

第一章 法律相談力

第一節 法律知識保有力

- 一 法律知識は具体的な事実の知識
- 二 回答できなかった法律相談
- 三 弁護士の中身は高が知れている
- 四 各論の要件事実は財産。財産を積み上げること
- 五 法律知識保有力を持つことの効果

第二節 事情聴取力

- 一 相談者が語りたくないことを聞いた場合
- 二 相談者が訴えたいことと弁護士が聴き取らなければならないこと
- 三 正しい事情聴取の姿勢

第三節 回答力

- 一 答えるべきではない相談
 - 法の裏・有利な解釈・逃れる方法・法の限界・人生相談・政策判断・事実認定・無権利者へのアドバイス —
- 二 回答には必ず法的根拠を示す

第四節 相談者の能力その他の属性

- 一 法律知識が豊富で、法的な思考能力のある相談者
- 二 法律知識はないが、説明すれば理解できる相談者
- 三 注意を要する相談者

第一節 法律知識保有力

法律知識保有力とは、弁護士が、法律相談で、相談者に対し、的確な法律知識を提供し、あるいは、アドバイスが出来るだけの法律知識を、弁護士自身が取得し、保持し、さらに、研鑽^{けんざん}や経験を通してそれらを積み増し、深化させていく能力をいいます。

この能力は、弁護士のもつ能力“弁護力”の基本になる能力です。この能力がなければ、弁護士は、法的思考力、対処力などを持てず、委任された事件や事務の処理にあたって、法律以外の物差しを持ち出して思考し、判断し、行動するという誤った仕事をする危険があります。

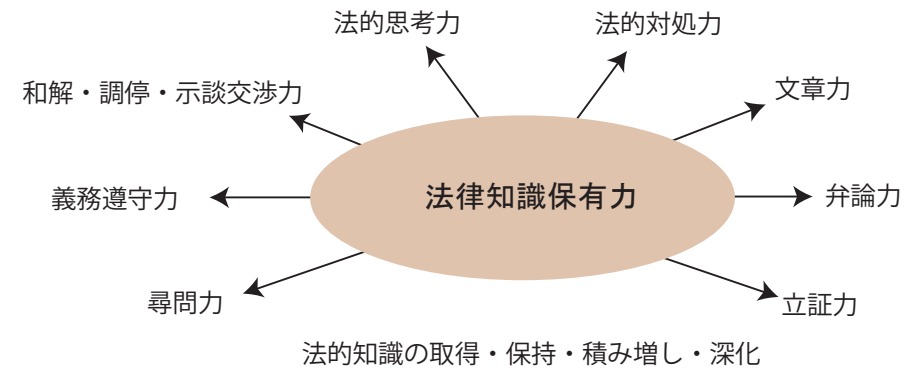
逆に言えば、この能力が十分にあれば、法的思考力や対処力が身に付くこととなります。すなわち、弁護士が、法律知識保有力を身につければつけるほど、点が線になり、線が面になり、面に深みが出来るごとく、法知識や法理論を、正しく、広く、深く学ぶことができるようになるのです。

その結果、的確な表現をもって法理論を展開できる能力、文章力、弁論力は無論のこと、いわば要所を押さえた立証や証人尋問をする力も身に付くはずです。

無論、法律知識保有力だけで訴訟に勝てるというものではありません。訴訟に勝つには、後述の立証力や尋問力が必要になりますが、法律知識保有力をもっておれば、何が法的に重要な事実かが的確に分かり立証や尋問の対象を明確にできる点で、それに気がつきにくい弁護士よりも有利な立証や尋問ができることになると思われます。

さらに、要所を押さえた交渉である、和解・調停・示談交渉の力もつくでしょう。

加えて、法の中に潜む法の倫理を学べますので、弁護士に必要な真実尊重義務や誠実義務などの義務遵守力も身に付くものと思います。



一 法律知識は具体的な事実の知識

1、建物明渡し請求に関する法律相談

ある法律相談会場でのことです。他に弁護士や相談者がいるのに、突如、甲高い声で、

弁護士 だから、さっきから言っているでしょう。あなたの場合、
正当事由が認められれば、借家人に建物から出てもらえますっ。

すると、大きな声で、

相談者 だから私も先程からお尋ねしているでしょっ。私の場合、
正当事由があるのですかっ？

弁護士 だから何度も言っているでしょう。それは裁判所が判断する
ことですっ。

相談者 私も何度もお尋ねしているでしょっ。私の場合、建物が古
くて改築する必要があるんで、借家人に出て行ってもらいた
いんですよ。それは正当事由にならないのですかっ？
ならないのなら、私のような場合、どういう条件が満たされ
れば、正当事由が認められるのですかっ？

弁護士 正当事由というのはですね。貸主の利益と、借主の利益を比較考量して、貸主の利益の方が大きいときに認められるものですから、あなたの場合、一概に正当事由があるともないとも言えないんです。裁判になっていろいろな主張が出て、裁判所が判断することなんです。んもう、このことは何度も言ってるでしょ。

相談者 それはもう何度もお聴きしましたよ。私の場合、本当に建物がこのままではもたないんです。正当事由があるのではありませんか？ ないのなら、正当事由って何なんですかって？ もう少し詳しく正当事由の中味を教えてくださいたいんです。

弁護士 だから、言っているでしょう。正当事由というのはね……

以下、堂々巡りの言葉のやりとりが続くのですが、時間がかかる割には内容が発展深化することはありません。

これは弁護士歴 20 年位の弁護士が相談に応じたときの相談事例です。

この相談者と弁護士の会話でお分かりのように、この弁護士は、借地借家法の趣旨や条文解釈などの抽象論、あるいは、一般論（総論）は立派に言えましたが、この相談者が直面している各論とも言う「建物の改築の必要性がある場合に建物賃貸借契約を解約できるための要件」については一言も説明できていないのです。

これは、いったい、法律相談といえるのでしょうか？

言うまでもなく、この相談者は、弁護士のした「正当事由があれば建物賃貸借契約を解約することができる」という回答には納得しませんでした。

2. 弁護士は相談者が理解できる言葉で答える

弁護士は、相談者が理解できない言葉で回答すべきではありません。この相談事案では、「正当事由」などという抽象的な言葉だけで回答すべきではない、ということです。

確かに、借地借家法では、「建物の賃貸借の解約の申入れは、……正当の事由があると認められる場合でなければ、することができない。」という規定がありますので、弁護士の「正当事由があれば建物賃貸借契約を解約できる」という回答は間違いではありません。

