

講演

弁護士の職業責任の基本構造

Grundstrukturen der Berufshaftung der Rechtsanwälte

マーカス・ゲーライン*
訳 森 本 恵 三**
坂 本 恵 三***

訳者はしがき

ここに訳出したのは、2019年10月1日に、日本弁護士連合会との共催の下、中央大学駿河台記念館において行われた日本比較法研究所主催のセミナー「(ドイツにおける) 弁護士損害賠償訴訟の現状と課題」における基調講演である。

講演者マーカス・ゲーライン (Markus Gehrlein) 博士は、マンハイム大学名誉教授でもあり、同大学において「医事法」を講じておられるが、いわゆる本職は、ドイツの民事最高裁判所である連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) 民事第九法廷所属の連邦判事である。そして民事第九部は、法的助言を職業とする者つまりは弁護士および税理士に対する損害賠償事件の上告をその所管としている。いってみれば、弁護士損害賠償請求判例メーカーであり、この分野の実務をリード・形成する地位にある (この他

* ドイツ連邦通常裁判所判事・マンハイム大学名誉教授

Markus GEHRLEIN

Prof. Dr., Richter am Bundesgerichtshof, Ehrenprofessor an der University
Manheim

** 客員研究所員・元中央大学法科大学院教授

*** 嘱託研究所員・東洋大学法学部教授

に、倒産事件もその担当としており、ドイツ倒産法の実務はすべてこの法廷の判断を軸として動いているといっても過言ではない)。

弁護士そしてまた税理士は、その職域を異にするが、専門知識をその生業とする自由職業者としての責任の有り様は同じである。この講演は、その双方をにらみつつ、何がそこでは問題となるのか、その基本枠組みを説くものであり、問題の広がり幅とその多様性は、今後のわが国の裁判実務に多くの示唆を与えてくれる。

なお、本翻訳については、私森勇も共訳者とさせていただいているが、これは編集上の都合によるもので、共訳者に甘んじていただいた坂本恵三氏の成果であることを最後に記させていただく。

(文責 森 勇)

I. はじめに

弁護士は、職務執行の際、高度な要求を満たさなければならない。これは、事実関係の複雑さとそれに伴う法的問題が、しばしば非常に多面的であり国内法に限定されない傾向が増加していることに起因する。この何十年間かの間に生まれた様々な専門弁護士制度は、とりわけ弁護士の権限の強化に向けられた進展を示すものである。税法の領域は、その他に、弁護士が具体的な事案を検討する際に顧慮しなければならない大量の法改正の影響を受けている。このような状況の下では、依頼人が最善の利益保護を期待し、被った法的不利益の補償を自己の弁護士を相手方として請求しようとすることもまれではない。こうしたことを背景として、弁護士の職業責任の基本構造を解明することが、まさに弁護士自身のために有益なのである。

II. 契約の締結

1. 契約の種類

弁護士と依頼人との間の契約関係は、基本的に事務の処理を対象とする役務提供契約である。しかしこの関係は例外的に請負契約であることもある。すなわち弁護士による助言というよりもむしろ弁護士の活動によってもたらされる成果が、弁護士の義務の対象となっている場合には、この関係は請負契約である。弁護士が具体的な問題について法的な情報を提供しまたは、法的な鑑定書を作成することを引き受ける場合には、通常、請負契約の関係である¹⁾。連邦通常裁判所は、税理士に依頼人の税務上のすべての利益を代表させる契約を通常、事務の処理を対象とする役務提供契約であると評価している。この根拠となっているのは、税理士と依頼人の法律関係の枠内では、税理士は、極めて多様な活動を義務づけられておりある特定の成果を目指すはずがないという考慮である²⁾。たとえば資産の投資や分配、評価の際の税務上の助言、税制上の優遇措置の利用および調整の際の税務上の助言、さらには税務案件における一般的な支援として（たとえば税務監査の際などに）税務署で納税義務者を代理することは、民法611条以下の意味における純粋な役務の提供である。役務の提供というためには、一定の数がまず算出され、資料が作成され、これに続いて一定の説明がされなければならないということは、事の本質上仕方のないことであって、既存の法律関係を役務提供契約関係と位置づけることを妨げるものではない。既存の法律関係は、全般的に依頼人の選択した目的を基準として評価されなければならない³⁾。

1) BGH, Urteil vom 20. Oktober 1964 - VI ZR 101/63, NJW 1965, 106.

2) BGH, Urteil vom 7. März 2002 - III ZR 12/01, WM 2002, 2248, 2249.

3) BGH, Urteil vom 4. Juni 1970 - VII ZR 187/68, NJW 1970, 1596, 1597.

2. 契約と好意（Gefälligkeit）の区別

当事者の意思表示に法的に拘束する意思を認めることができるのか、それとも当事者は非法的な好意に基づいて行動するだけなのかの区別は、個々の事例それぞれの事情に基づいて判断されなければならない。当事者の一方に法的に拘束する意思が存在するか否かは、相手方当事者が、所与の事情の下で取引慣行を顧慮して信義則上、そのような意思を推認しなければならなかったか否かによって判断される。これは、当事者の意思表示と行動および態度に基づく客観的な基準によって判断されなければならない。この判断の際には、とりわけ案件の経済的および法的意義、特に受益者にとってのそのような意義と当事者双方の利益状況が、顧慮されなければならない。弁護士が自己の活動に対して報酬を求めているという事情には、決定的な重要性は帰属しない⁴⁾。連邦通常裁判所の確定した判例によれば、情報が、情報受領者にとって明らかに極めて重要であり、情報受領者がその情報を重要な決定の基礎としようとしている場合には、情報の提供者と受領者との間の情報契約の黙示の締結が認められ、したがってまた情報の正確性に対する情報提供者の契約上の責任が認められなければならない。このことが特にあてはまるのは、情報提供者が情報提供について特に専門知識を有しているケースや、情報提供に情報提供者自身の経済的利益がかかわっているケースである⁵⁾。

目前に迫った不動産の売却に関する弁護士の情報が情報受領者にとって明らかに極めて重要であり、これを重要な決定の基礎とするものとされている場合、情報契約の成立は、否定されない。そのほか、話題になっている税務上の情報について、弁護士を特に専門知識を有するものとみなすことができたという事情についても、同様のことがあてはまる⁶⁾。

4) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369 Rn. 7, 8=NJW 2009, 1141.

5) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369 Rn. 10=NJW 2009, 1141.

6) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369 Rn. 11 f=NJW

3. 第三者に有利な保護効果を伴う契約

契約の保護に含まれる第三者の範囲は、関係者の利益を適切に考慮して、規定上、第三者が主たる給付にかかわっていることを基準として限定される。この基準により要求される第三者の給付の近接性だけでは十分ではない。契約の保護領域に第三者を含めることについての債権者の保護に値する利益も、存在しなければならない。たとえば弁護士など債務者の利益は、第三者を保護範囲に加えることを認識でき、したがって第三者についても拘束力をもって責任が拡張されることが認識できなければならないということによって、顧慮される。第三者を保護範囲に加えることは、連邦通常裁判所の判例および学説における通説によれば、第三者の保護の必要性がない場合には、否定されなければならない。第三者を保護範囲に加えることは、契約の保護領域に加えられた場合に第三者に帰属することになる請求権と同一であるか、少なくとも同じ価値を有する契約上の固有の請求権が——誰に対する請求権であるかは問わない——第三者に帰属する場合には、一般的に否定される⁷⁾。特別受益を受けた相続人は、他人の相続人排除を実現することを目的とする相談契約の保護領域に含まれている⁸⁾。雇用者と年金契約を締結する際の依頼人の相談を対象とする契約の保護領域に、依頼人の妻は含まれる⁹⁾。最後に、有限会社を設立の途上で社員が弁護士と助言契約を締結する場合、会社は、契約の保護領域に含まれる。なぜならば、弁護士が原始社員に対して責任を負う助言の対象は、まさに会社であり、助言の結果は、有限会社の資産状態（債務額）に直接影響を及ぼすからである¹⁰⁾。

2009, 1141.

7) BGH, Urt. v. 2. Juli 1996 - X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 170 ff=WM 1996, 1739=NJW 1996, 2927.

8) BGH, Urt. v. 13. Juli 1994 - IV ZR 294/93, NJW 1995, 51, 52.

9) BGH, Urt. v. 1. Oktober 1987 - IX ZR 117/86, WM 1987, 1520, 1521=NJW 1988, 200, 201.

10) BGH, Urt. v. 10. Oktober 1985 - IX ZR 153/84, WM 1985, 1475, 1476=NJW 1986, 581, 582.

III. 助言義務違反

1. 弁護士の助言義務

a) 裁判所の職権調査に基づく義務の範囲は無制限

民事訴訟においては、事実資料の提出は、まず第一に当事者の義務とされている。当事者に代わって働く弁護士は、事実を提出する以外に、弁護士の法的見解が正当であることおよびその理由について裁判所に確信を抱かせることを試みる義務を負っている。それゆえ弁護士は、——法的陳述を含めて——裁判に有利な影響を及ぼす可能性があるすべてを提出しなければならない。訴えが、様々な法的観点によって理由づけられる可能性がある場合には、顧慮されるすべての理由を処分権限のある可能性の範囲内において具体的に説明するように事実主張を構成しなければならない。弁護士が委任された仕事を適正に処理せず、その結果、事実上あるいは法律上の追加的な困難を惹起した場合、それによって発生した効果は、基本的に弁護士が負わなければならない。したがって弁護士は、裁判上のミスの結果が、弁護士の義務違反によってはじめて惹起したか、契約に従った仕事をしていれば回避できた問題に基づく限り、その裁判上のミスの結果について責任を負うのである。裁判所の懈怠があったとしてもその懈怠は、基本的に自己のミスについての弁護士の共同責任を排除するものではない。したがって、裁判所に義務づけられた法的審査（「裁判所、法を知る」）を理由として、「錯綜した法を解明する」義務を弁護士が免れることはない¹¹⁾。

b) 委任の内容

弁護士の義務の具体的な範囲は、付与された委任と個々のケースの事情によって異なる。

11) BGH, Urt. v. 10. Dezember 2015 - IX ZR 272/14, WM 2016, 180 Rn. 8.

aa) 包括的委任

依頼人が、特定の方向の助言だけを必要とするということを明確に表明していない限り、弁護士は基本的に、依頼人に一般的で包括的のでできるだけ網羅的な情報を提供する義務を負う。専門知識を持たない者に、弁護士は、意思表示の効果を説明し、これらの者を錯誤から保護しなければならない。委任の限度内において弁護士は依頼人に、目指す目標を達成するのに適した措置を勧め、依頼人の不利益が予見可能でかつ回避可能である限り、この不利益を防がなければならない。さらに弁護士は、依頼人が適正な決定をできるように、依頼人に最も確実でかつ最も危険の少ない方法を提案し、生じる可能性のある危険について説明しなければならない¹²⁾。依頼人が、法的に問題のある措置を意図している場合には、弁護士は、依頼人に法的状況を説明し、依頼人が意図する措置に反対する理由を示し、法律上の規制に違反する場合に生じる危険について説明しなければならない。弁護士が、明らかに継続的に支払不能であるか、または債務超過の状態にある組合の理事会から、債権者と裁判外の和解を締結することを依頼された場合、弁護士は、破産手続開始の申立てをする義務と支払の履行の禁止について理事会に説明しなければならない。組合が上部団体によって支援されていても、基本的に弁護士は、この義務を免れることはない¹³⁾。

bb) 限定的委任

判例によれば、弁護士は限定的な委任の範囲内においても、適正な調査によって明らかとなる危険を依頼人が自覚していないと認める理由がある場合には、依頼人にこの危険を警告しなければならない。第三者に対する請求権について消滅時効が完成しそうな場合に、この種の義務は、とりわけ顧慮される¹⁴⁾。限定的委任に基づく付随義務が認められるのは、危険が

12) BGH, Urt. v. 1. März 2007 - IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485 Rn. 9; Urt. v. 9. Juni 2011 - IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889 Rn. 12.

