

平成 29 年 1 月 16 日

平成 28 年(ネオ)第 842 号上告事件

平成 28 年(ネ受)第 952 号上告受理申立事件

上告人 越知保見・X2

被上告人 第 1 東京弁護士会、第 2 東京弁護士会、日本弁護士連合会

東京高等裁判所民事 24 部御中(担当者：戸田様)

FAX:03-3581-8832

上告人兼上告人 X2 代理人 明治大学教授・弁護士

越 知 保 見

〒101-8301 東京都千代田区神田駿河台 1-1
明治大学 (14 号館 B641 号室) (就業先) (送達先)

TEL& FAX 03-3296-4388

E-mail ochi@meiji.ac.jp

上告理由書

目次

第 1 上告の趣旨.....	4
第 2 上告の理由.....	4
Ⅰ 原判決の論理とその問題点(上告理由)の骨子.....	5
Ⅱ 法令違反.....	8
1 行訴法上の差止めの訴えが許容されるとしても、本件では、独禁法違反に基づく民事訴訟が許容されるべきであること.....	8
(1) 弁護士法 61 条の解釈から、独禁法 24 条に基づく差止請求を否定する解釈を導くことはできないこと.....	9
(2) 懲戒手続の主体が同業者組合であるため、懲戒手続は同業者の排除・競争制限の手段として用いられる可能性があり、本件はそれが現実化したものであること.....	9
(3) 事業者団体による同業者の排除・取引妨害などの独禁法上の問題は、懲戒処分そのものではなく、懲戒手続の過程から生じていること.....	10
(4) 公権力の行使に関し、民事的救済を否定した先例は本件に適用がないこと、公権力の行使の範囲を限定的に考えることを示唆した先例があること.....	11
(5) 原判決は上告人の控訴の趣旨・原因を誤解したまま整理しており、審理の対象を誤っている疑いがあること.....	12

(6) 懲戒処分による権利利益の侵害と独禁法違反による権利利益の侵害、その発生時点が異なることは控訴理由書の冒頭から強調していること	14
(7) 懲戒処分がなされる以前に対象弁護士の権利利益の侵害が生まれることはむしろ常態であり、多数の先例があること	17
(8) 日本における同業者団体規制の格別の重要性を下級審が理解していないこと、最高裁が規範を示す必要があること	20
(9) 公権力の行使に関わる法解釈では差止めの機会が保障される法解釈が求められること	23
(10) 24条訴訟と行訴法上の差止めの訴えの要件の違いからも24条訴訟による差止の機会が保障される必要があること	24
(11) 原判決と上告人の24条訴訟等の射程の違い	24
2 注意義務懈怠と市場に現に生じている影響から独禁法8条4号の不当性が基礎づけられること	25
(1) 被上告人一弁の注意義務懈怠は、法廷での主張から明らかになっていること	25
(2) 本件はより具体的な注意義務が生じ、その懈怠が明らかになっている事例であること	26
(3) 独禁法上の固有の利益は認められるが、それは、これからの懲戒手続で参酌すればよいとの判断もあり得ないこと	29
(4) 注意義務に関する上記の主張は、控訴理由書の請求原因を簡素化するものであること	29
3 職務規程の解釈に関する合理的裁量を認めた最判は、独禁法違反が問題となる事件については適用されないことを判示する必要があること	30
4 公権力の行使であることを前提にしても一弁決定は違法あるいは無効なものであること、したがって、原判決は取り消されるべきであること	31
5 差止・違法確認請求に関する請求原因事実のまとめ	31
6 原判決は、損害賠償請求についても懲戒処分による権利利益の侵害と独禁法違反による権利利益の侵害を混同していること	34
7 損害賠償に関する請求原因のまとめ	35
8 被上告人二弁・被上告人日弁連に対する請求について	36
III 憲法違反・憲法との整合性	36
IV 独禁法の適用と独禁法遵守に関する規範が判示されることは職務規程の運用の是正の観点からも重要であること	38
1 最高裁が本件3事件を総合的に検討し、新たな規範を示すことの重要性	38
2 現行の職務規程の運用は、私益のために懲戒制度を使う動機づけを与えるものとなっていること	39
(1) ガイドラインすら存在せず、予見可能性を奪っていること	39

(2) 品位保持義務・信義誠実義務違反は委員の主観に左右される運用となっていること	40
(3) 違法行為を助長する行為に関する懲戒実績がほとんどないことも懲戒制度が違法行為の隠蔽の手段として活用しやすい理由であること	40
(4) 職務規程の形式的解釈に依拠する実務では、意図的に懲戒事由が作り出されたり、些細な問題で職務規程違反だという脅しを行うことができ、私的紛争で自らを有利にするための運用が行われやすいこと	41
3 懲戒手続が「公の権能」の行使とは到底言えない手続的保障に欠けた運用となっていること	42
4 欧米の運用との比較・あるべき運用の姿	43
5 業務改善命令などの手法も活用されるべきであること	44
6 運用実態に関する答弁の拒否が許されるのか	45
V 被上告人二弁・被上告人日弁連に対する請求について	45
1 日弁連に対する一弁への指導監督義務の懈怠に基づく損害賠償請求	45
2 日弁連・2弁に対するW事件・I事件の却下決定を理由とする損害賠償請求	46

第1 上告の趣旨

原判決を破棄し、さらに相当の裁判を求める。

具体的上告の範囲は以下のとおりである。

- 1) 上告人らは原判決を取り消すことを求める。
- 2) 上告人越知は、被上告人第1東京弁護士会(以下「一弁」という)に対し、一弁平成25年第101号綱紀事件(請求者学校法人G・対象弁護士控訴人越知)(以下「越知事件」という)に関する平成27年9月7日付決定(以下「一弁決定」という)に基づき、懲戒手続を進行をしないとの判決を求める。
- 3) 上告人越知は、一弁に対し、一弁決定の違法を確認することを求める。
- 4) 上告人らは、一弁に対し、160万円を支払うことを求める。
- 5) 上告人らは、被上告人第2東京弁護士会(以下「二弁」という)に対し、1万円の支払いを求める。
- 6) 上告人らは、被上告人日本弁護士連合会(以下「日弁連」という)に対し1万円の支払いを求める。
- 6) 訴訟費用(原審・第1審を含む)は被上告人らの負担とする。

2)に関し、控訴審における控訴理由書第1の控訴の趣旨では、「一弁が(その運用が独禁法を遵守していない)一弁職務規程を適用して控訴人越知に懲戒処分を行うことの差止めを求める。」としており、その趣旨は、独禁法の権利利益の侵害の差し止めを求める趣旨であったが、原判決第1の控訴の趣旨においては、懲戒処分の差止めとされたうえ、懲戒処分という個人の利益の問題に関しては、抗告訴訟によるべきとされ、上告人の請求の趣旨に従った判断が下されなかったために、請求の趣旨を独禁法遵守義務を欠いた一弁決定からの救済であることを明らかにするためにかかる記載としたものであり、請求の趣旨を変更するものではない。むしろ、原判決が審理の対象を取り違えている疑いがある。第2のII.1(4)で詳述している。

第2 上告の理由

上告提起の理由は、下記Ⅲ及びⅤの日弁連・二弁に対する主張で述べるとおりであり、上告受理申し立て理由は、下記のその他の個所で主張するとおりである。

I 原判決の論理とその問題点(上告理由)の骨子

原判決は、弁護士会の懲戒権限の行使が、公の権能である公権力の行使であり行政処分であるから、懲戒処分の差止め請求は行政事件訴訟法（行訴法）に定める差止めの訴えに拠るべきであり、民事訴訟に拠ることは不適法であるとして却下した。

第1審判決が弁護士自治の原則から弁護士会の第1次的判断権が尊重されるべきとし、24条訴訟はもちろん、行訴法上の差止めの訴えも提起できないとしたのに対し、原判決は、上告人の請求は法律上の争訟であり、行訴法上の差止めの訴えを提起できることは明らかであると判示したことは、実質的な差戻しの判断とも評価できるものであり、かつ、法律上の争訟であること、弁護士自治の原則の限界を明らかにした点は高く評価できる。原判決の13頁の地裁判決24頁一28頁の置き換えは、地裁が弁護士自治に基づく不介入を理由に、差止めの訴えを排除した部分を全面的に削除しており、「上杉意見書を提出する」の後の下りが書き換えられていることから、行訴法上の差止めの訴えで、独禁法違反を主張することができるとしたものである。この点は、公権力の行使であり行政処分であることと自治権が尊重されるべきこととは矛盾するとの上告人の主張に配慮したもののように思われ、原判決は、第1審判決の弁護士自治に基づく懲戒手続への司法不介入を否定し、実質上、行訴法による差止めの訴えで本件法律上の争訟を争うべきと指示した一審への差戻し判決であるとも考えられる。

しかし、控訴理由書の最も重要な主張である、弁護士業務を妨害する目的でなされた懲戒請求に対しては、弁護士会は会員の機能または活動を不当に制限してはならないとの独禁法遵守義務(注意義務)を負っているにもかかわらず、その義務に違反して、懲戒手続を進めたことが、懲戒処分の利益とは別個の上告人の権利利益を侵害しているものであり、その救済のため独禁法24条に基づく差止請求が認められるべきとの主張を否定したことは、法解釈の違法がある。この点について、原判決は、「上告人越知が、懲戒手続が公の権力の行使であることを理解しないものである」と述べるのみであるが、原判決こそ、上告人が控訴理由書冒頭から主張している法律問題の重要性を理解しないものである。最高裁は、上告人が提起している上告人が提起した弁護士法61条の解釈の問題(公権力の行使段階にどの段階から入るのか、独禁法の法律問題がある場合でも、独禁法に基づく民事の救済が否定されるのか)や弁護士法と独禁法の関係について、上告を受理して判断を下す必要があると思料する。以下に、その要点を述べ、IIで詳細に論じる。

- ① 原判決は、独禁法違反からの救済と内部規則の濫用的解釈・運用による対象弁護士個人の救済の問題の相違、および、独禁法違反による損害の発生時期と懲戒処分による損害の発生時期の相違という根本的問題が区別されていない。

職務規程の濫用的解釈・運用による対象弁護士の個人の救済の問題は、公権力の行使であり行政処分として行政訴訟により救済されるべきとしても、一般的市場秩序への影響を生じる独禁法違反からの救済を懲戒処分からの救済手続に集約することまで、弁護士法 61 条から当然に導けるものではない。

独禁法違反による利益の侵害からの救済は、不当な懲戒処分からの救済とは別の救済であるから、不当な懲戒処分からの救済である抗告訴訟に集約されるべきではなく、民事訴訟による差止請求が排除されるべきではない。そして、本件においては、一弁が独禁法についての注意義務を懈怠して一弁決定を行ったものであり、独禁法上の利益を侵害された上告人に対して懲戒手続を進めることの差止めを求めることができるとの規範が示される必要がある。

- ② 独禁法違反からの救済を懲戒処分からの救済手続に集約する解釈は、公権力の行使主体である弁護士会が同業者組合であり、弁護士会が独禁法の適用を受けることを考慮していないという問題があり、また、独禁法が差止め訴訟を特に規定していることの意味を看過するものである。弁護士会は強制加入の同業者団体であり、懲戒手続は会員に対して統制力を行使する行為であるから、その行使においては独禁法に違反しないよう十分配慮して行使されるべきものである。そして、懲戒処分を背景として行われる行為によっても同業者団体からの排除効果が生まれることから、その救済の手段として少なくとも懲戒処分以前には 24 条訴訟による救済が閉ざされるべきではない。

- ③ 空港の騒音被害等に関し、公権力の行使に関し民事的救済を否定した判決は、本件独禁法違反からの救済の場合とは異なり、民事訴訟により救済されるべき固有の利益が存在しない場合、民事上の利益が存在するとしても、その利益侵害と行政法上の利益の侵害の時点が完全に重なる事例にあてはまるべき論理であり、本件のように民事訴訟により救済されるべき利益が行政訴訟により救済されるべき利益より先に発生する事例に適用される規範とはいえない。

- ④ 原判決は、請求の趣旨・請求の原因を誤って整理し、審理の対象を取り違えた疑いがある。上告人は、控訴理由書で独禁法を遵守しない職務規程の運用により懲戒処分を行うことを差し止めることを求め、その旨は控訴理由書の請求の趣旨欄にもわざわざ注記したのに、原判決の主張整理では、懲戒事由がないにもかかわらず一弁決定がされたことを理由とする差止め請求として整理され、請求の趣旨では、単純に懲戒処分の差止め請求とされている。

⑤日本では、同業者団体が重要な地位を占めてきたという歴史があり、その統制権を利用した競争阻害行為を特に規制する必要があると考えられたことから、戦後、事業者団体法が制定され、規制を行ってきたという歴史があり、事業者団体法の廃止後は、独禁法 8 条により、事業者団体の統制権限の濫用問題が規制されることになったという沿革がある。かかる沿革に照らせば、事業者団体の行使する懲戒権限の行使過程に関しては、独禁法の観点から統制権限の濫用がないか十分にチェックされなければならない、単に自治権の尊重・公権力の行使という弁護士法の観点からの検討だけで済む問題ではない。

しかるに、弁護士会は「本件は独禁法の適用対象とされるべき事案ではない。」「そもそも被告一弁の懲戒手続における各種行為……が「不公正な取引方法」になることはありえない」「弁護士に要請される職務執行の誠実性と品位の保持を保証するために行われる弁護士会の懲戒手続の当否を争う場面においては、独禁法の観点は妥当しない。」「法律上の争訟でない」などの主張を繰り返しており、被上告人らが独禁法遵守に関する注意義務を懈怠したことは明らかになっている。

