

宅地建物取引業に関する無免許営業・名義貸しと公序良俗違反**【文献種別】** 判決／最高裁判所第三小法廷**【裁判年月日】** 令和3年6月29日**【事件番号】** 令和2年（受）第205号、令和3年（才）第577号**【事件名】** 報酬等請求本訴、不当利得返還請求反訴、民訴法260条2項の申立て事件**【裁判結果】** 破棄差戻**【参照法令】** 民法90条（平成29年法律第44号による改正前のもの）**【掲載誌】** 裁時1771号3頁

◆ LEX/DB 文献番号 25571614

立教大学教授 原田昌和

事実の概要

Xは、平成28年10月頃、かつての上司であったAに誘われて、Aと共に投資用不動産物件の売買事業を共同で行う計画を立てた。この計画においては、Xが有する不動産取引についての知識・経験や人脈を活用することが前提とされていた。同年12月、Aは、かつての部下であったy——税理士資格を有し税理士事務所を運営していたが、宅地建物取引士の資格も有しており、不動産業に従事したことはなかったものの、かねてから不動産業にも関心を持っていた——をXに引き合わせ、3人で投資用不動産物件の売買事業（以下、本件事業）を共同で継続的に行うことになった。Xも宅地建物取引士の資格を有していたが、勤務先の専任宅地建物取引士として登録されていたため、yを専任の宅地建物取引士として、本件事業のために新たに会社を設立することとした。yは、平成29年1月、Y会社を設立してその代表取締役役に就任し、同年2月、Yは宅地建物取引業の免許を受けた。本件事業を行うにあたり、Aとyの間で利益や損失の分配についてメール等によるやり取りがあったが、Aは、Xが不動産取引の案件ごとに3～4割の報酬を取得することを提案していたこともあって、yに対し、案件ごとに利益分配割合を確定させることや、Yの設立・維持費用等については、案件をこなす中で消化することにして売買差額から控除しないことなどを提案したところ、yは、おおむねこの提案を容れる形での基本契約書案をAおよびXに送付した。

本件事業に関する取り決めの詳細が決まらないうちに、Xは、2月頃までに、不動産仲介業者

であるB社から、C社所有の土地建物（以下、本件不動産）の紹介を受けた。他方、Xは、yが不動産事業についての知識を疑わせるようなメールを繰り返し送付してきたことや、瑕疵担保責任のリスク等を必要以上に問題視していることなどから、次第にyと共同して継続的に事業を遂行していくことは困難であると考えようになった。そこで、Xは、Yの名義で本件不動産についての取引を成功させ、Yに名義貸し料を支払って、Yの設立費用程度は取得できるようにして、本件事業から撤退させることを考え、Aにyとの交渉を任せさせた。その結果、3月7日、XとYとの間で次のような合意（以下、本件合意）が成立した。（i）本件不動産の購入および売却については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、瑕疵担保責任等本件不動産の売却に伴って生ずる責任もXが負う。（ii）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および費用等を賄い、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、費用等および名義貸し料を控除した残額をXに対して支払う。（iii）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、同月、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、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、契約書案および重要事項説明書案の作成等を行い、Dへの売却契約において重要

事項説明を行ったのもXであった。

4月、Xは、Yに対し、本件不動産の売却代金からその購入代金、費用等およ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、同月、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、事業への関与の継続を希望するなどしたもの、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Y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などするものであり¹⁾、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。

原審（東京地判平30・11・30LLI/DB判例番号L07332012）および原審（東京高判令元・9・26LLI/DB判例番号L07420651）では、そもそも本件合意の成否が争いになっていたが、原審はこれを肯定し、本訴請求を認容、反訴請求を棄却した。Yより上告受理申立て。宅建業法違反行為の私法上の効力が正面から争点となったのは上告審からである²⁾。

判決の要旨

本判決は次のように述べて、本件合意の効力についてさらに審理させるため破棄差戻とした。「宅地建物取引業法は、第2章において、宅地建物取引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、免許を受けて宅地建物取引業を営む者（以下「宅建業者」という。）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。）が宅地建物取引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地建物取引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）。同法が宅地建物取引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、宅地建物取引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地建物取引業を営む行為は、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、無免許者が宅地建物取引業を営むために宅建業者との間です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してみられるべきである」。「したがって、無免許者が宅地建物取引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方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Xが宅建業者であるY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XとYで分配する旨を含むものである。そして、Xは本件合意の前後を通じて宅地建物取引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地建物取引業法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」。

