

《論文》

取締法規違反行為についての私法上の効力に関する一考察 — 宅建業における名義貸しの事例を中心に

西村 曜子

1. はじめに

近時、宅建業者による名義貸しと併せてなされた利益分配の合意について、その効力を無効とする判断が最高裁判決所において示された（最三小判令和3年6月29日民集75巻7号3340頁。以下「令和3年判決」とする）。令和3年判決は、宅地建物取引業法（以下「宅建業法」とする。）3条1項の免許を受けない者が宅建業者から名義を借りて取引を行い、その利益を分配する旨の合意にもとづいて、報酬の支払いを請求した事案である¹。

令和3年の判決の事案のように、宅建業法という行政上の取締法規に違反する行為に関して私法上の請求がなされた場合には、取締法規違反行為が私法上有効であるかが問題とされる。この点については、多様な業種に関する取締法規違反を対象とした裁判例の蓄積がある。そこで本稿は、令和3年判決が従来の裁判例のなかでどのように位置づけられるのか、その意義は何かを明らかにすることを目的とするものである。以下、令和3年判決について問題の所在を確認し（2, 3）、従来の裁判例と学説を概観した上で（4, 5）、令和3年判決の意義を検討する（6）。

1 令和3年判決の評釈論文として、岡田愛「判批」WLJ判例コラム246号（2021年）2021WLJCC025、原田昌和「判批」法セ増（新判例解説 Watch）30号（2021年）67頁、河津博史「判批」銀行法務21（2021年）876号69頁、同「判批」銀行法務21（2022年）882号114頁、家原尚秀「判批」ジュリスト1573号（2022年）120頁等がある。

2. 令和3年判決の概要

(1) 事実の概要

Xは、平成28年10月頃、Aと共に、不動産取引に係る事業を行う旨の計画を立てた。この計画において、Xは、自らを専任の宅地建物取引士とする会社での勤務を続けつつ、その人脈等を活用して、新たに設立する会社において不動産取引を継続的に行うことが予定されていた。

その後、宅地建物取引士の資格を有するZが上記計画に加わり、同人を新たに設立する会社の専任の宅地建物取引士とすることになった。

Zは、平成29年1月、上記計画に従ってYを設立してその代表取締役就任し、Yは、同年2月、Zを専任の宅地建物取引士として宅建業の免許を受けた。

Xは、平成29年2月頃までに、不動産仲介業者であるBから、Cの所有する土地建物（以下「本件不動産」とする。）の紹介を受けた。Xは、上記計画に基づく事業の一環として本件不動産に係る取引を行うことにしたが、Zに対する不信任感から、本件不動産に係る取引に限ってYの名義を使用し、その後はY及びZを上記事業に関与させないことにしようと考えAを通じてYと協議した。その結果、同年3月7日、XとYとの間で、次の内容の合意（以下「本件合意」とする。）が成立した。

ア 本件不動産の購入及び売却についてはYの名義を用いるが、Xが売却先を選定した上で売買に必要な一切の事務を行い、本件不動産の売却に伴って生ずる責任もXが負う。

イ 本件不動産の売却代金はXが取得し、その中から、本件不動産の購入代金及び費用等を賄い、Yに対して名義貸し料として300万円を分配する。Yは、本件不動産の売却先から売却代金の送金を受け、同売却代金から上記購入代金、費用等及び名義貸し料を控除した残額をXに対して支払う。

ウ 本件不動産に係る取引の終了後、XとYは共同して不動産取引を行わない。

本件不動産については、平成29年3月、Cを売主、Yを買主とし、代金を1億3000万円とする売買契約が締結され、同年4月、Yを売主、Dを買主とし、代金を1億6200万円とする売買契約が締結された。これらの売買契約については、Xが売却先の選定、Bとのやり取り、契約書案及び重要事項説明書案の作成等を行った。

Xは、平成29年4月26日、Yに対し、本件不動産の売却代金からその購入代金、費用等及び名義貸し料を控除した残額が2319万円余りとなるとして、同売却代金の送金を受け次第本件合意に基づき同額を支払うよう求めた。

Yは、平成29年4月27日、上記売却代金の送金を受けたが、自らの取り分が300万円とされたことなどに納得していないとして上記の求めに応じず、上記計画に基づく事業への関与の継続を希望するなどしたものの、同年5月、Xに対し、本件合意に基づく支払の一部として1000万円を支払った。

本件本訴は、XがYに対し、本件合意に基づいてXに支払われるべき金員の残額として1319万円余りの支払を求めるとするものである。本件反訴は、Yが、Xに対する1000万円の支払は法律上の原因のないものであったと主張して、不当利得返還請求権に基づきその返還等を求めるものである。

