕事ノ目的物ニ瑕
疵アルトキ」(建築家にとっては、
設計図書が仕事の目的物であつ
て、建築物自体ではない)といふ
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
が生じた場合であっても、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
あって建築工事の修補ではない。

建築物自身はみずから工事をする権
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
。なお、工事監理の場合には、
たかどうかは建築家としての注意

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つて
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と
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。

(イ) 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、建築家は瑕疵担保責任で認め
られており、債務不履行と構成し
ても、請負の瑕疵担保責任で認め
られない完全履行請求(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
あって建築工事の修補ではない。

建築物自身の修補義務もあるとい
う考え方があるけれども(21)、建
築家はみずから工事をする権
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)。

十分にしか監理がなされなかつたとしても、すでに監督すべき工事は建設工事請負人によつて行なわれてしまつた後であるから、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。

(オ) 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つてそれほど違ひ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、債務不履行では一〇年(一六七条一項)という違いがある。しかし、設計図書を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、設計が適當なものであつたかどうか(設計に瑕疵があつたかどうか)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・工事監理にあつた建築家の責任も、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。

(カ) 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、専門家の負責注意義務が具体的にどのようにあるかといふ点についても、いわゆるものであるかといふ点についても必ずしも詰めた議論がされていなければならない。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つて建築工事を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に対する忠実義務を負つてゐるというべきである。

(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つてゐる。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。建築物の瑕疵がなく、また工事監理設計に瑕疵がなく、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負つていると考へるべきである。注文主との間で直接契約が締結さ

については、たとえその損害が直接受けた責任者によって惹起されたものであつても、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がある。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つて、専門家としてど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つても、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つていると考へるべきである。

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、判断に現われた建築家の責任の例を紹介しておこう。⁽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（Y₁）が注文主

（X）から軽量鉄骨造陸屋根三階建居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、Y₁はみずから行なつ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が、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Y₁に対して修補を請求したがこれに応じなかつた。そこで、Xは、訴外人に修補工事をさせたうえで、Y₁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。

性に欠けているものと推認せざるをえないとして、Y₁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（Y₂）

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（Y₃）およびその代表者である一級建築士（Y₃）に対して建築確認の手続上設計および工事監理を依頼した（XとY₂・Y₃との間には契約は締結されなかつた）。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、Y₁に対しては、債務不履行ないし請負人の瑕疵担保責任、Y₂・Y₃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（大阪地判昭五七・五・二七判タ四七七号一五四頁）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つた場合には、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ものと認められる特段の事情がない限り、建築物が本来有すべき安全

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Y₃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、民法七〇九条の代表者であるY₃の行為に対して修補費用の一部と慰謝料等の支払を命じた。また、Y₂については、Y₂の行為に対しては、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Y₁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居宅を建てるなどを建築工事請負会社（Y₁）とその代表者（Y₂）に依頼し、そのさい、車庫の設置も依頼した。Y₁・Y₂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つた。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、Y₁・Y₂に損害賠償を求めた。

判決（東京地判平三・六・一四判時一四二三号七八頁）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つても、請負人がそれを知つてそれを改めは、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つた。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。

(d) 注文主（X）は、建築請負会社（Y₁）に対して、Y₁の代表者（Y₂）を監理技師として住居兼ペニションの建築を依頼したが、建物の土間コンクリートの布基礎とその上に乗つている木材との間の

水切り処理がなされていなかつ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、Y₁・Y₂に対して、修補費用等を請求した。

判決（東京地判平三・一二・二五判時一四三四号九〇頁）は、Y₁・Y₂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、上に述べた初步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、Y₁の瑕疵担保責任およびY₂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つたが、Yが報酬の一部を支払つたのみで残額を支払わないので、Yに対してもXに對しては民法四五条または同七十五条に基づいて損害賠償を請求した。

して、Yは、Xは建物設計にあたつて、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を確定する義務があるにもかかわらず、それを怠つたため、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つたとして、その損害賠償金とXの報酬残金との相殺を主張した。

(f) 注文主（X）は、建築設計・施工監理会社（Y₁）に対しても、本件建物の設計・工事監理を依頼した。ところが、Y₁に勤務する一級建築士（Y₂）は、本件建物の敷地が造成地で硬軟両質の地盤からなつていてこれ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つ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なつた。また、訴外建築会社が施工するにあたつて、Y₂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見発見できなかつた。そこで、Xは、Y₂に対しては民法七〇九条、Y₁に対しては民法四五条または同七十五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・二判時九三四号ハ一頁）は、Y₂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、敷地調査をしなかつたY₂の注意義務違反を認めた。また、工事監理についても、Y₂には、一級建築士として設計図な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、現地に赴かなかつたY₂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、Y₁については同七一条による責任があるとした。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つてい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つ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つて、独立の意味をもたない。もつとも、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ないから（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つてゐる。そこで、注文主は建築士に工事監理義務違反があつたことを主張して建築士の責任を問いつて、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でもできる（dは、そのような例であろう）。

