

## 〈不動産取引紛争事例等調査研究委員会（第333回）検討報告〉

### 営利法人の6件の転売取引に関与した買主側媒介業者代表者に無免許営業帮助を認定し罰金刑を言い渡した事例

<損害賠償請求事件>

◎第一審 名古屋地裁 令和4年3月10日判決

令元（わ）2360号 2022WLJPCA03106007

控訴審 名古屋高裁 令和4年9月15日判決

令4（う）102号 2022WLJPCA09156004

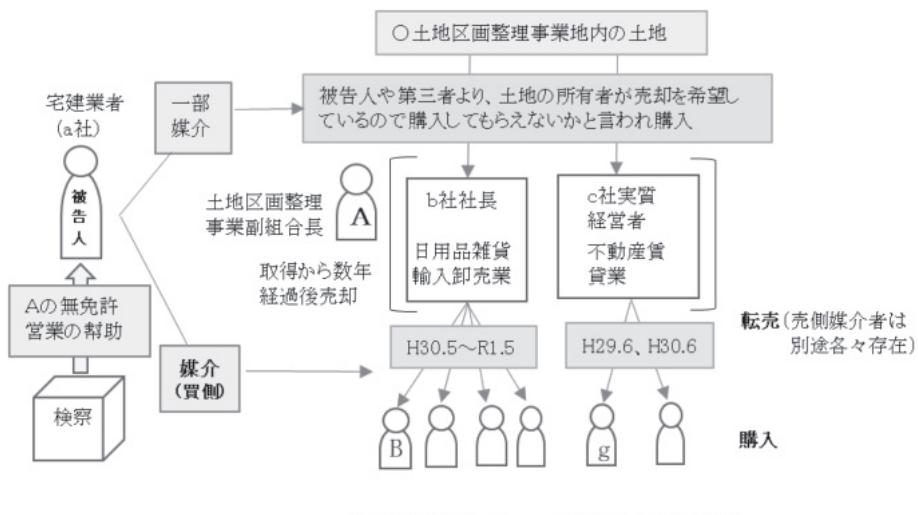
調査研究部  
(上席調整役：大嶺 優)

#### はじめに

第333回の委員会では、個人が、自らが代表等である宅建業免許を有しない法人名義で、土地区画整理事業地内の複数の土地を転売目的で購入し、売却を行った行為が、宅建業の無免許営業にあたるとして、その媒介業務をおこなった宅建業者代表者に対し、無免許営業帮助による罰金刑が言い渡された事案（名古屋高裁 令和4年9月15日判決）を取り上げた。

土地区画整理事業の副組合長であったAが、被告人や第三者から、区画整理組合事業地内の土地について、所有者が売却を希望しているから、購入して欲しいと持ち掛けられ、A自身が社長もしくは実質的経営者であるb社およびc社名義で土地を6件購入。数年後に転売した取引について、宅建業法上の無免許営業に該当するとして、各取引の買主側の媒介業務を行って媒介手数料を受領した媒介業者の代表者である被告に対し、第一審では、無免許営業罪の共謀共同正犯が成立するとし

#### <事案の概要>



た。これを不服とした被告が控訴し、控訴審では、第一審の判決を破棄し、無免許営業帮助を認定して、罰金刑を言い渡した。

委員会では、行政処分と司法上の帮助についての判断基準、売主側媒介業者に対する行政処分の判断、共同正犯とされるケース、宅建業者が無免許営業帮助にあたる行為をしないための留意点等について、意見交換が行われた。詳細は「委員会における指摘事項」(103頁)を参照していただきたい。

また、委員会に先立ち行われたワーキンググループ（不動産業者、行政庁等で構成）では、本事例を踏まえ、無免許営業帮助に対する刑事罰、行政罰への注意喚起の徹底、実務において紛争に巻き込まれないために留意している点等についての報告がなされたので、その一部を紹介する。

#### ＜ワーキング意見＞

##### ○本件判決の判断内容について

- ・無免許営業帮助により刑事罰が科された事例は珍しいのではないか。これも踏まえて、今後の業務の取組では注意していきたい。
- ・無免許営業帮助にあたると判断されたことに違和感はない、との意見が大勢であった。
- ・売側業者が立件されていない理由は気になり、刑事訴追される基準のようなものがあるのか。ただ、売側業者は単発で、買側業者は反復継続して全案件に関与していることが立件された要因ではないか、また、敢えて売側業者を入れてのリスク回避を図ったような悪質性も疑われるとの意見があった。

##### ○転売行為（無免許営業）に関与しない方策・対応について

- ・依頼人からの聴取内容を慎重に検討し、内

容如何では媒介依頼を断る、との意見が大勢であった。

- ・依頼人に宅建免許取得後の売却を助言する、売主から誓約書や差入書等を提出してもらう、といった対応のほか、依頼人に売却を止めるように助言するケースもある。
- ・悩ましいものは、個別案件ごとに弁護士や物件所在地の免許行政庁と事前相談する等の対応をしている。
- ・地主やその相続人、外国人個人投資家、清算人、資産管理会社、賃貸業者、宗教法人等からの依頼案件において、反復継続性による無免許営業とその帮助の懸念があるものについては、常に悩みながら慎重に対応せざるを得ないのが実状。

#### 1. 委員会資料

##### ＜当事者＞

###### [被告]

Y：媒介業者（宅建業者）の代表者

###### [関係者]

A：本件土地売主

B～G：転売先

a社：被告が代表を務める宅建業者

b社：日用雑貨品輸入及び卸売会社

c社：不動産賃貸業者

##### ＜判決の内容＞

###### [主文]

###### 《第一審》

1. 被告人を罰金50万円に処する。
2. その罰金を完納することができないときは、金1万円を1日に換算した期間、被告人を労役場に留置する。

###### 《控訴審》

1. 原判決を破棄する。

2. 被告人を罰金25万円に処する。

その罰金を完納することができないときは、金1万円を1日に換算した期間、被告

人を労役場に留置する。

[理由]

〈控訴審〉

本件控訴の趣意は、主任弁護人を含む4名の弁護人の連名で作成された控訴趣意書に記載のとおりである。論旨は、公訴の受理に関する違法、判断遺脱、理由不備又は理由そご、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤り、量刑不当の主張であると解される。

1. 公訴の受理に関する違法の主張について

(1) 所論は、b社が、買主以外の者に対し、いずれもY以外の業者を仲介人として、平成30年8月に本事業の区域内の土地合計5筆を代金2億4700円で、平成31年1月に本事業の区域外の宅地及び店舗を代金7億7000万円で売却しており、いずれの売却についても仲介業者が多くの手数料を受け取ったのに、これらの売却については立件されていないから、Yが関与した売却だけが立件された本件は、公訴権を濫用した不平等起訴であり、公訴が棄却されるべきであるという。

(2) しかし、検察官の裁量権の逸脱が公訴提起を無効ならしめる場合は、公訴の提起自体が検察官の職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるところ、本件はそのような場合に当たらない。また、公訴権の発動は、犯罪の軽重のみならず、犯罪の情状等の事情をも考慮すべきであり、こうした考慮をせずに起訴又は不起訴処分の当不當を論じることはできない。審判の対象になっていない他事件は犯罪の情状等の事情が明らかでなく、他事件の公訴権の発動の状況と対比することのみによって本件公訴提起が検察官の裁量権を逸脱したということはできない。