第1審（東京地立川支判平成30年11月30日最高裁判所民事判例集75巻7号3356頁）は、本件合意は成立していないとして、Xの本訴請求を棄却し、任意に支払われた1000万円の取得に法律上の原因がないとはいえないとして、Yの反訴請求を棄却した。これに対し原審（東京高判令和1年9月26日最高裁判所民事判例集75巻7号3374頁）は、本件合意の成立を認め、その効力を否定すべき事情はなく、本件合意の効力が認められると判断して、Xの本訴請求を認容し、Yの反訴請求を棄却すべきものとした。これに対し、Yが上告受理申立てをし、本件合意が宅建業法12条1項及び13条1項の趣旨に反し、公序良俗に反するか否かが争点となった。

(2) 判旨

本判決は、次のような理由で、本件合意の効力につき更に審理する必要が
あるとし、原判決中 Y の敗訴部分を破棄し、本件を原審に差し戻した。

「宅建業法は、第 2 章において宅建業を営む者について免許制度を採用し
て、欠格要件に該当する者には免許を付与しないものとし、第 6 章におい
て、免許を受けて宅建業を営む者に対する知事等の監督処分を定めている。
そして、同法は、免許を受けない者（以下「無免許者」という。）が宅建業
を営むことを禁じた上で（12 条 1 項）、宅建業者が自己の名義をもって他人
に宅建業を営ませることを禁止しており（13 条 1 項）、これらの違反につい
て刑事罰を定めている（79 条 2 号、3 号）。同法が宅建業を営む者について
上記のような免許制度を採用しているのは、その者の業務の適正な運営と宅
地建物取引の公正とを確保するとともに、宅建業の健全な発達を促進し、こ
れにより購入者等の利益の保護等を図ることを目的とするものと解される
（同法 1 条参照）。

以上に鑑みると、宅建業者が無免許者にその名義を貸し、無免許者が当該
名義を用いて宅建業を営む行為は、同法 12 条 1 項及び 13 条 1 項に違反し、
同法の採用する免許制度を潜脱するものであって、反社会性の強いものとい
うべきである。そうすると、無免許者が宅建物業を営むために宅建業者との
間であるその名義を借りる旨の合意は、同法 12 条 1 項及び 13 条 1 項の趣旨
に反し、公序良俗に反するものであり、これと併せて、宅建業者の名義を借
りてされた取引による利益を分配する旨の合意がされた場合、当該合意は名
義を借りる旨の合意と一体のものとみるべきである。

したがって、無免許者が宅建業を営むために宅建業者からその名義を借
り、当該名義を借りてされた取引による利益を両者で分配する旨の合意は、
同法 12 条 1 項及び 13 条 1 項の趣旨に反するものとして、公序良俗に反し、
無効であるというべきである。

前記事実関係等によれば、本件合意は、無免許者である被上告人が宅建業
者である上告人からその名義を借りて本件不動産に係る取引を行い、これに
よる利益を被上告人と上告人で分配する旨を含むものである。そして、被上

告人は本件合意の前後を通じて宅建業を営むことを計画していたことがうかがわれる。これらの事情によれば、本件合意は上記計画の一環としてされたものとして宅建業法 12 条 1 項及び 13 条 1 項の趣旨に反するものである疑いがある。

上告人は、原審において、本件合意の内容は同法に違反する旨を主張していたものであるところ、原審は、上記事情を十分考慮せず、同主張について審理判断することなく本件合意の効力を認めたものであり、この判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

3. 問題の所在

宅地建物取引業（宅建業）とは、宅地もしくは建物の売買、交換、そして売買、交換又は貸借の代理や媒介を業として行うものをいう（宅建業法 2 条 2 号）。宅建業法は、宅建業者について免許制度を採用し（宅建業法 3 条 1 項）、無免許者の営業（宅建業法 12 条 1 項）と宅建業者による名義貸し（宅建業法 13 条 1 項）を禁止している。かかる禁止規定に違反し、宅建業を無免許で行う行為は、免許制度の根本を揺るがす重大な違反行為であるから、宅建業法上最も重い罰則として 3 年以下の懲役または 100 万円以下の罰金またはこれらの併科が定められている（宅建業法 79 条 2 号）。また名義を貸した業者にも、同内容の罰則が定められている（宅建業法 79 条 3 号）²。

一方で、名義貸しに伴い報酬の合意が行われた場合に、その合意が私法上

2 宅建業法の制定当初は、「名義貸し」の禁止規定は設けられていなかった。宅建業者が無免許業者に名義を貸与した場合、名義を借りた者は無免許事業となり、名義を貸した宅建業者は無免許営業の幫助犯となるが、当該宅建業者に対する監督処分は免許取消等（旧 20 条 2 項 5 号）とするにとどまっていた。しかし、宅建業者が免許名義を貸与し宅建業を営ませることは免許制度を潜脱するものであり、悪質かつ違法性が重大であるため直接的に「名義貸し」を取り締まる必要があるとされ、昭和 46 年の改正で名義貸しの禁止規定を設け、名義を貸す行為自体を正犯に格上げし、無免許営業の禁止規定と同様の罰則が科されることとなった。詳細は、岡本正治 = 宇仁美咲『三訂版 [逐条解説] 宅地建物取引業法』（大成出版社、2021 年）176 頁。

