九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

不動産登記業務における司法書士の専門家責任をめぐる近時の動向

七戸，克彦
九州大学大学院法学研究院教授

https://hdl.handle.net/2324/15924

出版情報：市民と法. 58, pp.51-66, 2009-08-01. 民事法研究会
バージョン：
権利関係：

特集　不動産取引と司法書士業務の展望

不動産登記業務における司法書士の専門家責任をめぐる近時の動向

九州大学教授　七　戸　克　彦

1　はじめに

本稿は、司法書士の専門家責任の中でも、特に不動産登記の申請関係業務における注意義務につき考察するものである。

このテーマに関しては、すでに多数の先行業績が存在しているが（注1）、しかし、第1に、最近の裁判例の動向に関しては、これを総合的に紹介した文献が存在していない。第2に、司法書士の注意義務の中でも、特に本人確認義務の内容に関しては、周知のように、最近、これを一定程度軽減化しようとする動きが、司法書士内部に認められる。

そこで、本稿では、特に以上の2点に焦点をあてて、不動産登記業務に関する司法書士の専門家責任の問題を論じていくこととする。

（注1）　さしあたり、山崎敏彦①「司法書士の職務上の民事責任について――登記業務に関わる裁判例の概観――(1)～(2・完)」青山法学論集26巻3・4号111頁（1985）、28巻4号109頁（1987）、同②『登記代理委任契約論』（1988）、同③「登記代理委任契約に関わる司法書士の民事責任――補論(1)」青山法学論集32巻3・4号469頁（1991）、同④「司法書士の登記代理業務にかかる民事責任――最近の動向――」鈴木禄彌先生古稀記念『民事法学の新展開』423頁（1993）、同⑤「司法書士・土地家屋責任と民事責任」鎌田薫＝寺田逸郎＝小池信行編『新・不動産登記講座7各論〔IV〕』301頁（1998）、同⑥「司法書士の登記代理業務にかかる民事責任――最近の動向・補論――〔上〕〔下〕」青山法学論集38巻3・4号93頁（1997）、40巻3・4号259頁（1999）、同⑦「不動産登記手続にかかる土地家屋調査士と司法書士の過誤責任」登記インターネット3巻11号（24号）35頁（2001）、同⑧「司法書士の責任」（川井健＝塩崎勤編『新・裁判実務大系8専門家責任訴訟法』110頁（2004）、林豊「司法書士の不法行為責任」山口和男編『裁判実務大系16不法行為訴訟法(2)』365頁（1987）、佐藤康「司法書士の責任」小川英明＝長野益三編『現代民事裁判の課題①不動産取引』705頁（1989）、鎌田薫「登記申請業務にかかわる注意義務〔上〕〔下〕」登記先例解説集30巻2号（339号）6頁（1990）、4号（341号）38頁、櫻井登美雄「司法書士の注意義務」岡崎彰夫＝白石悦穂編『裁判実務大系12不動産登記訴訟法』480頁（1992）、小野秀誠「司法書士の責任」川井健編『専門家の責任』327頁（1993）……〔所収〕『専門家の責任と権能――登記と公証』9頁（2000）、工藤祐巌「我が国における専門家責任事件の具体的展開」山田卓生編集代表＝加藤雅信編集『新・現代損害賠償法講座3製造物責任・専門家責任』403頁（1997）、国井和郎＝下村信江「司法書士の損害賠償責任をめぐる裁判例の分析」阪大法学49巻1号5頁（1999）、国井和郎＝若松陽子「専門家たるべき司法書士の職務内容に関する考察」阪大法学50巻2号1頁（2000）、加藤新太郎編『判例Check司法書士の民事責任』（2002）。このほか、座談会として、山崎敏彦＝山野目章夫＝斉藤隆夫＝加藤新太郎「（座談会）司法書士の職務と民事責任」判タ1071号4頁（2001）、特集記事として、「（特集）司法書士の責任と倫理」本誌16号32頁（2002）、「（特集）司法書士の倫理と執務」本誌21号2頁（2003）、「（特集）司法書士としての専門家責任と職業倫理」月報司法書士396号2頁（2005）。

2　判例の動向

大方の学説は、従前の判例において司法書士の専門家責任が問われた事案を、登記申請手続の受

任から完了までの時系列に沿って、〔図表１〕(1)→(2)→(3)→(4)→(5)→(6)→(7)→(8)のように分類している。一方、以上の各義務につき、従前の学説が取り上げている判例を、年代順に列挙するならば、〔図表２〕のようになる（図表中「＊」印は、付随的に司法書士の義務違反・過失等が認定されている事案その他関連判例）。

およそすべての専門家責任について認められる一般的傾向と同様、司法書士の専門家責任もまた、次第に加重されていく傾向にあるが、特に司法書士に関していえば、この変化は、司法書士の職能像の変化に対応している。

すなわち、かつての司法書士は、「代書」――もっぱら①本人により確定・完成された意思を書面に定着・表示し、または、②登記官に伝達する「使者」（①意思の表示機関、および、②意思表示の伝達機関）にすぎないと理解されていた。その結果、①との関係では、実体的な物権変動の意思形成は、本人が行う問題であって、司法書士は立ち入ってはならない業務の範囲外の事項ととらえられていた。換言すれば、登記の実質的（実体法的）有効要件につき、司法書士の審査は及ばないと考えられていた。一方、②との関係では、登記申請手続が書面主義を採用していることと、登記手続の迅速処理の必要性から、登記の形式的（手続法的）要件――登記申請人の本人性・登記申請意思の有無など――に関する司法書士の審査もまた、登記官の審査と同様、形式的な書面審査で足りるとされてきた。

〔図表１〕 登記手続における司法書士の義務

1	依頼に応ずる義務	
2	登記必要書類指示・持参督促義務	
3	登記必要書類保管義務	
4	調査・確認義務	
	4a	登記必要書類の真否の確認義務
	4b	保証書（旧法）作成の際の注意義務
	4c	本人確認義務
	4d	登記申請意思確認義務
	4e	代理権確認義務
	4f	登記上の利害関係人の承諾確認義務
	4g	客体の確認義務
	4h	実体関係の調査・確認義務
5	登記簿事前閲覧義務	
6	説明・告知義務	
7	登記手続の履行義務・忠実義務	
8	登記済証等の引渡義務	

ところが、今日の学説においては、司法書士の職能像を、ただ単に依頼者に指示されたとおりの登記申請を黙って行っていればよいだけの道具的な存在ととらえる見解はほぼ姿を消し、代わって、司法書士は、不実の登記の発生を防止し、登記の真実性を確保するという公益的見地に立って、②登記申請の手続法的有効要件、さらには、①登記の実体法的有効要件である登記原因たる実体関係を調査し、依頼者に対して説明・助言を与える法律専門家であるとの理解が一般化している（「使者」から「代理」への変化（山崎敏彦）あるいは「形式的処理モデル」から「実質的処理モデル」への変化（山野目章夫））**（注２）**。そして、この変化をもたらした主要な要因となっているのが、代書的・機械的な事務処理を行った司法書士に対し、（従来型の依頼者の依頼どおりの登記を行わなかった債務不履行ではなくして）専門家としての義務違反を問う判例の増加であった。

以下、〔図表１〕に掲げた各義務に関して、ターニングポイントとなった判決を示したうえ、近時の裁判例を補充していくこととする。

(1) 依頼に応ずる義務

上記のように、司法書士の義務の法的根拠は、①依頼者との間の契約に基づいて発生する義務と、②司法書士法その他の法律の規定に基づき発生する法律専門家（プロフェッション）としての義務に分かれるが、(1)依頼者からの依頼に応ずる義務は、②司法書士法21条（「司法書士は、正当な事由がある場合でなければ依頼を拒むことができない」）に基づく法定の義務である。

