

節税商品取引における税理士の役割

— 我が国における節税商品過誤訴訟と適正公平な課税の実現 —

酒 井 克 彦

〔税 務 大 学 校〕
〔研 究 部 教 育 官〕

要 約

1 研究の目的

申告者数の増加、納税者意識の昂揚、課税・徴税実務が直面する事案の複雑化にみられるように税務行政を取り巻く環境は著しく変化している。

特に最近では、節税効果を謳って販売される節税商品が多様化を極めていくことも税務行政を取り巻く環境変化の一つに数えることができる。節税商品の多様化は金融ビッグバン以降の金融市場の自由化や各種の規制緩和を背景とするものであり、そのこと自体、経済の活性化の観点から見れば評価されるべきところもあろう。しかしながら、税に関する知識の乏しい一般の投資者に対して「節税商品」として勧誘されるものの中には、敢えて迂遠な契約関係を内在させた複雑なスキームを構築して課税逃れを企図するものもある。すなわち、「節税」の域を越えて、租税回避を企図する商品も現出するのである。

これらの商品については、第三者的評価も与えられず、また何らの規制もなく自由に販売されているのが現状である。

このような状況を放置することは、自覚のない投資者が節税商品と信じて課税逃れ商品に手を染めてしまうことを招来することにも繋がる。また、勧誘される「節税商品」に投資をすることで一般の投資者が爾後の更正・決定処分などを受け、加算税や延滞税といった不測の負担を被ることにもなる。すなわち、適正公平な課税の実現という観点からのみならず、投資者保護の観点からもかかる状況を放置することには問題がありそうである。

申告納税制度を採用している国税にあっては、納税者の自主的な申告行為に第一義的な国税債権債務の確定作業を委ねていることから、適正公平な課税の実現は納税者のコンプライアンスに多くを依存していることになる。しかし、上記のように税に関する知識の乏しい一般の投資者が節税商品取引に取り込まれることに対する規制は何ら行われていないのが現状である。

納税者のコンプライアンスの維持向上は税務行政における最も重要なテー

マの一つであるが、納税者に適正な情報が伝わっていないところではコンプライアンスの維持向上といっても空虚なものとなる。ここで差し当たり次の2点を指摘することができる。一つは、節税商品に投資する際に納税者が適確に判断を行えるようにするべきであるということ。更には、販売者が企図した節税に客観的評価を下して節税の域を越える真有りとされる商品の販売を規制すべき場面があり得るということである。

そのための措置として考えられる手法にはさまざまなものがある。例えば、税理士の果たすべき役割をそこに位置付けることもその一つであろう。税理士は「租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命」とするとされているからである（税理士1）。

税理士による節税商品に対する適法性監査の途を模索するかかる見地に立つと、税理士が自らに課された社会的使命を果たすことができるかどうかということが重要な関心事項となる。ただしこのことは、税理士制度の在り方や、税理士の顧客に対する責任論についての検討を抜きにしては考察し得ない事柄である。また、税理士が専門家としてその能力を十分に発揮した活動を展開するためのフィールドの整備、すなわちインフラストラクチャーの問題への検討も具体的に要請されると考える。

そこで、本稿では我が国における節税商品過誤訴訟などを素材として、適正公平な課税の実現の観点から節税商品取引における税理士の役割について、研究することとした。

なお、この研究は、節税商品取引に関与する税理士責任論の研究及び税理士による節税商品の適法性監査の研究の一環として位置付けられるものである。

2 研究の概要

(1) 税理士の使命と公共的な役割

税理士は、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、納税義務の適正な実現を図ることを使命とする。ここに、「独立」とは、納

税者にも税務当局にも偏することのないという意味での独立であり、「公正な立場」とは、納税義務の適正な実現を使命とする税理士に要請される立場であると理解されている。弁護士が依頼者の基本的人権を擁護するという使命を有するのとは、性質を異にするのである。

(2) コンプライアンスの維持・向上と税理士への期待

適正公平な課税の実現を使命とする税理士がその職責を果たすことは、税理士が租税専門家として納税者の相談に応じ、助言指導する立場にあることを考えると、納税者のコンプライアンスの維持向上にとって極めて重要な役割であるといえよう。

一方で、租税回避ともいえる商品の開発や販売に税理士が関与している例が少なくない。米国では租税専門家がタックス・シェルターの販売に関与しているケースが多く、タックス・シェルターの販売に関する説明義務を適正に履行していない租税専門家が納税者から訴えられるケースも多い。我が国においても同種の節税商品過誤訴訟が散見されるようになってきているところを見ると、決して米国に特有の問題と位置付けることはできそうにない。かかる意味では、税理士自身のコンプライアンスを維持するための方策も併せ考えていかなければなるまい。

(3) 節税商品取引と税理士の役割・責任

税理士は、納税義務の適正な実現を図ることを使命とするから、不正に国税や地方税の賦課徴収を免れることにつき、指示をしたり、相談に応じる等の行為をすることは許されない（税理士 36）。すなわち、納税義務の適正な実現を回避させ、又は具体的な方法を教示して税の逋脱を図らしめたり、これについて相談相手となり脱税等につき肯定的な回答をすること、また、税の逋脱を企図させる意思を持って具体的な見解を表明する等により脱税を示唆することは許されない。これに違反すると、戒告、懲戒処分のほか、懲役、罰金という刑事罰が科されることとされている（税理士 45 ①②、58）。したがって、節税商品の販売者から租税の逋脱を企図する取引についての説明を求められた場合に、税理士がかような取引について肯定

的な見解を表明することはできないと考えられる。

販売者から租税の遁脱を企図する取引についての説明を求められた場合には、脱税相談の禁止規定によりかかる取引への参加に歯止めがかかること、投資者の納税申告の際には、税理士から受けた節税商品に係る税制上の扱いの説明を活用し得ることが考えられる。このことから、コンプライアンスの高い税理士が節税商品に関与することは、長期的にみれば、むしろ納税義務の適正な実現に寄与することになるという見方もできるのではないと思われる。

他方、未だ下級審レベルではあるが、裁判例においては「法令の許容する範囲内で依頼者の利益を図る義務があるというべきである。」（東京高裁平成7年6月19日判決・判タ904号140頁）とか、「課税実務において認められる内容の相続税対策を考案し、これをもって自己が経営する会社等を介して税務相談をすべき注意義務があるというべきである。」（東京地裁平成10年11月26日判決・判タ1067号244頁）などと、節税措置義務が判示される傾向にある。かかる義務は（準）委任契約上の根拠を有していると思われるし、税理士の使命に反するものではないと思われる。

求められるのは、かかる義務を否定するということでも、節税商品取引に関与する税理士を批判することでもない。かかる義務が裁判所によって判断される現下において、税理士が社会的使命を自覚し、コンプライアンス意識を高く保持することの重要性が改めて認識される必要があるのではないと思われる。

（4）税理士の責任強化とインフラ整備

税理士の責任を強化する議論の方向性は、ともすると税理士を萎縮させ、いたずらに税理士の裁量権を限定する考え方に繋がりがねない。税理士の責任を明確にしつつ、税理士活動の萎縮を避けるためには、インフラストラクチャーを整備充実することが考えられる。一例として、文書回答手続の拡充や税理士会等における研修の充実の問題を挙げることができる。

イ 文書回答手続の拡充

これまで、国税庁が実施する事前照会に対する文書回答手続は税理士業を圧迫する虞を強調するがあまり、税理士活動に有害なものという位置付けで議論されてきた嫌いがある。しかしながら、税理士が爾後の責任追及をおそれて明確な回答を避けるような事態が想定される現下において、文書回答手続は税理士の責任ある業務をバックアップするものと位置付けることもできよう。また、税理士に課される民事上の調査義務や説明義務を履行する際の重要なツールともなり得る。かような見地からすれば、文書回答手続の充実は税理士の活動フィールドにおける重要なインフラ整備を意味すると考えられる。

ロ 研修の充実

更に、税理士が社会的使命を自覚し、責任をもって活動するために、税理士の保持すべき専門的知識を確固たるものにするというのもその一つの方策であろう。

ドイツにおける連邦税理士会議所及び税理士会議所の任務には職業教育の促進が掲げられている。税理士の職業教育を促進するために、連邦税理士会議所ではドイツ税法学会との緊密な協力関係を構築している。ドイツ税理士法に規定する税理士会議所によるセミナー実施は、我が国税理士法の「税理士は、所属税理士会及び日本税理士会連合会が行う研修を受け、その資質の向上を図るように努めなければならない」との規定に通ずる（税理士法 39 の 2）。税理士には租税専門家としての社会的期待が寄せられており、高度な注意義務が要求されていることなどに鑑みれば、税理士自身に研鑽義務が要請されることとは別に、税理士会が会員たる税理士に対して研修制度を充実させることも税理士会の社会的責務であるといえよう。

ハ 残された問題—税理士職業賠償責任保険の強制加入制度

税理士職業賠償責任保険の免責事項を巡っては数々の訴訟が提起されているが、免責事項によって保険填補が否定されるケースは少なくない。免責事項が大きく実際の責任保険としての機能を疑問視する見解もあ

る。一方で、過少申告についてのモラルハザードの問題から、本来納めるべき納税額相当を保険の対象から外すことは、税理士の社会的使命を前提とすれば肯定されることになる。より深慮ある検討が要請されるところである。

ドイツでは、税理士職業賠償責任保険への強制加入が義務付けられている。社会的使命を帯びた税理士がその職責を十分に果たすためにも、同保険の強制加入制度の導入を検討すべきではなかろうか。

3 結びに代えて

税理士制度は、税理士による納税義務者の援助を通じて、納税義務者が自己の負う納税義務を適正に実現し、これによって、申告納税制度の円滑、適正な運営に資することを期待して設けられたものである。税理士法1条の「申告納税制度の理念にそって」との表現は、かような税理士制度と申告納税制度とを形影相伴う一体のものとして捉えた表現であると理解できる。

税理士は納税義務の適正な実現を図るために、独立した公正な立場で、税務に関する専門家としての良識に基づき行動しなければならない。かかる良識が、社会的使命感を基礎にしたものであるべきことはいうまでもなかろう。

なお、税理士に対する責任の追及が厳しくなっているということは、税理士の社会的な責任が高く認識されていることの表れであると思われるし、そのことは同時に税理士に対する社会の期待が高まっているということでもある。税理士が社会的使命を自覚し、租税専門家としての責任をもって活動するための自己研鑽と研修の重要性は、改めて強調してもなお余りあると考える。

目 次

はじめに	539
第1章 税理士の使命と公共的な役割	541
序	541
第1節 納税義務の適正な実現を図ることを使命とする税理士の立場	541
1 昭和55年税理士法改正	541
2 独立した公正な立場	542
第2節 税理士の使命論	545
1 公的業務の担い手としての税理士	545
2 税理士の公共的使命	550
第2章 税理士の節税措置義務と税理士倫理	553
序	553
第1節 税理士の節税措置義務	554
1 税理士に課される節税措置義務	554
2 節税措置義務の法的根拠	556
第2節 税理士による租税回避策の考案と節税措置	564
1 節税策の考案と税理士の注意義務	564
2 節税措置義務の射程範囲と予測可能性	566
第3節 ドイツにおける税理士の節税措置義務と注意義務	570
1 税理士法上の責任	570
2 税理士の説明義務・情報提供に係る責任	572
3 税理士の節税措置義務	574
4 税理士に要求される高度の注意義務	574
5 我が国における税理士の注意義務との比較考察	577
第4節 税理士倫理と節税措置	579
1 納税者のコンプライアンスと税理士の役割	579
2 節税手段と節税措置義務	580

3	税理士倫理と弁護士倫理	584
第3章	節税商品取引と税理士の説明義務	588
	序	588
第1節	節税商品取引における説明義務	589
1	説明義務の意義	589
2	説明義務の二重構造的性	591
3	「課税上の取扱い」に係る説明	593
4	税務否認リスク	595
第2節	説明義務者の適格性—説明者の専門的知識の欠如	598
1	問題点の所在	598
2	販売者の専門的知識の欠如が問題とされた事例	599
3	節税商品販売者の専門的知識の欠如	608
4	節税商品取引における税理士の役割	609
第3節	説明義務の適格性—税理士法による制約	610
1	税理士法による説明の制約	610
2	税理士法1条の解釈—精神的規定説	613
3	自己契約限定説と第三者契約許容説	614
第4節	販売者の消極的説明義務と税理士に対する説明の勧奨	616
1	税理士への説明行為の委任	616
2	消極的説明義務	617
3	専門的知識の欠如した者及び非税理士に係る消極的説明義務	619
4	医師の転医勧告義務	620
5	結果回避義務と期待権侵害に基づく信義則上の義務	622
第5節	税理士の説明義務	623
1	医療過誤訴訟と税理士過誤	624
2	自己決定権論と税理士の裁量	626
3	自己決定権論的アプローチの射程	628
第6節	税理士の消極的説明義務と他の専門家に対する説明の勧奨	628

1	節税商品販売者と税理士の消極的説明義務	629
2	税理士業務の範囲と節税商品の説明義務	629
3	消極的説明義務とその限界	633
4	消極的説明義務の履行と実体法上のルール作り	637
第4章	税理士の責務と税理士制度を取り巻くインフラストラクチャー	638
	序	638
第1節	インフラストラクチャー整備の必要性	638
第2節	文書回答手続の充実	639
1	税理士の調査義務と注意義務	639
2	税理士の調査義務	641
3	税務署への調査義務の類型	644
4	文書回答手続の整備と税理士による照会の将来的な意義	647
第3節	税理士の研鑽義務と研修制度	649
1	税理士の研鑽義務	649
2	注意義務の水準維持のための研鑽義務	650
3	税理士の使命論から導出される研鑽義務	653
4	ドイツにおける税理士会議所の役割と研修制度	655
5	我が国における研修制度の充実	660
第4節	残された問題—税理士職業賠償責任保険の強制加入制度	662
	結びに代えて	664
	[参考1] 本稿において取り上げた節税商品過誤訴訟	665
	[参考2] 参考とした拙稿一覧	666

はじめに

申告者数の増加、納税者意識の昂揚、課税・徴税実務が直面する事案の複雑化にみられるように税務行政を取り巻く環境は著しく変化している。

特に最近では、節税効果を謳って販売される節税商品が多様化を極めていることも税務行政を取り巻く環境変化の一つに数えることができる。節税商品の多様化は金融ビッグバン以降の金融市場の自由化や各種の規制緩和を背景とするものであり、そのこと自体、経済の活性化の観点から見れば評価されるべきところもあろう。しかしながら、税に関する知識の乏しい一般の投資者に対して「節税商品」として勧誘されるものの中には、敢えて迂遠な契約関係を内在させた複雑なスキームを構築するなどして課税を逃れることを目的とするものもある。すなわち、「節税」の域を越えて、租税回避を企図する商品も現出するのである。

これらの商品については、第三者的評価も与えられず、また何らの規制もなく自由に販売されているのが現状である。

このような状況を放置することは、自覚のない投資者が節税商品と信じて課税逃れ商品に手を染めてしまうことを招来することにも繋がる。また、「節税商品」に投資をすることで一般の投資者が爾後の更正・決定処分などを受け、加算税や延滞税といった不測の負担を被ることにもなる。すなわち、適正公平な課税の実現という観点からのみならず、投資者保護の観点からもかかる状況を放置することには問題がありそうである。

申告納税制度を採用している国税にあっては、納税者の自主的な申告行為に第一義的な国税債権債務の確定作業を委ねていることから、適正公平な課税の実現は納税者のコンプライアンスに多くを依存していることになる。しかし、上記のように、税に関する知識の乏しい一般の投資者がかかる節税商品取引に取り込まれることに対する規制は何ら行われていないのが現状である。

納税者のコンプライアンスの維持向上は税務行政における最も重要なテーマの一つであるが、納税者に適正な情報が伝わっていないところではコンプライ

アンスの維持向上といっても空虚なものとなる。ここでいくつかの示唆を得ることができる。一つは、節税商品に投資する際に納税者が適確に判断を行えるようにするべきであるということ。更には、販売者が企図した節税に客観的評価を下して節税の域を越える真有りとされる商品の販売を規制すべき場面があり得るということである。

そのための措置として考えられる手法にはさまざまなものがある。例えば、税理士の果たすべき役割をそこに位置付けることもその一つであろう。

税理士は「租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命」とするとされているからである（税理士1）。現下において、税理士に期待されるものは決して小さくはない。

このような見地に立つと、税理士が自らに課された社会的使命を果たすことができるかどうかということが重要な関心事項となる。ただしこのことは、税理士制度の在り方や、税理士の顧客に対する責任論についての検討を抜きにしては考察し得ない事柄である。また、税理士が専門家としてその能力を十分に発揮した活動を展開するためのフィールドの整備、すなわち法的インフラ整備の問題への検討も具体的に要請されると考える。

そこで、本稿では我が国における節税商品過誤訴訟などを素材として、適正公平な課税の実現の観点から節税商品取引における税理士の役割について、研究することとした。

なお、最後に本稿執筆に当たり参考とした拙稿を示した（〔参考2〕）。

第1章 税理士の使命と公共的な役割

序

かねてより、税理士の使命論についての議論は盛んであり、税理士制度研究のうち最も優れた先行業績に恵まれている分野の一つであると思われる。とりわけ昭和55年税理士法改正前後においては、税理士の使命を弁護士のそれとの比較において議論を展開する試みが採られるなど、一定の成果を産み出してきた。最近でも、税理士の損害賠償訴訟や、税理士に対して所得の隠ぺいを行った納税者に課された重加算税の適法性を巡る租税訴訟などにおいて、税理士の使命論が議論されている⁽¹⁾。

以下では、税理士の使命と公共的な役割についての若干の所見を述べることにする。

第1節 納税義務の適正な実現を図ることを使命とする税理士の立場

1 昭和55年税理士法改正

税理士の使命や役割を語るには、税理士の立場について検討する必要があるが、ここでは昭和55年の税理士法改正をなぞることとしよう。

改正前の税理士法1条は、「税理士は、中正な立場において、納税義務者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務を適正に実現し、納税に関する道義を高めるように努力しなければならない」と規定していた。こ

(1) 税理士は独立した公正な立場に立ち、適正公平な課税の実現を図ることを使命とする規定されているが、かかる規定を巡る議論においては、「税理士の使命」、「税理士の役割」、「税理士の立場」の問題が複合的に論じられており、管見するところそれらの意味合いが必ずしも明確にされているとはいえないのではないかという疑問がある。しかし、かような疑問は税理士法1条を後述する精神的規定説の立場から捉えれば、さしたる不都合を惹起することはなさそうである。

の旧法では、「税理士制度を、依頼者である納税者の代理等の業務に当たり、人格及び能力を有し、納税者と税務署とに一方に偏することなく、憲法に定められた納税義務が正しく履行されることにより、わが国の申告納税制度の円滑、適正な運用（税務行政）に資することを期待する」と考えられていたようである⁽²⁾。

これに対して、昭和 55 年改正後の税理士法 1 条は、「税理士は、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とする」と規定している（下線箇所が改正部分）。

ここで改正された箇所についてみると、「税務に関する専門家として」という言葉が挿入され（「4」で検討）、「中正な立場」が「独立した公正な立場」とされている（「2」で検討）。更に、「申告納税制度の理念にそって」という文言が挿入され（「3」で検討）、「納税に関する道義を高めるように努力しなければならない」という箇所は、税理士のみならず道義の高揚を求めることが妥当でないという見地からこれが完全に削除され、「納税義務の適正な実現を図ることを使命とする」として締めくくられた（「3」で検討）。以下、昭和 55 年改正によって示された納税義務の適正な実現を図ることを使命とする税理士の立場について、検討を加えることとしたい。

2 独立した公正な立場

「中正な立場」を「独立した公正な立場」と改正した理由は奈辺にあるのであろうか。「独立」とは、納税者にも税務当局にも偏することのないという意味での独立であり、「公正な立場」とは、納税義務の適正な実現を使命とする税理士に要請される立場である。

税理士に対する資料の隠匿等が重加算税の対象となるか否かが争点とされた事件の上告審最高裁平成 7 年 4 月 28 日第二小法廷判決（判時 1529 号 55

(2) 日本税理士会連合会『税理士法逐条解説』（1977）。

頁)⁽³⁾では、独立した公正な立場において納税義務の適正な実現を図ることを使命とする税理士に対して事実を隠ぺいしたことは重加算税の隠ぺいに該当すると判断した。

弁護士法にいう使命が依頼者の基本的人権を擁護するという観点からの使命であるのに対して、税理士法1条には独立公正な立場から適正公平な課税を実現するという公共的使命が掲げられている⁽⁴⁾。税理士と弁護士はその使命を異にする^{(5)・(6)}。そのことから直截に税理士に公正な立場が要請されるといえるわけではないが、少なくとも、公正でない立場にあっては適正公平な課税を実現することはできない。したがって、かかる税理士の公正な立場とは、適正公平な課税の実現をなし得るかどうかという文脈で当然のコロラリーとして導出されると理解することができよう。

-
- (3) 控訴審は大阪高判平6.6.28(民集49巻4号1271頁)。主な判例評釈として、差し当たり、近藤崇晴「判評」ジュリ1073号313頁、同「判評」曹時47巻9号324頁、佐藤孝一「確定的な脱税意思に基づく税理士に対する資料の隠匿等と重加算税賦課の許否」税経通信50巻11号215頁、渋谷雅弘「重加算税の賦課要件を満たすとされた事例」『金融取引の課税問題』187頁以下、水野武夫「判評」民商114巻3号121頁、法律時報編集部「判評」法時67巻10号103頁、三木義一『重加算税の賦課要件としての隠ぺい仮装』と顧問税理士の立場」近畿税理士会389号。
- (4) 独占業務化されている趣旨が弁護士法の独占業務の根拠とは性質を異にしていることなども、税理士は弁護士とその立場を異にしていることの根拠に数えることができるかもしれない。大武健一郎『改正税理士法について』5頁(TKC会報8月特別号)、松沢智『税理士の職務と責任〔第三版〕』45頁(中央経済社1996)参照。
- (5) 昭和54年6月5日衆議院大蔵委員会において、福田政府委員は、「司法の面における権利の擁護と行政面における問題は違うという性格があるかと思います。この辺がほかの行政面における考え方、特に税の場合にはもっと適正納税ということが出てまいります。…これはやはり弁護士法的な権利擁護とは違った行政面における適正な租税法律主義による法律の執行、これをお互いに信頼し合って実現していくという趣旨のものであろうと思います。」と答弁している。
- (6) この点については、従来から学説上争いがあり、北野弘久教授は、「税理士の使命は弁護士法に準ずるものに改められねばならない。それは、納税者の代理人であり、租税に関する法律家であることを示すものでなければならぬといえよう。一口にいえば、税理士は、納税者の代理人として憲法および税法によって認められている納税者の正当な法的権利の擁護を通じて納税義務の履行に協力することを使命とする」とされており、その趣旨は、税理士の使命を弁護士のそれと同列で論じるものと思われる(北野『税理士制度の研究』107頁(税務経理協会1995))。

このように昭和 55 年改正法では、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、納税義務の適正な実現を図ることを使命とする点が特に強調されたと理解することができるのであり、この精神に則って税理士はその使命を果たさなければならないと解すべきであろう。

昭和 55 年税理士法改正により、同法 1 条が、文言上、納税道義を高める税理士の努力の規定から納税義務の適正な実現を図ることの税理士の使命の規定へと改正された。更に、税理士法 1 条の標題が、「税理士の職責」から「税理士の使命」に変更されていることにも注目すべきであろう。

税理士法が税理士の独立した公正な立場から納税義務の適正な実現を図ることを税理士の使命と位置付けたことからすれば、この税理士の立場は、むしろ納税義務の適正な実現のための前提条件として捉えることができそうである。

また、同年改正では、税理士法 41 条の 3 において、「税理士は、税理士業務を行うに当たって、委嘱者が不正に国税若しくは地方税の還付を受けている事実又は国税若しくは地方税の課税標準等の計算の基礎となるべき事実の全部若しくは一部を隠ぺいし、若しくは偽装している事実があることを知ったときは、直ちに、その是正をするよう助言しなければならない」としている。かような税理士の助言義務の新設は「納税義務の適正な実現」を担保しているといえるが、税理士の独立した公正な立場は、助言義務の前提としての意味をも併せ有すると解すべきであろう⁽⁷⁾。

次に、申告納税制度の理念とは何かという問題に突き当たる。

税理士制度は、税理士による納税義務者に対する援助を通じて、納税義務者が自己の負う納税義務を適正に実現し、これによって、申告納税制度の円滑、適正な運営に資することを期待して設けられたものである。「申告納税制度の理念にそって」との表現は、かような税理士制度と申告納税制度とを形

(7) 税理士法 41 条の 3 の規定への反論として、加藤義幸『税理士法と民事責任』30 頁（六法出版社 1996）。

影相伴う一体のものとして捉えた表現であると説明されている⁽⁸⁾。

税理士は、納税義務の適正な実現を図るために、委嘱者たる納税義務者を援助するに当たって、納税義務者あるいは税務当局のいずれにも偏しない独立した公正な立場で、税務に関する専門家としての良識に基づき行動しなければならないということになる。

第2節 税理士の使命論

1 公的業務の担い手としての税理士

税理士は「税務に関する専門家」とされているが（税理士1）、ここにいう「税務」とは何を指すのであろうか。

新井隆一教授は、『『税務』とは、すなわち、実定租税法律に定められてある租税に関する法律要件の内容を特定する作業、すなわち、実定租税法律の解釈をする作業、その内容を特定した実定租税法律に定められてある租税に関する法律要件にあてはめるべき事実を認定する作業、その認定した事実をその内容を特定した実定租税法律に定められてある租税に関する法律要件にあてはめる作業、すなわち、実定租税法律の適用をする作業の三要素からなる総合的かつ有機的な作業である。』とされる⁽⁹⁾。換言すれば、税理士が税務に関する専門家として行う行為は、実体租税法に関する解釈、事実認定及び法律適用からなる作業であるというのである。

立法者は、ここにいう「税務」を税務会計に関する職域に限定したものと想定していたようであるが⁽¹⁰⁾、近時の改正をみると、これらの限定的な「税務」に関する専門家としての税理士像では説明しきれない局面に気付く。というのは、近時の改正による税理士の公共的使命の拡大傾向は、単に税務会

(8) 日本税理士会連合会『新税理士法』29頁（税務経理協会2002）。

(9) 新井隆一「税理士制度の基本的理念」日税研論集24号『税理士制度』9頁（日本税務研究センター1993）。

(10) 日本税理士会連合会・前掲注(8)29頁、加藤・前掲注(7)26頁。

計の専門家としての使命から、更に発展的な使命論をもってしなければ説明が付かないのではないかと思われるからである⁽¹¹⁾。

次に、近時の税理士に対する社会的使命の拡張と税理士の公共的使命との関係について、概観してみたい。

税理士業務に付随して行う社会保険労務士業務（社労士 27、同令 2）や地方公共団体外部監査制度、成年後見制度、特定調停制度、監査委員制度等公益的業務（地方自治 252 の 28 等）、商法規定の設立時における現物出資及び財産引受の目的物たる財産の価格証明業務（商法 168①五、六）といったいわゆる税理士の周辺業務が法によって拡大されてきたのは、独立した公正な立場を堅持し得る者としての評価があるためであろう。

また、平成 17 年の商法改正により新たに導入された会計参与制度も、税理士に対する同様の評価を基礎としていると理解することができる。

（1）地方自治体における公的監査

地方自治法 252 条の 28 において、税理士は地方自治体が外部監査契約を締結することのできる有資格者に数えられている。これは、税理士の高度な知識、経験、資質が認められたことによると説明されている⁽¹²⁾。

日本税理士会連合会は、時代の要請に応えるため、税理士がその能力を活かしながら行うことのできる公益的業務を周辺業務等の一環として捉えることとした。そこで、同連合会は公益的業務対策特別委員会を設置し（平成 13 年 7 月 26 日）、研修等を通じこれに関わる税理士会会員に対する支援体制の確立を図っている⁽¹³⁾。具体的には、地方公共団体外部監査制度、成

(11) もっとも、かかる改正から税理士の使命が拡大されたとの説明ではなく、むしろ、そもそも、税理士の使命が広範なものであったからこそ、近時改正により税理士の役割を拡張し得たという立論も成り立つ。あるいは、これらの税理士の役割の拡張は何ら使命を拡張したことにはならないとの反論も考え得るが、公共的な役割の拡張が要請されることを使命論と断絶させることの積極的根拠は奈辺にあるのか答えを持ち合わせない。

(12) 坂田純一『実践税理士法〔第 2 版〕』60 頁（中央経済社 2002）。

(13) 坂田・前掲注（12）65 頁。

年後見制度⁽¹⁴⁾、特定調停制度（民事調停委員）、監査委員制度、公益法人の外部監査制度、NPO 法人の経理アドバイザー制度などがこれに当たる。

（2）商法上の会社設立時評価

平成 14 年 5 月の商法改正によって、現物出資等が行われるときの証明として、これまでの弁護士⁽¹⁵⁾の証明に加えて、税理士又は税理士法人による証明が認められることとなった（商法 173②三）。その理由は、「税理士は、地方自治法第 252 条の 28 において地方自治体が外部監査契約を締結することのできる有資格者として、弁護士や公認会計士と並んで規定されており、その職務内容からみても、的確な証明を行う能力を有していると考えられること、地方によっては、弁護士、公認会計士の証明を受けることに困難を伴う場合もあると考えられること、中小企業等においては、税理士に証明を依頼したいというニーズがあると指摘があったこと。」等が挙げられている⁽¹⁵⁾。

（3）税務援助

税務援助とは、税理士又は税理士法人が関与していない小規模零細納税者で、①小規模事業所得者や、②地域の実情その他を考慮して税務に関する援助を必要とすると税理士会が認める者に対して⁽¹⁶⁾、税務に関する相談、記帳に関する指導、税務書類作成に関する指導を無償にて行い、又は会計帳簿の記帳代行や税務申告に係る決算代行又は決算書の作成を廉価な報酬によって行うことをいう⁽¹⁷⁾。

税理士法 49 条の 2 第 2 項 9 号では、「委嘱者の経済的理由により無償又は著しく低い報酬で行う税理士業務に関する規定」を税理士会の会則に記載しなければならないこととされている。日本税理士会連合会税務援助の

(14) 任意後見契約に関する法律による任意貢献制度。

(15) 坂田・前掲注（12）65 頁。

(16) これらの対象者は、前年分所得金額（専従者控除前又は青色特典控除前）を規準として選定することとされている（日本税理士会連合会税務援助の実施に関する規則 2②）。

(17) 日本税理士会連合会税務援助の実施に関する規則 2～4。

実施に関する規則において、税理士は、その事務所に所属する税理士が行う税務援助業務に理解を示し、協力しなければならないとされている（同規則6の2）。

米国では、ボランティアなどによる低所得者等向け VITA⁽¹⁸⁾や高齢者向け TCE⁽¹⁹⁾があるが⁽²⁰⁾、我が国で税務援助を行い得るのは税理士しかいない⁽²¹⁾。

かような税理士報酬を支払う資力の乏しい小規模納税者等に対する社会的貢献である税務援助を日本税理士会連合会が実施する根拠も、税理士の公共的使命にあると考えられる⁽²²⁾。

(4) 会計参与

平成17年商法改正により、計算書類を取締役と共同して作成する内部機関として、会計参与制度が導入された⁽²³⁾。

会計参与とは、株主総会により選任され、会計に関する専門的識見を有する者であるとされる公認会計士、税理士が、取締役・執行役と共同して計算書類を作成するとともに、当該計算書類を取締役等とは別に保存し、株主・会社債権者に対して開示すること等をその職務とする株式会社の機関をいい、任意に設置できる。会計参与制度創設の趣旨は、特に会計監査人の設置されていない中小会社の計算書類の記載の正確さを高めること、及び会計に関する専門的識見を有する会計参与が計算書類の作成に関与することにより、取締役の計算書類の作成や株主に対する説明の労力が軽減され、取締役が経営に専念することができる等の特徴を有するとされている

(18) The Volunteer Income Tax Assistance Program. 低所得者（年間35,000ドルの所得未満）、障害者、英語を話せない者に対する税務援助制度である。

(19) Tax Counseling for the Elderly. 60歳以上の高齢者を対象に行われる税務援助プログラムである。確定申告期には、AARP（American Association of Retired Persons）が9,000以上の場所で開催する。

(20) <http://www.irs.gov/individuals/article/>

(21) 粕谷幸男「日本の税務専門家制度の比較」中村芳昭監修『税務行政の改革』131頁（脛草書房2002）。

(22) 水野忠恒=中里実監修『21世紀の税理士事務所〔改訂版〕』58頁（税務経理協会1999）。

(23) 会計参与については、差し当たり、酒井克彦「中小会社における会計参与の意義と展望」税務弘報53巻1号65頁以下参照。

(24)。

つまり、本制度は主に中小会社を対象として、計算書類の記載の正確性を高めることを目的としていることから、会計帳簿の作成段階にも立ち入って、会計参与が当該会社の会計面を支援することになる⁽²⁵⁾。

会計参与の任期は、原則として2年、報酬額は株主総会で承認される⁽²⁶⁾。株式会社の機関設計として、取締役会を設置した場合には、監査役（監査役会を含む。）、会計参与、又は三委員会（指名委員会、監査委員会、報酬委員会、執行役）のいずれかを設置しなければならない。なお、株式譲渡制限会社以外の株式会社には、取締役会を設置しなければならないとされている。

会計参与は、株式会社又はその子会社の取締役、執行役、監査役、会計監査人又は支配人その他の使用人を兼任することができない（商法 276 条関係）。ただし、会計監査人と会計参与とが併存することは可能なので、内部機関として会計参与を置き、外部の監査法人又は公認会計士による会計監査人を置くことは妨げられない。しかし、会計監査人には独立性が問われるため、会計参与と会計監査人を同一人物が就任することなど、これを損なうことは許されないと考えられる⁽²⁷⁾。

会計参与を設置した場合、その旨及び当該会計参与の氏名又は名称を登記するものとされ、会社・第三者に対する責任については、社外取締役と同様の規律を適用するものとし、株式会社に対する責任については株主代表訴訟の対象とされる。

(24) 法務省民事局参事官室「会計参与（仮称）制度について」1頁（2004）。

(25) 高田順三『『会計参与（仮称）制度』の趣旨と意義』税経通信 59 巻 12 号 135 頁。

(26) 「会社法制の現代化に関する要綱案（第二次）」（2004）11 頁。

(27) なお、大会社を除く株式譲渡制限会社のうち、取締役会を設置する会社においては、会計参与を選任することにより、監査役の設置を省略することができるとされている。

2 税理士の公共的使命

専門家責任論で頻繁に引用される西島梅治教授の定義によると、「プロフェッションとは、科学または高度の知識に裏付けられ、それ自体一定の基礎理論をもった特殊の技能を、特殊な教育または訓練によって習得し、それに基づいて不特定多数の市民の中から任意に呈示された個々のクライアントの具体的な要求に応じて具体的活動を行い、よって社会全体の利益のためにつくす職業である」とされる⁽²⁸⁾。

