

宅地建物取引業法における 無免許営業・名義貸しと私法上の効力

饗庭 未希子

[要旨] 本稿は、宅地建物取引業法における無免許営業・名義貸しとそれと併せてなされた利益分配合意の私法上の効力が争われた最三判令和3年6月29日民集75巻7号3340頁を取り上げ、宅地建物取引業法違反行為の私法上の効力の判断基準について検討するものである。検討を通じて、本判決は、宅地建物取引業法における名義貸し合意が、同法12条1項・13条1項の趣旨に反し、公序良俗（民法90条）に反するものであることを理由に、その効力を否定した最高裁判決であり、実務面・理論面双方において重要な意義があることを明らかにした。また、隣接分野である賃貸住宅管理業においても、今後同様の紛争が生じることが予想される。賃貸住宅管理業法の制定過程において宅地建物取引業法との整合性が考慮されていたことに鑑みると、本判決は賃貸住宅管理業にも影響を与えるものであり、示唆を与えるものであることを明らかにした。さらに、本判決の宅地建物取引業法における一般論化について問題を提起した。

[キーワード] 宅地建物取引業法, 取締法規違反, 賃貸住宅管理業法

I はじめに

令和2年（2020年）6月、賃貸住宅管理業について、「賃貸住宅の管理業務等の適正化に関する法律」（以下、「賃貸住宅管理業法」という。）が成立した。賃貸住宅管理業法は、一定以上の管理戸数の賃貸住宅管理業者に対し登録義務を課し（同法3条1項）、賃貸住宅管理業者が自己の名義をもって他人に賃貸住宅管理業を営ませることを禁止しており（同法11条）、これらの違反について刑事罰を定めている（同法41条1号、3号）。賃貸住宅管理業法は、社会経

济情勢の変化に伴い国民の生活の基盤としての賃貸住宅の役割の重要性が増大していることに鑑み、賃貸住宅の入居者の居住の安定の確保及び賃貸住宅の賃貸に係る事業の公正かつ円滑な実施を図るため、賃貸住宅管理業を営む者に係る登録制度を設け、その業務の適正な運営を確保するとともに、特定賃貸借契約の適正化のための措置等を講ずることにより、良好な居住環境を備えた賃貸住宅の安定的な確保を図り、もって国民生活の安定向上及び国民経済の発展に寄与することを目的としている。

ところで、賃貸住宅管理業法と隣接するものとして、宅地建物取引業法（以下、「宅建業法」という。）がある。宅建業法は、宅地建物の売買・交換又は宅地建物の売買・交換・貸借の代理・媒介をする行為で業として行うものを適用の対象し、賃貸住宅管理業法とはその対象が異なる。しかし、両法には、その規制対象とする行為が建物（住宅）に関するものであるという点で共通する。実際、賃貸住宅管理業法の前身となる「賃貸住宅管理者登録制度¹⁾」の制定過程においては、宅建業法との整合性が考慮されていた²⁾。

そうすると、宅建業法に関する紛争は、賃貸住宅管理業法においても同様の紛争が生じるおそれは十分にある。

本稿は、宅建業法における無免許営業・名義貸しと私法上の効力が争われた最三判令和3年6月29日民集75巻7号3340頁（以下、「令和3年判決」という。）³⁾を取り上げ、その違反行為の私法上の効力の判断基準を明らかにしたい。さらには、本判決理論の一般論化の可能性についても検討し、賃貸住宅管理業法への示唆を与えたい。

1 平成23年9月30日国土交通省告示第998号・第999号、平成28年8月12日国土交通省告示第927号・第928号。賃貸住宅管理者登録制度は、賃貸住宅管理業務処理準則および賃貸住宅管理者登録規程から成る任意登録制度である。平成23年の制定以後、平成28年に改正が行われ、重要事項説明義務の項目内容が明示化されるなどした。

2 社会資本整備審議会産業分科会不動産部会「賃貸不動産管理業の適性のための制度について（これまでの議論を踏まえた整理）」（平成22年2月）4頁、賃貸住宅管理業等のあり方に関する検討会「今後の賃貸住宅管理業のあり方に関する提言」（平成30年10月）2頁等参照。

II 令和3年判決事案の概要

X（本訴原告＝反訴被告，被控訴人＝控訴人，被告人）は，平成28年10月頃，Aと共に投資用不動産物件の売買事業（以下，「本件事業」という。）を共同で行う計画を立案した。上記計画においては，Xは，当時勤めていた会社での専任宅地建物取引士としての仕事を続けつつ，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。

