

# 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

——いわゆる「バステューユ裁判」への道のり——

Die Entstehung der BRAO und das Berufsbild des Rechtsanwalts  
nach der Rechtssprechung des BverfG

森 勇\*

## I はじめに

ドイツにおける弁護士法制の動きは、実にめまぐるしい。このようなめまぐるしい動きの堰を切ったのは、何度も言及してきたように、ドイツ連邦共和国の憲法秩序の守護者である連邦憲法裁判所<sup>1)</sup>が1986年7月14日に下した、二つの決定である。その後の弁護士法の激動の引き金を引いたこの二つの決定は、——およそ枕詞のごとくなっているところではあるが——一つにはその下された日が奇しくもフランス革命の発端とされるバステューユ監獄襲撃の日と同じであったことから、広くバステューユ裁判と呼ばれている。しかしバステューユの名がこの二つの決定に付されたのは、それまでバステューユのように長きにわたり鉄壁を誇った弁護士職業法の基礎を、この二つの決定がその根底から突き崩したからにほかならない<sup>2)</sup>。

---

\* 客員研究所員・元中央大学法科大学院教授

- 1) 連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) の憲法上の法的根拠は、ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland) = 基本法 92条ないし94条である。
- 2) バステューユ裁判の衝撃については、ハンス・ブリュッティング/クリスト

そしてまた、少し大げさとも思われるが、この二つの決定以前の弁護士職業法関連判例は、もはやそれまでの意味を持続することはないとさえいわれたところである。

もっとも、それまではドイツの連邦弁護士法が、1959年に制定されてからからバステューユ裁判裁判まで30年近い間深い眠りについていて、つまり目立った改正を受けることはなかったとしても、それに規定され続けた弁護士の世界には、「ざわつき」さえも一切なかったのであろうか。確かに、バステューユ裁判後の反応をみる限りでは、そのようにも思われるかもしれないが、一般的にあって、弁護士という職業それ自体についての理解、つまりは弁護士の職業像（Berufsbild des Rechtsanwalts）が、30年にもわたり揺らぎさえみせなかったとは思われない。そもそものところ、その制定にドイツ連邦共和国成立から10年余を費やさせた対立のエネルギーが、連邦弁護士法の制定とともに一気に失せるなどありえまい。

本稿では、「弁護士職業法と憲法秩序」というスローガンのもと、現在のドイツ弁護士職業法の憲法的背景を探るというもくろみのスタートとして、まずは「弁護士は法的紛争処理機構の独立の一機関」と定めている連邦弁護士法1条を中心にその制定過程をスケッチし、次いでそれを取り巻くバステューユ裁判の時代までの憲法状況を、ドイツ連邦憲法裁判所の裁判判例を素材としてみていこう。そしてその上で、バステューユ裁判とは果たしてどのようなものであったのか。その概要と意義を示しておくこととする。

## II 連邦弁護士法の制定とその評価

### 1. ナチスドイツの崩壊と連邦弁護士法の制定

a) ドイツが連合軍に降伏したのち、ドイツは英米仏露の四カ国により

---

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頁以下）参照。

占領・統治されることになるが、その形態は四カ国による分割統治であった。つまりドイツは、四つの地域に分割され、各国の占領軍が個別に統治することとなり、結果各地域ごと別個の法制がしかれることになった。もっとも連合軍はすでにドイツ降伏の半年前、占領後もまずは当時施行されていた「ライヒ弁護士法 (Reichsrechtsanwaltsordnung)」を続けて適用していくことを決していた<sup>3)</sup>。ただこの法律は、他の機会に幾度となく指摘したように、ナチスがその支配力を強めるべく<sup>4)</sup>(そしてまたユダヤ人を弁護士の世界から排斥すべく) 1936年に導入したものであることから<sup>5)</sup>、そこに見受けられるナチスの要素を持った規律はその適用が排除されたことはいうまでもない。もっとも、このような状態は長くは続かず、次第に各地で独自の弁護士法が施行されていき<sup>6)</sup>、ドイツ連邦共和国が成立した頃には、十指にあまる弁護士法が制定・施行されていたし、その規律内容も一部はかなり異なるものとなっていた<sup>7)</sup>。

もちろんそれまで統一弁護士法を目指す動きが何もなかったわけではな

---

3) *Hensler/Pritting/Busse*, BRAO 5. Aufl. Einl. Rdn. 13.

4) ナチスの所産であることは、その16条をみれば明白である。同条は弁護士認可の際の宣誓義務を定めているが、その相手は「指導者 (Führer)」, つまりは「アドルフ・ヒトラー (*Adolf Hitler*)」とされている。

5) この法律は、形式的には1878年の「弁護士法 (Rechtsanwaltsordnung)」を改正するかたちで制定された。そのため、「制定」とせず「導入」とした。

6) ソビエト占領地域については、ナチスの所産であるライヒ弁護士法は、そもそもその存在自体が否定されていた。1980年に弁護士法 (Gesetz über die Kollegien der Anwälte der DDR vom 17. 12. 1980) が制定されるまで1878年の弁護士法が、ソビエトの意向にそうかたちで適用されていたようではあるが、その実態ははっきりしない。Vgl. *Hensler/Pritting/Busse*, BRAO 5. Aufl. Einl. Rdn. 15. 1945年以降のソビエト占領区ないしは旧東独 (ドイツ民主主義共和国 = DDR) の弁護士を取り巻く状況については、*Busse*, *Deutsche Rechtsanwälte* (2010), S. 329 ff. に詳しい。余談ながら、*Busse* 弁護士は、高校終了 (abitur) 後、1986年に東独から逃れ、旧西独で法曹資格を取得した人物である。

7) どのくらいの数の弁護士法が当時存在したかについては、*Begründung zu Entwurf einer Bundesrechtsanwaltsordnung, Anlage 1 zu Drucksache 3650*, S. 7 f. 参照。

いが<sup>8)</sup>、独立とそれともなう立法権の回復をうけ、ドイツ連邦共和国(以下「西ドイツ」として統一弁護士法制定の動きが本格化した。そのヘゲモニーをとったのは、まずは弁護士自身であった。当時の連邦司法大臣 *Dehler* は、当初連邦司法省は自前の草案作成を放棄するとし、西ドイツ全土の弁護士会理事会連合会 (*Arbeitsgemeinschaft der Anwaltskammervorstände im Bundesgebiet*) にその起草を委ねたのであった。これを受け連合会は7名の委員からなる委員会を設け、この委員会は、早くも1949年11月にはその草案(委員会草案)作成し、議論に供した。そして1950年5月、連合会は、多くの修正意見を付して委員会に最終草案を作成するよう指示し、これを受けて作成・決議された地の名を付して「ミュンヘン草案」と呼ばれる「公式」提案が、同年8月に連邦司法省に伝達されたのであった。

この草案は、自由な弁護士というスローガンのもと、一方では弁護士という職業が、現在の連邦弁護士法2条の定めるように、営業 (*Gewerbe*) ではなく自由職業 (*Freier Beruf*) であることを出発点として、強力な弁護士(会)自治をその内容としていた。しかし他方では、広範にわたる新規参入規制権限(裁量権)を弁護士会(理事会)に与えて、既存弁護士の利益を擁護しようとするものであった。その典型が、(期限を切ってはいるものの)簡単にいえば需要がないことを弁護士認可拒絶事由の一つと定めていたことである。1878年弁護士法の基本精神である「自由な弁護士 (*Freie Advokatur*)」の骨格の一つをなす「参入の自由」の否定であり、過

---

8) 戦後すぐから、暫定適用となっていたライヒ弁護士法に代わる弁護士法制定の必要が叫ばれたことはいうまでもない。たとえば、バラバラになった弁護士法を統一すべく、アメリカ占領地域においては、占領軍主導のもと、1946年8月に法律が決議され、他の占領地区に対し歩調をそろえるようにとの提案がなされていた。しかし、たとえばイギリス占領地域の弁護士連合会からこれは拒否されてしまった。ちなみにこの法律(案)は、他の西側占領地での同年11月施行が条件となっていたことから、同年に成立したバイエルンの弁護士法のベースとなったものの、自身は発効することはなかった。Vgl. *Busse*, a.a.O. (Fn. 6), 62; *Ostler*, *Die deutschen Rechtsanwälte* (1971), S. 342.

言のそしりをはばからずいえば、ある種なりふり構わぬ既得権の牙城構築である。また、認可等に関する不服と懲戒を管轄する名誉裁判所（Ehrengericht）の構成については、そのメンバーを弁護士会理事に限る（控訴審である名誉法院では、メンバーとなる弁護士は、理事または理事の職に合った者に限る）としたことも、一種の理事会内の内輪の論理の擁護、（理事会が認可権を握る構図のもとでは）予断排除の原則に抵触しかねない。このような態度が「最悪の将来像」と酷評されたのは、至極当然といえよう<sup>9)</sup>。さらに、弁護士の利益の擁護を弁護士会の役割に取り込もうとしたこともオーバーランと批判された。その理由は、ひとつには、特定利益の擁護は弁護士会が公法人で有ることと相容れないからである。もうひとつには、弁護士利益の擁護は、ドイツの弁護士組織の伝統ではドイツ弁護士協会（Deutscher Anwaltsverein = DAV）の役割とされてきたことがある。実のところ部外者からみると一種縄張り争いにもみえるが、この草案の作成は、ドイツ弁護士協会をいわば外すかたちで進められ、後に協会からもオブザーバーが参加したものの最終決定にあたっては、この協会をぬきに決議されていたのである。ドイツ弁護士協会の歴史を知る者からすれば、およそありえないことといってよい<sup>10)</sup>。

---

9) Busse, a.a.O. (Fn. 6), S. 209.

