

## 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

——わが国の弁護士法56条1項の「品位」概念によせて——

Die allgemeine Pflicht des Rechtsanwalts nach § 43 BRAO

森 勇\*

### I. はじめに

わが国の弁護士（以下「弁護士法」）56条1項は、懲戒理由の一つとして「その職務の内外を問わず『品位を失うべき非行』」をあげている。まず、弁護士法2条は、「弁護士は、……と高い品性の陶やに努め……」と定めており、そこでは「品性」とは、道徳的側面からみた人の性格だと解説されている<sup>1)</sup>。次に弁護士職務基本規程（以下「基本規程」）6条は「弁護士は……常に品位を高めるよう努める」と定めている。ここでの品位とは「一般に『人に自然に備わっている人格的価値、品格……』」とされているが、本条は、沿革的には、弁護士法2条に由来し、ここにいう品位は、弁護士法2条にいう「品性」と同趣旨だとされている。ここでも、道徳的側面からみた人の性格であるとする上記の弁護士法の解説が引き合いにだされ、続けて、「職務の内外を問わず、人間的にも国民からの信頼を受けるに足る高潔な人格であるよう、常に努力を怠らないことが求めら

---

\* 客員研究所員・元中央大学法科大学院教授

1) 日本弁護士連合会調査室編著・条解弁護士法4版（2007）（以下「条解」）17頁。

れる」と解題されている<sup>2)</sup>。弁護士が道徳的にもその振る舞いを問われ、「人間的にも国民からの信頼を受けるに足る高潔な人格」を備えよというのは、もちろん、弁護士たる者聖人君子たれとか、弁護士は聖職ということではなからうが、少しかび臭い。弁護士も広く一般的に人間としての高邁な性格を持つことが望ましいが、ここでの品位(品性)は、あくまで弁護士のそれであり弁護士という職業に切り結んでその概念が定められなくてはならないはずである。だとするなら、品位(品性)とは、「社会が弁護士(という職業)に期待している役割にそぐう」こと、換言すれば、「社会からの弁護士に対する信頼にそった」振る舞いのできる資質・性格を指すと解すべきであり、そして懲戒理由とされる「著しく品位を失うべき非行」とは、「社会が弁護士(という職業)に期待している役割を果たすにふさわしくない、あるいは社会の弁護士に対する信頼を著しく損ないかねない資質・性格を持つと判断してしかるべき(そのことを示す)非違行為」というべきであろう<sup>3)</sup>。

---

2) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・解説弁護士職務基本規程3版(以下「解説」)(2017)18頁。

3) 各単位弁護士会の規則は別として、「品位」がわが国弁護士法に登場したのは、1933年(昭和8年)の旧弁護士法においてである。その20条は、「辯護士ハ誠實ニ其ノ職務ヲ行ヒ職務ノ内外ヲ問ハズソノ品位ヲ保持スベシ」となっていた。そして、現在のドイツの連邦弁護士法の前身である1878年の弁護士法(Anwaltsordnung)23条が少なくとも参照されたことは、旧弁護士法の立法実務に関与した者が著した著書からうかがえる。金子要人・改正辯護士法精義(1933年)223頁。そこでは、「辯護士ハ誠實ニ其ノ職務ヲ行ヒ且職務ノ内外ヲ問ハズ職務ノ要求スル尊敬ニ相當スル行動ヲ為スノ義務ヲ負フ」と訳出され、「新法(旧辯護士法=訳者)と同様の趣旨の下に制定規定せられてあるやうである。」と述べられているところである。筆者としては、「品位」とは、このように理解すべきものとした理由である。

ちなみに、旧辯護士法20条の「誠実に職務を行う」の部分は、現在の辯護士法1条に引き継がれている。もっとも、この部分は、民法上の善管注意義務にかかるものであり、その制定経緯は成功報酬をめぐる弁護士・学者間の論争の妥協の結果だとされている。その内容に問題があるにせよ、「我らに対する侮辱」として宣誓すら拒否した当時の弁護士が何を考えていたかを想像すると、

もともと、このように定義してみても、弁護士に求められる品位の具体的内容はやはり不明確である。そうすると、懲戒事例によくみられるような、何ら具体的な弁護士が守るべき職業上の義務とその違反を摘示することなく、(少なくとも公表の限りでは) 弁護士法59条1項のみを示して懲戒処分を下すことは、極論するなら、「おまえは悪いから、悪い。」といているにも等しい。

ひるがえってドイツ職業法における弁護士の義務にかかる一般条項と懲戒事由をこうした観点から眺めてみると、そこにはわが国のそれとの類似性と異質性が混在している。詳しくは後に取り上げるが、大雑把にこれをまとめると、類似性とは、ドイツの弁護士法制においては、1878年の弁護士法(Anwaltsordnung) 制定以来、現在の連邦弁護士法(Bundesrechtsanwaltsordnung) 43条に相当する弁護士の義務に関する一般条項があり、それを受けて連邦弁護士法113条2項は、近時にいたるまで、この一般的義務に著しく反する行為を懲戒の対象としてきた点である。ひるって異質性とは、まずもって1994年の連邦弁護士法の大改正により、この一般条項は、弁護士の職業上の個別的義務の根拠というその地位を追われたことから、懲戒要件との関係が議論となり、わが国流にいうと、懲戒理由としての「品位を失うべき非行」の意味が改めて論じられている点である。確か

---

実に面白いものではある。金子・前掲注3), 222頁・条解12頁参照。だとすると、「良心に従いその職務を行い」と訳されている1878年ドイツ弁護士法23条とは、その趣旨がまったく異なっているように思う。「良心に従いその職務を行う」とは、(私見は異なるが) 仮に委任にともなう善管注意義務をも含むとしても、それに止まらず、否、むしろ高度の専門的知識をその背景とした自由職業(Freier Beruf) として、自由かつ独立してその職業を実践すべしというのがその趣旨である。おそらくは、当時のわが国の弁護士ないしは(旧)辯護士法を囲む環境は、1878年ドイツ弁護士法が制定された際のスローガン、すなわちグナイスト(Gneist)の「自由な弁護士(Freie Advokator)」とはほど遠かったことは想像に難くない。旧弁護士法20条が「教育的規定」だ(金子222頁)とされていた趣旨は、現行弁護士法における解釈にも、言葉を「道徳的」と変えてその尾を引きずっていると思われてならない。本稿への誘因は、遡ればここにある。

に、上記のような判じ物に近い説明では、「それでなんだ。」といわれても仕方がないところではあるが、あえてそのそしりを無視して先に進むと、そこには、わが国の品位ないしは品位を失うべき非行という概念の適用上の問題点に関する示唆が多く含まれるように思われる。以下では、ドイツの弁護士職業法における懲戒規律の発展を追って、上記の類似性と異質性の具体的内容を示し、そこからえられる示唆をもとに、弁護士法56条の懲戒事由に関する議論を喚起すべく、問題提起の意味を込めて簡単な解釈私論を示してみたい。

## II. ドイツ弁護士法における弁護士の一般的義務規定と懲戒規定の展開

### 1. 1994年における連邦弁護士法大改正までの歩み

連邦弁護士法43条は、〔一般的な職務上の義務〕と表題されて、次のように定めている。すなわち、

「弁護士は、良心に従ってその職務を行わなければならない。弁護士は、職務の内外を問わず、弁護士という地位が要求する尊敬と信頼にふさわしい態度（行動）をとらなければならない。」

この規定は、1878年のドイツライヒ最初の弁護士法28条から引き継がれたものであり<sup>4)</sup>、この弁護士法28条は、次のように規定していた。すなわち、

「弁護士は、良心に従ってその職務活動を行わなければならない。そして、その職務の実践における態度（行動）とそしてまたその外における態度（行動）をつうじて、その職務が要求する尊敬にふさわしいこ

---

4) BT-Drucksache, 3/120 (1958年連邦弁護士法政府草案), S. 75参照。政府草案では、現行43条は、55条として提案されていた。

とを示さなければならぬ。]<sup>5)</sup>

その言葉ぶりには、若干の違いはあるものの、それはこの規定の趣旨に何らかの変更を加えようとするものではなかった<sup>6)</sup>。

それでは、懲戒（職業法上の処分）理由に関する規定はどうだったか<sup>7)</sup>。話が前後することになるが、まずは1878年の弁護士法からみてみよう。その62条は、次のように定めている。すなわち、

---

5) ここで訳出に用いた原文は、ネット上にある Rechtsanwaltsordnung Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1878, Nr. 23, Seite 177 – 198によっている（1930年の *Rudolf/MaX Friedlaender*, Kommentar zur RAO 2Auff. S. 97に掲載されている同条も同じ文言である）。巧拙は別に、その訳は、ここに示したようになるはずである。もっとも、金子・前掲注3), 223頁にあるドイツ弁護士法28条の訳は、辯護士ハ其職務ヲ誠実ニ実行シ且職務ノ内外ヲ問ハズ職務ノ要求スル尊敬ニ相当スル行動ヲ為スノ義務ヲ負フ」という現行法のドイツ語の法文を想起させる（したがって、「良心に従い」が「誠実」と訳されているほかは、上記の現行法の訳文と相応する）。金子・前掲注3), 223頁は、おそらくは、司法資料第13号「獨逸ノ辯護士法制」（1922年）28頁に由来すると思われるが、それではなぜ司法資料の訳が原文から少し離れているのか。趣旨にそう違いはないものの、興味を引かれるところである。

6) なお、1878年の弁護士法と現在の連邦弁護士法の間（新立法としてではなく）改正の形式をとってナチスの影を色濃く映した「帝国弁護士法（Rechtsanwaltsordnung）」が1935年に公布されたが、弁護士法28条は、その31条として、内容的にはほぼそのまま引き継がれているとされている。*Hartung*, Sanktionsfähige Berufspflichten aus einer Generalklausel, AnwBl 2008, S. 782ff. (S. 782). 帝国弁護士法31条の訳文は、司法資料224号「獨逸辯護士の新職務法」（1937年）149頁参照。ちなみに、こちらの訳は、原文に沿ったものとなっている。

7) ドイツにおいては、後（IV）でも述べるように、弁護士に対する職業法上、つまりは弁護士固有の制裁は、弁護士裁判所（その上訴審は、弁護士法院と連邦通常裁判所弁護士法廷）によるものと、弁護士会によるものがあり、制裁のうち弁護士裁判所によるものを「懲戒」、これに弁護士会によるものをあわせて「職業法上の処分」というべきところではあるが、分かりやすさという点から、さしあたりはいずれも「懲戒」と表現しておく。

