

第1 総論

1 専門家（profession）とは

「専門家（profession）」とは、歴史的に見ますと、とても興味深い言葉です。元々「profession」とは、「profess」の名詞型です。そして「profess」とは、「社会に対し公的な誓約をする」という意味の言葉なのです。

元々「プロフェッション」とは、医師や聖職者といった、公共の利益に奉仕することを目的とし、人の悩み、苦しみ、秘密に接し、高度な学識を要する職業を指す言葉でした。そしてそれらの職業に何故公的な誓約が必要かと申しますと、その職務権限が公衆の信託による特権であり、それゆえに公衆の利益のために職務を遂行する責務を伴っているからでありました。

その理念は、現代において、私達士業についても言いうると思います。私達士業と依頼者の方々との関係は、民法上の委任契約に該当します。そして民法648条1項は、「受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができない。」として、いわゆる委任契約の無償制を規定しているのです。もちろん現代社会における士業に対する仕事の依頼は明示の定めがなくとも黙示的な合意により、相当な報酬額を請求することを認めるのが判例の立場です（最高裁昭和37年2月1日判決は「弁護士報酬につき特段の定めがなくとも、事件の難易度、訴額、労力の程度、事件の進行状況、所属弁護士会の報酬規定その他諸般の状況を斟酌して相当な報酬を算定すべきである。」としています。）。でも現代においても、例えば講演の依頼に対する報酬を、「報酬」と呼ばずに「お車代」と呼ぶことは、「プロフェッション」の仕事の公益性に由来するものであると考えられているのです。

2 士業の役割と協力体制～契約書から考える～

そのような公益性を有する士業ではありますが、経済社会が複雑化・迅速化・国際

化するなど、高度に発達した現代においては、より士業同士の協力体制を構築することが求められていると思われます。

1つ例え話をさせていただきたいと思います。国際社会では、英語だけでなく、フランス語も共通語として用いられております。英語はまさに世界の共通語なのだから、英語だけで十分ではないか、と思うところですが、実はフランス語は、外交官をはじめとする国際法に関わる方にとって非常に重要な言語なのだそうです。それは、フランス語は人称と時制によって動詞が多様に変化するので、いかなる言語にも増して正確に状況を描くことができるからなのだそうです。

日常生活でも「てにをは」を間違えたら大変ですが、外交の世界では、たとえば「を」と「は」のたった一字の相違で、広大な領地を獲得したり、失ったりすることもあります。だから重要な外交文書は、正確を要するため、英語ではなくあえてフランス語で作成されることが多いのだそうです。

この英語とフランス語に関するエピソードは、私達士業の協力という観点からすると、とても興味深いものです。なぜならば、1つの契約書の文言、さらには1つの法律問題を取ってみても、ある言葉を別の士業の立場から見ると、違う問題が生じる可能性があるからです。そこに、現代の経済社会において、異なる士業が協力し、違う観点から1つの問題に関わる必要性が、より認められるところだと思うのです。

その協力体制について、これから少し時間をいただいて、「企業のリスク管理と専門家責任」というテーマから、お話を進めてまいりたいと思います。

第2 企業のリスクマネジメントと士業の役割

- 1 お手元にレジュメをお配りしております。そこに、企業のリスクマネジメント全体と、そこにおける士業の協力体制についてまとめたものを用意しております。今日は時間の関係ですべてをお話することができませんので、またお時間のある時でもお読みいただければと思います。今日はそのレジュメから興味深い点をピックアップして説明をさせていただきます。

2 まず専門家である私達士業にとっての企業のリスクマネジメントとは、経営者と同じ目線でビジネスの最前線で展開されている状況を理解し、リアルタイムでリスクを洗い出し、文書化をスピーディーに行い、紛争の芽を摘んでいくことが求められる業務である、と行うことができると思います。

3 そして企業のリスクには、大きく申しますと4つのリスクが存在しております。
①金のリスク、②人のリスク、③物のリスク、④情報（信用）のリスクです。これら4つのリスクへの対策として、私達士業の協力体制が求められていることになります。

そしてそれは、これから新しい判断が求められてくる新しい経済分野について特に言えるところでしょう。なぜならば、士業にはこれまでに積み重ねてきた法律、判例、通達等の先例を前提として、その上で社会の変化と新しく登場した社会事象について、法を使って対応していくことが求められているからであります。その意味で士業にとって大切な能力とは、これまでの先例を知る歴史家としての能力と、それを前提として社会の変化を察知する予言者としての能力と言えるのかもしれませんが。その意味で今日は、「企業リスクと予言。予言を行う上での士業の協力体制。」という観点から、お話をさせていただこうと思います。