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、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

となつてゐる（b)(e)(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。

(g) 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（Y₁）が管理する建築事務所（Y₂）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對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、Y₁・Y₂に対しても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。

(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）を工事請負人としたいと申し入れ、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

おり工事が進行していないと認めるとときは工事施工者に對して注意

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、Y₁が監理義務を全くしていれば、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、Y₁には監理業務不履行の責任（判旨から明らかではないが、不法行為責任か）があるとし、Y₂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。

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

う申し入れたが、Aがこれに従わなかつたので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つたため、Yはこれらの工事ミスを看過し、その後もXに報告しなかつた。これら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、工事監理にあたつて、建築士には施工が設計図書のとおりに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る、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がこれを無視したこと、Xが予算面を重視して手直工事に消極的であつたこと等から、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が報告しなかつたとしても、信義則上Yに債務不履行があつ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られた。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。

建築物に危険な瑕疵があり、それが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つている（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。

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、その欠陥によつ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、すでに二二（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、それが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つている（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。

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（1）。

(i) 建築会社（Y）は、訴外民宿経営者の依頼により、旅館の宿泊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

監理を行つにあたつて、建築物の安全性の確保に万全の注意をすべき義務を負つてゐる。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、設計にあたつて建築士は法令または条例の定めによ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、この規定をまつまでもなく、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つてゐると考えての建築士は、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つてゐると考へるべきである。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。

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かったため、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つた。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つたとして、Yの使用者責任（民法七五条）を問うた。

判決（東京地判昭五一・三・一八判時八三八号六六頁）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断し、本件浴室を設計施工した当

時に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つたが、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满するおそれのあることは予見えたのだから、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つてゐるので、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つ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うものの、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述のように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つてゐるので、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。そこで、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つ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うものの、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述のように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つてゐるので、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。そこで、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つ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うものの、具体的にどのように高度な注意義務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述のように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つてゐるので、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。そこで、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つ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うものの、具体的にど

ういうのは、基本的には信託なる管理者の責任と共通の構造をもつているように思われる。他方

で、ひと口に専門家といつてもさまざまの分野でさまざまな水準の専門性をもつた専門家が存在して

いるのであるから、専門家責任というひとつのカテゴリーを概念す

ることができるのかどうか、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つた、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つてみることが有益なのではないだろうか。

（1）高橋寿一「建築士の責任」
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100万人当たりの建築家の数でみると、西ドイツ二〇〇〇人、イギリス四〇〇人、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」法律時報四三巻一一号五五頁(一九七一年)。なお、大阪地判昭五七・五・二七判タ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・二六判タ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・一七判時一三二三号六八頁は、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れている。弥永真生「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

性が弱いこと、報酬に応じた仕事が行なわれ營利性が強いこと、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、(エ)が欠けている。

(4) 能見・前掲注(8)論文五四頁は、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「プロフェッショナル・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五三九号一二頁(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。これに対しても、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) 花立文子「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營利性が強いこと、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、(エ)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) これらのは、Japan Almanac 1994(朝日新聞社)によると、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。

(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) 花立文子・前提注(9)一〇六頁。

細については、主として花立論文に依った。

(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)一二二頁、高橋寿一・前掲注(1)四〇七頁。請負説および準委任説の詳

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

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る（1）。

なお、「専門家」の契約責任の一観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。

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ともに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つても、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、この点に関する問題は、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、具体的妥当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の民事責任に関し、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

二 専門家の契約責任に関する理論的基本構造と問題点

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つてゐるという事実、そしてかかる契約責任構造は今後も基本的に維持されるべき有用なシステムであると私は考へてゐることである。

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つ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、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と思われる。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へる。

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、ここで請負契約と委任契約を中心とに、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こと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)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)はなく、また、請負の担保責任の

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つて不完全履行の一般理論が完全に排斥されるとみると、わが国独自の、勝本・末弘説に由来するそれ)を知らなかつたがために、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つた問題を、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でにもつてい

た)(3)とは、その法的性質を異にするものである。したがつて、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、今日の意味での不完全履行の萌芽的規定であると解し、一般的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つて不完全履行の一般理論が完全に排斥されるとみると、わが国独自の、勝本・末弘説に由来するそれ)を知らなかつたがために、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つた問題を、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でにもつてい

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つたり、不完全な修補をした場合に瑕疵修補あるいは瑕疵担保責任を認めて、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る。また、賠償義務が無過失責任でかつ拡大損害（瑕疵結

処理が債務の本旨に従つた履行でなかつたことは、委任者の方で証明しなければならない。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こと（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つて、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つたことの証明は、請負の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り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、一般的の不法行為責任の場合と異なつて、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って、履行され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といえよう。さらに医師についても、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ろう（5）。

