九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

司法書士の代理権の範囲を超えて行われた過払金返還債権に係る和解の効力 : ①名古屋高金沢支判平27・11・25、②最一小判平29・7・24

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://hdl.handle.net/2324/1833530

出版情報：現代消費者法. 36, pp.97-108, 2017-09. 民事法研究会
バージョン：
権利関係：The fulltext file will be made publicly available after 2018-03-01

判例研究

司法書士の代理権の範囲を超えて行われた過払金返還債権に係る和解の効力（①名古屋高金沢支判平27・11・25、②最一小判平29・7・24）

九州大学教授　七　戸　克　彦

①事件：名古屋高金沢支判平27・11・25（平成27年㈜第141号）過払金返還請求事件〔判時2310号90頁〕
②事件：最一小判平29・7・24（平成28年㈜第1463号）過払金返還請求事件〔裁時1680号1頁・金商1523号8頁〕

1　はじめに

①事件と②事件は、別個の事案であるが、しかし、②事件の原審は、①事件の控訴審と同じく、名古屋高等裁判所金沢支部であり、そして、②事件の最高裁判決は、司法書士が代理権の範囲を超えて行った裁判外の和解――すなわち、司法書士法（3条1項7号）違反であると同時に、弁護士法72条違反である行為――の私法上の効力につき、①事件の控訴審判決と同じく従来どおりの理解に立った原判決を破棄して、新たな見解を採用した。

以下、①事件・②事件の名古屋高裁金沢支部の立場と、①事件の原審（富山地方裁判所）および②事件の最高裁判所の立場を対比しつつ、解説を行う。

2　①事件(1)

(1)　①事件の事案の概要

X（原告・控訴人）は、Y社（被告・被控訴人）を含む複数の貸金業者との間の債務整理を、司法書士Z（司法書士法3条2項により簡裁訴訟代理等関係業務が認められた司法書士〔以下、「認定司法書士」という〕）に委任し、Z司法書士は、平成21年7月13日、Xの代理人として、Y社との間で裁判外の和解契約を締結した。

だが、その後、Xは、本件和解契約は、Z司法書士が、司法書士法3条1項7号で認められた裁判外の和解の代理権の範囲（紛争の目的の価額が裁判所法33条1項1号に定める額〔140万円〕を超えないもの）を超えて行ったものであるから無効であると主張して、Y社に対し、利息制限法1条1項所定の利率を超過して支払った過払分につき、本件不当利得返還請求訴訟を提起した。

これに対して、Y社は、司法書士法に違反して行われた裁判外の和解の私法上の効力は、公序良

(1)　①事件判決の評釈として、岡林伸幸・リマークス55号（平成29年）6頁がある。

俗違反の性質を帯びるような事情がある場合には無効になるが、本件和解契約については、そのような事情は認められないと主張した。

(2)　①事件の原審の判断

第１審（富山地判平27・7・30判時2310号93頁）は、以下のように説示して、Ｘの請求を棄却した。

「……本件司法書士〔Ｚ〕は、報酬を得る目的で、業として、Ｘから本件過払金返還債務の履行請求を含む債務整理について委任を受け、Ｘ代理人として、Ｙ社との間で過払金返還交渉を行い、本件和解契約を締結したことが認められるのであり、これによれば、本件司法書士〔Ｚ〕の上記行為は弁護士法72条本文に違反する違法なものということができる。そして、同条本文は、国民の公正・円滑な法律生活を守り、法律秩序を維持することを目的とする公益的規定と解されるから、これに違反する本件司法書士〔Ｚ〕とＸとの間の委任契約及びこれに伴う代理権の授与は無効であると認めるのが相当である。

しかし、当該裁判外の和解を代理することが上記法条に違反するものかどうかは、第三者において必ずしも常に容易に判明するものとまではいえず、また、当該司法書士が代理したこと自体から直ちに当該和解契約の内容が委任者の利益を害するものであると認めることもできないのであるから、司法書士がその認められている業務の範囲を超えて裁判外の和解契約を締結したような場合には、その内容が公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情がある場合は別として、同和解契約は、第三者保護の見地からいっても、単に司法書士法の上記条項に違反すること、あるいは弁護士法の上記法条に違反するの故をもって、ただちに無効であるとすることはできないものと解するのが相当である（最高裁昭和41年(オ)第396号、同46年４月20日第三小法廷判決参照）」。

「そこで検討するに、……本件和解契約は本件司法書士〔Ｚ〕の代理により締結されたとはいえ、交渉段階からＸもかかわり、Ｘが本件司法書士〔Ｚ〕からその内容等につき説明と報告を受けながら、Ｘ自らその内容を理解した上で、本件和解証書に署名押印して成立したものであり、その内容も本件和解契約成立時に存在した本件過払金返還債務の約８割に相当する額の和解金をＹ社が支払うというものであり、資金需要や早期解決の利点、減額による不利益等、一般的に想定し得る損得の事情を考慮すれば、弁護士が代理した場合でも、同内容の和解を成立させたと解する余地があるものであり、必ずしもＸに一方的に不利益なものとまではいえず、また、Ｙ社は本件和解契約に係る交渉を司法書士がしていることを認識していたが、同時に上記のとおりＸ本人も本件司法書士〔Ｚ〕の事務所に赴き、交渉内容等について説明と報告を受けているものと認識し、Ｘと本件司法書士〔Ｚ〕との委任契約の内容についてはこれを知ることができない状況にあったのであり、これらの事情を総合すれば、本件司法書士〔Ｚ〕による本件和解契約の締結は、その内容が公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情のある場合には当たらず、したがって、Ｘにおいて本件和解契約の無効を主張することは信義則に反し許されないと認めるのが相当である」。

