

司法書士の業務範囲(4) : 司法書士法3条業務(2)

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/1786463>

出版情報 : 市民と法. 101, pp.18-19, 2016-10-01. 民事法研究会
バージョン :
権利関係 :

短期集中連載

司法書士の業務範囲(4)

——司法書士法3条業務(2)——

九州大学教授 七戸克彦

7 平成元年～平成14年の判例・先例

(1) 登記関係業務

登記手続の「嘱託」（現行法では「依頼」）の法的性質を委任契約ととらえ、司法書士に対する責任追及を委任契約上の善管注意義務違反に求める立場は、平成期に入ると完全に定着するが、これに付帯して、いくつか問題も生じている（**57**名古屋地豊橋支判平2・8・21判時1374号87頁・判タ746号171頁は、契約当事者以外の第三者の損害賠償請求を否定する。一方、**58**東京高判平3・10・23金法1321号20頁は、甲不動産上の抵当権登記を乙不動産に付け替える依頼を受けた司法書士が、甲不動産上の抵当権登記の抹消のみを行った事案につき、両登記を同時に行う約定は存在しなかったとして、司法書士の責任を否定したが、委任契約の解釈としては疑問が残る。なお、**59**仙台高判平9・3・31判時1614号76頁・判タ953号198頁（上告審）は、委任契約解除が認められる例外的場合に関して、最判昭53・7・10（前掲**41**判決（本誌100号16頁）の立場に変更を加えた）。

(A) 調査・確認義務

(a) 保証書作成業務

登記済証がない場合の保証書（〔旧〕不動産登記法44条）作成に関しては、すでに昭和期より高度な注意義務が課されていた。平成期の裁判例も、登記義務者についての本人確認・意思確認義務違反を理由とする損害賠償責任の肯定例で占められている（**60**東京地判平2・3・23判時1371号113

頁・判タ748号211頁・金商859号22頁、**61**神戸地判平2・9・26判時1378号96頁、**62**東京高判平4・3・25判タ800号218頁・金商906号31頁、**63**浦和地判平4・7・28判時1464号112頁・判タ801号178頁、**64**東京地判平5・9・14判時874号245頁・判タ874号254頁、**65**新潟地長岡支判平10・10・8判タ1044号148頁、**66**千葉地判平11・2・25判例地方自治197号18頁、**67**名古屋地判平12・4・10判時1717号119頁・判タ1060号214頁）。

(b) 本人確認・意思確認

一方、通常の場合の本人確認に関して、**68**浦和地判平4・11・27訟務月報39巻8号1441頁は「特段の事情がないかぎり、相当の注意をもって登記申請委任状の印影と印鑑登録証明書の印影を照合するなどによって右〔本人との〕同一性を確認すれば足りる」として司法書士の責任を否定した。**69**大阪地判平9・9・17判時1652号104頁・判タ974号140頁・金法1509号37頁も「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」とするが、しかし、本件では調査確認義務違反が認定されている。さらに、**70**千葉地判平9・10・27判時1658号136頁は、「免許証の提示を求める等通常本人性を確認するために行う確認手段を講じなかった」点に注意義務違反があるとする。

なお、法人の不動産登記簿上の本店所在地と商業・法人登記簿上の本店所在地が相違する場合、登記簿上の代表者にその点を確認して変更登記手続を行えば足りるとされる（**71**那覇地判平13・

12・26平12(ワ)384号(注1))。

(c) 書類の真否の確認

登記申請に必要な書類それ自体の真否の確認についても、昭和期までの判例は、特段の事情(①偽造・変造が疑われる場合か、②特に依頼者から調査を委託された場合)がない限り、提供された書類の限りでの審査を超えた、特別の調査義務を負わないとしていた。平成期の裁判例も、基本的には同様の立場に立っているが、しかし、特段の事情①・②を認定した事例が増えている(否定例(㉒東京地判平元・9・25判タ730号133頁)の後、肯定例(㉓東京地判平9・9・9金法1518号45頁、㉔東京地判平13・5・10判時1768号100頁・判タ1141号198頁)が続く)。

(B) 説明義務・報告義務

㉕東京地判平3・11・21判時1433号87頁は、登記権利者が保証書による登記申請を依頼している場合に、登記義務者の協力が得られないときには登記申請が不可能となる危険性があることまで説明する義務はないとする。

㉖東京地判平9・5・30判時163号102頁は、委任者の一方からの指示に合理的理由がなく、これに従うと他方の利益が著しく害され、契約の目的を達成することができないおそれ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、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する。

㉗大阪高判平9・12・12判時1683号120頁・判タ980号185頁も、「司法書士たる者は、登記手続の委任を受けた場合、登記手続を適正かつ的確に行うため、単に形式的要件の審査に止まらず、囑託された登記が当事者の登記目的に添っているかについても検討し、助言、指導すべき」とし、「土地の現況が道路であり、固定資産課税台帳上公衆用道路とされ非課税となっていること(〔依頼者〕にとり極めて重要な事項である)を教示し、そのうえで、なお登記意思を確認すべき」とする。

ただし、㉘東京地判平10・3・25判タ1015号164頁は、「〔依頼者〕の事情を熟知しているわけではない司法書士は、〔依頼者〕から具体的な質

問や依頼を受けていないにもかかわらず、司法書士としてなすべき一般的な説明を超えて、登記原因を説明し、選択を勧めなければならない義務を負うものではない。更に言えば、特定の登記原因を勧めることは、司法書士の権限外の行為ともなりかねない」としている。

