

法科大学院における「実務教育」と「法曹倫理」の重要性について

西 理

1 はじめに 法曹養成教育に当たる法科大学院に何が期待されたのか

(1) わが国における法曹養成の在り方を問い直すことは今次司法制度改革の中でも重要な課題の一つであったことは間違いない。そして、そこでは、かつての司法試験(以下「旧試験」という)に対して、知識や記憶力を試すような試験に堕しているとか、これでは法学部出身者、中でも何年もかけて受験勉強に専念できる環境にある者が有利となり、経済力のない者や有職者などは不利となるため、多様な人生経験を持つ者を広く獲得することができなくなるとか、果ては受験予備校を利するだけだというような主張もなされるなど、旧試験の弊が強調されたのである。このような批判は司法研修所教育の在り方にも及び、要件事実論を偏重する技術教育に傾きすぎているとか、これでは法曹に求められる柔軟な思考力・創造力を養うことは到底期待できないとかと言った主張も声高になされたのである。

(2) 併せて、わが国の法曹人口の少なさが強調された。それがわが国の法化社会への前進を阻み、事前規制の強い硬直した社会となっている、それ故、法曹人口を急速に増大させる必要があるといった主張が「規制緩和」論者からなされ、この主張は、かねて「弁護士過疎」の解消という課題に直面しながらもそれを果たし得ないままにいた弁護士会の思いと重なった。こうして、いかなる根拠があったのか定かでないが、司法試験合格者枠を3000人にまで拡大するといった構想が打ち出された。そうすると、今までのような司法研修所の教育の在り方を全面的に見直さざるを得ないのは必定である。そもそも、人的にも、物的にも司法研修所の能力を超えてしまうことが容易に想像される。

一五四

(3) 以上のように、旧試験に対する批判や司法研修所における教育の在り方に対する批判と、法曹人口の急速な拡大の必要性の主張とが相俟って、法科大学院構想へと収斂されていったのである。それに伴い、司法研修所における教育期間及び実務修習地における修習期間の短縮が打ち出され、これを合わせた司法修習の期間は1年半になり、さらに1年に短縮されて現在に至っている。

そうであれば、司法修習の期間に実施されていた実務教育の相当部分を法科大学院において担うべきことが期待されることになるのは当然の成行きである。かくして、法科大学院においては「実務との架け橋」となる科目が設けられ、その種の実務教育の任に当たる実務家教員の存在が必須のこととされたのである。

2 法科大学院の現状

(1) 私は、40年近くを裁判官として過ごした後、2009年12月に定年退官した。そして、2010年4月に西南学院大学法科大学院（以下「本学」という）に、主として民事手続法及び同演習等を担当する実務家教員として迎えられた。実務家教員としては未だ在職2年余の新参者であるから、本学のこれまでの歩みや現状についても十分把握しきれているとは言えない。まして、全国の法科大学院の現状を知っているわけではない。

しかしながら、以下のような現状認識はおそらく間違っていないものと思われる。

ア 司法試験の合格者は2000人で頭打ちになり、3000人にまで増やすという司法制度改革審議会の提唱は掛け声倒れに終わった感がある。そればかりか、近年は、司法修習生の弁護士への就職難が叫ばれており、実際、福岡などでも相当深刻な状況のように見受けられる。そのような事情からであろう、弁護士会などでは、司法試験の合格者を3000人に増やすどころか、合格者枠を現状の2000人からむしろ縮小すべきだとする意見が唱えられるようになっている。^(注1)

イ このような状況の中、司法試験を目指す者の数が目に見えて減少してきており、そのことが法科大学院の受験者数の顕著な減少につながっている。そして、そのようなことが、比較的小規模の法科大学院における異常ともいう

べき入学者数の減少をもたらし、その結果、学生募集を取り止める決断をした法科大学院が1, 2にとどまらないといった状況が生まれている。^(注2)

(2) 本学の状況

ア 上記(1)のような状況は本学にも重大な影響を及ぼしている。例えば、本学は、2010年から入学定員を従来の50名から35名(既修者10名、未修者25名)に減員したが、その後、入学者はこの定員に満たない状況が続いている。また、司法試験の合格者数も、2009年こそ10名にのぼったが、2010年は8名、2011年は6名と低迷している。このような中、本学は、2011年秋に文科省の中教審委員の現地調査を受け、本年になって「継続的に改善の努力を要する法科大学院」の指定を受ける仕儀となった。

このように、本学の置かれた状況はかなり深刻である。しかし、教授会などではそのような苦境を打開するための方策などが真剣に議論されている。私も、そのような願いから本稿を草することとした次第である。

なお、上記のような事情から、以下述べるところはあくまで本学を中心にしたものであり、それも私自身が体験したところに限られていることを予めお断りしておく。

イ 既修・未修の区別

ア 周知のとおり、法科大学院には、既習者コース、未修者コースの別がある。既修者は2年間、未修者は3年間をかけて法科大学院で学び、その課程を修了することとされている。既修者とは文字どおり法律学を既に一定程度学んでいる者を言い、未修者はそうでない者を指す。そうすると、大学の法学

(注1) 週日、実施された日弁連の会長選挙においても、各候補者からこの点についての意見が表明されているところ、具体的な内容にはニュアンスがあるが、いずれの意見も合格者枠縮小の方向であるということでは一致していた。なお、同選挙では、当選者が決まらずに再選挙がなされるという異例の事態となったが、結局、東京弁護士会の会長の山岸憲司氏が当選した。山岸新会長は「合格者を1500人に減員し、さらなる減員も検討する」ことを打ち出している。

(注2) 姫路独協大学が2011年度からの募集をしないことを表明したのを皮切りに、大宮法科大学院の統合、さらに、明治学院大学、神戸学院大学、駿河台大学の各法科大学院による2013年度からの募集取止めが相次いだ。

部を卒業している者は既修者、それ以外の者は未修者ということになりそうであるが、実際には、このコースの別は、大学の法学部を卒業しているか否かによるのではなく、専ら本学入学に当たっていずれの試験に合格するかによる。すなわち、既修者試験に合格しさえすれば、既修者コースに入ることができるのである。したがって、大学の法学部を卒業していなくとも、自学自習で相応の法律知識を修得している者は既修者コースに入ることも可能であるし、現にそのような学生もいる。逆に、大学の法学部を卒業していても、既修者試験に合格しなければ、未修者試験を受けて未修者コースに入るほかない。実際には、未修者コースの学生のうち相当数の者がこのケースであり、名実ともに純粹の未修者というのはむしろ少数ではないかと思われる。もっとも、中には、既修者コースの試験にも合格したのに、この際基礎から勉強し直したいと敢えて未修者コースを選択した者もいる。^(注3)

イ ところで、既修者コースは2年、未修者コースは3年ということからすれば、建前としては、未修者は1年間で法律基本科目を履修することが予定されているということになる。しかし、それは至難である。もっとも、中には、比較的短期間の自学自習で、既修者コースに入った者もいる程であるから、1年で法律基本科目を履修することが絶対に不可能であると断定することはできないが、私の個人的な体験に照らしても、極めて困難であると言ってよい。

それ故、未修者が1年目に履修するのは、憲法、民法、刑法、商法(会社法)といった基本科目についての基礎となるべき法律知識に限られ、それらの各演習科目、民・刑の各訴訟法や行政法など(それらの各演習科目を含む)については2年次以降に既修入学者と一緒に受講することとされている。^(注4)

妥当な措置と言えるであろう。ただ、それにしても、未修者にとって1年次の授業にまがりなりにも後れずについていくのは容易なことではないと思われる。

(注3) 私が本学に在籍するようになってからの本学の既修者コース入学者は毎年2、3名にすぎない。これではいかにも少なすぎる。互いの切磋琢磨という観点からしても、毎年定員の10名はほしいところであるし、最小限5、6名は必要である。

(注4) なお、本学においては、未修者の1年生の希望者を対象に、民事手続法入門、刑事手続法入門、行政法入門といった入門科目を開講している。

ウ 実務教育

ア 本学が開講している科目のうち、「実務との架け橋」を標榜するものなど、「実務科目」の名に相応しいのは、法曹倫理、法の理論と実務、民事訴訟実務の基礎、刑事訴訟実務の基礎、民事模擬裁判、刑事模擬裁判、刑事実務（問題）演習、弁護士実務、執行・保全実務、刑事弁護実務である^(注5)。そのうち、ないしは必修科目、以下は選択科目である。ただ、については2012年度から必修科目とされたもの、は2011年度から開講されたものであり、は専ら要件事実の学習に当てられている。

イ 「民事模擬裁判」について

i 2011年度から開講したため、初年度は既修者のみの必修科目という位置付けであり、その年の既修者は3名であったから、これでは模擬裁判を実施することができるだろうかと懸念された。しかし、未修者の3年生が6名ほど参加してくれ、本人役として留年生2名が協力してくれたので、裁判官役を3名、弁護士役として原・被告側各3名を確保することができ、無事に実施することができた。本人尋問の際には、手話通訳士の方の傍聴もあり、それぞれが緊張感を伴う貴重な体験をすることができたものと思われる。

ii 2012年度は、未修者3年生にとっても必修科目となったので、前年のような受講者集めをする必要はなかったし、われわれ教員側も前年の経験を活かして、より充実した取組みができたのではないかと思っている。その結果、例えば、準備書面の交換などは内容的には随分レベルアップしたし、判決書も同様である。なお、本人尋問時には、前年同様、手話通訳士の方が傍聴して下さったほか、学部の民事訴訟法担当の奥教授がゼミの学生とともに傍聴して下さり、さらには本学の2年生のうち数名も傍聴してくれるなど、民事模擬裁判に対する関心が確実に広がっていることが実感された。それとともに、学生側も相当の時間を割いて主張や尋問の準備をするなど、その取組姿勢もより真剣なものになったように思われる。ただ、FD委員会から申出のあった授業参観

(注5) このうち、私が直接担当（ただし、他の実務家教員等との共同担当）しているのは民事模擬裁判のみであるが、の法曹倫理については、後記のとおり、本年前期に学生とともに聴講する機会を得た。

が、いつ尋問実施の期日が開かれるか定かでないという理由で実現しなかったのは惜しまれる。

また、全体として、手続をできるだけ前倒しすることによって、最終回の授業1回だけであったが、模擬裁判全体を振り返って感想や意見を述べ合う機会を確保することができたのも大きな収穫であった（前年は判決の言渡しまでに漕ぎ着けるのが精一杯であった）。奥教授とゼミの学生がこの最後の授業にも参加して下さったことにも感謝申し上げたい。

なお、シラバスには、双方本人からの事情聴取の様様、当事者側の準備書面作成や尋問事項の作成などの準備状況、裁判所側の折々の合議の様様などをビデオに録取しておき、最後の検討の際に要所を再生して検討の素材とすることを打ち出していたのであるが、とてもそのような余裕はなかった。今後の課題としたい。

iii 私は、2011年度は裁判官役、2012年度は原告側役の各アドバイザーを務めたが、私の担当する民事手続法の授業の成果が必ずしも確かなものになっていないことを痛感させられた。学生諸君もそのことを自覚したものと思われる（現に、本年度の意見交換会においても、基本的な手続もよく理解できていないことが分かったとの感想が述べられた）。1審の手続の流れといった最も基本的な部分についてさえそうなのであるから、民事手続法演習で取り上げた重要な論点毎の判例演習の成果ということになると甚だ心許ない限りである。やはり、模擬裁判のような経験を積むことによってこそ、はじめて生きた知識として身につくのだと思われた。^(注6)

また、2012年度の経験として以下のようなことがあった。いずれも講義形式

(注6) そのような観点からしても、模擬裁判においては、口頭でのやりとりがもっと重視されてよいのではないかと考える。言うならば、口頭主義の徹底である。それが当該問題の理解に真に資するものと期待される。例えば、後記の求釈明をめぐる取扱いなどについても、裁判所としては、原告側に対して求釈明事項を書面で明らかにするように命じてその場の幕引きを図るのではなく、引き続き、原告側に当該事項を口頭で明らかにさせ、被告側にそれについての意見を述べさせるというようなことを試みてもよかったのではないだろうか。また、その取扱いについても裁判官役だけが別室で合議するのではなく、当事者を含む三者間で議論をする場面などがあってもよかったように思われる。それにより、その問題の意味が全員に理解されたのではないかと考えるからである。

の授業では得難い体験であり、模擬裁判だったからこそ可能になったものと考ええる。

ア まず、原告代理人役が、依頼人（原告本人）から事情聴取をするに際して、頭から本人の言い分を信じ込んでしまっているの、少し客観的に見てみることも必要ではないかとアドバイスをしたところ、今度は全てを疑ってかかるというようなことで、それでは本人からの信頼を獲得することはできないのではないかと指摘したことである。

それにしても、依頼人との適切な距離感を保ちつつ、依頼人から確固とした信頼を獲得することの難しさを思ったことである。

イ 原告側からの求釈明の申立てに対して、裁判所がやや慎重（消極的）な態度を明らかにしたので、意見（異議）を述べるべきではないのかとアドバイスしたところ、「裁判所の訴訟指揮には余り逆らわない方が得策ではないか。盾突くと不利な心証を持たれてしまうおそれがある」という答えが返ってきたことがある。これは、素人にありがちな「お上意識」と似た感覚であり、いやしくも弁護士になろうかという者がこのような感覚でいるのかと正直驚いてしまったが、当人としては思っていることを素直に表明したのであろう。私は、そのような懸念は全く無用であること、むしろ、裁判所は、主張すべきことは主張するという代理人をこそ信頼し、歓迎するものである旨強調した。

ウ これとは別に、訴訟の進行全般についても、概ね裁判所任せであり（被告側も例外ではない）、当事者側に積極的に訴訟の進行をリードしようとする姿勢が見られなかったのは残念であった。裁判所から示された「争点整理書面」についても、いくつもの問題のある極めて不十分なものであったにもかかわらず、当事者双方から意見や付加・修正の注文が述べられることはなかった。これらの点は、意見交換会において、裁判官役のアドバイザーである西郷教授からも指摘されたところである。これは「当事者主義」がいかに身に付いていないかを物語るものである。その原因としては、第1には代理人役の自信のなさが考えられるが、それとともに、上記のような「お上意識」と無縁ではないのかもしれない。大いに考えさせられる点である。

エ 裁判所の被告側への釈明命令に対して、被告代理人は自分に都合のよい

ことだけを答え、都合の悪いことは隠すのではないかという懸念が述べられた。私は、絶対にそのようなことがあってはならないし、してはならない(弁護士倫理に反する)旨を指摘した。

オ 裁判官役から、口々に、「自分の心証が訴訟の進行に伴いいかに大きく変化していくかを実感した。まさに訴訟は生き物であると思った」との感想が述べられたことは注目してよい。また、最後まで合議が割れたということであるから、少なくとも裁判官役は事実認定がいかに困難であるかも実感したことと思われる。これも模擬裁判ならではの貴重な体験であろう。^(注7)

ウ 「法曹倫理」について

非常勤講師である渡辺弁護士により、小島武司・田中成明・伊藤眞・加藤新太郎編の「法曹倫理(第2版)」(有斐閣・2005年)を教科書として実施されている。私は、渡辺弁護士にお願いしてこの授業を聴講させていただいた。家事調停委員をしているため、その調停期日と重なった第3回目の授業を欠席せざるを得なかったのは残念であったが、そのほかは毎回出席した。

この授業は、私にとっては大変興味深いものであり、得るところも実に大きかった。しかし、学生諸君にとってはどうであっただろうか。残念ながら、かなり疑問が残ると言わざるを得ない。

その最大の理由は、この授業が1年次の前期に置かれていることである。教科書の内容は相当高度であり、憲法や民事・刑事の訴訟手続はもとより、破産や民事再生などの倒産手続、住民訴訟などの行政事件訴訟などについても一定の知識を具えていないと十分な理解ができない質問も少なくない。それ以上に、この時期においては、未修者はもちろんのこと、既修者でさえ、そもそも法曹の何たるかさえ実感できていないように思われる。そうであれば、法曹倫理などということに対しても切実かつ重大な関心をもって臨むことを期待するのは

一四七 (注7) なお、模擬裁判の全日程が終了後、裁判長として判決言渡しをした学生が、「合議の結論に従い、判決起案をして言い渡したが、自分は実は少数意見だった。判決言渡後もどうしても納得がいかず、自分の心証に基づく判決を別途起案してみたので、見ていただけないか」と言って判決起案を持参してきた。中々の力作であった。模擬裁判にかくも真剣に取り組んでくれたのかと思うと大いに感激するとともに、改めてこの種の実務教育の意義と必要性を確信した次第である。

いささか無理があろう。それ故、教科書が用意している質問に対する応答を求められても、学生諸君の対応には戸惑いと自信のなさが窺われる場面が多かったように思われる。^(注8)

また、私は、現在、修了生と行っている勉強会で予備試験における「民事実務基礎科目」の試験問題を見る機会があった。そこには弁護士倫理の問題が含まれていて、私は、とても良い問題だと感心したのであるが、彼は司法試験には関係がないからということではじめから当該問題を検討対象から外していた。しかも、念のため確認してみると、かつて法曹倫理という授業を履修したことすら記憶が定かでないという有様であることが分かった。

いずれも法科大学院における法曹倫理教育の実状を雄弁に物語っているように思われる。由々しきことであり、この際、新司法試験にも法曹倫理が何らかの形で取り入れられてしかるべきではないかとさえ思ったことである。

エ その他

i 私は、学生諸君には「弁護士実務」の授業などを是非とも受講してもらいたいと考えている。同様に、弁護士事務所へのエクスターンシップなども希望しない手はないと思うのであるが、学生諸君の反応は今一つのようにあり、受講者が少数にとどまっている。

ii また、近時、我々実務家教員に対しては、ローヤーリングについての資料が度々回覧されている。これによれば、相当数の法科大学院でローヤーリングの授業が開講されているようであり、大いに刺激を受けるところである。さらには、リーガル・クリニックを開設し、その関係の授業を取り入れている法科大学院も少なくないようである。しかし、本学では、これらはいずれも見送られている。^(注9)

(注8) 法曹倫理の授業をかつて担当していたことがあるという松本教授のお話によると、当初は3年次に配置されていたのだが、司法試験を間近に控えて浮足立った感のある受講生にすると、「なぜ、この時期に法曹倫理なのか」ということで、ちっとも授業に身が入らないという状況であったために、現在のように1年次前期に置かれることになったのだという。

オ 小括

i 以上見たところからしても、法科大学院においては実務教育にこそ重点が置かれるべきことが予定されていたことは明らかではないかと思われる。ところが、法科大学院の修了者の多くが司法試験に合格するという期待は、諸般の事情から叶えられず、それにつれて、法科大学院修了生においても、旧試験時代と変わらない激しい受験競争が繰り広げられるようになったのである。そのような中、新司法試験の問題も旧試験と比較してもむしろより難度が高くなったのではないかとさえ思われるものになり、そうなると、学生諸君の目はますます法律基本科目に向けられることとなり、法科大学院の本来の使命である実務教育は余り顧みられないという状況に立ち至っているのである。

ii 例えば、これを民事模擬裁判について見るに、2011年こそは民事模擬裁判を実施するに相応しい受講生の確保が至上命令であったために、私たち教員側が真剣に働きかけたこともあって、一定数の未修者（3年生）の参加を得ることができたし、参加者は各自の役目を果たすべくそれなりに熱心に取り組んでくれたように思われる。これに対し、2012年度は未修者にとっても必

(注9) 私は、ローヤーリングについては、模擬裁判とともに是非とも必要な授業ではないかと考えるに至っている。そこで、梅崎院長ほか執行部に対してこの点の問題提起をしたことがある(別紙「資料1」)。

また、リーガル・クリニックについては院長も強い関心をお持ちであり、先般、私も参加して実務家教員を中心にその関係の検討がなされた。その際に松本教授からお聞きしたところでは、本学でも初期のころには、無料法律相談と組み合わせた「弁護士実務」の授業が実施されていた由である。次第に相談件数が減少するとともに相談の質も低下したというような事情により廃止のやむなきに至ったとのことである。大変惜しまれる。早急に、この関係の具体的な方策が打ち出されることを期待したい。

もっとも、基本的な法律科目の履修に汲々としている感のある本学学生の状況や気風に照らして、ローヤーリング等の授業を開設する余地や意義があるのかという疑問が提起されることは十分予想される。しかし、実務教育の意義と効果については既に述べたところである。また、学生諸君もこれを実際に体験してみれば、その意義と効果を実感できて、積極的に取り組むことが期待される。そうだとすれば、この際、これら実務科目を必修科目にすることが考えられる。これに対しては、必修科目の単位数が多くなることについての懸念が指摘されるであろうが、このような観点からの実務科目の必修科目化であるから、関係方面の理解は得られるものと思われる。また、この点を本学の特長の一つとして掲げることは意欲的な学生の獲得につながることはあってもマイナスに働くことはないのではないかと考える。

修科目になったこともあって、そのような働きかけをする必要はなくなったが、その反面、留年組などは「履修しても単位にならないから」ということで受講しようとはしないという現象が生まれた。おそらく、これが本学学生の多数の意識状況ではないかと想像される。要するに最小限の修了必要単位数を取得し、後はひたすら受験勉強に邁進したいのであり、実務科目の意義などは眼中にないのである。「弁護士実務」や弁護士事務所へのエクスターンシップなどの受講者数が少ないのも基本的には同じ理由によるものと想像される。

iii しかしながら、私は、実務教育にこそ法科大学院の意義ないし特長があるし、実際にも実務科目の授業を通じて法律基本科目で学んだ知識が生きたものになると考えているから（例えば、エクスターンシップにしても、これを経験した学生は大きな成果を得た旨を生き生きと語ってくれる）、このような学生諸君の傾向を到底看過することはできない。実務科目に対してもっと積極的に取り組み、法律基本科目の学習で得た法律知識を真に生きた知識にするとともに、実務教育でなければ得られない法曹としてのものの見方、考え方的一端に触れる経験をしてもらいたい。まちがっても、そのための絶好の機会を自ら放棄するようなことがあってはならないと強く訴えたい。

3 法科大学院の修了生が「最低限修得すべき内容」について

(1) 本学の認証評価機関は「公益財団法人日弁連法務研究財団」(以下「財団」という)であり、本年秋には財団の認証評価を受けることになっている。その財団が、先般、「法科大学院の修了生が最低限修得すべき内容」(以下「最低限」という)を打ち出し、各法科大学院においてもそれを具体化して標榜することを求めた。これにより、「最低限」は法科大学院の認証評価基準に組み込まれたことになる。^(注10)

しかし、このような「最低限」と既に一応の結論が出されていた観のある各

(注10) そして、財団は、「最低限」の内容として別紙 **資料2** のような「2つのマインド、7つのスキル」を明らかにした。これは「あくまでその1つの例である」とされているけれども、財団がこれを事ある毎に持ち出しているところからしても、財団の強い思い入れが感じ取れるものである。

科目毎の「共通的到達目標」との関係はどうなるのか、「最低限」を各科目毎に具体化するなどということが果たして可能なのか、そもそも各法科大学院がかねて標榜していた教育目標や理念との関係はどうなるのかなど、いくつかの疑問を覚えたところである。

