慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究四七三〕弁護士職務基本規程 (平成一六年日本弁護士連合会会規第七〇号) 五七条に違反する訴訟行為につき、相手方である当事者がその行為の排除を求めることの許否 訴訟行為の排除を求める申立ての却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件 (令和三年四月一四日最高裁第二小法廷決定)
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 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	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.4 (2022. 4) ,p.93- 108
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=AN00224504-20220428-0093

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.

〔最高裁民訴事例研究四七三〕

令三1（民集七五巻四号一〇〇一頁）

弁護士職務基本規程（平成一六年日本弁護士連合会会規第七〇号）五七条に違反する訴訟行為につき、相手方である当事者がその行為の排除を求めることの許否

訴訟行為の排除を求める申立ての却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件（令和三年四月一四日最高裁第二小法廷決定）

〔事案の概要〕

X_1社およびX_2社（以下「X_1社ら」という）（申立人（基本事件原告）・抗告人・相手方）は、令和元年一一月二〇日、Y社（相手方（基本事件被告）・相手方・抗告人）に対して、「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」とする特許第四二九五三五三号（以下「本件特許」といい、本件特許に係る特許権を「本件特許権」という。）に関して、Y社の製品の生産、譲渡、輸入または譲渡の申出が本件特許権の侵害に該当すると主張して、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき、一〇億円および遅延損害金の支払いを求める訴えを提起した（以下「基本事件」という。）。

A弁護士は、甲法律事務所（以下「本件事務所」という。）の代表パートナーを務める弁護士であり、B弁護士は、本件事務所のパートナーを務める弁護士である（以下、A弁護士とB弁護士を合わせて「A弁護士ら」という。）。C弁護士は、平成二〇年一月一一日よりX_1社に組織内弁護士として所属し、平成三〇年二月から令和元年一〇月までの間、基本事件の訴え提起のための準備を担当していた。C弁護士は、同年一二月三一日、X_1社を退社し、令和二年一月一日、本件事務所に入所した。

Y社は基本事件の提起を受けて、令和元年一一月二八日までに、本件事務所とは異なる法律事務所に所属するD弁護士を含む計四名の弁護士および弁理士に訴訟追行を委任し、裁判所にその旨の訴訟委任状を提出した。D弁護士は、同年一

二月二三日、裁判所に一名の弁理士（以下、この弁理士と上記四名を併せて「D弁護士ら」という。）を訴訟復代理人に委任する旨の委任状を提出するとともに、同月二三日の基本事件の第一回口頭弁論期日にY社の訴訟代理人として出頭し、X_1社らの請求をいずれも棄却する旨の答弁および請求原因事実については追って認否する旨を記載した答弁書の内容を陳述した。

A弁護士は、令和元年一二月二六日、Y社から基本事件の訴訟追行の受任の可否につき問い合わせを受け、同月二七日の朝、Y社との間で基本事件の訴訟追行を受任する旨の合意をした。

Y社は、令和二年一月一六日、A弁護士らに基本事件の訴訟追行を委任する旨の同月八日付け訴訟委任状を裁判所に提出した。D弁護士らは、同月一八日、同月一四日付けの辞任届を裁判所に提出した。

X_1社らは、令和二年二月七日、東京地方裁判所に対し、本件事務所の所属弁護士であるC弁護士は弁護士職務基本規程（平成二六年日本弁護士連合会会規第七〇号。以下「基本規程」という。）二七条一号の規程により本件訴訟につき職務を行い得ないのであるから、本件訴訟においてA弁護士らがY社の訴訟代理人として訴訟行為をすることは、基本規程五七条に違反すると主張して、A弁護士らの各訴訟行為の排除を求める申立て（以下「本件申立て」という。）をした。これに対して、Y社は、そもそも基本規程五七条が訴訟行為の排除の法律上の根拠になるものではなく、X_1社らは申立権を有しない旨を主張した。

なお、基本事件においては、D弁護士らが作成した答弁書が提出された後、本件申立てがされた令和二年二月七日までの間、また、その後に至るまでの間、請求原因事実に係るY社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。また、C弁護士は、同月一〇日、本件事務所を退所した。

原々審（東京地決令和二年三月三〇日）は、①弁護士法二五条一号の趣旨と基本規程五七条の趣旨の同一性を認め、②①を前提として、弁護士法二五条一号違反で訴訟行為を排除する申立権があるなら基本規程五七条違反の場合も訴訟行為を排除する申立権があると解し、X_1社らが申立権を有することを認めた。

