

令和 6 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：2018～2023

課題番号：18K01392

研究課題名（和文）ドイツ弁護士職業法と憲法秩序 我が国弁護士職業法を支える憲法的価値

研究課題名（英文）German Rule for Lawyers and Federal Constitution

研究代表者

森 勇 (MORI, Isamu)

中央大学・日本比較法研究所・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）：現在では基本法（憲法）への帰依をその特徴的傾向とするドイツ法において、その中核的価値の一つである法治国家原則の守護者を自認する弁護士を取り巻く法的環境すなわち弁護士職業法が、まさに憲法の番人ともいふべきドイツ連邦憲法裁判所によってどのように憲法と紐付けされているか。本研究は、このような問題提起の下、連邦憲法裁判所においてその憲法適合性が問題となった規律等を一単位として、その成立ないしは展開をふまえて、同裁判所が弁護士が負うその職責と自由職業というその職業実践の関係をどのように同整理・調整し、またこれに立法者はどう応えたのかを明らかにし、憲法秩序と弁護士の職業実践との関係を示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

基本法との適合性の観点からする弁護士職業法の検討は、従前、わが国においては、ほとんど行われてはこなかった。ドイツの連邦憲法裁判所による取組みを、個別の職業法上の規律の成立と展開を踏まえて解き明かした本研究は、弁護士職業法研究に新たな視角を提供し、わが国におけるこの分野での研究に、新たな方向への展開をうながす端緒となりうる点に学術的意義がある。また、高度の社会的責務を負うことに由来する弁護士の職業実践に課せられる制約とその憲法適合性の拮抗状況の解明は、その活動の範囲を多方向に向けて広げ続ける弁護士に対する社会的イメージに、新たな視角を提供する点で社会的意義が認められる。

研究成果の概要（英文）：German law has now a characteristic tendency to rely on the Constitution. How is the legal environment surrounding lawyers, who consider themselves guardians of the principle of the rule of law, which is one of its core values of constitution linked to the Constitution by the German Federal Constitutional Court, which can be called the guardian of the Constitution? Based on the above mentioned issues and based on their establishment or development, this research focused on the each rules and regulations, which compatibility with the Constitution was questioned in the Federal Constitutional Court and clarified how the Federal Constitutional Court adjusted the relationship between the professional Responsibility of Lawyers and their freedom to practice the profession and how legislators responded to this and showed the relationship between the constitutional order and the professional practice of lawyers.

研究分野：弁護士法 民事手続法

キーワード：連邦弁護士法 連邦憲法裁判所 ドイツ基本法 職業実践の自由 相当性（比例）原則 法治国家原則
弁護士の一般的義務 成功謝礼

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、研究者個人に帰属します。

1. 研究開始当初の背景

(1)当初は弁護士の手任せられていた立法作業が連邦司法省の手に移ったり、また弁護士サイドの意見がまとまらなかったことから、ドイツ連邦共和国の成立かからになんと10年以上経過した1959年になって制定された現行の(ドイツ)連邦弁護士法(Bundesrechtsanwaltsordnung=BRAO)は、Gneistが提示したりベラルな「自由な弁護士(Freie Advokatur)」像によって立つ1878年の弁護士法(Anwaltsordnung)にはなかった弁護士の職業像を定めた3箇条を――反弁護士のナチスの時代における苦い経験もあってか――その冒頭においた。そこでは、弁護士は法的紛争処理機構(Rechtspflege)の独立の一機関であり、弁護士は自由職業でその業務は稼業(ビジネス)ではない、そして弁護士はあらゆる法律問題の助言者とその職業像が指図されている。弁護士はこうした社会的責務の下で、その活動に大きな制約が課せられることになる。連邦弁護士法は、いわゆる業法として弁護士の職業活動を職業像に沿って統制するものといつてよい。この統制の仕組みは、日本弁護士会の「弁護士職務基本規程」と同様の自律的規律である「弁護士倫理綱要(Richtlinien)」とあいまって――種々批判はあったもの――1980年代後半までは、揺るぎないものととらえられていた。しかしながら、その日付からバステューコ裁判(Bastille Entscheidungen)と呼ばれる1987年の(ドイツの)連邦憲法裁判所の二つの決定は、いわば「ちゃぶ台返し」のごとく、状況を一変させることになった。上記の「弁護士倫理綱要(Richtlinien)」は、従前の立場を覆し――それを連邦弁護士法解釈の拠り所とすることすら許されない、つまりはこれを解釈に当たり用いることは違憲としたのであった。鉄壁を誇った弁護士を取り巻く城壁を一撃の下に突き崩したことは、まさにバステューコ襲撃に例えられるにふさわしい。

