

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく 訴訟行為の排除を求める申立ての可否

柳 沢 雄 二

目次

- 1 はじめに
- 2 令和 3 年最決の紹介
 - (1) 事案の概要
 - (2) 本件の争点
 - (3) 原々審の判断
 - (4) 原審の判断
 - (5) 最高裁の判断
 - (6) 草野裁判官の補足意見
- 3 検討
 - (1) 弁護士法 25 条違反の訴訟行為の効力および排除の申立ての可否
 - (2) 基本規程 57 条違反の訴訟行為の効力および排除の申立ての可否

1 はじめに

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(以下、「共同事務所」という)において、その共同事務所
に所属する弁護士(以下、「所属弁護士」という)は、他の所属弁護士(所
属弁護士であった場合を含む)が、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」または「本件規程」という)
27 条または 28 条(いわゆる利益相反)の規定により職務を行ない得ない事

件については、職務を行ってはならない（基本規程 57 条本文）。

弁護士事務所に関しては、都市部を中心に事務所の共同化が進み、2 人以上の事務所が増えていると言われている¹。それに伴い、弁護士事務所の離合集散または弁護士の事務所間の移籍も活発になっており、共同事務所における利益相反による職務禁止は、実務的にも非常に重要な問題であるといえることができる²。

それでは、民事訴訟における当事者の一方の訴訟代理人弁護士が基本規程 57 条本文に違反して職務として訴訟行為を行った場合、相手方当事者は、当該訴訟行為の排除を求める申立てをすることができるのであろうか。この点が争われた事案として、最決令和 3・4・14 民集 75 卷 4 号 1001 頁³（以下、「令和 3 年最決」という）がある。令和 3 年最決に対しては既にいくつかの判例評釈等が公表されている⁴が、本稿も令和 3 年最決を検討する

1 日本弁護士連合会『弁護士白書 2020 年版』73 頁（2021 年）によると、2020 年の弁護士事務所の合計数 1 万 7417 所のうち、1 人事務所の数は 1 万 0525 所（60.43%）であり、2 人以上の弁護士事務所の数は 6892 所（39.57%）である。また、同書 74 頁によると、2020 年の弁護士数は 4 万 2164 名であり、1 人事務所を運営している弁護士（1 万 0525 名）の割合は 24.96%であり、2 人以上の弁護士事務所でも活動している弁護士（3 万 1639 名）の割合は 75.04%である。

ちなみに、同書 76 頁によると、2020 年の弁護士法人の数は 1302 法人（清算中等を含む）であり、法人組織率（社員数 3079 名と使用人数 3883 名の合計数 6962 名を弁護士数 4 万 2164 名で除したもの）は 16.5%である。

2 共同事務所における利益相反に関しては、長谷部由起子「法律事務所の共同化」民訴 50 号 65 頁、特に 78 頁以下（2004 年）、岩井重一ほか「＜座談会＞弁護士倫理の課題と展望」自正 63 卷 10 号 9 頁、特に 14 頁以下（2012 年）、桑山齊「共同事務所の弁護士倫理の進展と課題」自正 69 卷 8 号 38 頁以下（2018 年）、高中正彦ほか「＜座談会＞共同事務所」高中正彦＝石田京子編著『新時代の弁護士倫理』177 頁以下（有斐閣・2020 年）も参照。

3 令和 3 年最決は、民集のほか、裁時 1766 号 1 頁、判時 2509 号 12 頁、判タ 1489 号 52 頁、金法 2179 号 60 頁、金判 1622 号 10 頁、金判 1627 号 13 頁にも掲載されている。

4 判例解説として、野中信子・ジュリ 1567 号 94 頁（2022 年）がある。また、判例評釈等として、加藤新太郎・NBL1195 号 89 頁（2021 年）、太田勝造・NBL1199 号 60 頁（2021 年）、堀清史・法教 492 号 131 頁（2021 年）、石田京子・判例秘書ジャーナル文献番号 HJ100118（2021 年）、谷本誠司・銀法 876 号 70 頁（2021 年）、山本ゆり・ビジネス法務 22 卷 3 号 5 頁（2022 年）、田村陽子・新・判例解説 Watch30 号 165 頁（2022 年）、手賀寛・令和 3 年度重判解

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立ての可否
ことを目的とする。

2 令和 3 年最決の紹介

(1) 事案の概要

① X1 株式会社および X2 米国法人（以下、両社を併せて「X1 社ら」という）は、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」とする特許の特許権者であるが、Y 株式会社が Y 社の製品の生産、譲渡、輸入または譲渡の申出をすることによって当該特許に係る特許権が侵害されていると主張して、令和元年 11 月 20 日、不法行為に基づく損害賠償請求として 10 億円および遅延損害金の支払いを求める訴えを東京地方裁判所に提起した（以下、「本件訴訟」または「基本事件」という）。

② Y 社の訴訟代理人である B 弁護士は、P 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、C 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、両者を併せて「B 弁護士ら」という）。

