

【判例番号】 L 0 7 1 2 0 6 9 1

損害賠償請求控訴事件

【事件番号】 大阪高等裁判所判決／平成28年（ネ）第461号

【判決日付】 平成28年10月4日

【判示事項】 不動産業を営む有限会社が、不動産売買の仲介に伴い売り主とコンサルティング契約を締結し、宅地建物取引主任者の資格を有し不動産取引等に関する業務を行う個人業者と共に法律事務を取り扱い、売り主からコンサルティング料名目や謝礼金目で金銭の支払を受けた行為について、弁護士法72条に違反し、かつ、不法行為に当たるとして、代表者、不動産業者及び両者とともに売却に関わった個人業者に対する売り主の損害賠償請求を認めた事例

【参照条文】 弁護士法72本文

民法709

民法719

会社法350

【掲載誌】 判例タイムズ1434号101頁

判例時報2330号33頁

主 文

- 1 原判決を次のとおり変更する。
- 2 控訴人らは、被控訴人に対し、連帯して309万8000円及びこれに対する平成23年3月24日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 3 被控訴人のその余の請求をいずれも棄却する。
- 4 訴訟費用は、1審及び2審を通じこれを5分し、その2を被控訴人の、その余を控訴人らの各負担とする。

事実及び理由

#### 第1 控訴の趣旨

- 1 原判決中、控訴人ら敗訴部分を取り消す。
- 2 被控訴人の請求を棄却する。

#### 第2 事案の概要

本判決の略称は原則として原判決の例による。

1 本件は、被控訴人が、被控訴人とその娘（原審第2事件被告Y4（1審被告Y4））の共有不動産を控訴人Y1社の媒介により売却し、その売却代金の管理及び売却代金からの必要経費等の支払を1審被告Y4に委任していたところ、控訴人Y1社及び控訴人Y1社とともに上記不動産の売却に関わった控訴人Y3が、被控訴人の取得すべき売却代金からコンサルティング料金等の名目で金員を取得したことに関し、① 控訴人ら及び1審被告Y4には共謀による弁護士法違反、横領、背任等の共同不法行為が成立する、② 1審被告Y4が控訴人らと共謀していない場合には、控訴人らには詐欺の共同不法行為が成立する、③ 1審被告Y4には被控訴人が取得すべき売却代金の管理等に係る委任契約上の債務不履行があるなどと主張し、控訴人らに対し、不法行為責任に基づく損害賠償として、500万0700円及びこれに対する不法行為の後の日である平成23年3月24日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の連帯支払を求め（原審第1事件）、1審被告Y4に対し、主位的に、不法行為責任又は債務不履行責任に基づく損害賠償として、473万7700円及びこれに対する不

法行為の後の日である平成23年3月24日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を、予備的に、委任契約に基づき、被控訴人の取得すべき売却代金の残金433万7700円及びこれに対する平成23年3月24日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払をそれぞれ求める（原審第2事件）事案である。

なお、被控訴人が原審で当初請求していた金額は、730万0700円及びこれに対する遅延損害金であったが、被控訴人は、原審において、控訴人Y1社から譲渡税の預り金215万円の返還を受けたこと及び当初引越費用名目の支出全額である39万9000円を損害としていたがその内15万円を損害額から控除したことを理由に500万0700円に請求を減縮し、控訴人らはこれに同意した。

2 原審は、被控訴人の控訴人らに対する請求を、411万8000円と遅延損害金の連帯支払を求める限度で認容し、その余の請求をいずれも棄却し、1審被告Y4に対する請求を棄却する判決をした。控訴人らは原判決敗訴部分を不服として控訴したが、被控訴人は控訴しなかった。したがって、被控訴人の1審被告Y4に対する請求（原審第2事件）は当審の審理の対象にならない。

被控訴人は、当審において、控訴人らに対する不当利得返還請求権に基づく請求を予備的に追加した。

3 前提事実、争点、争点に関する当事者の主張は、次のとおり補正し、次項に当審における当事者の主張を付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の第2の1及び2、第3の1ないし6（原判決3頁22行目から同18頁4行目まで）の記載を引用する（ただし、1審被告Y4に係る部分を除く。）。

（1） 原判決3頁末行の「甲6」の次に「7の1」を加える。

（2） 同4頁4行目末尾に改行して次のとおり加える。

「控訴人Y3は、平成21年4月以前の約2年間、控訴人Y1社で勤務していた（原審での控訴人Y1社の本人尋問の結果）。」

（3） 同4頁23行目の「作成しており、」の次に「同年11月10日、和歌山家庭裁判所でAの遺言書の検認手続が行われた。」を加える。

（4） 同5頁2行目の末尾に「これらの移転登記手続に必要な書類等は1審被告Y4が用意した。（原審での1審被告Y4の本人尋問の結果）」を加え、同頁9行目の「28」を「23」に改める。

