

令和6年（行サ）第108号 行政上告提起事件

（原 審 東京高等裁判所令和4年（行ケ）第7号 裁決取消請求事件）

上 告 人 弁護士法人ベリーベスト法律事務所外2名

被 上 告 人 日本弁護士連合会



上告理由書（1）

令和6年9月5日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人

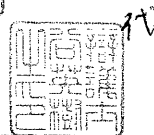
弁護士（主任） 泉

信



弁護士

尾 込 平 一 郎



弁護士

阿 部 泰 隆



弁護士

関 葉 子



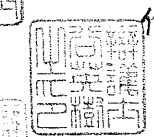
弁護士

辻 洋 一



弁護士

影 山 知 佐



弁護士

谷 英 樹



弁護士

丸 山 和 也



弁護士

伊 藤 建



理由要旨

- 1 原判決は、司法制度改革審議会意見書が「弁護士と隣接法律専門職種などによる協働を積極的に推進するための方策を講じるべきである」と記載している（第1）のに反し、本件士業協働を禁止することも、本件各規定の処罰対象に含まれると判断した。この解釈を前提とすると、本件各規定が本件士業協働を禁止する部分が憲法22条1項に違反する法令違憲であるとともに、これに基づく原処分及び本件懲戒処分も憲法22条1項に違反する処分違憲であるから、本件懲戒処分は憲法22条1項に違反しないと判断した原判決には誤りがある（第2）。
- 2 また、原判決は、司法制度改革審議会意見書が、隣接法律専門職との具体的な関与の弁護士法72条の位置づけを明確にすることや、同条の規制内容を明確化すべきことを求めていた（第1）のに反し、弁護士法の規制対象が何ら明確にされていない状況にもかかわらず、本件士業協働が本件各規定に該当すると判断した。本件各規定の規定ぶりから、本件士業協働が含まれると解することは、通常の判断能力を有する一般人の理解では到底できず、原判決には憲法31条に関する解釈の誤りがある（第3）。
- 3 さらに、日弁連による裁決手続も、原審による審理も、第一審省略の代替手段足り得ないことから、第一審省略を定める弁護士法61条1項は、憲法31条及び憲法32条に違反する。そのため、上告人らの憲法31条、32条違反の主張を排斥した原判決の判断には、憲法32条及び31条の解釈の誤りがある（第4）。
- 4 それ以外にも、原判決は、東京弁護士会が、上告人らに対し、原処分がなされたことのみを根拠に、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求めたことについて、法律上の根拠を欠く。この点に関する原判決の判断は、国会を「唯一の立法機関」と定める憲法41条に反するばかりでなく、憲法31条が適正手続として保障する法律の留保の原則、遡及処罰の禁止を定める憲法39条、比例原則を保障した憲法13条等にも違反するから、各条項に関する解釈の誤りもある（第5）。

目次

第1 原判決の判断は「司法制度改革審議会意見書」の否定である	7
1 「司法制度改革審議会意見書」は弁護士法72条の明確化と弁護士と司法書士との協働を積極的に推進していたこと	7
2 原判決は「司法制度改革審議会意見書」に合致する本件士業協働を禁止したこと	9
第2 原判決の憲法22条1項に関する解釈の誤り（民事訴訟法312条1項）	11
1 原判決の判断	11
(1) 憲法22条に違反しないとした理由	11
(2) 法27条及び規程13条1項の趣旨	11
(3) 実質において法27条及び規程13条1項の趣旨に反するとした理由 ..	12
(4) 依頼者の利益になるとの主張を排斥した理由	13
2 原判決の問題点	13
(1) 原判決は実質的には処分違憲の検討を行っていない	13
(2) 原判決を前提とすれば法27条及び規程13条1項は法令違憲である ..	14
(3) 法27条及び規程13条1項の趣旨に違反するか否かの判断の遺脱 ...	14
(4) 司法書士法3条1項4号及び5号の趣旨を考慮していない	15
(5) 依頼者の利益になることの認識不足	15
(6) 小括	16
3 原判決の解釈を前提とすれば法令違憲が問題となる	16
(1) 原判決の本件各規定の解釈を前提とすれば本件各規定の憲法22条1項違反が問題となる	16
(2) 証取法164条1項の要件該当性が争われた証取法最大判は要件に該当するとした上で法令違反の主張とはせずに同項の憲法29条適合性審査を行っている	16

(3) 小括	18
4 本件に適用すべき判断枠組み	19
(1) 憲法 22 条 1 項の「職業」の自由を制約すること	19
(2) 憲法 22 条 1 項違反の違憲審査の判断枠組み	19
(3) 比較衡量は法令違憲においても処分違憲においても適用される	20
(4) 原判決の問題点	21
5 法令違憲の主張：法 27 条及び規程 13 条 1 項は憲法 22 条 1 項に違反する	21
(1) 本件士業協働は規制の必要性がない	21
(2) 制限される職業の自由は制限を受けてやむを得ない性質とはいえず制限の程度も重大であること	22
(3) 原判決の問題点	23
6 処分違憲の主張：本件懲戒処分は目的を達成するために必要かつ合理的な範囲ではない	24
第 3 憲法 31 条に関する解釈の誤り（民事訴訟法 312 条 1 項）	24
1 原判決の判断	24
2 明確性の原則違反の判断枠組み	25
(1) 原判決による本件各規定の解釈は明確性の原則に違反すること	25
(2) 明確性の原則に関する判断枠組み	25
(3) 弁護士法 27 条は刑罰法規であること	26
(4) 憲法 31 条は弁護士に対する業務停止処分にも準用されること	26
3 本件各規定は明確性の原則に反すること	27
(1) 司法制度改革審議会意見書において弁護士法の明確性がないことが指摘されていること	27
(2) 確立した法解釈によれば「周旋」または「紹介」それ自体の「対価」を支払わなければならない	28

(3) 原判決の判断は「通常の判断能力を有する一般人の理解」を明らかに超えている.....	28
4 結論.....	30
第4 憲法32条及び憲法31条に関する解釈の誤り（民事訴訟法312条1項）.....	30
1 原判決の判断.....	30
2 原判決の問題点.....	31
(1) 第一審省略の憲法32条適合性を判断していないこと.....	31
(2) 糾問主義的な手続構造に対する憲法判断を示していないこと.....	31
3 第一審省略は代替手段がなければ憲法32条に違反すること.....	32
(1) 昭和59年最判は第一審省略の憲法適合性を審査している.....	32
(2) 第一審の省略には代替措置が必要である.....	32
(3) 憲法32条及び31条は裁判における攻撃防御の機会を保障していること.....	33
4 日弁連による審査も原判決の審理も第一審を省略する代替措置とはいえないこと.....	33
(1) 第一審と同様の手続保障が存在しないこと.....	34
(2) 原判決の審理も不十分であること.....	35
5 結論.....	38
第5 憲法41条及び憲法31条、憲法39条、憲法13条に関する解釈の誤り（民事訴訟法312条1項）.....	38
1 原判決の判断.....	38
2 原判決の判断は憲法41条の解釈を誤っていること.....	39
(1) 憲法41条は国会に立法権を独占させていること.....	39
(2) すべての委任契約及び顧問契約を解除することに法律上の根拠はないこと.....	39

(3) 全ての委任契約及び顧問契約の解除を求める理事会決議及び会則を定めることは憲法41条の「立法」であること	40
3 原判決の判断は憲法31条の解釈を誤っていること	41
(1) 憲法31条は法律上の根拠を要求していること	41
(2) 全ての委任契約及び顧問契約の解除を求める法律上の根拠は存在しないこと.....	41
4 原判決の判断は憲法39条の解釈を誤っていること	42
(1) 憲法39条は遡及処罰を禁止していること	42
(2) 本件懲戒処分の際において会則は存在していなかったこと	42
5 原判決の判断は憲法13条及び憲法31条の解釈を誤っていること	42
(1) 憲法13条及び憲法31条は比例原則を保障していること	42
(2) 全ての委任契約及び顧問契約の解除を求めることは比例原則に違反すること.....	43

第1 原判決の判断は「司法制度改革審議会意見書」の否定である

1 「司法制度改革審議会意見書」は弁護士法72条の明確化と弁護士と司法書士との協働を積極的に推進していたこと

我が国は、1999（平成11）年7月、「21世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」ため、司法制度改革審議会を設置した（司法制度改革審議会設置法（平成11年法律第68号）第2条第1項）。

