

[紹介]

婚姻弁護士の「行為基準」について

秋田 知子

桐蔭横浜大学法学部

2005 年 9 月 15 日 受理

1. はじめに

10 数年前、アメリカ婚姻弁護士協会は、既存の弁護士倫理に関するルールでは家族紛争を処理する際の婚姻弁護士（婚姻事件を扱う弁護士）の指針としては不十分であり、熾烈な家族紛争において子に加えられた危害に十分に対処できないという調査結果を示した¹。そして、同協会は、家族紛争を扱う婚姻弁護士に指針を提言するために、婚姻弁護士の行為基準「American Academy of Matrimonial Lawyers, Bounds of Advocacy: Goals For Family Lawyers」（以下、「行為基準」という。）を 2000 年に発表した²。

この「行為基準」は、（1）能力と助言、（2）意思疎通と意思決定責任、（3）利益相反、（4）報酬、（5）依頼者の行為、（6）子、（7）職業上の連携と裁判運営、（8）調停人、（9）仲裁人、という項目で構成されている³。本稿は、全体を要約的に紹介し、家族紛争という個別領域を専門とする弁護士倫理の規律のあり方について資料的検討の素材を提供するものである。

2. 婚姻弁護士の「行為基準」の意義

婚姻弁護士は通常の一般的な経済事件を担当する弁護士とは異なり、依頼者のみの代理に徹するというわけにはいかない。家族紛争というのは、紛争解決後に当事者が交流を続けていかなければならないという要素を持っているからである。たとえば、夫婦は離婚したとしても、子がいる場合には、一方当事者が他方当事者に子の養育費を支払い続け、子がいない場合でも以前の配偶者を扶養するなど、関係性を維持しなければならない。また、多くの婚姻弁護士は、家族の中の誰を代理するかにかかわらず、子の最善の利益を考慮するように義務づけられていると考えている。

さらに、婚姻弁護士は、多くの役割を担っている。まず、訴訟において依頼者の目的を達成させる熟練した訴訟請負人の役割である。次に、依頼者の生活設計や経済的な選択について依頼者に助言するという役割である。最後に、仲裁人や調停人の役割である。

このような婚姻弁護士の役割の複雑性に鑑み、婚姻弁護士協会は、道徳的、倫理的問題に直面する婚姻弁護士に指針を与える「行為基準」を策定した。従来の弁護士行動に関するルール、たとえばアメリカ法曹協会（以下、「ABA」という。）の弁護士行動準則模範規程（Model Rules of Professional

Tomoko Akita: Department of Law, Faculty of Law, Toin University of Yokohama, 1614 Kurogane, Aoba-ku, Yokohama 225-8502

Conduct) (以下、「Model Rule」⁴という。)は、実務を一般化し、すべての弁護士に適用されるので、家族紛争といった特定の問題を詳細に扱うことができない。アメリカ婚姻弁護士協会の多くの会員は、婚姻弁護士の行為基準としては Model Rule は不十分であり、かつ、不適切な指針でしかないという現実に直面してきたのである。したがってこの「行為基準」は、婚姻弁護士にとって扱いに悩んでいた「グレイ」ゾーンに明瞭な指針を提供しようとする点に意義がある。

3. 婚姻弁護士の「行為基準」の特色

Model Rule で禁じられている行為は懲戒の対象になるが、この「行為基準」に反する行為は懲戒の対象にはならない。すなわち、Model Rule は懲戒規範であるのに対して、この「行為基準」は指針を提言しているのにすぎない。したがって、「行為基準」では「しなければならない」「してはならない」ではなく、「すべきである」「すべきではない」という用語を使用している。

この「行為基準」の中には、利益相反や報酬など Model Rule の規定をより詳細に規定しているもの、あるいは子の利益の問題を独立して規定しているものがある。要するに、「行為基準」は家族紛争に伴う様々な問題を弁護士に認識させるという点に特色がある。なお、「行為基準」には注釈が付され、実例の説明が含まれるものもある。ただし、Model Rule と ABA の弁護士責任規程 (Model Code of Professional Responsibility) を反復することは避けられている。

4. 「行為基準」の紹介

(1) 能力と助言

1.1 弁護士はいかに複雑な事件でも、あらゆる問題に対処するため有能であるべきである。

注釈

婚姻問題は、離婚、監護権、および扶養の問題はもちろん、ほかに、たとえば、税金、企業、信託と財産、破産、年金などの色々な問題がある。すべての婚姻弁護士は、あらゆる法律上の分野でどのような問題にも対応できるように十分な知識を持つべきである。その知識は、法的知識に限られない。たとえば、監護権および面接権の事件は、子の成長、そして時には精神的感情的な不調についての理解が必要となる。

弁護士は、必要な経験または知識を欠く問題についても適切に対処するべきであり、また誠実に研究および調査を通じて能力を向上させることが期待される (ただしこのような研究および調査が非合理的な遅延になったり、依頼者に余計な費用がかからない限り)。合理的な研究や準備を通して有能さを身に付けることのできない弁護士は、辞任するか、依頼者の同意を得てより優秀な弁護士を紹介するべきである。

