

# 不動産媒介契約における報酬確定のための契約解釈と商法512条

—— 売買契約の解除および条件付売買契約の場合について ——

村 田 大 樹

## 目次

- 1 はじめに
- 2 現状とその問題点
- 3 商法512条の適用問題
- 4 ドイツ法の対応
- 5 おわりに——デフォルト・ルールの提言

## 1 はじめに

この研究班の全体テーマは、「商行為法総則・各則規定の合理性」を研究するというものである\*。商行為法の規定や制度の内容が適正かどうか、内容が適正だとしてもそれを定める場所が商法典であるべきなのか。こういった「商法がどうあるべきか」という問題に加えて、このテーマのもとで検討すべき事項には、「民法がどうあるべきか」という問題も含まれているように思われる。というのは、商行為法上の規定の適用が問題となりうる場面について、一般法である民法の側の説明が不十分であるために、商行為法の規定の解釈や適用が不明確となっている場合があるのではないかと考えるからである。念頭にあるのは、具体的には次のような場面である。

Y（依頼者）が、X（仲介業者）に対して不動産の売却または購入の媒介を依

---

\* 本稿は、商行為総則・各則規定研究班『商法総則・商行為法の現代における諸相』（関西大学法学研究所研究叢書）の一部として書かれたものである。

頼したとする。「媒介」とは、他人の間に立って両者を当事者とする法律行為の成立に尽力する事実行為のことをいう<sup>1)</sup>。このような契約は、不動産媒介契約（または不動産仲介契約<sup>2)</sup>）と呼ばれる（媒介される法律行為は売買に限られないが、本稿ではもっぱら売買を念頭に置く）。そこでは通常、売買契約が成立した場合にはXからYに対する報酬請求権が生じる旨の合意がある。仮にそのような合意がなくても、仲介業者は商人であるため（商502条11号、4条1項）、商法512条（「商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる。」）に基づいて、XはYに報酬を請求することができる。報酬は原則として成功報酬であるとされ、どれだけXが売買の成立に尽力したとしても、その媒介によってYと誰かとの間で売買契約が有効に成立しない限り、報酬を請求することはできない<sup>3)</sup>。以上を前提として、Xの媒介によってYと第三者Aの間に契約が有効に成立したものの、何らかの理由で——例えば解除や、売買契約に付された条件の成就・不成就等によって——売買の目的が達成されなかった場合、それでもYはXに報酬を支払わなければならないだろうか。

ここで報酬請求が認められるかどうかは、契約解釈の問題である。そこには、個別の契約をどう解釈するかのほか、より一般的に、不動産媒介契約の標準的内容をどう考えるのかも含まれる。ところが裁判例では、そのような広い意味での契約解釈の方法ではなく、上述した商法512条が報酬請求の根拠として用いられることも少なくない。ではここで、商法512条が適用される要件と当該契約の解釈の関係がどうなっているのかと言うと、これが十分に解明または意識されてい

---

1) 江頭憲治郎『商取引法〔第9版〕』（弘文堂、2022年）235頁。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ—各種の契約（2）』（商事法務、2010年）135頁も参照。

2) 媒介契約は仲介契約とも呼ばれるが、本稿では「媒介契約」の語を用いる。なお、宅地建物取引業法が「媒介契約」とするほか、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注1）134頁以下も、「媒介契約」の名称でこれを民法典中に新設することを提案していた。

3) 現在のところこの点に争いはなく、本稿もこれを前提にする。その根拠に関する諸見解については、さしあたり、福瀧博之「売買契約後解除における不動産仲介業者の報酬請求権」関大法学論集55巻3号（2005年）55頁以下を参照。

るとは言えないようなのである。

その原因の一端は、不動産媒介契約の標準的内容が不明確であることにある。不動産媒介契約の当事者の関係を直接に規律する法律はなく<sup>4,5)</sup>、判例・学説上もそれが確立しているわけではない。契約上の報酬請求権の成立要件や請求内容の確定基準が明らかでないために、抽象的な文言の商法512条が、契約解釈との関係を曖昧なものとしたまま用いられている状況がある<sup>6)</sup>。商法512条の解釈および適用のあり方を考えるためにも、その背後にある不動産媒介契約の報酬確定に関するルールの標準的内容を明らかにする必要がある<sup>7)</sup>。これが冒頭の問題意

4) 宅地建物取引業者が行う媒介契約について行政上の規制を定めるものとしては、宅地建物取引業法34条の2以下がある。

5) 他人間の商行為の媒介をすることを業として行う者を仲立人（商事仲立人）というが、その者が行う仲立営業については商法典中に規律がある（商543条以下）。これに対して、不動産媒介契約において媒介される契約は一般には商行為ではないため、仲立営業に関する規定は、少なくとも直接には適用されない（不動産仲介業者を含む商行為以外の媒介を業とする者を、講学上「民事仲立人」と呼ぶ）。不動産媒介契約は、一応は民法上の準委任（民656条）の一種ということになるが、ひとつの非典型契約として裁判例や学説を通じてその具体的内容が形成されてきている。

6) 不動産媒介契約における報酬請求権について、民法ないし契約の解釈が問題となり、そこに商法512条が関わる場面としては、他にも、依頼者が仲介業者を排除して紹介された第三者と直接に交渉をする「直接取引」の場面や（最判昭和45年10月22日民集24巻11号1599頁）、依頼者と仲介業者の間に契約の成立が認められない場合に事務管理の成否が問題となる場面（最判昭和50年12月26日民集29巻11号1890頁）などがある。

直接取引の問題に関する従来の判例・学説については、齊藤真紀「不動産仲介業者の報酬請求権」法学叢164巻1～6号（2009年）572頁を、債権法改正後の新設された民法648条の2との関係については、山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（有斐閣、2018年）302頁〔一木孝之〕、および、都築満雄「直接取引と不動産仲介業者の報酬請求権」秋山靖浩＝伊藤栄寿＝宮下修一編『債権法改正と判例の行方』（日本評論社、2021年）369頁を参照。事務管理の問題については、塩原真理子「有益な事務管理に基づく報酬請求権」東海法学53号（2017年）（1）頁を参照。

7) この作業は、契約解釈の作業の中でも、補充的解釈と呼ばれるものに当たる。問題となっているのが典型契約であれば、当事者が定めていない部分について、信義則のほか、その契約類型に関する任意規定による補充がされるのに対して、非典型契約の場合に契約の「補充」がどのようにされるのかは必ずしも明白ではない。本稿は、非典型契約についても、少なくともその契約が類型として一定程度確立していると言える場合には、典型契約のような標準的内容を確定していくことが有用であるとの立場に立っている（非典型契約を典型的

識につながる。

検討の方法は以下のとおりである。まず、不動産媒介契約において媒介された売買契約の目的が達成されなかった場面について、裁判例が立脚する2つの構成を紹介し、それぞれに含まれる問題点を指摘する(→2)。次に、そこで指摘された問題点のうち、特に商法512条を用いることについて批判的に検討する(→3)。そのうえで、日本法の状況をドイツ法の状況と比較し(→4)、最後に、売買契約が目的を達成しなかった場合の仲介報酬を確定するための契約解釈について、試論を述べたい(→5)。

## 2 現状とその問題点

### (1) 2つの基本的構成

不動産媒介契約における報酬請求権の発生に、売買契約の有効な成立が必要であることについては異論がない。これに対して、「はじめに」で挙げた問題——仲介業者Xの媒介によって成立した売買契約が解除等により目的を達成しなかった場合に、それでも依頼者Yが報酬支払義務を負うか——については、直接の判断を示した最高裁判決もなく、はっきりした法理論が確立しているとは言えない状況にある<sup>8)</sup>。

---

↘に考察する方法については、大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣、1997年)152頁以下)。ただし、これは、特定の立場を初めから前提にしてそこから論述を始めようとしているというわけではない。むしろ、後述する裁判例の傾向等を見たらうで、この問題を解決するには、不動産媒介契約の標準的内容を考えざるを得ないのではないかとこの考えに至ったものである。

8) やや古い記述(後述する標準不動産媒介契約約款が策定される前に書かれたもの)ではあるが、明石三郎『不動産仲介契約の研究 [増補版]』(一粒社、1981年)は、次のように、この問題について明確な基準がないことを示している(なお、再増補版は1986年刊行)。

そこでは、一方で、「原則論からいえば、……仲介業者は売買当事者を引き合せてその間に売買契約が成立すれば仲介業務はいちおう完成しているのであるから、その時に報酬請求権が発生すると解すべきで、その後の不履行とか契約解除についてまで仲介業者が責任をもつ必要はない」としながらも、そのすぐ後で、「わが国では売買成立後、履行完了に至るまで」

もっとも、そこに傾向がないわけではない。現在の裁判例の基本的な考え方は、大きく次の2つの立場に分けることができる<sup>9)</sup>。ひとつは、売買契約が有効に成立しさえすれば、その後の解除等の事情は報酬請求権に原則として影響しないとする立場である（以下では、これを報酬の「確定構成」と呼ぶことにしたい<sup>10)</sup>）。もうひとつは、売買契約の成立により報酬請求権自体は発生するが、報酬額の前提とされた履行が生じなかった場合は、それを踏まえた相当な報酬額へと減額されるとする立場である（以下では、これを報酬の「減額構成」と呼ぶことにしたい）。後者の減額構成は、近時広がりを見せている考え方であり、以下に見る福岡高裁那覇支判平成15年12月25日判例時報1859号73頁（以下「平成15年高判」という）が一定の影響を及ぼしているようである<sup>11,12)</sup>。だが、確定構成が

---

「仲介業者が面倒をみる責任があるように解する向き」があるとして、「売買成立のとき正規の手数料の半額を受けとり、履行が完了したときに残り半額を受け取る、そして契約が成立後に解除されたときは前の半額だけで業者は満足する、というやり方が穏当なところであろうか」と述べ、あっさりと「原則論」を放棄して、実務上行なわれている慣行を追認する（184頁）。

さらに、同じ書籍の別の箇所では、ドイツの判例学説を念頭に置きながら、「売買当事者の一方の債務不履行や契約解除が、契約に内在する瑕疵に基づくときは仲介人の責任として報酬を請求しえないが、そうでない場合は報酬請求権を妨げないと解するのが妥当ではなかろうか。」と、上述のものとは異なる原則的基準を提案している。そしてここでも、手付解除の場合については、「右の原則によれば報酬請求権を妨げないわけであるが、委託をうけた両当事者に請求できるか。手付放棄または倍戻しをした当事者は手付だけの損害を被っているので、それになお報酬を支払わしめるのは酷のようである。私は手付を渡していることは仲介人も半ば解除を予期していることであるから、最終的に手付を取得した側が適正な報酬を支払えば足るものと解したい。」として、もっぱら現実的妥当性の観点から原則論と異なる処理を支持している（46頁）。

このような揺らぎからは、この問題の解決が簡単なものではないことが読み取れるが、そもそもひとつの基準だけで処理することの困難さも見えるように思われる。問題なのは、原則と例外を区別する基準、または場面に応じて扱いを変える基準がはっきりしていないことである。明石の視点の揺らぎについては、福瀧・前掲注3）51頁以下も参照。

- 9) 梅村悠「判批（名古屋高判平成29年8月31日）」ジュリスト1537号（2019年）109頁も参照。  
 10) 早い段階でこのような説明をしていたものとして、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）569頁がある。

- 11) もちろん、実際にこの判決が実務にどう影響したのかを検証することはできないのであるが、福瀧・前掲注3）81頁（および90頁・96頁）が、2005年の段階で、平成15年高判を「この問題に関する下級審判決の1つの到達点を示すもの」とであると評価している。また、平ノ