同年12月，Aは，宅地建物取引士の資格を有するyをXに引き合わせ，上記計画にyが加わり，3人で本件事業を共同で継続的に行うことになった。Xは勤務先会社の専任宅地建物取引士として登録されていたため，y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とした。

yは，平成29年1月，上記計画に従って，設立費用全額を負担してY（本訴被告＝反訴原告，控訴人＝被控訴人，被告人）を設立してその代表取締役役に就任し，Yは，同年2月，yを専任の宅地建物取引士として宅地建物取引業の免許を受けた。yおよびAは，本件事業による利益の分配についてメール等のやり取りを行ったが，Aから，Xが案件ごとに利益の3～4割を取得することを希望しているとして，利益分配方法は案件ごとに決定することや，Yの設立・維持費用は案件をこなす中でまかなうこと等が提案された。これに対して，yは，おおむねAからの提案を受け入れた内容の基本契約書案を作成し，AおよびXに送付した。

3 令和3年6月29日最高裁第三小法廷判決（令和2年（受）第205号，同3年（オ）第577号報酬等請求本訴，不当利得返還請求反訴，民訴法206条2項の申立て事件），破棄差戻し，民集75巻7号3340頁，裁時1771号3頁，判タ1493号17頁，判時2515号5頁，金融・商事判例1639号8頁，金融法務事情2185号26頁，金融・商事判例1632号2頁。

本判決の評釈論説として，原田昌和「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」法七増（新・判例解説WATCH）30号（2021年）67頁，家原尚秀「宅地建物取引業法3条1項の免許を受けない者が宅地建物取引業を営むために免許を受けて宅地建物取引業を営む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力を両者で分配する旨の合意の効力（最高裁時の判例／民事）」ジュリ1573号（2022年）120頁，石川博康「取締法規違反の法律行為の効力」別ジュリ262号（2023年）32頁，西村曜子「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」札幌大学研究紀要第4号（2023年）183頁等がある。

Xは、平成29年2月頃までに、不動産仲介業者である株式会社Bから、Cの所有する土地建物（以下「本件不動産」という。）の紹介を受けた。他方で、Xは、yが不動産事業についての初歩的な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、上記計画に基づく事情の一環として本件不動産に係る取引について、Yに対して名義貸し料を支払って、Y名義でXが取引を行うこととし、本件不動産取引の成功により、yが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、以下のような合意（以下、「本件合意」という。）が成立した。

- (1) 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、本件不動産の売却にもなって生ずる責任もXが負う。
- (2) 本件不動産の売却代金の中から、本件不動産の購入代金および費用等を賄い、Yが名義貸し料として300万円を取得し、その余はXが取得する。
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。
- (3) 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（以下、「本件不動産売買」という。）。これらの売買契約については、Xが、売却先の選定、仲介業者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った。

同年4月26日、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、Dから売却代金の送金を受け次第、本件合意に基づき同残額を支払うように求めた。Yは、翌日、上記売却代金の送金を受けたが、自らの取り分が名義貸し料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、本件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いの一部として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などするものであり、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、その返還等を求めたものである。

第一審（東京地立川支部判平成30年11月30日民集75巻7号3356頁）および原審（東京高判令和元年9月26日民集75巻7号3374頁）では、本件合意の成否が争われた⁴。

第一審は、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、YがXに対して支払った1000万円の取得については、本件不動産売買に関してXが行った全ての業務の対価の一部として仮払いされたものであり、仮に本件売買が宅地建物取引業法に違反し、かつ具体的な報酬の合意まではなかったとしても、有償と合意されていた業務が現に遂行され、相当と認められる範囲を超えない対価が任意に支払われたものであるから、そ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。

これに対して、原審は、本件合意の成立を認め、本件合意の効力を否定すべき事情も見当たらないとして、Xの本訴請求を認め、Yの反訴請求を棄却した。

Yは、本件合意は、宅地建物取引業者の名義貸しを禁止する宅地建物取引業法13条1項に違反するものであり、私法上無効と解すべきであるのに、本件合意を有効とする原審の判決は法令解釈を誤るものであるとして、上告受理申立てをした。宅地建物取引業法違反行為の私法上の効力が争点となったのは上告審からである。

Ⅲ 令和3年判決判旨

破棄差戻し。

宅地建物取引業法は、宅地建物取引業を営む者（以下、「宅建業者」という。）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