しかし、ここでいう「正当事由」とは、建物の賃貸人や賃借人が建物の使用を必要とする事情、建物の利用状況、賃貸人から提示される立退料の金額などを総合的に考慮してその有無が判断される評価概念ですので、相談者がその言葉を聴いても内容が理解できないのです。

では、この場合、A 弁護士は、どう回答すべきだったのでしょうか？

A 弁護士は、相談者に対し、その建物には行政側から建築基準法や消防法による指摘がなされているか？ 建物はどのような構造か？ 築後何年経過しているか？ 建物の躯体部分はどの程度傷んでいるのか？ 借家人の使用状況は？ などを聴き出し、どのような場合だと立退きの請求が認められやすいか、その場合に想定される立退料はどの程度か、のアドバイスないし回答をなすべきであったと思います。

むろん、これらの回答をするには、^{あらかじめ}予め、A 弁護士の頭の中に、『建物の改築を理由とする建物賃貸借契約解約の要件』が、ある程度具体的な事実として、入っていなければなりません。

3, 紛争類型ごとの具体的な要件事実を知っておく

世間には無数に紛争があるように見えますが、これらの紛争はある程度抽象化して一定の紛争類型に分類することが可能です。

13 ページの相談者の相談内容は、『建物の改築を理由とする建物賃貸借契約解約の要件は何か?』というものですので、特定の相談者固有のものではなく、一般的な紛争類型に属する相談とすることができます。

そうであれば、弁護士は、これと同じ相談を複数の人から何度も受ける可能性があるのですから、予め、相談者が納得できるだけの回答を準備しておくことが可能です。

それには、この紛争類型に属する裁判事例を多数調査し、どのようなケースだと解約が認められるか、解約が認められる場合に要求される立退料はどのように計算されているか、などの裁判の傾向を知っておくことが必要です。

二 回答できなかった法律相談

1, 整理解雇の四要件

ある法律相談の会場。相談者は中小企業の経営者で、対するは弁護士歴2年位の弁護士です。

相談者の相談というのは、「経営の悪化から従業員を何名か解雇せざるを得ないことになった。そこでとりあえず従業員を2名解雇しようと考え、AとBの2名に退職を勧告したが拒否された。解雇したいが出来るか?」というものでした。

この若い弁護士、整理解雇の四要件の知識があれば、楽に回答ができたのですが、その知識がなかったため、後日の調査・報告を約しただけで相談者に帰ってもらい、法律相談にはなりませんでした。

2, 整理解雇の四要件の内容

整理解雇の四要件というのは、

- 1) 整理解雇の必要があること（これは業績の悪化、一定の事業分野からの撤退とその必要性などで裏付けます）
- 2) 解雇回避の努力をしたこと（希望退職者の募集、出向、配転、他社の紹介など）
- 3) 解雇基準が合理的であり解雇基準を適用すると対象の従業員がそれに該当すること
- 4) これらを従業員や労働組合に説明し、協議をしたこと（客観的な資料の開示も求められます）

を言います。

この相談を受けた弁護士が、この法律知識を持っておれば、相談者に四要件を説明して、これらに該当する事実があるかどうかを具体的に聴

き出すことができます。

そして、四要件、とくに三番目の、「解雇基準が合理的であり解雇基準を適用すると対象の従業員がそれに該当すること」の要件については、初めからAとBを解雇する、というのではなく、何故AとBを解雇するのかを分析し、分析したところから、例えば、定年に達している、精密な作業をするのに老眼になっていて仕事の効率が悪いなど、客観的に把握できる基準を定めて、それに該当するからAとBを解雇する、という説明ができるだけの準備をすることを、相談者にアドバイスすることもできるはずです。

しかしながら、この弁護士の場合、整理解雇の四要件の知識がなかったため、まったく法律相談に応ずることができなかったのです。

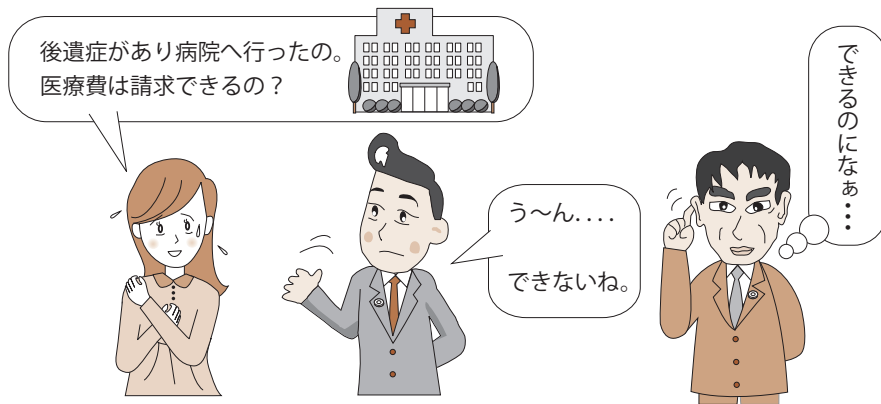
弁護士は、このような紛争類型についても、実務上よく相談され、また事件処理をするものですから、その要件事実は知っておかなければなりません。

弁護士が知っておかなければならない整理解雇の四要件は、次ページの表①から④の4つですが、重要なことは、①から④の要件だけでなく、四要件をより具体化したアないしトの事実を知っておくことです。

法律要件（要件事実）の意味

紛争類型は「整理解雇をしたい」	
要件	相談された会社の場合の具体的事情
①整理解雇の必要性	ア 今期大幅減収 イ 累積赤字〇〇〇〇万円 ウ 不採算部分からの撤退 エ 過剰労働力の発生 オ その他
②解雇回避努力	カ 新規採用停止 キ 時間外労働の削減 ク 希望退職者の募集 ケ 一時帰休 コ 配転・出向 サ その他
③解雇基準の策定	シ 勤務成績の悪い者 ス 欠席日数、遅刻日数の多い者 セ 規律違反等の多い者 ソ 企業貢献度の低い者 タ 家計への打撃が少ない者 チ これらの基準を適用するとAとBが該当すること ツ その他
④AとB及び労働組合への説明と協議	テ 決算書のコピー交付 ト その他
要件事実とは、それ（四要件）が揃うと法律効果（AとBを解雇しても有効）が発生する事実をいう	

三 弁護士の頭の中身は高が知れている



1, 法律相談で

弁護士になって間のない若い弁護士が、交通事故の被害者から、後遺症の治療費を加害者に請求できるか？という相談を受けましたが、弁護士は、「後遺症とは、治療をしても改善は期待できない症状、と認識されているので、治療をしても改善しない症状なら治療をする意味はない。したがって、治療費を請求することはできない。という論理になるはず」と考え、相談者には、後遺症の治療費は加害者に請求できないと回答しました。