（5） 同6頁末行の「12」を「19～22」に改める。

4 当審における当事者の主張

（1） 被控訴人の主張（予備的請求）

ア 控訴人Y1社が本件コンサルティング契約に基づいて被控訴人からコンサルティング料203万円の支払を受けたとしても、本件コンサルティング契約は弁護士法72条違反により無効であり、控訴人Y1社は、法律上の原因なく、被控訴人の損失において上記の203万円の利得を得たものである。控訴人Y1社は、本件コンサルティング契約が弁護士法に違反して無効であることを知っていた。

よって、被控訴人は、控訴人Y1社に対し、不当利得返還請求権に基づき、203万円及びこれに対する平成23年3月24日から支払済みまで年5分の割合による利息の支払を求める。

イ 被控訴人と控訴人Y3との間で謝礼金を支払う合意に基づいて50万円の支払を受けたとしても、この合意は、弁護士法72条違反により無効である。したがって、控訴人Y3は、法律上の原因なく、被控訴人の損失において上記50万円を利得したものである。控訴人Y3は、謝礼金を支払う合意が弁護士法72条に違反して無効であることを知っていた。

よって、被控訴人は、控訴人Y3に対し、不当利得返還請求権に基づき、50万円及びこれに対する平成23年3月24日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による利息の支払を求める。

（2） 控訴人らの主張

ア 争点1（1） コンサルティング料について

不動産売却に絡む立退交渉は、通常、仲介業務に含まれるものと考えられており、控訴人Y1社もそのような取扱いをしている。控訴人Y2が、原審での本人

尋問において「お世話料」名目で金銭を受けることがあると供述したのは、控訴人Y1社が立退交渉を行ったことにより不動産売却が成功した場合に、依頼者の感謝の気持ちとして渡される金銭のことであり、控訴人Y1社から支払を求めるようなものではないから、業務に対する報酬ではない。控訴人Y1社は、本件以外の案件で、依頼者に対してコンサルティング料名目あるいは「お世話料」名目の金銭の支払を求めたことはない。

控訴人Y1社が、本件に限ってコンサルティング料として正規の報酬を請求したのは、本件が通常の仲介業務に伴う立退交渉とは異なり、親族間の心情的な問題等も含んだ事案であったからであり、予め報酬を受けることを被控訴人及び1審被告Y4にも伝え、三者とも、本件における立退交渉が特殊なものであるとの共通認識から、特別に報酬を発生させることにしたものである。

したがって、控訴人Y1社は「反復的に報酬を得る目的で法律事務を取り扱っている」ものではなく、弁護士法72条には該当しない。

イ 争点1(1) 法定額を超える仲介手数料の取得について

和歌浦南の不動産の売却に係る仲介手数料の算定方法に違法はない。

和歌浦南の不動産は、被控訴人と1審被告Y4が持分2分の1ずつを有し、それぞれが控訴人Y1社に仲介を依頼した。したがって、仲介手数料は、被控訴人と1審被告Y4の共有持分に応じてそれぞれに計算する必要がある。そして、売却金額の2分の1(1075万円)に仲介手数料の割合(3%)を乗じ、さらに6万円を加算して算出した金額に消費税を加算した金額は各人40万1625円となる。控訴人Y1社は100円未満を切り捨てて、1人当たり40万1600円の報酬を請求したのであり、何ら違法性はない。

ウ 争点2 本件謝礼金取得の不法行為該当性

被控訴人と控訴人Y3との契約に違法性はなく、それが弁護士法72条に違反し、公序良俗に反して無効になることはない。そもそも、被控訴人が控訴人Y3に金員を交付したのは、同控訴人が誠実に業務を遂行したことに對する謝礼であり、その法的性質は贈与である。したがって、被控訴人と控訴人Y3の契約が無効であるとしても、それだけで上記金員の交付が不法行為を構成するような違法性を帯びることにはならない。

エ 不当利得返還請求(予備的請求原因)について

被控訴人は、控訴人Y1社が受領した金銭を「利得」とし、被控訴人が「損失」を被ったと主張するが、控訴人Y1社は業務の対価として金銭を受領したのであって、そこに法律上の原因があることは明らかである。被控訴人側からみても、被控訴人は、控訴人Y1社の業務によって「仕事の完成」という利益を得ているから、支払った金銭が「損失」に当たるとする理由がなく、いずれにしても不当利得にはならない。

