

令和元年6月8日現在

機関番号：32641

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2015～2018

課題番号：15K03251

研究課題名(和文)変貌するリーガル・マーケットとドイツ弁護士職業法-我が国弁護士職業法の未来図-

研究課題名(英文)Legal Market in Changing and German Legal Practitioner Act

研究代表者

森 勇(Isamu, MORI)

中央大学・その他部局等・客員研究員

研究者番号：30166350

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、リーガルマーケットからのデマンドが変化・多様化し、弁護士を取り巻く環境が量的にも質的にも変化する中、弁護士を「法的紛争処理機構の独立の一機関」と規定するドイツの弁護士職業法が、職業ないしはその実践の自由という基本権のもとで、弁護士の基本的義務、わけても「弁護士の独立性」、「守秘義務」そして利益相反禁止につき、現在どのような状況にあり、そしてまたどのような課題あるいはその解決を模索しているかを明らかにしたものである。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、時間的なずれを持ちつつも、わが国にあってもリーガルマーケットからのデマンドが「法廷からコンサルへ」と展開・変革していく中で、これに対する対応を急ぐドイツ弁護士職業法の状況や課題を探り、その課題への取り組みの選択肢と理論枠組みを明らかにすることで、わが国弁護士法の今後の発展と研究にとっての示唆を提供する点にその学術的意義があり、ドイツ弁護士職業法を鏡として、わが国の弁護士職業像を批判的に映し出す基礎を提供する点で社会的意義がある。

研究成果の概要(英文)：In recent years the Lawyers confront with the changes of demands not only in quantity but also in quality from the legal Market, which requires the Lawyers not only new capability and qualification but also cause new problems of regulations. From the end of last century German Legislature and Courts also Bar Societies and its Members to overcome such Problems, which should be solved to keep the function of Lawyers as an independent sector of Justice and as a protector of the Human-Rights. With this Research will be showed, which problems are raised from the Demands of the recent legal Market, how is the problems resolved or should be resolved with German Federal Lawyer Act and the self-governing Rule of Lawyer. In this sense the research is a Perspective on the world of Japanese Lawyers in future, who are not enough ready to take the steps to manage new problems well.

研究分野：弁護士法 民事手続法

キーワード：ドイツ連邦弁護士法 弁護士職業規則 弁護士の基本的義務 弁護士の独立性 守秘義務 利益相反 専門弁護士制度 弁護士の業務共同

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19、CK - 19 (共通)

1. 研究開始当初の背景

(1) 現行のドイツ弁護士法、すなわち、1959年に制定された「連邦弁護士法(Bundesrechtsanwaltsordnung)」は、その源流をGneistの「Freie Advokatur(1867)」がいうリベラルな弁護士の職業像を打ち立てた1878年の弁護士法(Anwaltsordnung)にさかのぼる。ナチズムの時代、その思想を反映した帝国弁護士法(Reichs-Rechtsanwaltsordnung)が一時1878年の弁護士法に取って代わったものの、現行の連邦弁護士は、1878年弁護士法が指定するリベラルな弁護士の職業像を復活させた。

確かに、連邦弁護士法の制定は、第二次大戦後1949年にドイツ連邦共和国(いわゆる西ドイツ)が成立してから、ほぼ10年の時間を要した。その理由は、いうまでもないが、弁護士の意見がまとまらなかったためといわれている。もっともその後をみると、フランス革命記念日の1987年7月14日に二つの決定を下すまでは、もちろんそれなりの議論はあったものの、弁護士の世界は、平穏であったといえる。しかしこの二つの決定は、それまでの弁護士自治のあり方は(大まかにいえば、法治国家の諸原則に照らすと)違憲と断じ、鉄壁を誇るともいわれた弁護士の世界を震撼させるものであった。まさに、バステューユ裁判(Bastille Entscheidung)と呼ぶにふさわしい。

この頃から、「法廷からカウンセラーへ」そして「単独弁護士から業務共同へ」というスローガンに示されるように、弁護士に対するリーガルマーケットからのディマンドが多様化という方向で変貌する中、弁護士の職業像は常に議論の対象とされ、それに対応して弁護士を取り囲む法的環境のあり方も常に議論の俎上に上るとというのが研究開始当初のドイツ弁護士職業法の状況であり、現在もその状況に変わりない。