まず①金のリスクについては、近時税金についての重要な問題が多く生じているところであります。例えば先日、電子書籍について、次のような報道がされていきました（2012年7月2日付朝日デジタル掲載の記事より）。

「7980円の電子書籍端末 楽天が19日に発売
ネット通販大手の楽天は2日、電子書籍の専用端末を19日に売り出すと発表した。他社の半額以下の税込み7980円。電子書籍の販売は海外子会社が担当し、価格に消費税を上乗せしない。低価格路線でシェア獲得を狙うが、ライバル社からは『税逃れだ』と不満の声が上がる。

専用端末の『コボタッチ』は重さ185グラム、厚さ1センチ。無線LANでネットにつながる。目にやさしい白黒表示で、1回の充電で1カ月程度使える省電力

が売り。1 月に買収したカナダのコボ社が北米では 9 9 ドルで販売している商品で、円高で低価格を実現した。

同様の通信機能を持つソニーの『リーダー』（1 万 6 8 0 0 円）の半額以下。三木谷浩史社長は『端末の販売では大きな利益を上げない。市場拡大のため、気軽に試してもらえる価格にした』と述べた。

楽天は国内向けに、電子書籍販売サービス『コボ イーブックストア』も同時に始める。日本語の書籍数は他社のサービスよりやや少ない 3 万点程度で始めるが、年内に 1 0 万点以上、将来的に 1 5 0 万点をめざすとした。コボタッチだけでなく、ほとんどのスマートフォンやタブレット端末からも買えるようにする。

書籍の価格には、消費税分を上乗せしない方針。コボ社が販売する形をとるため、消費税がかからない『国境を越える電子取引』とみなされる。三木谷社長は、財務省が法令改正に動いていることについては『（法改正されれば）ルールに従う』としている。」

電子書籍の発売元と消費税の課税の有無については、国際租税法という複雑な問題が生じる分野であります。日本をはじめとする関係国の国内法と国際租税条約等について、会計・税務の専門家の先生方とさらには弁護士などの法律家との協力が不可欠となっております。

その問題の困難さを表す裁判例として、武富士の元会長夫妻から長男への贈与に対する贈与税に関する最高裁判決を取り上げてみたいと思います（2 0 1 1 年 2 月 1 8 日付共同通信掲載の記事より）。

「1 3 3 0 億円追徴、取り消し 武富士元専務の逆転勝訴確定

武富士の武井保雄元会長（故人）夫妻から 1 9 9 9 年に外国法人株を贈与された長男の俊樹元専務（4 5）が、約 1 6 5 0 億円の申告漏れを指摘され約 1 3 3 0 億円を追徴課税されたとして処分を取り消しを求めた訴訟の上告審判決、最高裁第 2 小法廷（須藤正彦裁判長）は 2 0 1 1 年 2 月 1 8 日、課税は適法とした二審判決を破棄、処分を取り消した。元専務の逆転勝訴が確定した。

元専務に返還されるのは納税分のほか、利子に相当する還付加算金など計2千億円弱とみられ、個人への還付では過去最高額となる見通し。

1999年当時は海外居住者への海外財産の贈与は非課税扱いで、訴訟では元専務の『住所』が国内か香港かが争点だった。

判決は『元専務は香港で武富士や現地法人の業務に従事し、実体があったとはうかがわれない』と判断。『贈与税回避の目的があったとしても、客観的生活の実体が失われるわけではない。滞在日数などを調整したことは香港に生活の本拠があったことを否定する理由にはならず、課税は違法』と結論付けた。

一方で『税負担回避が容認できないとしても法解釈では限界があり、立法で対処すべきだった。現に2000年には必要な立法的措置が取られている』と言及した。

07年5月の一審東京地裁判決は『香港』として課税を取り消したが、08年1月の二審東京高裁判決は『香港滞在は税負担回避の目的があり、生活の本拠は国内だった』と逆の判断をして課税は妥当としていた。」

さらにもう一つ税金のお話をさせていただくと、消費税の推計課税と法の不存在の問題があります。納税者による納税が正確ではないとして、同業者の経理数値を用いた推計課税が行われることがあります。それは消費税についても同様なのですが、実は所得税法などには推計課税を認めた条文が設けられているのに対して、消費税法にはその条文が設けられていないのです。それにもかかわらず消費税についての推計課税を行えるのか、という問題が、租税法律主義（憲法84条「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。」）の観点から生じるのであります。

