

基調報告

弁護士の本懐

森際 康友

名古屋大学法科大学院

1 問題の所在

弁護士が依頼者から預かった金員を着服したとき、その弁護士は依頼者の私益を侵害しているだけでなく、弁護士一般、弁護士制度、ひいては司法制度に対する信頼を傷つけ、公益を侵害している。弁護士が職務上行った行為¹には、常にこの二重性が伴う。弁護士による権利侵害は弁護士一般に対する信頼を損なうので、私人による侵害よりも遙かに深刻である。それは社会の安寧、そして権利が保護されている社会状態（＝社会正義）に対する制度的であるがゆえに公共的な侵害になるのである。つまるところ、司法制度に対する信頼を裏切ることによって、弁護士は社会正義を犯すのである。

事件が減って昔のような生活がしづらくなつた、でもこれまでの生活水準を下げられない、だからほんの暫くお借りするだけのつもりで依頼者の金に手をつける。こうして、この弁護士は、目先の利益のために弁護士制度、ひいては司法制度という国民的財産（＝公共財）を損ねてしまう。

個々の弁護士が私益のために公益を損なう事態を極力減らすにはどうすればよいのか。これが問題である。

2 どうすればよいのか

不正は是正しなければ、正義は回復できない。では、どうすればよいのか。

正義という公益（公共財）の回復に必要な是正措置であるから、一般的処方箋としては、非行を働いたものへの制裁（矯正的正義）と被害者の補償（分配的正義）であろう。アリストテレスは、矯正や分配といった特殊正義の措置を施すことによって、正義が回復した社会状態を「一般的な意味での正義」と呼んだ。社会が正義に適っているとき、人々は順法だけで、つまり法に従って生活するだけで正義を行うことができ、社会正義が実現する。現代風に言い換えれば、市民が互いの権利を尊重する生活を続けるだけで、持続可能な社会正義が実現している、というのである。正義とは、第一義的には、この通常の、日常的な社会状態を言う、というのがアリストテレスの喝破したところである。正義を現実にはあり得ない迂遠な理想状態と捉えるのは、正義の活用が乏しかった歴史を持つ社会に特徴的な事象である。

弁護士による横領の場合、この弁護士による犯罪を公知のものとし、しかるべく処罰す

¹ この事案のように、職務の過程における明らかに依頼者の利益に反する行為も「職務上」と見るべきである。要は、弁護士でなければできなかったかどうか、である。

る。また、被害者の補償を、犯罪被害者の保護制度、あるいは例えば日弁連による依頼者保護基金を設立し、これによって行う。正義が高度に実践されている社会では、こういったことになる。

しかし、これで十分だろうか。この弁護士が食い詰めた場合、年金も、助けてくれる家族も友人もなければ、再び三たび、同じことをするしかあるまい。アリストテレスが描いた伝統的な正義観とそれに伴う正義感覚には反するが、不正を働いたものには鞭だけでなく飴も施さねばなるまい。例えば、年金相当の生活支援を弁護士会が行い、生活を保障することによって、新たに事件を受任しないですむようにして依頼者に迷惑をかけないようにすることとか。このような弁護士が続々と現れてはたまらない。弁護士会は、若い頃から老後に備えて生活設計をしておくよう、新人弁護士には弁護士倫理研修と並んで、各種の研修を通して老後の生活保障の方法や事務所経営の基本、とくに経理のイロハを叩き込むことになる。

これらの措置は何を意味するのであろうか。それは、弁護士が、個人としてのみ責任をとったりとらなかつたりするのではなく、弁護士会の一員として（自身を含め）個々の弁護士の行態について一定の範囲内で社会的責任をとる、ということである。つまり、問題が公共的たらざるを得ないものであるが故に、その対処も個人に任せるのではなく、制度的公共的に対応する、ということである。

