

平成28年度法令実例研究会報告書
売買に関する宅建業法の規制について

宅地建物取引業法（以下、「業法」という）では、宅地および建物の取引に関して適正な取引が行えるよう様々な規制が定められています。不動産の取引は売買、賃貸、代理、仲介等多岐に亘り、取引の内容も複雑であるため、中には、業法の規制に抵触するかどうか明確な区別や判断が難しく、司法による個別の判断が必要となるケースもあります。本年度の研究会では、特に売買に関する業法の規制について、県および本会への相談が多い事例の中から3点を取り上げ、業法の解釈について研究しました。1つめに、地主の土地売却に関する仲介業者としての留意点。2つめに、瑕疵担保責任に関する特約条項に不備があった場合の無効となる範囲。3つめに、開発を目的とした素地の売買契約の締結時期の制限について、トラブルの未然防止を目的として業法の解釈に関する知識を深めるべく検討しました。

1. 地主の土地売却に関する仲介業者としての留意点

[業法2条第2項]（用語の定義）

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。

[業法3条第1項]（免許）

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。

[業法12条]（無免許事業等の禁止）

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。

[業法79条]（罰則）

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。

2 第12条第1項の規定に違反した者

相談の多い事例の一つとして、免許を受けていない地主が土地を売却する取引に

において、どのような場合に無免許営業にあたる可能性があるかという問題があります。業法3条1項に定めるとおり、宅地建物取引業（以下、「宅建業」という）を営む者は免許を受けなければならない、免許を受けずに宅建業を営むことは無免許営業となり、業法79条に定める罰則が科されます。さらに、その取引を仲介した宅地建物取引業者（以下、宅建業者という）も、無免許営業行為を幫助したとして指示処分・業務停止等の行政処分を受けることとなります。

そのため、宅建業者が地主の土地売却を仲介する際には、それが地主の無免許営業にあたる行為ではないか、十分に留意しなければなりません。

宅建業にあたるかどうかの判断のポイントは、業法の解釈・運用の考え方（平成13年国土交通省総動発第3号）によると、以下のとおりです。

国土交通省「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方」

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に

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。

以上を踏まえ、2つのケースを例に挙げ無免許営業にあたるかを検討しました。

ケース1. 地主の土地売却

友人の連帯保証人となっていた非宅建業者の地主Aが、友人の破産により連帯保証人として返済する資金捻出のため、先祖伝来の土地を売却する場合、以下ア)、イ)、ウ)の行為は無免許営業にあたるか、また、仲介業者に問題はあるか。

ア) 地主Aが土地を10区画に整地して分割し、アスファルト舗装した道路を整備し、宅建業者B社が仲介して一般客に販売した場合。

この場合は、売却した土地が転売目的で仕入れた土地でなくても、広く一般の者を取引対象としており、10区画販売するため反復継続性があることから、地主Aの行為は宅建業と解され、無免許営業にあたります。さらに、地主Aの無免許営業を幫助した宅建業者B社は、指示処分・業務停止等の行政処分を受けます。
※宅建業法の解釈・運用の考え方第2条第2号関係(2)判断基準の①取引の対象者、⑤取引の反復継続性の点において事業性が高いと解されます。

イ) 地主Aが土地を分割せず、素地のまま宅建業者B社に売却した場合。

この場合は、いわゆる土地の分譲行為(反復継続した売買)と言われることはありません。ただし、地主Aに業として行う意思があり、これから多数の売買を行うつもりなら最初の1回だけでも無免許営業だと解釈されます。

※宅建業法の解釈・運用の考え方第2条第2号関係(2)判断基準の①取引の

対象者は広く一般の者を対象としているものの、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取引の反復継続性については事業性が低く、総合的に判断して事業性が低いと解されます。