13) BGH, Urt. v. 26. Oktober 2000 - IX ZR 289/99, WM 2001, 98=NJW 2001, 517, 518.

14) BGH, Urt. v. 26. Juni 2008 - IX ZR 145/05, NJW-RR 2008, 1594 Rn. 15.

弁護士に知られているか、広く一般に周知されている場合である。このことがとりわけ該当するのは、危険が、限定的な委任の対象と密接に関係する依頼人の利益にかかわる場合である。周知されているということの意味は、適正な調査をすれば危険が明らかとなるはずであるということが、平均的な助言者にとって、一見して明白であるということである¹⁵⁾。万一、弁護士が、用益賃貸借関係の延長のための交渉を行うことだけを委任されていたとしても、仮にそれまでの契約関係から生じた補償請求権が存在するのであれば、その補償請求権も一緒にこの交渉に取り込まなければならぬという付随義務が認められる¹⁶⁾。

c) 一般的教示義務

弁護士の義務の具体的な範囲は、付与された委任および個々のケースの事情によって異なる。弁護士の法的助言の目的は、依頼人が、自己の法律案件において自己責任による適切な（基本的）決定（「方針決定」）を下すことができるようにすることである。そのために弁護士は、事実状態および法律状態を正確に把握し、これらを依頼人が理解できるように説明しなければならない。依頼人、とりわけ非法律家である依頼人は、必ずしも完全な法的分析を必要とするわけではなく、依頼人に現状と自己の具体的な関心事についての不可欠の決定の基礎を提供する助言を必要とするだけである。法的に可能性がある複数の選択肢の中で、ある選択肢が他の選択肢と比べて明らかに有利であると思われれば、弁護士は、そのことを指摘し、その選択肢を推薦しなければならない¹⁷⁾。法的助言者の説明は、——控訴審裁判所が出発点において適切に認めたように——一定の法効果について信頼に足る筋から教えを受けたい依頼人に、自己の決定の基礎とするために、行動の可能性およびその長所と短所の概ね適切な概要を提供する

15) BGH, Beschl. v. 29. September 2011 - IX ZR 184/08, NJW-RR 2012, 305 Rn. 6.

16) BGH, Urt. v. 26. Juni 2008 - IX ZR 145/05, WM 2008, 1563, 1564 Rn. 14=NJW-RR 2008, 1594.

17) BGH, Urt. v. 1. März 2007 - IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485 Rn. 10.

ものでなければならない¹⁸⁾。しかし依頼の種類と範囲によっては、たとえば特別に急を要する場合や訴訟物と釣り合いの取れない出費の場合のように、限られた説明で十分な可能性もある。すべての法的関係および法効果についてのあらゆる点で完全な説明は、事実状態および法律状態が難しい場合には、依頼人に過大な要求をし、決定にとって重要な観点についての依頼人の判断を誤らせる危険を伴う。こうしたことが起これば、それは、助言義務の意義と目的に反する。それゆえ弁護士は、依頼人が決定するのに必要な情報を提供する助言だけを依頼人に与えなければならないのである¹⁹⁾。消滅時効が完成しそうな場合には、依頼人に対する困難な法的関係を考慮して、時効完成の時点についての詳細な法的分析は、必要とされない。消滅時効の完成を防ぐために必要な訴え提起の時間的緊急性は、「直ちに」訴えを提起しなければならないという弁護士の助言によって十分にこれを明確にすることができる²⁰⁾。

d) 最も確実な方法

裁判所が裁判の際に顧慮することができるように、依頼人たる当事者に有利な事実上および法律上の観点をできるだけ包括的に陳述することは、依頼人の請求を訴えによって主張すべき弁護士の役割である。弁護士は、依頼人が弁護士に提供する情報で直ちに満足してはならず、事情によっては適切な法的整理のためにその他の事実の知識が必要であり、その意味が依頼人には直ちにわかるわけではない場合には、追加的な説明を求める努力をしなければならない。弁護士は、適時に提出する義務を負い、したがって弁護士は、個々の攻撃防御方法が、時機に後れたものとして却下されないようにしなければならない。弁護士はまた、付与された委任の限度内において、あらゆる方向で包括的に依頼人の利益を守らなければならない。複数の措置が顧慮される場合には、最も確実でかつ最も危険のない措置をとらなければならないし、追及する成果を達成するために複数の方法

18) BGH, Urt. v. 1. März 2007 - IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485 Rn. 11.

19) BGH, Urt. v. 9. Juni 2011 - IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889 Rn. 12.

20) BGH, Urt. v. 9. Juni 2011 - IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889 Rn. 13 ff.

が可能性を有する場合には、その成果が最も確実に達成される方法を選択しなければならない²¹⁾。裁判費用の予納金を実際に支払ったことを、裁判所が無視し、訴えが無条件で提起されているにもかかわらず、単なる訴訟救助の申立てがされているにすぎないことを、裁判所が前提としていることが訴訟代理人にとって明白である場合、出訴期間を遵守する目的で訴状の即時の送達を確保するために、訴訟代理人は、裁判所の誤解を解かなければならない²²⁾。依頼人の法的外見を支持する連邦通常裁判所の判決を援用することを控訴審の弁護士が怠り、その結果依頼人が敗訴した場合、弁護士の過誤とそれによって発生した損害との間の帰責関係(Zurechnungszusammenhang)は、裁判所も連邦通常裁判所の判決を見落としていたという理由によって、遮断されることはない²³⁾。

e) 最上級裁判所の判決を顧慮すること

弁護士は(ならびに税理士も)、依頼人のために活動する際、まず第一に最上級裁判所の判決を基準としなければならない。なぜならば、最上級裁判所の判決は、法の展開および法の適用にとって方向性を示す点で重要だからである。それゆえ弁護士は、最上級裁判所の判例の展開について、公式の判例集だけでなく関連する専門雑誌も手掛かりとして情報を収集しなければならない。それ以上に公表されている下級審判決や文献およびとりわけ論文を調査する義務が認められるのは、確かに基本的には限定的である。しかし、ある法領域が明らかに発展途上にあり、(さらなる)最上級裁判所の判決が予想されうる場合には、一層厳格な要求がされなければならない。その場合その領域から生じた案件を処理しなければならない弁護士は、適切な時期に専門雑誌にも目を通さなくてはならない。その場合その弁護士には、もちろん全体として現実的な寛容の枠組みが認められな

21) BGH, Urt. v. 13. Juni 2013 - IX ZR 155/11, NJW 2013, 2965 Rn. 8.

22) BGH, Urt. v. 17. September 2009 - IX ZR 74/08, WM 2009, 2138, 2139 Rn. 7=NJW 2010, 73.

23) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369=NJW 2009, 1141.

なければならない²⁴⁾。自分は考慮しなかった最上級裁判所の関連する判決が間違っていると助言者が考えているとしても、助言者が免責されることはない²⁵⁾。弁護士が、付帯費用の支払を求める賃貸人の代理人として、数年間にわたる慣行による付帯費用の配分に関する合意を推論するために連邦通常裁判所の2000年5月29日の判決を援用しなかった場合、弁護士の行為は義務違反に当たる²⁶⁾。

f) 和解の締結

依頼人が、和解の締結を検討する場合、弁護士は、依頼人に和解の長所と短所を説明しなければならない。特にこれがあるのは、補償のための和解 (Abfindungsvergleich) の場合である²⁷⁾。裁判所が明文で和解の提案をする場合でも、弁護士は、当事者への助言についての責任を免除されることはない²⁸⁾。確かに和解交渉に協力する弁護士には、裁量の余地が認められなければならない。なぜならばさもないならば、その弁護士は、もはや自分では負担しきれない危険を負うことになってしまうからである。しかし弁護士は、自分が代理している当事者にとって和解が不当に不利益を及ぼすものであり、訴訟において判決が下されれば基本的に一層有利な結果を達成できる見込みが存在し、その見込みに理由がある場合には特に、和解を締結しないよう助言しなければならない。少なくとも弁護士は、助言の際にそのような見込みを指摘しなければならない²⁹⁾。夫の年金

24) BGH, Urt. v. 21. September 2000 - IX ZR 127/99, WM 2000, 2431, 2435=NJW 2001, 675, 678; v. 25. 9. 2014 - IX ZR 199/13, Rn. 12.

25) BGH, Urt. v. 28. September 2000 - IX ZR 6/99, BGHZ 145, 256, 263=WM 2000, 2439=NJW 2001, 146.

26) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 179/07, WM 2008, 324, 325 Rn. 8, 9=NJW 2009, 987.

27) BGH, Urt. v. 13. April 2000 - IX ZR 372/98, WM 2000, 1353 f=NJW 2000, 1944.

28) BGH, Urt. v. 11. März 2010 - IX ZR 104/08, WM 2010, 815=NJW 2010, 1357 Rn. 8; OLG Saarbrücken VersR 2002, 1378, 1380.