1.2 弁護士は離婚が及ぼす精神的・経済的影響について依頼者に助言をするべきであり、また和諧の可能性を探るべきである。

注釈

離婚の過程は、高い経済的・感情的な犠牲を伴うはずである。離婚の決定は、簡単に行われるべきではない。弁護士は、婚姻関係修復について協議し、依頼者が結婚カウンセリングまたはセラピーを受けるかどうかを話し合うべきである。依頼者自身の離婚意思が明確でないことがわかったならば、弁護士は関係修復に力を貸すべきである・・・

1.3 弁護士は復讐の手助けを拒絶すべきであり、関係者すべてに敬意を払うことによって家族紛争の

感情の高ぶりが鎮まるように努力すべきである。

注釈

・・・依頼者は代理の目的を決定する権利があるが、弁護士は依頼者の相談を受けた後に代理の目的と目的を追求する際の手段を制限することができる。婚姻弁護士は、関係当事者が冷静に話し合えるようにあらゆる努力をすべきである。弁護士が子の利益に不利に影響を与えそうな報復的行為にどのように対処するか、そして最初の段階で弁護士が事件をどのように扱うかを依頼者と率直に話し合うことによって意見の相違と反感を避けることができる。依頼者が弁護士の狙いまたは手段の制限を否定する場合には、弁護士は代理を辞任すべきである。

1.4 弁護士は夫婦間の紛争を解決するための代替的手段、たとえば交渉、調停、仲裁、および訴訟について熟知しておくべきである。

注釈

多くの依頼者は、訴訟よりも交渉を通じて問題を解決することを好む。婚姻弁護士は代替的紛争解決についての十分な知識を持つことが重要である。というのは、婚姻弁護士は、依頼者が様々な紛争解決手段の長所と短所を理解し、紛争解決のメカニズムについて適切に依頼者に助言することが必要であるからである。たとえば、調停で依頼者を代理する弁護士は、伝統的な訴訟の役割と調停で助言をする弁護士との違いを理解するべきである。

特定の紛争が訴訟、調停もしくは仲裁を通じて最終的に解決されるかどうかにかかわらず、効果的な訴訟技術は問題解決の過程で重要である。

1.5 弁護士は合意によって夫婦間の紛争を解決するように努めるべきであり、解決に至る場合の代替的手段を検討すべきである。

注釈

訴訟は、費用が高つくき、精神的にも疲労するものである。だからといって和解が良いとは限らない。紛争の性質または当事者の憎悪によっては不適切な場合や、もしくは成功しない場合がある。これらの事件では訴訟が最善の選択になる。

家族紛争では、紛争の協調的な解決が望まれる。婚姻事件は、「勝ち」「負け」の問題ではなく、子を含めたすべての当事者にとって公正に解決されるべきものである。婚姻弁護士の主要な仕事は、依頼者に現実的な目的を気づかせること、家族の傷を深くしないようにすることである。事件の大半は、依頼者の立場になって和解交渉を行う弁護士によって解決されるべきである・・・

(2) 意思疎通と意思決定責任

弁護士と依頼者の信頼関係は、婚姻事件では極めて重要である。依頼者は、家族の關係に重要な問題が生じたときに弁護士を訪れる。人間の感情というものは合理的な意思決定を難しくさせる。そこで依頼者は非法律問題でさえも婚姻弁護士に助言および判断を求める。その結果、弁護士依頼者の關係において意思疎通および意思決定の問題が生じることが多い。

2.1 弁護士は依頼者に敬意を払うべきである。

注釈

成功している弁護士と依頼者の關係というものは、弁護士が敬意を払って依頼者と対応することをいう。この態度は、弁護士事務所の職員にもあてはまる・・・

2.2 弁護士は依頼者が情報に基づいた上で決定を行えるように十分な情報を提供すべきである。

注釈

弁護士は依頼者に代理の目的とその手段を決定するための十分な情報を与えるべきである。依頼者が意思決定を行うための能力と意欲には様々な違いがあるが、それとは関係なく、依頼者は十分な情報を得る権限がある。弁護士が依頼者に情報を提供できない場合は、依頼者はクレームや懲戒請求を行ったり、あるいは弁護士を訴えることまでするかもしれない・・・

2.3 弁護士は、事件の進行状況について依頼者に情報を提供すべきであり、依頼者からの問い合わせには迅速に対応すべきである。

注釈

・・・以下の重要な事項に関して、依頼者との頻繁な意思疎通を行うべきである。すなわち、(1) 依頼者の権限、(2) 事件の進捗状況を依頼者から尋ねられた場合はそれに応えること、(3) 弁護士と依頼者の間に建設的な関係を作るようにすること、(4) 弁護士が行う業務の量と質について依頼者に理解を求めておくこと—それによって弁護士が依頼者から怠慢であると思われまいようにし、弁護士報酬が得られないという問題をなくすることができる。弁護士は、係属中の離婚が通常依頼者の人生において最も重要なことであることを認識すべきである。

2.4 弁護士は、意思決定について依頼者と責任を共有すべきであるが、目的の正当性もしくはその目的に到達するために用いられる手段に関して責任を放棄するべきではない。

注釈

離婚事件の行為と処理は、ありふれたこと（手紙にどう書くか）から重要なことまで（訴訟をするか、提案された和解を受け入れるか）、多くの決定を要する。代理の過程で、意思決定の権限は依頼者と弁護士の両方にあるだろう。