ウ) 地主Aが土地を2区画に分筆登記し、整地や道路整備をせずに、宅建業者B社が仲介して一般客2名に販売した場合。

この場合は、宅建業法に違反するかどうか（地主Aが無免許営業になるかどうか）判断が難しく、地主Aに業として土地の売買を行う意思があれば、2区画であっても反復継続して売買を行った（業として行った＝無免許営業）という評価になります。

本件のように、連帯保証人としての保証責任を果たすために、やむを得ず祖先伝来の土地を売却するような場合には、建業法の解釈・運用の考え方第2条第2号関係(2)判断基準の②取引の目的、③取引対象物件の取得経緯について事業性が低いと解され、現実問題として、この行為だけでは監督官庁も警察も無免許営業であると判断することはないだろうというのが本会顧問弁護士の見解です。しかし、このような事例で同業者が監督官庁に通報した例もあります。

業として行ったか否かは、区画数で明確に区分されるわけではなく、売却にいたる経緯等から個別の判断が必要となります。最終的な判断は司法の範疇となりますが、売主および仲介業者は、国交省の「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方」第2条第2号関係を参照のうえ、取引の対象者、取引の目的、取引対象物件の取得経緯、取引態様、取引の反復継続性を確認し、自己責任のうえで慎重に進める必要があります。

ケース2. 第三者のためにする契約による分譲

友人の連帯保証人となっていた非宅建業者の地主Aが、友人の破産により連帯保証人として返済する資金捻出のため、地主Aは祖先伝来の土地を素地のまま宅建業者B社に一括売却した。

ただし、宅建業者B社は地主Aと「第三者のためにする特約」を結び、地主A名義のまま土地を10区画に整地して分割（分筆）し、アスファルト舗装した道路を整備して、10人の一般客に販売した。なお、分筆・整地・道路整備等は全て宅建業者B社が発注し、費用もB社が負担した。地主Aの行為は宅建業にあたるか、また、仲介業者B社に問題はるか。

この場合、この分譲を実質的に行っているのは誰かという点がポイントとなります。以下のような分譲準備作業を宅建業者の発注と費用により行えば、実質的に分譲したのは宅建業者B社と認識できるため、地主Aの無免許営業にはならな

いと考えられます。

【分譲準備作業】

①開発許可申請や事前協議

開発許可申請は土地所有者でなくてもできます。

②造成工事の発注

③分筆のための測量や分筆登記申請の手続き

分筆申請は元の売主で土地所有者である地主Aの名前でしかできないため、売買契約書において宅建業者の裁量と費用により分筆ができる旨を明確に定めておく和良好的でしょう。

第三者のためにする契約とは、甲乙間で「第三者のためにする契約」としての売買契約、乙丙間で他人物の売買契約を、それぞれ一定の条件を付した上で締結することにより、甲から丙への直接の移転登記（いわゆる中間省略登記）を可能とする手法として活用されています。

この第三者のためにする契約により、中間者となる宅建業者が元の売主名義のまま土地を販売する行為は、業法及び国土交通省令（業法施行規則第15条の6）が定める他人物売買として業法上許されています。

従って、上記①～③の分譲準備作業を宅建業者の費用と責任により行い、分譲事業の主体が宅建業者であることを明確にしておけば業法違反にはならないと考えられます。

ケース2の場合では、元地主Aは土地を一括で宅建業者B社に売却するのであり、分譲行為は宅建業者B社が主体となって分譲します。これは、宅建業者B社が一括で仕入れた土地を10区画に分けて分譲することと変わり無く、この行為が業法違反になるという解釈はできないはずと考えられます。

なお、全宅連九州地区連絡会が全宅連を通じて国交省に照会した内容が公表されています。この照会において国交省は、「この手法により地主と宅建業者間の売買取引ならびに宅建業者と一般客間の売買取引に業法の適用が無くなるというわけではなく、業法の適用を受けるかについては、業法の解釈・運用の考え方（平成13年国土交通省総動発第3号）に従い、諸要因の勘案により総合的に判断される」と回答しています。