また、控訴人Y3が受領した金銭は、控訴人Y1社と被控訴人との間の契約に関連したものではあるものの、被控訴人自身が、個人としての控訴人Y3に対し感謝の気持ちとして支払ったもので、業務請負契約の対価として支払ったものではない。したがって、弁護士法違反等を論ずるまでもなく、「利得」も「損失」も存在しないことは明らかであり、不当利得にはならない。

### 第3 当裁判所の判断

1 当裁判所は、被控訴人の請求は、309万8000円及びこれに対する平成23年3月24日から支払済みまでの民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があると判断する。その理由は、以下のとおり補正し、次項に当審における当事者の主張についての判断を付加するほか、原判決の「事実及び理由」欄の第4の1ないし7(原判決18頁6行目から同33頁12行目まで)の記載を引用する(ただし、1審被告Y4に係る部分を除く。)

(1) 原判決18頁13行目から同15行目までを次のとおり改める。

「(2) 1審被告Y4は、Aの遺言により和歌浦南及び和歌浦中の各土地のAの共有持分(いずれも2分の1)は被控訴人と1審被告Y4が2人で取得することを知り、和歌浦南の土地の半分を自分が取得し和歌浦南の不動産を売却しようと考えた。1審被告Y4は、賃借していた駐車場の貸主が控訴人Y1社であり、賃料の支払にその事務所に行ったことがあったことから、控訴人Y1社に売却の相談をすることにした。

なお、1審被告Y4は、以前から、Bが被控訴人から借りた金銭を巡って両者の間に確執があると感じており、また、被控訴人が、同年8月末ころ、Bに対する貸金の返還及び和歌浦南に係る家賃の請求について弁護士に相談したことを知っていた。」

(2) 同18頁20行目の「もらえないこと」の次に「、被控訴人及び1審被告Y4とBの関係が悪いため、被控訴人や1審被告Y4がBと和歌浦南の不動産の明渡しについて話をするのは難しいこと」を加え、同22行目の「依頼した」を「相談した」に、同23行目の「上記依頼を引き受け」を「上記相談内容への対応を引き受け」にそれぞれ改め、同行末尾に改行して次のとおり加える。

「これに対し、控訴人Y2は、被控訴人とBの問題の解決は仲介業務の範囲を超えるから別途費用が発生するが、解決するのにどの程度の時間や労力がかかるか見当がつかないので、業務終了時に支払額を決めるようになると話し、被控訴人と1審被告Y4はこれを承諾した。」

(3) 同19頁10行目の「一般的です。」の次に「、『最後の手段としてのやり方』として、『① 金額は別として、第3者に所有権を譲渡する。② 親族と違い、居住するために、賃貸契約を結び、家賃を払うか？払えなければ、法的に退去命令が裁判所から出される。③ 親子間の泥沼の状態は、解消しやすい。④ 第3者の所有権は、親子間（使用貸借）と違っていくら居住していても法的には、対抗できない。』」を、同19行目の「説明した」の次に「(Bは、被控訴人とAのそれぞれの相続財産に対する遺留分放棄の申立てをし、平成9年12月11日、和歌山家庭裁判所は同申立てを許可する審判をしている(乙43))」を加える。

(4) 同20頁1行目の「重ね」から同3行目の「取り付けた。」までを「重ねた。Bは立退料の支払や、転居先の和歌浦中の不動産の所有権を取得することを希望した。」に改め、同10行目末尾に改行して次のとおり加える。

「また、同月ころ、被控訴人、1審被告Y4及び控訴人Y3は、被控訴人がBに対する貸金の返還などを相談した弁護士を訪ねて依頼を取りやめることを伝え、被控訴人は上記弁護士に渡していた金員から相談料を控除した残金の返還を受けた。」

(5) 同21頁2行目の「記載されていた。(乙38)」を「記載され(乙38)、利用者の移転先は控訴人Y3が探し、Bとその妻が各駐車場利用者に話をした。」に改め、同5行目の「伐採」の次に「(ただし、和歌山市和歌浦X邸引越し作業明細と題する明細書(乙5)(以下「本件明細書1」という。)には庭木を4本伐採すると読める記載があるものの、実際に伐採したのは1本であった。)」を加え、同5行目末尾に改行して次のとおり加える。

「和歌浦中の建物の内部は、被控訴人とAが生活していた時のままの状態であった。家財のうち、搬出するものと廃棄処分するものとの区別は、作業に立ち会った被控訴人及び1審被告Y4の指示に基づいて行われた。搬出された家財は、控訴人Y1社が一時保管した後処分にされた。」を加える。