なお、追完請求権の行使につき、受任者としても、契約解除や損害賠償の請求を第一次的に求められるよりは、追完請求に応じた方が、実利上も、今後の信用上も有利なことが多いから、委任者の追完請求権の行使は、受任者に一般的に酷とはいはず、現に、医療契約の現場やその他の請負・委任のケースにおいて、追完は一般的に行なわれていることである。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、何ら新しいものはない。そのことをいつたまでであることをいつたわけではなく、いわば当然のことをつけたまでであるともいえよう。これまでこのこと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、信頼関係に基づ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・一六民集一五巻二号二四四頁～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はまるが、人の生命および健康にはか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する（6）。

ところで、専門家がかかる高度の注意義務を一般的に負わされる根拠は、その「専門家」性に求められる「専門家」の特色について

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、それに見合ふものとしての、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觸関係に入った専門家は、当該契約関係に入つた事情、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、忠実義務なしし信任義務等の概念で語ら

ないし大学病院とでは、同じく専門家の高度の注意義務といつても、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・大学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う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、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どまるものといえよう。さらによ

た、同じ大病院での診療であっても、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、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づ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う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、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。

ところで、かかる契約関係上の諸ファクターは、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ないか。説明も容易であるといえるの

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、医師といふ典型的な専門家の契約責任について各論的な検証を試みよう。

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⁽⁹⁾、典型契約からの距離といふことからみると、準委任契約に近いといつてもよいであろう。もつとも、請負契約説も有力であるが、その一つの実際上の根拠は、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從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つて行なわれる所以で、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つて主張・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、そつ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、注文主にとつていちばん望ましい手段は、瑕疵の修補なし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）と関連して、第三者が無断で設計変更をして瑕疵の修補することは困難である。そして、瑕疵修補請求権な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はない。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、建築物の本來的履行請求権への拘束（⁽¹⁰⁾）の認容が有利でもない。また、建築家にとっても、追完権をもつものであり、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

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）、第三者による設計変更、代替で、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は、間接強制による現実的履行の強制も考慮してみる。そこで、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。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事を行なうべく、一種の合意的債務

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

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つ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 弁護士の契約責任

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（請負契約とみるべき場合もあるであろうが

(12)。

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証明権の行使等裁判所の後見的役割によつて弁護士の訴訟活動の不手際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手際を、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、無形の行為であつ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、弁護士の職務の遂行は無形の行為がほとんどであつて、過誤が明確に現われることが少ないこともその一つといえよう。また、その行為の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方で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（請負契約とみるべき場合もあるであろうが

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、証明責任について、不法行為責任には差異はないのではないかとう議論が従来よくなされていいる。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、控訴審での訴訟進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に判決正本の送達日を問い合わせたところ、事務員が送達日を誤つ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つたとか。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なり、弁護士の職務遂行債務が不完全履行であつたことの証明が困難な場合が多いとはい、右のようない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つた履行となるのか、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が多いであろう。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、損害賠償請求に関す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おり、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）で處理する方法がより妥当とはいえない。

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觸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おり、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）で處理する方法がより妥当とはいえない。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る）、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。

一 専門家の民事責任に関する既存のわが国の比較法的研究にざつと眼をとおしたかぎり、各國とも、それぞれさまざま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

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・パーソナーマンスを例外的に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、裁判外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（15）。

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、前述のようなわれわれの問題関心からみると、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⁾。この獨創的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、によつて差異を認め

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、意識喪失の状態で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つて法的処理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つ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

シ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、特に弁護士のそれについては、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事務処理契約が認められるという。この点、委任なし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と、また期間の点についても売買

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つ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つ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つていいこと、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ふ長期でないこと、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實際上していること、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いくつかの特別規定、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かったために、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って面白い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、末弘教授によつて洗練された、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なくとも、種類売買につき妥当な処理が可能となり、さらにこの発想を推し進め、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留意すべきである。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つていている。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、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、さらに改正提案の不履行責任化に至つてはいらないことが注意されるべきである。なお、不履行責任化に至つてはいらないこととが注意されるべきである。なお、不履行責任化に至つてはいらないことを開されるのか、未だ必ずしも明らかとはいえない。本稿のような、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れて総論的検討を試みると、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、種類物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

不完全履行とはいはず贈与者に追完給付義務を認める必要はあるまい。また、瑕疵担保は有償契約に特有のものであつて、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見味し、瑕疵担保責任の完全な債務不履行責任化に至つてはいらないことが注意されるべきである。なお、不履行責任化に至つてはいらないことを開されるのか、未だ必ずしも明らかとはいえない。本稿のような、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れて総論的検討を試みると、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、種類物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

が大幅に進用されるとはいえ、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⁽²¹⁾。

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観にとつてと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、それぞれの国のが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。かかるている実際的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つ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「ウイーン売買条約」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、瑕疵の責問を起點とする「相当な期間内」に行使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、わが国の從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え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的立法がなされても、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・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