29) BGH, Urt. v. 14. Januar 1993 - IX ZR 76/92, NJW 1993, 1325, 1328; v. 7. Dezember 1995 - IX ZR 238/94, NJW-RR 1996, 567, 568; BGH, Urt. v. 11. März 2010 - IX

権の調整（Versorgungsausgleich）を求める請求権が30000ユーロの額で存在する場合、弁護士は、離婚和解（Scheidungsfolgvergleich）の一環として28000ユーロを妻に支払うことを夫に勧めてはならない³⁰⁾。

g) 契約の相手方に対する責任

aa) 契約上の請求権はない

弁護士が自己の依頼人に助言しなければならないだけでなく、自己の依頼人の交渉相手に対しても、第三者に対する保護義務を負わなければならないという内容の第三者のための保護効果を伴う弁護士契約は、認められない。弁護士と依頼人との間の契約は、通常、依頼人の契約の相手方の保護に資するものではない。そのような保護は、依頼人と依頼人の相手方の利益が対立関係にあることと相容れない。法的助言者は、自己の当事者の利益を保護するものとされている。法的助言者は、相手方の利益を考慮し相手方の利益も保護する義務を、同時に負うことはできない（連邦弁護士法＝BRAO43a 条4項）。この目的のために相手方は、自己の法的助言者を用いることができる³¹⁾。同様に訴求債権は、その限りでは基準となる事情を顧慮しても、黙示的に締結された情報契約を根拠とすることはできない。弁護士が、自己の依頼人の契約の相手方に対して、税法の領域における契約交渉の際に自分が行った説明の正確さについて責任を負う意思があるということ認めることはできない³²⁾。

bb) 判決の騙取に協力した場合の不法行為責任

弁護士が判決の騙取に協力した場合には、民法826条および830条に基づき、相手方との関係で弁護士の責任が問題となる。最上級裁判所の確定した判例によれば、民法826条は、特別の事情があれば、確定しているが実体的に不当な債務名義に基づく執行に対抗する可能性を、債務者に提供す

ZR 104/08, WM 2010, 815=NJW 2010, 1357 Rn. 8.

30) BGH, Urt. v. 11. März 2010 - IX ZR 104/08, WM 2010, 815=NJW 2010, 1357 Rn. 9 ff.

31) BGH, Urteil vom 23. April 2009 - IX ZR 167/07, NJW 2009, 3297 Rn. 42.

32) BGH, Beschluss vom 21. September 2017 - IX ZR 12/17, Rn. 2.

る。実体的な法状態を無視して債務者の負担で、執行債権者が自己の形式的な法的地位を利用することが、正義の思想と全く相容れない場合には、既判力は、後退しなければならない。しかし民法826条のこの種の適用は、特別に重大で厳格に限定された例外事例にとどめなければならない。なぜならば、このような例外を拡張すれば、既判力制度を空洞化し、法的安定性を損ない、法的平和の発生を耐えがたい方法で疑問視することになるからである。民法826条適用のための第一の要件は、債務名義が実体的に不当であるということである。すなわち執行可能であると宣言された請求権が、存在してはならない、または債務名義で示された範囲で存在してはならない。内容的な正当性の問題について決定的に重要であるのは、主張されている請求が、現在裁判をしている裁判所の見解によれば正当なものと認められるかということであり、当時管轄裁判所が、主張されている請求を法的審査の際に実際に肯定したのか否かではない。執行債権者は、債務名義が正当なものでないことを知っていなければならない。債務名義の客観的な不当性と——遅くとも訴訟において債権者も得た——債務名義が正当なものではないことについて主観的に了知しているだけでは、確定した債務名義に基づいてさらに執行することを良俗違反であると思わせるために、基本的に十分ではない。むしろ、労せず取得した法的地位を放棄することを債権者に求めなければならない根拠となる特別な事情がこれに加わらなければならない。しかし追加的な特別な事情という要件は、契約の良俗違反に基づく債務名義の実体的な不当性が非常に明確かつ重大であって、執行が行われれば、すでにそれだけの理由でまったく耐え難い方法で法感情が侵害される場合のように、極端なケースでは、これを無視することができる³³⁾。

33) BGH, Urteil vom 24. September 1987 - III ZR 187/86 -, BGHZ 101, 380, 383 ff.

2. 税務上の助言義務

a) 税法上の案件における助言

aa) 助言の対象

税理士は、業務上、税務行政手続および財務裁判手続において依頼人を代理する権限を有する（税理士法＝StBerG33条1項、租税通則法＝AO80条1項、財政裁判所法＝FGO62項2項）。このように、税法の領域においては権利を求める者の利益を保護する適切な代理が保証されている³⁴⁾。もちろん弁護士も、税務上の助言をする権限を有する。しかし実務においては、税務上の助言は、全く圧倒的に税理士によって行われているだけである。助言者が税務案件においてどのような役割を果たさなければならないかは、付与された委任の内容と範囲によって異なる。税務の助言者は、与えられた委任を義務に従って処理するために顧慮しなければならない税法上の項目に従事する義務を負う。このようにして設定された継続的委任の限度内においてのみ、助言者は、事務処理の際に姿を現した税法上の問題について、質問されなくても依頼人に、教えなくてはならない。税理士の契約上の付随義務に属するのは、依頼人を損害から保護すること（民法242条）と税理士にとっては明白である誤った判断を指摘することである³⁵⁾。これらの基準によって存在する税理士の契約上の義務には、——弁護士の場合とは異なり——前任の税理士に対する損害賠償請求権がある場合にその損害賠償請求権を依頼人に指摘することは、含まれない³⁶⁾。

bb) 契約の無効

税務の助言者の契約上の義務は、通常、税法に限定される（税理士法＝StBerG1条乃至3条、33条）。法的助言を含めそれ以外の法律案件を業務上処理することは、基本的に禁止されている³⁷⁾。税法以外の法的助言が問題となる場合には、助言契約は、民法134条によって無効である。それに

34) BGH, Urt. v. 7. Mai 2015 - IX ZR 186/14, NJW 2015, 2326 Rn. 11.

35) BGH, Urt. v. 7. März 2013 - IX ZR 64/12, WM 2013, 802 Rn. 14.

36) BGH, Urt. v. 7. Mai 2015 - IX ZR 186/14, NJW 2015, 2326 Rn. 8.

37) BGH, Urt. v. 7. Mai 2015 - IX ZR 186/14, NJW 2015, 2326 Rn. 8.

もかかわらず税理士は、民法311条2項によって情報の不足について責任を負う可能性がある。依頼人は、あたかも職業法上許可された法的助言者から適切に教えを受けているような待遇を受けることを要求することができる³⁸⁾。

b) 継続的委任

依頼人にとって考えられるあらゆる種類の税を包含する「包括的係属的委任」は、税法領域で具体的に処理される案件を超えて民事法上の節税対策の可能性を含む助言をすることも義務づける³⁹⁾。疑わしい場合には、継続的委任の枠組みの中で、主として通常の日常業務に専念する税務の助言者を、依頼人は、別の税法上の問題における助言についても自由に利用することができるということを前提とすることができる。いずれにせよ税法上特に困難な問題を提供するわけではない事柄が問題となっている場合には、これがあてはまる。その場合、助言者は、その限りでは契約上の給付として適切な助言をする義務を負う。依頼人が、日常業務を超える特定の質問——たとえば家の購入の税務上の効果——をする場合、この質問は、継続的委任に基づく請求の主張であると考えらるべきであって、特殊な問題に限定された特別の助言契約締結の申込みであるにとらえるべきではない⁴⁰⁾。税務の助言者が、連続して複数回有限会社のために、年次税務申告書や法人税および営業税の申告書を作成した場合には、この税務の助言者は、この点に限定した継続的委任においても、継続的委任の対象の範囲内に存在し隠れた利益分配が生じる可能性のある形成の問題を依頼人と討議し、危険と危険の大きさを指摘しなければならない⁴¹⁾。税務の助言者が、依頼人の請求権が、いわゆる再建命令によって税法上の特別な扱いを受けるということを依頼人に指摘しなかった場合、その行為は義務違反である。依頼人は、異議があればその異議を行使して、再建命令において示さ

38) BGH, Urt. v. 10. Dezember 2009 - IX ZR 238/07, BFH/NV 2010, 592 Rn 9 f.

39) BGH, Urt. v. 23. Februar 2012 - IX ZR 92/08, WM 2012, 758 Rn. 9.

40) BGH, Urt. v. 25. November 1987 - IVa ZR 162/86, WM 1988, 166, 167.

41) BGH, Urt. v. 23. Februar 2012 - IX ZR 92/08, WM 2012, 758 Rn. 8.

れた再建で得た利益から税の免除を受けるための要件が存在することを、税務署に対して証明することができたのに、その点を税務の助言者が義務に違反して指摘しなかったのに、そうすることができなかつたのである⁴²⁾。

c) 限定的委任

税務の助言者が特定の任務に限定した委任を受けた場合、その助言者は、引き受けた任務と直接関係しないが職務追進の機会に知ることになったできごとを税務の問題として調査する義務を負わない。限定的な委任を付与されたにすぎない税理士は、自分が誤った決定を知っているか平均的な助言者には一見してわかるが、依頼人は、自分に迫っている不利益を知らないと考えられる理由がある場合には、委任の範囲外にある税務上の誤った決定についても依頼人に警告しなければならない。これがとりわけ妥当するのは、危険が、限定的な委任の対象と密接に係る依頼人の利益にかかわる場合である⁴³⁾。依頼人が自ら投機期間（Spekulationsfrist = 軽減税率になるまでの期間）はまだ徒過していないと述べ、仕入れ価格と予想販売価格を比較したため、仕入れ価格の償却を計算に入れることにより課税所得の最大化が切迫しているということを依頼人が知らないという危険を、助言者が知ることとなった。したがって、税務の助言者は、帳簿上の利益の結果、著しい税の負担を覚悟しなければならないことを依頼人に指摘しなければならない⁴⁴⁾。

d) 最上級裁判所判例と法律の合憲性に対する信頼

税務の助言者が、最上級裁判所の判例が将来変更されることや、関連する法律が違憲である可能性またはEU法違反（Gemeinschaftsrechtswidrig）の可能性あることを助言において検討しなかったことを理由として、税務の助言者の責任が問われることは、まれではない。ここでは、最上級裁

42) BGH, Urt. v. 13. März 2014 - IX ZR 23/10, Rn. 21.

43) BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369 Rn. 14.

44) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369, 370 Rn. 15=NJW 2009, 1141.