同審議会が2001（平成13）年6月12日に取りまとめた「司法制度改革審議会意見書」（甲28・13～14頁）は、次のとおり明確に指摘している。

- 訴訟手続において、隣接法律専門職種などの有する専門性を活用する見地から、
 - ・ 司法書士への簡易裁判所での訴訟代理権については、信頼性の高い能力担保措置を講じた上で、これを付与すべきである。また、簡易裁判所の事物管轄を基準として、調停・即決和解事件の代理権についても、同様に付与すべきである。
- （中略）
- ADRを含む訴訟手続外の法律事務に関して、隣接法律専門職種などの有する専門性の活用を図るべきである。具体的な関与の在り方については、弁護士法第72条の見直しの一環として、職種ごとに実態を踏まえて個別的に検討し、法制上明確に位置付けるべきである。
- 弁護士法第72条については、少なくとも、規制対象となる範囲・態様に関する予測可能性を確保するため、隣接法律専門職種の業務内容や会社形態の多様化などの変化に対応する見地からの企業法務等との関係も含め、その規制内容を何らかの形で明確化すべきである。

- ワンストップ・サービス（総合的法律経済関係事務所）実現のため、弁護士と隣接法律専門職種などによる協働を積極的に推進するための方策を講じるべきである。

本件と関連する当該箇所の要点は、次のとおりである。

- ① 隣接法律専門職種などの有する専門性を活用する見地から、司法書士への簡易裁判所での訴訟代理権を付与するとともに、訴訟手続外の法律事務に関しても、司法書士の有する専門性の活用を図るべきであること
- ② 弁護士法第72条については、規制対象となる範囲・態様に関する予測可能性を確保するため、その規制内容を何らかの形で明確化することをもって、上記①を含む隣接法律専門職の具体的な関与の在り方を法制上明確に位置付けるべきこと
- ③ 弁護士と司法書士による協働を積極的に推進するための方策を講じるべきこと

司法制度改革審議会意見書の要点①に基づき、「隣接法律専門職種」である司法書士に簡易裁判所（140万円以下）の訴訟代理権が付与されると、それが訴訟手続外か否かにかかわらず、必然的に、司法書士が受任後に140万円超事件であると判明する事態が生じる。

こうした場合、司法書士から弁護士に円滑な事件の引継ぎができないとすれば、要点③である弁護士と司法書士による「協働を積極的に推進」することはできない。また、要点②は、司法書士から弁護士への引継ぎがどのような態様であれば弁護士法72条の規制対象となるのかについて、「明確化」することを求めている。

司法書士に簡易代理権を付与する司法書士法の一部を改正する法律（平成14年法律第33号）は、こうした司法制度改革審議会意見書を踏まえて行われていることから、同法による改正後の司法書士法（以下「改正司法書士法」という。）、及び、これより見直された弁護士法72条の解釈・適用においては、

同意見書の内容がその立法趣旨として参酌されなければならない。

2 原判決は「司法制度改革審議会意見書」に合致する本件士業協働を禁止したこと

本件において争点となったのは、司法書士法人である新宿事務所が調査した結果、140万円超過払事件であることが発覚した事件について、上告人法人がこれを引継ぎ、上告人法人が、新宿事務所に対し、業務を発注したうえで、当該業務に対する対価を支払うこと（以下「本件士業協働」という。）が、弁護士職務基本規程（以下「規程」という。）13条1項が支払いを禁止する「依頼者の紹介を受けたことに対する謝礼その他の対価」に該当するとともに、弁護士法（以下「法」という。）27条1項が禁止する「周旋を受け」に該当するかどうかである（なお、弁護士法人には、規程69条により規程13条1項が、法30条の21により法27条が準用される。以下では、これらの各規定を総称して「本件各規定」という。）。

改正司法書士法により、司法書士に簡裁代理権が付与された以上、簡裁代理権の範囲を超える事態が生じることは、自明のことである。要点③の要求する「協働」を実現するのであれば、簡裁代理権の範囲を超えた事件の引継ぎをする必要があることもまた自明である。そうすると、政府の方針に基づけば、本件士業協働は、本来であれば、「積極的に推進するための方策」を講じなければならないのである。

また、要点③の要求する「協働」として、弁護士から司法書士に対して、訴状の作成を依頼し、その対価を支払うことは、たとえ140万円超過払事件であろうとも、司法改革以前から金額の多寡を問わず適法である（司法書士法3条1項4号）。このことは、弁護士が司法書士から事件を引き継いだ場合で変わるはずがない。弁護士法72条の明確化を求めていた要点②からすれば、こうした対価の支払いを一定の場合に禁止するのであれば、事前に明確なルールがなければならない。とりわけ、司法書士報酬や弁護士報酬が自由化されている

にもかかわらず、原判決のように、裁判所が、上告人法人が新宿事務所に対して支払っていた19万8000円の対価が業務委託をした作業と「見合うか」を審査するのであれば(原判決29頁)、報酬が自由化されことを踏まえつつも、いくらであれば委託業務に「見合う」対価を超えるのかについて定めておかなければならない。それにもかかわらず、本件処分当時はおろか、現在においても、本件士業協働がこれに違反するか否かについて何ら「明確化」されていない。

こうした司法制度改革審議会の意見書がありながら、2020(令和2)年2月28日に東京弁護士会によりなされた原処分は、本件士業協働は、規程13条1項及び法27条に該当すると判断してしまった。また、2021(令和3)年10月19日に被上告人によりなされた本件裁決も、当該判断を維持してしまった。

原判決も、本件士業協働が規程13条1項及び法27条に違反すると判断した。また、原判決の理由付けは、被上告人も主張せず、かつ、原処分とも本件裁決とも全く異なるものであった。しかも、原判決は、上告人らが本件士業協働は依頼者にとって利益であることや(原審・原告第3準備書面19～23頁等)、本件懲戒処分が明確性に反すること(原審・訴状108～110頁等)を主張していたにもかかわらず、こうした点について、何らの検討もしていない。

このように、原判決、ひいては原処分及び本件懲戒処分は、司法制度改革審議会意見書の要点②及び③に反するものであることは明らかである。もし、原判決が確定してしまうとすれば、司法制度改革審議会意見書が求め、改正司法書士法、及び、これにより見直された弁護士法が実現しようとした「ワンストップ・サービス(総合的法律経済関係事務所)実現」は途絶えることになる。

第2 原判決の憲法22条1項に関する解釈の誤り（民事訴訟法312条1項）

1 原判決の判断

(1) 憲法22条に違反しないとした理由

原判決は、上告人らの憲法22条1項違反の主張に対して、わずか7行のみでこれを排斥してしまった（原判決31頁）。

「本件支払行為は、その実質においても、法27条の非弁護士との提携の禁止の趣旨及び規程13条1項の依頼者紹介の対価支払の禁止の趣旨に明らかに抵触するものであることは前記のとおりであり、本件懲戒処分は、規制目的に照らして必要な範囲を超えて原告らの職業の自由を不当に制約するものであるとはいえない。

したがって、憲法22条1項違反をいう原告らの主張は採用することができない。」

この「前記のとおり」というのは、以下の法27条及び規程13条1項の趣旨に関する判断と、「その実質においても、法27条の非弁護士との提携の禁止の趣旨及び規程13条1項の依頼者紹介の対価支払の禁止の趣旨に明らかに抵触する」と判断した次の箇所である。

(2) 法27条及び規程13条1項の趣旨

まず、原判決は、「法27条の非弁護士との提携の禁止の趣旨及び規程13条1項の依頼者紹介の対価支払の禁止の趣旨」について、次のように判断した（同24頁）。

「法72条において、厳格な資格要件が設けられた弁護士又は弁護士法人でない者が、自らの利益のために法律事務の取扱い又はその周旋をすることを禁止することにより、十分な専門知識と職業倫理を備えている保証のない者が他人の法律紛争に介入することで当事者その他の関係人の利益が損なわれ、ひいては法律秩序が害されることを防止」すること

そのうえで、原判決は、司法書士が140万円以内の事件であれば訴訟代

理等を受任できるとした司法書士法3条1項6号及び7号、2項の趣旨について、次のように判断した。

「比較的少額の紛争については、弁護士に委任することが困難な場合が少なくない一方、高度な法律知識や能力を必要とする場合は少ないと考えられることに鑑み、国民の利便性の観点から、訴訟ないし紛争の目的の価額が低額のものに限定し、能力担保措置を講じた上で、司法書士にも訴訟代理等の権限を付与したものであると解される」

他方、司法書士が140万円超事件の訴訟代理等を受任できない理由については、後述㉔のとおり「困難な法律問題を含む事件が多くなることが一般的に想定される」を指摘している。

(3) 実質において法27条及び規程13条1項の趣旨に反するとした理由

そのうえで、原判決は「その実質においても、法27条の非弁護士との提携の禁止の趣旨及び規程13条1項の依頼者紹介の対価支払の禁止の趣旨に明らかに抵触する」ことを理由として、次の㉔㉕の「規模・態様」の2点だけを指摘する（原判決30頁）。