このほか、裁判例には、担保仮登記と通常の仮登記の違いに関する説明義務違反を否定した事案がある一方(㉙仙台高判平12・12・26判時1755号98頁)、有限会社から株式会社への組織変更登記に際して、実際に増資をしなくても計算上の増資を行うことで組織変更は可能で、税務上も問題ないと説明したため、課税額が多額になった場合に、説明義務違反を肯定した事案もある(㉚東京地判平14・5・20判タ1123号168頁・金商1162号51頁)。

(C) 立会業務における義務等

㉛東京地判平3・3・25判時1403号47頁・判タ767号159頁は、契約および代金決済への立会並びに登記手続を委任されていた司法書士に、最新の登記簿を調査しなかった過失を認定した。

一方、㉜大阪高判平4・3・27判時1441号82頁は、売買契約に立ち会った司法書士は、買主が登記済証の交付を受けなくて代金を支払うことについて、その一般的な危険性を説明・告知する注意義務を負わないとする。

(D) 弁護士との間の業際問題

(a) 埼玉司法書士会職域訴訟

平成初期、司法書士に大きな衝撃を与えたのは、埼玉司法書士会職域訴訟判決(第1審:㉝浦和地判平6・5・13判時1501号52頁・判タ862号187頁・金商959号16頁、控訴審:㉞東京高判平7・11・29判時1157号52頁)であった。控訴審判決は、各職域の歴史を次のように説明する。

(1) 明治23年の裁判所構成法の制定により通常裁判所である区裁判所において、非訟事件として不動産登記及び商業登記が取り扱われることになり、一方、明治26年の旧々弁護士法の制定により、それまで民事訴訟及び刑事訴訟に限られていた弁護士(代言人)の職務が、「弁護士ハ当事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ従ヒ通

常裁判所ニ於テ法律ニ定メタル職務ヲ行フモノトス但シ特別法ニ因リ特別裁判所ニ於テ其職務ヲ行フコトヲ妨ケス」とされたこと、明治31年の非訟事件手続法6条1項は、登記事務を含む非訟事件については、能力者であれば代理ができることとしながら、同条2項により、弁護士でない者が、その代理を営業として行うことを原則として禁止する旨を規定し、登記事務を含む非訟事件の代理は原則として弁護士のみが業として行なうことができることを明示していたにかかわらず、翌明治32年の不動産登記法の制定直後に、もっぱら非弁護士である代書人の営業を保護するため、[明33・5・31] 司法省民刑事局長第803号回答〔先例集上172頁〕により、同条同項の規定が登記申請の代理には適用されない運用が行われたこと、さらに、昭和8年の旧弁護士法の制定により、その第1条に、「弁護士ハ当事者其ノ他ノ関係人ノ委嘱又ハ官庁ノ選任ニ因リ訴訟ニ関スル行為其ノ他一般ノ法律事務ヲ行フコトヲ職務トス」との規定が置かれ、弁護士の職務は、それまで弁護士の職務として明定されていなかった裁判外の法律事務を含め、「一般ノ法律事務」に及ぶものであることが明示されたこと、現行の弁護士法は、その3条1項に、右沿革を踏まえ、行政訴訟事件や行政庁に対する不服申立事件が加わったため、これに関する行為が弁護士の職務であることを明示するために、「弁護士は、当事者その他の関係人の依頼又は官公署の委嘱によって、訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件に関する行為その他一般の法律事務を行うことを職務とする。」と規定したこと、最高裁判所昭和46年7月14日大法廷判決（刑集25巻5号690頁）が述べるとおり、「弁護士は、基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とし、ひろく法律事務を行うことをその職務とするものであって、そのために弁護士法には厳格な資格要件が設けられ、かつ、その職務の誠実適正な遂行のため必要な規律に服すべきものとされるなど、諸般の措置が講ぜられている」ことに鑑みれば、右「一般の法律事務」

とは、「ひろく法律事務」全般を指すことは明らかであり、法律事務の一分野に属する登記申請代理行為が、右「一般の法律事務」として弁護士の職務に含まれることもまた、明らかといわなければならない。

(2) このことと、司法書士の前身である代書人は、明治19年の旧登記法の制定以来、業として実際に登記申請書の代書及び申請手続の代理を行ってきたとはいえ、あくまで代書がその本務とされ、登記申請の代理は代書業務の付随業務として事実上行われていたものであり、大正8年の司法代書人法によっても「裁判所に提出すべき書類の作成」として、登記申請書の作成が職務として認められたにすぎず、昭和42年の司法書士法改正により初めて登記申請代理がその職務に含まれることが明文上是認されたことを考え合わせると、弁護士法が、同法制定後に制定された司法書士法19条1項但し書〔平成14年改正現行73条1項ただし書〕の「他の法律」に当たるとは明らかである。

(b) 報酬請求権の消滅時効期間

なお、⁸⁵東京地判平8・4・22判時1583号71頁・判タ906号285頁も、司法書士の報酬請求権につき民法172条の2年の短期消滅時効の適用を否定した理由を、歴史的経緯に求める。

(E) 行政書士との間の業際問題

行政書士との間の職域問題に関しては、商業・法人登記の申請代理を業として行ったため、司法書士法旧19条1項（現行73条1項）違反に問われた行政書士が、最高裁判所まで争った事案がある（⁸⁶最判平12・2・8刑集54巻2号1頁（注2））。

(2) 裁判書類作成関係業務

(A) 準消費貸借契約公正証書

裁判書類作成関係業務に関する事件としては、銅路（北見）違法公正証書損害賠償請求訴訟がある。⁸⁷札幌高判平6・5・31高民集47巻3号155頁は司法書士の責任を肯定したが（注3）、⁸⁸札幌高判平7・5・10高民集48巻2号135頁は「当時、『割賦購入あっせん業者に対する立替金債務を新たな消費貸借の目的とした場合、割賦販売法30条