同条にいう「正当な事由」につき、平成14年改正司法書士法の立法担当者は、業務を行うことができない事件（司法書士法22条）に関する依頼を

〔図表２〕　司法書士の義務違反に関する裁判例

	裁判例	義務内容	義務違反	過失相殺(原告)
【１】	＊大判大正９年12月１日刑録26輯855頁	4a	(否定)	
【２】	大判昭和20年12月22日民集24巻３号137頁	4b	肯定	
【３】	＊東京地判昭和31年12月26日下民集７巻12号3815頁	7	(肯定)	
【４】	広島高松江支判昭和33年６月13日高民集11巻７号411頁	4h	否定	
【５】	東京地判昭和34年６月30日判時197号18頁	4b	肯定	肯定(割合不明)
【６】	東京地判昭和37年１月21日判時291号15頁	4b	肯定	肯定(５割)
【７】	東京地判昭和37年６月25日下民集13巻6号1261頁	4b	否定	
【８】	京都地判昭和40年２月23日訟月11巻７号996頁	4a	否定	
【９】	東京地判昭和41年12月26日判タ205号157頁	2	否定	
【10】	浦和地判昭和43年５月９日判時554号59頁	3・7	肯定	否定
【11】	東京高判昭和45年11月26日判時615号23頁	4b	肯定	判断せず
【12】	東京地判昭和46年12月24日判時667号37頁	4b	肯定	判断せず
【13】	東京高判昭和47年12月21日高民集25巻６号434頁	4b・4e	肯定	判断せず
【14】	東京高判昭和48年１月31日東高民24巻１号17頁・判タ302号197頁	4a	否定	
【15】	山形地酒田支判昭和50年１月30日判時794号104頁	7	否定	
【16】	水戸地判昭和50年１月31日判タ323号202頁	4b	肯定	肯定(５割)
【17】	東京高判昭和50年９月８日東高民26巻９号164頁・判タ335号216頁	6	否定	
【18】	最三小判昭和50年11月28日金法777号24頁	4e	肯定	
【19】	＊東京高判昭和51年10月27日判時838号39頁	4a	(否定)	
【20】	東京地判昭和52年３月29日判時867号71頁・金商531号34頁	4b	肯定	肯定(６割６分)
【21】	東京地判昭和52年６月28日判時873号62頁	7	否定	
【22】	東京地判昭和52年７月12日判タ365号296頁	4a	否定	
【23】	最一小判昭和53年７月10日民集32巻５号868頁	3	肯定	
【24】	福岡高判昭和53年７月10日判時914号71頁・判タ370号107頁	7	肯定	肯定(８割)
【25】	＊東京地判昭和54年５月14日訟月25巻９号2452頁	4a	(肯定)	
【26】	＊大阪高判昭和54年９月26日訟月26巻１号54頁	4a	(否定)	
【27】	水戸地土浦支判昭和54年９月27日訟月26巻１号59頁	4b	肯定	肯定(６割)
【28】	名古屋高判昭和55年７月10日判タ424号111頁	4b	否定	
【29】	東京高判昭和55年10月29日判タ433号99頁	4b	否定	
【30】	＊福岡地判昭和56年１月27日判時1027号97頁	4f	(肯定)	
【31】	仙台高判昭和56年２月17日判タ438号119頁	4b	肯定	肯定(９割２分)
【32】	千葉地判昭和56年６月11日判時1024号100頁	3	肯定	肯定(８割７分)
【33】	岐阜地判昭和56年11月20日判時1043号119頁	4b	否定	

【34】	名古屋地判昭和57年２月10日金商643号42頁	3	肯定	判断せず
【35】	岐阜地判昭和57年２月18日判時1059号128頁	4b	否定	
【36】	大阪地判昭和57年12月24日判タ496号148頁	4a	否定	
【37】	横浜地判昭和58年９月30日判時1092号87頁・判タ511号148頁	3・7	否定	
【38】	高松高判昭和59年４月11日判時1125号121頁・判タ532号173頁	6	否定	
【39】	千葉地判昭和59年11月30日判時1144号131頁	4b	肯定	判断せず
【40】	＊浦和地越谷支判昭和59年12月28日判タ550号183頁	4b	（肯定）	
【41】	大阪地堺支判昭和60年３月７日判時1166号123頁	3	肯定	判断せず
【42】	大阪地判昭和61年１月27日判時1208号96頁・判タ612号59頁	4a	否定	
【43】	鹿児島地判昭和61年２月25日判タ599号54頁	4b	肯定	肯定（６割）
【44】	名古屋地判昭和61年５月８日判時1207号89頁・判タ623号162頁	7	否定	
【45】	福岡地判昭和61年５月16日判時1207号93頁・判タ612号55頁	6・7	肯定	判断せず
【46】	京都地判昭和62年１月30日判時1246号122頁	7	肯定	肯定（７割５分）
【47】	大阪地判昭和62年２月26日判時1253号83頁・判タ657号151頁	4a	肯定	肯定（９割）
【48】	仙台高判昭和62年４月27日判時1238号93頁・判タ655号165頁	7	肯定	肯定（４割）
【49】	京都地判昭和63年２月25日判時1289号109頁・判タ676号214頁	4b	肯定	肯定（８割５分）
【50】	大阪地判昭和63年５月25日判時1316号107頁・判タ698号241頁	6	肯定	肯定（５割）
【51】	東京地判昭和63年９月30日司法の窓（東京司法書士会報）72号126頁	4a・4h	否定	
【52】	東京地判平成元年９月25日判タ730号133頁	4a	否定	
【53】	名古屋高判平成元年11月27日登記先例解説集339号137頁	4a	肯定	肯定（５割）
【54】	東京高判平成２年１月29日判時1347号49頁・金法1259号40頁	4d・4e	否定	
【55】	東京地判平成２年３月23日判時1371号113頁・判タ748号211頁	4b	肯定	判断せず
【56】	福岡高判平成２年３月28日判タ737号229頁	4a・4d	肯定	
【57】	＊東京地判平成２年３月30日判タ742号125頁・金商864号16頁	4h	（否定）	
【58】	＊東京高判平成２年６月28日金法1271号43頁	4h	（否定）	
【59】	＊東京地判平成２年７月31日判時1386号108頁	4e	（肯定）	
【60】	名古屋地豊橋支判平成２年８月21日判時1374号87頁・判タ746号171頁	8	否定	
【61】	＊福岡高判平成２年９月26日訟月37巻5号939頁・金法1286号30頁	7	肯定	
【62】	神戸地判平成２年９月26日判時1378号96頁	4b	肯定	肯定（５割）
【63】	東京地判平成２年11月20日判時1393号108頁・判タ763号238頁	7	肯定	肯定（５割）
【64】	東京地判平成３年３月25日判時1403号47頁・判タ767号159頁	5	肯定	肯定（５割）
【65】	東京高判平成３年10月23日金法1321号20頁	7	否定	
【66】	仙台高判平成３年10月31日金商890号25頁	4d・4e	肯定	
【67】	東京地判平成３年11月21日判時1433号87頁	4b・6	否定	
【68】	＊最一小判平成４年２月27日民集46巻２号112頁	7	（肯定）	

