

研 究

## ドイツにおける守秘義務とその再構成

——弁護士の守秘義務を取り巻く環境変化への対応のひとつのモデル——

Die Neuerungen der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht in BRD:

Ein Model der Regelung der Verschwiegenheitspflicht

in der Zeit des Outsourcings

森 勇\*

### I はじめに

弁護士の守秘義務は、独立性の確保そして利益相反禁止とならぶ弁護士の基本的義務であり、弁護士がその職業を社会の付託と期待に応じて円滑に実践するうえで不可欠な要素である。この義務なくしては、弁護士に何を話してもよい、洗いざらい話せるという依頼者との信頼関係を構築することはおよそ不可能であり、ひるがえって弁護士が依頼者の権利擁護に必要となる情報を欠いたままでは、弁護士が近代国家の大前提をなす法治国家の擁護者としての使命を果たし、依頼者の権利を実効的に保護することはできない。また、開示された依頼者の個人情報のみだりに第三者に伝播することは、憲法により保護されるべき依頼者の情報に関する自己決定権を侵害することにもなる。

いうまでもなく弁護士の職業実践を支えるコアバリューである守秘義務も、社会・経済構造と無縁ではなく、その変容・変革が生み出す新たな課題を克服する必要に常に迫られている。この点は、独立性の確保と利益相反禁止とも共通する。すなわち、独立性の課題は、社会・経済活動がその

---

\* 客員研究所員・元中央大学法科大学院教授

形態を変容する中で、独立性を損なう要素にどう向き合っていくかである。かつての中心課題は国家からの独立であったが、現在では、たとえば、勤務弁護士・団体内弁護士あるいは顧問契約をつうじての単一クライアントに依存する弁護士の増加は、それらの独立性をどう確保していくか（場合によっては、弁護士として認めないか）という新たな問題を深刻化させている。同じことは、利益相反についてもいえる。単独弁護士から弁護士ないし税理士などの隣接業種との業務共同、さらにはワンストップ・サービスをにらんで建築士や医師・薬剤師などにもその対象を広げた【異】業種間業務共同の拡張は、利益相反を共同体構成員全体を一単位としてとらえた規律の必要を生み出し、そしてまた弁護士の移籍の自由との確執を生み出している。

弁護士の守秘義務も同様である。ここでも、その対象と広がり社会・経済環境に合わせておかななくては意味がない。特にここでの問題は、守秘義務の主体である弁護士業務を支える人的環境の変化である。わが国では、法律上名文で守秘義務の主体とされ、証言拒絶権を与えられ、刑法上秘密漏示罪の対象となるのは、職業従事者本人、ここでの関心からするなら弁護士のみである（刑法134条1項）。その業務を支える人的環境、つまり事務処（組織・組織体の意）スタッフなどは、法律上当然に守秘義務を負っているわけではなく、弁護士との雇用契約に基づく守秘義務を負うに止まり、秘密漏示罪の対象でもなければ、証言拒絶権もない。このような規律では、弁護士に守秘義務を課した意味がなくなる。法的にはクライアントの情報を事務処スタッフから聞くことはできてしまうからである。それを支える土台がかくも脆弱であっては、弁護士からいくら守秘義務を説かれても、すべてを打ち明けるのは腰が引けよう。この点ドイツ法は、かつてから弁護士以外の事務処スタッフについても、秘密漏示罪の対象となるし、証言拒絶の権利も与えられていた。しかし、ITといった技術革新一つをとっても、守秘義務を取り巻く人的環境に大きな変革をもたらしている。インターネットはすでに弁護士業務にとり不可欠なツールとなっている。クラウドしかりである。そして、これらは一方で情報が漏洩するり

スクを高めたし、他方、これに対応したセキュリティー確保を含めたそのメンテナンスは、IT技術者などのエキスパートの支援なくしてはありえない。そして支援を求める技術者は、まずほとんどが事務処のスタッフではない。アウトソーシングである。今話題となっているAIを用いた弁護士業務（法律事務）の処理についても、同じことがあてはまる。弁護士の業務の一部あるいは周辺環境の整備のアウトソーシングはまた、業務の効率化そしてコストダウンにつながることから、伝統的には事務処のスタッフが担ってきたものをもその対象に取り込もうとする。ドイツの弁護士界と立法はこれに対応した。そしてこの対応の方策は、弁護士が法治国家の守護者としてよどみなくその活動を展開できる基礎を提供するものとして、将来わが国も歩むべき方向であることは間違いない。

本稿の意図は、第一にはこれを紹介することにある。ただ、ドイツの連邦憲法裁判所によれば、守秘義務が憲法上の保護を享受する自由権と位置づけられている点の明確な認識なくしては、新たな立法の意義は十分には理解できないように思われる。そこでまずは、(Ⅱ)その重要性に鑑みて、公権力の行使に制約を課した連邦憲法裁判所の判例を紹介し、守秘義務の意義を確認したうえで、次に、(Ⅲ)ドイツの守秘義務に関する法的規律の系譜を追い、そして(Ⅳ)今回のドイツにおける新たな規律の枠組みを紹介し、加えて——筆者の関心に幅寄せしたものではあるが、——ドイツにおける守秘義務をめぐる議論の一端を（わが国での議論に若干コメントを加えつつ）追っていく。そして最後に、(Ⅴ)上記をふまえて、弁護士の守秘義務に関し、わが国がまずは取り組むべき喫緊の課題は何かを摘示してみたい。

## Ⅱ 守秘義務の憲法的基礎——連邦憲法裁判所

2003年3月31日第二法廷判決<sup>1)</sup>

イ) ドイツ連邦憲法裁判所は、長きにわたり弁護士職業法に関わる諸規

---

1) BverfGE 110, 226.

律の合憲性について、数多くの裁判例を積み上げてきた<sup>2)</sup>。その基本的姿勢は、弁護士の職業実践に対するあらゆる制約は、いわゆる憲法であるドイツ連邦共和国基本法(以下「基本法」という)<sup>3)</sup>12条1項が保証する「職業の自由」の観点から検証されなくてはならないというものである<sup>4)</sup>。ここで取り上げる判決は、連邦憲法裁判所の弁護士の職業秘密に対する立ち位置を示す、つまりはその憲法的価値を説く裁判例として、コンメンタール等では必ずといってよいほど摘示されているものであるが、これもまた、問題となった刑法規範を、弁護士の職業秘密の保護の観点から、弁護士の職業(実践の)自由を侵害するとして、その適用を制限する(限定的に解釈する)ことを命じたものである。

ロ) [事案の概要]

(a) 本件は、犯罪収益の移転禁止を定めるドイツ刑法261条2項1号が合憲かが問われたケースである。同条はその見出し「資金洗浄：不法に取得した財産的価値の隠匿」が示すように、いわゆるマネーロンダリングを取り締まる目的で、1992年に刑法典に導入されたものである。わが国では特別法として制定されている「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」と趣旨のものであり、その1項は、一定の犯罪により取得した物(以下、「犯罪収益等」という)を隠匿しあるいはその由来を隠

---

2) その一端については、森勇「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—」比較法雑誌54巻3号71頁(86頁)以下参照。

3) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

4) これに加えて、これはあらゆる問題に関わるが、相当性(Verhältnismäßigkeit)の観点もまた一つの試金石とされている。守秘義務の憲法上の基礎については、マティアス・キリアン(應本昌樹訳)「弁護士の職業秘密—ドイツ弁護士法における展開とその方向—」森勇編著『弁護士の基本的義務 弁護士職業像のコマバリュウ』(2018 中央大学出版部)471頁以下参照。なお、Verhältnismäßigkeitは、一般には「比例原則」と訳されているようだが、現在ではひろくEUの政策基準ともなっているこの概念は、単に比例選挙の場合の物理的なプロポーショナルに止まらず、評価も内包しているものであることから、著者としてはあえて「相当性」と訳させていただくことにする。

蔽等々した者は、3ヶ月から5年の自由刑に処すると定め、同条2項1号は、1項の犯罪収益を自ら取得し、あるいは第三者に取得させた者も同様と定めている。さらに同5項は、1項と2項の行為を重過失で行った者も、2年以下の自由刑または罰金<sup>5)</sup>とする一方、他方では同9項が、自首した者あるいは犯罪収益等の押収に協力した者には刑を科さないと定めている。

(b) 事実関係と連邦憲法裁判所までの道のり、つまりは憲法抗告人に対する通常刑事裁判権で繰り上げられた議論に詳しく言及することは、本稿の関心を超えるので簡略にまとめると、発端は、ドイツ人からだけでも9万4千人の被害者から少なくとも20億マルク（概算1千4百億円）かき集めた投資詐欺グループ（「German Kings Club」とその後継「European Kings Club」）の首謀者2名の刑事弁護を、弁護士Xら2名が引き受けたことであった。弁護士Xらは、弁護士報酬の一部として現金で20万マルクを受け取ったが、その現金は投資詐欺グループの犯罪収益であるから、ドイツ刑法261条2項に違反したとして起訴され執行猶予付き自由刑9ヶ月の有罪判決を受け<sup>6)</sup>、上告も棄却された。

- 
- 5) ドイツの罰金額は、わが国のように固定金額ではなく裁判所が、罰金を宣告された者の第一審判決時の収入財産等の状況に応じて定める1日あたりの金額に宣告された日数をかけて算出される仕組みになっている。現在の日額は、1ユーロから3万ユーロの範囲内で、日数については、5日以上360日以下とされ、併合罪の場合の上限は720日とされている。ドイツ刑法40条、同54条参照。
- 6) 被告らの保釈金50万ユーロの返還を国庫から受けたことも、同じく2項違反で訴追されたが、第一審の地方裁判所では、国庫から払い戻された金員は犯罪でえられた利益ではないから、幫助を定めるドイツ刑法257条にあたらないし、国庫に一度納められていたものは、犯罪により直接取得したものの転化物ではないからマネーロンダリングにもあたらないとして、無罪とした。しかし、上告審である連邦通常裁判所は、供託金の押収を故意で危険にさらしたが、つまりは1項の隠匿にあたらないかの検討を欠いているとして差戻した。これを受けた地方裁判所は、これとは別の1項で定められている犯罪収益であることの隠蔽だとして有罪とした。この判決に対しても憲法抗告がなされたが、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法90条2項に定められている補充性の原則（Subsidia-

そこでXらが本件憲法抗告を提起した。同項の無制限の適用は基本法12条1項が保障する刑事弁護人の職業の自由を侵害する。また、憲法に基づく法治国家原則にのっとりた刑事弁護制度を阻害する。なぜなら、依頼者と刑事弁護人間の信頼関係は、憲法上の保護を受けるものであるが、ドイツ刑法261条2項1号を無制限に適用すると刑事弁護人は、自身の処罰を免れるため、被告人に対し不信感を持って臨むか、弁護報酬を放棄するしかない。それでは刑事弁護人はその職務を行えないから、同項を憲法適合的に解釈する必要がある。刑事弁護人については、被告人が自白しあるいは有罪が宣告された場合のみ、その後の刑事弁護人による報酬の受領が同項の適用対象になるとすべきであるというのが、その理由の概要である。なお、本件では事案との関係から主語が「刑事弁護人」となっているが、守秘義務に関しては、全面的に「弁護士」と読み替えてよい。

(c) 結果的にはこの憲法抗告は棄却された。しかし連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法261条2項1号の刑事弁護人への適用には憲法上の限界があるという原告人の問題提起自体は正しいとして、刑事弁護人に対する同項の適用については、刑事弁護人がその職責の遂行を阻害されることがないよう、次のように判示したのであった。

#### ハ) 【判旨】

- 「1. ドイツ刑法261条2項1号は、刑事弁護人がその報酬受領の時点において、間違いなくその出所を知っていた場合のみ処罰されうるとする限りにおいて合憲である。
2. ドイツ刑法261条2項1号の適用にあたっては、刑事訴追官署および裁判所は、刑事弁護人の特別の地位に照らし、つとに捜査手続の段階から特別の配慮をしなくてはならない。」

#### ニ) [理由の要点]

その理由付けは詳細にわたるが、ここでは、本稿の関心である守秘義務との関係でみると、次のように要約できよう<sup>7)</sup>。

---

rität), つまり、いまだ上告の道があることを理由に不適法として却下している。

7) 連邦憲法裁判所が職業の自由との関係でもうひとつ問題としたのは、ドイツ

①ドイツ刑法261条2項1号は、基本法12条1項の「職業の自由」を制約する。

②守秘義務は、弁護士という職業をかたち作るその基本的義務であり、それは健全な刑事司法の前提である弁護士・依頼者間の信頼関係を成り立たせるための不可欠の要件として憲法上保護される。ドイツ刑法261条2項1号を通常人と同じように刑事弁護人に適用すれば、果たして依頼者は、自身の弁護士が守秘義務を守ってくれると信頼できるかという疑問が直ちに生じる。

③弁護の対象となっている事件に関連して弁護人に対するマネーロンダリングを理由とする捜査が行われうることになると<sup>8)</sup>、いずれにしても、捜査手続が開始するかわからない状況下では、マネーロンダリングを犯罪とする以前のように弁護士が守秘を貫くことを信頼できない。秘密漏示罪は、問題が弁護士自身の利益に関わることから、守秘義務の確保にはほとんど役に立たない。コンフィデンシャルな情報が自分の弁護士から漏れてしまうとすれば、被告人としては、弁護士とのオープンかつ自由なコミュニケーションをあきらめてしまうようになり、これでは、もはや実効的な刑事弁護は保障されない。

④依頼の際弁護士から、被告人が自身の不利益となるマネーロンダリング対象犯罪をした可能性があることがわかれば、(利益相反の可能性もあ

---

刑法261条1項の犯罪では、私選弁護が成り立たなくなる点であった。つまり、いつ自分が巻き込まれるかわからないことから、私選刑事弁護を受けることがばかられ、報酬等処制限に服する国選しかできなくなるのは、職業実践の自由の制限だとする。

- 8) この判決に先立って、連邦憲法裁判所から検察に対し、刑事弁護人に対する報酬の受領によるマネーロンダリングを理由とした搜索等の数について照会がなされた。それに対する回答によると、(ドイツ刑法261条が導入された1992年からおそらく本判決の下された2003年頃までに) 捜査手続が行われたのが37件、そのうち23件は、弁護事件の裁判が確定前に行われ、28件では弁護士事務所(施設の意)の搜索がなされ、最低でも4件では手元記録(Handakte)が押収されていた。BverfGE 110, 244.



