

自然債務と宅地建物取引業法違反

岡 田 愛

- 一 はじめに
- 二 自然債務の学説について
- 三 取締法規違反である宅建業法違反の効力について
- 四 無免許業者による報酬請求権についての判例
- 五 研究
- 六 おわりに

一 はじめに

自然債務を認めたといわれる判例として、カフェー丸玉事件判決がある¹⁾。この判決は、判決文に「自然債務」という言葉そのものは出てこない。しかし、裁判上の請求は認められないが債務者が任意に支払った場合には給付保持力を有する債権の存在を示唆したものであり、いわゆる自然債務を認めた判例として評価されている²⁾。その後、自然債務が民法上裁判で問題となることはほとんどなかったが、昭和47年以降、無免許の宅建業者の報酬請求権に関して自然債務を認める判決が続くようになり、現在、無免許の宅建業者の報酬請求権は自然債務ということで争いはない³⁾。しかし、無免許の宅建業者の報酬請求権の有無は、本来民法90条で処理すべき問題、すなわち行政法上の取締法規違反の場合の効力の問題であり、結局はそれぞれの取締法規について、立法の趣旨、違反行為に対する社会の倫理的な非難の程度、一般取引に及ぼす影響、当事者間の信義・公正などを総合的に判断して、私

1) 大判昭和10年4月25日「カフェー丸玉事件」(貸金請求事件 法律新聞3835号5号)。Yがカフェーで知り合った女給Xの歓心を買うためにXの将来の独立資金として金400円を贈与することを約して準消費貸借契約をした証書をXに交付したため、XがYにこれを請求した事件である。「諾約者が自ら進で之を履行するときは債務の弁済たることを失わざらんも要約者に於て之が履行を強要することを得ざる特殊の債務関係」という論理構成でXの請求を排斥し、原審へ差し戻した。なお、差戻審(大阪地判昭和11年3月24日(法律新聞3973号5頁))では、本件契約は自然債務ではなく有効な贈与契約と判断され、Xの主張が認められている。

2) 自説は、心裡留保で処理すべき事案であったと考える。広中『民法論集』317頁(東京大学出版 1971年)も、本判決の意図は、債務の効力を極小化し「諾約者が自ら進で之を履行するときは債務の弁済たることを失わはざらむ」という効力のみを認めようとしたのではないかとし、これはむしろ徳義上の契約に基づく義務であり、法上の義務である自然債務とは区別して考えるべきであった、結論は妥当としつつも、心裡留保や公序良俗で無効とされるのなら別として、そうでないかぎり pacta sunt servanda (合意は守られなければならない)の原則を貫徹して訴求可能性を認めるということが妥当であった、とする。

3) 明石『不動産仲介契約の研究』53頁(一粒社 1977年)。無免許業者の報酬請求権についての検討を行っている数少ない研究である。

法上の契約が有効か又は無効となるか検討すべきと考えられる。しかし、「裁判外において委託者が任意に報酬を支払うことは許されると同時に、業者がこれを受領してもそれは不当利得とはならないが、業者の側から裁判所に対してその報酬請求権について確認または給付の請求はなし得ないものと解する」(東京地判昭和47年9月12日 判時694号72頁、判タ288号328頁)とされて以降、無免許の宅建業者が行う手数料・報酬支払請求債権は自然債務であると解されるようになり、現在自然債務と宅建業法違反の関係について判例・学説ともに特に問題としていない。このような行政法規に反する業者の報酬債権を自然債務と解する考え方によると、従来行政法規違反の私法上の効力は、有効か無効(場合によっては一部無効)か、と二つに分かれていたところが、有効、有効だが自然債務、無効、と三段階に区別されることになる。しかし、もともと民法90条を根拠に、契約の効力を有効か無効かとしてしか考えていなかったところに、有効だが自然債務として訴求力を認めないという考えを認めるのか、検討の必要性があるといえる。

他方、自然債務概念そのものの有用性についても、これまで学説上争われてきた。自然債務は、「訴求力はないが、給付保持力がある債務」、すなわち、裁判上請求できないが債務者が任意に交付したものについては債権者が債務者に返還する必要はない債務として説明され、このような概念を認めるべきかどうかについて争いがある。否定する立場の根拠のひとつとして、自然債務の発生根拠が合意や法制度など一様でなく多岐にわたっており、一つの概念にまとめる必要性がないことがあげられている。確かに、これまで自然債務の具体例としてあげられた中には、実体法上債権債務関係が存在するものと、実体法上無効であるが給付保持力を認めてよいと考えられるものが混在していた。例えば、不訴求の合意のある債務や債権者が勝訴の終局判決を受けた後訴えを取り下げた場合の債務(民訴262条2項)など、実体法上債権債務関係は存在するが訴求力はなくなるものはもちろん、消滅時効の援用があった債務(508条)も、援用によって実体法上債権債務関係は消滅しているにもかかわらず⁴⁾、同様に自然債務に含められてきた。

自説では、自然債務とは実体法上有効な債権債務関係がある場合で、かつ、訴求力がないものをいうと解する。すなわち、無効であるが明文の規定に基づいて給付保持力が認められる場合は、債務そのものが存在しないのであるから、いわゆる自然債務に含めるべきではないと考える。従って、時効消滅した債権での相殺(508条)のように、実体法上債権債務関係は無いにもかかわらず債権者が給付保持力を有するとされるものは、自然債務にあたらぬ。なぜなら、実体法上無効であれば訴求力を持たないのはむしろ当然であり、それにもかかわらず給付保持力が認められるのは、一定の政策的配慮に基づいて明文規定が設けられた場合か(民法508条や、かつての利息制限法1条2項など)、もしくは贈与、非債弁済のいずれかに当たる場合に限られ、いずれにもあたらなければ不当利得になるのが当然であるから

4) 508条は、一般に自然債務の一つとして挙げられるが(我妻『新訂 債権総論』70頁〔岩波書店 1976年〕)、石田(喜)は、これは時効にかかった債務について特別に認められた権能である旨を述べている。すなわち「相殺は、債権者が原則として国家機関の手を介して債務者の責任財産に対して有する握取力(Zugriffsmacht)を、一定の場合に特定の個人に委ねた制度であるとするかぎり、訴求・強制執行可能性を欠く債権に相殺可能性を与えるのは、それ自体論理矛盾である一強制的に弁済させたことになるからである。」として、自然債務が存在するから相殺できるという考えではなく、時効制度の趣旨より明文で認められた効果であることを指摘する(『自然債務法序説』76頁〔成文堂 1981年〕)。