その上で、A弁護士らの訴訟行為が本件規程五七条に違反するかを詳細に検討した上で、同条但書の「職務の公正を保ち得る事由」があるとして、X_1社らの本件申立てを却下した。これに対して、X_1社らが即時抗告。

原審（知財高裁令和二年八月三日）は、①弁護士法二五条の趣旨と同法五六条一項で懲戒規定があり、基本規程は弁護士が遵守する会則であること、②基本規程二七条一号は、弁護士法二五条一号と同じ趣旨であること、③基本規程五七条

の趣旨は、弁護士法二五条一号および基本規程二七条一号と同じであることから、原々審と同様、X_1社らが申立権を有することを認めた。

その上で、A弁護士らの各訴訟行為について、職務の公正を保ち得る事由があるものとは認められないとして、X_1社らの本件申立は理由があるから、これと異なる原々決定を取消し、A弁護士らの各訴訟行為を排除する旨の決定をした。これに対して、Y社が許可抗告を申立て、許可されたのが本件である。

〔決定要旨〕

原決定破棄、原々決定に対する抗告棄却

「……原審の上記……判断は是認することができない。その理由は、次の通りである。

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、基本規程五七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（同法五四条一項、五五条一項、二項）。したがって、弁護士法二五条一号のように、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、弁護士の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五七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、基本規程五七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。」

草野耕一裁判官の補足意見

「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二七条又は二八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になることを希求する次第である。」

〔評　釈〕

判旨に賛成する。

一　本決定の意義

弁護士法二五条は、一定の事件について弁護士はその職務を行ってはならないと定め、これに違反する場合は所属弁護士会から懲戒を受けると定められている（弁五六条）。この弁護士法二五条に違反して訴訟行為がなされた場合に、当該訴訟行為を排除することの許否については、実体法および訴訟法に定めがないことから、後述するように、大審院以来、判例・学説において議論が積み重ねられてきた。

本件は、このような従来の議論が対象としていた状況とは異なり、日本弁護士連合会が定める会規（内規）である弁護士職務基本規程（平成一六年日本弁護士連合会会規第七〇号）（以下「基本規程」という。）五七条に反して訴訟行為がなされたとして、当該弁護士らの訴訟行為の排除を求めたものである。そのため、第一に、そもそも基本規程五七条違反を理由として訴訟行為の排除の申立てができるのか、第二に、仮に排除の申立てが認められたとして、本件は基本規程五七条但書にいう「職務の公正を保ち得る事由」があるのかが問題となった。本決定は、第一の点について、法ではなく会規にすぎない基本規程違反の場合について訴訟行為の排除を求めることができないという判断をした初めての最高裁決定として重要な意義を有するとともに、司法制度改革により弁護士の数が大幅に増加し、また弁護士の事務所等の移籍が頻繁に行われる昨今の実情[1]に鑑みると、実務に与える影響は少なくないと考えられる。

以下では、従来の弁護士法二五条違反の訴訟行為の排除の許否に関する判例・学説の議論を参考にして、本決定の理論的考察を行うこととする[2]。

二　弁護士法二五条に違反する訴訟行為の排除の許否

1、判　例

大審院は、弁護士法二五条[3]に違反する訴訟行為は不適法または無効と解する立場を採っていた。リーディングケースとされる大判昭和七年六月一八日大審院民集一一巻一一七六頁[4]以下「昭和七年判決」という）以降、大判昭和九年一二月二二日大審院民集一三巻二二三一頁[5]、大判昭和一三年一二月一六日大審院民集一七巻二四五七頁[6]、大判昭和一

四年八月一二日大審院民集一八巻九〇三頁[7]と一貫した立場であった。その理由は、この規定を公益性の極めて高いものと位置付け、それゆえに違反する訴訟行為を絶対的に無効と解していた（いわゆる「絶対的無効説」）。

このような大審院の立場に対しては、当時より、後述するように学説から強い批判がなされていた。そのためか、大判昭和一三年一二月一九日大審院民集一七巻二四八二頁[8]、大判昭和一五年一二月一四日大審院民集一九巻二四〇二頁[9]は、上記各判例を引用して絶対的に無効と解する立場を維持したものの、追認により訴訟行為を有効とする判断を示した。

