

最高裁主要判例解説 【宅地建物取引業法に関する判例—宅地建物取引業法の適用の有無】

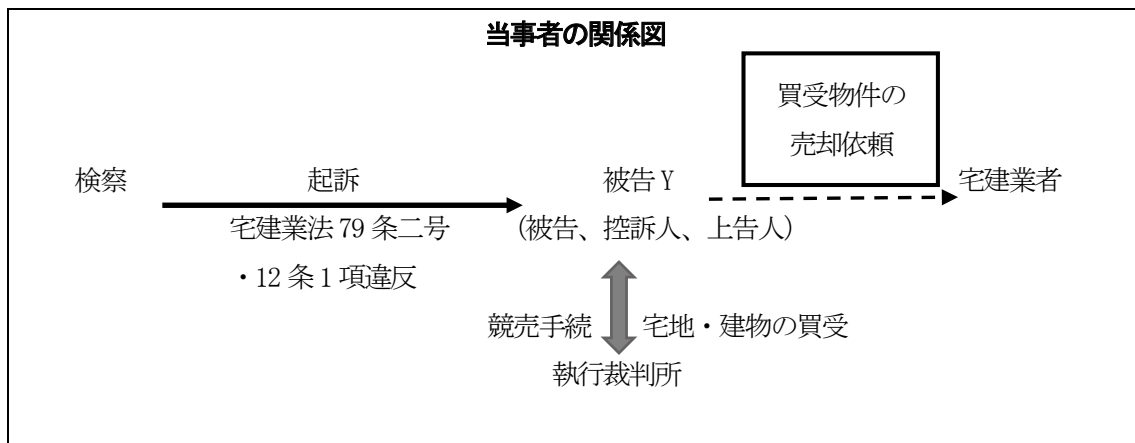
競売により宅地建物を買受ける行為と 宅地建物取引業法にいう宅地建物の売買

(平成16年12月10日最高裁第二小法廷決定)

横浜市立大学 客員教授 周藤 利一

決定のポイント

民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為は、宅地建物取引業法2条二号にいう宅地又は建物の「売買」に当たるとされたこと。



1. 事案の概要

- (1) Yらは、民事執行法上の競売手続を通じて宅地・建物を買受けた上で、これらを転売して利益を得ようと企て、宅地建物取引業の免許を受けないで、業として、多数回にわたり、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為を繰り返した。
- (2) これに対し、検察がこれらの行為は宅地建物取引業法79条二号、12条1項の無免許事業の禁止の罪に当たるとして起訴した事案である。
- (3) Yは、第一審から上告審に至るまで、宅地建物取引業法は、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為を規制の対象としていない旨、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為は、宅地建物取引業の定義規定である宅地建物取引業法2条二号にいう宅地又は建物の「売買」に当たらないから、無免許宅地建物取引業の罪は成立しない旨主張した。
- (4) 本件においては、Yが宅地建物取引業者に仲介させて買受物件を売却する行為が無免許宅地建物取引業の罪を構成するか否かについても争われた。

2. 第一審判決・第二審判決

(1) 第一審判決

第一審判決は、次のように述べて、被告人Yらの行為は宅地建物取引業法79条二号、12条1項の無免許事業の禁止の罪に当たるとした。

・宅地建物取引業法2条二号にいう売買とは、所有権の移転と引換えに代金を支払う、あるいは受け取る行為を意味し、競売において売却許可決定を受け、売却代金を納付して所有権を移転する行為を含む。

・なぜなら、不動産業者の事業態様の典型例である「競売で落として安く仕入れる」行為が、宅建業法上の規制の対象から一律に外れていると考えること自体が全く合理的ではなく、たとえ、重要事項の説明や売主としての手付け等の規制が民事執行手続上意味がないとしても、登記実務で「競売による売却」として実際に売却代金が納付された日付で登記され、所有権移転の時期が明示されていることが、合意によって代金決済により所有権が移転した日付で売買が登記、公示されることと共通しており、当事者の予測に反するものではない（平成15年7月30日大阪地裁判決、刑集58巻9号1066頁）。