(3) 公訴の受理に関する違法の論旨は理由がない。

2. 判断遺脱、理由不備又は理由そごの主張について

(1) 所論は、原審において、弁護人が、本件の捜査に違法があったことを主張したのに、この点を判断していない原判決が刑事訴訟法378条3号に当たるという。

しかし、同条3号は、審判の請求を受けた事件について判決をしないことが絶対的控訴理由になることを定めたものである。公訴提起された事件の捜査に違法があるという弁護人の主張は、審判対象となっている事件そのものではなく、その主張に対する判断がなされなかつたとしても、同条3号には当たらない。したがって、所論は採用できない。

(2) 所論は、原判決が全体について理由を附せず事実認定をしており、特に、原審において、弁護人が、不平等起訴という公訴権濫用があったこと、Y及びAの行為に可罰的違法性がないことを主張したのに、原判決がこれらの点に理由を附せず簡単に結論を述べているのみであるから、原判決には理由不備又は理由そごがあり、刑事訴訟法378条4号に当たるという。

しかし、理由不備は、同法44条1項、335条1項により要求される判決理由の全部又は一部を欠くことをいうところ、原判決にそのような不備は認められない。また、理由そごは、主文と理由との間又は理由相互の間に矛盾があって、統一的に理解できないことをいうが、原判決にそのような矛盾は認められない。したがって、所論は採用できない。

(3) 判断遺脱、理由不備又は理由そごの論旨は理由がない。

### 3. 訴訟手続の法令違反の主張について

- (1) 所論は、Yが、Aに対する贈賄及び宅建業法違反帮助の容疑で令和元年10月14日から警察官の取調べを受けた際、どう喝され、同月25日までの取調べでは黙秘権、弁護人選任権を告げられず、その後の宅建業法違反での逮捕、勾留中は、激怒する取調官に水が欲しいと言い出せないまま取調べを受け、しかも別件である贈収賄の取調べが続いたこと、Aが、同月14日から警察官の取調べを受けた際、頭ごなしに宅建業法違反であると怒鳴られるなどし、略式罰金を受け入れさせられたことから、本件の捜査の過程には、任意捜査の限界を超え、Y及びAを無理に宅建業法違反に仕立てた違法があり、この違法捜査で収集された証拠は違法収集証拠として証拠能力を認めるべきでないのに、原判決は、証拠能力を否定することなくYを有罪としたから、原審の訴訟手続には判決に影響を及ぼすことが明らかな違法があるという。
- (2) しかし、原審では、Yの供述調書は全く取り調べられていないから、Yが違法な取調べを受けたとしても、そのことを理由に証拠能力を否定すべき供述調書がない。

また、Aについては、原審第2回公判で検察官に対する供述調書の謄本7通が取り調べられた。

しかし、原判決は、これらの証拠を有罪の証拠として用いていないから、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反がないことは明らかである。なお、付言すると、これらの証拠は、いずれも弁護人が同意して取り調べられたものであり、その後、弁護人から違法捜査などの主張はあったものの、結局、A

の供述調書の証拠排除を求める主張はなされないまま原審第9回公判で結審を迎えた。Aは、原審において、逮捕されたことや無免許営業の罪で有罪となったことに納得がいかない旨を証言したものの、Aの捜査段階の供述の任意性を失わせる具体的な事情については、証言していない。本件の捜査の過程において、具体的な違法事由は認められず、原審の他の証拠についても、その証拠能力を疑うべきものは見当たらない。

したがって、原審の訴訟手続において、証拠能力を否定し証拠排除すべきだったのにこれをしなかったという違法はない。

- (3) 訴訟手続の法令違反の論旨は理由がない。

### 4. 事実誤認の主張について

- (1) 宅建業法12条1項所定の無免許営業の該当性について
- ①所論は、本件各会社が行った本件各取引が、宅建業法12条1項所定の無免許営業に当たらないのに、原判決はこれを認めており、事実の誤認があるという。
- ②原判決は、本件各会社の利害が本件各取引の当初から密接に関連しているから、本件各会社を分断して個別に検討するのではなく、本件各取引を全体的に考察するのが適切であるとした上、本件各会社がいずれも宅建業法3条1項の免許を有しないこと、本件各会社がいずれも営利目的法人である株式会社であること、約2年の間に行われた本件各取引は、それぞれ取得から数年が経過した7筆の土地を、5名に対し取得時以上の価格で売却したもので、その差額の合計は数千万円に及ぶこ

と、本件各会社は、本件各取引以外にも、その当時にその所有地を多数売却していたことから、本件各会社は営利目的で反復継続して行う意思の下に無免許で本件各取引を行ったものと認められ、本件各取引が宅建業法12条1項所定の無免許営業に該当するとした。

③原判決が、本件各取引に営利目的があったことの理由の一つとして本件各会社が営利目的法人であることを挙げている点は、営利目的法人であってもその所有地の売却には様々な目的があり得ることを考えると、相当でない。また、本件各取引が宅地建物取引業の無免許営業に該当するかどうかを判断するに当たっては、本件各土地を取得した際の取得目的等を含めて検討すべきであるのに、これらを十分に検討していないことも相当とは言い難い。

④そこで検討すると、関係証拠によれば、Aは、本件事業の副組合長として地域全体を市街化し、発展させたいと考えていたこと、本件各土地は、いずれも、本件事業区域内の土地で、AがY又は第三者から土地の所有者が売却を希望しているので購入してもらえないかと言われたため、本件各会社のどちらかが購入したものであること、その購入の際の各売買契約書には、いずれも土地が仮換地である旨記載されており、購入時期が本件事業の仮換地指定の後であること、本件各土地のうちH土地を除く各土地は、購入後、本件各会社によって具体的な業務に使用されていない今まで、本件各取引がされた当時には遊休不動産と指摘されていたことが認められる。本件各会社が本件各土地を購入した時期は、土地ごとに別々

であるが、いずれも、本件事業による仮換地指定が済んでいることからすれば、時期は不明ながらいずれ宅地として整備され、価格が上がる可能性が高かったといえる。本件各土地は、AがYや第三者に勧められるままに購入したもので、本件各会社が事業に利用する具体的な予定や計画があったとはうかがわれない。そして、Aは、本件事業組合の副組合長として地域全体を市街化し、町として発展させたいと考えていたのであるから、そのためには本件各会社が利用しないままこれらを所有し続けるつもりはなく、住宅や商業施設等を建築したいという者が現れればこれらを売却することを想定していたということができる。

他方、H土地（Z街区仮地番4）については、共有者であるc社ほか1名によって第三者に賃貸されたことが認められる。しかし、この賃貸契約は土地購入から1年以上経過してから締結されたもので、契約期間が1年、建物建築禁止という条件付きで、実際にも1年で契約が終了し、すぐに土地売却に至っていることからすると、やはり、購入時においてc社がこの土地を事業に利用する具体的な予定や計画を有していたとはいい難い。

このような、本件各土地の取得経緯、取得時期、本件各会社による本件各土地の利用状況からすれば、いずれも、本件各土地の購入時において、本件各会社に本件各土地を事業に利用する具体的な予定、計画があったとは認められない。