【69】	東京高判平成４年３月25日判タ800号218頁・金商906号31頁	4b	否定	
【70】	大阪高判平成４年３月27日判時1441号82頁	5	否定	
【71】	浦和地判平成４年７月28日判時1464号112頁・判タ801号178頁	4b	肯定	肯定（４割）
【72】	浦和地判平成４年11月27日訟月39巻８号1441頁	4a	否定	
【73】	＊福岡高宮崎支判平成５年１月25日 LEX22007691	7	（肯定）	
【74】	＊最二小判平成５年２月26日民集47巻２号1653頁	4h	（否定）	
【75】	東京地判平成５年９月14日判時1491号117頁・判タ874号245頁	4b	肯定	肯定（５割）
【76】	＊東京高判平成６年３月24日金法1414号33頁	4d	（肯定）	
【77】	奈良地判平成６年５月25日判例地方自治145号19頁	4d	肯定	肯定（９割）
【78】	札幌高判平成７年５月10日高民集48巻２号135頁（【85】と同一事件）	4h	否定	
【79】	＊大阪高判平成７年７月18日訟月43巻１号137頁	4a	（肯定）	
【80】	＊東京地判平成７年11月30日判タ920号159頁	4d	（肯定）	
【81】	＊東京高判平成８年11月27日判時1590号67頁	5	（肯定）	
【82】	＊東京地判平成８年12月26日判タ953号186頁	4d	（肯定）	
【83】	仙台高判平成９年３月31日判時1614号76頁・判タ953号198頁	3	肯定	
【84】	東京地判平成９年５月30日判時1633号102頁	6	肯定	肯定（８割）
【85】	最一小判平成９年９月４日民集51巻８号3718頁（【78】と同一事件）	4h	否定	
【86】	東京地判平成９年９月９日金法1518号45頁	4a	肯定	肯定（３割５分）
【87】	大阪地判平成９年９月17日判時1652号104頁・判タ974号140頁	4c	肯定	肯定（５割）
【88】	千葉地判平成９年10月27日判時1658号136頁	4b・4c	肯定	肯定（６割５分）
【89】	大阪高判平成９年12月12日判時1683号120頁・判タ980号185頁	1	肯定	肯定（９割）
【90】	＊東京地判平成10年３月25日判タ1015号164頁	7	（肯定）	
【91】	＊東京高判平成10年４月22日判時1646号71頁・判タ1003号220頁	6	（肯定）	
【92】	仙台高判平成10年９月30日判時1680号90頁・判タ1037号200頁	6	否定	
【93】	新潟地長岡支判平成10年10月８日判タ1044号148頁	4b	肯定	肯定（２割）
【94】	千葉地判平成11年２月25日判例地方自治197号18頁	4b	肯定	判断せず
【95】	名古屋地判平成12年４月10日判時1717号119頁・判タ1060号214頁	4b	肯定	肯定（８割５分）
【96】	仙台高判平成12年12月26日判時1755号98頁	6	否定	
【97】	東京地判平成13年５月10日判時1768号100頁・判タ1141号198頁	4a・4h	肯定	肯定（６割）
【98】	＊名古屋地判平成13年10月25日 LEX28071789	4d	（肯定）	
【99】	那覇地判平成13年12月26日 LEX28071622	4b	否定	
【100】	＊東京地判平成14年５月20日判タ1123号168頁・金商1162号51頁	6	肯定	
【101】	＊東京地判平成14年７月19日 LEX28135198	4b	肯定	
【102】	＊大阪高判平成14年10月８日判タ1121号139頁	4c	（肯定）	
【103】	＊東京高判平成14年12月10日・訟月50巻３号888頁・判時1815号95頁	4a	肯定	

【104】	広島高判平成15年10月31日 LEX28090550	4d・4e	肯定	肯定（6割）
【105】	＊最二小決平成15年12月18日刑集57巻11号1167頁	4a	（肯定）	
【106】	最三小判平成16年6月8日判時1867号50頁・判タ1159号130頁	1	肯定	
【107】	東京地判平成16年9月6日判タ1172号197頁	4d	肯定	肯定（8割）
【108】	東京高判平成17年9月14日判タ1206号211頁	4a	否定	
【109】	東京地判平成17年11月29日判タ1232号278頁	4a	否定	
【110】	大阪地判平成17年12月5日判時1928号89頁・判タ1207号168頁	4a・4c	否定	
【111】	名古屋地判平成17年12月21日判タ1221号299頁	4c	肯定	
【112】	＊大阪地判平成17年12月21日 LEX28115068	4c	肯定	
【113】	京都地判平成19年1月24日判タ1238号325頁	7	肯定	
【114】	＊大阪地判平成19年1月30日判時1978号32頁・判タ1249号285頁	4a	肯定	
【115】	さいたま地判平成19年7月18日判時1996号77頁	4d	肯定	肯定（8割）
【116】	＊大阪地判平成20年3月14日判タ1279号337頁	4d	（否定）	
【117】	＊東京高判平成20年6月24日 LEX25440258	6	（肯定）	

受けた場合や、病気・事故・事務輻輳により業務遂行が困難な場合と解している（形式説）**（注3）**。

しかし、近時の判例は、上記今日的な司法書士像を前提に、司法書士が不実の登記の可能性につき合理的な疑念を抱いた場合には、受任を拒否でき、また受任を拒否しなかったために依頼者・第三者に損害を与えた場合には、賠償責任を負うとしている（実質説）。そのリーディングケースとなった判例は、平成9年【89】判決（無価値な土地を担保に高額な貸付けがなされようとしていた事案につき、根抵当権設定登記手続の委任を拒否しなかった司法書士の不法行為責任を肯定）であり、この立場は、その後、平成16年になって、最高裁判所においても確認された（【106】）。同判決は、司法書士Yが、売買契約の決済日の当日になって、突然、実体的所有関係を確定することができず、所有権が移転するとは限らないとの理由で委任を拒絶したことは、「正当な事由」にあたらないとして、売主Xの損害賠償請求を肯定したが、その理由につき、判旨は、「Yが上記の〔＝実体関係に関する〕調査、確認をさえしていれば、Yの上記懸念は、容易に解消することができたものというべきである」とする**（注4）**。

(2) 登記必要書類指示・持参督促義務

一方、登記手続を受任した司法書士Yが、依頼者Xに対して、必要書類を用意し持参するよう促す義務に関して、かつて高度経済成長期の裁判例（昭和41年【9】判決）は、「右〔登記〕手続のため必要とされる書類のうちYが代って作成しうるものは別として、本来Xの手許にあるべきもの、またはXにおいて第三者に作成を求めなければならないものについては、YはXに対してかかる書類の必要を指摘し、その調製持参を促せばこの段階における受任事務処理としてもはや懈怠がないものというべく、以後はXの一存にかかることとして、たとえ右書類の持参が遅滞していようとも、進んでその督促を繰返すが如きことまでは、上記受任事務の処理に関し、Yに要求される事柄でない」としていた。

この問題は、(6)司法書士の説明・告知義務あるいは(7)登記申請手続の履行義務の一種として理解することもできるが、上記司法書士の業務態様に関する「形式的処理モデル」から「実質的処理モデル」への変化に対応して、(6)説明・告知義務の内容も高度化し、(7)登記申請手続の不履行・遅滞につき司法書士の免責が認められなくなってきている現状からすれば、(2)本義務に関しても、依頼者に対し、必要書類を調製・持参しなければ登記

手続が遅滞する旨を説明・告知して、繰り返し督促を行うことまでもが義務内容となっている、と認定される事案もあり得よう。

(3) 登記必要書類保管義務

上記登記申請に必要な書類を依頼者から受領した司法書士は、(3)その保管につき委任契約上の善管注意義務を負う。登記必要書類は、通常、登記権利者の代金支払いと引換えに交付されるものであるから、代金支払い後に司法書士が登記義務者に書類を返還してしまうと、登記義務者による二重譲渡・二重抵当が可能となり、登記権利者が損害を被る危険が生ずる。だが、他方において、司法書士は、登記義務者・登記権利者の双方から登記手続を依頼される場合が少なくない。ここで、司法書士は登記申請手続に関する単なる「使者」であって実体的権利関係には立ち入らないとする「形式的処理モデル」に立脚した場合には、登記義務者から書類の返還を求められたり、委任契約が解除されたときは、決済の有無その他の実体関係に立ち入ることなく、直ちに書類を返還して差し支えないようにも思われる。しかし、この問題に関しては、すでに昭和43年【10】判決が、登記権利者の同意を得ないで登記義務者に書類を返還した司法書士の債務不履行責任を肯定し、最高裁判所（昭和53年【23】判決）も、「登記義務者と司法書士との間の委任契約は、契約の性質上、民法651条1項の規定にもかかわらず、登記権利者の同意等特段の事情のない限り、解除することができない」として、委任契約解除を理由に書類を登記義務者に返還した司法書士の登記権利者に対する損害賠償責任を肯定していた。その後の下級審裁判例も、登記権利者との間の委任契約の成立が否定された【37】判決を除けば、司法書士の損害賠償責任を肯定している（【32】【34】【41】）。

