



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	社会制度としての鑑定 : 第三者の契約内部化
Author(s)	トイブナー, グンター; Teubner, Gunther; 藤原, 正則//訳
Citation	新世代法政策学研究, 10, 211-250
Issue Date	2011-02
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/45072">https://hdl.handle.net/2115/45072</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP010_012.pdf



## 社会制度としての鑑定：第三者の契約内部化<sup>※</sup>

グンター・トイブナー (Gunther TEUBNER)

藤原 正則 (訳)

- I. 第三者に対する専門家責任—契約責任の問題か？
- II. 交換の3つの黙示の局面
  - 1. 双務的な相互作用の関係
  - 2. 経済的關係
  - 3. 社会的關係
    - a. 信頼
    - b. 専門職
    - c. 制度
- III. 制度としての鑑定
- IV. プロジェクトに関する専門家：幾つかの法的問題
  - 1. 法律構成
  - 2. 保護される人間の範囲
  - 3. 責任の排除と契約上の抗弁

### I. 第三者に対する専門家責任—契約責任の問題か？

アイケ・シュミット (Eike Schmidt) は、第三者に対する保護効を伴った契約 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) を契約当事者の合意から完全に独立させ、独自の法形式 (Rechtsfigur) として構成するという

---

<sup>※</sup> 本稿の作成に際してのディーター・ベッカー (Dieter Becker)、コルドユラ・ヘルト (Cordula Heldt) の協力、および、有益なコメントをいただいたグラフ・ペーター・カリエス (Graf-Peter Calies)、アンドレアス・フィッシャー・レスカノ (Andreas Fishcer-Lescano)、ファイオス・カラヴァラス (Vaios Karvaras) の各氏に感謝する。

挑戦的な提案を行っている<sup>(1)</sup>。このように「契約による保護効という法律構成の解体」が可能なら、第三者保護ではなく直接の保護も考えうるし、そのような保護は基礎となる契約も制限できないことになる。第三者保護契約（Drittenschutzvertrag）の非契約的要素を法解釈の中心におくという以上の提案は、シュミットの社会的私法というプロジェクトの一環である。シュミットの社会的私法のプロジェクトでは、一般にそう理解されているのとは違って、「社会的なもの」とは、「社会国家」、つまり、国家の社会政策的な干渉に止まらず、同時に「社会の自律性」、つまり、伝統的な個人の私的自治の背後に控えている社会の自己規律のためのものだった<sup>(2)</sup>。事実として、判例は第三者保護契約を使って、契約関係に対する社会の自己規律の影響に直接に反応しており、このような影響は、双務関係に関する法解釈学では、それを客観化させた場合でも捕捉しきれない性質のものである。

筆者は、アイケ・シュミットのアイデアの驥尾に付して、現在では社会学、経済学、政治学、および、法理論で刮目すべきルネサンスを経験している「制度（Institution）」の概念を、アイケ・シュミットの目指していた契約、社会国家、社会の自己規律の関係のために体系的に利用する提案を行いたい<sup>(3)</sup>。シュミットは自身で、私的自治から社会自治への転換におけ

る「制度形成」の顕著な役割を明らかにしている<sup>(4)</sup>。専門家の第三者に対する責任の例を取り上げることで、「社会制度としての鑑定」という方向で問題を考えるなら、その法解釈の基礎と幾つかの問題に新たな角度から光を当てることが可能なことを、本稿で示したい。このような制度分析の意味と効用は、鑑定のような社会制度の現実の意味の構築に、社会の自己規律、社会国家の干渉、および、法的な規範化が等しく関与し、その協働の分析から法解釈も明らかにされることにある。その過程で、「弁証法」により、制度分析は、一方で制度によって成長した構造の受容を承認するが、しかし、その後には、補完的な原則への不服申し立てによる制度の制限と統制に対して対処可能なものとなる<sup>(5)</sup>。

周知のように、1995年の連邦裁判所の屋根組み事件（Dachstuhlfall）<sup>[1]</sup>は、第三者保護契約の適用範囲を劇的に拡大した<sup>(6)</sup>。つまり、売主と建築家の間の鑑定（Gutachten）を作成する契約には黙示的な規定が含まれており、それによれば、建築家は鑑定契約に関与しない買主に対しても契約で定められた給付義務を負い、この義務は買主の完全性利益（Integritätsinteresse）のみならず給付利益（Leistungsinteresse）にまで及ぶというのである。第三者を契約に関係させるには、必ず委託者と第三者の間の特別に「近い関係（Nähebeziehung）」が必要だとしていた従来判例を変更して、裁判所は第三者保護の法律構成を拡大し、匿名の市場での交換関係に適用した。具体的には、不動産市場であり、そこでは契約当事者の苦楽を共にする関係は問題外であり、反対に敵対的な利害関係が存在している。さらに、それだけには止まらない。契約上の抗弁の第三者に対する主張の可能性を明文で規定したBGB 334条<sup>[2]</sup>の文言に反して、欠陥のある鑑定に最終的に責任がある売主との契約関係上の抗弁を建築家が買主の請求に対して主張することを裁判所は許さなかった。その結果建築家は契約なしで契約責任による満額の損害賠償を支払うことを義務づけられる。

このように市場の反対側にいる第三者に対する専門家の契約責任を拡大すれば、この裁判官法は完全に法に反しているわけではなく、法に則し

<sup>(1)</sup> Esser und Eike Schmidt, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil I 2*, Heidelberg: C.F.Müller 2000, §34 IV 2c und d.

<sup>(2)</sup> 基本的な文献が、Eike Schmidt, *Von der Privat- zur Sozialautonomie*, JZ1980, 153ff., 159ff.である。

<sup>(3)</sup> 様々な分野での制度主義への回帰、および、その法律学に対する重要性に関する概観は、Black, *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis Institutional Approaches to Regulatory Decision Making*, *Law & Policy* 19, 1997, 51ff.を参照。新制度主義に関する重要な論考が、Evans, Rueschemeyer und Skocpol (Hg.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press 1985; Hall, *Governing the Economy; The Politics of State intervention in Britain and France*, New York: Oxford University Press 1986; March and Olsen, *The New Institutionalism: Organisational Factor in Political Life*, *American Political Science Review* 78, 1984, 734ff.; Apter, *Institutionalism Reconsidered*, *International Social Science Journal* 43, 1991, 463ff.; Scott, *Institutions and Organisations*, Thousand Oaks: Sage 1995である。

<sup>(4)</sup> 前掲注(2) Eike Schmidt, 159ff.

<sup>(5)</sup> 前掲注(2) Eike Schmidt, 159.

<sup>(6)</sup> BGHZ 127, 378—屋根組み事件。

てはいるのだろうが<sup>(7)</sup>、ある種の職業グループの第三者責任に関しては極めて高度の経済的なリスクを意味する。この種の職業グループには、例えば、公認会計士、会計士、税理士、建築家、損害保険の鑑定人、さらには、最近では、証券市場のアナリストも含まれる。さらに、多種多様の具体的なプロジェクトが存在し、そこでは第三者に対する責任を発生させるリスクを伴った鑑定が提出されている。例えば、複雑な買収取引、大規模な与信受入、不動産プロジェクト、建築企画、リスクの多い融資取引などである。以上のような取引には、三当事者が関与しているのが普通である。つまり、本件では建築家だが、まずは専門家、および、プロジェクトの当事者である。その当事者の一方が、専門家への委託者であり、本件では売主だが、プロジェクトに関する専門的知見を提供する専門家と契約を締結している。本件では買主だが、他方の当事者は、鑑定の契約の当事者ではないのが普通である。しかも、しばしば、以上の三角関係には、第4、第5、第6、第Xのプレイヤーが参加して、多角的関係 (multilaterale Konstellation) へと変化する。その際に、第4、第5のプレイヤーは、直接にプロジェクトとつながっていたり、潜在的なプロジェクトの当事者だったり、与信してプロジェクトに融資していたり、保証を与えたり、プロジェクトと結合した取引連鎖の一部だったり、具体的なプロジェクトには直接には参加していないが、プロジェクトのリスクに基づいて財政的な損害を被ったりするなど可能性はいくらでも考えられる。いわば「水門は開かれた (The floodgates are open)」のである。

このようなコントロール不可能な責任の拡大の危険が、間違いなく幾つかの国で専門家の第三者に対する責任がかくも過熱している主な原因である<sup>(8)</sup>。確かに、専門家責任が原則として双務的な専門家契約の狭い限界

を超えて拡大する必要があることについては広い賛同がある。しかし、この責任の拡大がどのような原理に服しているのかという点では、長きにわたる議論にもかかわらず、未だ不確かである。責任の細部、特に、保護される人間の範囲に関しては先の見通しのたたない論争がある。以下は、未解決の問題のリストである。

(1) 指導原理は？ なぜ専門化の第三者責任は契約責任でなければならないのか。ドイツ、オーストリア、スイス法だけが専門家の第三者責任を第三者のためにする契約と構成しているが、ロマン法系とコモンロー諸国の多くは不法行為と法性決定している。さらに、準契約的、準不法行為的構成から、契約と不法行為の間の第3の独自の手段としての「ゆがんだ解決」に至るまで様々な構成が存在する。しかし、仮に、契約外の法的性質を持っているという構成を選択しようとも、問題の中心は変わらない。「特別な関係」が確認できれば、つまり、イギリスの裁判官の言葉を借りれば「契約の等価物 (equivalent to contract)」<sup>(9)</sup>であるが、そのときには、専門家の第三者に対する高度の注意義務を正当化できるのかということである。契約相手方に対するのと同様に専門家を第三者に対して責任を負わせることのできる、このような他人の間の「特別な関係」は、どのような条件下でそれが存在すると決定できるのか。実は問題はいつも同じであり、契約法でも他の視角から常に提起されている問題である。つまり、契約と無関係の第三者が契約責任の支配に引き込まれるべき「関係に内在的な」義務の主張が可能かである。そうなると、第三者に対する専門家責任は、契約責任の限界を飛び越えているようにも見える。「通常の」契約解釈は二当事者の注意義務を当事者間に既に存在する契約に服するように構成するが、専門家の第三者に対する責任は、「本当は」第三の契約当事者が存在することから出発する必要がある。第三者は他人の契約に寄生し、対

<sup>(7)</sup> そのように言っているのが、Honsell, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: Festschrift für Dieter Medicus, Heymann: Köln 1999, S.233.

<sup>(8)</sup> 専門家責任の比較法的な分析に関しては、Kötz, The Doctrin of Privity of Contract in the Context of Contracts Protecting the Interests of Third Parties, The Aviv University Studies in Law 10, 1990, 195ff.; Müller, Auskunftshaftung nach deutschem und englischem Recht, Berlin, Duncker & Humblot 1995; Ebke, Abschlussprüferhaftung im internationalen

Vegleich, in: Festschrift für Rheinhold Trinker, Recht und Wirtschaft: Heidelberg, 1996, S.493ff.; Kötz Europäisches Vertragsrecht, Tübingen: Mohr & Siebeck 1996; Schönenberger, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten. Eine rechtsvergleichende Studie, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1999.

<sup>(9)</sup> Hedley Burne & Co.Ltd. v. Heller & Partner Ltd (1964) A.C.465 (H.L.), 529 und 539 (per Lord Devlin).