有効であるのかについては宅建業法に規定はない。このような名義貸しに係る合意の問題は、一般に取締法規に違反する法律行為が私法上の効力を有するかという問題の一類型として従前より議論されてきたところである。

宅建業法が免許制度を実施する趣旨としては、宅建業が他の財産取引と異なり、国民の生活、経済活動の基盤である不動産を対象とする事業であること、この事業に従事することがふさわしくない者が関与すると事業の運営が適正に行われず、取引の公正と安全が害され、取引関係者に不足の損害を与えることがあげられる³。近年、名義貸しを受けた無免許業者による原野商法などの詐欺事件も訴訟となっており、名義貸しによる被害が現実化したケースが散見される⁴。

令和3年判決の争点は、宅建業の免許を受けない者が宅建業者から名義を借り、名義を借りて行った取引による利益を両者で分配する旨の合意がなされた場合、その合意は私法上有効であるかという点である。同様の事例としては、名古屋高判平成23年1月21日（裁判所ウェブサイト掲載判例〔28170346〕）があり、宅建業者が形式上の従業員である者との間で名義貸し契約をし、名義使用の対価として利益分配金の請求がなされた。同事案において名古屋高等裁判所は、かかる「利益分配金に関する合意は、宅建業法13条の名義貸しの禁止に抵触する合意の一部をなすものであって、裁判上請求することは許されない」とし、訴訟物たる利益分配金の請求を棄却した。同判決が、名義貸しをした宅建業者による利益分配金請求を棄却したことについては、免許制度の趣旨や被害予防の観点から肯定的に評価されるものと解される。ただし名古屋高裁判決では、名義貸し契約や利益分配の合意の効力については明確に判断されず、その理論構成は明らかにされてこなかった。

そこで以下では、従来の判例理論を分析した上で、令和3年判決の意義と

3 岡本・前掲注2) 94頁。

4 東京地判平成29年3月28日 D1-Law.com 判例体系 29046498、東京地判令和4年2月3日 D1-Law.com 判例体系 28302003 等。いずれの詐欺事件においても、詐欺を行った無免許者に名義を貸与した宅建業者にも不法行為責任が認められている。

理論構成を明らかにする。また令和3年判決の事案では、無免許者が第三者と不動産売買契約を締結していることから、無免許者が行った取引の効力に関する裁判例を踏まえ、無免許者による取引から得られた利益の帰趨についても若干の検討を試みる。

4. 従来 of 裁判例

取締法規違反行為が私法上有効であるかについて、裁判所の判断は大きく3つに分かれる。これまで問題とされた取締法規の種類は多様であるが、訴訟物や判決の帰結には一定の共通性、方向性がみられる。

以下、(1)取締法規違反行為は私法上無効とされたケース、(2)取締法規違反者による取引につき私法上の効力が否定されなかったケース、(3)取締法規違反者による取引から生じた報酬債権が自然債務とされたケースに分けて検討する。

(1) 取締法規違反行為の私法上の効力が無効とされたケース

免許制や資格制など、一定の資格ある者に限って一定の取引等を許可する取締法規に違反した行為は、公序良俗を理由に無効とされてきた。

(a) 免許制、資格制を定める取締法規に違反する行為

①取引所法違反の事例(大判大正15年4月21日民集5巻271頁)では、取引所取引員は免許を必要とするとされているところ、これを有しない者に取引員の名義を用いて独立して営業させるという名義貸し契約にもとづき、名義貸しの報酬請求がなされた事案である。大審院は、取引員の免許制を定める取引所法の趣旨について、取引員による取引は取引委託者と取引所に対して取引により生じる私法上の責任を負担させるだけでなく、ここでの取引は「経済上甚重要ナル取引所ノ機能ヲ左右スルモノ」であると示した。その上で、無資格者に取引員の名義で営業させることを「目的トスル契約」は、「取引員ノ資格ニ関スル公益規定ニ背反スル行為」であるから無効であるとした。

②鉱業法違反の事例（大判昭和19年10月24日民集23巻608頁）では、鉱業権者は第三者に採掘の権利を授与して経営させてはならないとの規定に違反し、鉱業権者が第三者に鉱業権を譲渡した。その上で、第三者が採掘量に応じて当該鉱業権者に「金員」を支払う旨を約する契約（斤先堀契約）は、民法90条の公の秩序に違反する事項を目的とするとして無効とされた。

③弁護士法違反の事例（最一小判昭和38年6月13日民集17巻5号744頁）は、債権の取立を委任された非弁護士が、委任契約に基づいて依頼人に対して報酬の支払いを求めた事案である。最高裁判所は、依頼人が弁護士でない者に対し、債権の取立に関連する和解等、解決の一切を委任し、取立金額から報酬を受け取るという契約が締結されたと認定した上で、かかる委任契約は非弁行為を禁止する弁護士法72条本文前段、77条に抵触し、民法90条に照らし無効であるとして報酬請求を棄却した。