一方、同義務に関する比較的最近の裁判例としては、平成9年【83】判決があり、同判決は、上記最高裁昭和53年【23】判決にいう「登記義務者が単独で委任契約を解除することができる特段の事情がある場合とは、所論の登記権利者の同意又はこれと同視できる事情がある場合に限られるものではなく、当該委任契約の基になった登記原因たる契約の成否ないし効力に関して契約当事者間に争いがあって、登記を妨げる事由があるとの登記義務者の主張に合理性が認められ、かつ司法書士としても登記義務者の主張に合理性があると判断するのに困難はないと認められるような事情がある場合も含まれる」として、「実質的処理モデル」に立脚し、委任契約の解除に基づく司法書士の書類返還につき、登記権利者に対する損害賠償責任を否定している（**注5**）。

(4) 調査・確認義務

権利に関する登記についての登記官の審査は、出頭主義の廃止に伴う代替措置として創設された本人確認制度（不動産登記法24条）を除けば、提出（提供）された書面（情報）の限りで、登記の実質的（実体法的）有効要件（物権変動意思の有無等）並びに形式的（手続法的）有効要件（登記申請意思の有無等）に関する判断を行う（いわゆる形式的審査主義）。だが、これに対して、司法書士に関しては、有効要件を満たす登記の申請に向けて、どの程度の調査を行うべきかにつき、司法書士法にも、単位司法書士会および日本司法書士会連合会の会則にも、具体的な規定は存在しない。

過去の判例において、司法書士の賠償責任が最も争われてきた領域は、この(4)調査・確認義務違反が問われた事案であり、その中でも、(4a)登記必要書類の真否に関する確認義務――特に登記済証の偽造を見破れなかった司法書士の過失が問題となった事例と、(4b)保証書作成に際して申請人への「成りすまし」等を見抜けなかった司法書士の過失が問題となった事例が、極めて多い。

(A) 登記必要書類の真否の確認義務

このうち、登記済証・印鑑証明書等の書類の真否に関して、判例は、当初、①旧来の「形式的処理モデル」に立脚して、調査・確認義務そのものを否定していたが（【8】）、この立場は、その後、②「特段の事情のない限り」調査義務はないとする立場に変化した（【14】【22】。なお、「特段の事情」の具体的内容として、両判決は、ⓐ当該書類が偽造・変造されたものであることが一見明白な場合、および、ⓑ当事者から成立の真否についての調査を委託された場合の二つを掲げる）。ところ

が、その後、③昭和61年【42】判決は、司法書士像に関する「実質的処理モデル」に立脚して、「司法書士は、虚偽の登記を防止し、真正な登記の実現に協力すべき職責を有するものである。したがって、登記申請手続を代理するにあたっては、登記申請書添付書類の形式的審査をするにとどまらず、受任に至る経緯や当事者あるいは代理人から事情聴取した結果など職務上知り得た諸事情を総合的に判断し、当該登記申請の真正を疑うに足る相当な理由が存する場合には、登記申請の前提となる実体関係の存否を調査確認する義務があると解するのが相当である」と判示するに至った。上記②【14】【22】の「特段の事情」という表現からは、原則＝書類の形式的審査、例外＝書面以外の調査義務の発生という原則・例外関係が明確であるが（その意味で「形式的処理モデル」から脱却していない）、③【42】の「相当な理由」という表現においては、この原則・例外関係が薄らいでいる印象を受ける。

その後の裁判例は、②説と③説の間で動揺しており、翌昭和62年【47】判決は、③説に立って、「関係書類の偽造を疑わしめるに足りる相当の理由を有している場合」には、さらに詳細な調査に及ぶべきであるとしたが、翌昭和63年【51】判決は、②説に立って、「特段の事情」として、上記ⓐ・ⓑに加えて、ⓒ「依頼人自身の依頼事由についての説明、挙動等からして明らかに不自然、不審な面が顕著に現れている場合」をあげ、平成4年【72】判決も、②説に立って、ⓓ「依頼者などに悪い評判がある」場合を、「特段の事情」として掲げていた。

この論点に関する最近の裁判例としては、平成17年の3判決がある（【108】【109】【110】）。

まず、【108】は、「依頼者から特別に真否の確認を委託された場合や（旧不動産登記法44条にいう保証を委託された場合も、当事者の同一性や登記意思に関する慎重な配慮が求められるから、その職責を果たす上で書類の真否を調査する必要が生じてくることもあろう。）、当該書類が偽造又は変造されたものであることが一見して明白である場合のほか、依頼の経緯や業務を遂行する過程で知り得た情報と司法書士が有すべき専門的知見に照らして、書類の真否を疑うべき相当な理由が存するときは、具体的事案に即してその点の調査確認義務を負う」とする（注6）。判旨の前段部分は、基本的には②説であるが、しかし、後段部分は③説であって、全体としてみれば③説に傾斜しているといえる。

一方、【109】も、「登記申請手続の依頼を受けた司法書士としては、虚偽の登記を防止し、実体関係に符合した真正な登記の実現に努めるべき職務上の義務があるということができ、この観点からすると、司法書士としては、登記申請に必要な書類の体裁・内容のほか、受任に至る経緯、関係者の言動等に照らして、当該書類に偽造を疑うに足りる事情がある場合には、更に関係書類を子細に検討し、あるいは必要に応じてその他の調査をなすなどして当該書類の真否を確認すべき注意義務があると解するのが相当である」とする。やはり③説に傾斜した判旨である。

だが、これに対して、【110】は、「一見して不自然な印影であるといった特段の事情のない本件においては……」と述べて（注7）、②説に立っている。

なお、平成15年【105】判決は、公正証書作成の代理嘱託を依頼する際に、偽造の金銭消費貸借契約証書を司法書士に交付する行為につき、偽造私文書公使罪（刑法161条1項）の成立を認めた。これは、司法代書人に仮登記仮処分申請書の作成を依頼する際に、偽造の売買予約証書を交付した行為につき、偽造私文書行使罪の成立を否定していた戦前の判例【1】の立場を変更するものであるが、調査官解説によれば、この判例変更の理由は、【1】判決における「代書人は、依頼者に言われるがままに裁判所に提出する文書を作成する際に偽造文書を示されたにすぎず、いわば依頼者の手足のような立場にあった者とみることができた」のに対して、今日の「司法書士は、公正証書の作成を嘱託するに際して代理権を有し、自らの権限を持って行動し得る立場にあった」からとされる（注8）。すなわち、刑事判例においても、今日では、司法書士の「代書」ないし「使者」から「代理」

への変化を前提とした判断が下されるに至っているのである。

(B) 保証書作成の際の注意義務

上記のように、(4a)書類の真否の調査に関する裁判例は、旧来の「形式的処理モデル」の名残をとどめる②説と、近時の「実質的処理モデル」に傾斜した③説が拮抗した状態にあるが、これに対して、(4b)不動産登記法44条の保証書の作成に関する司法書士の調査義務に関する判例の立場は、リーディングケースである昭和20年【2】判決(登記義務者の代理人と称する者が印鑑証明書と委任状を持参した事案につき、登記義務者に対し直接の問い合わせを行わなかった点をとらえて過失を認定)以降、③説の立場が大勢を占めており(【5】【6】【11】【12】【16】【20】【27】【39】【43】【49】【62】【69】【71】【75】【88】【93】【94】【95】)、②説に立脚した判例は、昭和50年代の一時期に存在するだけである(【33】【35】)。

