

# 信認法理と弁護士の利益相反防止義務

筑波大学法科大学院教授 田 村 陽 子

## — 目 次 —

### はじめに

#### I 弁護士の職務規範

- 1 日本の弁護士の職務規範のあり方と弁護士自治との関連性
  - 2 依頼者との委任契約と弁護士法および規程との関係
  - 3 弁護士の職務上の義務の発生根拠について
- II 弁護士法25条と規程27条・28条の意義および趣旨
- 1 弁護士法25条の意義および趣旨
  - 2 規程27条の意義および趣旨
  - 3 規程28条の意義および趣旨
- III 利益相反防止行為をめぐる概念と解釈
- 1 依頼者の利益
  - 2 利益相反行為の時間的な範囲の捉え方
  - 3 当事者の同意による利益相反の解除

#### 4 弁護士法25条各号の類推適用による訴訟行為排除の可否

#### IV 弁護士法25条の利益相反防止条項違反の効力

- 1 懲戒処分および刑事罰の適用の有無について
- 2 弁護士法25条違反行為の効力
- 3 異議権者の範囲および異議の主張方法

#### V 共同事務所における利益相反の規律のあり方

- 1 共同事務所における利益相反の規律の現状（職務基本規程57条）
- 2 規程57条違反による裁判上の異議の可否

#### VI おわりに

- 1 利益相反を規律する裁判所の役割と弁護士会の役割
- 2 立法の課題

### はじめに

本研究は、弁護士の利益相反防止義務の内実を比較法的に概観し、日本法への示唆を得ることを目的とする。英米法諸国では、法律業務の依頼に関する弁護士と依頼者間の関係を信認関係 (fiduciary relationship)<sup>(1)</sup>と捉えており、弁護士は信託 (trust) の委託者

(trustor) たる依頼者から専門職 (profession) として信託を受けた受託者 (trustee) とされ<sup>(2)</sup>、信認法理に基づき、職務上の義務が課されている。

日本では弁護士と依頼者間の関係を大陸法的な発想で対等な二者構造の契約関係を原則として捉えられてきたが、英米法諸国では、専門家などの知的強者と依頼者たる知的弱者の関係については、委託者（依頼者）、受託

者（弁護士）、受益者（beneficiary; cestui que trust）依頼者以外も含みうる）という三者構造の信認関係として捉えられることが多い。関係を発生させる出発点としての法律業務の依頼は、依頼者と弁護士の間の契約でなされたとしてもある。なお、委託者たる依頼者が受益者でもあることは多いので、その場合は二者構造と混同されやすい。

英米法諸国における信認関係の類型は、信託の受託者と受益者との関係、代理（agency）における代理人（agent）と本人（principal）との関係、会社における取締役（director）と会社との関係などが代表的であるが、それらに限られない。イギリス（England）の裁判所では、法律関係の一方の当事者が、他方を信認（confidence）し、自分ではなしえないような重要な行為を委託し、諸般の事情からこの信認（信頼）を法的に保護することが相当と判断しうる場合に、極めて柔軟に信認関係の存在を肯定してきたと言われている。例えば、本来対等な契約当事者であり、一般に伝統的な信認関係に該当しない銀行と顧客の関係についても、当事者の年齢や経験などに起因する取引能力の格差を根拠として、信認関係の存在を肯定し、契約関係の効力を否認した判例が見受けられ、信認関係の法理が、日本法における信義則・権利濫用の禁止（民法1条）のような一般条項の機能と同様に、個別事案における具体的正義の確保のための手段（Equity）として機能している<sup>(3)</sup>。

このような信認関係における受託者の義務の核心が、忠実義務（duty of loyalty; duty of fidelity; duty of good faith<sup>(4)</sup>）にあることは、英米法理に詳しい向きには言うまでもないだろう。対等な地位に基づく二当事者間での基本の契約関係における一般人としての相当な注意義務（duty of care）とは異なる。忠実義務に基づくと、受託者は、受益者の利益のためにもっぱら行動すべきであり（職務専念義務）、自己の利益と受益者の利益とが相反する立場に身を置いてはならず（利益相

反阻止義務）、委託者等に説明・報告をし（説明義務・報告義務）、受託者の地位を利用して自己（または第三者）の利益を得てはならない（地位利用阻止義務）とされる<sup>(5)</sup>。

受託者は委託者の財産や法律関係の広大な処分権限を託される（受託者には広い裁量権がある）一方で忠実義務などの重い義務を負う（受託者の権限濫用を防止する必要がある）こと<sup>(6)</sup>、必ずしも受益者は依頼者自身ではなく、第三者すなわち例えれば依頼者の子孫に設定できることなどの差異があるところ、日本の弁護士という専門職の義務を、依頼者との関係の始まりの委任契約たる契約関係のみならず、英米法下のように、専門家の職務として発生する信認関係を念頭において三者構造で捉え直すことで、日本の弁護士の誠実義務とりわけ利益相反防止義務につき、新たな示唆が得られると考えている。

信認法理および信託発祥のイギリスでは、弁護士（solicitor）の利益相反防止義務の定義や範囲について、弁護士職務規範（Code of Conduct for Solicitors）6.1条および6.2条では、依頼者の利益と弁護士の利益が抵触する場合および2人以上の依頼者の利益が抵触する場合には、原則として職務を行ってはならないとなっているものの、依頼者が巨大企業の場合は、個別の契約で利益相反に該当する場合や対応について詳細を定める傾向（イギリスの弁護士の契約的利益相反（contractual conflict of interest）に関する状況）があり、一般的には利益相反防止義務の内容が確立しておらず明確ではないことが問題視されている。また、弁護士の利益相反が訴訟で争われた時に、ケースで利益相反の範囲や有無（違反と言えるには、「serious breach」であることが必要）を定めるといった結果に着目した規制（outcome-focused regulation）がなされてきた。イギリスでは、弁護士をめぐる法的な利益相反の問題はほとんどなく、他方で契約上の利益相反の問題が多い。後者の利益相反の問題は、将来の依

頼者のビジネスへの影響と依頼者にとっての当該弁護士の重要性の利益衡量により検討されている。公的に把握できかつ処分できるような公的制度設計 (principles-based regulation) が求められるが、イギリスの規制は十分ではなく、また、弁護士の独立性や信頼性についても課題があると言わっていた。依頼者は、利益相反がありそうな弁護士だと思えば依頼せず、他の弁護士に依頼するだけであるようである。イギリスでは、弁護士の利益相反防止義務の内容を個々の依頼者が契約（同意 (informed consent) を含む）で決めていることが問題となっているようである<sup>(7)</sup>。

日本では、大陸法的発想が強いので、やはり法規範による規律が必要であると思われるところ、以下では、日本の弁護士法などにおける利益相反防止の規制のあり方につき、特に近時問題となっている共同事務所の移籍に伴う利益相反防止に関して検討したい。

## I 弁護士の職務規範

### 1 日本の弁護士の職務規範のあり方と弁護士自治との関連性

弁護士には職務をしてはいけない事件があると説かれている<sup>(8)</sup>。すなわち、不当な事件を受任してはならないし（弁護士職務基本規程（以下「規程」という。）31条）、同一の事件につき複数の依頼者があり、その相互間に利害対立が生じるおそれがあるときは、後の依頼者の事件を受任するにあたり、依頼者それぞれに対し、辞任の可能性その他の不利益を及ぼすおそれがあることを説明しなければならないし（規程32条、不利益事項の説明）、利益相反により職務を行えないことがある（弁護士法25条、規程27条1号ないし4号）<sup>(9)</sup>。

弁護士の職務についての規範には、ドイツや日本では、立法府で定められた「（ドイツ）連邦弁護士法（BRAO）」<sup>(10)</sup>や「弁護士法」といった弁護士のための基本法がある。また、

