

Title	〔最高裁判事例研究二三〕 弁護士法第二五条第一号違反の訴訟行為の効力 貸金請求事件 (昭和三八年一〇月三〇日大法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 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	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.6 (1965. 6) ,p.122- 129
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650615-0122

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.

〔最高裁判事例研究 二二三〕

昭三八 24 (最高民集二七卷
九号二六六頁)

弁護士法第二五条第一号違反の訴訟行為の効力

貸金請求事件(昭和三八・一〇・三〇大法廷判決)

原告X(被控訴人・被上告人)は被告Y(控訴人・上告人)に対し
貸金返還、遅延損害金支払請求の訴を提起した。第一審X勝訴。Y
控訴。控訴棄却。一・二審ではXの訴訟代理人Aの弁護士法第二五
条一号違反の事実主張されなかつた。Y上告。

上告代理人の上告理由は以下のごとし。本件訴訟において、弁護士
Aが第一・二審を通じて被上告人の訴訟代理人として被上告人のた
め訴訟を遂行しているが、右訴訟代理人の行為は弁護士法二五条一
号に違反し無効である。すなわち原審におけるY本人尋問の結果に
よれば、Aは且つてYより本件訴訟事件につき依頼をうけ承諾して
おきながら、その後第一審の第一回口頭弁論期日までの間にXより
本件訴訟事件を受任し以後本訴を進行している。Aの行為は明らかに
弁護士法二五条一号違反であるからAによりなされた本件訴訟行
為はすべて無効である。しかも上告人は原審においてAの弁護士法
違反の事実を指摘しているのであるから、右Aの訴訟行為を有効な
ものとした原判決は判決に影響を及ぼすこと明らかな法令違背があ
る、と。

上告棄却。判決理由は以下のごとし。弁護士法二五条一号の趣旨

は、弁護士がかかる事件につき弁護士としての職務を行うことは、
当該弁護士を信頼して協議又は依頼をした相手方の信頼を裏切るこ
とになり、さらにかかる行為は弁護士の品位を失墜せしめるもので
あるから、かかる事件について弁護士の職務を行うことを禁止した
ものと解せられる。従つて、弁護士が右禁止規定に違反して職務を
行つたときは、同法所定の懲戒に服すべきは勿論であるが(同法五
六条参照)、かかる事件につき当該弁護士のした訴訟行為の効力に
ついては、同法又は訴訟法上直接の規定がないので、同法の立法目
的に照して解釈により、これを決定しなければならぬ。思うに、
前記法条は弁護士の品位の保持と当事者の保護とを目的とするもの
であること前述のとおりであるから、弁護士の遵守すべき職務規定
に違背した弁護士をして懲戒に服せしめることは、固より当然であ
るが、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、同条立
法の目的の一である相手方たる一方の当事者の保護に欠くるものと
言わなければならない。従つて、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。しかし、
他面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かかわらず、何等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、却つて当該訴訟行為

を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。従つて、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又は知り得べかりしかかわらず何ら異議を述べることなく訴訟手続を進ませしめ、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ものとして解するのが正当である。本件において被上告人の第一・二審の訴訟代理人である弁護士Aの訴訟行為が弁護士法二五一条一号に違反するものとしても、記録によれば、AのXの訴訟代理人としての訴訟行為については、Yから異議を述べた形跡は全然なく、しかも、YはAの弁護士法の禁止規定違反の事実の存在につき熟知しているものと認められるから、Aの訴訟行為が弁護士法二五一条一号に違反し無効であるとの論旨は採り得ない。

以上の判決理由のほか本判決には裁判官奥野健一・山田作之助・横田正俊の意見及び裁判官石坂修一の反対意見がある。

裁判官奥野健一の意見。民訴七九条によれば、法令によつて裁判上の行為をなすことを得る代理人のほか、地方裁判所以上では弁護士でなければ訴訟代理人となることができないところ、弁護士法二五一条により当該事件につき職務の執行を禁止されている弁護士は、当該事件については適法に訴訟代理人となる資格を欠くものであるから、訴訟代理人としてなした同人の訴訟行為は無効であるといわねばならない。しかし右規定は事件の協議・依頼をした相手方の弁護士に対する信頼を裏切ることになるから、その職務の執行を禁止するというのがその立法理由である。そして相手方たる当事者は当然

