

〈不動産取引紛争事例等調査研究委員会（第269回）検討報告〉

建築基準法等の法令に適合しない建物の請負契約が公序良俗に反し無効とされた一方で、その後に施工された追加変更工事の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例

最高裁第二小法廷平成23年12月16日判決 平22(受)2324号 破棄差戻し
(判例タイムズ)

控訴審：東京高裁平成22年8月30日判決

第一審：東京地裁平成21年3月27日判決

調査研究部

はじめに

第269回の委員会では、「建築基準法等の法令に適合しない建物の請負契約が公序良俗に反し無効とされた一方で、その後に施工された追加変更工事の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例（最高裁平成23年12月16日判決）」を取り上げた。

判決では、二棟の賃貸住宅の建築を目的とする工事について、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を行う極めて悪質な工事である「本工事」の請負契約が公序良俗に反し無効とされた一方で、「本工事」の施工が開始された後に施工された「追加変更工事」は、区役所の是正指示や近隣住民からの苦情などを受けて別途合意の上施工されたもので基本的には「本工事」の一環とみることはできず、公序良俗に反するものということとはできず、「追加変更工事」の具体的内容、金額等について更に審理を尽くさせるため、原審に差し戻すこととされた。

委員会では、後の欄で詳細に紹介するように、

○ 「公序良俗違反」か否かの度合いの考え

方として、私法上の効力に関する判例の中には、一罰百戒的なものがある、そうした行為を絶対に認めないということをポリシーとしてとるのが妥当な領域があるのではないかと。例えば、注文者と請負者の両者が共謀した場合は「全部無効」であるが、一方で、両者のうち他方にしか違法性がない場合は「一部無効」という考え方もあり得るのではないかと。

○ 最高裁が東京高裁に対して、「追加変更工事」について、違法を是正する工事か否かを具体的に仕分けするように差し戻しているが、高裁側が整理できるのか。特に、「本工事」が無効で、「追加変更工事」の一部が有効との判断であることから、金銭給付の取扱いを今後どのようにすべきか不明となっている。

○ 本件では、既に建物が是正されていること、金銭が相当支払われていることが判決に影響していると見受けられる。高裁における差し戻しの審理を確認して引き続き議論したい。

などの指摘がされたところである。

なお、委員会に先立って開催した、不動産業界の実務に携わる方々に参加いただき

ているワーキンググループにおいては、

- 土地利用の錯綜した大都市部では、本来許されないことではあるが、図らずも違法建物が存在してしまうことを前提に良い方向の動きは評価しようとの考え方の判示かもしれない。
- 外観だけでは違法建物かどうか分からない場合も多いが、不動産仲介に当たり、違法建物の取扱いをしないように気をつけている。

などの指摘がされたことを紹介させていただく。

不動産業者としては、仲介・代理業務において、重要事項説明のために必要な調査の過程等で違法建物と判明した場合には、取引の中止など慎重な取扱いをすべきであり、違法建物の流通に手を貸してしまうようなことにならないよう留意する必要がある。

[事務局]

1 委員会資料

<概要>

建築基準法等の法令の規定に適合しない建物の建築を目的とする請負契約を締結した請負人と注文者が、互いに本訴・反訴を提起して工事代金支払いや損害賠償等を求めて争った事案において、違法建物を建築する「本工事」の請負契約が公序良俗に反し無効とされた一方で、「本工事」の施工が開始された後に施工された「追加変更工事」の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例

<事実関係>

- 1 Sは、Yとの間で、平成15年2月14日、Sを注文者、Yを請負人として、請負代金

合計1億1245万5000円の約定で、第1審判決別紙物件目録記載1の建物（以下「A棟」という。）及び同日録記載2の建物（以下「B棟」という。）の各建築を目的とする各請負契約を締結した。A棟及びB棟（以下、併せて「本件各建物」ということがある。）は、いずれも賃貸マンションである。

SとYとは、上記各請負契約の締結に当たり、建築基準法等の法令の規定を遵守して本件各建物を建築すると貸室数が少なくなり賃貸業の採算がとれなくなるなどから、違法建物を建築することを合意し、建築確認申請用の図面（以下「確認図面」という。）のほかに、違法建物の建築工事の施工用の図面（以下「実施図面」という。）を用意した上で、確認図面にに基づき建築確認申請をして確認済証の交付を受け、一旦は建築基準法等の法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、実施図面に従って違法建物の建築工事を施工することを計画した。