それらの授権に基づき、職務の詳細事項について、ドイツの連邦弁護士会（BRAK）や日本弁護士連合会（日弁連）が、職業団体の自治規範としてのドイツ「連邦弁護士職業規則（BORA）」や日本の規程に規律を定めている。弁護士会の自治規範をめぐる事項については、自治団体たる弁護士会が処分を取り扱うのが基本であり、弁護士法違反行為は司法裁判所の事件となるのに対し、自治規範違反に留まる弁護士の行為については、弁護士会が取り扱うことと解されている（後掲最決令和3年4月14日）。

また、日本では、弁護士職務の規律主体に関する、強制加入の弁護士会という一元的な職業団体による自治規制を重んじており、裁判所の介入については、二次的・抑制的になっている<sup>(11)</sup>。

これに対し、アメリカでは、弁護士の職務規範に関する、連邦や州における制定法はない。弁護士の任意団体のアメリカ法律家協会（ABA）が制定した弁護士職務行為模範規則（Model Rules of Professional Conduct、以下「模範規則」という。）を元に、各州が独自に修正した規則を適用している。また、弁護士の身分のままで裁判官や検察官の地位に就く法曹一元制度の下、弁護士団体ではなく、州の最上級審裁判所が、弁護士の資格付与・懲戒・剥奪、職務規範の制定など、弁護士職務の規律に関し、固有の権限を広く有している<sup>(12)</sup>。

弁護士の規律主体について、日本およびドイツでは、職業団体たる弁護士会の高度な自治が認められているところが、法曹一元制度下のアメリカとの基本的な違いと言えよう。

日本で、弁護士の利益相反行為に関する問題の取扱いや規制のあり方を検討する際も、各国で考え方には差異があることには注意が必要であろう。

## 2 依頼者との委任契約と弁護士法および規程との関係

個々の依頼者・弁護士関係は、日本では一般的に委任契約や準委任契約（民法643条・656条）による<sup>(13)</sup>が、弁護士が別途従うべき法規範として、弁護士法および弁護士職務基本規程があり、これらを前提として弁護士は職務を行うことは言うまでもない。

法の支配の担い手として、弁護士には、弁護士法および職務基本規程に基づき、依頼者との間のみならず、相手方を含めた第三者、他の弁護士や裁判所等との関係について規律が課せられている。弁護士の職務規範は、弁護士の社会的制度としての職務規範であり、私的な生活関係を規律し私的自治を原則とする民法の規律から独立した規範として把握されなければならないのである<sup>(14)</sup>。

## 3 弁護士の職務上の義務の発生根拠について

弁護士は、弁護士法1条1項より、「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする。」とされ、裁判官・検察官と同様「社会正義の実現」という公共的使命を帯びている。他方で、裁判官・検察官と異なり、弁護士は、国家公務員の身分とそれに伴う厚い身分保障<sup>(15)</sup>などを持たない在野の民として、依頼者の「基本的人権の擁護」という私益的使命をも有している。また同条2項より、「弁護士は、前項の使命に基づき、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない。」とされ、「誠実義務」を負っている。規程5条でも、「弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行うものとする」と定めている。

この誠実義務の性質については、従前より、誠実義務を、①（善管）注意義務に加えて倫理的な義務として別に課されていると考えるか、それとも②注意義務を重くした特別の加重義務として捉えるか、あるいは③信認関係

のように、注意義務とは異なる別の法的義務と捉え、依頼者（ほか受益者など）に対する専門家固有の忠実義務あるいは信認義務と解するか、といった議論がある<sup>(16)</sup>。

専門家責任の意識が高まった現在では、弁護士の公共的性格から、法的義務であると解されるようになってきている<sup>(17)</sup>。ただし、誠実義務の法的性質についてはなお争いがある。従来の多数説は、誠実義務は、注意義務を専門家にふさわしく一般人より高度化したものであって、注意義務と同質のものであると解してきた<sup>(18)</sup>。

しかしながら、英米法では、「誠実（good faith）」もしくは「誠実公平」とも表される義務は、一般的な同種の人々の「注意（due care）」義務とは異なる特別な義務とされ、英米法では英米法固有のエクイティ（衡平法）（日本では信義則が最終的な救済手段として働くのと同様の機能原理）より生じた信認法理（fiduciary）の基本的義務たる「忠実（loyalty）」義務の内実あるいは同義として広く認められているものである<sup>(19)</sup>。

もともと英米法諸国において固有に発生・発展した信認法理は、コモン・ロー上の対等な地位にある私人関係を原則とする契約法理とは元来別個の、中世の身分法理のユースに由来するものであり、委託者（委認者）と受託者（受認者）との間の地位および身分の格差または力の格差関係を実質的に衡平に扱うためのエクイティの法理に属する<sup>(20)</sup>。

現在の信認法理は、身分関係と契約関係の中間的性格のものとなっており、専門家責任の法理として発展している。すなわち、専門分化が進んだ現代社会において、契約法理が前提とする対等な合理的私人間の関係が成り立たないほどの知的格差がある場合、誰もが自分が得意ではない分野では知的弱者として知的強者たる専門家に依存しその助けを得る必要が生じる。ある分野の素人は、自分では当該分野につき自己利益を追求する行為の判断もできず、それゆえ自己の行為の責任を自

分自身では負いかねるときに、その分野の専門家に判断や処分につき依存せざるを得ず、その分野における処分権一切を基本的には専門家に委ねて実行してもらい、その利益を享受する見返りとして専門家に高い報酬を支払うが、他方で、専門家の権限濫用や横領行為を防止するべく、専門家には、自己の利益のためではなく、依頼者もしくは受益者のためにもっぱら業務を忠実かつ誠実に行う義務（忠実義務・誠実義務）が課され、またその監督を依頼者ではできないので、裁判所といった公的機関などが強い権限をもって監督および介入する必要があるところ、そのような制度的規律として、信認法理が、コモン・ロー諸国では発達してきたのである<sup>(21)</sup>。

法の専門家たる弁護士と法の素人たる依頼者とは、依頼者が弁護士に法律行為や法的判断を依存せざるを得ない関係にあるため、両者の関係が契約を結ぶことにより始まるとしても、知的な力関係の格差を前提とすることから、信認法理が強行法規的に適用される<sup>(22)</sup>。

誠実義務の性質の捉え方は、職務内容などの主体・客体もしくは時的範囲に関連する。依頼者や受益者との関係では、一般的な注意義務ももちろん関わるもの、特別な人間関係における誠実義務を重く考えるべきであり、そこから利益相反防止義務が生じる。他方で、そのほかの関係者や第三者に対しては、特に誠実義務ではなく、一般的な注意義務（不法行為をしないなど）のみが関わる。注意すべき点としては、英米法下では、過失責任原理は基本的には不法行為（tort）の分野で関わることであり、契約法理では規定（約束）義務違反のみが基本的に問題となるということである（損害軽減防止義務なども含まれるが、基本的には過失責任としての内実ではない）。

信認法理（特別な信頼に基づく人間関係）における誠実義務や忠実義務というものを、不法行為（誰に対しても生じる関係）の過失

責任法理の注意義務が加重された義務にすぎないと解すれば、第三者や関係者に対しても、不法行為をしないという一般的な注意義務（過失）責任の延長で誠実義務違反が問われて専門家責任が問題となりうことになる。他方で、誠実義務を注意義務とは異なる特別な人間関係の信認法理に基づく忠実義務の内実であるとすると、誠実義務はもっぱら直接の依頼者や受益者に対して負う特別な義務となり、依頼者や受益者に対しては誠実義務違反があれば直ちに厳格な責任を問われることになる<sup>(23)</sup>が、第三者や一般社会に対しては、注意義務違反の延長問題として過失責任が問われ、別途専門家の場合、その責任は同種の地位のものとして一般人の注意義務より過重な責任が課されるかは問題となる<sup>(24)</sup>。