そして、本件各取引の相手方は、本件各会社の業務とは関連なく、その土

地を取得したいと考えて不動産仲介業者を介するなどして購入を希望した個人や会社である。前記のと「おり、本件各土地はいずれ宅地化され、価格が上がる可能性が高かったものであるが、実際にも、本件各取引の売買代金は、本件各会社が本件各土地を購入した金額より高くなっている。

さらに、本件各会社は、他にも本件各取引と同様の所有地の売却や、土地の購入をしていたことが認められる。

以上によれば、本件各会社は、事業に利用する予定や計画がないまま、仮換地の指定がされていて、いずれ宅地化されて価格が上がる可能性が高い本件各土地を購入したが、いずれ転売する予定であって、実際にも、購入時よりも高く本件各土地を売却し、ほかにも同様の土地売買をしていたのであるから、積極的に土地を買い求め、転売を図ったものではなくとも、営利目的で宅地建物取引業をしたことになるというべきである。Aは、原審公判で、売主を助けるつもりで本件各土地を購入した旨証言するが、その証言は、Aが本件各土地をいずれは転売する予定であったことと何ら矛盾するものではない。

また、Aは、本件各土地を売却した理由として、平成20年頃から会社を上場させたいと考えていたところ、平成29年頃に専門家からそのためには会社の遊休資産を処分したほうがよいとアドバイスを受け、その後監査法人からも同趣旨の指摘を受けたためであるなどと説明するが、そのような事情も、本件各会社が本件各土地をいずれは転売する予定であったことと矛盾しない。

⑤以上のとおりであるから、本件各土地を売却した本件各取引は、営利目的で業として宅地の取引をしたことに当たる。原判決の説示には、適切さを欠く部分があるが、本件各取引が宅建業法12条1項所定の無免許営業に該当するとした結論に誤りがあるとはいえない。

## (2) Aの無免許営業に関する故意について

①所論は、仮に、本件各取引が客観的に宅建業法12条1項の無免許営業の構成要件に該当するとしても、Aにはその故意がなかったという。

②原判決は、Aにおいて、本件各会社が無免許で宅地建物取引業を営んだという違法性を基礎づける事実の認識に欠けるところはないことから、無免許営業の故意が認められたとした。

③原判決がAの無免許営業の故意を認めた過程は、前記のとおり、故意の対象である無免許営業の構成要件該当性を基礎づける事実関係について適切にとらえていない部分があるものの、先に認定したその事実関係はいずれもAが考えていたことやAが認識していた事情であるといえるから、これらの事実からすれば、Aには無免許営業の故意が認められる。

したがって、原判決の結論は正当としては認することができる。

所論は、本件各取引のうちI土地売却について、Aが、これらを承認したb社の取締役会において宅建業法違反の指摘を受けなかったこと、監査法人から本件各土地を含む遊休資産の処分の指摘を受けた際にも、宅建業法違反の指摘を受けなかったこと、その他、b社の社員、社内の内部通報制度、取引関係にある宅地建物取引士や宅地建

物取引業者からもそのような指摘を受けなかったことから、Aには違法性を意識する可能性がなかったという。しかし、当該取締役会の構成員や監査法人等は本件土地の売却の必要性という視点でその是非を判断したにすぎず、他の関係者も含め、本件各会社が本件各土地を取得した状況や他の事情をも考慮に入れて宅建業法違反の可能性を検討したとは考え難い。したがって、所論指摘のような事情があったとしても、本件各土地の取得及び売却を直接行ったAに違法性を意識する可能性がなかったとはいえない。所論は採用できない。

(3) 本件各会社等による無免許営業に関するYの認識について

- ①所論は、Yに本件各会社の無免許営業の認識はないのに、これを認めた原判決には事実誤認があるという。
- ②原判決は、Yが、本件各会社に宅建業法3条1項の免許がないことを知りながら、Aの依頼に基づき本件各取引に関与したこと、Yは本件各取引が法律上許されるものと考えていた旨供述するが、宅地建物取引士の資格を取得し、数十年間にわたり不動産取引の媒介等に携わっており、少なくとも本件各取引に法律上の疑義があることは認識していたと考えられ、仮に誤解があったとしても、その誤解に相当の理由はないことから、Yに本件各会社の無免許営業について故意が認められたとした。
- ③関係証拠によれば、H土地の売却について、Yは買主である株式会社gとの間で一般媒介契約を結んでいたことが認められる。A及びYは、原審公判廷において、いずれも、株式会社gから

依頼を受けたYがAと取引交渉をした旨述べた。これらの事情からすると、YがAの依頼に基づいて本件各取引に関与したという原判決の説示は、必ずしも適切でない。

もっとも、関係証拠によれば、Yは、本件各取引について、Aから個別に直接依頼を受けたかどうかはともかく、Aの意向をも踏まえながら、いずれも仲介業者として関与したこと、本件各取引以前から、本件各会社がかなりの数の不動産の取得や売却をしていることを認識し、その取引に仲介業者として関与してきたこと、本件各会社及びAに宅建業法3条1項の免許がないことを知っていたことが認められる。無免許である本件各会社の不動産取引にYが本件各取引の以前から関与してきたのであるから、Yは、無免許である本件各会社によって土地の購入、売却が反復継続されてきたことの認識を有していたといえる。

また、Yは、平成20年2月に本件事業組合が設立されしばらくした後、本件事業の内容等を把握するとともに、Aが本件事業組合の役員を務め、本件事業の区域全体を市街化して発展させたいという強い希望を有し、その努力をしていることを知ったこと、被告人は、本件各取引に先立ち、本件各会社が本件各土地の一部（いずれも仮換地の指定がされているもの）を購入する際にその媒介をしているところ、J土地については、平成27年5月の契約に先立ち、売却したいという所有者の希望に応じるため、特にこの地域で本件各会社において事業をしようとしていたわけでもないAに購入を持ち掛

け、その売買契約を媒介したこと（なお、平成26年6月にも、同一の売主とc社との間の本件事業区域内の別の土地の売買契約を媒介している。）、また、K土地については、平成27年2月の契約に先立ち、本件共有持分権者から早急にその共有持分を3000万円で買ってくれる人を探してほしいと依頼され、それに応じてくれそうな唯一の候補者としてAに購入を持ち掛け、その売買契約を媒介したこと、所有者が異なる複数の土地を一括して土地分譲業者に売却した各土地については、YがAに購入希望者の要望を伝えた際、分譲住宅が立ち並べば人口が増え、まちづくりが早く進むのでいい話である旨のAの発言を聞いたこと、Yは、本件各取引に先立ち、Aから、b社の上場のため、遊休不動産である本件各土地を売却する必要があると聞き、その売買の仲介に努めていたが、内心では、まちづくりが完成した後であればより高額で売却できるはずであると思っていたことが認められる。

また、Yは、本件事業の区域内でかなりの数の不動産売買に仲介業者として関わっており、そのときどきの土地相場を把握していたと考えられる。

これらの各事実によれば、Yは、本件各会社が事業に利用する予定や計画がないまま本件事業区域内にある本件各土地を取得してきたが、いずれは転売するであろうと認識していたと推認することができる。また、本件各取引に先立ち、本件各土地が仮換地の指定を受けていることも知っており、購入時よりも高い価格で転売される可能性が高いことも認識していたといえる

し、実際に、そのような本件各取引を仲介している。したがって、Yは、営利の目的で本件各取引がされることになることを認識していたというべきである。

原判決の説示には、前記のとおり適切ではない部分があるが、Yが、本件各会社による本件各取引が宅建業法12条1項所定の無免許営業であることの認識を有していたとした結論に誤りがあるとはいえない。

