

利益相反の概念についての一考察

——遺言執行者をめぐって——

森 田 憲 右

- 第1 はじめに
- 第2 利益相反の概念について
- 第3 裁判例、懲戒先例の流れ
 - 1 東京高等裁判所平成15年4月24日判決（平成15年東京高判）
 - 2 日弁連懲戒委員会平成18年1月10日議決（平成18年議決）
 - 3 日弁連懲戒委員会平成27年10月19日議決（平成27年議決）
 - 4 小活
- 第4 職務の中立・公正と利益相反との関係について
 - 1 両者を対置する見解について
 - 2 弁護士法25条、規程27条、28条の適用について
 - 3 適用条文は、利益相反規定か一般条項か
 - 4 弁護士に利益相反回避義務が課される根拠
 - (1) 理論的な観点
 - (2) 背景事情の観点
 - 5 利益相反回避義務を免れる場合
 - (1) 行為の性質について
 - (2) 平成27年議決にいう特段の事情
 - 6 他の任務との関係
- 第5 おわりに

第1 はじめに

利益相反の概念は、時代や社会の要請により拡張する。

近時、社会や価値が複雑となり各種業界において職務の公正さや業界に対する信頼保持のために業法上利益相反の規制が問題とされるようになり、それに伴い、各業界における特性に応じて、規制される利益相反の意義や範囲が拡がりをみせている¹⁾。

弁護士業界も例外ではなく、利益相反の概念が拡大し、規制が厳しくなっている。その一例として、遺言執行者と特定の相続人の代理人の兼併が弁護士懲戒事由にあたるかどうかの問題がある²⁾。本稿では、この問題に焦点をあてて、利益相反の根拠や範囲について検討する。

第2 利益相反の概念について

利益相反の明確な定義づけはない。私法上利益相反については、自己契約・双方取引（民法108条）、親子（民法826条）、後見人（民法860条）、会社の取締役・業務執行社員（会社法356条1項2号3号、365条1項、416条4項、419条2項、595条）などの規制があり、会社以外の法人の場合にも規制がある（一般社団法人財団法人法84条1項、92条1項、197条、水産業協同組合法39条の2、農業協同組合法35条の2、中小企業等協同組合法38条、宗教法人法21条1項、酒税の保全及び酒類業組合等に関する法律27条、学校法人法40条の5、労働金庫法37条の3など）。いずれも、委任契約ないし法律に基づく善管注意義務、忠実義務が根拠とされる。

弁護士法25条及び弁護士職務基本規程³⁾（規程）27条、28条は、弁護士が利益相反として職務を行ってはならない事件として事前的・予防的に禁止しており、各条項が弁護士における利益相反の法源となる⁴⁾。上記各条項の趣旨は、

-
- 1) 弁理士について弁理士法31条、金融機関について、銀行法13条の3の2、52条の21の2、金商法36条2項～5項（平成20年改正）、医学について、『臨床研究の利益相反ポリシー策定に関するガイドライン』（平成18年）、公認会計士について日本公認会計士協会『利益相反に関する指針』（平成26年）、保険仲立人について、一般社団法人日本保険仲立人協会『行動倫理規範』など。なお、各士業団体における倫理に関する規程については、佐瀬正俊「各士業団体における会員に対する監督等に関する調査」『自由と正義』2009年11月号52頁以下の一覧表に整理されている。
 - 2) 遺言執行者がその後相続人間の争いに巻き込まれ一方の代理人となつてよいかどうかについて、近年の懲戒先例と判例が厳しい対応をしているとするものとして、宮川光治「利益相反事件等の受任」『プロブレムブック法曹の倫理と責任第2版』（2007年）77頁
 - 3) 弁護士職務基本規程は、平成16年11月10日、旧弁護士倫理が廃止され、新たに会規として制定された。

①当事者の利益保護、②弁護士の職務執行の公正の確保、及び③弁護士の品位と信用の確保にある⁵⁾。

第3 裁判例、懲戒先例の流れ

遺言執行者と特定の相続人の代理人との兼併が懲戒事由にあたるかどうかに関する裁判例や日本弁護士連合会（日弁連）懲戒委員会先例は、以下の流れを辿っている。

1 東京高等裁判所平成15年4月24日判決（平成15年東京高判）⁶⁾

被相続人は、生前、対象弁護士と同行して、その遺産の全部を特定の相続人1人（受益相続人）に相続させる旨の公正証書遺言が作成したが、その際、同弁護士は公正証書の作成につき証人となり、かつ、同遺言により遺言執行者に指定されていた。被相続人の死後、同弁護士は遺言執行者の就職を承諾したにもかかわらず、他の相続人から受益相続人に対する遺留分減殺請求事件の調停事件について、受益相続人の代理人となった。