姿を消したかというところ、そういうわけでもない。

以下では、これらの考え方を、減額構成（→(2)）、確定構成（→(3)）の順でそれぞれ検討していくことにする。

## (2) 減額構成

### (a) 前提としての最判昭和49年11月14日

上記のとおり、減額構成は、平成15年高判以降に広がりを見せている。本稿でもその判示内容を詳しく見ていくが、そこでは最判昭和49年11月14日集民113号211頁（以下、「昭和49年最判」という）が引用されているため、まずこちらの内容を確認しておくことにしたい。

昭和49年最判の事案は、Yが、Xの仲介により、Aから不動産を買い受ける旨の契約を締結したが、最終的に履行に至らなかったというものである。XY間には、売買契約の成立と同時にYからXに報酬100万円が支払われる旨の合意があった。事実関係の詳細は不明であるが、履行が完了しなかった理由は、Y自身の代金不払によるAからの解除だったようである<sup>13)</sup>。原審がXからYに対する報

---

成15年高判については評釈類も少なくないところ、その反応もおおむね肯定的である（笹本幸祐「判批」法学セミナー598号（2004年）118頁、野口恵三「判批」NBL795号（2004年）64頁、半田吉信「判批」判例評論553号（2005年）18頁、福瀧博之「判批」私法判例リマックス31号（2005年）74頁など）。他方、齊藤真紀「判批」商事法務1777号（2006年）42頁は、判旨に疑問があるとする。

12) これらの考え方のほかに、売買契約の履行が完了するまでは報酬請求権は発生しない（または履行の完了を停止条件として発生する）、との構成もありうる。なお、椿久美子『『仲立・仲介・媒介契約』と典型・非典型契約との関係』椿寿夫＝伊藤進編『非典型契約の総合的検討』（商事法務、2013年）149頁は、売買契約の履行までは報酬請求を認めないとする見解を主張しており、一見するとこの考え方に立っているようにも思われるが、そこで想定されているのは解除等がされず契約関係が維持されている場合のようであり（解除の場合に限定的な報酬請求を認める裁判例の傾向について、そのような方向での解決が望ましいと述べている）、解除等がされた場合に履行がないからといって報酬を認めないわけではないようである。

13) 昭和49年最判の事実関係（および一審・原審・差戻審・差戻後上告審の各内容）については、重高啓「不動産仲介業者の報酬請求権～売買契約が解除された場合について～」判例タイムズ1487号（2021年）69頁以下に依拠した。

酬請求を認容したのに対して、最高裁はこれを破棄して差し戻している。しかし、その判旨はやや分かりにくい。

「仲介人が宅地建物取引業者であって、依頼者との間で、仲介によりいったん売買契約が成立したときはその後依頼者の責に帰すべき事由により契約が履行されなかったときでも、一定額の報酬金を依頼者に請求しうる旨約定していた等の特段の事情がある場合は格別、一般に仲介による報酬金は、売買契約が成立し、その履行がされ、取引の目的が達成された場合について定められているものと解するのが相当である。」（下線部筆者）

判決理由となるのは下線部である<sup>14)</sup>。しかし、その内容が、そもそも履行が完了しなければ請求権が発生しないと言っているのか（契約成立時に支払うとの合意は報酬の支払時期の問題に過ぎないのか）、それとも、請求権は発生しているが金額を問題にしているのか（より小さい額であれば請求を認める余地があるのか）、はっきりしない<sup>15,16)</sup>。平成15年高判は、これを後者、つまり請求権自体は発生しているものと理解して、以下に見るような判断を示した。

## （b） 福岡高裁那覇支判平成15年12月25日の内容

### （i） 事実関係

平成15年高判の事案は、簡潔に言えば、仲介業者Xの媒介によって依頼者Y（売主）と第三者A（買主）の間に不動産の売買契約が成立したが、Aが手付を

14) どこからどこまでが「特段の事情」なのか分かりにくいのが、重高・前掲注13) 70頁以下によると、この事案のXは宅地建物取引業者（仲介業者）ではなかったようであり、そうすると、判旨冒頭の「仲介人が宅地建物取引業者であって」の部分も特段の事情の中に含まれるということになる（下線部の判決理由は宅地建物取引業者（仲介業者）にのみ当てはまるものではないことになる）。

15) 重高・前掲注13) 70頁以下が紹介するところによれば、差戻審は昭和49年最判の判示を請求権自体が発生していないものだと解したようであり、そのうえで、特段の事情に当たる特約も存在しないとしてXの請求を棄却したようである（その後の差戻後上告審も、その判断を支持したようである）。

16) この点を含めて、岡本正治＝宇仁美咲『詳解不動産仲介契約〔全訂版〕』（大成出版社、2012年）1012頁以下には、昭和49年最判に対する強い批判が述べられている。また、重高・前掲注13) 71頁以下も、そこでの仲介人Xが仲介業者＝商人ではなかったことや、その後の事情の変化を理由に、この判決を慎重に扱うことを主張する。

放棄して売買契約を解除したというものである。XY間の報酬合意では、その額は売買代金の3%に6万円を加えた額と消費税5%の合計額とされていたが、手付放棄がされた場合の報酬の扱いについては定めがなかった。この状況で、XからYに対して約定報酬額の請求がされた。

## (ii) 判旨

高裁の判断は、以下のとおりである。やや長いが、補足を加えつつ、判旨全体を引用したい。

**【判旨①】報酬請求権の肯定** 判決はまず、売買契約の成立により報酬請求権自体は生じているとする。

「仲介業者であるXが本件媒介契約に基づいて行うべき事務の中心的な内容は、仲介によりYと第三者との間に本件売買契約を成立させることであること、本件においては、Xの仲介によってYとAとの間に本件売買契約が成立し、その後Aが手付金を放棄して同売買契約を解除したけれども、Yはそれによって経済的利益を得ていることなどを勘案すると、いったん有効に成立した売買契約が手付金放棄により解除されたからといって、XがYに対して本件媒介契約に基づく報酬請求をすることができないと解することは相当でない。」

**【判旨②】約定の報酬額の否定** しかし、そこで約定報酬額の全額を請求できるわけではない。ここで、昭和49年最判が引用される。

「一般に、仲介による報酬金は、売買契約が成立し、その履行がなされ、取引の目的が達成された場合について定められているものと解するのが相当である（最高裁判所昭和49年11月14日第1小法廷判決・裁判集民事113号211頁参照）。特に、債務不履行による解除や合意解除の場合と異なり手付金放棄による解除の場合には、売買契約締結に際して解約手付……が授受されていること、すなわち、当該売買契約においては各当事者に手付放棄又は倍返しによる解約権が留保されていることは、仲介に当たったXも当然認識していたはずであるから、仲介業者であるXとしては、本件売買契約には手付放棄又は倍返しによる解除の可能性があることは念頭に置くべきであるし、Xにとって、そのような場合に備えて報酬の額についての特約を予め本件媒介契約に明記しておくことは容易であったと考えられる。他方、依頼者であるYとしては、本件媒介契約書に上記のような特約が明記さ

れるか、契約締結に際して特にXからその旨の説明を受けたという事情でもない限り、履行に着手する以前に買主が手付金を放棄して売買契約を解除したような場合にも仲介報酬の額についての合意がそのまま適用されるとは考えないのが通常であると思われる。これらに加えて、本件においては、本件媒介契約に基づく報酬金の弁済期が本件売買契約に基づく売買残代金の弁済期と同日と定められていること、一般に、不動産取引の場合、仲介業者は、契約成立後の代金の授受や目的物件の引渡等に関する事務も付随的に行うのが通常と考えられるところ、手付金放棄による解除の結果、履行に着手することなく売買契約が解除されればこれらの事務を行う必要がなくなることをも併せ考慮すれば、手付金放棄によって売買契約が解除された場合には報酬額についての合意は適用されないと解するのが本件媒介契約の当事者の合理的意思に合致するというべきである。」

**【判旨③】 商法512条の適用** そのうえで、支払われるべき報酬額については、商法512条が適用されるとする。

「そうすると、本件媒介契約に基づいてXがYに請求できる報酬の額については当事者間の合意が存在しないこととなるけれども、報酬について特約がない場合でも、仲介業者であるXは相当報酬額を請求できると解される（商法512条）。」

**【判旨④】 報酬額の算定** 最後に、相当な報酬額の算定については、最判昭和43年8月20日民集22巻8号1677頁<sup>17)</sup>を引用して「取引額、仲介の難易、期間、労力その他諸般の事情を斟酌して定めるべきである」としたうえで、さらに、手付解除の場合には、本来得られたはずの約定報酬額や依頼者の現実の利益の額等も総合的に考慮して定めるべきとされている。その結果、放棄によってYの得た手付金の半額である1000万円が相当な額であるとされている。

「一般に、特約のない場合に仲介業者の受け取るべき報酬額については、取引額、仲介の難易、期間、労力その他諸般の事情を斟酌して定めるべきであるが（最高裁判所昭和43

17) 具体的な報酬額の取り決めがない場合に、宅地建物取引業法（昭和39年法律第166号による改正前のもの）17条1項を受けて愛知県宅地建物取引業者の報酬額に関する規則2条に定められた報酬額を請求できるかが争われた事例において、これは報酬の最高額であって、具体的な報酬額ではないとした。

年8月20日第3小法廷判決・民集22巻8号1677頁)、本件のように相手方が差入れた手付を放棄して解除した場合においては、さらに、手付金放棄による解除がなかったとした場合に仲介業者が受領し得たはずの約定報酬額、解除によって依頼者が現実に取得した利益の額等をも総合的に考慮して定めるべきところ、本件では、手付金の額(2000万円)が売買代金額に対して比較的少額であること(手付金の額すなわちYが取得した利益が多額である場合には約定報酬額全額を請求する場合もあると考えられる。)、本件売買契約を成立させるについてXが通常の場合以上に格別の労を取ったとか、逆に通常より著しく容易であったというような特別の事情、また、Yが本件売買契約締結及び履行のために格別の出捐をしたという事情は窺えず、これが解除されたことにより著しい損害を被ったというような事情も格別見当たらないこと、Yは手付金放棄による解除により、本件土地の所有権を喪失することなく2000万円を取得する結果となったことその他本件に現れた一切の事情を総合考慮すると、本件でXがYに請求することのできる報酬額としては1000万円(消費税47万6190円を含む。)をもって相当と認める。」

### (iii) 判示内容の一般化

福瀧博之は、この平成15年高判およびそれ以前の下級審裁判例を分析し、その傾向を次のように一般化してまとめている。すなわち、「売買契約が解除された場合には、売買契約の履行を前提として定められた報酬額の請求は認められない。媒介契約に売買契約の解除の場合の報酬に関する特約があれば、その約定に従った報酬額の報酬請求権が認められるが<sup>18)</sup>、そのような特約もないときはどうなるか。下級審裁判例によれば、このような場合には、およそ報酬請求は認められないとするのではなく、商法512条などを根拠に相当な報酬の請求が認められるべきものとされている。」<sup>19)</sup>(引用文中の注は筆者による。)

平成15年高判は手付解除の事例であったが、この一般化された判断枠組み——売買契約の成立により報酬請求権自体は発生するが、報酬額の前提とされた履行

---

18) 最判昭和45年2月26日民集24巻2号89頁は、売買契約が解除された場合について定められた報酬額の特約を有効と判示している。なお、手付解除の場合に売買契約が成立した場合と同額の約定報酬額を支払う旨の特約の有効性を認めた近時の判決として、東京地判令和元年12月3日(LEX/DB 文献番号25583400)がある。

