

論 説

# 弁護士倫理論序説

## ——中立的党派性批判——

宇佐美 誠

### I 序 論

- 1 主題の設定
- 2 不可避性
- 3 レリヴァンス

### II 枠 組

- 1 3つの道德システム
- 2 誤った枠組か？

### III 検 討

- 1 当事者対抗主義
- 2 友人との類比
- 3 依頼者の自律
- 4 刑事事件は例外か？

### IV 結 論

## I 序 論

### 1 主題の設定

弁護士は依頼者の利益のために、一般市民の道徳的直感に反する仕方  
で行動することを許され、さらには求められるように思われる。凄惨な  
虐待によって幼気な娘を死なせた父親にも、弁護士は法的助言を行う。  
薬害で数千人に不治の身体障害を負わせた製薬会社のためであっても、  
法的防御に最善をつくす。現在は困窮している友人からかつて借金をし  
た富裕な依頼者に対して、すでに時効が成立している場合にはその援用  
を勧める。その証言が真実だと分かっている相手側証人に対して、反対  
尋問で信憑性を失わせようとすることもあるだろう。汚水を排出してい  
る企業からの照会に対して、監督官庁の検査がごく稀にしか行われない  
場合に、顧問弁護士がこの事実を知らせることもありうる。このような  
弁護士の合法的行為にときに現れる反道徳性は、理論的にいかに把握さ  
れるべきか。弁護士による反道徳的行為は、はたして一般的に正当化さ  
れうるか。あるいは、この種の行為は限定された領域では擁護されうる  
か。これらの一連の設問に対して解答を試みるのが、本稿の目的であ  
る。

このような弁護士の倫理に関わる論題に取り組む背後にある法哲学的  
問題関心は、法化に対する規範理論的対応にある。法化の様態は国によ  
りかなり異なるが、ここでは、より多くの公共的問題が法的手法によっ  
て対処されるようになるという制度的傾向として理解したい<sup>(1)</sup>。この意味  
での法化は、一方では法規範によってカバーされる社会生活領域の拡張を、  
他方では法規範の増大・複雑化・実質化をもたらす。法化の進行  
は明らかに弁護士職の社会的重要性を高める。法規範があつかう生活領  
域の拡張は弁護士利用の潜在的機会を増し、また法規範の増大と複雑化  
は法的専門知識の必要性を高めるからである。今般の司法改革は、法化  
にともなって高まりつつある弁護士業務需要を満足させると同時に、弁

護士業務供給をドラスティックに増加させて法化をいっそう促進しようとする制度変革だと言える。法化が高度に進行した社会においては、立法・行政・司法を含む法実践全体における弁護士職の重要性のゆえに、弁護士業務のあり方に関する規範的検討は、法の原理的考察に従事する法哲学にとって無関心ではいられない課題となるだろう。かかる問題意識にもとづいて、弁護士の倫理における1つの主要な論点として弁護士の行為の道徳性を取り上げたい。

この主題に取り組む前に、まずその境界線を明確化する必要がある。冒頭に挙げた例は大きく二分できる。はじめの2つの例では、一般市民から見ると道徳的非難に値すると感じられる依頼者の弁護が、弁護士の行為目的となっている。しかしながら、これらの例では、じつは弁護士の行為が反道徳性をはらむとは言いがたい。虐待により娘を死なせた父親のための弁護活動を非難することは、一般市民の道徳的直感にかなうだろう。だが、反省的に考えると、このような非難は、父親がもつ弁護士を依頼する権利を否定するのに等しい。自らが弁護士に依頼する権利をもつと考える市民は、すべての他者も等しくその権利をもつことを認めざるをえない。権利は特権ではない。権利概念には、ある個人に認められる権利は他の個人にも等しく認められるべきだという平等の要請が、不可欠の要素として埋めこまれている。ここから分かるように、弁護士の行為を道徳的に評価する際には、H・L・A・ハートにより区別された実定道徳でなく批判道徳に訴えるべきである。すなわち、人々によって現実に受容され共有されている道徳原理の体系ではなく、それを批判する際に用いられる道徳原理の体系に訴えなければならない。この議論は、薬害を引き起こした製薬会社の例にも妥当する。それに対して、残りの3つの例では、依頼者の利益の促進という目的を達するために、違法ではないが道徳的に異論がありうる行為手段がとられている。批判道徳に照らしても、弁護士がとる手段に対する非難には少なくとも一応の(*prima facie*)理由があるだろう。ここでは、弁護士の行為の反道徳性

という問題が現れているように思われる。

弁護士がとる手段にときに潜む反道徳性は、中立的党派性 (neutral partisanship) の原理によって支えられてきた。中立的党派性とは、弁護士は依頼者の目的に対する自らの道徳的評価を差しひかえ、法的に許容される限界内では依頼者に一方的に荷担してその利益の実現に専心するべきであり、そしてかかる行動の目的および手段について社会一般から道徳的責任を問われないという原理である。<sup>(2)</sup> この原理が公然と表明された古典的な例は、ジョージ4世による姦通罪の告発に対して王妃を弁護したヘンリー・ブルームの声明である。彼はつぎのように高らかに宣言した。弁護士の唯一の義務は、依頼者以外の人々とくに自分自身への危険と費用を顧慮せずに、依頼者をあらゆる手段によって救済することであり、たとえ祖国が混乱に陥ろうとも、弁護士は結果を顧みずに前進しなければならない。ところが、この声明自体がじつは、国王が秘密裡にカトリック教徒を妻とした事実を暴露して国王の地位を脅かす意図を暗示する、半ば脅迫だったのである。<sup>(3)</sup>

弁護士の反道徳的行為やその背後にある党派的弁護士業務の原理をめぐっては、アメリカでかねてから論議がなされていた。<sup>(4)</sup> だが、1970年代に入ると論争は新たな局面を迎える。法学者の間で論争が活発化するとともに、党派的弁護士業務の擁護派よりも批判派が優勢となったのである。その直接の契機は、よく知られているように、ウォーターゲート事件で違法な盗聴への弁護士の関与が明らかとなったことである。だが、その背後には弁護士を取りまく環境の大きな変化があった。最大の変化は、60年代に見られた弁護士人口の急増である。<sup>(5)</sup> 弁護士人口が急速に増加すれば、弁護士間競争が激化し、顧客を満足させるためには道徳的に異論の余地ある行為も辞さないという態度が広まってゆく。他の環境変化を理解するためには、まず単発的依頼者 (one-shotter) と反復的依頼者 (repeat player) の区別を見ておく必要がある。単発的依頼者とは、一生に一度か二度の必要に迫られて弁護士事務所の戸をたたき一般

市民であり、反復的依頼者とは、日常業務のなかで法的サービスを必要とし、頻繁に弁護士に依頼する大企業を典型とした企業や官庁をさす。単発的依頼者の場合には、報酬制度が弁護士行動に与える影響を見のがせない。連邦最高裁判所は1975年に報酬規制を反トラスト法違反としたため、<sup>(6)</sup>その後は報酬内容が依頼者—弁護士間の合意にゆだねられてきた。民事事件の原告が依頼者となるときには、成功報酬制が広く採用されている。アメリカの成功報酬制は日本のそれと異なり、弁護士が業務費用を自弁して、敗訴の場合には依頼者に請求しないが、勝訴または和解の場合には高率の報酬を受けるという形態である。このタイプの成功報酬は他の報酬形態と比較して、道徳的に問題ある行為をなしてでも勝訴しようとする姿勢を強く促すと推測される。弁護士の反道徳的行為としては、救急車の追いかけ (ambulance chasing) と比喩的に評される依頼者あさりや悪質な依頼勧誘が知られるが、それにかぎらず、より微妙で不可視的な行為の諸類型もある。しかも、弁護士の反道徳的行為が生じうるのは、単発的依頼者の場合に限定されない。弁護士人口の増加と並行して進行してきた重要な変化に、受任件数における単発的依頼者の割合の低下と反復的依頼者の割合の増加がある。反復的依頼者は弁護士にとって、要求が多い反面、見返りも大きい顧客であるから、法が許容する限界まで道徳的是非を問わずに党派的奉仕を行う誘因が強まる。これらの要因が相まって、弁護士の行為の道徳性という問題が深刻化し、<sup>(7)</sup>それへの対応として、中立的党派性への批判が高まったと考えられる。その後の四半世紀にわたり、中立的党派性は、アメリカでの弁護士の倫理に関する論争と研究において最大の論点でありつづけてきた。

わが国でも近年、アメリカでの中立的党派性をめぐる論争への関心が急速に高まっている。その代表的研究は棚瀬孝雄によって行われている。彼は、中立的党派性に立脚する伝統的な弁護士倫理言説が、自由な主体や法援用の道具性を前提するがゆえに、かえって依頼者を社会から疎外していると論ずる。そして、この疎外状況から脱するため、依頼者の世

界理解に裏づけられた語りに焦点をあわせて、関係的主体と法援用の表出性を強調する立場を提唱する<sup>(8)</sup>。別の論考では、真理をめぐる言説の権力性を問うフーコー的視点から、まず弁護士倫理言説による市場の否定がじつは弁護士による市場支配と、権力の否定が弁護士の権力獲得とそれぞれ結びついていることが別抉される。つぎに、党派的な助言・弁護を行う弁護士は、法の外部に身をおき法の不確実性をあらわにするから、法の正当性を危機に陥らせると論じられる。そして、この難局を打開するものとして脱プロフェッション化が構想される<sup>(9)(10)</sup>。

棚瀬の論考はいずれも、安易な要約と論評を許さない精緻で透徹した分析を示しているが、ここでは論述の目的からあえて2つの特徴を挙げたい。依頼者の観点への定位と脱プロフェッション化への志向である。前者の特徴について見ると、彼が洞察するように、弁護士の倫理を考える際に依頼者の視点が枢要であることには、疑いの余地がない。だが他方で、法化社会での弁護士の重要性に鑑みるならば、弁護士の行為が法システムや社会全体におよぼしうる影響も決して無視できないはずである。後者の特徴に関しては、わが国ではプロフェッション概念が弁護士モデル論のなかで論議されてきたものの<sup>(11)</sup>、倫理的問題にそくして十分に探究されたとは言いがたい。かかる状況においては、ただちに脱プロフェッション化に向かうのではなく逆に健全なプロフェッション化の方向性を探ることも、1つの課題として設定可能だと思われる。このような問題意識の下、棚瀬の議論から学びつつもいささか異なる観点と志向性をもって、中立的党派性の批判的検討に取り組みたい。

以下では、まず弁護士の行為の道德性という問題はそもそも発生しないとする異議と、この問題はアメリカでは深刻だが日本ではそうでないという見解とに対して応答を行う。つぎに、中立的党派性をいかなる認識枠組によって把握するべきかを考察する(II)。そして、中立的党派性を一般的に正当化しようとする代表的議論を批判的に検討するとともに、限定された範囲ではこの原理が妥当するという近年有力な所説を吟

味する(Ⅲ)。最後に、結論を述べる(Ⅳ)。

## 2 不可避性

弁護士行為の道徳性を主題とする本稿のプロジェクトに対しては、弁護士は依頼者のために反道徳的行為を要求されるという事態を制度的に免れているのだという異議が出されるかもしれない。これが仮に正鵠を得ているならば、以下の考察は無益となるから、あらかじめこの異議に応答しておく必要がある。プロジェクトへの批判は2つに大別できる。

第1の批判は倫理の実定規則を根拠とするものである。弁護士は、弁護士法その他の規則を遵守しているかぎり道徳的非難を受けるいわれはなく、実定規則に抵触しない範囲で依頼者へのサービスに専心するよう期待されているというのである。この批判は2通りに解釈されうる。まず、弁護士の倫理は実定規則の遵守に還元され、倫理上の問題はすべて規則違反につきるという立場が、ここで表明されているのかもしれない。これは還元主義と呼ぶことができる。還元主義は、わが国の多くの実務家がいく倫理観の一面をなしてきたように見受けられる。日本弁護士連合会が弁護士業務倫理規程を弁護士倫理と名づけてきたことは、その現れだろう。1955年に制定された旧規程も、90年にそれを改正して成立した現行規程もそうである。<sup>(12)</sup>他方、アメリカでは日本以上に還元主義が説得力をもつように見える。アメリカ法律家協会が1969年に制定した弁護士責任模範規程には、懲戒規程と倫理的考慮事由という2種類の条文が含まれていたが、裁判所は前者のみならず後者をも懲戒処分事件に適用した。そして、83年に弁護士責任模範規程の改正により成立した弁護士行動準則模範規程では、倫理的考慮事由はもはや含まれていない。さらに、倫理規程は、懲戒処分のみならず弁護過誤による損害賠償請求訴訟でも用いられてきた。<sup>(13)</sup>

