慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究四六〇〕認定司法書士が弁護士法七二条に違反して締結した裁判外の和解契約の効力 過払金返還請求事件(平成二九年七月二四日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	金, 美紗(Kim, Misa) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.5 (2018. 5) ,p.89- 104
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180528-0089

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究四六〇〕

平成二九1（民集七一巻六号九六九頁）
認定司法書士が弁護士法七二条に違反して締結した裁判外の和解契約の効力

過払金返還請求事件、最高裁平成二八（受）第一四六三号、平成二九年七月二四日第一小法廷判決、破棄自判

〔事　実〕

本件は、Aの破産管財人であるXが、貸金業者Yに対し、不当利得返還請求権に基づき、AY間の継続的な金銭消費貸借取引に係る過払金等の返還を求めた訴訟において、同過払金債権について、司法書士Zが、従前Aを代理してYとの間で締結した裁判外の和解契約の効力が争われたものである。(1)

Aは、Y（被告・被控訴人・上告人）との間で、平成五年五月二五日から平成二〇年一一月三〇日まで、利息制限法所定の制限を超える利息の約定で継続的な金銭消費貸借取引（以下、「本件取引」という。）をおこなった。同年一二月一七日、Aは、本件取引を含む多重債務の相談のため、Z（被告補助参加人・被控訴補助参加人・上告補助参加人）のもとを訪れ、同日、Zとの間で、債務整理を目的とする委任契約を締結した。Zは、司法書士法三条二項各号(2)のいずれにも該当する司法書士（以下、「認定司法書士」という。）であったところ、前記委任契約の締結の際、Aに対し、仮に過払金の額が一四〇万円を超えるものと判明した場合には、Zは代理人となることができないことを説明した。

その後、本件取引については、平成二〇年一一月三〇日の時点で、過払金約三三〇万円および法定利息が発生していることが判明した。そのため、翌年二月三日、Zは、Aに対し、本件取引に係る過払金については、金額が一四〇万円を超えているためにZは代理人となることができないことをあらためて説明した。ところが、Aは、前記過払金についてもZに委任することを希望し、同日、AZ間で、前記過払金の返還請求権等について和解することを含む委任契約（以下、「本件委任契約」という。）が締結された。

同年四月二日、Zは、前記過払金債権について、Yとの間で、YがAに対し同月三〇日限り二〇〇万円を支払うこと、

および、AとYとの間にはそれ以外には何らの債権債務が存在しないことを相互に確認することを内容とする裁判外の和解契約（以下、「本件和解契約」という。）を締結し、Yは、本件和解契約に基づき、二〇〇万円を支払った。Aは、本件和解契約の締結時において、過払金の額が一四〇万円を超えることから、本来であれば司法書士であるZには和解に関する代理権がないこと、また、Yに対して三〇〇万円余りの過払金の請求ができることを理解していた。しかしAは、弁護士に別途依頼することやYとの間で裁判に発展しかねないことの煩わしさを慮って、Zに依頼したまま、二〇〇万円で和解することとしたものであった。

原審は、Z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七二条に違反したものと言うべきであり、この点に関するAとの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、無効であると判断し、Xの請求を棄却した原々審の判決を取り消して、Xの請求を認容した。(3) Yは、これを不服として上告受理の申立てをし、上告として受理された。

〔判　旨〕

破棄自判。

「弁護士法七二条は、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三条一項七号に規定する額である一四〇万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、弁護士法七二条に違反するものであって、その委任契約は、民法九〇条に照らして無効となると解される（最高裁昭和三七年（オ）第一四六〇号同三八年六月一三日第一小法廷判決・民集一七巻五号七四四頁参照）。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、弁護士法七二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。

弁護士法七二条の趣旨は、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（最高裁昭和四四年（あ）第一一二四号同四六年七月一四日大法廷判決・刑集二

五巻五号六九〇頁参照）、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（同法七七条三号）ことによって、同法七二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、司法書士法二条違反を理由とする懲戒の対象になる（同法四七条）上、弁護士法七二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。」

