

司法書士の業務範囲(3) : 司法書士法3条業務(1)

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/1786462>

出版情報 : 市民と法. 100, pp.11-19, 2016-08-01. 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(3)

——司法書士法3条業務(1)——

九州大学教授 七戸克彦

1 司法書士法3条業務の内訳

司法書士法3条1項1号～8号の定める業務のうち、最古の業務は、①4号前半の「裁判所若しくは検察庁に提出する書類……を作成する」業務であり、明治19年〔旧〕登記法が登記事務の管轄を治安裁判所としたことから、②登記に関する書類作成が①裁判書類作成業務中に取り込まれ、その後、大正10年に供託事務が大蔵省から司法省に移管された結果、②供託に関する書類作成も①裁判書類作成業務中に取り込まれた。

戦後、昭和22年に、登記・供託事務が行政事務とされたことから、昭和25年の司法書士法では、書類の提出先として新たに②法務局・地方法務局の文言が加えられ、その後、昭和42年法改正で、①代書的な「書類を代って作成する」の文言が文案作成型の「書類を作成する」の表現に改められるとともに、③登記・供託に関する代理権が新たに認められ、昭和53年法改正で、④登記・供託に関する審査請求の手續の代理権も認められた。

そして、平成14年法改正により、①裁判書類作成業務と②登記・供託書類作成業務が別立ての規定となり(①は4号、②は2号)、また、それまで前記①～④の付随業務として位置づけられていた⑤相談業務に関する明文規定も設けられた(5号)。一方、それまで司法書士が①裁判書類作成業務と同業務関連の⑤相談業務を通じて行ってきた本人訴訟支援に関して、法3条2項に規定する司法書士(認定司法書士)に限定して、簡易裁判

所の管轄事件の⑥訴訟代理権(6号イロハニ)並びに⑦法律相談・和解代理権(7号)が認められた。

その後、⑥・⑦の認められる簡易裁判所の管轄事件に関しては、平成15年に、裁判所法33条1項1号の定める訴訟の目的の価額が90万円から140万円に引き上げられた。平成16年には、現行不動産登記法制定に伴い、②登記・供託書類作成業務中に電磁的記録の作成業務が加わり、また同年には、少額訴訟債権執行の制度新設に伴い、同手續の代理権も⑥簡裁訴訟代理関係業務中に加わることとなった(6号ホ追加)。さらに、平成17年不動産登記法改正による筆界特定の制度新設に伴い、①裁判書類作成業務(4号)に筆界特定手續書類・電磁的記録の作成業務が加わり、また、認定司法書士の業務として新たに⑧筆界特定手續に関する相談・代理業務が加わった(8号追加)。

以上を要約するに、司法書士法3条1項1号～8号の規定する司法書士の業務の新旧関係は、明文化の古い順から、①4号→②2号→③1号→④3号→⑤5号=⑥6号=⑦7号→⑧8号となる。

一方、判例・通達等の領域において確認された司法書士の業務内容の変遷を概観すれば、大略以下ようになる。

2 戦前の判例・先例

(1) 書類作成業務

(A) 大正8年司法代書人法

大正8年司法代書人法1条の定める司法代書人

の業務範囲に関しては、当初は非常に柔軟な運用が行われており、①大8・8・15民事第3612号民事局長電報回答・先例集上447頁は、「登記申請ノ代人、書類ノ提出、閲覧又ハ仮住所引受ノ如キハ従来代書人ノ附帯業務ノ如ク看做サレ行ハレ来タリ当事者ニ於テモ大イニ利便ヲ感シタル所ニシテ新法ニ於テモ右等行為ハ禁止事項ニアラストシテ従来通り認容スルモ差支ナキカ如シ」との照会に対して、「貴見ノ通り」と回答し、②大正11・4・21民事第935号民事局長回答・先例集上471頁は、「司法代書人ハ親族会招集申請、廃家、隠居許可申請、競売法ニ依ル不動産競売申立等ノ非訟事件ヲ代理シテ申請スルモ差支ナキヤ」との照会に対して、「事情已ムヲ得サルモノト認メラルル限り申請書ノ受理ニ至ル迄ノ行為ハ司法代書人ニ於テ代理スルコトヲ認容スルモ差支ナキ儀ト思考致候」と回答している。