また、規程21条では、「弁護士は、その良心に従い、依頼者の権利および正当な利益を実現するように努める。」と定め、弁護士に対して依頼者の権利および正当な利益の実現に尽くすべき積極的な努力義務（利益実現努力義務）を課している。この弁護士の依頼者に対する利益実現努力義務は、依頼者に対する積極的な誠実義務となると解されている。さらに、弁護士の誠実義務を実効化するためには、積極的な誠実義務としての利益実現努力義務のほか、依頼者の利益擁護の遂行が制約され希薄化されるおそれのある状況で職務を行うことを回避するための消極的な誠実義務も弁護士に課すことが必要とされるが、その消極的な誠実義務の具体的な内容が利益相反防止義務であり、依頼者に対する弁護士の誠実義務の制度的な保障として規定されていると解されている<sup>(25)</sup>。

弁護士の利益相反防止義務は、弁護士の基本的義務である依頼者に対する党派的な誠実義務および依頼者のための判断の独立性保持義務によって基礎づけられているが、「弁護士の中核的義務内容」とも言われるところである<sup>(26)</sup>。

## II 弁護士法25条と規程27条・28条の意義および趣旨

### 1 弁護士法25条の意義および趣旨

弁護士法25条は、弁護士が利益相反にあたるとして職務を行ひ得ない事件を1号ないし9号に列挙している。利益相反は、弁護士の禁止義務の一つであり、特に弁護士の依頼者のための判断の独立性保持義務および依頼者に対する党派的な誠実義務に基礎づけられる禁止義務にあたる。すなわち、同条は、一面において依頼者を保護するものではあるが、同時に弁護士をして誠実にその職務にあたらせ、その品位および信用を失墜することのないように配意したものである（最二判昭和30・12・16民集9巻14号2013頁）<sup>(27)</sup>。

弁護士法25条1号ないし3号は、関与した依頼者と別の依頼者との利益相反に関するものである。1号・2号の行為を禁ずるゆえんは、弁護士が知りえた相手方の内情その他の秘密を利用する等、相手方の不利益となる結果に至る弊があるのみならず、相手方をして弁護士の職務上の信用に疑惑を懷かせるおそれがあるためである（大判大正4・6・12刑録21輯807頁）とされる。3号は、これらの趣旨をさらに徹底させるためのものと言われている<sup>(28)</sup>。

同4号・5号は、弁護士が公務員あるいは仲裁人という身分で取り扱った事件は、弁護士の職務として関与できないとする。6号ないし9号は、弁護士法人の社員、使用人である（あった）こととの関係で職務を行ひ得ない場合である。

これら弁護士法25条1号ないし9号の趣旨は、①依頼者の利益の保護、②弁護士および弁護士法人（以下「弁護士」という）の職務執行の公正の確保、および③弁護士の信用・品位の保持にある。同条に関する判例は、同条各号の趣旨が、①ないし③までのいずれに該当するのかまたは重点を置くものかを各号

ごとに把握しようとする傾向にあり、判例の各号の重点的な趣旨の解釈の態度と、各号違反の場合の訴訟行為の効力についての問題は関連する傾向にあると評価されている<sup>(29)</sup>。

### 2 規程27条の意義および趣旨

規程27条1号ないし4号は、弁護士法25条1号ないし4号とパラレルに同様の規定を置いている。同5号のみ、裁判外紛争解決（ADR）に関する基本法（裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律）の制定を視野に入れて、仲裁に限らず、調停、和解あわせんその他の手続機関の実践者としての職務に広げた規定になっているが、趣旨は同様である<sup>(30)</sup>。

### 3 規程28条の意義および趣旨

#### (1) 規程28条の定め方について

規程28条は、弁護士法にはない固有の定めとなるが、同1号・4号は、依頼者と弁護士自身との間での人的な利益相反に関する定めである。1号は、「相手方が配偶者、直系血族、兄弟姉妹または同居の親族である事件」の場合で、4号は「依頼者の利益と自己の経済的利益が相反する事件」の場合である。

同2号・3号は、依頼者と別の依頼者との間での利益相反に関する定めである。2号は「受任している他の事件の依頼者または継続的な法律事務の提供を訳している者を相手方とする事件」であり、3号は「依頼者の利益と他の依頼者の利益が相反する事件」である。

ただし、同1号の相手方が配偶者、直系血族等の事件および依頼者の利益と自己の経済的利益が相反する場合については、依頼者の同意があれば弁護士は職務を行っても良く、同2号・3号の他の事件の依頼者や継続的な職務提供を約している依頼者を相手方にするような事件については、現在の依頼者および相手方となる従前の依頼者が同意すれば、弁護士は職務を行って良いとされている。

利益相反に関する規定の定め方としては、

弁護士が取り扱う職務を基準とする定め方と、依頼者を基準とする定め方がありうるところ、弁護士法25条各号および規定27条各号は職務を基準とし、規程28条各号は、現在の依頼者を基準として人的関係に着目して規定していると言われる。また、大陸法系の多くの国は、弁護士の専門職 (Profession) としての公正な職務のあり方に着目して利益相反を考えているのに対し、英米法系のアメリカなどは、弁護士依頼者間の信頼関係・信認関係に着目して依頼者の利益保護の観点から利益相反を考えているが、日本の弁護士法25条および規定27条は、前者の大蔵法的な発想にまずは立っているのに対し、規程28条については、後者のアメリカ的な発想に立っているとも言われる<sup>(31)</sup>。

弁護士の職務を基準とするか、あるいは依頼者の利益の保護を基準とするかの両者の差は、依頼者の同意があれば、利益相反にあたる場合であっても、例外として職務を行いうるか否かに関わる。すなわち、利益相反防止の趣旨につき、アメリカ法的な依頼者の利益保護を中心に捉えると、依頼者が同意すれば問題がなくなるのに対し、弁護士の専門職としての公正な職務のあり方を中心に捉えると、依頼者の同意があろうとも、利益相反行為として行い得ないことになる。

## (2) 規程28条各号の規定の要件について

規程28条1号・2号は、利益相反の有無は要件とされておらず、所定の事実の要件が満たされれば利益相反該当性が認められるのであり、所定の事実の充足自体を抽象的な危険として、依頼者の利益保護のための予防的規定となっており、利益相反の程度も要件とはなっていない<sup>(32)</sup>。

これに対し、同3号・4号の利益相反は、所定の事実それ自体を要件とする利益相反とは異なり、「利益相反」という規範的概念を要件としている。弁護士法にも規程にも「利益相反」の定義規定はないため、利益相反が

実際に発生して顕在化していることが要件か、利益相反が顕在化する実質的なおそれ(リスク)が顕在化していることで利益相反の要件を満たすかの議論が生じる。また、「利益相反」の程度も問題となる。利益相反の程度が軽微で弁護士の依頼者のための判断の独立性や依頼者のための利益擁護活動が実質的に制約を受けない場合には、本号の要件を満たすものではない。利益相反の程度は、個別の事実関係に基づく実質的な判断である<sup>(33)</sup>。

## III 利益相反防止行為をめぐる概念と解釈

ここで、利益相反防止行為に関わる要件内容について、いくつか確認しておきたい。

### 1 依頼者の利益

依頼者の利益をいかにみるかについて、ドイツでは、主觀説的に、依頼者の視点が重要とされている (BGH NJW 2012, 3039 Rn. 14) が<sup>(34)</sup>、日本でも、依頼者保護を重要視しており、同様に依頼者からの視点が重要であることは言うまでもない。ただし、比重が異なるところがある。

