

研 究

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」ということについて

——弁護士の真実義務とその表現の自由の一断面——

Sachlichkeitsgebot als die Berufspflicht des Rechtsanwalts in deutschland:

Die Wahrheitspflicht und Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts

森 勇*

目 次

- I はじめに
- II その歴史的展開
- III 憲法的視点とその制約
- IV その類型と連邦弁護士法43条 a 3項 1 文の意義
- V 知りつつ真実に反することを拡散させる行動
- VI 他の関与者もしくは手続き経過が何らその契機を与えてはいない人を
貶める表明となる行動
- VII 結 語

I はじめに

弁護士の基本的義務を列挙するドイツ連邦弁護士法43条 a は、その 3 項において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、ことに則さない行動をとってはならない。ことに則さないとは、わけても、知りつつ真実に反す

* 客員研究所員・元中央大学法科大学院教授

ることを拡散させる行動，あるいは，他の関与者もしくは手続き経過が何らその契機を与えてはいない，人を貶める表明となる行動をいう。」

同条が定めるそのほかの五つの義務は，その輪郭をかなりの程度はつきりとイメージできるのに対し，この「ことに即して (Sachlich)」振る舞うべき義務は，「Sachlich」という言葉の意味がかなり抽象度の高い（価値判断に支えられている）ものであるため，その表記・表現それ自体からは，この義務の輪郭をほかの基本的義務と同程度の深度でイメージすることは必ずしも容易ではなさそうである。これに加え，「Sachlich」にぴったりと対応する日本語が，語彙不足の筆者にはみあたらないことから，「『ことに即した』行動をすべし」といわれても，何のことだかすぐにはわかりそうもない¹⁾。もっとも，このような義務は，弁護士の日々の振る舞いを（も）規律するルールとして，かなり古くからドイツ弁護士の基本的義務であるとされてきたものである。そしてまた，これは，ドイツ特有の義務とされ，それゆえ「ドイツ」弁護士の職業像を輪郭づけているようにも思われるところである。

本稿では，この義務がどのようなものかを，その歴史的展開も少しく追いながら紹介していくこととする。このような作業は，わが国においては「品位」の一言を以って言い表されている弁護士の振る舞い方のルールを，少しく具体化していこうとする努力の一助となるものと思われる。

1) 森勇「ドイツにおける専門弁護士制度の展開」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）263頁注88参照。すでにふれたように，この「Sachlich」ないしは「Sachlichkeit」というドイツ語は，筆者にとつて実に日本語になりにくい言葉である。連邦弁護士法43条a3項との絡みでいえば，要するに「筋をはずれない，はずさない」，「よけいなことはしない，いわないこと」という意味とってよかろう。本稿ではそれらをまとめるかたちで，「ことに即する」と表現することとする。

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

II その歴史的展開

イ) 「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」という規律が、ドイツ弁護士の義務として歴史の中に登場したのはいつか。Weißler が 1905年に著した「弁護士の歴史 (Geschichte der Rechtsanwaltschaft)」によれば、すでにローマの時代、ユスティニアヌス法典は、弁護人に対し、「相手方への侮言は、訴訟目的をこえる以上に行わない」ことを求めている²⁾。また、1495年の帝室裁判所規則 (Kammergerichtsordnung) が定めていた、法廷弁護士 (Prokurator) が行うべき宣誓の一節には、「誹謗・中傷は…慎む」という文言が盛り込まれていた³⁾。そしてまた、1720年のフランケン事務弁護士規程 (Fränkische Advokaten-Instruktion) では、侮辱的な書面は、「公開かつ他のすべての事務弁護士および法廷弁護士の立ち会いの下、これを破棄し、そして当該弁護士の足下に投げつける。」と定められていたのであった⁴⁾。1732年のある報告によれば、裁判所長官を侮辱する書面を書いた弁護士が、長きにわたる拘束の後、裁判所に引き出され、すべての事務弁護士および法廷弁護士立ち会いの下、ひざまずいて、法廷弁護士総裁の読み上げる謝罪の文言をなぞり、そして自ら当該書面を破棄させられたとのことである⁵⁾。

ロ) 1878年、かのグナイスト (Gneist) が唱えた「自由な弁護士 (Freie

2) *Adolf Weißler* Geschichte der Rechtsanwaltschaft (1905), S. 96.

3) *Weißler*, aaO. (Fn. 2), S. 127.

4) *Weißler*, aaO. (Fn. 2), S. 188. このように、当該書面を破るというのは、1740年のリューベック議会決定 (Lübeckische Tatbescheid vom 12. 8. 1740) やオーストリーにおいてもみられたとのことである。なお、1740年のリューベック議会決定は、当該書面を破り弁護士に突き返すとともに10ターラ (Taler) 以上の罰金を科すとしていたが、フランケンの規程が重い罰の例として引用されているのは、「公開の場で」「足下に投げつける」というのが、当時いかに自尊心を傷つけるものだったのかをうかがわせる。

5) *Weißler*, aaO. (Fn. 2), S. 189.

Advokatur）」という理想にそった「弁護士（Rechtsanwaltsordnung）」が成立し、弁護士の振る舞い様の規律は弁護士の手に乗ねられることになったが、「ことに即して振る舞うべし」という要請が弁護士の自立的な規律として最初に登場するのは、ドイツ弁護士協会（Deutscher Anwaltsverein）が策定し便覧（Vademecum）と呼ばれた⁶⁾、1929年の弁護士倫理綱要（Standesrichtlinien）である。その1条3項は、弁護士に対し、「絶対にことに即して振る舞うべし」とし、そして同条5項においては、「弁護士は、権利追求ということから必ずしも必要ではない、相手方または第三者に対する理由のない、あるいは、過剰な攻撃または非難をしてはならず、相手方もしくは第三者に対する暴言をはいてはならず、説明にきわどい尾鱗をつけてはならず、まじめなことを陰険に、あるいは傷つけるような皮肉っぽさで、はたまた冗談ぼく取り扱う（嘲るの意=筆者）などということをしてはならない。」と規定されていた⁷⁾。そして第二次大戦後1959年に制定された連邦弁護士法の下、連邦弁護士会はその任務を規定する同法177条2項2号に基づいて、1963年に弁護士倫理綱要（Grundsätze des anwaltlichen Standesrecht）を定め、1973年には、その改訂版ともいべきものが発表された。この新たな倫理綱要では、「ことに即して」という措辞が6ヶ条に登場するが、中核はやはり、その1条1項2文である。そこでは、「弁護士は依頼された利益をことに即して代理しなくてはならない。」と定められていた^{8)・9)}。

6) *Hartung/Scharmar/Scharmer*, BORA/FAO 7. Aufl. (2020), Einführung Rn.1.

7) この便覧の性格については、森勇「ドイツにおける守秘義務とその再構成」比較法雑誌55巻1号（2021）69頁以下（注18）参照。

8) 1963年の倫理綱要では、「ことに即しかつ品位をもって代理しなくてはならない。」となっていた。

9) ほかに「ことに即して」という措辞が用いられていたのは、弁護士業務外で弁護士称号を用いて公に露出する際の有り様を定めた3条1項2文、裁判所に対する関係を定めた9条2項、官署に対する関係を定めた10条2項、他の弁護士に対する関係を定めた18条3項、そして、業務共同解消に際し各弁護士が単独で、依頼者に対しいずれの弁護士を今後代理人とするかを問い合わせる文面

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

ハ) 弁護士の基本的義務とタイトルされた連邦弁護士法43条 a は、1994年の同法の大改正により新たに導入されたものである。他の機会に幾度となく取り上げてきたとおり、この大改正は連邦憲法裁判所が1987年7月14日に下したいわゆる「バステューユ裁判」に由来する。すなわち、連邦憲法裁判所はこの裁判において、弁護士の基本的義務については、法律レベルつまりは連邦弁護士法で規定することが憲法上求められる。また、(懲戒など) 強制力をともなう職業規範を弁護士会などの職業団体が定めるには、法律による明確な授権が必要であるが、弁護士倫理綱要の根拠とされた連邦弁護士法旧177条2項2号は、弁護士の職業の自由を制限する職業規範を定めることを連邦弁護士会に授権した規定ではないとして、連邦弁護士会が定めた倫理綱要が、職業法規範の性格を持つことを全面的に否定し、新たに憲法の要請に適合する授権規定を定めることを求めたのであった。弁護士の基本的義務は法律で定めるべしとの連邦憲法裁判所の判断にそうべく1993年5月に連邦政府が提出した法案は、一方で「『ことに即していること』というのは、かねてより弁護士の職業上の義務であり、法的問題処理機構 (Rechtspflege) にとり不可欠の規律として、法律において職業上の義務と定められるべきものである。」¹⁰⁾として、弁護士の基本的義務を列挙する新設の連邦弁護士法43条 a に同条3項としてこれを盛り込んだのであった。法案には多くの修正が加えられたが¹¹⁾、同条は原案どおり可決された。ちなみに、同条3項は、その後改正されることもなく現在にいたっている。

ニ) 他方では、1994年の改正法は、弁護士が自立的にその職業規範を定

のあり方を定めた29条1項3文である。これらは1条1項2文を具体的局面に敷衍したものといってよい。倫理綱要各条の翻訳は、霜島甲一他訳「西ドイツ弁護士倫理要綱」日本弁護士連合会編・弁護士倫理と懲戒手続 (1986年) 105頁参照。

10) BT-Drs. 12/4993, S. 27.

11) 法案の修正については、連邦衆議院法務委員会報告書 (BT-Drs. 12/7656) を参照。

めることができる余地を大幅に認めるべく、授権対象を列挙した連邦弁護士法59条 b を新設し、同条 2 項 1 号(d)において、「ことに即していること」の詳細を定める権限を、新たに創設される規約委員会 (Satzungssammlung)¹²⁾に委ねることとした。

もっとも、規約委員会は、たとえば守秘義務などは異なり、弁護士の「ことに即していること」を、敷衍・具体化することはなかった。もちろん、議論がなされなかったわけではない¹³⁾。しかし、それが取り入れられなかったのは、一つにはこの概念の輪郭を明確に描き出すことができないからであり¹⁴⁾、そしてまた、懲戒などをともなう強制力を持つ (justiziable) 規範として必要なことは、すでに法律つまりは連邦弁護士法43条 a 3項にすべて尽くされているというのがその理由である¹⁵⁾。

12) 規約委員会(連邦弁護士法191条 a)は、各単位弁護士会からその会員の数に応じて選出される代議員(現在は2000人ごと1名。連邦弁護士法191条 b)から構成される。一種の立法機関であることから、弁護士議会(Anwaltsparlament)とも呼ばれている。

13) 規約委員会の担当小委員会においては、次のような提案がなされていた。すなわち、「(1)弁護士の職業実践に関しては、ことに即して振る舞うべきとの義務が妥当する。ことに即するとされるのは、良心に従った職業実践にあたり、依頼者のためとなるに適する可能性がある行為をいう。(2)弁護士が、知りつつ不真実を主張あるいは拡散し、刑法犯となる名誉毀損罪を犯し、あるいは、他の関与者もしくは手続き経過が何らその契機を与えてはいない人を貶める表明をしたときは、当該弁護士はことに即するということの限界をこえることとなる。」*Hartung/Scharmer/Peitscher*, aaO (Fn. 6), BORA/FO 7. Aufl. § 43a Rn. 84 f.; *Henssler/Prütting/Henssler*, BRAO 5. Aufl. (2019), § 43a Rn. 132参照。

14) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 126.

15) *Henssler/Prütting/Busse*, aaO. (Fn. 13), § 59b Rn. 19; *Weyland/Träger*, BRAO 10. Aufl. (2020), § 43a Rn 31.

III 憲法的視点とその制約

1. 弁護士職業法と憲法

弁護士の活動を規律する弁護士職業法は、ドイツの憲法である基本法 (Grundgesetz) 12条1項¹⁶⁾が定めている「職業の自由」を制約する。それ故、この観点からの連邦憲法裁判所の審判に服することになる。バステューユ裁判と呼ばれる二つの連邦憲法裁判所の決定のうちの一つ¹⁷⁾は、弁護士倫理綱要1条1項2文が定めていた「ことに即して」との要請に反したとして懲戒処分を受けた弁護士が、その取消しを求めて提起した憲法抗告 (Verfassungsbeschwerde) に対して下されたものであった。そして、「ことに即して」を定めている連邦弁護士法43条a3項の2文は、実のところこの決定の判示を取り込んだものだったのである。加えて、本決定で問題とされた懲戒処分¹⁸⁾は、憲法抗告人の書面がその理由となっていたことから、基本法5条1項1文¹⁹⁾の表現の自由もまた俎上に上ることとなった

16) 「すべてのドイツ人は、職業、職場および教育を受ける場を自由に選択する権利を有する。職業実践は、法律または法律上の根拠に基づき規律することができる。」

17) BverfGE 76. 171. もう一つは、広告規制が問題となったケースである。BverfGE 76. 196.

