

弁護士職務基本規程（平成16年日本弁護士連合会会規第70号） 57条に違反する弁護士の訴訟行為について、相手方当事者が その訴訟行為の排除を求めることの許否（消極）

（最決令和3年4月14日民集75巻4号1001頁）

林 誠 吾

第1 事案の概要

1 基礎となる事実関係

本件の基礎となる事実関係は、以下のとおりである。

X1社及びX2社（以下「X社ら」という。）は、令和元年11月、「発明の名称」を「HIVインテグラーゼ阻害活性を有する多環性カルバモイルピリドン誘導体」とする特許第4295353号の特許権（以下「本件特許権」という。）を有しているところ、Y社による製品の生産、譲渡、輸入又は譲渡の申し出が、本件特許権を侵害しているとして、不法行為を理由とする損害賠償請求権に基づき、同損害の賠償を求める訴訟（以下「基本事件」という。）を提起した。

Y社は、A弁護士及びB弁護士（以下「A弁護士ら」という。）に対し、基本事件の被告訴訟代理人弁護士としての訴訟追行を依頼し、A弁護士らは、令和2年1月8日付訴訟代理委任状の交付を受け、基本事件の被告訴訟代理人となった。

C弁護士は、平成20年からX1社に組織内弁護士（インハウスロイヤー）として所属し、平成30年2月から令和元年10月にかけて、基本事件に係る訴訟提起の準備行為等を行っていた。

C弁護士は、X1社を令和元年12月31日付で退職し、令和2年1月1日付でA弁護士らが所属する法律事務所（以下「本件法律事務所」という。）に採用され、入所した。

本件法律事務所は、弁護士法人ではない、複数の弁護士が所属する事務所であった。

X社らは、令和2年2月7日、基本事件に係属している裁判所に対し、C弁護士は、本件法律事務所
に所属する前にX1社の組織内弁護士として所属して
おり、基本事件の訴訟提起準備等に深く関与して
いたから、C弁護士は、弁護士法25条1号及び弁護
士職務基本規程（平成16年日本弁護士連合会会規第
70号。以下「基本規程」という。）27条1号にいう
「相手方の協議を受けて賛助した事件」又は弁護士
法25条2号及び基本規程27条2号にいう「相手方の
協議を受けて賛助した事件で、その協議の程度が信
頼関係に基づくと認められるもの」に当たり、A弁
護士らとの関係では、基本規程57条本文でいうとこ
ろの、他の所属弁護士（所属弁護士であった場合を
含む。）が基本規程27条の規定により職務を行って
いない事件に該当するから、A弁護士らが基本事件に
おいてY社の訴訟代理人として訴訟行為をすること
は、基本規程57条本文に違反すると主張し、A弁
護士らによる各訴訟行為の排除を求める申立てを

行った（以下「本件申立て」という。）。)

なお、C弁護士は、令和2年2月10日付で本件法律事務所を退所した。また、基本事件においては、本件申立てがされるまでの間、請求原因事実に係るA弁護士らの主張はされておらず、それを記載した書面も提出されていない。

2 第一審決定の判断内容

東京地決令和2年3月30日金商1622号24頁〔参考収録〕（以下「第一審決定」という。）は、本件の争点を「基本規程57条に違反する訴訟行為について、相手方である当事者がその訴訟行為の排除を求めることができるか（訴訟行為の排除を求める申立権があるか）」（以下「争点(1)」という。）、（争点(1)を肯定する場合）「基本規程57条但書にいう『職務の公正を保ち得る事由』が認められるか（以下「争点(2)」という。）」とした上で、結論として、X社らの申立てを却下した。

まず、争点(1)については、「弁護士法25条1号に違反する訴訟行為につき、相手方である当事者がこれに異議を述べて裁判所に対してその行為の排除を求めることができ、また、同号が相手方当事者の利益の保護をも目的としていることを踏まえて、相手方である当事者が裁判所に対して同号に違反することを理由として訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権を有することからすれば（昭和38年判決⁽¹⁾、平成29年決定参照⁽²⁾）、同様に相手方当事者の利益を保護することをも目的とし、かつ、その違反が懲戒事由を基礎付ける事実を推認させることとなる本件規程57条違反の訴訟行為についても、相手方である当事者が、裁判所に対し、同条に違反することを理由として訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権を有すると解するのが相当である。」として、X社らに排除申立権があることを認めた。

一方、争点(2)については、C弁護士が本件法律事務所に入所した後にA弁護士が採った措置等について詳細な事実認定を行った上で、「C弁護士が本件事務所において勤務を開始する前後の時期に、C弁護士とA弁護士らを含む本件事務所の弁護士らとの間での基本事件に関する情報の共有や漏えいを防止するための一定の措置が講じられていたことに加えて、C弁護士が本件事務所において勤務した期間が短期間にとどまり、C弁護士の対処により基本事件に関する情報の共有や漏えいのおそれも存しないこと、現時点において、C弁護士とA弁護士らを含む本件事務所の弁護士らとの間での基本事件の情報の共有や漏えいがあった形跡も記録上うかがえない」として、基本規程57条但書の「職務の公正を保ち得る事由」があるとして、結論としてX社らの申立てには理由がないと判断した。

これに対し、X社らが即時抗告をした。

3 抗告審決定の判断内容

知財高決令和2年8月3日判時2491号32頁⁽³⁾（以下「抗告審決定」という。）は、争点(1)につき第一審決定とほぼ同様の理由で、X社らに排除申立権があることを認めた。

