

# 弁護士の守秘義務

—— 弁護士職業規則 2 条の改正に寄せて ——

Die anwaltliche schweigepflicht:

Die neue Regelung des Art. 2 der Berufsordnung des RA

スザンネ・オフィーマン-ブリュッハルト\*  
訳 森 勇\*\*

訳者はしがき

ここに掲載させていただくのは、日本比較法研究所と日本弁護士連合会共催のもと、2015年9月30日に弁護士会館で行われた講演の翻訳である。

講演者は、ドイツ弁護士で、デュッセルドルフ弁護士会事務局長であり弁護士規約委員会 (Satzungssammlung) 委員でもあるスザンネ・オフィーマン-ブリュッハルト (Dr. Susanne Offermann-Burckart) 博士の講演である。博士は、ドイツにおいては弁護士職業法に精通した実務家として知られ、弁護士法に関する諸問題に関するその論考は枚挙にいとまがない。

博士は、今回と同じく日本比較法研究所と日本弁護士連合会が共催した2014年10月開催のシンポジウム「リーガルマーケットの展開と弁護士の職業像」において報告者そしてディスカスタントとしてご参加いただき、成果を上げることができた。日本びいきの博士が、今秋私的に日本を訪問さ

---

\* 弁護士

Susanne Offermann-BURCKART  
Rechtsanwältin

\*\* 所員・中央大学法科大学院教授

れると聞き、多忙な中1日、本講演に時間を割いていただいた。本講演のテーマである「弁護士の守秘義務」は、弁護士にとっての一大テーマであり、ドイツの状況を知ることはわが国の弁護士にとっても大いに参考となるものと思われる。

今回も快く共催をしていただいた日本弁護士連合会、そしてお名前は控えさせていただくがその実現に尽力してくださった諸先生に、この場を借りて御礼申しあげるとともに、今後さらに両者の協力関係を深めさせていただけることを期待するものである。

なお、本講演は第26回中央大学学術シンポジウムの研究プロジェクト「弁護士業務の専門化」により、日本比較法研究所の基金助成を受けているとともに、2015年度科学研究費助成事業である「変貌するリーガル・マーケットとドイツ弁護士職業法」研究の一環であることを付記させていただく。

## 一．序

自由主義を標榜する世界と同じく、ドイツにおいても守秘義務は弁護士という職業の本質をなしている。この義務は、相反する利益代理の禁止（利益衝突）および弁護士の独立性の擁護とならび、弁護士職のいわゆる「コア・バリュー」に属している。

この際、守秘は、単に弁護士の義務であるというだけでなく、その権利ともなる。弁護士は、秘密を漏らしてはならないだけにとどまらず、口を閉ざすことも許される。たとえば、訴訟において、証人としてその依頼者にとって不利な証言をしなくてはならない場合がこれである。

守秘の義務と権利は、また、「マーケティングの観点」からも興味深いものがある。というのは、これが弁護士を、（たとえば、企業コンサルタントや金融仲介者といった）弁護士と競争関係にあるサービスを提供する者からなるグループから際立たせているのである。

他方、弁護士の守秘義務に関する厳格な規律は、コンピューター・イン

ターネット時代にあつては、当然に一定の限界につきあたる。そしてこれが、実務では、ほぼ解決不可能な摩擦をもたらしている。この点についてドイツの弁護士は、ここ数年にわたり、実に激しく対立した議論を展開してきた。そしてこの議論は、2015年11月1日をもって施行される弁護士職業規則（BORA=Berufsordnung des Rechtsanwalts）2条の直近の改正をもって、一応の終結がはかられたのであった。つまり、「弁護士の守秘義務」は、ドイツからすると、実に話題のテーマなのである。

## 二. 法的な基礎

ドイツにおいて弁護士の守秘義務は、法律およびその授権を受けて連邦弁護士会規約委員会が制定する規約（Satzung）の双方で定められている。法律としては、連邦弁護士法（BRAO=Bundesrechtsanwaltsordnung）43条 a 2項、刑法典203条そして規約である弁護士職業規則 2条である。

個々の規定の内容は次のとおりとなっている。

### 連邦弁護士法43条 a2項

弁護士は守秘の義務を負う。この義務は、弁護士がその職業を行うにあたり知ったすべてにおよぶ。公知の事実およびその重要性に照らしてみても守秘の必要がない事実には適用しない。

### 刑法典203条

(1) 他人の秘密、すなわち、個人的な生活領域に属する秘密もしくは事業上または取引上の秘密であつて、

3. 弁護士、弁理士、公証人 法律により規律されている手続における弁護士、監査人、公認会計士、税理士、税務代理人または、弁護士、弁理士、監査もしくは税理社団組織あるいは組織の構成員として告げられ、あるいはその他の方法で知ったものを、権限なくして漏らした者は、1年以下の自由刑もしくは罰金に処す。

- (3) 弁護士会の会員は、1項3号に定める弁護士に同じ。1項および1文にあげられた者の業務上の補助者およびその者の下で業務の準備にあたる者は、同文の者に同じ。守秘の義務を負う者の死後においては、死亡した者あるいはその相続人から秘密を取得した者もまた、1項および1文と2文に掲げられた者に同じ。
- (4) 1項ないし3項は、関係者の死後に権限なくして他人の秘密を漏らした犯人にも適用する。
- (5) 犯人が対価をえて、あるいは故意に自己もしくは第三者に利得を生じさせ、あるいは、他人に損害を与えたときは、2年以下の自由刑または罰金に処す。

## 弁護士職業規則2条

以下では、2015年10月31日まで適用される旧規定と、11月1日より施行される新規定をわけておく。

### 旧2条

- (1) 弁護士は守秘の権利を有し、義務を負う。
- (2) この権利と義務は、弁護士がその職業を行うにあたり知ったすべてにおよび、受任終了後も存続する。
- (3) 本職業規則およびその他の法規定が例外を認めている場合、あるいは、依頼関係に基づく請求権の貫徹あるいは防御もしくは弁護士が自らの事件において防御のために開示が必要とされる場合には守秘義務を負わない。
- (4) 弁護士は、その従業員およびその業務活動を援助するその他の者に対して、明示的に守秘を義務づけ、かつまた守秘させなくてはならない。

### 新2条

- (1) 弁護士は守秘の権利を有し、義務を負う。受任終了後もまた同じ。
- (2) 法律または法が例外を求め、あるいは認めている場合には、（連邦弁護士法43条a2項の）守秘義務違反にあたらぬ。