10) ドイツ弁護士協会（Deutscher Anwaltsverein = DAV）は、ドイツ弁護士の利益を代表する全国組織として、1871年に設立された任意団体である。その目的は、まずは目前に迫った1878年弁護士法の制定に向けた活動であった。その後も、この組織は、弁護士大会（Anwaltstag）などをつうじ、弁護士の利益に関わる活動を展開してきた。たとえば、第一次大戦後疲弊した弁護士を救うという名目で提案された弁護士定員制を弁護士大会で阻止したのもこの組織である。この点については、エーベルハルト・ハースほか（森勇訳）【「マックス・O・フリードレンダー】弁護士法の開拓者にして先見の明を備えた人物】ヘルムート・ハイニンリッヒほか編（森勇監訳）・ユダヤ出自のドイツ法律家（2012中央大学出版部）829頁（841頁以下）参照。

ちなみに、1878年の弁護士法は、弁護士会をその構成員とする現在の連邦弁護士会のような公法人としての単位弁護士会の連合組織を規定していなかった。このことも、ドイツ弁護士協会の大きな影響力の背景にあったと思われる。

b) この草案は、連邦司法省に伝達された。しかし、そのときから、強く求められていたはずの西ドイツ全土での弁護士法の不統一の解消、つまりは連邦弁護士法発効までにはほぼ10年を要したことは、驚愕の一言というに値しよう。プレーヤー、つまりは司法行政を担ってきた各州の司法行政および連邦司法省と弁護士会理事会連合会ないしはドイツ弁護士協会の間の隔たりは、10年近い歳月を要するに一役買うほどに深刻だったということであろう。

連邦司法省は、弁護士会理事会連合会の草案を土台として連邦弁護士法の草案を起草することはなかったのである。そもそもが、当初は弁護士会理事会連合会に起草を任せるとした本人の連邦司法大臣 *Dehler* は、1951年の司法予算報告において、まもなく連邦弁護士法の政府草案が上程される予定だと告げた際に、その内容について次のように説明していた<sup>11)</sup>。すなわち、「自由な弁護士の原則は、弁護士という分限（Stand）を拡大していくことになるのであるから、いわゆる定員制はとらない。弁護士自治は重要だが、様々な理由から必要な国家による弁護士認可に反する。名誉裁判所は、弁護士自治のシンボルではあるが、弁護士会の組織から独立したものでなくてはならない。」と。

c) 1952年、連邦司法省はその連邦弁護士法草案（第一草案）を<sup>12)</sup>連邦議会に提出する。その内容は *Dahler* の説明にそった、弁護士会理事会連合会の草案とはいわば真逆のものであった。これに加え、火種となったのは、各州の政府代表から構成される連邦参議院（Bundesrat）が求めた修

---

る。1908年に全国組織が成立するが、それは弁護士会「理事会」の連合会であり、任意組織であった。法律に基づき全国の単位弁護士会の上部組織（Reichsrechtsanwaltskammer）が成立したのは、1933年であるが、その成立した年をみただけで何を目的とした組織だったかは、容易に想像がつかう。

11) *Ostler*, a.a.O. (Fn. 8), 344.

12) BR-Drs. 258/52; BT-Drs. 1/3650, なお草案は、まず連邦参議院に上程され、その修正案とそれに対する連邦政府の意見を付して、同年11月に連邦衆議院に送られている。この進め方は、後の二つの草案についても同様である。

正であった。すなわちそれは、「申請者が弁護士として憲法秩序に反する行為をする恐れがある」ときは、認可拒絶（撤回）ができるとするものであった。「政治的条項」と呼ばれ、「大政翼賛」のチェックを認めることになりかねないことから、弁護士サイドがこれを拒否したことは至極当然である。とまれ、弁護士サイドにまったくの歩み寄りの機運がなかったわけではないが、理事会連合会はこれらの機運を脇目に、ミュンヘン草案に拘泥し続けた。およそ真っ向勝負とも呼ぶべき連邦・州と理事会連合会・ドイツ弁護士協会の対立の結果は廃案であった。

d) 連邦議会第二会期になっても当初弁護士会理事会連合会はミュンヘン草案にいまだに拘泥していたが、連邦司法省の仲介のもと、弁護士自治の範囲および名誉裁判所の構成に関しては各州と弁護士会理事会連合会との間で折り合いがつき、1954年10月連邦弁護士法の新たな草案（第二草案）の議会への上程まではたどり着くことができた<sup>13)</sup>。しかし、まだ合意が成立していなかった点については、法務委員会が設けた小委員会が最後まで議論を続けることができないまでに激しい争いが続いた。ちなみに、弁護士会理事会連合会は、各単位弁護士会に対し、直接連邦衆議院議員に働きかけるよう求めることを決議したが、これに基づき各単位弁護士会が代議士に対して内容的に不統一な請願をすることとなり、そのため代議士が身動きをとれなくなってしまったことにもその一因があったと指摘されている。結果は、第一草案と同様、廃案である。

e) 連邦司法省が大きく歩み寄る姿勢をみせないことを受けた弁護士会理事会連合会は、もはや連邦司法省と草案作成前の協議は放棄し、草案が提出された後に、連邦衆議院法務委員会においてその希望にそった修正を図る作戦をとったことから、草案の提出までに歩み寄りが図られることはなく、連邦政府は、1957年の11月、すでに合意していた名誉裁判所手続に関する修正を反映させた程度で、第二草案をほぼそのまま新たな草案（第

---

13) BR-Drs. 325/54; BT-Drs. 2/1014.

三草案）として議会上程したのであった<sup>14)</sup>。弁護士会理事会連合会そしてまたドイツ弁護士協会は、第一読会<sup>15)</sup>の後においても——自らの内部でも賛否が分かれていたところではあるが——それまでの主張を譲らず、連邦参議院法務委員会が多くの修正提案を付したその報告書<sup>16)</sup>を提出するまでに六ヶ月以上もかかったのであった。もっともそれでは終わらなかった。第二読会ではなんとさらに90を超える修正案が提出されるという有様であったし<sup>17)</sup>、最終的な採決の場となる第三読会においてもさらに修正が加えられた。しかし、これでもまだせめぎ合いは終わらなかった。連邦参議院が、両院協議会の開催を求めさらにいくつか修正が加えられ<sup>18)</sup>、やっとのことで、1959年6月における連邦両議院での採決を受け、同年8月1日、連邦弁護士法が公布されたのであった<sup>19)</sup>。8年にもわたる論争は、一方では一部エゴをむき出しにしたかにもみえる弁護士会理事会連合会ないしは弁護士協会と1878年の弁護士法以来、弁護士の認可権を握ってきた州司法行政の主導権争いといってしまうのは、あまりにも単純化に過ぎようが、そうした側面があることは必ずしも否定できまい。

## 2. 連邦弁護士法の評価

a) 連邦弁護士法の成立は、弁護士がそれまで置かれていた職業実践上

- 
- 14) BR-Drs. 461/57; BT-Drs. 3/120. 第二草案に加えられた変更は、15のみであった。なお連邦参議院先議のため、連邦衆議院への上程は、1958年になってからである。
- 15) 連邦参議院での法案の審議は、三つの段階（読会 = Lesung）を踏んで行われる。第一読会では、議案の上程と委員会への付議が諮られる。第二読会は、委員会からの報告書の提出を受けて、本会議での法案の審理である。最後に第三読会において採決がなされる。
- 16) BT-Drs. 3/778. この委員会報告には、争点となった条文（項目）ごとに、その採用ないしは修正案ごと賛否の票数が明記されているが、そこから、委員会内での議論の激しさをうかがい知ることができる。
- 17) どのような修正案が第二読会で採択されたかは、BT-Drs. 3/878参照。
- 18) 両院協議会で合意された修正内容については、BT-Drs. 3/1033参照。
- 19) BGBI I S. 565.