上記事案について、日弁連懲戒委員会は、平成12年2月5日、遺言執行者は相続人の代理人であり（民法1015条）、遺言執行者に就任後、少なくとも執行終了までの間、個々の相続人から遺留分減殺事件等を受任することは、（旧）弁護士倫理26条2号に違反するとして、同弁護士を戒告するのを相当とする議決をし、同議決に基づき日弁連は同弁護士を戒告処分とした。

これに対し、同弁護士が懲戒処分の取消しを求めて提訴し、東京高等裁判所は、平成15年4月24日、次のとおり判示して、原告である同弁護士の請求を棄却した。

4) 弁護士法25条と規程27条、28条の相互関係については、小宮稔・二宮照興「改訂版利益相反行為の判断と処理の実際」（平成22年）66頁以下に詳しい。

5) 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著「解説 弁護士職務基本規程第2版」（2012年）66頁、前掲小宮・二宮69頁

6) 判例時報1932号80頁

「遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の権利義務を有し（民法1012条）、遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない（同1013条）。すなわち、遺言執行者がある場合には、相続財産の管理処分権は遺言執行者にゆだねられ、遺言執行者は善良なる管理者の注意をもって、その事務を処理しなければならない。したがって、遺言執行者の上記のような地位・権限からすれば、遺言執行者は、特定の相続人ないし受遺者の立場に偏することなく、中立的立場でその任務を遂行することが期待されているのであり、遺言執行者が弁護士である場合に、当該相続財産を巡る相続人間の紛争について、特定の相続人の代理人となって訴訟活動をするようなことは、その任務の遂行の中立公正を疑わせるものであるから、厳に慎まなければならない。弁護士倫理26条2号は、弁護士が職務を行い得ない事件として、「受任している事件と利害相反する事件」を掲げているが、弁護士である遺言執行者が、当該相続財産を巡る相続人間の紛争につき特定の相続人の代理人となることは、中立的立場であるべき遺言執行者の任務と相反するものであるから、受任している事件（遺言執行事務）と利害相反する事件を受任したものとして、上記規定に違反するといわなければならない。」

2 日弁連懲戒委員会平成18年1月10日議決（平成18年議決）⁷⁾

被相続人は、生前、対象弁護士に依頼して、所有不動産の相当部分とその余の遺産を相続人Aに相続させ、他の4人の子に他の不動産を相続させる旨の公正証書を作成し、同公正証書において同弁護士が遺言執行者に指定されたが、被相続人の死亡後、同弁護士は平成11年5月相続人全員に財産目録を交付して遺言作成の経緯と相続財産の内容について説明したところ、A以外の相続人らから、遺言作成の経緯とともに現金がないことについての疑問が呈せられ、現金調査して財産目録を再調整するよう求められたが、同弁護士はこれに応じ

7) 弁護士懲戒議決例集（以下「議決例集」）（第9集）3頁

なかった。同弁護士は遺言執行業務が完了した後、他の相続人のうち3名は、平成12年2月A及び相続人1名を被告として、遺言無効確認請求訴訟を提起し、同弁護士が被告ら訴訟代理人として受任して活動した。

上記事案において、原弁護士会は、「遺言執行が完了するまでは、遺言執行制度に関与する弁護士の職務の公正さと弁護士に対する信用確保、弁護士の品位の保持のために、遺言執行者が同時併行的に相続人のいずれかの代理人となって相続事件に関与することは弁護士倫理26条2号に違反するとして制限すべきであろう。これに対し、遺言執行が完了した後は、遺言執行者としての立場と実質的・具体的に利益相反のない事件（遺言執行者であるなら当然主張したであろう主張と同じ主張をなすような事件）について特定の相続人の訴訟代理人となって事件を受任することは、懲戒に値する倫理上非難すべき行為とはいえない。」と判断した。これに対し、日弁連懲戒委員会は、平成18年1月10日、「遺言執行者は、特定の立場に偏することなく、中立的立場でその任務を遂行することが期待されているのであって、当事者間に深刻な争いがあり話し合いによっては解決することが困難な状況があった場合は、遺言執行が終了していると否とに関わらず、遺言と相続財産を巡る相続人間の紛争について、特定の相続人の代理人となって訴訟活動をすることは慎まなければならないというべきである。」、「本件は、旧弁護士倫理第26条第2号の問題ではなく、正しくは旧弁護士倫理第4条、同第5条による、弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題である。」として、戒告相当との議決をした⁸⁾。