しかしながら、交通事故等によって生じた怪我の治療を、法律学者や法律実務家で作った論理によって、後遺症の症状固定時以後は不要と断ずるのはいかにも不合理です。

裁判例では、症状固定後の治療費でも、改善は期待できないまでも、保存的治療として必要がある場合は、損害になると認めており、さらに、鍼灸院しんきゅういんの治療費やMRI検査費用も損害になると認めているケースもありますので、この弁護士は間違っただけの回答をしてしまったのです。

この相談事例では、相談者が不満を訴えたことから、この弁護士は自分の間違いを知り、以後、法律相談の回答をする場合は、文献や判例を調べ、自分も納得でき、相談者も納得できる回答を心掛けるようになりました。

法律相談に臨む弁護士は、どんなに簡単と思える相談内容でも、文献や裁判例の事前調査を忘れてはならないのです。特に、事件として取り扱った経験のない問題はすべて法令・判例にあたらなければならないのです。

この弁護士、法律相談に失敗し、相談者から不満を訴えられ、ボス弁に叱責され、己の未熟さを知り、恥じ入り、以後、事件として取り扱った経験のない問題はすべて法令・判例にあたることを心がけ、法律知識を積んでいったのですから、よい経験になりました。しかしながら、相談者に権利を失わせる危険を与えたことは否めません。

弁護士の頭の中の知識など高たかが知れています。常に、判例や裁判例を調査するという心がけを忘れてはなりません。

2, 法廷で

訴訟でも、思い込みだけで訴えを起こすと、次のような結果を生ずる場合もあります。

少し古い話ですが、ある弁護士が原告の代理人になって、被告会社に対し、退職金請求訴訟を起こしました。

その第1回口頭弁論期日でのことです。

裁判官 原告代理人にお尋ねしますが、訴状には、退職金100万円を支払えと書かれています。その請求の根拠は何ですか？

弁護士 退職金の支払いを請求するのは、退職金が給与の後払いだからです。

裁判官 退職金が給与の後払いと言われるのは、退職金の法的性質を言われるのですね。裁判所が知りたいのは、退職金の請求根拠です。

弁護士 ……………。

裁判官 原告と被告の間には、退職金の支払いを約束した労働契約を結んでいるのですか？

弁護士 いいえ。

裁判官 では就業規則や労働協約などに退職金に関する規定があるのですか？

弁護士 いいえ。

裁判官 ……ところで、訴状には退職金として100万円を支払えと書かれています。100万円の計算根拠は何ですか？

弁護士 そのくらいが相場かな、と思ったからです。

裁判官 原告代理人！この訴訟を取り下げられたらどうですか？
今のままなら、請求を棄却しますよ。

弁護士 ……では取り下げます。

3, 訴訟手続で

これは最近の例です。

原告の代理人になった弁護士が損害賠償請求訴訟を起こしましたが、その訴状は、第四章の文章力78ページに書いているような“法律用語”が正しく使われていない文章によるものでしたので、原告の権利も被告の義務も明確でないものになっていました。

その後、何回か訴訟手続が開かれたのですが、1年経過して原告から提出された何回目かの主張書面（準備書面）は、訴状に書いていたことと同じ内容でした。しかも、訴状で証拠の引用間違いがあり、被告代理人より答弁書でその間違いを指摘されていたにもかかわらず、同じ引用間違いまでしているのです。

これには被告代理人も呆れて、原告代理人に、何を根拠に被告に損害賠償の請求をするのか？と尋ねますと、原告代理人は「信義則によって請求する」と回答する有様で、全く法律論になっていないのです。

この様子を裁判所も呆れたのか、原告代理人に対し、書面で、わざわざ、「原告代理人は、①被告法人の誰が、②どのような行為をしたのか？③その行為はどのような法的義務に違反するのか？④その行為によって原告はどのような法律上保護された利益が侵害されたのか？を明確に特定して主張をまとめるよう、それができない場合は、人証調べに入ることなく、訴訟手続を終結することも考えている（要は原告を敗訴させるという意味）」旨の書面を送って警告する始末でした。

弁護士が法律知識保有力、つまり本書で言う“各論の知識”を持たないと仕事にはなりません。

弁護士は、すべからく、各論弁護士たれ。総論弁護士になるなかれです。

四 各論の要件事実は財産。財産を積み上げること

この世の中にある紛争は無数です。しかしながら、これらの紛争は、一つ一つは違っていても、共通項のある紛争も多く、前述のように、これらを紛争類型に分けて、それぞれの要件事実を定めることができます。紛争類型ごとの要件事実のことを本書では“各論”と呼ぶことにしますが、弁護士は、仕事を通して、多くの各論の知識を得ることが出来ますので、これらを分類し整理して積み上げていくことが重要です。

これは財産になります。この財産はパソコンに積んでいき、新しい判例などが出ると書き加えておくのです。地道にこのような方法で財産を蓄えておきますと、正確で迅速な法律相談が可能になります。

なお、拙著「弁護士菊池捷男の法律実務レポート1」および「弁護士菊池捷男の法律実務レポート2」は、交通事故、相続、高齢者、隣地、不動産売買、建築、保証、離婚、税金、マンション所有、セクハラ、労働、事業再生の各分野にわたり、実務上しばしば見られる、本書でいう紛争類型毎の各論の要件事実のうち、判例や裁判例を調べないと容易には知り得ない問題を中心に書いたものです。

補足 — 裁判例と判例 —

本章で、「裁判例」という言葉と「判例」という言葉を使っていますので、その意味の違いを解説しておきます。

「裁判例」とは、具体的な事件についてなされた裁判で、同じような事件を扱う場合に参考にすることができる裁判例、という意味になります。

例えば、「建物の改築を理由にする建物賃貸借契約の解約が認められるかどうか争われている事件」について言えば、a事件で建物賃貸借契約の解約が認められたとしても、それはa事件の中の諸事情が正当事由として認められただけのことで、b事件がいかに似た事件であっても、全く同一の事件ではありませんので、b事件の諸事情で正当事由が認められることにはなりません。しかし、正当事由が認められた事件を分析することで、裁判所はどの点に重きを置いて正当事由を認めたのかを探ることは可能です。そして、このような裁判例を数多く分析していけば、同じような事情のある事件については、裁判の見通しがたてやすくなります。