にもかかわらず、原判決・地裁判決はかかる重要な論点の指摘の意味を理解せず、弁護士法の観点にのみ配慮した最高裁判決に依拠し、懲戒手続に独禁法遵守義務がないかのような判決を下している。原判決が引用する最判は、弁護士会と独禁法違反の関係については何も述べていないにもかかわらず、それが独禁法上の問題についても先例として使用されているので、最高裁は、独禁法が弁護士会という同業者団体にも適用され独禁法遵守義務があることを前提に、今後の下級審の法運用の規範となる判断を示すことが不可欠である。

本件地裁判決が、弁護士自治を理由に弁護士会の第 1 次的判断権が尊重されるべきとし、同業者団体である弁護士会が独禁法に違反し得ることを無視する判断をしたのは、最判が弁護士自治を過度に評価する先例を維持していることにある。この最判は、少なくとも弁護士会に拠る独禁法違反の疑いがある場合は、法律上の争訟であり、過去の最判は規範になるものではないことを明らかにすべきである。そうしない限り、下級審では、(本件のように) 弁護士会の懲戒手続において、独禁法上の問題を含めすべての法律上の争訟がその抗告訴訟に集約して争われるべきとされ、懲戒手続中に独禁法違反が生じ、あるいはそのおそれが生じているにもかかわらず、まだ懲戒処分に至っていないことを理由に実体審理をしないで請求を棄却したり、訴えを却下したりする判断を続けるおそれがある。

⑥通報妨害を行ったのは、懲戒請求者または懲戒請求者代理人であり、弁護士会は単に手続きを進めただけという主張は失当である。本件では、懲戒請求

に対する答弁書(甲 Ab 3 の 1)において、依頼者の弁護士に対するアクセスの侵害(顧客獲得競争の侵害)、私的紛争に利するという私益の実現のために懲戒請求が利用された疑いがあること、懲戒請求者の請求に応じて手続きを進めること自体に問題があることが具体的に主張されており、懲戒手続を進めることが独禁法との抵触を生じる可能性があること、及び弁護士会が通報妨害に関与することになる可能性があることを認識し、または認識すべき状況に至っていたといえる。すなわち、本件では、通常の事例に比べより高い具体的注意義務が生じているという特段の事情もあり、独禁法遵守に関する注意義務懈怠は明らかである。注意義務懈怠と現に市場に生じた影響から 8 条 4 号の不当性が基礎づけられる。

- ⑦ 独禁法上の固有の利益は認めるが、それはこれからの懲戒手続で考慮すればよく、差止めの必要性・緊急性がないという判断もあり得ない。本件では、通報事件の妨害目的で懲戒請求が利用されるとは知り得なかったといえるような状況ではなく、上告人の懲戒請求に対する答弁書によりそれを認識すべき状況(上告人に著しい不利益を与えることを認識すべき状況)にあったにもかかわらず一弁決定が下され、上告人の懸念通り市場に悪影響が発生したものであるから、懲戒手続の進行を差し止めるか一弁決定の違法が宣言される以外の方法では救済できない問題である。現に市場秩序に悪影響が及んでいることを認識すべき状況で懲戒手続を進めたことに対する差止請求を否定することは、懲戒委員会の決定の時点まで市場秩序に及んでいる悪影響の継続を容認することになり、上告人らが受ける損害は拡大するばかりである。
- ⑧ 公権力の行使であることを前提にしても通報妨害、独禁法違反が主張されているのにこれに考慮せずに決定を行ったことは、一弁決定に独禁法に関する法令遵守義務違反・注意義務違反という明白かつ重大な手続きの違法があり、かつ、考慮すべき点を考慮しないという裁量権の逸脱・乱用があり、一弁決定は違法あるいは無効なものである。そのような状況であること、民事請求が否定される理由がないことを踏まえると、原判決を取り消し、上告人の請求を認容すべきである。

II 法令違反

- 1 行訴法上の差止めの訴えが許容されるとしても、本件では、独禁法違反に基づく民事訴訟が許容されるべきであること

(1) 弁護士法 61 条の解釈から、独禁法 24 条に基づく差止請求を否定する解釈を導くことはできないこと

原判決は「同請求において差止めの対象とするのは、弁護士会が行う懲戒処分という公権力の行使であり、…これが抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるとは明らか」とした。しかし、弁護士法 61 条は、懲戒処分に対する裁決取消しは抗告訴訟として争うことを規定するものであり、懲戒処分以前の段階で民事訴訟（24 条訴訟）による救済を排除する趣旨と解釈することまで求めるものとするべきではない。弁護士法上、行訴法を準用しているのは懲戒処分に対する裁決についてであるが、懲戒処分が未だ行われていない段階では、権力の行使は未だ行われていないのであり、公権力の行使として行政訴訟でしか争えないと解するのは背理である。他方、(公権力の行使ではなく)公権力の行使に至る手続において独禁法違反が生じ得ることは下記に述べるとおりであるから、 弁護士法の規定が民事訴訟を排除する根拠とはなり得ないのである。

(2) 懲戒手続の主体が同業者組合であるため、懲戒手続は同業者の排除・競争制限の手段として用いられる可能性があり、本件はそれが現実化したものであること

独禁法違反からの救済を懲戒処分からの救済手続に集約する解釈は、公権力の行使主体である弁護士会が同業者組合であり、弁護士会が独禁法の適用を受けることを考慮していないという問題がある。 弁護士会は強制加入の同業者団体であり、その会員に対する統制力を行使する行為が正に懲戒手続であるから、その権限は独禁法を遵守して行使されるべきものであり、その救済の手段として少なくとも懲戒処分以前には 24 条訴訟という民事訴訟による救済が閉ざされるべきではない。

弁護士会による懲戒処分は、事業者団体が構成事業者を排除する目的・手段としても利用され得る行為であり、かつ、懲戒処分がなされる以前においても、事業者団体の決定を遵守しないと構成事業者は団体から除名・排除されることが圧力となり、事実上、構成事業者間の顧客獲得競争が阻害される事態が起こり得る。すなわち、懲戒手続は会員を団体から除名・排除できるという強大な権限であるため、これが圧力となり、懲戒手続を開始されるだけ、あるいは懲戒請求を行うという脅しだけで、弁護士業務に対する制限・制約が生じ得る。

特に、通報妨害の事例では、通報者は、孤立しつつ雇用者と対峙するのが通

常であるから、雇用者やその代理人が通報者の代理人に対する懲戒請求をすることにより、それだけで通報者の代理人が辞任することも起こり得るし、綱紀委員会による議決がなされると、それを利用して当該弁護士を解雇するよう所属事務所に圧力をかけることも起こり得る。通報者は、代理人の援護を得られないことで不当な退職を迫られ、業務命令を口実としたパワーハラスメント・不当抑圧に対し、適切な防御が困難になるという過酷な状況に追い込まれる。このことは、本件では、現実のものとなっているのであり、上告人越知は、一度は辞任を決意し、これを上告人 X2 に通知したが、上告人 X2 が錯乱状況に陥ったこと、上告人 X2 に対する辞職要求もなされるとの状況に至り(甲 B11 号証)、受任を継続した経緯があることを示す具体的証拠がある(甲 B 甲 3 の 21 号証)。もう 1 名の代理人は、現に辞任を余儀なくされている。

これは、弁護士会が懲戒手続を開始するか否かを検討するにあたり、独禁法上の規範である構成事業者の機能または活動を不当に制限しないか考慮していないことから生まれた事態である。懲戒手続に関係ない理由で相手方の代理人から、代理人を辞任するよう圧力を受けても、それを無視することは容易であるが、懲戒を持ち出して辞任を請求する場合には、弁護士にとって大きな圧力となる。それは、弁護士会が強制加入制度の下で完全なる市場支配力を有し、懲戒権限を独占しているからである。この市場支配力が構成事業者間の自由かつ公正な競争を阻害する形で行使されないようにするには、独禁法による規制によらないと救済できない問題なのである。この場合、依頼者の弁護士に対するアクセス妨害という被害は、依頼者に生まれるが、その原因は同業者団体が構成事業者間の自由な競争を不当に制限することから生まれている。すなわち、懲戒請求を開始するか否か判断する段階から弁護士業務市場に及ぼされる影響を十分に考慮しないと、弁護士の事業活動が不当に制約され、自由な顧客獲得競争の阻害(取引妨害)が生じることにより、弁護士に対するアクセスの制約という被害が弱い立場の国民に及ぶことになる。これは、弁護士が不当な懲戒処分から救済されることとは別の利益として救済されるべき問題である。本件は、まさにそのような公権力の行使にあたる仕組みを利用して、弁護士の業務活動を妨害・排除する効果、国民の弁護士に対するアクセス妨害を生じている事例である。

(3) 事業者団体による同業者の排除・取引妨害などの独禁法上の問題は、懲戒処分そのものではなく、懲戒手続の過程から生じていること

事業者団体との関係で生ずる独禁法上の問題は、ほとんどが、事業者団体の

自主基準・決定等に従わない構成事業者に対するグループボイコットないし取引妨害事件であり、かつ、市場の機能を阻害する効果は、懲戒処分ではなく、懲戒手続が開始され、それが進行される過程、あるいは、その過程が適切に構築されていない場合には、懲戒請求するという脅しだけでも生じ得るのである（控訴理由書第1参照。本上告理由書(5)）。したがって、事業者団体がその統制権限を行使する場合には、その利用が独禁法違反の問題を生じさせることにならないよう配慮しつつ行わないと、上記の問題が生まれることが避けられない。このため、事業者団体の懲戒処分に集約させて争わせることは、独禁法違反状態・独禁法上の利益侵害が懲戒処分が行われるまで(あるいは、司法判断の過程に乗る東京高裁での審理・判断が行われるまで)続くことになり、市場機能が阻害される状態が長期間にわたって救済されないことになる。つまり、独禁法上の利益の侵害は、懲戒処分によって生じるのではなく、懲戒手続が進められる過程において、それを利用した弁護士業務の妨害行為（代理人の辞任や所属事務所から解雇）が行われることによって発生しているのであるから、懲戒処分に集約させて争うのでは、時機に遅れることになる。本件の通報妨害は、その典型であり、一弁決定が下されるやこれを即座に懲戒請求者が利用して、F 弁護士は辞任を余儀なくされ、上告人越知は、所属事務所からの退所を余儀なくされるなど、懲戒処分に至らない段階で市場への悪影響はすでに生じていることを見れば、懲戒処分に集約させて争うのでは時機に遅れることが明らかである。

先例のなかには、弁護士団体が同業者組合であるという点に配慮し、公の権力の行使とされる範囲を弁護士法に定める手続の範囲に限定されるべきとするものがある（東京地判平成16年2月26日（条解弁護士法(第4版)374頁)）。同判決は「弁護士団体が同業者組合であり、公の権力の行使と言ってもその本質においては同業者の懲戒手続きであるから、公の権力の行使とされる範囲は、弁護士法に定める手続の範囲に限定されるべきである」と判示している。

この判例に従い、懲戒処分が下された後においてのみ公権力の行使であり行政処分と解釈すべきである。仮に、綱紀委員会の議決に基づく一弁決定も公権力の行使とされる範囲に含まれるとも解したとしても（権力作用ではないので、そのように解すべきではないが）、公権力の行使に入る入り口段階で違法がある場合には、民事訴訟によることが否定されると解釈すべきでないことは、下記(9)で述べる通りである。

(4) 公権力の行使に関し、民事的救済を否定した先例は本件に適用がないこと、公権力の行使の範囲を限定的に考えることを示唆した先例があること

空港の騒音被害等に関する公権力の行使に関し、行政訴訟によるべきとして、民事的救済を否定した判決(昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁、新潟地方裁判所昭和48年8月4日)では、空港の騒音被害という民事上の利益であっても、民法709条による差止請求が否定されているので、原判決は、民事上の利益があっても、行政訴訟という手段があれば、行政訴訟による救済によるべきと考えたのかもしれない。しかし、その判例で生じた行政訴訟における上告人の利益と民事上の利益は、結局、空港の騒音被害であり、侵害されている権利利益が全く重なっており、発生時点も同じである。本件の場合、懲戒処分上の権利利益の侵害と独禁法上の権利利益が異なること、権利利益の侵害の発生時期が異なり、独禁法上の権利利益に関してはすでに侵害が生じている。民事訴訟を否定する先例は、民事上の利益が存在するとしても、その利益侵害と行政法上の利益の侵害の内容・発生時点が完全に重なる事例であり、本件のように民事法により救済されるべき利益が行政訴訟により救済されるべき利益とは異なる固有の利益であり、かつ、行政訴訟により救済されるべき利益より先に発生する事例に適用される規範ではない。

また、これらの先例における公権力の行使は、本来の行政庁によって行われる権力的作用であることが明らかな場合についての差止請求であり、私的団体に一定限度で公の権能が付与されている場合ではない。私的団体による公権力の行使に関しては、いつの時点から公権力の行使段階に入るかが明らかではない。弁護士会の懲戒処分に関しては、同業者団体による懲戒手続であり、それが独禁法に違反する構成事業者の事業活動の不当な制限に利用され得ること、事業者団体法の制定以来の沿革に照らせば、特にわが国においてはかかる懸念は現実的なものと言えることを考えれば、少なくとも懲戒処分以前の段階で現に生じている損害に基づく民事訴訟を排除する趣旨と解釈すべきではない。

いずれにせよ、独禁法上の権利利益という固有の利益がすでに侵害されていることに基づく民事差止訴訟(24条訴訟)を不適法とする先例はないのであり、原判決の解釈は誤りである。