3 日弁連懲戒委員会平成27年10月19日議決（平成27年議決）⁹⁾

被相続人は、生前、対象弁護士が関与して、全財産を受益相続人に相続させる旨の公正証書遺言を作成し、同遺言において対象弁護士を遺言執行者に指定をしていたが、被相続人の死後、相続人間に相続財産の範囲について争いはな

8) これに対し、対象弁護士は懲戒処分取消請求訴訟を提起したが、東京高裁は、日弁連懲戒委員会の判断理由と同様の理由で請求を棄却している（議決例集（第9集）9頁）。

9) 議決例集第18集62頁

かったものの、他の相続人が受益相続人に対して遺留分減殺請求の通知をし、対象弁護士は受益相続人の代理人として交渉提案をした。その後、他の相続人の代理人弁護士が対象弁護士に対し遺言執行者に就任するかどうかの質問をしたところ、対象弁護士は遺言執行者に就任するよう迫られたと理解して就任する旨回答をした。

上記事案について、原弁護士会は、対象弁護士が一部の相続人の代理人として職務を行っている以上、遺言執行者に就任することは規程28条3号で定める職務を行ってはならない場合に当たるとして、戒告相当と判断したところ、日弁連懲戒委員会は、平成27年10月19日以下のとおり判断して、対象弁護士を懲戒にしないことを相当すると議決した。

「相続人間の相続を巡る紛争において、遺言執行者たる弁護士が一部の相続人の代理人となることは許されず、たとえ遺言執行行為が終了した後であっても、遺言執行者としての職務の公正さを疑わしめ、遺言執行者に対する信頼を害するおそれがあり、ひいては弁護士の職務の公正さを疑わしめるおそれがあるため、懲戒処分を免れない場合があることは、既に当委員会が議決しているところである（当委員会平成18年1月10日議決『弁護士懲戒事件議決例集第9集』3ページ）。しかしながら、具体的事案に即して実質的に判断したときに、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がなく、遺言執行者と懲戒請求者を含む各相続人との間に実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情がある場合には、非行に当たらないと解すべきである（当委員会平成22年5月10日議決『弁護士懲戒事件議決例集第13集』19ページ）。」。

4 小活

平成18年議決までは、遺言執行者に就任後少なくとも執行終了までの間、個々の相続人から遺留分減殺請求事件等を受任することはできないが、執行終了後は、職務内容に裁量の余地がない場合には受任できるというのが日弁連の立場であるとされていた。しかし、平成18年議決は、遺言執行が終了していたかどうかを問わないこととされ、遺言執行の職務内容に裁量の余地があるか

どうかについての検討はなされていなかった¹⁰⁾。その後、裁量の余地がない場合については、前記平成22年議決及び平成27年議決において、特段の事情がある場合に例外を認めるに至った。遺言執行者と特定の相続人の代理人との兼ねについては、先例がほぼ固まったといつてよい。

もっとも、理論的根拠や適用範囲について明確になっているわけではない¹¹⁾。

第4 職務の中立・公正と利益相反との関係について

1 両者を対置する見解について

平成18年議決は、「本件は、旧弁護士倫理第26条第2号の問題ではなく、正しくは旧弁護士倫理第4条、同第5条による、弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題である。」としていることから、規程5条及び6条（旧弁護士倫理4条、5条に相当）の問題として捉える見解と利益相反の問題として捉える見解があるとされる¹²⁾。

しかし、本稿は、職務の中立公正の問題と利益相反の問題とを対置して捉えるのではなく、統合的に捉えるべきであるとするものであり、弁護士は複数人に対して善管注意義務を負う場合には、中立公正に職務を遂行する義務が導かれ、弁護士と各人との利益相反を回避する義務が導かれると考えるものである。