の3の適用があるか』の問題について肯定説、否定説が相当の根拠をもって対立し、実務上の取り扱いも分かれていたものであり、消極説に従った〔司法書士〕に過失はなかった」とした(注4)。

(B) 公正証書遺言

このほか、司法書士が文案を作成し証人として立ち会った「相続させる」旨の公正証書遺言の有効性が争われた事案もある(89名古屋地判平13・12・21平11(ワ)1497号)。

(注1) 出典はLEX/DB(文献番号28071622)。以下、LEX/DB掲載判例については、同様に、事件番号のみを挙示する。

(注2) 本件訴訟に関しては、本連載(1)本誌98号(平成28年)7頁参照。

(注3) 本件訴訟では、公証人の責任も肯定されたため、国が上告したが(司法書士は上告せず)、最判平9・9・4民集51巻8号3718頁は、原審判断を維持した。

(注4) 本件訴訟に関しては、原告が上告したが、最判平9・9・30判例集未掲載(小林久起「判批」民事法情報134号(平成9年)52頁参照)は、上告を棄却した。

8 平成14年法改正以降の判例・先例

(1) 登記関係業務

登記関係業務に関しては、平成16年現行不動産登記法制定以降、司法書士に課せられた注意義務の程度・内容が、相当程度高度化した(注5)。

(A) 調査・確認義務

(a) 本人確認・登記申請意思確認

登記義務者の代理人と称する者からの依頼の場合には、すでに昭和期から注意義務が加重されていたが、90広島高判平15・10・31平15(ネ)257号、91東京地判平16・9・6判タ1172号197頁、92さいたま地判平19・7・18判時1996号77頁は、いずれも登記義務者本人に対する登記申請意思の確認義務違反を肯定する。

一方、登記義務者本人への「なりすまし」事例に関して、93東京地判平26・11・17判時2247号39頁は、運転免許証や印鑑証明書に不審な点があるにもかかわらず、さらなる確認や委任者への注意

喚起を行わなかったことは、司法書士の過失にあたるとする。

(b) 書類の真否の確認

書類の真否の確認に関しては、従来の判例と同様、特段の事情(①偽造・変造が明白な場合か、②特に依頼を受けていた場合)がない限り、記載内容・体裁等の審査のみで足りるとされているが(司法書士の責任否定例として、前掲91判決、94東京高判平17・9・14判タ1206号211頁、95大阪地判平17・12・5判時1928号89頁・判タ1207号168頁、96東京地判平25・3・29平23(ワ)28454号、97東京地判平25・5・30判タ1417号357頁、98横浜地判平25・12・25判時2219号89頁、99東京地判平27・5・26平26(ワ)5346号)、しかし、司法書士からすれば、特段の事情①偽造・変造が一見して明白であったとする裁判例もある(100東京地判平24・7・23平21(ワ)47293号。なお、義務違反は肯定するも請求を否定した事案として、101東京地判平26・4・14判時2234号69頁)。

(c) 説明義務・報告義務

102大阪高判平21・1・23判タ1309号251頁では、重疊的債務引受けを原因とする登記の依頼に対し、免責的債務引受けを原因とする登記申請をしたことが、後の混乱を招いている。登記手続を進める際、十分な説明を行うべきだったろう。103札幌地判平24・7・20平22(ワ)1639号の司法書士は、売買契約が利益相反取引にあたり、取締役会議事録の作成が必要であることを依頼者に報告している。

なお、104東京高判平25・7・11平25(ネ)2549号は、司法書士は、不動産の転々売買が成立しないリスクに関する説明義務を負わないとし、105東京地判平25・8・27平24(ワ)24985号は、不動産の差押えについて検討・助言・指導すべき義務はないとし、106東京地判平27・5・22平26(ワ)5046号は、同時申請の登記の一方を別の司法書士が受任している場合、その申請が取り下げられるリスクについては説明するまでもないとする。

(d) 実体的な物権変動の有効性確認

107東京高判平24・4・17平24(ネ)58号は、特約なき限り、登記手続の委任契約中には、C→B→Aの転々譲渡の「前々所有者であるCの登記意思



(本件土地をBに売却する意思)を確認すること(言い換えれば、C・A間の売買契約の有効性を確認すること)が含まれていたということではできない」とする。ここでは、登記の手続法的有効要件である登記申請意思と、実体法的有効要件である物権変動意思が同一視されているが、登記原因証明情報の作成業務や立会業務の一環として、司法書士は、実体的な物権変動の有効性確認を行っている(⑩東京地判平24・5・14平21(ワ)23490号・平22(ワ)42604号、⑪東京地判平24・9・26平23(ワ)17004号、⑫東京地判平25・7・10平23(ワ)16852号、⑬東京地判平26・12・2平24(ワ)33002号など)。

(e) 商業登記・法人登記

(ア) 役員の変更登記

平成10年代には、議事録を捏造して役員の変更登記を行い会社を乗っ取る事態が発生した。そのため、⑭平15・5・6民商第1405号商事課長通知・民事月報58巻7号295頁は、役員全員の解任を内容とする変更登記の申請があった場合には、速やかに、当該会社・法人に連絡する旨を通知し、⑮平19・8・29民商第1753号商事課長通知・民事月報62巻9号164頁は、会計参与に変更はないが他の役員全員の解任を内容とする変更登記の申請があった場合も同様とした。

(イ) 会社分割の登記

平成17年会社法制定の後には、会社分割制度を悪用して架空会社をつくる弊害が社会問題化していたが、平成27年には、司法書士が、会社分割の方法で旧会社の従業員を排除しようとした事件が発生している(⑯大阪高判平27・12・11平27(ネ)1538号)。