(2) 当然のことながら、本学教授会でもこれらの点について熱心な議論が交わされた。

その過程で、上記の諸疑問について財団に質問書を提出し、書面で回答を頂戴するというようなこともあった。その結果、「共通的到達目標」との関係では、これを余り意識する必要はないという結論に達した。また、「2つのマインド、7つのスキル」についても、主として弁護士、それも民事事件を担当する弁護士が念頭に置かれているとの印象を拭えず、そのような立場の偏りからくる普遍性の乏しさを感じるというような指摘もなされた。

こうした教授会での度重なる議論の結果を踏まえて、従来、本学が養成しようとする人材の「4つの要素」(以下「4つの要素」という)として掲げていた基本理念は正当であって、上記のような財団からの「最低限」についての指示があったからといって、直ちに全面的に改訂する必要はないことが確認され、若干の付加修正をするにとどめられた^(注11)。さらに、「最低限」を各科目毎にどう表現するかについては、教授会やFD研究会での議論の結果、公法系、民事系、刑事系というように、ある程度まとまった科目群毎に盛り込めば足り、必ずしも各科目毎にしなければならないことはあるまいということに落ち着いた(ただし、国際法関係群と法曹倫理については、その重要な位置づけに照らして、別途、個別に作成することとされた)。これにより、各系毎の検討がなされた結果、2012年4月に作成されたのが「本学法科大学院の「養成する人材」と教育システムの概要」である。本学の貴重な成果の一つであると言ってよい。

(3) こうして、「最低限」をめぐる困難な作業に一応の終止符が打たれた。しかし、それで終わったわけではない。以下に述べるとおり、むしろ、問題はこれからなのである。

(注11) この改訂を経た現行の「4つの要素」を別紙 資料3 として掲げておく。

4 法科大学院における法曹としてのマインド(倫理観・正義感)と法曹倫理教育

(1) 近時、福岡県弁護士会に限ってみても、弁護士の不祥事が相次いでいる。また、かつて、福岡高裁管内で裁判官の不祥事が相次いで発生したこともある^(注12)。さらに、最近、大阪地検特捜部で発生した検察官による証拠の隠匿・捏造事件は検察に対する国民の信頼を根底から揺るがすものであった。最高検以下、検察庁が組織を上げて原因の究明等に追われる中、小沢一郎氏の検察審査会による審査事件との関連で、担当検事により虚偽の内容を含んだ捜査報告書が作成・提出されたことが暴露されて、追打ちをかけた。検察庁は、逆風にさらされる中で、これまで頑なに抵抗していた「取調べの可視化」に試験的に取り組むことを表明するなど、対応に大わらわであるが、おそらくそのような対応療法だけで済むことではないであろう。これら一連の不祥事は、犯罪捜査と公訴提起について強大な権力を握る検察庁の体質そのものに根ざしているのではないかということが予感されるからである。

いずれにしても、法曹はこれまでのようなクリーンなイメージをかなぐり捨ててしまったかのように見える。

(2) もとより、上記不祥事は法科大学院を卒業した若手法曹により惹き起こされたわけではない。むしろ、相当なベテランないしそろそろベテランの域に達しようかという法曹が関係したものばかりである。それだけに、事態はより深刻であるとも言える。また、今後は、弁護士が事件を奪い合い、或いは、本来事件にすべきでないものを事件化するというようなことさえも考えられるし、そのような中、新たな不祥事の発生も予想される。

このように見てくると、もはや、法曹としてのマインドとか倫理について基本的に法曹各自の自覚に任せておけば足りるということでは済まなくなりつつあると考えるべきではないだろうか。もちろん、そもそも法曹倫理などというものには誰かに教えられて身に付くというものではないというような懐疑的な意

(注12) 中でも、平成13年に発生した「福岡事件」と呼ばれる不祥事は、福岡高裁・地裁、福岡高検・地検の上層部をも巻き込んだ衝撃的な事件であった。この事件の詳細については、秋屋昌志編著『日本の裁判所 司法行政の歴史的研究』(晃洋書房、2004年11月刊。本学の図書館にも収蔵されている)参照。

見や、まして、司法試験合格を目指してひたすら勉強しなければならない法科大学院在学時に法曹倫理どころではあるまいという醒めた意見もあるに違いない。

しかし、「いじめ」が横行し、そのいじめ集団に付和雷同的に加わったり、そうでないとしても見て見ぬふりをして済ませるような学校現場の状況があり、家庭でもいたずらに利己的な態度が奨励されるような教育不在現象が指摘される中、遅まきながら、法科大学院でこの種の教育をすることは、それによる効果の程はともかくとして、その必要性は認められなければならないものと考えられる。財団が上記「最低限」の提起をし、「2つのマインド、7つのスキル」を打ち出したことについても、そのうちの「マインド」についてはこのような考え方と通ずるものがあるのではないかと思われる。

(3)では、私たちはこのような法曹としてのマインド、正義感や倫理といったものをどのように捉え、授業の中でどのように表現していくべきであろうか。以下、民事系科目を例にとって述べてみたい。

ア 民事系科目中の基本科目は民法であり、本学が開講している科目について言えば民法 ~ がそれである。「4つの要素」のうちの第2の要素において言及されている「正確な法律知識」は民法の学習に負うところが大きい。また、それを通じて、「正義の理念」や「社会通念」を理解し、これを身に付けることが期待される。法の目的は究極的には社会的正義の実現であり、その解釈は「社会通念」を離れてはあり得ないものだからである。このことは、権利の濫用、公平、信義誠実の原則、公序良俗違反、暴利行為、正当理由、過失相殺、不法原因給付等々、民法の諸原理や一般条項等の解釈基準の中に容易に見出すことができるし、それにとどまらず、民法の条文の解釈全般及びそれが適用された判例の理解において不可欠の要請であるものと考えられる。

したがって、民法の学習を通じて、「4つの要素」のうちの第2の要素とともに第1の要素の基本を徹底的に身に付けさせることが求められる。そして、その学習過程において、その成果をいかに正確に、説得力あるものとして表現するか(文章表現と口頭表現)それにより自己の主張を他に伝え、説得する能力が備わるものと期待される(第3の要素)。このように、民法は、「4つの

要素」の第1ないし第3の要素を修得する第一歩である。民法 ~ がいずれも1年次必修科目とされているのはそのためであり、極めて合目的かつ正当な位置づけであるものと言ってよい。

イ また、民法演習について言えば、私は、この演習科目こそが、講義形式の授業で得た知識や法的なものの考え方を実際に身に付けさせる(血となり、肉とならしめる)ものであると考えるから(特に、第3の要素のうちの「人と議論することができる能力」は、少数のメンバーによる自主的勉強会のほかは、授業としては主として演習科目に主体的・積極的に関わることで大いに身に付くものである)この科目の重要性はいくら強調してもしすぎることはない。ただ、これは基礎的な知識がある程度備わってきていることを前提にするから、民法 ~ を履修した後の2年次に予定するのが望ましいと思われる。

ウ 商法(演習科目を含む)について

商法(演習科目を含む)は、民法ほどではないにしても、現代社会においては民法に準ずる基本法たる性格を有していると言ってよい。それ故、4つの要素のうちの第2及び第3の要素については民法に準じて考えてよいであろう。ただ、第1の要素については、「正義の理念」というよりは「近代合理主義の理念」とでもいう方が相応しいであろう。

エ 民事手続法(演習科目を含む)について

この関係科目でも「正義の理念」や「社会通念」と無縁ではない。しかし、ここで問題とされる「正義」の内容は主として「手続的正義」であり、いかにして「適正手続」や「手続保障」を全うするかということである。もっとも、社会が複雑化し、価値観が多様化してきている現在、「手続的正義」の価値ないし比重はかつてなく重くなり、この点を踏まえることなくしては社会に生起する紛争を的確に解決することはできないというまでになっていると言っても過言ではない。そうすると、これら手続法を単なる技術法であるとして軽んずることはできなくなっている。学生諸君にもこのことをきちんと認識させたいので、この関係の学習に取り組むようにさせなければならない。また、よき民事訴訟理論は民事訴訟を利用する当事者(その潜在的利用可能性ということであれば、国民全体ということにもなる)のために真に役立つもの、その信頼を獲

得し得るものでなければならず、学者や実務家が自己満足するためのものではない。

オ 以上のとおり、法律基本科目の授業においても、「4つの要素」の第1ないし第3を学ばせる可能性はある。しかし、第4の要素については、やはり国際法関係科目に譲らざるを得ないし、第1の要素（マインド）については、第1次的には「法曹倫理」に委ねざるを得ない（本学が開講している科目との関係で言えば、「キリスト教倫理」や「法哲学」なども関係してこよう）

（4）ところで、私は点検評価委員会の委員の1人である。この委員会の主な任務は、本年秋に予定されている財団による認証評価に向けて自己点検評価書を作成することと認識しているが、それに加えて、新たに立ち上げられた外部評価委員会による外部評価の結果を上記自己点検評価書に反映させることが求められることとなった。

先般、無事、外部評価委委員会の評価意見を頂戴することができた。いくつかの貴重なご指摘をいただいたが、幸いにも全体的には好意的な評価をいただいたと受け止めてもよさそうである。

その外部評価委員の意見をお伺いする最終の同委員会において、委員の1人である松坂徹也弁護士からおおよそ次のようなご発言がなされた。

「これまで、弁護士は、「イソ弁」としてある弁護士事務所に入り、そこで先輩弁護士と一緒に仕事をする中で、事件処理のノウハウはもちろん、「弁護士倫理」についても学んできた。ところが、近時は、就職難の中で「即独」とか「ノキ弁」とかと言われる弁護士も増えてきている。また、実務修習の期間も短縮されたために、修習生時代に実務家の仕事ぶりや生活ぶりなどをじっくり観察することもできなくなっている。そのようなことからすると、法科大学院が「法曹倫理」について教育することの意味は重要である。その点においても法科大学院に期待するところは極めて大である。そうであれば、法曹倫理の授業について弁護士教員に任せることで済ませるのではなく、裁判官経験者や検察官経験者の関与を検討するなど、この授業をもっと重視してもらいたい。」

私は、身の引き締まる思いでこれを拝聴するとともに、心から共感を覚えたものである。ただ、最後のご提言については、後記(5)のとおり、既にその方

向に副った一定の見直しがなされていたので、その旨指摘させていただいた次第である。

(5) 以上見てきたところによれば、「法曹倫理」という科目の重要な意義が改めて確認されなければならないものとする。4つの要素のうちの第1の要素(法曹としてのマインド)との関係においてこの科目の意義の重要性は格別なものがあるからである。

その意味では、この授業を非常勤講師の渡辺弁護士に任せきりにしていたことは問題であろう。その意味で、先の教授会で、検察官倫理につき検察官経験のある小野寺教授、裁判官倫理について裁判官経験のある西郷教授が特別講義をする体制に改めたことは、外部評価委員会における松坂委員のご指摘に副うせめてもの改善であった。

しかし、今後は、この授業については、全教員が一度は必ず参観しなければならないこととすると、3回くらいは可及的に多数の教員も参加して学生との討議の場を設けるなどの創意工夫をこらしたものに改革すべきであろう。また、この授業を1年次前期に置いていることが最大の問題である。学生が基本的な一応の法律知識を蓄積し、それなりの法的なものを見方・考え方ができるようになった3年次に置くことが望ましいが、諸般の事情からそれが困難であるというのであれば、せめて2年次の後期に置くべきであるとする。(注13)

なお、私は、前述のとおり、渡辺弁護士のお許しを得て、本年前期の法曹倫理の授業に可能な限り出席させていただいた。そして、「学生諸君に是非ともこの授業の重要性を認識してもらいたい。また、少しでも学生諸君の理解を助け、考えを深めてもらいたい。できれば私との対話なども望みたい」という思いから、私なりの「復習ノート」を作成して、学生諸君に供することとした。(注14)

5 終わりに

定年退官後の私に張り合いのある第2の人生を与えてくれたことについて、

(注13) 以上の関係については、かつて民事系の「最低限」について論じたところが参考になる。既に述べたところとかなり重複するが、そこでは、他に民事系のカリキュラム全体についても検討するなど、私の法科大学院教育に対する考え方が盛られているので、別紙「資料4」としてこれを掲げておく。

本学に対しては心から感謝している。そうであるからこそ、敢えて以上のような提言をさせていただいた次第であるが、この際、以下の諸点を付加して申し上げることをお許しいただきたい。

(1) 法律基本科目はやはり研究者教員に委ねるのが本則であろう。したがって、私が担当している民事手続法、同演習などは研究者教員が担当されるのが望ましい。民事執行・保全法、倒産法などもそうであるが、これらはいずれも実務の動向などを把握していることが極めて重要な意味を持つだけに、実務家教員が担当するのも理由があると言えるかもしれない。ただ、贅沢を言わせていただければ、研究者教員と実務家教員が共同担当するというのが理想的であろう。

なお、ついでに言えば、民事再生法については、破産法と並んで倒産法制の2本の柱となっているし、倒産法の司法試験には、近時民事再生の問題も必ず出題されるのであるから、この関係の科目を「倒産法」というようなことで正式に開講することを検討することが急務である(この点は、資料4の中で既に提言させていただいたところである)。

(2) これまで述べてきた法科大学院における実務教育の重要性に鑑みれば、実務家教員は実務科目の充実強化に専念すべきである。例えば、ローヤーリングやリーガル・クリニックの開設に是非取り組んでもらいたい。しかるに、本学では、実務家教員が法律基本科目に研究者教員とともに関与するという方向を目指しているように見える。私自身、かつては画期的な試みとしてこれに賛成したが、今では進むべき方向が逆ではないかとして、多分に懐疑的である。

(注15)

(注14) 顔見知りになった1年生や既修者に「復習ノート、読んでくれているかな」と聞くと、「はい」と答えてくれた学生もいるが、期待していたような格別の反応はないままであった。少し寂しい思いもしたが、少しでも役立ててくれることを願わずにはおれない。また、もしも、多数の教員が「法曹倫理」の授業に何らかの形で参加すべきであるという私の提言が容れられるなら、そして、その際にこれを何らかの参考として供していただけるなら、私にとってこれほど嬉しいことはない。そこで、ここに別紙「資料5」として収録させていただくことにする。

なお、同復習ノート中の 印部分は、教科書の解説等に対する私見(疑問及び異論)を述べたものである。そのつもりでお読みいただきたい。

(3) 法科大学院で教鞭をとることは大変なエネルギーを要する。私自身、そのことを痛感させられた。したがって、教員については、体力的に活力旺盛であるという意味でも、また、学生と年齢的にもそれ程開きがなく親しみを感じてもらいやすいという意味でも、若い方がより望ましいであろう。このことは認証評価基準に照らしても明らかである。

そうであれば、研究者教員についてもいたずらに「研究業績」にこだわることなく、教えることに情熱を持っておられる方なら構わないというくらいの柔軟な姿勢で、思い切った若返りを図るべきである。文科省や財団の示す採用規程の手前、そういうわけにもいかないという反論が予想されるが、この基準についても可及的に柔軟に運用することを望みたい。

(4) 前記2で述べたとおり、現在、地方の法科大学院は総じて厳しい状況に置かれていると言ってよい。その原因は、詰まるところ、学生が東京や関西に集中するからである。しかし、東京や関西の法科大学院の中にも学生募集を取り止めるところが出ていることからすると、東京や関西においても特定の「優良校」に集中しているということであろう。このような歪な状況を改善するには、それら「優良校」の定員を削減させるのが抜本的かつ最善の方策であるが、「優良校」の抵抗は目に見えている。また、それを排してでもこのような改革を断行するだけの蛮勇を文科省に期待することはおそらく不可能であろう。そればかりか、最近打ち出されてくる方策は、そのような苦境にある地方の法科大学院が生き残る道を指し示すというよりも、むしろ整理して行こうとするものではないかと受け止めざるを得ない。^(注16)

そうであれば、本学も、上記のような地方の法科大学院特有の厳しい状況を乗り越えていくしかない。その場合、各法科大学院が個別に打開策を模索するというのではなく、例えば九州なら、九大以下の九州・沖縄の法科大学院が連携して、せめて九州の優秀な学生を九州の法科大学院に足止めすることができ

(注15) 後記(注16)の文科省の「法科大学院教育改善プラン」においても、「質の高い教育環境の確保」の項で「研究者教員と実務家教員の役割分担」ということが明確に打ち出されているところである。これはおそらく私の目指す方向と問題意識を共通にしているものと思われる。

ような方策を検討すべきである。それには、九州の法科大学院がこぞって東京や関西の「優良校」に負けない魅力ある授業を提供し、それによって相応の成果を挙げられるようにならなければならない。

そのためには、九州の法科大学院が各自の壁を打ち破って他の法科大学院と情報の交換をし、連携しながら前進することがまず求められる。そのような動きが九州の法科大学院の間に一刻も早く芽生えることを願ってやまない。^(注17)

(注16) 中教審大学分科会法科大学院特別委員会は平成24年7月19日付けで「法科大学院教育の更なる充実に向けた改善方策について」と題した提言をした。翌20日、文科省は、この提言を踏まえて、「法科大学院教育改善プラン」を公表した。

これによれば、「課題を抱える法科大学院を中心とした入学定員の適正化、教育体制の見直し等の取組の加速」と題して、「中教審の調査等で明らかになった課題に対する改善計画の提出の要請、ヒアリング、公表などの措置を講じる」「今後実施される認証評価で不適格認定を受けた法科大学院に対して、不適格と判断される原因となった事項の改善が図られるまで、改善状況の報告・確認を徹底し、必要に応じて指導等の措置を講じる」「(現行の公的支援の見直しとして、平成26年度予算から)入学者選抜における競争倍率と司法試験合格率の指標に加えて、入学定員の充足状況を新たな指標として追加する」ことが打ち出されている。さらには、「認証評価結果の活用を通じた改善」と題して、「今後行われる法科大学院の認証評価について、実施状況やその結果を踏まえて認証評価の仕組みが適切に運用されているかどうかを検討し、必要に応じて更なる改善方策を講じる」として、平成24年度から認証評価の実施状況を検証するとされている。これでは認証評価機関の自主性・独立性は多分に疑問視されることになりかねないし、少なくとも、今後の認証評価が一層「厳格化」することが予想される。そればかりか、「組織改革の加速に向けた取組」として「各法科大学院における共同教育課程や連合大学院、統合等の自主的・自律的な取組が促進されるよう、組織見直しに向けたモデル及びそのための推進方策を提示する」などということも提示されているのである。

中教審ないし文科省にすれば、法科大学院の現状を踏まえて当然とも言える提言ないし指針を打ち出したものということなのかもしれないが、厳しい境遇にある地方の法科大学院としてはいよいよ追い詰められたという心境になることは必定である。

(注17) しかし、そのようなことが自然発生的に可能になるとはとても思えない。そうであるからこそ、本学がそのための先駆的かつ主導的な役割を果たしてくれることを期待したいのである。それには、本学自身が自己改革の努力を続け、目に見える成果を挙げるのが先決であるが、その際の中心的な課題は実務科目の充実・強化にこそあるということとを再度強調しておきたい。

資料1

平成24年5月26日

西南学院大学法科大学院

院長 梅崎 進哉殿

民事手続法担当実務家教員 西 理

突然ですが、思うところがあり、下記のとおり意見を具申します。

記

ローヤーリング授業について

1 最近、「ローヤーリング」に関する資料が実務家教員によく回覧される。私の記憶にあるところであれば、関西学院大学法科大学院、中央大学法科大学院、そして、今回の琉球大学法科大学院におけるローヤーリング授業の紹介である。及びは、参加者がローヤーリング授業を実際に授業参観した上で、意見・感想を交換しているのに対し、は琉球大学法科大学院において現にローヤーリング授業を担当している宮城哲准教授の講演と菅原郁夫名古屋大学大学院法学研究科教授のコメント等を踏まえた意見交換をまとめたものであるが、宮城氏による詳細な資料が別添で添付されているので、授業内容などを具体的に知ることができる。

いずれも大変刺激的な内容であり、よその法科大学院の真剣な取組みぶりがよく分かる。しかも、これだけ相次いでローヤーリング授業に取り組んでいる実例が報告されると、もはや一部の先進的な試みと言って済ますことはできなくなっているのではないかと思われてならない。本学でそのような授業を取り入れる可能性があるのかといえ、見通しは相当厳しいが、さればといって拱手傍観していてよいということにはなるまい。^(注1)

2 例えばでは、このような授業においてこそ、法曹としてのマインドとスキルが養われるのだということ、そして、法科大学院の使命はまさにそこにこそあった筈であるということ、さらには法科大学院の在り方や存続そのものが

(注1) ちなみに、上記の意見交換の司会者は福岡県弁護士会の宇加治恭子弁護士である。私の記憶が正しければ、同弁護士は福岡大学法科大学院の実務家教員でもあるから、同大学院でもローヤーリングの授業に取り組んでいるのかもしれない。

問い直されるような状況にあって、このことの意義は一層強調されなければならないなどといったことが指摘されている。まことにもっともな意見であり、本学においてもそのことをきちんと認識した上で、この点について検討してみる必要がある。

ア まず、本学における実務家教員の役割の現状を見るに、親族・相続法担当の坂梨教授、民事手続法担当の私をはじめ、西郷教授は民事手続法入門、民事訴訟実務の基礎（要件事実論）、倒産法、民事手続法特講、松本教授は民事法総合演習（和田教授と併任）、法の理論と実務、吉田教授は民事法総合演習（沢野教授及び私と併任）、公法演習（横田教授及び石森教授と併任）をそれぞれ担当しているといった具合であり、真に実務教育の名に相応しい科目を担当しているのは一瀬教授の「弁護士実務」、西郷教授と私が甲谷弁護士と担当している「民事模擬裁判」、小野寺教授が担当している「刑事模擬裁判」くらいのものではないかと思われる。

しかし、親族・相続法や民事手続法、倒産法、執行・保全法などは可及的に研究者教員において担当し、実務家教員はそれに相応しい役割を担っていくというような方向性が追求されるべきであろう（もっとも、これらの科目はいずれも実務の動向を把握しておくことが重要な意味を持つから、研究者教員と実務家教員の共同担当とすることは十分考えられる）。ところが、昨年からは民法の授業に実務家（西郷、松本、一瀬の各教授）が参加するというようになったから、本学の実務家教員はますます基礎科目への関与といった方向に傾いているということができよう。^{（注2）}

イ では改革の必要性と可能性はどうか。本学には、現職の弁護士である一瀬、松本、西郷、吉田の各教授がいる。まずは、これらの方々において、このような改革の是非とその可能性について徹底した議論をしていただいてはどうであろうか。その結果を踏まえて、将来計画検討委員会においてもこのテーマ

（注2）この提案がなされたとき、私自身は画期的なことと受け止め、積極的に賛成した。先の教授会で和田教授が明確な反対意見を述べられた際も、同教授の意見により多少認識を改めたが、基本的には賛成の姿勢であった。しかし、今は、これは実務家教員の本来の在り方からすれば、逆方向に向かっているのではないかと考えるに至っている。

を取り上げるべきではないだろうか。^(注3)

ただ、その際に必ず考慮しなければならない要素として、本学の学生諸君の資質や姿勢、要求水準といったことがある。先日のFD研究会でも指摘されたことであるが、本学の学生の質の低下は著しいとされる。私は、従前のことは知らないが、現在の学生のレベルが高くないということは認めないわけにはいかない。加えて(むしろ、そのためにと言った方が当たっていよう)学生諸君の姿勢が、基本的な法律知識を獲得することに汲々としており、「法曹としてのマインドとスキルを養う」などということは余りに遠くかけ離れた課題であるというのが実情ではないかと思われる。だからこそ、一瀬教授の「弁護士実務」の受講生がない(?)ということになったりするのである。しかし、必修科目である「民事模擬裁判」では、受講生は結構生き生きと、緊張のうちにも楽しそうに取り組んでいる(もっとも、必修ではない留年組は受講していない)。

