

## 破産管財人を原告とする訴訟における被告訴訟代理人の訴訟行為と弁護士法二五条一号

著者	清水 宏
雑誌名	東洋通信
巻	54
号	6
ページ	24-36
発行年	2018-02
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00009348/">http://id.nii.ac.jp/1060/00009348/</a>

# 論文

## 「破産管財人を原告とする訴訟における 被告訴訟代理人の訴訟行為と弁護士法二二五条一号」

清水 宏

### 一 はじめに

経済的に困窮し、支払い不能または債務超過といった破産原因のある債務者に対して、破産手続開始決定がなされると、当該債務者は、自ら所有する一切の財産に対する管理処分権をなく奪われ、原則として、当該財産は破産財団を構成することとなる（破産法三四条一項）。そして、破産財団を管理および処分する権利は破産管財人に専属することとなる（破産法七八条一項）。こうした破産手続開始決定の効力は、破産者に関わる実体的法律関係にのみならず、手続的法律関係にも影響を及ぼすこととなる。

破産手続開始決定が手続的法律関係に影響を及ぼす一つの例として、係属中の破産者を当事者とする訴訟手続の中断と、破産管財人による当該訴訟の受継ぎがある（破産法四四条）。すなわち、破産手続開始決定前に係属していた破産者を当事者とする訴訟は、

破産手続開始決定により、破産者が当該財産に対する管理処分権をなく奪われることで当該訴訟の当事者適格を失うこととなり、訴訟追行ができなくなるため、中断する（破産法四四条一項）。そして、当該財産の管理処分権が専属することによって、それを基礎とする当該訴訟の当事者適格を破産管財人が取得する（破産法八〇条こととなる）。そこで、破産管財人が、中断した当該訴訟を受け継ぐことができる（破産法四四条二項前段）。この点、中断した訴訟を受け継ぐことは破産管財人の義務ではないが、とはいえず、一方当事者の破産という偶然的事情により相手方のそれまでの訴訟追行を無駄にさせるべきでもない。したがって、相手方当事者も受け継ぎ申立てをすることが認められており（破産法四四条二項後段）、この場合、破産管財人は受継ぎ申立てを拒絶することはできず、また、従前の不利な訴訟状態の承継も拒否できないと解されている<sup>3</sup>。

このようにして、破産者から訴訟を受け継いで当事者となった破産管財人と、従前の当事者であった破産者の関係については、両者は法的に同視できる立場にあるものと解される。すなわち、破産管財人の第三者との関係における法的地位に関しては、一般に、①破産者と同視できる地位、②破産債権者の利益代表者としての地位、③破産法その他の法理によって与えられた特別の地位の三つがあるとされる<sup>4</sup>。そして上述のように、破産管財人が当事者となったのは、破産手続開始決定によって破産者から奪された管理処分権が破産管財人に専属することになったためであり、また、相手方当事者は、破産者の破産という自己と無関係の事情によって、破産手続前から継続している自己と破産者との間の法律関係の内容が変更されることを受忍させられる理由もない。そこで、法の規定により形式的には破産者から破産管財人へと当事者に変更されるものの、両者は上記①に該当する、すなわち法的に同視できる地位にあるものと解される。したがって、破産管財人が相手方に対して主張できる法律上の地位は、破産者が主張しえた範囲に限られ、また、相手方が破産者に対して主張することができる法律上の地位は、破産管財人に対しても主張することができる。訴訟との関係では、破産者ともはや提出できなくなった攻撃防御方法を破産管財人は提出できないし、また、攻撃防御方法の提出に関する手続上の義務(民事訴訟法一六四条、一七四条など参照)も履行しなくてはならなくなる。

以上述べてきたように、破産手続開始決定によって、破産者と破産管財人の交代が行われるが、これはあくまでも形式的なもの

に過ぎず、原則として、当事者に実質的な変更はないものと解する<sup>5</sup>。

こうした破産管財人が引き継いだ訴訟の当事者の法的地位に関連して、当事者を基準とする様々な法的効果が結び付くところ、そうしたものの一つとして、訴訟代理人の行為が双方代理的なものであった場合の取り扱いをどうするかという問題がある。これについて、具体例を基に検討してみよう。

#### 【設例】

経済的に窮境に陥った債務者Aについて民事再生手続が申し立てられ、再生手続開始決定に基づき、民事再生手続が開始された。再生債務者は、弁護士Yを代理人として選任し、再生手続の追行を依頼した。しかし当該再生手続の係属中に、再生の見込みがないとして当該再生手続は廃止決定を受け、当該判断が確定した。その後、Aは破産手続開始決定を受け、弁護士Xが破産管財人に選任された。破産手続の係属中、Xは、従前からAと取引のあったBに対して、否認の請求を訴訟上行使して金員の支払いを求めた。これに対して、Bは、Yを訴訟代理人として応訴した。

この設例のYがBの訴訟代理人として行った訴訟行為について検討するに、まずもって相手方当事者となるのは、形式的にみれば、民事再生手続においては再生債務者Aであったのに対し、否認権に係る訴訟では破産管財人Xである<sup>7</sup>。また、YがAから依頼を受けていた事件はAの民事再生手続であるが、Bの訴訟代理人となった事件はAの破産手続である。したがって、この場合に、「相手方の協議を受けて賛助し、またはその依頼を承諾した事件」

