

### Ⅲ 司法制度と弁護士

#### 1 弁護士自治の現状と課題

弁護士自治は、それ自体が目的なのではなく、弁護士の職務の独立性を維持・実現するための手段にすぎない。そして、弁護士の職務の独立性は、弁護士がその使命を果たすため、つまり依頼者の利益や憲法が価値を付与した公益を実現するためにある。弁護士自治は弁護士の利益のためにあるのではなく、弁護士が使命を果たすために法が付託したものである。

弁護士は多様化しているが、そのアイデンティティは、独立性を保ちつつ、高度な職業倫理を守ることにある。

強制加入制は、弁護士会以外の団体にも認められているものであるが、弁護士会と決定的に異なる点は、懲戒権の有無にある。強制加入制と弁護士自治は同義ではないが、前者は後者を維持するための前提となるものである。

弁護士自治が認められた弁護士会は、会員の専門職としての資質の維持向上、適正な登録手続・懲戒手続の運用、会員に対する指導監督という役割を果たしていかななくてはならない。

##### (1) 弁護士自治の定義

「弁護士自治」とは多義的に用いられることが多いが、一般的には、弁護士の資格審査や弁護士の懲戒を弁護士階層の自律に任せ、またそれ以外の弁護士の職務活動や規律を、裁判所、検察庁又は行政官庁の監督に服せしめない原則をいい、ここでもそれを前提とする。

弁護士自治は、弁護士の弁護活動が国家権力、社会的圧力等から侵されないため、すなわち、弁護士の職務に独立性を保たせるために認められている。つまり、弁護士自治は、それ自体が目的なのではなく、弁護士の職務の独立性を維持・実現するための手段にすぎない。弁護士自治を守るために、弁護士の職務の独立性が害されることになればそれは本末転倒ということになる。

##### (2) 誰のために弁護士自治があるのか

それでは、なぜ、弁護士の職務の独立性が維持・実現されなければならないのか。

それは弁護士の職務の独立性が保たれなければ、弁護士の使命（つまり法が弁護士に対して求めていること）を果たせないからである。そして、弁護士の使命とは、弁護士法1条で定められた基本的人権の尊重と社会正義の実現である。これは言い換えれば、依頼者の権利・利益を図ると同時に、公益を実現することを意味する。弁護士は、依頼者から委任を受けて職務を行ない、依頼者の利益の実現のために最大限の努力をしなければならないが、依頼者の利益が公益を害するものになってはならない。職務基本規程5条が「弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行なうものとする

る」とした上で、同 21 条が「弁護士は、良心に従い、依頼者の正当な利益を実現するように努める」と定めているのは、そのためである。

弁護士自治は、前記のとおり弁護士の職務の独立性を維持・実現するためのものであるが、弁護士の職務の独立性は、弁護士のためにあるのではなく、依頼者の利益と公益のためにある。依頼者の利益や公益と、弁護士の利益が相反した場合は、依頼者の利益や公益が優先されるのは当然のことである。そうすると、弁護士自治は弁護士の利益のためにあるのではなく、依頼者や公益のためにあることになる。むろん、公益と言っても社会の多数派のために弁護士自治があるものではない。例えば、社会的に非難される刑事被告人の弁護人になった弁護士の弁護活動に対してマスコミ等から非難がなされたとしても、当該弁護人の弁護活動の職務の独立性は守られるべきである。被告人の権利を最も守ることができるのは、弁護人だけであり、それを日本国憲法が保障しているからである。つまり、ここで公益とは、憲法が付与した社会の価値を指すものである。極悪人を弁護したという理由で、当該弁護人に懲戒請求がなされた場合でも、弁護士会は「弁護士自治」に基づき懲戒について適正な判断をすべきである。それは弁護士を守るというよりも憲法の価値を実現するために、懲戒についての適正な判断をするのである。このように弁護士自治は、弁護士の利益のためにあるのではなく、法が弁護士に付託した使命、つまり依頼者の利益や憲法が価値を付与した公益を実現するためにある。

### (3) 弁護士の変容、多様化と弁護士自治

#### ア 弁護士の多様化とアイデンティティ

弁護士人口の増加や社会構造の変化に伴い、弁護士のあり方自体が変容している。従前は少なかった組織内弁護士は急増し、国の機関から雇用される法テラスのスタッフ弁護士も現われている。また、弁護士の数が数百人という大規模事務所も登場し、そこで勤務する弁護士は、その働き方や意識が従前の勤務弁護士とは異なるのではないかとの指摘もある。他方、本来弁護士が提供すべき法的サービスの分野に民間の業者が登場している。この背景には弁護士がサービスの担い手として機能していないとの指摘もある。このような弁護士のあり方の変容や多様化が弁護士自治にどのような影響を与えるのだろうか。

