

---

---

論 説

---

---

## 弁護士法 25 条違反と訴訟行為の効力

小 原 将 照

- 一 問題の所在と本論文の目的
- 二 弁護士法 25 条違反をめぐる判例の系譜
  - 1 大審院判例
  - 2 最高裁判例
- 三 学説の展開
  - 1 大審院時代
  - 2 最高裁時代
  - 3 議論の到達点
  - 4 小 括
- 四 弁護士を取り巻く今日の状況
  - 1 弁護士の増加と弁護士業務の変化
  - 2 利益相反の新たな問題
- 五 弁護士法 25 条違反と遡及的無効の可否
  - 1 遡及的無効の問題点
  - 2 訴訟手続での主張の時期
  - 3 結 論

### 一 問題の所在と本論文の目的

弁護士法 25 条は、利益が相反するため、弁護士がその職務を行い得ない事件を定めており、旧弁護士法 24 条、旧々弁護士法 14 条<sup>1)</sup>から引き継がれ、

---

1) 本規定は、ドイツ帝国弁護士法 31 条を継受したものとされる。日本弁護士連合会調査室(編)『条解弁護士法〔第 5 版〕』(弘文堂, 2019) 199 頁参照。

その都度、新たな職務を行い得ない事件が追加されている。この規定の趣旨は、一般的に、① 当事者の利益保護、② 弁護士の職務執行の公正の確保、および ③ 弁護士の品位の保持にあるとされ、基本的人権の擁護と社会正義の実現という重大な使命（弁護士法1条）を負う弁護士に対する国民の信頼を確保するためと説明される<sup>2)</sup>。

この弁護士法25条に違反する場合は、所属する弁護士会から懲戒を受けることになると定められている（弁護士法56条）が、本規定に違反する状態であるにもかかわらず訴訟行為がなされた場合に、すでになされた訴訟行為の効力を消滅させるのか否かという問題や、当該弁護士の訴訟手続からの排除方法については、実体法および訴訟法上、特に定めが置かれているわけではない。それゆえ、後述するように、古く大審院時代から、判例・学説において議論が積み重ねられてきた。ただし、従来議論は、司法制度改革が行われる前の状況を前提としている点に注意しなければならない。

2001年からスタートしたわが国の司法制度改革の一環として、法曹人口の拡充が行われ、弁護士人口は大幅に増加した<sup>3)</sup>。そして、このような弁護士人口の増加は、後述するように弁護士を取り巻く環境にも大きな変化をもたらしている。このような状況の中で、近年、弁護士法25条違反に関連する最高裁の判断が、複数示されている。

まず、最一小決平成29年10月5日民集71巻8号1441頁<sup>4)</sup>は、弁護士法

---

2) 高中正彦『弁護士法概説〔第5版〕』（三省堂、2020）117–118頁、日弁連調査室・前掲註1・201頁。

3) 弁護士の人口増については、弁護士白書に詳細な統計データがある。日本弁護士連合会（編）『弁護士白書〔2022年版〕』（日本弁護士連合会、2022）24頁によれば、司法制度改革審議会意見書が発表された2001年の正会員数が18,243人であった。その20年前である1981年の正会員数は11,624人であり、2001年までの20年で約1.5倍に増加している。これに対して、2001年の20年後である2021年の正会員数は43,206人と約2.3倍に増加しており、増加のペースが上昇していることが分かる。その他の弁護士人口に関する資料として、森際康友（編）『職域拡大時代の法曹倫理』（商事法務、2017）、佐藤岩夫ほか「（座談会）弁護士の活動領域の拡大とその課題」法の支配200号6頁（2021）、9頁以下など参照。

4) 本決定の評釈等として、加藤新太郎「判批」NBL1121号88頁（2018）、越山和広

25 条 1 号違反の事件について、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、最高裁として初めての判断を示している。次いで、最二小決令和 3 年 4 月 14 日民集 75 卷 4 号 1001 頁<sup>5)</sup>は、弁護士法 25 条が定める弁護士が職務を行ない得ない事件について、共同事務所について対象を拡張した弁護士職務基本規程 57 条に違反するとして、相手方当事者が対象弁護士の訴訟行為の排除を求めた事件について、弁護士職務基本規程が、あくまでも弁護士会の内規であることを理由に、同条違反を理由として訴訟行為の排除を求めることはできないとの判断を示している。さらには、最一小決令和 4 年 6 月 27 日判タ 1503 号 17 頁<sup>6)</sup>は、株式会社の取締役責任調査委員会の委員であった弁護士ら（2 名）について、当該会社が元役員らに対して会社法 423 条 1 項に基づき損害賠償を求める訴訟を提起し、当該弁護士ら（2 名）が当該会社の訴訟代理人となった事案において、弁護士法 25 条 2 号、4 号等の各趣旨に反するとして、当該弁護士ら（2 名）の各訴訟行為の排除を求めた事件について、弁護士法 25 条 2 号、4 号の類推適用を否定し、訴訟行為の排除はできないとの判断を示している。