19) 福瀧・前掲注3) 95頁。

が生じなかった場合は、相当な報酬額へと減額される——は、次のような場面でも用いられるようになる。

### (c) 手付解除以外の場面

#### (i) 依頼者の債務不履行による解除の事例

例えば東京地判平成21年2月26日（WestlawJapan 文献番号 2011WLJPCA 01208004）は、依頼者自身の債務不履行が原因で売買契約が解除された事例において、次のように述べている。

「ア 仲介人が宅地建物取引業者であって、依頼者との間で、仲介によりいったん売買契約が成立したときは、その後依頼者の責めに帰すべき事由により契約が履行されなかったときでも、一定額の報酬金を依頼者に請求し得る旨約定していた等の特段の事情がある場合は格別、一般に仲介による報酬金は、売買契約が成立し、その履行がされ、取引の目的が達成された場合について定められているものと解するのが相当である（最高裁昭和49年（オ）第27号同49年11月14日第一小法廷判決裁判集民事113号211頁参照）。

イ 本件では、依頼者の責めに帰すべき事由により契約が履行されなかったときでも一定額の報酬金を依頼者に請求し得る旨の約定はされていない。そうすると、仲介の目的である売買契約が解除によって終了した場合の定めがないことになり、その請求可能額は、商法512条に基づき、契約履行時における合意報酬額たる金額を上限として、本件売買契約の取引額、仲介業務の難易、期間、労力さらには売買契約が履行されずに終わった事情など、その他諸般の事情を斟酌して定めるべきである（最高裁昭和40年（オ）第228号同43年8月20日第三小法廷判決民集22巻8号1677頁参照）。」

ここでは、平成15年高判の判示した内容が、その根幹部分を残して純化されている。解除事由が債務不履行であることは問題とされていない。

#### (ii) 依頼者に解除権が留保されていた事例

また、約定解除（解除権の留保）の場合に減額構成を採ったものとして、名古屋高判平成29年8月31日判例タイムズ1447号108頁がある<sup>20)</sup>。事案は、Yが、仲介業者Xの媒介により、Aから土地と建物を買う契約を締結したが、その

20) この判決については、下記3(3)(b)(ii)でも触れる。

際、土地から土壤汚染が検出された場合には協議の上で売買契約を解除できる旨の特約が結ばれていたというものである。その後、汚染が検出されたためYが売買契約を解除したが、XからYに対して約定報酬額の請求がされた。

高裁は、特約に基づく解除を有効としたうえで、Xの請求は商法512条に基づく相当額の報酬として理由があると判断した。その理由としては原判決（名古屋地判平成29年3月2日（D1-Law.com 判例体系〔28262470〕））が引用されている。原判決の内容は以下のとおりである<sup>21)</sup>。

（上記東京地判平成21年のアの部分と同様に昭和49年最判を引用して）「……特段の事情がある場合は格別、一般に、仲介による報酬金は、売買契約が成立し、その履行がされ、取引の目的が達成された場合について定められていると解するのが相当である。」としたうえで、特段の事情の存在を否定。

「……本件特約に基づいて本件売買契約が解約されたことにより、その取引の目的は達成されなかったものと認められるから、……本件媒介契約における約定報酬の額及び弁済期を定めた規定は、適用されないというべきである。したがって、Xは、Yに対し、本件媒介契約による約定報酬額である本件仲介報酬額の支払を請求することはできない。／……もっとも、Xは、Yに対し、相当額の報酬を請求することができる（商法512条）、当該報酬の額については、取引額、仲介の難易、期間、労力その他諸般の事情を斟酌して定めるべきである。」（／は原文の改行箇所）

ここでも、平成15年高判の内容は純化され、やはり解除の原因は問題とされていない。

## （d） 中間的な検討

### （i） 減額構成の射程？

減額構成は、報酬請求権の確定のための標準となり得るだろうか。繰り返しになるが、平成15年高判は手付解除の事例である。その【判旨①】では依頼者Yに一定の「利益」<sup>22)</sup>が残った点が評価され、【判旨②】でも、債務不履行解除や合

---

21) 原審の内容については梅村・前掲注9) 108頁も参照。

意解除との違いが述べられ<sup>23)</sup>、仲介業者であるXが手付解除の可能性を想定して報酬額に関する特約を置くことができたはずだと指摘されている。こういった平成15年高判の特殊性に加えて、次に見るように、(拠って立つ構成に違いはあるものの)事実として、債務不履行解除や合意解除の場合に約定報酬額からの減額を認めない裁判例がある。そう考えると、平成15年高判のロジックが手付解除以外の場合に及ぶものだったのかについては、本来、慎重に考える必要があったようにも思われる。

上記(c)(i)および(ii)の2つの裁判例については、その結論も疑わしい。まず、依頼者自身に債務不履行があった東京地判平成21年2月26日については、そのような場合にまで報酬の減額を認めてよいのかという素朴な疑問が生じる。逆に、買主が土壤汚染を理由に解除した名古屋高判平成29年8月31日については、依頼者は何の「利益」も得ていないのに、たとえ減額されたものであっても報酬を支払わなければいけないのかという釈然としない気持ちが残る<sup>24)</sup>。

とはいえ、減額構成のロジックはそれなりに強固である。売買契約の成立によって報酬請求権自体は生じるという点を認める限り、約定報酬額が履行の完了を想定して定められている以上は履行が完了しなければ減額されるべきだという理屈は成立しており、この理屈から手付解除以外を除外することは難しい。

22) もっとも、放棄された手付金を「利益」と呼ぶことができるかについては、疑問も呈されている。齊藤・前掲注11) 45頁は、解約手付が、解除権を行使された側にとって、あらかじめ合意された損失補償の意味を有していることを指摘する。

23) ただし、Yの得た手付金は算定の一要素とはされているものの、その額自体が報酬算定の基礎とされているわけではない(【判旨④】を参照)。これに対して、原審の那覇地判平成15年7月8日判例タイムズ1153号153頁は、「(売買代金×3%+6万円)×(1+0.05)」という計算式(上記(b)(i)事実関係を参照)の「売買代金」の項目にそのままYの得た手付金2000万円を代入している(結果は69万3000円であり、高裁が認めた1000万円とは大きな開きがある)。このように原審が「結果」の達成を重視したように見えるのと比較すると、平成15年高判があくまで「契約の成立」を報酬の対象と考えたことがはっきりする。

24) 梅村・前掲注9) 109頁は、後述する標準媒介契約約款が(→(3)(b)(i))、融資の不成立を理由とする約定解除について仲介業者に報酬全額の返還義務を負わせていることとのバランスの悪さを指摘している。

## (ii) 商法512条を用いることへの疑問

上に挙げた裁判例は、いずれも、約定報酬額から減額された相当な報酬額を認めるにあたって、商法512条を用いている（平成15年高判について【判旨③】）。履行されなかった場合の報酬額について当事者間に合意が存在しないというのが、商法512条を持ち出す理由である。しかし、この場面で商法512条は本当に必要だろうか。報酬に関する合意の解釈の問題ではないのだろうか。商法512条を適用することの問題点については、本稿の問題意識の中心部分でもあるため、後ほど章をあらためて取り上げることにしたい（→3）。

## (3) 確定構成

### (a) 一般論として述べる裁判例

以上のような減額構成を採る裁判例がある一方で、平成15年高判以降も、売買契約が有効に成立した以上はその後の解除等の事情は報酬請求権に原則として影響しないとする確定構成も根強い。平成15年高判の後、一般論として確定構成を採る裁判例には、以下のようなものがある。

### (i) 依頼者の債務不履行による解除の事例

東京地判平成30年12月20日（LEX/DB 文献番号25558938）は、依頼者に債務不履行があった事例において、次のように述べて約定報酬額の請求を認めている。

「不動産売買の媒介契約に基づく報酬請求権は、原則として仲介業者の仲介により売買契約が成立することによって発生し、当事者の一方又は双方の責めに帰すべき事由により債務不履行を理由に解除されたとしても、仲介業者の委託者に対する報酬請求権はなんら影響を受けるものではないと解される。」

### (ii) 合意解除の事例

また、東京地判平成29年11月8日（LEX/DB 文献番号25550649）は、売買契約が合意解除された場合について、同じように、約定報酬額の請求を認めている。

「本件媒介契約においては、『被告〔注：宅地建物取引業者〕の媒介によって目的物件の売買又は交換の契約が成立したときは、被告は原告〔注：依頼者〕に対し報酬を請求することができる』旨の定めがあることが認められる。／そうすると、被告の報酬請求権は、本件売買契約の成立によって発生するのであって、……本件のように、売買契約が合意解除された場合にいったん発生した報酬請求権が消滅するというのは不合理である」(／は原文の改行箇所)

もっとも、これらの判決では、売買契約の成立によって報酬請求権の額は確定するとの結論は述べられているものの、その後減額構成のような措置をとることがなぜできないのかについては検討されていない(もちろん、当事者の主張内容に枠づけられているという制約があることは言うまでもない<sup>25)</sup>)。そのため、減額構成ではいけない理由も、確定構成でなければならない積極的な理由も、判決文から読み取ることができない。

## (b) 契約に定められた例外に着目する裁判例

確定構成を採る裁判例の中には、たんに一般論として売買契約の成立によって報酬請求額が確定すると判断するのではなく、契約に定められた「例外」に着目して判断するものもある。このような裁判例では標準媒介契約約款に言及されることも多いため、やや回り道になるが、まずその内容を簡単に紹介しておきたい。

### (i) 標準媒介契約約款の内容

標準媒介契約約款は、頻発する不動産媒介契約トラブルを避けるために、昭和57年に策定された<sup>26)</sup>。

25) 東京地判平成30年12月20日(→(i))では、依頼者は、売買契約の決済時が仲介報酬の支払時期とされているところ決済には至らなかった等と主張したが、裁判所は、決済が行われないことが確定した売買契約解除時に報酬請求が可能になると判断している。東京地判平成29年11月8日でも、同様に、報酬請求権の発生時が問題とされている。

26) その策定経緯や内容については、宅地建物取引業法令研究会『不動産取引の標準媒介契約約款：正しい契約のために』(住宅新報社、1982年)が詳しい。また、末吉興一「不動産売買等における標準媒介契約約款について」ジュリスト753号(1981年)93頁も参照。

標準媒介契約約款の中には、依頼者が他の仲介業者に重ねて媒介を依頼できるか（重複依頼）、自ら発見した当事者と売買契約を結ぶことができるか（自己発見取引）に応じて、①専属専任媒介契約（重複依頼も自己発見取引も禁じられる）、②専任媒介契約（重複依頼は禁じられるが、自己発見取引は禁じられない）、③一般媒介契約（重複依頼も自己発見取引も禁じられない）の3つの態様が含まれる。

もっとも、報酬請求に関わる条項の内容は契約態様にかかわらず同一であり、また、策定された昭和57年当時から基本的な点で変更はない。したがって、代表として「専任媒介契約約款」の現在の内容（令和4年5月26日国土交通省告示第583号によるもの）を紹介しておく。なお、条項中の「甲」は媒介契約の依頼者を、「乙」は依頼を受ける宅地建物取引業者を指す。また、注はすべて筆者によるものである。

#### 【専任媒介契約約款】

（報酬の請求）

第8条 乙の媒介によって目的物件の売買又は交換の契約が成立したときは、乙は、甲に対して、報酬を請求することができます。ただし、売買又は交換の契約が停止条件付契約として成立したときは、乙は、その条件が成就した場合にのみ報酬を請求することができます。