- 2 Yは、建築工事請負等を業とするXとの間で、平成15年5月2日、Yを注文者、Xを請負人として、請負代金合計9200万円の約定で、本件各建物の建築を目的とする各請負契約を締結した（以下、この各請負契約を「本件各契約」といい、これに基づき施工されることとなる工事を「本件本工事」という。）。Xは、Sと被上告人Yとの間の上記合意の内容について、確認図面と実施図面の相違点を含め、詳細に説明を受け、上記の計画を全て了承した上で、本件各契約を締結した。

ただし、XとYの間では、A棟地下については、当初から実施図面に従い本件本工事を施工することが合意された。

- 3 確認図面と実施図面とでは、A棟については、確認図面には存在しない貸室を地下

に設けられるようにするとともに、確認図面では2階貸室のロフト上部に設けることとされていた天井を設けないものとされ、B棟については、確認図面では吹き抜けのバルコニーとされている部分等を利用して貸室数を増加させるものとされているなどの違いがあった。

本件各建物は、実施図面どおりに建築されれば、建築基準法、同法施行令及び東京都建築安全条例（昭和25年東京都条例第89号）に定められた耐火構造に関する規制、北側斜線制限、日影規制、建ぺい率制限、容積率制限、避難通路の幅員制限等に違反する違法建物となるものであった。

- 4 Xは、本件各建物の建築確認がされ確認済証が交付された後、本件各契約に基づき、A棟地下について実施図面に従ったほかは、確認図面に従い、本件本工事の施工を開始した。
- 5 ところが、A棟地下において確認図面と異なる内容の工事が施工されていることがC区役所に発覚したため、同区役所の指示を受けて是正計画書が作成され、これに従い、Xは、本件本工事によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事を施工せざるを得なくなった。加えて、A棟及びB棟の近隣住民から、本件各建物の建築工事につき種々の苦情が述べられるなどしたため、Xはこれにも対応することを余儀なくされた。こうした様々な事情から、Xは、A棟及びB棟につき、上記の是正計画書に従った是正工事を含む追加変更工事（以下「本件追加変更工事」という。）を施工した。
- 6 本件各建物につき、平成16年5月10日、検査済証が交付され、Xは、遅くとも同月30日までに、Yに対し、本件各建物を引き渡した。
- 7 Yは、Xに対し、本件各建物の工事代金

として合計7180万円を支払ったが、その余の支払をしていない。

- 8 原審は、本件各契約は違法建物の建築を目的とするものであって、公序良俗違反ないし強行法規違反のものとして無効であるとして、本件本工事及び本件追加変更工事のいずれの代金についても、Xの本訴請求を棄却した。

<判決の要旨>

原審の上記判断のうち、本件「本工事」の代金の請求を棄却した部分は是認することができるが、本件「追加変更工事」の代金の請求を棄却した部分は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

- 1 前記事実関係によれば、本件各契約は、違法建物となる本件各建物を建築する目的の下、建築基準法所定の確認及び検査を潜脱するため、確認図面のほかに実施図面を用意し、確認図面を用いて建築確認申請をして確認済証の交付を受け、一旦は建築基準法等の法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、実施図面に基づき違法建物の建築工事を施工することを計画して締結されたものであるところ、上記の計画は、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で、極めて悪質なものとわざるを得ない。加えて、本件各建物は、当初の計画どおり実施図面に従って建築されれば、北側斜線制限、日影規制、容積率・建ぺい率制限に違反するといった違法のみならず、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となるものであって、これらの違法の中には、一たび本件各建物が完成してしまえば、事後的にこれを是正するこ

とが相当困難なものも含まれていることがうかがわれることからすると、その違法の程度は決して軽微なものとはいえない。Xは、本件各契約の締結に当たって、積極的に違法建物の建築を提案したものではないが、建築工事請負等を業とする者でありながら、上記の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、Xが違法建物の建築という被上告人からの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うかがわれないから、本件各建物の建築に当たってXが被上告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。

以上の事情に照らすと、本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない、これを目的とする本件各契約は、公序良俗に反し、無効であるというべきである。本件本工事の代金の請求を棄却した原審の判断は、この趣旨をいうものとして是認することができる。所論引用の各判例は、本件に適切でない。

