

平成28年（ネ）第2359号

控訴人 X1・X2

被控訴人 第1東京弁護士会、第2東京弁護士会、日本弁護士連合会

平成28年6月9日

東京高等裁判所第24民事部御中

控訴人兼控訴人 X2 代理人 弁護士 X1

控訴趣旨・理由書

目次

控訴の趣旨	5
控訴の理由	6
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	6
1 控訴人が提起した法律問題	6
2 公益通報者保護の弁護士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	8
3 本控訴理由書の構成	10
第2 懲戒制度不透明かつ恣意的な運用は、独禁法8条4号に違反し、控訴人は独禁法24条に基づきその是正(差止)を請求する権利を有していること	11
1 専門職である弁護士とその事業者団体にも独禁法の規制が及ぶこと	12
2 強制加入団体においては、内部統制ルール競争制限効果が大きく、8条の規制はが格別の重要性を持っていること	14
3 これまでの審決例は、弁護士会に8条を適用することの重要性と処分が行われてからでないで争えないという原判決の誤りを明らかにするものであること	14
(1) 広告規制に関する先例とその意義	14
(2) 医師会の増床制限：実際に懲戒処分、特に除名処分に至らなくても、競争制限効果が生じていることを実証するものであること	15
(3) 弁護士業に関する広告規制は品位保持義務から行われていたこと、この競争制限効果は、処分が行われることによって発生するものではないこと	17
(4) 原判決は過去の医師会関係の審決例に反するものであること	18
(5) 原判決と一弁決定は、私的利益の実現のために懲戒制度が使われることの危険に配慮が欠けていること	18
(6) 原判決と一弁決定は弁護士会は強制加入とされているについての配慮も欠けていること	19

4	独禁法 24 条は独禁法違反の市場環境の是正を私人が行うことを認めており、控訴人の訴訟はかかる目的のために行うものであること	20
第3	独禁法 8 条 4 号違反・24 条の権利の発生を基礎づける事実	20
1	原判決が請求原因を正しく理解・整理していないこと(争点整理が謝っていること)	20
2	事業者団体性・訴訟要件・市場(一定の取引分野)	21
3	8 条 4 号違反を基礎づける事実	21
	(1)独禁法への抵触を考慮することなく運用していること	21
	(2)私的紛争における私益の実現に使われる場合についての配慮を欠いていること	22
	(3)職務規程の抽象性・多義的であるにもかかわらずガイドラインすら存在せず、構成員の予見可能性を奪っていること	22
	(4)品位保持義務・信義誠実義務違反についての不透明・独善的・不公平な解釈は、独禁法 8 条 4 項に違反し、弁護士の事業活動に萎縮効果をもたらす不合理な制約であること	23
	(5)違法行為を助長する行為に関する事例はほとんど懲戒実績がないため、懲戒制度が内部通報妨害の有力な武器と化していること(不公平性・不公正)	23
	(6)報酬に関する委任契約書作成義務・説明義務、直接交渉禁止義務などを形式的に運用していること(不公平・不公正)	24
	(7)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、自ら調査を行っていないこと(調査義務懈怠)	24
	(8)懲戒請求者から事情聴取すら行われずに却下決定が下される例もあること(調査義務懈怠)	25
	(9)対象弁護士が、審理の状況・争点が何かを知らされず、防御の機会を奪う運用となっていること(手続的保障の欠如)	25
	(10)決定の内容について第三者は知り得ないこと、疑いがあるだけで懲戒事由があるとの運用が行われていること(運用の不透明性・独善性・恣意性)	25
	(11)適格を欠くものが綱紀委員となり、その者によって運用されていること(透明性・公正性)	26
	(12)忌避制度もなく、上記の弁護士に対する忌避申し立ても行うことができないこと(透明性・公正性・手続的保障)。	26
	(13)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とされたこと(透明性・公正性)	26
4	「構成事業者の機能又は活動を不当に制限すること」(8 条 4 号)についての分析手法・立証責任	26
5	差止請求の要件を充足していること	27
	(1)本件では、8 条 4 号違反に基づき差止請求権(24 条)が発生していること	27

(2)一弁に対して差止めを命ずることは可能であること	28
(3)8条5号に基づく差止請求権の発生.....	29
第4 各事件の位置づけ.....	30
1 各事件の決定の位置づけ.....	30
2 部分市場・X1事件で弁護士業務市場への悪影響が特に大きくなる事情.....	31
3 個別の懲戒請求事由に関し、職務規程違反を認めた判断はすべて、独禁法8条4号を考慮していれば、反対の判断になっている可能性があること	32
(1) 控訴人が学園の委任契約終了の直後に通報者の代理人となっていることが、信義誠実・信用保持義務の違反(5条・6条違反)であるとの判断(一弁決定(9)(10)関係)。訴状24頁以下。	32
(2) 守秘義務違反(23条違反)(一弁決定(11)(12)(14)関係) 訴状27頁以下。	33
(3) 業務監査請求を不当利益取得目的・あるいは品位を害する方法での勧誘(10条)と認定したこと(一弁決定(15)(17)(18)関係) 訴状29頁以下	34
(4) 労働組合の代理(5条6条違反)(一弁決定(9)関係) 訴状34頁	36
(5) 損害賠償請求・慰謝料請求(5条6条違反)(一弁決定(10)関係) 訴状35頁	36
(6) 委任契約書作成義務違反(30条)(一弁決定(1)関係) 訴状35頁.....	37
(7) 報酬に関しての紛議調停解決努力義務違反(26条-依頼者との紛議)(一弁決定(5)関係) 訴状37頁	37
(8) 直接交渉禁止義務(52条)違反(一弁決定(20)関係) 訴状41頁	38
(9) 村石、原賀理事宛てレターが害悪の告知であり、品位を害する非行である(6条違反)との判断(一弁決定(24)関係) 訴状43頁	39
(10) まとめ.....	40
第5 原判決の論理の誤り	40
1 高度な自治権を与えられた団体の内部的問題か	40
2 独禁法違反について、弁護士会の第1次的判断権を尊重するとの論理は、弁護士会の懲戒制度を治外法権にするに等しい誤った解釈であること	40
3 特に独禁法の問題に関し、懲戒手続に一元化することは、違法行為を行うものに違法性を判断する権限を与えるに等しいものであること	42
4 弁護士会の懲戒制度の設計・運用が、独禁法に反することについての主張について審理を行わないことは、弁護士会の第1次的判断権では説明できないこと 。	43
5 弁護士会の処分は、「公権力の行使」であって民事的救済を受けられないとの判断は控訴人の訴訟の目的を理解していないものであること	44
6 原判決が基本的人権を持ち出すことの欺罔性：一弁決定は、基本的人権の擁護、社会的正義の実現という使命の観点から介入が要請される事例であること	45
7 認定事実・争点整理についての根本的誤り.....	46
第6 懲戒権限を公権力の行使と解するのは正しいのか、	47

1	公権力の行使としつつ、自治権を強調することは矛盾しないか.....	47
2	行政庁・行政処分であれば、通常、与えられる保護を欠いていること	48
3	弁護士法の懲戒手続の定めは、素直に読めば自治権の限界を規定するものであること	48
第7	懲戒制度の仕組みと弁護士自治・弁護士倫理の関係についての再検討の必要	49
1	弁護士会が統制権を濫用した場合の救済が欠ける状況となっていること	49
2	弁護士倫理とは何か。	49
3	最高裁判決後に蓄積された先例が再検討されるべき時期にきていること	51
第8	一弁に対する損害賠償請求について.....	53
第9	二弁および日弁連決定に対する請求について	54
第10	手続きの違法	55
	結語.....	56

控訴の趣旨

- 1 控訴人らは、原判決の取り消しを求める。
- 2 控訴人 X1 は、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 学園・対象弁護士控訴人 X1)(以下「X1 事件」という)に関する平成 27 年 9 月 7 日付決定に基づき、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 X1 に懲戒処分を行うことの差止めを求める。

【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し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。」

- 3 一弁は、控訴人らに対し、360 万円を支払え。
- 4 被控訴人二弁が行った平成 26 年(コ)90 号事件(以下、「W 事件」という)に関する平成 27 年 4 月 20 日付決定および平成 27 年(コ)第 140 号懲戒請求事件(以下「I 事件」という)に関し、その運用が独禁法を遵守していない二弁職務規程を適用した平成 27 年 10 月 26 日付決定の違法を確認する。
- 5 被控訴人日弁連が行った平成 27 年綱第 422 号事件(以下「W 異議事件」といい、二弁事件と日弁連異議事件を総称して「W 事件」という)に関し、その運用が独禁法を遵守していない日弁連職務規程を適用した平成 27 年 8 月 26 日付決定の違法を確認する。

6 仮執行宣言

3 に関する予備的請求

- (1) X1 事件に関し、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懲戒委員が原告 X1 を懲戒処分の議決を行わせることを差し止める。(8 条 5 号を適用する場合であり、第 3 の 5(3)を参照)
- (2) X1 事件に関し、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た平成 27 年 9 月 7 日付決定の違法を確認する。((1) の予備的請求も否定される場合の予備的請求である)

控訴の理由

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 X1 と事務所のパートナーに書簡を送りつけ控訴人 X1 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。

原判決は、それ以外にも本件懲戒請求の背景について、認定事実で正しく認定せず、誤導的な整理をしている。とくに、原判決は、当事者についての記載で、原告 X1 が、「懲戒請求者の代理人であったのに、労働組合の代理人として、同学園に団体交渉の申入れを行うなどしていた」と記載し、あたかも、労働組合の使用側から、労働者側の代理人に転じたかのような事実認定がなされている。しかし、原告 X1 が学園の代理人であったときに交渉した組合は、学園（経営者）の側についており、何ら、交渉の相手方だったものを委任契約終了後に代理したものではなく、著しく誤導的な事実認定である。この点は、むしろ、このような弁護士倫理を使って、原告 X1 が労働組合代理人になることに脅しをかけ、労働組合の結成を断念した状態で、集会を開いて告発内容を教員に説明したことが原告 X2 の懲戒事由とされており、弁護士倫理が公益通報者の弁護活動を制限し、その結果、依頼者が重大な不利益を課されているという事実こそが重要である。第4の3(1)、第5の7を参照されたい。

これらの行為は独禁法上、一弁という事業者団体が、「構成事業者の機能又は

活動を不当に制限するもの」(8条4号)であり、違法行為の疑いの強い行為であることから、控訴人らは独禁法に基づく救済を求めたものである。原判決は、弁護士会の第一次的判断権の尊重を強調し、独禁法違反(法令違反)があっても、日弁連での不服申し立てが尽きるまでは、訴訟を提起することが出来ず、東京高裁に対する処分取消訴訟でのみ争えるものとした。

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と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。

控訴人の主張は、およそ弁護士活動全般にあてはまるべきものであるが、とりわけ公益通報者の弁護に関しては、原判決が確定すると公益通報者は抑圧され不利益な取り扱いを受けることで見せしめとされる結果を生み、今後、公益通報を行う者はいなくなってしまうであろう。だからこそ公益通報者保護法が制定され、不利益処分を禁じ、事業者や監督官庁に保護義務を課しているのである。この点に対する一切の配慮もなく、公益通報者の代理人に対し、相手方代理人が懲戒請求することをちらつかせて、代理人自身を攻撃すれば、代理人は辞任し、公益通報者は孤立させられる事態を招く。これほど、公益通報事件をつぶす有効な方法は、他にあり得ないから、この問題につき司法が適正な考え方を示さなければ、今後このような不当な手法が蔓延することを危惧する。その結果、公益通報者は代理人を失って孤立し、場合によっては、自殺・精神的障害あるいは精神不安定による交通事故が引き起こされる危険性も危惧される¹。

以下では、より具体的に原判決の論理と比較しつつその点を詳述する。

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

① 本件では、控訴人は、控訴人 X2 と学園の公益通報をめぐる紛争に関し、学園が公益通報に対し、適正に対処せず、懲戒手続を使って側面攻撃をかけてきたことに対し、被控訴人一弁がそのような事情を全く考慮することなく、控訴人 X1 が懲戒相当であるとの決定を行ったため、弁護士会はその内部統制権を乱用し、控訴人の正当な業務を妨害するという独禁法で禁止される「構成事業者の機能又は活動を不当に制限する」行為（独禁法 8 条 4 号）にあたると主張した。つまり、弁護士といえども独禁法を遵守しなければならず、また、被害を受ける弁護士は差止め訴訟を提起する権利があることを主張した。

これに対し、東京地裁は、懲戒手続は始まったばかりであり、まだ、何らの処分にも至っていないので、時期尚早であるとして控訴人らの請求を棄却した。

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

¹本件でも、そのような危険が具体化していたこと、それ故に、控訴人 X1 は、本件の辞任を撤回し、受任を継続した事情があることは、本件の主張・証拠(甲 B11 の 5 ページ目(9 月 18 日のメモ参照))に照らして明らかなのであるが、一弁決定は、そのような事情を全く無視している。

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。

控訴人がそういう選択をしなかったのは、大学教授の地位にもあるので、何とか代理人としての活動を続けても生活に困るとまではいえないこと、内部告発者を保護することの公益の大きさに照らした事の重大性判断のゆえである。本件は、控訴人個人の受ける被害を防止するための事件ではなく、弁護士の正当な業務を妨害することから公益を守ることを求めた事件なのである。

⑤ また、控訴人が問いかけているのは、相手方弁護士の形式的な倫理規定違反を見つけ出し、弁護士に対する懲戒手続があることを悪用して、重要な公益の実現を図ろうとする弁護士の業務を妨害し、内部告発者の救済の道を閉ざし、その活動を続けられないにすることが許されるべきかという法律問題である。かかる事態が司法により救済できないとすると、今後このような形式的な倫理規定違反を悪用しようとする弁護士が増えることは間違いないし、実際にも紛争を有利に導くために、形式的な弁護士倫理違反で相手方弁護士を攻撃している弁護士が存在している。それが表面化しないのは、この攻撃が絶大な威力を有し、攻撃された弁護士が辞任してしまうからである。

⑥ こうした状況は、独禁法に違反するものであるが、弁護士会が独禁法違反に考慮することなく懲戒手続を進行させたために、公益通報者の代理人が正当な弁護活動の遂行が妨害される事態・控訴人 X2 にとって代理人を失うという事態に至っている。したがって、弁護士会の懲戒手続についても独禁法のルールを遵守させるのでなければ、弁護士業務市場における自由な競争の確保は絵にかいた餅に終わる。控訴人らは、その状態からの救済ために、本訴訟を提起したものである。

