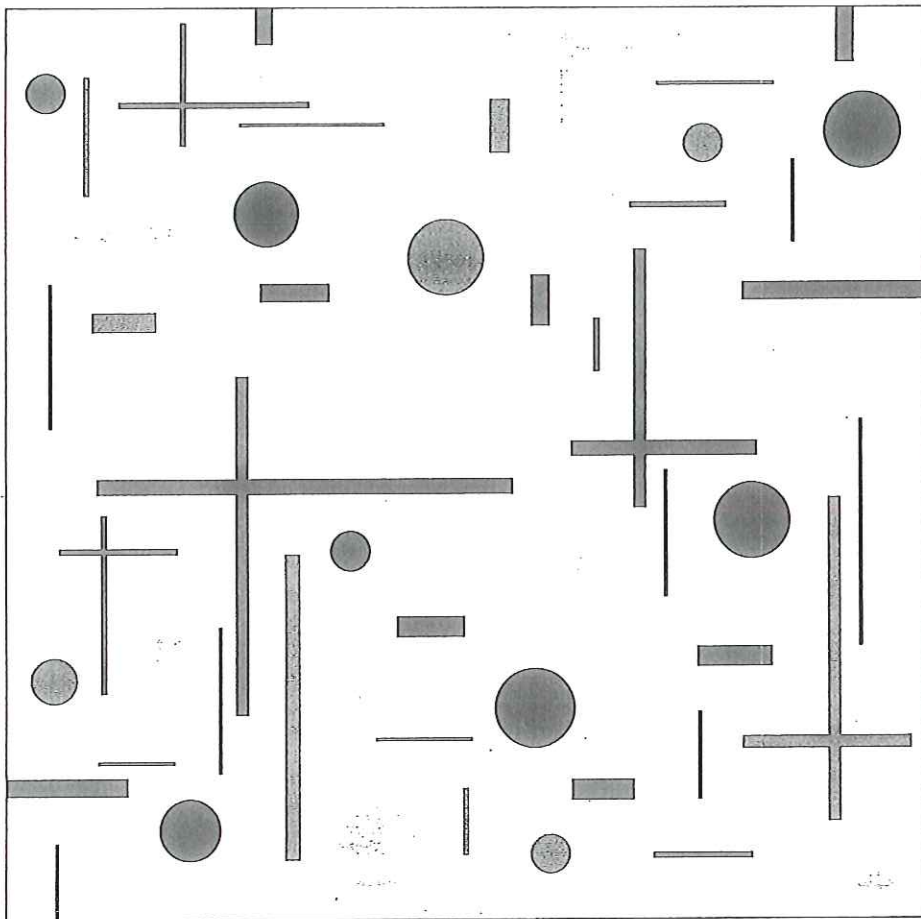


専門家の民事責任

専門家責任研究会 編

帝京大学教授 川井 健
 早稲田大学教授 早稲田大学教授 早稲田大学教授 上智大学教授
 浦川道太郎 落合誠一 鎌田 薫 小林秀之
 法政大学教授 西嶋梅治
 東京大学教授 能見善久
 名古屋大学教授 森島昭夫 弁護士 平沼高明
 筑波大学助教授 弥永真生



日本商法務研究会



甲第 108 号証

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」という定義に從うものとする。

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

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

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に期待するからである。したがって、専門家は、何よりもまず、依頼の趣旨に從つて、善良なる管理者としての注意義務を尽くして、あるいは信義に従い誠実に、依頼された事務の処理を行わなければならない。しかし、そのこと自体は、対等な当事者間の契約関係についても同様に認められるところである。素人と専門家との契約関係であることから生ずる特殊性

としては、専門家は、専門家であるが故に、依頼者から与えられた期待や信頼に応えるべく、通常人よりも高度な注意義務を負うべきことにある。第三者との関係においても、同様に、専門家は、自己に寄せられる信頼に見合った高度の注意義務を負い、その内容は委任契約上の善良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。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発揮することが期待されているのだから、その職務の執行にあたっては自由な裁量確保されなければならない。専門家の事務処理方法が依頼者の意に沿わなかつたとしても、それによつて直ちに専門家の責任が生ずるものと解することは