以上のように、弁護士人口の大幅な増加と弁護士を取り巻く環境の大きな変化の中で、弁護士の利益相反について訴訟法上の問題が提起される状況に鑑みると、古くから議論されてきた弁護士法 25 条違反と当該弁護士により

---

「判批」民商 154 卷 3 号 527 頁（2018）、川嶋四郎「判批」法セミ 761 号 120 頁（2018）、山本研「判批」新・判解 Watch 23 号 161 頁（2018）、手賀寛「判批」ジュリ 1518 号 144 頁（2018）、酒井博行「判批」リマークス 58 号 106 頁（2019）、林圭介「判批」判評 722 号 153 頁（2019）、中野琢郎「判解」最判解平成 29 年度 467 頁（2017）がある。

- 5) 本決定の評釈等として、古賀政治「判批」民商 158 卷 4 号 1007 頁（2022）、加藤新太郎「判批」NBL 1195 号 89 頁（2021）、谷本誠司「判批」銀法 876 号 70 頁（2021）、堀清史「判批」法教 492 号 131 頁（2021）、田村陽子「判批」新・判例解説 Watch（民事訴訟法 No.129）（2021）、拙稿「判批」法研 95 卷 4 号 93 頁（2022）、野中伸子「判解」ジュリ 1567 号 94 頁（2022）がある。
- 6) 本決定の評釈として、加藤新太郎「判批」NBL 1225 号 96 頁（2022）、堀清史「判批」法教 508 号 131 頁（2022）、酒井博行「判批」新・判例解説 Watch（民事訴訟法 No.144）（2022）がある。

行われた訴訟行為の効力や訴訟手続への関与の取扱いについて、あらためて今日的視点から検討がなされるべきではないかと考える。そこで、本論文では、弁護士法 25 条違反と訴訟行為の効力について再検討を試みることを目的とする。

## 二 弁護士法 25 条違反をめぐる判例の系譜

### 1 大審院判例

大審院は、弁護士法 25 条<sup>7)</sup>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 7 年 6 月 18 日大審院民集 11 卷 1176 頁<sup>8)</sup>（以下「昭和 7 年判決」という）は、X（原告・被控訴人・上告人）が、Z（参加人・上告人）より債権の譲渡を受けて、債務者である Y1 およびその保証人である Y2（被告・控訴人・被上告人）に対して、貸金返還請求の本訴を提起した事件において、控訴審にいたって XZ 間の本訴債権の譲渡契約が解除され債権は Z に復帰したと主張して、Z が X の訴訟代理人たる弁護士 A を自己の訴訟代理人として訴訟参加の申立てをしたところ、控訴審は Z の参加申立てを訴訟上の相手方である X の代理人を代理人としてなしたものであるから不適法であり却下するとした判決に対して XZ が上告した事件である。上告審は、旧々弁護士法 14 条によれば、弁護士が訴訟の当事者の一方から委任を受けた事件について、その相手方のために職務を行うことができないと定めるものであつて、本人の許諾の有無に関係なく適用されることは疑いがなく、本件も A が X の代理人であることから Z の訴訟代理人として申立てた訴訟参加の申立ては不適法であると述べ、原審の判断を支持した。この昭和 7 年判決以降、大判昭和 9 年 12 月 22 日大審院民集

---

7) 現行法 25 条 1 号の基となる旧々弁護士法 14 条 1 号および旧弁護士法 24 条 1 号違反に関する事案がほとんどである。

8) 本判決の評釈として、兼子一「判批」法協 51 卷 2 号 193 頁（1933）がある。

13 卷 2231 頁<sup>9)</sup>、大判昭和 13 年 12 月 16 日大審院民集 17 卷 2457 頁<sup>10)</sup>、大判昭和 14 年 8 月 12 日大審院民集 18 卷 903 頁<sup>11)</sup>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する（いわゆる「絶対的無効説」）ものであった。

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 13 年 12 月 19 日大審院民集 17 卷 2482 頁<sup>12)</sup>、大判昭和 15 年 12 月 14 日大審院民集 19 卷 2402 頁<sup>13)</sup>は、上