ることから）それだけで直ちに辞任する旨を告げられたら、自分が選任した弁護士を失うことがないようにするには、事件の核心について弁護人とオープンかつ忌憚のないそして全面的な信頼のもとでのコミュニケーションはやめておく方が得策だと、被疑者は考えるのではあるまいか。

⑤さらに、検察による捜査手続は、大きく依頼者と弁護士間の信頼関係を損なう。検察が弁護人に対し、依頼者に関わるマネーロンダリングの疑いで正式の捜査手続を開始し弁護士の事務所（施設の意）を搜索して手元記録を押収すれば、弁護方針が検察にわかってしまう。もしドイツ刑法261条を無制限で刑事弁護人に適用したなら、検察がどのような捜査手段をいつ行使するか、弁護人にもまた被告人にも予想できない。そうなること、依頼者は、その弁護人の手にある秘密情報が国がアクセスできることを懸念せざるをえないから、弁護人を全面的に信頼して話すことはできないと考えることになってしまう。

ホ）以上が理由の概要である。要するに、刑事弁護人が課せられたその職務を果たして刑事司法の健全性を維持するには、依頼者と刑事弁護人間の信頼関係に基づいたオープンなコミュニケーションが不可欠であり、守秘義務はその要として憲法上の保護を受ける。それを否定してしまう結果となる法適用は違憲である、というのがこの連邦憲法裁判所の骨子である<sup>9) 10)</sup>。

---

9) ちなみに、わが国でも「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」11条が犯罪収益等収受を犯罪行為としている。しかし、ドイツと異なり「重過失」は処罰対象にはならないし、また同条但し書きにより、契約締結時に「当該契約に係る債務の履行が犯罪収益等によって行われることの情を知らないで当該契約に係る債務の履行として提供されたものを収受した者」は対象外とされているから、弁護士が報酬契約締結のときに知らなければ、収受の時点では知っているも（少なくとも収受罪には）該当しないので、この限りではドイツにおけるような問題はない。ただ、連邦憲法裁判所が検察・裁判所に対して求めた謙抑的姿勢は、わが国の捜査手法に照らすなら、より強くあてはまりそうである。

10) 同じく、脱税捜査のために弁護士（税理士）事務所に置かれていたデジタル



### III 守秘義務に関する規律の展開

#### 1. 公法上の守秘義務を負う職業従事者——秘密漏示罪の射程

イ) まずはじめに、ドイツ刑法203条1項に規定されている個人秘密漏示罪 (verletzung von Privatgeheimnissen) に映し出されている、その職業 (資格) 上守秘義務を負う者 (Berufsgeheimnisträger: 以下「本来的な守秘義務者」) をみておこう。どのような職業において、その職業に従事する者に対する信頼のもとで開示した自己の情報が、刑事制裁をもってしてまで保護されるのか。個人秘密漏示罪により捕捉される職業の広がり、信頼を基礎としなくては課せられた使命を果たせない (ドイツではそう考えられている) 職業のリストだといってよい。

ロ) ドイツライヒ統一刑法典が成立したのは、1871年であるが、この法典<sup>11)</sup>はその300条において、個人秘密漏示罪を規定しその対象職業は、「弁護士、公証人、刑事弁護士、医師、外科医、助産師そして薬剤師」とされていた。わが国の秘密漏示罪 (刑法134条1項) とほぼ同様であった。しかし、わが国ではその拡張はときに刑の軽重を異にしつつ (例えば公認会計士法52条参照) 特別法によっているのに対し、ドイツでは対象職業を刑法自体に取り込むかたちがとられ、ドイツ刑法203条1項が定めている秘密漏示罪の対象職業は、現在ではかなり広範にわたっている。まずは現在のドイツ刑法203条1項が対象としている職業のリストをみておこう。

#### 1. 獣医を含む医師、薬剤師、その職業実践または資格を名乗るために

---

データないしはその記憶媒体をいわば洗いざらい押収することを許した裁判所の決定が果たして憲法により保護される基本権の侵害となるかについての判断に際し、連邦憲法裁判所は、弁護士と依頼者間の信頼関係が持つ意義に照らして、その押収範囲を捜査目的の範囲に限定すべきこと、それを超えるときは、押収データ等は証拠能力を否定されることがあるとして、間接的に守秘義務が憲法に基礎を置く (基本権の一部をなしている) ことを認めている。BverfGE 113, 29 参照。

11) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871) vom 15. 5. 1871 RGBl. 127.

は国が定める教育をうけた医療職業者(その範囲は広いが、イメージとしては、わが国の柔道整復師、針灸師、理学作業療法士、公認心理師など)

2. 国家認証を受けた高等教育機関の修了試験に合格した心理療法士資格者で業として営む者(Berufspsychologen)

3. 弁護士、弁護士会登録法律補佐人(Kammerrechtsbeistand)<sup>12)</sup>、弁理士、公証人、法的に規律されている手続における弁護人、公認会計士、宣誓した会計士(Buchprüfer)、税理士または税務士(Steuerbevollmächtigte)、あるいは、弁護士社団、弁理士社団、公認会計士社団、会計士または税理士社団の機関あるいは機関の構成員<sup>13)</sup>

4. 官庁または公法上の団体から認証を受けた相談所の婚姻・家族・教育・青少年相談員、依存症相談員

5. 妊娠問題に関する法律3条および8条に基づいて認証された相談所のメンバーないしはその囑託<sup>14)</sup>

---

12) この法律補佐人は、弁護士でない者が特に許可をえて法律事務にあたることができるとする制度である。本来の守秘義務者であるのに、従来は、弁護士会所属(Kammermitglied)として弁護士事務所の職員と同列に規定されていたのを、本稿の中心的課題である2017年の改正の際にいわば正したものである。ちなみに、法律補佐人の制度は1980年に廃止されて新規許可・登録はなく、2020年1月1日現在の弁護士会登録数は188名である。

13) 機関とは、弁護士等の社団の代表・業務執行者などであり、機関の構成員とは、法律等で定められたその監督機関のメンバーを指す。*Hartung/Scharmer/Gasteyer*, BORA/FO 7 Aufl. (2020), BORA Anhang, § 2 Rn. 10. 連邦弁護士法59条c以下に規定されている弁護士社団(弁護士有限会社=Anwalts-GmbH)に関していえば、現在弁護士社団の社員となれるのは、法律上守秘義務を負う者に限られる。したがって対象者は、そうでない者もなりうると考えられる(連邦弁護士法59条m 3項参照) 監査役(aufsichtsrat)のみとなる。Vgl. *Henssler/Prüting/Henssler*, BRAO 5 Aufl. (2019); BRAO § 59m Rn. 38. なお、判例により承認されている弁護士株式会社(Anwalts-AG)の監査役についても(言及する文献に接することはできなかったが)同様であろう。

14) Schwangerschaftskonfliktgesetzes. この法律は、広く妊娠相談・避妊・家族計画などの問題についての(男性に対するものもふくめた)カウンセリングとその担い手を充実することを立法目的としているが、中核にあるのは、刑法

6. 国の認可をえたソーシャルワーカー・社会教育ワーカー

7. 医療保険・事故保険・生命保険企業の従業員、または私費診療医師・税理士・弁護士の報酬計算所の従業員

ハ) ドイツにおける秘密漏示罪対象者(職業)の広がり、上記のとおりである<sup>15)</sup>。さらにこれに、例えば弁護士の業務を支える事務所の職員(従業員)などが加わってくるが、その点本稿の中心的課題の一つでもあるので後にゆずり、次には「弁護士」の守秘義務に関する規律の展開をみていこう。

## 2. ドイツにおける弁護士の守秘義務法制の展開

(1) その歴史的展開——いわゆるバステュー裁判まで

イ) 弁護士には守秘義務が課せられる。遅くとも15世紀末葉には、ドイツライヒにおいてはこのことが規則として明示されていた。すなわち、1495年のカンマーゲリヒト規則(Kammergerichtsordnung)は、弁護士に認可された者は、守秘義務を遵守する旨を宣誓しなくてはならないと規定し、このような宣誓文言はほかの裁判所においてもモデルとされていた<sup>16)</sup>。時代をくだって、1878年、初めてドイツライヒ全域を施行対象とす

---

219条1項が規定している妊娠中絶の際に求められているカウンセリングである(同条2項は、1項のカウンセリングの担い手は、本法が定める相談所と規定している)。

15) なおドイツ刑法203条2項は、公職者が職務上知った個人・企業情報の漏洩を課罰行為とするものである。その範囲は広く、たとえば公的に依頼を受けた鑑定人や研究者も(鑑定・研究対象に関し)秘密漏示罪の対象となることが明定されている。

16) *Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft* (1905) S. 127. Weißerが引用している宣誓文は、古いドイツ語のため、その訳は筆者の手に余る。この規定は、おそらくは1555年のカンマーゲリヒト規則のものと同様のようであり、その現代語訳(といっても1920年代のもの)が、*Friedlaender, Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 2. Aufl. (1920), S. 107 (Exkurs I zu § 28. Rn. 9)*に掲載されている。これによれば、以下のとおりである。「自身の当事者からえた秘密事項または補充証拠(Behelfe)あるいは自身が覚知した事柄に関する

るいわゆる統一的な弁護士法 (Rechtsanwaltsordnung) が制定されたが、この法律には、弁護士の守秘義務をダイレクトに定めた規定はなかった。しかし、先にみた当時のドイツ刑法300条そしてまた、民事・刑事訴訟法において証言拒絶権が認められていたことから、法律上弁護士が守秘義務を負うことは、当然とされていた<sup>17)</sup>。もっとも、弁護士の守秘義務が何らかのかたちで文書化されたのは1929年になってからである。この年に発表された便覧 (Vademecum) と呼ばれた最初の弁護士倫理綱要 (Richtlinien für Rechtsanwalt [RichtIRA]) は、その第37項において弁護士の守秘義務を次のように規定した。すなわち、

「弁護士は、職業活動を行うにあたり、あるいはその機会に知ったことすべてについて、それを守秘することが依頼者のために求められるという諸事情があると考えべきである限りにおいて守秘の義務を負う。」<sup>18)</sup>。

ロ) 第二次世界大戦後の占領地区ないしは各州各地域ごとに定められていた弁護士法<sup>19)</sup>にも守秘義務を直接規定した条項はなかったし、そしてま

---

る情報は、自身の当事者の不利益になるかたちでこれをいかなる者にも開示してはならない。」

17) *Friedlaender*, aaO. (Fn.16), S. 104 (Exkurz I zu § 28. Rdz.1).

18) なお、制定主体は、任意団体であるドイツ弁護士協会 (Deutscher Anwaltsverein) であった。また、これは、分限法上の規律ではなく、弁護士の慣習・慣行をまとめたものに過ぎないとされていた。その制定のいきさつについては、*Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich*, Kommentar zu den Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts, 2. Aufl. (1988), Einl. Rn. 3 参照。

この便覧は、1934年にナチスの肝いりで設立された帝国弁護士会 (Reichsrechtsanwaltskammer) が定めた綱要 (Richtlinien für die Ausübung des anwaltsberuf) に取って代わられることになったが、その内容は、守秘義務に限らず便覧に基づいたものであった。Vgl. *Hartung/Scharmer/Scharmer*, aaO. (Fn. 13), Einf. BORA Rn. 2. 1942年には、かなり内容を変更した新しい綱要が策定されたが、戦時下の紙不足のため、公告されなかったとのことである。Vgl. *Ostler*, Die deutschen Rechtsanwälte (1971), S. 296.

19) Begründung zu dem Entwurf einer Bundesrechtsanwaltsordnung, S. 8 f., An-

た1959年に成立した西ドイツ全体をカバーする現行の連邦弁護士法 (Bundesrechtsanwaltsordnung) も、1994年の大改正がなされるまでは、同様であった。連邦弁護士法43条が定める「弁護士の一般的義務」が守秘義務などの個別的義務の源泉であるとされ、同法177条2項旧2号に基づき定められていた弁護士倫理綱要 (弁護士の分限法の基本原則 = Grundsätze des anwaltlichen Standesrecht) において具体的化されるという立て付けであった。最後のものとなった<sup>20)</sup>1973年の倫理綱要は、その42条において守秘義務につき次のように定めていた。すなわち、

「42条 [守秘義務]

- (1) 守秘の義務は、法律または判例において展開された諸原則が例外を認めていない限り、法律が定める守秘義務 (ドイツ刑法203条) に止まらず、弁護士がその職業を实践するにあたり打ち明けられ、あるいはその職業実践を契機に知ったすべてにおよぶ。
- (2) この2つの義務は、委任関係終了後も存続し、また、相手方から当該事実を知らされている者および他の弁護士ならびに家族に対しても守られる。
- (3) 弁護士は、その職員・従業員にこの諸原則を遵守させなくてはならない。」
- (2) 1994年連邦弁護士法と1997年弁護士職業法における守秘義務の規律  
イ) 連邦弁護士会が定めた倫理綱要は、当初から法規範としての性格は否定されていたものの、弁護士の義務等を解釈するにあたっての重要な拠

---

lage 1 zu BT-Drs.1/3650 に、戦後に各地域ないしは州で制定された弁護士法がリストアップされている。

20) 第二次大戦後連邦弁護士法の制定がもたつく中、ドイツ連邦全州の弁護士を対象とした綱要が弁護士会理事会作業部会により1957年に策定されていた。その後連邦弁護士法が制定されると、1963年に連邦弁護士会が、その責務を定めた同法旧177条2項2号に基づいて綱要を定めた。1975年の綱要は、1963年の綱要を根本的に改めたとされているが、守秘義務に関しては、1957年の綱要と内容的に変わるところはないとされている。Vgl. Henssler/Prütting/ Henssler, BRAO aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn. 38.