#### (4) Yの正犯性について

- ①所論は、本件各会社の無免許営業についてYに正犯性はないのに、Yにその共謀共同正犯の成立を認めた原判決には事実誤認があるという。
- ②原判決は、i) Yが、本件各取引以前にも本件各会社所有地の売買契約の媒介を繰り返し、Aとの間に、不動産取引に係る信頼関係を築いていたこと、ii) 本件事業地内にはa社の看板が複数設置されており、これを見た者や、住宅建設会社関係者からYに持ち掛けられた相談、商談が本件各取引の端緒となったこと、iii) Yは、本件各取引に先立ち、Aから本件事業地内の会社所有地を売却する意向を示されていたこと、iv) Yは、持ち掛けられた相談、商談をAに伝え、Aから売却価格について一定の裁量を与えられて本件各取引に係る契約交渉を行ったこと、v) Yは、本件各取引の契約締結・決済の場に同席し、重要事項説明案内書の記載内容を説明するなどしたこと、vi) Yは、本件各取引により、合計約350万円の手数料を得たほか、本件各取引に関連する他の取引によっても数百万円の手数料を得ており、営業機会獲得

の利益も有していたことから、Yは、実質的には、Aと共に、本件各取引の意思主体である本件各会社の意思形成そのものに参画したと評価し得るほどに重要な役割をい、Aと意思を通じた上、自己の犯罪として無免許営業に関与していたというべきであり、Yに無免許営業罪の共謀共同正犯が成立するとした。

(3)原判決が挙げる①ないし⑥の事情は、原審で取調べ済みの証拠からそのとおり認められる。

しかし、Yは、宅地建物取引業者として、b社又はc社が第三者に本件各土地を売却するに当たり、その媒介をしているのであって、その限りで本件各取引に関わっただけでは、YがAと一緒にになって自分たちの犯罪として、売主の立場で本件各土地を売却したことにはならない。そして、原判決が前記の事情から被告人が本件各会社の意思形成そのものに参画したと評価し得ると説示した上、Yが、自己の犯罪として無免許営業に関与していたというべきであり、Yに共謀共同正犯が成立するとしている点は、次の理由から、容認できない。

ア. 本件各土地の利用や処分の方針は Aもしくは本件各会社が決めており、Yは全くこれに関与していない。そして、本件各会社の事情で売却の方針が決められた後、Yが媒介業者としてこれに関与し、Aの意向を踏まえて買主との間で売買代金を含む取引条件を調整していたが、最終的にはAの了解が必要とされていて、b社が売主となった各土地の売却については、その取締役会でそれぞれ

承認決議を行っていた。他方、c社が売主となった各土地の売却については、同族会社であったため、c社で取締役会が正式には開かれていたものの、実質的経営者であるAが決定していた。

このように、本件各土地の売却は本件各会社又はAが行った意思決定に基づくものであり、Yはその意思決定そのものには関与していないといわざるを得ない。

イ. Yは、本件各取引において、買主に対する取引物件の情報提供、売主と買主との間の取引条件の調整、買主に対する契約金の調整及び重要事項の説明を行った。これらのYの行為は、いずれも、契約成立に向けた宅建業法上の媒介をする行為に当たる。Yは、他に、Aに対し土地の分筆を依頼したり、近隣の土地との一括売却が可能になるように、近隣の土地の地権者の意向を取りまとめ、あるいはAに対し土地の交換を依頼するなどした。これらの行為は、Aないし本件各会社が本件各土地を売却するのに役立つものではあるが、むしろ、その土地を買いたいという買主の要望に沿うように調整を図ったものである。それらは、いずれも契約成立に向けた媒介行為の一環であり、単なる仲介業者としての役割を超えるものではない。

ウ. Yは、仲介業者として買主から本件各土地分の媒介手数料を受け取るとともに、原判決が指摘するように本件各取引と一括して売却された他の土地分についても手数料を得ており、営業機会の獲得の利益を有して

いたことも否定できない。しかし、被告人が得ていたのは、宅建業法で許容されている範囲内の手数料であって、仲介業者としての業務遂行に対する見返りにすぎない。加えて、Yは、本件各会社ないしAからはその手数料さえ受け取っていなかつた。また、本件各会社は、前記のとおり、本件各土地を購入時よりも高く転売したが、その利益は全て本件各会社に帰属しており、YがA又は本件各会社からその分け前を得たこともなかつた。

エ. Yは、本件各取引における媒介業者として、買主の意向をも踏まえて誠実に職務を果たしており、特に売主である本件各会社やAの利益を一方的に図ろうとした形跡はない。

以上のとおり、Yは、本件各土地の売却のための意思決定そのものに関与していないし、仲介業者としての業務遂行に対する見返りとは別に、本件各土地の売買による利益を得てもいない。原判決が挙げる①ないし⑥の事由は、仲介業者としての役割を超えるものではない。

それにもかかわらず、Yについて本件各会社の意思形成そのものに参画したと評価し、自らの犯罪としてA又は本件各会社と一緒にになって本件各取引をしたと判断したのは、論理に飛躍があるといわざるを得ない。

④結局のところ、Yが本件各取引において行った行為、すなわち、買主に対する取引物件の情報提供、売主と買主との間の取引条件の調整、買主に対する契約金の調整及び重要事項の説明やその他の行為は、本件各取引を容易なら

しめるものではあるが、Yが自分たちの犯罪としてAらと一緒にになって本件各取引をしたといえるほど、売主側としての重要な役割であるとは評価し難い。飽くまで本件各土地を売却したのは、Aないし本件各会社であって、これに関与したYに正犯意思があったとはいえない。

Yの行為は、帮助にすぎず、共同正犯とは認められない。

それにもかかわらず、Yについて宅地建物取引業の無免許営業の共同正犯が成立するとした原判決の事実認定には、判決に影響を及ぼすことが明らかなる誤りがある。

⑤事実誤認の論旨は理由がある。

## 5. 破棄自判

以上によれば、法令適用の誤り、量刑不当の各論旨に対する判断をするまでもなく、原判決は破棄を免れない。

これまで検討してきたところによれば、Yについては、無免許営業帮助の事実を認定すべきである。この無免許営業帮助の事実は、本件公訴事実とは異なる事実であるが、原審における訴訟手続進行の具体的経緯、特に検察官が立証メモにおいてYのした媒介行為を指摘し、Yも本件各土地の媒介行為を認めていることに鑑みれば、当審において、訴因変更を行わず無免許営業帮助の事実を認定しても、Yの防禦に著しい不利益を与えるものではないと判断されるから、刑事訴訟法397条1項、382条により原判決を破棄し、同法400条ただし書によりさらに次のとおり判決する。

