

中小会社の計算書類の信頼性の確保： ドイツ (2)

弥 永 真 生

- 1 任意監査とベシヤイニグング
- 2 信用制度法18条
- 3 『税理士および税務代理士による決算付記および監査付記』
- 4 任意監査
- 5 『経済監査士による年度決算書調製に関する諸原則』
- 6 『税理士による年度決算書の調製に関する諸原則についての連邦税理士会の通達』
- 7 年度決算書の調製に関する原則の収斂への動き
- 8 ドイツ経済監査士協会基準書第7号と『年度決算書の調製に関する諸原則についての連邦税理士会のリリース』
(以上前号)
- 9 財務諸表の調製・ベシヤイニグング・任意監査と民事責任
 - (1) 民法典675条2項
 - (2) 不法行為
 - (3) 第三者保護効を有する契約
 - (4) 黙示の情報提供契約
 - (5) 契約締結上の過失
 - (6) 信頼責任
 - (7) 民法典311条3項
 - (8) 商法典323条1項3文による対第三者責任排除の可能性
 - (9) 契約による責任制限

9 財務諸表の調製・ベシヤイニグング・任意監査と民事責任

(1) 民法典675条2項

民法典676条は、「他人に助言または推奨をした者は、その助言または推奨に従ったことによって生じた損害を賠償する責任を負わない。ただし、契約関係または不法行為から生じる責任は影響を受けない」と定めていた¹⁾。立法者

は、この条項により、自己責任に基づく意思決定の原則（*eigenverantwortliche Willensbildung*）を採用したと評価されてきた²⁾。口座振替法³⁾による改正により、現在は、民法典675条2項が、「他人に対して助言又は勧告を与える者は、契約関係、不法行為またはその他の法律の規定から生じる責任を妨げることなく、助言または勧告に従ったことから生じる損害を賠償する義務を負わない。」と定めている⁴⁾。

(2) 不法行為

1) 総説

ドイツ民法典には、絶対権侵害（823条1項）、保護法規違反（823条2項）および良俗違反（826条）⁵⁾という個別的な構成要件による不法行為のみが定められている。そして、法益（人の身体・健康や特定の物などいわゆる絶対権）の侵害とそれ以外の利益侵害（民法典823条2項に列挙された身体的利益以外の一般的人格利益の侵害および一般的な財産減少としての純粹財産利益の侵害）とが区別され、法益侵害には民法典823条2項が適用されるのに対し、それ以外の利益の侵害の場合には同条項は適用されず、その行為が被害者の保護

1) 当初、この規定は、不法行為法に定められることが想定されていたが（*Achilles et al.* (1898) S.380）、助言または推奨が当然に契約関係を生じさせるものではないことを明らかにするために、契約法に定められた（*Achilles et al.* (1898) S.664）。

2) *Schneider* (1999) S.250. なお、*Jhering* は、すべての場合に責任を認めると、「不注意なコメント、うわさの伝達、誤ったニュース、まずい忠告、軽率な判断、以前の雇い主による、それに値しないお手伝いさんの推薦、通行人から聞かれた道や時間についての情報など、要するに、ありとあらゆることは、善意であっても、重過失（*culpa lata*）があれば、それにより発生した損害の賠償を義務付けることになろう」と述べていた（*Jhering* (1861) S.12-13）。

3) *Überweisungsgesetz vom 21. Juli 1999* (BGBl. I S. 1642). *vgl.* *Heermann* (2017) Rn.1.

4) しかし、改正によって、この条項の一般的な目的に変更があったわけではない（*Czub* (2003) Rn.50；*Ehmann* (2004) Rn.8）。

5) 不法行為責任を追及する場合には、この構成が用いられることが多いことについて、やや古いが、松本（1979）549頁以下参照。

を目的とする法規（保護法規 [Schutzgesetz]）に違反する場合や善良の風俗に違反して故意に行われた場合——民法典 823 条 2 項または 826 条に該当する場合——に不法行為責任が成立する⁶⁾。

民法典 823 条 2 項との関連においては、ある法規規定が（一定の）他人の保護を目的とする規定（保護法規）であるか否かが問題となる⁷⁾。保護法規には、詐欺（刑法典 263 条）、補助金不正受給（刑法典 264 条）、投資詐欺（刑法典 264a 条）、背任（刑法典 266 条）、文書偽造（刑法典 267 条）、秘密漏えい（刑法典 203 条）、破産犯罪（刑法典 283 条から 283d 条）、会社の財産状態についての不真正の表現に対する罪（株式法 400 条 1 項 1 号）などが含まれること、そして、それらの罪について教唆または幫助した場合にも保護法規違反に該当することに異論はない。他方、たとえば、経済監査士規則 2 条（行為の内容）および 43 条（一般的な職業上の義務）は他人の保護を目的とする規定ではないとするのが通説である⁸⁾。また、商法典 323 条も保護法規ではないと解されており⁹⁾、しかも、任意監査またはベシャイニグングは商法典 323 条に基づくものではない。さらに、罰則規定は行為者の故意を要件としているため¹⁰⁾、経済監査士等による任意監査またはベシャイニグングについて、通常は民法典 823 条 2 項を根拠とした不法行為責任追及が成功することはない。

6) *vgl.* BGHZ 138, 257, 266 ; BGH VersR 2002, 72, 76 ; Baus (2004) S.236.

7) 商法典に基づく法定監査の決算監査人の責任との関係では、たとえば、商法典の罰則規定（332 条（報告義務違反）、333 条（守秘義務違反））がこれにあたる。

8) 同様に、税理士法 33 条や 57 条も保護法規ではないと解されている。

9) 商法典 323 条 1 項 1 文（旧株式法 168 条 1 項 1 文）が他人の保護を目的とする規定であるか否かについて争いがあったが、判例・通説は、この条項は第三者を個人的に保護することを目的としていないと解しており（BGH BB 1961,652 ; BGH NJW 1979,1829 ; LAG Berlin AG 1982,259 ; OLG Düsseldorf NZG 1999, 901 ; Gloeckner (1967) S.57 ; Brönnner (1970) § 168 Ann.10 ; Ebke (1983) S.48-49 ; Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 68 ; Seibt/Wollenschläger (2011) S.1381 ; Schmidt/Feldmüller (2016) Rn. 176 ; Wagner (2017) Rn.136）、この条項違反に基づいては、第三者は、民法典 823 条 2 項による不法行為責任追及はできないと解している。

10) Schmidt/Feldmüller (2016) Rn. 175.

もつとも、社会生活上の義務 (Verkehrspflicht) という概念を用いて、過失に基づく経済監査士等の対第三者責任を認めるべきであるとする見解もある¹¹⁾。von Bar も、専門家に「他人の財産を保護するための社会生活上の義務 (Verkehrspflichten zum Schutzfremden Vermögens)」を認めて、判例法の展開から専門家の情報提供者責任を不法行為法の発展線上に位置づけようとしている¹²⁾。また、Assmann は、社会生活上の義務を保護法規と同じ性質を有するものと捉え¹³⁾、未組織市場における目論見書責任を民法典 823 条 2 項を根拠として認めるという立場をとっているが¹⁴⁾、専門家など、自己の知識と意思をもって目論見書の作成に関与した者は、自己の意見 (たとえば、経済監査士の監査証明) 部分の正確性および完全性について責任を負うとする¹⁵⁾。そして、専門家の責任は自己に帰属する意見部分に限定されるべきであるが、判例¹⁶⁾とは異なり、たとえば、経済監査士が職業上の注意を尽くして、監査が行われたことが投資者の判断にとって意義を有するとして、目論見書にその専門家の氏名または名称が表示されていないことのみをもって、責任を負わないと解すべきではないとする¹⁷⁾。

11) Ebke (1983) S.52

12) また、立法論として、von Bar は、民法典の不法行為規定に以下のような新たな条文を設けることを提案していた (von Bar (1981) S.1761)。

828 条 [営業上の関係におけるその他の加害]「故意または過失により、

一 財産に関わる業務において、専門家としての活動の結果として特別の信頼を得る地位を享受し、受領者がこの信頼に依拠できるにもかかわらず、特定の者に不実の情報を提供しもしくは瑕疵がある推奨を行ない、または新たに知ったことがあったにもかかわらずそれを訂正しない者は、
…損害の範囲を予見すべきであった限りにおいて、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」

これを紹介したものとして、たとえば、浦川 (1988) 555 頁以下参照。

13) Assmann (1985) S.260. See also Laurenz (1963) S.189.

14) Assmann (1985) S.260-262

15) Assmann (1985) S.349

16) BGH WM 1984, 19

17) Assmann (1985) S.351

2) 民法典 826条

民法典 826条は「善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。」と規定している。貸借対照表が不正確であることを知りつつ適正意見を表明した場合には、民法典 826条に基づいて損害賠償責任を第三者に対して負うが¹⁸⁾、ここでいう故意には未必の故意が含まれると考えられており¹⁹⁾、監査人が自己の行為の結果損害を被る可能性のある者がだれであるかを認識する必要はないし²⁰⁾、加害の直接の意図を要しないと解されている²¹⁾。良俗違反についても、監査人の行為が非良心的かつ不注意な行為である場合には認められ²²⁾、判例・学説上は、計算書類を監査することなく無限定適正意見を表明した場合²³⁾、自ら監査することなく他人の監査結果のみに依存したにもかかわらず無限定適正意見を表明した場合、関与先の会計システムに重大な欠陥があり、正しい財務諸表を作成することがほとんど不可能であるにもかかわらず無限定適正意見を表明した場合²⁴⁾、関与先から提供された重要な情報をレビューせずに無限定適正意見を表明した場合²⁵⁾などに良俗違反が認められると考えられている²⁶⁾。「故意」と「良俗違反」

18) Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 69; Hopt/Merkt (2015) Rn. 8. 民法典 826条に基づく税理士の責任についても同じ原則が適用されている (vgl. BGH NJW 1992, 2080, 2083-2084; OLG München WM 1997, 613, 620-621)。

19) Ebke (1983) S.56; BGH BB 1961,652; BGH BB 1965,865; BGH NJW 1972,321; OLG Frankfurt a.M. WPM 1976,59

20) BGH VersR 1956, 641; BGH NJW 1987, 1758, 1759 (この判決に対して、Hoptは批判的である。Hopt (1987) S.1745-1746)。また、RGZ 157, 213, 220; BGHZ 108, 134,143; BGH NJW 1963, 579, 580; BGH NJW 1991, 634, 636 参照

21) BGH BB 1956,865; BGH NJW 1962, 1766

22) BGH BB 1956,865; BGH VersR 1956, 641; BGH WPM 1978,326; BGH VersR 1979, 283; BGH NJW 1987, 1758; BGH WPM 1991,37; BGHZ 145, 187,202; BGH VersR 2002, 72,76; Ebke (2013) Rn. 105; Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 69. また、Hirte (1996) S. 64-65; Seibt/Wollenschläger (2011) S.1381; Wagner (2017) Rn.136 参照。

23) BGH WPM 1986,257; OLG Düsseldorf NZG 1999, 902; Schmidt/Feldmüller (2016) Rn. 184

24) vgl. BGH NJW 1987, 1758

の要件についての裁判所の解釈はゆるやかになってきたといわれ²⁷⁾、経済監査士等の責任が826条に基づいて追及される可能性がある²⁸⁾。

(3) 第三者保護効を有する契約²⁹⁾

法定監査における監査人の対第三者責任に関する議論と同様、任意監査において、監査人が契約法の原則に基づいて、対第三者責任を負うのは、当事者の行為が責任を発生させる具体的な徴表を有していた場合に限られ、第三者保護効を有する契約 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) や直接の情報提供契約 (後述(4)) の承諾についても同様に解されている³⁰⁾。

第三者が、契約法上、監査人に対して損害賠償を請求できるとする法律構成

25) Neflin (1957) S.497. vgl. *OLG Düsseldorf* NZG 1999, 902, 903-904 ; Seibt/Wollenschläger (2011) S.1381.

26) Budde/Hense (1990) Rn.183-185

27) Ebke/Scheel (1991) S.389-390. また、日本語文献として、詳細に紹介したものとして、松本 (1979) 550頁以下参照。Mertens (1986) Rn. 172ff. ; Wagner (2017) Rn.33-35 und 136も参照。

28) *BGH* VersR 1956, 641 ; *BGH* VersR 1979, 283 ; *BGH* NJW 1973, 321 ; *BGH* NJW 1987, 1758 ; *BGH* NJW 2001, 360, 365 ; *BGH* ZIP 2012, 2302 ; *BGH* VersR 2013, 367 ; Ebke (2013) Rn. 104. なお、決算監査人が不法行為に基づいて責任を負う場合であっても、商法典323条2項の限度額の範囲でのみ責任を負うとする見解が有力であり (*BGHZ* 138, 257, 266 ; Wagner (2017) Rn.136. 契約上の第三者責任に商法典323条2項を適用することに反対するものとして、Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 61)、任意監査やベシヤニンググの場合に、商法典323条2項の趣旨があてはまるかという論点がある。

29) 株式会社 (現在では、商法典) の下での会社と決算監査人との間の監査契約を第三者保護効を有する契約と解して、第三者が契約上、決算監査人に対して損害賠償を請求できると考える見解もあったが (Westrick (1963) S.99-100)、その要件として、決算監査人と第三者との間に接触があること、決算監査人が第三者を認識することが可能であることなどがあげられており、現実には法定監査についてはその要件がみたまされないのが通常であった (*BGH* NJW 1973, 322 ; Ebke (1983) S.60)。

30) たとえば、*BGH* NJW 1973, 321 ; *BGH* WM 1979, 326 ; *BGH* NJW 1987, 1758 ; *BGH* NJW-RR 1989, 696 ; *BGH* NJW 1997, 1235 ; *BGH* WM 2006, 423 ; *OLG Saarbrücken* BB 1978, 1434 ; *OLG Düsseldorf* NJW-RR 1986, 522 ; *OLG Frankfurt a. M.* WM 1989, 1618 ; *OLG Köln* NJW-RR 1992, 1184 ; *OLG Bremen* VersR 1999, 499.