その後、最高裁では、このような大審院の立場を維持すべきかどうかで、意見が異なる事態が生じた。まず、最二小判昭和三〇年一二月一六日民集九巻一四号二〇一三頁[10]は、弁護士法二五条一号違反に関する事件について、訴訟行為の効力について直接に定めた規定がなく、弁護士法、民事訴訟法の目的から考えるべきとした上で、当事者は異議を述べその効力を争うことはできるが、異議がなければ有効となるとする立場（いわゆる「異議説」）を採り、大審院の判例と異なる立場を明らかにした。その後、最一小判昭和三一年一一月一五日民集一〇巻一一号一四三八頁[11]も、弁護士法二六条違反に関する事件について、当然に無効ではないとの見解を示した。ところが、最三小判昭和三二年一二月二四日民集一一巻一四号二三六三頁[12]は、弁護士法二五条一号違反に関する事件について、上記の大審院判例を引用した上で、同意があったとしても絶対的に無効と解する旨を判示した。このように小法廷間で意見が矛盾することになったことから、最高裁は大法廷でこれを統一する必要に迫られた。

最大判昭和三八年一〇月三〇日民集一七巻九号一二六六頁[13]以下「大法廷判決」という）は、弁護士法二五条一号違反に関する事件について、弁護士法二五条の趣旨に基づいて、同条違反の訴訟行為について、相手方当事者は異議を述べ、裁判所に対してその行為の排除を求めることができるものと解するが、同時に、相手方当事者がこれに同意しまたはその違背を知りながら何らの異議を述べない場合にも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だけでなく、当該弁護士を信頼して訴訟委任をした他の一方当事者に不測の損害を及ぼすことになる。それゆえ、事実審の口頭弁論終結までに何らの異議を述べなかったときは、当該訴訟行為は完全に効力を生じ、弁護士法違反を理由として無効を主張することは許されな

い、との判断を示し、大審院の立場を変更して、異議説の立場を採ることを明らかにした。ただし、三名の裁判官の補足意見と一名の裁判官の反対意見が付されており、また理論的にも不明な点が多いとの指摘もなされていた。[14]

さて、大法廷判決までは、弁護士法二五条一号違反の事件を中心に判断されていたが、大法廷判決以後、最高裁はそれ以外の規定違反の事件についても判断を示している。[15] 最一小判昭和四一年九月八日民集二〇巻七号一三四一頁[16]は、弁護士法二五条三号違反の事件について、同条一号、二号、四号、五号と同様、依頼者の利益保護の側面があると解して、訴訟行為が有効になる場面と無効になる場面を分けて考えることを示唆しており、大法廷判決と同一の理解であるとされる。[17] 最一小判昭和四二年三月二三日民集二一巻二号四一九頁[18]は、弁護士法二五条四号違反の事件について、大法廷判決を引用して結論を導いている。

また、最一小判昭和四四年二月一三日民集二三巻二号三二八頁[19]は、弁護士法二五条四号と同じ文言である旧弁理士法八条二号違反の事件について、弁護士法二五条に類似する規定として、大法廷判決および上記最一小判昭和四二年三月二三日を引用して、弁理士法にも同じ判例法理を適用して、遡及して本訴を不適法却下している。そして、最一小決平成二九年一〇月五日民集七一巻八号一四四一頁[20]は、弁護士法二五条一号違反の事件について、大法廷判決では明らかでなかった申立権の有無、当事者の即時抗告の許否、訴訟代理人の即時抗告の許否について、最高裁の判断を示した。

2、学　説

以上のような大審院以来の判例の系譜に対して、学説は、大審院の頃にはすでに今日の議論の土台となる見解が示されていた。まず、大審院のリーディングケースたる昭和七年判決が絶対的無効説を採用したのに対して、旧々弁護士法一四条一号は訓示規定でしかないとして、有効説を唱える見解[21]が登場した。[22] このような有効説からの批判に対して、大審院が追認により有効とする見解[23]を示したことから、この追認説を支持する論者[24]も登場した。同時に相手方当事者の利益保護から、公益的見地のみ重視する絶対的無効説と単なる訓示規定とみる有効説の双方を批判し、相手方当事者は異議により訴訟行為の排除を求めることができるとする異議説[25]が登場した。これにより、大法廷判決が示される前に、四つの見解が登場する状況となった。このような学説の展開が、大法廷判決にも影響しているとみられており、[26]

事実、法廷意見（多数意見）は異議説を採っているが、前述したようにその理由付けは不明確であり、奥野補足意見は異議説を採りながら、その理論的根拠を明らかにしようと試み、山田補足意見は、絶対的無効説を採りながら禁反言により修正を図る立場を示し、横田補足意見は、効力規定と解さず有効説を採りながら結論においては多数意見に賛成し、石坂反対意見は、大審院と同じく絶対的無効説を採っている。