### [罪となるべき事実]

Aは、日用雑貨品の輸入及び卸売業等を営んでいたb社の代表取締役として同社の業務全般を統括するとともに不動産賃貸業等を営んでいたc社の実質的経営者として同社の業

務全般を統括していたものであるが、業として、国土交通大臣又は愛知県知事の免許を受けないで、b社の業務に関し、平成30年5月31日から令和元年5月28日までの間、4回にわたり、名古屋市〈以下省略〉株式会社d銀行e支店等3か所において、B等4名に対し、本件事業Z2街区仮地番7-2の宅地等5筆を代金合計1億6726万1800円で売却し、c社の業務に関し、平成29年6月28日及び平成30年6月25日、愛知県半田市〈以下省略〉株式会社f信用金庫本店営業部等2か所において、株式会社g等2名に対し、本件事業Z街区仮地番4の宅地等2筆を代金合計8311万6100円で売却し、もって免許を受けないで宅地建物取引業を営んだところ、Yは、不動産売買の仲介等を営む株式会社aの代表取締役として同社の業務全般を統括していたものであるが、上記各事実を認識した上、これらの売却に当たり、売主であるb社若しくはc社の媒介業者又は買主の媒介業者となり、売主と買主との間の売買代金を含む取引条件の調整、売買契約への立会いや買主に対する取引物件に関する重要事項の説明などをして宅地の売買契約締結のための媒介行為をし、もってb社及びc社の宅地建物取引の無免許営業を容易ならしめてこれを帮助した。

#### [量刑の理由]

Aが行った宅地建物取引業の無免許営業は、期間の長さ、取引物件の個数、売買代金の額などからすると、必ずしも軽微とはいえない。Yは、その事情を知った上で仲介業者としてこれを帮助したもので、その刑事责任は軽視できない。そうすると、Yに対しては、主文の罰金刑が相当である。

(参考)

[理由]

《第一審》

(罪となるべき事実)

Yは、不動産売買の仲介等を営む株式会社a（以下「a社」という。）の代表取締役として同社の業務全般を統括していたものであるが、日用雑貨品の輸入及び卸売業等を営んでいた株式会社b（以下「b社」という。）の代表取締役として同社の業務全般を統括するとともに不動産賃貸業等を営んでいたc株式会社（以下「c社」という。）の実質的経営者として同社の業務全般を統括していたA（以下「A」という。）と共に謀の上、業として、同人において、国土交通大臣又は愛知県知事の免許を受けないで、以下の宅地建物取引業を営んだ。

平成30年5月31日 ～ 令和元年5月28日 迄	・ b社の業務に関し、左記期間の間、4回にわたり、名古屋市〈以下省略〉株式会社d銀行e支店等3か所において、B等4名に対し、名古屋都市計画事業○○土地区画整理事業（以下「本件事業」という。）△街区仮地番7-2の宅地等5筆を代金合計1億6726万1800円で売却。
平成29年6月28日 平成30年6月25日	・ c社の業務に関し、左記期日、愛知県半田市〈以下省略〉株式会社f信用金庫本店営業部等2か所において、株式会社g等2名に対し、本件事業○街区仮地番4の宅地等2筆を代金合計8311万6100円で売却。

#### 【争点に対する判断】

##### 1 本件の争点等

- (1) 本件当時、b社及びc社（代表取締役はAの妻H）が、宅建業法3条1項の免許を有していないかったこと、b社及びc社（以下、両社を併せて「本件各会社」という。）が、それぞれ所有する本件事業地内にある判示記載の7筆の土地（以下「本件各宅地」という。）を、判示記載のとおり売却したこと（以下、判示記載の6件の取引を併せて「本件各取引」という。）、本件各取引当時、Yが、不動産売買の仲介業等を営むa社の代表取締役であり、同社の専任の宅地建物取引士であったこと、Yが、本件各会社がいずれも宅建業法3条1項の免許を有していないことを知りながら、a社の専任の宅地建物取引士として、本件各取引を媒介したことについては、いずれも当事者間

に争いはなく、関係各証拠により容易に認められる。

(2) 本件の主な争点は、

- ①本件各取引が宅建業法12条1項所定の無免許営業に該当するか、
- ②A及びYに無免許営業の故意が認められるか、
- ③Yに無免許営業罪の共謀共同正犯が成立するかである。

当裁判所は、Yに無免許営業罪の共謀共同正犯が成立すると判断したので、以下、その理由を述べる。

## 2 当裁判所の判断

### (1) 本件各取引が宅建業法12条1項所定の無免許営業に該当するかについて

①ア. 宅建業法12条1項における、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号所定の行為をすることをいうところ、本件各宅地はいずれも建物の敷地に供する目的で本件各取引の対象とされた宅建業法2条1号の「宅地」であるから、本件各取引が宅建業法2条2号所定の行為（宅地の売買）に該当することは明らかである。

イ. そこで、本件各取引が、営利の目的で反復継続して行う意思のもとに行われたものかを検討することとするが、その検討に当たり、本件各会社の関係性等をみると、本件各会社はいずれもAが業務全般を統括していたことのほか、本件各取引当時ににおいて、c社がb社の実質的な子会社であったこと、本件各取引のうち最初の取引が行われた平成29年6月当時において、既にb社がc社を吸収合併することが検討されていたこ

と、平成30年7月、b社がc社を吸収合併し、同社が解散したことが認められる。こうした事実に照らせば、本件各会社の利害は、本件各取引の当初から密接に関連していたというべきであり、本件各取引が宅建業法12条1項所定の無免許営業に該当するかの検討については、b社とc社を別法人として個別に分断してその取引の内容を検討するのではなく、本件各取引を全体的に考察するのが適切である。

ウ. そこで検討を進めると、本件各会社はいずれも営利目的法人である株式会社であり、本件各会社が平成29年6月から令和元年5月までの約2年の間に行った本件各取引（計6件）は、本件各会社が取得した7筆の土地を、その取得から数年の間に、5名（社）の相手方に対し、取得時に支払った金銭以上の価格で売却したものであり、その差額の合計は数千万円に及んでいる。こうした事実に加え、本件各会社は、本件各取引当時において、本件各取引以外にもその所有地を多数売却していたというのであるから、本件各宅地の売却は、本件各会社が、営利の目的で反復継続して行う意思のもとに行つたものと認められる。

エ. よって、本件各取引は、宅建業法12条1項所定の無免許営業に該当する。

②ア. 弁護人は、〔1〕本件各会社は、b社の新規上場に向けた調査において、監査法人から、資本効率を高めるために本件各会社が所有する遊休不動産を処分するよう指摘を受けた

ため、本件各宅地を売却したこと、〔2〕本件各宅地の取得及び本件各取引は、いずれも本事業の本旨に従った取引であること等を指摘して、本件各取引には、営利目的や反復継続意思がないなどと主張する。

確かに、〔1〕本件各宅地の売却には、b社の新規上場に向けた遊休不動産の処分という目的があったと認められ、また、〔2〕Aが、本件各宅地を取得した際や本件各取引時において、本事業を推進し、本件事業地内により良い町づくりに貢献したいと考えていたことは否定できないが、いずれも営利目的や反復継続意思と併存し得るものであり、本件各取引に営利目的及び反復継続意思があったとの上記(1)の認定を覆すものではない。

イ. そのほか、弁護人は、宅建業法3条1項の免許を有しない者による不動産売買であっても、宅建業法3条1項の免許を有している者にその媒介をさせれば、無免許営業罪は成立しないとも主張するが、宅建業法2条2号、12条1項、79条2号の文言上、そのような場合であっても無免許営業罪を構成することは明らかであり、弁護人の主張は採用できない。