(B) 添付情報・添付書面の作成業務

(a) 本人確認情報の作成

現行不動産登記法において保証書に代わる制度として認められた本人確認情報については、司法書士の作成権限が明文化された(同法23条4項1号)。作成に際して、司法書士には、旧・保証書と同様、高度の注意義務が課される(注意義務違反肯定例：⑰東京地判平20・11・27判時2057号107頁・判タ1301号265頁、⑱大阪高判平21・6・3平21(ネ)301号・平21(ネ)379号、⑲東京地判平24・

12・18判タ1408号358頁。否定例：⑳東京地判平25・7・1平24(ワ)4932号)。

(b) 登記原因証明情報の作成

[旧]不動産登記法時代より、司法書士は、登記原因の報告証書(すでになされた物権変動の事実を記した文書)のみならず、処分証書(当該書面によって物権変動それ自体が生ずるもの。売買契約書など)の作成にも深く関与してきた。現行不動産登記法制定後の裁判例にも、次のものがある。

(ア) 売買契約書

司法書士が作成した例に、㉑東京地判平24・2・7平21(ワ)33365号、㉒東京地判平25・3・22平23(ワ)18437号がある。

(イ) 担保権設定契約書

抵当権設定契約書の作成につき、前掲㉓判決のほか、㉔福岡高宮崎支判平22・10・29判時2111号41頁、㉕東京地判平24・2・16平21(ワ)17520号、㉖東京地判平24・8・9平23(ワ)21637号、㉗東京地判平25・1・25平23(ワ)12877号、㉘東京地判平25・2・20平22(ワ)26245号、㉙東京地判平26・4・25平23(ワ)37779号・平24(ワ)19139号。譲渡担保設定契約書の作成につき、㉚東京地判平27・5・29平26(ワ)9626号。その際、司法書士は、被担保債権の発生原因契約書(消費貸借契約書など)の作成も行っている。

(ウ) 贈与契約書

贈与契約書の作成につき、㉛東京地判平24・9・18平23(ワ)6173号、㉜東京地判平27・2・3平25(ワ)15515号、㉝東京地判平25・9・11平23(ワ)17749号がある。

(エ) 遺言書

自筆証書遺言の文案作成につき、㉞東京地判平25・2・26平24(ワ)3140号、公正証書遺言の文案作成につき、㉟東京高判平22・7・15判タ1336号241頁、㊱東京地判平24・11・27平22(ワ)35254号、㊲東京地判平24・12・26平22(ワ)22796号・平23(ワ)17707号、㊳東京地判平25・12・24平24(ワ)16633号。死亡危急遺言の文案作成につき、㊴東京地判平26・4・24平25(ワ)12946号。

このほか、被相続人の依頼により相続財産確認

記録を作成した事案として、**157**東京地判平26・2・24平24(ワ)35518号・平25(ワ)3983号がある。

(ホ) 遺産分割協議書

判例は、遺産分割協議書についても、司法書士の作成権限を認めている(**158**高知地判平21・2・10金商1356号21頁(控訴審:**159**高松高判平21・7・2金商1356号21頁)、**160**那覇地沖縄支判平23・10・19平22(ワ)106号、**161**東京地判平24・2・24平22(ワ)17652号、**162**東京地判平24・4・23平22(ワ)25547号、**163**東京地判平24・5・23平20(ワ)34030号、**164**東京地判平24・11・13平23(ワ)5210号、**165**東京地判平25・5・21平21(ワ)47287号、**166**東京地判平25・8・1平24(ワ)22861号、**167**東京地判平25・8・27平24(ワ)29680号、**168**東京地判平25・8・29平23(ワ)30358号、**169**東京地判平25・12・24平24(ワ)1996号、**170**東京地判平26・4・18平25(ワ)10400号、**171**東京地判平26・5・12平25(ワ)6300号、**172**東京地判平26・10・23平24(ワ)28102号・平25(ワ)12362号、**173**東京地判平27・4・22判時2269号27頁、**174**東京地判平27・9・10平26(ワ)25316号、**175**東京高判平27・11・9金商1482号22頁)。

(c) 定款・議事録等の作成

判例は、商業・法人登記の申請に必要な定款・議事録等の添付書面の作成も、司法書士の業務に含まれることを、当然の前提としている。

(ア) 定款

司法書士が会社の定款の文案を作成した事案として、**156**東京地判平24・2・24平22(ワ)27811号、**157**東京地判平25・6・14平25(ワ)1000号、**158**東京地判平26・10・8平25(ワ)8214号などがあるほか、匿名組合契約書の作成に関与した事案として、**159**東京地判平23・12・8平21(ワ)29359号がある。

(イ) 議事録

司法書士の作成例として、**160**京都地判平22・2・5判時2082号105頁、**161**東京地判平22・6・24判時2090号137頁、**162**大阪地判平23・5・25平20(ワ)1689号、**163**東京地判平25・2・28平19(ワ)939号、**164**東京地判平26・7・23平25(ワ)18840号などがある。

(ウ) 会社役員辞任届

さらに、司法書士が役員の辞任届を作成した事案として、**165**東京地判平24・8・9平23(ワ)17027

号があるが、ただし、役員の変更登記に関しては、若干注意を要する(前掲**169**通知・**168**通知参照)。

(C) 立会業務

166大阪地判平27・11・13平26(行ウ)64号で問題となった大阪司法書士会司法書士執務規則60条2項の定義によれば、「立会執務とは、利害関係にある当事者が出席している取引の場で、司法書士が当事者の意図する真正な登記実現のための諸条件(当事者、目的物件、登記の権利関係、登記申請意思等)について審査確認し、事件の内容を総合判断して登記手続を受任することによって、当該取引が進行、完結する場合の司法書士の提供する法的事務をいう」とされている。