本年度のシンポジウム題目は「**弁護士の本懐**」である。これはともすれば、弁護士個人の心意気、といった具合に捉えられがちであるが、それはちがう。正確には、「私たち弁護士の**本懐**」である。それは副題「**弁護士の職業的役割と責任**」を見ればさらに明確であろう。弁護士である以上、個々人の弁護士としての行態や心意気は、個人的なものではすまない。既に見たように、個人的に思われるものも、弁護士一般、そして弁護士が重要な担い手である司法制度の問題たらざるを得ない。

個々の弁護士にとって、弁護士制度、司法制度、ひいてはこれら司法権を実現する制度がますます重要になりつつある立憲国家、人民主権の統治システムは、私のものではないが私たちのものである。むろん、一市民としてもそのように言える次元があるが、弁護士においては、その職務自体が「**私たちが担う公共制度**」と言えるようにしている。「**私たち弁護士が担う公共制度は、正義を提供する司法制度である。それが不断かつ永遠に、よりよく正義を提供できるように保つのが弁護士の**本懐**である。**」弁護士の**本懐**を言葉にすれば、このようになるはずである。

3 弁護士というプロフェッションの公共的責務

弁護士の**本懐**は、弁護士個人が単独で持てるものではない。弁護士団体、およびこの団体を統べる社会規範や伝統、習わしが不可欠である。欧米人が「**エスプリ・デュ・コール esprit de corps**」と呼ぶものが共有されて初めて弁護士の**本懐**は実在しうるのである。

弁護士会はまさにそのような集団である。かつてそれは“**Genossenschaft**,” 「中間団

体」と呼ばれた。それは正義という公共財提供を目的とする自律的中間団体で、現代風に言い換えれば、弁護士会は最古最大の NGO である。それは、中世の他のプロフェッション団体と同様に、三つの特長を持つ。すなわち、①絶えざる研鑽と勉学によってのみ得られる高いレベルの技術、知識、倫理をもつ会員からなる、②その集団を律する自治規範の体系がある、そして③会員のレベルを向上させ、かつ、後継者を養成する教育研修システムが機能している、のである。こうして弁護士会は質の高い弁護士業務の社会的存立を保障し、その権威が十分に高ければ、業務の独占すら許される。

なぜか。それは公益の実現をこの集団に独占させた方が、そうしないよりも一般の国民を裨益すること大であるからだ。医師の団体についても同様のことが言える。プロフェッショナルリズムを保障する団体の存在理由は、それぞれの団体が得意とする公共財の提供能力に依存するのである。弁護士会については、法律事務の独占も、職能団体としての特権も、司法制度を支える限りで、究極的ステークホルダーである国民の利害（公益）に適う限りで、公共道徳的に正当化されるのである。弁護士団体の場合、それがよく提供する公共財を、単なる「公益」と言ってそれ以上追求しない風土がわが国にはあるが、いかなる公益であるかを語り出すのを憚ってはならない。弁護士会のみがよく提供できるのは、正義、社会正義²という公益である。

むしろ、それは弁護士会が単独で提供できるものではない。弁護士による社会正義は、司法制度の他の主要プレーヤである裁判官、検察官とのシステムの（非自発的）協働によってのみ可能である。法曹三者はそれぞれの団体利益を実現するために司法制度の運用に協力する。法律解釈をめぐる、事実認定をめぐる、何が正義かが争われた場合、統一見解を出すことによって、その国では何が正義かを明らかにする。その際には、非合理的な決定は許されない。法的決定は、いつでもどこでも誰に対してでも通用する公共的理由に裏付けられた、公共的決定でなければならない。この公共的決定をよりよくできる人材の輩出、そうでない人材の淘汰が弁護士会の社会的責務なのである。

このように分析すると、法曹の倫理が、究極的ステークホルダーである市民を代表する**依頼者**、事件を受任する**弁護士**、その弁護士が所属する**弁護士会**、この**三者**が、**正義を提供する社会システムである司法制度 (system of justice)** においていかなる役割を果たすべきかを明確にする規範体系として機能するのは明らかである。