(2) A及びYに無免許営業の故意が認められるかについて

① Aの無免許営業の故意について

Aにおいて、本件各会社が宅建業法3条1項の免許を取得せずに宅地建物取引業を営んだという本件無免許営業罪の違法性を基礎付ける事実の認識に欠けるところはない。

Aは、本件各取引が法律上許されるも

のであると考えていたと証言するが、仮にそのように考えていたとしても、それは単に宅建業法の解釈を誤ったにすぎない。弁護人は、b社において行われた、各取引〈詳細省略〉の承認に係る取締役会において、取締役や監査役から宅建業法違反に関する指摘を一切受けなかったこと、あるいは、同社の新規上場に向けた調査において、監査法人から、本件各宅地を含む本件各会社が所有する遊休不動産を売却するよう指摘を受けた際にも、宅建業法違反に関する指摘がなかったこと等を指摘して、Aの故意が阻却されるなどと主張する。しかし、弁護人指摘の上記事実は、Aが宅建業法の解釈を誤ったことの相当の理由にはなり得ない。したがって、Aに、無免許営業の故意が認められる。

② Yの無免許営業の故意について

Yは、本件各会社が宅建業法3条1項の免許を有していないことを知りながら、後記のとおりAからの依頼に基づき、本件各取引に関与したのであるから、本件無免許営業罪の違法性を基礎付ける事実の認識に欠けるところはない。Yは、Aと同様、本件各取引が法律上許されるものであると考えていたと供述するが、Yは、宅地建物取引士の資格を取得した上、数十年間にわたって不動産取引の媒介等に携わってきたのであるから、少なくとも本件各取引に法律上の疑義があること自体は認識していたものと認められる。仮に、Yが、本件各取引が法律上許されたものであると確信していたとしても、そうした誤解が単なる宅建業法の解釈の誤りに過ぎず、その誤解について相当の理由がないことはAと同様である。したがって、Yに、無免許営業の故意が

認められる。

(3) Yに共謀共同正犯が成立するかについて

① A証言やYの公判供述を中心とした関係各証拠により、本件各取引について、概ね次の事実が認められる。

ア. Yは、本件各取引以前にも、a社の専任の宅地建物取引士として、本件各会社所有地に係る売買契約の媒介を繰り返していた。こうした取引を通じて、YとAとの間には、不動産取引に係る属人的な信頼関係が築かれていた。

イ. 本事業地内には、a社の電話番号と共に、その土地を同社が管理している旨記載された看板が複数設置されていた。

本件各取引は、こうした看板を見た者が、同社に電話をかけ、本事業地内の土地の購入に係る相談をしたことや、住宅建設会社関係者が、Yに対し、同人との属的な人脈を通じて、本事業地内の土地購入に係る商談を持ち掛けたこと等が端緒となった。

ウ. Yは、本件各取引に先立ち、Aから、本件各会社が本事業地内にある両社所有地を売却する意向を有していることを聞かされていた。

本件各宅地を含む本事業地内の土地の売買契約を締結するに際しては、同土地に係る固定資産評価証明書や仮換地証明書といった書類が必要となるところ、Aは、本件各取引に先立って、Yに対し、本件各会社が所有する本事業地内の土地をYに売却してもらうことを念頭に、上記書類の取得手続に必要となる本件

各会社名義の複数の白紙委任状を交付していた。

エ. Yは、上記イの相談等を受けると、その内容をAに伝え、改めて同人に売却意向があることを確認した。

Yは、不動産取引の売主の最大の関心事である本件各宅地の売却価格について、Aからその額の目安と共に一定の裁量を与えられ、近隣地の取引相場等も参考にしながら、本件各取引に係る契約交渉を行った。

Yは、本件各取引の交渉過程で、例えば、一般消費者である個人買主から、予算や日当たりといった土地購入に係る希望を伝えられると、これに沿う取引を実現するため、Aに対し、b社所有地を数筆に分筆することを提案し、そうして分筆されたうちの一筆を売買契約の目的物としたり、あるいは、住宅建設会社から、複数の区画を一体としてデザインした分譲住宅を販売するために、本件各会社所有地とその近隣にある第三者所有地を一括して購入したいとの希望を伝えられると、自ら上記近隣地の複数の地権者と進んで折衝し、その中で売却に難色を示す地権者がいれば、当該地権者の所有地と本事業地内にある他のb社所有地とを交換させることで折り合いをつけるなどして、買主側の希望を実現した。

オ. Yは、本件各取引に当たって、契約書を作成し、銀行やa社の支店で行われた契約締結・決済の場に同席し、重要事項説明書の記載内容を説明するなどした。

カ. Yは、本件各宅地に係る取引によって合計約350万円の手数料を得た

ほか、本件各宅地と一括して売却された宅地に係る取引等本件各取引と関連する取引によっても数百万円の手数料を得た。

以上に加え、Yは、Aの意向に沿った売買契約を締結させてAの信頼を得ることによって、上記の手数料を得るという利益にとどまらず、引き続き本件各会社所有地に係る不動産取引の媒介に携われるという営業機会獲得の利益も有していた。

②以上の事実に照らせば、Yは、従前からのAとの属人的な信頼関係を背景にした同人からの包括的な依頼に基づき、同人と意思を通じ合った上、自ら利益を得るという主体的な動機のもとに、自らの宅地建物取引士としての知識・経験・人脈を活用し、契約当事者同士を引き合わせ、売買契約の本質的内容である目的物と価格を調整し、契約書の作成のほか、契約締結の場に同席して重要事項説明を行うなど本件各取引の契約締結に至るほぼすべての過程に関与して本件各取引を取り仕切り、2年弱の期間内に、売却価格が1億円を超える大規模な取引を含む本件事業地内の土地売却に係る6件の一連の取引を連続して成立させ、現に相当な利益を享受したということができ、Yのこうした関与は、弁護人が指摘するような媒介業者による当然の関与を超えて、実質的には、Aと共に、本件各取引の意思主体である本件各会社の意思形成そのものに参画していたと評価し得るほどに重要な役割を担ったというべきであり、Yなしに本件各取引は成立し得なかつたといって過言ではなく、本件各会社による無免許営業行

為を促進あるいは容易にしたりしただけであるとは到底言い得ない。

したがって、Yは、Aと意思を通じた上、自己の犯罪として本件無免許営業に関与していたというべきであるから、Yに無免許営業罪の共謀共同正犯が成立する。

③弁護人は、本件各取引の一部について、a社と買主との間で一般媒介契約が締結されており、Yが当該買主との間で誠実義務等を負っていることを指摘して、売主側であるAとの共謀は成立しないなどと主張する。

しかし、媒介とは、一般に、他人間の法律行為の成立に尽力する行為を指すのであって、不動産取引の媒介をした者が買主・売主の双方から手数料を得ることがあることからも明らかなるに、買主との間の一般媒介契約締結は、必ずしも買主の利益のみを追求するものではなく、現に、一般媒介契約が締結された買主との間における取引によって、c社に一定の利益が生じているのであるから、本件各取引の一部に弁護人が指摘するような一般媒介契約が締結されている事情をもってしても、前記(2)の共謀共同正犯の成立は左右されない。

その他、弁護人の共謀共同正犯の成立に関する主張をすべて踏まえても、共謀共同正犯の成立は妨げられない。

(4) 弁護人のその他の主張について

弁護人は、公訴権を濫用した不平等起訴であると主張して公訴棄却を求めるとともに、可罰的違法性を欠くなどとも主張するが、本件各取引の価格、件数、Yの本件無免許営業行為への関わり方や本件各取引によってYが得た手数料の額等