そして、争点(2)については、第一審決定が認定したA弁護士らが採った措置等について、抗告審として再度事実評価を行い、結論として、基本規程57条但書の「職務の公正を保ち得る事由」は認められないとして、第一審決定を取り消し、A弁護士らの訴訟行為を排除する旨の決定をした。

これに対し、Y社が許可抗告申立て、知財高裁により許可がなされた。

4 本決定の判断内容

本決定は、結論として、争点(1)につきX社らの

(1) 最大判昭和38年10月30日民集17巻9号1266頁を指している。

(2) 最決平成29年10月5日民集71巻8号1441頁を指している。

(3) 抗告審決定の評釈として、加藤新太郎「判批」NBL1181号71頁がある。

申立権を認めず、争点(2)について判断するまでもなく原決定（抗告審決定）を破棄し、原々決定（第一審決定）に対する抗告を棄却するとの判断をした。

その結論に至る理由は、次のとおりである（引用部分における下線部は筆者が付した。）。

「基本規程は、日本弁護士連合会が、弁護士の職務に関する倫理と行為規範を明らかにするため、会規として制定したものであるが、基本規程57条に違反する行為そのものを具体的に禁止する法律の規定は見当たらない。民訴法上、弁護士は、委任を受けた事件について、訴訟代理人として訴訟行為をすることが認められている（同法54条1項、55条1項、2項）。したがって、弁護士法25条1号のように、法律により職務を行い得ない事件が規定され、弁護士が訴訟代理人として行う訴訟行為がその規定に違反する場合には、相手方である当事者は、これに異議を述べ、裁判所に対しその行為の排除を求めることができるとはいえ、弁護士が訴訟代理人として行う訴訟行為が日本弁護士連合会の会規である基本規程57条に違反するものにとどまる場合には、その違反は、懲戒の原因となり得ることは別として、当該訴訟行為の効力に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である。

よって、基本規程57条に違反する訴訟行為については、相手方である当事者は、同条違反を理由として、これに異議を述べ、裁判所に対しその行為の排除を求めることはできないというべきである。」

「裁判官草野耕一の補足意見は、次のとおりである。

本件に関する私の見解は法廷意見記載のとおりであるが、これは、A弁護士らがC弁護士の採用を見

合わせることなく本件訴訟を受任したことが弁護士の行動として適切であったという判断を含意するものではない。

ある事件に関して基本規程27条又は28条に該当する弁護士がいる場合において、当該弁護士が所属する共同事務所の他の弁護士はいかなる条件の下で当該事件に関与することを禁止または容認されるのかを、抽象的な規範（プリンシプル）によってではなく、十分に具体的な規則（ルール）によって起立することは日本弁護士連合会に託された喫緊の課題の一つである。日本弁護士連合会がこの負託に応え、以って弁護士の職務活動の自由と依頼者の弁護士選択の自由に対して過剰な制約を加えることなく弁護士の職務の公正さが確保される体制が構築され、裁判制度に対する国民の信頼が一層確かなものとなることを希求する次第である。」

第2 本決定の意義及び問題の所在

1 本決定の意義等

本決定は、基本規程57条に違反する弁護士の訴訟行為について、相手方当事者がその行為の排除を求めることができるか、換言すれば、相手方当事者に訴訟行為の排除申立権があるかどうかにつき、最高裁として初めて判断を示したものである。⁽⁴⁾

弁護士法25条に違反する弁護士の訴訟行為に係る訴訟法上の効力については、大審院以来、判例の立場は変遷していたが、最大判昭和38年10月30日民集17巻9号1266頁⁽⁵⁾（以下「昭和38年判例」という。）が「相手方たる当事者は、これに異議を述べ、裁判所に対しその行為の排除を求めることができる」としていわゆる「異議説」を採用することを明確に示

(4) 本決定の評釈等として、野中伸子「判解」ジュリ1567号94頁、手賀寛「判批」ジュリ臨増1570号105頁、加藤新太郎「判批」NBL1195号89頁、日渡紀夫「判批」リマークス65号113頁、田村陽子「判批」法セ増（新判例解説Watch）30号165頁、堀清史「判批」法学教室492号131頁、谷本誠司「判批」銀行法務21 876号70頁、同「判批」銀行法務21 882号112頁、小原将照「判批」法学研究（慶應義塾大学）95巻4号93頁がある。

(5) 同判決の評釈等として、宮田信夫「判解」法曹時報15巻12号147頁、手賀寛「判批」ジュリ別冊226号46頁、永沢信義「判批」民商50巻6号99頁、石川明「判批」法学研究（慶應義塾大学）38巻6号122頁等がある。

し、近年では、最決平成29年10月5日民集71巻8号1441頁⁽⁶⁾(以下「平成29年決定」という。)もその立場を確認した上で、相手方当事者には、弁護士法25条1号に違反する弁護士が行った訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権(以下「排除申立権」ということがある。)があることを明確に述べるに至った。

しかし、本決定で問題になったような、基本規程57条に違反する弁護士の訴訟行為の訴訟法上の効力については、これまで最高裁が判断を示したことがない。

第一審決定及び抗告審決定は、昭和38年判例及び平成29年決定を引用しながら、相手方当事者の排除申立権を認めたのであるが、最高裁は、弁護士法25条1号違反の場合と異なり、相手方当事者の排除申立権を明確に否定した、という意味で大きな意義を有する。