(a) 司法書士事務所

前記定義によれば、司法書士の事務所での契約締結や決済もまた、立会の一つということになる。この形態は今日でも依然多く行われており、近時の裁判例を拾い上げても、以下のようなものがある。

(ア) 所有権移転

司法書士事務所ですべて所有権移転の契約が締結された事案として、**167**横浜地判平21・4・17判時2059号78頁(農地の停止条件付売買)、**168**東京地判平24・3・16平22(ワ)17305号(贈与)、**169**福岡高判平27・3・16平25(ネ)1012号・平26(ネ)728号(温泉権付別荘地の売買)などがある。

このほか、権利移転型担保の設定や代物弁済の事例として、**170**那覇地判平22・2・24租税関係行政・民事裁決集(徴収関係判決)平成22年1~12月順号22-8(再売買予約)、**171**東京地判平24・1・16平22(ワ)40533号(代物弁済契約)、**172**東京地判平25・6・14平24(ワ)34180号(買戻特約付売買契約)などがある。

(イ) 担保権設定

抵当権その他の担保権の設定契約と、被担保債権の発生原因契約(金銭消費貸借など)の締結が、司法書士の事務所で行われる例も多い(**173**東京地判平24・3・23平23(ワ)7902号、**174**東京地判平24・3・28平23(ワ)4462号、**175**東京地判平24・5・18平22(ワ)32143号・平23(ワ)4122号、**176**東京地判平25・4・11平24(ワ)29803号、**177**東京地判平25・6・28平24

(ワ)6922号、¹⁷⁸東京地判平27・3・18平26(ワ)7734号など)。

(ウ) 遺産分割協議

さらに、遺産分割協議が、司法書士事務所で行われる例もある(¹⁷⁹東京地判平25・1・17平23(ワ)28586号)。

(b) 司法書士事務所以外の場所

しかし、立会という言葉には、司法書士が契約締結や決済の場に向いていくイメージがある。近時の裁判例を拾えば、以下のものがある。

(ア) 所有権移転

所有権移転契約の立会事例として、¹⁸⁰大阪高判平21・8・25判時2073号36頁、¹⁸¹神戸地判平23・6・30租税関係行政・民事判決集(徴収関係判決)平成23年1月～12月順号23-40、¹⁸²東京地判平23・12・27平22(ワ)36466号、¹⁸³東京地判平24・1・30平20(ワ)35617号、¹⁸⁴東京地判平24・5・21平23(ワ)11155号、¹⁸⁵東京地判平25・12・17平24(ワ)29119号、¹⁸⁶東京地判平26・3・20平24(ワ)25808号、¹⁸⁷東京地判平26・4・22平25(ワ)17093号、¹⁸⁸東京地判平27・5・25平26(ワ)16361号、¹⁸⁹東京地判平27・6・23平25(ワ)15237号などがある。

(イ) 担保権設定

担保権設定契約の立会事例として、¹⁹⁰大阪地判平22・1・8判タ1322号269頁、¹⁹¹東京地判平24・1・18平16(ワ)23206号・(ワ)23349号、¹⁹²東京地判平24・2・28平22(ワ)3592号、¹⁹³東京地判平24・10・30平23(ワ)24932号、¹⁹⁴東京地判平25・2・27平24(ワ)8051号、¹⁹⁵東京高判平25・5・22判時2201号54頁・判タ1414号164頁・金商1427号36頁、¹⁹⁶東京地判平25・9・4平24(ワ)14064号、¹⁹⁷東京地判平26・10・31平25(ワ)4889号、¹⁹⁸東京地判平26・12・24平26(ワ)12074号、¹⁹⁹東京地判平27・3・27平24(ワ)28181号・平25(ワ)16097号・平26(ワ)5349号などがある。

(ウ) 決済

決済の立会事例としては、²⁰⁰東京地判平24・3・28平23(ワ)5228号、²⁰¹東京地判平25・10・7平24(ワ)22440号、²⁰²東京地判平25・11・28平24(ワ)17441号、²⁰³東京地判平26・1・23平24(ワ)35629号、²⁰⁴東京地判平26・2・25判時2227号54頁、²⁰⁵東京地判平

26・9・30平25(ワ)24626号、²⁰⁶東京地判平26・11・27平25(ワ)3137号・平25(ワ)9331号・平25(ワ)18089号などがある。

(エ) 遺産分割協議

遺産分割協議の立会事例としては、²⁰⁷東京地判平26・6・17平24(ワ)16449号などがある。

これら立会事例においては、文案を司法書士が作成している場合が少なくないであろう。

(c) 遺言の証人

なお、司法書士が遺言の証人となる場合も少なくないが(死亡危急遺言につき²⁰⁸東京地判平24・9・14平21(ワ)30804号・平22(ワ)28521号、公正証書遺言につき²⁰⁹東京地判平24・11・15平23(ワ)9724号・平23(ワ)20305号・平23(ワ)35384号、²¹⁰東京地判平26・6・24平24(ワ)34270号)、この場合にも、遺言書の文案を司法書士が作成している例が多い。

(D) 法3条1項1号～3号関係相談業務

(a) 相談内容

(ア) 不動産の譲渡・担保権設定等

裁判例に現れた事案には、不動産を娘婿の名義に変更する相談(²¹¹長野家誼訪支判平24・5・31平23(家ホ)1号。税金対策のため娘婿との養子縁組が助言された)、差押登記の解除の相談(²¹²東京地判平25・1・28平24(レ)421号)、債務の弁済に関する相談(²¹³東京地判平26・3・31平24(ワ)27162号。債務承認契約を締結したうえ譲渡担保を設定する旨の助言がされた)などがある。