このような点を総合的に検討しなければならないが、私は本学としてこの改革に是非とも前向きに取り組んでもらいたい、否、取り組むべきであると考えているに至っている。

以上

(注3) 思うに、この方向が肯定されるべきことはおそらく疑問の余地はない。問題はその実現可能性と、改革に踏み切る時期の判断である。そして、この点については、改革の必要性の程度をどう受け止めるかということが反映されることになる。

資料2 2つのマインド・7つのスキル

< 2つのマインド >

- 1 法曹としての使命・責任の自覚
- 2 法曹倫理

< 7つのスキル >

- 1 問題解決能力
- 2 法的知識
- 3 事実調査・事実認定能力
- 4 法的分析・推論能力
- 5 創造的・批判的能力
- 6 法的議論・表現・説得能力
- 7 コミュニケーション能力

資料3 本学の4つの要素

1 他人の痛みを共有できる豊かな人間性とコミュニケーション能力を持ち、法の専門家として、高い倫理観・正義感を基礎にしてその知識と技能を人々のために役立てようとする強い意欲を持っていること

2 社会に生起するさまざまな法律問題について、正義の理念と社会通念を踏まえた的確な事実の把握および事実の認定を行い、正確な法律知識に裏打ちされた法的判断（法的分析と推論）を加えて、人々が真に納得できる結論を導き出す能力を具えていること

3 前項の判断を基礎として、これを表現するための質の高い文書作成および議論や説得ができる能力を涵養し、利害関係人その他の市民から確かな信頼を得られる紛争解決能力を備えていること

4 社会の変化に伴って生じてくる新しい法律関係について、適切に対応できるだけの応用力や創造力を具えていること、特に今後重要性を増すと思われる国際的な法律問題に対処できる基礎的な素養を備えていること

三

資料4

平成24年1月26日

「法科大学院の学生が最低限修得すべき内容」を踏まえてシラバスを作成する
件 民事系科目群について

西 理

1 私は、これまで2回にわたって「法科大学院の学生が最低限修得すべき内容」（以下「最低限の修得内容」と略称する）について論じてきた（昨年9月5日付け意見書及び同年11月1日付け意見書）が、いよいよこれをシラバスにどう盛り込むのかという正念場を迎えることになった。事ここに至っては、今までのようなやや抽象的な議論では済まされないことは明らかであり、いかに具体的に、しかも簡潔に表現するかが求められている。

また、かねて指摘されていたように、民事系科目群としてのこの点の検討も必要不可欠であると思われるところ、その作業が明らかに立ち遅れているので、以下、たたき台を提供するという趣旨で私なりの意見を述べてみたい。ただし、同じく民事系といっても他の科目のことについては知識も情報も十分でないため、とんでもない的外れの議論であったり、失礼にわたる点多々あるかもしれない。しかし、誰かがお膳立てしなければ先に進まないことなので、敢えて貧乏くじを引いてみようと思いついた次第である。そういうわけであるから、上記のような失礼な点があってもこの際大目に見てお許しいただきたい。

2 まず、本法科大学院の「学生便覧」でも、法曹に必要な資質として「4つの要素」(~)を列記し、これを重視することが謳われている。そして、「 ~ とは法曹であるならば誰もが有すべき能力と言えるもの」「カリキュラムの法律基本科目と法律実務基礎科目はまさにこれらの能力の養成を主たる目的とするもの」としている。的確な説明であり、「便覧」における解説としてはこれで十分であろう。ただ、財団は、「最低限の修得内容」について「2つのマインド、7つのスキル」を打ち出しており、控え目な態度ながらこれを事あるごとに強調しているので、本学の4つの要素が上記の財団の標榜するところを踏まえた上で策定されたものであることを簡単に説明しておいた方がよいと思われる。

それにしても、シラバスに記載する内容としては、「最低限の修得内容」が強調されている現状を踏まえ、それなりに詳細かつ具体的な内容が盛り込まれたものにしなければならないであろうが、他方、それ以上のものである必要はないものとする。

3 最初に、現在（これから先を含む）予定されている民事系科目を列記しておく。

ア 民法：民法 ~ 、同演習 ~

イ 商法：商法、（商法特講を選択必修としようという方向？）同演習

ウ 民事手続法：民事手続法入門、民事手続法、同演習、民事手続法特講・、倒産法、同演習、執行・保全法（執行・保全実務と統合する方向で検討されている）

エ 総合演習：民事法総合演習・、民事法事例演習（従来の・を一つに統合）

オ 実務基礎科目：民事訴訟実務の基礎（要件事実論）民事模擬裁判

4 ところで、民事系科目中の基本科目は民法であり、同 ~ がそれであることは言うまでもない。の要素について言及されている「正確な法律知識」の基本中の基本は民法の学習により得られるものである。また、それを通じて、「正義の理念」や「社会通念」を理解し、これを身に付けることができるものと期待される。法の目的は究極的には社会的正義の実現であり、その解釈は「社会通念」を離れてはあり得ないものだからである。このことは、権利の濫用、公平、信義誠実の原則、公序良俗、暴利行為、正当理由、過失相殺、不法原因給付等々、民法の諸原理や一般条項等の解釈基準の中に容易に見出すことができるし、それにとどまらず、民法の条文の解釈全般及びそれが適用された判例の理解において不可欠の要請であるものとする。

したがって、民法の学習を通じて、の要素とともにの要素の基本を徹底的に身に付けさせることが求められる。そして、その学習過程において、その成果をいかに正確に、説得力あるものとして表現するか（文章表現と口頭表現）それにより自己の主張を他に伝え、説得する能力が備わるものと期待される（の要素）、このように、民法は、~の要素を習得する第一歩である。民

法 ⅰ がいずれも1年次必修科目とされているのはそのためであり、極めて
目的論的かつ正当な位置づけであるものと言ってよい。

では、同演習はどうか。私は、この演習科目こそが、講義形式で得た知識や
法的なものの考え方を実際に身に付けさせる（血となり、肉とならしめる）も
のであると考えるから（特に、ⅰの要素のうちの「人と議論することができる
能力」は、少数のメンバーによる自主的勉強会のほかは、授業としては主とし
て演習科目に主体的・積極的に関わることで大いに身に付くものである）、こ
の科目の重要性はいくら強調してもしすぎることはない。ただ、これは基礎的
な知識がある程度備わってきていることを前提にするから、民法ⅰⅱを履修
した後の2年次に予定するのが望ましいと思われる。そうであれば、民法演習

ⅰⅱが2年次後期に置かれているのは相当であるが、同ⅰⅱが1年次後期とさ
れているのは、せめて2年次前期にできないものであろうか。時間割の関係で
困難なのかもしれないが、和田教授が同演習で使用されている教材が「民法総
論・事例演習」であるということをも考慮すると、一層その感を強くするの
である。^(注1)

5 商法について

商法は、民法ほどではないにしても、現代社会においては民法に準ずる基
本法たる性格を有していると言ってよい。それ故、4つの要素のⅰⅱⅲⅴにつ
いては民法に準じて考えてよいであろう。ただ、ⅲについては、「正義の理念」
というよりは「近代合理主義の理念」とでもいう方が相応しいであろう。

それにしても、商法総則や商行為法の基本的な内容については民法とともに、
或いは民法の諸原理と対比する形で、早期に学ばせることが必要かつ相当では
ないだろうか。これに対し、会社法は、条文も多く、内容的にも技術的な要素
が強い。そうすると、商法ⅰⅱを商法総則、商行為法、会社法総則を内容とする
ものとした上で1年次後期に、会社法第2編以下を商法ⅲとして2年次前期に
配置することは考えられないものであろうか（ただし、この場合、手形・小切
手法の置き場所に困るという難点はある）。特に、会社法のうちの会社訴訟な

(注1) この教材は、民事法事例演習でも用いているが、相当レベルが高く、特に第ⅲ部など
は3年生でも手こずるほどの高度な内容である。

ども現在の商法で教えられているとすれば、民事手続法が2年次前期であることに照らしても、これを1年次後期で教えるというのは無理がありはしないかと思われる(もっとも、会社法は条文も膨大であり、会社訴訟は最後の「雑則」に編入されているので、あるいは現在の「商法」の授業では取り上げておられないのかもしれない)

以上によれば、いずれにしても、商法について、現在の商法。(会社法)だけを必修として済ませているのは、沢野教授のご指摘のとおり問題であると言わなければならない。商法総則や商行為法を、単に司法試験の論文式には出題されないからというようなことで軽視するのは賛成できない。「最低限の修得内容」という観点、特に本学の4つの要素のとの関係では、商法はもっと重視されて然るべきものとする。そのために必要履修単位数が2単位増えることになってやむを得ないのではないか。特に、今回ご調査いただいた結果によれば、100単位を超える法科大学院もあるということであるから、特にその点を気にする必要はないのではないかと考える。

6 民事手続法関係の科目について

この関係科目でも「正義の理念」や「社会通念」と無縁ではない。しかし、ここで問題とされる「正義」の内容は主として「手続的正義」であり、いかにして「適正手続」や「手続保障」を全うするかということである。もっとも、社会が複雑化し、価値観が多様化してきている現在、「手続的正義」の価値ないし比重はかつてなく重くなり、この点を踏まえることなくしては社会に生起する紛争を的確に解決することはできないというまできになっていると言ってもよい。そうすると、これら手続法を単なる技術法であるとして軽んずることはできなくなっている。学生諸君にもこのことをきちんと認識させたいので、この関係の学習に取り組むようにさせなければならない。とはいえ、その内容は民法における「正義の理念」などと比べれば単純明快であるから、教えやすいし、学生も理解しやすいものと思われる。ただ、それでも民訴法上の重要な論点になると、学者が真剣に議論しているだけあって、その正否は容易に決し難い。しかし、私は、そのようなときにも、よき民訴法理論は民事訴訟を利用する当事者(その潜在的利用可能性ということでは、国民全体ということに

もなる)のために真に役立つもの、その信頼を獲得し得るものでなければならず、学者や実務家が自己満足するためのものではないということを強調することになっている。もとより、通説判例を正確に理解するということは大切であるし、民訴法の理論体系やその中での整合性というような観点も重要であるが、通説判例によればこの結論になるということで済ませるのではなく、当事者がどのような手続法理論とその運用を期待しているのかという観点から、自分の頭で在るべき理論構成と結論を模索していかなければならない。これこそ、新堂教授の言われる「民事訴訟法理論は誰のためにあるのか」という観点である。通説判例にやみくもに従うのではなく、上記のような観点を踏まえて常に自分の頭で考える姿勢とそれを可能にする基礎的な力量を身に付けさせたい。^(注2)

なお、民事手続法入門、民事手続法、同演習、民事手続法特講・の各位置付けや相互の関係については、よく考えて配置されているものということができる。ただ、民事手続法担当の私としては、3年次の民事手続法特講・のいずれにも関与する機会がない(特に、3年次後期に学生諸君と正規の授業で接点がない)というのはいささか寂しく思っている。せめて同 だけでも西郷教授との共同担当ということにさせていただけるようご配慮をお願いしたい。

7 倒産法、同演習、民事執行・保全

これらは、いずれも正確な法律知識を具備させること(の要素)に重点を置いて考えても良いと思われる。

なお、「倒産法」については、近時の動向に照らしても破産法と民事再生法を視野におかなければならないところ^(注3)、その分量からしても両者を2単位でまかなうことは不可能である。そうであれば、これを倒産法・として、が破産法、が民事再生法というようにして正規の授業で民事再生について講義する体制にすべきである。

また、「民事執行・保全」については、これまでこれとは別に一瀬教授が担

(注2) 従来、私が教授会やFD研究会などで「民事手続法は所詮技術的な法律に過ぎない」などと、4つの要素と関係した形での「最低限の修得内容」の策定についてはさしたる作業もないかのように述べていたのは、以上の観点からすると相当でなかったと反省している。

当される「執行・保全実務」が置かれていたが、「民事執行・保全」を私と一瀬教授の共同担当としたこと、両名とも実務家であることから、両者を統合する方向で検討されているところである。

8 民事系総合科目について

これらは、民法と民訴法、商法と民訴法を総合的に考えさせていこうというもので、実際に生起する紛争への対応を考えた場合に重要な意義を有する。より広い視野で、総合的な考察をして、実際の法適用の在り方を考えていくことの必要性を認識させるとともに、そのための基礎的な力量を養うことが期待される。

なお、「民事法事例演習」は主として民法の事例演習の色彩が濃厚であるが、用いている教材(上記(注1)の民法総合・事例演習)によれば、民訴法や要件事実論についても相当程度関係することが予定されていることは明らかである。そういうわけで、多田・和田両教授とともに私が共同担当とされており、私としては民法研究者である両教授から教えられることも多く、個人的には大変楽しい時間であったが、厳格に言えば、本授業は要件事実論との関係を重視した方がよい(学生にとってはより有益である)ように思われる。そうであれば、この授業については、私よりも西郷教授が共同担当される方が合目的的ではないかと考える。

民事法総合演習 ・ については、 が民法と民訴法、 が商法と民訴法の各総合演習の授業ということが標榜されている。 の実状は知らないのでひとまず措くが、 は、前半こそそれに相応しい内容であるが、後半は専ら民訴法の事例演習になっているのが実態である。果たしてそれでよいのか、沢野教授がかつて指摘されたとおり、昨年からは司法試験も民法、商法、民訴法が完全

(注3) 倒産法については司法試験の選択科目の代表的なものであり、これを選択する受験生は少なくない。しかし、近年の司法試験の問題を見ると、破産と民事再生が各1問ずつ出題される傾向がほぼ定着したと見てよい。そのような諸般の状況を踏まえて、私の後期のOHを「倒産法OH」と銘打って民事再生の概説を試みているが、正規の授業とはやや気構えが違うように思われる。「倒産法」を「倒産法 ・ 」とするのは急務である(は3年次前期でどうだろうか)

に分離されて出題されるようになったことを含めて、根本的に検討し直すべき時期に来ているように思われる。

9 民事訴訟実務の基礎、民事模擬裁判

要件事実論の意義は極めて大きい。また、民事模擬裁判については前意見書で言及したところを参照されたい。

10 法曹倫理について

民事系科目ではないが、4つの要素のとの関係においてこの科目の意義の重要性は格別なものがある。その意味では、この授業を非常勤講師の渡辺弁護士に任せきりにしていたことは問題であろう。先の教授会で、検察官倫理につき小野寺教授、裁判官倫理について西郷教授が共同担当する体制にしたのはせめてもの前進であったが、今後は、この授業については、全教員が一度は必ず参観しなければならないこととするとか、3回くらいは可及的に多数の教員も参加した学生との討議の場を設けるなどの創意工夫をこらしたものに改革すべきであろう。また、1年次ではなく、多少は法的なものの考え方ができるようになった2年時後期に置くことが相当ではないかと考える。これらの見直しが、とりもなおさず全科目を通じての「4つの要素」を充足するということに資するものであるし、財団や外部評価委員会向けのアピールとしても大きな目玉にすることができよう。

11 法の理論と実務

これも民事系科目ではないが、1年生向けの法律と実務への入門科目としての意義は大きい。シラバスを拝見すると、松本教授のお人柄と創意工夫の跡が見て取れるが、例えば、法社会学の榎澤教授の講演を組んでいただき、法社会学の授業への導入を図っていただくのも検討に値するのではないかと。また、裁判法分野の概説（例えば、わが国の裁判所の機構、裁判所ではたらく人たちの紹介など）も織り込んでいただけると有難い。というのも、2年生や場合によっては3年生でもこのような極めて基礎的な知識を欠いている者にお目にかかり、啞然とすることも稀ではないからである。もしも、この点などについて私に1コマ割り振っていただくことをご検討いただけると嬉しい限りである。

12 後半（7以下）は、シラバスに「最低限の修得内容」をどう盛り込むか

というよりも、カリキュラムそのものについて論ずるような観を呈してしまった。そのため、我ながら余計な口出しをしているなど感じる内容であるが、全くの見当はずれであれば聞き流していただきたい。

なお、追って、民事手続法・同演習についてのシラバス案をお届けする予定である。

資料5 法曹倫理復習ノート

UNIT.1 法曹倫理とは何か（第1回授業）

1 法曹倫理と弁護士倫理・裁判官倫理・検察官倫理

ア 法曹倫理という言葉の通常理解としては、法曹三者に共通する「倫理」をいうと解されるのではないか。そうだとすると、「在野精神」や「法サービスモデル」などは弁護士倫理について妥当する議論ではあるが、法曹三者に共通する法曹倫理ではあり得ない。そして、そのようなものとして想定されるのはプロフェッションモデル以外にはない。

イ ところが、法曹倫理 弁護士倫理として議論されている。それは何故なのだろうか？ p2参照

1 法曹の圧倒的多数は弁護士であり、弁護士は当事者（依頼人）と直接に接することによる微妙かつ困難な問題に直面することが多いからだという。しかし、法曹一元のアメリカでも弁護士倫理とは別に裁判官倫理（裁判官行動規範綱領）が定められている。両者は置かれている立場が異なるのだから、そこで要求される倫理の在り方が異なってくるのはむしろ当然のことではないか。

2 柵瀬孝雄教授の問題提起

3 和田仁孝教授の「関係志向的弁護士役割論」：依頼者中心主義を徹底したもの

Q1 法曹（弁護士）＝国民の社会生活上の医師（司法制度改革審議会意見書）

弁護士と医師の比較

医療行為におけるインフォームド・コンセント 弁護士による法的手段についての教示と依頼人の選択（例えば、民事紛争における紛争解決手段の選択、刑事弁護における弁護方針の決定など） 弁護士にも医師の場合に比べてそれほど遜色のない説明責任が求められているのではないか。

Q2 石村善助『現代のプロフェッション』におけるプロフェッション論の定義

宮川光治「あすの弁護士」（弁護士像の変化についての説明）

石井成一・大野正男・古賀正義・釘沢一郎編『講座・現代の弁護士』 プロフェッション論の提唱

2 プロフェッション論は「法曹とは？」を考える上で大きな影響力をもたらした。しか

三三

し、これは法曹三者、さらには専門的職業一般に妥当するような一般的・抽象的立論であつて、弁護士倫理ないしは弁護士像としてはいささか具体性や迫力に欠けるのではないか。「基本的人権を擁護し、社会的正義を実現することを使命とする」こと(弁護士法1条1項)はプロフェッション論から直ちに導かれるだろうか。

もっとも、裁判官論を論ずるに当たっては専らこれが前提になるであろう。

3 棚瀬・和田両教授の立論は、教科書で紹介されているところによれば、当事者(依頼人)こそが主役であることを強調するもの(当事者の復権)のようであるが、それは反面で専門家としての弁護士の役割を後景に退かせる結果をもたらすことになりはしないか。特に、上記弁護士法1条1項のような使命はこの観点から産まれ得るのだろうか。また、いずれも民事紛争、なかでも民事訴訟における弁護士役割論に傾きすぎているきらいはないだろうか?

Q3 「法への忠実義務」についての日弁連・注釈p11~12の意見をどう考えるか。そこで説かれていることは、「新立法の制定のための最大限の努力」などは別として、程度の差はあれ、法曹三者に妥当することである。例えば、裁判官の判決が法創造的な意義を持つ場合があることはよく知られているところであるし、検察官の起訴便宜主義や公訴権濫用理論などは検察官についても実定法へのアプローチの仕方は必ずしも固定的なものではないことを示しているのではないだろうか。

Q4 法曹倫理の規範的構造 自律的規範に法的拘束力を付与することの当否

弁護士法56条と弁護士倫理の条項の関係 現行弁護士法(1949年制定)旧弁護士倫理(1955年の日弁連理事会決議。ただし、倫理規定違反が直ちに弁護士法56条1項の懲戒事由とはならないとの付帯決議あり) 弁護士倫理(1979年から改訂作業を開始し、1990年の臨時総会決議。ここでも、上記付帯決議の趣旨は維持された)。なお、これとは別に、「刑事法廷における弁護活動に関する倫理規定」が1981年に会則として制定されており、この違反は弁護士法56条1項の会則違反として直ちに懲戒事由となる。

その後、「弁護士倫理」が廃止され、新たに「弁護士職務基本規程」が制定施行された(平成17年4月1日)。「弁護士倫理」は総会における宣明決議にとどまるのに対し、会規としての「弁護士職務基本規程」に改められたのであるから、同規程違反は会則違反として直ちに懲戒事由になるのではないか?という疑問があるかもしれない。しかし、全ての会則違反

が直ちに懲戒事由となるものではなく、懲戒に値する非行である会則違反のみが懲戒事由となると解されるから、上記Q4の解釈はそのまま妥当する。

Q5 各先進諸国の制度の概観：ドイツやフランスでも二元的な制度がとられていたが、今では一元的な弁護士制度になっている。他方、英国のバリスターとソリシタの区別は健在（もっとも、法サービスのグローバル化が進むなかで流動的な状況が生まれている）

4 バリスターとソリシタの関係。ソリシタの中から優秀な者がバリスターの資格を与えられるのか、それとも両者は画然と区別されていて、ソリシタからバリスターになるという関係にはないのか。

Q6 日本の弁護士制度の特徴と課題

司法制度改革は、弁護士の新しい職域や活動分野の拡大を展望するなど、重要な弁護士制度改革をもたらした。また、弁護士の大幅な増員の必要性を主張するとともに司法試験制度の問題点を指摘することにより、法科大学院制度が発足し、司法試験の合格者数の大幅増が打ち出された。しかし、現実には新しい職域の開拓などは思うように行かなかった。司法試験の合格者数も2000名で頭打ちとなり、近時は、1500名程度への減員論も弁護士会などを中心に聞かれるようになってきている。

司法制度改革に伴う弁護士制度改革について

第1に、弁護士の公務就任の制限が撤廃され、営業等の許可制が届出制に改められた。弁護士資格を持ったまま行政機関や民間企業での活動がしやすくなった。

第2に、弁護士報酬の適正化・透明化・合理化 従来の会則による弁護士報酬標準規定の廃止

第3に、法律事務所の共同化・法人化、隣接法律専門職との協働化・総合事務所化

第4に、司法書士・弁理士などに対する限定的な訴訟代理権の付与

第5に、網紀・懲戒手続の透明化・迅速化・実効化

UNIT.2 弁護士倫理(総説)(第2回授業)

1 専門家倫理と弁護士倫理

法曹倫理：法曹(法の運用に関わる専門家集団)が、法システム、司法制度、社会一般、依頼者などの利用者、法曹相互関係、所属組織に対して、その職務遂行に当たって遵守すべき価値・原理・規則などの行動基準

Q1 弁護士は、裁判官や検察官とは異なり、依頼者から報酬を受けて活動する。それにもかかわらず、「基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」(弁護士法1条1項)とされ、弁護士倫理1条にも同旨の規定が置かれているのは何故か？

プロフェッションであるが故の社会的責任ないし義務。依頼者からの委任を受けて活動するとはいえ、その活動自体が基本的人権の擁護、社会正義の実現に資するものであるという自負の現れではないか。弁護士倫理 = 在野精神とされていたことの名残り？