- (3) 次の場合には、守秘義務違反に当たらない。弁護士の行為が、
- a) 同意に基づいている場合、
  - b) たとえば、依頼関係に基づく請求権の貫徹あるいは防御もしくは弁護士が自らの事件において防御のためなど、正当な利益擁護のために必要な場合、あるいは
  - c) 第三者に対する給付請求を含め、事務処の事務処理の枠内でなされ、かつ、それが、客観的にみて、社会生活上公衆から受け入れられる日常的な行為態様に相応する場合（社会的相当性）。
- (4) 弁護士は、その従業員が、当該受任に関してではなくとも、その他の形で弁護士のために活動している場合には、書面をもって守秘を義務づけ、かつまた守秘させなくてはならない。
- (5) 4項は、弁護士がそのサービスを受けているその他の者についても、次の場合には、これを適用する。
- a) 弁護士がその者に対し、守秘の対象となる事実を知らせたとき。
  - b) その者が、自分のサービスを提供するに際し、守秘の対象となる事実を知ったとき。
- 弁護士が、このようなサービスを企業からえるときは、弁護士はこの企業に対し、1文（上記 a) b) の事実＝訳者）の事実について守秘することをその従業員に義務づけるよう求めなくてはならない。サービスを提供する者または企業が、法律上守秘義務を負い、あるいは、そのサービスの内容に照らすと守秘義務を負うことが明らかな場合には、1文および2文の義務はこれを負わない。
- (6) 弁護士は、守秘義務に照らして必要とされる信頼性に対する具体的な疑念を生じさせ、かつ検討を加えてもこの疑念が払拭されない諸事情を知ったときは、ある者または企業をその依頼処理に協力させ、またはそれらからその他のサービスを受けてはならない。
- (7) 個人情報保護のためのデータ保護法の諸規定の適用に変更はない。

一見してすぐにはわかるとおり、職業規則の改正は、かなり大幅なものとなっている。本稿では、後にその詳細をみていくこととしよう。

### 三. 基本事項

弁護士職業法2条の改正点に入る前に、まずは、弁護士の守秘義務の射程、守秘義務違反の効果、そして、守秘義務と対応する弁護士の権利がどうなっているかについてその一般的なところを確定しておこう。

#### I 弁護士が負う守秘義務の射程

弁護士の守秘義務は、内容の点、主観的範囲の点そして時的な点についてみても、ほぼ完全に網羅的である。

##### 1. 保護利益

刑法典203条によれば、保護されるのは、他人の秘密（のみ）であるが、連邦弁護士法43条a2項に基づく弁護士の守秘義務は、弁護士がその職業を實踐するにあたり知ることとなったものすべてにおよぶとなっている。

規定の仕方が異なっていることから、両規範の射程もまた異なるのか、つまり、連邦弁護士法43条a2項は、刑法典203条よりも多くの事実および情報を保護しているのかが議論されている。というのも、「すべて」というのは、言葉のロジックからして「秘密事項」よりも広いからである。

もっとも支配的な見解は、守秘義務は、当然のこととして、本当に慎重な取り扱いも必要だとされる情報のみに関わるものであるから、弁護士職業法でも刑法典でも、保護される事実は同一であるととらえている<sup>1)</sup>。

---

1) この点については、次の二つの文献をあげておくにとどめる。Siegmond, Die anwaltliche Verschwiegenheit in der berufspolitischen Diskussion, 2014, S. 101, und Henssler, in: Henssler/Prütting, Kommentar zur BRAO, § 43a BRAO Rdn. 45. 参照。

簡略にいうと、守秘義務が問題となるのは、限定された範囲の人しか知らない事実に関してである。

そもそも自分とは受任関係があるという事実、依頼者は誰なのかそして報酬額もまたこれに属する<sup>2)</sup>。守秘する必要がないのは、公知の事実またはその重要性からして守秘の必要がまったくない事（のみ）である。

このほか、守秘義務に注意をはらうべきは、受任してからだけではなく、受任関係が成立する以前も同様である。たとえば、新たな依頼を持ち込まれた弁護士が、利益相反のチェックをしてみると、自分はすでに相手の代理をしている（あるいはしていた）ことが判明した場合である。この場合、この弁護士に許されるのは、依頼を持ち込んだ者に対し、自分には受任を断らなくてはならない重大な事実があると伝えることのみである。しかし、厳格に言えば、断らなくてはいけなくなった理由が、すでに相手方から受任している点にあることを明らかにすることは許されない。いうまでもないことだが、実務が常にここまで「完璧」だというわけではない。

時として判例ですら、この問題が「マージナル」なところでしか表われてこないときは、弁護士の守秘義務というテーマにまで目配りするのが難しい状況にある。

たとえば、連邦通常裁判所は、大いに注目を引くとともに大いに批判を受けたその2007年11月8日の裁判<sup>3)</sup>で、弁護士は、その依頼者に対し、——その事務所がいつもながら代理人を務めている——相手方に対して、裁判上の対応はとらないことを、その依頼者に対し受任時に伝えなくてはならないとの判断を下している。本件では、当該弁護士が、その事務所がいつも代理人を務めてきたある女性依頼者を裁判外で代理していた。利益相反にあたるかどうかのチェックは、それぞれの依頼者の依頼が無関係で

---

2) *Henssler*, a. a. O., § 43a BRAO Rdn. 45.

3) NJW 2008, 1307=AnwBl. 2008, 297.

あったことから、行われていなかった。この女性依頼者が、ついにはその相手方に対し裁判上の対応をとることを弁護士に頼んだところ、弁護士はこれを拒絶した。というのは、相手方をついには怒らせてしまい、依頼者を失う危険を冒したくはなかったからである。そのため、女性依頼者は、連邦通常裁判所が判示したように、正当にも弁護士の報酬請求書の受け取りを拒否した。つまり、「弁護士は、相手方が自分の事務所の常(顧)客の一人であり、いずれにせよこれに対して裁判上の処置をとることはないという、なぜ拒絶するのかの理由を、直ちに、つまりはすでに受任の際に明らかにしておかなくてはならない。」と判示したのであった。しかし、そもそもこうした通知が、弁護士の守秘義務に照らしてできるのか、この点について連邦通常裁判所は何も触れていない。

## 2. 広範にわたる開示禁止

守秘義務の下、誰であろうと秘密を漏らしてはならない。つまり、他の弁護士に対してであっても、(その弁護士が、事務所の共同経営者のように、受任関係にあるのでなければ)秘密を漏らしてはならないし、自分の家族、そしてまた依頼者の家族に対しても同じく漏らしてはならない<sup>4)</sup>。

したがって、弁護士が行動する際には、常に最大の注意をはらう必要がある。弁護士が依頼者の家に電話をしたところ、依頼者の妻とか家計を同じくする人物が電話に出たとしよう。この場合に弁護士は、家族が弁護士との受任関係についてすでに知らされていると簡単に考えて、電話した理由を告げてはならない。

昨今の携帯電話の時代では、公の場所で、いつもながらの大きな声での通話は避けるべきである。時々列車で移動する人、あるいは空港の待合室で搭乗を待っている人は、同行者が、いかに大声かつまたおおびらに、携帯電話で取引関係上の人の名前や詳細な情報を「まき散している」ことに驚愕しているのである。

弁護士事務所の待合室も、秘密保護の対象範囲である。ドイツでは、弁

---

4) *Henssler*, a. a. O., § 43a BRAO Rdn. 58 ff.