(イ) 相続・遺言・遺産分割

²¹⁴東京地判平25・2・28平24(ワ)6149号は、相続放棄をするとローンで購入した土地を失う旨の相談である。

同様に、遺言や遺産分割についても、登記手続に限らず総合的な判断が必要な相談が持ち込まれている(遺言につき²¹⁵東京地判平24・3・5平22(ワ)6986号、²¹⁶東京地判平26・10・1平26(ワ)7710号、²¹⁷仙台高判平27・9・16判時2278号67頁、遺産分割につき²¹⁸東京地判平24・4・25平23(ワ)23847号・平23(ワ)39445号、²¹⁹東京地判平25・3・25平22(ワ)45951号、²²⁰東京地判平25・10・3平25(ワ)9860号、²²¹東京地判平27・3・11平26(ワ)2182号)。

(ウ) 会社・法人・団体関係

なお、権利能力なき社団（財産区）の土地を原子力発電用地のために売却することにつき、総会開催を断念した場合に、規約を作成して所有権移転登記をする方法を助言した例（²²²最判平20・4・14民集62巻5号909頁）、会社分割をして営業許可を承継する方法で風俗営業等の規制及び業務適正化等に関する法律の許可を得る方策を助言した例（²²³東京高判平21・9・30金法1922号109頁）、多額の簿外負債の存在が判明した会社につき解散を助言した例（²²⁴東京地判平24・6・20平22(ワ)13340号）などもある。

(b) 相手方との交渉

このほか、司法書士が、相手方との間の交渉を行い、あるいは交渉の場に立ち会う事例が存在している（²²⁵東京地判平24・10・9判タ1407号295頁（地上権設定の交渉の席に同席した事案）、²²⁶東京地判平26・3・13平24（行ウ）511号（共有持分の放棄を求める文書をファクシミリで送信した事案）、²²⁷東京地判平25・3・7訟務月報60巻4号725頁（暴行事件の被害者との間で示談交渉を行った事案）、²²⁸東京地判平26・5・28平24(ワ)22267号・平24(ワ)33962号（建物建築請負工事の追加工事代金に関する交渉を行った事案など））。

なお、定期建物賃貸借契約締結に関する代理権の授与はなかった旨が認定された事案として、²²⁹東京地判平26・10・8平25(ワ)8214号がある。

(2) 裁判書類作成関係業務

平成14年司法書士法改正により、いわゆる認定司法書士（注6）に「簡裁訴訟代理〔等〕関係業務」（注7）が認められた結果、司法書士の業務範囲は大きく広がったが、反面、「裁判書類作成関係業務」（注8）を用いて行う本人訴訟支援に関しては、強い締め付けが加えられることとなった。

(A) 裁判書類作成関係業務の外延

(a) 裁判外の請求の文書作成・相談

司法書士は、訴状その他裁判所に提出する書類の作成・相談に限らず、裁判外の請求に関する文書を作成し（交通事故の損害賠償請求に関する文書作成につき²³⁰横浜地判平24・2・27交通事故民事裁判例集45巻1号255頁）、裁判外の請求に関する相談を受け（家屋明渡請求につき²³¹東京地判

平23・5・26判時2119号54頁、賃貸借の敷金名目で騙取された金銭の返還につき²³²東京地判平25・6・12平23(ワ)41828号、請負契約の代金請求につき²³³東京地判平26・3・6平24(ワ)27323号）、賃貸建物の修繕費用に関する相談の際、話合いの場への立会を依頼されることもある（²³⁴東京地判平26・3・7平24(ワ)6410号）。

(b) 各種の契約の文書作成・相談

また、司法書士は、賃貸借（²³⁵広島高判平16・3・30平14(ネ)408号）、特許権譲渡・金銭消費貸借（²³⁶知財高判平23・10・13平23(ネ)10040号）等の契約書を作成し、契約内容に関する相談を受け（株式交換につき²³⁷神戸地尼崎支判平27・2・6金商1468号58頁）、契約書の内容確認を行う（請負契約の内容確認につき²³⁸東京地判平26・9・22平23(ワ)21450号）。

さらに、家族法分野でも、養子縁組（²³⁹名古屋高判平22・4・15平21(ネ)1151号）、相続放棄（²⁴⁰東京地判平25・7・1平24(ワ)5377号、²⁴¹東京地判平25・9・27平24(ワ)20989号）に関する相談が寄せられることがある。

(B) 他士業との間の業際問題

(a) 弁護士との間の業際問題

²⁴²大阪地判平18・12・14平17(ワ)8283号は、非司法書士が司法書士を誘って設立した団体に債務整理を依頼した者が、ずさんな処理に対して損害賠償を請求した事案につき、非司法書士の行為は非弁行為、司法書士の行為は非司提携に該当するとし、共同不法行為責任を認めた。

²⁴³東京高判平20・6・24平20（行コ）61号は、債務弁済合意書および公正証書作成の法律相談は、司法書士の業務の範囲に含まれるとして、懲戒の取消しを求めた事案であるが、判旨は、法務局長・地方法務局長の懲戒処分は取消訴訟の対象にならないとの理由で、司法書士の訴えを却下した。

²⁴⁴富山地判平25・9・10判時2206号111頁・金法1996号131頁では、本人訴訟による地方裁判所に対する訴えの提起が、実質的には司法書士による代理行為によってなされたもので無効と認定された結果、訴えが却下されている。

²⁴⁵東京地判平26・1・22平25(ワ)1395号は、司法

書士に和解契約書の作成と和解交渉を依頼した債務者が、貸金業者に対し、和解契約の無効を理由とする不当利得返還請求訴訟を提起した事案で、債務者は、司法書士の非弁活動を理由とする無効も主張したが、判旨は、結論的に和解契約の有効性を認定した。