裁判例とはそのような参考になる裁判の例をいうのです。

一方、「判例」とは、法の解釈が統一され、実務を事実上拘束する法規範になっている裁判所の考え方を意味します。例えば、前述の整理解雇の四要件がそれです。23ページに書いた4つの要件、すなわち、①ないし④がその要件ですが、その要件が満たされれば、整理解雇は有効になるのです。この四要件は、特定の事件に固有の要件というのではなく、同じ紛争類型にある他の具体的な事件にも求めることのできる一般性、共通性のある要件ですから、規範になりうるのです。ですから、事件が違って、その事件がこの四要件を満たす限り解雇は有効ということになります。

このような法規範性を持つ裁判所の考えを判例というのです。

五 法律知識保有力を持つことの効果

弁護士には、広範な法律知識を保有することが求められます。深くとも狭い範囲の法律知識では、知識のない分野の問題に遭遇したときに間違った対応をしてしまうからです。

ある事件を紹介します。

Aが妻との離婚事件を弁護士に委任したのですが、その件でAが妻に財産分与をする話に発展し、Aが妻に駐車場として使用している土地を与えるか、自宅を与えるかを選択することになりました。Aとしては駐車場も自宅も価値は同じくらいでしたのでどちらを与えても良いと考えたのですが、一応弁護士に相談しました。

これに対し弁護士は、どちらも同じ程度の価値であるのなら、どちらを分与しても同じだと回答をしたのです。そこで、Aは、駐車場を妻に分与することにしたのですが、後日、Aは所轄税務署から、駐車場の譲渡所得にかかる所得税が課せられることになりました（この理は弁護士菊池捷男の法律実務レポートの2の38ページ参照）。自宅であれば、居住用資産の譲渡になり、その件では、譲渡所得にかかる所得税は課せられなかったのですが、Aの代理人である弁護士にはこの知識がなかったため、Aは結果的に予定になかった所得税を納付することになったのです。Aと弁護士間でトラブルが生じたことは言うまでもありません。

広範な法律知識は間違った対処をしないためにも必要ですが、もっと大きくは、法的な思考力、論理的にものごとを考える力を育てるためにも必要なことなのです。

世の中には無数のトラブルがあり、一つ一つのトラブルから多くの法律問題が生じます。また1つのトラブルから次のトラブルが生じ、トラブルが連鎖的に拡大していく場合もあります。一波が万波を呼ぶのです。

一波を乗り越えるのもたいへんなのに、万波を乗り越えるのはもっとたいへんです。これを乗り越えるには、個々の法知識を越えた法的思考力、論理的に考えを進める力が求められるのです。そのためには広範な分野での知識が必要になるのです。

弁護士の中に、もし、交通事故や離婚、相続など一定分野の専門家あるいは専門弁護士だという者がいるとすれば、それは専門という用語の誤用であると考えた方が良いでしょう。交通事故や離婚、相続などは、弁護士なら誰でも知っていなければならない一般法の分野にあるもの、言わば弁護士にとって常識の分野にあるものです。誰でも知っている知識があることをもって専門家という人はいないはずで、弁護士なら持たねばならない法の知識をもった上で、一般の弁護士が持っていない特定分野の知識を、深く、その分野では広く、持った弁護士が専門弁護士と呼ばれるものだと思います。

弁護士は、まず一般的な分野で起こりうる問題に対処しうる法律知識を、正確に、広く、深く、修めていくことが必要である、と考えます。

なお、本書でいう法律知識とは、ばらばらな知識ではなく他と関連性をもった体系化された有機的な知識を意味しています。

第二節 事情聴取力

事情聴取力とは、依頼された事件の解決に必要な情報を漏れなく聴き取る能力を言います。ここで、情報とは、主張すべき事実とその裏づけとなる書証、物証、人証などの証拠のことです。主張すべき事実は、相談者が遭遇している事件の紛争類型における、法的効果が発生する事実、つまり要件事実と、それに関係する重要な事実です。総論や抽象論ではなく、第一節一で詳述した具体的事実（各論）です。

法律相談では、相談者は何を語るべきかを知りません。それは、何が法的に重要な事実かを知らないためです。

ですから、弁護士は、まずは相談者に、相談者が語りたくないことでなく、相談者が語らなければならないことを示し、それを語って頂くようにすべきなのです。

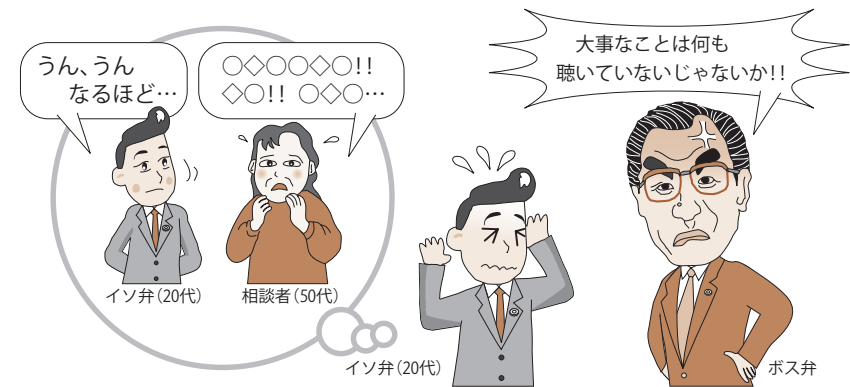
補足 — 聞くと聴く —

なお、本書では、言葉が耳から入ることを、「聞く」と「聴く」という用語で表していますが、その意味の違いを書いております。

これらの言葉は、いずれも「きく」と発音しますが、「聞く」は、そくぶん 仄聞（仄かに聞く）という言葉があるように、耳に入るという消極的な意味に使い、「聴く」は、聴取という言葉があるように、積極的に聴き取るという意味に使っています。

なお、同じく「きく」と発音しますが、後の章で「訊く」という言葉を使っているところもありますが、これは、用件を訊くという場合のように、尋ねる、質問する、という意味です。

一 相談者が語りたくないことを聞いた場合



A 弁護士は弁護士になってまだ1年にもならないイソ弁（居候^{いそうろう}弁護士の略称つまりは勤務弁護士）でした。ある相談者から法律相談を受け2時間以上も事情を聞いたのですが、その後、その内容の報告を受けたボス弁（イソ弁を雇用している弁護士の意味）から、「で、この点はど
うなの?」と尋ねられ、「え? その点は聞いていません。」「では、この点は?」「はあ、聞いていません。」「では、この点は?」「すみません。聞いていません。」という答えしかできませんでした。

