

**弁護士法 25 条 1 号に違反する訴訟行為の排除**

【文献種別】 決定／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 平成 29 年 10 月 5 日

【事件番号】 平成 29 年（許）第 6 号

【事件名】 訴訟代理人の訴訟行為排除決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件

【裁判結果】 破棄自判

【参照法令】 弁護士法 25 条 1 号、民事訴訟法 25 条 5 項、破産法 78 条 1 項

【掲載誌】 民集 71 卷 8 号 1441 頁、裁時 1685 号 21 頁、判時 2361 号 48 頁、判タ 1444 号 104 頁、  
金判 1535 号 18 頁、金法 2086 号 76 頁

LEX/DB 文献番号 25448947

**事実の概要**

本件は、弁護士である  $Y_1$  及び  $Y_2$ （相手方）が、以前に  $甲_1$ ・ $甲_2$ ・ $甲_3$ （以下、「甲ら」という。甲らはグループ会社）との間で再生手続開始申立て等について委任契約を締結していたことから、甲らに開始された破産手続における各破産管財人である  $X_1$ ・ $X_2$ ・ $X_3$ （抗告人。以下、「Xら」という）が、再生手続開始申立て時におけるスポンサー候補であった乙社に対して提起した否認訴訟等において、 $Y_1$ ・ $Y_2$ 、及び  $Y_3$ （ $Y_1$  が選任した復代理人）が、乙の訴訟代理人として訴訟行為をすることは、弁護士法 25 条 1 号に違反するとして、その訴訟行為の排除を求めた事案である。

平成 26 年 4 月、甲らは、 $Y_1$  及び  $Y_2$  との間で、再生手続開始申立て、再生計画案の作成提出等について委任契約（以下、「本件各委任契約」という）を締結し、乙をスポンサーとして甲らの再建を図る方針の下、 $Y_1$  及び  $Y_2$  を申立代理人として  $甲_1$  につき再生手続開始の申立てをし、同年 5 月に再生手続開始決定がされた。しかし、翌 6 月には乙が甲らに対する支援を打ち切ったことなどから、再生手続が廃止されたため、甲らについてそれぞれ破産手続が開始され、Xらが各破産管財人に選任された。その後、Xらは乙を被告として、 $Y_1$ ・ $Y_2$  が甲らから委任を受けていた間にスポンサー契約に関連してなした送金等についての否認訴訟や売掛金の返還請求など、計 4 件の金銭支払請求訴訟を提起し、これらは併合審理された（以下、「本件訴訟」という）。

本件訴訟につき、 $Y_1$  及び  $Y_2$  は乙からの委任を受けてそれぞれの訴訟代理人となるとともに、

$Y_3$  は、本件訴訟のうち 3 件について  $Y_1$  からの委任により訴訟復代理人となった。これに対し、Xらは、 $Y_1$ ・ $Y_2$ ・ $Y_3$ （以下、「Yら」という）が訴訟行為をすることは、弁護士法 25 条 1 号に違反するとして、Y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）をしたところ、原々審（長崎地決平 28・10・20 民集 71 卷 8 号 1465 頁）は、本件申立てには理由があるとして、本件申立て後のYらの各訴訟行為を排除する旨の決定をした。Yらが即時抗告をしたところ、原審（福岡高決平 29・1・27 民集 71 卷 8 号 1469 頁）は、破産管財人は独立した権限に基づいて財産の管理処分権を行使することなどに照らし、Yらが過去に破産者から本件訴訟上の請求に関する委任を受けていたとしても、弁護士法 25 条 1 号にかかる職務行為と同視することはできないとして、原々決定を取り消した（なお、本件申立てについては、裁判所の職権発動を促すものと解し、これを却下することはしなかった）。Xらが許可抗告。

**決定の要旨**（\*決定要旨中の見出しはいずれも筆者による。）

**1 弁護士法 25 条 1 号に違反する訴訟行為の排除方法**

「弁護士法 25 条 1 号は、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ものであるところ、同号に違反する訴訟行為については、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ものと解される」（最大判昭 38・10・30 民集 17 卷 9 号

1266頁参照)。また、「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も」、同様にその行為の排除を求めることができる。そして、同号が当事者の利益の保護をも目的としていることから、「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 訴訟行為の排除決定に対する不服申立権者と不服申立方法