また、近年の弁護士数の増加に伴い、法律事務所の大規模化・共同化が急速に進行するとともに、弁護士個人が事務所を移籍する(弁護士人材の流動化)ことも増加している。⁽⁷⁾

基本規程57条は、共同事務所(複数の弁護士が法律事務所(弁護士法人の法律事務所である場合を除く。)を共にする場合をいう(基本規程55条)。以下本稿において「共同事務所」というときは同様の意味で用いる。)に所属し又は過去に所属した弁護士に係る利益相反について定めたものであり、法律事務所の大規模化・共同化、弁護士人材の流動化が進行している昨今の状況においては、同条に該当する

ような事例も増加していくことが予想されるところ、この点に関する判断を示した本決定が、今後の裁判実務、とりわけ弁護士実務に与える影響は極めて大きいものと考えられる。

2 問題の所在

上述のとおり、第一審決定及び抗告審決定は、弁護士法25条1号に違反する弁護士の訴訟行為についての昭和38年判例及び平成29年決定を引用し、基本規程57条に違反する弁護士の訴訟行為に係る相手方当事者の排除申立権を肯定していた。

このような判断過程からすれば、第一審決定及び抗告審決定は、基本規程57条違反についても、昭和38年判例及び平成29年決定の射程が及ぶものと捉えたと整理することができる。

本決定は、このような第一審決定及び抗告審決定とは逆の立場を採ることを明らかにしたものであるが、これは、言い換えれば、基本規程57条違反の事案については、昭和38年判例及び平成29年決定の射程が及ばないと捉えたものに他ならない。⁽⁸⁾

そこで、本決定は、いかなる思考過程を辿り昭和38年判例及び平成29年決定の射程を本件に及ぼさず、相手方当事者の排除申立権を否定したのかということが問題となる。

本稿では、まず、昭和38年判例が登場するに至るまでの判例及び学説を簡単に整理し、抗告審決定及び本決定の判断を比較した上、本決定に対する私見を述べることにしたい。

結論から述べると、私見は、本決定の立場に賛成

(6) 同決定の評釈等として、中野琢郎「判解」法曹時報71巻4号201頁、加藤新太郎「判批」ジュリ1530号68頁、同「判批」NBL1121号88頁、越山和広「判批」民商154巻3号527頁等がある。

(7) 日本弁護士連合会が発行している「弁護士白書」(2021年度版)によれば、2021年3月31日時点で、法律事務所の総数が17772であるのに対し、所属する弁護士が2人以上の事務所の数は6931であり、弁護士が複数所属する事務所は全体の40%弱を占める。また、弁護士が複数所属する事務所のうち、半数以上が2人～5人規模の事務所であるが、6人以上の弁護士が所属する事務所も年を追うごとに漸次的に増加してきている。日本弁護士連合会も、「都市部を中心に事務所の共同化が進み、近年では2人以上の事務所が増えていることが分かる。」と分析する(以上につき、日本弁護士連合会「弁護士白書(2021年度版)」67頁参照)。

(8) 加藤・前掲注(4)91頁も、本決定により、昭和38年判例及び平成29年決定の射程距離が明確にされたこととされ、本件については昭和38年判例及び平成29年決定の射程の問題と捉える。

するものである。

第3 判例及び学説の状況について

1 弁護士法25条

弁護士法25条は、利益相反（conflict of interest）を理由として、弁護士が職務を行うことができない場合を規定するものである。

すなわち、弁護士は、相手方の協議を受けて賛助し、又は依頼を承諾した事件（弁護士法25条1号）、相手方の協議を受けて賛助した事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づくものと認められるもの（同条2号）、受任している事件の相手方からの依頼による他の事件（同条3号）、公務員として職務上取り扱った事件（同条4号）、仲裁手続により仲裁人として取り扱った事件（同条5号）、弁護士法人の社員若しくは使用人である弁護士又は外国法事務弁護士法人の使用人である弁護士としてその業務に従事していた期間内に、当該弁護士法人又は当該外国法事務弁護士法人が相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件であって、自らこれに関与したもの（同条6号）、弁護士法人の社員若しくは使用人である弁護士又は外国法事務弁護士法人の使用人である弁護士としてその業務に従事していた期間内に、当該弁護士法人又は当該外国法事務弁護士法人が相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づく認められるものであって、自らこれに関与したもの（同条7号）、弁護士法人の社員若しくは使用人又は外国法事務弁護士法人の使用人である場合に、当該弁護士法人又は当該外国法事務

弁護士法人が受任している事件（当該弁護士が自ら関与しているものに限る。）の相手方からの依頼による他の事件について、その職務を行うことはできない。

このうち、特に本決定と関係が深いのは弁護士法25条1号である。典型的には、甲及び乙の間で法的紛争が生じている状況下で、当該紛争について甲の協議を受けて賛助し、又は甲の依頼を承諾した弁護士丙は、乙との関係で弁護士として職務を行うことは、同号により禁止される。⁽⁹⁾

この弁護士法25条1号の趣旨については、弁護士がこのような事件についても職務が可能であるとすれば、その弁護士を信頼して協議や依頼をした当事者の信頼を裏切ることとなり、ひいては弁護士の品位も保持することができなくなることから、これを防止するためであるとされる。この点については、後述する昭和38年判例が同様の判示をしており、学説上も特に異論は見られない。