この決定を契機に、一方では1994年に行われた連邦弁護士法の大改正が行われるとともに、他方では、数多くの弁護士職業法に関する憲法判断が登場することになる。その中でも重要とされる判断だけでも、研究協力者の支援を得た調査によれば、50件近くにも及んでいる。(ドイツ)基本法(Grundgesetz)に明確な文言では規定はされていないが、その大原則である法治国家原則の下では、弁護士は憲法上の所与の存在であることを前提に、その社会的責務からは認められる弁護士の職業活動に対する制約と、ドイツ基本法12条に定められている職業ないしは職業実践の自由のせめぎ合いであり、これに相当性原則(比例原則)が絡むというのが、その基本的構造である。

(2)研究者は、今世紀初頭に開始したドイツ弁護士法制研究を、本科学研究費助成採択まで、継続的に行ってきた。その対象ないしは内容は、科学研究費助成事業(課題番号15K03251k)の研究報告書を参照されたいが、これら先行研究においても、上記のような弁護士職業法をめぐる憲法状況に継続的に接してきたところではある。ただし、法治国家の当然の前提としての弁護士の責務と基本法上の権利である職業実践の自由ないしは相当性という視点からの問題設定は行ってはこなかったし、研究者の知る限りではこのような取り組みをしているわが国研究者はいなかったと思われる。

2. 研究の目的

基本法からみて何が問題かないしは何が問題とされるのか。この観点を軸として、弁護士職業法上の個々の規律に切り結んで、その成立と発展、そして違憲とされた際における立法による対応とその後の展開を明らかにすることが本研究の一次的目的である。これにより、個別の規律が持つ意義を明らかにしつつ、そこに胚胎する憲法問題に光をあてることで、わが国における同種の問題をめぐる議論に資することを意図した。

3. 研究の方法

当然のことながら、外国の法制度に関する研究は、当該外国法制度に関する諸文献の解析ないしは分析が中心となるが、事の本質に迫るには、さらには当該外国の研究者そしてまた実務家の協力とそれらの方々とのいわゆる腹を割った対話・意見交換が不可欠であるとの認識の下、ドイツにおいては中核的な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・センターを委嘱されているケルン大学弁護士法研究所ならびにその所属教員の全面的協力を得るとともに、ドイツ弁護士協会(Deutscher Anwaltsverein)主催のドイツ弁護士大会(Deutscher Anwaltstag)に招待を受けて参加し、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見聞した。加えて、ドイツ連邦通常裁判所弁護士責任事件担当部(第九民事部)の判事のインタビューを行なうなどし、さらにインタビュー対象者の範囲を拡大する予定であった。

ただ残念なことに、2020年からは、covit-19の流行により、研究者の訪独そしてドイツの研究支援者の招聘は実施することが不可能になり、個別テーマとの取り組みにあたり、数回のウェビナーへの参加と研究支援者とのメールによるやりとりの範囲に対話・意見交換は止まらざるをえなくなり、いわゆる胸襟を開いた対話を図ることができなかつたため、少しく研究の深度が制約を受けた。

4. 研究成果

(1)本研究の成果は、まずは以下5に掲げる6本の論文に集約されている。そこで取り上げたテーマは、(2)連邦弁護士法の成立と連邦憲法裁判所が描いた弁護士像、(3)弁護士の一般的義務、(4)守秘義務の再構成、(5)内部調査資料の押収とその問題点、(6)弁護士の「ことに即して振る舞う」べき義務、そして(7)成功謝礼禁止の歴史的展開である。