### 2 利益相反行為の時間的な範囲の捉え方

利益が相反するとは、具体的な現在の利益の相反のことであり、潜在的・将来的な相反は、あたらないとされている。これは、比較法的にみても、ドイツでも同様のようである。

#### (1) ドイツでの利益相反行為の時間的範囲と対応

ドイツでは、例えば、連帶債務者全員の訴訟代理は、連帶債務者内部での潜在的な求償関係 (ドイツ民法 (BGB) 426条1項1文) の訴訟での利益相反の可能性があるが、ドイツ連邦弁護士法 (BRAO) 43条a第4項の禁止に該当しないとされている。連帶債務者内部で求償が問題となるときに、初めて問題と

なりうるにすぎないが、そのときは委任を辞することになる。また、例えば、配偶者双方から協議（合意）離婚の付添いを委任された弁護士は、配偶者間で離婚訴訟に発展した場合、その時点で、双方の委任を辞さなければならぬことになる。同様に、弁護士が、1つの相続の構成員2人と外部の第三者との間の訴訟で、2人を代理する場合にも当てはまる。ここでも、両依頼者間の紛争発生が即時の辞任義務を理由づける。なお、当初の2人から共同で相談を受ける際、潜在的な利益相反の危険性についての説明義務があると解されている<sup>(35)</sup>。

かように、ドイツでは、複数の依頼者についてまとめて代理する場合は、依頼者間で将来的・潜在的に利益相反が生じる危険性について説明し同意を得たうえで事件を受任し、現実に依頼者間で争いが生じたときに、どちらの代理も辞任しなければならない。

## （2）日本での利益相反行為の時間的範囲と対応

日本でも、例えば、賃金請求訴訟において、被告側の主債務者とその連帯保証人から被告訴訟代理人になってほしいと依頼された場合、主債務者と連帯保証人の間で将来的に求償関係の紛争が生じる蓋然性があるが、その場合、弁護士は、「同一の事件について複数の依頼者があつてその相互間に利害の対立が生じるおそれがあるときは、事件を受任するに当たり、依頼者それぞれに対し、辞任の可能性その他の不利益を及ぼすおそれのあることを説明しなければならない」（規程32条）が、この説明を履践すれば、依頼者の意向と状況次第で、いったん事件を受任することは可能であり、その後、複数依頼者の利害対立が顕在化したら、弁護士は、「依頼者それぞれに対し、速やかに、その事情を告げて、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない」（規程42条）とされる。なお、依頼者の同意が得られないのに、複数の依頼

者のうちの一方のみを辞任することは、弁護士法25条および規程27条・28条に反して許されず、双方を辞任する必要があると解されている<sup>(36)</sup>。

また、日本で遺言執行者の関連訴訟の受任について、遺言執行者の任務は、被相続人の遺志である遺言を執行し、被相続人の利益（遺志）を擁護する性質のものであり、被相続人が依頼者とむしろ考えるべきものである（遺言信託の構成でいう委託者に類似する）。すなわち、相続人（受益者に類似する）との関係では、特定の相続人を利することなく等距離を維持するべきものであるから、その後、遺留分減殺事件が発生したとしても、特定の相続人の訴訟代理人となることは、弁護士の信用・品位の保持および職務公正の確保という観点から問題があると考えられる。また、実体法的にも、本来の遺言執行者が誰のための執行者かという観点からも問題があろう。

ただし、従来、どのような法律構成になるかについては、争いがあり、①規程5条の信義誠実および同6条の名誉と信用に反するという見解、②利益相反回避の精神に照らして職務を行うことができないと解する見解（規程27条1号類推説あるいは規程28条2号・3号違反説もしくは規程27条5号説の諸説）があり、それぞれ一長一短と言われてきたところである。およそ遺言執行者の地位についてあいまいにされていたことが、根本にあるようには思われる（倒産事件の申立代理人と管財人の地位についても同様の問題がありうる（後述の最決平成29・10・5民集71巻8号1441頁など）<sup>(37)</sup>が、いずれにせよ、近時は、依頼者の利益、公正な職務遂行、弁護士の信用・品位が害されたかという観点から、実質的かつ個別的に判断して規律することが要請されている<sup>(38)</sup>。

そうだとすると、もとより複数依頼者から事件を受任する際には、利害対立が顕在化するおそれがあることの十分な説明と、顕在化した場合の調整方法、辞任方法に配慮した

委任契約を締結しておくことが肝要であるう<sup>(39)</sup>。

### 3 当事者の同意による利益相反の解除

依頼者の同意で利益相反が解除されるか。弁護士法25条1号・2号（規程27条1号・2号）および弁護士法25条4号・5号（規程27条4号・5号）に規定されている利益相反の職務については、依頼者の同意があっても禁止を解除しえない。他方で、弁護士法25条3号（規程27条3号）ほか、規程28条各号に定められている利益相反の職務については、依頼者の同意があれば、行為禁止が解除される。

- ① 受任している事件の相手方からの依頼による他の事件（弁護士法25条3号、規定27条2号）
- ② 相手方が配偶者、直系血族、兄弟姉妹または同居の親族である事件（規程28条1号）
- ③ 受任している他の事件の依頼者または継続的な法律事務の提供を約している者を相手方とする事件（規程28条2号）
- ④ 依頼者の利益と他の依頼者の利益が相反する事件（規程28条3号）
- ⑤ 依頼者の利益と自己の経済的利益が相反する事件（規程28条4号）

### 4 弁護士法25条各号の類推適用による訴訟行為排除の可否

#### （1）近時の最高裁決定

近年、会社が設置した取締役責任調査委員会により、会社の元取締役らに対する事情聴取が行われた後、当該会社が原告となり、元取締役らを被告とし、その際当該委員会の委員であった弁護士を訴訟代理人として、会社法423条1項に基づく損害賠償責任を追及する訴訟を提起した場合において、当該弁護士の行為は、元取締役らに対し、弁護士法25条2号・4号の利益相反行為に類する行為だとして排除されるべきか否かが争われた事件（「関西電力事件」最決令和4・6・27最高裁

集民268号323頁<sup>(40)</sup>）がある。

最高裁決定は、上記委員会が（原告会社のために）被告の元取締役としての責任の有無等を調査、検討するために設置されたものであり、被告らが事情聴取の結果が後の（被告らに対する）訴訟で証拠として用いられる可能性があることを当然認識していたというべきであるとして弁護士法25条2号の守秘義務を含む信頼関係の保護による利益相反防止規定の類推適用を否定し、また委員の職務内容は、裁判官（中立の判断権者）と変わらない立場にあったということもできないとの事実関係の判断により、弁護士法25条4号の役割相違の利益相反防止規定の類推適用も否定し、本件弁護士の訴訟行為を被告らが排除することはできないとした。

#### （2）最高裁決定の解釈をめぐって

本件最高裁は、明確には言及してはいないものの、推論すると、本件弁護士が責任調査委員会の委員および訴訟の代理人としての職務行為は、どちらも会社側のためであって被告ら元取締役のためではなかったうえ、責任調査委員会委員であった弁護士と被告らの間には、賛助や依頼の承諾に比する強い信頼関係が形成されていなかった、という事実関係の判断に基づいて、利益相反該当性を否定したものであると解されている。事件の事実関係において、弁護士の両立場は利益が相反する状況ではなかったと判断され、それゆえ、利益が相反することを禁止した弁護士法25条2号・4号の類推適用を、前提から該当しないとして否定したものであると解される。それゆえ、本決定の射程範囲は、このような責任調査委員会を対象とした事例限りであるとの意見が散見される。

したがって、他方で、関係者の責任の調査・検討を直接の目的とするものではなく、企業の不祥事の内容や原因を解明し、企業の社会における信頼を回復するための「第三者委員会」に関しては、「依頼の形式にかかわら

ず、企業等から独立した立場で、企業等のステークホルダーのために、中立・公正で客観的な調査を行う。」との基本原則（企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン第2（2010年日弁連策定））に従い、一方当事者の訴訟代理人になることは慎まなければならぬ。本決定は、このような趣旨での、外部的・中立的な信頼を得るべき第三者委員会（名称もこれに限らないと言われている）については、射程外であるとみるとべきだと言われている<sup>(41)</sup>。