(2) 研究者は、このようなドイツ弁護士職業法と今世紀初頭から取り組んできた。本助成を受けるまでには、その嚆矢となった「ドイツ弁護士法の新展開 [日弁連編・21世紀弁護士論(有斐閣 2000)]」以降、弁護士制度に関わるいくつかの論考を発表するとともに、2012年には、「職業法としてのドイツ法の現在問題」と題するフォーラムを開催し(その成果は「森 勇他編・ドイツ弁護士法と労働法の現在(中大出版部 2014)」)、ドイツにおける目下の問題状況を把握した。これを受けて、2014年には、「リーガルマーケットの展開と弁護士の職業像」と題して、「専門弁護士制度」と「団体内弁護士」に関するシンポジウムを開催し、ドイツ弁護士職業法とその課題についての理解を深めてきた。(その成果は「森 勇編・リーガルマーケットの展開と弁護士の職業像(中大出版部 2015)」に所収)。

2. 研究の目的

本研究の課題は、上記の先行研究の過程でも繰り返し問題となった、弁護士の基本的な諸義務、つまりは、「独立性」、「守秘義務」そして「利益相反」に関し、わが国に先行して新たな時代の要請に対する対応を急ぐドイツにおける規律の展開とその課題に取り組もうとしたものである。

3. 研究の方法

外国法制の研究は、当該外国の文献分析が中心となるのは当然として、本研究では、研究対象の広がり、そしてまた事の本質に迫るには、当該外国の研究者・実務家との協力・対話が不可欠との認識から、ドイツの中核的弁護士職業法研究機関であり、EUのドキュメンテーションセンターを委託されているケルン大学弁護士法研究所と研究協力者であるそのメンバーおよび日本サイドの研究協力者の全面的支援をえ、加えて、ドイツ弁護士協会(Deutsche Anwaltsverein)主催のドイツ弁護士大会(Deutscher Anwaltstag)に招待を受け参加し、ドイツ実務家が現在の規律をどう受け止めているかその認識状況を踏まえつつ、ドイツより上記ケルン大学弁護士法研究所所属教員(教授・准教授)そしてまた主導的な実務家を招聘し、日本弁護士連合会・独日法律家協会あるいは日本スポーツ法学会の協力をえて、セミナーやシンポジウムを開催し、その成果を公表するという方法でドイツにおける弁護士の基本的義務の解明を進めるという方法を使った。

4. 研究成果

(1) 弁護士職業法に関わる立法・司法そして研究者・実務家らの弁護士を取り巻く社会・経済的環境に対応する用意のポテンシャルは高い。本研究の成果を総括的にいえば、これを認識・確認し、シンポジウム等をつうじてそれを発信できたことである。認識・発信した上記各義務に関するドイツ弁護士職業法の現状(課題)ないしはわが国での問題の概要は以下のとおりである。

(2) 弁護士の「独立性」は、わが国弁護士法2条にあるように、弁護士職業像の要である。連邦弁護士法は、その1条において、弁護士とは、「法的问题処理機構を構成する独立した一機関である。」とし、そしてこれを受けるかたちで、同43条aは、「弁護士は、その独立性を損なうおそれのあるいかなる義務も、これを引き受けてはならない。」と規定する。さらに、わが国の「弁護士職務基本規定」と同じく弁護士の自治規則である弁護士職業規則(Berufsordnung des Rechtsanwalts)1条も、弁護士は「自律的(selbstbestimmt)」つまりは独立の立場でその

「自由職業」を実践すると定めている。この弁護士の「独立」の意味するところは、一言でいえば「指揮を受けないこと(Anweisungsfreiheit)」である。歴史的には、「国家からの独立」、つまりは弁護士を国家権力の支配下から解放することから出発したものであるが、国家権力からの独立が(果たして十分かどうかの議論はあるとしても)広く承認されている現在では、その軸足を、依頼者からの独立、弁護士間の関係での独立に移している。

具体的には、わが国でも増加の一途をたどっている団体(組織)内弁護士(Syndikusanwalt)の問題と、そしてもう一つは、アソシエート、つまりは、勤務弁護士である。前者については、「1. 研究開始当初の背景」においてのべたとおり、研究者がかつてより取り組んできたところである。団体内での活動は弁護士としての活動ではない、つまり弁護士特権は認められないというのがドイツそしてEUレベル(EU各国という意味ではない)の立場である(二重の職業理論)。なお、連邦社会裁判所(Bundessozialgericht)が2016年に下したアソシエートの老齢年金保険料に関する裁判に触発されるかたちで法改正がなされ、連邦弁護士法にはじめて団体内弁護士(Syndikusanwalt)に関する規律が盛り込まれたが、上記の団体内弁護士の地位についての理解を変更するものではない。わが国でも、組織内弁護士の地位については近時、秘匿特権をめぐる議論が活発化しているが、そもそものところ、組織内弁護士の地位(ないしはその前提)を明確にすることなく議論が先行している感があり、ドイツないしはEUにおける議論状況を振り返る必要があるだろう。