として、会社と監査人との間の監査契約を第三者保護効を有する契約と解することが広く受け入れられてきた³¹⁾。第三者保護効を有する契約の法律構成が監査人に適用されることを、1983年11月2日連邦通常裁判所判決³²⁾が認めて以来、その要件をめぐって判例・学説上議論が積み重ねられてきた。かつて、連邦通常裁判所は、契約債権者が第三者に対して配慮義務を負うという関係が存在せず³³⁾、両者間に利害の共通性がない場合には、専門家（契約債務者）は当該第三者に対して契約上の保護義務を負わないと解し、第三者に対して保護効を有する契約の成立を情報提供者責任の領域で認めることに対し消極的な態度を示していた³⁴⁾。しかし、現在では、連邦通常裁判所は、専門家の提供する情報に関して契約債権者と第三者の間で期待と希望が相反するとしても、情報の正確さについて両者が共通の信頼をおいている場合には、専門家は契約に基づく情報提供の直接の相手方である契約債権者のみならず、第三者に対して保護効を有する契約でありうるとして、不実の情報から生じた損害の賠償責任を第三者に対しても負うと解するに至っている³⁵⁾。

任意監査またはベシヤイニングを行った経済監査士等に、この法律構成が適用される要件³⁶⁾としては、株主や債権者などのように第三者と監査人等の作

31) 第三者保護効を有する契約および黙示の情報提供契約の法理を用いて、任意監査またはベシヤイニングを行った経済監査士等の対第三者責任が認められてきたが（Quick（1992）S.1675-1685）、法定監査の監査人（決算監査人）にはこれらの法理の適用がないというのが通説であった（Kropff（1973）；Schlechtriem（1984）S.1182；Adler et al.（1987）；Lang（1989）S.58；Budde/Hanse（1990）；Ebke（1990）S.689）。

32) *BGH NJW* 1983, 355

33) *BGH BGHZ* 49, 350（1968）。そして、受信者は与信者に対してそのような義務を負っていないと解されていたから（*BGH NJW* 1972, 321）、監査契約等による第三者保護効の範囲には顧客に対する与信者は含まれないことになっていた。

34) 岡（1984）318頁参照

35) *BGH JZ* 1985, 951；*BGH NJW* 1987,1758。当時、情報提供者責任の領域における第三者保護効を有する契約の最近の連邦通常裁判所による活用の拡大に起因して、第三者保護効を有する契約について、最も注目に値する、実に目を見張るような（geradezu spektakuläre）展開がみられると評されていた（Damm（1991）S.377）。

36) 詳細については、Ebke（1983）；Keitel（1987）；Stahl（1989）など参照

業との間に密接な関連があること、契約当事者が明示的黙示的を問わず、第三者を契約の対象に含めることを意図していたこと³⁷⁾および監査人等が第三者（第三者をグループとして識別できれば十分であり、個人の名前を知る必要はない）が対象に含まれ、かつその第三者が監査等に信頼をおき³⁸⁾、その情報を意思決定に用いることを知っていたことがあげられている。

通常、契約は第三者の保護に関する明示的な条項を含んでいない。しかし、「契約は、取引慣行に配慮した誠実および信義が要請するところに従い、解釈しなければならない」とする民法典157条に従って、契約当事者の正当な利益に考慮を払いつつなされる契約条項の解釈³⁹⁾または補充的解釈⁴⁰⁾によって、当該契約が第三者保護効を有すると解釈されることがある。そして、第三者のためにする契約について定める民法典328条2項⁴¹⁾が、ある契約が第三者保護効を有する契約にあたるかどうかを考えるにあたって、類推されると解されている。そこでは、契約債務者が契約上の保護範囲に当該第三者が含まれることを知っているか、少なくとも、認識可能であること、「類型的に定められた」当該契約の目的との関連で、債務者による契約履行により当該第三者の法益が侵害されうること（給付との近接性、給付の第三者関連性）、債権者が当該第三者が保護されることについて正当な利益を有していること（もっとも、依頼者の利益と第三者の利益とに衝突があることは必ずしも、当該第三者を契約による保護範囲に含めることを排除するものではないと解されている⁴²⁾）、および、

37) 経済監査士や税理士には専門的知識があり、社会のためにサービス提供の独占権が与えられていることから、監査人等は社会の広範囲の者に対して黙示的な義務を負うという見解もある。

38) 裁判例の中には、監査人等は第三者が監査結果に信頼をおくと考えるのが合理的であると知るべきであると指摘するものがある。

39) *BGH NJW* 1984, 355,356 ; *BGHZ* 159, 1, 4 und 6-7

40) *BGHZ* 159, 1,4 ; *BGH NJW-RR* 2004, 1464,1465

41) 特別の定めが存在しないときは、諸事情、とりわけ、契約の目的から、第三者が権利を取得するか否か、第三者の権利が直ちにまたは一定の要件の下でのみ生じるか否か、および、第三者の権利をその同意なく消滅させまたは変更する権限が契約締結者に留保されるべきか否かを推知しなければならない。

当該第三者の要保護性が要件とされる⁴³⁾。当該第三者は、契約の第三者保護効に基づく損害賠償請求と同一または同等の内容について自分自身の契約に基づいて債務者に請求できる場合には、当該契約による保護に値しない⁴⁴⁾。また、複数の債務者に対する異なる請求原因に基づく請求権競合がある場合であって、ある債務者に弁済能力がない場合に債権者——第三者保護効がある契約であるかが問題となる場合には、第三者——が他の債務者との関係で保護に値するかということについては否定する見解もある⁴⁵⁾。

依頼者の構成員や近親者が契約による保護範囲に含まれることは広く認められてきており、業務執行社員との弁護士契約に基づいて、有限会社に対する保護義務が認められたり⁴⁶⁾、逆に有限会社との契約にその業務執行社員に対する保護効が認められてきている⁴⁷⁾。また、税務顧問契約は契約当事会社の子会社に対する保護効を有しうるとする裁判例⁴⁸⁾があるが、合資会社と経済監査士との間の監査契約の保護範囲には当該会社の有限責任社員は含まれないとした地方裁判所の判決も存在する⁴⁹⁾。

連邦通常裁判所の民事第10部⁵⁰⁾および民事第3部⁵¹⁾によれば、目論見書との関係で締結された経済監査会社による鑑定契約または監査契約は投資者に対する保護効を有しうるので、発行目論見書によって投資を勧誘された投資者もその保護範囲に含まれる。これは、目論見書責任の下での請求権は第三者保護効を有する契約の下での請求権とは同等でない⁵²⁾、投資者は保護に値し、

42) BGHZ 127, 378,380 ; BGHZ 138, 257,261 ; *BGH NJW* 1998, 1059

43) BGHZ 133, 168,173

44) *BGH NJW* 1993, 655, 656 ; BGHZ 133, 168,173

45) Feddersen (1999) S.110

46) BGHZ 61, 380, 382-384 ; *BGH NJW* 1986, 581, 582

47) *BGH NJW* 2000, 725, 727

48) *BGH NJW-RR* 2007, 857,858

49) *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1986, 522

50) *BGH NJW* 2004, 3420, 3421

51) *BGH NJW-RR* 2007, 1329,1331 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1332, 1335 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1479

投資者が目論見書責任を追及できる場合にも妥当するとされている。他方、税理士は依頼者の利益を図る責任のみを負っていることを理由として、税理士による貸借対照表調製契約は依頼者の倒産手続きにおける債権者に対する保護効を有しないとされている⁵³⁾。

ところで、鑑定契約および監査契約は通常、民法典675条にいう請負契約であると考えられている⁵⁴⁾。弁護士、税理士もしくは経済監査士また弁護士法人、税理士法人または経済監査会社のような専門家は依頼者の利益のために行動しなければならず、その結果、依頼者が年度決算書や目論見書に対する鑑定書や監査報告書を用いて誘引しようとする与信者、買主または投資者としての第三者その他の契約の相手方や債権者、依頼者の社員の利益の保護が自己の専門知識の影響を受ける可能性があることを認識できる。この観点から、通常、広い範囲の人々のグループが保護に値すると考える余地がある。

連邦通常裁判所の民事第10部は、2004年の2つの判決⁵⁵⁾において、保護範囲に含まれるべき第三者の画定についての原則を要約した⁵⁶⁾。これによれば、解釈——補充的解釈であっても——によって、鑑定契約の保護範囲に第三者を含めるという当事者の意思を認定することができ、その結果、当該第三者は当該専門家に対し請負契約についてのルールの下で損害賠償請求権を取得することができる。特別な専門的知識を有していることが国家によって認められている者が、依頼に従って、明確に第三者による利用が予定されており、その結果、通常、依頼者の意思に従って、対応する証拠価値が備わっている鑑定を行ったときには、このような第三者を保護範囲に含めることができる。ここでは、当該専門家が契約内容にそって、自己の鑑定が第三者によって使用され、それに

52) *BGH NJW* 2004, 3420, 3421

53) *BGH VersR* 1988, 178, 179

54) *BGHZ* 127, 378, 384（鑑定契約）；*BGH NJW* 2000, 1107（年度決算書の調製）；*BGH NJW* 2004, 3420, 3421（目論見書監査契約）。*BGH NJW-RR* 2006, 1490（税務助言契約）も参照。

55) *BGHZ* 159, 1, 4-6；*BGH NJW-RR* 2004, 1464, 1465

56) なお、不動産価格鑑定書について、*BGH NJW* 2001, 512も同旨。

基づいて当該第三者が財産上の判断をすると判断できるかどうかが決定的である。鑑定契約の保護範囲に含まれるべき第三者は、契約当事者の明示的または黙示的な合意によって、当該専門家の給付がそれらの者の利益のためになされるとされているものに限られる。当該専門家は、善意で、かつ、契約の目的に照らして、追加的な報酬なしに、拡張された責任のリスクを引き受けないと合理的に考えられる場合には、第三者が被った損害について賠償責任を負わない。

このような原則に沿って、連邦通常裁判所の民事第10部は、受け入れがたい責任リスクの拡大を否定しつつ、鑑定契約が資金調達目的のためであることが当該専門家にとって認識可能であるときには、与信者に対する保護効が認められ、だれが与信者になるかが判明していない複雑な資金調達においては複数の与信者が鑑定契約の保護範囲に含まれうるとした⁵⁷⁾。この後も、連邦通常裁判所は、緩やかな基準で鑑定契約の保護範囲に第三者を含める判断を繰り返した。たとえば、鑑定書は依頼者の背後にある買主のグループ⁵⁸⁾、与信者および保証人⁵⁹⁾ならびに与信者のスポンサー⁶⁰⁾にとって保護効を有すると判示した。もっとも、1997年11月13日判決は、保護義務は、対処可能で、明確に定められた人々のグループに限定することが必要であるとした⁶¹⁾。

ある金融機関に完全な銀行免許を与えるかどうかの判断の準備のための特別監査についての経済監査会社と連邦銀行監督局との間の鑑定契約は、その鑑定書が依頼者による資産処分の根拠とならず⁶²⁾、単に監督当局による処分的基础となるにすぎないときは、免許申請者に対して保護効を有しないとした2001年6月26日連邦通常裁判所民事第10部判決⁶³⁾がある。

57) BGHZ 159, 1, 9-11 : BGH NJW-RR 2004, 1464, 1466. たとえば、*Zugehör* は、この結果、依頼者が、鑑定書を社債の発行により、投資者から資金調達するために用いた場合には、それらの投資者は保護範囲に含まれると指摘する (*Zugehör* (2008) S.1107)。

58) BGH NJW 1984, 355, 356

59) BGH NJW-RR 1993, 944

60) BGH NJW 1998, 1059, 1062

61) BGH NJW 1998, 1059, 1062

経済監査士もしくは宣誓帳簿監査士または経済監査会社もしくは宣誓帳簿監査会社が貸借対照表または年度決算書の法定監査を受嘱する場合のみならず、税理士または税理士法人が、法定監査ではない保証業務として、決算付記・監査付記を行ったり、ベシヤイニグングを実施することは広くみられる⁶⁴⁾。また、発行目論見書に含まれる情報が監査対象とされることもある⁶⁵⁾。そのような監査契約が第三者保護効を有するかどうかは、原則として、鑑定契約との関係で第三者が保護範囲に含まれるかどうかと同じ判断枠組みで判断される⁶⁶⁾。