2 昭和38年判決以前の状況

弁護士法25条に違反する弁護士による訴訟行為の効力に関する判例の立場は、昭和38年判例が出るまでの間、混迷を極めていた。

まず、当初の大審院は、弁護士法25条に違反する弁護士による訴訟行為は、不適法であり、絶対的に無効であるとの立場を採っていた（大判昭和7年6月18日民集11巻12号1176頁、大判昭和9年12月22日民集13巻23号2231頁等）。

しかし、このような大審院の立場に対しては学説からの反対が強く、むしろ、弁護士法25条は、弁護士の職務活動に対する規制で、訓示規定に過ぎず、その違反については懲戒の原因にはなり得ても、訴訟法及び実体法上の効果には何らの影響を与えない

(9) 双方代理を禁止する民法108条と通ずるところがあるが、民法108条は、あくまでも同条に反する代理人がなした代理行為について本人への効果帰属を無効とするものであるものであるのに対し、弁護士法25条1号は、依頼者との委任契約に基づく代理行為に限らず、広く弁護士としての職務を禁止するものである。たとえ委任契約が終了していたとしても25条違反の問題は生じ得ると考えられており（高中正彦『弁護士法概説』（三省堂、2020）123頁）、その意味で、その守備範囲は民法108条よりも広範である。

という立場（後述する有効説）が説かれたほどであった。⁽¹⁰⁾

大審院は、これを受けてか、弁護士法25条に違反する弁護士による訴訟行為は原則として無効であるが、訴訟当事者の追認があれば、その後は無効を主張することができないという立場を採るようになった（大判昭和13年12月19日民集17巻23号2482頁、大判昭和15年12月24日民集19巻24号2402頁）。

しかし、最高裁の時代になると、異なる小法廷において見解が異なる（と思われる）判例が2つ登場した。

すなわち、第二小法廷が、「同条（筆者注：弁護士法25条1号）違反の訴訟行為であっても、相手方もし何らの異議を述べなかったときは、訴訟法上完全に効力を生じ、相手方は後日に至り当該行為が弁護士法の禁止規定に違反することを理由としてその無効を主張することは許されないものと解するのが相当である。」（最判昭和30年12月16日民集9巻14号2013頁）としたのに対し、その2年後、第三小法廷は、弁護士法25条1号に違反する行為に基づいて作成された公正証書の効力が争われた事案において、絶対的無効の立場に立っていた大判昭和9年12月22日民集13巻23号2331頁を引用し、「本件公正証書は…職務上行いえない行為に基いて作成されたものであるから、無効と解するのほかない」としたのである（最判昭和32年12月24日民集11巻14号2363頁）。

3 昭和38年判例の登場

このように、大審院において、判例は、訴訟当事者の追認があれば有効になるという立場に統一されたかに見えたが、最高裁において、一見して異なる立場を採用したかのような2つの判例が登場したことから、大法廷において最高裁としての統一の見解を示すことが必要な状況が生じた。

このような状況下で登場したのが、昭和38年判例である。昭和38年判例は、その多数意見として、弁護士法25条1号の趣旨につき、弁護士としての品位を保持するとともに、当事者の信頼を保護する点にあるとした上で、「単にこれを懲戒の原因とするに止め、その訴訟行為の効力には何らの影響を及ぼさず、完全に有効なものとするのは、…当事者の保護に欠けるものと言わなければならない。従って同条違反の訴訟行為については、相手方たる当事者は、これに異議を述べ、裁判所に対しその行為の排除を求めることができるものと解するのが相当である」が、「相手方たる当事者において、これに同意し又はその違背を知り若しくは知り得べかりしにかかわらず、何ら異議を述べない場合には、最早かかる当事者を保護する必要はなく、却って当該訴訟行為が無効とすることは訴訟手続の安定と訴訟経済を著しく害することになるのみならず、当該弁護士を信頼して、これに訴訟行為を委任した他の一方の当事者をして不測の損害を蒙らしめる結果となる」から、「相手方たる当事者が弁護士に前記禁止規定違反のあることを知りまたは知り得べかりしにかかわらず何ら異議を述べることなく訴訟手続を進行せしめ、第二審の口頭弁論を終結せしめたときは、当該訴訟行為は完全にその効力を生じ、弁護士法の禁止規定に違反することを理由として、その無効を主張することは許されない」と判断し、いわゆる「異議説」の立場を採ることを明らかにした。

昭和38年判例以後の最高裁は、弁護士法25条1号に関する事案にとどまらず、その他の号数に関する事例についても、一貫して異議説を採用している（最判昭和41年9月8日民集20巻7号1341頁（弁護士法25条3号違反の事例）、最判昭和42年3月23日民集21巻2号419頁（弁護士法25条4号違反の事例））。

そして、平成29年決定は、弁護士法25条1号違反

(10) 大判昭和7年6月18日民集11巻12号1176頁に対する兼子一「判批」（法協51巻2号193頁）

の事例において、昭和38年判例を引用しつつ、相手方当事者が排除申立権を有すること、決定により訴訟行為を排除された弁護士の依頼者はその決定に対し即時抗告をすることができるが、その弁護士は自らを原告人とする即時抗告をすることはできないことを明らかにするに至った。

