

弁護士「機能」と「信頼」 — 弁護士職務基本規程の解釈指針として —

武井 康年

第1	はじめに	63
第2	弁護士の機能	64
1	弁護士の3つの機能	64
2	各機能の相関関係を理解することの必要性	66
3	公益的機能と代理人的機能	67
4	代理人的機能と保護者的機能	69
5	保護者的機能と公益的機能	70
第3	解釈指針としての「信頼」	71
1	弁護士に対する2つの「信頼」	71
2	依頼者からの信頼	71
3	社会からの信頼	73
4	解釈指針としての「信頼」の使用上の留意点	75

第1 はじめに

平成16(2004)年11月10日、日本弁護士連合会臨時総会において、「弁護士倫理」が廃され、弁護士職務基本規程が新たに制定された。これにより、平成17(2005)年4月1日より、弁護士はその職務をこの職務基本規程に従い遂行してゆくこととなった。

従前より、弁護士倫理の下での弁護士の具体的行動についても、倫理上の義務の衝突などにより、様々な場面において、どの義務が優先されるべきなのかが論じられ、倫理規定の解釈適用に対立がみられた。

今回の職務基本規程の制定により、これらの解釈の対立点が解消された点もあるが、解消されないままとなっている点、さらには対立が深まることになった点も存する。このため、今回の職務基本規程の制定によっても従前か

ら問題とされていた点がすべて解決され、弁護士のあるべき行動が明確になったとは言えない。

さらに、従来の「弁護士倫理」が、日弁連の会規ではなく総会における「宣明」⁽¹⁾という形式を取っていたのに対し、弁護士職務基本規程は「会規」として制定されたため、弁護士職務基本規程の違反はすなわち「会規違反」として、より直接的に弁護士の懲戒問題に関係することとなった⁽²⁾。

したがって、弁護士職務基本規程の各条項、特に努力規定ではなく義務規定とされた条項の解釈は、より明確になされる必要性が高くなったと言えよう。

今回の弁護士職務基本規程の制定の機会に、前述の視点からこれを統一的に解釈運用するため、各条項の中に流れる弁護士業務についてのあるべき基本的視点を探り、これらを明らかにすることが必要とされる。

また、ここで得られた基本的視点を、実務を担う弁護士が共通のものとすることにより、弁護士職務基本規程の誤りなき適用が実現できるとともに、弁護士に負託されている使命の実現も可能となると考える。

第2 弁護士の機能

1 弁護士の3つの機能

弁護士職務基本規程において、弁護士の機能として期待されているのは次の3点に集約される。

①代理人的機能

弁護士の職務は、依頼者からの依頼に基づいて行われることを原則として

(1) 1990年3月2日日本弁護士連合会臨時総会決議

(2) 弁護士倫理の決議に際し「この規定の違反がただちに懲戒をもって処断されるべきものではない」との趣旨の附帯決議をなした。

おり、当然依頼者の代理人的機能を有している。このことは職務基本規程の下記規定からも明らかである。

- ・ 規程 21 条 (正当な利益の実現) 弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努める。
- ・ 規程 22 条 (依頼者の意思の尊重) 弁護士は委任の趣旨に関する依頼者の意思を尊重して職務を行うものとする。
- ・ 規程 36 条 (事件処理の報告及び協議) 弁護士は、必要に応じ、依頼者に対して、事件の経過及び事件の帰趨に影響を及ぼす事項を報告し、依頼者と協議しながら事件の処理を進めなければならない。

②保護者の機能

弁護士は、単なる依頼者の代理人としてその職務を行えば足るのではなく、その専門性から、依頼者の意思から独立して依頼者の利益のために活動をおこなう機能が期待されている。

なお、保護者の機能は前記の代理人的機能の一部をなすものであって、独立に考える必要はないとの考え方もある。

弁護士職務基本規程に於いて保護者の機能を規定したのものとして以下の規定がある。

- ・ 規程 20 条 (依頼者との関係における自由と独立) 弁護士は、事件受任及び処理に当たり、自由かつ独立の立場を保持するよう努める。
- ・ 規程 22 条 (依頼者の意思の尊重) 「尊重」としており、「依頼者の意思に従い」としていない点に保護者の機能を認める。
- ・ 規程 36 条 (事件処理の報告及び協議) の規定も、「必要に応じ」として、その「必要性」の判断を、弁護士に留保しているように解される。