(2) 第二審判決

Yが控訴したところ、第二審は、次のように述べて、Yらを有罪とした。

・被告人Yは自己が関与していた不動産取引が宅建業法に違反することを知らず、違法性の認識がなかったとの主張について、宅建業法の規定の詳細はともかくとして、不動産業を営むには免許が必要なことは社会常識であり、少なくとも約1年半にわたり不動産取引を反復継続していたYが、その程度の常識さえなかったとは到底考えられない。

・殊に、Yは、いわゆる総会屋としての経歴を有し、直近の懲役前科も有していた者であって、単にそれが違法であることを教えられなかったというだけで、その弁解するように無免許で不動産業を営むことができるかと軽率に信じたとはおよそ考え難いというべきである。

・宅建業法は、無免許で不動産売買等を業とすることを規制するものであって、所論のように裁判所の競売手続で不動産を取得して転売する場合を除外する理由等全くなく、また、本件事案の性質、態様、殊に無免許で宅建業を営むこと自体、宅建業法の規制を根底から覆すものであって、悪質な犯罪行為といわざるを得ないことにかんがみると、本件起訴が裁量を逸脱したものであるとか、本件事業に宅建業法の規定を適用することが違憲であるとかの主張が、いずれもその前提を欠き、失当であることは明らかである（平成16年4月13日大阪高裁判決、刑集58巻9号1080頁）。

3. 最高裁決定

Xが上告したところ、最高裁は次のように判示して、Xの上告を棄却した（最高裁二小平成16年12月10日決定、刑集58巻9号1061頁、判例タイムズ1170号173頁、判例時報1881号138頁）。

- (1) 弁護人の上告趣意は、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑事訴訟法405条の上告理由に当たらない。
- (2) なお、民事執行法上の競売手続により宅地又は建物を買受ける行為は宅地建物取引業法2

条二号にいう宅地又は建物の「売買」に当たるとして、被告人につき同法79条二号、12条一号の罪の成立を認めた原判断は、正当である。

4. 解説

(1) 問題の所在

宅地建物取引業法12条（無免許事業等の禁止）1項は、3条1項の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と規定し、これに違反した者は、同法79条二号により3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科を受ける。

ここで、同法3条1項の免許を受けなければならない行為とは何か、逆に言えば、無免許事業とは何かが問題となる。同法3条（免許）1項は、宅地建物取引業を営もうとする者は、国土交通大臣又は都道府県知事の免許を受けなければならないと規定し、同法2条（用語の定義）二号は、宅地建物取引業とは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で業として行うものをいうと規定している。

本件事案は、民事執行法上の競売手続により宅地又は建物を買受ける行為が対象となっており、この行為が宅建業法2条二号にいう宅地又は建物の「売買」に当たるか否かが論点である。

(2) 宅建業法の解釈

① 解釈・運用の考え方

「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方」（平成13年1月6日国土交通省総動発3号・最終改正令和4年5月18日国不動15号）は、宅建業法の所管部局である国土交通省不動産課が同法の解釈及び運用に関する考え方を示したもの（有権解釈）である。

その内容中、「第2条第二号関係 1「宅地建物取引業」について」は、本号にいう「業として行う」とは、宅地建物の取引を社会通念上事業の遂行とみることができる程度に行う状態を指すものであり、その判断は次の事項を参考に諸要因を勘案して総合的に行われるものとするとし、判断基準として、①取引の対象者、②取引の目的、③取引対象物件の取得経緯、④取引の態様、⑤取引の反復継続性が示されている。そして、組合方式による住宅の建築における宅地又は建物の取得に対しては宅建業法が適用され、破産管財人が破産財団の換価のために行う宅地又は建物の取引は宅地建物取引業に該当しないと示している。

このように、解釈・運用の考え方は、「業として行う」の意義について示しているものの、「売買」の意義については触れていない。また、組合方式による住宅の建築や破産管財人の行為を特記している以外は、個別具体の取引の態様についての言及はない。

したがって、民事執行法上の競売手続により宅地又は建物を買受ける行為が宅建業法2条二号にいう宅地又は建物の「売買」に当たるか否かの判断は、解釈・運用の考え方によっては明らかではない¹。