り所であるとされてきた。しかし1987年に連邦憲法裁判所が下したいわゆるバステューユ裁判により、このような意味すらない、いってみればその存在自体を否定されてしまった。バステューユ裁判とその意義については幾度となく取り上げてきたので、詳しくはそれにゆずり<sup>21)</sup>、ここでは、バステューユ裁判が求めた弁護士職業法の規律のあり方に関する説示を簡単に列挙するに止める。それは、次の2点である。

「①重要事項は法律によらなくてはならないとの原則(Wesentlichkeitstheorie)のもと、基本法12条1項の職業の自由を制約することになる弁護士の基本的義務(の骨格)は法律において定めておく必要がある。

②連邦弁護士法117条2項旧2号は、法律の留保が付されている場合にこれを下位規範に授権することができる根拠たりえない。」

つまり、①連邦弁護士法において守秘義務を明示し、②一定範囲の下位規範、つまりは弁護士の自律的規範(規約)に委ねることはできるが、法律による明確な授権が求められるし、また規範が民主的なプロセスにおいて決定されるような仕組みを設けよ、ということである。なお、後者の民主的プロセスが問題とされたのは、ひとつには連邦弁護士会が、わが国の日弁連とは異なり、個々の弁護士(も)ではなく単位弁護士会のみをその会員としていることに起因している。各単位弁護士会に所属する弁護士の数に大きな開きがあることから<sup>22)</sup>、連邦弁護士会の意思決定は、いわば

---

21) バステューユ裁判の内容等その詳細については、森勇「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—」比較法雑誌54巻3号71頁(100頁以下)およびそこに引用されている論考等を参照されたい。

22) 1986年1月1日のドイツの単位弁護士会の会員数の割合をみると、25人(全体の0.05パーセント)の会員しかいない連邦通常裁判所弁護士会(Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof)は別としても、大所帯のミュンヘン弁護士会は全弁護士の12.25パーセントを会員としているのに対し、最小のツヴァイブリュッケン(Zweibrücken)弁護士会の会員はわずか全体の1.37パーセントである。Vgl. *Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich*, aaO. (Fn. 18), Einl. Rn. 10.

弁護士の「民意」を反映したものとはなっていなかったからである。

こうして議会は連邦弁護士法の改正と取り組むことになったが、これも他の機会に幾度となく述べてきたとおり、ドイツにおける弁護士法の宿命か、改正法が成立するまでになんと7年余の時間を費やしたのであった<sup>23)</sup>。

ロ) この改正により、弁護士の基本的義務とタイトルされた43条 a が新たに導入され、守秘義務はその2項において次のように定められたのであった<sup>24)</sup>。

「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。」

内容的にはこれまでの守秘義務の規定を踏襲した至極当たり前であつた。実に素っ気のない規定となっているが、詳細は弁護士の自律的な規律である規約 (Satzung) により定めていくということがその前提となっていた<sup>25)</sup>。すなわち、改正法は、新たに設けた連邦弁護士法59条 b 1項において、弁護士の「権利と義務に関する詳細は、規約をもって、職業上規則においてこれを定める。」と規定し、次いでその2項において「職業規則においては、本法の規定の範囲内において、以下につきその詳細に定める」

---

23) Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte vom 2. 9. 1994, BGBl. I S. 2278. 施行日1994年9月3日。

24) 基本的義務としてそこに掲げられているのは、「独立性」, 「ことに即していること (Sachlichkeit)」, 「利益相反禁止」, 「預かり金の適正な処理」そして「継続研鑽義務」の計5つである。それまで、弁護士のこれら義務の源泉とされてきた同法43条 (弁護士の一般的義務) はそのまま維持されている。この規定の現在の意義については、拙稿「ドイツ弁護士法43条の「弁護士の一般的義務」について」比較法雑誌53巻4号179頁以下を参照されたい。

25) Entwurf einer Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte, BT-Drs. 12/4993, S. 27.



とし、続けて個別具体的に授權対象を列挙したのであった。こうして自律的規律の規約としての弁護士職業規則は、——かつての綱要とは異なり——法規としての性格・位置づけを獲得したのである<sup>26)</sup>。

ハ) いうまでもなく、守秘義務も職業規則により敷衍することが認められ(連邦弁護士法59条 b 2項 1号 c)、職業規則の2条において、まずは次のように規定された<sup>27)</sup>。

「2条 [守秘義務]

- (1) 弁護士は守秘の権限を有し、義務を負う。
- (2) 守秘の権利と義務は、弁護士がその職業を行うにあたり知ったすべてにおよび、受任終了後も存続する。
- (3) 本職業規則およびその他の法規定が例外を認めている、あるいは、依頼関係に基づく請求権の貫徹または防御もしくは弁護士が自らの事件において防御のために開示が必要とされる限度で守秘の義務はない。
- (4) 弁護士は、その従業員およびその業務活動を援助するその他の者に

---

26) (弁護士) 職業規則は、弁護士の議会 (Anwaltsparlament) と俗称されている規約委員会 (Satzungssammlung) がこれを定めることとされている。各弁護士会ごとに一定の数 (現在は2千人ごとに1名。2千人を1名でも超えればもう1名選出) の弁護士に応じて選出された議決権を持つ代議員と議決権を持たない連邦弁護士会会長および各単位弁護士会会長で構成される。連邦弁護士法191条 a 以下参照。

27) ちなみに、職業規則が決議・公告されたのは、1996年11月末、施行は、翌年の7月1日であった。ここでも、連邦弁護士法の改正 (1994年9月) から、ほぼ2年以上、そしてその施行までは、バステューユ裁判から10年の歳月を要したのであった。余談だが、この間に弁護士の数は急激に増加し、かつまた東西ドイツの統合による経験の浅い旧東独の弁護士が加わったにもかかわらず、懲戒等を担当する (名誉ないし) 弁護士裁判所の事件数は減少していることからすると、少なくとも当時の弁護士は、何の効力もないとされてしまった綱要のルールにのっとってその活動をしており、モラルハザートといったことはおきなかったと報告されている。Vgl. *Hartung/Scharmer/ Scharmer*, aaO. (Fn. 18), Einf. Rn. BORA Rn. 15.

対して、明示的に守秘を義務づけ（連邦弁護士法43条 a 2項）、かつまた守らせなくてはならない。」

二) この規定が定めていることは、文言やその位置などいわば形式面での変更はあるものの、内容的には先にあげた1987年の綱要と基本的な点では同様といってもよい。この規定の制定過程において特に議論されたのは、以下の点であった<sup>28)</sup>。

①果たして守秘の権利は職業規則の対象事項か。この点について大方の意見は、守秘の権利を職業規則に取り込むことは、弁護士を支援するもの、そしてまた将来の立法者に向けたアピールとして不可欠だとこれを支持した。

②いわゆるインサイダー情報を自己ないしは第三者のために利用することについての規律を設けるべきかが議論されたが、この問題は、連邦弁護士法43条が定める「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。」とする義務ないしは利益相反の問題としてとらえるべきとの結論になった。

③3項については変遷がみられた。担当の(小)委員会の当初の案は、法定の場合あるいは「弁護士自身の正当な利益が依頼者の守秘の利益に優越する場合」を例外とするととなっていた。この段階で、さらに「その他利益衡量から弁護士に開示が認められるべき場合」という文言を加えるべきとの提案がなされた。必ずしも絶対多数とはいえないものの、多数意見は、こうすると守秘の権利・義務が相対化される危険があるし、また弁護士が自己の関心事では守秘義務を厳格に守らなくてよいと誤解される可能性があるとして、その採用を否決した。

もっともこの(小)委員会の案は、規約委員会(全体会議)において成文のような3項の文言に修正のうえ可決された。例外を認める場合をより明確化しようとする趣旨だったと思われる。

④4項については、単に義務づけとその維持を求めるだけでなく、さ

---

28) Vgl. *Hartung/Scharmer/Hartung*, BORA/FO 6 Aufl. (2016), § 2 Rn. 3 ff.

らには「監視」する義務を弁護士は負うとすべきかが議論となった。ただこれは、監視は実際に不可能であり、そのため弁護士に「危険責任」を負わせることになってしまうという理由から、全会一致をもって「監視」義務の導入は否決された(ただし、現在では法律のレベルで「指導・監督義務」が盛り込まれている)。

(3) 2015年の弁護士職業規則2条の改正とその背景

イ) 2015年、弁護士職業規則2条に初めて改正の手が入る。その契機は、弁護士活動に関わる業務のアウトソーシングとりわけノン・リーガル・アウトソーシングの高まりである。そもそも従来から事務所の清掃等は外部業者に委託することは行われてきたが、これも一種のノン・リーガル・アウトソーシングである。ここでも清掃員などが依頼者情報にアクセスできないようにする措置が必要であることはいうまでもないが、ことが深刻に受け止められる契機は、弁護士業務を取り巻く環境の変化である。一つには、情報技術(IT)の急速な発展に伴い、弁護士業務にとりその利用はもはや不可欠である一方、他方ではその維持管理等を弁護士が自前のスタッフではまかないきれないのが弁護士業務の常態となっている。つまり、外部の第三者がサーバー等の保守点検に大きく関わり、この第三者ないしは第三者の従業員が、事務所の顧客情報にアクセスできる道が開かれることとなってしまった。さらには、弁護士間に限らないリーガルサービス提供者間の競争の激化は、弁護士がより効率的・経済的な業務の処理を追い求める、つまりは自前よりもコスト・パフォーマンスが圧倒的に高いアウトソーシングの利用を余儀なくさせる。もっともシリアスなのは——わが国ではあまり聞かないが——そこからすべてがほぼみえてしまう報酬請求書作成の外注である。そのほか契約書等の文書の清書(口述筆記)もよく出てくる例である。

もちろん、アウトソーシングが委任者との関係で直ちに守秘義務違反となるわけではない。そもそも委任契約にアウトソーシングを明記しておけば問題ない。また、依頼者が依頼にあたって当然の前提としていることがらについては、依頼者の同意を推認してよからう。IT機器の保守等が外

部の IT エンジニアに依頼することは、そのよい例である。要は社会的にみて相当な範囲であれば、許されてしかるべきであり、この限りでは依頼者との関係で守秘義務違反が問われることはあるまい。ただ問題は、それがどこまで許されるのかは、必ずしも明確ではなく、この点の法的不安定をできるだけ除去しておくことは、弁護士の円滑な業務遂行にとり有益である。このことは、アウトソーシングにあたって、発注相手の企業ないしはその従業員に守秘の縛りをどのようにかけていくべきかについてもあてはまる（上記の1997年施行にかかる職業規則2条4項の対象は、一次的には事務処職員ないしは事務処内協力者のみで、立法事実としては、それ以外の者は同項の対象となっていない）。弁護士にとって、アウトソーシングにあたりどの程度秘密保持に目配り、気配りをしておく義務を負うのかは、対依頼者との関係で重要な関心事である。

そもそもアウトソーシングと守秘とをうまくシンクロナイズさせるには、弁護士の守秘の義務と権利をアウトソーシング企業ないしはその従業員にも拡張する必要がある。守秘義務契約による秘密保持は、国家（機関）に対しては無力である。弁護活動の基礎をなす信頼関係の要である「秘密保持」を貫徹するには、弁護士の業務を支える人々にも対国家（機関）との関係でも守秘の権利を認めなければこれを図れないことはいうまでもあるまい。これらの者を秘密漏示罪の対象とする一方で、他方では、弁護士と同様の押収禁止そしてまた司法手続等での証言拒絶権を認めないままでは、弁護士の職業上の秘密はいわゆる「絵に描いた餅」と化してしまうであろう。

ロ) もっともこれは、なにも弁護士の活動を支える業務のアウトソーシングに固有の、アウトソーシングゆえに生じる問題だというわけではない。そもそのところ、弁護士業務を支える事務処職員・事務処内の協力者についても問題は同じである。実のところドイツの秘密漏示罪、司法手続での証言拒絶権の広がり、すでにここまではおよんでいたのである。先に秘密漏示罪の主体となる職業従事者を列挙した際に留保したが、同罪を定めているドイツ刑法203条は、その3項において次のように規定して

いた。すなわち、

「弁護士会の会員は、1項3号に定める弁護士に同じ。1項および1文にあげられた者の業務上の補助者およびその者の下でその職業準備のために執務する者は、1項および1文の者に同じ。守秘の義務を負う者の死後においては、死亡した者あるいはその相続財産から秘密を取得した者もまた、1項および1文と2文にあげられた者に同じ。」

そしてまた、先にみたように、倫理綱要の時代から弁護士周辺にあって弁護士業務を支える者も、(弁護士との契約をつうじて)弁護士職業法上守秘義務を課せられることが明定されていたところである。

ハ) 2011年、当時のドイツ弁護士協会会長 *Ewer* 氏のアピール<sup>29)</sup>を受けるとかたちで、規約委員会は新たな小委員会を設立して<sup>30)</sup>この問題と取り組んだ。また、ドイツ弁護士協会の守秘義務担当ワーキンググループもドイツ刑法203条を含む試案<sup>31)</sup>を発表してノン・リーガル・アウトソーシングへの速やかな対応を求めたのであった。そして紆余曲折はあったが<sup>32)</sup>、最後に2014年11月10日/11日にわたる規約委員会において次のような新たな2条が圧倒的多数<sup>33)</sup>をもって決議されたのであった。

---

29) *Ewer*, Im Mandanteninteresse: Effiziente Mandatsabläufe bei voller Verschwiegenheit, AnwBl 2011, S. 284.