2 前項の報酬の額は、国土交通省告示に定める限度額の範囲内で、甲乙協議の上、定めます。

（報酬の受領の時期）

第9条 乙は、宅地建物取引業法第37条に定める書面<sup>27)</sup>を作成し、これを成立した契約の当事者に交付（宅地建物取引業法第37条第4項の規定による提供を含みます。）<sup>28)</sup>した後でなければ、前条第1項の報酬（以下「約定報酬」といいます。）を受領することができません。

2 目的物件の売買又は交換の契約が、代金又は交換差金についての融資の不成立を解除

27) 詳細は省くが、契約内容を記載した書面を指す。

28) この丸括弧の注記は、令和4年5月18日国土交通省告示第539号による改正によって加えられたものである（ただし、同年5月26日国土交通省告示第583号による改正により若干の修正がされている）。なお、宅地建物取引業法37条4項に定められているのは、電磁的方法による提供についてである。

条件として締結された後、融資の不成立が確定した場合、又は融資が不成立のときは甲が契約を解除できるものとして締結された場合は、乙は、甲に、受領した約定報酬の全額を遅滞なく返還しなければなりません。ただし、これに対しては、利息は付きませんこととします。

約款では、売買契約が解除された場合の扱いについて明示的に定められているわけではないが、契約成立によって報酬請求が可能になることは述べられている（8条1項本文）。売買契約に停止条件が付された場合には、条件が成就しなければ報酬請求できない（同項ただし書き）。他方、解除条件および約定解除の場合については、融資の不成立の場合のみが、報酬を得られない場合として明示的に挙げられている（9条1項本文）。

以上の約款の内容を踏まえ、2つの裁判例を紹介したい。

#### (ii) 相手方の債務不履行による解除の事例

東京地判令和3年1月19日（LEX/DB 文献番号25587606）は、売買契約の相手方に債務不履行があり、依頼者が解除した事案である。裁判所は、報酬の排除または減額を否定する理由として次のように述べている。

「原告〔注：仲介業者〕と被告〔注：依頼者〕は、一般媒介契約書……、本件仲介手数料支払確認書によって、報酬額の支払の例外として、そもそも売買契約成立に至らなかった場合（一般媒介契約約款9条1項……〔注：上記専任媒介契約約款8条1項に相当する〕）のほかは、〔1〕融資利用の特約ないし買替特約に基づく解除があった場合、〔2〕停止条件が成就しなかった場合（売買契約が停止条件付き契約として成立した場合で、その条件が成就しなかったときをいうものと解する。一般媒介契約約款9条1項ただし書参照。）のみとしているものと認められることからすれば、A不動産〔注：売買契約の相手方〕の不履行によって本件媒介契約上の報酬請求権の存否・内容は影響を受けないものと解するのが相当である。」

ここでは、報酬の減額を認めない理由として、たんに売買契約が成立したというにとどまらず、契約書に定められた報酬支払の例外事由に債務不履行解除が含まれていないことが述べられている。

### (iii) 相手方に解除権が留保されていた事例

東京地判令和3年6月29日（LEX/DB 文献番号25600313）は、売買契約に付された条項の解釈が問題となった事案である。契約に用いられた約款には、上記の専任媒介契約約款8条1項と同じ文言が定められていた（売買契約が成立すれば報酬請求が可能となるが、停止条件付契約の場合は条件成就の場合にのみ報酬請求できる）。

この事案の売買契約では、依頼者が購入する建物について売主が土地賃借権を譲渡することを土地所有者が承諾しないときは、契約を解除できる旨の特約があった。仲介業者が売買契約が成立したとして報酬の請求をしたのに対して、依頼者は、上記の特約は賃借権譲渡の承諾を得ることを停止条件とするものであり、それが成就していない以上は報酬を支払う必要はないと主張した。これに対して裁判所は以下のように述べている。

「本件売買契約……では、売主は借地権が賃借権のとき、当該賃借権を買主に譲渡することについて土地所有者の賃借権譲渡承諾書を取得するとされ、同承諾書を交付できないときは、売主は、買主に対し、本件売買契約を契約解除期日までに書面により通知の上、解除することができることとされているから、かかる定めは、契約の成立を前提に、土地所有者から借地権の譲渡について承諾が得られない場合に解除権を留保したものであることが明らかである。他に、本件売買契約の条項において、原告が主張するような停止条件を定めた規定は見当たらない。」

この判決は、特約が停止条件ではなく解除権の留保であるとして、約定報酬額の請求を認めている。これは、停止条件であれば約款において報酬の不発生事由とされているが、それ以外の契約書に定められていない事由は報酬に影響しないとしたものである。

### (c) 中間的な検討

確定構成は、結論の明確さという点では減額構成に勝る。契約に定められた減額事由や不発生事由がない限り、売買契約の成立によって約定報酬額の請求を認

めればよいためである。しかしそれは、硬直的な判断につながる危険と表裏一体である。この点は、契約に定められた「例外」に着目して、そこに定められていない事由については減額等の措置をとらないとする立場でも変わらない。

例えば、上記の東京地判令和3年6月29日（→(b)(iii)）は、建物の譲渡にともなう土地賃借権の譲渡の可否に関する特約について、それは解除権の留保であり停止条件ではないとの理由で報酬不発生を認めなかった。しかし、契約に付されたのが停止条件なのか解除権の留保なのかという違いが、本当に区別を正当化するのだろうか。また、確定構成を採った場合に、手付解除の場合や解除条件（上記の専任媒介契約約款9条2項に定める融資不成立の場合を除く）について報酬の減額や不発生を認めなくてよいのかも問題となる。

このような疑問が生じるのは、そもそも、減額を認めない積極的な理由が判決から読み取れないためである。減額構成も、確定構成と同様に、契約の成立によって報酬請求権が生じること自体は共通している。そのうえで、減額構成は、減額した報酬を認める根拠を商法512条等に求めているが、確定構成がこのような構成を認めない理由は、それこそが確定構成の論理の根幹のはずだが——少なくともここで取り上げた限られた数の裁判例からは——はっきりしない。

#### (4) 小括

減額構成と確定構成という裁判例が依拠する2つの構成について、それぞれの特徴と問題点を検討した。重複をいとわずまとめておく。

まず確認しておくべきは、平成15年高判以降に広まった減額構成は、たしかに一定の影響力を持っているが、必ずしも全面的に受け入れられているわけではないということである。減額構成の強みであり問題でもあるのは、それが、売買契約の目的が達成されなかった理由を問わずに妥当する点である。その論理に、債務不履行解除、約定解除（手付解除もそれ以外も含む）、合意解除、さらには条件付きであったことといった違いを区別する契機は含まれていない。しかし、本当にそれでよいのか。減額を認めるべきでない場面や、少額であっても報酬自体を

認めるべきでない場面はないのか。また別の問題として、約定報酬額からの減額を認める場合に、商法512条を用いることが適切なのかという疑問もある。

他方、確定構成において報酬の減額や不発生が認められるには、例外を個別に特約で定める必要がある。しかし、起こりうるすべての場面を想定しておくことは困難である。また、約款には、報酬不発生事由としての停止条件と、報酬返還事由としての融資不成立とが定められているが、これら以外を減額事由・不発生事由として認めないことは、同種の紛争においてバランスを失うおそれがある。もちろん、契約に定められた報酬排除・減額の特約について拡大解釈・類推解釈をすることが論理的に否定されているわけではない。しかし、特約を制限的に解するのか緩やかな解釈を認めるのかを決めるには、確定構成を採る根拠や報酬の例外が置かれた根拠が明らかにされなければならない。それが果たされているようには思われない。

各構成に対する以上の疑問は、結局、不動産媒介契約における報酬請求権の成否や内容に関するデフォルト・ルールをどう考えるのかという問題に帰着する。売買契約の目的が達成されなかった事由を区別せずに報酬の減額を認めることには問題がありそうだが、目的が達成されなかった事由にかかわらず約定報酬を維持するのが良いわけでもなさそうである。何らかの基準で事由ごとに扱いを変える必要があるように思われるが、それを検討する前に商法512条の問題を片づけておきたい。

### 3 商法512条の適用問題

#### (1) 喉に刺さった小骨

あらためて確認するが、商法512条は、「商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる」とする規定である。これにより、報酬の合意がなくても、商人は報酬を請求することができるようになる。この条文は、少なくともその文言上は、報酬の合意がないところに

広く適用される可能性をもっている。不動産媒介契約において解除等により売買契約の目的が達成されなかった場合についても、次のような形で登場し、または登場しうる。

まず、すでに見たように、減額構成に立つ場合には、「一般に仲介による報酬金は、売買契約が成立し、その履行がされ、取引の目的が達成された場合について定められている」とする昭和49年最判の命題を前提として、そうでない場合の報酬額については合意がないということから、商法512条を適用して相当な報酬が認められている。

これに対して、確定構成に立つ場合には、売買契約成立時に約定報酬額で報酬額が確定するため商法512条は登場しない。しかし、商法512条の理解次第では、売買契約不成立の場合に、「売買契約の成立によって報酬請求権が生じるとの定めがあるが、売買契約が成立しなかった場合についての合意はない」として、この条文が適用される余地がないわけではない。

このように、減額構成はもちろん確定構成においても、商法512条は関わりうる。だが、契約当事者が定めていない事態が生じた場合に報酬がどう扱われるかは、契約解釈の問題として処理できるはずである。この契約解釈と商法512条の関係はどうなっているのだろうか。仮に商法512条が、契約解釈とは別の根拠から、契約解釈に優先して報酬請求権を認めるものだということになれば、いくら契約のデフォルト・ルールを検討したとしても、その内容は迂回され、検討の意味が大きく減殺されることになってしまう。そのため、商法512条の適用範囲を先に確定させておかなければならない。

## (2) 商法512条の内容

### (a) 一般的な制度趣旨

商法512条が適用される契約類型として一般に想定されているのは、委任（準委任を含む。以下同じ）および寄託である。これらは、民法上、対価の合意がなくても成立し、特約があって初めて報酬を請求することができるかとされている

(民648条1項、665条)。では営利を目的とする商人が常に対価の合意を得ているかということ、現実には、明白な合意のないまま役務の提供が行われることも少なくなく、黙示の合意を認定することも困難な場合もある。さらには、報酬の合意以前に、そもそも契約の成否すら曖昧なままであることもある<sup>29)</sup>。そのような場合に、依頼者が報酬特約の不存在または契約の不成立を主張して報酬の支払いを拒んで利益のみを得ることを防ぐのが、この規定の趣旨のようである<sup>30)</sup>。たとえ合意の認定が困難な場合であっても、商人と交渉に入り一定の労務の提供を受けた以上は、その者は報酬の支払いを覚悟すべきであり、それにより取引が円滑なものになるという制度趣旨は理解できる。

本稿が扱っている不動産媒介契約はひとつの非典型契約であるが、準委任の一種とも考えられている。少なくとも、報酬の合意は契約の成立要件ではない。しかし仲介業者は商人であるため(商502条11号、4条1項)、商法512条の適用対象となることになる。

---

29) このような場合に、前掲注6)で述べた事務管理の成立可能性やそでの商法512条の適用の可否が問題となる。塩原・前掲注6)(47)頁以下は、事務管理に商法512条を適用することに抑制的な立場をとる。その他、この問題については市川正巳「商人の報酬請求権」塩崎勤=川勝隆之編『現代裁判法大系16商法総則・商行為』(新日本法規出版、1999年)154頁も参照。

30) 『商法修正案理由書』(博文館、1898年)240頁によれば、現在の商法512条の原型である明治商法274条の立法趣旨は以下のとおりである(商法の立法経緯については、佐野智也のウェブサイト「法律情報基盤」(<https://law-platform.jp/>)のデータベースも参照した)。