また、昭和50年代には、依頼者が司法書士の調査義務を免除・軽減した事案につき、ⓐ同義務は私法上の義務(依頼者と司法書士間の委任契約から発生する義務)であるから免除・軽減が可能であるとして損害賠償責任を否定した例(【29】)と、ⓑ司法書士の職務上の義務であって私人による免除・軽減はできないことを理由に損害賠償責任を肯定した例(【31】)が存したが、「実質的処理モデル」に傾斜しつつある今日の判例の趨勢からすれば、損害賠償責任の根拠は、ⓑに求められるであろう。

なお、保証書に関する近時の裁判例としては、司法書士会から要注意人物のリストが配布されていたにもかかわらず、司法書士の注意義務違反を否定した平成13年【99】判決があるが、この判断も、今日の判例の傾向(たとえば前掲【72】参照)からすれば異色といえる。

(C) 本人確認義務

ところで、前示(4a)登記済証・印鑑証明書等の書面や(4b)保証書の問題は、いずれも文書の真正な成立(形式的証拠力)の問題であって、形式的証拠力を有さない書面を提出した登記申請は、直接には、書類の不備を理由に却下され、また、たとえ受理されたとしても、無効な登記となる可能性がある。司法書士に対して損害賠償が請求された事案は、登記の無効により損害を被った当事者からの請求が多数を占めるが、この訴訟における争点が、書面の形式的証拠力の問題に集中していたのも、原告が、司法書士を、もっぱら登記申請のための書類を調製するだけの職業ととらえているためである(「代書」「使者」ないし「形式的処理モデル」)。

しかし、近年の「実質的処理モデル」においては、司法書士は、単に書類を調製するだけの職業というよりは、登記の形式的(手続法的)有効要件さらには実質的(実体法的)有効要件を調査・確認し、有効な登記を申請する職業と理解され、その結果、司法書士の過誤の内容も、端的に、これらの要件に関する調査・確認の不備に求められるようになる。

平成9年【87】判決は、「成りすまし」を看過した司法書士の責任につき、「司法書士が登記手続の委任を受けた場合には、委任の本旨に従い善良な管理者の注意を持って登記事務を処理する義務を負うものである(民法第656条、第644条参照)。更に、司法書士は、他人の嘱託を受けて登記に関する手続についての代理及び法務局に提出する書類の作成等をその業務としており(司法書士法第2条)、右業務は法定の資格を有し登録された者のみに認められた専門的業務であり、真正な登記の実現は不動産登記制度の根幹をなすものであることからすると、司法書士としては、虚偽の登記を防止し真正な登記の実現をはかるべく、一定の場合には、本人の同一性を確認すべき高度の注意義務を有しているというべきである。〔原文改行〕しかし、一方において、登記手続は、取引行為の一環として行われ、取引の相手方の確認は第一次的には取引当事者によって行われるべきであると考えられること、更に、司法書士としては委託者から依頼のあった登記申請を迅速に処理すべき要請をも有していることからすると、登記権利者から委託を受けた司法書士としては、登記申請書添付書類の形式的審査をした上で、受任に至る経緯、当事者から提出された書類等の形状及び当事者ある

いは代理人から事情聴取した内容等、職務上知りえた諸事情を総合的に判断し、当該登記申請が申請名義人本人によってなされたものか疑うに足りる相当な理由が存する場合に限り、登記義務者と本人との同一性を調査確認する義務があると解するのが相当である」とする。判旨の前段部分は、司法書士の義務の法的根拠につき、依頼者との間の委任契約から生ずる義務のみならず、登記に関する法律専門家としての義務の存在を明言する。一方、判旨は、申請書・添付書類の真正な成立(形式的証拠力）ではなくして、端的に本人確認義務を問題としており、以上いずれの点に関しても、「実質的処理モデル」に傾斜した判決といえる。ただし、判旨後段に述べられている義務違反の判断枠組みは、前記（4a）登記済証等の形式的証拠力に関する現在の判例の立場と同様である。

なお、平成17年【112】判決（司法書士が虚偽の本人確認情報を提供して懲役1年2ヵ月の実刑判決を受けた事案)における、「本件犯行の中で用いられた『有資格者による本人確認情報提供制度』は、司法書士等が登記実務において長年にわたり適正かつ地道にその職務を遂行し、社会からの信頼を着実に築き上げてきたことを背景として、平成16年の不動産登記法の全面改正の際新たに導入された制度であり、登記名義人の本人確認事務につき司法書士等に一定の公証機能まで付与した画期的な制度改革であった」との説示も、「実質的処理モデル」に立脚するものといえる。

(D) 登記申請意思確認義務

以上の点は、登記申請意思の確認に関しても、異なるところはない。平成2年【54】判決は、「登記義務者の代理人と称する者からの登記申請の依頼を受けた場合には、司法書士としては、その代理人と称する者の言動、提出された書類の性格、形状、内容等に照らして、登記義務者本人の登記意思もしくはその代理人と称する者に対する授権の存在を疑うに足りる事情が認められる場合には、登記義務者本人に当るなどしてその確認をなすべき義務があるものというべく、反面、そのような事情が認められない場合には、右確認義務は存在しないものと解するのが相当である」としたが、これに対して、翌平成3年【66】判決は、第1次的には形式的証拠力を問題とし、司法書士が白紙委任状の白地部分を記入する際に本人の意思を確認しなかった場合には、その委任状は内容虚偽の不真正な文書として形式的証拠力を有さず、その結果、同書面を抵当権設定の意思や代理権授与の証拠とすることはできないとする。

一方、近時の判例のうち、平成15年【104】判決も、代理人と称する者による依頼事例であり、(4d）本人の登記申請意思のほか（4e）代理人の代理権を、二つながら問題としている。ただし、代理人への委任状の形式的証拠力は問題となっていない。なお、調査義務の具体的内容に関する説示は、上記【54】とほぼ同様である。

これに対して、平成16年【107】判決は、（4a）偽造の登記原因証書に関する確認と（4d）本人の意思確認を問題としており、判旨は、(4a)文書の真否の確認義務違反については、これを否定したが、(4d)本人の意思確認義務違反に関しては、次のように述べて、これを肯定した。「司法書士は、虚偽の登記を防止し、真正な登記の実現に務めるべき職務上の義務があるが、他方、嘱託人からの登記申請を迅速に処理することも要請されているのであり、登記義務者本人から直接嘱託を受けない場合には、常に、登記義務者の申請意思を自ら確認する義務があるとすれば、この迅速処理の要請に支障を来すおそれがある。以上の矛盾しかねない要請に応じる必要があることを勘案すると、結局、登記義務者本人から依頼を受けるのではなく、登記義務者の代理人と称する者などから登記申請の依頼を受けた場合においては、司法書士は、代理人と称する者の言動、提出された書類の性格や形式・内容等に照らして、登記義務者の登記申請意思又は代理人と称する者への委任を疑うべきとする事情があるときには、自ら登記義務者本人に直接当たるなどして、その意思を確認すべき義務があるというべきである」(注9)。

他方、平成19年【115】判決は、もっぱら（4d）本人の意思確認のみを問題としているが、判旨は、司法書士に対して（4g）客体さらには（4h）実体的な物権変動まで立ち入って調査すべきことを要