(弁護士法二二五条一号)に抵触するかが問題となる。

## 二 弁護士法二二五条の要件

弁護士法二二五条においては、弁護士が職務を行い得ない事件を定めており、その一つとして、上述の「相手方の協議を受けて賛助し、またはその依頼を承諾した事件」(弁護士法二二五条一号)が挙げられている。弁護士法には同条項に違反した場合の罰則は特に定められていないが、懲戒の原因となる(弁護士法五六条)。このような定めが置かれた趣旨としては、弁護士が一旦ある者からの依頼を受ける等を行った事件については、弁護士を行うことが、先に当該弁護士を信頼して依頼等を行った相手方の信頼を損なうことになり、また、弁護士の品位を失墜させることにつながるため、これを未然に防止する点にあるとされる。<sup>8)</sup>

こうしたことを前提として、要件を検討するに、まず、「相手方」とは、民事、刑事の事件を問わず、同一事案における事実関係について利害の対立する状態にある当事者をいうものとされる。<sup>9)</sup>そして、この「利害の対立」とは、「現に相反する利害を持つ当事者間において或法律行為をなす場合、或は一定の紛争を前提とする法律上の利害相反する当事者を指す」とされ、<sup>10)</sup>実質的なものをいうとされる。<sup>11)</sup>

この点、上述の設例を検討するに、まず、現在係属している否認権行使に係る訴訟との関係で考えれば、否認権を行使することで破産財団の維持・増殖を図り、破産債権者の利益を増大させることを職務とする破産管財人であり、当該訴訟における原告本人

となつているXと、否認権を行使される被告本人であるBとは、まさに利害が対立している関係にあるといえる。また、Bの訴訟代理人Yは、破産管財人Xから事件に関する依頼を受けたわけではないが、上述のようにXと同視される法的地位にあるAからは民事再生手続に関する依頼を受けて承諾していた。さらに、本来は否認権の行使に関する訴訟における当事者であるべきAとBとの関係について検討するに、否認されるような法律関係にあるというに鑑みれば、Aは当該法律関係によつて財産的な損失を被っていることになり、これによつてむしろ不当に利益を得ているBとの関係は、当該法律関係の成立時点においては事実上円満な関係にあつたとしても、法律上の利害が相反する関係にあるといえる。以上により、設例のBは弁護士法二二五条一項にいわゆる「相手方」に該当するものと解する。

次いで、「依頼を承諾したこと」については、事件の受任を求め申し込みに対する承諾を意味し、協議を受けることの依頼を承諾しただけではこれに該当しないとされる。<sup>12)</sup>上記設例において、YはAから民事再生事件における代理を依頼され、再生債務者の代理人となつていることに鑑みれば、「依頼を承諾した」ともと解する。

さらに、問題とされている弁護士の関与した「事件が当事者とその相手方との間において同一」でなければならぬ。この事件としての同一性の判断に際しては、相反する利益の有無、言い換えれば、訴訟物の同一性や手続の同質性だけによるのではなく、その基礎をなす紛争の実体を同一とみるべきかどうかによつて決

すべきであるとされる<sup>13</sup>。設例では、当初Yが訴訟代理人となったのはAの民事再生事件であり、当該再生手続の廃止後に、Aの破産手続に関する否認権行使に係る訴訟事件においてYがBの訴訟代理人となっていることに鑑みれば、事件の同一性が無いのではないかとも思われる。特に、再建型倒産処理手続である民事再生手続と、清算型倒産処理手続である破産手続(の派生手続である否認権行使に係る訴訟)とは、異なるものとみることができよう。

しかしながら、両事件の基礎にあるのはいずれもXの倒産処理という問題である。そして、民事再生手続と破産手続との間では、民事再生手続から破産手続へと移行する牽連破産が認められている。この牽連破産に関しては、たとえば、再生手続廃止決定などにより、再生手続がその目的を達せず終了した場合において、再生債務者に破産原因のあるときは、裁判所の職権によつて当該事件について破産手続開始決定がなされる(民事再生法二五〇条一項)。また、そのようにして開始された破産手続においては、先行する民事再生手続において共益債権とされたものが財団債権とされる(民事再生法二五二条四項)。さらには、職権による牽連破産の場合には、否認および相殺禁止の基準となる破産手続開始申立時の判断については、民事再生手続開始申立時をもって基準とすることになる(民事再生法二五二条一項柱書)。その上、債権の届け出に関しても、民事再生手続における届け出をもって破産手続におけるものとして、改めての届け出を要しないとの決定をすることができ(民事再生法二五三条一項)。加えて、破産債権の額については、従前の再生手続において、再生計画に従つて弁済を

受けた額を控除した額とする(民事再生法一九〇条三項)など、配当に関する調整も行われている。これらの点に鑑みると、廃止された民事再生手続とそれから移行した破産手続との一体性を確保する取扱いがなされており、両手続には同一性を肯定することができる。したがつて、「事件が当事者とその相手方との間において同一」という要件も肯定することができる。以上により、上記設例のケースについては、弁護士法二五条一号に違反するものと解することができる。