「課せられた諸義務(28条)に違反した弁護士は、名誉裁判所の懲罰を受ける。」<sup>8)</sup>

それでは、1994年以前の連邦弁護士法ではどうだったか。そもそのところ、連邦弁護士法制定当時の113条は、そのタイトルを「名誉裁判所の懲罰」とする第6章に置かれていたが、「義務違反を理由とする懲罰」と表題され、次のように規定していた。すなわち、

- (1) 自己の責めに帰すべき事由により、それに課せられた義務に違反した弁護士は、名誉裁判所の懲罰に処す。
- (2) 弁護士が、行為のときに名誉裁判所の裁判権に服していなかった場合には、名誉裁判所の懲罰を課すことはできない。」

その後113条は、1969年に改正されたが、当時の1項と2項に関しては、「名誉裁判所の懲罰 (Straf; Bestrafung)」という表現が、「名誉裁判所の懲戒 (Ahndung)」という文言に置き換えられた。もっともこれは、名誉裁判所の懲罰という表現が、あたかも、特定の職業グループに適用される「特別刑法」であるとの印象をもたらすのはよろしくないということであり、公務員の懲戒法改正に平仄を合わせるもので、懲戒法から刑事罰的なニュアンスを拭い去ろうとする意図は別に、何ら内容的な変更をもたらしたのではない<sup>9)</sup>。重要なのは、新たな第2項の追加である(従来の2項は3項)。それは次のようであった。すなわち、

「(2) 弁護士の業務外における行為は、個々の場合の事情に照らすと、それが、弁護士活動の遂行または弁護士(階層)に対する尊敬に影響

---

8) ドイツの弁護士懲戒は、わが国の旧辯護士法と同じく、「刑事罰」の色彩の濃いもので、そこで用いられていた「Bestrafung」を「懲罰」とした。訳については、前掲注5)・「獨逸ノ弁護士法制」34頁も参照されたい。

9) BT-Drucks. V/2848, S. 14.

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

するかたちで、権利保護を求める市民の尊敬と信頼を害するにとりわけかなくなったものであるときは、名誉裁判所の懲戒に処すべき義務違反となる。」

これは、弁護士の職業実践とは無関係な行為を理由とする名誉裁判所の懲戒対象の範囲を制限しようとするものである。立法理由書は次のように説く<sup>10)</sup>。「確かに弁護士は、その職務外においても、弁護士という地位が要求する尊敬と信頼にふさわしい態度をとらなければならないという一般的な職業上の義務を負っている（連邦弁護士法43条）。しかし、このいわゆる尊厳あるいは善行条項（Würdigkeits-oder Wohlverhaltenklausel）の文言からすでにわかるように、風紀（Sitte）、礼儀、モラルそしてまた法の無視が、同時に弁護士の職業上の義務違反となるのは、それが、弁護士に対する公衆からの尊敬と信頼に値するとの評価を損なうものである場合に限られる（このことは、つとに、1884年12月29日のドイツ弁護士のための名誉法院（Ehrengerichtshof）が判示している（Entscheidungen des Ehrengerichtshofes, Bd, I (1885), 41ff., 44）。一般条項である連邦弁護士法43条の不確定かつ幅の広い文言から導かれうる、『私的な善行』への過度の要求に歯止めをかけるべく、名誉裁判所による制裁の対象となる義務違反の構成要件に絞りをかけるべきである。今後は私的な領域での不行跡を理由とする名誉裁判所の処分は、」本項が定める場合に限られるべきである。「したがって、例えば軽微な道路交通法規違反に対しては、名誉裁判所の処分を科す必要はない。」と。もっともこうした制限は、特に弁護士に限ってのことではなく、これもまた、新たな公務員懲戒法の傾向によったものであるとされている<sup>11)</sup>。すなわち、この制限は、裁判官、検事そして公証人を含むすべての公務員と同じものであり、そもそものところ理由書で述べられているように、ドイツ弁護士法の制定間もない頃からの解釈

---

10) BT-Drucks. V/2848, S. 14.

11) BT-Drucks. V/2848, S. 14f.

の延長線上にあるものといってよい。

## 2. 1994年改正法への歩み

現行の連邦弁護士法43条と113条は、1994年改正法のものであるが、その発端は随所で触れてきたように<sup>12)</sup>1987年に下された連邦憲法裁判所の二つの決定である。フランス革命の際のバスティーユ襲撃の日、すなわち7月14日に下されたことからバスティーユ裁判（Bastille Entweichungen）とよばれるこの裁判で、連邦憲法裁判所はそれまで（法的拘束力はないとされつつも）事実上は弁護士の行動規範とされてきた、連邦弁護士会制定にかかる弁護士倫理綱要（Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts）<sup>13)</sup>を、弁護士の職業上の義務内容を判断する際の参考にすることさえ許されないと判示したのであった<sup>14)</sup>。弁護士会の強固な庇護をうけ、内部からもそして外部からも決して突き崩され揺るがされることはないようにみえていた弁護士職業法の砦のすべてが、一撃の下突き崩されたといわれているが<sup>15)</sup>、それはこの裁判の破壊力がいかにすさまじいものかを物語る。この裁判は、早急に連邦弁護士法を改正することを求めるものであったにもかかわらず、改正が実現するまでには、なんと7年余の時間を要したのであったが、その理由は、連邦政府（連邦司法省）が問題を弁護士にゆだね、ゆだねられた弁護士階層内での合意形成に時間を要したためであった<sup>16)</sup>。

---

12) 例えば、森勇「ドイツにおける専門弁護士制度の展開—その歴史と展望—」森勇編著・リーガルマーケットの展開と弁護士の職業像（2015・中央大学出版部）231頁以下（263頁以下）参照。

13) その訳文については森島甲一／福井敦訳・弁護士倫理と懲戒手続105頁以下参照。

14) その詳細は、注12) 参照。

15) ハンス・ブリュッティング／クリストフ・ホンムリッヒ（森勇訳）「シンディクス弁護士の職業像」森勇編著・リーガルマーケットの展開と弁護士の職業像（2015・中央大学出版部）427頁以下（429）頁。

16) 前掲注15)・ハンス・ブリュッティング／クリストフ・ホンムリッヒ（注14）432頁。



### 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

とまれ、本稿との関わりで注目すべきは、この改正議論において、一般条項である連邦弁護士法43条は、これを削除すべしとする意見が強く主張されていたことである。ドイツ弁護士協会の改正草案がそれである<sup>17)</sup>。もっともこの草案は、同43条を「弁護士の権利と義務」とタイトルされる連邦弁護士法3章からは削除すべきであるが、弁護士の有り様を定める一般条項としては存続させる。つまり、連邦弁護士法に同法3条aとして次のような新たな条項を加えて、これと代えることを提案した。すなわち、

#### 3条a〔職業実践の基本原則〕

「弁護士は、良心に従ってその職務を行わなければならない。弁護士は、弁護士という地位が要求する尊敬と弁護士依頼者間に存する特別の信頼にふさわしい態度をとらなければならない。」

文言は変わっているが、草案自らも自認するように<sup>18)</sup>その核心は、(当時の、そして現在の)連邦弁護士法43条と変わらない。それでは何が変わるのか。ドイツ弁護士協会の草案理由は、次のように述べる。すなわち、「1987年7月14日の連邦憲法裁判所の(AwBl 1987, 589ff., 603ff.)決定後は、十分な明確性(Bestimmtheit)を欠くことから、弁護士の職業上の義務に関する厳格でかつまた制裁をもってその確保が図られている諸規律が置かれている章には、これまでの43条がその身を置くところはない。43条のような、多くの不明確な法的概念からなる一般条項的な広がりを持った規定をもってして、これで職業の自由という権利に足を踏み入れる権利介入構成要件(Eingriffatbestand)として足りるとすることは、変化した法の理解にもかなわない。

これに対し、本草案の関心事は、それに違反すると制裁が加えられるこ

---

17) Entwurf eines Gesetzes zum Berufsrecht der Rechtsanwälte nebst Entwurf einiger Bestimmungen einer Berufsordnung, AnwBl 4/1990, Beilage, S. 4ff. (8).

18) Vgl. Fn. 17, S. 11.

とになる職業上の諸義務を、厳密かつ完璧に規定することである。]<sup>19)</sup>と。つまり条文上の位置の変更は、連邦弁護士法43条を、もはや懲戒の根拠規範としては使えなくすることを目していたのであった。もっとも、1994年改正法は、この提案には従わず、連邦弁護士法43条はそのまま維持された。

その一方で、職務外の行為に基づく懲戒の対象には、さらにしほりかけられた。すなわち、現行113条である。

- (1) 自己の責めに帰すべき事由により、本法または職業規則に定められた義務に違反した弁護士に対しては、弁護士裁判所の処分を科す。
- (2) 違法行為あるいは反則金を科せられる行為となる弁護士の業務外における行為は、個々の場合の事情に照らすと、それが、弁護士活動の遂行に影響するかたちで、権利保護を求める市民の尊敬と信頼を害するにとりわけかなったものであるときは、弁護士裁判所による懲戒に処すべき義務違反となる。]

改正の理由について1994年改正法改正草案理由書では、次のように述べられている<sup>20)</sup>。すなわち、「113条によれば、これからは責めに帰すべき義務違反ではなく、法律または職業規則において定められている諸義務に違反したことが懲戒の基礎となる。こうすることで、懲戒の対象となる義務違反をできるかぎり詳細に具体化することになるはずである。どのような職業上の義務に注意すべきかが明確となる点で、弁護士にとり法的安定性が生まれることになる。……

2項には(刑事罰または反則金の対象となる弁護士の行為という)限定

---

19) Vgl. Fn. 17, S. 11.