4 原審では、Yに訴訟代理人がついていなかったこともあり、本件合意の有効性は正面から争われなかった。第一審・原審におけるYの主張内容は、本件合意の内容が宅建業法違反に当たるものであるから、Yがそのような本件合意をすることはなく、本件不動産に係る取引はYを主体として行われたものであるというものであった。

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」して(同法1条参照)、同法12条1項において無免許営業を禁止していること、また、同法13条1項は名義貸しを禁止し、これらの違反についての刑事罰を設けていることを確認した上で次のように判示した。

「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するべきである。

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」として、本件合意の効力等について更に審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。

IV 検 討

1 取締法規違反と私法上の効力

本件においては、Yの専任宅地建物取引士でないXが宅地建物取引業の免許を有するY名義を用いて取引を行っており、この点、名義貸しとなる。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項及び13条1項に違反する場合における、無免許者・宅建業者間

の名義貸しの合意、および、これに基づいてなされた取引の利益分配の合意の私法上の効力である。

宅建業法は、宅建業者について免許制度を採用し、無免許者が宅地建物取引業を営むことを禁止したうえで(同法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いる(同法13条1項)。同法12条1項および13条1項の違反については刑事罰が定められているが(同法79条2号、3号)、同条に違反する合意の私法上の効力については規定がない。そのため、宅建業法に違反する行為の私法上の効力が問題となる。この問題は、一般に取締法規違反行為が私法上の効力を有するのかという問題として、従来から議論されてきた。

2 裁判例

本判決と類似する事案として、名古屋高判平成23年1月21日LEX/DB文献番号25443139(以下、「名古屋高裁判決」という。)がある。

(1) 事案

宅建業者Xは、宅地建物取引業の免許を有していないYとの間で次のような合意をした。①Xが、YをXの従業員として登録する。②Yは、X名義と暖簾を使用して宅地建物取引業務を行う。③営業利益の分配率はY80%、X20%とし、所要経費はYの負担とする。

Xは、YがX名義で行った不動産取引について上記合意に基づく利益分配金の支払いを求めた。これに対し、Yは、名義貸し合意の一部である利益分配合意は、宅建業法13条を潜脱する目的等の不当な動機があり、公序良俗(民法90条)に反し、無効であると主張した。

(2) 判旨

「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、「YとXとの間の上記合意は、宅建業法13条が禁止する名義貸

しを内容とするものにはかならない」。

「宅建業法13条の名義貸しの禁止の規定は行政取締法規の性質を有するものと解されるけれども、同法は、宅建取引業を営む者について免許制度を実施し（宅建業法3条）、その事業に対し必要な規制を行うことにより、その業務の適正な運営と宅地及び建物の取引の公正とを確保するとともに、宅建取引業の健全な発達を促進し、もって購入者等の利益の保護と宅地及び建物の流通の円滑化とを図ることを目的として（同法1条）、上記免許を受けない者が宅建取引業を営むことを禁止し（同法12条）、また、自己の名義をもって、他人に宅建取引業を営ませること等の名義貸しを禁止し（同法13条）ており、同法12条1項の無免許事業の禁止の違反に対しては刑事罰を設け（同法79条）、同法13条1項の名義貸しの禁止の規定の違反に対しても業務停止や免許取消し等の行政処分（同法65条、66条）に止まらず、刑事罰（同法79条）を設けるなど、その実効性確保のための厳しい制裁規定を置いていること、同法がこのような規定を定めた背景としては、宅地建物の取引は、住居や事業活動の場など国民の生活や産業の根幹に関わる重要な取引分野である上、その取引は一般に高額な取引となることが多く、これを巡る事実的、法律的な紛争の危険性も少なくないことから、免許を取得した者にのみ宅建取引業を営ませてこれらの取引を円滑に行わせることにより、購入者らの利益を保護する必要性が高いこと等の事情があると解されること、これらの諸点に鑑みると、同法13条の名義貸しの禁止の規定に違反する合意は、同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、「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」と判示した。

(3) 分析

上記裁判例においては、名義貸しの合意は、宅建業法13条に違反するものであり、宅建業法の趣旨目的の潜脱・相当程度の違法性の点から、私法上の効力

が否定されている。

名義貸しが宅建業法13条1項違反となるのは、宅建業者が「他人」に「宅地建物取引業を営ませ」ることを要する。「他人」つまり名義借り人が「宅地建物取引業を営む」ことは、無免許営業であり、同法12条1項違反である。同12条1項にいう「宅地建物取引業を営む」とは、営利の目的で反復継続して行う意思をもって宅地建物取引業（同法2条2号）をすることが必要である⁵。