たしかに倫理には実定規則の集合体という側面がある。しかも、弁護士がかつて医師・宗教家とならんで位置づけられてきたプロフェッショ

ンの1つの特徴は、職業団体による倫理的自己規律にあると伝統的に解されてきたから、自主的に制定された規則は弁護士の倫理のなかで重要な位置を占めていると言える。にもかかわらず、倫理を実定規則に還元するのは誤りである。一般に、倫理は、社会集団における慣習やその背後にある気風としても存在している。このことは、“ethics”が“εθος”（性向・習慣，転じて気風・慣習）から派生した“εθικος”に、また“morality”が“mos”（習慣・慣習）から発した“moralis”に遡るという語源的事実からも窺われる。他方，“Ethik”が倫理（Sittlichkeit）と倫理学（Sittenlehre）を意味しうることに示唆されているように、集団の実定規則や慣習・気風の他に、それらを問題化し吟味する実践的論議や学問的研究の言説空間も存在する。前二者は実定道德の2つの形態をなしているのに対して、後者は批判道德にあたる。弁護士の倫理についても、法律や日弁連・弁護士会の規則に成文化された実定道德、弁護士集団での慣習・気風に血肉化されている実定道德、そして両者が問題化され反省的に語られる批判道德の言説空間が存在する。これら3つの相をそれぞれ、弁護士倫理規則、弁護士倫理慣習、弁護士倫理言説と呼ぶことにしよう。わが国での弁護士倫理規則の例としては、弁護士法、弁護士倫理、日本弁護士連合会会則、報酬等基準規程、懲戒手続規程等がある。弁護士倫理慣習とは、弁護士たちの間で濃淡の差はあれ、広く共有されている道德的慣習やその背後にある道德的気風をさす。弁護士倫理言説はさらに倫理論争と倫理研究に大別できるだろう。弁護士倫理論争とは、特定の規程やその条文を改正すべきか否かや、より広く現行の倫理規則・倫理慣習をどのように評価すべきかをめぐる具体的・実践的な論争である。弁護士倫理研究は、弁護士が直面しうる道德的問題について解明と提言を行う抽象的・理論的な分析である。無論、倫理論争と倫理研究はたがいに補完しあい影響しあう。このように弁護士の倫理にそなわる3つの相を区別すると、還元主義の誤りが明らかとなる。この見解は、倫理規則のみを認知し、倫理慣習と倫理言説を無視してい



るのである。

そこで、弁護士倫理規則を根拠とする批判が尤もらしいものであるためには、より穏健な見解として解釈されなければならない。それは、倫理規則の解釈論に還元されえない倫理言説の空間が存在することを認めつつ、例えばつぎのように論ずるものである。弁護士はプロフェッションであるとともに、法的サービス市場の供給者でもある。プロフェッションとしての性格は、法律に加えて種々の自己規律の規則にも従う点に現れているが、供給者でもある以上、その規則が許す範囲では顧客へのサービス提供による利潤追求の自由が認められなければならない。倫理言説において弁護士の行為手段の道德性が問題化されるとすれば、それは規則の制定・改廃または現行規則の新運用に関する提案へと具体化されるべきであって、規則の遵守を超えた行為を弁護士に要求するのは不当である。こうした見解は形式主義と呼びうる。形式主義者の弁護士は現行規則を機械的に遵守する傾向をもつだろう。アメリカではすでに、規則の機械的遵守が弁護士による反省的思考を妨げ、その判断と行動を硬直化させる<sup>(14)</sup>として、警鐘が鳴らされている。だが、問題はそれにつかない。個人レベルでは、各弁護士が倫理規則に無反省に従うことは、懲戒処分や弁護過誤訴訟での敗訴というリスクに対する自己防衛となるだけでなく、社会からの道德的批判への自己弁明ともなる。また、組織レベルでは、弁護士会が倫理規則の一律的墨守を確保することは、社会的批判に対する安価な自衛策だと言える。こうした2つのレベルでの自己保身的な規則遵守は、弁護士倫理慣習を包括的かつ根底的に吟味し、必要な場合には抜本的に改革することを妨げる傾向をとまなうであろう。つまり、倫理的自己防衛と倫理的現状放置はコインの表裏をなしている。このような困難をもたらしかねない形式主義は、実践的に受け入れがたい。

第2の種類<sup>(15)</sup>の批判は、法廷においては弁護士の手段の反道德性は問題となりえないと主張する。2つの議論がありうる。第1の議論によれば、

真実を語っていると分かっている相手側証人の信憑性を失わせたり、有罪だと分かっている被告人のために無罪の主張をするといった行為は、そもそもありえない。証言の真偽や被告人の有罪・無罪に関する判断は、弁護士ではなく裁判官が行うべきだからある。弁護士は、証言が真実か否か、被告人が有罪か否かを慮ることなく、依頼者の主張に従ってその利益の実現に専念するべきだという。第2の議論は、真実を語る証人の信憑性を失わせる行為がありうることを認めつつも、その行為が許されるのは裁判官によって公認されたときのみだと述べる。尋問での質問が定められた事項から逸脱していたり、列挙された不適切な類型にあたる場合には、裁判長は申立または職権により質問を制限できる（民事訴訟規則114条2項、115条3項）。それゆえ、弁護士は質問の適切さについて判断する必要がなく、ただ依頼者のために行動すればよいというのである。

これらの議論はいずれも説得力を欠く。両者の議論はともに、裁判官は弁護士と比べて、弁護士の行為の道徳的評価に必要な情報をより多くもっていると前提している。しかし、弁護士の反道徳的行為が問題となるのは、典型的には裁判官が得ていない情報を弁護士が手にしている場合なのである。<sup>(15)</sup> 例えば、犯行推定時刻に現場にいたと依頼者から告白された弁護士は、依頼者を目撃したという相手側証人の証言が真実であろうことを知っているが、裁判官はそれを知らない。その上、第1の議論は、偽証または虚偽の陳述をそそのかす行為が禁止されていること（弁護士倫理54条）を説明しえない。道徳的判断に必要な情報が裁判官でなく弁護士に偏在しているという否定しがたい事実からあえて目をそむけるのでないかぎり、裁判官への判断責任の転嫁によって弁護士を道徳的評価から解放することはできない。

以上の考察から、弁護士倫理規則を根拠とする異議と裁判官との役割分担に訴える異議のいずれも維持しがたいことが明らかとなった。法廷の内外を問わず、弁護士は、道徳的に異論のある手段をとるか否かとい

う選択に直面することを避けられない。この点を確認して、つぎの段階に考察を進めよう。

### 3 レリヴァンス

本稿のプロジェクトに対しては、アメリカでの中立的党派性をめぐる倫理言説は日本ではイレリヴァントではないかという懐疑も出されるであろう。それによれば、かの国での論議は、雇われガンマン (hired gun) と評される極めて党派的な弁護士業務のあり方の是非をめぐるものだが、わが国では状況が大きく異なる。ここでは弁護士の行為の道徳性という問題は理論上は生起しうるとしても、実際上は効果的に防止されているというのである。この主張を支える議論としては、2つが考えられる。

第1は、弁護士倫理規則の高踏性からの議論と呼ぶことができる。それによれば、弁護士の行動の基本枠を設定する倫理規則は日米で大きく異なるから、アメリカで一大争点の中立的党派性も日本ではほとんど問題とならない。かの国では、弁護士は依頼者に対して十分な代理をしなければならないと定められている(弁護士行動準則模範規程第1・1条)。それとは対照的に、わが国では、弁護士の使命は基本的人権の擁護と社会正義の実現にあるとされる(弁護士法1条1項、弁護士倫理前文、1条。日弁連会則2条も参照)。その上で、弁護士は、信義に従い誠実・公正に職務を行うよう求められ(弁護士倫理4条。弁護士法1条2項も参照)、真実の発見をゆるがせにしないよう戒められている(弁護士倫理7条)。たしかに刑事事件においては、被疑者・被告人の利益と権利を擁護するために最善の弁護活動に努めることが要求されるが(同9条)、しかし民事か刑事かを問わず、追求してよい利益は正当なものに限定される(同9条、19条)。さらに、事件の受任・処理にあたり依頼者に対して自由・独立の立場を保持し(同18条。前文、2条も参照)、その実現に際しては自らの良心に従うべきだとされ(同19条)、また依頼の日

的または手段において不当な事件の受任は禁じられている(同24条)。これらのルールが遵守されるかぎり、弁護士はほとんどの場合に行為の道徳性という問題にそもそも直面しないというのである。

しかしながら、弁護士倫理規則はその高踏的な外観に反して、依頼者への忠誠に傾斜した仕方<sup>(16)</sup>で解釈されている。弁護士倫理に関する日弁連の公式注釈によれば、真実の発見の要請にもかかわらず、民事事件で依頼者の主張が弁護士の認識にたがう場合には、依頼者が同意しないかぎり、弁護士は自らの認識に従って行動するべきでない<sup>(16)</sup>。刑事事件では、被告人が弁護人に有罪を告白しつつ法廷では無罪を主張する場合、弁護人は秘密保持義務(弁護士倫理20条。弁護士法23条も参照)ゆえに有罪の公言が許されず、無罪の弁論を続行するべきだとされる<sup>(17)</sup>。また、受任が禁じられている、目的または手段において不当な事件とは、例えば相手を困惑させたりその名誉を毀損することだけを意図して訴えを提起する場合や、そうした意図にもとづいて複数の管轄裁判所のうち遠方の裁判所に訴えを提起する場合などをさすのだと、かなり限定的に解釈されている<sup>(18)</sup>。これらの解釈に共通する依頼者への忠誠に対する強い傾斜は、道徳的問題の生起可能性を消去しえないと考えられる。

日米の違いを強調する第2の議論は、弁護士制度の反市場性からの議論と呼びうる。それによれば、アメリカの弁護士業については、従事者人口・報酬・業務広告のいずれをとっても市場化が高度に進んでいるのに対して、日本の弁護士業では市場化が最小限に抑制されてきたのであり、それゆえ手段を選ばぬ党派的な助言・弁護を迫るような競争圧力はほとんど存在しない。まず弁護士人口については、司法試験の合格者数は戦後の大半を通じてかなり厳しく制限されてきた<sup>(19)</sup>。費用・報酬は報酬等基準規程によって規制されており、業務広告は弁護士の業務の広告に関する規程と弁護士の業務の広告に関する規則によってつい最近まで厳格に制限されてきた。報酬規制の機能の1つとして弁護士の倫理水準の維持が挙げられていることにも現れているとおり、日本ではアメリカと

異なって、弁護士が反道徳的行為の誘惑をほぼ免れてきたというのである。

しかしながら、〈アメリカー市場的、日本ー非市場的〉という単純な対比図式は必ずしも正確でない。まず、この図式は、弁護士のあり方に大きな影響を与える報酬制度における日米間の類似性を看過している。弁護士報酬制度を比較法的に瞥見しよう。<sup>(20)</sup>ドイツでは、法律により定額の報酬を定めるという法定主義が採用されている。法定主義は、地方裁判所以上の事件での弁護士強制制度や弁護士費用の敗訴者負担と結びついており、また裁判所による積極的な職権行使のゆえに弁護士が一般に多くの労力を求められないことと関連している。イングランドでは、弁護士報酬は裁判所の訴訟費用算定官による査定に服するという査定主義がとられている。その背後には、弁護士報酬を含む訴訟費用の敗訴者負担の原則がある。日本の制度は明らかにこのいずれとも異質であり、むしろ当事者間の自由契約にゆだねられるアメリカの契約主義に近い。この類似性の背景には、両国ともに弁護士強制制度がなく、弁護士費用が敗訴者負担とされていないという制度的共通点がある。契約主義の下では、何らかの形態の成功報酬制がとられる傾向があり、成功報酬制の内実によって程度の差はあれ、勝訴するために反道徳的行為をなす誘因が生ずる。無論、弁護士報酬が当事者間の自由契約にゆだねられている今日のアメリカと、報酬等基準規程が4人中3人の弁護士により遵守されている日本との間には、一定の相違がある。そのかぎりでは、〈アメリカー市場的、日本ー非市場的〉という図式にも一理あろう。だが、市場／政府の二元論で言えば、日本の弁護士報酬制度はドイツのように政府的という意味で非市場的なのではなく、根本的には報酬の多寡が市場にゆだねられつつ、現象的には供給者団体による規制が行われているのである。そして、この報酬規制が弁護士の倫理水準の維持手段として真に効果的であるか否かについては、慎重な検討が必要だろう。

日本とアメリカを対照的とする図式の下では見のがされやすい2点目

は、わが国の弁護士を取りまく制度的・実態的な環境がダイナミックに変容しつつあるという事実である。現在すでに進行中であるか、あるいは近い将来に予想される環境変化として、4つを挙げられる。第1に、最大の変化は弁護士人口の増加である。司法試験合格者は1990年から2000年までの間に倍増しており、さらに2010年には2000年の3倍にすることが提言されている<sup>(22)</sup>。弁護士人口の増加は、弁護士業の市場化を促進して競争を活発化させるから、棚瀬が予測するように、党派的行動への誘因を強化するであろう<sup>(23)</sup>。第2に、依頼者の比重の移動もかねてから進行してきた。手持ち件数および顧問先数における大企業・官庁の割合の増加は、大都市圏を中心とした単発的依頼者から反復的依頼者への重点移動を示している<sup>(24)</sup>。弁護士にとって、反復的依頼者は相対的に報酬の魅力が大きい反面、要求が多い顧客であるから、単発的依頼者の場合よりも党派的行動への誘因が強くなりやすいとも考えられる<sup>(25)</sup>。第3に、2000年に実施された業務広告規制の緩和は、弁護士業務市場での情報の非対称性を是正するのに寄与しうる反面、それがもたらすであろう倫理的影響も無視できない。現在は、規制緩和によりいわゆる整理屋と弁護士の違法な提携が容易になったことが問題となっているが、懸念される点はそれにとどまらない。訴訟に関する基礎的知識さえもしばしば欠く多くの市民に対して、実績は最も簡明な宣伝材料となるから、勝訴率の表示を禁ずる現行規程の下でさえ、手段を選ばぬ勝訴の追求への誘因が強まるおそれがある。第4に、今後は弁護士志望者の少なくとも一部について、初期投資額の増大が予想される。新司法試験の受験資格となる法科大学院修了までに要する費用は、一部の大学ではかなり高額になると言われる。弁護士資格取得までの初期投資額が大きかった弁護士のなかには、その費用を早期に回収するべく、手段の道徳的適否を問うことなく成功報酬を得ようとする者も現れるかもしれない。