18) ドイツ弁護士懲戒制度の概要については、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』（中央大学出版部・2018）421頁以下（431頁以下）参照。

19) 「(1) 何人も、言語、文書および図画においてその意見を自由に発表し、そして拡散し、かつまた一般に入手できる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。…

(2) これらの権利は、一般法律の規定、少年保護のための法律上の諸規定および個人の名誉権により制限を受ける。」

なお、文言上は、「意見」の表明の自由となっているが、事実主張も、少なくとも意見との関連で表明されたものは、本項の保護対象である。Vgl. BverfGE 61, 1.

のであったし、1994年改正法草案も、この観点の重要性を摘示しているところである²⁰⁾。

以下では、まずはこの決定が、「ことに即して」に関し、どのような憲法的指針を示したのかをみておくことにする。ただ、この決定の大部分はすでに訳出・公表しているので²¹⁾、ここでは——重複するところも多いが——事案の概要と本稿の関心事との関係で重要と思われる部分の抄訳に止める。

2. 連邦憲法裁判所第一法廷が「ことに即する」と取り組んだ

1986年の決定

(1) 事案の概要

イ) (a) 本決定は、その書面が「ことに即していない」として、所属弁護士会理事会の叱責（Rüge）処分²²⁾を受けた弁護士2名が各自に提起した憲法抗告を——憲法の観点から判断すべき事項が同一であることから——併合の上判断を下したものである。したがってその事実関係はまったく別個で、一つは、弁護士が、医者に対する告訴にからんで提出した書面における記載が、「ことに即していない」とされたものである。

懲戒処分を受けた弁護士（以下、X1弁護士という）は、妻（以下、S夫人という）が血栓症のために心筋梗塞で死亡した夫の代理人となり、担当医師が血栓症の予防措置をとらなかったとしてその医師を告訴した。しかし、検察は、法医学委員会の鑑定意見を受けて捜査手続きを停止した。もっとも、この鑑定意見は、特段の理由付けをしないまま、血栓症の予防は、激しい兆候があらわれないとできないが、本件ではその兆候はなかった、また、仮に予防措置がとられていたとしても、患者の死は免れなかつ

20) BT-Drs. 12/4993, S. 27.

21) 森勇・前出（注1）265頁以下。

22) 通常懲戒処分は、弁護士裁判所が課すが（連邦弁護士法113条）、有責性の低い違反については、この叱責の処分ですますことができる（連邦弁護士法74条1項）。

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

たとしたものであった。X1弁護士は、捜査手続きの停止に異議を述べ、委員会の鑑定意見を、皮肉を交えて次のように酷評したのであった。すなわち、

「(さらに意見書では=筆者付記)、S夫人の死は、予防的な措置をとったとしても避けられなかったと述べられている。わたしは、長きにわたる自身の弁護士生活の中で、これまでもばかばかしい (unsinn) ものを讀んだことはある。しかしこれは常軌を逸している。そういわざるをえない。これらの『ご立派な紳士方 (ehrenwerte Herrn)』のご主張は、つまるところ、自分らは透視能力を持っているといわんとするのみに帰する。

実際のところは、これらご立派な紳士方には、専門的にみて、荷が重すぎたとしか思われぬ。」

(b) このような発言に対し叱責の処分がなされたが、それに対するX1弁護士の異議(連邦弁護士法75条5項)を受けた弁護士会は、概略次のように述べてこの異議を棄却した。すなわち、X1弁護士は、弁護倫理綱要に定められている「ことに即して行動するべし」という要請を無視した。X1弁護士が批判した鑑定書に誤りがあるかどうかは関係ない。X1弁護士としては、この鑑定は「間違い」あるいは「正しくない」としていたなら、「ことに即する」という要請に適っていたのであると。X1弁護士は——1994年の改正で弁護士裁判所 (Anwaltsgericht) と改称された——名誉裁判所 (Ehrengericht) にさらに不服を申し立てたが、名誉裁判所も概略次のように述べて、これをしりぞけたのであった。すなわち、X1弁護士は、弁護士倫理綱要1条1項ほかに規定されている「ことに即していること」という要請に反している。……もちろん、専門家による鑑定中でなされている判断が誤っていると考えるときは、依頼者のためにこれと対決し、そして批判することは、弁護士の権利であるとともに義務でもある。この際決定的に重要なことは、批判の「仕方」がどのようなものであ

る。X1弁護士はかなり間違ったやり方をとってしまった。X1弁護士が、法医学委員会の判定を、常軌を逸した「ばかばかしい」ものと指摘したこと、および、委員会のメンバーを「ご立派な紳士」と指摘したことは、「ことに即した」批判として許される度合いを著しく逸脱している。

(c) これを受けてX1弁護士は、基本法が定める基本権、すなわち、人格の自由な展開（2条1項）、法の下での平等（3条1項）、表現の自由そして職業の自由侵害を理由として憲法抗告を提起した。

ロ) (a) もう一つのケースでは、和議・破産管財人として活躍している弁護士（以下、X2弁護士という）の発言をめぐって、「ことに即している」かが問題とされたものである。もともとX2弁護士は、その破産管財人としての報酬を決定した区裁判所（Amtgericht）の裁判官とは個人的ないさかひがあった。X2弁護士の申立てのとおり報酬が定められなかったことから、X2弁護士は、報酬決定に対して抗告をしたが、その理由中において、「もし、この担当区裁判所裁判官が、裁判を自分のために利用しようとしていることを自分が知っていたなら、この判事の忌避を申し立てていたはずである」とし、これに続けて、次のように論じたのであった。すなわち、

「報酬についての裁判を下した裁判官と本書面作成者（X2弁護士＝筆者）は、約2年前までは仲がよかったが、それ以降不仲になったことは、裁判所でも、世間でも、そしてまた専門家の間では、全ドイツ中に知れわたっている。このような不仲の関係は、この裁判官が、第三者の面前で本書面作成者を差別することに躊躇しないまでに行っている。報酬決定はこの裁判官によってなされることを本書面作成者が知っていたならば、民事訴訟法44条2項に従い、個々の点を疎明することができたはずである。

もはやこの裁判官が判断を下してしまったわけであるから、和議裁判所は、抗告を認容し、そして、この限りで、当該裁判官は、司法補助官法5条2項2文に従い、事件を司法補助官（Rechtspfleger）に再

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

回付するか、あるいは、別の補充裁判官により裁判がなされることを求める。」

(b) これを受けて当該裁判官は、X2弁護士所属弁護士会に苦情を申し立て、弁護士会理事会は、X2弁護士の措辞は、当該裁判官が法を曲げたとは非難するものだとし、X2弁護士に対し、その行為を「非とする (Missbilligung)」旨の叱責をした。これに対するX2弁護士からの抗告を受けた弁護士名誉裁判所は、その点にはふれず、いずれにしても、X2弁護士が提出した書面の最初の2節は、中立的な第三者をして、裁判官が法をまげたという印象を起こさせるものである。決定的なのは、「この裁判官が、第三者の面前で本書面作成者を差別することを躊躇しない」と表現している点である。これにより、かなり犯罪的なエネルギーが示されている。……問題の表現は、偏頗であるとするにつき度をこえており、裁判官に対する敬意を損なうものであるとして、抗告を退けた。

(c) X2弁護士は、基本権である表現の自由そして職業の自由の侵害を理由として憲法抗告を提起した。

(2) 判旨と決定理由の要旨

(a) 再三述べてきたように、この決定の最も重要な点は、弁護士倫理綱要の意義を全面的否定した点にあるが、これに加えてここでは、「ことに即して」という弁護士職業法上の規律について、憲法の観点からはどのようにあるべきかが、判旨として、次のように示された。

判旨2. 「倫理綱要に定められている、ことに即すべしとの命令違反を理由とする名誉裁判所の処分は、刑法犯に該当する名誉毀損、故意による不真実の拡散、そして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、人を貶める表明が問題となる場合のみ必要となる」

(b) これを受け、理由において次のように敷衍されている。すなわち、「1. ことに即していることというのは、従来から弁護士の職業上の義務である。これに関する最も古い名誉裁判所の裁判は、すでに1880年代に下

されていた（…文献引用…）。この命令の意義は、たとえば、他の手続き関与者の認識能力や判断能力にとり扇情的かつ有害に作用する、侮辱あるいは故意に虚偽を拡散することを禁じることで、適切（sachgerecht）かつ専門家らしい法的紛争の解決を促す点にこれを見ることができるといえる。人を貶める次のような個人攻撃もまた、ことに即せずかつまた専門家らしからぬものである。それは、手続きの対象とは無関係であるが、手続きが行われていることを、批判の矛先を向けた者との因縁に決着をつけるため利用するものであり、そして、裁判あるいは依頼者の利益擁護に何かをもたらすことなく、すべての関与者から、エネルギーと時間を奪うものである。

もっとも、倫理綱要中においては、ことに即して行動すべしという命令は、たとえそれが、仮に明確かつ規範的な基礎によって立つものであったとしても、これを憲法に照らし判断すると、疑念を引き起こさせるまでにその幅を広くとりすぎている。すでに、明確性という法治国家原則の観点からして疑問がある。個々の場合に、何が『ことに即し』何が『ことに即していない』のか、あるいは、意味関連または長い訴訟の歴史から決定的かつまた明確な表現をくり出すことができるのか、ないしはそれはどこまでか、はたまた、そもそものところ、定式化により同時にその中身がわからなくなってしまうことなしに、その表現の種類と方法をその内容から際立たせることができるのか。これらすべて、倫理綱要中の種々の規定から読み解くことはできない。ほかのところでは、倫理綱要は準則を認識する源そして解釈にあたっての方向性を示す補助という機能を果たすが、ここではそれを果たすことはほぼない。連邦弁護士会は、正当にもつぎのことを指摘している。すなわち、倫理綱要でことに即して行動すべしとの命令が頻繁に登場するのは、分限法上（Standesrechtlich）の命令の枠内におけるその重要性を示すだけで、その内容は所与のものだという前提に倫理綱要は立っていると。広範にわたる名誉裁判所の裁判例の分析も役には立たない。確かに名誉裁判所はことに即すべしとの命令を、弁護士（法的紛争処理機構の＝著者）機関としての地位そしてまたその特別の権利と義務に立ち返って根拠付けようとしてきた。しかしながら、カズイステイ

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

ツシユな裁判が多くみられることは (…文献引用…)、こうした試みが頓挫したとみてよかろう。連邦弁護士会も強調しているように、裁判例は、ことに即した行動とそうではない行動を分別する追証可能な基準を立てられてはいない。その解釈に関しては今や100年にわたり続いてきた伝統があるにもかかわらず、ことに即してという命令は、連邦司法大臣が争いのないところとしている核の部分にこれを絞り込めてはいない。

倫理綱要が定めている、ことに則して行動すべしという幅の広い命令を、実体法的な観点から検討してみると、さらなる憲法上の疑念が生じる。職業実践を規律することは、それが公共の福祉という理由から正当化され、相当性の原則を充たす場合にのみ許される (…裁判例…)。加えてその適用は、表現の自由という基本権により画される限界内であってはならない (…裁判例引用…)。ことに則して行動せよという命令に違反したことを理由とする弁護士に対する分限上の処分が、憲法上の要請を充たしているかを検討するに際しては、弁護士の職業活動は、原則として自由かつ規制を受けない個々人の自己判断に委ねられているということから出発しなくてはならない (…裁判例引用…)。弁護士は、法的紛争処理機構の独立の一機関として、そしてまた、権利保護を求める市民の委任に基づく助言者・代理人として、次のような任務を負っている。すなわち、正しい裁判の発見に奉仕し、裁判所——そしてまた検察および官署——が、その依頼者の負担となる誤った判断をしないようにし、加えて、依頼者を、憲法に反する侵害行為ないしは国家権力の乱用から守るという任務がそれである。わけても弁護士は、その権利を失ってしまう危険から法に疎い当事者を守らなくてはならない (…文献引用…)。この任務を完遂しようとするれば、弁護士は——そして裁判官もまた——手続き関与者と、彼らがその人格を侵害されたと感じないように、常にうまくやっていくことなどできるわけがない。一般的な見解によれば、弁護士は、「権利のための闘争」において、ありうる裁判官の予断または鑑定人の知見を批判するべく、強い調子の迫力ある表現や簡明なスローガンを用いてよいし、さらには、判決を酷評し、「個人に向けて (ad personam)」議論をふきかけてもよいと

されている。弁護士が、別の表現もできたかどうかは重要ではない。というのは、意見表明の仕方もまた、基本法5条1項により保護される自己決定の対象だからである（…裁判例引用…）。特に、弁護士会と名誉裁判所が、弁護士が表明したところを、それが他の手続き関与者から作法をわきまえない、失礼である、あるいは言い方がよろしくないまたは思いやりを欠くと受け止められるであろうという理由で、あるいは、弁護士に対する信望を損なう可能性があるという理由で分限違反だと非難するとしたら、これは、職業実践、そしてまた意見表明の自由の受忍しうる制限の限界をこえている。このような規制は、まさに意見を表明することをその責務とし、言論とペンをその最大の『職業上の武器』とする職業に関し設置されている分限上の機関の任ではない。弁護士会理事会そしてまた名誉裁判所がことに即してという命令を適用するに際し慎重であれば、裁判官の逸脱行為と弁護士のそれとの間にこれまでみられた制裁の不均衡もまた是正される（…文献・判例引用…）。