② 昭和62年通達

「宅地建物取引業法の厳正な運用について」（昭和62年12月17日建設省経動発102号各都道府県知事あて建設省建設経済局長通知）は、もう一つの有権解釈である²。

この通達の「二 暴力団を利用した悪質な地上げ等に対する措置」は、「法3条1項の免許を受けた宅地建物取引業者が、宅地建物取引業に関し、暴力団を利用し当該暴力団の構成員が違法行為を行った場合又は自ら暴行、脅迫、詐欺、恐喝等の違法行為を行った場合には、法65条2項五号、66条九号（現行法の66条1項九号）等に該当するものとして、業務停止、免許の取消し等の措置を採ること。この場合、借地人からの借地権の買い取りや借家人の立ち退き交渉などのいわゆる地上げ行為についても、宅地建物取引業に関する行為として、法第六章の監督の規定を適用すること」を示している。

すなわち、宅地・建物の売買によりその所有権を取得する際に行う、借地人からの借地権の買い取りや借家人の立ち退き交渉も宅地建物取引業に関する行為に含まれ、宅建業法による規制を受けるという解釈が示されている。

(3) 競売による売却の法的性質

売買とは、通常、民法に規定する売買を指すものと解される。

これに対し、民事執行法上の競売手続の法的性質については、「国家機関である裁判所が目的物件を換価するという公法上の処分であるが、私法上の売買としての性質を有する」という折衷説が通説となっている³。

民法568条（競売における担保責任等）が民事執行法その他の法律の規定に基づく競売に対する民法の関係条文の適用について規定しているのは、民法自体が強制競売を一種の売買とみているからであると解され、折衷説と整合する。

(4) 学説

本件の論点について取り上げた裁判例は見当たらない。

学説については、本件決定の判断に対し疑問を示すものがある⁴。その内容は、次のとおりである。

- ① 最高裁決定では、Yが宅地・建物をどのような目的で買い受けたかについては問わず、競売手続により宅地・建物を買受ける行為だけを取り上げて宅建業法2条二号にいう売買に該当し、Yが免許を受けずにこれを反復継続して行えば無免許営業になると結論づけている。
- ② これには理由が付されていないが、最高裁は、競売手続による売却は、裁判所が関与するものの、代金納付と引換えに所有権移転がなされるという点に着目して、売買という性質に変わりがないとし、宅建業法2条二号にいう売買には、競売手続における買受け行為も含まれると解したと思われる。
- ③ しかし、宅建業法2条二号が売買という用語を用いているからといって、直ちに民法にいう売買と同義に解すべきかは検討の余地があり、それぞれ規定する法律の目的に照らして解すべきである（概念の相対性）。
- ④ 宅建業法2条二号にいう売買は、宅建業法の目的、業務規制の諸規定に照らし、当該行為を規制対象にすべき必要性や具体的根拠の存否を検討して決すべきである。競売物件を買受け、不特定多数の者に転売する一連の行為のうち売却行為は、宅建業法の目的に照らし重要事項説明義務等の業務規制をすべきである。

- ⑤ しかし、競売物件の買受人が資産保有のために反復継続して宅地・建物を買受ける行為そのものが宅建業法にいう宅地・建物の売買業に当たるとなると、買受人は宅地建物取引業の免許を受け、所定の専任の宅地建物取引士の設置義務を負い、営業保証金の供託等の規制を受けることとなる。しかし、競売においては、契約内容に関する自由、契約締結の自由、相手方選択の自由、契約方式の自由という契約自由の原則はいずれも当てはまらず、宅建業法による業務規制の対象となる「取引」とはいえない。
- ⑥ 無免許営業に対する規制は、無免許業者が不特定多数の者に転売する行為を捉えて無免許営業の構成要件に該当するとすれば足りる。最高裁は、理由を付さないままに「売買」という言葉にこだわり形式的な解釈に走りすぎたといえる。

(5) 本件決定の考え方

本件決定は、宅建業法2条二号にいう売買には、競売手続における買受け行為も含まれる理由を付していないが、「原判断は正当である」と判示しているので、原判断の考え方を最高裁も是認しているといえる。

そこで、第二審の説示内容を整理すると、次のとおりである。

- ① 宅建業法は、無免許で不動産売買等を業とすることを規制しており、競売手続で不動産を取得して転売する場合を除外する理由は全くないこと。
- ② 本件事案の性質、態様、殊に無免許で宅建業を営むことは、宅建業法の規制を根底から覆すものであること。