3 本控訴理由書の構成

第2以下では、原判決に沿って、その誤りと具体的にどのように原判決の論理を是正すべきかを示す。重要な点については、要点も指摘した。

(1) 懲戒制度の設計・運用は独禁法問題であること(第2)

① 弁護士会による懲戒手続の不透明かつ独善的な運用により、弁護士間の自由な業務活動・顧客獲得競争が制限されている実態にあることは、「構成事業者の機能又は活動を不当に制限する」事業者団体の行為を禁じている独禁法8条4号に違反する。本件で、懲戒請求が、内部告発つぶしという学園による一連の行為に利用されていたことは、その弊害の具体的な例である。

② 弁護士会は強制加入団体であるから懲戒処分により業務を行えなくなり、市場に与える影響は任意加入団体に比べはるかに大きく、自治権に委ねるだけでは職務規程の運用を是正する方法がないに等しいので、独禁法の規制が及ぶことは重要である。

③ 強制加入団体の8条4号違反の審決例は多数存在し、公取委は、資格者ガイドラインでも、強制加入団体の倫理規定が8条4号違反になる場合があることを明らかにしている。

④ 過去の審決例に照らせば、弁護士間の公正かつ自由な競争が阻害されているという違法状態はすでに市場に表れていることが論証されている。独禁法24条は、私人に対しかかる違法状態を除去するために(個人が受けた損害の範囲で)差止め請求権限を認めているものである。

(2) 独禁法8条4号違反・24条違反を基礎づける事実(第3)

綱紀制度の設計・運用が、独禁法8条4号違反であることを基礎づける事実整理して提示する。

また、8条4号違反でも24条に基づく差止請求権の発生要件を充足していることを示し、8条4号違反には差し止め請求権がないという解釈に備え、念のため、8条5号違反を主張する。

(3) 各事件・一弁決定の位置づけ(第4)

裁判所は、懲戒事由ありとする相当性の判断を要するものではなく、独禁法を考慮すれば、結論は異なりえたことの確認作業であること、この点で、「裁判所が、懲戒事由の存否等を含む懲戒処分の効力、適否について判断することが不可避となる。」との原判決の説示(24頁)は誤りであることを示したうえ、独禁法を考慮すれば、個別の懲戒事由についての一弁綱紀委員会の判断は異なりえたことを示す。

(4) 原判決の示した論理・事実認定の誤り(第5)

原判決が示した「弁護士会の第1次的判断権を尊重し、弁護士会による懲戒処分についてその効力を争うときには、弁護士法の趣旨に鑑み同法に規定する方法によってのみ行うことが許される」との論理が誤りであることを示す。

(i) 原判決は、法令違反にまで、第1次的判断権を尊重するが、それでは弁護士会に治外法権を認めることあるいは適用除外を認めるに等しい。

(ii) 高度な自治権があるとしても、弁護士会は、独禁法違反の主体であり、被疑事業者に第1次判断権を与えたのでは、違法行為を是正することは期待できない。

(iii) 原判決は弁護士会が慎重な手続を定めているとし、この点が、弁護士会の第1次的判断権の尊重の前提となっているが、弁護士会の懲戒手続は形式上慎重な手続に見えるが、到底、第1審に相当する実質を備えていないうえ、現実にも、懲戒制度が適正に運用されていないことを控訴人が主張立証している。懲戒制度が第1次的判断権を尊重するに足る制度として適正に設計・運用されているか否かについての審理が尽くされない限り、弁護士会の第1次的判断権の尊重の論理に依拠することはできない。

(iv) 事業者団体の独禁法違反の市場環境の是正・そのような状況からの構成事業者の救済として、構成事業者が民事訴訟の提起が可能なことは、独禁法24条に明記されており、民事訴訟による救済を得ることができないとの論理も誤りである。

(5) 第6・第7では、背景的事実として、これまでの弁護士会の懲戒手続を公権力の行使としてきたこと、弁護士倫理問題に関し、懲戒手続が弁護士法で定められていることを根拠に司法の不介入の根拠としてきた先例とその解釈論が、実体法の解釈論として疑問があること、独禁法問題を意識せずに構築されたこのような解釈論は維持されるべきでないことを、比較法的に展開するものである。ただし、本件では、かかる背景的事実にかかわりなく、第1から第5に述べたことで当然に控訴人の請求は認容できるものである。

(6) 第8、第9については、損害賠償請求・確認請求に関するものである。

(7) 第10は、原審の手続には、取り消されるべき重大な違法があると主張するものである。

第2 懲戒制度不透明かつ恣意的な運用は、独禁法8条4号に違反し、控訴人は独禁法24条に基づきその是正(差止)を請求する権利を有していること

訴状における一弁に対する請求原因として、独禁法違反だけでなく、職務規程の解釈の違法にも言及していたが、控訴審においては、以下の通り、請求原

因を「一弁による懲戒手続の不透明かつ恣意的な運用により、弁護士間の自由な業務活動・顧客獲得競争が制限されている実態にあることは、独禁法 8 条 4 号等に違反することであることに絞り、主張を行う²。

I 弁護士会の懲戒制度の設計・運用は、独禁法問題であること

1 専門職である弁護士とその事業者団体にも独禁法の規制が及ぶこと

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。そして、本件は、後者の問題（ただし、委任契約書作成義務違反と認定したことについては、前者の問題にもなりうる（第4の3(6)参照）が既に市場に生まれているからの是正を求めるものである（以上につき、甲 Af1 上杉意見書参照）。

懲戒手続の不透明かつ恣意的な運用により、弁護士間の自由な業務活動・顧客獲得競争が制限されていることが独禁法違反の問題（主として8条4号）を生じること、公正取引委員会が平成13年10月24日に公表した「資格者団体の活動に関する独占禁止法上の考え方」（以下「資格者ガイドライン」という）第1によって明らかになっている。原審第3準備書面・甲 Af1 上杉意見書でも言及されているが、最も重要な点であり、再度明らかにする。

独占禁止法は、事業者団体による競争制限行為を禁止している（第8条）。資格者については、国民の権利の確保、取引の適正化等のために設けられた公的資格制度に基づくものであるが、報酬を得て役務を反復・継続して提供するな

² なお、原審の結審後、弁論の再開を申し立て、合わせて、上記第1の観点が明確になるよう、独禁法の観点から請求原因を整理しなおした第5準備書面（仮処分の意見書1と同じ）として原審に提出していたが、弁論が再開されず、陳述の機会がなかったが、本第2の主張はその主張をよりわかりやすく洗練した形で主張するものである。

ど業として経済活動を行っている場合には、独占禁止法という事業者に該当する。資格者団体は、資格者の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るための事務を行うことを目的として設立されているものであるが、事業者たる資格者を会員として、業務に関する研修、業務の改善等のための調査研究等、会員の共通の利益を増進するための活動を行っている。このような活動を行っている資格者団体は、独占禁止法における事業者団体に該当し、独占禁止法の適用を受ける。

特に、資格者団体については、強制入会制度が採られており、資格者は団体へ入会しなければ業務を行うことができないことから、資格者団体において競争制限的な活動が行われた場合には競争に与える影響が一層大きなものとなる。このため、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たり、需要者の利益を不当に害するものとならないよう十分注意する必要がある。

また、第2の2「広告に関する活動について」では以下のように規定し、品位の保持を理由にした懲戒制度の運用が、独禁法上問題となるおそれがあることを明記している。本件では、まさに品位保持義務が問題となる。

事業者が行う広告は、需要者の需要を喚起する重要な競争手段の一つであり、事業者団体が構成事業者の行う広告について、需要者の正しい選択に資する情報の提供に制限を加えるような自主規制等を行うことは、独占禁止法上問題となるおそれがある。

資格者団体については、法律上「会員の品位の保持に関する規定」が会則記載事項として掲げられており、これを主な根拠として、資格者団体は、会則等において、広告に関する自主規制を行っている。資格者団体の行う広告に関する規制が法律上一定の根拠を有するとしても、会員の事業活動を過度に制限するような場合には独占禁止法上問題となるおそれがあり、その内容は、需要者の正しい選択を容易にするために合理的に必要とされる範囲内のものであって、会員間で不当に差別的でないものとすべきである。

なお、資格者団体が広告等に関する自主規制等を行うに当たっては、必要に応じ、会員からの意見聴取の十分な機会が設定されるとともに、当該役務の需要者や知見のある第三者との間で意見交換や意見聴取が十分に行われることが望ましい。

更に、第2の3「顧客に関する活動について」では以下のとおり規定し、顧客の獲得行為(本件の受任行為)を制限することは、競争の本質的な機能を損なう場合があることを、明記している。

事業者団体が構成事業者による顧客の獲得行為を制限することは、競争の本質的な機能を損なうものであり、独占禁止法上問題となる。

資格者団体が、会則等において顧客の誘致等に関して制限している場合があるが、このような行為は、通常の事業者団体と同様に、独占禁止法上問題となる。

以上のとおり、弁護士を会員とする資格者団体の懲戒制度が、会員間の顧客の獲得競争を不当に制限することは、競争の本質的な機能を損なうものであり、独禁法を適用して排除すべき行為にあたることが明確になっており、控訴人らは、かかる確立した法解釈に従い、救済を求めているものである。

2 強制加入団体においては、内部統制ルールの競争制限効果が大きく、8条の規制は格別の重要性を持っていること

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あると考えられており、これが、公正取引委員会が資格者団体ガイドラインを作成した理由である。

すなわち、強制加入制度がとられている資格者団体の場合、「競争に与える影響が一層大きなものとなる」と規定しているが、その趣旨は、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のに対し、強制加入が義務付けられた専門職団体は、統制力の不当な行使が行われることにより、構成員事業者は自由な事業活動を行うことができなくなるのであり、独禁法8条による規制の必要がより大きいと考えているのである。本件は、まさにそのような事例であり、一弁は、資格者ガイドラインに十分配慮して綱紀制度を運用しなければならないのに、その点を何ら考慮していないことが、原審一弁の主張からも明らかになっているのである。

3 これまでの審決例は、弁護士会に8条を適用することの重要性と処分が行われてからでないと争えないという原判決の誤りを明らかにするものであること

(1) 広告規制に関する先例とその意義

公正取引委員会は、専門職団体による 8 条 4 号違反事件を積極的に規制しており、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。

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。

三重県社会保険労務士会事件で特に注目すべきは、広告活動の制限および業務侵害の禁止という競争制限行為が、被審人の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。

以上から明らかなように、倫理規定を理由に、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不当に制限する行為は、8 条 4 号で規制されることが先例上も確立した解釈となっているのである。とくに、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）ようにする行為は、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。

(2) 医師会の増床制限：実際に懲戒処分、特に除名処分に至らなくても、競争制限効果が生じていることを実証するものであること

立川市医師会事件（平成 9 年 2 月 5 日）では、「会員が医療機関の開設、移転又は増設、診療科目の変更又は追加、病床の増床等をした場合は、文書により届出を行い、理事会の承認を得なければならないこと」との内部規律を定め、その実効性を確保するため「会員が医療機関の移転を強行する場合には、いつ

たん会員資格を喪失させて新規の入会の手続きを採られせること」としていた事実が認定されている。

立川市医師会事件で重要なことは、これらの制限が病院の適正配置という目的（口実）の下に医師会の内部規律ルールの実施として行われていたことと、会員資格を喪失させることがこれらの制限の実効性を確保する手段として利用されていたことにある。

すなわち、病院の規模や診療科目の拡大は医師にとって重要な競争手段となるが、その影響を受ける医師も多く生まれることから、病院の適正配置という口実の下に、医師会がそれを制限しようとする事態が起こり得る。周辺の医師が病院の新設や増床に反対したり、その規模の縮小を条件としてそれに同意することも多い。

専門職団体による内部統制ルールに違反すると、会員資格の喪失につながるために、きわめて実効性の高い制限効果をもたらすのであり、実際に懲戒処分、特に除名処分に至らなければ会員間の自由な競争を制限しないということではない。大多数の会員が、懲戒処分を受けないように自主的にかかる内部統制ルールに従って行動することが、競争を制限する行為にあたるのである。これが、第2の1末尾で述べた第2のタイプの独禁法8条4項違反の特色なのである。

この事件の場合、実態としては、病院の規模や診療科目の拡大により影響を受ける周辺の医師が開設や増床に反対し、それが理事会の決定に反映されることを通じて重要な競争制限効果を生じることになる。しかし、独禁法は、これを医師会の行為として（その統制力を濫用して）行われることにより、競争制限が生まれると構成するのである。したがって、この場合につき、医師会は内部統制ルールを決めただけとか、会員の開設・増床への反対意見を踏まえて利害調整をする観点から判断を下しただけであって医師会が会員間の自由な競争を制限したわけではないということとはできないのである。これらの行為が、医師会の統制力を背景として行われており、単に周辺の医師の力だけではできない行為であるから、独禁法は事業者団体による行為として、特にこのような場合を規制する規定を設けているのである。

このように、本来事業者団体の構成事業者は自由に競争すべきところ、内部統制規定の運用を通じて会員間での自由な競争、特に、重要な競争手段を採ることを制限してはならないとするところに、8条4項の存在意義がある。事業者団体は会員の共通の利益の向上という目的を有するが、他方で、会員間の自由な競争を妨げてはならないという義務も課されているのである。要するに、事業者団体は、会員の共通の利益を増進させるという口実の下に、もう一つの重要な観点である、構成事業者間の自由な競争を制限することが許されてはならないのであり、事業者団体が下部組織に各種の活動をさせる場合においても、

その運用を通じて自由な競争が制限されることのないよう配慮する義務が課されているということができる。そして、懲戒制度の運用も、その例外にはならないのである。

医師会の場合、病院の適正配置に努めることが内部統制行為として正当と認められるからといって、その運用が本来の目的を逸脱し、会員間の顧客獲得競争を制限する態様で利用される場合まで、団体の内部統制の問題であるから独禁法の適用を受けないという法理はあり得ず、そのような態様で内部規律を運用させている事業者団体においては、8条4号違反が成立するとするのが、独禁法の考え方であり、公取委審決の考え方なのである。

(3) 弁護士業に関する広告規制は品位保持義務から行われていたこと、この競争制限効果は、処分が行われることによって発生するものではないこと

懲戒権限の行使が独禁法上の問題になり得る典型例が、弁護士による広告規制である。広告規制の根拠は、倫理規定に求められることは、上記3に触れた三重県社会保険労務士会事件で明らかである。この事件を見れば、独禁法の禁止規定が及ばなければ、これらの事業者団体が倫理規定を濫用して、会員による広告活動や業務侵害の制限が行われがちなことは経験則により明らかである。したがって、公取委はガイドラインを特に示して、関係する専門職団体の注意を求めているのである。