判所の判例をどの程度信頼することができるのかを問題とする。

aa) 最上級裁判所の判例を顧慮すること

法の現実について最上級裁判所判例に認められる指導性の重要性を理由として、助言者は、自己の委任を行う際、基本的に最上級裁判所の判例を基準としなければならない。基準となるのは、判例を利用する時点におけるそれぞれ最新の最上級裁判所の判決である⁴⁵⁾。助言者は、依頼人の税務上の意図に添う最上級裁判所の判決に助言を適合させなければならない。これは、その判決が学説において争われ、将来変更される可能性も排除できない場合においても同様である。税理士が最上級裁判所の判決を顧慮する義務を果たしたか否かの判断については、通常は助言の時点における判例の結果として生じた法状態が基準となる。このことが特にあてはまるのは、最上級裁判所の判例が、依頼人が求める税務上の効果について有利なものである場合である。一年後に行われた判例変更は、助言が義務違反であったか否かの判定にはもはや何の影響も及ぼさない⁴⁶⁾。

bb) 最上級裁判所の判例が存続することについての信頼

この点については、助言者は、通常、最上級裁判所の判例が存続することを信頼することができる。なぜならば、これと異なる扱いがされるのは一般には例外事例に限られるからである。下級審における反対の立場の裁判例や学説における少数説があっても、通常、弁護士は職務追行の際に少数意見を顧慮する義務を負うことはない。しかし、最上級裁判所が判例変更を指示した場合や、判例と学説における新たな展開が古い判例に影響を及ぼす可能性があり、特定の問題について最上級裁判所の新しい判決が存在しない場合には、弁護士は判例変更を顧慮しなければならない。下級審裁判所の裁判例と論文を含めた文献を参照するという助言者の義務は、ある法領域が明白な事情に基づいて発展中であり（新たな）最上級裁判所の

45) BGH, Urt. v. 6. November 2008 - IX ZR 140/07, WM 2009, 90 f. Rn 9, 10=BGHZ 178, 258=NJW 2009, 1593; v. 25. September 2014 - IX ZR 199/13, Rn. 12.

46) BGH, Urt. v. 3. Juni 1993 - IX ZR 173/92, WM 1993, 1677, 1678=NJW 1993, 2799, 2800.

判決が期待される場合にも、例外的に認められる。助言者が、そのような領域で生じた案件を処理しなければならない場合には、その助言者は、適切な時期に専門雑誌にも目を通さなければならない。その際、その助言者には、「現実的な寛容の枠組み」が認められなければならない。基本的に基準とされるべきであるのは、どの程度の明確性（証拠）をもって特定の方向に法の展開が進み、これまで異なる判断が示された問題に新たな解答が示されるのかということである。さらに、どのような支出によって——費用の点でも——依頼人の利益のために新たな法の展開を顧慮することができるのが重要になる⁴⁷⁾。税理士は特別な理由もなく、連邦財務裁判所の年次報告書を閲覧する義務を負っていない。すなわち、たとえこの年次報告書には、だれでもアクセスできるとはいつても、この年次報告書は、第一次的にはこの年次報告書を報道で利用する一般的な新聞と専門誌の代理人を対象とするものである。個々の税務助言者は、自分にとって重要な情報を一般的な新聞と専門文献から得ることができることで十分であると考えている⁴⁸⁾。

cc) 課税の基礎が憲法違反や EU 法に違反する可能性があることを指摘する義務

法定税額の根拠についての課税通知の合憲性を審査する際の税務の助言者の注意義務には、適切な基準が用いられなければならない。これら基準によれば、税理士は、基本的に、税務行政によって用いられている税法の合憲性を信頼することが許される。裁判所が、判断に重要な規範の違憲性を確信した場合にはじめて、裁判所は、手続を中止し、基本法100条1項によって連邦憲法裁判所の判断を仰がなければならない。単なる憲法上の疑義だけでは、連邦憲法裁判所に対する判断を求める提示（Vorlage）は、まだ正当化されない。それゆえ単に憲法上の疑義があるにすぎない場合には、租税規範は、財務行政および財務裁判所によって適用される。委任の

47) BGH, Urt. v. 6. November 2008 - IX ZR 140/07, WM 2009, 90 f. Rn 9, 10=BGHZ 178, 258=NJW 2009, 1593; v. 25. September 2014 - IX ZR 199/13, Rn. 12.

48) BGH, Urt. v. 25. September 2014 - IX ZR 199/13, Rn. 15.

範囲内において依頼人に包括的にかつできるだけ徹底的に税務上の助言をするという税理士の基本的義務からは、例外的に、これまで合憲と扱われてきた税法が違憲である可能性を指摘する義務も生じる可能性がある⁴⁹⁾。これらの原則は、提示の要件が異なるにもかかわらず、租税規範がEU法違反のケースに準用することができる⁵⁰⁾。連邦憲法裁判所が、類似した関係にある部の判決において、憲法問題を扱いその際係属中の課税事件の憲法判断についても説得力のある仮決定が下された場合には、例外となる可能性がある。課税の基礎に対する憲法上の疑義がある場合にその疑義についての指摘義務は、裁判所が基本法100条1項によって連邦憲法裁判所に対する提示の決定をし、助言者がそのことを知っていた場合にも、認められる⁵¹⁾。スロットマシンの営業に基づく付加価値税の申告を委任された助言者は、2004年の付加価値税法4条9号bに基づく課税にEU法違反があるのであればそれを依頼人に指摘する必要がある⁵²⁾。もっともこの指摘は、助言者が知っていなければならない判決の中で、連邦財務裁判所が上述の疑義を表明したらすぐにしなければならないが、連邦財務裁判所の疑義の表明があるまではする必要もない。

IV. 助言過誤と損害の因果関係 (Zurechnungszusammenhang)

連邦通常裁判所は、助言過誤と生じた損害との間の因果関係に関して、その確定判例を引き続き維持している。

49) BGH, Urt. v. 6. November 2008 - IX ZR 140/07, WM 2009, 90, 91 Rn 11, 12, 13=BGHZ 178, 258=NJW 2009, 1593.

50) BGH, Urt. v. 23. September 2010 - IX ZR 26/09, WM 2010, 2050 Rn. 9.

51) BGH, Urt. v. 6. November 2008 - IX ZR 140/07, WM 2009, 90, 91 Rn 14, 15=BGHZ 178, 258=NJW 2009, 1593.

52) BGH, Urt. v. 23. September 2010 - IX ZR 26/09, WM 2010, 2050 Rn. 9 ff=DStR 2010, 2374.

1. 表見証明（Anscheinsbeweis）

法律相談そして税務相談のケースにあっては、義務違反と損害の間の因果関係は、表見証明の諸原則に則って、証明軽減が図られている。法的助言者の責任が問題となるケースにおいて、依頼者の有利となるよう、どのような要件の下で義務違反と損害の因果関係に関し証明軽減が認められるのかを、連邦通常裁判所の確定判例から読み取ることができる。これは、表見証明の一適用例である。特定のリアクションを客観的かつ明確に予測させる諸事情にその基礎をおいた生活経験によると、類型化された考察方法をとることができる事実関係（典型的な事象経過＝訳者）であることが前提である。これが認められるのは、もし的確な法的助言がなされていたなら、理性的な観察者の視点からすると、判断（選択肢＝訳者）は一つしか有りえなかったという場合である。これに対し——連邦通常裁判所も強調しているように——説明として正しい行為（Aufklärungsrichtiger Verhalten）に関して下された別の分野の判例は、（わが国流でいえば「上告受理事由」である＝訳者）教示の必要も法の継続形成の必要のいずれもこれを生じさせるものではない。このことは、最近下された投資家に関する裁判（決定）にもあてはまる。この裁判は、投資助言者（銀行＝訳者）に不利となるかたちで、義務にかなった説明（Aufklärung）がなされていれば損害は発生しなかったとする、証明責任の転換につながる反対証明可能な事実上の推定が働くとしたものである。この裁判は、説明義務の特別の保護目的に照らすと正当であり、もし義務にかなった助言を投資家が得ていたとしても、投資家がとる行動の選択肢が多様の場合でも働くものである。

この判例は、侵害された義務の保護目的をその理由としていることから、生活経験に照らすと、典型的なかたちで一定の事象経過を認めることを正当化する諸事情をその拠り所としたものではない。私の所属する第九部は、すでに反対証明可能な事実上の推定と取り組み、表見証明の諸原則によらなくては、法的助言者と依頼者間の妥当な危険配分をはかれないと

判示したところである⁵³⁾。

2. 具 体 例

果たして表見証明が働くか。具体的ケースにあってはその判断は難しい。表見証明によって、さらなる扶養料支払いを免れるために遵守すべき期間について、仮に的確な指摘がなされていたなら、依頼者は適時に父性確認の訴えを提起していたと認定されることになる⁵⁴⁾。争訟的な交渉 (Streitige Auseinandersetzung) のほうが依頼者にとっては有利であるので、弁護士が和解締結を辞めるよう助言すべきであった場合には、依頼者はこの助言に従っていたとの推定が働く⁵⁵⁾。税務の助言者が依頼者に、税務上有利に土地売却をするために必要な待機期間 (税の減免を受けるに必要な期間 = 訳者) を指摘しなかった場合には、それなら依頼者は売却を見送ったであろうという内容の表見証明は成立しない。なぜなら、これとやらんで精算を理由とする売却あるいは値段が有利であることから、優先して行うに値するような売却といった選択肢もあったからである⁵⁶⁾。近親者が事業用不動産あるいは当該有限会社にかかわることで節税をはかることができるが、そのほかにも経済的にみて意味のある選択肢が、依頼者の前にはあった場合でも、依頼者が近親者への財産移転による税務上のメリットのみを考えて、その財産案件を処理するか、それとも、節税と結びつく財産上の犠牲 (自分の手から財産が離れる) のために税法上有利な処分スキームを放棄するか of 選択肢があったのである⁵⁷⁾。

53) BGH, Beschl. v. 15. 5. 2014 - IX ZR 267/12, WM 2014, 1379 Rn. 2 ff.

54) BGH, Urt. v. 23. September 2004 - IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494, 496.

55) BGH, Urt. v. 14. Januar 1993 - IX ZR 76/92, NJW 1993, 1325, 1329.

56) BGH, Urt. 5. Februar 2009 - IX ZR 6/06, WM 2009, 715, 716 f Rn. 11 ff=NJW 2009, 1591.

57) BGH, Urt. v. 20. März 2008 - IX ZR 104/05, WM 2008, 1042, 1043 Rn. 13=NJW 2008, 2647.

V. 損 害

1. それまでの手続の予想される結末についての判断

主張された損害が弁護士の義務違反に基づくものかを確定するために、義務にかなった行動が仮にとられていたとしたら、ことはどのように進んだかを検討しなくてはならない。賠償責任訴訟においては、弁護士の義務違反により依頼者に損害が生じたか否かが、別の裁判所手続の帰趨いかにかかっているときは、賠償事件担当裁判所は、果たしてその手続は、正しくはどのように判断されたかを自ら検討しなくてはならない。先の訴訟を担当した裁判所が、どのような法的な判断に基づいてその裁判を下したかは関係がない。かえって、賠償事件担当裁判所の見解がどうかによる。このことは、弁護士が義務にかなった行動をとっていたら先の手続はどのような結果になったかがはっきりしている場合にもあてはまる⁵⁸⁾。控訴代理人弁護士が、その依頼者の法的見解を支持する連邦通常裁判所判決の摘示を怠り、そのために依頼者が敗訴した場合、弁護士の過誤とそれにより生じた損害との間の帰責 (Zurechnung) 関係は、裁判所もまた連邦通常裁判所の裁判を見落としたことによって遮断されることはない⁵⁹⁾。つまり、誤った助言によって依頼者に損害が生じたかの判断にあたっては、賠償担当裁判所は、義務違反がなければ、当時事件を担当した裁判所が現実になどな判断を下したかではなく、事実的・法的状況全体に基づいて、問題の手続が助言者にその責任がある過誤がなければ、正しくはどのような結果になっていたはずかを独自に判断しなくてはならない。このような判例の本質にあるのは、わけても次のような考慮である。すなわち、評価的考察方法 (Wertende Betrachtungsweise) では、賠償訴訟で当事者 (原告

58) BGH, Urt. v. 15. November 2007 - IX ZR 44/04, WM 2008, 317 f Rn. 9=BGHZ 174, 205=NJW 2008, 1309.