(5) 原判決は上告人の控訴の趣旨・原因を誤解したまま整理しており、審理の対象を誤っている疑いがあること

ア 控訴の趣旨は上告人の主張通りに整理されていないこと

原判決は、上告人が請求の趣旨を懲戒処分の差止めとしていたことを捉え、懲戒処分は抗告訴訟で争うとされており、独禁法違反があるとしても抗告訴訟において差止めを求める際にその点を主張することで十分救済されるとしたも

のであるが、上告人の控訴理由書の控訴の趣旨の記載においても、控訴の趣旨が、単なる懲戒処分の差止めではなく、独禁法を遵守していない職務規程に基づく懲戒手続を進めることの差止めであり、実質的な差止めの対象は、独禁法を遵守しない形での職務規程の運用にあることが明らかにされている。

すなわち、控訴理由書の控訴の趣旨の記載欄には、「一弁決定に基づき、一弁が(その運用が独禁法を遵守していない)一弁職務規程を適用して控訴人越知に懲戒処分を行うことの差止めを求める。」と記載され、以下の注記まで行っている。

【差止請求で原告が求めているのは、「職務規程の設計・運用が独禁法に違反しており、独禁法を遵守しない職務規程の運用により懲戒処分を行うことを差止めることであるが、原判決は、請求の趣旨・原因を正解せず「懲戒事由がないのに懲戒相当の決定をした一弁決定が独禁法違反である」と主張整理している(控訴理由書第1、第5の7)。請求の趣旨としては、「独禁法を遵守していない」という書き方が特定性・単純性の観点から不適切であれば、判決において削除していただいてよいが、請求内容が明らかになるよう、控訴の趣旨においては、補足しておいた方が適切と思料し、あえて、記載したものである。】

上告人の控訴の目的は、懲戒処分による個人的な権利利益の侵害からの救済ではなく、独禁法を遵守しないで懲戒手続を運用することにより市場に発生している権利利益の侵害からの救済を求めたものであることが、上記の控訴の趣旨、注記から明らかである。

また、控訴理由書において、独禁法を遵守しない一弁決定の違法確認も求めているので、上告人の請求の趣旨が独禁法違反による権利利益の侵害からの救済にあることは明らかであった。

しかも、控訴理由では、個別利益からの救済ではなく、独禁法違反による市場に発生している権利利益の侵害からの救済を求めることを冒頭から繰り返し主張している

以上の状況に照らせば、少なくとも、控訴審裁判所が、上告人の控訴の趣旨を、このままでは民事訴訟の請求として成り立たないのであれば、民事訴訟の請求に適合するよう(あるいは請求原因と適合するよう)書き改めるよう釈明権を行使すべきであった。

イ 請求原因も誤解して整理している疑いがあること

原判決は、「被控訴人一弁が綱紀委員会の議決を踏まえ、懲戒委員会に事案の審査を求める旨の本件一弁決定をしたことに関し、控訴人らが、控訴人越知に懲戒事由がないにもかかわらずされた上記綱紀委員会の議決及び本件一弁決定

に係る網紀委員等の行為には違法がある」と主張しているかのように事実の概要欄で整理しているが、控訴において上告人が求めたのは、独禁法を遵守しない形で職務規程を運用し、一弁決定を行ったことが違法であると主張しているのであり、「懲戒事由がないにもかかわらずされた」などとは主張していない。

控訴理由書第3(20頁)でも、この点を以下のように主張している。

原判決は、争点整理において、「原告越知には懲戒事由がないにもかかわらず、被告第一東京弁護士会が本件一弁決定を出し、かつ、それを受けた懲戒処分を行うことは、事業者団体が事業者者に不公正な取引方法をさせる行為（独禁法8条5号）、共同の取引拒絶（同法19条、一般指定1号）及び取引妨害（同条、一般指定14号）に該当する。」としているが、原告が独禁法違反と主張しているのは、8条4号であり、また、「懲戒事由がないにもかかわらず懲戒相当の一弁決定をしたことが、独禁法違反である」という主張しているのではなく、職務規程の運用が独禁法に違反しており、独禁法を遵守しない職務規程の運用により懲戒処分を行うことを差し止めることを求めたものであり、原判決は請求原因の整理において既に誤っている。

また、口頭弁論終結後に提出した第3準備書面でも、注意義務を欠いてくださった一弁決定の差止めを求めていることを明らかにしている。

ウ 審理の対象の取り違えが疑われること

原判決が請求の趣旨・原因を誤って整理し、それを審理の対象として下された原判決には、審理の対象の誤りという重大な取消事由があり、また、少なくとも、積明権の不行使が、請求の趣旨・原因(審理の対象)の取違えに至っているのであるから、積明権不行使の重大な違法があり、かかる観点からも原判決は取り消されるべきである。

(6)懲戒処分による権利利益の侵害と独禁法違反による権利利益の侵害、その発生時点が異なることは控訴理由書の冒頭から強調していること

上告人は以上の点について、控訴理由書の冒頭から強調している。控訴理由書では、以下の点を明確に主張している。

- ・独禁法違反による権利利益の侵害は、懲戒処分に関する権利利益の侵害が生じる以前に、すでに生じていること
- ・本件は懲戒処分からの救済という弁護士個人の権利利益の救済を求めるものではなく、公益通報の妨害目的で懲戒手続が利用されることを認識した上で懲戒手続を進める決定をしたことを問題とするものであること、

・それにより、依頼者の弁護士に対するアクセスが制限されるという弁護士が懲戒処分から受ける損害とは別個の損害が発生していること

・弁護士業務の妨害を目的として懲戒請求が利用されることのないよう、懲戒手続を進めるに際しては、独禁法により弁護士業務の妨害を助長するような運用を回避することが求められ、かつ、本件では綱紀委員会は通報妨害の目的で懲戒請求が利用されていたことが十分に認識できたのに懲戒手続を進める決定をしたのであり、かつ、一弁決定を受けて正に懲戒請求者によりそのような形で弁護士業務の妨害が実行されたことを見れば、独禁法上の権利利益の損害は現実のものとして発生していることは明らかであること

にもかかわらず、原判決は、「上告人越知が、懲戒手続が公の権力の行使であることを理解しないものである」という理由によって、上告人の民事請求を排除した。しかし、弁護士会による独禁法違反という権利利益の侵害からの救済を、懲戒処分によって生じる権利利益の侵害を争う場である抗告訴訟に集約させることは、現に生じている独禁法違反という権利利益の侵害・市場機能の阻害を是正する機会を奪うものであり、取り消されるべき法解釈である。

以下に控訴理由書冒頭の記載を念のため引用する。

第1 原判決は控訴人が提起した法律問題と訴訟の目的を見誤っていること

1 控訴人が提起した法律問題

原判決は、もっぱら弁護士法の観点から事案をながめ、いまだ懲戒処分は「疑い」の段階にあり、現段階での控訴人の救済の必要が認められないという理由で控訴人の請求を却下・棄却したが、事件の本質を見誤っている。本件は、弁護士会の懲戒手続を悪用して、内部告発者保護という公益の実現を図ろうとする弁護士の正当な業務遂行を妨害する結果を生んでいる事態からの救済を求めたところに本質があり、その妨害は現に生じているのであり、「疑い」の段階にあるものではない。

本件懲戒請求に先立ち、懲戒請求者代理人は執拗に控訴人越知と事務所のパートナーに書簡を送りつけ控訴人越知の辞任を促している。綱紀委員会の決定（一弁決定）が出るや直ちにこれを民事事件の証拠として活用し、控訴人 X2 の代理人を辞任するよう準備書面で求め 控訴人 X2 の代理人である F 弁護士が実際に辞任するに至っている。これらの点は、原判決の認定事実に入っていない。このことは原判決が、控訴人が求めた請求の意義を正解できていないことを表すものである。

(中略)

独禁法に違反するといえる場合まで、弁護士会の第1次的判断権が尊重される

かは解釈論として重大な疑問があり、この点は第 5 で詳述するが、実質的問題として、この段階で独禁法に違反するか否かの判断をしないと、懲戒請求することをちらつかせて、事件の相手方弁護士が公益通報者の弁護を続けることを困難にする卑劣な手段が容認されてしまうことになる。本件で、事業者団体による「構成事業者の機能又は活動を不当に制限する」ことは既に市場に発現しているのであり、一弁が最終的に懲戒処分をしなかったとしても(あるいは日弁連が懲戒処分に対する異議を認容したとしても)、それで済む問題ではないのである。

つまり、懲戒処分が行われ日弁連への不服申し立てが尽きるまで独禁法違反を争えないとすれば、悪質な弁護士は安心して公益通報者を弁護する弁護士の活動を困難にさせる(妨害する)目的で懲戒請求をし、代理人への攻撃(代理人の辞任を求めること等)材料に使うことが可能となり、公益通報者の弁護活動によって深刻な事態が生まれるのである。

特に公益通報者を弁護しようとすると、各方面から様々な圧力が降りかかるのであり、したがって、このような公益の実現にあたる者の場合には、懲戒手続きを進める際にも特段の配慮が求められる。一弁の懲戒手続においてはこのような配慮は一切なく、むしろ、公益通報者つぶしに加担するがごとき運用実態になっていることは、第 3、第 4 で示すとおりである。

このような公益通報者つぶしは、懲戒請求者代理人が公益通報によって違法行為を指摘されている者の代理人であることを考慮すると、弁護士会はそのような事情を考慮した上で慎重に取り扱うべきものである。一弁は当該訴訟に関係ないという形式論理で懲戒手続を進めているが、このような対応では、公益通報妨害が容認されてしまう結果となる。実際、民事事件では、懲戒請求自体を不法行為と見ることは出来ないと判断されているので。(民事事件の結果に照らしても)請求を受けた弁護士会の懲戒手続の設計・運用に対し、独禁法 8 条に適合しているか司法審査されることが、公益通報者の保護に不可欠な状況が生じている。現段階で、独禁法に違反しないかという観点からの救済(弁護士会の手続が終結する前に差止め・損害賠償請求が可能であること)が与えられなければ、公益通報者保護制度の円滑な執行に深刻な抑制効果を招くことになる。

そして、弁護士法は独禁法の適用除外でない以上、控訴人にはかかる救済が与えられる法的根拠があり、その審理を求めているのであるから、これに気付かず、門前払いした原判決は、取消されなければならない。

(中略)

2 公益通報者保護の弁護活動の妨害という弁護士業務市場における悪影響は生じており、現段階で救済される必要があること、独禁法はその根拠を与えていること

(中略)

② 本件を表面的に見れば、綱紀委員会の決定は、弁護士に対する懲戒手続のスタートラインに過ぎず、決定それ自体には弁護士としての業務の遂行を妨げる効力はなく、また、弁護士法はその効果を生む懲戒委員会の決定につき、第1審に相当する慎重な手続を規定しており、現時点での救済の必要性はないという結論が妥当と思われるかもしれない。これが、原判決の考え方である。

③ しかし、F 弁護士の対応にみられるように、控訴人に対する綱紀委員会の決定は直ちに同一事件の委任を受託した弁護士に当該事件の受任を回避する行動を生み、また、控訴人は所属弁護士事務所からの退所を余儀なくされるという効果を生んでいる。これは、弁護士の地位の保全という意味ではまだ効果を生んでいないといえるが、内部告発者を保護しようとする弁護士としての業務を妨害する上で既に重大な効果をもたらしている。

④ 通常の弁護士であれば、その弁護士としての地位の保全を考えざるを得ないから、綱紀委員会の決定は「疑い」の段階であることを承知しつつも、あえてその原因となった事件の代理人を続けるのではなく、F 弁護士と同様、公益通報者保護事件から手を引くことを選択せざるを得ない。これが現実に生まれる効果である。

(7) 懲戒処分がなされる以前に対象弁護士の権利利益の侵害が生まれることはむしろ常態であり、多数の先例があること

懲戒手続を通じて 8 条 4 号該当という独禁法違反が生まれる場合には、懲戒処分がなされる以前に市場への悪影響が生まれることはむしろ常態であり、控訴理由書では、そのことについて独禁法上、多数の先例があることを指摘している(控訴理由書 14 頁(第 2 の 3))。そもそも事業者団体独禁法違反行為は、最終的には団体から会員が除名されるリスクがあることがその実効性確保手段となっているという特色がある。特に、強制加入制度を有する専門職団体の場合、脱退することが事実上不可能であるから、懲戒手続が進められるという可能性だけでも、構成事業者の事業活動を萎縮させるおそれがある。したがって、懲戒処分に至らない場合であっても、市場に対する悪影響が生じる場合があり、懲戒処分を待つ争うことだけでは独禁法違反という権利利益の侵害の救済には不十分である。

つまり、懲戒手続を進めることが顧客獲得競争を妨害する手段として利用されているときには、懲戒処分を受ける前に対象弁護士の権利利益が侵害されてしまうのであり、本件について言えば、弁護士会の綱紀委員会が懲戒相当という議決をした段階において、独禁法 8 条違反による弁護士業務の妨害という取

引妨害効果は既に生まれている。このことを上告人は控訴理由書において多数の事例を引用して、詳しく説明している。

- ① 専門職団体である医師会・社会保険労務士会については公取委による多数の摘発事例があること、
- ② 審決の中で、会員に対する懲戒・除名の権限を背景として顧客獲得競争が回避された事例（会員が専門職団体の規約に従うのは、懲戒・除名を回避するためである）や、懲戒処分や除名処分を回避するべく、問題を指摘された会員が顧客獲得競争の取りやめを余儀なくされた事例が認定されており、懲戒処分することにより顧客獲得競争を取りやめさせた事例だけが違反行為と認定されているわけではないこと、
- ③ 懲戒処分や除名処分を背景とする、専門職団体による構成事業者の機能または活動の制限は極めて重要な独禁法上の問題であり、審決例も多く、かつ、公取委は、わざわざ弁護士会も含まれることを明記した専門職ガイドラインを公表し、専門職団体に対して、特に構成事業者による顧客獲得競争を阻害しないようにすることを求めていること