これら4つの変化はすべて、日本司法のアメリカ化の現れまたはその副次効果として理解できる。法曹人口の増加は欧米諸国の状態に多少と

も近づこうとする政策であり、広告規制の緩和はアメリカを後追いつける制度改革だと言え、そして初期投資額の増加の背景にある法科大学院の新設は基本的にはロースクールに範を求めている。単発的依頼者から反復的依頼者への重点移動も、先述のように、かの国ではつとに見られてきた現象である。無論、日本司法のあり方がアメリカ司法の歴史的軌跡を忠実になぞっていると主張するつもりはない。彼我の間には、先発と後発の差に還元されない相違点もたしかに存在する。<sup>(26)</sup>むしろ主張したいのはつぎの点である。日米間のいくつかの相違点にもかかわらず、アメリカの司法のあり方を多かれ少なかれ志向してきた戦後日本の司法改革の趨勢に鑑みるならば、弁護士のある方について日本とアメリカを対照的なものとみなすのは不正確である。

要約すると、日本の弁護士を取りまく環境は一見するよりもアメリカのそれに類似しており、しかもいっそう近似しつつある。それゆえ、弁護士倫理規則の高踏性からの議論と弁護士制度の反市場性からの議論のいずれも説得力をもたない。かの国での中立的党派性をめぐる論議は、わが国にとってもレリヴァントであり、ますますそうなりつつある。このような基本認識の下、次節以下ではアメリカの主要学説の検討を通じて、中立的党派性の批判的考察を行いたい。

## II 枠組

### 1 3つの道德システム

弁護士の行為にときに現れる反道德性という問題は、いかなる認識枠組をもって把握されるべきだろうか。この問いに答える出発点として有用なのは、リチャード・ワッサーストロムの考察である。彼によれば、プロフェッションと依頼者・患者との関係において、両当事者とくにプロフェッションは役割により差異化された行動をとる。役割により差異

化された行動は、仮にその役割が存在しなければ通用するはずの道徳的考慮事由の重要性を減殺しないとしても変質させる。この現象は、医師などの他のプロフェッションよりも弁護士に顕著に見られるという。ワッサーストロムは、当事者対抗主義を根拠として役割による差異化を正当化する議論(Ⅲ 1 参照)を一応は受容するものの、現実の制度が不完全である限度でこの議論は弱められるなどと指摘して、差異化に留保を付した。<sup>(27)</sup>

ワッサーストロムの考察は、弁護士の反道徳的行為を批判的視座から分析した先駆として大きな意義をもつ反面、無視しがたい限界をもっている。彼は道徳を、万人を等しく律する規範の集合体として狭く捉え、役割がこの道徳にうがっえば規範的空洞を想定していたと思われる。このことは、「役割により差異化された非道徳性 (role-differentiated amorality)<sup>(28)</sup>」という彼の表現からも窺われる。しかしながら、こうした問題の捉え方は、ウォーターゲート事件を契機とする弁護士への道徳的批判の高まりを有意味なものとして説明しえない。のみならず、この捉え方によれば、およそプロフェッションが自らの社会的役割を果たす際にはいかなる種類の道徳的評価もつねに免れることが、役割概念から導出されることになる。このような万能の免罪符を発行する力が役割概念にそなわっているとは考えがたい。

むしろ、デイヴィッド・ルーバンらが論じてきたように、役割はある種の道徳をとめない、それと役割を問わない道徳とが並立していると考えの方がよりの確ではないか。<sup>(29)</sup>前者は役割道徳 (role morality) と、後者は共通道徳 (common morality) と呼ばれる。2つの道徳の理解は論者によって多かれ少なかれ異なるが、ここではつぎのように把握したい。役割道徳とは、行為の指図すなわち要求・推奨・許容・禁止等が、社会またはそのなかの集団・組織における特定の役割に関わる作為・不作為のみを対象とするような道徳システムである。個人は多種多様な役割をになっており、役割ごとに異なった権利や義務をもつ。私は大学教



員としてすべての受講生を公正にあつかう義務を負い、国民としてパスポートの発給を受ける権利をもっている。それに対して、共通道徳とは、行為の指図が、あらゆる行為者のすべての作為・不作為を射程に収めるような道徳システムである。これは役割の如何を問わず万人をつねに律する。共通道徳上の規範の代表例は暴力や虚言の禁止である。もっとも、共通道徳とはじつはすべての役割道徳の重複部分にすぎないのだと言われるかもしれない。たしかに「大学教員は人を殺してはならない」、「日本国民は人を殺してはならない」等と述べることは可能である。だが、これらの命題における役割への言及は単なる余剰ではなく、規範の定式化として不正確である。私が人を殺してならないのは、教員として、あるいは国民として負っている義務ではなく、他者との平和的共存なしには安全で快適な生活を送りえない人間として負う義務だからである。一般に、共通道徳と役割道徳は地と図の関係にある。前者の規範はすべての行為について妥当するのに対して、後者はそのなかの役割に関わる行為のみをあつかう。それゆえ、役割に関する作為・不作為には共通道徳と役割道徳が重合的に妥当することになる。

弁護士の倫理は役割とは別の観点からも捉えることができる。プロフェッションのなかでも弁護士や医師という職業は、依頼者・患者という特定の他者に奉仕することを自らの本質的要素としている。こうした他者への奉仕に着目するならば、関係道徳 (relational morality) を措定できる。関係道徳とは、行為の指図が、行為者と特定の関係にある個人または集団に対する作為・不作為のみを対象とするような道徳システムである。関係道徳が成立しうる個人間関係は、売主と買主のような契約的なタイプから、恋人同士のように選択的だが非契約的なタイプ、そして親子のように非選択的なタイプにまでおよぶ。2つ以上の関係道徳が衝突することも稀ではない。平重盛の「忠ならんと欲せば孝ならず、孝ならんと欲せば忠ならず」や、かつて文学・演劇の題材とされた義理と人情の板挟みなどは、関係道徳間の相克を表現している。

共通道徳・役割道徳・関係道徳の間の異同は、行為者相対性の観念によって明確化されるだろう。行為者相対性はこれまで行為理由・価値・理論等について論じられてきたが、行為の指図についても語られうる。行為の指図が特定の属性をそなえた人のみを名宛人とするとき、その指図は行為者相対的だと言うことにしよう。属性の種類には、その人がもつ将来計画・価値観・利益・地位・関係・役割等が含まれる。「アキナス研究を志す人は『神学大全』を通読するべきである」、「親は自分の子に義務教育を受けさせねばならない」などの指図は行為者相対的である。これらに対して、「いかなる人も他人に暴力をふるってはならない」は行為者中立的である。個人の属性は、将来計画や価値観などの内的属性と地位・役割・関係のような外的属性とに二分され、さらに外的属性に関わる行為者相対的指図のなかで、役割相対的指図と関係相対的指図を区別できる<sup>(30)</sup>。そこで、行為の指図は、役割中立的／役割相対的と関係中立的／関係相対的という2つの次元で論理的には4通りに区分される。この区分によって、3つの道徳システムを性格づけられる。共通道徳においては行為の指図は役割中立的かつ関係中立的であり、役割道徳では指図は役割相対的かつ関係中立的であり、その逆に関係道徳では関係相対的かつ役割中立的である。

弁護士の役割道徳や関係道徳に属する規範は共通道徳の規範に対して、調和と衝突という2通りの関係に立つ。依頼者の秘密を保持する義務(弁護士法23条、弁護士倫理20条)を取り上げてみたい。この義務は一方では、依頼者という特定の関係に立つ個人・集団に対して負うものであるから、関係道徳上の義務と解釈できる。他方では、弁護士が守秘義務を負わないならば依頼者は秘密を明かさなくなるから、弁護士は十分な情報にもとづいた適切な弁護をなしえなくなり、その基本的機能を果たせなくなるであろう。したがって、これは役割道徳上の義務だとも解釈できる。さて、守秘義務は歴史的に、紳士はおたがいに他人の秘密を口外しないという一般的礼節が、弁護士職の特殊性ゆえに強化され制度

化されたものだとも言われるから、守秘義務はその淵源である一般的礼節と調和するだろう。ここでは、役割道徳・関係道徳における義務が共通道徳上の義務を前提し、かつ強化していると言える。

しかしながら、弁護士の守秘義務は共通道徳とつねに調和しあうわけではない。アメリカの弁護士倫理言説で著名なスポールディング対ジーマン事件について見よう。この事案では、交通事故の加害者の損害保険会社が医師に被害者を診察させたところ、生命を危険にさらす動脈瘤が発見された。加害者の弁護士、医師、保険会社は、被害者の医師がこの動脈瘤を見すごしていたのを奇貨として、この情報を開示しないことを決め、<sup>(31)</sup> 弁護士は和解を成立させた。この弁護士の行為は、依頼者の経済的損失の最小化という役割道徳的観点や、特定の市民の信任に応じてその利益を追求するという関係道徳的視点からは道徳的に擁護可能だと思われるが、<sup>(32)</sup> しかし人命の尊重という共通道徳的角度からは強い非難に値する。ここでは役割道徳・関係道徳と共通道徳とからは、相いれない2つの評価が導かれ、それゆえ規範の衝突が生じている。

以上の考察から、ワッサーストロムが弁護士の役割の非道徳性として理解した事態は、むしろ弁護士がその役割または依頼者との関係ゆえに固有に服する道徳と、一般市民と共有している道徳の衝突として、適切に把握されることが明らかとなった。中立的党派性は、弁護士には共通道徳的な行為評価を免除した上で、法律および弁護士倫理規則が許容する範囲内で依頼者の目的実現に専心することを役割道徳または関係道徳での唯一の義務とみなす原理だと言える。では、弁護士の倫理において役割道徳と関係道徳のいずれがより基底的であるか。中立的党派性を主題とする本稿では、この論点を詳細に検討することはできないが、Ⅲ2とⅣで短く考察する。

## 2 誤った枠組か？

役割道徳と共通道徳の相克というルーバンらの認識枠組に対しては、

いくつかの批判が出されている。最も根底的な批判は、プロフェッションの役割道徳は真に存在するののかというものである。この批判が仮に的を射ているならば、本稿の枠組の一角をも切りくずすことになるから、ここで応答しておきたい。

バーナード・ウィリアムズは役割道徳の存在を否定するべく、2つの議論を提示している。第1の議論はプロフェッションの正当化に関わり、4つの命題からなる。(1)弁護士などのプロフェッションは、社会全体にとって許容可能な術語で正当化されているか、正当化されていないかのいずれかである。(2)プロフェッションがそのように正当化されていないならば、プロフェッションの道徳は存在せず、社会の日常道徳と相いれない別個の道徳が存在することになる。(3)プロフェッションが正当化されているならば、プロフェッションの道徳とはじつは、日常道徳が特別な状況に応用されたものにすぎない。(4)したがって、プロフェッションの道徳と日常道徳が併存しているとは言えない。第2の議論は行為の同一性に関わる。ウィリアムズによれば、プロフェッションの役割道徳と日常道徳の衝突は、仮にその職業に就いていない人によって別の文脈でなされるならば反道徳的となる行為が、プロフェッションの役割によって要求されるということを意味する。しかし、プロフェッションにある人の行為の多くは、他の職業の人によってはなされえない。例えば、反対尋問で相手側証人をしつこく悩ますことは、弁護士以外の人にはほぼ不可能である<sup>(33)</sup>。したがって、弁護士とそれ以外の職業の人は同一の行為をなしえないというのである<sup>(34)</sup>。

ウィリアムズの懐疑論に対しては、つぎのような応答が可能である。まず第1の議論について見ると、(1)と(2)には異論の余地がない。この議論の問題点は(3)にある。弁護士の守秘義務を取り上げよう。私が、政治家である知人から、配偶者との関係が最近たいへん悪化し、離婚の可能性さえあると打ちあけられたとする。もし私が知人の家庭問題を週刊誌の記者に漏らすならば、信頼を裏切ることになる。この行動は関係

道徳上の義務に反するが、同時に「他者の理にかなった信頼を裏切ってはならない」という共通道徳ないし日常道徳の義務にも背いている。つぎに、私が弁護士として知人から離婚に備えて依頼を受けていたならば、情報漏洩ははるかに強い非難に値するはずである。それはなぜか。知人として信頼されて家庭問題を告白された場合よりも、弁護士として依頼された上で打ちあけられた場合の方が、知人の私に対する信頼の程度が高いからだろうか。たしかに信頼の程度に差が見られるかもしれないが、そうでない場合にも非難の程度には大きな差が生じている。知人の信頼の多寡という量的差異だけでなく、むしろそれ以上に、弁護士という役割による情報漏洩の禁止の有無という質的差異が、私の行為に対する非難に大きな差異をもたらしている。この例から分かるように、プロフェッションの役割道徳は特別な状況での共通道徳と同一ではない。両者間の相違を看過する点で(3)の命題は誤っており、したがって(4)の結論は成り立たない。