その後、異議説の理論的根拠について学説の議論[27]が進んだことから、これら四つの見解は、おおむね次のように説明されることとなった[28]。

まず、弁護士法二五条の立法趣旨が、当事者の利益保護（私益的側面）と弁護士の職務執行の公正の確保、弁護士の品位保持（公益的側面）にある点は、一致しているとされる[29]。その上で、①絶対的無効説は、弁護士法二五条の公益的側面を重視して、同条違反の訴訟行為を無効であるとする。この見解に対しては、訴訟行為を絶対的に無効とすると、現在の依頼者は、不測の損害を蒙ることとなり、弁護士の品位保持という公益的側面のために、依頼者が犠牲になるという奇妙な結果を招くと批判されている。

次に、②有効説は、弁護士法二五条を単なる職務上の訓示規定と捉え、同条違反は弁護士会の懲戒によって対処すべきであって、訴訟法上の効果と無関係であるとする。理論的に明解であると評価されているが、弁護士会の懲戒制度の機能が十分ではないとの指摘や、相手方当事者が弁護士法違反の事実を知っていたとしても、訴訟手続上、当該弁護士を排除できない点が問題であると批判される。

③追認説は、弁護士法二五条、特にその一号違反の行為を一種の無権代理行為とみて、本人の追認により有効となると説明する。しかしながら、弁護士法二五条にいう当事者の利益保護は、現在依頼している当事者の相手方の保護であるから、現在依頼している当事者本人の追認により有効とするのは不当であると批判される。

そして、④異議説は、大法廷判決がその理由を明らかにしていないため一種の責問権ではないかと推測されるが[30]、弁護士法二五条の目的を私益的側面と公益的側面の両方を持つものとして、単なる訓示規定ではなく効力規定であるとみるが、その私益的側面を考えると強行法規ではなく任意法規として分類されると解し、相手方当事者は責問権を行使してその無効を争うことができるが、責問権の放棄・喪失により、その瑕疵は治癒して有効となるとする。ただし、相手方当事者が責問権を行使した場合に、当該弁護士

が行った訴訟行為の効力を遡って無効と解するのか、それとも将来に向かって関与を排除するのみと解するのかについては、意見が分かれている。この見解に対しては、裁判所は異議がなければ弁護士法二五条違反のあることを知っていても訴訟代理人を排除できないのは問題があるのではないか、異議の効果が遡及すると現在の依頼者に大きな損害を与えるのではないか、といった批判がされている。[31][32]

3、小　括

弁護士法二五条違反の訴訟行為の排除の許否に関する、判例の系譜と学説の展開を見てきたが、今日では、異議説が判例・通説と解されている。[33] 私見も、弁護士法二五条の目的である私益的側面と公益的側面の双方を考慮した上で、現在の依頼人に及ぼす損害と相手方当事者の不利益を配慮して、訴訟行為の排除の許否を相手方当事者の異議にかからせ、異議がない場合はその瑕疵が治癒するとする異議説の考え方は、弁護士法二五条に違反する訴訟行為の排除の許否に関して、実体法および訴訟法に規定が無い状況での解釈として最もバランスが取れたものと思われ、これに賛成する。

ただし、相手方当事者が責問権を行使した場合に当該弁護士が行った訴訟行為の効力は遡って無効と解すべきではなく、将来に向かって関与を排除すべきものと解するのが妥当である。なぜなら、遡って無効と解することになると、現在の依頼者には不測の損害を与えることになる一方、相手方当事者は、訴訟の状況が不利になったときに責問権を利用することで、これまでの当該弁護士の訴訟行為をリセットすることができることを認めることにつながる。このように対立当事者間に不公平な結果をもたらすことを考えると、遡及して無効と解するのではなく、将来に向かって関与を排除すべきものと解すべきである。そして、このような解釈が定着すれば、弁護士法二五条違反の事実を知っている相手方当事者は、適時に責問権を行使することになると思われる。加えて、弁護士会による懲戒制度は、以前に比して所属弁護士に対して厳しく運用されており、有効説に対する機能が十分でないとの批判は、今日では妥当なものではなく、すでに行われた訴訟行為を有効とした上で、その違反の責を弁護士会の懲戒制度に委ねてもよいと思われる。

このような理解に基づくと、弁護士法二五条に違反する弁護士の「訴訟行為の効力の喪失」という表現ではなく、弁護士法二五条に違反する弁護士の「訴訟関与の排除」と

解すべき問題と考える。[34]

さて、以上見てきた従来の議論から、本決定を検討する上で参考となる指標をいくつか取り上げることができる。第一に、弁護士法違反の訴訟行為の排除の許否に関して、実体法および訴訟法上、明文の規定がないことから法の目的からその排除の許否を考察することになるが、様々な考慮要素（弁護士会の懲戒制度の機能、訴訟手続の安定、訴訟経済、損害を蒙った当事者から弁護士に対する損害賠償請求の現実的可能性、訴訟行為が取り消されることによる依頼者たる当事者の損害など）も同時に考える必要がある点が挙げられる。