である。その点では、実体法上債権債務がない場合も自然「債務」があると考えて給付保持力を認めると解するのは、実体法上存在しない債務があるかのように考えるものであり、概念として矛盾する。

以上のようにみると、行政法規違反の私法上の効果として、明文の規定がないにもかかわらず自然債務を理由として処理することは適切ではなく、民法90条を根拠に無効とするか、90条に反するとまでいえない場合は有効と処理すべきであったと考えられるが、以下これまでの判例、学説を挙げつつ検討する。

二 自然債務の学説

そもそも債権には、①請求力、②給付保持力、③訴求力、④執行力が必要とされるが、請求力と給付保持力しかなく訴求力のないものを自然債務とし、訴求力はあるが執行力をもたないものを責任なき債務、そして両者をあわせて不完全債務とよぶ⁵⁾。責任なき債務もあわせて自然債務（広義）とする見解もあるが、本稿では、責任なき債務は前者の自然債務と区別する。

自然債務の具体例としては、①不法原因に基づく債務（708条）、②消滅時効の援用があった債務（508条）、③債権者が勝訴の終局判決をうけたのち訴えを取り下げた場合の債務（民訴262条2項）、④破産手続において免責された債務（破産法366条ノ12）⁶⁾、などが挙げられる。また、これらのように法律の規定により訴求力と執行力がない債権に加え、⑤当事者間の合意による不訴求特約の有効性も判例上認められている⁷⁾。

自然債務については、そもそも、旧民法財産編562条から572条に自然債務の規定があったのに対し、起草委員穂積陳重がこれらの規定を削除したという経緯がある⁸⁾。理由は、①“理論上の誤謬”を法典の上に表すことになる（債務とは、一定人に作為不作為を命じうるものであるはずなのに、自然債務はこれを命じ得ない）、②自然法の債務というものの規定を掲げると、制裁のない権利義務が存するというのを公然に認めることになる、③自然債務に関する規定というものは、この債務自身の規定ではなくして、法律以外の債務の弁済の結果というものに関する規定であるから、この債務というものが既に消えた後のことを規定するのである、すると、債務自身の規定でなくて、仮にその規定が要るとしても他のところにこれを掲げるべきである、④この自然債務の性質ならびに範囲についてはこれまで一定の学説がなかったがゆえに、性質、範囲は人により皆変わっているので、一定の債務としてこれを法典上に存しておくことは宜しくない、⑤所謂自然債務の弁済は、徳義上からいえばあるいは債務の弁済かもしれないが、法律上から見れば債務の弁済ではなく、「贈与」であ

5) 我妻『新訂 債権総論』68頁（前掲）

6) かつては、利息制限法の制限を超過する利息債務や和議において一部免除を受けた部分の債務もあげられていたが、利息制限法は2006年に1条2項が改正されて削除され、また和議も2000年に民事再生法が新たに施行されたことにもなって和議の制度は廃止されたことから、今回は具体例には挙げていない。

7) 特定の債権につき債権者と債務者間で不起訴の合意がなされている場合は、右債権により債務の履行を求める訴は権利保護の利益を欠くとした事例（名古屋高判昭和33年2月27日 高民集11巻5号339頁）。

8) 『日本近代立法資料叢書13巻』83頁（民法主査会第4回議事速記録商事法務研究会 1983年）。

る、ことをあげている。その結果、特に議論されることもなく削除され、我が国の民法典には自然債務の規定は存在しないことになった。しかし、その後大審院（大判昭和2年3月16日、民集6巻187頁）で「判決ニ基ク執行ヲ為サザル旨ノ特約」の有効性を承認し、また、カフェー丸玉事件で訴求力を有しないが給付保持力のある債権を認めるに至った。

このように、法律上および契約上、訴求力を持たない債務がある点についてほぼ争いはないが、これを自然債務という形で捉えるか、もしくは贈与や非債弁済という別の形で捉えるかについて、自然債務概念の肯定論と否定論が、従来から主張されてきた。

1 自然債務否定説

自然債務を否定する見解は、自然債務発生の根拠が、法制度であつたり当事者の意思であつたりと一定でなく統一的に把握できないことから、自然債務という概念ではなく、債権の効力を一部欠く不完全債務という概念を認めれば足りるとしたり⁹⁾、「近代法において自然債務と呼ばれているものは、一様ではなく、種々の性質のものを含んでいる。時効にかかった債務のように、裁判上は主張できなくなったが裁判外では（社会倫理的には）もとのままで存続していると見られるものもある。この場合には、一応ローマの自然債務の概念に比較的近いものと言えるであろう。しかし、不法原因給付や制限超過利息が非債弁済による不当利得とならないのは、決して社会倫理的に、すなわち厳格法による強制はないが実質的には、正当視されているからでなく、元来はこれらの場合には社会倫理的に（自然法的に）債権そのものが存在しないのであり、ただ特殊な法政策的考慮にもとづいてあたかも有効として認められたかのごとき結果となるだけなのである。だから、この場合には『自然』債務は存在しないと認められねばならない。近代法における、かような不完全な効力をもつ債権の存在理由はさまざまであり、かつその効力の具体的内容も一様ではない。これを一つの、しかもまぎらわしい『自然』債務という概念に総括することは有害無益である。」¹⁰⁾として、明確に否定する見解もある。

最近では、自然債務概念の法技術的意味は自然債務を弁済した場合に不当利得の返還請求が排除される点に存在するとしたうえで、①贈与など、自然債務以外に「法律上の原因」（703条）を認める方法、②非債弁済（705条）による方法、③不法原因給付（708条）による方法、いずれかによることができるとして、給付保持力を有するが訴求力を欠く債務の存在そのものを否定すべきことを主張する見解（大久保説）もある¹¹⁾。