できず、実際の過失判断は相当微妙なものにならざるをえない。

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

び内容について一般的原則を提示することは相当に困難であるといえよう。

(3) 専門家責任論のもっとも重要な美学的な課題は、専門家責任の右にみたような特色を考慮しつつ、それぞれの専門家が、どのような場合に、どの程度の責任を負うべきかを確定することにあると考えられるが、本稿では、その性質上、右の課題に直接に応えるための個別具体的で微妙な作業に深入りすることはできない。そこで、主要な専門職の民事責任について、後述は後述の語論文に譲り、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、諸外国における裁判との対比において、どのような法理論上の問題点を抱えているかを指摘することにした。

二 裁判例等の動向

一 全体的な傾向

(1) 専門家の責任をめぐる裁判例は、昭和三〇年代後半以降増加の傾向にある。しかし、その大部分は医療過誤訴訟であり、医師以外の専門家の民事責任をめぐる裁判例は著しく事件数が少ない。ただし、このことは専門家責任をめぐる事故がほとんど存しないことを意味するものではない。たとえば、弁護士会には年間三〇〇件台から四〇〇件台の懲戒請求がなされ、二〇件前後の懲戒処分がなされて、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医療過誤事件が少なくない。また、各種専門家のそれらについて賠償責任保険の保険金請求事例も存在している。保険金請求事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時事会社ですらクレーム数に関する正確な統計的數字を持ち合わせていないように

あるが、それぞれの専門職ごとに、せいぜい年間数件から数十件の範囲内と推測され、欧米諸国の状況に比べると、その数の少なさは異常なほどであるといつても過言でない。

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。

(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・懲戒請求を連じた紛争処理、建築家における建設業者・不動産業者への責任追及の可能性等）の

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

医療過誤訴訟に比べて医師以外の専門家の責任を追及する訴訟が少ないことの原因としては、医療事故が多の場合直接に生命・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点に対し、それ以外の専門家の過誤は明白な形を残さなかつたり、軽微な財産損害が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ればよいと思われるが、そうした相違を考慮してもなお医師以外の専門家に対する責任追及例は少なく、専門家に要求される技能ないし注意義務の水準が医療水準ほど明確なものとなっていないことをうかがわせる。

(3) 公表裁判例や保険金請求例に現れた事案の内容について

は、一般に、弁護士の控訴期間経過、建築家の設計ミスによる建築物の欠陥、土地家屋調査士の現地測量上の不注意による建物損壊等のように、単純な解怠やうっ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、不動産な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。これらのことも、訴訟にまで至る事例が少ないことの原因になつているものと推測される。

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

こともあつて、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ほか、不法行為責任を追及するものや、契約責任と不法行為責任とを並べて追及するものが相当数存在する。

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

の理由が考えられる。

(5) 上述のように、医師以外の専門家の民事責任をめぐる公表裁判例の数は少なく、既存の公表裁判例のみから専門家の責任に関する判例の一般理論を採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っとも興味深い展開を示しているのは、司法書士の責任をめぐる裁判例である。委任型の専門家責任のモデルと考えられる弁護士の責任、請負型の典型である建築家の責任および公認会計士の責任については、後述の小林論文、森島論文および弥永論文によつて詳しく検討される予定でもあるから、以下、もつ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例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わる公表裁判例は約五〇件を数えることができる。その大部分は昭和五〇年代半ば以降のものであり、内

容的には不動産登記関連のものがほとんどを占めている。

司法書士の登記申請業務に関する裁判例が多いことの原因としては、①不動産の価格が高額であること、②不動産登記手続に誤りがあったという事実それ自体は多くの場合外形上明白であり、証明の困難が生じないこと、③司法書士は他人の資格で独立の業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よりある（とくに、詐欺的な不動産取引においては、しほしほ不動産登記に対する懲罰が悪用されるため、いずれかの段階で司法書士が関与させられているケースが多い）こと等をあげることができる。