20) BT-Drucks. 12/4993 S. 35f. なおこの改正の際に、「名誉裁判所」は「弁護士裁判所」、懲戒事件の二審にあたる「名誉法院」は「弁護士法院」とその名称が改められた。

が加えられるが、これによって、同項の幅広い要件の下で弁護士の職務外の非行（Fehlverhalten）が懲戒の対象となるのは、それが公衆の関心事でもある場合に限られることが明確となるはずである」というのがその理由である。要するに、ドイツでは、職務外の行為を理由に懲戒に処することができるのは、(a)刑事罰<sup>21)</sup>と秩序違反（Ordnungswidrigkeit）に対する反則金（わが国の「過料」も含む）の対象となる違法行為のみに限定されること。さらには、(b)それが弁護士全体への国民の尊敬と信頼を著しく害し、(c)その程度は、間接的に弁護士の業務遂行に差し障りを生じさせるまでに達しなくてはならないとされている。それでは現行法下の懲戒原因の広がりを見ていこう。

### III. 連邦弁護士法43条の今日的意義——学説の状況

1. 現行の連邦弁護士法は、先に述べたバスターニユ裁判の求めに応えて、まずは重要な弁護士の義務を自身の中に規定した。連邦弁護士法43条 a に定められている「弁護士の基本的義務」がそれである。その上で、これもまたバスターニユ裁判が求めたところであるが、連邦弁護士法59条 b をもって、弁護士の権利と義務の詳細は、弁護士の代表をもって構成されることから「弁護士議会（Anwaltsparlament）」と俗称される規約委員会（Satzungssammlung）にゆだねること（委員会が「職業規則（Berufsordnung）」として定めること）、およびその委任の対象事項は何かを個別

---

21) わが国では、禁固以上の刑は、弁護士の認可欠格事由とされている（弁護士法7条1号）が、ドイツでは、有罪判決が直ちに認可欠格事由となるのは、それにより公職に就く資格が剝奪される場合である（連邦弁護士法7条2号）。すなわち、1年以上の自由刑の場合には当然に、それ以外でも、法が定める場合には、裁判所は公職資格を剝奪できる（ドイツ刑法45条1項、2項）。このほかの認可欠格事由としては、「申請人が、弁護士の職業を行うことに適さないことを示す行為を有責に行っていた」ことがあげられている（連邦弁護士法7条5号）。なお、懲戒事由とこの欠格事由の対応関係は、興味を引くところではあるが、別の機会に譲る。

具体的に列挙するかたちで定めている<sup>22)</sup>。実際はともかく法的には拘束力がないとされた弁護士倫理綱要に代わり、弁護士の基本的義務が法的拘束力をともなうものとして具体化され、さらには規約委員会の定める職業規則でより詳細に規定されることとなったのをうけ、そうであるなら、弁護士の義務の源泉とされてきた連邦弁護士法43条にはどのような意義があるのか、つまりは、かつてのように連邦弁護士法43条のみを根拠(条文)に懲戒処分を課すことができるかである。まさに1994年改正の際にドイツ弁護士協会の草案で指摘された問題である。ちなみに、1994年改正法は、連邦弁護士法43条を「弁護士の権利と義務」を規律する同法第2章にそのまま残したのであるが、その改正理由書では、その理由について何も触れておらず、立法者が43条に懲戒の根拠たる地位を与え続けるとの明確な判断を示したわけではなく、また、筆者のみる限り、理由書にそれをうかがわせる記述も見当たらない。

2. 一つの見解は、1994年の改正(正確には、1996年弁護士職業規則の施行)以降、懲戒の根拠規範としては、もはや何らの意味を持たない規範(Obsolete Norm)、1994年の改正法(および弁護士職業規則)前の時代の「遺物」だとする。法治国家原則を定める基本法20条3項等に基づく憲法上の要請として、自由の制限には、十分特定された法律上の基礎が必要である。禁止は、「その対象者が法状況を容易に認識できそしてそれに従った行動がとれる程度まで、その要件と内容が明確でなくてはならない。」連邦弁護士法43条は、この明確性(Bestimmtheit)という要件を欠く。43

---

22) 全国組織である連邦弁護士会への委任ではなく、規約委員会への委任としたのは、日弁連とは異なり、連邦弁護士会の構成員は単位弁護士会のみのため、そのメンバーから弁護士全体の民主的に選挙された代表を選ぶという仕組みが作れないからである。規約委員会の組織や代議員の選出方法については、連邦弁護士法191条a以下参照。

ちなみに委任対象の多くは、事柄の性質からして当然ではあるが、パステュー裁判がその存在意義を否定したかつての弁護士倫理綱要において定められていた事項と大方は対応しているといつてよい。

条 a を定めて弁護士の基本的義務を規定し、その詳細を弁護士職業規則に託したのは、この要請を満たすためである。したがって、現在では、良心に従った職業実践を求める同条 1 文は、もはや抽象的にその振る舞いのあり方をすべての弁護士に示す単なるアピールでしかなく、職業外の振る舞いに関する同 2 項もまた倫理的な（法的に拘束力のない）公準にしか過ぎない。この見解は、以上のように主張する<sup>23)</sup>。

3. この対極に位置するのが、連邦弁護士法43条をかつてと同じく、それ自体から直接に弁護士の職業上の義務が導かれるとする見解である。その内容は、後に紹介する裁判例に詳しいのでそこに譲るが、この見解も、基本的には、1994年の改正により弁護士の基本的義務が具体化された現在では、かつてのような出番はないし、その適用は慎重であるべしとしつつも、職業上の義務の枠内でも「法の欠缺」の例がみられ、同条はこれを埋める受け皿構成要件 (Auffangstatbestand) となり<sup>24)</sup>、同条に基づいて懲戒処分をすることができるとする。後にみる裁判例にも（原審の判断として）登場するように、否定的な立場をとるものもないわけではないが、実務の大勢はこの見解に立つ。

---

23) *Feuerich/weylend* BRAO 9 Aufl. §43 Rdn. 9によると、*Hartung*, Sanktionsfähige Berufspflichten aus einer Generalklausel, AnwBl 2008, S. 782 (783) がこの見解であるとしていることから、ここに別して取り上げたが、*Henssler/Prütting/Prütting* BRAO 5 Aufl. §43 Rdn. 20は、以下 c) で言及する支配の見解と（結論的には）同じと分類している。本稿では、整理のしやすさ・わかりやすさという観点から、別に取り上げておく。

24) 受け皿構成要件は、ドイツ刑法上の概念で、特別法は一般法に勝るという原則の延長線上にある概念といってよい。この概念のもと、ある行為が、故意犯としても過失犯としても犯罪とされている場合に、より罪の重い故意の立証ができないときに、過失犯として処罰することになる。具体的には、窃盗としても詐欺としても立証できないときは、横領により処罰する場合が、その例としてあげられている。

4. 支配的と主張する見解<sup>25)</sup>(以下支配的見解)はどうか。連邦弁護士法43条は、弁護士職業法以外の法律等で定められている弁護士の諸義務を、懲戒規範としてトランスフォーメーション(トランスポート)する、いわば仲介的機能を担う規範(Transformationennorm / Transportnorm)で、それ以上のものではないとする<sup>26)</sup>。例えば刑法203条の秘密漏示(わが国刑法134条)や弁護人の数を制限する刑事訴訟法137条1項2文(わが国刑事訴訟法規則27条参照)などが例としてあげられている。ちなみに、筆者の知る限り、わが国では「品性・品位」についてのこういった機能の摘示をみることはない。しかし、科罰対象を弁護士に限らず(広く一般人も対象となる)、例えば罰金や拘留・科料あるいは過料に問われる行為を非行として懲戒事由とする場合には、懲戒が職業法上のサンクションであり弁護士会の懲戒権限の対人・対物管轄は、「弁護士」の「行為」であるから、問題の行為が「職業法上の問題」でなくてはならないはずである。したがって当該非違行為を職業法上の義務違反に橋渡しする規範が必要になるのはわが国の法制下でも同じであり、弁護士法2条あるいは弁護士職務基本規定6条と相まってその役割を担っていると解するのが論理的には「筋」が通る。その限りでは、ドイツ法学の理屈「好き」の所産といってもよいが、見落としてはならないのは、ここには、問題を「弁護士の職業法上の義務」との関係でとらえなくてはならないということが示されている点である。

この見解は、連邦弁護士法43条の意味はここまでに止まるとする。その理由としてあげられているのは、一つは、連邦弁護士法43条の懲戒規定の意義を否定する先に述べた見解と同じく明確性の欠如である。しかし、支

---

25) ただし数の上では少数とされている。Vgl. Klilan/Koch, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. CH Beck (2018), S. 344.

26) *Hensler/Prütting/Prütting*, BRAO 5. Aufl. §43 Rdn. 21は、これに加え分類機能(Abschichtungsfunktion)もあるとする。要は連邦弁護士法43条の網にかかるものとかからないものを分けるというものであるから、仲介的機能の裏返し、二つの機能は鏡の裏表の関係にあるとあってよさそうである。

配の見解にあっても、その根拠を1994年改正法（そして1996年の弁護士職業規則）の制定過程に求める見解が有力である。すなわち、いわゆるバスターユ裁判は、連邦弁護士法43条自体を違憲としたわけではない。問題は、「良心に従っていること（Gewissenhaftigkeit）」とか、「尊敬と信頼にふさわしい（Würdigkeit）」という抽象的な概念を具体化に向けて解釈することはできるかという問題に帰着するが、これは、困難ながらできないわけではない。連邦弁護士法43条からそれ自体に基づく弁護士の義務を導くことが許されないのは、弁護士職業規則を制定する際に、同条の「良心に従った職業追行」義務の具体化を図るべしという提案がなされたものの、それが退けられた。そうであるなら、（基本的義務は連邦弁護士法で定め、その詳細は自律的規範である弁護士職業法にゆだねるという）1994年改正法が定めた弁護士の職業上の義務の規律のあり方からすれば、判例等により同条から独自の義務を導き出すことは許されない、とする<sup>27)</sup>。弁護士法の立て付けを根拠とするこの見解は、そのままが国にあてはまるものではない。しかし、弁護士職業規則制定に際して、良心に従った職業追行を規律の対象から外したことは、このような抽象的な概念を懲戒要件とすることは弁護士の地位の法的不安定をもたらし、その職業実践の自由を脅かしかねないという危惧の現れであることには、注目してしかるべきである。

5. 弁護士法・弁護士職業規則外で定められている諸義務がトランスフォーメーションされるとするが、懲戒規範として取り込まれてくるのはなにか。つまり、どのような法律違反行為が、連邦弁護士法43条をつうじて懲戒規範として弁護士職業法に取り込まれるのか。まずはその抽象的な基準としていわれているのが、「弁護士がした法律違反が、個別ケースを超えて、弁護士の学識経験に裏付けられた能力（Kompetenz）とその清廉性

---

27) *Prütting*, Die rechtlichen Grundlagen anwaltlicher Berufspflicht und das System der Reaktionen bei anwaltlichen Fehlverhalten, AnwBl 1999, S. 361ff. (362).