右弁護士の訴訟代理の違法性を知つているにもかかわらず異議を述べずに訴訟手続を進ませしめ第二審の口頭弁論を終結せしめた場合、相手方たる当事者は黙示的にその違法を許容したと認められる。従つて当該弁護士の訴訟代理に関する違法は補正されたものとして解すべきであり、相手方たる当事者において当該弁護士の訴訟代理人としての訴訟行為が前記弁護士法違反・無効として上告することは、民訴三九五条一項四号、二項の類推により、許されない。また前記弁護士法の禁止規定の効力を一種の弁論能力の制限と解し、裁判所がこれを排除して初めて、その訴訟行為を無視しうるに過ぎず、裁判所がこれを排除しない限り、その効力は妨げられることなく、当事者の異議は右裁判所の排除措置の職権発動を促す意味を持つに過ぎないと解することは正当でない。けだし、当該弁護士と雖も、訴訟手続に関して現実に訴訟行為をするに必要な能力、すなわち演述能力を欠くものではないからである。さらに、弁護士法二五一条は弁護士の職務規律を定めたものであり、その違反は単に懲戒の原因となるに止り、当該弁護士のした行為の訴訟法上の効力なんらの影響を及ぼさないとの説も採り難い。けだし、例えば同条四号に違反して、裁判官、検察官として職務上取り扱つた事件について、弁護士として職務を行う場合には種々の弊害が考えられるのであるが、かかる場合にも裁判所はその行為の排除を為すこともできず、その訴訟行為を完全に有効なものとして、是認しなければならぬとするのは著しく不当であり、裁判官の除斥原因を定めた民訴法三五条五号の規定や上告理由及び再審事由を定めた民訴法三九五条一項二号、四二〇条一項二号の規定の趣旨とも矛盾することになるからであり、そして弁護士法二五一条本文の「その職務を行つてはならない」という禁止規定違反の訴訟法上の効力につき、同条四

号違反の場合と他の各号違反の場合とで、解釈を二、三にすべき文
理上の理由もないからである。

裁判官山田作之助の意見。弁護士法二五条は、弁護士は相手方の協
議を受けて賛助し、又はその依頼を委託した事件(同条第一号)に
ついては、その職務を行つてはならない旨を規定し、これらの事件
について、その弁護士は適法なる訴訟代理人となる資格がないこと
を明示しているのである(私法上の代理関係についても同様と解す
る)。従つて同条違反の訴訟行為は代理権なき者のなしたもので当
然違法無効である。ただし弁護士法二五条の法意は、弁護士は、司
法特に訴訟運用の面で裁判所の下でその一翼を担い、その職務は公
益的性質を有し、その任務は厳正公正に行われることが要請され
る。いま弁護士が甲より協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾
している事件につき、甲の反対の立場にある乙よりさらにその事件
を頼まれ、これを引受け乙のために訴訟行為をするがときは、甲
に対する背信行為であるのみならず、かかる背信行為が弁護士によ
りなされること自体が一般弁護士に対する世人の信用を失わしめ、
引いては、司法の公正な運営に対する世人の信頼を妨げる一因とも
なる。従つてこれら弁護士の背信行為を禁止し、この禁止に違反す
る訴訟行為は当然無効にしたものと解すべきである。前示のごとき
背徳弁護士に事件を依頼した者が、右弁護士にのせる訴訟行為の無
効よりうけた不測の損害は、右弁護士につき損害賠償の請求をする
とか他にその損害填補の途を講ずべきで、このことのため右弁護士の
の行為が違法無効なることを変じ得ない。しかしながら、当事者は
司法の公正・適法な運用に協力する責務がある。この責務や、信義
則・禁反言の原則からみても本件におけるごとく第一・二審で弁護
士法違反を主張せずこれを上告理由とするがごときは許されない。