弁護士会による広告規制の根拠は、弁護士としての品位を欠く行為の禁止規定に当たる。そこで、広告制限規定に違反して弁護士としての実績や専門分野を強調した広告を利用した弁護士を品位に欠けるとして懲戒処分にする例を考えれば、この場合を懲戒処分の取消しという方法でしか争えないとする原審の考え方を採用すると、不当な広告制限という独禁法上の違法行為が事実上放置されることになる。

広告活動の制限は、8条4号違反の典型例とされ、公取委ガイドラインでも明記されている。特に弁護士の場合は、懲戒処分を恐れて問題指摘を受けるだけで広告を取りやめる可能性が高く、弁護士が広告を利用して顧客の獲得競争を行うことが制限される蓋然性が高いといえるが、原審の考え方によれば、その違法性を争うことが事実上できないことになる。これが、原審の論理の致命的欠陥があることがこの例からも明らかである。つまり、原審の論理だと、事実上、弁護士法が独禁法の適用除外になってしまうのである。

また、過去の審決例が示すのは、専門職団体における倫理規定に反する行為が懲戒処分の対象にされることを背景として、会員間の広告活動や業務侵害の

禁止という競争制限が行われるが、これらの競争制限は懲戒処分によって発生するものではないということである。懲戒処分を受けることを回避するべく内部規律に自主的に従う者が大多数であることで、ほとんどの場合に競争制限的ルールであつても会員に遵守され、そこから競争制限という問題が生まれるのである。公取委審決においても、実際に病院の新設や増床を制限された事例は少ないが、それが見せしめとなつて事業者団体において競争制限的な内部統制ルールが遵守されていることが、独禁法上の競争制限に当たると評価されているのである。

(4) 原判決は過去の医師会関係の審決例に反するものであること

原判決の考え方では、過去公取委により違法として排除されてきた事案につき、その違法性を、医師会の決定を無視して増床を図った医師に対する医師会の懲戒処分ないし除名処分を待つて争わないといけなとするようなものである、しかし、本件では、懲戒請求を受けて懲戒に向けての手続が開始された時点(あるいは、それ以前に懲戒の脅しを行った時点)から競争制限という弊害が既に市場に生まれており、一弁決定によりそれが決定的になったことは明らかである。

過去の医師会事件審決例に照らすと、本件の場合も、被控訴人らは懲戒規定を定め、その運用を綱紀委員会に委ねているところ、その運用実態が8条4号により事業者団体に課された義務に反する、不透明かつ恣意的なものであつて、弁護士間の公正かつ自由な競争を阻害する結果を生じていることに問題の本質がある。

特に、弁護士会の場合、事件の相手方の弁護士からの請求を受けて、安易に被請求対象弁護士に対する懲戒手続を開始することは、当該事件の弁護活動に大きな影響を及ぼすことに留意しなければならないことは明らかである。このような自己の受託事件を有利に展開させる手段として懲戒手続を利用する場合には、一方を利する行為として弁護士会は特に慎重に対応しなければならないはずである。

(5) 原判決と一弁決定は、私的利益の実現のために懲戒制度が使われることの危険に配慮が欠けていること

原判決と一弁の決定は、私的利益の実現のために懲戒制度が使われることの危険への配慮が欠けていることにも本質的問題がある。綱紀委員会は会員たる弁護士で構成されているので、会員たる弁護士に対して懲戒請求があつた場合、

会員間の公正かつ自由な競争に配慮した運用を図る必要がある。綱紀委員会の議決は会長による承認により一弁決定となるのであるから、なおさら弁護士会としての公正・妥当な運用が求められる。これを放置すると、懲戒手続が、会員弁護士の取引を妨害する手段に利用されるおそれがあることは自明のことであるから、あらかじめその濫用を防ぐ方策を講じておく必要があるのであり、これを何らチェックせず、公益通報者の弁護に支障をきたすような運用を許していることに、本件の本質があるのである。

この点は、公取委の相談制度においてこの点が配慮されていることと比べることで、問題の所在がよく分かる。公取委の「事業者等の活動に係る事前相談制度」（平成13年10月1日公取委）では、「相談に密接に関連する事案が訴訟の対象になっているなど、私的紛争に介入することとなる場合」には、回答を行わないことを明記する。これは、紛争当事者の一方を利するような場合には、当事者の一方から独禁法に違反するかにつき相談があったにしても、公取委の考え方を示すことには慎重であるべきとの当然の法理を規定するものである。弁護士会にも、当然同じような配慮が求められるはずであるが、被控訴人一弁には全くこの点に配慮する姿勢が見られないのは、公益に関わる制度の運用として重大な欠陥があるといわざるを得ない。

公益通報保護事件で違法行為を指摘されたものが(その代理人の助言を受けて)当該事件を有利にするべく形式的な違反を取り上げて弁護士会に懲戒請求し、(答弁書によって)そのような背景事情を十分に認識している被控訴人一弁の綱紀委員会が、あえてそのような形式的な違反を取り上げ、懲戒手続を進めることで公益通報つぶしに加担するという、弁護士の正当な活動を妨げる行為に対し、独禁法の規制が及ぶことが明らかにされる必要性は極めて大きい

(6) 原判決と一弁決定は弁護士会は強制加入とされているについての配慮も欠けていること

弁護士会は強制加入とされていることから、その関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、実際には会員の業務を妨害する行為(会員による自由な顧客獲得競争を制限する行為)が見られた場合、これを是正させ、本来あるべき会員間の自由な競争を回復させることは、独禁法8条4号の本来的役割なのである。

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であり、本件では、独禁法 8 条 4 号についての審理が不可欠なのである。

被控訴人一弁が主張した、専門職団体による自主規制に委ねられた事項は独禁法の適用が除外されるかのごとき議論、あるいは専門職団体の内部組織による行き過ぎた行為の是正は、専門職団体の責任において自主的に対応すべきとする考え方は、到底許されるものではなく、専門職団体にも独禁法が適用されるという大前提を無視する暴論であって、実質上そのような暴論を支持するものとなる原判決は、取り消しを免れないのである。

4 独禁法 24 条は独禁法違反の市場環境の是正を私人が行うことを認めており、控訴人の訴訟はかかる目的のために行うものであること

独禁法 24 条は、私人に対し独禁法違法状態が存在する場合に、(個人が受けた損害の範囲で)是正を求める権限を差止め請求権として認めている。本件訴訟はかかる権限に基づき、独禁法違反状態の排除を目的とするものであり、すでに違法状態が発生している以上、現段階で認められるべきものである。かかる権利は、控訴人 X1 自身が懲戒処分を受けないようにするという個別利益ではなく、被控訴人一弁による懲戒規定の運用が独禁法を無視したものであること・不透明かつ独善的な運用であることにより、会員間の自由な競争を妨げる事態が生まれていることから救済であり、かかる権利は独禁法 24 条によって保障された公益性を有する訴訟である。したがって、控訴人自身がまだ懲戒処分を受けていないことを却下理由とする原判決は、本件訴訟の目的と独禁法 24 条の意義を理解していないものである。

第 3 独禁法 8 条 4 号違反・24 条の権利の発生を基礎づける事実

1 原判決が請求原因を正しく理解・整理していないこと(争点整理が謝っていること)

原判決は、争点整理において、「原告 X1 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して、主として主張しているのは、8 条 4 号であり、また、「懲戒事由がないにもかかわらず

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。

2 事業者団体性・訴訟要件・市場(一定の取引分野)

被控訴人一弁は、独禁法 8 条の事業者団体にあたること、弁護士会の職務規程とその解釈に独禁法の適用が及ぶことについては、上記第 2 記載のとおりである。

一定の取引分野は、弁護士業務市場全体であるともいえるが、影響の及ぶ範囲は専門化された弁護士業務分野に強く現れるので、細分化された弁護士業務の市場で見ると考える。

3 8 条 4 号違反を基礎づける事実

8 条 4 号違反は、「構成事業者の機能又は活動を不当に制限する」ことである。「構成事業者の機能又は活動の制限」弁護士業務に対する制限・顧客獲得競争の制限である。不当性は、制限(統制)の目的の正当性、制限の内容・運用(手段)の相当性の点から判断される。本件では、制度の運用(手段)の相当性の問題であり、これは、各弁護士会に付与される統制権の逸脱濫用があるかの問題ともいえる。

具体的事実は、綱紀制度の設計・運用が、①構成事業者の機能又は活動を不当に制限してはならないという独禁法の規範を考慮することなく運用されていること、運用が②不透明、③独善的、④不公平、⑤予見可能性に欠けること、⑥調査義務懈怠、⑦手続的保障の欠如、⑧私的紛争への介入に対する配慮の欠如など多数の欠陥があること等であるが、以下に重要な点をしめす(原審の訴状でもより詳しく主張されているので参照されたい)。

(1) 独禁法への抵触を考慮することなく運用していること

この点が最も重要な点であり、第 2 の 3 で過去の審決例を踏まえてすでに詳細に述べたとおりである。独禁法への抵触を考慮することなく運用していることは被控訴人らも認めている。したがって、この点だけでも請求原因は充足されている。

(2) 私的紛争における私益の実現に使われる場合についての配慮を欠いていること

事件の相手方の弁護士からの請求を受けて、安易に被請求対象弁護士に対する懲戒手続を開始することは、当該事件の弁護活動に大きな影響を及ぼすことに留意しなければならないことは第2の3(5)で指摘したとおりである。特に本件では、公益通報に対する抑制効果をもたらす懲戒制度の運用に転化していると意味で、一層慎重な取り扱いが要請されるのに、一弁は何らの考慮も払っていないことが、X1事件で原告X1が答弁書(甲Ab3の1)において、この点を強く主張しているのに一弁決定(甲Ab1)はこれを考慮しようとしなかったことから明らかである。

(3) 職務規程の抽象性・多義的であるにもかかわらずガイドラインすら存在せず、構成員の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はいない。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、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。

しかも日弁連調査室によって、解釈が示されることがあるが、その解釈によって行動したとしても、懲戒処分を受ける恐れが払しょくできるわけではないとされ、実際、X1事件では、控訴人X1は日弁連調査室に照会し、受任可能であることについての意見を受けて行動しているにもかかわらず、受任が品位に反するものであるとの判断を受けており、予見可能性を極度に奪うものとなっている。

なお、原判決ではないが、本件に関する仮処分決定では、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、独禁法違反を基礎づけるものであって弁護士会の第1次的判断権の尊重(あるいは司法の不介入)の根拠にはなりえないことである。

(4) 品位保持義務・信義誠実義務違反についての不透明・独善的・不公平な解釈は、独禁法 8 条 4 項に違反し、弁護士³の事業活動に萎縮効果をもたらす不合理な制約であること

X1 事件で指摘された懲戒事由の大半は、この品位保持義務・信義誠実義務違反によるものであり、独禁法の観点を考慮すれば、反対の結論になることを第 4 で指摘している。

また、品位保持義務違反に関しては、準備書面で「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、特に過度に広範な規制が行われている疑いがあること(X1 事件でも、業務監査請求書の「がん細胞」という表現が問題になっている)。第 4 で指摘するように、このような些末な表現につき懲戒処分をもって規制することは、依頼者の利益・表現の自由を侵害するものである³。

他方において、ピーシー橋梁談合事件において、検査妨害を行った事実が審決上認定されている I 弁護士が、そのことを理由に何らの懲戒処分を受けることなく、かつ、その後第 2 東京弁護士会綱紀委員会の部会長を務めていることは、弁護士会の懲戒制度に対する社会の信頼を著しく傷つけるものであり、これこそ弁護士の品位を著しく損なう非行であると思料されるが、かかる懲戒請求はその後本人の問題行動が是正されたか否かを明らかにすることなく却下されており(I 事件)、懲戒制度の運用に重大な不均衡が存在する。

過去の行為として懲戒処分しないとしても、二弁として問題のある行為と考えるか否かを明らかにすることなく請求を却下するようでは、再発防止を図ることはできない。

(5) 違法行為を助長する行為に関する事例はほとんど懲戒実績がないため、懲戒制度が内部通報妨害の有力な武器と化していること(不公平性・不公正)

このように、弁護士の品位を害する行為については広範に懲戒対象とする一方、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。その結果、違法行為を行っている疑いのある事例が違法行為を隠蔽する手段(内部通報を妨害する手段)として、懲戒制度が活用されている実態がある。X1 事件のように、公益通報者代理人に対す

³米国では、裁判所に対する裁判の過程で使われる主張に対しては、名誉毀損にならないことが明確にされている。

る攻撃目的の利用はその典型であり、本事例は懲戒制度が内部通報妨害の有効な武器と化していることを裏付けるものである。

これは、違法行為を助長する行為を取り締まらない一方、品位保持義務の拡張的運用・形式的違反の摘発、私的紛争への介入に慎重さが不足していることなどの不公正な運用により、事業者団体の活動が取引妨害あるいは弁護士の事業活動に対する不当な制約を行っているという問題と評価されるべき要因である。

(6) 報酬に関する委任契約書作成義務・説明義務、直接交渉禁止義務などを形式的に運用していること(不公平・不公正)

弁護士の委任契約・交渉手法に不合理に干渉する運用は、事業者団体による顧客獲得競争あるいは弁護士の事業活動に対する不当な制約そのものであり、サービス・価格を硬直化するもので、8条1号違反の疑いすらあるが、一弁はそのことを何ら配慮していない。両者がサインしていなければ、契約書でないと、それが欠けていれば、職務規程違反で懲戒に値する「非行」にあたるなどということの非合理性は明らかである(第4の(6))。

説明義務も同様であり、現在の依頼者を攻撃する道具に使われる恐れのあるタイムシートの提出拒否は、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、それが許容されないような運用は、弁護士の事業活動に対する不当な制約である。また、第三者委員会の設置とバーターにしたいという提案をすることさえ、説明義務に反するという解釈も同様であって、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交渉手段を「非行」とみなすことは、弁護士の事業活動に対する不当な制約であることは明らかである。

直接交渉義務に関しても同様であり、形式的解釈により、ファックスの送付の仕方(誰を宛先にし、誰を cc にするか)という形式だけで、「非行」が左右されるという常識外れの運用が行われていることがX1事件から明らかになっている(第4の(8))。弁護士の事業活動に対する不当な制約が生じていることは明らかである。

(7) 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、自ら調査を行っていないこと(調査義務懈怠)

懲戒手続は、公権力の行使とされるのに、懲戒請求者の書面と対象弁護士の答弁書、その他の答弁書に依拠するだけで判断されている。弁護士法において、必要な時は調査を行う権限が付与されているものの、自ら必要な調査を行う運

