

新千年紀における法曹の課題

トマス R. アンドリュース*

後 藤 昭***監訳

- I はじめに
- II 法専門職の統一性に関する課題
- III 現代の法律事務所に関する課題
- IV 法的サービスへの需要がもたらす課題
- V 現代の規制環境がもたらす課題

I はじめに

本稿では、新しい千年紀を迎えた現在、法曹が直面する4つの「倫理的」課題について論じる。これらは現在合衆国内の法曹が直面している課題である。また、短期間ながら私が日本に滞在した経験によれば、日本の法曹も同様の問題に直面しているものと思われる。これらの問題を論じる中で、合衆国における最近の法曹倫理に関する発展にも言及する。

私がこれから論じようとする課題は、以下の4つである。

1. 法曹の統一性に関する課題。
2. 現代の法律事務所に関する課題。
3. 法的サービスへの需要から生じる課題。
4. 現代の規制環境から生じる課題。

※ Thomas R. Andrews ワシントン大学法科大学院教授・元一橋大学法学研究科総合法政策実務提携センター客員教授。本稿は、2003年2月21日に日本弁護士連合会と同センターとが共同で開催したアメリカ弁護士倫理研究会における講演原稿に加筆した論文の翻訳である。英語版は、32 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 37(2004)に掲載されている。

*** 一橋大学大学院法学研究科教授。翻訳を分担したのは、後藤のほかに本庄武、徳永光、山田直子、緑大輔、笹倉香奈である。
【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第3巻第1号2004年3月 ISSN 1347-0388

II 法専門職の統一性に関する課題

ひとつの単純な問いが、出発点である。「法律家は一種類か?」。もちろん、この質問に対する答えは「否」である。法律家の中には、刑事実務の専門家もいれば民事実務の専門家もいる。刑事の実務家は、さらに弁護士と検察官とに分かれている。民事事件の実務家は、多様な専門家の集まりである。すなわち、不動産法の専門家もいれば、知的財産法、家族法、計画的遺産処分法、保健法、環境法、企業法の専門家もいる。また訴訟を扱う訴訟弁護士と訴訟を扱わない法廷外弁護士とに大別することもできる。そして「法廷外弁護士」は（これが唯一の区分の仕方であるというわけではないが）、1つの企業または事業体にフルタイムで雇用されている法律家と、多数の依頼者を抱える法律家とに分けられる。前者には「インサイド・カウンセル (inside counsel)」「イン・ハウス・カウンセル (in house counsel)」「社内弁護士 (corporate counsel)」等、いろいろな呼び名がついている。そして後者は「アウトサイド・カウンセル (outside counsel)」と呼ばれている。

このように法律家がいくつかの種類に分かれ、それぞれの法律家が果たす役割が異なることは、法律家の統一性を維持する試みに対して、いくつかの課題を生じさせる。これから合衆国内でこれらの問題がどのように取り扱われているかについて、論じたい。その過程で、以下の事柄に言及する。すなわち、これまで私たちはこれらの課題を適切に処理してきたかどうか。そして、法律家の業務の多様性故に、各々の分野について異なる「倫理」規則を発展させることを必要とすると考えるところまで、我々は至っているかどうかである。そして、今挙げた法律家の分類基準のいずれに焦点を絞ったとしても、この基本的な疑問について有益な検討が可能であろう。

しかしここでは、次の最も基本的な分類について検討する。すなわち、(a)刑事実務家と民事実務家、(b)訴訟活動と法廷外活動、(c)インサイド・カウンセルとアウトサイド・カウンセル、の分類である。

1 刑事法律家対民事法律家

合衆国における法律職の構造と日本におけるそれとは、検察官の位置づけにおいて根本的に異なっている。日本に来てから、私は両国における差異に強い印象を受け、困惑さえした。日本では検察官は行政官として法務省のためになし法務省のもとで働くものと考えられている。そして刑事弁護人とは異なる法制度に服している。他方、米国では一般に、検察官も刑事弁護人や民事事件の弁護士と同じ法曹協会の構成員であると考えられている。そして同一の倫理規定に従っている¹⁾。

検察官と刑事弁護人では、その責務が大きく異なっていることは、私たちも理解している。合衆国では、次のように説明される。「検察官は法の枠の中で、犯罪行為から社会を守る責務を負っている。他方、刑事弁護人は、不当な国家権力の行使から依頼者を保護する責務を負っている。」それでもなお、合衆国では検察官と刑事弁護人が単一の倫理規定を遵守することを要求してきた。

どのようにして、私たちはこれを実現してきたか？ 一つには、私たちの「統一された」規定の中に、これらの特別な責務を考慮するための特則を置いてきた。例えばABA模範規則では、3.8条が検察官の特別な責務について述べている。検察官が要請される事項の中には、以下のものが含まれている。すなわち、(a)相当な嫌疑がない場合には公訴を提起しない。(b)憲法に書かれた被告人の権利および最高裁判所によって認められた憲法上の被告人の権利を尊重する。(c)法廷外で偏見をもたらす言及を發表しない、ということである²⁾。しかし同時に、検察官に

-
- 1) 本文では、一つの倫理規範と述べた。実際には、合衆国には各州に1つ、計50以上の倫理規範がある。しかし便宜のため、本稿ではアメリカ法曹協会(American Bar Association, ABA)が最新の改訂とともに2002年に公表した、弁護士業務模範規則(Model Rules of Professional Conduct)と呼ばれる「模範的な」規範について述べる。個別の州における規範など、ABA規則と異なる規範について述べるときは、その旨を明示する。また、いくつかの箇所、2002年にアメリカ法律協会が公刊した法曹法リステイメント(訳注:判例法の要旨を条文の形式にまとめたもの)にも言及する。このリステイメントは、いくつかの点について、ABAの模範規則と対抗する、あるいはそれを補充する、全米的な範型となっている。
 - 2) この条項の全体は以下のとおりである。

刑事事件において検察官は、

 - (a) 相当な嫌疑によって裏付けられていない犯罪事実を訴追することを控えるべきである。

は、刑事弁護人に適用されるその他の規定もまた適用される。したがって検察官と刑事弁護人の双方に、以下のことが要請される。すなわち(a)利益相反を回避すること³⁾。(b)守秘義務のある情報の不適切な開示を回避すること⁴⁾。(c)裁判所を欺かないこと⁵⁾。(d)証拠に対するアクセスを不法に妨害しないこと⁶⁾。(e)裁判官または陪審に対して不法な影響力を及ぼさないこと⁷⁾。(f)被告人と不適切なコミュニケーションを取らないこと⁸⁾。こうした「統一的な」アプローチの結果、どの州においてであれ検察官は、各州の法曹協会による懲戒の対象となる。また、検察官は法曹協会の活動に積極的に参加している⁹⁾。そして一般的に法律家は、検察

-
- (b) 被告人が弁護人を依頼する権利およびそのための手続について告知され、かつ弁護人を依頼する合理的な機会をもつことを保障するために合理的な努力をしなければならぬ。
 - (c) 弁護人によって代理されていない被告人に、予備審問を受ける権利など、公判前の重要な権利を放棄するように働きかけてはならない。
 - (d) 検察官が知っている証拠または情報で、被告人の無罪またはより軽い罪の認定に至る可能性のあるものは、すべて適時に弁護側に開示しなければならず、量刑事情として刑を軽くするような情報は守秘特権の対象でない限り、すべて弁護側および裁判所に開示しなければならない。ただし、裁判所の秘密保持命令によって、この義務を解除される場合は、この限りでない。
 - (e) 弁護士にその依頼者または依頼者であった者についての証拠を提出させるために、大陪審またはその他の刑事手続に弁護士を召喚してはならない。ただし、検察官が合理的根拠により次の事項をすべて信じる場合は除く。
 - (1) 提出させようとする情報が、いかなる特権によっても保護されるものでないこと。
 - (2) 提出させようとする証拠が、現在進行中の捜査または訴追を完遂するために不可欠であること。
 - (3) その情報を得るために他に利用可能な方法がないこと。
 - (f) 公衆に検察官の措置の意味と程度を知らせるため必要であるか、法執行の正当な目的に役立つ場合を除いて、法廷外において、公衆の被告人に対する非難を増加させる実質的可能性のある言及を控えなければならない。また、捜査官、法執行官、その雇い人その他刑事事件において検察官を補助し、または協力する職員等が、検察官については規則3.6条もしくは本条によって禁止される法廷外での言及をしないように合理的な注意を払わなければならない。
- 3) 模範規則1.7条-1.12条。
 - 4) 模範規則1.6条、1.8条(b)。
 - 5) 模範規則3.3条と3.4条(b)。
 - 6) 模範規則3.4条(a)。
 - 7) 模範規則3.5条。
 - 8) 例として、模範規則4.2条参照。
 - 9) 連邦制を採用しているために、法曹協会のもう一つの会員資格が必要となる。連邦と州とを組み合わせた司法制度の特徴の一つは、連邦の裁判所で訴追を担当す

官のことを法曹集団の「一人前の」一員であると考えている。

検察官としての役割と他の法律家が果たす役割との間には、当然ながら緊張関係が存在する。そうした緊張関係について、最近とても興味深い例が見られた。それは、隠密捜査の手段をとる可能性を制約すると検察官が感じる諸規定に関する事例である。規則の一つには、こう書かれている。「自らが受任した事件に関して、法律家は、当該事件につき自分以外の法律家に代理されていると知っている者と、接触してはならない。ただし、その者の代理人である法律家の同意がある場合または法律あるいは裁判所の命令によって、接触することが正当化されている場合を除く。」¹⁰⁾また、他の規定は法律家が「不誠実、欺罔、詐欺または不実表示」をとまなう行為に関与することを禁じている¹¹⁾。そこで検察官から見ると、次のような問題が生じる。すなわち、組織犯罪の構成員の多くには、依頼者を警察捜査から遮蔽することを目的とする弁護士がついている。その弁護士の許可なく、そうした組織構成員と「接触すること」は「直接接触禁止規則」に触れかねない。加えて、隠密捜査を行うにあたっては、被疑者たちに、自分が取り引きしているのは適法な潜入捜査官ではなく、同じ犯罪者であると信じ込ませるような策が弄されるのが日常茶飯事である。これもまた「正直さ」を要求する規定に触れてしまう¹²⁾。この問題は検察官にとって深刻である。なぜならこれらの規定に関する直接的な違反が禁じられているだけでなく、第三者（警察等）を通じた間接的な違反も禁じられているからである¹³⁾。

検察官たちは長い間、こうした捜査について、検察官として法執行の責務を遂

る連邦の検察官が設けられていることである。連邦の検察官は、いずれかの州の法曹協会に加入していることが要求されるが、必ずしも現に働いている場所の州の法曹協会に加入する必要はない。U. S. v. Ferrara, 847 F. Supp. 964, 969 (DDC 1993), aff'd, 54 F. 3d 825 (D. C. Cir. 1995) 等参照。

10) 模範規則4.2条。日本の弁護士倫理49条も、これと似た趣旨であろう。

11) 模範規則8.4条(c)。

12) これらの規則に対する検察官側の批判は、隠密捜査以外の場面でも生じる。ときに弁護人のついている被告人が弁護人に知らせないまま直接に検察官に接触を求めることがある。検察官は、直接接触禁止規則は、被告人が話したいと申し出たときに検察官がそれを聴くことにまで及ぶべきではないという立場をとるかもしれない。例えば、In re Howes, 123 N.M. 311 (1997) を参照。

13) 模範規則8.4条(a)。

行するための日常的な活動であり、「法律によって正当化」され、したがって倫理規定は適用されないという立場を取ってきた。しかし気にかかる判例が幾つも続いた後、合衆国司法長官は、少なくとも、隠密捜査に携わる連邦検察官に権限を与え、彼らには州の倫理規定が及ばないようにするという規則を公布することによって、この問題に対処しようとした。しかし司法長官のこうした試みは、失敗に終わった。第1に、当該規則は連邦裁判所によって退けられた。その理由は、それが司法長官の権限を超えているというものであった¹⁴⁾。第2に、連邦議会は「市民保護法」を成立させた。この法律は、連邦検察官が州の倫理規定を遵守するよう、明示的に要請している¹⁵⁾。こうした発展の結果、連邦検察官の混乱は続いている¹⁶⁾。しかし、これらはなにも合衆国連邦検察官についてだけの問題ではない¹⁷⁾。各州の検察官たちも、これらの規定が適用されることに関して、同じように心配している¹⁸⁾。

刑事弁護人の役割に関してもまた、特別な倫理的問題が生じる。合衆国憲法に

-
- 14) United States ex rel. O'Keefe v. McDonnell Douglas Corp., 132 F.3d 1252 (8th Cir. 1998).
 - 15) [(a)連邦政府の法的代理人は、職務執行地である州の弁護士と同様に、弁護士が弁護士業務を行う際に従うべき、当該州の法律、規則およびその地の連邦下級裁判所規則に従う。] 28USC § 530B.
 - 16) 前注15の法律は、ABA 模範規則3.8条(f) (前注2 参照) に相当する州の倫理規則が適用されることが、既に United States v. Colorado Supreme Court, 189 F.3d. 1281 (10th Cir. 1999) の判例によって示されているという合衆国政府の主張にも拘わらず成立した。
 - 17) 市民保護法を合衆国に特有な連邦制度の観点から見ると、注目すべき点がある。それは、連邦議会が法曹を規制するために州の規制権限を先取りするのではなく、明示的に各州による規制に委ねた点である。殊に、最近の企業改革法 (Sarbanes-Oxley Act) において、連邦議会が証券取引委員会 (SEC) に証券を扱う弁護士を規制する規則を定めるよう命じたのと比較すると、これは興味深い。SEC は既にこの規則を定めた。15 U. S. C. 7245 (2002); 17 CFR Part 205 (2003)。この規則は明示的に、それと抵触する州の規則を無効としている。17 CFR 205.1。もっとも、統一された単一の法体系を持つ日本においては、このような連邦制から生じる問題点はあまり関心を惹かないであろう。
 - 18) Cf. In re Gatti, 330 Ore. 517 (2000)。ガッティ事件では、医療保護給付の詐取を暴くために「罾」を仕掛けた民間の弁護士が、「不正直」な行為を理由に懲戒を受けた。この懲戒処分を是認する中で、裁判所は、正直さを要求する規則について、政府内の法律家にも「検察官例外」は存在しないと述べた。その後、オレゴン州議会はこの種の隠密捜査を認める立法をした。また、2002年1月にオレゴン州最高裁判所は、「適法な」隠密捜査を監督することを許すための規則改正を採用した。
 - 19) 合衆国憲法修正5条、6条。

は、刑事事件の被告人への法的援助に関して、民事事件には見られない独自の要請がある。古典的な主張を手短かに要約すると、以下のようになる。すなわち、通常、法曹には裁判所に対する真実義務が課されている。そして誤った情報の提供に荷担してはならない。しかし刑事事件の被告人には、自己負罪拒否特権があり、その権利行使を助けるために弁護人依頼権が認められている¹⁹⁾。これを最大限に効果的なものとするため、弁護人依頼権は被告人が弁護人に対してすべてをさらけ出すことができるよう要求する。自己負罪拒否特権が制限されない限り、弁護人が依頼者から得た負罪的な情報を開示することは許されるべきではない。もしもある弁護人が（守秘義務のある情報によって）自分の依頼者が偽証したことを知り（訳注：米国の刑事手続では、被告人も宣誓して証人となることができる）、そして当該弁護人がこのことを裁判所に開示するとしたら、それは依頼者の自己負罪拒否特権および弁護人依頼権を損なうことになるであろう。以上のような論理が受け入れられるなら、弁護人が裁判所に対して依頼者の偽証を開示することは許されるべきではない（そうすることが要請されないのはもちろんである）²⁰⁾。端的に言えば、刑事弁護人の裁判所に対する真実義務については、例外が存在するべきことになる。しかし、刑事事件の被告人の憲法上の権利が危険にさらされていない場合には、真実義務に対する例外は要請されない。このような考え方に立って、刑事実務と民事実務では、異なる規定を置く必要があると示唆する説もある²¹⁾。

現在のところ、こうした主張は通説となっていない²²⁾。アメリカ法曹協会お

20) See, e. g., M.H. FREEDMAN & A. SMITH, UNDERSTANDING LEGAL ETHICS 153-90 (2d ed. 2002).