2 弁護士法25条、規程27条、28条の適用について

この問題については、まず、利益相反に関する弁護士法25条、規程27条、28条のいずれの要件を充足するかについて検討する必要がある。

10) 解説弁護士職務基本規程『自由と正義2005年臨時増刊号』54頁、条解弁護士法〔第4版〕日本弁護士連合会調査室編著（平成19年）188頁、山田裕洋「弁護士倫理・ここが問題（第3回 弁護士が遺言執行者となる場合の問題点（その1）LIBRA Vol.8 2008/3.30頁）」

11) 前掲解説規程第2版85頁

12) 前掲解説規程第2版85頁、柏木俊彦「弁護士が遺言執行者に就任した場合と利益相反の問題」判例タイムズ1283号32頁

遺言執行者の法的性格については、民法1015条の「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす。」との規定の解釈をめぐって争いがあり、文言どおり遺言執行者は相続人の代理人というのではなく、相続人の意思とは関係なく、被相続人の遺言の実現のため執行者として自己の名において行為するものであり、行為の効果が相続人に帰属するものであるとする見解が有力である¹³⁾。有力説に立てば、弁護士法25条1号、規程27条1号は「相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件」との要件を満たさない。

法25条4号、5号、規程27条4号、5号は、「公務員」、「仲裁人」であるところ、遺言執行者はこれらに該当しない¹⁴⁾。

また、相続人は、規程28条3号にいう「依頼者」とはいえない。なお、平成15年東京高判の事案では、日弁連懲戒委員会議決が「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみなす。」（民法1015条）を根拠に、旧弁護士倫理26条2号にいう「受任している事件と利害相反する事件」にあたるとしたのに対し、東京高判は、民法1015条の法的性質論に踏み込まず、遺言執行事務が「受任している事件」であるとの構成をとった。その後、旧弁護士倫理26条2号は、規程28条3号に引き継がれたが¹⁵⁾、同条項が「依頼者」の存在を要件としたことから、同条を直接適用することに疑義が生じた¹⁶⁾。

以上のとおり、遺言執行者については、上記各条項のいずれの要件も充足されない。

13) 泉久雄「新版注釈民法（28）」中川善之助外編集（平成8年）340頁

14) 弁護士法25条5号、規程27条5号の役割衝突型利益相反違反と解すべきものとして、前掲柏木・判タ43頁。これに対し、遺言執行者は調整者ではないとするものとして、前掲宮川78頁

15) 前掲解説規程第2版77頁

16) これに対して、遺言執行者の立場にありながら、相続人の一人の代理人となって他の相続人との間で訴訟等を行った事案について、日弁連懲戒委員会平成26年8月18日議決（議決例集17集40頁）は、原弁護士会が対象弁護士を戒告とした議決を是認しており、同議決において、「弁護士職務基本規程28条3号に違反し、遺言執行者の中立・公正性を損なうとともに、弁護士に対する社会的信用を失わしめる非行に当たる」としている。

3 適用条文は、利益相反規定か一般条項か

弁護士法25条、規程27条各号及び28条各号は、「利益相反自体を要件とせず、利益相反の蓋然性の高い一定の行為の要件を定めて、その当該要件が充足されれば、それ自体利益相反として予防的に事件受任および受任の継続を禁止している」¹⁷⁾ものであるから、各条項の要件が充足されない以上、みだりに類推適用するのは謙抑的であるべきである。他方で、利益相反に関する弁護士法25条、規定27条、28条は「重い使命を課せられた弁護士に対する信頼を保護するために必要最小限の職務禁止事項を各号に定めたもの」¹⁸⁾であるから、上記各条項の要件が充足されないからといって、これをもって利益相反の問題が否定されたことにはならない¹⁹⁾。

このような考慮が働いたかどうかはともかくとして、平成18年議決は、遺言執行者は、中立的立場でその任務を遂行することが求められ、旧弁護士倫理4条、5条による弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題であるとした。平成18年議決が、規程5条、6条（旧弁護士倫理4条、5条に相当）にいう職務の中立公正の問題であるとするのは妥当であるが、他方、これをもって利益相反とは別個の問題と捉えれば、規程5条、6条は一般条項であることから、その適用範囲をめぐり具体的な行動指針となり得ず萎縮的效果を生むおそれがある²⁰⁾。そこで、職務の中立公正の問題と利益相反の問題を統合的に検討する必要がある。