これらの税に関する問題は、士業、特に税務関係のご専門の先生方と、弁護士をはじめとする法律家とが協力して、現行法の規定、先例とされる最高裁判決の立場、さらにその最高裁判決がどう変化する可能性があるのかを予言し、リスク管理を行っていく必要がある分野である、と言えるのであります。

4 次に②人のリスクについて考えてみたいと思います。「企業リスクと予言」という観点からすると、近時重要な問題となってきたのが、名ばかり管理職問題です。

労働基準法41条2号（「この章，第六章及び第六章の二で定める労働時間，休憩及び休日に関する規定は，次の各号の一に該当する労働者については適用しない。・
・二 事業の種類にかかわらず監督若しくは管理の地位にある者・」）の「管理監督者」の該当問題であり，例えば東京地裁平成10年1月28日判決（日本マクドナルド事件）では，管理監督者に当たるといえるためには，①職務内容，権限及び責任に照らし，労務管理を含め，企業全体の事業経営に関する重要事項にどのように関与しているか，②その勤務態様が労働時間等に対する規制になじまないものであるか否か，③給与（基本給，役付手当等）及び一時金において，管理監督者にふさわしい待遇がされているか否かなどの諸点から判断すべきであるとされ，ファストフードの店長が，①ないし③のいずれの基準も満たしていないとして，管理監督者性が否定されております。

この問題は，リーディングケースと言われる地裁及び高裁の裁判例はあるものの，最高裁の判断ではなく，士業，特に労働関係のご専門の先生方と，弁護士をはじめとする法律家とが協力して，裁判例が最高裁判例となる段階でどう変化する可能性があるか，実際に担当している企業の管理監督者が司法の判断を仰ぐとどう評価されるのかを予言していく必要があります。

この問題は著名な問題でありながら，その一方でとても判断が難しい問題でもあります。近時，法テラスの地方事務所の所長をしていた弁護士が，所長退任後に，自らを管理監督者ではなかったとして，残業代などを請求する訴訟が提起されています。この問題が弁護士の間においても評価は難しく，さまざまな士業による協力が不可欠であると考えられるエピソードだと思います（2012年4月24日付読売新聞掲載の記事より）。

「残業代求め，法テラスを提訴・・・常勤弁護士

独立行政法人・日本司法支援センター（法テラス、東京）が，常勤弁護士を労働

基準法上の管理監督者（管理職）と見なして残業代を支払わないのは違法として、法テラス八戸法律事務所（青森県八戸市）の安達史郎（ふみお）弁護士（36）が、法テラスに超過勤務手当など約109万円の支払いを求める訴訟を八戸簡裁に起こしていたことがわかった。

法テラスによると、所属弁護士が超過勤務手当を求めてテラスを訴えたのは全国で初めて。

安達弁護士は2010年1月の八戸事務所開設から今年3月末まで所長を務めていたが、取材に対し、『実際には名ばかり管理職で、残業代が出ないのは実態にそぐわない』と主張している。

管理職に当たるかどうかについては、厚生労働省が、〈1〉勤務時間に自由裁量がある〈2〉経営と一体的な立場にある——などの判断基準を示しているが、安達弁護士は『他の職員に対する労務管理の権限も皆無だった』としている。

訴状などによると、常勤弁護士の労働時間は、就業規則で1日7時間30分と規定されている。安達弁護士は『実際には月約17時間の超過勤務があった』として、11年11月までの手当の支払いを求めたが、法テラス側に『常勤弁護士は労基法上の管理職にあたり、支払う必要はない』と拒否されたという。

法テラスの北岡克哉総務部長は取材に対し、『常勤弁護士は一定の職員を管理、監督する立場と内規で明記している』とし、訴訟で争う姿勢を示した。」

5 第3は物のリスクです。物のリスクで今後大きな問題となり、また社会の変化の予言が大きく求められるのが知的財産権の分野だと思われます。

特許法35条（職務発明を行った従業員に、勤務先に対して「相当の対価」の支払いを受ける権利を認めた規定）に関し、著名な青色LEDダイオードに関する従業員の職務発明とその対価についての裁判では、皆さんご存じのとおり、日亜の支払額を200億円とした第一審の東京地裁判決後、控訴審の東京高裁では、日亜と中村教授の間で和解が成立し、最終的な金額は8億4391万円とされています。

また、近時大きく報道されましたサトウの切り餅に関する知財高裁判決では、切

り餅を形崩れしないように焼き上げる切り込みの特許権を侵害されたとして、業界2位の越後誠菓（新潟県長岡市）が、業界1位の佐藤食品工業（新潟市）に「サトウの切り餅 パリッとスリット」など5商品の製造差し止めや59億4千万円の損害賠償を求めた訴訟の控訴審判決で、知財高裁の飯村敏明裁判長は22日、製造禁止と約8億円の賠償を命じました（2012年3月23日付山陽新聞掲載の記事より）。