(2)「連邦弁護士法の成立と連邦憲法裁判所が描いた弁護士像」においては、まずは、ナチスドイツの崩壊から同法の成立までの経緯とそれが冒頭の3ヶ条において措定した弁護士像はどのようなものであったのかを明らかにした。その上で、連邦憲法裁判所のバステューク裁判が下されるまでの30年間において、連邦憲法裁判所は法的紛争解決機構(司法)の一機関という同法1条の弁護士像の解釈をとおして、継続的に弁護士の持つ意義を説き続けてきたこと、したがって同法を取り巻く憲法環境は決して温暖なものではなかったことを示した。そのうえで、バステューク裁判の意義が特に強調される理由は、一つには、それまで一法的な拘束力はない一とされつつも、実質的には弁護士の職業実践の指針として懲戒規範ともなってきたものを全面否定した点に加え、弁護士像の再構成をも求めるかたちで急速に変貌を続けるリーガルマケットとそこからの要請に呼応した改革を推し進める契機となったことだと結論した。

(3)連邦弁護士法43条は、「弁護士の一般的義務」として、「良心に従ってその職務を行うべし。その職務の内外を問わずその地位が求める尊敬と信頼にふさわしい態度・行動をとるべし。」と定めている。おおまかには、わが国弁護士法が懲戒の前提とする「職務の内外を問わない品性の保持」と同様である。1878年の弁護士法にさかのぼるこの規定は、同法の制定からバステューク裁判にいたるまでは、弁護士の義務すべての源泉とされてきた。しかし、憲法上の要請として、重要事項は狭義の法律により定めなくてはならないとの原則(Wesentlichkeitsprinzip)が守られていない、また、権利の制限となる規律は、その要件が明確でなくてはならない(Bestimmtheitsgrundsatz)ことがこの裁判で示され、その地位を大きく揺らがされることになった。1994年の大改正にあたり、一方では連邦弁護士法に弁護士の基本的義務を列挙した43条bが新設され、他方では、その範囲を明確化した上で、弁護士から選任された代議員をもって構成される俗に弁護士議会と呼ばれる組織(Satzungssammlung)に対して、弁護士の権利・義務等の詳細を定める権限が授権され、それに基づき制定された弁護士の職業規則(Berufsrecht des Rechtsanwalts)が制定されたことから、そもそもこの基本的義務なるものから、具体的な弁護士の義務が導き出されるのかが問題とされることとなった。ちなみに、同改正の際の提案として、この規定を何ら法的な拘束力のない、いわば弁護士のあるべき姿を示すいわば「うたい文句」に棚上げすべしとの立法提案もなされていたところである。現在の実務は、この規定から、その範囲は非常に限定的ながら、弁護士の具体的な義務が導かれるとはするが、ここでも、先のような憲法上の要請に添っての議論が展開されていることをみることができた。

(4)守秘義務(裏がえせは情報提供を拒絶する権利)は弁護士のコア・バリューのである。それは、一つには、法治国家原則が求める健全な刑事司法に不可欠な弁護士・依頼者間の信頼関係を成り立たせるための書くことができない前提として、憲法上保護される。これが依頼者から受領した金銭についてマネー・ロンダリング犯罪を問われた弁護士が提起した憲法抗告を受けて連邦憲法裁判所が説示したところである。憲法に支えられた守秘義務が、ドイツではどのように規律されてきたのか。ドイツにおける制定法としては遅くとも15世紀に遡るその歴史的展開や「秘密」とはどのようにとらえられているのかを明らかにした。その上で、弁護士の(同業・異業種間)業務共同やアウトソーシングの拡大傾向そして急速に進むIT化といった社会状況の変化にあわせて行われた近時の改正内容につき、たとえばIT化の下でのアウトソーシングにつき、海外の受託先(サービス提供者)のセキュリティーレベルまでもが明示されていることなど一その詳細を示した。