価を支払わずに高価な鑑定から利益を受けるに止まらず、今度も対価を支払わずに、リスクに対する保険を取得している。どのような法律構成を選択しようとも、専門家責任は、自由に選択した双務契約上の責任のリスクを、裁判官が押し付ける三角、それどころか多角的リスクに変形させている。他方で、それが契約ではないにせよ、特別な関係の「根源」は非契約的な構成にとっては何を意味するのか。

(2) 保護を受ける人間の範囲は？ どのような法律構成を選択しようとも、これが実務の中心的な問題である。不法行為は潜在的に保護される人間の範囲を広くとった上で、それに続いて、無限の責任を制限する原則を發展させることに腐心してきた<sup>(10)</sup>。ここで探求されているのは、誤った情報の影響によってその行動を決定した見通しのきかないほど多数の人間に対する責任制限の基準である。いずれの出発点をとっても、最終的な問題は、契約当事者と同様に鑑定による影響を受けた人間の保護である。ただし、どこを出発点にするのかによって、基準の選択は劇的に変化する。

(3) 責任の前提は？ 同様に議論が多いのが、第三者に対して負担する注意義務の内容である。注意義務は委託者と専門家との間の契約で取り決められ、しかる後に第三者にも移転されるのか？それとも、注意義務は委託者と専門家の契約から発生するのか。あるいは、注意義務は、それぞれの市場での多くの契約に由来する標準化のプロセスの結果なのか。さらには、契約とは無関係の専門家としての基準なのか。

(4) 専門家責任の制限は可能か？委託者との関係で専門家が主張できる抗弁と専門家責任との関係は？ 専門家は委託者との間の抗弁を第三者に対しても主張できるのか。責任制限は第三者の請求に対して、どのような影響を与えるのか。専門家は第三者に対する自分の責任を制限できるのか。

## II. 交換の3つの暗黙の局面

「制度としての鑑定」という提案には、それ以上の意味があるのか。制度とは、客観的な論証のプロセスの結果が表現された内容を法規範の中に

<sup>(10)</sup> 例えば、Brüggeleier, Deliktsrecht, Baden-Baden: Nomos, 1986, Rz 456ff.を参照。

読み込んでいくために繰り返し使われている、使い古された法概念ではないのか<sup>(11)</sup>。

ただし、制度的思考の規範的な能力を正当に利用するためには、補充的契約解釈、ないしは、それに類似した概念である「事実や法の黙示条項 (implied terms in fact / in law)」などから離れる必要がある<sup>(12)</sup>。さらに、第三者に対する保護効を伴った契約で發展してきた「給付への近さ」という客観化された概念なども、専門家責任では役には立たない。専門家契約に含まれた社会制度の意味内容に法は体系的に立ち戻る必要があるというのが、本稿の提案である。より正確には、法は契約関係内の個人の利益の衡量だけではなく、契約に組み込まれた社会制度間の衝突を分析し決定する必要があるということである。法的に重要な競合する制度を確認する必要があるなら、法社会学、法経済学の分析によって一歩前進することが可能であり、その後には法解釈学も前進する必要がある。これに関係するのが、「完全な契約 (complete contract)」という経済学的な考え方や経済取引の「組み込み (embeddedness)」という社会学理論であり、それらの理論の契約法にとっての有用性が検討されるべきである<sup>(13)</sup>。

事実として、法経済学者や法社会学者の提案は、専門家責任のような黙示的な契約の局面を経済的な取引に「組み込まれている」問題だと考えることである。法経済学者や法社会学者が提案するのは、「自発的な秩序形成」、つまり、一方で具体的な契約当事者が繰り返し使用する契約の雛形

<sup>(11)</sup> Rütters, Institutionelles Rechtsdenken in Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg: Gehlen, 1970. は、激しく批判している。ところが、同じリユタース (Rütters) は、共同決定に関する鑑定ではこの制度の概念に依拠しているというのが、以上の批判のアンビバレントな性格である。Badula, Ritter, Rütters, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten, München: Beck, 1977, S.234ff.

<sup>(12)</sup> 前掲注(1) Eike Schmidt, 1§34 IV 2c und dは、このように主張して、基礎となる契約から完全に離れることを要請している。

<sup>(13)</sup> 「完全な契約 (complete contract)」に関しては、Caswell, Contract Law: General Theories, "in Bouckaert und Geest, (Hg), Encyclopedia of Law and Economics. Volume III, The Regulation of Contract, Elgar: Cheltenham, 1999, S.1ff. 組み込み (embeddedness) については、Granovetter, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, "American Journal of Sociology 91, 1985, 481ff.

と、他方で、安定した市場での合意の理論に導かれた経験的な分析であり、その目的はこのような自発的な秩序への具体的な契約の組み込みから、決定のための視点を獲得することである。以上の文脈に則したアプローチが、契約文書の伝統的な解釈学的「解説」に終始する純粋に法律学的な解釈技法に比べて優れていることは明白である<sup>(14)</sup>。経験的な素材を前にすれば、裁判所の判決がより現実的となる。加えて、このようなアプローチは、自発的な秩序の「黙示的な知識」、つまり、個々の契約モデルや集団的な取引慣行に書き込まれた社会の経験を利用することができる。最後に、裁判所の判決は社会規範を考慮するだろうから、判決の正当性は増大し、判決が傾聴される可能性は上昇する。

しかし、そうはいつても、自発的な秩序というアプローチが法的な決定をリードすべきだとしても、その有用性には限界がある<sup>(15)</sup>。契約当事者の安定した相互作用のモデルや市場での定着した社会規範は、法的な論証にとっては情報として十分ではない。それらは社会的な紛争の結果を伝達するに止まり、紛争それ自体の情報を提供するものではない。紛争の結果は、適切な補償なのか、それとも、悪しき妥協なのか。つまり、対等の当事者の交渉の結果なのか、それとも力の押しつけの結果なのかは分からない。相争う利益に対する細かく調整された答えなのか、古びた伝統を何も考えずに受け入れたのか。合理的な討論の結果か、盲目の進化なのか。安定した社会規範は、社会システムから発生する社会システム間の紛争に関しては、何も情報を与えない。だから、個々の契約モデルと社会慣行は、契約が埋め込まれた様々な社会の実務の意味内容の批判的な再構成と省察という、法的論証が緊急に必要とするものを提供しない。本稿で取り上げる専門家責任のように、具体的なケースで頼りになる行為モデルや継続する市場慣行が確認できない場合は、状況はさらに困難である。その場合は、安定した社会規範に立ち戻ることもできず、現実として様々な社会制度の衝突が存在するだけであり、それと法は向き合う必要があるからである。

<sup>(14)</sup> 契約の解釈の法内部、および、法外部の様々な技術の体系的な鳥瞰は、Campbell und Collins (Hg), *Implicit Dimensions of Contract*, Oxford: Hart, 2003, S.25ff.

<sup>(15)</sup> 制度形成に完全に開かれた立場をとるにもかかわらず、前掲注(2) Eike Schmidt, 159ff. もこのアプローチの限界を強調している。

だから、提案したいのは、法経済学者や法社会学者の推奨する文脈に従った出発点を見捨てるのではなく、一層発展させることである。それが意味するのは、社会システムの衝突から発生した現実の行為モデルを追及するだけでなく、紛争自体を分析すべきだということである。却って、「固有の意味」、つまり、それに反対する方向性を契約に取り込もうとしている社会制度の固有の合理性と固有の規範性を再構成すべきである。そのことで始めて、法的論証に必要な制度分析の「付加価値」が発生することになる。まずは紛争の分析が行われた後は、相互に争う規範的な原理の批判的な評価、および、現実の行為モデルと現実に行われた妥協の評価が可能となり、相互に相争う社会の実務に対する論証された上で選好されたルールが法的決定を定式化することが可能となる。

他の箇所でも詳細に論じたように、このような制度的な分析のために、契約を現下の社会の複数の文脈との関連で再定式化する独自の社会モデルを、契約法は必要としている<sup>(16)</sup>。つまり、手短かに表現するなら、現代では契約の社会への組み込みは、単に、一貫性した社会規範によって象徴される包括的な社会の文脈への統合を意味するわけではなく、個々の契約を高度に発達した社会の複数の合理性の衝突にさらけ出すことを意味している。以上の多様で相互に争う「契約の世界」という状況は、時としてそう表現されているように、契約を構成する言語ゲーム (Sprachspiel) の違いとして記述されている。ただし、そこで問題となっているのは、歴史家の記述的言語と法律家の規範的言語という2つの言語ゲームの間の決定をはるかに超えたものである<sup>(17)</sup>。具体的に現実に存在する契約は、「複数言語的」であるのが通例である。つまり、契約は合意の言語的合理性を押し

<sup>(16)</sup> Teubner *Contracting Words: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes*, *Social and Legal Studies*, 2000, 399ff. さらに、そこに掲載された反応が、MacNeil, Gerstenberg, Campbell. このアプローチに従うのが、Müller, *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft*. Basel: Helbing & Lichtenhan, 1997の契約法に関する業績。さらに、Amstutz, *Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsbindung*, in *Festschrift für Heinz Rey*, Zürich: Schulthess 2003, S.161ff.; Abegg, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts*, Zürich: Schulthess, S.118ff. である。

<sup>(17)</sup> 前掲注(14) Campbell und Collins.

付けようとする様々な言語ゲームの複数言語で記述されている。専門家の第三者責任のケースのように、法が「黙示の」契約の局面を「明示の」ものにしたときは、契約が間違いなくそこに参加している3種類の「契約の世界」の相互に争う要請を発見していることになる。つまり、(1) 当事者の具体的な相互作用関係、その歴史、および、その文脈の要請、(2) 取引の財政的側面に責任を持つ経済制度の要請、(3) 特にこのコンテキストで重要なのが、契約が参加する生産的なプロセスの中で社会制度の要請である。

専門家の第三者に対する責任が以上の3つの制度とその相互の争いの中で発生しているとするなら、専門家の責任に与えられるものは何だろうか。専門家責任をめぐる現在の学際的討論では、以上の制度の1つだけを第三者に対する責任の規範的な基礎として引き合いに出すのが普通となっている。マクロ社会学的な契約理論は、契約当事者間の個々の相互作用関係での規範形成を尊重することを推奨し、法経済的な理論は、市場とヒエラルヒー〔組織〕の中での合意に目をつけ、法社会学の理論は制度化された契約関係に解答を求めている<sup>(18)</sup>。しかし、本稿の視角からは、以上の3つの出発点は、物事の一面にしか注目していないように見える。社会の複数の文脈性に鑑みると、それらは余りに複合性を欠き、法が受け入れ難い一面的な理論的結論につながってしまう。それに代わる選択肢とは、3つの「契約の世界」を全て分析に関係づけて、その3つが基本的に衝突していることを専門家責任の基礎であると確認することである。

その際に、以上の紛争の中では、義務の水準だけを視野に入れるのではなく、取引関係にはおおよそどのようなアクターが関与してくるのか、つまり、誰がプロジェクトの参加者なのか問題になる。鑑定関係が、委託者と専門家の契約による相互関係、弁済取引の経済的コンテキスト、鑑定の作成の生産的コンテキストなどの、様々な言語ゲームに関係しているとき

<sup>(18)</sup> ミクロ社会学的分析の重点は、Kündigung, Selbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen: Mohr & Siebeck 1981. 法経済学の視点は、Schäfer, Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektiven, AcP202, 2002, 819ff. 制度的な市場慣行に則した分析が、前掲注(14) Campbell und Collins.