1 これを徹底するなら、弁護士に対しても給与(?)を支給することが考えられないだろうか。全的にそれで弁護士の生活を賄うとまではいかなくとも、これにより最低限度の生活は保障し、依頼者からの報酬は極力低い額にとどめることとするのである。しかし、おそらく、大方の賛同は得られまい。第1に、弁護士の在り方の本質に関わる問題であり、国家から自由で独立した存在である弁護士が国から給与を支給されるなどということはあってはならないことである、第2に、国家の財政負担上も不可能である、第3に、何と言っても、それは弁護士の業務の実態にそぐわないなどの理由が考えられる。これに対しては、裁判官は、国から給与を支給されるが「裁判官の職権の独立」が保障されているし、政治家(政党)に対しては政党交付金が支給されている(政党助成法)ではないかという反論も想定されるが、やはり、弁護士の業務は、基本的に依頼者の個人的(私的)利益を守り追求するためのものである以上、依頼者からの受任に基づく報酬を糧とするというのが自然である。特に、弁護士像として、ビジネスモデルや法サービスモデルなどが主張されるような状況下ではそうであらう。

2 では、弁護士は「基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」と「当事者その他関係人の依頼等によって法律事務を行うことを職務とする」(弁護士法3条1項)とはどのような関係に立つか。教科書(p35以下)は、「弁護士の二つの性格」と題して

加藤『弁護士役割論』を引用している。すなわち、弁護士の「公益的役割」と「当事者の代理人としての役割」という「一見すると矛盾するかに見える二つの性格」について論じ、両者のバランスをとるべきであるとする見解が正当であるとしている。しかし、このような見解は疑問である。そればかりか、そもそもこのような論じ方（問題の立て方）自体が疑問である。

すなわち、¹で見た弁護士の業務の本質的な性格からして、その職務の性格ないし弁護士の役割としては上記弁護士法³条¹項の規定するとおりと解するべきである。ところで、加藤・前掲は「当事者の代理人的役割の限界を画するものが公益的役割であると解するのが相当である」とするが、このような場面で両者を対比しそのバランスをとるなどと考える必要はないし、それ自体が相当でない。「代理人的役割の限界」は弁護士の「公益的役割」を考慮することによってではなく、それこそ弁護士として遵守すべき職業倫理である。もとより、刑事上罰せられるような行為は禁じられるし、「公序良俗」、「権利濫用」、「信義則」などの一般法理によって限界を画されることもある。弁護士としては、いたずらにその「公益的性格」などに囚われることなく、上記のような観点（その中心は弁護士倫理である）から見て逸脱しない限り代理人的役割に徹するべきである。弁護士法¹条¹項がいう公益的役割とは、弁護士として「代理人的役割」を全うするだけで満足することなく、「公益的役割」を果たすべきことを求めたものと解すべきである。つまり、同法¹条¹項の「公益的役割」とは「代理人的役割の限界を画する」というような消極的意義にとどまらず、それ自体に積極的・能動的な意義を果たさせるべきものなのである。このように解することによって初めて、弁護士が代理人的役割に徹してこれを思う存分に発揮することを可能ならしめるとともに、他方で、弁護士に公益的役割をも積極的に果たすべきこと（プロ・ボノ活動 UNIT.8参照）をその重要な使命として課したものという理解を可能にするのである。

Q2 弁護士の報酬

ア 依頼者との委任契約（民法⁶⁴⁸条¹項は、「特約がなければ報酬を請求することができない」と規定するが、そのような特約がなくとも報酬請求権が発生すると考えるべきであろう。最判S³⁷・2・1民集¹⁶⁻²⁻¹⁵⁷）ただし、弁護士制度改革により、弁護士報酬が弁護士会会則の必要的記載事項ではなくなった（その反面、弁護士各自が報酬基準を作成し備え置くこと、依頼者に対し報酬説明をすること、報酬等に関する事項を含む委任契約書を作成することが

義務的となる。教科書のp33参照)ので、報酬について従前よりももったきちんとした合意を取り交わすことが必要となるう。

イ 報酬の多寡は依頼者に対する義務に差異をもたらすか。受任した弁護士側の心構えとしては、差異を生ぜしめてはなるまい。他方、依頼者側としては、同質の業務が保証されるのであれば、報酬が低いに越したことはないのは当然である。会則による報酬標準規定が廃止され、報酬が自由化された現在、依頼者は報酬がより安い弁護士を求めて弁護士事務所めぐりをするということになりかねない。また、弁護士側としては、より安くするという過当競争が生じないとも限らない。

ウ 以上は、報酬の多寡によって弁護士の業務の質に差異が生じないことを前提にした立論であるが、実際にはそのようなことは想定し難い。弁護士にも、経験や資質・能力の差により、同じ業務であってもその遂行の仕方には内容や質に差異が生ずることは免れない。そして、弁護士側は、自己の経験や資質・能力を自己査定し、さらには事務所経営の状況などをも勘案して報酬基準を定め、個々の受任事件の報酬決定をするものと思われる。そうであれば、依頼者側としても、基本的には報酬の多寡に見合った業務を期待するということになるのが実際であろう。

要するに、弁護士個人の職業倫理ないし心構えの問題と、依頼者側が期待することのできる客観的・現実的な成果とは別の次元の問題であるということである。

Q3 執行官や公証人に対する「手数料」の支払

ア 執行官に対する国庫からの補助金支給(裁判所法62条4項、執行官法21条)

イ 弁護士を訴訟代理人とすることが強制される(本人訴訟が許されない)法制では、弁護士報酬についての考え方が異なってくるか ドイツの民事訴訟、刑事の国選弁護士

1 - 1 公認会計士、医師その他の専門家倫理との比較

弁護士、公認会計士、医師(群)と税理士、司法書士等(群)とではどこが違うのか? 国家試験に合格しなければならないことは共通であるが、そ

の後、一定の研修を受けることが資格取得の要件とされているかどうかには差があるということか。 群はそれだけ高度の専門性を要求されるということであろう。したがって、専門家倫理の内容・程度も異なっよう。

1 - 2 倫理と法的責任

Q4 倫理違反行為（例えば、利益相反行為）は、懲戒事由となるか、損害賠償責任の根拠とされるか。

1 - 3 弁護士と司法書士

Q5 司法書士の登記申請代理について双方代理が許されるのは何故か？

弁護士の職務の特質：業務対象の紛争性・事件性 = 自分の依頼者と対立する相手方当事者が存在する 利益相反行為の防止が倫理上の重要な義務になる。

登記申請についても原則的には登記権利者と登記義務者が存在し、両者の共同申請があることが必要とされる。したがって、そこには対立当事者は存在するのであって、紛争性や事件性の可能性を全面的に排除することはできない。しかし、弁護士が関与するのは、多くの場合、そこに裁量的な判断作用が求められるからであり、それ故に双方代理を認めたのでは利益相反が生じ得るのである。これに対し、司法書士の登記申請代理の場合には、そのような裁量的判断作用が入り込む余地のない形式的な事務処理という性格にとどまる。双方代理が許容される。

司法書士について簡易裁判所における訴訟代理権が認められる場合には、弁護士と同じ立場に立つことになるのは当然である。

2 規範としての弁護士倫理

弁護士活動の「公益的性格」と「代理人的性格」について 上記 2参照

2 - 1 規範の保護利益主体としての国民

Q6 弁護士活動の在り方 訴訟（敗訴判決）の引き延ばしの是非（資料2

・ 参照）

那須弘平弁護士（現・最高裁判事）の提案：理想としての弁護士倫理、業界慣行としての弁護士倫理、懲戒実体法としての弁護士倫理（最低限度の弁護士倫理）という三分法

3 だが、この三分法には疑問がある。私は、弁護士は、代理人的役割においては依頼人

の利益のために徹すべきであり、その限界は弁護士倫理によって画されると考える（上記 2）。ただ、そこでいう弁護士倫理違反の行為としては、刑事上処罰されるような行為は論外として、懲戒の対象となるような弁護士倫理違反の行為と、直ちに懲戒されないまでも、弁護士としての品位を損ね、職業上のモラルに反するような行為とがあるであろう。したがって、弁護士倫理はこのような観点からする二分法をとるのが相当ではないかと考えるものである。

そして、高橋教授が提示される設例について言えば、本件では、Aは賃料支払の事実のもとより、これを支払おうとした事実さえもないのであるから、賃貸借契約成立の主張をしたり、そのための証人申請をして訴訟を引き延ばすなどということ（ ）は許されない。これに対し、Aが現に本件建物でスナックを経営しており繁盛しているというのであるから、そのようなAの経済的利益を守るために、黙示の使用貸借契約の成立や明渡義務の猶予についての合意の成立などを主張して争うことは当然許される。したがって、 はもちろん も許されないわけではない（もっとも、それだからといって²、3年も引き延ばせるという保証はない）。また、家主側の一定の譲歩を得て訴訟上の和解をするというようなことは当然視野に置くべきである。これらの弁護士の訴訟方針ないしそれに基づく訴訟活動を「理想としての弁護士倫理」には反するが、「業界慣行としての弁護士倫理」には反しないなどと解する必要はないと考える。

Q7 高橋論文（資料2 ）と田中論文（資料2 ）における訴訟や和解についての考え方の差異など。

2 - 2 規範の権利保護主体としての依頼者

依頼者が誰なのか、弁護士が誰の利益を実現すべきかが判然としない場合がある。

Q8 民事再生の申立代理人弁護士の立場は、再生手続開始決定がなされると変化するか。

Q9 文書提出義務の有無を判断するためのインカメラ手続について 特許法

105条

Q10 弁護士の守秘義務

依頼人（顧客）の「疑わしい取引」について金融庁に届け出なければならぬか？

UNIT.3 弁護士と依頼者の関係（第3回授業）

1 弁護士と依頼者の関係の性格

1-1 同関係の成立

Q1 アメリカの実例を基にした事例

1 H社のトラックを運転していた運転手Xが引き起こした交通事故（交差点で赤信号に気づきブレーキをかけたが、交差道路（優先道路）を走行中のスクールバスに衝突させ、同バスは進路前方の池に転落して乗車していた児童21人が死亡し、Xも負傷入院した）について、入院中のXから事故状況を聴取したH社の顧問弁護士Yが、「実は赤信号に気付くのが遅れたような気がする」という点を含むXの供述内容を検察官に伝え、検察官はこれを含む捜査結果を踏まえてXを業務上過失致死罪で起訴した。

Xは、Yの上記下線部の行為が、弁護士・依頼者の信頼関係に違反したとして、Yに対し損害賠償請求。Yは、「そもそもX・Y間には弁護士・依頼者関係は成立していない。Yは公正な刑事司法の実現に協力しただけである」と反論した。

2 アメリカの裁判所の判断は教科書を参照してもらおうとして、これをわが国の法制に引き直して考えてみよう。

ア Xは、YがXに対し「H社から依頼され、あなたのためにやってきた」と伝えたからこそ、「赤信号に気付くのが遅れたような気がする」という自己に不利益な事実を含む詳細な事故状況を説明したことは明らかである。すなわち、Xとしては、YはH社がXのために依頼してくれた弁護士、あるいは、少なくとも、YはXの代理人ないし弁護人になろうとする弁護士であると受け止めたものと思われる。しかし、YはXの弁護人になることはなく、現実にはJ弁護士が弁護人になるよう手配されている。

イ では、Yは何のためにXのもとを訪れ、事故状況を聴取するようなことをしたのか。その後の経緯をも踏まえるなら、「H社から依頼され、H社のためにやってきた」というほかないであろう。その意味では、Cさんの指摘は傾聴に値する。特に、「ブレーキをかけたが、ブレーキがきかなかった」ともあるから、本件トラックは欠陥車ないし整備不良があった可能性があることが考

えられることからすると、なおさらである。

しかし、「X個人の過失によることが明白になれば、H社の責任がその分軽減されるからだ」というCさんの指摘に根拠はあるだろうか。例えば、スクールバスこそが赤信号を無視して交差点に進入したとでもいうのならともかく、そうでない以上、すなわち、Xが赤信号に気付くのが遅れたからか、それとも、本件トラックにブレーキがきかないという欠陥があったからかは、H社の民事責任の有無・程度に影響を及ぼさない。すなわち、自賠法3条（運行供用者責任）によれば、いずれにしてもH社の責任は免れないのであり、の場合には、民法715条（使用者責任）による責任追及も可能になるというだけのことである。なお、その場合には後記のとおりXも民事責任を負うが、それだからといって、H社の責任が軽減されることはない。また、損害賠償責任を果たしたH社がXに求償するということが理論的には可能であるが、それには制約が加えられるであろうし、現実にも余り意味があるとは考えられない。

これに対し、Xにとっては、ならば、X自身も民法709条により損害賠償責任を負うほか、刑事責任（業務上過失致死罪）も追及されることになろうが、事故原因が専らにあるというのであれば、これらの責任を免れることができる。

このように見てくると、Cさんの見方は根拠に欠けるということにならざるを得ない（もっとも、本件トラックが欠陥車であるとか整備不良車であるということになると、そのような自動車を運行の用に供していたという点で、H社に対してはより厳しい社会的・道義的な責任追及がなされることは考えられるし、場合によってはH社の運行管理部門の刑事責任が追及される可能性もある。したがって、Cさんの意見がそのような趣旨であるとすれば、それなりの根拠があることにはなるう）。

ウ これを要するに、YがXから事故状況を聴取したのは、H社に民事責任があるのか否かを明らかにするためであった（できれば、専らバス側にこそ過失があることを期待したであろう）と思われる。本件トラックの「ブレーキがきかなかつた」ということが客観的な事実であったのか、それとも、Xが事故直後にそのようなことを語るなどしてその可能性が取沙汰されていたにすぎな

いのかは、教科書の記載からは必ずしも明らかではないが、少なくとも後者の事実はあったのではないか。そうだとすると、Yの聴取目的はその点の解明にあったものと思われる。ところが、Yは、Xから「実は赤信号に気付くのが遅れたような気がする」という供述を引き出している。本件トラックの赤信号無視による交差点への進入自体は客観的な事実だとすると、いずれにせよH社の民事責任は免れないものの、H社にとっては よりもの方がまだしもということではなかったかと思われる（上記下線部参照）

そこで、Yは、Xから上記供述を引き出した（「ブレーキがきかなかった」と主張するYを説得したり、鋭く追及するなどして上記供述を引き出したのか、それともごく自然に上記供述がなされたのかは定かでないが、YがXに対し「H社から依頼され、あなたのためにやってきた」と告知しているところからすると、Yの来訪目的は初めから上記供述を引き出すことにあったのではないかとさえ思えてくる。そうだとすると、当初からH社とXの利害は一致していなかったものというべく、それにもかかわらずYがこのように告知したということは一層重大であり、悪質でさえある。

Xの上記供述を検察官に伝えたYの行為は、「公正な刑事司法の実現に協力した」という名目のもとに、実はH社の利益を擁護し、その反面でXの刑事責任追及を可能にしたということになり、弁護士倫理に著しく悖るものというべきではないだろうか。

1 - 2 信認関係・契約関係

Q2 上記事件の場合、わが国でX勝訴の結論を導くためには、X・Y間の「契約の成立」が認められ、その上でのYの債務不履行責任を問うという順序になる。X・Yのやりとりにより契約が成立したと見ることができるかにかかっている。

アメリカの裁判所は、契約の成否を問題にせず、弁護士・依頼者関係の有無を問題にしたが、契約でないとするとその関係は何なのか。また、わが国ではどのような契約だということになるのか。

1 わが国では「委任ないし準委任契約」と解するのが通説的見解であったが、「委任 + 請負の混合契約」（社内弁護士の場合には、「雇用契約」ないし

「委任+雇用の混合契約」とする考え方が提示されている（小林秀之）

2 これに対し、アメリカでは、地位+契約の混合したものという考え方が、すなわち、弁護士という地位から生ずる信認義務（フィデューシャリー・デューティ）が基本であり、その内容は契約によっても容易に修正することができないものと考えられている。

1 わが国では、Q2の冒頭部分のように考える以外にないものだろうか？ 私は、Q1の2のウのとおり考えるから（これは、Yには弁護士倫理違反行為=不法行為によるXに対する損害賠償責任があると考えられるものである。なお、教科書のp58以下参照）必ずしもX・Y間に委任契約が成立していることが不可欠と解する必要はないことになる。強いて契約構成に近づけて考えるなら、「契約締結上の過失」理論を援用することになるうか。

2 依頼者からの判断の独立性

弁護士の職務の自由と独立（弁護士倫理2条・弁護士職務基本規程2条）
権力からの自由と独立、他の弁護士との関係における自由と独立、依頼者からの自由と独立を意味する。

Q3 貸金請求事件の被告側弁護士が、弁済期日の延期と分割払いの利益を受ける代わりに、被告所有の不動産に当該債務を担保する抵当権設定を認めるという訴訟上の和解をした。ところが、被告はこの和解に不満を表明したという場合、どう解すべきか。 弁護士業務の裁量性を重視する説（伊藤真）と依頼者の自己決定の保障を重視する説（加藤）の対比

2 上記訴訟で被告はどのような争い方をしていたのか 貸金債務の存在自体を争っている（これにも、ア金員の授受そのものを否定する、イ授受は認めるが、その趣旨を争う（例えば、i貸付ではなく、贈与である、ii売買代金の支払である、iii被告から原告への貸金の弁済であるなど）、ウ貸付は認めるが、弁済・債務免除・相殺などの抗弁を主張する、債務の存在を認めるが、支払義務を否定する（例えば、弁済期の未到来、弁済期の猶予の合意など）にもよるのではないかと。の場合ならともかく、の場合には、債務の存在を前提とする上記のような和解をすること自体、代理人弁護士だけの判断ですることは許されないのではないかと。また、支払義務を認めるが、弁済期日の延期と分割払いの利益を受けるという方向の和解をすることについては被告（依頼人）の了解を得たとしても、そのために抵当権の設定をするについては、やはりこの点の同意を得ることが必要だと思われる。

しかし、理論的には一応そのように言えるとしても、実際には、 の場合においても被告本人の同意を得ないまま、代理人弁護士の一存で抵当権の設定を含む和解をするなどということは考えられない。抵当権の設定は、被告にとって新たな負担をすることを意味するからである。最判S38・2・21民集17-1-182の事案などは、「代理人が勝手にそのような和解をしてしまった」と難癖をつけているだけのことではないかという気もするが、この当時の弁護士の業務執行の在り方はこのようなものだったということなのだろうか。

<お断り> 私は、都合で第3回目の授業には出席できませんでした。この復習ノートはその点を踏まえてお読み下さい。

UNIT.4 職務を行うことのできない事件(第4回~第6回授業)

1 職務を行うことのできない事件(総論)

1-1 「職務を行うことのできない事件」の意義

Q1 利益相反行為(汚職行為)の禁止(弁護士法26条 76条・罰則)

立法趣旨: 弁護士の職責に鑑み、その職務執行の公正と誠実性を担保しようとするもの(最判S36・12・20刑集15-11-1902) 実際には職務の公正を害さなかったとか、依頼者が相手方からの利益の授受等を承諾していたこととかは、本条違反の成否を左右しない。

本条違反の行為の効力: 私法上の効力 = 有効、訴訟行為 = 有効

1 弁護士法25条と26条の関係

25条は「弁護士が職務を行うことができない事件」、すなわち、弁護士が受任してはならない事件を列挙するのに対し、26条は「弁護士の汚職行為の禁止」を規定する。規定の仕方は異なるが、根底にある思想は、当事者の利益保護、弁護士の職務執行の公正の確保、弁護士の品位の保持であり、共通である(もっとも、これらのうちのいずれに重点を置くかにより見解は異なる 3参照)。

したがって、25条に列挙されている事件を受任すれば当然26条違反となるが、26条違反(弁護士の汚職行為)は事件の受任という方法以外にもあり得るから、25条違反 26条違反という関係になるものと思われる。

2 弁護士法25条と弁護士職務基本規程27条の対比

1 法25条1号~5号(3号を付加したほかは旧法24条と同旨)と規程27条とは完全に符合する。

2 法25条6号~9号は弁護士法人が認められたことに伴って設けられたものであり、規程63条がこれに対応する。

3 最大判S38・10・30民集17-9-1266(資料4-)について

従来、25条違反の訴訟行為の効力については、その立法趣旨の理解と関連して学説が対立し、判例も分かれていた。すなわち、ア上記 1の 及び を強調することにより、民法90条に違反するという「絶対的無効説」、イ追認により治癒されるとする「追認説」、ウ事実審の口頭弁論終結まで相手方の異議の申出により無効となるが、その後は完全に有効になるとする「相対的無効説」、エ本条違反は弁護士に対する懲戒の理由にはなるが、訴訟行為の効力に

は関係がないとする「有効説」が唱えられ、判例はア イ ウと変遷している（大審院時代の主流はア。最判になると、S30・12・16民集9-14-2013（資料4- ）がウをとったが、S32・12・24民集11-14-2363（Q3で取り上げる資料4- ）はアに回帰したかのような判示をした。このような混乱に終止符を打ち、ウの立場を明確にしたのが本件最大判である）

ところで、本件最大判の結論が「上告棄却」となっているのは、YがXの訴訟代理人Aの25条1号違反行為を主張したのは上告理由（事実審の口頭弁論終結後）においてであったからである。なお、横田正俊裁判官の意見はエの立場に基づくものである。「補足意見」というより「意見」というのが相応しい。山田裁判官のそれも同様であろう。

本件最大判の理解については以上の点を踏まえることが必要である。この点、教科書の引用は極めて不十分・不親切で大変分かり難い。後記1-3で「弁護士法25条違反の行為の効力」が検討されることになっているからなのかもしれないが、それにしても判例の紹介としては不適切である。

Q2 「封じ込め」とその回避策

Q3 Y代理人A弁護士がXと協議した結果をXの依頼を受けて公正証書にした。Yが同公正証書を債務名義としてXの財産を差し押さえたところ、Xが公正証書の無効を主張した。この場合、法25条1号違反に当たるか。最判S32・12・24民集11-142363（資料4- ）はこれを肯定する。

4 しかし、XはY代理人であるAとの間で協議して契約を締結したものであるから、そのようなAの立場を熟知している筈である。それなのに、その契約内容を公正証書にするに際し敢えてAに委任して公正証書を作成したのである。したがって、特別の事情のない限り、それによりXの利益が保護されないと考えられない。しかも、そのようなXが本件公正証書の無効を主張するなどということは余りに身勝手にご都合主義的ではないだろうか。無効にする必要はなかったのではないか。上記最判の判断は余りに形式的にすぎるとはならないだろうか。因みに、登記申請については双方代理をしても特段の事由のない限り本号に該当しないとす最判S43・3・8民集22-3-540（資料4- ）がある。また、後記資料4- 参照。

なお、教科書による本件最判の「事案の概要」では、Xが本件公正証書を無効と主張する理由は、「Yの代理人たるA弁護士の双方代理によるものであるから、Xの追認なき限り無効である」というものであるとされている。しかし、Aが、本件公正証書作成に当たり、Yの代理人兼Xの代理人として振る舞ったのであれば、文字どおり双方代理であるから公証人が

それを看過することは考えられない。おそらく、Y本人とX代理人Aとの間で作成されたという形式であるものと推測される。したがって、「Yの代理人たる訴外弁護士A」とあるのは単に「訴外弁護士A」とするか、それとも「Y」を「X」と改めるべきであろう。