ボス弁があきれて、「じゃあ、君は何を聴いたの?」とイソ弁に尋ねますと、イソ弁は、「相談者が訴えることを聞いてあげたのです。」と答えました。

こんな弁護士では、相談者も、無駄な時間を使わされ、さぞ迷惑だったろうと思います。

紛争類型ごとの要件事実のことを「各論」と呼びましたが、各論の知識の乏しい弁護士は時間をかけるほどには事情聴取が出来ておらず、各論の知識のある弁護士は、かけた時間の割には多くの事情聴取が出来ていることは、このイソ弁の法律相談の内容から明らかでしょう。

二 相談者が訴えたいことと 弁護士が聴き取らなければならないこと

A 弁護士が、中小企業甲社の経営者乙から、整理解雇の相談を受けたときのことで。

甲社は、整理解雇の対象に、B、C、Dの3人を選びました。そのうちBは甲社の経営状態の悪いことを知り、いくばくかの退職金をもらって退職したのですが、CとDは退職することを拒否しました。そこで、乙がA 弁護士に、CとDを解雇したいと言って相談に来たのです。

そこで、A 弁護士は、整理解雇が有効にできるように、23 ページで説明したような整理解雇の四要件を示しながら、その要件に適合する事実関係を聴き出し、また、その要件に合わせた解雇基準を作ることを提案しようとしていました。これらの四要件が満たされると、甲社はCとDを解雇することができるからです。

しかしながら、乙は、A 弁護士の意に反して、A 弁護士の聴き取りに協力しません。A 弁護士の事務的な事情聴取では崩せない感情の塊があったからです。乙は、A 弁護士の質問を制止しながら、乙がいかにCやDのため尽力をしてきたかを語るのです。

曰く。「自分はCが結婚するとき仲人をしてやった。その際給料も大幅に上げてやった。Dの妻が病気になったときに乙の妻も見舞いに行き、励まし、物質的な援助もした。その際もDの給料を大幅に上げてやった。それなのに今、会社が経営の危機を迎えて困っているのを知りながら、CもDも会社を辞めないとやっている。恩知らずだ。」と言い出したのです。まさに“口角沫を飛ばす”の図です。

2時間もその話が続いたというのですから、A 弁護士もまことに辛抱強い弁護士であったと思います。無論、この間、A 弁護士はただ聞き役に徹したわけではありません。CとDを解雇するには、理由が要る、手続が要ることを、口を酸っぱくして説明し、乙もA 弁護士の言葉を理解はしてはいたのです。そして、A 弁護士が整理解雇の四要件の説明をし、

その内容に適合する事実関係を聴き出そうとする際は、あるところまでは協力をしますが、途中で、「法律は何故、このような恩知らずを解雇するのに、このような面倒なことをさせるのか？ 納得できない！」など法が求める整理解雇の四要件を否定するなどしていったのです。

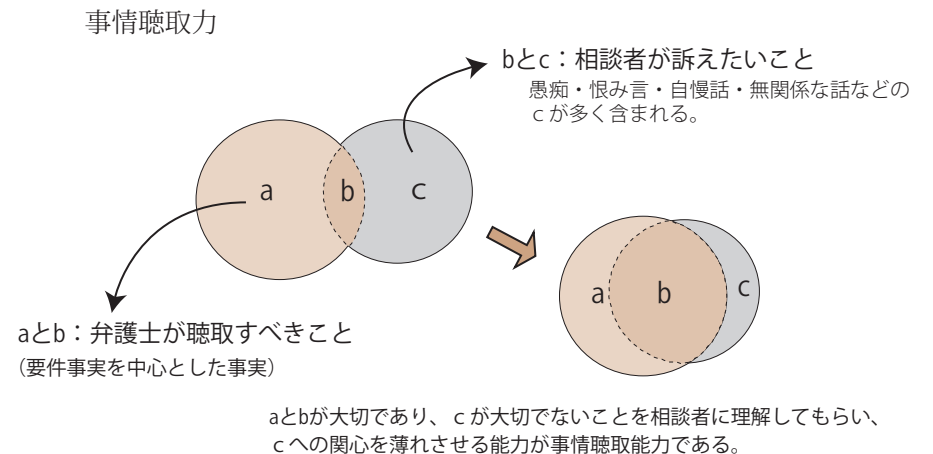
その日、まともな事情聴取が出来なかったことは言うまでもありません。

相談者や依頼人が訴えたいことと、弁護士が聴き出さなければならないことには、大きな差があるのです。

下の図は、弁護士が聴き取らなければならない重要な事実 a + b (要件事実や間接事実や関連事実 = 各論の要件事実) と、相談者が訴えたい事実・弁護士に理解して欲しい事実 b + c の重なり具合を描いたものです。

この図で重なっていない部分のうち a の部分は弁護士が必ず聴き取らなければならない部分です。その部分を聴き取るためには、弁護士は、その重要性を相談者に理解してもらわなければなりません。相談者がその重要性を理解したときは、相談者は、自ずと、c の部分が重要な事実ではないことを理解し、c の事実を語ることは少なくなります。

弁護士の事情聴取力とは、相談者から a の部分を聴き出し、c の部分への関心を薄れさせる能力と言えるのかもしれませんが。



三 正しい事情聴取の姿勢

正しい事情聴取とは、相談者に各論の要件事実をあらかじめ明示して、それに適合する事実関係を質問していくことです。

これまでに述べたところから理解できると思いますが、弁護士は、各論の知識をもって、相談者が必要としている法律効果を得るための要件（事実）を明示してあげ、相談者にはそれを指標として事実関係を語っていただくようにすべきです。そうすれば事情聴取に無駄が少なく、時間を効率的に使うことができます。

ただ、注意すべきは、弁護士は、事情聴取の効率性ばかり考え、相談者が語りたいことを十分に語らせないことになってはならない、ということ です。

相談者が相談に応じてくれた弁護士に対して抱く不満として、しばしば聞くことですが、話を聞いてくれない、話をしていたら叱られた、と訴えていることがあります。

弁護士は、一般の方は、弁護士が思うとおりに事実関係を整理し、効率よくは説明し得ないものだということを認識し、余裕をもって聴く、ということも必要であると思います。

なお、その事実があれば、一定の法律効果が発生することとなる、要件事実は、訴訟になったときの争点になる可能性のあるものです。

訴訟では、どの事実が争いになるのかを明確にして、証拠調べがなされますので、証拠調べの前の段階で行う争点整理は重要になります。したがって、法律相談で質問を受け、回答をする場合は、このことを意識して、将来争点になる可能性のある事実に関しては、証拠の有無や内容を確認しながら、丁寧に回答する必要があります。