第二に、弁護士法二五条の規定の性質を単なる訓示規定と捉えるなら有効説の考え方につながり、他方でこれを効力規定と捉えるなら絶対的無効説、追認説、異議説の考え方につながるという点が挙げられる。

第三に、弁護士法二五条の目的には、当事者の利益保護という私益的側面と、弁護士の職務執行の公正、その品位信用の保持という公益的側面の両方が共存することを前提として、公益的側面を強調すると絶対的無効説、追認説の考え方につながり、私益的側面を強調すると異議説につながるという点が挙げられる。そして、これまでの議論の到達点は、これら第一から第三のすべてを考慮した上で、弁護士法違反の訴訟行為の排除の許否を検討していたといえよう。

以上を踏まえて、基本規程五七条違反の訴訟行為の排除の許否について検討することとする。

三　検　討

1、基本規程と同五七条の趣旨

基本規程は、その前文において制定意義を明らかにしており、弁護士が自らの行動を規律するために、弁護士の職務に関する倫理規範・努力規程と行為規範・義務規定を明らかにするものであるが、[35]それが弁護士会の会則（いわゆる内規）であることも明らかである。[36]

さて、基本規程五七条は、利益相反ルールを共同事務所の範囲で敷衍して規定し、共同事務所の所属弁護士について、基本規程二七条または二八条により他の所属弁護士および所属弁護士であった者が職務を行い得ない事件についても職務を行い得ないものとして、依頼者の信頼確保、弁護士の職務の公正確保を図ったものとされる。ただし、一律に職務遂行を禁止することは、共同事務所の現実を無視し、不必要な規制を加える結果となりかねないため、特別

の事由がある場合に、例外的に職務を行い得るとしたとされる。[37]

そして、基本規程二七条は、弁護士法二五条の規定のうち弁護士法人に関する規定を除いた同条一号から五号までの規定と同様の規定であり、その趣旨も弁護士法二五条のそれと同様のことが当てはまるとされる。[38] また、基本規程二八条は、同二七条と同様、当事者の利益保護と弁護士の職務の公正確保、品位信用の保持を目的として、依頼者と弁護士自身の利益が相反する場合と、依頼者と別の依頼者の利益が相反する場合に職務が行い得ない旨を定めている。[39]

以上のことから、本件原審および原々審が述べるように、弁護士法二五条と基本規程五七条は、その趣旨を同一としていることに疑問の余地はないと思われる。

2、基本規程五七条違反と訴訟行為の排除の許否

以上の基本規定に関する理解を踏まえて、前述した三つの指標を参考にして、基本規程五七条違反する弁護士のなした訴訟行為の排除の許否について検討する。

第一の指標で考察すると、少なくとも原審および原々審が述べるように、基本規程五七条の趣旨・目的が弁護士法二五条のそれと同じであり、またそれに違反する場合の訴訟行為の排除の許否について、実体法および訴訟法上、明文の規定がないこともまた同じである。したがって、様々な考慮要素を検討した上で訴訟行為の排除の許否を検討するという方向になると思われる。この点では、特に問題はないと考える。

その上で、第二の指標で考察すると、基本規程が日本弁護士連合会の会則、いわゆる内規であって法でないことは明らかである。したがって、当該内規を有する会の会員同士の関係では、一定の効力規定と解することは可能であるが、会員ではない第三者との関係では、何らかの効力規定と考えることは難しく、むしろ訓示規定と解するしかないと考える。それゆえ、弁護士法二五条違反の訴訟行為の排除の許否をめぐる従来の議論を踏まえると、有効説の考え方につながるものと思われる。

確かに、第三の指標で考察すると、弁護士法二五条と同じく、その目的に私益的側面と公益的側面とが存在し、その私益的側面を重視する形で、基本規程五七条違反の場合も異議説の考え方を取り入れる余地はあるように見える。

しかしながら、第二の指標で考察したように、会員ではない第三者との関係では効力規定と見ることができない内規を根拠に訴訟行為の排除を認めることは難しく、訴訟手

続の安定や訴訟経済の側面からも、訴訟行為の排除には慎重な態度を持つべきであると考える。[40]

以上のことから、原審および原々審の考え方に賛同することはできない。本決定が「基本規程五七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」と述べるのは、まさにこの第二の指標と合致するものであると考える。よって本決定に賛成する。[41]