(6) 同21頁8行目末尾に改行して次のとおり加える。

「上記書面には、被控訴人は兄妹(B及び1審被告Y4)平等に分配することを希望しているが、平等にするには、それぞれの子に使った費用を考慮しなければならない、1審被告Y4が和歌浦南の不動産売却代金として受領した1075万円からは売買に係る諸経費を控除しなければならない、被控訴人が負担したBの和歌浦中の不動産への引越費用はBに対する贈与とみななければならないなどと記載され、また、今後のスケジュールとして、平成23年3月6日に和歌浦中の不動産へのBの引越完了、同月10日売買決済、同月11日、控訴人Y3が相続贈与金額算出、同月15日、被控訴人との打合せ、同日控訴人Y3による算出状況の報告、同月25日、Bと1審被告Y4の合意文書の作成、遺言書を作成する場合は同年4月末ころなどの記載がされていた。」

(7) 同23頁21行目の「被告Y3が」の次に「主になって」を加え、同25行目の「認められるが、」から同24頁1行目末尾までを「認められる。また、和歌浦中の不動産の所有権をBが取得するに当たって、和歌浦中の土地のAの共有持分(2分の1)については遺産分割協議によりBが取得し、同土地の被控訴人の共有持分及び和歌浦中の建物については、被控訴人がBに贈与すること

とされたが、遺産分割協議書や贈与契約書などを控訴人Y1社が手配したことからすると、上記の解決方法は、控訴人Y3や控訴人Y2が示唆したものと推認される。そうすると、控訴人Y2及び控訴人Y3は、不動産の明渡し、貸金、相続、遺産分割などに関する事柄について交渉し、遺産分割協議書や贈与契約書の作成に関与したものと認められる。そして、上記の交渉等で扱われた内容は弁護士法72条にいう『その他一般の法律事件』に当たる。」

(8) 同24頁2行目から末行までを次のとおり改める。

「また、被控訴人と1審被告Y4は、控訴人Y2や同Y3ともとも知り合いの間柄ではなく、たまたま賃借していた駐車場の貸主である控訴人Y1社に相談に出向いたものである。そして、控訴人Y2と同Y3は、依頼を受ける前にBとの交渉について仲介手数料とは別に報酬等が発生することを被控訴人と1審被告Y4に申し入れ、その承諾を得て、Bとの交渉を引き受けている。これによると、控訴人Y2と同Y3は、被控訴人又は1審被告Y4に対する属人的なつながりからBに対する交渉を引き受けたのではなく、当初から対価を得る目的でBとの交渉を引き受けたものであると考えられる。

しかも、控訴人Y1社は、本件以前にも不動産仲介に伴って不動産の立退交渉を行い「お世話料」の名目で金員を得ていたのである(原審での控訴人Y2の本人尋問の結果)。そして、Bとの交渉の最終目標は和歌浦南の不動産明渡しを成功させて同不動産を売却することにあり、同不動産が売却されれば控訴人Y1社は仲介手数料を得ることができるのであるから、上記交渉は不動産業を営む控訴人Y1社の業務と密接に関連している。これによれば、控訴人Y1社はその業務に関し、報酬を得る目的で本件コンサルティング契約を締結し、Bとの交渉等の法律事務を行ったものということができる。

この点に関し、控訴人らは、親族間の紛争の解決に関わったのは今回が初めてであるから、業として行ったものとはいえないと主張する。

しかし、前記のとおり、控訴人らと被控訴人及び1審被告Y4との間に属人的なつながりはなく、控訴人Y1社は当初から報酬を得る目的で本件コンサルティング契約を締結しているのであって、控訴人Y1社はかねてからその業務に関連する立退等の交渉に関し対価を得ていたことからすると、控訴人Y1社において法律事務の取扱いについて反復の意思を持っていたと推認することができる。本件における法律事務の取り扱いが業として行ったものと認めるのが相当である。したがって、控訴人らの上記主張は採用することができない。

以上によれば、本件コンサルティング契約は弁護士法72条に違反する。そして、控訴人Y1社が被控訴人から受け取ったコンサルティング料(203万円)は仲介手数料(約40万円)の約5倍に及んでおり、控訴人Y3が謝礼として受け取った50万円も仲介手数料を上回っている。しかも、控訴人らは、被控訴人と同道の上、Bに対する貸金等についてかねて相談していた弁護士に対する依頼を解消する行為にも関わっているのである。これらの事情によれば、本件コンサルティング契約は公序良俗に違反して無効であるのみならず、不法行為法上もこれを違法ということができる(ただし、控訴人Y1社が和歌浦南の不動産売却に関して受け取った仲介手数料は、被控訴人と1審被告Y4をそれぞれ独立した売主として算出した金額であるから、法定の金額を超えるものではない。)