用実態になっていない。X1 事件・W 事件のいずれでも、懲戒請求者から問題となったフェリーチェの契約書の入手が可能であり、それが入手できれば、通報妨害での懲戒請求であることが認識できたはずであるのに、それすら入手せずに判断が行われている。

(8) 懲戒請求者から事情聴取すら行われずに却下決定が下される例もあること(調査義務懈怠)

W 事件・I 事件では、自前の調査はもちろん、懲戒請求者(控訴人 X2)に対する事情聴取・追加の情報提供がないかの打診、状況についての説明の機会すら行われずに判断が下されている。この点は、第9の二弁・日弁連との関係の問題である。

(9) 対象弁護士が、審理の状況・争点が何かを知らされず、防御の機会を奪う運用となっていること(手続的保障の欠如)

X1 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、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ず、このため控訴人 X1 は、ほかの懲戒事由は問題とされておらず、タイムチャージの請求方式についてもその説明が受け入れられたと理解したので、懲戒請求は却下されるものと信じていた。公益通報保護事件の一方当事者からの懲戒請求であったことは答弁書から明らかであるにも関わらず、懲戒請求の原因となった公益通報についての民事・行政事件の進展についても、綱紀委員会として当然関心を持つべきであるのに、その点についての情報収集すら行わずに一弁決定が行われたのである。

(10) 決定の内容について第三者は知り得ないこと、疑いがあるだけで懲戒事由があるとの運用が行われていること(運用の不透明性・独善性・恣意性)

決定の内容については、非公開とされており、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。しかも、綱紀委員・懲戒委員経験者によれば、疑いがあるだけで懲戒事由があるとされる運用が行われているといわれる。一弁決定でもそのような傾向は随所にみられるが、一例として、「本件の紛争が、委任契約書が作成されて

いなかったことに直接起因する」という認定は、何らの証拠もなく、憶測を事実であるかのように認定している(第4の3(6)参照)。

要するに、懲戒制度の運用の実態はブラックボックスとなっており、その運用実態が第三者には知り得ないものになっているため、恣意的な運用が行われているか否かの検証ができないシステムになっている。このように不透明かつ恣意的な運用を許す懲戒制度は、予見可能性を奪うものであり、弁護士業務の不当な制限である(独禁法8条4号)。

- (11) 適格を欠くものが綱紀委員となり、その者によって運用されていること(透明性・公正性)
- (12) 忌避制度もなく、上記の弁護士に対する忌避申し立ても行うことができないこと(透明性・公正性・手続的保障)。
- (13) 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とされたこと(透明性・公正性)

(11)(12)(13)はI事件を通じて、判明した事実であるが、一弁でも同じと推認される。I弁護士は、独禁法事件で検査妨害を名指して認定された弁護士であるが、かかるものが綱紀委員会の部会長を務めている。弁護士倫理上、重大な疑義のある行為を行ったことが公文書に記載された者が一切懲戒処分されないどころか、綱紀委員会の部会長を務めているという事態、そして綱紀委員の氏名が公表されず、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事態(二弁に対する照会結果による)は、綱紀手続の透明性が全く欠けていることを示すものである(独禁法8条4号)。

4 「構成事業者の機能又は活動を不当に制限すること」(8条4号)についての分析手法・立証責任

上記3の請求を基礎づける事実が独禁法8条4号の「構成事業者の機能又は活動を不当に制限すること」に該当するかどうかについての検討は、事業者団体が統制権を及ぼす目的を検討し、その目的に照らして、統制権限の行使が正当かつ相当なものか、統制権限の逸脱・濫用がないかを検討して行うことになる。ただし、事業者団体による構成事業者の活動規制は、競争事業者間の事業活動を制約するものであるから、統制権限の行使が正当かつ相当なものであるか、統制権限の逸脱・濫用がないかにつき厳格に検討される必要がある、事業者団体側において、立証責任を果たす必要がある。

控訴人は、第2以下で、被控訴人一弁の懲戒制度の設計・運用が、独禁法8

条4号に該当して「構成事業者の機能又は活動を不当に制限」していること(統制権限の逸脱・濫用があること)についての主張しているが、立証責任は被控訴人一弁にあり、被控訴人一弁が統制権限の逸脱・濫用がないことを主張立証しないのであれば、8条4号違反という請求原因は主張・立証されていることになる。

5 差止請求の要件を充足していること

(1) 本件では、8条4号違反に基づき差止請求権(24条)が発生していること

原審では、8条4号違反・19条違反と主張していたが、控訴審では、以下の通り、(i)8条4号違反でも24条に基づく差止請求権の発生要件を充足していることを示し、(ii)8条4号違反には差止め請求権がないという解釈に備え、念のため、8条5号違反を主張する。

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」という要件に該当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。本件では、懲戒処分が行われれば、控訴人X1の顧客獲得行為・事業活動に多大な影響を与えることは、経験則上明らかである。

懲戒処分が決定されれば、即時に効力を生じ、日弁連に対する審査請求を行っても、執行停止させることはできず、業務停止が行われれば、その間、控訴人X2は、自らの代理人を失うことになり、その意味でも著しい損害が生じる⁴。

⁴過日、報道された二重橋法律事務所大塚和成弁護士の2月22日付の退会処分により、単位弁護士会の行う懲戒処分に即時執行の効力が生じ過酷な結果がもたらされることがあらためて明らかになった。大塚弁護士の懲戒についての会員向けの掲示

また、戒告処分の場合、懲戒処分により弁護士業務が禁止されるものではないが、その場合でも、対象弁護士の社会的信用が傷つくので、弁護士業務・顧客獲得競争に重大な影響・著しい損害を生じる。

しかも、被控訴人らは訴訟において、独禁法の適用が弁護士会の自治権により免除されるかのような主張、公取委が専門職団体を対象とするガイドラインをわざわざ作成していることを無視するかのような主張を、本件の答弁書でも維持している。このため、本件差止請求が認められなければ、独禁法に反して弁護士業務の自由な遂行が妨げられるという著しい損害が発生する蓋然性がきわめて高い状況にあることが明らかになっている。

(2)一弁に対して差止めを命ずることは可能であること

本件では懲戒処分はまだ下されていないので、仮に 24 条による差止め訴訟の提起は可能であるにしても、まだ正式処分には至っていない一弁に対して差止

出典：http://blogs.yahoo.co.jp/nb_ichii/35780326.html

このたび本会は、弁護士会員を懲戒したので懲戒委員会及び懲戒手続に関する規則第 58 号により、次の事項を掲示する。

1. 対象弁護士の氏名、氏名 大塚和成 登録番号 第 26914 号

事務所 東京都千代田区丸の内 3-4-1 新国際ビル 9 階

二重橋法律事務所

2. 懲戒処分の内容 退会命令

3. 懲戒処分の理由の要旨

被懲戒者は、2013 年 2 月 23 日午前 1 時過ぎ、ある懇親会の後、これに出席していた懲戒請求者を飲酒に誘い、同日午前 3 時過ぎ、懲戒請求者が再三にわたって断ったにもかかわらず、「ホテルの部屋で飲もう。」「大丈夫、大丈夫、飲むだけだから。」と執拗に言いながら、ホテルの部屋に懲戒請求者を連れて入り、懲戒請求者の意思に反して性行為に及んだ。

懲戒請求者は、その後、心身の不調を呈して出勤できなくなり、医療機関において治療を受けたが、翌 2014 年 1 月に職場を退職せざるを得なくなった。

被懲戒者の上記行為は、懲戒請求者の性的自己決定権を侵害し、懲戒請求者の尊厳を踏みにじる行為であるとともに、第二東京弁護士会の性別による差別的取扱等の禁止に関する規則第 3 条に違反する行為であって、弁護士法第 56 条第 1 項に定める弁護士としての品位を失うべき非行に該当する。

4. 懲戒処分の効力が生じた年月日

平成 28 年 2 月 22 日

め命令を出すことは不可能であり、したがって、24条に基づく請求も不適法という考え方があり得るので、控訴審裁判所がかかる見解を採用することはできないことを念のため主張する。

控訴人が求めているのは、一弁に対して、一弁決定の取消しを求めるものでもその懲戒規定を削除・変更することを求めるものでもなく、控訴人に対する懲戒手続を進めることが、一弁の懲戒規定の運用実態に照らせば、構成事業者たる弁護士「機能又は活動を不当に制限すること」に当たるので、これ以上、控訴人に対する違法な懲戒手続の進行を差し止める旨の判決を求めるものである。つまり、適正を欠く職務規程の控訴人に対する適用の差し止めを求めているので、現時点でそのような差し止めを命ずることは、不可能を求めるものではなく、法律上十分に可能なことである。

(3)8条5号に基づく差止請求権の発生

8条4号からは差し止め請求権が発生しないという解釈に備え、予備的に、8条5号該当性を主張しておく。なお、5号の適用に関して、仮処分事件および原審弁論終結後に提出した準備書面(陳述されていない)では、5号の適用に関し、懲戒請求者に取引妨害させる行為と構成したが、控訴審においては、上記のように綱紀委員・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)とする。事業者団体たる一弁は、決定を承認する議決を行っているのであるから取引妨害(一般指定14項違反)の効果が生じる議決を放置していたことは明らかだからである。原審は、この点を共同の取引拒絶(一般指定1項)と構成するようであり、議決を共同の取引拒絶とみることに理由があるが、この条項は、取引妨害(一般指定14項違反)が認定できない場合に備えて予備的(予備の予備)に主張するものとする。

8条5号は、条文の構成がかなり異なるので、まずこの点から説明しておく。5号も、事業者団体が有する統制力を濫用する場合に適用される規定である。事業者団体が自ら事業活動を行っていない場合、構成事業者をして一定の行為をさせることで、競争が制限される場合があるので、かかる場合を捕捉できるようにするのが5号の規定である。

通常この目的で用いられるのは、構成事業者による取引拒絶と拘束条件付き取引(排他条件付き取引)である。これらの行為を行い得るのは取引を行う事業者に限られるため、事業者団体は、構成事業者に対して、特定の事業者(これは、構成事業者でなくとも構わない)との取引を拒絶するようにさせたり、拘束条件付き取引をするようにさせることにより、競争が制限されるようにすることができる。

例えば、新規参入者が参入しようとしている場合に、それに原材料を供給する事業者（通常は構成事業者ではない）に対して原材料を供給しないように働きかける（働きかけに反して原材料を供給すれば、今後その事業者団体の構成事業者は、当該原材料の供給者とは取引しないことを示唆することで、これが可能となる）ことで、新規参入を有効に阻止することができる。

本件では、取引妨害・業務妨害・共同の取引拒絶が問題になるが、上記の考え方を当てはめることができる。一弁の綱紀委員会・懲戒委員会の委員は、懲戒請求者が誰であるかを知っているのであるから、本件懲戒請求が公益通報に関連し、控訴人による公益通報者の弁護を困難にする結果を生じることを知り得たことになる。にもかかわらず、控訴人に対する懲戒手続を進め、一弁決定を行ったことは、公益通報の弁護という構成事業者たる弁護士の事業活動を困難にさせることを認識し得たことは明らかである。

つまり、一弁は、綱紀委員・懲戒委員による会員弁護士の正当な弁護活動の妨害になる行為（議決）を漫然と放置することにより、結果として、綱紀委員・懲戒委員たる弁護士が会員弁護士の取引を妨害する（あるいは綱紀委員が共同で取引拒絶する）ようにさせていたことになる。これは、事業者団体が一般指定14号に該当する行為をさせるようにすることに該当するものである。

つまり、構成事業者たる弁護士（具体的には綱紀委員会・懲戒委員会を構成する弁護士）をして、不公正な取引方法に該当する行為（控訴人による正当な弁護活動を妨害するという一般指定14号または1号に該当する行為）をさせるようにしていたことになる。5号でいう「させるようにする」とは、事業者団体として明示的にそのような決議・決定を行うことを要せず、下部組織がそのような行為を行うことを事業者団体として放任することでも十分に成立することは、過去の公取委審決で明らかにされている。

第4で示すように、綱紀委員会・懲戒委員会を構成する弁護士は、控訴人に対して懲戒手続を進めることが、控訴人による公益通報者の弁護活動を著しく困難にさせることになることは十分に認識し、または認識すべきであったことは明らかである。したがって、一弁が、このような綱紀委員会による会員弁護士に対する取引妨害行為を漫然と放置・放任していたことは、8条5号に該当するといふべきである。

第4 各事件の位置づけ

1 各事件の決定の位置づけ

本件の3つの事件は、綱紀制度の設計・運用という違法行為が表出した事例

として位置づけられる。

私訴においては、違法行為と控訴人が受けた損害の因果関係・控訴人適格論が問題になりうる。独禁法に違反しないかどうかを検討していないことは、被控訴人らの主張上明らかになっているので、因果関係との関係では控訴人が示すべき事実は、独禁法を考慮して懲戒制度が適正に運用されていても、およそ本件の決定に変わりはないとすれば、本件の請求は棄却される余地がある(ただし、そのような主張は、現段階ではされていない)。

そこで、独禁法を考慮すれば(独禁法8条4号を遵守して運用していれば)、結論は異なりえたということがいえれば、因果関係は肯定される。これは、個別の懲戒事由について、懲戒事由ありとする相当性の判断を要するものではなく、独禁法を考慮すれば、結論は異なりえたことの確認作業である。この点で、「裁判所が、懲戒事由の存否等を含む懲戒処分の効力、適否について判断することが不可避となる。」との原判決の説示(24頁)は誤りである。

2 部分市場・X1事件で弁護士業務市場への悪影響が特に大きくなる事情

市場は、弁護士業務市場であるが、X1事件において、構成事業者に対する不当な制限の関係で、依頼者X2が受ける損害・不利益を考えると本件での8条4号違反がもたらす悪影響が甚大であること、それは、弁護士であれば、だれでも本件を扱えるわけではなく、本件では、控訴人X1以外に適切に控訴人X2の利益を守ることができない事件であることは重要な事実である。この点は、構成事業者に対する不当な制限を考える考慮要素であるが、より狭い範囲で部分市場が成立しているとも考えられる。

市場は、需要者(依頼者)と供給者(弁護士)の側からの代替性の観点から画定される。本件の市場は、非営利法人における内部統制・公益通報問題を取り扱うことができる民商事弁護士の業務市場であると思われる(それだけでも、市場の参加者は極めて限定される)が、紛争の舞台である学校法人はカトリック校であり、カトリック教会とカトリック校の意思決定について熟知した弁護士でなければ、役員の責任追及・依頼者の地位の保全、依頼者の満足しうる業務処理を得ることは、困難である。