第2の議論の検討に移りたい。行為のタイプの重層性という視角を導入すると、この批判は一見するほど説得的でないことが明らかとなる。ある弁護士が、相手側証人が真実を語っていると自らが信じているにもかかわらず、反対尋問でその証人の信用を失わせたと仮定しよう。これと同一の行為を一般市民はたしかになしえない。だが、それにとどまらず、当該弁護士以外にはいかなる人もなしえないのである。ある訴訟において特定の証人が語った具体的内容にそくしてその信用を傷つけるという行為は、完全に同一の行為状況が現実化しないかぎり——それは不可能である——、他者によって遂行されえない。そこで、弁護士と一般市民の対比が有意味であるのは、行為の同一性でなく行為のタイプの同一性について語るときだけである。実際、当該行為の記述を行為のタイプの記述として再解釈するならば、ウィリアムズが主張するように、他の弁護士には遂行可能だが一般市民には遂行不可能だと思われる。ところで、この行為のタイプはより上位のタイプに包摂される。例えば、他

者が公的な場で真実を語っていると自らが信じて、その他者の信用を公然と傷つけるという行為のタイプに包摂される。この上位のタイプには、法廷外でなされうる行為が属するいくつかの下位のタイプも包摂される。このような行為のタイプの重層構造において、法廷弁論に文脈を限定する下位のタイプを基準として同一性を判断すべき理由は、決して明らかではない。そこで、法廷弁論に限定されない多様な文脈で成立しうる上位のタイプに目を向けてみよう。この上位のレベルでは、弁護士と一般市民は同一のタイプの行為をなしうるから、役割道徳と共通道徳の衝突を語りうることになる。要するに、行為の同一性にもとづく批判には真理が含まれているが、しかしそれが依拠する前提をなぜ排他的に採用すべきであるかは明らかではなく、そして別の前提をとるならば、主張されている弁護士と一般市民の対照性はにわかに色褪せるのである。

ウィリアムズは、プロフェッションの道徳と日常道徳の衝突という図式に代わるべきものとして、プロフェッション集団の気質やそれを鼓舞する教育システムと日常道徳の気質との相克という図式を提案している<sup>(35)</sup>。この提案はたしかに重要な洞察を含む。プロフェッションの倫理慣習においては、当該集団で多かれ少なかれ共有されている気質が随所に顕現し、それと一般市民の気質との拮抗が生ずると思われる。だが、プロフェッションの気質が具体的状況でいかなる行為を指図するかをめぐっては、プロフェッション内部でも見解の対立がありうるという点に注意したい。典型的事例では意見が一致するだろうが、意見が対立しても不合理でないような困難な事例が存在する可能性はやはり否定できない。日常道徳の気質からの指図についても同様である。より重要なことに、倫理慣習で現に共有されている気質のみに着目する図式は不適切だと言わざるを得ない。プロフェッションの道徳であれ日常道徳であれ、現存の道徳的な気質や慣習に対して理性的吟味がなされる倫理言説の空間は、この図式では完全に見落されているからである。結局、役割道徳と共通道徳と

いう認識枠組に対するウィリアムズの批判が説得力にとぼしく、またプロフェッションの気質と日常道徳の気質という彼の代替的枠組が無視しがたい弱点をもつとすれば、前者を廃棄して後者を採用すべき理由はない。

### Ⅲ 検 討

#### 1 当事者対抗主義

中立的党派性の原理は、弁護士が共通道徳上は非難されるべき行為を依頼者のためになすことを要求する。それでは、この原理自体はいかなる根拠によって正当化されうるか。ここで問うているのは、特定の文脈に限定してではなく一般的な仕方でこの原理を正当化しようとする議論である。アメリカの弁護士倫理研究でこれまでに提示された代表的な正当化論として、3つを挙げられる。本節では、それらを順次検討してゆきたい。最後に、ある種の制度的文脈では中立的党派性が例外的に妥当するという近年有力な見解を吟味する。

中立的党派性の最も古典的な正当化論は、当事者対抗主義(adversary system)からの議論と呼ぶことができる。当事者対抗主義というアメリカの訴訟制度の下では、弁護士は相手側や社会全体に強いられる犠牲を顧慮することなく、依頼者のために献身するべきというのである。この議論は本来、法廷における党派的弁護のみを正当化対象とするはずだが、実際の論議ではともすれば訴訟外の弁護士業務にも拡張されてきた。<sup>(36)</sup>

ここでただちに生ずる疑問は、当事者対抗主義それ自体はどのように正当化されうるかというものだろう。この議論の代表的主張者であるモンロー・フリードマンは、アメリカの刑事訴訟での当事者対抗主義と、社会主義国における被疑者・被告人の人権を無視する糾問主義とを対比

<sup>(37)</sup> する。このレトリカルな対比は、前者の後者に対する自明の優位性を確認してはいるが、しかし当事者対抗主義を弁護士の反道徳的行為の正当化根拠として確立するには不十分である。

より説得的に見えるのは2種類の帰結主義的正当化論である。1つは、当事者対抗主義こそが真実を究明する効果的手段であるという、いわば真実究明からの議論である。<sup>(38)</sup> 3つの主要なヴァージョンがある。なかでも知られている第1の論法は、ロン・フラーがたびたび唱えた、いわゆるフラーのテーゼである。それによれば、人間が証拠により判断を下そうとするとき、初期段階で証拠からなじみ深いラベルが想起され、心に刻まれ、ついには最終的結論となるという自然的傾向がある。この傾向を抑制する唯一の効果的方策が当事者対抗主義だ<sup>(38)</sup> というのである。この論法に対してはまず、ルーバンが指摘したように、当事者対抗主義の下で裁判官が正しい事実認定をなしたか否かを直截に判定することは不可能だ<sup>(40)</sup> という点を確認しなければならない。裁判がなされた後に事実をすべて公表するような当事者はいないからである。フラーのテーゼの有効性を問う次善の方法は、アメリカやイギリスでの対抗主義手続とドイツ・フランス等で採用されている職権主義手続とをそれぞれ模した状況を設定した上で、社会心理学的実験を行うことである。この種の研究は数少ないが、ジョン・ティボーらの実験はフラーのテーゼを基本的に確認し、対抗主義手続の職権主義手続に対する相対的優位性を示すものだった。<sup>(41)</sup> もっとも、この実験に対しては方法論的異議が出されており、<sup>(42)</sup> その後も2種類の手続の優劣が最終的に確認されるにはいたっていない。

第2の論法によれば、勝訴をめざす当事者双方と各々の弁護士は、不偏的調査官よりもはるかに強く、関連する事実を発掘し提示する誘因をもつから、当事者対抗主義は真実究明に適している。だが、これに対してはいくつかの批判が可能である。まず、当事者のいずれにとっても有利と思われない情報を証人がもっているとき、たとえその情報が真実究明にとって重要であっても、当事者対抗主義の下では裁判官や陪審員に



開示されないであろう。<sup>(43)</sup>また、当事者対抗主義の下での弁護士による戦略的行動は、<sup>(44)</sup>真実究明をかえって妨げるおそれがある。誤りだと知ってはいないが疑っている証拠を提出したり、依頼者に不利な情報を開示しなかったり、あるいは証人の記憶が曖昧となるよう企図して、隠微な仕方  
 で訴訟を遅延させるかもしれない。さらに、2つの対立しあう観点からの事実調査が仮に効果的な真実究明方法だとしたら、依頼者のために2人の調査者に対立的観点から調査をさせる弁護士がなぜいないのだろうか。<sup>(45)</sup>

第3の論法はカール・ポッパーの科学方法論にならい、当事者対抗主義の下では推測と反駁の弁証法的過程を通じて、自然科学におけるのと同様に真実へと漸次的に接近できると主張する。しかしながら、ポッパーやその継承者の方法論がはらむ困難は措くとしても、自然科学と法廷弁論の類比性の主張は説得的でない。まず、法廷においては、挙証責任の振り分けやある種の証拠の排除という事前に明確に定められた手続的ルールにもとづいて弁論が行われるが、自然科学ではそうでない。より重要なことに、真実を語っていると分かっている相手側証人の信用を傷つけたり、相手側の証拠が重要でないかのように見せかけるという法廷での行為は、科学的論争では見られない。<sup>(46)</sup>

当事者対抗主義のもう1つの帰結主義的正当化論は、権利実現からの議論と呼ぶことができる。フリードマンは、当事者対抗主義が真実究明の効果的方法だと述べる一方で、個人の尊厳に基礎づけられた手続的権利のためには真実究明が犠牲にされうると示唆していた。<sup>(47)</sup>そして後には、当事者対抗主義こそが、刑事訴訟はもちろん民事訴訟においても個人の権利と尊厳という憲法的価値を実効的に保障すると論じた。<sup>(48)</sup>

たしかに、当事者対抗主義は、全体主義国家の糾問主義よりもはるかに実効的に権利を保障する。しかし、実体的権利が同程度に手厚い2つの法システムの間で、党派的弁護が行われる対抗主義手続が職権主義手続よりも権利保障に資するか否かは、決して明らかでない。この論点に

関する社会心理学的実験も、管見のかぎりでは行われていない。より重大な困難は、件の主張が、依頼者が法的に権原を有するものと弁護士の活動により獲得するものとの区別を無視していることである。当事者対抗主義の下での弁護士は、法的権原がないかもしれない利益を法的権利として獲得するよう求められる。そして、法的権原を欠いた地点まで依頼者の利益を追求するのは、民事事件では法的責務のない負担を相手方に課すことを意味するから、逆説的に個人の権利を害している<sup>(49)</sup>。例えば、継続的喫煙によって肺癌をわずらった依頼者がたばこ製造会社に対して訴えを提起し、有能な弁護士がたくみに陪審員たちの同情を引いたおかげで、その州の平均的賠償金額の30倍を手にしたと仮定しよう。この依頼者は元々その金額を獲得する法的権利をもっていたと主張されるならば、それは詭弁だと言わざるをえない。そして、弁護士は誰をも害することなく依頼者を喜ばせたわけではない。賠償金は天から降るマンナではなく、最終的には消費者に転嫁される製造会社の歳出だからである。この指摘に対しては、法的権利とは弁護士による弁論のすえに裁判所が権利として宣言するであろうものだという反論が出されるであろう。しかし、そのように法予言説の亡霊をよみがえらせようとも、権利実現からの議論の救済には役立たない。この反論は、対抗主義手続も職権主義手続も他のいかなる手続も、等しく法的権利を実現するという結論にいたるからである<sup>(50)</sup>。

ここまでの検討は、当事者対抗主義が望ましい結果をもたらすと述べる帰結主義的正当化論には、多くの深刻な困難がともなうことを示している。では、当事者対抗主義は存続するに値せず、廃棄されるべきなのか。そうではないだろう。ルーバンがプラグマティックな正当化と呼んだ非帰結主義的正当化論の一形態は、可能だと思われる。当事者対抗主義は糾問主義よりも明白に優れており、また対抗主義手続は職権主義手続よりも明らかに劣るわけではない。それに加えて、一定期間に安定的に存続してきた制度に代えて新たな制度を新設することは、多かれ少な

かれ人々に負担や混乱をもたらすであろう。それゆえ、制度変更からの便益が費用を上回らないかぎり、当事者対抗主義を存続させる方が賢明である。<sup>(51)</sup> だが、このような当事者対抗主義の消極的擁護に成功しても、積極的擁護に仮に成功した場合と異なって、弁護士の中立的党派性をこの制度によって正当化することはできないのである。<sup>(52)</sup>

## 2 友人との類比

中立的党派性を正当化しようとする第2の立論は、友人関係との類比性からの議論と呼ぶことができる。この議論はチャールズ・フリードによって提示された。彼の考察は、中立的党派性の正当化の他にも注目される示唆を含むので、まずその全体を概観しておきたい。その上で、ここでは正当化の成否に焦点をしばって検討を加える。

フリードは、個人が家族関係や友人関係において特定の他者の利益を他人のそれよりも真剣に捉えており、またそうすることが一般に是認されていると指摘する。例えば子供に高額な教育をほどこす親は、その資金を遠い異国で飢餓に苦しむ人々のために費やさないことを非難されるべきでない。こうした特別な配慮は、それが結局は社会全体に資するという功利主義的議論によってではなく、自己への配慮を本人の選択にもとづいて個人的関係にある具体的他者への配慮に拡大するという非功利主義的議論によって正当化される。弁護士—依頼者間の関係は医師—患者間のそれと同様、特定の目的をもつ友人関係だとされる。すなわち、弁護士は依頼者の利益を自分自身の利益と同視する。医師は、個別的・具体的なニーズを満たすという点で、食料雑貨商や家主とは異なる。医師がいやす傷病は身体に生ずる自然的現象であるのに対して、弁護士があつかう紛争は制度を前提する社会的現象である。だが、このことは、弁護士の役割がもっぱら社会全体の利益によって確定されることを含意しない。個人は、社会の利益に対抗し優先する権利をもつからである。弁護士は、法的助言を与えて権利を実現することによって、依頼者の自

律を保障する。<sup>(53)</sup>

上記の考察は、弁護士に対する2つの批判への応答を可能にするという。第1に、弁護士が依頼者のために活動すると、法的弁護能力という社会的資源が弁護の必要性の程度に応じて分配されなくなるという功利主義的批判に対しては、個人の自律を守る特別な目的の友人関係にもとづくがゆえに、弁護士の活動は正当化されると反論できる。第2に、依頼者を利する手段として弁護士が反道徳的行為をなすと、相手方が危害を受けるといふ批判に応えるべく、弁護士自身の個人的な悪行と法制度の邪悪さの利用とが区別される。法廷で証人に個人攻撃をしたり裁判官に嘘をつくことは、個人的悪行に含まれ、道徳的非難に値する。それに対して、道徳的には負債を返済するべき依頼者のために時効を主張することや、自らが不正だと考える裁判例に裁判官の注意を向けさせることは、法制度の邪悪さの利用に属し、倫理的に許される。<sup>(54)</sup>