2 自然債務概念肯定説

自然債務概念を肯定する立場でも、川島説の批判を受け、利息制限法の制限を超えた利息の債務者の任意弁済や708条の返還請求の否定は政策的な判断によるものでこれを債務とするのはおかしいとして、これらは自然債務ではないとする¹²⁾。しかし一方で、カフェー丸玉事件のような任意の弁済となるが履行請求はできないという場合を、あえて贈与ないし債

9) 前田 判タ614号5頁、『口述債権総論（第3版）』109頁（成文堂 1993年）。

10) 川島『債権法講義第一分冊』62頁（近代思想社 1948年）。

11) 大久保「自然債務否定論」『民事法理論の諸問題（上）奥田昌道先生還暦記念』（1993年）

12) 星野『民法概論Ⅲ（債権総論）』31頁（良書普及会 1988年）

務負担行為がなされたとする必要もないとし、また「債権には、債務の不履行に対して、法的強制力が与えられるのが原則である。だが、非法律的社会規範と法律規範とが交錯する場面において、あるいは、訴訟制度上の一事不再理の法理に基づいて、法律上の債権が存在しながら法的強制力の全部（訴求力・執行力）または一部（執行力）を欠く場合を生ずることは否定しえない。法的強制力を欠く債権は、自然債務または不完全債務の概念でもって包摂するのが適当と思われる。」と解したりして¹³⁾、独立した自然債務概念を認めようとする。さらに、「自然債務という統一した観念を認めずに、各個について特殊の立法理由を求めてこれを説明することは、もとより不可能ではあるまい。然し、その各個の理由は、要するに、当該債務について法的強制を認めない特殊の事情であり、その反面においては、これを他の非法律的社会規範に任せようとする趣旨を含むものであろう。それなら、これを自然債務という観念に統一することは、きわめて自然の推理である。のみならず、かような観念を認めることは、現代の整備した法秩序の下においても、国家は当該債権の社会的作用を考慮して、これを他の規範の強制に任せざるべきものがあることを反省させる点において、実益もあるといわねばならない。」¹⁴⁾として、積極的に自然債務の必要性を説く見解もある。

もっとも、自然債務概念を認める立場の中でも、道義上の義務も含めて考えていると思われる立場と¹⁵⁾、道義上の債務と自然債務とを明確に区別して考える立場とがある¹⁶⁾。

3 検 討

大久保説以外は、給付保持力を有するが訴求力を欠く債務の存在そのものは認めており、それらの債務を包括する概念として、自然債務を認めるかどうかで争いがある。否定する立場の見解は、いわゆる自然債務の根拠の多様性から、自然債務という統一概念で処理することの有益性に疑問を呈しているのに対して、肯定する立場は、法律上訴求力や強制力を欠く債権が存在する以上は、その存在を統一的概念を用いて認めるべきとの立場を主張する。

思うに、不訴求の合意がある場合や債権者が勝訴の終局判決を受けた後訴えを取り下げた場合のように、実体法上債権債務関係は存在するが訴求力はなくなる債権があることは否定できない以上、自然債務そのものは認めるべきであると考え。これに対し、不法原因給付（708条）はもとより、消滅時効の援用があった債務（508条）や破産債権¹⁷⁾のように、実体法上債権債務関係は消滅しているにもかかわらず、債務者が給付すれば給付保持力が認め

13) 於保『債権総論（新版）』71頁（有斐閣 1972年）

14) 我妻『新訂 債権総論』70頁（前掲）

15) 「反対説は、近代法においては法と道徳とは峻別されているとか峻別されるべきである、とも主張するが、前者は事実問題としても疑問であり、後者はむしろ逆に、民法も一定の範囲で道徳を採り入れることは当然であり、望ましいと思われる。」とする（星野 前掲31頁）。

16) 「訴権を欠くが任意履行が弁済を生じるというのが、自然債務の最小限の効力であり、道徳上の義務と区別されるのは、法的為の存在ゆえにであり、また、訴権の欠如は、現象的にはさまざまな因によるけれども、法の設定した統一的画一的基準からこぼれ落ちた、当事者間の具体的個別的な拘束力こそ、自然債務の本体であると考え」、とする（石田（喜）『自然債務論序説』186頁〔前掲〕）。

なお、判例は、京都地判平成12年3月31日（損害賠償等請求事件 判時1758号108頁）において、運転上の過失によりXらの娘Aを即死させた加害者Yがなす供養の債務は、「本来、Yが良心に基づき自発的に任意に行うのでなければ全く意味がないものであるから、右約束に基づく債務は、債務者であるYの任意の履行に期待すべきものであって、国の機関である裁判所の判決による強制力をもってその実現を求めることはできない、いわゆる自然債務であるというべきである。」としており、道徳上の債務も自然債務に含める立場と解される。

られるものもある。しかしこれらは、あくまでも法政策上の理由に基づいて明文の規定を設け、例外的に給付保持力を認めただけであり、自然債務という概念を根拠に給付保持力が認められるわけではないと考える。なぜなら、実体法上債権債務関係が存在しない以上給付を受ける権利はないはずであり、それにもかかわらず給付をうけてそれを保持しうるのは、贈与または非債弁済にあたるか、それ以外の法政策的配慮に基づき明文の根拠がある場合に限られるはずであるからである。

このように自説は、自然債務とは実体法上有効な債権債務関係がある場合で、かつ、訴求力がないものをいい、無効であるが明文の規定に基づいて給付保持力が認められる場合は、「債務」は存在しないのであり、いわゆる自然債務に含めるべきではないと考える。すなわち、これまでの具体例で述べると、不請求の合意や終局判決後の訴の取下の場合こそが自然債務であり、708条はもちろん、508条の場合は自然債務に含まないと解する。