弁護士が依頼者に目的の範囲を再確認させることは、弁護士のカウンセリング機能として適切であり、そのことが依頼者の最善の利益になるだろう。弁護士は、法律についてのみならず、依頼者の状況にかかわる「道徳的、経済的、社会的及び政治的諸要因等」⁵について依頼者に助言をしてもよい。

かくして、弁護士は、訴えの本体である訴訟原因に影響を及ぼさずに、または依頼者の権利を大幅に損なわずに決定を行う権限があるが、弁護士と依頼者は、勝訴が不確実な場合にまで訴えを提起するか、もしくは特定の専門家を雇うかどうかに関する重要な決定を共同して行うべきである。依頼者が最終的な意思決定の権限を有する場合でさえも、弁護士は、相談と助言を行うべきである・・・

事例：

①依頼者は、離婚の本当の原因が姑であると主張し、トライアルの間にそのことを裁判所に気づいてもらいたいと弁護士に言う。依頼者にとっては重要なことであるが、議論のあり方としては不適切であり、トライアルでは逆効果になることを弁護士は知っている。もちろん弁護士は、依頼者の判断に従わなくてはならないが、それでも姑問題を持ち出すことは不適切であり、ましては失敗することもありうるという理由を依頼者に説明するべきである。最終的な結果に満足しない依頼者は、依頼者が望んだ主張を利用したならば勝訴したのだと弁護士を非難するかもしれない。

②妻から夫に扶養料を主張する場合、法域によっては妻が再婚することを前提にすると、妻は扶養の権利を放棄する代わりに夫に多額の財産分与を要求できるだろう。妻が再婚しないことを前提にすると、

妻は夫から財産分与される以上に扶養料を得ることができるだろう。妻はどちらを選ぶべきか。婚姻弁護士の役割は、この選択について依頼者に説明し、依頼者が選択することを認めることである。

③自責の念にかられた夫は、妻にすべての財産を提供し、夫が一文無しになるような扶養料を妻に支払う申し出をすることがある。妻は、この夫の申し出に合意する文書を作成するように弁護士に言う。妻の弁護士は、このような一方側からだけの申し出の和解に合意する問題性について十分に説明するべきである。弁護士がこのような非現実的であると考えた和解にそれでも依頼者が固執するならば、弁護士は助言を書面にして渡すべきであり、それでもそのまま依頼者が和解を受け入れたいと言うならば、その時は依頼者の指示を実行するべきである。他方、夫を代理する弁護士は、夫にこのような財産提供を考え直すように説得するべきである。夫がそれでも考え直さない場合、弁護士は、次のことを検討するべきである。すなわち、(1) 夫の申し出は夫にとって不利益である理由、および弁護士が強くその申し出に反対する理由を書面で渡すこと、(2) 夫が他の弁護士、カウンセラー、もしくは信頼できる友人または他の家族に相談するように助言すること、および(3) 辞任すること。

2.5 弁護士は、依頼者の意思決定能力が十分でないように見える場合には、依頼者が不利益を受けないようにその保護に努めるべきである。

注釈

夫婦間の紛争の経済的・感情的な混乱によって、依頼者は最善の利益を得るための合理的な決定を行うことができない場合が多い・・・

弁護士は、依頼者が十分な能力があっても混乱している場合には、不合理で不当な指示に従わなくてもよい。弁護士は、依頼者の違法で不適切な言い分（「私は裁判所が何を言っても気にしないし、妻に1セントも払うつもりもない」）に反対すべきである。弁護士は、有害な決定を明白に受け入れる前に依頼者を思いとどまらせるように努めるべきである。弁護士は、依頼者のセラピスト、医師、または聖職者など、依頼者に安定した影響を与える専門家に助言してもらうことを考慮に入れるべきである。もっとも、これらの助言が高くついたり、傷を深めたり、依頼者の利益を損なうかもしれない場合には、依頼者がこれらの専門家に頼ることは一般に不適切であろう。

弁護士の助言を拒絶することが依頼者の利益を損なうような場合は、弁護士は、助言した内容および依頼者が拒絶した事実について文書にするべきである。このような文書は、拒絶のリスクを依頼者に強調し、弁護士が依頼者に適切に助言をしなかったという依頼者による連帯責任の主張から弁護士を守ることになる。しかるべき事件においては、弁護士は代理から辞任してもよい。

2.6 依頼者の明示の同意がない限り、弁護士は依頼者の親戚、友人、恋人、雇用主、その他の第三者が代理を妨害し、弁護士の独立した職業上の判断に影響を与えるような決定を行うことを認めるべきではない。

注釈

婚姻事件において第三者が口を挟むことは多い。依頼者は、複数の第三者が協議に参加し、主要な決定に加わることを認めてもらおうとする。ところが、紛争は、第三者が費用や弁護士報酬を支払っている場合に激化する。そして第三者が新しい紛争当事者となる。既存の依頼者の弁護士は、弁護士依頼者特権を守ることを誓い、依頼者の許可を得てはじめて第三者と交渉ができる・・・