税理士法1条の「職務」から「使命」への改正は、職務上の責任が示された規定であったものが税理士の果たすべき公共的使命を明確にしたものへと改正されたことを意味すると説明されている^{(29)・(30)}。税理士制度創設の趣旨に照らせば、税理士は、納税者の自主申告を援助し、納税義務の適正な実現を図るという極めて崇高な公共的使命⁽³¹⁾を有していると理解することができる⁽³²⁾。税理士がプロフェッションたる所以の一つはここにあるとも考えられる

(28) 西島梅治「プロフェッショナル・ライアビリティ・インシュランスの基本問題」『現代損害賠償法講座8 損害と保険』154頁（日本評論社1973）。専門家責任論については膨大な先行業績があるが、主なものとして、能見義久「専門家の責任—その理論的枠組みの提案」『専門家の民事責任』別冊NBL28号6頁、川井健編『専門家の責任』（日本評論社1993）、特集『専門家の責任—法理の課題と展望—』法時67巻2号など参照。福田幸弘『税理士の役割と税務行政』68頁（北陸税理士会1984）は、「公共的な使命があるからこそ信頼関係が、一般的に社会的な地位の向上につながる」とされる。

(29) 従来から「中正な立場」の意義が必ずしも明確でないとの議論等種々の指摘があったことを考慮し、申告納税制度の下において、税理士の果たすべき役割あるいは位置付けを明確にするという見地から改正が行われ、現行法に改正されたものであり、税理士が公共的使命を担うものであることについては、現行法上も同様である（日本税理士会連合会・前掲注（8）29、31頁）。

(30) 坂田・前掲注（12）24頁。この改正を、義務本位主義的な制度から権利本位主義的な制度へ脱皮するものとして評価する見解として、新井隆一「社会から期待される税理士像」『20周年記念論文』近畿税理士界246号別冊10頁参照。

(31) 税理士の公共奉仕性の観点からの議論として、東海税理士会公開討論会実行委員会=名古屋税理士会公開討論会実行委員会『第21回日税連公開研究討論会』9頁（東海税理士会・名古屋税理士会1993）。

(32) 自由職業専門家としての職業法に「使命」を掲げ、公共性を示すのは、税理士法と弁護士法だけである。

(33)。

前出最高裁平成7年4月28日第二小法廷判決の第一審である神戸地裁平成5年3月29日判決（民集49巻4号1261頁）は、納税者が、株式等の売買による所得を申告しなければならないことを熟知しているにもかかわらず確定的な脱税の意思に基づいて、かかる取引資料をまったく保存せず、「確定申告書作成のために自ら依頼した税理士に対しても課税要件を充足する株式等の売買による所得があったことを隠匿し、税理士から所得に関する資料の提出を求められたのに対し、自己の他の種類の所得についての資料を提出しながらも、株式等の取引に関する資料を提出せず、その所得部分を脱漏させて、ことさら所得金額を過少にした内容が虚偽の申告書を税理士に作成させたことが、国税通則法68条1項にいう隠ぺい行為等に当たる」とした。

かかる神戸地裁の考え方は、最高裁まで維持された。最高裁判決は、「税理士に対する所得の秘匿等の行為を税務官公署に対するそれと同視することはできないが、税理士は、納税者の家族や使用人のようにその単なる履行補助者の立場にとどまるものではない」と説示しているのである。

このような判決の考え方は、税理士の公共的使命に基礎を置く税理士法41条の3の助言義務の考え方にも通ずるところがあるように思われる。すなわち同条によると、税理士は、税理士業務を行うに当たって、委嘱者が不正に、①国税等を賦課若しくは徴収を免れ、又は②還付を受け、③課税標準の計算の基礎となるべき事実の全部又は一部を隠ぺいし、若しくは偽装している事実があることを知ったときは、直ちに、その是正をするよう助言しなければならないとされている。税理士は、これらの①ないし③までの事実を知ったにもかかわらず助言をしなかったときは、脱税相談の禁止（税理士36）、不真正税務書類の作成の禁止（税理士45）に該当し、懲戒処分の対象となるの

(33) 石村善助『現代のプロフェッション』25頁（至誠堂1969）はプロフェッションの仮の定義として、「学識…に裏づけられ、それ自身一定の基礎理論をもった特殊な教育または訓練によって習得し、それに基づいて不特定多数の市民の中から任意に呈示された個々の依頼者の具体的要求に応じて具体的奉仕活動をおこない、よって社会全体の利益のために尽す職業である。」と示される。

である。これらの規定は遁脱犯を前提としているという留保はあるにしても、税理士に対する隠ぺいは単に履行補助者に対する隠ぺいと同視できないとする最高裁の考え方に通ずると理解できよう⁽³⁴⁾。

なお、税理士の公共的使命の根拠を税理士の独占性に求めることも可能ではあろうが、この点については否定的見解が示されている点に留意しておきたい⁽³⁵⁾。

(34) 金子宏教授は、税理士法 36 条の脱税相談等の禁止規定は、税理士が専門的職業人であることに由来していると指摘されている（金子宏『租税法〔第 10 版〕』164 頁（弘文堂 2005））。

(35) 否定的な見解として松沢・前掲注（4）316 頁は、「税理士制度の公共性とは、決して国家財政収入という税を扱う独占的職業であるとの観点から論ずべきではない。」と主張される。

第2章 税理士の節税措置義務と税理士倫理

序

適正公平な課税の実現を使命とする税理士がその使命を果たすことは、税理士が租税専門家として納税者の相談に応じ、助言指導する立場にあることを考えると、納税者のコンプライアンスの維持向上にとって極めて重要な意味を有するといえよう。

一方で、税理士は受任者として「納税義務者の信頼に応え」る必要がある（税理士1）。税理士は顧客との間で締結した委任契約若しくは準委任契約に基づき依頼者の委任の本旨を汲み取ってこれに応じなければならないのである。すると、委任の本旨に「節税」を読み取ることができる場合には、節税の措置を講ずることが税理士に要求されるということにもなる。

米国では租税専門家がタックス・シェルターの販売に関与しているケースが多く、タックス・シェルターの販売に関する説明義務を適正に履行していない租税専門家が納税者から訴えられるタックス・シェルター・マルプラクティス訴訟（節税商品過誤訴訟）が頻発している。我が国においても課税逃れの方策を考案した税理士が依頼者から損害賠償請求を訴えられる節税商品過誤訴訟が発生している。このような事例をみると、決して米国に特有の問題と片付けることはできそうにない。そこでは、税理士自身のコンプライアンスを維持するための方策も併せ考えていかなければなるまい。

本章では、幾つかの裁判例において判示されている節税措置義務について、その法的根拠を明らかにするとともに、かかる義務を税理士の使命論の観点からも検討することとする。更に、かかる義務の射程の問題について、税理士倫理論を切り口に若干の言及を行うこととする。

第1節 税理士の節税措置義務

1 税理士に課される節税措置義務

税理士は、顧客と締結した委任契約若しくは準委任契約上の義務を負っている。受任者である税理士は、委任契約に係る注意義務に基づいて適正な事務処理を行うことを要求されている。

ところで、ここにいう税理士に課される注意義務とはどのようなものであろうか。その範囲や要求される注意義務のレベルについては、どのように考えるべきであろうか。

例えば、東京地裁平成9年10月24日判決（判タ984号198頁：①事件）⁽³⁶⁾では、居住用不動産を譲渡した場合に長期譲渡所得の課税の特例を受けられるような申告方法を税理士が採らなかったことに税理士の過失を認めている。

東京地裁は、「税理士は、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命としている（税理士法1条）。したがって、税理士は、税務の専門家として、納税義務者から税理士業務を依頼された場合には、税理士業務を特定の方法で遂行す

(36) この事件については、差し当たり、酒井克彦「税理士の節税措置義務—東京地裁平成9年10月24日判決を素材として—」税務弘報53巻4号65頁以下参照。

原告Xは、平成4年分の確定申告の際、A取引に係る不動産の譲渡所得を申告しなかったため、平成6年になって、かねてから税務申告手続を依頼している被告Y税理士に、A取引に係る譲渡所得の修正申告手続を依頼するとともに、B取引に係る譲渡所得の税務申告手続を依頼した。Y税理士は、Xのために、A取引についてのみ、平成4年分の譲渡所得として修正申告手続を行い、B取引については、平成6年3月に、平成5年分の譲渡所得として確定申告手続を行った。その後、納税を終えたXは、これらの取引を一括して申告していたならば居住用不動産を譲渡した場合の長期譲渡所得の課税の特例による軽減措置を受けられたはずであるのに、その軽減を受けられなかったのは、Y税理士に過失があると主張して、課税軽減を受けられたはずの金額の損害賠償を求め、訴えを提起した。これに対し、同一年分の所得として申告手続をせず、別の年分の所得として税務申告手続をとった点に過失はないとY税理士は主張した。

ることを指定されたとき、特定の税理士業務のみを独立に指定して依頼されたとき、又は納税義務者にとってより有利な途を選択することに何らかの困難、弊害が伴うときなど、特別の事情があるときでない限り、租税関係法令に適合した範囲内で依頼者にとってより有利な税理士業務の方法を選択すべき義務があるというべきである。」と説示した。

かかる説示の上で、税理士が課税の特例を受けられる申告方法⁽³⁷⁾を採らなかったことについて、「右の特別の事情があることは窺われ」ないとして、税理士の過失を認定し⁽³⁸⁾、税理士の損害賠償責任を肯認した。

①事件東京地裁判決では、税理士法1条を引いた上で、税理士は納税義務者の信頼にこたえ、納税義務の適正な実現を図ることを使命とするとして、そこから直截に「租税関係法令に適合した範囲内で依頼者にとってより有利な税理士業務の方法を選択すべき義務」(以下、本稿において「節税措置義務」という。)が導出されるかのような判示となっている。判決では、税理士にかかる義務が課される根拠は明確に示されているとはいえないように思えてならない。

(37) 譲渡所得の総収入金額の収入すべき時期は、譲渡所得の基因となる資産の引渡しがあった日を原則とするが、納税者の選択により、譲渡に関する契約の効力発生日の属する年分の収入金額とすることができると解されている(所得税基本通達36-12)。①事件東京地裁の事例では、二つの譲渡を一括して申告すれば、両取引の譲渡所得額全額について、居住用財産の長期譲渡所得の課税の特例により節税を図り得たと認定されている。

(38) 裁判所は、Y税理士がXから税務申告手続の依頼を受けた当時、両取引に係る譲渡所得を平成4年分の譲渡所得として一括して修正申告することが可能であったこと、その場合、Xは、実際に納付した税額に比べ3,016万円以上の課税軽減を受けられたことが明らかであったとした。そして、そもそも、両取引を一括して修正申告することには困難を伴わず、現にYも一旦は一括修正申告に思い至ったが、専ら加算税を賦課されることに気をとられてともかく早期に修正申告することばかりを念頭に置いたため、深く検討しないまま、平成4年分の譲渡所得として、A取引についてのみ修正申告手続をし、一括修正申告手続をしなかったと認定した。その上で「両取引を一括して修正申告することは容易であったといえることができるから、Y税理士は、依頼者であるXの利益を図り、課税上より有利な両取引の一括修正申告手続を選択すべき義務があったというべきである。したがって、Yが本件取引…について、同一年度での申告をしないで、両取引を別の年度で申告した点に過失が認められる」と判示している。

では、かかる判決にいう節税措置義務の法的根拠はどこにあるのであろうか。また、税理士に対する顧客の期待の程度に応じて税理士の節税措置義務が肯定される場合と否定される場合があると考えられるべきなのであろうか。更に、一般的に税理士にはかような義務が肯定されていて、契約の内容等によっては肯定されない場合もあると考えられるべきであろうか、それとも顧客からの何らかの明示若しくは黙示の意思の表明があり、節税措置までが委任契約の解釈から導出される場合に限って節税措置義務が肯定されると考えるべきなのであろうか。

2 節税措置義務の法的根拠

(1) 注意義務と忠実義務

民法 644 条は、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」と善管注意義務を規定している。この善管注意義務とは、受任者の職業・地位・知識等において一般的に要求される平均人の注意義務、委任契約の信任義務から特に期待される誠実な受任者のなす注意義務であり、受任者個人の個人的技能や学歴・経験年数・健康状態・性別等の主観的標準は責任の基礎とはならないとされている⁽³⁹⁾。このように、税理士は民法の注意義務に基づいて、委任契約の目的を達成するように事務を処理することが要求されているのである。

そこで、委任の契約の内容について検討を加える必要があるのであるが、そもそも税理士は、租税の専門家として、課税上の取扱い等についての専門的知識を有していることから、通常の場合、顧客は税理士に対して専門的知識を活用して節税となるように処理することを期待していると思われる。また専門家の方でも、依頼者が専門家の判断や行為に相当の期待を置いていることを当然の前提として委嘱に応じている。

このような理解に立てば、専門家が依頼者のかかる期待を裏切ることは

(39) 谷口知平他編『注釈民法 (16) [新版]』225 頁以下 (有斐閣 1989) 参照。

許されるべきではなく、当然に履行されるであろうと期待される説明や助言が忠実義務を基礎として負わされていると理解することも可能であろう⁽⁴⁰⁾。特に、課税上選択の余地があつて税理士の裁量的判断が重要性を帯びる局面では、忠実義務違反的側面が問題となる場合が多いと考えられるのである。

(2) 税理士法 1 条の観点

上記のとおり、税理士は顧客の「期待」に応えるべく、受任者としての注意義務及び専門家としての忠実義務を果たさなければならない。また、税理士が納税者の「信頼」に応えることは、税理士法 1 条の要請する税理士の使命である。したがって、依頼者が税理士に節税措置を期待しているとした上で、納税者のかかる期待が納税者の信頼の基礎を構成しているといえるのであれば、節税措置義務は税理士の使命の一つの現われであると理解することもできそうである。

このことは、例えば、東京地裁平成 13 年 2 月 27 日判決（税資 250 号順号 8846）⁽⁴¹⁾において、「納税者は、税理士に対し、税務申告手続の煩わしさから解放されると共に、法律に違反しない方法と範囲で必要最小限の税負担となるように専門的知識と経験を発揮していわゆる節税をすることも期待して委任する」と説示されているように、通常は節税に対する期待が包摂された契約として委任契約が締結されていると理解されているようである。そうであれば、一般的にそのような期待の上に顧客と税理士との信頼関係が形成されているとみることもできそうである。更にこの点について、これまでの主な裁判例を概観してみることにしよう。

(3) 節税措置義務についての判決例

岐阜地裁大垣支部昭和 61 年 11 月 28 日判決(判時 1243 号 112 頁:②事件)

(40) 能美善久「専門家の責任(下)」NBL545号16頁以下、酒井克彦「変額保険勧誘をめぐる租税専門家の説明義務(1)―東京高裁平成12年9月11日判決を素材として―」税務弘報53巻2号73頁以下参照。

(41) 判例評釈として、林仲宣「判評」ひろば56巻1号76頁以下。控訴審東京高判平14.1.23(訟月49巻10号2992頁)、上告審最二判平17.1.17(民集59巻1号28頁)。

(42)は、「税理士は税理士法に照らしても、本来依頼者の会計帳簿に基づいて所轄の税務署に対する税務申告を代行するについて受任関係に立つことをもって足り、またそれを超えることは許容されるものでなく、そうすると税理士は依頼者の租税に関してあらゆる有利を計らなければならない準委任上の義務を負うものでなく、依頼された個別的な申告手続代行についてのみ善良な管理者としての注意義務を負うに過ぎないものと言うべきである。」とし、「税理士の性格上こうしたこと（筆者注：節税措置）は単なるサービスであって義務の問題ではな〔い〕」と説示している⁽⁴³⁾。

このように、過去の裁判例においては、節税措置義務について否定的な判断を下したものがある。しかし、近年の判決の動向は、むしろ税理士の節税措置義務を認める傾向にあるといえよう。

例えば、東京高裁平成7年6月19日判決（判タ904号140頁：③事件）⁽⁴⁴⁾は、「税理士は税務の専門家であるから、税務に関する法令、実務の専門知識を駆使して、依頼者の要望に適切に応ずべき義務がある。すなわち、相続税の修正申告手続を受任した場合には、善良な管理者として依頼者の利益に配慮する義務があることはもちろんであり（民法644条）、税理士法上の義務として、法令に適合した適切な申告をすべきことは当然であるが、法令の許容する範囲内で依頼者の利益を図る義務があるというべきである。」旨判示している。

また、税理士が顧問先の会社の消費税について簡易課税を選択して申告

(42) 酒井克彦「節税手段と税理士の公益的性格—岐阜地裁大垣支部昭和61年11月28日判決を素材として—」税務弘報53巻11号58頁以下参照。

(43) 輸入品の通関手続を受任した通関業者は、委任者から特恵関税の適用を希望する意向が示されない場合にまで自ら特恵関税適用の要件の存否を検討し、調査・資料の取り揃えを指示するなどの高度注意義務を負うものではないとする判決として、東京地判昭59.12.24（判時1166号99頁）がある。

(44) 酒井克彦「税理士に課される説明義務と依頼者の自己決定—東京高裁平成7年6月19日判決を素材として—」税務弘報54巻1号105頁以下参照。横浜地判平6.7.15（判タ904号145頁）については、酒井克彦「報酬を受けていない税理士の責任—横浜地裁平成6年7月15日判決を素材として—」税務弘報53巻10号137頁以下参照。

したところ、本則課税を選択した方が有利だったとして、顧客が税理士に対して損害賠償を請求した事件として、東京地裁平成9年9月2日判決(判タ986号245頁:④事件)⁽⁴⁵⁾がある。そこでは、「税理士は、依頼先の会社について消費税法37条1項に規定された簡易課税制度の適用を受けるべく簡易課税選択届出書を提出すべきかどうかを判断する場合には、税務の専門家として、税務に関する法令及び実務の専門知識を駆使し、かつ、依頼者からの事情聴取、適正な調査等を行なうなどして、右判断に必要な程度まで事実関係を把握し、法令の許容する範囲内で依頼者の利益を図る義務があるというべきである。」と判示されている⁽⁴⁶⁾。

相続税の申告に当たり、2億円余りの相続債務があることを税理士が念頭に置かなかつたために、債務を配偶者が負担するとする遺産分割協議書を作成し、これに基づく申告をした税理士の責任を追及した事件において、東京地裁平成10年9月18日判決(判タ1002号202頁:⑤事件)は、「原告らが当面の相続税の額をできる限り少なくしてもらいたいとの希望を持っていることも承知していたのであるから、対価を得て税務事務を行う被告としては、原告らが遺産分割協議をする際の資料ないし選択肢の一つとして、…配偶者控除をできる限り多く使えるような遺産分割協議の方法はどうかについて、遺産分割協議書案の提示又はそれに代わる助言をすべき職務上の義務があつたといえる。」と判示している^{(47)・(48)}。

(45) 酒井克彦「税理士の依頼人に対する意思確認義務—東京地裁平成9年9月2日判決を素材として—」税務弘報53巻9号59頁以下参照。

(46) もっとも、原告が将来転売を目的として美術品を購入することを予測することは不可能であるなどの理由から、裁判所は税理士が簡易課税方式が有利だと判断したことに債務不履行責任はないと判示している。

(47) 更に、「遺産分割をどのように行うかは相続人が各自の意思で決定することであり、相続人に対し、配偶者控除を限度額いっぱい使えるような遺産分割をすすめることが税理士の職務上の注意義務であるということとはできない。」と判示している。

(48) 類似の事件である神戸地判平10.12.9(判時1685号77頁)は、「税理士が配偶者税額軽減枠を使い切るための説明をしなかったからといって、これが債務不履行になるとはいえない。」と判示した。かかる事件については、酒井克彦「遺産分割協議における税理士の節税過誤—神戸地裁平成10年12月9日判決を素材として—」税

更に進んで、東京地裁平成10年11月28日判決（判タ1067号244頁：⑥事件）⁽⁴⁹⁾は、「Y1は、税理士であり、租税立法、通達及び課税実務等について専門的知識を有するのであるから、右立法の趣旨に反せず、課税実務において認められる内容の相続税対策を考案し、これをもって自己が経営する会社等を介して税務相談をすべき注意義務があるというべきである。」とまで判示しており、積極的な節税対策の考案についてまで、税理士の義務が及ぶ旨の言及をしている。

税務相談の目的を達成すべき債務の中に節税措置を読み込む判決もみられるところである。買換特例の適用を受けて不動産売却益を次の年度まで繰り越していたなら法人税等を節税できたとして、顧客が税理士に対して損害賠償を請求した事件として神戸地裁平成5年11月24日判決（判時1509号114頁：⑦事件）⁽⁵⁰⁾がある。裁判所は、「被告の職歴および税理士としての資格・経験等に鑑みると、被告には、前記法人税法及び租税特別措置法の各規定の注意を十分理解しておくべき職務上の義務があったというべきである。そうすると、被告としては、税務相談を内容とする本件契約甲（委任契約）に基づき、原告に対し、…適正な税務処理上の教示をし、かつそれに適合する税務の代理及び代行をして税務相談の目的を達成すべき債務を負担していたといわなければならない。」として、税理士の損害賠償責任を肯定した。

このように多くの裁判例では、税理士の節税措置義務を肯定しているようである。特に③事件では、民法644条にいう善管注意義務を前提とした上で、税理士法上の義務として「依頼者の利益に配慮する義務」があるとしている。これらの判決から窺い知れるところは、税理士が、受任者であり、かつ、租税の専門家であることから節税を措置することまでが期待さ

務弘報53巻6号97頁以下参照。

(49) 酒井克彦「税理士が考案した節税対策の否認と注意義務—東京地裁平成10年11月28日判決を素材として—」税務弘報53巻5号75頁以下参照。

(50) 酒井克彦「税理士の研鑽義務—神戸地裁平成5年11月24日判決を素材として—」税務弘報52巻13号90頁以下参照。

れているという前提に立って、税理士に要求される高度の注意義務から節税措置義務が示されているという点である。

なお、税理士の節税措置義務についてはドイツにおいても議論されている。ドイツでは、税理士には、与えられた職務の範囲において、広範囲にわたり顧客に対してコンサルティングを行い、自ら進んですべての税制上の詳細及びその結果について情報を提供する義務が課されていると考えられている。連邦通常裁判所は「税理士は税制上の獲得目標に至る相対的にもっとも確実な手段を推奨し、その成果を得るために求められる措置を提案しなければならない」とする判例を示している（連邦通常裁判所 1995年9月28日判決）⁽⁵¹⁾。

（4）専門家責任論と節税措置義務

①事件東京地裁判決は、税理士には、税務の専門家として、納税義務者から税理士業務を依頼された場合には、特別の事情があるときでない限り、節税措置義務があるとしている。すなわち、税理士一般に対して、節税措置義務があると考え、特段の事情がある場合にのみかかる義務が免責される局面があるとしているようである。そこでは、かかる義務を個々の契約関係において初めて肯定される義務というよりは、むしろ、第一義的には、税理士が租税に関する専門家であることなどを基礎とする専門家責任の一類型として捉えているのではないかと思われるのである。

この判断は、節税措置を注意義務やそれを基礎とした税理士法に規定する税理士の使命の一つであるとする考え方ともいい得る。かような見地は、前記③事件のように「税理士法上の義務」とする判決や、⑦事件のように節税措置義務を税理士の「職務上の義務」として位置付ける判決など、これまでもしばしば採用されてきた考え方である。単なる委任契約上の注意義務を超えて、税理士が依頼者の期待を受けた租税専門家であることに根拠を有する高度の注意義務若しくは忠実義務として理解し得るとすれば、

(51) 酒井克彦「ドイツにおける税理士制度と職業賠償責任保険 (1)」税大ジャーナル1号 154 頁以下参照。

これは税理士一般に要請されるいわば「職務上の義務」という位置付けも不可能ではなさそうである。かような義務に応えることは、依頼者との「信頼」に基礎を置く税理士法1条にいう税理士の使命に反するものではないと思われる。

このように、顧客の期待に応えることが税理士の責務であるとする、これまでの判決の動向から窺い知れるように節税措置が具体的な意味内容を持った義務として理解されよう。なお、山田二郎教授は、「税理士の職責や業務の内容、性質からいうと、特定の税務申告の代理を依頼された場合であっても、専門家としての知識に基づいて依頼者の租税に関しできる限り有利に計るべきであり、そして納税義務の適正な実現を計るようには是正助言すべき義務があると解すべきであ[る]」と主張され⁽⁵²⁾、助言義務のレベルにおいて肯定的な見解を示される。

(5) 納税義務の適正な実現との関係

一方で、税理士には税理士法1条にいう「適正公平な納税義務の実現」が使命とされていることからすれば、税理士の講ずる節税措置に行き過ぎがあつていいはずはない。

ここで注意が必要なのは、仮に節税措置が税理士の義務一般になり得るとしても、税理士には一方で納税義務の適正な実現という重要な使命があることである。すなわち、税理士は常に納税義務の適正な実現というスクリーンにかけた上で、義務を果たすべく最善を尽す必要があるのであり、例えば、租税法が予定しない迂遠な法形式を採用して節税措置を講ずるといふようなところまでは税理士の使命や義務からは導き出せないと考える。税理士法が「納税義務の適正な実現」を使命とするのみならず、具体的に助言義務などの規定を設けていることなどからすれば(税理士41の3、43、45など)、税務署に否認される蓋然性の強い節税対策を講じることまで、ここに議論する節税措置義務ということはできない。したがって、ここに

(52) 山田二郎「税理士に対する申告手続の懈怠などを理由とする損害賠償請求」税務事例20巻1号11頁。

いう節税措置義務とはあくまでも適法に選択し得る手段が予定されている範囲内において、より節税となる方法を選択するといったことを意味すると理解すべきである。この点は、例えば、前記⑥事件においては「立法の趣旨に反せず」とされているし、また、④事件は「法令の許容する範囲内で依頼者の利益を図る義務」とされているところである。

松沢智教授は、「委嘱者の不正に対する是正助言の義務規定は、関与税理士にとってみれば、委嘱者に対し法令に基づく適正な納税義務を実現させるために委任契約を受任したのであるから、寧ろ当然の確認規定ということになる。」と述べておられる⁽⁵³⁾。すなわち、助言義務規定とは、申告納税制度を円滑に運営する上で、税理士が果たすべき役割を示した条文であって、当然のことを規定したに過ぎないとするのである⁽⁵⁴⁾。そして、このような考え方は、「右の制度（筆者注：申告納税制度）を円滑に運営させるための公共性と、かつ納税の効果としての福利をすべての国民に享受させようとする公益性をもつ職業集団が税理士制度そのものなのである。」との主張⁽⁵⁵⁾にも繋がるのである。

ここにこそ、税理士が租税専門家として果たすべき義務一般という意味の本当の重みがあると理解すべきではないだろうか。

しかしながら、具体的にどの程度のものが税理士の採るべき節税措置であるのかを理解するには、個別事例の判断に大きく依存することにもなる。その理解のためには、裁判例の検証は欠かせない。例えば、税理士は節税対策を考案することまで要求されているのかといった問題もあり、この点については、次節において検討を加える。

(53) 松沢・前掲注(4) 316頁。

(54) この点を更に強調すると、助言義務規定を個別に脱税のみを想定した規定であるという狭小な解釈を採るべきではないという見解も考えられる。

(55) 松沢・前掲注(4) 316頁。

第2節 税理士による租税回避策の考案と節税措置

前節では税理士に課される節税措置義務について触れた。次に、かかる義務の射程範囲についての議論が重要性を帯びることになる。

税理士が課税逃れ対策を自ら考案しこれを顧客に勧めたところ、かかる節税対策が税務署から否認されたとして、税理士が顧客から損害賠償訴訟を訴えられる事件が起きている。いかに節税対策として説明されていたとしても税務署から否認されてしまえば、租税回避策であったということになる。そこでは、税務署に否認されることを税理士が予見し得たかどうかという問題も包摂されている。節税商品過誤訴訟である⑥事件東京地裁平成10年11月28日判決を素材に検討を加えることとしよう。

1 節税策の考案と税理士の注意義務

(1) 東京地裁平成10年11月28日判決（⑥事件）

購入した株式を相続人に贈与し、相続人が一定期間後に訴外業者に時価で売却する方法によれば、相続税の支払を少なくすることができると、税理士らから勧誘、指導を受け、税理士らの指示する方法で贈与税の申告をしたところ、税務署長からこれが否認され、購入した株式の価格は配当還元方式で評価すべきではなく、購入代金額と同額と評価すべきであるとして、相続人らが更正処分を受けた事例がある。

相続人らは税理士 Y1 及び Y1 を代表者とする Y2 らに対して、現行の課税実務において通用する合法的な相続税対策を助言、指導する委任契約上の債務を怠った、あるいは現行の課税実務において通用する合法的な相続税対策を助言、指導する注意義務に違反したとして、損害賠償を請求した。

東京地裁は、「Y1 が考案した本件相続税対策は、租税立法の趣旨を大きく逸脱しており、課税実務上到底認め難いものであること、右対策が考案されたことには、いわゆる節税商品については、形式的に通達に従っていても税務当局から否認される流れが出始めていたこと、Y2 に雇傭されてい

る税理士のうち2名が右相続税対策は税務当局に否認されるリスクがあると考え、Y2を退職したこと、Y1自身も本件株式の購入価額と配当還元方式による評価額に差異が有り過ぎたことを自認していること（Y1本人）などからすれば、Y1において右対策が税務当局から否認されるおそれがあることは十分に予見することが可能であったというべきであり、それにもかかわらず、前記注意義務に反して課税実務において否認されるような本件相続税対策を考案し、これをもって自己が経営する会社等を介して税務相談をさせたことについて過失が認められる。」と判示した⁽⁵⁶⁾。

(2) 課税実務において認められる内容の節税措置義務

⑥事件東京地裁判決においては、税理士が税務署から否認されるような節税対策を考案し、これをもって自己が経営する会社等を介して税務相談させていることについて過失が認められるとしている。すなわち、節税として適当でない対策を考案し、これを節税対策として税務相談において勧めたことに過失があるとされたのである。ここでは、税務署に否認されるような租税回避の対策の考案は、税理士に要求されるレベルの注意義務に反するとしている。

税理士は、専門的知識を有していることから、一般的に顧客は税理士に対して専門的知識を駆使して節税となるように処理することを期待していると思われる。このような理解に立ち、東京地裁は、「Y1は、税理士であり、租税立法、通達及び課税実務等について専門的知識を有するのであるから、右立法の趣旨に反せず、課税実務において認められる内容の相続税対策を考案し、これをもって自己が経営する会社等を介して税務相談をすべき注意義務があるというべきである。」と判示している。

(56) 更に、「Y2は、経営、事業承継及び相続に関するコンサルタント業務を業とする株式会社であり、Y1がその代表者であるところ、Y2はY1と同様に、租税立法の趣旨に反せず、課税実務において認められる内容の税務相談をすべき注意義務があり、かつ、本件相続税対策が租税立法の趣旨を大きく逸脱しており、課税実務上到底認め難いことを予見することが可能であったにもかかわらず、本件相続税対策をAらに対して、助言、指導した点に過失が認められる。」と判示した。

前節において検証したとおり、通常は、例えば、特例の適用を受ける場合と受けない場合といったような課税上の選択肢があった場合に、何らかの特段の事情がない限り特例の適用を受ける場合を選択する必要があるというコンテキストにおいて、節税措置義務が肯定されているように思われる。しかしながら、本件における判示は、かような選択し得る最良の手段を講じなかったというようないわば受動的な措置について税理士が注意義務を負っているというよりは、もっと積極的な節税上の対策を考案することまでも税理士に課される注意義務の範囲内であると判示しているように思われる。

税理士は、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とするとすれば、果たしてかような節税対策の考案までも包摂したところで、税理士の注意義務が及んでいると理解することができるであろうか。もっとも、判決は「課税実務において認められる内容の相続税対策」を考案することを、認められない相続税対策との対比として判示していると理解すれば、他の裁判例で判示されている節税措置義務と何ら異なるところはないのかも知れない。

2 節税措置義務の射程範囲と予測可能性

(1) 税務否認の予見可能性と損害回避義務

⑥事件東京地裁判決のような事例においては、次のような責任構成が一般的であろうと思われる。すなわち、(a) 税務署に否認されるような行為を税理士がとったこと自体を問題とするのではなく、税務署に否認される危険性があるのを知りながら、適正にその危険性に係る説明義務を尽さなかったことを問題とする構成と、(b) そもそも税務署に否認されるような適法でない租税回避策を考案したこと及びそれを節税対策として勧誘したことに注意義務違反を求める構成である。(a) の構成は、税務否認リスクの説明義務違反を専門家に問うケースといえよう。例えば、リースバック取引に係る節税商品過誤訴訟である東京地裁平成9年7月10日判決(判時

1636号96頁：⑧事件）は、「少額の減価償却資産によるリースバック取引のスキーム自体については、税務当局の了解（お墨付き）を得ていること、もっとも、この取引による税の繰り延べは、節税効果が大きいので、所轄税務署から調査を受ける可能性があり、これまでも税務調査を受けた例があるが、税務否認されたことはなく、税務通達上も問題がないと考えていること及び将来、法改正があれば、この取引はできなくなるが、改正前の取引についてまで問題となることはないなどを説明」したリース業者に対して、「本件リース取引に基づいて納税申告を行った場合の税務否認のリスクについて具体的に説明すべき義務があった」と判示している⁽⁵⁷⁾。

一方、⑥事件は税理士が税務署に否認されるような節税対策を講じ、それを勧誘したこと自体を問題としているところからすれば、(b)の法律構成が採用されているのではなかろうか。さすれば、適正な課税の実現という税理士の使命とベクトルは同じ方向を向くことになるろう。

次に、適正でない節税対策かどうかについての基準があるのかという問題がある。ここでは、まず、税務署からの否認をどこまで予見し得る状況にあったかという予見可能性の問題として適正でない節税対策かどうかを考えてみたい（もっとも予見可能性の問題を税理士の専門的知識の問題として理解することもできるが、ここでは、予見可能性の問題を別に取り上げることとしたい）。

不法行為法における過失とは、「損害の発生を予見し防止する注意義務を怠ること」とか⁽⁵⁸⁾、「予見義務を基礎とする予見可能性…を前提として損害発生危険を回避すべき義務（損害回避義務）が生じ、具体的な加害行

(57) 税務否認リスクに係る説明義務については、酒井克彦「節税商品の特殊性と説明義務（上）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通信 58 巻 15 号 197 頁参照。

(58) 内田貴『民法Ⅱ債権各論』316 頁（東京大学出版会 1997）。過失とは、「その終局において、結果回避義務の違反をいうのであり、予見義務に裏づけられた予見可能性の存在を必要とするもの」と理解することができる（東京地判昭 53.8.3（判時 899 号 43 頁、スモン訴訟））。

為がこの義務によって定立される・あるべき行為に従ってなされていないならば、過失あり」と説明される⁽⁵⁹⁾。このように「過失」は、一定の事実を認識し得る場合に、不注意によりそれを認識しないこととか、結果発生の可能性を認識したとしても危険性を回避しないことなどと理解することができる。

つまり、税務署から否認される予見可能性が認められる場合には、かかる予見可能性を基礎としてその危険を回避しなかったことに注意義務違反を見い出すことができるのである。