④職業安定法違反の事例（東京地判平成28年3月28日判タ1429号209頁）では、同法に違反して無許可で有料職業紹介をした者が、その対価としての報酬請求をなしうるかが争われた。裁判所は、有料の職業紹介事業には厚生労働大臣の許可を受けなければならないが、無許可事業は刑事罰によって禁止されるものであること（職業安定法30条1項）、同禁止の趣旨は求人者及び求職者の利益を保護する趣旨をも含むことをあげ、無許可での有料職業紹介事業に基づく報酬の支払い請求は公序に反する無効なものと判示した。

（b）契約内容を規制する取締法規に違反する行為

上記のような取引資格に関する取締法規違反とは別に、契約内容を規制する取締法規に違反して締結された契約についても、公序良俗違反を理由に無効とされてきた。

⑤食品衛生法違反の事例（最一小判昭和39年1月23日民集18巻1号37頁）では、有毒物質である硼砂の混入したアラレの売買契約において、売主が代金の支払いを求め、為替手形金請求を提起したものである。裁判所は、有毒性物質である硼砂の混入したアラレを販売すれば、食品衛生法4条2号

に抵触し処罰を免れないが、その理由だけで、アラレの販売は民法 90 条に反し無効のものとなるものではないとした。しかし、アラレの製造販売を業とする者が硼砂が有毒性物質であり、これを混入したアラレを販売することが食品衛生法の禁止しているものであることを知りながら、あえてこれを製造の上、同じ販売業者である者の要請に応じて売り渡し、その取引を継続した場合には、一般大衆の購買のルートに乗せたものと認められ、「その結果公衆衛生を害するに至るであろうことはみやすき道理であるから」、そのような取引は民法 90 条に抵触し無効であるとした。

⑥建築基準法違反の事例（最二小判平成 23 年 12 月 16 日集民 238 卷 297 号）では、建築業者が、注文者から耐火構造に関する規制違反や避難通路の幅員制限違反など、居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物の建築を提案され、それを了承して建築請負契約を締結したケースにおいて、工事代金請求の可否が争われた。裁判所は、かかる違反内容について「違法の程度は決して軽微なものとはいえない」とし、当該業者は「大胆で極めて悪質な計画を全て了承し、本件各契約の締結に及んだ」のであり、本件依頼を「拒絶することが困難であったというような事情もわかかわれ」ず、依頼人に比して「明らかに従属的な立場にあったとはいえない」とし、「本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為である」から「これを目的とする本件各契約は、公序良俗に反し、無効である」とした。

（２）取締法規違反者による取引につき私法上の効力が否定されなかった ケース

取締法規違反を前提に締結された契約であっても、その私法上の効力が否定されていないケースも少なくない。事案の特徴としては、取締法規上の無免許者が、「第三者」と締結した契約（裁判例⑦、⑧）あるいは無資格者が第三者間の契約に関与した場合（裁判例⑨、⑩）の契約の効力が問題とされている点があげられる。以下、判決の結果として取締法規違反者が利益を取得していないかという点に着目しながら、裁判例を概観する。

⑦食品衛生法違反の事例（最二小判昭和 35 年 3 月 18 日民集 14 卷 4 号

483頁)では、食肉販売業の許可を受けた会社の代表取締役の子が、個人として営業許可を受けないまま食肉を買い受けた旨を申し出て、精肉店から食肉を買い受けたが、代金を支払わないため、代金等の支払いを求めて訴えが提起された。最高裁判所は、食肉販売業の許可制を定める食品衛生法は「単なる取締法規にすぎない」とし、食肉販売業の許可なき者が行った売買契約の私法上の効力が否定される理由はないとした。

本判決では、売買契約の効力が否定されなかった結果として、食品衛生法違反者の代金債務が認められたのであり、違反者による利益取得を認めたものではない。

⑧道路運送法違反の事例(最一小判昭和39年10月29日民集18巻8号1823頁)では、無免許で運送事業を行おうとしていた者が、事業に使用する自動車を購入するために自動車の売買契約を締結したが、相手方たる売主が自動車の引渡を履行しなかったために、運送事業による運送費を得られなかったとして、売主に逸失利益の損害賠償請求をした。最高裁判所は、道路運送法4条1項に違反しても、「その事業経営の過程において」無免許者が「他人と締結するそれぞれの運送契約が私法上当然無効となるべき筋合のものではな」とし、本件無免許者が他人との運送契約により運送費の支払いを請求する権利を取得し、これを「受領することを妨げない」とした上で、これを得べかりし利益の喪失として損害賠償請求を認めた。

本件の訴訟物は、買主たる無免許者の売主に対する損害賠償請求である。無免許者が運送契約上の対価を取得することを積極的に認めたものではないが、これを「得べかりし利益」として間接的に認めたものといえる。

⑨司法書士法9条違反の事例(最三小判昭和46年4月20日民集25巻3号290頁)では、司法書士が司法書士法で定められた業務の範囲を超えて私法上の和解契約の委任を受け、委任に基づき第三者との間に和解契約を締結し、その和解契約の効力が問われたものである。最高裁判所は、司法書士について、特にその業務の範囲をこえて関与することが禁止されている理由は、司法書士のそのような関与により、かえって、国民の法律