〔評　釈〕

本判決の結論に賛成する。ただし、理由づけには疑問がある。

一　認定司法書士による裁判外和解代理に固有の問題点

現行司法書士法の下では、民事に関する紛争（簡易裁判所における民事訴訟法の規定による訴訟手続の対象となるものに限る。）であって、紛争の目的の価額が一四〇万円を超えないものについて、裁判外の和解を代理する権限（以下、「裁判外和解代理権」という。）が、認定司法書士に認められている。[4] 認定司法書士にこうした裁判外和解代理権が認められるようになったのは、平成一四年の司法書士法改正以後のことであり、それ以前は、紛争の性質や目的の価額の如何を問わず、司法書士には、裁判外和解代理権は一切認められていなかった。[5] これに対し、司法制度改革の一環としておこなわれた平成一四年の司法書士法改正は、国民生活の利便性の一層の向上を図るため、司法書士の業務範囲を従来よりも拡大することを理念に掲げ、司法書士に対し、簡裁における訴訟代理権や裁判外和解代理権

等を新たに付与するものとした。[6] 平成一四年改正の結果、今日の実務では、とくに多重債務者の債務整理案件において、弁護士ではなく、認定司法書士が代理人として裁判外和解に関与するケースが多くみられるようになっており、本件もまた、こうしたケースの一つに数えられる。[7]

ところで、本件のように認定司法書士が代理人となって和解契約を締結する場合には、弁護士が代理人となって和解契約を締結する場合には生じない固有の問題が生ずることがある。すなわち、第一に、前述のとおり、認定司法書士が裁判外和解を代理することができる場合は、「紛争の目的の価額」が一四〇万円を超えない場合に限定されているため、認定司法書士による裁判外和解業務の内容が、司法書士法上認められた裁判外和解代理権の範囲に含まれるものであるか否かが問題とされることがある。第二に、認定司法書士が、裁判外和解代理権の範囲を超える事項について委任者との間で委任契約を締結した場合には、当該委任契約の効力が問題となる。第三に、裁判外和解代理権の範囲を超える事項について委任を受けた認定司法書士が、同範囲を超えて、実際に和解契約を締結した場合には、当該和解契約の効力も問題となる。

このうち、第一の問題は、「紛争の目的の価額」の算定方法をめぐり、解釈上の争いが生じるような場合に初めて顕在化するものである。「紛争の目的の価額」は、民訴法八条および九条の規定に従って一義的に算定されるため、通常は、算定基準に争いが生じることは少ないが、多重債務者の債務整理事件における「紛争の目的の価額」の算定基準に関しては、かねてより、債権者が主張する残元金額を基準とすべきとする債権額説と、弁済計画の変更によって債務者が受ける経済的利益を基準とすべきとする受益額説とが対立していた。[8] こうしたなか、最高裁は、最判平成二八年六月二七日民集七〇巻五号一三〇六頁（以下、「平成二八年判決」という。）において、債務整理を依頼された認定司法書士は、当該債務整理の対象となる個別の債権の価額が一四〇万円を超える場合には、その債権に係る裁判外の和解について代理することができないと判示し、いわゆる「債権額説・個別説」を採ることを明らかにした。その後は、学説においても、平成二八年判決の立場を支持するものが多くなっている。[9]

他方、前記第二および第三の問題は、いずれも、非弁行為の禁止を定めた弁護士法七二条との関係で問題となる。[10] なぜなら、司法書士法三条一項七号は、弁護士法七二条の特則と解されているため、認定司法書士が、同規定におい

て定められた権限の範囲を超えて相談・代理業務をおこなった場合には、直ちに弁護士法七二条違反が認められることになるからである。[11] そのため、第二、第三の問題は、それぞれ、認定司法書士が弁護士法七二条に違反して委任契約を締結した場合、当該委任契約の効力はどうなるか、認定司法書士が弁護士法七二条に違反して和解契約を締結した場合、当該和解契約の効力はどうなるかという問題に読み替えられることになる。そして、このようにして読み替えられた、弁護士法七二条に違反した法律行為の効力という問題は、民法上は、「取締法規違反の法律行為の効力」という古典的なテーマに位置づけられるものとされている。[12]

判例に目を転じてみると、弁護士法七二条に違反して締結された委任契約の効力という第二の問題については、先例として、最判昭和三八年六月一三日民集一七巻五号七四四頁（以下、「昭和三八年判決」という。）がある。これは、委託を受けて法律事務を取り扱った非弁護士が、依頼者に対し、約定報酬の支払いを請求した事案において、当事者間の委任契約は、弁護士法七二条に抵触するものであり、民法九〇条に照らし無効であるとして請求を棄却した原審判決を支持したものである。当時の判批の多くも、この昭和三八年判決の結論を支持している。[13]