(2) 不確実性と節税措置

東京地裁平成4年7月31日判決(判時1463号88頁:⑨事件)は、税理士が的確な助言を与えてくれているならば、更に事業用資産を購入して事業用資産の買換特例の適用を受け、譲渡所得の課税を免れることができたはずだと主張して、譲渡所得等に係る所得税に相当する損害の賠償が請求された事件である。判決は、既に原告が「マンションの譲渡に伴う譲渡所得税について居住用資産の譲渡所得の特別控除を受けていることや原告のその後の住民登録上の届出の状況に照らすと、本件土地…の譲渡に伴う譲渡所得税の課税について、原告が事業用資産の買換え特例及び居住用資産の買換え特例の適用を受けることができるかについて被告が懸念を持ったのはむしろ当然のことであって、必ずしも被告のした助言等の内容が不適切なものであるということとはできない。」として請求を棄却している。

④事件東京地裁判決では、認定事実を総合考慮すると⁽⁶⁰⁾、被告は、本則課税によったならば、消費税の還付を受けられることを認識できたし、ま

(59) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』28頁(弘文堂1992)。

(60) 裁判では、「原告の営業目的、資産状況等のほか、ゴルフ会員権の売買は、値動きを見て時機に応じて行われるものであること、簡易課税方式は、実際の課税仕入にかかわらず、一律に、課税仕入れに係る消費税額を課税売上に係る消費税額の80パーセントとするものであるから、いわゆる粗利率が20パーセントを超える場合には、計算上、簡易課税方式の方が有利であること、簡易課税選択届出書を提出した者に対しては、少なくとも2年間簡易課税方式が適用されることなど」が総合考慮された。

た、原告に対して、事業計画について説明を求めてもいないが、「原告が…ゴルフ会員権を売却することも十分あり得るし、その場合には、簡易課税方式の方が原告に有利である可能性が高いと考えられるから、本件簡易課税届を行ったことについて被告に債務不履行責任はないものと認めるのが相当である。」と判示した⁽⁶¹⁾。

このような判決が示すところを前提に考えると、税理士に節税措置義務が肯定されるとしても、不確実な条件を前提としてまで措定される義務ではないということができそうである⁽⁶²⁾。

⑥事件東京地裁判決の場合は、税務署が否認攻勢をかけてきている傾向を税理士は知ることができたこと、まして税理士事務所職員がその虞を危惧して退職しているといった事実があることなどから、税務署に否認されることが十分に予見可能であったと判断されたと思われる。換言すれば、リスクが高いことを知りながら、敢えてそのような租税回避措置を採った税理士の行為が注意義務に反すると判示されたと理解することができるのである。

(3) 不確実性の払拭と税理士の責任

では、不確実な条件とはどのようなものであろうか。少なくとも法律や通達において、明らかに選択適用が認められている場合は、不確実性があるとは認められないと思われるが、税制上認められるかどうかは判然としないような場合には、どうであろうか。一定程度の調査義務が税理士に課

(61) 判決は、「税理士は、依頼先の会社について消費税法 37 条 1 項に規定された簡易課税制度の適用を受けるべく簡易課税選択届出書を提出すべきかどうかを判断する場合には、税務の専門家として、税務に関する法令及び実務の専門知識を駆使し、かつ、依頼者からの事情聴取、適正な調査等を行なうなどして、右判断に必要な程度まで事実関係を把握し、法令の許容する範囲内で依頼者の利益を図る義務があるというべきである。」と説示している。

(62) 不法行為責任ではないが、税理士が顧問先の会社の消費税について簡易課税選択届出書を提出したところ、本則課税を選択した方が有利だったとして、顧客が税理士を損害賠償請求した東京地判平 9. 9. 2 (酒井・前掲注 (45)) においても不確実性の問題が取り上げられている。

されているということを前提に考えると（第4章第2節）⁽⁶³⁾、税理士が行うべきある程度の調査によって不確実性を払拭することができるのであれば、その不確実性を払拭することをも含めて、節税措置義務が指定されると考えることもあながち税理士の責任レベルを高めているということにはならないであろう⁽⁶⁴⁾。

第3節 ドイツにおける税理士の節税措置義務と注意義務

1 税理士法上の責任

ドイツ税理士法 57 条 1 項は、「税理士及び税務代理士は、独立性を維持し、自己の責任において、誠実に、秘密を厳守し、その職業の品位に反する広告を行うことなく、その職業を遂行しなければならない。」と規定する。この規定に反する場合には、職業義務違反として、税理士は税理士会議所理事会によって責問され、職業法上罰せられることになる。そして、この条文の規定振りから分かるように、税理士には、独立性、自己責任性、誠実性が要請され、厳格な秘密保持が要求されるとともに品位に反する広告が禁止されている。

この自己責任性には二つの作用があると説明されている⁽⁶⁵⁾。税理士又は税務代理士は、自己のすべての行為に対して全責任を負い、依頼人の指図には

(63) 酒井克彦「税理士の調査義務—大阪高裁平成8年11月29日判決を素材として—」
税務弘報 52 卷 12 号 97 頁参照。

(64) その際、具体的に問題となるのは、税理士は国税庁の実施する文書回答手続を納税者の代理人として利用することができるのであるから、税理士が文書回答手続を行えるのに行わずにいたことで節税措置をする機会を逃したというようなケースである。この点については、後述することとする。

もっとも、現行の文書回答手続は、節税目的のみの照会は受け付けられていないのであるから、節税策を考案して、これを文書回答手続によって確認すれば不確実性が払拭できたはずであるとして、税理士が責任を問われることにはなりそうにもない。

(65) Horst Gehre, Steuerberatungsgesetz, 飯塚毅訳『ドイツ税理士法〔全訳〕』304 頁(第一法規 1981)。

いかなる場合にも拘束されないことを意味するとともに、かかる「業務中に現われるすべてのものに対して責任を引き受けること」をも意味するとされている。前者については、独立性の問題との関わりから理解しやすい。例えば、顧客が義務違反や不正な行為を要求してきたとしても、税理士は毅然とした態度でかかる要求に対する法律的な問題点を指摘することが要請される。この点は、我が税理士法 43 条の助言義務との親和性が認められよう。では、後者についてはどのように解すべきであろうか。

Horst Gehre 博士によると、「自己責任に基づいた業務遂行に対する要求から、税理士および税務代理士は原則として、失敗した行為の経済的結果にも責任を負わなければならない。」とされ、「したがって一般に依頼人に対し、責任の免除、責任の制限および責任の加重を要求することは許されない。」と述べられる⁽⁶⁶⁾。

そして、この自己責任による決定に至った経緯として誠実性が要請されているのである。したがって、対依頼人との関係では、依頼人から要請される期待に応じるべき義務のほかに、税理士として更にその上位に位置すると思われる職業上の義務をも負っていることからすれば、単に無限定に自己責任に基づいた業務執行上のすべての責任を税理士が追及されるというのではないのである。具体的には、例えば、税務助言契約⁽⁶⁷⁾に基づく義務の軽過失による優遇税制の選択適用の見落としは、一般に職業法上は罰せられないと解されよう⁽⁶⁸⁾。誠実性の原則の観点からみれば、かかる業務遂行義務違反として成立し得るのは、過誤が故意や重過失に基づく場合や、業務に対する無関心な態度に基づくような場合が考えられる⁽⁶⁹⁾。

(66) Horst Gehre 前掲注(65) 306 頁。

(67) 税務助言契約は事務管理を対象とする契約とされ、雇用契約(民法 611)又は請負契約(民法 631)とされている。

(68) ここでは、税理士法 57 条が懲戒規定であることを想起すべきであろう。

(69) Horst Gehre 前掲注(65) 309 頁。

2 税理士の説明義務・情報提供に係る責任

ドイツ民法 (Bürgerliches Gesetzbuch -BGB) 676 条では、他人に助言又は推奨を与えた者は、契約関係又は不法行為から生ずる責任のほか、他人がその助言又は推奨に従ったことにより生じた損害を賠償する義務を負わないとされているが、契約により情報が提供された場合、情報提供者は瑕疵のない情報の提供義務を負い、この義務に違反すれば、情報の瑕疵により生じた損害を賠償する責任が課されている。また、不正確な情報を提供したことにより他人に損害が発生し、それがドイツ民法 823 条以下に定める不法行為⁽⁷⁰⁾に該当する場合も同様である。

契約に基づく責任が考慮されるのは、情報提供契約が締結されている場合や情報の正確さについて保証がなされていた場合が考えられる。したがって、通常の税理士顧問契約があれば契約の存在が肯定されることが多いと思われるが、第三者に対する情報提供などの場合には⁽⁷¹⁾、いかなる要件の下で黙示の情報提供契約が締結されていたかを巡って多くの問題が生じていると指摘されている⁽⁷²⁾。

通常、かような契約責任構成は契約当事者間においてのみ考慮されると解されるどころ、ドイツでは、契約上の保護義務が一定の要件の下、第三者にまで拡大され、保護義務違反により損害を被った第三者は、直接、債務者に対して債務不履行に基づく損害賠償請求が許容されるとする判例法理が確立している⁽⁷³⁾。一方、不法行為責任構成が成立するためには、情報の提供者が、

(70) 絶対権侵害 (BGB823①)、保護法規違反 (BGB823②) 及び故意による良俗違反 (BGB826)。

(71) 松本恒雄「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論(一)～(三)」民商 79 卷 2 号 27 頁以下、79 卷 3 号 60 頁以下、79 卷 4 号 76 頁以下、岡孝「情報提供者の責任」『現代契約法大系 7』306 頁以下(有斐閣 1987)、同「情報提供者の民事責任(一)-特に直接の情報受領者以外の第三者に対する責任-」志林 76 卷 2 号 1 頁以下、78 卷 4 号 73 頁以下。

(72) 渡辺達徳「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法的考察-」比較法雑誌 23 卷 4 号 23 頁以下参照。

(73) 第三者のための保護効を伴う契約(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)については、渡辺達徳「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

当該情報を誤りと知って情報を提供し、かつ、自己の行為が少なくとも損害を引き起こし得るという結果を認識するとともに、かかる結果を惹起する意欲を有し、又は少なくとも結果を容認している必要があるとされる。

税理士の説明義務が問題とされる場合のほか、税理士が第三者に対する情報提供上の責任を負わされる例としては、例えば、会社の顧問税理士が、その会社と金融機関との間における融資や信用取引の交渉に同席する等、取引の相手方及び取引の内容を認識した上で、その会社の財務状況等に関する情報を付与し、信用に値する旨の確約をした後に、会社の経営状況が悪化し破産したため、取引先から損害賠償が請求されたという事件がある。連邦通常裁判所 1972 年 12 月 5 日判決⁽⁷⁴⁾では、「自己が税務顧問を行っている会社の事情について情報を付与するに当たり、十分な確約 (Zusicherung) を与えたならば、その税理士の情報は、第三者が判断を下すにあたり重大な意味を持つことが前提とされなければならない。したがって、税理士は求められた情報を付与するにあたり、そこで義務的でない助言 (BGB676) が考慮されるにとどまらず、すべての過失について責を負う (BGB276) 結果を伴う情報提供契約が認められることをも甘受しなければならない。」と判示したのである。

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 頁以下参照。

税理士が証明及び署名した決算書を第三者が信頼して融資が行われた後、会社が破産し当該第三者の債権回収が不能となった事件、連邦通常裁判所 1986 年 11 月 26 日判決において、裁判所は、「特別な、そして国家により認められた専門知識を駆使する者(例えば、公に任じられた鑑定人、会計士、公認の測量士 (Vermessungsingenieuren)、税理士)に対して、鑑定書又は鑑定による意見表明(例えば、会計士や税理士の証明書)の作成を依頼する者は、通常、作成されたものが適切な証明力を持つことについて利益を有する。…作成されたものが買主又は与信者(銀行)に向けて利用されることが、被告税理士にとって認識可能だったことで足りる。BGH は、すでに繰り返して、保護されるべき者の数も、その名前も、保護義務を負う者に知られていなかった事例において、第三者のための保護義務を認めてきたのである。」と判示している(渡辺・前掲注(72) 30 頁)。

(74) 渡辺・前掲注(72) 27 頁。

3 税理士の節税措置義務

先の優遇税制の選択適用を見落としたケースにおいて、税理士が税理士法上の責任を追及されることはないとしても、そのことと顧客からの損害賠償請求が起り得ることとは別問題である。

ドイツでは、税理士には、与えられた職務の範囲において、広範囲にわたり顧客に対してコンサルティングを行い、自ら進んですべての税制上の詳細及びその結果について情報を提供する義務が課されていると考えられている⁽⁷⁵⁾。その考え方の基礎には、税理士は顧客を可能な限り損害から守らなければならないとする専門家責任論があるといえよう。この点について、連邦通常裁判所 1995 年 9 月 28 日判決は、「税理士は税制上の獲得目標に至る相対的にもっとも確実な手段を推奨し、その成果を得るために求められる措置を提案しなければならない」とする。また、依頼契約の遂行に当たって、税理士は「依頼人にとって最も有利な法律上の解決と実際的な解決を得るように努め、更に、いく通りもの解釈が可能な場合は、依頼人に最も有利なものを説明して実行しなければならない」とされている⁽⁷⁶⁾。

我が国の裁判例においても、最近、顧客から節税が要請されるということをも前提とした上で、租税専門家としての税理士には選択適用が認められる取扱いのうち、採り得る節税策を講じなかったことについて、注意義務違反が認められる傾向にあることは前述のとおりであるが、かような傾向はまさにドイツにおける傾向と同様であるといえるであろう。

4 税理士に要求される高度の注意義務

連邦通常裁判所 1995 年 9 月 28 日判決は「税理士は税制上の獲得目標に至る相対的に最も確実な手段を推奨し、その成果を得るために求められる措置を提案」することが必要であり、その前提として相応の専門的知識や専門的知識を得るための調査義務が措定される必要があると判示する。すなわち、

(75) 後掲の連邦通常裁判所 2004 年 7 月 15 日判決。

(76) Horst Gehre 前掲注(65) 312 頁。

税理士は顧客からの依頼内容に関係した膨大な法律知識及び法的知識を備えている必要があり、備えていない場合には、遅滞なく備えなければならず、また、税理士は新規又は改正法規を税理士の職務の範囲において調査しなければならないなどと判示されているところである⁽⁷⁷⁾。

最近の大変興味深い事件として、昨年 2004 年 7 月 15 日に下された連邦通常裁判所判決がある。そこでは、税理士は通常入手可能な情報源から税法改正などの詳細な内容及び手続について情報を得る義務を負うことがあると判示されている。訴訟の概要は次のとおりである。

税理士は、原告の個人及び有限会社に対し、1995 年から 1997 年分までの所得税法及び法人税法について税理士業務を行っていた。個人企業は相当な収益を上げ、有限会社は著しい損失を計上した。税理士の提案に基づき、両企業を新たな個人企業に統合し、個人企業の課税対象所得を有限会社の損失と相殺することとした。しかしながら、意図した損失の通算は、1997 年 8 月 5 日に遡及的に効力を生じた改正税法 4 条 5 項 1 号、27 条 3 項により失敗に終わった。

税理士は本訴訟において顧客に対して、税理士としての業務に対する 60,777.24DM の報酬を請求しているが、これに対し顧客は、意図した通算ができなかったことによる損害賠償請求権との相殺を求めた。1997 年 10 月 29 日の事業税改革の継続に関する法律によって、引受損失が負の財産移転の場合、収益を減少する形で引受損失を計算することは、1996 年 12 月 31 日以後に効力を生じるすべての財産移転に対して遡及的に認められないこととなった。しかし、その遡及効は、1997 年 12 月 19 日の法的年金保険のより広い補助金の資金調達に関する法律によって、1997 年 8 月 5 日以後に商業登記簿への登記が変更される場合に制限された。税理士はここでは、新聞報道にもとづき、損失清算の可能な期限が近づいていることを予

(77) 連邦通常裁判所 1971 年 6 月 30 日判決、同裁判所 1978 年 3 月 7 日判決。

測すべきであったにもかかわらず、遅くとも 1997 年 8 月 5 日までに速やかに商業登記簿申請による合併をなさなかった（かかる合併契約は、1997 年 8 月 29 日に公証人によって証明されている。）。

原審では顧客に敗訴の判決が言い渡された。また、控訴裁判所においても、税理士の損害賠償責任は認定されなかった。既に切迫した税制改正が予定されていたとして、顧客が挙げた税法改正に関する新聞報道は、遅くとも 1997 年 8 月 5 日までに合併の登記を行う動機を税理士に与えるものとは評価されなかったのである。改正法が規定する広範囲に及ぶ遡及効のため、期待された税制上のメリットを享受することができなくなったことは事実であるが、このような遡及効による法規制についてまで、税理士はこれを予測していなければならないとはいえない。その他の理由によっても、税理士が合併を早期に実現させることは義務付けられてはいない。契約に基づいた義務であったわけでもなく、顧客に対する切迫した執行処分のために求められていたものでもなかったと認定したのである。

その後この事件は上告された。事情によっては依頼者が追求する目的が達成されないか若しくは損なわれる場合には、税理士は通常入手可能な情報源からその種の考察の詳細な内容及び手続状況について情報を得る義務を負うことがある。しかしながら、1997 年 6 月 24 日の経済新聞の記事は、事実審では言及されなかった。したがって、この記事は当事者の申し立てに含まれるものではなく、旧民事訴訟法第 561 条の規定により上告裁判所の判断に従うものとして検討された。1997 年 7 月 31 日の連邦参議院のプレスリリースは、両院協議会の基本合意及び 1997 年 8 月 4 日に予定されている正式な決定文書について報告していた。同じことは、1997 年 8 月 1 日、2 日の経済新聞にも掲載された。両レポートは、遡及期間に関するきわめて曖昧な予想を述べるに止まる内容であった。初めて、顧客の計画について法律の遡及効が及ぶことが明確になったのは、両院協議会の決定勧告の文面（BT-Drucks. 13/8325）によってである。しかし、税理士がこの決定的な事実について早期に承知しており、これに基づき 1997 年 8 月 5 日にも合

併の商業登記申請を行うことは可能であったということが主張されているわけではない。

顧客は、合併損失の行使における税法改正の修正があり得ると遠回しに指摘した1997年6月24日の散発的な記事を、税理士が承知していなければならなかったとは主張していない。顧客の側から、通常税理士が負っている注意義務違反が主張されているが、明らかにかかる注意義務に違反しているとまではいえない。なぜなら、顧客の利益になるように1997年6月24日の経済新聞の記事を考慮するならば、斯界の人たちが租税当局によって決定された変更に対してどのような反応を示したかということも無視できないからである。立法者がいかなる予告もなしに、予期せぬ行動により、まったく準備もせずに、迅速にすぎる行動によって、これらの影響の大きな遡及力のある法律改正を決定したことに対しては、一致して抗議がなされていたのである。このようなことから、上告人の主張は排斥された。

本件は、6月24日の段階では改正案に対して大変な反対があったのであり、新聞記事どおりに改正されるかどうかは判然としなかったという状況にあったし、8月1日、2日の段階でも依然として情報が明確ではなかったことから、8月5日までに合併登記をしなかったことに、税理士の注意義務違反があると認めるには至らないと判断されている。しかしながら、裁判所が、「事情によっては依頼者が追求する目的が達成されないかもしくは損なわれる場合には、税理士は通常入手可能な情報源からその種の考察の詳細な内容および手続き状況について情報を得る義務を負うことがある」と説示しているとおりに、情報が明確なものであったとすれば、税理士の注意義務違反とされたであろうことが推察されるのである。このようなことから、この判決はドイツにおいて大変注目を集めているところである。

5 我が国における税理士の注意義務との比較考察

このように、ドイツでは、税理士に対して高度な専門的知識に裏付けされ

た高度な注意義務が要求される傾向にある。税理士の高度の注意義務が裁判所において肯認されている我が国における司法判断の傾向と同様の傾向と思われるが、我が国司法判断における税理士の調査義務については、上記の連邦通常裁判所の説示ほど厳しいものではない。

もともと、我が国においても、例えば、大阪高裁平成10年3月13日判決（判時1654号54頁）は、「税理士は、税務に関する専門家であるから、一般的には、専門家としての知識経験によって、税務に関する法令に従って事務を処理すれば足り、確定申告をするに先立ち、いちいち税務当局に対し、税務処理の意向を打診すべき義務を負っているとはいえない。」としつつも、「基本通達に反することを知っていたが、…これを指導、助言したというのであるから、このような処理が税務当局によって是認されるかどうかは依頼者にとって重要なことであり、その見通しをたてるためには、事前に税務当局の意向を打診することが必要であったと解すべきである。」と判示している。このように我が国では、税務当局の意向を打診すべき調査義務があるとする判決が散見されているところである（第4章第2節）。

では、かような調査義務が税理士にあるとすれば、税理士はアドバンス・ルーリングを活用することによって租税行政庁の解釈を予め確認しておく義務があると理解すべきであろうか。ドイツにおけるアドバンス・ルーリングとしては、拘束力が認められる Binding Rulings⁽⁷⁸⁾が制度化されている⁽⁷⁹⁾。

(78) Binding Rulings とは、判例法上拘束力が認められているもので、ドイツ財務省は1987年6月24日に規則(Bundessteuerblatt:BStBl)を制定し、かかるルーリングの発遣手続等を明確にしている。連邦財政裁判所は、Binding Rulings は将来の取引のみに対して発遣されると判示している(連邦財政裁判所1961年8月4日判決)。Binding Rulings には、①税務調査の最後に出されるルーリングと、②個人の給与課税に関するルーリング、③富裕税に関するルーリング、④鉱業労働者に対するボーナスの支払に関するルーリングなどがある(Stephan Eilers, Martin Schiessl, *The International Guide to Advance Rulings, Germany*, 2002 International Bureau of Fiscal Documentation, GAR, Suppl. No. 7 May 2002, ¶1.1.2. Specific provisions governing ruling)。

(79) ドイツにおける確約については、乙部哲郎「租税法と信義則(三)完一判例を中心に」神戸28巻3号69頁以下、同「行政における教示・確約と信頼保護の原理(一)」

税理士が課税上の取扱いについて同制度を利用することまでは義務とされる司法判断は今のところないようであるが、先の連邦通常裁判所の説示などから考えると、今後は、税理士の調査義務としてアドバンス・ルーリングによる確認を行ったかどうか税理士の責任追及の議論の射程とされることも十分に考えられるのではないだろうか。

第4節 税理士倫理と節税措置

1 納税者のコンプライアンスと税理士の役割

税理士は、納税義務の適正な実現を図ることを使命とするから(税理士1)、不正に国税や地方税の賦課徴収を免れることにつき、指示をしたり、相談に応じる等の行為をすることは許されない(税理士36)。すなわち、納税義務の適正な実現を回避させ、又は具体的な方法を教示して税の遁脱を図らしめたり、これについて相談相手となり脱税等につき肯定的な回答をすること、また、税の遁脱を企図させる意思を持って具体的な見解を表明する等により脱税を示唆する等の行為は許されない。これに違反すると、戒告、懲戒処分のほか、懲役、罰金という刑事罰が科されることとされている(税理士45①②、58)。したがって、租税の遁脱を企図する取引についての説明を求められた場合に、税理士がかような取引について肯定的な見解を表明することはできないと考えられる。

かくして販売者から租税の遁脱を企図する取引についての説明を求められた場合には、脱税相談の禁止規定によりかかる取引への参加に歯止めがかかることが期待される。また、投資者の納税申告の際には、税理士から受けた節税商品に係る課税上の取扱いの説明を活用し得ると考えられる。このことから、コンプライアンスの高い税理士が節税商品に関与することは、納税義

神戸3巻2・3号65頁以下に詳しい。なお、ドイツにおけるアドバンス・ルーリング制度等を紹介した上で、最近見直しが進んでいる我が国における事前照会の手続の在り方を検討したものとして、酒井・後掲注(134)参照。

務の適正な実現に寄与することになると考えられる。

他方、税理士には、前述のとおり節税措置義務が判示される傾向にある。

求められるのは、かかる義務を否定するということでも、節税商品取引に関与する税理士を批判することでもない。かかる義務が裁判所によって判断される現下において、税理士が公共的使命を自覚し、コンプライアンス意識を高く保持することの重要性が改めて認識されるべきではないかと思われる。

このこととの関連で、どのような節税手段が税理士の節税措置義務の射程かという観点にも留意が必要であろう。

2 節税手段と節税措置義務

前節においては節税措置義務の問題を予測可能性の問題から考察した。しかしながら、予測可能性の有無のみで税理士に要請される節税措置義務の射程は必ずしも判然とはしない。節税措置義務の射程範囲の問題が争点となった事案として、岐阜地裁大垣支部判決がある。そこでは、税理士は租税に関するあらゆる有利を図らなければならないわけではないと説く。

ここでは、同事案を素材として、節税措置義務の射程範囲について示唆を得たい。

(1) 岐阜地裁大垣支部昭和 61 年 11 月 28 日判決（事例②）

Y1 税理士の補助者である Y2 は、X の年度末決算に基づく法人税の申告手続を X から受任し、各年度の確定申告を代行し、併せてその間 X からの税務に関する個々の相談にも応じて来たところ、X の昭和 55 年度申告期限が近づいてくるや、X の経理担当者に対し申告に必要な書類の交付を促したところ会計帳簿の未整理を訴えられた。Y2 は昭和 56 年 5 月 4 日になって始めてすべての資料を入手することができ、その後届けられた原始記録に基づいて鋭意申告書の作成に当たり、同年 5 月末に一応申告が可能となった。計算の結果同年度の X の赤字が億を超えることが分かり、Y2 としては、これでは X の対外的信用を著しく損なうことになると考えた。どうせ赤字決算を免れないとすれば、申告遅延も X に不利となるものではなく、同年

度の赤字については、前年度の黒字分を繰り延べる方法も考えられたので、直ちに申告をしないでいるうちに、Xの経営危機を知ったXの大手債権者がXの会計帳簿の調査に入った。右債権者による援助及び会社経営の合理化を通してXの経営立直しを画策しているうちに、Xからの要請を受けて赤字1億円超の確定申告を提出したものの税務署より正式に受理されなかった。そこで、Xは残された前年度法人税の還付を受ける方法として、会社解散の道を選択することとし、同年57年2月に日を遡らせて解散決議のあったものとして登記を了して、清算手続に入り、Yらとは別の税理士に委任して法人税の還付金の支払を受けた。

XはYらに対して、昭和55年度分申告を期限内に提出しなかった受任事務遂行の懈怠により会社解散を余儀なくされたことによる慰謝料等の損害賠償請求を行った。

判決は、「税理士は依頼者の租税に関してあらゆる有利を計らなければならない準委任上の義務を負うものでな〔い〕」とした上で、「税理士の性格上こうしたこと（筆者注：節税措置）は単なるサービスであって義務の問題ではなく、更にこれを義務づけるに足る包括的な税法に関する顧問契約がXとY2の間に存在したことを認めさせる証拠はない。まして昭和55年度においてXが赤字を出すかどうかは必要な資料がすべて整理されてから言えることであって、然も、よしやそうであってもこれをどのように処理するかはX自体の選択の問題であって、その具体的指示がない以上、税理士が見込のままで白地申告をして後に修正申告するような姑息な事務処理をなすべき義務があるとは、税理士の公益的性格に照らして到底容認し難いと言わなければならない。」と説示する。

そして、節税を考えると、後日の修正申告を前提として早急に概算ないしは申告額零での申告手続をなすことにより、還付金の支払を受ける方法を探ることも考えられないでもないとしつつも、「還付金の支払は赤字申告が所定の期限までになされたものについて例外的に認められる恩典であって、むしろ法を潜る方法としては考えられても、受任税理士の義務の範囲

に属するとは到底考え難い。」と判示した。

(2) 「姑息な手段」と「税理士の公益的性格」

裁判所は、X からの「その具体的指示がない以上、税理士が見込のまま
で白地申告をして後に修正申告するような姑息な事務処理をなすべき義務
があるとは、税理士の公益的性格に照らして到底容認し難いと言わなけれ
ばならない。」と判示した。

判決は具体的委任事項が示されていない以上、税理士は依頼者の租税負
担が軽減されるように有利に図る義務があるとはいえないとしているので
あろうか。さすれば、「姑息な手段」や「税を潜る方法」であるか否かには
関係がなく、具体的委任事項が示されていない限りどのような節税措置手
段であろうとも税理士の義務とはなり得ないということになる。しかし、
そのような考え方では税理士顧問契約を前提とした付随義務の生ずる余地
を一切認めないことになってしまう。具体的委任事項についての指示はな
くとも抽象的なレベルで節税についての委任があると契約解釈される場合
には、付随義務として節税措置や節税の助言の義務が生じることであると
考えるべきであろう⁽⁸⁰⁾。

そこで、契約から導出できる付随義務の問題として、「姑息な事務処理」
あるいは「税を潜る方法」が税理士の公共的性格からして容認し難いとす
る判示内容について考える必要がある。「姑息な手段」や「税を潜る方法」
が税理士の公共的性格に反するというのであれば、具体的指示の有無とは
関係なく、税理士のなすべき事務処理とはいえないということになるはず
である。しかしながら、判決は、「具体的指示がない以上」としており、「姑
息な手段」や「税を潜る方法」に出たものであったとしても、具体的指示
があれば税理士の義務の範囲内と考えるべきと考えているようにも思われ
る。裁判所は、その際、税理士の公共的性格は無視されることになるかと考

(80) 節税についての具体的委任事項・抽象的委任事項と税理士の責任論については、酒
井克彦「物納依頼に反した延納申請手続と税理士の裁量—東京地裁平成7年11月27
日判決を素材として」税務弘報53巻7号65頁以下参照。

えているのか、そうであるとすれば、何故に具体的指示がある場合には公共的性格が無視されてよいとするのかが明確にされなければならないはずである。また、そもそも「姑息な手段」や「税を潜る方法」とは何を指し、法的にどのような評価を下すべきなのかが漠然とし過ぎているようにも思えてならない。

もつとも、判決の表現振りからすれば、少なくとも一義的には契約の内容による義務が税理士には課されており、次に専門家であるが故に課される義務の枠組みが考えられるが、かかる義務の枠組みは過分に税理士の公共的性格との関係は無視し得ないという立場であると理解できなくもない。さすれば、「姑息な手段」や「税を潜る方法」が何を意味するのかという問題はひとまず置いておくとして、具体的な指示がなかったとしても、「姑息な手段」や「税を潜る方法」によらないレベルで税理士が果たすべき助言等が義務として措定されることは十分にあり得るのではなからうか。

本件判決は、「税理士は依頼者の租税に関してあらゆる有利を計らなければならない準委任上の義務を負うものでなく、依頼された個別的な申告手続代行についてのみ善良な管理者としての注意義務を負うに過ぎないもの」と言うべきである。」と判示している。ここにいう「あらゆる有利」を計るということと、判文上その後に記載されている「姑息な手段」あるいは「法を潜る方法」とは同義であると思われるが、「姑息な手段」や「法を潜る方法」による節税措置が準委任契約上導き出せないとしても、そのことは、必ずしも税理士の注意義務の範囲が申告手続代行に限定されるという結論に明確には結び付くとは思えない⁽⁸¹⁾。

いずれにしても、その後のいくつかの判決において節税措置義務が判示されているところであるが⁽⁸²⁾、それらの判決と明らかに違うのは、「姑息な手段」や「税を潜る方法」による節税措置を採ることと公共的性格を有

(81) この判決が先例的意味合いを持つということについて疑問視するものとして、山田・前掲注(52)9頁。

(82) 酒井・前掲注(36)65頁以下参照。

する税理士の責任とは相容れないものであるという裁判所の態度が示されている点にあるといえよう。判断の内容に漠然とした点はあるものの、かような意味では重要な意義を有する判断であると思われる。

本件のような「姑息な手段」による節税措置を採ることが税理士の公共的使命に反するか否かという問題は、専門家倫理の問題から捉えるべき問題のようにも思われる。すなわち、法律上は違法ではないとしても、専門家として不見識であることから、非難を免れないという倫理上の問題として理解することもできよう。

3 税理士倫理と弁護士倫理

上記のような問題のほか、税理士が租税専門家として適正公平な課税の実現を図るために良心に従って行動している場合に、委嘱者に不正が発見されれば、これに対して是正助言すべきかという問題などもある。これらの点は税理士の倫理論の観点からも論じ得る。

(1) 弁護士倫理との比較

松沢智教授は、税理士倫理と弁護士倫理とを比較して、明確に税理士倫理を示される。すなわち、弁護士が脱税刑事被告事件の弁護を受任している場合に被告人が法廷で無罪を主張しているとき、後に法廷外で実は有罪の証拠を発見したらどう対処すべきかという命題を示される。弁護士は、被告人の権利・利益の擁護を任務とし、その限度で真実の発見に協力するものであって、被告人の利益・不利益を問わず真実を明らかにする裁判官とは、使命を異にする。したがって、「たとえ真実であっても、被告人に不利益な証拠を、その意思に反して提出すべきではない。そして、検察官の提出した証拠では、被告人を有罪とするに足りないとき、弁護士は、被告人が犯人であることを知っていても、無罪の弁論をしてさしつかえない。また、黙秘することは、被告人または被疑者の権利であるから、黙秘するように

すすめることもさしつかえない。」とされているのである⁽⁸³⁾。このような理解を前提とすれば、弁護士は被告人が脱税を行っていたとしても、無罪の弁護をし、被告人に黙秘を勧めることが許容されているのである⁽⁸⁴⁾。

もつとも、東京地裁昭和62年10月15日判決（判タ658号149頁）は、「被告Yは弁護士であり、弁護士は社会正義を実現すること等の使命に基づき、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持に努力しなければならないとされている（弁護士法1条）のであるから、自己の受任した法律事務に関連して違法な行為が行われるおそれがあることを知った場合には、これを阻止するように最大限の努力を尽すべきものであり、これを黙過することは許されないものであると解される。そして、これは単に弁護士倫理の問題であるにとどまらず、法的義務であるといわなければならない。」と判示している⁽⁸⁵⁾。

このような判決をみると、先に引用した見解には弁護士倫理の観点からは一定の留保が付されるのかも知れないが⁽⁸⁶⁾、そのことを踏まえたとして

(83) 平野竜一『刑事訴訟法』79頁（弘文堂1958）。

(84) 入江真太郎『弁護士道徳論』107頁（巖松堂書店1913）は、「弁護士の国家又は司法機関に対する道義は弁護士の被告人弁護義務よりも優越せる道義」と説かれる。

(85) その他、例えば、東京高判平14.3.27（判時1791号49頁）は、株主に選任すべき取締役の数よりも少ない議決権しか与えずに累積投票と同様の投票方法を採用することが、一株一議決権の原則に反して株主の議決権を制限するものであり、定款又は株主総会の決議によっても許されないとした上で、「明らかに違法と解される本件投票方法をAらが本件総会において採用し、実施しようとしているのを容認し、積極的に支持して、これを現実に実施せしめ、その後の訴訟事件にまで発展した紛争の原因を作出したことは、そのような取締役選任方法が商法上違法とはいえない旨を準備書面等で主張するのは次元を異にし、法律実務家である弁護士としては、軽率との非難を免れないばかりでなく、著しく不見識であり、弁護士として品位を失うべき非行に当たるものといわざるを得ない。」と判示している。