2 これに対し、本件追加変更工事は、本件本工事の施工が開始された後、C区役所の是正指示や近隣住民からの苦情など様々な事情を受けて別途合意の上施工されたものとみられるのであり、その中には本件本工事の施工によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事も含まれていたというのであるから、基本的には本件本工事の一環とみることはできない。そうすると、本件追加変更工事は、その中に本件本工事で計画されていた違法建築部分につきその違法を是正することなくこれを一部変更する部分があるのであれば、その部分は別の評価を受けることになるが、そうでなければ、これを反社会性の強い行為という理由はないから、その施工の合意が公序良俗に反す

るものということとはできないというべきである。

以上によれば、原審の前記判断のうち、本件追加変更工事の代金の請求に関する部分は是認することができず、同部分には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの限度で理由があるが、Xは、本訴請求に当たり、本件追加変更工事の施工の経緯、同工事の内容、本件本工事の代金と本件追加変更工事の代金との区分等を明確にしておらず、原判決中、本件本工事の代金の請求に関する部分と本件追加変更工事の代金の請求に関する部分とを区別することができないから、結局、Xから訴訟手続を受継した上告人の敗訴部分は全て破棄を免れない。そして、本件追加変更工事の具体的内容、金額等について更に審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻すこととする。

2 論点

- 1 本判決の評価如何。
 - 建築基準法等の法令の規定に適合しない建物の建築を目的とする請負契約が締結されこれに基づく「本工事」の施工が開始された後に施工された「追加変更工事」の施工の合意が公序良俗に反しないとした点
 - 無効原因を原始的不能とした事例としては、
 - ・昭和56年12月22日 東京地裁（判タ470号142頁）建築基準法所定の高度制限を超えるビルの建築請負契約が、原始的不能の事項を目的とする契約として無効とされた事例、
 - ・昭和60年9月17日 東京地裁（判タ

616号88頁) 都市計画法上市街化調整区域に指定されている土地上に建物を新築する旨の請負契約は、社会通念上実現不可能な内容を目的とするものとして無効であるとされた事例

があるが、本事例においては公序良俗に反し無効とした点 等

2 違法建築については、「①是正が可能であり、法律も監督処分として一般にこれを予定していること、②行政庁としては、建築の計画段階、施工中、完成後のそれぞれの段階において、法律上の対応手段を有しており、かつ、工事が竣工してもなお行政目的を実現することが可能であること（例えば、除去命令）、③契約が無効であるとすると、違法建築は全て無効の契約に基づくものとなり、他の法律関係（例えば、建物の所有権の帰属）について複雑な問題を生じさせるなど、取引の安全を害する程度が高いこと 等から違法建築を目的とする工事契約がただちに公序良俗違反にならない」との見解があるが、請負契約に与える本判決の影響をどう考えるか。

3 本判決において、「本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならず、これを目的とする本件各契約は、公序良俗に反し、無効であるというべきである。」と判断するにあたり、「…上記の計画は、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で、極めて悪質なものといわざるを得ない。加えて、本件各建物は、当初の計画どおり実施図面に従って建築されれば、…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となるものであって、これらの違法の中には、一たび

本件各建物が完成してしまえば、事後的にこれを是正することが相当困難なものも含まれていることがうかがわれることからすると、その違法の程度は決して軽微なものとはいえない。…」としているが、「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となるもの」の範囲はどのようなものまで含まれるか。

4 不動産取引に関し公序良俗に反し無効となる事例として他にどのような場合が考えられるか。また、不動産業者として留意すべき点はなにか。

3 委員会における指摘事項

(1) 本件事案について

- ・本件の事例では、請負契約について「公序良俗違反」との判断であることから、給付が「不法原因給付」となり、その後の精算ができなくなることについて、これまでの公序良俗違反の事例同様の問題が残ることとなるのではないか。
- ・「強行法規」か「取締法規」かの判断に関わるこれまでの4つの判例（無免許タクシーにおける乗り逃げに関する事案、臨時物資需給調整法に係る煮干しいわしに関する事案、食品衛生法に係る食肉販売業に関する事案、食品衛生法に係る毒物・劇物を用いたあられに関する事案）に加えて、今後は、本件の建築基準法に係る建物の請負契約の事案が「公序良俗違反」に係る判例として提示されることとなる。
- ・本件では、最高裁が東京高裁に対して、「追加変更工事」について、違法を是正する工事か否かを具体的に仕分けするよ