③公益的機能

弁護士は、司法制度の担い手として社会正義の実現、あるいは司法制度の健全な発展のため、独自の機能を果たすことが要請されているとする。この機能を具体的に定めた規定としては以下のものが考えられる。

- ・ 弁護士法 1 条 社会正義の実現を使命の一つとしている
- ・ 規程 1 条 (使命の自覚)
- ・ 規程 4 条 (司法独立の擁護) 弁護士は、司法の独立を擁護し、司法制度の健全な発展に寄与するよう努める。
- ・ 規程 8 条 (公益活動の実践)
- ・ 規程 31 条 (不当な事件の受任)
- ・ 規程 74 条 (裁判の公正と適正手続) 弁護士は、裁判の公正及び適正手続の実現に努める。
- ・ 規程 75 条 (偽証のそそのかし)
- ・ 規程 76 条 (裁判手続の遅延) 弁護士は、怠慢により又は不当な目的のため、裁判手続を遅延させてはならない。

2 各機能の相関関係を理解することの必要性

前項の弁護士の有すべき各機能は、それぞれ弁護士職務基本規程からもその存在が認められ、職務基本規程においては、それぞれの機能を果たすために必要と思われる具体的行動指針も定められている。

これらの各規定を解釈適用するに当たっては、それぞれの条項が、それぞれ前記の「弁護士の機能」のどの部分を保障するための規定であるかを意識しながら解釈することが必要とされる。

しかしながら、「弁護士の機能」に掲げた「3つの機能」は、常に同一の行動を弁護士に示すとは限らない。それぞれが反対方向の行動を要請する場合も多い。弁護士職務基本規程の条項のひとつは、弁護士に対し「公益的機能」を果たすように要請していたとしても、他の条項においては「公益的機能」を差し置いてでも「代理人的機能」を果たすよう要請しているとも考えられる場合もある。さらには、一つの条項の中であって複数の機能の調和を求めているように思われる条項も存する。

したがって、弁護士が具体的事例において、その行動につき何が弁護士として正しい選択なのかを判断するに当たっては、弁護士職務基本規程の各条

項を知っているだけでは解決できない場合も多く発生する。

このため、弁護士は規程に精通するだけでなく、その根底に流れる弁護士の職務に対し社会が期待する「3つの機能」を十分理解するとともに、これらの機能相互間の関係を理解しておかなければならない。

3 公益的機能と代理人的機能

弁護士職務基本規程1条は「弁護士は、その使命が基本的人権の擁護と社会正義の実現にあることを自覚し、その使命の達成に努める」としており、弁護士法1条1項も同様の規定をおいている。

この条項によれば、「基本的人権の擁護」と、「社会正義の実現」は、弁護士の使命として並列的に掲げられているようにも考えられる。

しかし、弁護士法3条によれば、「弁護士の職務」は、「当事者その他の」 「依頼」により、「…法律事務を行う」ことである。

弁護士は「依頼者」のために法律事務を行うものであって、これを離れてその職務を行うものではない。すなわち、弁護士法1条は、(依頼者の)基本的人権の擁護を職務として行うことにより社会正義を実現することが、その使命であることを唄っているものである。

したがって、弁護士は依頼者からの依頼により、依頼者の基本的人権を擁護するために「代理人的機能」を果たすことに努めた結果、「公益的機能」を果たすことができる、と言うべきである。

弁護士の職業的行動規範を考える際、その職業としての性質を離れてこれを論ずることができないのは当然のことである。そして、職業としての弁護士業務は依頼者の存在を離れては成立し得ないのであるから、依頼者の利益を離れて、あるいはこれを損なってでも「公益的機能」を果たすことが要請されていると考えることは、いかなる論拠を以ってしても首肯しがたいところである。

したがって、弁護士の「公益的機能」の要請は「代理人的機能」の要請の前には後退をせざるを得ない。

しかしながら、「代理人的機能」を第一義に考えるとしても、依頼者の利益のためならば、弁護士は「公益」あるいは「社会正義」を無視して何を行ってもよいわけではない。

弁護士は、不当な事件の受任は禁止され(規程 31 条)、裁判の公正及び適正手続の実現に努め(規程 74 条)なければならず、偽証のそそのかしや、虚偽と知りつつ証拠を提出することも禁止される(規程 75 条)。また、弁護士は、怠慢により又は不当な目的のため、裁判手続を遅延させてはならない(規程 76 条)。