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

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

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、登記簿証・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、登記簿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「登記義務者に人選いなきことの保証」をすることがある。

これらの一連の事務処理のなかで司法書士がどのような義務を負っているかについては、さまざまに分類が試みられているが^①、ここでは、①依頼された登記申請手続を忠実に実現すべき義務、②依頼された登記申請手続を実現するにあたって、依頼者や第三者の利益を害さないようにするために、善良なる専門家として尽くす

べき注意義務、③説明・助言義務の三つに分けて紹介する。

① 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、たとえ委任後合理的期間内に登記申請手続をとらなかつたために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った場合には、司法書士の損害賠償責任が生ずることになる(仙台高判昭六二・四・二七判時一三三八号九三頁等参照)。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得ずに登記義務者側に返還してしまつたり、焚却されたりして、依頼の趣旨に従つた登記をすることができなくなつた場合にも、司法書士の登記権利者に対する損害賠償責任が生ずる(裁判昭五三・七・一〇民集三巻五号八六八頁等参照)。

これらの場合には、登記代理委任契約上の本体的債務の不履行があつたことは歴然としており、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ことにあるのだから、登記簿証・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、後述の英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が生じていると解するもの等が増えつゝある(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)。

② 司法書士が依頼されたおりの登記を申請したとしても、登記義務者が無権利者であつたり、登記義務者の代理人が無権代理人であつた場合には、登記権利者は

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

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

る義務について、かつて、東京地判昭五〇・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、登記簿上の権利関係の事前調査を依頼されていない以上、受託物件がその一日前にみずから所有権移転登記をした物件と同一であることに気づいたとしても、依頼された登記の実現が不可能であることを依頼者に告げ、善後措置の助言をするなどの介入的行動に出なくても注意義務に欠けることはないとする趣旨の判断を示した。これに対し、前掲東京地判平三・三・二五は、「司法書士に登記が必要取引の内容を告げ、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、取引手続も、手続が完了するよう司法書士が注意してくれらることを期待し、その期待の上で立つて取引を行うのが一般であり、それが、司法書士の専門家て

ある所以である」から、「取引当日にできる限り接着した時点における登記簿の状態を把握する等できる限りの努力をする必要がある」として、最新の登記簿を確認しないまま取引を行なつた司法書士について、「専門家には要求される程度の注意義務」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簿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、登記官のような審査義務を負うものではないとして、この種の調査義務はないとされていたが(京都地判昭四〇・二・二三訟月一巻七号九六六頁等参照)、後に、偽造・変造が一見明白な場合等に調査義務を認めるようになり、今日では、司法書士は、法律上、業務に関する法令お

よび実務に精通して公正かつ徹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て、登記原因証書その他関係書類の真偽について注意を払い、もつて真正な登記の実現に努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偽について調査を依頼された場合および関係書類の偽造を疑わしめるに足りる相当の理由を司法書士が有する場合には、かかる特段の事情のない通常の場合以上に関係書類を仔細に検討し、あるいはその結果必要に応じてその他の調査をなすなどしてその真偽を確認する注意義務があるとする裁判例が現われるに至つている(大阪地判昭六二・二・二六判時二二五三号八三頁)。

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

く、虚偽の登記を防止し真正な登記の実現に協力すべき職責を有するところ等を理由として、この種の調査義務を強調する傾向にあるが、その一方で、登記手続の迅速性の要請等も考慮して、登記申請の真正を疑うに足る相当な理由のある場合にのみ申請の前提となる実体関係の存在を調査・確認すべき義務があるものとしている(大阪地判昭六一・一・二七判時二二〇八号九六頁、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、登記簿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選いなきことの保証(不動産法四四条)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(大判昭一〇・一一・二二民集二四巻一三七頁等参照)。登記権利者が司法書士に対し調査不実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
タ四三三号九頁)否定(仙台高
判昭五六・一二・一七判タ四三八号一
九頁)の裁判例があるが、こうし
た免責特約が第三者に対する責任
を免れさせるものではないとい
うことは疑問の余地がないであ
らう。