Q4 弁護士職務基本規程²⁸条³号の「他の依頼者」と「利益が相反する」の意味及びその場合の対応について

現に受任している他の事件の依頼者を意味し、過去において受任し既に終了した事件の依頼者を含まない。

この場合の対応としては、双方とも辞任する、一方だけを辞任する、何らかの調整のうえで双方受任を継続する、のいずれかが考えられるが、柔軟に、事案に応じた適切な処置をすることが肝要である。

Q5 複数の当事者からの依頼について留意すべき点

本解説は一般論としては首肯できる。しかし、「事故調査報告書」の内容について、「本件事故がMの全面的な操縦ミス(過失)によるものではない」ということは直ちにY社の安全配慮義務違反を認めているということの意味するのか、また、「Z競技連盟が訴訟方針を変更する」ことに決したということは、Y社の安全配慮義務を認めることを意味するのだろうか。問題文からは必ずしも明確ではない。このような場合、通常、Y・Zは、Mの自損事故であるという主張を維持したまま、仮にY・Zに何らかの責任があるとしてもMの過失との過失相殺がなされるべきであるという主張がなされるものと思われる。そうだとすると、Y・Z間の連携関係には影響を及ぼさないということも十分考えられる。

5 なお、Y・Zの訴訟方針が異なるということが何故両名の間の利益相反という事態をもたらすのかについても、単なる感覚的なもので済ませるのではなく厳密に考えておかなければならない。両者間の求償関係に思いを致すことにより初めて法的な意味での利益相反ということが理解されるのである。

Q6 Z・X間の調停でZの代理人となったA弁護士が、Zから当該債権譲渡を受けたYに対しXの代理人となって請求異議訴訟を提起することが許されるか？

本件では、調停事件と請求異議訴訟は密接な関連性があるものの、あくま

で別の事件であること、調停事件は既に終了していること、調停事件ではZの代理人となり、請求異議訴訟ではXの代理人になったものであること、以上が特徴的である。

6 最判S40・4・2民集19-3-539(資料4-)は、設例と類似の事案につき、・によれば弁護士法25条1号、2号に触れる余地はなく、により同3号にも抵触しないとす。しかし、その論理はいかにも形式的であり、説得力があるとは思えない。Y=Zと見て、25条違反の有無を実質的に検討すべきだったのではないかと考える。

なお、上記最判の事例では、調停は成立せず、それとは別にZ・X間の契約が締結されるに至ったものと思われる。ZがYに債権譲渡をした後、Yが訴訟を提起し債務名義を得ているからである。

Q7 製造物責任を問うような訴訟は、往々にして被害者が多数に及ぶため大規模訴訟になり、或いは同種の訴訟の呼び水となることが考えられる。それ故、訴訟の結果如何によってはY社の経営に大打撃を与える可能性も否定できず、そのためY社の株価が大きく値下がりし、場合によってはY社の経営が行き詰ることもあり得る。そうすると、原告代理人であるA弁護士がY社の株式を大量に保有するような場合には職務基本規程28条4号に抵触するというべきであろう。保有株式数が極くわずかなら特に問題視するまでもあるまい。

7 株主の地位をどう理解するか。すなわち、Y社の株主たる者が同社の利益に反する行為をすることが許されるのか? 取締役のような会社に対する忠実義務(会社法355条)を負うわけではないから、この点は問題にならない。

1-2 利益相反に該当する場合は

Q8 設例の事案について、Yに弁護士倫理上の問題があるか。民事事件と刑事事件の違いはあるが、弁護士法25条3号に抵触すると言えそうである。

事案は、Xら A社+B(A社の代取)に対し、食品部部門の責任者Cが取り込み詐欺をはたらき損害を受けたとして損害賠償請求。Yは被告ら(A社+B)代理人。ところが、Yは、Cの刑事告訴などを目的とする「A社連絡会」を結成し、Yを代理人としてCの刑事告訴を行うことを働きかける書面をXらを含む被害者(A社の仕入先)に郵送したというものである。

8 Yは何故上記のような挙に出たのだろうか。事件の張本人であるCの刑事責任を問

うということは依頼人（A社+B）の態度を明確にするものであり、当該民事訴訟事件においてのみならず社会的にも依頼人にとって有意義なこととも解される。また、刑事裁判の中で得られた資料を当該民事訴訟において活用したいという動機もあるかもしれない。Yの挙動がこのようなものだとすれば、直ちに依頼人（A社+B）の利益に反するとは限らない。単に上記3号の要件該当性の有無だけを形式的に検討して利益相反になるかどうかを判断してよいものだろうか。疑問なしとしない（私は、もっと実質的な検討がなされるべきではないかと考える）。したがって、Yが「A社連絡会」を結成し、上記のような書面を被害者ら（Xらを含む）に配布したということについても、その具体的な実情を検討してみなければ当否を断ずることはできないが、Yが戒告に処せられているという事実（懲戒請求をしたのはおそらくBであろう）に照らせば、Yには懲戒に処せられても仕方がないような何かしら邪な動機があったということなのかもしれない。

なお、本解説のような形式的な検討で足りるとする場合には、本設例において、例えばYが上記書面の郵送先からXらを除外するという周到な配慮をしていたとすればどうなるだろうか。また、「A社連絡会」の中にA社自身も加わっている場合はどうだろうか。

Q9 [1]典型的な双方代理（民法108条）である。

特段の事情のない限り許されないと解すべきである。

[2]弁護士法25条1号に抵触する。最判S30・12・16民集9-14-2013（資料4-）

[3]登記申請のみなら問題はない。最判S43・3・8民集22-3-540（資料4-）

9 上記S30年最判についての教科書の紹介も甚だ不十分・不正確である。紹介されている判旨のみなら「上告棄却」の結論になる筈がない。実際には、本判決の判旨は、弁護士法25条1号に違反するという判旨1と、その場合の訴訟行為の効力について判示した判旨2からなり、教科書に紹介されているのは判旨1のみである。そして、判旨2については、上記3で紹介したとおり、Xらが事実審の口頭弁論終結時までに異議を述べなかった以上、同法違反の訴訟行為も完全に有効となるとする「相対的無効説」をとったから、上告棄却となったのである。これに対し、藤田八郎裁判官の意見はそもそも民法にも弁護士法にも違反しないとしたものであるが、それによっても結論は上告棄却であるから「反対意見」ではなく「意見」というべきではないかと考える。もっとも、判旨1との関係だけで言えば「反対意見」ということもできないわけではない。

Q10 X・Y間の即決和解（起訴前の和解 民訴法275条）のため、Xの代理

人AがYの委任によりその代理人Bを選任することは許されるか？

10 教科書が掲げる大阪高決S36・9・4下民集12-9-2192(資料4-)は、債権譲渡がなされているという点で、上記6のS40年最判(資料4-)の事例に類似する事案のように思われ、Q10を検討する上で適切な資料であるかは疑問なしとしない。他方、東京地判S36・8・29下民集12-8-2055(資料4-)については、本問に適切な事案である。ただ、X A弁護士への「委任」がなされているとすると、AのB弁護士選任は復委任と解される余地があろう。X A弁護士への委任の趣旨が専ら他の適当な弁護士を選任することに限られていると解するとしても、実際にはA弁護士の息のかかった弁護士が選任されるに相違ないから、上記東京地判のように断ずることができるかについては躊躇されるものがある。せいぜい他の弁護士をXに紹介するにとどめる(同弁護士を代理人に選任するか否かはあくまでXの意思に委ねる)のが相当であろう。

Q11 利害が対立する複数の相続人(X・Y)の依頼で他の相続人Zとの間で遺産分割協議の調整をした弁護士Aが遺産分割調停期日でも、X・Yの代理人として調停条項をまとめることの是非

11 遺産分割協議においては、理論的には各相続人間に利害の対立があるわけであるが、実際には、その対立がグループ化して出現することが多い。上記事例でいえば、X・Y対Zという形である。このような場合、X・Yが調停申立てをするについても同一の弁護士Aに委任して申し立てることが多い。その場合には、X・YはAに対する委任状のほか、同一の弁護士Aによって代理されることの承諾書を作成提出する扱いがなされている。

しかし、複雑な人間関係が背景にあるような場合には、当初は足並みを揃えていたX・Yが、手続が進むにつれて、両名間の対立が表面化することも考えられる。このような場合でも上記の承諾書が提出されていれば足りるということにはならない。どちらかが別の弁護士に委任し直すとかが、本人自身が出頭することが不可欠となる。したがって、およそX・Y間には対立が考えられないというような例外的な場合以外には最初から別の弁護士に委任することが望ましい。

Q12 遺言執行者について

[1] 弁護士法25条1号に該当する。

12 上記結論は至極当然のことのように思える。しかし、A・B間の訴訟が長期化していて当事者双方とも多分に持て余している(訴訟をすることの意義が低下してきている)

というような場合、原告A側の敗訴が濃厚である場合などは、取下げも十分考えられる手段である。の場合には双方にとって利益があるともいえるし、の場合にはむしろAにとって利益がある(したがって、この場合には取下げそのものには問題はないが、Bの訴訟代理人としてそれに同意したこと(民法261条2項参照)がBにとって不利益になるのではないかという問題はあ)

そうだとすると、Xが訴えを取り下げたことをもって、亡Aないしその相続人らの利益に反することであり、弁護士倫理に反する(弁護士法25条1号に該当する)ものと決めつけてよいかと言えば疑問が残る。上記のとおり、当該訴訟の経緯や見通しなどによっては、必ずしもそうとも言えない場合もあるのではないと思われる。

なお、本問の関係で参照すべきとされる資料4- の判示の末尾から6行目の「亡A」は「亡B」の誤記である。

[2] 本設問は、Cから依頼された事件の性質・内容が明らかでないから、場合分けが必要である。それが、他の相続人を相手方とする訴訟、すなわち相続人間の紛争にかかるものであれば、利益相反が問題になることは明白。それ以外の場合、すなわちC個人の他人に対する訴訟であれば受任しても差支えないと思われる(もっとも、弁護士法25条3号の趣旨を踏まえて、他の相続人の同意を得ておくことが無難かもしれない)

13 本問の解説では、の場合だけしか念頭に置かれていないようなのは遺憾である。

[3] 遺言執行者の立場をどう理解するかにかか

14 遺言執行者としては受遺者のために相続登記の抹消登記手続請求訴訟を提起すべき職責があるのだから、受遺者の代理人となることに何ら問題はないとする本解説の見解も一理ないわけではない。しかし、遺言執行者としては上記のような遺言の趣旨に反する状態を取り除かなければならないという職責があるから(民法1012条1項参照)自ら原告となって、相続人Cを被告とする所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起しなければならない道理である。それなのに、敢えて受遺者を原告とし、自らはその訴訟代理人となって訴訟を提起することに問題はないだろうか。それは上記のような遺言執行者としての固有の職責に反することではないだろうか。加えて、余計な報酬稼ぎということで、弁護士倫理に反する可能性もあるのではないか。X弁護士としては、Xに委任して、Cを被告とする上記訴訟を提起したいというDに対して、Xが遺言執行者として自ら原告になって同訴訟を提起するので、

Dから受任する必要はないということを説明するべきである。それでもなお、Dが自ら原告となって、Xを訴訟代理人として、提訴したいというのであれば、その場合は受任してもよいかも知れない。しかし、実際にはDがそのようなことを申し出ることは考え難い。

しかも、受遺者Dが、C名義の所有権移転登記（相続登記）の抹消を求めるだけでなく、その上でDへの所有権移転登記を求める場合には遺言執行者を被告にしなければならない（最判S51・7・19民集30-7-706）のであるから、その場合にはDと遺言執行者の利益が相反することも考えておかなければならない（もっとも、遺言執行者としては受遺者への登記をしてやればよいだけのことであるから、受遺者からそのような訴訟が提起されるということは理論上の問題にとどまり、実際には想定し難い）

[4] Fへの遺産の帰属は遺言執行者としての職務としてしたものであって、Fから受任するなどしていたわけではない。また、遺言執行の事務は既に終了している。そうであれば、Fの代理人となってEからの遺留分減殺請求に対応することに何ら問題はない。

本設問では「受益者E」とあるが、「受益者F」の誤りである。それは解説の内容（p 102）からも明らかである。ただし、設問が「遺留分減殺請求者E」の代理人になれるかというものである場合も考えられる。そして、その場合の方がより微妙な問題があるものと思われるが、基本的には受益者Fの代理人になる場合と異ならないというのが私の考えである。これに対し、渡辺先生は、いずれの場合も（Eから受任する場合はもとより、Fから受任する場合も）問題があるので、受任しない方がよいというお考えである。現に弁護士をしておられる立場からの感覚としてはそうなのかもしれない。

Q13 破産管財人について

破産管財人に就任後に、破産債権者の中に顧問先の会社が含まれていることが判明したというようなこともないわけではないという。そのような場合、破産管財人が当該顧問会社の破産債権の届出の代理人になることは許されないから、注意が必要である。そもそも管財人就任時に破産債権者の中に顧問先が含まれていないかどうか確認するくらいの注意深さがほしい。以上は、渡辺先生の説明をそのまま援用したものである。

Q14 地方公共団体の顧問弁護士と住民訴訟

15 本問についてのMさんの解答は、極めて常識的なものであるが、本問の問題の核心

を捉えたものではないことに注意を喚起しておきたい。

ここでは、顧問弁護士は地方公共団体（市）の顧問なのであって、市長や職員の顧問ではないということを前提として押さえた上で、地方自治法²⁴²条の2の住民訴訟の訴訟構造を考える必要がある。住民訴訟は、住民が、市のために、市になり代わって、市長や関係職員を被告にして提訴しているものであり、市は、債権者代位訴訟における債務者や株主代表訴訟における会社と同様に、形式的には当事者（原告）とはなっていないものの、当該訴訟における権利の帰属主体であり、実質的な当事者なのである（したがって、民法¹¹⁵条1項²号の「他人」に当たり、判決の既判力を受けることになる）。そうであれば、市と市長や会計職員とは対立する関係にあると考えるべきであり、したがって、市の顧問弁護士が当該住民訴訟について被告とされる市長やその他の会計職員の相談に乗り、さらには被告側の訴訟代理人となることについて、少なくとも何ら問題がないとは言えない。まず、以上の点を踏まえておかなければならない。

その上で、同条の1号～3号までと、4号とでは趣きを異にすることに着目しなければならぬ。1号～3号は、市長や関係職員の行為の差止めや無効確認、不作為の違法確認等の請求であるから、被告側が敗訴するまでは、市と被告側との利益相反は現実化していない（むしろ、市と被告側が一体となって、当該行為の正当性を主張すべき関係にあるとさえ言える）のに対し、4号の場合は、違法な財務会計上の行為により市に損害が発生しているとして、市長や関係職員に対する損害賠償請求がなされているのであるから、既に市と被告側との利益相反が現実化していると見るほかない。

そうすると、1号～3号の場合には問題がないが、4号の場合には利益相反が問題になるということになりそうである。ただし、例えば株主代表訴訟でも、会社が原告株主側ではなく被告役員側に補助参加し（会社法⁸⁴⁹条、特に同条²項参照）、被告役員のためにも共通の訴訟代理人を選任するというようなことも予定されているのである。これは、直接には最決H13・1・30民集55-1-30を受けたものであるが、多分に株主代表訴訟の実態に着目した立法的措置である。直ちに住民訴訟の場合に当てはめてよいかどうかは問題であるが、場合によっては、4号の住民訴訟の場合にも市の顧問弁護士が被告代理人となることが許される場合もあるかもしれない。

Q15 弁護士法²⁵条4号について

資料4- : 札幌高決S40・2・17高民集18-1-88

16 書記官の「執行文付与」(民事執行法26条1項前段)の意味するところや、それが格別の裁量ないし判断を要するものではないという実態に則して考えれば、これをもって弁護士法25条4号に該当するとは当たらない。上記札幌高決は首肯できる。もっとも、それが単純執行文ではなく、条件成就や当事者の承継の場合の執行文(同法27条1項・2項)の場合にまで同じように言うことができるかは若干問題がある。特に、書記官としてそのような執行文を付与しておいて、弁護士になってから、「執行文付与に対する異議」(同法32条)の申立人代理人や「執行文付与に対する異議の訴え」(同法34条)の原告代理人となり、執行停止の申立て(同法32条2項、36条)をしたという場合には、弁護士法25条4号違反に問われる可能性もあるのではないだろうか？

資料4- : 東京高判S58・10・7判時1101-45 教育委員としての関与

資料4- : 東京高判S46・3・9判夕264-351 公証人として公正証書作成

資料4- : 高松地判S48・12・25判時737-82 刑事再審事件の裁判長として関与

資料4- : 最判S42・3・23民集21-2-419 選挙管理委員として関与

Q16 訴訟参加の場合

資料4- : 最判S37・4・20民集16-4-913

X・Y間の訴訟に、ZがXの権利を譲り受けたと主張して独立当事者参加の申出(民訴法47条)をした場合において、Xの代理人がZの代理人でもあったという場合につき、弁護士法25条1号に当たらないとした。X・Z間に権利義務の承継について争いがないことが前提であるが、判旨は相当である。なお、法47条1項では片面的独立当事者参加を認めているので、現在では形式的にも問題が解消されたといえる。

1 - 3 弁護士法25条違反の行為の効力

Q17 最大判S38・10・30民集17-9-1266、最判S42・3・23民集21-2-419

この点については、3を参照のこと。

2 共同事務所と利益相反

Q18 本設例(資料4-②の懲戒事例と同じ)について

17 この懲戒事例の懲戒請求者はB(資料4-②の事例でいえばX)であろう。ところで、甲はA社の代理人として訴訟活動を継続することについて「B(X)らの承諾を得る等の適切な措置をとらなかつた」とあるが、これは「B(X)の承諾」のほか、「A社の承諾」を得

ることをも含んでいるのか。そうだとすれば、もとより正当であるが、仮に「B(X)の承諾」だけを対象にしているとすれば、資料4-②③のような指摘を受けざるを得ないであろう。このような場合には、甲・乙とも辞任するか、片方だけは受任を継続するというのであれば、A社及びBが同席の上で両者の承諾を得るほかあるまい。

Q19 「共同事務所」としての利益相反の有無の調査方法 パソコンの利用

Q20 「弁護士と隣接法律専門職種等による協働化・総合事務所化(ワンストップ・サービス化)」について

UNIT.5 弁護士報酬・広告と倫理（第7回-第9回授業）

1 弁護士報酬

1-1 弁護士報酬の自由化：2004年4月1日、報酬標準規定 自由価格制に移行。

報酬標準規定を具体化させたのが日弁連の会則である「報酬等基準規程」。その改正では濟まなくなり、ついに報酬規定自体の廃止に至ったもの。

1-2 自由価格制と弁護士倫理

しかし、自由価格制（弁護士と依頼者との話し合いにより自由に決められるという原則）は何らの制限もないことを意味しない。報酬は、経済的利益、事案の難易、時間及び労力その他の事情に照らして、適正・妥当なものでなければならない（弁護士職務基本規程²⁴条） 同²⁹条1項（弁護士報酬についての適切な説明をすべき義務）、³⁰条1項本文（弁護士報酬等に関する条項を含む委任契約書作成義務）。

さらに、「弁護士の報酬に関する規程」が制定され、報酬の適正妥当性（²条）各自なりの報酬基準の作成及び備え置き（³条1項）、基準に報酬の種類、金額、算定方法、支払時期、その他必要事項を明示すべきこと（³条2項）、求めがあれば見積書の作成・交付に努めること（⁴条）、受任時における報酬等についての説明義務及び委任契約書作成義務（⁵条）、報酬に関する情報の開示等に努めること（⁶条）を規定している。

1 弁護士職務基本規程²⁴条は、「適正妥当な弁護士報酬を提示しなければならない」とするものの、提示の時期については明らかにしていない。「経済的利益」や「時間及び労力」は事件が終了してみないと確かなことは分からないし、「事案の難易」についても相手方の対応（認否・反論等）が明らかにされて初めて判定できるという関係にある。受任した時点では、これらはいずれも見込みにすぎず、確実性が高いという保証もない。そうであれば、同条は、委任事務が終了した時点で提示することが予定されているのかもしれない。しかし、同²⁹条及び³⁰条は「事件を受任」するに当たっての義務とされている。

そうすると、事件受任時においては、あくまで依頼人の提供する情報を踏まえた見込みに基づき、報酬についての説明（²⁹条）及び報酬に関する条項を含む委任契約書の作成（³⁰条）をすればよく、具体的な報酬額の算出（決定）は受任した事務が終了した時にするというこ

とが予定されているのであろうか。

2 「経済的利益」については、債権者側であれば、例えば当該訴訟で幾らの認容判決を獲得したかという観点から見れば原則的にはそれで足りてあろうが、債務者側の場合にはどう考えればよいのだろうか。相手方（債権者）が請求していた額と判決で支払を命じられた額の差額が債務者の得た「経済的利益」であるとして済ませることはできない。このことは、相手方が到底勝訴の見込みのない請求をしていた場合を考えてみれば、明白である。そうすると、この場合には、債務者が自認していた額ないしは判決で命じられることが予想された額と実際の判決で支払を命じられた額との差額と考えるべきことになろうか。

1 - 3 適正妥当な報酬額

Q1 報酬が不適正・不当とされる場合とはどのような場合か。また、その判定基準は？

3 教科書のタイ人の交通事故保険金請求事件については、支払われた保険金額3878万円から依頼人に渡った1000万円と弁護士が取得した報酬等1250万円を差し引いた残りの1628万円はどうなったのだろうか？

「立退料をめぐる訴訟事件」とは、相手方（賃貸人）から依頼人に対する建物明渡請求事件において更新拒絶の正当事由を補充するものとしての立退料の支払額が問題になった事件と思われる（借地借家法28条参照）。そして、同事件においては、相手方が既に2億9540万円の立退料の支払を提示していたのだから、これと和解による3億6000万円との差額6460万円が依頼人の得た経済的利益に過ぎない筈で、それによれば着手金も報酬も高額に過ぎるという問題意識であろう。

「借地権及び地上建物譲渡・非訟事件」とは、借地権譲渡の承諾に代わる許可申立事件において、借地権設定者（土地所有者）が自ら建物の譲渡及び借地権の譲渡を受ける旨の申立てをした非訟事件（借地借家法19条1項・3項参照）であろう。成功報酬の約定が余りに高額過ぎるということと思われる。

1 - 4 報酬の意味及び日来的標準価格制の問題点

九七 Q2 弁護士報酬は謝礼か、それとも業務に対する対価か？ イギリスのパリストターの報酬は謝礼、日本の弁護士報酬は業務（弁護士が提供した法律的サービス）に対する対価。謝礼とする考え方から学ぶべき点について。

Q3 報酬額は依頼者が決めるという考え方（資料5- の高橋氏）について

4 高橋氏のような考え方も理想論としては理解できるし、1で指摘したところからすれば、むしろそのような報酬決定の仕方こそ在るべきものとして予定されているのかもしれない。しかし、実際には、受任時に報酬についての相当具体的な説明とそれを踏まえた合意がなされ、事件終了時には当該合意に基づいて自動的に報酬額が算出されるというような仕組みになっているのではないか。事件終了時に依頼人の意思を尊重して報酬額を決定するというのは相当困難な作業になることが考えられる。もとより、高橋氏の主張するように、専ら依頼人の意思に従うというのであれば別であるが、それでは弁護士が予定（期待）している額が提示されることは考え難いのではないか。かといって、この段階で、報酬額について弁護士側の主張もするということになると、却って依頼人との間に軋轢を生じかねない。