[業法第33条の2]（自己の所有に属しない宅地又は建物の売買契約締結の制限）

宅地建物取引業者は、自己の所有に属しない宅地又は建物について、自ら売主となる売買契約（予約を含む。）を締結してはならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合は、この限りでない。

1 宅地建物取引業者が当該宅地又は建物を取得する契約（予約を含み、その効力の発生が条件に係るものを除く。）を締結しているときその他宅地建物取引業者が当該宅地

又は建物を取得できることが明らかな場合で国土交通省令・内閣府令で定めるとき。（第2号省略）

[業法施行規則第15条の6]（法第三十三条の二第一号の国土交通省令・内閣府令で定めるとき）

法第33条の2第1号の国土交通省令・内閣府令で定めるときは、次に掲げるとおりとする。（第1号～第3号省略）

4 当該宅地又は建物について、当該宅地建物取引業者が買主となる売買契約その他の契約であつて当該宅地又は建物の所有権を当該宅地建物取引業者が指定する者（当該宅地建物取引業者を含む場合に限る。）に移転することを約するものを締結しているとき

。

【参考】中間省略登記関連の国交省回答

—直接移転取引の手法により宅建業者に土地を分譲させる場合の宅建業免許について—

平成19年1月12日付の法務省文書により、民法の第三者のためにする契約を活用した直接移転登記が認められ、いわゆる中間省略登記が可能となる契約方法として本手法が活用されています。

このほど、本手法を活用して土地分譲を行った場合の業法の適用について、本会九州地区連絡会から全宅連本部を通じて国交省に照会したところ、次頁のとおり回答があったので、お知らせします。

なお、個別具体の運用・解釈については、都道府県庁の宅建業所管課にお尋ねください。

【国交省への照会文】

平成25年3月5日国土交通省土地・建設産業局不動産課経営指導係

【照会内容】

一団の土地を所有する売主が、直接移転取引の手法(※)を使って宅建業者に分譲させる場合(買主は複数であることが前提)において、当該売主について業法違反(無免許営業)が問われたり、宅建業者に対し無免許幫助が問われたりすることはないか(九州地区連絡会)。

(※)甲乙間で「第三者のためにする契約」としての売買契約、乙丙間で他人物の売買契約を、それぞれ一定の条件を付した上で締結することにより、甲から丙への直接の移転登記を可能とする手法。宅建業者が不動産を取得して転売する場合に、登記費用の経費削減の効果がある。

【回答】（国土交通省土地・建設産業局不動産課経営指導係からの回答）

直接移転取引の手法により、売主(甲)から買主(丙)への直接の登記移転は可能となる一方、この手法により、甲乙間又は乙丙間の売買契約について、業法の適用が無くなるというわけではない。

宅地建物の取引が業法の適用を受けるかについては、業法の解釈・運用の考え方(平成13年国土交通省総動発第3号)第二条第二号関係1に従い、諸要因の勘案により総合的に判断される。なお、本照会の甲乙間の取引について、当該箇所に掲げられた5要件の該当は、以下のように考えられる。

① 取引の対象者

第三者として広く一般の者を対象とした登記移転を前提としており、事業性は高いと考えられる。

② 取引の目的

取引毎に判断される。

③ 取引対象物件の取得経緯

物件毎に判断される。

④ 取引の態様

宅建業者への売買であり、事業性は低いと考えられる。

⑤ 取引の反復継続性

一回の販売行為として行われるものであっても、例えば売主が区画割りや周辺道路の整備等の開発行為を行ったうえで行う宅地の販売などは、反復継続的な取引に該当し、事業性が高いと考えられる。

2. 瑕疵担保責任に関する特約条項に不備があった場合の無効となる範囲

[業法40条] (瑕疵担保責任についての特約の制限)

1 宅地建物取引業者は、自ら売主となる宅地又は建物の売買契約において、その目的物の瑕疵を担保すべき責任に関し、民法(明治29年法律第89号)第570条において準用する同法第566条第三項に規定する期間についてその目的物の引渡しの日から二年以上となる特約をする場合を除き、同条に規定するものより買主に不利となる特約をしてはならない。