③ A 弁護士は、平成 20 年に弁護士登録をし、同年 1 月 11 日から X1 社に組織内弁護士として所属し、平成 30 年 2 月 15 日から令和元年 10 月 15 日までの間、X1 社の他の従業員とともに、本件訴訟の追行を委任する弁護士の選定、本件訴訟の実体的な内容を含む訴訟代理人や関係者との訴訟準備に係る協議、訴訟代理人に対する相談資料の作成等、本件訴訟の提起のための準備を担当していた。

④ B 弁護士は、令和元年 8 月 2 日に転職エージェントから A 弁護士の紹介を受け、同月 6 日および同年 9 月 3 日に A 弁護士と面接をし、同年 10 月 31 日までには、A 弁護士が令和 2 年 1 月 1 日から本件事務所に所属することが決められた。ただし、A 弁護士は、各面接の際に B 弁護

(ジュリ 1570 号) 105 頁 (2022 年)、小原将照・法研 95 巻 4 号 93 頁 (2022 年)、日渡紀夫・リマークス 65 号 113 頁 (2022 年) 等がある。

士に対して本件訴訟に関連する事項について話をしておらず、また令和元年10月31日に当時本件事務所に所属していた弁護士らに紹介されて自己紹介等をした際にも、X1社在籍時に関与していた具体的な事件の話をすることはなかった。

⑤ 令和元年11月20日の本件訴訟の提起を受けて、Y社は、同月28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4名の弁護士および弁理士に本件訴訟の訴訟追行を委任し、その旨の訴訟委任状を裁判所に提出した。また、D弁護士は、同年12月23日までに、弁理士1名を訴訟復代理人に委任する旨の同月16日付け委任状および弁理士1名を補佐人に選任する旨の同日付け委任状を裁判所に提出するとともに、同月23日の本件訴訟の第1回口頭弁論期日にY社の訴訟代理人として出頭し、X1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。なお、本件訴訟は、受命裁判官による弁論準備手続に付され、第1回弁論準備手続期日が令和2年2月14日に指定された。

⑥ B弁護士は、令和元年12月26日、Y社から本件訴訟の訴訟追行に関する受任の可否について問い合わせを受け、翌27日の朝、Y社との間で本件訴訟の訴訟追行を受任する旨の合意をした。同日、B弁護士はA弁護士と面談し、X1社において本件訴訟に関わっていたかどうかを尋ねたところ、A弁護士が本件訴訟の担当者であった旨を述べたことから、A弁護士にそれ以上の発言をしないように伝える等、一定の措置を講じた。

⑦ A弁護士は、令和元年12月31日にX1社を退社し、令和2年1月1日に本件事務所に入所した。

⑧ Y社は、令和2年1月16日、B弁護士らに本件訴訟の訴訟追行を委任する旨の同月8日付け訴訟委任状を裁判所に提出した。また、D弁護士らは、同月18日、同月14日付けの辞任届を裁判所に提出した。同月24日、第1回弁論準備手続期日が同年2月14日から同年3月26日に変更された。

⑨ X1社らは、令和2年2月7日、裁判所に対し、本件事務所の所属

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立ての可否

弁護士である A 弁護士は基本規程 27 条 1 号の規定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 B 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 57 条に違反すると主張して、B 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。

なお、本件訴訟においては、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 2 年 2 月 7 日までの間、また原々審の判断が示されるまでの間、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かった。

⑩ A 弁護士は、令和 2 年 2 月 10 日、B 弁護士と合意の上、本件事務所を退所した。

(2) 本件の争点

本件の争点は、第 1 に、X1 社らが基本規程 57 条違反を理由として B 弁護士ら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かである。第 2 に、B 弁護士らの訴訟行為が基本規程 57 条に違反するか、とりわけ B 弁護士らにつき基本規程 57 条ただし書にいう「職務の公正を保ち得る事由」があるといえるかである。

(3) 原々審の判断

原々審（東京地決令和 2・3・30）は、争点 1 について、基本規程 57 条の目的が「弁護士法 25 条 1 号とおおむね同趣旨といえる」ことから、弁護士法 25 条 1 号に違反する訴訟行為に関する判例法理（最大判昭和 38・10・30 民集 17 卷 9 号 1266 頁（以下、「昭和 38 年最大判」という）および最決平成 29・10・5 民集 71 卷 8 号 1441 頁（以下、「平成 29 年最決」という））に鑑みて、「X1 社らは、本件規程 57 条違反を理由として B 弁護士ら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」とする。

次に、争点 2 について、A 弁護士は「基本事件につき、少なくとも X1 社の協議を受けて賛助したと認められる」から、A 弁護士は弁護士法 25

条1号および基本規程27条1号により職務を行うことができず、本件事務所に所属する「B 弁護士らとの関係で基本事件は本件規程57条本文の定める事件に該当することとなる」とする。その上で、同条ただし書にいう「職務の公正を保ち得る事由」があるか否かを検討し、「A 弁護士とB 弁護士らを含む本件事務所の他の弁護士らとの間の情報遮断措置が十分なものであったとはいい難いものの、A 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、A 弁護士とB 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は講じられていたということが出来る」から、同条ただし書にいう事由があるとして、X1 社らの本件申立てを却下した。