59) BGH, Urt. v. 18. Dezember 2008 - IX ZR 179/07, WM 2009, 324=NJW 2009, 987.

= 訳者) が前訴で敗訴したのは客観的にみて正しい判断だったということが判明したときは、それは、法的な意味での損害とみることはできない、ということである⁶⁰⁾。

2. 差額仮定・差額説 (Differenzhypothese)

民法249条1項の意味での損害は、損害を発生させる事象によりもたらされた関係者(被害者)の財産状況(Lage)とこのような事象がなければあったであろう財産状態(Stand)の差をいう。賠償されるべき損害額は、損害を発生させる事象によりもたらされた関係者(被害者)の財産状況(Lage)とこのような事象がなければあったであろう財産状態(Stand)を比較することにより決せられる⁶¹⁾。つまり果たして損害が生じているかまたそれはどの程度かは、数額を比較することで確定されるが、ただその結果には規範的な評価が加えられなくてはならない。仮定的差額説は、責任を基礎づける事象とそれによりもたらされる財産減少の間の因果関係をその前提としている。つまり、その補填を受けることができる損害だと認められるのは、責任を基礎づける事象によりもたらされた財産の減少、換言するとこのような事象がなければ生じなかった財産の減少のみである⁶²⁾。条件説(Äquivalenztheorie)によれば、結果が生じたのであればそれ抜きではありえない事情すべてが因果関係ありとなる。(それがなければ損害は生じなかったすべての事情は、因果関係ありとなる)。この際注意すべきは、原因の相関性の確定のために無いものとするところができるのは、義務違反の行為のみであり、その余の事情はこれを考慮してはならな

60) BGH, Urt. v. 3. Juni 1993 - IX ZR 173/92, WM 1993, 1677, 1679=NJW 1993, 2799, 2801.

61) BGH, Urt. v. 5. 2. 2015 - IX ZR 167/13, Rn. 7.

62) BGH, Urt. v. 19. Mai 2009 - IX ZR 43/08, WM 2009, 1376, 1378 Rn. 18=NZG 2009, 865; v. 14. Juni 2012 - IX ZR 145/11, WM 2012, 1359=DB 2012, 1559 Rn. 42; 7. 2. 2013 - IX ZR 75/12, ZInsO 2013, 671 Rn. 10; v. 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12, WM 2013, 1323=DB 2013, 1542=ZIP 2013, 1332 Rn. 20.

いということである⁶³⁾。判例は、因果関係経緯の妥当性そしてまた規範の保護目的というさらなる基準を用いて、条件説から導かれる損害結果に対する幅広い責任を限定している⁶⁴⁾。填補さるべき損害には、逸出利益、たとえば利息を得られなかった分も入る⁶⁵⁾。

3. 具体例

弁護士から義務にかなった助言があれば、依頼者は家を買わなかったとしよう。この場合依頼者は、家を取得しなかったとしたら置かれている状態にあると想定することになる。この依頼者の債務は現在より少なくなるが、引き換えに、家の所有者にはなれない。依頼者は家のローンを支払わなくてよいが、そのかわり、賃料収入を得られない。場合によってはそれによって生じる損害を依頼者はそもものところ陳述していない。というのは、家の価格についてなにも主張していないからである⁶⁶⁾。税法の助言者(税理士=訳者)は、その義務に反し依頼者に対して廃業を助言したが、その結果秘密準備金が表に出ってしまった。この場合、それに課せられた所得税は、原則損害となる。廃業によって、依頼者はこうした決断がなければ依頼者の手元に入るはずの利益をえられなかったからである⁶⁷⁾。連邦通常裁判所は、これとは異なる、つまりは賠償請求権を否定する判断を、次のようなケースで下している。すなわち、一平米あたりの簿価7ユーロのワイン畑を一平米あたり70ユーロで投資家に売却したが、助言者がその義務に違反して譲渡益の納税義務を指摘しなかったケースである。こ

63) BGH, Urt. v. 5. 5. 2011 - IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rn. 35; v. 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12, WM 2013, 1323=DB 2013, 1542=ZIP 2013, 1332 Rn. 20.

64) BGH, Urt. v. 10. 7. 2012 - VI ZR 127/11, NJW 2012, 2964 Rn. 12; v. 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12, WM 2013, 1323=DB 2013, 1542=ZIP 2013, 1332 Rn. 20.

65) BGH, Urt. v. 17. Januar 2008 - IX ZR 172/06, WM 2008, 748, 750 Rn. 19=NJW-RR 2008, 786.

66) BGH, Urt. v. 7. Februar 2008 - IX ZR 149/04, WM 2008, 946, 948 Rn. 24, 26=NJW 2008, 2041.

67) BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003 - IX ZR 249/02, WM 2004, 475=NJW 2004, 444.

ここでは秘密準備金（含み益＝簿価と時価の差）が現実化したこと、それだけで譲渡益が発生することとなった。そのため、財産比較にあたっては、一方では税金を差し引いた譲渡益と、他方では、譲渡がない場合のワイン畑の取引（市場）価格を対比しなくてはならない。しかし、取引価格は、土地の利用価値ではなく唯一譲渡から判明するものである⁶⁸⁾。

VI. 時 効

法的助言者に対する諸請求権は、2004年1月1日ないしは12月15日以降民法194条以下の一般的に適用される消滅時効の規定に従って、時効消滅する。それによれば、請求権が成立し（民法199条1項1号）、そして依頼者が債務者を知りかつ請求権を基礎づける諸事情を知るかあるいは重過失がなければ知っていたはずの年の年末より（民法199条1項2号）3年間で時効消滅する⁶⁹⁾。

1. 請求権の成立

最低、損害の原因が発生していれば、金額が定まっていなくとも、起算点となる損害発生が認められる。さらに、果たして損害が存続し続け、結果最終的なものとなるのかを確定することをまつまでもなく、侵害行為により損害とみるべき財産状態の劣悪化が生じたとき、または、こうした財産状態の劣悪化または損害の一部の発生が確定的であるとき、あるいは、全体を総合評価すると、未だ認識できないが相当性をもってその他の損害の引き起こされる可能性がわずかではないと予想されるときも同じである。これに対し義務違反でリスクをはらんでいる行為が、損害につながるかがまだ不明のときは、賠償請求権は未だ成立しておらず、その結果、時

68) BGH, Urt. v. 20. Januar 2005 - IX ZR 416/00, WM 2005, 999, 1000=MDR 2005, 866.

69) BGH, Urt. v. 6. 2. 2014 - IX ZR 245/12, DB 2014, 655 Rn. 8; v. 6. 2. 2014 - IX ZR 217/12, NJW 2014, 1800 Rn. 7.

効期間は進行しない⁷⁰⁾。依頼者が、すでに税務上の義務違反をその新しい税務の助言者を通じて知り、先の義務違反の結果を除去すべく当該依頼者に対して勧められた、コストを解消する諸処置をとるときは、不利益となる課税処分のお知らせまで時効期間の開始を遅らせる正当な理由は全くない。新たな税務についての助言者が、それまでの助言者がした税務申告の組み立てが誤っていることを指摘し、そして誤った助言の結果を除去するために依頼者に対して勧められた諸措置を依頼者がとるときは、助言により生じたさらなる費用損害は、遅くとも新たな助言者が提供したサービスに対する支払をもって時効は進行する⁷¹⁾。損害一体の原則（Grundsatz der Schadenseinheit）のもと、助言の瑕疵により発生した費用について進行が始まった時効は、後に発生する税務上の損害をも包摂する。一定の行為から生じた損害は、通常は一体として捕捉されることになる。したがって、最初の損害が発生したときに、全体を総合評価すれば、さらなる経済的損失を予想できたときは、一体的として時効期間が定まることになる⁷²⁾。

2. 請求を基礎づける諸事情の認識

法的問題の助言にあたる者に向けられた賠償請求の時効は、損害と助言にあたる者の義務違反を知り、もしくは重過失によって知らなかったときから進行を開始する。民法199条1項2号の意味での請求を基礎づける諸事情についての悪意または重過失は、債権者が、それにより権利喪失の負担をこうむることになる諸事情を知っただけでは足りない。事実にかかる諸事情を知るだけでは、法についての知識を持たない者はある行為が義務違反であることを未だ知り得ない⁷³⁾。法的助言者の専門的知識およびその依頼者の法的助言者に対する信頼は、助言（相談）契約の枠内において、通

70) BGH, Urt. v. 23. 4. 2015 - IX ZR 176/12, DB 2015, 1282 Rn. 10.

71) BGH, Urt. v. 23. 4. 2015 - IX ZR 176/12, DB 2015, 1282 Rn. 15 ff.

72) BGH, Urt. v. 23. 4. 2015 - IX ZR 176/12, DB 2015, 1282 Rn. 20.

73) BGH, Urt. v. 6. 2. 2014 - IX ZR 245/12, DB 2014, 655 Rn. 9, 13.

常は法に疎いその依頼者に対する助言者の優越性を生じさせる。したがって、(弁護士に依頼した事件での)第一審での敗訴を知っても、原則的には、民法199条1項2号の意味で必要とされている「知ったこと」にはならない。むしろ依頼者は、重要な事実にかかる諸事情を知っただけではなく、次のような事実もまた知らなくてはならない。すなわち、——もし依頼者が法に疎い素人であればなおさら——法的助言者が通常の場合とは異なった法的なやり方をとった、あるいは法的にみると、損害を回避するために必要な処置を怠ったということがわかる事実を知ったことが必要なのである。とらなかつた、助言それ自体ではなく、法的助言者の義務違反があつてはじめてこの法的助言者に対する補償請求権は発生するのである⁷⁴⁾。繰り返すが、法的助言者の専門的知識およびその依頼者の法的助言者に対する信頼から、助言(相談)契約の枠内において、通常は法に疎いその依頼者に対する助言者の優越性が生まれるのである。依頼者は、その法的な関心事をそのために任命した専門家を信頼して任せたのであるから、その専門家が引き起こすかもしれないエラーを——まさに法に疎いために——知ることができないのである⁷⁵⁾。

依頼が完結していない場合には、さらなる特殊性に注意を払わなくてはならない。助言者から法的争いを続行する方向での助言を受けても、裁判所または相手方があらかじめ期間の徒過を指摘していた場合であっても、通常は助言者の義務違反の認識とはならない。問題となっている過誤(時効の成立)の存否が訴訟で争われ、訴訟では、助言者が依頼者に対し、あるいは依頼の処理に関連して外部に対して、過誤はないという法的見解を表明しているときは、依頼者からすると、重大な過失により知らないことという意味で、それが助言者の行為に過誤があることの抛り所となることは一切ない。助言契約は、特に相互の信頼をその特徴としている。このことはどのような依頼にもあてはまる。助言者に委ねられた案件の法的処理

74) BGH, Urt. v. 6. 2. 2014 - IX ZR 245/12, DB 2014, 655 Rn. 15; Urt. v. 6. 2. 2014 - IX ZR 217/12, NJW 2014, 1800 Rn. 8.