- 
- 9) 本件は、貸貸人 A より延滞料金の取立ておよび強制執行に関する事項の一切の委任を受けた弁護士 B が、賃借人 C と折衝して協定が成立したので、その協定に基づき裁判上の和解の申立てを行ったが、C から交付されていた白紙委任状を利用して D を C の復代理人に選任し和解調書を作成させ、それに基づいて C の有体動産を差し押さえたところ、C がこの和解調書が旧々弁護士法 14 条に違反するため無効であると主張して、請求異議の訴えを提起したものである。一審および控訴審は、C が敗訴したが、大審院は、旧々弁護士法 14 条に抵触するとして、破棄差戻しの判断を示した。本判決の評釈として、岩本勇次郎「判批」民商 1 卷 6 号 152 頁 (1935) がある。
- 10) 本件は、第 1 審で原告 X より当該訴訟について訴訟行為の委嘱を受けた弁護士 A が、被告 Y の委任を受けて当該訴訟の控訴を申立てた事件である。控訴審は、旧弁護士法 24 条に違反するとして控訴を不適法却下し、大審院も、旧弁護士法 24 条に違反してなされた訴訟行為は、不適法であり無効と解するのが相当であると解するとして、Y の上告を棄却した。本判決の評釈として、有泉亨「判批」法協 57 卷 5 号 992 頁 (1939)、薄根正男「判批」法論 18 卷 1 号 47 頁 (1939)、宮崎澄夫「判批」民商 9 卷 5 号 203 頁 (1939) がある。
- 11) 本件は、X (被告・控訴人・上诉人) が、和解調書を債務名義として、Y (原告・被控訴人・被告人) の有する不動産について強制執行による差押えをしたところ、Y が請求異議の訴えを提起した。その理由は、和解調書が X の代理人弁護士 A と、A が Y の委任に基づいて、Y の代理人として選任された弁護士 B との間で締結されたものであるためと主張した。控訴審は旧々弁護士法 14 条違反により和解の効力は無効であると述べたのに対して、X が上告した。大審院も旧々弁護士法 14 条に違反してなされた訴訟上の和解は無効であるとして、控訴審の判断を支持した。本判決の評釈として、兼子一「判批」法協 57 卷 12 号 2349 頁 (1939)、中村宗雄「判批」民商 11 卷 1 号 137 頁 (1940) がある。
- 12) 本件は、債務者 X1 およびその連帯保証人 X2 に対して、債権者 Y が金銭債務調停を申立て、一旦調停は成立することになるが、その条件として裁判上の和解を行うことが提示されたところ、X1 および X2 は、Y の代理人弁護士である A に、代理人選

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。

## 2 最高裁判例

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30年12月16日民集9巻14号2013頁<sup>14)</sup>は、弁護士法25条1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31年11月

---

任を委任し、Aは弁護士BをX1およびX2の代理人弁護士として選任し、和解調書が作成された後、X1の弁済が滞ったことから、この和解調書に基づいてYが強制執行を行ったところ、X1がYに対して、和解調書の無効確認の訴えを提起したのが本件である。第一審および控訴審が、いずれも和解調書を無効としたことから、Yが上告した。本判決の評釈として、末川博「判批」民商9巻5号221頁（1939）がある。

- 13) 本件は、Y1～3が株式会社の設立を発起し、その設立に関する引受人を公募したところX1～3がこれに応じ資本金の一部を払い込み会社の株式を譲り受けていたが、後に同社に対する設立無効の訴えが提起され、設立無効の判決がなされたため、XらがYらに対して悪意または重大な過失による損害賠償請求を提起した。この訴訟の係属中に、X1から損害賠償請求権を譲り受けたと主張するZが訴訟参加を申立てたところ、参加人Zの訴訟代理人である弁護士Aが同時にX1の訴訟代理人Bの授権に基づいて、X1の復代理人として準備手続に関与したことがあり、この点が上告審で争われた事件である。本判決の評釈として、兼子一「判批」法協59巻6号1026頁（1941）がある。
- 14) 本件は、XY間に成立した和解契約の履行確保のため、XがYの委託によりYの代理人として選任した弁護士Aの裁判上の和解の申立てに基づき、和解契約の内容通りの和解調書が作成されたところ、その後YがAに対する代理権授与の事実を争い、Xに対して和解無効確認の訴えを提起した事件において、AがXの代理人としてこれに応訴し訴訟を進行した事件である。本判決の評釈等として、中村宗雄「判批」判評5号13頁（1956）、末川博「判批」民商34巻4号98頁（1956）、青山義武「判解」最判解昭和30年度247頁（1968）がある。

15 日民集 10 卷 11 号 1438 頁<sup>15)</sup>も、弁護士法 26 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 32 年 12 月 24 日民集 11 卷 14 号 2363 頁<sup>16)</sup>は、弁護士法 25 条 1 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 38 年 10 月 30 日民集 17 卷 9 号 1266 頁<sup>17)</sup>(以下「大法廷判決」という)は、弁護士法 25 条 1 号違反に関する事件について、弁護士法 25 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たまたはその違背を知らず何らの異