これに対して、X1 社らが即時抗告した。

(4) 原審の判断

原審（知財高決令和2・8・3）⁵は、争点1について、昭和38年最大判および平成29年最決を踏まえた上で、基本規程57条の規定の趣旨が弁護士法25条1号および基本規程27条1号の規定の趣旨と「共通するものである」ことから、弁護士法25条1号の規定の趣旨に鑑みて、相手方当事者は裁判所に対し「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」とする。

次に、争点2について、「A 弁護士は、基本事件の内容について、X1 社から法律的な解釈及び解決を求める相談を受けて、具体的な法律的な見解を示し、法律的手段を教示又は助言をしたものと認められる」から弁護士法25条1号および基本規程27条1号に該当し、B 弁護士らにとっても基本規程57条本文の定める「事件」に該当するとする。その上で、同条ただし書にいう「職務の公正を保ち得る事由」があるか否かを検討し、「基

5 原審に対する判例評釈として、加藤新太郎・NBL1181号71頁(2020年)がある。

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立ての可否

本事件に関する情報の共有や漏えいを防止することを目的とする情報遮断措置に相当する」措置がなされてはいるものの「十分なものであったものと認めることはできない」ために、「B 弁護士が講じた上記情報遮断措置は、X1 社らにおける B 弁護士らが基本事件の相手方の訴訟代理人として職務を行うことについての職務の公正らしさに対する疑念を払拭させるものであるということとはできない」から、「B 弁護士らに本件基本規程 57 条ただし書の『職務の公正を保ち得る事由』があるものと認めることはできない」として、原々審の決定を取り消し、「B 弁護士及び C 弁護士は、基本事件につき、弁護士としての職務として相手方の訴訟代理をしてはならない」と判示した。

これに対して、Y 社が許可抗告を申し立て、これが許可された。

(5) 最高裁の判断

破棄原判（原決定破棄・原々決定に対する抗告棄却）

「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 条に違反するものととどまる場合には、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。」

(6) 草野裁判官の補足意見

「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 B 弁護士らが A 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となることを希求する次第である。」

3 検討

(1) 弁護士法 25 条違反の訴訟行為の効力および排除の申立ての可否

(ア) 基本規程 57 条は、「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ない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。」と規定する。この規定の趣旨は、「共同事務所に所属する弁護士の 1 人が利益相反事件として職務を行ない得ない場合に、その事務所の別の所属弁護士がこれを取り扱うことは、依頼者に疑惑と不安を生ぜしめ、弁護士の職務執行の公正さを疑われることとなる」から、「依頼者の信頼確保、弁護士の職務の公正確保を図るために、利益相反ルールを共同事務所の範囲で敷衍して規定」したものであると説明されている⁶。

このように、基本規程 57 条本文は、他の所属弁護士が基本規程「第 27 72-1・2-190 (名城 '22)

条又は 28 条の規定により職務を行い得ない事件」であることを要件とする。このうち、基本規程 27 条 1 号から 5 号は、弁護士の利益相反⁷に関する弁護士法 25 条 1 号から 5 号と同様の規定であり、とりわけ弁護士法 25 条 1 号および基本規程 27 条 1 号は、「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」について弁護士は職務を行ってはならないと規定している⁸。

ここで、弁護士法 25 条の趣旨については、①先に協議等をした相手方の利益（信頼）の保護、②弁護士の職務執行における公正の確保、③弁護士の品位の保持、の 3 点を挙げるのが一般的である⁹。このうち、①は私

6 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著『解説弁護士職務基本規程 [第 3 版]』163～164 頁（日本弁護士連合会・2017 年）。

これに対して、堀・前掲注 4) 131 頁は、「弁護士法 25 条と基本規定（ママ）57 条の趣旨が共通するという原審の解釈を否定していることから、最高裁は、基本規定（ママ）57 条には相手方当事者保護の趣旨は含まれないと理解しているものであると推測される」と述べる。しかしながら、令和 3 年最決は、基本規程 57 条違反の訴訟行為に対する相手方当事者の排除の申立権を否定したのであって、両規定の趣旨の共通性まで否定したわけではないと解される。その意味で、弁護士法 25 条と基本規程 57 条の趣旨の共通性は肯定してよいのではなかろうか。なお、野中・前掲注 4) 95 頁、小原・前掲注 4) 102 頁、日渡・前掲注 4) 115 頁も、両規定の趣旨の共通性を認めているものと思われる。