75) BGH, Urt. v. 6. 2. 2014 - IX ZR 217/12, NJW 2014, 1800 Rn. 9.

は、助言者のみの問題である。依頼者は、——法学の素養がある場合でも——助言者は、直面している法的問題に対して過誤なく答え、そして受け取った法的助言が適切であると信頼することができなくてはならない。依頼者には、助言者を監視しあるいはその法的見解を別の法的助言者に審査させる義務はない。繰り返しになるが、法的紛争を続ける方向での助言者の助言は、裁判所あるいは相手方があらかじめ期間徒過を指摘していたときでも、通常は助言者の義務違反を知ったことにはならない⁷⁶⁾。

VII. おわりに

今までに述べてきたことは、助言にあたる者の責任の基礎についての理解を深めるという目的を迫ったものである。ここでは、常に複雑な事実の問題とそして法的問題を解明しなくてはならない。常に出発点をなすのは、主張されている損害をもたらす助言上の過誤があるかである。損害計算そして時効が問題となるのは、まずはこれが認められてからの話であることを、最後に指摘しておこう。

76) BGH, Urt. v. 6. 2. 2014 - IX ZR 245/12, DB 2014, 655 Rn. 17.

【資料】

文責 森 勇

以下は、本講演において、講演者が理解を容易にする目的で用意された各論点に関わる裁判例の要約である。具体的にどのようなことが問題となっているかを一瞥できるので、若干補訂し、資料として添付させていただく。なお、これら裁判例はドイツ弁護士賠償責任訴訟の動向を知る上で貴重な資料であるので、本誌「資料」のセクションに、各裁判の事実関係と判決ないしは決定理由の詳細を、(大部のため)何回かに分けて掲載させていただくこととした。本誌においても、本資料のケース1からケース3までを掲載されているので、関心のある諸兄弟におかれては、参照いただければ幸甚である。

なお、ここに掲載する裁判例の大方はBGHZ (bundesgericht für Zivilsachen)には掲載されていない。オリジナルを参照されたい方は、下記連邦通常裁判所のホームページ上で検索されたい。

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288>

ケース1 連邦通常裁判所民事第9法廷2008年12月18日判決
事件番号 IX ZR 12/05

論点：契約の成立（単なる好意か）・限定的委任・付随義務

事案

原告は、1995年に区分所有権（以下「マンション」）を購入し、その後被告税理士のすすめで売却した。売却前この税理士は、電話での不利益となる法律変更が今後なされる可能性のあるかの問いにこれを否定。被告は、減価償却により譲渡所得がどうなるかの説明をせず、原告は40万ユーロ課税される。請求認容。

判断の筋道

- ・このケースでは、助言は好意によるものではなく契約が成立している。
 - ①契約の成否は事案の個別事情を踏まえての検討。
 - ②法的・経済的重要性からみて契約締結の有無を判断。
 - ③情報が重要な意味を持ち、経済的に判断の基礎となるときは、黙示情報提供契約成立：情報提供者が専門知識を有しその経済的利益に関わるときは特にそうである。
- ・情報提供契約は限定的な依頼と同じ（聞かれたのは法律変更の有無のみ）。

- ①しかし、助言者からすると危険なことが一見してわかるときは、依頼外事項でも警告すべし。本件はこれもある。
- ②税理士には、問い合わせの内容から投機期間（優遇税制の適用を受けられるまでの期間）がまだ経過していないことが直ちにわかる。
 - ・義務違反の客観的要件が充足されていれば、有責性も認められる。
 - ・義務違反と損害の帰責関係：表見証明＝その判断のみが経済合理性があるときは、助言に従ったと推認される。
- ①複数の選択肢が存在すれば表見証明なし。しかし、本件では被告は表見証明の適用に関わる点を争っていない。
 - ・専門家責任では原則として過失相殺はない：助言者が何を自分に伝えてくるべきかを識別できるわけではないから。

参照条文

民法280条1項【義務違反に基づく損害賠償】

- (1) 債務者が債務契約に基づく義務に違反したときは、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。義務違反が債務者の責に帰すべきではないときには、この限りではない。
- (2) 以下略

民法675条【有償による事務の処理】

- (1) 事務処理を対象とする役務提供契約または請負については、本節において別に定めのない限り、本法第663条、第665条ないし第670条、第672条ないし第674条を適用し、義務者が即時解除権を有するときは、第671条第2項もまたこれを準用する。
- (2) 他の者に助言または（金融商品を勧める等の）紹介をする者は、契約関係、不法行為あるいはその他の法律上の諸規定に基づく責任は別に、助言または紹介に従ったことから生じた損害の賠償責任を負わない。
- (3) 一方当事者が、他方当事者の、第三者が運営する富籤の申請または登録に協力する契約は、書面（電磁記録）によらなくてはならない。

ケース2 連邦通常裁判所民事第9法廷2018年6月21日判決
事件番号 IX ZR 80/17

論点：限定的委任・付随義務

事案

原告は被告弁護士に、稼働能力喪失に対する年金の取得のため代理を依頼。一部稼働能力喪失の年金は認められた。原告の使用人は、原告に対しパートとして働く

弁護士職業責任の基本構造

場を提供することを拒否。理由は、申請が労働協約33条3項の定める決定を得た日から2週間以内になされなかったため。請求棄却。

判断の筋道

- ・被告による契約上の付随義務違反はない。
- ・契約上のメインの義務違反はない。依頼の対象は年金請求のみ。
- ・限定された依頼の原則（知らせるべき付随義務がある）のもとでも責任なし。
- ・弁護士は、依頼者に関する危険を認識すべきか。
 - ①この危険が弁護士にとり明白ないしは委任事務に適正に取り組んでいれば知り得た場合には、警告・指摘義務を負う。
 - ②本件では被告はこの危険を認識できなかったし、この危険は明白でもなかった。
 - ③弁護士は必要な法的知見を有していなくてはならない、また学修しなくてはならない。
 - ④依頼と関連する必要な知見は、依頼の対象に関するものだけでよい。
 - ⑤貯蓄銀行公務員労働協約33条3項の定める期間の見識は、すべての弁護士が一般的に備えるべき法的知識にあたらぬ。

ケース3 連邦通常裁判所民事第9法廷2019年1月10日判決
事件番号 IX ZR 89/18

論点：保険会社との委任契約・利益相反・事務管理 事案

訴えた弁護士は、建築計画等の瑕疵を理由に連帯責任を問われた四つの設計関係事務所を、証拠保全手続で代理した。そのうち二つの事務所は、同一の保険会社の保険に加入していた。弁護士がこの保険会社に報酬を請求。また、この二つの設計事務所は、保険金を弁護士に譲渡し、弁護士は予備的にこれを請求。請求棄却。

判断の筋道

- ・保険会社との契約に基づく直接の請求権は認められない。
- ・本件弁護士契約は、利益相反禁止に抵触。
 - ①連邦弁護士法43条a4項は、利益相反を禁止。
 - ②利益が同方向を向いたものであれば許される。
 - ③多数の連帯債務者に対する請求からの防御であれば、利益相反にはならない。
 - ④しかしながら、本件は利益相反：理由、一人のプランナーが瑕疵なしとなるともう一人のプランナーに瑕疵が認められてしまう関係にある。
- ・事務管理（民法677、683、670条）も認められない：法律に違反する活動を「必

要なもの」とすることはできない。

・不当利得(民法812条)請求権もない。

①価格賠償(不当利得額):請求権の額は通常の報酬に対応。

②法律上の禁止に故意で違反した場合には,不法原因給付の例外(民法817条2文)の請求権は,認められない。

③軽過失による法律上の禁止違反で足りる。契約無効の認識は不要。

④計画共同体間の利益が対立することを原告弁護士は認識できた。

参照条文

保険契約法101条1項(旧150条1項)

(1) 保険は, 第三者からの請求により生じた裁判外および裁判上の費用も, これを填補する。……以下略……

連邦弁護士法43条a【弁護士の基本的義務】

(4) 弁護士は, 相反する利益をとともに代理してはならない。

民法134条【法律上の禁止】

法律上の禁止に違反する法律行為は, 本法に基づき別異とされない限り, 無効とする。

民法677条【事務管理者の義務】

依頼あるいはその他授權なくして他人の事務を処理する者は, その実際あるいは推定的な意思を考慮して, 被処理者の利益が求めるように, その事務を処理しなくてはならない。

民法683条【費用の補償】

事務処理の引受けが, 事務主体の利益とその実際あるいは推定的な意思に合致するときは, 事務処理者は, 受任者と同じく, その費用の補償を求めることができる。……以下略……

民法670条【費用の補償】

受任者が委任事務を行うために, 受任者が事情に照らし必要としてよい費用を支弁したときは, 委任者はその費用を補償する義務を負う。

民法812条【不当利得】

(1) 法的根拠なく他の者の給付をつうじ, あるいはその他の方法で, その他の者の費用で何かを得た者は, この者にその返還義務を負う。この義務は, 事後に法的根拠がなくなり, あるいは, 給付によっては法律行為の内容が目的とした成果が上がらなかったときも生じる。

(2) 契約による債務関係の存在または不存在の承認も, 給付にあたる。

民法817条【法律または公序違反】

給付の目的が, 受領者とその受領により法律または公序に反することになるもので

あるときは、受領者は返却義務を負う。給付者が、同じくかかる違反に責任を負う場合は、返還請求は認められない。ただし、給付が債務関係に入ることからなっている場合はこの限りではない。このような債務の履行として給付されたものの返還を求めることはできない。

ケース 4 連邦通常裁判所民事第 9 法廷2017年 9 月21日決定
事件番号 IX ZR 12/17

論点：依頼者の相手方に対する責任

事案

原告は、被告となった税理士から税務に関し助言を受けていた者（被告の依頼者）に事業を売却した。契約締結後、原告は、税金を支払う必要が生じた。原告は、被告税理士に対し誤った助言を理由に請求したが、棄却された（BGH 決定2017年 9 月21日）