㉔「原告法人は、新宿事務所から140万円超過払事件の依頼者の紹介を受けて過払金返還請求を行い、新宿事務所に対し1件当たり19万8000円を支払う一方、1件当たり平均80万円程度の弁護士報酬を取得し、1件当たり平均60万円程度の収益を得ていた」こと

㉕「新宿事務所は、司法書士には訴訟代理等の権限がない140万円超過払事件についても弁護士に依頼者を紹介して事件を引き継ぐことで1件当たり19万8000円の支払を受けられることを背景に、大量の広告を展開して大規模な集客を継続的に行い、平成26年12月から平成29年3月までの間に延べ7000件ないし8000件に上る140万円超過払事件の依頼者を原告法人に紹介して、1件当たり19万8000円の収益を得ていた」こと

(4) 依頼者の利益になるとの主張を排斥した理由

そして、原判決は、上告人らの「依頼者の利益になる士業協働を実現するため」であるとの主張については、次の㉔㉕の2点だけを理由に排斥した。

㉔「過払金返還請求事件のうちでも、訴訟物ないし紛争の目的の価額が高額の事件については、取引期間が相当程度長くなり、取引当初の時期の取引履歴が保管されていなかったり、取引を中断している期間があったりして、困難な法律問題を含む事件が多くなることが一般的に想定されるのであって、当事者その他の関係人の利益保護を図る上で、司法書士の代理権限を認める範囲が比較的少額の紛争に限定されている趣旨を軽視することはできない」こと

㉕「新宿事務所が司法書士には代理権限が認められていない140万円超過払事件を大量に受任し、これを1件当たり19万8000円の対価を得て原告法人に紹介する形で行われた本件支払行為をもって、依頼者の利益になる士業協働の実現の在り方であると評価することはできない」こと

2 原判決の問題点

しかしながら、こうした原判決の判断は、およそ憲法判断ということとはできない。その理由は、次のとおりである。

(1) 原判決は実質的には処分違憲の検討を行っていない

原審において再三主張したとおり、本件懲戒処分をするにあたっては、本件各規定の要件解釈において、過去の裁判例（大阪高判平成30年11月14日判例時報2399号88頁（甲120）、大阪高判平成27年1月21日LEX/DB25505605（甲123）参照）のように、憲法22条1項に適合するように解釈しなければならない。

具体的には、薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）が定立した職業の自由一般に適用される「規制の目的、必要性、

内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定」すべきとの後述・判断枠組み①に基づき、本件各規定の要件を解釈されなければならない。

それにもかかわらず、原判決は、本件懲戒処分の憲法 22 条 1 項を形式的には審査しているものの、上記の比較衡量基準を適用したうえで本件各規定の要件解釈を行うことなく、わずか 7 行のみで排斥してしまったのである。

こうした判断は、憲法 22 条 1 項の解釈を明らかに誤っている。

(2) 原判決を前提とすれば法 27 条及び規程 13 条 1 項は法令違憲である

仮に、原判決がいうように、本件行為が本件懲戒処分に該当すると解するのであれば、論理必然的に（後述 3 参照）、こうした行為を懲戒処分の対象とする本件各規定それ自体が憲法 22 条 1 項に違反することになる（法令違憲）。

(3) 法 27 条及び規程 13 条 1 項の趣旨に違反するか否かの判断の遺脱

原判決は、本件各規定の趣旨について、㊦「当事者その他の関係人の利益が損なわれ、ひいては法律秩序が害されることを防止」することのみしか認定しなかった。しかし、規程 13 条 1 項の趣旨については、「㊧事件の（有償）周旋を業とする者との結びつきの誘発の防止、㊨依頼者への弁護士報酬請求が過大となることの防止」が含まれており（甲 125。原審・第 3 準備書面 15～16 頁）、こうした趣旨が法 27 条にも含まれていることは当然である。

ところが、原判決が本件各規定の「趣旨」に反するとした理由は、上記㊧㊨しかない。これらの理由は、いずれも単に原告らが利益を確保していたこと、その規模が大きかったことのみを指摘するものにすぎない。

原判決は、原告法人が利益を確保していたとしても、その規模が大きかったとしても、なぜ上記㊧ないし㊨の趣旨が害されるのかについて、何らの判断もなされていない。とりわけ、原判決は、本件各規定の趣旨として、上記㊧を認めておきながら、これに違反するか否かについて一切検討をしていな

い。そうである以上、原判決に判断の遺脱があることは明らかである。

(4) 司法書士法 3 条 1 項 4 号及び 5 号の趣旨を考慮していない

また、原判決は、上告人らが主張していた同法 3 条 1 項「4 号、5 号に定める業務（裁判書類作成等）については 1 4 0 万円超過払事件でも適法に受託することができる」（原判決 1 0 頁）ことの趣旨についても、何ら検討をしていない。

本件において上告人法人が新宿事務所に対して業務委託をしたのは、あくまでも司法書士または司法書士法人が司法書士法 3 条 1 項 4 号に基づき適法に行い得る裁判書類作成等の業務であり、司法書士法が禁止する 1 4 0 万円超過払事件の訴訟代理ではない。

本件懲戒処分がなされる手続の頃から再三主張しているとおり、本件は、上告人らが、法律上の権限のある「隣接法律専門職」である司法書士法人に対して、いずれも適法に行い得る業務の引継ぎを受け、あるいは、その業務を委託したというものであり、何ら法律上の権限のない非弁護士業者に対して、適法に行い得ない業務を行わせたという事案ではない。また、名目的には業務委託料は支払っているものの、何らの業務を委託しておらず、実質的には単なる周旋料ないし紹介料を支払っているという事案でもない。

そのため、本件士業協働は、法 7 2 条及び規程 1 3 条 1 項の趣旨を害すると認定することも、1 4 0 万円超の事件については訴訟代理等の権限が司法書士に認められないとする司法書士法 3 条 1 項 6 号及び 7 号の趣旨に反すると認定することも、到底できないというべきである。

(5) 依頼者の利益になることの認識不足

さらに、原判決は、上記㉔㉕を理由に上告人らの「依頼者の利益になる」旨の主張を排斥しているが、いずれもその前提を欠いている。

まず、上記㉔は、1 4 0 万超の事件の訴訟代理の問題と、当該事件にかかる書面作成の問題を混同している。そもそも、本件において 1 4 0 万円超の

事件を受任しているのは、あくまでも上告人法人であり、新宿事務所ではない。新宿事務所は、140万円超過払事件となるか否かを判断するための調査を行い、当該事件の訴状等の裁判所に提出する書面を作成しているに過ぎない。こうした業務を行うことは、上記(4)のとおり、司法書士法3条1項4号、5号)に基づき適法に行い得るものであるから、本件各規定に反するものではなく、当然のことながら、その趣旨に反するものでもない。

また、上記㊸は、結局のところ、上記㊸と同様に、新宿事務所が「大量に受任」していたことを理由にして、「依頼者の利益になる」という主張を排斥するものにすぎず、やはり上記㊸ないし㊹の趣旨が害されるか否かについて判断をするものではない。

(6) 小括

こうした司法書士法3条1項4号及び5号の趣旨(上記(4))や、本件各規定の趣旨である上記㊸ないし㊹に違反するか否かは(上記(3)(5))、いずれも本件各規定を憲法22条1項に適合するように解釈をするにあたって「規制の必要性」として考慮すべき事情である。それにもかかわらず、これらの事情について何ら検討していない原判決は、憲法22条1項の解釈を誤っている。

3 原判決の解釈を前提とすれば法令違憲が問題となる

(1) 原判決の本件各規定の解釈を前提とすれば本件各規定の憲法22条1項違反が問題となる

原判決は、本件土業協働が法27条及び規程13条1項に違反すると判断している(原判決30頁)。このような原判決の解釈によれば、法27条及び規程13条1項は、法令それ自体が憲法22条1項に違反するかが問われなければならない。

(2) 証取法164条1項の要件該当性が争われた証取法最大判は要件に該当するとした上で法令違反の主張とはせずに同項の憲法29条適合性審査を

行っている

この主張が、後述の処分違憲の主張でもなく、実質的な法令違反の主張でもなく、法令違憲の主張として、絶対的上告理由となることは、証取法最大判（最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁）からも明らかである。

この事件は、東京証券取引所第2部に株式が上場されている会社であるXが、証券取引法（当時）164条1項に基づき、Xの主要株主であるYに対し、X発行の株式の短期売買取引による利益の提供を求めたものであった。これに対し、Yは、「証取法164条1項は、上場会社等の役員又は主要株主がその職務又は地位により取得した秘密を不当に利用していわゆるインサイダー取引を行うことを規制し、もって一般投資家の利益を保護する趣旨の規定であるところ、上記株式の売付けの相手方とYとは代表者及び株主が同一であり、上記秘密の不当利用又は一般投資家の損害の発生という事実はないから、この売付けについて同項は適用されないと解すべきであり、そのように解さなければ、同項は憲法29条に違反する」旨を主張した。