### 三 弁護士法二五条に違反する訴訟行為の効果

#### 1 弁護士法二五条違反に該当する弁護士の排除

ある訴訟の訴訟代理人弁護士が、弁護士法二五条一号との関係で、双方代理的な立場にある場合に、まずは、当該弁護士を訴訟から排除し、訴訟代理人としての活動によつてこれ以上の違反をさせないことが必要である。弁護士法二五条は、上述したように、当事者の信頼を裏切る行為を禁止してその利益を保護するとともに、相手方に不公平となるような職務執行を禁止して弁護士の品位の確保を図り、もつて業務の公正さに対する国民の信頼を得ることを目的とするところ、本人の信頼に背き、当事者の不公平を醸成するような職務執行を排除できないのでは、司法運営上も問題である<sup>15</sup>。そこで、弁護士が弁護士法二五条に違反して現に係属中の訴訟について訴訟代理人として職務を行っている場合、当該弁護士を訴訟手続から排除することが認められるべきである<sup>16</sup>。

そして、排除の方法に関しては、双方代理という問題の重大性

に鑑みれば、当事者の指摘によって即座にかつ当然に排除すべきではないかとも考えられないではないが、当事者からの委任によって訴訟代理人となつてゐる弁護士を排除するからには、合理的な根拠がなければ、当事者の弁論権や当該弁護士の職業上の利益を害することになる。したがつて、裁判所の職権<sup>17</sup>または当事者の申立てに基づき、訴訟の進行に重大な影響を与える手続的事項であることに鑑み、決定によつて判断するべきであると解する。<sup>18</sup>

## 2 弁護士法二五条に違反した弁護士が排除されるまでに当該弁護士によつて行われていた訴訟行為の効力

### (1) 学説

このように、弁護士法二五条に違反してゐる弁護士を当該訴訟から排除したとしても、それまでに行われた訴訟行為の効力をどのように評価するかという問題も生じる。

この点、弁護士法は弁護士の使命及び職務に関する基本的な規律を定めるものであり、弁護士活動の一つである訴訟における訴訟行為の評価についてまでは定めを置いていない。そのため、弁護士法二五条は弁護士に対する職務上の訓示規定にとどまり、その違反は弁護士に対する懲戒の原因とはなるが、訴訟法上または実体法上の効果には影響がないとする見解(有効説)がある。<sup>19</sup> この見解では、当事者の一方の受ける実質的な不利益は双方代理や公序良俗違反に該当する場合に救済されれば十分であるとする。

これとは反対に、弁護士法二五条に違反する職務行為は同条の精神に照らして常に絶対的に無効であるとする見解(絶対的無効説)もある。<sup>20</sup> すなわち、本条は弁護士の職務の公正および品位を確

保することを目的とするものと解し、本人の許諾の有無にかかわらず、無効とする見解である。

さらに、弁護士法二五条に違反した場合、当該弁護士を訴訟代理人に選任したことは無効となつたとし、当該弁護士の訴訟行為は無権代理行為に該当するものの、本人の追認によつて無効が治癒されて有効となり得るとする見解(追認説)もある。<sup>21</sup>

加えて、弁護士法二五条に違反する訴訟行為は原則として有効であるが、相手方当事者が異議を申し出た場合には無効となり得るとしつつ、禁反言の法理または責問権の喪失を根拠に瑕疵の治癒を認める見解(異議説・相対的無効説)もある。<sup>22</sup>

### (2) 判例

こうした学説の状況との関連で実務の対応についても整理しておく。<sup>23</sup>

大審院時代の判例は、当初、現行の弁護士法二五条に相当する旧々弁護士法一四条に違反してなされた訴訟参加について、本人の許諾の有無を問わず無効と判断し、<sup>24</sup> また、委任の終了なると当事者の許諾あるとあるいはこれらのものに不測の損害を加うおそれあると否とを問わず絶対禁止したるものとするなど、<sup>25</sup> 絶対的無効説に立つことを明らかにしていた。<sup>26</sup>

もつとも、これと並行して、旧々弁護士法一四条に違反して選任された弁護士による訴訟上の和解について、本人の追認により完全な効力を有するものとするものや、<sup>27</sup> 同条に違反し参加人・被参加人双方を代理する行為は無効であるが、その後の審理の更新に際して適法な訴訟代理人が従前の弁論結果を陳述したときは、

追認がなされたものとして有効になるとするものなど追認説に立つものもあった。<sup>28</sup>

また、最高裁の時代になると、第二小法廷では、和解契約を即決和解にする委託を受託した弁護士が、その後当該和解調書の無効確認請求事件において、今度は相手方を代理した事件について、「弁護士が訴訟手続において同条違反の行為を行おうとするときは、相手方はこれにつき異議を述べ、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べきことはむしろ当然であるが、同条違反の訴訟行為であつても、相手方がもし何らの異議を述べなかつたときは、訴訟法上完全に効力を生じ、相手方は後日に至り当該行為が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ものと解するのが相当である。けだし、同条の規定は、弁護士の品位の保持と当事者の利益の保護とを目的とするところ、その立法目的達成のためには、同条違反の訴訟行為を無効とすることが必ずしも必要とは解せられないばかりでなく、もしこれを無効とするときは、当該弁護士を信頼してこれに訴訟行為を委任した当事者をして不測の損害を被らしめ、かえつて同条の立法目的に背馳し、ひいては訴訟法が弁護士による訴訟代理の制度を定めた法意にも副わない結果を招来するおそれがあるからである」と判示して、異議説を採用することを明らかにした。<sup>29</sup>