これに対し、第三の問題、すなわち、弁護士法七二条に違反して締結された和解契約の効力に関しては、本判決が出されるまで、この点に直接触れた最高裁判例はなかった。ただ、これに類似する問題を扱った判例として、平成一四年改正前の司法書士法下において、「司法書士は、同法に定める業務の範囲を越えて他人間の訴訟その他の事件に関与してはならない」と定めた規定である司法書士法九条に違反して締結された和解契約の効力が争われた最判昭和四六年四月二〇日民集二五巻三号二九〇頁（以下、「昭和四六年判決」という。）がある。昭和四六年判決の事案は、司法書士が、金銭消費貸借契約の債務者から委託を受けて、債権者との間で、甲土地の代物弁済合意を含む和解契約を締結し、即決和解を成立させたところ、その後、委託者であった債務者が原告となって、債権者に対し、司法書士法九条違反を理由に和解契約の無効を主張して抹消登記手続請求をしたというものであった。昭和四六年判決の多数意見は、三対二で、「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、……第三者保護の見地からいっても、単に司法書士法九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ものと解するのが相当である」と判示し、和解契約

を有効とみた。他方で、反対意見は、司法書士法九条が司法秩序維持のための公益性の高い規定であることを重視し、本件和解契約を無効とみるべきとしていた。[14]

二　本判決の意義

本件では、認定司法書士が、約三三〇万円の過払金債権について、債権者を代理して和解契約を締結している。前記平成二八年判決によれば、本件和解契約が、認定司法書士の裁判外和解代理権の範囲を超えるものであったことは明らかであり、そのため本件では、この場合における和解契約の効力という前記第三の問題が、最高裁において初めて正面から争われることになった。本判決は、和解契約を無効とした原判決を破棄し、認定司法書士が、司法書士法三条一項七号に定められた代理権限の範囲を超えて裁判外の和解契約を締結した場合であっても、当該和解契約は、公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情がない限り、無効とはならない旨を最高裁として初めて判断したものであり、この点において先例的価値が認められる。

本判決以前に、この問題を論じた下級審裁判例は僅か数件しかないが、そのなかでも見解は一様ではなく、下級審裁判例の立場は、大要次の三つに分かれていた。まず、下級審裁判例のなかには、原則として和解契約は無効となるとする一方で、例外的に、信義則により無効主張が制限される場合があるとしたものがある（以下、「原則無効説」という。）。[15] 次に、和解契約は無権代理行為となり、表見代理の成立が認められる余地があるとした裁判例がある（以下、「無権代理説」という。）。[16] さらに、和解契約は、和解契約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、弁護士法違反を理由としては直ちに無効とはならないとした裁判例もある（以下、「原則有効説」という。）。[17] このように下級審裁判例の立場が三つに分かれていたなかで、本判決は、原則有効説を採ることを明らかにしたものである。[18]

さらに、前記平成二八年判決は、従来の司法書士の実務慣行であった「受益額説」に反する立場を採ったものであったことから、事後的にみて、裁判外和解代理権の範囲を超えていたと評価されることになる和解契約が多数存在することが懸念されていたところであるが、本判決により、認定司法書士によって締結された和解契約が、代理権の範囲を超えるものであったとしても、当該和解契約自体は原則として覆されないとの判断が示されたことになる。本判決には、このように、平成二八年判決が実務に与え得る影

響の大きさを緩和する意義も認められるように思われる。以下では、本判決が、和解契約の効力について原則有効説を採用したことの当否を検討する。

三　認定司法書士が弁護士法七二条に違反して締結した和解契約の効力

1　本判決の枠組み

初めに、本判決が、和解契約の効力について原則有効説を採用したロジックを整理しておくと、次のようになる。まず、本判決は、債権者と認定司法書士との間で締結された、司法書士法三条一項七号の定める裁判外代理権の範囲を超えた本件委任契約の効力について、前述の昭和三八年判決を引用し、民法九〇条に照らし無効となるとする。昭和三八年判決は、認定司法書士の裁判外和解代理権が認められた平成一四年の司法書士法改正よりもはるかに前に下されたものであり、本件のように、正当な裁判外和解代理権を有する認定司法書士が、その権限を逸脱して委任契約を締結した場合とは事案を大きく異にするが、最高裁は、本件のような事案においても昭和三八年判決を踏襲し、委任契約を無効とした。