求している（「司法書士は、虚偽の登記を防止し、真正な登記の実現に務めるべき職務上の義務がある。したがって、司法書士が、登記手続をするにあたり、嘱託者の登記意思確認をすべきことはいうまでもないことである。司法書士に要求される登記意思確認の要素としては、不動産登記が実体法上の権利移転・設定の対抗要件であることからすれば、登記当事者、対象物件、権利内容、すなわち誰に対して、どの物件に、いかなる内容の権利の登記を移転・設定するかが重要である。登記嘱託者に対する司法書士の意思確認の方法・程度に関しては、登記に必要とされる書類の具備及びその記載内容をもって嘱託者の意思を確認する必要があり、必要書類の欠如ないし記載要件の欠缺があれば、専門家たる司法書士として、嘱託者の意思確認義務の懈怠があるということができる」）。

(E) 代理権確認義務

以上のような司法書士の調査義務に関する判例の判断枠組みは、（4b）保証書と（4e）代理権に関する判例理論から拡大・発展したものである。

すなわち、昭和47年【13】判決は、「司法書士が登記義務者の代理人と称する者の依頼により本人のため登記関係書類を作成する場合において、依頼者の言動により代理権の存否に疑いのあるような場合は、単に必要書類について形式的な審査をするに止まらず、本人について登記原因証書作成についての真意の有無および登記申請についての代理権授与の事実の有無を確かめ登記手続に過誤なからしめるよう万全の注意を払う義務があるものというべきであり、このような場合保証人として不動産登記法44条の保証書を作成する者についても右と同様のことがいえる」として、大審院昭和20年【２】判決を引用し、その後、最高裁昭和50年【18】判決は、「司法書士は、登記義務者の代理人と称する者の依頼を受け所有権移転の登記申請をするにあたり、依頼者の代理権の存在を疑うに足りる事情がある場合には、登記義務者本人について代理権授与の有無を確め、不正な登記がされることがないように注意を払う義務があるものというべきである。また、このような場合には、保証人として不動産登記法44条の保証書を作成する者も、同様の義務があるものというべきである」とした。そして、この最高裁判決（【18】）の立場が、すでにみたように、（4e）代理権確認とともに（4c）本人確認・（4d）意思確認を問題とする判例（【54】【104】【108】【110】）を通じて、調査義務一般へと敷衍されたのである。

(F) 登記上の利害関係人の承諾確認義務

以上に対して、登記上の利害関係を有する第三者の承諾の確認義務違反を理由に、司法書士の損害賠償責任が追及された事案は、目下のところ存在しないようであるが、この点に関しても、上記最高裁判決（【18】）の立場が妥当するであろう。なお、司法書士が後順位根抵当権者の承諾を得ないまま極度額増額変更の登記申請を行い、承諾書の添付がないにもかかわらず登記処分を行った登記官に対する国家賠償請求の事案がある（【30】）。

(G) 客体の確認義務

また、司法書士が、客体の調査・確認義務違反を理由に損害賠償を請求された事案も存在していないが、先に引用したように、平成９年【89】判決は、登記簿には宅地とあるが現況は道路で担保価値が低い物件につき、司法書士の説明義務違反等を問題とする。一方、平成19年【115】判決は、（4d）登記意思確認の要素として、「登記当事者、対象物件、権利内容、すなわち誰に対して、どの物件に、いかなる内容の権利の登記を移転・設定するかが重要である」としている。

(H) 実体関係の確認義務

以上のように、登記の形式的（手続法的）有効要件に関する今日の判例の立場は、①第１次的な調査義務として、書面のみならず、職務上知り得た諸事情を総合的に判断すべき義務があるとし、この第１次調査の結果、疑いを抱いた場合には、②第２次的な義務として、さらに進んで積極的な調査を行わなければならないとする。

だが、これに対して、登記の実質的（実体法的）有効要件の調査義務に関しては、司法書士の職能像に関する「形式的処理モデル」が長らく支配的であったためであろう、義務違反が直接争われた例は少ない。また、この点につき判断した判例に

おいても、義務の存在自体を否定するか、あるいは結論的に義務違反は否定されていた。

近時の裁判例においても、平成13年【97】判決は、「一般に不動産登記手続に関する代理業務について委任を受けた場合、登記が実体的権利変動に符合するものとして有効にされるために真に登記原因たる法律行為等がされたか否かをその職務上収集し得る限りの資料に基づいて調査すべき義務を負うことは格別、その範囲を超えて、登記原因に関連する実体的法律関係の全般についてまで調査すべき義務を負うものではないというべきであり、現に司法書士とその依頼者との間で委任契約が締結される際の両当事者の認識もそのようであると解される。〔原文改行〕したがって、司法書士は、登記手続に関する委任契約において登記原因の前提的事項や付随的事項についてまで当然に調査義務を負うものではなく、これを行うことが委任契約上の債務となるためには契約当事者間において特に委任事務の内容として合意することが必要であるというべきである」とする（注10）。これは、依然として古いタイプの司法書士像を念頭においた判決といえる。

しかしながら、その後、平成19年【115】判決は、すでにみたように、(4d)本人の意思確認に際してではあるが、実体的な権利変動にまで立ち入って調査すべきことを要求している。

(5) 登記事前閲覧義務

平成3年【64】判決は、取引の内容を告げられ立会いを行った司法書士に対する損害賠償請求事件において、司法書士が「特にその旨の依頼の無い限り、司法書士の職務として登記簿を実際に閲覧する義務まではなく、書類の真正等の確認義務のみを負う」と主張した事案であるが、判旨は、「司法書士としては、経験上、特に断りのない限り、買主は、登記簿上何ら負担のない状態で物件を買受けることを目的としていることを承知しているはずであるから、そのような負担が登記簿に記載されている場合には、その抹消の確実性について確認し、また、現在負担がなくても、取引の日までに負担が登記簿上現れないか否かにも留意する必要があるというべきである」と述べて、上記司法書士の主張を排斥した（注11）。旧来の「形式的処理モデル」に立つ司法書士が、依頼者や裁判所の想定する法律専門家としての司法書士像に対応できていない典型例である。

(6) 説明・告知義務

かつて、昭和50年【17】判決は、「不動産登記申請手続を適式に処理することを要請され、不動産についての実体上の権利義務の得喪変更に関与せず、またみだりに関与すべきでない司法書士として」は、二重譲渡の事実を知っていても、これを依頼者に告げ、あるいは善後措置の助言をするなどの介入的行動に出なくとも、注意義務に欠けるところはないとし、昭和59年【38】判決も、根抵当権の設定された建物が2個の専有部分に分かれていることに気づかずに一方のみの競売申立てを依頼した根抵当権者に対して、司法書士は、被担保債権を満足させるために積極的な助言をする義務はないとしていた。

だが、昭和61年【45】判決は、司法書士には、登記申請に必要な書類が調っていないことを依頼者に通知し、依頼者において適切な措置を講じる機会を与えるべき注意義務があるとし、昭和63年【50】判決は、「売買当事者間において、その代金支払と所有権移転登記手続き等の取引が司法書士立ち会いのもとになされることは、広く一般に行われているところである（公知の事実である）が、その理由は、司法書士が、単に登記手続きの専門家であるからというに止まらず、社会的に信用のおける人物であり、かつ一般の法的関係にも明るい準法律家として、右『取引』自体の円滑、適正に資するべくその役割が期待されているからにほかならない。そうだとすれば、右取引に立ち会った司法書士としては、『登記の手続きに関する諸条件』を形式的に審査するだけではなく、重要な事項に関しては、進んで右登記手続きに関連する限度で実体関係に立り入り、当事者に対し、その当時の権利関係における法律上、取引上の常識を説明、助言することにより、当事者の登記意思を実質的に確認する義務を負うことは当然の道理というべきである」とした（注12）。同判決は、前記(4)調査義務に関する最高裁昭和50年判決（【18】）と