そして、経済監査会社による付記を伴う暫定的年度決算書との関連での資産一覧表⁶⁷⁾、税理士の付記が付された中間財務諸表⁶⁸⁾、税理士の付記を伴う、依頼者が虚偽記載を行った年度決算書⁶⁹⁾、税理士が調整した会社の貸借対照表⁷⁰⁾、基礎となる記帳の適正性についてのベシヤイニグングの付記を伴う税理士が調整した年度決算書⁷¹⁾、法定監査の中で経済監査士によってなされた証明の告知⁷²⁾、投資スキームの下でのキャッシュフローについての目論見書における情報に関する確認の付記を伴う経済監査士による監査報告書⁷³⁾、限定付「確認の付記」を伴う税理士が調製した年度決算書⁷⁴⁾、依頼者が提供した虚偽の情報に基づいて税理士が調整した年度決算書⁷⁵⁾、限定付決算付記を伴う、税理士

62) 保険契約との関係で、医師との鑑定契約の保護範囲に被保険者が含まれるかどうかとの関連でも、資産処分の基礎となるかどうかメルクマールとされている（BGH NJW 2002, 3625, 3626）

63) BGH NJW 2001, 3115, 3116

64) vgl. BGH NJW-RR 2006, 611, 614 : Küffner (1994) S.74

65) BGH NJW-RR 2007, 1329, 1331-1332. BGH NJW-RR 2007, 1479 ; BGH NJW-RR 2007, 1332, 1335（いずれも、目論見書監査契約または目論見書監査鑑定書の事案）

66) vgl. BGHZ 159, 1, 4 ; BGH NJW 2002, 3625, 3626

67) BGH NJW-RR 1986, 1307

68) BGH NJW 1987, 1758, 1759

69) BGH NJW-RR 1989, 696

70) BGH NJW-RR 1993, 944

71) BGH NJW 1997, 1235

72) BGHZ 138, 257, 259-261

73) BGHZ 145, 187, 197

が調製した年度決算書⁷⁶⁾などとの関係で、与信者、買主または投資者が保護範囲に含まれうるとした裁判例は多数存在する。

たとえば、連邦通常裁判所の民事第3部は、2007年6月14日に、経済監査会社が発行目論見書を十分に監査しなかったと主張された同じ事件について下した3つの判決⁷⁷⁾において、目論見書責任を適用せず、第三者保護効を有する契約の原則に従って、監査契約の保護範囲に投資者が含まれるとした。もっとも、そのような保護は、専門家が第三者の具体的な信頼を惹起したことを前提とするのであって、目論見書責任におけるような典型的な（typisiert）信頼⁷⁸⁾では足りず、投資者が監査報告書（監査意見書）をその投資判断に用いたときにその投資者は監査契約の保護範囲に含まれ、経済監査会社は、その投資者に対して賠償責任を負うと解された。

そして、民事第3部は、商法典323条1項3文は、監査契約の第三者保護効による決算監査人の対第三者責任の余地を排除するものではないとした1998年4月2日判決⁷⁹⁾とは異なり、監査契約の第三者保護効による、誤った証明に基づく経済監査士の対第三者責任を制限的にのみ認める判決を下している。

まず、後に倒産した有限会社に対する券面化された享益権を保有していた投資者が、年度決算書の任意監査を行い、無限定適正意見を表明した経済監査会社に対し賠償を求めた事案に係る2005年12月15日判決⁸⁰⁾では、任意監査の場合にも法定監査の場合と同じ基準があてはまるとし、法定監査において第三者保護が認められると考えられる場合と同じ範囲でのみ第三者保護が認められる

74) *OLG Köln* Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe (GI) 1994, 384, 385-386

75) *OLG München* WM 1997, 613, 615-617

76) *OLG Bremen* VersR 1999, 499

77) *BGH* NJW-RR 2007, 1329 ; *BGH* NJW-RR 2007, 1332 ; *BGH* NJW-RR 2007, 1479 ; *vgl. BGH* WM 2007, 2281

78) BGHZ 74,103,109. また、たとえば、黒沼（1989）91-92頁参照。

79) BGHZ 138, 257

80) BGHZ 138, 257

ことが合理的（billgerweise）であるとした。その上で、享益権保有者は対処不能な人数であることに鑑み、経済監査会社が、監査契約締結時に投資者に対しての責任を引き受けていたことを示すものはないとの判断を示した。

また、不適切な無限定適正意見が表明されていたとして、後に倒産した株式会社の子会社を取得した者が経済監査会社の責任を追及した事案に係る2006年4月6日判決⁸¹⁾では、法定監査についても第三者保護効を有する契約による対第三者責任のルールが原則として適用されることを認めた上で、そのルールは限定的に（restriktiv）適用されるべきであるとした。そして、企業領域における統制および透明性に関する法律の立法の経緯を参照しつつ、商法典323条1項3文（故意または過失によりその義務に違反した者は、資本会社および結合企業が損害を被った場合には当該企業に対して、義務違反から生じた損害を賠償すべき義務を負う）が定める法律上の責任についての規律からは、監査契約の保護範囲に第三者を含めるためには厳格な法的な要件が満たされるべきであるとし、この事案においては、その要件が満たされていないとした。

すなわち、この判決により、民事第3部の立場が変化したことが明確になったと考えられる⁸²⁾。また、フランクフルト地方裁判所⁸³⁾およびハンブルク地方裁判所⁸⁴⁾は、商法典323条1項3号から、「結合企業」のみが契約当事者でない者のうち保護されるべき第三者であるというのが立法者の意図であると解することができるという見方を示していた。もっとも、被監査会社とその結合企業との間の利害の一体性に鑑み、結合企業は、損害賠償法における純然たる「第三者」ではなく、他の第三者が保護されるべき第三者に含まれないという結論を商法典323条1項3文から導き出すことはできないという有力な見解がある⁸⁵⁾。Hirteは、商法典323条1項3文において結合企業に対する責任を拡大し

81) BGHZ 167, 155. この判決に賛成するものとして、Lettl (2006) S. 2818

82) この判決については、Fölsing (2006) ; Lettl (2006) ; Geibel (2007) ; Zugehör (2008) など参照。

83) LG Frankfurt a. M. BB 1997, 1682, 1683

84) LG Hamburg WM 1999, 139, 141

ているのは、修正された「契約責任のコンツェルンレベルでの拡張」を法的に定めたものにすぎないとする⁸⁶⁾。そして、企業領域における統制および透明性に関する法律の立法過程において連邦参議院ならびに連邦議会および連邦参議院の法務委員会でなされた発言に関する、連邦通常裁判所の主張は判例を拘束するものではないと指摘されている⁸⁷⁾。

弁護士責任と税務助言による責任を管轄する連邦通常裁判所の民事第9部は、「保護範囲に含まれる者が無限に拡大することを避ける」⁸⁸⁾という観点から、第三者に保護を与えることには積極的ではない。そして、第三者保護効を有する契約は契約当事者が損害賠償することができないリスクをヘッジするものであってはならないとしている⁸⁹⁾（ただし、他の民事部はこれに追随していない）。

特別な請負契約を管轄する連邦通常裁判所の民事第10部は、狭い当初の「禍福」判例に沿って、鑑定契約の第三者保護効を否定する⁹⁰⁾一方で、以前には、保護義務は対処可能で、明確に定められた人々のグループに限定することが必要であると解していた⁹¹⁾。しかし、2004年には、広範で、寛大に第三者の保護を認める判例⁹²⁾に沿って、鑑定契約について保護されるべき第三者の範囲を「知られていない人数の」与信者および投資者に拡大した⁹³⁾。

連邦通常裁判所の民事第3部は、2003年から民事第10部に代わって、誤った鑑定に基づく請求を管轄しているが、会社の貸借対照表の調製についての税理士契約の保護効が複数の与信者に及ぶということには法的な障害はないという判断⁹⁴⁾や鑑定契約の保護義務は、専門家が保護対象者の数や名前を知ってい

85) Otto/Mittag (1996) S. 331 ; Heukamp (2000) S. 292-295

86) Hirte (1996) S. 61

87) Grunewald (1999) S.595

88) BGH NJW 2004, 3630, 3632 (弁護士の事案)

89) BGH NJW 2004, 3630, 3632

90) BGH NJW 2001, 3115 ; NJW 2002, 3625

91) BGHZ 133, 168, 171 ; BGH NJW 1998, 1059, 1062

92) BGH NJW 1998, 1059, 1062

93) BGHZ 159, 1 ; BGH NJW-RR 2004, 1464

ることを前提としないという判断⁹⁵⁾を示したことがある。そして、2007年6月14日判決⁹⁶⁾では、発行目論見書の監査契約の保護効により、経済監査会社は、通常、その人数を知らない投資者に対して賠償責任を負うことがあるとの判断を示した。しかし、民事第3部も、2005年12月15日判決⁹⁷⁾および2006年4月6日判決⁹⁸⁾においては、決算監査における経済監査士の契約上の対第三者責任について厳しい制限を加えている。*Zugehör* は、これは、宣誓帳簿監査士や宣誓帳簿監査会社にも、また、中規模の有限会社や商法典264a条にあてはまる合名会社・合資会社の年度決算書および状況報告書にも、また、法的には強制されていない、任意の決算監査を実施することができる税理士および税理士法人にも妥当すると指摘している⁹⁹⁾。

もっとも、上述したように、3つの2007年6月14日連邦通常裁判所民事第3部判決¹⁰⁰⁾は、専門家が契約外の第三者に対して損害賠償責任を負うのは具体的な信頼を惹起した場合に限るとしている。すなわち、民事第3部は、専門的知識と、とりわけ監査業務において期待される独立性、誠実性および不偏性に基づく経済監査士の意見は、第三者にとってことさらに重要であり、第三者の経済的・財務的決定の基礎となることから、顧客との間の決算監査人の監査契約は第三者保護効を有しうるとしていた従来の判例¹⁰¹⁾を、2006年4月6日判決¹⁰²⁾において、法定監査における決算監査人の対第三者責任について変更したと評価することができる。「人数を知ることができない債権者、社員または持分取得者」¹⁰³⁾にあたる人々のグループは、1998年4月2日判決¹⁰⁴⁾の事案の

94) *BGH NJW-RR* 1993, 944

95) *BGHZ* 127, 378

96) *BGH NJW-RR* 2007, 1329 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1332 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1479

97) *BGH NJW-RR* 2006, 611

98) *BGHZ* 167, 155

99) *Zugehör* (2008) S.1109.

100) *BGH NJW-RR* 2007, 1329 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1332 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1479

101) *BGHZ* 138, 257, 260-262

102) *BGHZ* 167, 155, 161-162

ように、第三者が監査人に接触した後に「証明を発行する前に」不正確な証明が告知されたというような特殊な事情がある場合でなければ、保護の対象に含まれないことになりそうである。そして、民事第3部は、持分取得者および投資者に関する事案においても、第三者について、例外を認めなかった¹⁰⁵⁾。このため、経済監査士が顧客のために貸借対照表を調製する契約の保護範囲には、当該顧客に対する与信者として知られている第三者は含まれるとした1993年1月21日判決¹⁰⁶⁾はあるが、信用機関法18条の下で、年度決算書の提出後にさらに貸付をした信用機関が保護範囲に含まれるという解釈が維持されるかどうか疑わしくなったと *Zugehör* は指摘している¹⁰⁷⁾。もっとも、たとえば、2005年12月15日民事第3部判決¹⁰⁸⁾の下で、対処可能で、客観的に識別できる人々のグループのみが通常は保護範囲に含まれるという立場¹⁰⁹⁾によっても、監査契約の当事者が第三者を保護範囲に含めることを——通常、そうであるが——明示的に合意していなくとも、契約の第三者保護効が認められるかどうかにとって決定的なのは、個々の事案における当該契約の解釈として第三者をその契約の範囲に含めるか、もし含めるとしたらどこまで含めるかということであることに変わりはない。

なお、第三者保護効を有する契約の法理の任意監査への適用に対しては、司法権は法律を解釈することを任務としており、法を発展させることではないから、第三者保護効を有する契約の法理を任意監査に適用することは司法権の範囲を超えている¹¹⁰⁾、任意監査の場合には適用されるべき基礎がない、黙示の情報提供契約との関係が不明確である、監査人などの利益が考慮されていない、

103) Vgl. BGHZ 138, 257, 260, 262 ; BGHZ 167, 155, 163 ; *BGH NJW-RR* 2006, 611, 612

104) BGHZ 138, 257

105) BGHZ 167, 155 ; *BGH NJW-RR* 2006, 611

106) *BGH NJW-RR* 1993, 944

107) *Zugehör* (2008) S.1110.