- 
- 15) 本件は、次のような事案である。X 所有地に建てられた建物を賃借して理髪業を営業していた Y が、強制疎開によって一旦明渡し、更地にされた土地に、強制疎開解除後、X が再度その土地を取得したため、Y が借地権設定を求めて係争におよんだ結果、Y の条件を受け入れる調停が成立した。その調停成立に際して、Y は X に 10 万円の権利金を支払い、X の代理人 A 弁護士に 3 万円の謝礼金を支払っていた。後に XY 間で係争土地について再度争いが生じた際に、上告審において、一審、原審ともに敗訴した Y から、A 弁護士の謝礼金受領が弁護士法に違反する旨の主張がなされた事案である。本判決の評釈等として、三ヶ月章「判批」法協 75 卷 4 号 523 頁 (1958)、青山義武「判解」最判解昭和 31 年度 202 頁 (1968) がある。
- 16) 本件は、弁護士 A が手形債権者である Y の依頼を受け、その代理人として手形債務者である X と手形金債務の弁済方法について協議し、結果弁済契約が成立したが、この契約を公正証書にするにあたって、A は X の代理人として関与した者である。本判決の評釈等として、大場茂行「判解」最判解昭和 32 年度 303 頁 (1968) がある。
- 17) 本件は、X が Y に対して貸金の返還を求める訴えを提起し、第一審および控訴審で X の請求が全部認容され、Y が上告したが、その際、X の代理人 A 弁護士は、当初 Y から本件訴訟事件について依頼を受けてこれを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 から本件訴訟事件を受任し、以後 X の代理人として訴訟進行したという主張がなされた事件である。本判決の評釈等として、小山昇「判批」判評 66 号 39 頁 (1964)、永沢信義「判批」民商 50 卷 6 号 931 頁 (1964)、石川明「判批」法研 38 卷 6 号 122 頁 (1965)、佐々木吉男「判批」別冊ジュリ 5 号 50 頁 (1965)、伊藤眞「判批」別冊ジュリ 114 号 118 頁 (1992)、椎橋邦雄「判批」別冊ジュリ 169 号 54 頁 (2003)、三谷忠之「判批」別冊ジュリ 201 号 46 頁 (2010)、手賀寛「判批」別冊ジュリ 226 号 46 頁 (2015)、宮田信夫「判解」最判解昭和 38 年度 271 頁 (1965) などがある。



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つたときは、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、と述べ、大審院の立場を変更し、異議説の立場を採ることを明らかにした。ただし、3名の裁判官の補足意見と1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<sup>18)</sup>。

さて、大法廷判決までは、弁護士法25条1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<sup>19)</sup>。最一小判昭和41年9月8日民集20巻7号1341頁<sup>20)</sup>は、弁護士法25条3号違反の事件について、同条1号、2号、4号、5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

---

18) 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。なお、各裁判官の意見について、後述する学説で紹介する。小山・前掲註17・42頁、石川・前掲註17・129頁、佐々木・前掲註17・51頁など参照。

19) なお、そもそも弁護士法25条1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40年4月2日民集19巻3号539頁（本判決の評釈等として、原井竜一郎「判批」民商53巻5号743頁（1966）、三ヶ月章「判批」法協83巻1号55頁（1966）、白川和雄「判批」別冊ジュリ36号178頁（1972）、安倍正三「判解」最判解昭和40年度159頁（1966）がある）、最一小判昭和41年5月19日裁判集民事83号565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43年3月8日民集22巻3号540頁（本判決の評釈等として、後藤静思「判解」最判解昭和43年度443頁（1969）がある）がある。

20) 本件は、Xから事件の委任を受け、その代理人としてAを相手方として土地所有権確認の訴えを進行していた弁護士Aが、その訴訟の係属中に、Yの委任を受けてZを相手方として、Xと係争中の土地の所有権について、Yに所有権が帰属すると主張して建物収去土地明渡の訴えを提起したものである。本判決の評釈等として、小山昇「判批」判評99号154頁（1967）、吉村徳重「判批」民商56巻3号495頁（1967）、石川明＝加藤修「判批」法研41巻6号70頁（1968）、川嶋義徳「判解」最判解昭和41年度371頁（1967）がある。



一の理解であるとされる<sup>21)</sup>。最一小判昭和 42 年 3 月 23 日民集 21 卷 2 号 419 頁<sup>22)</sup>は、弁護士法 25 条 4 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 44 年 2 月 13 日民集 23 卷 2 号 328 頁<sup>23)</sup>は、弁護士法 25 条 4 号と同じ文言である旧弁護士法 8 条 2 号違反の事件について、弁護士法 25 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 42 年 3 月 23 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、近年出された判決として、上述した最一小決平成 29 年 10 月 5 日<sup>24)</sup>は、弁護士法 25 条 1 号違反の事件について、大

21) 吉村・前掲註 20・497 頁，石川＝加藤・前掲註 20・71 頁，川崙・前掲註 20・374 頁。

22) 本件は、訴外 A が 51 票差で当選した B 町長選挙の結果について、B 町町長選挙人であった X らが、選挙の管理執行および当選の効力決定に違法な点があるとして、B 町選挙管理委員会に異議申立てをしたところ、理由無しとして棄却され、これに対する不服申立てを Y 県選挙管理委員会に審査申立てをしたが、これも棄却の判決を受けたため、Y 県を被告として、選挙の効力に関する裁決取消の訴えを提起したものであるが、原審で X らは敗訴したため、上告を申立てたが、上告審において、Y 県の代理人として訴訟行為をした弁護士 C が、Y 選挙管理委員会の委員として、X らの審査申立てに対する裁決に関与していると主張したものである。本判決の評釈等として、高橋和之「判批」法協 85 卷 3 号 445 頁 (1968)、豊田健「判批」法研 41 卷 10 号 110 頁 (1968)、矢野邦雄「判解」最判解昭和 42 年度 96 頁 (1968) がある。