うに差し戻しているが、実際に高裁側が整理できるのか疑問があるところ。特に、「本工事」が無効で、「追加変更工事」の一部が有効との判断であることから、金銭給付の取扱いを今後どのようにすべきか不明となっている。

- ・最高裁は、本件の建物は現在使用できるので、後は、金銭の問題だけという考え方で判断した可能性があるのではないか。
- ・第一審（東京地裁）は「公序良俗違反」について言及していないにもかかわらず、原審（東京高裁）の段階から言及し始めているのが、この事案の特徴ではないか。
- ・本件は、事案の内容としても経過としても誠に興味深いが、もう少しきめ細かく議論をすべき。「公序良俗違反」といえば非常になじみやすいが、別の問題も発生する可能性がある。本件では、既に建物が是正されていること、金銭が相当支払われていることが判決に影響していると見受けられる。高裁における差し戻しの審理を確認して引き続き議論したい。

(2) 違法な建物と「公序良俗違反」について

- ・建築基準法の規定における「公序良俗違反」か否かの度合いの判断については、同法の対象である建物は高価な財産であることから、アメリカ的なリアリズムから、建てたものはできるだけ是正して活用しようという考え方があるのではないか。
- ・建築基準法は、耐火構造など生命の安全に関すること、屋根・外壁・採光などに関すること、建ぺい率・容積率などの形態規制に関することの3段階に区分されており、条文ごとで「公序良俗違反」か

否かに係る度合いが違っており、「部分違法」、「部分無効」という考え方をとるのが適当ではないかと考えられる。

- ・「公序良俗違反」か否かの度合いの考え方として、私法上の効力に関する判例の中には、一罰百戒的なものがあるが、そうした行為を絶対に認めないということを取り締まりとしてとるのが妥当な領域があるのではないか。例えば、注文者と請負者の両者が共謀した場合は「全部無効」であるが、一方で、両者のうち他方にしか違法性がない場合は「一部無効」という考え方もあり得るのではないか。
- ・麻薬の売買契約が一般的に公序良俗違反の典型例であるが、本件は、明らかに、「原始的不能」ではなく「公序良俗違反」で整理すべき事案ではないか。一方、考え方として、「原始的不能」だと、できあがってしまったものに対して説明が付きにくく迫力が無いが、「公序良俗違反」だと説明が付きやすい面がある。
- ・法目的を達成できるか否かという論点から代金支払いについてみると、既に実行されて後から是正できないことと、建物のように建築後に改築や除去により是正できるものとの考え方が違ってくるのではないか。本件のように建物については、違法部分の工事の契約を無効として代金請求を認めない「一部無効」という取扱いとするのが適当ではないかと考えられる。
- ・代金の支払いの観点からは、「原始的不能」だと精算が可能であるが、「公序良俗違反」だと不法原因給付で精算できないという面があるのではないか。

4 参考資料

<学説>

○「行政法概説Ⅰ」(宇賀克也 有斐閣 P67)

この点について、初期の裁判例の中には行政法規違反であれば、私人間の契約の効力も当然否定されるという前提に立つものもみられたが、その後、行政法規を(警察)取締法規と強行法規(効力規定、統制法規ともいう)に二分する考え方が通説となる。取締法規は事実としての行為を命じたり禁止したりすることを目的とするものであるのに対して、強行法規は、法律行為としての効力を規制することを目的とするものである。そして、取締法規違反であれば、原則として契約の効力は否定されないという立場を出発点として、違反行為に対する非難の程度(取締法規違反を知りつつ契約を締結したこと等)、取引の安全、当事者間の信義衡平等を総合的に考慮する説が有力になった。最高裁も、行政法規を取締法規と強行法規に二分し、前者の違反は民事上の効力には当然には影響せず(したがって、その実効性は、行政上の義務履行確保手段や刑罰等により担保される)、後者の違反は民事上の契約も無効とするという立場をとっていた。