もつとも、その後、第三小法廷においては、弁護士が手形債権者の代理人として弁済契約を成立させた後、当該契約を公正証書にするに際して債務者側の代理人となった事案について、弁護士

法二五条一号の規定に違反するものと認めたらうと、「職務上行いえない行為に基いて作成されたものであるから、無効と解するのほかない」として、絶対的無効説に立つ判断<sup>30</sup>も示された。この判例は、先例として絶対的無効説に立つた大審院時代の判例を先例として引用しており、絶対的無効説を維持するようにもみえた。

このように、最高裁の第二小法廷と第三小法廷とで、その考え方に矛盾があるため、大法廷としてこれを統一する必要性が生じた。そこで、最高裁は、昭和三八年一〇月三〇日(民集一七卷九号一二六六頁)大法廷判決において、「思うに、前記法条は弁護士の品位の保持と当事者の保護とを目的とするものであることは前述のとおりであるから、弁護士の遵守すべき職務規定に違背した弁護士をして懲戒に服せしめることは、固より当然であるが、単にこれを懲戒の原因とするに止め、その訴訟行為の効力には何らの影響を及ぼさず、完全に有効なものとするところは、同条立法の目的の一である相手方たる一方の当事者の保護に欠くるものと言わなければならない。従つて、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ものと解するのが相当である。」として、異議説を採用することを明らかにして判例を統一した。<sup>32</sup>その後、最高裁はこの判決を踏襲しており、判例として確立されたものとみることができよう。<sup>34</sup>

### (3) 検討

これら、学説および判例の状況に鑑みていかなる基準によるべきか検討する。

まず、有効説については、最初の依頼者である相手方当事者は、その信頼した弁護士が他方の訴訟代理人として訴訟行為をするのを座視するほかにないことになり、<sup>35</sup>また、本人の救済も結局損害賠償しかないのでは、当事者の利益保護として不十分である。<sup>36</sup>さらには、弁護士に対する懲戒制度が十分に機能しているとは言いがぶらい現状に鑑みても妥当ではない。<sup>37</sup>その上、そもそも相手方の弁護士に弁護士法違反があってもこれを排除できないのは問題である。<sup>38</sup>

つぎに、絶対的無効説は弁護士法二五条の趣旨として弁護士の品位の保持を強調するところ、そのために同じく同条の趣旨である相手方当事者の利益保護が犠牲になるという点で問題がある。<sup>39</sup>特に、訴訟行為が無効となる結果、相手方は勝訴していたとしても手続を最初からやり直さなければならなくなるし、害の少ない行為もすべて無効とするのでは、手続の安定・円滑を害するおそれがあり、妥当ではない。<sup>40</sup>

さらに、追認説は原則として無効としながらも、一定の場合には追認によって有効とする余地を認めることで妥当な調整を図ろうとしている点は評価できる。しかしながら、当事者の許諾さえあればそもそも弁護士法二五条一号違反が成立しなくなり、<sup>41</sup>弁護士の品位の保持という観点から問題がないわけではない。また、同号違反で利益を害されるのは先に協議または依頼を行った当事者であるのに、後で依頼した当事者が追認すると有効となる点も追認制度の趣旨に照らして問題である。<sup>42</sup>そして、無権代理という構成も相手方の利益が置き去りにされ、公平とは言えない。<sup>43</sup>加え

て、無効ではあるが追認を許すという規律では、わざと弁護士法二五条違反を指摘せずに手続を進行させておいて、不利な結果となりそうであれば無効を主張して手続を覆滅させるという濫用的な訴訟戦術として用いられるおそれもあり妥当ではない。<sup>44</sup>

これらに対して、異議説は、弁護士法二五条違反であるとの当事者からの異議の申立てを認めることで、弁護士法違反の問題を放置せず、違反したとされる訴訟代理人弁護士による訴訟行為を無効としうるとする点で、弁護士の職務の公正ないし公益性と私的な代理人であるという側面、そして、弁護士を信用して訴訟追行に当たらせた当事者の利益とそれによって不利益を受ける当事者の利益、さらにはそれらと訴訟手続の安定・訴訟経済の確保の要請を調和させることができる点で優れているといえよう。<sup>45</sup>すなわち、各当事者は弁護士の弁護士法二五条一号に違反する行為によって自らの利益を害されたと判断する場合には当該弁護士の当該訴訟手続からの排除を求めるだけでなく、その弁護士の行った訴訟行為を無効とする裁判を求めることもできる。そしてこれに対して、違反による利益侵害の程度が軽微であるなど当事者の利益を害するとも、弁護士の品位を貶めるとまではいえないものについては、異議を差し控えることで、もって訴訟手続の安定と訴訟経済を図ることも可能である。