判断の筋道

- ・ 契約上の請求権は不存在。
- ・ 取得者・被告税理士間には、第三者のためにする契約もない。
 - ① 契約相手方の保護はない。
 - ② こうした保護効を認めることは、依頼者と相手方の利益が対立していることと相容れない。
- ・ 原告・被告間の情報提供契約に基づく請求権もない。
 - ① すべての事情に照らしても：原告・被告間に黙示の契約は認められない。
 - ② 被告は、契約交渉にあたり行った説明が正しいことを、依頼者の相手方当事者に対して保証する意図はなかった。
- ・ 間違った判断を不正にさせたこと（公序違反）を理由とした民法826条に基づく不法行為責任。
 - ① 誤った判断をさせたことを依頼者と当事者は知っていなくてはならない。
 - ② 必要とされる公序違反を認めるに足りるその余の事情がない。

参照条文

民法826条 【公序違反行為による加害】

公序に反する方法により、故意に他の者に対して損害を与えた者は、この他の者に損害を賠償する義務を負う。

ケース5 連邦通常裁判所民事第9法廷2016年7月21日判決
事件番号 IX ZR 252/15

論点：第三者のためにする契約

事案

原告はある州の元首相で、電気事業者の株式を取得しようと考えた。被告とされた弁護士団はリーガルチェックを依頼され、株式取得に州議会の決議は必要ないとの判断を示した。州憲法裁判所は、取得後この処置に異議を述べた。そのために政治スキャンダルとして刑事捜査の対象となり、その弁護士費用などの支出を余儀なくされた。原告が被告にその損害の賠償を請求。請求棄却。

判断の筋道

- ・原告には、州と被告間の契約に基づく固有の請求権はない。保護効をとまなう第三者のための契約に関する諸原則の適用はない。
- ・第三者を取り込む前提：主たる給付との関連・保護に値する取り込まれてしかるべき債権者(依頼者)の利益・契約相手にとり認識可能。
- ・本件では、必要となる緊密な関係がない。
 - ①第三者の財産が、契約上侵害される可能性の存在が必要。
 - ②助言が第三者固有の財産ポジションに関わること。
 - ③これらが欠けている場合には、代表者のための保護効は認められない。
- ・州も原告を取り込むことに、保護に値する利益を有しない。
 - ①州首相は、その代表者として州の利益を擁護しなくてはならない。
 - ②州は、州と首相の間の内部責任問題に関して首相を守ることに利益を有しない。
 - ③助言を受けることは、有責性に関し首相の法的地位をより良いものとするのみである。
 - ④州を代表する首相は、助言者に対し、連帯責任の調整(求償)を求めることができる。

ケース6 連邦通常裁判所民事第9法廷2012年2月23日判決
事件番号 IX ZR 92/08

論点：決算書類・確定申告受任税理士の責任・リスク指摘の相手方

事案

原告となった有限会社は、自己の社員を業務執行者として雇用しその社員にかなりの活動報酬を支払っていた。しかし税務当局により、隠れた配当として認定され

た。事業税と法人税の更正決定の結果、税負担が増加したことを理由に、決算と確定申告を受任していた税理士に対し補償請求。請求認容。

判断の筋道

- ・法人税の申告の準備にあたっては、高額報酬は認識しなくてはならない。
 - ①隠れた配当金ではないとされた場合のみ、報酬は支出として損金処理ができる。
 - ②本件依頼は、節税となるすべての種類の税を対象とした継続的な依頼ではない。
 - ③しかし、法人税に関わる節税相談がない場合でも、問題点を把握し、依頼者と議論すべし。
 - ④単なる危険があることの指摘で足りるのは、法律状態が不確実な場合のみ。本件では、禁じられている隠れた配当である可能性がかなり高いことがわかってきたから、詳しい説明が求められる。
 - ⑤経理担当者から真摯に受け止めてもらっていないのなら、当該有限会社の会計処理に対する指摘としては不十分。会社執行部に直接問題点を指摘することが求められる。

ケース7 連邦通常裁判所民事第9法廷2014年9月25日判決
事件番号 IX ZR 199/13

論点：法的助言者の判例動向調査義務・依頼者の指示からの逸脱・表見証明
事案

原告は、被告税理士に、生計を二カ所で維持することにより生じる生計費用増加分を控除対象としない税務当局の処分に対する異議申立てを依頼。被告税理士は、税務当局の勧めに基づき異議を原告にはからず取り下げ。その直後に連邦財政裁判所が、その判例を原告の有利となる形に変更。調査義務違反を理由とする賠償請求は否定。依頼者の意向に従わなかったことを理由とする請求は理由ありと認定。上告棄却。

判断の筋道

- ・連邦財政裁判所がした判例変更への注意喚起を知らなかった点は、義務違反ではない。
 - ①最上級裁判所の判例は、知らなくてはならない。裁判所はその立場を継続すると信頼してよい。
 - ②判例変更が予想され、あるいは法状態が不確実なときは、普段に増した検討が必要である。

- ③連邦財政裁判所の年次報告を知らなくとも義務違反なし。これは、一般・専門報道機関向けであり、税理士もこれら新聞・雑誌で知ることが予定されているものだから。
- ④したがって、被告は、近々、主たる住居を私的な理由から移転し、それまでの住居を第二の住所として利用するときは、二重生計費用を税控除できるようにすると想定すべきだったということではないから、責任はない。
- ・しかし、独断での異議の取下げは義務違反。
 - ①リスクを負っているのは依頼者であり、不服については依頼者の判断による。
 - ②不服申立て後は、取下げは依頼からの許されない逸脱(民法665条)。
- ・義務違反と損害の因果関係。
 - ①民訴法287条1項に基づく検討。
 - ②依頼者が取下げ勧誘に従わないことは表見証明で認められる。
 - ③なぜなら異議は、見解を異にする連邦財政裁判所の判例に抵触することを知りつつ、あえて提起されたのであるから。

参照条文

民法665条【指示からの乖離】

受任者は、委任者がそれを知っていれば当初指示したとは別のことを望んでいると思わせる事情があるときは、委任者の指示に従わないことができる。遅延することにリスクがともなう場合を除き、指示からはずれる前に依頼者にその指示に従わないことを通知し返事を待たなくてはならない。

民訴法287条1項【損害の探知・損害の額】

(1) 裁判所は、損害の発生および損害額または利益額について当事者間に争いのあるときは、裁判所は、すべての事情を評価し、自由な心証をもってこの点を判断する。……以下略……

ケース8 連邦通常裁判所民事第9法廷2009年12月10日判決
事件番号 IX ZR 238/07

論点：税理士の非弁活動・契約締結上の過失

事案

ある有限会社の設立時の資本金は、この会社ではなく、それが設立した有限合資会社に支払われた。原告となった有限会社社員は、見せ金として責任を追及されかねない瑕疵を除去しようと考えた。被告とされた税理士は、質問をうけて、有限合資会社から有限会社へ送金した後、直ちに有限合資会社に送金するのは適法と回答したが、これは誤っていた。有限合資会社倒産により、見せ金を理由とする責任追

及の危険が具体化。原告は被告に対し、助言契約違反を理由にこの責任が追及された際に生じる賠償義務に相応した被告の賠償義務確認の訴えを提起。契約責任請求を認めた原判決を破棄、差戻し。

判断の筋道

- ・倒産にともなう有限会社の清算で、原告が責任を追及されることはないからその点に関わる確認の訴えは、その利益を欠く。
- ・請求の基礎となりうるのは、民法311条2項（契約締結上の過失）のみ。
 - ①税理士がした助言は、会社法に関する助言であり、非弁活動であるから、契約無効（民法134条）。
 - i この助言は、税理士がその本来業務にともなうものとして許容されている範囲を越えている。財務諸表作成とは関連性がないから。
 - ②原告の請求は、職業法上助言資格を持つ者（弁護士）が適切な助言をしたときを想定して考える。
 - i この助言者（弁護士）も、出資金に関し適切な履行がない場合の危険に注意をうながす義務を負っている。
 - ii 後のBGHの判例（BGH2007年12月10日判決・事件番号 II ZR 180/06）によれば、本件での支払いは出資の履行とはならない。
 - ③もし正しい助言がなされていたら、原告はどのようにしていたのかを確定する必要あり。
 - i 有限合資会社は、この資金をあてにしていた。
 - ii 原告は、正しい助言がなされていたとしても、同じようにしていたのではないか。
 - iii 助言如何にかかわらず資金が有限合資会社に流れていたのであれば、原告の置かれる状況は、今と変わらないから、誤った助言と損害発生との因果関係はないことになる。

参照条文

民法134条【法律上の禁止】

ケース3で既出

民法311条2項【法律行為に基づく債務関係と法律行為類似の債務関係】

- (1) 略
- (2) 241条2項に基づく義務をともなう債務関係は、以下によっても成立する。
 1. 契約交渉の開始
 2. 契約の準備であって、将来の法律行為上の関係に関連して、一方当事者が、他方当事者にその権利、法的財産および利益に影響を与える機会を認め、あるいはこれらをゆだねているもの

3. 同様の取引上のコンタクト

(3) 以下略

ケース9 連邦通常裁判所民事第9法廷2009年2月5日判決
事件番号 IX ZR 6/06

論点：表見証明・損害の発生

事案

被告税理士は、不動産業を営む原告有限会社に対して、建物つき不動産の売却にあたりその税効果を助言した。原告は、不動産譲渡により、帳簿上70万ユーロの利益を得たが、25万ユーロ超の法人税が課せられた。助言瑕疵を理由とする税理士に対する求償請求等訴訟。原審原告勝訴。しかし上告審は、助言と損害の因果関係の証明および損害額認定の問題点を指摘し、原判決を破棄し、差戻し。

判断の筋道

- ・ 税理士による誤った助言。
 - ① 顕在化した秘密準備金（売却益）は、他の不動産購入費に充当あるいは積立金とし、非課税とすることができるという助言は間違い。
 - ② 所得税法上税の減免を受けられるのに必要とされる期間（購入から6年）が経過していない。
- ・ 適切な助言があっても、果たして原告が売却をやめたかは疑問。
 - ① 表見証明が働くのは、判断が経済的に見て合理的である場合のみ。
 - ② 本件では、これ（売却しなかったことに経済合理性があったこと）を前提にはできない。
 - ③ 確かに精算目的で売却が必要だったわけではないが、なぜ売却されたかも明らかではない。
 - ④ 税法上の優遇が受けられる期間満了後ではありえない、格段に有利な価格提示があったために売却が考えられた可能性はある。
 - ⑤ そして、売却交渉は、助言前から行われていた。
 - ⑥ 誤った助言で売却されたことが、民事訴訟法287条の優越的蓋然性をもって証明されていない。
 - ⑦ 税負担を前年の繰越損失と差引勘定すれば、損害を低減できる。
 - ⑧ 他に転嫁できない未償却損失の繰越し分は、損害とはならない。
 - ⑨ 未償却損失は、移転不可かつ相続対象にならない。
 - ⑩ 損金繰越しの目的は唯一所得を減少させること。したがって、その分は損害とはならない。