は、以上の言語ゲームの各々が他人との関係の人的限界を定義している。以上の「契約の世界」の1つ1つが契約に様々な「プリヴィティ (Privity)」、相互に異なった契約の相対性、つまり、社会関係の様々な限界、様々な構成員のルール、入会・脱退の様々な原理を指示している。そこに含まれる言語ゲームは、「契約」という社会関係に、それぞれに異なった定義を与えている。つまり、双務的な相互関係、双務的な交換、又は、多角的な社会関係といった具合にである。多くの契約類型では、以上の契約の世界は多少とも関係の同一性の限界を定義しているから、鑑定の特異性とは、様々な「プリヴィティ」の抵触にさらされていることであり、それに関して契約法が決定を下さなければならないということである。

### 1. 双務的な相互作用の関係

早くから裁判所は黙示の契約の締結というフィクションから離れて、第三者を保護する契約によって問題を解決しようとしている<sup>(19)</sup>。その際に、裁判所は補充的な契約解釈、つまり、双務契約の内的な意味連関からの解釈に依拠してきた。ただし、裁判所の適用する基準は、明らかに契約による相互交渉の外に由来する。その重要な部分では、裁判所は外部性、つまり、契約外の第三者に対して取引が生み出すリスク（「給付への近さ」）を追求しており、そのリスクの損害賠償法による填補は、当事者の黙示の合意とも、補充的契約解釈、つまり、仮定的な当事者の意思、ないしは、現実に行われていることの相互作用の過程から作り出された規範や慣行の省察とも無関係である<sup>(20)</sup>。

しかし、それが明示か黙示か、古典的か新古典的か、はたまた、関係的かにかかわらず<sup>(21)</sup>、双務的な関係の全ての側面は、はっきりと第三者を鑑定契約に関係させることに反対している<sup>(22)</sup>。もっと悪いのが、契約は解決

<sup>(19)</sup> BGHZ 127, 378; BGHZ 138, 257.

<sup>(20)</sup> BGHZ 69, 82, 86ff.; BGHZ 133, 168, 170ff.

<sup>(21)</sup> MackNeil, The Many Futures of Contracts, Southern California Law Review 47, 1974, 691ff. による契約の局面。

<sup>(22)</sup> 極めてはっきりと言っているのが、前掲注(1) Esser und Eike Schmidt, §34 IV 2c; Gernhuber, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen,

ではなく、問題の一部だということである。契約自身の中に様々な「プリビティ」の抵触の主な原因の1つが存在する。委託者と専門家の契約は、もっぱらその当事者間の協調、信頼、互酬性、および、他方の利益の相互的な擁護の関係を基礎としている。委託者と専門家の契約は、鑑定に関してだけ委託者の利益を擁護することを鑑定者に義務づけている。そして、専門家の利害衝突を作り出すか、又は、それを強化しているのが、まさにこの委託者と専門家との相互的な依存性という関係である。当事者の実際の交渉、合意の細部、当事者の交渉の歴史、仮定的な意思、協調的な性質を持つ当事者の関係、次第に形成されてきた契約内の行為規範に立ち戻っても、それらの総てからは専門家の第三者に対する責任の基礎に関して何らかを与えるものの痕跡すら発見できないし、将来も何もないであろう。以上の責任、つまり、契約のレトリックによってお粗末に欠陥を覆われている責任を正当化できるのは、当事者の相互関係としての他の社会実務の意味内容である。

## 2. 経済的關係

経済的なプロセスに鑑定契約を組み込むことで第三者に対する責任を基礎づけることは可能か。経済的なコンテクストに戻って考えれば、第三者に対する責任の実質的な基準が明らかにされるのか。周知のように、契約とは双務的な交渉システム、合意形成と給付履行のプロセスには止まらない。契約は、常に複雑な経済制度、市場、経済組織、金融機構、交換の連鎖、協調的なネットワークに組み込まれている。かつ、実際に、専門家の第三者に対する責任を正当化するために、この制度を支持する経済的な考え方は、機会主義的な行動の回避、「完全な契約（complete contracting）」という観念、本人・代理人関係（Prinzipal-Agenten-Beziehung）という観念を提案している。

「黙示の条項」一般、特に専門家責任に対する主な経済的な論拠は、機会主義的な行動に対するリスクの縮減である<sup>(23)</sup>。金銭的なサンクションが、

---

Drittwirkungen, Tübingen: Mohr & Siebeck 1989, S.518ff.

<sup>(23)</sup> 黙示の条件一般に関しては、Cohen, Implied Terms and Interpretation in Contract Law, Bouckaert und d. Geest (Hg.), Encyclopedia of Law and Economics. Volume III,

欠陥のある鑑定の危険を限界づける必要がある。もちろん以上の根拠づけは適切である。さらに、このような考え方を進めて、費用負担の計算によって、専門家の機会主義、および、専門家責任を投機的なリスクに対する安価な保険として濫用する第三者の機会主義の統制に資する「理想的なサンクション」を確定することが可能となる<sup>(24)</sup>。一方で、鑑定者の不実と不注意を抑制し、他方で、情報市場の麻痺につながる「責任の棍棒」を回避できる責任のルールは理想はどこにあるのか。しかし、1つだけ確認しておく必要があるのは、このような分析では、何が専門家の機会主義的な行動で、何がそうではないのかという、責任法が求める内容的な基準は明らかにはならないことである。もっぱら経済合理性を指向する分析からは、このような基準は望みようもない。

それでは、専門家の行動が機会主義的であると決定することのできる経済学に特有の基準は何か。合理的な選択か。そうではない。合理的な選択は、どのような条件下で合理的なアクターが専門的な鑑定に関する社会規範を遵守するのかを決定できるだけである。社会規範は利己的なアクターの行為にその由来を持っているわけではない。そうではなく、「自己利益の合理的な追求は社会規範の拘束を受ける」<sup>(25)</sup>ということによる。委託者と専門家はお互いの利益を主題にはしているが、「合理的なアクター」として決して第三者に対する責任を合意したりはしない。最近になって合理的な選択のアプローチは、社会規範自体にも取り組んでいるが、その場合でも、このアプローチは社会規範に対する市場での「規範革新者」と「規範の観衆」の取引とそのコスト・ベネフィット関係を分析しているにすぎない。規範の内容を決定する選好、メタ規範、および、他の社会システム

---

Elgar: Cheltenham 2000, S.78ff. 特に、専門家責任に関しては、前掲注(18) Schäfer, S.909ff.

<sup>(24)</sup> Ewert, Auditor Liability and the Precision of Auditing Standards, Journal of Institutional and Theoretical Economics 155, 1999, 181ff.

<sup>(25)</sup> もちろん、これに関しては激しく争われている。合理的な選択アプローチの支持者の中の証左としては、Elster, Rationality and Social Norms, Archives Européennes de Sociologie, 1991, 109ff. エルスター (Elster) は、合理的選択の原則から引き出すことのできない社会規範の分類を提唱している(消費[者保護の]規定、環境保護規定、金銭の使用を規制する規定、労働[法の]規定など)。

の独自の合理性は外的なデータに止まる。つまり、法の正否について論ずべきではない（de gustibus non est disputandum）ということになる<sup>(26)</sup>。

まさにそのゆえに、このコンテキストでは、「完全な契約」という考え方も、役には立たない<sup>(27)</sup>。裁判官が一貫して合理的なアクターの契約締結時の行為を再構成しようと努力しても、専門家の契約外の第三者に対する責任にたどり着くことは決してない。取引費用の最小化？そうではない。なぜなら、このアプローチははっきりと機会主義を計算に入れていて、これを「狡猾な機会主義」、「詐術」や「悪巧み」による自己利益の追求と定義している<sup>(28)</sup>。取引費用の考慮が登場するのは、他方の機会主義から自己防衛するために、当事者が制度的な措置を講じた後である。規範遵守のコスト・ベネフィット計算？これも違っている。これが問題になるのは、一旦は社会規範が存在し、サンクションの強度とサンクションの蓋然性が周知となった後である。

強調しておくこと、当然のことながら、経済制度のために市場の典型的な社会規範は自ずから形成される（例えば、市場での協調と競争のルール、企業活動でのヒエラルヒーと脱集中化のルールなど）。反対に、鑑定の責任は社会規範の遵守を要求しており、社会規範は学問、道徳、政治、いずれにせよ非経済的な文脈から形成されてくる。しかし、以上のような「外的データ」を経済合理性によって説明することはできない。経済的思考がモデルを適用する場合には、外的データは所与のものとされている。

以上で論じたことは、最近になって法経済学者が、責任のリスクが単純に第三者に移転されるのではなく、責任のリスクが重畳させられている第三者責任のシリアスなケースで引き合いに出す本人・代理人アプローチ

<sup>(26)</sup> 例えば、Ellickson, *The Market for Social Norms*, *American Law and Economics Review* 3, 2001, 1ff.; Ellickson, *The Evolution of Social Norms*, in: Hechter und Opp (Hg.), *Social Norms*, S.35ff., 2001).

<sup>(27)</sup> Köndigen, *Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag*, *Karlsruher Forum* 1998, S.3ff. は、この考え方 (S.29ff.) に大きな希望を見込んでいるが、専門家責任自体に関しては失望しており、自身が以前の著述で展開し成功を収めているアクターの自己拘束というマクロ社会学の考え方に戻っている (43ff.)。

<sup>(28)</sup> Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York: Free Press 1985.

(Principal-Agent-Ansatz) にも当てはまる<sup>(29)</sup>。ここでは、原則として、準契約的な第三者責任を正当化する特別な関係が探し求められている。契約上の合意、社会的接触、配慮義務ではなく、反対給付プラス責任費用の引受と引き替えの鑑定という仮定的な交換関係が、経済学の責任の基準が提示する特別な関係であり、「責任費用は、保護される人間、又は、注文者が、直接又は間接に負担しているのに、それにもかかわらず、これらの人間の1人（又は、両者）が責任法による保護を受けるのか」<sup>(30)</sup> というのである。以上が証明されたときに限って、専門家は第三者に対する契約責任を負担するというのがその主張である。

ところで、第三者に対する責任の本来のクリティカルな局面の特徴は、シェーフアー (Schäfer) 自身も認めているように、以上の仮定的な交換の状況を排除する敵対的な利害対立が存在していることである。冒頭の屋根組み事件は、そのモデル・ケースである。「第三者に対する責任のリスクを鑑定者に支払うことを引き受けさせるのは、所有者の利益には合致しない」<sup>(31)</sup>。売主が過大算定に対する責任のリスクを引き受けることを、経済合理的な行為から導き出すことはできない。シェーフアーは、国家は本人・代理人関係を権威的に命じる必要があると断言している。つまり、以上の解決を強要するのは、経済的合理性ではなく、シェーフアーのいうように、国家法による「経済政策的な」干渉であり、それは、匿名性のある市場での経済合理性の原則に明らかに反して、相手方の「幸不幸」のために自己を犠牲にし、自己利益に本来は合致する過大算定の責任のリスクを引き受けることを、市場の当事者の一方に強要している。しかし、そうすると、本人・代理人関係という形式は、余りに酷使されている。不適切な責任のリスクを買主から所有者に移転させるためではなく、結局のところ、専門家を腐敗させる市場の条件下でも鑑定の専門家の規範を遵守させるために、本人・代理人関係が利用されているからである<sup>(32)</sup>。

<sup>(29)</sup> 前掲注(18) Schäfer.

<sup>(30)</sup> 前掲注(18) Schäfer, S.820.

<sup>(31)</sup> 前掲注(18) Schäfer, S.828.