上記の点は、上杉意見書においても明らかにされているのであり、以下の引用部分も参照されたい。

3 8条4項の規制趣旨（その存在意義）

事業者団体は構成事業者の事業者としての共通の利益を増進するために、構成事業者が遵守すべきルールを定め、これを遵守しない者を除名することができる地位にある。また、構成事業者間の顧客獲得競争を是としない構成事業者の意向を受けて、その定める内部規律ルール違反という名目で、構成事業者間の顧客獲得競争を不当に制限しようとする場合が見られる。そして、事業者団体の活動に参加することが、その分野で事業活動を展開する上で必要性が高いものであればあるほど、事業者団体が構成事業者間の顧客獲得競争を制限しないよう監視する必要が高まることも当然の理である。

また、専門職団体においては、弁護士会のように強制加入を義務付けられているものや、医師会のようにその活動への参加が医師として活動する上で必要不可欠と認識されているものが多いため、事業者団体がその統制力を利用して構成事業者間で本来自由になし得る顧客獲得競争を制限する行為を禁止する必要が高いといえる。これが、公正取引委員会が、強制加入が義務付けられている専門職団体を特に資格者団体と定義し、1で述べたガイドラインを作成した理由である。このガイドラインは、資格者団体の場合、強制加入制度がとられていることで、「競争に与える影響が一層大きなものとなる」との見解をあえて規

定しており、これが、公正取引委員会により、これまで専門職団体による 8 条 4 号違反事件が数多く摘発されてきた背景である。

一般の事業者団体では、団体の統制行為に不満があれば脱退することができ、それでも事業者としての活動は継続できることが多い。また、近年独禁法の重要性に関する経済社会の認識が高まり、事業者団体が競争制限への関与を避けるようになってきたこともあり、事業者団体による構成事業者に対する統制力の不当な行使として独禁法上問題にすべき事案が減少してきたものと考えられる。

カルテルの場合には、3 条後段違反行為として規制することができることから、8 条 1 号により規制する必要性は低下してきたといえるが、事業者団体による構成事業者に対する統制力の不当な行使は、3 条前段または後段違反として規制することの困難な問題である。ここに、8 条 4 項の今日的存在理由があるといえるのである。

4 これまでの審決例に照らした検討

最近における専門職団体に関する 8 条 4 号違反事件審決例を見ておく。その特色は、事業者団体が正当な目的で行っている活動（の一部）が、構成事業者間の自由な顧客獲得活動を制限していることを問題とする点である。

医師会にかかる事件には、病院の開設・増床を制限する行為を問題にしたものが多いが、浜北医師会事件（平成 11 年 1 月 25 日勧告審決・審決集 45 巻 185 頁）のように、広告規制を問題にしたものもある。

浜北医師会事件は、「かねてから、全体会等において、医療機関相互の広告活動による患者の争奪を防止する等のため、会員の広告方法について検討してきたところ」、看板以外の広告と看板に分けて、その利用を制限することを内容とする「浜北医師会広告自粛規程」を定め、これを実施した行為が、8 条 4 号に該当するとされた事例である。

三重県社会保険労務士会事件（平成 16 年 7 月 12 日勧告審決・審決集 51 巻 468 頁）は、同じく専門職の団体である被審人が、「かねてから、倫理規程 6 条に規定する広告活動の制限条項及び 8 条に規定する業務侵害の禁止条項に基づき、会員のダイレクトメール、ファクシミリ等による広告活動を制限するとともに、会員に他の会員の顧客を獲得しないように求めてきた」ところ、その全国団体が都道府県社会保険労務士会倫理規定準則を改訂したことを受けて、上記の条項を削除することを決めたものの、「今後も従来のとおり」とすることを確認した行為が、8 条 4 号に該当すると認定された事案である。

以上から明らかなように、事業者団体が構成事業者間の顧客獲得活動やその重要な手段となる広告活動を制限する行為は、本来自由であるべき顧客獲得競

争を制限する効果が大きく、これを規制する必要があることは明らかである。また、業務侵害の禁止という名目で、他の会員の顧客には手を出さない（既存顧客の争奪禁止）ようにする行為も、専門職団体では見られがちな行為であり、これを独禁法に基づき規制する必要があることは明らかである。

以上の法理を弁護士会に当てはめてみると、審決例こそ存在しないが、浜北医師会事件、三重県社会保険労務士会事件と同様の行為が各弁護士会において行われた場合、これが8条4号違反に該当することは言うまでもないことである。特に注目すべきは、これらの事件が倫理規程違反という口実の下に行われていたという点であり、また、規程上は削除するものの、引き続き従来のとおりとすることを確認するという形で（事実上の行為として）行われていたことが、8条4号違反に該当するとされた点である。

弁護士会は強制加入とされていることから、その間連市場における地位が強く、そのルールに従わないという選択肢は会員にはないに等しい。そして、倫理規程違反という口実で、実際には会員間の顧客獲得競争を制限する行為、あるいは、会員による顧客獲得行為を妨害しかねない行為が見られた場合、これを是正させ本来の自由な競争を回復させるには、独禁法8条4号によるしかないことも明らかといえる。

したがって、弁護士会による倫理規程の運用の実態が、本来自由に行われるべき会員間の顧客の獲得競争を制限するものと評価される場合には、これを8条4号違反として規制することが必要不可欠とされているのは当然というべきである。だからこそ、上記ガイドラインは、「資格者団体が行う活動については、会員の機能又は活動を不当に制限し…ないよう十分注意する必要がある」と規定しているのである。要するに、専門職団体による自主規制であれば独禁法の適用が除外されるかのごとき議論は今日到底許されるものではなく、むしろその市場において占める重要な地位にかんがみ、8条4号の厳正な適用こそが強く求められるのである。

(8) 日本における同業者団体規制の格別の重要性を下級審が理解していないこと、最高裁が規範を示す必要があること

日本では、同業者団体が戦時中を中心に経済活動において重要な地位を占めてきたという過去があり、そのため、独禁法とは別に事業者団体が制定され、同業者団体による競争制限を規制したという歴史があり、事業者団体の廃止後は、この規制の重要部分を恒久法たる独禁法8条に移し、事業者団体による統制権限を濫用した競争制限行為を防止することとされたという沿革がある。かかる沿革に照らせば、事業者団体による懲戒権限の行使（団体から会員を排

除する権限の行使) に関しては、独禁法の観点から構成事業者の事業活動が不当に制約されないか(団体の統制権限の濫用がないか) が十分チェックされる必要がある。

弁護士自治の尊重・公権力の行使という弁護士法の観点が重要であることは否定しないが、今日確立した考え方となっている弁護士といえども独禁法の規制に服するという観点もまた重要である。弁護士会に関してはまだ8条適用事件は見られないが、同様の同業者団体である医師会などには審決例があり、また、公取委は、専門職ガイドラインを制定し、独禁法遵守を働きかけている。上告人は、上杉意見書を提出し、上記の点を十分に説明している

しかるに、被上告人らの本訴訟第1審における主張においても、懲戒手続において独禁法が考慮されるものではないことを自認する主張が行われている。すなわち、被上告人一弁は、平成28年1月19日付準備書面14頁において、「本件は独禁法の適用対象とされるべき事案ではない。」「そもそも被告一弁の懲戒手続における各種行為……が「不公正な取引方法」になることはありえない」と述べている。なお、被上告人二弁も平成27年11月10日付答弁書において「弁護士に要請される職務執行の誠実性と品位の保持を保証するために行われる弁護士会の懲戒手続の当否を争う場面においては、独禁法の観点は妥当しない。」と述べるなど、弁護士会の懲戒手続では、一般的に、独禁法と公取委の専門職ガイドラインを無視した運用が行われていることが明らかになっている。

にもかかわらず、原判決・地裁判決はかかる重要な論点の指摘の意味を理解せず、弁護士法の観点にのみ配慮した最高裁判決に依拠し、懲戒手続に独禁法遵守義務がないかのような判決を下している。原判決が引用する最判は、弁護士会と独禁法違反の関係については何も述べていないにもかかわらず、それが独禁法上の問題についても先例として使用されているので、最高裁は、独禁法が弁護士会という同業者団体にも適用されることを前提に、今後の下級審の法運用の規範となる判断を示すことが不可欠である。

以下に、上杉意見書の関係箇所を抜粋する。

2 独禁法に8条が設けられている趣旨

独禁法は、8条において、事業者団体による違反行為を掲げ、これを禁止している(1号から5号まで)。これは、独禁法がその制定にあたり参照された米国反トラスト法には見られない条文である。その理由は、わが国では、戦時下の経済統制の手段として、各種の私的統制団体が利用され、わが国経済において重要な地位を占めてきたことにある。

戦後独禁法を制定する際に、この重要な地位を占め、かつ、各事業分野に張

り巡らされた事業者団体を特に規制する必要があると考えられたために、事業者団体法（昭和 22 年法第 191 号）が制定され、特に厳格な規制を及ぼすこととされた。また、独禁法の附則 5 条が私的統制団体に関する規定を置いたのも、このようなわが国経済に占めてきた事業者団体の活動の重要性に照らし、特に要請されると考えられたためであった。

事業者団体法がその枠割を終えて 1953 年に廃止された際に、その一部が 8 条 1 号から 5 号の規定として独禁法本体に取り込まれ、事業者団体による競争制限行為を独禁法に基づき引き続き禁止するとされた。これは、事業者団体の活動の規制が戦後の経済改革に必要な一時的な問題にとどまらず、一般的に規制することが必要な問題と認識されたためであった。

事業者団体による競争制限行為は 2 つのタイプがある。1 つは、事業者団体が構成事業者によるカルテルを主導する場合であり、これを規制するのが 8 条 1 号である。それ以外に、事業者団体が構成事業者間で自由に行われるべき顧客獲得競争を制限するという問題がある。これを、構成事業者の数を制限する（加入を制限する）形で行う場合を規制するのが 3 号であり、構成事業者の「機能又は活動を不当に制限する」形で行う場合を規制するのが 4 号であり、構成事業者と他の事業者（非加盟の事業者）との取引関係を制限する（構成事業者に対して不公正な取引方法に該当する行為をさせる）形で行う場合を禁止するのが 5 号である。これらは、いずれも、事業者団体が有する構成事業者に対する統制力（一定のルールを定めて、これを構成事業者に遵守させる力）が、市場における競争を制限する形で行使されることを問題とするものである。

私的統制団体が重要な地位を占めていた時期に形成された、団体の指示どおりに活動すれば円滑に事業活動が遂行できるというマインドが多く、事業者に形成されたことの影響も大きく、また、関連事業者のほとんどが参加する事業者団体も数多く存在し、また、製品分野ごとに細分化された事業者団体が重層的に存在することも、わが国の特色といえる。このため、公正取引委員会では、事業者団体による競争制限行為を規制する必要性が大きいと考えられてきた。

公正取引委員会は、1970 年代を中心に数多くの 8 条各号違反事件を摘発し、一時期は 3 条違反事件数よりも 8 条違反事件数の方が上回る時期が長く続く事態が見られた。事業者団体がカルテルを主導する場合については、これを構成事業者間のカルテルとして規制することができるため、近年ではほとんどの事案につき 3 条後段違反事件として処理されるようになっている。

また、事業者団体の活動の適正化が図られたことから、一般の事業者団体による 8 条 3 号・4 号・5 号違反事件数も大きく減少し、近年における公正取引委員会により 8 条違反事件の摘発は、もっぱら専門職団体による 8 条 4 号違反事件に限られている感がある。

(9) 公権力の行使に関わる法解釈では差止めの機会が保障される法解釈が求められること

原判決は、いずれの段階から公権力行使の段階に入るかを明らかにしていないが、懲戒請求について綱紀委員会の議決が出された以降の救済は、行訴法上の抗告訴訟により争うべきとし、綱紀委員会の議決の前であれば、独禁法 24 条に基づく差止請求を行うことができると解するもののようである。しかし、請求対象者にとって綱紀委員会がどう判断するかの予測は困難であるから、綱紀委員会の議決がなされて初めて救済の必要性が理解されることも多いし、この段階で、24 条訴訟を提起したとしても、「著しい損害を生じまたは損害を生じるおそれ」はその時点では生じていないと裁判所に判断される可能性が高い。したがって、綱紀委員会の議決により具体的な懲戒手続に入ることを決定する段階が唯一 24 条訴訟の提訴要件が満たされる時点であり、この時点以降における民事請求を否定することは、独禁法 24 条による差止請求という救済を実質的に否定することになる。すなわち、差止めの機会の保障という観点からは、①懲戒処分前の段階は、公権力の行使は行われていないとして、民事訴訟を認めるべきであり、②綱紀委員会の議決により具体的な懲戒手続に入り、公権力の行使段階に入ると解する場合は、公権力の行使局面に入る段階での違法は、公権力の行使以前の段階の違法というべきであり、したがって、民事の差止請求(24 条訴訟)によることが認められると解すべきであり、原判決は法解釈の方がある。

仮に、②において、差止め請求は認められないとしても、公権力の行使段階に入る決定の違法については、民事上、違法確認請求が認められると解すべきであり、差止め請求が不適法としても、一弁決定の違法確認まで、不適法と解する理由はなく、原判決が違法確認請求まで不適法とするのは、法解釈の違法がある。

なお、懲戒請求により直ちに公権力の行使段階に入ると解する解釈はありえない。かかる解釈は、第 1 審判決、原判決が、綱紀委員会手続に基づく決定を予備的なものと位置付けている考え方と整合しない(原判決も懲戒請求後ただちに公権力の行使局面に入るとは考えていないと思われる)。また、綱紀委員会手続は、綱紀委員の氏名すら公表されず、違反被疑事実の告知もなく議決が下されること、行政庁のように請求(申立て)を受けて自ら調査を行う仕組みではないなど、到底、行政庁の公権力の行使とは言い難い不透明さで運用されている(下記Ⅳ. 3 を参照)からである¹。