本件抗告のもとになった手続きは、ことに即して行動することという命令が、どの範囲で憲法上の要請を充たすかについて、突き詰めて審査することを必要とさせるものではない。この命令の適用は、上記の理由から、立法がなされるまでの間については、いずれにしても、法的紛争処理機構の機能を維持していくのに不可欠なところに制限しなくてはならない。すなわち、弁護士がその職業実践およびこの際許される批判との関連で、人を貶めるような表明を行った場合でも、特段の事情がない限り、それが分限法上の介入の契機となることはない。貶めることが、正当な利益の擁護ということでカバーされることなく、その内容または形式からして、刑事上罰すべき名誉に対する罪と判断されるべきときにはじめて、それは職業上の義務違反として非難されることとなる（傍点筆者）。これに加え、立法までは、ことに即した行動という命令違反を理由とする分限法上の介入は、たとえば、故意に真実に反することを拡散させるか、あるいは、他の関与者もしくは手続き経過からして、何らその契機がないような、事案をはずれた侮辱により、権利のための闘争を貶めることで、弁護士が、専門

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

家の道はずれたというような場合に絞り込んだ範囲内でのみ認められる。ドイツ弁護士協会の意見書にそって、ことに即していることという命令の適用をこのような場合に絞り込めば、憲法上も許される職業実践の制限となるし、ここでは、明確性の欠如という観点からしても、何らの疑念もない(…文献引用…)。立法者が、将来分限法を新たに定めるに際し、ことに即した行動という命令の射程をより広く定めてよいか、また、これ以上にわたらない職業の自由の制限についても、弁護士の地位を定める規律として立法者自身が答えなくてはならないものなのかについては、ここではふれない。

2. 立法がなされるまでの間は、倫理綱要で定められている、ことに即すべしとの命令は、一般条項を具体化する補助手段として用いることができるとしても、不適切だとされた抗告人らの行為は、いずれにしてもこれに該当しない。

a) 問題となった2人の抗告人の表明は、そのフォーム(言い回し=筆者)自体に由来する名誉侵害(Formalbeleidigung)²³⁾ではないし、あるいはその他の刑法上重要な批判対象者の名誉侵害でもない。いずれにしても、その表明をしかるべきやり方で全体を関連させて判断し、そしてま

23) ドイツ刑法における名誉に対する罪の構成は少しく複雑であるが、弁護士の職業実践との関係で問題となるのは、わが国になぞらえると侮辱罪(刑法185条)と名誉毀損(刑法186条)である。次に、真实性の証明に加え、「権利行使またはその防御あるいは正当な利益の擁護」のためであるときは、違法性が阻却される。とする。しかしその場合でも、表明のフォーム(Formal)自体またはその表明がなされた状況による名誉の侵害は、違法性を阻却されないとしている(刑法193条)。前者は侮言、つまりは、それ自体が独立の貶める評価をばらんでいる場合である(この具体例については、後述VI参照)。後者は、たとえばフェアネス、武器平等が著しく無視された状況でなされることで、独立の貶める評価となっている場合である。Fischer, Strafgesetzbuch, 69 Aufl. (2022), § 193 Rn. 44 f. なおドイツでは、侮辱・名誉毀損などを総称するときは、その章立てにあわせて「侮辱(Beleidigung)」の(罪)と総称することが多いが、わかりやすさという点から、本稿では総称するときは「名誉に対する罪」あるいは「名誉侵害」と表記する。

た、正当な利益確保という観点を考慮するなら、こうなる。

原告人X1弁護士の場合では、正当にも弁護士会理事会と名誉裁判所のいずれも、刑事上の名誉に対する罪にあたるとはしていない。「ばかばかしい」とか「ご立派な紳士方」といった表現は、単に推定に止まることなく、かえって治療した医師たちの義務違反も依頼者の妻S夫人の死の原因であった可能性を全面的に否定した鑑定意見に対する批判に用いられたものである。S夫人に確実にみられたリスク要因に照らしてみると、予防的処置によってS夫人の死を回避することは絶対にできなかったという鑑定人の見解は、そう断言している点でとんでもない話と思われたはずである。原告人X1弁護士が、検察の判断にとってかなり重要な意味を持ったこのような鑑定意見から、依頼者の利益のために明確かつ皮肉った言葉を使って距離をとったということであれば、許される利益擁護という刑法上の限界をこえてはいなかった。

弁護士会理事会は、原告人X2弁護士の発言は、故意に法律を歪曲しているとの非難であるとみた。しかし、この際理事会は、名誉裁判所をしておそらくは次のように判断させることになった全体的な相関性を無視していた。すなわち、名誉裁判所は、正当にも罰すべき名誉毀損に該当するとはせず、X2弁護士の表明は批判された裁判官に対する敬意を損なうに適しているとだけX2弁護士をとがめたのであった。X2弁護士自身は、その表明をはっきりと次のように理由付けていた。すなわち、『自分は、和議裁判所から和議法43条3項2文に基づく（費用額決定＝著者）取消しの裁判をえようとした。不和の指摘と予断がある旨の非難は、批判を加えた裁判官が事件を司法補助官に回付するかあるいは予断を理由に自ら回避するかを促そうとするものである。』と。いずれも、X2弁護士が自身の利益を追い求める方法として法的に許されているものである。批判された裁判官もまた、自身が回避を求められたことではなく、そのやり方だけを問題としている。

b) その余についても、法的問題処理機構の機能性保護のために、原告人らに対する名誉裁判所の処分が不可欠であったとは認められない。兩名

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

に対してなされた叱責は、抗告人らは、故意に真実ではないことを拡散させることで、ことに即すべしという命令に違反したという視点からも、これを維持できない。この点について、不服を申し立てられた裁判では、何らの事実認定もなされてはいない。わけても、X2弁護士に関しては、当人と批判された裁判官の間に確執があったことに争いはない。第三者の前で差別したという批判も——名誉裁判所での手続き関与者の陳述からわかるように——安易な作り話では決していない。

最後に、抗告人らに、次のような責任を問うこともまたできない。それは、控訴人らが、手続きとは関係がないと思われ、かつまた他の手続き関与者あるいは手続きの経緯がきっかけを提供したとは思われない、人を貶めるような表明をしたとするものである。このようなことに即すべしとの命令違反の要件が認められないことは、明々白白であり、これ以上説明を要しない。したがって、分限機関（弁護士会理事会・名誉裁判所＝筆者）は、その判断を別の観点から根拠付けた。このことは、特にX1弁護士のケースにおいては明白である。この点につき、弁護士会理事会は、X1弁護士は、その批判にあたっては、『誤っている』あるいは『不適格だ』という表現ですませることができたと考えていた。X1弁護士はかなりの程度そのものの言い方を間違い、これによりことに即すべしとの命令に反した、というのが名誉裁判所の見解である。ことに即しているかという観点から、このように職業の自由を大幅に制限することは、冒頭で述べた理由から、必要な法的基礎をそもそも欠いている。」

この連邦憲法裁判所の裁判は、基本権である職業実践の自由の下における、ことに即して振る舞うべしということの憲法上の外延を示したものであるが、1994年改正法の立法者は、これをそのまま現行法に取り込んだのであった。

IV その類型と連邦弁護士法43条 a 3項 1 文の意義

1. その類型

現行法がバステューユ裁判を取り込んだことは、両者を対比すれば一目瞭然である²⁴⁾。ちなみにバステューユ裁判であげられていた刑法犯に該当する名誉侵害は、現行法では例示の対象とはなっていないが、それが、ことに即すべしとの命令に反することは明白であり、それ自体現行法の由来に異を唱える理由とはなるまい²⁵⁾。翻ってこのことは——必ずしも明確な線引きを示せていたわけではないものの——長年にわたって積み重ねられてきた名誉裁判所の裁判例の意義を大きく失わせ、名誉裁判所あるいはその上告審である連邦通常裁判所の裁判例の連続線上に展開していった連邦弁護士法43条 a が列挙する他の弁護士の基本的義務とは異なり、平たくいえば、それまでの「品」とか「品性」の世界との決別を意味していたといえよう。とまれ、現行法のこうした由来から、学説の多くもまた、その類型を連邦憲法裁判所が判旨に掲げた三つに分類する。すなわち、(a)「刑法犯に該当する名誉侵害」と本項 2 文があげている(b)「故意による不真実の拡散」、そして(c)「他の関与者もしくは手続き経過が何らその契機を与えてはいない人を貶める表明」の三つである²⁶⁾。これに対し *Henssler* は、バステューユ裁判での判示（上記132頁傍点部分）を根拠に(a)および(c)は同義であるとして、二類型に分類する²⁷⁾。三分類をとる文献も、(c)の類型の対象となるのは、刑法犯となる名誉侵害だとしており²⁸⁾、いずれによるか

24) BverfGE 76, 193.

25) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 134.

26) Vgl. *Weyland/Träger*, aaO. (Fn. 15), § 43a Rn. 35 ff.; *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck*, *Anwaltliche Berufsecht*, 3. Aufl. (2020), § 43a Rn. 59 ff.; *Hartung/Scharmar/Peitscher*, aaO. (Fn. 6), § 43a Rn. 89 ff.

27) *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 135.

28) Vgl. *Weyland/Träger*, aaO. (Fn. 15), § 43a Rn. 53 f.; *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck*, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 87 ff.

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

で、両者が違反行為とする対象に差異はないようであるから²⁹⁾、本稿は、少なくとも筆者からみて整理が容易な二類型分類によることとする。

2. 連邦弁護士法43条 a 3項 1文の意義

イ) そうなると、本項1文には、違反行為との関係でどのような意味があるのか。(a)の「刑法犯にあたる名誉侵害」は独立の類型だとすれば、1文(も)その法的基礎として持ち出すことになりそうだが³⁰⁾、二類型分類ではそうならない。この限度では、いまだ整理あるいは理論の範疇にあるといてよい。

問題は、はたして上記(IV 1.)の範疇には収まらない行為ないしは表明で、ことに即すという命令違反行為があるか。そうであるなら、本項1文はいわばその受け皿のような機能を担っていることになる。本項1文は、憲法上の要請である「明確性」を欠いており、懲戒といった義務違反に対する「処分の根拠という観点からすると、『法的には中身がない』ものだ(unjustiziable Leerformel)」とする見解³¹⁾が有力である一方、他方では、本項2文が「わけても」と修辭して二つの類型をあげているのは、他のケースの余地を認めているものだし、二類型に吸収できないケースも例外的にありうるとする立場³²⁾がこれに対峙している。例としてあげられているのは、依頼者に対し刑事事件として問題となる可能性がある行為の呼びかけをその内容とする助言である。具体的には、警察・検察はあてにならないから、「聖書の格言『目には目を、歯には歯を』に従い、今後は自身あるいは人を頼んで加害者といわゆる『片をつける』」ことを勧めた

29) Vgl. Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 59 f.

30) Vgl. Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 60.

31) Vgl. Henssler/Prütting/Henssler, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 131; Kleine-Cosack, BRA 8. Aufl. (2020), 43a Rn. 95.

32) Vgl. Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 59; Hartung/Scharmar/Peitscher, aaO (Fn. 6). § 43a Rn. 109.

場合がこれである³³⁾。確かにこのような自力救済を勧める、いわば法秩序に対する市民の信頼を毀損することになりかねない助言は、先で述べた(IV 1.) 範疇ではとらえきれない。この点につき上記の範疇に本項違反を限定する見解は、次のように説く。すなわち、連邦憲法裁判所が名誉侵害に関して示した「刑事上罰すべき」ものという基準に照らすなら、2文には該当しない他の類型もこの要件を満たす必要がある。であるとするなら、2文には該当しない他の類型がありうるとしても、それらは刑事上罰すべきものとして、弁護士の一般的義務を定める連邦弁護士法43条³⁴⁾による懲戒の対象となるから、取り立てて本項1文に依拠した新類型を定立する実務上の必要性はほとんどないとする³⁵⁾。

ロ) ちなみに、ことに即すべしとの義務違反が問われるのは、弁護士の職業実践に関わる、端的にいえば受任した事件に関連した表明である。それ以外の表明、たとえば政治的な問題についての表明はもちろん、司法に対する一般的な批判や判決の評釈も同様である。弁護士に対する一般の信頼を損ないかねない表明はどうか。該当しないとするのが現在では一致した見解のようである³⁶⁾。

33) AnwG Köln, Beschluss v. 25. 08. 14, NJW-RR2015, 1331(1332). 傷害の告訴を依頼された当該弁護士が、告訴に基づく捜査手続きが停止されたのを受けて、このような助言を記載した書面を被害者である依頼者(とその父)に送り、この書面の写しを、捜査停止に対する不服申立状とともに検察に送ったことから問題となった。

34) 本条は次のように定める。「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。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。」本条の意義・適用については、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(2020年)179頁以下参照。

35) Vgl. *Kilian/Koch*, *Anwaltliches Berufsrecht* 2. Aufl. Rn. 921. なお、例にあげられている助言についての決定(注33))を引用しての解説であることに照らすと、このような助言は可罰的だということであろうか。

36) ただしこれを一つの理由にあげている連邦通常裁判所の裁判がある。Vgl.