の不安定に終わりをもたらし、大方の弁護士はこれに（は）満足した。そしてまた、連邦憲法裁判所そしてまた連邦通常裁判所あるいは連邦行政裁判所は、連邦弁護士法上のいくつかの制度を合憲だとしたことを受けて、「憲法に耐えうる」法律であるとの評価もみられた<sup>20)</sup>。しかしそれは連邦弁護士法が内容的にもほぼすべてが弁護士一般にとって満足のいくものであり、その成立によりすべての火種がいわばうまくリセットされたわけではもちろんないし、すべての弁護士からそう受け止められていたわけではない。また立法過程での弁護士理事会連合会ないしはドイツ弁護士協会と州司法省との間の綱引きは、弁護士自治と行政のせめぎ合いであることから、一方にリベラルな弁護士層と他方に弁護士認可・懲戒権益保持を図る州司法省という構図を描くのは少しく性急である。すでに述べたように、権益擁護の姿勢は、たとえば弁護士定員制 (Numerus Klausel) の主張のように、弁護士サイドにもみられていたのである。弁護士サイドからの自治権拡大を求める声は、たとえるなら、「衣の下に」弁護士の権益擁護・拡大という「鎧」が見え隠れしていたというのは、言い過ぎであっても、まったく的的外れではあるまい。その船出からいくつもの課題をかかえていたことは指摘しておく必要がある。

b) 何が問題とされたのか。本稿そしてまたわが国の関心からして、重要と思われるのは連邦弁護士法の基本姿勢、つまりはその想定する弁護士の職業像である。Busseによれば、次のように批判されていた<sup>21)</sup>。すなわち、連邦弁護士法の性格は保守的である。それは、弁護士という職業にも関わる現代の大衆国家 (Massenstaat) における法的・経済的關係の変遷

20) Ostler, a.a.O. (Fn. 8), S. 353. 問題とされたのは、原則は認可（活動できる裁判所）は、地方裁判所 (Landgericht = LG) か上級地方裁判所 (Oberlandesgericht = OLG) のいずれかにしか認められないが (Singularzulassung)、州によっては、双方の認可をえられる (Simultanzulassung) とする規律、弁護士兼公証人を州が認めないとする規律の合憲性、また弁護士の一般的義務を定めている連邦弁護士法43条を懲戒の根拠にすることの合憲性、そのほかには裁判所構成に関する規律の合憲性であった。

21) Busse, a.a.O. (Fn.6), S. 243 f.

に起因する多くの変化を顧慮していない。連邦弁護士法は、法廷弁護士、しかも、（労働裁判所などの専門裁判所をのぞいた）通常裁判所で「司法の機関」として活動する法廷弁護士にその標準をロックしている。この法律は、通常裁判所以外の裁判所の面前での法廷活動そしてますますその意義を増しつつある相談業務に目をつぶっている。この法律の描いている弁護士像は、戦前の時代の単独弁護士である。すでに始まっている業務共同への流れを無視している。この法律は、すべての法的事案の助言者たる能力を持った弁護士という、かなり以前から現実にそぐわなくなっている弁護士像に固執している。この法律では、専門化や専門弁護士は取り上げられていない。一つの地方裁判所とその管轄地域の区裁判所のみでしか代理人となることはできないとする分属制（Lokalisation）そして地方裁判所か上級裁判所のいずれかでしか代理人として活動できないとする単一認可制（Singularzulassung）は、真の意味でのいずれの地においても弁護士として活動できる自由（Freizügigkeit）を妨げている。職業上の義務の付立てについては、裁判所を構成するシステムの一部だとする考え方がいまだ前面にある。連邦弁護士法は、まずは依頼者に奉仕する者としての弁護士というものを知らないし、依頼者に奉仕するために必要な機動性は見受けられないし、また「ことに即して職務を行う義務（Sachlichkeitsgebot）」の誤った理解そして弁護士の義務を定めている連邦弁護士43条によって可能となる、弁護士の同僚意識に基づく諸制約を認める誤った気配りからの解放といったことも見受けられない。ナチスの制定にかかる権威的な1936年ライヒ弁護士法の「蒙古斑」つまりはその遺伝子をいまだ引きずっているというのは、すべてではないとしてもその核心を突いている。弁護士には気迫が欠けていた。1959年という年は、連邦弁護士法にそれ以上に磨きをかける機はいまだ熟していなかったのである、と。批判はかなり辛辣である<sup>22)</sup>。

---

22) なお、Redeker, NJW 1995, 1241 (1242) は、気迫が欠けていた、つまりは新たな彼岸への圧力の多くが成果を上げられなかった理由の（一つ）として、「ユダヤ系の同僚を失ったこと」をあげている。これはユダヤ系弁護士が、ナ

c) 筆者の関心事である基本法＝憲法との関連ではどうか。この点について、*Busse* は続けて次のように指摘する。すなわち、連邦弁護士法の制定時においては基本法上の基本権という観点からみた問題点を埋める機も熟していなかった。連邦憲法裁判所も、このようなアプローチをとるバステューユ裁判までに30年近くを要した。この裁判により、弁護士も自ら必要な改革をするときをえたのである。関係者は、この裁判によりはじめて、連邦弁護士法ではなく、基本法の語るところが本来の前に向かう道筋であったし、また現在もそうだとということがわかったのであった。1959年の連邦弁護士法の生みの親たちは、このことを完全に理解してはいなかったし、ワイマール時代からの伝統的な秩序そしてまたナチスの時代の後も生き続けてきた指導（教導）思想を飛び出し、憲法諸原則によって保障されている自由に飛び込んでいくのは、あまりにことが大きすぎたのであった。このことは、一つには、弁護士の職業法を定める権限の問題、そしてまた、現在の我々の社会における弁護士の役割とその地位について基本法が描く弁護士像にあてはまる、と。

d) 前者は、本稿で紹介するバステューユ裁判が取り上げた問題である。そして後者は、弁護士の職業像を定めている連邦弁護士法1条から3条に関わる。実のところ、連邦憲法裁判所は、この点についてはかなり早い時期から取り組んでいた。連邦弁護士法の制定から多くの問題提起がなされていたなかで、弁護士の職業像との連邦憲法裁判所の取り組みは、バステューユ裁判により弁護士職業法の憲法的視点からの洗い直しそして再構築が図られる前から始まり、1959年の立法者が構想した弁護士職業像を大きく改めていた、つまりは、特には連邦弁護士法1条の内容を基本法に沿うかたちで変容させてきていたのであった。その権利と義務を定める弁護士職業法的前提となる弁護士の職業像を次には、1959年の連邦弁護士法の生

---

チスにより排斥されるまで、いわば時代を引っ張る存在であったことを示すものといえる。ナチスが法学界から弁護士を含むユダヤ系法学者を完全に排除するまでのその活躍については、前出（注10）・ユダヤ出自のドイツ法律家に詳しい。

みの親たちがどう考えていたのか。そしてその理解を連邦憲法裁判所がどのように変容させたのかをみていくこととしよう。

### III 連邦弁護士法が描いた弁護士像

#### 1. 連邦弁護士法前夜

a) 連邦弁護士法1条から3条は、弁護士の地位ないしは職業についてその制定以来現在に至るまで次のように規定している。

第1条〔法的問題処理機構の中における弁護士の地位〕

弁護士は、法的問題処理機構を構成する独立した一機関である。

第2条〔弁護士の職業〕

- (1) 弁護士は、自由職業を行う。
- (2) 弁護士の活動は、営利を目的とする業ではない。

第3条〔助言および代理を行う権利〕

- (1) 弁護士は、あらゆる法律問題に関する適格な独立の助言者および代理人である。
- (2) あらゆる種類の法律問題につき、裁判所、仲裁裁判所または官署において活動することができる弁護士の権利は、連邦法によってのみこれを制限することができる。
- (3) すべての人は、法律の規定の枠内で、あらゆる種類の法律問題につき、自ら選任した弁護士から助言を受け、また、裁判所、仲裁裁判所あるいは官署において、弁護士を代理人とする権利を有する。

b) まずその由来であるが、弁護士とは何かを定めたこれらの規定と同様のものはすでに存在していた<sup>23)</sup>。それは、ドイツが占領を解除される直前の1949年3月にイギリス占領地域で施行された弁護士法である<sup>24)</sup>。しか

---

23) 以下は、*Henssler/Pritting/Busse*, BRAO 5. Aufl. § 1 Rn. 9)によった。

24) その1条1文が連邦弁護士法1条と、その1条2文が同2条1項と、その2条1項が同3条1項と、その2条2項1文が同3条3項と、そしてその2条2

し、1878年の弁護士法そしてまたナチスの時代の帝国弁護士法にもなかった。もっとも、すでに1833年には、弁護士は「正義の機構の機関 (Organ der Gerechtkeitspflege)」という表現が登場していた。1878年の弁護士法草案理由書の総論では、弁護士は裁判所組織の一部とされており、この草案に関する速記報告書において「法的問題処理機構 (この当時の意味では「司法」) の機関」という表現が用いられていたが、それは、「分属性 (弁護士は一個の特定の裁判所でのみ訴訟代理人となることがみとめられる) のもとでのみ、弁護士は、『紛争処理機構 (この当時の意味では「司法」) の一機関』たりうる」というもので、裁判所の一構成員であることを示すに過ぎなかった<sup>25)</sup>。その後1882年に、弁護士の懲戒を所管する弁護士名誉裁判所の判例がこの表現を取り入れ、ライヒ裁判所も、弁護人を排除することを正当化する理由として、そしてまた学説もこの表現を用いることになったが、それは、弁護士の活動に対する制約の根拠としてであった。たとえば、ライヒ裁判所は、「弁護は国家目的」のためのものであるとして、弁護士を弁護人としての活動から除外する根拠としていた。

c) その後、ナチスが政権を握ったのちの1935年に成立した弁護士法改正法の前文には、連邦弁護士法3条1項そして2条2項と同旨の文言が記載されていた。ただし、その上で、弁護士の職業は、「法への奉仕 (Dienst am Recht) である。」との文言が続いていた。そして1936年の帝国弁護士法は、この全文をふまえたものとなっていた。もっともその意味は、ナチスの思想に呼応したものであった。すなわち、弁護士は紛争解決処理機構 (この当時の意味では「司法」) の機関である。この機能は、次のような弁

---

項2文は、(もちろん「連邦法」ではなく「法律」となっているが) 同3条2項にはほぼ対応している。このほかにも連邦弁護士法2条1項と同旨の規定を持つ占領地弁護士立法もあった。Vgl. *Ostler*, a.a.O. (Fn. 8), S. 347.