ともに、司法書士像を単なる「代書」業者から「法律専門家」へと転換させた画期的判決であったが、しかし、当の司法書士の側では、社会的地位の向上を喜ぶよりも、その責任の重大さにシュリンクし、同判決の立場に反対した。

しかしながら、その後も、判例は、前記【50】判決の立場を維持しており、平成9年【84】判決は、「委任者の一方又は双方から、登記申請手続に関し特定の事項について指示があった場合においても、その指示に合理的理由がなく、これに従うことにより、委任者の一方の利益が著しく害され、申請の原因たる契約等により当該委任者が意図した目的を達成することができない虞があることが明らかであるときは、司法書士は、当該委任者に対し、右指示事項に関する登記法上の効果を説明し、これに関する誤解がないことを確認する注意義務がある」としている。

(7) 登記手続の履行義務・忠実義務

依頼された内容に沿った登記を、速やかに履践するのは、司法書士の基本的義務である。

錯誤等により誤った内容の登記申請を行った司法書士が、損害賠償責任を負うことについては、いうまでもない（【3】【61】）。

同様に、登記手続の遅滞につき司法書士に帰責性が認められる場合には、債務不履行責任が発生するが、実際には、登記手続に要した期間が客観的に合理的な範囲内か否かが争われる（【15】【46】【48】【63】）。

その他、判例に現れた事案には、二重受託がなされた場合に、後に受託した登記申請手続の側を先に進めた点が問題となった例もある（【21】など）。

(8) 登記済証等の引渡義務

登記完了の後、司法書士は、登記済証その他必要書類を登記権利者に引き渡す義務がある。平成2年判決（【60】）は、司法書士Yが、根抵当権設定登記完了後、登記済証を根抵当権者Aの承諾を得ることなく設定者Bに引き渡したため、BがAの根抵当権登記を抹消したうえでXから貸付けを受け根抵当権を設定、これに対するAの抹消回復登記の結果、権利を喪失したXが、司法書士Yに対して損害賠償を請求した事案において、Yの登記済証等の引渡義務は、あくまでもAY間の委任契約に基づく義務であって、契約関係にないXは義務違反を主張することができず、また、この点に関するYの専門家としての義務もないとして、Xの請求を否定した。旧来の「代書」モデルに傾斜した判決であるが、しかし、前示(3)書類の保管義務に関する判例が、「実質的処理モデル」に立脚して、専門家としての高次の義務を肯定していることからすれば、本判決の立場が今日もなお妥当するかは疑わしい。

（注2） 前掲（注1）「司法書士の職務と民事責任」10頁〔山崎〕、14頁〔山野目〕。

（注3） 小林昭彦＝河合芳光『注釈司法書士法〔第3版〕』222頁（2007）。

（注4） 【106】評釈……加藤新太郎・本誌30号58頁（2004）、加藤新太郎・NBL801号56頁（2005）、山崎敏彦・リマークス31号26頁（2005）、和根崎直樹『平成16年度主要民事判例解説』（判タ臨増1184号）52頁（2005）。

（注5） 【83】評釈……中井美雄・判時1628号181頁（1998）、石田喜久夫・リマークス17号55頁（1998）。

（注6） 【108】評釈……内藤和道・銀行法務664号48頁（2005）、平沼直人・登記インターネット8巻10号147頁（2006）。

（注7） 【110】評釈……水野信次・銀行法務664号56頁（2005）、平沼直人・前掲（注6）（2006）、石川貴司・民事研修594号29頁（2006）、岡田康夫・登記情報559号38頁（2008）。

（注8） 山田耕司『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』〔25事件〕651頁（2003）。

（注9） 【107】評釈……塩崎勤・登記インターネット7巻7号101頁（2005）、真辺朋子『平成17年度主要民事判例解説』判タ臨増1215号62頁（2006）。

（注10） 【97】評釈……渡辺健司『平成16年度主要民事判例解説』判タ臨増1184号54頁（2005）。

（注11） 【64】評釈……栗田哲郎・判タ792号79頁（1992）。

（注12） 【50】評釈……中島昇・亜細亜法学25巻2号119頁（1990）。

3 司法書士の動向

(1) 司法書士の責任の厳格化の原因

以上のように、近時の裁判例においては、司法

書士の法律専門家としての役割を期待していた依頼者が、期待を裏切られたことを理由に損害賠償を請求し、一方、裁判所の側も、司法書士はもはや単なる「代書」業者ではないとの理解に立って、法律専門家としての役割と責任とを要求するようになっている。

近時になって、こうした傾向が顕著になってきた原因として、平成16年【107】判決を掲載する判例タイムズのコメント（198頁）は、次のように述べる。「平成15年4月1日に施行された司法書士法の改正により、登記申請業務ではないが、簡裁における民事訴訟手続、民事調停手続等の代理権等が認められ、権限の拡充に伴って依頼者に対する関係での職責がより重いものとなったとの評価が可能である。……本判決が司法書士の責任を厳しくとらえた背景には、こうした司法書士の職責の多様化、高度化に対する配慮もあったとも推測される」。

(2) 本人確認に関する司法書士執務の現状

ところが、上記判例からも知られるように、肝心の司法書士の側では、残念ながら、依頼者・裁判所（あるいは国民といってもよいだろう）からの期待・信頼に応えるには至っていない。

それを如実に示したのが、「犯罪による収益の移転防止に関する法律」（平成19年3月31日法律第22号。以下、「犯罪収益移転防止法」ないし「ゲートキーパー法」と呼ぶ）の制定と、本人確認義務に関する会則改正問題に関する司法書士の対応であった。

本人確認の程度には、以下の三つのレベルが存在するといわれる**(注13)**。①最も基礎的なレベルは、依頼者の実在性の確認――依頼者が架空の者ではないか、すでに死亡していないかの確認であり、登記申請に関して司法書士がこのレベルの確認を怠り、虚無人名義の登記・死者名義の登記の申請を行った場合には、当然に懲戒処分の対象となる。この第1レベルに関する確認義務は、司法書士の法律専門家としての義務であって、依頼者との間の委任契約に基づく義務ではない。これに対して、②第2レベルは、依頼者の同一性の確認――依頼者が自らを「甲山太郎」であると名乗るとき、この人物が実在の「甲山太郎」本人であることを確認する作業、③第3レベルは、依頼者の適格性の確認――実在の「甲山太郎」であると確認された人物が、当該依頼（たとえば不動産登記申請）を行うことのできる（一般的・抽象的な）地位・資格を有しているかどうかを確認する作業であり、そして、以上の本人確認に引き続いて、④意思確認――依頼者が真に当該内容の依頼の意思（不動産登記業務に関していえば登記申請意思）を有しているか否かの確認が行われる。

「犯罪収益移転防止法では、このうち〔①〕実在性の確認及び〔②〕同一性の確認が要求されており、その他の確認〔③適格性の確認・④意思確認〕までは要求されていないが、司法書士の職責では、これら4つの確認がすべて要求されている。業務の内容によってその程度や方法に差異はあろうが、それらすべての確認を行わなければ、司法書士としては本人確認を行ったとはいえない」**(注14)**。それゆえ、会則改正においては、以上の四つのレベルに関する確認義務の会則化（すなわち司法書士法23条の会則遵守義務を通じての懲戒処分の対象化）が企図された。

ところが、旧来型の「代書」「使者」ないし「形式的処理モデル」に立脚する大方の司法書士は、会則改正はもとより、犯罪収益移転防止法の要求する本人確認レベルにすら抵抗を覚えた。司法書士は、単に依頼者が要求するとおりの書面を調製し、登記申請手続を完了させるだけの機械的事務職にすぎず、また、司法書士の義務は、もっぱら依頼者との間の委任契約から発生すると理解した場合（つまり法律専門家であることに由来する義務はいっさい存在しないと考えた場合）、②の同一性の確認義務すら否定されてくるからである（〔図表3〕）。

