

弁護士職務基本規程 57 条違反の訴訟行為に対する相手方当事者の排除申立権（否定）**【文 献 種 別】** 決定／最高裁判所第二小法廷**【裁判年月日】** 令和 3 年 4 月 14 日**【事 件 番 号】** 令和 2 年（許）第 37 号**【事 件 名】** 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**【裁 判 結 果】** 破棄自判**【参 照 法 令】** 弁護士職務基本規程 57 条・27 条、弁護士法 25 条**【掲 載 誌】** 裁時 1766 号 1 頁、金判 1622 号 10 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571470

筑波大学教授 田村陽子

事実の概要

X₁社およびX₂社（以下「X₁社ら」という。）は、医薬品に関する特許権侵害があったとし、令和元年 11 月 20 日、Y 社に対し、不法行為に基づく損害賠償を求める訴え（以下「本件訴訟」という。）を提起した。A 弁護士は、平成 20 年から X₁社に組織内弁護士として所属し、平成 30 年 2 月から令和元年 10 月までの間、本件訴訟の提起のための準備を担当していた。A 弁護士は、令和元年 12 月 31 日、X₁社を退社し、令和 2 年 1 月 1 日、B 弁護士らの所属する法律事務所（以下「本件事務所」という。）に入所した。B 弁護士らは、Y 社から令和 2 年 1 月 8 日付け委任状の交付を受けて本件訴訟の訴訟代理人となった。

X₁社らは、令和 2 年 2 月 7 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 A 弁護士は弁護士職務基本規程（以下「基本規程」という。）27 条 1 号の規定により本件訴訟につき職務を行ない得ないのであるから、本件訴訟において B 弁護士らが原告人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、A 弁護士は、同月 10 日、本件事務所を退所した。

基本規程は、日本弁護士連合会（以下本文では「日弁連」という。）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。基本規程 57 条は、本文において、

共同事務所の所属弁護士は、他の所属弁護士（所属弁護士であった場合を含む。）が、基本規程 27 条 1 号の規定により職務を行ない得ないものとされている「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」（弁護士法 25 条 1 号と同様）等については、職務を行ってはならないと定め、ただし書において、「職務の公正を保ち得る事由」があるときは、この限りでないと定めるものである。

下級審の判断**(1) 一審の決定要旨**

一審の東京地裁は、X₁社らの本件申立てを却下した。その理由は、弁護士法 25 条 1 号に違反する訴訟行為につき、相手方である当事者は、裁判所に対して同号違反を理由として訴訟行為を排除する旨の申立権を有し、また規程 57 条違反の訴訟行為を排除する申立権も同様に有することは認めた上で、本件訴訟は B 弁護士らとの関係で規程 57 条本文の定める事件に該当するものの、B 弁護士らの A 弁護士に対する情報遮蔽措置などの行為を検討し、同条ただし書の「職務を保ち得る事由」があるとして、B 弁護士らの訴訟行為は同条に違反しない、というものであった。これに対して、X₁社らが即時抗告した。

(2) 原審の決定要旨

原審の知財高裁第 4 部は、一審と異なり、本件訴訟における B 弁護士らの各訴訟行為を排除する旨の決定をした。原審の理由は以下の通りであ

る。

①弁護士法 25 条 1 号違反を理由とする訴訟行為排除の申立ての可否について

「弁護士法 25 条 1 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（最高裁昭和 35 年（オ）第 924 号同 38 年 10 月 30 日大法廷判決・民集 17 卷 9 号 1266 頁、最高裁平成 29 年（許）第 6 号同年 10 月 5 日第一小法廷決定・民集 71 卷 8 号 1441 頁参照。）」

②基本規程 57 条違反を理由とする訴訟行為排除の申立ての可否について

「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。そして、基本規程 57 条が、共同事務所の所属弁護士は、他の所属弁護士等が基本規程 27 条 1 号の規定により職務を行い得ない事件について職務を行ってはならないとするのも、これと同様の目的に出たものである。そうすると、弁護士法 25 条 1 号の場合と同様、基本規程 57 条に違反する訴訟行為についても、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するのが相当である。」

③原審の結論

原審は、基本規程 57 条違反を理由とする訴訟行為排除の申立てを裁判所に求めることができるとして、本件訴訟における B 弁護士らの各訴訟行為について同条違反の有無を判断し、情報遮蔽措置があったとしても、本件各訴訟行為において 57 条ただし書でいう職務の公正を保ち得る事由があるものとは認められず、同各訴訟行為は基本規程 57 条に違反するとした。