このサトウの切り餅の判決で興味深い点は、佐藤（食品工業）は訴訟の結審日が指定されてから「自社の発明が先だった」とあらためて主張しようとしたけれども、知財高裁は訴訟完結が大幅に遅延すると指摘し、「ビジネスに関連した経済訴訟では、迅速な紛争解決がとりわけ重視される」と認めなかった点です。

現在では弁理士の先生方は、裁判所の許可を得ないでも、特許等に関する事項につき、補佐人として、法廷に臨むことができ（弁理士法5条）、また、審決取消訴訟においては、訴訟代理人になることができるとされています（弁理士法6条）。その意味ではこのサトウの切り餅の問題は、訴訟面においても、士業の協力体制が必要不可欠であることを示す事例だと言えるのではないかと思います。

このような訴訟における士業の協力体制は、税務訴訟における税理士補佐人制度を利用したの弁護士と税理士の協働関係についても言えるものであります（税理士法2条2項は、税務訴訟において訴訟代理人として弁護士が選任されている場合には、税理士は裁判所の許可なく補佐人となれることを規定しています。）。次に引用いたします相続税と源泉所得税は二重課税であり許されないとした最高裁判決がその代表でしょう（2010年7月6日付読売新聞報道の記事より）。

「所得税は二重課税 最高裁逆転の『違法』判決

生命保険金を遺族が年金として分割で受け取る場合に、相続税と所得税の両方が課されることが所得税法で禁じられた二重課税に当たるかが争われた訴訟の上告審判決が2010年7月6日、最高裁第3小法廷であった。那須弘平裁判長は『二重課税に当たり、違法』との初判断を示し、課税は適法とした2審・福岡高裁

判決を破棄，所得税の課税処分を取り消した。国側の逆転敗訴が確定した。

国側の訴訟資料によると，保険金を分割で年金として受け取れるタイプの保険契約は2007年時点で，最大手の日本生命だけで約210万件。既に遺族が年金を受け取ったケースも同社と住友生命の2社で1万3000件超に上る。国税当局は42年間にわたり二重課税を続けており，実務の見直しや徴収した所得税の返還を求められるのは必至だ。

訴えていたのは長崎市に住む主婦（49）。1，2審判決によると，主婦の夫は，総額2300万円の保険金を10年間に分け，毎年230万円ずつ受け取る特約付きの生命保険を契約。主婦は夫が死亡した02年，生命保険会社から一時金と初年分の年金を受け取った。この年金に対し，相続税に加えて所得税が課せられたため，主婦は『相続財産に所得税は課せないと規定した所得税法に反する』として国税不服審判所に不服を申し立てたが認められず，05年8月に提訴した。

国側は訴訟で，相続税の課税対象は年金を受け取る『権利』であり，現金で分割払いされる年金には所得税を課しても許されると主張したが，同小法廷は『年金を受け取る権利と，実際に分割払いされる年金とは経済的に同一のもので，所得税を課すことは許されない』と指摘した。

ただ，相続税の対象額は分割して受け取る期間に応じて決まり，今回のケースでは，年金総額2300万円のうち約6割の1380万円が対象となった。同小法廷は，残りの920万円については二重課税に当たらないと判断した。

06年11月の1審・長崎地裁は『二重課税に当たる』として違法と判断したが，07年10月の2審・福岡高裁は国側の主張を認めて1審判決を破棄したため，女性が上告していた。」

6 第4のリスクは情報（信用）のリスクです。

情報についてのリスクは，経営判断においてまず現れます。株主代表訴訟での取締役の経営判断と注意義務違反問題が，その代表であり，弁護士だけでなく，各分野の士業の方々の総合的な連携の上で，その対応が必要となってくる分野でありま

す。

さらには、そのリスクは企業の信用のリスクとしても発現するものです。近時大きな問題となったコンプライアンスと食の安全について、ミスタードーナツで販売されていた肉まんの違法食品添加物混入事件があります（２００２年。本件に関しては複数の株主代表訴訟が提起され、いずれについても取締役が一部敗訴しています。大阪地裁平成１６年１２月２２日判決。大阪地裁平成１７年２月９日判決。大阪高裁平成１９年１月１８日判決。）。