三 取締法規違反である宅建業法違反の効力について

1 取締法規違反と民法90条

取締法規とは、一定の行為を禁止し又は制限することを目的とするものであり、事実行為の取締りと取引行為の取締り双方を含むが、本稿では法律行為の効力に関して検討することから事実行為の取締法規は含めない。そして、法律行為の取締りを目的とする取締法規は、行政上の観点から特定の法律行為を禁止するものの「～してはならない」とのみ規定して、その私法上の効果について規定しないことがほとんどであることから、従来よりその取締法規違反の法律行為が、民法上の強行規定に触れる場合は私法上の効力が否定され、強行規定に反しない場合は、行政上は処罰を受けても私法上は有効と判断されてきた¹⁸⁾。つまり、法律行為の内容は取締法規と私法上の強行規定とそれぞれ判断されることになる。したがって両者の関係については、①ある取引行為が取締法規と強行規定双方に反する場合(処罰されると同時に無効となる)、②取締法規に反するが強行規定には反しない場合(処罰はされるが行為の私法上の効果は有効となる)、③取締法規に反しないが強行規定に反する場合(行政上取締りは受けないが私法上行為の効力は無効となる)に分けられる(ただし、③は今回のテーマからは外れる)。もっとも、形式的には場合を分けることが可能であるが、前述の通り行政法規違反の効力が不明確であるのに加え、民法90条も一般規定であって要件が抽象的であることから、結局は「それぞれの取締法規について、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・公正などを仔細に

17) 現在、破産債権は、債務そのものは消滅せず、単に責任が消滅し自然債務として存続すると解する立場が支配的である(池田『注解破産法第3版(下)』822頁〔斉藤、麻上編 青林書院 1999年〕)。しかし、債務者の更生という免責の制度趣旨および366条ノ13は保証債務の付従性について立法的に例外を定めたものと解すべきことから、破産債権は実体法上も消滅する(伊藤『破産法(全訂第3版)』474頁〔有斐閣 2000年〕)。

18) それゆえ、私法上の効果に影響のないものだけを単なる取締法規といい、私法上の効果を否定するものを効力規定といい区別する場合もあるが、本稿ではまさに無免許業者の報酬請求権の効力を問題とすることから、特に両者の区別をせず、取引行為の取締りを目的とする法規を取締法規として考える。

19) 我妻『新訂 民法総則』264頁(前掲)。

検討して決定する他はない¹⁹⁾」とされてきた。

2 宅地建物取引業法違反の取引の効果

宅建業においても、宅地建物取引業法により行政上の観点から一定の規制がもうけられており、この規制に違反した場合には私法上の効力が問題となる。今回は特に無免許営業者の報酬請求権を扱っているが、無免許営業とは、宅建業法3条1項の建設大臣または都道府県知事の免許を受けない者が宅地建物取引業を営むことをいう²⁰⁾。この免許を受けない者が宅地建物取引業を営むことは禁止されており（宅建業法12条1項）、無免許営業の禁止規定に違反した場合は、3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金に処せられる（宅建業法79条2号）。しかし、宅建業法12条1項に違反して売買契約、媒介契約などをした場合の私法上の効果については、特に規定していない。

この点判例は、「無免許で宅地建物取引業を営むことに対して刑罰の制裁があることと、無免許業者のなす仲介契約の私法上の効力の有無とは自ら区別されるべき問題であり、無免許営業が直ちに反道徳な行為としての社会の倫理的非難を受ける性質のものではないこと」（判例【2】横浜地判昭和50年3月25日 後掲）、を理由として、無免許業者との売買契約、媒介契約、媒介・代理により成立した契約は、私法上の効力を有効とする（判例【1】東京地判昭和47年9月12日、判例【9】横浜地判昭和61年7月9日、判例【7】横浜地判昭和62年7月1日、判例【4】大阪地判平成1年12月22日、判例【5】東京地判平成5年12月27日も同旨）。これに対し、無免許業者の報酬請求権は自然債務と考えており、契約は有効としつつも強制力を否定している（判例【1】～【8】）。これは宅建業者間の売買を無免許業者が媒介した場合も同様である。

四 判 例

学説で指摘されてきたとおり、いわゆる自然債務はさまざまな根拠に基づいて発生するが、①実体法上債務が存在しない場合と、②実体法上債務が存在する場合がある。その点では、前者の場合も「債務」があるという表現は不適切であり、概念として矛盾しているということは先述の通りである。しかし、「訴求力はないが給付保持力はある債権」が自然債務であると考えられ、特に実体法上の権利義務関係を考慮しないで判断されてきたことから、特に行政法規違反との領域で混乱が生じているといえる。以下、これまでの宅建業法違反の判例を概観した上で、問題点を検討する。

1 宅建業法に違反してなされた無免許者の報酬請求権の判例

(1) 無免許の業者と一般消費者間の報酬請求事例

【1】東京地判昭和47年9月12日 報酬金請求事件（判時694号72頁、判タ288号328頁）

Xは光住宅社という名称で不動産仲介業を営んでいたが、本件仲介行為当時宅地建物取引

20) 岡本『改訂版 詳解 宅地建物取引業法』71頁（明石・上原他 大成出版社 1995年）。

業法で規定されている登録を受けていなかった。XがYに対して報酬を請求したが、取引主任者制度(昭和32年法第131号により創設)が未だ設けられず、また、登録制度が免許制度(昭和39年法第166号により創設改正)に移行する以前の法制の下における未登録業者に報酬請求権があるといえるか問題となった。

判旨では、本件取引が行われた昭和30年当時における宅地建物取引業法が、第3条第1項で登録を必要としていること、第12条で「登録を受けない者は宅地建物取引業を営んではならない」と規定し、これに違反した者は第24条で3年以下の懲役もしくは30万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する旨規定していること、そして右登録の申請については第6条において一定の欠格事由を規定するなどして、業者の資質の向上を所期していることなどがあることから、未登録業者による宅地建物の仲介等の行為が強く禁止されていることが明らかとしたうえで、「国がその行政的規制の面においてこのように登録を重要視している場合には、司法の面においても、未登録業者のなした仲介委託契約における報酬請求権の成否については、一定の制約を考慮することが要請されるものと考え。すなわち、未登録業者の報酬請求権は、それが業者として未登録という点を除いては、実体法上完全に成立する場合でも、裁判所の力をかりて実現することは許されないものと解するのが妥当である。換言すれば裁判外において委託者が任意に報酬を支払うことは許されると同時に、業者がこれを受領してもそれは不当利得とはならないが、業者の側から裁判所に対してその報酬請求権について確認または給付の請求はなし得ないものと解する。」として、Xの請求を棄却した。