また、調査を行う弁護士は、一般的に、調査の目的にかかわらず、調査対象者の支援者であると誤解されがちでないよう、十分な説明を尽くすことが望ましいことは言うまでもないところで、こういったことを弁護士会研修では検討して頂く必要があろう。すなわち、中立的・客観的な立場の第三者委員会があるいは当事者の内部的調査や内部者の責任追及委員会なのか明らかにするべく、例えば、①調査目的（調査対象者のためではなく、事案解明および社会への説明であるか否かなど）、②担当弁護士の立場（第三者的な職務かあるいは依頼者の代理的な職務か）、③調査後に調査対象者を相手方とする訴訟代理人となる可能性の有無、④収集した情報の取扱い（その後、調査対象への責任追及に使うのか否かなど）、⑤調査対象者が独自に弁護士の助言を得ることが可能であることなどを、あらかじめ調査対象者に説明する必要がある<sup>(42)</sup>。

また、前述の最高裁決定は、傍論的ではあるが、そもそも依頼当事者の利益や訴訟手続の安定等を考慮すると、弁護士法25条に違反する弁護士の訴訟行為を排除する判断において、同条の規定をみだりに拡張または類推解釈すべきではないと述べているが、自治的な規程にあっても弁護士法にない弁護士の利益相反規律行為について、団体自治を尊重し、弁護士法の類推適用および拡張解釈に否定的な最高裁の方向性を示すものである。

## IV 弁護士法25条の利益相反防止条項違反の効力

### 1 懲戒処分および刑事罰の適用の有無について

ドイツでは、利益相反防止行為を行った弁護士は、弁護士裁判所によって、弁護士や弁護士事務所に対して、戒告、譴責、5万ユーロ（令和7年10月、約850万円前後）以下の課徴金、1年から5年の間での一定期間の一定法領域での業務停止、弁護士業の廃止（法曹界からの排除）といった懲戒処分がある（ドイツ連邦弁護士法（BRAO）113条・114条）。また、ドイツ刑法356条より3月以上5年以下の自由刑が課されうる。さらに、相手方と協議して利益相反したときは、1年以上5年以下の自由刑が適用されうる。

日本では、利益相反防止行為に対し、懲戒処分（弁護士法56条）はあるものの、ドイツのような刑事罰の適用はない。

### 2 弁護士法25条違反行為の効力

弁護士法25条の利益相反防止違反が判明した後の訴訟行為については、もはや当該弁護士が担当することは許されず、訴訟追行から排除されなければならないことは言うまでもないだろう。

争いがあるのは、特に同法25条1号事案である。かつて相手方当事者の依頼を承諾した事件について受任した場合である。現在の依頼者である当事者本人の利益のみでなく、むしろ相手方当事者の利益が問題となる点に特色がある。

同条号違反行為が判明した以降の訴訟行為については、もはや当該弁護士が担当することは許されず、訴訟追行から排除されるべきではあろう。他方で、それ以前（およびそれ以降についても）当該弁護士による訴訟行為の効果については争いがある。弁護士会の懲戒処分を受けることは当然だとしても、訴訟

上の行為が影響を受けて無効となるのかまたは有効のままか、もしくは当事者の選択などに委ねて相対的に考えるか、が問題となってきた。

「有効説」は、25条違反の行為も行為自体は有効であるとする。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、職務上の訓示規定であって、その弁護士の訴訟行為の効力には関係しないとする。「絶対的無効説」は、同条違反の行為は当事者本人の利益を害するので無効とする。「追認説」は、同条違反の行為は無効ではあるが利害関係者の追認を許すとする。「異議説（貴問権喪失説）」は、当事者の保護を重視しながらも、当該弁護士の行為がすべて無効となるとかえって当事者にとって不都合な場合がありうることから、例えば、1号事案では、相手方当事者の具体的もしくは主観的な利益状況を重視し、違反行為をされた相手方当事者が弁護士法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<sup>(43)</sup>。

判例は、おおむね、初期の「絶対的無効説」（大判昭和7・6・18民集11巻1176頁など）から「追認説」（大判昭和13・12・19民集17巻2482頁など）を経て、「相対的無効説」（最判昭和30・12・16民集9巻14号2013頁）、折衷説的な「異議説」（最大判昭和38・10・30民集17巻9号1266頁）へと変遷した。

異議説については、責問権の一種と解され、異議権者からの異議が口頭弁論終結時などまでになければ、25条違反行為も有効とするものである<sup>(44)</sup>。不利な結論になった場合に限って異議を主張して従前の手続を覆す、という訴訟戦術を防ぐ趣旨と解されている<sup>(45)</sup>。

### 3 異議権者の範囲および異議の主張方法

相手方当事者は、25条違反の事実を知った場合には異議を述べることができる。同条違

反の訴訟行為を排除する裁判を求める申立てにより異議が述べられた場合には、裁判所は、この申立てについて決定の形式で裁判し（最判平成29・10・5民集71巻8号1441頁<sup>(46)</sup>）、当該訴訟行為は無効となる。

また、訴訟行為を排除する決定に対しては、相手方当事者は、即時抗告を提起して争うことができる<sup>(47)</sup>と解されている（民訴25条5項類推適用）。なお、訴訟代理人本人には即時抗告権は認められない。訴訟代理人は訴訟行為の排除に付き自らの依頼者である当事者と別個に不服申立ての機会を必要とするほどの独自の利害関係を有しているとは言えないからとされている。自身の弁護士法違反の有無についても、別途懲戒手続等で当事者として争うことは可能であるとされる。また、排除決定に対し相手方当事者が即時抗告をするとき、排除対象となった弁護士は、独自に即時抗告をし得ないとしても、引き続き訴訟代理行為を行うことを認めて良いかは別途問題となりうる。即時抗告のためだけに新しい訴訟代理人を選任させるなどは形式的にすぎ、当事者にも負担となるし、当事者と共に訴訟代理人本人に争う機会を認めて良いと解されている<sup>(48)</sup>。

これに対して、相手方当事者が違反について知り、または知り得べきであったのに、遅滞なく異議を述べなかった場合には、後で無効主張することは許されないと解されている<sup>(48)</sup>。

## V 共同事務所における利益相反の規律のあり方

近時、日本でもアメリカでも、弁護士が事務所を移籍した後の、新しい事務所と旧依頼者との関係での利益相反防止が問題となってきている。旧依頼者を担当した弁護士が所属する新しい事務所が、旧依頼者の相手方当事者の代理人を引き受ける場合は、アメリカのABA職務模範規則等の解釈では、当該弁

護士が外れていることのみならず、「情報遮蔽措置」が採られていることをはじめ、「職務の公正」を害さない事由があることが客観的に判らないと、依頼者の同意があっても利益相反に該当すると考えられているようであり、アメリカの州の状況および判例状況を詳しく見ていく必要があるが、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に加え、従前の事件との内容的・時間的関与の度合いや、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。）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なように見受けられる<sup>(49)</sup>。

また、アメリカでは、ABAが公式見解として、新しい弁護士事務所に移籍する弁護士は、移籍先事務所が当該弁護士の利益相反を特定し対処するために合理的に必要な範囲でかつての依頼者情報を開示でき、その範囲でそれら依頼者情報の秘匿義務を免れるとされている（合理性の規則（rule of reason））<sup>(50)</sup>。ただし、そのような秘匿対象の情報を開示する弁護士および移籍先弁護士事務所は、「その他依頼者またはかつての依頼者に不利益を与える」ことを避けなければならぬと説かれている<sup>(51)</sup>。