Yのこの上告理由は、一見すると、証取法164条1項の限定解釈を求めるものであり、実質的には法令解釈の違法のように思える。しかし、最高裁大法廷は、憲法判断に先立ち、「同項は、客観的な適用要件を定めて上場会社等の役員又は主要株主による秘密の不当利用を一般的に予防しようとする規定であって、上場会社等の役員又は主要株主が同項所定の有価証券等の短期売買取引をして利益を得た場合には、前記の除外例に該当しない限り、当該取引においてその者が秘密を不当に利用したか否か、その取引によって一般投資家の利益が現実には損なわれたか否かを問うことなく、当該上場会社等は、その利益を提供すべきことを当該役員又は主要株主に対して請求することができるものとした規定であると解するのが相当である」として、「秘密の不当利用又は一般投資家の損害の発生という事実はない」場合にも証取法164

条1項の適用があると判断した。

この判断を前提とすると、「秘密の不当利用又は一般投資家の損害の発生という事実はない」場合を規制している証取法164条1項それ自体の憲法29条適合性、すなわち、法令違憲が問題となるのである。だからこそ、同判決は、上記の証取法164条1項の適用があるとの判断に続き、正面から同項の憲法29条適合性（法令違憲）の審査をしたのである。すなわち、同判決は、証取法164条1項が憲法29条に違反するものではないと判断するにあたり、Yによる「秘密の不当利用又は一般投資家の損害の発生という事実はないから、この売付けについて同項〔上告人ら代理人註：証取法164条1項のこと。〕は適用されないと解すべきであり、そのように解さなければ、同項は憲法29条に違反する」旨の主張に対して、「上記事実の有無を同項適用の積極要件又は消極要件とするとすれば、その立証や認定が實際上極めて困難であることから、同項の定める請求権の迅速かつ確実な行使を妨げ、結局その目的を損なう結果となり兼ねない」ことを指摘している。

もし、こうしたYの主張が、実質的には法令解釈の問題であるとか、適用違憲の問題であるとすれば、証取法最大判が証取法164条1項それ自体について、「秘密の不当利用又は一般投資家の損害の発生という事実」の有無を同項適用の積極要件又は消極要件とすることの憲法適合性を審査するはずがない。

(3) 小括

したがって、原判決がいうように、本件行為が本件懲戒処分に該当すると解するのであれば、論理必然的に、本件士業協働を懲戒処分の対象とする本件各規定それ自体の憲法22条1項適合性が、法令違憲の問題として問われなければならないことは、論理の必然なのである。

4 本件に適用すべき判断枠組み

(1) 憲法22条1項の「職業」の自由を制約すること

原審において主張したとおり（原審・原告ら第3準備書面11頁）、原判決等が認定するように、法27条及び規程13条1項により、本件士業協働が禁止されるとすれば、これにより原告らの職業の自由（憲法22条1項）を制約するものであることは明らかである。

(2) 憲法22条1項違反の違憲審査の判断枠組み

原審において主張したとおり、薬事法違憲判決によれば、職業の自由全般につき「規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」（判断枠組み①）。また、狭義の職業選択の自由そのものに対する制約の場合には、「原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要」する（判断枠組み②）。さらに、消極的・警察的規制である場合には「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」（判断枠組み③）。

また、職業選択の自由に対する制約でなくとも、司法書士以外の者が業として登記申請手続を代理することを禁止する司法書士法19条1項及び25条1項の憲法22条1項適合性が問題となった最3小判平成12年2月8日刑集54巻2号1頁も、「国民の権利義務等社会生活上の利益」の保護という消極的・警察的規制であるとしたうえで、立法裁量にも行政裁量にも言及せず、その合憲性を慎重に検討している。

本件士業協働を禁止することは、職業選択の自由そのものではないが、少なくとも職業の遂行の自由に対する制約であり、かつ、法27条及び規程13条1項の規制目的は消極的・警察的規制であるから、立法裁量ないし行政裁量を尊重すべき事情もない。

したがって、少なくとも職業の自由の制約一般に適用される判断枠組み①に基づき、単なる合理性では足りず、その解釈の結果生ずる規制につき、必要性和合理性とを実質的に審査しなければならない（甲137・曾我部意見書。以上につき、原審・原告ら第12準備書面4～8頁）。

(3) 比較衡量は法令違憲においても処分違憲においても適用される

こうした比較衡量を求める判断枠組み①は、本件各規定それ自体の法令違憲の主張においても、本件懲戒処分をすることの処分違憲の主張においても、いずれも適用されるべきものであることはいうまでもない。

職業の自由に関する事案ではないものの、同じく自由権である新聞閲読の自由（憲法21条1項等）に対する制限が問題となった「よど号」新聞記事抹消訴訟最大判（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）は、当時の監獄法の解釈をするに先立ち、「目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量」したうえで、新聞閲読を不許可とできる場合を「当該閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である」と判示した。

同判決は、こうした憲法条項の解釈から比較衡量をしたうえで具体的な判断枠組みを定立した後、当時の監獄法を「上に述べた要件及び範囲内でのみ閲読の制限を許す旨を定めたものと解するのが相当であり、かつ、そう解することも可能である」として、憲法に適合するように要件解釈をしている。

このように、憲法上保障される自由権に対する制約があるならば、まずは制限が許される場合を比較衡量により具体化し、こうして具体化された要件で法令の要件を限定するのである。これらのことから、比較衡量は、法令

の違憲性のみならず、法令の要件解釈ないしは具体的な処分の違憲性においても、当然に適用される基準なのである。

(4) 原判決の問題点

ところが、原判決は、こうした判断枠組み①を適用することなく、かつ、「規制の目的、必要性、内容」も、「これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度」も検討せず、これらの「比較考量」すら行っていない。この点のみをもっても、原判決は、憲法22条1項の解釈を誤っている。

5 法令違憲の主張：法27条及び規程13条1項は憲法22条1項に違反する

(1) 本件士業協働は規制の必要性がない

上記2(3)のとおり、本件各規定の「規制の目的」は、㊦当事者その他の関係人の利益が損なわれ、ひいては法律秩序が害されることを防止すること、㊧事件の（有償）周旋を業とする者との結びつきの誘発の防止、㊨依頼者への弁護士報酬請求が過大となることの防止の3つである。そうすると、「規制の必要性」を検討するにあたっては、上記㊦ないし㊨の「規制の目的」がどの程度害されるのかの検討が不可欠である。

しかし、上記のとおり、上告人法人が事件の引継ぎを受けた新宿事務所は司法書士法人であるところ、上告人法人が新宿事務所に委託した業務は、いずれも司法書士法上適法な業務であり、㊦「当事者その他の関係人の利益が損なわれ」ることも、「法律秩序が害されること」もない（原審・第3準備書面16～17頁参照）。

また、新宿事務所は司法書士法人であり、140万円超過払事件か否かを調査することも適法であり、140万円超過払事件であることが判明した場合、これを弁護士に引き継ぐことは、司法制度改革意見書の要点③の要請に適合するものである。そのため、新宿事務所は、他の非弁業者と異なり、㊧「事件の（有償）周旋を業とする者」に該当せず、本件士業協働によっても、

④「事件の（有償）周旋を業とする者との結びつきの誘発」をするものではない（原審・第3準備書面17頁参照）。

さらに、上告人法人と依頼者との間の過払請求事件に関する委任契約書の弁護士報酬は、本件士業協働により紹介を受けた依頼者とそうでない依頼者との間でほぼ同一である。むしろ、本件士業協働により紹介を受けた依頼者の方が、過払金返還手続の手数料が200円安い（甲127の1、甲127の2）。そのため、本件士業協働は、依頼者の報酬負担を増やすものではないから、⑦「依頼者への弁護士報酬請求が過大となる」こともない（原審・第3準備書面18～19頁参照）。

それどころか、本件士業協働を禁止することは、消滅時効の完成が間近な場合に速やかな訴訟提起ができなくなる、迅速かつ訴訟提起を背景とした利益の最大化ができなくなる、経済的に困窮している依頼者が迅速な過払金返還を受けられなくなる等、かえって依頼者の利益を害することとなる（同19～23頁参照）。

したがって、本件士業協働を禁止することを「規制の内容」に含む本件各規定は、いずれも「規制の必要性」が何ら存在しないものを規制していると言わざるを得ない。

(2) 制限される職業の自由は制限を受けてやむを得ない性質とはいえず制限の程度も重大であること

これに対し、本件士業協働を禁止することで制限される「職業の自由の性質」は、酒類の販売の自由のように「致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である」（最3小判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁）といった事情もない。