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

V 知りつつ真実に反することを拡散させる行動

1. 弁護士の真実義務

イ) 弁護士は真実義務を負う。もっとも、弁護士には、証人のように「知っていることはすべて話す」という意味での真実を述べるのが求められることはない。このような内容の真実義務は、守秘義務と抵触するし、そもそも依頼者の権利擁護という弁護士の使命とは相容れない。その点で、「弁護士の真実義務」というテーマ設定は必ずしも正確ではない。正確には、真実に反すること、「つまりは虚偽を述べること」が禁止される (Rügeverbot)。本項2文の第一の選択肢がこれである³⁷⁾。

ロ) 弁護士の真実義務の根拠をどこに求めるかについては議論がある³⁸⁾。弁護士の真実義務の根拠——そしてその内容とそれに関わる議論——は、かなりの広がりを持つことから、詳しくは別の機会に譲ろう。簡略にのべると、本項の成立の経緯、すなわち立法者がバステューユ裁判をそっくりそのまま飲み込んだことからするなら、立法者は弁護士の真実義務を、ことに即すべしとの義務の一内容と位置付けた³⁹⁾とするのが素直ではある。しかし、そもそもことに即すべしという義務は、職業実践の有り様 (形式) の問題であり、真実義務は、職業実践の内容 (実質) の問題であることから、この義務そのものは、ことに即すべしとの義務からアブリオリに導かれるものではなく、その理論的根拠は別に求められることにな

BGH, Beschluß vom 30. 3. 2004, NStZ 2004, 690.

37) 弁護士は「嘘をついてはならない」とする規定が一弁護士は「嘘つき」という認識の裏返しとして一帝室裁判所規則 (Kammergerichtsordnung) 等に登場するのは、時代をかなり遡る。すでに17世紀には、弁護士が真実義務を負うことが確立されていた。Lindenberg, Wahrheitspflicht und Dritthaftung des Rechtsanwalts im Zivilsachen (2001), S. 27 f.

38) 詳細は、Lindenberg, aaO (Fn. 37). S 43 ff. 参照。

39) Vgl. Henssler/Prütting/Henssler, aaO. (FN13), § 43a Rn. 137.

る⁴⁰⁾。すでに *Friedlaender* が⁴¹⁾、それは現行の連邦弁護士法43条に相応する当時の弁護士法（*Rechtsanwaltsordnung*）28条が定めていた弁護士の一般的義務⁴²⁾、すなわち、「良心に従って職業実践すべき義務」から導かれるとの見解を披瀝していた。もう一つは、連邦弁護士法1条が定めている弁護士の地位、すなわち、弁護士は「法的問題処理機構の独立した一機関」であることをこの義務の理論的根拠だとする見解である⁴³⁾。もっとも、両者は排他的ではないし、またいずれとしても、**真実義務**の具体的内容に直接影響はなさそうではある⁴⁴⁾。

ハ) 真実義務に関して特に指摘しておくべきは、守秘義務との相克である。わが国でも——直接真実義務との脈絡で論じられているわけではなさそうだが——、守秘義務の限界・例外として取り上げられている問題である。シリアスな問題となるのは、刑事事件が多いが、ここでは民事手続きに関する教科書的事例⁴⁵⁾を紹介する。

事案「同乗者のいない車同士が接触事故を起こした。いずれの側に過失

40) 1973年の弁護士倫理綱要68条は、特に刑事弁護人に関してその真実義務を定めていたが、ここでは「ことに即すべし」との関連性は一切議論の俎上にはあがっていない。

41) *Friedlaender, Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1878, 2. Aufl. (1920), § 28 Rn. 3.*

42) 注34参照。

43) このほかに、当事者の真実義務を定める民事訴訟法（ZPO）138条1項は、あわせて代理人である弁護士の真実義務も定めていると理解されている。立法者もその制定にあたっては、弁護士のそれを強調していたところであり、この限りでは、弁護士の真実義務違反を認定する際に同条を一つの根拠として持ち出すことに問題はない。しかし、そもそも同条の新設（1933年）以前から弁護士には真実義務が課されていたのであるから、同条が弁護士の民事訴訟における真実義務を確認するものであるとしても、同条が弁護士の真実義務の理論的根拠とはなりえない。Vgl. *Lindenberg, aaO. (Fn. 37), S. 43.*

44) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 134. 反対. Lindenberg, aaO. (Fn. 37), S. 43.*

45) *Brand, Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheits- und Schwiegenheitspflicht, AnwBl 2014, S. 286 ff. (286).*

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

があったかは不明であり、証人もいない。一方の車の所有者 A から委任された弁護士 X は、A の妻から『自分が同乗していたことにして、証人申請しては』と持ちかけられた。もちろん弁護士 X は断ったが、A は当事者尋問の際に、『妻が同乗しており、その証人尋問を求める』と陳述した。」

このような場合、弁護士 X はどうすべきか。A のいわば尻馬に乗るかたちで妻を証人として申請するのは真実義務違反として制裁が加えられる。もちろん弁護士 X は辞任の道をとることができるが、その必要はない⁴⁶⁾。もし仮に妻の証人尋問が行われることになった場合に X に求められる振る舞いは、尋問に関与しないことだとされている⁴⁷⁾。説得にもかかわらず依頼者が虚偽を述べる時は、何もせずにいることが求められる⁴⁸⁾。

2. 具体的要件

イ) 「知りつつ」、つまり故意には、未必の故意も含まれるか。支配的見解は確定的な故意を要件とする⁴⁹⁾。反対の立場に立つ者も⁵⁰⁾、一般的に未必の故意でよしとするわけではなく、弁護士が解明 (調査) 義務、つまり、弁護士は依頼者等が主張する事実の真偽を調査すべき義務を負う場合に限定しているとみえる⁵¹⁾。だとするなら、未必の故意を含むかという論点は、解明義務の範囲に問題は収斂するように思われる。

すなわち、まずもって、一般的な解明義務を弁護士は負わないとする点

46) 刑事手続につき、後述150頁。

47) 尋問が裁判長主導で行われるドイツの訴訟法の下ではこれでもよいが、交互尋問制のわが国では、辞任しかないのではあるまいか。

48) Vgl. *Brand*, aaO. (Fn. 45).

49) Vgl. *Hensler/Pritting/Hensler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 138; *Hartung/Scharmar/Peitscher*, aaO. (Fn. 6), § 43a Rn. 89 ff.

50) Vgl. *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck*, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 70; *Hartung/Scharmar/Hartung*, BORA/FAO 6. Aufl. (2016), § 43a Rn. 46.

51) *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck*, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 70.

に争いはない。真実性についての確証はもちろん、その一応の蓋然性であっても、依頼者等の主張事実を一つ一つ確認していたのでは、円滑な依頼の処理はできないし、これは依頼者への不信感ととられかねず、弁護士・依頼者間の信頼を損なうからである。一般論としては依頼者等の主張につきその真実性を疑ってしかるべき契機がある場合のみこの義務が課せられ、そして弁護士がこの解明義務を尽くさない場合には、真実義務違反となる。この点で意見は一致している。そして、この局面では、未必の故意はもちろん過失でも義務違反が問われることになるはずである。だとするのなら、未必の故意でもよいかという問題は、解明義務の問題に内包されるとみることができるからである。

ロ) もっとも、具体的にどの場合この契機ありとみられるのかについてはいまだはっきりしないところが多いとされている⁵²⁾。その範囲に関して引用されている連邦憲法裁判所の裁判例を紹介しておこう。

(a) 一つは、1999年3月16日の第一法廷第一小法廷の決定である⁵³⁾。

(イ) 事案は、弁護士が、家宅搜索決定に対する抗告状において検察官をなじったことから、刑法の名誉に対する罪に問われたケースである。弁護士Xは、一度押収されたが、証拠等を発見できないとして返却されたPCの押収を目的とする再度の家宅搜索・差押え決定がなされたのを受けて抗告したが、それに概要次のように記載した。すなわち、「抗告対象の搜索命令の説示からすると、検察は発令庁である区裁判所を欺き、区裁判所は残念にもそれを信じたと考えられる。ここでは単に推測に基づいて処理されており、本件では、検察官の間の功名争いを被疑者に覆い被せている疑いがある。」なお、ここで検察官の間の功名争いということがいわれたのは、一回目の家宅搜索・押収担当検事Aの用いた鑑定人がPCを調べたが、何も発見できなかったのに対し、引き継いだPCに詳しい別の検察官Bが、Aが発見できなかったのは単にハードディスクの操作を見破れなか

52) Vgl. Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, aaO. (Fn. 26), § 43a FN 133.

53) NJW 2000, 199 ff.

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

ったからとして、再度の家宅搜索命令の申立てをしたという経緯があったからである。

(ロ) 第一審の区裁判所は——検事とその職務上の義務を果たしていないとの指摘はその名誉を害するし、そして弁護人には強調して表現することが許されるとしても、その記述は、第二の担当検事Bが、真実に反する事実を主張し裁判所を欺罔して家宅搜索命令を取得したとの印象を与えることから、その限界を超えるとして権利擁護等のためであれば、名誉を侵害する表明はその違法性を阻却されることを定める刑法193条⁵⁴⁾につき、「弁護士は、軽率に (Leichtfertig) 人の名誉を害する主張をしてはならない。……弁護士Xは、若干の良心に従った検討をしてさえいれば、自身の表明が間違っていることを容易に認識できたはずである。」として、その適用を否定した。具体的には、単に検察官とのやりとりだけで判断すべきではなく、新たに判明したことについての検察官からの指摘を踏まえて、自ら捜査資料を閲覧し、真の事案の状況を知る努力を怠ったのは「軽率」にあたる、翻せば、弁護士にはこの範囲での解明義務が課せられるというのが、控訴・上告審の判断である。

(ハ) 弁護士Xの憲法抗告を受けて連邦憲法裁判所は、上記の裁判は表現の自由を定める基本法5条1項1文に違反するとしてこれを取り消した。その理由は、弁護士Xに課せられるとされた解明(調査)義務、つまりは捜査資料までもよく検討すべきとするのは、表現の自由の制約としては行き過ぎだというものである。すなわち、

① 5条1項1文の表現の自由は、無制限ではなく、同条2項が規定するように、一般の法律中の規定により制約を受ける(法律の留保)が、名誉を保護法益とする刑法185条以下はこれにあたる。これらの刑法規定の適用にあっては、問題となっている表明による個人の名誉に対する侵害と意見を表現する自由を衡量することが求められる。刑事専門裁判所が、考慮すべきすべての重要な事情を誤って把握してしまったときは、基本権で

54) 注23参照。

ある表現の自由と相容れない。

また、名誉を侵害する表明をした者が担っている機能も、この際に考慮すべき重要なポイントである。弁護士は、（本件では刑事捜査手続きの弁護人としての）その職業実践の枠内においては、きつく強烈な表現や明快な決まり文句（常套句）を用いることが許されるし、また、「特定個人に的を絞って」論じることも許される。

② 基本法が定める表現の自由に基づく憲法上の保護を制限する根拠となりうるのは、真実との関わり方につき求められる慎重さを欠く場合のみであるが、単に「軽率」に（事実を）主張しただけでは、いまだこの限度をこえたとするにはほど遠い。

③ 誤った事実の主張が「軽率」になされた場合には、権利擁護等のためであれば違法性を阻却することを定める刑法193条の適用はないとする見解が支配的ではあるが、この見解が表現の自由と抵触しないのは、「軽率」との要件が過度に拡張されない場合に限る。

④ 事案からして、連邦憲法裁判所がどの程度の「軽率さ」が刑法193条の適用を排除するかを一般的に定義することは必要ではない。まずもって、本件では、二回目の捜索・差し押え決定に対する抗告状作成の一週間前には、検事Aの説明によるとPCからは何も発見されなかったとして、捜査手続きは停止されていた。また、担当検事Bおよび検察との打ち合わせにおいても、弁護士Xは、単にPCの鑑定から新たな嫌疑が生じたという説明を受けただけであった（検察の説明は一見矛盾していた）。家宅捜索決定には、何も発見なしとされたPCの鑑定結果が、なぜ嫌疑を裏付けることとなるのか、その説明はなかった等の事情がある。こうした事情の下では、弁護士Xが検事Aの問題なしとの説明をそのまま受け止めても問題はない。弁護士Xは、検事Aからの情報を信頼して、PCの鑑定は依頼者に対する嫌疑を裏付けることはないと判断するに先立ち、それ以上の解明義務を負うことはない。

上告審は、弁護士Xは捜査記録を閲覧すべきであったとするが、これは、憲法からみても、弁護士に求められる照会義務（Erkundigungspflicht）

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

の程度をこえている。

本件担当裁判所は、とりわけX弁護士が検察から矛盾する情報をえていたという事情、そしてまた刑事弁護人としての役割において問題の表明を行ったことを考慮すべきであった。この点で、憲法上瑕疵があった可能性がある。