訴訟で、争点整理は大切です。

「まことに、争点整理こそは、訴訟という航海になくはならぬ羅針盤である」とは著名な裁判官の言葉ですが、相談者に争点を示さず、ただ相談者の言いたいことのみを聞く法律相談では、この裁判官の言う「羅針盤のない船にのって、あてどなく大海原を漂流するような愚を犯す」ことになるのです。

相談者に対し、相談の指標、何がその問題で重要なものか、を示すことは重要なこととなります。

第三節 回答力

一 答えるべきではない相談

— 法の裏・有利な解釈・逃げる方法・法の限界・
人生相談・政策判断・事実認定・無権利者へのアドバイス —

法律相談に来る相談者の意図や目的のほとんどは、弁護士から、「正しい法律知識を教えてください」「法律に基づく正しい判断をしてもらいたい」というものですが、そうでない目的をもった相談者もいます。次のような相談者に対しては、法律相談に応ずるべきではありません。



1. 法律の裏を教えて欲しいという相談

法律の裏を教えてほしいという相談者がいます。

しかしながら、法律には裏も表もありませんので、法律の裏など説明のしようがありません。法律には裏と表がある、と考える人は、法律の表を適用すれば自分の権利は認められないが、法律の裏を適用すれば自分の権利が認められると考えているようです。

しかしながら、同じ事実と同じ法律を適用して、権利が否定されると同時に権利が認められるという矛盾したことはありません。

法律の裏によって権利が認められるということは、事実を曲げて法の適用を回避する行為を言うのですから、法的には無効ですし、多くの場合、犯罪になることです。

「弁護士さんは、法律の裏を知っているのです、こんなことは簡単にできるでしょう」などとおだてられて、乗るようでは、弁護士失格です。

自分には他の弁護士にできない裏技があるという弁護士がいるそうです。聞くだに、うさんくさい言葉ですが、この言葉は法律の裏を教えて欲しいという言葉と裏腹の関係になる言葉です。

こんな言葉を吐いていると、弁護士の品位と信用をなくします。

このような弁護士は少ないと思いますが、ここまであからさまに言わないまでも、相談者に大なる期待を持たせ、事件の依頼人になるよう誘導する弁護士はかなりの数いると思われます。

弁護士が事件を受任する際、依頼人には、相手方から、1000の金銭を取ってあげます、と言って事件を受任しながら、結果は、その10分の1程度の金銭しか取得できなかったのに、弁護士報酬のうちの着手金を1000を基準に算出し、その5%の50を受取り、成功謝金としてその弁護士が勝ち得た100のうちの10%つまり10を取得し、結果的に、依頼人は40、弁護士は60を得た、という話もあります。

その弁護士の辣腕^{らつわん}を信じ1000を取得できると信じたその依頼人は、手元に40しか入らず、その弁護士に怒りをぶつけたそうです。昔、私が直接その弁護士から聞いた話です。

弁護士が、競争社会を生き抜くために、相談者や依頼人に、ある程度、実力値よりも高い期待値を抱かせることはあると思います。しかしながら、法が認めないような権利^{こうふん}をあるが如き口吻をもって、相談者に事件の委任を勧めることはあってならないことです。

一般の方も、テレビや映画の世界の弁護士と現実社会の弁護士とを混同しない知恵が必要です。

2, “有利な法律解釈”で回答して欲しいという相談

有利な法律の解釈で回答して欲しいという相談者からの要請があるようです。

しかしながら、法律解釈は裁判所の仕事です。弁護士が裁判所の採用しない解釈をすることはできません。弁護士は裁判で通用する解釈を知り、それを相談者に教えるだけです。

無論、裁判所が採用していないが学説では有力だという解釈もあります。しかし、その学説に立って法律判断をしても、裁判になったときはその学説を裁判所が採用していないので、その解釈はなされず、相談者が敗訴することは容易に考えられます。そのリスクは相談者に伝えなければなりません。

ある相談者が、課税処分に不満で、2人の弁護士にその取り消しの可否について相談しましたが、いずれの弁護士からも、課税処分は合法なのでその取り消しを請求することはできない、と回答されました。これに納得できなかった相談者は3人目の弁護士に相談しましたところ、その弁護士の解釈では、課税処分は違法になるということでした。その解釈の根拠は、その課税処分は“常識に反する”ということだったのです。

そこで、相談者はその弁護士に課税処分に対する異議の申立と課税処分取消訴訟を委任しましたが、当然の如く、異議の申立は棄却され、訴訟では敗訴しました。

その後、この相談者は、その弁護士を相手として所属弁護士会の紛議調停委員会に調停を申し立てたのですが、その弁護士は「自分の法解釈は間違っていない。悪いのは間違った法解釈をした裁判所だ」と回答し、調停は不調に終わりました。

3, 強制執行から逃げる方法を教えて欲しいという相談

著名な刑事弁護士が、顧問先から相談を受け、多額の現金を債権者の知らない預金口座に移動させたことがあったらしく、その弁護士は、強制執行妨害罪の疑いで逮捕、勾留^{こうりゅう}され、一審では無罪判決を受けたものの、二審では有罪判決を受けることになりました。

この弁護士は、経歴から言っても、日頃の生活や言動から言っても、初めから犯罪になることを知って顧問先にアドバイスをしたとは到底考えられないのですが、顧問先から相談を受け、顧問先の希望に添う方策を考えている内に、違法・合法を画する一線を越えてしまったのかもかもしれません。

財産はあるが、なんとか押さえられない方法はありませんか？ という相談は現実にあります。このような相談には応ずるべきではありません。

4, 法の限界を教えて欲しいという相談

法律相談で、どこまでなら法的に許され、どこからなら違法になりますか？ という相談をする人がいますが、安易にその相談に乗るのは危険です。

このような相談をする人の多くは、違法・合法の境界すれすれで自己の願望を満たそうとする人と考えてよく、仮に違法な行動をしない場合でも、コンプライアンスという面では決して誉められる行動はしないと思われれます。

一般に、違法・合法の境界は、理屈では線引きできても、利害が絡む当事者には、その一線を越えるのに抵抗はあまりありません。

このような相談者の相談に乗ると、いつ刑事事件の共犯にされるかわかりません。

5. 人生相談

夫が愛人を作って家出をしたが、取り返す方法はないか？ という離婚に関係した相談などがありますが、これは法律問題ではありません。夫が愛人を作って家を出た事情も、夫婦間がどうなっているのかも、いえ、夫や妻の人柄、性格など全く知らない弁護士に、夫婦間がうまくいくよう相談すること自体、的はずれな相談です。