それどころか、制限される「職業の自由の制限の程度」は、刑事罰の対象となるとともに、弁護士業務の業務停止命令を含む懲戒処分の対象となり得

るものである。かつての最高裁が認定したとおり、「およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮を必要とすること」（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）、弁護士または弁護士法人に対する懲戒処分が「社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損等」を伴うものであり、その制限の程度は行政事件訴訟法25条2項の「重大な損害」に当たると評価されるほど重大なものであること（最3小判平成19年12月18日集民226号603頁）から、「制限の程度」が重大なものであることは明白である。

(3) 原判決の問題点

以上の次第であるから、本件士業協働を禁止する本件各規定は、「規制の必要性」を欠くばかりでなく、依頼者の利益を害することとなる。それにもかかわらず、「制限の程度」が重大な刑罰や懲戒処分の対象とすることは、目的と手段の均衡を著しく失するものである。

原判決は、上記1(3)のとおり、④上告人らが利益を確保していたこと、⑤その規模が大きかったことの2点のみを理由に、その実質においても本件各規定の趣旨に違反すると認定し（原判決30頁）、上記1(4)のとおり、③140万円超過払事件は困難な法律問題を含む事件が多くなることが一般的に想定されること、⑥上告人法人が140万円超過払事件を大量に受任していることの2点のみを理由に、「依頼者の利益となる士業協働」であるとの主張を排斥している。

しかし、これらの事実をもって、上記⑦ないし⑩の本件各規定の趣旨に反することにはならないのであるから、この点において、憲法22条1項の解釈を誤っている（なお、仮に、上記⑦ないし⑩に反するというのであれば、少なくとも、この点について審理をし、理由付けを述べなければならないから、審理不尽ないし理由不備の違法があることになる。）。

したがって、少なくとも、本件各規定が本件士業協働を禁止する部分につ

いては、憲法 22 条 1 項に違反する。

よって、本件各規定が憲法 22 条 1 項に違反し、無効であるにもかかわらず、本件懲戒処分をすることは憲法 22 条 1 項に違反しないと判断した原判決には、憲法 22 条 1 項の解釈に誤りがある（民事訴訟法 312 条 1 項）。

6 処分違憲の主張：本件懲戒処分は目的を達成するために必要かつ合理的な範囲ではない

上記 5 のとおり、本件士業協働を禁止することは、「規制の必要性」を欠き、「制限の程度」が目的と手段の均衡を著しく失するものであるから、本件懲戒処分をすることそれ自体も、憲法 22 条 1 項に反するものである。

よって、本件懲戒処分をすることは憲法 22 条 1 項に違反しないと判断した原判決には、憲法 22 条 1 項の解釈に誤りがある（民事訴訟法 312 条 1 項）。

第 3 憲法 31 条に関する解釈の誤り（民事訴訟法 312 条 1 項）

1 原判決の判断

原判決は、上告人らの憲法 31 条違反の主張に対しても、憲法 22 条 1 項違反の主張と同様、わずか 7 行のみでこれを排斥してしまった（原判決 31～32 頁）。

「原議決及び本件議決は、新宿事務所による依頼者の紹査と原告法人による 1 件当たり 19 万 8000 円の支払との間に対価関係があると認定して、本件支払行為が法 27 条違反、規程 13 条 1 項違反に該当すると判断したものである。その認定判断は、各規定の解釈適用として不合理なところはなく、拡張解釈の禁止ないし遡及処罰の禁止に抵触するとはいえない。

したがって、憲法 31 条違反をいう原告らの主張は採用することができない。」

しかしながら、こうした原判決の判断は、憲法 31 条の解釈を明らかに誤っている。その理由は、次のとおりである。

2 明確性の原則違反の判断枠組み

(1) 原判決による本件各規定の解釈は明確性の原則に違反すること

上告人らが原審において主張していたのは、原議決及び本件議決が文理解釈よりも制裁の範囲を広げた解釈により本件懲戒処分をしたことは、「罪刑法定主義」を保障する憲法 31 条に違反するということであった。

これに対し、原判決は、原議決及び本件議決について、「各規定の解釈適用として不合理なところはな（い）」ことを理由として、憲法 31 条に違反しないと判断してしまった。こうした原判決の判断は、本件各規定を文理解釈よりも広げているところ、憲法 31 条が保障する罪刑法定主義の観点から、こうした解釈が法文の文言から読み取れなければならない。

(2) 明確性の原則に関する判断枠組み

法令解釈の明確性に関する先例となるのは、徳島市公安条例事件最大判（最大判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 巻 8 号 489 頁）である。同判決は、集団示威運動を行った被告人が、当時の徳島市公安条例 3 条 3 号の定める「交通秩序を維持すること」に違反する等として、同条例違反で起訴された刑事事件であるところ、刑罰法規の明確性について、次のような判断枠組みを適用した。

「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。…（中略）…ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法 31 条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、

具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである。」

(3) 弁護士法 27 条は刑罰法規であること

本件懲戒処分それ自体は、刑罰ではなく、行政処分であるものの、その根拠となっている弁護士法 27 条に違反した場合、刑罰を科されることになる（弁護士法 77 条 1 号）。そのため、弁護士法 27 条は、刑罰法規なのであるから、当然のことながら、構成要件としての明確性が求められる。このことは、争われているのが刑事訴訟か、民事訴訟ないし行政訴訟かは、何ら関係がない。

したがって、法 27 条の解釈の明確性については、徳島市公安条例事件最大判の判断枠組みが適用される。

(4) 憲法 31 条は弁護士に対する業務停止処分にも準用されること

また、規程 13 条 1 項は、それ自体は構成要件ではないものの、成田新法事件最大判（最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 卷 5 号 437 頁）は、「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」と判断している。

同判決は「行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきもの」としているが、弁護士または弁護士法人に対する懲戒処分は「社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損等」を伴うものであり、その制限の程度は行政事件訴訟法 25 条 2 項の「重大な損害」に当たると評価されるほど重大なものであること（最 3 小判平成 19 年 12 月 18 日

集民226号603頁)、緊急性等を要するといった事情がないことから、憲法31条が準用される。

したがって、規程13条1項の解釈の明確性についても、徳島市公安条例事件最大判の判断枠組みが適用される。

3 本件各規定は明確性の原則に反すること

(1) 司法制度改革審議会意見書において弁護士法の明確性がないことが指摘されていること

本件で問題となっている弁護士法27条は、「第72条乃至第74条の規定に違反する者からの事件の周旋を受け」た場合を構成要件としていることから、その構成要件解釈においては、弁護士法72条該当性の解釈が不可避となる。現に、原判決も、「司法書士又は司法書士法人であっても、司法書士法で代理権限が認められていない140万円超過払事件については、法72条にいう『弁護士又は弁護士法人でない者』に該当する」との判断をしている(原判決25頁)。

しかし、上記第1のとおり、司法制度改革審議会意見書において「弁護士法第72条については、少なくとも、規制対象となる範囲・態様に関する予測可能性を確保するため、隣接法律専門職種の業務内容や会社形態の多様化などの変化に対応する見地からの企業法務等との関係も含め、その規制内容を何らかの形で明確化すべきである。」旨の記載があるとおり、改正司法書士法が施行された後、その解釈の明確性が問題となり得ることが指摘されていた。こうした指摘がなされているのは、改正司法書士法が施行された後、「通常の判断能力を有する一般人の理解において」は、弁護士法72条の解釈につき、「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断」が不可能であるからに他ならない。そうでなければ、あえて司法制度改革審議会意見書に「規制内容を何らかの形で明確化すべきである」など記載されるはずがない。

それにもかかわらず、本件懲戒処分当時はおろか、司法書士法の改正から約20年を経過した現在になっても、処分基準となるガイドラインは何ら示されていないのである。このこと自体、「通常の判断能力を有する一般人の理解において」、およそ原判決による解釈を導き出すことが困難であることを示している（原告ら第11準備書面68頁）。

(2) 確立した法解釈によれば「周旋」または「紹介」それ自体の「対価」を支払わなければならない

原審において主張したとおり、条解弁護士法〔第5版〕（甲32）644頁は、「報酬は、…（中略）…周旋をすることと対価的關係に立っていることが必要」であり、「この対価的關係がないときは、本条違反の罪は成立しないものと解される。けだし、『報酬』という概念は、一般に、一定の役務の対価として与えられる反対給付をいうものであって、対価的關係が当然の前提になっているものと解されるし、この要件を不要とすると、処罰の範囲が無限定になってしまうからである。」と記載している。

また、解説「弁護士職務基本規程」〔第3版〕（甲31）30～31頁も、「紹介をした（受けた）ことに対する」「対価」とある以上、紹介行為との対価關係が必要である」と記載している。