に照らすと、他の媒介業者等が起訴されていないからといって、本件公訴の提起が、それ自体を無効ならしめるような不平等なものとは到底いえないから、本件公訴提起が公訴権濫用に当たらないのはもとより、可罰的違法性がないとの弁護人の主張も採用できない。

#### (5) 結論

以上より、判示のとおり、Yに無免許営業罪の共謀共同正犯が成立する。

#### [法令の適用]

罰条 包括して刑法65条1項、60条、宅建業法84条、79条2号、12条1項

刑種の選択 罰金刑を選択 労役場の留置  
刑法18条（金1万円を1日に換算）

#### [量刑の理由]

本件各取引に係る売買代金が合計2億5000万円超に及んでいること、上記のとおりYが本件犯行において担った役割は大きく、相当額の手数料を得ていること等に照らすと、主文の罰金刑が相当である。

#### [求刑—罰金50万円]

## 2. 委員会における指摘事項

○売主側媒介業者は何ら立件されていないが、行政処分ではどうなり得るか。また、行政処分と司法における帮助について、各々の判断基準に相違はあるのかについて

・行政庁において帮助の事実認定ができれば、行政処分はあり得ると思われる。

但し、売主側媒介業者は複数あり、売主は反復継続して売却をしており売主の行為が無免許営業にあたることを各媒介業者が認識できることについての検察の立証が難しく、帮助の認定はできなかったのだとしたら、行政庁でも処分に当たり同様な問題は出てくると思われる。

・行政処分と司法は、それぞれ独自の判断基

準に基づき対応している。例えば、行政庁のガイドラインに、裁判官は拘束されるものではない。

○媒介業者の正犯性が認められるのはどのような場合が考えられるか

- ・売買取引を主導しているひとりのような、実質的に売主と一体となったような行為の場合に、はじめて共同正犯になるものと考えられる。
- ・共同正犯の場合は、無免許営業者の行為を認識し、その行為者との意思の連絡を含めて、正犯性に対する認識のあることが必要になるのではと思われる。

○無免許営業帮助にあたる行為をしないよう

に宅建業者が留意すべき点

- ・業者は、何があれば帮助になるかということを理解すること、つまり、帮助した者に当たる要件は何なのかを認識することが必要。「正犯の行為が犯罪になるということを認識して、それを手助けした場合、全てこれは帮助である。」ことの理解が必要。
- ・従犯である帮助の主觀的要件は、「正犯の行為を認識し、これを帮助する意思があればいい」ということ。そして、無免許営業行為を認識していれば、それは帮助になり得るため、業者としては、そもそも何が無免許営業に当たるのかということの認識を持っていなければならない。
- ・例えば、転売目的ではなく収益獲得目的での賃貸物件の購入であれば、宅建業にはあたらないと言われているが、競売により不動産を反復継続して取得する行為は宅建業にあたるとされた判例があることからすれば、それに反復継続性があれば問題ありとなり得る。今後、不動産投資法制についての議論の必要性を感じられるが、現状その

ような法制度は無い以上、業者としては、取引に当たり、帮助の容疑を回避するため、視野を広げて注意深く対応することが必要であると思われる。

### 3. 参考資料

(委員会資料より一部抜粋)

#### I. 参考法令等

##### 1. 宅地建物取引業法

(用語の定義)

第2条 この法律において次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号の定めるところによる。

一 宅地 建物の敷地に供せられる土地をいい、都市計画法（昭和43年法律第100号）第8条第1項第1号の用途地域内のその他の土地で、道路、公園、河川その他政令で定める公共の用に供する施設の用に供せられているもの以外のものを含むものとする。

二 宅地建物取引業 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で業として行うものをいう。

三 宅地建物取引業者 第3条第1項の免許を受けて宅地建物取引業を営む者をいう。

四 宅地建物取引士 第22条の2第1項の宅地建物取引士証の交付を受けた者をいう。

(免許)

第3条 宅地建物取引業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（本店、支店その他の政令で定めるものをいう。以下同じ。）を設置してその事業を営もうとする場合にあっては国土交通大臣の、一の都道府県の区域内にのみ事務所を設置して

その事業を営もうとする場合にあっ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。

2 前項の免許の有効期間は、五年とする。

(免許の基準)

第5条 国土交通大臣又は都道府県知事は、第3条第1項の免許を受けようとする者が次の各号のいずれかに該当する場合又は免許申請書若しくはその添付書類中に重要な事項について虚偽の記載があり、若しくは重要な事実の記載が欠けている場合においては、免許をしてはならない。

六 この法律若しくは暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律の規定（同法第32条の3第7項及び第32条の11第1項の規定を除く。第18条第1項第7号及び第52条第7号ハにおいて同じ。）に違反したことにより、又は刑法第204条、第206条、第208条、第208条の2、第222条若しくは第247条の罪若しくは暴力行為等処罰に関する法律の罪を犯したことにより、罰金の刑に処せられ、その刑の執行を終わり、又は執行を受けることがなくなった日から5年を経過しない者

(無免許事業等の禁止)

第12条 第3条第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。

2 第3条第1項の免許を受けない者は、宅地建物取引業を営む旨の表示をし、又は宅地建物取引業を営む目的をもつて、広告をしてはならない。

(罰則)

第79条 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 不正の手段によって第3条第1項の免許

を受けた者

- 二 第12条第1項の規定に違反した者
- 三 第13条第1項の規定に違反して他人に宅地建物取引業を営ませた者
- 四 第65条第2項又は第4項の規定による業務の停止の命令に違反して業務を営んだ者

(罰則)

第84条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

- 一 第79条又は第79条の2 1億円以下の罰金刑
- 二 第80条又は第81条から第83条まで（同条第1項第3号を除く。）各本条の罰金刑

## 2. 刑法

(共同正犯)

第60条 二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。

(帮助)

第62条 正犯を帮助した者は、従犯とする。

- 2 徒犯を教唆した者には、徒犯の刑を科する。

(徒犯減輕)

第63条 徒犯の刑は、正犯の刑を減輕する。

(身分犯の共犯)

第65条 犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。

- 2 身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。

## 3. 刑事訴訟法

(裁判の理由)

第44条 裁判には、理由を附しなければならない。

2 上訴を許さない決定又は命令には、理由を附することを要しない。但し、第428条第2項の規定により異議の申立をすることができる決定については、この限りでない。

(有罪の判決)

第335条 有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない。

2 法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由となる事実が主張されたときは、これに対する判断を示さなければならぬ。

(絶対的控訴理由2)

第335条 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であってその事由があることを信ずるに足りるもの援用しなければならない。

一 不法に管轄又は管轄違を認めたこと。

二 不法に、公訴を受理し、又はこれを棄却したこと。

三 審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと。

四 判決に理由を附せず、又は理由にくいちがいがあること。

(事実誤認)

第382条 事実の誤認があつてその誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを

理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であって明らかに判決に影響を及ぼすべき誤認があることを信ずるに足りるもの援用しなければならない。

(原判決破棄)

第397条 第377条乃至第382条及び第383条に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない。

2 第393条第2項の規定による取調の結果、原判決を破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる。

(破棄差戻移送・自判)