30) 従来守秘義務は、広く職業上の義務等を担当する第2小委員会が草案等の準備にあたってきたが、新たに「守秘義務・データ保護」を所管する第6小委員会が設けられた。なお現在は第7小委員会まで設けられているが、その所管は、「リーガル・テック」である。

31) たとえば、*Spatscheck*, Outsourcing trotz Anwaltsgeheimnis: Nationale Lösung, AnwBl 2012, S. 478 ff.

32) 第6小委員会が用意した改正案は何度も規約委員会から差し戻された経緯とそこでの議論の詳細については、*Hartung/Scharmer/Hartung*, aaO. (Fn. 28), BORA § 2 Rn. 12 ff. 参照。

33) 賛成63票、反対6票、保留2票。*Hartung/Scharmer/Hartung*, aaO. (Fn. 28), BORA § 2 Rn. 14.

〔2条 〔守秘義務〕〕

- (1) 弁護士は守秘の権限を有し、義務を負う。受任終了後もまた同じ。
- (2) 法律または法が例外を求めあるいは認めている場合は、（連邦弁護士43条 a 2項の）守秘義務違反にあたらぬ。
- (3) 次の場合には、守秘義務違反にあたらぬ。弁護士の行為が、
  - a) 同意に基づいている場合、
  - b) たとえば、依頼関係に基づく請求権の貫徹または防御もしくは弁護士が自らの事件における防御のためなど、正当な利益擁護のために必要な場合、あるいは
  - c) 第三者にサービスを求めることも含む事務処の事務処理の枠内でなされ、かつ、それが、客観的にみて、社会生活上公衆から受け入れられる日常的な行為態様に相応する場合（社会的相当性）。
- (4) 弁護士は、その従業員が、当該受任に関してではなく、その他の形で弁護士のために活動している場合においても、書面をもって守秘を義務づけ、かつまた守らせなくてはならない。
- (5) 4項は、弁護士がそのサービスを受けているその他の者についても、
  - a) 弁護士がその者に対し、守秘の対象となる事実を知らせたとき、または、
  - b) その者が、自分のサービスを提供するにあたり、守秘の対象となる事実を知りうる  
ときは、これを適用する。弁護士が、このようなサービスを企業から受けるときは、弁護士はこの企業に対し、第1文にかかる事実について守秘することをその従業員に義務づけるよう求めなくてはならない。サービスを提供する者または企業が、法律上守秘義務を負い、あるいは、そのサービスの内容に照らすと守秘義務を負うことが明らかな場合には、1文および2文の義務はこれを負わない。
- (6) 弁護士は、守秘義務に照らして必要とされる信頼性に対する具体的疑念を生じさせる諸事情を知り、かつ検討を加えてもこれら諸事情

が継続するときは、人または企業をその依頼処理に協力させ、またはそれらからその他のサービスを受けてはならない。

(7) 個人情報保護のためのデータ保護法の諸規定にかかわるものではない。」

二) 従来の4項体制から、7項体制へと変更したが、立法技術上の変更は別として、旧規定の骨子はそのままである。新たに規定されたのは、いうまでもなくノン・リーガル・アウトソーシングの承認とそれに伴う処置である(3項c, 5項, 6項)。いずれについても、その内容ないし論点ともいうべきものについては、新設された7項の意味を含め、この後に続く2017年連邦弁護士法、秘密漏示罪(ドイツ刑法203条)そしてまた証言拒絶権に関する改正および弁護士職業規則の改正を受けた現行法の体制を取り上げる際に言及することとしよう。

ホ) ここで一つ指摘しておきたいのは、この新たな2条により問題の所在がより明確になったことである。規約委員会が新たな規則・規定を定めたときは、これを連邦司法・消費者保護省に通知し、その後3ヶ月以内に同省がこれを取り消さない場合に発効することとなっている<sup>34)</sup>。上記のような弁護士職業規則新2条の通知を受けた連邦司法・消費者保護省は、同条3項cつまりアウトソーシングにかかる条項に異を唱えた。その理由は越権である。つまり、この条項は秘密漏示罪を定める刑法203条が認める例外(開示できる場合)を拡張するもの(規約である弁護士職業規則による上位規範の変更)であり、連邦弁護士法59条bの授権の範囲を超えるから、これを「取り消す」というのが同省の返答であった<sup>35)</sup>。規約委員会はこれに対して猛反発し、再考を求めるとともに、出訴期間を守るべく決定に対する抗告(取消)訴訟を(1ヶ月の出訴期間経過直前に)提起するよ

---

34) 連邦弁護士法191条e。規約委員会が新たな規則・規律を定めたときは、連邦司法・消費者保護省に通知する。これは認可を求めるものではなく、新たな規律が同法59条bの授権の範囲内か、また上位法と抵触しないかのためのチェック(Rechtsaufsicht)を求めるものである。

35) *Hartung/Scharmer/Hartung*, aaO. (Fn. 28), BORA § 2 Rn. 164.



う連邦弁護士会に求める旨の決議をしたのであった<sup>36)</sup>。もっとも規約委員会にも、授権の範囲を超える可能性はあるという意見はなかったわけではないが、ただ、どうであれ連邦司法・消費者保護省が規約委員会の2条改正の決定を取り消すなら、それはそれで立法者に改正へ向けた歩みを始めるよう迫ることになるという、少し物騒なもくろみがあったようである<sup>37)</sup>。再考を促された連邦司法・消費者保護省は、実にあっさりとの前の決定をくつがえし、新たな2条は、2015年7月7日に施行されたのであった<sup>38)</sup>。

もっとも、この新たな弁護士職業規則2条3項cが授権の範囲を逸脱しているとの疑いが払拭されたわけではないし、*Hartung* 弁護士は、その編書において、逸脱があること、その結果基本法20条から導かれる法律の優位に抵触し違憲であるとさえ批判しているところである<sup>39)</sup>。そしてまた、立法者は、この時点ですでに法律改正の必要を認識していたのであり、それが2017年10月30日の刑法そしてまた連邦弁護士法等の改正につながっていったのである。

(4) 2017年における新たな規定（7項）の制定

2017年10月の法律レベルつまりは刑法および連邦弁護士法の改正とそれを受けた弁護士職業規則2条の改正に先立ち、同条に2017年に新たな7項が加えられた（それまでの7項は8項となった）。この規定は、そっくりそのまま現行2条2項に引き継がれているので、その内容の紹介は、後に現行職業規則を概観する際（IV 3.(2)ハ）にゆずる。

---

36) *Hartung/Scharmer/Hartung*, aaO. (Fn. 28), BORA § 2 Rn. 165.

37) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 5.

38) 連邦司法・消費者保護省が、自身の決定をくつがえした理由のひとつは、本来同省への通知の際に同送されるはずの改正提案理由書ともいべきものが同送されておらず、規約委員会サイドのミスで、改正の意図が十分伝わっていなかったという事情もあったとのことである。Vgl. *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BO § 2 Rn. 6.

39) *Hartung/Scharmer/Hartung*, aaO. (Fn. 28), BORA § 2 Rn. 167 ff.

## IV 2017年における刑法，連邦弁護士法等の改正と それに伴う弁護士職業法2条の改正

### 1. 刑法203条の改正

#### (1) 新たな規定

イ) 2017年4月12日連邦司法省は，2014年に規約委員会が弁護士職業法2条の改正を決議した旨の通知に対する回答において予告したように，刑法と連邦弁護士法のレベルでのアウトソーシング対応の規律導入を連邦衆議院（Bundestag）に上程し<sup>40)</sup>，一部修正のうえ<sup>41)</sup>可決され，同年10月30日公布された<sup>42)</sup>。秘密漏示罪を規定するドイツ刑法203条からみていこう。

ロ) まずは下記の開示権限規定がその第3項として挿入された。すなわち，

「(3)第1項および第2項に掲げる者が，当該職業に応じたかたちで執務するその補助者あるいはそのもとで職業準備のために執務する者が知りうるようにしても，本条の意味での漏洩ではない。第1項および第2項にあげる者は，その職業上または執務上の活動に協力するその他の者に対し，開示がその協力者の活動を求めるのに必要な限度で，他人の秘密を開示することが許される。その他の協力者が，第1項および第2項に掲げる者の職業上または執務上の活動に協力する他の者を用いるときもまた同じ。」

ハ) これを受けて4項は次のように規定する。

「(4)協力者としてあるいは第1項および第2項にあげる者のもとで情報

---

40) BT-Drs. 18/1193.

41) 法務委員会の修正案は，BT-Drs. 18/12940.

42) 守秘義務を負う者の職業実践に第三者が協力する際における秘密保護の新たな規律に関する法律（Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen），BGBl. I S. 3618.

管理者（Datenschutzbeauftragte）として活動をする際あるいはその機会に知った他人の秘密を権限なくして漏らした者は、1年以下の自由刑または罰金に処す。次にあげる者もまた同じ。

1. 第1項および第2項にあげる者として、その活動の際あるいはその機会に知った他人の秘密を権限なくして漏らしたその他の協力者が、守秘の義務を負うよう配慮をしていなかった者。その他の協力者が、自身第1項および第2項にあげる者であるときは適用しない。
2. 第3項にあげる協力者として、その活動の際あるいはその機会に知った他人の秘密を権限なくして漏らした他の協力者を用い、そして守秘の義務を負うよう配慮をしていなかった者。その他の協力者が、自身第1項および第2項にあげる者であるときは適用しない。
3. 第1文または第1項および第2項により義務を負う者の死後、死亡した者から知らされあるいはその遺産から取得した他人の秘密を権限なくして漏らした者。」

二) 続く以下5項と第6項は、従前の第4項と第5項をそのまま受け継いだものであり、次のように規定する。

「(5) 第1項から第4項までは、犯人が他人の秘密を関係者の死後に権限なく漏らした場合にも適用する。

(6) 犯人が対価をえて、あるいは自身または他人に利益をもたらし、または他人に損害を与える目的で行ったときは、2年以下の自由刑または罰金に処す。」

## (2) 刑法新203条の射程

本条の個々の要件などで、連邦弁護士法そして弁護士職業規則と重なるものは後にゆずることとし、ここでは、刑法203条のみに関わる（ないしはここで取り上げておくのが整理に資する）ものについて、わが国の関心がおよぶと思われるものを、弁護士に切り結んで少しく解説してみたい。

a. 人的範囲

イ) 条文上明定されている弁護士そして弁護士登録法律補佐人に加え、ヨーロッパ弁護士、つまりは、原資格国がEU構成国・ヨーロッパ経済圏加盟国そしてスイスの弁護士もこれにあたる<sup>43)</sup>。連邦弁護士法206条によってドイツでの法律事務処理を認められているいわゆる外国法事務弁護士<sup>44)</sup>はどうか。先にみたように、ドイツ刑法203条1項3号には明定されていない。連邦弁護士法207条4項は、これらの者について一定の刑法の規定<sup>45)</sup>の適用があることを明示しているものの、そこには秘密漏示罪はあげられていない。外国法事務弁護士は原資格国の職業名称(日本の弁護士なら「Bengoshi」)を示してその業務にあたる必要があることから、ここにいう「弁護士」ではないとする見解もあるが<sup>46)</sup>、立法の経緯をふまえるなら、外国法事務弁護士もまた本条の本来的守秘義務者とするのが正しからう<sup>47), 48)</sup>。

---

43) ドイツにおけるヨーロッパ弁護士の活動に関する法律 (Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland = EuRAG) 42条。

44) WTO加盟国を原資格国とする弁護士は、弁護士会への入会を条件に、その法律と国際法に関する法律事務を、そしてそれ以外の国を原資格国とする弁護士はその法律に関する法律事務を行うことができる。

45) 犯罪告発義務(刑法138条)の一定範囲の免除(同139条3項2文)、過剰手数料徴収罪(同352条)と利益相反罪(同356条)があげられている。

46) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA Anh. § 2 Rn. 7.

47) Vgl. *Henssler/Priütting/Kilian*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 207 Rn. 19. 連邦弁護士法207条4項は、刑法203条の改正前(2017年)に追加されたものであるが(BGBl. I S. 1121)、これは、果たして刑法規範が外国法事務弁護士に適用されるかにつき争いがあったことから明確化を図ったものである。その際秘密漏示罪があげられなかったのは、当時の刑法203条3項で、先に弁護士会法律補佐人について述べたように、「弁護士会の構成員」も弁護士に準じるとされていたことから、外国法事務弁護士は本来的守秘義務者ではないが秘密漏示罪に組み込まれていたところであり、立法理由書もこれを当然のこととしていた。Vgl. BT-Drs.18/9521, S. 138. 刑法203条の改正の際、対応がとられてしかるべきだったようにも思われる。

48) それでは、ヨーロッパ弁護士以外のドイツの弁護士会員とはなっていない

ロ) 守秘義務に取り込まれている「当該職業に応じたかたちで執務する補助者」の範囲については、まずはその仕事が弁護士の業務自体を補助することが要件となる（したがって清掃員・いわゆる雑用係は入らない）が、さらには（簡単にいえば）事務処職員であることが必要かそれとも外部から補助する者も該当するかにつき争いがあった。しかし、アウトソーシングが別個に規律されたことから、上記の争いは意味がなくなった。ここでの補助者かどうかは、その業務との関係で判断される。例えば雇用関係にある事務処職員や（共同）受任者となっていない「勤務弁護士」のみならず、（弁護士の指揮・監督のもとで）断続的に補助にあたる、たとえば家族・友人もこの範囲に組み込まれる<sup>49)</sup>。次に「職業準備のために執務する者」であるが、職業教育課程に組み込まれている修習・エクスターンにある者などで、弁護士修習中の司法修習生に限らない。

ハ) 改正により、つまりは弁護士がその業務遂行にあたり行う委託の受託者（アウトソーシー）および再受託者（下請け）も秘密漏示罪に取り込まれることになった。すでに述べたように改正の眼目はここにある。弁護士がするアウトソーシングは、以下の三種が想定されている<sup>50)</sup>。ひとつはリーガルサービス、つまりは依頼・受任に関わる法的事務の一部を外部に

---

「外国」の弁護士はどうであろうか。筆者のみた限りでは、この点に直接言及したものはなかったようである。ただ、2017年改正の議会資料「法務・消費者保護委員会の提案と報告（Beschlussempfehlung und bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs.18/12970）」9頁には、上記のような「外国」弁護士もまた証言拒絶権の主体になるとの解釈がなされている。これを裏返せば、このような「外国」弁護士もまた、ドイツ刑法203条1項3号の意味での「弁護士」にあたりと解される可能性は否定できないように思われる。もちろん、ドイツ刑法203条については国外犯の処罰規定はないから、ドイツで犯行が行われなくてはならないが、たとえば日本からドイツ在住者に宛てて発信し受信されればドイツでの犯行ということになるから、「妄想」ともいい切れまい。

49) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA Anh. § 2 Rn. 40 ff.