## 1 共同事務所における利益相反の規律の現状（職務基本規程57条）

日本でも、共同事務所の数は相当あり、共同事務所の大規模化も相当に進んでおり、今や7割以上の弁護士が共同事務所に所属している<sup>(52)</sup>。

依頼者が共同事務所の弁護士に依頼する場合、当該事務所の有名な弁護士を頼りに訪れたとしても、実際に事件を依頼するときの依頼者の信頼は、終局的には共同事務所自体に向けられたものと思料されることから、規程57条は、共同事務所を1つの単位として、事

務所単位で利益相反を捉えている。事務所所属の弁護士に27条・28条の利益相反が認められれば、同事務所の他の弁護士にも利益相反の規制が及ぶとされている。

しかしながら、現状の法的課題としては、弁護士法には、共同事務所における利益相反防止行為の範囲について具体的な規定がないことである。自治規範たる規程で足りるので共同事務所の問題が処理しきれるのであればよいが、もし裁判沙汰になったときに、裁判規範としては、弁護士法上に共同事務所における弁護士間の利益相反防止行為に関する条項を置く必要があるのではないか、ということである。

## 2 規程57条違反による裁判上の異議の可否<sup>(53)</sup>

### （1）近時の最高裁決定

弁護士の自治規範たる規程違反を理由に当該弁護士の違反行為を裁判上争えるか。規程の裁判規範性の有無が争点となった最高裁令和3年4月14日決定（民集75巻4号1001頁）は、当該弁護士の訴訟行為が、弁護士法25条には違反せず、日弁連の会規である規程57条に違反するものに留まる場合には、その違反は、当該行為の効力に影響を及ぼすものではないとし、裁判上の異議は認めず、規程の裁判規範性を否定した。

「基本規程は、日本弁護士連合会が、弁護士の識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ひ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る、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ることはできないというべきである。」

これに対し、裁判官草野耕一の補足意見がある。

「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（プリンシピル）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。」

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、当該弁護士の処遇については、日弁連の懲戒制度といった自治的解決に委ねた。

## (2) 最高裁が基本規程の裁判規範性を否定した理由

本件最高裁決定は、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。

規程57条と弁護士法25条の相違点については、①法律の規定であるか、それとも内部規律の規定であるか、②利益相反の程度が異なるか、すなわち弁護士法25条違反の場合には、同一の弁護士に係る利益相反でありその不公正さは絶対的と言えるのに対し、規程57条違反の場合には、別の弁護士に係る利益相反でありその不公正さは仮定的と言える、③違反に当たるか否かの判断方法が弁護士法25条違反の場合は事実要件で構成されていて該当性判断が容易であるのに対し、規程57条は「職務の公正を保ち得る事由」という規範的要件があり、個別の事案における評価根拠事実と評価渉外事実の総合考慮を要するため、該当性判断が必ずしも容易ではない、ことが挙げられている<sup>(54)</sup>が、本件最高裁は、相違点のうち、①の法形式の違いのみを挙げている。

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<sup>(55)</sup>。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<sup>(56)</sup>、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、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、排除を認めている。

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が、近時の最高裁の見解は、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るとしている（前述、異謙説）。このように弁護士法の裁判規範性の内容についてすら裁判上争いがあった上で、本件のように、弁護士法の条文の趣旨を拡張解釈もしくは類推適用により、弁護士会の内部規範たる規程が訴訟行為排除の異議申立事由になるか、が議論となつたことからすると、規程までもが裁判規範となるか否かは、たしかに遠い議論であったとは思われる。

他方で、本件最高裁が、日弁連の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つた姿勢については、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るべきであつたとも思われるからである。日本の弁護士法25条および規程27条・28条は、弁護士法1条に掲げられている基本的人権の擁護と社会正義の実現という使命を負つた弁護士の職責に反するとされる行為の典型を挙げてこれらを行うことを禁止したものであるところ、弁護士が利益相反として職務の禁止にあたるか否かは、弁護士の公正な職務に対する依頼者の信頼もさりながら、広く国民の信頼を確保するという弁護士の品位の保持という目的にもかなつてゐるかも、解釈の際の重要な視点となるはずである<sup>(57)</sup>。一般人や第三者の目という客観基準を指針とする日本の規範のあり方は、利益相反の疑いがあれば依頼者や国民の利益にということとすれば、社会的には妥当なようには思われる。

しかしながら、最高裁は、一貫して弁護士会の自治を重視する方向で、規程の裁判規範性を否定し、かつ弁護士法の類推・拡張解釈

を否定して、弁護士の禁止行為の範囲を厳密に解しているところである。

## VI おわりに

### 1 利益相反を規律する裁判所の役割と弁護士会の役割

弁護士の非倫理的な行為に対する制裁は、原則としては弁護士会の懲戒手続や個々の弁護過誤訴訟に委ねられるべきではある。

しかしながら、共同事務所の規模も千差万別であるし、マネジメントのあり方もさまざまであること、個々の弁護士の意見も異なることからは、日弁連による新たな規律策定は期待しにくいと思われ、例えば会規として拘束力のないガイドラインから始めるのが現実的であるとしても、その道も険しいことが言わされている。そのため、現時点では、全国弁護士会の懲戒処分の分析とその結果を反映した研修の強化といったところが現実的な方向性とも言われるが、研修で使用できる数の懲戒処分例の教材を収集できるか、またその研修を深刻に捉えられるかについても、弁護士の中で温度差がありそうである<sup>(58)</sup>。

そのため、「看過することが裁判手続の公正を損なうような深刻な弁護士の利益相反行為については、裁判所は、裁判手続の公正確保のため、当該行為を無効とし、積極的に排除していく姿勢が求められ」るところであるが、弁護士法に規律がない行為については、類推適用や拡張適用を控える判例が続いている現状からは、裁判所は、基本的には、弁護士自治にあまり踏み込まず、今後の弁護士会の自助努力がまずは重要そうである<sup>(59)</sup>。

### 2 立法の課題

弁護士法改正による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。現行の規律の下では、共同事務所内において、ある弁護士の利益相反関係が他の弁護士にも影響するか否か、あ

るいは影響しうるとしても依頼者の同意などがあるもしくは情報遮蔽措置などをすれば問題ないか、に関する規程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と言われている。

そのため、仮に弁護士法25条の趣旨に照らして、利益相反行為についての具体的な規定が必要であるなら、弁護士法に具体的な規定を置くべきであるとも言われている<sup>(60)</sup>。

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、内部自治規範たる規程の整備に加え、裁判規範としての弁護士法の規定の整備も急務であるが、裁判所は消極的な態度であるし、弁護士会も意見をまとめにくい状況では、弁護士法で明確に定めることはおろか、内部規程での明確化すら、まだまだ困難な途のようである。

大規模事務所の場合は、依頼者が大企業であることが多く、依頼者自身がコンプライアンス（法令遵守）の実施に厳しいために、事件を受けるための前提として、事実上、利益相反チェックなどの事務所内ルールを相応に厳格化している（もしくはせざるをえない）と仄聞する。大規模事務所であれば、依頼者のコンプライアンスに対する厳しい目という外圧がかかり、現状の弁護士法あるいは規程の要請になくとも、依頼者が利益相反のおそれがあると躊躇しそうな行為については控えるといった慣行によって、利益相反（のおそれ）の防止が事実上可能となっているとしても、大規模事務所に、所内の基準を全国的に平準化したルール作りの役割が課されているわけではない。

そうだとすると、職業自治団体たる弁護士会としては、本来の役割としての弁護士法25条により守るべき依頼者の保護の観点すなわち依頼者側の目線に立って、とりわけ大企業などの社内で厳しいコンプライアンス体制を整備している依頼者の意見などを参考に、共

同事務所や組織内弁護士を巡る利益相反に関する具体的な規律事項のあり方を検討し、手始めにはガイドラインを作成しながら、規程および弁護士法での明文化に向けて、今後段階的にでも尽力することが肝要ではないかと思われる。