21) See, e.g., M.H. FREEDMAN, LAWYERS ETHICS IN AN ADVERSARY SYSTEM 40, 53, 56 (1975); Hazard, "The Client Fraud Problem as a Justinian Quartet: An Extended Analysis," 25 Hofstra L. Rev. 1041 (1997).

22) ABAは、刑事司法運営基準 (Standards Relating to the Administration of Criminal Justice) を公表することによって、このような刑事実務と民事実務とを区別する規則を作成する方向への動きを示した。これらの基準は、20年以上前に作られ、刑事司法のいろいろな構成部分について個別の章を設けている。法曹がもっともよく使うのは、刑事訴追活動に関する第3章と、弁護活動に関する第5章である。これらは、1993年に改訂された。ABA Standards for Criminal Justice (3d ed. 1993)。ただし、これらの基準を拘束力ある法源として採用した法域はない。それらは、当事者法曹と裁判所が参照し、引用する「説得的典拠」に止まる。

よびほとんどの州は、刑事弁護人も裁判所の構成員として、依頼者に証言を撤回するよう説得できない場合には、偽証であると「知った」ことについて裁判所に告げる積極的な義務が存在するという立場を取ってきた²³⁾。これに同調しない州もある。しかしそれらの州においても、その立場を維持することは、容易ではない²⁴⁾。私たちはこの重要かつ争いのある領域に関して、刑事弁護人について異なる規定が適用されることに抵抗してきたわけである²⁵⁾。私たちが抵抗してきたひとつの理由が、依頼者が将来偽証するであろうとか、現に偽証したことを刑事弁護人が「知る」機会は極めて稀であるという点にあることには、疑問の余地がない。そのため、この問題が実務において生じることは、それほど頻繁ではない²⁶⁾。一方、弁護人が偽証に関して現実の「認識」を欠いている場合には、倫理規範は一変する。合衆国の法曹には一般に、虚偽であると「合理的に考える」証拠の提出を回避する権利（義務ではない）がある²⁷⁾。しかし、刑事事件の被告人である依頼者が証言したいと望んだ場合には、依頼者には憲法上証言する権利が認められており、弁護人は当該権利を尊重する義務がある。そのため、依頼者が嘘をつくだろうと弁護人が予測している（知っているわけではない）としても、弁護人はその権利を尊重しなくてはならない。したがって、こちらの文脈においては、刑事弁護人とその他の法律家とで異なる規定が必要であると、私たちは認識して

23) 模範規則3.3条(a)(3)、(b)。

24) 例えば、この種の偽証の開示を禁じるワシントン州の法曹倫理規範3.3条と、このような状況での開示義務を認めた *State v. Berrysmith*, 87 Wn. App. 268, 279 (1997) とを比較せよ。

25) 模範規則3.3条(a)(3)、(b)。

26) 多くの論者が、この点を指摘している。最近の重要な例として、Hazard, "The Client Fraud Problem as a Justinian Quartet: An Extended Analysis," 25 Hofstra L. Rev. 1041, 1049 (1997); Frankel, "Clients' Perjury and Lawyers' Options," 1 J. Inst. Stud. Leg. Eth. 25, 28-34 (1996)。

27) 模範規則3.3条(a)(3)。

28) 模範規則3.3条(a)(3)。この規則は、一般原則として、法律家は「虚偽であると合理的に考える……証拠の提出を拒否することができる」と定める。しかし、模範規則は「刑事被告人の証言」について、その例外を明記した。その考え方は、刑事被告人は憲法上、証言する権利をもっているので、依頼者が嘘の証言をするであろうと「合理的に考える」だけでは、弁護人には、被告人に証言をさせない自由はないというものである。偽証をすると「知っている」なら格別、「合理的に考える」だけの弁護士が裁判官の代わりを買って出てはいけないのである。模範規則3.3条注釈[9]も参照。

いる²⁹⁾。

2 訴訟弁護士対法廷外弁護士

合衆国における大きな区分として、もうひとつ、訴訟活動を行う弁護士とそうでない弁護士がある。周知のように、合衆国において法曹はこの点でも「統一的」であり、両者に単一の倫理規定が適用されている。この点で合衆国は、日本をはじめとする他の多くの国々と異なるであろう。イギリスでは法廷弁護士と事務弁護士との区別があり、各々の仕事は明確に分かれている。日本ではイギリス流の形式的な二分は、されていない。しかし日本においても、イギリス類似の、訴訟活動をする法律家である弁護士と、司法書士などその他の法律家という区別があるように思われる²⁹⁾。

現在の合衆国で行われているような統一的な制度に対しては、多様な根拠に基づく批判が存在する。第1の批判の根拠は次のようなものである。すなわち、訴訟弁護士は「当事者主義的」環境の中で生息している。その環境では、公平な事実認定者に問題の決着をつけさせようと、各当事者が論争をする。これは、法廷外弁護士には縁のない生活である。法廷外弁護士の主要な仕事は、合意および妥協を促し、問題発生を防止することである。これら2つの異なる種類の弁護士は、異なる法律「文言」を読んでいると言ってもいいかもしれない。訴訟代理人が法律を調べ、そして法律について考える時、彼らは特定の裁判官個人または裁判官たちに対してどう主張するかを考えている。彼らは控訴された時にどのような主張がされるかについては、あまり心を砕いていないように私には見える。彼らの興味は、自分の主張を裁判官(たち)に「今」受け入れさせることにある。今、事件に勝つことが大事なのである。そのような傾向は、法律問題よりも事実問題の方に、より典型的に現れる。法廷外弁護士たちは、自分たちがその下で交渉・起草・取引構成をする法律に対して、訴訟弁護士とは非常に異なる姿勢を取って

29) ここで私は、司法書士さらには行政書士のことを念頭に置いている。少なくとも、私が会った1人の司法書士は、イギリスにおいてソリシターがしているものに相当する仕事をしていた。同時に、日本の弁護士には、イギリスのバリスターに課せられるような制限はないことも理解している。

いると思う。彼らの解釈的な法的主張は、裁判所に向けられるものではない。依頼者にさえ向けられていないことも、しばしばである。法廷外弁護士にとっては、法的分析は、不確かな遠い未来における（潜在的）裁判所に向けて行われる。彼らにとって、法律とは諸法則の巧みな組み合わせである。それに違反すれば、彼らの構築したものは崩壊してしまう。しかし、崩壊すると言っても、すぐにそれが起きるわけではない。崩壊するのは、地震、すなわち紛争が生じた時だけである。こうした姿勢の違いは、しばしば解釈の姿勢の差異に通じるであろう。その差異は非常に大きいかもしれない。この視点の違いはたいへん重要である。

批判の第2の根拠は、次のようなものである。すなわち、訴訟代理人には、異なる倫理規則が必要であるように思われる。多くの者は、訴訟弁護士には、一種の攻撃的姿勢が必要だと言う。法廷外弁護士にとって、こうした姿勢がかえって有害であることは明らかである。この攻撃的な情熱に対しては、正直さと守秘義務に関連する一定の特別な規則が必要であろう。訴訟弁護士が、自分の依頼者の主張にとって最も説得的な方法で証拠を提出するよう期待されていることは、広く理解されている。それは、たとえ弁護士自身が、そのようにして示唆される推論が、利用可能な証拠の最も正確な解釈であることを必ずしも信じていない場合であっても変わらない。彼らにはまた、対立当事者の証人の証言を切り崩すように努めることが期待されている——真実を語っていると弁護士が信じている者に対しても同様である。当該証人の信用性を攻撃する「嘘でない」方法があるならば³⁰⁾。繰り返しになるが（少なくとも合衆国の制度では）訴訟弁護士には、虚偽

30) 「(刑事弁護人が、) 誠実な証人をも混乱させ、信用できないように見せ、あるいは確信がないように見せることができるなら、それを実行するのが、弁護人としての正常な態度である。無辜を処罰しないという関心のために、我々は弁護人に、訴追側の立証を争い、訴追側の主張をできる限り弱く見せることを許している。これは、弁護人自身が何を真実と考えあるいは真実と知っているかにかかわらない。たしかに、弁護人が守るべき限界はある。しかし弁護人は、検察側証人が真実を語っていると考える場合でも、虚偽を語っていると考える証人をつぶそうと試みるのとまったく同様に、彼を反対尋問し、可能なら弾劾するのが、ふつうである。この点において、修正された当事者主義の一部として、また尊敬すべき弁護人に課された義務の一部として、我々はしばしば真実発見とは縁のない行動を許容し、あるいは要求するのである。」 United States v. Wade, 388 U. S. 218, 257-58 (1967) (Justice White, concurring).

の証言をするだろうと合理的に予測できる証人を証言台に立たせる権利がある(そして刑事弁護人には、そうすることが要請されている)³¹⁾。このことは、法廷外弁護士が期待されている「正直さ」とか「誠実さ」という概念とかけ離れているようにも見える。法廷外弁護士には、以下の事柄が期待されている。すなわち、第三者に対して重要な事実に関し虚偽の陳述をしないこと、そして「不誠実、欺罔、詐欺または不実表示」をともなう行為への関与を回避することである³²⁾。最後に、訴訟代理人は、(守秘義務のある情報から)自分の依頼者が偽証したと「知っている」場合には、裁判所に対してこれを開示しなくてはならない。それに対して、依頼者が法廷外で誰かに嘘をついたという情報が守秘義務の範囲内である場合には、このことを「知っている」法律家がこれを開示することは許されないし、開示する義務がないことは、言うまでもない³³⁾。したがって、守秘義務は訴訟代理人と法廷外弁護士とで異なる意味合いを持つと考えられる。

批判の第3の根拠は、次のようなものである。すなわち、法科大学院を卒業し試験に合格した者は誰でも、訴訟弁護士または法廷外弁護士のいずれにもなれる程に有能であると暗示することによって、どちらの弁護士についても、その名にふさわしい訓練が施されないであろうことを保証してしまうことになるというのである。合衆国における法学教育は、法科大学院の卒業生に対する「実務的な技術」の訓練が不十分であると、長い間批判されてきた。ここ30年間、私たちはこの問題に関して大きく前進してきた。そしてこの点では私たちは、他のいくつかの国よりも先んじているかもしれない。しかし、異なる「種類の法律専門家」が

31) 模範規則3.3条(c)。

32) 模範規則4.1条、8.4条(c)。念のために言えば、4.1条と8.4条は、文言上、法廷外弁護士のみならず、訴訟代理人にも当てはまる。そのため、両者とも同様な正直さと秘密保持の考え方に従うべきように思えるかもしれない。しかし私見によれば、3.3条と3.4条は、正直さの要請を訴訟代理人について定義し直した特則と見るべきであり、法廷外弁護士には、そのような特則はない。その結果、両者は非常に異なる基準に服することになると考えられる。

33) 模範規則3.3条(a)(3)と(b)を4.1条(b)およびその注釈と比較せよ。念のためにいえば、法廷外弁護士には、依頼者が欺罔行為をするのを助ける権利はない。もし、それを避ける他の方法がないなら、辞任しなければならない。しかし、これは弁護士が依頼者の秘密を開示してよいことを少なくとも直接には意味しない。ただし、「目立つ辞任」は、許される可能性がある。模範規則1.6条注釈[14]を見よ。

いるという認識が当初欠落していたことが、法学教育が不十分であった責任の一端を担っていたのかもしれない。訴訟弁護士に必要な法学教育の種類は、多くの点において、法廷外弁護士になることを第一に考えている者が必要とする法学教育とは異なる。法廷技術は、商取引や不動産開発の枠組みづくりまたは遺産相続に必要なものとは非常に異なっている。法曹倫理を教える立場からすると、例えば、もしも自分の教室にいる学生全員が訴訟弁護士になろうとしていると知ったならば、私はそれに合った倫理規定を集中的に教えるであろう。もしも学生全員が法廷外弁護士になろうとしていると知ったならば、まったく違ったことに焦点を絞るであろう。

これらの批判は、訴訟代理人と法廷外弁護士とで、異なる種類の倫理規定や異なる法制度を取るべきことを意味しているであろうか？ 合衆国では、今でも変わらず、異なる倫理規定や法制度を取るべきではないと考えられている。もちろん一定の範囲では、私たちが言うところの「統一的」制度の中で異なる規則が必要であると認識されている。検察官についてそうであるように、私たちの倫理規定には、訴訟弁護士と「訴訟代理人」を主たる名宛人とする多くの規定が置かれている。「法廷弁護士 advocate」を対象とする規定を含む、別個の節が設けられる場合さえある。それらの規則は、法廷における無意味な申立ないし主張の回避³⁴⁾、訴訟の迅速化³⁵⁾、裁判所に対する正直さ³⁶⁾、対立当事者やその代理人に対する公正さ³⁷⁾、法廷における不偏性や礼節³⁸⁾、裁判情報の公表³⁹⁾のようなことに焦点を当てている。これらの「訴訟活動」規定は、法廷外弁護士や「社内」弁護士のために書かれていることが明らかな規定、すなわち組織内弁護士のための規定⁴⁰⁾、依頼者でない第三者に提供する意見書（「オピニオン・レター」）を律する

34) 模範規則3.1条。

35) 模範規則3.2条。

36) 模範規則3.3条。

37) 模範規則3.4条。

38) 模範規則3.5条。

39) 模範規則3.6条。

40) 模範規則1.13条。厳密に言えば1.13条は、企業あるいは政府という団体のために働く訴訟代理人にも当てはまる。例えば、団体の構成員が、訴訟代理人に対して違法または反倫理的な行為をするように求めた場合にも、この条項の定める義務

規定⁴¹⁾、交渉における正直さの規定⁴²⁾、異業種共同事業に関する規定⁴³⁾、法律関連役務 (law-related service) についての規定⁴⁴⁾等の脇に、ちょっと座りの悪い感じで置かれている。それでもなお私たちは、こうしたかなり大きな差異も、2種類の弁護士を切り離すことを正当化しないと信じ続けている。私たちは、訴訟代理人と法廷外弁護士には異なる点もあるものの、それよりも多くの点で共通していると考えている。

3 アウトサイド・カウンセル対インサイド・カウンセル

3番目に取り上げるのは、民事実務における、アウトサイド・カウンセルとインサイド・カウンセルという実務の区分である⁴⁵⁾。このことに関して合衆国は、少なくとも、資格ある法律専門家が行う仕事という形態においては、日本よりも若干多くの経験をもっているかもしれない。日本の弁護士法は「弁護士は、所属弁護士会の許可を受けなければ」営利を目的とする業務を営む者の「使用人となる」ことができないと定めている⁴⁶⁾。現在ではそのような許可は、かなり日常的

が発生する。しかし、この条項は、主として、訴訟外の場面での意思決定を対象としていると、私は考える。

- 41) 模範規則2.3条。
- 42) 模範規則4.1条注釈[2]は、次のように述べる。「ある発言が、正直さの要求される、事実の叙述に該当するか否かは、情況による。一般的に許容されている交渉の習慣の下では、一定の種類の発言は、重要な事実の叙述には該当しないと判断される。価格または価値の評価や、どれくらいの請求なら和解を受け入れるつもりかという当事者の意図は、通常、この範囲に属する」。
- 43) 模範規則5.4条。
- 44) 模範規則5.7条。
- 45) 一つの会社の専任となる弁護士の呼び方は、合衆国において、変化してきた。「インサイド・カウンセル」、「イン・ハウス・カウンセル」あるいは「ハウス・カウンセル」という表現が使われる。現在、もっとも標準的な呼び方は、「社内 (corporate)」弁護士であろう。しかし、私は「インサイド・カウンセル」の語の方がより適切であると思う。これは、社内弁護士を軽く見るからではない。「社内弁護士」という呼び方は、営利企業の中で働く弁護士の役割を特殊なものとする意識を暗示する。これに対して、私は、会社であろうと、組合であろうと、営利であろうと、非営利であろうと、また政府、非政府を問わず、「集合的な」団体のために、専任として働く弁護士には、同じ問題が起きると考える。また、「インサイド」の語は、企業の外にあって、そのために働く弁護士が「アウトサイド・カウンセル」と呼ばれているのと、釣り合いがよい。
- 46) 30条3項。(訳注：弁護士法改正による許可制から届け出制への変更が、2004年4月1日から施行される。)