50) *Kotthoff*, Grenzüberschreitendes Outsourcing durch Sozietäten: “Wie die Welt aussieht”, AnwBl 2012, 482.

委託するものである。専門性の高い事件で、その分野のスペシャリストである弁護士の支援をあおぐ、政務に関し税理士の支援をあおぐのがその例である。フリーランス弁護士(いわゆる「軒弁」)への委託も原則的にはこれに入る<sup>51)</sup>。もうひとつは、経理処理、電話受付などのビジネスサービス(Business Service)である。そして改正のきっかけとなったITサービス(IT-Service)である。前者をリーガル・アウトソーシング(Legal Outsourcing)そして後二者をノン・リーガル・アウトソーシング(Non-Legal Outsourcing)に分類するが、このように分類することの法的意味は後に示す。

二) さらに、上記の者が死亡した後は、その相続人も漏示罪に取り込まれる(4項2文3号)。弁護士が死亡した後、その相続人がこの弁護士から聞いた、あるいは遺産(事務処の書類など)をつうじて知った他人の秘密を漏らせば同罪である。

#### b. 秘密とその開示の許容性

イ) 構成要件は秘密の「開示」である。従前は第三者が現実に了知したことが必要か、それとも、アクセスできる状態を生み出せば足りるかについて——故意犯であるからそう大きな差はないと思うが——争いがあった。改正にあたり、立法者は、後者の立場をとることをその立法理由書で明言している<sup>52)</sup>。

ロ) 立法者は3項を設けることで、事務処職員等が課罰の対象とされていることのいわば反対解釈的に認められてきた弁護士独自の(依頼者の同意を要しない)判断による開示の適法性を明確化したのである。

(a) 漏示罪を問われる事務処職員や修習生に対する開示の範囲については、後に言及するアウトソーシーとは異なり、法文上限定はない。たとえば事件処理が終わった後に開示するのは行き過ぎではないか、その趣旨からして、依頼のスムーズな処理に役立つ範囲に限定すべきだとする見解も

---

51) ただし、下記 b. ロ)(b)参照。

52) BT-Drs, 18/11936, S. 28. Vgl. Henssler/Prütting/ Henssler, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 6.

あるが、多くは、開示の範囲は弁護士の裁量によるとされている<sup>53)</sup>。修習生・研修生の教育のためには、事件が終わった後の開示が必要となる。不要なものは開示してはならないといっても、事件記録保管庫に入室を許可すればそれで開示となってしまう可能性もある。また実務的に選別は難しいし、非生産的である。事務処職員・修習生の範囲は自ずから限定されているし、また依頼者は、これらの者をいわば弁護士への信頼の傘の内にあるとみていると考えられるから、限定する必要はないというのがその理由である<sup>54)</sup>。

(b) これに対しアウトソーシングにあたっては、開示の範囲は、弁護士の職業上または執務上の活動への協力を求めるのに必要な限りにおいてである。いわゆる「知る必要性の原則 (Need-to-know-Principle)」である。もっとも、免責構成要件 (Ausschlussstatbestand) としてのこの必要性の判断にかなりの困難が伴うことが指摘されている。委託の趣旨から判断されることになるが、この点については無用な開示をしたと訴追された弁護士がもっともよく理解しているはずだからである。筆者のみるところ、データの丸投げといったよほどの逸脱がない限り、「必要性の限界を超えた」という認定は難しいように思う。

なお、後に言及する連邦弁護士法43条 e が定めている諸要件を充たしてはなくても、直ちに違法な開示、つまりは弁護士の秘密漏示になるわけではない<sup>55)</sup>。

ひとつ問題となるのが、リーガル・アウトソーシングのアウトソーシーとなるフリーランス弁護士であるが、後にゆずる (3.(2)b)。

### c. 新たな不作為犯

新203条の立法者は、秘密保護をより徹底すべく、新たな犯罪類型を創設した。それが本条4項2文1号である。弁護士が協力者への開示にあた

---

53) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA Anh. § 2 Rn. 48.

54) 業務共同体における他のパートナー等への開示に関しては、後述 2.(1)b. ニ参照。

55) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA Anh. § 2 Rn. 57.



り、この協力者が守秘義務を負うことについて手配りをせず、そしてこの協力者が開示を受けた秘密を他人に漏示した場合、当該弁護士も同罪に問われる。この協力者が企業の場合には、その従業員に対しても同様の処置をとらなくてはならないし、またさらに他の者にアウトソーシングする(下請けに出す)ときも同様である。具体的には、守秘義務の教示(守秘義務契約の締結)である。後述のように、連邦弁護士法上は守秘義務契約を締結すべしとの指示は書面によることが求められているが、それを欠いても(つまり口頭だけでも)本罪には問われない。なお条文の限りでは、その他の協力者、つまりはアウトソーサーのみに関する不作為犯のようにもみえるが、事務処職員などの補助者についても同様である<sup>56)</sup>。

#### d. 刑の加重

従前から、悪質あるいは事業にからむ秘密漏示罪に対してはより重い制裁が課せられる。すなわち、(a)経済的利益をえるため、または秘密の主体に損失を与えるという目的で漏示したとき(6項)そして、事業上・取引上の秘密を漏らしたときは(刑法204条)、2年以下の自由刑または罰金に処せられる<sup>57), 58)</sup>。

## 2. 連邦弁護士法の改正

法律レベルでの弁護士の行為規範(弁護士職業法)を定めている連邦弁護士法も、新たなドイツ刑法203条にシンクロナイズする改正がなされた<sup>59)</sup>。

---

56) Vgl. *Schönke/Schröder/Eisele*, StrfsGesetzbuch (2019), § 203 Rn. 15; BT-Druck. 18/11936, S. 29. なお、参事官草案では、かなり広く、単に守秘の義務づけを欠く場合に止まらず、「慎重に選択しなかった場合」そしてまた「監視しなかった場合」にも含まれていた一方、他方では、協力者がその従業員や自身のアウトソーサーへの義務づけを欠いた場合は対象とはされていなかった。

57) 【刑法204条】203条により守秘の義務を負う者が、他人の秘密、特に事業上または取引上の秘密を利用したときは、2年以下の自由刑または罰金に処す。

58) 秘密漏示罪は、保護法益がもっぱら秘密の主体にあることから、親告罪である。刑法205条。

59) 当然ではあるが、刑法203条1項3号の本来的守秘義務者を対象とするいわ

(1) 現行連邦弁護士法43条 a 2項

a. 職業規則の取り込みと義務の拡張

まずは弁護士の基本的義務として守秘義務を定めている連邦弁護士法43条 a 2項には、第4文以下が新たに追加された。

【弁護士の基本的義務】

(2) 弁護士は守秘の義務を負う。この義務は、弁護士がその職業を行うにあたり知ったすべてにおよぶ。公知の事実およびその重要性に照らしてみても守秘の必要がない事実には適用しない。弁護士はその雇用する者に、文書の形式をもって守秘の義務を課し、その際、義務違反の刑法上の結果について教示しなくてはならない。加えて弁護士は、適切な方法をもって、その雇用する者が守秘義務を守るよう働きかけをしなくてはならない。その職業準備のための活動の枠内あるいはその他の補助活動の枠内において弁護士の職業活動に協力する者も、弁護士が雇用する者と同じ。第4文は修習生および弁護士と同様の守秘義務が求められる勤務者には適用しない。弁護士が弁護士と同様の守秘義務に服する他の者と職業実践を共同し、そして雇用する者との関係で単一の雇用関係が成立しているときは、他の者が第4文の義務を果たしたことの証明でも足りる。

斜線部が今回改正されたところである。一読すればわかるように、この改正により、すでに職業規則において規定されたところが法律レベルに取り込まれ、加えて従業員に対する指導・監督義務が新たに導入された。

---

ゆる士業法（公証人法、弁理士法、税理士法・公認会計士法）も、内容的には連邦弁護士法と同様の改正がなされている。また、刑事訴訟法における証言拒絶権に関する規定も改正されているが、政府草案にはなく、前掲（注48）の「法務・消費者保護委員会の提案と報告」が提案したものであり、主にはドイツ刑法203条の法文言とのすりあわせや明確化を図るものである。民事訴訟法は職業秘密に関する証言拒否権の主体をその383条1項6号で包括的なかたちで規定していることから、改正はなされていない。

b. ドイツにおける守秘義務の概要

イ) 今回の連邦弁護士法43条 a 2項の改正は、事務処職員・修習生など弁護士の周辺にある者からの秘密の漏洩に対するいわゆる「目配り」を求めるものであり、改正前の本項が定める守秘義務の広がりとその問題点については、すでにオファーマン弁護士<sup>60)</sup>そしてキリアン教授の論文<sup>61)</sup>(その翻訳)でかなり詳しく紹介されている。またわが国のそれと多くは——当然ではあるが——重なり合う。以下では、わが国との比較で筆者が興味をひかれるところを中心にその概要をみてみよう。

ロ) まずは、守秘すべき範囲については、「その職業実践においてえたすべて」の情報と規定されていることから、異論はあるが、ドイツ刑法203条と同様とされている<sup>62)</sup>。したがって、以下はドイツ刑法203条にも原則としてあてはまる。出発点はドイツの憲法＝基本法1条の人間の尊厳から導かれる「情報の自己決定権」であろう。

(a) 秘密とは、特定の範囲の人しか知らない依頼者にかかる情報である。したがって、まずは（広く知られていることを公開するというのは論理矛盾であるから）公知の事実は除かれる。訴訟法上証明不要とされている「公知」と同義とされるが、必ずしも一義的ではないことはいうまでもない<sup>63)</sup>。開示した相手がすでに当該事実を知っていたときは、守秘義務違反にはならないが、単なる「うわさ」や推測の域を出ない場合は既知とはいえない。もう一つには、重要ではない情報も除かれる。果たして重要かどうかは、原則として依頼者の意向によるとされている。いずれにせよ、疑義があるときは慎むべしである。

---

60) スザンネ・オファーマン-ブリュッハルト（森勇訳）「弁護士の守秘義務—弁護士職業規則2条の改正に寄せて—」森勇編著・弁護士の基本的義務（2018中央大学出版部）447頁以下参照。

61) 前掲（注4）。

62) 以下は、*Henssler/Pritting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn. 45 ff. によっている。

63) たとえば、BverfGE 10, 117 (183) は、知られている地域、人の範囲そして伝播していた期間が限られていても公知性を排除しないとす。

(b) すでに述べたように、相手がだれであれ、ドイツ刑法203条では第三者がその情報を知りうる状態に置けば、開示（漏示）となる<sup>64)</sup>。この点に関して指摘しておくべきは、わが国の一般的見解<sup>65)</sup>とは異なり、ドイツでは過失による漏示＝漏洩も本条違反となりうる。たとえば記録の（裁判所のベンチといった）公衆の目の触れる場所での置き忘れや公共の場での携帯通話も開示にあたる。ただ、故意で情報を知りうる状態に置くのとは異なり、第三者がその秘密を了知する（書類などを第三者がその支配下に置く）ことが必要だとされている（書類を置き忘れても、他の者がみる前に回収できれば違反にはならない<sup>66)</sup>）。

もう一つは、わが国では「利用」も守秘義務違反のカテゴリーであるのに対し、ドイツでは守秘義務違反の問題ではなく、利益相反ないしは、連邦弁護士法43条<sup>67)</sup>違反の問題としてあつかわれる。

(c) 守秘義務の対象となるのは、職業実践に際してえた情報である。ドイツ刑法203条は、弁護士として「委ねられあるいはその他知ることとなった」秘密と規定しているが、同義である。受任前に依頼予定者からえた情報もこれにあたる。ドイツでは、企業がいわゆる顧問弁護士を委託するに先立って、プレゼンを求めることがよくある（Beauty contest）。この際に課題を与えるが、そこで開示されたものは、顧問契約がなされなかった場合でも守秘の対象となる。また、偶然知った情報でも、弁護士としての

64) 故意での開示についてみると、第三者が了知したことまでを要件とする見解との現実の差は、第三者の了知の証明が不要となる点のみであろう。

65) 日弁連弁護士倫理委員会編著・【解説】弁護士職務基本規定3版（2017）61頁。ただし、上位法である弁護士法は、「義務を負う」とドイツの弁護士法と同じである。したがって、わが国でも過失による守秘義務違反を認める解釈もありえよう。

66) ドイツ刑法203条について、不真正不作為犯が認められるとすると、他人に知られるという結果の発生が必要となるのと同趣旨であろう。Vgl. *Schönke/Schröder/Eisele*, aaO. (Fn. 56), § 203 Rn. 23.