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、実際的、理論的課題であるといえよう。

(4) 梅謙次郎・民法要義卷之五 相続編三五七頁以下（一九〇一年）
一九七頁以下（第一法規・一九九三年）参照。

(5) 不法行為責務構成と契約責務構成との一般的の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五三九号二三

(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(H下) NBL
五四四号五二頁以下・四五五号一
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・完)」法
學志林八六卷三・四合併号・八七
卷三号・八八卷三号およびそこで
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

(2) 渡辺達徳「ウイーン売買条約」(C I S G)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五〇頁以下(有斐閣・一九九二年)、同「瑕疵担保責任に関する

(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『附連帶』」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) もつとも、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どても参考となることがあろう。
- (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

- 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)二三九頁以下参照。
- (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・辻伸行訳「ドイツ債務法改正委員会の最終報告書・総論」(ジュリスト九九六号・九九七号・九九八号、ゲツツ・フォン・クラオスハール・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典草案の意義」法学志林九一巻一号二二三頁以下、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

- (追記)
- 本稿脱稿後校正段階で、NBL五四号・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」の契約責任の特質とその理論的構成を分析・提示するこの論文は、まさに示唆に富む。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、その有用性の検討を中心に視座をえ、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」の契約責任の、他の一般的の受任者(あるいは請負人)の契約責任との関係性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第二版の刊行を受けて、今後さらには、不十分な結果に終わっている。

高度「専門家」のサービス給付の不代替性(建築家の追完義務に関する・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。

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が、現段階ではこのことほかない。

本追記で指摘し、次の課題とする

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、責任が問題となつたときには、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、実際上保険によつ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なければならず、したがつて、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)でみると、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、保険によつ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とは考えられなくなるであろう。

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つて損害賠償責任を負担す

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)。統いて、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)。

(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

シヨナル・ライアビリティ・インシュ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。したがつて専門家責任保険は、保険カバーの対象となる行為が専門家であり、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。

保護する機能を有する。それとともに、加害者である専門家の賠償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るよう。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つて決定されるから、事故の発生を防止・減少することは、保険料に反映される。したがつ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けがなされている。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、したがつて正確なところはつ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、弁護士責任保険では、せいぜい五〇

パーセント前後程度のようであり、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、そのうち約一、五〇〇事務所のうち、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、

(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

務がこれにあたると解される。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つて、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の一般的の法律事務を行ふこと」(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意的に規定したものと思われる。

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⁾。しかし弁護士の投資勧誘行為は、弁護士と依頼者との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のは、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、それがあたり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あるからである。

(2) 保険事故

(ア) 保険事故とは、保険者のために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⁾。もつとも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って損害をこうむることであった行為（「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。というのは一般的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どうである。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づ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きましたリスクの存在・規模・程度を予測

して、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いが、請求事故方式では保険を引き受けられない場合でも、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おける法的・社会的・事実的事情の変化等までも予測する必要はないが、請求事故方式では保険を引き受けられることになる。

(ウ) 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なくとも、保険期間終了後三年以内であるから、なお保険てん補がなされる。第二点は、請求が保険期間中に請求がなされたことである。純粹な請求事故方式は、保険期間中に請求がなされた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

では、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、請求事故方式をとれば、保険者は、保険期間の終了によって自己のリスクを確定させることができるのに対し、請求事故方式では、保険期間終了後の相当長期における法的・社会的・事実的事情の変化等までも予測する必要はないが、請求事故方式では保険を引き受けられることになる。

があろう。

特色の第二点は、被保険者である弁護士の業務は、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、その請求の基となつた業務遂行は保険期間中で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することになる。というの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。もつともこのようないくつかの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く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る場合、保険加入を希望していると思われないで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

ある。保険期間中に請求がなされれば、その請求の基となつた業務遂行は保険期間中で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することになる。というの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。もつともこのようないくつかの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く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る場合、保険加入を希望していると思われないで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れよう。

(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、重大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・き損等の責任である。これは、普通保険約款につき、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ない(受託者特別約款)。もつとも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(特約条項二条三号)。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、被保険者の使用者が被保険者の業務に従事中にこうむつ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にある場合に、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煩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責任である。第六は、被保険者の使用者が被保険者の業務に従事中にこうむつ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、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(受託者特別約款・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。

(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・三号一項）、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、すべて全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、争訟費用および協力費用を軽減費用、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って、保険金額をもつて限度とされる（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）。

(1) 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）、それに関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、争訟費用が適正妥当かにかわらず、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当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。そして結論として被保険者の請求を全部排斥した。判旨は、おおむね妥当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ない（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、また賠償に関係する費用について

(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するものにかぎり、「これを行使しない」とこととしている（特約条項八条）。もつとも「これら者の故意によつて生じた損害」の場合は、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、業務遂行に関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な証拠であり、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ー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）。そして保険カバー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