しからは右の弁護士法違反の訴訟行為の効力は争いえないものとし
て取扱うべきである。

裁判官横田正俊の意見。弁護士法二五条一号違反の訴訟行為を無効
とする所論の適否の判断は、同条所定の其他の場合、ことに右一号
と同種又は類似の關係にある二号又は三号に違反した行為の効力の
問題と併せ考えることが相当である。(一)弁護士法二五条が一・二・
三号の事件につき職務行為を禁止しているのは、弁護士の職務の公
共性にかんがみ、右の職務行為がその品位と信用を失墜すると同時
に相手方の利益を害するおそれがあるからである。もつとも右の職
務執行禁止の理由を各号について更にし細に検討すると、右三号に
ついては、それが自己が受任している事件とは異なる他の事件に関す
るものであるところからみて、相手方、すなわち、すでに受任して
いる事件の依頼者の保護ということに重点がおかれているのに対
し、右一・二号については、相手方の保護もさることながら、協議
をうけ又は依頼を承諾した事件そのものについて、相手方と反対の
立場にある者のために職務を行うがごときことは、弁護士の品位、
信用の保持上許されないということに重点がある。同条但書が三号
の事件について受任している事件の依頼者の同意があれば弁護士職
務執行の禁止は解除されるが、一・二号の事件についてはかかる例
外がないのは、かかる理由によるのである(このことは四・五号の
事件についてもさらに顯著である)。(二)しかし同条違反の行為の有
効については別段の規定がないから同条の趣旨から判断することに
なる。同条は弁護士の職務規律を定めたもので、その違反は懲戒原
因(同法五六条)となるにとどまり、その訴訟法上の効力にはなん
ら影響しない。(三)相手方の保護のみに徹するならば、法二五条を効
力規定と解し、これに違反する訴訟行為を無効とするに如くはない

が、この無効論は依頼者に不測の損害を及ぼし、弁護士による訴訟代理の原則にも反するから妥当ではない。けだし、法二五一条一号ないし三号所定の事情の有無、同条三号事件に関する相手方の同意の有無などは、弁護士・相手方間の内部的問題で、依頼者はこれを容易に了知しえないのに、弁護士の訴訟行為がそれらの事実の存否に左右されることは、依頼者に不測の損害を及ぼす。ことに弁護士の訴訟行為の一切を無効とするは訴の提起も無効となり、依頼者が時効により権利を喪失する等回復しえない損害を蒙る。また弁護士による訴訟代理制度の趣旨よりみて、非弁護士の訴訟行為とは異り真正の弁護士の訴訟行為をみだりに無効にすべきではない。もしそれにもかかわらず、法二五一条違反の行為を無効とする建前を敢て採用しようというならば、これにより依頼者のうける不利益を緩和し、弁護士と依頼者の関係を調整し又はある程度訴訟手続の安定性を保障する等の救済規定を用意するのが当然であると考えられるが、弁護士法その他にかかる規定はないところからみて、法二五一条は効力規定ではない。(9)多数意見は、法二五一条一号違反の行為を懲戒の原因とするにとどめ、これを完全に有効なものとする、相手方の保護に欠けるとする理由から、同号違反の訴訟行為に対し異議を述べその排除を裁判所に求めるとい、また、右の異議を述べずに第二審の口頭弁論を終結したとき、違反行為は完全に効力を生じ、相手方は無効を主張しえないとも説いている。これは、さきの最高裁判例(昭和三〇・一一・一六民集九卷二〇一三頁)と同趣旨であるようだが、その訴訟法的理由づけが必ずしも明らかでないばかりでなく、相手方が異議を述べた場合の効果も不明確である。その前段の説示によると、(1)異議があつても、裁判所は当該弁護士の訴訟活動を将来に向つて禁止しうるにすぎないようであるが、後段の説

示によると、(2)異議により当該弁護士の訴訟行為一切の無効を主張しうるようであり、その趣旨はいまいである。しかし、いずれにせよ、法二五一条一号違反は、相手方の同意、いわんや異議の有無により是正されるものはないとする前示(1)の私見に反するばかりでなく、右(2)の見解が採られているとすれば、それが相当でないことは前示(2)において無効論に關し述べたところから明らかである。要するに、本件訴訟行為をもつて無効と解すべきでないとする多数意見の結論には同調するが、その理由づけには賛成し難い。(10)奥野裁判官の意見によれば、法二五一条により職務の執行を禁止されている弁護士は、当該事件につき訴訟代理人となる資格を欠くからその訴訟行為は違法であるが、相手方が異議を述べずに第二審の口頭弁論を終結させたときは、相手方の黙示の許容により右訴訟行為の違法は補正され、民訴法三九四条一項四号、二項の類推により、右違法はもはや絶対的上告理由ともならないというのであり、右意見は、訴訟法的理由づけのある点で多数意見より優れているが、前示(1)の私見に反する点では多数意見と同じで、右私見を前提とすれば、相手方が異議を述べないことにより行為の違法が補正されることはあり得ない。(11)こうして、法二五一条違反が訴訟代理人たる資格に關するものとすれば、それは職権調査事項で資格の欠缺は絶対的上告理由であるから、右違反に關する主張を第二審の口頭弁論終結までに制限する理由もない。また奥野裁判官の意見を採用すれば、当事者が異議を述べれば、当該弁護士の訴訟行為は訴訟代理人たる資格を欠く者の行為としてすべて無効と解するはかなく、この結論が相当でないことは既にのべた。(12)要するに、法二五一条は単なる職務規律で、その違反は懲戒の原因であるにすぎないが、この見解は、相手方の保護に欠けるきらいがあるとの批判を免れない。し