事例：

①弁護士は、高齢の女性を代理する。依頼者の息子（弁護士報酬の支払者）は、依頼者の財産を運用するために信託を行うように弁護士に指示する。弁護士は、息子の要求を無視し、弁護士の義務は依頼者

からの指示にのみ従うことであると説明するべきである。息子の要求が必ずしも依頼者の利益に反しない場合でさえ、弁護士はその息子の立場から離れて依頼者にとって最善の途を決定することを確認するべきである。

②弁護士は、旧友の未成年の娘に親の同意を得ずに結婚をすることができる法域を探してほしいと相談される。弁護士は、その結婚は娘にとって悲惨な結果になると確信し、そして自分には両親に対して娘にそのような愚かなことをさせない強い義務があると感じている。この「行為基準」と同様に、現在の倫理原則のもとでは、弁護士は、両親に知らせたり、依頼者の願いに反する方法で行動してはならない。しかしながら、弁護士が実務的事項、倫理的事項、およびその他の法律問題以外の事項を指摘し、そして提案された計画が彼女の最善の利益にはならないことを彼女に説得することは、適切である。また、このような場合、弁護士が未成年の子を代理したり、または情報を提供することを拒絶することも適切である。

2.7 弁護士は、個人的信念のために依頼者に対する忠誠心を傷つけたり、代理の目的を決定する権利を依頼者から奪うべきではない。

2.8 弁護士は、効果的な代理を獲得するための相手方配偶者の努力に干渉しないように依頼者に注意するべきである。

2.9 弁護士は、特段の事情のない限り、受任中の事件についてメディアに情報を提供するべきではない。弁護士は、依頼者の事前の同意を得ずに事件、依頼者または以前の依頼者についてメディアに情報を提供するべきではない。ただし、依頼者の同意を獲得できないような緊急の事情がある場合を除く。

(3) 利益相反

弁護士は、利益相反になる行為をすれば、依頼者への忠誠心をなくしてしまう。また、弁護士の忠誠心は、個人的利益（経済的な安定性、名声、および自尊心）、第三者の利益（家族、友人、仕事関係者、雇用主、法曹、および全体としての社会）によっても薄められるかもしれない。利益相反が生じるのは、ある依頼者の代理をすると「他の依頼者若しくは第三者に対する責任により又は自己に利害関係があるために、その代理行為が実質的に制約されるおそれがあるとき」⁶である。弁護士は不注意で利益相反ルールの違反を招かないように、紛争の発展図式を予測することが肝要である。

婚姻弁護士の依頼者に対する忠誠心がなくなるという影響は、甚大である。しかし、子、親戚、友人、恋人、雇用主、および相手方当事者の利益を、考慮に入れなければならない事件もある。伝統的な意味での「勝ち」「負け」が重要ではない家族法の問題において、適切な倫理行為の定義づけは極めて難しいだろう。

3.1 弁護士は、夫と妻がそれぞれ個別に代理を付けたくないと考えている場合であっても、夫と妻の双方を代理すべきではない。

注釈

家族紛争を扱う弁護士というものは、潜在的に相反する利益を代理する誘惑に抗しがたい。弁護士は、紛争前に夫、妻、家族の経営する企業、および子を代理していたという事情によって、「家族のための弁護士」になることが多い。仲介者として夫や妻を代理することは、Model Ruleによって完全に禁じられてはいない⁷。しかしながら、弁護士が当事者双方に公平な助言を与えることは難しい。外見上友好的な別居または離婚でさえも、経済的問題または監護権を巡り熾烈な訴訟になってしまうかもしれない。したがって、婚姻弁護士は、たとえ夫と妻の同意があっても夫と妻の双方を代理するべきではない

のである。

弁護士は、訴訟を控えていない状況で、家族全体を代理するように依頼されるかもしれない。別居または離婚が予測される場合、または配偶者からの暴行の危害から身を守る必要がある場合、弁護士は、カウンセラーまたは交渉者としての役割に直面するかもしれない。この場合でも、夫と妻の双方を代理すべきではない・・・

3.2 弁護士は自分が代理していない相手方当事者に助言をするべきではない。

注釈

弁護士は、相手方当事者が弁護士の代理のないままて手続を進めようとしていることを知った場合には、速やかに次のことを相手方当事者に知らせるべきである。

- ①私はあなたの配偶者の弁護士である。
- ②私はあなたを代理していないし、これからも代理することはない。
- ③私はあなたの配偶者の利益を考えるが、あなたの利益は考えない。
- ④私はあなたの配偶者の代理人として交渉または話し合いを通じてあなたを相手方として主張をする。
あなたの最善の利益を考えてあなたに助言するようなことはしない。
- ⑤私はあなた自身の弁護士を雇うことを勧める。

(4) 報酬

多くの離婚する依頼者は、前もって弁護士を雇わないし、弁護士を雇ったにしろ、離婚への恐れと不安定のために傷つきやすい。弁護士は、このような依頼者とは、報酬について関係を保つ以外に長期的な関係を築けないかもしれない。

離婚する当事者は、弁護士に報酬を支払うための十分な蓄えがないのが通常である。この蓄えの欠如、全面成功報酬契約に対する様々な制限、および依頼者が報酬合意事項について誤解したり、望まない結果になったとって弁護士を非難する傾向など、こうした点が弁護士への支払いを極端に難しくさせている。