当事者は、その訴訟代理人及び訴訟復代理人の訴訟行為が排除されるかについて利害関係を有することから、「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ては、自らの訴訟代理人又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」が、訴訟行為を排除された訴訟代理人又は訴訟復代理人については、訴訟行為の排除について固有の利害関係を有しないため、自らを抗告人として即時抗告をすることはできない。

### 3 破産管財人を原告とする訴訟における弁護士法 25 条 1 号の適用関係

破産手続開始決定前の本件各委任契約の締結により、 $Y_1$ 及び $Y_2$ は、甲らの業務及び財産の状況を把握して事業の維持と再生に向けて手続を主導し、債権の管理や財産の不当な流出の防止等について甲らを指導すべき立場にあった。そして、本件訴訟における主たる請求の内容に照らすと、本件訴訟が甲らの債権の管理や財産の不当な流出の防止等に関するものであることは明らかである。また、本件訴訟において相手方乙と対立する当事者は甲らの各破産管財人 $X$ らであるのに対し、本件各委任契約の依頼者は甲らであるが、「破産手続開始の決定により、破産者の財産に対する管理処分権が破産管財人に帰属することになることからすると、本件において弁護士法 25 条 1 号違反の有無を検討するに当たっては、破産者である甲らとその各破産管財人とは同視されるべき」であり、本件訴訟は、 $Y_1$ 及び $Y_2$ にとって、同号により職務を行ってはならないとされる「相手方の……依頼を承諾した事件」に当たる。

「以上によれば、相手方 $Y_1$ 及び同 $Y_2$ が本件訴訟において相手方乙の訴訟代理人として訴訟行為を行うことは、同号に違反するものというべきで

ある。したがって、本件訴訟における相手方 $Y_1$ 及び同 $Y_2$ の各訴訟行為は排除されるべきものであり、……相手方 $Y_1$ から委任を受けて訴訟復代理人となった相手方 $Y_3$ の訴訟行為も排除されるべきものである。」

## 判例の解説

### 一 本決定の意義

本決定は、弁護士法 25 条 1 号に違反する弁護士の訴訟行為の排除が問題となった事案において、最高裁昭和 38 年大法廷判決（本決定引用判決。以下、「昭和 38 年判決」という）により確立された判例法理を前提に、①異議に関する当事者の申立権、②訴訟行為を排除する決定に対する不服申立権者と不服申立方法といった、手続上の論点について新たに判断を示すとともに、弁護士法 25 条 1 号の適用に関し、破産管財人を破産者と同視して同号にいう「相手方」に当たるとした事例判断として実務上の意義を有するものといえる。

### 二 弁護士法 25 条 1 号に違反する訴訟行為の効力

弁護士法 25 条は、依頼者の利益保護、当事者間の公平、及び弁護士の品位の保持などを目的として、一定の類型の事件について弁護士の職務執行を禁止しており、同条 1 号において、「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」については、その職務を行ってはならないとしている。これは、最初に弁護士と協議した相手方は、その弁護士を信頼して自己の手の内をすべて示しているであろうから、後になって反対当事者から当該事件について受任することは、最初に協議した相手方当事者の信頼を裏切るとともに、弁護士全体の信頼も害することになるため、弁護士にそのような職務行為を禁じたものである<sup>1)</sup>。

弁護士が、弁護士法 25 条に違反して職務を行った場合には、所属弁護士会から懲戒を受けるが（弁護 56 条）、それに加えて、当該弁護士のなした訴訟行為自体の効力が否定されるかどうかをめぐり、学説は、有効説、絶対無効説、追認説、異議説に分かれていた<sup>2)</sup>。これについては、本条に違反する訴訟行為については、相手方がこれに対し異議を述べれば無効とするが、遅滞なく異議を述

べておかなければ、既に行われた訴訟行為の無効を主張できなくなるとする異議説が通説とされており<sup>3)</sup>、判例においてもかつては変遷がみられたものの、昭和38年判決により異議説に立つ判例の立場が確立するに至っている<sup>4)</sup>。もっとも、訴訟の係属中に弁護士法25条に違反した訴訟行為が判明した場合には、裁判所は将来に向かってそのような弁護士の訴訟行為を排除すべきことは当然であり、これまでの議論において主に念頭に置かれてきたのは、かかる職務執行が排除されないまま手続が進行した場合の取扱いであった。本件においては、既になされた訴訟行為の効力ではなく、Xらによる本件申立て以降の訴訟行為の排除が問題とされている点で、これまで判例・学説が論じてきた局面とは異なるが、本決定は、昭和38年決定を参照することにより、この場合についても異議説の立場を前提とすることを明らかにしたものである。従来の判例・通説の立場から当然に予測されるところであり、新規性はないものの穏当な判断といえよう。