7 弁護士の利益相反に関しては、柏木俊彦「弁護士の利益相反」日本法律家協会編『法曹倫理』138 頁以下（商事法務・2015 年）、安藤知史「利益相反等をめぐる近時の議論と今後の課題」自正 69 巻 8 号 28 頁以下（2018 年）、森際康友編『法曹の倫理 [第 3 版]』21 頁以下〔蜂須賀太郎＝古田啓昌〕（名古屋大学出版会・2019 年）、日本弁護士連合会調査室編著『条解弁護士法 [第 5 版]』198 頁以下（弘文堂・2019 年）、高中正彦『弁護士法概説 [第 5 版]』117 頁以下（三省堂・2020 年）、加藤新太郎「利益相反」高中正彦＝石田京子編『新時代の弁護士倫理』62 頁以下（有斐閣・2020 年）等を参照。

8 本件において、A 弁護士は、X1 社の組織内弁護士として、平成 30 年 2 月から令和元年 10 月までの約 1 年半の間、本件訴訟の提起のための準備を担当しているから、本件は A 弁護士にとっては弁護士法 25 条 1 号または基本規程 27 条 1 号にいう「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」に該当すると解される。

9 なお、昭和 38 年最大判は、弁護士法 25 条 1 号の趣旨について、「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、さきに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、そして、このような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は弁護士の職務を行うことを禁止したものと解せられる」と判示している。

益的側面からの趣旨であるのに対し、②および③は公益的側面からの趣旨である。もっとも、判例は、①から③の趣旨のうちいずれに重点を置くかに関して、弁護士法 25 条の各号ごとに把握しようとする傾向にあると言われている¹⁰。

そして、従来は、特に弁護士法 25 条 1 号¹¹に違反して弁護士が訴訟行為を行った場合に、当該訴訟行為の効力をどのように解すべきかについて、判例および学説上議論がなされてきた¹²。そこで、基本規程 57 条違反の訴訟行為の効力および排除の申立ての可否について検討するに当たり、弁護士法 25 条違反の訴訟行為の効力および排除の申立ての可否について確認しておくことは有意義であると思われる。

(イ) まず、判例について、大審院時代は、弁護士法 25 条に違反して弁護士が行った訴訟行為は無効であるとする絶対的無効説が多数であった¹³。しかし、学説から強い批判を受けて、一時期、当該弁護士が行った訴訟行為は無効であるが、その弁護士に依頼した当事者が追認すれば有効

10 日本弁護士連合会調査室編著・前掲注 7) 201 頁。

11 弁護士法 (昭和 24 年法律第 205 号) 25 条 1 号は、沿革的には明治 26 年 (法律第 7 号) の旧々弁護士法 14 条 1 号および昭和 8 年 (法律第 53 号) の旧弁護士法 24 条 1 号に相当し、文言上若干の変更は見られるものの、内容的には同じであるといつてよい。

12 萩沢清彦「弁護士法違反の訴訟行為」成蹊大学政治経済論叢 16 巻 4 号 133 頁以下 (1967 年)、萩沢清彦「弁護士法と訴訟行為」民訴 14 号 149 頁以下 (1968 年)、桜田勝義『判例弁護士法の研究』35 頁以下 (一粒社・1970 年) (初出は判評 110 号 [判時 507 号]・判評 119 号 [判時 535 号]・判評 122 号 [判時 544 号] (1968 ~ 1969 年))、青山善充「弁護士法二五條違反と訴訟法上の効果」ジュリ 500 号 315 頁以下 (1972 年)、山木戸克己『民事訴訟法論集』164 頁以下 (有斐閣・1990 年) (初出は法学教室 [第 2 期] 4 号 (1974 年))、伊藤眞「弁護士と当事者」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟③』115 頁以下 (弘文堂・1984 年)、萩澤清彦「弁護士法違反の訴訟行為の効力」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点 [新版]』118 頁以下 (有斐閣・1988 年)、萩原金美「弁護士法違反の訴訟行為の効力」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点 [第 3 版]』84 頁以下 (有斐閣・1998 年)、日本弁護士連合会調査室編著・前掲注 7) 234 頁以下、高中・前掲注 7) 133 頁以下等を参照。

13 大判昭和 7・6・18 民集 11 巻 1176 頁、大判昭和 8・4・12 新聞 3553 号 10 頁、大判昭和 9・12・22 民集 13 巻 2231 頁、大判昭和 13・3・29 法学 7 巻 10 号 1414 頁、大判昭和 13・12・16 民集 17 巻 2457 頁、大判昭和 14・8・12 民集 18 巻 903 頁、大判昭和 16・5・20 法学 11 巻 1 号 98 頁等。

になるとする追認説が採用されることもあった¹⁴。最高裁になり、弁護士法 25 条に違反する訴訟行為につき相手方当事者が異議を述べた場合は無効になるとする異議説を採用する判例¹⁵が公表された後で、大審院の判例を引用して絶対的無効説を採用する判例¹⁶も登場したことから、最高裁判例が不統一な状態に陥ってしまった。