生活における正当な利益がそこなわれ、司法秩序が損なわれるおそれがあるとしつつも、だからといって、司法書士の同条の禁止違反行為がただちに当然にその効力を否定されるものではないとした。その理由は、同法が禁止違反行為に対しては、懲戒処分および刑事制裁を科することによって禁止の実効性を保障することになっている点、同条が禁止の対象としている行為の範囲は頗る広く、対価を得ることを要件とせず、必ずしも業としてすることを要件としていない点、さらに、「それらの行為がそれ自体として違法性ないし反社会性を有するわけではなく、一般の私人についてみても、これらの行為が特に禁止されているわけでもない」ことがあげられた。そのため、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のがない限り無効とすることはできないとした。

⑨判決には、反対意見が付されている。反対意見は、9条違反の和解契約であっても第三者保護の見地から、ただちに無効とすべきではないが、本件の和解についてはその内容がきわめて複雑な判断を要することがらであったため⁵、「依頼人たる本人の利益を損なうおそれが多分にあった」とし、業務の範囲を著しく逸脱した行為として同条違反を理由に無効とすべきであるとした。

⑨判決は、和解契約の効力を認めたが、司法書士への委任契約を有効と判断したものではない。したがって、司法書士法に違反した司法書士が報酬を取得することを認めたものではない⁶。

⑩弁護士法72条違反の事例（最判平成29年7月24日民集71巻6号969

5 裁判例⑨の反対意見によれば、本件では依頼人が長期にわたって弁済できていない債務について債権者との即決和解を委任されたが、依頼人は長期間入院中という病床にあり、当事者間の消費貸借の金利は利息制限法をはるかにこえる金利であるなど、債権者との協議は困難な問題が伴うことが予想されていたとされる。

6 裁判例⑨で争われた「和解契約」の効力とは別に、司法書士と依頼人との「委任契約」に関しては、業務範囲外の法律事務処理という司法書士法が禁じている行為を肯定することになり、ひいては司法書士からの「報酬請求」を認めることになるので無効と解すべきことが指摘されている（中野貞一郎「判批」判タ266号（1971年）75頁）。

頁)では、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弁護士法72条に違反する場合であっても、和解契約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した。

同判決は、弁護士法違反の和解契約の効力と、かかる和解についての「委任契約」の効力を明確に区別して論じている。前者については「当該和解契約の当事者の利益保護」の観点からも効力を否定するべきではないとする。これに対して、後者の委任契約については裁判例③を引用し、無効であることを明示している。両者を区別する理由については、委任契約が無効とされることにより、「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」とする。

(3) 自然債務とされたケース

宅建業の免許を受けていない無免許者が不動産の仲介斡旋を行ったケースにおいて、無免許者が仲介の委託者に対して仲介契約に基づく報酬請求が認められるかが争われてきた。取締法規違反者が第三者と取引をしたという点においては裁判例⑦～⑩と共通しており、仲介契約自体の効力については否定されていないが、訴訟物である無免許者による報酬請求については裁判上行使することのできない債務であると示された点に特徴がある。

裁判所は、無免許者による報酬請求権について「無免許者による不動産売買の仲介契約は、私法上は無効でない」とし、裁判外で当事者間で報酬を授受する場合はともかく、「裁判上請求することはできない」とする傾向にある(①横浜地判昭和62年7月15日判夕650号188頁、②横浜地判昭和63年6月20日判時1304号104頁、③大阪地判平元年12月22日判時1357号102頁、④東京地判平成5年7月27日判時1495号109頁、⑤東京地判平成5年12月27日判時1505号88頁、⑥東京地判令和3年3月29日D1-Law.

com 判例体系)⁷。このように仲介契約の効力を否定しない理由としては、無償で不動産取引の仲介契約を受託者として締結することを禁止していないこと、無免許者に不動産取引の仲介を委託した者に対して刑罰による制裁を予定していないこと、そのためそのような仲介契約の内容自体は社会の倫理的非難を受けるものではないこと、さらに仲介の委託者が受託者の仲介により不動産取引を成立させた場合には仲介行為の利益を受けていることがあげられている(裁判例⑩)。一方で、報酬請求権を裁判上行使することはできないとする理由としては、「無免許営業による利益の確保に力を貸すことは矛盾であって、いわゆるクリーンハンドの原則に反し相当でないから、無免許業者が、その報酬請求権につき、裁判外において報酬を授受する場合は格別、裁判上行使することは許されない」とする(裁判例⑩)。

このような裁判例について、学説上は、無免許者による仲介報酬請求権を裁判上の強制力はないが給付保持力のみを有する自然債務としての位置づけているものと理解してきた。自然債務とすることに肯定的な見解は、改正宅建業法が宅建業者への統制を強めて登録制から免許制にしたことや⁸、改正宅建業法の中に民法の特別規定とみられる強行的効力を多く加えたこと等を理由としてあげる⁹。また平成に入って以降、宅地建物における取引態様の多様化、内容の複雑化に伴い、悪質業者が横行し紛争事例が跡を絶たない状況を