次に、本件委任契約の無効が、本件和解契約の効力をどのように左右するかという点については、和解契約の効力は、委任契約の効力からは独立して判断されるべき事柄であると述べ、両者の牽連性を否定する。この点、本件の原審は、委任契約の無効は直ちに和解契約の無効をもたらすとみて、牽連性を肯定していたのであり、牽連性の肯否に関する考え方の違いが、原審と最高裁の帰結がわかれた分岐点となっている。ただ、原審も最高裁も、牽連性の肯否という結論に至った理由については述べていない。そこで推測によるほかないが、原審のように牽連性を肯定する立場を採るとすれば、その理論的根拠としては、委任契約が無効となることによって代理権授与行為も無効となるため、和解契約は無権代理行為となるとみることが考えられる。[19] そして、牽連性肯定説をこのように理解するとすれば、牽連性を否定した最高裁の立場は、これとは逆に、無権代理構成を否定したものとみることができる。こうした理解は、次のような本判決の匿名コメントからも窺われるところである。「……なお、弁護士法七二条に違反して締結された委任契約が民法九〇条に照らして無効となることから、非弁護士による代理行為が無権代理となり無効となるとする説が散見される。しかし、本件の場面では、代理権授与行為自体は存在しており、典型的な無権代理とは場面を異に

しているといえる。そして、本判決は、本件和解契約を有効と判断しており、認定司法書士との間で弁護士法七二条に違反して委任契約が締結された場合でも、代理権授与は無効とはならないと解しているものと思われる[20]」。

こうして、本判決は、委任契約と和解契約の牽連性を否定したうえで、和解契約の効力については、弁護士法七二条の趣旨を達するために当該和解契約を無効とすべきか否か等を考慮して判断されるべきものであるとする。そして、弁護士法七二条の趣旨は、法律事務に係る社会生活の公正かつ円滑な営みが妨げられ、ひいては法律秩序が害されることを防ぐという高い公益目的にあるとする一方で、①違反行為に対して刑罰が科されうる仕組みとなっていること、②違反行為は懲戒処分の対象とされていること、③委任契約が無効とされれば、認定司法書士は報酬を得ることができなくなることを踏まえれば、非弁行為の禁止は十分に実効性を保障されているから、前記の目的を達成するためには、和解契約の効力まで否定する必要はないとする。さらに、「和解契約の当事者の利益保護の見地からみても、和解契約の内容およ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る」から相当でないとして、和解契約が紛争の終局的解決をもたらす性質のものである点に配慮する。以上の理由から、本判決は、本件和解契約は特段の事情がない限り無効とはならないとの原則有効説を導いている。

このように本判決は、和解契約の効力を考えるうえでは、弁護士法七二条違反から直ちに結論を導くのではなく、弁護士法七二条の趣旨・目的や第三者の利益保護に配慮し、総合的な判断をおこなっている。総合的判断を用いる手法は、司法書士法九条違反の和解契約の効力が争点となった前記昭和四六年判決の多数意見においても採られていたものであり、両者の判断枠組みは、考慮要素も含め、非常によく似通っていると言うことができる。

2　本判決についての評価

しかしながら、以上の本判決の理由づけには、次の二点において疑問がある。すなわち、判旨が、委任契約の効力について、民法九〇条に違反するかどうかの十分な検討をしないまま、昭和三八年判決を引用して直ちに無効と判示した点、および、牽連性を否定したロジックが曖昧である点である。後者については、判旨は無権代理構成を否定し

たものと理解するとしても、後述のように、この場合に無権代理構成を否定するのは理論上相当に困難であるから、無権代理構成を否定するための説得的な理由づけを尽くす必要があったと思われる。

（1）認定司法書士が裁判外和解代理権の範囲を超えて締結した委任契約の効力

本件委任契約の効力について、本判決は、弁護士法七二条が高度に公益性の高い規定であることから、同条に反する委任契約は民法九〇条に照らして無効であるとした昭和三八年判決を踏襲し、本件AZ間における委任契約が弁護士法七二条の趣旨・目的にどの程度違反するかなどの具体的事情については一切勘案することなく、委任契約は無効となるとの結論を導いている。しかし、このように、取締法規違反の法律行為の効力を考えるうえで、法規の規制目的にのみ着目するという判断枠組みは、今日の民法通説からは支持されるものではない。すなわち、今日では一般に、取締法規違反の法律行為の効力については、規制目的の公益性だけではなく、違反行為に対する社会の倫理的非難の程度、取引の安全、当事者間の信義・公平などの要素を総合的に考慮して判断すべきものとされている。[21] 本判決も、同じく弁護士法七二条違反とされる和解契約については、こうした諸要素を加味し、総合的判断をおこなっているのであるから、本件委任契約の効力を考えるうえでも、同様の判断枠組みに則るべきであった。