(86) 弁護士倫理14条は、「弁護士は、詐欺的商取引、暴力その他これに類する違法又は不正な行為を助長し、又はこれらの行為を利用してはならない。」とされている。ここにいう「助長」とは、詐欺的商取引であることを知りながら、これを一般に推奨したり、摘発を免れるための法律的防禦手段を教示するによって、それらを一層たやすく行えるようにすることや、存続、継続を支援することをいい、「利用」とは、例えば暴力その他これに類する行為によって、弁護士自らが事件の処理を容易にしようとし、あるいはそれに便乗して利益を得ようとするなどであると説明され

も、次の松沢教授の考察からは、弁護士倫理と税理士倫理の差異は明確であるといえる。すなわち、松沢教授は司法と行政の本質的差異からこの点を分析し、「そもそも司法は法律上の争訟という対立当事者を前提とし、国家権力という強大な力をもつ検察官に対抗し、当事者対等主義のもと、弁護士は被告人の保護者として単なる代理人ではなく、被告人の基本的人権を擁護する使命をもっている。」のに対して、「納税者と税務署長との間には対等な債権債務関係であるから、税理士は納税者の代理人であるが、決して弁護士の地位にあるわけではない。」ことになるというのである⁽⁸⁷⁾。

(2) 税理士倫理と税理士の見識

租税回避行為への誘導は、脱税幫助とは異なるのであるから、直接問責されることはないと思われる。しかしながら、一方で、税理士法 37 条は、「税理士は、税理士の信用又は品位を害するような行為をしてはならない。」と規定する。この種の行為についての助言が、一般に税理士の信用や品位を傷付けるものであると考えられる場合があるかも知れない。そうであるとすれば、税理士倫理に反することにもなると考えるべきではなかろうか⁽⁸⁸⁾。

専門家に求められる良心とは、個人の主観的良心を意味するものではない。松沢教授は、「たとえ自己において憲法及び法令が自己の思想・世界観に反するものであると考えるとしても、しかし『法律家』として職務の遂行に当っては、自らもその憲法や法令に従うことを意味する。若し、これ

ている（全国弁護士協同組合連合会『注解弁護士倫理〔補訂版〕』58頁以下（有斐閣1996））。また、同24条は、「弁護士は、依頼の目的又は手段・方法において不当な事件を受任してはならない。」としている。かかる規定には、「弁護士は、人権を擁護し社会正義を実現するという使命を達成するため、依頼者のために最善を尽くしてその職務を執行すべきであるが、依頼者の権利の正しい行使以外に職務を遂行すべきではない。」との考え方が背景にあると理解できよう（同書101頁以下）。

(87) 松沢・前掲注(4) 324頁。

(88) 北野・前掲注(6) 382頁は、租税回避の枠を越える行為について、「関与先からの節税要求に対して、税理士倫理に反するような助言をしてはならない。それは税理士の使命の外にある。」とされる。

を否定してしまつては、民主主義の基盤である『法の支配』を失うからである。そこに税理士も自己の良心に従い客観的に物事を判断し、『租税正義』を基礎に、租税法を法律としての視点から正しく解釈しようとするプロフェッションとしての『法律家』の職務を自覚できる。」とされるのである。松沢教授が強調されるように、弁護士も税理士もその専門家としての「良心」は同一であると思われる⁽⁸⁹⁾。ただ異なるのは、「活躍すべき場面が司法と行政という本質的差異によって、任務と権原ないし使命に相違を生ずる」ということになるのであろう。

繰り返しになるが、税理士倫理は適正公平な課税の実現という観点から考究しなければならない。かような点からは、仮に税務署に否認されることが明確に予測できないとしても、税法が予定していない方法で租税負担を免れるような積極的な措置を税理士が考案することが税理士一般の業務上の義務としての節税措置義務に包摂されるとは想定できない。税理士は倫理に反する節税措置を採ることはできず、かような意味では予測可能性の問題と切り離して理解する必要があると思われる。先に、節税措置義務は税理士使命論から説明し得ると述べた。しかしながら、税理士倫理に反する不見識な税務処理が税理士使命のコンテクストから肯定されることはないと考えべきであり、租税回避措置が税理士の節税措置義務の範囲内にあるという所見は採り得ないというべきであらう。

(89) 松沢・前掲注(4) 326頁。

第3章 節税商品取引と税理士の説明義務

序

節税を謳い文句として販売される節税商品の勧誘の在り方については、販売者の説明義務⁽⁹⁰⁾、適合性原則⁽⁹¹⁾、断定的判断の提供⁽⁹²⁾といった多くの論点がある。

節税商品取引における勧誘の在り方の研究では、これら販売者の法的責任論のみならず、租税専門家が果たすべき役割の観点からの考察も有用である。とりわけ、節税商品という触れ込みで販売されている商品であっても、その実態は課税逃れを企図するいわゆるタックス・シェルターであることもあるし、他方、節税効果が判然としない商品である場合もある。しかしながら、謳い文句とされる「節税」というものが、目に見えないものであるし、また、市場価格によって評価することもないことから、投資をするかどうかの判断に当たっては、販売者の商品説明に頼らざるを得ないことになる。

そこで、税理士が節税商品取引における一定の役割を担うということが考えられる。投資者が単なる節税商品に投資をしたつもりが、知らぬ間に租税回避商品に手を染めていたというようなことを避けるためにも、また、節税効果が判然としないにも拘らず、勧誘者の断定的判断の提供によってその節税効果を信じて投資したりすることを避けるためにも、租税の専門家として税理士が果

(90) 酒井克彦「節税商品の特殊性と説明義務（上）・（下）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通信 58 巻 15 号 193 頁以下、同 59 巻 1 号 209 頁以下。

(91) 酒井克彦「節税商品取引と適合性原則（上）・（下）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通信 59 巻 2 号 195 頁以下、59 巻 3 号 181 頁以下、同「節税商品の勧誘における適合性原則の適用」中央大学研究年報〔法学研究科篇〕33 号 175 頁以下。

(92) 酒井克彦「変額保険の節税構造と断定的判断の提供—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通巻 4 号 193 頁以下、同「変額保険の節税商品としての適格性と勧誘における断定的判断の提供」中央大学研究年報〔法学研究科篇〕35 号所収。

たす役割があるのではないだろうか。

ここでの中心的関心事項は、節税商品取引⁽⁹³⁾における投資者保護のための税理士の責任論や役割論という新たな視点からの検討の必要性である。とりわけ、商品販売者の有する専門的知識は、複雑な節税商品の課税上の取扱いに係る説明義務を果たす上では不十分であることが多く、一方で非税理士による税務相談については税理士法による制約もある。そこで、投資者保護の要請に応えるためには、税理士が、節税商品の課税上の取扱い⁽⁹⁴⁾に係る説明を担うという新たな税理士役割論が考えられる。

ただし、そこでは節税商品販売者が行い得ない課税上の取扱いに係る説明について、税理士に依頼すべきとする販売者の法的義務をどう措定するのかとか、その際の税理士が果たすべき責任や役割はどのようなものかという点について、十分な検討がなされなければならない。しかし管見するところ、これまでこの点についての研究業績を発見することはできない⁽⁹⁵⁾。

そこで、本章においてはこの点について考究することとする。

第1節 節税商品取引における説明義務

1 説明義務の意義

判例は、販売者と一般投資家との情報格差やそれに起因する投資者の販売者への信頼を根拠とした信義則上の義務として説明義務を肯定する⁽⁹⁶⁾。私法

(93) 金子・前掲注(34)127頁。租税回避については、同「租税法と私法」租税法研究6号17頁、武田昌輔ほか『租税回避行為』(日本税務研究センター1990)、清永敬次『租税回避の研究』(ミネルヴァ書房1994)などを参照。

(94) 本稿における「課税上の取扱い」に係る説明とは、純粋な課税上の取扱いに係る説明のほか、節税の根拠や節税効果についての説明をも含む。

(95) 酒井・前掲注(93)参照。

(96) 最二判平8.10.28(金法1469号49頁)のほか、主なものとして、東京地判平5.5.12(判時1466号109頁)、名古屋簡判平5.6.30(判タ848号268頁)、大阪地判平6.2.10(判タ841号281頁)、大阪地判平6.330(判タ855号299頁)、大阪地判平6.9.14(判タ875号183頁)、東京高判平7.3.30(判タ885号220頁)、新潟地判平7.4.13(判タ876号215頁)、大阪高判平7.4.20(金判972号11頁)、大阪地判平7.8.28

上の違法性を認める裁判例が蓄積されるにつれ、既に説明義務は一つの類型として捉えられるようになってきており⁽⁹⁷⁾、中には説明義務を契約法そのものに内在するものとして判断するものもあるが⁽⁹⁸⁾、いずれにしても説明義務の根拠は、情報の圧倒的格差を埋めるために情報優位者に課される信義則上の義務とするものであり、学説においても情報格差を前提として信義則に根拠を求める見解が通説⁽⁹⁹⁾である⁽¹⁰⁰⁾。

また、裁判上、説明義務違反は不法行為として判断されることが多く⁽¹⁰¹⁾、有力説⁽¹⁰²⁾は不法行為の根拠を投資者の自己決定権侵害と説明する⁽¹⁰³⁾。この

(判時 1564 号 62 頁)、東京地判平 7. 10. 26 (判タ 915 号 226 頁)、仙台高判平 8. 10. 14 (金判 1009 号 21 頁)、東京高判平 8. 11. 27 (判タ 926 号 268 頁) など。

(97) 主なものとして、東京地判平 7. 3. 13 (判時 1540 号 81 頁)、東京地判平 7. 4. 28 (判時 1564 号 59 頁)、東京地判平 7. 6. 19 (判時 1566 号 44 頁)、東京地判平 7. 10. 26 (判タ 915 号 226 頁)、新潟地判平 8. 1. 30 (判タ 897 号 162 頁)、高松地判平 8. 9. 30 (判タ 940 号 222 頁)、大阪地判平 8. 11. 25 (判タ 940 号 212 頁)、東京高判平 8. 11. 27 (判タ 926 号 268 頁) など。清水俊彦『投資勧誘と不法行為』200 頁 (判例タイムズ社 1999) は、「私法上の違法性を認める裁判例が蓄積されるにつれ、その背景にあるものとして、業者の配慮義務が観念されるようになり、そこから逆に説明義務的なものが演繹されるようになってきた。こうして近時は、適合性原則違反や断定的判断の提供による勧誘などともに一つの類型として捉えられるようになった」とされる。

(98) 奈良地判平 7. 10. 5 (判タ 911 号 155 頁)、広島高裁岡山支判平 8. 5. 31 (判時 1594 号 90 頁) 参照。

(99) 長尾治助教授は、「契約はその選択に必要な情報が相手に開示されていることにより正しく行うことができる。真実の開示は契約に向けて交渉し合う一般的行動規範である」から、「取引上、専門家として知識、経験を有する者であるとき、そうでない相手方としては、この者の知識、経験に信頼して判断せざるを得ないから、前者は後者が誤った判断をすることがないよう、その信頼にこたえなければならないことになる。」として、説明義務の根拠を説明される (長尾「インパクト・ローンの融資銀行が先物予約等につき説明義務を負うとした事例」判評 346 号 191 頁、同「表示義務違反の私法的効果について」法と権利 I (民商増刊号) 288 頁以下)。

(100) 反論として、吉田光硯「信義則上の義務」判タ 632 号 72 頁。

(101) 東京地判平 7. 3. 24 (判時 1559 号 63 頁)、大阪地判平 7. 8. 2 (金判 999 号 25 頁)、大阪地裁堺支判平 7. 9. 8 (⑬事件) 東京高判平 8. 1. 30 (判時 1580 号 111 頁)、東京地判平 8. 2. 23 (⑭事件)、東京地判平 8. 3. 26 (⑮事件)、東京地判平 8. 7. 10 (判時 1576 号 61 頁)、東京地判平 8. 7. 30 (判時 1576 号 61 頁)、横浜地判平 8. 9. 4 (判時 1587 号 82 頁)、東京地判平 8. 9. 27 (判タ 924 号 193 頁)、最二判平 8. 10. 28 (前掲注 (96)) など。

(102) 錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリ 1086 号 86 頁。

論旨は、自己決定権という人格的利益の侵害を不法と捉え、財産的利益の保護を図ろうとするものである。つまり、自己決定権が侵害され財産損害が生じる場合に、自己決定権侵害行為を不法行為と捉えることによって、財産損害の賠償を認めるという考え方である⁽¹⁰⁴⁾。

2 説明義務の二重構造的性

多くの節税商品には商品売買契約や保険契約などの基本的契約に融資契約が随伴するという構造が認められる（節税商品の随伴性）。このことは節税商品の商品内容の説明において、単に基本的契約に関する説明だけでは商品内容の説明が終わらないことを意味する。「節税」効果の減殺リスクとの関係において、商品の説明義務を肯定するのであれば、節税商品取引における商品内容の説明は節税効果との関係において考えなければなるまい。節税商品に係る商品内容の説明とは、節税商品が有する節税効果発生仕組みや要件についての説明である。換言すれば、「課税上の取扱い」に係る説明である。

(103) 金融商品販売法上の説明義務違反についても不法行為とされる（山田誠一「金融商品の販売等に関する法律の成立」金法 1590 号 11 頁、高橋眞「金融商品販売法 4 条」潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』128 頁、平成 12 年 4 月 14 日参議院本会議宮沢喜一国務大臣答弁）。

(104) 具体的な不法行為の成否の判断は、表意者の意思形成過程における相手方の勧誘行為を対象として行われる。つまり、この場面で違法性を基礎付けるのは、法益侵害の結果ではなく、行為態様であり、行為の違法性を基礎付けるのが説明義務であるとされる。この解釈によれば、自己決定権の侵害は、財産的利益の保護を実現するための手段的役割を有するのみである。したがって、説明義務違反があっても、財産的な損失が発生しなかった場合には、自己決定権侵害による損害賠償は認められないこととなる。つまり、自己決定権の侵害による不法行為は、その取引に伴う危険を十分に理解した上で、その行為を行うか否かを決する機会が奪われたことを法的に保護するところには至っておらず、適切な説明によって当該取引行為を行わないでおけたのだから、その行為による損害を回避する機会が奪われたことを保護するにとどまると説明される（小粥太郎『説明義務違反による損害賠償』に関する二、三の覚書」自正 1996 年 10 月号 44 頁以下）。財産損害の賠償を正当化するのは、説明義務という規範の保護目的である。つまり、説明義務は、リスクの高い取引について十分な知識を有しない者が取引に引き込まれるのを防止する趣旨を持ったものであるから、取引から生じた損害が賠償されるべき損害に含まれることになると考える。

金融商品の販売者には、投資判断に必要な情報についての説明義務が信義則上の義務として要請される。特に、節税商品取引において、課税上の取扱いに関する情報は、自己決定権侵害による財産権侵害防止の観点から投資判断に必要な情報である。すると、節税商品取引においては、基本的契約内容についての説明のみならず、課税上の取扱いに係る説明をも要請されることになる。例えば、変額保険についてみると、保険契約や融資契約についての説明義務に加えて、課税上の取扱いに係る説明義務が信義則上導かれると考えられる。本研究においては、このことを節税商品取引における「説明義務の二重構造的」と呼ぶこととする。

この点について清水俊彦氏は、商品に係る説明義務を便宜上説明義務 A とし、変額保険訴訟で主張されている説明義務 B は、「相続税対策が有効に機能しない事態が生じうること（その結果、借入金の支払いも覚束なくなる可能性があること）までをもその対象とする。」と指摘される。説明義務 A が一般的な金融商品取引において要請される程度のものであるのに対し、「説明義務 B ではそれ以上のものが要求されているように見える。」とされる⁽¹⁰⁵⁾。その場合には、単なる商品の仕組みに係る説明とは異なった説明が要請されると考える⁽¹⁰⁶⁾。

(105) 清水俊彦氏『投資勧誘と不法行為』219 頁（判例タイムズ社 1999）。ただし、同氏は、「説明義務 B においては、説明義務 A は一応尽くしたが相続税対策の有効性如何について詳しい説明をしなかった場合にどうなるかが主として問題となるはずであるが、通常は、A の説明があれば（すなわち、変額保険固有の危険性が理解できれば）、相続税対策の効果を常に期待できるとは限らないことは容易にわかるはずである」とされる。

(106) 後藤卷則教授は、富山地判平 8.6.19（判時 1576 号 87 頁）の判示から、銀行は保険契約の妥当性まで説明義務を負うと解釈できるとされる。同教授は、「このような契約の当否についての説明義務は、フランス法で助言義務（obligation de conseil）と言われているものに相当する。これは契約が相手方にとって有利なものかどうかという評価にかかわる説明義務である。」「そのファクターとしては、(1) 契約当事者である AB 間の知識・情報に著しい格差があり、A はある情報を知っているが、B はそれを知らず、知らないことが正当であること、(2) その情報が B の意思決定にとって重要であることを A が認識可能であること、(3) B が契約によって目指している目的を A が知りうるものが挙げられており、（東京高判平 8.1.30 が）相続税対策に

変額保険を巡る多くの裁判例が示すように、節税商品取引においては節税根拠の説明すなわち課税上の取扱いの説明が要請されると考えられる。説明義務違反を法が問うのは、それが自己決定権の侵害に当たるからであるが、節税商品への投資判断における自己決定権を左右する情報には課税上の取扱いが含まれると考えるべきであろう⁽¹⁰⁷⁾。

3 「課税上の取扱い」に係る説明

投資者が投資をするに当たって、商品の仕組みのすべてを完全に理解するところまで説明義務が要請されるかという問題がある。金融審議会中間整理（第一次）⁽¹⁰⁸⁾は、「利用者が金融商品の内容全てについて知ることを想定するのは非現実的である。説明義務の趣旨に照らせば、それは金融商品のリスク判断にとって重要となる事項として捉えるべきである。」とする。

海外不動産投資を組み込んだ節税商品について、東京地裁平成 12 年 8 月 29 日判決（判時 1580 号 111 頁：⑩事件）は、「被告は、本件投資を企画し、販売したものであるから、被告は、本件投資の基本的仕組み、これに伴う重要なリスク等の投資者が誤った判断をしないための重要な事項について説明すべき義務を負っていたといえることができる」と判示している。ここでは、誤った投資判断をしないための事項として投資の基本的仕組みが位置付けられており、この観点から考察する必要があるであろう。

なるかどうかにかかわる説明義務について考慮しているファクターとほぼ同じである。」とされる。「もっぱら相続税対策を理由として勧誘し、そのために顧客が変額保険加入の意思を決定した場合のように、勧誘する側の専門家としての評価が契約獲得と直結しているような契約では、（この）ファクターを考慮しつつ、相続税対策になるかどうかを具体的に説明する助言義務を負うと考えるべきである。」とされる（後藤『消費者契約の法理論』118 頁（弘文堂 2002））。

(107) 後藤・前掲注 (106) 99 頁。

(108) 平成 10 年 8 月に大蔵大臣（当時）の諮問機関として発足した金融審議会第一分会は、平成 11 年 7 月 6 日に中間整理（第一次）を発表した。大蔵大臣は、金融審議会に対して「21 世紀を見据え、安心して活力ある金融システムの構築に向けて、金融制度及び証券取引制度の改善に関する事項について、審議を求める」とした（桜井健夫=上柳俊郎=石戸谷豊『金融商品販売法ハンドブック』18 頁（日本評論社 2002））。

説明義務の根拠を自己決定権侵害との関係に見い出すのであれば、必要十分な情報というのは、本来投資者が誤った投資判断をしないための情報であれば足りると解することが相当であろう。したがって、商品の仕組みについての説明義務の程度は、必ずしも数学的な説明を駆使したものである必要はなく、投資判断に必要かつ十分な説明として評価される程度の情報であれば足りると考える^{(109)・(110)}。

(109) 福島良治氏は、「あるレベルまでリスクが明示されていれば、それ以上の細かいところは示す必要がない」として「本当にリスクの内容を構造的に示そうと思えば、それは高度な数学理論を展開しないと説明できないわけです。そこまで顧客に説明する義務があるのか。もしくは彼らがそれを知る必要があるのか」というと、そうではなくて、金利がどうなったらこれだけ損します、為替がこうなったらこれだけ得します、逆になればこれだけ損をしますという程度のこと、すなわち、少なくともわれわれが義務教育で習っている数学レベルのことまで説明すれば、必要・十分だ」と主張される（松本恒雄ほか「＜座談会＞金融取引における説明義務とは何か」金法1407号56頁〔福島発言〕）。この点は適合性原則との関係で論じる必要もあろう。

(110) 節税商品の商品内容の説明には「課税上の取扱い」についての説明が求められるが、その説明が一般には理解し難いものであることから、節税効果の説明で足りるとする裁判所の判断もある。東京地判平11.3.30（判時1700号50頁）は、「変額保険を利用した相続税対策の仕組みが一般にはなかなか理解しにくいものであることからすると、…変額保険の募集・勧誘をする場合においては、どのような場合は有効な相続税対策になり、どのような場合にならないか、すなわち、相続税対策の有効性についても説明義務が及ぶべきものといわなければならない。」と判示している。

このような考え方はその他の裁判例においても散見される。例えば、東京地判平8.7.10（判時1576号95頁）は、「変額保険を特に相続税対策として勧誘する際には、どのような場合に相続税対策となり、どのような場合にならないかについても説明すべき義務があるというべきである」と判断を下しており、同様の判断を示す判決は多い。東京地判平7.12.26（金法1465号142頁）は、「被告らのごとき金融商品取引について知識・経験の豊富な金融機関が、商品の性質上大きいリスクが包蔵されている金融商品取引についての知識及び経験に乏しく、そのため右金融商品取引を行う上でのリスクに対する判断能力に乏しい一般消費者的地位にある者が相続税節税対策に悩んでいる場合に（は）、…相続税節税効果が減じうるという変額保険の運用上のリスク及び相続税節税効果について開示」する必要があるとした。

大阪地判平9.7.31（判時1645号98頁）は、相続税対策として効を奏するか否かは特別勘定の運用次第であるにもかかわらず、その点を十分に説明しなかったとする。課税上の取扱いに係る説明は、単なる節税効果の発生の仕組みから、節税効果が功を奏する条件、節税のシミュレーションに至るまで広範囲のものが考えられる。変額保険訴訟である東京地判平6.7.25（金法1397号58頁）は、「なるほど、相続税節税額まで記載された年別予想キャッシュフローが作成されていれば、変額保険に

そうであるとする、要請される節税商品に係る商品内容の説明は、投資者が誤って「投資判断をしなため」の情報提供であることから、その程度・内容は自ずと投資者の属性に大きく依存することになると考えられる。判例法理上の節税商品の範囲や程度は、適合性原則と関係付けて相手方の属性等により個別具体的に定まるものとして理解されている⁽¹¹¹⁾。最高裁平成10年6月11日第一小法廷判決（判例集未掲載）⁽¹¹²⁾、最高裁平成10年6月30日第三小法廷判決（判例集未掲載）⁽¹¹³⁾は、投資家の「職業、年齢、証券取引に関する知識、経験、資力等に照らして」説明を行うべきである旨判示した高裁判決をそれぞれ支持している。

4 税務否認リスク

税務否認された節税商品を勧誘した業者の説明義務違反が認定された事件として、リースバック取引事件東京地裁平成9年7月10日判決（⑧事件）がある。東京地裁の認定によると、リース業者従業員Aは、原告Xに対し、「少額の減価償却資産によるリースバック取引のスキーム自体については、税務当局の了解（お墨付き）を得ていること、もっとも、この取引による税の繰り延べは、節税効果が大きいので、所轄税務署から調査を受ける可能性があり、これまでも税務調査を受けた例があるが、税務否認されたことはなく、税務通達上も問題がないと考えていること及び将来、法改正があれば、この取引はできなくなるが、改正前の取引についてまで問題となることはないことなどを説明」したとされている。

よる相続税対策の効果の有無については理解しやすくなるといえるが、これも正確なものを作成するのは困難であるし、仮に作成されたとしても、結局のところ単なる予想にすぎず、経済情勢の変化の複雑さと対比すれば、いずれにせよあまり意味がないものにすぎず、原告主張のように契約関係における信義則からこのような具体的な説明義務が導かれるものとは解しがたい。」と判示した。

(111) 適合性原則については、酒井・前掲注(91)。

(112) 東京高判平8.11.27(判時1587号72頁)、東京地判平8.5.30(判タ925号224頁)。

(113) 東京高判平9.7.10(判タ984号201頁)、東京地判平7.9.19(判タ907号196頁)。

このような認定の上で、裁判所は、「本件リース取引に基づいて納税申告を行った場合の税務否認のリスクについて具体的に説明すべき義務があった」とし、「税務否認リスク」の説明義務を肯定している。

勧誘者が「本件リース取引についての税務当局の見解や税務否認されるリスクの有無等について十分な説明をしなかった」からこそ、投資者は、「問題なく節税効果を上げられるものとして、妥当な取引の数量や金額等について格別検討することもなく右取引を行い、これに基づいて納税申告を行うことになった」のである。裁判所はこう認定し、勧誘者側の説明義務違反を判断している。

米国においても、タックス・シェルターの税務否認リスクについての説明が争われた事例が散見される⁽¹¹⁴⁾。例えば、税務否認リスクを説明していなかったとされた *Eriks v. Denver* 事件や *Adell v. Sommers* 事件⁽¹¹⁵⁾などがこれである。

Eriks v. Denver 事件⁽¹¹⁶⁾は、マスター・レコーディングに係る投資税額控

(114) 米国におけるタックス・シェルター・マルプラクティスについては、酒井克彦「米国におけるタックス・シェルター・マルプラクティス（上）・（下）—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信 59 巻 12 号 187 頁以下、同 59 巻 13 号 167 頁以下、同「タックス・シェルターの販売に關与する米国租税専門家の責任（1）」税大ジャーナル 1 号 135 頁以下参照。

(115) *Adell v. Sommers, Schwartz, Silver and Schwartz, P. C.*, 170 Mich. App. 196, 428 N. W. 2d 26 (Mich. 1988). 本件は、投資者 Adell が、弁護士から適法に節税できると説明を受けてリミテッド・パートナーシップに投資したものの、その後、パートナーシップに係る損失が内国歳入庁に否認され、損益通算を受けられなくなったという事件である。

(116) *Eriks v. Denver*, 118 Wash. 2d 451, 824 P. 2d 1207 (Wash. 1992). 売り出されたマスター・レコーディングの勧誘によると投資税額控除の適用を受けることができるとされていたが、既に内国歳入庁 (IRS) はこの投資に対する投資税額控除や所得控除に対して否認をするようになっていた。本件タックス・シェルターのプロモーターは、Master Recording Trust Fund (MRTF) を設立して、弁護士の William Denver を雇った。Denver は、IRS がマスター・サウンドレコーディングへの投資による税額控除や所得控除を否認していることを知っており、IRS の調査後に認められる税額控除や所得控除は皆無であることを了知していた。Denver は、MRTF の代理人であり、投資者の代理人でもあったが、Denver は、MRTF の代理人の立場をとり続けた。租税裁判所は、マスター・サウンドレコーディングの所有権や評価の間

除及び所得控除が内国歳入庁に否認されていることを了知していた投資者の顧問弁護士が、このことを投資者に伏してマスター・レコーディングを利用したタックス・シェルターへの投資勧誘を行ったというものである。

商品に係る節税効果が課税庁から否認されれば、更正処分等により本税のほか加算税や延滞税をも負担することになる。節税商品の商品内容の説明や減殺リスクについての説明に加えて、税務否認リスクは勧誘の際に説明すべき重要事項であると考えられる⁽¹¹⁷⁾。

題を指摘した。ワシントン州最高裁判所は、Denver は投資者の信頼に対する責任に反すると判示した。

- (117) 平成 13 年 4 月 1 日から施行されている「金融商品の販売等に関する法律（金融商品販売法）」では、金融商品の販売時に説明すべき事項を明定し、説明義務違反があった場合には、不法行為責任として損害賠償の責めを負わせることが規定されている。同法 3 条では、金融商品について元本割れのリスクがある場合には、その旨及びその原因となる事由等についての説明義務が定められている（牧田宗孝「金融商品の販売等に関する法律の概要」NBL691 号 11 頁、同「金融商品の販売等に関する法律の概要」商事 1562 号 14 頁）。

具体的には、①相場の変動等による市場リスク（金融商品販売 3①一）、②金融商品販売業者その他の者の信用リスク（同 3①二）、③その他リスクから生ずる元本欠損のおそれ（同 3①三）、④権利行使期間、解除権行使期間の制限（同 3①四）についての説明が求められている。「元本欠損のおそれ」とは、金融商品の販売により顧客が支払う金銭等の合計額が、顧客等が取得する金銭等の合計額を上回るおそれという（金丸和弘「説明義務」銀行法務 21、588 号 22 頁）。金融商品販売法 4 条は、説明義務違反に対して損害賠償義務を課すことを明示するとともに、これを業者等の故意・過失を問わない無過失責任とし（山田誠一「金融商品の販売等に関する法律の成立」金法 1590 号 11 頁）、因果関係と損害額の推定を定めた同法 5 条と相俟って、重要事項の説明を受けずに取引をして損害を被った投資者の保護を図るものである（高橋眞「金融商品販売法 4 条」潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』126 頁（経済法令研究会 2001））。

しかし、金融商品販売法では上記において検討したような税務否認リスクは規定されていない。同法は判例法理を否定しないと解されているため、説明義務は同法規定事項に制限されるものではないと考えるが、今後の節税商品過誤訴訟における裁判所判断の動向が注目される。

なお、節税商品取引における金融商品販売法適用に関する論稿として、酒井克彦「節税商品取引における金融商品販売法適用上の問題」中央大学大学院研究年報〔法学研究科篇〕34 号 91 頁以下参照。

第2節 説明義務者の適格性—説明者の専門的知識の欠如

金融機関や保険会社の販売担当者などの非税理士が、「課税上の取扱いに係る説明義務」を履行するに相応しい者であるか、すなわち説明義務者としての適格性を有しているかについては、①税務の専門的知識の欠如という問題と、②非税理士が課税上の取扱いに係る説明を行うことによる税理士法抵触という問題が立ちはだかる。

1 問題点の所在

節税商品取引において説明義務を履行するのは、節税商品の販売者である金融機関や保険会社の一般職員であることが多いが、これらの者は、一般的に税務に精通しているとは限らないことから、節税商品の販売に当たって税務上の専門的知識の習得が必要となる。

節税商品は、専門的な税務上の知識を利用して商品開発されていることが多い。そのことから、節税商品取引に係る課税上の取扱いは一般的金融商品取引のそれよりも複雑であることが多い。そのため、基礎的な税務知識さえも有していない金融機関や保険会社の一般職員が、当該商品の販売のために専門的な税務上の知識を習得し、これを更に一般の投資者に対して噛み砕いて説明することは、相当な困難性を伴っているといえよう⁽¹¹⁸⁾。

ここでは、販売者の専門的知識が欠如していることに基因する注意義務違反が節税商品過誤訴訟でどのように問われているのかといった実証的分析を通じて、販売者に求められる注意義務について若干の検討を加えることとする。ここでは、販売者の専門的知識の欠如が原因で損害を被ったとする投資者により提起された節税商品過誤訴訟である米国財務省証券事件東京地裁平成7年10月16日判決（判タ912号209頁：⑩事件）及び等価交換によるマ

(118) 酒井克彦「節税商品勧誘者の保持すべき専門的知識と注意義務（上）・（下）—節税商品過誤訴訟を素材として—」税理47巻8号199頁以下、同47巻9号194頁以下参照。

ンション建設勧誘事件東京高裁平成 10 年 4 月 22 日判決(判時 1646 号 71 頁:
⑫事件) を素材に検討することとしたい。

2 販売者の専門的知識の欠如が問題とされた事例

(1) 米国財務省証券事件 (⑫事件) ⁽¹¹⁹⁾

イ 事案の概要

資産家である米国非居住者 A (89 歳日本人女性) の養子となっていた米国居住者 X (会社経営を行う日本人で A の孫) は、祖母かつ養母である A の死亡による多額の相続税を心配していた。そこで、X は、Y1 社従業員に対し、A が高齢であり健康状態も悪く死亡の可能性が高いと説明した上で、相続対策について相談したところ、同人から、A が投資目的で米国財務省証券を取得した上で、その存命中に米国居住者である X に当該証券を生前贈与すれば、日米両国のいずれにおいても課税されないため、何らの税負担も負わないまま財産を相続できるとの節税対策の説明を受けた。

また、A が長期の米国財務省証券を購入して即時に X に贈与すると、日本の税務当局からかかる証券の購入・譲渡を現金贈与に対する贈与税の租税回避行為と認定されるおそれがあるため、Y1 社従業員は、X に対して、A が購入する前記証券は満期が 183 日未満の短期の米国財務省証券とし、何回かにわたって購入した方がよいと説明した。

X は、かかる節税対策を実行することとし、A を代理し Y2 社との間で米国財務省証券の取得及びその後の贈与、証券の運用を実施する投資顧問契約を締結した。その後、A は、かかる契約に基づいて Y1 社らグループの訴外証券会社から満期 183 日未満の米国財務省証券を購入した。

その後、前記証券を X に贈与する前に A は死亡した。ところが、連邦遺産税の免税対象となるのは、183 日を超えて満期となる証券のみであ

(119) 酒井・前掲注(118)(上)199 頁以下参照。

ることから、A が購入した証券に対して連邦遺産税が課税されることとなった。更に、X の実母が存命中であり X は A の孫であったため、証券の相続については直接移転が生じたと米国当局に認定され、世代省略譲渡税 (generation skipping transfer tax, 以下「GTS 税」という。) が課税されることが明らかになり、X はこれらの各税合計 4 億円強の納税を余儀なくされた。

そこで、X は、Y1 社に対し、Y1 社としては、X に節税対策の勧誘を行い一定の社会的接触関係を形成したことに基づく信義則又は銀行の高度な注意義務が課されると主張して訴訟を提起した。すなわち、X は、容易に調査できた GST 税の存在や満期が 183 日を超える財務省証券を購入すれば連邦遺産税が課税されないことを説明する義務を Y1 社は負っていたにも拘らずこれを履行しなかったとして、Y1 社に対し、説明義務違反及び銀行法違反による不法行為に基づく損害賠償を請求した。

また、Y2 社に対しては、主位的に、同社と締結した本件投資顧問契約は、節税のアドバイスを目的とするタックスアドバイザー契約あるいはそれを含んだ契約であるとして、説明義務違反による債務不履行解除及び債務不履行に基づく損害賠償を請求した。また、予備的に投資顧問業法上の投資顧問契約であったとして、説明義務違反及び投資顧問業法違反による不法行為に基づく損害賠償を請求した。

東京地裁は、「Y1 社及びその従業員らが、原告 X の右申入れを受けて承諾したのは、生前贈与を前提とする本件節税対策の説明の限度にとどまるものと認められる。」と認定し、「したがって、原告 X 主張の信義則等を考慮しても、同被告 Y1 の説明義務が生前贈与を前提とする事項についてのみ生じると解さざるを得ず、贈与前に相続が発生した場合の相続税対策まで依頼を受けたものとは認められない以上、贈与前に相続が発生した場合をも想定して米国連邦遺産税や GST 税に関する説明までなす注意義務を負っていたものと認めることはできない」と判示した。