報酬紛争委員会の記録によれば、家族事件から生じる報酬を巡る紛争が他の分野よりも多いことを示している。そこで弁護士は、依頼者との報酬や費用の取決めを明示的に説明し、合意を取り交わし、文書にするべきである。

4.1 報酬の取り決めは書面で行われるべきである。

4.2 弁護士は報酬と費用の状況について定期的に報告するべきである。

4.3 弁護士が報酬の担保を得ようとする場合には、すべての契約は適切に書面で行われるべきである。

4.4 弁護士報酬は合理的で適切な根拠に基づくべきは当然であり、なお Model Rule1.5(a) を遵守するべきである⁸。

4.5 弁護士は、次の場合に、全面成功報酬制に基づいて報酬を請求するべきではない：(i) 離婚事件、(ii) 監護権または面接権の取決め、(iii) 離婚扶養料または子の養育費の額。

4.6 弁護士は、報酬の取決めについて依頼者と合意ができない場合には辞任してもよい。

(5) 依頼者の行為

依頼者は、どのような法律が離婚を規律するか、これらの法律が婚姻の解消にどのような影響を与えるかについて知る権利がある。婚姻弁護士は、経済的な決定および監護権の決定を考慮に入れる要因など、婚姻訴訟の影響について依頼者に助言をするべきである。しかしながら、弁護士は、依頼者が弁護士の助言を詐欺行為に利用しないように注意するべきである。

5.1 弁護士は、依頼者が相手方配偶者を苦境に陥れることを目的として、財産の譲渡、隠蔽、移転を見逃したり、助力したり、もしくは促すべきではない。

5.2 弁護士は、依頼者の行為が子の監護権を巡る紛争にどのような効果を与えるかについて依頼者に助言を与えるべきである。

(6) 子

家族法の最も難しい問題は、弁護士の子に対する義務を確定することである。弁護士は、子を犠牲にしないで依頼者の利益を十分に代理しなければならない・・・婚姻弁護士のために、より明瞭な倫理基準が採用されるべきである。

6.1 親を代理する弁護士は、未成年の子の福祉を考慮に入れて、未成年の子が離婚によって生じる不利益を縮小するべきである。

注釈

監護権、虐待、および親権喪失については、ほとんどの法域における実体法は、「子の最善の利益」を前提としているが、依頼者が示した要望、利益、もしくは行為が子の福祉と直接対立する場合について、倫理規則は弁護士に何の指針も提供していない。この「行為基準」は、家族の福祉を強調する。

婚姻弁護士は、子の要求、子の利益、および他の家族との関係の観点から、当事者の要求を検討するべきである。婚姻弁護士は、適用される実体法に従って依頼者に助言するだけでなく、家族の関係は継続することを依頼者に気づかせなければならない。

親は、子の最善の利益のために家族の関係を継続する義務がある。親は、自分の利益よりも子の利益を優先して考えるべきである。婚姻弁護士と親は、親同士の激しい争いを排除し、子の安定性を保護するような合意を共同して追求するべきである。

子は親の離婚によって得をしない。弁護士は子が弁護士から送付された書類を読んでしまわないように依頼者に注意をし、また子が側にいる場合は事件について話すのを避けるように警告すべきである。

両親が監護権やその他の養育問題で合意ができない場合、弁護士は家族セラピストなどの中立的な精神衛生の専門家に両親を連れて行くべきである。この「行為基準」の目的は、精神衛生の専門家の助けを借りて紛争を解決するものである。弁護士は依頼者とセラピストが接触した内容について秘密を守り、離婚訴訟においてはセラピストを証人にするべきではない。

弁護士は、当事者が自分に都合のよい証言をする専門家を見つけようとして、子の心理面の測定に繰り返し関与することを拒絶するべきである。繰り返される子の心理面の測定は、子の最善の利益に反する。

6.2 弁護士は、経済的な影響力を及ぼす目的で、または復讐をする目的で依頼者が監護権を争うことを許すべきではない。

注釈

他の何かー通常、経済的利益ーを獲得するための手段として監護権を主張することに向けられた戦術は有害である。婚姻弁護士は、このような行為に反対すべきであり、助言を拒絶すべきである。子の福

祉のための適切な考慮は、子が離婚手続において「人質」として利用されないことが必要である。たとえば、子の養育費が親の子と一緒にいる時間を基にして決められる州では、弁護士は、子の利益を考慮して養育費を交渉するべきであり、それにもかかわらず依頼者が監護権をしつこく主張し続ける場合には、弁護士は辞任するべきである。

6.3 弁護士との接触が未成年の子の福祉に影響を与える場合には、婚姻弁護士は子と意思疎通を始めるべきではない。ただし、子の弁護士または後見人が付き添う場合、または裁判所の許可を得るか、もしくは申立や訴答手続で事実を立証する必要がある場合を除く。

注釈

子の福祉に影響を与える問題は、法律上の手続の過程またはその前後に生じるかもしれない。子を手続に巻き込ませようとする弁護士の行為によって、子に害を与える危険性がある。親の弁護士は、親の代わりに子に助言したり、小細工するべきではない。ただし、子の最善の利益を守る状況のもとでは、親および親の紛争に関して子から情報を適切に獲得してもよい。