7 なお、宅建業の無免許者による報酬請求と類似する事案として、建設業法に違反した無登録の者からの報酬請求が争われたケースがある(東京地判昭和33年7月30日判タ85号(1958年)59頁)。同裁判では、宅建業法違反の裁判例と異なり、請負契約上の報酬請求が認められた。もっとも事実認定によれば、登録建設業者の代表取締役が個人の資格で契約したものであり、建設業務の登録申請をすれば要件に該当していたと認められること、いわゆるもぐりの建設業者が請負契約を結んだ場合は異なることが強調されているため、事案の特殊性から報酬請求が肯定されたものであり、これにより同法違反の無登録者一般について報酬請求を肯定する趣旨と解するべきではないと考える。両判決の比較した評釈論文として吉川栄一「判批」ジュリスト1090号(1996年)157頁。

8 宅建業法は1952年に制定されて以来、他の法令に見られないほど多数回の法改正が重ねられてきた。同法制定当初は、都道府県知事による登録制度が採用されていたが、宅建業者に対する規制と監督を一層強化するために昭和39年改正により免許制度に改められ、免許権者として建設大臣と都道府県知事とを定め、建設大臣免許と都道府県知事免許に区分された。詳細は、岡本・前掲注2)5頁。

9 明石三郎「不動産仲介契約論」(信山社、1994年)359頁。

踏まえ、運送業、食肉販売業、建設業等よりも、取引の公正の確保および購入者の利益保護等を図るためにより強い統制が必要であり免許制度の徹底が不可欠であるとも指摘されている¹⁰。

一方で、自然債務とすることに否定的な見解もある。その理由としては、仲介委託者が他人の仲介労務を利用し、それによって取引が成立した場合に、営業の前提に過ぎない免許を欠くことを理由に報酬の支払いを免れさせるのはおかしいと指摘する¹¹。また、仲介報酬請求権を一般に自然債務と解するとしても、仲介の委託者が不動産業者である場合には、裁判上行使できる債務として有効と解すべきであるとの見解もある¹²。同見解は、宅建業法1条の目的には、「購入者等の利益保護」が規定されていることから、「素人」の非業者の保護を予定していると解する余地があるとし、それゆえに不動産業者間の取引については、信義公正の見地から報酬請求を認めることも可能ではないかと指摘する。

(4) 裁判例の分析

以上見てきたように、訴訟で争いの前提となった取締法規は多種にわたるが、再度、各訴訟の訴訟物にも着目しながら整理する。

免許制や資格制など一定の資格ある者に限って一定の取引等を行うことができることとされている場合においては、その取締法規違反にあたる「名義貸し」や「委任契約」等の合意は公序良俗違反を根拠に無効とされる傾向にある(裁判例①～④)。この場合に訴訟物とされているのは、名義貸し行為ないし無資格者への委任契約等の取締法規違反行為にもとづく報酬請求権であり、まさに禁圧されている行為に対する報酬を求めるものである。裁判所は、いずれもそのような契約を無効とし、請求を棄却している。

10 林圭介「判批」判例タイムズ主要民事判例解説762号(1991年)76頁。

11 近藤弘二「判批」ジュリスト369号(1967年)143頁。

12 吉川栄一「判批」ジュリスト1090号(1996年)157頁。

このような取引資格に関する取締法規違反とは別に、取締法規が契約内容を規制する場合に、その内容に違反した契約が締結されたケースにおいても、契約は無効とされている（裁判例⑤、⑥）。これらの裁判例は、契約内容自体が取締法規に違反するという点で裁判例①～④と同様である。また契約を無効とすることにより、取締法規違反者への報酬支払いが阻止される点においても裁判例①～④と共通する。

(2)の裁判例⑦～⑩では、取締法規違反と関わる契約でありながら、その私法上の効力が否定されていない。事案の特徴としては、取締法規上の許可なき者が、「第三者」と締結した契約（裁判例⑦、⑧）あるいは無資格者が第三者間の契約に関与した場合（裁判例⑨、⑩）の当該契約の効力が問題とされている点があげられる。また裁判例①～⑥と異なり、取締法規が直接禁圧している行為の効力が問われたものではない。

契約の効力を否定しない理由として、効力が争われている行為自体が違法性ないし反社会性を有するわけではないこと（裁判例⑨）、第三者の利益保護の要請（裁判例⑩）があげられている。また、取締法規違反行為に対する処分や刑事罰がかされること、そして違反行為の前提として締結された委任契約自体を無効とし違反者による報酬請求が絶たれることによって、取締法規の実効性が保障されていることもあげられている（裁判例⑨、⑩）¹³。

(3)の裁判例⑪～⑬は、宅建業の無免許者が第三者とした仲介契約の効力が争われたものである。取締法規違反者が第三者と取引をしたという点においては裁判例⑦～⑩と共通するが、裁判例⑪～⑬では、報酬請求権は裁判上行使することのできない自然債務であると示された。この点において、他の業種の事例である裁判例⑦～⑩よりも厳格な対応がとられているとの指摘もある¹⁴。