上記裁判例では、宅地建物取引業の免許を有しないYが、営利目的で反復継続して宅地建物取引を行うことを合意し、Y自身の判断により、宅地建物取引についての交渉・契約手続等の一切を行ったことを認定した上で、X・Y間の名義貸し合意は、宅建業法13条1項違反と判断している。

宅建業法が、その業務の適正な運営と宅地・建物の取引の公正を確保するとともに、宅建取引業の健全な発達を促進し、もって購入者等の利益の保護と宅地・建物の流通の円滑を図ることを目的としていること（同法1条）、無免許者の営業の禁止（同法12条）、名義貸しの禁止（同法13条）、さらに、これらの違反に対して刑事罰を設けていること（同法79条）等を勘案すれば、同法13条違反の名義貸し合意は、同法の趣旨目的を潜脱し、その実現を妨げるものであり、相当の違法性があるものとして、たしかに、その効力は否定されるべきである。しかし、名古屋高裁は、名義貸し合意について、「裁判上行使することが許されない性質」であるとした上で、「Yの公序良俗違反による無効の主張には、上記内容の主張が含まれるものと解することができる」としており、宅建業法13条違反の名義貸し合意の効力否定の根拠を公序良俗違反（民法90条）と考えているのか明確ではない。

3 学説

(1) 宅建業法13条違反と私法上の効力

宅建業者が免許名義を他人に貸与する行為は免許制度を潜脱するものであり、宅建業法が名義貸しを禁止し（同法13条1項）、刑事罰を設けていることから（同法79条）、同法13条は強行法規であり名義貸し契約は無効とすべきであるとするものがある⁶。

5 最二決昭和49年12月16日刑集28巻10号833頁。

また、宅建業法が免許制を採用しているのは、購入者等が宅建業者から不当な不利益を受けることを防止する目的であり、名義貸し契約の効力を認めることは、当該目的と真っ向から衝突するものであって、たとえ名義貸し契約の当事者間の信義・公平に反することになっても、宅建業法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する見解もある⁷。

(2) 取締法規違反と私法上の効力

宅建業法13条1項に違反する名義貸し合意の私法上の効力という問題は、行政上の法令に違反する法律行為の私法上の効力の問題として、かつてから議論されてきた類型の1つである。この問題は、末弘巖太郎により提起された⁸。

この問題について、通説的見解は、公法と私法を区別し、私法には私法特有の価値観・秩序があるため、公法の規定に反する場合であっても、私法上の効力は独立して判断されることを前提とし、行政法規を取締法規と強行法規とに区別し、取締法規違反の法律行為が直ちに無効になるわけではないとする⁹。取締法規違反行為の効力は、法令の目的・違反行為に対する社会の倫理的非難の程度¹⁰、取引の安全、当事者間の信義・公平等を総合的に考慮して判断されることとなる。

1970～80年代に入り、公法・私法の区別を前提としつつ、違反行為の効力を決する際に、当該行為の履行段階を主たる基準とする見解が登場した¹¹。この

6 岡本正治＝宇内美咲『逐条解説宅地建物取引業法』（大成出版社，第三訂版，2020年）181頁，明石三郎『不動産仲介契約の研究』（一粒社，第2版，1981年）253頁。

7 山本敬三『民法講義Ⅰ民法総則〔第3版〕』（有斐閣，2011年）260頁。

8 末弘巖太郎「法令違反行為の法律的効力」法学協会雑誌47巻1号68～88頁（1929年）。

9 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店，1965年）262頁，幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院，1984年）198頁以下，星野英一『民法概論Ⅰ序論・総則〔改訂〕』（良書普及会，1971年）182頁以下等。

10 山本・前掲注（7）260頁によれば、この点を重視したものとして、最判昭和39年1月23日民集18巻1号37頁がある。これは、アラレ製造販売業者が、有毒性物質が混入したアラレを販売することが食品衛生法により禁止されていることを知りながら、あえてこれを製造し、継続的に販売する契約は公序良俗に違反して無効であると判断された事案である。

11 川井健「物資統制法規違反契約と民法上の無効（上）（下）」判例タイムズ205号14頁以下，206号14頁以下（1967年），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50周年Ⅰ・判例における法理論の展開』（有斐閣，1986年）1～20頁。

見解に立つ川井健は、履行前の違反行為の効力について、私法上原則有効としつつも、法令の性格により履行請求の可否を判断し、履行請求が制限される場合があると主張する¹²。また、双方が履行済みの場合について、川井は、契約どおり当事者双方の利益は実現されていることから、違反行為を無効とする判断は、違反行為者に対する心理的圧迫に過ぎず、法的意味をなさず、実際は有効の場合と同じ結果に至らざるを得ない以上、違反行為を有効と判断すべきであると主張する。