すなわち、需要者の観点からは、依頼者が選択に耐えうる弁護士は非営利法人の内部統制、公益通報、カトリック学校・ローマ教皇を頂点とするカトリック教会の指揮命令権限、その他の教会法に関する知識に精通している事業者(弁護士)が代替しうる弁護士である。もともと非営利法人の内部統制問題ですら、これを取扱いうる弁護士は極めて限定されているところ、カトリック学校・カトリック教会の問題も含めて、精通している弁護士は、日本には10名も存在し

ていないと考えられる極めてニッチな市場であり、依頼者にとって控訴人以外に代替的な弁護士への依頼先は存在しなかったし、控訴人が一時辞任を考えた時に、他の弁護士を紹介しようとしてもそれを見つけるのは不可能であったとの経緯も存在する（甲 A3 の 1 懲戒請求答弁書 37 頁参照）。

3 個別の懲戒請求事由に関し、職務規程違反を認めた判断はすべて、独禁法 8 条 4 号を考慮していれば、反対の判断になっている可能性があること

（1）控訴人が学園の委任契約終了の直後に通報者の代理人となっていることが、信義誠実・信用保持義務の違反（5 条・6 条違反）であるとの判断（一弁決定（9）（10）関係）。訴状 24 頁以下。

一弁決定は、X1 事件を単なる労使紛争と考え、使用者の側の代理人がいきなり労働者の代理人に転じて、労使交渉を行う事例であるかのように X1 事件を構成し、原判決もそれに従って、「当事者」の項でそのように認定する、それが、誤導的な認定であることは、第 1 の 1、第 5 の 7 で指摘する通りである。委任終了後に反対の側を代理することが、さらに信義誠実義務・品位保持義務の観点からは問題とされるべき場合は、同一の係争物の案件で、これが先例で問題となった事例である。本件で、労働組合交渉が同一係争であればそれに該当する可能性があるが、事実は全く異なる。学園代理中の案件とは全く異なる案件であり、通報者を代理することは、原告 X1 の前の依頼者である学園の利益にも適合するものである。利益相反が生じているのは、違法行為を行った役員との間であり、元の依頼者との関係では、利害が対立しているというよりもむしろ利害は共通している。公益通報を保護する観点から、公益通報者の代理人になることは、学園・公益を守ることであり、実質的には、信義誠実義務・品位保持義務には反しないと考えるのが自然である。

それどころか、公益通報者に対し、通報者の安全のためにあえて経済的にも引き合わない困難な業務を引き受けているのであり、弁護士の品位保持義務・基本的人権の擁護に適合する行為である。

しかも、控訴人はこの問題について、日弁連調査課に問い合わせ、委任契約が終了しているのであれば、利益相反の問題は生じず、秘密保持の問題が残るだけであること、告発対象事項そのものについては公益通報者保護法により保護される旨の回答を調査課（担当はオク弁護士）より得て行動しており、控訴人は、受任を行うに当たり注意義務を尽くしている。

それだけでなく、この点についての弁護士倫理を盾に取った攻撃により、原告 X2 の支援者は労働組合を断念した状態で、集会を開かざるを得なくなった。

そして、労働組合としての保護を受けられない状態で告発内容を教員に説明したことが原告 X2 の懲戒事由とされており、弁護士倫理が公益通報者の弁護活動を制限し、その結果、依頼者が重大な不利益を課されたものであり、市場と消費者(依頼者)に重大な悪影響が生じた例であり、懲戒規程の運用がいかにより弁護士だけでなく依頼者に重大な結果を招いている例である。

一弁決定は、事業者団体が公益通報者にとって最適と考える弁護士へのアクセスを制限し、弁護士の事業活動・交渉の自由を制限・妨害するだけでなく、その運用の結果依頼者(消費者)に具体的損害を生ぜしめているのである。

(2) 守秘義務違反(23 条違反)(一弁決定(11)(12)(14)関係) 訴状 27 頁以下。

一弁決定は、通報者の保護に関しても、保護の対象はあくまでも通報者であって、その代理人である弁護士ではなく、通報者の保護と弁護士の守秘義務とは別の問題であると説示し、通報者が秘密保持義務を負わなくても、控訴人の秘密保持義務は、解除されないという論理を展開するが、全く独自の理論であり、弁護士の事業活動を不当に制約するもので独禁法に反する違法な解釈である。もし、そのような理論が構築されれば、同種事件での受任はほとんど不可能になる。必ず前の事件の依頼者の秘密情報が含まれており、新しい代理人からそれを開示してください(相手に対して主張してください)と依頼されたときに、前の事件の守秘義務があるから私からは開示できません(主張できません)では仕事にならないであろう。つまり、新しい依頼者が開示してよいと言った情報は、そのものが守秘義務を負っている情報でない限り、これを開示しても、守秘義務違反にはならないと解さなければ弁護士業務は成り立たないのであり、一弁決定の解釈は、弁護士の業務に対する不合理な制限を課すもので、独禁法 8 条 4 号に違反する。

そもそも、独禁法をわざわざ持ち出さなくとも、第三者から守秘義務を負うことなく、取得した情報について、これを開示することは正当な情報開示であり、前の依頼者に対する守秘義務に反するものではないことは、秘密保持規定の解釈の常識であり、また、公益通報者を代理するものに開示する正当な利益があることも明らかである。このような秘密保持義務についての基本すらわきまえていない独善的解釈がまかり通ること自体が、現行の綱紀制度の設計・運用自体が弁護士の業務活動を不合理に制限し、統制権限を逸脱濫用するもので独禁法 8 条 4 号に違反する疑いがあることを示すものである。詳細は訴状 27 頁以下を参照。

(3) 業務監査請求を不当利益取得目的・あるいは品位を害する方法での勧誘(10条)と認定したこと(一弁決定(15)(17)(18)関係) 訴状 29 頁以下

一弁決定は、控訴人の 8 月 28 日から、9 月 18 日レターまでの業務監査請求を一連の対応を不当な利益要求を行っていると認定しているが、証拠上、そのように解することは全くできない。

一弁決定は、業務監査請求の最初のレターで(甲 B 甲 3 の 2)報酬を得る目的があったことをとらえて不当な利益獲得目的とするが、交渉において、報酬を提示することが不当利益目的になるのでは、交渉を行えない。しかも、そのレターの報酬についての記載は、業務監査請求を行った翌日である平成 25 年 8 月 28 日の午前の会議で、報酬に関しては、無償にするとしており(甲 B 甲 3 の 5 の末尾参照)、利益を得る目的などは存在しないし、この点は、9 月 19 日の書簡(甲 B 甲 3 の 21 の 3 頁目)でも確認されている。証拠上、不当利益目的など認定できようもないのは明らかであり、この認定は、統制権限を逸脱濫用するものであることは明白である。それにとどまらず、この認定は、懲戒請求者の取引妨害という違法行為を助長しているものとさえ評価できるもので、独禁法 8 条 5 号にも該当する疑いがある。綱紀委員自体の職務規程 14 項(違法行為を助長してはならない義務)違反も問題になる。詳細は訴状 29 頁以下であり、必ず参照されたい。

依頼者 X2 が控訴人による業務監査を求めたのは、適正な業務監査を行うのに最も適切なものは、控訴人だと信じていたからであり、依頼者の意向に従って交渉することを非行とする解釈や、交渉の問題に介入する姿勢は、弁護士の事業活動への不合理な制限・干渉であり、顧客獲得競争の制限である。

学園が適正な業務監査を実施し、X2 に伝えるという提案があれば格別、単に形だけの業務監査を公認会計士に行わせるだけでは、適正な業務監査を実施したことにはならないと伝えているだけである。学園が行った公認会計士の業務監査では、フェリーチェとの業務委託契約の問題が明らかにされることはなかったことから、X2 が控訴人による業務監査請求を求めたことは、適正な業務監査の要求として合理的なものであったことが裏付けられている。依頼者の意向に従って、業務監査を請求することが、不当な要求・依頼の勧誘となるとし、それを懲戒事由に該当する「非行」とする一弁決定の解釈は、交渉の自由・弁護士の業務活動を不合理に制約し、独禁法 8 条 4 号違反となるものである。

一弁決定は、本懲戒請求を含む一連の対象弁護士に対する攻撃は、対象弁護士を辞任させ、対象弁護士と X2 教頭との委任関係を終了させるために行われたもので、対象弁護士と X2 教頭との委任契約に対する積極的債権侵害（不法行為）であるという控訴人の主張(甲 A3 の 1 懲戒請求答弁書 35 頁)の重大性をわきまえず、「対象弁護士は、これまでに認定したとおり、懲戒請求者から委任契約を解消され、顧問契約の締結を拒否されるや、懲戒請求者を相手方として、①労働組合を代理しての団体交渉要求、②被用者を代理してパワハラ等を理由とする謝罪請求及び損害賠償請求、③被用者を代理して労働審判請求を相次いで行い、懲戒請求者の秘密に属する情報を漏洩するなどの懲戒に相当する行為を行っており、」(57 頁)との認定は、全く客観的事実に何するでたらめなものであると同時に公益通報者との支援者を代理して交渉することを著しく制約するものであることは、上記の認定それ自体からも明らかであり、一弁決定が、交渉の自由・弁護士の業務活動・顧客獲得競争を不合理に制約すること、公益通報者の立場への配慮が全く欠けていることは明らかである(独禁法 8 条 4 号違反)。

学園(請求者)は、控訴人が業務監査の権利を持っているわけではないから控訴人の業務監査を拒否することはできるが、その場合でも公益通報に対し、適切に対処し、業務の適正を確保しなければならないのであるが、請求者はそれが全くできていない。控訴人に住民訴訟で指摘されるまで、業務委託契約は修正もされないばかりか、拒否した後の学園の対応は、(控訴人 X2 には)公益通報を握りつぶそうとしか思えない行為ばかりであり、それに対抗して、控訴人が、依頼者である X2 のために行った対抗手段が、不当要求になるものではない。パワハラに対する謝罪、損害賠償請求、公益通報者のための労働組合の代理を兼ねることなどは、X2 への不当抑圧をやめさせ、適正な業務監査を行わせるための交渉手法であり、このような交渉手法は、断じて、制限されるべきではない。それを制限することは、交渉の自由・弁護士の業務活動を不合理に制約するものである(独禁法 8 条 4 号違反)。

一弁決定は、公益通報者が内部的な問題の解決のために行う交渉手段をことごとく否定し、弁護士倫理の名のもとに、適正な業務監査を行わず、違法状態を固定化する学園役員の不法な利益を擁護するものである。この一弁決定は、綱紀委員会が綱紀委員会が取り締まらなければならない不法の利益を守るように懲戒権を行使しているのであり、統制権限を逸脱濫用するものであることが明らかである。したがって独禁法 8 条 4 号に違反する。

なお、一弁決定は、控訴人が「がん細胞」と表現したことを「品位を欠く方法」による招請と判断している(52 頁)が、この表現は監事に対するレターにおいて、一回的に使われたにすぎず、表現が過激であるとしても、控訴人 X2 は、学園監事に対し、通報を行って、内部的に解決しようとしたのに対し、学園が、

決算書類の開示を拒否し、業務監査請求を拒否し、監事は通報に対し何の調査も行わず、公認会計士に丸投げすることで告発を握りつぶし、控訴人 X2 にいじめ問題を口実とした不当抑圧を行い、控訴人 X2 の代理人を辞任させて、控訴人 X2 の孤立化を図るという悪質極まる対応をとり、内部統制が全く機能しないことが明らかになったからである。経営陣の刷新、被控訴人田川、被控訴人三根谷が理事長、理事の辞職を求めることは根拠のあることであり、表現が過激になることも無理からぬ状況があるからである。

しかも、懲戒請求者は、「がん細胞」の表現や、甲 2、甲 3 の 1 での表現よりもはるかに悪質かつ控訴人 X2 の名誉毀損となる根拠のない虚偽主張を繰り返しており(甲 A5 の 7、控訴人準備書面 4 添付の最終準備書面第 5 の 2、第 8 の各項目を参照)、かかる観点からも不法の目的は、控訴人 X2 にはなく、被控訴人理事らにあることが明らかである。

弁護士の手簡は、依頼者の要望に応じて、強い表現を用いることは何ら弁護士の品位保持義務に反するものではない。表現活動を弁護士の品位という不明確な概念で制限することは、表現の自由を侵害するものであり、弁護士の業務活動の不当な制限である。このような弁護士の表現活動を委縮させる一般条項の過度に広汎な解釈をすること自体が、8 条 4 項の統制権限の逸脱濫用による業務妨害である。

(4) 労働組合の代理(5 条 6 条違反)(一弁決定(9)関係) 訴状 34 頁

この点は、上記(1)と第 1 の 1 で述べた通りである。原判決が当事者についての記載で、原告 X1 が、「懲戒請求者の代理人であったのに、労働組合の代理人として、同学園に団体交渉の申入れを行うなどしていた」と記載したのは誤導的事実認定である。労働組合を代理できないことで、弁護士の事業活動が不当に制約されただけでなく(8 条 4 号違反)、依頼者の重大な不利益が具体的に発生している。

(5) 損害賠償請求・慰謝料請求(5 条 6 条違反)(一弁決定(10)関係) 訴状 35 頁

これも、控訴人が学園の委任契約終了の直後に通報者の代理人となっていることが、「非行」を構成するかどうかで決まる論点である。その点が非行を構成しないのであれば、かかる損害賠償請求や慰謝料請求それを品位保持義務・信義則違反などの一般条項で制限されるとすれば、依頼者のために的確に請求を行うことができなくなる、したがって、そうした請求が独立して職務規程違反

となるとの被控訴人一弁の解釈は、明らかに不当な弁護士業務活動に対する制限である(8条4号違反)。

(6) 委任契約書作成義務違反(30条)(一弁決定(1)関係) 訴状 35 頁

一弁決定は、平成25年2月1日付書面を契約書には学園のサインがないから、委任契約ではなく(契約の申込みに過ぎないとする)、委任契約書は作成されていないと認定しているが、両者がサインしていなければ、契約書でないなどという見解こそ履行による承諾という民法の基礎的知識を欠く独自の見解であり、まして、それが欠けていれば、職務規程違反で懲戒に値する「非行」にあたるなどというのは、不合理かつ過度の規制であって、不当な弁護士業務活動に対する制限である(8条4号違反)。