第400条 前二条【第398条、第399条】に規定する理由以外の理由によって原判決を破棄するときは、判決で、事件を原裁判所に差し戻し、又は原裁判所と同等の他の裁判所に移送しなければならない。但し、控訴裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取り調べた証拠によって、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる。

#### 4. 宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方

(国土交通省)

##### 第2条第1号関係

建物の敷地に供する目的で取引の対象とされた土地について

本号に規定する「宅地」すなわち「建物の敷地に供せられる土地」とは、現に建物の敷地に供せられている土地に限らず、広く建物の敷地に供する目的で取引の対象とされた土地をいうものであり、その地目、現況の如何を

問わないものとする。

##### 第2条第2号関係

###### 1 「宅地建物取引業」について

(1) 本号にいう「業として行なう」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な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。

###### (2) 判断基準

###### ①取引の対象者

広く一般の者を対象に取引を行おうとするものは事業性が高く、取引の当事者に特定の関係が認められるものは事業性が低い。

(注) 特定の関係とは、親族間、隣接する土地所有者等の代替が容易でないものが該当する。

###### ②取引の目的

利益を目的とするものは事業性が高く、特定の資金需要の充足を目的とするものは事業性が低い。

(注) 特定の資金需要の例としては、相続税の納税、住み替えに伴う既存住宅の処分等利益を得るために行なうものではないものがある。

###### ③取引対象物件の取得経緯

転売するために取得した物件の取引は事業性が高く、相続又は自ら使用するため取得した物件の取引は事業性が低い。

(注) 自ら使用するために取得した物件とは、個人の居住用の住宅、事業者の事業所、工場、社宅等の宅地建物が該当する。

###### ④取引の態様

自ら購入者を募り一般消費者に直接

販売しようとするものは事業性が高く、宅地建物取引業者に代理又は媒介を依頼して販売しようとするものは事業性が低い。

#### (5) 取引の反復継続性

反復継続的に取引を行おうとするものは事業性が高く、1回限りの取引として行おうとするものは事業性が低い。

(注) 反復継続性は、現在の状況のみならず、過去の行為並びに将来の行為の予定及びその蓋然性も含めて判断するものとする。

また、1回の販売行為として行われるものであっても、区画割りして行う宅地の販売等複数の者に対して行われるものは反復継続的な取引に該当する。

## 2 その他

(1) 組合方式による住宅の建築という名目で、組合員以外の者が、業として、住宅取得者となるべき組合員を募集し、当該組合員による宅地の購入及び住宅の建築に関して指導、助言等を行うことについては、組合員による宅地又は建物の取得が当該宅地又は建物の売買として行われ、かつ、当該売買について当該組合員以外の者が関与する場合には、通常当該宅地又は建物の売買又はその媒介に該当するものと認められ、宅地建物取引業法が適用されることとなる。

なお、組合員の募集が宅地又は建物が不特定のまま行われる場合にあっても、宅地又は建物が特定された段階から宅地建物取引業法が適用されることとなる。

(2) 破産管財人は、破産財団の管理処分権を有し、裁判所の監督の下にその職務として財産の処分及び配分を行うものであ

り、破産財団の換価のために自らの名において任意売却により宅地又は建物の取引を反復継続的に行うことがあるが、当該行為は、破産法に基づく行為として裁判所の監督の下に行われるものであることにかんがみ、法第2条2号にいう「業として行なうもの」には該当せず、当該行為を行うに当たり法第3条第1項の免許を受けることを要さないものとする。

ただし、当該売却に際しては、必要に応じて、宅地建物取引業者に代理又は媒介を依頼することにより、購入者の保護を図ることが望ましい。

## 第12条第1項関係

無免許の者が宅地建物取引業者の媒介等を経て取引を行った場合について

免許を受けていない者が業として行う宅地建物取引に宅地建物取引業者が代理又は媒介として関与したとしても、当該取引は無免許事業に該当する。

また、宅地建物取引業者が無免許事業に代理又は媒介として関与した場合は、当該宅地建物取引業者の行為は法第65条第2項第5号又は法第66条第1項第9号に該当する。

## II. 参考裁判例

### 《最高裁判例》

1. S 49.12.16 最高裁 判例時報0766-120、判例タイムズ0320-300

○被告人は、大阪府所在の山林約3万m<sup>2</sup>を切り開いて60数区画の分譲住宅地を造成し、これを向陽丘住宅地と銘打って一般に広告し、16回にわたり一般顧客に売却した。

被告人が業として宅地の売買を行ったことは明らかであり、被告人が宅建業を営むことにつき知事の免許を受けていなかったことから、宅建業法第12条第1項違反として、

刑事罰（罰金20万円）が処された事例。なお、宅建業法第12条1項にいう「宅建業を営む」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第2条2号所定の行為（業として行う）をなすことをいうものと解すべきであると、その意義を判示した。

#### 2. H4.11.20 最高裁 ウエストロー・ジャパン

○被告人（被告会社の代表者）は、被告会社の3事業年度分合計9億2314万円余の法人税を免れ、無免許のまま業として8回にわたる不動産の買受及び7回にわたる不動産の売渡を内容とする宅建業を営んだという事例。

この宅建業法無免許営業・脱税事件について、刑事罰（被告人に懲役2年6月、被告会社に罰金2億円）が処された。

#### 3. H16.12.10 最高裁 判例時報881-138

判例タイムズ1170-173

RETIO63-030、RETIO27-113

○民事執行法上の競売手続きにより、宅地又は建物を買受ける行為は宅建業法にいう宅地又は建物の売買にあたるとされた事例。

#### 《下級裁判例》

##### 4. S 47.10.31 岡山地裁 ウエストロー・ジャパン

○宅建業法の無免許営業に該当するとして处罚された事例（1年半の間に7回の売買）。

被告人は土地売買・宅地造成等を目的とした会社であるが、宅建業法上の無免許であるにもかかわらず、昭和43年9月から昭和45年2月迄の間、前後7回にわたり、倉敷市内の2箇所において、買主7名との間で、宅地（山林、農地等を宅地転用予定に

て）の売買契約をみずから行う等をした事例。被告人に対し、宅地建物取引業法違反、その他の違法行為に対する刑事罰（被告人代表に懲役1年4ヶ月、被告人に罰金500万円）が処された。

#### 5. S 53.6.2 大阪高裁 判例タイムズ0369-433、ウエストロー・ジャパン

○宅建業法上の無免許のまま30回にわたり山林を宅地目的で分譲販売を行った被告人に対し、第一審が刑事罰（懲役8月、罰金30万円）を言渡したのを、控訴審が刑事罰（懲役1年、3年間執行猶予、罰金30万円）に変更した事例。

#### おわりに

本事例においては、無免許営業帮助と判断されたことは、理解しやすいかと思います。不動産取引における無免許営業の判断は、個別性が高く、白黒つけ難いのが実情です。

当機構へも、よくご相談が寄せられます。

無免許にあたるか否かについては、いろいろな考え方があるため、個別に、行政庁等に相談のうえ取引に関与すべきか否かを判断してもらうようアドバイスしていますが、無免許営業についての所管は警察の管轄になりますので、行政でも明確な回答を得ることは難しいケースもあります。

宅建業者として媒介業務を行うにあたって、無免許営業にあたるかどうか疑わしき取引の場合は、宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方や、裁判例を参考に、弁護士等専門家の意見も聞きながら、取引に関与すべきか否か、売主へのアドバイス等をよく検討ください。