本判例は、自然債務という言葉は用いていないが、無登録業者の報酬請求権は債務者が任意に支払った場合には不当利得とはならないが、訴求力はない旨判断した事例である。当時まだ宅地建物取引業法が整っていなかったが、法の趣旨全体より、未登録業者の報酬請求を否定しつつも委託者が任意に支払うことは許され、業者の不当利得とはならないと判断した。本判決の前に、仲介業者間での報酬の分配について判断された事例がある(判例【6】名古屋地判昭和38年11月11日 後掲)。いずれも、免許制になる以前のケースであるが、任意の支払を認めつつも訴求力を否定しており、自然債務という言葉は用いていないが、自然債務を認めたものと解される。

なお、一般消費者との仲介も業者間の報酬の分配も区別していない。

【2】横浜地判昭和50年3月25日 不当利得金返還請求事件(判タ326号253頁)

訴外Aら15名は、その共有地を売却するための仲介をYら(無免許)に依頼した。その仲介依頼の際に、Aらは手取額を坪当たり1万2500円プラス150万円と指値し、この金額を超過して売却できたときはその超過分全部をYらが取得することを承諾し、その旨記載した売渡承諾書を作成しYらに交付した。YらはXと交渉を成立させ、AX間で坪当たり1万5000円(総額1億1712万円)で売買契約が締結され、またAらからYらに対して仲介手数料の内金名下に1000万円が支払われた。しかしその後、埼玉県当局から防風保安林指定の解除手続が未了であることを理由とする造成工事の中止命令が出されたことから、XからAへ本件売買契約の解除を申し入れる事態が生じた。その過程で、Aらが坪当たり1万2500円で指値していたこと及びYらへ1000万円の手取額を支払っていたことがXに明らかになり、これらを

踏まえて、A X間で改めて坪当たり1万2500円で売買契約を締結した。しかし、AらがYらへ支払った1000万円の返還を求めるのは困難であり、また、実測の結果目的地の筆数が減った（総額8625万円となった）ことから、Aらの間で紛争が生じるおそれがある旨の窮状をAがXに訴えたところ、Xは、1000万円についてX側で処理するものとして、代金8625万円とは別に1000万円をAらに支払い、この1000万円についてはAらを代位してYらに不当利得返還請求することで合意した。その後、Xは、Yらに対して、Yは宅地建物取引業の免許を受けておらず手数料を請求することは法的に許されないなどとして、1000万円について返還請求をした。

判旨では、宅地建物取引業法が免許制度を実施し、無免許業者による仲介等の取引行為を刑罰による制裁をもって強く禁止したのは、その業務の適正な運営と宅地建物取引の公正を確保し、もって購入者等の利益の保護と宅地建物の利用の促進を図るため（同法1条）と述べた上で、「無免許で宅地建物取引業を営むことに対して刑罰の制裁があることと、無免許業者のなす仲介契約の私法上の効力の有無とは自ら区別されるべき問題であり、無免許営業が直ちに反道徳な行為としての社会の倫理的非難を受ける性質のものではないこと、取引業者の仲介行為によって契約締結上の利益を受けた不動産取引の当事者に無免許を理由とする仲介契約の無効の主張を許すときは、著しく当事者間の信義公平に反する結果を招く場合があり得ることおよび同法の前記のような立法趣旨を考えあわせると、無免許業者のなす個々の仲介契約の私法上の効力を否定して、これを実体法上無効とするまでの理由はないというべきであり、したがって、無免許の取引業者が仲介行為をした場合であっても、それによる仲介委託者に対する報酬請求権の成立を妨げないものと解すべきである。もっとも、右報酬請求権の裁判上の行使を認めるとすれば、それは、国が一方において無免許営業を刑罰の制裁をもって禁止しながら、他面において無免許営業の利益の取得に力をなすことになることとなるから、無免許業者がその報酬権を裁判所の力をかりて実現することは許されないものと解する余地があるけれども、実体法上右報酬請求権の成立を妨げないのであるから、裁判外において仲介委託者が任意に報酬を支払うことは許され、業者がこれを受領しても不当利得とはならないものというべきである。」として、Xの請求を棄却した。

本件は、宅地建物取引業者が登録制から免許制になった後の事案である。無免許業者の仲介契約の私法上の効力を有効としつつ、その報酬は裁判上請求できないとした。仲介契約は民法90条により無効とする必要はなく有効であるとしつつ、仲介契約に基づく報酬支払請求権の訴求力はないとした事案である。

【3】横浜地判昭和63年6月20日 報酬金請求事件（判時1304号104頁）

X1社は、不動産の売買、賃貸、仲介、金銭の貸付等を目的とする会社であり、X2はその代表者である。X2はYらからY所有の不動産を売却について仲介を依頼され、その後Xの仲介により訴外A Y間で本件不動産を7億円で売り渡す旨の契約を締結した。AとYらは契約前日に、Xらに対し、各自、紹介料として2100万円を契約成立時に支払う旨の契約を締結していた。Xらからの報酬請求に対し、Yらは、Xは宅地建物取引業者としての免許を受けていない旨主張した。

判旨では、宅建業法が、改正を重ねて無免許の業者による宅地建物の仲介等の行為を強く禁止しようとしており、免許制を設けた上でこれに違反した場合は懲役や罰金の罰則を設けていることなどから、「行政的規制の面において免許制度が重視されるどころ、司法の面においても、無免許の業者のした仲介委託契約における報酬請求権の成否については、一定の制約が要請されるものというべきである。そして、無免許の業者の報酬請求権は、実体法上完全に成立する場合であっても、裁判上、その請求権を実現することは許されないものと解すべきである。したがって、無免許の業者は、裁判外において委託者から任意に報酬の支払を受けることは格別、裁判所に対し、その報酬の給付を請求しえないものと解すべきである。」として、Xの請求を棄却した。

【4】大阪地判平成1年12月22日 報酬金請求事件(判時1357号102頁)

XはYから、Y所有の本件不動産を売却することについての仲介を委託され、その際Yは、Xに対し買主が売買代金の支払完了時に報酬として1500万円を支払う旨黙示的に約束した。その後YはXの仲介で訴外Aに不動産を売却し、Aは代金を支払ったが、Yが報酬の支払を拒絶したことからXが報酬の支払いを求めて訴えた。これに対しYは、Xの無免許などを理由にXの報酬請求権について争った。