「……抑も新民法〔注：明治民法のこと。以下同じ〕の規定に従ふときは、他人の爲め或行爲を爲すも、特約あるにあらざれば其報酬を請求することを得ざること多し(新民法第648条第1項、第656條、及び第665條)と雖も、商人が其營業の範圍内に於て他人の爲め或行爲を爲したる場合に於ては、此原則を適用すること能はざるべし。何となれば、啻に當事者の意思に反することあるのみならず、取引の圓滑に行はるるを妨害すべければなり。而して、多くの場合に於ては相當の報酬を授受すべき黙約あるものと解釋し得られざるにあらざるべしと雖も、必ずしも然りと謂ふことを得ざるのみならず、之を事實上の問題に放任すべきにあらざらざる。故に、本案は新たに本條の規定を設け、特約なしと雖も相當の報酬を請求することを得るを以て原則と爲したり」(片仮名を平仮名に改めて濁点を付し、句読点を補った)。

## (b) 商法512条が適用されない場合

### (i) 一般的または個別的な排除

商法512条は、報酬請求権の要件として、「営業の範囲内」の行為、「他人のため」の行為であることしか要求しておらず、その適用範囲はかなり広いように見える。しかし、行為の対価がすでに売買代金・運賃・手数料などの中に含まれている場合や、その行為が一般取引慣行上無償となっている場合については、商法512条に基づく報酬は認められないとされる<sup>31)</sup>。また、個別的に、あらかじめ商法512条の適用を排除すると合意すること（つまりある行為について無償とする合意をすること）も妨げられないだろう。

### (ii) 契約上の報酬要件との関係

以上のように一般的にまたは個別的に商法512条の適用が排除されている場合に加えて、その契約において報酬の発生要件となる事実が生じていない場合も、商法512条は適用されないとされている。例えば、商事仲立人が報酬を請求するには他人間での契約の成立が要件とされているが（商550条1項）、ここで、契約不成立の場合に商法512条によって報酬が認められるということはない<sup>32)</sup>。

このことは、不動産媒介契約（民事仲立）のように、報酬の発生要件について法律の規定がない場合も同様に考えられている。つまり、不動産媒介契約でも、売買契約の成立が報酬請求の要件であることは一般に承認されており、売買契約不成立の場合に商法512条が適用されて報酬が認められるとは考えられていない<sup>33)</sup>。本章の冒頭で、確定構成を採った場合に、「売買契約の成立によって報酬請求権が生じるとの定めがあるが、売買契約が成立しなかった場合についての合意はないため、商法512条によって報酬請求ができる」との解釈の余地に触れた

---

31) 西原寛一『商行為法』（有斐閣、1960年）117頁、平出慶道『商行為法〔第2版〕』（青林書院、1989年）92頁以下。平出は、前者として例えば売渡品の包装行為を、後者として見積書の作成行為を挙げる。

32) 青竹正一『商法総則・商行為法〔第3版〕』（信山社、2023年）189頁。

33) 海老塚和衛「宅地建物取引業者と依頼者との間の不動産仲介をめぐる法律関係について」判例タイムズ136号（1962年）6頁のほか、同・後掲注41）47頁。

が、現在、そのような解釈が支持される議論状況にはないのである<sup>34)</sup>。

不動産媒介契約において何を報酬請求権の要件と考えるかは、契約解釈の問題である。そうすると、商法512条が適用される前に、報酬請求権の成否について契約解釈が先行して行われていることになる。そして、この契約解釈の結果として報酬請求権の成立要件が満たされていないと判断された後に、商法512条が入り込んで報酬を認める余地は存在していない。

### (3) 報酬額への適用の問題

#### (a) 商法512条を用いない減額構成

以上は、報酬請求権の成否に関する契約上の要件と商法512条の優劣の問題である。では、減額構成のように、報酬請求権自体は生じているが約定報酬額を請求する前提が失われた場合はどうなるだろうか。そこで商法512条を適用することに問題はあるだろうか。以下で確認するのは、この場合に、商法512条ではなく媒介契約の解釈によって処理することに問題はないということである<sup>35)</sup>。事実として、平成15年高判以前に、契約解釈によって減額をする判決がある。

#### (i) 依頼者の手付放棄による解除の事例

大阪地判昭和58年8月30日判例時報1111号124頁は、手付放棄によって売買契約を解除した依頼者（買主）に対して仲介業者が約定報酬額を請求した事例において、次のように述べている。

「……原告〔注：仲介業者〕、被告Y〔注：依頼者〕間には仲介報酬に関して建設大臣の定める規定報酬額程度の支払約束があったことは明らかであるが、これは本件売買契約が

34) ただし、広島簡判昭和28年12月21日下民集4巻11号1909頁のように、比較的古い時期にはこのような解釈をした判決がないわけではない。また、売買契約が不成立だった事案ではないが、後掲注40)の裁判例も参照。

35) すでに齊藤・前掲注11)46頁が、平成15年高判が商法512条を用いたことについて、「それは報酬の約定の解釈であって、商法512条を直接の根拠として請求を認めるべき事案ではなかったと思われる」と指摘している。

完全に履行された場合の報酬額と解され、右のとおりこれが途中で頓座した場合、右支払約束に基づき規定報酬額をそのまま請求できるものではないと解される。しかしながら右支払約束には、本件売買契約が右のとおり途中で頓座した場合に、それまでに被告Yのために仲介の労をとった原告の右傾注した労力に応ずる合理的な仲介報酬額の支払を約束する趣旨をも含むものと解することができるのであって、右認定に反するまでの証拠はない。そして原告の被告Yに対する本訴請求にはこの点の支払を求める趣旨も含まれるものと善解できる。」

ここでは、平成15年高判などと同じ操作が、商法512条を介在させずに行われている。

### (ii) 相手方の債務不履行による解除の事例

浦和地判昭和58年12月23日判例タイムズ525号147頁では、売主である相手方に債務不履行があり、媒介契約の依頼者が売買契約を解除した。報酬額についてもそもそも合意がなかった事例だが、判決は次のように述べている。

「本件において、原、被告間〔注：仲介業者・依頼者間〕に報酬額についての約定がなされていないこと……、本件売買契約は売主の債務不履行により解除されたこと……は当事者間に争いがなく、原、被告間に契約が解除された場合の報酬額についての約定もなされていなかったことは弁論の全趣旨によりこれを認めることができるから、本件の仲介報酬額は一般事例に倣って相当とする額ということになる。／……／そうすると、本件の報酬額は、本件における取引額、媒介の難易、期間、労力その他の諸般の事情を考慮して算定するのを相当とするが（最高裁判所第3小法廷昭和43年8月20日判決・民集22巻8号1677頁参照）、これらの諸事情と前掲の当事者間に争いのない事実及び認定の諸事実を総合して認定し得る本件売買の特殊性、とくに、契約締結に際し、売買の重要な部分を占める道路位置指定及び農地転用許可の成就について当事者間に相当の懸念がもたれていたために、手付金も授受されず、右諸条件の成就をまって代金を一括支払うこととされ、債務不履行による契約解除の場合には違約金1000万円を支払う旨の賠償額予定の特約が付されたこと、並びに本件売買契約解除後原告社員……が被告に対し、違約金の中より原告の手数料を出してくれるよう依頼し、被告も金額については未定であるが違約金の中からこれを支払う旨諒承したと推認し得ることを考慮すると、右報酬額は違約金として予定された1000万円の3パーセントである30万円を相当とするというべきである。」

ここでは、これまで見てきた事例と異なり、そもそも約定報酬額と呼べるもの

がない。しかし、履行を前提とした報酬額ではなく、解除された場合を前提とした報酬額を認めるという判断は、減額構成と変わらない。ここでも商法512条は用いられておらず、契約解釈によって報酬額が判断されている。

## (b) 商法512条を適用することの問題点

### (i) 減額操作の実質

これらの判決の存在からすれば、約定報酬額からの減額または相当な報酬額の算定という操作が、商法512条を用いなければできないようなものでないことは明らかである。とはいえ、契約解釈で可能だということが、直ちに、商法512条を用いてはいけないということまでは意味しない。契約解釈の問題だと言おうが商法512条の問題だと言おうが、形式の違いにすぎないのではないかとの疑問もありうるかもしれない<sup>36)</sup>。いずれの方法だろうと、すでに発生した報酬請求権の額をどのように決めるかは、その契約においてどれだけの報酬を認めるのが適切かという問題であることに違いはないからである<sup>37)</sup>。

しかし、ここで商法512条を適用することには、報酬額をどう決めるかとは別の点において、重大な問題がある。それは、次に見るように、報酬請求権の成立要件の問題の存在を覆い隠してしまうということである。

### (ii) 成立問題の隠蔽

上述したように(→(2)(b))、成立要件のレベルで報酬請求権が生じない場合には、その後に商法512条が適用される余地はない。これを前提に、平成15年高判を初めとする減額構成を採る裁判例を考えてみたい。

そこでは、取引の目的を達成しなかった場合の報酬については合意がないとし

---

36) 条文上の根拠のない契約解釈という方法よりも、商法512条という規定を用いる方が少なくとも見かけ上の説得力や安定感が増すという面はあるのかもしれない。そのようなレトリックを全面的に否定するわけではないが、それに法的な意味があるかは疑問である。

37) 平成15年高判の結論を肯定的に評価する、笹本・野口・半田・福瀧の各評釈(前掲注11)も、福瀧・前掲注3)も、相当報酬額へと減額するに当たって商法512条を適用することについては特に肯定的に触れているわけではなく、どうでもよいと考えているかのようである。

て、そこから直ちに商法512条が適用されている。しかし、そのような場合にそもそも仲介業者が報酬を請求できるかどうかは、媒介契約の解釈を経なければ決まらない。例えば名古屋高判平成29年8月31日では（→2(2)(c)(ii)）、土壤汚染が発見された場合のために依頼者に解除権が留保されており、それに基づいて契約が解除されている。このような場合、相当な報酬がいくらであるかを判断する前に、そもそも報酬請求権の発生要件が満たされているのかを判断する段階があるはずである。これは、手付解除が問題となった平成15年高判でも同じである<sup>38)</sup>。減額構成を採る裁判例は、いずれもこの段階を省略してしまっている。これが商法512条を用いることの現実的な問題点である。

このような指摘に対しては、次の2つの点から反論ないし再指摘が可能かもしれない。第1に、報酬請求権の成否を判断する過程を飛ばしているのは、商法512条を用いず契約解釈に依拠する上記(a)(i)(ii)の各判決も同じだということである。第2に、報酬を認めるべきでないならば、商法512条を適用した上で、「相当な報酬」はゼロであると結論づけることも可能ではないかということである。

しかし、いずれも適切ではない。契約解釈の方法であれば、法律構成上、報酬請求権の成否を判断する段階を挟み込んだり、報酬額をゼロと判断することが理屈上は可能である。これに対して、商法512条の役割は、合意のないところに報酬を与える点にある以上、報酬請求権を不発生と解したり報酬額をゼロと解することは、条文の趣旨に真っ向から反することになってしまうからである。したがって、相当な報酬額を決めるだけでなく報酬請求権の成立要件の再考をも視野に入れれば、商法512条ではなく、契約解釈の方法をとらなければならない。

### (iii) 報酬請求権の成立要件の再構成へ

不動産媒介契約において売買契約の目的が達成されなかった場合に、報酬額を考えるよりも前に、まず報酬請求権の成否について考える段階があるという指摘

---

38) 報酬請求権の成立要件の充足がまず問題となるという指摘は、すでに齊藤・前掲注11) 44頁以下によってされていたものである。齊藤は、手付解除の場合は、その要件が満たされないと解する余地があるとする。この点に対する私見については、後掲注66)を参照。