25) 「Organ der Rechtspflege」という表現がこのような意味合いであれば、「司法 (裁判所構成) の一機関」とするのが妥当にも思われるが、筆者が当初から「法的紛争処理機構の一機関としたのは、かなり早い時期から、連邦弁護士法1条による弁護士の位置づけが、こうした意味合いで理解されることはもはやなくなっていたからである。

護士に委ねられる。その弁護士とは、「ドイツ民族の血のつながりをつうじて、国家社会主義の世界観を自らの良心とする者である」と。

このように、「法的問題処理機構（この当時の意味では「司法」）の機関」という弁護士像の記述は、いってみれば弁護士を裁判所組織に取り込み、そうすることで弁護士の活動制限を裏付け、懲戒の根拠として用いられてきたキーワードであったといってもよいものであった<sup>26)</sup>。

## 2. 連邦弁護士法1条の制定過程

a) 連邦弁護士法1条の制定過程はどうだったのであろうか。まずもって、連邦弁護士法の政府草案は先にみたように三つあるが、現在の2条そして3条に関しては、いずれも内容的にはほぼ同じであり、またその理由書での説明も同じである。これに対し1条は、第一草案そして第二草案のいずれもが、【弁護士の任務】とのタイトルで、「弁護士職階（弁護士全体）(Rechtsanwaltsschaft) は、法的問題処理機構（この当時の意味では「司法」）に協力すべき使命を負う。」と定めることを予定していたが、第三草案では、弁護士サイドが第一草案の段階から要望していた<sup>27)</sup>、現行法とほぼ同じ文言に改められた<sup>28)</sup>。その理由は、弁護士を「協力」者と表現

---

26) さらにナチスの政権は、この機関という地位にあるとの表記を利用して、弁護士とりわけ刑事弁護人を法適用にあたり自身の政治的目的に縛り付けようとしたのであった。Vgl. *Henssler/Prüting/Busse*, BRAO 5. Aufl. § 1 Rn. 25 f.

27) 先にみた弁護士会理事会の草案は、フランス占領地域の規律を取り入れて、法廷弁護士という弁護士像に立脚してはいなかったとされている。Vgl. *Ostler*, a.a.O. (Fn. 8), S. 343. にもかかわらず、1878年の弁護士法と同様なのは法廷弁護士像をイメージした1条とするよう弁護士サイドから求めたというのは、少しく理解に苦しむところではある。法的領域における幅広い活動を想定している3条1項との整合性についても、弁護士サイドはどのように考えたのか、興味をひかれるところであるが、みることができた当時の資料には、この疑問に対する明確な答えをみいだすことはできなかった。

28) なお、2条のタイトルについては、第一草案では、【弁護士職階（弁護士全体）の地位 (Stellung der Rechtsanwaltsschaft)】となっていたが、第二草案では、【弁護士の地位 (Stellung des Rechtsanwalts)】に改められ、第三草案はこ

するのでは弱すぎるということであった<sup>29)</sup>。「機関」とすることが、弁護士の独立をおびやかす手段としてナチスに利用されたことを承知の上でこのような表現を提案したことについては、たとえば職業監督という介入への道を開こうというもっぱら弁護士階層のイデオロギー的な背景があったのではないかと推測されているところである。もっとも、——2条そして3条についてはいうまでもないが——その理由についての説明は、第一草案以降何ら変わるところはなかった。

b) 連邦弁護士法1条について交わされた連邦衆議院法務委員会での議論は、そもそもこのような規定を置く必要があるのかであった。すなわち、少数派が「ある法律の法理論的そしてまた法政策的な基礎を説くことは、当該法律自身においてすることではない」としたのに対し、多数派は、「1条は、たとえば何ら実質をとまなわなないものではなく、同条は、すべての法生活において弁護士がどのような地位にあるかを確定するものである。したがって、後の個々別々の規定において繰り返し示されることになるこの規定を冒頭に置くことは、弁護士の権利と義務を定める法律にあっては不可欠である。」と反論し、結果11対6で採択したのであった。さらに、草案では「弁護士職階 (Rechtsanwaltsschaft) は」となっていたのを、現行法の「弁護士 (Rechtsanwalt) は」に改めることもこの委員会で決せられた。その理由は、こうすることで「法的紛争処理機構においては、個々の弁護士がまさに自己の責任のもとで行為をするのであり、これは、検察では検察官は全体組織の一構成員として行為するのとは異なるという事情を考慮しようとするものである。」と説明されている。確かに、今からすれば弁護士の活動を制約する規範(懲戒規範)という位置づけの匂いがうかがえるが、立法に深く関わった連邦衆議院法務委員会が考えたことは、こう定めることで、「弁護士は裁判所の下位に位置するのではな

---

れを引き継いだが、—連邦衆議院法務委員会の提案により—1条のタイトルが第一草案からの【弁護士の任務 (Aufgabe des Rechtsanwalts)】から【弁護士の地位】に改められたのにもない現行法の【弁護士の職業】と改められた。

29) Vgl. Busse, a.a.O. (Fn. 6) S. 213 f.

く、それと同等だ」ということを示せる、ただそれだけのことであった<sup>30)</sup>。

#### IV 連邦憲法裁判所による連邦弁護士法1条のあしらい

a) 先にみたように立法者の意図が奈辺にあったかはべつに、「機関」という位置づけは、わけても裁判所サイトからすると、弁護士の活動範囲を制約する根拠(介入規範=Eingriffstatbestand)として使い勝手がよいものようであった<sup>31)</sup>。当初は、まさにこれが起こっていたのであった。連邦通常裁判所も、介入規範としてではないが、1859年の判決において次のような判断を下していた。すなわち、「弁護人(弁護士=筆者)は、——場合によっては被告人の意思に反してでも、……というその任務を果たさなくてはならない。それは特別の法的地位であり、弁護人をして『紛争解決処理機構(本件では刑事司法の意味)の独立の機関』であることを示すものである。」と<sup>32)</sup>。こうしたことから、「機関」概念は、「対弁護人(弁護士)万能兵器」だなどとまで揶揄されたのであった<sup>33)</sup>。

連邦弁護士法1条、つまりは弁護士を紛争解決処理機構(ここでは「司法」の意味)の「機関」と位置づけたことを弁護士の活動規制の根拠として使う方向への流れをせき止めたのが連邦憲法裁判所だった。以下ではいづれも刑事弁護人に関わる連邦憲法裁判所の二つの決定をみていこう。

---

30) なお、連邦弁護士法2条そして3条については立法過程で問題とされることはなかった。

31) ちなみに初期の頃の旧東独では、「紛争処理機構(ここでは「司法」の意味)の機関」という位置づけが、弁護士は依頼者の利益保護より国家秩序の維持を優先させる義務があることを説明するものとして利用されていた。Vgl. *Henssler/Prütting/Busse*, BRAO 5. Aufl. § 1 Rn. 27.

32) BGHSt 12, 367 (369).

33) Vgl. *Henssler/Prütting/Busse*, BRAO 5. Aufl. § 1 Rn. 28.