判旨では、宅地建物取引業法が無免許での営業を禁止しており、これに違反すると3年以下の懲役もしくは50万円以下の罰金又はその併科を規定していることをあげた上で、「右のごとき取締法規に違反してなされた行為に、いかなる効力が付与されるべきかは、その立法の趣旨、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、当事者間に信義等を総合的に検討して決せられるべきである。この点、宅地建物取引業法は、その制定の目的として、宅地及び建物の流通の円滑化のみならず、購入者等の利益の保護を掲げていること、宅地建物取引業は、不動産取引について知識や経験の乏しい一般国民を相手にすることが多いため、悪質業者を排除して取引の公正を確保すべく、業者に対し規制を行う要請は強いこと」などの趣旨をあげ、「無免許の宅地建物取引業者との仲介契約が直ちに無効ということはできないが、右仲介契約に基づく無免許の宅地建物取引業者の報酬請求権は、その権利の行使につき、一定の制約を受けることを是認せざるを得ず、その意味において、無免許の宅地建物取引業者は、その報酬請求権を実現するため、国の機関である裁判所の力を借りることは許されないものというべきである。すなわち、無免許の宅地建物取引業者に対する委託者の報酬支払債務は、裁判による強制力をもって、その実現を求めることのできない、いわゆる自然債務と認めるべきであって、それゆえ無免許の宅地建物取引業者は、委託者が任意に報酬の支払をしない場合、その支払を求めて訴求することはできないというべきである。」として、Xの請求を棄却した。

本判決は、無免許のXの報酬請求権は自然債務であることから、Yに対する訴求力はないとして、XのYに対する報酬請求を否定した事例である。これまでは、自然債務という表現を使わず単に支払を受けることはできるが訴求力がない旨判示していたのに対し、本件【4】判決は、自然債務と認めるべきであると判示した。

【5】東京地判平成5年7月27日 仲介報酬金等請求事件（ジュリ1090号157頁）

訴外Aは、Yとの間で、Yから借り入れた資金で本件一団の土地を各地権者から買い上げ、Yに対して転売するとの協定を締結し、AはXへ本件土地の売買契約等の仲介を依頼した。その後、本件土地の売買契約が地主とA間で成立し、AはYへ転売したが、YがXへ報酬を支払わなかったことから、XがYに対して仲介手数料等の支払を求めた。

判旨では、そもそもXY間で報酬の合意などはなかったと事実認定した上で、傍論で判例【4】と同じ判旨を述べ、仮に報酬を請求しようとしても自然債務であるとして、Xの請求を棄却した。

なお、Xは、Xの行った仲介行為は公正、健全なもので宅地建物取引業法の趣旨に照らして非難されるべき要素は全くないことや、Xの仲介行為の成果を享受しながらそれに対応する負担を免れることは著しく不公平であり、YがXの無免許を主張することは信義則に反すると主張したが、「宅地建物取引業法は、同法所定の免許を受けていない者が宅地建物取引業を営むことを形式的かつ一律に禁止し、右規定に違反した者については懲役刑を含む厳重な制裁を予定しているのに対し、同法所定の免許を受けていない者に宅地建物取引の仲介を委託する行為についてはこれを禁止していないことにかんがみれば、宅地建物取引業法所定の免許を受けることなく、業として宅地建物取引の仲介行為をした者に対する委託者の仲介報酬債務は一律に自然債務というべきであり」、Yが無免許を主張することは信義則に反しない、とした。

本判決は、判例【4】をふまえつつさらに、無免許の業者の仲介行為に対する報酬債務は一律に自然債務というべきである旨述べ、無免許業者の信義則違反の主張を退けたものであり、民法90条に基づく総合的な判断の余地はないという立場を示していると解される。

(2) 業者間における報酬請求の事例

【6】名古屋地判昭和38年11月11日（判時355号60頁）

仲介業者X1が本件不動産の所有者Aより売買の仲介を依頼され、X2、X3、Yが共同で仲介をし、結局Yが仲介を成立させ報酬を受け取ったことから、X1～X3にその一部を分配したが、その額に不満のあるXらがYに平等分割を請求した事案である。

X1とX2が未登録業者であったことから、その報酬請求権につき「宅地建物取引業法…の規定に照らすと、すでにYから任意に支払を受けた前叙の金員は別論とするも少なくとも進んで媒介による報酬の支払を求めることはできないものと解すべきである」として、X1X2の請求を認めなかった。

【7】横浜地判昭和62年7月1日（判タ650号188頁）

Xは無免許の不動産会社であり、Yは土木建築請負及び不動産業を行う会社である。Xは、Yから依頼を受けて本件土地の買い取りを地主らと交渉し、最終的な合意には関与しなかったものの、地主らとYとの間の本件土地の売買契約の仲介をなした。その際、Yが報酬としてXに相当額の報酬を支払う旨の黙示の合意がなされていた。Xからの報酬請求に対し、Yは、Xは無免許であり、報酬の請求は宅地建物取引業法に違反し許されないと主張し

た。

判旨では、「宅建業法によると、同法による免許を受けないで宅地建物取引業を営むことは禁止されており(同法12条1項)、これに違反した場合には刑罰を課せられる旨定められているが(同法79条)、無免許業者が宅地建物取引業を営むことに対して刑罰の制裁があること、無免許業者との仲介契約或いは右仲介により成立した契約の効力の有無とは別個の問題であるから、無免許業者との仲介契約も実体法上有効と解するのが相当であり、従って、無免許業者も仲介契約に基づいて報酬請求権を有するものというべきである。しかしながら、右報酬請求権の裁判上の行使を認めるべきか否かについては、国が一方において無免許営業を刑罰をもって禁止しながら、他方において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り、相当でないというべきであるから、仲介契約の当事者が裁判外において報酬を授受する場合はともかく、無免許業者がその報酬請求権を裁判上行使することは許されないと解するのが相当である。」として、Xの請求を棄却した。

【8】東京地判平成10年7月16日 仲介手数料請求事件(判タ1009号245頁)