### 三 弁護士法違反の訴訟行為の排除に関する手続上の論点

#### 1 弁護士法25条違反の訴訟行為を排除する形式

訴訟の係属中に、弁護士法25条に違反する訴訟行為について異議が述べられた場合、裁判所がこれを認めるときには、当該弁護士による以後の訴訟行為を排除することになるが、その判断を示すにあたり、どのような種類の裁判によるべきかが問題となる<sup>5)</sup>。これについては、決定による方式と、中間判決による方式がありうるが、学説においては、当該弁護士の訴訟関与の許否を可及的速やかに確定できることから決定手続によるべきとする見解が有力であり<sup>6)</sup>、本決定も、決定により訴訟行為の排除を命じた原々決定を正当としていることから、決定の方式によるべきことを前提としていると解される。中間判決によった場合、これに対する不服申立ては終局判決まで待たなければならないため(民訴283条・313条)、決定による本件の判断は妥当といえよう。

#### 2 異議に関する当事者の申立権

本件原決定においては、弁護士法25条に違反するとしてYらの訴訟行為の排除を命じた原々決定を取り消したが、排除を求めるXらの本件申立てについては、裁判所の職権発動を促すものと解

し、当該申立てを却下するなどの応答は示さなかった。これに対し、本決定は、相手方当事者は弁護士法25条に違反する「訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権を有する」ことを明示的に判示し、裁判所はこれに応答する義務があることを明らかにしている。この問題については、これまで必ずしも意識的には論じられてこなかったが、異議説を前提とする限り、訴訟行為の排除を求める異議に対しては、裁判所は応答する義務を負うと解することが素直な解釈であり、異議の訴訟法的性格を一種の責問権(民訴90条)とみる見解<sup>7)</sup>とも整合的である。今後は、訴訟行為を排除する決定を取り消す場合には、排除を求める申立ても併せて却下すべきことにならう。なお、相手方当事者の異議を申立権として構成するとともに、遅滞なく異議を述べないときには瑕疵の治癒を認めるとした場合、かかる異議の申立てが釈明の対象となりうるかも今後問題となりえよう。

### 3 訴訟行為の排除決定に対する不服申立権者と不服申立方法

#### (1) 当事者による即時抗告の許否

弁護士の訴訟関与を排除する決定について、学説においては、これをいわば弁護士の忌避とみて、ただし、裁判官の忌避と異なり、忌避理由ありとして排除する決定についても、当事者は民事訴訟法25条5項を類推して即時抗告をすることができるとする見解が有力であり<sup>8)</sup>、本決定も当事者は当該弁護士が訴訟から排除されるかについて利害関係を有することから、即時抗告をすることを認めている。なお、その反面として、本決定の射程外ではあるが、排除の申立てを却下する決定に対しても、申立てをした当事者は即時抗告をすることができるかと解すべきであろう<sup>9)</sup>。

#### (2) 訴訟行為を排除するものとされた訴訟代理人を抗告人とする即時抗告の許否

上記に対し、訴訟行為を排除するものとされた訴訟代理人が自ら抗告人となって即時抗告をすることについては、本決定は、訴訟代理人は当事者を代理して訴訟行為をしているに過ぎず、訴訟行為の排除について固有の利害関係を有しないとして、否定している。この点について論じたものは少ないが、訴訟代理人のなした訴訟行為の効力は当事者に帰属し、訴訟代理人自身には及ばない以上、訴訟行為の排除に対しても訴訟代理人固有の不服申立権を認める必要はないであろう<sup>10)</sup>。な

お、当事者が即時抗告をするにあたり、訴訟行為を排除するものとされた弁護士が当事者の代理人としてこれを行うことについては、排除決定について争う抗告手続からも排除する必要まではないことから、許容されると解される。

#### 四 破産管財人と弁護士法 25 条 1 号

弁護士法 25 条 1 号は、「相手方の……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が、本件訴訟における相手方当事者は破産管財人 X らであるところ、Y らが再生手続申立てについて依頼を受けていたのは破産者甲らであり、形式的には依頼者（破産者）と訴訟における相手方（破産管財人）が一致していないため、同号にいう「相手方の……依頼を承諾した事件」に該当するかが問題となる。