では、総合的な判断枠組みに則った場合、本件委任契約の効力はどのように判断されることになるであろうか。筆者は、弁護士法七二条に反する委任契約は、同法の規制目的を大きく損なうものであり、たとえ取引安全や当事者間の公平などの要素を犠牲にすることになっても、原則として無効となると解すべきものと考える。ここで委任契約を有効とみることは、報酬の支払前であれば、受任者による報酬支払請求が認容されることを意味し、報酬の支払後であれば、委任者からの返還請求が否定されることを意味するが、こうした帰結は、弁護士法七二条に違反する経済的インセンティブを私人に与えるものであり、違反行為の禁止を目的とした同法の趣旨とは反対に、かえって違反行為を助長することにつながるからである。

しかし、事案によっては、委任契約を有効とみるべき例外的場合も考えられないわけではない。理論上は、弁護士法七二条の規制目的との関係で、違反が軽微な場合、すなわち、司法秩序が害される恐れがない場合であって、かつ、取引安全や当事者間の信義・公平に照らして委任契約を有

効とすることが要請されるようなときには、委任契約を有効と解する余地がある。そして、違反が軽微なものであるかどうかは、①受任者の法的素養の程度、②委任報酬額の適正さ、③委任契約が弁護士法七二条に違反するものであることについての当事者の認識の程度、④弁護士に委任することを期待できないような切迫した事情の有無などのファクターを考慮して判断されることになると思われる。[22]

本件は、認定司法書士としての資格を有するZが、正当な業務権限の範囲を超える金額の過払金債権について、和解交渉をおこなった事案であり、Zは、本件和解契約を締結するうえでの基礎的な法的知識を備えていたとみることができる（前記①のファクター）。また、本件委任契約に基づいてZが受け取った報酬は、基本報酬二万円および過払金返還額の二〇％に相当する成功報酬であり、それ自体は合理的な額であったと思われる（前記②のファクター）。[23] しかし、Zおよび委任者であるAは、本件委任契約の締結が弁護士法七二条に反するものであることを互いに明確に認識しながら、弁護士に委任することが格段難しかったといった事情もないのに、私益のために、違反行為をおこなうことにしたものであり（前記③④のファクター）、以上を総合して考えれば、違反が軽微である場合には該当しないとみるべきであろう。以上から、本件委任契約の効力については、結論としては、本判決と同様に無効と解する。

（2） 委任契約と和解契約の牽連性

本件のような事案を離れて、一般的な代理行為を考察した場合、代理権授与を基礎づける委任契約について、公序良俗違反、錯誤、詐欺などの無効・取消事由が存在すれば、代理権授与行為自体が初めからなかったことになり、代理人のおこなった代理行為は無権代理となるとみるのが自然な論理的帰結である。ところが、本判決は、本件においては、委任契約の無効は和解契約の効力に影響を及ぼさないとしている。この判示については、前述のとおり、認定司法書士が裁判外和解代理権の範囲を超えて、代理人として和解契約を締結した場合については、例外的に、無権代理とはならないとの理解を示したものと読むことができる。

このように、原則に反して例外的な取扱いをする以上、無権代理構成を否定するための積極的な理由づけが必要になるはずであるが、判旨はこの点については何も述べておらず、判旨には論旨不明なところがある。しかし、次のような理由から、本件において、例外的に無権代理構成を否定すべきとした本判決の立場には、依然として賛成することができる。

まず、無権代理を否定すべきと考える実質的論拠としては、無権代理構成を採ると、その論理的帰結として、本件和解契約は原則として本人に効果帰属しないことになるが、それでは、和解契約に期待されている紛争解決機能が害されてしまうことが挙げられる。すなわち、和解契約は、当事者間に紛争解決への期待を生じさせるものであるから、できる限り、その効果が事後的に覆されないようにすることが望ましいと思われるが、無権代理構成はこうした要請と矛盾する。[24]

次に、無権代理を否定すべきと考える形式的論拠としては、本判決の匿名コメントのように、本件の場面に限っては、代理権授与行為は無効とはならないとみる理由づけが考えられる。匿名コメントは、その根拠として、「代理権授与行為自体は存在しているのであるから、典型的な無権代理とは場面を異にする」と述べている。[25]匿名コメントの趣旨は必ずしも明らかではないが、仮にこれが、正当な業務権限の範囲では、本人から認定司法書士に対する有効な代理権授与があったことを強調する趣旨であるとすれば、その理由づけは必ずしも説得的ではないように思われる。なぜなら、正当な業務権限を超えた部分のみが一部無効となるといった理解を採らない限り、理論的には、委任契約の全部が無効となれば、翻って代理権授与行為も一切存在しなかったことになるとみるほかないからである。