13 ただし学説上は、上記のようなケースにおいても、取引の相手方が取締法規違反の事実を知りながら通謀して違法な契約を締結したときは、取引安全を害し信義に反する結果とはならないのであるから違反行為を無効として良いとの指摘が複数ある。このように指摘するものとして、村上淳「判批」法協78巻6号(1962年)693頁、我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、1965年）226頁。なお裁判例⑦～⑩は、いずれも取引相手との通謀が認定されていない事案である。

14 林・前掲注10)76頁。

もっとも裁判例⑦～⑩においては、そもそも訴訟物は取締法規違反者による報酬請求ではなく、契約の効力を認めたとしても違反者の利益取得を認めることにはならない。

一連の裁判例の帰結をみると、取締法規違反行為に対する報酬請求は認めないという傾向が認められる。このように取締法規違反者による報酬の取得が否定されている点において、取締法規の実効性を担保するという公益上の要請が、私法上の効力の評価に十分反映されているとみることができる。

5. 学説

直接には行政取締上の立場から一定の行為を禁止ないし制限する、いわゆる取締法規が私法上の契約に関わる場合、取締法規に違反してなされた契約が、行政法上の刑罰等の制裁を受けることは当然として、さらに私法上の効力そのものは否認されるのか。

通説的見解は、行政法規を事実としての行為を禁止したりすることを目的とするいわゆる取締法規と、法律行為としての効力を規制することを目的とする強行法規とに区別して議論してきた（二元説）。そして、取締法規違反にとどまる場合は、法令違反のみを理由としてその行為の私法上の効力が否定されないことを原則とし、例外的に、立法の趣旨、違反行為に対する社会の倫理的非難の程度、一般取引に及ぼす影響、当事者間の信義・公正等を総合的に考慮して、その効力を無効とすべきか否かを決定するとの考え方が示されてきた（総合判断説）¹⁵。

以上のような通説は、公法と私法の二分論を前提として、公法である取締法規違反は原則として契約の無効をもたらすものではないとされてきたが、これに対し、公法と私法の相互依存の関係でとらえる議論が展開されるよ

15 我妻・前掲注13) 262頁、星野英一『民法概論I序論・総則〔改訂〕』（良書普及会、1971年）182頁、幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院、1984年）198頁等。

うになった。1980年代には、磯村保¹⁶により取締法規違反の契約に基づく履行請求がなされた場合に、裁判所がこれを認容してその履行を命じることは「法秩序内部における自己矛盾ではないだろうか」との指摘がなされた。そして、取締法規違反行為の履行請求を認めないという意味での無効は、むしろ取締法規による禁止の要請の強弱を問わず原則的に承認してよいとの見解が示された¹⁷。このような見解に対しては、公法的判断と私法的判断の一致が志向されているとの評価がある¹⁸。

1990年代になり、公法と私法の相互依存関係を正面から認めるべきとの見解も打ち出された。大村敦志は、取引に関係しない価値の実現を目的とする「警察法令」と取引と密接な関係を有する「経済法令」に分け、前者に違反する法律行為については私法上の効力の否定に謙抑的であるべきだが、後者に違反する法律行為については積極的にその効力を否定すべきであるとする（取引的公序論¹⁹）。

また、山本敬三は、取締法規違反行為の効力が否定される根拠を国家の基本権保護義務ないし基本権支援義務に求め、その義務を果たすために私的自治への介入が許容されるとする。個人の自由や権利などの基本権を保護するために公序良俗違反を理由に契約の効力を否定することが許されるものと考え、国家による介入の正当化根拠に応じて公序良俗の内容を再構成することを提示する²⁰。法令の政策目的を実現するために公序良俗規定を用いて契約を無効とするためには、①法令の目的が法律行為を無効とすることを正当化

16 磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」『民商法雑誌創刊五十周年記念論集 1判例における法理論の展開』（有斐閣、1986年）1頁。

17 このほか、履行段階に分けて論じる見解として川井健「物資統制法規違反契約と民法上の無効取締法規と強行法規との分類への疑問」同『無効の研究』（一粒社、1979年初出1967年）26頁。取締法規違反行為の履行段階に応じて法規の目的や当事者の信義・公平を実現する必要性が変わるとし、既履行の場合には一定の行為を未然に防ぐという法規の目的からすると契約を無効とすることは要請されないとする。

18 吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」（立命館法学 312号、2007年）222頁。

19 大村敦志「契約法から消費者法へ」（東京大学出版会、1999年）201頁。

20 山本敬三「公序良俗論の再構成」（有斐閣、2000年）241頁、山本敬三＝大橋洋一「行政法規違反行為の民事上の効力」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、2003年）2頁。