23) 本件は、X が取得した特許について、Y より特許庁に対して X を被請求人として無効審判が請求され、X の特許を無効とする審決がなされた後に、X から当該審決の取消請求の訴えが提起されたところ、Y から、X の訴訟代理人である弁護士 A は、当該無効審判事件が特許庁に係属中に審判官として在職し、合議体の主任として事件を扱っていたとして（審決には関与していない）、訴訟委任契約は無効である旨の主張がなされたものである。本判決の評釈等として、萩沢清彦「判批」民商 61 卷 6 号 1066 頁 (1969)、可部恒雄「判批」最判解昭和 44 年度 377 頁 (1970) がある。

24) 本件は、破産者 A 社の破産管財人 X1、破産者 B 社の破産管財人 X2 および破産者 C 社の破産管財人 X3 が、Y1 社を被告とする複数の訴訟を提起したところ、Y1 社の訴訟代理人である Y2 および Y3 が、かつて破産者らとの間でその再生手続開始の申立てや再生計画案の作成提出等の委任契約を締結していたこと、および X1 らが Y1 に対して提起した訴訟事件の主たる請求内容が、Y2 および Y3 が破産者からの依頼の受任期間に発生したとされる債権の行使とその間の破産者らの Y1 への送金等に関する否認権の行使であることを理由に、Y2 および Y3 の訴訟行為の排除を求めたものである。本判決の評釈等については、前掲註 4 参照。

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。

### 三 学説の展開

#### 1 大審院時代

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7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14条1号は訓示規定でしかないとして，有効説を唱える見解<sup>25)</sup>が登場した<sup>26)</sup>。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<sup>27)</sup>を示したことから，この追認説を支持する論者<sup>28)</sup>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<sup>29)</sup>が登場した。これにより，上述した大法廷判決が登場するより前の大審院時代の段階で，後の学説の議論の土台となる4つの学説が登場する状況となっていたのである。

#### 2 最高裁時代

このような戦前の学説の展開は，後の大法廷判決にも影響すると考えられ

---

25) 兼子・前掲註8・194-195頁，同・註11・2351頁，同・註13・1030-1031頁参照。

26) 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16巻6号668頁(1942)，末川・前掲註12・224頁，同・前掲註14・100頁参照。

27) 上記大判昭和13年12月19日および大判昭和15年12月14日参照。

28) 末川・前掲註12・225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10・211頁は相手方の承諾があれば有効と説く。

29) 有泉・前掲註10・994頁参照。

ており<sup>30)</sup>、事実、法廷意見（多数意見）は異議説を採っているが、上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、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<sup>31)</sup>が進んだことから、これら 4 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<sup>32)</sup>。

まず、弁護士法 25 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<sup>33)</sup>。その上で、① 絶対的無効説は、弁護士法 25 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 25 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

30) 永沢・前掲註 17・935-937 頁。

31) 異議説の理論的根拠の探究は、小山・前掲註 17・40 頁以下、石川・前掲註 17・126 頁以下、吉村・前掲註 20・498 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、1970）35 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 14 号 149 頁（1968）などが参考となる。

32) 以下の説明については、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 315 頁（1972）、山木戸克己「弁護士法違反と訴訟法上の効果」法教＜第二期＞4 号 56 頁（1974）、伊藤眞「弁護士と当事者」新堂幸司（編）『講座民事訴訟（3）』（弘文堂、1984）115 頁などを参照。

33) 日弁連調査室・前掲註 1・201 頁、萩沢・前掲註 31・175 頁、山木戸・前掲註 32・57 頁、青山・前掲註 32・315 頁、伊藤・前掲註 32・131-132 頁など。

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 25 条、特にその 1 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 25 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、大法院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<sup>34)</sup>が、弁護士法 25 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<sup>35)</sup>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<sup>36)</sup>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 25 条違反のあることを知っても訴訟代理人を排除できないのか、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。

### 3 議論の到達点

以上見てきた従来の議論から、いくつかの指標を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

---

34) 宮田・前掲註 17・274 頁。

35) 石川・前掲註 17・129 頁、豊田・前掲註 22・113 頁、青山・前掲註 32・320 頁など。

36) 有泉・前掲註 10・994 頁、小山・前掲註 20・153 頁、吉村・前掲註 20・501 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と、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 32・57 頁がある。

訴訟法上、明文の規定がないため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 25 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 25 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。

これら 3 つの指標を総合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のが、従来の議論の到達点であると考えられる。その上で、異議説が多数説であり、判例の立場とも一致すると考えられる。