6.4 弁護士は、依頼者と十分に協議しないで、子の最善の利益になるという合理的な考えがない限り、子を裁判所に連れて行ったり、子を証人として呼び出すべきではない。

注釈

法律上の手続において当事者の一方に対立した立場をとらせることは、大きな心理的負担を子に課す。子の監護権の紛争において選択を迫られたくない子は親同士で問題を解決することを望む。反対に自分の考え次第で結果を左右したいと望む子もいる。家族法の訴訟におけるすべての参加者（弁護士、セラピスト、子の監護権の評価者、および裁判官）は、法廷の厳しさを子にわからせないようにして子の意見や情報の取得を許可するように努めるべきである。弁護士は、予想される心理的負担について適切な専門家に相談することを含めて、証言する子のリスクとメリットを考慮に入れるべきである。

6.5 弁護士は、子の重大な身体的虐待および性的虐待を防ぐために必要と考える合理的な理由がある場合、依頼者もしくは以前の依頼者に関係する情報を開示するべきである。

注釈

Model Rule 1.6(b)(1)⁹ のもとで、弁護士は、「差し迫った死又は重大な身体の傷害の結果を生ずる蓋然性があると弁護士が考える犯罪行為を犯すことを防止するため」必要であると合理的に考えられた情報を公表することができる。多くの州は、依頼者の犯罪の意図やその犯罪を防ぐために必要な情報を公表することを認めている。しかしながら、犯罪ではないが子の福祉に著しく有害な行為が発見された場合について、この Model Rule 1.6(b)(1) は対処していないように見える。また、婚姻弁護士は依頼者と関わっている間に、依頼者もしくは依頼者と関係のある人が子を虐待してきたことを確信するようになるかもしれない。ほとんどの法域における伝統的な考えのもとでは、弁護士は、依頼者に助力することを拒絶すべきである。弁護士は、依頼者が虐待をやめようとしなかったり、裁判所が許可する場合には、辞任してもよい・・・

子の福祉を考慮する婚姻弁護士は、弁護士依頼者特権が重要であるとしても、重大な虐待のリスクや虐待を防ぐために必要な情報を開示することが要求される。依頼者が監護権または監視されない面接権を要求する場合には、弁護士は子の保護のために虐待に関する具体的な情報を当局に知らせるべきである。

ABA Ethics 2000 委員会は、提案した Model Rule 1.6(b)(1) の改正の注釈において、次のように述べた：
・・・条項 (b)(1) は、最優先されるべきものは生命の価値であり、かつ身体を傷つけないことであるとし、

一定の死や重大な身体の傷害を合理的に防ぐために必要な開示を認める。重大な身体の傷害は、生命を危うくする、もしくは衰弱させる傷害や病気、および子の性的虐待を含む。このような傷害が生じるのは、傷害が差し迫っている場合、または後に当事者がこのような傷害を被るだろうという現在および重大な脅迫が存在する場合、弁護士がこの脅迫を排除するために必要な行動をしない場合である。

また、子の利益のために訴訟のための後見人または弁護士の選任を要求することは適切かもしれない。家族法制度の基本理念は、子の福祉に高い優先性を置くことである。親の報復や子の利益を保護する必要性を裁判所が見落としたとしても、弁護士が何ら行動をしないことを正当化するものではない。しかしながら、婚姻弁護士が身体的虐待または同じような親の欠格に気づくならば、保護者または子の弁護士の選任だけでは十分ではない。ましては、弁護士が依頼者による子の虐待に気づいているならば、辞任をすることは問題の解決にはならない。

6.6 弁護士は、虐待が真実であるという合理的な基礎や証拠がない限り、子の虐待を主張する依頼者に助力するべきではない。

注釈

当事者による虐待に気づいた弁護士は、虐待の報告義務がない場合でも、離婚手続または監護権手続の情報を提供することが許されている。しかしながら、子の虐待を報告することは重要ではあるが、親が子を虐待してきたという主張は醜く、家族法の分野において最も不愉快で有害な訴訟になってしまう。このような主張は、子のトラウマになってしまうような審査に子を巻き込んでしまう。告発する親も告発される親も共に大きな傷を負うことになる。

自暴自棄な配偶者または怒り狂っている配偶者は、強力な武器として虐待の告発を使いたいという誘惑に勝てない。紛争において不公正な強みを獲得するためにこのような罪を利用することは、許しがたい。弁護士が不当であると考えるような主張をすることを依頼者が固執するならば、弁護士は辞任するべきである。弁護士は、虐待に関する合理的な基礎や実質的な証拠があると確信が持てるならば、手に入るあらゆる情報や人的リソース—医師、セラピスト、または他の保険専門家による評価—を使うべきである。主張が公正であると考えられる場合でさえも、この主張は、子に害を与えず、かつ紛争を悪化させない方法で行われるべきである。

(7) 職業上の提携と裁判運営

7.1 弁護士は、相手方弁護士や当事者に敬意を払うことによって、家族紛争の感情的高ぶりを抑えるように努めるべきである。

7.2 弁護士は、依頼者の適法な利益と矛盾する場合を除き、争いのない関連問題を明文化しておくべきである。依頼者の許可が必要な場合は、弁護士は、争いのない事項を依頼者に明記させるべきである。