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

しかし、その後の裁判例は、こ
の点についてより積極的な考え
方をとるようになってきている。た
えば、所有権移転登記の申請を依頼
されたが、そのために必要な書類
の不備等を理由として直ちにこれ
れをすることができない旨を告げ
て登記を留保した司法書士が、そ
の後に同一の不動産につき、これ
と矛盾する登記の申請手続をする
ように依頼された場合には、先行
する依頼の登記権利者に対してそ
の旨通知して適切な措置を講ずる
機会を与えるべき義務があるもの
としている(横浜地判昭五八・九・
三〇判昭二〇九二号八七頁、福岡地
判昭六一・五・二六判昭二〇七号九
三頁等)。

さらに、大阪地判昭六三・五・二
五(判昭三二六号一〇七頁)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
法書士立案のもとになされている
のは、司法書士が、単に登記手続
の専門家であるからというにとど
まらず、社会的に信用のおける人
物であり、かつ、一般の法的関係
にも明るい法律家として、右取
引自体の円滑・適正に資するべく

その後判が期待されているからに
ほかならないのだから、右取引に
立ち会った司法書士としては、登
記の手続に関する諸条件を形式的
に審査するだけでなく、重要な
事項に関しては、進んで右登記手
続に関連する既成実体関係に立
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
上の特徴を説明・助言することに
確認する義務を負うことは当然
の道理といふべきであるとして、
原告(登記権利者)に対し、「所
買代金額やその支払時期、支払条
件を聞き直し、かつ抵当権等の登
記が抹消されないまま代金全額を
支払う危険性についても説明・助
言した上で原告の登記意思を確認
する義務」に違反した債務不履行
があるとしていた。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
を支払う旨の信義がなされてお
り、これに従って司法書士立案の
もとに所有権移転登記手続の代理
を委任するのと引き換えに代金が
支払われたのであるから、右判決
のいう「当事者の登記意思の実質

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

同様に、前掲東京地判平三・
三・二五の事件においても、取引
に立ち会った司法書士ないしその
補助者が、最新の登記簿謄本が入
手できていないがそのまま取引を
進めるかどうかについて買主(原
告)およびその代理人である不動
産業者の意向を一応確かめた事実
が認定されているのであって、司
法書士は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
すべきであった」のに、これをし
なかつた点であり、ここでも、実
体関係にかかわる当事者の意思を形
成し直させる義務が課されている
と評することが可能であろう。

(3) 注意義務の水準

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

尽くすべきものとされる注意義務
の水準については、とくにこれに
ついて正面から論じた裁判例を見
出すことはできなかったが、諸
外国におけると同様に、²⁾法令
および業務に通じた標準的な司法
書士に要求される注意義務の程度
が基準になっているものと解され
る。

したがって、保証書を作成した
司法書士が、依頼に来た代理人と
かねてから面識があり、委任状に
も疑うべき点があつたことか
ら、本人につき人違いなきことの
心証を得て、保証書を作成した場
合、これがその当時の司法書士間
に一般的に行なわれている慣行に
従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定に
照らして司法書士の過失の存否の
判断の標準となしえないものとさ
れ(前掲大判昭二〇・一二・三二)
公証人法二八条二項が、面識がな
いときには印鑑証明書の提出その
他これに準ずべき確実な方法によ
りその人違いなきことを証明させ
うものとしていても、不動産法四
四条の保証書作成者においては登
記義務者と面識のないかぎり保証

をなしえないものとされている
(前掲仙台高判昭五六・一二・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際に他の登記
がなされる危険は、六万円余の手
数料しかもらえない司法書士では
なく、買主に対して目的物の実体
上・登記上の権利関係について調
査・説明の法的義務を有し、仲介
報酬として一千万円余りを受領す
る仲介業者が負担すべきであるこ
う主張も、考慮の対象とされて
いない(前掲東京地判平三・三・二
五)。