更に、Y2 の債務不履行ないし不法行為責任については、「本件節税対

策の説明を受けた後に、本件投資顧問契約を締結していることをも考慮すると、同契約は、原告 X 主張のようなタックスアドバイザー契約又はこれを含むものとは認められないうえ、投資顧問業法上の投資顧問契約とも認められない」として⁽¹²⁰⁾、Y2 の債務不履行ないし不法行為責任の主張は失当であると判示した。

ロ 節税商品販売者に要請される説明義務

本件節税商品は節税のための包括的商品であり、いくつかの取引が結合されてはじめて商品性を有するものである⁽¹²¹⁾。つまり商品構造としては、米国非居住者が投資目的で米国財務省証券を取得した上、米国居住者に贈与した場合、日米両国いずれにおいても贈与税が課税されないという日米両国の税制度の相違を巧みに利用して、将来の相続開始時の相続財産を圧縮することができるというものである。したがって、当該商品の仕組みに関する説明においては、次のように日本の贈与税及び相続税並びに米国における贈与税の取扱いについても触れる必要がある

(120) 投資顧問業法は、同 21 条、30 条の 2 において「忠実義務」について規定している。証券投資顧問業者の注意義務研究会報告書『投資顧問業者の注意義務について』(2001)において、注意義務は委任契約上のものとして捉えられていると解される(山中真人「日本法上の注意義務」金法 1625 号 23 頁以下)。

(121) 裁判所は、本件節税商品を「被告 Y1 が勧める節税対策は、Y グループの被告 Y1、被告 Y2、訴外 Y3 の 3 社が被告 Y1 ニューヨーク本店の指示に基づく有機的ネットワークを通じて実施されるものであった」と認定している。更に、「米国財務省証券を個人名義で購入、贈与するには、米国内の銀行に個人名義の購入証券の保護預り口座及び預金口座を開設する必要があるところ、米国内の銀行は取引関係のない米国非居住者個人からの依頼による右口座開設サービスを提供しておらず、日本の銀行の海外支店からもかかるサービスを提供していないのが実情であり、米国財務省証券を個人で購入し、何らかの手段で他の銀行を使って保護預り口座を開設できても、この二つの特徴は、Y グループ内のネットワークを利用することにより、保護預り口座を開設して円滑に証券購入、保管、移管、買い換え、生前贈与を実行でき、日本国内では預金口座振替手続だけを行えば済むようにしたことにより、本件節税対策を開始した当時、かかる対策を円滑に実行できる金融機関は右グループのほかは見当たらなかった」としており、「祖母と被告 Y2 間に締結された本件投資顧問契約において、同被告の報酬を、購入した米国財務省証券の時価評価額の 5% と設定されているのは、右のような利用価値の高いネットワーク使用の対価の意味を持つものであった」と認定した。

と考えられる。

(a) 日本の贈与税は、受贈者が非居住者である場合には、日本国内に所在する財産についてのみ課税されるため⁽¹²²⁾、非居住者である原告が、米国財務省証券の贈与を受けても、日本の贈与税は課税されない。また、米国の贈与税は、贈与をなした者に対して課税されるが、非居住外国人が贈与をなした場合には、合衆国内に存在する財産についてのみ課税され(IRC2511(a))、一定の非居住外国人が無形財産(intangible property)の贈与をした場合には、原則として課税されない。

(b) 仮に贈与前に相続が発生した場合には、遺産税が課税される(IRC2501(a)(2))⁽¹²³⁾。

(c) 更に、米国においては、祖母から孫への譲渡のような場合、GTS税が課税される(以下「GTS税のリスク」という。)。祖母から孫への譲渡であっても、実母が存命中でないなど世代省略ではない場合にはGTS税は課税されない。

節税商品として勧誘する際に、これらのことは商品説明若しくは投資判断に重要な影響を及ぼすリスクとして説明すべきであったと考えられる⁽¹²⁴⁾。

(122) 相続税法10条2項には「国債又は地方債は、この法律の施行地にあるものとし、外国又は外国の地方公共団体その他これに準ずるものの発行する公債は、当該外国にあるものとする」と規定されている。

(123) なお、IRC2501条(a)(2)の適用の例外とされる非居住外国人が贈与をなした場合には、内国法人の発行する株式や合衆国法人・合衆国それ自体・合衆国の地方団体の発行する公社債は、国内財産とされるところの規定がある(IRC2511条(b))。

(124) 判決は、Y1に対しては、生前贈与を前提とする説明を承諾したに過ぎないとし、信義則を考慮しても贈与前に相続が発生した場合の相続税対策まで依頼を受けていたとはいえないとする。依頼を受けた節税対策に贈与前の相続の発生した場合が含まれていなかったとしても、近いうちに相続が発生する可能性が高かったことから原告が相続税対策を依頼したことは販売者も了知していたのであり、贈与前に相続が発生する場合も想定できたはずなので、この場合に発生する短期証券にかかる遺産税のリスクやGTS税のリスクを本件商品固有のリスクとして説明義務の及ぶ範囲に包摂する立論も可能であったはずである。

Y2に対しては、タックスアドバイザー契約ないし投資顧問業法上の投資顧問契約

ハ 米国税法に精通しない者による米国税法を活用した節税商品の説明

上記のように、本件節税商品は、日米両国の税制の相違を利用したものであるため、販売者が商品説明を行うに当たっては、米国の税法に関する知識を必要としていたことはいうまでもない⁽¹²⁵⁾。

本件について、中里実教授は、「日本の相続税・贈与税逃れを商品の販売の際に強調しながら、しかも、かなり高齢の者が当該商品を購入することを知りながら、販売担当者は、米国連邦遺産税等に関する十分な知識を有していなかった点が裁判所により認定されているという点を考慮すると、状況によっては、本件判決と逆の結論も十分に出される可能性のあった事案である⁽¹²⁶⁾」と評される⁽¹²⁷⁾。

があったとはいえないと認定しているが、契約法理によらないとしても、不法行為責任構成を採る余地はなかったのか。短期証券に係る遺産税のリスクやGTS税のリスクが説明義務の対象となるかどうかについての判断があってもしかるべきではなかったか。

もっとも、贈与前にAが死亡してしまうことで生じる遺産税のリスクについては説明されていたと認定されている。説明義務として要請される説明とは、投資判断に重要な影響を及ぼす事項としてのリスクの説明であるから、短期証券に係る遺産税のリスクやGTS税のリスクについても同様に説明すべきであったと考えられる。遺産税のリスクを説明すれば説明義務が履行されたと解すべきか、短期証券にかかる遺産税のリスクないしGTS税のリスクと遺産税のリスクとの間に差異があるといえるのか、あるとすればその法的根拠は奈辺にあるのか、それともそもそも遺産税のリスクも本来説明が要請されるものではなかったと理解すべきなのかといった疑問について、本件判決は何も応えていないのではないかと思われる。

(125) 本件の販売担当者は公認会計士の資格保有者であった。公認会計士の節税商品取引における説明義務については、酒井克彦「変額保険勧誘をめぐる租税専門家の説明義務(2) —東京地裁平成11年3月30日判決を素材として—」税務弘報53巻3号147頁以下参照。

(126) 中里実『タックス・シェルター』283頁(有斐閣2002)。

(127) 中里・前掲注(126)89頁は、このように評価する。すなわち、高齢者が死亡すれば、本件のような状況があり得るという点を、本件商品の販売者は当然念頭においてなければならないと説かれる。更に、フィルム・リースの事件などにおいては、本件と異なり、裁判所により商品そのものの否認が正面から認められているから、その場合に納税者が当該商品の開発者や販売者に対して損害賠償請求を提起すれば、それが認められる可能性は十分にあるのではないかと主張される。

もつとも、販売者が十分な専門的知識を有していないことのみによって、勧誘の違法性が根拠付けられるものではなく、十分な専門的知識を有しない者の行う説明が投資者の意思形成にどのような影響を与えるかが問題とされると考えるのが正当であろう。

十分な専門的知識を有しない販売者による説明では、誤った情報が提供されることや提供されるべき情報が提供されないことがあり、このことが投資者の自己決定権の侵害へと繋がり得る。損害賠償責任が肯定されるためには、自己決定権の侵害があり、その自己決定権侵害に起因して財産的損害が生じたという因果関係が認められる必要がある。この点、販売者によって払われた注意の水準が問題となるのであって、販売者に十分な専門的知識があったか否かは勧誘の違法性判断においては問題とはなり得ないとの反論も考えられるが、本件の場合、販売者が短期証券に係る遺産税やGTS税についての専門的知識を有していないがためにこれらについての説明がなされず、結果的に投資者に不測の税負担が課されることとなったと評価し得るのではないだろうか。

十分な専門的知識を有する者による適正な説明が行われていたならばなされなかったであろう投資行動に起因して本来納付する必要のないGTS税の負担が生じたことに鑑みると、本件判決と逆の結論も十分に出される可能性のあった事案であるとの中里教授の見解に左袒したい。

(2) 交換によるマンション建設勧誘事件 (⑫事件) (128)

イ 事案の概要

土木建築工事の設計施工請負業を営むYは川崎市内に土地を所有するX1とX2に対して、節税策として等価交換によるマンションの建設を勧誘した。そこでXらは、昭和62年3月、Yとの間で、Xらの所有する土地に、いわゆる等価交換方式により、譲渡所得に係る所得税等が課税されない形でマンションを建築する旨の業務委託契約を締結した。当該契

(128) 酒井・前掲注(118)(上)194頁以下。

約にも関わらず、Y は課税関係に配慮しないでマンションを建築したため、X らは租税特別措置法 37 条の 5 の課税の特例の適用を受けられなくなり、多額の所得税及び地方税の納税を余儀なくされた。そこで、X らは Y に対し、債務不履行に基づく損害賠償として、納税額相当額と遅延損害金の支払を求め、訴訟を提起した。

第一審は、X と Y らとの間で、いわゆる等価交換方式により譲渡所得に係る所得税等が課税されない形でのマンションを建築する旨の業務委託契約が成立したとは認められないとして、請求を棄却した。

X らは控訴し、予備的請求として、Y の担当者 A は、X らに対し、X らの所有土地上にマンションを建築し、これを他に譲渡した場合にも、租税特別措置法の適用があり、譲渡した土地の価格以上の資産を取得しない限り等価交換に当たるから課税はされない旨の誤った説明をし、その旨誤信した X らにマンションの建築を締結させたものであるから、契約締結上の過失があるなどと追加的な主張をした。

東京高裁は、譲渡所得に係る所得税等が課税されない形でマンションを建築する旨の業務委託契約については、原審を支持したが、予備的主張については、「元々 X らにいわゆる等価交換方式によるマンション建設の話を持ちかけたのは Y であり、Y の営業担当者は、等価交換方式によれば、マンションの建設に伴う課税は全くされないか、又は、特段の用意が必要な多額の税負担が生じることはない」と判断し、X らに対してその旨説明していたのであるから、Y の営業担当者は、マンション等の大手建設業者の従業員として、等価交換方式によるマンションの建設方式について正しい知識を持ち、十分な理解をした上、X らに対し誤解を招くことがないように正しく説明すべきであったことはもちろん、ディベロッパーが見つかった後も、X らに多額の税負担が生じることをないように、X ら及びディベロッパーとの間で、綿密な打合せ・調整を図り、工夫をするなどすべき注意義務があったものというべきである。」と判示した。

その上で、同高裁は、Yの担当者の注意義務違反を認め、「Yには、この点において契約締結上の過失及び契約履行段階における過失があったものといわなければならない。そして、Xらは、Yの担当者の前記説明を信頼してYとの間に本件マンションの建設工事請負契約を締結し…たのであるから、YはXらに対し、不法行為に基づき、これらの過失によってXらに生じた損害を賠償すべき義務がある。」と判示し、不法行為に基づく損害賠償責任を肯認した⁽¹²⁹⁾。

(129) 本件は、勧誘者側の税務知識の不足の問題のほか、損害額の認定の問題がクローズアップされる事案であるといえる。すなわち、民事訴訟法248条に則り相当な損害額を認定した初めての事例として先例的意義を有するとされる。

本判決は、損害額の認定に当たって、等価交換による場合の譲渡所得の課税の特例（措置法37の5）は、土地の譲渡収入金額が本件マンションの取得価額以下である場合には、右譲渡資産の譲渡がなかったものとされるところ、当該特例は、譲渡の時点においては譲渡所得の課税はされないが、譲渡した土地の取得費が買換え取得したマンションの取得価額に引き継がれ、当該マンションを将来譲渡するときは、その譲渡価額から控除できる取得費は、右土地の取得費を基礎として算定され、買換える時に課税対象とされなかった譲渡益も含めて課税されることになり、また、買換え取得したマンションにつき、不動産所得、事業所得等の金額の計算上、減価償却の計算の基礎となる取得価額は、右土地の取得価額とされているので（措置法37の5③、所法49①）、その結果所得が多くなり、毎年の税額がそれだけ多くなるという仕組み等を通じて、等価交換の時に課税されなかった税金を長期にわたって分割納付することになるものであるから、いわば課税の繰り延べ制度にすぎないものであると説示した。

その上で、「そうであってみれば…Yにおいて前記課税の特例が適用されるような措置をとったとしても、それによって、Xらに対する譲渡所得に係る所得税及び地方税の各課税の時点で、このような措置がとられない場合と比較して、現時点において、具体的に幾らかの利益が生じるのかを算定することは困難であるといわざるを得ない。」とする。つまり、損害額の認定に当たっては、Xらが取得した本件マンションの各区分所有建物を将来譲渡する時期はいつか、その譲渡の対象はどれだけの部分か、Xら取得の各区分所有建物のうち、Xらが賃貸している店舗及び居宅の賃料等の不動産所得が将来どのように変動するか、Xが営業している店舗における事業所得が将来どのように推移するかなどが、証拠上確定し得ないのである。

このようなことから、高裁は、「課税の特例が適用されるような措置がとられた場合と比較して、Xらに生じた損害を具体的に算定することは極めて困難であり、本件は、Xらに損害が生じたことは認められるが、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときに該当するものというべきであるから」、民事訴訟法248条に則り、納付した所得税及び地方税の約3分の1に当たる額を相当な損害として認定したのである。

ロ 専門的知識を保持しない説明義務者による説明

本件高裁判決は、販売者の注意義務違反を認めたものである。裁判所は、「Y の営業担当者は、マンション等の大手建設業者の従業員として、等価交換方式によるマンションの建設方式について正しい知識を持ち、十分な理解をした上、控訴人らに対し誤解を招くことがないように正しく説明すべきであった（下線筆者）」として説明のための正しい知識を有すること及びその理解を十分にすべきであったことを判示している。

更に、それにもかかわらず、「Y の担当者は、…等価交換方式に関する租税特別措置法の規定を『土地等を譲渡した者が、譲渡した土地等の価格以下の資産を取得すれば税金はかからないが、それを超える資産を取得した場合には、その差額について税金がかかる。』と誤った理解をしていたのであり、その誤解を前提にした上、X らに対しその旨誤った説明を」していたとしている。

この東京高裁判決の「正しい知識を持ち、十分な理解をした上」という説明義務者の態度の問題についての判示を、どのように評価すべきであろうか。「多額の税負担が生じることのないように…綿密な打合せ・調整を図り、工夫をするなどすべき注意義務があった」と判示されていることからみても、契約者死亡の場合にどうなるかという点についてそれ以上の調査を行わなかったという先の⑪事件における販売者の問題と同様、説明義務者としての知識レベルの問題に止まらず、説明義務者としての注意義務全般の問題として捉える必要があるであろう。

また、説明義務との関係では、適切な説明が履行されたかどうかのみを判断すべきであろうが、そもそも専門的知識の習得のない者による説明が、投資者の判断に適正な情報を提供することは考え辛い。そのことから、説明義務の履行が適正になされたかどうかの判断においても、販売者の専門的知識の保持が問題にされる余地があると考えられる。

3 節税商品販売者の専門的知識の欠如

⑫事件東京高裁判決の「正しい知識を持ち、十分な理解をした上」という説明義務者の態度の問題についての判示を、どのように評価すべきであろうか。契約者死亡の場合にどうなるかという点についてそれ以上の調査を行わなかったという先の米国財務省証券事件における節税商品勧誘者の問題と同様、説明義務者としての知識レベルの問題に止まらず、説明義務者としての注意義務全般の問題として捉える必要があるであろう。

更に、このような問題は、その他の節税商品過誤訴訟においてもみられるところである⁽¹³⁰⁾。

上村達男教授は、「金融機関は、何よりも販売しようとする金融商品のマーケットを知り尽くすことが求められる。開発されたばかりの新商品・リスクの高い商品・価格形成への信頼度・顧客の習熟度…すべてを知り尽くしてそのマーケットに最もふさわしい説明・勧誘をまずは行う。投資家の責任はその次にやってくる。」と主張される⁽¹³¹⁾。

(130) 例えば、募集人が土地の相続税を算定する際「小規模宅地の特例や貸家建付地の評価を適用せず、相続税の基礎控除も考慮すると本来は6億3,000万円であるのに、13億2,500万円と誤った評価をし」という東京地判平6.7.25(金法1397号58頁)の変額保険事件が想起される。保険契約者Xの交渉相手である保険募集人Aは、Xの高齢の夫(76歳)が変額保険に加入できるかどうか確信が持てないのでいったんはX方を辞去して会社(生命保険会社Y)に確認しており、Aが密接にY社と連携して作業を行っていたことが認定されている。そうだとすれば、Aは、相続税対策として変額保険の加入を勧誘する以上は、Xから提供された情報を基にして行った相続税の計算が概算であれ正確かどうかについても、Y社に確認すべきであったのではないかと、確認を取らなかったという募集人Aの態度を問題とする有力な指摘もある(例えば、岡孝「契約」判タ871号34頁)。

また、リースバック取引を利用した節税商品に係る過誤訴訟である東京地判平9.7.10(⑧事件)において裁判所は、「税務当局に対して右取引について具体的に照会してその問題点の有無等の確認を求めたことはなかった」とし、「リース業者Yの従業員A(販売担当者)が…原告の業績や利益の実情等を踏まえて、妥当な取引の数量や金額等、さらには利益の圧縮幅について具体的な検討を行った様子は窺われぬ」と説示している。

(131) 上村達男「どこまでが利用者の自己責任か」金融ジャーナル98年3月号30頁。

4 節税商品取引における税理士の役割

このように考えると、独立した公正な立場から節税商品について厳格に法律を適用し、課税上の取扱いを判断しこれを専門的知識に基づいて個別具体的に説明することができるのは、現行制度上、税理士以外にはないと考えられる。

また、税理士が節税商品の課税上の取扱いに係る説明を行うに当たっては、税務当局の見解を確認すべき調査義務（調査照会義務）があるといわれることがある（第4章第2節参照）⁽¹³²⁾。このような場合、国税庁の実施する文書回答手続の利用が考えられるが、これを行い得る代理人は、税理士に限定されている。これは、文書回答手続が個別性の強い取引等に係る照会を対象としており、事前照会者の詳細な見解が要求されているところ、代理人がこれらの資料を作成する場合には税理士法に定める税務相談に当たる可能性があり、税理士以外の者がこれを行うとした場合に税理士法に抵触する虞があることから、申請を行い得る代理人を税理士に限定しているのである。

そうであるとする、節税商品の課税上の取扱いについて、税務当局の見解を確認することができるのは、納税者か納税者から委嘱を受けた税理士しかいないことになるのである。ただし、あくまでも照会を行い得るのは、納税者の代理人としての税理士に限定されることになろう⁽¹³³⁾。

(132) 税務当局への調査照会義務等の調査義務については、酒井・前掲注（63）97頁参照。

(133) 平成16年2月17日課審1—2外「事前照会に対する文書回答の事務処理手続等について（事務運営指針）」。酒井克彦「事前照会に対する文書回答手続の在り方」税大論叢44号463頁以下（<http://www.ntc.nta.go.jp/kenkyu/ronsou/44/sakai/hajimeni.html>）も参照。もっとも、現行の文書回答手続は節税のためのみを目的とする照会を対象外とされていることに留意すべきである。

第3節 説明義務の適格性—税理士法による制約

1 税理士法による説明の制約

節税商品の商品内容を説明するに当たっては、販売者が業法的資格を有しているかどうかという観点からも検討される必要がある。すなわち、課税上の取扱いに係る説明を具体的に行うことが税理士の独占業務に当たることになれば、たとえ販売者が税務上の専門的知識を備えていたとしても、非税理士には説明義務者としての適格性が認められないこととなる。

例えば、変額保険を例にとると、現に直面している相続税対策の解決のために、個別具体的な相続人の数や相続財産を基にシミュレーションに基づいた税額計算を行い、これに基づいて変額保険の節税効果を説明することは、具体的な説明としては望ましいものと考えるが、非税理士がこれを行うにつき税理士法に抵触する虞があるとすれば、説明内容は制約を受けることとなる。かかる場合、非税理士は説明義務者としての適格性を有していないといふべきであろう⁽¹³⁴⁾。

(1) 税理士法2条の「税務相談」

税理士は、他人の求めに応じ、租税に関し、税務代理、税務書類の作成又は税務相談を行うことを業とするとされており（税理士2①）、これらの

(134) 非税理士による課税上の取扱いに係る説明が私法上も効果を有さないかという点については、議論のあるところと思われるが、仮に、税理士法の抵触は私法上の効力に影響をもたらさないとしても、業法違反を前提とした検討が、インフラ整備の検討として適当であるとは理解しない。なお、参考として、最一判昭38.6.13（民集17巻5号744頁）は、非弁護士の法律事務の取扱等を禁止する弁護士法72条は、強度の公益的要請から規定されていると理由付け、これに反する行為は当事者間の信義・公平を損なっても無効と判断している。これに対して、大判昭9.3.28（民集13巻318頁）は、旧取引所法に違反して取引員の資格の無い者が顧客と締結した取引委託契約は、同法の資格制限はもっぱら行政的取締の必要性によるものにすぎず、営業として取引委託の代理媒介又は取次を行うこと自体の不法性とは区別して考えられるから、この場合に無資格者との契約の私法上の効力は原則として妨げられないと判断している。山口康夫「取締規定に違反する契約の効力—消費者取引との関連を中心として—」札大1巻1号38頁参照。

業務を税理士又は税理士法人でない者が行うことは、税理士法が特に認める場合を除いては禁止されている（税理士 52）。

また、税務相談とは、「税務官公署に対する申告等、第 1 号に規定する主張若しくは陳述又は申告書等の作成に関し、租税の課税標準等の計算に関する事項について相談に応じることをいう」と規定されており（税理士 2①三）、「相談に応じる」とは、「具体的な質問に対して答弁し、指示し又は意見を表明することをいうもの」と解されている（税理士基通 2-6）。つまり、税務相談とは、納税義務者の具体的事実に基づいて意思表示を行うこと等を指し、一般的な租税法の解説、講習会における仮説例に基づく税額の計算練習をするような行為は含まれないと解されよう⁽¹³⁵⁾。

（2）個別具体的事実を基に行う課税上の取扱いについての説明

新井隆一教授は、「たとえば、被相続人となるべき者を特定し、特定の時におけるその相続人となるべき者の数、その相続財産の内容、相続財産の分割の方法などを明示し、その時における相続税の負担の有無、税負担の内容等を内容とするような相談は、このような特定と明示とをすることが被相続人の死亡の確実な可能性ないし蓋然性を、高齢・疾病その他何らかの理由により認識しているものといえることができるから、このような特定と明示とによるそれらの内容は、『税務代理』の対象となりうる納税申告の内容をなすものであり、したがって『税務相談』の対象である納税申告であるといえることができる。また、相続税についての『税務相談』をする場合には、資料としてこの程度の特定と明示とをすることは当然であると主張される⁽¹³⁶⁾。この見解は、変額保険の勧誘において保険会社若しく

(135) 日本税理士会連合会『税理士法逐条解説〔新訂版〕』18 頁（日本税理士会連合会 1998）。

(136) 新井隆一教授は、「特定も明示もせずに、仮説例をもって質問し、これについての答を求めるといふようなことは、『税務相談』としてはありえないことであり、かりに、『税務相談』を求める者がそのような仮説例を提示するときは、それは、実際に発生している事件を背景として構成されているものとみるべきであり、そのような質問と答弁とによる一連の行為は、税理士法第 2 条第 1 項第 3 号の『税務相談』そのものといふべきである。なぜなら、ただ理論的な興味を満足するために純

は銀行が実施してきた相談に当て嵌められる⁽¹³⁷⁾。

税理士業務を独占業務化した趣旨が「応答者の知識経験の不足に因り納税者をして誤らせることがないようにこれを保護するということにある」ことに鑑みれば⁽¹³⁸⁾、新井教授の見解は相当であり、与したい⁽¹³⁹⁾。

したがって、一般的抽象的な法令の解釈や解説、仮定的な問題に基づく計算までは、税務相談に当たらないと考えるものの、節税対策のために個別具体的な相続人数や相続財産を基に税額計算を行った上で節税商品を説明するような行為は税理士の独占業務に当たると解すべきであろう⁽¹⁴⁰⁾。

また、税務相談に当たるとしても、この「事務を行うを業とする（税理士2①）」ものであるかという問題も惹起されるが、節税商品の販売を業とし

料に仮説例を提示して質問をし答えを求めるということは、教室や講習会場のような場で行われることではあっても、税理士による『税務相談』や金融機関等の主催その他によるいわゆる“税務相談”の場ではありうる蓋然性は、ないものというべきだからである」とされる（新井『現代税務全集 34—税理士業務と責任』95頁（ぎょうせい1997））。

- (137) 松沢智教授も税務相談については、「例えば、自己の特定の財産についてのシミュレーションのような、将来の課税申告に関する部分も含まれる」とし、単に過去の取引によって生じた納税義務に限られず、将来的な内容を含む税務相談をも広く含むとの見解を示されておられる（松沢・前掲注（4）168頁）。
- (138) 昭和38年12月6日税制調査会「税理士制度に関する答申」。
- (139) 田中治教授は、金融機関、不動産業者等の営利企業の行っている「税理士業務類似行為」により、不測の損害が生じているという具体的事例を提示するか、問題の行為は、納税者に対して不測の損害を生じさせる蓋然性の高い行為であることを示すことが必要であると主張される（田中「税理士業務の明確化徹底」税経通信 52巻11号64頁）。
- (140) 日本税理士会連合会・前掲注（8）41頁。平成13年の税理士法改正（法律第129号）における日本税理士会連合会税理士法改正対策特別委員会意見を参照（平成11年4月税理士法改正対策特別委員会第2分科会「税理士制度に関する勉強会における『論点整理メモ』について」）。
- 平成8年12月20日付日本税理士会連合会制度部の「税理士法改正に関する意見（タタキ台）の審議状況について（報告）」においても、「そもそも、仮定の課税要件事実に基づく税額計算書等に関する事項の相談は、実態的には、当該相談に係る租税に関する納税義務が将来確実に発生することを前提として行われている。また、相談を求める者の現実的な利益を考慮すれば、単なる仮説例についての相談はおよそ知的興味を満足させるに過ぎず、このような相談事例は現実的にはありえないと考える」とする。

て行う者が勧誘行為の一環として行う説明には当該相談を反復継続して行うのが通常であり、業務性が認められると考える⁽¹⁴¹⁾（税理士基通2-1）。

2 税理士法1条の解釈—精神的規定説

税の遁脱を企図した取引に投資者を参入させないようにするという税理士の役割は、いわば間接的・副次的なものである。税理士の使命を狭く限定的に考えると、節税商品に係る税理士の説明行為はそもそも税理士法の理念を逸脱するのではないかという疑問も惹起される。

税理士法1条に規定する税理士の使命は、憲法84条の租税法律主義に基づいて、憲法30条に定める国民の納税義務の実現を図ることにあり、これは税理士の社会的地位を明確にした税理士法全体の精神を示す基本的な規定であると解される⁽¹⁴²⁾。

このように税理士法1条を「精神的規定」と解するならば、直接的にも間接的にも税理士は納税義務の適正な実現を図ることを目指すべき地位にあるものと考えられるから、これに反することにはならないと考えられる。

前述のとおり、いまや税理士の公共的使命は相当に拡張されていると考えられる。節税商品の課税上の取扱いに係る説明は、投資者が節税商品取引に参加するに当たって、適正な情報を付与することにある。このような形での投資者保護の役割を担うに相応しい者は、租税専門家としての税理士が適任であると思われるし、独立した公正な立場から納税義務の適正な実現を図るという極めて崇高な使命を果たす税理士以外に適任者はいないのではないかと思われるのである。

また、このような使命を税理士が果たしていくことは、納税者との間に健全かつ強固な信頼関係を育成することにもなり、税理士に対する社会的評価

(141) なお、税務相談は有償無償の別を問わない（税理士基通2-1、最大判昭24.7.22（刑集3巻8号1354頁）、広島高判昭28.11.2（刑集6巻12号1658頁）、東京高判昭40.2.26（判タ174号167頁）参照）。

(142) 日本税理士会連合会・前掲注（8）30頁。

を高めることにも繋がることになるのではなからうか⁽¹⁴³⁾。

3 自己契約限定説と第三者契約許容説

販売者が税理士に自己の顧客への課税上の取扱いの個別具体的説明（税務相談）を行わせる内容の委嘱契約が、税理士法 2 条 1 項に規定する「他人の求めに応じ」の「他人」の解釈上許容されるかという問題が起こり得る⁽¹⁴⁴⁾。

つまり、同項に規定する「他人」を、自己の税務代理、税務書類作成、税務相談を依頼する者のみに限定する自己契約限定説⁽¹⁴⁵⁾によると、上記のような委嘱契約に基づいて税理士が説明を行うことは法解釈上不可能となるが、「他人」とは自分以外の第三者とする第三者契約許容説⁽¹⁴⁶⁾によると、当該契約に基づいて税理士が説明を行うことは可能となる。

第三者のためにする契約（民 537①）を根拠に第三者契約許容説を主張する高野幸大教授は、他人の求めに応じていない者の税理士業務の処罰を判断した横浜地裁昭和 39 年 4 月 27 日判決（刑集 20 卷 3 号 186 頁）⁽¹⁴⁷⁾を主な根

(143) 日本税理士会連合会・前掲注（8）29 頁。

(144) 酒井克彦「税理士の公共的使命を基礎とした役割論の発展的試論—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信 59 卷 11 号 166 頁。

(145) 新井隆一「税理士法第 2 条第 1 項第 3 号（税務相談）の意義」税研 35・36 合併号 20 頁。自己契約限定説によると、「求め」とは、税理士の役務提供を依頼する契約の申込みを指し、「応じ」とは、当該申込みの承諾を指すことになる（高野幸大「税理士業務とその法的性格」日税研論集 24『税理士制度』37 頁）。松沢智教授の見解に沿って考えれば、節税商品販売者の顧問税理士といえども、法律的には顧問契約の内容は、あくまでも販売者に対する税務顧問であって、その販売者の顧客等に対する顧問ではなく、法人の業務を税理士が使用人として従事しているものでもないことから、顧問税理士がその販売者の顧客等に対し税務相談をすることは、販売者から税理士業務を行わされていることになるので、法 52 条違反に当たることとなるが（松沢・前掲注（4）184 頁）、顧問先の取扱商品の説明をすることが、顧客との顧問契約がないとできないとまでいうとすると、あまりにも法律を狭く解するものではないかとの疑問も惹起される。

(146) 第三者契約許容説によると、同条の「求め」とは、契約の申込みではなく税理士に対する役務提供の要請と解することになる（高野・前掲注（145）38 頁）。

(147) 本件は、権利能力なき社団 A の事務局長であった被告が、非税理士であるにもかかわらず、会員の法人税確定申告書を作成したことが税理士法に違反するか否かが争われた事件であり、「『求めに応じて』とは、特定の者の明示的な申込とこれに

拠として、自己契約限定説は妥当しないと主張される⁽¹⁴⁸⁾。

これに対して、新井隆一教授は、第三者契約許容説を採用した場合には、金融機関等の顧客からの「税務相談」を受ける税理士が独立した公正な立場を現実に維持することが可能か、外部からみて独立公正性を客観的に認識し得るかにつき疑義があると主張される⁽¹⁴⁹⁾。

独立した公正な立場の堅持に係る懸念は、納税者から報酬を得ている場合にも起こり得るのであり⁽¹⁵⁰⁾、この問題を、税理士法 2 条の解釈論とは切り離して解決し得るのであれば⁽¹⁵¹⁾、第三者契約許容説を否定するには至らないのではないかと思われる⁽¹⁵²⁾。

対する承諾とによって成り立つ個々の契約の場合に限らず、…他人の自由な意思に依拠している場合も含む」とし、「被告人の各会員のためにする税務書類の作成が会員との間の個々の作成の申込と承諾という関係ではなく、同会の従業員たる義務に基づいて行われたとしても、それは会員の税務作成の依頼が同会への入会という形で行われたことに基因するのであるから、被告人が他人の求めに応じて税務書類を作成したことになるといわざるを得ない。」と判断した。なお、最一判昭 41. 3. 31 (刑集 20 巻 3 号 146 頁) は、第一審、控訴審 (東京高判昭 40. 4. 12 (刑集 20 巻 3 号 201 頁)) を支持している。

(148) 高野・前掲注 (145) 41 頁。

(149) 日本税理士会連合会登録調査部「補助税理士に関する Q&A」(2002 年 2 月 15 日) Q2 は、「納税義務者 (委嘱者) から直接委任 (法 30 条「税務代理の権限の明示」) を受けることが原則とされています。」と解説するが、この説明が自己契約限定説採用の表明であるかどうかは判然としない (坂田・前掲注 (12) 63 頁より)。

(150) 「税理士が納税者の委嘱を受けて職務を果たしていくその立場は、委嘱者の立場とまったく重複するような形においてではなく、税務会計専門家として見識のある判断を加えるという形において把握されなければならない」(昭和 38 年 12 月政府税制調査会「税理士制度に関する答申」1 頁)。

(151) 新井・前掲注 (145) 20 頁。この点について、高野教授は、「使用者の指揮命令権が、税理士の役務提供の過程で、その場所・時間帯などを指定するに止まるなど、その内容の詳細に及ばないときには、やはり、税理士の主体的な意思による役務の提供といえよう」とされるが (高野・前掲注 (145) 40 頁)、新井教授は、使用者の指揮命令権がその場所・時間帯などを指定するに止まっていることに対する疑いが持たれる蓋然性が高いということを指摘しているとも考えられ、そのように考えるとこの高野教授の反論には若干の疑問も残る。

(152) 昭和 54 年 6 月 1 日衆議院大蔵委員会において米山政府委員は「税理士は自由業でございますので、個別の税理士に委嘱して税務相談というのを銀行が行うことはできるわけでございます。」と答弁している。