かし、現行弁護士法のもとでは、弁護士会の自治が確立され、弁護士会による懲戒の制度が整備されていることを見逃してはならない。すなわち、旧弁護士法(昭和八年法律第五三三)においては、弁護士会は司法大臣の監督下にあり、弁護士の懲戒も検事長の申立により控訴院に設けられた懲戒裁判所においておこなわれていたのに対し、現行弁護士法においては、弁護士会に対する監督の制度は廃止され、弁護士会は、その自治作用として、弁護士に対する懲戒の権限を有すると同時に、何人も、弁護士について懲戒の事由があると史料するときは、その弁護士所属の弁護士会に懲戒を求めることができ(法五八条)。そして、法二五五条違反のごとき問題は、当該事件の受訴裁判所において、職権調査事項として又は相手方たる当事者の異議の申立に基づき、違反事実の有無を審査した上、訴訟法上の問題として処理することは適当なことではなく、弁護士会内部の規律の問題として、懲戒手続により処理されるのが相当であり、この懲戒手続が適切に運用されることにより又は当該弁護士の反省により、法二五五条違反の状態が是正され、その結果、相手方たる当事者の利益も保護されることが期待される。現実の問題として、弁護士のあり方又は弁護士懲戒制度の実績について批判があるとしても、その是正は別に考究するべきであり、そのことがあるために法二五五条の解釈を二、三にすべきではない。以上の理由により、法二五五条一号は、単なる職務規律を定めたもので、その違反は弁護士の行為の訴訟法上の効力にはなら影響しないと解すべきである。

裁判官石坂修一の反対意見は、最高裁昭三二・二二・二四民集一一卷一四号二二三三三頁の判断を維持し、無効説をとるものである。

判旨に賛成。

一、弁護士法二五五条違反の訴訟行為の効力については見解がわかれる。(1)絶対無効説(大審院の判例の主流は現行二五五条一号にある旧旧弁護士法(四)条、旧弁護士法二四)条号違反の訴訟行為を絶対無効と解していた。大判昭七・三・一八民集一巻一八一頁、大判昭九・一・二二民集二巻三三三頁、大判昭七・三・一八民集一巻一八一頁、大判昭九・一・二二民集二巻三三三頁、なお最高昭三三・一・二二民集一巻一八一頁、二・二四最高民集一巻三三三頁)。(2)有効説(兼子判例民訴法七七一四〇〇〇〇〇五頁、未川判批、民商三四卷四号一〇一頁参照)。(3)同条違反行為は追認により有効となるとする追認説(集一七巻二四四頁、一九九民集一巻二四二頁)。(4)責問しない限り失権により有効とする失権説(最高昭三〇・一・二一六最高民集九巻一〇一三頁、なお失権の要件の存する場合は禁反言又は信義則違反で無効の主張は一般的な見解もある結果的には失権理論の一亜種のみであり、この点に関しては、未川判批、民商三四卷四号一〇一頁参照)などが考えられる(学説については小山判)。掲一四頁参照)。

私はかつて絶対無効説によると、弁護士の弁護士法違反の効果は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から、絶対無効説には疑問がある、と説いた(石川判批本誌三六卷八号八三頁、なおおさているところである)。不測の損害として挙げられるものは、(イ)訴又は上訴が弁護士法違反の職務行為で無効であるとして却下されたが、すでに訴提起・上訴提起期間が経過してしまつている場合。(ロ)時効中断のため訴提起を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が認められない場合などがある(石川判)。しかし現在私は絶対無効説に対するかかる批判は問題であると考えている。まず(ロ)の点についてみると次のようにいえる。訴が形式的に不適法であるとして却下されたとしても、履行を請求する意思の通知は認められるから少なくとも催告(民法一五三)あ