(ア) 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つたことに基づき、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」（一条）と定めたうえ、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。したがつて、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。

(イ) 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ることにならぬが、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、それとも現実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）。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じ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）。しかしこのようないふ条件の充足は、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つ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、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、それとも現実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、いずれか高い金額とし、と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あるまいか（13）。

(3) 免責事由

この保険も弁護士責任保険と同じく、約款上定義がなされており、被保険者が設計図書、指示書、施行図承認書を完成、引渡したときとされる（三条三項）。

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認められている。普通保険約款の定める免責事由は、すでに前述三一

(3) (ア) でみたところであるので、ここで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よる責任である。資料の過誤が建築家の通常の注意をもつて発見可能な場合には、この免責は認められない。第六は、被保険者の

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て、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、争訟費用の合算額が免責額を超える額とし、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る事故の場合には、免責額を超える事額の二分の一とし、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つていている。

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（プロフェッショナル・サービス）が対象とされることがある。このことは、きわめて明瞭であるが、問題は、専門家とは何かであり、その解答は、必ずしも常に容易といふわけではない。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

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。

は、弁護士責任保険の場合と同様である。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も一般的・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

(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

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児事故方式をとるが、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。

(1) 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

専門家にとって名誉と信用は、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

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児事故方式をとるが、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。

五 専門家責任保険の課題

したがつてこの点の定めの存在は、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。

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っても、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ものである。

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にはできない。そのためには専門家として適格性のある人材を不斷に供給・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

は、不合理なものといわざるをえないものである。

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。

(1) 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い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、専門家にとって責任保険を魅力あるものとするとともに有効な履行確保手段は、保険につき十分な工夫・努力がなされており、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ものである。

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、専門家は大きなりスクを負ったまま業務遂行しなければならないことを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

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ものである。

(2) まず指摘すべきことは、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。

専門家責任保険の加入率が満足すべき状況ないことである。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い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、専門家にとって責任保険を魅力あるものとするとともに有効な履行確保手段は、保険につき十分な工夫・努力がなされており、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ものである。

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、専門家は大きなりスクを負ったまま業務遂行しなければならないことを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

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、少し狭窄のまゝであるまいか(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はしていないものと比較しても、十分な合理性があるかは、相當に疑問である。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つたりなかつたりするのも、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と思われる。一部の例外(たとえば税理士責任保険)を除いて、使用人その他の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對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。

(4) 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。

たとえば英國、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をどこに引くかとか、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」としてその導入の是非を検討していくべきであろう。

七一頁。

(10) 藤井俊雄「職業的責任保険」現代契約法大系六卷(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) 特約条項の定めに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との見解として、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)専門家の責任一七一頁参照。

(5) 西嶋梅治・保険法(新版)一七五頁参照。

(6) たとえば、次の文献を参照。

Comment, "Claims-Made" Liability Insurance : Closing the Gaps with Retroactive Coverage, 60 TEMPLE L.Q. 165 (1987).

(7) 前掲・実務講座二六一頁。

(8) 大阪地判平五・八・三〇判時一四五三号一二三四頁。

(9) 西嶋・前掲注(1)基本問題一

（資料1）

賠償責任保険普通保険約款

（当会社のてん補責任）

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したがその財物を滅失・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ものとし、当会社がてん補す

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

当会社の責任は、一回ごとの事

故について定める。

（6）当会社の責任は、一回ごとの事

故について定める。

（7）当会社の責任は、一回ごとの事

故について定める。

（8）当会社の責任は、一回ごとの事

故について定める。

べき金額は、保険証券に記載された免責金額を超える部分とし、保険金額をもつて限度とする。

（免責）

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

故意によつて生じた賠償責任

（9）当会社の責任は、一回ごとの事

故意によつて生じた賠償責任

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）

保険期間は、その初日の午後四時が始まり、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つても、当会社は、保険料領收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）

当会社は、保険期間中にいつ

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。

（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、当会社に知つてゐ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、被保険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、知つてい

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。

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ことを知り、または過失によつてこれを知らない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

では、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。

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なと認める場合は、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。

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、その差額を追徴または返還する。

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、その差額を追徴または返還する。

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、その差額を追徴または返還する。

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、その差額を追徴または返還する。

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、その差額を追徴または返還する。

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、その差額を追徴または返還する。

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、その差額を追徴または返還する。

（割増保険料）

第二〇条 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のである。

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、割増保険料領收前に生じた損害はてん補する責に任じない。

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、割増保険料領收前に生じた損害はてん補する責に任じない。

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。

当会社は、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。

(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)

第一二条 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

(3) 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從事する被保険者の使用人に對して、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、その名稱の如何を問わない。

(2) 入場者……保険期間中に、有料・無料を問わざ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從事する使用者を除く。

(保険料の返還——無効の場合)

第一三条 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。

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)

第一四条 保険契約の失効または解除が当会社の責に帰する事由によるときは、領取し

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って計算した保険料（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）