(9) 同25頁末行の「仲介料」から同26頁5行目末尾までを「仲介手数料を受領している以上、上記の業務についてさらに報酬を受領することは許されない。」に改める。

(10) 同26頁23行目の「以上によれば、」の次に「控訴人Y2は、控訴人Y1社の代表者として公序良俗に違反する違法な契約を締結し、これに基づいてコンサルティング料名目で金員を受領したものであり、これは、前記のとおり、不法行為に当たるから、その結果、被控訴人は本来支払う必要のない金員をコンサルティング料名目で支払った203万円の損害を被ったということができる。したがって、」を加える。

(11) 同27頁1行目から同2行目にかけての「本件コンサルティング契約」から同行の「無効なものであるから」までを「弁護士法72条は単に委任者の利益保護のみならず公益の見地からもいわゆる非弁活動を禁止する強行法規であると解されることからすると」に改める。

(12) 同27頁10行目から同28頁18行目までを次のとおり改める。

「被控訴人は、控訴人Y1社がしたのは和歌浦中の建物内にあったゴミの一部の廃棄だけであるから、家財の搬出・廃材処分費を支払う義務はないとして、控訴人Y1社が和歌浦中の不動産の家財の搬出・廃材処分費125万円を取得したことについて控訴人Y2に不法行為が成立すると主張する。

よって、検討するのに、和歌浦中の建物は、被控訴人夫婦が生活していた現状有姿のままの状態であり、家財の搬出と廃材の処分は、被控訴人や1審被告Y4の立会の下で要・不用品を区別しながら行われた上、廃材の分別作業も必要であった。それゆえ、単純に全ての家財を搬出するという作業に比べて多くの手間や時間がかかったとしても不自然ではない。また、控訴人Y1社は、家財の搬出や廃材の処分の他に、庭木の伐採、土間のコンクリート工事も行い、搬出した家財も一時保管している。これらの作業内容からすると、125万円という金額が上記作業に対する代金の一般的な相場を相当程度超えていると直ちにいうことはできない。

この点に関し、本件明細書1の記載には、実際の作業とは異なる部分(立木処分4台となっているが、実際伐採されたのは1本のみ)や、記載の意味するところが必ずしも明らかではない部分(2tダンプ7台との記載がある一方、ゴミ処分13台となっている)があるが、これだけでは、控訴人Y1社が架空の費用を計上して過大請求をしたとまでは推認するに足りない。他に、控訴人Y1社が行った作業に対して125万円という金額が過大であると認めるに足りる的確な証拠はない。

以上によれば、控訴人Y1社が和歌浦中の不動産の家財搬出・廃材処分の作業に対して125万円を取得したことが不法行為に当たるとはいえない。」

(13) 同32頁15行目の「366万8000円」を「281万8000円」に改め、同16行目から22行目までを次のとおり改める。

「以上によれば、被控訴人は、控訴人らの共同不法行為により、コンサルティング料203万円、和歌浦中の不動産の所有権移転登記費用28万8000円、控訴人Y3への本件謝礼金50万円の損害を受けたものと認められ、その合計は281万8000円になる。」

(14) 同32頁23行目の「45万円」及び同33頁2行目の「45万円」をそれぞれ「28万円」に改める。

## 2 当審における控訴人の主張について

控訴人らは、被控訴人とBの紛争の解決に関与して交渉等をしたが、それらは業として行ったものではないから弁護士法72条に違反しないとして、不法行為の成立を争う。

しかし、控訴人らの上記主張が採用することができないことは、原判決を補正の上引用して説示したとおりである。なお、控訴人らは、控訴人Y1社がこれまでに立退交渉について「お世話料」の名目で受領した金員は報酬ではなく謝礼にすぎないと主張する。しかし、「お世話料」という名目であったとしても、それが立退の対価であることは原判決を補正の上引用して認定したとおりである。したがって、控訴人らの上記主張は採用することができない。

3 以上によれば、コンサルティング料についての不当利得返還請求の可否(予備的請求原因)について検討するまでもなく、被控訴人の請求は、控訴人らに対し、不法行為に基づく損害賠償請求として309万8000円(281万8000円+28万円)及びこれに対する平成23年3月24日から支払済みまで民法所定の年5分の割合の遅延損害金の連帯支払を求める限度で理由がある。

よって、原判決を変更することとし、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官松田亨, 裁判官田中義則, 裁判官渡辺真理)

## 【別紙 審級】