

Title	〔最高裁判事例研究五〕原告代理人である弁護士が参加人代理人として民訴第七三条による参加申立をした場合につき弁護士法第二五条第一号に違反しないとされた事例 建物収去土地明渡請求事件 (昭和三七年四月二〇日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.8 (1963. 8) ,p.81- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630815-0081">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630815-0081</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ら、信託の該受人たる所持人は独立の経済的利益を有せず、従つて、人的抗弁切断の保護を受けうる根拠を欠くために、裏書人に対する抗弁を以て對抗され得ることとなるとされている(鈴木前掲二七二頁但し、附記参照)。このことを明言する最近の判例として、東高判。昭三七・五・三〇判例時報三一五号三〇頁)。

本件判決においては、被告らの悪意の抗弁の正当性が認められて、隠れたる取立委任裏書の被裏書人に対しては、債務者は裏書人に対する抗弁を以て直接に對抗し得るものであり、Bに対する被告らの抗弁は対価不交付の抗弁であつて、悪意の抗弁ではない。信託の譲渡説の一部には、かかる場合には、取立委任関係の存在自体が「悪意の抗弁」を成立せしめるものと見ることができるとする学説もあるが(田中前掲「手形法小切手法理論」三)、本件判決はXをBと法律上同一視しているのであるから、Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>は、Bに対する対価

## 〔最高裁判事例研究 五〕

昭三七九(最高民集二六卷)

(四号九一三頁)

原告代理人である弁護士が参加人代理人として民訴第七三条による参加申立をした場合につき弁護士法第二五条第一号に違反しないとされた事例

建物収去土地明渡請求事件(昭三七・四・二〇第二小法廷判決)

判例研究

不交付の抗弁を以て、Xに対し直接に對抗し得るものとせねばならぬ管であらう。(倉沢康一郎)

【附記】鈴木教授は最近の論稿(「隠れた取立委任裏書と人的抗弁」——商法演習Ⅲ所収)において、隠れたる取立委任裏書にあつては、第三者に対する関係において権利移転が生ずるに過ぎぬとされる。そして、人的抗弁については、手形債務者は取立委任関係(すなわち当事者間では権利移転が生じていないこと)の存在をあげて、裏書人に対する抗弁をもつて直接に被裏書人に対抗し得る、とする(同書二三九頁)。この立場では、債務者が裏書人・被裏書人間の取立委任関係をあげて権利移転を否認し、しかもなんらの抗弁事由も存しない場合に、被裏書人が権利を行使できるのは単なる資格にもとづくことになる。注目すべき改説である。

原告X、(反诉被告・被控訴人・被上告人)は、某所に宅地を所有していたが、被告Y<sub>1</sub>(反訴原告・控訴人・上告人)は、右宅地の甲部分に第一号・第二号の建物を所有し、第一号に住み、被告Y<sub>2</sub>を同居させ、その敷地を占有、被告Y<sub>3</sub>は第二号に住居しその敷地を占有、被告Y<sub>4</sub>は乙部分に建物を所有しその敷地を占有しているが、それらはいずれも不法占有であることを理由に、建物収去土地明渡の訴が

提起された。原告兼参加人X<sub>2</sub>は右訴係属中X<sub>1</sub>より前記宅地のうち甲乙部分を譲受け、原告兼参加人として被告らを相手方としてその明渡を求めて本訴に及んだと述べ、X<sub>2</sub>は本訴係属中X<sub>1</sub>より前記宅地中丙部分を譲受け、被告Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>がその敷地の一部として丙部分を不法占有しているので、宅地明渡を求めてX<sub>1</sub>の復代理人B弁護士とX<sub>2</sub>の代理人A弁護士とを代理人として本訴に参加した。

Y<sub>1</sub>は本案前の申立として、参加人X<sub>2</sub>は被告Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>のみを相手方として当事者参加の申立をしているが、民訴七一条は当事者双方を相手方とするから、かかる参加は不適法であり、且つX<sub>1</sub>の訴訟代理人がX<sub>2</sub>の訴訟代理人として参加の申立をなすのは弁護士法二五条一号に違反して不適法であると主張。本案については、占有は不法ではなく、逆に原告側が被告らの宅地に立入り不法行為をなしたとして損害賠償請求の反訴を提起した。