1 - 4 1 旧来の標準規程の具体的問題点の検証

Q4 報酬等基準規程の1995年改正で、「初回市民法律相談料」が規定され、着手金と報酬金との割合が1対1から1対2に改められた。弁護士へのアクセス促進との関係における の意義、 の理由。自由価格制の下で参考とすべき点は何か。

5 いずれも弁護士への依頼をし易くするという観点からの改正である。

Q5 調停事件等の報酬についての考え方 民事事件のそれとの対比

6 問題提起にあるような考え方も一理あるが、専ら相手方との話し合い（交渉）に終始する調停等よりは、困難な事実認定や法律的理解が戦わされたりする訴訟の方が難易度は高いというのが常識的な受け止め方と言ってよい。なお、直接本問と関係があるわけではないが、調停事件申立ての際に申立書に貼付する印紙額は訴訟の提起時に訴状に貼付するそのほぼ半分でありとされている（民事訴訟費用等に関する法律別表第1の14参照）。

Q6 タイム・チャージ制について

7 渡辺先生から、タイム・チャージ制を適用したところ、余りに高額になったので減額したというご経験が紹介された。ところで、これは自由価格制に移行した後のことなのか、それともそれ以前の「報酬標準規程」があったころのことなのだろうか。おそらく、自由価格制に移行後のご経験であろう。移行する以前であれば、「報酬標準規程」に依拠して取り決

務所が複数の報酬算定基準を持つことを意味する)ということが許されていたとすれば話は別である。絶対に不可というわけではないにしても、報酬算定を複雑にし、依頼人にとって分かり難いものになるという危惧があることからすれば、消極と解すべきではないかと考える。これに対し、自由価格制の下では、基本的に当該事件毎に弁護士と依頼人の話し合いによって決定するのであるから、算定方法が複数用意されていても何ら問題とはなるまい。

それにしても、タイム・チャージ制に対しては「タイム(所要時間)」の客観性・正確性はどのようにして担保されるのだろうかという素朴な疑問を払拭することができない。

1-4 2 標準規程の機能の面の検証

Q7 報酬規程の在り方が法曹倫理上の問題を生じさせる可能性について

1-4 3 自由価格制の根拠の検証

Q8 従来の報酬規程がもたらした弊害について

8 「報酬規程が弁護士間の自由な競争を制限する機能を果たしてきた側面があることは否定できない」と指摘されている。この指摘自体は正当であるし、同規程の存在により、弁護士報酬が相対的に高く設定されることになり、それが利用者(国民)の弁護士利用を妨げていたということもおそらくそのとおりであろう。しかし、だからといって、弁護士間にも自由競争原理を働かせるべきだということになるのであろうか。疑問である。これは、かつて一種の熱病のようにわが国に蔓延した「規制緩和」論とそれに基づく「万事、自由な市場の原理に委ねるべきである」という考え方がもたらしたものであって、このような自由競争原理を無限定に働かせてよい筈がない。例えば、先ごろ発生した高速夜行バスの悲惨な事故などは、自由競争原理のもとにひたすら運賃の低価格化を追求したツケが回ってきたというべきものである。

まして、弁護士には弁護士自治が認められているのであるから、報酬の決定等についても弁護士会の自主的判断による報酬基準の作成等が許されてよいし、むしろそれこそがあるべき方向であろう。公正取引委員会や閣議決定などで取り上げるべき問題ではないのである。そのような専門家集団の高い矜持もエゴとして一律に排斥されてしまうような雰囲気は支配したの、国民にとっても不幸なことであったと言わなければならない。私は、そのような見地から、弁護士報酬の自由価格制や広告の原則的解禁については根本的な疑問を持っている。資料5- ・ の小島武司論文も、依頼人(国民一般)の立場から弁護士報酬制度の在り方を見直すべきである旨を提言したものであるが、「弁護士自治」という観点からの分析を欠

いているという点で一面的であるというほかない(ただし、小島論文は、1974年という早い時期に、アメリカにおける弁護士報酬に対する批判を踏まえてわが国の弁護士報酬の在り方を論じたものであり、単に自由競争論に依拠したものではない) もっとも、このように言うことは、従来の報酬規程を無条件に擁護しようというものではないことは付言しておかなければならない。おそらく、報酬規程に基づく弁護士報酬の高止まりというような現象は、弁護士へのアクセス障害となり、さらには弁護士数の増加と相俟って、相当数の弁護士が経営的に立ち行かなくなるという結果をもたらしたことと思われる。そうであれば、報酬規程の見直しは早晚避けられなかったに違いないが、そのような見直しも弁護士自治の理念に照らして、弁護士自身により自主的かつ自由になされるべきであった。そのような議論・検討がなされていたとすれば、果たして弁護士報酬の自由価格制や広告の原則自由化という結論が不可避のことだっただろうか。

1 - 5 アクセス障害の克服と弁護士報酬の在り方

Q9 自由価格制は弁護士報酬の低額化をもたらすか。また、アクセスの促進策としてはどのようなことが考えられるか。報酬規程の在り方が法曹倫理上の問題を生じさせる可能性について 広告等による報酬についての情報提供、ゴーイング・レイトの調査・公表、隣接法律職との協力(ワンストップ・サービス化)、パラリーガルの活用、インタ - ネットによる利用者と弁護士のマッチングなど。

1 - 6 自由価格制における報酬の工夫と広告

1 7 インターネットを利用した利用者と弁護士のマッチング

Q10 このようなシステムを運営する上での弁護士倫理上留意すべき点について

9 「弁護士ドット・コム」について、受講生諸君が指摘した「相談内容の開示(秘密の漏えい)」という点も一理あるが、相談者がその点を承知した上でこれにアクセスしているのであれば、とりあえず問題はないのではないか。また、渡辺先生が指摘された非弁提携という点については、広告収入により運営されていることであらうじてクリアできるであろうか。それでも心配というのであれば、この種のインターネットの開設は弁護士によるものでなければならぬとすべきであろう。

九四

ただ、見積もりを提供したが、利用者から選定されなかった弁護士が当該事件の相手方から受任することができるかという問題がある。上記のとおり、利用者からの情報提供がオー

ブなものとしてなされていることからすると、微妙ではあるが、弁護士倫理に反する（職務を行うことができない事件に該当する）とまでは言えないのではないか。

2 弁護士広告

2 - 1 広告規制の沿革 禁止から解禁へ

2 - 2 広告に関する運用指針（2000年5月制定、2006年3月改正）

2 - 2 - 1 専門性の表示など

10 「専門分野」はいけませんが、「得意分野」「関心のある分野」ならよいなどという議論は、それ自体いささか意義に乏しい議論のように思えてならない。

2 - 2 - 2 テレビ・ラジオによる広告

Q11 広告の在り方、その本質について

2 - 3 課題と展望

Q12 広告の原則自由化は何のためか。

11 弁護士広告について、広告の解禁により弁護士へのアクセスが拡大されるなどと主張されている。しかし、そのような主張に本当に根拠があるのだろうか。そもそも、広告規制が弁護士へのアクセスの障害になっていたなどということは本当だろうか。確かに、ホームページ等による自己アピールなどは、これを認める理由も必要もあると思われるが、「広告」という一般的なイメージから受けるそれ（テレビ・ラジオによる広告、電車・バス車内の中吊り広告、新聞の折込み広告、ダイレクトメールなど）まで認める必要があったのだろうか。テレビ・ラジオによる広告は費用が高額に上るため、どうしても短期間の簡単な内容のものにならざるを得ないし、その他の広告にしても比較的簡単なものである場合が多いものと思われる。そうすると、とかく一般の耳目を引くもの（誇張した内容、どぎつい表現のもの）になりがちであり、品性が疑われるような広告になる心配がある。発信側の弁護士側及び受け手である国民の側の良識を信頼すれば足りるという反論が予想されるが、それでは済まない事態も考えられる。

3 成功報酬制 (contingent fee)

3 - 1 アメリカの事例

3 - 2 問題点

Q13 コンティンジェント・フィーの意義及びその病理現象発生を防止ための条件設定

依頼人にとっては弁護士への依頼を容易にするというメリットはあるが、弁護士にとってはハイリスク・ハイリターンであることによる弊害も考えられる。

欧州では原則禁止であり、米国特有の制度となっているが、同国でも種々の議論がある。タイム・チャージ制からコンティンジェント・フィーの利用へという動きもあるという。

3-3 わが国における成功報酬制

12 不法行為に基づく損害賠償訴訟では、認容額の1割程度の弁護士費用を損害として認定するのが通例となっている。この場合、弁護士報酬額は同判決によりどのような影響を受けるのか？

4 受任

関係規程：弁護士職務基本規程³¹条、29条1項・2項・3項、34条、32条など

Q14 弁護士は受任を断ることができるか。紹介の有無、多忙、専門外、報酬額など、理由のいかんで結論が変わってくるか。弁護士会としてのアクセス確保の社会的責任はどうか。

13 医師の診療拒否が原則として許されないこと（医師法¹⁹条1項）と対比して考えてみよう。

なお、資料⁵⁻は「事件の依頼を断ることの大切さ」を指摘するが、これは弁護士になっただけの新人弁護士に対する教育としては正当である。しかし、筋の悪い事件や当事者には代理人となる弁護士がいなくてよいということではない。むしろ、そのような筋悪の当事者から独立しており（UNIT 3参照）毅然として依頼人を制御できるような弁護士が代理人として存在することは大切なことなのである。裁判官の経験に照らしても、そのような弁護士代理人が付いてくれることは裁判所にとっても大変ありがたいことである。

Q15 画期的な判決が本人訴訟によってもたらされている例をどう考えるべきか？

14 これは、弁護士が必ずしも社会から期待されている役割を十全には果たしていないことを物語っている。「金にならない事件」「その割には手間暇のかかる事件」などは敬遠されがちであるということであろう。大勢の弁護士がいるのであるから、誰か受任する弁護士がいても良い筈である。このような場合には、弁護士会が会として対応を検討することも必要ではないかと思われる。

4 - 1 アンビュランス・チェイサー

Q16 航空機墜落事故の直後に、当該事故の被害者（遺族）に事件の受任を勧誘するようなダイレクトメールを送ることは許されるか。不特定の多重債務者一般に対して「債務整理を引受けます」という広告をすることはどうか。

15 広告と「事件の受任の勧誘」を区別して考えることが必要ではないか。もっとも、両者を明確に区別することは簡単ではない。広告は、一般的・抽象的な受任の勧誘と見られるからである。しかし、個別・具体的な勧誘と一般的・抽象的な勧誘（＝広告）という線引きは可能であるから、そのような見地から検討することが有益であろう。そして、広告自由化の下でも、前者は原則として許されないと解する。

そうすると、Q16の前段は許されないが、後段は許されるということになる。Q17についても、基本的にはこのような観点から考えてよいであろうが、この場合には、加えて犯罪被害者の救済という社会的正義の実現を目指した活動であるという点も無視できない。

4 - 2 拡散被害の救済と勧誘行為

Q17 原野商法の被害者を対象に、新聞やインターネットで、加害業者に対する損害賠償請求の事件受任を勧誘することは許されるか。

5 非弁提携

5 - 1 業務の定型化と料金の低額化

5 - 2 職員の指導監督と非弁提携

16 多くの弁護士事務所で、例えば自己破産・免責の申立てなどは、事務員が重要な役割を担っているのが実情ではないかと思われる。いわゆる「丸投げ」ないしそれに類することをしてはいけないが、マニュアルに従って定型的な処理をすることが可能な事件であるから、事務員に事務処理の相当部分を委ねたからといって非弁提携という非難を受けることはないものと思われる。

5 - 3 MDP（総合事務所）による隣接士業との協働

UNIT.6 弁護士と民事訴訟・執行・ADR（第10回授業）

1 民事訴訟における証人尋問の準備と倫理

Q1 証人予定者との打合わせにおける行為規範

1 資料6- では「誘導」という表現が用いられているが、これはかなり紛らわしい表現であって、注意を要する。私は、Mさんが述べたように、「誘導」と「記憶の喚起のための質問等」を区別して検討するべきだと考える。そして、証人予定者の記憶が不鮮明な場合、証人予定者が虚偽の事実を述べようとしている場合、証人予定者が依頼者にとって不利な証言をしようとしている場合のいずれにおいても、「正確な記憶の喚起」のために一定の質問等をすることは許されるが、「誘導」は許されないと解してよいのではないか。

すなわち、の場合に記憶喚起のための質問等が許されるのは当然であるが、及びの場合においても、証人予定者のしようとする証言が客観的な資料や状況に照らして、真実ではないと思われるのであれば、「記憶喚起」のために、それらの資料等を示すなどして証人予定者が証言しようとしていることの真実性を検証し、それについて証人予定者自身に再吟味をさせることは許されるものとする。これに対し、「誘導」は自己の用意している証言内容を押付け、それへと導くことを意味するものと解されるから、上記いずれの場合であってももしてはならないものとする。

2 弁護士の訴訟活動とプライバシー侵害・名誉棄損

Q2 宇都宮地判H11・3・17、東京高判H11・9・22（判タ1037-199及び195）について

2 上記裁判例（資料6- ）の事案では、弁護士Yの疎明資料提出行為は確かに軽率ではあるが、これにより、Xの名誉棄損ないしプライバシー侵害が成立するとまでいふべきものであろうか。単なる「開示の可能性」では足りず、不特定多数の者に開示されたことを要すると考えるべきではないだろうか。控訴審判決はY弁護士の軽率な振る舞いを非難するに急で、損害発生についての冷静な判断を欠いたきらいがあるように思われる。特に、本件の場合には、丙がXをたきつけた感があり、控訴審判決はそのような丙の企図にまんまと乗せられた気配さえ否定できない。1審の判断に与したい。

なお、余談であるが、私も、次のような事件を経験したことがある。X対Aの損害賠償請求事件（甲事件）において、A代理人YがXの請求は不当な言いがかり的なものであると反論して争っていたところ、Xの悪性を立証するというところで、Xがかつて殺人事件を起こし

て逮捕・起訴され有罪判決を受けたことを報ずる新聞記事などを書証として提出した。これに対し、XがYのそのような訴訟活動はXに対する名誉棄損に当たるとして、Yに対し損害賠償請求訴訟(乙事件)を提起した。乙事件の1審はXの請求を棄却したので、Xが控訴してきたものである。諸君はどう考えますか?

3 弁護士の法廷活動における姿勢

Q3 旧弁護士倫理⁹条を弁護士倫理⁵³条(弁護士職務基本規程⁷⁴条も同じ)に改訂した理由について 東大裁判に象徴される「荒れる法廷」問題に端を発する裁判所と弁護士会の不信感の拡大が背景にある。

3 資料⁶⁻ は上記改訂に疑問を呈しているが、一概にそうとも言い切れない。この種の規定についてはあくまで抽象的・一般的規定にとどめておくというのは在るべき態度とも言える。私は、資料⁶⁻ の説明にはそれなりの説得力があると思う。

4 民事執行における弁護士の倫理

Q4 東京地判H4・6・17判時1435-27について

4 資料⁶⁻ は、上記裁判例をめぐり、弁護士には、自制的規範として要請されるとする立場(本判決・資料⁶⁻)と、攻撃的行動が許されるとする立場(井上治典教授・資料⁶⁻)とが考えられるとする。しかし、このような問題設定は疑問なしとしない。本件判決の説くところは法曹(弁護士)倫理の観点からすれば理解できるが、だからといって、その違反が直ちに不法行為を構成するというのは疑問である。したがって、本件判決が不法行為責任を認めつつ、損害の発生を消極に解して請求棄却の結論を導いていることには賛成できない。私の考えは、「弁護士倫理上の問題はあるものの、それが不法行為を構成するとまで解することはできない」ということである。本授業のテーマである「法曹倫理」についてはこのように考えれば足りると思われる。p189以下の「解説」は私見に近い?

5 ADRにおける弁護士の役割

Q5 ADRに対する弁護士の関わり方について

UNIT.9 刑事弁護における倫理（第11回授業）

1 刑事弁護人の責務と倫理

1 1 刑事弁護人の責務

Q1 刑事弁護人が擁護すべき「被疑者及び被告人の正当な利益」（旧弁護士倫理9条）とは何か。「正当」と「不当」の限界について。

資料9- は、当事者主義下における弁護人の役割と「実体的真実」との相克を指摘している。資料9- によれば、「被疑者・被告人の正当な利益」とは、適正な手続と法令の解釈・適用のもとで、嫌疑と罪の有無ないし量刑が決定されることである。また、資料9- は、弁護人の真実義務について、「被疑者・被告人の利益の方向で真実を明らかにすることは弁護人の本来の任務であるが、被疑者・被告人に不利益な方向で真実を明らかにする義務はない」とする（片面的義務論）。いずれも首肯できる（なお、資料9- によれば、司法研修所の「刑事弁護実務」にも版によって「ぶれ」があるが、1989年の6訂版以降、この片面的義務論が維持されているという）。

「フリードマンの提起した3つの難問」について p234、p248以下

1 身柄拘束された被疑者に黙秘権・供述拒否権を教示すること、それを行使するよう勤めること、事実を否認するよう勤めることはどうか。資料9- は黙秘と否認を必ずしも明確に区別していないが、両者は質的に異なるのではないかと思われる。黙秘権の教示ないしその行使を勧告することは常に許されるが、否認するよう勧告することの許否は状況によるのではないかと考える。

1 2 刑事弁護人の「真実義務」と「誠実義務」

Q2 誠実義務の内容 以下のような弁護人の活動は「誠実義務」との関係で適切か？

[1] 身代わり犯人であることを告白したが、あくまでそのまま有罪判決を受けたいと願っている被告人について、身代わり犯人であるから無罪であるとの主張をすること

[2] 深く反省悔悟し、事実を話して罪を償いたいと望んでいる被疑者に対して、^八八 証拠を検討した結果、自白がなければ有罪立証は困難であるとして、黙秘するよう強く勤めること

[3] 信用性を争う余地のある被害者の供述調書や違法収集証拠について、被告

人が証拠とすることに同意すべきことを求めているのに、これに反して不同意とすること

資料9- は、当事者主義、デュー・プロセスのもとでは「真実義務」ではなく「誠実義務」こそが問われるべきなのだとする。そして、これを支えるものとして秘密保持義務及び秘密漏洩罪があるという。卓見である。また、資料9- では「実体的真実」とは「訴訟的真実」にほかならないことを明らかにしている。

2 [1] について、身代わり犯人であることを告白した経緯が問題である。証拠上の矛盾、被告人の供述と客観的証拠との食い違いなどを弁護人から指摘されて告白したという場合と、被告人の側から進んで告白した場合には明らかに異なる。後者の場合には、「あくまで身代わり犯人のまま有罪判決を受けたい」という申出が本当に被告人の真意に基づくものであるかどうかを慎重に見極める必要があろう。

[2] については、そのような弁護人の見通しを告げることは許されるし、むしろ告げるべき義務があるのではないか。しかし、それにもかかわらず、被疑者が設問のような態度を貫くというのであれば、それを尊重すべきであろう。

[3] については、そもそも、書証の同意・不同意などは、弁護人が意見陳述をするものなのだろうか。刑訴法326条は「被告人の同意」を前提にしている。なお、最大判S36・6・7刑集15-6-915は「被告人及び弁護人が証拠とすることに同意して鑑定書の証拠調べをしたときは」、捜索差押手続の適法・違法にかかわらず証拠能力を有するとするから、違法収集証拠について証拠能力を付与するには「弁護人及び被告人の同意」が必要であるかのような判示である。326条の同意書面については、被告人が同意すれば証拠能力が付与されるから、弁護人が不同意と言っても意味がないのではないか。これに対して、違法収集証拠の場合には被告人だけでなく弁護人の同意も必要だとされると解するなら、設問のような問題が生ずることになる。

2 公的弁護制度と刑事弁護の倫理

Q3 公的刑事弁護と私選弁護とで、刑事弁護人に要請される倫理に差異があるか。

[1] 国選弁護人は、被疑者・被告人に対する誠実義務のほかに、適正な司法の運営・審理に協力すべき職業倫理上の義務を負うという考え方について。

[2] 「誠実義務」は弁護士と依頼人との信認関係を前提とする。しかし、国選

弁護士は刑事司法制度の一翼を担う者であるから、信認関係の喪失を理由に解任を求めるべきではないという考え方について。

[3] 公的弁護の運営主体には、どのような弁護士と契約し、又は契約を解除するかについて独自の準則を設けることは当然であり、これに適合しないことを理由に推薦を拒まれてもやむを得ない。この結果、私選の場合とは異なり、運営主体との契約に基づく固有の責務・義務が生ずるという考え方について。

3 [1] について、国選弁護人に私選弁護人とは異なるこのような義務を負わせるのは疑問である。これでは、国選弁護人の十分な弁護活動を制約する（少なくとも、そのように意識して自己規制してしまいかねない）おそれがある。

[2] については、困難な問題である。国選弁護人が簡単に解任を申し出ることを許したのでは、国選弁護の制度趣旨が全うできないし、特に、必要的弁護事件の場合には直ちに審理に影響を及ぼすことになるからである。しかしながら、他方で、被疑者・被告人との間に信認関係が全く成り立たないにもかかわらず、「誠実義務」に基づく弁護活動を強制されるというのは当該国選弁護人にとっては耐え難いことであろう。

[3] についても、簡単ではない。国選弁護人としての弁護活動としては最低限の水準というものが想定されるであろうから、それさえ満たさない弁護人とは契約をせず、あるいは契約を解除するということがあっても仕方がないとも言えそうである。しかし、これを認めると、審理の運営という観点から好都合な弁護活動をする弁護士のみが国選弁護人になるということになりかねない。そのような弊害のおそれを見ると、このような選別をすることは許さず、あくまで弁護士会などの自主的な判断・規制に委ねるべきであろう。

UNIT.11在るべき裁判官像と裁判官制度・UNIT.12裁判官の執務と倫理
(第12回授業)

<UNIT.11>

1 あるべき裁判官像と裁判官倫理

1-1 裁判官に求められる資質・能力と裁判官倫理

Q1 弁護士の場合との違い及びその根拠は何か?