依頼者が不動産業者や金融業者
のような専門的業者である場合
や、そうした業者が依頼者の代理
人になっている場合には、司法書
士の本来的な業務内容はあくまで
登記申請手続の代理でしかないこ
との関連で、実体関係の調査・
確認およびその形成はもつぱら当
事者の責任においてなすものと解
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せず、過
失相殺を行なうことと調整を図る

傾向にある。この場合の過失相殺
は、事案によつても異なるが、五
割程度のもものが多く、なかには九
割に達するものもある。

(4) 小括

以上みてきたように、司法書士
の民事責任は次第に重くなりつつ
ある。そして、そのことは、過失
責任から無過失責任へといつたよ
うな責任原理の転換を要求される
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、過失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、みづからの職能の
確立は民事責任を負う範囲の拡大
によつて取引せられるものと認識
し、証書の有効性のみならず、そ
の効力性等についても責任を負う
ことと、公証人に専務処理を依頼

することの機軸性として、積極的
にその責任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、お
くまた当事者の依頼を受けて、そ
の職務を遂行するものであるから、
登記簿と同等な善悪範囲を有
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最高裁判
昭六一・八・七判昭二二七五号一〇
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、登記手続の迅速性
の要請もある。したがって、常に
必ず実体関係に立ち入って調査・
確認をし、依頼者に詳細かな説
明・助言を与える義務を負うとい
うわけではなく、委任に至る経緯
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と
いう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あつた
ないままに取引の継続に反するよ
うな過失な取引が行なわれよう
としている場合のみ、説明・助言
の義務が負わされているものと解

られる。

とはいえ、法律上、司法書士の業務と定められているものであつても、他の法律において制限されているものについては、これを二重二項、その業務の範囲を越えて他人間の訴訟その他の事件に参与してはならない(同法一〇条)などとして、その業務範囲を厳しく制約されている司法書士が、不動産取引の立会にさいして、前述の如く、実体的権利関係をみずから調査し、場合によっては取引の中止を求めようとする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(弁護士法三二条一項、七二条)はるかに高額な報酬を得ている弁護士が、簡単な指示、注意を与えることで免責されている点については(東京地判昭六〇・九・二五判タ五九九号四三頁参照)いささか釈然としな思ひも或る可。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く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

るのと引き換えにきわめて高額な報酬を得ている不動産仲介業者と低額な報酬しか得ていないのに概託に應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らの地位に應じたものといえるか否かの疑問等も含め、各種の専門家相互間の民事責任のあり方のバランスも問題とされる余地があるように思われる。

三 学説の状況と理論的な課題

一 学説の状況

わが国における医師以外の専門家の民事責任論の現状は、「弁護士・司法書士、公証人計士、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」との認識(註

によつて、すべてが言い尽くされているといつて過言でないであらう。

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

したがつて、ここでは、本来、専門家責任に関する一般論的理論を整理して、論争点を明らかにすべきものと考えられるが、わが国に

おける理論状況はいまだそうした作業を可能にするほど熟していないと判断されるので、諸外国における理論状況をも参考にしつつ、今後検討されるべき課題を指摘することとせざるを得ない。

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の問題となる事例を、大まかに、①提訴を依頼された弁護士が、これを放置して怠ること、提訴期間が経過して敗訴が確定した場合のようは、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は、本来の債務を履行するにあつたてて尽くすべき注意義務を尽くさなかつた場合(普通注意義務違反型)、③所有権移転登記の申請を依頼された司法書士が、謄写漏れ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つた場合のように、依頼者の知識の不足を補い、適正な判断をなし得るような説明および助言を与えなかつた場合(説明・助言義務違反型)の三類型に分ける視点を採用した(註)。