ただし、金融機関から委嘱を受けた税理士と、納税者が自ら依頼した税理士とを比較すると、報酬を支払っている金融機関に有利な説明を行う虞という意味で、同程度に独立公正性が堅持されるかという現実的問題があることは事実であり、税理士の説明を介して投資者が金融機関の勧誘に巻き込まれる可能性を危惧される新井教授の見解は、傾聴に値する。私見としては、第三者契約許容説に立ちつつも税理士の独立した公平な立場の堅持をどのように担保すべきかについての検討の重要性はなお強調されてよいと考える。

第4節 販売者の消極的説明義務と税理士に対する説明の勧奨

1 税理士への説明行為の委任

節税商品は「節税」を売り物とするのであるから、商品内容の説明には本体契約の説明に加えて課税上の取扱いに係る説明もなされなければならないし、リスク説明に関連した課税上の取扱いに係る説明もなされなければならないと考える。ところが、先に述べたとおり金融機関や保険会社の販売担当者などが税制上の説明を行うには専門的知識の欠如という問題が惹起されるし、また、個別具体的に課税上の取扱いに係る説明を行うことは、税理士法に反することにもなりかねない。

この点について、森田章教授は、「従来の保険業法では、銀行員が保険の募集を行うことを想定していなかったので、保険外務員であれば顧客に開示すべきことであっても、銀行員なら何も開示しなくてもよく、むしろ説明を行うと保険業法に違反するという考え方すら存在して、変額保険の販売による被害を増大させたともいえよう」と分析しておられる⁽¹⁵³⁾。税理士法違反や保険業法違反を理由として自らが販売する商品の説明や商品に係るリスク説明を放棄することが許されるのであろうか。

投資者の自己決定権侵害を招来する虞を考慮に入れると、販売者による自

(153) 森田章「変額保険」民商114巻4=5号731頁、同「金融サービス法」法時70巻10号26頁。

己完結的な説明義務履行の不能をもって当該説明義務を免責することは妥当ではない。

また、銀行と顧客との間の投資勧誘契約の不存在を前提として、銀行の説明義務に否定的見解を展開する論者の反論があるのも事実である⁽¹⁵⁴⁾。

そこで、税理士に販売者が自らの義務履行を委任（代理権授与）することが考えられよう⁽¹⁵⁵⁾。つまり、販売者と税理士との委嘱契約の締結⁽¹⁵⁶⁾により、税理士が節税商品の課税上の取扱いに係る説明を投資者に対して行うことができれば、税理士による説明が販売者に法的に効果帰属するため、販売者の説明義務の履行完結が可能となろう⁽¹⁵⁷⁾。

2 消極的説明義務

ところで、販売者と税理士との委嘱契約の締結は販売者の選択的一方策を提示するにとどまるのか。ここで、いわゆる紀陽銀行事件として有名な大阪地裁堺支部平成7年9月8日判決（判時1559号63頁：㊸事件）⁽¹⁵⁸⁾及びそ

(154) 関沢正彦=市原恭夫「変額保険訴訟の背景と論点」金法1465号16頁。

(155) 松沢・前掲注(4)79頁は、「憲法第30条と申告納税制度との関係は、民法の『代理』理論にのみ捉われて、委任による代理権の授与の本質を看過してはならない。税理士は『業務嘱託』契約という委任契約によって税務代理ができるのであり、契約がなければ代理人とはなり得ない。したがって、税理士の税務代理は、民法の代理規定によって処理するのではなく、委任契約の内容によって事務処理をするのである。受任者としての税理士は、委任事務の処理として代理行為を行っているのである」とされる。

(156) 金子教授は、税理士と依頼者との間の顧問契約は、税理士業務に関する委任契約とし、「実際にはそれと経営コンサルタント契約の混合した委任類似の契約であることが多いであろう」とされる（金子・前掲注(34)155頁）。最三判昭58.9.20（判時1100号55頁）参照。

(157) 酒井克彦「節税商品販売業者の義務としての『税理士に対する説明依頼』—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信59巻9号165頁以下。

(158) 酒井克彦「税理士に課される消極的説明義務と業際問題—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信59巻10号165頁以下参照。本件判決は、控訴審大阪高判平8.12.5（判時1605号57頁）により結論は否定されたものの、保険会社の説明義務は肯定されており、金融機関の変額保険の説明義務を積極的に肯定したりディング・ケースと位置付けられる。

の後のいくつかの変額保険訴訟⁽¹⁵⁹⁾において支持されている「消極的説明義務」を概観したい。

⑬事件大阪地裁堺支部事案の概要は次のとおりである。

原告 X は、平元年 7 月、Y1 銀行の支店長代理、Y2 保険会社の募集人の訪問を受け、変額保険の加入を勧誘され、これに加入したが、右保険解約に伴い損害を被った。X は、Y1、Y2 の従業員の变額保険加入についての説明義務違反を理由に、Y1、Y2 の使用者責任を追及した。これに対して裁判所は、Y1、Y2 双方の担当者に、変額保険の危険性についての説明義務違反を肯認した。すなわち、Y1 銀行の支店長代理の勧誘が本件保険加入の動機になっている点を考慮して、Y1 銀行の担当者としては、少なくとも、Y2 保険会社の担当者の説明により顧客が損はしないと誤解しているのに、これを正す説明をしなかったとして、消極的説明義務違反があったと判示した。銀行の説明義務違反を肯定した大阪地裁堺支部は、保険業法により変額保険についての説明が制限されている銀行⁽¹⁶⁰⁾も、その内容について顧客が誤解している場合には、誤解を解くための説明を自らするか保険会社に説明を促すべき消極的説明義務があるとして、銀行の責任を肯定した⁽¹⁶¹⁾。

同支部は、保険契約と融資契約は法律上別個であり、募取法で銀行が保険の募集をすることは業法上できないから、銀行員には、変額保険の内容について積極的な説明をする義務はないとしたものの、「少なくとも、保険会社担当者 A の説明によって、原告 X が変額保険の内容について誤解している時は、誤解を解くための説明を自らするか、A に再度の正確な説明を促すべきであるという消極的な説明義務が生じうるといふべきである（下線筆者）」と判示

(159) 本判決の法律構成はその後も受け継がれていると認識する。例えば、東京地判平 8.2.23 (判時 1576 号 61 頁)、富山地判平 8.6.19 (判時 1576 号 87 頁、いわゆる「北陸銀行事件」)、横浜地判平 8.9.4 (判時 1587 号 116 頁、いわゆる「横浜銀行事件」)、東京地判平 8.9.27 (判タ 924 号 210 頁)、高知地判平 9.3.31 (金判 1034 号 42 頁)、大阪地判平 12.12.22 (金判 1110 号 26 頁) など。

(160) 横浜地判平 8.9.4 (金法 1465 号 56 頁) 参照。

(161) 福原紀彦「バブル経済崩壊による消費者被害の発生と法の対応」比較法雑誌 30 巻臨時増刊号 72 頁参照。

したのである。

3 専門的知識の欠如した者及び非税理士に係る消極的説明義務

消極的説明義務を肯定する論旨は、投資顧問契約やそれに類似した契約を前提とした法的構成ではなく、保険募集を特定の者に限定する保険業法の下で、保険会社の説明を促す間接的な義務として銀行の法的責任を認める。税理士法も保険業法と同様の一種の業法であるが、個別具体的な課税上の取扱いの説明を税理士に限定する税理士法の下で、税理士の説明を促す間接的な義務を措定する根拠として、節税商品取引における説明義務者の法的責任論にこの議論を援用することは不可能ではないと思われる。

大阪地裁堺支部の判示内容に沿って考えると、専門的知識の欠如や税理士法抵触の問題があるため、販売者が「誤解を解くための説明を自らする」ことが不可能であるとすると、「(専門家)に正確な説明を促すべきであるという消極的説明義務」の履行のみが販売者の採り得る説明義務の履行手段となる。説明義務者の説明が未完結のままであるとすると、この放置は投資者の自己決定権侵害に繋がることとなるため⁽¹⁶²⁾、この危難を漫然と傍観することは違法となるとする法的構成の採用は十分にあり得る。

ところで、米国不法行為法リステイトメント 551 条 2 項は⁽¹⁶³⁾、「(b) 一方の当事者が知っている情報で、事実に対する部分またははっきりしない表明をしたために、相手方が誤解を招く可能性がある場合、その誤解を解く情報、… (e) 取引に関する基本的事実で、取引の一方の当事者が、他方の当事者が当該事実に関する誤解に基づいて取引に入ろうとしていることを知っており、かつ当事者の関係、商習慣もしくは他の客観的状況から他方の当事者が合理的に開示してくれるものと期待している場合の当該基本的事実」を説明義務の対象としている。

(162) 投資者が正しい理解をしている場合は自己決定権侵害とならないため、説明勧奨は不要となる。

(163) Liability for Nondisclosure.

山田剛志助教授は、不法行為法リスティメント 551 条 2 項 (b) についての適用は、「わが国で問題となっている消極的義務に関する議論での銀行の役割は契約当事者ではないのでそのまま適用することはできない」として消極的ではあるが、他面、「契約締結に関与し、むしろ銀行員の存在が情報の信頼性を高めたものといえる。」とされる⁽¹⁶⁴⁾。また、同リスティメント 551 条 2 項 (e) については、「銀行員が顧客が変額保険の商品性に対し誤解をしていると認識した場合には、商慣習等の客観的状況より顧客が銀行員に対してその誤解を指摘してくれるという合理的な期待をもつことは無理な解釈ではないだろう。」とされる。

松本恒雄教授は、「消極的説明義務」の本質を不作為の違法性論において論じられる「先行行為に基づく作為義務」の一種であるとし、自己の積極的行為⁽¹⁶⁵⁾によって相手方を危難に陥れた者は、漫然とそれを傍観していると違法になる場合があるとする法的構成を採用する判決として⑫事件大阪地裁堺支部判決を支持される⁽¹⁶⁶⁾。

4 医師の転医勧告義務

一方、不作為に関する違法性の問題については、医師の転医勧告義務にみられる結果回避義務若しくは期待権侵害に基づく信義則上の義務の観点からの説明アプローチも考えられる。

(164) 山田剛志「金融機関の説明義務」相沢幸悦編『金融機関の顧客保護』所収 105 頁以下、138 頁（東洋経済新報社 1998）は、このようにアメリカの不法行為リスティメント 551 条 2 項を、日本の変額保険の事例に当て嵌めて検討される。

(165) 後藤卷則『消費者契約の法理論』145 頁（弘文堂 2002）は、銀行の積極的関与がある場合には、銀行に説明義務があるとして大阪地裁堺支部判決を支持される。更に、本件保険会社及び銀行が負う説明義務の内容は、単なる客観的な情報を提供する義務ではなく、元本割れについての具体的な危険を知らせる警告義務、ないしは専門家としての評価を示して顧客の態度を方向づける助言義務であると考えられるとする（後藤「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（1）」民商 102 卷 2 号 190 頁、同「契約の締結・履行と協力義務（2）」民商 106 卷 6 号 791 頁参照）。

(166) 松本恒雄「融資金の用途先に関する融資者の責任」自正 47 卷 10 号 27 頁、後藤・前掲注（165）121 頁。

精策捻転症に罹患した子が辜丸を喪失したことにつき、診察した内科医に泌尿器科専門医への転医勧告義務懈怠の過失があったとした名古屋地裁平成12年9月18日判決（判時1750号121頁）では、経過観察上の危険性に対する注意を十分に喚起するとともに、原告ら患者側に対して泌尿器科専門医への転医を勧告すべき注意義務があったと判示した上で、これを懈怠した医師に辜丸喪失による慰謝料等の損害賠償を命じている。また、肝硬変の患者が併発した食道静脈瘤破裂により死亡したケースで、医師に食道静脈瘤の発現の有無等を確認せず、説明や転医勧告を怠った過誤があったとした福岡地裁平成7年1月20日判決（判時1558号111頁）や、未熟児網膜症が発症する可能性を予見し、眼底検査を実施するか又は眼底検査を実施し得る適切な医療機関への転医の必要性を説明すべき義務があったとした高松地裁昭和55年3月27日判決（訟月26巻6号951頁）⁽¹⁶⁷⁾など⁽¹⁶⁸⁾もある。

もつとも、急性肺炎により死亡した患者の診療に関与した医師に対して、医療措置及び転医勧告上の過失がないとした東京高裁昭和56年11月25日判決（判タ459号119頁）などもある。しかし、同判決は転医勧告義務を否定するものではなく、むしろこれを前提とした上で、患者の性格などを勘案して右義務を尽くしたと判断したものと解される⁽¹⁶⁹⁾。また、悪性骨腫瘍につ

(167) 同地判が説示する研鑽義務については、酒井・前掲注（118）（下）197頁。

(168) 未熟児網膜症過誤訴訟において、転医義務を肯定したものとして、岐阜地判昭49.3.25（判時738号39頁）、浦和地判昭52.3.31（判時846号24頁）、福岡地小倉支判昭53.10.3（判タ368号153頁）、神戸地判昭54.3.28（判時938号98頁）、大阪地判昭55.12.20（判タ429号72頁）などがある。転送義務を否定したものとして、静岡地判昭52.6.14（判時860号22頁）、浦和地判昭53.4.20（判タ364号151頁）、釧路地網走支判昭54.1.19（判時924号92頁）、名古屋高判昭54.9.21（判時942号21頁）、最三判昭57.3.30（判時1039号66頁）など。なお、転医勧告義務と転医義務の関係については、ほぼ同様の義務と捉える松江地判昭55.7.16（判時1004号106頁）と、異なる義務として理解する神戸地尼崎支判昭56.6.12（判時1013号96頁）、転医勧告義務を転送義務の先行義務とする浦和地判昭52.3.31（判タ351号120頁）、上記静岡地判52.6.14などがある。

(169) 原審東京地判昭56.2.24（判タ441号134頁）も、転医措置について証拠上その勧告を行っていることが認められるとして、医師に対して注意義務違反がなかったと判断を下している。

いての診断を誤り、患者に対し大病院への転医勧告をしなかった医師の損害賠償責任が否定された東京地裁昭和 56 年 10 月 27 日判決（判タ 460 号 148 頁）では、悪性骨腫瘍の発見をしなかった医師の過失があるとしても、発見後直ちに治療がなされたならば救命又は延命することができたかどうかは医学的に不明である以上、右過失と患者の死亡や死期が相当期間早められたこととの間の相当因果関係の存在について訴訟上の証明がないとされたのであって、悪性骨腫瘍の確定診断を下すに十分な人的物的設備を有しない医療機関の医師が患者について悪性骨腫瘍の疑いを抱いた場合には、人的物的設備の整った医療機関へ転院するよう患者に勧告すべき注意義務はあるとしている。

5 結果回避義務と期待権侵害に基づく信義則上の義務

前述の医師の転医勧告義務は、説明義務の一側面であると理解されている。この転医勧告義務については様々な説明が可能であろうが⁽¹⁷⁰⁾、例えば、結果回避義務としての説明義務とも患者の期待権に基づく説明義務とも説明し得る⁽¹⁷¹⁾。

前者のように結果回避義務として捉えるとすれば、予見される疾患の発症、拡大を防止するための結果回避のための義務と説明することができる。かような義務は、結果の回避が可能であり、かつ回避行為を義務付けることが社会的に相当とされる場合にのみ認められると解される⁽¹⁷²⁾。したがって、前述の消極的説明義務を医療過誤における転医勧告義務と同様の性質と捉えれば、かかる義務が認められるためには、前提として結果を回避する可能性が

(170) 説明義務の別の側面としては、手術等医療行為が身体の侵襲を伴うものである場合に、その承諾を得るため事前に患者に行う説明があろう。

(171) 山之内紀行「転医勧告義務」畔柳達雄=林豊『民事弁護と裁判実務⑥損害賠償Ⅱ医療事故・製造物責任』235 頁。

(172) 福富昌昭「受診勧告義務—未熟児網膜症裁判における争点をめぐって」『昭和 55 年行政関係判例解説』629 頁。その他、饗庭忠男「医療水準と説明・転送義務」判タ 415 号 54 頁、小林昭彦「医師の転医指示義務」『現代民事裁判の課題⑨〔医療過誤〕』318 頁（新日本法規出版 1991）参照。

なければならない。この点、税理士への説明の勧奨によって節税商品に係る課税上の取扱いについての説明が適切になされ、結果として自己決定権侵害を回避する可能性があるといえよう。

他方、転医勧告義務を患者が自己の欲する医療を選択する期待権に対する医師の配慮義務として捉えることもできる⁽¹⁷³⁾。

最近では、拘置所で脳梗塞を発症した患者について、期待権侵害に基づく転医義務違反が認められた東京地裁平成16年1月22日判決(判例集未登載)⁽¹⁷⁴⁾がある。判決では、東京拘置所の医療設備や看護態勢等について、脳卒中中の治療についての知識が極めて不十分であったとか、血栓溶解療法を含む適切な治療を行える態勢にはなかった等と認定した上で、「被告によって、東京拘置所に所属する医師からしか医療提供を受けることができない環境に置かれているのであるから、被告…は、診療契約が締結されている場合に準じた治療義務(転医義務を含む)を条理上負うものというべきである。」と判示している。このような理論構成は米国不法行為法リステイトメント551条2項(e)と親和性を有すると思われる。

節税商品取引においても、販売者から税理士への説明者のシフトは投資者の期待権侵害を防止すると解することができるのではないだろうか。

第5節 税理士の説明義務

ここでは依頼者の自己決定権という観点から説明義務を捉え直してみたい。この点については、医事法学上のインフォームド・コンセントの考察が参考になるとと思われる。医師の責任論と比較して論じることとしよう⁽¹⁷⁵⁾。

(173) 滝井繁男=藤井勲「医療水準論の現状とその批判」判タ629号12頁。

(174) 平成13年(ワ)第22501号民事第30部損害賠償請求事件。

(175) インフォームド・コンセントと税理士の説明義務を比較して議論した論稿として、酒井・前掲注(44)税務弘報54巻1号105頁以下参照。

1 医療過誤訴訟と税理士過誤

(1) インフォームド・コンセント

諸外国では⁽¹⁷⁶⁾、患者の同意なく、その身体に手術等を含む医学的侵襲を加えた場合には battery (暴行) という不法行為を犯したとして損害賠償責任が問われ、医学的侵襲について危険性などを含む十分な説明をしなかった場合には、医師が相当の注意義務があるにもかかわらず注意義務に反し、それが原因で損害を生じた過失 (negligence) として賠償責任を問われることが多い⁽¹⁷⁷⁾。このことから「自らの生命・身体に影響を与える医療行為に関する最終的判断は患者自身がおこなうべきだとする自己決定権の考え方に立脚」⁽¹⁷⁸⁾するインフォームド・コンセントが必須であるとされており、我が国においても浸透してきている。

インフォームド・コンセントを争点とする事件は多数あるが、例えば、輸血を拒否するエホバの証人の信者に対する輸血が問題とされたケースにおいて、東京地裁平成9年3月12日判決 (判タ964号82頁)⁽¹⁷⁹⁾は、輸血が救命に必要とされる肝臓腫瘍摘出手術につき、輸血の拒否が宗教上心情に基づくものであったとしてもそれが公序良俗に反するなどとして、輸血

(176) 各国のインフォームド・コンセントについては、医事法学8号シンポジウム「インフォームド・コンセント《再論》」が参考になる。とりわけ、山下登「ドイツ」45頁以下、丸山英二「アメリカ」11頁以下、富田清美「カナダ」23頁以下、宇都木伸「イギリス」32頁以下参照。その他、山下登「ドイツの状況—判例の提示した法原則に対する法律家および医師の諸見解」同16号49頁以下も参照。

(177) 星野一正「患者の意思の付度の限界」医事法学12号23頁以下。なお、星野教授は、終末期医療や臓器の提供や献体などの遺体の処分に関する自己決定権を尊重するための、リビング・ウィルやアドバンス・ディレクティブが軽んじられていることを問題視される (角膜及び腎臓の移植に関する法律3条あるいは医学及び歯学の教育のための献体に関する法律3・4条、東海大学病院安楽死事件横浜地判平7.3.28 (判時1530号28頁) 参照)。

(178) 浦川道太郎「説明義務と医師の裁量」医事法学8号81頁。

(179) 判例評釈として、山田卓生「輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任」法教202号122頁以下、西野喜一「宗教的理由による輸血拒否と専断的輸血」判タ955号97頁以下参照。控訴審東京高判平10.2.9 (訟月45巻5号821頁)、上告審最三判平12.2.29 (訟月47巻5号1108頁)。

をした医師の説明義務違反の責任を否定した。しかし、その控訴審である東京高裁平成10年2月9日判決（判タ965号83頁）は、これを覆し、輸血が予想される手術に先立ち、輸血拒否の意思の具体的内容の確認と輸血の方針について説明する必要があるのにこれを怠ったとして、不法行為による慰謝料を肯定している⁽¹⁸⁰⁾。

浦川道太郎教授は、自己決定権との関係でインフォームド・コンセントを説明される。すなわち、「医療行為に関して自己決定をするといっても、自分自身の健康情報を保有せず、医療の専門知識もない患者にとっては不可能であるため、患者は、専門知識を保有し、診察により健康情報を取得した医師より自己決定の資料たる情報の提供を受けねばならない必要性がでてくる。他方、これを医師の側から見ると、医師が医療行為を実施するときには、医療という目的があるにしても、患者の身体に物理的ないし化学的な侵襲を加えるわけであるから、患者の承諾を得る必要があり、承諾を得ないで治療行為をすれば、それは民事・刑事責任に問われる傷害行為になるといわざるをえない。そしてこの患者の承諾は、…患者の自己決定に基づいてなされるため、結局、医師は、承諾の前提として患者に説明をおこなって完全な意味での患者の自己決定を可能にし、また、促さねばならないことになる。」と説明される⁽¹⁸¹⁾。

(2) 税理士の説明義務と依頼者の自己決定

税理士の説明義務に目を転じてみると、このような理解に立つインフォームド・コンセントと親和性を有する場面がある。

課税は財産権の侵害行為という性質をも有するから⁽¹⁸²⁾、選択し得る課

(180) 最三判平12.2.29（民集54巻2号582頁）。野口勇「専断的輸血訴訟における最高裁判決の意義」医事法学16号142頁以下参照。稲垣喬教授は、「診療の前提として輸血の必要な場合に対する説明をするのが相当であり、輸血をしない場合の危険性について示唆することは残されてよい」とされる（稲垣『医師責任訴訟の構造』51頁（有斐閣2002））。

(181) 浦川・前掲注（178）81頁。

(182) 金子・前掲注（34）10頁。

税上の取扱いが認められる際に選択によっては負担しなくてもよい部分について、財産の侵害を受ける積極的な理由はない。そこで税理士としては、依頼者の承諾なくして財産権の侵害を受けずに済むような手続を採用しないことが許されるかという問題が惹起される。その際に、依頼者は一般には租税についての専門的知識を有していないため、税理士が依頼者の自己決定の資料たる情報を提供する必要があるものであり、かかる情報提供こそが税理士に要請される説明である。しかるに、依頼者が適正に自己決定を行うには税理士の説明が必要となるのであって、依頼者に対する説明がなく適正な自己決定に基づく選択によって、受けなくてもよい財産的侵害を受けるということを避ける必要が生じることになる。また、税理士が依頼者の承諾を得ずに手続の選択をしたことで、受けなくてもよかった財産的侵害を被ることとなったのであれば、損害賠償の問題が生じることにもなるのである。かかる依頼者の承諾は、依頼者の自己決定に基づいてなされるため、結局、税理士は、承諾の前提として依頼者に説明を行って完全な意味での依頼者の自己決定を可能とし、また、促さねばならないことになるという理解を導出することができよう。

2 自己決定権論と税理士の裁量

(1) 依頼者の自己決定権行使

租税法律主義の下では、納税者の意思によって租税法の適用を左右することは許されず、租税は常に租税法の定めるところに従って、一律に、客観的かつ公正に課税される⁽¹⁸³⁾。したがって、申告納税制度は自らが申告行為を行うことを前提とするが、このことは、通常、納税者の主体的な判断権の行使が行われるということの意味するわけではない（基本的に主体的判断権行使によって納税者各々の負担する税額が左右されるわけではない。）。そうであるとすれば、納税申告の場面で納税者の自己決定権が行使

(183) 札幌地判昭 50.6.24 (訟月 21 卷 9 号 1955 頁) 参照。

されているわけではないということになる。

しかしながら、特例の選択適用が認められている場合の手続選択には自己決定権行使が介在するといえる。選択適用が認められる場合には、A の手段を採るか、B の手段を採るかは専ら納税者にその決定権が委ねられており、自己決定権の行使による判断が要求されるからである。

このように、基本的には財産権の侵害を受けないようにすべき義務（節税措置義務など）が税理士に措定される場合には、自己決定論との関係において、税理士に説明義務が課されると解することができよう。

（２）税理士の裁量との関係

判断の基礎を依頼者の自己決定に委ねるという考え方は、税理士の義務を軽減する方向に作用しそうである。しかしながら、節税措置義務を履行するために必要な依頼者の意思の確認が税理士に要請されるとすれば、税理士の義務を加重することにもなる。この点について、田中治教授は、近時の専門家責任論の特徴として、依頼者の自己決定権への配慮を指摘されておられる。同教授は、「自己決定論のもとでは、専門家は、依頼者に対して、提供するサービス内容の長短、利害得失などに関し十分な説明を行い、依頼者の同意を得ることが求められており、その結果、専門家の裁量の範囲や裁量のあり方は、相当の制約を課されるようになっている。」とした上で、自己決定権を強調することは、今のところ、専門家の責任を加重する結果をもたらすが、別の論理的な可能性として、自己決定権を強調することによって、専門家の責任の軽減を図ることの可能を示唆される⁽¹⁸⁴⁾。

いくつかの選択肢がある場合にどの選択肢を採用するか判断に当たっては、依頼者が今後どのような消費生活又は経済生活を営む予定かという

(184) 田中治「税理士の業務における不完全履行の責任」日税研論集 39 号『税理士の民事責任』106 頁。同教授は、「近時の専門家責任論は、一方では、専門家が、専門家として依頼された裁量を適正に行使しなかったことを問題とするとともに、他方では、その裁量が依頼者の自己決定権をないがしろにしたことを問題としているように思われる。このように、一般には、専門家の裁量行使の方法とその目的のいずれに関しても、専門家の責任が生じるというべきであろう。」とされる。

ことと切り離して考察し得ない事柄である。したがって、自己決定論は、納税者の自己決定に必要な情報を提供する税理士の義務の根拠として理解すべきではなかろうか。

3 自己決定権論的アプローチの射程

依頼者の自己決定権論が税理士の説明義務の根拠足り得るかという点については、「納税者は国家あるいは社会の構成員として国家等の維持、活動に必要な経費を負担するため、すなわち公的な目的のために適正な課税額につき納税の義務を負うのであるから、そこにおいて自己決定権があるとしても究極的には節税を選択するか否かという場面で現われるに過ぎない。」とする見解があるように⁽¹⁸⁵⁾、自己決定論は、税理士の専門家責任論の中でもとりわけ節税措置義務の場面において問題とされることになると思われる⁽¹⁸⁶⁾。

同じ専門家の説明義務であっても、自己決定権に派生根拠を有する医師における説明義務とは異質であるということも可能ではあるが⁽¹⁸⁷⁾、税理士に課される義務が適正公平な課税の実現とともに、節税措置の要請という側面があることをも併せ考える必要があると思われる。

第6節 税理士の消極的説明義務と他の専門家に対する説明の勧奨

(185) 原山邦章ほか「税理士の説明責任」長野県弁護士会『説明責任—その理論と実務—』255頁（ぎょうせい2005）。その他、原山「総論」同書74頁。

(186) 自己決定権の問題と租税行政庁職員の情報提供との関係について考察した論稿として、酒井克彦「租税行政庁における情報提供と信義則—誤指導による納税者の自己決定権侵害と信義則の適用要件—」法学新法111号9・10号『貝塚啓明先生古希記念論集』251頁以下、同「租税行政庁の誤指導と信義誠実の原則の適用（上）・（下）—納税者の自己決定権の侵害との関係に着目して—」税経通信60巻9号159頁以下、同60巻10号177頁以下参照。

(187) 原山・前掲注（185）269頁。

1 節税商品販売者と税理士の消極的説明義務

変額保険訴訟においては、変額保険の勧誘に関与する銀行が当該保険の説明を行うに当たって、専門的知識の欠如や保険業法に抵触する虞がある場合には、保険会社に説明を依頼すべき「消極的説明義務」があるとする下級審判決が散見される。前節では、かかる判決分析等を通じて、租税専門家である税理士に対して説明を依頼する「消極的説明義務」を販売者に認め得るとする立論を検討した。

消極的説明義務は、商品の勧誘者に特有の義務ではない。税理士が行う節税指導において、他の専門領域の説明が要請される場合に、当該他の専門領域の専門家に対して説明を依頼するといった場面も起こり得る。消極的説明義務が医師に要求される転医勧告義務と類似の法的性質を有するのであれば、専門家であることが、かかる義務の射程外にあるとはいえない。

ところで、消極的説明義務の程度や範囲は判然としない。そのことから、単に他の専門家の意見を聞くよう助言すれば、かかる義務の履行がなされたと解すべきなのか、それとも、実際に他の専門家において適切な説明がなされなければ、消極的説明義務は履行されたと解すべきでないのか、といった疑問が生じる。

ここでは、かような問題意識を出発点として、消極的説明義務の履行上の問題と複数業者による説明義務履行に対する解決策を模索することとする⁽¹⁸⁸⁾。

2 税理士業務の範囲と節税商品の説明義務

(1) 税理士業務の範囲と税理士事務の限界

税理士の業務は、税務代理、税務書類の作成、税務相談からなる（税理士2①）。税理士法2条2項にいう付随業務は、税理士の独占業務ではなく、他の専門家の独占業務とされている部分については、制限を受けることと

(188) 酒井・前掲注(158)165頁以下。

なる⁽¹⁸⁹⁾。

例えば、公認会計士の「財務書類の監査又は証明」(公認会計士 2①)について、公認会計士法 47 条の 2 は「公認会計士又は監査法人でない者は、法律に定のある場合を除くの外、他人の求めに応じ報酬を得て第 2 条第 1 項に規定する業務を営んではならない。」と定めている。また、司法書士の「登記又は供託に関する手続について代理すること」(司法書士 2①一)、「裁判所、検察庁又は法務局若しくは地方法務局に提出する書類を作成すること」(司法書士 2①二)について、昭和 35 年 3 月に民事局民事甲 734 号回答として公表された見解によれば、正当な業務に付随する行為に関する先例として、経理士又は公認会計士が会社・法人設立の依頼を受けた場合、付随行為として登記申請書類を作成することができるが、税理士はこれについてはできないこととされている⁽¹⁹⁰⁾。

では、節税商品に係る課税上の取扱いの説明に係る業際問題については、いかように解すべきであろうか。

(2) 税理士による節税商品の紹介

税理士業務との関係で税理士の責任が判断されることがあるが、節税商品として変額保険を紹介した税理士が責任を追及された事案として、2 つの裁判例が正反対の結論を出している。

節税商品として変額保険を紹介した税理士の責任を否定した事例として東京地裁平成 8 年 2 月 23 日判決(判時 1576 号 63 頁:⑭事件)⁽¹⁹¹⁾がある。

東京地裁は、そもそも変額保険販売資格を有しない被告税理士事務員にとって、保険会社社員の原告らに対する説明が説明義務に違反するものか

(189) ここに規定する付随業務とは、「税理士業務のほか」「他人の求めに応じ、税理士業務に付随して」「事務を業として行うことができる」としており、「税理士の名称を用いて」行うことができる旨の規定である。このことから坂田・前掲注(12) 57 頁は、税理士業務に付随しないコンサルタント業務等はこの規定でいう付随業務には含まれないとされる。

(190) 坂田・前掲注(12) 58 頁。

(191) 酒井克彦「変額保険勧誘に係る税理士の助言と責任—東京地裁平成 8 年 2 月 23 日判決を素材として—」税務弘報 52 巻 14 号 65 頁以下参照。

否かを判断すること自体困難であると判断した。

他方、東京地裁平成8年3月26日判決（判時1576号77頁：⑮事件）⁽¹⁹²⁾では、上記の判決の約1か月後にまったく逆の判断が示された。

裁判所は、「被告税理士は、依頼者Xの資産関係及びXの収入の内容を具体的に踏まえた相続税対策を施すことができたはずであるが、…税理士Yの行った相続税対策としての本件変額保険の説明及び勧誘は、税理士が報酬請求をした事務内容であるにもかかわらず、依頼者であるXの具体的な資産関係及び収入の内容を踏まえることのない不十分なものであって、Xが相続税対策として変額保険に加入するかどうかを決する際に正しい判断材料を与えたとはいえない。」と指摘し、「右のような説明は、税理士がその職務として行った税務上の助言としては不十分なもので、税理士が顧客に対して負っている職務上の説明義務に違反するというべきであり、税理士Yの行為は依頼者Xに対する不法行為に該当する。」と判断した。

このように⑭事件東京地裁判決では、税理士には変額保険の説明義務はないと判断しているのに対して⁽¹⁹³⁾、⑮事件東京地裁判決では、税理士に係る変額保険の説明義務を肯定している⁽¹⁹⁴⁾。

上記⑭事件と⑮事件では、税理士の業務内容をどう捉えるかによって、裁判所の判断が分かれたと解することもできそうである。

保険業法（旧募取法）では、生命保険募集人でない者は、保険契約の締結の媒介を行うことを禁止しており（保険275、募取9）⁽¹⁹⁵⁾、これに違反

(192) 酒井・前掲注（40）73頁以下参照。

(193) また、東京地判平10.5.15（判時1651号97頁）は、変額保険の勧誘に際し、運用実績について不実説明をした生命保険の損害賠償責任を肯定し、相続税納税資金不足について税理士の責任を否定している。

(194) 東京地判平11.3.30（税理士新聞909号1頁）は、報酬なしで変額保険を勧誘した税理士に対して、説明義務違反を理由に損害賠償責任を肯定している。

(195) 募取法9条は、「生命保険募集人でない者は、保険契約の締結の媒介を行うことができない」と、同法22条は、「9条の規定に違反した者は、1年以下の懲役又は1万円以下の罰金に処する」と規定していた。募取法は平成8年4月1日、保険業法により廃止されているが、保険業法275条には、生命保険募集人、保険仲立人等以外の者は保険募集を行ってはならないと規定し、同法317条の2には、275条に違

した場合には懲役若しくは罰金に処すこととされている。「保険契約の締結の媒介」とは、「保険会社と顧客との間に立って、それらを当事者とする保険契約の締結の成立に尽力する行為」をいうとすれば⁽¹⁹⁶⁾、単なる保険会社の紹介はここにいう「媒介」には含まれないと解されるが⁽¹⁹⁷⁾、保険の勧誘となると「媒介」に当たる可能性もあり、税理士の保険勧誘には保険業法違反の虞がある。

このようなことから、⑭事件での裁判所は、変額保険の説明義務は保険業法により保険勧誘者に独占的な勧誘に付随する義務であるから、税理士がかかる保険勧誘を業として行う者でない限り、勧誘に付随する説明義務も生じないと解しているようである。税理士が行うべき説明義務の範囲については、税理士の業務内容の範囲から解決されるとするかのような立場によれば、説明義務が尽くされないループホールも起こり得る。これに対して、⑮事件では、税理士の行い得ない行為であるかどうかについては言及せず、「税理士が顧客に対して負っている職務上の説明義務」があるとしたと解することができる。