に与えられていると、私は理解している。しかし許可が常に与えられるわけではなく、そして過去には、そうした「コーポレート・カウンセル」すなわち社内弁護士は一般的ではなかった。例えば1990年頃には、社内に法務部を持つ日本企業を対象とした調査が行われた。その結果、30%の会社には1人も法学教育を受けた社員がいなかった。そして、法学部出身の社員はいるが弁護士資格を持つ者はいないという企業が、残りの70%の大部分を占めていた⁴⁷⁾。調査対象となった547の企業で、弁護士資格を持った社員は7名であった⁴⁸⁾。他方合衆国では、弁護士資格を持つ者を正社員として雇用する、非常に長い伝統がある⁴⁹⁾。

周知のように、私たちはインサイド・カウンセルも他の法律家と同じ倫理基準に従って行動することを望んでいる。しかしインサイド・カウンセルに常に課せられる独特の要請が、この期待の枷となっている。一般的には、その主な原因として、以下の2つの事実を挙げることができるであろう。すなわち、(a)第1に、インサイド・カウンセルの依頼者は1人しかいない。そしてインサイド・カウンセルの生活は、当該依頼者に完全に依存している。(b)第2に、インサイド・カウンセルは1つの組織のために働いている、当該組織は、実用性の面から、複数の人間による活動に依拠している。これら2つの事実はそれぞれ、インサイド・カウンセルに特有な問題を生じさせる。それらの問題は日常的に知られているが、インサイド・カウンセルに対する現在の対処法が適切か否かについて言及する前に、その概要を簡潔に説明することが有益であろう。

依頼者が1人しかいないということは、良い面と悪い面とがある。依頼者が1人しかいないために、弁護士は複数の依頼者間で対立する要求を調整せずに済む。依頼者たちは互いに、自分のために弁護士の時間を割かせようと争う。また(程度の差はあるが)自分以外の依頼者に対して弁護士が時間を割き、忠誠を尽くすことを理解できない。インサイド・カウンセルは、この「全面的忠誠」によって、いくつかの点で他の法律家より楽に生活することができる。その上、1人しか依

47) M. DEAN, JAPANESE LEGAL SYSTEM 269 (2 d ed. 2002).

48) Id.

49) See, e.g., Liggio, "The Future Structure and Regulation of Law Practice: A Look at the Role of Corporate Counsel: Back to the Future - or is it the Past?" 44 Ariz. L. Rev. 621 (2002).

頼者がいない弁護士は、依頼者をより良く知ることができる。そしてたいていは、依頼者を、単一の法律問題または複数の法律問題の集合としてではなく、まるごとの「人間」または「組織」として見るようになる。こうした弁護士と依頼者の関係は、多くの弁護士が依頼者と結んでいる事件限りの関係（「ヒット・アンド・ラン」、あるいは正確には「サーブ・アンド・ラン」というべきか）の関係より、はるかに満足度の高いものとなり得る。しかしその一方で、依頼者が1人しかいない場合、法律の専門家としての人生と生計は完全に、1人の依頼者に依存することになる。そして依頼者に対して独立した立場から助言をする能力が衰えてしまうかもしれない。または、仮に独立した立場からした助言が拒絶された場合も、その依頼者から手を引いて他の依頼者のために働くことは、非常に難しいであろう。まだ若い法律家にとって、そうすることは、たいへんである。彼らは自分の将来の希望を1人の依頼者に託し、この仕事を得るために他の選択肢を排除してきたかもしれない。より経験を積んだ法律家にとっても、それは同様に困難である。というのも、彼個人（そしてしばしば彼の家族）の生活は、依頼者である組織に、経済的にも個人的にもしっかりと結びついてしまっているからである。それにもかかわらず、専門家としての独立性は、法律家はその依頼者に対して提供する最も重要なものの一つである。

しかし、以上はインサイド・カウンセルの抱える問題の一部にすぎない。1人の依頼者だけに依拠することは、1人の依頼者に雇用される弁護士だけに起きるわけではない。同様の状態は、実際問題として、すべてあるいはほとんどの時間を1人の依頼者のために費やす弁護士についても生じうる。合衆国の法律事務所所属する多くの弁護士たちが、このことを経験している。しかし、インサイド・カウンセルにとっては、現実には共通の目的を持つ一群の人間によって構成される集合的な事業体のために働くという事情によって、依頼者に対する依存の度合いが増すことになる。前述のとおり、このことはインサイド・カウンセルにとって、良くもあり悪くもある。この状況の良い側面としては、そうした共同体の一部となることで専門家として働きがいを感じられる可能性があることが挙げられる。私たちは誰でも、共同体に属することを必要としている。しばしば、法律事務所所属する弁護士は事務所内に共同体を見いださねばならない。法律事務

所というのは、非常に特殊な種類の共同体である。その共同体の共通の目的は、法的サービスの提供である。一方、インサイド・カウンセラーは、法律以外の製品または役務を提供する共同体の一部となる機会を得る。そしておそらくインサイド・カウンセラーは、社会全体における法律家の相対的な重要性を、よりバランスの取れた図式の中で捉えることが可能となるであろう。

依頼者が事業体であることの難しい側面として、依頼者にサービスを提供する一方で、弁護士は、それぞれ異なるアイデンティティー、必要性、願望、期待を持つ、生の人間である人々と向き合わなくてはならないという点が挙げられる。合衆国における法曹倫理理論では、インサイド・カウンセラーは（アウトサイド・カウンセラーとまったく同様に）依頼者である事業体を代理し、かつ事業体に関する守秘義務や誠実義務を課されている⁵⁰⁾。しかしこの理論は、弁護士が毎日扱っている事業体の従業員の現実と衝突する。弁護士が日常的に接触する人々の彼を見る目は、次第に変化する。すなわち、弁護士は事業体のために仕事をする一方で、法律の複雑さの中で舵取りをして人々を助ける法的助言者であるとみなされるようになる。事業体の利益と個人の利益との間に線引きをすることは必ずしも容易ではない。また線引きをする必要性も忘れてしまいがちである。

例えば、次のような事態が想像できる。弁護士が依頼者の仕事のために日常的に会わなくてはならない会社役員が、弁護士に対して、法律あるいは雇用主に対する受任者としての義務に違反するようなことをした、またはそれらの違反をしようとしていると、打ち明けたとする。打ち明けられた弁護士は少なくとも、この会社役員に対して、次のことについて助言する必要がある。まず、依頼者である会社のためには容認できないことをはっきりさせる必要がある。さらに合衆国では、こうした状況に置かれた弁護士は、それ以上のことをしなくてはならないと考えられている。弁護士は会社役員に対して、自分は事業体を代理しており、相談した会社役員を代理しているのではないこと、そして自分は事業体の最善の利益のために行動しなくてはいけないということを明確に告げなくてはならない。そのことが、会社役員が犠牲となることを意味している場合でも、同様である。

50) 模範規則1.13条とリストイメント96条を見よ。

つまり、弁護士守秘義務は事業体との関係で発生し、会社役員との関係で発生するわけではない。そして弁護士は、会社役員の違反を、より上位にある者に対して報告する義務を有し得る。弁護士からこのようなことを聞かされるのは、この会社役員にとって、辛いことであろう。会社役員は裏切られたと感じるかもしれない。会社役員と信頼関係を築きあげる一方で、企業の弁護士は会社役員を裏切っていることになる。また、インサイド・カウンセルにとっても、このことを告げるのは容易なことではない。そうした弁護士は事業体よりも会社役員に、ずっと近い、個人的関係を持つ可能性があるのが現実である。人々の集合体としての事業体を相手に、個人的な関係を発展させることは困難である。そのため弁護士は、友人でもある会社役員に対して、会社役員が打ち明けたことをしてはいけない（またはするべきではなかった）と告げたいと思わないかもしれない。しかし倫理規定は、弁護士はそうしなければならないと述べている。

合衆国の伝統的な倫理解釈のもとでは、さらに難しい局面がある。会社役員の「裏切られた」という感覚は、すでに述べたよりもさらに強いものとなるかもしれない。それは、弁護士がうっかりして、事業体とは別個の弁護士—依頼者関係を、会社役員を相手に構築した場合である。弁護士と依頼者の関係が形成されたかどうかは、弁護士とそして自分は依頼者であると考えた者との間に、どのような会話があったか（そしてなかったか）によって決まる。もしも弁護士の言った何かから、「弁護士は自分の個人的な利益を（事業体の利益と同様に）代理している」と会社役員が合理的に結論づけていたならば、そして弁護士も、会社役員がそう考えていることを知っていると考えるのが合理的ならば、弁護士はおそらく、会社役員を相手とする、弁護士—依頼者関係を事実上結んでしまったことになる⁵¹⁾。「誰が依頼者か」という問題が合衆国で議論される時に必ず、インサイド・カウンセルの役割が引き合いに出されるのは、こうした理由からである。しかし、読者が既に察しているとおり、事業体の顧問弁護士である弁護士が、その事業体の役員の1人と弁護士—依頼者関係を構築した場合には、弁護士の依頼者は1人ではなく2人いることになる。企業に雇われた者の利益が、雇用主の利益

51) リステイトメント14条。

と相反しない場合には、こうした二重の代理もそれほど問題ではない。当該会社役員が単独で会社を所有している場合、株のほとんどを握っている場合も同様である。しかし、いったん会社役員の利益と事業体の利益とが異なれば、弁護士は利益が相反する2人の依頼者を抱えることになってしまう⁵²⁾。

依頼者同士の利益相反が存在する場合には、倫理的観点からすると、法律家は2人の代理を続けることはできない。少なくともどちらか一方の代理から手を引かなくてはならない。合衆国における標準的な倫理解釈のもとでは、一方の代理から手を引いただけでは十分ではないことがある。もしも弁護士が、会社役員を相手に(うっかり)構築してしまった弁護士—依頼者関係から手を引こうとする場合、どうなるであろうか。今や会社役員は、弁護士にとって「以前の」依頼者ということになる。そのため弁護士は「継時的な利益相反」⁵³⁾を抱えることになる。会社役員(以前の依頼者)の利益と、事業体の利益とは対立しているから、弁護士が事業体の代理を継続するためには、会社役員の同意を得なくてはならない。会社役員は同意することを渋るかもしれない。特に会社役員が弁護士に秘密を打ち明けており、会社役員がその秘密を上司に知られたくないと望んでいる場合はそうである。しかし、以前の依頼者の同意がなければ、弁護士は事業体の代理からも手を引かなくてはならないかもしれない。なぜなら、弁護士には、依頼者である事業体に対して、代理行為に関連する情報を告げる義務があるからである⁵⁴⁾。会社役員から得た情報は、関連する情報である。もしも弁護士が事業体に対して、前依頼者である会社役員の同意なしに当該情報を開示するならば、弁護士は(今や以前の)依頼者に対する守秘義務に違反することになる。逆にもし弁護士が当該開示を拒否するならば、弁護士は事業体に対する報告義務に違反することになる。どちらの選択も倫理規定違反となるので、厳密に言えば、法律家は代理から手を引くことを要請される⁵⁵⁾。

時に、弁護士に裏切られたと思う会社役員の力が強いこともある。自分の頭越

52) Moore, Conflicts of Interest for In-House Counsel : Issues Emerging From the Expanding Role of the Attorney-Employee, 39 S. TEX. L. REV. 497, 503 (1998).

53) 模範規則1.9条。

54) 模範規則1.4条。

55) 模範規則1.16条。

しに問題が解決されることを恐れた会社役員が先手を取って、弁護士が行動を起こす前に、弁護士を解雇してしまうかもしれない。または、事業体の上の方が会社役員の方の方に付くことを選択し、弁護士が沈黙していることを望むかもしれない。そのために弁護士が解雇されることもあり得る。適切な倫理上の責務を行使しようとしたために解雇されてしまった弁護士は、非常に難しい立場に置かれる。合衆国では、「内部告発者」が告発のために解雇された場合、解雇された者は「報復的解雇」について雇用者を訴える権利を認められるのが普通である。しかし、内部告発者である弁護士については、必ずしもそれが当てはまらない。合衆国では長い間、依頼者は弁護士を選任（または解任）する完全な自由があるとされてきた。この原則のために、弁護士に関しては報復的解雇をめぐる法理が適用されないと解釈されてきた⁵⁶⁾。合衆国における最近の興味ある発展のひとつに、弁護士からの報復的解雇を理由とする訴訟に対する伝統的な抵抗が変化してきたことがある⁵⁷⁾。しかし今のところは、弁護士によるそうした主張が認められるのは、非常に限定的な状況下にすぎない。倫理上の責務を遵守することによって解雇されたとしても、損害賠償を受ける途が閉ざされているために、倫理的義務を遵守しようと望むインサイド・カウンセラーは、非常に大きな職業的賭けをすることになる。

以上で明らかなように、インサイド・カウンセラーの直面する問題は、「法律家の果たす役割のうちでも最も複雑かつ困難な」⁵⁸⁾問題である。独立性の喪失への緊張とおそれ、そして利益相反に対する洞察が、日本の弁護士法の条文が制定された際にも根底にあったのではなかろうか。日本の弁護士法では、弁護士がすでに述べたような役割を果たすためには、弁護士会の許可が必要であると定められている。したがって、この段階で問うべき問題は、論理的には次のようなものとなるはずである。「ある組織のために弁護士が専任で働くことと、弁護士が尊重しなくてはならないと私たちが信じる倫理的義務とは、調和するか？」しかし残

56) See, e. g., *Balla v. Gambro, Inc.*, 584 N. E. 2 d 104, 108 (Ill. 1991).

57) See, e. g., *GTE Prods. Corp. v. Stewart*, 653 N.E.2 d 161, 166 (Mass. 1995); *General Dynamics Corp. v. Superior Court*, 876 P. 2 d 487 (Cal. 1994); *Parker v. M & T Chems., Inc.*, 566 A. 2 d 215, 222 (N. J. Super. Ct. App. Div. 1989).

58) Hazard, "Ethical Dilemmas of Corporate Counsel," 46 *Emory L.J.* 1011 (1997).