このような状態に終止符を打ったのが、昭和 38 年最大判¹⁷である。すなわち、昭和 38 年最大判は、弁護士法 25 条 1 号違反の「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、同条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ない」とした上で、「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」と判示して、異議説を採用することを明確にしたのである¹⁸。

もともと、昭和 38 年最大判自体は「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」として弁護士の訴訟行為を有効と扱ったために、積み残された問題点がいくつも存在していた。そのような中で判示されたのが、平成 29 年最決¹⁹である。

この平成 29 年最決の判示事項は、次の通りである。①弁護士法 25 条 1

14 大判昭和 13・12・19 民集 17 巻 2482 頁、大判昭和 15・12・24 民集 19 巻 2402 頁。

15 最判昭和 30・12・16 民集 9 巻 14 号 2013 頁。

16 最判昭和 32・12・24 民集 11 巻 14 号 2363 頁。

17 判例解説として、宮田信夫「判解」『最高最判所判例解説民事篇昭和 38 年度』271 頁（法曹会・1964 年）がある。判例評釈については、高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選 [第 5 版]』46 頁〔手賀寛（有斐閣・2015 年）およびそこに引用の文献を参照。〕

18 ここでの異議の性質については、民事訴訟法上の責問権（異議権、民訴法 90 条）の一種と解されている。宮田・前掲注 17）274 頁等参照。

19 判例解説として、中野琢郎「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成 29 年度(下)』467 頁（法曹会・2020 年）がある。判例評釈については、そこに引用の文献を参照。

号に違反する訴訟行為および同号に違反して訴訟代理人となった弁護士から委任を受けた訴訟復代理人の訴訟行為について、相手方である当事者は、裁判所に対し、同号に違反することを理由として、上記各訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権を有する。②弁護士法 25 条 1 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決定に対し、自らの訴訟代理人または訴訟復代理人の訴訟行為を排除するものとされた当事者は、民訴法 25 条 5 項の類推適用により、即時抗告をすることができる。③弁護士法 25 条 1 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決定に対し、当該決定において訴訟行為を排除するものとされた訴訟代理人または訴訟復代理人は、自らを原告人とする即時抗告をすることはできない²⁰。

そして、最高裁は、弁護士法 25 条 3 号または 4 号違反の場合についても、異議説によることを明らかにしている²¹。そのため、未解決の問題点²²はなお存在しているものの、判例法理としては異議説を採用することが確立したといえることができる。

(ウ) 次に、学説としては、①絶対的無効説、②有効説（弁護士法 25 条 1 号違反は、懲戒処分の原因にはなるものの、訴訟行為の効力には影響を及ぼさないとする説）、③追認説、④異議説がある。もっとも、各説に対する批判として、①説は、当該弁護士を信頼して訴訟行為を依頼した当事者に不測の損害²³を及ぼすことになりかねず、弁護士の品位を保持す

20 もっとも、当該弁護士は即時抗告をする当事者の訴訟代理人になることができると解されるので、弁護士自身が原告人になることができなくても不都合はないと思われる。

21 弁護士法 25 条 3 号違反につき最判昭和 41・9・8 民集 20 卷 7 号 1341 頁、同条 4 号違反につき最判昭和 42・3・23 民集 21 卷 2 号 419 頁。なお、弁護士法 25 条 4 号と同趣旨の規定である旧弁理士法 8 条 2 号（現弁理士法 31 条 4 号に相当）に違反する提訴の効力に関する最判昭和 44・2・13 民集 23 卷 2 号 328 頁も、異議説を採用している。

22 例えば、①相手方当事者が異議を申し立てることができる時期はいつまでか、②相手方当事者の異議申立てより前になされた弁護士の訴訟行為は、遡って排除されるのか、③適及的な訴訟行為の排除を認める場合、弁護士に依頼した当事者が不測の損害を被ることにならないか（出訴期間のある訴訟の場合や上訴の提起の場合等）、といった問題がある。

23 例えば、弁護士による訴訟提起行為が無効とされてしまうと、消滅時効の完成

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立ての可否

のために弁護士に依頼した当事者を犠牲にするのは適切でないと批判される。②説は、弁護士法に違反しているにもかかわらず訴訟行為の効力に全く影響がないというのは不当である等と批判される。③説は、弁護士法 25 条 1 号の趣旨が先に協議等をした相手方当事者の信頼の保護にあるにもかかわらず、当該弁護士に依頼した当事者が追認すれば有効になるというのは不適切であると批判される。④説は、裁判所が弁護士法 25 条 1 号違反の存在を認識していても、相手方当事者の異議がなければ当該弁護士の訴訟行為を排除することができないというのは問題ではないか等と批判される。

現在でも有効説は有力に主張されている²⁴ものの、判例法理と同様に異議説が多数説であるといつてよい²⁵。その理由としては、弁護士法 25 条の私益的側面と公益的側面の双方を考慮する場合、先に協議等をした相手方当事者の利益と当該弁護士に訴訟行為を依頼した当事者の利益との調整を相手方当事者の遅滞のない異議の申立てに係らしめることは、弁護士法 25 条違反の訴訟行為の効力について弁護士法にも民事訴訟法にも明文の規定がない中ではそれなりにバランスの取れた解釈といえるという点を挙げることができる。