なお、^{④⑩}大阪地判平26・6・25労働判例ジャーナル31号52頁の判旨には「代理人である司法書士から、同年11月2日到達の内容証明郵便をもって、本件和解契約の無効を理由として300万円の返還を求められた」とあるが、「書類作成者」名義でなく「代理人」名義で返還請求をした場合には、業務の範囲を超えた行為になる。

以上のほか、債務整理事件以外でも、司法書士が遺産分割協議書の真否確認請求事件の本人訴訟支援を行った事案につき、「報酬を得る目的で本件訴訟に関する法律事務を取扱い（弁護士法72条参照）、または訴訟代理人として裁判上の行為を行ったものと認めるに足りる証拠はない」として、訴え提起の違法性を否定した事案がある（^{④⑪}東京地判平26・10・22平26(ワ)9869号）。

なお、司法書士は、弁護士の依頼を受けて裁判書類を作成する場合もあり（^{④⑫}東京地判平24・1・17平21(ワ)47136号）、弁護士事務所に勤務して弁護士の補助的な書類作成業務を行っている司法書士もいる（^{④⑬}東京地判平25・2・6判時2177号72頁・判タ1390号358頁）。

(b) 行政書士との間の業際問題

(ア) 戸籍事務

戸籍事務は、法務省民事局の所掌事務であるが、戸籍法1条により市町村長の管掌する法定受託事務とされている。行政書士は、同事務を自己の独占業務と解するようであるが、司法書士も、現にこれを業として行っている。

(イ) 出入国審査手続・在留審査手続

日本人・外国人の出入国審査手続および外国人の在留審査手続は、法務省入国管理局の所掌事務であるが、司法書士が、これらの手続につき助言を行い、申請書面を作成する例が存在する（^{④⑭}東京地判平24・5・16平23（行ウ）304号、^{④⑮}東京地判平25・1・17平24（行ウ）85号、^{④⑯}東京地判

平25・6・20平24（行ウ）424号、^{④⑰}大阪地判平25・7・4労働判例ジャーナル19号23頁）。

(ウ) 生活保護等

福祉6法（生活保護法・児童福祉法・母子及び父子並びに寡婦福祉法・老人福祉法・身体障害者福祉法・知的障害者福祉法）に関する事務の所掌は、厚生労働省の福祉事務所であるが、これらの制度に関する相談を司法書士が受けることがある（生活保護につき^{④⑱}那覇地決平23・6・21賃金と社会保障1601・1602号104頁）。

(エ) 風俗営業許可

風俗営業許可の申請先は、都道府県の公安委員会であるが、司法書士が許可申請書類の作成を依頼される例もある（^{④⑲}東京地判平25・2・21平22(ワ)9997号・平22(ワ)10171号）。

さらに、行政書士と司法書士の間で、懲戒請求の申立てと、これに対する損害賠償請求を、相互に請求し合う事例も発生している（^{④⑳}東京地判平23・5・25判タ1382号229頁、^{④㉑}東京地判平25・1・24平23(ワ)22514号・平23(ワ)37340号）。

(c) 社会保険労務士との間の業際問題

^{④㉒}津地判平25・3・28労働判例1074号5頁・判例地方自治376号69頁の当事者は、酒気帯び運転を勤務先に報告すべきか否か、退職手当が支払われなかった場合の借入金の返済をどうするかを、司法書士や弁護士に相談している。

(3) 簡裁訴訟代理等関係業務

認定司法書士の簡裁訴訟代理等関係業務に関しても、訴訟代理人として過払金140万円の返還訴訟を提起したうえ、250万円の支払いと引き換えに上記訴訟を取り下げる旨の和解契約書を作成した司法書士の報酬に関する、依頼者との間の紛争につき、委任契約書のうち報酬額の不明瞭な部分については合意が成立していないとして、同部分に関する依頼者の損害賠償請求を肯定した事案や（^{④㉓}東京地判平21・1・21判タ1301号234頁）、委任契約上の善管注意義務違反を理由とする債務不履行責任を肯定した事案がある（^{④㉔}東京地判平27・1・23平26(ワ)6569号）。

だが、同業務に関する裁判例は、140万円超過問題が大半である。

(A) 裁判手続代理(司法書士法3条1項6号)

債務者が複数の貸金業者から借入れをしている場合に、①債務の総額は140万円を超えているが、②1社ごとの債務の額は140万円を超えていない場合、認定司法書士は債務整理を受任できるか。判例は、②個別額説に立つが(26)最決平23・5・18民集65巻4号1755頁、(27)東京地判平24・10・2平24(レ)854号)、ただし、複数の貸金業者を共同被告とする過払金返還請求訴訟のうち、1社に対する訴訟部分について、債務者の住所地を管轄する簡易裁判所への移送を申し立てることはできない(前掲(28)判決)。

認定司法書士は、貸金業者の有する債権が他に譲渡された場合、債権譲渡の対抗要件としての譲渡通知の受領権限も有する((29)東京地判平25・12・17平25(レ)695号)。

一方、司法書士が140万円を超える過払金について行った催告の有効性が争われることもあるが、(30)東京地判平25・11・20平25(ワ)6958号は、「上記140万円の制限は司法書士の資格制限に過ぎず、過払金返還請求権の存否及び金額が明らかではない、債務整理受任の段階の通知が催告の効力を持たないということは不合理である」とする((31)東京地判平26・9・10平25(ワ)34135号も同様)。

なお、認定司法書士が、簡易裁判所で訴訟代理人として訴訟追行すべく、140万円を超える部分の債権を放棄する例もある。(32)東京地判平24・12・26平24(レ)890号、(33)東京地判平26・6・11平25(ワ)23485号は、かかる行為は必ずしも違法ではないとしているが、しかし、弁護士に依頼した場合に比して、依頼者の利益は害されているようにもみえる。