これらは、いかに弁護士がその職務上依頼者の利益を擁護するためとはいえ、違法、不当な活動を弁護士が行うこととなると、弁護士業務に対する社会からの信頼が失われ、社会から職業としての弁護士業が容認されなくなり、かくては人権の砦としての弁護士の存立の基盤がなくなってしまうからである。

* 「社会からの信頼」の意味、また「社会からの信頼」と弁護士という職業の存立の基盤との関係については「信頼」に関する項で詳しく述べることとし、ここでは旧来漠然と説明されてきたことを前提に論を進めることとする。

とはいえ、前述したとおり、職業としての弁護士業務は依頼者の利益を擁護することとはなれて独立に観念しうるものではないのであるから、この「公益的機能」への要請からくる制限は、依頼者の利益を損なうものであってはならない。

弁護士職務基本規程も「不当な事件」「不当な目的のため」あるいは、偽証のそそのかしなど、「不当」「違法」な行為を禁止しているものであって、裁判手続の遅延についても、依頼者の「正当」な利益を擁護するために行われるものまでも禁止するものではない。

弁護士職務基本規程において「公益的機能」を要請している条項自体に、「違法」「不当」な場合に「公益的機能」が要請されていると規定している、その規定の仕方からも「代理人的機能」を「公益的機能」に優先させている

ものと言えよう。

このことは、今回の制定に際し、もっとも議論となった「真実義務」についての条項においても明らかとなっている。

弁護士倫理7条に独立に規定されていた「真実義務」は、職務基本規定5条の「信義誠実」の条項に、「誠実かつ公正に職務を行う」についての修飾語とされた。

独立した条項であった時代には、同条項は「公益的機能」の発現の条項と解する余地もあったが、今回の職務基本規程の制定により、「真実の尊重」は、依頼者に対する誠実義務の一部をなすものとして、「公益的機能」の発現条項でなく「代理人的機能」「保護者的機能」の現われと解すべきものとなったと言うべきである。

4 代理人的機能と保護者的機能

「公益的機能」と「代理人的機能」についての関係は上述のとおりであるが、「保護者的機能」との関係はどのように捉えるべきであろうか。「代理人的機能」「保護者的機能」は、ともに弁護士の職務の前提である「依頼者の利益」に視点をおいているが、依頼者の「自己決定権」を最も重視する立場からは「保護者的機能」と言っても、最終的に弁護士の活動の結果を被るのは依頼者本人であり、「保護者的機能」は、依頼者のために、弁護士がその専門的知見により「説得」を試みるところまでであり、最終的に弁護士の「説得」が功を奏さなかった場合には依頼者の意思に反して弁護士が行動することは許されないとするため、「保護者的機能」は「代理人的機能」に収斂され、独自の機能としては取り上げないこととなる。

これに対し、依頼者に「自己決定権」があることは認めるものの、弁護士が事件を受任し、これを処理していくにあたっては、その場面場面において知りえている情報に限りがあり、それら情報を分析し、事件の見通しを立てる点においては、弁護士の知識、経験による判断能力が依頼者の判断能力を上回っているとして、弁護士に、依頼者の「自己決定権」に優先する「決定

権」を認める立場がある。この立場からは、弁護士に「代理人的機能」をこえた「保護者的機能」を認めることとなる。

弁護士職務基本規程が20条において、「弁護士は、事件の受任及び処理にあたり、自由かつ独立の立場を保持するように努める」と規定していること、21条において「弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努める」と、「良心に従う」事を要請していること、刑事手続上、被疑者・被告人の手続上の権利とは別に弁護人独自の権利を認めていること等をその論拠とするものである。

5 保護者的機能と公益的機能

「保護者的機能」は上述のとおり、「依頼者の利益」の視点から考察されるべきものであるが、その論拠とされる職務基本規定20条の、「自由かつ独立の立場の保持」を、「公益的機能」を規定したものであると論述されることがある。

また、弁護士は依頼者が「公益」に反した利益追求をおこなわないよう、依頼者を説得、指導する「保護者的機能」を果たすべきであり、20条の自由かつ独立の立場とはそのような立場をさすとの説明がなされることもある。

前述したとおり、弁護士の職務は依頼者からの委任を離れては成り立ち得ないものであり、同条は「(依頼者の正当な利益のためには)自由かつ独立の立場の保持に努める」事を規定したものと解すべきであって、「(公益的機能を果たすために、依頼者の利益を損なってでも)自由かつ独立の立場を保持」することを規定したものではない。