3、草野補足意見について

そもそも、最高裁判所の裁判の裁判書には、各裁判官の意見を明確に表示しなければならない（裁一一条）。そして、個別的な意見すなわち少数意見や補足意見は、その論点毎に示されるべきとされる。[42] そのことを踏まえて、草野耕一裁判官の補足意見について考察すると、その心情あるいは見解が表明されたものとの指摘があるが、[43] 論点ではない点について心情を表明することは、このような法の趣旨に合致しているのか疑問である。また、現在、わが国は極めて高度な弁護士自治を確立しており、それは検察のみならず裁判所に対しても対等な地位を占めるものとされている。[44] そうすると、裁判所が、一方で弁護士会の内規としてその法源性を認めていないのに対して、他方で、補足意見とはいえその内規のあり方について意見を述べること自体、弁護士自治に対する干渉と取られかねない恐れがあるのではないかと考える。確かに様々な裁判官の個々の思いはあると考えるが、[45] 内容の当否は別として、最高裁判所の裁判官の意見として出すべきものではないように思われる。

四　本決定の射程と今後の課題として

現在、一部で訴訟代理人となる資格が認められている弁理士および司法書士についても、弁理士法三一条、司法書士法二二条に業務を行い得ない事件が定められており、弁護士法二五条の定めと一致する。加えて、前述した最一小判昭和四四年二月一三日が、弁理士法違反事件についても、大法廷判決の法理が適用される判断を示している。[46] それゆえ、大法廷判決の法理がそれらの法規違反の訴訟行為の排除の許否についても適用されるのと同様、本決定は、弁理士会の会則あるいは司法書士会の会則に違反することを根拠として、訴訟行為の排除を求める場合にも妥当するものと考える。

さて、今日、訴訟代理人が弁護士だけに限られなくなったこと、司法制度改革以降、弁護士をめぐる環境も大きく変化し、それに合わせる形で基本規程を制定したこと、ま

た弁護士会の紛議調停制度や懲戒制度の機能の現状も、大法廷判決も含め活発な議論がなされていた昭和の時代とは異なり、厳格に運用され、所属する弁護士が厳しく律されていることを考えると、弁護士法二五条違反の訴訟行為の排除の許否について、それら現在の状況を考慮要素として再検討しないことにはやや疑問が残る。私見でも、すでになされた訴訟行為の効力を遡及して消滅させる場合（効力の消滅の問題）と、弁護士法二五条に違反する訴訟代理人を将来に向かって関与させない場合（関与の排除の問題）を分けて、後者の理解が妥当であると述べた。本件も、A弁護士らは、いまだ具体的な訴訟行為を行っていない状況にあることから、将来に向かって関与させないことに主眼が置かれていると思われる。弁護士法違反の場合の訴訟行為の排除の許否について、効力の消滅の問題と関与の排除の問題を分けた検討は今後の課題の一つではないかと考える。また、基本規程が排除の根拠に当たらないと判断されたため、弁護士法による「職務を行い得ない場合」のあり方も、法改正を含めた議論が今後の課題になるのではないかと考える。

（1）　高中正彦「進化し深化する弁護士倫理―「解説弁護士職務基本規程〔第三版〕」を素材として―」自正六九巻八号一七頁（二〇一八）、桑山斉「共同事務所の弁護士倫理の進展と課題」自正六九巻八号三八頁（二〇一八）、石田京子「利益相反回避手段としての情報遮断措置の位置付け―アメリカにおける議論の変遷を参考に―」三木浩一＝山本和彦＝松下淳一＝村田渉（編）『民事裁判の法理と実践（加藤新太郎先生古稀祝賀論文集）』（弘文堂、二〇二〇）六二七頁など参照。

（2）　本決定の評釈等として、加藤新太郎「判批」ＮＢＬ一一九五号八九頁（二〇二一）、谷本誠司「判批」銀法八七六号七〇頁（二〇二一）、堀清史「判批」法教四九二号一三一頁（二〇二一）、田村陽子「判批」新・判例解説Watch（民事訴訟法No.一二九）（二〇二一）、野中伸子「判解」ジュリ一五六七号九四頁（二〇二二）がある。また、原審および原々審の評釈として、加藤新太郎「判批」ＮＢＬ一一八一号七一頁（二〇二〇）がある。

（3）　現行法二五条一号の基となる旧々弁護士法一四条一号および旧弁護士法二四条一号違反に関する事案がほとんどである。

（4）　本判決の評釈として、兼子一「判批」法協五一巻二号一九三頁（一九三三）がある。

（5）　本判決の評釈として、岩本勇次郎「判批」民商一巻六号一五二頁（一九三五）がある。

(6) 本判決の評釈として、有泉亨「判批」法協五七巻五号九九二頁（一九三九）、薄根正男「判批」法論一八巻一号四七頁（一九三九）、宮崎澄夫「判批」民商九巻五号二〇三頁（一九三九）がある。