¹ みなし公務員の規定(72条の3第4項)は、刑事法の罰則の適用に関する特別な取り扱いを定めるにとどまるものであり(条解弁護士法350頁、35条の解説)、公権力の行使

いずれにせよ、かかる論点に関しても、独禁法8条4号と差止請求制度(24条訴訟)が規定されていることに配慮した規範が示される必要がある。

(10) 24条訴訟と行訴法上の差止めの訴えの要件の違いからも24条訴訟による差止の機会が保障される必要があること

行訴法上の差止めの訴えは、「一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる。ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない。」とされている。これによれば、24条訴訟という「他に適当な方法がある」場合に当たるとして、行訴法上の差止めの訴えが提起できないと解する余地もある。

また、行訴法では、「重大な損害を生ずるおそれがある場合」と規定しているので、この要件で市場に与える損害を考慮することができるかという疑問があり、24条訴訟を認めないと、市場に生じる損害が考慮されないことになるという問題もあると考えられる。

(11) 原判決と上告人の24条訴訟等の射程の違い

独禁法に基づく差止請求と行訴法上の差止めの訴えの射程に関する原判決と上告人の主張を対比すると、下表のとおりである(網掛け部分が相違点である)。

	懲戒請求が独禁法の権利利益が関係しない懲戒手続の場合	独禁法の権利利益を侵害する懲戒請求の場合	懲戒処分権限を背景として行われる事実行為
原判決の考え方	懲戒処分の取消訴訟—○	懲戒処分の取消訴訟—○	懲戒処分の取消訴訟—×
	懲戒処分の差止訴訟—○	懲戒処分の差止訴訟—○	懲戒処分の差止訴訟—×
	24条訴訟—×	24条訴訟—×	24条訴訟—○
	国賠法による損害賠償請求—○	国賠償による損害賠償請求—○ 25条・709条その他による損害賠償	国賠償による損害賠償請求—×
			25条・709条その他による損害賠償

段階に関する解釈の手掛かりとなるものではないことはもちろんである。

		請求—×	請求—○
上告人の主張する 解釈	懲戒処分の取消訴 訟—○	懲戒処分の取消訴 訟—○	懲戒処分の取消訴 訟—×
	懲戒処分の差止訴 訟—○	懲戒処分の差止訴 訟—○	懲戒処分の差止訴 訟—×
	24 条訴訟—×	24 条訴訟—○	24 条訴訟—○
	国賠法による損害 賠償請求—○	国賠償により損害 賠償請求—○ 25 条・709 条その 他による損害賠償 請求—○	国賠償による損害 賠償請求—×
			25 条・709 条その 他による損害賠償 請求—○

2 注意義務懈怠と市場に現に生じている影響から独禁法 8 条 4 号の不当性が基礎づけられること

(1) 被上告人一弁の注意義務懈怠は、法廷での主張から明らかになっていること

懲戒請求に関する法令遵守は、弁護士会およびその内部機構である綱紀委員会の職責であり、事業者団体である弁護士会は、独禁法 8 条・公取委の専門職ガイドラインに注意して、懲戒手続を運用する法令遵守に関する注意義務を負っており、また綱紀委員・懲戒委員は個人としても善管注意義務を負っている。

したがって、取引妨害になりかねない懲戒請求があった場合（相手方の弁護士による弁護活動を遂行し難くさせるおそれがある場合など）には、独禁法に違反しないよう十分考慮して、懲戒手続を進めることが委員の注意義務・事業者団体の法令遵守義務として求められる。本件では、通報対象者の代理人から通報者の代理人に対する懲戒請求があったことから、これが通報妨害を目的として利用されていることが客観的に予測できるのであり、綱紀委員会が議決の是非を検討する段階で、懲戒手続を進めることが、「構成事業者の…機能及び活動を不当に制限すること」に該当しないか十分検討した上で判断すべき義務があり、綱紀委員会の議決は、その注意義務を尽くさずになされ、一弁決定も独禁法 8 条に関する注意義務を懈怠してくだされたものである。

さらに、すでに上記 1 (8) で指摘したように、被上告人一弁は、平成 28 年 1 月 19 日付準備書面 14 頁において、「本件は独禁法の適用対象とされるべき事案ではない。」「そもそも被告一弁の懲戒手続における各種行為……が「不公

「正な取引方法」になることはありえない」と述べている。なお、被上告人二弁も「弁護士に要請される職務執行の誠実性と品位の保持を保証するために行われる弁護士会の懲戒手続の当否を争う場面においては、独禁法の観点は妥当しない。」と述べており、弁護士会の懲戒手続では、一般的に、独禁法に対する遵守義務、注意義務を懈怠した運用が行われていることが明らかになっている。

最高裁は、同業者団体による競争制限という独禁法上の問題が存在する場合には、弁護士会は、懲戒手続においては、独禁法の観点は極めて重要であり、独禁法遵守義務を尽くしたうえで(独禁法違反とならないことを確認したうえで)懲戒手続を進行させなければならないとの規範を示す必要がある。

(2) 本件はより具体的な注意義務が生じ、その懈怠が明らかになっている事例であること

なお、公益通報の妨害を行ったのは、懲戒請求者または懲戒請求者代理人であり、弁護士会が取引妨害をしたものではなく、弁護士会は単に請求を受けて手続きを進めただけという抗弁が考えられるが、失当である。弁護士会が有する会員弁護士の統制権限が綱紀委員会による議決という形で行使されることがなければ、弁護士業務を妨害する効果が生まれることはない。強制加入の団体である弁護士会が市場支配力を有するからこそ、その行為から妨害・排除効果が生まれるのである。懲戒請求をすることも取引妨害(国民の弁護士に対するアクセス妨害)に対する原因力ではある(条件関係はある)ものの、それは、弁護士会の市場支配力を利用する行為であり、市場支配力を有する弁護士会が独禁法問題を考慮せずに懲戒手続を運用していなければ、取引妨害効果が生まれることはない。市場への悪影響は事業者団体の懲戒手続という職務規定の運用から生じており、事業者団体はそのような悪影響が生じないように職務規程を運用する義務がある。

これに対し、単に手続きを進めることが差止めの原因になるとすれば、弁護士会の懲戒手続に支障をきたすという主張が考えられ、被上告人一弁が第1審において、独禁法を考慮する必要がないと主張したことは、かかる主張と理解することができるが、この主張は2つの点で誤っている。

第1に、上記(1)で述べた通り、独禁法の遵守は弁護士会およびその内部機構である綱紀委員会の職責であり、被上告人一弁の本訴訟第1審における主張を見れば、被上告人一弁の懲戒手続では、一般的に、独禁法に対する遵守義務、注意義務を懈怠した運用が行われていることが明らかになっている。加えて、本件では、通報対象者の代理人から通報者の代理人に対する懲戒請求があったことから、これが通報妨害を目的として利用されていることは、通常尽くすべ

き注意義務を果たしていれば、十分に認識できる。

第 2 に、独禁法 8 条の規定に違反してはならないとの注意義務は一般的な注意義務であり、個別の懲戒請求に対応する上でそこまでの注意義務があるとはいえないとしても(そのように解すべきではないが)、本件では通報対象者の代理人から通報者の代理人に対する懲戒請求があったのであり、上告人は懲戒請求に対する答弁書においてそれが通報妨害目的での利用であることを強く主張しているのであるから、綱紀委員は本件につき懲戒手続を進めることが、独禁法違反して顧客獲得競争を阻害する可能性があること、及び懲戒手続を進めることで懲戒手続が私益の追求に利用され、弁護士会が通報妨害に関与することになる可能性があることを認識し、認識すべき状況に至っていたといえる。すなわち、本件では、通常の事例に比べより具体的な注意義務(具体的状況に照らして、より独禁法に注意しなければならない注意義務)が生じているという特段の事情がある。

すなわち、本件では、上告人越知の懲戒請求に対する答弁書(甲 Ab 3 の 1)の冒頭で、本件懲戒請求が上告人越知を辞任させ、上告人越知と上告人 X2 との委任関係を終了させるために行われたと具体的に主張しており、36 頁以下では、上告人越知の弁護士業務活動は弁護士倫理と法の正義の観点に合致する行動であり、制約されるべきではないこと、上告人 X2 の弁護士を選択する権利が害されてはならないこと、上告人越知に対し、まず辞任を請求したこと(甲 B 甲 3 の 19)、上告人越知が、日弁連調査室で学校法人の代理人であったものが、契約を解除された後に、通報者を代理することが可能であることの確認を得、その旨を懲戒請求者にも伝えて辞任を拒否した(甲 B 甲 3 の 21)ために懲戒請求に及んだ事例であることを詳細に主張し、それを裏付ける証拠も提出している。さらに、末尾では、濫用的懲戒請求や弁護士倫理違反を脅しに使う通報者の代理人を辞任させ、通報者を孤立させることは、化学兵器や細菌兵器を使うようなもの(おきて破りの攻撃防御)であるとまで述べている。また、弁護士会は内部告発に対する懲戒請求の濫用的な行使を抑止するためのガイドラインの設定、このような懲戒請求が行われる場合には相応の担保金を徴収し、懲戒請求が濫用的であったと判断される場合には、これを没収し対象弁護士に対する損害賠償に補填するなどのルールを早急に策定することが強く望まれるとも主張している。このように、本件では依頼者の弁護士に対するアクセスの妨害(顧客獲得競争の妨害)、通報妨害に利用する目的で(私益の実現の目的で)懲戒請求が行われたものであることが具体的かつ詳細に主張され、上告人に対して手続を進めることが問題であることを具体的に主張しているのである。

これに対し、綱紀委員会の上告人越知に対する事情聴取では、上告人越知が答弁書で指摘したこの問題につき何ら質問されることはなく、一弁決定でも、

独禁法上の問題の有無を検討したことがうかがわれる記載はない。懲戒請求者の主張に関する判断である一弁決定 57 頁には、上記の視点、独禁法 8 条 4 号に関する解釈はもとより、懲戒請求者の不正の目的についての指摘に関する検討も説示も全くない。

以上のような経緯に照らせば、本件では、一弁が単に請求を受けて手続きを通常どおり進めたという状況ではなく、一弁は、上告人の懲戒請求に対する答弁書により、本件につき懲戒手続を進めることにより、法令違反(独禁法違反)が生じ得ること、あるいは、懲戒手続が通報妨害の目的に利用される可能性が高い状況にあること、その結果、構成事業者の事業活動を不当に制限するおそれがあることを認識し、認識すべき状況にあったといえる (甲 B 甲 11 は、上告人 X2 にとって、上告人越知の受任が死活的に重要であることを証する証拠である)。すなわち、本件では、具体的状況に照らして、より具体的な注意義務が生じているという特段の事情もあり、その懈怠がある。

その結果、本件では、一弁決定が懲戒請求者に送達された直後に、その決定が学園と通報者の間の民事訴訟の証拠として、証拠申し出がなされ、同時に提出された準備書面において、懲戒請求者は通報者代理人・上告人越知と訴外 F 弁護士に対して代理人の辞任を要求している。

そして、これを受けて F 弁護士は直ちに辞任しており、依頼者の弁護士に対するアクセスの侵害は現実のものとなっている。また、弁護士越知は、所属事務所からの退所を余儀なくされ、弁護士業務活動に重大な制約を受けている。

さらに本件では、民事訴訟の第 1 審判決・控訴審判決において、一弁決定に基づき、懲戒請求には理由があり、妨害に当たらないという判断が行われており、一弁決定は、民事訴訟の判断に影響を及ぼし、上告人らに著しい不利益をもたらしている。

これは、会員を排除・除名する権限を有することで市場支配力を有する弁護士会が、その権限の行使において弁護士間の顧客獲得競争を阻害してはならないという独禁法順守の義務があり、それが私益の追求目的で濫用されないかに関し、具体的な注意義務が生じているのにその注意義務を懈怠したために、案の定、一弁決定が直ちに通報妨害という目的で利用され、弁護士間の自由な顧客獲得競争に影響を与え、上告人らに回復しがたい不利益を与えたことを意味する。またこのことは、弁護士会による懲戒処分がまだ行われていない段階でも、独禁法で課された規範に対する注意義務を欠く結果、市場に悪影響が生じることの証明でもある。

まさに、独禁法違反によって発生する独禁法に関する権利利益の侵害は、懲戒処分から生じる権利利益の侵害とは別に発生することが上記の経緯から裏付けられているものであり、独禁法 24 条で認められた民事的救済手続による救済

を排除すべきではないのである。

(3)独禁法上の固有の利益は認められるが、それは、これからの懲戒手続で参酌すればよいとの判断もあり得ないこと

独禁法上の固有の利益は認められるが、それは、これからの懲戒手続(あるいは抗告訴訟)で考慮すればよく、差止めの必要性・緊急性がないという判断もあり得ない。上告人の懲戒請求に対する答弁書の主張内容に照らせば、本件請求につき懲戒手続を進めることが、通報事件の妨害目的で利用されるおそれがあることを懲戒委員は認識すべき状況に至っていたのであるから、独禁法 8 条を遵守するという注意義務に違反してなされた一弁決定は違法であり、それが利用されることにより、現に排除効果という悪影響が市場に生じているのである。このように現に市場に生じた悪影響があるのに懲戒手続をそのまま進めることは、懲戒委員会の決定の時点まで市場に生じた悪影響が継続することを容認することになり、上告人や通報者が受ける損害は拡大するばかりである。