(Integrität) に対する信頼を毀損し、その結果、法的紛争処理機構の体系における弁護士の機能を阻害する。」<sup>28)</sup>である。

a) 懲戒の直接の根拠規定である連邦弁護士法113条は、上記のように業務の内外で扱いを異にしているもので、まずは、業務の内外はどのように区別されるのかをみておこう。その基準については、形式的に業務と関連しているかどうか、すなわちその職業活動の間の行為かどうか、問題の行為が、時間的・場所的に職業実践と結びついているかといったことだけで判断されるわけではない。業務内となるのは、行為が実質的に業務と結びついているか、つまりは、(当然に業務内となる)連邦弁護士法や弁護士職業規則に定められている義務に違反した場合のほか、当該行為が機能的・因果律的に職業実践との関連を有する場合である。換言すれば、自由職業として営まれる広い意味での法律相談ないしは代理業務と関連しない場合には、たとえそれが時間的には職業実践とかぶっていたとしても、業務外である。もっとも、具体的には「個別事案ごとにしか判断できない」とされている。例えば、裁判所に向かう途中の交通事故は、当然のことながら、業務外となる。また、弁護士の執筆活動は、それが法や裁判所等によるその適用をテーマとしたものであれば、それは業務内であり、そうでないときは、業務外であると説かれる。弁護士としての収入にかかる税法上の申告義務違反も業務内である。また、ある事件で、弁護士Aが自己の依頼者のため証人Bに偽証を教唆した(すでにこれ自体で懲戒事由ではある)が、後にB証人が当該偽証で起訴されたところ、AとBがたまたま出会った際に、嘘をつくように助言した場合も、業務内である<sup>29)</sup>。

---

28) *Henssler/Prütting/Prütting*, BRAO 5Auf. §43 Rdn. 24.

29) *Feuerich/Weyland*, BRAO 9 Aufl. §45 Rnd. 16, §113 Rnd. 15. このほか、物騒な話であるが、事務所に装填可能な自動小銃を保管し、誤って事務職員を撃ってしまったのも業務内行為だとされている。なお、わが国では、弁護士の行う事務処理が、果たして弁護士の本来業務かどうかをあまり問題とはしないが、ドイツでは、弁護士としての利益相反かどうかとか、懲戒対象となるか等につき、両者の間にずれがあることもあり、厳格に分けていこうとする姿勢がみら



b) それでは、業務に関しては、どのような規範がトランスフォーマットされるのか。概略以下のとおり説かれている<sup>30)</sup>。まずは、故意による犯罪行為（自由刑・罰金刑にあたる行為）である。すでに述べた偽証（教唆）や詐欺あるいは横領や背任マネーロンダリングなどがその例としてあげられている。ちなみに、これらの罪で起訴されて有罪判決を受けることは必要ではなく、該当行為（構成要件該当行為）が行われていれば、不起訴・起訴猶予となっても懲戒事由となる。

過失犯は、すべての場合がトランスフォーメーションされるわけではなく、懲戒事由と認められてよいのは、弁護士が当該過失犯を繰り返している、そこから当該弁護士の法を無視する性向がうかがわれる場合だとする。もっとも、具体的に、業務上でどのような過失犯が問題となるのか、筆者の想像を超えるところではある。

このほかには、例えば弁護人としての接見交通権や民事・刑事手続法上の記録閲覧権等の乱用<sup>31)</sup>、あるいはまた非弁提携があげられている。これに対し、有力な学説は、民事上の義務違反、つまりは依頼者との契約に基づく義務違反は、トランスフォーマットされることはないとする。弁護士は、自由かつ規制を受けないでその職業を実践するという原則の下、弁護士の職業上の活動をそれが正しかったかとか合目的だったかという観点から懲戒手続をつうじて職業法上事後的なチェックをすることは許されない。依頼者に対する契約上の義務不履行は、法的紛争処理機構自体の機能性を脅かすものではない、というのがその理由である。この関連で一つ取

---

れる。例えば、倒産管財人は、弁護士の本来業務ではないとされるから、そこでの犯罪行為などが業務内懲戒対象行為となるかが（結論はなるということではあるが）一つ論じられるわけである。弁護士の本来業務かどうかは、大雑把に言えば、弁護士ないしは弁護士を含む職業グループに独占されているか否かだといってよからう。

30) *Henssler/Prütting/Prütting*, BRAO 5Auf. §43 Rdn. 25ff.

31) 最近の例としては、裁判所にある倒産債権者のリストをみて、その債権者に自身への依頼を勧誘したケースがある。AnwG Berlin, Beschluss vom 5. 3. 2018, AnwBl 2018, 680.

り上げておくべきは、弁護士職業法中にあるいくつかの規定の意味について、次のように説く見解である。すなわち、連邦弁護士法50条は、手元記録の作成・保存義務等を定め、一見すると依頼者への手元記録引渡義務を定めているようにも見える<sup>32)</sup>。しかしここからは、(懲戒の根拠となる)職業法上の義務として、依頼者への手元記録の引渡義務は生じることはない。また、弁護士職業規則11条は、事件に関する重要な経過および処置を遅滞なく当事者に通知する義務を規定しているが<sup>33)</sup>、ここから権利保護保険の保険者に対する事件の経緯についての職業法上の報告義務を導くことはできない。同じく弁護士職業規則26条は、勤務弁護士等を適切な条件で勤務させなくてはならないと規定しているが、この規定は、一定金額の給与を支払うべき職業法上の具体的義務を認めるものではないとする<sup>34)</sup>。要するに、これら民事法上の権利・義務は、弁護士が受任事務ないしはその業務を「うまく」処理したかどうかを問うものだからである。もっとも、民事上の義務違反であっても、民事法上の過誤や懈怠が頻繁に繰り返され、そこから当該弁護士の法の無視あるいは法に対して敵対的な態度を読み取ることができる場合は例外が認められる可能性はあると説かれている。後に取り上げる裁判例(IV4)がこれである。もう一ついわれているのは、明らかな公序良俗違反・暴利行為である(民法138条)。明らかにこ

---

32) 連邦弁護士法第50条〔弁護士の手元記録〕

(1) 弁護士は、手元記録を作成して、その活動を整理された形で示せるようにしておかなくてはならない。

(2)～(5)略

33) 弁護士職業規則11条

(1) 依頼者に対しては、事件の進捗にとり重要な経緯と処置を遅滞なく報告しなくてはならない。依頼者には、特に、取得しあるいは受送した重要な書面の内容を知らせなくてはならない。

(2) 依頼者からの質問には、遅滞なく回答しなくてはならない。

34) 詳しくは、森勇「ドイツにおける勤務弁護士とそれを取り巻く環境—弁護士の独立性の一断面—」、伊藤壽英編著・法化社会のグローバル化と理論的実務的対応(2017・中央大学出版部)321頁以下参照。

れに抵触する条件で弁護士を勤務させたり、あるいはオープンでの弁護士募集に際しこうした不当な条件を提示した場合には、やはり懲戒対象にあたとされている。

c) 以上、連邦弁護士法43条によって弁護士の職業上の義務にトランスフォーマットされるものを一瞥したが、それでは職務外についてはどうか。先にもみたように、職務外については連邦弁護士法113条2項が、懲戒の対象となる行為にかなりの制限を加えている。もし限定を加えなかったなら、連邦弁護士法43条2文の下では、ドイツ法上禁止されている行為すべてが懲戒原因となってしまう可能性があるからにほかならない。まず第一に、対象となる行為は違法行為と反則金の制裁が科せられるものに限定される。ここでいう違法行為とは、刑事罰つまりは刑法犯を指す。したがって、(かなり以前には「離婚」ですら懲戒原因とされた時代もあったようだが、) 私法上の行為が問題とされることは、例外も含め一切ない。加えて、簡単にいうと、その行為のせいで、(その弁護士だけではなく) 弁護士全体がその職責を果たせなくなるまでに市民から「うがった目」で見られることになる場合に限られている。誤解を恐れずに一言でいうと、「弁護士は、任すに足らぬ」という意識を市民が持つほどの悪行に限られる。こうした制限をかけても、そもそも職務外に関して懲戒処分をすること自体時代にそぐわず、連邦弁護士法53条2項は適用の余地はないとする、懲戒にかなり禁欲的な立場<sup>35)</sup>もあるが、実務は次のようだとされている。すなわち、単発的な過失事犯は問題外である。問題となるのは、故意犯とそこから法の求めを無視する態度、あるいは自己の利益のために法秩序をないがしろにしてもよいという姿勢がうかがわれるような場合、あるいは、利益目的で多大な損害を与えた場合には、懲戒対象となる頻度は高い。また、真実義務は弁護士職業の根幹をなすことから、職務外においても真実義務を負う。真実義務に反する行動は、弁護士の信頼性に対する権利保護を求める市民の疑念を生じさせるものであるから、常に懲戒の要

---

35) *Hensler/Pritting/Prütting*. BRAO 5Auf. §43 Rdn. 31.

件を満たす。筆者の推測では、例えばまったく職務と関係のない事件での偽証教唆はこれにあたろう。そのほかの財産犯や重罪も、懲戒対象となる頻度は高いとする<sup>36)</sup>。もっとも、そこで共通して具体例としてあげられているのは、常習的な飲酒運転の例<sup>37)</sup>である。懲戒の対象を限定する現在の法状態の下では、あまり実例はないと思われる。筆者のひろった最近の例としては、悪質な当て逃げ<sup>38)</sup>、あるいは公的機関の就業証明書の偽造<sup>39)</sup>が報告されている。

#### IV. 裁判例

すでに述べたように、実務は連邦弁護士法43条が受け皿構成要件として機能し、同条単独で懲戒根拠規範となるとするが、具体的にはどのようなケースが問題とされているのであろうか。個人のデータベースにある連邦弁護士法43条の適用が問題とされた弁護士裁判所ないしは弁護士法院のここ10年ほどの裁判例の提供を受けることができたのは僥倖であった<sup>40)</sup>。ただその数はさほど多くはないし、いわゆる受け皿構成要件、つまりは連邦

---

36) Feuerich/Weyland, BRAO 9 Aufl. §113 Rnd. 20.

37) これを肯定した例については、Kleine-Cosack, BRAO 5 Aufl. (2015), §113 Rnd. 21.