#### 4 小 括

以上を踏まえて、私見としても異議説に賛成する。まず、弁護士法 25 条の規定を訓示規定と考えることはできない。なぜなら、弁護士が法律専門家として社会的責任を負うとともに、その信頼に応える責務があるという理解をふまえると、利益相反というその信頼を破壊する行為について、弁護士法がそれを禁止していることは、単なる訓示規定と捉えることはできない。その上で、公益的側面がその目的に含まれていることは当然であるものの、第一義的に保護されるべきは、当事者の利益であり、それゆえ私益的側面が弁護士法 25 条の目的で第一に重視すべき点であると考えられる。それゆえ、多数説である異議説に賛成するものである。

しかしながら、この見解にもいまだ結論を見ていない問題が存在する。上述したように、弁護士法 25 条に違反する弁護士が行った訴訟行為が、異議によって、遡って無効とされるのか、それとも、異議によって、将来に向かって訴訟手続への関与から排除されるのか、という点である。この問題の違いについても 3 つの指標が影響していると思われるが、その中でも第一の指標に含まれる弁護士という専門職に関わる点が重要であると考えられる。ただし、この点について、このまま検討を進めることはできない。なぜなら、従来の判例の事実関係を詳細に見ると、判例および学説が形成された当時と現在の事情の違い、特に第一の指標で挙げた考慮要素のベースとなる弁護士をめぐる社会情勢の違いや、利益相反に関する考え方の違いが明らかであるからである。

例えば、大審院時代の判例を見ると、紛争当事者の一方に代理人である弁護士がついて話し合いを行い、相手方当事者が訴訟代理人を選任する段階で、弁護士の選任について話し合いを行っていた弁護士に依頼するという事実が見られる。これは、当時の弁護士の数が少なかったことだけでなく、弁護士という専門職にアクセスする方法を持たなかったのではないかと、当時の社会事情が影響しているように思われる。また、弁護士会の機能も当時と今日では異なる状況にあると思われる。戦後、弁護士会による弁護士自治が確立し、いくつかの試練を乗り越えて、今日まで弁護士自治は維持されている<sup>37)</sup>。そのような中で実施されてきた弁護士懲戒制度、弁護士会による倫理研修制度などにより、今日の弁護士は、大審院時代の弁護士に比して、はるかに利益相反に対する理解が進んでいると思われる<sup>38)</sup>。他方で、それと同時に社会情勢や弁護士を取り巻く情勢の複雑化に伴い、利益相反に該当するか否かの判断それ自体も難解な状況になっていることも否めない<sup>39)</sup>。

37) 高中・前掲註 2・13 頁以下参照。

38) 石田京子＝高中正彦＝川崎裕子＝山口健一「(座談会) 弁護士懲戒と弁護士自治」ジュリ 1538 号 74 頁 (2019) など参照。

39) 後述する「弁護士職務基本規程」の制定は、まさにそのような状況の変化に対応するものである。日本弁護士連合会倫理委員会(編)『(解説) 弁護士職務基本規程〔第 3 版〕』(日本弁護士連合会, 2017), 高中・前掲註 2・27 頁。

加えて、旧民訴法の運用上の問題も見過ごすことはできない。最高裁の時代になって、上告審の段階で弁護士法 25 条違反の主張が追加されている事案が見られる。これは、旧民訴法下での随時提出主義（旧民訴法 137 条）のマイナス面<sup>40)</sup>が現れているように思われ、また異議説が多数から指示されるのも、そのような制度下でバランスがとれていることが一因ではないかとも考えられる。現行法の適時提出主義（民訴法 156 条）の下での訴訟進行を前提とするのであれば、弁護士法 25 条違反の主張を手続のどの段階で提出できるのかは、大法院判決の当時と現在とでは、認識に違いがあるのは当然であると考えられる。

そこで、以下では、これまでの議論状況と大きく異なっている弁護士を取り巻く状況の変化について考察することとする。

## 四 弁護士を取り巻く今日の状況

### 1 弁護士の増加と弁護士業務の変化

あらためて確認すると、司法制度改革審議会意見書が発表された 2001 年は 18,243 人であった弁護士数は、その 20 年後の 2021 年には 43,206 人と約 2.3 倍に増加している。大法院判決の頃（昭和 38 年、1963 年）が 6,732 人であったことから、その時代と 2021 年を比較すると、約 6.4 倍になっている<sup>41)</sup>。この弁護士人口の大幅な増加によって、弁護士業務も変革することになった。かつての弁護士業務といえば、1 人の弁護士が事務所を開業し、それをサポートする事務職員がいるというスタイル（いわゆる「ソロ活動」）があたりまえであった。弁護士は広告を禁止され、新たに弁護士資格を得た者は、経験のあ