護士が、守秘義務を負っていない、たとえば企業コンサルタント、金融ブローカーあるいは建築士と業務提携（業務共同）することが禁止されているが、このことが、特にその理由の一つとしてあげられている。このような業務提携がなされると、警察官は、こうした「守秘義務を負わない者」に対して、現在逃亡している刑法犯が、事務所の待合室にいたかを質問した場合に、たとえば企業コンサルタントは、守秘義務を持ち出すことはできず、状況を開示しなくてはならないというわけである。

原則として、依頼者の権利保護保険にも、弁護士の守秘義務がおよぶ。もっとも通常は、依頼者が、「必要なものはすべて」権利保護保険と一緒に決めるよう（明確に）弁護士に求めるので、このことで、守秘義務が免除されたことになる。権利保護保険は、被保険者に対し、弁護士の守秘義務を免除するよう求める権利も有している。（ほかの損害保険などでは）被保険者は、保険者が自分に移転した請求権を行使する際には、これを支援する義務を負っている<sup>5)</sup>。

ほぼ異論のないところであるが、弁護士は、その依頼者に対してのみ守秘義務を負い、相手方もしくはその他の第三者に対しては守秘義務を負わない<sup>6)</sup>。これと異なる見解は、依頼者の弁護士は許されないが、依頼者自身は、相手方もしくは第三者に関する事実を開示してよいという、不合理な結果となってしまう。

もっとも、個々の場合において、弁護士が相手方もしくは第三者からえた事実が、自分の依頼者のためにも守秘すべきかどうかの判断は難しい。たとえば、依頼者が、以前一緒に仕事をしていたパートナーと争い、弁護士がそのパートナーから、かつての事業活動上の（脱税など）税に関わる不整合についての情報をえたとしよう。この情報が、相手にとってのみ不利なものなら、弁護士はこれを開示してかまわないし（開示すべきである）。しかし、当該情報が、自分の依頼者にとり不利益となりうる危険が

---

5) *Henssler*, a. a. O., § 43a BRAO Rdn. 59.

6) *Henssler*, a. a. O., § 43a BRAO Rdn. 62.

あるときは、この情報を守秘しなくてはならない。依頼者自身が開示を認める場合には、弁護士は、可能性のあるネガティブな結果を助言しなくてはならない(この点の詳細については、下記三.I 5.(a)参照)。

### 3. 守秘義務の時間的な広がり

受任関係に基づく守秘義務は、無期限である。つまり、受任終了後でも、依頼者が死亡した後でも、そしてまた弁護士が死亡した後も続く。弁護士死亡の場合には、その相続人に引き継がれる。

相手方から新たに受任することが、相反利益代理の禁止には触れないものの、守秘義務のためにできないことが実務ではしばしばおこる。利益相反代理禁止により受任できないのは、昔も今も同一事件が問題となる場合のみである。これに比べ、守秘義務から受任できなくなる場合ははるかに多い。弁護士が以前の受任関係から、たとえば、以前の依頼者の財産状態についてかなり詳しい知識をえていたとすると、利益衝突がないにもかかわらず、元の依頼者を相手とする依頼を、次のような場合には受任することはできない。すなわちそれは、当該弁護士が、かつての依頼者(つまり今の相手方)の財政状態についての知識を利用できるかもしれないし、そしてまた、それを新しい依頼者のために利用しなくてはならなくなるかもしれないといった場合である。

古い記録の取り扱いにあたっては、もちろん守秘義務に注意しなくてはならない。この義務は、記録保管義務期間を超えても同じである。事務所移転後、昔の記録を元の事務所があったビルの地下室に放置してはいけなし、ゴミ箱に捨てるのも許されない。これら古い記録は、弁護士自身か、それなりに質の高い企業によって廃棄・処分される必要がある。

弁護士が仕事を辞め、その事務所をほかの弁護士に売却するときは、通常(そしてまた特に)記録も一緒に売却する。しかし、事務所売却をスムーズにやるためには、該当する依頼者の同意が必要である。すなわち、売り手側の弁護士は買い手側の弁護士にその事件記録を簡単に渡してはならず、渡す前に依頼者に、記録の譲渡に同意するか、そしてまた、それにとまって生ずることになる受任弁護士の変更に同意するかを聞かなくては

ならない。依頼者が不同意の場合には、受任関係を終了しなくてはならず、依頼者にその事件記録を渡さなくてはならない。これに関してもまた、実務においては、しばしばそうになっていないが、ここではそのことには深く立ち入らないことにしよう。

なお弁護士が重病とか死亡によりその事務所の運営を維持できないので、弁護士会がいわゆる清算人（連邦弁護士法55条, 53条）を任命した場合は、若干異なる。この場合清算人は、それまでの弁護士の地位を引き継ぐため、その限りでは「別の人物」とはあつかわれない。

#### 4. 守秘義務を負わされる人的範囲

守秘義務を負うのは、各ケースごとに異なるが、直接受任した弁護士に限られない。

##### (a) 弁護士業務の共同

ほかの弁護士（または業務共同が認められている職業にある者）と民法上の組合（共同事務所形態 = Sozietat）、パートナー社団（Partnergesellschaft）、弁護士有限会社あるいは弁護士株式会社の枠組みを使って、弁護士業務を共同して営んでいる弁護士に関しては、まずは次のことが妥当する。すなわち、——いずれにしても原則ではあるが——依頼者の同意がない場合でも、受任と受任関係を、共同している弁護士に教える権限を有している。そもそも、依頼は——これもまた原則ではあるが——業務共同組織の構成員全員がこれを受け、そしてその処理をしているのだということからして、こうなる<sup>7)</sup>。他方でこのことは、依頼の処理にあたる弁護士の同僚組合員、パートナーあるいは社員等々もまた、守秘の義務を負うという理解につながっている。

特別の問題は、コンプライアンスの観点から必要とされてしかるべき大規模事務所のいわゆるチャイナウォールの存在である。

上記の業務共同の諸形態と区別されなくてはならないのが、合同事務所

---

7) この点については、次の文献をあげておくにとどめる。Henssler, a. a. O., § 43a BRAO Rdn. 76 ff. 参照。

(Burogemeinschaft)である。これは、共同受任ということがない緩やかな業務共同である。共同事務所のメンバーは、お互いに秘密保持の義務を負っている。このことは、実務においていくつかの問題をもたらしている。というのは、ドイツにおいては、利益衝突にあたる、つまりは相反利益代理の禁止は、共同事務所のメンバーにもおよぼされているからである。このことから、次のようなまさに「分裂症」的な状況が生じてくる。すなわち、合同事務所のメンバーは、一方ではなるほど利益相反のチェックをしなくてはならないが、その当然の前提として、最低でも受任関係の存否が開示されていなくてはならない。しかし他方では、メンバーはお互いに守秘義務を負っているのである。そもそものところ、この緊張状態を満足がいく形で解決するのは不可能である。

(b) そのほかの事務所従業員

事務所で働くその他の従業員、たとえば、弁護士を専門的に支える従業員(パラリーガル)、経理担当者、掃除婦、建物の管理人あるいはコンピューターソフトを使ったサービスを提供する者等々は、刑法典203条からわかるように、二つの古典的なグループにわけられる。203条3項2文により、弁護士と同じにあつかわれるのは、「業務に従事している補助者と当該職業につく準備のために(弁護士の下で)活動している者(のみ)」である。

つまり、まずは修習生そしてまたインターンシップ中の学生が、弁護士と同じにあつかわれる。

本規定の意味での「補助者」というのは、その支援的活動が、「弁護士の職業独特の活動と内的に関連している」者のみを指す。これに該当するのが、弁護士を専門的に支える従業員と事務所の管理責任者(事務長)、弁護士の秘書そしてまた経費計算を任されている事務員<sup>8)</sup>つまりは経理担当者はこれにあたるが、終業後、特に弁護士事務所に自由に出入りができ、とり仕切れる「かの有名な」掃除のおじさんやお婆さんは、これにあ

8) Lenckner/Eisele, Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, § 203 StGB Rdn. 64.