Ｘは、これを不服として控訴。

(3)　①事件の判旨

原判決取消し・請求認容。

判旨は、以下のように説示して（「第三　当裁判書の判断」）、原判決の立場を排斥した。

「二　本件和解契約の無効について

本件和解契約が司法書士法及び弁護士法に違反した瑕疵のあることは、原判決……に記載されたとおりであるから、これを引用する。したがって、本件和解契約は、公益規定である弁護士法72条本文に違反した委任契約に基づいて締結されたという点において、無効であると解するのが相当である（司法書士法違反の点は、本件和解契約が公序良俗に反するなど特段の事情がない限り、その無効を来さない。最高裁判所昭和46年４月20日第三小法廷判決、民集25巻３号290頁参照）。

三　無効主張の信義則違反の当否について

(1)　Ｙ社は、Ｘが本件和解契約の無効を主張することは信義則に反し許されないと主張する。上記のとおり、本件和解契約は弁護士法72条本文に

違反した委任契約に基づいて締結されたという点で無効の瑕疵を帯びるものであり、かつ、同条は公益規定であるから、その事由によって当然に本件和解契約が公序良俗に反するなどとはいえないとしても（本件和解契約が公序良俗に反すると認めうる事情はない。）、その無効主張が信義則違反とされて封じられることは、それがやむを得ないと認められる特段の事情がある場合に限られるというべきである。そこで、本件において、このような信義則違反とされる事情があるか否かについて検討する。

(2)　……〔事実認定略〕……。

(3)　上記認定に鑑みれば、Xは、本件和解契約の約定自体は認識していたといえるとしても、和解金額がY社に請求できる過払金額を下回ることなど、その利害得失について理解していなかったものと認められる。他方で、Y社は、本件司法書士〔Z〕がXを代理して本件和解契約を締結し（本件和解証書に本件司法書士〔Z〕が代理人として表示されていないとしても、この理は変わらない。）、かつ、和解金額が過払金額を下回ること（Y社は、本件訴訟でも悪意の受益者であることを争っているが、その主張が理由のないことは前記説示のとおりであり、少なくとも過払金額を下回る可能性の大きいことは了知していたといって過言ではない。）を認識していたのであって、Xと本件司法書士〔Z〕との内部事情は当然知らなかったとしても、Xが真に本件和解契約の内容を理解しているか否かについて、これを確認した形跡はない。

そうすると、本件和解契約の内容がその当時存在した本件過払金返還債務の8割近い額の和解金をY社が支払うというものであって、一般的な和解の在り方として特に奇異には感じられず、Xにとって一方的に不利益なものとはいえないとしても、Y社について、その有効な成立の信頼を保護すべき事由に乏しいことも考え合わせると、Xが本件和解契約の無効を主張することが、信義則に反し許されないと解することはできない。

(4)　したがって、本件和解契約は無効であるから、Xの本件請求債権は消滅しておらず、Y社は、Xに対し、前記の過払金等を支払うべきである」。

3　②事件

(1)　②事件の事案の概要

平成20年12月17日、認定司法書士Z（補助参加人）は、Aとの間で債務整理を目的とする委任契約を締結したが、その後、貸金業者Y社（被告・被控訴人・上告人）に対する過払金の額が330万円であることが判明したことから、Aに対し、代理人になれない旨を説明した。しかし、Aは、Y社に対する過払金返還請求についても、Z司法書士に委任することを希望したため、平成21年2月3日、Y社に対する過払金返還請求権等について和解することを含む委任契約が締結され、Z司法書士は、同年4月2日、Aの代理人として、Y社との間で裁判外の和解契約を締結した。

その後、Aは、平成28年2月2日に破産手続開始決定を受け、破産管財人に選任されたX（原告・控訴人・被上告人）は、Y社に対し、Z司法書士がAを代理して締結した本件裁判外の和解契約は無効であり、過払金返還請求権は和解によって消滅していないとして、本件不当利得返還請求訴訟を提起した。

第1審は、Xの請求を棄却したため、X控訴。

(2)　②事件の原審の判断

原審（名古屋高金沢支判平28・5・18平成28年㈜第18号）は、前記①事件控訴審判決と同様、司法書士法違反の点には触れず、もっぱら弁護士法72条違反を問題にして、原判決を取り消し、Xの請求を認容した。最高裁による原判決の紹介部分を転記すれば、以下のとおりである。

「Z司法書士が代理人として本件和解契約を締結した行為は、公益規定である弁護士法72条に違反するものというべきであり、この点に関するZ司法書士とAとの間の本件委任契約は無効であって、本件和解契約も、そのような委任契約に基づいて締結されたという点において、無効であるというべきである。したがって、本件取引に係る過払金の返還請求権等は消滅しておらず、Y社はAの破産管財人であるXに対し、上記の過払金等を

支払うべきである」。

Y社はこれを不服として、上告受理申立て。

(3)　②事件の判旨

破棄自判・控訴棄却（Xの請求棄却）。

「弁護士法72条は、弁護士又は弁護士法人でない者が、報酬を得る目的で法律事件に関して代理や和解等の法律事務を取り扱うことを業とすることができない旨を定めているところ、認定司法書士が、報酬を得る目的で業として司法書士法3条1項7号に規定する額である140万円を超える過払金の返還請求権につき裁判外の和解をすることについての委任契約を締結することは、弁護士法72条に違反するものであって、その委任契約は、民法90条に照らして無効となると解される（最高裁昭和37年(オ)第1460号同38年6月13日第一小法廷判決・民集17巻5号744頁参照）。上記の場合、当該委任契約を締結した認定司法書士が委任者を代理して裁判外の和解契約を締結することも、弁護士法72条に違反するものであるが、その和解契約の効力については、委任契約の効力とは別に、同条の趣旨を達するために当該和解契約を無効とする必要性があるか否か等を考慮して判断されるべきものである。