38) AnwG Köln, Urt. v. 20. 3. 2017 - 1 AnwG 40/16, NJW 2017, 2293. 被告訴人は、ショッピングセンター駐車場で、駐車中の他人の車に接触したが、届け出ることなく別の階の駐車スペースに駐車してそのまま買い物をした。戻って駐車場を出る際、接触した車の前をとおり、当該車両の所有者等がいるにもかかわらず走り去ったというケース。

39) AnwG Köln Urt. v. 12. 12. 2017 - 2 AnwG 49/17, BeckRS 2018, 1857. 被告訴人は、公官署の法務担当官に応募したが、その際経歴を偽り、勤務実態のない他の公官署の勤務証明書を偽造したケース。

40) 注38) および39) のケースも含め提供して下さったケルン大学弁護士法研究所教授・Soldan 研究所代表 *Mathias Kilian* 博士、そのデータを整理・抽出して下さった同氏の副手 (Studentische Hilfskraft) の *Wetter* 女史には、この場を借りて心より感謝申し上げる。

弁護士法43条単独での懲戒が弁護士裁判所（二審である弁護士法院）において問題化したものはわずかしかないうのである。なぜ裁判例として顕在化しないのか。それは連邦弁護士法上の職業法上の制裁システム<sup>41)</sup>にある、つまり、先に触れたように連邦弁護士法の職業法上の処分の仕組みは、二本立てとなっていることからあまり裁判例として顕在化しないとの説明を受けた。すなわち、本則ともいうべきは弁護士裁判所、弁護士法院そして連邦通常裁判所弁護士部からなる弁護士裁判権が「懲戒（Ahn-dung）」について管轄するが<sup>42)</sup>、軽微なものであれば、連邦弁護士法74条により弁護士会理事会が叱責（Rüge）さらには実質叱責に異ならないとされる同73条2項1号の教示（Belehrung）をもってすますことができる。理事会の叱責処分およびある種の教示処分に対しては弁護士裁判権への道が開かれてはいるが、教示はもちろん叱責を受けたとしても、不名誉といったことは別に、何らの不利益とは結びつかない。ということで、叱責あるいは教示を受けたとしても不服を申し立てずに済ませてしまうのが大方だからだということのようである。

本題に戻って、裁判例をみていくことにしよう。なお、以下での判例の紹介にあたっては、事案の概要と理由は、そのままでは長くなりすぎるので、判例誌等に掲載されているものをかなり要約したし、その濃淡もかな

---

41) ドイツの懲戒機関の組成等について、詳しくは、森勇「利益相反禁止違反の効果」森勇編著・弁護士の基本的義務（2018・中央大学出版部）321頁以下（443頁以下）参照。

42) 叱責あるいは教示の一部（後掲注47）参照）に対する異議事件を含む弁護士裁判所事件の数は、2016年で720件、1980年は451件である。Vgl. *Matthias Kilian* u.A. (Hrsg.) *Staatliches Jahrbuch der Anwaltschaft 2017/2018*, S. 249. 弁護士の数をこの件数で割ると、2016年は、227人あたり1件、1980年は、79人あたり1件であり、3分の1以下になっている。統計がないので確たることはわからないが、決してドイツの弁護士が品行方正の度を増したということではなく、弁護士裁判権による懲戒対象が重い義務違反に限られるようになる一方、他方では弁護士会理事会の叱責ないしは教示ですます案件が多くなったと推測したほうがよさそうである。

りあることをまずはお断りしておく。

1) まず取り上げておくべきは、フライブルク (Freiburg) 弁護士裁判所2004年8月4日決定<sup>43)</sup>である。少し以前のものであるが、ここには、先に判例に譲るとした連邦弁護士法43条を受け皿構成要件になるとする見解が凝縮されている。

#### 【事案の概要】

X 弁護士は、原告となった甲社の訴訟代理人として、A 弁護士が訴訟代理人となっている被告乙会社と区裁判所において自動車の修理代金に関し撤回権留保付き和解を締結<sup>44)</sup>。その後さらに、他の車両の代金に関し追加的に和解が結ばれた。その内容は、一定額の損害金の支払いや訴訟費用の負担割合等である。この際総額は定められず、賠償対象の車両をグループ分けして、それぞれに補償割合ないしは金額が定められていた。和解締結後 X 弁護士は、A 弁護士に宛てた書簡で2002年5月の期限までに、乙社は、X 弁護士の事務所名義の口座に合意した金額を振り込むよう督促。これに応じて乙社は、二度に分けて合計約16,600ユーロ (数額は概算。以下同じ) を指定口座に送金した。弁護士 X は、書面で上記金額の振り込みがあったことを確認の上で、次のように要請した。すなわち、「本来支払われるべきは、約13,300ユーロ弱であるから、3,300ユーロ弱が余分に振り込まれている。そのうち300ユーロは、甲社が請求できる訴訟費用だから、それを除く3,000ユーロは返却する。ついては、誤振り込みを避けるため、被告乙社代理人としてそもそも損害額等の正確な計算書を出してほしい。」ということであった。これを受けて A 弁護士の事務所所属の B 弁護士は、返還すべき金額は、3,400ユーロであり、その金額を自分の事務所の口座に振り込むよう要請した。X 弁護士がこれに応じなかったことから、B 弁

43) AnwG Freiburg Beschluss v. 4. 8. 2004-ohne Az, BRAK-Mitt. 2005, 28ff.

44) わが国になじみのないこの「撤回権留保付き和解」については、森勇「撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の相手先をめぐるドイツ裁判例の展開」比較法雑誌48巻2号101頁以下を参照されたい。

### 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

弁護士はまずはX弁護士が自ら誤振り込みだと認めた額、3,000ユーロを自分の事務所の口座に振り込むよう、そうでないと民事以外（つまりは職業法上の処分を求める）の手続を始めると脅しをかけた。これに対し、X弁護士は、すでにその分は甲社に対する別の報酬請求権との相殺で実質的には甲社に渡っておりもはや返金するべきものはないと反論した。そこでB弁護士はフライブルク弁護士会に、苦情（Beschwerde）を申し立てた。弁護士会はこれを受けて、X弁護士は預かり金の取扱いを規定する連邦弁護士法43条a5項<sup>45)</sup>そしてこれを敷衍する弁護士職業規則4条に違反するとして、連邦弁護士法74条1項が定める弁護士会理事会による「叱責」処分を課した。これに対しX弁護士は異議を申し立てたが、弁護士会理事会はこれを棄却。その際理事会は、連邦弁護士法43条a5項違反を認定するとともに、仮にそうではないとしても、X弁護士は、自ら過振り込みの事実を認め、返却するとしたことで、相手方弁護士への返却義務が明確に生じ、事後、相手方からすると、預かり金とした旨の通知と受け止められてよく、このX弁護士の返却を認める通知を、後に甲社から自分に支払われるべき費用と精算したとして覆すことは許されないとした。このような行いは、弁護士としてふさわしくないものであり、このような行為により、弁護士に対する尊敬（Ansehen）とその地位が危険にさらされる。この点で連邦弁護士法43条に違反するとして、異議を棄却した。そこでX弁護士は弁護士裁判所の判断を求める申立て（連邦弁護士法74条a1項）をした。

弁護士裁判所は、預かり金の取扱いに関する連邦弁護士法43条aの「預かった」金銭という要件が欠けるとして、同項の適用は否定したが、受け皿構成要件としての連邦弁護士法43条の適用を認め、以下のように述べて申立てを棄却。

---

45) 連邦弁護士法43条a5項「弁護士は、弁護士に委託された財産の取扱いにあたっては、必要な注意をはらう義務を負う。他人の金銭は、直ちにその受領権者に引き渡すか、あるいは、別の口座に振り込まなければならない。」



【理由の概要】

(1) X 弁護士は、「受け皿構成要件」として適用される一般条項である連邦弁護士法43条に有責に違反していることが認められる。当裁判所は、X 弁護士が主張し、弁護士裁判所が採用している説得力ある次のような見解を採用する。すなわち、連邦弁護士法59条 b における規約制定権限の導入およびそれに基づいた弁護士職業規則の制定によりなされた職業法の改正の後であっても、連邦弁護士法43条は、原則として受け皿構成要件として適用され、したがって、同条からダイレクトに制裁の根拠となりうる職業上の義務を導くことができる。なぜなら、すべての職業上の義務を完全に規定することは不可能であり、そして、連邦弁護士法59条 b が規約制定権の対象とした事項のカatalogueが限定的であることからすると、立法者もこれを望んではいないからである。一般条項でかつ憲法適合的な受け皿構成要件は、職業法上の義務の規律にとって不可欠である。もっとも、連邦弁護士法43条は、立法者あるいは規約制定者が意識的に規定を設けることを放棄しているときは、補充的に職業上の義務違反に対する懲戒のための受け皿構成要件として用いることはできないし、また、単に規約制定者が何も定めていないからといって、このことから同条の直接適用を導くことは許されない。同条が直接にその適用をみるのは、むしろ、規約委員会が規定できずまたはそこでは取り扱われず、あるいは見落とされた行為ないしは新種の行為であって、法的問題処理機構の機能性という利益に照らし職業法上の制裁が必要なものについてのみである (*Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., § 43 BRAO, Rdnr. 15)。これに加え、連邦弁護士法59条 b において規約委員会の規約制定権限が明定されていないところで、本件のように、あまり重要性がなく、法律で明定が求められてはいない職業上の義務についても、同条の直接適用が問題となる (*Kleine-Cosack*, a.a.O., § 43BRAO Rdnr. 13 u. 14)。有責な同条違反が認められるのは、とりわけ、(真実義務をもその射程に取り込む、「ことに即した (*sachlich*)」振る舞いを求めている = 著者) 連邦弁護士法43条 a3項にはあたらない真実義務違反である。(*Kleine-Cosack*, a.a.O., § 43 BRAO, Rdnr. 14)。



(2) 連邦弁護士法43条 a 5項ないし弁護士職業法 4 条は弁護士が預かった財産価値ないしは他人の金銭の取扱いに関する規律違反に対する制裁に関係するものであり、同法59条 b 2項 1号 fは、規約制定権者・規約委員会に連邦弁護士法43条 a 5項の法規範に加えさらに預託されたのではない財産的価値ないしは他人の金銭取扱いに関して職業上の義務を定めることを授権したものと理解されてはならないのであるから、X 弁護士およびその代理人の見解とは異なり、問題の行為は、法律にもそしてまた弁護士職業法にも規定されておらず、そしてまた規約委員会には規約制定権がないものである。反対に、本件で判断の対象となる行為は、広範にわたって規定することは不可能であり、かつ、連邦弁護士法59条 bが、規約による規律対象のカタログを制限列举で定めていることに照らすと、立法者も規約により規律することを望んではいないが、そもそものところ法的紛争処理の一機関（連邦弁護士法 1 条）としてではなく「法的問題処理機構に奉仕する」（*Kleine-Cosack, a.a.O., § 1 BRAO, Rdnr. 21*）という弁護士の責務を確保するために職業法上の制裁が求められる多数の事実関係の一つである。