念ながら、この問いは現時点では、少なくとも合衆国においては、既に実際的ではない。私たちはインサイド・カウンセルを利用することによって、あまりにも先に来すぎてしまった。そこで代わりに、次のように問うべきかもしれない。「組織内弁護士に対して、異なる倫理的期待を抱くべきか?」「別の倫理規範を設けないまでも、少なくとも彼らに特有な役割に向けた特則を設けるべきではないのか?」現段階では、私たちはまだそのような特則を発展させてはいない。おそらくそれは、そのような特則が現行規則とどのように異なった内容となるべきかについて、私たちがまだ知らないためである。

4 結論

これらの例は、異なる種類の義務を課された法律家に同一の倫理規定を適用することが、諸問題を発生させあるいは発生させる可能性を有することを明らかにしている。問題点によっては、形式上は統一的な規定の中に、一定の種類の法律家に対する特則が設けられることが求められる。しかし現段階では、合衆国では、検察官と刑事弁護人、あるいは刑事実務家と民事実務家、あるいはアウトサイド・カウンセルとインサイド・カウンセルで、別々の異なる倫理規範を設ける必要はないと考えている。このことは、合衆国の既存の規定が、異なる種類の義務に対して十分に対処できているという意味ではない。改善の余地があるのは明らかである。しかしこのことは、法律専門家たちがそうした改善を、自分たちの共通の課題であると考えていることを意味する。私たちは全員が協力してこれに取り組んでいる。専門領域にかかわらず、法律の訓練を受けたすべての者が、あらゆる種類の法律家に向けられた規定の変更や、変更から生じうる危険について、有用な意見を述べることができると推定されている。私たちにあって、「司法制度」は一つである。そして、司法制度の担い手である法律家たちを治める諸規定は、司法制度が社会の利益のために機能するか否かに関して、非常に大きな影響力を持っている。少なくとも私たちは、そのように考えている。

Ⅲ 現代の法律事務所の課題

次に言及したいのは、現代の法律事務所を悩ませている問題である。ここでは

例として、複数の法域にまたがっていくつかの事務所を持つような、100人以上の弁護士からなる典型的な巨大法律事務所を考えてみる。無論、その対象となる法律事務所の実態について十分に述べるゆとりはない。しかし、近年合衆国で大いに議論されている2つの問題に特に焦点を当てたい。それは、(a)推定的利益相反の問題と、(b)複数の職種にまたがる異業種共同事業の問題である。

1 推定的利益相反の問題

現在、法律事務所の人数規模は変化してきている。人数規模による2001年の「世界のトップ100」法律事務所についての American Lawyer 報告によれば、弁護士の人数は、上は2,923人⁵⁹⁾から下は444人⁶⁰⁾までの幅がある。収入規模による200位までの合衆国の法律事務所について見てみると、American Lawyer の報告によれば、上は3,031人⁶¹⁾から下は130人⁶²⁾までの幅があるとされている。これらの数値から、法律事務所が、世界経済の中で重要な経済的地位を占めるようになってきていることがわかる。また同様に、これらの法律事務所が司法制度および金融市場に対する重要な「ゲートキーパー」すなわち門番となったことも、理

- 59) シカゴの Baker & McKenzie である。The Am Law Global 100, viewed on line at http://www.law.com/special/professionals/amlaw/most_lawyers_2001.html, on February 9, 2003. この報告の数値は、異なるいくつかの時点で集められている。二つの報告における、Baker & McKenzie の弁護士数の違いは、その間の変化によるものと考えられる。
- 60) ワシントン D.C の Covington & Burling とニューヨークの Debevoise & Plimpton が、この名誉を分け合った。The Am Law Global 100, viewed on line at http://www.law.com/special/professionals/amlaw/most_lawyers_2001.html on February 9, 2003. アメリカ人として私は、年間総収入で見た第1位が、2001年に14億550万ドルを上げ最近ニューヨークの Rogers & Wells と合併したイギリスの Clifford Chance ではないことに興味をもった。The Am Law Global 100, viewed on line at : http://www.law.com/special/professionals/amlaw/revenue_2001.html on February 9, 2003. 2001年の世界トップ100の中で、最低の年間総収入は、オーストラリア Freehills National の1億8947万5千ドルであった。The Am Law Global 100, viewed on line at : http://www.law.com/special/professionals/amlaw/revenue_2001.html on February 9, 2003.
- 61) シカゴの Baker & McKenzie である。The Am Law 100, viewed on line at http://www.law.com/special/professionals/amlaw/2002/amlaw_100/amlaw_100_main.shtml on February 9, 2003.
- 62) サンフランシスコの Howard, Rice, Nemerovski, Canady, Falk & Rabkin である。The Am Law 200, viewed on line at http://www.law.com/special/professionals/amlaw/2002/amlaw_200/amlaw_200_main.shtml on February 9, 2003.

解できる。しかし、ここで私は現在の法律事務所のゲートキーパーとしての機能や経済的な力について検討したいわけではない。それよりも、利益相反を避けるために、このような法律事務所を悩ませている問題に焦点を当てたい。この問題をより正確に表現すれば、次のようになる。非常に多くの弁護士を一つの法律事務所を抱え込むことで、必然的に、その事務所の弁護士が既に特定の依頼者を代理している（あるいはこれから依頼者になりうる）にも拘わらず、同一事務所の他の弁護士がその依頼者と利害が対立する当事者を代理するために接触することが生じ得るということである。これは許されるべきであろうか。

合衆国では、許されるべきではないという立場が一般的である。この立場を守らせるためのしくみが、「推定的利益相反」回避規則である。ABA 模範規則1.10条は、同時的または継時的な利益相反禁止規則によって、「弁護士が法律事務所に所属している間、一人で代理をすることが禁じられるような場合に、同一事務所の弁護士である何人もそれを知りながら依頼者を代理してはならない」と規定している⁶³⁾。日本の弁護士倫理27条は、同様の危険を防止するために設けられているように思われる。もっとも、同じ事務所の弁護士同士、あるいは依頼者とその弁護士との関係において「公正さを保つ」という、より抽象的な文言ではあるが⁶⁴⁾。

ここでは、2つの利益が危険に曝されている。第1に、同一事務所が利害の対立する2人の依頼者の代理をしてもよいとすれば、同時に双方に対して誠実であるという、不可能ではないとしても困難な問題を抱えることになる。第2に、一方の依頼者から託された秘密が、偶然であるにせよ意図的であるにせよ、対立当事者を代理している同一事務所の弁護士と共有されることにならないか、という問題がある。問題は、同一事案で直接対立する2人の当事者を同時に代理する場合に限られない。別個の事案で互いに対立している当事者についても当てはまる問題である。例えば、弁護士甲が日産自動車と本田技研が争う事案で本田技研を

63) 模範規則1.10条(a)、1.7条、1.9条。リステイトメントの相当条文は、123条である。

64) 日弁連弁護士倫理27条「弁護士は、同一の法律事務所執務する他の弁護士若しくは同一の場所で執務する外国法事務弁護士又はそれぞれの依頼者との関係において、職務の公正を保ち得ない事由のある事件については、職務を行つてはならない」。

代理している状況下で、それとは関係しない日産自動車とトヨタ自動車とが対立する事案でも、同じ事務所の弁護士乙が日産自動車を代理することは、許されないとされている⁶⁵⁾。同一事案あるいは関連事案で、甲乙両者が属する事務所が双方代理をしていなくても、当該事務所に、日産よりもホンダに（あるいはその逆に）より良いサービスを提供しようとする契機がありうる点が、問題なのである。弁護士乙が日産対トヨタの訴訟に関与し、そのために乙に示される日産の秘密が、弁護士甲の担当するホンダ対日産の訴訟に関係し、甲と共有されうる点も問題である。

しかも問題は、同時に利益相反が生じる場合に限られない。双方代理の問題に関して、元依頼者に対する誠実性は、現在の依頼者に対する誠実性の要求ほど強くは考慮されない。それでも元依頼者の秘密の扱いは重大な問題として残る。弁護士甲が日産対ホンダの事案でホンダを代理し、当該代理を終えたとき、同一事務所の乙が、後に日産が事務所の以前の依頼者たるホンダと実質的に対立するような「同一または実質的に関連する案件」で日産を代理するならば、ホンダの秘密情報が漏れる危険がある⁶⁶⁾。利益相反は、弁護士が政府の一員として、あるいは裁判官として「直接かつ実質的に」関与した事案について、後に依頼者を代理するよう事務所が望むような場合にも推定される⁶⁷⁾。また代理を依頼するために事務所に接触したものの、事務所がすでに利益相反の立場にあったり、弁護士が単に代理したくない、あるいは代理できないような場合、その相談者の秘密保護も問題となる。このように、弁護士が依頼者となる可能性のあった者の秘密を知った後に当該相談者の依頼を断った場合、その対立当事者を代理することが適切ではない場合がある。その場合、同一事務所内の他の弁護士も受任する資格がないと解することになる⁶⁸⁾。最後に、この問題は、1つの事務所における推定的

65) 模範規則1.7条注釈〔6〕を見よ。

66) 模範規則1.9条、1.10条。

67) 模範規則1.11条、1.12条。

68) 模範規則1.18条。ABA模範規則は、「将来の依頼者 prospective client」という言葉を使っている。しかし、これは事実反して、実際に依頼者となったかのような響きがあり、正確ではない。「依頼者となる可能性のあった者 would-be client」という表現には、そのような響きがない。

な利益相反に止まらない。もし、事務所単位で考えれば済むのであれば、事務所を分割して数を増やすことによって、利益相反の問題を最小限にできるかもしれない⁶⁹⁾。しかし少なくとも合衆国では、利益相反は弁護士法人全体で、どこに働くすべての弁護士についても、一般的に推定される⁷⁰⁾。電話、ファックス、電子メールなどで法人各部との間で移動し伝えられている情報の量からすれば、これは驚くべきことでない。

一定の限度で、依頼者の同意により、そのような推定的利益相反を治癒することができるかもしれない。とりわけ「元依頼者に対する利益相反」の問題については、元依頼者から、後の代理に関する説明を行った上での同意を得ることができれば、それは許容される⁷¹⁾。同時的利益相反の場合は、より注意を要する。依頼者双方から説明に基づく同意を得られれば、推定による同時的利益相反も解消し得るが、それも、①その依頼者双方が同じ訴訟、あるいは同じ裁判所で直接に対立していない場合であり、かつ②依頼者双方に対して「充分且つ誠実な代理」を提供できると弁護士が合理的に信じる場合に限られる⁷²⁾。しかし、とりわけ、複数の土俵で依頼者が他方の依頼者と対立している場合には、依頼者の同意を得ることはそれほど容易ではない。その上、その同意は説明に基づく「インフォームド」コンセンツでなければならない。真のインフォームド・コンセンツを得るために一方の依頼者甲に十分な情報を与えることは、必然的に他方の依頼者乙の秘密の一部を伝えることになってしまう。それをするためには、依頼者乙の同意

69) 複数の拠点をもつことは、今日の巨大法律事務所のもう一つの特徴である。The American Lawyerの世界トップ100事務所報告によれば、最大の弁護士数をもつ世界規模の事務所すなわち Baker & McKenzie は、31ヶ国に事務所を置いていた。The Am Law Global 100, viewed on line at http://www.law.com/special/professionals/amlaw/most_lawyers_2001.html, on February 9, 2003.

70) 模範規則1.0条(c)およびその注釈 [2] — [4]。リステイトメント123条とその注釈 c。

71) 模範規則1.9条(a)「ある案件で依頼者を代理した弁護士は、後にそれと同一または実質的に関連する案件について、前の依頼者と実質的に利害の相反する依頼者を代理してはならない。ただし、前の依頼者が説明を受けて書面で同意した場合はこの限りでない」。模範規則1.18条(d)(1)も見よ。

72) 模範規則1.10条(c)、1.7条(b)。

73) 模範規則1.0条(e)は、「説明に基づく同意 informed consent」を定義している。その注釈 [6] と [7] は、そのような同意のために何が必要かを説明している。

を得る必要がある⁷⁴⁾。

これら推定的利益相反回避の規則を遵守するために、法律事務所は、新しい依頼者の代理を考えるとときにはいつも、複雑な「利益相反チェック」のしくみを発動する必要がある。そのようなしくみは、誰がやっても正しい結論が保証されるという信頼性のあるものではない。最近非常に目を惹いたある事件では、明白な利益相反が「事務職員の過誤」ゆえに見逃された⁷⁴⁾。別の事案では、当該法律事務所の元依頼者の氏名が利益相反チェックの際に入力されていなかった。その誤りは、ある依頼者が当該事務所に依頼することを求めた訴訟において、元依頼者が公式の当事者ではなかったために生じた⁷⁵⁾。それでも裁判所は、後の事件の処理に以前の依頼者の利益とその秘密情報とが関係していたため、当該法律事務所が推定的利益相反の状態にあったと認定した⁷⁶⁾。

依頼者の同意を得ることの困難さに直面して、合衆国の法律事務所が推定的利益相反の問題を避けるために他の方法を試みたことは、驚くべきことではない。その方法とは、「遮断 screening」である⁷⁷⁾。「遮断」の考え方は、利害が対立する当事者双方を担当する同一事務所の二人の弁護士の間「遮蔽幕」を設けるこ

74) A v. B v. Hill Wallack, 726 A.2 d 924, 925 (NJ 1999). 裁判所の説示によれば、「不動産計画の記録を作った事務員が、依頼者の姓の綴りを間違えていた。その誤った綴りのまま、この事務所の利益相反発見用のプログラムに入力した。この事務所は、後に正しい綴りで夫婦の相互遺言と関係書類を作成した」。

75) Oxford Systems, Inc. v. Cellpro, Inc., 45 F. Supp. 2 d 1055, 1066 (9 th Cir. W.D.Wash. 1999). 関係した法律事務所はシアトルの Perkins Coie (“Perkins”) であった。Perkins は、かつて Cellpro 社から特許権侵害を追求された事件で被告となった Becton Dickinson 社を代理した。この訴訟は基本的に原告に不利な判決で終わったが、Cellpro 社とその弁護士たち（すなわち Lyon & Lyon）に対する制裁請求が係属していた。そこで Cellpro 社の株主 (Oxford Systems) が、同社とその法律事務所である Lyon & Lyon に対して株主代表訴訟を起こした。Perkins はうっかり、Cellpro 社とその弁護士たちに対抗して Becton Dickinson 社を代理した前の特許権侵害事件とこの第 2 の訴訟とが直接に関連することに気づかないまま、第 2 の訴訟において Lyon & Lyon を弁護することを引き受けた。

76) Id.

77) かつて「遮断」は、「万里の長城」と呼ばれていた。私は、日本でこの表現を聞いた経験がある。長城が中国で果たした、侵入者を防ぐという働きを考えると、私にはこの呼び方は合っているように思える。しかし、誤解と差別用語禁止とによって、この表現は中国に対して軽蔑的であると考えた人々が出てきた。そこで、より受け入れやすい「遮断」という表現が採用された。

とである。これにより彼らの各々の依頼者の利益が守られるようにするのである⁷⁸⁾。一定の継時的な利益相反については、このような「倫理的な」遮断の利用は、20年間にわたって合衆国で受け容れられてきた。つまり、元々政府のために働いていた弁護士が民間の事務所に移籍した後、その弁護士が政府に雇われていた間に「直接かつ実質的に」関与した事案が事務所に持ち込まれ、当該事務所側がその事案に関係する依頼者を代理することを希望する場合には、遮断によって、推定的利益相反が治癒されると言われている⁷⁹⁾。その場合、以前政府のために働いた弁護士は、その案件に関与する資格がない。しかし、当該弁護士を他から遮断すれば、事務所全体としては、利益相反の推定を免れることができる。また同様に、元裁判官や仲裁人、調停人などその他「中立な第三者」として事務所のある弁護士が、直接かつ実質的に関与していて、当該事務所の別の弁護士が後に一方当事者を代理することを希望するような事案も、遮断により許容される⁸⁰⁾。これらの場面での「遮断」は「これら規則や他の法律の下で弁護士が保護しなければならない情報を保護するのに合理的と思われる程度に十分な措置によって、遮断されるべき弁護士がその手続に関与することを阻止する」ことを意味する⁸¹⁾。依頼者を代理することが個人的に適切ではないとされている弁護士は、「当該事案から得られた弁護報酬を配分されてはならない」ともされている⁸²⁾。報酬に関するこのような制限は、依頼者の代理について経済的利益を共有する弁護士は、依頼者を代理していなくても、対立当事者から得られた、依頼者を代理している者を実質的に助けられるような秘密情報を流す動機を持ちうるという心配に基づく。

しかし、他の場面においても遮断を認めるべきか否かについては、合衆国の中

78) 他の文献は、不適格となる弁護士の周りに「沈黙のコーン」を造るという比喩を使っている。

79) 模範規則1.11条(b)。

80) 模範規則1.12条(c)。

81) 模範規則1.0条(k)。注釈 [8] — [10] も見よ。

82) 模範規則1.11条(b)(1)、1.12条(c)(1)、1.18条(d)(2)(i)。

83) ワシントン州倫理規範1.10条を見よ。2002年に行われた調査結果に拠ると、少なくとも、イリノイ、ケンタッキー、メリーランド、ミシガン、オレゴン、ペンシルバニア、テネシー、ワシントンの8州が、このような場合に遮断を認めている。T.D.MORGAN & R.D.ROTUNDA (eds), 2002 SELECTED STANDARDS ON PROFES-