弁護士法72条の趣旨は、弁護士の資格のない者が、自らの利益のため、みだりに他人の法律事件に介入することを業とすることを放置するときは、当事者その他の関係人らの利益を損ね、法律事務に係る社会生活の公正かつ円滑な営みを妨げ、ひいては法律秩序を害することになるので、かかる行為を禁止するものと解されるところ（最高裁昭和44年(あ)第1124号同46年7月14日大法廷判決・刑集25巻5号690頁参照）、同条に違反する行為に対しては、これを処罰の対象とする（同法77条3号）ことによって、同法72条による禁止の実効性を保障することとされている。そして、認定司法書士による裁判外の和解契約の締結が同条に違反する場合には、司法書士の品位を害するものとして、司法書士法2条違反を理由とする懲戒の対象になる（同法47条）上、弁護士法72条に違反して締結された委任契約は上記のとおり無効となると解されるから、当該認定司法書士は委任者から報酬を得ることもできないこととなる。このような同条の実効性を保障する規律等に照らすと、認定司法書士による同条に違反する行為を禁止するために、認定司法書士が委任者を代理して締結した裁判外の和解契約の効力まで否定する必要はないものと解される。また、当該和解契約の当事者の利益保護の見地からも、当該和解契約の内容及びその締結に至る経緯等に特に問題となる事情がないのであれば、当該和解契約の効力を否定する必要はなく、かえって、同条に違反することから直ちに当該和解契約の効力を否定するとすれば、紛争が解決されたものと理解している当事者の利益を害するおそれがあり、相当ではないというべきである。以上によれば、認定司法書士が委任者を代理して裁判外の和解契約を締結することが同条に違反する場合であっても、当該和解契約は、その内容及び締結に至る経緯等に照らし、公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情がない限り、無効とはならないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、前記事実関係等によれば、本件和解契約の内容は、本件取引に係る約330万円の過払金等についてY社が200万円を支払うことにより紛争を解決するというものであり、その締結に至る経緯をみても、Z司法書士は、Aに対し、本件取引に係る過払金の額を説明し、Aの理解を得た上で、Aの意向に沿った内容の本件和解契約を締結したというのであって、上記特段の事情はうかがわれず、本件和解契約を無効ということはできない」。

4　債務整理と和解

前記1で述べたとおり、本件①事件・②事件における法解釈学上の論点は、弁護士法72条違反の行為の私法上の効力であり、①事件の控訴審で②事件の原審である名古屋高裁金沢支部は、同条に関する従来からの理解である無効説に立ったのに対し、①事件の原審（富山地裁）と②事件の上告審（最高裁）は、公序良俗違反に当たらない限り有効と解する新たな見解を採用した。

その背後には、両事案の特殊事情――すなわ

ち、和解の方法によって一旦決着をみた債務整理を、和解の無効を主張することを通じて振出しに戻すことの当否の問題が控えており、①事件・②事件の名古屋高裁金沢支部は、これを容認したのに対して、①事件富山地裁と②事件最高裁は、弁護士法72条に関する新たな解釈を採用することで、和解無効の主張を封じたものである。

(1) 債務整理ビジネスの新たな手法

債務整理の和解の無効を主張して過払金返還請求を行う事件類型は、過払いバブルの時代に入って現れた特徴的な現象の一つである。

周知のように、過払いバブルは、貸金業法43条1項の規定するみなし弁済の要件を極端に厳格化した最二小判平18・1・13（民集60巻1号1頁。「債務者が、事実上にせよ強制を受けて利息の制限額を超える額の金銭の支払をした場合には、制限超過部分を自己の自由な意思によって支払ったものということはできず、法43条1項の規定の適用要件を欠く」）以降に生じた。同判決の登場により、みなし弁済が存在しなかったことを前提に、利息制限法所定の利率に引直計算のうえ、過払分につき不当利得返還を請求できる事案が、格段に増加したのである。

だが、問題は、すでに処理してしまった債務整理事件について、あらためて過払金の返還を請求できるか、という点であった。債務者が、貸金業者との間で、爾後の弁済額や弁済方法について合意していた場合には、和解の確定効（民法696条）によって、和解以前に存在していた権利は消滅し、これを蒸し返すことは禁じられる。しかし、和解契約の不存在あるいは無効の主張に成功すれば、すでに終結したかにみえた債務整理事件を、もう一度取り扱うことが可能になる。その結果、昨今の債務整理ビジネスは、過去の解決済事例の中から、和解の方法で処理された事例を掘り起こし、あらためて追加分の不当利得返還請求を行うという、いわば「二巡目」の時代に入った。

(2) 和解の錯誤無効

だが、この場合における、債務者の勝訴率は、必ずしも高くない。その理由は、債務者の主張する和解の効力否定原因が、錯誤無効の場合が多いためである。

「和解と錯誤」の論点に関する今日の判例・通説の立場は、①和解によって「争いをやめる」（民法695条）対象になっているところの「争いの目的である権利」（民法696条）の存否に関する錯誤の主張は、和解の確定効（民法696条）により許されないが、②争いの目的の前提として当事者が想定していた事項その他当事者が和解によって終わらせようとする争いの目的となっていない事項に関する錯誤については、和解の確定効は及ばず、錯誤を理由とする無効主張が認められる、というものである。過払金返還請求に関する近時の裁判例も、この一般的定式に立脚した説示を行うようになっているが(2)、最近の裁判例では、和解が弁護士等の法律専門家によって行われていた場合には、過払金の存在についても当然考慮に入れていたものと評価して①和解の確定効を理由に錯誤の主張を許さないのに対して(3)、本人自ら和解を行っていた場合には、過払金返還請求権の存否は②和解の前提事実に関する錯誤であるとして、錯誤無効の主張を許容する傾向がある(4)。

一方、裁判上の和解や、特定調停における調停合意、調停に代わる決定（民事調停法17条）につ

---

(2) 債務整理の和解の事案において、「和解と錯誤」の論点に関する著名判例である最一小判昭33・6・14（民集12巻9号1492頁〔特選金菊印苺ジャム事件〕）を引用する裁判例として、那覇地判平19・5・9（消費者法ニュース72号146頁〔錯誤無効肯定〕）、東京地判平26・1・15（平成25年(レ)第561号〔各種判例データベース――①裁判所ウェブサイト、② LEX/DB（TKC）、③ LLI/DB（判例秘書）、④ Westlaw Japan、⑤ D1-Law.com（判例体系）――収録判例に関しては、事件番号のみを掲記する。以下同様。錯誤無効否定〕）、東京地判平27・8・26（平成26年(ワ)第3839号〔錯誤無効否定〕）。