たらない。

したがって、掃除婦、建物の管理人、あるいはまた、コンピューターの専門家といった人に守秘義務を課すには、弁護士が彼らとその旨の契約を結ぶしかない。といっても、この契約に違反したとしても、刑が科せられることはないし、また彼らは、証言拒絶権を持つことになるわけでもない。

(c) 弁護士の相続人

刑法典203条3項3文により、弁護士が亡くなった後は、その弁護士からもしくはその遺産から秘密を知った者は、弁護士と同じにあつかわれる。このことは、関係する者にとってみるとびっくりすることであり、そしてまた驚愕の事態となることが繰り返しておきている。

したがって、ある弁護士の未亡人は、彼女の亡くなった夫が持っていた記録をゴミとして出し、こうすることでゴミ回収人がそれを回収してしまうことがないようにしなくてはならない。かえって彼女は、(先に述べたように) 弁護士自身と同じく、確実な記録廃棄をはからなくてはならない。彼女がその亡くなった夫の事務所を売却するときは、買い手に記録を渡す前に、関係する依頼者から、記録を別の者に移す点についての同意をえなくてはならない。

5. 守秘の限度(限界)

弁護士が自分にゆだねられた事項を開示することができるのは、厳格な要件を満たした場合のみである。

(a) 依頼者の同意

「秘密の主」は、依頼者である。依頼者が、受任関係に基づいた情報の開示に同意する旨を明示していたとき、さらには依頼者が弁護士に対して情報を別の者に渡すよう求めたときは、守秘義務はなくなる。

わけても、弁護士が、依頼者の権利を擁護ないしは貫徹するために、受任関係をまっとうする際に、事実を提示し、あるいはしなくてはならない場合は、いうまでもなく守秘義務はない。たとえば、いわゆる弁護士の催告状、訴状あるいは答弁書である場合がこれである。

これとは別に、依頼者にとって「秘密を放棄」することが望ましい場合も同じである。たとえば、弁護士が依頼者あるいは「依頼者の敵」に対する刑事手続に関する詳細を報道に流すことが、依頼者の利益になる場合である。

弁護士は、依頼者とは無関係の「固有の」守秘の権利を有するわけではない。たとえば依頼者が、ある脱税事件手続において、その弁護士は反対の助言をしたにもかかわらず税務当局と協力しようと決め、税務当局に対し、特定の細かな情報は、これに応じる形で守秘義務を解かれた自分の弁護士からえることができる旨を通知したときは、当該弁護士は、依頼者を保護するためであっても守秘義務を盾にとることはできない。守秘義務を解かれた弁護士は、証人として真実義務を負い、場合によっては、弁護士そして依頼者を害するような事柄を明らかにしなくてはならなくなることを知らずに、民事訴訟において証人として尋問されることになっている弁護士の守秘義務を解いた場合も同じである。ドイツ弁護士の様々な会合において少し以前に、この点について一定の変更をすべきではないか、つまり、弁護士は、それでも守秘するということが、依頼者保護という利益のもとではできないのではないか、ということが議論された。しかし、多数は、こうした考慮は、依頼者の判断権限を奪う不適法なお節介だとしたため、こうした努力は先には進まなかった。弁護士が、その依頼者に対しその行動にはどんな問題があるかを説得できないときは、それが引き起こす可能性がある結果を示すことで、こと足れりとしなくてはならず、それ以外では、依頼者は、「秘密の主」とどまらず、「依頼の主」でもあることを受け入れなくてはならない。

弁護士が、メディエーターとか調停人あるいは仲介者として活動したとき、守秘義務を解かれるのは、すべての当事者が了解した場合のみである。

弁護士が、メディエーターとしてではなく、一方当事者のいわゆる付き添い弁護士としてメディエーションに関わった場合、難しい状況に追い込まれることがある。ドイツ法およびヨーロッパ法の下では、メディエーシ

オン合意契約上、メディエーションの当事者は、うまくいかなかったときは、たとえばそれに続いて行われる裁判所での手続において、メディエーションでわかった詳細を開示してはならない義務を負っている。依頼者がこの義務を無視して、付き添い弁護士に、訴状においてメディエーション手続で打ち明けられたことの詳細をあらゆる話すよう求めたとすると、この付き添い弁護士は、窮地に追い込まれる。しかしこの場合は、一つの考えとしてありうる弁護士独自の守秘権について先に述べたことが同じくあてはまる。付き添い弁護士はその依頼者に対し、(弁護士ではなく)依頼者自身が契約上の義務に違反することになり、これにより損害回復請求にさらされる危険があること、そしてまた、依頼者の行いは「モラルに反する」ことを指摘することができるだけである。やむをえないときには、弁護士は、自分の依頼者の不誠実な行為により、依頼者との信頼関係が破壊されたことをも理由として、受任を終了することが認められよう。

(b) 依頼者の暗黙の了解

たとえば依頼者が重傷を負い意識不明となって、その意思を表明できないときに、弁護士が受任関係からえた情報を開示してよいか、あるいはもしかしたらそうすべきかという問題に直面することがおこりうる。この場合の判断は、個別ケースごとにしか判断はできない。弁護士はこの場合、できる限り慎重でなければならないであろう。

依頼者が亡くなったときもまた、暗黙の了解というデバイスを使って、対応しなくてはならない。守秘義務は、受任関係が終了しても存続し続けるし、取りわけ依頼者が死亡した場合もそうである。そうなると、弁護士にとっては、「永遠に口を閉ざす」ということにもなりかねない。しかしこのことは、(たとえば、それに続く相続法上の争いに際しては)亡くなった依頼者の利益に反することが多くある。この場合には弁護士は自己の責任の下、話すか黙るかの決断をしなくてはならない。

*Henssler* の見解によれば<sup>9)</sup>、当該秘密が経済的な価値を持っている、あ

---

9) A. a. o. § 43a BRAO Rdn. 65.

るいは、いずれにしても経済的価値と関連している場合には、若干異なる。というのは、相続人が、当該財産的価値を取得することで、同時に問題の秘密の帰属者となるので、この帰属者には、処分権限も移る。これは、興味を引く特別の問題ではあるが、この点に立ち入るのは、本講演に与えられた時間等を超えるので、割愛する。

(c) 未払いの報酬請求件の貫徹

弁護士職業法の2条3項は、その新旧いずれにおいても、受任関係から生じた請求権を貫徹するために開示が必要なときは、守秘の義務はない。

依頼者が報酬を支払わないときは、彼に対して訴えを提起し、その手続において、弁護士の債権の根拠となる事実を開示することができなくてはならない。

しかし、この場合弁護士は考えのおよぶ限り慎重でなくてはならないし、受任関係の内容を「見境もなくしゃべっては」ならない。つまり、依頼者は全体的にみて真剣さに欠けるという印象を与えたとか、以前受任したときからすでに依頼者の支払いに関するモラルはよくないとかいうことを、裁判所において述べることは許されない。