Yは、土木工事等の請負等を業とする会社であり、訴外Aから購入した土地の上にYがマンションを建築した上で、右マンションと敷地とを一括して販売業者に買い取ってもらう、いわゆる占有買いを計画し、その際に、売買条件その他についての折衝及び調整等を含む右事業計画全般についての協力業務をX(宅地建物取引業法の免許を有していない)に委託した。その後、Y B間で占有買い契約が成立したので、XがYに成功報酬の支払を求めたのに対し、Xの債権は自然債務であると判断された。

本件【6】～【8】は、いずれも無免許の業者の仲介による報酬請求を自然債務とした事案であるが、請求の相手は同じく不動産業を営む業者であり、一般消費者を相手にするものとは異なる事案であった。この場合については、業者間の問題であることから仲介委託者との関係と区別すべきとの見解がある²¹⁾。私見も、宅地建物取引業法が一般消費者保護を念頭においていることからすると、業者間の請求権については、無免許の業者の報酬債権は自然債務であり、したがって訴求できない、と一律に解するべきではないと考える。

(3) 報酬請求を認めた事例

【9】最判昭和63年7月7日 差押債権取立請求上告事件(第一審 横浜地判昭和61年7月9日 判タ621号115頁)

補助参加人Aは不動産仲介、売買などを仲介する会社であったが、租税債権を約3800万円滞納したことから、国Xが、AがY社に対して有する債権を差押えた。AがY社に対して有する債権は、Aが、Yが希望した本件不動産を訴外地主らから一旦買い受けたうえYへ転売することで生じたものであり(いわゆる地上げであった)、AY間では、事前に、地主らからの購入代金とYへの売却代金の差額をAの利益とする旨の契約がなされていた。Xの差押に対してYは、Aは宅地建物取引業法所定の免許を得ずに本件各不動産の売買を行ったもので

21) 明石『不動産仲介契約の研究』57頁(前掲)。

あるから公序良俗に反し無効であると主張した。

裁判所は、一審から一貫してXの請求を認めたが、その根拠は第一審で述べられているので、以下第一審の判決要旨を紹介する。

本件では、A Y間の取引行為が売買か、仲介か争われたが、売買に当たると判断された。その上で、「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（1条）、宅地建物取引業（2条2号）を営もうとする者は、…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2条2号所定の行為、すなわち宅地若しくは建物（建物の一部を含む。以下同じ。）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、刑罰によってこれを防止しようとしたに止まるのであって、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、Xの請求を認めた。

本件は、無免許のAがYとなした不動産売買の契約を有効とし、したがってAがYに対して有する代金債権への差押も有効であるとした事例である。しかし、A Y間の取引は、AがYからの本件土地の買取依頼をうけて、地主らから本件土地を買取った後そのままYへ売却する旨あらかじめ合意がなされており、その手数料の趣旨で、地主からの買い付け金額とYへの売却代金との差額をAが取得するという旨の契約がされていたといえる。これまでの判例をふまえれば、AのYに対する報酬債権は自然債務と考えられ、差押をすることはできないといえそうであるが、それにもかかわらずあえて売買に基づく代金債権であると認定したのは、租税債権を確保するという価値判断が強く働いたのではないかと考える。

五 研究

宅地建物取引業法違反の効力以外にも、これまでさまざまな取締法規違反の効力が争われてきた（①取引所法11条の4に違反してなされた認可を受けない取引員への委託契約を有効とした事例²²⁾、②食品衛生法21条による食肉販売の営業許可を受けない者のした食肉の買入契約を有効とした事例²³⁾、③弁護士でない者が行った非弁活動を無効とした事例²⁴⁾、④

22) 大判昭和9年3月28日（民集13巻318頁）。認可を受けず、営業として、取引所の売買取引委託の代理媒介または取次をした場合でも、これらの行為の委任者と受任者間の法律行為および受任者が委任に基づいてした法律行為は、いずれも私法上の効力を有するとした。

無免許の自動車運送業者がなした運送契約を有効とした事例²⁵⁾、最近では、⑤貸金業法に違反する無登録業者の媒介行為について、無登録業者からの手数料請求権の訴求力を否定した事例²⁶⁾がある)。いずれも、取締法規の趣旨や取引の安全、無効とした場合逆に違反者に利得を得さしめる結果にならないか、などといった観点から総合的に私法上の効力を判断したと解される。

今回の宅建業法違反の効果については、昭和47年の判例【1】で、登録をしていない宅建業者の報酬請求権は、相手方が任意に支払えば給付保持力を有するが訴求力はないと判示されて以降、その基本的立場は貫かれており、この点に関して特に学説上問題視されていない²⁷⁾。しかし、一律に自然債務と解してしまうと、無免許の業者は、相手方が同じ業者であっても一般消費者であっても訴求することができなくなるため、無免許であることを知った上で依頼をしてきた相手方に不当な利得を得させる結果となりうるなど、結論として不公平なケースが出てくる(判例【6】～【8】のケース)。それゆえ、業者間の取引と一般消費者との取引を区別する必要性が以前から指摘されている²⁸⁾。

また判例は、無免許の業者の行った取引行為自体は有効としつつ、報酬債権についてのみ訴求力を否定している。その根拠として、取引行為の効果を私法上無効とすると取引相手に不測の損害を生ぜしめるおそれがあるため取引は有効とするが、行政法上問題のある行為の報酬を裁判所が助力して得さしめるのは妥当でない、という価値判断をあげている。しかし、法が助力することが不当であるというのであれば、報酬債権は無効であると解すべきである。そもそも報酬債権の根拠については、①委任契約(民法648条)、②商人の営業行為(商法512条)が考えられるが、仮にこれらに基づく仲介そのものが無効となっても、仲介によってなされた不動産取引は別個の契約であり、不動産取引の効力にまで影響をおよぼないと解することは十分可能である。したがって、無免許の仲介が行われた場合に、取引そのものは有効であるが、民法90条により仲介行為は無効と解しつつ、業者間取引など特に不当とはいえない場合には仲介行為も私法上有効であり、報酬を支払うべきであるとも考えることもできる。むしろ、報酬債権を自然債務として訴求力を一律に否定する点にどのような意味があるのか疑問である。もともと判例が自然債務と解した根拠は、民法90条により取締法規である宅建業法の趣旨に鑑みた結果、無効とするほどの反倫理性がなく、したがって債務者が任意に支払うのであれば給付保持力を否定する必要もないという価値判断であった。これは一見、民法90条に基づいて取締法規の趣旨と私法上の効力のバランスを図った妥当な価値判断であるかのように思える。しかし、前述のとおり、一律に自然債務と解する結果むしろ事案の特殊性を無視した結論が導かれることになっている。これまで、取締法規違反と私法