少なくとも、同意による解除が認められない規程27条1号、2号、4号、5号に該当する行為と、依頼者の同意による解除が認められる規程27条3号および28条各号に該当する行為については、同一事務所に所属する弁護士に原則として利益相反を拡張するのか否か、解除の具体的要件は何であるかについて、具体的な行動指針としての規範を示す必要があると言われている<sup>(61)</sup>。

弁護士の利益相反防止義務が、信認法理の忠実義務もしくは誠実義務から派生するものであり、かつアメリカ法の影響の強い他の日本の法領域と同様に解されるとすると、より一層、責任が厳格に解されるべきかと思われるところである。

ただし、他方で、現実の状況として分かったことは、弁護士の信認関係における利益相反防止義務違反の具体的な実務上の制裁については、アメリカも他の法領域の受託者の地位たる者に対する責任追及とは異なり、弁護士という受託者に対するABAの責任追及が弱いことは言われている。例えば依頼者の立場を重んじすぎて過剰な弁護をする弁護士が実際に問題となっても、他の州にて実務ができる州ごとの弁護士資格制度であるアメリカにおいては、とある州で利益相反防止違反となっても、当該州の裁判所で実際に資格はく奪という制裁が課されることはないし、あっても他の州の事務所に移籍できるからである。ABAの模範規則の実効性は弱いと沿革的に言われているところである。他方で、代理人弁護士が利益相反に該当するかどうかは、裁判の当事者間で、相手方弁護士を交替させる攻撃方法としては使われているので、こちらでの牽制の意義が大きいかもしれ

ない<sup>(62)</sup>。

日本で、弁護士の共同事務所移籍に関わる利益相反防止規程について、実効性のある弁護士法改正がなされるかは見守る必要があるところである。また、法改正において、違反行為に対する制裁をどこまで厳しく規定できるかも課題である。弁護士という専門家の信認義務の規律の定め方や責任の追及は、信認法理が根底に流れているアメリカであっても、他の法領域とはまた異なる様相があることには留意が必要そうである。

### 【注】

- (1) 「fiduciary relationship」あるいは「confidence」の邦語訳は、必ずしも定着しているとは言えない。ただ、①委任契約の受任者と混同されないようにする、②「confidential relationship」を「信任関係」と訳す例などもあり、これとの混同を避けるなどから、「信認関係」あるいは「信認」と訳すことが多いので、ひとまずそれに従うこととする。四宮和夫『信託法〔新版〕』(有斐閣、1989年) 67頁以下など参照。
- (2) 倒産法制度上の管財人なども弁護士が担当することが多いが、例えば、日本の破産法が平成16年改正時に参照したアメリカ連邦倒産法第7章清算手続では、倒産財団の管理者たる日本で言う管財人のことを、「trustee (受託者)」と呼称している(Federal Bankruptcy Code § 323)。アメリカの管財人が端的に「受託者」であることについては、拙稿「日本の法制度における信認関係と契約関係の交錯—注意義務と忠実義務の横断的考察—」筑波ロー・ジャーナル21号(平成28年11月)138頁以下参照。
- (3) 植田淳『英米法における信認関係の法理—イギリス判例法を中心として—』(晃洋書房、1997年) 3頁以下、Lloyds Bank Ltd. v. Bundy [1975] Q.B.326 については、同10頁、204頁以下参照。
- (4) 忠実義務は、duty of good faith でもあ

りこれは「誠実義務」と邦語訳されるところであるが、日本の弁護士法1条2項の「誠実義務」と同義かは争いがある。弁護士は、一般的な注意義務以外に誠実義務を負うとされているが、弁護士の誠実義務とは、信認関係の忠実義務と同義的な概念を指すとも思われる。旧弁護士法20条「弁護士ハ誠実ニ其ノ職務ヲ行ヒ職務ノ内外ヲ問ハズ其ノ品位ヲ保持スベシ」、拙稿・前掲注(2) 147頁以下も参照。弁護士の誠実義務の諸意義については、森際康友ほか編著『法曹の倫理【第4版】』(名古屋大学出版会、2025年) 32頁以下【森際康友・馬場陽・北川ひろみ】参照。

- (5) 植田・前掲注(3) 24頁以下。イギリス法の説明においては利益相反「避止義務」という邦語訳になっているが、日本の弁護士法の表現としては、「防止義務」という用語を使うこととする。
- (6) アメリカの信託および信認法理について、当初、鋭い問題提起をした著書として、樋口範雄『ファイデュシャリー〔信認〕の時代』(有斐閣、1999年) 128頁以下参照。
- (7) Michael Vincent, “[Report] Regulating the Contractual Conflict of Interest”, International Legal Ethics Conference (ILEC) 2022 Session 1: Conflicts of interest through a Comparative Lens.
- (8) 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』(有斐閣、2020年) 62頁以下参照。
- (9) 日本弁護士連合会調査室編(以下、「日弁連調査室編」という。)『条解弁護士法〔第5版〕』(弘文堂、2019年) 198頁以下参照。
- (10) ドイツ法の関連規定の訳については、例えば、森勇編著『弁護士の基本的義務』(中央大学出版部、2018年) 499頁以下参照。
- (11) 柏木俊彦「日本における利益相反の問題について」森編著・前掲137頁以下参照。
- (12) 石田京子「米国における弁護士自治—過去・現在・未来」弁護士自治研究会編

- 著『新たな弁護士自治の研究—歴史と外国との比較を踏まえて』(商事法務、2018年) 95頁以下参照。
- (13) ただし、弁護士の書類作成義務を中心とする業務については、委任と請負の混合契約とみるべきであり、また、社内弁護士の場合には、雇用契約ないしは委任と雇用の混合契約とみるべきであるとの見解もある(小林秀之「弁護士の専門家責任」別冊NBL28号(1994年) 77頁以下参照)。また、ドイツやフランスなどでも、弁護士全般について、請負契約や雇用契約(役務契約)との混合契約であるとか、無名契約であるといった解釈がなされているようである(拙稿「弁護士の誠実義務と職務の独立性」高中正彦=石田京子編『新時代の弁護士倫理』(有斐閣、2020年) 30頁以下参照)。定型的な書類の作成などは、裁量の余地がほぼない業務であり、法の専門家の義務としては、善管注意義務を尽くすだけでは足りず、建物の建築を請け負うのと同様に完成義務までが課されるべき場合もあるとの認識に基づく。弁護士と依頼者との間の契約類型についても、各国で差があることも留意が必要であろう。
- (14) 柏木・前掲注(11) 137頁以下参照。
- (15) 憲法78条、裁判所法48条、検察庁法25条等参照。
- (16) 拙稿・前掲注(2) 111頁以下。
- (17) 日弁連調査室編・前掲注(9) 12頁以下参照。
- (18) 加藤新太郎『弁護士役割論〔新版〕』(弘文堂、2000年) 9頁、小林・前掲注(13) 78頁、円谷峻「日本法における『専門家の不法行為責任』」川井健編『専門家の責任』(日本評論社、1993年) 55頁、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)』(有斐閣、1989年) 226頁〔中川高男〕など。
- (19) 田中實『信託法入門』(有斐閣、1992年) 108頁参照。
- (20) 「法律学の分野でイギリス人が残した業