なお、第一審の説示内容を整理すると、次のとおりである。

イ) 宅建業法2条二号にいう売買とは、所有権の移転と引換えに代金を授受する行為を意味し、競売手続により売却代金を納付して所有権を移転する行為を含むこと。

ロ) その理由は、不動産業者の事業態様の典型例である「競売で落として安く仕入れる」行為が、宅建業法上の規制の対象から一律に外れていると考えること自体が全く合理的ではないこと。

ハ) 重要事項の説明や売主としての手付け等の規制が民事執行手続上意味がないとしても、登記実務で「競売による売却」として実際に売却代金が納付された日付で登記され、所有権移転の時期が明示されていることが、合意によって代金決済により所有権が移転した日付で売買が登記、公示されることと共通しており、当事者の予測に反するものではないこと。

要するに、競売手続において宅地・建物を買受ける行為は、不動産業者の事業態様の典型である安く仕入れることに該当し、宅建業法の規制から除外する合理的な理由はないので、無免許で競売手続において不動産を取得する行為は宅建業法違反となるというものである。

(6) 小括

① 宅建業法の目的と規制

宅建業法は、宅地及び建物の取引の公正の確保を目的の一つとしており、その目的を達成するために、免許を受けた宅地建物取引業者が行う事業に対し規制を行うだけでなく、無免許事業に対しても規制を実施している。その代表的な規定が12条1項の無免許事業の禁止であり、その規制に違反した者に対しては、79条二号に基づき刑罰を科すという厳格な制度を構築している。

したがって、何が無免許事業に当たるかという問題を考えるに際しては、規制に抜け穴が生じ、結局は法の目的が達成されないといった事態をもたらすことのないよう、厳格な解釈と運用が求められるといえる。

② 宅建業法の売買の意義

(3)で紹介した通説のように、民事執行法上の競売手続が私法上の売買としての性質を有するからといって、当然かつ完全に、宅建業法に規定する売買の意義と一致するわけではないことは、(4)で紹介した概念の相対性説の指摘するところである。

他方、「業として行う」とは、宅地建物の取引を社会通念上事業の遂行とみることができる程度に行う状態を指すという「解釈・運用の考え方」を参照すると、競売手続において宅地・建物を買受ける行為は、買受人にとっては、物件の選択の自由、入札価格の決定の自由、落札の自由があり、一般の売買における買主の立場と比較して実質上大きな相違があるとはいえない。また、競売に参加する者の動機として安く仕入れることがあるのは周知のことであるが、一般の売買において買取りを業として行う買主の立場とも共通する点である。したがって、競売手続において宅地・建物を買受ける行為は、社会通念上、一般の売買と同視することができるかと解することができる⁵。

③ 規制の必要性・合理性

①で述べたように、宅建業法は免許業者だけでなく、無免許業者も規制の対象にしている。例えば、71条は国土交通大臣・都道府県知事の指導・助言・勧告に関する権限を規定し、72条は国土交通大臣・都道府県知事の報告・検査に関する権限を規定しているが、その相手方（規制の対象）についてみると、前者は「宅地建物取引業者」であるのに対し、後者は「宅地建物取引業を営む者」とされ、無免許業者も含めて適用する条文になっている。

こうした宅建業法の規制の構造下で、(2)②で紹介した昭和62年通達が、宅地建物取引業を営む者、すなわち、免許業者及び無免許業者が宅地・建物の売買によりその所有権を取得する際に行う、借地人からの借地権の買取りや借家人の立退き交渉も宅地建物取引業に関する行為に含まれ、宅建業法による規制を受けるという解釈を示していることを踏まえ、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける場合であっても、借地権の買取りや立退き交渉の問題は生じるが、宅建業法2条二号にいう売買に民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為が含まれないと解すると、競売物件である宅地・建物については、これらの問題が宅建業法による規制の対象から外れてしまう場合が発生するという不合理があり、このような事態は望ましくないという指摘がある⁶。

したがって、競売物件である宅地・建物の買受に対しても宅建業法の規制の網をかぶせることにより、取引に関連して生じる問題を予防・解決することができる法的枠組みを確保しておくことは必要であり、かつ合理的であって、①で指摘した宅建業法の厳格な解釈と運用に即するものと考えられる。