(2) 基本規程 57 条違反の訴訟行為の効力および排除の申立ての可否

(ア) 基本規程 57 条違反の訴訟行為の効力について検討する前提として、基本規程の性質²⁶について確認しておく必要がある。

まず、基本規程は、弁護士法 46 条 2 項 1 号・33 条 2 項 7 号に制定根拠を有し、日本弁護士連合会会則 16 条にいう「弁護士の道德及び倫理並びに弁護士の職務の規律に関し必要な事項」として定めるべき「会規」に

により再度の訴訟提起が無意味になってしまう場合等が考えられる。

24 日本弁護士連合会調査室編著・前掲注 7) 240 頁。

25 新堂幸司『新民事訴訟法 [第 6 版]』167 頁以下(弘文堂・2019 年)、伊藤真『民事訴訟法 [第 7 版]』160 頁(有斐閣・2020 年)、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 I [第 3 版]』685 頁(日本評論社・2021 年)等参照。

26 以下の記述は、高中正彦『法曹倫理』22 頁以下(民事法研究会・2013 年)に負う。

相当する。基本規程が制定されるまでは、日弁連は「弁護士倫理」を定めていたが（昭和30年制定・平成2年改正）、この「弁護士倫理」は懲戒事由を成文化したものではなく、弁護士が職務を行う過程で自主的・自律的に依拠すべき行動指針であった。これに対して、規範としての位置付けを明確にすることが国民の弁護士に対する信頼を確保するために必要であるとの認識から、平成16年の日弁連の総会で「会規」として制定され平成17年4月1日より施行されたのが、基本規程である。

そして、基本規程は「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」に制定されたものである（前文第4文）ところ、倫理規範は努力規定であって、弁護士の職務の行動指針または努力目標を定めたものであり、これに違反する行為は、違反の程度が重大である場合には懲戒事由（弁護士法56条1項）としての「品位を失うべき非行」として評価されるかどうかの一要素となるにすぎないのに対して、行為規範は義務規定であって、弁護士に一定の作為または不作為を義務づける規範であり、これに違反する行為は、懲戒事由を基礎づける事実が存在することを推認させるものであるとされる²⁷。

もっとも、基本規程の中には弁護士の心構えや行動指針を定めたものが入らざるを得ないことから、基本規程82条2項で「弁護士の職務の行動指針又は努力目標を定めたものとして解釈し適用しなければならない」条項すなわち倫理規範・努力規定が列挙されており、その反対解釈として同項に列挙されていない条項は行為規範・義務規定であると解される（なお、基本規程57条は基本規程82条2項に列挙されていないため、行為規範・義務規定に属する）。ただし、いずれにしても形式的に基本規程の条項に違反したからといって、直ちに懲戒処分に付すべきではなく、基本規程は「弁護士の職務の多様性と個別性に鑑み、その自由と独立を不当に侵すことのないよう、実質的に解釈し適用しなければならない」（基本規程82

27 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・前掲注6）2頁。

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立ての可否

条 1 項前段) とされている²⁸。

このように、基本規程違反の効果については、従来はほとんどが懲戒処分との関係で論じられていたようであり、基本規程の逐条解説においても、基本規程 57 条違反の例として挙げられている事例はすべて懲戒処分の可否が問題となった事例である²⁹。とはいえ、このことから直ちに基本規程 57 条違反が訴訟行為の効力に影響を及ぼさないと従前から解されていたと断言してよいかは不明である（単に訴訟行為の排除に適する事例が存在しなかっただけかもしれない）が、いずれにせよ基本規程 57 条違反の効果として訴訟行為の排除が認められるか否かに関する議論が十分になされてこなかったことは確かであろう³⁰。

(イ) そこで、基本規程 57 条違反の効果について弁護士に対する懲戒判断の一事由になるだけでは不十分であるとする立場からすれば、本件の原々審および原審のように、基本規程 57 条と弁護士法 25 条 1 号の趣旨の共通性に鑑みて、基本規程 57 条違反の訴訟行為の効力について弁護士法 25 条 1 号違反に関する議論を援用（類推）するという見解も、あながちあり得ないことではないのかもしれない。

しかしながら、弁護士法 25 条 1 号違反と基本規程 57 条違反における利益相反の程度の違い、すなわち、弁護士法 25 条 1 号違反は同一の弁護士に係る直接的な利益相反であり、不公正さは絶対的であるといえるのに対し、基本規程 57 条は共同事務所の所属弁護士の利益相反ルールを「共同事務所の範囲で敷衍」³¹ したものであって、利益相反も間接的で不公正