つぎに、勤務弁護士の問題であるが、ドイツでは、そもそもアソシエートは雇用なのかそれともフリーランスかが問題とされている。わが国ではこの点はあまり明確な議論がなされていないようである。雇用であれば、使用者の「指揮権」との関係が問題となり、それは、依頼者との関係でも問題となる経済的独立性にからむ困難な問題である。わが国でも、まずは、アソシエートの地位についての認識を確立することから始める必要がある。

最後に、独立性の観点から取り上げるべきは、英国に端を発し、オーストラリアでは上場までいたっているABS(Alternative Business Model)、つまりは外部資本参加の問題である。果たしてこのような仕組みが現在想定されている弁護士職業像と整合するか、ないしはどの程度なら整合するのかという理論的問題と、果たしてそうしたニーズが生まれる前提がドイツないし日本にあるのか。現在ドイツでは、弁護士社団法の改正が俎上に上がっているが、提案された限定的な外部資本の許容に対しても、反対が多いことが報告されている。なお、わが国でもその可否が議論されているが、株式会社形式の弁護士社団をも承認するドイツと異なり、わが国の場合は、まずもっては、その法形式はいかようであれ、「有限」弁護士社団を認めることからその歩を進める必要があることは指摘しておこう。

(3) 守秘義務は、弁護士のコアバリューの一つである。守秘なくしては、依頼者の信頼はえられない。わが国弁護士法23条は、秘密保持の義務のみならず、権利をも規定しており、これを受けて弁護職務基本規定23条(業務共同については、同56条、62条)は、さらに、利用をも禁止している(もっともこの「利用禁止」は、研究者の見解では守秘義務の本流ではないように思われる)。この関係では、わが国の議論はそれなりに成熟しつつある。もっとも、ドイツとの比較でみると、やはり問題意識の希薄さが浮かび上がる。まず第一には、守秘義務の厳格さである。現実問題としてはという問いに対し、必ずしも全面的に貫徹されているわけではないとの答えが返ってはくるが、理論上は、依頼を受けていない同僚弁護士に相談するのはもちろん、依頼者の自宅電話に、本人ではなく家族が出た場合、事件に関しての用件に言及することどころか、そもそも何らかの依頼を受けていることすら話してはならない、さらには報酬額の開示も同様だとされる。

もう一つは、法的枠組みの展開や技術の進歩への対応が、迅速である。すなわち、連邦弁護士法43条a2項は、「弁護士は守秘義務を負う。この義務は、弁護士がその職務を行うにあたり知ることとなったすべての事項におよぶ。公知の事実またはその意義からして秘密保持の必要がない事実については、その対象外とする。」と一般的に守秘義務を定めているのをうけて、弁護士職業規則2条がさらにその詳細を定めているが、時代の変化に伝えるその改変は、めまぐるしい。制定以来一切変更がないのは、現在の1項1文のみである。その変遷と理由についてここでは立ち入らないが、時代に対応すべく、今般書き改められることになった2項の(概要)を以下に示しておく。

「守秘義務のもと、弁護士は、依頼の秘密を守るために必要な、リスクに適応しかつ弁護士が採用することを期待できる組織上および技術上の諸処置をとることが求められる。このための技術的処置としては、個人情報保護諸規定が適用をみる場合にそれら諸規定の要請にこれが対応するものである限り、それで足りる。その他の技術的措置は、同じく技術水準に対応したものでなくてはならない。・・・いずれにせよ依頼者がこれに同意した場合には、弁護士と依頼者間において、秘匿性に対する危険がある電磁的あるいはその他のコミュニケーション手段を用いることができる。依頼者が、このようなコミュニケーション手段を提案し、あるいはその利用を開始して、弁護士が包括的かつ技術的な詳細を示さずともその危険を指摘した後も継続した場合には、同意があったとすることができる。」
EUの一般個人情報保護規則、そしてまた近時導入された弁護士会が運営する「電子私書箱」への対応でもある。

なお、守秘義務は、業務のアウト・ソーシングそして異業種間業務共同の最大の障害の一

つである。そもそも事務所内において用いられているITの保守は、外部に委託せざるをえないし、その保守をつうじて守秘義務違反が起こる。弁護士業務は、もはやこうした第三者の関与なしには行えないし、いわゆるワンストップサービスをはかるには、異業種間共同が不可欠である。ドイツ刑法は、秘密漏示罪について（その範囲ははるかにひろいが）わが国刑法と同じく身分のみを構成要件としていたのを改め、「協力者」をそれに加えることで、問題解決を図った。実に巧みな立法手法であり、わが国でも、ワンストップサービスを拡大する前提として整備を急ぐ必要があろう。