④ 民事執行法の規制との関係

民事執行法は、65条（売却の場所の秩序維持）で一定の者に対し、売却の場所に入ることを制限し、若しくはその場所から退場させ、又は買受けの申出をさせないことができると規定し、65条の2（暴力団員等に該当しないこと等の陳述）で暴力団員等を買受けの申出から排除することを規定しているが、宅建業法上の無免許業者が買受けの申出をすることを禁止していない。

しかし、民事執行法上の規制は、宅建業法による規制と目的が異なると解されるから、65条や65条の2の規定を根拠として宅建業法に基づく規制の適用を否定することはできないと考えられる。

また、宅建業法1条は、究極の目的の一つとして購入者等の利益の保護を掲げており、その実現のため、営業保証金、重要事項説明、書面の交付義務等の制度を設けている。しかし、民事執行法上の競売手続に営業保証金、重要事項説明、書面の交付義務の制度は適用されないことは明らかである。そして、無免許業者であっても、民事執行法を遵守している限り、競売物件の売主の立場にある宅地・建物の所有者及び執行裁判所の利益が害されるおそれはないといえる⁷。

この点については、民事執行法が厳格な手続を定めているほか、物件明細書（62条）、内覧（64条の2）という物件の内容・状態を明らかにする制度も設けていることから、宅建業法の営業保証金、重要事項説明、書面の交付義務の制度をあえて適用する余地はないと解することも可能であり、このことをもって競売手続における物件の買受に対し、宅建業法上の規制を全て適用しないことの積極的・合理的な説明とするのは無理があるように思われる。

さらに、宅建業法1条は、もう一つの究極の目的として宅地及び建物の流通の円滑化も掲げており、その目的からすると、借地権の買取や立退き交渉に関する規制の面も重視すべきであるとする指摘がある⁸。したがって、競売物件だからといって、借地権の買取や立退き交渉に関する規制を外すことは妥当ではなく、宅建業法上の規制の対象とするのが相当であると解される。

要するに、宅建業法が宅地・建物の売買、取引の媒介等を業として行うことを免許業者に独占させている理由は、取引について専門的知識を有する者にこれを独占させるとともに、その事業に必要な規制を行い、その業務の適正な運営を図ることによって、同法1条の目的を達成することにあるから、免許を受けない者が業としてこれに介入することが禁止されるのは当然である。したがって、かかる介入行為に対しては、宅建業法の規制を適用すべきであり、他の法令により規制を受けていることをもって、その理が変わることはないというべきである。

(7) 仲介の問題

本件においては、Yが宅地建物取引業者に仲介させて買受物件を売却する行為が無免許宅地建物取引業の罪を構成するか否かについても争われた。

無免許業者が自ら直接、売買行為を行わず、宅建業者に代理や仲介をさせる場合については、「取引が終局的には免許業者の媒介によるものであったとしても、免許を受けない者が業として取引に介入し、媒介行為をするのを許すことは、立法の趣旨に反するものといえるから、かかる者が処罰を免れないことはもちろんである」と判示した大阪高裁昭和44年12月16日判決（大阪高検速報45年9号37頁）ほか、いくつかの高裁判決が出されており、無免許宅地建物取引業の罪の成立が認められている⁹。

この点については、本人が直接実行した場合には罪を構成するが、他人に行わせた場合には罪を構成しないという論理は明らかに不合理であり、宅建業者に代理や仲介をさせる場合についても無免許宅地建物取引業の罪の成立が認められることは首肯されよう。なぜならば、仮にこうした論理が認められるとすれば、無免許宅地建物取引業の罪を設けた趣旨が没却されるという宅建業法上の問題をもたらすのみならず、刑法の体系が揺らぎかねないからである。

5. 本件決定の意義

(1) 最高裁としての初めての判断

本件決定は、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為は、宅建業法の売買に当たることを判示したものであり、これまで裁判例がなく、学説もほとんど論じていなかった問題について最高裁判所として初めて判断した点に先例的意義がある。

(2) 本件決定の射程：その1

本件決定は、買受ける行為が対象となっているが、4.(7)で述べたように、無免許業者が宅地・建物を売却する行為も無免許宅地建物取引業の罪を構成する。

したがって、本件決定の反対解釈として、無免許業者が宅地・建物を売却する行為は許されると解してはならない。

(3) 本件決定の射程：その2

本件決定は、民事執行法上の競売手続が対象となった事案に対する判断を示したものである。

したがって、他の法令に基づき規制が行われている不動産に関する取引については、本件決定の射程外にあり、別途、個別に判断することとなる。

6. 仲介業者としての留意点

既に免許を受けている宅地建物取引業者が民事執行法上の競売手続に参加して物件を買受ける場合、本件の被告人のように無免許宅地建物取引業の罪に問われることがないのは当然である。