参照条文

民法287条1項【損害の探知・損害の額】

ケース7で既出。

ケース10 連邦通常裁判所民事第9法廷2017年9月7日判決
事件番号 IX ZR 71/16

論点：否認権に強い強制執行によらず和解により債務名義を実現したことは、義務違反か。

事案

原告は、S株式会社を相手に自分を含むその出資者を代理し、債務名義を得た被告弁護士を訴えた。被告は、すべての依頼者のために和解交渉を行った。原告は、S株式会社倒産にともなう否認権行使により、自分に支払われた和解金3万ユーロのうちから1万8千ユーロを管財人に返済しなくてはならなかった。原告は、費用を含む2万3千ユーロ賠償を請求。請求認容。

判断の筋道

- ・義務違反は認められる。なぜなら、被告は、否認権で取り戻される可能性が任意弁済よりも低い強制執行の方法で債権を行使していないから。
 - ①契約は有効：同一の債務者に対しその複数の債権者を代理しても、利益相反（連邦弁護士法43条a4項）にはならない。
 - ②弁護士は、執行を滞りなく進め、依頼者には倒産の際の否認のリスクを教示しなくてはならない。
 - ③被告は、倒産の危険を認識していた。執行行為の否認を規定する倒産法131条、133条の指摘が求められる。
 - ④十分な財産があったのに、強制執行をしなかった場合のみ、義務違反が問題となる。
 - ⑤弁護士は、第三者の利益を顧慮することなく依頼者の利益を代理しなくてはならない。したがって、複数受任の場合、他の依頼者の請求権のことを考えて執行を見送ることは許されない。
- ・和解に基づき原告のために直ちに執行していたら、S株式会社の倒産をもたらしてはいなかったか。
 - ①被告は、強制執行をすれば倒産を誘発したと主張するが、同時に多数の執行が行われていたにもかかわらず、倒産にいたってはいなかった。

参照条文

連邦弁護士法43条a4項【弁護士の基本的義務】

ケース3で既出

ケース11 連邦通常裁判所民事第6法廷2013年11月19日判決
事件番号 VI ZR 336/12

論点：依頼者の出資者に対する不法行為責任

事案

原告は、倒産した公開会社Aへの出資を引き受けた。被告となった公認会計士は、A社の年度末報告の監査を任されていた。被告に対する損害賠償請求は、被告によるA社の誤った評価が出資を決定させたことを理由とするものであった。この評価は、被告がA社の販売担当に対して講演等において示し、これが販売に際してのセールストークをつうじて原告に伝わっていた。請求認容。

判断の筋道

・請求の根拠は、不法行為（民法826条）。

- ①信頼を寄せられているのに、最低限の水準が満たされていない場合は、民法826条に基づく専門家責任。
- ②単なるエラーでは足りない。ずさんな調査、漫然とした報告から専門家に求められる良心に従っていないと受け止められてしかるべき注意の欠如があること。
- ③本件では、この原則を適用できる。誤解を招くセールストークがなされたから。

i【素晴らしい自己資本比率】、【ブルーチップ（株式総額が高い上場企業）】というのは虚偽。財産のほぼ全部は投資家に対する債権からなっていた。

- ・公認会計士が関与して信頼性調査しているという販売担当者の指摘が、原告に出資を決めさせた。
- ・損害は、清算されるべき不本意な出資：事後の展開（倒産）が、問題となっている誤った情報に基づいたものでないとしても、それは関係ない。

参照条文

民法826条 【公序に反する故意による加害】

公序に反するかたちで他人に対し故意に損害を与えた者は、その他人に対して損害を賠償する義務を負う。

ケース12 連邦通常裁判所民事第9法廷2017年11月9日判決
事件番号 IX ZR 270/16

論点：損害の発生

事案

原告となった薬剤師は、死亡した弁護士から借入れをし、これを割賦弁済。ただ違法にも、弁済金を弁護士報酬として申告していた。被告となった弁護士と協議して作成した、違法申告した旨を自らすすんで認める自訴状は、原告がOKを出した後、後に発送する手はずとなっていた。しかし被告弁護士事務所の事務局の手違いで、この自訴状は発送されてしまった。原告は、追徴された68千ユーロとその他の助言費用等3千ユーロを損害金として賠償請求。請求棄却。

判断の筋道

- ・賠償対象となり得る損害の不成立。
- ・拘束力ある依頼者の指示を守らなかったから、被告弁護士には義務違反がある。
- ・これにより損害は成立。
 - ①相当因果関係あり：他の形で発覚した（したがって、自訴状のせいではない）との仮定的な因果関係は考えられない。
 - ②相当性はある。自訴状の送付は、一般的には税負担を生じさせる原因となる。
- ・仮定的差額：総財産の比較にあたっては、規範的観点からの検討を加えるべし。
 - ①敗訴判決を受けても、それが実体法的に見て正しいなら、損害はない。
 - ②税務上の利益は、それを適法に得られる場合のみ損害となる。
 - i 税務相談に助言した者は、税負担が軽くなるようにしなくてはならない。
 - ii しかし、依頼者に対し脱税は注意しなくてはならない。
 - iii 脱税はこれをしてはならないのであるから、原告に損害はない。
- ・結果生じた費用（付随的費用）も、契約上の義務の保護範囲に入らない。

ケース13 連邦通常裁判所民事第9法廷2008年3月20日判決
事件番号 IX ZR 104/05

論点：表見証明

事案

被相続人Aは、妻と子が20%、自身が80%の持分を持つ有限会社の社員Aは、妻と子に、事業のために自分が取得した土地を残した。税務当局は、分社化だとして、当該土地をこの有限会社の事業用財産ととらえた。相続人が原告となり、被告税理士に対し損害賠償請求。分社化のために、土地所有権関係の変更は、どのよう

にしても50万ユーロの納税義務を生じさせてしまうというのがその理由である。

判断の筋道

- ・分社化の持つリスク面の指摘を欠いていたことから、助言に瑕疵あり。
- ・助言瑕疵と損害の間の因果関係について表見証明適用なし。
 - ①依頼者が助言にそった行動をとったとの表見証明が働くのは、正しい助言であれば、依頼者の取る方策は一つしか考えられない場合だけ。
 - ②同じように合理的な選択肢が複数ある場合には、依頼者が自分が証明しなくてはならない。
 - ③本件では、家族が節税のために家族が関わるという可能性と、単独所有にともなう不利益を受忍するという可能性とが考えられる。
- ・帰責性の証明がなされれば、税務上の不利益が損害。
 - ①包括的な財産整理の枠内では、家族の関与により生じる財産損失が衡量されることがある。
 - ②節税のために家族を事業に加えることは、事業者によく見られる傾向。
 - ③このような財産の移動は、法的意味での損害ではない。それをしないことが、税務上の損害として差引勘定されるべき財産上の利益とはいえない。

ケース14 連邦通常裁判所民事第9法廷2014年2月6日判決
事件番号 IX ZR 245/12

論点：消滅時効の起算点

事案

原告は、被告弁護士に、借主に対する損害賠償請求訴訟を依頼したが、それは時効にかかっていた。区裁判所は、2006年11月28日に時効を指摘(釈明)した上で、2007年5月21日に請求棄却。控訴も棄却。2010年12月30日に提起された弁護士に対する賠償請求の訴えに対し、被告弁護士が時効の抗弁をしたが認められず、請求認容。

判断の筋道

- ・時効期間は、以下の年の年末から3年(民法159条)
 - ①請求権が成立し(民法199条1項1号)
 - ②そして、依頼者が債務者および請求権を基礎づける事実を知り、または重過失がなければ知ったはずの年(民法199条1項2号)
- ・権利喪失をもたらす(損害を発生させる)諸事情を知っただけでは足りない。
 - ①医療過誤ではエラーの認知、国家賠償では義務違反の認知が必要。
 - ②損害を発生させる事実を知っただけでは、義務違反の認知とはならない。

弁護士職業責任の基本構造

- ③助言責任：専門家が通常のやり方からずれている諸事情を知ったとき。
- ④継続的依頼の特殊性。弁護士が訴訟を続けて自分のエラーを否定し続ける限り、依頼者が知ったことにはならない。
- ⑤裁判所が釈明しても、知ったとは認められない。被告は、(借主への請求は時効にかかっていないとする)その法的立場に固執していたから。
- ⑥したがって、損害を発生させる事実の認知と時効の起算時は、早くとも区裁判所の判決日(2007年5月21日)。結果、時効完成は、2011年1月1日。

参照条文

民法195条【通常の時効期間】

通常の時効期間は3年とする。

民法199条【通常の時効期間の始期と最長期間】

- (1) 時効は、他の時効進行に関する定めがない限り、以下の年の年末をもって進行を開始する。
 - 1. 請求権が成立し、そして、
 - 2. 被害者が請求権を理由づける事実および債務者を知り、または重過失がなければ知ったはずの年
- (2) 以下略

ケース15 連邦通常裁判所民事第9法廷2010年10月21日決定
事件番号 IX ZR 195/09

論点：異議申立て可能な場合の時効の起算点

事案

被告税理士は、2004年12月31日までにすべき消費税の新設定申立てをすることを怠った。原告依頼者の支払督促は、2008年2月14日に送達。被告の時効の抗弁は認められない。なお本件は、上告許可申立てを原審が却下したのに対する抗告事件であり、原審は原告の請求を認容。

判断の筋道

- ・ 誤った税務上の助言の損害賠償請求権は、通常は税務署の不利益決定の通知により成立。
- ・ ただし、異議申立てが可能であるときは、税務署の決定の確定(異議期間経過)により損害成立。
 - ①被告税理士は、消費税申告をした後に下された新しい判例を考慮に入れなかった。
 - ②2004年12月31日の設定期間の経過までに、更正決定の申立てをすべきであっ

た。

・申立て期限は当該日(2004年12月31日)の経過により経過。

- ①2004年12月31日までは問題なく申告できたから、損害の成立は、2005年1月1日。
- ②民法195条の3年の期間は、2004年末明け(2005年1月1日)から進行。
- ③したがって時効期間満了は2008年12月31日；支払督促はすでに2008年2月14日に送達済み。
- ④したがって、時効は成立しない。

参照条文

民法195条【通常の時効期間】

ケース14で既出

以上

[付記] 本稿は、科学研究費助成事業(JSPS 科研費18K01392)の一環である。