(7) 本判決の評釈として、兼子一「判批」法協五七巻一二号二三四九頁（一九三九）、中村宗雄「判批」民商一一巻一号一三七頁（一九四〇）がある。

(8) 本判決の評釈として、末川博「判批」民商九巻五号二二一頁（一九三九）がある。

(9) 本判決の評釈として、兼子一「判批」法協五九巻六号一〇二六頁（一九四一）がある。

(10) 本判決の評釈等として、中村宗雄「判批」判評五号一三頁（一九五六）、末川博「判批」民商三四巻四号九八頁（一九五六）、青山義武「判解」最判解昭和三〇年度二四七頁（一九六八）がある。

(11) 本判決の評釈等として、三ケ月章「判批」法協七五巻四号五二三頁（一九五八）、青山義武「判解」最判解昭和三一年度二〇二頁（一九六八）がある。

(12) 本判決の評釈等として、大場茂行「判解」最判解昭和三二年度三〇三頁（一九六八）がある。

(13) 本判決の評釈等として、小山昇「判批」判評六六号三九頁（一九六四）、永沢信義「判批」民商五〇巻六号九三一頁（一九六四）、石川明「判批」法研三八巻六号一二二頁（一九六五）、佐々木吉男「判批」別冊ジュリ五号五〇頁（一九六五）、伊藤眞「判批」別冊ジュリ一一四号一一八頁（一九九二）、椎橋邦雄「判批」別冊ジュリ一六九号五四頁（二〇〇三）、三谷忠之「判批」別冊ジュリ二〇一号四六頁（二〇一〇）、手賀寛「判批」別冊ジュリ二二六号四六頁（二〇一五）、宮田信夫「判解」最判解昭和三八年度二七一頁（一九六五）などがある。

(14) そもそも横田正俊裁判官が補足意見で、法廷意見の理由付けが不明である点や解決されていない問題を指摘している。小山・前掲註(13)四二頁、石川・前掲註(13)一二九頁、佐々木・前掲註(13)五一頁など参照。

(15) なお、そもそも弁護士法二五条一号に違反するか否かが問題になった事件として、最二小判昭和四〇年四月二日民集一九巻三号五三九頁（本判決の評釈等として、原井竜一郎「判批」民商五三巻五号七四三頁（一九六六）、三ケ月章「判批」法協八三巻一号五五頁（一九六六）、白川和雄「判批」別冊ジュリ三六号一七八頁（一九七二）、安倍正三「判解」最判解昭和四〇年度一五九頁（一九六六）がある）、最一小判昭和四一年五月一九日裁判集民事八三号五六五頁（本判決の評釈等は見ることができなかった）、最二小判昭和四三年三月八日民集二二巻三号五四〇頁（本判決の評釈等として、後藤静思「判解」最判解昭和四三年度四四三頁（一九六九）がある）がある。

(16) 本判決の評釈等として、小山昇「判批」判評九九号一五四頁（一九六七）、吉村徳重「判批」民商五六巻三号四九五頁（一九六七）、石川明＝加藤修「判批」法研四一巻六号七〇頁（一九六八）、川嵜義徳「判解」最判解昭和四一年度三七一頁（一九六七）がある。

(17) 石川＝加藤・前掲註(16)七一頁、吉村・前掲註(16)四九七頁、川嵜・前掲註(16)三七四頁。

(18) 本判決の評釈等として、高橋和之「判批」法協八五巻三号四四五頁（一九六八）、豊田健「判批」法研四一巻一〇号一一〇頁（一九六八）、矢野邦雄「判解」最判解昭和四二年度九六頁（一九六八）がある。

(19) 本判決の評釈等として、萩沢清彦「判批」民商六一巻六号一〇六六頁（一九六九）、可部恒雄「判批」最判解昭和四四年度三七七頁（一九七〇）がある。

(20) 本判決の評釈等として、加藤新太郎「判批」ＮＢＬ一一二一号八八頁（二〇一八）、越山和広「判批」民商一五四巻三号五二七頁（二〇一八）、川嶋四郎「判批」法セミ七六一号一二〇頁（二〇一八）、山本研「判批」新・判解Watch二三号一六一頁（二〇一八）、手賀寛「判批」ジュリ一五一八号一四四頁（二〇一八）、酒井博行「判批」リマークス五八号一〇六頁（二〇一九）、林圭介「判批」判評七二二号一五三頁（二〇一九）、中野琢郎「判解」最判解平成二九年度四六七頁（二〇一七）がある。