108) *BGH NJW-RR* 2006, 611, 612

109) *BGH NJW* 1998, 1059, 1062

110) *Littbarski* (1984) S.1669-1670

法定監査の場合に比べて、任意監査の場合に監査人がより責任を負わされるべき根拠はない、第三者の範囲が無限定になるおそれがあるなどの批判が加えられている¹¹¹⁾。

(4) 黙示の情報提供契約

黙示の情報提供契約（*stillschweigender Auskunftsvertrag*）という構成が、判例上、認められてきた。すなわち、1902年に、ライヒ裁判所は、「当該種類の業務において、他人に対して助言的な役割をすることを職務にしている者が、他人が信頼に値する情報を求めていることを知りつつ、その者に宛てた文書で重要な点に関する情報を与える場合には、それによって情報を求める者との間に情報に係る契約を締結する」ことになると判示し¹¹²⁾、1921年にもこの判決を引用して判断を示した¹¹³⁾。そして、それが情報提供者と情報の受領者との間に直接的な接触がある場合に踏襲されてきている。ライヒ裁判所の判例においては、黙示の契約成立を認めるにあたって、情報提供者が情報受領者から情報対価の報酬を受け取っているかどうかは必ずしも決定的要素ではないとされ¹¹⁴⁾、むしろ、情報提供者が提供する情報に関して必要な専門的知識を有しているかどうか¹¹⁵⁾、その情報が職業活動の範囲内に属するものであるかどうか¹¹⁶⁾、情報受領者が提供された情報を自己の決定の基礎とする意図を有していることが情報提供者に認識可能であったかどうか¹¹⁷⁾などに着目して判断が下されていた。

連邦通常裁判所も、情報提供者の専門性、職業上の地位、情報提供による経済的利益など、あらゆる状況から（民法典133条¹¹⁸⁾、157条）、専門家がこの

111) Schmitz (1989) S.1913-1914

112) RGZ 52, 365

113) RGZ 101, 297

114) RG JW 1918, 90,91 ; RG JW 1928, 1134, 1135.

115) RG JW 1927, 1145

116) RG JW 1928, 1134

117) RG JW 1918, 90,91 ; RG JW 1933, 510

種の拘束力を有する黙示の情報提供契約の当事者となる意思を有していたかどうかを推認するというアプローチを採用し¹¹⁹⁾、経済監査士等と第三者との間の密接な関係を要件として、経済監査士等の責任を認めてきた¹²⁰⁾。

そして、黙示の情報提供契約の前提として、当該情報が専門的知見に基づいて提供されること、当該情報が情報受領者にとって明らかに重要であり、それを経済監査士等が認識していること、および、情報受領者が重要な決定のために当該情報を利用しようとしていており、かつ、情報提供者は特別な信頼を受けているか、情報提供に特別な個人的利害を有していなければならないと解されている¹²¹⁾。

なお、かつては、第三者に依頼者を介して間接的に情報が伝達される場合にも、黙示の情報提供契約という法律構成が採用されていたが¹²²⁾、現在では、この法律構成は、第三者が監査人等の関与を求め、かつ情報が直接第三者に監査人等から提供された場合に適用されると考えられている¹²³⁾。

しかも、黙示的信息提供契約という法律構成に対しては、依頼者と契約するほかに、報酬を得ることなく、第三者と情報提供契約を締結しようと専門家が意図するというのはフィクションにすぎないという強い批判が加えられている¹²⁴⁾。また、提供した不正確またはミスリーディングな情報につき専門家が

118) 意思表示の解釈に当たっては、真意を究明しなければならず、表現の文言上の意味に拘泥してはならない。

119) Lammel (1979) S.340.

120) BGHZ 1952, 371, 374 ; BGH WPM 1965, 287 ; BGH NJW 1973, 323 ; BGH NJW 1989, 1029 ; BGH NJW 1991, 32

121) BGH WPM 1972, 466 ; BGH WPM 1979, 530. Grunewald (1987) S.295

122) RGZ 114, 289 ; BGHZ 12, 105 ; BGH WM 1962, 579 ; BGH WM 1963, 913 ; BGH WM 1965, 287 ; BGH WM 1969, 470 ; BGH WM 1976, 496 ; BGH WM 1979, 578 ; BGH WM 1982, 1201 ; BGH WM 1985, 1520

123) BGH WPM 1972, 321 ; vgl. Hohenlohe-Oehringen (1986) ; Schmitz (1989) S.1909 ; Lang (1991) S.61-62.

124) Stoll (1978) S.765-766 ; Lammel (1979) S.341 ; Hopt (1983) S.617-619 ; Grunewald (1987) S.295 ; Hirte (1996) S.387-389 ; Canaris (1999) S.213. ただし、Philippson (1998) S.131-133.

損害賠償責任を引き受けるという黙示的な合意を専門家がしようとするという仮定は、助言と情報を提供することによっては責任を負わないとする民法典675条2項と矛盾するとも指摘されている¹²⁵⁾。

(5) 契約締結上の過失

連邦通常裁判所は、契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*) の法的構成により、専門家の第三者に対する損害賠償責任を認めることがある¹²⁶⁾。たとえば、依頼に基づいて提出した事業の鑑定を有限合資会社への投資を勧誘する目論見書に掲載することを承認した弁護士につき、それを信頼して投資をした投資者が被った損害について責任を負うとした判決は、専門家の専門知識を信頼の起点に位置づけるとともに、その信頼により投資家の意思決定に影響を与えた弁護士は当該投資者に対して契約締結上の過失の責任を負うものとしている¹²⁷⁾。また、この判決は、「外部に対して表示されることによって目論見書作成に関与し、特別の——追加的な——信頼の事実を創出したすべての者が正確かつ完全な情報を提供する責任を負わなければならないことが、目論見書の重要性から結論づけられなければならない。それらの者には、とりわけ、一般に認められ、人目につく職業上および経済上の地位に基づいて、または、職業的専門家としての地位に基づいて、保証人的地位に立つ者が含まれる。第一に、目論見書に専門家として記載されることに同意し、その地位に基づいて意見を表明する弁護士および経済監査士が問題になる。彼らには、専門家としての能力と個人的信頼性が期待され、その結果、投資者は、しばしば、目論見書中の彼らの意見に重要かつ決定的な重要性を置くからである」と判示した。

125) Schneider (1999) S.252

126) ドイツにおいて、判例上の目論見書責任は、契約締結上の過失という法律構成を用いて認められてきたことにつき、黒沼 (1989) 89頁以下、今西 (1985) (1986) 参照。また、ドイツにおける制定法上の目論見書責任については、たとえば、黒沼 (1988)、河内 (2002)、島田 (2016) など参照。

127) BGHZ 77, 172 (BGH 22.05.1980 - II ZR 209/79)

（6）信頼責任

専門家という職業に対する一般人の信頼を根拠に、情報提供者の責任を统一的に理解しようとする見解（信頼責任 [Vertrauenshaftung]）も唱えられてきた¹²⁸⁾。

Ballerstedt は、契約を基礎とする意思表示（法律行為）による義務体系と、契約を直接の前提としない「信頼の要求による」義務体系（惹起された信頼の保護による義務付け（*Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen vertrauens*））とに分け、契約締結上の過失に基づく責任を後者の範疇に含まれるものとし、そこに生ずる信頼関係を基調とする法律関係を法定債務関係と呼んだ。すなわち、契約締結上の過失に基づく責任の法的基礎に関して、契約前の債務関係に基づく義務は信頼関係に基づく、準備行為で表示された、目的行為を行う意図に対する信頼が、準備行為の開始を法律上の関係とすると解した。もっとも、準備行為開始における表示の内容自体が表示者の義務を法律的に基礎づける構成事実となるのではなく、その表示その他の行為による他方当事者の信頼の惹起が義務の構成事実になるとした¹²⁹⁾。そして、契約締結上の過失を契約交渉に入ることによって基礎づけられる特別の債務関係、法定債務関係における義務違反であるとした¹³⁰⁾。ここでは、表示義務を中核として、保護義務の発生が責任基礎となるとし、交渉の各段階における信頼の程度に応じてどのような義務が発生するかが定まるという考えを示した。

また、*Lorenz* は契約締結上の過失の理論における法的債務関係の枠組みにおける信頼惹起に着目し、情報提供者の責任根拠を示そうとした。情報提供者の信頼責任が認められるためには、職業的情報接触が必要であり、情報提供者の社会的地位と機能がその情報に対する信頼を正当化できるようなものでない

128) Lammel (1979)

129) *Ballerstedt* (1950/51) S.506-508.

130) 契約締結上の過失についての *Ballerstedt* の理解は、少なくとも、1970年代までは通説的な見解であると評価されていた (Thiele (1967) S.650 ; Gernhard (1970) S.537 ; Esser/Schmidt (1975) S.97 ; Müller-Graff (1976) S.155 ; Kreuzer (1976) S.777)。

ればならず、単に情報提供者にとって予見できるというのではなく、情報提供者と特別な情報接触を有する情報受領者に対してのみ責任を負うとした。また、責任リスクを評価できる程度に、その情報が取引に与える意義を知っていることが要件とされるとし、保護の対象となる信頼の範囲は、個々のケースごとに定められるべきであり、責任制限の合意により信頼の限界が画されるとした¹³¹⁾。

信頼責任の有力な提唱者である *Canaris* によれば、信頼責任は、法律による、法規範を基礎とする責任であり、その法律関係は法定債務関係である¹³²⁾。もともと、法律行為的取引 (*rechtsgeschäftliches Handeln*) において、関係者が一定の表示行為に依拠することがあり、また、他方当事者に影響を及ぼしうる、法的に保護された利益・権利 (*Rechtsgüter*) の提供に信頼を置く (*anvertrauen*) ことがありえ、信頼責任は、法律行為による責任による保護の欠缺を補充する機能を有している。したがって、信頼責任は法律による責任であるが、法律行為的取引への着手があつて初めて、現実化し、その際に行われる表示などによって生ずる信頼に着目した責任である¹³³⁾。そして、信頼責任は単なる外観に基礎を置くのではなく、信頼構成事実 (*Vertrauenstatbestände*)、信頼を置く者の善意 (*Gutgläubigkeit*)、処分行為 (*Disposition*) または信頼に基づく投資

131) Lorenz (1973) S.618-619.

132) Canaris (1971) S.428-429

133) 契約締結上の過失に基づく責任について、信頼関係に着目した、*Larenz* の社会的接触説と共通する。*Larenz* は、契約締結上の過失に基づく責任の法的基礎について、法律行為によらない、いわゆる客観的法規範に基づく債務関係、法定債務関係を前提としつつ、いわゆる社会的接触説を発展させた。社会的接触とは、友誼的 (*freundschaftlich*) または社会的 (*gesellschaftlich*) なものを超えて、相手方による「保護 (*Obhut*) および配慮 (*Sorgfalt*)」に信頼を置くことができる要因が確実に存在するもの、すなわち、営業上の関係 (*Geschäftsverkehr*) の領域における接触でなければならないとした (*Larenz* (1954) S.517-518)。社会的接触 (*sozialer Kontakt*) は、たとえば店舗に入ることによる取引的接触段階で始まり、社会的接触により不法行為責任上の義務である一般的社会生活上の安全義務 (*Verkehrssicherungspflicht*) よりも高度の保護および注意義務が生ずる (契約交渉またはその他の取引的接触による法定債務関係)。

（*vertrauensinvestition*）などが要件となるとする¹³⁴⁾。そして、信頼責任も帰責可能性（*zurechenbarkeit*）を前提とすることを指摘している¹³⁵⁾。

より具体的には、*Canaris* は、信頼構成事実を、登記など法律により作り出された信頼保護の基礎となるものを技術的な対外構成事実と、口頭の表示、書面および推断しうる行為など「自然的に」信頼を惹起またはつなぎとめるものを自然的な対外的構成事実と、それぞれ分類し、沈黙も推断しうる行為として後者にあたり、信頼の基礎となるとし、現存する信頼構成事実（登記など）の除去との関係では、不行使も問題となるとしている¹³⁶⁾。他方、信頼を置く者の主観的要件としての「信頼」は疑念の欠如を意味するとする¹³⁷⁾。もっとも、信頼が保護されるべきとされる根拠は、その者の善意および信頼構成事実の認識に求められ、信頼を置く者の処分行為または信頼に基づく投資が要件とされている。また、信頼と処分行為などの間に因果関係が存在することが必要であり、全体としてみて、信頼責任による請求権の保護価値性も検討されなければならないとする¹³⁸⁾。

ところで、契約締結上の過失に基づく責任は、*Canaris* によれば、法律行為的取引への着手、取引の開始によってもたらされる特殊な危険に関するものであり、付随義務違反、とりわけ保護義務違反による責任であると位置づけられている。すなわち、法律行為的接触の帰結、および、法律行為的接触によって生じた法的に保護された利益・権利の侵害から関係者は信義則上保護されるべきであるとする¹³⁹⁾。そして、保護義務は統一的な法律上の「保護関係」に依拠し、その法的基礎は法律行為にではなく信頼の惹起および承認に見いだされるとし、それらがあるかどうかは、法律行為的接触また法律行為的取引への

134) *Canaris* (1971) S.490-491

135) *Canaris* (1971) S.491 und 517

136) *Canaris* (1971) S.492-494 und 502

137) *Canaris* (1971) S.503-504

138) *Canaris* (1971) S.504 und 510

139) *Canaris* (1971) S.441

着手が基準となるとした¹⁴⁰⁾。これを前提として、*Canaris* は、誤った情報、瑕疵のある表示、推断しうる行為などの信頼構成事実によって相手方を信頼させ、相手方に損害を生じさせた点に着目し、契約締結上の過失に基づく責任を表示責任（*Erklärungshaftung*）として整理した。

そして、専門家の情報提供者責任も、契約責任でもなく不法行為責任でもない、契約締結上の過失の理論の発展上に位置する責任類型である信頼責任に基礎づけることができるとした¹⁴¹⁾。上述のように、*Canaris* は、原則として、法律行為的接触を要件として信頼責任を認めるが¹⁴²⁾、例外的に、情報提供者が専門家である場合のように、特別の人的な信頼誘引（*Vertrauenswerbung*）を行ったときや情報提供者が固有の利益を有している場合には、法律行為的接触がなくとも、情報提供者の信頼責任が認められるとする¹⁴³⁾。

なお、情報提供者の対第三者責任について、連邦通常裁判所の民事第10部の2000年9月26日判決¹⁴⁴⁾は、経済監査士が投資者に対して契約締結上の過失に基づき¹⁴⁵⁾損害賠償責任を負うとの判断を示したが¹⁴⁶⁾、この法律構成は踏襲されなかったようであり¹⁴⁷⁾、その後の裁判例においては第三者保護効を有する契約の法理による解決が図られていた¹⁴⁸⁾。

もっとも、伝統的には、たとえば、経済監査士が監査報告書を複数、被監査企業に交付した場合については、第三者への交付の認識可能性のみでは、信頼責任の成立を認めるのは不十分であると考えられてきた¹⁴⁹⁾。

140) *Canaris* (1971) S.538

141) *Canaris* (1983). なお、信頼責任を根拠として情報提供者責任を認めようとする、ドイツの学説を紹介した日本語文献としては、たとえば、松本（1978b）414頁以下、岡（1984）319頁以下参照。

142) *Canaris* (1988) Anm.14.