そこで、まず、従来からの弁護士像とこのような新しいタイプの弁護士像は、どこに共通項があるのか、弁護士のアイデンティティとは何なのかについて考える。

いかなるタイプの弁護士であれ、その者が弁護士である以上、法が付託した弁護士の使命を果たす者でなければならない。そして、弁護士が依頼者の利益と公益の実現という使命を果たすためには、独立であり、倫理を守るものでなければならない。この独立性と倫理性が弁護士としてのアイデンティティである。つまり、弁護士である以上は、一般的（伝統的）な弁護士（自ら事務所を構えた弁護士）であれ、大規模事務所に雇用された勤務弁護士であれ、法テラスのスタッフ弁護士であれ、企業や官庁、自治体に雇用された弁護士であれ、このいずれにも共通するのは、これらの者は皆、独立性と倫理性を有することが義務づけられているということである。このことは、弁護士の資格を

有しない企業の法務部で働く法務部員は、いかに法的素養が備わっていて、能力が高かったとしても、弁護士資格に裏付けされた価値を保有していない、つまり、独立性を保ち、倫理を遵守することが義務づけられていないという点では企業内弁護士と決定的に異なるということの意味する。法的サービスを担う民間業者と弁護士との決定的な違いもここにある。反対に、外国の法曹資格を有する者はわが国の弁護士ではないが、独立性と倫理性を有しているという点では弁護士と共通であり、その意味で独立性と倫理性というアイデンティティは世界共通の価値（弁護士としてのコアヴァリュー）であるといえる。

以上のとおりであるから、弁護士のあり方に変容が生じているとしても、少なくとも現状において、弁護士のアイデンティティとして独立性と倫理性という価値ですべての弁護士をくくることは可能である。この点、イギリスでのソリシター規制委員会(SRA)、ヨーロッパ法曹協会連合会(CCBE)、国際法曹協会(IBA)が、いずれも同時期に法律家が遵守すべき10大基本原則を発表したことについて「法律専門職のサービス化が進み個人相手のローヤーと大企業相手のローヤーとの間において、事務所の規模、収入、法律サービス提供の在り方等の格差が広がったことから、この両者が同一の規範に服することの是非が問題とされたので、ローヤー共通の根源的価値を強調し、その一体化を図るものと考えられる」との指摘がある。他方で、弁護士の多様化により弁護士に単一の倫理を適用することは可能なのか、「法律事務」を統一的定義で説明することは可能なのかといった指摘が米国においてある。

## イ 独立性と倫理性とは何か

弁護士の職務の独立性を脅かすものは、国家権力や社会的圧力等の他、依頼者、紛争の相手方やその代理人、勤務弁護士の雇用主たる経営弁護士、組織内弁護士の場合の雇用主や上司、あるいは弁護士自身の利害など、様々なものがある。したがって、弁護士の職務の独立性が意味するものも、ときとして多義的である。対権力の場面で独立性をいうときには、権力による圧力に負けずに信じるどころを貫くことが職務の独立性である。他方で、例えば、依頼者が違法なことをしようとしているのに、依頼者の言いなりになるという場面では、独立性だけではなく、倫理性も問題となり、独立性と倫理性の境界はあいまいになる。独立性は、権力に屈しないという意味合いの他に、本来倫理で求められている、あるべき職務を歪められないという意味でも用いられる。

また、組織内弁護士には独立性がないのではないかといった議論がなされることがあるが、前記のとおり、組織内弁護士でなくとも、弁護士の独立性を脅かす要因は様々である。特定の依頼者からしか依頼のない弁護士は、その依頼者に経済的に依存しており、組織内弁護士よりもこのような弁護士の方が独立性がないのではないかといった議論から示唆されるとおり、独立性があるのか、ないのかといった議論はあまり建設的なものではない。むしろ、弁護士の独立性を脅かす要因は様々であり、どのような弁護士であれ、完全に独立であることは極めて難しいことを前提に、どのようにすれば、弁護士の独立性を保つことができるのか、そのために弁護士会は何をすべきなのかを考えるべき

である。

#### ウ 弁護士モデル論の意義

ところで、弁護士の役割についてモデルを用いて議論することがある。在野モデル、プロフェッションモデル、法サービスモデルという3つモデルを弁護士の役割の歴史的な変遷とともに説明するものである。1970年以降在野モデルに代わるものとしてプロフェッション論が脚光を帯びているが、法サービス論からの批判もある。この弁護士モデル論は、弁護士のアイデンティティの議論とは些か議論の視点が異なるものであるし、弁護士のあり方が変容して多様化してくると、少なくとも単一のモデルでは説明が困難になる。弁護士の役割やアイデンティティを特定のモデルで説明することは今後いっそう困難となり、モデル論自体の意義が薄れていくことになるのではないか。「弁護士とは何か」との問いに対して、今後は「弁護士はプロフェッションである」ではなく、「弁護士とは独立性と倫理性をもつ者をいう」という回答がなされることになるろう。