次にみるのは、司法書士と税理士との業際問題が引き起こした説明義務の新たな問題である。

(3) 説明義務履行上の問題点

租税の専門家ではない司法書士の節税措置義務が争われた事件として東京地裁平成10年3月25日判決(判タ1015号164頁:⑯事件)⁽¹⁹⁸⁾がある。

⑯事件東京地裁判決は、司法書士が遺産共有状態にある土地につき、分筆の上持分を相互に移転する旨の所有権移転登記手続を受任した際に、登記原因を共有物分割としないで交換したことにより登録免許税の負担が増大したとする損害賠償請求が棄却された事例である。そこでは、司法書士

反した者は1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処する旨を規定している。

(196) 保険研究会『コンメンタール保険業法』9頁(財経詳報社1996)。

(197) 東京高判平7.10.25(判時1579号86頁)。

(198) 前田英子「判評」平成12年度主要民事判例解説(判タ臨時増刊1065号)104頁。

は、委任者から依頼される登記手続に関する事実関係を調査する義務を有するとされているものの、登録免許税の負担が最小になるような登記原因を調査すべき義務があるとはいえないとしている。

この事件では、司法書士は課税上の扱いについては税理士に聞くようにという助言をし、他方、税理士は登記上の扱いについては司法書士に聞くようにという助言を行っている。専門家は自ら行うべき事務の範囲内での責任を果す必要があることから、自ら説明義務を履行し得ないような場合には、その専門領域の専門家に尋ねるように顧客に助言を行うことになろう。また、業法上の独占業務規定に説明義務の履行を阻む原因があるとすると、複数業者による説明義務の履行という新たな問題に対する取組みが要請されよう。かような判決を前提とすると、司法書士は司法書士の業務の範囲内での注意義務を負い⁽¹⁹⁹⁾、他方税理士は税理士の業務の範囲内での注意義務を負うということになりそうである。

3 消極的説明義務とその限界

上記のような業務内容の制限の問題に対して、消極的説明義務は解決策を提示するであろうか。

(1) 消極的説明義務—再考

先にみたとおり、⑬事件大阪地裁堺支部判決は、変額保険について積極的説明義務がない銀行も、顧客がその内容について誤解をしている場合には、誤解を解くための説明を自らがするか、若しくは保険会社にさせるという消極的説明義務があるとして、その義務違反による銀行の不法行為責任を構成する判断を下した。

松本恒雄教授は、消極的説明義務を不作為の違法性論によって説明され

(199) 司法書士の専門家責任について、東京高判昭 50.9.8 (判タ 335 号 216 頁)、大阪地判昭 63.5.25 (判タ 698 号 241 頁)、小野秀誠「司法書士の責任」川井健『専門家の責任』327 頁 (日本評論社 1993) 参照。

る⁽²⁰⁰⁾。

不法行為は、意思による支配が認められる場面では、作為に限らず、不作為によっても成立し得るとされているが^{(201)・(202)}、一般民事法分野で不作為の違法性論が問題となることは比較的少ない。民事法分野では、個人の自由を尊重する法の建前から、前提となる作為義務がたやすくは肯認されず、因果関係が必ずしも明確でないばかりでなく、ある行為に伴う不作為に対しては、作為部分を捉えた過失という枠組みの中で法的評価がされる場合が多いことに、その原因があると説明されている⁽²⁰³⁾。しかしながら、危険な先行行為があるのを知りつつ、これを漫然と放置したというような例に見られるように、不作為による不法行為は、権利侵害の結果を回避するため何かまとまった行為をし始めるべき法律上の作為義務があるのに、これをしなかったという場合に問題となると解される^{(204)・(205)}。

-
- (200) 松本恒雄「融資金の用途先に関する融資者の責任」自正 47 卷 10 号 27 頁。更に、松本教授は、銀行が先行行為としての紹介・勧誘を行っていない場合、例えば、顧客が資金を借り入れて変額保険投資によって運用することを決めた後に、取引銀行にやってきて融資を求める場合は、融資拒絶の理由として変額保険のリスクが高いことを指摘するのは銀行の自由であるが、通常は変額保険のリスクを指摘してあげるという「おせっかい義務」までは生じないであろうと指摘される。
- (201) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』133 頁（有斐閣 1974）、同「債権〔10〕」中川善之助外『注釈民法〔19〕』35 頁（有斐閣 1965）、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中）』292 頁（青林書院 1985）、前田達明『判例不法行為法』108 頁（青林書院新社 1978）。
- (202) 国家賠償法の分野では、薬害訴訟等において公務員等の不作為による責任が論じられ（古崎慶長「公務員の不作為と国家賠償法 1 条の責任」民商 78 卷臨時増刊〔4〕207 頁、村重慶一「国家賠償訴訟」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座〔10〕』327 頁（日本評論社 1970））、最高裁の累積も見られる（土地区画整理事業に伴う建物の移転除却につき、最三判昭和 46. 11. 30（民集 25 卷 8 号 1389 頁）、ナイフの一時保管につき、最三判昭 57. 1. 19（民集 36 卷 1 号 19 頁）、大量投棄された砲弾類の回収につき、最二判昭 59. 3. 23（民集 38 卷 5 号 475 頁））。
- (203) 判タ 640 号 101 頁「レール上の置石により生じた電車の脱線転覆事故について置石をした者との共同の認識ないし共謀のない者が事故回避措置をとらなかったことにつき過失責任を負う場合」事件解説。
- (204) 幾代通『不法行為』20 頁（筑摩書房 1983）、我妻栄編『判例コンメンタールVI』161 頁（日本評論新社 1963）。
- (205) この作為義務は、近時は、違法性の要件であるとし、法令の規定に限らず、契約

(2) 説明義務遮断論に対する反論

イ 投資顧問契約の不存在

変額保険の説明を銀行に課すことについては、銀行と顧客との間に投資顧問契約等の契約の不存在を理由として、銀行の説明義務を否定する論者の反論が予想される。これはすなわち、変額保険の説明義務が税理士に認められるかという局面でも同じ反論が起こり得る。しかしながら、例えば、銀行が購入代金を融資するという契約において、売買目的物に何らかの瑕疵があるか、あるいは目的物に関する売主の説明に何らかの問題がある場合に、銀行が購入者の誤解を解くための説明義務や売主に再度の説明を促す義務を負うか、という問題の判断において、投資顧問契約の存否に絶対的な基準を負う必要はないと考える。けだし、顧客に誤解が生じた場合の銀行の是正義務は、松本説にいう「先行行為に基づく作為義務」であり、銀行と顧客との間の投資顧問契約の存否にかかわらないと考えられるからである。

ロ 業法上の制限

ところで、保険業法は銀行の保険勧誘を禁じているが、このことは銀行の説明義務を不要ならしめる理由になり得るであろうか。思うに、銀行自身が変額保険の商品の仕組みやリスクについて顧客に誤解を生じさせるような利益保証や断定的判断の提供⁽²⁰⁶⁾等を行ったような場合には、松本説にいう先行行為に基づく作為義務として、信義則上、顧客に生じた誤解を解くべき義務が銀行に存することになるが、これは銀行に契約上の説明義務を課すものではない。また、銀行の説明・勧誘により、顧客が変額保険の内容について誤解をしているときは、⑬事件大阪地裁堺支部判決のとおり、誤解を解くための説明を自らするか、保険会社に

や慣習ないし条理などにその根拠を求めている（東京地判昭 48. 8. 29（いわゆる「拓忍会事件」、判時 717 号 29 頁）、鳩山秀夫『債権各論』852 頁（岩波書店 1930）、我妻・前掲注（204）111 頁、加藤・前掲注（201）133 頁、四宮・前掲注（201）292 頁、幾代・前掲注（204）19 頁）。

(206) 酒井・前掲注（91）税経通信 59 卷 4 号 193 頁以下参照。

正確な説明を促すべき消極的な説明義務が生ずると考えるが、これは変額保険の加入を必ずしも促すとはいえないものであるし、また、このような説明義務を銀行に課すことは顧客保護を目的とした保険業法の趣旨に反しないというべきであると考えられる。

このように説明義務遮断論に対して消極的説明義務は、反論の根拠となり得ると解されよう。

(3) 消極的説明義務の不完全履行に係る問題

⑩事件東京地裁判決の事実認定を確認すると、「被告は、原告の申し出に対し、このメモに記載されたような登記原因はない旨述べた上で、登記原因にはいろいろあること、それによって登録免許税も違ってくことを説明したが、原告はその場では被告の説明を理解できず、被告に対し、登記原因について税理士と直接打ち合わせて欲しい旨依頼した…。原告は、その後、税理士に対し、被告との打ち合わせの結果を伝えたが、税理士は、登記原因に関する原告の話が理解できず、同原告に対し、基本的には登記の専門家である被告の助言に従う外はないであろうと述べた。」とされている。

このようなやりとりをみると、被告司法書士は原告に対して、登録免許税が異なってくることから税理士と打ち合わせをしてほしいと伝え、自らの説明できない節税に資する登記原因について租税の専門家である税理士への説明を受けるように助言したことをみれば、上記の消極的説明義務を問われることはなさそうである。

一方、税理士は、原告に対して、登記原因については、登記の専門家である司法書士に助言を受けるほかないと説明をしており、司法書士に説明を受けるよう勧奨している。ここでは、税理士は司法書士からの説明を受けるように指導しており、こちらも一見すると消極的説明義務を問われる所以はなさそうである。

消極的説明義務は、投資者への説明が専門家によってなされたときに初めて履行されたと解すべきかについては、議論の余地もあろうが、少な

くとも、単に他の専門領域の専門家のアドバイスを受けるよう助言したというだけでは未だかかる義務が履行されたと解すべきではなかろう。具体的な紹介の形をもって当該他の専門領域の専門家に具体的に説明を依頼することによって履行されたと解すべきではないかと思われるのである。

4 消極的説明義務の履行と実体法上のルール作り

他の専門領域の専門家のアドバイスを受けるようにという助言は、ともすると説明責任を当該他の専門家へ押し付けることにも繋がり、責任の所在が不明確になるという問題も提起し得る。つまり、消極的説明義務が他の専門家の意見を聞くようにとの助言のみで履行されたと解すれば、おおよそ容易に説明責任を免れることができるとする根拠となる可能性を秘めている。

しかしながら、紹介した専門家において実際に説明が行われたきに初めて、消極的説明義務が履行されたとまで厳格に解釈しないまでも、単に他の専門領域の専門家に聞くように助言したというだけでは、未だかかる義務は履行されていないと解すべきではなかろうか。したがって、例えば、目論見書に「税金に関する取扱いについては、税理士などの専門家にお尋ねください」と表記することが、消極的説明義務を履行していることになるのかという疑問に対しては、否定的に解さざるを得ないであろう。

これまでの検討からすれば、節税商品の販売に当たっては、税理士において、節税商品に係る課税上の取扱い等の明確な見解表明が示されるべきであると思われる。その見解表明は、いわば節税商品の品質保証ないし品質評価としての機能を有することになる。そして、かような見解表明については、実体法上の何等かのルール作りがなされてもよいのではないかと思われる。

第4章 税理士の責務と税理士制度を取り巻く インフラストラクチャー

序

税理士に寄せられる社会的な役割が大きくなればなるほど、税理士の責任は重いものとなろう。そして、このことは税理士の過誤の場面においても、訴訟等での税理士への責任追及が厳しくなることを意味する。

かような傾向は税理士に対する社会的期待の表れであるともいえるが、税理士に対する責任強化の方向性は、ともすると税理士の活動を萎縮させることにも繋がりがねない。具体的には、税理士が責任追及を恐れるがあまり明確な回答を避けたり、具体的な助言を行わないということが容易に想定される。それでは、税理士に対して寄せられた期待に応えられないことにもなる。

そこで、税理士制度を取り巻くインフラ整備の重要性が改めて問われることになると思われる。本章では、かような認識を前提として、(1) 税務当局への調査照会義務と文書回答手続の問題や、(2) 税理士の自己研鑽義務と研修制度の問題について検討を加えることとしたい。そして、最後に、残された問題として(3) 税理士職業賠償責任保険への強制加入の問題にも若干の言及を行うこととする。

第1節 インフラストラクチャー整備の必要性

税理士の責任を強化する方向性は、ともすると税理士を萎縮させ、いたずらに税理士の裁量権を限定する考え方を拡大させることにもなりかねない。税理士の責任を明確にしつつ、税理士活動の萎縮を避けるためには、インフラストラクチャーを整備充実することが考えられる。一例として、税理士職業賠償保険の強制加入制度の導入や文書回答手続の拡充、職業団体における研修の充実を挙げることができる。

第2節 文書回答手続の充実

1 税理士の調査義務と注意義務

これまで、国税庁が実施する事前照会に対する文書回答手続は税理士業を圧迫する虞を強調するがあまり、税理士活動に有害なものという位置付けで議論されてきた嫌いがある。しかしながら、税理士が爾後の責任追及をおそれて明確な回答を避けるような事態が想定される現下において、文書回答手続は税理士に課される民事上の調査義務や説明義務を履行する際の重要なツールとなり得ると考えられる。かような見地からすれば、文書回答手続の充実は税理士の活動フィールドにおける重要なインフラ整備を意味すると考えられる。

税理士には、受任した事務を遂行するため、必要な調査や確認を行うことが要求されている。税理士が行うべき調査や確認については、税理士が顧客と締結した委嘱契約の内容に拠るところが大きいと思われるが、租税専門家としての税理士に課される調査義務の程度や範囲は必ずしも判然としない。

顧客が所有不動産の買換えを検討した上で税理士に節税指導及び納税申告手続を依頼したものの、税理士から適切な教示がなく、買換えの特例を適用した申告を行ったところ、既に過去の譲渡の際に当該特例の適用を受けていることを理由に否認され、過大な納税義務が生じたとして、顧客が税理士に対して、債務不履行による損害賠償を請求した事件において、京都地裁平成7年4月28日判決（税理士界1094号13頁：⑰事件）⁽²⁰⁷⁾は、買換えの特例が過去において適用されているかどうかについては、税理士が税務署に赴いて調査確認を行う義務があるとし、税理士の責任を肯定した。

⑰事件京都地裁判決は、「税理士は、税務に関する専門家として、依頼者の信頼に答え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図るために、誠実に職務を行う義務があり（税理士法1条参照）、指導、助言及び税

(207) 同事件を素材に税理士の調査義務を論じた酒井・前掲注(63)97頁以下参照。

務申告代行にともなう税務書類作成の際には、十分に依頼者である納税者の経済活動を把握して、納税者の税務申告が適切に行われ、納税者の財産権等の利益が害されないように配慮し、その事務を遂行しなければならない。」とした上で、「税理士が、依頼者の税務書類の作成過程において、依頼者から事情を聴取する際には、特に問題となりそうな点に言及し、事実関係の把握に努め、依頼者の説明だけでは十分に事実関係を把握できない場合は、課税庁で当該疑問点を指摘し、調査を尽くさなければならない。」と判示した。更に、「税理士は、依頼者からの事情聴取で生じた疑問点については、課税庁に出向いて、過年度の申告書類の閲覧を求め、右の理由により、税務職員に閲覧を拒否されたならば、少なくとも、疑問点を特定して質問をし、回答を求めなければならない。」として、税務署への税理士の調査義務を肯認した。

そもそも、「譲渡所得を申告する際に注意を払うべき点は、買換え特例の適用の可否であること、譲渡物件の取得価額を検討する際に注意を払うべき点は、譲渡物件の取得の経緯、過去に買換え特例の対象になったか否かであること」であるから、「買換え特例の対象になっていたか、特に調査しないで確定申告書を作成した」税理士は、善管注意義務違反があると判断されたのである⁽²⁰⁸⁾。

(208) 大阪高判平 8. 11. 29 は、Y の本人尋問の結果から、「X と初めて会って間もなくの頃、以前に不動産を譲渡したことがあるかどうかを Y が X に尋ねたところ、譲渡したことはないとの返事であり、また、不動産の譲渡関係の資料もないということであったので、X としては、買換え特例の適用を受けたことはないものと判断し、それ以上に調査しようとしなかったことが認められるとともに、丙物件が既に買換え特例の適用を受けていたことを窺わせるような事情が存在したことを認めるに足りる証拠はなく…、また、課税庁に出向いて X の過去の申告歴を調査するなどして右建物について既に買換え特例の適用を受けていたかどうかを確認することを必要とするような状況が存在したことを認めるに足りる証拠も存在しないのである。」として、「Y に委任の本旨に従い善良な管理者の注意をもって委任事務を処理すべき義務の違反があったものということとはできず、したがって、Y に委任契約に基づく債務の不履行責任があるということとはできない。」と判示した。同判決を素材として調査義務を検討した論稿として、酒井・前掲注 (63) 65 頁以下のほか、山田俊一「税務相談と申告に必要な情報の確認義務と専門家責任」税研 106 号 222 頁以下。

2 税理士の調査義務

(1) 税理士の善管注意義務と調査義務

顧客との委任契約に基づく受任者である税理士は、委任の本旨に従って、「善良なる管理者の注意」をもって委任事務を処理しなければならないのはいうまでもないが（民 644）、更に税理士には高度の注意義務が要求されている⁽²⁰⁹⁾。調査義務はこの高度の注意義務を担保するためのものであり、調査義務とは、税理士の高度の注意義務をどのようにみるかに拠っていると解されよう。この高度の注意義務の意味について鎌田薫教授は、「専門家が高度に専門的な知識と技能を有することを信頼して自己の事務の処理を委ねるのであり、そうであるが故に、法律がそうした信頼を受けるのに足る知識と技能を有する者に一定の資格と職務上の独占権とを与えているのであるから、専門家は、そうした信頼に応えるのにふさわしい高度の注意義務を負い、場合によっては信頼者の第一次的な意思を超え、あるいはこれに反する調査や助言を行なう義務を負うことがある。」とされる⁽²¹⁰⁾。

なお、ドイツにおいては、税理士は新規又は改正された法規範を調査しなければならないとする連邦通常裁判所決定、ツェレ上級地方裁判所決定

(209) 首藤重幸「税理士の責任」日税研究論集 24 号 127 頁（日本税務研究センター1993）は「税理士に要求される善管注意義務の程度については、一方で、税理士資格獲得に厳格な試験や実務経験を要求することにより成立する税理士の専門能力に対する納税者の高い信頼、他方で、国家運営の基礎たる租税徴収に深く関わる税務代理等の業務の独占ということ等からして、税理士は自己が受任した税理士業務については、当該受任事務に係る課税要件事実の認定（所得の帰属者・帰属年度・相続財産か否か等を含む）、税法の解釈・適用、申告期限または不服申立期限までの税務申告書の作成・提出に至るまで、税法の専門家としての高度な注意義務が要求されることになる。」と指摘される。

(210) 鎌田薫「専門家の民事責任」別冊 NBL28 巻 71 頁。また、同教授は、「専門家の民事責任を通常人の民事責任と区別して論ずることの意味は、専門家は一般人よりも高度な知識と技能を有し、公正かつ誠実に職務を執行すべきものとされているが故に、依頼者からの明示的な指図がなかったとしても、依頼者および第三者の利益を保護するために、専門的な立場から、通常人以上に慎重な配慮をもって、必要な範囲での調査・確認をし、依頼者に適切な説明・助言を与える義務を負う点にある」とされる（同 73 頁）。

がある⁽²¹¹⁾。

他方、⑰事件の控訴審大阪高裁平成8年11月29日判決（税理士界1109号6頁）は、結論において税理士の債務不履行責任を認めなかった。しかし、それは、税理士が顧客から当該不動産を譲渡したことはないと聞いていたからそのような調査を必要としなかったと判断しているだけであって、税理士にかかる調査義務がないという判断を下しているわけではない。むしろ、本事件における司法判断は一貫して税理士の税務署への調査義務を肯定していると解してよいであろう。

かような税務署への調査義務を争点とする裁判例は、⑰事件以外にも散見される。

（2） 依頼者の回答を前提とした税理士の判断とその責任

市街地域にある土地を市街化調整区域内にあるとして誤って過少申告をした税理士の損害賠償責任が肯定された大阪高裁平成8年3月15日判決（判時1579号92頁：⑱事件）⁽²¹²⁾が参考となろう。同高裁は、「相続税の申告にあたっては、相続財産である土地が市街化区域内にあるか市街化調整区域内にあるかによって課税価格が大きく異なってくるのであるから、相続税の税務書類の作成や税務申告の代行の委任を受けた税理士としては、相続財産である土地がそのいずれの区域内にあるのかを正確に調査確認すべき」であると判示した。また、「柏原市役所の都市計画課で一通700円で販売されている柏原都市計画図を見るか、所轄の税務署で尋ねることにより、その点についての調査、確認はきわめて容易であったことが認められる。」とし、「ところが、被控訴人が、そのような調査、確認をしないまま、本件土地が市街化調整区域内にあるものとして過少な申告をしたことは被告の明らかに争わないところであるから、被控訴人がその受任義務を処理するについて、専門家たる受任者としての注意義務の懈怠があったことは

(211) vgl. BGH. v. 30. 6. 1971, IV ZB 41/71, NJW 1971, 1704; v. 7. 3. 1978, VI ZB 18/77, NJW 1978, 1486; vgl. Auch OLG Celle, VersR 2001, 1437, 1438.

(212) 原審は、大阪地判平7.1.24（判例集未登載）。

これを否定することができないというべきである。」としている。

ここでは、税理士は、依頼者の母に本件土地が市街化調整区域内にあるかどうかの点について調査を指示し、市街化調整区域内にあるとの報告、説明を受けたので、これを信じて本件申告をしたものであって、注意義務に懈怠はないという主張を行っている。しかしながら裁判所は、①相続財産である土地が市街化区域内にあるのか市街化調整区域内にあるのかによって課税価格が大きく異なること、②調査、確認がきわめて容易なことから、税理士がそのような調査、確認をしないまま、本件土地が市街化調整区域内にあるとして過少な申告をしたことは、その受任事務を処理する専門家として注意義務を尽くしていないと判断したのである。

かような判断を前提とすると、「依頼者に調査を指示し報告を受けていたとしても、税理士の調査義務や責任が免責されるものではなく、このような課税価格に影響の大きな事項については、税理士が自分で念を入れて調査・確認すべき義務のあることを示しているものである。税理士のケアレスミスといわれて止むを得ない。」という山田二郎教授の見解にも繋がる⁽²¹³⁾。

ところで、このような厳しい判断の一方で、過去に譲渡していないという顧客の回答を鵜呑みにして特例の適用を受けられなかった^⑰事件大阪高裁判決では、税理士の責任が問われておらず、一見すると下級審の判断と必ずしも整合的であるとはいえないとも思われる。

もっとも、不動産を譲渡したかどうかというのは、専ら顧客本人の行為であるから、直接当人に確認することがすなわち、調査義務の履行になるとも考えられる⁽²¹⁴⁾。「申告歴」についての調査とは、譲渡があったことを前提としてどのような確定申告書を提出したかということを確認することであるから、譲渡がなければ「申告歴」の確認義務は生じないはずである。

(213) 山田二郎『税理士業務の民事責任とその対策』185頁（東林出版社1997）。

(214) もっとも、この場合にも依頼者が協力をしないという問題が惹起されるケースも想定される。この点については取り上げないが、差し当たり、酒井克彦「依頼者の協力義務と税理士の責任—東京地裁平成13年10月30日判決を素材として—」税務弘報53巻13号147頁以下参照。

それに対して、⑱事件大阪高裁判決は、対象となる土地が市街化区域内にあるか市街化調整区域内にあるかということは、顧客本人の行為ではないから、顧客も調査せずには知り得ない事項である。更に、通常、税理士は、役所での確認方法などについても知識を有しており、特にこの区域の違いが課税上の取扱いに重要な影響を及ぼすことを十分承知しているのであるから、課税上の取扱いに係る知識を有しない顧客に調査を任せたままとすることは、注意義務の履行を懈怠しているとの責めも免れ得ないのではないだろうか。

これに加えて、裁判所の判断では、税理士が簡単に調査し得る事柄かどうかという点も十分に意識されているため、次にこの点について検討を加えることとする。

3 税務署への調査義務の種類

(1) 調査義務の種類—調査困難性と責任の態様

税理士に課される調査義務のうち税務当局に対して行うものは、概ね2つの類型に分類することができる。すなわち、まず、税務署への申告事績や過去の申告内容確認のための調査義務（以下「事実確認義務」という。）と、税理士が採用しようとする見解についての税務当局の見解を打診したり、租税行政当局や立法当局の動向を確認するための調査義務（以下「調査照会義務」という。）である。

事実確認義務には、⑰事件大阪高裁判決にいう依頼者の申告事績の調査や、⑱事件大阪高裁判決の市街化区域の調査などにみられるような事実の確認に係る調査を指し、後者の調査照会義務とは、後述する大阪高裁平成10年3月13日判決（⑲事件）に見られる税務当局の見解の照会などがこれに当たる。

ドイツでは、最近、日刊紙や専門紙において税制改正に関する提案がなされていることについて報道された場合に、その改正の実現により、「事情によっては依頼者が追求する目的が達成されないかもしくは損なわれる場

合には、税理士は通常入手可能な情報源からその種の考察の詳細な内容および手続き状況について情報を得る義務を負うことがある」とする判断が下されているが（連邦通常裁判所 2004 年 7 月 15 日判決）⁽²¹⁵⁾、かように課税当局や立法当局の動向を確認することもかかる調査照会義務の一類型として位置付けられよう。

事実確認義務は、税務当局における手続き整っていれば、比較的容易にこれを確認することができるものと解されるものの、調査照会義務については、手続的な整備が担保されているかという問題のほかに、知りたい事項に係る税務当局の見解をどのように引き出し、如何に評価するかという問題もある。

そもそも税理士に要求される注意義務の範囲は、税理士と顧客との間の委任契約の内容にも影響を受けることとなるだろうが、税理士が行うべき処理として、どこまでの水準が要求されるかはかかる確認手続の実効可能性との関係をも考慮しなければならないであろう。すなわち、税理士の業さ義務を検討するに際して、税務当局がこれらの確認や質問に対して応答する制度や慣行があるのかどうかという問題も実際上看過し得ない。そうであるからこそ、^⑱事件大阪高裁判決は「調査、確認はきわめて容易であった」という点に言及しているのではないかと思われるのである。

そこで、これらの調査手続の実効可能性と調査義務との関係についても触れておく必要があるだろう。

（２）調査照会義務に係る調査手続の実効可能性

大阪高裁平成 10 年 3 月 13 日判決（判時 1654 号 54 頁：^⑲事件）⁽²¹⁶⁾において、第一審原告は、税理士は確定申告に先立ち、税務当局に税務処理の意向を打診して、確定申告を受け入れて貰えるかどうかについて検討す

(215) 酒井・前掲注 (51) 155 頁以下参照。

(216) 酒井克彦「通達に反する税理士の助言と説明義務—大阪高裁平成 10 年 3 月 13 日判決を素材として—」税務弘報 52 巻 10 号 90 頁参照。原審は、大阪地判平 9.5.20（判時 1633 号 113 頁）。

る義務を負っていると主張する。大阪高裁は、かかる主張に対して、「税理士は、税務に関する専門家であるから、一般的には、専門家としての知識経験によって、税務に関する法令に従って事務を処理すれば足り、確定申告をするに先立ち、いちいち税務当局に対し、税務処理の意向を打診すべき義務を負っているとはいえない。」と説示した。

しかしながら、かような説示の上で、「一審被告は、…基本通達に反することを知っていたが、…これを指導、助言したというのであるから、このような処理が税務当局によって是認されるかどうかは依頼者にとって重要なことであり、その見通しをたてるためには、事前に税務当局の意向を打診することが必要であったと解すべきである。」と判示している。

判決が示すところは、原則的には、「いちいち税務当局に対し、税務処理の意向を打診すべき義務を負っているとはいえない。」としつつも、税理士が独自の判断によって税務当局が示した通達と異なる処理を採用するような場合には、事前照会を行うことが要求されると判断したと解すべきであろう。

調査照会義務に係る調査手段として、国税庁の実施する文書回答手続の利用が考えられる。ただし、文書回答手続は、納税者サービスという性質を帯びた事実植えの行為であるため、税務当局に回答義務が課されているわけではない。そこで、照会者の手続的権利として法的に保障されていない調査手続であっても、税理士の調査義務懈怠が問われるのかという問題が惹起されるのである。

(3) 事実確認義務に係る調査手続の実効可能性

⑰事件第一審京都地裁判決において、税理士Yは、「課税庁は、納税者本人及び同人から委任された税理士に対して、過去の申告書を閲覧、提示することを、事実上、拒否しており、税理士Yが、課税庁に依頼者Xの過去の申告書の閲覧、謄写を求めなかったとしても職務上の怠惰はない。」と主張した。

実際に税務署に申告事績を確認する方法としては、税務署窓口での閲覧

や個人情報保護法に基づく開示請求などが考えられるが、開示請求は、目的も異なり、具体的な譲渡所得に係る申告内容等の情報を得るには適当ではない。

同京都地裁判決は、「秘密事項等が書き込まれて、課税職員の守秘義務に抵触する場合を除き課税庁は税理士に対しその依頼者についての過年度の申告書類の閲覧を許している」とする大阪国税局の回答書が前提とされているとされているようである⁽²¹⁷⁾。この点について、田中治教授は、制度的に申告書の閲覧制度が設けられているわけではないとした上で、「申告書閲覧に関し、租税の実務において税務情報がどの程度開示されているかを考察し、そのうえで税理士の責任の範囲を具体的に確定するという作業をしていない。同判決は、結果的には、税務情報の公開が十分とはいえない現状を直視することなく、税理士法の理念、理想を根拠として、税理士に対する過剰な責任を負わせたものというべきであろう。」と指摘されている⁽²¹⁸⁾。

税理士の行う調査に必要な手続的権利が法的に保障されているとはいえないとしても、事実上税理士が調査を行い得る限り、税理士の責任が問われることも十分にあり得るのであって、⑰事件大阪高裁判決も制度上の手続か事実上の手続かは税理士の民事責任の判定においては、特段影響を及ぼさないとする考え方に立っているようである。

4 文書回答手続の整備と税理士による照会の将来的な意義

これまで税務当局の見解を確認する方法としては、税務署窓口における納税相談、税務相談室における相談、国税庁ホームページのタックス・アンサー⁽²¹⁹⁾などのほか、情報公開請求によって税務当局の見解を知る方法が主流

(217) 全国婦人税理士連盟税理士職責特別委員会『税理士損害賠償請求訴訟判例紹介』34頁（全国婦人税理士連盟税理士職責特別委員会1996）。

(218) 田中治「税理士の業務における不完全履行の責任」日税研論集39『税理士の民事責任』121頁、114頁（日本税務研究センター1998）。

(219) <http://www.taxanswer.nta.go.jp/>

であった。近時はこれらに加えて、国税庁の実施する文書回答手続の利用が考えられる⁽²²⁰⁾。

現在、文書回答手続は法定されてはいないものの、その整備が図られ、ホームページなどを通して公開されている⁽²²¹⁾。⑰事件大阪高裁判決は、納税者の手続的権利であるかどうかは税理士の責任論に影響を及ぼさないとする立場を採っており、さすれば、文書回答手続の整備は、税理士の調査確認に係る責任論に何らかの影響を及ぼす可能性があることも指摘し得えよう。

また、このことは、税務当局にとっても将来的に重要な意義を有することになると思われる。仮に税理士による節税商品の説明が何らかの形でルール化された場合、税理士が税務当局に対して節税商品に係る課税上の取扱いを確認し⁽²²²⁾、これを明示することが定着すると⁽²²³⁾、税務当局は税理士の見解を通じてかかる商品に対する一定の見解表明を行うことができるかも知れない。議論はあるとしても、そこでは、いわば節税商品に対する適格性評価（お墨付き）の付与が実質的に行われるという意味をも包摂すると思われる。

当然のコロラリーとして節税商品取引における予測可能性は高まろう。

実効性の程度如何に拘わってくると思われるが、かかる手続の充実によっては、米国 IRS が実施しているタックス・シェルター事前登録制度⁽²²⁴⁾と実

(220) 酒井・前掲注 (133) 同「節税商品取引における投資者保護と税理士の役割」第 26 回日税研究賞入選論文集所収（日本税務研究センター2003）、上斗米明「文書回答手続の見直しについて—グローバルスタンダードな納税者ガイダンスの整備に向けて—」税研 19 卷 6 号参照。

(221) <http://www.nta.go.jp/category/tutatu/bunsho/01/01.htm>

(222) もっとも、現在の文書回答手続では、節税商品の課税上の取扱いについての照会対象とされていないと解されるのではなかろうか（酒井・前掲注 (133)）。

(223) A “tax shelter opinion” is advice by a practitioner concerning the Federal tax aspects of a tax shelter either appearing or referred to in the offering materials or used or referred to in connection with sales promotion efforts (regardless of whether a separate opinion letter is issued or if the practitioner’s name is used). *BACKGROUND AND PRESENT LAW RELATING TO TAX SHELTERS* Scheduled for a Public Hearing Before the SENATE COMMITTEE ON FINANCE on March 21, 2002 Prepared by the Staff of the JOINT COMMITTEE ON TAXATION

(224) Circular No. 230.