[資料11-]

第1に、公正であり、偏頗でない、公平無私であること： 私利私欲により不正なことをしない、時の政治権力に影響されない、一部の社会的な力に影響されない。

第2に、事件の真相を見極め適切な裁判をすること： 法律の精神を理解し、表面的・形式的な理解で杓子定規な解釈をしない、豊かな一般教養、豊富な社会体験

[資料11-]

第1、裁判活動における法忠実性、独立性、公平中立性、公正の保持の義務

第2、そのような一般的な信頼を損なわないようにすべき義務(職務の内外を問わない)

第3、一定の品位を保持すべき義務

第4、変化し、進歩する法律、社会、経済、文化に関する知識・経験を吸収し、裁判に反映させる

第5、裁判の迅速化と能率化に向けた努力とそのための創意工夫を怠らない

[資料11-] 司法制度改革審議会中間報告

法律家として相応しい多様で豊かな知識・経験と人間性を備えていること

1 解説は、裁判官に期待されている制度的役割は「当事者間の権利義務関係を具体的に明確に確定し、紛争を解決すること」としているが、民事・家事事件を担当する裁判官については首肯できるとしても、刑事事件担当裁判官には妥当しないのではないかと

1-2 裁判官の独立

Q2 吹田黙祷事件と平賀書簡事件について

八五

2 吹田黙祷事件については、衆議院法務委員会や裁判官訴追委員会が調査を開始するという動きを示したのに対し、最高裁は、それは裁判に干渉することになる旨申し入れてもいるのであり、この点は留意しておかなければならない。すなわち、最高裁は部外からの裁判干渉に対しては司法権の独立を守るという姿勢を示す一方で、部内的には裁判の独立を優す

ような通達を発したことになる。また、平賀書簡事件についての裁判官訴追委員会の結論は明らかに不当である。

なお、西郷先生が言及された大津事件や浦和充子事件についても、内容等を再確認しておくこと！

1 - 3 裁判官の公平性

Q3 釈明の在り方について 実体（結果）志向的か手続過程志向的か。

[資料11-] 田中成明「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」法曹時報55-5

手続的正義の要請内容

1 第三者の公平性（・中立性） 中立性については異論もあるが、公平性に疑問を唱える者はいないので、公平性を中心に検討するのがよいであろう。

公平性の具体的な要請内容： 第三者の紛争解決における権限の在り方（既存の原理・ルールに照らして解決する仕組みなのか、第三者の権威・手腕により解決する仕組みなのか、第三者の裁量権の程度は？など） 解決方式の在り方（第三者の権威的裁定か、当事者の意見・利害の調整（調停）か） 第三者と当事者という三者関係の在り方（垂直関係 当事者間の自主的な交渉・合意などを基軸とする水平関係に移行してきている）

2 当事者の対等化と公正な機会の保障を要請する手続的公正

3 第三者及び当事者に対して理由づけられた議論と決定を要請する手続的合理性

結果の正当性の当否を判定する実質的な規準が存在しないか、存在していても個別事例への適用について不確実性が高い場合には、手続的合理性に合っているということが結果の正当性の正当化理由として重要な意義を持つてくる。

3 手続的公正について、田中教授が指摘する「最小限の要請」は双方審尋主義の内容と重なり合う。また、「当事者間の事実上の能力格差の是正をどの程度この要請の中に取り込むかが困難な問題であるが、衡平の観点から積極的に手続的配慮を要求する傾向が強い」という指摘は首肯できるが、問題は、実際の場面で具体的にどのような配慮をするかであり、これが難しいのである。

4 手続的合理性について、田中教授が指摘するところには共感するところ大である。ただし、教授の説明によれば、手続的合理性とは「当事者や第三者がいかにして自己の主張や決定について説明責任を果たすか」ということにほかならないように受け止められるが、それでよいだろうか。もとより、まがりなりにも説明責任を果たしさえすればそれで足りると

いうことではなく、それを果たそうとすれば、それがいかに合理的な主張ないしは決定であるかを根拠づけなければならないであろうから、自ずからその正当性に結び付くことが期待できるということはあるであろう。また、説明がなされることによって、それに対する批判や疑問の提起などが可能になり、そのことにより当該説明の合理性が検証されるという関係にあることも認められる。しかし、ここで説かれていることが「手続的合理性」と呼ぶのに相応しい内容かと言えば、疑問なしとしない。教授の説明によれば、それは、当事者の主張内容や第三者の決定の正当性について説明が尽くされているかどうかであり、むしろ実体ないし結果の正当性と密接に結び付けられたものである。だが、手続的合理性という以上は、あくまで「手続」に軸足を置いたものであるべきではないだろうか。そうであれば、「手続的合理性」とは、教授が説かれるような説明責任を伴う双方審尋主義が徹底して貫かれることを言うものと理解すべきなのではないか。そうだとすると、手続的公正と手続的合理性とは、当事者間についていえば、いずれも双方審尋主義を前提にしつつ、様々な力の差がある当事者間においてそれが実質的に対等に保障されるべきことを要請するのが前者であり、それが内容的に充実したものであるべきことを要請するのが後者であるということができよう。これに対し、第三者が決定をするについて要請される手続的合理性とは、上記のような意味での当事者間に要請される双方審尋主義（実質的な当事者の対等ということが保障された上での、説明責任が果たされた内容的に充実した双方審尋主義）が徹底的に貫かれるべきこと、そして、その上で、説明責任を果たした決定がなされていることを意味するものと考えべきではないかというのが私の理解である。したがって、私見によれば、手続的公正は双方審尋主義を踏まえた上での第三者（裁判所）と当事者の関係ないしは双方当事者間の関係であるのに対し、手続的合理性は専ら第三者（裁判所）と当事者の関係の規準となるものだということになる。

釈明権の行使と手続的正義

釈明権の理念・理論的根拠についての奈良次郎元裁判官の所説（＝判例の立場）

「真相に合致した適切・妥当な解決を図るという裁判所の公共的使命を果たすことに釈明権の目的・本質がある」とする紛争的確解決説をとり、手続的合理性の確保に主眼を置く弁論充実説、手続的公正を重視する実質当事者対等説に対しては、それらは釈明権行使の結果ないし手段にすぎないとされる。

5 これに対し、田中教授は、竹下守夫教授や石田秀博助教授らの説く弁論充実説を「手

統的正義一般の裁判手続への適用の在り方として整合的である」として支持される。私も、「裁判所から当事者への垂直方向を指向した縦ベクトルではなく、裁判所と当事者間ないし当事者相互間の双方向性を指向した水平ベクトルで働くべきもの」という主張に共感を覚える。「両当事者間の直接的なコミュニケーションのゆがみを矯正したり障害を除去・軽減したりして、自律的弁論の活性化を促進・支援するという後見的役割にシフトすべきである」「新民訴法のもとでの協働主義的訴訟運営のための裁判官のマネジメント権限の強化も、このような手続過程志向的な方向に進むべきである」「基本的には、実体指向的ではなく、もっと手続過程志向的な後見的関与を強化することが、裁判官の釈明権行使に期待されている主たる役割である」という指摘も説得力がある。

釈明権の行使の在り方については以上のような議論があるが、実際にどのような場合にどこまでの釈明をすべきかに当たっては、「第三者（裁判所）の公平性」、すなわち、釈明によって不利益を被る側から裁判所の公平性に対する不信感を持たれないかということを考慮しないわけにはいかない。西郷先生が例として挙げられた「消滅時効の援用」などはまさにその最たるものである。ところで、先生は、このケースを結果志向的か手続過程志向的かという本設問に関係して挙げられ、結果志向的に考えれば積極、手続過程志向的だと消極になるうという解説をされたが、誤解のないように少し補足しておきたい。結果志向的（紛争的確解決説）か手続過程志向的（弁論充実説）かは、あくまで釈明ないしその行使の在り方についての理論的な次元の問題であるから、それにより直ちに具体的な場面での差異をもたらすものではない。もちろん、そのような差異がおよそ生じ得ないとは断定できないが、上記消滅時効の援用については釈明をすべきでないという点についてはまず異論を見ないところである（紛争的確解決説によっても例外ではない）わが国では、弁護士強制はされず本人訴訟も許容されているところ、代理人弁護士が付いている側とそうでない側とは、訴訟進行能力の上で一般に大きな力の差が認められる。そして、そのような場合、裁判所が弁護士の付いていない側に若干後見的な役割を果たすことはあり得ることであるし、私自身もそのように心掛けてきた。しかしながら、裁判所がその者の訴訟代理人的な役割を果たしてはならないことは自明であるから、後見的役割にも自ずから限度がある。消滅時効の援用がなされれば、それにより当該訴訟の結論は決まってしまう（相手方はこれに抗する術がない）のが通例であるから、そのような釈明までする裁判所の公正さに相手方が著しい不信を抱くことは必定である。したがって、この種の釈明はすべきでないし、してはならないのである。だが、

法の無知の故に時効制度について知らないという本人は少なくないであろうし、消滅時効を援用することによって結着が付けられることこそ正義であるという事案もあるに違いない。そのような場合には、弁護士代理人に委任するか、せめて弁護士に相談するように勤めることとする（そこまで止める）のが相当ではないかと考えるものである。

なお、第2版では訂正されているが、旧版のp286に「回避（民訴12条）」とあるのは「民訴規12条」の誤記である。つまり、回避は民訴法上のもではないということに注意されたい。

1 - 4 裁判の機能拡大と裁判官の役割

Q4 いわゆる現代型訴訟（裁判の政策形成機能への期待の高まり）に対する裁判官の対応の在り方について 水俣病訴訟において、裁判所が国に対して和解勧告をしたことに対する加藤一郎教授の批判をどう考えるか。

[資料11-] 田中成明「現代日本の法と裁判を考える」東北学院大学法学政治学研究所紀要10号

1 現代型訴訟・政策形成訴訟

判決による直接的な司法的法形成に対して、手続過程全体のもつインフォーマルなインパクトによる間接的な政策形成機能について、どこまで考慮することが許されるべきか。前者に加えて後者もそれなりに配慮するというのではなく、前者よりも後者の方が重視されるというのは問題である。

しかし、そのような将来志向的な機能をも視野に入れた利用や運用が行われるようになってきているという裁判の機能の現代的変容は直視しなければならない。

2 代替的紛争解決手続（ADR）

全面的否定論（川島武宣） 現実的消極的容認論（時間と費用がかかりすぎ、アクセスも不十分という裁判の持つ欠陥を補うためにはやむを得ない） 理論的積極的肯定論（弾力的な交渉や救済が可能という訴訟にはないメリットがある）

2 裁判官制度

2 - 1 比較法制的にみたわが国の裁判官制度 法曹一元制とキャリアシステム

2 - 2 法曹一元制論議

Q5 司法制度改革審議会の提言にかかる裁判官の任用について

[資料11-] 臨時司法制度調査会意見書（1964年）

[資料11-] 司法制度改革審議会中間報告（2000年）

[資料11-] 司法制度改革審議会意見書(2001年)

6 司法制度改革審議会の提言を受けて、下級裁判所裁判官指名諮問委員会が設置された。また、弁護士任官と調停官(非常勤裁判官)、判事補の他職経験などが制度化された。ただし、最高裁判官の任命については一般的な問題提起がなされたにとどまり、具体的な提言がなされなかったことは惜まれる。

<UNIT.12>

1 プロフェッションとしての裁判官

Q1 裁判官もプロフェッションか?

2 裁判官の廉潔性と国家公務員倫理法

Q2 裁判官の廉潔性の伝統と国家公務員倫理法の適用除外の理由

2-1 わが国の裁判官倫理

2-2 裁判官の廉潔性

2-3 国家公務員倫理法と裁判官

1 わが国裁判官の廉潔性は誇りに足る伝統である(資料12- 参照)。しかしながら、その伝統を踏みにじるような裁判官の不祥事(非行)も発生していることはきちんと認識しておく必要がある。特に、S56年4月に東京地裁破産部のT裁判官が破産管財人である弁護士から背広やゴルフセットを收受するという事件が発覚したのは衝撃的な出来事であった。また、その前年9月には、小倉簡裁のY裁判官が担当事件の女性被告人と密会し情交を持つという事件も発生している。両裁判官とも訴追され、T裁判官は弾劾裁判により罷免。Y裁判官は、罷免される前に某町長選に立候補したことにより裁判官の身分を失ったため罷免を免れたが、その後、職権乱用罪等により刑事訴追され、懲役1年の実刑判決を受け服役した。

3 裁判官の政治的自由

Q3 裁判官は積極的な政治活動が禁止されている。裁判官の市民としての政治的自由との関係はどうか?

3-1 裁判官と政治活動

3-2 積極的な政治運動の禁止(裁判所法52条1号)

3-3 表現の自由との関係

3-4 最大決H10・12・1民集52-9-1761(資料12-)について

2 本件大法廷決定には5人もの裁判官が反対意見を表明していることが注目される。私も、本件裁判官の言動が裁判所法52条1号の「積極的な政治運動」に該当するとまでいうのは無理があるのではないかと考える。おそらく、そこには、同裁判官がその前に新聞投書の中で表明していた「令状処理の実態」なるものについての意見が事実上併せて考慮されているのではないかと推測されるが、それは本件分限処分の対象にはなっていない(それは、あくまで表現の自由の問題であって、裁判官といえどもそこまでの制約を受けるというのはさすがに乱暴に過ぎると考えられたからか、或いは、同裁判官はその関係で既に所属裁判所の所長から「注意処分」を受けていたので、二重処罰になるという非難を慮ったかであろう)のであるから、問題である(以上については、拙稿「司法行政について(中)」判例時報2143号参照)。

なお、これらの反対意見を付した最高裁判事の出身を見ると、園部裁判官が学者(行政法)その余の4裁判官はいずれも弁護士であり、裁判官出身者は1人もいないことは甚だ興味深い。

4 裁判官の品位保持義務

Q4 裁判官の家族が困難に遭遇した場合の対応の仕方について 最大判H13・3・30判時1760-68(資料12-)参照

3 本件は、福岡高裁判事部所属(職務代行)の裁判官の妻が刑事処罰の対象になる違法行為を犯したところ、地検の検察官がそのことを同裁判官に告げ、善処方を促したことを受けて、同裁判官が妻のためにしたことが分限処分の対象になるかどうかが問題になったものである。この件は、地裁・高裁、福岡高検・地検のトップの処分にまで発展する大事件(「福岡事件」と呼ばれている)となった。

本件大法廷判決にも3名の裁判官の反対意見があることが注目される。福田裁判官は外交官出身、奥田裁判官は民法学者であるが、金谷裁判官は著名な刑事裁判官であり、最高裁判務総局の事務総長の経歴まで有する方であったから、裁判所所内にもかなりの驚きをもって受け止められたものと思われる。

七九

4 - 1 品位保持義務と公正・中立性の要請

4 - 2 家族の困難に対する裁判官の支援

UNIT.13 検察官の執務と倫理（第13回授業）

1 職権行使の独立性と「検察官同一体の原則」

Q1 担当検察官Aは不起訴相当と判断したが、決裁担当官である上司Bは起訴すべきとの意見であった。Aは、Bの証拠評価に基づき記録を検討したが、「不起訴」の判断は変わらなかった。この場合、[1]Aはどうすべきか。また、Bはどうすべきか。[2]この事件を起訴した場合、Aが公判立会を担当することは適切か。

1 これは「検察官同一体の原則」と検察官の職務上の独立の兼ね合いの問題である。また、同原則と検察官の良心の衝突をどう調整するかという問題である。

なお、本設例とは逆に、Aが起訴相当意見、Bが不起訴相当意見の場合はどうか（設例の場合と対応が異なってくる可能性があるか）についても検討しておきたい。また、そもそも、起訴・不起訴の判断基準は何なのか、本教科書では「有罪判決を得る高度の見込みが認められるかどうか」であることを前提としているかの如くであるが、果たしてそうなのか（それでよいのか）という問題意識も必要である。

1 検察官は各自が「独任制の官庁」と言われるように独立した存在である。しかし、検察官により公訴権が独占され、しかも起訴便宜主義が妥当する制度の下では、起訴・不起訴の決定権は検察官の専権とされる。検察官のこの権限は強大であり、社会・公益に対する影響も大きいから、適切に行使される必要がある。したがって、担当検察官のみの判断によるのではなく、決裁官という上司の判断を織り込んだいわば検察庁という組織としての判断がなされるべきである。「検察官同一体の原則」はそのようなところに根拠があるものと考えられる。

しかし、これは行政官庁としてはむしろ自明のことである。検察庁においてこのことが格別の意味を持つのは、検察官が独任制の官庁であると言われるような独立した存在であることからくるものである。

2 そうすると、[1]Bとしては、当該事件について最も熟知しているのは担当検察官であるAの筈であるから、極力Aの意見・判断を尊重すべきであるが、他面、検察官としての豊富な知識・経験、さらには社会的な広い視野という点においては決裁官であるBの方が勝っている筈であるから、Aの判断が相当でないと考えるのであれば、その理由とともに決裁官としての意見を述べる義務があるというべきである。Aとしては、Bの意見を踏まえて起

訴の方向で再検討すべきである。しかし、その上でなお不起訴相当という自己の判断が変わらないのであれば、その旨をBに報告・説明し、それでもBの判断が変わらないときはBの判断に従って起訴すべきである。[2] Aがこの事件の公判立会を担当することについても、A個人としての心理的葛藤は理解できるが、特に制度上の問題は感じない。割り切って、有罪判決を得るための主張立証に専念すべきである。

3 ところで、この点につき、資料¹²⁻ は、検察官の良心が決裁官の指揮命令とどうしても相容れない(衝突する)場合の対処として「事務引取移転権」(検察庁法¹²条)が適切に行使されるべきことを説く。また、資料¹²⁻ は、このような衝突があり、しかも上司が事務引取移転権の発動をも拒んだ場合に、検察官が自己の良心を守るためには「官を辞すべきである」という。果たしてそうだろうか。

私は、事務引取移転権が安易に発動されてはならないし、そうかと言って検察官が簡単に「官を辞す」などということもあってはならないと考える。担当検察官としては、決裁官と議論を尽くした上で、ついに自分の意見に理解(賛同)を得ることができないという場合は、決裁官の指揮命令に従うべきであり、それで自己の良心が害されるなどと考える必要はないし、考えるべきでもないのである。同じようなことは、独立した存在である裁判官の場合にもあり得る。例えば、下級審では合議体の判決において構成員たる個々の裁判官が個別の意見を表明することはできない(この点において最高裁と異なる)から、合議で反対意見を述べたとしてもそれが少数意見にとどまれば、合議の結論に従わなければならない。その場合に、判決に署名をしないなどというわけにはいかないのである。また、それが嫌だから(良心に反する)と言って、官を辞すなどということにも到底賛成できない。そのような制度の下で裁判官や検察官になった以上は、職務上の義務と受け止めるほかないものとする。

2 刑事訴訟の当事者と公益の代表

Q2 公判立会の検察官は、以下の場合にどうすべきか。

- [1] 被告人のアリバイ主張を裏付ける可能性のある証拠を発見した場合
- [2] 被告人の無罪を直接明らかにするものではないが、検察側証拠の信用性を減殺する可能性のある証拠を発見した場合
- [3] 被告人に有利な情状事実があるのに、弁護人がこれを指摘しなかった場合

2 検察官は原告官(当事者)として、被告人の有罪を主張立証する(有罪判決を獲得することを目指して訴訟活動をする)という義務を負っているのは当然であるが、それととも

に公益の代表者として正義を実現するという使命を担っているのである。

そうであれば、[1]の場合も[2]の場合も、そのような証拠を進んで開示しないしは提出すべきである。その上で、検察官としては、それらの証拠の反対証拠の発見・提出に努めるべきであり、もって正義に適った判決がなされるよう期すべきである。また、有罪判決において適正な刑の量定ということは極めて重要な要素であり、それはひとり当該被告人にとってのみならず社会・公益の観点からも妥当することである。そして、弁護人が、必ず被告人に有利な事実を全て主張立証するという保証はない以上、[3]についても、検察官としては、進んでその事実を指摘すべきものとする。

3 しかし、検察官において、上記のような「公益の代表者」としての意識がどこまで堅持されているのかということに疑わしめるような出来事が発生している。例えば、古くは松川事件の「諏訪メモ」であり、いくつかの重大再審事件でも検察官が上記[1][2]のような証拠を提出しなかったということが指摘されたりしている。地方から東京地検の捜査の応援に向いた検察官が自白を獲得するために被疑者に暴行を加えたという事件も発生している。そして、つい最近では、大阪地検特捜部の不祥事が社会に衝撃を与えた。小沢一郎氏の事件に絡んで、検察官によって虚偽の内容を含む捜査報告書が作成され検察審査会に提出された事件も大きく報道されている。これらは、上記[1][2]の類の証拠を提出しなかったという消極的な義務違反にとどまらず、虚偽の証拠を積極的に「捏造した」と言われても仕方のない行為である。

このような事態をどう受け止めるべきなのか。およそあってはならないことが続発しているのは何故なのか、「正義の砦」であった筈の検察官の世界に一体何が起きているのか、どうすれば国民の信頼を回復することができるのかをこの際真剣に考えなければならない。それはひとり検察庁の義務というにとどまらず、法曹全体の、さらには国民の責任と言ってよい。

なお、現在取り組まれている「取調べの可視化」は、この問題との関係ではどのような意味をもち、どのような展望が持ち得るのだろうか。検察に対する信頼の回復のためには不可欠の取組みであるとは言えても、それだけで足りるとは思えないのである。

3 職務の公正に対する信頼の維持・確保

Q3 検察官が、担当事件（殺人）の被害者の父親が中学校時代の恩師であることに気付いた場合どうすべきか。被疑者が中学校時代の同級生であることに気付いた場合はどうか。

4 いずれの場合も格別の問題はない。淡々と捜査を遂げ、事件処理をすればよい。ただし、決裁官に対してはそのような事情を報告しておかなければならない。その上で、事務引取移転権が発動されるのであればそれに従えばよいし、場合によっては、自らその発動を申し出ること考えられる。当該検察官自身が公正な事件処理をする自信が持てないということであればもちろん、そこまではいなくても「何となくやりにくくて仕方がない」という程度でも認められてよいであろう。 裁判官の回避の申出参照

Q 4 検察官が死刑制度廃止を目標とする啓蒙活動を行うNPOの構成員になることは適切か。構成員にはならないが、同団体の主催する死刑制度廃止に関するシンポジウムに出席して、検察官であることを明らかにして意見を述べることはどうか。

検察官が、死刑制度の存続を唱道するNPOの構成員になることはどうか。構成員にはならないが、同団体の主催する死刑制度存続の必要性に関するシンポジウムに出席して、検察官であることを明らかにして意見を述べることはどうか。

5 前段の場合と後段の場合とで結論が異なるだろうか。前段は現行制度に批判的で改革を訴えるものであるのに対し、後段は現行制度の存続・維持を訴えるものであるという違いはあるが、検察官が外部の団体の構成員になり、あるいは現職の検察官であることを明らかにしてそれに同調する行動をするという点において本質的な差異はないと言える。裁判官の場合と比較しながら検討すると分かり易いであろう。

なお、現職検察官という身分を明らかにすることなく、一市民として活動する場合はどうか。裁判官や検察官にも、市民的自由は保障されなければならないことからすると、そこまでの規制をするのは問題であろう。

Q 5 検察官であった者が、退官後に、かつて自分が担当して無罪判決が確定した事件について、捜査中の体験や公判に提出されなかった証拠を挙げるなどして、無罪判決の事実認定を批判する内容の評論を執筆公表したとする。このような行為は許されるか。事実認定ではなく、法律解釈上の批判である場合はどうか。

東京地検特捜部に勤務したベテランの元検察官が、大阪地検特捜部により脱税と贈賄の事実で起訴された被告人が代表取締役である会社の顧問となり、ま

た、同被告人の弁護人となることはどうか。

6 いずれも検察官倫理による行動の制約が退官後にもどこまで及ぶのかという問題である。同時に、前段の事例のうちの事実認定批判の場合には、公務員としての守秘義務違反や当該事件の被告人であった者に対する名誉棄損のおそれなども考慮しなければならない。無罪判決の事実認定を批判するということは、当該被告人が有罪判決を受けるべき者であったと主張していることにほかならないからである。これに対し、法律解釈上の批判である場合にはこのような問題はない。むしろ、そのような類の批判は法律解釈の前進のために必要なことである。