<sup>(32)</sup> シェーフアー (Schäfer) 自身がそういつている。前掲注(18) Schäfer, S.828f. シェーフアーは、制度的視角で、一部はモラルの保護（「正直な行為」）、一部は専門家の

### 3. 社会的関係

そうすると、専門家の第三者に対する責任の実質的な原則が位置づけられるべき契約の黙示的な位相は、非経済的な社会的関係にその根拠を求められるように見える。専門家契約が組み込まれている3つの「契約の世界」、つまり、契約当事者の双務的な相互作用、契約プロジェクトの経済的な財政的側面、および、社会的な生産的関係の中で、規範的な分析の情報を提供するのにも最も相応しい性質を持っているように見えるのは第3の世界である。現在の議論では、信頼、専門職、制度という3つの異なった社会構造が専門家責任の黙示的な基礎として提示されている。

#### a. 信頼

信頼は当面は経済学者と社会学者によって新たに発見されたものである<sup>(33)</sup>。信頼という概念は、将来の展開への十分な安全性がないにもかかわらずリスクな取引が進められる社会的局面を指示している<sup>(34)</sup>。ここでは、それにもかかわらず取引を可能にする社会のメカニズムとして信頼が登場している。本稿のコンテキストで「信頼」というカテゴリーを活用すること、および、契約責任の補完としての信頼責任を、法律家は長きに亘つ

規範（「専門家の水準」、一部はマーケットの機能（「情報市場の効率的な規制」）に依拠している。ただし、はっきりさせておくべきは、問題の核心は、例えば、競争と協調のような市場という制度の特殊な側面や取引費用、財政的側面ではなく、まさに市場メカニズムによって脅かされている鑑定の不可侵性それ自体だということである。

<sup>(33)</sup> Deakin, Lane und Wilkinson, 'Trust' or Law? Towards an Integrated Theory of Contractual Relations Between Firms *Rechtstheorie* 21, 1994, 329ff.; Lane und Bachmann, The Social Construction of Trust: Supplier Relations in Britain and Germany, *Organization Studies* 17, 1996, 365ff.; Luhmann *Organization und Entscheidung*, Opladen: Westdeutscher Verlag 2000, S.25, 407ff.; Bachmann (Hg.), (2000) *Die Kooperation und Steuerung interorganisationaler Netzwerkbeziehungen über Vertrauen und Macht*, Opladen: Westdeutscher Verlag 2000; Ortmann, *Organisation und Welterschließung*, Opladen: Perspectives, *Enduring Questions, Annual Review of Psychology* 50, 1999, 569ff.

<sup>(34)</sup> Luhmann, *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart: Enke, 1968, S.27.

て提案してきた<sup>(35)</sup>。信頼が専門家と第三者の間の社会関係にとって不可欠のカテゴリーであることには疑問の余地がない。将来に対する安全性が欠如していても、専門家への信頼に基づいて第三者はリスクな決断をする。ただし、信頼は確かに不可欠ではあるが、専門家の第三者責任を認めるための十分な条件ではない<sup>(36)</sup>。信頼はどこにでも存在する社会現象である。具体的な社会の信頼関係に法的サンクションの支援が必要だという決定的な問題は、信頼の存在だけでは正当化はできない。信頼関係（法的には、「信頼の要素」）を詳細に分析しても、それ以上の成果は得られない。信頼関係自身の内的構造の正確な探求も、信頼の強度の分析も、この問題に対する解答を与えない。法的な義務の発生する条件を内包している契約（契約締結の法）とは反対に、信頼というカテゴリーはその限りで法的には無内容である。信頼を法的に意味のあるものとするためには、信頼の外側の基準が必要となる。

#### b. 専門職

専門職は、専門家責任の基礎として現在取りざたされている今ひとつの社会構造である<sup>(37)</sup>。「天職（public calling）」、「公職（common carrier）」という中世の観念に従って、この考え方は、現代の契約による義務を補完すべき古い身分の義務を再現している。拘束力のある契約が存在しない場合

<sup>(35)</sup> 最良の仕事が、Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: Beck 1971; Canaris, *Schutzwirkung zugunsten Dritter bei 'Gegenläufigkeit' der Interessen*, *Juristenzeitung* 9, 1995, S.441ff.; Canaris, *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, *ZHR* 163, 1999, 206, 217ff. その論拠は債務法改正によるBGB311条3項<sup>[3]</sup>によって強化されている。Koch, *AcP* 204, 2004, 59, 69ff.

<sup>(36)</sup> 最近の信頼責任に関する議論の概観は、Lang, *Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung*, *AcP* 201, 2001, 451, 537ff.

<sup>(37)</sup> Lammel, *Zur Auskunftshaftung*, *AcP* 179, 1979, 337, 345ff.; Hopt, *Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich*, *AcP* 183, 1983, 608ff.; Hopt, *Die Haftung des Wirtschaftsprüfers*, *Die Wirtschaftsprüfung* 39, 1986, 461ff.; ders., *Dritthaftung für Testate*, *NJW* 1987, 1745ff.; ders., *Die Haftung des Wirtschaftsprüfers. Rechtsprobleme zu §323 BGB (§168 AktG aF) und zur Prospekt- und Auskunftshaftung*, in: *Festschrift Pleyer, Heymann: Köln* 1996, 341ff. 最近の状況の詳細は、前掲注(36) Lang, S.451ff.

でも、しかも、その場合にこそ、専門職に属する者は、第三者に対する義務を、社会における自分の地位に基づいて負っている。本稿の制度的地位という考え方からは、これまでの議論で主張されてきた反対の論拠に関していえば、以下のような批判が申し立てられている<sup>(38)</sup>。身分と契約という伝統的な概念で今でも現代社会や現代法の厄介な問題に取り組めるのかは、大問題である<sup>(39)</sup>。加えて、それが法的な職業責任に受け入れられたように、専門家責任は著しい非対称性を基礎としている。消費者保護という補充的な考え方と同様に、専門家責任も非対称的である。いずれも内的な持続性に欠け、その規範的な要求には限界がない。職業責任は、相互に相争う様々な社会的地位を多角的な関係の中に包括的に計算に入れるのではなく、権利・義務を一方向的に社会状態、単なる社会的地位から引き出している。職業責任は、組織された職業の構成員が包括的な社会システムの一部であるにすぎない複雑な社会状況の要請を尊重せず、最終的には専門家組織の自己規律を信頼している。その結果、形式的な組織を過大評価し、そこに紛争が生じている非組織的な自発的・非公式的な社会プロセスを軽視するのが通例である。専門家責任の水準を定義すべき専門家組織がなおざりにされて良いのか。鑑定の規範の定義が可能なら、専門職、顧客、社会全体の紛争を尊重する必要はないのか。加えて、最初から専門家の構成員以外にも他の自律的なアクターである顧客、さらには、それ以外の社会の部分システム、特に、政治が関与する社会構造の中の規範の生成という動的なプロセスに依拠するのではなく、以上の状態の文脈での規範の安定した状態を専門家責任という考え方で観察するなら、それは未だに静的な観察に止まる。

### c. 制度

契約の埋め込まれている社会構造を全体として目に見えるものにしたと考えるなら、職業責任（又は、消費者保護）のような非対称的な身分などという考え方では不十分である。交換の生産的側面が稼働している多角的な社会の文脈を確認する場合でも、それは同じである。専門家の構成

<sup>(38)</sup> これまでの議論に関しては、前掲注(36) Lang, S.451ff.

<sup>(39)</sup> Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp 1967, S.636. を参照すれば十分である。

員の役割に適用される静的なルールだけでなく、さらに社会の動態に注目すべきである。役割の分析では不十分であり、その代わりに、操作、構造、限界、諸システムが関与させられるべきである<sup>(40)</sup>。そのためには制度という考え方が最適のように思われる<sup>(41)</sup>。なぜか。第1に、制度は個々の役割や関係だけではなく、関係する社会システム全体の意味形成・規範化のプロセスを包括的に含むものだからである<sup>(42)</sup>。第2に、制度は、同時に、本稿の例では鑑定の規範と鑑定契約による法的義務だが、社会の規範形成のプロセスと法システムの架橋を構築するからである。第3に、これはアイケ・シュミットの記念論文集の1つで強調されていることだが、同時に制度の概念は、集団的な拘束力としての社会セクターの政策 (policies) を定式化する契機を制度的な紛争に与える干渉的な社会政策との関連を作り出すからである。この重要な架橋の機能を果たすのが、制度である。システム理論によれば、これは、社会構造、法規範、干渉的な政策との関係での構造的な結合である<sup>(43)</sup>。

制度とは、規範のセットや当面存在する行為モデル以上のものである。制度は、規範化されていない状況に対しても規範的な言明を行うことを可能にする規範のセットの複雑な意味連関を象徴している。制度は、社会システムの一貫性のある構造であり、制度の社会的機能と他のシステムに対するシステムの貢献に対する省察の歴史の結果である。同時に、制度とは、裁判所が具体的な社会規範を法的なものとして受け入れるか、受け入れないという場合には、このような法的判断の対象としての社会システムなど

<sup>(40)</sup> これが、最近の社会学が、役割社会学は視野が狭いとして、(例えば、Dahrendorf, *Homo Sociologus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der sozialen Rolle*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1985)、それに代わって、ディスクルス社会学ないしはシステム社会学に転換した理由である。

<sup>(41)</sup> 最新の制度主義に関しては、前掲注(3)を参照。

<sup>(42)</sup> つまり、制度は社会システムと同一視できない。社会システムは、操作の構造と限界を作り出す回帰的な操作の完結性を命名するが、規範のアンサンブルである制度は、社会システムの部分構造にすぎないか、又は、構造的な結合の局面での複数のシステムの部分的な交錯である。

<sup>(43)</sup> その嚆矢は、前掲注(2) Eike Schmidt, 159f.

ではない<sup>(44)</sup>。契約法が契約の黙示的な局面を指示したときは、契約法は社会制度を現行法のルールとするか否かを決定している<sup>(45)</sup>。

### Ⅲ. 制度としての鑑定

既に論じたように、経済制度（取引慣行、市場慣行、組織慣行、金融の実務、ネットワーク構造）だけに注目したのでは、専門家の第三者に対する責任の実質的な原則を確認することはできない。これに対して、法的決定に対して「鑑定」を自律的な社会の実務として発展させた場合は話が違ってくるのか。

社会制度としての「鑑定」は、制度化された学問とそれ以外の社会の現実の結合、システム理論では、構造的結合を作り出す。もちろん、鑑定と独自の社会システムとしての学問とを同一視することはできない。明らかに、鑑定は、方法論的に精査された知識の蓄積それ自体とは別の目的を持っている。しかし、学問とは全く異なった合理性に服する社会というフィールドに、学問的研究の固有の論理を移転するのが、鑑定である<sup>(46)</sup>。他方で、専門家によるあらゆる種類の情報の生産と鑑定を単純に同一視することもできない。社会のアクターが制度としての「独立の鑑定」を頼りにするのは、通常取引の限界、交渉、経済的計算、政治の権力プロセス、法的な紛争解決、家族関係、問題解決のメカニズムとしての友愛関係の限界に突き当たって多少とも苦労した後である。社会のアクターは、具体的な問題を問題の日常的な文脈から切り離し、それを鑑定の特別な合理性に包摂するが、鑑定は社会の日常的な慣行と明確に一線を画しているからこそ、

<sup>(44)</sup> Luhmann, Grudrechte als Institution: Ein Beitrag zur politishcen Soziologie, Berlin: Duncker & Humblot 1965, S.12f.; Luhmann, Rechtssoziologie, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1972, S.64ff., 95ff.

<sup>(45)</sup> 以上の詳細に関しては、Teubner, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der spätmodernen Gesellschaft, in: Festschrift für Josef Esser, Karlsruhe: Müller 1995, S.191, 209ff.

<sup>(46)</sup> この問題の多い関係については、Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt, Suhrkamp 1990, S.616ff.