このように、本件各規定に違反すると認定するのであれば、周旋ないし紹介に対する「対価」を支払ったといえなければならないのである。

(3) 原判決の判断は「通常の判断能力を有する一般人の理解」を明らかに超えている

上告人らは、司法制度改革審議会意見書が求める処分基準の策定が長期にわたり放置されてきた中、司法書士に依頼したものの、140万円超過払事件であることを理由に依頼を断られてしまった当事者を目の前にして、これを放置するべきではないと考え、外部の弁護士からの適法意見や条解弁護士法〔第4版〕や解説『弁護士職務基本規程』第2版の調査等、慎重に適法性

を検討したうえで、「周旋」ないし「紹介」それ自体の対価ではなく、新宿事務所による業務の成果物及び裁判書類作成業務に対する対価として、本件業務委託料を支払った（原告ら第11準備書面24頁、69頁、71頁。甲12・12～14頁、甲14・4～5頁）。

ところが、原判決は、「③の引き直し計算書等や④、⑤の訴状等は、定型的な事務作業を行うことで作成可能なものであり、②の取引履歴等は、①の依頼者とその借入先に関する情報さえ有していれば改めて借入先の貸金業者から取得することも可能なものであるから、これらは、対価を支払う価値のある成果物又は役務でないとはいえないものの、それに見合う対価がさほど高額になるとは考え難いものである」として、「①の依頼者とその借入先に関する情報も提供は、依頼者と事件の紹介をすることにほかならない」として、「業務委託料は、依頼者の紹介を受けたことに対する対価の性質を有するといわざるを得ない」と判断してしまった（原判決29頁）。

原審において主張したとおり、司法書士報酬については、司法書士会の会則によって報酬規定が定められていたが、司法制度改革を受け、独占禁止法上の問題があるとして報酬規定が撤廃され、2003年1月1日以降自由化された（訴状80頁、原告ら第11準備書面53頁）。そのため、本来であれば、当事者間の合意は、公序良俗違反（民法第90条）等の意思表示の無効取消原因がない限り有効であるところ、上告人法人が新宿事務所に支払った対価が公序良俗に反するほど高額であったとはいえない。また、いくらであれば業務委託の対価として公序良俗違反となるのかについてのガイドラインも策定されていなかった。

それにもかかわらず、裁判所が上告人らの価格決定権に介入し、一方的に「それに見合う対価がさほど高額になるとは考え難い」であるとか、「業務委託料は、依頼者の紹介を受けたことに対する対価の性質を有する」と判断することは、およそ「通常の判断能力を有する一般人の理解」を明らかに超え

た判断であると言わざるを得ない。

4 結論

このように、原判決のように本件士業協働が本件各規定該当すると解釈することは困難であるから、原判決の解釈を前提とすれば、本件各規定それ自体は、憲法 31 条に違反すると言わざるを得ない（法令違憲）。また、当然のことながら、本件士業協働が本件各規定に含まれるという解釈が上告人らにとって不明確なものであるから、本件懲戒処分として適用すること自体も、解釈の限界を超えるものとして、憲法 31 条に違反する（処分違憲）。

したがって、原議決及び本件議決は憲法 31 条に違反しないとした原判決の判断には、明らかな憲法 31 条の解釈の誤りがある。

第 4 憲法 32 条及び憲法 31 条に関する解釈の誤り（民事訴訟法 312 条 1 項）

1 原判決の判断

原判決は、上告人らの本件裁決に至る懲戒手続の憲法 31 条及び憲法 32 条違反の主張に対して、以下の理由からこれを排斥した（原判決 32 頁）。

「弁護士に対する弁護士会による懲戒の制度は、弁護士会の自主性や自律性を重んじ、弁護士会の弁護士に対する指導監督作用の一環として設けられたものであり、その手続については、法 67 条に規定するほか、弁護士会の合理的な裁量にゆだねられているものと解される。

前提事実によれば、弁護士会は、本件裁決に至る懲戒手続において、法及び『懲戒委員会及び懲戒手続に関する規程』に則り、原告らに対して弁明及び証拠提出の機会を与えた上で、これを踏まえて審理判断をしたものと認められ、原告らの実質的な防御の機会の保障に欠けるところがあったとは認められない。

したがって、憲法 31 条、32 条違反をいう原告らの主張は採用することができない。」

しかしながら、原判決の判断は、まったく的を射たものではない。その理由は、次のとおりである。

2 原判決の問題点

(1) 第一審省略の憲法 3 2 条適合性を判断していないこと

そもそも上告人らは、訴状において、「弁護士会がした懲戒処分に対する不服申立方法として審査請求前置が義務付けられており、裁決主義が採られた上、その取消訴訟については第一審手続が省略されていること」を問題視していた（訴状 1 1 4 頁）。

しかし、原判決は、こうした第一審省略を定める弁護士法 6 1 条 1 項の憲法 3 2 条適合性について、何らの判断もしていない。

(2) 糾問主義的な手続構造に対する憲法判断を示していないこと

また、原判決は、上告人らが訴状において主張していた、第一審省略であるにもかかわらず、審査請求人の質問権が保障されていないこと、審査手続において口頭審理は一度しか開催されていないこと、被上告人懲戒委員会が裁判所のような公平中立な第三者的立場ではないこと（訴状 1 1 3～1 1 5 頁）について、それぞれ個別に判断することなく、単に「法及び『懲戒委員会及び懲戒手続に関する規程』に則り、原告らに対して弁明及び証拠提出の機会を与えた」ことのみをもって、憲法 3 1 条及び憲法 3 2 条に違反しないと判断してしまった。

しかし、上告人らの主張の中には、懲戒委員会及び懲戒手続に関する規程（以下「懲戒規程」という。）が、審査請求人の質問権を保障していないことが含まれている。また、懲戒規程は、対象弁護士等の関係人に対する審尋権（懲戒規程 3 9 条 1 項）も、対象弁護士等による質問権（同 2 項）も保障していない。そのため、原判決のように、単に法及び懲戒規程に則ったのみで憲法 3 1 条に適合すると判断することはできず、こうした懲戒規程の憲法 3 1 条適合性も問われなければならないのである。

3 第一審省略は代替手段がなければ憲法 32 条に違反すること

(1) 昭和 59 年最判は第一審省略の憲法適合性を審査している

最 2 小判決昭和 59 年 2 月 24 日刑集 38 巻 4 号 1287 頁（以下「昭和 59 年最判」という。）は、当時の独禁法 89 条から 91 条までの罪について二審制を定めた同法 85 条 3 号の規定につき、その憲法 14 条 1 項、31 条、32 条適合性を審査している。

すなわち、同判決は、「裁判権及び審級制度については、憲法 81 条の要請を満たす限り、憲法は法律の適当に定めるところに一任したものと解すべきことは、当裁判所の判例…（中略）…のくりかえし判示するところである」としながらも、「右各判例も裁判権及び審級制度に関する定めにつき、立法機関の恣意を許すとする趣旨ではなく、ある種の事件につき他と異なる特別の審級制度を定めるには、それなりに合理的な理由の必要とされることを当然の前提としていると解すべきである」として、「合理的な理由」を要求している。

(2) 第一審の省略には代替措置が必要である

昭和 59 年最判は、「これらの対象とする行為がわが国の経済の基本に関するきわめて重要なものであつて、これに対する判断が区々に分れその法的決着が遅延することは好ましくないこと等の特殊な事情がある」ところ、「第一審の裁判権を東京高等裁判所に専属させ裁判官五名をもつて構成する合議体により審理させること」には「それなりの合理性がないとはいえない」として、結論としては、憲法 14 条 1 項、31 条、32 条に違反しないと判断している。

しかし、同判決の調査官解説（木谷明「判解」最判解刑事篇昭和 59 年度 92 頁以下）によれば、「同法違反の罪の第一審の裁判権を東京高等裁判所の専属管轄として審級制度上の特例を認めた点は、その代替措置として、練達の判事五名による特別合議部による審理を予定した同法 87 条の規定の存在」

が大きな理由となっており、「これを正当化すべき強い実質的理由に支えられているかどうかはともかく、それなりの合理性があることを否定することができない」という程度のニュアンスであった（同107頁）。

したがって、第一審を省略するためには、これに相応する代替措置が必要であり、そうでない限り、憲法31条及び憲法32条に違反するというべきである。

(3) 憲法32条及び31条は裁判における攻撃防御の機会を保障していること

最2小決平成23年4月13日民集65巻3号1290頁は、即時抗告申立書の写しを即時抗告の相手方に送付するなどして相手方に攻撃防御の機会を与えることなく、相手方の申立てに係る文書提出命令を取り消し、同申立てを却下した抗告裁判所の審理手続に違法があるとして職権により破棄した。