67) 連邦弁護士法43条については、森勇「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—」比較法雑誌53巻4号（2020年）179頁以下参照。

職業活動が契機となっていればこれもあたる<sup>68)</sup>。法律事務処理の範疇を超える業務、たとえば信託受託者・後見人としてえた情報も同様である。また、誰からどのように取得したかも問わない。たとえば、依頼者に同行した家族あるいは相手方からえた情報もこれにあたる。

ハ) (a) 第三者の秘密、つまりは弁護士が直接守秘義務を負っていない者の秘密はどうか。その情報に依頼者が(自己のあるいは利他的な)利害を有するものであれば、依頼者との関係でその秘密を守る義務があるが、それでは当該第三者との関係でも、その第三者の同意がない限り開示してはならない秘密にあたるかである。ドイツ刑法203条に関しては、この点争われているものの<sup>69)</sup>、職業法に関しては、否定説が圧倒していると言ってよさろう(筆者の知る限り見当たらない)。その理由は、わが国の否定説が解くところと同一である。すなわち、守秘義務は依頼者が弁護士に託した信頼を確保するものであり、情報に関わりを持ちうるすべての人の信頼の保護あるいは監督者としての地位といったものはここからは生じない。であるから、職業法では、「依頼者のみが秘密の主」ということが受け入れられているのであり、このことから、相手や第三者の秘密を開示することを禁じる職業法上の義務というものは認められていないのである。第三者の秘密まで守秘義務を拡大すると、弁護士は、依頼者の利益を何の制約も受けることなく代理できなくなりかねない、とする<sup>70)</sup>。

(b) 第三者の秘密に関連してよく引用されるのが連邦憲法裁判所第一法

---

68) ドイツ刑法203条に関してであるが、医師が個人的関心から患者の机に放置されている書面から知った情報が該当しない一例である。Vgl. *Schönke/Schröder/Eisele*, aaO. (Fn. 56), § 203 Rn. 15. 弁護士であれば、依頼者が忘れた鞆をのぞき見してえた情報がこれにあたろう。

69) Vgl. *Schönke/Schröder/Eisele*, aaO. (Fn. 56), § 203 Rn. 31.

70) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA Anh. § 2 Rn. 59. もちろん、依頼者の利益とは無関係に第三者の秘密を開示すれば、「ことに即して」振る舞う義務(連邦弁護士法43a条3項)に反するとされる可能性がある。また、第三者は、損害賠償請求や差し止めなどの民事上の対抗処置をとることができるのはいうまでもない。

廷第三部が2006年3月23日の決定である<sup>71)</sup>。問題となったのは、弁護士の広告の（一部）差し止めを命じる判決の合憲性であった。すなわち、ある弁護士業務共同体（Anwaltssozietät）がネット上に広告をアップしたが、それには資料として自身が裁判上・裁判外で相手とした何百もの（多くは金融サービス）企業のリストが添付されていた。このリストに掲載されていた企業が原告となり、自身の企業名をリストから削除することを求め、これが認容された。そこで被告となった弁護士業務共同体が、基本法12条1項に基づく基本権である職業の自由を侵害するとして憲法抗告をしたものである。連邦憲法裁判所は、弁護士としての活動のネット上を含む外部への露出（たとえば広告）およびそのやり方も、職業実践の自由の一部として憲法上保証されており、また、リストへの掲載（つまりは紛争当事者となったこと）は企業の取引上の名誉を汚すものでもないとの判断を下したのであった。注目すべきは、ここでは守秘義務解除の第三者の同意の有無はまったく問題とはされていない、つまり守秘義務違反が問題とされていない点である。ドイツにおいては、少なくとも現在では、第三者の秘密は、守秘義務の射程外であることの明らかな証左とみてよいのではあるまいか<sup>72)</sup>。

二) ドイツでは現在、弁護士が弁護士あるいは異業種と（いわゆるパートナーとして）業務共同する際、民法上の組合から株式会社まで、様々な社団形式を用いることが法律上あるいは判例により許されている<sup>73)</sup>。ひと

---

71) BverfG NJW 2008, S. 838.

72) 日弁連弁護士倫理委員会編著・【解説】弁護士職務基本規定3版(2017)61頁には、第三者の秘密を肯定するのがドイツの通説（支配的見解）だとの記述があるが、少なくとも現在の状況ではない。

73) 合名会社（OHG）と合資会社（KG）そしてドイツでよくみられる有限合資会社（GmbH&Co. KG）は、その目的である商業（Handelsgewerbe）が連邦弁護士法2条の弁護士の自由職業性（Freier Beruf）にそぐわないことを理由に、弁護士社団としては認められないというのが、現在のところは支配的である。Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO Vor § 59c, Rn. 2 ff. ただ、連邦弁護士法を大きく改正する政府草案（Gesetzesentwurf der Regierung; Ent-

つにはこれらの職業実践共同体内においてどの範囲まで他の業務共同者ないしは勤務弁護士等に開示することが許されるのかは問題であるが、一般的には、共同体として受任したか、弁護士が単独で受任したかを問わず、依頼者が特に特定の範囲の者にしか開示を望まないことを明らかにしたときは別に、黙示の(推断的)同意があるとしてよいとされる。共同事業のメリットを生かすには、情報の提供が不可欠だからである。したがって、単なる事務所シェアである合同事務所形態(Bürogemeinschaft)では当然逆となろう<sup>74)</sup>。

この関係でひとつ指摘しておくべきは、弁護士職業規則30条である。同条によれば、弁護士は、連邦弁護士法59条aが弁護士との業務共同適格者だと明定している職業者以外の者と業務共同をするときは、合同事務所形態を含むいかなる法形式をとろうと、この業務共同者がその活動にあたり弁護士の職業法上の義務を遵守するので行うことができない。つまり本来の守秘義務者でない者と業務共同をするなら、弁護士の職業法上の諸義務を守らせなさいということである。現在、業務共同適格者の縛りを定めている連邦弁護士法59条aを削除する同法の政府改正案が公表されており<sup>75)</sup>、近々に改正法の成立が見込まれる。そうなるとこの規定

---

wurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der Rechtsberatenden Berufe. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Neuregelung\\_Berufsrecht.htm](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Neuregelung_Berufsrecht.htm) が2021年1月20日に公表されており、そこで提案されている連邦弁護士法新59条bに照らすと近々これらを利用する道も開かれることになろう。これまでのドイツの弁護士社団とその改正動向については、クリスティアン・デッケンブロック(森勇訳)「ドイツおよびEUにおける弁護士社団法の近時の動向」比較法雑誌53巻2号107頁以下も参照されたい。

74) 職業実践共同体自体の守秘義務について、法は弁護士有限会社のみにつき、連邦弁護士法59条m 2項が43条a準用を規定しているに止まるが、弁護士社団全般にあてはまると考えられている。

75) AaO. (Fn. 73).



が大きな意味を持つことになるとの指摘がなされている<sup>76)</sup>。わが国でも、異業種間業務共同を拡張していく際には不可欠となる規定と思われる。

c. 改正のポイント

イ) 連邦弁護士法43条 a の改正は、その2文以下(下線部)が追加されたことであるが、その内容の多くは、従前すでに弁護士職業規則に規定されていた、あるいは、(細かな点は別に)そう解される(はず)のところを明文化したものである。条文の構造は異なるが、(双方が自署した書面により)守秘義務を課し、違反の効果を教示すべき相手は、まずは刑法203条の秘密漏示罪の対象者であるが、より広く、弁護士事務所では何らかの業務に携わる者、たとえばパートの清掃員も含まれる(したがって、この種の業務に従事する者に対する「義務違反の刑事上結果の教示」は不要である)。

ロ) (a) 新たに盛り込まれたのは、事務処従業員等に守秘義務を守るよう働きかけるべき義務である。先に述べたように、この点は監視義務として1996年の職業規則2条の制定の際に議論され、現実的でないと取り入れられなかったところであった。法律上の義務としたことは、今次の立法者の秘密保持にける意気込みのあらわれとあってよいであろう。弁護士は職業法上の義務として、従業員等を継続的に監督し、兆候があれば対応し、違反の程度に応じて必要な処置をとる必要がある。もっとも、特に何もないのに定期的に義務を確認する必要はなく、何かあったときに教示・警告をすれば足りるとされる一方、他方では義務違反が繰り返されるときは解雇すべしと説明されている<sup>77)</sup>。この義務の懈怠は、懲戒ないしは、損害賠償義務につながることはいうまでもない。

(b) 司法修習生、雇用関係に立つ同様の守秘義務を負う職業従事者に対しては、この義務を負わない。そしてまた、業務共同関係に立つ弁護士な

---

76) Vgl. *Henssler/Pritting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn. 80a; BORA § 30 Rn.

77) BT-Drs. 18/11936, S. 31 f. なお証拠のため、教示・警告などしたことを文書化して本人に自署等で確認させることが勧められている。

いしは同様の守秘義務を負う者の一人が、共同の従業員に対してこれら義務を尽くしているときは、他の業務共同関係に立つ他の弁護士も、それを援用できる<sup>78)</sup>。業務共同の法形式は問わないが、合同事務所つまりは単に施設・人員を共同化しただけのものはこれにあたらない<sup>79)</sup>。

(2) 連邦弁護士法43条 e の新設

a. アウトソーシングへの備え

新設された連邦弁護士法53条 e は、以下のように規定している。

「43条 e 【サービスの利用】

- (1) 弁護士は、サービスの利用に必要な限度で、第43条 a 第2項第1文による守秘の義務に関わる事実へのサービス提供者のアクセスを許すことができる。サービス提供者とは、弁護士からその職業実践の枠内でサービス提供を依頼されたその他の者あるいは事業所をいう。
- (2) 弁護士はサービス提供者を慎重に選考する義務を負う。弁護士は、第3項にしたがってサービス提供者に対してとった処置の確保が担保されないときは、直ちに共同作業を取りやめなくてはならない。
- (3) 契約は書面によることを要す。契約においては、
  1. 義務違反に対する刑法上の結果の教示のもと、サービス提供者に守秘の義務を負わせ、
  2. サービス提供者は、それが契約の履行にとり必要な限りでのみ、他人の秘密について知るに止める義務を負わせ、そして
  3. サービス提供者が、契約履行のために他の者を加えることができ

---

78) 司法修習生は各州の司法修習に関する法律により、守秘義務を負うとされている。特にあげられているのは、連邦制度のきしみとでもいってよからう(連邦弁護士法が連邦法であり、そのレベルにしか立ち入れないことによる)。同様の守秘義務を負う者とは、連邦弁護士法59条 a1項において弁護士との業務共同適格者とされている者である。連邦憲法裁判所は、これらに限らず医師および薬剤師との業務共同も認められると判示しているが(BverfGE 141, S. 82)、(いずれも州法で規定されている)両者の守秘義務と弁護士のそれとの間にはギャップがあることから、医師・薬剤師等を雇用する際は免除されない。

79) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn. 65.

るかを確定しなくてはならない。この場合においては、文書により、この者に守秘の義務を負わせる義務をサービス提供者に課さなくてはならない。

- (4)外国でなされるサービスを利用する際は、本規定のその他の要件とは別に、その地の秘密保護が内国での保護と同等のものであるときに限り、他人の秘密へのアクセスをサービス提供者に許すことができる。ただし、秘密の保護がそれを求めないときはこの限りではない。
- (5)直接的に個々の依頼のためのものであるサービスの利用にあたっては、依頼者が同意した場合のみサービス提供者の他人の秘密へのアクセスを許すことができる。
- (6)第2項および第3項は、依頼者が第2項および第3項の要求するところの維持を明示的に放棄しない限り、依頼者がサービス提供者の利用に同意した場合であっても、これを適用する。
- (7)特別の法律の規定に基づきサービスを利用する限りにおいては、第1項から第6項まではこれを適用しない。サービス提供者が、その提供するサービスに関し法律上守秘義務を負っている限りにおいては、第3項第2文はこれを適用しない。
- (8)個人情報保護に関する諸規定に関わるものではない。」

b. アウトソーシングに求められる枠組み

イ)すでに条文から、ほとんどが先に解説したドイツ刑法203条のアウトソーシングに関する改正をより詳細にした弁護士職業法版とよいことがうかがえる。本条では、アウトソーサーを「サービス提供者(Dienstleister)」と呼んでいるが、これはドイツ刑法203条の「その他の協力者」および協力する「他の者」と同義である。

ロ) (a) 本条が対象とするアウトソーシングの類型については、一つ議論がある。先にアウトソーシングのカテゴリーを示した際、その法的な意義は留保したままで、ITサービスや経理処理などのノン・リーガル・アウトソーシングと外部弁護士(法律職)の協力をあおぐリーガル・アウト

ソーシングの二類型に分けられることを述べた。問題とされているのは、ほぼ理論上の問題につきるが、立法者が本条の適用対象にリーガル・アウトソーシングをあげていないことなどに照らし、本条がこれにも適用されるのかである<sup>80)</sup>。

(b) リーガル・アウトソーシングにおいて受注サイドのプレーヤーとして登場する者としては、弁護士からアドホックに法的問題に関する調査等を依頼される博士論文作成中の者（Doktorand）も一例としてあげられるが、中心はやはり弁護士であろう。それらは次のように分類される。第一はフリーランス（Freier Mitarbeiter）と呼ばれる者であるが、そのうち形式上独立した弁護士の体裁をとるものの、就業実態は籍を置く事務処に依存し、報酬が出来高払いであること以外勤務弁護士と何ら異ならない者は、実質勤務弁護士であるから、連邦弁護士法43条 a 2項 3文の「勤務する者」と同置される<sup>81)</sup>。第二は、籍を置く事務所自体の事件のみならずその責任で自己独自の事件の処理にもあたるものである。わが国の「軒弁」にあたるといってよかろうか。第三は、まったく独立して業務を行う弁護士である。本条の適用が問題とされるのは、後二者であり、立法者は、「フリーランスは43条 e の対象」であることを明言しているものの、リーガル・アウトソーシングは本条の対象外とも明言はしていない<sup>82)</sup>。

(c) 本条がリーガル・アウトソーシングには適用がないとすると、法律レベルでは法の欠缺があることになってしまう。後にみていくこととなる弁護士職業規則の制定権者である規約委員会はそう考えたようである。それが後に取り上げる弁護士職業法 2 条 4 項 c) を産み落とすことになったのである<sup>83)</sup>。

---

80) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 55; BRAO § 43a RN. 70. は、適用を肯定するが、*Henssler/Prüting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn. 80b は否定する。

81) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA Anh. § 2 Rn. 57.