問題解決を約束するのである。

その結果として当然に発生してくるのが、合理性の尖鋭な対立である。学問的な鑑定が学問の外側のプロジェクトのために引っ張り出されれば、巨大な方向づけの紛争に直面することになる。鑑定自体は極めて疑わしい社会制度であり、それが相対化された合理性の干渉に対して強く守られていることに、鑑定の機能の成否は依存している<sup>(47)</sup>。社会制度としての学問自体は少なくとも象牙の塔（Elfenbeinturm）の保護、つまり、大学や学術的な公刊という形で、社会の現実の利益と結びついた露骨な干渉に対する遮蔽を享受しているが、鑑定は、システムの、影響、説得、権力関係、家族の結合、利益の動機といった大規模な誘惑に曝されている。ここでようやく登場するのが、鑑定に対する社会的信頼の法的保障を正当化する信頼以外の基準であり、本稿がずっと探求してきたものである。鑑定とは異質の合理性による歪曲という鑑定に内在するリスクこそが、前述したように、鑑定に対する信頼という社会のメカニズム自体は鑑定に十分な保護を与えず、鑑定が法規範の支えを必要とする本来の理由である。

多くの公法上の規定は、鑑定の不可侵性の保護を目的としている。教育、職業の品質管理、学位、専門家の認可と統制は、鑑定を「公共のサービス提供」とし、その不可侵性を保持するという重要な役割を果たしている<sup>(48)</sup>。その結果、特に、鑑定は通常は完全には公法上の管理に服さないことが確保されている<sup>(49)</sup>。却って、公法が利用しているのは、独立した鑑定の自律性を公法セクターの中で尊重し、政治の腐敗した不当な要求や行政の官僚主義から保護するために、それに相応しいルール作りを形成する規制方法である。この種の法の目的は、鑑定という制度の中で、機能（Funktion）、給付（Leistung）、省察（Reflexion）<sup>(50)</sup>という3つの重要な局面の協働を実現

<sup>(47)</sup> その詳細は、Sciulli, Theory of Societal Constitutionalism, Cambridge University Press 1992, S.205ff.

<sup>(48)</sup> 鑑定のこの局面を強調するのは、特に、前掲注(37)Lammel, S.362ff. 前掲注(36)Lang, S.519ff.も参照。

<sup>(49)</sup> Teubner, Nach der Privatisierung: Diskurskonflikte Im Privatrecht. Zeitschrift für Rechtssoziologie 19, 1998, 15ff.

<sup>(50)</sup> これに関しては、Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt: Suhrkamp

することである。「機能」が関係するのは、専門家はそれぞれの社会のコンテクストの中でどのような社会的責務を果たす必要があるのかという問題である。専門家は、どのように自身の能力と現在進行中の社会過程との折り合いをつけることができるのか。「給付」が関係するのは、専門家は他の社会の部分的なシステムに対して何をもたらすことができるのかという問題である。様々なアクターは、専門家による学問の生産からどのような利益を受けるのか。「省察」が関係するのは、どのように以上の2つの異なった視角を相互に合致させるのかという問題である。公法上のルールは、以上のいずれの問題にも直接の答えを与えていない。却って、鑑定の固有の動態の中で、機能、給付、省察の内部のバランスを可能とする手続きと行為義務を作り出しているのが、公法上のルールである。ただし、直接の干渉が行われるのは「濫用」がはっきりしている事例でであり、公法に誘導された自己規律の微妙なメカニズムが及ばないことが判明した場合である。

鑑定が私的セクターで体系的に利用された場合は、状況はもっと面倒である。再び異なった合理性の間の相互干渉という問題が、しかも、他の制度的な文脈の中で発生する。もちろん、私的セクターでの鑑定の経済的利用は目新しいものではないが、現在の民営化の見通しの下では社会のプロジェクトのための知識の生産は次第に経済取引として行われるようになる。しかし、仮に、鑑定が公法の支配でなく私人の契約の支配下にあるなら、その制度的な不可侵性を担保することができるのか<sup>(51)</sup>。私法は自身の制御装置によって、鑑定の機能、給付、省察の自律的なバランスを担保するとか、少なくとも、そのための規範的な前提を作り出すことができるのか。

「集団的行動 (collective action)」は、私的セクターの複数の解決の1つである。私的な標準化組織はその好個の例である<sup>(52)</sup>。私的なアクターが、

設立者の利益から相対的に独立した形式的な組織を設立する。この団体は商業的な文脈で活動するが、一定の制度的な自律性を発揮し、その結果、独立した鑑定の原則に即した方向づけが可能になる。それが自律的で形式的な組織という特徴を持っているから、組織はこのような「団体形式 (collegial formations)」<sup>(53)</sup>をとり、組織内又は広い公共の文脈での省察のプロセスが可能となり、その結果、その社会的機能と私的プロジェクトへの給付との間の面倒なバランスが実現されることになる。標準化組織の「利益獲得」、および、組織の腐敗の他の形式に対する公的な敏感さは、私的セクターでの鑑定の制度化へのインディケーターである。

膨張する情報市場での鑑定の売買では、何が基準になるのか。鑑定とは、しかも、これが決定的なポイントなのだが、「契約のメカニズムによって作成されるが、どのような黙示の局面の条件が、意図したように作用するメカニズムを提供するために確立される必要があるのか」<sup>(54)</sup>。既に暗示したように、鑑定の契約化は、契約上の忠実性の原則と鑑定の中立性の原則の直接の抵触という根本的な対立を発生させる<sup>(55)</sup>。

鑑定が独自の制度として機能する必要があるなら、鑑定は科学性の規範の方向づけに強化された社会的な保護メカニズムによって支えられるべきである。厳格な方法的な水準の適用、包括的な概念と理論の構築物への指向性、専門家集団の間主観的な合意への回帰、外部の政治的又は経済的な利害関係に対する遮蔽、当事者の利益に対する中立性と非党派性が、その際に先ず優先されることになる<sup>(56)</sup>。

以上と鋭く対立するのは、鑑定契約が、契約の側からは専門家に正当な要求を突きつけているという事情である。つまり、委託者との緊密な協働、相互の信頼関係の構築、委託者の経済的利益に対する厳格な忠実性である。専門家は契約目的に従って、鑑定に対して反対給付として代金を支払う契

1997, S.757ff.

<sup>(51)</sup> 公と私の二分法から離れて、行為と支配の適切さを問いかける民営化の視点に関しては、前掲注(49) Teubner.

<sup>(52)</sup> Joerges, Ladeur und Vos, *The Integration of Scientific Expertise into Standard-Setting*, Baden-Baden: Nomos 1997; Schepel, *Constituting Private Governance: The Case of Stand-*

*ardisation*. Oxford: Hart 2004.

<sup>(53)</sup> 前掲注(14) Sciulli, S.3.

<sup>(54)</sup> 前掲注(14) Campbell und Collins, S.3.

<sup>(55)</sup> 以上の紛争の歴史的・社会的背景の理論については、前掲注(47) Sciulli, S.40ff.

<sup>(56)</sup> 代表的なのが、Ziman, *Real Science: What Is, and What It Means*, Cambridge University Press 2000.

約相手方の企画を援助するために、自分の知識で自分の顧客を援助し、自己の科学的・方法的な専門分野の道具立てを活用する義務がある<sup>(57)</sup>。もし専門家が自分の契約相手方以外の利益を考慮するなら、契約法の観点からは忠実義務に欠けるとすら考えられるし、もっと悪いのが、専門家が市場での他方の側の敵対的な利益を考慮した場合である。契約は、鑑定が委託者のために役に立つように一方的に調整し、他の社会のアクターのための鑑定の効用と鑑定の社会的機能を犠牲にすることを要求している<sup>(58)</sup>。

この場合に、私法は、契約対鑑定という2つの社会制度の鋭い対立に遭遇する。以上の局面は、第三者による中立的で一方に偏らない紛争解決のエートスが、契約相手方の利益擁護というエートスと競合する仲裁裁判に類似している。私的鑑定では、現実性、部分性、効用指向、目的合理性、忠実性という契約のエートスが、知識の公共性、普遍性、不偏不党性、独自性、懐疑主義という学問性のエートスと直接に衝突する。

法的な干渉、又は、不干渉、それが問題である。しばしば行われているのが、私法は自主規律する制度間の紛争をメタ自主規律に委ねるべきだという提案である<sup>(59)</sup>。特に経済学者は、「ペナルティ・デフォルト (penalty default)」という戦略を推奨することに傾いている。第三者が契約責任に引き込まれると、当事者が契約で取り決めなかったときは、それが意図的でない場合も戦略的な場合にも、この「不完全性」は非効率的とみなされる。裁判所が介入しなければ、契約当事者はこのような「不完全さ」を防止し、完全な契約締結を促されるのが原則である<sup>(60)</sup>。とはいっても、そこで予見可能な結果は、事態の推移の中で「私的な独立の鑑定」が一步一步「当事者の鑑定 (Parteigutachten)」「擁護鑑定 (advocacy expertise)」へと変化する突然の利益の競争への流れに向かっていく進化的なプロセスである<sup>(61)</sup>。契約という制度が行使する恒常的な圧力は、鑑定の制度を少しず

つ、(必ずしも、「ジャンク学問」とはいわないまでも、やはり)「当事者の鑑定」として定着させる手続きへと変化させるだろう。長い目で見れば、2つの秩序の観察への方向づけが強要されることになる。つまり、「誰が鑑定に対して支払い」それに応じて行為するのかである。その結果は、独立の私的鑑定は、市場の両側の契約の文脈の中に消滅することになる。専門家の知識が不可欠の社会のコンテキストでは、市場の他方の側は自身での鑑定の購入を強制されるのが当然だということになる。このような状況下では、法に可能なことは限られており、「当事者の鑑定」が市場で「独立の」鑑定として販売されているときに、詐欺や欺瞞を制限することを保障する程度に止まる。ここで同時にはっきりするのが、先に論じておいたように、法が既に定着した鑑定市場での契約上の行為モデルと慣行を方向づけることができるなら、それは極めて問題だということである。それらは、盲目的進化の結果、つまり、本稿の例では、独立した鑑定から当事者の鑑定への流れを記録するだけであり、どのように2つの自己制御するシステムが衝突し、衝突の解決のためにはどのような選択肢が可能なのかは全く明らかにはならない。

独立の鑑定の不可侵性が私的セクターでも保障される必要があるなら、事実として裁判所の介入は必要である<sup>(62)</sup>。より抽象的には、裁判所の介入は、機能、給付、省察の協働、つまり、社会のアクター（委託者、第三者、その他）とそれらの社会的責務（社会の非学問的な領域での知識の促進）のための（十分ではないにせよ）不可欠の条件である。そして、これこそが、鑑定を市民社会の政治的、法的に「保護された領域」と考えることが公的な利益だという理由である。なぜなら、

「国家は本質的にこれらの企業を『人工的に』他の領域のより『自然な』条件、経済や政治の市場の直接の競争という条件から遠ざけるもの」<sup>(63)</sup>だ

<sup>(57)</sup> Philippsen, Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachten Vermögensschäden, Karlsruhe: Versicherungswirtschaft 1999, S.9.

<sup>(58)</sup> 前掲注(57) Philippsen, S.23.

<sup>(59)</sup> そのように主張するのが、前掲注(7) Honsell, S.233.

<sup>(60)</sup> 前掲注(23) Cohen, S.6.

<sup>(61)</sup> これが社会構造主義の主張の骨格である。前掲注(47) Sciulli, S.40ff. 経済政策的

な反対の統制がない場合の機能可能な情報市場の侵食という類似した論拠が、まさに経済的視点から展開されている。前掲注(18) Schäfer, S.829f.

<sup>(62)</sup> 「経済的」視角からも、前掲注(18) Schäfer, S.828f. は、情報市場の制度の保護を目標にするが、最終的には市場に固有の制度ではなく、鑑定の不可侵性を目標にしている。

<sup>(63)</sup> 前掲注(47) Sciulli, S.207.