このような場合まで公権力の行使にあたるとして懲戒処分を集約させて争わせることは、懲戒処分を公権力の行使として争わせることの正当性を疑問視させることになる。本件では、通報事件の妨害目的で利用されることが知りえなかったといえるような状況ではなく、それを認識すべき状況(上告人に著しい不利益を与えることを認識すべき状況)にあったにもかかわらず懲戒手続を進めたのであるから、懲戒手続の進行を差し止めるか一弁決定の違法が宣言されることによるほか救済できない問題である。特に、本件では、一弁決定後それが民事訴訟を有利にする目的で具体的に利用され、その結果、上告人らに回復しがたい損害を生じたのであり、その点からも、一弁決定の違法性を確認し、手続きの進行を差し止める必要がある。

(4)注意義務に関する上記の主張は、控訴理由書の請求原因を簡素化するものであること

上告においては、上告人の第 1 審・控訴審段階での主張が、一弁が一般的に独禁法を遵守しない形で職務規程を運用することそのものの差止めを求めているかのように主張したことについては、上記のように、本件の手続きの差止め限定する主張に改め、一般的な独禁法遵守義務があるという理由だけでなく、本件懲戒請求に対する上告人の答弁書の具体的記述から、それが通報妨害に利用されることを知り得たのであるから、独禁法違反の疑いがないかについてより具体的な注意義務があったことを強調するものである。この点は、控訴審で

も主張していないものではなく、控訴理由書第3の3(1)(2)で記載されている。控訴理由書では、その他の被上告人らの職務規程の運用まで請求原因として主張したため、請求原因が不必要に複雑化していたので、上告においては、請求原因についての主張としては、3(1)(2)に絞って主張し、ただ、控訴理由書第3の3(3)以下で問題にした懲戒制度に関する弁護士会の運用の不備の問題は、最高裁が本件で独禁法遵守に関する規範を示すことが、今後の弁護士会による職務規程の運用を是正するものであることを示す背景事情・間接事実として、IVで論じることとする。

3 職務規程の解釈に関する合理的裁量を認めた最判は、独禁法違反が問題となる事件については適用されないことを判示する必要があること

原判決は、差止めの訴えを許容する点では大きな前進であるが、傍論ではあるが、懲戒処分に対する裁定に対して東京高裁に訴訟提起された場合の審理の基準について、弁護士会の懲戒委員会の処分決定において合理的裁量が働くとした最高裁判決平成18年9月14日が適用され、綱紀委員会の議決が合理的裁量の範囲に属する場合には、差止めの訴えが棄却される余地があるかのように判示している。この説示は、24条訴訟に比べ、行訴法による抗告訴訟の救済が狭くなってもやむを得ないとするかのように読み取れる。

しかし、上記最判は、職務規程の解釈問題に関する判示であり、職務規程が事業者団体の内部規則の運用に関する争訟にとどまる場合を前提にしている。したがって、同最判が本件のような独禁法違反が問題となる事例・市民法秩序に影響が生じる場合に適用することは想定されていない。最高裁は、独禁法違反が問題になる本件に上記最判の射程が及ぶものではないこと、独禁法上の権利利益の侵害(独禁法違反)について、行訴法による差止めの訴えによるべきとの解釈をとる場合には、差止めの訴えにおいて24条訴訟によると同じ救済が得られることを明確化する必要がある。

この点は、懲戒処分取消訴訟を東京高裁に提起する場合も同じであり、前記最高裁判決の射程が、独禁法違反・弁護士会の独禁法遵守義務違反が問題になる場合には及ばないことを明確にし、独禁法違反、独禁法遵守義務違反がある場合の規範を明らかにする必要がある。

かかる規範が明らかにならない限り、差止めの訴えによったとしても、下級審は、従来の最判に依拠し、独禁法の権利利益の侵害を考慮しない判断を繰り返す可能性があり、早期に最高裁が独禁法の権利利益の侵害・独禁法遵守義務の懈怠が問題になる場合の規範を示す必要がある。

しかも、本件のような通報妨害の目的での懲戒請求の利用は、人権侵害にも

つながる問題であるから、かかる観点からも裁量権の行使には制約があると解すべきであり、かかる観点についても最高裁による解釈を示すことが望まれる。

4 公権力の行使であることを前提にしても一弁決定は違法あるいは無効なものであること、したがって、原判決は取り消されるべきであること

一弁決定が、公権力の行使たる行政処分(あるいは公権力の行使の前段階の公的処分)であるとしても、独禁法8条は適用され、独禁法に対する注意義務を欠いたことは、綱紀委員の善管注意義務であり、一弁の法令遵守義務違反であること、それにより市場に悪影響が生じており、8条4号に違反する事態となっていることに変わりはなく、一弁決定は違法である。弁護士会の合理的裁量が働くことを前提としても(そのような解釈は誤りと考える)、通報妨害目的で懲戒請求が行われた疑いがあることが、懲戒請求に対する答弁書において具体的に主張されているのにこれを考慮せずに決定を行ったことは、考慮すべき点を考慮しないという裁量権の逸脱・濫用の典型的な場合に当たるから、裁量権の逸脱・濫用に当たり、綱紀委員会の議決・一弁決定は違法であり無効である。

また、公権力の行使手続に重大かつ明白な手続的瑕疵が存在する場合、手続は無効であるから、本件では、綱紀委員会の議決とそれを承認した一弁決定には、独禁法に関する法令遵守義務違反という重大かつ明白な瑕疵が存在するので綱紀委員会の議決とそれを承認した一弁決定は違法であり無効である。

。
したがって、懲戒処分を公権力の行使と解し、差止めの訴えによるべきとしても、一弁決定には重大かつ明白な手続的瑕疵と裁量権の逸脱濫用があるので、懲戒処分が差し止められるべき事例であることが、すでに本訴訟によって明らかになっている。

そのような状況であることを踏まえると、すでに述べた通り、民事訴訟によることが弁護士法に反すると解すべき理由はないので、原判決を取消し、本訴訟で、一弁決定が違法・無効であり、上告人越知に対する懲戒手続の進行を差し止めるとの本件請求を認容すべきである。

5 差止・違法確認請求に関する請求原因事実のまとめ

(1) 差止請求

(事業者団体の行為があること)

懲戒請求者と対象弁護士の依頼者は、公益通報をめぐる紛争の当事者であ

る。懲戒請求者は、上告人越知に対し、まず辞任を請求し(甲B甲3の19)、上告人越知が、日弁連調査室で学園の代理人であったものが、契約を解除された後に、通報者を代理することが可能であることの確認を得、その旨を懲戒請求者にも伝えて辞任が拒否されると(甲B甲3の21)、懲戒請求に及んだ。平成27年9月8日、一弁綱紀委員会は、懲戒相当との議決を行い、一弁がこれを決定し、一弁懲戒委員会の懲戒手続が開始された。

(一弁決定により構成員の事業活動・市場に生じた結果)

一弁決定の写しを受領した懲戒請求者は、上告人越知・相代理人であるF弁護士に対する辞任を要求したことにより、F弁護士は直ちに辞任しており、依頼者の弁護士に対するアクセスの侵害は現実のものとなっている。

また、弁護士越知は、所属事務所からの退所を余儀なくされ、弁護士業務活動に重大な制約を受けている。

さらに、本件では、一弁決定が民事訴訟に決定的影響を及ぼし、上告人らに回復しがたい損害を生じている。一弁決定は、すでに弁護士業務市場・弁護士顧客獲得競争・市民法秩序に重大な影響を与えている。

(不当性・正当化事由の不存在)

市場への悪影響は一弁決定により発生するのであり、一弁は、そのような悪影響が発生しないよう注意義務を負う。独禁法に関する法令遵守という注意義務を懈怠している以上、不当性が基礎づけられる。

紛争の当事者、それも通報を受けた相手方代理人からの懲戒請求であれば、懲戒手続を進めることによる独禁法8条違反・通報妨害の疑いに関する注意義務を負うのは当然である。

しかるに、被上告人らの本訴訟第1審における主張において、「本件は独禁法の適用対象とされるべき事案ではない。」「そもそも被告一弁の懲戒手続における各種行為……が「不公正な取引方法」になることはありえない」と述べ、注意義務を一般的に懈怠していることを自認する主張をも行っている。

さらに、本件の事実関係により一弁には具体的な注意義務が発生している。依頼者の弁護士に対するアクセスの侵害(顧客獲得競争の侵害)、通報妨害という私益の実現に利用する目的で懲戒請求が行われた疑いがあることが、懲戒請求に対する答弁書において具体的に主張されている。一弁は、本件につき、上告人が主張した問題を見做して、懲戒手続を進めることにより、法令遵守義務違反(独禁法遵守義務違反)が生じ得ること、あるいは、懲戒手続が通報妨害の目的に利用される状況にあったことを認識し、認識すべき状況にあったといえる。

また、綱紀委員会の上告人越知に対する事情聴取では、上告人越知が答弁書で指摘した問題は、何ら質問されることはなく、一弁決定が、独禁法上の問題の

有無を検討したことはうかがわれない。

不当に構成員の事業活動を不当に制限したといえる(独禁法遵守義務の懈怠が8条4号に該当する)。

(差止めの要件：著しい損害)

一弁決定は、民事訴訟で利用され、上告人越知は、F 弁護士 の辞任により、一人での代理活動を余儀なくされ、所属事務所の退所を余儀なくされ、民事訴訟への悪影響を生じており、著しい損害を生じ、拡大させている。

本件では、通報事件の妨害目的で利用されることが知り得なかったといえるような状況ではなく、それを認識すべき状況(上告人に著しい不利益を与えることを認識すべき状況)に至っていたにもかかわらず、一弁決定が行われたのであるから、重大かつ明白な瑕疵が存在し、無効である(差止めの訴えによるべきとしても、重大かつ明白な手続的瑕疵と裁量権の逸脱濫用により、懲戒処分 の差止めが認容されるべき事例である)。

(差止請求の対象であること) (控訴理由書 27 頁以下を参照)

なお、差止請求を規定する 24 条は、「不公正な取引方法」に限定して差止請求権を規定しているが、不公正な取引方法は、各種の独禁法違反行為の手段となる場合を禁止するものが多く、例えば、排除型私的独占事件においては、排除行為が、「不公正取引方法」に該当すると評価される場合も多く存在する。この場合、私的独占事件であるからといって差止請求権が否定されるべきではなく、排除行為が、「不公正取引方法」に該当すると評価される場合においては、差止請求権が肯定されると解されている。(甲 Af1 上杉意見書・根岸哲編「注釈独占禁止法」577-578 頁参照)

同様に、8 条 4 号に規定する、「機能又は活動を不当に制限する」という要件に関する事案においても、その実現に向けて行われる行為が取引妨害などの「不公正な取引方法」に該当すると評価できる場合においては、24 条による差止請求権が肯定されるべきことになる。本件は、通報妨害、取引妨害にかかる事例であり、差止請求の対象となる。

仮に 8 条 4 号による差止請求が認められない場合でも、5 号によって差止請求権が発生する(控訴理由書 29 頁を参照)。被上告人一弁は、綱紀委員・懲戒委員に会員弁護士の取引を妨害するようにさせていた(取引妨害の効果が生じる議決を放置していた)ものであり、これに対して事業者団体たる一弁は、当該議決を承認する決定を行っているのであるから、取引妨害(一般指定 14 項違反)をするようにさせていたものに当たる。

(2) 違法確認請求

(i) 差止請求は公権力の行使であり、民事請求により認められないとしても、あるいは、(ii) 差止請求の要件を充足しないとしても、一弁決定という事業者団体の行為は、独禁法に関する法令遵守についての注意義務を懈怠して行われたものであるから、違法である。一弁決定の独禁法遵守義務違反が確認されることにより、懲戒手続の進行は不可能になるので、確認の利益がある。独禁法遵守義務を欠いた職務規程の運用こそが紛争の本質的問題であり、独禁法遵守義務違反による違法確認は、紛争の抜本的な解決になるので、かかる観点からも確認の利益が存在する。

原判決は、差止請求が不適法である場合には、違法確認請求も不適法であるとするが、原判決の論理で差止めが認められないのは公権力の行使であり、民事訴訟によることが不適法とされるからであるが、原判決は、一弁決定それ自体は、行政処分と解していないのであるから(また、そのように解すべきでもない)、民事訴訟による確認請求は適法なはずである。一弁決定により、公権力の行使段階に進むのであれば、公権力の行使段階に入る決定はいまだ公権力の行使ではないから、原判決の論理によっても違法確認は適法である。

6 原判決は、損害賠償請求についても懲戒処分による権利利益の侵害と独禁法違反による権利利益の侵害を混同していること

損害賠償について、原判決は「(綱紀委員会により) 議決されても、これにより対象弁護士が権利利益が侵害されることはないというべき」としたが、原判決はここでも懲戒処分による権利利益の侵害と独禁法違反による権利利益の侵害を混同している。

すなわち、原判決は、本件の損害を懲戒処分により被る対象弁護士の損害に限定して考えているが、独禁法違反によって生じる不当な事業活動の制限という損害は、懲戒処分がなされる前でも生じ得る損害であり、上告人はそのことを控訴理由書の冒頭から強調し、独禁法違反による権利利益の侵害が生じていると主張しているのであるから、これについて何らの検討・判断もせずに「特段の事情があるとは言えないことは明らかである」として請求を棄却した原判決は、独禁法違反による権利利益の侵害が懲戒処分による権利利益の侵害とは別個に発生していることを理解しないものであり、法解釈の違法がある。

また、原判決は「綱紀委員が通常尽くすべき職務上の注意義務を怠り、一弁決定をしたと判断すべき事情を求めるに足りる証拠もない」とするが、独禁法を遵守する義務に関し、明確に独禁法を考慮する必要がないと主張され、独禁法に関する法令遵守義務の懈怠を示す明らかな証拠があり、一弁決定においても独禁法に配慮したことは何らうかがわれないにも関わらず、かかる認定が行