「報酬債権の貫徹」という問題との関係で言及すべきは、弁護士は、当該債権を第三者、とりわけ弁護士のための決済機関（Verrechnungsstelle）に譲渡できる。この点について、かつては、厳しく制限されていた。現在では、この点につき、連邦弁護士法49条 b4項において次のように定められている。

「弁護士または弁護士社団（59条 a）に対する報酬債権の譲渡、あるいはその取り立て権限の付与は許される。このほかの譲渡ないしは取り立て権限の付与は、依頼者が書面をもって明示的に同意した場合、あるいは債権が既判力を持って確定された場合のみ、これを行うことができる。依頼者の同意に先立って、依頼者に対し、弁護士は、新たな債権者または取り立てを授権した者に対し、情報提供義務を負っていることを説明しなくてはならない。新債権者または取り立ての



授權を受けた者は、受任した弁護士と同様の守秘義務を負う。」

つまり原則的には、次のとおりである。すなわち、弁護士の報酬債権を決済機関に譲渡することができる。ただし、依頼者の明示の同意が必要である。依頼者が支払わず、加えて弁護士が督促命令または確定判決を取得した場合には、同意は不要である。

(d) 依頼者からの損害賠償請求に対する防御／自分の事件での防御

旧規定でも新規定でも、弁護士職業法2条3項によれば、受任関係に基づき生じた請求から自らを防御するのに必要なとき、あるいは、弁護士が自らの事件での防御に必要なときは、弁護士は守秘義務を解かれる。

依頼者が、弁護士が「下手」をしたと非難し、それを理由に損害賠償請求をしてきた場合には、これに対する防御の手段を弁護士が持ってしかるべきである。

しかしこのような場合でも、弁護士はできる限り慎重でなくてはならず、自分に向けられた請求から身を守るのに必要とされる以上のものを開示してはならない。

所属弁護士会に対して依頼者が不服を申し立てた場合、また（たとえば預かり金を着服したことを理由に）刑事告訴がなされた場合も同様である。

さらには、その独自の利益擁護のため、依頼者の非難があたらないとするものであり、それ故自分を防御するのに必要な、依頼関係に基づいて知った事実を、弁護士が開示することができてしかるべきである。

(e) マネー・ロンダリング防止法に基づく通報義務

組織犯罪の克服に奉仕する「重大な犯罪による収益の移転防止に関する法律＝マネーロンダリング防止法（Das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten）＝Geldwäschegesetz（GwG）」同法1条1項7号により、弁護士、弁護士会所属弁護人（Kammertechtsbeistand）、弁理士および弁護士にも、弁護士等が次の取引の計画または実行に関与するときは、適用される。

- a) 不動産，特に事業所の売買
- b) 金銭，有価証券あるいはその他の財産の管理
- c) 銀行預金口座，貯金口座または有価証券口座の開設あるいは管理
- d) 社団の設立，その事業運営または管理のために必要な手段の創生
- e) 信託社団，社団または同様の枠組（Strukture）の設立，事業運営あるいは管理

弁護士が依頼者の名義またはその計算で，金融取引あるいは不動産取引をする場合も，また同じ。

この場合には，マネーロンダリング防止法は，本人確認義務，記録義務および保存義務とならび，その11条において，疑いがある場合という要件の下で，通報義務をも定めている。これによれば，弁護士は，確実な事実から，ある金銭がからむ取引がマネーロンダリングまたはテロリスト組織への資金提供のためのものだと考えられるときは，連邦弁護士会にその依頼者を通報しなくてはならない（11条1項，4項）。この場合連邦弁護士会は，事案に照らして必要であれば，意見書を付して，当該通報を刑事訴追官署に回付するとともに，その写しを，告発に関する中央官署である連邦犯罪局（Bundeskriminalamt）に送付するものとされている。

届出義務が生じる場合に関するマネーロンダリング防止法11条の全文は以下のとおりとなっている。

（嫌疑ある場合の通報）

- (1) ある取引または取引関係と関係する財産的価値につき，刑法典261条の犯罪が問題となり，あるいは，その財産的価値がテロに対する財政支援と関係していることを示す事実があるときは，義務者は，その取引額に関係なく当該取引あるいは取引関係にかかわらず，口頭，電話，ファックスあるいは嫌疑通報中央官署である連邦刑事局および所轄刑事訴追官署に直ちに通報しなくてはならない。取引相手が第4条第6項第2文の開示義務に反していることを示す事実があるときも，第1文に基づく届出義務を負う。

- (1-a) 通報した取引は、検察により取引の実行が否定されないときは、早くとも、通報義務者に対し検察が同意を通知した後、または通報日から平日で二日が経過した後に、これを行うことが認められる。この場合、土曜は平日とは見なさない。取引の延期ができないとき、あるいはそのために可罰と考えられる行為の受益者の追求が妨げられる可能性のあるときは、取引を行ってもよい。通報はこれを直ちにしないで構わない。
- (2) 第1項の通報を、口頭または電話によって行ったときは、ファックスまたは電磁的なデータ伝達手段により再施しなくてはならない。連邦内務省は、それが嫌疑の通報の中央官署である連邦刑事局の任務遂行にとり必要な限りで、連邦財務省および連邦経済・技術省の意見を聞いた上で、連邦参議院の同意なしに政令をもって、第1項および第14条1項の通報の方式および適法なデータ保管者、伝達方法およびデータフォーマットに関する規定を定めることができる。
- (3) 第2条1項7号および8号の意味での通報義務者は、通報義務の対象となる事実関係が、契約当事者の法律相談または訴訟追行の際にえた情報に関係するときは、第1項と異なり、通報義務を負わない。義務者が、契約当事者が法律相談をマネーロンダリングもしくはテロに対する財政支援のために受けた、あるいは受けていることを知ったときは、通報義務を免れない。
- (4) 職業組織に属している（弁護士会など＝訳者）第2条1項7号および8号の意味での通報義務者は、第1項の通報を所管連邦職業会にしなくてはならない。この会は、第1項の通報に意見を述べることができる。この会は、第1項の通報を、その意見書とともに、第1項第2文にのっとり、直ちに嫌疑通報中央官署である連邦刑事局および所轄の刑事訴追官署に回付しなくてはならない。公証人会所属の公証人についても、職業組織に替え、職業監督を所管する私有の上級官署とした上で、これを適用する。

- (5) 第1項および2項の通報義務は、刑法典261条9項の通報の任意性を排除しない（自首による減刑＝訳者）。
- (6) 第1項の通報内容は、第15条1項および2項3文にあげた刑事手続、最高3年以上の自由刑にあたる犯罪行為を理由とする刑事手続、課税手続および16条2項に基づく所管官署の監督任務ならびに危険予防のためにのみこれを用いることができる。
- (7) 連邦内務省および連邦財務省は、マネーロンダリングおよびテロに対する財政支援克服のため、連邦参議院の同意の下、第1項第1文にしたがって常に通報する義務がある典型的な取引を、政令をもって定めることができる。この政令は、時限とするものとする。
- (8) それにつき、第1項および第14条の通報がなされた刑事手続および刑法典161条の犯行を理由とする、あるいは、第1条2項の意味での行為が疑われることから捜査がなされたその他の刑事手続にあっては、所轄の検察は、嫌疑通報中央官署である連邦刑事局に、公訴の提起およびすべての手続停止の裁判を含むその結末を通知する。通知は、控訴状、理由を付した手続停止の裁判および判決の写しを送付してこれを行う。第1項の通報をした通報義務者には、それが自分の通報行為を再検討するのに必要な限度で、刑事訴訟法475条による申立に基づき、記録に基づく情報を提供することができる。刑事訴訟法477条3項は、この限りでは適用しない。通報義務者は、第3文によってえた個人情報、その通報行為の再検討のためにのみ用いることができ、そしてまた、再検討のためにはもはや必要でなくなったときは、破棄しなくてはならない。