むしろ形式的論拠としては、本件のような事案においては、委任契約の無効を、絶対的無効とみるのではなく、委任契約の当事者が、相手方当事者にのみ主張しうる無効（相対的無効）とみるのが妥当であろう。そうすることで、和解契約の相手方を被告とする訴訟においては、原告は、被告に対して委任契約が無効である旨を主張できないと解することになる。[26]すなわち、弁護士法七二条に違反して締結された委任契約と一括りに言っても、その違反態様には様々なヴァリエーションがありうるところ、法的素養に欠ける者が恣意的に法律事務を取り扱う場合と、本件のように、認定司法書士がその正当な業務権限の範囲を超えて業務をおこなう場合とでは、規制の必要性の程度が同一であるとは必ずしも言えない。後者の場合には、当事者間の関係においては、委任契約を無効とみる必要があるが、第三者との関係においては、取引安全を重視して委任契約の無効主張を制限することが必要であるように思われる。[27]

（3）和解契約の効力

前述のように、本判決は、和解契約の効力については、特段の事情がない限り無効とはならないとして原則有効説

を採用した。判旨の判断枠組みは、前記昭和四六年判決とほぼ同様の考え方を採ったものであると同時に、前述した現在の民法学説における通説的見解に沿ったものと評価される。

これに対し、実務家の見解の中には、弁護士法七二条が公益的規定であることに鑑み、弁護士法七二条に違反しておこなわれた法律事務の効力もまた、民法九〇条違反により無効となるとする見解がある。[28] また、認定司法書士と和解契約を締結した相手方が、認定司法書士が裁判外和解代理権を超えて代理していることを知っていたかどうかを基準とし、相手方が悪意であれば無効主張ができるが、相手方が善意であれば、例外的に、無効主張は許されないとの折衷説的な見解を採り得ると示唆するものもある。[29]

しかし、和解契約は、紛争解決への期待を生じさせるものであること、また、当該和解契約の内容に債務免除以外の財産の移転に関する事項などが含まれていた場合には、仮に和解契約が無効となると、和解契約以後に派生的に生じた法律関係の効力についても影響を及ぼしかねないことから、原則無効説は妥当ではない。また、相手方の善意・悪意を基準とするという立場も、和解契約以後に派生していく法律関係があることからすれば、やはり法律関係の不安定を招くと言うべきであろう。判例の立場が妥当と考える。[30]

（1） 本件は、当初、Aが原告となって訴訟提起されたものであるが、Aは、本件の控訴審係属中に破産手続開始決定を受けたため、破産管財人に選任されたXが訴訟を承継するに至った。

（2） 司法書士法三条二項各号の規定は次のとおりである。一号「簡裁訴訟代理等関係業務について法務省令で定める法人が実施する研修であって法務大臣が指定するものの課程を修了した者であること」、二号「前号に規定する者の申請に基づき法務大臣が簡裁訴訟代理等関係業務を行うのに必要な能力を有すると認定した者であること」、三号「司法書士会の会員であること」。

（3） 名古屋高金沢支部判平成二八年五月一八日金判一五二三号一五頁参照。

（4） 司法書士法三条一項七号、三条二項、裁判所法第三三条第一項第一号。

（5） 兼子一＝竹下守夫『裁判法［第四版第二刷（補訂）］』（有斐閣・二〇〇二年）四五〇－四五二頁。平成一四年改正前司法書士法二条一項において、司法書士の業務内容として定められていたのは、「登記又は供託に関する手続について代理すること（一号）」、「裁判所、検察庁又は法

務局若しくは地方法務局に提出する書類を作成すること（二号）」、「法務局又は地方法務局の長に対する登記又は供託に関する審査請求の手続について代理すること（三号）」のみであり、司法書士の業務権限は、大きく分けて、登記・供託に関する事務と裁判書類作成事務の二つに限定されていた。さらに、司法書士は、その業務の範囲を超えて他人間の訴訟その他の事件に関与してはならないものとされ（同法一〇条）、違反者には、戒告、業務停止、業務禁止のいずれかの懲戒処分が課される場合があるほか（一二条）、一年以下の懲役刑又は三〇万円以下の罰金刑に処されるものと定められていた（二二条）。

（6）小林昭彦＝河合芳光『注釈　司法書士法［第三版］』（テイハン・二〇〇七年）七頁以下。

（7）仁木恒夫「認定司法書士の裁判外の和解権限の範囲―大阪高裁平成二六年五月二九日判決を中心に」ＮＢＬ一〇三一号（二〇一四年）六五頁は、「……認定司法書士が、とりわけ多重債務事件において、制度改正の大きな成果を上げてきたことは周知のとおりである」とする。