また、一弁決定は、2月1日付け契約書が、顧問契約であるか否かについて議論し、2月1日付け書面による契約は顧問契約でなく個別の案件であり、個別の案件の表示がないから契約書に不備があると主張しているが、珍妙な独自の解釈であり、綱紀委員の適格性が問われる。一弁決定は、個別受任か、定額の顧問契約しかないかのような前提に立っているが、その前提自体が誤りであるし、職務規程の解釈として、そのような2タイプの契約書しか認められないと解釈するとすれば、それこそが、弁護士業務に対する不合理な制限である。サービス提供方法を制限することは価格設定を硬直化する点で、一種の価格カルテルを助長するものであり、一弁決定が、独禁法8条4号に違反して統制権限を逸脱していることは明白であるばかりか、8条1号にも違反する疑いを生ぜしめるものである。

なお、本件の紛争が、委任契約書が作成されていなかったことに直接起因するという認定は事実誤認も甚だしい。そのような因果関係は何ら立証されていない。紛争の原因は、請求者の控訴人を辞任させようとした取引妨害行為にあり、委任契約とは何の関係もない。そのことは、一弁決定が送付されるや直ちに請求者が控訴人の辞任を民事訴訟で請求している(甲 Bd5) ことから明らかとなっている。

(7) 報酬に関する紛議調停解決努力義務違反(26条-依頼者との紛議)(一弁決定(5)関係) 訴状 37 頁

一弁決定は、紛議調停が終了した理由として、控訴人が説明を拒否したからであると考えているようだが、全くの事実誤認である。一回目に控訴人の側で、第三者委員会の設置とバーターにしたいという提案が出され、調停委員がそれ

を元に相手方と交渉したと見られる時期を経過したのちに、再度の調停委員からの事情聴取はなく、調停が成立しなかつただけである。

これに対し、一弁決定は、控訴人の第三者委員会の設置の要求に対し、請求者の応じるべき理由について、十分な根拠があると解されず、第三者委員会の設置を要する事項であるとは認められないと認定する。

しかし、業務の適正を確保することは、学園理事の責務であるから、業務の適正を確保させる方法として、公益通報に対して、公正な業務監査を請求することは何ら義務なきことを行わせるものではない。公益通報が行われている以上、適正な監査を実施するため第三者委員会の設置を提案することは、その権利がなくとも何ら問題にされるべきものではない。権利がなければ、交渉の材料として主張することが禁じられるものではない。依頼者の意向に従って提案を行うことは、何ら制限されるものではない。職務規程 22 条においても依頼者の意思の尊重が規定されている。また、弁護士間の紛議は、職務規程 73 条で、紛議調停の対象になることも明言されている。一弁決定の職務規定 26 条の解釈は、業務の適正を確保するために内部通報者代理人がとる手段を著しく制約するものであり、弁護士の事業活動を不当に制約するもので、統制権限の逸脱濫用があり、独禁法 8 条 4 号に違反する。

そもそも、請求者は自ら契約を解除したものであって、依頼者ではないのであるから、依頼者との紛議(26 条)には該当しない。過去の依頼者について拡張解釈する場合には、現在の依頼者に対する業務活動を制約するものでないかあについての配慮が必要であるが、一弁決定はその点についての配慮を欠き、統制権限の逸脱濫用が明らかであり、8 条 4 号違反違反は明らかである。

しかも、本件では、請求者がタイムシートの提出を求める理由が X2 への攻撃材料を模索するためにタイムシートの提出を求めている可能性は極めて高い状況であり、依頼者に対する善管注意義務の観点から拒否するのは当然であり、一弁決定は、弁護士業務についての不当な制限である。

(8) 直接交渉禁止義務(52 条)違反(一弁決定(20)関係) 訴状 41 頁

実際に、本人と交渉したわけでもない最初のレターの送付それも、FAX の学園を相手方とし、cc(写し送付先)で代理人に送付したことが直接交渉禁止(52 条)に反し、懲戒事由に該当するなどという判断は、弁護士業務に対する不合理な制限であることが明らかである。代理人にのみ送付するよりも、本人にも送付することの方が慎重な実務である場合が多い。それを両者に送ったことを懲戒事由に該当するなど、不合理極まる過度の規制であり、統制権限の逸脱濫用が明らかである。

しかも、直接交渉禁止というのであれば、一弁決定は、田中弁護士を受任の範囲に含まれていたかを確認すべきであるが、その点の認定はない。田中弁護士は、学事課の立入検査に立ち入っておらず、合理的に考えて、経営改善指導に対する対応は、田中弁護士に対する委任の範囲外であると考えられた。控訴人は、経営改善指導に関して、その内容を学事課に12月26日に問い合わせた際、田中弁護士が代理人として対応しているかを確認したところ、県は、田中弁護士のことを知らず、経営改善指導に関して、田中弁護士から連絡を受けたこともないとのことであった。かかる状況で本人宛に送付し、念のために代理人にのみ送付することは全く常識的な交渉であり、このような送付の仕方まで、弁護士倫理で規制しようとすることは、統制権限の逸脱濫用が明らかである。

それだけでなく、直接交渉禁止を書類の送付に徹底すると依頼者が相手方の書類を知りえない場合も生じうるなど弊害の方が大きい場合があるし、行政事件などで国や県に直接やりとりできなければ、不都合なことも多い。cc(写し送付先)で代理人に送付される場合には、依頼者は、すぐに対応を代理人の協議することができるのであるから、送付を受けた者が困惑することもない。それを宛て先が本人であるという形式的な理由で懲戒事由にするなどあってはならない不合理な解釈・過度の広汎な規制であり、弁護士の業務活動を不当に制限したものである(8条4号違反)。

(9) 村石、原賀理事宛てレターが害悪の告知であり、品位を害する非行である(6条違反)との判断(一弁決定(24)関係)訴状43頁

責任のあるものに対し、責任をどうとるか、業務執行の適正を確保する方法を提案することは、当然交渉の範囲であり、それは害悪の告知ではない(責任のあるものに、責任をとるように迫ることは何ら害悪の告知に当てはまるものではない)。そうした要求が、害悪の告知であるとか、義務なきことを行わせるというのは、筋違いも甚だしい。理事に退職すべき義務がなければ、退職を勧告することが非行に当たるというのでは、和解交渉(契約の自由)・私的自治によって、事件を解決することは著しく困難になるものであって、かかる解釈は弁護士の事業活動に対する不合理な制限・業務妨害であり、統制権限の逸脱濫用が明らかであるから8条4号に違反する。

和解を提案し、それに期限を切り、和解ができなければ損害賠償請求訴訟を提起することは一般的に行われている実務である。もしこうした行為すら害悪の告知と評価されると言うならば、訴訟を提起することを求めて、内容証明郵便を出す現在の実務はほとんどの場合、非行に該当することになる。それでは弁護士業務は成り立たない。一弁決定の解釈は、弁護士の事業活動に対する不

合理的な制限・業務妨害であつて、統制権限の逸脱濫用があること、独禁法 8 条 4 号に反することは明らかである。

(10) まとめ

以上のように違反が認定された各行為には、職務規程(甲 A7 参照)の条項にそのままあてはまるものは皆無であり、一般条項や契約書作成義務、依頼者との紛議解決義務、直接交渉禁止義務、秘密保持義務違反について、独占禁止法 8 条 4 号(契約書に関しては 1 号違反の疑いすらある)の観点から許容することのできない拡張解釈を行うことによって、懲戒相当との結論に達したものである。したがって、本件では、懲戒手続きが独禁法に違反しないように適正に設計運用されていれば、判断は全く異なっていた可能性がある。したがって、独禁法違反の懲戒手続きの運用が一弁決定に影響を与えていないとは到底言えない。

第 5 原判決の論理の誤り

以上のように、原判決は、市場への悪影響がすでに生じていること、その悪影響は控訴人 X1 が懲戒処分されなかったとしても存続するものであることを看過している点において、致命的に誤っていることは十分に論証されたと思料するが、念のため、弁護士会の第 1 次的判断権を尊重するとの論理の誤りなどについて補足する。

1 高度な自治権を与えられた団体の内部的問題か

判決は、弁護士会は高度に自主的かつ自律的な団体であり、弁護士等に対する懲戒手続きに関して、弁護士会の高度の自治権が保障されているので、懲戒手続きが、弁護士会内部の問題にとどまるものについては、司法審査の対象とならないものと解するのが相当であるとしつつも、本件における独禁法 24 条に基づく差止請求の対象が弁護士会による懲戒処分である場合には、懲戒処分は一般市民法秩序と直接の関係を有するものと認められ、内部的な問題にとどまるものとはいえないとした。法令に基づく請求については、市民法秩序に関連するのであり、それが内部的問題にとどまるものとして、訴えの利益がないと解することは出来ないのであり、この点の判決の指摘は適切である。

2 独禁法違反について、弁護士会の第 1 次的判断権を尊重するとの論理は、弁

護士会の懲戒制度を治外法権にするに等しい誤った解釈であること

市民法秩序に属することを認めつつ、判決は高度の自治権論により、市民法秩序に属する場合でも依然として、弁護士会の第1次判断権が尊重されるという不可解な議論を展開し、「懲戒処分を含めた弁護士会の行為に対し、独禁法等の適用が一般的に排除されるわけではないものの、弁護士会による懲戒処分についてその効力を争うときには、弁護士法の趣旨に鑑み同法に規定する方法によってのみ行うことが許されるものと解すべきである」とし、いわば独禁法についても黙示の適用除外ないし弁護士法の優先を認めるかのような判示となっている。

その理由として、判決は、「上記懲戒処分の差止請求においては、控訴人 X1 に対する懲戒処分が違法となることがその請求を認容する一要件となり、懲戒処分の効力、適否が直接問題とされるところ、当該請求が司法審査の対象になるとすれば、裁判所が、懲戒事由の存否等を含む懲戒処分の効力、適否について判断することが不可避となる。そうすると、本件においては、控訴人 X1 に対する懲戒処分の適否につき懲戒委員会が審査中という段階で、裁判所が、懲戒委員会及び弁護士会の判断を待たずして、その懲戒事由の存否・懲戒処分の効力及び適否等に審理判断し、その判断の内容によっては処分の発動を制限するような効果を生じさせることになる。このような結果を生じさせることは、高度の自治権を保障し、裁判所による介入を制限した弁護士法の趣旨を没却することになる」から、裁判所は実体判断を行うことは出来ないとする。

しかし、控訴人が求めているのは、一弁による懲戒手続とその運用が独禁法に適合しているかの判断である。独禁法との適合性を判断することは、弁護士会という事業者団体にも独禁法の適用があり、独禁法に基づく私的自治権の行使には限界があり、団体による統制権の逸脱・濫用があれば、その規制を受けるという当然の法理が明らかになるだけであり、裁判所が、懲戒委員会及び弁護士会の判断を待たずして、その懲戒事由の存否・懲戒処分の効力および適否等を直接審理判断することにはならないので、原判決は前提において誤っている。

独禁法の規制が及ぶことを考慮しても、一弁決定に変わりはないというのであれば、損害がない(因果関係)がないとされる可能性はあるが、その関係で裁判所が行うべきは、独禁法を考慮すれば(独禁法8条4号を遵守して適正に運用していれば)、各懲戒事由ありとの判断は異なり得たとの確認を行えばよいのであり、全面的に懲戒事由の有無に立ち入る必要があるとの原決定は、前提において誤っている。

裁判所が行うべきは、個別の懲戒事由について、懲戒事由ありとの判断が相当か否かを判断することではなく、(本書面の第 4 で行ったような)独禁法を考慮すれば、結論は異なり得たことを確認することで足り、懲戒事由の存否・懲戒処分の効力、適否について判断することではない。

かかる判断すら行えないという判示であれば、それは独禁法の適用を排除する権限まで、事実上(法律の明文の規定なく)弁護士会に与えているに等しい結果となる。(適用除外規定がない限り)事業者の活動に等しく適用される独禁法を無視している実態がある場合でも、弁護士会の懲戒手続に介入できないとする原判決は、弁護士会に独禁法からの適用除外を認めるに等しい。この点については、第 2 の 3 で指摘したとおりである。

私的自治権には、法令違反でないことという限界があるのであり、その限界の範囲内か否かは、懲戒手続の審理中であるからと言って、その判断が排除されるものではない。

弁護士法によって弁護士会が行う懲戒処分につき第一次判断権があるとしても、その運用実態が独禁法に違反するか否かの判断まで排除されるものではなく、独禁法違反の事態まで尊重されるものではない。第一次判断権とは、公権力の行使に関して使用すべき問題であるが、弁護士会につきこの意味での第一次判断権を論ずることは妥当とは言い難い(第 7 を参照)。独禁法の適用を受けない公権力の場合と、独禁法の適用を受ける弁護士会とでは、明確に区別して論ずるべきである。

3 特に独禁法の問題に関し、懲戒手続に一元化することは、違法行為を行うものに違法性を判断する権限を与えるに等しいものであること

独禁法が規制する懲戒手続を利用した競争制限・構成事業者の事業活動の不当な制限の問題についてまで、弁護士会の手続に一元化するのでは、懲戒規定を口実にした独禁法違反行為を放任することになり、独禁法の適用除外を与えてしまうことになる(第 2 の 3 も参照)。

独禁法 24 条が、被害者に差止請求を許容している以上、懲戒規程を口実にした競争制限が行われているという独禁法上の請求原因に基づく請求に関し、弁護士自治を理由に弁護士会に第一次的解釈権限まで付与するとの解釈はとりえないことは明らかである。

そして、裁判所が、独禁法の条文を解釈することは弁護士会の職務規程の解釈権限につき独禁法上課された当然の限界・すなわち私的自治権の限界につき判断するに過ぎず、弁護士の私的自治権を奪うものではない。つまり、控訴人が求めたのは、私的自治権には独禁法に基づく限界があることを本件で明らか

にすることであり、本訴訟において裁判所が行うべきことは、独禁法と弁護士法の関係を調整するための独禁法8条4号の解釈準則を示すことであった。

そして、その解釈準則については、公取委の資格者ガイドラインによれば「資格者団体については、強制入会制度が採られており、資格者は団体へ入会しなければ業務を行うことができないことから、資格者団体において競争制限的な活動が行われた場合には競争に与える影響が一層大きなものとなる。このため、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たり、需要者の利益を不当に害するものとならないよう十分注意する必要がある。」と明記されており、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が、独禁法上問題になることが明言されている。控訴人の主張に照らし、弁護士会の職務規程の設計・運用が構成事業者に対する統制力の不当な行使にあたるものでないか検討し、この点に関する司法判断が下されて然るべき問題なのである。

4 弁護士会の懲戒制度の設計・運用が、独禁法に反することについての主張について審理を行わないことは、弁護士会の第1次的判断権では説明できないこと。

原判決は、弁護士会の懲戒手続が慎重な処分手続になっているという建付けを前提にしているが、控訴人は弁護士会の懲戒手続が慎重な手続になっているのは見かけだけであり、その設計運用は、透明性に向け、恣意的運用がいくらかでも可能なように設計され、そのように運用されていることを具体的に主張しているものであり、そのような主張について審理を行わなかったことは違法である。