第一審では、被告Y<sub>1</sub>の本案前の申立につき、原告または被告のいずれかが参加人の主張を争わないときは、争うもののみを相手方とすればよいと判断し、X<sub>2</sub>の訴訟代理人A弁護士はX<sub>2</sub>の代理人であつてX<sub>1</sub>の代理人ではないから、X<sub>2</sub>の代理人として本訴に参加申立をする事は許されるし有効であるから、X<sub>1</sub>の訴訟復代理人B弁護士のなしたX<sub>2</sub>の参加申立が仮りに不適法であつたとしても、X<sub>2</sub>の参加申立は適法有効であるとした。第一審被告敗訴、反訴棄却。

被告ら控訴。控訴棄却。被告ら上告。上告理由として、弁護士法二五条の趣旨は弁護士職務の公正を期するものである。本件の場合に於いてみるに、B弁護士はX<sub>1</sub>の代理人として事情を熟知している。したがつて、原則として主参加訴訟の共同被告であるY<sub>1</sub>に対しては、仮りにX<sub>1</sub>が争わないにしてもこれを相手とする事は許されない。なんとすれば、X<sub>2</sub>、X<sub>1</sub>と相通じて上告人Y<sub>1</sub>を不利におとしれるとすれば裁判の公正は害されるからである。しかしてかかる場合A、Bが共同して参加の申立をすれば裁判の公正は害される。したが

つて弁護士法二五条に違反する、と。

これに対して上告審判決は、「民訴七三条七一条により訴訟参加を為す場合において、譲受人たる参加人と前主たる原告とする間に権利の譲渡につき争がなく、参加申立においても原告を相手方としなるときは、原告の代理人として本訴訟を進行して来た弁護士が、更に、参加人たらんとする者の委任を受けその代理人として右参加申立をしても、その弁護士の行為は、依頼者の信頼を裏切るものでもなく、また弁護士の品位を瀆すものともいえないから、弁護士法二五条一号に違反しないと解すべきである。」と。上告棄却。

判旨に賛成。次の二点が問題になると思う。一つは、本件における弁護士Bの参加申立は弁護士法二五条一号に違反するかどうかという問題、他は弁護士法二五条一号に違反する職務行為の効力いかなの問題である。

第一の問題について検討してみよう。本条は、「訴訟当事者の利益保護ノ目的ヲ有スルト同時ニ又弁護士ヲシテ誠実ニソノ職務ヲ執行セシメテ其ノ風紀ヲ維持シ品位ヲ瀆スロトナカラシムルノ留意ニ出デタル」ものである(大判昭和九年二月三日民)。従来の大審院の判例は、この規定を極めて形式的に解釈し、当事者間に形式的な対立関係がある以上実質的に紛争がない場合にも本条の適用を認めている。たとえば、昭和九年二月二日の判決(民集一三卷)は、原告告間に和解条項が協定された後、訴訟上の和解手続一切について原告代理人たる弁護士が被告の委任をもうけた事件につき旧々弁護士法一四一条(旧弁護士法二四一条)を適用してこれを無効と解したし、昭和十三年二月一日の判決は(民集一七卷三三三)、被告が原告の弁護士を代

理人として控訴の申立をなしたが、右弁護士は原告の元来の訴訟代理人がある弁論期日に出頭しえないため委任されたものであり、実は右元来の代理人が実は弁論期日に出席できたので、実際は原告の代理人としては有名無実であつたにもかかわらず、これを無効として控訴を却下したものである。

昭和七年六月一八日の判決は(民集一一七六頁二)、民訴法七三・七一条による当事者参加に際して、参加人が原告の代理人を自己の訴訟代理人とする場合に旧々弁護士法一四条を適用している。昭和一五年一月二四日の判決(四号四〇三頁二)も、参加人と原告の訴訟代理人が同一弁護士である場合に旧弁護士法二四条を適用している。