（8）債権額説を採るのは、若旅一夫「認定司法書士の裁判外代理権の範囲」自正六〇巻一一号（二〇〇九年）六六頁、同「司法書士の裁判外代理権の範囲」ＮＢＬ八九八号（二〇〇九年）三六頁。受益額説を採るのは、小林＝河合・前掲注（6）一一七頁。

（9）田中孝一「判批」ジュリ一四九八号（二〇一六年）一一九頁、渡部美由紀「判批」新・判例解説Watch二一号一四三頁、加藤新太郎「判批」登情六五九号（二〇一六年）五一頁、町村泰貴「判批」平成二八年重判（二〇一七年）一五五頁、西川佳代「判批」リマークス五五号（二〇一七年）一二六頁など。

（10）弁護士法七二条の文言は、次のとおりである。「弁護士又は弁護士法人でない者は、報酬を得る目的で訴訟事件、非訟事件及び審査請求、再調査の請求、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件その他一般の法律事件に関して鑑定、代理、仲裁若しくは和解その他の法律事務を取り扱い、又はこれらの周旋をすることを業とすることができない。ただし、この法律又は他の法律に別段の定めがある場合は、この限りでない」。

（11）小林＝河合・前掲注（6）一一二頁、高中正彦『弁護士法概説［第四版］』（三省堂・二〇一二年）三六七頁。

（12）七戸克彦「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」現代消費者法三六号（二〇一七年）一〇四頁。なお、民法学説では、「取締法規違反の法律行為の効力」という一般化された事象について、事案の類型化を試みたり、判断枠組みを提示したりすることを目的とした議論が多くされている。川島武宜＝平井宜雄『新版注釈民法（三）』（有斐閣・二〇〇三

年）一〇八頁以下［森田修］などを参照。これに対し、「弁護士法第七二条に違反した法律行為の効力」という局面に限定して、有効説・無効説の当否を詳論したものはない。

(13) 石川明「判批」法学研究三八巻二号（一九六五年）三四九頁は、「弁護士法七二条違反の契約が民法九〇条に照らして無効であるとする点ではおそらく異論はないであろう」とする。櫻田勝義「判批」法学（東北大学）二八巻三号（一九六四年）三八五頁、山口友吉「判批」民商五〇巻二号（一九六四年）二七七頁も、判例の立場である無効説を支持する。

(14) 多数意見の本件判示部分に明確に賛成するのは、中野貞一郎「判批」判タ二六六号（一九七一年）七八頁、石渡哲「判批」法学研究四五巻八号（一九七二年）一一八頁、中村英郎「判批」続民訴法判例百選（一九七二年）七五頁。このほか、櫻田勝義「判批」民商六六巻二号（一九七二年）三一八頁、霧島甲一「判批」法協九〇巻三号（一九七三年）五五三頁も、本件和解契約を有効とした多数意見の結論を支持しており、昭和四六年判批のなかには、和解契約を無効とみる反対意見の立場を支持するものは見当たらない。なお、昭和四六年判決においては、本件私法上の和解契約の無効を判断するにあたり、訴訟行為としての和解（即決和解）の瑕疵が私法行為としての和解の効力を左右するかという問題も生じており、この点についても、多数意見と少数意見との間で意見が対立していた。

(15) 名古屋高金沢支部判平成二七年一一月二五日判時二三一〇号九〇頁、札幌地小樽支部判平成二五年一〇月四日判タ一三九九号一一三頁参照。前者については、岡林伸幸教授による評釈がある。岡林伸幸「判批」リマークス五五号（二〇一七年）六頁（判旨に賛成）。

(16) さいたま地判平成二一年一月三〇日 WLJPCA〇一三〇六〇〇三。

(17) 富山地判平成二七年七月三〇日判時二三一〇号九五頁参照（前掲注（15）に掲げた名古屋高金沢支部判の原審である）。

(18) なお、本判決の原審判決を、原則無効説と位置づけるべきか無権代理説と位置づけるべきかは判然としない。判旨からは、原則無効説を採ったかのように思われるが、和解契約を無効とする根拠として判旨が述べているところに着目すると、むしろ無権代理無効とみているのではないかとも読めるからである（詳しくは、後掲注（19）を参照）。原審判決の出典については、前掲注（3）。

(19) 中野・前掲注（14）七九頁を参照。もっとも、本件の原審は、「無権代理」との表現を用いていない。このほか、原審については、委任契約であるか和解契約であるかを