(f) 自己の税に関する案件において、弁護士に情報提供拒絶権はあるかはたして弁護士は、自分の税に関する問題において、税務署に対して情報提供義務を負うのかないしは情報拒絶権を持つのか、そしてまたその範囲如何は、いつも議論を巻き起こしている。デュッセルドルフの弁護士会は、この点に関し、弁護士にとって有利な立場を標榜している。デュッセル

ルドルフのかつての副会長 *Karl-Heinz Göpfert* 博士は、2009年の会報<sup>10)</sup>において、弁護士会理事会の決議の内容を以下のように明確に記述している。

「弁護士は、（たとえば立ち入り調査）のような自己の税に関する案件に際し、自分に求められた協力行為をすると、依頼者の個人的なデータおよび諸関係を明らかにしてしまうときは、租税徴収法（*Abgabeordnung = AO*）102条1項3号aおよびbに規定されている情報提供拒絶権を持ち出すことができるし、そしてまたそうしなくてはならない。刑罰をもって守られている守秘の義務は（刑法典203条1項3号）は、この場合、特に依頼者の同一性および相談関係（*Beratungsgverhältnis*）に関係する。文書化されている資料（たとえば経理資料、銀行関係の伝票、郵便発送記録あるいは走行（移動）記録）から、守秘義務により保護される秘密がわかるときは、これらを提出してはならない（租税徴収法104条1項）。

情報提供拒絶の理由を示すことは必要ではない。この権利は無制限に妥当する。税務署からの情報提供要求および提出要求に応じてよいのは、秘密保護の対象者である当該依頼者が、明示的に守秘義務を解除した場合のみである。」と。

これに対して、2015年4月15日に下されたケルン財政裁判所の判決<sup>11)</sup>は、弁護士の守秘義務を限定的に解釈している。事案は、外国と関係したもので、具体的には売上税法（*Umsatzsteuerrecht=UStG*）の18条a1項1文と連動した同2文に関する事件である。この規定によれば、（弁護士をも含め）ドイツの企業家は、他のEU構成国に住所・営業所を置き、その構成国において納税義務を負う者に、納税義務がある何らかの給付（サービス）を「した」ときは、連邦中央税務局（*Bundeszentralamt für Steuer*）に

10) *Göpfert*, *Mitteilungen der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf* 2009, 113, 115 f.

11) *FG Köln*, Urteil vom 15. 04. 2015 – 2 K 3593/11.

届けなくてはならないとされている。このいわゆる「概要届出」(Zusammenfassende Meldung)では、依頼者の売上税本人確認番号および依頼者に対してなされた納税義務がある給付(サービス)の税計算の基礎となる金額を示さなくてはならないとされている。ケルンの財政裁判所は、弁護士守秘義務は、この届け出義務を免除するものではないという見解をとっている。

判決理由中では、まず次のように述べられている。すなわち「確かに、弁護士に依頼をした者は、その個人的な生活領域にしばしば関わりを持つ自分の情報が、その意向を問うことなくしては公開されないという点に利益を有している。この利益は、情報に関する自己決定権(基本法1条=人間の尊厳との関連の下での同2条2項=人格権)をつうじて、憲法上も保障されている。刑法上も、刑法典203条1項3号により保護されているし、職業法上もまた、連邦弁護士法43条a2項により保護されている。このような個人的な利益とならび、弁護士の守秘に対する一般的な信頼もまた、弁護士の守秘義務による保護の対象である。この一般の信頼というのは、法治国家原則に基づいて構築されている法的紛争処理機構(司法)にとり不可欠であり、そしてまた、基本法12条により保護されている弁護士の職業実践の自由に具現しているところである。この際弁護士の守秘義務は、受任関係がある場合に限られない。かえって、弁護士が依頼をえようとしている際に知ったものも含まれるし、あるいは依頼を受けることにはまったくならなかった場合でも同じである(上記三.I.1参照。)」と。

もっとも、ケルン財政裁判所は、さらに続けて次のように判示している。すなわち、「他方で、売上税法18条aの要請するところの中核的目的は、法秩序により承認されている課税の平等の保護である。つまりは、憲法上に位置づけられている公的利益(基本法3条1項=法の下での平等)および法治国家原則の保護がその目的である。したがって、具体的になにを記載することが弁護士に対して求められているかという問題は、相当性原則を考慮しつつ、弁護士の守秘義務と課税の公平ということを考量(Güterabwägung)することを つうじて判断されなくてはならない。」と判示し

たのである。

この際財政裁判所裁判官は、特に、「売上税法18条 a に基づき開示される事実関係（本人確認番号と税計算の基礎）は、課税の公平と公正という目標を凌駕するほど重要ではない」ということを顧慮すべきだとしている。ということで「この点に照らすなら、特定の職業グループに属する者が、課せられている守秘義務を引き合いに出すことで、国による再審査の手段を一般的に奪うことができるとしたら、それは正当ではないであろう。」との判断を示した。

ケルン財政裁判所はさらに、次のように敷衍する。

「最後に、次のような事情からしても弁護士の守秘義務に、売上税法18条 a の開示義務が優先するとしてよい。すなわち、弁護士が、連邦中央税務局に対し、依頼者の売上税本人確認番号および税計算の基礎を示したとしても、この弁護士が、刑法典203条1項1号に規定する犯罪を犯す危険にさらされることはない。確かに、このような受任関係からえた情報の開示は、弁護士の守秘義務違反となる可能性がないわけではない。しかしこの場合は、刑法典203条1項1号の意味での権限を欠く開示ではない。なぜなら、この場合には、依頼者の黙示の同意があったということにできるからである。すなわち、依頼者は、それが税務上の目的から必要とされそして利用されることを知っているから、弁護士に対し、その売上税本人確認番号を通知しているのである。この売上税本人確認番号を通知することで、依頼者は黙示的に、弁護士がこの売上税本人確認番号を税務上の目的に用い、場合によっては、税計算の基礎とともに、概括届出に記載することに同意しているのである。こうした推断的同意は、仮にこれだけでは構成要件該当性を排除するものではないとしても、違法性を阻却する効果を持つ。」

これに関して生じてくる複雑な個別問題をこの場で詳細に取り上げてい

くのは、本講演の枠を超えることになろう。いずれにしても、ここで関係してくる実に様々な実務家の利害を公正に調整していくのは、非常に難しいことだけははっきりしている。

(g) 特別の場合

弁護士会がしばしば会員から問い合わせを受ける特別の問題がある。これは、テーマという点では、本来「推断的同意」に属する特別の問題であるが、ここで別して取り上げておくべきものである。依頼者が自らを危険にさらすあるいは毀損する恐れのある場合にはどうするか。