143) *Canaris* (1988) Anm.27

144) BGHZ 145, 187

145) 当然のことながら、判決文では、契約締結上の過失という表現は用いられていないが、契約締結上の過失の法理を適用したと評価されている（たとえば、*Stübinger* (2015) S.277, Fn.16参照）。

(7) 民法典311条3項

2002年から施行されたいわゆる債務法現代化法¹⁵⁰⁾による改正後民法典311条は、法律行為および法律行為類似の債務関係について定めているが、同条3項は、「241条2項の義務を伴う債務関係は、自らは契約当事者とならない者にも発生することがある。そのような債務関係は、とりわけ当該第三者が自らへの信頼を特別な程度に惹起し、それによって契約交渉または契約締結に重大な影響を及ぼすときに発生する。」と定めている¹⁵¹⁾。そして、債務法現代化法案政府草案理由書では、民法典311条3項2文について、契約の締結それ自体について固有の利益を有しないが、契約の相手方がその者の見解（Äußerung）の客観性および中立性に信頼を置いている結果、その者の見解が契約締結に決定的に寄与している専門家またはその他の「情報提供者（Auskunftspersonen）」の責任が問題となると指摘されていた¹⁵²⁾。そして、これに関しては、仲介者（Sachwalter）の観念が一般的に採り入れられたとし、このような事例は、現

146) 第三者保護効を有する契約の法理を専門家責任に適用した裁判例および目論見書責任に係る裁判例を参照したうえで、取引において提供された情報（Angaben）の完全性と正確性について、惹起し、また、寄せられている信頼によって投資者の意思決定に影響を与えた者はだれでも責任を負わなければならないという一般的な法思想が裁判例の基礎にあり、この原則は、目論見書責任は負わない経済監査士にも当てはまるとした。そして、被告経済監査士の証明書には事実と異なる記載があるという状況の下で、当該証明書が投資スキームを運営する有限会社により投資者募集のために用いられていることに思いをいたすべきであったにもかかわらず、それによって作り出された信頼状態を除去するために、被告は適切な措置を講じていなかった点で、被告は、当該有限会社と原告（投資者）との間の契約前の説明義務に違反したと判示された。

147) 学説も批判的であった（たとえば、Arnold（2001）S.491-492；Assmann（2004）S.435；Emmerich（2001）S.297）。また、Möllers（2001）S.909も参照。

148) BGH NJW 2001, 512；BGH NJW 2001, 514；BGH NJW 2001, 3115；BGH NJW 2002, 3625など

149) Lammel（1973）S.700；Honsell（1976）S.627.

150) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001（BGBl. I Seite 3138）

151) 241条2項は、「債務関係は、その内容に応じて、相手方の権利、法益および利益に配慮することを各当事者に義務づけることがある」と定める。

時点では、契約締結上の過失の法理の適用事例であると一貫して理解されているわけではなく、専門家または情報提供者と契約当事者の一方（または双方）との間に情報契約または助言契約が存在する場合に限定して、責任が認められる場合があるにすぎないとしていた¹⁵³⁾。とはいえ、このような事例においては、しばしば容易に認められない契約上の結びつきを直接には要件とせず、信頼が惹起されていたのか否かが決定的に重要とされる、契約締結上の過失の法理の適用事例と解されていることもあると指摘し、この規定は、判例に対して、このような事例が契約締結上の過失の法理を適用することによっても解決可能であることを指摘することとなるものであるとしていた¹⁵⁴⁾。

もっとも、民法典311条3項は、契約の第三者保護効を明示的に定めているわけではなく、民法典311条3項が第三者保護効を有する契約の実定法上の根拠となるかどうかについては見解が分かれている¹⁵⁵⁾。たしかに、311条3項第1文（および241条2文）から、第三者保護効を有する契約の法律上の地位を導くことができるとする見解も存在する¹⁵⁶⁾。

しかし、債務法の改正により創設された民法典311条3項は契約締結上の過失により第三者が責任を負う旨を定めたと体系上は理解される¹⁵⁷⁾。民法典311条2項は、これまで広く認められてきた契約締結上の過失の法理の一般条項であり、同項は、契約交渉の開始（第1号）、契約の開始（第2号）、または、こ

152) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/6040, S.163

153) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.163. Sutschet (1999) S.134f. und 137f. に言及している

154) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.163. なお、たとえば、*Canaris* は、かねてより、情報責任を信頼責任の枠組みに取り込み、契約締結上の過失の法理によって解決してもよいことだと主張していた（*Canaris* (1983) S.27 und 93-94）。

155) Teichmann (2001) S.1492 ; Eggert (2002) S.98-100 ; Meinhof (2002) S. 21 ; Olzen/Wank (2002) S. 310 ; Hirsch (2009) Rn. 1106. また、民法典311条3項1文が第三者保護効のある契約の根拠となることにつき、少なくとも懸念を示しているものとして、たとえば、Jagmann (2009) Rn. 90 ; Eckbrecht (2002) S.427-428 ; Stadler (2015) Rn. 21.

れに類似した取引上の接触（第3号）を前提とする。これに対応して、民法典311条3項第1文は、民法典241条2項および311条2項に定められている法律関係が契約の当事者となるはずがない者にも発生することがあることを明確化している。したがって、ここでは、契約外の第三者が責任を負う場合が対象とされており、この問題は、主として、契約締結上の過失によって解決される¹⁵⁸⁾。また、契約締結上の過失の第三者効が民法典311条2項3号にいう「これに類似した取引」によってカバーされるのか、契約締結上の過失の法理の明文化には含められなかったのか、どちらなのかは必ずしも明確ではない¹⁵⁹⁾。

たしかに、民法典311条2項と同条3項の規律の間に密接な関連があることは否定しがたく、民法典311条3項の文言はきわめて大まかなので¹⁶⁰⁾、契約締結上の過失の法理の第三者効を読み込むことは難しくない。しかし、民法典311条3項2文¹⁶¹⁾は、民法典311条2項が保護義務違反に対する第三者の契約締結前責任のみに関するものであることをはっきりと裏付けている。民法典

156) ECKEBRECHT (2002) S.427-428 ; EHMANN/SUTSCHET (2002) S. 70 (Fn. 10) und S. 157-159 ; LIEB (2002) Rn. 42 ff. und 47 ; SCHULTZ (2002) S. 46 ; SCHWAB (2002a) S.4 ; SCHWAB (2002b) S.873-875 ; SCHWAB (2002c) S. 10-11 ; BROX/WALKER (2016) § 33 Rn. 6 ; LOOSCHELDERS (2016) Rn. 162. ただし、TEICHMANN (2001) S.1492 ; SCHIMMEL/BUHLMANN (2002) S. 42（契約締結前の第三者保護効は民法典311条3項によるが、純然たる第三者の保護効を有する契約、すなわち、契約上の義務が第三者に及ぶかが問題となるケースは、従来の判例・学説法理による）；EGGERT (2002) S.98 ff.（立法案を示している）；MEINHOF (2002) S. 21 ; HAFERKAMP (2003) S. 179 ; HIRSCH (2009) Rn. 1106. なお、CANARIS (2001) S.520がこの点を棚上げしたことを、LIEBは批判している（LIEB (2002) Rn. 47）。

157) CANARIS (2001) S.520も同旨。また、EHMANN/SUTSCHET (2002) S.157-158（ただし、結論としては、民法典311条3項第1文は第三者保護効を有する契約も念頭に置いていと解している）

158) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 163-164.

159) CANARIS (2001) S.520 ; CANARIS (2002) S. XIX.

160) たとえば、CANARIS (2001) S.520-521 ; CANARIS (2002) S. XIX-XX（この規律〔改正後民法典311条3項〕の規定ぶりは全く驚くほど広汎である [freilich bedenklich weit]）；ECKEBRECHT (2002) S.427-428 ; LIEB (2002) Rn. 42 ff. などが、批判的な含みをもってこの点を指摘している。

241条2項ならびに311条2項および3項による債務関係の形成は特別な程度の信賴の惹起に基づくものであり、信賴の惹起が契約交渉または契約締結に重要な影響を与えるものでなければならない。このケースだけが取り上げられていることからすれば、契約締結上の過失の法理を主として定めている民法典311条2項の第三者効のみを同3項が定めていることは明らかであると指摘されている¹⁶²⁾。政府草案理由書¹⁶³⁾では、第三者保護効を有する契約への明示的言及は全くみられず¹⁶⁴⁾、民法典311条3項は契約締結上の過失の領域の条項として明示的に言及されている¹⁶⁵⁾。このような論拠に基づき、たとえば、*Olzen* は、311条3項1文、同2項3号などによって裏付けることはできず、第三者保護効は従来の判例によって形成されてきた法規範によることになるとする¹⁶⁶⁾。

なお、*Canaris* は、民法典311条3項2文の文言によってカバーされ、債務法改正委員会が実際に狙ったところは、専門家の依頼人の取引相手方に対する専門家の責任を含めることであったとしているが¹⁶⁷⁾、鑑定（これには、任意監査やベシアイニグングも含まれると考えられる）の中で責任範囲の限定を行う

161) この条文が示している要件をめぐる議論については、たとえば、Lorenz/Riehm (2002) Rn. 373ff.; Emmerich (2016) Rn. 172-174; Gellmann (2006) S.31ff.; Kersting (2006) S.167-170.; Quiring (2006) S.119ff. 参照。また、これを日本語で紹介したものとして、上田 (2009) が詳しい。

162) *vgl.* Jagmann (2009) Rn. 92; Heinrichs (2003) Rn. 60; Musielak (2011) Rn. 889.

163) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/6040, S. 84-85, 93-94, 163-164; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 14/7052, S. 190.

164) Eckebrecht (2002) S.427; Lieb (2002) Rn. 43. もっとも、改正後民法典311条3項は第三者保護効を有する契約も対象としていると解している。とはいえ、*Lieb* は、明らかになったすべてのためらい (Skrupel) をもって沿革に基づく解釈 (*historische Auslegung*) に戻ることが必要であるとする (Rn. 47)。

165) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 163

166) *Olzen/Wank* (2002) S. 310. *Olzen* (2009) Rn.217も参照。

167) *Canaris* (2001) S.520. 第三者保護効を有する契約構成を適用している判例を明文の規定によって解釈学的に固定することは、立法者として適切ではないという見解を同時に示している。

ことができ、それは、第三者との関係でも有効であると従来から指摘している¹⁶⁸⁾。すなわち、依頼人から提供された事実に基づいて鑑定を行ったこと、特定の情報を正しいものと仮定して鑑定を行ったこと、または特定の事実についてはまったく調査しなかったことなどを鑑定において示し、第三者にそのような事実が公開されることによって、その範囲で専門家に対する信頼が発生することを防ぐことができる。*Canaris* は、鑑定に信頼を寄せることができる者の範囲についても、鑑定に留保約款を含めることによって、限定することができるとしている。

(8) 商法典323条1項3文による対第三者責任排除の可能性

すでにみたように、連邦通常裁判所の2006年4月6日民事第3部判決¹⁶⁹⁾は、法定監査につき、年度決算書の監査契約及それに基づく監査意見の保護範囲を被監査会社に対する投資者に拡張しないという立場を採っていると解されている¹⁷⁰⁾。判例によれば、決算監査人は被監査会社及びその結合企業に対してのみ責任を負うのであって、それは、契約類似の法律構成によっては、被監査会社の株主、そして、おそらく、会社債権者にも拡張されないというのである¹⁷¹⁾。企業領域における透明性および統制に関する法律（KonTraG）の立法過程過程からは¹⁷²⁾、立法者が商法典323条1項2文の責任排除効を認め、契約類似の法律構成による決算監査人の対第三者を排除しようとしていたと考えられる¹⁷³⁾。そして、判決は、どれぐらいの人数になるかわからない債権者、株主または持分取得者を保護範囲に含めることから生ずる責任リスクを引き受けようとする決算監査人がすることは通常考えられないと指摘している¹⁷⁴⁾。実際、

168) *Canaris* (1999) S.230 (しかも、経済監査士の場合が例に挙げられている)

169) BGHZ 167, 155

170) *Wagner* (2017) Rn.134.