28 なお、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・前掲注 6) 221～222 頁参照。

29 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・前掲注 6) 172～174 頁参照。

30 なお、弁護士法人の利益相反についての基本規程 65 条に関する解説ではあるが、「職務基本規程の違反は直ちに訴訟行為等の効力に影響するとは考えにくい」という表現が見られる。日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・前掲注 6) 188 頁。

もっとも、このことから共同事務所に関する基本規程に違反した場合の効力についても同様に解されていたかは不明である。

31 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・前掲注 6) 164 頁。

さは仮定的なものにすぎないという点³²も、見過ごすことはできないように思われる。

また、基本規程 57 条ただし書が規範的要件であり、ただでさえ判断が容易ではないと言われているのに、異議説の援用（類推）を認めるとすると、弁護士職務活動の許容範囲が更に分かりにくいものになってしまい、弁護士に対する委縮効果が生じて、弁護士業務の拡充または発展を阻害するおそれがある³³ということも、認識しておかなければならないであろう。そして、現在の弁護士会の懲戒制度は適切に運用されていると思われる³⁴ところからしても、基本規程違反の効果について弁護士に対する懲戒判断の一事由になるだけでは本当に不十分なのかについては、慎重に検討する必要があるのではなかろうか。

そのため、趣旨の共通性という点のみから基本規程 57 条違反の訴訟行為の効力について弁護士法 25 条 1 号違反に関する議論を援用（類推）するというのは、やはりハードルが高かったと言わざるを得ない³⁵。

（ウ） これに対して、令和 3 年最決は、「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」と判示して、相手方当事者による排除の申立権を否定している。その際の理由付けとして挙げているのは、法律違反と会規違反の違いである。

すなわち、令和 3 年最決は、国会が制定した法律である「弁護士法 25 条 1 号のように、法律により職務を行不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」、その違

32 野中・前掲注 4) 96 頁、加藤・前掲注 4) 92 頁、日渡・前掲注 4) 115 頁。

33 野中・前掲注 4) 96 頁。太田・前掲注 4) 63 頁以下は、「法と経済学」の手法からの検討において、同旨を述べる。なお、田村・前掲注 4) 168 頁も同趣旨か。

34 かつて弁護士法 25 条違反の訴訟行為の効力につき、有効説に対する批判の 1 つとして懲戒制度の不十分さが挙げられたこともあった（青山・前掲注 12) 319 頁等）。しかし、そのような認識はもはや過去のものといってよいのではなかろうか。なお、小原・前掲注 4) 103～104 頁も参照。

35 加藤・前掲注 4) 91 頁、石田・前掲注 4) 6 頁、田村・前掲注 4) 168 頁、手賀・前掲注 4) 106 頁、小原・前掲注 4) 102～103 頁も同旨。

弁護士職務基本規程 57 条違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立ての可否

反は重大であるから、「相手方である当事者は、これに異議を述べて、裁判所に対しその行為の排除を求めることができる」のに対して、「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」、「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」のであって、基本規程の「違反は、懲戒の原因となり得る」ものの、それ以上に「訴訟行為の効力に影響を及ぼすものではない」としている。

この点、上述のような基本規程の性質に鑑みると、令和 3 年最決のいうように、そもそも基本規程違反について懲戒事由となることを超えて弁護士の訴訟行為の排除を認める根拠として十分といえるかに関しては、疑問の余地が残らざるを得ないであろう。

以上より、「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」と判示する令和 3 年最決に賛成する。

そして、令和 3 年最決の考え方を前提とすれば、基本規程 57 条の場合のみならず基本規程全体について、(弁護士法に同様の規定が存在しない限り) その違反に基づく訴訟行為の排除を求める申立てをすることはできないということになるものと思われる³⁶。

(エ) さらに、令和 3 年最決は、本件が基本規程 57 条に違反しているか否かにかかわらず相手方当事者は異議を述べることができないのであ

36 手賀・前掲注 4) 106 頁。

なお、田村・前掲注 4) 167 頁は、基本規程 57 条の文言が抽象的で具体的事件に対する判断基準として明確でなかったことが、令和 3 年最決が基本規程 57 条の裁判規範性を否定する判断に多少影響したのではないかと推測している。しかしながら、令和 3 年最決は基本規程全体につき訴訟行為の排除を求める申立てを否定していると解されるから、基本規程 57 条の文言の抽象性は令和 3 年最決の判断自体にはそこまで大きく影響しなかったのではないかと思われる。

これに対して、堀・前掲注 4) 131 頁は、「本決定が基本規程違反の訴訟行為の排除を全く認めないものかどうかについては、なお検討の余地がある。」と留保を付している。

て、本件における基本規程 57 条違反の有無についてはそもそも判断して
いないと解される³⁷。

また、本件に関しては、基本規程 57 条ただし書にいう「職務の公正を
保ち得る事由」³⁸があるか否かを判断する必要がないということで、最高
裁はこの点に関する判断も示していない。そのため、とりわけ本件におけ
る情報遮断措置の十分性については、未解決なままである。