ここではまず第1には、（実務では実に頻繁にあることだが）弁護士が自分の依頼者が身体的および（あるいは）精神的な障害のために、本来は看護を受けなくてはならないとか、いずれにしても行為能力を欠いており、そのために不適切な行動をつうじて、わけてもその財産的価値を毀損する危険があることを弁護士が知ったという事実関係があるときが問題となる。この場合弁護士は、依頼者保護のため、たとえば、依頼者の親族あるいは看護人選任を管轄する裁判所に注意を喚起するといった、必要な手立てをすることは認められるか、さらにはそうすることが求められているのかを、弁護士会に問い合わせてくる。この場合の弁護士会からの助言は、——生命の危険がない限りは——最大限慎重にである。

もっと困難かつ問題が多いのは、自分の依頼者には（たとえば失業の後、離婚協議のところで、あるいはストレスから）現実に自殺の危険があるとの危惧を弁護士が抱いた場合である。まさに、危機的状況にある依頼者は、受任関係の絶対的の秘密を信頼することができてしかるべきであることから、ここでもまた難しい判断に迫られる。危険な状況が強く疑われる場合のみ、弁護士は行動をとってもよい。深刻な事態の場合には、違法性阻却ないしは責任阻却となる緊急避難（刑法典34条、35条）によることができる。

## II 守秘義務違反の効果

弁護士が有責に、つまりは故意または最低でも過失により、守秘義務違



反をしたときは、職業法上の制裁を科せられる。考えられるのは、管轄弁護士会理事会による警告（Rüge）（連邦弁護士法74条）であるが、これは、ほとんど「意味がない」ので、軽微な場合のみあてはまる。

多くの場合には、守秘義務違反に対しては、弁護士裁判所からの制裁が科せられる（連邦弁護士法113条）。たとえば反則金（Geldbuße）であり、違反が重大なときは、一定期間、一定の法領域での活動を禁止する旨の制裁が科せられる。

弁護士が、故意に守秘義務違反をしたときは、これに加え刑法典203条により刑罰を科せられる。この場合には、刑法上の有罪判決が下るのを待つことになる。これに引き続いて、いわゆる「職業法上のプラスアルファー」があるか、つまり、違反行為に対する警告は、刑法上の制裁によりすでに充分なされているか、あるいは、——こちらの方が通常の場合であるが——職業に関連していることを理由に、弁護士裁判所からの制裁をさらに科すべきかが審査される。

場合により、弁護士は、違反により依頼者に具体的な損害が生じたときは、依頼者から賠償請求を受けることがある。もっとも実務では、この点難しい個別的な問題があるところではあるが、ここでは割愛する。

### III 守秘義務に対応する権利

はじめのところであげておいたが、守秘は義務というだけにとどまらず、そこから弁護士のいわゆる特権が導かれる、弁護士の権利でもある。具体的には、次のような権利が守秘義務との関係で認められる。

1. 民事訴訟における証言拒絶権（民事訴訟法383条1項6号）
2. そこから導かれる権利として、裁判所の文書提出命令に服さない権利（民事訴訟法142条）
3. 刑事訴訟における証言拒絶権
4. 刑事訴訟法97条1項ないし3項に基づく押収免除
5. 刑事訴訟法100条cに基づく盗聴・録音の禁止
6. 捜査処置の禁止（刑事訴訟法160条a）

#### IV データ保護

周知のとおり、ドイツでは「データ保護」が重要な意義を持っている。弁護士の守秘義務と各種のデータ保護規定<sup>12)</sup>との間の関係は、それだけで一つの講演のテーマとなる。したがってここでは、——自分の依頼者のことが問題となる限度では——弁護士の守秘義務に関する諸規定は、原則としては特別規定であるから、データ保護法上の規範に優先するということろだけを取り上げる。

データ保護法上の考慮が必要となるのは、たとえば弁護士がコンピューターを使ってデータ処理をする際とか、Eメールを使って連絡を取り合う際に、相手方またはそのほかの第三者の保護に値するデータであって、それらの者の基本法上保護されている「情報の自己決定権」が問題となるようなデータを、管理しあるいはほかに流す場合である。

この場合についてドイツでは、データ保護法に基づく弁護士に対するコントロールは、国のデータ保護官庁がすべきなのか、それとも弁護士会がすべきなのかが、議論となっている。連邦弁護士会は、「職業上秘密の担い手となる者」とりわけ弁護士に関する「部門別データ保護コントロール担当署 (Aufsichtbehörde)」を設置すること、そしてそのために、いわゆるデータ保護基本法49条に次のような2項を追加することを求めている。

「職業上秘密の担い手となる者の職業監督について、この法律が発効する時点において、所管部署が存在するときは、この所管部署が、監督署を設立することができる。」

連邦弁護士会は、部門別データ保護コントロール部署を創設することによってのみセンシブルな弁護士と依頼者の関係に、国家が一切介入しないことを確保しようとしているのである。こうすれば、監督署を、信頼関係

---

12) この点の詳細は、Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, § 43a BRAO/§ 2 BORA Rdn. 30. 参照。

を根本におく職業の自治管理機関に設けることができる。つまりドイツでは、弁護士のためのデータ保護管理者 (Datenschutzbeauftragter) を、先にみたようにマネーロンダリング防止法に関してすでに部門別監督署として機能している連邦弁護士会に移すことができるようになるわけである<sup>13)</sup>。

#### 四. 弁護士職業法新2条

すでに長きにわたり、ドイツの弁護士の間では、次の点についての不安が広がっている。すなわちそれは、弁護士が今日その事務処でしていること、そして——日々の生活の現実に埋もれまいとするなら——しなくてはならないことの多くを、弁護士が負っている広範にわたる守秘義務と調和させるのは本当に難しく、わけてもまた弁護士職業法旧2条が定める例外をもってしても、十分にはその手立てが講じられてはいない点である。

問題は、すでにあげた事務所の掃除婦あるいはIT専門家であり、わけでも、弁護士が必要に応じて利用する外部のサービス提供者、たとえば書面作成サービス業者とか事務所サービス企業であり、特には、スムーズな事務所運営にとりほぼ不可欠といってよいIT領域の「システムパートナー」である。システムパートナーは、遠隔管理の際、そして「電話を使ってエラーを除去」する際には、事務所のコンピューターシステムに「入る」わけであり、その結果、とどのつまりはすべてのデータをみることができる。

つまり対象となるのは、——弁護士職業法新2条3項cの表現を借りれば——新たな規範では「社会的相当性」という標語をもって書き換えられている、「客観的にみて、社会生活上公衆から受け入れられる普通の行為

---

13) Vgl. Stellungnahme der BRAK Nr. 25/2013 aus November 2013 zum Vorschlag einer Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), S. 3.