2 前項の規定に反する特約は、無効とする。

[民法566条] (地上権等がある場合等における売主の担保責任)

1 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。

2 前項の規定は、売買の目的である不動産のために存すると称した地役権が存しなかった場合及びその不動産について登記をした賃貸借があった場合について準用する。

3 前二項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時

から一年以内にしなければならない。

[民法570条] (売主の瑕疵担保責任)

売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第五百六十六条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。

そもそも、民法における瑕疵担保責任の規定は任意規定であり、当事者間の特約によって排除したり、責任内容を限定したり、瑕疵担保期間を短縮することができます。そのため、宅建業者である売主が、買主が法律に詳しくないことを利用して、瑕疵担保責任について買主に不利となる特約を設ける問題が生じました。

そこで、宅建業者が売主、消費者が買主となる売買契約において、知識や経験の無い買主が、売主の瑕疵担保責任を排除、限定する特約の意味を十分理解しないまま売買契約がなされると、消費者保護の観点からも望ましくなく、当事者間の公平性も欠くことから、昭和46年の業法の改正で現行の業法40条が設けられました。本条において引渡しの日から2年以上となる特約であれば有効であるとされた理由は、春夏秋冬の四季を2回経過すれば隠れた瑕疵が発見できることが多いだろうと考えられたからです。

しかし、2年で発見できる可能性のある雨漏りなどの物的瑕疵とは違い、地中埋設物や法律的瑕疵などは買主の日常の利用には影響がないため、十数年後に建替えや売却する等のきっかけで判明することが少なくありません。そのため、一律に2年以上とする業法40条の立法事実については疑問が呈されているところです。

ただし、法律的瑕疵については、売主業者の説明義務違反による契約解除や損害賠償請求、仲介業者の説明義務違反による損害賠償請求など、債務不履行責任に基づく責任追及ができる可能性があります。

ケース3. 瑕疵担保責任に関する特約条項に不備があった場合の無効となる範囲

宅建業者である売主が、非宅建業者である買主と中古住宅の売買契約を締結し、瑕疵担保責任について以下ア)、イ)のような業法に違反する特約を定めた場合、無効の効果はどの範囲となるか。

ア) 売主は買主に対し、本件土地については引渡しの日から2年間、本件建物については引渡しの時から1年間、売主としての瑕疵担保責任を負うものとし、建物に重大な瑕疵があっても契約の解除はできないものとする。

イ) 売主は買主に対し、本件土地・建物については引渡しの日から2年間、売主としての瑕疵担保責任を負うものとするが、建物に重大な瑕疵があっても契約の解

除はできないものとする。

どちらの特約も業法40条2項により無効となります。

ただし、当該売買契約全体が無効になるわけではなく、瑕疵担保責任の内容について買主に不利に定めた条項部分が無効となり、その結果、当該特約が存在しなかったものとして民法570条・566条の規定が適用されます。

ケース3の場合は、ア)、イ) どちらの特約も土地と建物の両方について売主の宅建業者は民法上の瑕疵担保責任（買主が瑕疵を知ってから1年間追及され、損害賠償請求又は解除ができる）を負わなければならない、買主は、瑕疵の存在を知ったときから1年以内に瑕疵担保請求をすれば、引渡しの日から10年経過するまでは瑕疵担保責任を追求することができます。

なお、イ)の特約について、瑕疵担保責任期間については有効とし、瑕疵による解除についての特約部分のみが無効となると解説している文献もあります。

しかし、以下3点の理由および消費者保護の観点から、そのような部分無効ではなく、該当する条項全体が無効になると考えるのが妥当です。

(理由1) 業法40条2項は「前項の規定に反する特約は、無効とする」と定めており、特約全体を無効として部分無効にしていません。

仮に、「前項の規定に反する特約は、前項の規定に反する限度で無効とする」と定めていれば、部分無効となると解釈できます。

(理由2) 業法40条1項は、業者に有利な瑕疵担保責任の免責条項の「軽くしてよい限度」を定めたもので、この規制に反する特約は無効とすることで抑止力を出そうとしています。そうすると、特約のうち解除に関する部分だけを無効とするのは、業法違反の抑止力にならず、この法律の趣旨に反すると考えます。