第３ 専門家責任

１ 総論

(1) 雇用契約と委任契約

私達士業の依頼者との法律関係は、委任契約であります。委任契約の特質は、雇用契約と比較するとよく分かります。

雇用契約は、従業員が雇用者の指揮命令に従うことを約束し、その一方で雇用主は従業員に対して報酬を支払う義務を負います。従業員が行う仕事の内容は雇用主が決め、そのリスクも雇用主が負うのです。従業員は仕事の決定について自由がない（雇用主の指揮命令に従う義務を負います）代わりに、リスクは負わないのです。仕事の成功不成功を問わず、定額の月収を請求することができるのです。

これに対して委任契約は、リスクについては雇用契約と同じように委任者が負います。受任者は委任者の利益の実現のために最善の努力をしますが、その結果については責任を追わないのが法の原則となっております。

ではその一方で、受任者は委任者の指揮命令に服するかと申しますと、委任契約では雇用契約と異なり、法律上は受任者に広い裁量を与えられております。専門家であるが故であります。

(2) 請負契約と委任契約

請負契約は、請負人が仕事を完成して引き渡さないと債務を履行したことになりません（民法632条，633条。その意味で結果責任に近いものです。）。それに対して委任契約は、結果そのものではなく、委任者のために全力を尽くすことに債務の履行があり、結果の成否は債務履行とは関係がないのが法の原則となります。そこにも、専門家であるが故の姿を見ることができると思います。

(3) ところが、この受任者の有する広い裁量に基づく行為に対し、法律違反があった、との主張がされることが多くなってきております。それがいわゆる専門家責任と呼ばれる分野であります。

この専門家責任の分野も、士業の先生方のご担当の領域により、その「責任」の性質が異なっております。そして近時の経済社会の変化は、企業のリスク管理の問題と表裏一体のものにして、この専門家責任への対処について、異なる士業の協力体制を必要としていると言えると思うのです。

2 弁理士の専門家責任

まず、弁理士の先生方の専門家責任について、専門書で指摘されている点を御紹介したいと思います。

『新・裁判実務大系 8 専門家責任訴訟法』（青林書院2004年）201頁以下。

「弁理士の業務について、弁理士法4条1項は、特許等に関し、特許庁に対して為すべき事項及び特許等に関する、異議申立て等についての、代理その他の事務を行うことと規定するのみで、その職務に付随する責任については、何らの規定もしていない。また、特許法等に関する教科書その他の参考書でも、この条文の解説については、簡単に説明が行われているだけである。したがって、その業務の遂行を巡って、どのような法律関係が形成され、その結果、弁理士にどのよう

な義務と責任が生じるのかについては、殆ど記述もなく、また、これを巡っての判例も見当たらない。しかし、このような状況は、必ずしも、弁理士の業務の範囲や内容からみて、その職務の遂行に関し、その義務や責任を巡っての問題が生じなかったのではなく、その職務の対象が特許権等の知的財産権に関する事項という、法律が通常取り扱う商取引の分野とはかなり異なる技術を対象とするものであること及び特許権等を巡っての事項に参加する人達の多くが法律の専門家達とは異なった世界に住む技術者であることから、本来ならば、法廷その他の紛争処理期間に持ち出されるような事態となっても、法律問題であると意識されないままに終わっていたのではないかと考えられる。

しかし、従来と異なり、社会における価値観の多様化と共に、諸々の分野での紛争が増加し、その解決の方法として法的手段が取られることが多くなったこと及び技術の国際化に伴って、外国人が我が国の特許制度にかかわることが多くなったことから、弁理士の職務の遂行を巡る問題が法律の世界からみて、いつまでも、聖域であり続けることはできなくなっているのではないかと思われる。現に、弁理士が外国人の代理人となって、特許出願をしたところ、実際に特許されたクレームが当初特許権者が意図した技術的範囲より狭く、権利を十分に防御することができなかったため、その弁理士が損害賠償請求を受ける恐れがあるとの風評を仄聞したことがあり、早晚、弁理士の職務の遂行を巡って、その義務と責任が法律問題として俎上に登る日も遠くないのではないかと思われる。」

特許無効と弁理士の専門家責任（ex. 一太郎訴訟など）。

外国における特許登録と公知性。

法的な評価が必要→士業の協力が不可欠。

3 司法書士の専門家責任

引き続きまして、これは実際にあった専門家責任の事例であります
が、司法書士の方に対する専門家責任の事例を御紹介いたします。

司法書士がいわゆる原野商法に荷担したとして、同人の不法行為責任を認めた判決があります。神戸地裁平成9年1月21日判決は、無価値の土地を高価なものであるとして偽られて、その土地を担保に金を借り、貸付金を回収できなくなった貸主から、その登記手続を行った司法書士に対して損害賠償請求がされた事件において、司法書士は、貸金業者からの委任に基づいて根抵当権設定登記及び先順位根抵当権の抹消登記の各手続を代行するに当たって、無価値な土地を担保に高額な貸付けの行われることを認識している場合、この委任を拒否すべきであり、拒否をせずに実際に代行したことは違法な行為を幫助したものであって民法709条の不法行為責任を負うべきだと判示しました。