当該行政法規を取締法規と解した例として、最判昭和35・3・18民集14巻4号483頁・百選Ⅰ 11事件・行判44事件がある。

本件では、XがYに精肉の販売をしたが、Yが食品衛生法に基づく食肉販売業の許可を得ていなかった事案で、Xから代金等の支払いを求められたYが無許可営業であることを理由としてXとの売買契約の無効を主張した。最高裁は、「本件売買契約が食品衛生法による取締の対象に含まれるかどうかはともかくとして同法は単なる取締法規にすぎないものと解するのが相当であるから、Yが食肉販売業

の許可を受けていないとしても、右法律により本件取引の効力が否定される理由はない」と判示している。

他方、強行法規と解した例として最判昭和30・9・30民集9巻10号1498頁・百選Ⅰ 12事件・行判45事件がある。

XがYに煮干しいわしを売却したが、当時、煮干しいわしは、臨時物資需給調整法と同法に基づく加工水産物配給規則により配給が統制され、公認集荷機関、公認荷受機関および登録小売店舗にのみ煮干しいわしの販売が認められていた。そこで、Xから代金の支払いを請求されたYは、本件売買契約は、経済統制法令に違反してなされたものであるから無効であると主張したのである。最高裁は臨時物資需給調整法は、無資格者による取引の効力を認めない趣旨の強行法規であるとして、X・Y間の売買契約の効力も否定したのである。

○専門訴訟講座②「建築訴訟」(松本克美、斉藤隆、小久保孝雄 編 民事法研究会 P77)

建築関係法規違反の場合も、同様に一律に無効と解するのではなく、当該法規の保護目的(特に安全性にかかわる規定違反かどうか)、違反による違法性の程度(軽微なものか、重大な違反か)、違反状態の是正の余地(設計や施工を変更すれば是正されるのか)、履行段階(これから施工するのか、施工は完了しているのか)、当事者の公平などを勘案して有効性を論ずべきであろう(倉澤千巖「建築関係法規に違反する建築請負工事」大内103頁)。

○「新・裁判実務体系(2)改訂版P122」(「建築法規違反の請負工事」田山睦美)

違反内容が強制法規違反と判断される場合は契約は無効となり、いわゆる取締法規違反と判断される場合は、規定の趣旨、違反行為に対する倫理的な非難の程度、違反行為を無効にすることから生じる一般取引への影響、当

事者間の信義・公平などを検討して有効・無効が決定される。

○「工事請負契約約款」<5訂新版>（滝井繁男著 酒井書店 P18）

建築工事関係法規による許可や確認を受けながら、実際にはその内容とは異なる工事に関する契約を締結する例がある。特に、建築基準法に反する内容の建設工事契約は、建築物の構造等に関する最低の基準を定めたものであり、その違反行為には刑事罰が課せられることがあるが、その基準に達しない内容の契約を無効とする規定はない。そのため、これに反する契約の効力が問題となるが、建築基準法は、国民の生命、健康、ご財産の保護を図り、公共の福祉の増進に資することを目的とするもの（同法1条）、その公益保護上の比重は規定によって異なり、これに違反した契約の効力を一律に論ずることはできない。強いて言うならば、安全性の確保のためにおかれた規定に反する契約は、公序良俗に反するものとして無効となりうるが、それ以外の規定に反することがあっても無効になることはないと解してよい。

○「建築法規違反の工事契約の効力」（栗田哲男 判例タイムズ635号-37）

違法建築を決して容認するものではないが、違法建築を目的とする工事契約が直ちに公序良俗に反するとまで解すべきではない。その理由は次のとおりである。

- 1 違法建築については、原則として常に、是正が可能であり、法律も監督処分として一般にこれを予定している。
- 2 契約を無効とすることによって、行政の目的の達成が格別容易になるわけではない。
- 3 行政庁としては、建築の計画段階、施工

中、完成後のそれぞれの段階において、法律上の対応手段を有しており、かつ、工事が竣工してもなお行政目的を実現することが可能である（例えば、除去命令）。

- 4 契約が無効であるとする、違法建築は全て無効の契約にもとづくものとなり、他の法律関係（例えば、建物の所有権の帰属）について複雑な問題を生じさせるなど、取引の安全を害する程度が高い。
- 5 一般に違法建築に対する倫理的な非難の程度が、契約の効力を否定しなければならないほど強度のものではない。