(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責務と職務上の独占権とを与えているのであるから、専門家は、そうした信頼に應ずるのにふさわしい高度の注意義務を負い、場合によつて依頼者の第二次的な意思を越え、あるいはこれに反する調査や助言を行なう義務を負うことがある。

ただし、ここでいう「高度の注意義務」とは、法令や契約に課せられ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」であるといつてあつて、それ以上でもそれ以下でもない。したがつて、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に思われる。

なお、専門家の注意義務の右のような特質からして、専門家の過失の有無の判定は、当該専門職の実態に適し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、そのことが、かつての医療過誤訴訟において指摘されていたように、専

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

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

2 専門家責任の根拠と法的性質

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

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

ことがあるとしても、それは、契約瑕疵の問題に帰着されることになる。

②の場合にも、専門家の義務は、委任契約上の普通注意義務または請負契約に付随する信義即上の注意義務として構成することが可能であり、原則として契約上の義務であるといつてよい。専門家であるが故に注意義務が高度化するといわれていることに関連して、フランスでは、この種の義務は当事者との合意によつて生じるのではなく、専門家の特殊性に資して合意の有無にかかわらず課されるようになった判例上の義務であるから、その義務違反は不法行為責任を成立させるという議論が有力に主張されてきた。しかし、わが国では、たとえば、委任契約上の普通注意義務は、受任者の職業・地位等に依つて一般的に要求される注意義務であるから、受任者が専門家の場合には、専門家なら通常払うであろう注意義務が基準になると解するのが通説である(註)。したがつて、そのかぎりにおいて、弁護士の注意義務は弁護士であるが故にそれによ

まわしい程度に高度化されるのであつて、職業義務に関する弁護士法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はれる。

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

る問題であるので、さしあたり、問題点の指摘にとどめることとした。

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

④ 専門家を受嘱する契約が委任ないし委任であるか、請負であるか、雇用であるかという問題については、すでに医師の場合について、仕事の内容によって、委任の場合もあれば、請負の場合もあり、雇用の場合もありうることに、一律にこれを決定することは困難である。また、契約の性質を決定することから当然に解釈論上の真体的議論を導きだしうるという考え方に対しては、強に疑問が投げかけられている。ここで中心的な課題である専門家の注意義務に関しても、契約の性質の理解如何によって、その程度・内容が異なってくると思わ

れない。しかし、契約の性質をどのように理解するかによつて、無過失の専門家に損害賠償責任を問うるか（履行請求ないし瑕疵修補請求については、請負の担保責任によらずとも、委任または雇用上の債務の一部未履行と構成することによって、同一の結論に達しうる）、短期の除斥期間にかからず、第三者に対する関係で七一年条または七一年条の適用があるか、といった問題があり、これらの諸点は依頼者および第三者の利益に相当大きな影響を与えうるものであるにもかかわらず、これまで必ずしも十分な検討の対象とされてこなかったといえよう。

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

判例四一・二一・二二判例一四八五号四一頁参照）、司法書士や土地家屋調査士の過失によつて偽造登記が作出された後長期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、専門家主責任保険によつてカバ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応を図る必要が感じられる。なお、ドイツの判例が、依頼者保護の観点から弁護士や建築家が時効を適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。

その他、アメリカ、ドイツ、フランスのいずれもが、免責約款および責任制限約款の効力を否定または制限していたのに対し⁽³⁾、わが国では、この点に関する議論がいまだあまり深められていないことを指摘しておかなければならないであろう。

⑤ 第三者との関係における専門家の義務は、契約の第三者に対する効力の拡張が認められる場合を除けば、法律上の義務であることに疑問の余地はない。

専門家は、依頼者の依頼を受け

て事務を処理するものであるから、その職務上の過誤が依頼者の依頼内容によつ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いた無効な所有権移転登記が依頼される場合等がその例である。こうした場合には、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断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、特段の事情のない限り、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り論点をあわけておこう。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へて、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、④Cが専門家としての資格を有する以上、七一年条の適用において使用者の選任監督上の注意義務を怠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が、④Cが専門家である以上、Bにはいわゆる「干渉可能性」がなく、完全独立履行補助者とみることはできず、Bが専門家を受嘱すること自体が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と⁽⁴⁾。⑤AがCの責任を追及してきた場合に、Cは、A・B間またはB・C間の契約に付された免責約款を適用することができると⁽⁵⁾、といった問題、およびそれらの場合のB・C間の内部的な損害分理のあり方如何の問題が生ずる。