(3) 弁護士によって裁判外の和解が締結された事案（筆者が判例データベースで検索した限り〔最終検索日：平成29年7月28日〕、平成26年以降だけでも全部で45例ある）の中で、錯誤無効の主張が認められた事案は全く存在しない。

いては、錯誤主張が認められない場合がほとんどである[5]。裁判例の説示する理由づけは一様ではないが、その背後には、上記弁護士による和解と同様、裁判官や民事調停委員もまた、過払金の存在も考慮に入れているとの実質的判断が控えているのだろう。

(3) 和解の不成立・対象外

他方、本人による和解の事案においては、貸金業者の用意した書面に対して行った合意は、①そもそも和解ではない（和解契約の不該当・不存在・不成立）、あるいは、②当該書面では過払金返還請求権の放棄については合意していない（和解契約の対象外）との主張が、多く行われる。

これらの主張が認められた場合には、和解契約の錯誤無効を論ずるに至らないはずであるが、しかし、裁判例の中には、②和解契約の対象外である旨の主張を、和解の前提事実に関する錯誤と評価して、錯誤無効を認めたものもある[6]（この問題は「内心の意思の不合致と錯誤」の一般論点にかかわる）。

(4) 和解の詐欺取消し

以上のほか、民法96条の詐欺取消しや、消費者契約法４条１項１号・２項の取消しが主張されることもあるが、これらを認めた例は、管見の及ぶ限り存在しない。

(5) 和解の強行規定違反無効

また、貸金業法違反・利息制限法違反を理由とする無効や、公序良俗違反無効（民法90条）、消費者契約法10条無効が主張されることも多いが、これらの主張に関しても、認められた例はほとんど存在しない[7]。

こうした状況下において、従来の解釈によれば絶対無効の強力な効果が導かれるところの弁護士法72条違反は、和解契約の効力を否定できる最も確実な方法であり、その結果、和解によって終結した債務整理を再び掘り起こすターゲットとして浮上したのが、①事件・②事件のような、認定司法書士の締結した裁判外の和解であった。

---

(4) 本人によって裁判外の和解が締結されていた事案（平成26年以降全部で186例ある）の中で、錯誤無効の主張が認められた事案は141例、否定された事案は45例である。

(5) ①訴訟上の和解、②調停合意につき、錯誤無効の主張が認められた事案は、管見の及ぶ限りでは存在しない。③調停に代わる決定（民事調停法17条）については、那覇地判平19・5・9（前掲注(2)）、長野簡判平23・5・16（消費者法ニュース88号162頁）、玉島簡判平23・8・19（消費者法ニュース91号75頁）、東京地判平24・4・25（消費者法ニュース92号136頁）、福岡高判平24・9・18（判タ1384号207頁・消費者法ニュース94号49頁）、岐阜地多治見支判平25・9・17（消費者法ニュース98号245頁）が錯誤無効の主張を認めているが、圧倒的多数の裁判例は、錯誤無効の主張を排斥している（大分地判平19・12・17判タ1270号320頁など）。

(6) 東京地判平27・12・8（平成26年(ワ)第30390号）、東京地判平27・12・22（平成26年(ワ)第16018号）、神戸地判平28・3・1（消費者法ニュース108号314頁）、東京地判平28・9・29（平成28年(ワ)第961号）など。

(7) 弁護士による裁判外の和解締結事例につき公序良俗違反無効を認めた長野地判平20・10・19（消費者法ニュース79号103頁）は、貸金業者が取引履歴を開示せず返済額確認の要望に応じないばかりか、現実の債務額をはるかに超える債権証書を示して弁護士を欺罔し錯誤に陥らせたという極端な事案であり、これを逆にいえば、この程度の悪性が存在しなければ、公序良俗違反は認定されないということである。なお、特定調停の効力が争われた最三小判平27・9・15（判時2281号98頁・判タ1418号96頁。評釈として、高原知明・ジュリ1489号〔平成28年〕93頁、平野裕之・判評692号〔判時2302号、平成28年〕159頁、堀清史・判例セレクト2015-2〔法教426号別冊附録、平成28年〕35頁、磯村保・平成27年度重要判例解説〔平成28年〕69頁、垣内秀介・同135頁、岡田好弘・新判例解説 Watch19号〔平成28年〕181頁）の、第１審・控訴審は和解契約の利息制限法違反＝公序良俗違反無効を認定したが、最高裁はこれを否定する一方で、過払金返還請求権に関しては特定調停の対象外であったとして、結論的には、原審同様、不当利得返還請求を肯定した。

5　①事件・②事件判決の法律構成

(1)　名古屋高裁金沢支部の法律構成

弁護士法72条違反の行為の私法上の効力につき、①事件の控訴審および②事件の原審である名古屋高裁金沢支部は、次のとおり従来どおりの理解に従った。

①　まず、依頼者Ｘと司法書士Ｚとの間の委任契約（内部関係）の有効性に関しては、直接の説示はないが、下記Ⅱの判旨からすれば、弁護士法72条の公益規定たる性質を根拠に無効と解するのであろう。

Ⅱ　一方、司法書士ＺがＸを代理してＹとの間で行った和解契約（外部関係）の効力に関しては、「公益規定である弁護士法72条本文に違反した委任契約に基づいて締結されたという点において、無効である」とされる。

Ⅲ　なお、①事件においては、貸金業者Ｙから、和解契約の無効主張が信義則に反する旨の抗弁が提出されたため、裁判所はこの点に関する判断も行っているが、名古屋高裁金沢支部は、原審・富山地裁の判断を取り消し、①事件の「Ｘが本件和解契約の無効を主張することが、信義則に反し許されないと解することはできない」とした。