(理由3) 業法40条1項は「業者が素人に売るときは、瑕疵担保期間は2年まで短くしてもいいが、瑕疵の種類と効果（損害賠償・解除）は特約で限定してはならない」という趣旨であり、買主保護で最重要なのは「瑕疵の種類と効果（損害賠償・解除）は特約で限定してはならない」点にあると考えます。そこで、「2年以上」という瑕疵担保期間に違反すると条項全体が無効となるのに、瑕疵の効果（解除）について違反すると部分無効となるというのは、解釈が一貫していません。もし部分無効を認めるなら、例えばア)の特約においても、建物の瑕疵担保期間「1年間」という部分が無効となり、たとえ「1年間」と特約しても「2年間」になると解釈されるはずです。

3. 契約締結等の時期の制限

[業法36条] (契約締結等の時期の制限)

宅地建物取引業者は、宅地の造成又は建物の建築に関する工事の完了前においては、当工事に關し必要とされる都市計画法第29条第1項又は第2項の許可、建築基準法第6条第1項の確認その他法令に基づく許可等の処分で政令で定めるものがあつた後でなければ、当該工事に係る宅地又は建物につき、自ら当事者として、若しくは当事者を代理してその売買若しくは交換の契約を締結し、又はその売買若しくは交換の媒介をしてはならない。

宅建業者は、宅地の造成工事・建物の建築工事完了前の未完成物件の宅地建物について、当該工事に必要とされる開発許可、建築確認、宅地造成工事の許可を受けた後でなければ、売買契約を締結することはできません。

また、これについては、宅建業者が売主となる売買契約だけではなく、当事者を代理して売買・交換の契約を締結したり、売買・交換の仲介を行うことも禁止されています。

昭和40年代頃から、不動産に対する需要の増大に伴い、造成宅地・マンション・建売住宅などの分譲販売において、宅建業者は宅地造成工事や建築工事の資金繰りのために、宅地建物が未完成の状態で購入者と売買契約を締結し、手付金を受け取る取引方法、いわゆる青田売りが慣行化していました。

しかし、このような青田売りは、契約締結後に宅地造成の許可や建築確認が下りなかったり、契約時に示された設計図面と完成物件とが符合しなかったりという、宅建業者と購入者間の紛争により、購入者が損害を被るトラブルが多発しました。

そこで、昭和46年の業法改正により、購入者の利益保護を図るために未完成物件の販売広告の開始時期と売買契約の締結時期が制限されました。

なお、本条は、未完成物件の売買による取引の紛争を防止し、取引の公正を確保するために、宅建業者間の取引にも適用されるのみならず、買主業者が宅建業者以外の土地所有者から買い受ける場合にも適用されます。

ケース4. 未完成物件の契約締結時期の制限

宅建業者の売主が、造成工事未完成の土地を非宅建業者である買主に売却する取引において、宅地造成工事の許可前に「当該造成許可がおりたときに売買契約の効力が発生する」と特約して売買契約を締結することはできるか。

このような開発許可前の契約締結はできません。業法36条が制限しているのは「契約発効の時期」ではなく「契約締結等の時期」です。

本条は、宅地造成工事等の資金繰りのために、造成工事の内容も定まっていない物件の売買契約を締結して手付金を授受する取引方法（いわゆる青田売り）を規制

するために定められた条文であるため、たとえ停止条件付き契約であっても、契約締結そのものができません。

ケース5. 開発する目的で土地を購入する場合の契約締結時期の制限

非宅建業者の売主（地主）が素地を宅建業者である買主に売却し、買主業者が開発許可を取得する予定である。売買契約書には「平成〇〇年〇〇月〇〇日までに当該開発許可がおりなかったときは、売買契約は当然に無効になる。」と特約して契約締結することはできるか。