は、減額構成にのみ当てはまるわけではない。確定構成のように、目的が達成されなかった原因を問わずに約定報酬額の請求を認める立場への指摘でもある。確定構成は、売買契約の成立だけで常に約定報酬額を請求できることについて、積極的な理由を述べていないためである。

減額構成も確定構成も、売買契約が成立した以上は報酬請求権は生じていると考える点で、共通の出発点に立っている。しかし、問題は、いずれの構成を採るべきかよりも前にある。それは、売買契約が目的を達成しなかった場合に、報酬請求権が成立しているのかしていないのかを判断する根拠と基準である。減額すべきなのかすべきでないのかは、その次の問題である。

#### (4) 小括

売買契約の目的が達成されなかった場合、報酬の額を判断する前に、そもそもそのような場合に報酬を請求できるかどうかを判断しなければならない。そこで報酬請求が可能だと判断された後に、報酬額をどう算定するか——履行を前提とした約定報酬額でよいのか、それよりも減額するのか——という問題が生じる。これらはいずれも不動産媒介契約の解釈の問題であり、その標準的内容をどう構築するかという問題である。ここで契約解釈の問題とせずに商法512条を適用すると、報酬請求権の成否の問題を飛び越えて報酬を得られることを当然の前提としてしまう。

本稿は、商法512条が適用される場面を全体として解明しようとするものではない。特に、契約自体が締結されていない場合（黙示の合意が認定できない場合）のこの規定の役割については考察の範囲外である。しかし、少なくとも契約が有効に成立している場合には、まずその契約の標準的内容から、または個別の契約の解釈により、報酬請求権の成否および報酬額が決められなければならない。そこに商法512条が登場する余地はないはずである<sup>39,40)</sup>。商法512条の役割は、あく

---

39) なお、近時、特に実務家の側から、報酬請求権の問題を契約解釈の問題として処理すべ

まで、特に委任や寄託のように民法上は無償でも契約が成立するとされている場面で、報酬の合意がなくても報酬請求を否定されないということを確認するとともに、その契約の標準的内容上の報酬の成立要件や個別の契約解釈に割り込んだり、それらを書き換えるようなものではない<sup>41)</sup>。

ゝきとする提言が増えているように見える。

岡本＝宇仁・前掲注16) 1297頁は、裁判例を分析する際に標準媒介契約約款が策定された後かどうか、約款が用いられた契約かどうかに留意すべきだとする文脈において、「報酬請求権は、仲介契約と委託者との仲介に関する合意の存否とその内容によって根拠づけられる」とする。また、熊谷則一『不動産取引紛争の実践知 宅建業法の戦略的活用』（有斐閣、2019年）293頁は、「突き詰めれば、約定報酬額は、仲介業者のどのような業務に対する対価であるのかということに帰着するのであり、媒介契約の解釈の問題である。」とする。

さらに、重高・前掲注13) 72頁は、売買契約成立後に売買契約が解除された場合に約定報酬額を請求できるかどうかについて、「契約〔注：媒介契約〕当事者の意思解釈の問題に帰着する」としている。ここでそもそも商法512条の適用の余地がないと考えられているのかについては必ずしも判然としないが、少なくとも、当事者の合理的意思解釈の結果として約定報酬額の請求が認められないとされた場合には、「直ちに売買契約が解除された場合における報酬の合意がないものとして、商法512条を検討していくということには必ずしもならない」、「その前の段階〔注：商法512条の適用を考える前の段階〕において、合理的な意思解釈の結果として、約定報酬額のうち一定額の請求が認められるか否かについても検討する必要があるように思われる」と述べ、契約解釈が優先されるべきことを主張している。

- 40) そのため、次のような裁判例は疑問である。東京地判平成28年12月21日（LEX/DB 文献番号25539869）では、報酬の合意について「本件媒介契約においては、本件約定書に定められた……報酬（仲介手数料）については、本件不動産の売買契約の成立のみならず、これが履行され、本件不動産の引渡しに至った場合に支払う旨の合意が成立していたと認められ、本件売買契約の成立をもって、原告に本件約定書所定の……の報酬（仲介手数料）請求権が発生したと認めることはできない。」として、報酬請求権自体が発生していないとしているにもかかわらず、「しかしながら、原告〔注：仲介業者〕は、本件媒介契約に基づき、被告〔注：依頼者〕のために物件を探索、紹介して本件売買契約の成立に至ったものであるから、このような原告の行為について、商法512条に基づき、相当な報酬を請求することができる」と述べている。

このような判断は、すでに契約が成立しているか成立していないかの違いはあるものの、前掲注34)の判決の発想とも通底するところがあり、いずれも商法512条の解釈として問題がある。

- 41) 海老塚和衛「宅地建物取引業者の不動産仲介による報酬請求権（上）」判例タイムズ272号（1972年）47頁は、不動産媒介契約において売買契約が成立しなかった場合に商法512条の適用を認めた裁判例を批判する文脈において、商法512条は「商人の行為の有償性という観点から民法の例外を認め、民法では他人のために委任とか準委任、また寄託とか事務管理等の」

とはいえ、現実的な問題は、肝心の不動産媒介契約の標準的内容——売買契約が目的を達成しなかった場合に仲介報酬はどのように扱われるのか——が明らかではない点にある。この点がはっきりしていれば、例えば売買契約が不成立である場合に商法512条の適用が問題にならないのと同様に、契約解釈の問題への商法512条の侵入を防ぐことができる。

## 4 ドイツ法の対応

### (1) 前章のまとめと本章への導入

以上の検討によって、本稿の目的の半分は達成された。本稿の「はじめに」では、「商行為法上の規定の適用が問題となりうる場面について、一般法である民法の側の説明が不十分であるために、商行為法の規定の解釈や適用が不明確となっている場合があるのではないか」と述べた。ここまで見てきたとおり、不動産媒介契約の標準的内容が明らかとなっていないために、売買の目的が達成されなかった場合の仲介報酬について、十分な検討を経ないまま商法512条の不必要な適用がされているように思われたためである。

もちろん、これは不動産媒介契約の解釈だけの問題ではなく、商法512条の解釈の問題でもある。この点について、「はじめに」では、「商法512条が適用される要件と当該契約の解釈の関係を」を課題として挙げていた。これに対する本稿の回答は、少なくとも契約自体が成立している場合には、報酬請求権の成否および報酬額は、その契約の標準的内容や個別の契約の解釈によって定められなければならない、商法512条が直接に適用されるべきではないというものである。

---

↘行為をしても特約のないかぎり報酬請求権は発生しないが、商人が営業の範囲内で他人のために右のようなある行為をしたときは、相当の報酬を請求しうることにするための規定にすぎない」とする。本稿の主張は、この指摘に同調するものである。なお、契約上の報酬発生要件が満たされない場合に商法512条の適用があるかという問題について、有償契約において対価の合意がない場合の商法512条の適用可能性を論じたものとして、滝澤孝臣「有償契約と商法512条の適否」銀行法務21・685号（2008年）46頁がある。

しかし、以上の見方が実際に機能するものとなるためには、不動産媒介契約の標準的内容が確立されていなければならない。以下では、媒介によって成立した売買契約に何らかの問題があり目的が達成されなかった場合の仲介報酬の扱いに関するドイツ法の状況を概観し<sup>42)</sup>、それを手掛かりとして、この場面に関するデフォルト・ルールについて検討してみることにしたい。

## (2) ドイツ法の前提状況

### (a) 条文

ドイツでは、不動産取引に限らず媒介契約一般に関する規定が、“Maklervertrag”の名称のもとで民法典(BGB)に定められている。“Maklervertrag”、“Makler”は、「仲立契約」「仲立人」と訳されることもあるが<sup>43)</sup>、ここまでの記述と対応させるため、本稿ではこれらを「媒介契約」「仲介人」と訳すことにする。なお、媒介される契約のことは“Hauptvertrag”と表現され、様々な契約がそこに含まれる。本稿ではこれを「本契約」と訳すが、そこで念頭に置くのが売買契約なのはここまでと同様である。

BGBの定める媒介契約の内容は、第1款「総則規定(Allgemeine Vorschriften)」、第2款「対消費者金銭消費貸借および有償の資金調達援助の仲介(Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen und entgeltlichen Finanzierungshilfen)」、第3款「婚姻仲介(Ehevermittlung)」に分かれる。以下の条文訳は、このうちの総則規定の部分である<sup>44)</sup>。さらに、このうち本稿に関係するのは第652条1項である。なお、655条は、雇用契約(Dienstvertrag)の媒介に関する規定のため省略する。

---

42) 同じ問題についてのドイツ法の簡潔な紹介としては、半田・前掲注11) 183頁がある。また、商法も含めたドイツの媒介契約(仲立法制)の全体像については、洲崎博史「仲立法制の在り方」森本滋先生還暦記念『企業法の課題と展望』(商事法務、2009年) 407頁を参照。

43) 洲崎・前掲注42) など。

44) 条文訳については、洲崎・前掲注42) 419頁以下も参考にした。

## BGB 第 2 編 8 章10節 媒介契約

### 第 1 款 総則規定

#### 652条 (報酬請求権の発生)

1 契約締結の機会の紹介または契約の斡旋について仲介報酬の支払を約束した者は、契約が仲介人の紹介または斡旋によって成立した場合にのみ、報酬の支払義務を負う。契約が停止条件付きで締結された場合には、条件が成就したときにのみ、仲介報酬を請求できる。

2 費用は、特約がある場合にのみ、仲介人に償還請求できる。契約が成立しなかった場合も同様とする。

#### 653条 (仲介報酬)

1 仲介人に委託された給付が報酬と引換えにのみ期待されるべき事情がある場合には、仲介報酬は黙示に合意されたものとみなす。

2 報酬の額が定められていない場合には、公定価格が存在する場合には公定価格に応じた報酬が、公定価格が存在しない場合は通常の報酬が合意されたものとみなす。

#### 654条 (報酬請求権の失権)

仲介人が契約内容に反して相手方当事者のためにも行動した場合には、仲介報酬および費用償還の請求をすることはできない。

#### 655条 (報酬請求権の減額)： 略

### (b) 報酬請求の基本的要件

仲介人が報酬請求権を取得するには、①有効な媒介契約が締結されたこと、②契約で合意された媒介行為が行われたこと、③本契約が有効に締結されたこと、④媒介行為と本契約の締結との間に因果関係があること、という4つの要件が満たされる必要がある<sup>45)</sup>。本稿と関係するのは③の要件である。

③の要件に関して、BGB652条1項には、報酬請求権の発生に契約の成立が必要であることと(同項1文)、停止条件が付されていた場合にはその成就まで請求ができないこと(同項2文)しか述べられていない。一般には、本契約が無効だったり取り消されたりした場合には、仲介人に報酬請求権は生じないとされて

---

45) JurisPK-BGB/Würdinger, 10. Aufl. (2022), § 652 Rn. 10.