また、磯村保は、契約が未履行の段階において、その行為の履行請求がなされた場合、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であろうか」と指摘して、法秩序にける価値矛盾を回避するため、法令違反行為は全面的に無効と判断すべきであると主張する¹³。履行後においては、取締法規の趣旨だけでなく、当事者間の公平性や取引の安全性をも考慮すべきであるとされる¹⁴。

これらの見解に対し、近時では、公法・私法は、取引秩序の維持、不当な不利益を受けている者の保護という共通の目的があり、相互依存の関係に立つとする見解が有力である。この見解によれば、公法上の法令に違反する場合、その法令が個人の権利実現に資するものとなるのであるならば、その法令目的の実現のため、私法上の効力を否定すべき場合があるとされる¹⁵。行政法規を警察法令と経済法令とに分類し、取引とは直接関連しない価値実現を目的とする警察法令の違反による取引が犠牲とされるのは避けられるべきであるとされる。これは、法令違反の場合であっても私法上の効力は原則否定されないという末弘以来の大きな流れであった。これに対し、取引と密接な関連を有する経済法令は個々の取引を直接規律し、取引環境の整備を目的としているため、経済法令違反は積極的にその効力を否定すべきとされる¹⁶。また、民法90条の安易な

12 川井・前掲注(11)「物資統制法規違反契約と民法上の無効(下)」判例タイムズ206号18頁。

13 磯村・前掲注(11)13～14頁。

14 磯村・前掲注(11)15頁以下。

15 大村敦志「取引と公序」同『生活民法研究Ⅰ契約法から消費者法へ』(東京大学出版会、1999年、初出1993年)201頁以下、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割—取締法規論の再検討」同『公序良俗論の再検討』(有斐閣、2000年・初出1996年)292頁以下。

適用は、私的自治・契約自由を過度に制限することになりかねないため、公序良俗違反として法律行為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するに足りるだけの重要性を持つこと、②当該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の2点を要するとする見解もある¹⁷。これらの見解は、法令の目的を重視し、法秩序の実現のため法令違反行為の効力を否定するものである。

上記のような見解に対し、当事者の私法的な法律関係の形成・意思決定には個人の自由が認められることから、当事者個人の意思を重視し、法令違反行為の私法上の効力を原則否定しない見解もある¹⁸。この見解は、法令違反行為の効力を否定する根拠の1つとして、刑罰規定の増加を挙げる。刑罰規定のある違反行為だけでなく、同条の精神に違反する行為をも民法90条違反として、その行為の効力を否定するものである¹⁹。さらに、公序良俗違反により侵害されている「秩序」を類型化し、その効力が積極的に否定されるのは、契約自由により実効的競争を確保する「競争的公序」に違反する場合であるとするものもある²⁰。これらの見解は、当事者個人の尊重を重視しており、法令違反行為の効力の否定には消極的であると考えられる。

4 本判決の判断枠組み・関連する問題

(1) 判断枠組み

本判決は、上記名古屋高判平成23年1月21日で示された判断を踏まえて、宅建業法13条が禁止する名義貸し合意とこれと一体としてなされた利益分配合意が、公序良俗に違反し、無効であると判断した初めての最高裁判決である。

本判決は、「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

16 大村・前掲注(15)201頁。

17 山本・前掲注(7)268頁以下。

18 長尾治助「消費者取引と公序良俗則(上)(中)(下)」NBL457号6頁以下、NBL459号32頁以下、NBL460号34頁以下(1990年)。

19 長尾・前掲注¹⁸NBL457号11頁。

20 川島武宜=平井宜雄『新版注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣,2003年)110頁〔森田修〕。

である」とし、本件合意の効力を認めた原審の判断を否定した。

本件原判決は、本件合意の成立が認められ、本件合意の効力を否定すべき事情は見当たらないとした。原審において、Yは本件合意の内容が宅建業法に違反する旨を主張していたが²¹、原審は、当該Yの主張を「いったん成立した本件合意の効力を後になって争っているにすぎ」ず、本件合意の効力を否定すべき事情も見当たらないと述べるだけで合意の効力を肯定していた。