4 学説の状況について

弁護士法25条違反の訴訟行為の効力については、大別して、絶対的無効説、追認説、異議説、有効説の4つの立場があると整理されている。⁽¹¹⁾

この4つの立場は、弁護士法25条の趣旨について、上記のとおり、弁護士としての品位の保持と当事者（依頼者）の弁護士に対する信頼を保護する点にあることを前提とする。

その上で、絶対的無効説は、同条の公益的側面、すなわち弁護士としての品位を保持するという点を重く見て、その違反行為に救済の余地を認めないというものである。この絶対的無効説は、上記のとおり、当初の大審院が採用していた立場であるが、これに対しては、違反を犯した弁護士に依頼した当事者にとっては著しく酷な結果を生じさせるものである（当事者の利益を保護するという弁護士法25条の趣旨を没却してしまう）上、訴訟手続を不安定にさせ、訴訟経済の観点からも不経済であるなどとして、学説からの批判を浴びることとなった。

有効説は、絶対的無効説に対する明確なアンチテーゼである。すなわち、有効説は、弁護士法25条

を弁護士が職務遂行上遵守すべき訓示規定と解するものであり、同条違反の行為については弁護士自治に基づく懲戒処分により対処すれば足り、訴訟行為の効力を否定する必要はない、とするものである。有効説は、このように、単純明快であると評されるものの、懲戒制度に対する懐疑的な立場からの批判⁽¹²⁾があるほか、相手方当事者の救済として弁護士に対する損害賠償請求しか残されないのは不十分（弁護士法違反を犯した弁護士を信頼した当事者にリスクを負わせすぎる）との批判が可能である。

そのため、絶対的無効説と有効説の中庸をとるものとして、弁護士法25条（特に1号）違反の弁護士による訴訟行為を無権代理人による法律行為と同視して、原則無効、ただし本人の追認があれば有効、とする追認説が説かれることとなる。しかし、追認説については、純粋に無権代理人による法律行為と同視すると、追認権者は無権代理人との関係での本人ということになるが、この問題でいう「本人」は弁護士法に違反する弁護士に依頼等をした者であり、弁護士法25条が保護する「相手方当事者」の保護には全く資さず、そうすると、誰が追認できるのかという困難な問題が生ずる。⁽¹³⁾

そこで、訴訟当事者は、弁護士法25条に違反した弁護士を訴訟手続から排除することを求める旨の申し立てができ、弁護士法25条違反を知り又は知り得べきであるにもかかわらずこれをしないという場合を除いては、当該弁護士が行った訴訟行為を無効とすることができる、という異議説が説かれることと

(11) これら学説の系譜や分類については、青山善充「弁護士法二十五条違反と訴訟法上の効果」ジュリ500号315頁が詳しい。

(12) 青山・前掲注(11)は、「弁護士倫理の現状および懲戒制度の機能が今なお十全とはいえぬ現段階でこの説（筆者注：有効説）を採用することには躊躇を感じざるをえない。」とする（同319頁）。もっとも、同論稿が公刊された当時（1972年）は別論としても、近年、弁護士による横領等の不祥事が続出したこと等により、弁護士会は懲戒制度を厳格に運用するようになってきている（弁護士会による懲戒制度の実効化等への取組については、高中・前掲注(9)245頁—247頁が詳しい。）。したがって、有効説に対するこのような立場からの批判が今日も当てはまるかどうかは疑問なしとしない（同旨、小原・前掲注(4)100頁）。

(13) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、2013）227頁は、弁護士法25条のうちどの号数に違反するかにより追認権者が異なってしまうであろうと指摘する。

なる。この異議説は、昭和38年判例が採用した立場であり、学説上も通説とされている。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

異議説は、弁護士法25条の趣旨である公益的側面と訴訟当事者の信頼の保護という、異なる観点からの要請についていずれもバランスよく考慮したものであり、筆者も異議説に賛成するものである。

第4 本決定の検討

1 はじめに

これまで見てきたように、弁護士法25条に違反する弁護士による訴訟行為の効力については、昭和38年判例の登場により、異議説が判例・通説となるに至ったのであるが、本決定は、基本規程57条違反の事例において、昭和38年判例の射程を及ぼさなかったものである。最高裁は、弁護士法25条違反の事例については異議説を採用するが、基本規程57条違反の事例については（弁護士法25条違反の事例でいうところの）有効説を採用することにした、とも言い換えることができるであろう。

上記のとおり、私見は、本決定に賛成するものであるが、その理由について、抗告審決定及び本決定の思考過程を比較検討しながら述べることにしたい。

2 基本規程及び同57条について

(1) 基本規程の法的性質

弁護士法46条1項1号・同33条2項7号は、日本弁護士連合会（以下「日弁連」という。）に対し、「弁護士道德その他会員の綱紀保持に関する規定」を設ける会則を定めなければならないとしている。これを受けて、平成4年に開催された日弁連臨時総会において、全61条からなる「弁護士倫理」が採択されたが、これはあくまでも「宣明」であり「会則」として採択されたものではなかった。それゆえ、実質的にはともかく、形式的には、弁護士に対する拘束力を持つものではなかった。

そこで、「弁護士倫理」に代わるものとして、平成16年11月10日日弁連臨時総会において、「会則」としての基本規程が採択された。すなわち、基本規程の法的性質は、あくまでも弁護士会内部において弁護士が遵守すべき「会則」＝「内規」ということになる。

そして、弁護士法56条1項は、「弁護士…は、この法律…又は所属弁護士会若しくは日本弁護士連合会の会則に違反し…たときは、懲戒を受ける。」と定めている。基本規程は、先に見たように、日本弁護士連合会の会則として位置付けられるものであるから、弁護士が基本規程に反したときは、弁護士法56条1項に基づく懲戒処分の原因