いる。これは日本法でも同じである。本契約が解除された場合や解除条件が付されていた場合などについても規定がなく、解釈に委ねられている。

以上を前提に、有効に成立した本契約が目的を達成しなかった場合について、ドイツ法では報酬請求権をどのように扱っているのだろうか。

### (3) 本契約に問題がある場合の処理

#### (a) 原則的なリスク配分

##### (i) 債務不履行

ドイツ媒介契約法の原則的な考え方は、有効な本契約が締結された後に履行または執行の段階で生じた問題は、仲介人の報酬に影響しないというものである<sup>46)</sup>。つまり、仲介人は本契約の締結と有効性のリスクを負担し、依頼者はその履行および執行のリスクを負担する<sup>47)</sup>。

連邦通常裁判所 (BGH) は、繰り返し次のような定式を示している。すなわち、「BGB652条は、報酬請求権の発生を本契約の締結のみに依拠させており——商法典 (HGB) 87a 条 1 項 1 文<sup>48)</sup>のように——法律行為の実現には依拠させていない。本契約の有効な成立を妨げ、またはそれを初めから無効なものとするような事情は、それらに応じて報酬請求権の発生を排除する。他方、有効に成立した契約の履行義務を失わせるにすぎない事情——契約の合意による解消、後発的

---

46) なお、本契約の内容が契約締結時からすでに依頼者に利益のないようなものであった場合（例えば、購入した不動産に、売買契約締結時にすでに物権的な先買権 (Vorkaufsrecht) が存在しており、それが行使されたことによって不動産を取得できなかった場合）のリスク負担者はどちらかという問題もあるが、これも仲介人の負担になるとされる (BGH v. 04.03.1999 - III ZR 105/98 - NJW 1999, 2271 など)。本契約が原始的に不能だった場合の扱いについては議論があるが、2002年の債務法改正により原始的不能も通常の債務不履行と同様に扱うことになった点からすると、媒介契約上も依頼者のリスクと考えることも可能かもしれないが、媒介契約上のリスク配分を本契約の有効性と合わせる必然性はないだろう。

47) Würdinger, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 72.

48) HGB87a 条 1 項 1 文は、「代理商は、事業者 (Unternehmer) が取引を実行した時に、かつその限りで、報酬請求権を有する。」と規定する。

な不能、解約告知 (Kündigung) など——は、報酬支払義務に影響を与えない。契約の解除も、契約の締結をなかつたことにするものではなく、契約上の給付義務を失わせるものにすぎない。したがって、原則としては報酬義務に影響しない<sup>49)</sup>。

この原則的なリスク配分の結果、依頼者の債務不履行によって本契約が解除された場合はもちろん、相手方の債務不履行によって依頼者が本契約を解除した場合も、仲介人の報酬請求権は失われぬ。合意解除の場合も同様である。

### (ii) 停止条件

本契約に停止条件が付されていた場合には、日本における標準媒介契約約款と同様に、条件が成就して初めて報酬請求が可能となる (BGB652条1項2文)。その理由としては、この場合には、BGB652条1項1文が要求する「契約の成立」があったと評価できないためだとされる<sup>50)</sup>。

### (iii) 解除条件・解除権の留保

では、解除条件が付されている場合や合意によって解除権が留保されている場合はどうか。これらの場合には、原則として契約成立と同時に報酬請求権が生じ、解除条件が成就したり解除がされても報酬請求権が消えることはないと考えられている<sup>51)</sup>。停止条件の場合と異なり、契約の効力は直ちに生じているからだというのがその理由である。BGBの立法理由書では、解除条件の不成就が確定するまでに長い時間がかかり、第三者との契約が履行された後になることも少なくないという点も挙げられている<sup>52)</sup>。なお、解除条件が後に成就した場合には仲介人が依頼者に報酬を返還しなければならないとする見解もある<sup>53)</sup>、このよう

---

49) BGH v. 06.03.1991 - IV ZR 53/90 - NJW-RR 1991, 820など。

50) Würdinger, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 82; Bernd Kempen, Der Provisionsanspruch des Zivilmaklers bei fehlerhaftem Hauptvertrag (1984), S. 115 ff.

51) BGH v. 21.04.1971 - IV ZR 66/69 - WM 1971, 905など。

52) Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band., S. 287, 1899.

53) Staudinger/Arnold (2021) BGB § 653 Rn. 106は、最終的には媒介契約の解釈の問題とし

な立場は支持されてはいないようである<sup>54)</sup>。

## (b) 停止条件との等置から媒介契約の解釈問題へ

### (i) 停止条件との等置

ところが、以上の基準は実際には維持されていない。判例に現れているのは解除権の留保についてのみであるが、以下のような判決がある。

第1の例外は、売買の目的である土地について公官庁の建築許可が必要であったところ、建築許可が下りなかった場合には買主が契約を解除できると合意されていた場合である。このような事例においてBGHは、例えば次のように述べて、仲介人の報酬請求を否定している<sup>55)</sup>。

「控訴審が買主のこの解除権を停止条件とみなしたとしても、それが法的に誤りとは認められない。契約が公官庁の許可を必要とする場合、一般的には次の点を出発点とすることができる。すなわち、許可が下りるまで契約はまだ不確定な状態であり、仲介報酬は公官庁の許可が下りて初めて発生するということである……。解除権が不動産の建築可能性に左右される場合も、状況は同様である。その場合、当事者の意思の多くは、建築可能性が確定するまで契約を不確定な状態に置くというものであろう。当事者のそのような意図が存在するかどうかは、事実審裁判官が行う個々の合意の解釈である。」

ここでは、売買契約において定められたのが停止条件であるのか解除権の留保(約定解除)であるのかといった形式は重視されておらず、当事者がどのような意図でそのような留保を置いたのかが問題視されている。

第2の例外は、本契約の当事者に、行使期限の定め以外には一切の条件がない

---

↳ながらも、解除条件が後に契約の失効を予定したものである以上、原則的には返還しなくてはならないとする。

54) Kempen, a.a.O. (Fn.50), S.122 ff.のほか、Markus Würdinger, Allgemeine Rechts-  
geschäftslehre und Unvollkommenheiten des Hauptvertrages im Immobilienmaklerrecht  
(2004), S.191 f.

55) BGH, a.a.O. (Fn.51)のほか、BGH v. 29.01.1998 - III ZR 76/97 - NJW-RR 1998, 1205など。

解除権が留保されている場合である。このような事例において BGH は、①本契約の法定解除が仲介人の報酬請求権を排除しないこと、また、②約定解除権であってもそれが法定解除の場合と同様に相手方の責めに帰すべき事由がある場合にのみ認められるとき（法定解除の模倣（Nachbildung）と表現される）には法定解除と同様に扱われるべきことを確認した後に、次のように述べる<sup>56)</sup>。

「しかし、この事案のように、契約によって合意された解除権が、期限付きであることを除いて何らの留保にも縛られていない場合、すなわち、定められた期間内であれば自由に行使できるものである場合には、法的状況は異なって判断されなければならない〔注：異なるとされている対象は、上記①②の場面〕。ここでは、契約が法的に存続するかは、少なくとも停止条件付きで締結された契約がそうであるのと同様に、不確定要素を伴う。このことは、当部（der Senat）の見解では、仲介報酬請求権に関して、契約上合意された解除権を、契約に含まれる停止条件（BGB652条1項2文）と法的に同じように評価することを正当化する。それゆえ、仲介人の報酬請求権は、定められた期間内に解除権が行使されないか、または、それまでにその不行使がすでに確実となった場合でなければ発生しない……。」

以上のように、留保の形式が停止条件であるか解除権の留保であるかは、区別する意味がないとされている。さらに、このような区別の意義の乏しさは、解除条件の形式が採られた場合でも変わらないとの指摘がある<sup>57)</sup>。停止条件付きの本契約について仲介報酬を否定する BGB652条1項2文は、「その背後にあるより広範な法原理を不完全に表現したもの」であり、「その規範は、不確定状態が初めから存在する状況一般に対処するために用いられる」のである<sup>58)</sup>。

## （ii）媒介契約の解釈

停止条件との対比に基づいて報酬請求権を否定することができるのは、言うまでもなく BGB に停止条件に関する規定があるからである。日本でも標準媒介契約約款にはそのような定めが置かれているが、民法典中に規定があるわけではな

56) BGH v. 09.01.1974 - IV ZR 71/73 - NJW 1974, 694.

57) Würdinger, a.a.O. (Fn.54), S.192, S.202.

58) Münchener Kommentar zum BGB, 9.Aufl./Althammer (2023) BGB §652 Rn.175.

く、一般論としては法状況に違いがある。もっとも、この違いは決定的なものではない。ドイツにおいても、個々の事案における処理としては、個別の媒介契約の解釈の問題として処理する判決が増加しているとの指摘が見られ、すべてを条文に依拠しているわけではないからである<sup>59)</sup>。

次に見る BGH 判決の事案では、本契約である売買契約において、土地の売主が土地上の負担を除去する義務を負っており、所定の期限までにこれができなかった場合には、買主（媒介契約の依頼者）が売買契約を解除できる旨の合意がされていた。このような解除権の留保について BGH は、これは建築許可の事例とは異なり除去自体が売主の義務であった点を指摘し、このような条項を停止条件と同じように扱えるかは疑問であるとしたうえで、次のように述べている<sup>60)</sup>。

「上記の判例法理〔注：停止条件との等置が可能かを判断基準とすること〕を当部 (der Senat) は維持するが、それにもかかわらず、媒介契約の当事者の契約上の合意に基づく修正の余地は残されている。それゆえ控訴審は、正当にも、媒介契約を——たとえ補充的にであっても——次のように解釈することができると考えたのである。すなわち、当該契約は、本契約の経済的目的が達成されない場合には、報酬請求権の「法定 (gesetzlich)」の喪失の要件が満たされていないとしても、仲介人に報酬の返還を義務づけるものであると。しかし、これについては個々の事案の特殊性に照らした検討が必要であり、結論は異なったものとなり得るのであって、一般化することはできない。」

このように非常に慎重な言い回しではあるものの、BGH は、個々の媒介契約の（補充的）解釈により、報酬請求権が生じない場合がありうることを認める。この事案で考慮されたのは、媒介契約の当事者が、①売主の財産状況が悪化していたこと、②土地が強制競売にかけられていたこと、③売買代金が負担を除去するのに十分でないことを認識していたという点である。これらを踏まえ BGH は、「このような状況下では、売買契約が経済的に失敗し、その結果、原告〔注：依頼者〕が被告〔注：仲介人〕に支払った仲介報酬が全く無駄な支出となる危険

59) Althammer, a.a.O. (Fn. 58) Rn. 175.

60) BGH v. 20.02.1997 - III ZR 81/96 - NJW 1997, 1583.