質的に類似の機能を期待することもあながち誤った観測とはいえないのではないかと考える。

第3節 税理士の研鑽義務と研修制度

1 税理士の研鑽義務

税理士が社会的使命を自覚し、責任をもって活動するために、税理士の保持すべき専門的知識は確固たるものでなければならない。

税理士には、租税の専門家として高度な注意義務が課されており、その注意義務を果たすためには、租税法などに精通すべく研鑽を積むことが要請される。また、一方で税理士は公共的使命を果たすことが社会的に要請されているから、それに応えるためにも、日頃からの研鑽は必須である。

節税過誤訴訟である神戸地裁平成5年11月24日判決(⑦事件)⁽²²⁵⁾では、税理士に「租税に関する法令に精通すべき職務上の義務」があることを前提として税理士の損害賠償責任が認められている。

すなわち、神戸地裁は、「依頼者Xが税理士Yに希望していたように、本件不動産の売買差益と本件欠損金の相殺勘定による法人税等の節税という目的を実現するためには、昭和62年度において買換特例の適用を受けて右差益を

(225) 酒井・前掲注(50)90頁以下。原告X会社(代表者A)とB会社(代表者A)は、昭和59年11月に、Y税理士との間で、税務顧問契約を締結し、税務代理、記帳代行等を委託した。Aは、両会社を解散するについて、XのBに対する貸金債権を貸倒損失として損失処理し、これとX所有の不動産の譲渡益とを相殺して、より有利な残余財産の分配を受けたいとして、Yに相談をした。Yは、「昭和62年度にXを解散した場合には、その解散確定申告において、本件欠損金(筆者注:昭和61年度の損益計算書上の当期損失欠損金から法人税法上損金に算入できない租税公課を差引いた欠損金額)を損金算入し利益控除に利用できることとなったから、買換資産の買収を中止し、直ちにXを解散してもよい。」というような誤った指導を行った。Aはその助言に従ってXを解散し、清算手続きを行った。

Xは、昭和63年から3年間、欠損金の繰り越しが翌年1年間はできないという旧租税特別措置法66条の14の規定により損金算入が認められず、本来は可能であるはずの節税ができなかったのは、Yの委任契約上の債務不履行によるとして、Yに対して損害賠償を求めた。

昭和 63 年度まで繰延べ、かつ同年度確定申告において右売買差益（益金）から昭和 61 年度欠損金（損金）を控除しなければならなかった」とした上で、「Y の職歴および税理士としての資格・経験等に鑑みると、Y には、前記法人税法及び租税特別措置法の各規定の法意を十分理解しておくべき職務上の義務があったというべきである。」と判示した。

そして、かかる義務を前提として、「Y としては、税務相談を内容とする本件契約甲（委任契約）に基づき、X に対し、…判示のような適正な税務処理上の教示をし、かつそれに適合する税務の代理及び代行をして税務相談の目的を達成すべき債務を負担していたといわなければならない。」とする。

しかしながら、この判示にいう「職務上の義務」が何を指しているのかについては、判然としない。更に、同判決は、税理士には、法令に精通するための義務（以下「研鑽義務」という。）が法的義務として課されているのか、あるとすれば、その根拠は奈辺にあるのか、といった疑問をも惹起させる。

2 注意義務の水準維持のための研鑽義務

(1) 医師の研鑽義務

⑦事件神戸地裁判決では、未だ研鑽を税理士一般に課される義務として直截に判示しているわけではないことに気付く。むしろ、税理士 Y の職歴や税理士としての経験からすれば高度の注意義務が期待されているとして、かかる「職務上の義務」を高度の注意義務の水準維持のための義務と位置付けているともいえそうである。

このような考え方は、医師の研鑽義務を巡る裁判例でもみて取ることができる。最高裁昭和 63 年 1 月 19 日第三小法廷判決（判時 1265 号 75 頁）では、未熟児網膜症に対する治療法として光凝固法を実施することが未だ臨床医学の実践における医療水準にまで達していないとした福岡高裁昭和 57 年 6 月 21 日判決（判タ 479 号 172 頁）⁽²²⁶⁾を正当としたが、伊藤裁判官

(226) 第一審は福岡地小倉支判昭 53. 10. 3（判タ 368 号 153 頁）。

は次のような補足意見を提出した。すなわち同裁判官は、「医療水準は、医師の注意義務の基準となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とでもいふべきものとは異なるものであり、専門家としての相応の能力を備えた医師が研鑽義務を尽くし…た場合に達せられるあるべき水準として考えられなければならない。そして、このような医療水準は、特定の疾病に対する診療に当たった医師の注意義務の基準とされるものである」として、医師が研鑽義務を尽くした場合に達せられる水準が医師の注意義務の水準であると指摘する。

伊藤裁判官の補足意見では、医師の研鑽義務の履行を注意義務の水準判断の基礎としてみており、医師の注意義務の水準として要請される一定の専門的知識を前提として、専門家責任を捉えていると思われる^{(227)・(228)}。

それでは、どの程度の注意義務が専門家に要請されるのであろうか。

(2) 注意義務の水準

医師の注意義務について、最高裁平成8年1月23日第三小法廷判決(民集50巻1号1頁)は、「医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない。」として、麻薬剤の能書に2分間隔で血圧を測定すべきであると記載されているにもかかわらず、一般開業医の常識とされていた5分間隔で血圧を測定したことに医師の過失が推定されるとした。

このように、専門家の注意義務の水準とは、平均的な専門家の行う水準

(227) 酒井・前掲注(118)(下)197頁以下。

(228) なお、歯科医師の投与した鎮痛抗炎症剤ロキソニンによりアスピリン喘息患者が窒息死した医療過誤訴訟である福岡地判平6.12.26(判時1552号99頁)は、「医師としては、その業務の特殊性からして、まず、予め当該薬剤に関する知識を当時の最先端に及ぶ範囲のものまで、薬剤に添付されている使用説明書にとどまらず他の医学文献等あらゆる手段を駆使して修得しておかなければならないといういわゆる研鑽義務を負っていることはいうまでもない」と判示しているが、結論において医師の注意義務の水準が問題とされていると解される。

ではないとされており、税理士の注意義務の水準についても、平均的な税理士が現に行っている業務水準ではなく、租税の専門家が保持すべき水準であると考えべきであろう⁽²²⁹⁾。

(3) 専門家に課される研鑽義務と税理士に課される研鑽義務

先に述べたように本件では、「法令に精通すべき職務上の義務」としていただけであって、この点を更に強調すれば、法令に精通さえしていれば研鑽は必要がないということにも繋がり得るのではないだろうか。そうであれば、税理士としては、結果として要請される高度の注意義務の水準をもって事務に当たればいいはずであるから、仮にその水準に達している者が研鑽を必要とせずに当該水準を維持している限り、何ら研鑽の必要はないといっても間違いではなさそうである。かように考えれば、注意義務の水準の観点からは、専門家であるが故に直截に研鑽義務が課されると解すべきではないのかもしれない。

⑦事件神戸地裁の判示も、すべからくすべての税理士に注意義務の水準維持のための研鑽義務といった行為義務が措定されるとするのではなく、要請される水準を維持できない者に、研鑽義務が肯定されるという考え方を基礎にしていると推察し得るのである。

さりとて、複雑な経済社会の進展の下において、研鑽なくして高度の注意義務の水準を維持することができる者がどの程度いるのかという点から考えると、税理士にも医師の研鑽義務とほぼ同様の義務があるとする立論

(229) ところで、「注意義務の存在は、もともと法的判断によって決定されるべき事項であって…慣行…の故に直ちに注意義務が否定されるべきいわれはない」とした最一判昭 36.2.16 (民集 15 卷 2 号 244 頁) は、「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」と説示する。このように、要請される注意義務の水準の差異を考えると、患者の生命を預かる医師に要請される注意義務の水準論を税理士の注意義務のそれに直接当てはめて考えることができるとは思えないものの、専門家に要請される注意義務の水準維持のための研鑽義務という点では、医師であっても他の専門家であってもその意味するところは同様であるともいい得るのではないだろうか (酒井・前掲注 (118) (下) 198 頁)。伊藤義一『税理士の民事責任とその対応策』340 頁 (新日本法規出版 1999)。

も成り立ち得る⁽²³⁰⁾。租税専門家として高度の注意義務の水準が要請されていることを前提とすれば、その水準を維持するための研鑽が要請されることに異論を差し挟む向きはなかろう⁽²³¹⁾。

3 税理士の使命論から導出される研鑽義務

上記のような租税専門家に要求される注意義務の水準維持のための研鑽義務のほか、専門家である税理士としての社会的要請に応じるための研鑽義務が考えられる。

税理士は、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とするものであるから（税理士1）、税務上の専門的知識の習得が要請されるのは当然である。

日本税理士会連合会の定める「税理士会会則（標準会則）」は、税理士の職業倫理として、「会員は、その使命にかんがみ、常に深い教養の保持と高い品性の陶冶に努め、税理士の業務に関連する法令と実務に精通しなければならない。」としている⁽²³²⁾。税務に関する独占資格を付与されている税理士は、税理士法1条の趣旨を良く理解し、より一層申告納税制度の発展強化に努め、かつ常に時代の要請に応じていく社会的責務を有している。この社会的要請

(230) 弁護士倫理に関する研修については、日本弁護士連合会編『弁護士白書 2005 年版』175 頁（日本弁護士連合会 2005）参照。

(231) 昭和 38 年 12 月の税制調査会答申は、「税理士の場合は、その業務の対象たる税務が、ひろく国民の財産権に関する重大な問題であるうえに、もろもろの税法が、社会経済事情の進展に応じて毎年のごとく相当の改正を加えられるという特色をもっているので、いったん税理士の資格を取得した後においても、いつまでもその当時の知識経験のみをもってしては、業務の円滑適切な運営を期待することはできず、たえず現時点に即応する知識を具備していく必要がある。」としている。

(232) 坂田・前掲注（12）227 頁は、「複雑多岐かつ難解な今日の租税法規の下では、納税者自身が自らの権利を行使することは容易でなく、租税に関する法令の解釈、適用という法律的判断を税理士に委ねる傾向は、ますます顕著になっている。こうした税理士に対する時代の要請に鑑みれば、税理士会が、会員たる税理士に対し研修制度を充実させることは、税理士会の当然の社会的責務でもある。」とされる。

を果たすために、税理士は、常に深い教養の保持と高い品性の陶冶に努めかつ税理士業務に関連する法令及び実務について自己研鑽に励まなければならないのである⁽²³³⁾。

税理士に研鑽が要請される旨を説示した事件として、⑰事件第一審京都地裁判決がある。同地裁判決は、「税理士は、税務に関する専門家として、依頼者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図るために、誠実に税務相談、税務書類の作成、税務申告の代行等の職務を行う義務がある（税理士法1条、2条参照）。そして、税理士は、日頃から研鑽を図り、税務に関する法令及び実務に精通し、右職務を遂行しなければならない。したがって、依頼者から税務に関して指導、助言を求められたり、税務書類の作成、税務申告の代行等を委任された場合、法令等の解釈、適用を正しく行って指導、助言をし、書類作成や申告手続に過誤がないようにしなければならない。（下線筆者）」と判断した上で、税理士の善管注意義務違背を認めた。

同京都地裁判決は、租税の専門家としての税理士に課される高度の注意義務の水準維持の観点からではなく、むしろ、ここにいう税理士の使命を果たすために要請される研鑽を説示したものといえよう。

新井隆一教授は、「現実的な『税務に関する専門家』の要件」として、「①租税に関する法令を完知していること、②租税に関する通達など行政規則に通暁していること、③租税に関する判例・学説を熟知していて、租税に関する通達など行政規則による租税法令の解釈を、租税に関する判例・学説による租税法令の解釈が否定する可能性ないし蓋然性を判断する能力を有すること、④租税法令の解釈・適用にあたって、制度上選択の可能性がある場合に、より合理的な選択をすることができる能力を有すること、⑤自己固有の租税法令の解釈というべきものを有していること、⑥租税の実務に豊かな経験をもち精通していること、⑦これらの能力（①～⑥）を活用して、委嘱者に、その

(233) 坂田・前掲注（12）25頁。

真正にして適法な納税義務の過不足のない実現をめざしてこれに到達するために必要な資料・情報を提供し、それに資する助言を行う能力を有すること」を掲げられておられる⁽²³⁴⁾。

新井教授の見解をみれば、税務に関する専門家が自己研鑽を行うことは当然のことのようにも思われるのである^{(235)・(236)}。

4 ドイツにおける税理士会議所の役割と研修制度

(1) ドイツ税理士会議所

他の職業専門家と同様、税理士も職業会議所を結成し、職業自治の範囲内で任務が委ねられている⁽²³⁷⁾。1961年の西ドイツ税理士法により、各地に散在していた様々な構成員からなる会議所が統一された。かかる会議所

(234) 新井隆一「税理士業務契約にもとづく税理士の義務」日税研論集 39 卷『税理士の民事責任』7 頁以下（日本税務研究センター）。

(235) 継続教育を提唱するものとして、東海税理士会公開討論会実行委員会=名古屋税理士会公開討論会実行委員会『第 21 回日税連公開研究討論会』30 頁（東海税理士会・名古屋税理士会 1993）。

(236) 木村弘之亮教授は、「たとえば将来的税務相談という問題が提起されています。失礼ながら、インターナショナル・タックス・プランニングをお立てになった先生はいらっしゃるでしょうか。実務上それがおできでなければ、納税者の財産権の保護のためには、そのようなプランニングを策定しうる能力を備えた者が、依頼人の要請に応じて差し支えないのではないのでしょうか。なぜ皆さんが相続税の長期対策を考える場合、国内の租税法に視野を限定されるのでしょうか。やはりアメリカあるいはスイス等の税法を使い、依頼人たる納税者の財産権を擁護すべきであると思います。もしそれがおできでなければ独占事業の職域侵犯などの異議を申し立てないでいただきたい。そのような専門知識、能力を備えた方に財産権を擁護してもらいたいのは、納税者として当然の権利主張ではないのでしょうか。税理士の職域侵犯とご主張なさるに先立ってご自分の足元を固めていただきたいと思うわけでありませう。納税者を満足させるようなサービスを提供していただかなければ、サービスとしての税務相談を独占事業と位置づけるのは説得力に乏しいと思います。営業の自由が憲法上保障されているのです。この基本権を税理士法が制限しているのですから、制限するだけの正当な理由、とりわけ専門能力を持っていただきたい。持てるはずだと思えます。さもなければ、タックス・プランニングなどを立てられないと思えます。」と述べられる（東京税理士会「税理士制度はいかにあるべきか—21 世紀に向けて—」東京税理士界 430 号 9 頁以下）。

(237) Horst Gehre 前掲注(65) 409 頁。

は「税理士会議所」と呼ばれ、上級財務局の管轄区域に分けられるとともに、住所は上級財務局の所在地とされた。

現在ドイツには、各州に21の税理士会議所があり、税理士が税理士業務を行うためには、税理士会議所に登録しなければならないこととされている⁽²³⁸⁾。税理士の資格は、税理士会議所の区域内に職業上の本拠地を設置することより始まるが、会員資格は宣言的意味を有するに止まるとされている⁽²³⁹⁾。税理士会議所の統括をするのがドイツ連邦税理士会議所(Bundessteuerberaterkammer、以下「連邦税理士会議所」という⁽²⁴⁰⁾)である。連邦税理士会議所は、税理士会議所の法律上の上部機関ではあるが、税理士会議所に対して指示権及び監督権を有しない。

税理士に対する監督処分権限は重複構造となっており、まず、国が連邦税理士会議所及び各州の税理士会議所を監督する。連邦税理士会議所は連邦大蔵大臣の下、税理士会議所は州の最高財務官庁の下で監督を受ける。税理士個人に対する監督処分権については、従来は国にあったが、1961年以降は税理士会議所に移っている。したがって、税理士会議所は「会員全体の職業上の利益を擁護」するのみならず、「その職業義務の履行を監督する任務を負う」こととされている(StBerG76①)。

具体的には、税理士法上、税理士会議所には次のような任務が定められている(StBerG76②)。すなわち、①会員に職業上の義務(StBerG57)の問題点についての助言や教示をなすこと、②会員間に紛争が生じた場合、申立てにより調停をなすこと、③会員とその委任者との間に紛争が生じた場合、申立てによりその調停をなすこと、④会員に課されている義務(StBerG57)の履行を監督し、責問権(StBerG81)を行使すること、⑤職業裁判所におけ

(238) 職業会議所への会員強制加入は憲法上問題はなく、またボン基本法9条に違反するものでもないと解されている(Horst Gehre 前掲注(65)、410頁)。なお、税理士会への強制加入制は我が国税理士も採用しているところである。

(239) 職業登録簿への登録とは関係がないと解されている(Horst Gehre 前掲注(65) 411頁)。

(240) 税理士会連合会とも訳される。

る名誉職陪席裁判官の推薦人名簿を州の司法当局に提出すること、⑥税理士又は税務代理士、及びその遺族のための福祉厚生施設を設置すること、⑦裁判所、州財務官庁又は州の他の行政官庁の要請による鑑定書を作成すること、⑧職業教育について、法律に指示されている任務を遂行すること、⑨税務相談を業務とする者のための許可、及び試験委員会に対し業界代表委員を推薦すること、⑩税理士法に規定する税理士会議所の分掌事務を担当することである。

一方、連邦税理士会議所には、次のような任務が要請されている(StBerG86②)。すなわち、①全税理士会議所に関わる問題について、個々の税理士会議所の見解を調査し、共同討議によって多数の見解を確認すること、②施行規則において、税務相談業の従事に関する問題についての一般の見解を確認すること、③税理士会議所の福祉厚生施設についての施行規則を作成すること、④全税理士会議所に関わる全ての事項について、所轄の裁判所や官庁に対して連邦税理士会議所の見解を主張すること、⑤官庁や機関に対して全税理士会議所を代表すること、⑥立法に関与する連邦の官庁、団体又は連邦裁判所の要請に応じて鑑定書を作成すること、⑦税務相談業に関する職業教育を促進することとされている。

(2) 職業義務監督の移行

職業監督を税務当局から自治機関に移行したのに伴って、財務行政官庁による職業監督は最終的に排除された。それを担保するために、税理士の税理士会議所への出頭義務⁽²⁴¹⁾、情報提供義務⁽²⁴²⁾、税理士会議所の責問権

(241) 税理士法上、税理士会議所の個人会員は、監督事件及び審査請求事件について、聴聞のため呼び出される場合には、税理士会議所に出頭しなければならないとして、税理士の出頭義務を定めている(StBerG80 前段)。税理士会議所への出頭は、事情聴取のための召喚状を前提とし、税理士会議所会員は召喚に応じる義務がある。かかる召喚状を無視すると、職業監督上の措置が採られることがあるので、正規の送達によることとされている。出頭義務は基本的に弁護士法 56 条にならって作られている(Horst Gehre 前掲注(65) 448 頁)。

(242) 税理士会議所の要求がある場合、個人会員は、理事会若しくは定款により定められた税理士会議所の機関、又は理事会や税理士会議所の当該機関から委任を受けて

(243)が用意されており、責問手続、職業裁判手続などが構築されている。そして、税理士会議所は、職業法違反の疑いがある場合には、職権によって調査し、かつ教示、責問、検察庁への移送などの相当の措置をとらなければならないこととされている(StBerG76)。

我が国の場合、日本税理士会連合会による税理士会と税理士に対する監督事務は、昭和36年の税理士法改正により加えられたものであり、監督事務に関する事項については、日本税理士会連合会の会則に定めを置くことが法定されている(税理士法49の13②)。

日本税理士会連合会は、税理士からの登録申請書を受取り、所定の審査を行った結果、申請が適正であり、かつ法令違反の事実等がない場合に、当該申請書を税理士名簿に登録して税理士証票を交付し、申請者が税理士となる資格を有しないこととなる税理士法上の要件⁽²⁴⁴⁾のいずれかに該当

いた会員に情報を提供し、手控書類を提出しなければならない。ただし、これにより守秘義務が侵害される場合は、その限りではないとされている(StBerG80 後段)。理事会の尋問権は、質問が会員の個人的名誉に関わる場合にも存在する(Horst Gehre 前掲注(65) 450頁)。

- (243) 税理士法は、理事会は、税理士会議所の会員の行為によって、その会員が自己に課されている義務に違反した時の行為について、その会員の責任が軽微であり、かつ職業裁判手続の開始を求める申立てが必要ないと思われる場合、責問をすることができる(StBerG81①)、責問を行う前に、会員は、聴聞の機会を与えられなければならないと規定する(StBerG81③)。更に、同条4項において、理事会が会員の行為について責問を行う理事会の決定には、理由が付されなければならないとする。責問は刑罰ではなく、職業監督上の一つの措置であると説明されている(Horst Gehre 前掲注(65) 453頁)。
- (244) 税理士法25条1項においては、次の24条各号に規定する事項について、記載すべき事項を記載せず若しくは虚偽の記載をして登録申請書を提出し、その申請に基づき当該登録を受けた者であることが判明したとき(一号)、心身の故障により税理士業務を行わせることが適正を欠く虞がある者に該当するに至ったとき(二号)、2年以上継続して所在が不明であるとき(三号)が、登録の取消事由とされている。同法24条には、登録拒否事由として、①懲戒処分により、弁護士、外国法律事務弁護士、公認会計士、会計士補、弁理士、司法書士、行政書士、社会保険労務士、不動産鑑定士などの業務を停止された者や、②報酬のある公職についている者、③不正に国税又は地方税の賦課又は徴収を免れ、若しくは免れようとし、又は免れさせ、若しくは免れさせようとした者で、その行為があった日から2年を経過しないもの、④不正に国税又は地方税の還付を受け、若しくは受けようとし、又は受けさせ、若

する者であると認めるときは、登録を拒否することが法定されている(税理士法 22)。また、日本税理士会連合会は、税理士の登録を受けた者が税理士となる資格を有しないこととなる税理士法上の要件のいずれかに該当する者であると認めるときは、資格審査会(税理士法 49 の 16)の議決に基づき登録を取り消すこととされており(税理士法 25)、これらのことからすれば、日本税理士会連合会は、国税庁から税理士登録や取消しの事務を委譲されていると理解することができる。これは、税理士会の自主性や自治能力確立の観点が考慮されているものと思われる⁽²⁴⁵⁾。

このように、職業団体の自治機能を基礎として、独占業務資格に係る事務の一部がアウトソーシングされているのは、ドイツ税理士法と我が国税理士法に共通の特徴であるということができそうである。もっとも、ドイツでは連邦税理士会議所による税理士会議所の監督権が措定されていないことからすれば、各税理士会議所の自治がより強く働いているとみることも可能であろう。

(3) ドイツにおける研修制度

ドイツにおける連邦税理士会議所及び税理士会議所の任務には職業教育の促進が掲げられている。税理士の職業教育を促進するために、連邦税理士会議所では、ドイツ税法学会(税理士及び税務代理士租税学会)との緊密な協力関係を構築している。かかる学会からの協力を得て、連邦税理士会議所では、通常、税理士会議所と共催で、租税法及び経営上の問題に関する講演会やセミナーを開催し、専門誌⁽²⁴⁶⁾を発刊している⁽²⁴⁷⁾。

しくは受けさせようとした者で、その行為があった日から 2 年を経過しないもの、⑤国税若しくは地方税又は会計に関する事務について刑罰法令にふれる行為をした者で、その行為があった日から 2 年を経過しないもの、⑥心身の故障により税理士業務を行わせることが適正を欠く虞がある者、⑦税理士の信用又は品位を害する虞があり、その他税理士の職責に照らし税理士としての適格性を欠く者のいずれかに該当する者は税理士登録を受けることができないことが規定されている。

(245) 坂田・前掲注(12) 167 頁参照。

(246) Deuches Steuerrecht-DStR.

(247) Horst Gehre 前掲注(65) 486 頁参照。

一方税理士会議所は、職業訓練法 89 条に規定する所管機関とされている。同法では、税理士会議所に職業教育関係の記録簿の備付け、試験委員会の設置、職業訓練実施の監督を要請している⁽²⁴⁸⁾。なお、前述の税務代理士から税理士への移行に基づくセミナーの実施も税理士会議所の任務として、税理士法に法定されている。

5 我が国における研修制度の充実

(1) 税理士に対する研修

税理士には租税専門家としての社会的期待が寄せられており、高度な注意義務が要求されていることなどに鑑みれば、税理士自身に研鑽義務が要請されることとは別に、税理士会が会員たる税理士に対して研修制度を充実させることも税理士会の社会的責務であるといえよう。

平成 13 年の税理士法改正において税理士には、所属税理士会及び日本税理士会連合会が行う研修を受け、資質の向上に努めなければならない努力義務規定が創設された。すなわち、税理士法 39 条の 2 は、「税理士は、所属税理士会及び日本税理士会連合会が行う研修を受け、その資質の向上を図るように努めなければならない」と規定する。これは努力義務ではあるが、税務に関する専門家としての税理士が、税務に関する法令及び実務について常に自己研鑽を行い、業務の品質の向上を図り、納税者の期待に応えなければならないという点が配慮された規定であると思料される。

一方、税理士会及び日本税理士会連合会は、会則において会員の研修に関する規定を定めなければならないこととされており(税理士 49 の 2②六、49 の 14①五)、また、税理士には、所属税理士会及び日本税理士会連合会の会則を遵守する義務が課されている(税理士 39)。

これらを受けて、日本税理士会連合会は、平成 15 年 3 月税理士会におけ

(248) Horst Gehre 前掲注(65) 430 頁参照。

る「研修細則」⁽²⁴⁹⁾及び細則の判断基準となる「運用指針」⁽²⁵⁰⁾の標準規程を整備している⁽²⁵¹⁾。そこでは、税理士法に研修受講の努力義務が謳われた社会的要請に具体的に応えるための自己目標として、研修に積極的に参加することを前提に、一日当たり3時間程度の研修で月1回以上の受講ペースで、一事業年度36時間以上と規定されているのである⁽²⁵²⁾。

また、第1章でも述べたとおり、日本税理士会連合会は公益的業務対策特別委員会を設置して、研修等を通じて地方自治体における公的監査などの公益的業務に関わる税理士会会員に対する支援体制を確立しているのである。

前述のとおり、ドイツ連邦税理士会議所及び税理士会議所の任務には職業教育の促進が掲げられている。そこでは税理士の職業教育を促進するために、連邦税理士会議所ではドイツ税法学会との緊密な協力関係を構築しているのである。ドイツ税理士法に規定する税理士会議所によるセミナー実施は、我が国税理士法の「税理士は、所属税理士会及び日本税理士会連合会が行う研修を受け、その資質の向上を図るように努めなければならない」との規定に通ずるものであろう（税理士法39の2）。

(2) 事務所職員に対する研修

税理士法41条の2は、「税理士は、税理士業務を行うため使用人その他の従業者を使用するときは、税理士業務の適正な遂行に欠けるところのないよう当該使用人その他の従業者を監督しなければならない」と規定している。これは、税理士が単なる依頼者の代理人、助言者として契約上の責任を負うのみならず、その業務に関して公益の見地から各種の規制を受け

(249) 日本税理士会連合会平15.3.25付研修細則（準則）。

(250) 日本税理士会連合会研修部平15.3.25付税理士会「研修細則」に関する運用指針。

(251) 平6.9.8付業務対策部具申「新入会員の研修について」は、「職業専門家の能力の程度がその自己研鑽のみによって保証されるものとすれば、その制度は極めて不確かなものとならざるを得ない。厳格な資格取得の制度による能力の保持の証明と、その後の的確な能力の維持と絶えざる向上が、制度として確立されていなければ、職業専門家としての社会の信頼を得る制度足り得ないものである。」とする。

(252) 坂田・前掲注(12)233頁。

ることを考慮したものといわれている⁽²⁵³⁾。

税理士事務所職員が顧問先の源泉所得税を流用した事件について所長税理士を懲戒処分に付した大蔵大臣（当時）の処分を維持した東京高裁昭和53年9月5日判決（判時913号82頁）は、「税理士業務は、資格を有する税理士本人が個人の責任において行なうべきものであり、補助者を使用する場合、その補助者は当該税理士の単なる手足に過ぎず、自らの判断と責任において税理士業務の一部を分掌するがごときは許されず、補助者が税理士の命を受けて処理した税理士業務についての責任は、すべて、当該税理士本人が負担すべきものであるといわなければならない。」としている。

このように、税理士の補助者の責任は税理士本人に帰することとされるのであるから、個々の税理士には自己研鑽を行うのみならず、事務職員に対する研修を行う等により職員の能力向上を図ることも要請されていると考えるべきであろう。

第4節 残された問題—税理士職業賠償責任保険の強制加入制度

税理士職業賠償責任保険の免責事項を巡っては数々の訴訟が提起されているが、免責事項によって保険填補が否定されるケースは少なくない。免責事項が大きい点に実際の責任保険としての機能を疑問視する見解もある。一方で、過少申告についてのモラルハザードの問題から本来納めるべき納税額相当を保険の対象から外すことは、妥当性を有すると思われる。もっとも、例外的に本来納めるべき納税額相当のうち、保険対象に組み込むべきものはないのかという観点からの検証が必要であると思われる。より細部にわたった検討が要請されるところである。

また、ドイツでは、税理士職業賠償責任保険が強制加入を義務付けられてい

(253) 桜井四郎編『不測の損害賠償をめぐる法務と税務』472頁（六法出版社1989）。

る⁽²⁵⁴⁾。社会的使命を帯びた税理士がその職責を十分に果たすためにも、同保険の強制加入制度の導入を検討すべきではなかろうか。

これらの論点は、筆者の力量不足のため与えられた紙幅の中では論じきれない。残された問題として、機会を得て別稿において所見を示すこととしたい。

(254) 酒井・前掲注(51) 154頁以下参照。

結びに代えて

税理士制度は、税理士による納税義務者の援助を通じて、納税義務者が自己の負う納税義務を適正に実現し、これによって、申告納税制度の円滑、適正な運営に資することを期待して設けられたものである。税理士法1条の「申告納税制度の理念にそって」との表現は、かような税理士制度と申告納税制度とを形影相伴う一体のものとして捉えた表現であると理解できる。

税理士は納税義務の適正な実現を図るために、独立した公正な立場で、税務に関する専門家としての良識に基づき行動しなければならない。かかる良識が、社会的使命感を基礎にしたものであるべきことはいうまでもなからう。

なお、税理士に対する責任の追及が厳しくなっているということは、税理士の社会的な責任が高く認識されていることを示していると思われるし、そのことは同時に税理士に対する社会の期待が高まっていると理解することもできよう。税理士が社会的使命を自覚し、租税専門家としての責任をもって活動するための自己研鑽と研修の重要性は、改めて強調してもなお余りあるものと考えらる。

〔参考 1〕

重要な節税商品過誤訴訟として、本稿の本文において取り上げた判決は次のとおり。

- ①事件：税理士過誤 東京地裁平成 9 年 10 月 24 日判決
- ②事件：税理士過誤 岐阜地裁大垣支部判決昭和 61 年 11 月 28 日判決
- ③事件：税理士過誤 横浜地裁平成 6 年 7 月 15 日判決
東京高裁平成 7 年 6 月 19 日判決
- ④事件：税理士過誤 東京地裁平成 9 年 9 月 9 日判決
- ⑤事件：税理士過誤 東京地裁平成 10 年 9 月 18 日判決
- ⑥事件：税理士過誤 東京地裁平成 10 年 11 月 28 日判決
- ⑦事件：税理士過誤 神戸地裁平成 5 年 11 月 24 日判決
- ⑧事件： 東京地裁平成 9 年 7 月 10 日判決
- ⑨事件：税理士過誤 東京地裁平成 4 年 7 月 31 日判決
- ⑩事件： 東京地裁平成 12 年 8 月 29 日判決
- ⑪事件： 東京地裁平成 7 年 10 月 16 日判決
- ⑫事件： 東京高裁平成 10 年 4 月 22 日判決
- ⑬事件： 大阪地裁堺支部判決平成 7 年 9 月 8 日判決
大阪高裁平成 8 年 12 月 5 日判決
- ⑭事件：税理士過誤 東京地裁平成 8 年 2 月 23 日判決
- ⑮事件：税理士過誤 東京地裁平成 8 年 3 月 26 日判決
東京高裁平成 12 年 9 月 11 日判決
- ⑯事件： 東京地裁平成 10 年 3 月 25 日判決
- ⑰事件：税理士過誤 京都地裁平成 7 年 4 月 28 日判決
大阪高裁平成 8 年 11 月 29 日判決
- ⑱事件：税理士過誤 大阪高裁平成 8 年 3 月 15 日判決
- ⑲事件：税理士過誤 大阪地裁平成 9 年 5 月 20 日判決
大阪高裁平成 10 年 3 月 13 日判決

〔参考 2〕

節税商品の販売に関与する税理士の責任論に参考とした拙稿は次のとおり
(本稿脚注において示しているものを含む。)

- 1 「通達に反する税理士の指導と説明義務—大阪高裁平成10年3月13日判決を素材として」 税務弘報 52 卷 10 号 90 頁以下
- 2 「不服申立ての助言と税理士の損害賠償責任—東京地裁平成2年8月31日判決を素材として」 税務弘報 52 卷 11 号 65 頁以下
- 3 「税理士の調査義務—大阪高裁平成8年11月29日判決を素材として」 税務弘報 52 卷 12 号 97 頁以下
- 4 「税理士の研鑽義務—神戸地裁平成5年11月24日判決を素材として」 税務弘報 52 卷 13 号 90 頁以下
- 5 「変額保険勧誘に係る税理士の助言と責任—東京地裁平成8年2月23日判決を素材として—」 税務弘報 52 卷 14 号 65 頁以下
- 6 「変額保険勧誘をめぐる租税専門家の説明義務 (1) —東京高裁平成12年9月11日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 2 号 73 頁以下
- 7 「変額保険勧誘をめぐる租税専門家の説明義務 (2) —東京地裁平成11年3月30日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 3 号 147 頁以下
- 8 「税理士の節税措置義務—東京地裁平成9年10月24日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 4 号 65 頁以下
- 9 「税理士が考案した節税対策の否認と注意義務—東京地裁平成10年11月28日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 5 号 75 頁以下
- 10 「遺産分割協議における税理士の節税過誤—神戸地裁平成10年12月9日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 6 号 97 頁以下
- 11 「物納依頼に反した延納申請手続きと税理士の裁量—東京地裁平成7年11月27日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 8 号 65 頁以下
- 12 「税理士の依頼人に対する意思確認義務—東京地裁平成9年9月2日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 9 号 59 頁以下
- 13 「報酬を受けていない税理士の責任—横浜地裁平成6年7月15日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 10 号 137 頁以下
- 14 「節税手段と税理士の公益的性格—岐阜地裁大垣支判昭和61年11月28日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 11 号 58 頁以下
- 15 「依頼者の協力義務と税理士の責任—東京地裁平成13年10月30日判決を素材として」 税務弘報 53 卷 13 号 147 頁以下

- 16 「税理士に課される説明義務と依頼者の自己決定—東京高裁平成7年6月19日判決を素材として」税務弘報54巻1号105頁以下
- 17 「節税商品の特殊性と説明義務（上）・（下）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通信58巻15号193頁以下、同59巻1号209頁以下
- 18 「節税商品の勧誘と適合性原則（上）・（下）—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通信59巻2号195頁以下、同59巻3号181頁以下
- 19 「変額保険の節税構造と断定的判断の提供—節税商品取引における勧誘の在り方を求めて—」税経通信59巻4号193頁以下
- 20 「節税商品の勧誘における適合性原則の適用」中央大学大学院研究年報〔法学研究科篇〕33号175頁以下
- 21 「節税商品販売業者の義務としての『税理士に対する説明依頼』—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信59巻9号165頁以下
- 22 「税理士に課される消極的説明義務と業際問題—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信59巻10号165頁以下
- 23 「税理士の公共的使命を基礎とした役割論の発展的試論—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信59巻11号161頁以下
- 24 「米国におけるタックス・シェルター・マルプラクティス（上）・（下）—節税商品取引における租税専門家の役割—」税経通信59巻12号187頁以下、同59巻13号167頁以下
- 25 「節税商品勧誘者の保持すべき専門的知識と注意義務（上）・（下）—節税商品過誤訴訟を素材として—」税理47巻8号199頁以下、同47巻9号194頁以下
- 26 「節税商品取引における金融商品販売法適用上の問題」中央大学大学院研究年報〔法学研究科篇〕34号91頁以下
- 27 「変額保険の節税商品としての適格性と勧誘における断定的判断の提供」中央大学大学院研究年報〔法学研究科篇〕35号所収
- 28 「節税商品取引における投資者保護と税理士の役割」第26回日税研究賞入選論文集〔研究者の部〕所収
- 29 「タックス・シェルターの販売に関与する米国租税専門家の責任（1）」税大ジャーナル1号135頁以下
- 30 「ドイツにおける税理士制度と職業賠償責任保険（上）」税大ジャーナル1号149頁以下
- 31 「中小会社における会計参与制度の意義と展望」税務弘報53巻1号65頁以下