破産管財人の法的地位については、問題となる法律関係の性質に応じて、破産者と同視される局面、破産債権者の利益代表として位置づけられる局面、及び、破産法その他の法律によって認められる特別の地位として位置づけられる局面があり、いずれか一つの地位に立つものとして固定的に捉えるべきではない<sup>11)</sup>。したがって、弁護士法 25 条 1 号との関係でも、同号の趣旨に照らして、破産管財人が同号にいう「相手方」に該当するか、対象となる個々の訴訟との関係で個別具体的に検討する必要がある。

そうすると、本件訴訟は、甲らがなした保証金名目の振込送金等の否認による返還請求、及び売掛金等の返還請求等に関するものであり、いずれも Y<sub>1</sub> 及び Y<sub>2</sub> が甲らの委任を受けて乙との間でスポンサー契約の締結や遂行のために活動している間に、その一環として行われた法律行為と密接な関連を有するものといえることができる。そして、これらの訴訟は、甲らの債権の管理や財産の不当な流出の防止等に関するものであり、破産管財人が総債権者の利益を実現するためにこれらの訴訟を担当していること、及び、Y<sub>1</sub> 及び Y<sub>2</sub> は再生手続の申立ての過程で本件訴訟にもかかわる甲らの財産状況を知悉するに至っていたことに鑑みると、弁護士法 25 条 1 号の趣旨（相手方の信頼利益の保護）に照らし、本件訴訟との関係では破産管財人を破産者と同視して、同号にいう「相手方」とみるべきである。

したがって、「破産者の財産に対する管理処分

権が破産管財人に帰属することになることからすると、本件において弁護士法 25 条 1 号違反の有無を検討するに当たっては、破産者である甲らとその各破産管財人とは同視されるべき（傍点筆者注）」とした本決定についても、「本件において」は上記の趣旨に基づき破産者と破産管財人を同視したものとして理解すべきであり、一般論として、弁護士法 25 条 1 号との関係で常に破産者と破産管財人が同視されるものではないことに留意する必要がある。

#### ●—注

- 1) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣、2013 年）226 頁。伊藤眞『民事訴訟法〔第 5 版〕』（有斐閣、2016 年）157 頁は、本号の保護法益は、相手方当事者の弁護士に対する信頼であるとする。
- 2) 学説の詳細については、青山善充「弁護士法 25 条違反と訴訟法上の効果」ジュリ 500 号（1972 年）315 頁、齋藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(2)〔第 2 版〕』（第一法規、1991 年）353 頁以下〔伊藤彦造・高島義郎〕、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』（有斐閣、1992 年）346 頁以下〔中島弘雅〕など参照。
- 3) 高橋・前掲注 1) 226 頁以下、伊藤・前掲注 1) 158 頁、青山・前掲注 2) 320 頁、齋藤ほか・前掲注 2) 355 頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第 5 版〕』（弘文堂、2011 年）170 頁など。
- 4) 判例の変遷については、萩澤清彦「弁護士法と訴訟行為」民訴 14 号（1968 年）174 頁以下、青山・前掲注 2) 317 頁以下などを参照。
- 5) これに対し、弁護士法に違反する弁護士の訴訟行為の効果、事後的に判決への不服申立てなどにより争う場合には、これに対する判断は判決において示されることになる。
- 6) 青山・前掲注 2) 321 頁、小山昇「判批」判評 99 号（判時 471 号）（1967 年）27 頁。これに対し、中間判決により当該弁護士の訴訟関与を禁止した裁判例として、東京地判昭 41・6・29 判時 462 号 3 頁がある。
- 7) 青山・前掲注 2) 320 頁、手賀寛「判批」別冊ジュリ 226 号（民事訴訟法判例百選〔第 5 版〕）（2015 年）47 頁など。
- 8) 小山・前掲注 6) 28 頁、青山・前掲注 2) 321 頁、手賀寛「判批」ジュリ 1518 号（平成 29 年度重判解）（2018 年）145 頁など。
- 9) 手賀・前掲注 8) 145 頁参照。
- 10) 酒井一「判批」法教 449 号（2018 年）126 頁参照。
- 11) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第 3 版〕』（2014 年）326 頁以下参照。