(2)　富山地裁・最高裁の法律構成

これに対して、①事件の原審・富山地裁と、②事件の上告審・最高裁の法律構成は、次のようなものである。

①　まず、依頼者Ｘと司法書士Ｚとの間の委任契約（内部関係）について、①事件富山地裁は単に「無効」とだけ述べるが、②事件最高裁は、この論点につき先例的価値を有する最一小判昭38・6・13（民集17巻５号744頁）[8]を引用しつつ、「認定司法書士が、報酬を得る目的で業として司法書士法３条１項７号に規定する額である140万円を超える過払金の返還請求権につき裁判外の和解をすることについての委任契約を締結することは、弁護士法72条に違反するものであって、その委任契約は、民法90条に照らして無効となる」とする。

Ⅱ　だが、司法書士ＺがＸを代理して貸金業者Ｙとの間で行った和解契約（対外関係）の効力については、①事件富山地裁判決は、司法書士法違反の和解契約に関する最三小判昭和46・4・20（民集25巻３号290頁）[9]の立場を、弁護士法72条にも推し及ぼし、「司法書士がその認められている業務の範囲を超えて裁判外の和解契約を締結したような場合には、その内容が公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情がある場合は別として、同和解契約は、第三者保護の見地からいっても、単に司法書士法の上記条項〔旧９条（現行22条）〕に違反すること、あるいは弁護士法の上記法条〔72条〕に違反するの故をもって、ただちに無効であるとすることはできない」と述べ、②事件最高裁判決も「認定司法書士が委任者を代理して裁判外の和解契約を締結することが同条に違反する場合であっても、当該和解契約は、その内容及び締結に至る経緯等に照らし、公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情がない限り、無効とはならない」とする。

Ⅲ　ただし、上記Ⅱにつき、②事件最高裁判決は、「上記特段の事情はうかがわれず、本件

---

(8)　評釈として、石川明・法研38巻２号（昭和38年）79頁、山口友吉・民商 50巻２号（昭和39年）273頁、桜田勝義・法学28巻３号（昭和39年）108頁、安倍正三・最判解昭和38年度民事篇（昭和39年）182頁。

(9)　評釈として、中野貞一郎・判タ266号（昭和46年）75頁、岩佐善己・民研172号（昭和46年）32頁、桜田勝義・民商66巻２号（昭和47年）125頁、石渡哲・法研45巻８号（昭和47年）115頁、中村英郎・続民事訴訟法判例百選（昭和47年）74頁、鴻常夫・法セ192号（昭和47年）60頁、宇野栄一郎・最判解昭和46年度民事篇（昭和47年）332頁、霜島甲一・法協90巻３号（昭和48年）115頁、東法子・手形研究322号（昭和57年）66頁。

和解契約を無効ということはできない」と述べて、和解契約（対外関係）の有効性を端的に承認しているのに対し、①事件富山地裁判決は、「本件和解契約の締結は、その内容が公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情のある場合には当たらず、したがって、Xにおいて本件和解契約の無効を主張することは信義則に反し許されない」という微妙な言い回しをしている（この表現では、和解契約はあくまでも無効であるが、公序良俗違反に当たらない場合には、無効主張が信義則違反にならない、としているようにも読める）。

6　弁護士法72条違反の契約の効力

上記論点のうち、Ⅰ弁護士法72条違反の行為を目的とする委任契約（内部関係）の有効性、および、Ⅱこの委任契約に基づいて行われた行為（外部関係）の有効性の問題は、「取締規定と効力規定」の表題の下に論じられる種々の事案の中でも、典型的な論点である。

取締規定の内容が、無資格者の取締りである事案に関して、判例は、一般的にいえば、無資格者が行った契約も有効とする傾向があるが(10)、しかし、とりわけ公益性が強いと認められる資格制限の取締規定に関しては、これに違反するⅠ依頼者X・無資格者Z間の契約（内部関係）・ⅡZがXを代理してYとの間で締結した契約（外部関係）の両者とも、私法上の効力が否定されることが多い。

ただし、この場合の効力否定の法律構成には、種々のものが存在する。

(1)　弁護士の弁護士法違反

弁護士が、弁護士法27条の禁ずる非弁護士との提携を行っている場合、Ⅰ依頼人Xと非弁提携弁護士Zとの間の委任契約並びにⅡZがXを代理して行った行為の私法上の効力は、いずれも有効とするのが弁護士側の見解である(11)。

しかし、本件①事件・②事件と同様の債務整理の分野においては、非弁提携ないしその疑いのある弁護士Zによって、貸金業者Yとの間で和解契約が締結された場合には、Ⅰ依頼者Xは、弁護士Zとの間の委任契約（内部関係）につき錯誤無効を主張することができる。もっとも、Ⅱこの無効な契約に基づき弁護士ZがXを代理して貸金業者Yとの間で締結した和解契約（外部関係）に関しては、無効ではなく、無権代理とされ(12)、しかも、この無権代理は、追認・追完や表見代理によって有効化する余地がある(13)。

このほか、債務整理の分野では、弁護士が、ある貸金業者に対して多数の者 X_1 らが有している不当利得返還請求権を特定の債務者 X_2 に譲渡・

(10)　Ⅰ内部関係に関する事案として、最二小判昭35・3・18（民集14巻4号483頁。Zが食品衛生法旧21条の許可を受けないでXから精肉を買い入れた事案につき、XZ間売買の有効性を認めて、XからZへの売掛代金請求を肯定）、最一小判昭39・10・29（民集18巻8号1823頁。Zが道路運送法4条の許可を受けないでXから自動車を買い受けたが、Xが登録名義変更手続に協力しないため運送事業ができなくなったとして債務不履行に基づく損害賠償を請求したのに対して、Xが無免許営業による利益は法的保護に値せず損害賠償の対象とならないと主張した事案につき、Zの請求を肯定）、最三小判昭41・6・7（金法449号6頁。旧相互銀行法4条の免許を受けないで同法所定の業務を行っていたZが、Xとの間で締結した講類似の契約に基づき、X所有建物につき代物弁済を受け、Xに対して建物明渡しを請求した事案において、契約の有効性を認めてZの請求を肯定）など。