7.3 弁護士は、相手方弁護士を騙したり、故意に誤った方向に導くべきではない。

注釈

弁護士は、相手方弁護士の説明を信頼するべきである。婚姻弁護士は、弁護士または依頼者による誤解されやすい言葉から生じる誤った印象を訂正するべきである。弁護士は、依頼者の信頼を維持しなければならないことは言うまでもないが、その機密保持義務は、弁護士に相手方弁護士を騙すことまで要求するものではない。相手方当事者または相手方弁護士が、弁護士が提供することを要求されない情報、依頼者に保留することを指示された情報、もしくは依頼者に不利益な情報等を明らかに要求する場合、弁護士は情報提供を拒絶するべきである。

実例：

①婚姻弁護士は、相手方弁護士によって話を持ちかけられる。たとえば、「私の依頼者は和諧することはないが、妻が他の男と会っているかどうかだけ知りたいと言っている。どうですか」。弁護士は、妻が浮気していることを知っている。弁護士は、その質問に答えたくないし、答えられないと言うのが適切であり、依頼者は浮気していないと言ったり、もしくは浮気についての詳細を話すことは不適切だろう。

②弁護士は、相手方当事者が公表したくない行為に従事していると考える。婚姻弁護士がその行為の証拠を握っているとはったりをかけて、相手方を騙して和解させることは不適切である。

7.4 弁護士は、和解の条件について自分の権限を誇張したり、依頼者が許可しない権限まで持っていると言うべきではない。

7.5 弁護士は、依頼者のために不公正な利益を獲得しようとして、合意事項について、相手方弁護士のミスを誘い出したり、またはミスをあてにしたりするべきではない。

注釈

弁護士間では、単に詐欺的行為をしをかけないだけでなく、互いの信頼が必要である。誤解は訂正されるべきであり、依頼者に利益になることを期待してそのままにしておくべきではない。たとえば合意の変更があった場合、弁護士は誤解を避けるだけでなく、相手方弁護士の不注意で当初の理解または合意とは異なる間違いがあればこれを訂正するべきである・・・

実例：

①扶養を巡る紛争において、扶養料の支払いは夫側の税控除の対象になり、妻の課税対象所得にするという和解に合意したとする。妻の弁護士は、税金の取り扱いは、夫に税の控除がなされるわけでも、妻の課税対象にもならないので、和解の文言は無意味であることを知っている。このような場合、弁護士は相手方弁護士にこのことを示すべきである・・・

②妻の弁護士は、当事者の再婚によって扶養が終了するという合意条項を不注意で入れてしまった。夫が自分の再婚によって扶養の支払い義務がなくなるかどうかを尋ねてきた場合、弁護士はその合意条項の間違いを訂正するべきである・・・

7.6 機密事項と思われる資料を受け取った弁護士は、不注意に送られてきたことが判明するやいなや、資料の検討を直ちにやめて、送り主に返却するべきである。

注釈

相手方弁護士または当事者から不注意に資料が送られることがある。このような例は、e-mailの利用や複数人への同時Fax機能、および複雑な事件のディスカバリーによる莫大な資料の提供によって増加するようになった。・・・資料が機密事項を含むものである場合、依頼者のために利用する誘惑は大きい。

裁判所や倫理委員会の機密資料に関する扱いは統一的ではない。ABA常設委員会（ABA Standing Committee）による「資料は読まないで返送するべきである」という方針に従う裁判所もあれば、弁護士依頼者特権のある意思疎通が当事者の意思で開示された場合は、機密保持の制約はなくなり、特権は終了するという立場をとる裁判所もある・・・

この「行為基準」は、ABA の倫理問題に関する公式見解（ABA Formal Opinion）による「資料が間違いで開示されたならば、それを受け取った弁護士は資料の検討をやめ、資料を送ってきた弁護士に返却するべきである」という方針に従う・・・

実例：

①妻の弁護士は、夫の弁護士から夫宛の e-mail を受け取った。夫の弁護士が間違っ妻の弁護士に送信したことは明らかだった。しかしながら、妻の弁護士は自分宛にメールのコピーが送られてきたと考える合理的な根拠がある場合には、そのメッセージを読むことができる。

②夫の弁護士は、妻に多くのディスカバリーを求めた。その要求に応じて、妻の弁護士は、多くの資料を送ってきた。夫の弁護士が資料を検討している際に、一見事件とは関係のない資料を見つけた。それは、妻の弁護士から妻に宛てた手紙で、「結婚前にあなたがドラッグを使用していたという質問に関して・・・」という書き出しだった。夫の弁護士は、その手紙が意図的に提供されたという合理的な根拠がない限り、弁護士はその手紙の内容に立ち入らずに妻の弁護士に返却するべきである。

7.7 弁護士は、未知の情報筋から意図的に送られてきた資料であっても、それが機密事項に属すると考えられない限り使ってもよい。ただし、機密資料であれば、裁判所に寄託するべきである。

7.8 弁護士は、情報や文書の交換に協力するべきである。弁護士は、遅延もしくは嫌がらせのためにディスカバリー手続を利用したり、手続を妨害するような戦術を行うべきではない。