以上により、弁護士法二五条一号に違反する弁護士によって行われていた訴訟行為の効果については、異議説に従い、当事者には当該訴訟行為を排除する旨の裁判を求める申立権が認められ、裁判所は当事者からの異議申立てに理由があれば、当該訴訟行為



を無効とすることができるものと解する。

### 3 異議説を前提とした課題の検討

#### (1) 法的性質

以上述べた通り、弁護士法二五条一号に違反してなされた訴訟行為について当事者からの異議があれば、裁判所は無効とする裁判ができるとする異議説を採用するとしても、なぜ、当事者からの異議によって訴訟行為が無効となるのか、さらには、そもそも異議の法的性質をどう考えるべきかという課題が指摘されている。<sup>46</sup>

この点については、弁護士法二五条一号は、弁護士の品位の保持を趣旨の一つとするという点では公益的側面を持つものの、それと並んで当事者の利益保護をも趣旨の一つとすることに鑑みれば、絶対的に遵守を必要とする強行規定であるというよりは、当事者の意思を尊重した適用がなされるべきであって、その文脈では任意規定と同様にみることができ<sup>47</sup>。その上で、弁護士法に違反する弁護士の行った訴訟行為を許さず、その修正を求めるといふ当事者の意思を異議という方法によって明らかにし、裁判所に当該訴訟行為を無効と判断することを求めるといふ構図は、まさに訴訟手続における任意法規違反について責問権を行使して瑕疵ある訴訟行為の排除を求める場合と同様であると解する。したがって、弁護士法二五条違反を理由とする異議を民事訴訟法上の責問権(民事訴訟法九〇条)の一種ととらえ、違反する弁護士によって行われた訴訟行為を一種の瑕疵ある訴訟行為として、当事者には異議によりその排斥を求める申立権があるもとし、いずれかの当事者が異議を述べ、裁判において理由があると判断されれば無

効となり、いずれの当事者も異議を述べなければ原則として有効となるものと解する。<sup>48</sup>

そして、当事者の異議申立てによって行われる裁判手続の性質については、弁護士法二五条違反に関する異議に基づく訴訟行為が無効が中間の争いに該当するとして、中間判決によるべきであるとの見解もある<sup>49</sup>。しかしながら、中間判決(民事訴訟法二四五条)によるとするならば、これによる不服申立ては終局判決に対する控訴となり、当該弁護士の訴訟関与の可否を速かに確定できない。弁護士の訴訟関与の可否や訴訟行為の有効性は手続事項であり、本案の問題とは独立にかつ迅速に処理されるべきであり、既述のように決定手続によるべきであると解する。<sup>50</sup>

#### (2) 異議を述べうる時期

そして、異議を申し立てうる時期については、当事者は、事実審口頭弁論終結時まで適時提出主義の下に自由に攻撃防御を行うことができることに鑑みれば、また、この異議は単なる訴訟手続違背と異なる重大な瑕疵を主張するものであることから、事実審口頭弁論終結時までならいつでもできるとする見解もある<sup>51</sup>。しかしながら、弁護士法二五条違反を知りながら放置しておいて、自己に不利な判決が出るや否や、控訴審において異議を申し立てるような濫用的な異議を許容することになりかねず、妥当ではない。遅滞なく行使しなければ喪失してしまうという性質(民事訴訟法九〇条参照)のある責問権の一種として構成することに鑑みても、違反の事実を知り又は知ることができたときは、遅滞なく異議を申し立てなければ、異議申立権を喪失するものと解すべきで

ある。<sup>52</sup>

(3) 異議による無効の対象となる訴訟行為

さらに、そもそも異議の対象はどの訴訟行為かという点については、異議が申し立てられた時点を基準として将来の訴訟行為と過去の訴訟行為とに分けて考えることができる。将来の訴訟行為については、異議が申し立てられる場合、当該弁護士法二五条違反のある弁護士は基本的に訴訟から排除されるであろうから、異議を通じてそこから将来に向かって行われる訴訟行為が無効とされるとしても問題はなであろう。<sup>53</sup> これに対して、異議に遡及効を認め、過去の訴訟行為が無効とされうるかについては、これまで述べてきたように、そうした訴訟行為を排除することがまさに異議説の目的であるとみることができ、異議者に懈怠がなかった以上、裁判所は遡って過去になされた訴訟行為を無効とすることができると解する。<sup>54</sup>

もつとも、このように異議を通して弁護士法違反状態で既になされた訴訟行為が無効であるとされるならば、訴えの提起や上訴の提起まで無効となることが考えられ、訴え提起にかかる時効中断効等(民法一四九条参照)の關係で相手方当事者は不測の損害を被るおそれがある。そこで、訴え提起等をした方の当事者本人の保護のために、訴訟行為の追完(民事訴訟法九七条)の規定の類推適用を認め、弁護士法二五条違反のある弁護士に代理された当事者は、改めて適法に訴えの提起等を行うことができるものと解する。<sup>55</sup>