でもかなり意見が分かれる。この分野では、近時重要な発展がある。現在では多くの法域で、元依頼者と利益相反がある弁護士が、民間法律事務所間で移籍した場合に、その弁護士を遮断することが認められている⁸³⁾。新しい法律事務所が、新しい弁護士の元依頼者と利害の対立がある依頼者を抱えている場合、その事務所は新しく入ってきた弁護士の周囲を遮断することを認められ、同じ事務所の他の弁護士は、利益の対立する依頼者を代理し続けてもよいという考え方である。一般的に、これらの法域は、元政府関係者だった弁護士を遮断することが許されるのに、多くの州におけるように、民間の法律事務所の間を移籍する場合には同様の遮断を認めないという区別を正当化するのは困難であると考え、後者の場面でも遮断の利用を認めた。いずれの状況においても、遮断を認めないと、弁護士が職場を変えることが異常なほど難しくなってしまう⁸⁴⁾。遮断が認められなければ、元依頼者の秘密（と利益相反）を持つ弁護士は、移籍希望先の新しい法律事務所から断られることになるであろう。というのも、断らなければ、推定的利益相反規則の下で、やって来る弁護士が移籍先の事務所に様々な利益相反を「感染させる」であろうから。そこで、今日の法律事務所において人の流動性を確保するために、これらの法域では、上述のような場面に限って遮断を認めることにした。しかしこれらの州においても、弁護士が既に事務所の一員となった後に利益相反のために事件を扱えなくなった場合には、遮断によっても推定的な利益相反が治癒されないことに、注意しなければならない。遮断はいわゆる「移住」弁護士に対してのみ採用されているのである⁸⁵⁾。

遮断を認める州が増えつつあるにも拘わらず、ABAは遮断に反対し続けている。2002年に改定されたABA模範規則は、遮断を認める場合を次の2つしか追

SIGNAL RESPONSIBILITY 145-47 (FOUNDATION 2002). この調査の解説によれば、他に少なくともマサチューセッツとミネソタの2州が、限定的な遮断を許す可能性がある。

- 84) この問題は、大きな会社のインサイド・カウンセルが退社して法律事務所に入ろうとする場合に、とりわけ深刻となる可能性がある。インサイド・カウンセルであった弁護士は、その会社という以前の依頼者との関係で、広範囲な利益相反を持ち込むおそれがあるからである。
- 85) 本文のこの段落の記述は、裁判官、仲裁人、あるいは調停人として働いた者については、そのままは当てはまらない。これについては、本文の次の段落に注意されたい。

加していない。(1)依頼者になり得る者の相談を受けながら代理人となることを断った弁護士が、その者から秘密情報を得た場合、当該弁護士は、後日その依頼者となり得た者の反対当事者を代理することを禁じられる。そうして、同じ法律事務所の残りの弁護士も通常は反対当事者の代理人となることを禁止される⁸⁶⁾。しかし、改訂後のABA規則は、この場合について推定的不適任を避けるために、遮断の利用を認めた⁸⁷⁾。(2)以前には元裁判官と仲裁人 arbitrator にしか認めていなかった遮断の利用を、以前に裁判官、仲裁人、調停人 mediator その他「中立な第三者」として務めた結果として個人的に不適任とされる弁護士についても広げた⁸⁸⁾。法律事務所に勤務する間に、裁判官として「直接かつ実質的に」事案に関与したため弁護士として不適任となることは、(おそらくパートタイムか、「臨時」裁判官として働くのでもない限り)通常はない。しかし、仲裁人、調停人、その他中立な第三者として働くことは、稀ではない。これらはしばしば専任の職務ではなく、大きな法律事務所の弁護士が日常業務の一部として行うことがあり得る。とりわけ、調停人は合衆国の多くの弁護士にとって非常に一般的な「副業」になりつつある。これら2つの例では、ABA規則は今では、当該事務所で働いている間に、弁護士が利益相反に直面した場合にも、遮断を許容している。しかし上述の部分を除けば、ABA模範規則は、たとえ移籍弁護士によって新しい事務所に持ち込まれたものであるとしても、以前にいた民間事務所の依頼者との利益相反を治癒するための遮断を禁じている⁸⁹⁾。

改正リステイトメントの立場はABAよりは遮断に対して積極的ではあるものの、それでもかなり慎重である。リステイトメントには、現行ABA模範規則と同様の場合に遮断を認める規定が存在する。すなわち依頼者となるかもしれない者との相談から、または過去に政府の業務に関わっていたことから生じる利益相

86) 模範規則1.18条(c)。

87) 模範規則1.18条(d)(2)。

88) 模範規則1983年版1.12条(c)と2002年版1.12条(c)とを比較せよ。

89) ABA2000年倫理委員会は、2001年8月の草案で、そのような遮断を許すことを提案した。しかし、ABAはこれを採用しなかった。Love, "The Revised ABA Model Rules of Professional Conduct: Summary of the Work of Ethics 2000," 15 Geo. J. Legal Ethics 441, 456 and note (2002).

反の場合である⁹⁰⁾。リステイトメントはさらに一步進んで、ある民間法律事務所から別の法律事務所に移った弁護士についても遮断を利用することを認めている⁹¹⁾。しかしながら、リステイトメントの規定がそれを認める要件は、非常に限定されている。遮断は「以前の依頼者に関する秘密の情報が使われることによって、以前の依頼者に重要な不利益が生じる実質的な虞がない場合」で、秘密が「後の事案において重要となる見込みがない」場合に限って認められているのである⁹²⁾。しかし、秘密が「重要となる見込みがない」場合という要件は、遮断の利用を認めるリステイトメントの規定が、稀にしか働かないことを意味する。問題となる秘密が重要でない場合に、そもそも利益相反の状況があるといえるのであろうか。さらに、リステイトメントは裁判官や調停人としての職務から生じた利益相反についても、この遮断法則を適用しようとしているように見える。したがって、このような場合には、ABAの規定よりも遮断の認められる範囲が限定されることになる⁹³⁾。

遮断に対するこの根強い抵抗感の原因は何か。率直に言えば、答えははっきりしている。つまり、遮断を認めることは遮断の手法に対する信頼を前提とする。遮断によって当初の目的が達成されることが信頼されていなければならない。ABAも、約80%以上の州も、そのような信頼をもてないでいる。この理由は、もちろん、実効的な遮断を行う責任を負う法律事務所自体が、遮断からの漏洩によって利益を得るからである。米国のことわざでは、これを「狐に鶏小屋の番を

90) 以前政府のために働いた弁護士について遮断を許すリステイトメント124条(3)、および依頼者となるかもしれない者の相談を受けたため、不適格とされる弁護士について遮断を許す同15条(2)。

91) リステイトメント124条(2)。

92) リステイトメント124条(2)は、次のように定める。「(2) 123条に定める利益相反の推定は、132条に定める以前の依頼者との利益相反について、次の理由により、以前の依頼者に関する秘密の情報が使われることによって以前の依頼者に重要な不利益が生じる実質的な虞がない場合には、新たに加入した弁護士を制限しない。

- (a) 利益相反のために不適格となる弁護士に伝えられた以前の依頼者の秘密が、後の事案において重要となる見込みがなく、かつ
- (b) 利益相反のために不適格となる弁護士が、後の事案の取り扱いから排除されるよう十分な遮断措置が取られ、かつ
- (c) 関係するすべての依頼者に対し、適時に十分な告知がなされること。

93) リステイトメント124条(2)、132条および132条説明gと起草者注釈を見よ。

させる」と表現する。さらに、遮断の適時性、完全性、実効性を立証するために用いられる証拠として、通常は遮断を行った法律事務所の弁護士や従業員によって提出される証拠を用いざるを得ない。典型的には宣誓供述書が用いられる。しかしながら、彼らの記憶を検証するための「公平な」証拠はほとんど存在しない。

こうして、現代の巨大法律事務所においては、以下に挙げるように、さまざまな場面において遮断の利用が必要となる。すなわち、(a)弁護士を他の事務所や職業等、「外部」から自由に雇用しようとする場合、(b)被雇用者たる弁護士が、弁護士業務のみならず紛争解決業務をも自由に行おうとする場合、(c)現在の事務所の依頼者の利益を害することなく、依頼者となるかもしれない者の相談を受けようとする場合。

この問題の解決策としては、小規模な法律事務所が主流であり弁護士の移動や業務の多様性が現在ほどなかった時代へと回帰することがまず考えられる。しかしこのような案は、とうてい現実的とは思えない。そこで、信頼される遮断の手法を確立することが考えられる。私自身は遮断業務を提供する第三者機関を創設するという案を考えている。これまでは、遮断の適切性の立証を、利益相反を抱える事務所自身に委ねてきたことが、危惧感の原因となっていた。したがってその機能を独立・第三者的業務提供者にアウトソーシングすれば、遮断への信頼感は増すであろう。この方式によれば、新たな弁護士が事務所に勤めようとするとき、遮断提供者（遮断救済者 screen saver とよぶべきか？）が当該弁護士と事務所のほかの弁護士とのかかわりが遮断されるべきかを決定するための判断を行い、必要な場合は遮断を設立し、その「堅固さ」を保つ。電子的安全装置が普及しつつある現在においては、特定の者のみがコンピューターやその他の手段によってアクセスできるような安全ファイルによって、そのようなシステムを強化することができるであろう。これは（少なくとも私にとっては）非常に高価かつ複雑な措置のように思える。しかしながら、遮断が適切になされなかった場合の結果としての資格剥奪は非常に高くつく。資格剥奪の申立てに対して防御をすることも同様に高くつく。上のような案を考えついたのは、おそらく私のみではないであろう。すでに、現在の「超」巨大大事務所は、このような独立の遮断提供者を創設する可能性を模索している。しかし、このしくみのいちばん弱い部分は、頭の中

に守られるべき秘密を持っている弁護士自身である。依頼者の秘密を弁護士間で共有することは、法律事務所という共同体の価値の一部と意識されている。このような文化の下で、故意（または過失）による秘密の共有を本当に防止するのは、簡単でない⁹⁴⁾。

次の論点に移る前に、もう一点、非常に議論のある問題を指摘しなければならない。弁護士のみならず、法人としての法律事務所にも「倫理」責任を課すことができるか、という問題である。ある法律事務所において、弁護士が単独で、若しくは複数で事件を受任し、その結果当該事務所が利益相反を抱え込んだとして事件から手を引くことを迫られるような場合（任意に辞任する場合、不適格の申立てがなされてそれが受理された場合のいずれの場合においても）、これは法律事務所への独自の制裁となる。弁護士がかなりの時間を事件のために費やした後は特に、手を引かざるをえなくなることは非常に高くつくからである。事務所は計算上得たはずの金額の一部若しくは全部を放棄せざるをえないため、通常は弁護士が費やした時間は埋め合わされない。また、このことで影響をこうむった顧客への弁護過誤も問題となるであろう。弁護士懲戒制度に弁護士事務所に対する懲戒処分も含めるべきであると主張する論者もいる⁹⁵⁾。初めてこの主張をしたテッド・シュニーヤー教授は、現代の巨大法律事務所の性格を考えると、そのような「事務所」の懲戒処分が必要とされる、と主張する。すなわち多数の弁護士を抱えた法律事務所においては、個々の弁護士はほとんど懲戒処分を受けることはない。なぜならば、(1)その法律事務所が法曹協会の中でもつ威信のため、懲戒処分から事実上「免責」されるため、(2)巨大事務所においては、顧客から苦情を受けるような行為（例えば怠慢）はほとんど存在しないため、(3)そのような事務

94) ABA が新たに遮断の利用を認めた2つの場合、すなわち以前に調停人として関与した場合と依頼者になるかもしれない者と接触した場合において、遮断がどのように働くか、考えてみよう。これらの場合には、利益相反のために不適格とされる弁護士は、その事務所で働いている間に、後にその弁護士に対する遮断を必要とさせる事案に関与する。この以前の仕事と遮断の実施とが時間的に離れているとき、秘密の情報がうっかり共有されたことはない、と言える人がいるだろうか。このような同一事務所内での弁護士同士の情報の「共有」は、ごく日常的に起きるであろう。遮断の必要性を認識していない弁護士たちは、コーヒーを飲みながら、あるいは昼食を食べながら、気軽にそのような話合いをするであろう。

95) Schneyer, "Professional Discipline of Law Firms?" 77 Cornell L. Rev. 1 (1991).

所の顧客は不当な扱いを受けたとしてもあまり苦情を申し立てないため、(4) 弁護士が不適切な行為を行ったとしても、弁護士の数が多いために、責任は拡散し、法曹協会による責任追究がなされにくいいため、(5) 有責な弁護士を特定することは可能であっても、事務所の他の弁護士たちもおそらく同等に有責であるため、法曹協会は人物を特定することに消極的になるため、(6) 個々の弁護士活動よりも、現代的法律事務所の倫理的「インフラストラクチャー」(例えば利益相反を抑制する手法や日程管理システム calendar system) の不備によって倫理的問題が生じることが多いため⁹⁶⁾。これらの議論からわかることは、このような事務所の不正行為が憂慮すべき問題であり、代替的若しくは追加的手法によって問題解決をしなければならぬことである。ジュニヤー教授は、民事責任や除名だけでは十分ではないと主張する。法曹協会が法人としての事務所を懲戒すべきだ、というのである。この懲戒処分には、営業停止若しくは特定の分野での営業停止、業務改善命令や、事務所に対する「保護観察処分」が含まれる。

今日、法律事務所に対する懲戒処分を認める州はニューヨーク州のみである⁹⁷⁾。しかし、ニューヨーク州においてもその規定はほとんど適用されていないようである。2000年夏まで、ABAの2000年倫理委員会は、ABA模範規則に法律事務所の懲戒処分を認める修正を加えることに積極的であった⁹⁸⁾。しかし最終的に、そのような修正はなされなかった。同委員会のマーガレット・ラヴ委員は、最近の論文の中で「委員会は……経営者弁護士や監督者の個人責任を曖昧にすることによって生じ得る損失に比べて、法人自体に懲戒処分を拡大することによる利益は小さいと判断した」と論じている⁹⁹⁾。しかし、委員会の結論にもかかわらず、私は事務所に対する懲戒処分という考案を現実化すべき時期は到来していると考え、そのような法改正を多くの法域が行うことを望んでいる。

96) 77 Cornell L. Rev. at 8-11.

97) G. C. HAZARD, S. P. KONIAK, & R. C. CRAMTON, THE LAW AND ETHICS OF LAWYERING 945 (3d ed. 1999). ニューヨーク州は、1996年にこの規則を採用したと思う。

98) Love, "UPDATE ON ETHICS 2000 PROJECT AND SUMMARY OF RECOMMENDATIONS TO DATE," Item 27 (August 8, 2000).

99) Love, "The Revised ABA Model Rules of Professional Conduct: Summary of the Work of Ethics 2000," 15 Geo. J. Legal Ethics 441, 471 (2002).