四 はずび

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

議論が展開されてきた（初期においては、専門家の責任を軽減する方向での議論も有力であつたようであるが、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、いまだその緒についたばかりであるといつてよい。

しかしながら、現代の日本社会においては、欧米諸国におけると同様に、すべての分野において分業化・専門化が進展しつつある。したがつて、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と、より一層の効率を求めて専門家を委嘱する場合も増大しつつあるように思われる。

この後者の場合においては、経済効果の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

う。また、前者の場合においても、製造物責任その他の消費者保護的傾向が強まるにつれて、専門家の責任に対する追及は厳しくなつ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然であるといえよう。

② 右に述べたいずれの場合においても、専門家としての資格を信頼して事務処理が依頼されている以上、専門家は、その信頼に応えうるだけの仕事の質を保たなければならないはずである。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、そこであつて「高度の注意義務」とは、極限のところ、当該業務のもとで標準的な専門家が果たすべき注意義務を意味するものであり、専門家がそうした意味での「高度な注意義務」を負うことは、伝統的な民事責任論の原則に照らして当然に認められることであるから、ここに専門家責任の特色を求めることはできない。

専門家の民事責任を通常の民

専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
るために、専門的な立場から、通
常人以上に慎重な配慮をもって、
必要範囲での調査、確認をし、
依頼者に適切な説明、助言を与え
る義務を負ふ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、
専門家の職業を医師、弁護士その
他の古典的な自由専門職に限定す
ることにはあまり大きな意味を認
めることはできない。そのかぎり
では、フランス法が専門家の職業
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
認めることができようと思われ
る。

- (1) 川井健「専門家の責任」と
判例法の発展」川井健編・専門家
の責任(一九九三年)四頁参照。
- (2) 川井健「問題の提起」N.B.L
五三九号三頁(第一章一頁)。
- (3) 田谷敏「日本法における『專
門家の不法行為責任』前掲注
(一)五五頁。
- (4) ドイツにおける弁護士の民事
責任につき、浦川博太郎「ドイツ
における専門家の責任」N.B.L五
四九号五一頁(第四章三六頁)。
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、高橋秀一「建築家の責
任」前掲注(一)四〇五頁は、ア
メリカでは建築家の設計ミスを通
及する訴訟が連邦地方裁判所に表
現されたものだけで、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士過誤
訴訟の動向につき、加藤新一郎・井
藤士俊輔編(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、塚本和
之「公証人の責任」前掲注(一)
二四三頁以下参照。
- (6) 弁護士過誤訴訟が少ない理由に
ついては、加藤・前掲注(一)五

〇頁以下、小林秀之「弁護士の專
門家責任」N.B.L五四一―五四四頁
(第七章七六頁)、小島武司・弁護
士(新装増訂版)(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
建築家協会」(一九九三年)一頁、森
島昭夫「建築家の専門家責任」
(第八八七頁)等を参照された
い。

- (7) 司法書士法上の業務規定も、
昭和十五年の改正司法書士法にお
いては「司法書士は、他人の職務
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自治局に
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
よつて、「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手続
請求の手続について代理すること」
と改められている。
- (8) 司法書士の民事責任をめぐ
る裁判例について、詳しくは、山崎
敏彦「司法書士の職務上の民事責
任について」青山法學雑誌三六卷
三、四号(一九八五年)一一一頁
以下、二八巻四号(一九八七年)
一〇九頁以下、同「登記代理委任
契約論」(一九八八年)一頁以下、