82) BT-Dr.18/11936, S. 32.

83) Vgl. *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 132.

(d) フリーランス弁護士に本条が適用されるか否かにかかわらず、第一に限らず第二の類型にあっても、ドイツ刑法203条3項そして本条が求めている「必要な限度」への開示の限定は求められない。法形式が雇用ではなく委託というだけで、業務に継続的に協力している点では勤務弁護士と同じだからであり、その執務実態からすると限定は現実的ではないし、(依頼者からみれば勤務弁護士と同様であるから) 黙示の同意を推認できよう<sup>84)</sup>。第三の類型では、そもそも外部弁護士へのアウトソーシングは個別依頼案件ごとになされるはずであるから、本条の適用があるとすれば依頼者の個別同意を必要とする5項に直接該当するし、そうでないとしても、依頼者の同意が不可欠であることに変わりはない<sup>85)</sup>。

ハ) 我々の関心レベルからすれば、規律内容のおおよそは条文から読み取れる。特にその趣旨や射程を解説しておくべきと思われるのは、まずは本条2項である。コンメンタールでの解説では、遵守すべき(8項)データ保護法特にはEUの一般データ保護規則(Datenschutz-Grundverordnung=DSG) 28条の情報処理業者選択の際の要件そして同規則32条が(例を列挙して)求めるリスクに適った対応がとられていることを、「現地調査」までの必要はないが、たとえば鑑定人に鑑定させる、あるいは(特に評判がよいなどの事情があれば別に)アウトソーサーに質問状への回答を求めるなどがあげられており、かなり煩雑に見える。このようなアウトソーシング先の慎重な選択に加えて、(アウトソーサーが3項の対応を怠るときは、解除すべしとされていることから)データ保護法の例にならい1年ないし3年間隔でのサーベイランスが求められるとしている<sup>86)</sup>。実務、特に中小の事務処がどう対応しているのか、興味がわくところではある。

二) (a) アウトソーサー(たとえばIT保守・支援)が外国からサービ

84) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn. 57.

85) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43a Rn.67; BORA § 2 Rn. 16.

86) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 11 ff.

ス(たとえばIT保守・支援)を提供する場合、その地の秘密保護がドイツのレベルを充たさないときはいわゆる「尻抜け」となる可能性がある。この穴をふさぐのが4項である。はたしてどの程度であれば「内国での保護と同等」というこの要件をみたすのか。秘密漏示罪が、押取禁止・証言拒絶権をバックにすえるかたちで、再委託を含むアウトソーシングにも拡大されているのは、ドイツに特有ということ<sup>87)</sup>となると、まったく同じというのは無理がある。立法者は、EU構成国は水準をみたすとし、その理由に、いずれの国においても基本法(憲法)的性格を持つ一般的な法原則として、弁護士秘密への国家による介入に対する保護が認められていることをあげている<sup>88)</sup>。一般的には、法治国家を標榜するいわゆる西側工業国は、オーケーだとされている<sup>89)</sup>が、懲戒を伴う判断は弁護士に委ねられているから、多くの弁護士はEU構成国外へのアウトソーシングには二の足を踏もうし、どうしても必要であれば、リスク回避のために依頼者の同意をとる(弁護士契約中に同意条項を盛り込む)のがこの限りでは常態となろう<sup>90)</sup>。

もっとも、秘密の保護が、外国の秘密保護法制の如何にかかわらず守れるなら問題はない。議会の法務・消費者委員会の提案にかかる<sup>91)</sup>但し書きは、この趣旨である。例としてあげられているのが、データの一部を切り取っただけで、それをみても何にもわからないとか、あるいは、遠隔による保守である。後者は、一時的であることそしてまたほぼすべてで暗号化が図られていることを前提に、国家権力による押取ということがまず考え

---

87) Vgl. *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 31.

88) BT-Drs. 18/11936, S. 35.

89) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 23.

90) 立法の際、適格を備えた国のリストを連邦司法・消費者省が作成する案が浮上したが見送られた。Vgl. BT-Drs. 18/12940, S.8. この法務委員会報告は、依頼者の同意で解決するのがよいと(誤解していなければ)、少し投げやりなところみられる。

91) BT-Drs. 18/12940, S. 4.

られないからだとする<sup>92)</sup>。こうした場合は、現実問題として第三者が情報を知ることはまずありえないことからすると、ひるがえせばこれは、外国からサービス提供を受ける際の条件の厳しさを物語ると指摘されている<sup>93)</sup>。

(b) ひとつ問題となるのが、わが国でも弁護士の利用が増加している(少なくとも今後増加していく)と思われるクラウド・コンピューターである。クラウドの契約は国内のITサービス提供企業のものであっても、そのサーバーが外国に置かれているときは、国外でのサービス提供となる。したがって、契約にあたってはサーバーがどこに置かれているかを確認する必要がある。弁護士秘密の確保という観点からするなら、わが国の弁護士も少なからず注意すべきことであろう<sup>94)</sup>。

ホ) 7項1文は、理論的にはともかく、実際のところは諸手続のデジタル化への対応である。法律に基づいて特定の外部サービスを受けること、つまりはあるシステムを利用することが求められる場合には、弁護士には利用の有無を選択する余地はなく、そこに提供されるデータの秘匿性の管理は、利用者である弁護士ではなくサービス提供者の責任である。具体的には、連邦弁護士法30条aが規定している「特別の電子的弁護士私書箱(Besonderes elektronischer Anwaltspostfach = beA)」がこの例である<sup>95)</sup>。この情報伝達システムは、連邦弁護士会がその責任において管理・運営し<sup>96)</sup>、2018年9月3日より、裁判所からの送達・通知はこれを用いて行わ

---

92) BT-Drs. 18/12940, S. 13.

93) Vgl. *Hensler/Pritting/Hensler*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 25.

94) クラウドの利用に関わる諸問題については、*Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 47 ff. を参照。

95) ドイツのデジタル化の状況については、本間学「ドイツにおける民事訴訟のIT化とその訴訟原則に与える影響」金沢法学61巻2号197頁以下参照。

96) 連邦弁護士法31条a3項1文は、連邦弁護士会がセキュリティーに責任を持つことを次のように定めている。「連邦弁護士会は、特別の電子的弁護士私書箱へのアクセスが、2個の相互に独立したセキュリティー手段を持つ安全な手続をつうじてのみ可能となるものであることを確保しなくてはならない。」こ



れ(受信義務=Passive Nutzungspflicht), 将来的には(予定では2022年1月1日より) 裁判所宛の弁護士書面もこれによることが予定されている<sup>97)</sup>。

へ) (a) 個人情報保護法との関係を規律する8項は, まずもっては弁護士は, アウトソーシングにあたり, 本条で定められている義務を遵守しただけでは足りず, EUの一般データ保護規則および連邦データ保護法(Bundesdatenschutzgesetz=BDSG)の諸規律も守らなくてはならないことを明示したものである。データ保護法が求める多くのことは, 本条が定めている条件とかぶることから, 実務では本条の契約とデータ保護法が求める契約は一本化されているとのことである<sup>98)</sup>。

(b) 問題はその先である。たとえば本人の情報開示請求を認めるなど個人情報の保護を強化すれば, 守秘義務との抵触を避けては通れない。この点について, EUの一般データ保護規則14条5項は, 「d) 個人情報がEU法またはその構成国の法により, 規約により定められている守秘義務を含む職業秘密に服し, したがって, 内密にあつかわれるべきとき」は, 同条1項から4項が定める本人への情報提供義務を免除されるとして, 守秘義務の優越を認めている。また, また連邦データ保護法29条3項は, 「ドイツ刑法203条1項, 2項aおよび3項にあげる者またはその委託を受けて処理にあたる者(Auftragsbearbeiter)に対しては, その行使がこれらの者の守秘義務違反をもたらす限りにおいて, EUの一般データ保護規則58条1項のeおよびfに基づく調査権限を, 監督官署は有しない。監督官署が調査の枠内において1文の意味での守秘義務に服するデータを知ったと

---

こにいうセキュリティー手段については, 本間学・前掲(注95)209頁以下参照。  
97) Vgl. *Hensler/Pritting/Pritting*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 30a Rn. 8. 受信義務にいたるまでの道のりは延期の歴史であった。すでに2013年には立法者はこのシステムの導入を決め(BGBl. I 3786), 2016年にはスタートするはずが問題点の発覚などで受信義務の導入までに5年近くを要したのであった。わが国でも, 弁護士・裁判所間のやりとりのデジタル化がいわれているが, そう簡単でないことは推して知るべしであろう。

98) Vgl. *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BRAO § 43e Rn. 31.

きは、監督官署もまた守秘義務を負う。」と定めて、守秘義務の確保を図っている<sup>99)</sup>。もっとも、守秘義務が絶対的に優先するというコンセンサスが法学界全般で広く成立しているわけではなく、特に個人データ保護法の専門家からは、弁護士サイドの錦の御旗ともいえる「依頼者は秘密の主」というスローガンに対し批判の目が向けられており、データ保護法と職業法との優先関係は、いまだ多くの点で不明確だと指摘されている<sup>100)</sup>。個人情報保護は世界的趨勢であり、わが国でもより強化されていくことが予想される。この際、憲法的保護を受ける職業秘密と個人の自己情報に関する決定権は、いずれも憲法的保護の傘のもとにあり、その相克をどう調整していくかにあたっては、かなり難しい利益衡量が求められることになろう。

### 3. 職業規則 2 条の改正

#### (1) 現在の職業規則 2 条

ドイツ刑法そして連邦弁護士法の改正に伴い、弁護士職業規則が改正されたのはいうまでもない。現行の同規則 2 条は次のように規定している。

#### 「2 条 [守秘義務]

- (1) 弁護士は守秘の義務を負うとともにその権限を有する。受任終了後もまた同じ。
- (2) 守秘義務のもと弁護士には、リスクに相応し (Risikoadäquat) かつ弁護士に期待できる依頼者の秘密保護のために必要な組織上の処置および技術的処置をとることを求められる。このための処置としては、データ保護法の適用がある場合に求められているところに対応していれば足りる。同じくそのほかの技術的処置も技術水準に対応していなくてはならない。第 4 項 c は、これにより妨げられない。

---

99) EU の一般データ保護規則の制定とそれに伴う連邦データ保護法の新法制定前の裁判例についてはキリアン・前掲 (注 4) 483 頁以下参照。

100) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 3824 ff.; *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 150.

依頼者と弁護士の間においては、いずれにしても依頼者の同意があれば、そのコミュニケーションの守秘性にとってのリスクと結びついている電磁的あるいはその他のコミュニケーション手段の利用が認められる。依頼者がこのようなコミュニケーション手段を提案し、あるいは開始し、弁護士が最低でも技術的細目を示すことなく包括的にリスクを指摘した後もその利用を継続するときは、同意があったものとしてすることができる。

(3) 法律または法が例外を求めあるいは認めている場合は、（連邦弁護士法第43条 a 2項の）守秘義務違反にあたらない。

(4) 次の場合には、守秘義務違反にあたらない。弁護士の行為が、

a) 同意に基づいている場合、

b) たとえば、依頼関係に基づく請求権の貫徹あるいは防御もしくは弁護士が自らの事件における防御など、正当な利益擁護のために必要な場合、あるいは

c) 連邦弁護士法第43条 e の適用領域外 第三者にサービスを求めることも含む事務処の事務処理の枠内でなされ、かつ、それが、客観的にみて、社会生活上公衆から受け入れられる日常的な行為態様に相応する場合（社会的相当性 [sozialadäquat]）。

(5) 個人情報保護のためのデータ保護法の諸規定には関わるものではない。」

(2) 弁護士職業規則 2 条の現在の意義とその概要

イ) 2017年の改正により、連邦弁護士法43条 a 2項に4文から8文が追加され、さらに43条 e が新設されたことにより、従前弁護士職業規則により規律されていたところが、一部はその内容の変化を伴って法律である連邦弁護士法に吸い上げられた。その限りでは、職業規則への授権の範囲は当然狭まった一方、他方で、職業規則には、弁護士を取り巻く環境の継続的な変化へのスピード感を持った対応が求められることになる。現在の弁護士職業規則 2 条は、法律が城壁を築き上げた守秘義務の城を囲む堀にたとえてよからう。

なお、2020年1月から施行されている現在の2条<sup>101)</sup>は、従前のそれとは各条項の組成の仕方（条文の体裁）の点で大きく異なっている。もっともそれは、2017年の法律改正に伴う本条の改正により歪んでしまった旧2条<sup>102)</sup>各項の順序立てを整理し論理性を持たせようとしたものであり<sup>103)</sup>、現行2条衣替えの契機ともなった2項第2段落（5文以下）の追加をのぞき、内容そして文言もまったく同じである。各項の趣旨を概観しておこう。

ロ) 1項はその文言は別に、（法律により定められたことから不要となった部分の削除を除き）弁護士職業規則の制定以来変わりはない。

ハ) (a) 弁護士が秘密を漏洩しないように組織上の処置および技術的措置をとることを求める2項第1段落（1文から4文）は、守秘義務が、弁護士は単に秘密を外部に漏らしてはならないといういわば消極的な義務に止まらず、さらには積極的に外部への秘密流出を防止するための諸措置をとらなくてはならないことを明確にする一方、他方では、その範囲を明確にして弁護士を取り巻く法的不安定を除去しようとしたものである。この規律はドイツ刑法そして連邦弁護士法改正前の2017年5月に追加された規定であり、わけてもヨーロッパ弁護士会評議会が（Council of Bars and Law Societies of Europe = CCBE）2016年に発表した方針説明書（Position Paper）「違法なサーベイランスに対するロイヤーのITセキュリティー確保に関するCCBCガイドライン」<sup>104)</sup>に啓発されたものであるが<sup>105)</sup>、ITに限

101) RAK-Mitt. 2019, 245. 2019年5月6日の規約委員会の決議により改正され、2020年1月1日より施行。

102) BRAK-Mitt. 2018, 194. 2018年に制定された旧2条は（大まかには）2015年に改正された旧々2条から、法律により規定された部分をそぎ落としたものであった。

103) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 18 f.