2 異業種共同事業 (multidisciplinary practice) の問題

現代の法曹が抱えるもう一つの問題として、「異業種共同」サービスに対する需要がある。多くの巨大法律事務所やいくつかの巨大会計事務所は、「異業種共同事業 (MDP)」に対する規制を大幅に緩和するように、主張している。このMDPという発想は、1つの事務所が弁護士業務のみならずそれ以外の業務も行うことで、複数の分野の専門家を用意し、1つの事務所で、すべての問題を解決してもらいたいと希望する依頼者のニーズを満たす、というものである。念のためにいえば、これは資格のない者に法律事務を取り扱わせるという提案ではない。これは、弁護士が法律家以外と共同することによって、それぞれの専門的業務または営業を1つの「異業種共同」組織の中で行うことを意味する。

合衆国においては、20年来、MDPを許すべきかどうか議論されてきた¹⁰⁰⁾。約1世紀前から、合衆国の倫理規定においてはMDPが禁じられている¹⁰¹⁾。現在では模範規則5.4条に規定がおかれている。このMDP規制の趣旨は、以下の4点である。(a)同じ企業の非法曹により、弁護士が管理下におかれ、影響を受けることになる、弁護士の独立性が危うくなる、(b)弁護士が「中立的」助言を与えることを期待されるような非法律業務の存在によって、弁護士にとっては深刻な利益相反状況が生じ得る、(c)弁護士が依頼者のための法律以外の仕事を自分が共同している非法律家に任せたいと望むために、依頼者との間で利益相反が生じる、(d)MDP内部の非法律家は弁護士と同じような職業上の秘密保持義務を負っていない可能性があるため、顧客の秘密が危うくなるおそれがある¹⁰²⁾。

しかし、多くの弁護士はこれらの懸念には理由がない、と考えている。法律業務を行う弁護士を非法律家が統制することについては、これを防ぐための制度が考えられる。また、依頼者に対して非法律業務を提供することによって生じうる

100) 例として次の文献がある。Daly, "Choosing Wise Men Wisely: The Risks and Rewards of Purchasing Legal Services from Lawyers in a Multidisciplinary Partnership," 13 *Geo. J. Legal Ethics* 217 (2000); Andrews, "Nonlawyers in the Business of Law: Does the One Who Has the Gold Really Make the Rules?" 40 *Hastings Law Journal* 577 (1989).

101) *Id.* at 584-91.

102) *Id.* at 605-17.

利益相反的状况を説明し、彼らに決定権を与えることもできるという主張もある。事務所の非法律家には契約に基づく秘密保持義務を、弁護士には秘密を保持することの倫理のおよび民事的責任を負わせることもできる。多くの大規模法律事務所はすでに様々な場面で非法律家を雇用し、ときにこれらの非法律家にも、事務所に対する重要な責任を与えつつ、顧客に対する責任を果たしてきている。さらに、今日の法律事務所は、その運営上不可欠なこととして、非法律家と相互提携している。このような提携においても同様の倫理的危険が存在する。それにも拘わらず、これまで問題は生じていない。最後に、重要なのは、規制が緩い他の国において、巨大会計事務所がすでにMDP企業を設立していることである¹⁰³⁾。世界市場において、これらの巨大MDPは合衆国の法律事務所に対する大きな脅威となっている。

15年以上前から、合衆国の法律事務所は、規則5.4条の規制を乗り越えるために、弁護士、非法律家の両者が主体となった「付随」法律関連事業と呼ばれるものを生みだしてきた。この付随事業(ancillary business)は、法律業務について、依頼者を親会社たる法律事務所に任せるため、厳密な意味でのMDPではない。したがって形式的には、規則5.4条違反とはならない。しかしこのような付随事業は、倫理規定をすり抜けるための「技巧的」回避手段にすぎない。実際には、真のMDPと同じような危険性を有するものであり、しかも真のMDPが持っている重要な利点の一つを欠いている。それは、単一の多分野サービス提供者という性格である。そのため、合衆国の法律事務所は今なおMDPを求めている。

ABAは20年来、付随事業やMDPによって提起される問題と格闘してきた。初版のABA模範規則を提示したクータックKutak委員会は、1983年当時MDPを認める規定を提案したものの、ABA代議員会によって否決された¹⁰⁴⁾。1991年、

103) 多くの論者が、模範規則5.4条にも拘わらず、大きな会計事務所は既に合衆国内においても、実質上MDPを設立している、と指摘している。これらの会計事務所のために働く弁護士は、5.4条に違反していることになりそうである。なぜなら彼らは、名目上はともかく、事実上、法律家と法律家以外の経営者を擁する組織の中で、公衆に対して法的役務を提供しているからである。See, e.g., Andrews, supra, 40 Hastings L. J. at 632-36. しかし、各州の法曹協会は、これを取り締まる気がないか、または取り締まることができないようである。

104) Andrews, supra, 40 Hastings L.J. at 593-7.

ABA は厳格な制限の下で付随事業を認める5.7条を採用した¹⁰⁵⁾。1年後、代議員会は、数票の差でその規定を廃止した¹⁰⁶⁾。2年後の1994年、新しい5.7条が採択された¹⁰⁷⁾。この規定は2000年の改正の際、僅かな修正変更を受けたが、ほぼそのまま現行の模範規則に受け継がれている¹⁰⁸⁾。つまり、MDP を認めさせようとする試みは、これまでのところ成功していない。1998年、ABA は MDP 問題を扱う新たな委員会を設立し、同委員会は再度 MDP の採用を提言した¹⁰⁹⁾。しかし ABA 代議員会は、再びこの提言を退けた¹¹⁰⁾。もともと MDP に賛成していた2000年倫理委員会は、ABA の MDP 問題委員会の提案が否決された後、立場を後退させている。多くの州では ABA での議論を受けて、MDP に関する検討が行われた。いくつかの州においては、MDP の採用を勧告する提案について議論中である¹¹¹⁾。しかしながら、現在までのところ、MDP を認める規定を採用した州はない¹¹²⁾。

ABA においても、州レベルにおいても、MDP ほど多くの時間を費やして議論された問題はこれまでになかった。しかし、法曹は競争という脅威によって冷静さを失ってきたのではないかというのが、私の見方である。一方では、MDP 論

105) J.S. DZIENKOWSKI, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY STANDARDS, RULES & STATUTES: 2002-2003 248 (2002).

106) Id.

107) Id.

108) 現行の模範規則5.7条は、次のように定める。「(a)弁護士は、次のいずれかの場合に(b)項に定められた法律関連役務 (law-related service) が提供されるときは、その役務に関して法曹倫理規範に従う。

(1)弁護士が依頼者に法的役務を提供するのと区別できない状況で、弁護士が法律関連役務を提供する場合。

(2)その他、弁護士が1人でまたは他の者と共に管理する団体によって法律関連役務が提供され、当該法律関連役務が法的役務ではなく、弁護士—依頼者関係の保護が及ばないことを利用者が認識できるようにするため、弁護士が合理的な手段をとっていない場合。

(b)「法律関連役務」とは、法的役務と併せて行うことが合理的であり、かつ法的役務の提供と内容が関連しているもので、弁護士以外の者が提供することが非弁活動として禁止されないものをいう。

109) AMERICAN BAR ASSOCIATION COMMISSION ON MULTIDISCIPLINARY PRACTICE, REPORT TO THE HOUSE OF DELEGATES (1999).

110) ABA は、MDP についてのウェブサイトを用意しており、そこで関連資料を調べることができる。http://www.abanet.org/cpr/multicom.html.

111) http://www.abanet.org/cpr/mdp_state_summ.html.

112) Id.

者の多くが巨大会計事務所による脅威を理由として、MDPの採用を主張する。他方では、反対論者の多くが、MDPを採用することで巨大会計事務所や他の大企業も法律業務を始めることになり、このことは伝統的な法律業務を一変させてしまうのではないか、ということに危惧している。たしかに巨大な法律事務所レベルにおいては競争が存在しており、MDPについては今後も熱い議論が闘われるであろう。しかし、おそらくMDPの導入がもっとも有益であり、かつ危険度も低いのは、もっと小さな法律事務所においてであろう。つまり、2、3人の専門家がいわゆる「プティック的」MDPを設立しようとする場合においてである。このようなMDPができれば、1つの事務所で一連のサービスを受けることを期待する特定の種類の依頼者のために、有能な専門家たちが集結して専門業務を提供することも可能となる。このような企業体においては、全ての参加者が倫理的責任を果たすことが期待できるであろうと私は考える。

しかし現在までのところ、MDP反対論者が優勢であることは否定できない。エンロン社の破綻と、エンロン事件におけるアンダーセン会計事務所の果たした役割は、反MDP論者をさらに突きつけたように見える。アンダーセン会計事務所は会計監査とコンサルティングという2つの別個の業務を行っていた。論者はMDPの危険性の一例として、アンダーセン会計事務所がその職業上の義務を適切に果たさなかったと指摘している。たしかにアンダーセン会計事務所の事例はMDPが引き起こすおそれのある危険性の一側面を明らかにしており、同社において犯された濫用については詳細に検討される必要がある。しかしながら、エンロン社の破綻がMDPに関する議論に直結するとは思えない。巨大会計事務所は今後も国際的にMDPに関わっていくと予測できるし、法律家集団がそれらの企業で働く弁護士に対してまで規制を及ぼす意志と力をもっているかどうかは疑わしい。今後、大きな国際的MDPの中には、エンロン社問題におけるアンダーセン会計事務所の役割によって示されたような誘惑に陥らず、依頼者に良いサービスを提供できることを示すものが徐々に現れるであろう。濫用事例にどう対処すべきかは、MDPを全面的に禁止する予防的規則によってではなく、事件ごとの経験で学習されることであろう。それが学習された暁には、MDP禁止は自ずから廃止されるであろう。

IV 法的サービスへの需要がもたらす課題

私が論じたい第3の課題は、法的サービスを必要としているのに現在それを受けていない人々に法的サービスを提供するという課題である。日本では法曹養成制度改革が、現在進行中である。その改革の動因の一つは明らかに、現在資格のある法曹が不足し、法的サービスへの需要を満たすことができないという共通認識が形成されたことである¹¹³⁾。法曹の不足がどのくらい深刻なものであるか、日本と例えば合衆国との差違が実際どの程度大きいのかについての認識は一致していない¹¹⁴⁾。しかし、日本社会がもっと多くの法曹を雇用できる需要を持つことについては誰も同意するであろう。もっとも日本人にとって、さらに驚くべきことは、実は合衆国でさえ同じ状況にあることである。つまり、非常に多くの米国人が法的サービスを利用できないのである。合衆国は、憲法上弁護人依頼権を持つ被告人に弁護士を利用できるようにするという公正な道を選択した¹¹⁵⁾。しかし、元々住まい、雇用、医療、食糧を不十分にしか保障されておらず、それを守るために法的サービスを必要としている低収入層の人に対する法的サービス

113) 司法制度改革審議会意見書(2001年6月12日)英語版46—47頁。

114) 日本の人口はおよそ1億2千7百万人、合衆国の人口はおよそ2億8千5百万人である。しかし、日本の弁護士数(約1万8千人)は、私の住む人口約6百万人のワシントン州1州の弁護士数(約1万9千人)とほぼ同じ数でしかない。これらの数字によれば、日本では弁護士はおよそ人口7千人に1人、ワシントン州では315人に1人となる。司法制度改革審議会意見書は、1997年の時点で、日本における2万人の法曹(6千3百人に1人)に対して、合衆国では94万1千人の法曹(290人に1人)という数字を挙げている。司法制度改革審議会意見書(2001年6月12日)英語版46頁。しかし、日本には弁護士以外にも多くの法律専門職があるので、これらの数値は状況の一部しか示していない。2001年を基準にディーンは18,246人の弁護士、約17,000人の司法書士、約35,000人の行政書士を合計して約7万人という数字を挙げている。M. DEAN, *supra*, at 267-69 and note 62. 日本には、さらに弁理士と税理士がいて、法的役務を提供している。しかし、合衆国でも類似の「非法曹」専門職があるので、私はこれらの数字は比較のためには合算しない。もし合算するなら、米国の側についても、これらに相当する職種を合算しなければならないはずである。さらに、日本では法学教育を受けた数万の人々が政府および企業にあって、合衆国であればしばしば法曹資格のある者がこなしているような仕事を担当している。

115) この分野についても、多くの論者がかなりの根拠に基づいて、決して十分な弁護が提供されていないと主張している。

の提供は、極めて不十分である。

合衆国では歴史的に、法曹が資力のない人に無料の法的サービスを提供してきた。これは「プロ・ボノ」法的サービスと呼ばれる。しかし、合衆国の法曹の貢献がそういった人々の需要を十分に満たしてはいないという認識については、幅広い合意が存在している¹¹⁶⁾。60年代から、こういったサービスの供給を助けるべく、地域法律サービス事務所 (community legal services offices) に対する連邦レベルでの資金提供が始められた。1980年代初頭には、合衆国において、こういった法的サービスに資金を援助するための第3のメカニズムが活用され始めた。それは IOLTA と呼ばれる。「IOLTA」とは、「弁護士寄託基金の利子 (interest on lawyer trust accounts)」の略称であり、プール制の預金口座である。合衆国の弁護士には、自らが管理する依頼者の資金のために預かり金口座を開設することが求められる。依頼者の資金は通常、個々の依頼者毎の口座に貯えられており、資金が貯えられている期間、依頼者には利子が返還される。しかし、独立した依頼者固有の口座を開くことが要求できないほど少額であったり、寄託が短期間であったりする場合、その資金はプール口座に組み込まれる。IOLTA とは、それぞれの弁護士がプールした口座からの利息である。1981年以後、全米の裁判所が、以下のようなことを義務付ける規則を採用した。それによれば、プール口座の利子が個々の依頼者に対し費用がかかりすぎて有効に還元できない場合、その利息は1年ごとに裁判所に送金され、貧困者のための法的サービスの資金に充てられる¹¹⁷⁾。この IOLTA 制度は、毎年数百万ドルを生み出し、無資力者への法的サービスを資金面で支えている。

過去20年間に合衆国で起きた展開の一つは、これら2つの資金源が危うくなっていることである。貧困者への法的サービスのための連邦からの財政支援の削減は、レーガン政権から始まり、二つのブッシュ政権の間を通じて継続している¹¹⁸⁾。

116) 例として、“Special Issue : Conference on the Delivery of Legal Services to Low-Income Person : Professional and Ethical Issues,” 67 Ford. L. Rev. 1713-2786 (1999) など。

117) 背景事情は、次の判例で知ることができる。Phillips v. Washington Legal Found., 524 U. S. 156, 160-61 (1998).

118) 背景事情は、次の判例で知ることができる。Legal Services Corporation v. Valazquez, 531 U. S. 533 (Feb. 28, 2001).

公的資金に依拠する法律サービス事務所が、貧困者の法的利益を保障し保護する試みの中で、政府に反対するロビー活動を行い、政府当局に対するクラス・アクションや判例づくりのための訴訟を提起するために活用されてきたという、政治的な懸念が膨らんできた。数次の共和党政権が、こういった法律サービス事務所が公的資金を利用することを制限し、資金の水準を全体的に削減する方向に動いた¹¹⁹⁾。結果として、貧困者に法的サービスを提供するための連邦資金は大きく削減された。

さらに最近では、IOLTA 制度の合憲性が争われている。憲法上の主張として、2点がある。第1に、IOLTA 制度は、補償なしに財産を徴収するものであり、合衆国憲法修正5条に違反しているという主張である¹²⁰⁾。第2は、IOLTA 制度が、その口座に資金を預けられる依頼者の持つ修正1条の権利を侵すという主張である。2003年3月に、多くの人を驚かせた判決によって、修正5条に基づく主張は、退けられた。ワシントン州のこの制度が修正5条に違反するとして争われたブラウン対法律扶助基金事件¹²¹⁾において、合衆国最高裁は、この制度を追認した。連邦最高裁の以前の判例は、IOLTA 制度によって生じる利息は、修正5条にいう「私有財産」に当たるとしていた¹²²⁾。しかし、ブラウン事件の判決は、なるほどIOLTA 制度は、そのような財産を「公共の用途のために徴収」しているものの、依頼者には損失がないため、「正当な補償」は必要ないと判示した¹²³⁾。その理由は、利息によって依頼者の利益が得られる場合であれば、弁護士はその資金をIOLTA 口座に預けることを禁じられるからである¹²⁴⁾。したがって、この

119) Id.

120) 全般的に、次の判例解説を見よ。“PENNIES FROM HEAVEN - WHY WASHINGTON LEGAL FOUNDATION V. LEGAL FOUNDATION OF WASHINGTON VIOLATES THE U.S. CONSTITUTION,” 77 Wash. L. Rev. 775 (2002). *Brown v. Legal Foundation*, 155 L. Ed. 2 d 376, 123 S. Ct. 1406, 2003 U. S. LEXIS 2493, 71 U. S. L. W. 4221 (U. S. 2003).