40) 法務省民事局参事官室（編）『民事訴訟手続の検討課題』（商事法務研究会，1991）「民事訴訟手続に関する検討事項」23 頁，「民事訴訟手続に関する検討事項補足説明」24 頁，竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞（編）『（研究会）新民事訴訟法——立法・解釈・運用』（有斐閣，1998）151 頁以下など参照。

41) 日弁連・前掲註 3・24 頁参照。



る弁護士（ボス弁）の事務所に所属し（いわゆる「イツ弁」）、業務を手伝いながら仕事に必要なスキルを身につけ、その後独立するというものであった。

しかし、今日の弁護士業務のあり方は、そのようなかつてのスタイルから大きく変化しており、旧来との違いを端的に表しているのが、「弁護士職務基本規程」の制定理由<sup>42)</sup>である。そこで挙げられているのは、① 法曹人口の大幅な増加によって多様な思考と価値観を持つ弁護士の出現が予想されること、② 公職兼任や営利業務従事の自由化によって活動領域がますます拡大し、新たな倫理問題が発生する可能性が高まったこと、③ 報酬基準規程が撤廃され、価格競争が激化することが見込まれること、④ 弁護士法人制度が導入され、また法律事件の複雑化・大規模化と国際化に伴い、法律事務所の共同化・大規模化が顕著に進行していること<sup>43)</sup>、である。

このように弁護士業務のあり方が大きく変化した今、弁護士業務における利益相反の問題それ自体も、大審院時代あるいは大法廷判例時代のそれとは変容している。以下では、利益相反の新たな問題を見ることとする。

## 2 利益相反の新たな問題

「弁護士職務基本規程」に関する解説書の中で、「利益相反に関する諸問題」というタイトルが掲げられ、そこでは次のような様々な項目が、新たな問題を内在するものとして取り上げられている。登記手続<sup>44)</sup>、公正証書作成、即

---

42) 高中・前掲註2・27頁参照。「弁護士職務基本規程（会規第70号）」は、新しい時代に即応した弁護士倫理を策定することとして、日本弁護士連合会が2004年11月の臨時総会で賛成多数で可決し、2005年4月1日から施行された会規である。なお、この「弁護士職務基本規程」違反が、訴訟行為排除の根拠にならないことは、上述した最二小決令和3年4月14日で最高裁の判断が示されている。

43) 加えて、弁護士事務所間の移籍が活発化し、事務所の合併なども行われている。桑山斉「共同事務所の弁護士倫理の進展と課題」自正69巻8号38頁（2018）、39頁、高中正彦＝石田京子＝石原修＝桑山斉「（座談会）共同事務所」ジュリ1535号72頁（2019）など参照。

44) ただし、当事者双方から委任を受けて登記申請を行ったとしても弁護士法25条違

決和解、遺産分割、遺言執行者、株主代表訴訟、破産管財人、住民訴訟がそれである。この中でも遺言執行者について、他より多くの紙幅を割いて説明しており、その理由については、遺言執行者が行った行為について利益相反として弁護士会から懲戒議決を受けるケースと受けないケースとが存在し、本当に正しい行為規範を定めるのが難しい問題であることから、懲戒処分の子測可能性を与える趣旨とされる<sup>45)</sup>。

このような問題認識を踏まえると、利益相反について、上述した大審院および最高裁判例の当時よりも、質的・量的に対象となるケースが増加しているだけでなく、弁護士自身も利益相反に該当するか否かが子測できないケースに遭遇する状況に置かれていることが分かる。加えて、上述したように法律事務所の共同化・大規模化が進行していることから、共同事務所における利益相反も考えなければならず、弁護士の共同事務所離脱・事務所間移籍に伴う問題についても詳細な検討がなされており<sup>46)</sup>、今後ますます重要な問題になると認識されている<sup>47)</sup>。

以上、弁護士を取り巻く状況の変化について見てきたが、このような状況の変化を踏まえて、以下では、弁護士法 25 条違反と訴訟行為の効力について再検討を行う。

## 五 弁護士法 25 条違反と遡及的無効の可否

### 1 遡及的無効の問題点

確かに、弁護士法 25 条の目的には、弁護士の職務執行の公正の確保、弁

---

反にはならないと、最二小判昭和 43 年 3 月 8 日民集 22 卷 3 号 540 頁は判示している。

45) 高中正彦 = 石田京子 = 市川充「(座談会) 弁護士のプロフェッション性をめぐって」ジュリ 1527 号 72 頁 (2019), 82-83 頁 [市川発言, 高中発言]。

46) 日弁連倫理委員会・前掲註 39・165 頁以下。

47) 高中 = 石田 = 石原 = 桑山・前掲註 43・83 頁 [桑山発言]。

護士の品位保持という公益的側面があり、その側面を重視するのであれば、すでに行われた訴訟行為を遡及して無効とすべきとの考えも十分に成立する。また、今日のように弁護士自身も利益相反に該当するか否かの判断がつかないようなケースもあることから、弁護士法 25 条違反の主張が訴訟の最後になって追加されるケースもあり得ないと思われる。