104) CCBC GUIDLINE on Improving the IT Security of Lawyers against Unlawful Surveillance. このガイドラインの冒頭に置かれている概論（Overview）の「1.」の頭書は、「リーガルプロフェッションのコアの原則としての秘密の確保」となっている。

105) Vgl. *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 8.

らずより広く守秘情報のセキュリティ保持(確保)義務として構成されている。

一言でいうなら、弁護士が自ら守秘すべき情報を暴露しなくても、自身のいわば身の回り、脇もしっかり固めなさいということである。もっとも、そもそも過失による情報漏洩も職業法上の守秘義務違反に問われるなら、たとえば、弁護士の情報管理がいわゆる「ざる」状態で、秘密が漏れてしまった責任を弁護士が問われるのは当然のことである。また、秘密保持のために必要な対応をとる義務は、かなりな部分が法律レベルに吸い上げられてしまった現在、本規律の中心的な意義は、弁護士がどの程度の情報管理をすればよいかの指針を示すという点にあると考えてよからう。

(b) 対応の水準は、リスクに見合っていること、そしてその範囲については、①弁護士に期待できる範囲でよしとし、②技術的処置としては、まずは個人情報保護法が適用になるときは、それが求めているレベル、それ以外では現在の技術レベルに対応している技術的措置が必要であるし、それで足りるとする。弁護士に期待できる範囲の判断基準は、いうまでもなく主観的であってはならないが、すべての弁護士が同じようにハイレベルの装備をする必要はない。たとえば、資本取引に関わる弁護士と賃貸借を専門とする弁護士では基準が異なろう。とはいっても、IT技術を使ったデータ処理にあたり委託者と受託者に求められる対応を定めている連邦データ保護法64条3項が解釈の助けになるとされている<sup>106)</sup>。ITシステムの技術的事項に関してみると、法律事務処のほとんどは、その提供・管理を委託する先に技術的なことは頼らざるをえないのが現実であろう。だとするなら、「技術的措置」は、連邦弁護士法43条e2項が定めるアウトソーシ-の慎重な選択と監視義務の問題に集約されるように思われる<sup>107)</sup>。

---

106) Vgl. *Henssler/Prüitting/Henssler*, aaO. (Fn. 18), BORA § 2 Rn. 17. 同項は、14の確保すべきセキュリティ-の対象項目をあげて、リスク評価をベースにそれに適う処置をとることを求めている。

107) もちろん求められている技術的対応は、IT関連のものに限らず、一筆者の思いつきであるが—たとえば記録保管庫の施錠のレベルとか、盗聴防止あるいは

(c) なお、組織的対応としては、依頼者からの電話を他の依頼者が聞く機会の排除、他の依頼に関係する書類が置かれている部屋での別の依頼者との打ち合わせ禁止、依頼者同士の接触の回避、修習生や事務処職員が自身のパソコンを用いて事件処理にあたることの禁止、列車移動中に記録を開いたままで席を外すことの禁止など<sup>108)</sup>、少し耳の痛い話ではある。

二) 2項第2段落は、先にも述べたように2020年1月1日施行の新たな規律として追加されたものである。いうまでもなく、依頼者とのE-Mailによるコミュニケーションを念頭に置いたものではあるが、対象はすべてのコミュニケーション手段である<sup>109)</sup>。

発端は、データ保護に志向する学者等 (Datenschützer) と (弁護士等の) 職業法学者間で交わされた「暗号化」の様式をめぐる議論が、「果たしてどこまでやればよいのか」という不安を弁護士にもたらしたことである。この不安から弁護士を解放しようというのが、この新たな規律の少なくとも眼目のひとつであった。特に同意を推定する第2段落2文 (全体では6文) は一種免責条項であり、弁護士にとっての「セーフハーバー」だと説明されるゆえんである<sup>110)</sup>。本項第1段落1文が求める技術的対応と重ね合わせてみると、一方では弁護士業務の効率化に大きく貢献するデジタル技術が、他方では、弁護士にかなりのストレスをもたらしていること

---

(実際にあったと聞いている) 外部からの望遠レンズによる盗撮の遮蔽など種々ありうる。ただこれらの施設に関わる物理的対応は、弁護士自身がその水準を容易に理解し対応できる事柄であり、ITのような困難をもたらすものではなかろう。

108) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 9 f.

109) たとえばE-Mailに代わるプラットフォームを用いたコミュニケーションも同様の対応が求められるし、伝統的手段である電話も同様である。少し肩の力を抜いていえば、公共の場での携帯通話は、守秘義務違反であるが、依頼者にその旨を伝えた上であれば (依頼者からの電話を受け、公共の場にいることを伝えても依頼者が話を続けるのであれば)、特に廻りを気にしないで話してよいということになるだろう。

110) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 65.

がうかがえる。

ホ) (a) 法律上弁護士にも通報義務が定められているときには、守秘の縛りを解かれる、つまりは守秘義務を免れるのは当然である。3項はこの趣旨であるが、ドイツでは、通報義務はかなりの広がりを持っている。近時問題となっている弁護士の開示・通報義務については、キリアン教授の論文<sup>111)</sup>に詳しいのでそれにゆずるが、昔からある刑法上の通報義務について少し触れておくこととしよう。

(b) そもそもドイツ刑法138条は、内乱罪や殺人などが行われることを明確に認識したにもかかわらず警察などに通報しない者は、5年以下の自由刑または罰金に処すると定めている。ただし、弁護士(本来の守秘義務者)とその補助者は、(おもに人の生命に関わる犯罪をのぞき)138条所掲の犯罪が行われることを業務上知ったときは、(真摯に引き留めることが必要だが)この通報義務を免れる(刑法139条3項2文)。ちなみにわが国ではそもそも一般的な犯罪通報義務は定められてはいない中、近時意見照会がなされた「弁護士職務基本規定の改正案」では、レイク・プレザント事件に触発されたとして「重大な公共の利益を侵害するおそれがあり、その侵害の回復が著しく困難である」場合には、守秘義務を説かれるとする提案がなされているもようである。上記事件の弁護士のような目に遭わない心配りと説明されているが、このような不特定概念では、通報事実の重大性と緊急性について難しい衡量が求められることから、弁護士はかなり難しい判断をせまられ、「改正案がいうのとは異なり)法的安定性を著しく損なうことは確実である。そしてまた、守秘義務の重大さに鑑みただけでも、その適否に関係なく法律レベル、弁護士法レベルでの改正を目指すべきであって、弁護士会の自治規範である「弁護士職務基本規定」による、しかもこのような一般条項での対応は、安易に過ぎるといわざるをえない。

ヘ) (a) 4項については、そのa)は、依頼者が「秘密の主」であるこ

---

111) キリアン・前掲(注4)479頁以下。



とからして当然である。ただし、開示の同意ないしは依頼があったとしても、弁護士はこれを拒むことができるし、また拒まなければならない場合があるとされる。たとえば、依頼者が自信の事件をセンセーショナルなかたちでメディア等に流すことを望んだ場合などがこれである<sup>112)</sup>。この関係でひとつあげておくべきは、弁護士が依頼された事件に関して収集した情報・資料をどこまで依頼者に開示・交付すべきかである。この点につき連邦通常裁判所は、弁護士が「もっぱら個人的関係のもとで手に入れた情報」あるいはコンフィデンシャルな「背後情報」は、引き渡しを拒絶できるとする<sup>113)</sup>。わが国でも、説明義務（基本規定44条）の一環として事件に関係して取得した情報を依頼者に提供する義務があるとすべきであるが、説明義務の限界も原則同様と考えてよからう。

(b) 依頼者からの損害賠償請求などの攻撃に対応し、あるいは（たとえば報酬を支払わない）依頼者に対し攻撃を余儀なくされた場合に、弁護士に守秘義務の縛りをかけるのは、フェアではない。4項b)はこの趣旨であるから、依頼者が絡むことを前提としている<sup>114)</sup>。「自らの事件」とは、弁護士が「依頼者の」刑事告訴あるいは懲戒請求に基づく事件に限られ、相手方・第三者の告訴・告発の場合には守秘義務を解除されることはない。たとえば、不正競争事件で、弁護士が依頼者の共犯者として訴えられた場合、守秘義務はそのまま維持される<sup>115)</sup>。依頼者に対する自己の権利行使のためであれば、守秘義務が全面的に解除されるわけではなく、あくまで必要最小限度に限られることは当然である。余談だが、先にも取り上げた「弁護士職務基本規程」改正案では、23条2項2号として「弁護士が自己の権利又は利益を防御する必要がある場合」を秘密の開示が正当化される例にあげることが提案していると聞く。ドイツにおける議論は、この

112) 森勇「ドイツにおける弁護士の守秘の権利と義務」小島（武司）古希記念論集（2008年 商事法務）911頁（934頁以下）。

113) BGHZ 106, S. 261. 森勇・前掲（注112）924頁以下参照。

114) *Hartung/Scharmer/Gasteyer*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 126 ff.

115) BGH NJW 2002, S. 2096.

角度から秘密の開示が認められる範囲を確定する議論にとり、大いに参考となるはずである。

(c) 先にみたように、本項 c) は、新設された連邦弁護士法43条 e がノン・リーガル・アウトソーシングのみならずリーガル・アウトソーシングにも適用されるという解釈がとられれば無用の規定である。そしてまた、そうでないとしても、具体的なアウトソーシングに求められる社会的相当性という要件は、提供されるサービス内容に伴う偏差は別にすれば、連邦弁護士法43条 e と基本的には同じものを求めているとみてよいであろう<sup>116)</sup>。

ト) 本条5項は、連邦弁護士法43条 e とその文言がまったく同じである。もっとも、後者は、法律間の抵触の問題であり、(優先関係が規定されていないところで)連邦弁護士法43条 e がデータ保護法の適用を排除するものではない、つまりは両者が重畳適用になることを明確にするものである。これに対し、本項は、そもそも弁護士職業規則は法律の下位規範であることからして、データ保護法の諸規定を排除することはできないから、当然のことを規定したに過ぎない。

## V 結 語

イ) 早足で駆け抜けるつもりが、長くなってしまった。にもかかわらず、各条項の解説はかなり大まかなものとなってしまったし、参照をお願いした日本語の文献と重複するところも生じてしまった。しかし、近時におけるドイツの守秘義務に関する諸規律の展開は、時代の要請に的確に対応しようとするもくろみであったこと、そしてまた守秘義務が持つ意義の

---

116) ただ、単に社会的相当性という縛りしかないことから、連邦弁護士法43条 e が適用となれば同条5項により依頼者の同意が必要な個別案件に関わるリーガル・アウトソーシングも、社会的相当性を充たせば同意なしにできることになるが、相当性でカバーできる例としては、都合がつかない場合には単に期日の立会(書面の陳述のみ)を依頼する程度のことしか考えられないと指摘されている。*Henssler/Prütting/ Henssler*, aaO. (Fn. 13), BORA § 2 Rn. 16.

再確認であったことの一端は、拙文ながら示すことができたはずである。

ドイツ連邦憲法裁判所は、直接的には、その基本法12条1項が保証する「職業の自由」の範疇で、弁護士の守秘義務をとらえてきた。しかしそれは、弁護士が法治国家にとり不可欠要素であることを前提としたものである。弁護士なくしては法治国家などありえないというのは決して過言ではない。このことは、われわれの胸にも刻み込んでおかななくてはならない。

ロ) ドイツにおける守秘義務関連の諸規律をながめていくと、何もこの分野に限ったことではないが、わが国はかなりの周回遅れの状況にあることに気づかされるはずである。ドイツの規律をみて筆者が取り組んだ問題意識からすると、次の3点はわが国では優先的に議論・法制化する必要があると思われる。すなわち、ドイツは2017年の改正以前から、弁護士を支える人々を取り込んで「守秘の壁」を固めてきた。考えてみれば、いくら弁護士だけを「守秘の砦」に囲い込んでも、秘密を守れないことは自明である。これでは、依頼者は安心してすべてを打ち明けられない。まずはこの点の改正が急務ではあるまいか。次に、ワンストップ・サービスが話題に上るが、弁護士が税理士や司法書士などいわゆる「士」業者に限らずさらに様々な異業種と業務共同を組む場合、(その法形式にはどのようなものがありうるかとらぶ) 最重要の問題のひとつが、守秘義務の調整である。弁護士を取り巻くフィールド上の様々なプレーヤーにも弁護士と同等の守秘義務を課す方策がなくては、わが国の異業種間業務共同は、秘密に関してみると「ざる」の状態になってしまおう。そしてもうひとつは、2017年ドイツにおける改革がターゲットとした、業務の合理化とそれによるリーガルサービスの質の向上のために、時代が提供する新たなサービスを弁護士がアウトソーシングにより利用できる法的環境を整えるよう法を整備することが必要であろう。もし弁護士の守秘義務を法治国家の要のひとつと認識するのであれば、まずはこれらについての議論を喚起することが肝要ではなからうか。

〔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。