からである。

これがひとたび受け入れられた後は、鑑定に関する契約を一般的に排除するのか、その適合する分野を探すのかという選択肢が残されているだけである。とはいっても、双務的な契約の締結を一般的に排除するのは、非生産的であろう。なぜなら、ここでは契約の締結は、社会生活の他の領域でのプロジェクトに対して鑑定が責任を持つようにする、柔軟で生産的な社会のメカニズムに徹底的に奉仕しているからである<sup>(64)</sup>。契約の締結は、独立した社会制度として、学問的生産という自身の利益となる小道をたどり、もともとの社会プロジェクトとの関係を失う傾向が余りに見られる鑑定の古い病に対する確立された治療法である。多くの局面で、詳細に作成された契約には十分な理由がある。なぜなら、契約は鑑定の内的な動態を教育し、研究のプロセスを具体的なプロジェクトに繋ぎとめようとするからであり、重要なのは、契約が鑑定の学問性を損なうことを防止することである。

つまり、ここでの課題は、契約と鑑定の両立可能性の機能する領域、および、機能と給付のバランスにおいて十分な内的な省察を許す法的な支配を探し求めることだからである。しかも、ここでは、それが特殊な方法で契約の世界の典型的な競合を解決することを現実に約束しているから、両立可能性のメカニズムとしての第三者に対する責任が登場することになる。第三者に対する責任は、例えば、自身で義務の水準を定義するなどして直接に競合に介入するのではなく、三面的、又は、多角的な特別な関係を再構築することで、鑑定契約の双務性を修正しているにすぎない。これによって、第三者に対する責任は、様々な契約の世界が調整関係の当事者を様々な定義するという前述した現象に立ち戻ってくることになる。しばしば具体的なプロジェクトは、それが技術・社会・科学・医学セクターであろうと、様々なアクターの多角的協調を要求するが、具体的な契約・市場関係はこのような多角的協調を厳格な双務的關係に断片化する。しかる後に、社会制度としての鑑定の多角性のために、第三者に対する責任は以上の様々な「契約の相対性 (privities)」の対立を解決し、双務的な契約関係を「契約の等価物 (equivalent to contract)」という多角的な特別な関係

に移し替える。多角的な社会ネットワークと双務的な経済的交換の潜在的対立は、それが債権関係の相対性の原則に矛盾し、配分の効率性を減じ、取引費用を増加させるとしても、契約の効力の問題に対して契約と無関係の第三者のために法が答えを与えることを必要としている。

法のゆえに、第三者に対する責任を契約に取り込んだ場合は、委託者に対する専門家の契約による一面的な忠実性とのバランスをとるものが創出されたことになる。以上のようにして、契約上の忠実性自体は正当であるにもかかわらず、鑑定は中立的で不偏性のある方向性を回復することができる。社会制度、および、複雑な社会の期待としての独立した鑑定は、法ゆえに契約当事者の私的自治を尊重すべき契約の非契約的要素の1つを代表して表現している。鑑定が私法の支配下で組織されている限りは、第三者に対する責任はその支配の不可欠な黙示の局面である。

今一度違った問いかけをするなら、それによって言語ゲームの紛争はどのように解決されるのか。第三者に対する責任の導入により、一方で契約への忠実性、他方で鑑定の独立性という一見すると調整の余地のない根本的な対立が、一方、又は、他方の方向で解決されるわけではない。対立は解決されたのではなく、転換されたのである。転換は、2つの側面と関係している。(1) 鑑定の社会的「給付」の視点から。責任のルールは、委託者の利益に対する非対称的な契約上の義務を、プロジェクトに参加する当事者の双方の利益に対する対称的な義務へと転換させている。両当事者の経済的利益に対する等距離性が創出され、専門家は以上の利益を相互的に衡量する必要があるから、この側面は重要である。(2) 鑑定の社会的「機能」の観点から。当事者の個人的利益に対する専門家の義務は、プロジェクト上の義務へと変化する。プロジェクト指向によって第三者に対する責任は探し求めていた期待に応える状況を創設する。独立した専門家を買収して墮落させる可能性を潜在的に持っている契約上の忠実性に対する期待は、非人格的で一方に偏らない客観的な鑑定の期待へと「移し替えられる」。同時に、鑑定が自己満足的な発見の論理の天空に逃れることはもはや不可能となっている。契約上の忠実性と同時に第三者に対する責任を法的に結合させることで、鑑定は足が地に付き、プロジェクトによって現実の世界に送り込まれた具体的な鑑定に抽象的な知識が「移し替えられる」のである。

<sup>(64)</sup> これに関しては、前掲注(46) Luhmann, S.616ff.

以上の結論を定式化すると、専門家の第三者に対する責任は、利益に拘束された鑑定のプロジェクトに拘束された鑑定への転換を象徴しているということになる。それによって、第三者責任は2つの分離された制度の間の明白な境界を際立たせている。一方は「当事者の鑑定」であり、ここでは、それは全く正当だが、知識が委託者の利益のために戦略的に利用されている。他方は、一方に偏しない鑑定であり、そこでは、自身の信頼性のコントロールによって一方に偏さず、人的な忠実性と互酬性の考慮から独立して知識が利用されなければならない。つまり、第三者に対する専門家責任は、私的なセクターでの経済合理性と科学的合理性の支配の限界を際立たせている。

ここで今一度協調しておく必要があるのは、学問性という抽象的な理念それ自体ではなく、独立した鑑定と具体的なプロジェクトの結合が第三者責任の「内的根拠」だということである。単純な学術創設ではなく、「プロジェクトに関係した鑑定」、これが最終的には制度的な「指示を与える理念 (idée directrice)」である。このことは鑑定契約の2つの黙示の局面を含んでいる。(1)「鑑定」。これが、鑑定契約でも尊重されるべき、学問共同体の原則を伝達している。つまり、偏見から自由なこと、不偏不党性、非従属性、方法論上の水準の遵守、プロジェクトの完成に関与する者全員に対する責任である。(2)「プロジェクト」。これが第三者に対する責任の詳細を示している。法律構成、保護される人間の範囲、抗弁と責任の排除である。

#### IV. プロジェクトに関係した専門家の鑑定：幾つかの法的問題

##### 1. 法的構成

制度的な第三者責任に相応しい法的構成の探求は、決して無垢の制度的法律学の抽象的な履践ではない。それは歴史の偶然性、つまり、各国の法が契約と不法行為を一般的にどのように区別しているのかに依存している。さらに、各国の法が、特別な法律構成の概念的能力をどのように発展させているのかに依存している。具体的には、一方で、黙示の条項 (implied terms)、約因 (consideration)、債権関係の相対性 (Relativität der Schuldverhältnisse)、契約締結上の過失 (culpa in contrahendo)、第三者のために

する契約 (Vertrag zugunsten Dritter) であり、他方が、不法行為の特別な関係、注意義務 (duty of care)、使用者責任 (respondeat superior)、純粋の財産損害 (reine Vermögensschäden)、因果関係 (Kausalität) による制限である<sup>(65)</sup>。以上との関係でよく指摘されるのは、法律構成の違いにかかわらず、第三者に対する責任の基準には顕著な一致があることである。これは「プロジェクトに関係した鑑定」にも当てはまる。この私法上の制度としては、不法行為法による「契約への近さ」という特別な関係、および、周知の契約の非契約的な要素が存在する。

よく知られているように、ドイツ法は専門家責任に(準)契約的な解決を与えることを決定している。その主な原因は、ドイツ法が、完全性利益ではなく(鑑定契約の)給付利益に目を向けているからである。第三者は鑑定が第三者の法益に与えるリスクの現実化によって損害を被っているのではなく、価値のある財、ここでは情報の交換の給付リスクが現実化して損害を被っている<sup>(66)</sup>。ただし、契約的な解決の内部では、周知のとおり、2つの理論が激しく対立している<sup>(67)</sup>。裁判所も同様だが、一方のグループは、第三者のためにする契約を支持している。この考え方は、委託者と専門家の契約に注目して、契約の黙示的局面から鑑定契約の当事者ではない第三者に対する専門家の責任の基準を導き出す。他のグループは、契約締結上の過失による専門家責任を支持する。この考え方は、鑑定契約ではなく、委託者と第三者のプロジェクト契約という第2の契約に注目して、その黙示的な局面から、自身はプロジェクト契約の当事者ではないが、あたかも当事者のように「この契約に関与している」専門家の準契約責任を導き出す。

本稿の主張する制度的な視角からは、2つのグループは正当だが同時に

<sup>(65)</sup> Bar, Diskussionsbeitrag, in: Karlsruher Forum 1988 (Hg.), Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag, Versicherungswirtschaft: Karlsruhe 1999, S.105ff.

<sup>(66)</sup> 以上の側面、つまり、情報では、交換、すなわち、特別な関係を定義し、(準)契約的な解決が当然と思わせる給付の供与が問題となっているという事情を、不法行為による解決を唱える者は意図的に軽視している。例えば、前掲注(10) Brüggermeier, S.456ff.

<sup>(67)</sup> 最近の状況を報告するのが、前掲注(35) Koch, S.62ff.

不当である。上述したように、その局面は最終的には合意によるものではないが、責任の根拠を専門家契約の「黙示的」局面に求めるのは妥当である。これも又契約によるものではないが、責任の根拠をプロジェクト契約の「黙示的な」局面に求めることも同じく妥当である。しかし、まさに決定的なメルクマール、つまり、専門家のプロジェクトへの「拘束」が両極化しているから、いずれの見解も不当である。第三者に対する責任のキー概念は、一方又は他方の契約ではなく、専門家のプロジェクトへの法的拘束、および、その反対の（vice versa）2つの契約の相互依存性である。例えば、フランス法圏の世界の契約の集団（groupe de contracts）、英米法のネットワーク契約（network contract）、ドイツ法圏の契約結合（Vertragsverbund）のような、結合契約の理論を徐々に発展させている各国法秩序には、事実としてプロジェクトに関係する鑑定の制度に対する適切な法理論的な結節点が存在する<sup>(68)</sup>。だから、鑑定関係は多くの多角的契約結合の中の1例にすぎない。契約結合では、法は当事者の単なる合意の彼方に黙示的な局面を発見するのが通例である<sup>(69)</sup>。明示的には契約による債務を互いに全く負っていない当事者間の準契約上の債務が、契約ネットワークでは当然のように形成されている<sup>(70)</sup>。間違いなく、これは人口に膾炙されている未来の見通しではあるが、とはいっても、未来への見通しの1つに止まる。

しかし、やはり問題解決のために法解釈学が提供する選択は、契約締結上の過失と第三者保護契約であり、その双方の欠陥もよく知られているとおりである。それでも、2つの契約の結合に注目するのではなく、以上の

<sup>(68)</sup> 例えば、Ghestin, Normalisation et contrat, *Revue juridique Thémis* 19, 1985, 1-23; Adams und Brownword, Privity and the Concept of a Network Contract, *Legal Studies* 10, 1990, 12ff.; Rohe, Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, Tübingen: Mohr & Siebeck 1998.

<sup>(69)</sup> 前掲注(22) Gernhuber, S.711. Amstutz, Die Verfassung von Vertragsverbindungen, in: Amstutz (Hg.) Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerk als Rechtsprobleme, Zürich: Schulthess 2004, S.39ff.