【連邦憲法裁判所1967年6月28日決定】<sup>34)</sup>

[事案の概要]

(a) 本件は、ドイツの東西分裂・冷戦の象徴とでもいべき事件であった。すなわち、連邦憲法裁判所に憲法抗告を提起したのは、国家とその象徴物に対する誹謗 (Staatsgefährdung) で起訴された A の私選辩护人 X である。地方裁判所では、A は無罪の判決を受けたが、検察がこれに対して上告。X は、この上告手続においても A の辩护人となることを望んだ。連邦通常裁判所第 3 刑事法廷の裁判長は、自身の法廷での国家保安事件 (Staatsschutzsachen) で辩护人 X が辩护人を務めることについて生じている法的な疑念に対し、X が釈明するよう求めた。釈明を求める裁判長の書面には、X は旧東ドイツの支配政党であるドイツ社会主義統一党 (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands = SED) の党員であること、X の住所が旧東ベルリンにあること、裁判所にとり明らかな、ドイツ社会主義統一党またはドイツ共産党 (Kommunistische Partei Deutschlands = KPD) にとって重要な意味を持つ手続における裁判所面前での X の振る舞い方、ドイツ社会主義統一党の集会におけるその行動、その著作と東ベルリンにおいて教授資格を授与されていることの指摘に続けて、次のように記述されていた。

「これらすべてを集約すると、貴殿は、自ら進んで選択したドイツ社会主義統一党への依存のもと、西ドイツの内憂事件における辩护人としての職務 (Verteidigungsamt) を、必要な場合には被告人の正当な利益 (Belange) に反してまでも、同党の指示に従って遂行しており、また、目下の手続においてもそうしているし、将来的にもそうするものとほぼ考えざる

---

34) BverfGE 22. 114. なお、連邦憲法裁判所1962年12月19日の決定 (BverfGE 15, 226) も、基本法12条1項を理由に、威迫的な書面を裁判所に送りつけたことを理由とする辩护人排除を違憲としたものである。排除理由に「機関」概念が用いられてはいるが、辩护人排除決定の時点 (1959年) では、いまだ連邦弁護士法は成立・発効していないことから、当然ながら連邦弁護士法1条は登場しないし、同条が介入規範かは問われることもなかった。

をえない。こうした判断が妥当するなら、その場合には、いずれにしてもドイツ連邦共和国の国家保安事件では、貴殿は法律上弁護人から排除されることとなる。」

(b) Xが、これに対し何らの釈明をしなかったことから、第3刑事法廷は、連邦弁護士法1条、3条そして刑事訴訟法146条<sup>35)</sup>を根拠に、次のようにその理由を述べて、「弁護士X教授を法律に基づき弁護人から排除する」との決定を下した。すなわち、弁護人はその職に基づき、法的紛争処理機構（ここでは「司法」の意味）の機関として、国家のみならず、その利益が刑事手続の被告人の利益と相反する可能性がある、あるいは、当該手続を被告人の陰に隠れて政治的な目的のために乱用することをもくろむすべての人あるいはグループからその独立性を維持しなくてはならない。この原則は、分限法（Standesrecht）上の諸規定そしてまた刑事手続に関する諸規定に基づくものであり、すべての弁護士に妥当する。被告人は、他の強行的な手続保障の遵守と同じく、このルールに従うことを放棄することはできない。

Xが、それが関与する事件の政治的殉教者を作り出すことを望むドイツ社会主義統一党のガイドラインに従って弁護をしてきた他の手続でのその振る舞い、「その世界観上の帰依に基づき」進んで党員となっていること、その機関誌 [Neues Deutschland] に掲載された諸報告は、頻繁にXをたたえていること、さらに、西ドイツの刑事司法に関する諸書籍の表紙カバーの扇動的な広告文、そしてまた、「西ドイツにおける民主的な合法性の再興」への貢献を理由とする教授資格の付与にかんがみるなら、Xは、少

---

35) 同条は、直接的には複数の共犯の弁護人となることを禁止する規定であるが、そこに込められている利益相反禁止の趣旨から、弁護人の利益と被疑者のそれとが相反する可能性のあるとき、たとえば弁護士にも共犯の嫌疑がかけられている場合にも、弁護人にはなれないとするいくつかのケースが、戦前、つまりはライヒ裁判所の時代から同条の対象と認められてきた。本件も、弁護人であるXが被告人であるAの意に反してもドイツ社会主義統一党の指示に従うのは、これらケースと同様の利益相反ケースとみたわけである。

なくとも国家保安事件そしてまた本件本案手続においても、自ら進んで選択したドイツ民主主義統一党に依存するかたちで行動するものと考えられる。したがって、Xの弁護は、「個々の訴訟行為の効力を検討するまでもなく、手続法違反」である。

……被告人が手続法にのっとって弁護を受けられているかは、弁護士の分限法の問題ではなく、必要的弁護事件か否かにかかわらず職権で審査すべきものであるから、個々の場合において排除するか否かの判断は、事件を担当する刑事裁判所がこれを行うべきである。連邦弁護士法、わけても、弁護士の活動制限は連邦法によらなくてはならないとするその3条2項はこの点を変えるものではない。以上が連邦通常裁判所が下した決定の理由である。

#### 【理由の概要】

Xは、たとえば基本法103条1項が規定する法的審問請求権侵害などを主張して、憲法抗告を提起した。もっとも連邦憲法裁判所は、これらは取り上げず、法律の留保のもとで職業の自由を規定する基本法12条1項そして「相当性の原則（比例原則）」に違反するとして決定を取り消した。その理由を次のように敷衍する。

#### 「Ⅲ

1. 不服申立てを受けた裁判は、弁護士としての原告人Xの職業活動を侵害するものである。1878年の弁護士法以来、ドイツ裁判所に認可されたすべての弁護士はドイツライヒ内のすべての裁判所において刑事事件の弁護をする権限を有している。今日この弁護士の権利は、連邦弁護士法3条および刑事訴訟法138条1項により補償されており、弁護士の職業実践を担保している。したがってこの権利は、基本法12条1項において特別の基本権により保護されている（…判例引用…）。不服を申し立てられた処分は、……この観点から検討されなくてはならない（…判例引用…）。この処分は、刑事弁護人として出廷する原告人の権限を制限するものであるから、基本法12条1項の意味での法律によって規定されていなくてはならない。従前こうした法律はない。

2. 連邦通常裁判所の引用する連邦弁護士法および刑事訴訟法の諸規定には、このような規律はない。

連邦弁護士法1条によれば、弁護士は法的問題処理機構の独立した一機関であり、同3条1項は、あらゆる法的問題に関する適格な法的助言者とされている。しかしながらこれらの規定は、弁護士がその理想像にそぐわなかった場合についての介入規範を内包するものではない。このことは、弁護士の普遍的な代理の権限は連邦法によってのみこれを制限できると定めている連邦弁護士法3条2項からしてすでに明らかである。」と<sup>36), 37)</sup>。

【連邦憲法裁判所1967年6月28日決定】<sup>38)</sup>

[事案の概要]

連邦弁護士法1条は「介入規範」ではない。「弁護士は法的問題処理機構の一機関だ」という弁護士の位置づけを理由に、国家が弁護士の活動に口を挟むことがあってはならない。筆者から見ると、このような連邦憲法裁判所の姿勢を強く印象づけていると思われるのが、この決定である。それは1970年代に世界を騒がせた客観的にみればその実質は「テロ集団」であるドイツ赤軍・バーダー・マインホフグループ(Rote Army Fraktion = RAF・Baader-Meinhof-Gruppe)に関わるものであった。

(a) 事案の概要は以下のとおりである。すなわち、ドイツ赤軍の中核的

---

36) 憲法上の法律の留保に関して、法律と同等とされる前憲法的慣習法(Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht)も検討されたが、連邦憲法裁判所は、注35でみた刑事訴訟法146条の適用に関するライヒ裁判所等の裁判例がこれにあたるかは別に、本件のような場合に関する前憲法的慣習法は存在しないとした。

37) 相当性の原則に関しては、被告人の意思に反して弁護人を排除できるのは、より行為の利益を擁護すべき特段の場合に限られるが、本件では被告人は、Xの弁護のもと第一審で無罪となっており、また、連邦通常裁判所が排除の根拠とするところは、Xは被告人の利益のための弁護をまったくしなかったということではなく、いわばその恐れがあるとするだけであるから、格別排除すべき事情はないと判示する。

38) BVerfGE 34, 293.

メンバーである *Gudrun Ensslin* が逮捕された。刑法129条の【犯罪集団加担】罪として捜査手続が開始され、憲法抗告人である弁護士 X は、1972年6月7日、エッセンに拘留されている彼女を訪れ、弁護の依頼を受けた。数時間にわたる接見は、監視なしで行われた。同月15日、警察は、赤軍派の首謀者の一人 *Ulrike Meinhof* を逮捕。そこで、後に【*Ensslin* 秘密通信文 (*Ensslin-Kassiber*)】文書として知られることになる A4 の用紙に書かれた書面を発見した。そこには、いまだ逮捕を免れていたバーダー・マインホフグループのメンバーに対する依頼と指示および *Gudrun Ensslin* の逮捕とエッセンへの移送に関する報告が暗号化されて書かれていた。

(b) 同月17日、連邦通常裁判所の予審判事 (Ermittlungsrichter) は、連邦検事総長の申立てを受けて X を *Ensslin* の弁護から排除した。「X は、*Ensslin* の犯行に共犯者として関与した疑いが濃厚である。X は、唯一の接見者として監視なく彼女と話す機会を持ったのであるから、彼女の秘密通信文を拘留施設から持ち出すことができたのは X だけである。」というのがその理由である。

(c) この決定に対して、X そしてまた *Ensslin* が抗告したが、連邦通常裁判所は同年8月25日、いずれの抗告も退けた。抗告棄却の理由は、次のとおり。「弁護人排除の法的根拠についてみると、確かに刑事訴訟法においては、この規律は明定されていない。しかし、訴訟法および連邦弁護士法の一連の規定の趣旨とその目的から、このような処置の可能性および必要性が導かれる。弁護人に関与・共犯の疑いがあるときは、弁護という機能と被疑者の役割は相容れないことから、法律に基づく排除事由が認められることになる。弁護士は、法的問題処理機構（ここでは「司法」の意味）の機関であり（連邦弁護士法1条）、したがって弁護人としても国家司法の維持に協力するものである。共犯の疑いをかけられた弁護士は、もはやこのような職業像の意味で活動することはできない。共犯の疑いをかけられた者としての利益は、弁護人としての真実義務、守秘義務、ことに即すべしとの義務との抵触、そしてまたしばしばその依頼者に対する忠実義務との抵触状況に当該弁護士を置くことになる。わけても、必要とされ