ア) 行政の見解

- ① 業法36条は「自ら当事者として」と規定し、売る場合にも買う場合にも適用され、宅建業者間の取引や、買主業者が宅建業者以外の土地所有者から未完成物件を買い受ける場合にも適用されます。これは、造成許可・建築確認がない状態で売買すると買主が宅建業者であっても不測の損害を被る危険が高いからです。
- ② さらに、非宅建業者の地主から開発用の素地を買取り、買った宅建業者が「開発許可を取得できなかつたときは解除できる（当然解除になる）」という条件をつけることは、売買の対象を「造成後の土地」とするものであり、許可前の売買契約とみなされます。
- ③ 本条は、買主を保護するためだけの規定ではなく、未完成物件の売買等による取引紛争を防止し取引の公正を確保するための業務規制であり、前述のとおり宅建業者が買主の場合も除外されません。

以上の理由により、行政では、ケース5については業法36条に違反するという見解です。

イ) 本会顧問弁護士の見解

- ① 業法36条で、「宅地の造成又は建物の建築に関する工事の完了前においては」という要件が定められているのは、造成の許可前・建築確認前のものを売買目的物にすると売買対象物の内容が不明確であり、「売主がどんな宅造をするか分からない、どんな建物を建てるか分からない」という状態で売買することとなるため、買主が不測の損害を被る可能性があるからです。また、本条は「売主が宅建業者である場合」と限定しておらず、これは、売主が非業者、買主が宅建業者の場合であっても同様のトラブルが発生する可能性があるため、同じように規制するという趣旨もあります。
- ② しかし、ケース5の場合は、非宅建業者の売主（地主）が素地を宅建業者である買主に売却し、買主の宅建業者が開発許可を取得するというもので、売主

が開発許可を得て開発行為をしたり、開発許可権付で売るわけではありません。

したがって、買主は開発許可を得ることを目的（動機）にしていますが、売主が工事をして売るわけではないので、買主の予測に反した工事の出来形を付けて売られる危険はありません。

- ③ 言い換えると、売買目的物は素地だけであり、開発許可を得て開発行為をする、または開発許可権を付けて売るわけではないので、「開発許可」というのは売買目的対象となっていません。
- ④ 買主側に土地利用目的がある場合、それらの許認可がおりるまで契約できないとすると、宅建業者が建売を目的として素地を購入する場合、建物の建築確認がおりてからでないと売買契約できないという理屈になってしまいます。
- ⑤ 改訂版[逐条解説]宅地建物取引業法（542頁）では、売主が非宅建業者でも業法36条は適用され、宅地造成工事の許可等を受けられることを停止条件に売買契約を締結することもできないと解説されていますが、ケース5のような場合が業法36条に違反するという解説はありません。

以上の理由により、業法36条の趣旨を考えると、「売主ではなく、買主である宅建業者が開発許可・造成許可・建築確認を取る」という場合には適用されないと解すべきであり、さらに、「開発許可を取得できなかったときは当然に無効になる」という特約は、リスク回避の方法として妥当・公平であるとの見解です。

ケース5については、行政と実務者等では異なる見解もあるため、宅建業者として実務上の問題点や予想される取引紛争を考慮しつつ、今後も行政実例の推移を注視していくこととします。

【まとめ】

1. 地主の土地売却に関する仲介業者としての留意点

免許を受けていない地主が宅地および建物の売却等を業として行った場合は無免許営業となり、さらに、それを仲介した宅建業者も無免許営業行為を幫助したとして指示処分・業務停止等の行政処分を受けることとなります。