するに足りるだけの重要性を持つこと、②その法令の目的を実現するために法律行為を無効とすることが必要不可欠といえることを要するとする。

このような議論のなかで、取締法規違反である「名義貸し合意」については、いずれの見解からも私法上の効力を無効とすべきであるとされてきた。総合判断説からは、「法律がとくに厳格な標準で一定の資格ある者」に限って「一定の取引をすることができる」としている場合にはその「名義を貸与する契約」は法律が「取引をする者を監督しようとしている趣旨に反するから」一般に無効と解されている²¹。また山本敬三は、上記①と②の要件をみたます事例として、名義貸し契約や弁護士法72条違反行為をあげている。これらの契約を無効としなければ、審査を経て許可を受けた者にのみ営業を許すという許可制の目的と相容れない結果となり妥当ではないことが理由とされている²²。宅建業法13条違反の名義貸し合意についても例外なく、宅建業法が採用する免許制度の潜脱を目的とする行為であるとして、かかる合意は私法上無効であるとされている²³。

6. 宅建業における名義貸しと利益分配の合意 —令和3年判決の検討

令和3年判決は、宅建業の無免許者が「名義を借りる旨の合意」は公序良俗に反するものであり、これと併せてなされた利益分配の合意も「名義を借りる旨の合意と一体のものとするべきである」から、公序良俗に反し無効であることを明示した。同判決には、宅建業における名義貸しの合意が無効であること、そして、名義貸しの合意と併せてなされた利益分配の合意も無効であることを最高裁判所として初めて示したという意義がある。

無免許者が宅建業者から「名義を借りる旨の合意」を無効とする点は、各種取締法規の免許制に違反する名義貸しを無効としてきた従来の裁判例にし

21 我妻・前掲注13) 265頁。

22 山本・前掲注20) 書258頁。

23 明石三郎『不動産仲介契約の研究〔増補版〕』（一粒社、1977年）252頁、岡本・前掲注2) 181頁。

たがうものといえる。名義貸しとは、取締法規が禁じている行為の履踐を契約の内容とすることから、民法90条の公序良俗に違反することが根拠とされてきた。令和3年判決も同様に、名義貸しに基づく無免許営業は、無免許営業の禁止規定と名義貸し禁止規定の双方に違反し、公序良俗に違反することを根拠としている。学説上も、宅建業における名義貸し契約は無効と考えられてきたところ、最高裁判所も同様の立場であることが明示されたといえる。

さらに令和3年判決では、無免許者による取引から得た利益を分配する旨の合意の効力につき、「名義を借りる旨の合意」と「一体」であるがゆえに無効である、との理論構成が示された。このような判断は、従来の裁判例の判断と方向性を同じくするものといえる。すなわち裁判所は、名義貸し行為や無資格者への委任契約を無効とすることにより、取締法規の違反者による報酬請求を否定してきた。さらに、取締法規違反行為の効力を否定しなかった事案においても、違反者による報酬請求を正面から認めた裁判例は見当たらない。取締法規違反者による報酬請求を否定することにより、取締法規の実効性が担保されていることを明示する判決も存在する。このように裁判所は、取締法規違反者による報酬の取得について否定的な判断を行ってきたのである。

この点、令和3年判決における利益分配の合意は、形式的には、「名義を借りる合意」とは別個になされた合意とされているが、名義を借りる際に将来の取引から得られる利益を名義貸与者に与えることを約したものであり、その実質は名義貸しに対する報酬の後払いであるといえよう。したがって、名義貸しの当事者間における利益分配の合意は、「名義を借りる合意」の内容をなすものであり、取締法規を潜脱する行為の報酬としての実質を有することから、その効力を無効とする判断は妥当である²⁴。

なお令和3年判決の事案では、無免許者により第三者との間で不動産の購入と転売が行われている。従来の裁判例によれば、無免許者が名義を利用し

24 前掲注1) 論文において、令和3年判決の判旨に異議を呈するものはない。

て第三者と締結した契約については、私法上の効力は否定されない傾向にある。宅建業の無免許者が第三者と締結した仲介契約についても、契約自体の効力は否定されていない。そこで令和3年判決の事案においても、第三者と無免許営業についての通謀が認定される場合は別として、原則的には無免許者による不動産売買契約の効力は否定されないことになろう。そうすると、差戻審において利益分配の合意が無効とされたとしても名義を貸した宅建業者は、第三者から取得した売買代金を取得でき、名義貸しの報酬を保持する結果となる。

従来の各種取締法規に違反する名義貸しの事例では、名義貸し契約を無効とすることにより、取締法規違反行為に基づく報酬請求は否定されてきた。これに対し、令和3年判決の事案では、名義貸しの合意とともに利益分配の合意が無効とされたとしても、名義を貸与した宅建業者は、第三者から得た代金分の利益を取得することは否定されず、実質的には名義貸しの報酬を維持できるという結果になる。宅建業法は、無免許者のみならず名義を貸与した宅建業者をも処罰対象とし、厳格な規制を設けていることに照らすと、名義の貸与者に報酬の帰属を認めることになるという結果の妥当性については今後の課題として残るように思われる。この点は、自身の今後の研究課題としたい。