弁護士は、このような相談に乗るべきではありません。

6. 政策判断に属する相談。

従業員が横領したが、役員会で懲戒解雇にすべし、という意見と、自己都合を理由に退職をさせて退職金を支払いそのお金で横領した被害の穴埋めをさせるべし、という意見が対立している、どちらを選択すべきか？ などの相談もありますが、これも、その従業員の日頃の勤務態度、勤務年数、横領された金額やその用途などを考えて、会社が経営上の観点から判断すべきことであり、弁護士が、その従業員を解雇すべきだとか、自主的に退職させるべきだとの政策判断をしてはなりません。

本来、経営上の政策判断は、経営者のもつ経営理念などの価値観その他の判断基準でなされるものなものですから、それは経営者の聖域と言って良く、弁護士が安易に容喙^{ようかい}して良い世界ではないのです。

通常、経営者が弁護士に質問するのは、彼らの多様な価値基準の1つである法律のことだけですので、弁護士はまずは、法律を伝えるという使命を忘れてはならないのです。

仮に、顧問先の担当者から、法律を離れた判断を求められることがあっても、その担当者から得られる情報は、政策判断のための情報としては、いわば九牛の一毛^{きゅうぎゅういちもう}と言ってよいほどのわずかのものでしかない場合が多

いと思われますので、安易にその判断をすることは危険です。

もっとも、会社が横領した従業員を懲戒解雇にすることができるかどうかの問題と、その従業員に対してする処置は、今後、その会社で同種の事案が発生し、そのことで訴訟事件になったときの基準とされる可能性があるので、この問題は、法律問題になりますので、会社に対してその点の注意はしておく必要はありますが。

7. 事実認定

相談者は、法律の知識を得るためでなく、相談者が遭遇している紛争で、相談者と相手方どちらの主張している事実が真実なのかを知りたくて相談に来る場合があります。

ある相談者が、弁護士に、「隣地との境にある生け垣と下水管は誰の所有か？」と相談したのですが、弁護士は、「そうであるのなら、その生け垣や下水管はあなたの所有でしょう」と回答したのです。その後、その相談者はその生け垣と下水管を破壊し、警察に連行されました。

警察署の取り調べで、その相談者は「弁護士がどうしてもよかったのでそうした」と供述したそうです。弁護士が言ったのは、「壊してもよい」ではなく、「生け垣と下水管はあなたの所有でしょう」だったので、相談者は、「弁護士が生け垣と下水管は相談者の所有だと言ってくれた、自分の所有なら壊してもよい」と考え、壊したようでした。

一方聴いて沙汰^{さた}するなという言葉があります。相手方の言い分を聴かないで、物事の真否や正否を判断してはいけないという教訓の言葉ですが、相談者は、ともすれば自分に有利な部分だけを語る傾向がありますので、その語るところが、客観的な真実であると、弁護士が言い切ることは危険です。

弁護士は、事実認定をしてはなりません。

8. 無権利者へのアドバイス

法律相談に来た人に、間違った親切心から、間違った回答をする場合があります。その1つに、権利のない人に、権利があるかのような行動を勧める法律相談です。

私が弁護士会での法律相談の担当をした日に、ある大学の助教授に同席していただいたことがあります。

その法律相談の1つに、「交通事故により間接的に損害を受けた人も加害者に損害賠償の請求が出来るか？」という相談がありました。

私の回答は「できない」というものでしたが、相談者は、「交通事故で間接的であるにせよ損害を受けたのだから、損害賠償の請求は出来るはずだ」と言い、私のした法律相談の回答に不満を持ちながら帰って行きました。

その後で、助教授は、私に対し、私の相談はもっと親切にはできなかったのか？と疑問を投げかけてきたのです。

その助教授に尋ねますと、助教授なら、加害者のところへ行って損害を受けた事実を語り、誠意をもって交渉に応ずるよう言うてはどうか、と回答する、という返事でした（詳しくは、『弁護士菊池捷男の法律実務レポート1』の159ページ参照）。

法学部の助教授でも、このような考えを持つ人がいるのですから、一般の相談者の中にも、権利が無くとも何かをアドバイスして欲しいと思う人はいるのでしょう。

しかしながら、弁護士が、権利のない人に、権利があるのと同じ内容の要求を相手方に対してするよう勧めることは、法律家としては自殺行為です。不法な要求を受ける相手方に迷惑をかけるだけでなく、世間に誤解を与え、事件屋がはびこります。

権利のない相談者に、権利があるかのようなアドバイスをしてはなりません。

二 回答には必ず法的根拠を示す

1. “常識”による回答はしない

A弁護士の例です。

甲社が、あるとき、隣地の所有者乙から、土地の境界が明確でないので、お互いに費用を出し合い、土地の測量をし、境界を確定させ、そこにブロック塀を築きたいので協力して欲しい、という要請を受けました。そこで、甲社は、顧問弁護士に、FAXで、「乙の要請に応ずるべきか」という質問をしました。

顧問弁護士事務所では、この件をA弁護士に担当させたところ、A弁護士は、甲社に「そうすべきです」という回答を準備し、ボス弁の決済に回しました。

ボス弁は、A弁護士の回答文を読みながら、A弁護士に、「これは甲社に、そうする法的義務があるということか？」と質問しました。

すると、A弁護士は、自室に戻り、回答文を「貴社（甲社）には、乙の要請に応ずる法律上の義務はありません」というものに変えてボス弁に渡しました。

A弁護士が最初に準備した「そうすべきです」という回答は、A弁護士が、自分の常識を頼りに、法律に縛られないで、そうする方が隣地との関係も円満にいくと考え、直感で出した回答です。

A弁護士が次に準備した「そうする法的義務はありません」という回答は、弁護士の立場で、法的な根拠の有無を考えて出した回答です。

この2つの回答は正反対の内容になっていますが、顧問先は、顧問弁護士にどちらの回答を求めたかと考えるべきでしょうか？

常識的な回答なら、顧問先の担当者で十分できることです。いえ、担当者の方が、事実関係を熟知しているだけに、わずかの情報しか得られない弁護士より、的確な回答を出しうるでしょう。

担当者が求めた回答は、弁護士の回答、つまりは法的な義務の存否の回答と考えるべきなのです。

弁護士が自分の役割や立場を忘れては、仕事になりません。

2. あいまいな回答をしない

弁護士で、法律相談での質問に対し、「そうした方が良いと思います」「できないと思います」「権利はあると思います」など、明確でない回答、あいまいな回答をしている人がいます。