4 弁護士に利益相反回避義務が課される根拠

ここでは、弁護士に利益相反回避義務が課せられる根拠から、適用範囲を導

17) 柏木俊彦「法曹倫理」日本法律家協会編（2015年）141頁

18) 日本弁護士連合会調査室「条解弁護士法」（平成5年）218頁

19) 前掲柏木「法曹倫理」139頁は、弁護士法28条、規程17条、25条なども利益相反と同様の性格を有するものであるとする。

20) 前掲解説規程第2版86頁、山田裕祥「利益相反（遺言執行者）」『改訂弁護士倫理の理論と実務』（平成25年）109頁

く必要がある。

受遺者ないし受益相続人が遺言執行者を兼ねることについては、民法上、これを制限する規定はなく、両者は利益相反規制に服していない²¹⁾。民法上受遺者ないし受益相続人が遺言執行者を兼任することができるのに、弁護士法上弁護士が遺言執行者と受遺者ないし受益相続人の代理人になることが利益相反になるとする理由としては、弁護士には高度な善管注意義務が加重されていることに求められる²²⁾。これにより、弁護士には、民法規制とは異なる、利益相反回避義務が課せられる。

問題は、善管注意義務が加重される程度である。

弁護士法25条、規程27条、28条が利益相反のおそれのある行為を予防的に禁止したものであるとすれば、各条項の要件に該当しない場合は、事後的に、行為の性質から個別具体的、実質的に利益相反行為であるか否かを検討すれば足りるとするのが素直である。そのため、平成18年議決の事案で原弁護士会懲戒委員会議決は「実質的に懲戒に値する利益相反行為に該当するというためには、かかる行為が、単に形式的・外形的にではなく、実質的にも遺言執行者による遺言執行行為における原告たる相続人の利益に反するという関係が成立し、かつ、それが反倫理的で非難すべきものでなければならない」と判断した。しかし、平成18年議決は、上記見解を採用せず、遺言執行者であった者が特定の相続人の立場を兼ねたことをもって懲戒事由とした。その理由としては、以下の点が挙げられる。

21) 前掲泉341頁

22) 詳細にわたる文献として、加藤新太郎「弁護士役割論 [新版]」(2014年)345頁、専門家責任の特徴として、専門家に委ねられている裁量的判断が依頼者の利益のために、適切になされたか否かの問題であり、注意義務とは異なる信認的な義務の違反であるとするものとして、能見善久「専門家の責任—その理論的枠組みの提案」別冊 NBL No.28『専門家の民事責任』(平成6年)6頁

(1) 理論的な観点

理論的には、平成15年高判の論理をより徹底したものとしてとらえることが可能である。平成15年高判は、遺言執行者が、利益相反回避義務規制にかかる実質的根拠として、相続財産の管理処分権が委ねられているという点を指摘し、法的根拠として、善管注意義務を負う点を指摘した上で、善管注意義務を負う相手である相続人全員に対して、中立的な立場で任務を遂行する義務を導き、そして遺言執行者は各相続人に対して利益相反回避義務（旧弁護士倫理26条2号）を負うものとした。

利益相反回避義務の法的根拠である善管注意義務は、必ずしも委任契約に基づくものである必要はない。また、遺言執行者は遺言の実現のため執行行為をなすものであり、相続人の妨害行為と対立することから、その限りで対立する相続人の利益に反するが、遺言執行者は、各相続人に対し、少なくとも財産目録調整交付義務（民法1011条）を負い、中立公正な善管注意義務を負う²³⁾。遺言執行者の利益相反回避義務が中立公正な義務から導かれるとすれば、遺言執行が終了しているか否かにかかわらない。

(2) 背景事情の観点

以上からすれば、中立公正義務と利益相反回避義務とは対置されるものではなく、前者から後者が導かれるという関係にある。そして、利益相反回避義務は、行為の性質から個別具体的実質的に検討されるのではなく、執行終了前後にかかわらず特定の相続人の代理人に就任したかどうかが問題とされるのであるから、畢竟、弁護士法25条、規程27条、28条以外に予防的な禁止類型を先例により創出して上げたものにほかならない。その背景事情としては、第1で述べたとおり、司法改革により、弁護士の職域拡大及び複雑化に対応して利害衝突の場面は一層拡がることが予想され、弁護士にはより一層厳しい自律自制