このことから、裁判手続において「攻撃防御の機会」を与えることは、憲法31条及び32条により保障されるものであるといえる。

4 日弁連による審査も原判決の審理も第一審を省略する代替措置とはいえないこと

弁護士法61条1項は、「第56条の規定により弁護士会がした懲戒の処分についての審査請求を却下され若しくは棄却され、又は第六十条の規定により日本弁護士連合会から懲戒を受けた者は、東京高等裁判所にその取消しの訴えを提起することができる。」と定め、第一審省略を定めている。同2項は、「第56条の規定により弁護士会がした懲戒の処分に関しては、これについての日本弁護士連合会の裁決に対してのみ、取消しの訴えを提起することができる。」と定め、事実上、日弁連の裁決を第一審としている。

しかしながら、日弁連の裁決手続は、手続保障が不十分であるから、第一審に相当するとはいえない。また、原審の審理は、何ら第一審省略の「代替手段」といえるものではなく、やはり何ら合理性が存在しない。

(1) 第一審と同様の手続保障が存在しないこと

原審においても主張したとおり、日弁連における裁決手続においては、審査請求人の質問権が保障されておらず、審査手続において口頭審理は一度しか開催されていないばかりでなく、被上告人懲戒委員会が裁判所のような公平中立な第三者的立場でもない。これを行政裁判手続に置き換えれば、原告が被告行政庁に対する釈明を求めることもできず、口頭弁論期日は1回しか開催されず、裁判官が被告行政庁の内部組織であり独立が保障されていないということである（訴状113～115頁）。

すなわち、懲戒委員会は、あらかじめ対象弁護士と原処分をした弁護士会の双方に主張をさせたうえで裁決手続に臨むのではなく、裁決手続において、あたかも原処分をした弁護士会と同様の立場から、対象弁護士に対して職権で質問をし、調査するのである。このような手続は、検察官の取り調べと同じ糾問手続である。このような糾問手続は、審査請求が対象弁護士にとっての防御手続であることを完全に無視したものであり、およそ審査請求手続とはいえず、もはや行政処分の前になされる聴聞手続未満であるといわざるをえない。このような審査手続では、第一審を省略するに値する手続保障があるということは到底できない。

しかも、懲戒規程によれば、対象弁護士等の関係人に対する審尋権（懲戒規程39条1項）も、対象弁護士等による質問権（同2項）も、いずれも「できる」規定にすぎず、権利として保障されているわけではない。

実際に、裁決手続において、上告人らは、原処分である東京弁護士会の議決による本件各規定の「対価」の解釈が条解弁護士法等と異なることを主張するとともに、対価である19万8000円が対価として相当であることにつき、詳細かつ具体的な根拠の説明を強調し、「対価」について、明確な根拠と金額を示した判断をすることを求めていたが、本件裁決は、この点について、何らの判断も示さずに判断をしてしまった。

こうした権利を保障していない懲戒規程は、攻撃防御の機会の保障がないに等しく、それ自体が憲法 3 2 条及び 3 1 条に違反するとともに、第一審省略を定める弁護士法 6 1 条 1 項も、代替手段を保障していない点で憲法 3 2 条及び 3 1 条に違反する。

(2) 原判決の審理も不十分であること

弁護士法 6 1 条は、昭和 5 9 年最判の事案が求める「練達の判事五名による特別合議部による審理」を保障せず、単に第一審の手続を省略しているにすぎない。上告人らの審級の利益が害されている以上、少なくとも「練達の判事五名による特別合議部による審理」に相当する慎重な審理が要求される。それにもかかわらず、原審の審理は、以下のとおり、第一審省略にふさわしい代替手段といえるものではなかった。

ア 対価に関する事実認定が不十分であること

まず、原判決は、1 9 万 8 0 0 0 円の対価について、「③の引き直し計算書等や④、⑤の訴状等は、定型的な事務作業を行うことで作成可能なものであり、②の取引履歴等は、①の依頼者とその借入先に関する情報さえ有していれば改めて借入先の貸金業者から取得することも可能なものであるから、これらは、対価を支払う価値のある成果物又は役務でないといえはならないものの、それに見合う対価がさほど高額になるとは考え難いものである」と認定している（原判決 2 9 頁）。

しかし、その判断において、上告人らが新宿事務所と本件士業協働をするに至った経緯、1 9 万 8 0 0 0 円となった根拠、新宿事務所が行った事務作業の複雑性及び専門性を主張したにもかかわらず、これらを事実認定しなかった。とりわけ、条解説弁護士法等によれば「対価」の認定は不可欠であるが、その根拠について認定しないことは、原審の審理がいかにも不十分であったかを物語っている。原判決が認定しなかった主たる主張及び事実の概要は、次のとおりである。

- ・ 司法書士報酬については、司法書士会の会則によって報酬規定が定められていたが、司法制度改革を受け、独占禁止法上の問題があるとして報酬規定が撤廃され、2003年1月1日以降自由化された（弁護士報酬も2004年4月1日以降自由化）。当事者間の合意は、公序良俗違反（民法第90条）等の意思表示の無効取消原因がない限り有効である。本件における19万8000円が暴利行為（＝著しく不相当に過大）と言うのであれば格別、そのような特段の事情がなければ、それは当然尊重されなければならない。（訴状80頁、原告ら第11準備書面53頁）
- ・ 19万8000円は「高額に過ぎる」と一方的に決めつけることができるならば、東京弁護士会懲戒委員会や日弁連懲戒委員会が適法と判断した「司法書士と依頼者との間で直接に報酬精算がなされる場合」でも、司法書士が依頼者に事件を引き継ぐ弁護士を紹介して140万円超過払事件を引き継いだ場合はその司法書士は事件の有償周旋をしたものとして法第72条本文後段に違反したとされかねない（法第72条は事件を依頼する者から報酬（＝周旋料）を受領する場合も違法としていることにつき、条解弁護士法〔第5版〕644頁、甲32）。（原告ら第11準備書面54頁）
- ・ 過払金請求訴訟は形式的なものではなく、様々な論点に関して法的な考慮が必要であり、簡単な作業とは全くいえない。新宿事務所は、誰と誰を共同原告にするのかについて、原告法人の担当弁護士から指示を受けて共同原告用の裁判書類を作成していた。この作業に当たっては、新宿事務所が過払金返還請求訴訟における多種多様な論点に目配りをしながら作成し、原告法人の担当弁護士がチェックして指示した修正内容に個別に対応した共同原告用の裁判書類が納品されており（甲67の1～甲70の6の2）、新宿事務所は、共同原告用の裁判書

類一式（訴状、証拠説明書、証拠のそれぞれの正本、副本、控え）を整えて紙ベースで納品するという極めて膨大な作業を行っていた。原告法人は、納品された共同原告用の裁判書類一式を利用し、実際に共同訴訟を提起していた。（原告ら第11準備書面28頁）

・対価性は刑事罰が適用される構成要件事実である以上、対価のうちどの部分が紹介料にあたるかを明確に認定すべきである。（原告ら第6準備書面18頁）

イ 矛盾判断をしていること

原審の審理が、第一審省略の代替手段足り得ないものであることは、以下の理由中の判断の矛盾からも明らかである。

第1に、原判決は、別の個所では、「過払金返還請求事件のうちでも、訴訟物ないし紛争の目的の価額が高額の事件については、取引期間が相当程度長くなり、取引当初の時期の取引履歴が保管されていなかったり、取引を中断している期間があったりして、困難な法律問題を含む事件が多くなることが一般的に想定される」と判断している（原判決30頁）。しかし、この判断は、上記の「③の引き直し計算書等や④、⑤の訴状等は、定型的な事務作業を行うことで作成可能なもの」（同29頁）の判断と完全に矛盾する。

第2に、原判決は、上告人法人が140万円超過払事件につき「1件当たり平均80万円程度の弁護士報酬を取得し、1件当たり平均60万円程度の収益を得ていた」と認定している（原判決30頁）。これに対し、上告人法人が新宿事務所に支払っている対価である19万8000円が高額とは言えないことは明らかである。

原判決がこのような矛盾した認定をすること自体が、第一審省略の代替手段足り得るものとはいえないことを示すものである。

ウ 不十分な訴訟指揮

さらに、原判決は、本来は懲戒処分が適法であることの立証責任を負うのは相手方であるにもかかわらず、相手方に対して、こうした事実の主張・立証を求めるような訴訟指揮を一切していない。本来であれば、相手方は、上告人らが主張する事実に対して、細かく認否及び反論をするべきである。これを怠っている以上、本件懲戒処分の適法性が立証されているとはいえないとして、請求を認容すべきであった。

事実審が第一審しか存在しないにもかかわらず、このような杜撰な訴訟指揮を容認し、これを是正する機会がないというのは、やはり第一審省略の代替手段が保障されていないことを示すものである。