これらの場合同一弁護士により代理される当事者間に対立関係は確かに存在する。たとえば、訴訟上の和解の当事者である原・被告は依然として和解により訴訟が終了するまでは訴訟の対立当事者であるし、当該和解についてみても対立当事者である。しかし、すでに当事者間に和解条項についての協定が成立し、残すところ裁判上の和解手続だけであるという場合、当事者間にはさしずめ実際上法の紛争が存在していないのであるから、同一弁護士が双方代理をしても、実質的に当事者のいずれか一方の利益がそのことによつて侵害されることはないであろう。民訴法七三・七一条による参加の場合についても、形式的に参加人と原告との間にも既判力が及ぶという点から考えると(本件では参加人が参加に際しXを相手方にしていない点、Xが参加申立の相手方となつていなくてもよいとする見解からすると本訴判決の既判力はX間にも及ぶ)、両者間に対立関係があるものとみられるが、しかし、

本件におけるように、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>間に実質的に承継について紛争がない場合には、同一弁護士が双方代理をなしても、全くX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>いずれの利益を害するおそれもないから、本条の適用はないものと考えてよからう(同旨、有泉判例民事法昭和九年度五三三)。この点で本件上告審判決は正当であると考える。

次に第二の問題について検討してみたい。大審院の判例の大勢は、双方代理の禁止に反する弁護士の職務行為は絶対に無効であつて、当事者の承認または追認によつて有効になることがないとして解していた(前掲昭和七・九・三年の各判決のほかたとえば昭和)。これに反して、弁護士のかかる職務行為の絶対無効性を否定し、一応は無効であるが追認により有効になる可能性を認めるものもある(昭和一五年一月二四日民集一九卷四〇三頁二)。

絶対無効説は次の諸点で問題があると考えられる。(1)絶対無効説によると、弁護士が弁護士法に違反したことの効果が依頼者に帰属することになり、依頼者は不測の損害を蒙ることになる。たとえば、上訴の申立が弁護士法違反として無効であるとして却下されたが、すでに上訴期間が経過してしまつている場合、判決は確定してしまふし、さらに、時効中断のために訴を提起したが訴訟代理人たる弁護士が弁護士法違反をしているため、訴に時効中断の効力もなくなることが考えられる(有泉前掲昭和三年度の判例)。②本条の目的の一つである当事者の利益保護という点から考えると、本条違反の職務行為を絶対無効と考える必要はなく、民法一〇八条に準じて、いわゆる無権代理行為として取扱ひ、当事者の承認または追認がない限り無

効であるという取扱をなせば、充分にその目的を達成しうるはずである(菊井民事訴訟法(法律学全集)一一二頁、兼子判例民事訴訟法四二頁、四一三ある(一)四頁、岩本民商一卷六号一〇六四頁、宮崎澄民商九卷五号九七一頁、有泉判例民事法昭和一三年度五六九一七〇頁、五七五頁)。(3)本条の他の目的である弁護士の品位の維持という点からみて、弁護士の本条違反の職務行為をもつて絶対無効と考える必要はなく、本条違反を理由に懲戒の制裁が加えられれば足りる(弁護士法五六条以下、有泉判例)。

かようにして、本条は弁護士に対する職務上の訓示規定(職務)であると理解すべきであつて、効力規定と理解すべきではないと考え(兼子前掲四一頁、有泉前掲)。

かくして、仮りに弁護士法二五条一号が本件の場合適用せらるべきであるとしても、本号に違反してなされた弁護士たる訴訟代理人の職務行為は当事者の承認がある以上有効であつて、上告人の主張は理由がないといわなければならない。判旨に賛成する次第である。

(石川 明)

### 昭三七10(最高民集一六卷) (四号九九二頁)

民九七ノ二三但の過失の主張責任

登記抹消請求事件(昭和三七・四・二六第一小法廷判決)

昭和三二年六月X(信用金庫)はAに金銭を貸与し、同時に債務不履行にそなへA所有の不動産を目的とする代物弁済の予約が成立、これに基づきXは当該不動産につき所有権移転請求権保全の仮登記