<sup>(70)</sup> これに関しては、前掲注(68) Rohe, S.141ff. 垂直的なネットワークに関してだが、Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund. Baden-Baden: Nomos 2004, 150ff. および、そこの引証。

いずれかに決定する必要があるなら、プロジェクト鑑定の制度的局面をより適切に評価しているのは第三者保護契約である。それに対して、形式的には契約の当事者ではない第三者（「管財人（Sachwalter）」）を契約責任に引き込むための契約締結上の過失による第三者の責任の利用は、3つの要件が充足された場合に限られる。つまり、(1) 専門家が契約当事者の一方の「陣営（Lager）」で行為したこと。(2) 専門家が「準契約の当事者」となるほどに交換に対して自身の実質的な経済的利益を有していたこと。(3) 専門家の行為が他方の当事者の正当な信頼を基礎づけることである<sup>(71)</sup>。独立した専門家は間違いなく第3の要件は満足させるが、最初の2つの要件に関しては正反対である<sup>(72)</sup>。プロジェクト契約の両当事者の経済的利益に対する中立性は、プロジェクトに関係する専門家の不可欠の前提条件だからである。だから、独立した専門家を、一方当事者の「陣営」で活動し、しかる後に他方の当事者に情報が伝達される当事者の鑑定人と法的に同じ分類に服させるわけにはいかない。契約締結上の過失による解決が提案するように、「管財人」と「中立性」の2つを法的に同一に分類すれば、「当事者の鑑定」と「独立の鑑定」という基本的な法的区別を消滅させてしまうことになるだろう。当事者の鑑定に適用される最低限の要求に、独立した専門家の責任の水準を切り下げてしまうことは、全く受け入れがたい。

第三者保護契約を優先させるべき理由が、もう1つある。ここでの課題が、プロジェクトに関係する鑑定のような包括的な多角的制度を法的に再構成することだとすれば、契約締結上の過失によれば、互いに孤立している3つ（又は、それ以上）の双務的關係に遭遇することになる。反対に、第三者保護契約では明示的に包括的な法的関係に対する概念の活動する余地が開かれ、その中ではプロジェクト、鑑定、様々なアクターの利益が再構成され、関係する当事者の権利・義務が相互に調整されることになる<sup>(73)</sup>。2つの選択肢の中では、第三者保護契約が制度の核心、つまり、相

<sup>(71)</sup> Emmerlich, in: Münchener Kommentar 2003, Band. 2a §311, Rn.221ff.

<sup>(72)</sup> 前掲注(35) Canaris, (1999), 226は、専門家責任の水準の基準となる大きな違いを軽視しており、説得力に欠ける。

<sup>(73)</sup> もちろん、「第三者のためにする契約（Vertrag zugunsten Dritter）」という名称が合意に親近性があるように、合意を二当事者に限るのは誤解を招きかねないことは

互に指示しあう3つの関係（鑑定契約、プロジェクト契約、鑑定人・第三者間の給付関係）の一元的結合により近いのである。

## 2. 保護される人間の範囲

鑑定のリスクに曝され、判断に際して鑑定の正しさを信頼した者の中でどのような人間が、専門家から損害賠償を請求できるのかというのが、実務では最も難しい問題である<sup>(74)</sup>。幾つかの裁判所は、専門家と損害を受けた第三者の間の「情報による接触」の予見可能性という基準を取り入れている。その結果、公認会計士、会計士の財政的責任は、およそその数の見当も付かない投資にまで拡大される結果に陥った。以上と見解を共有しない裁判所は、どの程度で欠陥のある鑑定のリスクに被害者が曝されているのかを基準とし、さらに、因果関係の理論を操作して、保護される人間の範囲を限界づけようとしている。しかし、制度的な視角からは、以上の基準はいずれも間違っている。法的に問題なのは、特定の情報を頼りにして、リスクに入り込んで損害を受けた人間総ての完全性利益を確認することではない。そうではなく、上述したように、鑑定の不可侵性を保護することである。プロジェクトに関係した鑑定が保護に値する社会制度であり、契約が社会制度に含まれているなら、具体的なプロジェクトに対する義務が第三者に対する責任の限界も確定することになる<sup>(75)</sup>。この点で、誰が損害賠償が可能で、誰が損害賠償を請求できないのかの区別に関しては、鑑定とプロジェクトの緊密な結合で十分である。プロジェクトの限界が、第三者に対する特別な責任の限界を決定するのであり、損害の予見可能性や法益を危殆化させる給付への近さ、又は、因果関係による制限などではな

強調しておくべきである。だから、それに代わって、裁判官法によって始めて契約に内部化されるものではあるが、基礎となっている鑑定関係の非契約的な制度的性格を表現するために、「第三者のためにする債務 (Obligation zugunsten Dritter)」という言葉を使うべきであろう。

<sup>(74)</sup> 議論の状況については、前掲注(71) Emmerlich, §311, Rn.227ff.

<sup>(75)</sup> 前掲注(35) Canris, (1999), S.234ff. は、この点を強調するが、同時に、信頼それ自体は基準とはならず、付加的な基準が必要だとする。これこそが、まさに「プロジェクトに関係した鑑定」の制度が関係する問題である。

い。それに応じて、専門家は自分の給付に関して、具体的にプロジェクトに関係した人間に対してだけ責任を負うことになる。なぜなら、今一度強調するなら、プロジェクトと結びついた鑑定の黙示的位相としての第三者に対する責任は、外部者の完全性利益に対する一般的な責任ではないからである。第三者に対する責任の重点は、鑑定契約の非対称性に対する補償措置である。契約により鑑定を双務的に縮小することに対して、第三者に対する責任は複雑な鑑定関係を保護すべきものであるが、それは専門家の情報を基礎に企図されるリスクの多い交換に対する一般的な保険ではない。

同様に誤っているのが、専門家と委託者の相互的關係から引き出される典型的な契約上の基準である。保護される人間の範囲を決定する際に、繰り返し裁判所が探していた基準は、当事者の意思、鑑定の目的に関する当事者の主観的な知見、黙示的なリスクの引き受け、仮定的な交換関係、不完全な契約、又は、専門家と第三者の關係に則した基準だった。以上の基準が第三者に対する義務を基礎づける（多少とも客観化された）当事者の意思を確定しようとしている点で、これらの基準は紛らわしいものである。制度的な視角からは、明示的又は黙示的な合意と第三者に対する責任の問題は無関係である。第三者責任の発生は、当事者の意思に反している。その中心的な基準は、誰がプロジェクトに関与しているのかである。ただし、同時に明らかにすべきは、プロジェクトにかかわっている3つの交換の具体的な事情が、誰が保護され、誰が保護されないのかという問題に意味を持っていることである。ここでも明確に区別しておくべきは、以上の事情は、具体的なプロジェクトを限界づけるインディケーターとしては意味があるが、第三者に対する専門家の責任に関する双務的合意のインディケーターとしては役に立たないことである。確かに、契約当事者は具体的なプロジェクトに関係する鑑定に必要な情報を決定できるが、それが惹起する第三者責任の射程を決めることはできない。

プロジェクトへの参加という基準は、そのために鑑定が利用される法的に拘束力のあるプロジェクト契約が締結された通常のケースでは実用的である。具体的な売買、与信、投資プロジェクトに対する独立した鑑定が、その例である。保護される人間の範囲は、この場合にはプロジェクト契約への関与によって決定される。面倒なのが、法的に拘束力のある契約に基

づいているだけではないプロジェクトの場合である。具体例が、自動車事故の後に被害者が独立の専門家に損害の算定を委託した場合である。事故惹起者、ないしは、保険者は、鑑定の正確さを信用して確認された賠償額を支払う。本稿の視点からは決定的なのは、鑑定が具体的な事故損害の清算という具体的なプロジェクトに関係しており、専門家がプロジェクトに関与する3人のアクター、被害者、事故惹起者、自己惹起者の保険者に対して義務を負っていることである。プロジェクト指向の基準は、融資活動でも十分な解決をもたらす。不動産売買での融資が、一部は銀行信用で、一部は他人の保証契約で担保されたときは、買主、売主、銀行、保証人の総ては、第三者保護効を伴った契約の原則に従って専門家に対する請求権を取得する。

ただし、プロジェクトの性格が時と共に変化したときは、話が面倒になる<sup>(76)</sup>。今一度具体例をあげると、当初の計画どおりに目的物の売買のためではなく、与信の最後に鑑定が行われた場合である。ここでは、事実として、社会システムの自己同一性のグレーゾーンに遭遇することになる。しかし、ここでも、プロジェクト自体ではなく、鑑定とプロジェクトとの関係に注目して、それに則した限界づけを行うべきだということになる。売買と与信が交換となっているときは、場合分けが必要である。売買の鑑定の要件が与信と違っていれば、専門家は与信者に対しては責任を負わず、同一なら与信者に対しても責任を負う。

プロジェクトへの参加者が多少とも不確定な場合は、同じように難しい問題が持ち上がる<sup>(77)</sup>。はっきりと定義された狭い範囲にプロジェクト参加者が制限されていれば、参加者は誰でも第三者に対する責任を迫及することが可能である。ところが、潜在的な参加者が公衆へと広がって行くにしたがって、第三者に対する責任は本来の意味を失ってくる。独立した専門家という制度的な性格を考慮すれば、このことはとりあえず直感には反する。しかし、独立した専門家の中立性を強化する法規範の下では、私法上の責任は、給付の内在的な限界を伴った複数の責任の1つであるにすぎな

<sup>(76)</sup> なかんずく、Canaris, Fn.35 (1999), 236f. を参照。

<sup>(77)</sup> これに関しては、前掲注(10) Brüggermeier, 前掲注(35) Canaris, (1999), 236f.; Eike Schmidt.

い。私法上の第三者に対する責任が有効に機能するのは、専門家が計算可能なリスクを伴うプロジェクトに関係した場合に限られる。以上の状況では、第三者に対する責任は鑑定の不可侵性を保護することができる。反対に、公共の知識を一般的に創出しようという場合には、第三者に対する責任は不適切である。責任の計算可能性がなければ鑑定の不可侵性の保護は不可能であり、却って、破壊してしまう。第三者に対する責任という類型は、プロジェクトと結合した専門家に対してだけ意味がある。私法上の消費者保護組織は、例えば、製造物の潜在的な購入者に対して専門家として責任を負うことはない。公認会計士の場合は、2つのタイプの責任を区別すべきである。公認会計士が年次報告書の作成という法律上の義務を履行している場合は、法律の規定する責任が企業とその子会社に対して発生し、その責任が裁判官による解釈で拡張されてはならない。しかし、公認会計士が企業の委託で具体的な投資・与信・買収プロジェクトに関する特別な報告を作成した場合は、当然に第三者に対する責任が発生する。取引の連関でも同様の区別が必要である。連続する取引でのリスクが同一の場合は、専門家責任の原則が適用される。反対にリスクが増加するときは、専門家は後の売買の責任を負わない。以上の3つの場合の総てで、保護される人間の範囲を決定するのは、契約の双務化に対する補償である。リスク計算と付保可能性の観点からは、プロジェクトに関係する専門家の制度を具体的に構成する際には、きちんと考慮されている。第三者に対する責任という基本的な考え方が、以上の私法上の制度を安定させることに根拠を持っているなら、営業上の保険がこの目標を促進し、したがって、付保可能性の限界が専門家責任の限界にとっても重要性を持つてくることになる。

敵対的な利害関係にある市場の人間と、第三者保護はどう関係しているのか<sup>(78)</sup>。冒頭の事例で建築家は買主と買主への与信者の期待に対して責任があるのか、それとも、買主が一定の責任を負う者に対する責任に制限されるのか。周知のように以上の問題は長きに亘って争われており、特に、第三者を保護する契約の法的構成も同様である。しかし、プロジェクトに関係した専門家にとっては、利害関係の敵対も委託者と第三者の「苦楽を

<sup>(78)</sup> 判例が変わった後の現在の議論状況については、Gottwald, in: Münchener Kommentar, 4.Aufl. 2003, §328, Rn.114ff.