宅地建物取引業法違反行為の私法上の効力が争点となったのは上告審からである。本判決は、宅建業法の趣旨などから本件合意の私法上の効力を否定したものであって、その根拠は公序良俗違反（民法90条）であるとした。上記名古屋高判平成23年1月21日においても、宅建業法の趣旨から名義貸し合意の効力が否定されるべきことが指摘されていた。しかし、本判決は、宅建業法の免許制度の目的について、宅地建物取引業を営む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であると解したうえで（宅建業法1条参照）、名義貸し合意が、同法12条1項・13条1項の趣旨に反し、公序良俗に反するものであることを理由に、その効力を否定した。名義貸し合意の私法上の効力を否定する根拠を明確化したものであるといえる。実務はもちろん、理論面においても重要な意義がある判決であるといえる。

（2）賃貸住宅管理業関連

本判決は、宅建業法に関する名義貸し問題に関するものであったが、宅建業法の適用がない賃貸住宅管理業においても参照されるべきものである²²。

賃貸住宅管理業については、令和2年（2020年）6月に賃貸住宅管理業法が成立した。賃貸住宅管理業法は、管理戸数200戸以上の賃貸住宅管理業者の登録を義務化し（同法3条1項²³、施行規則3条²⁴）、賃貸住宅管理業者が自己の名義をもって他人に賃貸住宅管理業を営ませることを禁止しており（同法11条）、これらの違反について刑事罰を定めている（同法41条1号、3号）²⁵。一方で、これらに違反する契約の私法上の効力に関する規定はなく、本判決と同様に、

21 原審におけるYの主張内容については、前掲注(4)参照。

22 宅建業法は、宅地建物の売買・交換又は宅地建物の売買・交換・貸借の代理・媒介をする行為で業として行うものを適用対象とする。賃貸住宅の維持保全や家賃等の金銭管理を行う賃貸住宅管理業について同法の適用はない。

私法上の効力が問題となる。

賃貸住宅管理法は、社会経済情勢の変化に伴い国民の生活の基盤としての賃貸住宅の役割の重要性が増大していることに鑑み、賃貸住宅の入居者の居住の安定の確保及び賃貸住宅の賃貸に係る事業の公正かつ円滑な実施を図るため、賃貸住宅管理業を営む者に係る登録制度を設け、その業務の適正な運営を確保するとともに、特定賃貸借契約の適正化のための措置等を講ずることにより、良好な居住環境を備えた賃貸住宅の安定的な確保を図り、もって国民生活の安定向上及び国民経済の発展に寄与することを目的としている。賃貸住宅管理業務について登録制度を設けることにより、賃貸住宅の居住の安定という国民生活の安全・適正な運営の確保による国民経済の発展の保護を図っていることから、賃貸住宅管理法11条に違反する名義貸し合意は、同条に違反し、同法の採用する登録制度の目的を逸脱するものであり、反社会性が認められると考える。そうすると、賃貸住宅管理業における名義貸し合意は、同条の趣旨に反し、公序良俗に反するものとして、私法上の効力は否定されることとなるだろう。

(3) 宅建業法違反行為の私法上の効力の一般論化

本判決は、名義貸しおよびこれを前提とする取引の利益分配合意は、宅建業法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

23 賃貸住宅管理法3条1項

「賃貸住宅管理業を営もうとする者は、国土交通大臣の登録を受けなければならない。ただし、その事業の規模が、当該事業に係る賃貸住宅の戸数その他の事項を勘案して国土交通省令で定める規模未満であるときは、この限りでない。」

200戸未満の賃貸住宅管理業者は、未登録で業務を行うことができるが、社会的信用力を確保するにあたって登録が推奨されている。国土交通省「賃貸住宅管理法制度概要ハンドブック」https://www.mlit.go.jp/tochi_fudousan_kensetsugyo/const/content/001404844.pdf参照。

24 令和2年国土交通省令第83号「賃貸住宅の管理業務等の適正化に関する法律施行規則」。

施行規則3条

「法第3条第1項の国土交通省令で定める規模は、賃貸住宅管理業に係る賃貸住宅の戸数が200戸であることとする。」

25 宅建業法では、無免許者が宅地建物取引業を営むことを禁止する規定（同法12条1項）があるが、賃貸住宅管理法においては、当該規定に対応する無登録者の業務を禁止する規定はない。この点については、登録義務のない賃貸住宅管理業者が未登録で業務を行うことが認められているためであると考えられる。