また、20条は、第3章(依頼者との関係における規律)に規定されていることから、依頼者からの委任を前提としたものであり、受任者としての弁護士が「委任者の利害から」はなれて「自由かつ独立」に「公益的機能」を果たすとすれば、私法上の委任契約上の義務を履行しなくて良い場合があることを、弁護士会の会規にすぎない弁護士職務基本規程により認めていることになってしまう。

以上のとおり、「保護者的機能」はあくまでも依頼者の利益擁護の目的の下で認められる機能であって、「公益的機能」とは厳然と一線を画されるべきものである。

第3 解釈指針としての「信頼」

1 弁護士に対する2つの「信頼」

依頼者からの「信頼」がなければ依頼者はそもそも業務を依頼しないであろう。また社会からの「信頼」がなければ、人権の擁護、社会正義の実現という崇高な使命を果たすことはできない、と言われる。

また、弁護士職務基本規程の解釈にあたり、「依頼者からの信頼」「社会からの信頼」とのキーワードが多用される。

「依頼者からの信頼」と言う場合、その信頼に二通りの方向性があることについての吟味が充分になされていないきらいがある。また、「社会からの信頼」喪失を防止するため、「弁護士はその職務を行うにあたり、社会正義に反することは禁止される」と論述される場合にも、その論述が果たして弁護士の職務を行う上での規範である弁護士職務基本規程の解釈指針として充分吟味されているか疑問なしとしない。

2 依頼者からの信頼

(1) 弁護士法3条1項は、「弁護士は、当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱によって、訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申し立て事件に関する行為その他一般の法律事務を行なうことを職務とする」と規定する。

ここで規定されているとおり、弁護士は「依頼」又は「委嘱」によりその職務を行うものであり、当然「依頼」又は「委嘱」をする特定の個人もしくは団体をその職務の前提としている。

事件の代理あるいは法律事務の処理を「依頼」又は「委嘱」を行う個人も

しくは団体は、弁護士の職務が「依頼」又は「委嘱」の趣旨に従って行われることを期待している。弁護士もその趣旨に従い職務の遂行を行う。

(2) 弁護士の職務は、その専門性が高いゆえに職務遂行上弁護士の裁量に任される部分が多い。このため「依頼人」は、弁護士が依頼した趣旨（多くの場合には依頼人の利益の確保）に最も合致するように職務遂行が行われるであろう事を信頼して依頼を行う。

かかる信頼なしには、依頼者は弁護士に職務遂行を依頼しないであろう事から、弁護士の職務は「依頼者からの、弁護士は依頼者の利益に沿うように職務遂行を行ってくれるものだとの信頼」により成り立っていると言える。

(3) 「法律のことは良くわからないので、弁護士に任せておけば間違いないだろう」という依頼者の言葉は、依頼者から弁護士に対する「信頼」を端的にあらわすものである。

この言葉の中には、前記の意味における「信頼」をあらわすと同時に、「弁護士に任せておけば、依頼者本人が違法行為を行う、不当な利得を得る、あるいはそのような不名誉な評判を受けるような事態に陥らないであろう」という「信頼」もあらわしていることを忘れてはならない。

(4) 「依頼者からの信頼」には、「依頼者の利益追求の代理人としての信頼」と「法（のり）を超えないための水先案内人としての信頼」の二つの方向での信頼があると言うべきである。

ただし、この二つの信頼は具体的場面においては互いに対立し、弁護士の行動を反対方向に導く可能性のあるものである。また依頼者の期待する「超えてはいけない法（のり）の基準」も依頼者により異なっている。

(5) さらに、弁護士が職務を遂行するうえで、「依頼者からの信頼」とともに「依頼者との信頼関係」が重要であると説かれる。それにとどまらず、「依頼者との信頼関係」は、弁護士職務遂行の必要不可欠の前提であるとまで言われることもある。

前記の意味での「依頼者からの信頼」に基づき職務が行われることが必要

であることは当然であるが、ときに、「依頼者との信頼関係」を、弁護士と依頼者との全人格的信頼関係であるかのように誤解されている場合がある。

前述のとおり、依頼者は、弁護士の法律専門家としての裁量や法律専門家としての水先案内を、期待し信頼しているものである。全人格を信頼できなければ職務を依頼しないというものではない。誤解をおそれずに言うならば、依頼者は、人格高潔であっても法律的素養のとぼしい弁護士よりも、人格に難があっても法律的素養の優れた弁護士を選択するのである。