以上のとおり、弁護士のあり方が変容し、多様化したとしても、弁護士のアイデンティティが変わらないのであれば、弁護士自治のあり方も変わらないというべきである。つまり、弁護士が多様化しても、弁護士が共通のアイデンティティを有している限り、弁護士の職務の独立性を保つために、弁護士会が行なう資格審査、懲戒、指導監督のあり方は変わらないのである。

#### (4) 強制加入制と弁護士自治との関係

弁護士会は強制加入団体であり、弁護士は弁護士会及び日弁連に加入しなければ弁護士としての職務を行なうことはできない。この強制加入制と弁護士自治とはいかなる関係にあるのか。

わが国において強制加入制をとっている専門職団体は、弁護士会だけではない。他に、弁理士、公認会計士、司法書士、行政書士、税理士、社会保険労務士、土地家屋調査士の7資格において強制加入制がとられている。それでは、なぜ専門職に資格の付与だけではなく、専門職団体への加入を強制するのだろうか。国家試験に合格して国家資格をとっただけで専門業務を行なうことができない理由はどこにあるのか。

もとより、国家による資格付与の趣旨は、その職業が高度の専門性、公共性をもつ場合には国民の権利（生命、身体、財産）が守られるように、一定の能力を有すると国家に認定された者に資格を付与するものとし、資格がない者にはその業務に従事することできないものとしたものである。

この国家資格の付与に加えて、専門職につき強制加入制とした趣旨は、専門職能としての資質の維持・向上（知識・技術の習得、職能倫理の確立）のためにあると考えられている。すなわち、一定の専門職には業務の性質上、国が監視するのは限界があること、業務の個別性、専門性により、市場原理でのみ淘汰されることで適正化が図れないことから、その専門職の業務の適正化、資質の向上のためには、専門職団体による自主的規律が好ましく、専門職団体において会則を制定して会員を指導監督し、その品位の向上、能力の増進を図るものとしたのである。

弁護士以外の7つの専門職の強制加入制の具体的な内容は、第1には、強制加入制により当該専門職の信頼や会の秩序を害する者を入会させないことができるという登録制度、第2には、業務の規範（行動準則）の制定、注意・勧告という指導監督制度である。ただし、弁護士以外の7つの専門職の強制加入団体には会員に対する懲戒権は行政側にあり、専門職団体にはない。

この懲戒権が専門職団体にはないという点が弁護士会とその他の7団体との違いである。これはすなわち、強制加入制だからといって完全な自治権があるわけではないということの意味する。弁護士自治は、懲戒権が弁護士会にあることによって初めて成り立つものである。もちろん、強制加入制がなければ、弁護士会はすべての弁護士に対する懲戒権を行使できない。したがって、強制加入制は、弁護士自治の前提になるものではないが、弁護士自治そのものではないと整理することができる。

## (5) 弁護士自治が認められている弁護士会が社会に果たすべき役割

### ア 弁護士会の3つの役割論（機能）

弁護士会の性格については、その社会的機能に着目して、①行政機関的機能、②公益的機能、③同業者団体（専門家団体、職能団体ともいうがここではこの語を用いる）としての機能の3つの機能、団体としての性格があるとの指摘がなされてきた。①の行政機関的機能とは、本来資格を付与する国家が行うべき、弁護士の登録手続および懲戒手続が弁護士会によって行われていることを指し、②の公益的機能とは弁護士会が一般の営利団体ではなく公益的役割を期待されている（ないし法により課されている）ことを指し、③の同業者団体としての機能とは、団体一般の法理としての機能を指す。

弁護士会の性格に関する従前からの見解は、弁護士会の公共性や公益的役割に着目して、これを公法人としてとらえ、公法人であるから行政主体性が認められ、登録手続や懲戒手続について行政処分性が認められるとする傾向が強かったといえる。

この点、東地判平成16.2.26（判タ1160号112頁）が従前の解釈とは異なる、踏み込んだ判断をしている。この事件は、弁護士会がその所属弁護士について国選弁護人推薦停止決定をしたことに対して、決定を受けた所属弁護士が裁判所に対して行政事件訴訟法に基づき決定の取り消しを求めた抗告訴訟である。

この裁判例は、弁護士会は共通の職業に就いている者らがその共通の利益を維持増進することを目的とする同業者団体であり、公権力の主体とはいえないから、法律で個別に委任した範囲内で公権力の行使ができるにすぎず、法律による個別的委任がない行為については行政処分とはいえず抗告訴訟の対象にはならないと判示している。要するに、この判決によれば、弁護士会は基本的には前記③の同業者団体であり、法律により個別に委任されている場合のみ①の行政機関的機能を有するにすぎないことになる。