(3) X 弁護士は、B 弁護士の事務所に宛てた書簡で、乙社から振り込まれた約16,600ユーロの内訳の説明を受け次第、自分の事務所の口座に過振り込みされたうち3,000ユーロは返却すると約束した。B 弁護士からのこれに応じた書簡によって過振り込みが確認された後にあっては、X 弁護士は、実体法的には存在しない甲社の払い渡し請求権と依頼者に対する報酬請求権とを相殺することで、報酬請求権の満足を受けることは、「自分の言葉を守れ」ということからして認められない。さらにこれに加え、X 弁護士は、おそらく防御としてであろうが、過振り込み分は倒産前に依頼者に支払われたと主張し、そして弁護士 X は、このような表現は、B 弁護士から、X 弁護士がその依頼者に過振り込み額を支払ったと受け止められることを知っていた点である。しかし X 弁護士が倒産管財人に宛てた自らの書簡から明らかなように、実際のところは、X 弁護士の相殺は、その存在が認められない過振り込み額を超える部分の甲社の支払い請求権と自

分の事務所の報酬請求権間でなされたのである。

(4) 一体的に判断されてしかるべきX弁護士の行為は、弁護士としてふさわしくない。職業実践にあたってのこうした弁護士の振る舞いはまた、弁護士にという地位にとって必要とされる弁護士に対する尊敬および信頼を脅かすものである。連邦弁護士法43条から認められる職業上の義務に対する違反は明らかである。以上がこの理由付けの骨子である。

2) 次は、ノルドライン・ヴェストファーレン(Nordrhein-Westfalen)弁護士法院の2011年1月7日の判決<sup>46)</sup>である。

### 【事案の概要】

本件は、弁護士会の教示的指摘 (belehrender Hinweis)<sup>47)</sup>を受けたX弁護士が、Y弁護士会を相手にその取消しを求めたケースである。

原告弁護士Xはその依頼者のために、債務者に対し、元本65ユーロ、裁判外督促経費、取立て業者費用 (Inkasso Vergütung) その他手数料合計84ユーロを支払うよう求めた。催告状においてこの84ユーロは、遅延損害だと説明していた。これを受けた債務者のA弁護士は、本件被告となったY弁護士会に書面を送り、Xのいうところは、ドイツでは刑法犯とされる弁護士の手数料過大請求 (刑法352条)、詐欺あるいはその幫助 (未遂) であるとXを非難した。同日A弁護士は、検察庁にX弁護士を告発。ただ、X弁護士に対する捜査手続は、故意による手数料過大請求は証拠不十分として停止された。

背景となったのは、大企業Bの債権取立てである。Bはまず取立てを取立て業者 (Inkassobüro) に依頼。取立てがうまくいかなかったので、BはX弁護士に取立てを依頼した。

---

46) AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. vom 07. 01. 2011 - 2 AGH 48/10. BRAK-Mitt. 2011, 150.

47) 非とする教示 (Missbilligende belehrung) とも呼ばれるもので、教示と叱責の間に位置するものとされている。非難的要素をはらんでいることから、純粹の教示とは異なり、不服が認められる。前掲注41)・森勇「利益相反禁止違反の効果」444頁以下参照。

Y 弁護士会は、2010年4月21日 X 弁護士に対し教示的指摘を行った。その理由は、本判決理由中において実質繰り返されているのでここでは省略する。X 弁護士は、どのような請求をするかは、依頼者が決めることであり、弁護士が、それは不当と突き返す義務は負っていないと主張して、弁護士法院に教示的指摘の取消しを求めた。なお、教示は行政処分であることから、叱責とは異なり、弁護士法院が第一審となる。原告 X 弁護士の請求棄却。

#### 【理由の概要】

a) 本件では、被告となった Y 弁護士会は、問題とされた弁護士の行為が連邦弁護士法43条に違反しているとした。同条によれば、弁護士は、良心に従ってその職務を行わなければならない。弁護士は、職務の内外を問わず、弁護士という地位が要求する尊敬と信頼にふさわしい態度をとらなければならない。もっとも連邦弁護士法43条がダイレクトに職業法上の処分の根拠となるかについては争いがあるが、当裁判所は、連邦弁護士法43条の単独適用を認める見解に与する。職業法上の義務の規定には多くの欠缺がある。弁護士の良心に従った職業実践の義務は、連邦弁護士法、弁護士職業規則そしてまた重要な刑法典の諸規定によってのみカバーされているわけではない。後に詳しく述べるが、このことを本件は非常に明確に示している。

したがって、連邦弁護士法43条は、職業法外の一般的義務を職業法上の義務に転換させる、つまりは「トランスフォーマット」する規定に止まらず、受け皿構成要件としても適用される。このような運用が、「弁護士の一般的義務」という本条の公式タイトルにかなう。

しかし、当裁判所は、同条の適用が慎重であるべきことを否定するものではない。つまり、立法者・規約制定権者が、規定を設けることを放棄したところでは、これを補完的に受け皿構成要件として適用することはできない。規約制定権者が何も判断を下していない場合も同様である。

b) 本件で問題となっている X 弁護士の行為は、それに関する広範な規定を設けることが不可能であり、また、連邦弁護士法59条 b が規約によ

る規律対象のカatalogを制限列举で定めていることに照らすと、立法者も格別に規律することを望んではいないが、「法的問題処理機構に奉仕する」という弁護士の本務を確保するために職業法上の制裁が求められる多数の事実関係の一つである。原告が問題の行為により同時に刑法の構成要件(手数料の過大請求と詐欺)を満たす場合には、X弁護士が連邦弁護士法43条違反、つまりはその弁護士の職業を良心に従って行うべしというその義務に違反していることは疑う余地がないが、本件ではいずれも成立していない。X弁護士は、事実を誤認させたのではなく、法的主張、つまり遅延損害だと主張しただけである。また、手数料の過大請求も成立しない。

c) しかし、X弁護士の行為は、連邦弁護士法43条に違反する。取立て業者が取立てに失敗した後弁護士が受任した場合、原則として取立て業者は手数料を請求できないとするのが判例であり、本件はその例外に該当しない。弁護士は、例外に該当するかどうかを検討して債権者に説明すべきであるが、X弁護士は何ら検討することなく機械的に両方を請求していた。

d) 確かに、弁護士が、存在しない債権を請求すること自体は、たとえ請求債権は不存在だと考えていても職業法上の義務違反にはならない。しかし、X弁護士は、このような二重請求のもとでの債権取立てを大量に取り扱っている。2009年だけでも、X弁護士は、年間90万件の取立てを処理し、そのうち20万件は督促手続をとったが、異議のあったケースは、4,000件のみである。X弁護士は、取立て手続のスペシャリストであり、費用の二重徴収の問題にも取り組んでいる。またこの分野の判例文献にも詳しい。取消しが求められている教示的指摘はこれを前提としたものである。

e) 本件のように、多くの事件で弁護士の権威をもって、その多くの部分が何ら根拠のないものであることを想定すべき債権を、弁護士として機械的に請求をする者は、支配的見解および判例が求めている個別事件ごとに事実的要件が満たされているかの検討をせず、加えて取立て業者と弁護士の双方に二重に依頼することの合目的性を確認していないことに照らすと、その職業を良心に従い行っておらず、したがって、連邦弁護士法43条

に違反する。なぜなら、かかる弁護士は、その依頼者の契約相手の負担になるかたちで、請求にかかる債権の多くでその請求の根拠が欠けている可能性のあることに目をつぶっているからである。つまり、このような弁護士は、自身と書面を送りつけた債務者、すなわち、依頼者の契約相手であり消費者である債務者との間の常に存在する情報格差をシステムティックに悪用しているからである。こうした弁護士は、弁護士のいうことは正しいという債務者の信頼を利用している。債務者は、X弁護士の担当した事件で争われた事件数からみると、催告された額を、判例等に照らせば必要のないのに支払っているのである。X弁護士は、債務者そして消費者にとり重要なこうした情報を隠している。このような行動は、契約相手に対しても負っている配慮義務に違反するのに加え、不正競争法で不正とされる不作為による誤導の禁止にも違反している。

f) X弁護士は、依頼者から、請求額の手数料を遅延損害として請求するようにいわれたからだというが、これは義務違反に何らの影響も与えない。弁護士は、依頼者の企業組織に組み込まれているわけではない。X弁護士は、「受命者」では決してなく、弁護士として自由職業のかたちで活動しているのである。X弁護士はまた、その請求原因において、実際の法状態を依頼者に説明する義務があることを自認している。法律状態が明白なのに依頼者が弁護士の助言に従わないときは、弁護士は辞任することができるのである。

以上、弁護士法院の判断骨子をご理解いただくために必要な最低限まで紙幅を短縮した。疎漏なきを祈るところである。余論ではあるが、一人の弁護士が（もちろん事務職員を多く使ってではあろうが）年間90万件の取立て事件を処理するというのは驚愕の一言であるし、少しうがった見方が許されるなら、弁護士会ないしは同僚からすでに「目をつけられていた」ようにも感じられる。また、不当な要求に気づいた債務者の弁護士が、即弁護士会に監督権の行使を求め、さらに即日刑事告訴に踏み切るという迅速な行動にも驚かされる。正義を標榜するのであれば、同業者の不正こそ

許さないとしなくては、それこそ弁護士の「品性」,「品位」を疑われよう。わが国の弁護士にも期待したいといたら、「そんなギスギスしたのはやはりいかなものか」という声が聞こえそうではある。

3) もう一つ連邦弁護士法43条の直接適用が問題となった裁判例をみておこう。ノルドライン・ウェストファーレン弁護士法院2012年9月7日の決定である。ドイツにおいては、弁護士裁判権における訴追権者は検察であるが、弁護士会の訴追申請に対し検察がこれに応じないときは、弁護士会は弁護士法院に不服申立て、つまり「訴追命令」の発令を求めることができる（強制訴追申立て）。本件では、同条の直接適用の可能性を前提にしつつも、それが認められない場合に該当するとして、申立ては棄却された。