(b) もう一つは2003年8月16日の第一法廷第二小法廷の決定である⁵⁵⁾。

(i) 事案はつぎのとおり。本件の憲法抗告を提起した弁護士Xは、金銭請求事件を受任するにあたり依頼者から、相手方債務者Aは支払い能力がない旨を伝えられた。弁護士Xはこのことを、(Xによる連帯保証の下での依頼者名義による)借入れに際し銀行に宛てた書簡に記載した。文面は、「もし予想に反し、債務者Aが支払ったなら、我々は直ちに弁済します。しかしながら、依頼者の話によればAは支払い能力がないので、その支払いを期待はできません。……」となっていた。しかし、Aは支払い能力を欠いてはいなかった。そこでAは、弁護士Xに対し、このような表明を差し止めるよう求めた。裁判所は、弁護士Xは事実反しかつまた人を貶める他人(つまり依頼者)の表明の内容を借用した妨害者(Störer)であると認定し、請求の一部を認容した。

(ii) 連邦憲法裁判所は、概要次のとおり判示して、当該裁判の法適用は表現の自由そして職業の自由に反し違憲と認定した⁵⁶⁾。

① 基本法5条1項1文の持つ価値設定をするというその意義(Wertsetzende Bedeutung)を確保するにあたっては、差止め判決がもたらす表

55) BverfKG 1, 235(236)

56) ただし、事案は受理の要件(連邦憲法裁判所法93条a2項)を欠く、すなわち、Xの抗告は、憲法上重要な意義はないし、また、Xの基本権を守るために必要でもないとして受理されなかった。その理由は概略次のとおり。すなわち、前者については、弁護士とその振る舞い方については従前判断が示されているから、必要ない。後者については、今回の一度限りの侵害は、その生存を脅かすまでに深刻ではないし、Xが将来にわたりその基本権行使を制約されることもなく、また、問題の裁判の主文はその執行が問題となりうる差止め義務を定めたものとはなっていないからだとする。

現の自由に対する制約と、問題の法律規定により保護される法益に対する当該表明による侵害を衡量することが常に求められる。この衡量の際に重要な視点となるのは、表明者がどのような職責においてその主張を行ったかであり、弁護士がその職業上の関連でした表明につき、連邦憲法裁判所は、上記した(a)の裁判においてこれを認めているところである。これにより、表明の対象者となった者が保護を受けられなくなるわけではない。Aとしてはその権利を守るべく、表明の原因を作った訴訟相手(弁護士Xの依頼者)に矛先を向けることができるからである。

② 不服対象の裁判を下した裁判所は、Xがその依頼者から聞いた話をその書面に自己の主張として取り込んだとして差止めを命じたが、これは職業自由の意義を無視し、基本法12条1項が定める職業の自由を、相当性原則に反して侵害している。もしこの見解が正しく、弁護士がその職業上の職責において依頼者からの情報をしかるべきかたちで他に伝達すると、常に自身が訴えられる危険にさらされるとしたなら、適切な利益代理が制約され、それにより、弁護士の職業実践の重要な部分が制限を受けることになってしまおう。弁護士が依頼者のために活動し、そしてそのために「依頼者の話によれば」というのであれば、それは情報の出所を示すものではなく、依頼者の名の下で依頼者の地位を貫徹しようとするものである。弁護士には、法的問題処理機構の独立の一機関というその地位に照らすなら欠くことのできない表明の自由が認められる。依頼者から伝えられた事実が真実かを常にコントロールすることを、職業法上弁護士に求めることはできない。このような義務を課すのは、弁護士と依頼者間の信頼関係を破壊することになろう。

(c) 以上の二つの決定に示されている連邦憲法裁判所の立場を一言でいうなら、表現の自由の下では解明義務の範囲・程度はそれほど広いものではなく、現状を踏まえて表明がなされていれば、原則それ以上立ち入った調査の必要はないとしているものと解してよからう。

ハ) 拡散とは、他の者に伝えることであり、相手は1名でもよい。伝えられた者がさらに多くの者に拡散することを期待している必要もないし、

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

いわゆる「口止め」の有無は問わないし、弁護士がその内容は真実に反していることを知りつつ書面を示すことも、また他人をたきつけて語らせることも拡散にあたる。なお、拡散の対象は、事実であり、一般には受け入れられていない法解釈あるいは評価を主張することは、(法の解釈や裁判例の曲解は別に)問題はない。

二) 不真実を伝える相手に限定はない。民事訴訟では訴訟詐欺(刑法263条)にもなりかねない裁判所や官庁のほか、依頼者を含む訴訟関係者すべてが含まれる⁵⁷⁾。

3. 個別の事例

イ) 真実に反することを拡散するとは、単に虚偽の事実を表明する(嘘をつく)といった行為だけに限られない。コンメンタールにある多様な具体例の中から、特に筆者の関心を引いた例を取り上げてみよう。

(a)イ) 相手の主張を真実と知りつつ否認することは真実義務違反である。ちなみに、民事訴訟上の効果としては、当事者の場合(民事訴訟法138条1項)と同じく、陳述したとは認められず、擬制自白となる(民事訴訟法138条3項)。

不知はどうか。特にこの点に言及する者は筆者の知る限りなさそうであるが、不知の陳述は、要するに本当に知らない場合のみ例外的に認められるとする規定(民事訴訟法138条4項)⁵⁸⁾の下では、その扱いは否認と同じになるはずである。

ロ) この関連で取り上げられるのが、「黙っていること(沈黙)」である。弁護士は自らすすんで依頼者の不利となる事実を開示する必要はな

57) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 141.

58) 同項は、不知が許されるのは「当事者の行為でもないしその認識対象でもない場合のみ」に限定する。確かに忘れたときは不知の陳述が認められるとされているが、生活経験に照らすなら忘れるのも仕方ないことを疎明しなければならない(また、知りうる範囲で調べてみなくてはならない)など厳格である。Vgl. *Thomas/Puzo/Seiler*, ZPO 42 Aufl. § 138 Rn. 20.

い⁵⁹⁾。これは、弁護士守秘義務(そしてまた依頼者との信頼関係)からして当然である。また、依頼者が虚偽を述べた場合に、これを修正する必要もない。そもそものところ「拡散」という要件からして、積極性が必要であり、「沈黙による不真実」はここでの問題ではないともいえよう⁶⁰⁾。ただし依頼者に対し自身で訂正するよう助言し、応じなければ辞任しなくてはならないし、またそうしないと訴訟詐欺の幫助を問われることにもなりかねない⁶¹⁾。

(b)「やむをえざる虚偽(Notlüge)」も認められないとするのが大方の見解である。よく引用されている事案は期日を維持するための虚偽である⁶²⁾。すなわち、私選弁護士となった弁護士Xは、ダブルブッキングのために受任した刑事事件の期日に出頭できなくなった。当該期日の延期は、ドイツ刑事訴訟法の下では手続きを大きく遅延させることになり(また被告人の負担を増すため)、弁護士Aを複代理人としたが、依頼人である被告人がいわゆる「うるさい」人物であったためか、Xの求めに応じてAは「Xは病気のために出廷できない。」と依頼者に偽ったというものである。さらには、無実の被告人を守る手立てが他にはない場合でも許されないとされている⁶³⁾。

59) ただし、*Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 143は、弁護士の陳述が不完全なことから、黙っていることで真実がはっきりねじ曲げられる場合は、許されないとするが、具体的にはどのような場合かは、少なくともここでは示されていない。

60) Vgl. *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck*, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 72.

61) *Hartung/Scharmar/Peitscher*, aaO. (Fn. 6), § 43a Rn. 94 f.

62) AGH Bayern, Urt. v. 19. 07. 2005, BeckRS 2005, 151926.

63) 「結果よければ」とすると、弁護士の真実義務をかなりの程度相対化し、結果法発見のシステムにおける弁護士の機能を著しく損ねてしまうというのがその理由とされている。Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 114. ただし *Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich*, Kom. zu den Grundsätze des anwaltlichen Standesrecht, 2 Aufl. (1988), § 68 Rn. 35は、たとえば拘留中の依頼者から身内の安否を問われた際に、その身内が死亡していることを知っているにもかかわらず存命だと「嘘」をつくことは、人間性の観点から正当化されると

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

(c) 見込みのない申立て・上訴も——受任契約違反として損害賠償義務を発生させることはいうまでもないが——懲戒の対象ともなる⁶⁴⁾。要は、弁護士が、見込みがないにもかかわらず依頼者を欺いて上訴等をする、つまりは「報酬稼ぎ」をする場合である。上訴等の見込みは評価である(事実ではない)から本来は対象外ではあるが、まったくありえない法解釈の場合と同じである。したがって、上訴等はその提起時点で、どのような角度・視点からみてもそしてまた誰がみても認められない場合に限られる⁶⁵⁾。したがって上訴等の見込みを検討するための「時間稼ぎ」の上訴等は、提起時点ではこの要件を欠くからこれにあたらない。

(d) 1973年の弁護士倫理綱要58条1項が刑事弁護人に関して規定していたように⁶⁶⁾、偽造されたであろうことを知りつつ、当該証拠方法の取り調べを申し出ることは当然のことながら許されない⁶⁷⁾。しかし、当該証拠が何らの証拠価値を持たないことを知っていたとしても、不真実の伝播にはあたらない。次に、わが国刑事訴訟法52条と同じく公判手続きに関して

する。これに対し、自己の訴追を免れるための偽証に関しては刑を減免できるとする刑法157条と同じく、やむをえざる虚偽を認めるのは、*Kalsbach, Standesrecht des Rechtsanwalt* (1956), S. 302。また積極的ではないものの好意的なのは、Vgl. *Kleine-Cosack*, aaO. (Fn. 31), § 43a Rn. 115。

64) 反対, *Kleine-Cosack*, aaO. (Fn. 31), § 43a Rn. 111.

65) *Hensler/Pritting/Hensler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 135. なお、連邦憲法裁判所への憲法抗告は、手数料不要が原則だが(連邦憲法裁判所法34条1項)、乱用的な場合には手数料を徴取できるとしている(同34条)。この乱用的というのは、抗告が明らかに不適法あるいは理由がなく、あらゆる点からしてまったく見込みのないものである場合とされている。Vgl. *BverfG NJW* 2010, 3150.

66) 1973年の弁護士倫理綱要58条1項は次のように定めていた。「弁護士は弁護人としてもまた真実義務を負う。真実を曲げる証拠方法を利用してはならない。このような限界の下、弁護士は、刑事法が認める立証にのみ基づき、被告人に対する判決が下されるよう配慮しなくてはならない。」

67) ただ、たとえば当該証拠方法の真正について疑問を持っただけでは、直ちに真実義務違反となることはない。これもまた、上述した弁護士の解明義務が問題化する局面であろう。

は、公判調書のみ準拠してその適法性が判断されることになることから、弁護士がその記載が誤りであることを知りつつその記載に準拠して手続き違反を理由に上訴等をするのは真実義務違反とならないとするのが通説的な見解である⁶⁸⁾。

(e) 刑事被告人に関してみると、ことはかなり深刻である。およそ法治国家原則とは抵触するが、古くは、被告人が有罪であることを知りつつ、無罪獲得を目指して受任する（辞任しない）ことが許されるかが問われた時期があった⁶⁹⁾。このことからか、1973年の弁護士倫理綱要58条2項は、特に刑事弁護人となった弁護士の真実義務とその下での弁護活動のあり方を定めた同1項⁷⁰⁾を受けて、否認する被疑者（被告人）が実は犯人であることを知った場合でも、弁護士は弁護を受任（続行）できるとする一方、他方では、第1項の義務に格別配慮すべしと定めていたところである。弁護士は、この場合ほぼ必然的に真実義務と守秘義務の狭間に置かれることになるが、被告人が争っていることを踏まえると、その弁護の目標は、事実関係の認定に際して刑事訴訟法上の諸規範が厳格に遵守されることを確保する点に求められることになる。

(f) 弁護士に課せられる真実義務の射程の広さを物語るといって良さそうなのが、自分自身が関する刑事事件や懲戒手続きにおいても真実義務を負うかという問題である。支配的見解は、これを是認する⁷¹⁾。真実義務（虚偽を述べない義務）は、一方ではその職業を特徴付ける本質的な義務であり、他方黙秘の権利が認められていることで不利益は回避できるとす

68) 反対、*Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 146. 通説は長きにわたり確固たるものではあったが、記載に誤りがあることを知りつつ、その記載を根拠とする不服は認められないとする連邦通常裁判所 (BGH) の判例 (BGHSt 51, 88 (93 ff.)) に照らすなら、現在では真実義務違反となるとする。

69) *Vgl. Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich*, aaO. (Fn. 63), § 68 Rn. 54.

70) 注66参照。

71) 古ものであるが、非ナチ化の一環として行われた弁護士に対する占領軍の質問 (表) に虚偽の記載をするのは真実義務違反とした例がある。Vgl. *Lingenberg/Hummel/Zuck Eich*, aaO. (Fn. 63), § 43a Rn. 26.