121) *Brown v. Legal Foundation*, 155 L. Ed. 2 d 376, 123 S. Ct. 1406, 2003 U. S. LEXIS 2493, 71 U. S. L. W. 4221 (U. S. 2003).

122) *Phillips v. Washington Legal Foundation*, 524 U. S. 156, 141 L. Ed. 2 d 174, 118 S. Ct. 1925 (1998).

123) *Brown*, supra, 155 L. Ed. 2 d at 396.

124) Id. at 397.

制度は修正5条に違反しない。しかし、IOLTA 制度に対する争いは、まだ終わっていない。修正1条を根拠とする主張が提起されているからである。この主張は、次のようにいう。すなわち、IOLTA 口座に依頼者の一定の財産を集めてそこから生じる利息によって貧困者に法的サービスを提供するという、依頼者が同意しないかもしれない目的に充てることを強制する制度は、依頼者のもつ表現の自由を侵害する¹²⁵⁾。修正5条に基づく論点が解決されたので、今度は裁判所は、この修正1条の論点に向き合わなければならない¹²⁶⁾。これは深刻な論点であり、連邦最高裁がこれに基づいて、IOLTA 制度を違憲とする可能性は十分にある¹²⁷⁾。これら2つの資金源が廃止され、あるいは著しく削減されるならば、合衆国における無資力者への法的サービスの提供は、法曹が無料で法的サービスを提供しようとする意欲にさらに大きく依存することになるであろう¹²⁸⁾。現在までのところ、私たちは無料のサービス提供を全ての法曹に対する強制力のある義務として課すことには消極的である¹²⁹⁾。その代わりに、事案毎に報酬を要求せずに奉仕する法律家を任命する権限を裁判所に与えている。しかしこの司法権の行使ですら、次

125) Wash. Legal Found. v. Legal Found. of Wash., 236 F. 3 d 1097, 1115 (9th Cir. 2001)

126) Brown v. Legal Found., 123 S. Ct. 1406; 155 L. Ed. 2 d 376, 406 (2003)(Kennedy, J, dissenting); Wash. Legal Found. v. Legal Found. of Wash., 271 F. 3 d 835, 864 (9th Cir. 2001).

127) テキサスの連邦地裁は、同州の IOLTA 制度が、表現の自由を侵害するという主張を退けた。Washington Legal Found. v. Texas Equal Access to Justice Foundation., 86 F. Supp. 2 d 624, 632-36 (W. D. Tex. 2000), rev'd on other grounds, 270 F. 3 d 180 (5th Cir. 2001). しかし、決してこれで問題が終わったわけではない。ブラウン事件判決の反対意見の中でケネディ最高裁判事は次のように述べている。「この事件では、州の行為が修正1条の権利を害するかどうかは、論点とされていない。しかし、そこには、深刻な憲法違反のおそれがある。Abood v. Detroit Bd. of Ed., 431 U.S. 209, 52 L. Ed. 2 d 261, 97 S. Ct. 1782 (1977); Keller v. State Bar of Cal., 496 U. S. 1, 110 L. Ed. 2 d 1, 110 S. Ct. 2228 (1990) を見よ。本判決は、二重の意味で不幸である。私有財産の徴収という一つの憲法違反が、表現の強制というもう一つの憲法違反をもたらすのである。これらの問題は、しかるべき手順を経て、当裁判所に提起される必要がある。」155 L. Ed. 2 d. at 406.

128) 利息を貧困者のための法的サービス提供のために使うかどうかを依頼者に選択させるなら、合憲的な IOLTA 制度が、理論上は可能であろう。しかし、法曹は依頼者からそのような同意を得られるかどうかや、その同意を得るためのコストについて悲観的である。

129) 例えば、模範規則6.1条を見よ。現在までのところ、どの州もプロ・ボノの義務化は採用していない。

第に困難になりつつある。このような義務づけも、弁護士の役務という財産を補償なく公共の用途のために徴収することになり、違憲とされる可能性がある¹³⁰⁾。IOLTA 制度についての事件が片づけば、次は、この点が争われるかもしれない。

貧困者への法的サービスの提供に関心を持つ法曹は、一般にこういった一連の動向に懸念を持っている。政治的な風向きの変化がない限り、そういった法曹達は貧困者への法的サービスが向上するであろうという希望を抱いてはいない。私は、唯一現実的に持てる希望は、法律専門職の構造と参入障壁を見直すことだともみている。幸いその取り組みは既に始まっている。私の住むワシントン州の最高裁は最近、「法律業務」を定義する初めての包括的な規則の一つを採用し、許されない非弁活動の範囲を画した¹³¹⁾。おそらくこの発展に刺激されたのであろう、

130) 裁判所による弁護士の任命が連邦憲法の私有財産徴収条項に反するという主張を退けた *Williamson v. Vardeman*, 674 F.2 d 1211, 1214–15 (8th Cir. 1982) および *United States v. Dillon*, 346 F. 2 d 633, 638 (9th Cir. 1965), cert. denied, 382 U. S. 978 (1966) と、裁判所による任命が州憲法の私有財産徴収条項に反するという主張を認めた *Sholes v. Sholes*, 760 NE 2 d 156, 162–63 (Ind. 2001) および *DeLisio v. Alaska Super. Ct.*, 740 P.2 d 437 (Alaska 1987) とを比較せよ。

131) ワシントン州一般規則第24。ワシントン州における定義は、以下の通り。

[(a)一般的定義：法律業務とは、他人又は団体の事情または目的に関して、法原則と法的判断を適用する行為であり、法的訓練を受けた者の知識と技能を必要とする、以下に例示するものおよびその他のものをいう。

(1)料金その他の報酬を受けて、他の者の法的権利、義務または第三者の法的権利、義務について、助言を与えまたは相談に応じること。

(2)人または団体の法的権利に影響する法律文書または合意書を選択し、起草し、もしくは完成させること。

(3)法廷、行政機関における公式の裁定手続、その他公式の紛争解決手続、または司法審査の基礎となる答弁または記録が作成される行政機関における裁定手続において、他人または団体を代理すること。

(4)他の者または団体を代理して、法的権利、義務について交渉すること。

(b)例外と除外：法律業務に該当すると否とを問わず、以下の行為は許される。

(1)以下の業務許可規則 8 条（特定の目的または行為のため、貧困者の代理、教育目的、名誉会員、またはハウス・カウンセルのための特別許可）、同 9 条（法曹の見習い）、同 12 条（不動産取引最終手続管理者 closing officer のための限定的業務）、または同 14 条（外国の法助言者のための限定された業務）に従って、制限的な免許に基づいて、許された法律業務を行うこと。

(2)裁判所規則に従って、裁判所で調停委員として勤務すること。

(3)行政機関または行政的裁判所の許可を受けて、常人代理人として行為すること。

(4)中立的な立場で、調停人、仲裁人、交渉援助人 conciliator または交渉融和人 facilitator として働くこと。

ABAは模範となる定義を起草し、2003年8月までに答申するための作業部会を設置した¹³²⁾。この作業部会は既に、定義草案を公表して意見を求めている¹³³⁾。こ

(5)団体交渉権または労働協約から生じる労使交渉、仲裁、または調停に参加すること。

(6)ワシントン州法典10.14条(ハラスメント)または26.50条(家庭内暴力防止)による保護のために裁判所が用意した書式に、他人が記入する際に無料で助けること。

(7)立法府の議員に対して、働きかけること。

(8)法律文書の用紙を販売すること。

(9)連邦法によって、許された活動。

(10)最高裁判所が公刊された意見において、非弁活動または無資格の法律業務に当たらないとした活動、または最高裁判所によって定められた規制の下で許されて来た活動。

(c)非法律家による補助：この規則は、弁護士業務模範規則5.3条に従い、法律家の監督の下で非法律家が補助することを制限するものではない。

(d)一般的情報提供：この規則は人または団体が、法と裁判手続の一般的な内容について公衆に対して情報を提供することを制限するものではない。

(e)行政機関：この規則は、行政機関が法に定められた責任を実行することを制限するものではない。

(f)専門職の行為基準：この規則は、民事責任または専門家責任の基準を定め、もしくはそれに影響するものと解釈されてはならない。

132) ABAは、この作業部会の活動を公表するためのウェブサイトを設定した。現時点での定義の草案とその注釈が公表されている。http://www.abanet.org/cpr/model_def_home.html。

133) 2002年9月18日に公表された ABA 草案と注釈は、次のとおりである。

〔a)当該法域の最高の裁判所によって認可された者以外は、法律業務を行ってはならない。

(b)定義：

(1)「法律業務」とは、他人の事情または目的に関して、法原則と法的判断を適用する行為であり、法的訓練を受けた者の知識と技能を必要とするものをいう。

(2)「人」とは、1人および数名の者を含み、自然人ならびに法人および企業体をいう。

(3)「裁判機関」とは、裁判所、調停人、仲裁人および裁定者として活動する行政または立法その他の機関を含む。中立的な公務員が、当事者の提出する証拠または法的主張に基づいて、個別の事案における当事者の利害に直接影響する、拘束力のある法的判断をするとき、その行政、立法その他の機関は、裁定者として活動するものである。

(c)他人のために、以下に掲げる行為のいずれかを行う者は、法律業務を行っていると推定される。

(1)人または第三者の法的権利、義務について、他人に助言し、もしくは他人の相談に応じること。

(2)人の法的権利に影響する法的文書を選択し、起草し、または完成すること。

(3)書類を作成し、提出し、証拠開示を実行し、その他、裁判機関に対して、人を代理すること。

の定義を読んで検討されれば、合衆国で考えられている「法律業務」の基本的観念の広さに驚くであろう。この規則は、合衆国で長年不明確であった種々の問題を明確化する方向へ歩み出している。しかしそこでの禁止事項は、極端に広いままである。例えば、日本において法律の訓練は受けているが無資格の人が、企業や官庁で行っている業務の多くは、この合衆国の定義では無資格の人間が行ってはいない業務になりそうである。そのため、この定義の最も重要な部分は、その例外の部分となる。合衆国ではこういった種類の法的サービスが、法曹資格なしに行えるであろうか。ワシントン州では、限られた範囲の法律業務に関する権利が多く認められるようになっており、その一部は他の法域でも認められている。しかし合衆国では、どの法域もいわゆるパラリーガルに資格を付与するところまでは至っていない。私は、法的サービスを必要とする人々が必要な援助を受けられるようにするためには、何よりもこれを行う必要があると考える。

-
- (4)人のために、法的権利、義務について交渉すること。
 (d)例外と除外：法律業務に該当すると否とを問わず、以下の行為は許される。
 (1)限定的な免許に基づいて、許された法律業務を行うこと。
 (2)自分自身の代理人を務めること。
 (3)調停人、仲裁人、交渉援助人または交渉融和人の役を務めること。
 (4)弁護士業務模範規則に従って、法曹の監督の下に役務を提供すること。
 (e)この法域で法律業務を行うことを許されているか否かに拘わらず、法律業務を行う者はすべて同一の注意義務および依頼者に対する誠実さの基準を遵守しなければならない。(d)項に挙げた例外と除外については、法曹でない者が役務を提供する場合には、書面でその事実を開示しなければならない。団体が法律実務を行う場合、団体の責任は限定されない。団体の構成員の責任は、法律実務を行った者およびそのような行為の存在を知りながら直ちに是正措置をとらなかった者に限定される。
 (f)法律業務を行うことを許されていないのにこれを行った者は、当該法域における民事または刑事の制裁を受ける。

注釈

- [1] 法律業務を定義する上での第一の関心事は、公衆の保護である。したがって、他人の利益のために行われる行為のみが、法律業務とされる。自分自身の代理人となる行為が例外とされるのは、そのためである。また、その行為は、特定の人の目的、または特定の人の状況に向けられたものでなければならない。したがって、裁判所は、素人向け手引き書の出版は、法律業務ではないとしている。
- [2] (d)項2項に定める自分自身の代理人となることの例外的許容は、個人についてだけでなく、それを許す法域において、団体が法曹でない構成員に代理権を与える場合も含む。
 Id.

この点では、日本の制度から学ぶべきところがあると思う。日本では、法的サービスを提供する限定的な権限が付与された様々な法律専門職の資格を設けている。司法書士は、裁判所に提出する法律文書を起草することができる。また、不動産や他の取引に不可欠な書類の準備もしている¹³⁴⁾。さらにこういった文書に関する法的助言を行うこともでき、間もなく簡易裁判所における訴訟代理さえできるようになる(訳注:この改正は2003年4月から施行されている)。「行政書士」の資格により、行政事務に関してこれらと似た業務を行うことが許されている。私の理解する限り、司法制度改革審議会意見書は、司法書士や他の「準法律家」が取り扱い可能な業務の範囲をさらに拡大することを提案しているようである¹³⁵⁾。私は、この提案と発展に対して拍手を送り、合衆国のシステムにおいて「準法律家」資格の価値が理解されることを望む。合衆国で法的援助への需要を満たすために、他の方法は見あたらない。

V 現代の規制環境がもたらす課題

最後に検討する課題は、現代の規制環境である。ここで念頭に置いているのは、法曹協会による所属法律家の規律や、そのような規律に関する裁判所の監督ではない。むしろ、政府の立法・行政府と法曹協会とが接する局面について論じたい。合衆国では、いわゆる弁護士「自治」、または「政府による規制」からの自由とも言えるかもしれないが、その長い伝統がある。日本でも、同じであろう。しかし合衆国では、立法府と規制当局が、多くの人にとっては法律家の享受してきた自治の伝統とは根本的に反するようにみえる方法で、法律家への管理を強めようとしつつある。

以下では、2つの例に焦点を当てる。1つは、エンロン社事件に端を発する展開であり、もう1つは、国際的な資金洗浄に対抗するため提案された展開である。前者は、米国改革法(Sarbanes-Oxley Act)が合衆国議会を通過し、証券取引委員会(SEC)が規則を定めた(そのうちの一部は未だ提案の段階にある)ことである。後者は、いわゆる「ゲートキーパー構想(Gatekeepers Initiative)」につい

134) M. DEAN, *supra*, at 269.

135) 司法制度改革審議会意見書3章3節第7段落、英語版67頁。

てである。

米国企業改革法は、SEC に、「いかなる形態であれ、〔証券〕発行者を代理して、委員会に出頭し業務を行う弁護士の活動に関する最小限の基準」を策定することを求めている¹³⁶⁾。SEC の規則は、この法律による議会からの委任に基づいて定められた。この規則については別の機会に詳しく論じたので、ここで詳細を述べることは避ける¹³⁷⁾。以下の議論を進めるには、SEC の規則のうち最も議論のある次の2点を見ておけば十分である。第1に、SEC は、証券取引に携わる弁護士に、次の状況下において依頼者の秘密情報の開示を許す規則を定めた。それが許されるのは、次のような目的の場合である。(i) 弁護士が合理的に見て、発行者または投資家の財産的利益または財産に実質的な害を及ぼす虞があると考える違法行為を、発行者が犯すことを防止するため、(ii) 弁護士が合理的に見て、SEC を騙すことになるかと考える違法行為を、発行者が犯すことを防止するため、または(iii) 弁護士の役務を利用してなされた発行者の違法行為の結果を修正するため¹³⁸⁾。第2に、SEC は、弁護士に対する、「目立つ辞任 noisy withdrawal」の義務を課すことを提案した。それが適用されるのは、違法性の証拠を依頼者に報告した弁護士が、依頼者から「適切な対応」を得られなかったと考え、かつ「合理的に見て、重大な違反が行われている、または、まさに行われようとしており、その違反が、発行者または投資家の財産的利益または財産に実質的な害を及ぼす虞があると考える」場合である¹³⁹⁾。「目立つ辞任」は、代理人からの辞任と、当該弁護士がその作成を援助したが、後に重大な違反が含まれると考えるに至った書類について、SEC に対して「取り消す」ことを伴う。これが「目立つ」と呼ばれる理由は、その文書に何らかの「問題」が含まれているという、本来であれ

136) Pub. L. 107-204, section 307 (2002).