登記簿上の地目は宅地であったが、実質は公衆用道路であった土地を担保に高額な貸付けがなされようとしている場合、無価値を認識している司法書士としては司法書士法21条（司法書士法21条「司法書士は、正当な事由がある場合でなければ依頼（簡裁訴訟代理等関係業務に関するものを除く。）を拒むことができない。」）の「正当な事由」がある場合として登記の嘱託を拒むべきであって、拒否しないで登記手続を「代行」したことは借主の違法な行為を幫助したものといわざるを得ないとして、回収できなくなった貸付金につき九割の過失相殺をしつつも不法行為責任を認めたものです（神戸地裁平成9年1月21日判決。その控訴審である大阪高裁平成9年12月12日判決は、登記権利者顧客に土地が担保価値をもたないことを教示し、なお抵当権設定登記をする意思があるのか確認すべきであるのにこれを怠ったとして債務不履行責任を肯定しています。）。

そもそも「原野商法」と申しますのは、悪質な不動産販売業者が、北海道の山奥の原野のような無価値に等しい土地を、「近く北海道に新幹線が通って地価が確実に値上がりする」などと偽って、言葉巧みに高額で売りつけるというタイプの悪徳商法です。

どのようにして騙すのかが問題ですが、まず訪問したセールスマンが立派なパンフレットを見せます。ときには芸能人の推薦文も入っているわけです。そして例えば、新幹線が予定されているかのような新聞記事を見せて信用させます。そこでの殺し文句として「確実に値上がりする」「必要であれば当社が買い取ってもよい」「他にいくらでも買主はいるので、早く決断してもらわなければ他の人へ売る」などと迫るのです。さらに、長方形に区割りされた現地の地積測量図を見せて、あたかも造成が完了した平坦地のように誤信させることもあります。

購入代金は、そんなに高額ではないし（例えば1坪当たり3000円程度で、総額でも100万円から200万円程度。）、北海道のような遠方であるので、買う前に現地を見に行かずにお金だけ払う例が多いという特徴もあります。こうして騙されてお金を払うのです。ところが、実際には新幹線は通らないし、現地へ行くのも困難な山奥で、その土地がどこの部分かを特定することもできないことに後になって気がつきます。

原野商法は、いわゆる消費者問題の対象として消費者法上の規律がされるべきであります。このような悪質な取引は一つ規制が及べば、また別の形の取引が編み出される傾向にあります。登記の依頼があった取引が法的にいかなる評価がされるべきなのかは、士業の協力体制のもとで判断が必要となる場合が生じるのです。

悪徳商法は、形式的には通常の取引である。→「違法である」との

法的な評価が必要→士業の協力が不可欠。

4 税理士の専門家責任

(1) あたかもコンピュータであるかのような責任

(2) 税務署職員の誤指導と税理士の損害賠償義務

神戸地裁平成5年11月14日判決

顧問税理士であった税理士が、会社の解散・整理に伴って生じる残余財産の分配等について依頼者に対して助言した内容に誤りがあったため、節税することができなかったとして損害賠償を請求されたところ、適性な税務処理を教示する債務の不履行があったとして、損害賠償請求が認められた事例。

「税理士の供述中に、税務署の担当官から旧措置法第66条の13の規定の解釈として、そのようになる旨の教示を受けたので、税理士もそのように信じた旨の部分がみられるけれども、同条文自体に照らし、そのように解釈できず、他にそのように解釈しうる法的根拠も見当たらないことに徴すると、右部分は採用することができない。なお、仮にそのような事実があったとしても、税理士としての租税に関する法令に精通すべき職務上の義務を何ら軽減するものではなく、その義務には何ら影響はないというべきである。」

(3) 和解条項と課税

5 土地家屋調査士の専門家責任

土地家屋調査士の方の専門家責任に関して、『新・裁判実務大系8 専門家責任訴訟法』（青林書院、2004年）132頁で取り上げられている教室事例を御紹介いたしましょう。

新築建物の表示登記に関して相談を受けた土地家屋調査士が、建築主が高齢であり、相続対策等を考えると同居する長男を所有者として登記申請をした方がいいのではないかという助言を与えたとします。