第一五条 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、第一一条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）

第一六条 保険契約者は被保険者は、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ない。

- (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いるときは、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、被証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たときは、提起されたときは、直ちに当会社に通知すること。

2 保険契約者は被保険者が、正当の理由がなくて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賠償の責に任せず、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。

（保険金の支払）

第一七条 当会社による解決

（当会社による解決）

（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いるときは、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。

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。

（保険金請求の手続）

第一八条 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、もしくは事實を隠したときは、当会社は損害をてん補する責に任じない。

2 保険契約者は被保険者が、正当の理由がなくて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賠償の責に任せず、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

第二〇条 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える場合は、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）

第二一条 当会社と被保険者との間に、当会社のて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）

第二二条 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、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。

2 利益を取得する。

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ない。

(準拠法)

第二十三条 この保険約款に定めていない事項については、日本国の法令に準拠する。

（資料2）
弁護士特約条項

（当会社のてん補責任）

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るらず、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かぎり、損害をてん補する責めに任ずる。

第三条 当会社は、直接であると間接であるとを問わず、普通約款第四条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るべきことを予見しながらなした行為（不作為を含む。）

(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、盜難を含む。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隨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ぬ。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 普通約款第一七条第一項の規定にかかるらず、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。

第六条 当会社は、普通約款第二二条の規定に基づき取得する権利のうち、被保険者の使用者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。

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

（一請求の定義）

いては、被保険者の決定のとおり承認する。

第八条 当会社は、普通約款第二二条の規定に基づき取得する権利のうち、被保険者の使用者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って生じた損害については、この限りではない。

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の「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」とある。

第十条 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）

第十二条 被保険者は、損害賠償請求に關し、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。

第十三条 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。

第十四条 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

（読み替え規定）

（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」とある。

(3) 第二条第二項の規定中「割増保険料領収前に生じた事故に起因する損害」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」とある。

2 起因する損害

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、判断の客觀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。

建築家特約条項
(資料3)

(当会社のてん補責任)

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」といいます。）第一条（当会社のてん補責任）の規定にかかわらず、被保険者またはその使用者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つたことに基づき、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（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によって被る損害（以下「損害」といいます。）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います。

- (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。）および仕様書をいいます。

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います。

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（工事図、施工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。）をいいます。

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います。

- (1) 建築基準法第一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」といいます。）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完成、引渡した時をいいます。

(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える額とし、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・地下水の増減等地質、地形もしくは地盤の組織にかかる事故の場合には、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える額の二分の一とし、保険金額をもつて限度としま

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会
社がてん補する金額が第三条（保
険期間と保険責任の関係）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つて
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つた施
工団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
囲および責任限度）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
うことによっ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（損害の範囲お
よび責任限度）第四項の規定は、
(免責)**

これを適用しません。

**第五条 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
失によって生じた賠償責任**

**(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 保険契約者はまたは被保険者

は、事故が発生したことを知つた
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
使用者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
場合は、この限りではありません。

**(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」**

(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」**

(普通約款との関係)
第一〇条 この特約条項に規定し
た事項については、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。

**(6) 第八条（通知義務）第二項
の規定について、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。**

あるいは「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」**

(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」**

(普通約款との関係)

第一〇条 この特約条項に規定し
た事項については、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。

**(6) 第八条（通知義務）第二項
の規定について、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、一九九四年一〇月一〇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ゆづることにしたい。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 会社役員の専門家性 一 総括のための準備 作業

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(1)。

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ふ疑問に逢着する。

この難問は、今回の共同研究の意義いかんの解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に、次のようになる。

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した。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(2)。

医師を頂点とする専門家群は、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答責です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答責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解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 会社役員の責任の目覚め

会社役員が、専門家と同じように針の筵に坐らされていることに気づきはじめたのは、やつ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香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氣を走らせ、厳しい責任追及の嵐のまえに戦々恐々となり、從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入り、役員が巨額の賠償のためその全財産を破滅させられ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つた。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

したこと、それまでは、役員責任をとらされるリスクが高くなつてきた。

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つてきた。

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ない。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。

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。

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教育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必要とされる。常に最悪の場

三 専門家の特質

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來し、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。

いずれにしても、わが国においては、従前は無答責の気楽な職業であったのに最近になつて厳しい責任追及の的となりはじめたために責任の重さを自覚し、その対策は、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）。弁護士によるためには、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た（医師法一七条・三一条）、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、厳格な業務の独占制が貫徹され、刑罰の威嚇をもつ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、國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なるため、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る。

第三の指標は、専門家と依頼者との間に特別の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がとられるはずであり、業務独占

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認関係（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、

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、専門家のおくことの根拠となり、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。