<判例>

○昭和53年10月12日 東京高裁（判例時報917号59項）

建築基準法が建築物の安全性確保のために設けた基準に違反する建物の建築を内容とする請負契約が無効とされた事例

「ところで、建築基準法が同法にいう建築物の建築につき規制を施し、種々の制限規定を設けているのは、建築物の敷地、構造および用途に関して最低の基準を定め、これによって国民の生命、健康および財産の保護をはかるという一般公益保護の目的に出たものであるが、同法に定める制限の内容は広範多岐にわたり、各規定が右公益保護上必ずしも同一の比重を有するとは限らないし、また具体的な建築物の建築がこれら規定に違反する程度も区々にわたりうるから、特定の建物の建築等についての請負契約に建築基準法違反の瑕疵があるからといつて、直ちに当該契約の効力を否定することはできないが、その違反の内容および程度のいかんによつては、当然右契約そのものが強行法規ないしは公序良俗に違反するものとして無効とされるべき場合がありうることを認めなければならない。こ

れを本件建物建築請負契約の帶有するよ記（一）および（二）の建築基準法違反の瑕疵についてみるのに、まず（一）の点についていえば、法が本件建物のような法のいう特殊建築物の建築について右（一）で述べたような制限を設けているのは、この種の建築物については特にその安全性の確保のためにこれらの規定による規制措置が必要であるとされたためであると考えられるから、かかる建築物の建築においては、これらの規定の遵守が特に強く要請されるものと考えなければならない。そうすると、建築主が法定の建築士たる資格を有しない者との間で、その者において右の資格を有する建築士の作成する設計図に基づいてではなく、自らの作成した設計図に基づいて、また右有資格建築士の監理をも受けることなくこの種の建築物を建築する旨の請負契約を締結した場合には、右契約の内容をなす工事の施工自体が右建築基準法の規定に違反し、強い違法性を帯びるものであるから、建築主が請負人に対して契約に基づく権利としてかかる違法工事の施工を強制することも、また請負人において右工事を施工したことに対する報酬をその権利として要求することも、共にこれを許すべきではないと解するのが相当というべきである。それ故、本件建物建築請負契約は、前記（一）の瑕疵を有するものとしてすでにこの点において無効とせざるをえない。のみならず、更に（二）の瑕疵についてみても、本件建物は建築基準法がこの種の建築物につき安全性確保のために設けた基準に著しく違反し、建物自体が適法な建築物として存立することを許されないような性質のものであるから、その瑕疵は重大であり、かかる瑕疵のある建物の建築を内容とする請負契約は、前記（一）の瑕疵について述べたと同様の意味において強行法規ないし公序良俗に違反するものとしてその効力

を否定されるべきものである。もつとも、建築主は往々にして建築関係法規の技術的内容に明るくないことがあるから、契約の内容とされた建物がこれらの法規に違反する構造等を有するものであることを知らず、そのために右契約が無効とされれば不測の損害を受けおそれがないとはいえないが、建築主としては当然に右の点について配慮し、契約締結の際請負人に対して法規に適合する建物であることを確認すべきものであつて、建築主がこのような配慮をする限り、あるいは契約自体が適法な建物の建築を目的とする契約と目され、現実に違反建築物が建築されたことに対し請負人に契約違反の責任を追求することができるか、あるいは契約自体は特定の構造、内容をもつ建物の建築を目的とするものであつても、それが適法な建物であると建築主が信じたことにつき請負人側に責任があるとして別にその責任を追求することができることとなると考えられるから、上記のような解釈をとつても格別の不当は生じないのである。本件においては、建築主である控訴人らが全くかかる配慮をせず、契約どおりの工事を施工することによつて前記のような瑕疵のある建物が出来あがることをも容認するような趣旨内容の契約として本件請負契約が締結されたものであること前記のとおりであるから、右契約はこの点からもこれを無効とすべきものであり、かく解することになんら妨げはない。」

○昭和56年12月22日 東京地裁（判タ 470号142頁（判旨））

建築基準法所定の高度制限を超えるビルの建築請負契約が、原始的不能の事項を目的とする契約として無効とされた事例

「4 本件請負契約は、以下の理由で無効である。

契約図面における前記建物の高さは、建築基準法により許されている限度を8.9メートルも超過している。すなわち、本件土地は崖地であり、同土地の最低部分に接する北側道路地盤面と崖上の南側道路地盤面との高低差は17.10メートルあり、契約図面のとおり四階の地上建物を建築すると、建物の高さは、28.90メートルとなる。前記建物の建築に適用になる当時の建築基準法五七条による高度制限は二〇メートルであつたから、右制限を8.9メートル超過することになる。同条の基準に適合させるためには、地上建物を一階建とせざるを得ないことになる。前記建物を契約図面どおり建築することは不可能であり、右基準内で建築しうる建物は、社会通念上、前記建物と同一のものとは言えないものとなる。すなわち、本件請負契約は、原始的に不能な事項を目的とするものであるから、無効である。」