171) BGHZ 167, 155. この見解に対して、たとえば、*Ebke* (1998) S.992ff. は反対、*Hopt/Merkt* (2016) Rn. 8 ; *Habersack/Schürnbrand* (2010) Rn. 55-59などは肯定的

172) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.4.1998, BGBl. I S. 786.

すでにみた2001年6月26日連邦通常裁判所民事第10部判決¹⁷⁵⁾のほか、200年5月7日連邦通常裁判所民事第3部判決¹⁷⁶⁾は、信用制度法44条1項2文に基づく特別監査の一環としてなされた監査契約には預金保険スキームとの関係での保護効はないとしており、したがって、金融機関の個々の預金者との関係でも保護効はないと解するのが整合的である。

そして、どれぐらいの人数になるかわからない債権者、株主または持分取得者を保護範囲に含めることによって生ずる算定不能な責任は避けるべきであるという連邦通常裁判所民事3部の考え方は、民法典826条の適用のあり方にも影響を与えると考えられている¹⁷⁷⁾。そして、当事者の中で、ある監査が第三者の利益のためにもなされ、当該第三者の意思決定の基礎となることについて合意があって初めて、第三者効を有する契約の下での請求が認められるかどうかの問題となるというのが判例の立場である¹⁷⁸⁾。

任意監査についても、監査人が第三者に対して負う責任について、特別の規定が法令上設けられているわけではなく、任意の決算監査についての監査人の対第三者責任は、上述した民事法の一般原則によることになる。

そして、判例上も学説上も、法定監査について定める商法典323条1項3文(悪意または過失によりその義務に違反した者は、資本金会社および結合企業が損害を被った場合には当該企業に対して、義務違反から生じた損害を賠償すべき義務を負う)が法定監査以外の監査に適用または類推適用されないことに異論は

173) BGHZ 167, 155 Rn. 13 (BT-Drucksache 13/9712 [Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)] S. 35 及び BT-Drucksache 13/10038 [Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß), zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung-Drucksache 13/9712-Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)] S. 25 に言及)。

174) BGH NJW-RR 2006, 611

175) BGH NJW 2001, 3115, 3116

176) BGHZ 181, 12

177) BGHZ 167, 155 がとりわけ明確にこの旨を述べている。Wagner (2017) Rn.134.

178) BGHZ 138, 257, 262-263 (もっとも、この場合には、監査人の対第三者責任は商法典323条2項の金額を限度とすると解されている)。

みられない¹⁷⁹⁾。

しかし、商法典323条1項3文は、法定監査との関係で民事法の一般原則に基づく対第三者責任を排除する効果を有するのみならず、商法典316条以下に定められている決算監査と同様の任意監査についても適用される原則的判断（Grundsatzentscheidung）であるとする裁判例や学説が存在する。すなわち、契約または契約類似の原則に基づく監査人の責任は、とりわけ、その内容および範囲が法定監査に対応する任意監査については排除されるという見解である¹⁸⁰⁾。任意監査と法定監査とはほぼ同一の事情が認められることに鑑み、両者間の異なる法的な取り扱いは適切とはいえないとし¹⁸¹⁾、商法典323条が定める法的規律を任意監査にあてはめることができるということがまったく間違っている（verfehlt）とは考えられないとする¹⁸²⁾。したがって、年度決算書の任意監査についても、法定監査の勿論解釈・適用（Erst-Recht-Schluss）が必要であるというのである¹⁸³⁾。さらに、裁判所による法形成は常に「法的原則（gesetzliche Leitlinien）」に導かれるべきであるが、商法典323条は、立法者による原則的判断（gesetzgeberische Grundsatzentscheidung）として、この意味における原則に該当し¹⁸⁴⁾、任意監査の監査人に法定監査の監査人よりも厳しい責任を課すことを実質的に正当化できる根拠はないと指摘されている¹⁸⁵⁾。

もっとも、このような見解に対しては、たとえば、*Mirtschink* によって、強

179) たとえば、Adler/Düring/Schmaltz（2000）§ 323 HGB, Rn.9；Ebke（2001）Rn.14；Zimmer（2002）§ 323, Rn. 2；Winkeljohann/Hellwege（2006）Rn. 5参照

180) LG *Mönchengladbach* NJW-RR 1991, 415, 416；Müller（1992）S. 461-462；Schmitz（1989）S. 1914；vgl. Ebke/Scheel（1991）S.395；Schlechtriem（1984）S.1181-1183.

181) Müller（1992）S. 461；Schmitz（1989）S. 1914.

182) Müller（1992）S. 461.

183) Ebke/Scheel（1991）S.395.

184) LG *Mönchengladbach* NJW-RR 1991, 415, 416；Schmitz（1989）S.1914；Ebke/Scheel（1991）S.395；Müller（1992）S. 461

185) BGHZ 167, 155. また、Schmitz（1989）S.1914；Wagner（2017）Rn.135.

い反論が加えられている¹⁸⁶⁾。

第1に、*Mirtschink* は、連邦最高裁判所民事第3部の判決にも関わらず、商法典323条は法定監査との関係でも第三者の損害賠償請求権を排除する効果を有していないとする¹⁸⁷⁾。

第2に、かりに、法定監査の関連で、商法典323条1項3文が対第三者責任排除効を有するとしても、これが任意監査に妥当することは自明ではない。なぜならば、法定監査については商法典においてさまざまな規制が加えられており、かつ、専門職業人団体による規律が及んでいるが、任意監査はそのような規制に服さないからである。学説においても、立法者による法令上の評価はそれが規制する対象領域についてのみ妥当するのが原則であるとされている¹⁸⁸⁾。そして、商法典316条以下が規律しているのは、法定監査である¹⁸⁹⁾。この観点からは、商法典323条からの帰結を任意監査にあてはめることは許されない¹⁹⁰⁾。しかも、商法典323条に基づいて対第三者責任排除効を任意監査に認めることは、経済監査士および宣誓帳簿監査士を他の職業人に比べて不当に優遇することになる¹⁹¹⁾。すなわち、商法典316条1項が定める法定監査でない監査、すなわち、任意監査はだれでも行うことができるのが原則であり、税理士なども任意監査を行っているが、商法典323条を根拠として対第三者責任排除

186) *Mirtschink* (2006) S.211.

187) たとえば、*Mirtschink* (2006) S.55-80は、詳細な検討を加えて、商法典323条は法定監査との関係でも第三者の損害賠償請求権を排除する効果を有していないと主張している。

188) *Straßer* (2003) S. 99

189) *Adler/Düring/Schmaltz* (2000) § 323 HGB, Rn. 9 ; *Ebke* (2001) § 323, Rn. 14 ; *Zimmer* (2002) § 323, Rn. 2 ; *Winkeljohann/Hellwege* (2006) Rn. 5.

190) *Mirtschink* (2006) S.212. ただし、*BGH WM* 2006, 423, 425. なお、従来の裁判例は、法定監査についても、任意監査についても、商法典323条の対第三者責任排除効を前提とはしないものの、任意監査の内容および範囲が商法典316条以下が定める監査に対応している場合には、任意監査においても商法典323条が定める「対被監査会社」責任限定の趣旨は妥当すべきであると論じられていた。*Schlechtriem* (1984) S.1183-1184も参照。

191) *Straßer* (2003) S. 99

効を認めるとすれば、それは、商法典319条1項に列挙された専門家についてのみ認められると考えられるから、任意監査を行う他の職業人は不利になる。逆に、商法典319条1項に列挙された専門家以外の者に対第三者責任排除効を認めることを基礎づける法令上の根拠は見当たらないし、そのように主張している論者も存在しないようである。

第3に、商法典316条1項に従って監査を行うことと任意監査を行うことは似ているかもしれないが、同じではない。法定監査を受ける義務の有無は、総資産、純売上高および被用者数を規準として定められているから、当然のことながら、会社の株主や会社と事業上の接触を有する者の数は、法定監査に服する会社の場合の方がそうでない会社（=任意監査のみを受ける会社）よりも多い。また、実証研究によれば、大規模な会社の方がより小規模な会社に比べて、計算書類に誤謬が含まれる割合は低い¹⁹²⁾。したがって、立法者は、法定監査と任意監査とで、対第三者責任を異ならせることにつき、十分な実質的理由を有していたというべきであり、商法典323条1項3文に責任排除効があるとしても、それは任意監査に妥当せず、商法典316条以下に基づく法定監査に類似した監査にとつての「原則的決定」にも該当しないと、*Mirtschink* は主張している¹⁹³⁾。

もっとも、ほとんどの裁判例においては、任意監査につき、民事法の一般原則に基づく監査人の対第三者責任を排除する根拠はないと解されている¹⁹⁴⁾。

192) *Mirtschink* (2006) は、アメリカにおける実証研究に基づく議論を行った *Ruhnke/Niephaus* (1996) を参照している。また、ドイツにおいて認識されている小規模企業の決算監査の特徴については、*Schreiber* (1994) S. 104 ff.; *Marten/Quick/Ruhnke* (2003) S. 496 ff. など参照

193) *Mirtschink* (2006) S.213. た と え ば、*Canaris* (1999) S.238; *Hopt* (1986) S.353; *Wiedmann* (2003) § 323 HGB, Rn. 24 und 25; *Naumann* (2006) Rn. 581 ff.; *Winkeljohann/Hellwege* (2006) Rn. 170 ff., 195 など参照。

194) *BGH NJW* 1973, 321; *BGH WM* 1979, 326; *BGH WM* 2006, 423; *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1986, 522; *OLG Köln NJW-RR* 1992, 1184; *OLG Saarbrücken BB* 1978, 1434. ただし、上述 *LG Mönchengladbach NJW-RR* 1991, 415, 416

（9）契約による責任制限

商法典323条の趣旨は、任意監査の場合にはあてはまらないと考えられてきたため¹⁹⁵⁾、任意監査については、従来から、監査人と被監査会社との間の契約（経済監査士および経済監査会社の普通契約約款）により、監査人の故意に基づかない場合の責任額の上限を定めてきている。

たとえば、1990年1月1日普通監査契約約款（Allgemeine Auftragsbedingungen）の9条1項は軽過失による責任の上限額を50万マルクと定め、2項も商工業に属する商人、公法上の法人または公法上の特別財産（Sondervermögen）による委任の場合には、重過失（経済監査士本人の故意を除く）による責任にも第1項が適用されるとしていた（それら以外の委任者の場合は普通約款条項法1条2項にいう合意が重過失による責任の制限には必要であるとしていた）。そして、第2項が適用されない場合であって、商工業に属する商人、公法上の法人または公法上の特別財産による委任の場合であり、かつ決算監査、設立監査および特別監査の場合には、第1項の規定は、経済監査士本人またはその指揮の下にある被用者の故意を除く重過失による責任に適用されるとしていた（a号）。第3項は、予想される契約リスクとの関連で50万マルクでは不十分な場合には合意によって責任限度額を引き上げることができるとしていた。第4項は、商工業に属する商人、公法上の法人または公法上の特別財産による委任の場合には、経済監査士本人またはその指揮の下にある被用者の故意による場合を除き、予見可能な契約リスクの範囲の損害に賠償責任が限定されると定めていた。そして、1条2項は第三者に対しても、この契約条項は主張できるとしていた。

このような約款の規定に対して、学説上は、1976年普通約款条項法との関連で、とりわけ重過失に基づく責任については、その約款条項の有効性に関し

195) Hopt (1992) S.798 ; Hirte (1996) S.67. ただし、Schlechtriem (1984) S.1183-1184は、任意監査にも商法典323条3項の趣旨はあてはまるとして、任意監査においても、過失に基づく監査人の責任の上限額は50万マルク（当時の決算監査人の法定責任限度額）となると主張していた。

て見解が分かれていた。すなわち、被監査会社にとって損害を被る典型的なリスクが相当大きい場合には、50万マルクという上限は不適切であるとする見解¹⁹⁶⁾、そのような責任制限条項は、上限額が不十分な場合には、適切な付保と準備が講じられている場合に限り有効であるとする見解¹⁹⁷⁾、重過失による場合には責任制限は認められないとする見解¹⁹⁸⁾などが存在した。いずれにしても、重過失による責任の上限額を一律に50万マルクと定めることは普通約款条項法9条2項に違反し無効であると考えられていた¹⁹⁹⁾。

また、軽過失についても責任（の全部）免除を定めることは許されないと解するのが多数説であった²⁰⁰⁾。

なお、普通約款条項法の11条7号は非商人との関係において、重過失に基づく責任を免除・制限する契約を無効としていたが、ここで問題となるのは、経済監査士の対会社責任の制限の有効性であるから、11条7号がそのまま適用されるわけではなく、相手方が商人の場合には9条の問題となると指摘されていた²⁰¹⁾。したがって、完全な責任免除とは異なり、責任制限については契約自由がより強く認められてもよいという見解もあった²⁰²⁾。ただ、ここで、経済監査士自身の重過失による責任であるか、その監査補助者の重過失による責任であるかを分けて論じる必要があると指摘されていた²⁰³⁾。

また、経済監査士規則（Wirtschaftsprüferordnung）54a条1項は、過失（重

196) Schlechtriem (1984) S.1186 ; Ulmer/Brandner/Hensen (1989) Anhang § 9-11 Rn.955, § 9 Rn.81ff.