る事件での予断排除をそれだけが担保する独立性（連邦弁護士法1条、3条1項）を当該弁護士は欠く。こうした抵触が、弁護からの排除をもたらすことは、（共犯者を同時に弁護することを禁じる＝筆者）刑事訴訟法126条1項からも導かれる。……さらに共犯の弁護士が、弁護から排除されなくてはならないことは、長きにわたり学説でも異論はない。この点で、判例とも一致している。この共通の見解は、いずれにしても、——前憲法的な——慣習法である。したがって問題となるのは、どの程度の嫌疑かである。単なる推測では足りないが、確証は不要である。嫌疑が明白であることが必要であるしまたそれで足りる。本件は、この明白な嫌疑が認められる。なぜなら、捜査の結果、秘密通信文をX以外が仲介したことを示す拠り所は一切ないからである。」と。

(d) Xは、この決定に対し憲法抗告を提起。その理由としたところは、大まかにいえば先の第1の事件で連邦憲法裁判所が判示したところをなぞった、つまりは、職業の自由を保障する基本法12条1項と相当性の原則の二つであった。

#### 【理由の概要】

(a) これを受けて連邦憲法裁判所は、「不服とされた裁判は、基本法12条1項に基づく原告人Xの基本権を侵害する。本件の弁護からの排除は、法律そしてまた慣習法に基づかないXの職業実践の自由に対する侵害である。」として、事件を連邦通常裁判所に差し戻した。その理由を次のように敷衍する。すなわち、

「 I  
不服とされた決定は、原告人Xの弁護士としての職業活動を制約するものである。刑事事件での弁護は、弁護士の重要な職業上の責務である。すでに1878年の弁護士法27条により、ドイツの裁判所に認可された弁護士は、ライヒ内のすべての裁判所で弁護をする権限を有していた。この権利は、今日、連邦弁護士法3条および刑事訴訟法138条1項で保障されている。この権利は、職業実践を確保するものである。したがって、基本法12

条1項の保護を受ける。

## II

刑事弁護人として出頭する被告人Xの権限は、同人が不服を申し立てた処分により制限されるから、基本法12条1項により、そのためには法律または法律に基づいた規律がなされる必要がある（…判例引用…）。それは今までのところなされてはいない。

1. 連邦通常裁判所が引用する連邦弁護士法および刑事訴訟法の諸規定にはこのような規律はない。

連邦弁護士法1条によれば、弁護士は法的紛争処理機構（ここでは「司法」の意味）の一機関であり、同3条1項によれば、すべて法的問題の適格な独立の助言者とされている。この規定は、すでに当裁判所が判示しているとおりの（…判例引用…）、弁護士がその理想像にふさわしくないときのための介入規範ではない。……刑事訴訟法126条1項は、複数共犯者の弁護人となることを禁止するもので、本件とは事案が異なり、共犯の疑いがある弁護人排除の法律上の根拠とはなりえない。」と。

b) 以上は、先行する連邦憲法裁判所の判断とその趣旨を同じくするものであり、連邦弁護士法1条の位置づけという観点からは特に新しいものではない。しかしあえて取り上げたのは、事案が「ドイツ赤軍」にからむもので、社会的関心の的だったからだけではない。ここには、連邦憲法裁判所が憲法12条1項の職業の自由を梃子として、弁護士の活動に対する規制に対しいかに断固たる姿勢をとっているかが実に如実に示されているからである。続けてこれを示す判示をみていこう。

「2. 連邦通常裁判所は、弁護人排除の措置を正当化する法原則を、法律から直接導き出したのではなく、一連の規定の意味と目的から導いた。それらに照らすと、弁護人の理想像からみて、弁護人の役割は、関与が疑われる共犯被疑者であることと相容れないとする。この点は、正しい考えに基づいている。自身が犯行に関与した弁護士は、原則法的問題処理機構の機関、そして被疑者・被告人の支援者（Beistand）としての地位が求め

る弁護人の責務を果たすことができない。なぜなら、この弁護士は、自分に対する処罰をできるだけ免れようと、そもそも真実発見を妨げるか自身の依頼者の利益をないがしろにするからである。こうしたことは、……弁護人の理想像にそぐわないばかりか、立法者が弁護人に期待した役割と相容れない。しかし、本件ではそれでよしとすることはできない。そもそものところ疑問なのは、次のような基本権を制約する法規範が、基本法12条1項2文の法律の留保を充たすかである。その規範とは、単に裁判官が個々の法律上の規定の意味と目的そして基本的な考えに依拠して獲得し、弁護人の理想像から発展させ、そしてまたその刑事手続における役割から導き出したものである。この点はさて置き、仮に共犯である弁護士は弁護人になれないという法原則に十分な法律上の基礎があるとしても、どの程度確実であれば排除できるのか、そしてまたどの裁判所がこれを判断するのかは不明のままである。この点に関しては、法律上の拠り所はない。法律上の諸規定の総覧、そこにみられる弁護人の理想像そして弁護人に課せられる手続上の責務からは、この点に関しては何もわからない。果たして弁護士の関与が裁判所の確信まで確定される必要があるのか、弁護人を排除するには、単なる嫌疑だけでよいのか、それとも明白な嫌疑がいるのか、はたまた後半開始に必要な嫌疑でよいのか、この点ははっきりしていない。同じことが、弁護権限の剝奪は、事件担当の刑事裁判官（裁判所…）なのか、それとも弁護士名誉裁判所（懲戒裁判所＝筆者）なのかという問題にもあてはまる。……連邦通常裁判所は、法治国家原則のもと、基本法12条1項が、裁判官による法の継続形成に対しいずれにしても次の場合には設定している憲法上の限界を本件では見落としている。すなわちそれは、弁護士に弁護人としての職業活動を大きく制限する法原則を定めようとする場合である。……このような相当厳しくかつ当該手続に関してはこれ以上にはない弁護人の地位への介入は、憲法に照らしその法的な正当性に疑問の余地はなくかつ信頼の置けるものであり、言明され、客観化された立法者の意思にその正当性を持つ根拠を必要とする。……弁護権限の剝奪は、被告人からその選択による弁護士を奪うことになる。同時にそれ



## 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

は、弁護士としてのその独立性を問題とする処置のもとに弁護人を置くことになる。このように、これは単に個人の問題ではなく、法的紛争処理機構の利益にも関わる問題である。法治国家原則に基づき組成されている刑事手続にとり、被告人が信頼する弁護士の弁護を受けられることは非常に重要である。この弁護士が、国家によるコントロールやその支配下に原則置かれることのない自由職業を営んでいることも、同じように重要である。弁護人を自由に選任する権利そして100年にわたり認められてきた『自由な弁護士』の原則は、被告人を国家行為の対象とするのではなく、訴訟主体としてのその地位を主張し、これと結びついた権利を実際にも使うことができる刑事手続の本質的前提をなしている。……」と。

c) 法治国家によって立つドイツの憲法体制の中で、弁護士が重要な責務を担っている。それゆえ、弁護士の職業実践に対する規制は、特に厳しい枠を課す必要がある。連邦憲法裁判所は、このような認識のもと、職業選択の自由という基本権そして相当性原則を梃子に、弁護士の地位・職業に強力な憲法上の保証を与えたのである。こうして、その強弱は別としても、1878年の弁護士法以来懲戒を含む弁護士の活動制限の根拠とされ、連邦弁護士法もまたそのようなもくろみをはらんでいたかにみえる「法的問題処理機構の一機関」という弁護士の地位に関する措辞は、連邦憲法裁判所によりその呪文の魔力をはぎとられたのであった。

しかし連邦憲法裁判所は、単に「機関」概念が介入規範たりえないとすると止まらず、かえってこの概念を用いて、法治国家の守護者としての弁護士像の彫塑を進めていったのであった。

## V 連邦憲法裁判所の弁護士像——1983年3月8日の決定<sup>39)</sup>

a) 連邦弁護士法7条5号の認可拒絶理由に関する1983年の連邦憲法裁

---

39) BverfGE 63, 266.