をした。Aが弁済期に借金を返済しなかつたので、三二年九月Xは所有権移転登記をしたが、これより先、当該不動産については三二年七月Yの抵当権設定登記がされていた。Xの所有権移転登記が行われた前後からAが「逃亡して行方不明であることは当事者間に争いが無い」。Xは民九七ノ二所定の公示の方法で前記代物弁済の予約完結権を行使し、同条二項の要求する掲示はF簡裁およびF市役所において三五年一月六日に開始された。よつて同日から二週間後の同月二〇日の経過とともにXは右不動産の所有権を取得したものであり、三二年九月の登記も権利関係に適合する有効な登記となつたものであるところ、この登記の順位は三一年六月の仮登記の順位によることになるから、その後に登記せられたYの権利はXに対抗することができないとして、XからYに対し登記の抹消を訴求。

一・二審とも敗訴したYから上告を提起、Aが「九州方面に於て盛大に事業を行つてゐる事実は被上告人(X)銀行行員の熟知せるところ」であるから、公示による意思表示が有効なわけではない、と主張した。最高裁いわく、「論旨は、表意者たる被上告人(X)が相手方たる訴外鷲田(A)の所在を知らざるにつき所論過失があつたから、民法九七条ノ二第三項但書により意思表示到達の効力を生じないといふのであるが、右過失の存在についての主張、立証の責任は、右無効を主張する者の側に存すると解すべきところ、原審においては、この点につき上告人(Y)は何ら主張、立証をしていないのであつて、右過失の存在を理由として原判決を非難する所論は、採ることを得ない」と。——棄却。

判旨は本件が主張責任・立証責任のいずれにかかわる問題か区分を明かにせず、漫然、「主張、立証の責任は」とか「何ら主張、立証をしていない」とかいう点、ふつぎれていないし、上告論旨の受

けとり方にもな疑問を挟む余地がある。一審でも二審でもAの所在不明につきXに民九七ノ二三の過失があつたかなかつたかは全く顯出されなかつたところで、そこに証拠の問題がはいりこむ席はなく、事は専ら主張責任に関して、立証責任には拘わりがないし、上告論旨は、また、あるいは、過失の主張ではなくして、「所在が不明ではなかつたこと」の主張と解すべきではなかつたか、とも疑われるからである。だが、主張責任は立証責任とパラレルにその分配が定めらるべきであるし、Aが「逃亡して行方不明であつたこと」は原審で「当事者間に争いがなかつたところ」で、果してその然るや否やをとくに職権で調査・探知すべき理由もこの場合見出されない。判旨が「主張、立証の」という言い方をするのは、右のパラレルな関係、従つて主張責任の根拠を説明する趣旨とも解せられ、上告論旨が「銀行行員の熟知」を説くのも民九七ノ二三但援用のうえ「……と明規せられてある以上」としてこれに続けられた説明であるのをみれば、過失の主張とみるのが一そう自然であるかも知れない。そこで、右二点は、いまこれを問わないことにして、民九七ノ二三但の過失の主張責任だけを考えよう。

前にみたようにAが「逃亡して行方不明であつたこと」は「当事者間に争いがなかつたばかりでなく、Yは原審でXがAを所在不明とするにつき過失があつた事実を全く主張した形跡がない。ここでも過失を職権調査事項と解すべき特別の事情はないから、事は専ら本件過失の主張責任がX・Yのいずれに帰するかを帰著する。法文の構造は、一おう公示に意思表示の効力を認めるということを前

提とし、表意者に過失があればこの原則的な効果がとくに阻却されることを、表現しようとしているといえるし、実質的にも、無過失を公示による意思表示の積極的な要件としたのでは、相手方の利益に比して、表意者の不利益が大きすぎる。所在の不明は表意者の主張責任に帰するが、過失は逆に相手方の主張責任に帰するものと解すべく（今泉新民法総則三〇八頁、なお我妻講義I二六〇頁は表意者の過失とあわせ故意も相手方の立証責任に帰する旨を説くも故意とは所在不明の事実がないといふことでは）、こう解することは、また、所在不明はどちらかといえは客観的な問題で、過失は純然たる主観の消息、兩者その性質を異にし、且つ、所在不明が明かであればこれによつて表意者に著しい過失のある場合は概ね併せて排除されること、および無過失の立証はむしろ困難であることにも適合しよう。

本件については既に中野教授の判批があるが（民商四七卷六、教授ともども、民九七ノ二三但の過失の主張責任は公示による意思表示の「無効を主張する者の側に存する。」と解する判旨に賛成する。

（伊東 乾）