#### 【事案の概要】

本件は、弁護士会が連邦弁護士法122条2項に基づき、検察が問題の弁護士に対する訴追を命じる裁判を求めたものである。

問題のY弁護士は、A有限会社から、公的受託法（Vergaberecht）に関する包括的な依頼を受けた。X弁護士とA有限会社の間で結ばれた契約書によると、タイムチャージは時間250ユーロを支払う。コールとは別に、顧問料として毎月時給換算28時間分の7,000ユーロを支払うとともに、事後的な審査手続での代理報酬として、各手続ごと3,500ユーロを支払う旨の合意がなされた。これに加え仮払い金は、実際の弁護士報酬と四半期ごとに精算する。不足のときは事後に精算するという合意がなされたが、これは口頭によるものであった。少なくともこの清算方式が実際に行われていたところと合致する。

2011年2月4日に、Y弁護士は、2010年の第4四半期分を精算し、加えて第3四半期の未払い残があるとして、総額2万3,000ユーロ強を返済する旨通知し、A有限会社の振込先口座と送金目的をどうするかを問い合わせた。同月11日A有限会社は、振込先銀行口座と送金目的を通知。その後A有限会社は書面で、Y弁護士に対して催促するとともに遅延利息の支払いを求めたものの支払いがなく、そこでA有限会社は再度支払いを

### 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

催促するとともに、払わないときは督促手続に訴えたと警告。Y 弁護士は、その後断続的に一部弁済を続けたが、その理由は要するに資金が足りないということのようであった。

A 有限会社は、Y 弁護士が約束した金額を期日までに支払わなかったのを受けて、所属 X 弁護士会に対し Y 弁護士は職業上の義務に違反していると不服申立てをし、これと同時に督促手続をとった。

Y 弁護士は、X 弁護士会に対し、遅延したのは、何度も A 有限会社に振込口座等を問い合わせる必要があったからであり、バラバラに支払ったのは、ネットバンキングによる送金額制限のせいで、決して資金不足などがあったわけではないと弁明。

X 弁護士会は、連邦弁護士法43条 a 5項 2 文違反を理由に、弁護士裁判所の手続を開始すべきと考えたが、検察は、金銭の性格から同条の適用はなく、弁護士職業規則23条が定める適時の精算（収支報告）がなされており、義務違反はないとして、X 弁護士会の訴追申立てを棄却する決定を下し、X 弁護士会に通知。これに対し X 弁護士会が、本件強制訴追命令の申立てをしたのが本件である。請求棄却。

#### 【理由の概要】

(1) まず、問題となる明文化されている弁護士の義務のうち、預かり金等の取扱いを定める連邦弁護士法43条 a 5項には、問題となっている金銭の性格からして抵触しない。また、弁護士職業規則23条が定めるすみやかな精算（収支報告）はなされており、同条も違反はない。同条は弁済までを求めているからである。ちなみに、同条のいう「精算（収支報告）」に「返金」まで読み込むことは、基本法の要請である「明確性」の原則に反するから認められない。要するに、返金に関する規定を欠いている状態である。

(2) 連邦弁護士法43条はどうか。同条は、良心に従って弁護士は職務を行うべしといったいわゆる一般条項として弁護士の一般的義務を定めている。もっともその意義については争いがある。単にいわゆるトランスフォーマット機能を果たす規範という見解が一つある。この見解は、職業法上



の規律にも求められる法的安定性にもかなう。もう一つは、同条を受け皿構成要件として、同条自体を職業法上の処分の根拠とできるとするものであるが、この見解は、特に職業上の義務にあっても、法の欠缺があるという理解に基づいている。当裁判所もこの見解を採用する。職業法上の規定には多くの欠缺がある。本件はこのことを物語っている。したがって、同条は受け皿構成要件として適用されるべきである。このような取扱いはまた、同条の公式のタイトル「一般的な職業上の義務」にもかなっている。ただ、同条の適用は慎重でなくてはならない。ということであるから、立法者または弁護士職業規則の規約制定権者が、意識的に規定を設けることを放棄している場合には、職業上の義務違反に対する懲戒のための受け皿構成要件として、同条を用いることはできない。本件はこのケースである。なぜなら、規約制定権者は、弁護士職業規則23条において、報酬の前払い金の精算(収支報告)を明確に規律しているのに、この場で規律することが容易に考えられ、しかも簡単にできたにもかかわらず、依頼者への残金の適時の返済は規律しなかったからである。にもかかわらず、この場で適時の返済を規律しなかったのは、前渡し報酬金の精算により、依頼者は弁護士が自身作成した書面を入手し、これにより裁判所手続をもって容易に請求できるようになるからというのがその理由だと考えられる。このことから、規約制定者は依頼者への精算金返済義務を意識的に職業上の義務としては定めようとはしなかったと考えられる。以上の次第から、連邦弁護士法43条を本件で受け皿構成要件として適用することはできないとして、強制訴追の申立てを棄却した。以上が、本決定の理由の骨子である。

立法者(規約制定権者)が規律を避けたところでは、連邦弁護士法43条の適用はないということは、適用肯定説そして職業法上の処分に関する実務も認めるところである。先のフライブルク弁護士裁判所の事件も、本件と同様弁護士の義務を定めた規定がまず問題となったという点で共通するが、問題とされた規定が想定していなかった弁護士の行為が問題になっているのに対し、本件では、問題となった規定の外縁にある行為が対象とな



っている。そこに弁護士法院は着目している。弁護士法院はこの点に着目して、(単に見落としてはなく)「規定することはできたのにしなかった」としたと考えられる。同条の直接適用の一つの具体的基準が示されているように思われる。

4) 最後に、ベルリン弁護士法院が下した2015年10月29日の決定<sup>48)</sup>をみておこう。かつてなら真っ先に取り上げるべき類型であったが、最後に取り上げたのは、もはや連邦弁護士法43条が直接適用される類型からは外れたから、つまりはここで取り上げるような事案に対応する規律が弁護士職業規則中に明定された結果、もはや同条の直接適用を云々する必要がなくなったからである。それならなぜ取り上げるのか。一方では、同条の直接適用をにぎわせたのは、こうしたケースであったと推測されるが、そもそもこのところこうした弁護士の行動が、職業法上の処分対象たりうるのかが議論されてきたところであり、他方では、わが国でも、同じような弁護士の行動に懲戒が科せられた例が散見されるからである。事案は、弁護士の業務懈怠、委任契約(事務処理契約違反)である。

**【事案の概要】<sup>49)</sup>**

I. 被告訴人X弁護士に対して、5つの訴因(Anschuldigungspunkte)をもって懲戒の申立てがなされた。そのうち訴因(1)は、被告訴人の事務処理契約(Geschäftsbesorgungsverträge)の不履行によって連邦弁護士法43条の職業上の義務に違反したとする点にあった。この訴因(1)の事実関係について、起訴状では、被告訴人は、2012年10月から2013年4月までの間、4件の依頼を受任した。そして依頼の処理のその後の過程において、これら受任事件の処理をますます怠るようになり、あるいはそもそもまったくその処理にあたらなかったと主張されている。つまり、弁護士Xは、書面を作成しあるいは適時にそれを送付し、また受領した書面を依頼者に送

48) AGH Berlin Beschl. vom 29. 10. 2015 - I AGH 8/15, BRAK-Mitt. 2016 71.

49) 本件については、出典に通常みられる【事実】の欄がなく、判旨に続いてすぐに【理由】が始まっている。そのため筆者が、理由説示の中から事案を拾い出した。結果、事案の広がりも含め若干具体的でないことをお断りしておく。

ることを怠り、加えて、依頼者、裁判所、その他の関係者そしてまた連邦弁護士会からの接触の試みを拒みあるいは何ら返答しないということであった。

2014年12月原審弁護士裁判所は、連邦弁護士法43条は、職業法上の処置をとる十分な法的根拠にはならないとして、訴因(1)について公判手続を行わない旨の決定を下し、その他の訴因に関してのみ公判を開始した。この決定に対し、州検事総長（審級上は、わが国の高検検事長に相当）が即時抗告。連邦弁護士法43条が引き続き職業法上の処置をとる法的な根拠となると主張し、公判手続の開始を求め、ベルリン弁護士法院がこれを認めたのが本件である。

#### 【理由の概要】

原審裁判所の見解とは異なり、当院の見解は、本件では連邦弁護士法43条は、同法113条の意味での職業法上の処置をとる十分な法的根拠になるとするものである。当院は、いずれにしても弁護士がまったく仕事をしない場合には、連邦弁護士法43条が職業法上の処置をとる法的根拠となりうるとする文献および裁判例に従うものである。確かにこの規範の適用範囲は、職業実践の自由を定めている基本法12条およびバステューエ裁判の一つである連邦憲法裁判所の判決（Urteil des BVerfG v. 14. 7. 1987 - 1 BvR 537/8175）、そしてまた、連邦弁護士法および弁護士職業規則において職業上の義務が具体化されていることに照らすなら、狭いとみるべきではある。しかしながら、この狭い適用範囲内において、連邦弁護士法43条は、一般的な法律に基づく職業上の義務に関し、連邦弁護士法ないしは弁護士職業規則において立法者ないしは規約制定権者が職業法上において一切具体化していない場合にまさにその意味を発揮する橋渡し規範（Überleitungsnorm）の機能を引き続き果たしているのである。

この場合、一般的な法律違反すべてが同時に連邦弁護士法43条の意味での職業上の義務違反とされるべきではない。わけても民法611条以下および675条に基づく弁護士契約と関連した民事法上の義務違反の領域では、分けてとらえる必要がある。連邦弁護士法1条と同3条に定められている

### 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

弁護士の人的・物的独立性に基づき、依頼事務の処理に関連して、弁護士の活動が正しいかそしてまた合目的かについての職業法上のコントロールは認められない。とはいえ、良心に従った職業実践と弁護士の地位とは相容れない著しく契約に反する行動の有り様は、役務提供契約の義務等に関する民法611条以下および事務処理契約に関する675条と連動して連邦弁護士法43条および113条1項の意味での弁護士の職業上の義務違反となる。このことは特に、その義務違反行為により弁護士活動の外面に関わり、そして弁護士の誠実性が一般的に広く害される場合にあってはまる。文献および判例における一般的な見解によれば、弁護士による公序に反する取引、公序に反するかたちで依頼者に故意に損害を与えることとならば、同様の懈怠例えば事件処理を怠ることを繰り返すこともまた、上記の意味での著しく契約に違反する行為の有り様の一つとされている。同種の懈怠の繰り返し禁止は、弁護士が時間的にみて処理にあたることのできる依頼のみを受任すべしというかたちで、連邦弁護士法43条にその根を置く職業上の義務となっているのである。まさに本件の訴因(1)はこれである。