(14) 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、2019）170頁、高橋・前掲注(13)227頁、伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、2020）160頁、高中・前掲注(9)133頁等。

(15) 異議説を採用したとしても、異議を申し立てられるのは、相手方当事者だけでなく当該弁護士に依頼した者も含むのか、という問題は残る。この点、伊藤・前掲注(14)161頁は、相手方が異議を述べないにもかかわらず依頼した者の異議により代理人の訴訟行為を無効とするのは均衡を失うとして依頼した者に申立権を認めないが、一方、高橋・前掲注(13)228頁は、依頼した者にも申立権を認めてよいのではないかとする。確かに、相手方が異議を述べないのに依頼をした者が異議を述べることを認めるとするのはアンフェアな印象がないではないが、依頼した者も当該弁護士が弁護士法25条に違反する状態で依頼を受けたかどうかは通常知る由もなく、そのことを知るに至った場合、重要な職務遂行上の規制を逸脱する弁護士に依頼を継続することには通常抵抗を覚えるであろうから、依頼をした者についても異議申立権を認めてよいと考える。単に当該弁護士を訴訟代理人から解任すればよいとも思えるが、解任しただけでは従前の訴訟行為の効力は残ってしまうのであり、不誠実な代理人弁護士が行った訴訟行為の効力を否定する可能性は残しておくべきではないか。

⁽¹⁶⁾
となる。

(2) 基本規程57条

基本規程57条は、共同事務所の「所属弁護士は、他の所属弁護士（所属弁護士であった場合を含む。）が、第27条又は第28条の規定により職務を行って得ない事件については、職務を行ってはならない。ただし、職務の公正を保ち得る事由があるときは、この限りでない。」とする。

まず、基本規程27条は、弁護士法25条のうち、弁護士法人に関するものを除く1号から5号と同様の規定を置くものであり、その趣旨は、当事者の利益保護、弁護士の職務執行の公正の確保及び弁護士の品位と信用を確保する点にあり⁽¹⁷⁾、同28条についても同様の趣旨に出たものである⁽¹⁸⁾。

そして、基本規程57条の趣旨は、共同事務所に所属する弁護士（所属弁護士であった者を含む。）の1人について、利益相反を理由として職務を行って得ない事件がある場合、その事務所に所属する他の弁護士が同事件について取り扱うこともまた弁護士の職務執行の公正さを疑わせることには変わりがないから、基本規程27条及び同28条について共同事務所の範囲で他の所属弁護士又は所属弁護士であったものに対しても及ぼすことにより、もって依頼者の信頼と弁護士の職務執行の公正さをより実効的に確保するという点にある⁽¹⁹⁾。

このように見てくると、弁護士法25条の趣旨（精神といってもよい）は、同条と（正確には同条の一部と）全く同様の規定を有する基本規程27

条を介することにより、同57条に通底するものといえる。

以下では、このことを前提とした上で、抗告審決定と本決定の思考過程を比較してみたい。なお、抗告審決定は、相手方当事者による排除申立権を肯定したため、基本規程57条但書の「職務の公正を保ち得る事由」の存否についても判断をしているが、紙幅の関係上、排除申立権の有無に関する部分の判断に絞って検討を行う。

3 抗告審決定と本決定の思考過程の比較

(1) 抗告審決定

抗告審決定は、弁護士法25条1号の趣旨は当事者の利益保護、弁護士の職務執行の公正を確保し弁護士の品位を保持する点にあることを述べた上で、昭和38年判例及び平成29年決定を引用し、相手方当事者は、同号に違反する訴訟行為について排除申立権を有すると述べる。

そして、基本規程57条は、所属弁護士が弁護士法25条1号と同様の規定を持つ基本規程27条1号に該当する場合には他の弁護士も職務を行ってはならないと規定するものであるから、その趣旨は、「先に弁護士を信頼して協議又は依頼をした当事者の利益を保護するとともに、弁護士の職務執行の公正を確保し、弁護士の品位を保持することを目的とする点において、弁護士法25条1号及び本件基本規程27条1号の規定の趣旨と共通するものである」から、「弁護士法25条1号の規定の趣旨に鑑み、相手方である当事者は、裁判所に対

(16) 基本規程に違反すれば直ちに懲戒事由となるかは一つの問題である。弁護士法56条1項が定める懲戒事由の該当性判断を形式的に行うか、実質的に行うかという問題である。懲戒制度を機械的に運用することは、ともすれば弁護士の職務執行を萎縮させ、ひいては依頼者の利益の実現を妨げる場合もあるというべきであるから、懲戒事由が実質的に考えて懲戒に値するほどのものであるかどうかという観点から懲戒事由の該当性を判断すべきである（高中・前掲注(9)253頁）。基本規程が採択された平成16年11月10日日本弁護士連合会において、当時の執行部が基本規程を上程する際に述べた提案理由の骨子においても、同旨のことが述べられている（日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編『解説弁護士職務基本規程』（日本弁護士連合会、2017）に掲載されている「(初版)提案理由の骨子と制定経緯の概要」参照）。