しかし、4.(7)で解説したように、無免許業者が宅地建物取引業者に仲介させて買受物件を売却する行為も無免許宅地建物取引業の罪を構成する。

また、免許業者が取引の当事者であっても、無免許宅地建物取引業の罪の成否に影響はないから¹⁰、宅建業者が宅地・建物を無免許業者から購入する場合にも、無免許宅地建物取引業の罪が成立する。

このように、無免許業者の取引に関与した宅建業者は、自らは無免許宅地建物取引業の罪に問われなくても、犯罪の成立に大きく関わったという事実は免れないから、宅建業法65条1項五号の宅地建物取引業に関し不正又は著しく不当な行為をしたときに該当し、監督処分を受けることとなる。

さらに、仲介や取引そのものを行わなかったとしても、例えば、競売手続に参加しようとする無免許業者に対し情報提供をしたり、アドバイスをするなどの行為は、宅建業法65条1項五号の

宅地建物取引業に関し不正又は著しく不当な行為をしたときに該当するおそれがある。

宅建業者としては、こうした点に十分配慮し、いかなる形であれ無免許宅地建物取引業の罪に関与することのないよう、業務に臨むことが求められる。

7. 本件決定に関する評釈

- ・岡本正治・宇仁美咲『[三訂版]逐条解説宅地建物取引業法』大成出版社、2020年、67頁
- ・岡本正治・宇仁美咲『[詳解]不動産仲介契約』大成出版社、2008年、60頁
- ・平木正洋『最高裁判所判例解説刑事編平成16年度』法曹会、220頁
- ・判例タイムズ1170号173頁
- ・判例時報1881号138頁

1 岡本正治・宇仁美咲『[詳解]不動産仲介契約』大成出版社、2008年、59頁は、不特定多数の相手方に対し宅地建物を反復継続して売り渡す行為が宅地建物取引業に該当し、免許を受ける必要があることは争いが無いとしつつ、不特定多数の相手から宅地建物を反復継続して買い受ける行為が宅地建物の売買を業とすることに当たるか否かは、一義的に明確でないとし、買い受ける行為は、売主が不足の損害を被らないように、買主業者を特に規制しなければならない理由は、売却行為に比べて、乏しいといわざるを得ず、宅建業法がこのような買受け行為自体を取り上げて、その規制対象としているとは言い難いとする。しかし、実務においては「押し買い」の問題も少なからず発生しており、買受け行為に対しても宅建業法上の規制を行う必要性と合理性は存するといえる。京都地裁令和2年2月10日判決に関する鳥谷部茂「価値の乏しい不動産を下取りしてリゾート会員権を売り付けた従業員の被告会社及び代表取締役が共同不法行為責任を認めた事例（現代消費者法51号57頁以下）参照。

2 <https://www.mlit.go.jp/notice/noticedata/sgml/015/74000448/74000448.html>

3 鈴木忠一ほか編『注解民事執行法（2）』329頁以下。

4 岡本正治・宇仁美咲『[三訂版]逐条解説宅地建物取引業法』大成出版社、2020年、67～68頁。

5 判例タイムズ1170号173頁、判例時報1881号139頁は、「(宅建業)法2条二号にいう「売買」に、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為が含まれると解することは、文理上十分可能であると思われる」とする。

6 判例タイムズ1170号174頁、判例時報1881号139頁。

7 被告人側はこの点を重視して、宅地建物取引業法は、民事執行法上の競売手続により宅地・建物を買受ける行為を規制の対象としていない旨主張した。

8 判例タイムズ1170号174頁、判例時報1881号140頁。

9 名古屋高判昭45.8.27名古屋高検速報489号、仙台高判昭46.6.3仙台高検速報14号、東京高判昭51.5.6東京刑事報27巻5号59号。

10 五十嵐紀男「宅地建物取引業法」平野龍一ほか編『注解特別刑法補巻（1）』青林書院、1990年、58頁。