相談者は、すべきなのか、しなくともよいのか？ 可能なのか不可能なのか？ 権利があるのか無いのか？を明確に知りたいのです。

それを、弁護士が、このようなあいまいな回答で、回答したつもりになったのでは、相談者は立つ瀬がありません。

弁護士自身も、このような回答をし続けていては、各論の知識が身につきません。ひいては弁護力が身につきません。

あいまいな回答をする習慣を身につけると、各論を丁寧に調べる習慣を身につけた弁護士との間に、天と地ほどの差ができてしまいます。

弁護士は、権利の存否と内容について、明快な回答をしなければなりません。その知識がないときは、判例や文献を調べなければなりません。

権利義務の存否を明確に回答できない場合でも、裁判例を調べ、裁判の傾向は説明できるはずですが。

調べもしないで、あいまいな回答をすることがあってはならないのです。

弁護士は、“法律相談の回答には、必ず、法的根拠を明示する”という原則を持つべきです。原則とは第二章で解説しますが、弁護士のよって立つ行動規範のことです。

この原則を持つ限り、弁護士は、明確な回答をすることになり、法律知識保有力が身につきます。

3. さらに一步先も

弁護士が法律相談で回答を出した場合、必ずと言って良いほど、それに関連する問題、つまり一步先にある問題も意識の中に入ってくるものです。その相談者にはそこまでの回答の必要はないので、通常なら調べることもない問題ですが、弁護士として関心が生ずるという問題です。弁護士が、そのような派生的、発展的な問題にまで、注意深く判例や文献を調べるという習慣を身につけますと、法律知識保有力がつくこと間違いありません。

4. 相手方と話し合っ解決したら？は禁句にすること

弁護士がたくさん参加する法律相談会場では、嫌でも他の弁護士の声が聞こえてきます。

その声の一つに「相手方と話し合っ解決すべきですよ。そうしなさい」という言葉があります。この言葉はしばしば聞こえてくる言葉です。

この言葉は、「さあ、正解は出しましたよ。後は、あなたに認められている権利に基づいて相手方に請求をしなさい。そして相手方があなたの権利を認めるときは、その内容について相手方と話し合っ解決すべきですよ。そうしなさい」というのなら良いのですが、多くの場合、そうではなく、弁護士がその問題の回答を知らない。知識はあるがそう言い切ることに自信がない。十分な回答ができない。そんなときの逃げの言葉に使われるのです。

要は、法律相談を打ち切る言葉なのです。

弁護士は、この言葉を禁句にすべきです。そうすれば、あいまいな回答が許されなくなり、弁護士自身もう少し勉強に身を入れる効果があると思うのです。

第四節 相談者の能力その他の属性

一 法律知識が豊富で、法的な思考能力のある相談者

企業その他の法人の法務担当者、役所の専門分野の責任者など、既に必要最小限度の法律知識をもち、ひな形や同業他社の契約書を元に契約書の作成なども一応出来る、という相談者がいます。

このような相談者の場合、弁護士は、かなりレベルの高い法律論の説明をしても理解してもらえる点で、また、弁護士自身も勉強になる点で、法律相談が楽ですし、有益です。

このような相談者は、弁護士との面談の前にメールなどの通信手段を用いて、相談事案についての説明と質問事項を送ってくれますので、弁護士も、事前に準備ができ、効率のよい法律相談ができます。

二 法律知識はないが、説明すれば理解できる相談者

このような相談者が一般の相談者ですが、準備は必要です。

まず、弁護士は、事前に、①紛争類型（これも抽象度の高いものから順次低いものまで、多層的なもの。例えば、大分類：遺産分割事件、小分類：遺産の範囲と生前贈与や寄与分が問題となる中で遺産分割する事案など）ごとの相談票を作って、そこに要件事実を書き並べておく。②相談者から、法律相談の申し込みを受け付ける段階で、相談票に沿って質問し、要件事実を具体的な事実直していく。③相談者が法律相談のときに語るべき出来事を、事前に時系列に表にまとめていただく。また、出来事の内容をメモにさせていただく。④これらの質問や要請を通じて必要だと分かる資料を事前に準備して頂く、などをすると便利です。

三 注意を要する相談者

次のような相談者の場合は、注意が必要です。

- 1) 抵当権などの法律用語の意味が、説明しても理解できない相談者
- 2) 事実関係の一部を話すだけで権利が発生しているとして、訴訟提起など権利の行使を求める相談者
- 3) 相談内容を分析的に説明することができず、いたずらに相手方を非難攻撃するだけの相談者
- 4) 自己に不利な法律制度や法理論そのものを否定ないし攻撃し、論争を挑む相談者
- 5) その問題のために精神的に参ってしまっていて、冷静さを失っている相談者

などですが、このような相談者に対しては、個別に対応を考える外はありません。

ただ、相談者の訴えたいことと弁護士が聴き取らねばならないことの間大きな開きがあることは35ページの図で説明したとおりです。その差を埋める努力をしないで、相談者からの相談を拒否するようなことをしてはなりません。

法律知識保有力と文章力

16 ページで、法律知識保有力は、弁護力の基本になる能力であり、この能力が十分にあれば、文章力その他の弁護力もついてくると説明しましたが、逆に、文章力その他の能力が十分にあれば、法律知識保有力もまた強化される、という面があります。

つまり、本書で解説する弁護力は、お互いが原因となり、結果となるという関係があるのです。

例えば、文章力。

文章力に長けた人は、言葉の使い方が正確であり、厳密であり、緻密です。そのような人が、法律文書を書く場合、言葉つまりは法律用語を、正確に、厳密に、緻密に使おうとしますので、言葉選びに細心の注意を払います。

弁護士が書いた文章の中に、私人がとったある行政手続のことを、「許可申請をした」と書いた後で「届出をした」と書き、その結果「認可された」と書いてあるのを読んだことがあります。

この弁護士にとっては、「許可申請」と「届出」は同じ意味であり、その結果行政庁からなされる行政処分が「許可」でも「届出の受理」でもなく、「認可」になることに何の違和感・抵抗感も持たないようでした。しかしながら、許可と届出と認可はそれぞれ意味も効果も違います。

文章や言葉に厳密な人は、このような荒っぽい言葉の使い方はしません。条文を調べ、条文に記載された言葉を書きますので、自然に、正しい言葉の使い方が出来、「許可」と「届出」と「認可」の違いを知り、それぞれがどのような場面で使われるかが分かり、法律知識保有力を増していくことができるようになるのです。

文章力以外の弁護力についても、同じことが言え、それらの知識を十分に持っておれば、法律知識保有力も自然についてくるはずです。