23) 包括遺贈の場合、遺留分権のない相続人にも財産目録調整交付義務を負うとするものとして、前掲310頁。但し、遺言が特定財産に関する場合は特定の財産についてのみ適用される（民法1014条）。

が求められることとなったことにある。

5 利益相反回避義務を免れる場合

(1) 行為の性質について

前述のとおり、遺言執行者の相続人全員に利益相反回避義務は、行為の性質の如何により免れるものではない。

遺言執行者と受益相続人の両名が妨害排除請求をすることができる場合、例えば、唯一の相続人が遺産である不動産について相続を原因とする所有権移転登記手続をした場合に、遺言執行者が受遺者の代理人として相続人に対して所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟を提起することが許されるかどうかという事案について、遺言執行者は公正証書に従い受遺者に本件不動産の所有権移転登記手続をすべき職務を負っており、これの障害となっている相続登記の抹消を求めることは遺言執行者の任務に適うものであり、遺言執行事件と利害相反するものではないとの見解がある²⁴⁾。しかし、受遺者または受益相続人は、遺言により取得した権利の行使として移転登記手続等の請求をするのに対し、遺言執行者は遺言の執行行為として抹消登記手続等の請求をすることができるにすぎない²⁵⁾。両者は併存するとしてもその法的根拠が異なるのであるから、遺言執行者は利益相反回避義務を免れるものではない。

(2) 平成27年議決という特段の事情

平成27年議決は、利益相反の関係にあるかどうかの必要条件として、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がないことを挙げる。これに対して、裁量性の有無で区別することの合理性に疑問を呈する見解がある²⁶⁾。確かに、弁護士法25条、規程27条、28条は裁量性の有無によりその適用が左右されるものではないから、遺言執行者の場合を各条項と同列に扱おうとすれば、一貫し

24) 山川隆久「遺言執行者と相続人の関係」自由と正義1997.6.162頁、小島武司・田中成明・伊藤眞・加藤新太郎編「法曹倫理〔第2版〕」（2006年）102頁

25) 最1小判昭和62.4.23民集22.5.1137、最1小判平成11.12.16民集53.9.1989

ない。しかし、遺言執行者の場合は各条項の適用はなく、予防的禁止の類型を拡張したにすぎないものであるから、必ずしも上記各条項の要件と同列に扱う必然性はない。これまでの先例を考慮して、適用例外の要件を定立することに問題はない。

遺贈の場合と異なり、相続させる遺言の場合は、相続分の指定であり、対象財産を、何らの行為を要せずして、直ちに受益相続人に承継させる効力を有する²⁷⁾。相続させる遺言をした遺言者は、不動産の占有・管理について、受益相続人が相続開始時から所有権に基づき自らこれを行うことを期待しているのが通常であるから、遺言書にこれらを遺言執行者の権限とする旨の記載があるなど特段の事情がない限り、遺言執行者は財産管理義務や相続人への引渡し義務を負わない²⁸⁾。利益相反回避義務の実質的な根拠について、専門家に委ねられている裁量的判断が依頼者の利益のために適切になされたか否かの問題である捉えれば²⁹⁾、遺言の内容から遺言執行者に裁量の余地がなく、管理権限を有しなければ、利益相反規制に服する実質的な根拠が失われることとなるし、また、遺言執行者は具体的な善管注意義務を負う余地がないから、利益相反回避義務は発生しない³⁰⁾。したがって、平成27年議決が遺言の内容の裁量性を要件としたことは相当である。

しかし、相続させる遺言における遺言執行者の権限は、統一的な解釈がなされているとはいいがたく、相続させる遺言の実現に際してもなお、遺言執行者が財産目録調整、妨害排除請求³¹⁾、あるいは金融機関に対する口座解約手続³²⁾

26) 山川隆久「職務を行い得ない事件—事例を中心として」『日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題〈平成12年版〉』(平成13年)934頁、加藤新太郎「コモン・ベーシック弁護士倫理」(2006年)76頁、前掲小島ほか103頁