問わず、弁護士法七二条違反の行為はすべて、民法九〇条に反するものとして無効となるとする立場を採ったものとみることもできなくはない。こうした見方を示唆するものとして、たとえば、七戸・前掲注（12）一〇七頁がある（本件原審判決について、「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した」ものであると理解する。）。しかし、原審がこうした立場を採用したと積極的にみることは難しいように思われる。なぜなら、このように理解するとすれば、和解契約の無効を導くのに、委任契約の無効に言及する必要は本来どこにもないはずであるが、本件の原審は、「……本件和解契約も、そのような［無効な：筆者注］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」と述べ、委任契約の瑕疵こそが和解契約の無効をもたらす主要因であるとの理解を前提としたような判示をしているからである。なお、本件委任契約が無効であるとすると、和解の前提ないし基礎とされた事項について錯誤があったということになり、民法九五条が適用される可能性もあるとの指摘もされている。長坂純「本件判批」新・判例解説 Watch 一三八号（二〇一七年）四頁。

(20) 本判決掲載記事の匿名コメント・判タ一四四一号（二〇一七年）三〇頁、金判一五二七号（二〇一七年）二七頁、判時二三五一号（二〇一八年）五頁。

(21) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則［第三版］』（有斐閣・二〇一一年）二六〇頁、大村敦志「取引と公序—法令違反行為効力論の再検討（上）」ジュリ一〇二三号（一九九三年）八四頁など。

(22) 以上については、慶應義塾大学民事訴訟法研究会の席上において、三木浩一教授からいただいた示唆に多くを負う。

(23) 本件原々審の事実認定において摘示されている。富山地判平成二七年一二月二五日金判一五二三号（二〇一七年）一八頁参照。

(24) もっとも、無権代理構成に依拠しつつ、和解契約の紛争解決機能が害されることを回避するためのロジックも考えられる。すなわち、無権代理行為については、本人に追認権が与えられているところ（民法一一六条）、本人の追認拒絶を信義則により制限する解釈論を採れば、和解契約の紛争解決機能は保護されることになる。しかし、こうした追認拒絶構成には必ずしも賛成できない。この構成を採るためには、どのような場合に、追認拒絶が信義則によって制限されるかを明らかにする必要があるが、認定司法書士が裁判外和解代理権の範囲を超えて和解を締結するに至った場合における本人の関与のあり方には多種多様な事案が考えられ、明確な線引きを設けること

は容易ではないからである。たとえば、線引きの基準の一つとして、「本人が、認定司法書士の和解代理権の範囲を超えるものであることを知りながら委任した場合には追認拒絶を認めない」というように、本人の善意・悪意によって区別する方法が一応考えられるが、本人が悪意であったとしても、さらに、認定司法書士の側から積極的に働きかけられて委任することにした場合と、自ら認定司法書士に懇請して受任してもらった場合とでは、本人の信義則違反の度合いは大きく異なるように思われる。

(25) 匿名コメント・前掲注（20）参照。

(26) 中野・前掲注（14）七九頁は、前記昭和四六年判決の判批において、司法書士に裁判外の和解を委任した委任者である原告は、和解契約の相手方に対する被告との関係では、司法書士に対する代理権授与の無効を主張して請求を理由づけることはできないとするが、同旨であろう。

(27) 公序良俗違反における無効の効果は、伝統的には絶対的無効と解されてきたが、今日の判例では、社会一般の利益よりも、当事者間の公平などの利害調整を図ることを目的として、一部無効や相対的無効を導くものもあり、無効の効果は多様化してきているとされる。中舎寛樹「民法九〇条における公序良俗違反の類型」椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究―民法における総合的検討』（日本評論社・一九九五年）二一六頁以下、とくに二二八頁以下。滝沢昌彦「強行法規違反無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社・二〇〇一年）三二一頁以下も参照。

(28) 福原忠男『弁護士法［増補版］』（第一法規・一九九〇年）二八四頁、髙中・前掲注（11）三七二頁。

(29) 日本弁護士連合会調査室編『条解弁護士法［第四版］』（弘文堂・二〇〇七年）六三一頁。

(30) 本文中に掲げたもののほか、本判決についての評釈として、次のものがある。岩藤美智子「判批」法教四四六号（二〇一七年）一五〇頁、今津綾子「判批」法教四四六号（二〇一七年）一五五頁。

〔追記〕脱稿後、中野啄郎「判批」ジュリ一五一六号（二〇一八年）八六頁に接した。

金　美紗