われることはありえない。事業者団体として「通常尽くすべき注意義務を懈怠していること」、「本件の具体的状況に照らして、注意義務を懈怠していること」は、上記 2 で詳細に述べた通りであり、独禁法 8 条によって事業者団体に課されている法令上の義務に関する注意義務について、法解釈の違法がある。

仮に、公権力の行使を前提とした国賠請求として考えても、綱紀委員会の議決・一弁決定には、独禁法を遵守せずに決定を行っているという綱紀委員の善管注意義務違反、事業者団体である一弁の法令遵守義務違反があり、これが、重大な手続きの違法であり、内容に関しても、弁護士会の合理的裁量が働くことを前提としても(そのような解釈は誤りである)、通報妨害、独禁法違反が具体的に主張されているのにこれに考慮せずに決定を行ったことは、考慮すべき点を考慮しないという裁量権の逸脱・乱用の典型的な場合であるから、裁量権の逸脱・濫用に当たる。発生した損害は前記のとおりであり、国賠請求であっても請求の要件は充足されており、「弁護士の権利利益が侵害されたとする特段の事情があるとは言えないことは明らかである」との判示は誤りである。

加えて、懲戒処分固有の利益を考えても、上告人越知が一弁決定前に、処分長の被疑事実についての見解を聞かされておらず、反論の機会を与えられなかったことは告知聴聞の権利を侵害するものであり甚だしい違法が存在すると主張し(本書面では、IV3 を参照)、被告はこれに何ら答えていない状況にあったのに、被告の職務規程の運用実態についての審理もせず、懲戒手続の運用に違法性はないと判断し、請求棄却としたことは、明白に違法である。

さらに、原判決が言うように、綱紀委員会による議決の段階では弁護士の権利利益の侵害はまだ生まれていないのであれば、損害賠償請求は不適法却下となるはずである。また、訴訟類型の選択の誤りにより、24 条訴訟による差止請求を不適法とするのであれば、損害賠償請求に関しても不適法却下とし、行政訴訟の場で請求を行う余地を残すのが整合性のある法解釈というべきである。これらの点でも、原判決は取り消しを免れない。

7 損害賠償に関する請求原因のまとめ

一弁および綱紀委員会は、独禁法を遵守して職務規程を運用しなければならず、その点は公取委の専門職ガイドラインにおいても明らかにされているにもかかわらず、独禁法の観点からは、職務規程の運用においては関係ないとして、独禁法を無視している。しかも、上告人は懲戒請求に対する答弁書において通報妨害に利用する目的でなされたものであることを強く主張しているにもかかわらず

らず、事情聴取においても、独禁法の問題・通報妨害の問題について何らの調査も行わず、決定においてもこれらの問題に対する注意義務を欠いたまま下されており、重大な法令遵守義務違反がある。これにより上告人らに以下の損害が発生しており、この損害は、懲戒処分から生じる不利益・損害とは別個の損害である。

一弁決定の写しを受領した懲戒請求者は、上告人越知・相代理人であるF弁護士に対する辞任を要求したことに対し、F弁護士は直ちに辞任しており、上告人X2には、通報事件の訴訟遂行活動に重大な不利益を生じているという現実の不利益が発生している。

また、弁護士越知は、所属事務所からの退所を余儀なくされ、弁護士業務活動を大幅に縮小するに至っており、160万円以上の損害が発生している(一部請求)。

さらに、本件では、一弁決定が民事訴訟に決定的影響を及ぼし、上告人らに回復しがたい損害を生じている。

一弁決定は、直ちに弁護士業務市場・弁護士顧客獲得競争・市民法秩序に影響を与えている。その損害額は、360万円を超えるものである。

これらの損害は、一弁の注意義務懈怠に基づく一弁決定によって引き起こされたものであり、上告人らの請求は認容されるべきである。

8 被上告人二弁・被上告人日弁連に対する請求について

被上告人二弁・被上告人日弁連に対する損害賠償請求は、独禁法違反によって直接基礎づけられるものではないとの見方もあり得るが、本件の3つの事件は、独禁法の観点だけでなく、憲法の観点および比較法的に見た弁護士倫理の意義・職務規程の運用の在り方というより幅広い観点からも、懲戒制度に関する弁護士会の運用に不備があり、是正される必要があることを具体的に示す事例であり、最高裁は、原判決のような法律上保護された利益論による訴えの却下が適当な事例ではない。本件の3つの事件を総合的に検討の上、弁護士会の懲戒制度の運用の不備についての説示をするよう求めるものである。Ⅲで憲法の観点、Ⅳで、懲戒制度に関する弁護士会の運用の問題を論じ、Ⅴで、二弁・日弁連に対する請求原因を整理している。

Ⅲ 憲法違反・憲法との整合性

懲戒処分が公権力の行使であると位置づけると、弁護士法の懲戒手続の規定及びその運用は憲法の多数の条項に反する疑いが生じる。この点は、控訴審

結審後に提出した控訴審準備書面3でその重要性を指摘したところであるが、原判決は、それに対する検討を行っていない。この観点は重要と考えるので、その要点を再度述べる。

(1) 強制加入制度は、結社の自由に対する重要な制限である。懲戒されるべき者が懲戒されず、懲戒されるべきでない者が懲戒されるような運用となっている状況が見られる中で、脱退もできず、その運用に従わされることは良心の自由・消極的結社の自由を侵害する疑いがあり、強制加入制度の憲法上の合憲性の基礎を掘り崩すものである。

(2) そのような結社の自由が制限され、脱退の自由もないことは、営業の自由に関する重大な制限でもある。

(3) 懲戒処分が単位弁護士会で決定されれば、即時に効力を生じ、弁護士活動ができなくなる。これは、極めて重大な営業の自由に対する制限である。

(4) 懲戒手続きが開始された場合には、単位弁護士会の移動もできないという意味では、移動の自由も制限している。

(5) 原判決は、綱紀委員会の決定から生じた損害が受忍されるべきものとする。このように解する場合、憲法29条3項の損失補償に反する疑いがある。

(6) 懲戒手続きにおいて、「片腹痛い」とか「笑止千万」などの表現を捉えて、懲戒するものがあり、表現の自由に違反しかねない運用が行われている(この点は、IVでも述べる)。

(7) 以上のような、結社の自由、財産権、営業の自由などについての強度の制限があるにもかかわらず、弁護士法では、行政手続法の適用が排除されており(弁護士法49条の2)、手続の進行に対する規律が存在しない。通常の行政手続きにおける手続的保障についても司法審査を排除する特別の制限が課されている。忌避の制度もなければ、綱紀委員に対する適格性に異議を唱えることもできない(この点は、IVで述べる)。

(8) このように手続的保障が脆弱にもかかわらず、懲戒処分に関しては、東京高裁への処分取消訴訟のみであり、第1審から司法審査を受けることができず、裁判を受ける権利も制限されている。

(9) 弁護士会の懲戒処分が、即時に効力を生じるにもかかわらず、仮の差し止めといった仮救済の手続きもない。なお、第1審判決によれば手続きの重大な違法があってもそれを争うこともできないことになっていたが、原判決は差し止めの訴えを許容するので、その限りでは憲法上の問題は、軽減された。

このような憲法上の問題を緩和しているのが、弁護士会に対し同業者団体として独禁法上の規制が及ぶことである。上記のような重大な憲法上の権利(人権)に対する制限は、独禁法に基づく公取委による執行および被害を受けた弁護

士による私的執行(本件のような民事訴訟)に服することによって、はじめて合憲性を担保できるように思われる。

すなわち、弁護士自治を尊重するべく、弁護士団体に対する制約を最小限度にとどめる一方で、独禁法による規制を及ぼすことで、その統制権限の濫用を防止できる。つまり、弁護士自治の尊重と独禁法による規制が及ぶことは、相矛盾するどころか、密接不可分の関係にあると見るべきものである。

このように、弁護士会という同業者団体に対する独禁法の適用は、最大限に尊重される必要があり、私訴に対する司法審査の機会も最大限に尊重される必要がある。弁護士自治を尊重しつつ、独禁法に基づき同業者団体による統制権限が濫用されないよう司法審査の機会が確保されることは、最もバランスの取れた解釈論といえる。

弁護士法において行訴法を準用しながら、弁護士自治の観点から、通常の行政手続に比べても抑制的な規制態様となっていることを正当化できる唯一の理由は、同業者団体たる弁護士会が独禁法の規制に服することである。したがって、公権力の行使は、弁護士法 61 条に規定される範囲に限定され、公権力である懲戒処分が発動される以前の手続には、独禁法の規制が及び、独禁法が定める民事救済が認められることが、憲法との整合性の観点からも要請されるのである。

独禁法の観点は、懲戒手続において問題にならないとする被上告人らの弁護士法の懲戒手続規定に関する解釈は、結社の自由、事業活動の自由、財産権侵害、手続的保障、裁判を受ける権利を侵害するものであり、違法というだけでなく違憲な法解釈である。かかる観点からも、最高裁が独禁法の適用に関する判断を行うことが求められている。

IV 独禁法の適用と独禁法遵守に関する規範が判示されることは職務規程の運用の是正の観点からも重要であること

以下は、独禁法の観点だけではなく、上記の憲法の観点および比較法的に見た懲戒制度の運用というより幅広い観点からも、懲戒制度に関する弁護士会の職務規程の運用の実態・問題点とその在り方・是正のための独禁法の重要性を上告人越知の知見・欧米での調査結果を踏まえ、指摘するものである。また、控訴理由書第 3、第 6、第 7 での主張の要点を整理するものである。

1 最高裁が本件 3 事件を総合的に検討し、新たな規範を示すことの重要性

現行の弁護士倫理の運用は、弁護士倫理上問題のある者が、弁護士倫理に合

致する行動をとる者に対し、形式的な職務規程違反をあげつらって攻撃する有力な武器となっている(あるいは少なくともその恐れがある)疑いがある。本件3事件(控訴理由書の控訴の趣旨で定義される越知事件、W事件、I事件を総称するという)は、懲戒制度が違法行為を指摘されたものがその反撃手段に用いられていること、懲戒制度が、違法行為の隠ぺいに加担した疑いのある側が懲戒されず、違法行為を指摘した側が懲戒される状況を生じていることを示す重要な例である。かかる懲戒制度の運用上の問題は、弁護士会により独禁法遵守が図られることで相当程度解決されるものであり、最高裁が、独禁法が問題になる場合の規範を説示することは、下級審に対する判断指針を示すだけでなく、懲戒制度の運用を弁護士会が独禁法の観点を十分に配慮することを通じて是正する機会を与える意味があるものと思料する。

2 現行の職務規程の運用は、私益のために懲戒制度を使う動機づけを与えるものとなっていること

弁護士会が、独禁法の規範を意識せずに、職務規程を形式的に運用しているために、軽微な違反までも懲戒事由とされ、民事紛争に利するという私益の実現のために懲戒制度が利用されている例は、上告人越知が知る限りでも、相当数に上る。以下では、控訴理由書第3等で指摘したことの要点を述べ、職務規程の運用に関し、弁護士会が独禁法8条への注意義務を欠いているため、誤った運用・私益の実現のために懲戒制度が使われている事例を示す。

(1) ガイドラインすら存在せず、予見可能性を奪っていること

職務規程が、抽象的・多義的であれば、ガイドラインによって解釈基準を明確化する必要がある。この点は、独禁法も同じ問題を抱えているため、公取委はガイドラインによってその内容を明らかにするように努めているが、弁護士会はそのようなガイドラインを公開していない。職務規程便覧という形で過去の懲戒例は説明されているものの、個々の懲戒事件については、事案の概要・当事者の主張・処分理由を示した決定が公開されているわけではない。

越知事件では、上告人は日弁連調査室で学園の代理人であったものが、契約を解除された後に、通報者を代理することが可能であることの確認を得たうえで行動している(甲B甲3の21)にもかかわらず、受任が品位に反するものであるとの判断を受けており、予見可能性を奪う実態にあることが現実化している。

なお、原判決ではないが、本件に関する仮処分事件の第1審決定では、職務規程が抽象的・多義的である点を司法が介入を差し控える理由としてあげてい

る。しかし、上記のとおり、まさに職務規程の抽象性・多義性は、その運用に当たり、競争制限的な目的で使われかねないことを基礎づける事実(独禁法に違反する事態が起りやすいことを基礎づける事実)であって、司法が介入を差し控える根拠とされてはならない要因である。

(2) 品位保持義務・信義誠実義務違反は委員の主観に左右される運用となっていること

品位保持義務が競争制限の道具として使われてきたことにはついては、上記Ⅱと控訴理由書、上杉意見書で詳細に述べた通りであり、品位保持義務の運用にあたっては、独禁法の観点・専門職ガイドラインを考慮することは、不可欠なのである。しかるに、被上告人二弁は「弁護士に要請される職務執行の誠実性と品位の保持を保証するために行われる弁護士会の懲戒手続の当否を争う場面においては、独禁法の観点は妥当しない。」と述べるなど、独禁法遵守義務・専門職ガイドラインを考慮せずに運用が行われている実態が明らかになっている。しかも、品位保持義務は委員の主観に左右される運用ともなっており、以下はその例である。

法令違反を指摘するレターを送ることが、「害悪の告知」であるとされることがあり(越知事件もこの点が違反とされた)、このような運用は、懲戒事由を探し出して攻撃するための材料となっている。