² 「社会正義」は、ことばが示すとおり、社会・共同体について言われる。したがって、「いかなる社会状態が正義に適っているのか」という問いに答える形で説明するのが適切である。その応答はシステム論的に、あらゆるシステムがもつ三要素を挙げることによってなされる。すなわち、①システムの目的（法システムの場合、構成員が平等であると観念され、各人の権利が平等に保障されている状態の存立と発展）、②その目的実現を志向するメカニズム（立法によって成立し、行政により執行され、司法により解釈を一義化し、武力によらず紛争に終止符を打つ制度たる自由民主的法制度）、③このメカニズムのアウトプット（法律等・行政行為等・判決等）である。このメカニズムとそのアウトプット、さらにその社会的効果（奴隷の平和と異なり、構成員がサポートしたくなる公正な社会の平和、公正な社会がもたらす闘争動機の削減、結果としての安心立命）の存在が、社会正義の実態を語る。

4 方針—公益（依頼者の正当な利益＝権利）と弁護士の私益との重ね合わせ

法曹の専門職倫理の本質を一言で言えば、それは究極的ステークホルダーである市民を代表する依頼者の正当な利益（ミクロ的に見れば依頼者の権利、マクロ的に見れば社会正義という公益）を実現するための規範体系である。この機能的定義から、人はともすれば「法曹倫理は倫理・道徳であるから、当然に我慢、自己犠牲を要求する。公益のためには弁護士の私益を抑圧せねばならない、『滅私奉公』である」と観念しがちだ。しかし、これは大きな間違いである。弁護士の正当な利益もまた権利であり、したがって尊重されねばならない。決して無視してはならない。

では、どうすればよいのか。公益と弁護士の正当な私益とが両立するようにしなければならない。いわば両者のベクトルが同じ方向を向くように制度設計し、解釈運用しなければならない。両者がうまく重なったときには、相乗効果が期待できる。倫理体系の設計や運用にあたってはこれがポイントとなる。さもなければ、公共道徳規範には実効性が期待できず、単なるお題目に堕してしまう。

したがって、法曹倫理については、その制度設計、解釈運用の方針は、依頼者の正当な利益（＝権利）に代表される社会正義という公益を同定・決定し、これに弁護士の私益を重ね描きする、ということになる。

5 むすびに代えて—戦略 2016

2016年のこのシンポジウムは、戦略として、正義（＝権利尊重）という公益に弁護士の私益が重なるようにするために必要な多様な考察を、手のつけられるところ、つけやすいところから始めることとした。これは、法制度にかかる公私の利益を制度的に調整するという課題に取り組んできたこの研究会の、この一年間の活動報告でもある。

第1部では、「依頼者－弁護士関係の本質規定」という観点から、「大陸法的な契約概念で説明できない公益的配慮義務があるのか」を問い、「コモンローという信認関係には公益配慮義務を含めうるのか」を検討した上で、「会社の顧問弁護士が内部通報窓口を兼務してよいか」という問いに対して内部通報窓口にかかる契約だけで公益配慮義務を説明しきれぬ、という立場から問題提起が行われる。

第2部では、わが国と米国それぞれで、この問題を考える実益を念頭に置きながら、日米の比較研究ができる議論が提供される。

第3部では、企業社会に焦点を絞り、そこでの公益配慮義務の位置づけを問う。企業の社会的責任(CSR)、コンプライアンスが強調される今日、「公益配慮義務は契約の内か外か」という問い自体を相対化する大状況把握が示唆される。

最後の〈まとめ〉では、弁護士の依頼者への誠実義務と公益配慮義務の関係について、既存の学説を踏まえ、立憲民主制の本質的属性にかかる仕方で問題提起が行われる。

いずれについても会場を巻き込んで大いに議論し、シンポジウムの実をあげたい。