（８）調停人

8.1 弁護士は、調停を行うことができる能力がある場合にのみ調停人として行動するべきである。

注釈

弁護士は、適切な教育、訓練、または経験を積まないで家族紛争の調停人として行動するべきではない。必要な知識や技術を習得する多くの方法がある。たとえば、ロースクールの訓練プログラム、婚姻弁護士協会の調停訓練検定（「AAML mediation training certification」）、継続的な法学教育、公的な訓練プログラム、および同業者による非公式な訓練がある。調停人としての中立的な役割は依頼者を代理する婚姻弁護士のそれとは異なる技術と目的が要求され、調停人として有能に行動するには研鑽と訓練が必要である。

婚姻弁護士は、より優れた調停人になれるかもしれない。というのは、婚姻弁護士は、訴訟の展開を見通す最高の立場にいるだろうし、また調停による合意内容や有効性を保証することができるからである。

8.2 家族紛争において調停人として行動している弁護士は、公平でいるべきである。

注釈

家族紛争を解決する責任の多くは、当事者にある。友誼的に紛争を解決する中立的な人は、情報に基づいて自発的に和解に到達するように助力するべきである。調停人は決して強制して当事者に合意をさせたり、実質的な決定を行うべきではない。調停人は、完全に公平でいるべきである。調停人は操作的なやり方や威圧的なやり方で当事者が合意に到達するよう助力するべきではない。調停人は、当事者が情報に基づく交渉をすることができないと考える場合には、調停を延期したり、当事者に適切な機関を紹介するべきである。

- 8.3 家族紛争において調停人として行動する弁護士は、当事者が個別に法的助言を獲得するよう促すべきである。

注釈

調停人は、最初に当事者双方に個別の法的助言を獲得するように促すべきである。個別の法的助言を獲得すれば、当事者は利用できる解決の選択肢の意味とそれによって生じる派生問題について理解することができるだろう。調停で相談できる弁護士がいる当事者は、自分の利益に特化した助言の特典を受けられ、より自信を持って手続に参加することができる。調停案を弁護士と再検討することは、当該当事者が合意に署名する前に合意内容の公正についてよく検討するための機会を与え、当事者が合意内容について理解し、自発的に合意することを確実なものとする。

- 8.4 家族紛争において調停人として行動する弁護士は、当事者が情報に基づいた上で合理的に決定を行うことができるように助言を与えるべきである。

(9) 仲裁人

- 9.1 弁護士は、仲裁を行うことができる能力がある場合にのみ仲裁人として行動するべきである。
- 9.2 仲裁人として行動する弁護士は、裁判官行動準則規程 (the Code of Judicial Conduct) を含めた裁判官に適用される関係諸規則のすべてに従うべきである。

[注]

- 1 「アメリカ婚姻弁護士協会」(American Academy of Matrimonial Lawyers) のサイト (<http://www.aaml.org/>) の「Bounds Of Advocacy」2 頁を参照 (http://www.aaml.org/files/public/Bounds_of_Advocacy.doc)。
- 2 なお、1991 年のアメリカ婚姻弁護士協会の行為基準については、秋田知子：研究ノート『アメリカ合衆国における弁護士倫理教育の一手法』(Deborah L. Rhode のパヴェイシブメソッド) 桐蔭論叢第 10 号 (2003 年) の注 3 で一部紹介した。
- 3 全文は、http://www.aaml.org/files/public/Bounds_of_Advocacy.doc を参照。なお、Deborah L. Rhode & David Luban, "Legal Ethics", 4th ed.(Foundation Press), pp.517-519 に部分的引用がある。
- 4 ただし、この「行為基準」を策定する上で基本になっている Model Rule は、2002 年に改正される以前のものである。
- 5 旧 Model Rule2.1 参照。旧 Model Rule の訳文は、朝日純一ほか「弁護士倫理の比較法的研究」所収「アメリカ法曹協会の弁護士業務規則 (翻訳)」法政大学現代法研究所 (1986 年) による。
- 6 旧 Model Rule1.7(b) 参照。
- 7 旧 Model Rule2.2 参照。ただし、旧 Model Rule2.2 は 2002 年に削除された。削除された経緯については、以前に拙稿：「離婚紛争の解決における弁護士の役割－アメリカにおける離婚調停を手がかりとして－」桐蔭論叢第 12 号 (2005 年) 204 頁において触れた。
- 8 旧 Model Rule1.5(a) 参照。「弁護士の報酬は、合理的でなければならない。報酬の合理性を決定するに当り考慮すべき要素は、以下のものを含む。(1) 所要の時間と労力、含まれる問題の新規性及び困難度並びに法的サービスを適切に遂行するために必要な熟練、(2) 依頼者にも明らかになるのであれば、その特定の仕事の受任をすることがその弁護士の他の仕事を妨げる蓋然性、(3) 類似の法的サービスに対してその地方で通常請求される報酬、(4) 目的の価額及び結果、(5) 依頼者により又は事情により課される時間的制限、(6) 依頼者との業務上の関係の性格及び期間、(7) そのサービスを遂行する弁護士の経験、名声及び能力、(8) その報酬が定額報酬か、成功報酬か。」
- 9 旧 Model Rule1.6(b)(1) 参照。