同「登記代理委任契約に関わる司
法書士の民事責任・神鏡」青山法
学雑誌三三卷三、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わる民事責
任」鈴木稼弥先生古希記念・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
申請業務にかかわる注意義務」登
記先例集第三三九号・三四一―
(一九九〇年)、田中克彦・不良登
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」コレリスト一〇二三
号・一〇二五号・一〇二六号(一九
九三年)、小野泰誠「司法書士の
責任」前掲注(一)三二七頁以下
など参照。

(9) アメリカ不法行為法リステイ
トメント一九九九年条は、その専門
家または熟練者であつて、その職
業人のなめて認められている (good
standing) 者が、通常有し
ている技能と知識を用いることが
専門家には求められるとし(鈴木
真生「アメリカにおける専門家責
任」N.B.L五三九号二六頁(第四章
四二頁以下)、フランスの有刀等
責任は、専門家のフオートは、職務
に精通した (savoir) 医師、公証人
といった抽象的な類型 (type ab
strait) の行為態様に照らして評
価されると述べている (H. L. et

J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons
de droit civil*, t.II, 1^{er} vol., 8^e d.,
n°462)。
(1) ただし、加藤・前掲注(4)
一〇頁以下は、それに見合つた
報酬を得ていないという点等も
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ふものではない
として、こうした見方を批判す
る。

- (1) 川井・前掲注(一)三頁。
- (2) 専門家の民事責任および債権
提供者責任に関する外国法研究お
よびわが国の各種専門家ごとの各
論的著書・論文は多数にのぼるた
め、その引用は本書各論稿および
前掲注(一)掲載の諸論文に譲
る。専門家責任の総論的研究とし
ては、手嶋登「専門家責任」に
関する一考(一九九二年)一〇九
八―九九年、一三六頁以下があり、概
率的な教科書として、藤村好
弘・伊藤高義・渡辺直人・不法行
為法(一九八二年)一〇三頁以下
(中林勝政)がある。
- なか、ごく最近、山川一昭・根
田正徳編・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
は十分に参照していない。
- (3) 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刀等
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」N.B.L五五三号二九頁(第四
章四八頁参照)。これに対し、
嶋尾善久「専門家の責任」N.B.L
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」と、依頼者から
受けている信頼、信任を重切る
「受託義務違反」とに分類して
おり、本稿とは多少強弱が異なる
が、いずれにしても、依頼者との合
意内容を忠実に実現すべき義務と
当事者間の明示的な合意の有無に
かかわらず専門家としての地位に
基づいて生ずる義務との併存を重
視する点では共通の認識にたつて
いるものと理解する。

- (14) 川井・前掲注(一)五頁等参
照。
- (15) 鈴木重勝「弁護士の民事責
任」判例研究・取引と損害賠償(一
九八九年)二五五頁等。ただし、
加藤・前掲注(4)一一頁以下は、
建築業務は弁護士・依頼者間の信
任関係に由来する受託業務である
とされつつ、債務不履行事由とし
ての義務違反の非難として過誤注
意業務に加えて過失業務が必要と
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
(一)九頁以下、同「専門家の民
事責任の法的構成と証明」N.B.L
五四七号三五頁以下、五四八号三
四頁以下(第九卷一〇一頁以下)
参照。

- (17) 浦川・前掲注(4) N.B.L五
四九号五一頁(第四章三八頁・
五四頁(第四章四〇頁))。
- (18) 鈴木・前掲注(9) N.B.L五
四〇号二六頁(第四章四二頁)
以下、浦川・前掲注(4)「フランス法に
おける『専門家の
責任』」前掲注(一)一七〇頁等。
- (19) 渡辺天綱・濠洲現代契約と現
代債権の原理二巻二一九頁以下
(今西康人)、潮見健男「履行補
償責任の債権構造」民権九六卷
二号・三号(一九八八年)等参
照。

(20) 山本豊「免責条項の第三者
効」丘中俊雄教授還暦記念論集・
法と法理論(一九八六年)九〇三
頁以下参照。

(おまた・かまこ)