(4) 不服申立て

それから、上述のように、この異議の裁判は決定手続でなされることになるが、裁判所の決定に対して、いかなる種類の不服申し立てが認められるべきかも問題となる。この点について、決定手続であることから通常の最初の抗告によるべきであると考えられないわけではない。しかしながら、この異議は遅滞なく行使しなければならぬとされる責問権の一種であることに鑑みれば、その判断内容についてもできるだけ早期に確定させることが求められていると解することができる。また、訴訟手続から訴訟の主体を排除する除斥・忌避(民事訴訟法二三条・二四条)ではその裁判に関する不服申立方法として即時抗告によることが定められていることに鑑みれば、訴訟主体に準じる者である訴訟代理人を訴訟手続から排除するという点で類似するこの異議の手続に対する不服申立てとしては、即時抗告によるべきものと解される。<sup>56</sup>

(5) 復代理人の選任<sup>57</sup>

なお、弁護士法二五条に違反することが予想される弁護士としては、やむを得ない事由があるとして復代理人を選任し(民法一〇四条参照)、弁護士法二五条一号に違反している状態を免れようとすることも考えられる。確かに復代理人は代理人の代理人ではなく本人の代理人となる(民法一〇七条二項)であり、また、自己の依頼者の相手方から直接依頼を受けたわけでもないことから、これによって形式的には弁護士法二五条一号には違反しないとして訴訟行為を有効に行うことができるとも考えられる。しかしながら、任意代理人の委託を受けて選任された復代理人について、代理人はその選任および監督に責任を持つ(民事訴訟法一〇五条一

項)ことや代理人の代理権消滅によって復代理人の代理権も消滅することに鑑みれば、復代理人は代理人の活動の一部を担うものであるといえ、実質的には一体のものとみることができるとして、弁護士法に違反している弁護士からの委託により選任された弁護士が訴訟復代理人として行う訴訟行為も、異議申立ての対象となり、裁判所は異議に理由がある場合には当該訴訟復代理人およびその行った訴訟行為を排斥することができるものと解する。

#### 四 むすびにかえて

以上により、牽連破産事件における破産管財人を原告とする訴訟における被告訴訟代理人弁護士が、移行前の民事再生手続に關与していた場合には、破産管財人は当該訴訟代理人弁護士の訴訟手続からの排除およびそれまでになされた訴訟行為の無効を裁判所に申し立てることができるものと解する。

#### 〔注〕

1 破産者が訴訟代理人を選任している場合であっても、訴訟代理人がいる場合に中断しないものとする民事訴訟法一二四条二項のような定めがなされておらず、当該訴訟は中断することになる。これは、破産者が管理処分権はく奪されることから、訴訟代理人がそれを代理行使できなくなることに加え、破産者と破産管財人の利害が相反する可能性のあることに鑑みてのことである。なお、当該訴訟代理権は、民法六五三条により消滅することになる。伊藤眞 岡正晶 田原睦夫 林道晴 松下淳一 森宏司 『条解破産法』(弘文堂、二〇一〇年三四二頁、伊藤眞 『破産法・民事再生法』第三版)有斐閣、二〇一四年四〇一頁、中島弘雅 『体系倒産法Ⅰ』(中央経済社、二〇〇七年)二七九頁など。

- 2 訴訟手続の中断に関する民事訴訟法一二四条は、たとえば、当事者の死亡等による中断の場合に、相続人等に受継ぎを義務付けているが、破産法四四条では、「受け継ぐことができる」として、義務とはしていない。これは、破産管財人が当該訴訟の目的物を破産財団から放棄する可能性もあり、その場合には当該目的物の管理処分権を回復した破産者が訴訟を受け継ぐべきであると考えられるため、訴訟の追行に利益を有する者が受継ぎ申立てをすればよいと考えてのことである。伊藤 岡 田原 林 松下 森前掲注一・三四一頁注一。
- 3 伊藤 岡 田原 林 松下 森前掲注一・三四二頁、伊藤・前掲注一・四〇三頁、中島前掲注一・二七九―二八〇頁、加藤哲夫 『破産法』第六版(弘文堂、二〇一二年)二六八頁など。
- 4 伊藤前掲注一・三二六―三二九頁、中島前掲注一・二二八―二二九頁など。
- 5 もっとも、破産管財人としての地位に基づく固有の攻撃防御方法の提出が許されることは当然であるとされる。伊藤前掲注一・四〇三頁
- 6 これについては、最判平成二九年一〇月五日裁判所時報一六八五号二二頁を参考にした。
- 7 もちろん、上述したように両者は実質的に同視できる法的地位にある。
- 8 最判昭和三八年一〇月三〇日民集一七卷九号一二六六頁。なお、弁護士法二五条の立法趣旨としては、①当事者の利益の保護、②弁護士の職務執行の公正の確保、③弁護士の品位の保持にあるとされ、判例は、二五条各号ごとにこれら趣旨のいずれに該当する、または、重点を置くかを把握しようとしているものとされる。日本弁護士連合会調査室編 『条解弁護士法』(弘文堂、二〇〇七年)一八二頁。
- 9 日弁連前掲注八・一八五頁、高中正彦 『弁護士法概説第四版』(三省堂、二〇一二年)二一〇頁など。
- 10 水戸地中間判昭和三四年五月二七日訟月五卷一〇号一三六五頁。
- 11 日弁連前掲注八・一八五頁、高中前掲注九・一一〇頁。
- 12 日弁連前掲注八・一九四頁。
- 13 青森地判昭和四〇年一〇月九日判タ一八七号一八五頁。日弁連前掲注八・