197) Bunte (1981) S.1066

198) Koch/Stübing (1977) § 11 Nr.7 Rn.20; Graf von Westphalen (1983) Rn.17 ; Wolf/Horn/Lindacher (1984) § 9 Rn.7 など

199) Hopt (1986) S.367 ; Ulmer/Brandner/Hensen (1989) Anhang § 9-11Rn.955 ; Ebke/Scheel (1991) S.396 ; Quick (1992) S.1678

200) Hopt(1986) S.367 ; Quick(1992) S.1678.ただし,許されるとする見解も存在した(Brandner (1984) S.1191 ; Fliess (1992) S.5)。

201) Brandner (1984) S.1191 ; Hopt (1986) S.367 ; Quick (1992) S.1678

202) Hensen (1976) Rn.30-39 ; Coester-Waltjen (1977) Rn.84

203) Schlechtriem (1984) S.1179

過失を含む）に基づく責任について責任制限を行うことを認めた。すなわち、個々の場合における書面の同意によって、監査人の過失が原因となって顧客が被った損害についての賠償請求権を最低付保額（100万ユーロ。経済監査士規則54条4項）を上限とする責任制限ができること（1号）および、軽過失については、約款（vorformuliert Vertragsbedingungen）によって、最低付保額の4倍を上限とする責任制限が、その範囲で保険保護が存在する場合にはできることを定めている²⁰⁴⁾。また、2項は、あらかじめ作成された説明書によって、契約上義務づけられた給付をなす、基本的には連帯債務とされる社員の責任を制限できるとしていた。同様の規定が、パートナーシップのパートナーとしての経済監査士にも適用される（パートナーシップ法8条2項）²⁰⁵⁾。この経済監査士規則の改正により、「予見可能な契約リスクの枠内」での責任制限条項であれば、責任額を制限することに対してかつて存在していた障害はなくなったといわれていた²⁰⁶⁾。なお、1998年改訂後普通監査約款の9条3項は予想される契約リスクとの関連で800万マルクでは不十分である場合には、さらに責任限度額を引き上げることができるとしていたが、2017年約款にはそのような規定はない。

他方、第三者に対して、普通監査約款の責任制限条項を対抗できるか否かについては、第三者保護効を有する契約や黙示的情報提供契約の法理による請求の場合には対抗できるが、不法行為あるいは信認義務違反に基づく請求の場合

204) これをうけて、1995年に改訂された普通監査契約約款では、過失による損害賠償の限度額を200万マルク（当時の最低付保額の50万マルクの4倍）に引き上げた。さらに、1998年に改訂された普通監査約款の9条1項では800万マルクに引き上げた。現在の2017年約款では、9条2項が1件あたり400万ユーロと定めている。

205) なお、税理士についても、経済監査士規則54a条とパラレルな責任制限が認められている（税理士法67a条）。そして、連邦税理士会の普通契約約款5条2項は100万ユーロを1件あたりの限度額と定めている（これは税理士法施行令52条1項が、1保険事故あたりの最低付保額を25万ユーロと定めているからである。ただし、税理士法人が有限会社形態をとるときは1件あたりの付保額は税理士法67a条2項により最低付保額は100万ユーロ）。

206) Hirte (1996) S.68 ; Quick (1992) S.1678

には対抗できないと考えるのが多数説である²⁰⁷⁾。

参考文献

- Achilles, A./Gebhard, A./Spahn, P. (1898) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB*, Bd.II, Keip
- Adler, H./Düring, W./Schmaltz, K. (hrsg.) (1987) *Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, 5.Aufl., Schäffer-Poeschel
- Adler, H./Düring, W./Schmaltz, K. (hrsg.) (2000) *Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, Teilband 7, 6. Aufl., Schäffer-Poeschel
- Arnold, A. (2001) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Kapitalanlegern, DStR : 488-492
- Assmann, H.-D. (1985) *Prospekthaftung*, Carl Heymanns
- Assmann, H.-D. (1988) Grundfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JuS : 885-891
- Assmann, H.-D. (2004) Die Prospekthaftung beruflicher Sachkenner de lege lata und de lege ferenda, AG : 435-448
- Ballerstedt, K. (1950/51) Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 : 501-531
- von Bar, Ch. (1981) Deliktsrecht, in : Bundesministerium der Justiz (hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges
- Baus, Ch. A. (2004) Die Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer zwischen Vertrag und Delikt – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 103 : 219-257
- Bayer, W. (1995) *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Mohr
- Bayer, W. (1996) Vertraglicher Drittschutz, JuS : 473-478
- Behme, C. /Pinger, W. (2008) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten, JuS : 675-678.
- Brors, Ch. (2005) Vertrauen oder Vertrag – gibt es eine Haftung für Wertgutachten nach § 311 Abs. 3 BGB?, ZGS : 142-149
- Brandner, H.E. (1984) Berufshaftung und Vertragsgestaltung der Wirtschaftsprüfer. Zur Neufassung der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, ZIP : 1186-1194
- Brönnner, H. (1970) Kommentierung zu § 168 AktG, in : Barz, H., *et al.*, *Aktiengesetz, Großkommentar*, 3.Aufl., de Gruyter
- Brox, H./Walker, W.-D. (2016) *Allgemeines Schuldrecht*, 40. Aufl., C.H.Beck
- Budde, W.D./Hense, B. (1990) Kommentierung zu § 323 HGB, in : Budde, W.D., *et*

207) Brandner (1984) S.1193 ; Hopt (1986) S.368

- al. (hrsg.), *Beck'scher Bilanzkommentar*, 2.Aufl., C.H.Beck
- Bunte, H.-J. (1981) Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und das AGB-Gesetz, DB : 1064-1069
- Canaris, C.W. (1971) *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H.Beck
- Canaris, C.-W. (1983) Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in : Canaris, C.-W. (hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, C.H.Beck : 27-110
- Canaris, C.-W. (1988) Bankvertragsrecht, Teil 1, in : Staub, H. (begr.), *Handelsgesetzbuch, Großkommentar*, 4.Aufl., 10.Lieferung, de Gruyter
- Canaris, C.-W. (1999) Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 : 206-245
- Canaris, C.-W. (2001) Kongressvortrag, Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung, JZ : 499-528
- Canaris, C.-W. (2002) *Schuldrechtsreform 2002*, C.H.Beck
- Coester-Waltjen, D. (1977) Kommentierung zu § 8, in : Schlosser, P., et al., *AGB-Gesetz*, Gieseking
- Czub, H.-J. (2003) Kommentierung zu § 675, in : Bamberger, H.G./Roth, H. (hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck
- Damm, R. (1991) Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ : 373-385
- Ebke, W.F. (1983) *Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung*, Gieseking
- Ebke, W.F. (1990) Rezension zu Michael Stahl : Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, JZ : 688-690
- Ebke, W.F. (1998) Abschlußprüfer, Bestätigungsvermerk und Drittschutz, JZ : 991-997
- Ebke, W. F. (2001) Kommentierung zu § 323, in : Schmidt, K. (hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 4, C.H.Beck
- Ebke, W.F. (2013) Kommentierung zu § 323, in : Ebke, W.F. et al (red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3. Aufl., Bd. 4, C.H.Beck
- Ebke, W.F./Scheel, H. (1991) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter, WPM : 389-398
- Eckebrecht, M. (2002) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform, MDR : 425-428
- Eggert, M. (2002) Für eine Regelung der Dritthaftung im Gefolge der Modernisierung des Schuldrechts, KritV (*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) : 98-109
- Ehmann, H./Sutschet, H. (2002) *Modernisiertes Schuldrecht*, Vahlen
- Ehmann, H. (2004) Kommentierung zu § 675, in : Westermann, H.P. (hrsg.), *Erman*

- Bürgerliches Gesetzbuch*, 11.Aufl., Otto Schmidt
- Eickmeier, J. (1993) *Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden*, Carl Heymanns
- Emmerich, V. (2001) Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Anlegern für falsche Testate, JuS : 296-298
- Emmerich, V. (2016) Kommentierung zum § 311 BGB, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Aufl., Bd.2, C.H.Beck
- Esser, J./Schmidt, E. (1975) *Schuldrecht*, 5.Aufl., Bd.1, Teilband 2, C.F. Müller
- Faust, F. (2002) Schadensersatz, in : Huber, P./Faust, F., *Schuldrechtsmodernisierung. Eine Einführung in das neue Recht*, C.H.Beck
- Feddersen, Ch. (1999) Die Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers nach § 323 HGB, WM : 105-116
- Fölsing, Ph. (2006) Abschlussprüferdritthaftung nach der Entscheidung des BGH vom 6.4.2006, DStR : 1809-1814
- Finn, M. (2004) Zur Haftung des Sachverständigen für fehlerhafte Wertgutachten gegenüber Dritten, NJW : 3752-3754
- Fliess, W. (1992) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers unter Berücksichtigung internationaler Entwicklungen, WPM : 49-62
- Geibel, S.J. (2007) Anmerkung zum Urteil des BGH vom 06.04.2006, Az. : III ZR 256/04 (Schutzbereich eines Prüfvertrags über den Börsengang einer AG), JR : 328-329
- Gellmann, N. (2006) *Die Haftung von Experten gegenüber Geschäftspartnern ihres Auftraggebers für die fehlerhafte Erstellung von Gutachten. Eine Fallgruppe des §311 Abs.3 S.2 BGB?*, Verlag Dr. Kovac
- Gernhard, W. (1970) Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schuldverhältnisses, JZ : 535-539
- Gloeckner, H.E. (1967) *Die zivilrechtliche Haftung des Wirtschaftsprüfers*, Handelsblatt
- Gottwald, P. (2016) Kommentierung zu § 328, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7.Aufl., Bd.2, C.H.Beck
- Graf von Westphalen, F. (1983) Kommentierung zu § 11 Nr.7, in : Lowe, W., *et al.*, *Großkommentar zum AGB-Gesetz*, Bd.II, 2.Aufl., Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft
- Grunewald, B. (1987) Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten, AcP 187 : 285-308
- Grunewald, B. (1999) Die Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Dritten, ZGR : 583-600
- Habersack, M./Schürnbrand, J. (2010) Kommentierung zu § 323, in : Staub, H. (begr.), *Handelsgesetzbuch, Großkommentar*, 5. Aufl., de Gruyter
- Haferkamp, H.P. (2003) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform, in : Dauner-Lieb, B./Konzen, H./Schmidt, K. (hrsg.), *Das neue*

- Schuldrecht in der Praxis*, Carl Heymanns : 171-182
- Hagen, H. (1971) *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, Athenäum Verlag
- Heermann, P.W. (2017) Kommentierung zu § 675, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7.Aufl., Bd.5/2, C.H.Beck
- Heinrichs, H. (2003) Kommentierung zu § 328, in : *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 62.Aufl., C.H.Beck
- Hensen, H.-D. (1976) Kommentierung zu § 11 Nr.7, in : Ulmer, P./Brandner, H.-E./Hensen, H.-D., *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1.Aufl., Otto Schmidt
- Heukamp, Wessel (2000) *Abschlussprüfer und Haftung*, Carl Heymanns
- Hirsch, Ch. (2009) *Allgemeines Schuldrecht*, 6. Aufl., Carl Heymanns
- Hirte, H. (1996) *Berufshaftung*, C.H.Beck
- Hohenlohe-Oehringen, P. (1986) Die Rechtsprechung zur Auskunftshaftung, BB : 894-895
- Hohloch, G. (1977) Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter? JuS : 302-306
- Honsell, H. (1976) Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS : 621-629
- Hopt, K.J. (1983) Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich.-Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung-, AcP 183 : 608-720
- Hopt, K.J. (1986) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers-Rechtprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.) und zur Prospekt- und Auskunftshaftung, in : Hofmann, P., et al. (hrsg.), *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Carl Heymann : 341-369
- Hopt, K.J. (1987) Dritthaftung für Testate, NJW : 1745-1746
- Hopt, K.J./Merkt, H. (2016) Kommentierung zu § 323, in : Baumbach, A. (begr.), *Handelsgesetzbuch, Kommentar*, 37. Aufl., C.H.Beck
- Jagmann, R. (2009) Kommentierung zu § 328, in : Staudinger, J. von (begr.), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, de Gruyter
- Jhering, Rudolf von (1861) Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 4 : 1-112
- Keitel, H.-J. (1987) *Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte*, Peter Lang
- Kersting, Ch. (2006) *Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht*, C.H. Beck
- Koch, E./Stübing, J. (1977) *Allgemeine Geschäftsbedingungen. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Luchterhand