このような議論は、役割道徳ではなく関係道徳の観点から中立的党派性の正当化を試みるものだと言える。ここで関係道徳について2つの解釈を区別しよう。関係道徳は先には、行為の指図が特定の関係にある個人・集団に対する作為または不作為のみを対象とする道徳システムとして捉えられていた(Ⅱ1)。この定式は指図規範の対象だけに言及しており、規範の源泉を特定していない。他方、指図規範の源泉を関係に求めるような定式化も可能である。それによれば、関係道徳とは、行為の指図が、行為者と特定の個人または集団との関係から解釈を通じて導出され、それゆえ当該関係の相手方に対する作為または不作為のみを対象とするような道徳システムである。この新たな捉え方を関係道徳の濃密解釈と呼び、もとの捉え方を稀薄解釈と呼ぶことにしよう。濃密解釈が適切であるような関係は、選択的か非選択的かを問わないが、一回的よりも継続的、契約的よりも非契約的である方がふさわしい。こうした関係の例として、親子、夫婦、恋人同士、そして友人同士が挙げられる。友人関係との類比性からの議論は、濃密な関係道徳観を前提した上で、

共通道徳上の行為の指図を関係道徳上の指図が(一定の範囲内で)覆すと論ずるものだと言える。

フリードの立論に対しては数多くの批判がなされた。焦点となったのは弁護士と友人の類比性の主張である。エドワード・ダウアーとアーサー・レフは、フリードによる友人関係の性格づけを批判する。ダウアーらによれば、弁護士と友人の間にある唯一の類似性は、相手の利益を自らの利益とみなすことだが、しかしこうした利益の同一化は、友人の数ある指標の1つにすぎない。フリードはあらかじめ友人を弁護士に酷似したものとして定義した上で、<sup>(55)</sup> 弁護士をある種の友人として正当化しているというのである。

しかしながら、この批判は2つの理由により説得力を欠く。第1に、事件の受任後に弁護士の利益と依頼者のそれの間に齟齬があるという事態は、必ずしも例外的ではない。わが国の文脈にそくして考えてみよう。利益の齟齬は、依頼者への告知を要するような相手方との特別な関係がある場合(弁護士倫理25条)に限定されない。例えば、国選弁護人に支払われる費用・報酬が極めて低廉であるわが国では、弁護士が国選弁護事件に精力を傾注することは多くの場合、費用便益の点から見て自己利益にかなっていないであろう。実際、国選弁護から私選弁護への切替の働きかけを禁ずる規定(同39条)は、前者よりも後者の方がかなりの報酬をもたらすという一般的事実が仮になれば理解不可能である。こうした状況では、弁護士は依頼者の利益を自己利益とみなすからではなく、利益の齟齬にもかかわらず自らの義務を果たすために、依頼者の利益の促進に努めている。また、公害裁判・薬害裁判に典型的に見られた弁護士の献身的活動は、自らの利益よりも依頼者の利益を優先させて義務以上の行為(supererogation)をなしつづけた例だと言える。これらの反例を見るならば、依頼者の利益を自らの利益と同一視する職業として弁護士職を性格づけることは、不正確なのである。

第2に、弁護士と依頼者の利益が合致する場合にも、フリードやダウ

アーとレフの想定とは反対に、利益の同一化は弁護士を道徳的に免責しない。行為者が特定の他者の利益を自己利益とみなすとき、当該利益が反道徳的であるならば、行為者はその利益の追求について個人的に非難されるに値する。逆に、行為者が他者の利益を追求することについて非難されないとすれば、行為者の自己利益は追求される他者の利益とは別個でなければならない。<sup>(56)</sup>

弁護士と友人の類比性の主張にとって脅威となりうるいくつかの相違点が存在する。フリード自身はその一部を検討し、いずれも類比性を掘りくずさないと結論づけた。<sup>(57)</sup> 第1に、友人関係では、自分が選んだ特定の他者を友人として遇するところに自律が現れているのに対して、弁護士—依頼者関係では、依頼者の自律が重視され、おもに依頼者が弁護士を選択するにもかかわらず、友人として行動するのは弁護士だとされる。だが、この相違点は、フリードが考えたほど大きなものではない。一方では、近所に住む同年齢の子供と幼なじみとなり、長じてからも友情をたもつという場合に典型的に見られるように、明確に選択したとは言いがたい他者を友人とする場合もある。他方では、弁護士は受任拒否という選択肢をもつから、その選択肢をとらなかったという消極的意味では依頼者を選択したと言える。

第2に、フリードは、友人関係は互酬的であるのに対して、弁護士が一方的に奉仕し、依頼者はそれに報いないと考えた。しかし、これは誤りである。むしろ、友人関係は多くの場合に互酬的だが、弁護士—依頼者関係は交換的だと言うべきである。配慮にもとづく行為について、互酬・交換・贈与の3つを区別できる。一方が他方に配慮の行為をなす場合、それに対する返礼の行為の内容や時期が一定の範囲内で返礼者の判断にゆだねられているならば、配慮の互酬が見られる。返礼の行為の内容や時期が集団内の習律や当事者間の合意によってあらかじめ確定されているならば、配慮の交換が行われている。将来にわたって返礼をまったく期待することなく配慮の行為が行われるならば、配慮の贈与がなさ

れている。友人同士では原則的に互酬が成立しているが、とくに親密な友人間には贈与も見られる。<sup>(58)</sup>それとは対照的に、弁護士—依頼者間では交換が営まれている。法的サービスに対して、弁護士・依頼者の双方が合意した対価が支払われるからである。

第3に、すでに多くの批判者が指摘してきたように、真の友人は金銭を得るために相手を利するわけではないのに対して、弁護士はまさに報酬を獲得するために依頼者の利益を追求する。フリードはこの違いを認めつつ、弁護士—依頼者関係の内容は、単なる売却意思と購入意思の合致ではなく相手のニーズによって確定されると主張することによって、弁護士—依頼者関係と純然たる経済的関係との間に一線を画そうとした。しかし、この線引きは成功しない。穀物雑貨商と買い物客の関係の内容も、買い物客のニーズによって確定されるからである。この指摘に対して、弁護士が充足するニーズは個別性をそなえているから、穀物雑貨商が満たすニーズと異なるのだと、フリードは反論するであろう。だが、例えば仕立屋や美容師が満たすニーズは個別的だが、仕立屋や美容師はいかなる意味でも客の友人とは言えない。<sup>(59)</sup>経済的動機の有無は、弁護士—依頼者関係と友人関係を決定的に分かつ分水嶺なのである。

経済的動機の有無は、関係における親密感情の要否と結びついている。そして、親密感情は、フリードが十分に認識しなかった2つの相違点と関わっている。まず、行為の指図と行為者の相手に対する親密感情との関係について、1つのグラデーションを想起できる。一方の極では、指図が親密感情に全面的に依存しており、他方の極では、感情から完全に独立している。友人関係では、行為の指図は行為者の相手に対する友情に依存するから、相手の利益の実現は、フリードが指摘するとおり自己愛の拡大として理解されうる。それに対して、弁護士—依頼者関係を含む職業上の関係では、指図は親密感情から独立しているから、依頼者の利益の追求は自己愛の拡大として説明されえないのである。つぎに、この相違点とも関連するが、親密感情の有無や程度は個人間関係の内容が

規定される仕方と関連している。一般に親密感情が重要な位置を占めるタイプの関係では、その具体的内容は当事者たちによって関係の内部で自主的に確定される。成人の恋人同士の接し方は当人たちによって決められ、暴力や重大な欺罔がなされないかぎり、第三者による干渉は正当化されえない。それとは対照的に、親密感情が不要である雇用関係の内容は、今日では関係の外部から労働法による規定を強く受ける。友人関係は恋人関係と同じく、高度に内部規定的であるのに対して、弁護士—依頼者関係は雇用関係に類似して、弁護士倫理規則に服するという意味でかなり外部規定的である。

上で述べた親密感情に着目すると、フリードがあつかった第4の相違点は弁護士と友人の類比性を深刻に掘りくずすことが分かる。企業や政府は友人にはなりえないが、しばしば依頼者となる。フリードはこの違いを認めた上で、組織が依頼者となる場合にさえも、弁護士と友人の類比性が成り立つのだと示そうと努めた。だが、彼の苦心にもかかわらず、弁護士と組織の友人関係という観念は何としても奇妙に感じられる。それは、個人にいだくのと同種の親密感情を組織に対してもつことが不可能だからに他ならない。

友人と弁護士の相違点はつぎのように要約できる。友人関係は情愛的であるのに対して、弁護士—依頼者関係は商業的である。打算にもとづいて親しくふるまう人が真の友ではありえないように、親愛感情につきうごかされて身をささげる人はもはや弁護士ではない。この結論は、役割道徳と関係道徳のいずれが弁護士の倫理でより基底的であるかという論点に対して、一定の含意をもつ。すなわち、関係道徳の濃密解釈にもとづいて、依頼者との関係を基礎にすえて弁護士の倫理を捉えるのは適切でないことを示唆している。

### 3 依頼者の自律

中立的党派性の第3の正当化論は、この原理が依頼者に自由を保障し、



そうすることで依頼者の自律を可能にすると論ずる。これを依頼者の自律からの議論と呼ぼう。この立場の代表的主張者はスティーヴン・ペッパーである。

ペッパーによれば、法とは、個人や集団が目的を私的に達成するのを援助することによって、可能なかぎり個人に自由の領域を保障し、個人の自律を達成する公共財である。しかるに、アメリカのように法化が高度に進行した社会では、法へのアクセスは弁護士を通じてはじめて可能となる。仮に弁護士が、反道徳的だと信ずる依頼者の目的を促進しない道徳的責務を負うならば、これは、弁護士の信条をもって個人の自律を否定することに他ならない。あるいは、かかる道徳的責務を倫理規則のなかで規定するならば、それは個人の決定を集団の決定に置きかえることになり、やはり自律に違背する。富裕な依頼者のために税法の抜け穴を教えたり、真実を語っている証人を反対尋問で弾劾することが、たとえ弁護士の道徳的信条に反しようとも、弁護士は自らの非道徳的な倫理上の役割 (amoral ethical role) のゆえに、これらの行為をなすべきである。さらに、弁護士がたがいに道徳的見解を異にするために、どの弁護士に依頼したかによって法へのアクセスに差異が生ずるならば、平等が侵害されていることになる。<sup>(60)</sup>

ペッパーは法も弁護士も徹底して道具主義的に理解しているという点に注意したい。彼は依頼者を、動かなくなった自動車を前に苛立っている人にたとえる。本来は極めて有用だが自力では修理できない自動車が法に相当し、これを直す技能をもつ修理工が弁護士である。修理工が、自動車に乗る目的が道徳的に適切か否かに関知しないように、弁護士は、法援用の目的の道徳的適切さを問うべきではないというわけである。<sup>(61)</sup>

依頼者の自律からの議論は、近代法を支える近代的思考において重要な位置を占める自律の理念に訴えているために、一見すると説得的に思われる。だが、厳密に精査するならば、この外観は正しくないことが明らかとなろう。非道徳的な倫理上の役割という中心的観念には、ワッサー

ストロムと共通する道德観の狭隘さが看取されるが、他の点でもその立論は多くの困難をはらんでいる。

手始めに、平等に関するペッパーの議論を吟味したい。彼は、道德的論点に関する弁護士間の意見の不一致ゆえに、ある弁護士が道德的考慮から特定の事件を受任せず、別の弁護士は受任するのであれば、法へのアクセスの平等がおかされているのだと主張する。この主張は市場での平等に対する誤解にもとづく。ある修理工が、この車種は技術的にあつかえないと述べて修理を断り、別の修理工は同じ自動車について請け負った場合、自動車修理へのアクセスの平等ははたして侵害されているだろうか。答えは明らかに否である。つぎに、売買契約をめぐる新奇なタイプの紛争について、A地裁は売主である原告の主張を認容し、B地裁は売主の原告の主張を棄却したと仮定しよう。他のいずれの地方裁判所も上級裁判所も、このタイプの事案についてまだ判決を出したことがない。C地裁の管轄地内にそれぞれ事務所をかまえる2人の弁護士がCの判決について正反対の予想を行い、一方は引き受けたがらないが他方は乗り気だという事態は、十分に想像できる。このとき、市民間の平等ははたして侵害されているか。答えは再び否だろう。弁護士間の判決予測の不一致にもとづく受任の諾否の差が平等を害さないのだとすれば、道德的立場の不一致による諾否の差も平等に反しないはずである。ペッパーの議論は、市場においてすべての供給者が同一の財を提供しないかぎり、平等が害されているという誤った想定に立脚しているのである。

弁護士の道德的判断にもとづく行為は市民の自律を減ずるから、正当化されえないという中心的主張の検討に入ろう。これは少なくとも4つの困難をとまなう。まず予備的に、この主張がたとえ維持されうるとしても、その射程は限定されているという点を指摘しておきたい。党派的な弁護士業務が個人の自律を促進すると言えるためには、依頼者は個人でなければならない。ところが、現代社会では、依頼者のかなりの割合は企業や官庁などの組織によって占められている。これは、アメリカに