りとみることが出来る。そこで我妻教授は以下のごとく説かれる。「これらの場合にも、普通の催告としての効力しかないとするれば、当該訴訟の終結をまたずに、それらの行為をした時から六ヶ月内に他の強力な中断事由に訴えなければならぬことになる。然し、それは当事者にとつて極めて不利益となる場合がある(訴が不審法として六ヶ月を経過す)。のみならず、裁判上の催告は、普通の催告よりも強力な効果をもつものとするに充分な理由があると考えられる。従つて、かような場合には——当該訴訟の係属している間は催告が継続しているものと考えて——当該訴訟の終結した時から六ヶ月内に、他の強力な中断事由に訴えれば、時効中断の効力は維持されるものと解釈したい(我妻・民法総則、三五六・七頁)。」と。私はこの見解を支持するものであるが、この見解によれば、訴訟代理人たる弁護士(弁護士)の訴提起行為が弁護士法違反を理由に不適法なものとして却下され、その時すでに時効期間が経過していたとしても、あるいは訴提起を催告とみて訴提起から六ヶ月を経過していても当事者としては時効援用の機会を失ってしまうことにはならないから、特に不利益を蒙らないといえよう。訴提起を無効であると解してもそれは訴訟行為として無効なのであつて、私法上の催告として無効となるというのではない。訴提起という訴訟行為は無効でも不存在ではないから訴は不適法として却下すべきで無視すべきものではない。不適法な訴でも広い意味では請求の意思が示されているから、私法上は有効な催告として評価できると考えるべきであらう。つぎに(1)についてみよう。訴訟行為の追完は期間の懈怠が当事者の責に帰し得ない場合にのみ

認められるが、訴訟代理人に過失があれば当事者の責に帰しえない事由として取扱われないし、訴訟代理人である弁護士の事務員が判決の送達を受領しながら弁護士に渡すのを忘れた場合等も同様に取扱われる(大判昭九・五・一二民集一三卷一〇五一頁)。つまりこの場合訴訟代理人やその使用人の過失の責を当事者が負うことになる。もちろんかかる場合当事者は訴訟代理人に対し損害賠償を請求することができる。これと比較した場合訴訟代理人の弁護士法違反の不利益を依頼者に帰属せしめることは、依頼者に訴訟代理人たる弁護士に対する損害賠償請求を認める以上とくに酷であるとはいえないのではないだろうか。かように考えてくると絶対無効説に対する批判は必ずしもあたらないようである。

むしろ絶対無効説は訴訟手続の安定・訴訟経済の要請から批判すべきであると考えられる。この点については(3)説批判の際に述べる。

二、(2)の有効説はどうであらうか。弁護士法二五条一号の保護法益は(a)依頼者の利益の保護、(b)弁護士の品位の保持、(c)司法の公正の保持であるとされる(小山・前掲、掲一四頁)。(a)は私的利益であり、(b)(c)は公的利益である。そこで、単に私益にのみ関する民法一〇八条の双方代理の禁止をさらに拡張して弁護士法二五条一号—三号の規定が成立したものと解せられる。したがつて弁護士法二五条一号—三号違反がその行為の効力に全く影響しないとみることは妥当ではないように思われる。有効説は弁護士法二五条違反は行為の効力に影響しないが、民法一〇八条の双方代理にあたる場合や不当威圧により行為が民法九〇条の公序良俗に反するような場合に、当事者に救済が与

えられるとする(兼子・判例民法四六頁)。すでに述べた通りかかる有効説には疑問がある(石川・前掲一五頁参照)。なお横田意見は有効説をとり、弁護士代理の趣旨からも、非弁護士的行為ではない以上弁護士法違反の行為でもみだりに無効とすべきではないとされる。しかしこの見解には賛成できない。除斥原因ある裁判官の行為は非裁判官の行為ではないが無効であるのと同様、弁護士法二五条が効力規定であるとすれば、弁護士法二五条違反の弁護士の行為は非弁護士の行為ではないが、瑕疵ある行為とみることが、決して弁護士代理の原則と矛盾抵触するものではない。