(5)世界有数の自動車メーカーであるフォルクスワーゲン・グループが引き起こしたディーゼル・スキャンダルは、ついには連邦憲法裁判所を巻き込むことになる。「内部調査資料の押収とその問題点」は、スキャンダルに関連して作成された内部調査関連資料の押収についての連邦憲法裁判所の三つの裁判をにらんだものである。まずはドイツ刑事訴訟法における押収等の禁止に関する法状況を明らかにした。そしてこの際、弁護士が作成したものではないものも含め一「弁護資料」と呼ばれるものは、それが弁護士の手元にあるなしにかかわらず、差押禁止となっていること、その根拠は、基本法2条の「人格の自由展開の権利」そしてまたヨーロッパ人権条約6条が定めるフェアな手続きを求める権利ならびに法治国家原則であることを示した。そして、従前の内部調査資料の押収に関する裁判例を管見した上で、内部調査を受託した法律事務所、そのメンバーおよび依頼者であるフォルクスワーゲンからなされた押収に対する抗告を対象とした上記三つの裁判がどのようなものであったかを示した。摘示しておくべきは、フォルクスワーゲンからの抗告を棄却するにあたっての説示が、主には基本法2条から導かれる情報の自己決定権に割かれていることである。

(6)弁護士の振る舞いは、「ことに即して(sachlich)」いなくてはならない。ドイツでは遅くとも1700年代の弁護士に関する規程にこれが登場し、またドイツ弁護士特有のものとなるこ

の義務は、それが弁護士倫理綱要で規律されていた時代に「バステューク裁判」の一つの引き金となった。そしてここでは、法治国家の担い手として、「権利のための闘争」の支援者となり、時に相手方にむけて激しい態度・対応をとらざるをえない弁護士に対して、憲法の観点から、この義務はどこまで抑制的な態度を弁護士に求めてよいか問題とされた。現在は、弁護士の基本的義務を定める連邦弁護士法 43 条 a3 項に規定されているが、そこには、バステューク裁判が具体例として示したものが、そのまま取り込まれている。一つは「真実義務違反」であり、もう一つは表現の自由も深く関わる「人を貶める表現」がそれである。歴史的展開を追った後、ここでも、具体例としてあげられているもの以外にもこの義務の広がりはあるのかをまず取り上げた。その上で、上記の二つのカテゴリーそれぞれに、連邦憲法裁判所の諸裁判を追うかたちで、その憲法的限界がどこに引かれているかをみた。

(7) わが国では、いわゆる着手金に加え、割合であれ定額であれ、勝訴など弁護士活動が成果を収めた場合に支払われる報酬合意が古くから広く行われている。しかし、ドイツでは――そもそも報酬を合意することが許されない(法定制の)時代の後――1879年の弁護士手数料法が、一定の要件の下で報酬を合意により定めることは認められたが、禁止につき明文の規定はなかったもの、弁護士に対する懲戒機関である弁護士法院そしてライヒスゲリヒトなどの最上級裁判機関の裁判例は、成功謝礼わけても報酬額を成果にかからせる合意はこれを否定していたこと、そして連邦弁護士法制定後においても連邦通常裁判所はライヒスゲリヒトの立場を引き継いだことを、事例をあわせた裁判を鳥瞰して示した。問題となったのは、バステューク裁判を受けた連邦弁護士法の改正の際に新設された 49 条 b2 項である。この条項は――かつてナチの時代にみられた――成功謝礼の例外なき全面禁止を規定したのであった。これを受けた連邦憲法裁判所は、成功謝礼の原則的な禁止自体は、少なくとも憲法上の原則と抵触することはないが、一切の例外を認めないのは、法治国家における裁判所へのアクセス確保に反する点で職業実践の自由を侵害するとしてうえて、新たな立法を命じたのであった。もっともこれを受けた法改正は、成功謝礼に対する基本的な消極的姿勢を堅持し、連邦憲法裁判所が最低限として求めたところからほとんど出るものではなかった。しかしながら、ドイツ特有のパラレーガル(サービサー)が、報酬すべてを成果にかからせるコンティジェント・フィーを武器にリーガルマーケットに進出し、少額事件の裁判所へのアクセスを拡大したことから、このアクセス強化とこれらの者との競争条件の均等化を図るために、現在では弁護士についても、例外の範囲が拡大されていることを示した。