判例の解説

一 はじめに

本判決の争点は、無免許者が宅建業者の名義を借りて宅地建物取引業を営むことが宅建業法12条1項および同13条1項に違反する場合において、無免許者が宅地建物取引業を営むために宅建業者との間でするその名義を借りる旨の合意、および、これと併せてされた、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の私法上の効力である。宅建業法12条1項および同13条1項に違反する行為には同法の中で最も重い罰則が科されているが（同79条2号、同3号）、

同条違反を目的として締結されたこれら合意の私法上の効力については規定がなく、取締法規に違反する法律行為の私法上の効力が問題となる³⁾。

二 関連裁判例と学説

1 関連裁判例

(1) 類似事案としては、宅建業者の従業員として登録された者について、「YはXの従業員としての形式をとって宅建取引業務を行っていたとはいえ、Xの指揮命令を一切受けることなく、自己の判断と計算により独立して不動産業を営んでいたというべきであって、実質的にXとは別個の事業者であったのであり、ただ自らは宅建取引業の免許を有していなかったことから、宅建取引業を営むための方便として上記免許を有するXの名義を使用し、Xはこれを許諾して、その対価として利益分配金の支払を受けるという関係にあったにすぎない」として、名義貸し契約は、宅建業「法が宅建取引業を営む者について免許制度を実施した上記の趣旨目的を潜脱してその実現を妨げ、実質的に無免許による宅建取引業者の営業を可能にし、宅地建物の購入者らの円滑で安全な取引を阻害する危険を生じさせるものであって、相当強度の違法性を帯びた合意というべきであり、その私法上の効力としても、公権力をもって実現することを許容するのは相当ではなく、したがって、これを裁判上行使することが許されない性質のものというべきであ」り、併せて「合意された名義貸しの禁止規定に違反する合意の一部をなしている本件の利益分配金に係る合意も、これを裁判上行使することは許されないといわなければならない」とした名古屋高判平 23・1・21 (LLI/DB 判例番号 L 06620074) が存在する。

この事案では、宅建業者Xと従業員Yの間で、YはXの名義と暖簾を使用して宅建取引業務を行うこと、営業利益の配分率はY 80%、X 20%であり、所要経費はYの負担とすることが合意されていた。勤務実態としても、Yは、月に4、5日程度Xに出社して1時間程度滞在するものの、その宅建取引業務についてXの指示を受けたり、その方針や計画に従って業務を遂行するという関係にはなく、また、Xから給与の支給を受けたり、Xにおいて社会保険に加入することもないというものであり、実際にも、X名義での土地の購入と売却に関して、売主および買主らとの売買交渉や

契約手続等の一切はYが行っていた。ここでは、Yが、営利目的での宅地建物取引行為を、自己の計算と責任において、反復継続して行うことを合意し、実際に行ったことが、認定事実によって基礎づけられている。なお、名義貸し契約および利益分配契約を公序良俗違反と考えているのかどうかは不明である。

(2) 宅建業法における無免許事業の主体は、自己の責任と計算において、営利の目的をもって反復継続して行う意思のもとに宅地建物取引をなし、経済上の利害関係の帰属する者をいう⁴⁾。本件では、取引の形式的な名義人はYであり、Yの口座が用いられているため、形式上は無免許営業および名義貸しに当たらないようにも見えるが、取引がXの責任と計算において行われるものであるかは実質的に判断されなければならない。たとえば、免許の欠格事由に該当し免許を受けることができないA（個人）が、親戚を代表取締役として甲株式会社を設立し、同社名義で免許を取得し、宅地建物取引をすべて甲名義で行った事案について、会社の営業や取引の実態から、実質において、Aは、甲の名義を仮装してこれを利用し、自らの責任と計算において各取引を行ったものであるとして、A個人に無免許営業の罪が成立するとした判決がある（東京高判昭 59・12・26 判時 1157 号 166 頁。この場合、甲は、名義貸しの罪または無免許営業の罪の共犯となる）。

2 学説

学説としては、宅建業者が免許名義を他人に貸与する行為は無免許制度を潜脱するものであり、宅建業法が名義貸しを無免許事業と同様に厳しく処罰していることから、同法 13 条は強行法規と解し名義貸し契約は無効とすべきであるとするものがある⁵⁾。

また、山本・前掲注 3) 260 頁は、取締法規違反の私法上の効力に関する説明の中で、宅建業者による名義貸しを例に取り上げて、名義貸し契約の効力を認めることは、免許を受けた者だけに営業を許すという免許制の目的と真っ向から衝突するものであり、当事者間の信義・公平に反することになっても、この法規の目的から、名義貸し契約は無効とすることが要請されると述べる⁶⁾。