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

る⁷²⁾。もっともこれに対しては、職業法は不利益を甘受する義務とか黙秘の義務を生じさせることはないから、真実に反して「私は無罪」と陳述してよいはずとの有力な反論があることは指摘しておこう⁷³⁾。

ロ) このほかにもたとえば次のような例が真実義務違反として報告されている。すなわち、①死亡した者を原告として訴えを提起する⁷⁴⁾。②弁護士が辞任したが、実際は所属事務処の別の弁護士が事件の処理にあたっていたにもかかわらず、相手方には、別の事務処所属弁護士に委ねたと通知する⁷⁵⁾などである⁷⁶⁾。

72) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 134.

73) Vgl. *Kleine-Cosack*, aaO. (Fn. 31), § 43a Rn. 107 f.

74) AGH Niedersachsen, Urt. v. 25. 1. 2016, BRAK-Mitt. 2016, 183. 問題の弁護士が、自身の父親の代理人として訴えを提起したが、すでにそのとき父親は死亡していた。また、被告の指摘にもかかわらずこれを争ったという、民訴訟の課題としてよさそうな事案である。

75) AnwG Mecklenburg-Vorpommern Urt. v. 9. 9. 2009, AnwBl Online, 2010, 12.

76) 弁護士の振る舞いという観点から取り上げておくべきと思われるのは、弁護士が様々な箇所に事件に関して訴えかける行動の評価についてである。1973年の倫理綱要9条2項は、裁判官の判断に影響を与えるべく、「法律上裁判に影響を与える権限のないところ（例えば、裁判所長、大臣、議会、政党、労働組合あるいは諸団体）に訴えかける」ことを懲戒事由としていた。そして公衆、つまりはメディアに訴えかけることそれ自体この範疇に入るとされていた。Vgl. *Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich*, aaO. (Fn. 63), § 9 Rn. 12. しかし現在では、常にここでのテーマとして取り上げられてはいるものの、こうした見解をとる者は筆者のみた文献には見当たらない。かえって法治国家の不可欠な要請である司法の透明性という観点からその開示が求められ、弁護士がこれに協力することに問題はないとされている。Vgl. *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck*, aaO. (Fn. 26), § 43a Rn. 80. もちろん他の観点、例えば依頼者の人格権あるいは開示のやり方という点から問題化することは別である。

VI 他の関与者もしくは手続き経過が何らその契機を 与えてはいない人を貶める表明となる行動

1. 問題の所在——表現の自由

イ) 弁護士は、言葉を武器として権利のために戦う戦士である。言葉による戦いは、先（Ⅲ 2）に取り上げた1987年の連邦憲法裁判所の決定にもいうとおり、お行儀よくある必要はなく、「作法をわきまえない、失礼である、あるいは言い方がよろしくないまたは思いやりを欠く」こともやむをえない。この戦いは過熱しすぎると、ときには他の者を貶めるような表明へとつうじていくことになる。

すでに述べたように、弁護士にあっては通常はドイツ刑法185条と186条の（わが国流にいえば）侮辱罪と名誉毀損罪の構成要件を充足する場合のみ、ここでの懲戒対象となるとするのがほぼ一致した見解となっているが、懲戒例では、具体的には次のような表明が「貶める」にあたるとされている⁷⁷⁾。まずは、いわゆる侮言である。例えば相手方弁護士に対する「詐欺師・ペテン師!」、「気が触れたか!」、相手方に対する「間抜け!」、「ネズミ野郎!」、「下劣で問題のある性格の持ち主だ!」そして裁判所に対する「ラシズムだ!」といった表明がこれである。さらには、先（Ⅲ 2）に取り上げた1987年の連邦憲法裁判所の決定で問題となった表明からもうかがえるように、ドイツの弁護士は皮肉も得意のようである。裁判官に対し、「故意に法をねじ曲げている!」「空を抜くまでにひどい予断!」、「法について無知蒙昧!」、行政裁判所の「担当裁判官は、他の判断を下すことができるということを理解できないまでに、既存の国家秩序を維持するやり方が身についている!」、また検事に対し、「完全に酩酊状態で起訴状を作成したに違いない」、弁論休憩中に官署の代理人（公務員）に対し、

77) わが国でも相手方弁護士を揶揄あるいは事実を摘示して評価を貶めたとし懲戒の対象者となった例が少なからず報告されている。最近のものとして例えば、自由と正義 Vol. 73 No. 4（2022年4月号）68頁参照。

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

「子供たちが死亡しそして冷蔵庫のなかで死体で発見されることに責任があるのは、おまえのような輩だ!」、さらには、書面の中で相手方弁護士に対し、「図々しい犯罪的なエネルギーかそれとも間抜けだったのかを真面目に問え!」といった表明が該当すると判断された事例としてあげられている⁷⁸⁾。

もっとも、上記のような該当例に照らすと、問題とされた表明それ自体は、「貶める」に該当するのではないかと思われるにもかかわらず、名誉に対する罪に該当しない（したがって懲戒事由にあたらぬ）とされたケースも少なくない。たとえば、裁判官をナチスドイツ時代の悪名高い裁判官 *Roland Freisler*⁷⁹⁾ にたとえたケース⁸⁰⁾、あるいは、犯人かどうかの捜査手続きにおける警察官のやり方を、「SS やゲシュタポ⁸¹⁾の手法」にたとえたケース⁸²⁾などは、それ自体——少なくとも筆者からみると——相当侮辱的であるにもかかわらず、名誉に対する罪の成立が否定されている。その法律レベルの根拠は、すでに引用した連邦憲法裁判所の裁判例にも登場している刑法193条である。先にもみたように⁸³⁾ 同条は、侮辱・名誉毀損の

78) 以上は、*Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 156; *Hartung/Scharmar/Peitscher*, aaO. (Fn. 6), § 43a Rn. 107にあげられているケースの一部である。ただし、行政裁判所裁判官に対する表明について、*Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13) は、今の基準からすると、該当しないとす。

なお、言葉自体が人の評価を貶める表明も含め、ドイツ語で読むとかなり刺激的・攻撃的であるが、差別用語の壁と筆者の貧弱な「日本語」能力のため、それぞれの表明にこめられている「貶め」の含意を日本語の訳語ではどうまく表現できていないところも多い。ご海容願いたい。

79) 彼は、反逆罪等を管轄する人民法廷 (Volksgeschichtshof) 長官として、反ナチ活動家数千人に対し死刑判決を下した人物である。

80) OLG München Beschl. v. 31. 5. 2017, BRAK-Mitt. 2017, 239.

81) SS はナチ党の私兵である Waffe SS (武装親衛隊)、またゲシュタポ (Gestapo) は Geheime Staatspolizei (国家秘密警察) の略称。前者は、ホロコーストや虐殺への関与、後者は過酷な取調べなどで知られる。

82) LG Hechingen, Urt. v. 6. 12. 1983, NJW 1984 1766.

83) 注23参照。

構成要件該当性が認められる場合であっても、「権利行使またはその防御もしくは正当な利益の確保のための表明」は、その表明の形式またはそれがなされた状況から侮辱が認められる場合を除き、違法性が阻却されると定める。弁護士は、法的問題処理機構の独立の一機関（連邦弁護士法1条）として、正しい裁判がなされることに貢献し、裁判所や検察等を誤った判断から守るべき責務を負う。したがって、この責務を果たすにあたっての表明は、この司法の健全性という正当な利益の確保のためのものということになるわけである⁸⁴⁾。だからといって、いかなる表明も弁護士には許されるということにはもちろんならないことは、該当例にみられるとおりである。そこで、刑法185条以下の保護法益である表明による批判の対象になった者の名誉と正当な利益の保護の相克は、基本権である表現の自由とその制約（法律上の留保の許容範囲）の問題として連邦憲法裁判所に持ち込まれることになる。次には、ここでの問題である弁護士の「貶める表明」に関し連邦憲法裁判所が下した近時の裁判例をみていこう。

2. 連邦憲法裁判所の近時の裁判例

(1) 「貶める表明」と表現の自由についての連邦憲法裁判所のスタンス

あらかじめ指摘しておくべきは、裁判所・裁判官を筆頭とする弁護士の他の訴訟関与者に対する表明と表現の自由に関する連邦憲法裁判所の決定は、自身も認めるように、そもそものところ「事例」裁判だということである⁸⁵⁾。もちろんそこには従前の裁判が積み上げてきたスタンスともいべきものが前提となっていることはいうまでもない。これを最近の表現の自由に関する裁判例⁸⁶⁾から抜き出してみると、次のように要約できよう。

84) Vgl. *Henssler/Prütting/Henssler*, aaO. (Fn. 13), § 43a Rn. 150.

85) BverfGE 85, 1(16); 99, 185(196 f.).

86) BverfG Beschl. v. 14. 6. 2019, AnwBl online 2019, 628. 15. 04. 200863; BverfG Besch. vom 19. 8. 2020 NstZ-RR 2021, 46. 前者は民事訴訟の当事者（原告）自身が担当裁判官の忌避の申立てにあたり、「当該裁判官が証人に影響を与えるやり方や訴訟遂行の仕方そして原告を弁論から排除しようとの試みは、かつての

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

- (a) 表明が向けられた者に対する評価（批判・反論）は、基本権である表現の自由の保護対象（意見表明）となる。
- (b) 表明による違法行為（Außerungsdelikt）が問題となるときは、原則として、表明者の表現の自由と表明の対象者の名誉に対する侵害を衡量することが求められる。そしてこの衡量は、事案ごと個別的になされなくてはならない（つまり裁判は「事例」判断となる）。
- (c) 公権力処分を国家の制裁を恐れることなく批判する権利は、表現の自由の核心部分であり、したがってその重みは、この限りでは特に高く評価しなくてはならない。
- (d) 名誉に対する罪の解釈と適用にあたっての特別のケースは、そのフォーム（言い回し）自体に由来する名誉侵害（Formalbeleidigung）と本題との脈絡を欠く侮辱的批判（Schmähdikritik）である。この場合には、表現の自由は常に名誉の保護に遅れるから、例外的に(b)で述べた衡量は不要である（ただし、念のためにこの衡量をすることを妨げるものではない）。しかしこれは表現の自由に深刻な影響をもたらすことから、その該当性の判断基準は厳格でなくてはならない。なお、そのフォーム（言い回し）自体に由来する名誉侵害とは、先にも触れたが、表明の内容が「貶める」もの（たとえば「おまえは、……を盗んだ」）ではなく、表明のフォームまたはそれがなされた状況から「貶める」ものとなる表明をいう。例としてわかりやすいのは、それ自体が人を貶める「罵言（Schimpfwort）」である。本題との脈絡を欠く侮辱的批判とは、批判対象事項に関連した侮辱的な表明ではなく、もっぱら相手方を貶めることが主たる目的で、批判自体はそれを

ナチスドイツ特別裁判所を強く思い起こさせる。」また、「裁判官の弁論遂行全体は、法治国家原則の下での手続きよりも、中世の魔女裁判を思い出させる。」と批判したケース。後者は、刑期満了後の（再犯の危険がある場合の）保釈収容（Sicherungsverwahrung）を受けていた者が、収容施設の不手際に抗議する中で、女性職員に対し「売女（Trulla）」とののしったケースである。

するための口実でしかないものをいう⁸⁷⁾。

(e) 本題との脈絡を欠く侮辱的批判として、(b)の衡量を不要とする際には、その表明の動機と背景(文脈)を常に顧慮しなくてはならない。

それでは、コンメンタールに登場する連邦憲法裁判所が問題視した具体例と(理解を容易にするために「理由では」多く同じ措辞を繰り返すことになってしまうが)その判断枠組みの概要をみていこう。

(2) 連邦憲法裁判所が取り組んだ近時の具体例

a. 連邦憲法裁判所2008年4月15日第一法廷第二小法廷決定⁸⁸⁾

イ) 事案の概要

AはBの弁護士Cから損害賠償を請求する書面を受け取ったが、請求の理由は次のように記載されていた。すなわち、「貴殿は、路上でシルベスター・スターローンが演じたランボーのごとく傍若無人に振る舞った後、何ら理由もないのに侮辱をもってBを侮辱し、脅迫し暴行を加え、当方の見解によれば、これは刑法315条cの道路交通危険罪⁸⁹⁾に該当する。検察に対しすでに告訴済みであり、Bは、これに基づく刑事手続きに付帯起訴原告(Nebenklager)⁹⁰⁾として加わる予定である」と。Aから本件を受任した弁護士Xは、Aに代わり、こうした事実はないとして請求を退け、加えてCに対し次のように書き送った。すなわち、「Bは、ありもしない2500ユーロの債権を主張することで脅迫の罪を犯している。Xとしては、……さらに検察に問い合わせるつもりである。」と。

弁護士Xの所属弁護士会は、「Bは、脅迫の罪を犯している」という弁

87) わが国の近時の懲戒例にも同様の傾向を示すと思われるものがある。自由と正義 Vol. 73 No. 6 (2022年6月号) 90頁以下。ただし、事案は職務外での行為と評価すべきものである。

88) BverfGK 13, 442.