専門家の債務不履行責任が発生する（4）。専門家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

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

これは、専門家に委ねられている

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つ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つて、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つ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っ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責任の場合と異なり、会社のこうむつ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つ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、英米法にならつ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ふに近いまで注意義務が緩和されてしまつたアメリカ法の状況を、そのままわ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てしまつた。

（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。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。したがつて、会社役員が会社の業務執行にあたつて行なつ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は、裁判所が事後的な判断によつて、会社役員に注意義務違反があつ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つ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。会社役員の業務執行における経営判断が結果として誤つていた場合に、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、会社役員の行為を萎縮させ、会社経営を消極的にさせてしまうので、これを回避するためには、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。(13)。

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、専門家の業務は、専門家みずからの中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、専門家の債務は、手段債務であつて結果債務ではない（14）。

また、医療行為に典型的にみられるようすに、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は専門家の裁量性を肯定せざるを得ない。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官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か考えられ、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

も両者間に共通性がみられることが分析しよう。

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るだけではなく、結果責任の追及は医師一般に対しいだずらな遲疑逡巡をもたらし、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も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（15）。

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って、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、裁判に踏み切った以上、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（16）。

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と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

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って、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、裁判に踏み切った以上、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（16）。

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（十分なる説明と同意）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つた。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、人権感覚が銳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、医師や弁護士のなかには自分の都合だけを優先し依頼者の利益がないがしろにする者もないわけではないとして信頼感の動搖がみられること、多くの非専門家が専門家との接触を経験し、期待が大きいのに比し結果が思わしくなかつ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はじめたこと等が考えられる。

事件の処理を依頼者が弁護士に依頼する場合においても、最終的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ックについては弁護士の裁量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つ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弁護士が業務上の注意を払うべきである。⁽¹⁾

医師が未承認の抗がん剤の臨床試験をするさい、治験につき医師の自由裁量は制限され、実施要綱（プロトコール）を遵守すること

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その了解を求め、かつ、患者にリスクについては弁護士の裁量に委ねるが最終の決着のあり方については、患者の同意を得るという二つの手続が必要とされている。人体実験の危険と治験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、治験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、次第に縮減されることがあることが明らかである。会社役員についても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 会社役員の自由裁量とその制限

会社役員は、その識見と能力のゆえに利益の追求を究極的目的とする会社の業務執行を委ねられており、企業の経営には多少の冒険とそれに伴うリスクがつきまと

つており、会社役員の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は、業務執行における会社役員の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、社役員が業務執行にあたり企業人と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行動した場合には、その行動が結果として間違つており、不首尾に終わつ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ったとして責任を問われるべきではなく、判例も、会社役員の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の責任免除を原則化する危険もないではないが、このような会社役員の自由裁量権を無制限に認める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、相手企業の状況を詳細に調査し、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つ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な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つ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、会社役員の責任を安易に広く認めることは放漫經營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の行為が經營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、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、会社役員の善良注意義務違反の責任を認めている。

なお、わが国において会社役員の経営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の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)会社役員の自己または第三者の利害がからまつ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、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経営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の選・解任の議案の審議において会社役員の能力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、会社役員の自由裁量権をめぐる暴走が抑制される効果も見のがすことはできない。

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、会社役員の裁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。

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、会社役員の裁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。

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をもち、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の裁量権を実質的に制約する機能をもつ、会社役員が会社の利益を考慮して業務を執行することを裏面から支えるものである。

八 会社役員の専門家性についての要約

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区別してとり任を通常人の責任と区別してとりあげる意義がどこにあるかを探るためにの一手段として、会社役員の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。

会社役員のレベルが一樣でないために括弧的に会社役員の特色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、特殊な信認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。いふかえると、会社役員は厳密な意味ではフル・プロフェッショナルとしての専門家ではないが、準専門家といつてよいであろう。したがつ

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。「プロフェッショナル」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ナル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「プロフェッショナル」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

そこで、具体的に、ある職業がプロフェッショナルであるか否かをことごとく、みな法で判定することとは諦めるべきであり、その代りに、類型的考察方法を採用したうえで、プロフェッショナル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解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、プロフェッショナル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ナルの個性・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ない。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。

(3) 仕事のやり方についての裁量

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、自己の良心に従つて仕事をすることができます。

依頼者は、何をして欲しいか仕事を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けばならない。仕事の内容が千差異は指図することはできない。プロフェッショナルは、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は複数のルートがあるときに、そのいずれを選択するかは、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・インカラストに合致すると確信したところに従つて自由に決定することができる。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

プロフェッショナル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ない。金持ちや権力者にペコペコす

ることがあると、プロフェッショナル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堕落がはじまる。

したがつて、プロフェッショナルが、あらゆる誘惑に対し耐性を保持し、不羈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ナル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、プロフェッショナルに対し、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分自身はまつたく詰がわからないと割り切つたうえで、全面的にプロフェッショナルに対する判断を委ねるほかはない。そこで、プロフェッショナルは、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、プロフェッショナルの知識の圧倒的優越を背景にした首目的信頼を依頼者に強制する方式をやめ、プロフェッショナル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