そして建築主がこれに応じて長男名義での表示登記をするよう依頼したのです。

ところが、この建物が借地上の建物であり、表示登記後に賃貸土地の譲渡がなされたとすると、借地上建物の建築主である借地人は、長男名義の登記によっては賃貸土地の取得者に対して借地権を対抗することができず、建物を取り壊してその借地から立ち退かねばならないこととなります（借地人と氏を同じくし同居する未成年の長男名義で保存登記をした建物を借地上に所有していても、土地の新取得者に対し借地権を対抗できないとした最高裁大法廷昭和41年4月27日判決参照。）。

ご存じのとおり、判例の立場は日々変化するものであります。判例だけではなく、行政上の通達、先例、学説の立場も日々変化するものであります。そしてその変化は日々早くなっているものです。さまざまな士業がそれぞれの専門分野の情報を集約して依頼に対応しなければ、後に専門家責任が問われる可能性が生じることを伺うことができる事例ではないかと思います。

6 公認会計士の専門家責任

会計士が会計監査人としてその任務を怠り会社に損害を及ぼしたときは、その会計士は委嘱者に対して連帯して損害賠償責任を負う（会社法423条1項）。

ここでいう「任務を怠り」とは、会計士が負う義務に違反することを意味します。つまり、監査契約が準委任であるところから、会計士は善管注意義務を負い（民法644条）、一般に要求される程度の注意・技量をもって監査及び証明業務を行わなければならない、この義務に違反した場合には任務を怠るものとして損害賠償責任を負わなければなりません。

注意義務違反として予想されるものには、会計監査人監査において、取締役の職務執行に関し不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実を発見しながら監査役にこの事実を報告しなかった場合があります（会社法３９７条１項）。

7 不動産鑑定士の専門家責任

裁判所の不動産競売手続において、裁判所から評価を命じられた評価人である不動産鑑定士の過誤につき、評価人の責任を認めた判例があります（札幌地裁平成６年３月３日判決）。

「２ 被告乙山（不動産鑑定士）の過失

（一） 不動産競売事件において、評価を命じられた評価人は、評価の参考になる諸要因について充実した調査を行って的確な資料を収集し、これによって、適正な評価額を算出するとともに、競売参加者が対象物件の適正な価格を判断する参考とすべく評価書にできる限り正確な記載をすべき職務上の義務があるというべきである。その調査及び評価方法の選択においては、ある程度の裁量が許されるが、執行官と比較して、より正確な資料を求められるところから、その裁量の範囲は狭く、具体的事案に応じて決定されるべき裁量の範囲を超えるときは、評価を違法とするほかない。

また、評価人がその裁量の範囲にあると認められる調査及び評価の方法によっても、対象物件の客観的に正しい現況を把握することができなかった場合は、評価書にその旨明記して執行裁判所に評価内容を報告すべき義務がある。」

8 行政書士の専門家責任

- (1) 『新・裁判実務大系 8 専門家責任訴訟法』（青林書院 2004 年）
231 頁

「善管注意義務違反の例としては、自賠責保険金請求に関して事故発生状況報告書の図面を作成するさい、『事故現場付近に停まってい

た車の位置を少しずらして書いたために被害者が20%もの過失減額になった』ケースがある。過失相殺の原因がこのような不完全な図面作成にあったといえるならば、行政書士は依頼者に減額された分の賠償をせねばなるまい。造成工事の開発許可申請において、申請書類作成時に測量数値の転記ミスをしたために、追加工事が必要になってしまったとして、追加工事費用の賠償請求がなされたというケースもある。ここでは約650万円が保険金によって支払われた。また、風俗営業法上許可にならない地域にもかかわらず許可要件を誤認して新規営業（事案では麻雀屋）許可申請を受任してしまったというケースがある。ここでは、麻雀屋については申請前に設備をすべて完成させておかなければならないために、無駄になった設備・工事費および逸失利益の賠償（総額626万円）が賠償責任保険によりなされている。」

（2）東京高等裁判所 平成4年7月28日判決

行政書士開業の挨拶状に、「オータ事務所勤続16年の経験を生かし」という文言等を使用しても「オータ事務所」の表示を使用したものということとはできないとした判決が支持された事例

判決要旨

「1. 本人尋問の結果によれば、被告自身、右挨拶状の記載により被告の経歴を示すつもりであったに留まり、被告の主観的意図としても、挨拶状を送付することにより原告事務所と経済上、組織上の系列関係を表示するつもりなどはなかったことが認められる。」