- 一九五頁、高中前掲注九・一二三頁。
- 14 弁護士法二五条一項が問題となる事案と、一方の訴訟代理人弁護士が相手方当事者の代理人となる事案とは厳密には異なる。後者の場合であれば、双方代理の禁止を定める民法一〇八条と適用法条が競合することがある。たとえば、一方の訴訟代理人が訴訟上の和解に関して両当事者を代理して和解成立の意思表示を行うような場合が挙げられ、本人である両当事者からの追認がなければ、当該訴訟行為は無効となる。伊藤眞「弁護士と当事者」上田徹一郎「福永有利編『講座民事訴訟③当事者』(弘文堂、一九八四年)一三二―一三三頁、同「弁護士による代理(一)―双方代理」新堂幸司「青山善充」高橋宏志編『民事訴訟法判例百選Ⅰ』(有斐閣、一九九二年)一九九頁、椎橋邦夫「弁護士による代理―双方代理」伊藤眞「高橋宏志」高田裕成編『民事訴訟法判例百選』(第三版)〔有斐閣、二〇〇三年〕五四―五五頁など。
- 15 上田徹一郎「井上治典編『注釈民事訴訟法②』」(有斐閣、一九九二年)三四六頁〔中島弘雅〕。
- 16 山本戸克己「弁護士法違反と訴訟法上の効果」同『民事訴訟法論集』(有斐閣、一九九〇年)二六七頁、上田「井上編前掲注一五・三四六頁〔中島〕、新堂幸司『新民事訴訟法第五版』(弘文堂、二〇一一年)一六八頁、賀集唱「松本博之」加藤新太郎編『基本法コンメンタル民事訴訟法Ⅰ』(第三版追補版)〔日本評論社、二〇一二年〕一五四頁〔加藤新太郎〕、兼子一原著・松浦馨「新堂幸司」竹下守夫「高橋宏志」加藤新太郎「上原敏夫」高田裕成「条解民事訴訟法(第二版)」(弘文堂、二〇一一年)二八九頁〔新堂幸司〕高橋宏志「高田裕成」。
- 17 なお、職権により弁護士が排除される場合、当事者による過去の訴訟行為に対する異議申立ての機会が失われるおそれがあるため、裁判所は釈明権を行使して、まずは当事者に異議申し立てをするべきかを尋ねるのが適切である。高橋宏志『重点講義民事訴訟法上(第二版補訂版)』(有斐閣、二〇一三年)二二九頁注二二。
- 18 山本戸前掲注一六・一六七頁、上田「井上編前掲注一五・三四六頁〔中島〕」。
- 19 兼子一「判例民事訴訟法」(弘文堂、一九五〇年)四一一頁、兼子一「新修民事訴訟法体系」(酒井書店、一九五四年)二二六頁、日弁連前掲注八・二二八頁。
- 20 佐々木吉男「双方代理人と訴訟代理の効力」我妻栄編集代表『民事訴訟法判例百選』(有斐閣、一九六五年)五〇頁、吉川大二郎「訴訟代理における双方代理の禁止」民商一六卷六号六六八頁など。
- 21 中島弘道「日本民事訴訟法第一編」(松華堂、一九三四年)三六七頁など。
- 22 兼子原著・松浦「新堂」竹下「高橋」加藤「上原」高田前掲注一六・二八九頁〔新堂〕高橋「高田」、新堂前掲注一六・一六九頁、青山善充「弁護士法二五条違反と訴訟法上の効果」ジュリ五〇〇号三三〇頁、秋山幹男「伊藤眞」加藤新太郎「高田裕成」福田剛久「山本和彦」コンメンタル民事訴訟法Ⅰ〔第二版〕(日本評論社、二〇〇六年)五二八頁、伊藤眞「民事訴訟法」(第五版)〔有斐閣、二〇一六年〕一五七―一五八頁、高橋前掲注一七・二二七頁、賀集「松本」加藤編前掲注一六・一五四―一五五頁〔加藤〕、手賀寛「弁護士による代理―弁護士法二五条違反」高橋宏志「高田裕成」畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選』(第五版)〔有斐閣、二〇一五年〕四七頁など。
- 23 判例の変遷については、萩澤清彦「弁護士と訴訟行為」民訴雑誌一四号一七五―一九九頁、青山前掲注二二・三一五―三一九頁、日弁連前掲注八・二二―二二八頁などに詳しく整理・分析がなされている。
- 24 大判昭和七年六月一八日民集一一卷一一七六号。
- 25 大判昭和八年四月二日新聞三五五三号一〇頁。
- 26 その他の絶対的無効説に立つものとして、大判昭和十四年八月二日民集一八卷九〇三頁、大判昭和十六年五月二〇日法学一一卷九八頁などがある。
- 27 大判昭和十三年二月一九日民集一七卷二四八二号。
- 28 大判昭和十五年二月二四日民集一九卷二四〇二号。
- 29 最判昭和三十年二月一六日民集九卷一四号二〇一三頁。
- 30 最判昭和三十三年二月二四日民集一一卷一四号二二三三頁。
- 注一四・一三三頁。