(3) 代書モデルの問題点

しかし、この旧来の「代書」業者型司法書士像に立脚した場合には、今日司法書士が直面している以下の三つの問題への対処が困難となる。

(A) 損害賠償事例の増加問題

第1に、先にみたように、今日において依頼者ないし国民が期待し、また裁判所が想定している

〔図表3〕 司法書士の本人確認の諸相

	本人確認のレベル	犯罪収益移転防止法	改正会則	司法書士の実情(代書)
①	実在性の確認	↓	↓	↓
②	同一性の確認	↓	↓	
③	適格性の確認		↓	
④	意思確認		↓	

不動産登記業務に関する司法書士像は、①旧来型の「代書」「使者」ないし「形式的処理モデル」ではなくして、②「代理」ないし「実質的処理モデル」であり、近時の裁判例の説示する司法書士の義務の法的根拠に関しても、①依頼者との間の委任契約に基づく私法上の義務にとどまらず、②法律専門家として期待されている社会的責任が加わっている。そして、この傾向は、司法書士側がいくら抵抗しようとも、もはや止めようがない。

それゆえ、このような現状において、本人確認のレベルを、上記②同一性の確認レベル以下に落とすことを主張したところで、依頼者の側では、前示判例の立場に依拠して、④意思確認レベルまでの確認義務違反を理由に、司法書士に対して損害賠償請求訴訟を提起し、そして裁判所も依頼者勝訴の判決を下すのであるから、ここで司法書士が一致して、判例の要求する④の水準よりも低い本人確認レベルで執務を行うことは、ただ単に、司法書士過誤による損害賠償事例の数を増加させるだけの結果となる。

それゆえ、今後の司法書士の執務の制度設計としては、第1に、本人確認に限らず、前記〔図表3〕掲記のすべての義務に関して、今日の判例の要求する「実質的処理モデル」に立脚した義務内容に準拠したうえで、専門家責任の追及に対しては、他の職業専門家が行っているのと同様、責任保険の充実によるリスク拡散を図る方向が考えられるべきであり、第2に、以上のような「守り」の体制を、ただ単に構築しただけで終わるのではなく、これを「攻め」の体制に積極的に転用する方法で、新たな業務展開を考えるべきである（アメリカの権原保険制度は、権原調査会社に対する依頼者の損害賠償請求から発展したものである）。

(B) 行政書士の参入問題

第2に、犯罪収益移転防止法により要求される本人確認義務の問題は、ひとり司法書士に限った事柄ではなく、弁護士、司法書士、行政書士、公認会計士、税理士等の業種に共通する事項である。これらの業種のうち、目下、司法書士との間で職域抵触問題が生じているのは、弁護士と行政書士であるが、そのうち、まず行政書士に関していえば、この職能は、①かつての行政代書人（一般代書人）時代以来の単なる「代書」=「使者」としての業務から、②平成13年の「代理」業務の明文化（行政書士法1条の3改正）、③平成20年の許認可等に関する聴聞・弁明手続の代理権の獲得（行政書士法1条の3第1号改正）を経て、本格的な専門法律家へと変貌しつつある点において、司法書士が、①かつての司法代書人から、②昭和42年法改正による「代理」業務の明文化、③平成14年法改正による簡裁訴訟代理権の獲得を経て今日に至ったのと、全く同様の経緯をたどっている。

かかる隣接士業からの商業・法人登記業務開放の要求に対して、司法書士側は、法律専門家としての能力を根拠に防戦しているが、しかし、不動産登記分野におけると同様、商業登記分野における司法書士の執務内容もまた、旧来型の「代書」業務から脱却しておらず、平成14年【100】判決では、有限会社から株式会社に組織変更をする際に不適切な説明を行った司法書士に対する損害賠償が肯定され(注15)、同判決の掲載誌は、「近時、司法書士の簡易裁判所での訴訟代理権が認められるなど、司法書士の職務領域が拡がり、その専門性が認知されてきているところ、本判決は、司法書士が職務を執行するに当たり一つの警鐘を鳴らすものとして紹介する次第である」とコメントしている。

それゆえ、このような状況において、司法書士が、本人確認その他の領域において法律専門家としての高次の義務の存在を否定して、自らは単なる代書業者にすぎないとの立場をとる一方で、過去の代書型の業務態様から脱却し、司法書士より進んで、義務レベルの高度化を図りつつある行政書士に対して、専門性を根拠に参入を拒絶する主

張は、説得力を欠く。他方、行政書士からすれば、司法書士が上記のような主張で固まることは、願ってもない「敵失」であって、この機に一気に司法書士を抜き去り、むしろわれわれこそが高度な法律専門家としての責務を自覚する者であるとして、国民から「市民の法律家」としての信頼を勝ち得る絶好の機会である。

(C) 簡裁訴訟代理権の拡充問題

第3に、旧来型の「代書」型の司法書士像に立脚した法律専門家としての義務の否定は、過払いバブル終焉後における簡裁訴訟代理等関係業務の拡充との関係でも障害となる。目下司法書士が拡張を企図しているのは、①簡易裁判所管轄のすべての民事事件の代理権、②140万円以上の民事執行手続の代理権、③財産分与・遺産分割など登記に関連する家事事件の代理権であるが、しかし、これらに対しては、行政書士の参入を、能力問題を理由に否定したのと全く同様の論理をもって、弁護士の側から、拡充の要求が拒絶されることになる。簡裁訴訟代理権獲得前からの本来的業務である不動産登記業務においてすら、法律専門家としての責任を否定しようとするような職能団体に、さらなる権限拡張を認めた末、不動産登記におけると同様に専門家責任を否定する主張がなされると、国民に酷い結果が生ずるからである。もし弁護士が登記手続を含む法律事務を受任した場合——弁護士はもとより「代書」業者ではなく「代理」人なので——現在司法書士が主張しているような本人確認の程度で済まそうと考える弁護士は誰もいないことを、司法書士は想起すべきである。

なお、司法書士内部において、旧来型の「代書」的業態の維持を図るグループは、もっぱら登記関係業務のみを扱い、債務整理分野には手を出さない、比較的年長の保守派であるのに対して、簡裁訴訟代理権の拡充を企図するグループは、逆に登記手続関係業務には関心を示さない、年代的には比較的若手で占められている。このような司法書士内部の二極分裂状態にあって、上記判例コメントが摘示するところの、簡裁訴訟代理分野における職域拡大と、登記手続分野における法律専門家としての責任の加重との間に存する連動関係は、同じ司法書士内部において、簡裁訴訟代理等関係業務の拡大派が、本人確認義務の消極派を、業務拡大の妨害者とみなす危険性をもはらんでいる。

ちなみに、今日の判例の立場について付言しておくならば、司法書士の損害賠償責任を肯定した裁判例にあっても、その多くが過失相殺を認めており、しかも、原告側の過失割合はかなり大きい。すなわち、判例の立場は、一見するとかなり厳しいもののようにみえて、実は結論的には司法書士の執務の現状を顧慮した線を「落とし所」としていることがわかる。こうした判例の現実的処理との関係でも、今日においてもなお、旧来型の代書モデルに立脚して、司法書士の義務の存在それ自体を否定してしまうよりは、「実質的処理モデル」に立脚し、法律専門家としての高次の義務の存在それ自体は肯定したうえで、当該事案との関係で義務違反はない、あるいは原告側にも落ち度があるといった主張を行うほうが、裁判官の共感を得られるように思われる。

(注13) 末光祐一「犯罪収益移転防止法と司法書士実務（第1回）総論——確認・記録保存義務等——」登記情報572号13頁（2009）。

(注14) 末光・前掲（注13）13頁。

(注15) 【100】評釈……島田邦雄＝谷健太郎＝吉原朋成＝筬島裕斗志・旬刊商事法務1661号51頁（2003）。