(17) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・前掲注(16)76頁

(18) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・前掲注(16)87頁

(19) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会・前掲注(16)163頁—164頁

し、他の所属弁護士（所属弁護士であった者を含む。）が本件基本規程27条1号により職務を行ない得ない事件に該当するため本件基本規程57条に違反する訴訟行為であることを理由として、その訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権を有するものと解するのが相当である。」とした。

(2) 本決定

以上のような抗告審決定の判断に対し、本決定は、まず、基本規程の法的性質を日弁連が「弁護士の職務に関する倫理と行為規範を明らかにするため」に定めた「会規」であることを明らかにし、弁護士法25条のような、「基本規程57条に違反する行為そのものを具体的に禁止する法律の規定は見当たらない。」とする。

そして、「弁護士は、委任を受けた事件について、訴訟代理人として訴訟行為をすることが認められている（同法54条1項、55条1項、2項）」から、「弁護士法25条1号のように、法律により職務を行ない得ない事件が規定され、弁護士訴訟代理人として行う訴訟行為がその規定に違反する場合には」相手方当事者は排除申立権を有するが、「弁護士が訴訟代理人として行う訴訟行為が」日弁連の会規である「基本規程57条に違反するものにとどまる場合には、その違反は、懲戒の原因となり得ることは別として、当該訴訟行為の効力に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である。」とした。

(3) 小括

このように見てくると、抗告審決定は、基本規程57条が弁護士法25条1号と共通する趣旨を持つことに着目して排除申立権を認めたのに対し、本決定は、基本規程があくまでも日弁連の会規であるに過ぎず、弁護士法25条1号のような法律の形

式で弁護士の訴訟行為を制限しているわけではないことに着目して排除申立権を否定しているといえることができる。

4 本決定の検討

本決定が述べるように、民事訴訟法上、弁護士は、委任を受けた事件については訴訟代理人として訴訟行為を行うことが認められている。したがって、その委任が適法なものである限りにおいては、弁護士が代理人として訴訟行為を行うことができることについては異論の余地がない。

排除申立権を認めるか否かという問題は、結局のところ、このように、民事訴訟法上、訴訟行為を行うことが許されている弁護士について、例外的にその訴訟行為の排除を求めることができるかどうかという問題に帰着する。すなわち、弁護士が行う訴訟行為についてある種の「制限」をかけるべきか、あるいはそのような「制限」がどのような理由により許容されるのかという問題である。

このように考えてくると、本決定が、基本規程57条の法的性質を重視して訴訟行為の「制限」を認めなかったことは首肯できることである。

弁護士法25条は、（立法機関を通じて制定された）法律の規定による、弁護士の訴訟行為に対する「制限」であるが、基本規程57条は、法律ではない、単なる弁護士会内部の会規にすぎず、法律により認められた弁護士の訴訟行為について、そのような「内規」を根拠として、法律という法源により認められた弁護士の権能に実質的に「制限」をかけることは、一種の背理であると言わざるを得ないと思われる。⁽²⁰⁾

また、筆者は、判決文そのものには現れていないものの、本決定が排除申立権を否定した結論の背景には、最高裁第二小法廷において、次のような実質的な考慮もあったのではないかと考えている。

(20) 抗告審決定（及び第一審決定）が法源論を軽視しすぎていることについては、抗告審決定がなされた時点から指摘がなされていたところである（加藤・前掲注(3)73頁）。

すなわち、仮に基本規程57条に違反することについても排除申立権を認めた場合、まさに第一審決定及び抗告審決定がそうしたように、同条但書の「職務の公正を保ち得る事由」の該当性について解釈及び当てはめを行わなければならないのであるが、上述のとおり、近年、法律事務所の大規模化・共同化、弁護士人材の流動化が進行し、基本規程57条に該当する事案の増加が見込まれるところである。

そうすると、訴訟物の存否に関する攻防を展開する前に、訴訟戦術の一環として、相手方当事者が他方当事者の訴訟代理人弁護士に基本規程57条違反があることを理由として排除申立てを行うことが頻発する可能性も考えられるところであろう。⁽²¹⁾⁽²²⁾

しかし、基本規程57条但書の「職務の公正を保ち得る事由」とは具体的にどのようなことをいうのかという点について解釈論が確立しているわけではなく、⁽²³⁾ 当てはめを行う場合も様々な事実を認定・評

価しなければならぬこととなる（第一審決定及び抗告審決定参照）。そして、訴訟代理人弁護士が訴訟行為をすることができるか否かという問題は、訴訟物の存否に関する攻防を行う上での前提問題であるから、訴訟物の存否の判断に立ち入る前に、不可避免的に裁判所が審理をせざるを得ない。したがって、上記のような排除申立てが頻発することは、訴訟経済の観点からも不経済であろう。

草野耕一裁判官が⁽²⁴⁾ 補足意見において「ある事件に関して規程27条又は28条に該当する弁護士がいる場合において、当該弁護士が所属する共同事務所の他の弁護士はいかなる条件の下で当該事件に関与することを禁止または容認されるのかを、抽象的な規範（プリンシプル）によってではなく、十分に具体的な規則（ルール）によって規律することは日本弁護士連合会に託された喫緊の課題の1つである。」と述べていることは、上記のような考慮があったこ