原審は、規約制定権者が意識的に弁護士の活動義務を定めなかったのであるから、本件について連邦弁護士法43条を根拠とするのは認められないとするが、当裁判所はこの見解に与しない。確かに、立法者や規約制定者が意識的に連邦弁護士法あるいは弁護士職業規則において定めることを見送ったときは、同条を一般的な法律（弁護士に限らず適用される法律）に基づく職業上の義務の橋渡し規範として用いることは認められない。しかし、当裁判所は、立法者等が意識的に規定をしなかったという前提をとらない。立法者等が単に言及を欠いているということだけから、同条の適用を導くことは許されない。本件に関しては、これに加え、規約制定権者が、新たに弁護士職業規則11条において、弁護士の活動義務を規定した<sup>50)</sup>。この改正は、2015年7月1日に発効する。立法者・規約制定権者が活動義務

---

50) 具体的には、弁護士職業規則11条1文前段として、「弁護士は受任した依頼を適切な時間内に処理しなくてはならならず、そして」という文言を入れたものである。

を職業法上重要な義務と認めていること、そして立法者等が連邦弁護士法ないしは職業規則上の義務のカatalogから落としたのではないこと、したがって今回の改正は明文化のための改正であることを多くが物語っている。その結果、改正法の適用がない本件では活動義務違反は、民法661条以下および同675条と結びついた橋渡し規範である連邦弁護士法43条および同法113条をつうじて、制裁を加えられてしかるべきであるとして、訴因(1)の懈怠についても公判開始を命じたのであった。

気がつかれたと思うが、この決定は、連邦弁護士43条の直接適用の例としてよいかは、少しく疑問としてよさそうである。確かに文脈からするならば、直接的適用説とみるのが素直なのかもしれないが、民法の事務処理契約に基づく義務をあげて、それが同条による橋渡しをつうじて職業法上の義務、したがって職業法上の処分の根拠となるとしているのは、同条をつうじて刑事法のような一般法上の義務が職業法上の義務化することを認める同条の直接適用否定説と同様のように(も)読めるからである。とまれ職務懈怠を理由とする連邦弁護士法43条に(のみ)基づいた職業法上の処分は、ドイツにおいてはもはや姿を消すことになるわけであるが、本件にみられるように、少なくとも近時における懲戒実務にあっては、職務懈怠、つまりは単発の民事契約上の義務違反では、同条単独に基づく懲戒の対象とはされてこなかったことには注意する必要があるろう。

## V. 結 語

本稿では、長きにわたりドイツにおける弁護士の職業法上の義務の源泉とされ、いわゆるバステューユ裁判まではわが国の「弁護士倫理」ないしは現在の「弁護士職務基本規定」と類似する弁護士倫理綱要(Standesrichtlinien)の根拠とされてきた連邦弁護士法43条と、懲戒事由に関する規定の展開を追い、その上で、バステューユ裁判を受けた弁護士法および弁護士の自律的規定である弁護士職業規則による弁護士職業法上の義務の

具体化の後における同条の意義をめぐる論争と判例の状況をみてきた。すでに述べたように、その意図は、わが国の懲戒のあり方、すなわち、当該懲戒対象とされた弁護士の行為が、具体的にどのような弁護士の職業法上の義務に違反するのかを明示することなく、ただ「弁護士法第56条第1項に定める弁護士の品位を失うべき非行に該当する。」として処分を科す実務に対して疑問を投げかける契機を提供しようとする点にある。ドイツ法における歴史的展開と現在の状況をわが国に投影してみると、次のような疑問ないしは検討の必要があるように思われる。

まずは「品位を失うべき非行」という「漠然とした」構成要件は、法治国家の要請である「明確性」に抵触しないかということから、問題は始まる。さらには、このような漠然とした概念を用いた懲戒は、予測可能性を損ない、また恣意的になる可能性を秘めているという意味で法的安定性を欠き、結果弁護士の職業選択の（職業実践の自由）という憲法上の権利（基本権）に抵触しないかということも検討し、その限界を示す必要があるろう。

憲法を大上段にかざした議論、つまりは憲法に照らした検討を必修とする「憲法化（konstitutionisierung）」にまだあまりなじんでいないようにはみえないわが国の議論状況の下では、上記のような問題提起を受けた議論の活発化を期待するのが無理であるとしても、次の点は、わが国でも問題認識を広め、それに対する実務上の改善を図るべきである（あるいはその必要はないというならその理由を説明すべきである）。すなわち、

(1) 懲戒は、かつては懲罰と題されていたように、弁護士に対する制裁であり、不利益処分である。弁護士法56条1項が第一の構成要件としてあげる「法律ないしは会則違反」の実質は、弁護士に課せられた職業法上の義務違反であり、懲戒の根拠として（それらの解釈上の争いは別に）明確である。所属会の秩序と信用を害するという構成要件もまた、義務違反性が懲戒の根拠となっている。弁護士会に限らず、所属する組織の秩序と信用の維持は、（秩序ないしは信用の意味内容が、弁護士ないしは弁護士の責務との関連でとらえられなくてはならないことは当然として）構成メン

バーの一般的な「法的」義務だからである。ただ、秩序ないし信用という何を指すのかの明確化が求められる点は品位と共通するところがあることを指摘しておこう。

問題は、「品位を失うべき非行」である。懲戒の対象は、「非行」であるが、それは、「品位」を失うべき性質の義務違反行為でなくてはならない。そもそも弁護士法2条そして弁護士基本規定6条が訓示規定ないしは努力規定というのであれば、そこに定められた(同義語と理解される)「品位」ないし「品性」は、法治主義の下、不利益処分である懲戒の構成要件たりうるのかという疑問があるが、義務規定(筆者は、現行法の下では、そう解さざるをえないと考えている)であると解するにしても、現在示されているその内容は、「人間的にも国民からの信頼を受けるに足る高潔な人格」などとされ、不利益処分の構成要件としては不適格と断じらるべき道徳的要請である。「道徳律」は社会的非難の源泉たりえても、懲戒の源泉とすることは許されない。懲戒は、「道徳を説く説法者や道場」ではなく、(授權された弁護士会による)国家権力行使の一端である。

(2) したがって、まず懲戒に際しては、具体的に義務を摘示することなく「品位を失うべき非行」のみを根拠とすること(上記のような意味での品位を基準に非行の有無を判断すること)はそもそも許されない。だとするなら(立法による明確化が望ましいことはいうまでもないが)、まずは品位をドイツ連邦弁護士法43条と同じく、一般的義務を職務外における者をも含む弁護士の職業上の義務にトランスフォーメーションする概念ととらえてよいのではあるまいか(むしろ、そうしないと「その品位を失うべき非行」になぜ一般的義務違反があたるのかを説明できない)。この際ある一般的義務が職業法上の義務にトランスフォーメーションされるのかの説示は不可欠のはずであるが、弁護士の職業像、つまりは法治国家の擁護のため、国家のみならず依頼者との関係でも統制を受けることなく「自由かつ独立」して法的事務の処理にあたるというその職業像がその指針となる。

(3) この際一つ指摘しておくべきは、弁護士契約法上の義務が弁護士の



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

職業上の義務にトランスフォーメーションされるか、ないしはどのようなケースでそれが生じるのかについては、慎重な検討が必要である。というのは、「自由かつ独立」して職業実践にあたるべき弁護士にあっては、先にみたドイツにおける「職務怠慢」に対する処分の裁判例で登場する弁護士職業規則11条の改正（受任事件の適時処理義務）に関しても指摘されているように<sup>51)</sup>、「弁護士による依頼の処理の内容およびその質を職業法上の監督対象にしてはならない」からである。単一・個別の依頼に切り結んで、民事上の義務違反をトランスファーするのは、これに抵触するようになると思われる。

(4) 最後に、ドイツの懲戒実務とそれを支える学説は、弁護士法あるいは弁護士職業規則に定められている諸義務は、弁護士の職業法上の義務をすべてカバーしていない、法の欠缺を埋める必要があるとして、連邦弁護士法43条を受け皿構成要件として適用する、つまりは同条が弁護士固有の職業上の義務の源泉として認めるべきであるとする点はどうか。そもそも筆者は、品位を道徳律とするなら、品位を基準として、懲戒原因である非行を判断することは許されないという立場に立つことはすでに述べた。したがって、ここでの問題提起は、品位概念が規範的内容を持つ一般条項であるとした場合のことである。まず法の欠缺の有無であるが、ドイツにあっても、もはや連邦弁護士法43条から導かれなくてはならないような弁護士の職業上の義務はまだ残っているかという点には疑問が投げかけられている<sup>52)</sup>。またドイツでは、明文化された諸義務の解釈が厳格であり、その外縁にこぼれ落ちるところがあることは、先にみたフライブルク弁護士裁判所のケースからうかがえる<sup>53)</sup>。その点、その善し悪しは別に、特に厳格な解釈が求められているとは思われないわが国の現状からすると、果たしてわが国の弁護士法、基本規定そして弁護士の職業上の義務にトランスフ

---

51) BRAK-Mitt. 2016 71. AGH Berlin Beschl. vom 29. 10. 2015 - I AGH 8/15の編集部注記。

52) Kilian/Koch, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. (2018), S. 345.

53) 前出・IV 1)。

ォーメーションされる（弁護士のみ限定されていない、広くすべての人に課せられている）一般的な義務では不足（法の欠缺）があるか。詳細な検討をまたなければならないが、筆者はおそらくこれで足りるのではないかと感じてはいる。仮に不足があるとしても、——繰り返すが——単に品位を持ち出すのではなく、なぜそしてどのような義務が弁護士には課せられているのかを、懲戒処分にあたっては明示することが必要である。

以上、乱暴・粗雑の批判をあえて恐れず、私見を披露させていただいた。現在の懲戒の有り様に一石を投じ、議論を喚起する契機となれば、それだけで幸甚である。

〔付記〕 本稿は、科学研究費助成事業（JSPS 科研費18K01392）の一環である。