判所の決定は、それまでの連邦憲法裁判所の弁護士像を一つ集約したものといつてよかろう。同号は、弁護士の職業を行うにふさわしくないこと(以下「不適格」ないしは「不適格性」とする)を示す行為を有責に行った者には弁護士認可を認めないと定めているが、問題となったのは、この不適格性の判断にあたり、申請者が憲法に敵対的な政党(西ドイツ共産主義者同盟(Kommunistischer Bund des Westdeutschland=KBW))に加入し積極的に活動していることも——申請者にとり不利に——考慮することができるかであった。まず登録予定弁護士会理事会は、非行の事実に加え上記のような申請人の政治的態度を指摘して認可不相当との意見書を提出した。この場合の裁定機関である弁護士名誉法院(Ehrengerichtshof)は<sup>40)</sup>、こうした政治的態度は、犯罪行為をもって憲法秩序に挑む者には弁護士認可を与えないとする連邦弁護士法7条6号の問題だとした<sup>41)</sup>。しかし連邦通常裁判所<sup>42)</sup>は、この判断を覆し、こうした政治的傾向も同条5号

40) 当時の認可権者は、州司法行政(多くの州では州司法省)とされていたが、(一義的な拒絶事由を除く評価かわる)一定の拒絶事由については必ず登録予定弁護士会理事会の意見を徴することが求められていた。そして、認可不相当の意見が提出されたときは、弁護士名誉法院が判断するとされていた(申請者が判断申立てをしない場合には、申請は取り下げられたとみなされる)。このことからすると、弁護士強制との平仄といった制度設計の観点から形式的には州司法行政が認可権者とされていたものの、一次的な認可の実権は、すでにこの時点から弁護士会(理事会)が握っていたと考えてよいのではなかろうか。

41) この6号は、第一草案が「権利保護を求める市民の利益あるいは法的問題処理機構の実践をおびやかす危険のある行為」を拒絶事由にあげたのに対し、連邦衆議院が広すぎるとして、代替案としたものであった。第三草案で草案中に取り込まれた。もっとも、草案では、「刑事上罰せられる方法」という限定はなく、この限定は議会がつけたものである。Vgl. *Henssler/Pritting/Henssler*, BRAO 5. Aufl. § 7 Rn. 66 ff. ちなみに、この規定は、「政治条項(politische Klausel)」と呼ばれたことから推測できるように、ナチスのように弁護士に対し国家に対する忠誠を求めるようにもみえることから、東独サイドから絶好の批判対象とされたところである。Vgl. *Ostler*, a.a.O. (Fn. 8), S. 354 f.

42) BGHZ 77, 331. 「連邦弁護士法7条5号に基づく総合評価にあたっては、申

の「不適任」の評価根拠とできるとしたのであった。憲法抗告を受けて、連邦憲法裁判所は、1878年弁護士法以来の「自由な弁護士」の趣旨に照らし、これは基本法12条の職業選択の自由に違反するとしたのであったが、その冒頭で次のように弁護士の職業像を示している。すなわち、

「I

不服を申し立てられた裁判の検討にあたっての準則は、職業の自由という基本権である。……

1. 連邦憲法裁判所は弁護士という職業に関する規範による規律とその適用を、これまで常に職業上の自由を特別の基本権として保護する基本12条1項に照らして判断してきた。このことは、単に弁護士の職業実践、そしてまた、弁護士の分限法（懲戒＝筆者）にのみ当てはまるものではない（…判例引用…）。かえって懲戒としての弁護士認可の剥奪および暫定的な代理禁止に関する諸規定（…判例引用…）あるいは認可に関する諸規定により、職業選択の自由が制限される場合には、基本法12条1項が適用となる。

すでにこれら多くの裁判において、連邦憲法裁判所の二つの法廷はいずれも、この100年来貫徹されてきた『自由な弁護士』の持つ重要かつ客観的な意義を強調してきた（…判例引用…）。1867年に出版されたグナイスト（*Gneist*）の著書に由来するこの要請は、弁護士という職階の公務員にならった構成から、国家から独立した自由職業への転換を示している（…文献引用…）。このような転換は、ついには、1878年7月1日の弁護士法によりドイツライヒすべてにおいて貫徹されたのである。この弁護士法の

---

請者Xが反憲法的組織（本件では、西ドイツ共産主義者同盟）に積極的に関わっていたことを、同法7条6号の要件を充足しなくとも、その不利益に考慮することが許される。」がその要旨である。

なお、弁護士の認可・懲戒事件については、連邦通常裁判所に特別の法廷（*Senat für Anwaltsachen*）が設けられている。現在その構成は、連邦通常裁判所長官を裁判長とし、同裁判所の判事2名および連邦弁護士会長が提出する候補者リストに基づき任命される弁護士2名により構成されている（2009年の改正（BGBl. IS. 2449）までは、各3名であった）。

草案には、後に不必要として削除されたが、「弁護士は、国家公務員の権利を有することもなければその義務を負うこともない。」という明確化のための規定が盛り込まれていた（…文献引用…）。この法律は、弁護士が裁判官と同じ分限上の監督に服さないこととならび、裁判官職に就く資格をえた者すべてが申請により自由に認可を受けられる基本的な権利を保証していた。立法過程で多くの代議士がはっきりと賛意を表していたのは、国家公務員であった者が弁護士になれること、したがって、弁護士というものは、公務員が支配層の見解に反対して公務員を辞したときの待避場所になるはずだということであった（…文献引用…）。

……

2. 弁護士という職業を公務員と同じような拘束から解放し、弁護士の職業を国家から独立した自由職業として承認したことは、憲法定者がこの点を認識しそして自身の意思だとした、国家権力を法治国家にのっとり制限しようとする努力の重要な要素の一つととらえることができる。法治国家の考え方に対応しかつまた法的紛争処理機構にとり有益なのは、そもそもところ機会均等・武器平等の原則にのっとり、自身が信頼しそしてできる限り国家の影響から自由かつ独立してその利益を擁護することができる法につうじた者を市民が利用できるようになっていることである。『弁護士は、国家のコントロールと支配（Bevormundigung）を基本的に受けない自由職業を実践する。』（…判例引用…）そしてまた『弁護士の職業実践は、それが職業の自由という基本権に照らした憲法適合的な規律により制限されない限り、基本法のもとにおいては個々の弁護士の自由かつ規制を受けない（unreglementiert）自己決定に服する。』（…判例引用…）とする連邦憲法裁判所の判例は、これと軌を一にするものである。連邦弁護士法は、弁護士を『法的問題処理機構の独立の機関』と位置づけていること、そしてまた、判例ではときに『国家的に拘束を受ける信頼に基づいた職業（Vertrauensberuf）』といわれているが、これによっても上記の基本的評価が変わるところはない。弁護士を法的問題処理機構の機関とすることは、連邦弁護士法第一草案ではいまだ予定されていなかったところだ

が、これを承認したことは、自由主義的な法治国家においては、弁護士は権利保護を求める市民の適格な助言者であり代理人として、検察および裁判官とならんで『権利のための闘争』において独自の重要な機能を果たすものであること、そしてまた、それゆえに弁護士は、その依頼者よりも広範な権限とそれに相応する義務にふさわしいということを示すものである。同じく、証人から依頼を受けた弁護士の立会いを認めなかったことを違憲と判断し、この際、弁護士の職業は、その利益のために国家に拘束を受ける信頼に基づいた職業であり、それは弁護士に真実と正義に適うことを義務づける『公職に類似する地位』を与えるものだとした裁判（…判例引用…）も、このような評価と抵触するものではない。この裁判でも、ほかのすべての裁判におけると同じく、基本法12条1項が重要な憲法上の審査基準として適用されているし、そしてまた、法的問題処理機構の機関という弁護士の位置づけは、弁護士がその理想像に違反した場合における介入規範となるものではないとする先行判例（…判例引用…）との乖離はみられない……。」そう判示したのであった。

b) 弁護士は自由を基本とする法治国家を支える一つの重要な要素である。市民がその権利を実効的に享受するには、弁護士は不可欠である。弁護士はそのために、原則的に自由かつ規制を受けることなく、自己の責任において、つまりは他の者からの指示に服することなく判断・決定することができなくてはならないし、またそうしなくてはならない。筆者流にまとめると、連邦憲法裁判所が描く弁護士像・弁護士の職業像はこのようにいうことができよう。連邦憲法裁判所は弁護士に対する規制・制約を違憲とする際の根拠に、(相当性(比例原則))をともしながら常に職業の自由を定める基本法12条1項を用いているが、上記のように彫塑された「弁護士」の職業像によって立つものであることを見落としてはなるまい<sup>43)</sup>。

---

43) ちなみに、EU法を司るヨーロッパ裁判所(EuGH)は、EU法についての弁護士の機能・役割について次のように定義している。「弁護士は、完全な独立性の下、法的問題処理機構のため、依頼者が必要としている法的支援を確保す

c) 連邦憲法裁判所による弁護士の「法治国家のかなめ」と位置づけは、その後の弁護士職業法に関わる問題の判断にあたって、連邦弁護士法1条を付加した当初の意図とは反対に、弁護士に対する制約を押しとどめる際の一つの根拠として使われ続けたのである<sup>44)</sup>。

## VI バスティーユ裁判の概要とその意義

a) 以上のように、連邦憲法裁判所は、法治国家における弁護士が果たす機能にかんがみて、その職業実践に対するすべての制約を厳しく監視してきたところであり、決して眠りをむさぼっていたわけではなかったのである。それではなぜ、1987年のバスティーユ裁判が、鉄壁を誇った城壁を打ち砕くとまでいわれるほどに衝撃的であり、それまでの判例の意味を断ち切るまでに強烈なものだったのだろうか。それはひとつには、この裁判が、連邦弁護士法177条2項旧2号<sup>45)</sup>を根拠として連邦弁護士会により定められていた弁護士倫理綱要 (Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts) の意味を全面的に否定したことであり、これにより弁護士は、その職業法の全面的検討を迫られたからである。しかし筆者からするとより重要なのは、これにより変容するリーガルマーケットに対応した改革を推し進める契機をえられたことである。バスティーユ裁判以前の判例はあまり意味がないというのは、現在の弁護士職業法を形作った諸改革が、この裁判の後になされたものであることの裏返しであり、そしてまた、この裁判以降のわけでも連邦憲法裁判所の弁護士職業法に関する判例は、ときにこのような改革の道標であり、それを推し進める原動力となっていたことを示すものといっておかろう。

---

る義務を負う法的問題処理機構の一機関である。」Vgl. AnwBl 2012, 1003.