共にする」関係のいずれも重要な意味を持たない。委託者との関係がどうであろうと、それらの人間がプロジェクトに関与したがゆえに、専門家は第三者に対して責任を負うことになる。プロジェクト参加者の間の競争、非協調的關係、敵対的利害關係、配慮義務の欠如は、専門家責任を排除するものではない。全く反対で、まさに敵対的利害關係こそが、全く従属性のない助言とそれを側面支援する第三者に対する責任の評価を高めるのである。

当事者鑑定 (Parteigutachten) と独立した鑑定 (unabhängige Expertise) の違いは、以上とどう関係するのか。まず、「当事者鑑定」自体は定着した社会制度であることを強調しておく必要がある。さらに、具体的な社会状況下でどのような期待のセットが相応しいのかを決定するには、注意深い制度的分析が必要である。その例が、税理士、弁護士、会計士である。これらの職業の人間の助言は、普通は当事者鑑定である。彼らが自分の専門知識を自分の顧客の利益の促進のために役立てるのは当然である。他方の当事者が鑑定を利用して、第三者責任は不必要である。ただし、例外的には、このような「専門職」が中立的な鑑定の役割を引き受ける場合がある。その例が、最近の実務である「第三者の法的見解 (third party legal opinions)」であり、このケースでは、一方の当事者がプロジェクトの相手方の弁護士の (義務的な) 法律鑑定を明示的に要求している<sup>(79)</sup>。さらに、プロジェクト契約と鑑定契約の相互関係から、弁護士、会計士、税理士、ないしは、その他の当事者鑑定人の独立の助言が要求されていることが明確な場合もある。

今ひとつ面白い事案類型が、委託により具体的なプロジェクトの鑑定を行う政治指向の研究施設である。ここでも第三者責任の基準を提供するのは、鑑定契約ではなく、機能・給付・省察というより広い制度的な文脈である。一見すると、これはプロジェクトに関係した第三者責任の古典的な例にも見える。しかも、施設が公的な研究所に近くなればなるほど (補助金、公的機能)、責任を認めるべき論拠は強力になる。しかし、この場合

<sup>(79)</sup> これに関しては、Adolff, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Anwälte bei der Angabe von Third Party Legal Opinions, München: Beck, 1996, S.91ff.; 前掲注(36) Lang, S.459ff.

にも、鑑定の「当事者鑑定」としての性格を優先すべき場合がある。例えば、「ガイア・オートポシス研究所」が環境運動家の融資を受けているとしよう。このような場合には、この研究所が当事者鑑定を作成するのは可能だが望ましくはなく、第三者責任を認めれば、研究所に求められている依頼者のための一方的な利害に縛られた研究が脅かされることになってしまう。「当事者鑑定」を性格づける論拠、つまり、明確に一方的な依頼者の視角を極端に推し進めるために全ての知識を役立てることは、独立性、非予断性、中立性の論拠よりも強力だということになる。

### 3. 責任の排除と契約上の抗弁<sup>(80)</sup>

責任の排除と契約上の抗弁は契約法による解決の共通のアキレス腱であり、特に、第三者を保護する契約の弱点でもある。誰も取引を支配しない (nemo potest transferre) から、専門家が委託者に主張できる抗弁の総てが、第三者に対して主張できるという主張には、説得力があるように見える。委託者以上の権利を第三者が取得することはできない。以上は論理必然的である。ところが、この結論にはほとんど説得力がない。それでは専門家責任が必要とされる多くの場合に、専門家責任は委託者と専門家の約定、又は、それどころか共謀に左右されることになってしまう。さらなる契約上のフィクションを構築して、以上の面白くない結果を裁判所は (少なくとも部分的には) 回避しようと努めている。つまり、裁判所は第三者に対する責任を (鑑定) 契約の当事者の黙示の約定によって基礎づけるだけでなく、付加的に第2のフィクションを作り出している。

しかし、制度的な視角を採用すれば、弱点は消失する。当事者の合意や広い意味での契約上の結合との関係づけをやめて、契約が組み込まれている経済的・社会的制度との関係を創設すれば、第三者に対する責任は双務契約から導き出されるのではなく、専門家・顧客の三面的関係による独自の責任となる。この考え方は、第三者保護契約を独自の法形式として独立させ、「第三者保護ではなく、直接の保護」を説くアイケ・シュミットの提案と軌を一にする<sup>(81)</sup>。以上の責任を認めれば、鑑定契約から権利・義務

<sup>(80)</sup> これに関しては、Gottwald, in: 前掲注(71), §328 Rn.120ff.

<sup>(81)</sup> 前掲注(1) Esser und Eike Schmidt, §34 IV 2c.

を導き出す必要はなくなる<sup>(82)</sup>。責任が、専門家の委託者に対する抗弁に左右されることもない。しかも、以上の結論は、全くフィクションを必要としない。さらに、契約による責任の排除によって制限することもできない。第三者に対する責任は、学問共同体の構成員である専門家の地位にその基礎を持っており、それは契約とは別物とされた第三者に対する直接の責任である<sup>(83)</sup>。以上の責任は、委託者と専門家間の契約が鑑定という社会制度に巻き込まれた瞬間から発生する<sup>(84)</sup>。

<sup>(82)</sup> これが通説である。特に、BGHZ 127, 378-屋根組み事件を参照。

<sup>(83)</sup> 現在は少数説である。Esser und Schmidt, Fn.1, §34 IV 2d; Thiele, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167, 1967, 193ff; Assmann, Prospekthaftung als unerlaubter Haftungsdurchgriff?, in: Juristischer Fakultät Heidelberg (Hg.), Richterliche Rechtsfortbildung, Heidelberg: Müller, S.299ff. 通説は、責任制限を認めている。を参照。興味深いことに、経済的視角からは、このような責任制限は極めて批判的な評価を受けている。前掲注(18) Schäffer, S.831.

<sup>(84)</sup> 前掲注(1) Esser und Schmidt, §34 IV 2c und d.

#### 【訳注】

<sup>[1]</sup> 屋根組み事件 (BGHZ 127, 378)

【事実の概要】被告は郡信用金庫と契約していた建築専門家だった。1988年3月に売主から売却目的であることを告げられて、被告は土地・建物の価値の鑑定(Wertgutachten)を行った。その際に、被告は、建物の保存状態は良好で、当面は補修の必要は認められないという鑑定を提出した。原告は鑑定を示されて、1988年3月8日に、売主は瑕疵に関する責任を負わないという特約で、土地・建物を購入した。ところが、1989年3月に原告からの買主が建物を補修した際に、屋根部分の湿気を発見し、屋根の取替えが必要なことが判明した。その結果、買主は原告に対して損害賠償を請求し、原告は和解して損害賠償に応じた。そこで、原告は、被告に対して、損害賠償を請求した。被告の部下が建物の屋根部分を観察していれば、瑕疵を発見しており、その結果、適正な鑑定があれば、原告は土地・建物を購入しなかったであろうというのである。

地裁は原告の請求の一部を認容したが、高裁は棄却した。原告は上告して、原審に破棄差戻しとなった。

【判決の概要】1. 控訴審は、当事者間の直接の契約関係、つまり、黙示的に締結された情報契約に基づいて、原告は被告に損害賠償請求が可能かを論じていない。さらに、この点を原告も事実審で主張してはいない。

2. 控訴審も、鑑定契約によって原告に対する保護義務が発生することは認めている。被告への委任者と原告の利益が対立していても、以上の理は変わらない。被告は国家の承認を受けた専門家であり、鑑定の正確性が要求されている。このような専門家が第三者にも利用される鑑定を提出する場合には、それに相応しい証明力があることが要求される。したがって、控訴審は、委任者と第三者の利益が対立していても、第三者に対する保護効が発生することを妨げないと解している。鑑定の提出の際に、鑑定者が第三者を具体的に知っている必要もない。本件で被告はその職務上の地位からは、公的な資格を有する専門家に等しい。

加えて、土地・建物の所有者の代理人が、建物の瑕疵を知って黙秘していたことも、鑑定契約の第三者保護効の否定にはつながらない。

3. 控訴審は、被告の部下が適切に建物の屋根と屋根組みを調査していれば、瑕疵が発見できたと認定している。さらに、屋根の調査が不可能又は困難な場合は、鑑定にその旨を記載すべきだったとしている。その結果、履行補助者(被告の従業員)の過失ゆえ、被告には過失がある。鑑定が適切なら、原告は土地・建物を購入しなかったであろうし、原告の被った損害と鑑定の不正確さには因果関係があると控訴審は認定している。

4. ところが、控訴審は積極的債権侵害によって被告は損害賠償義務を負うことはない結論している。その理由は、土地・建物の所有者の息子が、瑕疵を知って黙秘しており、かつ、屋根の調査が困難だとして不正確な鑑定を提出するよう仕向けたからである。つまり、委任者自身も被告に対して鑑定の不十分さゆえに何らかの請求をすることはできず、その結果、被告は原告に対してもBGB 334条に基づいて抗弁が可能だというのである。

しかし、以上の控訴審の考え方は不当である。確かに、委託者は被告に対して損害賠償の請求はできない。さらに、第三者は直接の契約相手方が主張できる以上の請求はできない。だから、加害者が契約相手方の法定代理人又は履行補助者ではない場合は、加害者の契約相手方の共同過失を主張できるというのがBGHの判例である。以上の第三者保護の制限は、BGB 334条、及び、BGB 242条(信義則)の法思想からも見て取れる。

しかし、諾約者は契約上の抗弁を第三者に対して主張できるとするBGB 334条は任意規定であり、特に、補償関係の性質からは、黙示的に排除することが可能である。以上を控訴審は正しく認識していない。つまり、直接の契約相手方以上には、保護は第三者保護効による責任は保護を与えないという原則が、契約の性質上破られる可能性があり、このことを本件の鑑定契約の解釈でも控訴審は考慮に入れるべきであった。

被告は鑑定の際に鑑定が売買のためであることは知らされていた。売買に際して

【後記】本稿は、2010年8月20日に北大法学研究科グローバルCOEプログラムの研究会で、トイブナー教授が行った講演の原稿の翻訳である。トイブナー教授は、COEプログラムの一環として瀬川信久教授の招待で来日され、札幌（北海道大学）、東京（早稲田大学、明治大学）、京都（京都大学）で講演を行った。トイブナー先生の招聘に際しては、村上淳一教授に紹介をお願いした。さらに、京都では総てに関して服部高宏教授に、大変なお世話をいただいた。この場を借りて、村上教授と服部教授には深謝の意を表したい。

---

は、公認された専門家の鑑定は売主よりも信頼される可能性があることも計算に入れておくべきだった。しかも、売主が瑕疵を不誠実に黙秘している場合にこそ、却って、鑑定の信頼性が重要であり、買主の鑑定への信頼は法的保護に値する。その結果、委託者が鑑定の不正確さを誘発した場合であり、そのことが受任者の委任者に対する責任に影響を与えるか否かにかかわらず、鑑定に対する信頼は保護されるべきである。

このように契約を解釈しても、専門家は予測不可能な責任のリスクにさらされるわけではない。仮に、委任者の情報を確認できないときは、鑑定にその旨を記載すれば、鑑定の不十分さの責任を負うことはない。

5. 以上の理由で原審に破棄差戻しされるが、原告が自身で家屋を調査した際に瑕疵を発見しなかったことが共同過失とされるべきではないことを指摘しておく。

[2] BGB 334条 諾約者は第三者に対しても契約上の抗弁を主張できる。

[3] BGB 313条 (1) 契約の基礎となった事情が、契約の締結後に著しく変更し、契約の当事者が以上の変更を予測していたときは、契約を締結しなかったか、又は、違った内容の契約を締結していたであろうときは、個別の事件の総ての状況、特に、契約上又は法定の危険分配を考慮して、当事者の一方にとって変更のない契約の維持が期待できない限りで、契約の調整が要求できる。

(2) 契約の基礎となった重要な観念が誤りだと判明したときは、事情の変更に当たる。

(3) 契約の調整が不可能、又は、当事者の一方に期待可能でないときは、不利益を被る当事者は契約を解除できる。継続的契約関係では、解除権に代わって告知権が発生する。