- Koch, J. (2004) § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP 204 : 59–80
- Koch, J. (2010) Die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs, WM : 1057–1063
- Kreuzer, K.F. (1976) Anmerkung zu BGH, Urteil v. 28.01.1976, JZ : 778–781
- Kropff, B. (1973) Kommentierung zu § 168, in : Geßler, E./Hefermehl, W./Eckardt, U./Kropff, B. (hrsg.), *Aktiengesetz*, Franz Vahlen
- Küffner, Peter (1994) Abschlußvermerke und Prüfungsvermerke von Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten, DStR : 74–80
- Lammel, S. (1973) Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers gegenüber Kreditgebern seines Auftraggebers, NJW : 700
- Lammel, S. (1979) Zur Auskunftshaftung, AcP 179 : 337–366
- Lang, A. (1989) Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer, WPg : 57–64
- Lang, A. (1991) *Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer*, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswirtschaft, Band 51
- Larenz, K. (1954) Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und “sozialer Kontakt”, MDR : 515–518
- Laurenz, K. (1963) Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in : Caemmerer, Ernst von, et al. (hrsg.), *Festschrift für Hans Dölle*, Band 1, *Deutsches Privat- und Zivil prozeßrecht, Rechtsvergleichung*, Mohr : 169–200
- Larenz, K./Canaris, C.-W. (1995) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.Aufl., Springer
- Lettl, T. (2006) Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrags über eine Pflichtprüfung nach § § 316 ff. HGB, NJW : 2817–2819
- Lieb, M.G. (2002) § 3 Kodifizierung von Richterrecht. Teil C, in : Dauner-Lieb, B./Heidel, Th./Lepa, M./Ring, G. (hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis*, Deutscher Anwaltverlag : 126–132
- Littbarski, S. (1984) Die Berufshaftung, NJW : 1667–1670
- Looschelders, D. (2016) *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., Vahlen
- Lorenz, S. (2015) Grundwissen–Zivilrecht : Culpa in contrahendo (§ 311 II, III BGB), JuS : 398–401
- Lorenz, S./Riehm, Th. (2002) *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, C.H. Beck
- Lorenz, W. (1973) Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in : *Festschrift für Karl Larenz zum 70.Geburtstag*, C.H.Beck : 575–620
- Mäsch, G. (2013) Allgemeines Schuldrecht : Haftung des Gutachters gegenüber Dritten. Haftung des Tierarztes für Fehler im Zuge der Ankaufsuntersuchung bei Pferden–Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, JuS : 935–937
- Marten, K.-U./Quick, R./Ruhnke, K. (2003) *Wirtschaftsprüfung*, 2.Aufl., Schäffer–Poeschel

- Martiny, D. (1996) Pflichtenorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JZ : 19-25
- Meinhof, A. (2002) *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Boorberg
- Mertens, H. J. (1986) Kommentierung zu § 826, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2.Aufl., C.H.Beck
- Möllers, T.M.J. (2001) Zu den Voraussetzungen einer Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers bei fahrlässiger Unkenntnis der Testatverwendung, JZ : 909-917
- Moser, M. (1998) *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, Stämpfli
- Müller, H.-P. (1992) Grenzen und Begrenzbarkeit der vertraglichen Dritthaftung für Prüfungsergebnisse des Abschlussprüfers, in : Moxter, A., et al (hrsg.), *Rechnungslegung. Entwicklungen bei der Bilanzierung und Prüfung von Kapitalgesellschaften : Festschrift zum 65. Geburtstag von Karl-Heinz Forster*, IDW-Verlag : 453-469
- Müller-Graff, P.-Ch. (1976) Die Geschäftsverbindung als Schutzpflichtverhältnis, JZ : 153-156
- Müssig, P. (1989) Falsche Auskunftserteilung und Haftung, NJW : 1697-1704
- Musielak, H.-J. (2011) *Grundkurs BGB*, 12. Aufl., C.H.Beck
- Nann, W. (1985) *Wirtschaftsprüferhaftung*, Peter Lang
- Naumann, K.-P. (2006) Abschnitt A : Der Beruf des Wirtschaftsprüfers, in : IDW (hrsg.), *WP Handbuch 2006*, Bd. I, IDW-Verlag
- Neflin, H. (1957) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, BB : 496-497
- Neuner, J. (1999) Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ : 126-136
- Olzen, D. (2009) Einleitung zum Schuldrecht, in : Staudinger, J. von (begr.), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, de Gruyter
- Olzen, D./Wank, R. (2002) *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns
- Otto, H.-J. (2002) Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, Jura : 1-11
- Otto, H.-J./Mittag, J. (1996) Die Haftung des Jahresabschlussprüfers gegenüber Kreditinstituten, Teil I, WM : 325-333
- Philippsen, G. (1998) *Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden*, Verlag Versicherungswirtschaft
- Plötner, M. (2003) *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*, Duncker & Humblot
- Quick, R. (1992) Die zivilrechtliche Haftung des handelsrechtlichen Abschlußprüfers, BB : 1675-1685
- Quiring, T. (2006) *Die Dritthaftung von Sachverständigen : Nach der Schuldrechtsreform und*

- der Neuregelung des § 839a BGB*, Peter Lang
- Rieble, V. (2002) Die Kodifikation der Culpa in contrahendo, in : Dauner-Lieb, B./Konzen, H. /Schmidt, K. (hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Carl Heymanns : 137-157
- Ruhnke, K./Niephaus, J. (1996) Jahresabschlussprüfung kleiner Unternehmen, DB : 789-795
- Sack, R. (2006) Produkthaftung für reine Vermögensschäden von Endabnehmern, VersR : 582-588
- Schimmel, R./Buhlmann, D. (2002) *Fehlerquellen im Umgang mit dem neuen Schuldrecht*, Hermann Luchterhand Verlag
- Schlechtriem, P. (1984) Summenmäßige Haftungsbeschränkungen im Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB : 1177-1187
- Schmidt, S./Feldmüller, Ch. (2016) Kommentierung zu § 323 HGB, in : *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 10. Aufl., C.H.Beck
- Schmitz, B. (1989) Die Vertragshaftung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters gegenüber Dritten, DB : 1909-1915
- Schneider, H. (1999) Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten - die Sicht des Experten, ZHR 163 : 246-273
- Schreiber, S. (1994) *Die Abschlussprüfung kleiner Unternehmen unter Berücksichtigung deutscher und US-amerikanischer Prüfungsansätze*, Wofram Hitzeroth
- Schultz, M. (2002) Leistungsstörungsrecht, in : Westermann, H.P. (hrsg.), *Das Schuldrecht 2002*, Richard Boorberg : 17-105
- Schwab, M. (2002a) Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS : 1-8
- Schwab, M. (2002b) Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, Teil 1 und Teil 2, JuS : 773-778 und 872-878
- Schwab, M. (2002c) Das neue Schuldrecht im Überblick, in : Schwab, M./Witt, C.-H. (hrsg.), *Einführung in das neue Schuldrecht*, C.H.Beck : 1-21
- Seibt, C. H./Wollenschläger, B. (2011) Dritthaftung des Abschlussprüfers kapitalmarkt-orientierter Unternehmen, DB : 1378-1385
- Stadler, A. (2015) Kommentierung zu § 328 BGB, in : Jauernig, O. (hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 16. Aufl., C.H.Beck
- Stahl, M. (1989) *Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen*, Peter Lang
- Straßer, Manuel (2003) *Die Haftung der Wirtschaftsprüfer gegenüber Kapitalanlegern für fehlerhafte Testate*, Peter Lang
- Strauch, D. (1992) Rechtsgrundlagen der Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, JuS : 897-902
- Stoll, H. (1978) Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in : Jakobs, H.H., *et*

- al. (hrsg.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt : 741-773
- Stübinger, M. (2015) *Teilnehmerhaftung bei fehlerhafter Kapitalmarktinformation in Deutschland und den USA : Zugleich ein Beitrag zur Systematik des § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB*, Mohr Siebeck
- Sutschet, H. (1999) *Der Schutzanspruch zugunsten Dritter*, Duncker & Humblot
- Teichmann, A. (2001) Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB : 1485-1492
- Thiele, W. (1967) Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ : 649-657
- Thole, Ch. (2015) Die Vertragshaftung des Steuerberaters gegenüber der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer für Insolvenzschäden - ein Prüfstein für die Grundsätze der Expertenhaftung, ZfPW : 31-59
- Ulmer, P./Brandner, H.-E./Hensen, H.-D. (1989) *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 6.Aufl., Otto Schmidt
- Wagner, G. (2014) Die mangelhafte Haftungsverfassung der Finanzmärkte : Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern gegenüber dem Anlegerpublikum, in: Callies, G.-P. (hrsg.), *Transnationales Recht*, Mohr Siebeck : 307-328
- Wagner, G. (2017) Kommentierung zu § 826, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7.Aufl., Bd.6, C.H.Beck
- Wagner, K.-R. (2001) Was leisten Prospektprüfungsgutsichten von Wirtschaftsprüfern und was nicht?, DStR : 497-504
- Westermann, H.P. (2004) Kommentierung zu § 328, in : Westermann, H.P. (hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11.Aufl., Otto Schmidt
- Wiedmann, H. (2003) *Bilanzrecht*, 2.Aufl., C.H.Beck
- Winkeljohann, N./Poullie, M. (2006) Kommentierung zu § 321 HGB, in : Ellrott, H., et al. (hrsg.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 6. Aufl., C.H.Beck
- Winkeljohann, N./Hellwege, H. (2006) Kommentierung zu § 323 HGB, in : Ellrott, H., et al. (hrsg.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 6. Aufl., C.H.Beck
- Wolf, M./Horn, N./Lindacher, W.F. (1984) *AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar*, C.H.Beck
- Zenner, A. (2009) Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter - Ein Institut im Lichte seiner Rechtsgrundlage, NJW : 1030-1034
- Zimmer, D. (2002) Kommentierung zu §§ 318, 323 HGB, in : Ulmer, P. (hrsg.), *HGB-Bilanzrecht, Großkommentar*, Teilband 2, de Gruyter
- Zöllner, W. (1988) Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20 Jahrhundert, AcP 188 : 85-100
- Zugehör, H. (2000) Berufliche „Dritthaftung“-insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notar-in der deutschen Rechtsprechung, NJW : 1601-1609

Zugehör, H. (2008) Uneinheitliche Rechtsprechung des BGH zum (Rechtsberater-) Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, NJW : 1105-1110

今西康人（1985）「第三者の契約責任について—ドイツにおけるプロスペクト責任を手懸りとして（1）」商大論集36巻5・6号：459-473

今西康人（1986）「第三者の契約責任について—ドイツにおけるプロスペクト責任を手懸りとして（2）」商大論集37巻5号：533-547

上田貴彦（2009）「契約外の第三者による情報責任根拠と信頼責任法理：ドイツ民法典における専門家情報責任論の新たな動向」同志社法学60巻7号：727-782

浦川道太郎（1988）「不法行為法改正に関するフォン・パールの立法的提案」下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社）：555-584

岡孝（1984）「情報提供者の責任」『現代契約法大系（7）』（有斐閣）：306-326

河内隆史（2002）「ドイツ取引所法における『目論見書責任（Prospekthaftung）』」法学新報108巻9・10号：157-180

黒沼悦郎（1988）「証券市場における情報開示に基づく民事責任（1）」法学協会雑誌105巻12号：1-73

黒沼悦郎（1989）「証券市場における情報開示に基づく民事責任（2）」法学協会雑誌106巻1号：74-131

ハイン・ケッツ / ゲルハルト・ヴァーグナー（2011）『ドイツ不法行為法』（吉村良一 / 中田邦博 [監訳]）（法律文化社）

高田志帆（2016）「ドイツ法における目論見書責任と会社の過失」法学研究89巻1号：215-236

滝沢昌彦（1993）「ドイツ法における『専門家の責任』」川井健（編）『専門家の責任』（日本評論社）：133-158

本田純一（2005）「契約責任の「第三者」への拡張」クレジット研究33号：102-113

松本恒雄（1978a）「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（1）」民商法雑誌79巻2号：187-202

松本恒雄（1978b）「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（2）」民商法雑誌79巻3号：380-418

松本恒雄（1979）「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（3）」民商法雑誌79巻4号：548-567

渡辺達徳（1988）「契約の現代的展開と契約責任の人的拡大—『第三者のための保護効を伴う契約』法理をめぐるドイツ判例の新展開を契機として」比較法雑誌22巻2号：57-84

渡辺達徳（1990）「専門的職業人の誤情報提供と損害賠償責任—税理士の責任に関する裁判例を手がかりとした比較的考察」比較法雑誌23巻4号：17-40

渡辺博之（1983）「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と「信頼責任」論—カナリスおよびシュトルの所論を中心として—」民商法雑誌88巻2号：260-284

論説（弥永）

（やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）