(オ) ところで、基本規程 57 条を含む共同事務所に関する規律は、な
ぜ弁護士法に規定されていないのであろうか。

37 加藤・前掲注 4) 91 頁、石田・前掲注 4) 7 頁、手賀・前掲注 4) 106 頁等。

その上で本件における基本規程 57 条違反について検討してみると、A 弁護
士は、令和 2 年 1 月 1 日から同年 2 月 10 日までという 1 ヶ月程度にすぎない
とはいえ本件事務所に入所しており、A 弁護士の所属期間内に B 弁護士らは Y
社の訴訟代理人となっているのであるから、B 弁護士らが基本規程 57 条本文
に該当する状態にあったということは否定できないであろう。

38 基本規程 57 条ただし書にいう「職務の公正を保ち得る事由」とは、所属弁護
士が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(事由)をいうものと解され」、「ここにいう、信頼感や公正さとは、
法的な観点から客観的・実質的に判断されるべきであ(る)」が、「一種の規範
的要件であるから、一律の基準をもって解釈することは硬直化するおそれが
あってかえって適当ではなく、その事由の有無は具体的事案に即して実質的に
判断されるべきである」とされる。そして、具体的な考慮事情として、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(事件)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・漏洩や
証拠流用のおそれの有無、④相手方等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うえでの職務遂行への依頼者からの同意
の有無、⑤職務基本規程 27 条 3 号または 28 条 2 号に該当する場合にあって
は、事件相互の共通の争点や関連性の有無・程度等、⑥職務基本規程 27 条ま
たは 28 条の規定により職務を行ない得ない弁護士がすでに共同事務所を離脱し
ている場合にあっては、当該職務を行ない得ない事情が生じた時期(時の経過)、
当該職務の内容や当該弁護士のそれへの関与の程度・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ない得なかった場合にあっては、参加前の職
務の内容や当該弁護士の関与の程度・内容、職務を行ない得なかった時期(時の
経過)等、⑧その他の事情、が挙げられている。日本弁護士連合会弁護士倫理
委員会編著・前掲注 6) 169～170 頁。

このうち①の情報遮断措置に関しては、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会
編著・前掲注 6) 170～171 頁、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」加藤新太郎先生古稀祝賀『民事裁判の法理と実践』627 頁
以下(弘文堂・2020 年)、加藤新太郎『「職務の公正を保ち得る事由」として
の情報遮断措置体制の位置づけ』NBL1179 号 69 頁以下(2020 年)も参照。

この点、平成 13 年に弁護士法人に関する規定が弁護士法に新設された時点で、共同事務所制度について弁護士法に追加することも、可能性として全くなかったわけではないようにも思われる³⁹が、この点が議論された形跡は見られない⁴⁰。また、共同事務所に関する規律が弁護士法に規定されていない理由を明確に論じる文献もないようである。

そのため、この点に関する正確な理由はよく分からないのであるが、共同事務所の形態や規模は様々であり、採るべき措置の内容を一律に定めることが困難である⁴¹ということが、何らかの影響を及ぼしているのかもしれない。

あるいは、令和 3 年最決を受けて、共同事務所に関する規定を弁護士法にも追加することで、共同事務所の所属弁護士の利益相反について少なくとも弁護士法 25 条の解釈論と同様にすべきであるという議論が、将来的な立法課題として浮上してくるかもしれない⁴²。この問題については、今後の議論の行方を見守っていく必要がある。

39 太田・前掲注 4) 62～64 頁参照。

40 弁護士法人に関する規定の新設を議論した平成 13 年 5 月 23 日の衆議院法務委員会第 11 号における「弁護士法の一部を改正する法律案」の審議でも、「共同事務所」という語は、房村精一政府参考人が一度言及したのみである。

ちなみに、この当時は基本規程の前身である弁護士倫理が定められており、共同事務所については、秘密の保持に関する 20 条と、利益相反に関する 27 条および 28 条の 3 か条が存在するのみであった。現在のような共同事務所における規律は、平成 16 年に基本規程が制定された際に整備されたものである。

41 共同事務所において、所属弁護士を監督する権限のある弁護士が、所属弁護士が基本規程を遵守するための必要な措置を採るように努める旨を規定する基本規程 55 条に関して、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著・前掲注 6) 159 頁参照。

42 これに対して、日渡・前掲注 4) 116 頁は、「利益相反を禁止するために、弁護士会による懲戒ではなく、裁判所による訴訟行為の排除を、要求するうえに、法に規定することまで、要求することは、弁護士自治の観点からは、疑問である」とした上で、訴訟上の信義則違反（民訴法 2 条）を根拠として基本規程 57 条違反の訴訟行為の排除を肯定する。しかしながら、訴訟行為の排除の根拠として法律に規定する必要がないのであれば、基本規程 57 条違反から直接導けば十分であって、わざわざ訴訟上の信義則違反を持ち出す必要はないのではなからうか。