また、品位保持義務違反に関しては、「片腹痛い」と書いたことが懲戒事由に当たるとされた例があるなど、準備書面・内容証明郵便での強い表現が懲戒事由にされる例が多数あり、(依頼者の怒りを表現することが制限されているという点で)かかる運用は代理人のみならず依頼者の表現の自由を侵害している疑いがある。表現の行き過ぎにつき懲戒処分をもって規制することは、違法行為を隠蔽するための格好の攻撃材料を提供するものとなっている。ちなみに、米国では、司法過程で使われる表現は、名誉毀損にならないことが明確にされている。

しかも、品位保持義務違反は、疑わしいことが品位を害しているとして、証拠上、個別の違反を認定するに足りる証拠がない場合にも(疑いがあるだけで)懲戒事由を認定する道具として運用されている場合すらある。

(3) 違法行為を助長する行為に関する懲戒実績がほとんどないことも懲戒制度が違法行為の隠蔽の手段として活用しやすい理由であること

このように、弁護士の品位を害する行為については懲戒事例は多数に上るが、

真に弁護士倫理上問題になるべき行為である違法行為を助長する行為などについては、懲戒実績がほとんどない。そのため、違法行為を隠蔽しようとする側が違法行為を助長していることを理由に懲戒請求しても、懲戒されないで済んでいる。その点は懲戒事由ありと認定されないため、民事紛争で違法行為またはその隠蔽を指摘されたものは、安心して、弁護士倫理を反撃材料に使うことができる。

(4)職務規程の形式的解釈に依拠する実務では、意図的に懲戒事由が作り出されたり、些細な問題で職務規程違反だという脅しを行うことができ、私的紛争で自らを有利にするための運用が行われやすいこと

職務規程の形式的解釈に依拠する実務では、意図的に懲戒事由が作り出されたり、些細な問題で職務規程違反だという脅しを行うことができ、私的紛争で自らを有利にするための運用が行われやすい。

最もはなはだしい形式的解釈の例は、(代理人間の)直接交渉義務に関して、ファックスの送付の仕方(本人を宛先にし、代理人を cc(写し交付先)に)ただけで、直接交渉禁止に該当するという信じがたい運用が行われており(越知事件もこの点が違反とされた)、このような運用は、懲戒事由を探し出して攻撃するための材料となっている(このような形式的運用は、欧米では起こりえない(当然に実質的交渉の進展その影響から判断される))。

越知事件で懲戒事由とされている報酬の問題の説明義務などは、通報妨害の目的で意図的に懲戒事由を作り出すために行われている疑いが強いものである。懲戒請求者から上告人越知への執拗な問い合わせが行われるようになったのは、日弁連調査課で学園の代理人であったものが、契約を解除された後に、通報者を代理することが可能であることの確認を得たために、利益相反に基づき、上告人越知を辞任させることができなくなった後も執拗に行われているものである。これは、執拗に説明を求めることにより、懲戒請求事由を作り出そうとする意図がうかがわれるものであるが、綱紀委員はその点に対する配慮が全く欠けている。

タイムシートの提出要求を拒否したことが説明義務違反とされているが、タイムシートには、上告人 X2 に関する情報が記載されており、上告人 X2 に対する攻撃材料を探している状況でタイムシートの提出を拒否することは依頼者の利益の観点から当然に許容されなければならない。そのような依頼者の利益の観点から許容されなければならない行為までも、通報妨害に活用されることについての注意義務を欠いて、形式的に説明義務違反としている。これも依頼者保護という懲戒制度の根源的な保護法益を深く考慮しないで形式的な運用とな

っていることを示す例である。

3 懲戒手続が「公の権能」の行使とは到底言えない手続的保障に欠けた運用となっていること

弁護士会の懲戒権限の行使が、公権力の行使とされていることに関して、公権力の行使とは到底言えないような運用の実態がある。公権力の行使である以上、行政庁の行政処分並みの手続的保障が図られなければならない、公権力とされる以上、行政手続法並みの手続的保障のもとに運用されるべきである。

(1) 綱紀手続では、懲戒請求者と対象弁護士から提出された書面だけで判断され、通常の行政庁が行う調査義務が尽くされずに、綱紀委員会の議決が行われていること

懲戒手続が、公の権能・公権力の行使とされるのであれば、行政庁並みに調査を尽くすことが求められるはずであり、懲戒請求を受けた綱紀委員が、自ら調査を行うべきものである。しかし、実際には、懲戒請求書とその答弁書を見て、判断し、自ら裏付け調査を行う実務になっていない。弁護士法では、「必要ときは調査を行う」とされているが、自ら必要な調査を行う運用実態になっていない。事件関係人から事情を聴くことすら、十分に行われていない。このような運用になっているために、懲戒しやすい形式的違反に対する執行に偏りがちになり、それが違法行為を隠蔽しようとする側が懲戒手続を利用する動機づけとなっている。

(2) 綱紀手続では、対象弁護士が、審理の状況・争点(委員の関心)が何かを知らされず、告知聴聞の機会・防御の機会などの手続的保障・憲法上の権利が侵害されていること

綱紀手続では、違反被疑事実について、事情聴取時に、処分庁(綱紀委員)の関心・見解・疑いを告知されず、したがって弁明・反論の機会もなく、不意打ち的に決定が下されている。

例えば、越知事件では、懲戒請求に対し、綱紀委員会がどの点に関心があるかなどは一切明らかにされず、不意打ち的に決定が送られている。事情聴取で聞かれたことは、タイムチャージの請求方式だけであり、タイムシートを提出しなかった理由すら聞かれていない。訊かれていれば、現在の依頼者に対する攻撃材料に使われるので依頼者の利益に反すること、依頼者が提出しないよう

求めていることは説明していた。その他の懲戒請求事由該当性については、まったく事情聴取の際に質問もされていない。このため上告人越知は、懲戒請求は却下されるものと信じていた。

通常の行政庁であれば、違反被疑事実について告知・聴聞の機会を与えずに決定が行われていることはあり得ず、公権力の行使とは到底言えないような運用実態にある。

(3) 決定の内容について第三者は知り得ない

(4) 綱紀委員の氏名は、非公開であり、弁護士会に対する文書開示請求によっても開示することはできない

(5) 適格を欠くものが綱紀委員となることをチェックするシステムがない。

(6) 綱紀委員の忌避制度もない（氏名が非公表のため、忌避申立てのしようがない）。

決定の内容は非公開とされているため、どのような主張が行われ、それに対しどのような事実認定・法解釈が下されているのか、第三者から知り得ない。その結果、第三者によって運用の不合理さを検証することが不可能となっている。

文書開示請求によっても、綱紀委員の氏名は開示されないという運用になっており、そのため、綱紀委員の適格性に関し、構成事業者など第三者のチェックが及ばず、審決という公開されている公文書において事実上独禁法事件で検査妨害を顕名で認定された弁護士が綱紀委員会の部会長を務めている事態を生む温床となっている（I 事件）。忌避申立制度もない。

(1) から (6) のような運用は、本来の行政庁では考えられない不透明さである。事業者団体の行為としても、構成事業者の事業活動に及ぼす影響に照らせば、(1) から (6) のような運用自体が 8 条 4 号違反となる余地もある。

4 欧米の運用との比較・あるべき運用の姿

上告人越知は、上記のような運用実態に疑問を持ち、最近、米英仏独の法律事務所に訪問調査したので、その結果の一部を参考のために記す。弁護士自治の原則は共通し、弁護士自治に基づく懲戒権限の行使がある種の公権力の行使であるとされていることも共通しているものの、諸外国とわが国では運用実態がかけ離れている。

欧米では、公権力故に司法審査に服し、公権力の行使である以上、手続き保障は公権力並みであることが要請されている。対象弁護士に対する違反被疑事

実の告知・弁明の機会の付与もないままに、かつ法令遵守（独禁法の遵守）も行われない状況での綱紀委員会の決定（手続き開始の決定）が行われることはありえない。そのような運用が行われれば人権問題であり、EU では、即座に人権裁判所に訴えが提起されるであろう。

民事紛争を有利に導くため、相手方弁護士を辞任させるために用いられる疑いのある懲戒請求に対し、懲戒手続を進めるような運用は、諸外国では考えられない。これも人権裁判所に訴えが提起される事態となるであろう。

事前の照会で確認していることを翻して、懲戒手続を開始することもあり得ない。このような運用は著しく予見可能性を害する。フランスでは、受任が微妙な事例では受任可能かどうかを弁護士会長に確認して行動することができるようにされている。

欧米では、弁護士倫理は宗教的な基盤から、形式的に法に反しなくても、非良心的行為を規制するものであると考えられている（非良心的行為は職務規程においても言及されている）。非良心的な行為を軸に弁護士倫理が構築されており、運用においては、形式よりも、繰り返しの態様など悪質性が考慮される。

しかし、日本では、非良心的行為は、規範性に欠けると考えられ、個別の職務規程を広めに解釈するという姿勢で運用され、その結果、一回的な違反行為までが、懲戒相当行為に広げられてしまうのである。他方、真に対応しなければならぬ違法行為の助長・放置・加担といった問題に関する事例は、事例自体が複雑なため「認識」を重視して、倫理違反の範囲を限定する解釈姿勢が取られてしまう。その結果、日本では、違法行為を隠蔽する側の攻撃材料に弁護士倫理が使われることになるのである。宗教的基盤に依拠できない日本においては、一朝一夕で解決できる問題ではないが、独禁法の遵守は、懲戒制度の上記の問題を改善する最も有力な道具であり、かかる観点からも、最高裁が本件で規範を示すことがのぞまれる。

5 業務改善命令などの手法も活用されるべきであること

また、業務改善命令といった措置が全くないために、形式的な違法、軽微な違法でも懲戒の対象とされてしまう（懲戒されるリスクがある）ため、本来自由であるべき弁護士業務の遂行を萎縮させる要因となっている。軽微な違反は懲戒制度以外の方法、例えば、業務改善命令という方法で行うのが妥当と考えられる。

懲戒制度は、故意による違反行為あるいは繰り返し行われる悪質な行為に適

用し、過失的形態の行為、一回的な行為、情報量が少ない(手探りの状況での)初動対応に関しては、業務改善命令や警告などの手段が活用されるべきである。そのような措置は、弁護士法には規定されていないが、まさしく弁護士自治の原理から、そのような制度を設計し、運用することは、むしろ弁護士倫理・懲戒制度の趣旨に適合するといえよう。

6 運用実態に関する答弁の拒否が許されるのか

以上の懲戒手続の運用の実態に関して、上告人らは、訴状段階から繰り返し、主張している。にもかかわらず、被上告人らは、自治を理由に上告人の本件での実体的問題に関する審理・答弁を一切拒否しているのである。裁判所は、上告人らに答弁を促し、上告人らが反論しないのであれば、上告人の運用についての主張が認定事実とされるべきであった。最高裁においての審理においても、かかる運用実態に対し、答弁を行っていないことは、最高裁が、独禁法の適用とその遵守義務の重要性について判断することの必要性を裏付けるものである。

上告人越知の欧米での調査によれば、自治を理由に懲戒制度の運用に関する疑義が出された場合に、最高裁への報告義務、司法に対する回答義務まで免除されるものではないと(少なくとも英米では)解されている。弁護士会が高度の自治権を享受するのは人権保障のためであり(弁護士法1条)、司法は、人権保障の最後の砦として機能することを課せられた機関であるから、懲戒制度の運用についての問題が提起されれば、裁判所は、弁護士会に答弁を促すよう対応し、答弁拒否ということは考えられないとのことであった。

V 被上告人二弁・被上告人日弁連に対する請求について

1 日弁連に対する一弁への指導監督義務の懈怠に基づく損害賠償請求

日弁連は、独禁法を遵守して綱紀制度を運用すること、及び綱紀制度が私益の実現の手段として用いられている場合には、慎重な対応をするよう一弁及び二弁を指導監督する義務にあるのに、これを行っていない指導監督義務の不履行があり、かかる指導監督義務が適正に行使されていれば、一弁決定は行われなかったものであり、日弁連の注意義務と上告人らに生じた上記の損害との間には、相当因果関係がある。

2 日弁連・2弁に対するW事件・I事件の却下決定を理由とする損害賠償請求

原判決は、上告人らが提起した結社の自由と強制加入制度という本質的問題に対し、日弁連・2弁に対するW事件・I事件の却下決定を理由とする損害賠償請求は、実質的理由も付さずに、法律上保護された利益がないと判示するのみである。しかし、上告人越知の良心の自由、精神的自由に関する憲法上の人権に基づく請求であるから、これを、何の理論構成も示さずに、法律上保護された利益がないと解することはできない。

被上告人らは、懲戒されるべき者が懲戒されず、懲戒されるべきでない者が懲戒されるような運用となっていないかについて、注意義務を果たす義務がある。懲戒すべきものを懲戒せず、懲戒すべきでないものを懲戒するように懲戒制度が運用されていることが具体的に主張されている場合においては、上告人越知には「憲法上保護された権利」があり、注意義務についての判断が下されるべきであるように思われる。法律上保護された利益を否定したことは、違憲違法な法解釈である。そして、被上告人らは上告人の主張に答弁すべきであり、かかる答弁がなく、被上告人らが独禁法遵守義務を果たしていない以上、二弁決定と日弁連の決定は、上告人越知の良心の自由に対する共同不法行為である。

結語

本上告理由書・控訴理由書の主張は、上告人のみならず、意見書提出者ほか公取委OB、裁判官OB・検事OB・弁護士懲戒制度に携わった経験者、学識経験者など独禁法関係者の意見・コメントを織り込んだ内容であり、日本の独禁法・懲戒制度の実務・研究を反映するものである。本件は、独禁法が弁護士法にも及び、弁護士会が独禁法を遵守して懲戒手続きを運用しなければならないとの規範が示される貴重な機会である。本上告理由書のみならず本件記録特に控訴理由書と準備書面を慎重に検討していただくことを希望する。