89) 飲酒運転・高速道路上の逆走などで身体・人命を危険にさらした者に対し、5年以下の自由刑または罰金を課すとする。

90) (ドイツ) 刑事訴訟法395条以下。わが国の被害者参加制度と共通する。ただし、申し出先は(わが国では検察官であるが)裁判所であり、またたとえば裁判官の忌避権など被害者には幅広い権限が認められている。

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

護士 X の事実の摘示は、ことに即すべしとの義務に違反しているとして叱責 (Lüge) の処分をした。すなわち、「名誉を害する罪は、同時に職業法上の義務違反となる。本件では、刑法186条の不快な中傷が認められる。弁護士 X は、……B を侮辱 (Verachtlich) あるいはその世評を貶めるに適した……事実を摘示しているからである。」と。弁護士 X からの不服申立てを受けた弁護士裁判所は同じく義務違反を認めたが、弁護士 C が何らの契機を与えていないことを重要ととらえた。弁護士 X の職業の自由等を理由とする憲法抗告を受けて、連邦憲法裁判所は不服の対象となった叱責処分と弁護士裁判所の裁判を取り消し、再度の審理を命じた。

ロ) 理由の概要

(a) 叱責のような基本法12条1項の職業の自由の制約は、バステューユ裁判が示している範囲 (公共の利益の存在・表現の自由に基づく限界) でのみ許されるが、連邦弁護士法43条 a 3項自体には憲法上の問題はない。しかしその適用は基本法にそうものでなくてはならない。

(b) 不服対象の裁判は、表現の自由を定める基本法5条1項と連動した12条1項が求める基準に適合していない。弁護士会の判断は、以下のとおり、刑法193条が違法性阻却事由とする抗告人の表明が正当な利益擁護のためのものかを検討していない。

(i) そもそも弁護士 X の表明が、基本法5条1項1文が戦闘的な表明の解釈について求めている基準に照らし、刑法186条の構成要件である事実主張といえるかが疑問である。弁護士会は、弁護士 X の表明から特定の一部を切り取って事実主張だとしたものであるが、これは、表明の意味内容のとらえ方について憲法が求める基準を満たしていない。

(ii) 仮にそうでないとしても、弁護士会は、憲法上保護されている職業実践の自由を十分に考慮していない。名誉に対する罪の構成要件に該当する行為が職業法上の義務違反となるのは、正当な利益の擁護のためではない場合のみである。この検討にあたり、個別ケースに切り結んだ (スタンスのところでも述べた) 上記の衡量が憲法上求められる。

刑法に関しては、刑法193条に基づくこの衡量の下、表明のフォームな

いしはそれがなされた状況から名誉侵害が認められる場合のみ、可罰的となる。人を貶める表明が、フォーム自体に由来する名誉侵害ないしは本題との脈絡を欠く侮辱的批判となるのは、本題とは取り組むことなく、人を中傷すること（Diffamieren）が前面に置かれている場合のみである。そしてそれは、戦闘的かつ角の立った批判に止まらず、いわばさらし者とされた人物を貶めるものでなくてはならない。

(ハ) 弁護士会は、「脅迫だ」との非難にどの程度これがみられるのかを検討していない。基本権である職業実践の自由と個人の名誉の保護そして機能的な法的紛争処理機構という観点を衡量した形跡がない。

(ニ) Bおよび弁護士Cは、弁護士Xに対して貶めるような表明の契機を与えてはいたとした弁護士裁判所の裁判も、弁護士Xの職業の自由に対する配慮が十分ではない。

職業の自由に照らすなら、弁護士がその職業実践とその際に許される批判との関連で行った貶める表明は、特別の状況がある場合のみ職業法上の処分を課す契機となりうる。それは、貶めることが、その内容とフォームに照らすと、正当な利益の擁護とはならず名誉に対する罪と判断される場合である。

弁護士裁判所は、弁護士Xの表明が特にはそのフォーム自体に由来する名誉侵害として刑事上の構成要件を満たすかを確定していない。ただBおよび弁護士Cは、弁護士Xの反論書面における表明の契機を与えてはいたただけで、このようなリアクションも本題との脈絡を欠く貶めにあたるのかは認定していない。このように、弁護士裁判所は、弁護士Xの表明が内容的にも時間的にもBからの次のような慰謝料請求とダイレクトに関連してなされたことを見落としている。すなわちそれは、具体的な経緯を示すことなく、「傍若無人…云々」という激しい表現をもってなされたものである。（反論にあたっては、攻撃対象者の表明で用いられた表現とのバランスで、反論者の表明に用いることが許される表現の幅が判断されるが＝筆者）連邦弁護士会の指摘するように、弁護士Xのリアクションは 言語（表現）の点からも手段の点からもBサイドの表現レベ

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

ルをこえてはいない。

自由な法治国家において弁護士は、権利保護を求める市民の法的助言者・代理人として、裁判官や検察官とならび、法的な紛争において独自の重要な機能を担っている。弁護士は、法的問題処理機構の機関として、適切な裁判がなされることに寄与し、そして裁判所・検察が誤った判断を下すことを阻止しなくてはならない。このような責務の下、弁護士には、手続き関与者がその人格を侵害されたと感じるほどのない程度に行儀よく(節度を持って)これらの者と常に付き合っていくことは求められていない。

したがって、弁護士は、厳しく強烈な表現そしてはっきりとした攻撃的言葉を用いることが許される。別の表現ができたことは問題とならない。依頼者の利益をどのように守るかは、その自由な職業実践に委ねられている。

b. 連邦憲法裁判所2013年7月20日第一法廷第三小法廷決定⁹¹⁾

イ) 事案の概要

弁護士Xは、依頼者である2人の歯科医師の代理人となっている相手方弁護士Aが利益相反行為をしているとして、弁護士会および検察に懲戒請求書および告訴状⁹²⁾を提出したが、両件に関する手続きは停止された。その後ふたたび同一当事者・同一代理人間の事件が係属したが、弁護士Xは、自身の事務所そしてまた依頼者の二人の医師の診療所の組織形態について弁護士Aが言を左右するのを批判する書面を裁判所に提出し、それに、懲戒手続きの処理について弁護士会にその意見を具申したE-mailを添付した。そこには「事務所の形態について言を左右する弁護士Aの態度は訴訟上の真実義務に反するものであり、弁護士Aが説明したその事務所を『三百代言事務所』と呼んだとしても事実反してはいない。」という記載があった。

91) AnwBl Online 2013, 360.

92) ドイツでは、弁護士の利益相反代理は3ヶ月(相手方とつうじていたは1年)以上4年以下の自由刑を言い渡される刑法犯である(刑法356条)

弁護士Aは、弁護士Xに対し、所属業務共同体を三百代言事務所と呼び、そして自分を三百代言人(Winkeladvokat)と名指しすることの差止めを求める訴えを提起した。なお、弁護士Xは弁護士A自身を三百代言人とは名指ししてはいないが、三百代言事務所という表明はA弁護士個人にも向けられたものでもあるということで差止めの対象とされた。地方裁判所(Landgericht)は、これは本題との脈絡を欠く侮辱的批判だとして請求を認容し、控訴審の上級地方裁判所(Oberlandesgericht)も本題との脈絡を欠く侮辱的批判にあたるか否かは措くとしつつ、利益衡量の結果は弁護士Xに不利となるとして控訴を棄却した。三百代言人とは、その弁護士という分限に適うかたちで責任感を持って事件を代理する能力を欠く者を指す。この表明は、その契機(きっかけ)に照らすと、完璧に不適切・不要なものだというのがその理由である。弁護士Xは、その表現の自由の侵害等を理由に憲法抗告を提起。連邦憲法裁判所は上記の判決は、Xの表現の自由を侵害するとして、いずれの判決も取り消し再審理を命じた。

ロ) 理由の概要

(a) 憲法に照らすと、ある表明が本題との脈絡を欠く侮辱的批判とされる範囲は狭い。公に関わる問題でこれが認められるのは例外であり、むしろ個人的な(私人間の)領域に限定される。本題との脈絡を欠く侮辱的批判等に関する当裁判所の裁判例に照らすと、不服とされたいずれの判決も憲法に反する。

(b) 地方裁判所はXの表明を本題との脈絡を欠く侮辱的批判と認定したが、これは違憲である。地方裁判所も認めるように、弁護士Xの表明は、具体的なテーマをめぐる論争を契機としてなされたものである。弁護士Xの表明は、弁護士Aの中傷をその核心部分とするものではない。弁護士Xは、弁護士A自身による自己の事務所の組織形態に関する説明を批判することで、本題との関連を明らかにしている。同じくこれは、弁護士Xが弁護士会に宛てたE-Mailを持ち出した医療過誤訴訟に関しても、本題との脈絡を備えている。なぜなら弁護士Xの表明は、弁護士Aの事

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

務所の組織形態と依頼者である2人の歯科医院のそれとの類似性および利益相反を指摘する意図でなされたものだからである。

(c) 「三百代言事務所」という概念は、弁護士Aはわずかの専門的資質しか持たずその信頼性に疑問がある弁護士だということを匂わせるものであるから、弁護士Aの人格を貶め、その一般的人格権を侵害する。

(d) しかし上級地方裁判所は、この表明がまずは弁護士会に対してなされ、次いで、関与者と裁判所のみがそれを知ることができる訴訟に顕出されたことに重きを置いていない。上級地方裁判所は、裁判所での権利擁護のための表明の撤回・差止め請求は原則認められないとする連邦通常裁判所の確定判例を引いて、裁判所でのこの種の表明が特格的に扱われることを詳しく説明してはいるものの、このような表明が許されないということが、そもそもその性格からして例外であることへの配慮が足りていない。訴訟行為に対する法的な保護は、表明が見過ごせないものであることが明白であるか、あるいはその内容が乱用的なものに限られる。不適切・不要というだけでは足りない。

(e) 上級地方裁判所は、名誉に触れる概念を内輪で利用したこと自体に、基本権により保護されている弁護士Aの利益が優越する理由を見いだしているが、これは弁護士Aの一般的人格権を過大に評価している。三百代言人という批判は、弁護士Aの職業上の名誉のみ限定された範囲で貶めているに過ぎないし、したがって弁護士Aに関してはその社会的な側面のみに関連している点を十分考慮していない。しかも弁護士Xは、この言葉を事務所のみに関連付けるだけで個人に向けてはしていないし、さらには、三百代言という表現を括弧でくくっている。総じて本件担当の民事専門裁判所は次のことを見落としている。すなわちそれは、表明の差止めを命じる判決は、意見表明の自由のため、法益保護に絶対に必要な範囲に限定されなくてはならず、そもそも差止め判決というものは、節度ある一般的な表現がとられるよう過激な表現を排除して、問題の意見表明が客観的に正しい、あるいは適切であることを保証するためのものではない、ということである。

c. 連邦憲法裁判所2016年6月29日第一法廷第三小法廷決定⁹³⁾

イ) 事案の概要

弁護士 X は、寄付金の不正利用により逮捕されたある公益団体理事長の刑事弁護人である。この事件は世間の注目を集めた。逮捕状をめぐる期日において、X は担当検事 A を口頭で攻撃し、終結前に席を蹴った。弁護士 X は、A に対する捜査は不当と考えていた。取材していたジャーナリストが弁護士 X に電話でインタビューを試みた。弁護士 X は事件については何も答えなかったものの、電話中ずっと捜査について怒りまくり、担当検事 A を次のように呼んだ。

「どこの馬の骨かわからない検事」、「常軌を逸した検事」、「忌まわしく、悪意に満ち、少々頭の悪い検事」そして「精神を病んだ検事」

弁護士 X の検事 A に対する名誉侵害事件は審級を一周し、差戻審となった地方裁判所（控訴審）は、弁護士 X の表明は担当検事 A の名誉を毀損するし、またこの表明には権利の擁護との紐付けがないことから刑法 193 条の正当化の事由は認められないとして有罪判決を下し、上告審もほぼ同旨の理由で上告を棄却した。職業の自由、表現の自由などの基本権侵害を理由とする弁護士 X の憲法抗告を受けて、連邦憲法裁判所は、弁護士 X の表現の自由を侵害するとして、いずれの裁判も取り消して再審理を命じた。

ロ) 理由の概要

(a) 問題の表明が、果たして表現の自由の限界をこえているか否かは、人格権侵害の重大さと表明を禁じることによりもたらされる表現の自由の毀損とを衡量して判断すべきであるが、この際注意すべきは、基本法 5 条 1 項 1 文は、実態に即した表明 (sachlich-differenzierete Äußerung) だけを保護するものではなく、かえって、名指しをし、戦闘的かつ誇張して批

93) NJW 2016, 2870=AnwBl Oonline 2016, 558.