従来 of 弁護士会を公法人と解する見解とは異なり、最近の行政法の研究では、弁護士会の行政主体性を限定的にとらえ、登録手続、懲戒手続は法律により委任されたものとするのが有力であり、この判決もこの流れに沿うものである。

このように弁護士会の性格についての考えは大きな変化が生じようとしている。もっ

とも同業者団体だからといって社会的機能としての公共性や公益性がなくなるものではない。同業者団体が強制加入制度をとる根拠を業務の公共性、そこからくる自主的規律の必要性であると考え、強制加入団体である同業者団体には公共性が認められることになる。特に、弁護士会の場合は弁護士が国家と対峙して弁護活動を行なうことから高い自律性と公共性が認められることになる。

#### イ 弁護士会の会員に対する（対内的）責務

弁護士会は強制加入制をとっており、会員には脱退の自由が認められていない。したがって、構成員の権利保護という観点から、団体自治にも一定の制約が生じる。すなわち、弁護士会はすべてを自由に決められるわけではなく、弁護士会による行為によって会員の権利が著しく制約される場合には、たとえ多数決によって決定された事項であったとしても団体自治の限界とされる場合がある。また、団体内部の運営は民主的になされる必要があり、会運営の仕組み、会員の決定権・発言権が保障されていなければならない。以上のような弁護士会の会員に対する責務は、強制加入制から導かれることとなり、弁護士自治とは関係が薄いと言える。

また、以上の他に、会員に対するサービス提供が弁護士会の責務ともいえるが、これは同業者団体としての問題と整理することができよう。したがって、会員に対するサービス提供は法的責務とは言えず、法的救済を求めることはできるものではない。

#### ウ 弁護士会の国民、社会に対する（対外的）責務

弁護士会は主権者たる国民や社会に対してどのような責務を負うのか。ここでは、弁護士会の強制加入制と国から付与された行政作用から導かれる責務について検討する。

##### （ア）専門職の資質の維持向上

弁護士会が強制加入団体であることから、弁護士会は会員の資質の維持向上をすることがその責務であるとの結論を導くことができる。前記のとおり、専門職の国家試験による資格付与だけではなく、強制加入制がとられたのは、専門職の資質の維持向上は専門職団体に行なわせるのが効果的であると考えられたのであるから、構成員の資質の維持向上のための施策を行なうことこそが専門職団体（弁護士会に限らない）の本来的な責務である。専門職の資質の維持向上のために専門職団体は規律を定め、研修等を行なわなければならない。研修は、会員のためのサービスという面を有することは否定できないが、むしろそれは国民のための責務なのである。研修を義務化すべきか否かの議論はこの視点からなされるべきである。

##### （イ）適正な登録手続、懲戒手続

弁護士会が登録手続、懲戒手続という行政作用を国から委託されていることから導かれる責務とは何か。それはそのような行政作用、特に弁護士に対する懲戒手続を適正に行なうという責務である。行政機関が行なう行政作用が適正になされているか否かは国民によるチェックが必要であり、これは弁護士会が委託された行政作用についても同様である。弁護士会による登録手続や懲戒手続について、裁判所に対する審査請求（裁決取消訴訟）の制度、法曹以外の者が構成する綱紀審査会制度、登録、懲戒

にかかる資格審査会、綱紀委員会、懲戒委員会の外部委員制度、懲戒処分の公告制度等の他、懲戒請求が何人にも開かれていることなどが弁護士会の行政作用に対する国民のチェック制度であるといえる。これらを通じて弁護士会は国民及び社会に対するアカウントビリティを果たしていると言える。

#### (ウ) 弁護士会による指導監督

懲戒手続に至らない弁護士会の弁護士に対する指導監督（弁護士法 31 条）は何に由来するものなのか（強制加入制なのか、行政作用なのか）、また、それがどこまで認められるのかについては、議論のあるところである。

弁護士会の行政作用を国から個別に委託されたものであるという前記裁判例の見解からは、弁護士会の指導監督権は、行政作用ではなく、むしろ同業者団体ないし強制加入制に由来すると考えることになろう。従来、個別の弁護士の職務に弁護士会の介入は最小であるべきであると考えられてきた。個別の事件は受任者である弁護士が最も理解しているのであり、弁護士会がむやみに干渉すべきではないからである。たしかに、個別事件の介入はすべきではないとしても、たとえば依頼者からの預り金の管理について弁護士会が何らの介入ができないというのは不合理である。預り金の保管の仕方では弁護士の当該受任事件の職務のあり方が変わることはないからである。したがって、弁護士会は弁護士による預り金の領得などがなされないことがないように指導監督をすべきであり、そのような責務を負っていると解すべきである。