23) 最判昭和35年3月18日(民集14巻483頁)。

24) 最判昭和38年6月13日(民集17巻5号744頁)。報酬を得る目的で法律事件について法律事務を取り扱う以上は、業としてこれを取り扱ったものであると否とを問わず、弁護士法72条に違反し、これに抵触する委任契約は、民法90条に照らし無効であるとした。

25) 最判昭和39年10月29日(民集18巻8号1823頁)。無免許事業経営の過程において、他人と締結する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く、右契約に基づき相手方に対し運送賃の支払を請求しうる権利を取得し、右権利に基づき運送賃を受領することを妨げないとした。

26) 浦和地判平成7年1月31日(判時1553号112頁)。

27) 明石＝岡本『詳解 宅地建物取引業法』76頁(大成出版社 1995年)。

28) 明石「取締法規違反が自然債務となる事例」(関大法学論集23巻3号83頁)。

上の効力については、一律の基準を設けることは困難であるとの指摘がなされてきたとおり、同じ取締法規に違反する場合でも、法規の趣旨のみならず当事者の関係、取引までの経緯、取引の目的、その他さまざまな事情によって結論が異なりうるはずである。これらの要素を勘案して判断するためには、民法90条をそのまま適用すれば足りるのであり、民法90条を適用して自然債務になる、とする必要はない。

また、違法性が高い場合には訴求力だけを否定する必要性はなく、当事者が主張するとおり報酬債権は無効であると解すれば足りる。仮に、債務者からの任意の支払を有効とすべきである場合であれば非債弁済で処理すれば足りるのであり、むしろ自然債務とすると、報酬債権が消滅時効にかからないなど、さらに複雑な関係を生じさせることになる²⁹⁾。したがって、訴求力を否定するのであれば、90条の文言どおり、無効ないしは一部無効で処理すべきであると考ええる。

六 おわりに

これまで判例は、宅地建物取引業法に違反する無免許の業者の報酬請求権を自然債務と解し、一律に処理してきた。その背景には、宅地建物取引業法の趣旨及び取引の態様を総合的に勘案して、取引そのものを無効とするまでではないが、報酬請求まで認めることは妥当ではないという価値判断があるといえる。しかしその結果、業者間の取引など、むしろ報酬請求を認めるべき事案ですらこれを否定するに至っている。

行政上の取締法規違反の効力をどのように解するべきかについては、「a 抽象的にいえば、取締法規は、一定の行為が現実に行われることを禁圧防止することを直接の目的とするのに対し、強行法規は、当事者が一定の行為によって達成しようとする私法上の効果の実現について、国家が助力しないことを直接の目的とする。しかし、b 現実の問題としては、処罰ただけで、私法上有効としてその結果の実現に国家が助力しては、処罰をおそれずに違反行為をする者もありうるから、行為の私法上の効力をも否認することが、その行為の禁圧防止の目的からみて、一層有効な場合が少なくない。と同時に、c その反面、行為の私法上の効力を否認することは、取引の安全を害するだけでなく、－自分で契約したことを無効だと主張して、義務を免れようとする者の主張を認めることになるから－当事者の信義に反し、公正を害する結果になる。問題は、結局、右の諸点を考慮におき、それぞれの取締法規について、立法の趣旨、違反行為に対する社会の倫理的な非難の程度、一般取引に及ぼす影響、当事者間の信義・公正などを仔細に検討して、決定する他はない。」³⁰⁾と説明されてきたとおり、結局は一律の基準を設けることはできない。それにもかかわらず、一律に、無免許の宅建業者の報酬請求権は自然債務であると判例が解釈してきたことから、むしろ公平に反する事例が生じてきている。

思うに、民法90条で判断される効果もともと有効か無効かであったにもかかわらず、自

29) 自然債務は、166条1項の「権利を行使することを得る時」という時点想定できないことから、消滅時効にかからないと判断された（平成11年11月9日民集53巻8号1403頁）。

30) 我妻『新訂 民法総則』263頁（前掲）。

然債務という効果を認める点については、訴求力を否定するための根拠としては無効とすべきであると考え。自説は、自然債務の概念は認めつつも、訴求力は無いが給付保持力がある債務をすべて自然債務と考えるのではなく、実体法上の債権債務関係がある場合で、かつ、訴求力のない債権を自然債務と考える。なぜなら、実体法上の債権債務関係が存在しないにもかかわらず給付保持力を有する場合は、贈与か非債弁済、もしくは法政策上の観点から明文規定を設けて給付保持力を例外的に与えた場合に限られるからである。このような観点より、訴求力を否定するのであれば、民法90条に反する仲介行為として実体法上無効と解すべきであるし、特に公序良俗に反するとまでいえないケースであるのであれば、有効として報酬請求を認めるべきであると考え。そのように解することで、自然債務概念を民法90条の効果にまで及ぼす必要はなくなり、かつ、事案に応じて柔軟に処理しうる。自然債務と画一的に解する判例の立場は、一見すると消費者保護を図りつつ業者に対しても任意での弁済の給付保持力を認めるものであって、妥当な処理であるかのような印象を与えるが、実際は民法90条による総合的な判断を排するものであり、不当であると考え。

参考文献

- 磯村哲「債務と責任」『民法演習Ⅲ（債権総論）』谷口知平・加藤一郎編（有斐閣 1959年）
幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院新社 1984年）
石田喜久夫「非債弁済と自然債務」『不当利得・事務管理の研究(3)』谷口知平教授還暦記念
発起人編（有斐閣 1972年）
徳本鎮「非債弁済と不当利得の成否」『不当利得・事務管理の研究(3)』谷口知平教授還暦記
念発起人編（有斐閣 1972年）
中井美雄『債権総論講義』（有斐閣 1996年）
広中俊雄「徳義上の契約」『民法論集』（東京大学出版会 1971年）