「2. 原告は、被告はそもそも就業規則に基づいて、顧客名簿の内容を他に漏らしたり、また、顧客名簿を利用してこれに記載された原告の顧客に対して競業しない旨の義務を負っていたと主張するが、前記の就業規則の規定は、雇用関係にある従業員に対する懲戒理由を定めるものにすぎず、就業規則に退職後の競業禁止義務について触れた規定が設けられていることについては全く主張立証がないところ、

原告の主張は、被告が退職後に機密を利用して競業行為をしたというものであって、秘密漏洩行為そのものを主張するものではないから、顧客名簿が就業規則所定の機密に該当するか否かを検討するまでもなく、前記就業規則の規定があるということだけから、直ちに原告事務所を退職した被告に債務不履行事由に係る何らかの義務が生ずるとはいえない。」

9 社会保険労務士の専門家責任

東京地方裁判所平成21年7月9日判決（第一審）

弁護士法人である原告が、社会保険労務士である被告B及び被告東京都弁護士国民健康保険組合に対して、原告が被告組合をいったん脱退したら再加入することはできないにも関わらず、被告組合は被告Bに対し、被告Bは原告に対し、それぞれ再加入は可能であると回答したことによって、原告は被告組合を脱退し、結局再加入できなかったため、保険料相当額の損害を被った等と主張して、損害賠償の支払を求めた等の事案において、被告Bが、被告組合の被用者であるC又はDに対して被告組合を一度脱退した後に再加入が可能であるかどうかの質問をしたとの事実、あるいはC又はDが被告組合を一度脱退した後に再加入が可能である旨の回答をした事実を認めることができず、また、社会保険手続に関連する事務が原告と被告Bとの間で結ばれた本件顧問契約の内容に含まれているとはいえない等として、原告の請求をいずれも棄却した事例。

10 中小企業診断士の専門家責任

株主代表訴訟による取締役の責任追及と、その取締役に対する中小企業診断士の助言との関係が問題となります。

第4 まとめ

1 法律と活字

四宮・能見『民法総則』（弘文堂，第8版，2010年）182頁

『法律の解釈』という場合には、裁判などで、具体的事実関係に対して民法の条文などが適用されるか否かを判断するためには、法律条文の文言の意味を確定することが行われる。ここでの解釈は、立法者がその条文にどのような意味を与えたかという事実の探求（これも単純な事実の問題に尽きないが）だけでなく、どのような意味を法律に与えるべきかという価値判断が入る作業である。」

2 法の実現における私人の役割

田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会，1987年）

英米法の専門家である田中教授と、会社法の専門家である竹内教授が、同時期にアメリカに留学した成果をまとめた著書。法の理念の実現のためには、国家の力ではなく、それを使う私人の役割をより重視するべきであることが、さまざまな事例をもとにまとめられています。

3 生きている憲法・生きている法律

サーグッド・マーシャル「憲法—生きている文書」『アメリカの黒人演説集（岩波文庫）』（岩波書店，2008年）335頁以下

サーグッド・マーシャル（1908—1993）は，1908年にメリーランド州ボルチモアで生まれました。祖父は奴隷でした。弁護士となり，全米有色人種向上協会（NAACP）の法律担当弁護士として頭角を表します。その後20年間，連邦最高裁で弁論した裁判32件のうち29件で勝訴。その中には，有名な「ブラウン対教育委員会裁判」（1954年連邦最高裁判決）があります。1967年に米国の法律専門家で初のアフリカ系アメリカ人の連邦最高裁判所判事に任命されます。以下の演説は，憲法制定200周年記念の年である1987年にハワイ州マウイで開催されたセミナーでのものです。

その演説で，マーシャル裁判官は，「記念行事はたいいそうですが，1987年の計画には特別の催しがあり，憲法制定によって生まれたさまざまな功績を称えることになっています。愛国心が必ずや高まり，今では古くなり黄ばんだ文書に反映

されている，草案者の知恵，予見，正義感を誇らかに讃美するでしょう。それは残念なことです。」と述べられた後，次のように言われたのです。

「２００年前の古ぼけた紙に，活字として書かれた憲法そのものが称賛に値するわけではない。その活字にすぎない憲法に，より良い意味を与えようと，命をかけて奮闘された方々の活動の軌跡こそが，称賛に値するのである。そのような意味を込めて私は，生きている文書（ドキュメント）としての憲法の２００周年をお祝いしたいと思います。」

- 4 私達士業も，共に手を取り合って，活字である法律により良い意味を与えていきたい。そのように考えております。ご静聴ありがとうございました。

以上