(8) 最後に、研究課題との直接の関連性はないが、わが国の弁護士および司法書士を取り巻く法環境についてのドイツ語による二つの解説も、研究過程の副産物として成果にかぞえてよいと思われる。一つは、弁護士の利益相反に関するものであり、もう一つは、司法書士の依頼者以外の関係者に対する責任の問題である。いずれも、最高裁判所の裁判例をベースにしたものである。また、招聘した連邦通常裁判所の弁護士等の責任事件担当部判事の講演に触発されて、弁護士ないしは法律家の責任に関する同裁判所の裁判例 15 件を収集・翻訳したことも同様である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計15件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 森 勇	4. 巻 56巻3号
2. 論文標題 弁護士は「事に即して振る舞うべし(sachlichkeitsbebot)」ということについて	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 119-169
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 Isamu MORI	4. 巻 CH Beck
2. 論文標題 Die Geschichte des anwaltlichen Berufsrechts und der Regelungen des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen in Japan unter Beruecksichtigung hoechstrichterlicher Entscheidungen	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 Festschrift fuer Henssler	6. 最初と最後の頁 1473-1483
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森 勇	4. 巻 55
2. 論文標題 ドイツにおける守秘義務とその再構成	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 69-121
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森 勇	4. 巻 55
2. 論文標題 ドイツにおける内部調査資料の押収とその問題点について	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 175-212
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 Isamu MORI	4. 巻 Wolters.Kluwer
2. 論文標題 Der Justizschreiber in Japan und seine Haftung im Spiegel der japanischen Rechtsprechung	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 Festschrift ffuer Prof.Dr.Markus Gehrlein	6. 最初と最後の頁 355-366
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森勇	4. 巻 54/3
2. 論文標題 連邦弁護士法の成立と連邦憲法裁判所が描いた弁護士像	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 71-104
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森 勇	4. 巻 54/1
2. 論文標題 資料 近時におけるドイツ弁護士賠償責任関連重要判例の事案 (概要) とその理由 (2)	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 223-258
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森 勇	4. 巻 54/2
2. 論文標題 資料 近時におけるドイツ弁護士賠償責任関連重要判例の事案 (概要) とその理由 (3)	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 161-193
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森 勇	4. 巻 54/3
2. 論文標題 資料 近時におけるドイツ弁護士賠償責任関連重要判例の事案（概要）とその理由（4）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 175-202
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 クリスティアン・デッケンブロック著 森勇ほか訳	4. 巻 53巻2号
2. 論文標題 ドイツおよびEUにおける弁護士社団法の動向	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 107-135
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 マーカス・ゲーライン著	4. 巻 53巻4号
2. 論文標題 弁護士の職業責任の基本構造	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 107-150
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森 勇	4. 巻 53巻4号
2. 論文標題 ドイツ連邦弁護士法43条の「弁護士の一般的義務」について	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 179-218
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森勇	4. 巻 53巻4号
2. 論文標題 資料 近時におけるドイツの弁護士賠償責任関連重要判例の事案(概要)とその理由(1)	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 277-289
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 クリスティアン・デッケンブロック 森勇訳	4. 巻 53巻2号
2. 論文標題 ドイツおよびEUにおける弁護士社団法の動向	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 107-135
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森勇	4. 巻 57巻3号
2. 論文標題 ドイツにおける弁護士の成功謝礼禁止の歴史的展開	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 比較法雑誌	6. 最初と最後の頁 17-82
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究協力者	ヘンスラー マーティン (Henssler Martin)		

6. 研究組織（つづき）

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究協力者	デッケンブロック クリスティアン (Deckenbrock Christian)		
研究協力者	坂本恵三 (Aakamoto Keiyo)		
研究協力者	清水宏 (Shimizu Hiroshi)		
研究協力者	春日川路子 (Kasugagawa Michiko)		

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関