他方、後段の事例の場合には格別の問題はないものとする。むしろ、職業選択の自由との関係からしても元特捜検察官の行動を批判することはできないであろう。

UNIT.10 弁護士懲戒制度（第14回授業）

1 弁護士倫理と弁護士の懲戒との関係

Q1 弁護士法56条1項と弁護士職務基本規程違反の行為 UNIT.1のQ4の解説参照

弁護士職務基本規程は、その前身の弁護士倫理を受けて制定されたものであり、行為規範であって評価規範ではないとされる。しかし、このような考え方には批判も強いとされる。

2 懲戒制度の手続構造

Q2 懲戒委員会と綱紀委員会について

綱紀委員会 = 検察官、懲戒委員会 = 裁判所と考えてよいのではないか。懲戒の請求があると、綱紀委員会で調査を遂げ懲戒相当か否かを判断する。懲戒相当とされた場合に懲戒委員会による審査がなされ、処分又は不処分が決められる。

綱紀委員会及び懲戒委員会は、ともに各単位弁護士会毎及び日弁連に置かれる。委員（4人以上）は、弁護士、裁判官、検察官、学識経験者の中から、弁護士会会長が委嘱する（弁護士法66条，同条の2，70条の2・3）。

2-1 懲戒の請求

2-2 綱紀委員会の調査

2-3 懲戒委員会の審査

1 「懲戒の事由があったとき」から3年を経過したときは、懲戒の手続を開始することができない（弁護士法63条）ものとされている。そして、この3年間の除斥期間の起算点は懲戒事由に該当する行為の完了時であるという。不法行為に基づく損害賠償請求権の除斥期間について「不法行為の時から20年を経過したとき」とされている（民法724条）ところ、継続的不法行為の場合にはその完了時と解されていることとの対比からしても当然であろう。

なお、資料10- の裁判例（東京高判H13・11・28判時1775-31）は、弁護士が依頼者から又は依頼者のために預かった金品を返還すべき時期に返還しないという行為につき、それを「不法に領得した場合も、その後これを依頼者に返還するまでの間は、なお非行は継続しているのであり、除斥期間は開始しないものと解するのが相当である」とする一方、「依頼者と弁護士の委任関係が終了した場合には、（中略）その終了の時点から除斥期間が開始するものと

解すべきである」とする。不法領得の意思がいつ生じたのかについての事実認定は必ずしも容易ではないこと（返還すべき時期に返還しないからといって、直ちに業務上横領罪が成立するということではできないであろう）通常は、依頼者が返還請求をし、これに対して弁護士側が種々の理由を挙げて返還義務を免れようとし、或いは返還時期を延ばそうとするなどした挙句に、ついに依頼者から委任契約が解除されるという事態に発展するということが想定されることなどからすると、このような解釈は実際には妥当な結果を導くものと考えられるが、理論的にはすっきりしないものがある。不法領得の意思が対外的にも明確に認定されるのは委任契約の解消時（厳密に言えば、その直前）と解すれば足りるのではないかと考える。

3 懲戒事由と懲戒の種類

Q3 弁護士法56条1項の定める懲戒事由

弁護士法56条1項には、同法違反と会則違反、弁護士会の秩序・信用の侵害、品位を失うべき非行（職務の内外を問わない）が挙げられている。

3-1 弁護士法違反

弁護士法20条~30条（弁護士法人については同法30条の16~21）、73条に対する違反

3-2 会則違反：主なものは、会費の滞納

2 会費の滞納により懲戒処分を受けても、それによって会費の納入義務が消滅するわけではない。弁護士業務を継続しようとするれば、滞納にかかる会費を納入しなければならないことになる。しかし、会費を滞納するまでになった弁護士はおそらく登録取消 廃業に至るのではないかとと思われる。そうすると、実際には滞納分は徴収されないまま終わるのであろう。

3-3 弁護士会の秩序・信用の侵害

3-4 品位を失うべき非行

4 懲戒の種類と懲戒の効力発生時期

Q4 懲戒の種類と効力発生時期

4-1 懲戒の種類：戒告、2年以内の業務停止、退会命令、除名

3 私は、A弁護士会（北海道）で退会命令を受けた弁護士がB弁護士会（九州）に入会を認められていた例があったと記憶している。地縁や人脈のあるA弁護士会から退会せざるを得ないということは、大きな不利益であることは間違いないが、このようなことが可能で

あるとすると、退会命令の趣旨が大いに損なわれることになる(業務停止の期間が長い場合には、退会命令の方がかえって緩やかな処分ということにもなりかねない)。また、A弁護士会で業務停止命令を受けた弁護士が自ら進んで退会し、別のB弁護士会に入会できるとすれば、これも懲戒の趣旨を著しく損なうものである。

なお、懲戒手続に付された場合、その手続が終了するまでは登録換等の請求をすることができない(弁護士法62条)とされるが、懲戒がなされた後はそのような制約を受けることはないから、上記のような事態も考えられないことではない。このようなことを許さないような厳格な入会審査が求められる。

4 - 2 効力発生時期

懲戒処分は、その告知によって直ちに効力が生ずる。また、行政不服審査法34条又は行政事件訴訟法25条に基づく執行停止がなされない限り、処分の効力は妨げられない。

5 懲戒請求者の不服申立方法

5 - 1 懲戒請求者の異議申出

弁護士会が、懲戒しない旨の決定をしたとき、相当期間内に懲戒の手続をしないとき、弁護士会がした懲戒処分が不当に軽いと思料するときに、異議の申出ができる。

上記には、綱紀委員会が懲戒不相当の議決をした場合も含まれる。

4 渡辺先生によると、懲戒請求件数は相当数にのぼる事態になっており、その処理が遅滞しがちであるという。制度の根幹を揺るがしかねない重大な事態であるものと言わなければならない。

5 - 2 日弁連綱紀委員会の異議審査

1 日弁連綱紀委員会は、単位弁護士会の綱紀委員会がした懲戒不相当の議決に基づき、単位弁護士会が懲戒しない旨の決定をしたことに対する異議の申出について審査し、単位弁護士会の懲戒委員会に審査を求めることを相当と認めるときは、その旨の議決をする。日弁連は、この議決に基づいて、単位弁護士会がした決定を取り消して、事案を単位弁護士会に送付する。これを受けて、改めて懲戒委員会による事案の再審査がなされる。(以上につき弁護士法64条の2第2項・3項)

また、単位弁護士会の網紀委員会が相当の期間内に懲戒の手続を終えないことを理由とする異議の申出に理由があると認めるときは、その旨の議決をする。日弁連は、これに基づいて、単位弁護士会に対して速やかに懲戒の手続を進め、懲戒するか否かの決定をするように命じることになる（同法64条の2第4項）。

2 日弁連網紀委員会は、異議申出を不適法として却下し又は異議を理由がないとして棄却すべきものと認めるときは、その旨の議決をする。日弁連は、この議決に基づき、その旨の決定をする（同法64条の2第5項）。

5 - 3 網紀審査会の網紀審査

1 平成15年改正により新設された懲戒請求者の不服申立手段の拡充と制度の透明化に関する審査機関。法曹三者以外の11人の委員で構成される（弁護士法71条の2、71条の3第1項）。

2 異議申出を不適法として却下し又は異議を理由がないとして棄却したときは、網紀審査会における網紀審査を行うことを申し出ることができる（同法64条の3第1項）。

ア 網紀審査会が出席委員の3分の2以上の多数で単位弁護士会の懲戒委員会に事案の審査を求めることが相当であると認めるときはその旨の議決をする。日弁連は先に自らがした決定を取り消して、事案を単位弁護士会に送付する。単位弁護士会は、同会の懲戒委員会に事案の審査を求めることとなる（同法64条の3第3項）。

イ 網紀審査の申出を不適法として却下することを相当とするときはその旨の議決をし、日弁連がその旨の決定をする（同法64条の4第4項）。

ウ 上記アの議決に至らないときは、その旨の議決（をし、後記審査の申出を棄却することを相当とするとの議決）をし、日弁連がその旨の決定をする（同法64条の4第5項）。

5 これは、ある意味では弁護士自治に対して不信感が突きつけられたものである。それにとどまらず、法曹全体に対する信頼の欠如の表現と言ってもよい。由々しきことであり、甚だ遺憾なことである。ただ、弁護士の懲戒問題について、4で指摘したような実態があるとするれば、それを克服せずにはまともな反論することもできないのかもしれない。

七〇

5 - 4 日弁連懲戒委員会の異議審査

懲戒請求者の異議申出の内容に応じて、日弁連の懲戒委員会による審査がなされる（弁護士法⁶⁴条の5）

6 懲戒処分の法的性質と懲戒対象弁護士の不服申立

Q 5 懲戒処分の法的性質が行政処分であると解されているのはなぜか？

Q 6 懲戒処分の取消を求める訴えの構造

7 弁護士会の懲戒権

Q 7 弁護士会が弁護士に対する懲戒権を有しているのはなぜか？

UNIT.7 企業法務と弁護士（第15回授業）

1 会社と顧問弁護士との関係

Q1 会社と顧問弁護士との一般的関係はどのようなものか？

1 顧問弁護士とは、顧問先である企業から法律相談及び法律事務について継続的に依頼を受ける契約関係にある弁護士をいう。顧問先企業から定期的に金銭的報酬（顧問料）を受け取り、顧問先企業から委任される法律事務を優先的に処理する。ただし、法律相談や委任される法律事務の具体的態様は様々である。

2 顧問弁護士は、顧問先企業と使用・従属の関係にはない（この点で、後記「組織内弁護士」と異なる）。しかし、委任契約関係にあるから、一定の忠実義務・誠実義務を負う。

1 顧問弁護士は、公益通報者保護法（平成18・4・1から施行された内部告発者の保護法）2条所定の「（通報先として）労務提供先があらかじめ定めた者」になる場合もある。また、近時の企業における法令遵守の意識の高まり（会社法362条4項6号、5項参照）は、顧問弁護士の必要性を改めて認識させ、重要性も高まっているというが（教科書p195末行以下）渡辺先生によれば、厳しい経済情勢の中、必ずしも顧問弁護士に対する需要が高まっているわけではないとのこと。

2 弁護士が相当数の顧問企業を抱えている場合、顧問企業同士の間で紛争が生じるということも想定されないではないが、そのような場合はどう対応するのか。早い者勝ちというわけにはいかないであろうし、どちらか一方のみ受任し、他方との関係では顧問弁護士を辞する（顧問契約を解除する）ということもできないであろうから、結局、どちらからも受任できないということにもなりかねない。しかし、それでは顧問弁護士の意味がない。

2 顧問会社の商取引と顧問弁護士の関係

Q2 顧問先企業の行う商取引が詐欺的取引であるような場合、顧問弁護士はどうしたらよいか。顧問弁護士が顧問先企業に具体的に関与している場合とそうでない場合に分けて検討せよ。「不正な行為の助長、利用の禁止」（弁護士職務基本規程14条）

3 渡辺先生によれば、「詐欺」的商取引とまでは言えないにしても、消費者契約法上の差止請求に基づき停止させられるような行為も含まれる。

2 - 1 顧問の引受け自体の持つ客観的な意味と引き受けるに際しての注意点
顧問弁護士が存在が不正取引の糊塗に利用されることもある。顧問先企業の内容を知らずに、顧問弁護士に就任してはならない。また、具体的な関与行為がなくとも、顧問弁護士の存在を悪用しているのをそのまま放置することは「助長」に当たる。

4 反社会的団体（例えば、暴力団）の顧問に就任することはどうか？ 顧問弁護士を求める意図は客観的に明らかであるから、やはり問題がある。あくまで個別の事件の受任にとどめるべきである。

2 - 2 具体的関与行為

2 - 3 是正指導、辞任の義務

5 顧問弁護士の具体的関与行為がある場合には、それが弁護士職務基本規定の「助長」に当たる。また、同規定¹⁵条の「公序良俗に反する事業」への「加わり」に該当し、「これらの事業に自己の名義を利用させ（る）」ことに該当することが考えられる。是正を指導し、それに従わないときは辞任すべきである。

3 顧問会社を相手方とする相談と事件の依頼

Q3 損害保険会社の顧問弁護士が、自治体主催の法律相談会において、顧問先会社の保険に加入している加害者と対立している被害者から、顧問先会社に対する保険金請求について直接請求することを依頼された場合、どのように対応すればよいか？

弁護士職務基本規程²⁸条²号の「継続的な法律事務の提供を約している者を相手方とする事件」に該当するから、受任することはできない。ただし、「その依頼者と相手方が同意した場合はこの限りでない。」（同条柱書のただし書き）

6 しかし、実際には双方の同意が得られるとは考え難い。ただ、受任できないとして断れば済むというものではない。それでは、自治体主催の「法律相談会」の趣旨を全うすることができないおそれがある。他の相談担当者に回すなどの配慮が必要である。

六七

なお、教科書^{p198}には、「弁護士職務基本規程²⁸条柱書のただし書きは「第3号に掲げる事件についてその依頼者及び他の依頼者のいずれもが同意した場合は、この限りでない」としているので、云々」とあるが、これはおかしい。同条²号に該当することが前提なのであるから、ただし書きについても²号についての「その依頼者及び相手方が同意した場合」が挙

げられなければならない。

7 なお、資料7- の指摘に留意すべきである。

4 株主代表訴訟と顧問弁護士の立場

Q4 会社の顧問弁護士が、株主代表訴訟（会社法⁸⁴⁷条3項）の被告である取締役の相談にのり、さらにその訴訟代理人となることは許されるか？

これは、UNIT. 4のQ14「住民訴訟が提起された場合に、自治体の顧問弁護士が被告側の相談にのり、当該事件の訴訟代理人となることは許されるか」と類似する問題である。

株主代表訴訟の法的性質（訴訟構造）をどのように理解するかということに関わるが、いずれにせよ消極に解するのが相当であろう。なお、会社法⁸⁴⁹条1項・2項参照

8 何人かの学生から、積極に解する意見が述べられた。会社が自ら取締役に対する損害賠償請求訴訟を提起しないということは当該取締役を擁護したいという姿勢を明らかにしているということであり、それは、つまり、株主代表訴訟が会社のためにならないと考えていることにほかならない。そうであれば、会社の顧問弁護士をして被告である取締役の訴訟代理人とならしめるということも常識的には考えられる結論であろう。特に、当該株主代表訴訟の原告がいわゆる総会屋であり、株主権を濫用して当該訴訟を提起しているような場合にはそのような対応も考えられてよいかもしれない。しかし、他方で、当該取締役が会社を圧倒的に支配しているような場合には、会社全体がその者の不正な行為を見て見ぬ振りをし、その結果、会社が抜き差しならない状態に陥ってしまうというようなことも世上ままあることである。また、総会屋が株主権を濫用して株主代表訴訟を提起しているような場合には、会社が被告取締役側に補助参加する（その場合、会社の顧問弁護士は補助参加人の代理人となる）ことにより、実質的には会社の顧問弁護士が被告取締役の訴訟代理人となったのと同様の結果を期待することも可能である。そうであれば、やはり、原則としては消極に解する方がよいであろう。

なお、渡辺先生によれば、会社の従業員が犯罪行為などの非行を犯した場合、会社の依頼で、顧問弁護士が当該従業員の弁護人になることもあるが、そのような場合においても、後に、会社と当該従業員との間に懲戒処分（時には、懲戒解雇）を巡って紛争が生ずる余地があることを配慮しておかなければならないとのことである。実際に、そのような経緯を辿っ

て、懲戒処分の当否を争う訴訟において顧問先会社からの依頼を受任できなかった経験がある由。

5 弁護士の取締役就任

Q5 弁護士が会社の取締役に就任することについての一般的留意点及び顧問弁護士が顧問先会社の取締役に就任する場合はどうか？

平成15年改正前の弁護士法³⁰条3項では、弁護士が会社の取締役に就任するには所属弁護士会の許可が必要であることとされていた。しかし、現行法³⁰条1項2号は、所属弁護士会への届出で足りるとしている。

9 本教科書の解説（p200）では、この改正により弁護士倫理上の問題が本質的に変わったわけではないとされる。この指摘自体は正当であろうが、そこで言及されている東京地判H14・1・22についての解説は甚だ要領を得ない。「弁護士会の不許可処分について取消を求める訴え（抗告訴訟）を却下したものである」というが、訴えを却下した理由こそが重要であるのに、その肝心な点について何ら説明しないのでは解説の用をなさない。却下されたということは「処分性」が否定されたということであろうが、それだけでは、上記指摘を直接支持することにはならない。おそらく、所属弁護士会の許可・不許可は、弁護士会の自治に関わる問題であるとともに、その内容も弁護士倫理についての理解に関わる微妙な裁量を要するものであるから、その適否は裁判所が判断できる領域の問題ではないとして却下したのではないかと推測される。そのように解してはじめて上記指摘とのそれなりの関わりが肯定されよう。

また、同頁下から2行目に「債権回収会社になろうとする者の」とあるのは、「取締役になろうとする債権回収会社の」という意であろう。

6 顧問弁護士の監査役就任

Q6 弁護士の監査役就任について弁護士会の許可が不要なのは何故か？

顧問弁護士の監査役就任は会社法³³⁵条の法意からみて適法か？

1 監査役も取締役等と並んで会社の「役員」とされている（会社法³²⁹条1項）が、取締役とは異なり、営利を目的とする業務に携わるものではない。そのような監査役の役割からくるものである。

10 については、設問の表現自体が不適切である。上記5で見たとおり、そもそも、平成15年の弁護士法改正により、取締役就任についても所属弁護士会の許可は必要ではなく

なり、届出のみで足りるとされたのであるから、ここでは「弁護士の監査役就任について弁護士会への届出も不要とされるのは何故か？」とするか、「弁護士の監査役就任についてはかねて（平成15年の弁護士法改正前から）所属弁護士会の許可は不要とされていたが、それは何故か？」とすべきである。

2 顧問弁護士は会社の使用人ではないから、監査役に就任することは妨げない。 大阪高判S61・10・24金融法務事情1158-33参照

11 渡辺先生は、顧問弁護士が顧問先会社の監査役に就任するのは慎重であるべきだとされる。

顧問先会社の監査役への就任を求められたときは、信頼できる後輩弁護士を紹介するといふようなことがよくある由で、先生ご自身も、先輩弁護士からの紹介で、同弁護士が顧問弁護士をしている会社の監査役に就任した経験がありとのことである。もっとも、監査役への報酬は一般にどの程度なのだろうか。顧問料はほぼ月額5万円程度だということであるが、もしも、監査役への報酬が顧問料額をはるかに超えるということであれば、顧問弁護士がその地位を別の弁護士に譲って自らは監査役に就任するという事も考えられるのではないか。それとも、報酬額の多寡とは別の要素があるのだろうか。

7 監査役弁護士と当該会社の訴訟代理人

Q7 監査役たる弁護士は当該会社の訴訟代理人となることができるか？

最判S61・2・18民集40-1-32（資料7- ）はこれを肯定する。

12 ただし、渡辺先生は、上記Q6の について慎重であるべきだとされるので（ 11 参照）ここでも同様の結論を導かれる。

8 組織内弁護士に特有の弁護士倫理上の考慮点

Q8 弁護士職務基本規定50条（自由と独立）が「（組織内弁護士は、）弁護士の使命及び弁護士の本質である自由と独立を自覚し、良心に従って職務を行うように努める」と規定していることの趣旨はどこにあるか？

同51条の「（法令違反の行為があったときなどに、）組織内弁護士は組織内で適切な措置をとらなければならない」と定めている趣旨はどこにあるか？

1 について

使用人（従業員）の場合には使用・従属関係があり、役員の場合にも顧問弁護士とは違った意味での忠実義務があるから、そのような立場と弁護士と

しての「自由・独立」とが対立することになる局面が想定されるからである。

2 について

これは、組織内弁護士が、組織内で違法な行為がなされていること、或いは、それがなされようとしていることを認知したときには、それを防止するための一定の行為をしなければならないことを規定するものであり、上記の義務を具体化したものである。

13 渡辺先生によると、このような組織内弁護士の組織として500人程度の弁護士が所属している「企業弁護士協会」なる団体が存在することである。

なお、上記及びは、組織内に身を置く者にとっては相当厳しい要求であるが、弁護士である以上当然の要請というほかあるまい。もっとも、組織内弁護士の実態を知っているわけではないので、想像の域を出ないが、目下のところは「法務部」のような部署に所属している場合が多いのではないかと思われる。そうだとすれば、営利を目的とする部門に所属している場合とは違って、上記及びのような義務も比較的果たし易いのではないかと推測される。

Q9 同業種に属する複数の会社の顧問弁護士になることは問題がないか？

基本的には特に問題はないと思われる。むしろ、異業種の複数の会社の顧問弁護士にである場合には、2で提起したような疑問があり得る。

UNIT 8 弁護士と社会活動（補足）

1 弁護士と公益活動

Q 1 弁護士のプロボノ活動（for the goodの意のラテン語。今では、無償奉仕活動の意。わが国では「公益活動」と呼ばれることが多い）とはどのようなものか。それは、何故弁護士の義務とされるのか。医師についてこのような議論が殆どなされないのは何故だろうか。

また、弁護士会の会則で、一定の公益活動を義務化し義務違反について罰則が適用されるとした場合はどうか？

1 司法制度改革審議会意見書では、「公益活動を弁護士の義務として位置付けるべきである」ということが提言されている（資料8- ）。

資料8- では、弁護士理念についての3つのモデル（在野法曹モデル、プロフェッション・モデル、法サービスモデル）と関連させて論じられている。

なお、3つのモデルについてはUNIT 1参照

1 韓国の経験が紹介されている。同国では、かつて不祥事が続いて、法曹に対する国民の信頼が失われてしまった。その信頼を取り戻すべく、弁護士法に「弁護士は、年間一定時間以上公益活動に従事しなければならない」と規定した。年間で最低20～30時間の公益活動を義務づけ、それが実施できない場合には1時間当たり2万～3万ウォン相当の金額の納付を義務づけているという。

しかし、公益活動の義務化を宣言（規定）することまでは首肯できるとしても、それに違反する場合に制裁を科するというのはどんなものだろうか。そこまで行くと、そもそも公益活動の本来の趣旨に反することにならないだろうか。また、おそらくその制裁金の額をそれほど高額にすることはできないだろうが、「それなら制裁金を納めて義務を免れる方がまし」という本末転倒の事態を招くおそれはないだろうか。

2 公益活動義務化の正当化の論拠

ア 権利論的アプローチとそれに対する反論

イ 功利主義的アプローチとそれに対する反論

2 弁護士の過疎・偏在問題

Q 2 弁護士の偏在によって法的サービスへのアクセスが困難になっている実状とその解消策は？ 公設事務所の開設、法科大学院に自治医科大学のような

構想を導入するなど。

3 弁護士と弁護士会の関係

Q3 弁護士と弁護士会の関係、弁護士会の機能と役割は？

1 強制加入団体としての弁護士会が特定の活動をする事について、それを是としない少数派会員の会費を支払う義務の有無について

アメリカでは州により弁護士会への加入が強制されるかどうか異なることが資料⁸⁻の背景にある。なお、わが国でも医師は医師会への加入が強制されていない。

2 わが国の例（資料⁸⁻）：国家秘密法に反対する日弁連の決議に対して、一部の弁護士から、総会決議の無効確認、反対運動に関する諸活動の差止と損害賠償（慰謝料）請求がなされた事例 東京地裁は を却下、 を棄却。東京高裁も控訴棄却。