三 事案の検討

1 取引秩序維持法令としての宅建業法

近時、取締法規違反の私法上の効力に関して、取引関係と密接な関連を有する法令について、公法私法協働論が有力に主張され⁷⁾、かなりの程度受け入れられるに至っている。宅建業法が、無免許営業（同12条1項違反）および名義貸し（同13条1項違反）を、反社会性の強い行為として厳しく禁じ、同法の中で最も重い刑罰を科している趣旨は、本判決の述べる通りであり、同法における免許制度の趣旨は、まさに不動産取引秩序の維持にある。両条の趣旨に反する合意の効力について、本判決は、個別事情を考慮しないようである。たしかに、個別事情を考慮せずに効力を否定すると、個別取引における当事者の信義・公平を害する可能性もある。しかし、不動産取引秩序の維持は、個別取引の前提であって、そうした価値を尊重するならば、当事者の信義・公平をある程度まで後退させてもやむを得ない。前掲名古屋高裁判決も、宅建業法13条の名義貸し禁止規定が保護を図っている法益は、合意の当事者間の個人的な関係や事情によって左右されるべき性質のものではない旨を述べている。無免許者への名義貸しの合意、および名義貸しの報酬としての利益分配の合意が、公序良俗違反として無効とされるべきことに異論はない。

2 差戻審での審理について

本判決は、①本件合意には、無免許者であるXが宅建業者であるY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XとYで分配する旨が含まれること、②Xは本件合意の前後を通じて宅地建物取引業を営むことを計画していたことがうかがわれることの2点を指摘して、本件合意の効力についてさらに審理させるため破棄差戻としている。このうち①は、自己の責任と計算において、営利の目的をもって宅地建物取引をなすものかどうかに関わり、②は、反復継続して行う意思の有無に関わるものと思われる。

まず、①について、宅建業法違反が争点となったのは上告審からだが、原審は、本件事業がX・Y・Aの3名の共同のものとしていたことや、本件不動産取引においても取引名義がYでありYの口座が利用されており、Yも主体的に取引に関わっているように見えることなどから、本件事業および本件合意はXの責任と計算において行われるものではない（名義貸しではない）と考えたのかも知れない。しかし、無免許営業・名義貸しの判断

は実質的になされるべきところ、本件合意には、売却先の選定や売買に必要な一切の事務をXが行うことや（事実の概要（i））、売却代金をXが取得し、諸費用等を差し引いた上で、名義貸し料をYに支払うことが合意されているし（同（ii））、遑つて、そもそも本件事業自体が、Yの名義を仮装して、Xにその責任と計算で宅地建物取引業を行わせるものだった可能性もある。本件事業および本件合意がXの責任と計算で行われるものかどうかについて、差戻審における事実の認定と評価を待ちたい。

つぎに、②について、本件合意に限っていえば、XとYは以後共同して不動産取引を行わない旨の合意があり（同（iii））、Xとしては、Yに対する不信もあって、取引は今回限りとするつもりであって反復継続の意思はなかったとも考えられる。Xに反復継続の意思はなかったのか、それともYが従順であれば今後も取引を続ける可能性があったのかについても、差戻審の事実認定を待ちたい。

仮に本件合意が無効とされた場合、Xの請求は棄却されようが、他方で、Yの不当利得返還請求については、Yが巧みに騙されて引き込まれたなどの事情があれば格別、Yも名義貸しに積極的に関わった者だとすれば、不法原因給付（民708条）とされうる。この点についても事実認定を待ちたい。

●—注

- 1) その他、金銭の支払をめぐるYがX宅に送付した書面が脅迫に当たり不法行為を構成するとして、YおよびYに対する損害賠償請求もなされているが、地裁・高裁ともにこれを認めておらず、上告・上告受理申立てもされていない。
- 2) Y訴訟代理人弁護士から、上告受理申立書の提供を受けたので、ここに感謝申し上げる。
- 3) 取締法規違反の私法上の効力の総論的説明は、紙幅の関係から省略する。山本敬三『民法講義I 総則（第3版）』（有斐閣、2011年）258頁以下などを参照されたい。
- 4) 岡本正治＝宇仁美咲『逐条解説 宅地建物取引業法（三訂版）』（大成出版社、2020年）91頁、167頁。
- 5) 岡本＝宇仁・前掲注4）181頁。
- 6) 無免許者との売買等の契約の私法上の効力、無免許者の委託者に対する報酬請求権の存否については、岡本＝宇仁・前掲注4）175頁を参照。
- 7) 大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）163頁以下。私見もこの論に従っている。