「宅建業」に該当するかどうかは、あらゆる諸要因を勘案して総合的に判断されるものであり、例えば、地主が土地を売却する行為であっても、取引の目的や対象物件の取得経緯等によっては宅建業にあたりと判断される場合があります。最終的な判断は司法の範疇となりますが、売主および仲介業者は、[国交省の「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方」第2条第2号関係を参照のうえ、取引の対象者、取引の目的、取引対象物件の取得経緯、取引態様、取引の反復継続性を確認し、自己責任のうえで慎重に進める必要があります。](#)

また、宅建業者が第三者のためにする契約を活用して分譲を行う場合は、実質的な分譲作業を誰が行うかが判断のポイントとなります。中間者となる宅建業者が主体となり、整地や道路整備等の分譲準備作業を含め実質的な分譲作業を行う場合は、宅建業者が一括で仕入れた土地を分割して分譲することと変わらず、元売主の無免許営業行為にはあたらないと考えられます。

2. 瑕疵担保責任に関する特約条項に不備があった場合の無効となる範囲

瑕疵担保責任に関する特約条文の内容が、業法40条で定める瑕疵担保責任についての特約の制限に違反する場合、その特約条項は無効となり、売主は民法で定める瑕疵担保責任を負わなければなりません。

またその場合は、消費者保護の観点から、違反している箇所が部分的に無効になるわけではなく、その特約条項全体が無効になると考えるのが妥当です。

例えば、「瑕疵担保期間は引渡日から2年間とし、瑕疵による契約解除はできない」といった特約条項を設けた場合、その条項全体が無効となるため、瑕疵担保期間は引渡日から2年間ではなく、民法で定める「買主が瑕疵を知ってから1年間」となり、さらに買主は、損害賠償請求および契約の解除をすることができるとなります。

瑕疵担保責任に関する特約条項については、主に瑕疵担保責任の期間や瑕疵の種類と効果（損害賠償・解除）等に関して、業法に違反しないことはもとより、売主と買主の双方が十分に内容を理解したうえで契約することがトラブルの未然防止に重要です。

3. 契約締結等の時期の制限について

業法36条において、宅地の造成工事・建物の建築工事完了前の未完成物件の宅地建物について、当該工事に必要とされる開発許可、建築確認、宅地造成工事の許可を受ける前の売買契約締結が制限されています。本条は、宅建業者が売主の場合にも買主の場合にも適用され、宅建業者間の取引にも適用されます。

宅建業者が開発許可を取得する目的で開発前の素地を購入する場合の対応としては、以下のように見解が分かれます。

ア) 行政の見解

開発前の素地の売買において、買主となる宅建業者が「開発許可を取得できなかったときは解除できる（当然解除になる）」という条件をつけて売買契約を締結することは、売買の対象を「造成後の土地」としているため、許可前の売買契約とみなされ、業法36条に違反します。

イ) 本会顧問弁護士の見解

業法36条は、買主が完成した状態を予測・確定することが未だ困難な時点で契約することにより、「完成した物件がイメージと違った」「開発許可がおりず引渡を受けられなかった」等という不測の損害を被る事態を防ぐことを目的としているため、買主が購入後に自ら造成・開発行為を行う場合は買主の予測に反した工事の出来形を付けて売られる危険はありません。言い換えると、開発許可を得て開発行為をする、または開発許可権を付けて売るわけではないので、「開発許可」というのは売買目的対象となっておりません。そのため、この制限の適用外であると解することができます。

ア)、イ)のように、行政と実務者等では異なる見解もあるため、宅建業者として実務上の問題点や予想される取引紛争を考慮しつつ、今後も行政実例の推移を注視していくこととします。

※ 以上は、現在施行されている諸法に基づいて課題に対する的確な対応を検討した研究結果であり、本研究報告におけるケースに限った見解のまとめです。

全ての取引が本研究報告におけるケースと同様ではないため、具体的な個別の案件を取り扱う場合には、消費者保護を重視し、予め関係法令を確認のうえ慎重に対応してください。

なお、業法上の判断は免許権者および司法に委ねられることとなります

以上