についても(I 1参照)日本についても(I 3参照)言える。もっとも、この指摘に対しては2つの反論がありうる。1つの反論は、個人のみならず企業などの組織も自律の主体となるというものである。だが、元来は規範的個人主義に立脚する近代法において、組織の自律は、個人の自律を促進するものとして道具的・派生的に擁護できるにすぎない。また、実践的観点からも、多国籍企業をはじめとする巨大企業の市場支配力に対する警戒が高まりつつあり、企業の社会的責任が強調される今日、その自律を礼賛する言説はにわかには首肯しがたい。例えば、安全性が不十分だが法的に禁止されてはいない仕方で利潤を追求する企業の自律は、製品や労働環境の安全性に対する消費者・被雇用者の抽象的権利に道を譲らねばならない。<sup>(62)</sup>もう1つの予想される反論によれば、例えば新種のビジネスの合法性について助言する弁護士は、経営者個人の自律に貢献する。しかしながら、依頼者は、経営者という個人でなくあくまでも企業という組織全体である。経営者は個人として自らの自律を実現しているのではなく、経営者という役割の担い手として企業の利潤を拡大している。たしかに、弁護士の助言はその副次効果として、当該ビジネスに個人的に意欲を燃やす経営者の自律に資するかもしれない。だが、単なる副次効果は、弁護士に対して道徳的考慮にもとづいた行動を禁止する根拠としては、あまりに薄弱だと思われる。

このように依頼者の自律からの議論がもちうる妥当範囲が限定的であることを確認した上で、つぎの3つの批判を提起したい。第1に、ペーパーは自律を中立的党派性のほぼ唯一の正当化根拠としているにもかかわらず、驚くべきことに自律を定式化していない。だが、彼の自律観が詳細な点でどのようなものであれ、自律がいやしくも魅力ある理念であるためには、それは個人が各時点で個別的選択を行えることにつきないはずである。むしろ自律は、個人が人生全般の作者であること、すなわち人生の大部分にわたって生活の主要部のあり方を統合的な仕方为主体的に形づくってゆくことを意味すると解釈されるべきだろう。このよう

に自律が人生計画の策定と実行のうちに具現するのだとすれば、自律にほぼ排他的に訴える正当化論は、3つの理由から賛成しがたい。まず、個人の精神的能力の差異という角度から見ると、自律的選択が不可能または困難な精神障害者や知的薄弱者は、この議論の射程外に追いやられている。つぎに、ライフサイクルの観点からは、平均的個人の自律的選択の能力を図形化すると、なだらかな台形となるだろう。自律的選択をなしうるのは人生の中間期にかぎられており、幼少である初期には、いかなる人も自律を享受しえず、またかなり高齢となる終期には、一部の人々にとって自律的生活はたとえ不可能でなくとも困難となる。これらの人々も議論の埒外におかれることになる。この2つの論点を一括するならば、ほぼもっぱら自律に訴える正当化論は、精神障害者・知的薄弱者や乳幼児・痴呆性老人などに対しては、心身ともに健康な壮年者と平等な弁護士業務の提供を認めない、いわゆる健常者中心主義かつ壮年者中心主義に陥っている。さらに、個人の生き方の多様性という視点から見ると、人生の計画・構想を立てないばかりか将来に心をいたすことさえなく、刹那的選択に終始したり惰性に支配されている人もたしかに存在する。この種の生き方も、我々各人が個人道徳上それをどのように評価するのであれ、社会の規範理論上は承認され尊重されるべきである。<sup>(63)</sup> そうだとすれば、ほぼ自律のみに訴える議論は、こうした生き方をする人々に対して平等な法的サービスの提供を拒否する点で支持しがたい。<sup>(64)</sup>

第2に、自律が重要であることは、これが他のいかなる価値をものぐことを含意しない。後者は前者よりもはるかに強い主張であり、実際のところ異論の余地ある主張なのである。これを示す1つの事案を取り上げよう。被告人が弁護士に殺人の事実を告白し、2人の被害者を埋めた場所を明かした。弁護士は告白の真偽を確認するために、教えられた場所を訪れ、実際に死体を発見した。ところが、6ヶ月後に被告人が自白するまで、弁護士はこの情報を公表せず、しかも被害者の1人の両親から情報を求められた際にも、情報を開示しなかった。<sup>(65)</sup> ペッパーはフリー

ドマンと同じく、この弁護士<sup>(66)</sup>の行動を擁護する。しかし同時に、仮に被害者の1人にまだ息が通っていることを弁護士が発見したならば、その被害者が救助されるよう通報するべきだと示唆する。このときペッパーは暗黙裡に、自律が他のすべての価値に優先するのではなく、反対に他の価値に劣後しうることを認めているのである。

第3に、ペッパーの基本前提には大いに疑問がある。故障車を修理工に直してもらう人のたとえが端的に示すように、市民が法援用を通じて実現しようとする目的は、弁護士への依頼に先立って明確かつ固定的な形で存在すると前提されている。しかし、棚瀬が指摘するように、市民が依頼以前にいただいている目的は多くの場合には抽象的かつ暫定的だと考えられる。市民が当初もっていた目的は、弁護士に相談して助言を受ける過程を通じて、次第に明確化され、具体化され、ときには修正される<sup>(67)</sup>。にもかかわらず、弁護士が依頼者の目的選択に一切掛かりあおうとせず、道徳的に中立的な立場を堅持するならば、法的に可能な範囲での経済的利益の最大化や投獄の回避といった即物的目的が、つねに依頼者に帰せられることになる。これは皮肉にも、称揚されている自律を害する。個人が自律を享受できるためには、十分に多様な選択肢が自らの前になければならない。ところが、即物的目的のみが帰せられると、たとえ選択が不可能とはならなくとも、その幅が著しく限定されてしまう。

もっとも、ペッパーは、弁護士と依頼者が自らの道徳的見解を述べあう道徳的対話を提案している<sup>(68)</sup>。そこで、依頼者の私益の最大化はあくまでも暫定的目的であるにすぎず、対話を通じて他の目的に代替されうるという反論が予想される。しかし、ペッパー自身も認める道徳的対話の限界はここでは措くとしても、この処方箋は彼の議論の基本線から逸脱している。依頼者が対話で表明する道徳的見解を弁護士は理解した上で行動するべきだというのが、仮にペッパーの最終的結論であるならば、自動車修理工の比喩は完全に的外れとなる。まして、弁護士が自らの道徳的見解を表明するならば、その発話は言語行為の意味の重層構造のな

かで、依頼者に特定の行為を推奨するという1つの意味をもってしまう。したがって、その弁護士は、依頼者の目的や手段に対してもはや中立的ではありえない。逆に、議論の一貫性を維持するために道徳的対話の提案が撤回されるならば、私益追求のみを依頼者に帰することと、多様な選択肢を前提した自律を重視することとをどのように整合させるかという難問が、再び頭をもたげる。

以上の考察から、中立的党派性を一般的に正当化しようとする主要な議論はいずれも維持しがたいことが明らかとなった。この原理は、当事者対抗主義という制度によっても、弁護士—依頼者関係と友人関係の類比性によっても、あるいは依頼者の自律の理念によっても成功裡に基礎づけられえない。たしかに、これら3つの他にも中立的党派性を支持する議論はありうるから、以上の検討はこの原理を終局的に否定するにはいたらない。むしろ、中立的党派性を説得的に正当化するのは一見するよりもはるかに困難であることが明らかとなれば、ここまでの論述の目的は達せられた。

#### 4 刑事事件は例外か？

中立的党派性の主要な正当化論の失敗にもかかわらず、共通道徳上は非難される行為を含む攻撃的弁護が適切であるように見える領域がある。それは刑事事件である。刑事手続においては、起訴および刑罰の権力を独占するリヴァイアサン国家と無力で孤立した個人とが相対しているように思われる。被疑者・被告人は、日本やアメリカでは死刑さえも含む刑罰という法的制裁の可能性にさらされている。加えて、有罪判決にともなう、あるいはそれ以前に逮捕や起訴にともなう非難やスティグマという社会的制裁をもしばしば受ける。被疑者・被告人の非力さや国家の圧倒的権力を所与としつつ、「100人の有罪者を放免しようとも、1人の無罪者を処罰するべきでない」という標語を真剣に受けとめるならば、弁護士は依頼者のために攻撃的弁護をただ許容されるのではなく、むしろ

要求されるように感じられる。攻撃的弁護はまた、被疑者・被告人を手厚く保護している手続法<sup>(69)</sup>の精神にも合致するように思われる。被疑者・被告人の保護策には、拷問と残虐な刑罰の禁止、迅速な公開裁判、黙秘権・供述拒否権、一事不再理または二重の危険、無罪の推定による検察官の立証責任などが含まれる。これらの理由により、中立的党派性に対して手厳しい批判を加えるアメリカの論者の多くさえも、刑事事件を例外として位置づけてきた。だが、このような刑事事件例外論には真に十分な理由があるのだろうか。刑事事件においては、弁護士はつねに中立的党派性に依拠して行動するよう求められるのだろうか。

刑事事件例外論を最も周到に展開したのは、ルーバンである。彼は当事者対抗主義からの議論を逐一論駁したにもかかわらず、刑事手続およびそれに準ずる行政上の聴聞では、個人におよぼされる国家権力を減殺する制度として当事者対抗主義を支持した<sup>(70)</sup>。ルーバンはその後、弁護士が安易に行う司法取引によって、当事者対抗主義の下で被疑者・被告人が手続的権利や攻撃的弁護を享受する機会を奪われているというアメリカ刑事司法の実態に目を向けるにいたる<sup>(71)</sup>。その上で、国家の権力濫用に対するリベラリズムの警戒を背景に、一種の理想論として当事者対抗主義にもとづく攻撃的弁護を擁護するのである。同時に、当事者対抗主義を肯定する範囲についても自説を修正している。攻撃的弁護を支持する最大の理由が個人—国家間の著しい力の不均衡にあるならば、民事事件のなかでも単発的依頼者である非力な個人と反復的依頼者の巨大企業とが争う事案では、同種の弁護が是認されることになるだろう。そこで、ルーバンは当事者対抗主義の妥当範囲を、刑事手続と行政聴聞からなる刑事弁護の文脈から、個人と公的または私的な巨大組織が向かいあうすべての場面を含む刑事弁護パラダイムへと拡張する。この拡張の裏がえしとして、反トラスト訴訟や企業への聴聞は民事訴訟パラダイムに属するとされる<sup>(72)</sup>。

このような刑事事件例外論に対して全面的批判を近年に展開している

のが、ウィリアム・サイモンである。<sup>(73)</sup> 彼はその批判のなかで、国家と個人の力の不均衡というルーバンらの基本認識に疑問を投じて、典型的な検察官を「少数の疲れきった働きすぎの役人たち」と評した。<sup>(74)</sup> しかしながら、サイモンの認識は首肯しがたい。ルーバンが豊富なデータと引証文献をもって反論しているように、国家は人員面でも財政面でも被告人を凌駕する上に、刑事手続上も検察官に有利な判決が近年続出しており、しかも陪審員は検察や警察を信用し被告人に猜疑を向ける傾向がある。<sup>(75)</sup> それだけではない。刑事事件の大多数では、弁護士は公選ゆえに低廉な報酬を受けるにすぎないため、「疲れきった働きすぎの」状態にある。その結果、重罪事件の弁護士のなかにさえ、犯行現場に足を運ばず、検察側証人はおろか被告人側証人にさえ面接せずに司法取引に応ずる者や、公判前に依頼者に面接せず、あるいは面接時間を極めて短時間に抑える者が決して少なくない。<sup>(76)</sup> 他方、検察は司法取引で優位に立つために、起訴内容を増したり重くすることができる。<sup>(77)</sup> たしかにホワイトカラー犯罪やギャング犯罪などの事案では、資金面での優勢は国家でなく被告人にかたむくだろう。<sup>(78)</sup> しかし、大多数の刑事事件については、国家の優位性と危険性という刑事事件例外論の前提は正鵠を得ている。

だが、真に問われるべき論点はその先にある。被疑者・被告人が資力、刑事手続、陪審員の心理などの面で不利な立場にあることは、たしかに疑いえない。しかし、そのことは、共通道徳に反した行為を含む攻撃的弁護を弁明したり正当化する十分な道徳的理由となりうるのか。判官びいきは道徳的理由となりえない。大多数の被疑者・被告人の無資力による不利さは本来、司法扶助の充実により改善されるべき問題である。同様に、刑事手続上の被告人の劣勢は判例の転換によって、被疑者・被告人に不公正な司法取引は裁判所の監視と介入によって、そして弁護士による事実調査の懈怠は誠実な弁護の要求によって、それぞれ対処されるべき問題である。司法扶助制度の拡充という議員の役割や、被疑者・被告人の権利の保障という裁判官の役割を、弁護士は肩代わりしようとする