原判決が認定する弁護士法に定める二段階の手続は、平成26年改正前の独禁法審判手続に似た制度である。独禁法でも審判手続を準司法手続により慎重に行うことを理由に第一審が省略され、東京高裁が専属管轄を有すると定めている。しかし、運用の実態は、旧独禁法の審判手続と弁護士会の懲戒手続では、設計においても運用においても天と地ほどの開きがある。

原判決は、この懲戒制度の概要の認定に依拠して、「弁護士法に基づく弁護士に対する懲戒制度自体に特段の欠陥があるとは認められない」とかつこ書きで述べたうえで、弁護士会の第一次判断権を尊重し、弁護士会の懲戒手続に一元化すると論理を導いている。

しかし、原判決は、懲戒制度の運用が「壊れている」とまで主張し、懲戒制度の運用が不適正であり、独禁法に違反するについて具体的に主張しており、被控訴人はこの点に関して何ら反論していないにもかかわらず、このように認

定することは弁論主義に反する違法がある。

弁論主義のもとでは、反論されていない事項(沈黙)は、相手の主張を争わないということであるから、単に懲戒制度の概要を認定し、運用の適正について、原告が違法性を主張しているのにそれを審理せず、「弁護士法に基づく弁護士に対する懲戒制度自体に特段の欠陥があるとは認められない」という判断したことは、弁論主義に違反している。

また、制度の設計・運用が、独禁法に反することについては、弁護士会の第1次的判断権では説明がつかないし、弁護士会の第1次的判断権尊重の前提が充足されているか否かの審理なしに、弁護士会の第1次的判断権尊重を理由に訴えを却下することはできないはずである。

制度の設計・運用の問題によって、弁護士の業務活動に対する不当な制限・取引妨害が生じているのであれば、その運用の欠陥が統制権の逸脱・濫用にあたらないかという観点から審理が必要であり、被控訴人が反論を行わないのであれば、独禁法違反が認定されざるを得ない。

なお、被控訴人一弁は、検事・裁判官などの第三者を入れて運用している点を主張しているが、第三者の関与の程度は、外部からは全く不明である。独禁法の検査妨害を審決で名指しで指摘されている者が綱紀委員会の部会長になっているという事実は、綱紀制度の適正な運用について重大な反対事実となるものである。

原判決は、被控訴人に具体的に反論させてその綱紀制度が慎重な手続であることを認定できるかについて、審理を尽くすべきであったが、それを行ってもせず、慎重な手続であることを認定しているのは、違法である。

以上のように、弁護士会の懲戒手続の運用の実態からみて、弁護士会の第一次判断権を尊重し、弁護士会の懲戒手続きに一元化することを正当化することは困難であるが、慎重な準司法的手続を定め、第1審相当と考えられていた独禁法の審判手続でさえ現在では廃止されている。弁護士会の手続を第一審相当と考え、弁護士会の第一次判断権を尊重し、弁護士会の懲戒手続きに一元化するという原判決の解釈論は、現在の弁護士会懲戒手続の運用実態のみならず懲戒対象者の手続保障の面からも到底正当化され得ないものである。したがって、原審は、独禁法違反の請求について審理せず訴えを却下することはできなかったのである。

5 弁護士会の処分は、「公権力の行使」であって民事的救済を受けられないとの判断は控訴人の訴訟の目的を理解していないものであること

原判決の公権力の行使であって、民事訴訟による救済を得ることができないとの論理も誤りである。懲戒処分 효力を争う場合には、被控訴人日本弁護士連合会による審査請求を経た上で、その裁決の取消しの訴えを提起することとされているが、本件訴訟は、独禁法 24 条に基づくものであって、(控訴人 X1 自身が懲戒処分を受けないようにするという個別利益ではなく、)独禁法違反の市場環境の是正・そのような状況からの構成事業者たる弁護士の救済であり、公益的目的によって訴訟を提起しているものである。弁護士間の公正かつ自由な競争が阻害されているという違法状態はすでに市場に表れており、独禁法 24 条は、私人にかかる違法状態を除去するために(個人が受けた損害の範囲で)差止め請求権を認めているものである。したがって、控訴人自身がまだ懲戒処分を受けていないことを却下理由とする原判決は、本件訴訟の目的と独禁法 24 条の構造を理解していないものである(この点、そもそも公権力の行使であると解すること自体の問題について、第 6 を参照)。

6 原判決が基本的人権を持ち出すことの欺罔性：一弁決定は、基本的人権の擁護、社会的正義の実現という使命の観点から介入が要請される事例であること

原判決は、「弁護士が基本的人権の擁護、社会的正義の実現という使命を有し、憲法上も国民の人権を擁護する任務がある旨規定されており、時として国家機関と対立する関係に立ちうることから、国家機関に懲戒権の行使を委ねることは望ましくなく、また訴訟において適正な裁判を実現しこれに対する国民の信頼を確保するために裁判所、検察官その他の国家機関の監督に服さない自治的団体に懲戒権の行使の権限を認める事が相当である」(23 頁)とする。

しかしこの点は、懲戒権限を弁護士会に付与することについての理由であって、自治権・懲戒権限の濫用的行使について裁判所の救済が与えられないことの理由にはなりえない。懲戒権限が法令に違反するときまで(独占禁止法上、統制権の逸脱・濫用がある場合まで)介入を差し控えることは、まさに、弁護士法の理念である基本的人権の擁護、社会的正義の実現が脅かされる事態を裁判所が傍観することになる。

取引妨害が行われ公益通報者の人権侵害が行われる場合であっても、弁護士会の第 1 次的判断権を尊重し、いつ終わるともわからない懲戒手続きの終結を待たなければならないとすれば、いくらでも懲戒請求権の濫用が起こってしまう。つまり、懲戒請求を使って、相手方代理人弁護士の業務妨害がやり得になるのであり、弁護士会で有力な弁護士であればあるほど、懲戒請求を使って取引妨害を行うことが可能になってしまう。

正当な業務に対する妨害が行われているにも関わらず、裁判所が司法の介入

を差し控えれば、弁護士法で保護しようとした基本的人権と社会的正義の理念が逆の方向に行くものである。まさに本件では、控訴人 X1 は、住民訴訟・国賠訴訟を提起し、国家機関と対立する関係に立ちながら、基本的人権の擁護、社会的正義の実現という使命を実現するために戦っている立場にあるといえる。裁判所の介入は、弁護士法の理念に整合的であり、裁判所がそれを傍観することこそ、基本的人権と弁護士法の理念に反するものである。

7 認定事実・争点整理についての根本的誤り

原判決は、認定事実の「当事者」「本件一弁決定に至る経緯」において、事実関係中最も重要な懲戒請求に至った経緯、原告 X2 が内部通報者であり、原告 X1 が、原告 X2 から内部通報を受けた前後に解任され引き続き公益通報者を代理することになった事実、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 X1 と事務所のパートナーに書簡を送りつけ控訴人 X1 の辞任を促した事実、原告 X1 が、日弁連調査課に、公益通報を受けた法人の代理人が委任契約を解消された場合、その後公益通報者を代理することができるかを照会し、それが可能であることの確認を懲戒請求者に通知したうえで受任を続けている事実、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事実を欠落させている⁵。

原判決は、当事者についての記載で、原告 X1 が、「懲戒請求者の代理人であったのに、労働組合の代理人として、同学園に団体交渉の申し入れを行うなどしていた」と記載し、あたかも、労働組合の使用者側から、労働者側の代理人に転じたかのような事実認定がなされている。しかし、原告 X1 が学園の代理人であったときに交渉した組合は、学園(経営者)の側についており、何ら、交渉の相手方だったものを委任契約終了後に代理したものではない。

労働組合の代理人として団体交渉の申し入れをしたのは、内部通報に対し、学園が適正に対処しないために新たに結成された団体であり、公益通報対象事実についての調査を求める目的での団体交渉の申し入れである。しかも、その交渉は拒否されたため、組合としての規約の整備もなく、届け出も出されることなく団体は解散している。そのような経緯を無視して、通報者を救おうとして立ち上がった小学校教員有志の団体を瞬間的に代理したことをとらえて、形式的に使用者を代理にしたものが労働者の代理人に転じたかのようにあえて認定することは著しく誤導的な事実認定である。

⁵日弁連に対する照会の件は、争点に置ける原告の主張として出てくるが、その照会結果を通しては、証拠上、明らかに認定できる重要な事実である。

この点の誤導的認定は、本訴訟の本質的問題に直接関連するものである。原告 X1 に対する攻撃の結果、原告 X2 の支援者は労働組合を結成できない状態で、集会を開かざるを得なくなった。そして、労働組合としての保護を受けられない状態で告発内容を教員に説明したことが原告 X2 の懲戒事由とされており、弁護士倫理が公益通報者の弁護活動を制限し、その結果、依頼者が重大な不利益を課されたものである。懲戒手続・弁護士倫理が通報妨害の側面攻撃に活用され、それが弁護士の業務活動の制限となり、その結果、依頼者に重大な不利益が発生しているのである。

内部通報については、公益通報者保護法で保護される公益通報に該当することが、民事事件の判決により明らかになっている。原判決は、この民事訴訟の判決が下される直前の状況において実体審理を行わず、強引に決心したものである。

争点整理の誤りについては、第 3 の 1 で述べた通りである。

第 6 懲戒権限を公権力の行使と解するのは正しいのか、

1 公権力の行使としつつ、自治権を強調することは矛盾しないか

原判決は、弁護士会による懲戒処分は、公権力の行使であると解されるどころ、訴訟において懲戒処分の効力を争う場合には、被控訴人日本弁護士連合会による審査請求を経た上で、その裁決の取消しの訴えを提起することとされており、それ以外の手段によることは許されていないとし、民事訴訟の提起自身が不合法であるとする。公権力の行使であるとする理由として、最判昭和 42 年 9 月 27 日を引用する(22 頁)。

しかし、自治権を保障される民間団体を、行政庁のように扱い、その懲戒処分を行政処分と解することは、弁護士自身の理念を尊重するという原理と矛盾するし、判決自身が強調する高度の自治権を保障された自律的団体の第 1 次的判断権の尊重という説示とも矛盾している。そもそも、最判は「広い意味での行政処分に属するものであるといえる」といっただけで、公権力の行使になるとか、民事訴訟による救済が排除されるということまで述べたものではない。

むしろ「公権力の行使」と解する理由は、弁護士法が行政不服審査法・行政手続法を準用しているという文言解釈による点が大きいのと思われるが、行政手続法の準用があることによって、直ちに弁護士会の処分が行政処分になるものではない。判例においても、司法書士団体に関し、行政手続法を準用しているからと言って、その処分が行政処分になるものではないことを明示しているものもある。 弁護士会は民間団体であり、判決自身も弁護士会の民間団体として

の自治権を強調しているのであるから、弁護士自治を尊重するのであれば、行政手続法が準用されているは、自治権を尊重するための法形式であって、それによって、弁護士会が行政庁に相当するとか、行政事件訴訟によって司法審査されるべきと解する必要性はないと思われる。

2 行政庁・行政処分であれば、通常、与えられる保護を欠いていること

行政手続である限り通常の行政庁が備えるべき手続保障を持っていないが、弁護士会の懲戒手続はそのような手続には程遠いものである。

平成16年法律第84号により行政事件訴訟法が改正され、義務付けの訴え及び仮の義務付け並びに差止めの訴え及び仮の差止めの各制度が法定された際に、裁決主義を定めた弁護士法61条の規定について特段の手当てがされなかったことは、弁護士会による懲戒処分を行政処分と解する根拠がないことの原因である。

この点、本件の仮処分決定は、義務付けの訴え及び仮の義務付け並びに差止めの訴え及び仮の差止めの各制度が法定された際に手当がなされなかったことは、「上記改正後においても、弁護士法に基づく弁護士会の懲戒処分については、日弁連に対する審査請求及び日弁連の裁決に対する取消訴訟のみを救済手段として予定しており、それ以外の救済手段を予定していないものと解するのが相当である。」とするが、立法の際にそのような議論をした形跡は全くなく、この点は仮処分決定の根拠のない憶測に過ぎない。

これほどの例外を設ける必要があるのであれば、明文で手当てされるべきは当然であり、解釈による例外を認められるほどの実態が弁護士会の懲戒手続でないことは、これまで繰り返し述べたとおりである。つまり、通常備えるべき仮の救済の制度が規定されていないことは、民事訴訟による救済が排除されないことの原因であって、民事訴訟を排斥する根拠にはなり得ないものである。

3 弁護士法の懲戒手続の定めは、素直に読めば自治権の限界を規定するものであること

そして懲戒手続が行政処分であるなら、憲法上の営業の自由の保障に反しない手続となっているかについて、精査が必要である。そして、営業の自由や手続の違法に関する司法的救済が整備される必要がある。そのような制度を法文で規制することは、自治権に対するより強力な介入となる。自治権が尊重される限り、懲戒手続についての弁護士法の規定は、弁護士自治のひとりの限界を規定するものである。無制限な自治権は、明らかに営業の自由を害す

る恐れがあるが、他方において、行政手続き並の規制を行うことは、弁護士自身の理念に反するために、規制を最小限度にとどめ、独禁法による救済に委ねたと解すべきものと思われる。

そもそも弁護士倫理について司法が不介入であれば、事業者団体が統制権を利用して所属弁護士の事業活動を制限し、所属弁護士が基本的人権の擁護と社会的正義の実現を妨害することに対し、救済を受ける方法がなくなることになる。まさに本件はそのような事案である。基本的人権の擁護と社会的正義の実現の保障は、弁護士に対する保障であって、事業者団体の保障ではない。事業者団体の統制権限の濫用にたいする歯止めは、司法の最低限の介入として不可欠である。

第7 懲戒制度の仕組みと弁護士自治・弁護士倫理の関係についての再検討の必要

1 弁護士会が統制権を濫用した場合の救済が欠ける状況となっていること

司法の不介入は、弁護士自治を根拠とするものであるが、弁護士自治によって何らの介入も行えないとすれば、弁護士会が統制権を濫用した場合、基本的人権と社会正義の実現が阻害された場合の保護を全く欠くものとなる。本件は、まさにそのような事例であり、公益通報をもみ消し内部通報者を孤立化させて解雇に追い込もうとする学園の行為に対し、まさに基本的人権と社会的正義の観点から受任した事件である。弁護士法の理念からは、筆者の行動は是認され、W・田中の行為こそが非難されるべき行為である。しかるに弁護士会が行った判断はその真逆となっている(但し、田中に対する懲戒請求は東京弁護士会においていまだ審議中である)。にもかかわらず、一弁決定は、基本的人権と社会的正義の観点を懲戒理由に挙げているのである。