あると判断を示した。本判決は、免許制度のもとでの名義貸し合意を一般的に無効と解してきた従来の判例・学説の流れにそうものとして評価されている²⁶。本判決の論理について宅建業法以外の場合にも広く妥当し得るものであるとの指摘もあるが²⁷、宅建業法の他の規定に違反する行為は私法上の効力が否定されることとなるのだろうか。たとえば、宅建業法35条は宅建業者に重要事項説明義務を課すが、当該義務に違反した場合、私法上の効力は否定されるのか。

本判決においては、宅建業法12条1項及び13条1項の違反に対して刑事罰を設けていること（同法79条）が私法上の効力を否定する要素として考慮されているように思われる。しかし、同法35条のように、違反に対する刑事罰が設けられていないものもある²⁸。刑事罰が設けられていない規定違反行為については、刑事罰が設けられている場合と比較して、効力を否定する方向には傾かないのではないだろうか（傾くとしてもわずかなものになる。）。もっとも、私法上の効力の判断にあたっては、刑事罰の有無だけでなく、当該法令・規定の趣旨、保護の目的等も考慮しなければならない。本判決が示した理論の一般化については、さらなる検討が必要である。

（4）無免許者との売買契約等の効力

本判決において無効とされたのは、宅建業者と無免許者間の名義貸し契約であり、無免許者が第三者との間でした売買契約等まで無効と判断したわけではない点には注意しなければならない。

無免許者との売買契約の私法上の効力が争われた事案として、横浜地判昭和61年7月9日判タ621号115頁（以下、「横浜地裁判決」という。）がある。

横浜地裁判決は、「宅建業法は、宅地建物取引業を営む者について免許制度を実施し、その事業に対し必要な規制を行うことにより、その業務の適正な運営と宅地及び建物の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、もつて購入者等の利益の保護と宅地及び建物の流通の円滑化

26 石川・前掲注（3）33頁。

27 石川・前掲注（3）33頁。

28 なお、宅建業法35条1項ないし3項規定の事項を説明する際、宅地建物取引士証を提示しなかった場合は、同条4項違反として、10万円以下の過料の対象となる（同法86条）。しかし、説明事項を定める同条1項ないし3項の違反に対しては、刑事罰は設けられていない。

とを図ることを目的とし（1条）、宅地建物取引業（2条2号）を営もうとする者は、二以上の都道府県の区域内に事務所を設置してその事業を営もうとする場合には建設大臣の、一の都道府県の区域内の事務所を設置してその事業を営もうとする場合にあつては当該事務所の所在地を管轄する都道府県知事の免許を受けなければならないものとし（3条1項）、右免許を受けない者は、宅地建物取引業を営んではならない（12条1項）と定め、12条1項の規定に違反した者は3年以下の懲役若しくは50万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する旨定めている（79条2号）ところ、『宅地建物取引業を営む』とは、営利の目的で反復継続して行う意思のもとに宅建業法二条二号所定の行為、すなわち宅地若しくは建物…の売買若しくは交換又は宅地若しくは建物の売買、交換若しくは貸借の代理若しくは媒介をする行為をなすことをいうものと解される…から、右規定の趣旨は、主として行政取締の必要上免許を得ないでかかる行為を営業としてなすことを規制し、刑罰によつてこれを防止しようとしたに止まるのであつて、何人も非営業としてこれをなすことまで同法は禁止していないし、また、営業としてこれをなした場合でもその行為自体の私法上の効力まで失わしめるものではないと解するのが相当である」として、無免許者との売買契約の効力を認めた。

学説においても、当事者間の信義・公平、法規の目的の観点から、契約は有効とされるのが一般的であるといわれる²⁹。また、宅地建物取引業は行政上の考慮に基づいて一般的に禁止されたものであつて、無免許営業の行為自体が強度の反道徳的な行為として社会の倫理的非難を受ける性質を有するものではないこと、効力を否定することによる取引関係者等への影響等の事情から、無効とするまでの理由はないとする見解もある³⁰。

5 令和3年判決差戻審における審理事項

差戻審においては、①本件合意が、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・Yで分配する旨を含むものであること、②Xは本件合意の前後を通じて宅地建物取

29 山本・前掲（7）261頁。

30 岡本=宇仁・前掲注（6）175頁。

引業を営むことを計画していたことがうかがわれるという事情によって、本件合意が宅建業法12条1項および13条1項の趣旨に反する疑いがあるとして、本件合意の効力の再審理が求められた。