三、そこで問題は(3)の追認説をとるべきか、あるいは(4)の失権説をとるべきかという点に存すると考えられる。

(3)の追認説に対しては以下の批判がある。すなわち、無権代理行為を本人が追認しうるのは本人が代理権授与権を有するからであるが、当事者は弁護士法二五条一号違反の弁護士に資格を賦与する権能、つまり同条の禁止を解除する権能がない。したがって同条禁止違反行為は民法一一三条の無権代理行為に類せらるべきものではなく、むしろ民法一一九条の無効行為に類せらるべきものである。追認による治癒の余地はない、と(小山・前掲一四頁)。

弁護士法二五条一号の禁止が公の利益に関するがゆえに依頼者が一般的に禁止を解除する権能を有しないとするのは正当であろう。しかし、既に同号違反の訴訟行為がなされた場合右行為につき個別にその効力を認める余地が全くないとするならば、それは当事者の利益を著しく侵すことになる。元来民事訴訟の窮極目的は当事者

の正当な利益の保護に存する。司法の公正や弁護士の品位の保持は当事者の正当な利益の保護の手段であつて、それ自身が目的ではない。したがって当事者の正当な利益を犠牲にしてまでこの種の公の利益の維持をはかることはできない。すでになされた禁止違反の訴訟行為につき個別的に禁止を解きこれが追認を認めることが依頼者たる当事者にとって便宜であるならば、これを認めないことは、公の利益の追求に急なあまり当事者の利益を犠牲にする結果を生ぜしめる。ここでなされる禁止の解除は既になされた違反行為について個別的におこなわれるものであるから、その範囲いかんにかかわらず弁護士懲戒を排除するものではない。かように解するならば追認説に対する批判も必ずしも妥当ではないように思われる。

むしろ追認説は失権説との比較において、訴訟手続の安定、訴訟経済の要請から否定されるべきものと考える。すなわち、追認説によれば違反行為は追認されざる限り効力を生じない。無効の瑕疵が治癒されるのは判決の確定まで待たねばならない。この理は絶対無効説の場合も変らない。これに反し失権説によれば当事者がその違背を知りながら、又は知りえた筈であるにもかかわらず、遅滞なく責問権を行使しなかつた以上は瑕疵は治癒され違反行為も有効になる。

かくして私は追認説か失権説かといえば失権説を採りたい。ただし失権説で失権するのは責問権であつて、責問権の喪失が認められるのは任意的・私益の規定に關してである。弁護士法二五条は任意的・私益の規定ではなく公益に關する。しかしここにいわゆる公益と

私益の關係については追認說批判に關してすでに述べた。禁止の解除と追認が違反行為について個別的に認められる以上責問權の喪失も同様に個別的に認められてしかるべきであらう。

四、本件判旨が失權理論をとつたのは以上の理由から賛成できる。ただ若干の点で本件判旨には不明確な点がある。すなわち相手方たる当事者が違反行為を排除しうるとするが、その方法、時的限界、(本件判決では第二審口頭弁論終結の時までとも読めるが、責問權の行使が問題ならそこまで認めるのは問題で、遲滞なく行使せねばならないであらう。また本案違反行為の効力がしほば問題になる即決和解や公)理由、(責問無効が弁護士法二五條違反に直接原因となるのか、あるいは同条違反の場合弁護士はそもそも代理人資格を欠くことになるのか、末川・民商三四卷四号六三〇頁参照)代理人資格がないとすれば、代理權がなく、代理權の欠缺は追認なき限り、上告理由にもなるから、責問權の喪失乃至失權の理論はとれないであらう。したがって、この見解は必然的に追認理論に結びつくであらう。失權理論をとれば弁護士法違反の有權代理行為の瑕疵の問題として処理することにならう。失權理論をとる本件判決は前説をとるものと考えらるべきであらうか。前説をとつた場合さらに弁護士法違反が直接責問事由になるの、違反行為を将来にむかつて排除するにすぎないのか過去に遡つて排除するのかわつた問題(本判決は過去に遡ると読むのが妥当であらうし、また一般)、排除される訴訟行為は同条違反の総ての訴訟行為であるのかあるいは特定の行為に限定できるのかという問題等不明確な点が多い(永沢・前掲)。

なお本件については、宮田調査官の解説がある(法曹時報一五卷一、二、三、四、七頁)。

(石川 明)