-
- (21) 実際には、基本規程57条と同旨の成文規定（ABA法律家職務模範規則1.10条(a)）があるアメリカにおいては、相手方代理人に利益相反の可能性がある場合、代理人欠格（disqualification）を申し立てるという訴訟戦略が採られるケースが多いようである（高中正彦・石田京子編『新時代の弁護士倫理』（有斐閣、2020）184頁〔石田京子発言〕）。
- (22) 基本規程76条は、「弁護士は、怠慢により、又は不当な目的のため、裁判手続を遅延させてはならない。」と規定しているが、排除申立ては、少なくとも外形的には、自身の依頼者の利益を保護するために行うものとの説明が可能であるから、このような訴訟戦術を同条により防止することは必ずしも期待できないであろう。
- (23) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編・前掲注(16)169頁は、「職務の公正を保ち得る事由」とは、客観的・実質的に考えたときに、依頼者の信頼確保、弁護士の職務の公正確保という基本規程57条の趣旨に照らして、所属弁護士が、他の所属弁護士（所属弁護士であった者を含む。）が基本規程27条又は28条の規定により職務を行ってない事件について職務を行ったとしても、なお弁護士の職務に対する信頼感を損ねるおそれがなく、弁護士の職務執行の公正さを疑われるおそれがないと判断される特段の事情をいうとし、具体的には、①当該共同事務所における情報遮断措置の体制、②当該事案の性格、当該事案における利害対立の程度、内容等、③当該事案における秘密の共有・漏えいや証拠流用のおそれの有無、④相手方との特別関係についての依頼者への告知の有無、そのような特別関係を知った上での職務遂行への依頼者からの同意の有無、⑤基本規程27条3号又は28条2号に該当する場合は事件相互の共通の争点や関係性の有無・程度等、⑥基本規程27条又は28条により職務を行ってない弁護士がすでに共同事務所を離脱している場合は、当該職務を行ってない事情が生じた時期、当該職務の内容や当該弁護士の関与の程度・内容等、⑦共同事務所に参加した弁護士が参加前に職務を行ってなかった場合は、参加前の職務の内容や当該弁護士の関与の程度・内容、職務を行ってなかった時期、⑧その他の事情を考慮して決すべきとしている。
- (24) 草野耕一裁判官は、弁護士出身であり、620人もの所属弁護士（2021年3月31日時点。日本弁護士連合会・前掲注）67頁参照）を擁する西村あさひ法律事務所の代表パートナー弁護士であった。それゆえ、受任する事件について基本規程57条違反が生じないよう、大変な工夫・苦心をされたのではないかと思われる。

とを窺わせるものではなかろうか。⁽²⁵⁾

第5 おわりに

「基礎となる事実関係」において記載したとおり、本件においては、Y社による本件申立てがあるまでの間、A弁護士らによる反論や準備書面等の提出はされていなかった。つまり、A弁護士らによる「訴訟行為」はなかった事案であるから、Y社による排除申立ては「A弁護士らにより行われるであろう将来の訴訟行為」を排除するために向けられたものであった。

そこで、排除申立ての内容が、将来だけではなく過去の訴訟行為をも排除の対象とする場合にも本決定の射程が及ぶか否かが問題となりうるが、本決定の書きぶり（対象となる訴訟行為を時的に限定しているわけではない）や、将来の訴訟行為を排除するよりも、過去の訴訟行為を排除することのほうが当事者に与える影響は大きく、より排除申立権否定の方向に作用するといったことから、本決定は、およそ基本規程57条違反を理由とする排除申立権を認めないものと捉えるのが自然であろう。

しかし、本稿で繰り返し指摘したとおり、法律事務所の大規模化・共同化、弁護士人材の流動化が進行している昨今の状況においては、訴訟当事者が基本規程57条に違反するケースは増加することが予想される。

仮に相手方当事者の代理人弁護士が、基本規程57条に違反する弁護士であった、という場合に、他方当事者が不信心・不公平感を抱くことは避けられな

いことであろう。

それゆえ、そのような事態をいかに解決（回避）するのかを検討しなければならないのであるが、その大きな方向性としては、二つある。一つは、弁護士にとって基本規程に違反することは懲戒事由になりうる点を重く見て、あくまでも弁護士自治の範囲で解決すべきというものである。もう一つは、弁護士法を改正し、基本規程57条に相当する条文を設け、昭和38年判決の射程を及ぼすことを可能とし、排除申立権を認めるというものである。

本決定における草野耕一裁判官の補足意見は、前者の方向での解決を前提としているものであると考えられるが、一方で、「職務の公正さを保ち得る事由」の要件を⁽²⁶⁾より明確化させるなどの方法による立法的解決もありうると思われる。今後の検討課題としたい。

(25) 草野耕一裁判官の補足意見については、その心情あるいは見解が示されたものという評価（加藤・前掲注(4)91頁—92頁、弁護士自治に対する過度な介入であり、内容の当否はともかく、裁判官としては示すべきでなかったという評価（小原・前掲注(4)103頁）があるが、弁護士自治は国民の信頼に基づいて初めて確固たるものになること、本文で述べるように、基本規程57条が想定するような事案が今後増加した場合、いかなる場合であれば「職務の公正さを保ち得る」のかという点について日弁連ないし弁護士会としても明確にすることは、弁護士に対する国民の信頼確保にもつながりうることから、少なくとも、ネガティブに捉える必要はないと考える。

(26) 「職務の公正さを保ち得る事由」があるか否かの考慮事由の一つである情報遮断措置体制の設置に関する先行研究として、石村京子「利益相反回避手段としての情報遮断措置の位置付け」加藤新太郎先生古希祝賀『民事裁判の法理と実践』（弘文堂、2020）がある。