この原審の決定に対して Y 社が許可抗告を申し立てたところ、知財高裁が許可し、最高裁が判断したのが本件決定である。

決定の要旨

1 結論

抗告棄却。基本規程 57 条に違反する訴訟行為について、相手方当事者は、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した。

2 法廷意見

「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 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。」

3 裁判官草野耕一の補足意見

「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。」

判例の解説

一 最高裁の要旨

本件最高裁は、日弁連の内部規範たる基本規程の裁判規範性（法源性）を否定して、当該弁護士の処遇は、日弁連の懲戒制度といった自治的解決に委ねた。

二 日弁連の自治による弁護士の職務の公正さの担保——基本規程の整備と基準の明確化

今回の判例の事案については、①基本規程の裁判規範性の問題のほか、②基本規程の判断基準の明確性の問題、③弁護士への信頼違背行為への対応問題および④弁護士会の役割を含む弁護士倫理のあり方の問題が関わる。一審および原審では、①・②の問題はクリアできるとして解釈判断に踏み込み、③「職務の公正を保ち得る事由」が認められるかにつき、それぞれ様々な要素を総合考慮して判断し、③の弁護士の信頼違背があったかのあてはめで結論が分かれ、一審は違反がないとし、原審は違反があると判断した。

下級審とりわけ原審の理由によると、基本規程 57 条の内実が、弁護士法 25 条の趣旨たる①当事者の利益の保護、②弁護士・弁護士法人の職務執行の公正の確保、および③弁護士・弁護士法人の品位の保持と趣旨を同じくするとして、弁護士法 25 条の趣旨を拡張するような形で基本規程 57 条の内実を裁判規範性として適用した。ただし、一審と原審では、同様の事実群を総合検討しながら、基本規程 57 条ただし書の「職務の公正さを保ち得る事由」に、本件事務所の情報遮蔽措置があてはまるか否かの判断では分かれたことは、同 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は明確ではなかったことを示したともいえ、本件最高裁の裁判規範性を否定する判断に多少影響したようにも思われなくはない。

本件の特許権に関しては、X₁社とY社、その親会社との間では、利害関係が鋭く対立している状況にあり、仮に侵害が認められるとすれば、巨額の損害賠償が命じられる可能性があった。し

かも、A 弁護士は、X₁社の社内弁護士として、基本事件の特許権侵害に関して重要な情報、訴訟戦略を知っていた可能性があった。

本件のような場合、たとえ情報遮断措置を講じ、A 弁護士が本件事務所に在籍した期間が 1 ヶ月あまりの短期間であり、専門性のある事務所は稀少であったとしても、一連の時期があまりにも近接しており、弁護士の職務の正当性に対する信頼を著しく損なわせる行為であり、④の弁護士の専門職（プロフェッション）のあり方としては適切ではなかったと考えられる¹⁾。すなわち本件では、本件事務所の情報遮断措置の仕組みに問題があったというよりも、一連の近接時期での異動の動向および訴訟受任の経緯などについて、特に疑義があったといえる。草野裁判官補足意見も、B 弁護士らの受任行為には留意を示している。

したがって、職務の公正を確保するための情報遮蔽措置としては、新事務所での情報との距離的隔離²⁾に加え、従前の事件との内容的・時間的関与の度合い、事件関与の時期と異動時期と訴訟受任時期との時間的隔離といった点に関する注意（従前の事件関与の度合いが深ければ時間的・距離的隔離の必要性の程度は高まる。）³⁾も、移籍する弁護士および移籍させる法律事務所側に必要ように思われる⁴⁾。

三 自治的団体の内部規範の裁判規範性および当事者の訴訟行為の排除の申立権の是非

1 弁護士法 25 条の裁判規範性

本件判断では、一審、原審、最高裁ともに、弁護士法 25 条 1 号違反の弁護士の訴訟行為につき、相手方当事者による当該訴訟行為の訴訟上での排除申立権を認めることに相違はない。弁護士法 25 条 1 号違反の訴訟行為の効力については、(ア)同条号は直接には弁護士の職務規律であり効果も懲戒処分であるので、その弁護士の訴訟行為の効力には関係しないとする「有効説」、(イ)当事者本人の利益を害するので無効とする「絶対的無効説」、(ウ)無効ではあるが利害関係者の追認を許す「追認説」、(エ)違反行為をされた相手方が弁護士法 25 条違反を知りまたは知り得たにも拘わらず異議を述べずに訴訟手続を進行させ第二審の口頭弁論を終結させたときは、当該訴訟行為は効力を生じ、弁護士法違反を理由に無効を主張できないとする「異議説（責問権喪失説）」があるが、