は明らかであった」と評価して、報酬の返還を義務づけるとする解釈を導いている。

#### (4) 整理——日本法との比較

##### (a) ドイツ法の整理

ドイツ法における問題の処理を簡単に整理すれば、以下のようになる<sup>61)</sup>。

①有効な本契約が締結されれば、履行が実現されなくても、仲介人の報酬に影響はない。②本契約に停止条件が付されている場合の他、形式を問わず本契約を不確定なものとする特約（公的許可が下りるか否かに結びつけられた解除権、理由を問わない自由な解除権）がある場合には、BGB652条1項2文の解釈から（まだ本契約が完全には「成立」していないと見て）、仲介人の報酬は生じない。③個別の媒介契約について、本契約の経済的目的が達成されない場合には報酬請求権が生じないとの解釈をすることができる場合がある（しかし、その一般化には慎重な態度が見られる）。なお、議論は報酬請求権の成否のレベルで行われており、減額という中間的解決は見られない。

議論すべき対象という観点からこの3点を見ると、そこには、①'本契約成立後の履行に関わるリスクを仲介人と依頼者のどちらが負担するのかという問題と、②'本契約に条件・特約が付された場合に報酬請求権が発生するかという問題があり、これらを含む報酬確定の判断は、最終的には、③'媒介契約の解釈の問題に帰着するということになる。

---

61) もっとも、これらは本稿の扱う日本法の解釈に必要なと思われる限りで、根幹となる部分を切り取った内容であり、ドイツ法における議論の対象はさらに広範である。例えば、本契約の原始的履行不能、本契約の目的物の瑕疵、本契約の目的物に先買権（Vorkaufsrecht）が付されていた場合、本契約の行為基礎障害、本契約の契約締結上の過失などが議論されている（Würdinger, a.a.O. Fn. 45), Rn. 72 ff.)。

## (b) 日本法の現状と目指す方向性

### (i) 現状

このドイツの議論状況と比べれば、日本では、減額構成も確定構成も、売買契約成立後に生じた事情の内容が①'の履行に関わるリスクの問題なのか②'の請求権の成立要件の問題なのかを区別することなく、各構成の枠組みを前提としながら、個別の契約の解釈を行ってきたと言える。そのうえ、商法512条という不純物が入り込む不徹底さがあった。

### (ii) 方向性

個別の契約解釈に整合性を与え、判断の指針を得るためには、以上の問題点を意識したうえでの不動産媒介契約の標準的内容が確立されなければならない。ここで、BGBの規定（それは日本の標準媒介契約約款の内容とも近い）をそのまま日本の不動産媒介契約の標準と解することができれば簡単なのかもしれないが、事はそう単純ではない。そのような方法は、立法論であればともかく、裁判実務における解釈論にはなりえないためである。

そこで最後に、試論にとどまるものではあるが、不動産媒介契約における報酬確定の法律構成について、解釈論としても成り立ちうるデフォルト・ルールを提言することで、本稿のまとめとしたい。

## 5 おわりに——デフォルト・ルールの提言

### (1) 現状の再確認

すでに述べたように、現在の日本の裁判例では、仲介業者の媒介によって締結された売買契約が解除された場合の判断枠組みとして、大きく減額構成と確定構成という2つの立場がある。しかし、そのどちらも、報酬請求権の確定のためのデフォルト・ルールになっているとは言えない。デフォルト・ルールがないまま、個別の事情に応じて様々な判決が積み重なっている状況にあり、判決間の整合性があるのかも疑わしい。標準媒介契約約款は不動産媒介契約の標準的内容となる

ことを目指したものと言えるかもしれないが、約款を用いた場合にもその解釈に争いが生じていることや（→2(3)(b)）、約款を用いない契約も存在することからすれば、標準を考える必要性は変わらない。

## (2) 報酬確定の法律構成——試論

### (a) 有効な売買契約の成立

ドイツにおいては、有効な本契約の成立が報酬支払義務の要件となっており、仲介人が紹介・斡旋した契約機会を実際に自己のものとしたことに対して対価を支払うという構造になっている。たしかに、日本法では、売買契約不成立の場合にも報酬を支払う旨の特約を結ぶことは妨げられていない<sup>62)</sup>。しかし、これはあくまで個別の特約の有効性の問題である。

以下に提言するデフォルト・ルールは、売買契約の有効な成立に対して仲介業者に対価を支払うという合意があることを出発点とするものである。そのうえで、両当事者のリスク配分を考えたい。仮に売買契約の成否と無関係に仲介業者の働きのみに対して対価を支払うような契約が結ばれた場合は<sup>63)</sup>、そこに以下の提言は及ばない。

### (b) 売買契約の債務不履行・合意解除

売買契約の有効な成立に対して報酬を支払う合意がされた場合に、その後の売

---

62) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注1）134頁の提案も、媒介契約の定義規定として「媒介とは、当事者の一方（委託者）が他方（媒介者）に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任である。」と定め、たうえて（【3.2.10.19】〈1〉）、「委託者は、委託者と第三者との間に法律行為が成立したときは、媒介者に対してその報酬を支払う義務を負う。ただし、当事者が報酬についてこれと異なる合意をしたときはこの限りでない。」（〈3〉）として、売買契約不成立の場合の報酬支払合意の有効性を認めている。

他方、標準不動産媒介契約約款は、特約の有効性を排するわけではないだろうけれども、ドイツ法と同様に、本契約の成立を報酬の前提とする（→上記2(3)(b)(i)）。

63) 委任契約における、いわゆる「履行割合型」（民648条3項）に相当する。

買契約に問題が生じたとき、そのリスクは媒介契約当事者間でどのようにリスク配分されるべきだろうか。

ドイツ法では、契約成立後の履行・執行の問題は、依頼者のリスクに位置づけられ、報酬請求権に影響しないとされている。売買契約の相手方が履行するかどうかは、仲介人の関与できる領域ではなく、かつ、債務不履行のリスクは契約に一般的に内在するリスクであることからすると、このような線引きは、デフォルト・ルールとして合理的なものであるように思われる。この点で、減額構成に立ち債務不履行解除の場合にも減額を認める判決は、疑問である（→2(2)(c)(i)、3(3)(a)(ii)）。合意解除について減額を認めた裁判例は、少なくとも調べられた範囲では存在しなかったが、そのような処理をすれば、それも適切ではない。

### (c) 停止条件・解除条件・解除権の留保

他方、売買契約の締結時から契約に内在している事情——停止条件・解除条件・解除権の留保——については、別の考慮が必要である。第1に、これらの場合、当該条項が売買契約に含まれることについては依頼者自身も合意しているであり、この事実をどう評価するかという問題がある。しかし第2に、そのような留保付きの売買契約は結果として依頼者にとって無意味なものとなりうるのであり、このことをどう評価するかという問題もある。

BGBには、停止条件付契約では条件成就まで報酬請求できないという条文上の出発点がある。ここから、契約の完全な成立を実質的に先延ばしにする目的の条項は、解除条件や解除権留保であっても同列に扱うという解釈が可能となっている。日本法には、そのような立脚点となる条項はないが、停止条件については、ドイツ法と同じく売買契約がまだ「成立」していないというロジックを使うことが可能かもしれない。他方、解除条件や解除権留保の場合には、上述したように依頼者自身も同意してそのような形式を選んでいる以上、常に当然に停止条件と同じ扱いができるようには思われない。

これらについて一般的な基準を立てるのは困難だが、不動産媒介契約において、仲介人が売買契約の機会を提供し、依頼者はその機会を自己のものとしたことに対して対価を支払うという合意があることを出発点にするならば<sup>64)</sup>、成立した売買契約が条件や解除権の留保のような「不完全」な要素を含んでいたために売買契約の目的が達成できなかった場合には、少なくとも約定報酬額の全額を支払わせることはバランスを失するだろう。それらは、昭和49年最判が言うように、売買契約が履行されることを前提として定められた額のはずだからである。この点で、個別の明示の特約がある場合にしか報酬の排除や減額を認めない確定構成は、支持できない（→2(3)(b)(iii)を参照）。

もっとも、ここで、①一切の報酬を認めないのかそれとも減額にとどめるのか、さらに、②減額するとした場合に、留保付契約そのものの価値を評価して報酬額を定めるのか、それとも目的を達成しなかったという結果を評価するのか（後者の方が報酬額は低くなるだろう）、といった問題は残る<sup>65)</sup>。

最終的には、停止条件・解除条件・解除権留保のいずれでも、個別の媒介契約の解釈として処理するほかはないが、その際、①の問題（報酬排除か減額か）については、依頼者が売買契約の目的が達成されないリスクを引き受けていたと言えるのか<sup>66)</sup>、それとも、そういった引受けがあったと評価できないのかを基準と

---

64) Staudinger/Arnold (2021) Vorbemerkung zu § §652 ff. Rn. 4は、媒介契約の報酬は仲介人の労務提供に対する対価ではなく、契約機会を利用したことに対する対価であり、この契約の性質はむしろ売買に近いと言う。

65) なお、相当な報酬額の算定にあたりしばしば引用される最判昭和43年8月20日民集22巻8号1677頁は、「取引額、仲介の難易、期間、労力その他諸般の事情を斟酌して定めるべき」とするが、そこには、リスクの分配という視点は出てこない（→平成15年高判の【判旨④】（2(2)(b)(ii)）も参照）。この事案は、本稿が問題とするような売買契約の解除等によって依頼者が少なくとも当初の目的を達成できなかった事案ではなく、目的どおりの履行がされたが具体的な報酬額の取り決めがなかったというものだからである。したがって、この判決の挙げる要素だけをそのまま算定に用いることには疑問がある。

66) 十分に検討したわけではないが、一般に用いられる解約手付であれば、依頼者は、手付を放棄する側であれ倍返しする側であれ、売買契約の拘束力を弱める決断を自らの意思で行なったのだから、そのリスクを引き受けていたと評価できるように思われ、そうであれば、少なくとも一切の報酬を支払わないという結論にはならないように思われる。

すべきだろう<sup>67)</sup>。このような評価が必要となる点で、減額はするとしても報酬自体は否定しない減額構成にも問題がある（→3(3)(b)(ii)を参照）。

悩ましいのは、②の問題（減額した場合の評価基準）である。これについては、依頼者が留保付契約であることを認識し、そのリスクを自身が負う前提で契約を結んだという点に鑑みれば、そのような契約の客観的価値を金銭的に評価するのが原則であって、実際に目的を達しなかったことは算定の要素にならないと考えたい<sup>68)</sup>。以上と異なる報酬決定方法は、個別の特約を要する。

#### (d) 残された問題

その他、本稿で検討できなかった点として、仲介業者の説明義務違反をどう考えるかという問題がある。例えば売買契約の締結当時から相手方の資力に問題があり、結果的にも債務不履行となったとする。これを依頼者のリスクだとして報酬支払義務を肯定するのか、それとも、仲介業者の側に調査義務や説明義務を課し、それへの違反を報酬の成否や額に影響させるのか<sup>69)</sup>。この点を踏まえての考察は、今後の課題である。

---

67) やはり十分な検討をしたとは言えないが、土壌汚染に関する名古屋高判平成29年8月31日（→2(2)(c)(ii)）は、汚染された土地では目的を達成できないことが明らかだったのであり、解除権の留保は、そのリスクを依頼者が引き受けないために組み入れられたものだと評価できる事例だったように思われる。そうであれば、いまだ報酬請求権を生じさせるに足る売買契約の成立には至っていないとして、報酬請求自体を否定すべきだったように思われる。

68) その際、浦和地判昭和56年3月16日判例時報1032号118頁が参考になるかもしれない。そこでは、他人物売買の事案において、「この場合の仲介報酬額算定の基礎となる履行利益は売買代金額ではなく、売主に対する買受請求権買受後の所有権移転請求権の財産的評価額である」との判断が示された。条件等が付されていたものではないので前提は異なるが、参考になる考え方であるように思われる。

69) 例えば東京地判令和3年2月25日（LEX/DB 文献番号25588564）は、買主が手付放棄によって解除した場合について、一方でそのような場合の報酬に関する特約があったために約定報酬額全額の請求を認めつつ、他方で、目的不動産の収益性に関する仲介業者の調査報告義務違反を認定し、報酬全額の請求は権利濫用であるとして半分に減額した事例である（なお、損害賠償は認めていない）。

### (3) 結語

本稿では、不動産媒介契約において仲介された売買契約の目的が達成されなかった場合の報酬額をどう算定するかという問題について、商法512条を用いることの問題を指摘したうえで、ドイツ法も参考にしつつ不動産媒介契約における報酬確定のデフォルト・ルールを提言した。その内容がせめて議論のたたき台になってくれればと願うのみであるが、それはともかく、本稿の最低限の目的であった、この場面で商法512条を用いることの問題と、不動産媒介契約の標準的内容を確立していくべきだという方向性は、示すことができたのではないだろうか。

【付記】 本研究は、JSPS 科研費21K01234および2022年度関西大学学術研究員研究費の助成を受けたものである。