(11)　日本弁護士連合会編著『条解弁護士法〔第4版〕』（平成19年）225頁。

(12)　東京地判平15・4・24（平成14年(ワ)第21244号）、東京地判平15・7・22（平成14年(ワ)第12682号）、東京地判平16・1・15（平成14年(ワ)第22173号）、東京地判平16・11・12（平成16年(ワ)第8670号）、東京地判平17・12・2（平成16年(ワ)第23936号）、東京地判平18・1・30（平成16年(ワ)第26828号）、東京地判平18・3・16（平成16年(ワ)第25794号）、東京地判平18・4・27（平成17年(ワ)第10913号・平成18年(ワ)第1671号）、東京地判平18・4・28（平成17年(ワ)第16201号）、東京地判平18・9・29（平成17年(ワ)第732号）、東京地判平25・2・21（平成24年(ワ)第11346号）など。

集中させたうえで訴訟を提起する行為が、弁護士法73条（取立目的での権利譲受の禁止）および28条（係争権利の譲受の禁止）の趣旨に抵触するとの理由で、X_1らからX_2への債権譲渡を公序良俗違反で無効とした裁判例もある(14)。

なお、弁護士法73条の適用範囲に関する今日の判例の立場は、「弁護士法73条の趣旨は、主として弁護士でない者が、権利の譲渡を受けることによって、みだりに訴訟を誘発したり、紛議を助長したりするほか、同法72条本文の禁止を潜脱する行為をして、国民の法律生活上の利益に対する弊害が生ずることを防止するところにあるものと解される。このような立法趣旨に照らすと、形式的には、他人の権利を譲り受けて訴訟等の手段によってその権利の実行をすることを業とする行為であっても、上記の弊害が生ずるおそれがなく、社会的経済的に正当な業務の範囲内にあると認められる場合には、同法73条に違反するものではない」というものである(15)。

すなわち、弁護士法73条に関しては、同条違反となる行為そのものが、公序良俗違反で私法上無効となる行為に限られている。一方、同条の立法趣旨は、弁護士法72条と同一とされているから、そうであるならば、弁護士法72条で弁護士以外に禁じられている「法律事務」の解釈に関しても、弁護士法73条の解釈と同様、公序良俗違反の法律事務に限られるとの解釈も成り立つように思われるが、このような理解に対しては、弁護士側からの強い反発が予想される(16)。

(2)　弁護士以外の資格者の当該士業法違反

行政書士に関しては、行政書士法１条の３第３号に規定する業務の範囲を超えて行った自賠責保険金の被害者請求の相談業務につき、超過部分の報酬請求権が否定された例がある(17)（Ⓘ内部関係の事案）。

一方、Ⓘ外部関係に関しては、①事件富山地裁判決が引用する最三小判昭46・4・20（民集25巻３号290頁）が、「司法書士がその業務の範囲をこえて私法上の和解契約締結の委任を受け、右委任に基づき第三者たる相手方との間に私法上の和解契約を締結したような場合には、その内容が公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情のある場合は別として、右和解契約は、第三者保護の見地からいっても、単に司法書士法９条〔現行22条〕に違反するのゆえをもって、ただちに無効であるとすることができない」としていた。

だが、同判決は、司法書士が簡易裁判所における訴訟代理権（簡裁代理権）を取得する前の時代の古い判例であり、これに対して、司法書士の簡裁代理権取得後の裁判例の中には、認定司法書士が140万円超過の裁判外の和解契約を締結した事案に関して、和解契約は無効ではなく、無権代理

---

(13)　追認・追完による有効化の可能性につき、札幌高判昭40・3・4（高民集18巻２号174頁）、仙台高判昭59・1・20（下民集35巻１～４号７頁）、表見代理による有効化につき、東京地判平21・7・30（平成19年(ワ)第27911号）、東京地判平21・8・25（平成20年(ワ)第24758号）。

(14)　東京地判平17・3・15（判時1913号91頁）。

(15)　最三小判平14・1・22（民集56巻１号123頁。ゴルフ会員権の売買等を業とする会社Ｚが、預託金の額を下回る価格でゴルフ会員権をＸらから譲り受け、ゴルフ場経営会社Ｙに対して預託金返還訴訟を反復継続して行っていた事案につき、預託金返還請求を肯定）。同判決を引用するその後の裁判例として、東京簡判平24・10・24（平成24年(ハ)第15523号。弁護士法73条違反無効の肯定例）、東京地判平26・11・19（平成26年(ワ)第4979号〔否定例〕）、東京地判平26・12・15（平成25年(ワ)第20649号〔肯定例〕）など。

(16)　弁護士法72条で弁護士以外の者に禁止される「法律事務」概念は、弁護士側の見解によれば、非常に広汎であるため（日弁連編著・前掲注(11)606頁以下参照）、同説に従った場合には、法律的色彩を帯びるありとあらゆる事務が、弁護士法72条違反に問われて同法77条の刑事罰の対象となるとともに、私法上の効力を否定されるという極端な結果が生ずる。およそ一般に、士業法の解釈に関して、当該士業者は身内に甘く外部に厳しいが、この点に関しては、弁護士もまた例外ではない。

(17)　大阪地判平25・11・22（金商1432号22頁）、大阪高判平26・7・30（自保1929号159頁）。なお、これらの裁判例においては、弁護士法72条違反の問題は判断されていない。