態様」に相応した、「第三者からの給付(サービス)提供を求めることも含む事務処での事務処理」である。これについては、弁護士職業規則の制定権を持つ規約委員会において、「ノン・リーガル・アウトソーシング」というスローガンの下、——実に激しい——議論が展開された。

「ドイツ弁護士の議会」である規約委員会の課題は、弁護士に対し、日々の仕事上の現実である「グレー・ゾーン」のところについて、一定程度の安定と方向性を示すことであった。この大それた試みには、そもそも難がある(そして、そもそもが失敗と断じられた)ところであるが、その理由は、規約委員会が規約として定める職業規則は、法律の下位にあるため、つまりは規約をもって法律に「反する」ことを定めることができないからである。ある行為が刑法典203条により罰せられるとされている場合に、規約で定めた規範が、これに反するような行為をしてもよいとし、そして(または)違反を容認することは、この刑法規定があることにより認められるものではない。職業問題を担当する規約委員会の第二部会が、自身で新規律を完成させ、そして規約委員会総会にこの新規律を納得させることができるまでに多くの時間を要したのは、特にこのせいである。最後の最後でこれが達成されたのは、規約委員会のメンバーは、同僚である弁護士がおかれていた(そして現在でもおかれている)緊急事態を認識し、同僚に、最低でも足ががりとなるもの(Hilfsstellung)を提供したかったことと連動している。目標は、職業規則(そして次は法律)を生活実態に適合させ、「社会的に相当な」、つまりは通常の行為態様を、可罰行為から外すことである。

第二部会が、最終的にたどり着いた結論に付した詳細な理由書においては、ドイツの法律用語としてはよく用いられはするが、様々な解釈ができる「社会的相当性」が取り上げられており、そしてまずは、社会的相当性については、一般的に承認された定義は存在しないとの指摘がなされている。第二部会は次のように敷衍する。すなわち、「裁判所での表現の仕方と文学でのそれとでは、多かれ少なかれ齟齬する文言が用いられていた。ここで用いることにした文言は、連邦通常裁判所の刑事裁判例(BGHSt.

23, 226, 228) によったものである。それによれば、

『公衆から承認され、そして、社会的行為自由の範囲内にする行為であることから、刑法の視点からしても社会生活においては何ら嫌疑をかけられない日常的な行為』が、社会的相当とされる。この定義は、二つのことを求めている。一つには、日常性という事実的な要素であり、もう一つは、社会生活において公衆に承認されているということである。

弁護士職業規則新2条3項cにある『客観的』という言葉は、社会的に相当かどうかの問題は、個々の弁護士の主観的視点から答えられるべきものではないことを明らかにするためである。

これに加えて、『社会的相当性』という括弧書きを付したことで、社会的相当性という慣用語に関する規約委員会の定義であることが明確にされている。」と。

この弁護士職業法の新2条は、2014年11月10日第5会期規約委員会により可決されたのであった。

もっとも、まずもっては、改正は発効しないようにも思われた。というのは、規約委員会の決定について認可権限を持つ連邦司法・消費者保護大臣が、2015年3月4日付の書簡により、新たな規定の一部について異議を述べ、それを取り消したからである。大臣の書簡によれば、「新規律には、規約委員会にはその発令の権限がない刑法典203条の意味での秘密開示権限規範 (Befugnismnorm) が含まれている。規約委員会は、その限定された授權の範囲内 (連邦弁護士法59条 b) では、ありうる弁護士の守秘義務違反に関する新たな秘密開示権限規範を定める権限を有さない」ということであった。

規約委員会が新たな決議に付した詳細な理由付けが、連邦司法・消費者保護省に提出されてはいたものの、明らかに見落とされていたことが皮肉にも明らかになった後、そしてまた、法律上規約委員会の議長となる連邦弁護士会会長が、大臣とさらに協議をした後、連邦司法・消費者保護大臣は、その下の判断を覆し、最終的には2015年3月31日付け書簡において新規定を認可したのであった。そこでは次のように述べられている。すなわ

ち、「再審査の結果、規約委員会の決定は、まだ受け入れられうる。というのは、『補足的な説明に基づく』と、弁護士職業法2条の規律は、刑法典203条の意味での開示権限規範を何ら創設するものではないと考えてよいからである。」と。

すでに先に暗示したところであるが、まさにこの点こそが問題なのである。弁護士から「アウトソーシングを受けた者」の起こりうる違反行為が、一方では自身の問題として刑事罰を受ける可能性により、他方ではそれに相応する(わけても証言拒絶権といった)特権により裏打ちされない限りは、弁護士職業法新2条にはさしたる意義は認められない。この規定は確かに、弁護士にとっては、負担の軽減にはなる。なぜなら、今や弁護士は、——少なくとも原則として——現実に存在している「許可規範(erlaubnismorm)を引き合いに出して、もしかしたら加えられる批判に対し防戦することができるからである。しかし、補助者自身が違反しても、単に契約上の義務に反するだけであり、刑法上の規範に違反することにはならないとされている限り、依頼者の秘密保護は「穴が開いた」状態であることはこれまでと変わらない。そして、新たな規約上の規範による保護もまた、(先に述べたように)その及ぶ範囲はそう広くはない。というのは、規約は、法律の下位にあり、そのため刑法典203条に基づいた可罰性をそもそも排除することができないからである。そうはいつでもやはり、連邦司法・消費者保護省が、規約上の規範を認可し、この規範に一定の拘束性を付与したことは、議論をする上で有益ではある。

弁護士は今や、「第三者」、つまりは弁護士の秘密保護にもともと組み込まれてはいない者を、それが事務処での事務処理の枠内でなされ、かつまた客観的にみて、社会生活において公衆から受け入れられる日常的な行為態様に相応するときは、「公式に」利用して差し支えないこととなった。このような第三者ないしは相応する企業の選抜にあたっては、弁護士は最大限の注意をはらわなくてはならない。そのほかに、弁護士はこれらの者に対し、——その処置の意義について十分に説明した上で——守秘義務を守るという宣言への署名を求めなくてはならない。

連邦司法・消費者保護省は、——いま不確実な状態が残っていることからすると重要なことであるが——新たな職業規範をめぐる混乱を示した過程で、できる限り早く刑法典203条を相応な形で改正したいと考えているというサインを送った。しかし、いうは易く行うは難しであろう。というのは、いうまでもないことであるが、弁護士（そしてまたそのほかの自由職業従事者）のみならず、裁判所および検察、そしてまたすべての官庁や施設も、「ノン・リーガル・アウトソーシング」を利用しているからである。つまり、弁護士に関する特別の規律だけでは、どうにもならない。かえって、実に大きな「さいころ」をふる必要があるのである。

## 五. 弁護士電子私書箱

上述したことと関連して、最後に非常に簡単ではあるが、ドイツ弁護士が抱え込んだ別の新たな事柄に言及しておこう。いわゆる弁護士電子私書箱の問題である。これは、連邦弁護士会が、2016年1月1日までにすべての弁護士について整備しなくてはならず、2018年1月1日以降これをつうじて、すべての裁判所および官庁とのやりとりが行われるべきとされているシステム（標語的には、いわゆる電子署名）である。

外部からのハッカー攻撃による、データ保護そして同時に弁護士の守秘義務を脅かすかなりの危険があるとの批判が加えられている。ペンタゴンでさえこうした攻撃に対して安全ではないのに、送信元は弁護士事務処のサーバーだと誰が信じることができるのか、というわけである。

もっとも、——この場で指摘しておくのを忘れてはならないことであるが——守秘義務を負う者自身が違反したのか、それとも彼は刑法上問題となる外部からの攻撃の犠牲者なのかで大きな違いがあることはいうまでもない。弁護士事務処のサーバーに対するハッカー攻撃は、事務所への侵入であり、記録の窃取以外の何物でもない。