(B) 裁判外の権限(司法書士法3条1項7号)

一方、司法書士法3条1項7号の定める認定司法書士の裁判外の権限に関しては、特に裁判外の和解の効力が争われた事案が続出している。

争点は、同号にいう「紛争の目的の価額」とは、①原告の有している債権額をいい(債権額説)、この額に和解契約によって免除される債権額を合算した額が140万円を超えないことを意味するのか(合算説)、それとも、②残債務の額について

争いのない場合には和解契約によって債務者が受ける経済的利益の額になり(受益説)、残債務の額について争いのある場合には両当事者の主張する額の差額になるのか(差額説)、という点である(注9)。

(34)さいたま地判平21・1・30平19(ワ)2229号(債務者の貸金業者に対する過払金返還請求訴訟において、債務者が、かつて自分の代理人であった司法書士が締結した和解契約の無効を主張した事案)は、①債権額説・合算説に立って、司法書士の行った和解契約の効力を否定した。

だが、(35)広島高判平24・9・28判時2179号74頁(貸金業者が、認定司法書士の行った和解契約に対し不法行為責任を追及した事案)は、①債権額説に立ちつつも、「認定司法書士の代理権の範囲について、いわゆる債権額説と受益説との対立があるが、日本司法書士会連合会は受益説の立場をとっていること、立法関係者が著者となっている文献『注釈司法書士法』には、司法書士の債務整理事件の代理権の範囲について受益説による記載があること(注10)、この点については、最高裁判所の判例はなく、下級審裁判所も見解が一致したとはいえなかったとの状況にあったことに照らせば、……司法書士が受益説に基づき債務者が負担する本件金銭消費貸借契約の残債務について債務整理する代理権があると信じて交渉にあたったことに過失があると認めることはできない」とした。

一方、(36)札幌高判平26・2・27判タ1399号113頁(前掲(37)判決と同様、債務者の貸金業者に対する不当利得返還請求訴訟において、債務者が和解契約の無効を主張した事案)は、過払金返還請求に関しては①債権額説に立ちつつ、「過払金の額が140万円を超えているとも超えていないとも確定できないと認識していた」状態で金額を明示せずに行った請求は140万円を超える請求とは認められないとし、他方、和解契約に関しては②受益説に立って、140万円の範囲内であるとした。

以上のような下級審裁判例の中であって登場したのが、(38)最判平28・6・27金商1498号10頁・裁判所時報1654号3頁・本誌100号20頁であった。

事案は、依頼者が、認定司法書士に対し、代理権の範囲を超えて違法に裁判外の和解を行い報酬を受領したとして提起された、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟であるが、判旨は「〔法3条1項7号に基づいて〕代理することができる民事に関する紛争も、〔6号の〕簡裁民事訴訟手續におけるのと同じ範囲内のものと解すべきである。また、複数の債権を対象とする債務整理の場合であっても、……裁判外の和解について認定司法書士が代理することができる範囲は、個別の債権ごとの価額を基準として定められるべき」であり、「裁判外の和解が成立した時点で初めて判明するような、債務者が弁済計画の変更によって受ける経済的利益の額や、債権者が必ずしも容易には認識できない、債務整理の対象となる債権総額等の基準によって決められるべきではない」とした。

判旨の説示のうち、債務者が複数の貸金業者から借入れをしている場合の代理権の範囲に関して、①総額説を否定し、②個別額説に立つ点については、すでに前掲㉑決定や前掲㉒判決によって示されていたところである。

一方、裁判外の和解（司法書士法3条1項7号）における140万円超過の判断基準につき、①債権額説に立ち、②受益説を否定したのは、訴訟上の和解（同項6号イ）や訴え提起前の和解（即決和解。同号ロ）に関する代理権の範囲と揃えたものであるが、しかし、この点に関しては、必ずしも見解が一致していなかっただけに、不法行為訴訟である本件においては、前掲㉒判決と同様、司法書士には故意・過失が認められないとする余地も存在したように思われる（なお、裁判書類作成関係業務に関しても、法規の解釈につき見解が対立し、実務の取扱いが分かれていた場合に、司法書士の過失を否定した前掲㉓判決がある）。

（注5） 司法書士の専門家責任をめぐる、今日の判例・学説の到達点に関しては、石谷毅＝八神聖『司法書士の責任と懲戒』、加藤新太郎『司法書士の専門家責任』参照。

（注6） 司法書士法上の表現は「第3条第2項に規定する司法書士」（司法書士法22条3項・4項、29条2項、30条、32条3項4号、36

条2項）。これに対して、社会保険労務士法では、「紛争解決手續代理業務」を行うことができる社会保険労務士に対して「特定社会保険労務士」という名称が法文上付与されている（社会保険労務士法2条2項）。

（注7） 平成14年司法書士法改正時の名称は「簡裁訴訟代理関係業務」であったが、平成17年同法改正で筆界特定手續の相談・代理業務が加わったことに伴い（同法3条1項8号）、「簡裁訴訟代理等関係業務」に改められた。

（注8） 司法書士法「第3条1項第4号及び第5号（第4号に関する部分に限る。）に規定する業務」をいう（司法書士22条2項柱書）。

（注9） 詳細は、八神聖＝石谷毅＝藤田貴子『全訂 司法書士・裁判外和解と司法書士代理の実務』133頁以下参照。

（注10） 小林昭彦＝河合芳光『注釈司法書士法〔第3版〕』117頁。

▶法科大学院教育で体系化された法的交渉の手法を実務界に紹介！

法的交渉の技法と実践

日本弁護士連合会法科大学院センター
ローヤリング研究会

編

A5判・258頁・定価 本体 2300円＋税

民事法研究会 FAX 03-5798-7258