- 31 大判昭和九年一月二日民集一三卷二二二頁および上述の大判昭和四年八月二日民集一八卷九〇三頁。
- 32 なお、本判決には、弁護士法二五条に違反する訴訟行為は原則として無効としながら、異議が述べられなければ、相手方当事者は黙示的にその異議を許容したことになるとして違法が補正されるとする奥野健一裁判官の補足意見、当然無効となるとしながらも、原審まで何らの申し立てもない場合には、禁反言によって無効を主張できないとする山田作之助裁判官の補足意見、有効説に立つべきであるとする横田正俊裁判官の補足意見、そして、無効説に立ち差戻しを求める石坂修一裁判官の反対意見が付されている。
- 33 たとえば、最判昭和四年三月二三日民集二二卷二四一九頁、最判昭和四年二月一三日民集二三卷二二三八頁、そして、上述した最判平成二九年一〇月五日裁判所時報一六八五号二一頁など参照。
- 34 青山前掲注一六・三一八頁、日弁連前掲注八・二一六頁、上田井上編前掲注一五・三四七頁〔中島〕、賀集松本加藤編前掲注一六・一五五頁〔加藤〕など。
- 35 山木戸前掲注一六・一六九、伊藤前掲注二二・一五七頁。
- 36 高橋前掲注一七・二二六頁。
- 37 青山前掲注二二・三一九頁。なお、この点については、弁護士会の懲戒制度は機能していないわけではないとの反論もある。日弁連前掲注八・二一八頁、高中前掲注九・一三四頁など。
- 38 青山同上。
- 39 青山前掲注二二・三一九頁、伊藤前掲注二二・一五七頁、高中前掲注九・一三四頁。
- 40 高橋前掲注一七・二二六頁、兼子原著・松浦新堂竹下高橋加藤上原高田前掲注一六・二八九頁〔新堂高橋高田〕。
- 41 上田井上編前掲注一五・三四七頁〔中島〕。
- 42 上田井上編同上〔中島〕、伊藤前掲注二二・一五七―一五八頁、高橋前掲注一七・二二六―二二七頁。
- 43 兼子原著・松浦新堂竹下高橋加藤上原高田前掲注一六・二八九頁〔新堂高橋高田〕、竹下高橋加藤上原高田前掲注一六・二八九頁、上田井上編前掲注一五・三四七頁〔中島〕、伊藤前掲注二二・一五七―一五八頁、高橋前掲注一七・二二六―二二七頁。
- 44 九頁〔新堂高橋高田〕
- 45 高橋前掲注一七・二二七頁。
- 46 上田井上編前掲注一五・三四七頁〔中島〕、賀集松本加藤編前掲注一六・一五五頁〔加藤〕。なお、高中前掲注九・一三五頁、三谷忠之〔弁護士による代理双方代理〕高橋宏志高田裕成畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選〔第四版〕』（有斐閣、二〇一〇年）四七頁。
- 47 青山前掲注二二・三二〇頁、山木戸前掲注一六・一七一頁、日弁連前掲注八・二一七頁など。
- 48 もちろん、公益的側面があることに照らせば、当事者の合意によってこの条項を完全に排除することまでは認められないと解する。
- 49 青山前掲注二二・三二〇頁、高中前掲注九・一三五頁、手賀前掲注二二・四七頁など。
- 50 東京地判昭和四一年六月二九日判時四六二号三頁。
- 51 青山前掲注二二・三二二頁、山木戸前掲注一六・一七一頁、高中前掲注九・一三五―一三六頁など。
- 52 萩澤前掲注二三・二一〇頁など。
- 53 青山前掲注二二・三二〇頁、山木戸前掲注一六・一七一頁、新堂前掲注一六・一七〇頁、伊藤講座前掲注一四・一三五頁、伊藤前掲注二二・一五八頁、高橋前掲注一七・二二七頁、兼子原著・松浦新堂竹下高橋加藤上原高田前掲注一六・二八九頁〔新堂高橋高田〕、三谷前掲注四五・四七頁、手賀前掲注二二・四七頁など。
- 54 伊藤講座前掲注一四・一三五頁。
- 55 青山前掲注二二・三二〇頁、伊藤講座前掲注一四・一三五頁、高橋前掲注一七・二二九頁注二二、高中前掲注九・一三五頁、手賀前掲注二二・四七頁など。ただし、禁反言の法理から異議を述べることが認められない場合もあるとの指摘がある。新堂前掲注一六・一七〇頁。
- 56 青山前掲注二二・三二二頁、山木戸前掲注一六・一七一頁、三谷前掲注四

五・四七頁など。

57 上述した設例の参考にした最判平成二九年一〇月五日裁判所時報一六八五号二一頁は訴訟復代理人が選任されていた事案であった。

【付記】この場をお借りして、本年度をもってご退職される鎌田耕一教授および名雪健二教授に対しまして、これまで賜りました学恩に感謝致しますと共に、今後の一層の御活躍をお祈り申し上げます。

—しみず ひろし・法学部教授—