27) 最2小判平成3年4月19日民集45巻4号477頁

28) 最2小判平成10年2月27日・民集52巻1号299頁

29) 前掲能見4頁

30) 財産目録調整交付義務はないと解する余地があるとするものとして、議決例集(第18集)63頁

31) 最1小判平成11年12月16日・民集53巻9号1989頁

などの行為をする場合があり、この場合、遺言執行者は裁量権限を行使していることとなるから、利益相反回避義務が発生する。したがって、遺言の内容から遺言執行者に裁量の余地がないことは必要条件であっても、十分条件とはいえず、実質的に利害相反関係であるかどうかを検討しなければならない。平成27年議決が、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がなく、遺言執行者と懲戒請求者を含む各相続人との間に実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情がある場合には、非行に当たらないとしたのは、相当である。

そこで、次に問題となるのが、特段の事情を判断する考慮要素である。平成27年議決が利益相反回避義務を免れる要件として、特段の事由を要求していることは、単なる裁量性の有無という判断基準よりも厳格な基準を採用したといえる³³⁾。遺言執行者の相続財産調整義務との関係では、①相続財産の範囲につき相続人間に争いがないかが重要な考慮要素となる³⁴⁾。裁量性との関係では、②対象弁護士が遺言執行者として具体的な執行行為を行わなかった

32) 銀行実務では、相続させる遺言の対象となった預金について、遺言執行者に管理権はなく、受益相続人のみが名義書換、払戻し権限を有するものとし、遺言執行者の指定があるときは、信用できる遺言執行者の場合に限り、受益相続人の承諾のもとに、また、受益相続人の意向に明らかに反しない限り、その関与を認め、原則として受益相続人と連名で関与させるのを相当とするとしている（石井眞司＝伊藤進＝上野隆司「鼎談・金融法務を語る12」手形研究466号49頁、堂園昇平「預金の相続実務の再検討」金融法務事情1351号26頁、同「遺言執行者の権限」金融法務事情1459号54頁、同「相続預金と遺言執行者の権限」金融法務事情1961号5頁、木内是壽「相続預金取扱事例集（第二版）」（平成16年）71頁、東京弁護士会相続・遺言研究会編「実務解説相続・遺言の手引き」（2013年）235頁

33) 日弁連懲戒委員会平成21年1月13日議決（議決例集12集3頁）、前掲平成26年8月18日議決はいずれも非行に該当すると議決されながらも反対意見が付されているが、これは特段の事情をどれだけ厳格に適用するのかについて意見が分かれたためではないかと推測される。

34) 日弁連懲戒委員会平成26年8月19日議決（議決例集17集47頁）の事例（非行該当）では、遺産に属するか否かが争われている財産が含まれていた。平成27年議決は相続財産の範囲に争いがないことを非行不該当の判断の考慮要素としている。

か、あるいは行う予定がなかったかが重要な考慮要素となる³⁵⁾。また、③対象弁護士が遺言執行者就任時に利益相反状況があったかどうか、その認識があったかどうか重要な考慮要素となる。③との関係では、④執行の終了前であるか³⁶⁾、終了後であるか、終了後であるとして相当の期間が経過しているかが考慮要素となる³⁷⁾。さらに、③との関係で、⑤遺言執行者就任の経緯として、対象弁護士が自ら進んで就任をしたか、対立している他の相続人側から遺言執行者の就任を求められるなど受動的なものであったかどうかなどが考慮要素となる³⁸⁾。これらを考慮要素として、実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情があるかどうか判断される。なお、対立する相続人の明示ないし黙示の同意があれば免責される³⁹⁾。

6 他の任務との関係

上記中立公正誠実義務を根拠とする利益相反回避義務については、遺言執行者のみならず、破産管財人、相続財産管理人など他の職務についても同様の検討が可能であり、予防的な禁止の類型として拡張される。

破産管財人の法的性格は、破産者代理人、債権者代理人、第三者機関などの見解があるが、破産管財人は破産手続開始決定と同時に裁判所が選任し監督することとされ（破産法31条1項、74条1項、75条1項）、破産手続開始決定があつ