(4) 利益相反禁止は、これもまた弁護士職業像のコアバリューをなす。ローマ法の「当事者背信(Praevicatio)」にその起源を持つこの弁護士の基本的義務違反は、ドイツでは、3ヶ月から5年の自由(剥奪)刑が課せられる刑法犯でさえある(ドイツ刑法365条)。わが国弁護士法は、「職務を行ない得ない事件」を列挙形式で定め、弁護士職務基本規定はこれを受ける形で、その27条と28条において同じく列挙形式で「職務を行ない得ない事件」を定めている(業務共同に関しては、同57条、64条および65条)そこにあげられている事件は、弁護士としての活動にかかわる利益相反禁止とそれ以外のものがふくまれている。ドイツの連邦弁護士法はこれに対し、その43条a4項が、「弁護士は、相反する利益をとともに代理してはならない。」と定め、一般的な形で、弁護士としての活動に関する利益相反を禁止し、他の活動との関係は同45条がこれを列挙形式で規定する体裁をとる(なお、1878年のドイツ弁護士法(Rechtsanwaltsordnung)の体裁は、わが国弁護士法等と同じであったもよう)。そして弁護士職業規則3条が、さらに、依頼者への通知義務そしてその通知にあたって、守秘義務が働くことを定めている。

利益相反にあたるか。基本的出発点は、ある依頼者からえた情報を他の依頼者の利益に利用する危険である。わが国は対象を列挙形式であげていることもあってか、この点の認識が必ずしも明確ではないように思われる。もっとも利益相反の禁止は、弁護士の受任の大きな障害でもある。ドイツでの調査結果によると、3年間のうちで、利益相反が理由で受任できなかった経験を持たない弁護士は、わずか17%にとどまり、逆に3件から5件断ったとする者が37%にも達している。利益相反に関するドイツでの分析手法、すなわち、「同一事件の射程」、「顕在的・潜在的利益相反」そして「利益概念に関する主観説・客観説」という理論枠組み、そして多くの具体的事例は、わが国の利益相反の理論的解析にとり有益である。

利益相反の問題は、業務共同が進むとともに、ますます多く生じうる。わが国でも、業務共同関係にある者との関係でも利益相反禁止が働くこととされているが、事務所の離籍・移籍については、その理論的解析はまだ十分とはいえない。また、そこでは、遮蔽の措置がとられればよしとされているが、その程度については、かなり緩く解されている模様である。ドイツでは、業務共同では、依頼者の同意を要件に禁止を解くとしてはいるが、その際の要件は厳格であり、あまり利用できないとされ、翻って、離籍・移籍がクローズアップされている。また、明文の規定はないものの、遮蔽の措置があればよしとする旨がいわれているが、その措置とは、かなり厳格な遮蔽が考えられており、およそ現実的ではないとされている。利益相反禁止の持つ意義からするなら、社団とは何かをその意義に照らし検討する必要がある。

(5) 助成対象の課題の副題で「未来図」という表現を用いたが、ドイツの弁護士職業法制等がわが国弁護士職業法の一つのモデルになりうるという意味をこめたものであるが、自らを取り巻く環境の急速な変化に呻吟するドイツ弁護士の姿は、わが国弁護士の「未来の姿」でもあろう。対応を進めるドイツ弁護士職業法の展開は、一部立法にとどこりがあることが指摘されてはいるが、全般的にはかなり早い。「1. 研究開始当初の背景」で言及した2012年のフォーラムにおいて、研究協力者であるケルン大学のマーティン・ヘンズラー教授は、日本の弁護士が置かれている状況は、(かなり遠慮した年数だが)10年前のドイツと同じではと評された。それから時がたつが、ドイツの背中との距離は、より広まったように思われる。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計2件)

クリスティアン デッケンブロック(森 勇監訳)、スポーツ法弁護士に求められる資質、比較法雑誌、査読無、53巻2号、2018、印刷中

マティアス・キリアン(森 勇訳)、タクシードライバー弁護士、比較法雑誌、査読無、50巻3号、2016、329-340

〔図書〕(計2件)

森 勇編著、弁護士の基本的義務 中大出版部 2108、512

伊藤 寿英編、法化社会のグローバル化と理論的実務的対応 中大出版部 2017、410、321-371

6. 研究組織

(1) 研究分担者

なし

(2)研究協力者

研究協力者氏名：マーティン ヘンスラー

ローマ字氏名：(Martin Henssler)

研究協力者氏名：ハンス プリュッツィング、

ローマ字氏名：(Hans Prütting)

研究協力者氏名：マティアス・キリアン

ローマ字氏名：(Matthias Kilian)

研究協力者氏名：坂本恵三

ローマ字氏名：(SAKAMOTO keizo)

研究協力者氏名：應本昌樹

ローマ字氏名：(OUMOTO masaki)

研究協力者氏名：春日川路子

ローマ字氏名：(KASUGAGAWA michiko)

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属されます。