このうち、②に関して、名義貸しが宅建業法13条1項違反となるためには、「他人」が「宅地建物取引業を営」むことを要し、名義借りが営利目的で反復継続して行う意思をもって宅地建物取引業（同法2条2号）をするものでなければならない³¹。本件合意は、本件不動産に係る取引終了後、X・Yは共同して不動産取引を行わない旨の内容が含まれるが、原審は、Xの反復継続の意思の有無について判断していない。Xの反復継続的な意思の有無について審理判断されることになると考えられる³²。

「反復継続的な意思」については、現実に反復継続したことを要せず、反復継続して行う意思をもってする行為で足りると解される³³。そして、「反復継続的な意思」の判断は、取引回数³⁴、取引の当事者、取引の目的、形態、端緒（広告等）、事務所等の設置の有無等を勘案し行われる³⁵。

仮に、反復継続性が認められ名義貸し契約に該当すると評価されることで、本件合意が公序良俗違反により無効となる場合、Xの請求は棄却されることになる。他方で、Yの不当利得返還請求（反訴請求）について、Yによる100万円の支払いが不法原因給付に当たるか否かが新たに問題となる。

V おわりに

令和3年判決は、名義貸し合意及びこれと一体してなされた取引の利益分配

31 前掲注（5）最二決昭和49年12月16日。

32 原田・前掲注（3）70頁、家原・前掲注（3）123頁においても、同様の指摘がなされている。

33 岡本＝宇仁・前掲注（6）165頁。

34 取引回数に関する裁判例として、広島高裁岡山支判昭和39年10月8日高刑集17巻6号615頁、福岡高判昭和44年6月25日福岡高検速報昭和44年1058号7頁、大阪高判昭和44年12月16日大阪高検速報昭和44年9号37頁、名古屋高判昭和45年8月27日名古屋高検速報昭和45年489号20頁、前掲注（5）最二決昭和49年12月16日、東京高判昭和50年7月24日東京高刑時報26巻7号126頁などがある。

35 岡本＝宇仁・前掲注（6）165～166頁。

合意を無効とする根拠として、「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」と判示した。しかし、本判決は本件合意の効力等について原審に差し戻しており、この点、差戻審の判断を待つこととなる。

本件合意が公序良俗に反するとして無効とされた場合、Xの請求は棄却され、新たにYによる1000万円の支払いが不法原因給付に当たるか否か（Yの不当利得返還請求）が問題となる。

令和3年判決は、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者で分配する旨の合意が、宅建業法12条1項・13条1項の趣旨に反し、公序良俗に反するものであることを理由に、その効力を否定したものとして意義を有することはすでに指摘したとおりである。本判決は、さらに、宅建業法の隣接分野である賃貸住宅管理業においても、有益な示唆を与えるものだと思われる。賃貸住宅管理業法は、施行されて間もないが、今後、本判決と類似の事件が起きることが予想される。その点において、本判決の意義は大きなものであるといえるだろう。

しかし、賃貸住宅管理業法においては、一定戸数の管理業者に対してのみ登録義務を課していることから、生じる問題はより複雑である。たとえば、登録済みの管理業者が自己の名義をもって他人に賃貸住宅管理業を営ませた場合、名義貸しを行った管理業者は、賃貸住宅管理業法11条違反として、刑事責任を負うことになる（賃貸住宅管理業法41条3号）。では、名義貸し人が登録義務のない未登録の管理業者であった場合はどうか³⁶。名義貸し人・名義借り人となる管理業者が登録義務を負っているか否か、また、登録義務を負っている場合、実際に登録がなされているか否かにより、各管理業者の負う刑事責任は異なるのだろうか。令和3年判決においても、宅建業法12条1項・13条1項違反

36 管理戸数が200戸未満の管理業者に対しても、賃貸住宅管理業法のルールを遵守することが管理業者・オーナー間のトラブルの防止につながることから、賃貸住宅管理業の登録が推奨されている。なお、管理戸数200戸未満の管理業者であっても、登録を受けた場合は、賃貸住宅管理業法が定める賃貸住宅管理業に関する規制に服することとなるため、これに違反した場合には、監督処分や刑罰の対象となる。詳細は、国土交通省「賃貸住宅管理業法FAQ集」https://www.mlit.go.jp/tochi_fudousan_kensetsugyo/const/content/001417157.pdf（2023年7月18日確認）。

に刑事罰が設けられていること（同法79条）が私法上の効力を判断する際の考慮要素であったことから、賃貸住宅管理業法における同様の問題については、この点を明確にしたうえで、その解決を検討しなければならない。

さらに、今後の課題として、宅建業法における本判決の一般論化も残されている。これについては、法令の趣旨、保護の目的等を考慮したうえで、その可能性について模索していかなければならない。