このような真逆とも思われる運用に対しても司法的救済が与えられない制度となっていることは、制度がおかしいのか、解釈論がおかしいのかのいずれかであり、「懲戒制度自体に特段の欠陥は認められない」という結論にはなり得ないはずである。

2 弁護士倫理とは何か。

弁護士倫理の観点から、最も重要な規制は、違法行為の助長、放置、加担と

いう問題である。公益通報が行われた場合、これに対し監事は業務の適正を図ることは、法人の責務であり、内部統制の要となる監事は、適正な対応を助言すべきである。仮にこの点が、監事としての善管注意義務に違反しないとしても、弁護士倫理上は責任がある、と解すべきである。

職務規程を解釈する綱紀委員会や懲戒委員会の委員が、弁護士倫理あるいは法曹倫理についての定見がなく、職務規定を形式的に運用する結果、真に弁護士倫理の観点から、懲戒対象とされるべき倫理規範の違反に対し、懲戒請求が却下され、軽微な違反に対して懲戒が行われる傾向がある。本件は、まさにその具体例であり、その点についての判断も独禁法の観点から判断されるべきであった。

弁護士倫理に反する行為とは、欧米では、非良心的な行為を軸に構築されていると思われる。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)。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、個別の職務規定を広めに解釈すればいい、という姿勢で運用され、その結果、軽微な違反行為までが、懲戒違反行為に広げられてしまうのである。そして、真に対応しなければならない違法行為の助長・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、多数の懲戒が行われているにもかかわらず、国民の目からは、モラルを欠いていると思われる弁護士が多数いる、あるいは、悪い奴ほどよく眠るという不信感となっている。そのような不信感は、上記の運用状況に照らせば、相当程度理由のあるものである。

また、一弁において、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。

弁護士は事業者であるから、労働法に見立てた懲戒制度だけが存在することの方が、むしろ不自然である。これは、弁護士会が事業者団体であるにもかかわらず、あたかも雇用者と従業員の関係で捉えていることを意味し、これが弁護士会は独禁法の適用を受ける存在であることへの無理解・無自覚につながっているといえる。

これまで繰り返し主張したように、弁護士会は事業者団体である以上、独禁法 8 条の遵守義務も負っている。つまり、弁護士会は、独禁法 2 条 2 項にいう「事業者としての共通の利益を増進すること」という目的に加え、会員間の自由な競争の制限をしてはならないという不作為義務も負っている。したがって、強制加盟の専門職団体としての弁護士会が会員に対して有する統制権の濫用的行使をチェックする上で、8 条 4 号 5 号が遵守されることが大きな意味を有するのである。

民間企業であれば、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、ごく短期で深刻な損害が発生していない行為に関しては、業務改善命令や警告などの手段が活用されるであろう。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。

つまり、懲戒制度の運用のみを通じて弁護士倫理の確保を図るとすると、自由な弁護士業務の遂行を制限する懸念が大きい。これは、本件において、訴訟の相手方弁護士の正当な弁護活動業務を妨害する目的で懲戒制度が利用されるという弊害(X1 事件)、重大なモラル違反の可能性のある行為についての懲戒請求が簡単に却下される(W 事件)一方、形式的な違反に対しては懲戒が行われやすいという弊害(X1 事件)、更には、あるいは過去に司法妨害を行った者が、綱紀委員会の部会長を努めているという現状(I 事件)に表れているといえる。

これらは、被控訴人らに、弁護士会が事業者団体として独禁法を遵守すべき立場にあることの認識に欠けていることの何よりの証拠である。被控訴人らの本件訴訟への答弁書には、事業者団体として独禁法を遵守する義務があり、構成事業者たる弁護士間の自由な競争を不当に制限してはならないことへの配慮は一切見られない。

要するに、懲戒規定のみを活用して弁護士倫理を確保しようとする、自由な弁護士業務の遂行まで制限する結果となる懸念が大きいことから、独禁法を遵守すること（独禁法の規制の枠内で懲戒規定を運用すること）が必要不可欠なものであり、原判決のごとく、弁護士会に事実上の独禁法適用除外の地位を付与するといかに大きな弊害が生まれることは明らかであり、原判決は取消しを免れない。

3 最高裁判決後に蓄積された先例が再検討されるべき時期にきていること

以上の考察からは、最判昭和 42 年 9 月 27 日とその後の司法の不介入を徹底する下級審の論理自体が再検討される時期にあると思われる。実際、諸外国で、

自治権を理由にここまで徹底した不介入を行う制度は存在しないように思われる。

例えば、米国では州法において、state action の法理が適用される州が多いが（カリフォルニア州もその一つである）その場合弁護士会の綱紀制度は適正に設計・運用されているかについて、裁判所（カリフォルニア州最高裁）によって、積極的な監督が行われており、手続・運用の瑕疵についても所属弁護士の救済を与えている。

State action の法理が適用されない American Bar Association (ABA) においては裁判所の監督権限がない代わりに独禁法によって救済が行われる。いずれの救済もないのであれば事業者団体が所属弁護士にたいして懲戒権限を濫用することになり弁護士業務活動についての妨害に対して何らの救済も与えられないことになってしまうため、制度的に、独禁法による監視か、裁判所の懲戒手続きに対する直接的監視のいずれかの方法がとられなければならないものと考えられている。

また、懲戒請求の却下判決に関しては、法務省や独立団体が監査し、懲戒できるとする法制度となっている国が多いと思われる（ドイツなど）。

日本法でも、仮に、弁護士業務に対し、独禁法の黙示の適用除外（第1次的判断権の尊重を含む）であると解するのであれば、司法はより積極的な介入が要請される。そのような解釈は、弁護士法から全く導きだせないわけではないように思われる。現在の最判とは真逆であるが、弁護士法が、懲戒規定について行政法を準用し、慎重な手続きを定めているのは、むしろ自治権を制約しているものと解する余地がある。真に高度な自治権があれば、懲戒手続きを詳細に定めていること自身が、自治権に対する介入である。自治権に介入する代わりに、裁判所の救済を、地裁レベルでの司法の介入を差し控える建付けとなっているものとも解釈できるのである。

以上は、本件が最高裁で審理される場合を先取りした立法論的提言であり、東京高裁の審理においては、最判の枠内、すなわち、独禁法に基づく自治権の限界として、統制権の逸脱濫用の観点から、司法審査を行う事が、弁護士法と独禁法の調和的な解釈というべきである。繰り返すが、少なくとも独禁法に基づく職務規定の解釈の制約についてまで弁護士会が第一義的解釈権を持つという判決の根拠は法令上見出しがたい。裁判所は、独禁法に基づく請求が行われる場合には、統制権限の逸脱濫用がないかについての審理判断を差し控えるべきではない。本件で、弁護士会が、独禁法を遵守していないのであれば、請求は認容されるほかない。弁護士会は統制権を逸脱濫用していないこと、自治権

の範囲内において権限を行使していることについて明らかにすることが、独禁法適用の結果として求められているのである。

第 8 一弁に対する損害賠償請求について

一弁に対する損害賠償請求は、市民法秩序に属するものとして、国賠請求事件として審理を行っている。そして、国賠請求の法律上保護された利益論に従い、法律上保護された利益がないとする。しかし、第 4、第 5、第 6 で詳細に述べた通り、弁護士会の懲戒手続は、形式上慎重な手続に見えるが、到底、第 1 審に相当する実質を備えておらず、弁護士自治の尊重から、行政手続に存在する手続き保障規定が随所で欠けている手続きであり、国賠請求訴訟の要件で考えるべきではない。

仮に、国賠請求で考えるとしても、被侵害利益・法律上保護された利益に関しては、より柔軟に考えるべきである。本件では、一弁決定の結果、F 弁護士は辞任し、控訴人 X1 の所属事務所からの退所を余儀なくされた。これらは、控訴人らに生じた現実の損害であり、到底、被侵害利益がないといえるものではない。控訴人は、控訴人 X1 の退所の損害についても、口頭弁論終了後の弁論の再開の申立て後、提出した第 5 準備書面において、控訴人 X1 に生じた業務上予見される損害についての証拠を提出している。損害についての実質審理もなく、証拠も見ずに、本案請求棄却することは全くの審理不尽であり弁論の再開に応じなかったことは差戻しの理由たる手続の違法をも構成すると思料するが、本控訴理由書で再度明らかにする。

控訴人 X1 は事務所の退所を余儀なくされており、実質的に弁護士業務を大幅に縮小せざるを得ない状況に追い込まれている。控訴人 X1 は、控訴人の専門分野の業務(商事・独禁法分野)は、一人で独立してやるタイプの業務ではない。弁護士として、業務ができれば、損害がないと到底言えるものではない。

控訴人は、2009 年 9 月から 2011 年 12 月まで、2 年 4 か月の間、早稲田大学構内のリーガルクリニック事務所に弁護士の籍を移したことがある(甲 B 甲 52 の履歴書参照)が、その間は、弁護士業務の大幅な縮小を余儀なくされた。下記が、各年度の原課税所得の推移である。

<u>2008</u>	<u>27,606,000</u>
<u>2009</u>	<u>16,065,000</u>
<u>2010</u>	<u>3,141,000</u>
<u>2011</u>	<u>0(-2,252,000)</u>
<u>2012</u>	<u>25,431,000</u>
<u>2013</u>	<u>27,843,000</u>

2014	30,914,000
------	------------

過去の経験に照らせば、大幅な弁護士業務の縮小、年額約 2000 万円以上の課税所得(逸失利益)の発生が見込まれる状況となる。したがって、一弁に対し、一部請求した金額をはるかに上回る損害が生じ、それが拡大している。

第9 二弁および日弁連決定に対する請求について

原判決は、W 事件決定と I 事件決定については、控訴人 X1 の業務活動の具体的制限をもたらしたのもでも取引妨害をした者でもないから、独禁法違反はなく、従来先例に従って、法律上の争訟性・法律上の利益がないとの判断を行っている。

また、原判決は、3つの事件は別の事件であるとして、総合的な判断を拒否している。ここで控訴人が「総合的判断ができる」と言っているのは、各事件が併合して審理されることにより、主張共通・証拠共通の原則により、X1・W・I 事件に関する各弁護士会の懲戒手続の運用の実態に関する主張と証拠が口頭弁論において顕出されることで、弁護士会の職務規程の運用実態を総合的に分析判断でき、より問題の本質を理解したうえで判断できることを意味するものである。すなわち、3つの事件を併合審理している本件は、弁護士倫理と独禁法の関係についての判断を下す貴重な機会であると述べるものである。X1 事件で懲戒処分が行われ、東京高裁での処分取消訴訟で争われた場合には、このような併合した審理は不可能である。

請求原因事実(違法行為)は、二弁・日弁連に対しても、控訴人が第3の3で指摘した綱紀制度の運用が、独禁法を遵守していないことであるが、第3の3で示したように、独禁法8条4号を遵守せずに懲戒制度を運用しているは、一弁だけではなく、二弁・日弁連の綱紀委員会においても行われていることが、弁論の全趣旨からも明らかになっている。独禁法への抵触を考慮することなく運用しているため、構成事業者の事業活動の不当な制限になるか、統制権限の逸脱濫用にならないかの観点を考慮せずに運用されていることについては、被告二弁、日弁連も争っているものではない。また、第3の3の各項でW事件、I事件に関して主張された具体的事実を参照されたい。

そうすると、確認の利益が問題となるが、かかる独禁法違反の状態を是正する方法がほかにあるかが問題になる。

①却下決定に関しては、義務付けの行政訴訟が提起できないと解されているので、独禁法を遵守していない違法な運用に対しては、本訴訟が、違法状態を是正する唯一の機会であること

- ②懲戒制度が公益に属していること、
 - ③構成員の救済にとってもかけがえのない機会であること
 - ④独禁法を遵守していないという違反状態は至急是正される必要があること
 - ⑤却下決定を受けた原告 X2 は、制度が独禁法を遵守して適切に構築されていれば、却下されなかったかもしれず、独禁法を遵守していない職務規程の運用により、不利益を被っていること
- を考え合わせると、原告 X2 は違法な運用について確認の利益を有すると解するのが相当である。

第 10 手続きの違法

原審が 一弁差止請求に関し、原告の請求原因すら正確に理解しえていないことが、原判決から明らかになっており、争点整理すら行わずに結審したこと⁶、一弁の損害賠償事件について請求棄却の判断を行っているのに、控訴人の弁論の再開の申し立てに応答せず、控訴人に損害についての主張・立証の機会を与えずに請求を却下・棄却したことは、判例違反であり、違法な訴訟指揮に基づく判断であり、原判決は重大な手続違法があるので、この点からも取り消しを免れない。最判昭和 56 年 9 月 24 日によれば、弁論再開の申し立てについての裁判所の裁量権限も無限定のものではなく、弁論を再開しないことが違法になる場合があることを判示している。

また、第 5 で述べたように、控訴人は弁護士会の懲戒手続が慎重な手続になっているのは見かけだけであり、その設計運用は、透明性に向け、恣意的運用がいくらかでも可能なように設計され、そのように運用されていることを具体的に主張しているのであり、そのような主張について審理せず、「弁護士法に基づく弁護士に対する懲戒制度自体に特段の欠陥があるとは認められない」と判断したことは、弁論主義に違反し、そうでなくとも審理不尽、弁論再開しないことの違法を構成する。

⁶第 3 の 1 で述べた通り、原判決は、争点整理において、「原告 X1 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して、主として主張しているのは、8 条 4 項であり、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し止めることを求めたものであり、その趣旨は、訴状・準備書面において十分に明らかである。

結語

控訴人らが最も重要と考えているのは、一弁決定が実際に及ぼしている弁護士業務に対する悪影響・独禁法違反状態からの救済である。原審は一弁決定が独禁法に違反していないか(統制権限の逸脱濫用がないか)という問題を審理すべきであり、被控訴人らにその点についての主張を行わせることであった。その意味で、原決定は、審理不尽の違法があるとして原審に差し戻すか、控訴審で審理するかのいずれかである。もし被控訴人らが、あくまで実態審理を拒絶するならば請求を認容されざるを得ないが、そのような判断が下されることは、独禁法の観点からの懲戒手続きの改革を促すことになる。

加えて原判決が維持されると、内部告発者保護事件に対して、懲戒手続きを利用して、代理人を辞任させる手段が横行することになる。この結果の被害者は、内部告発者であり、内部告発者保護制度という公益を害された社会全体であるから、慎重に審理されるよう切に要望するものである。