もとより、人格・法律的素養ともに優れ依頼者からの全幅の信頼を寄せられればこれに勝ることはないが、これは、弁護士が職務を行ううえでの必要不可欠な前提ではない。

もっとも、「依頼者との信頼関係」があれば、依頼者が不利、不当な方策を選択しようとした場合に、弁護士の説得によって有利・適正な方策を選択することが容易になるというように、「依頼者との信頼関係」は弁護士が職務を行ううえで重要な要素であることは間違いない。

しかしながら、前述のとおり、弁護士の職務は依頼者が弁護士の法律的知識や技術、そしてこれらを依頼者のために駆使してくれるという信頼があれば遂行できるのであって、相互間の信頼関係を必要不可欠の前提としているものではないのである。

3 社会からの信頼

(1) 弁護士は法律に関する高度の専門性を持ち（弁護士法2条）、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力する（弁護士法1条2項）ことにより、人権擁護と社会正義の実現（弁護士法1条）に寄与している。

弁護士法にこれら条項が規定されたのは以下の理由による。

① 人間が社会生活を営む上において法律制度は必須のものであるが、完璧な法律制度は望むべくもなく、弱者、少数者等の人権が侵害される危険性は常にあり、これらの人の権利擁護もまた社会の維持のためには必要である。

② 変化する社会にあっては、法律制度は常に改善の道を模索しつづけねばならないが、既存の法律制度の内部に組み込まれたところからは、必要なる改善の原動力は発生しにくい。

③ 刑事事件は、法律制度を運営する国家権力により刑罰権が発動される場面であり、これが恣意的になされないためには、法律制度を整備したのみでは防止できず、適正な手続が保障されるよう、法律制度を運用する組織外からの監視が必要である。

人類の歴史のなかから学び取られた上記3点の要請にこたえるために、法は法律制度を運用する組織の外に、法律に精通した職業集団としての弁護士の存在を、社会に必須のものとしたのである。

弁護士は、社会におけるその存在の重要性、必須性を認識し、職業としての弁護士業が社会の中に存在しえなくなる事態を招かないようする義務を負っていると言うべきである。

(2) 弁護士に対する「社会からの信頼」という場合、弁護士が抽象的に「社会正義の実現」「社会秩序の維持」に貢献しており、このため「信頼」され、かかる「信頼」が弁護士の職務の存立の基盤である、との説明がなされることがある。

弁護士にとっての「社会正義の実現」「社会秩序の維持」は抽象的概念としてのそれではなく、上記3点を踏まえたものであることを理解しなければならない。

この3点の要請は、歴史の中から社会が弁護士に負託したものであり、この負託に応えた結果「社会正義の実現」「社会秩序の維持」が現実のものとなるのであって、これが現実化されたとき弁護士が得るのは、社会からの「尊敬」あるいは「信望」である。

弁護士が個別事件において「負託」に応えられることができず「尊敬」あるいは「信望」が得られなかったとしても、それがすなわち、職業としての弁護士業の基盤を失うこととなるわけではない。

弁護士が、法律に関する高度の専門性を利用し、違法、不当な行為に左担し、人権を無視し、社会秩序を破壊してしまうこととなれば、その高度の専門性は社会にとり害悪となる。

このため、法は法律業務を弁護士の資格を持った者に独占させ、かかる害悪により社会が破壊されることを防止しようとしている。

個別事件においても、弁護士がかかる業務遂行を行えば、これこそまさに「社会の信頼」を失い、その職業的基盤を危うくすることとなる。

4 解釈指針としての「信頼」の使用上の留意点

以上述べたところより、弁護士職務基本規程の解釈にあたっては、「依頼者からの信頼」には二つの方向性があることを理解した上で使用することが必要であり、また「依頼者との信頼関係」の存在が職務遂行に不可欠だという誤った理解を避け、さらには「社会からの信頼」を使用する場合にも「社会正義」「社会秩序」は唯一普遍のものとして存在しているわけではないこと、弁護士は変化する社会にあって、あるべき「社会正義」「社会秩序」を不断に追求することが要請されていることを念頭におかなければならない。

「社会正義の実現」「社会秩序の維持」「社会からの信頼」とのキーワードは安易に使用すべきではないであろう。