になるとしたものもある[18]。

(3)　弁護士以外の資格者の弁護士法違反

一方、本件①事件・②事件と同様、認定司法書士が締結した債務整理の和解契約につき弁護士法72条違反無効が主張された事案には、東京地判平26・1・22（平成25年(ワ)第1395号）と、札幌高判平26・2・27（判タ1399号113頁）があったが、東京地裁は、和解契約は本人が行ったもので、司法書士の代理により締結されたものではない旨を認定し、札幌高裁は、認定司法書士の和解代理権の範囲内である旨を認定した。

また、認定司法書士の和解代理権の範囲が争われた和歌山訴訟の控訴審判決（大阪高判平26・5・29民集70巻5号1380頁）は、認定司法書士の行った140万円超過の裁判外の和解の効力については、無権代理ではなく、無効である旨を判示したが、事案そのものは、依頼人が、司法書士の受領した報酬相当分につき、不法行為に基づく損害賠償を請求した事件（Ⅰ内部関係の事案）であった[19]。

(4)　無資格者の各種士業法違反

以上に対して、全くの無資格者が各種士業法違反の行為を行った場合、Ⅰ内部関係については、当該取締規定違反が、直ちに民法90条の公序良俗違反無効と評価されて、依頼者Ｘと無資格者Ｚとの間の委任契約に基づく報酬請求は否定される（②事件最高裁判決の引用する最一小判昭38・6・13民集17巻5号744頁は、債権の取立てを目的とする委任契約につき、「弁護士の資格のないＺが右趣旨のような契約をなすことは弁護士法72条本文前段同77条に抵触するが故に民法90条に照しその効力を生ずるに由なきものといわなければならないとし、このような場合右契約をなすこと自体が前示弁護士法の各法条に抵触するものであって、右はＺが右のような契約をなすことを業とする場合に拘らないものであるとした原判決の判断は、当裁判所もこれを正当として是認する」とし、東京地判昭63・7・22判タ683号158頁は、「行政書士法19条1項は、公益目的のために、行政書士でない者、その他法律上行政書士の業務を行うことのできない者が、業として、行政書士に認められている業務を行うことを禁じているものであり、その違反に対しては、同法21条により、刑罰の制裁をもって臨んでいるのであるから、同法19条1項に違反することを主要な内容とする本件委任契約は、民法90条に照らし、全体として効力を生じないものというべきである」とする）[20]。

このことからすれば、Ⅱ無資格者が依頼者を代理して締結した契約の効力（外部関係）についても、常に公序良俗違反無効と評価されそうであるが、しかし、東京地判平24・5・17（平成20年(ワ)第24318号。不動産仲介業者が土地賃貸借の更新交渉につき賃借人との間で委任契約を締結したうえ、賃貸人との間で裁判外の和解契約を結んだ事

---

(18)　さいたま地判平21・1・30（平成19年(ワ)第2229号）。ただし、本件事案においても、弁護士法72条違反の問題は争点とならなかった。また、本件事案の貸金業者は、140万円の限りでの和解代理権を基本代理権とする、民法110条の表見代理を主張したが、同判決は、認定司法書士の和解代理権の範囲は、司法書士法3条1項7号が法定するものであるから、貸金業者が当該認定司法書士に代理権があると信じたことにつき過失がある旨を認定した。

(19)　なお、同判決では、すべての司法書士に認められている裁判書類作成関係業務についても、弁護士法72条の趣旨の潜脱行為であり無効とされたため、司法書士は上告受理を申し立てたが、上告受理決定において排除され棄却となったため、上告審（最一小判平28・6・27民集70巻5号1306頁）の判断対象とならなかった。

(20)　なお、①依頼人との間の委任契約の効力（内部関係）が争われた事案のうち、既払いの報酬等の返還請求に関しては、無資格者であることを知りつつ依頼人が委任契約を締結していた場合には、不法原因給付（民法708条）の問題が生ずるが、和歌山地判平元・10・18（交民22巻5号1144頁）、大阪高判平13・12・14（平成12年(ネ)第1935号）、東京地判平3・4・25（判時1401号66頁・判タ769号182頁）では、民法708条本文の適用により報酬返還請求が否定され、東京地判平23・4・22（平成21年(ワ)第32159号）、東京地判平23・4・25（平成21年(ワ)第24787号）では、民法708条ただし書の適用により報酬返還請求が肯定されている。

案）は、「弁護士法72条の趣旨は、弁護士でない者が、報酬を得ることを目的として、業として法律事務を取り扱うことによって、当事者その他の関係人らの利益を損ね、法律生活の公正かつ円滑な営みを妨げ、ひいては法律秩序を害するという国民の法律生活上の利益に対する弊害が生ずることを防止するところにあるものと解され、弁護士でない者が弁護士法72条に違反して、法律事件について和解契約を締結したような場合であっても、その内容や締結の経過及び態様等が公序良俗違反の性質を有するようなものではないなどの特段の事情がある場合には、上記の弊害が生ずるおそれがないことから、当該和解契約を公序良俗に違反するものとして無効であるということはできないと解するのが相当である」とする。

(5)　①事件・②事件判決の位置づけ

以上各種の法律構成を整理すれば、大略次のようになる。

Ⓐ　資格制限規定違反の行為は、すなわち公序良俗違反の行為であると評価するもの（①事件控訴審判決の立場）――この立場に立つときには、委任契約（内部関係）・和解契約（外部関係）ともに無効（絶対無効・全部無効）となる。

Ⓑ　資格制限規定違反の行為は、委任契約（内部関係）については、直ちに公序良俗違反の行為と評価されるが、和解契約（外部関係）については、公序良俗違反になる場合とならない場合があるとするもの（②事件最高裁判決の立場）――この立場に立つときには、委任契約（内部関係）は絶対無効・全部無効となるが（②事件最高裁判決の引用する弁護士法72条違反に関する最一小判昭38・6・13の立場）、和解契約（外部関係）については、「公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情」のない限り有効とされる（①事件原審〔富山地裁〕判決が引用する司法書士法19条〔現行22条〕違反に関する最三小判昭46・4・20の立場）。