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

判することも許されるということである。例外的に上記の衡量が不要なのは、そのフォーム（言い回し）自体に由来する名誉侵害と本題との脈絡を欠く侮辱的批判であるが、こうした表現の自由にとり重要な効果に照らすと、その判定は、厳格な基準によらなくてはならない。

(b) 不服の対象となった裁判は、いずれの点からしても判定基準を守っていない。すなわち、地方裁判所は、本件の表明が本題との脈絡を欠く侮辱的批判だとは明言していないが、その説示からしてこれを認定しており、その結果表現の自由と人格権の衡量をしていない。この点に憲法からみた過誤がある。

(c) 本題との脈絡を欠く侮辱的批判だとの認定は、憲法に照らし厳格でなくてはならない。大げさな批判あるいは無礼な批判も、それ自体ではこれにあたらぬ。これにあたるのは、もはや本題と取り組むことなく、戦闘的かつ誇張した批判をこえて、さらには人を中傷することが前面に置かれている場合のみである。

(d) この憲法上の要請を地方裁判所は無視した。確かに、弁護士 X の表明は相当に手厳しいし、担当検事 A の名誉を毀損する。しかし、不服の対象となった裁判は、その表明中の名誉を毀損する内容が、そもそものところいかなる点でも本題に根付いたコンテキストの枠外のものであるということを、本題との脈絡を欠く侮辱的批判だと認定する際に求められるところに従ったかたちでは説示していない。弁護士 X は、刑事弁護人として、捜査手続きと逮捕について問い合わせてきたジャーナリストの電話に反応したのであった。このようなコンテキストにあっては、罪を着せるような表明は検察官の職務上の行為、とりわけ逮捕状の請求に関連していた可能性を否定できない。地方裁判所は、その際に表明は相対化されていないか、あるいは検察官 A の特定の個々の行為に関連してはなかった点に注目しているが、このような状況下では、それだけで本題との脈絡を欠く侮辱的批判だと認定するには不十分である。この限りでは、表明が捜査手続きとはまったく無関係、あるいは、手続きとの関連は、検察官 A 自身を侮辱するために無理矢理探し出した契機あるいは言い訳として利用

されたということを、詳細に説示する必要がある。

d. 連邦憲法裁判所2017年6月6日第一法廷第三小法廷決定⁹⁴⁾

イ) 事案の概要

弁護士Xは、リタイアする前、ひき逃げ⁹⁵⁾をした被告人Aの刑事弁護人となった。第一審の区裁判所は有罪判決を下したが、二審では、費用は国庫負担として手続きが停止された。弁護士Xの再三の督促にもかかわらず、費用支払い請求については、2ヶ月にわたり何の判断もなされなかった。そこで弁護士Xは、司法行政担当の地方裁判所所長に、費用支払い請求の処理が遅れていることに苦情を申し立てる書面を送った。その中で、弁護士X自身の考えによれば、Aに対する手続きはスムーズに進まなかったが、それは担当裁判官Bに起因することを詳説し、その上でさらに次のように記載した。

「P区裁判所の面前での公判の経緯は、私がテレビの音楽娯楽番組 „Musikantenstadl“ と呼びたいものと同じであった。裁判官サイドからの合理的取り組み（関与）は皆無であった。しかしながら、『物事全体を見通している』ごときであった。確実ではあるがたった1個だけの根拠から、確実な全体の眺望を縫い上げる、よりの確に言えば、でっち上げることがどうしてできるのか、私には永遠の謎のままである。」

第一審区裁判所は、刑法185条の侮辱罪に該当するとして罰金刑を宣告。公判をテレビの娯楽音楽番組 „Musikantenstadl“ にたとえるのは、担当裁判官Bの名誉を傷つけるものである。これにより、司法行政上の監督等の担当者である地方裁判所長に向けるかたちで、当該裁判官の活動が、民衆の娯楽番組と同じに扱われているからである。Xのいうように、訴訟費

94) BRAK-Mitt. 2017, 307=AnwBl Online 2017, 562.

95) 刑法142条により、3年以下の自由刑または罰金。

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

用支給決定が速やかになされることを唯一目途としてなされたとしても、これにより正当化されるものではない。なぜならこの時点で問題の刑事手続きは終結していたから、この様な目途は、訴訟費用の支給とは関係ない公判指揮を後から中傷することを正当化するものではない。本件のように裁判官Bの行為をひとくくりにして笑いものにする。何ら本題と具体的に関連しないこのような侮辱は、表現の自由などにより保護されない。弁護士Xの控訴受理の申立ては却下。Xは、表現の自由等基本権侵害を理由に憲法抗告。連邦憲法裁判所は、有罪判決は表現の自由を侵害するとして、事件を区裁判所に差し戻した。

ロ) 理由の概要

(a) 人をとがめる表明も表現の自由の対象である。これは、その態度表明、見解そして意見という要素をその特徴とし、したがって基本法5条1項1文の保護を受ける価値判断である。また戦闘的あるいは人を傷つけるような表明の仕方でも、原則この基本権の保護範囲から排除されない。

(b) 刑法185条の解釈と適用についての連邦憲法裁判所の審査権限は、刑事裁判所が自由権の価値設定をするという基本法5条1項1文の意義を見落しているかに限定されるが、名誉に対する罪に関しては、表現の自由と相手の個人の名誉に対する侵害の程度を衡量してその判断をすることが求められる。

(c) 表明について、裁判所手続きにおける権利追求ないしは権利擁護のための態度表明が問題となっている場合、表明の正当化事由を規定する刑法193条の適用にあたっては、法治国家原則からの影響も考慮する必要がある。国家からの制裁を何ら恐れることなく公権力の処置を厳しく批判する権利は、表現の自由の中核をなすから、この限りではその比重は特に大きく設定しなくてはならない。

(d) 表現の自由の下、Xに対し批判を法治国家において必要な限度に制限し、これにより表明を戦闘的な刺々しさで行う権利を剥奪することは許されない。

(e) 区裁判所は、正当化事由の適用について、すでに手続きが終了して

いることから、それに関連した表明の正当化は問題とならないとするが、これは表現の自由の射程を見誤っている。すでに終結した刑事手続きも表現の自由の対象である。また、費用確定手続きは、あくまで先行の裁判手続きと関連していることが見落とされている。

(f) Xは、費用確定申立ての処理が遅延していることに対する批判を、自身の関心事の印象を強くするべく、つとに公判においてすべきだった問題点の説明に結びつけている。これに加え区裁判所は、衡量に際し表明が公開ではなく、地方裁判所長に宛てた司法行政上の監督にかかる異議においてのみなされ、裁判官Bの一般的人格権に対する侵害はほんのわずかな範囲に広がっただけであることを見落としている。

VII 結 語

イ) ドイツ固有とされる、ドイツ弁護士職業実践上の義務「ことに即して振る舞うべし。」という行為規範はどのような内容か。それはすなわち、弁護士に課せられる他の基本的義務とは異なり、その活動全体を貫ぬく弁護士としての「立ち居振る舞い」の有り様を指し示すものであり、そこにはドイツ弁護士のあるべき姿勢が映し出されているのではないか。そのような期待の下、若干の回顧を踏まえて現在の法状況を追ってみようというのが、本稿のもくろみであった。条文上は「真実義務」と「貶める表明」という二つの柱に集約された現在のその姿は、法治国家の守護者であっても越えてはならない一線を画するものとなっていることだけは明らかになったはずであり、本稿はこのもくろみに一応適ったと自身では評価している。とはいえ、「ことに即して」というテーマの水深はかなりに及んでおり、筆者の表現力の貧弱さそして知見の浅さ、とりわけドイツ基本法上の「表現の自由」の保護範囲およびドイツ刑事法についての知見の浅さも手伝って、海底にたどり着くことはおろか、おぼろげながら海底を確認できる程度までしか踏み込めなかったことは、率直に認めなくてはなるまい。以下では、このような本稿のレベル感の下、この義務の具体的な展開

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

に接して筆者が感じたところを簡略に述べて、結語としたい。

ロ) (a) 「ことに即する」の一つの柱である「弁護士」の真実義務は、先にも述べたように、ドイツでは次のようにも説明される。すなわち、法的問題処理機構 (Rechtspflege) の独立の一機関と位置付けられる弁護士は (連邦弁護士法 1 条)、それが健全に機能することに責任を負う。したがって、その機能をゆがめる虚偽を排除する義務、つまり真実義務は、弁護士の当然の義務ということになるわけである。いうまでもなく問題は、その広がりである。まずもって支配的見解は、真実義務の旗印を高く掲げ、先に述べたようにその要求は——それでは弁護士業務の現実を無視することになるという有力な見解があるものの——かなり高い。刑事弁護にあっては、無罪を主張する被疑者・被告人から犯行を打ち明けられた弁護士は——辞任を選択しないなら——真実義務と守秘義務の狭間で呻吟することになる。

(b) また、支配的見解は、自身が当事者となっている事件でも、真実義務を負い、たとえば黙秘ではなく、事実と反して「私は無罪」と主張することも禁じられるとする。その適否は別に、果たしてこれも「弁護士」の真実義務の問題なのか。むしろ弁護士という職業にある者の矜持の問題のように筆者には思われるところではある。

(c) 弁護士は、たとえば当事者から伝え聞いたことが真実かどうかを解明 (調査) すべき義務を負うのか。負うとしたらどの範囲か。わが国ではあまり聞かない議論のように思う。そもそものところ、未必の故意、つまり真実ではない可能性を認識しているときも真実義務違反を問えるかについてドイツでは議論があるが、この問題は解明義務に収斂するというのが筆者の考えである。どのような契機 (きっかけ) ないしはどの程度の疑いを持ったときに、どの程度まで解明努力をすべきかは、事柄によっても異なるはずである。たとえば、契約締結の経緯についての依頼人の説明については、よほどあり得ない話でない限り特に解明の必要はなからうが、依頼を受けて刑事告訴に踏み切るときは、かなりの慎重さが求められるはずである。

ハ) (a) 第二の柱である「他の関与者もしくは手続き経過が何らその契機を与えてはいない人を貶める表明」について、まずもって驚かされるのは——それが珍しい例だとしても、——ドイツ弁護士の「あたり」の強さである。皮肉たっぷり、時にはかなりの侮言を交えて、裁判所、検察そして相手方ないしはその弁護士を辛辣に批判する。さらに、これらが懲戒や名誉に対する罪、さらには民事差止め事件をつうじて、基本権である表現の自由、職業の自由の問題として連邦憲法裁判所にかなり多く持ち込まれていることも、驚きに値しよう。その理由が保護法益である名誉感情の広がりにある可能性は否定できないが、それよりも（弁護士に限らず）ドイツ人の名誉意識の高さこそが、刑事、民事そして職業法のレベルでの案件をもたらし、表現の自由との相克の問題として連邦憲法裁判所に持ち込まれることとなったと考えるのが素直ではなかろうか。名誉に対する罪は原則親告罪である⁹⁶⁾。民事では処分権主義が働く、そして職業法上においても懲戒はまずは関係者からの弁護士会へのいわゆる苦情がなければ現実には動かない。まさに「名誉のための闘争」が彼の地では繰り広げられているのである。

(b) 果たして弁護士がどの程度表現の自由が持つ意義を意識した上で、皮肉を交えた辛辣な批判をしているのかは別として、連邦憲法裁判所は、法的問題処理機構が健全に機能するためには批判は不可欠であり、その独立の一機関と位置付けられる弁護士は、たとえば誤った裁判・誤った行政上の処分などがなされるのを防ぐべきその責務の下、格別に手厳しい批判も許されると繰り返ししてきた。そしてまた、そもそものところ表現の自由は、権力に対する批判の自由がそのルーツであることを踏まえて、権力である裁判所・検察に対する批判は、かなり手厳しくとも許されるとする⁹⁷⁾。個別的なことは別として、こうした連邦憲法裁判所の弁護士に関す

96) 刑法194条。ただし、ナチズムなどにより迫害されたグループに対する集会で行われた名誉に対する犯罪などは親告罪ではない。また、裁判官・検事など公職者に対する者については、その上司にも告訴権が認められている。

97) 表現の自由と相手の名誉の衡量を例外的に不要とする「本題との脈絡を欠く

弁護士は「ことに即して振る舞うべし (Sachlichkeitsgebot)」……

る表現の自由についての理解に、筆者としては全面的に賛意を表したい。

(c) 一つ留意すべきは、連邦憲法裁判所が表現の自由を規定する基本法5条1項1文に違反するとして、不服を申し立てられた裁判を破棄し、事件を原審等に差し戻した後、それでは原審等はどのような判断を下したかである。貧困な筆者の調査能力では追跡できなかったが、原審等がその判断を覆してはいない可能性をうかがわせるものもないわけではない。たとえば、連邦憲法裁判所が2016年6月29日決定 (VI 2. (2)c) で取り組んだ事件 (インタビューを申し込んだジャーナリストに対し、担当検事を揶揄した事件) では、連邦憲法裁判所は、次のようにも判示していた。すなわち、「自分が間違いだと考える検事の処分に対する怒りから、まさに報道機関にむけて検事を罵倒することは、弁護士には認められないのが原則である。」と。いってみれば、よほどのことがない限り逆転はないとしているところである。にもかかわらず、憲法抗告を受理し差し戻したのが、表明者の表現の自由と表明の対象者の名誉に対する侵害の衡量において、この「よほどのこと」がないかをも確定しろという意味であるとするなら、それもまた、連邦憲法裁判所が表現の自由をいかに重視しているかの現れといえよう。

[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。

侮辱的批判」の認定は厳格でなくてはならないとした、連邦憲法裁判所2016年6月29日の決定 (注92) を評釈した *Gostomzky* は、将来的に裁判所は、法的安定の観点からして、この種の批判であるとの認定とは絶縁した方がよいとする。Vgl. NJW 2016, 2072.