5 結論

このように、日弁連による裁決手続も、原審による審理も、第一審省略の代替手段足り得ないことは明らかである。したがって、第一審省略を定める弁護士法61条1項は、憲法31条及び憲法32条に違反すると言わざるを得ない（法令違憲）。

したがって、原判決の判断には、明らかな憲法32条及び31条の解釈の誤りがある。

第5 憲法41条及び憲法31条、憲法39条、憲法13条に関する解釈の誤り（民事訴訟法312条1項）

1 原判決の判断

原判決は、東京弁護士会が、上告人らに対し、原処分がなされたことのみを根拠に、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求めたことについて、法律上の根拠を欠くことを主張していたにもかかわらず、この点について判断することなく、本件懲戒処分を適法と判断してしまった。

また、東京弁護士会がすべての委任契約及び顧問契約の解除を求めた根拠は、同会の会則にあるところ、この会則は、原処分の対象となる行為の当時には存

在しなかったにもかかわらず、これを適用したことは、遡及処罰の禁止に違反するとの主張に対し、上記第3. 1のとおり、これを退けた。

しかしながら、原判決の判断は、国会を「唯一の立法機関」と定める憲法41条に反するばかりでなく、憲法31条が適正手続として保障する法律の留保の原則、遡及処罰の禁止を定める憲法39条、比例原則を保障した憲法13条にも違反するものである。

2 原判決の判断は憲法41条の解釈を誤っていること

(1) 憲法41条は国会に立法権を独占させていること

憲法41条は、「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」と定めている。

同条にいう「立法」とは、実質的意味の立法、すなわち、伝統的には「国民の権利を直接に制限し、義務を課する法規範」と解されていたが、現在は「一般的・抽象的な法規範すべてを含む」と解されている（芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法〔第8版〕』（岩波書店、2023年）（以下「芦部憲法」という。）319～320頁）。

また、「唯一の」とは、「①国会による立法以外の実質的意味の立法は、憲法の特別の定めがある場合（議院規則、最高裁判所規則）を除いて、許されないこと（国会中心立法の原則）、②国会による立法は、国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）を意味する」と解されている（同321頁）。

このように、憲法41条は、実質的意味の立法をする権限は、憲法上の例外がない限り、国会のみであることを保障しているのである。

(2) すべての委任契約及び顧問契約を解除することに法律上の根拠はないこと

原審において主張したとおり（原審・原告ら第7準備書面）、本件懲戒処分
の根拠法規である弁護士法57条1項及び2項は、戒告、2年以内の業務の

停止、退会命令、除名の4種しか定めていない。

東京弁護士会は、6か月の業務停止命令をするに当たり、上告人らに対して、すべての委任契約及び顧問契約を解除することを求めるとともに、これに従わなかった場合、新たな懲戒事由となり得る旨を告げているが（甲135、136）、弁護士法57条は、単に「業務の停止」としか定めておらず、すべての委任契約及び顧問契約を解除することは定めていない。

すべての委任契約及び顧問契約を解除すべきという根拠となっているのは、被上告人である日弁連の理事会決議（甲131、132）にすぎない。また、東京弁護士会においては、平成31年3月19日に同内容の会規（甲133、134）が制定されていたが、原処分の対象となっている行為の時点においては、会規すら存在していなかった。

日弁連の理事会決議と東京弁護士会の会則が「法律」でないことは当然であるが、いずれも国会が定めた弁護士法57条から委任を受けたものでもない。このように、すべての委任契約及び顧問契約を解除することについては、何ら法律上の根拠は存在しないのである。

(3) すべての委任契約及び顧問契約の解除を求める理事会決議及び会則を定めることは憲法41条の「立法」であること

いうまでもなく、上記の理事会決議及び会則は、「一般的・抽象的な法規範」であるばかりでなく、これに違反した場合には新たな懲戒事由となるものであるから（甲135、136）、「国民の権利を直接に制限し、義務を課する法規範」にも該当するから、いずれも憲法41条の「立法」にあたる。

また、被上告人である日弁連も東京弁護士会も「国会」でないことは明らかであり、日弁連や東京弁護士会に対して授権する憲法上の規定も、法律上の規定も、何ら存在しない。

したがって、国会でないにもかかわらず、憲法41条の「立法」をすることはできないのであるから、上記の理事会決議及び会則は、いずれも憲法4

1 条に違反する。この点について判断することなく、漫然と本件懲戒処分を適法とした原判決には、憲法 4 1 条の解釈の誤りがある。

3 原判決の判断は憲法 3 1 条の解釈を誤っていること

(1) 憲法 3 1 条は法律上の根拠を要求していること

憲法 3 1 条の保障内容について、刑罰を科する「手続が法律で定められていること」だけでなく、「①法律で定められた手続が適正でなければならないこと…（中略）…、②実体も法律で定められなければならないこと（罪刑法定主義）、③法律で定められた規定も適正でなければならないことを意味する、と解するのが通説である」と解されている（芦部憲法 2 6 5～2 6 6 頁）。

憲法 3 1 条は、直接的には刑事手続に関するものであるが、本件懲戒処分に準用されることは、上記第 3. 2 のとおりであるところ、このうち、②の罪刑法定主義に関する要請が、本件懲戒処分に法律上の根拠を要することが導かれる。

(2) すべての委任契約及び顧問契約の解除を求める法律上の根拠は存在しないこと

上記 2 (2) で主張したとおり、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求める根拠は、被上告人である日弁連の理事会決議（甲 1 3 1、1 3 2）にすぎず、原処分の対象となった行為の時点では、東京弁護士会の同内容の会規（甲 1 3 3、1 3 4）は制定されていなかった。そのため、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求める法律上の根拠は存在しないため、東京弁護士会がこれらを求め、被上告人がこれを是認することは、憲法 3 1 条に違反する。

したがって、それにもかかわらず、本件懲戒処分においてすべての委任契約及び顧問契約の解除を求めたことが憲法 3 1 条に違反しないとする原判決には、憲法 3 1 条の解釈に誤りがある。

4 原判決の判断は憲法 39 条の解釈を誤っていること

(1) 憲法 39 条は遡及処罰を禁止していること

憲法 39 条は、「何人も、実行行為の時に適法であつた行為…（中略）…については、刑事上の責任を問はれない」と定め、遡及処罰を禁止している。直接的には刑事手続に関する憲法条項であっても、本件各規定のうち、少なくとも、法 27 条は刑罰の構成要件であるから、憲法 39 条が直接適用されること、本件懲戒処分にも準用されるべきことは、上記第 3. 2 のとおりである。

(2) 本件懲戒処分の行為時において会則は存在していなかったこと

上記 2 (2) で主張したとおり、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求める根拠として、東京弁護士会の同内容の会規（甲 133、134）があるところ、当該会規が制定されたのは、平成 31 年 3 月 19 日である。

本件懲戒処分の対象となったのは、請求事案については平成 28 年 4 月の行為であり、会認知事案については平成 28 年 8 月の行為である（甲 2・2～7 頁）から、当該会則が制定される前の時点のものである。

そのため、当該各行為に対して、当該会則を適用し、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求めることは、憲法 39 条が禁止する遡及処罰の禁止として許されないというべきである。

したがって、それにもかかわらず、本件懲戒処分においてすべての委任契約及び顧問契約の解除を求めたことが憲法 39 条に違反しないとする原判決には、憲法 39 条の解釈に誤りがある。

5 原判決の判断は憲法 13 条及び憲法 31 条の解釈を誤っていること

(1) 憲法 13 条及び憲法 31 条は比例原則を保障していること

一般に、本件懲戒処分を含む行政処分については、行政目的を達成するために必要な範囲内でのみ行政権限を用いることができるという比例原則が保障されている。憲法上、比例原則に関する明文の規定は存在しないが、行政

法上は憲法13条後段を根拠とするものと解されている。また、憲法学の通説は、憲法31条の「③法律で定められた規定も適正でなければならないこと」として比例原則を保障していると解していることは、上記3(1)のとおりである。

(2) すべての委任契約及び顧問契約の解除を求めることは比例原則に違反すること

原審において主張したとおり、すべての委任契約及び顧問契約の解除を求めることは、一般の弁護士法人であればひとたまりもなく、法人全体が倒産または再起不能となるほどの重大な結果をもたらすものである。こうした解除要求は、弁護士法人のお取りつぶしの手段として悪用されているものと言わざるを得ない（原審・原告ら第7準備書面参照）。

業務停止処分をするのであれば、文字通り、対象弁護士等の業務を停止すれば足り、あえてすべての委任契約及び顧問契約を解除させる必要性は何ら存在しない。

したがって、それにもかかわらず、本件懲戒処分においてすべての委任契約及び顧問契約の解除を求めたことを憲法31条に違反しないと判断した原判決には、憲法13条及び憲法31条の解釈に誤りがある。

以 上