るべきでない。そして、弁護士がその役割ゆえに求められているのは、検察官・被害者・証人らを攻撃するような弁護ではなく、依頼者に対して誠実に向きあう弁護なのである。

この議論に対しては、弁護を誠実に行うのは熱心に行うことにつながり、熱心さが高ければ相手方に攻撃的になるのだという批判がありうる。しかし、この滑りやすい坂の議論 (slippery slope argument) はあまり説得的でない。アメリカを舞台とする1つの仮想事案について考えてみよう。被告人は実際に窃盗を行い、弁護士にその事実を告白しつつ、法廷では否認している。他方、弁護士は、逮捕や証拠収集の仕方にくっつかの比較的軽微な違法を見だし、その背後にマイノリティに属する被告人への人種偏見を読みとったが、判例に照らすと、これらの違法を根拠に無罪判決を得られるかは不確かだった。このとき弁護士は、手続上の違法を理由に無罪を主張することを、誠実な弁護の必須部分として求められる。また、陪審員団に対して違法捜査の事実を指摘する際に、人種差別という認識枠組を強調しても、誠実な弁護の範囲内にあり、何ら道徳的非難を受けないだろう。だが、真実を語っていることが分かっている証人に対して、反対尋問でその信用を失墜させる質問を行うならば、もはや非難を免れない。弁護士はすでに誠実な弁護の限界を踏みでて、攻撃的弁護の圏内に踏みこんでいる。ここに例示したよりも判断が微妙な行為の例は少なくないだろうが、境界事例の存在は2種類の弁護の区別を無効とするものではない。

以上の考察が誤りでないとすれば、中立的党派性に関する刑事事件例外論は支持しがたい。誠実な弁護が要求される点でも、攻撃的弁護が禁止される点でも、刑事事件と民事事件で選ぶところはないのである。ただし、刑事事件では個人の財産のみならず自由までも左右されるがゆえに、民事事件よりもいっそう強く誠実な弁護が要求される。その点では、刑事事件はやはり異なるだろう。

## IV 結 論

本節では、前節までの考察の結論を要約し、部分的に補足した後、つぎなる論点について予備的考察を行いたい。まず最初に、弁護士の行為の道徳性は仮象問題でないことが確認された。弁護士は、倫理規則の機械的遵守によっても裁判官への判断の白紙委任によっても、依頼者のために自らがとる手段について社会からの道徳的評価を免れることはできない。そして、日本の弁護士をめぐる環境は、弁護士報酬制度のような基本的部分でアメリカのそれに類似しており、しかも弁護士人口の増加、依頼者類型の変化、広告規制の撤廃などによりいっそう近似しつつある。それゆえ、弁護士の反道徳的行為を支えている中立的党派性の原理をめぐるアメリカでの倫理言説は、日本にとってもレリヴァントであるにとどまらず、ますますそうなりつつある。

つづいて、弁護士による道徳的に異論のある行為は、役割道徳または関係道徳と共通道徳との衝突という枠組によって適切に把握されると論じた。そこで、役割道徳と関係道徳のいずれがより基底のかが問われることになった。友人関係との類比性からの議論による中立的党派性の正当化の失敗は、濃密に解釈された関係道徳を弁護士の倫理の基底にすえるのが不適切であることを示唆している。そもそも行為の道徳的指図の源泉を特定の他者・集団との結びつきに求める濃密な関係道徳に立脚するならば、関係の外部にある規範はすべて、ハートが言う外的視点から捉えられることになろう。行為者は外部規範を、特定の相手への配慮に対する制約として最小限に遵守するか、配慮に資するかぎりで戦略的に利用するにすぎない。仮に弁護士—依頼者関係が弁護士の倫理の根幹をなすとすれば、弁護士は法規範を、依頼者への忠誠に対する掣肘か、または依頼者のために利用すべき資源としてあつかうことになる<sup>(79)</sup>。このように法規範に敬意をいだかない弁護士は、はたしてリーガル・プロフェッションの名に値するか。無論、弁護士はあらゆる法律や判決に信服する

べきだと示唆しているのではない。一部の法律は、起草者・立法者が十分な情報を欠いたために、またはよりありうることだが利益集団の要求に応じたがゆえに、受容しがたいものでありうる<sup>(80)</sup>。一部の判決は、適用法律の不備や裁判官の先入見のゆえに、賛同しがたいものであるかもしれない。そうであってもなお、弁護士は法システムの総体に対して敬意を払うべきであり、その敬意なしには自らの義務を全うできないと言いたいのである。かかる考慮から、役割道徳は関係道徳よりも基底的だと考える。

最も中心的な結論は、中立的党派性を一般的に正当化するのが困難だということにある。友人関係との類比性からの議論と同様、当事者対抗主義からの議論も依頼者の自律からの議論も失敗に帰した。とくに後二者の正当化論については、それぞれの基本命題を支える根拠が薄弱であるにとどまらず、訴えかける中心的価値が中立的党派性によってむしろ掘りくずされうることが明らかとなった。中立的党派性を基礎づけるとされる当事者対抗主義は、真実究明と権利実現に寄与すると主張されるにもかかわらず、党派的弁護は真実を歪め権利を害するおそれがある。また、中立的党派性の原理を要請するとされる依頼者の自律は、この原理によってかえって縮減されうる。当事者対抗主義からの議論と依頼者の自律からの議論は、自己論駁的だとの謗りさえ受けうるのである。加えて、刑事事件やそれに準ずる状況では例外的に中立的党派性を是認する刑事事件例外論も、十分な理由を欠いていた。結局、弁護士は、民事事件か刑事事件かを問わず、役割道徳上の指図に従って依頼者のためになす行為について共通道徳的問責から逃れられず、それゆえ依頼者の目的について道徳的判断を差しひかえるべきでない。

では、具体的な行為選択の場面において、役割道徳と共通道徳をともに考慮に入れると、いかなる行為が要求され、推奨され、許容され、あるいは禁止されるか。この問いに対して原理づけられた解答を与えるためには、弁護士が意思決定の際に用いる判断枠組が必要となる。判断

枠組の提示は本稿の目的を超えており、別の機会に譲らなければならない。ここでは、その枠組に含まれるべきだと考える2種類の区別を素描するにとどめる。

第1に、フリードによる個人的悪行と法制度の邪悪さの利用との区別(Ⅲ2)から示唆を得つつ、共通道徳上の指図にたがう行為について法援用外のものとは法援用上のものを区別したい。法援用外の反道徳的行為はフリードが言う個人的悪行に相当するが、反道徳的な行いは必ずしも個人的だとは言えないので、このように呼びあらためる方が正確だろう。詐欺による取消のような法的効果を生じない虚言や、真実を語っていると分かっている証人をしつこく悩ます詰問が、これに属する。法援用外の行為に関する許容可能性の判断過程においては、法的価値が考慮に入れられるとしても、非法的価値が中心的位置を占めることになる。例えば、真実を語る証人への弾劾を道徳的に評価する際には、それが訴訟制度に与える悪影響という帰結主義的考慮も必要となるものの、基本的には真実を語る他者への攻撃という行為自体にそなわる邪悪さが問題化されなければならない。

法援用上の反道徳的行為に移ろう。フリードは、道徳的には返済すべき依頼者のために時効を主張することも、不正だと考える裁判例を援用することも、法制度の邪悪さの利用として一括した。しかし、この2つの行為はたがいに異質である。時効援用はときおり一般市民の道徳的直感に反するであろうが、時効制度は、反省的思考を経れば共通道徳上も是認されるはずである。それに対して、援用される裁判例は、当該弁護士によってたしかに反道徳的だと評価されている。この相違を捕捉するためには、法援用上の反道徳的行為のなかで、法の反道徳的援用と反道徳的法の援用を区別する必要がある。法の反道徳的援用という類型では、弁護士による依頼者のための行為を非難することはほとんどの場合には正当化困難である。権利やルールの援用がその反道徳性を理由に拒否されるとき、法ないし権利(Recht)に内在する平等の要請が満たさ

れなくなるからである (I 1 参照)。もっとも、有効な権利・ルールの援用は無条件に許されるわけではなく、権利濫用や公序良俗違反に該当する場合には禁じられる。だが、大多数の弁護士は、いかなる法援用の類型が権利濫用や公序良俗違反と判断されるかを熟知しており、そのような法援用を自制するはずである。結局、共通道徳的非難が適切であるような法援用は極めて稀だと推測される。それに対して、反道徳的法の援用という類型では、憲法に共通道徳的価値が埋めこまれていると考える立場から、反道徳的だと思われる法律について、弁護士は何よりもまずその合憲性を問いたさすべきだと主張したい。そして、弁護士が自らの憲法解釈に照らして法律の合憲性を疑う場合には、裁判所の合憲性判断の如何を問わず法援用を控えることが求められよう。

第2に、弁護士が依頼者に与える助言について、強行の可能性の引受と強行の困難性の利用とを区別できる。強行の可能性の引受到に属する典型例は、効率的契約違反である。依頼者がある人と売買契約を締結した後、より高価な価格での買取を申しでる人が現れたとする。弁護士が依頼者に、賠償金を支払えば締結した契約を履行しないですむと助言することは、どのように評価されるか。効率的契約違反は明らかに「合意は守られるべきである (*pacta sunt servanda.*)」に違背するが、それにとどまらず、仮に市民の大多数が、履行期に履行する場合の便益が費用を上回る場合にのみ履行するようになれば、契約制度は危殆に瀕するであろう。だが、1人の弁護士が依頼者に契約違反の法的効果に関する情報を提供したというマイクロな事象は、市民の大多数が必要なときにはつねに契約を破るというマクロな状況の現出に微少にしか寄与しない。また、ここでは法制度の如何が重要となる。売主は物理的に不可能でないかぎり当初の契約の履行を強制されるのではなく、買主の解除にもとづいて損害賠償を請求されるというのが、わが国の債権法なのである。このように考えると、弁護士による契約違反の助言を非難する十分な理由があるかは疑わしい。

他方、強行の困難性の利用とは、法的ルールが強行される蓋然性が小さい場合に、弁護士がその情報を提供して、依頼者が違法行為をなすよう動機づけることである。汚水排出の監視が稀にしか行われなことを依頼者の企業に知らせるという例は、この類型に属する。強行の困難性の利用にあたる個々の行為を評価するに際しては、当該ルールが法規範全体のなかでもつ重要性や健全性を評価する必要がある。排水規制の例では、環境規制が地域社会の生態系の保全に対してもつ重要性に鑑みると、弁護士の情報提供は道徳的批判を免れえないだろう。

以上2種類の区別は、弁護士の行為の道徳性という難問を解決し去るわけではないが、一部の行為類型について評価の手がかりを与える。本稿の冒頭に例示した3つの行為手段のうち、道徳的に返済すべき債務に関する時効援用の助言は正当化されるが、反対に汚水排出の監視システムの不備に関する情報提供は恐らく弁明されえない。より重要なことに、これらの区別は、弁護士の判断枠組において法的価値に特別な重みづけが与えられるべきことを示唆している。弁護士はリーガル・プロフェッションとして、法的価値がレリヴァントである場合とそうでない場合を区別し、前者の場合には法的価値を特別に考慮するよう求められる。

本稿では、アメリカの弁護士倫理言説上の代表的学説を検討することを通じて、中立的党派性について批判的考察を行った。法化が進展しつつあるわが国において、ますます重要性が高まりつつある弁護士に関して規範的考察を行う意義は小さくないだろう。そして、法化に大きな関心を寄せその解明に努めてきた法哲学にとって、弁護士の倫理は1つのチャレンジングな問題領域であると思われる。<sup>(81)</sup>

- (1) 法化に関する内外の文献は枚挙にいとまがないが、国による形態の差異を浮き彫りにする最近の邦語文献として、例えば、広渡清吾「日本社会の法化——主としてドイツとの対比で」『岩波講座 現代の法15 現代法学の

- 思想と方法』岩波書店, 1997年, 143-176頁, 田中成明「司法システムをめぐる「法化」「非=法化」」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム 5 国家の多様性と市場』東京大学出版会, 1998年, 178-203頁。公共的問題への制度的対処という法の捉え方については, 宇佐美誠「政策としての法」井上達夫=嶋津格=松浦好治編『法の臨界Ⅲ 法実践への提言』東京大学出版会, 1999年, 149-156頁。
- (2) 中立的党派性の相互に部分的に異なった定式化として, Murray L. Schwartz, “The Professionalism and Accountability of Lawyers,” 66 *California Law Review* 669, 671, 673 (1978); William H. Simon, “The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics,” 1978 *Wisconsin Law Review* 29, 36-37 (1978).
- (3) David Mellinkoff, *The Conscience of a Lawyer* (St. Paul, Minn.: West, 1973), 188.
- (4) 古典的討論として, Charles P. Curtis, “The Ethics of Advocacy,” 4 *Stanford Law Review* 3 (1951); Henry S. Drinker, “Some Remarks on Mr. Curtis’ “The Ethics of Advocacy,”” 4 *Stanford Law Review* 349 (1952). その後の代表的討論として, Monroe H. Freedman, “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions,” 64 *Michigan Law Review* 1469 (1966); John T. Noonan, Jr., “The Purposes of Advocacy and the Limits of Confidentiality,” 64 *Michigan Law Review* 1485 (1966).
- (5) 弁護士と裁判官の合計は1960~70年に33%増加しており, これは同じく急増期だった1920~30年の30%を上回る。人口1,000人あたりの弁護士・裁判官数を見ても, 1960~70年には17%増加しており, それに先行する20年間にはむしろ減少していたのと対照的であるだけでなく, 1920~30年の12%増加を上回っている。Bureau of the Census, *Census of Population* (1920-1970), cited in B. Peter Pashigian, “The Market for Lawyers: The Determinants of the Demand for and Supply of Lawyers,” 20 *Journal of Law and Economics* 53, 54 (1977).
- (6) *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975). この事案の紹介として, 三宅伸吾『弁護士カルテル——ギルド化する「在野」法曹の実像』信山社, 1995年, 55-62頁。
- (7) デボラ・ロードは, 弁護士間競争の激化が党派的な助言・弁護をはじめ多様な問題をもたらしてきたと指摘する。Deborah L. Rhode, “Ethics in Practice,” in *Ethics in Practice: Lawyers’ Roles, Responsibilities, and Regulation*, ed. by Deborah L. Rhode (New York: Oxford Univer-

sity Press, 2000), 4-8.