Ⓒ　資格制限規定違反の行為は、委任契約（内部関係）については、直ちに公序良俗違反の行為と評価されるが、和解契約（外部関係）については、無権代理になるとするもの――この立場に立つときには、内部関係における報酬請求権の存在は否定されるが、外部関係については無権代理の追認や表見代理により有効化する余地がある。

Ⓓ　資格制限規定に違反するか否かの解釈につき、公序良俗違反に該当する行為に限定するもの（弁護士法73条に関する判例の立場）――同様の解釈を弁護士法72条について行った場合には、公序良俗に反すると認められない「法律事務」については、そもそも弁護士法72条違反とならないので、同法77条の処罰の対象ではなく、また、私法上の効力に関しても、委任契約（内部関係）・和解契約（外部関係）ともに有効となる。

Ⓔ　このほか、司法書士や行政書士が業務権限の範囲を超えて行った行為に関しては、超過部分のみ無効（一部無効）とする処理もある。

なお、②事件最高裁判決の採用したⒷの立場は、法律構成の違いという抽象論の次元では、従来の判例の立場であるⒶのドラスティックな変更のようにみえるが、しかし、現実問題として、「公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情」がないと認定されるのは、本件①事件・②事件のような、債務整理の事案において、認定司法書士が業務権限の範囲を超えて行った和解契約であって、かつ、その内容が、弁護士が行った場合と異ならない場合に限定されるのであり、それ以外の場合には「公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情」の存在が認定されて、無効の結論が導かれる点では、Ⓐの立場と変わるところがない。要するに、②事件最高裁判決のⒷの立場の採用は、和解により終結したはずの債務整理を、弁護士法72条違反を奇貨として蒸し返す手法を封じる趣旨に出たものであり、Ⓑの法律構成の射程距離は、その限りのものである。

(6)　無効主張と信義則違反

なお、①事件の原審（富山地裁）判決は、一方において、②事件最高裁判決と同様、Ⓑの立場に

固有の判断である公序良俗違反の問題を検討しながら、他方において、Ⓐの立場に立って和解契約を無効とした場合にはじめて問題となる、無効主張の信義則違反を認定している。

Ⓑの立場のような、弁護士法72条に関する解釈の変更を避けて、従来どおりⒶの立場を維持しようとした場合、債務整理の蒸し返しを避けるためには、和解の無効主張を、信義則違反・権利濫用等の一般条項を用いて封ずることとなるが、結論的にいえば、この方法は有効に機能しない。

というのも、債務整理の分野においては、信義則違反・権利濫用の主張が排斥された事例ばかりが存在し（①非弁提携弁護士への委任契約の錯誤無効を肯定し、和解契約を無権代理とした事案において、「本件に顕れた全事情を考慮しても、原告の不当利得返還請求が信義則に違反するということはできない」とした例[21]、②和解契約の錯誤無効が認定された事案において、錯誤主張は信義則違反・禁反言に当たらないとした例[22]、③当該合意は過払金返還請求権を消滅させる契約ではない旨の主張が認定された事案において、当該主張が権利の濫用に当たらないとした例[23]など）、信義則違反（禁反言）・権利濫用が認定された例は、①事件富山地裁判決以前には、少なくとも管見の及ぶ限りでは存在していない。

もっとも、①事件富山地裁の信義則違反への言及についていえば、本来なら、②事件最高裁判決のようにⒷの立場を貫徹させて、端的に本件和解契約の有効性を承認したうえで、「信義則違反の点については判断するまでもなく、Xの請求には理由がない」旨を判示すれば足りたところを、①事件の貸金業者Yの主張にまともに付き合ってしまっただけの、単なる蛇足と理解すべきものなのかもしれない。

（しちのへ・かつひこ）

---

(21) 東京地判平18・9・29（前掲注(12)。「本件に顕れた全事情を考慮しても、〔債務者〕の不当利得返還請求が信義則に違反するということはできない」とする）。

(22) 東京地判平16・11・29（消費者法ニュース62号63頁。この判決は、弁護士が和解契約を締結した事案において、当該弁護士が和解契約の錯誤無効を主張した事案であったが、判旨は「同弁護士が被告〔貸金業者〕に対し取引経過の開示を求めたにもかかわらず、被告〔貸金業者〕がこれに応じず、引き直し計算をすると過払金が認められる等の前記認定の諸事情によれば、同一の代理人の請求であったとしても、上記原告〔債務者〕らが訴訟によって不当利得返還を請求することは信義則に反しないというべきである」とする）、東京地判平26・3・6（平成25年(ワ)第26180号。本人が直接貸金業者と和解契約を締結した事案において、「錯誤無効の主張が禁反言に当たるとは認められない」とする）、東京地判平26・8・19（平成26年(ワ)第3824号。本人が直接和解契約を締結した事案において、「本件合意の無効主張が禁反言に反し、許されないともいえない」とする）、東京地判平27・10・28（平成27年(レ)第451号。本人が直接貸金業者と和解契約を締結した事案において、「〔貸金業者〕は、〔債務者〕による本件契約の無効主張が禁反言の法理により排斥されるべきである旨を主張するが、この主張を根拠づけるに十分な事実を認めるに足りる証拠はなく、〔貸金業者〕の上記主張は、採用することができない」とする）。

(23) 東京地判平26・9・10（平成25年(ワ)第34135号。本人Xが直接貸金業者Yと和解契約を締結した事案において、Yは「Xの請求を認めることは、実質的に過去に遡る市中金利の引下げを認めることで、市場における消費者金融業者の必要性及び多発する過払金請求による被告の破綻の可能性にかんがみれば、財産権及び職業選択の自由の侵害をもたらし憲法違反の状態を生じさせるものである。したがって、Xの請求は、民法1条3項の権利の濫用に当たるものとして又は事情判決の法理により、請求ないし認容を制限すべきである」と主張したが、判旨は「Xの本件請求について、民法1条3項における権利の濫用と評価される事実は認められず、その他、本件が事情判決の法理を適用すべき請求であるとも認められない」とした）。