137) Andrews, "The Limits of Confidentiality: Recent Developments in the United States Relating to a Lawyer's Right to Disclose Confidences to Prevent Property Damage and Fraud". これは、日弁連のマナー・ロンダリングとゲートキーパー立法に関するシンポジウム (2003年2月15日東京) における報告である。

138) 17 CFR 205.3(d)(2). これは、SEC のウェブサイトで見ることができる。http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm.

139) 提案された 17 CFR 205.3(d)(1)(i). これも SEC のウェブサイトで見ることができる。http://www.sec.gov/rules/proposed/33 8150.htm.

ば秘密とされる情報を、SECに対して暗に指摘することになるためである¹⁴⁰⁾。

ゲートキーパー構想は、資金洗浄に関する金融活動作業部会 (FATF) の提案した一連の勧告である。FATFは、テロリストを含む、国際的な犯罪集団による資金洗浄への対抗戦略を開発する目的で、G8諸国によって設置された部会である¹⁴¹⁾。2002年5月30日に発表された答申書の中で、FATFは、その反資金洗浄計画を、弁護士にも広げる提案をした。そこでは、弁護士は、国際金融市場に対する「ゲートキーパー」すなわち門番の一つとみなされている¹⁴²⁾。この提案の中で、最も議論があるのは、各国が弁護士に対し、彼らの依頼者が関与する「疑わしい取引」について、その依頼者に告知することなく報告し、さらにその情報の報告を受けた政府当局からの指示に従うことを要求するべきであるとする部分である¹⁴³⁾。SECの規制と同様、FATFのこれらの提案においても、弁護士は、政府が

-
- 140) 模範規則1.6条注釈 [14] を見よ。日弁連は、SECの提案に対する意見を公表している。<http://www.nichibenren.or.jp/en/activities/statements/20021214.html>。
- 141) ABAはゲートキーパー構想に関する資料と見解を含むウェブサイトを設けている。<http://www.abanet.org/crimjust/taskforce/home.html>。日弁連も同構想についての意見を公表している。<http://www.nichibenren.or.jp/en/activities/statements/20020718.html>。
- 142) FATF Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper 97-98 & 100-03 (May 30, 2002) ("FATF")。
- 143) Id. at 100-03. FATFは、弁護士がその勧告14ないし19に従うことを提案している。もっとも議論が対立するのは、勧告15、17と18であるが、それらを理解するためには勧告14も読む必要がある。

勧告14

金融機関は、経済的または合法的な目的が明らかでない、複雑なまたは異常に高額な取引およびあらゆる異常な形態の取引に対して特別の注意を払うべきである。それらの背景と目的はできる限り調査されるべきである。判明した事実は書面で記録され、監督者、会計検査官および法執行機関官の利用に供されるべきである。

勧告15

資金が犯罪活動に由来することを疑った金融機関は、速やかにその疑いを所轄当局へ報告することを要求されるべきである。

勧告17

金融機関、その役員、職員および雇い人は、所轄当局に報告するとき、そのことを顧客に伝えるべきではない。または適当な場合には、顧客に伝えることを許されるべきではない。

勧告18

所轄当局に報告する金融機関は、当該当局の指示に従うべきである。

COMMENTS OF THE ABA TASK FORCE ON GATEKEEPER REGULATION AND THE PROFESSION ON THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE CONSULTATION PAPER DATED MAY 30, 2002 (AUGUST 23, 2002) at Addendum 2.

彼らの依頼者による違法活動を解明するのに、ある程度まで協力することが想定されている。

当然のことながら、ABA も日弁連も、これらの展開のいずれに対しても反対する声明を出した。懸念される事柄は明らかである。SEC による規制も、FATF の勧告も、多かれ少なかれ、政府の法執行のために、依頼者の秘密をその同意なしに開示する権限を弁護士に与え、またはその開示を要求することを提案するものである。そのことは、依頼者の弁護士に対する信頼にマイナスの影響を与えるであろうし、依頼者に対する法的サービス提供の能力が傷つけられるであろう。しかし私には、弁護士会の反応は過剰であるように思われる。ただ、その理由は、2つの場合でかなり異なっている。

SEC の規則に関して、SEC の取った姿勢は、合衆国の大多数の州の姿勢、および多数の専門家の意見と合致すると思う。ここで詳細に述べることは避けるが、過去20年間にわたり、ABA の模範規則を広範囲に見直す任務を負ってきた2つのABAの委員会（クータック委員会および2000年倫理委員会）は、いずれも、ちょうどSEC が今回、証券関係弁護士による開示を許したのとまさに同じ状況の下において、依頼者の秘密情報の開示を許すことを勧告している¹⁴⁴⁾。委員会がそのように勧告したのは、他にも理由はあるが、とりわけほとんどの州が、依頼者が金融犯罪を犯し、善意の被害者に深刻な財産的損害を加えることを防ぐ目的で、開示を認めているためである。法曹法リステイトメントに明示された規則も、そのような開示を認めている¹⁴⁵⁾。これらの情勢にも関わらず、ABA の代議員会は、模範規則を改正し、そのような開示を許すことに反対し続けている。しかし、ABA の代議員会がその立場を拒否したという事実によっても、多くの弁護士が、守秘義務に対するそのような例外が自らの専門家としての義務に完全に合致するし、また依頼者を誠実に代理できる自らの能力と十分に両立可能であると考えているという事実を隠すことはできない。ABA の模範規則においても、ABA 自身

144) ABA 公式見解 92-366 注 11 (1992) および Love, "The Revised ABA Model Rules of Professional Conduct: Summary of the Work of Ethics 2000," 15 Geo. J. Legal Ethics 441, 450-51 (2002) を見よ。

145) 法曹法リステイトメント67条 (2000年)。

の倫理委員会による解釈に従えば、SECの提案と基本的には同一の状況下において、目立つ辞任が求められることになる¹⁴⁶⁾。つい昨年(2002年)の8月、ABA独自の企業責任に関する作業部会は、守秘義務に関する規則は、依頼者の金融犯罪を防ぐためにその秘密情報の開示を要求するよう改正されるべきであると勧告している¹⁴⁷⁾。この部会は、エンロン社のような破綻を防止する改革を提案するために設けられたものである。この種の情報開示を許すために提案された規則は、多くの人々にとって公共の利益に沿うと思われるものであり、ABAがこれを拒絶すれば、このような公共の利益を守る責任を負う立法者や政府の介入を招くおそれがあるとさえいえる。

守秘義務の問題に関して合衆国内の弁護士の間意見の相違があることには、疑いがない。多くの者は、このような例外を設けることは、依頼者との信頼関係を危うくすると考えている。しかし、この例外に賛成する者は、善意の第三者が依頼者から被害を受けることを防ぐという職業上の要請が、それが身体的ではなく、財産的な損失に関わる場合でも、ある範囲では、秘密保持に対する依頼者の権利を上回ると納得するようになってきた。このような例外の存在が告知されるとすれば、依頼者は、そのように限定された弁護士—依頼者関係に入らなければならない。依頼者が、そのような権限と義務を持つ弁護士のサービスを受けたくないと思えば、それは彼らの自由である。依頼者が、そのような開示権限(または義務)をもつ弁護士に、ある事実を打ち明けたくないと思えば、それも依頼者の自由である。しかし、私は、依頼者に対して役務を提供する弁護士の能力一般について、このような状況の変化によって、深刻な危機が生じるとは考えない。

ゲートキーパー構想について、私は、これに対する批判も過剰であると考えている。もし弁護士が、単なる疑いに基づいて依頼者の秘密情報を開示することが要求されるとすれば、これは確かに大変な問題になるであろう。しかし、提案されているのは、それとは異なる。答申書は注意深く、次のように述べている。す

146) ABA 公式見解 92-366 (1992)。

147) ABA 企業責任作業部会の予備報告を見よ。Preliminary Report of the American Bar Association Task Force on Corporate Responsibility, 58 Bus. Lawyer 189, 206 (2002)。

なわち、「全ての選択肢の下で……、当該弁護士は……職業上の秘密保持義務または特権を有する情況において、……関連する情報を与えられた場合には……、疑わしい取引を報告する義務を課されない」¹⁴⁸⁾。私には、これが最も重要で必要な注意書きであるように思われる。どの情報が秘密であり、どれがそうでないかを判断する作業は、弁護士にとってやっかいで、時間もかかるであろう。弁護士または依頼者にとって、誤った判断の危険がないわけではない¹⁴⁹⁾。しかし、弁護士は、依頼者の事案を扱う中で、毎日このような判断を行う必要があり、その作業が、ここで求められる作業と実質的に異なるとは思われない。反対意見とは異なり、私は、弁護士が、要求された判断を行うにあたって、「過剰に報告する」という反応を起こすとは思わない¹⁵⁰⁾。その必要がなかったのに報告をしたという方向での誤りを犯す弁護士は、依頼者と生計を失う危険を負うであろう。依頼者の情報を守るという伝統は根強いものであり、そのような事態は十分に抑制されると思う。他方で、私は、そのような（秘密でない）情報を依頼者に告知することなく政府機関に報告せよと要求することの方が、深刻な問題であると考え¹⁵¹⁾。

148) FATF at 101.

149) 答申書は、次のように付け加えている。「弁護士、公証人その他の専門職の秘密保持特権または業務上の秘密保持義務の範囲は、各国が決定する事項であろう。通常は、次のいずれかの経過によって、依頼者からもしくは依頼者を通じて取得された情報が、その範囲に含まれるであろう。(a)依頼者の法的立場を確認する過程での取得。(b)専門職にある者が、裁判手続においてまたは裁判手続に関して、依頼者を弁護または代理する任務を果たす過程での取得。法的手続を取りまたはそれを避けることを助言することもこれに含まれる。」Id. at 103. これより前の部分で、答申書は次のようにも述べている。「関係国の法制度により、資金洗浄または犯罪目的のために自らの役務が利用されていることを弁護士が知っていたかまたはその強い疑い（国によっては、「疑い」も含む）をもっていたときは、秘密保持の義務または特権は適用されないことがあり得る。」Id. at 101.

150) いくつかの国におけるように報告義務が刑事制裁によって強制されると、弁護士は自分の利益のために、過剰に報告するおそれがあると指摘されている。これは、そのとおりかもしれない。しかし、刑事責任を負わせるには故意が必要である。情報が守秘義務の範囲内にあったため開示は必要ではないと、善意で考えたという主張ができるなら、刑事制裁のある法制下でも弁護士は、報告しないという選択をすることができる。

151) FATF 答申書が、当局への報告に関する依頼者への警告について2つの選択を示していることは、理解できる。その一つは、当局への報告を依頼者に告げる制度であり、もう一つはそれを告げない制度である。以下の本文で述べることは、この後者の制度に対する批判である。

依頼者には、弁護士—依頼者関係の最初から、自らの弁護士に期待できる事柄、および依頼した問題に関して説明を受けた上で決定するのに必要な全ての情報をその弁護士から知らされる権利があると思う¹⁵²⁾。もし弁護士が、政府に対し、依頼者への告知なく報告を行うよう求められるとすれば、これは、私の考える情報提供と公正さという依頼者への基本的な義務に対する根本的な違反となる。そのような「警告なし」の報告義務に直面したとき、依頼者への義務を尽くす唯一の方法は、依頼者の同意に基づかせるという方法であろう。弁護士は、はじめから、依頼者に対して、自分が特定の種類の情報を政府に報告する義務を負っていること、および、報告が行われる時に、依頼者には通知されないことを告げておく必要があると、私は考える。もし依頼者が、そのような忠告にもかかわらず、その弁護士を雇うことをいとわないのであれば、依頼者はそのような取り決めに同意したといえる。できればそのような取り決めには同意したくない、という依頼者が大多数であろう。しかしFATFも、「警告なし」の報告義務の提案が持つこの問題に気づいている。実際、答申書は、当局に報告したことを弁護士が依頼者に警告するという制度を選択肢として挙げている¹⁵³⁾。

最後に、これらの規制が、歴史的な弁護士の独立性に、大きな脅威をもたらすのではないかという問題も取り上げる必要がある。結論として、私は、そうは考えない。弁護士の「自律」という概念は、少なくとも合衆国においては、常に神話のようなものであった。行為規範を提案し、不正を働いた弁護士を懲戒し、弁護士の開業を許可することについて、第一次的責務を負っている法曹協会でさえ、現実には独立してこれらの活動をしているわけではない。開業許可、専門職としての行動、および懲戒を律する規則は、現実には全ての州において、その州の最高裁判所により承認された規則である。各州において、弁護士は、州最高裁判所の最終的な認可に基づいてのみ、開業を許される。また、不認可決定および重い懲戒決定について、各州の最高裁判所に上訴する権利が自動的に与えられる。確かに、法曹一元制度を採る合衆国においては特に、司法部は、他の政府の部局よりも、弁護士と緊密に連携する。しかし、裁判官たちが繰り返し示してきたよう

152) 模範規則1.4条。

153) FATF at 102.

に、彼らは法曹協会と同じではなく、法曹協会によって支持された規則や判断を、いつでも覆すことができる¹⁵⁴⁾。

さらに、弁護士の行動に立法および規制機関が関与するのも、新しいことではない。ほとんどの州において、非弁活動に関する規則は、司法ではなく立法の産物であり、裁判所ではなく検察官によって執行される。どの州でも、立法府が刑法、時には民事法の規定を制定し、それによって弁護士の活動範囲は厳しく制約される¹⁵⁵⁾。合衆国議会は、早くから、特許業務および租税業務を規律する立法を行うことで、弁護士に介入するようになった。加えて、規制機関は常に、そのような立法措置に基づく権限を得て、その管轄内で弁護士活動を行おうとする弁護士の行動を規律するための独自の規則を定める権限を与えられてきたし、事実そうしてきた。また、州および連邦レベルの立法府はいずれも、政府内法律家および元政府内法律家について倫理の枠組みを定める法律を制定してきた。従って、弁護士に対する規制というのは、(専ら弁護士会に任された事柄ではなく) 共同作業であり、常にそうだったというのが事実である。

私は、それがあべき姿であると考えている。弁護士は、司法制度において、あまりに重要な役割をもつため、自己規制だけに委ねることはできない。突き詰めれば、法曹は「自律的」であり、またそうあるべきであると主張することは、法曹が社会全体に対して責任を負わない、あるいは負わなくてもよいと主張することになる。このような主張は、民主主義社会では、受け入れがたいと私は考える。法曹はまた、非常に重要な役割をもつため、それ自身社会に対して完全な説明責任を負わない裁判所だけによる規律にも委ねられない¹⁵⁶⁾。これは、私たちが個々の規制に関する判断に無関心であるべきだという意味ではない。また、多数決原理と独立性との間の均衡に注意する必要がないという意味でもない。法律家には

154) 文献の例として、M. FRANKEL, *PARTISAN JUSTICE* (1980) ; Frankel, "The Search for Truth: An Umpireal View," 123 U. Pa. L. Rev. 1036 (1975).

155) 弁護士は、例えば強要、司法の妨害、欺罔、ゆすりを禁じられ、独占禁止法にも従わなければならない。

156) 合衆国においては、連邦の裁判官はいうまでもなく選挙で選ばれるのではなく、また終身官である。州の裁判官は、州により、任命制と選挙制とがある。選挙で選ばれる場合においてのみ、裁判官は自分でする決定について、民衆に対して責任を負っているということができよう。

担うべき不可欠の機能があり、彼らは政府の行き過ぎをチェックするために重要な役割を果たす。弁護士に関して作られる諸規則が、これらの不可欠な機能を破壊することがないように、私たちは絶えず注意を払わなければならない。しかし究極的には、私は法曹が第四の統治部門となるべきであるとは考えない。政府の全ての部局との共同管理を通して、人々に説明責任を果たすことができるように保つ必要がある。以上により、合衆国において、法曹の適切な役割の維持は絶えず困難な課題との戦いであったことを読者に理解していただければ幸いである。しかし、この戦いから逃げることはできない。そして私たちは、この課題に対して、これまでのところ、どうにか及第点をもらえる対応をしてきたといえるであろう。