- (8) 棚瀬孝雄「語りとしての法援用——法の物語と弁護士倫理」棚瀬孝雄『権利の言説——共同体に生きる自由の法』勁草書房, 2002年, 127-193頁(初出1995年)。
- (9) 棚瀬孝雄「弁護士倫理の言説分析——市場の支配と脱プロフェッション化1—4・完」『法律時報』68巻1号52-61頁, 2号47-56頁, 3号72-76頁, 4号55-63頁(1996年)。
- (10) アメリカの中立的党派性論争に対する関心の高まりは, この主題に関わる論文が最近矢継ぎ早に翻訳されていることにも現れている。ウィリアム・サイモン(佐藤彰一=桶舎典哲=若林亜理砂訳)「弁護のイデオロギー——手続的正義と専門家の倫理」『立教法学』52号235-338頁(1999年), デイヴィド・リューバン(住吉博=福田彩訳)「アドヴァーサリィ・システムの弁明(1)―(2)」『比較法雑誌』33巻1号93-142頁, 2号183-210頁(1999年), スティーヴン・L. ペパー(住吉博編訳)『道徳を超えたところにある法律家の役割——相談助言と依頼者の責任』中央大学出版部, 2000年, ネイザン・M. クリスタル(住吉博=福田彩訳)「アメリカのアドヴァーサリィ型システムにおいて熱意ある信任代理に課される諸限界(1)―(3)」『比較法雑誌』35巻1号75-104頁, 2号51-87頁, 3号79-113頁(2001年), デイヴィド・ルーバン(住吉博編訳)『法律家倫理と良き判断力』中央大学出版部, 2002年。なお, アメリカの弁護士の倫理における他の論点に関する研究としては, 関良徳「米国の公益弁護士をめぐる倫理と政治——D. ルーバンの所説を中心に」『一橋論叢』127巻1号21-37頁(2002年)。
- (11) さまざまな弁護士モデルの整理・検討として, 宮川光治「あすの弁護士——その理念・人口・養成のシステム」宮川光治=那須弘平=小山稔=久保利英明編『変革の中の弁護士——その理念と実践 上』有斐閣, 1992年, 3-14頁, 濱野亮「法化社会における弁護士役割論——民事分野を中心として」日本弁護士連合会編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』有斐閣, 1997年, 3-15頁(初出1996年), 田中成明「岐路に立つ弁護士——その背景と展望」『あたらしい世紀への弁護士像』257-258, 272-276頁(初出1996年)。私も別所で弁護士モデルの検討を試みている。宇佐美誠『弁護士倫理論』勁草書房, 近刊, 第一章二。
- (12) もっとも, 旧規定については, しばしば「法」に対置される「倫理」が規程名に用いられた背後に, 在野法曹の伝統に立って国家機関からの干渉を牽制する日弁連の意図も看取される。
- (13) アメリカとは対照的に, 日本の弁護士倫理は外的に強制されず, その違反は基本的に懲戒事由や弁護過誤責任の存在を意味しないものの, 違反の



- 内容・程度によっては懲戒事由や弁護過誤責任の認定をまねく可能性もあると解されている。日本弁護士連合会弁護士倫理に関する委員会編『注釈弁護士倫理』補訂版, 有斐閣, 1996年, 7-10頁。
- (14) Stephen E. Kalish, "How to Encourage Lawyers to Be Ethical: Do Not Use the Ethics Codes as a Basis for Regular Law Decisions," 13 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 649, 649-651 (2000). Cf. William H. Simon, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998), 23.
- (15) William H. Simon, "The Ethics of Criminal Defense." 91 *Michigan Law Review* 1703, 1705-1706 (1993).
- (16) 日本弁護士連合会弁護士倫理に関する委員会編『注釈弁護士倫理』38-39頁。
- (17) 同書, 39-40, 45-46頁。
- (18) 同書, 101, 103-104頁。
- (19) 司法試験合格者数は, 戦後初期には漸増していたものの, 1960年代半ばに500名前後で頭打ちとなり, これがじつに30年近く維持された。
- (20) 弁護士報酬制度の簡要な比較法的概観として, 松代隆「弁護士報酬合理化の方向」東京弁護士会編『司法改革の展望——東京弁護士会創立百周年記念論文集』有斐閣, 1982年, 420-426頁。
- (21) 報酬等基準規程は日弁連の規則であるから(弁護士法33条2項8号, 46条2項1号参照), 直接には依頼者への拘束力をもたない。だが, 旧規程に関する1990年の日弁連実態調査によれば, 回答した弁護士の約73%が, 規程が認める増額・減額の限度額の範囲内で報酬を受けている。日本弁護士連合会弁護士業務対策委員会「日本の法律事務所'90——弁護士業務の経済的基盤に関する実態調査報告書」『自由と正義』42巻13号(臨時増刊号)87頁(1991年)。報酬等基準規程が一般に遵守されていないとする認識に対する批判としては, 三宅『弁護士カルテル』15-16頁。
- (22) 司法試験合格者数は1990年では約500名にすぎなかったが, 2000年には約1,000名となった。そして, 2010年に3,000名とすることが提言されている。司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度」平成13年6月12日, I第3 2.(2)。
- (23) 棚瀬孝雄=廣田尚久=山浦善樹=山本和彦=加藤新太郎(座談会)「弁護士倫理の新たな展開」『判例タイムズ』1080号8, 14, 16頁(2002年)の棚瀬発言。
- (24) 日本弁護士連合会弁護士業務対策委員会「日本の法律事務所'90」42-44頁。

- (25) 棚瀬他 (座談会)「弁護士倫理の新たな展開」11, 15頁 (2002年) の山浦発言。ただし, 15頁の棚瀬発言も参照。
- (26) 例えば, 日本の弁護士は党派性よりも道徳的パターンリズムの色彩が強いという指摘がある。同座談会, 10頁の山浦発言。もっとも, 党派的弁護士の存在やその増加も指摘されている。11頁の廣田発言・山浦発言。
- (27) Richard Wasserstrom, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues," 5 *Human Rights* 1, 1-15 (1975).
- (28) *Ibid.*, 12-13.
- (29) David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study* (Princeton: Princeton University Press, 1988), 104-127.
- (30) アーサー・アップルbaumは, プロジェクト・コミットメント・関係に相対的な指図を人格相対的指図として一括した上で, これと役割相対的指図を対置する。Arthur Isak Applbaum, *Ethics for Adversaries: The Morality of Roles in Public and Professional Life* (Princeton: Princeton University Press, 1999), 63-64. アップルbaumの図式は, 役割相対性と人格中立性の組合せを批判するという彼の意図に照らせば理解できるものの, 理論的には精確性を欠くと言わなければならない。人格相対的指図の説明のなかに2つの異質な属性が混在しているからである。プロジェクトやコミットメントは, 行為者が内心で形成し発展させるという狭い意味で個人的な属性であるのに対して, 関係は役割とともに, 行為者と他者や集団との関わりにおいて現れるという広い意味で社会的な属性に含まれる。むしろ, まず内的属性 (狭義の個人的属性) と外的属性 (広義の社会的属性) を大別した上で, 後者のなかで関係と役割を区別する方が, より精確だと考える。
- (31) *Spaulding v. Zimmerman*, 116 N.W.2d 704 (1962).
- (32) 厳密に言えば, この弁護士の情報非開示は関係道徳上は当然に正当とされるが, 役割道徳上は役割の解釈の如何によって異なった評価を受けうる。だが, ここではその点に立ち入らない。
- (33) わが国においては, 地方裁判所・簡易裁判所での本人訴訟率がかなり高いが, 相手側証人を効果的に悩ますほどの法的弁論技能をそなえた市民はほぼ皆無に近いであろう。
- (34) Bernard Williams, "Professional Morality and Its Dispositions," in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, ed. by David Luban (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983), 260-261.
- (35) *Ibid.*, 261-269.
- (36) 中立的党派性の訴訟外への拡張を批判し, 代替的な行為原理を探究した

ものとして, Schwartz, "Professionalism and Accountability," 671, 675-696.

- (37) Monroe H. Freedman, *Lawyers' Ethics in an Adversary System* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1975), 2, and *Understanding Lawyers' Ethics* (New York: Matthew Bender, 1990), 15-16.
- (38) Cf. Freedman, *Lawyers' Ethics*, 2-4.
- (39) E.g. Lon L. Fuller and John D. Randall, "Professional Responsibility: Report of the Joint Conference," 44 *American Bar Association Journal* 1159, 1160 (1958).
- (40) David Luban, "The Adversary System Excuse," in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, ed. by David Luban (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983), 93.
- (41) John Thibaut, Laurens Walker, and E. Allan Lind, "Adversary Presentation and Bias in Legal Decisionmaking," 86 *Harvard Law Review* 386, 391-398 (1972). Cf. John Thibaut and Laurens Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1975).
- (42) Mirjan Damaska, "Presentation of Evidence and Factfinding Precision," 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1083, 1095-1100 (1975).
- (43) *Ibid.*, 1093.
- (44) Marvin E. Frankel, "The Search for Truth: An Umpireal View," 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1031, 1038-1039 (1975).
- (45) Luban, "Adversary System Excuse," 96; Deborah L. Rhode, "Ethical Perspectives on Legal Practice," 37 *Stanford Law Review* 589, 597 (1985).
- (46) Cf. Luban, "Adversary System Excuse," 94-95.
- (47) Freedman, *Lawyers' Ethics*, 2-4.
- (48) Freedman, *Understanding Lawyers' Ethics*, 13-14, 16-17.
- (49) Cf. Luban, "Adversary System Excuse," 98-99.
- (50) *Ibid.*, 100.
- (51) *Ibid.*, 111-113.
- (52) *Ibid.*, 113-117.
- (53) Charles Fried, "The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation," 85 *Yale Law Journal* 1060, 1065-1073 (1976).

- (54) *Ibid.*, 1061-1062, 1076-1087.
- (55) Edward A. Dauer and Arthur Allen Leff, "Correspondence: The Lawyer as Friend," 86 *Yale Law Journal* 573, 573-580 (1977).
- (56) Susan Wolf, "Ethics, Legal Ethics, and the Ethics of Law," in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, ed. by David Luban (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983), 59 n.4.
- (57) Fried, "Lawyer as Friend," 1073-1076.
- (58) 宇佐美誠『公共的決定としての法——法実践の解釈の試み』木鐸社, 1993年, 266-267頁。
- (59) Cf. Simon, "Ideology of Advocacy," 108 n.176.
- (60) Stephen L. Pepper, "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities," 1986 *American Bar Foundation Research Journal* 613, 615-619 (1986).
- (61) *Ibid.*, 624.
- (62) Cf. Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 57.
- (63) 森村進は人格の同一性の程度説に立脚して, 長期的計画を前提する自律観それ自体が計画を欠いた人々の自律を損なうと批判する。森村進『権利と人格——超個人主義の規範理論』創文社, 1989年, 93頁。
- (64) 本段落で提出した3つに類似の批判は, 残念ながら現代の法哲学・政治哲学における少なからぬ議論に妥当する。私はかつて, ジョン・ロールズの善の理解に対して第1および第3と同型の批判を行った。宇佐美『公共的決定としての法』259頁。
- (65) *People v. Belge*, 372 N.Y.S.2d 798 (1975).
- (66) Pepper, "Lawyer's Amoral Ethical Role," 633. Cf. Freedman, *Lawyers' Ethics*, 1-2.
- (67) 棚瀬「語りとしての法援用」142-143頁。
- (68) Pepper, "Lawyer's Amoral Ethical Role," 630-632.
- (69) E.g. Wasserstrom, "Lawyers as Professionals," 6-7, 9-10; Murray L. Schwartz, "The Zeal of the Civil Advocate," in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, ed. by David Luban (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983), 155-156; Rhode, "Ethical Perspectives," 605-606, and *In the Interests*, 51, 54-55, 72-74.
- (70) Luban, "Adversary System Excuse," 91-93.
- (71) Luban, *Lawyers and Justice*, 58-63.
- (72) *Ibid.*, 63-66.

- (73) Simon, "Ethics of Criminal Defense," 1707-1722.
- (74) *Ibid.*, 1707.
- (75) David Luban, "Are Criminal Defenders Different?" 91 *Michigan Law Review* 1729, 1730-1744 (1993).
- (76) *Ibid.*, 1734-35, 1757.
- (77) *Ibid.*, 1744-1745.
- (78) *Ibid.*, 1763-64.
- (79) Cf. Simon, *Practice of Justice*, 21.
- (80) わが国における利益集団の立法過程への影響と、それをふまえた法律の憲法適合性および政策的適切性の判断については、宇佐美誠「利益集団民主制下の公的規制」『公法研究』60号191-203頁(1998年)。
- (81) 弁護士の倫理における別の論点群の1つとして、弁護士—依頼者関係のあり方が挙げられる。棚瀬はこれを中立的党派性と関連づけて分析した。棚瀬「語りとしての法援用」。アメリカでは、弁護士による依頼者の支配がおもに論じられてきたが、日本ではそれと並んで、弁護士による依頼者との共闘にともなう問題も検討されるべきだと思われる。両論点を含めて弁護士—依頼者関係については、宇佐美『弁護士倫理論』第三章。