- 績の中で最も偉大で特徴的なものは、信託の概念を幾世紀もかけて発展させてきたことだ」と記されている(F. W. Maitland, *Equity*, 23 (Cambridge Univ. Press, 1936)、メイトランド〔トラスト60・エクイティ研究会訳〕『エクイティ』(有斐閣、1991年) 25頁)。イギリスやアメリカでは、国家と国民の間も信認関係で捉えられている(拙稿「信託と信認法理の公的意義—国民の基本権の保障と法曹三者の信認義務」筑波一口・ジャーナル33号(2022年) 113頁以下)。
- (21) 樋口・前掲注(6) 参照。アメリカの状況を早くに紹介したものとしては、弥永真生「比較法(1) —アメリカ」別冊NBL28号(1994年) 21頁以下もある。
- (22) 弁護士と依頼者の信認関係のメカニズムについては、拙稿「弁護士の職務上の義務と特権—アメリカの信認法理に基づく弁護士の信認義務を手掛かりとして」小林秀之先生古稀祝賀『民事法の現在地と未来』(弘文堂、2022年) 417頁以下に詳しい記述がある。
- (23) Richard W. Painter, *Fiduciary Principles in Legal Representation*, in the *Oxford Handbook of Fiduciary Law* 269 (Oxford University Press, 2019).
- (24) ただし、弁護士の忠実義務の対象には、依頼者のみならず司法制度への忠実義務も含まれると捉えると義務の対象範囲は広がりうるが、本来、信認関係における忠実義務は、原則依頼者に対する絶対責任となる点で差異が生じるものである。もちろん、日本の他の法領域で見受けられるように、忠実義務違反でも免責が認められうるという解釈や取扱いをすれば、信認法理に基づく忠実義務を想起したとしても、大陸法的な忠実義務の解釈(注意義務を加重したに過ぎないとの通説)との間で、実務上への影響の差異は小さくはなりうる。拙稿・前掲注(2) 133頁以下参照。会社法の例を挙げて検討している。

- (25) 柏木・前掲注(11)142頁。より積極的な説明としては、「弁護士の法専門職としての機能を全うさせるための保全措置」であるとも言われる(石田京子「弁護士による調査と訴訟代理」『早稲田大学法学会百周年記念論文集(1)』(成文堂、2022年)473頁参照)。
- (26) 柏木・前掲注(11)144頁。
- (27) 福原忠男『弁護士法』(第一法規、1976年)127頁。
- (28) 福原・前掲127頁。
- (29) 日弁連調査室編・前掲注(9)201頁以下参照。
- (30) 柏木・前掲注(11)149頁。
- (31) 柏木・前掲注(11)144頁以下。
- (32) 柏木・前掲注(11)158頁参照。
- (33) 柏木・前掲注(11)158頁参照。
- (34) マルティン・ヘンスラー(應本昌樹訳)「相反する利益代理の禁止—ドイツ弁護士法の永遠のテーマ」森編著・前掲注(10)97頁以下。
- (35) ヘンスラー(應本訳)・前掲104頁以下、102頁以下。
- (36) 加藤・前掲注(8)71頁以下参照。
- (37) 依頼者から再生手続開始の申立て等について委任を受けた弁護士が、依頼者が破産した後、破産管財人の提起した否認権行使に基づく訴訟において、相手方被告の訴訟代理人として訴訟行為をすることが弁護士法25条1号に違反するとされた(ジャリスト1519号(2018年)80頁(中野琢郎))。
- (38) 前掲74頁以下参照。なお、日本では、これまで弁護士層のリソースの総量(弁護士過疎地域があるなど)から、リーガル・サービスへのアクセスを保障するべく、依頼者から強く要望されると事件を受任することが少なくなかったが、今後は、そうした配慮の必要は減少しているという背景事情にも留意すべきであろう、とも言われている。規程の改正論議において、遺言執行者が職務を行ひ得ない事件(規程27条6号関係)として、「遺言執行者として職務上取り扱った遺言の相続財産に係る事件であって、当該遺言に係る相続人又は受遺者の依頼によって他の相続人又は受遺者を相手方とするもの」という条項を新設する改正案があるが、それも職務の公正・公平さが疑われる行動はとるべきではないとの考え方と同旨であろう(同81頁参照)。
- (39) 大川康平「利益相反の顕在化の際の対応」高中=石田編『新時代の弁護士倫理』(有斐閣、2020年)82頁以下参照。
- (40) 裁判集民268号323頁、判タ1503号17頁、判時2543・2544合併号47頁、LLI/DB L07710063、判例秘書HJ100152(高中正彦)、NBL1225号(2022年)96頁(加藤新太郎)、税務事例54卷12号(2022年)87頁(戸高広海)、新・判例解説Watch(2022年)(z18817009-00-061442264)(酒井博行)、銀法896号(2023年)16頁(柳田幸三)・同106頁(石毛和夫)など。
- (41) 石田京子「弁護士による調査と訴訟代理」早稲田大学法学会編『早稲田大学法学会百周年記念論文集第1巻公法・基礎法編』(成文堂、2022年)467頁・481頁以下、松中学「本件判批」資料版商事法務461号(2022年)100頁、法教508号(2023年)131頁(堀清史)、ジャリスト1583号(2023年)102頁(伊藤隼)、民商法雑誌159卷2号(2023年)66頁以下(手賀寛)、判時2573号(2023年)135頁(柳川銳士)、ビジネス法務23年3号(2023年)72頁(坂尾佑平)、金商1678号(2023年)7頁(遠藤元一)など。
- (42) 石田・前掲注(41)482頁以下参照。
- (43) 手賀寛『民事訴訟法判例百選[第6版]』40頁以下。
- (44) 宮田信夫『最判解民事篇昭和38年度』271頁、274頁。
- (45) 三木浩一ほか『Legal Quest 民事訴訟法[第4版]』(有斐閣、2023年)121頁以下。
- (46) 裁判所時報1685号227頁、判タ1444号104頁、金商1535号18頁、判時2361号48頁、

- 金法2086号76頁など。
- (47) ジュリスト1518号 (2018年) 145頁 (手賀寛)、新・判例解説 Watch (2018年) 23卷161頁以下(z18817009-00-060981622) (山本研) など。
- (48) 三木ほか・前掲注 (45) 121頁以下参照。
- (49) 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。州にもよるが、異動してきた弁護士に対して、受件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ところもある。
- (50) 石田京子「[資料] 弁護士が法律事務所間を移籍する際の利益相反情報の開示に関するABA公式見解09-455号およびその運用に関する弁護士倫理デスクブックの解説(翻訳)」早稲田大学法務研究論叢 (2024年) 5号109頁。
- (51) ABA Formal Opinion 09-455, at 5 (Oct. 8, 2009). 石田・前掲109頁参照。
- (52) 最新のデータは日々更新されるが、『弁護士白書 [2023年版]』を参照。共同事務所の現状については、「[座談会] 共同事務所」高中正彦=石田京子編『新時代の弁護士倫理』(有斐閣、2020年) 177頁以下(石原修、桑山斎発言など)も参照。
- (53) 金商1627号13頁、金法2179号60頁、判タ1489号52頁、判例秘書 (2021年9月) HJ100128 (石田京子)、ジュリスト1570号105頁 (手賀寛)、新・判例解説 Watch 30卷165頁 (z18817009-00-061292102) (田村陽子)。
- (54) 野中伸子「【判例評釈】」ジュリスト1567号 (2022年) 96頁参照。
- (55) 原審については、判例秘書 L07520216 参照。なお、一審は同 L07530986参照。
- (56) 当該判例に関して、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。
- (57) 加藤・前掲注 (8) 65頁参照。
- (58) 高中・判例秘書 (HJ100152) 8頁以下は、日弁連による新たな規律策定の見通しが難しいことについて詳しい。
- (59) 石田京子「利益相反を規律する裁判所の役割」加藤哲夫ほか編『現代民事手続の法理』(弘文堂、2017年) 23頁、35頁以下。
- (60) 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。
- (61) 石田京子「判批」判評767号 (2023年) 112頁参照。
- (62) Michael S. Ariens, *The Lawyer's Conscience: A History of American Lawyer Ethics*, University Press of Kansas, 2022, at 258-59. 拙稿「[著書紹介] 弁護士の良心:アメリカ弁護士倫理の歴史」アメリカ法2024-2号 (2025年) 225頁以下(予定)に概要あり。

(たむら・ようこ)