開示しないと医師や弁護士の仕事を受けて納得したうえで、仕事のやり方については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る。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ナルに対し打ち明けて助けを求める。プロフェッショナルは、全幅の信頼を前提にしないと、職務の遂行に不可以欠な個人情報を入手しえない。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、プロフェッショナル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、當利を主眼として業

務活動をすることを回避すべきものとされている⁽²³⁾。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開く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⁽²⁴⁾。

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な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⁽²⁵⁾。

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⁽²⁶⁾。ただ、医師が手術に失敗して患者が死亡したり、摘出の必要がなかつ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。

(4) 能見・前掲注(3)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・一八下民二七卷五二八〇・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」民商八一卷四号四五五頁。

(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、三八七頁、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、當利性の排除、倫理綱領の確立の五要件を完全なプロフェッショナル・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

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四八号三五頁(第四章2三二頁)。

(3) 同旨、能見善久「専門家の責任」NBL五四四号五四頁(第四章2三二頁)。

(4) 同旨、能見善久「専門家の責任」NBL五四〇号三五頁(第四章1二四頁)。

(5) 同旨、能見善久「専門家の責任」NBL五四〇号三五頁(第四章1二四頁)。

(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」民商八一卷四号四五五頁。

(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、三八七頁、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、當利性の排除、倫理綱領の確立の五要件を完全なプロフェッショナル・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

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) 神崎克郎・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

の責任一四頁。なお、鎌田薰

「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

の過誤が不可避的に生じる場合が

少くない。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かかるな

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II兼子監・医療過誤・国家

賠償九五頁。東京高判昭三五・一

○・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

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

の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

時一二三八号一〇六頁等。

(17) 小林秀之「弁護士の専門家責

任」NBL五四二号四九頁一五〇

頁(第七章八〇頁)。

(18) 神戸地判昭五一・六・一八下

民集二七卷五二八号一〇四頁、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・八判タ四三三号一四

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「わが国における經

當判断の法則の適用」東洋信託銀

行代行リ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、いざれかを差別して

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、當利を第一目的とし

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五四二号三五頁以下

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(17)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

法的構成と證明」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で、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すかぎり、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るのである。

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と、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などは、公認会計士の責任がある。

① 有価証券届出書のうちの監査証明にかか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(二二条一項三号)

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、公認会計士は責任を負わない。

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)

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

みでは善管注意義務を尽くしたところ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つたことの挙証責任は取得者にあるという考え方もあるが(2)、知つ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。

なすべきかは具体的な事案に即して変わつてくるからである。

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から、①損害賠償を請求するときの市場価額、もし市場価額がないときは、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、を控除した額となつている。

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つたときから三年間、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つたときまたは相当な注意をはらつ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

二 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）

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っても重要な意味をもつため

査人は負い、会社に対して損害を賠償しなければならない。

なお、会計監査人が二名以上存続する場合には、会社に対して連帶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。すなは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(5)。

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）

二 損害額

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っ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は、その補助者も含まれる。したがつて、補助者の過失についても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)。

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ない。そして、注意を怠らなかつたことの举証責任は公認会計士にある。

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つたことにより、持分の減少を生じ、あるいは会社から債権の満足を受けえなくなつた場合の損害をいう。間接損害の場合の第三者的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る。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つた損害額だけ（しかも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つた場合にかぎる）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、「虚偽記載がなかつたとすれば有すべかりし株価と、実際の被害者がなかつ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、粉飾の事実が確定行為による損害が生じた場合には、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ついて、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つ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。

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つたときから三年間、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。

三 民法上の責任⁽¹²⁾

四 証券取引法上の責任と特例法上の責任

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）の関係と解されており（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）にのつとつて処理する義務を負つてゐるが、この義務が完全に履行されない場合には民法四五一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」（一項業務）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」

査会社の子会社の関係者をも含みうる。また特例法は悪意の第三者を除外していない（11）。

(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¹⁴⁾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)¹⁵⁾

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したこと、または相当の注意をなしに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二二第三項により商法七八条が準用されている。さらには商法七八条二項により民法四四条が準用されている。

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と定めることができるとされてい。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つても、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」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、たゞ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として消滅時効の期間を五年とする説もある。

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。

なお、監査法人が民法四四条の賠償責任を負う場合には、当該不法行為を行なつた社員個人も損害

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なことにかんがみ、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ぼしいこと、等から考えると、一般不法行為の要件を満たすかぎり、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思われる。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

五 公認会計士の責任の問題点

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・一九判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つてゐることを発見できなかつたことに対し、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

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。

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つ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額は巨額にのぼる可能性がある。たしかに昭和五六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認めめたうえで、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

まるようになつてゐるが、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ことになり妥当ではないのではないかという点が指摘されてゐる。

他方、業務を行なつ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と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