35) 前掲平成26年8月18日議決の事例（非行該当）では、対象弁護士が遺言執行事務として相続人の一人に対し排除請求を行っていた。

36) 遺言執行者に就任後執行終了までの間に特定の代理人に就任した場合は、特段の事由が認められる余地はないか、あるいは、極めて限定的である（平成15年東京高判は今なお先例としての意義を有すると思われるし、前掲平成26年8月18日議決は原弁護士会懲戒委員会の議決において規程28条3号に違反しているとの判断を是認している。）。

37) 日弁連懲戒委員会平成22年5月10日議決（議決例集13集19頁）

38) 平成27年議決、相手方から事実上遺言執行者の催促がなされた事案であり、黙示の同意があったと認めることもできたのではないと思われる。

39) 弁護士職務基本規程28条3号は依頼者及び他の依頼者のいずれもが同意した場合を除く事由としている。相手方の相続人から協議を受けて賛助したことにより弁護士法25条1号、規程27条1号に触れる場合には、同意は除外事由とならないが、それは別論である。

た場合には破産者が破産手続開始決定時において有する一切の財産は破産財団とされ（破産法34条1項）、破産財団に属する財産の管理及び処分をする権利は裁判所の選任した破産管財人に専属し（破産法78条1項）、破産管財人は善管注意義務を負い、利害関係人に対し善管注意義務違反に基づく損害賠償義務を負う（破産法85条1項、2項）。また、破産債権は原則として破産手続によらなければ行使することができない（破産法100条1項）。このように、破産管財人は、利害関係人に対し善管注意義務を負うから、中立公正に職務を執行する義務を負い、利害関係人との間で利益相反回避義務を負うというべきである。

また、相続財産管理人は、相続人不存在の場合、家庭裁判所により選任され、法人とされた相続財産を管理し（民法951条、952条1項）、財産目録を作成するほか（民法953条、27条1項）、相続債権者または受遺者の請求がるときは相続財産の状況を報告しなければならない（民法954条）。相続債権者はその行使が制限され、所定の手続を経た上で弁済を受けうるにすぎず、相続財産管理人は相続債権者に対し損害賠償義務を負う場合がある（民法957条1項、2項、927条2項～934条）。これにより相続財産管理人は、相続債権者等に対し善管注意義務を負い、中立公正義務を負うことになるから、利益相反回避義務を負うというべきである。

成年後見人は、後見開始の審判をするときに家庭裁判所が職権で選任をし、被後見人の財産目録を作成するなどの職務を行い（民法853条1項）、家庭裁判所の監督に服することから（民法863条1項、2項、864条）、遺言執行者の場合と比較される。しかし、成年後見人は、本人の法定代理人であり、本人に対し善管注意義務を負うから（民法859条、869条、644条）、弁護士が成年後見人に就任した場合、本人に対して善管注意義務に基づく利益相反回避義務を負うのであり（民法826条1項）、ことさらに本人以外の者に対して中立公正義務を負うものではない⁴⁰⁾。本人の死後本人の遺産を巡る紛争において特定の相続人の代理人になることは、一般的に公正誠実に反するとの疑いがかけられてもおかしくはないとされるが、遺言執行者と異なり、対象弁護士は他の相続

人から本人に対する善管注意義務を尽くしていたのか否かが追及されることとなる。

第5 おわりに

弁護士の利益相反は、加重された善管注意義務を根拠とする。弁護士が、各人に対し善管注意義務を負う場合には、中立公正に任務を遂行する義務を負い、各人に対して利益相反回避義務を負うこととなるのであり、中立公正義務と利益相反回避義務とは統合的に把握されるべきである。そして、権利意識の高まりや利害の錯綜する社会にあって、また、多様な弁護士活動を求められる状況にあって、予防的禁止類型を含む利益相反の概念は拡張することとなる。

本論文は、植草教授の退官記念論文として掲載させていただいた。植草教授は、司法研修所教官、本学開講以来本学の教授として、法曹養成に尽くされてこられ、そのような植草宏一教授の背中を見ながら、法曹養成の重要性について思いを巡らせたものである。退官後においても是非とも本学に対し熱心な叱咤激励をお願いしたい。

(もりた・けんすけ 筑波大学法科大学院教授)

40) 後見人の職務の公正に対する社会的信頼を確保するために後見人は行動すべきであって、公正さを害するような行為を慎むべきであるとするものとして、前掲解説規程第2版 87頁