○昭和60年 9月17日 東京地裁（判タ 616号88頁）

都市計画法上市街化調整区域に指定されている土地に建物を新築する旨の請負契約は、社会通念上実現不可能な内容を目的とするものとして無効であるとされた事例

「2 請求原因2について

(一) 同事実のうち、本件土地が都市計画法上市街化調整区域に指定されており、本件土地上における建物の建築が原則として許されないことは当事者間に争いがない。右争いのない事実、前記一2で認定した各事実、〈証拠〉を総合すれば次の事実が認められ、この認定に反する〈証拠〉は前掲各証拠に照らしてにわかに措信できず、他にこの認定を左右するに足りる証拠はない。

(1) 本件請負工事は、建築業者である原告

による建て売りを目的とする居宅の新築工事であるが、その敷地である本件土地は、市街化調整区域内に存在しており、本件工事は、都市計画法上市街化調整区域内における建築のために必要とされる知事の許可（同法第二十九条、第四三条一項）を要しない例外的な場合（同法第二十九条ただし書き、第四三条一項ただし書き）に当たらず、また右許可を得るために充足すべき同法上の基準（同法第三三条、第三四条、第四三条第二項）にも該当しない。

そして、原告は、右の許可の申請をしておらず、また、仮に、原告が本件工事につき右の許可の申請をしたとしても、右に述べたところからすれば、右の許可が与えられることはない。

(2) 原告は、本件土地上に本件建物を建築することは都市計画法上許されない工事であることを知りつつ、工事の内容を同法に定める知事の許可が不要な工事であるかのように偽り、本件土地の隣地上に居宅を有する訴外Aの承諾を得て同人名義で、同人の居宅の改築名下に建築確認を申請し、右確認を得た。

一方、被告も本件土地が市街化調整区域であり、本来なら本件建物の建築は許されないこと及び原告の得た建築確認は、虚偽の内容の申請に基づくものであることを知りつつ、本件請負契約を締結した。

(3) 被告は、昭和五五年一月八日の本件請負契約成立後間もなく本件工事に着工したが、本件工事の建築確認に疑義があることが神奈川県建築課に発覚し、同年二月二〇日ころ以降、本件工事の停止を求める建築基準法上の措置がとられ、結局本件建物は建築できずに終わった。

(二) 右に認定した事実を総合すれば、本件請負契約は、都市計画法及び建築基準法に明らかに違反する契約であるばかりでなく、右違反が行政庁に直ちに発覚して、その結果工事の施行停止の止むなきに至ることが社会通念上明らかであつたと解するのが相当である。したがつて、右契約は、当初から社会通念上実現不可能な内容を目的とするもので無効であると解すべきである。]

○ 昭和61年 7月 9日 横浜地裁 (判タ621号115項)

宅地建物取引業法所定の免許を受けずに業として行つた土地売買であつても、私法上無効とはならないとされた事例

「被告は、昭和四十七、八年当時、中央産業は宅地建物取引業法（以下「宅建業法」という。）三条所定の建設大臣又は都道府県知事の免許を受けずに業として本件各土地の売買を行つたものであるから、公序良俗に反し無効である旨主張するところ、中央産業が昭和四十七、八年ころ、同法三条所定の免許を受けずに本件各土地の売買を行つたことは当事者間に争いが無い。

ところで、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とを図ることを目的とし（一条）、宅地建物取引業（二条二号）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（三条一項）、右免許を受けない者は、宅地建物取引業を営んではない（一二条一項）と定め、一二条一項の規定に違反した者は三年以下の懲役若しくは五〇万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する旨定めている（七九条二号）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ふ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（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（昭和四九年一二月一六日第二小法廷決定・刑集二八卷一〇号八三三頁参照）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。

そうすると、被告の前記主張は失当であり、採用することができない。」