44) Hensler/Prütting/Busse, BRAO 5. Aufl. § 1 Rdn. 31 f.

45) 連邦弁護士会の権限を定める連邦弁護士法117条の2項2号は(現在は削除)、次のように定めていた。「弁護士の職業実践に関する問題についての一般的見解を要綱において定めること」

バスターニュ裁判については、そのほぼ全訳をすでに発表させていただいているので<sup>46)</sup>、ここでは（多くはすでに他の機会に言及したところと重複するが）概要を紹介しておくに止めよう。

b) 第一の決定<sup>47)</sup>では、ドイツにおける伝統的な弁護士の行動規範である「ことに則して (sachlich)」行動すべしとの義務違反が問題とされた。現在は弁護士の基本的義務として連邦弁護士法43条 a 3項に規定されているこの義務は、当時は弁護士倫理綱要において規定されていた<sup>48)</sup>。義務の具体的な内容は、大まかには、真実義務違反と意味のない節度を越えた発言の禁止である<sup>49)</sup>。この決定では二つの事件が併合されており、問題とされたのは、医療過誤事件での医師に対する非難（揶揄）と、管財人報酬からんだ弁護士の担当裁判官に対する非難（揶揄）であった。第二の決定<sup>50)</sup>は、当時は弁護士倫理綱要 2 条 2 項が広告問題として禁止していた記者会見などでの公表のあり方（センセーショナルに取り上げてはならない）に関するものであった。

c) この二つの決定において連邦憲法裁判所はそれまでの自身の立場を覆し、弁護士倫理綱要は、弁護士職業実践を制限する根拠とはいかなる意味でもなりえないとし、議会が速やかに対応することを求めたのであった。すなわち、それまでも弁護士倫理綱要は、基本法12条 1 項 2 文が求め

---

46) 森勇「ドイツにおける専門弁護士制度の展開」森勇編著・リーガルマーケットの展開と弁護士の職業像（中央大学出版部2015）231頁以下（263頁以下）。初出については同書【初出一覧】参照。

47) BverfGE 76 171.

48) 綱要では、当事者との関係（1条）、裁判所との関係（9条）そして官署との関係（10条）にわけて規定されていた。

49) 43条 a 3項は、この点を次のように定めている。「弁護士は、その職務を行うにあたり、事に則さない行動をとってはならない。事に則さないとは、わけても、知りつつ真実に反することを伝播させる行動、あるいは、他の関与者もしくは手続経過が何らその契機を与えてはいない名誉を毀損する表明となる行動をいう。」

50) BverfGE 76, 196.

る法律の留保に相当する「法律」ではないことは、連邦憲法裁判所も認め<sup>51)</sup>、広く承認されていた<sup>52)</sup>。しかし、守秘義務・利益相反など弁護士の職業実践に直結するその中核的義務については連邦弁護士法自身に規定はなく、抽象的・一般的に弁護士の基本的義務を定めている連邦弁護士法43条の解釈問題とされてきたことから、弁護士倫理綱要をその際の補助手段とすることは連邦憲法裁判所によっても認められていた<sup>53)</sup>。パスティーユ裁判はさらに、これまでも否定してしまった。つまりは懲戒の具体的基準を(混乱回避のための常套手段である「新たな立法までは、最低限必要な限りで、解釈の補助手段として利用できる」としつつ)根こそぎ引き抜いてしまったのである。その理由としたところを簡略に述べると、①先にも述べたように、弁護士倫理綱要は、基本法12条1項の要件をみたまない。連邦弁護士法177条2項旧2号は、その成立過程からして授権を意図したものではない。また、②弁護士倫理綱要は、弁護士の「エトス=慣行」以上のもの、つまりは解釈の補助手段とするのも、実質的には「規範的人格」を認めることに等しい。③連邦弁護士会により定められる弁護士倫理綱要は、固定的(Immobilität)であり、政治的・経済的諸条件の変化に対応しつつ弁護士職業法を形成していくかたちで発展させ、また、たとえばヨーロッパ統合の枠組みの中で、これを異なる考え方と調和させていくには、弁護士倫理綱要という仕組みは適さない、というものであった<sup>54)</sup>。一部を除き、ほとんどその存在自体を争われることもなく、また自律的な職業法がないことに何も痛痒を感じてこなかった弁護士階層にとり、立法者は憲法上の諸原則にのっとり弁護士に対する授権とその範囲を明確にし、

51) BverfGE 36, 212 (217).

52) 弁護士倫理綱要の法的位置づけないしはその法的意義については、Ringenberg・Hummel・Zuck・Eich, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2. Aufl. Einleitung 27 ff. に詳しい。

53) BverfGE 57, 121 (133).

54) このほかに、具体的な規律内容に関して、「明確性(Bestimmtheit)」、そして「本質事項法定原則(Wesentlichkeitstheorie)」、つまり本質的事項を授権することはできないとの観点からの指摘もなされている。



弁護士階層はそれを受けて自律的な職業法を定立しろ、そう命じるに等しいバステューユ裁判が弁護士に与えたショックの大きさは、想像に難くあるまい。

d) 筆者の関心から目をひかれるのは、③の理由である。これは法的な論理を展開しているというよりも、現在の弁護士職業法のあり方に対する懐疑の表明と受け止めた方がよいのではあるまいか。「弁護士職業法がこのままでは、皆さんには将来はありません。目を覚ましなさい。」連邦憲法裁判所がこうささやいているといたら、思い違いであろうか。

とまれ、このバステューユ裁判を契機に——もちろん当初は、たいしたことではない、弁護士倫理要綱の内容の大方は、連邦憲法裁判所もその効力を認めている憲法前からの慣習法 (Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht) だから引き続き通用性を持つといった楽観的な見方もあったが<sup>55)</sup>——連邦弁護士法の改正と自律的な職業規則のあり方をめぐる激しい議論が繰り広げられたのであった。その際の論争の激しさは、バステューユ裁判の趣旨にそった連邦弁護士法の改正法<sup>56)</sup>が1994年9月に成立するまで、実に7年余の歳月を要したこと、そして連邦弁護士法に新たに規定された授権条項 (同法59条 b) に基づき、弁護士の自律的な職業法 (Berufsordnung des Rechtsanwalts) が定められたのは、それからさらに2年余が経過した1996年11月<sup>57)</sup>であったことが端的に物語っている。

## VII ま と め

以上、ナチスドイツ崩壊から連邦弁護士法の成立、連邦弁護士法1条の規定に対する連邦憲法裁判所の取り組みとそれが描いた弁護士像、そして

---

55) 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) 「シンデッ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年) 427頁以下 (431) 頁。初出については、初出一覧参照。

56) BGBl. I S. 2278.

57) BRAK-Mitt 1996, 241.

現在のドイツ弁護士職業法へのいわば起爆剤となったバスティーユ裁判の概要を、——振り返ってみるとかなりの早足で——ながめてきた。筆者の目下の研究の関心事である連邦憲法裁判所は、連邦弁護士法成立からまもなく、弁護士に対する規制を衣の下に隠した——すでに当初から実像とはかけ離れていた「法廷弁護士像」を彷彿とさせる——連邦弁護士法1条に直面し、その衣の下の鎧をはぎとり、それを逆手にとったかのように弁護士像を彫塑していったのであった。弁護士は法治国家の一つのかなめ。その大前提のもと、連邦憲法裁判所は、とりわけ基本法12条1項の職業の自由を梃子に、弁護士の活動に対する制約を厳しくチェックしてきた。つまり、バスティーユ裁判を待つまでもなく、弁護士職業法における連邦憲法裁判所の存在感はすでにかなり大きなものとなっていたのである。

バスティーユ裁判は、その延長線上にあつて、弁護士が長きにわたりその職業法の拠り所としてきた弁護士倫理綱要をその根から断ち切ることで、変化する政治・社会情勢、そして統合ヨーロッパがもたらすリーガル・マーケットの変化に対応できる弁護士職業法を模索することを求めた。このように評価してもよからう。こうした連邦憲法裁判所のスタンスが、ドイツ弁護士職業法を憲法的視座から検討する機会を増していくことになったのである。

次稿からは、ドイツ弁護士をとりまいている個々の局面における法的環境が、どのように変化していき、そして現在どのようになっているのか。連邦憲法裁判所の裁判例——場合によりバスティーユ裁判以前にさかのぼることもありうるが——が示す憲法的視座をふまえてこれをみていこう。

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