本件のいずれの審級判断も、近時の判例見解たる(エ)「異議説」を採る⁵⁾。

2 最高裁が基本規程の裁判規範性を否定した理由

本件最高裁は、弁護士法 25 条には、本件のような事案にあてはまる直接の規範はなく、また基本規程 57 条ただし書も「職務の公正を保ち得る事由」という文言が曖昧で解釈が困難であり、さらにこの基本規程自体は、もとより日弁連の内部規範であるとして、弁護士法 25 条の趣旨拡張による基本規程 57 条の裁判規範性を否定し、かつ傍論で判断基準の明確性も否定した。

これに対し、下級審とりわけ原審の理由は、基本規程の裁判規範性を弁護士法 25 条 1 号の趣旨を及ぼして、弁護士法 25 条 1 号の場合と同様に訴訟行為の排除の申立権が認められるとしている。基本規程 57 条に違反して訴訟行為が行われると、相手方当事者の利益が損なわれる（おそれがある）ことから、弁護士法 25 条 1 号違反の訴訟行為について排除が認められる場合と同様に、基本規程 57 条違反の訴訟行為についても、弁護士法 25 条 1 項の趣旨を及ぼし、または同項の類推解釈により、排除を認めるという見解もあり得よう⁶⁾。

他方で元来、民事訴訟法違反ではなく、弁護士法違反が訴訟行為の排除の申立事由になるのかという前提問題があり、弁護士法違反でも当該申立事由にならないという議論もあったところで、近時の判例の見解は、少なくとも相手方が異議を述べたときは訴訟上申立事由になっている（前述、異議説）。弁護士法の裁判規範性すら争いがあった上で、本件のように、弁護士会の内部規範たる基本規程が弁護士法の条文の趣旨拡張解釈もしくは類推適用により訴訟行為の排除の異議申立事由になるか、という議論の順番からすると、裁判規範となるかという観点では、たしかに遠い議論であったとは思われる。

四 本件最高裁判断の今後への影響

本件最高裁が、日弁連の基本規程の裁判規範性を、弁護士法の趣旨の拡張もしくは類推適用も検討せずに否定し、弁護士の公正性の司法判断に踏み込まなかった姿勢については、批判もあり得よう。弁護士制度に対する信頼を裁判上も担保する

といった観点からは、裁判所も司法判断に積極的に踏み込み、かつ弁護士の公正性を厳しく判断すべきであったとも思われるからである。

他方で、立法政策問題としては、法と経済学的アプローチによる検討の重要性も指摘されている。基本規程 57 条の文言が曖昧であるため、これに基づき職務を排除されるおそれがあれば、取引費用が増大し、弁護士に対する萎縮効果が生じうるので、仮に、弁護士法 25 条の趣旨に必要なあるなら、弁護士法に具体的な規定を置くべきであるともいわれている⁷⁾。

昨今の事件が多様化・専門化・広域化する中で、弁護士の異動の条件を明確にするためにも、基本規程に加え、弁護士法の規定の整備も急務であろう。

●——注

- 1) 石田京子「判例評釈 弁護士職務基本規程 57 条に基づく訴訟行為の排除を求める申立てが認められるか（消極）」判例秘書 HI10018（2021 年 9 月 30 日掲載）8 頁も同旨である。
- 2) 加藤新太郎「Legal Analysis 第 54 回『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（2020 年）69 頁以下参照。
- 3) 日弁連弁護士倫理委員会編著『解説弁護士職務基本規程〔第 3 版〕』（日本弁護士連合会、2017 年）169～170 頁は、いかに厳格な情報遮断措置がとられていても、典型的に相対立する同一事件の原告代理人と被告代理人を同一事務所の弁護士が務めることを容認するのは困難とする。
- 4) 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づけ」加藤新太郎古稀『民事裁判の法理と実践』（弘文堂、2020 年）641 頁以下も参照。アメリカの判例状況について詳しい。州によっても状況が異なるが、異動してきた弁護士に、代理による利益を共有することを防ぐことを要件とするものもある。
- 5) 学説の詳しい内容は、秋山幹男ほか著『コンメンタール民事訴訟法 I 〔第 3 版〕』（日本評論社、2021 年）684 頁以下、伊藤真『民事訴訟法〔第 6 版〕』（有斐閣、2018 年）157 頁以下など。なお、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣、2011 年）226 頁以下および手賀寛・百選〔第 5 版〕47 頁なども参照。
- 6) 原審については、判例秘書 L07520216 参照。なお、一審は同 L07530986 参照。
- 7) 太田勝造「相手方企業の組織内弁護士であった者を入所させた法律事務所の他の弁護士の訴訟行為を排除することの可否（最高裁判所第二小法廷令和 3 年 4 月 15 日決定）」NBL1199 号（2021 年）63 頁以下参照。