しかしながら、従前より、弁護士法 25 条違反によってすでに行われた訴訟行為が遡及して無効となることについては、次のような批判がなされていた。すなわち、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り、対立当事者間に不公平な結果をもたらす、というものである<sup>48)</sup>。このような問題意識は、上述した最高裁の事案に見られるように、上告審になって初めて弁護士法 25 条違反の主張が追加されていることを考慮した結果であろう。

したがって、訴訟手続がある程度進行した段階で、弁護士法 25 条違反の事実が主張され、それによって当該弁護士がすでに行った訴訟行為について遡及的に無効とすることは、弁護士法 25 条の目的である私益的側面が、公益的側面よりも軽視される結果になると考える。

## 2 訴訟手続での主張の時期

では、訴訟手続のどの段階であれば、弁護士法 25 条違反の事実の主張の提出を期待できるのか、あるいはそのように期待したとしても、相手方当事者に過大な負担にならないのか、という点を検討する必要がある。

そもそも弁護士法 25 条違反が明らかである場合だけでなく、それが疑われる場合には、当該弁護士の訴訟追行に問題がある可能性があるのであるか

---

48) 有泉・前掲註 10・994 頁、小山・前掲註 20・153 頁、吉村・前掲註 20・501 頁、山木戸・前掲註 32・57 頁など。

ら、相手方当事者も問題の解消に協力する義務があるのではないかと考える。加えて、現行の民事訴訟法では、攻撃防御方法については適時に提出しなければならないとされており（民訴法 156 条）、相手方の弁護士について弁護士法 25 条違反の事実が存在する場合には、その主張も適時に提出すべきことになる。そうすると、弁護士法 25 条違反の疑いがあるのであれば、少なくとも争点整理手続において主張が出されるべきであり、争点整理手続終了後に弁護士法 25 条違反の事実の存在を主張する場合には、相手方に対して説明義務を負うことになる（民訴法 167 条, 174 条, 178 条）。その上で、適時に提出されなかった場合には、責問権の放棄・喪失として扱われることになるのが妥当であろう。

確かに、現代の弁護士を取り巻く状況を考えると、相手方の弁護士に弁護士法 25 条違反の事実が存在するの否か、確証が持てないケースも十分に考えられる。それゆえ、その主張を出すことがためられることも考えられないわけではない。しかしながら、確証が持てないケースでは、当該弁護士自身も確証が持てないのは当然であり、そのような場合には、むしろ初期段階で主張された方が、本案の審理の進行の妨げにならないのではないかと考える。加えて、現在の情報化社会では、相手方当事者にとって、当該弁護士に相談したか否かなど弁護士法 25 条に列举される「職務を行ない得ない事件」に該当するか否かの情報は、極めて簡単に検索できる事柄であり、その検索自体が過大な負担になるとは考え難い<sup>49)</sup>。

このように考えると、弁護士法 25 条違反が疑われる弁護士が代理人についている当事者の相手方としては、むしろその疑いがある段階で積極的にその事実を指摘すべきであり、そのことが本案の審理に集中できるというよい結果をもたらすのではないかと考える。このような考えに対しては、弁護士法 25 条違反の主張が乱発されることによる訴訟遅延が生じないか、という

49) 大審院や大法廷判決の時代のように、弁護士が少なく、またそのアクセスが限定されている時代ではなく、容易に弁護士にアクセスできる時代になっている点も当時とは違う状況である。

点が危惧されるであろう。しかしながら、そもそも弁護士法 25 条違反の場合について、実体法および手続法に定めがないことから、弁護士法 25 条に違反する状況でなされた訴訟行為の効力をどのように考えるのか、という問題を解釈によって解決してきたのである。そうすると、弁護士法 25 条違反の主張がなされたとしても、それにより本案の審理が直ちに中断されるわけでもなく、基本的には裁判所の訴訟指揮<sup>50)</sup>に従うことになるため、訴訟遅延に対する恐れを考慮する必要はないと考える。

### 3 結 論

以上で述べた私見をまとめると、弁護士法 25 条違反の訴訟行為の効力については、次のように考える。まず、弁護士法 25 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異議説が今日でも妥当であると考ええる。

ただし、相手方当事者による異議権の行使は、すでになされた訴訟行為の排除を求めることができず、あくまでも事後の訴訟手続について、弁護士法 25 条に違反する弁護士の関与の排除を求めるものであると解する。

この見解が、実務において 1 つの指標となるか否かは判然としないが、今後の実務運用を観察する中で、さらに考察を継続できればと考える。

〔付 記〕本研究は、2023 年度南山大学パッヘ研究奨励金 I-A-2 による研究成果の一部である。

---

50) 伊藤真『民事訴訟法〔第 7 版〕』（有斐閣、2020）244 頁以下、三木浩一＝笠井正俊＝垣内秀介＝菱田雄郷『民事訴訟法〔第 3 版〕』（有斐閣、2018）157 頁以下〔笠井正俊〕など参照。