(21) 兼子・前掲註(4)一九四―一九五頁、同・註(7)二三五一頁、同・註(9)一〇三〇―一〇三一頁参照。

(22) なお、絶対的無効説を支持する論者も存在する。吉川大二郎「訴訟代理における双方代理」民商一六巻六号六六八頁（一九四二）、末川・前掲註(8)二二四頁、同・前掲註(10)一〇〇頁参照。

(23) 上記大判昭和一三年一二月一九日および大判昭和一五年一二月一四日参照。

(24) 末川・前掲註(8)二二五頁は、追認説を示した大審院の判旨に賛成している。宮崎・前掲註(6)二一一頁は相手方の承諾があれば有効と説く。

(25) 有泉・前掲註(6)九九四頁参照。

(26) 永沢・前掲註(13)九三五―九三七頁。

(27) 異議説の理論的根拠の探究は、小山・前掲註(13)四〇頁以下、石川・前掲註(13)一二六頁以下、吉村・前掲註(16)四九八頁以下などで行われてきたが、最も明確な理論的根拠を与えたのは、櫻田勝義『判例弁護士法の研究』（一粒社、一九七〇）三五頁以下であるとされる。その他にも、萩沢清彦「弁護士法と訴訟行為」民訴雑誌一四号一四九頁（一九六八）などが参考となる。

(28) 以下の説明については、青山善充「弁護士法二五条違反と訴訟法上の効果」ジュリ五〇〇号三一五頁（一九七二）、山木戸克己「弁護士法違反と訴訟法上の効果」法教

〈第二期〉四号五六頁（一九七四）、伊藤眞「弁護士と当事者」新堂幸司（編）『講座民事訴訟（三）』（弘文堂、一九八四）一一五頁などを参照。

(29) 日本弁護士連合会調査室（編）『条解弁護士法〔第五版〕』（弘文堂、二〇一九）二〇一頁、萩沢・前掲註(27)一七五頁、山木戸・前掲註(28)五七頁、青山・前掲註(28)三一五頁、伊藤・前掲註(28)一三一―一三二頁など。

(30) 宮田・前掲註(13)二七四頁。

(31) 石川・前掲註(13)一二九頁、豊田・前掲註(18)一一三頁、青山・前掲註(28)三二〇頁など。

(32) 有泉・前掲註(6)九九四頁、小山・前掲註(16)一五三頁、吉村・前掲註(16)五〇一頁など。なお、当事者による責問権の行使だけでなく職権による排除も認めた上で、将来に向かって関与を排除するのみと解する見解として、山木戸・前掲註(28)五七頁がある。

(33) 伊藤眞『民事訴訟法〔第七版〕』（有斐閣、二〇二〇）一六〇頁、三木浩一＝笠井正俊＝垣内秀介＝菱田雄郷『民事訴訟法〔第三版〕』（有斐閣、二〇一八）一二〇頁［垣内秀介］、加藤新太郎＝松下淳一（編）『新基本法コンメンタール民事訴訟法一』（日本評論社、二〇一八）一七七頁［加藤新太郎］、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第二版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三）二二七頁、兼子一（原著）『条解民事訴訟法〔第二版〕』（弘文堂、二〇一一）二八九頁［新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成］など。

(34) 山木戸・前掲註(28)五七頁参照。

(35) 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〔第三版〕』（日本弁護士連合会、二〇一七）一―二頁。

(36) 高中正彦『弁護士法概説〔第五版〕』（三省堂、二〇二〇）二八頁。

(37) 日弁連倫理委員会・前掲註(35)一六三―一六四頁。

(38) 同・前掲註(35)七六頁。

(39) 同・前掲註(35)八七頁。

(40) 石川・前掲註(13)一二七―一二八頁参照。

(41) 加藤・前掲註(2)ＮＢＬ一一九五号八九頁、同・前掲註(2)ＮＢＬ一一八一号七三頁も法源論の観点から同様の結論を採っている。

(42) 兼子一＝竹下守夫『裁判法〔新版〕』（有斐閣、一九七八）一五二頁。

(43) 加藤・前掲註(2)ＮＢＬ一一九五号九一―九二頁、金判一六二二号一五頁「本決定に対する匿名コメント」参照。

(44) 高中・前掲註(36)一一―一三頁。

(45) 草野耕一裁判官が、弁護士出身であることから、その心情は理解できないわけではない。

（46）増田竹夫「弁理士法三一条」パテント五五巻一号四〇頁（二〇〇二）は、そのことを当然の前提としている。

小原　将照