(B) 昭和10年法曹会決議

ところが、昭和8年〔旧〕弁護士法(1条)が、弁護士の業務範囲を「一般の法律事務」に拡張するとともに、新たに非弁護士の取締規定(法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律)が制定されたことで、状況は一変する。③昭10・6・28法曹会決議「司法代書人ト書類作製ニ関スル件」(注1)が、司法代書人の書類作成業務は「委嘱ノ趣旨ヲ完全明瞭ニ記載シテ形式ヲ整へ」るものに限られ、「事件ノ内容ニ付判断ヲ為シ鑑定ニ属スル程度ノ処置ヲ為スカ如キ」は司法書士の業務の範囲外であって、前記法律1条本文の「鑑定」にあたり、かつ、同条ただし書の「正当ノ業務ニ附随シテ為ス場合」に該当しない、としたのである。そして、この見解は、今日の司法書士法3条1項2号・4号の書類作成業務並びに5号の相談業務の範囲と、弁護士法72条の解釈に引き継がれた(注2)。

なお、その後の判例には、「司法書士ノ如キモ他人ノ囑託ヲ受ケ裁判所及検事局ニ提出スヘキ書類ノ作成ヲ為スヲ業トスルニ止マリ其ノ業務ノ範囲ヲ超ヘテ他人間ノ訴訟其ノ他ノ事件ニ関与スルトキハ〔旧〕司法書士法第9条(注3)ニ違反スルト同時ニ鑑定代理仲裁若ハ和解等ヲ為スニ於テハ法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律第1条ノ制裁

ヲ免レサルヘク」との一般的説示を行ったものもある(④大判昭14・3・6刑集18巻87頁)。

(2) 付随・関連業務

このほか、昭和期には、次のような判例がある。

(A) 書類・費用等保管業務

⑤大判昭7・3・31民集11巻540頁は、司法代書人が依頼者から預かった印章を利用して他から金員を騙取したため、被害者が、司法代書人に印章を預けた者に対して使用者責任を追及した事案につき、司法代書人の偽造書類の作成は民法715条の「事業の執行」の範囲に含まれないとした。

⑥大判昭8・7・17刑集12巻1319頁は、従来から支払命令の申立て・仮差押えの申請・保証金の供託受領等を行ってきた司法代書人が、預り金を着服した事案につき、預り金の保管等は司法代書人の業務ないし付随的業務に含まれないとの主張を退け、前記行為が「事実上業務」であるとした原判決を前提に、業務上横領罪の成立を認めた。

(B) 保証書作成業務

〔旧〕不動産登記法44条の保証書を作成した司法書士に対して損害賠償責任を問う事案が現れるのも、昭和期に入ってからである(否定例：⑦大判昭10・1・24法学4巻736頁、肯定例：⑧東京控判昭15・7・6法律評論29巻諸法540頁、⑨大判昭20・12・22民集24巻137頁)。そもそも保証書は、登記義務者(登記名義人)と面識のある者が作成することを前提とする制度である一方、登記権利者または登記義務者の代理人は保証人になれないというのが、明治32年〔旧〕不動産登記法施行当時から取扱いであった(注4)。にもかかわらず、司法書士の作成した保証書は無効とはされず、かえって高度な本人確認義務が課されているのは、かなり早い時期から、保証書の作成が、司法代書人・司法書士の業務(書類作成業務)の中に加えられていたことをうかがわせる。

(注1) 議按(昭9)第385号昭和10年6月28日委員会第四科決議。法曹会雑誌13巻9号91頁……〔所収〕法曹会蔵版『法曹会決議要録(追巻)』590頁(昭和12年)。

(注2) 小林昭彦=河合芳光『注釈司法書士法〔第3版〕』46頁(平成19年)。

(注3)〔引用者注〕司法代書人法(昭和10年司法書士法に名称変更)9条「司法代書人ハ其ノ業務ノ範囲ヲ超エテ他人間ノ訴訟其他ノ事件ニ関スルコトヲ得ス」。同条は、昭和25年の司法書士法9条、昭和53年改正10条にそのまま受け継がれた。なお、平成14年法改正では、すべての司法書士が行うことのできる裁判書類作成関係業務の範囲と、認定司法書士だけに認められる簡裁訴訟代理関係業務の範囲を書き分ける必要が生じたため、条文の体裁は大きく改められた(平成14年改正22条)。

(注4) 明33・2・21民刑第193号民刑局長回答・先例集上149頁。この扱いが廃止されるのは、戦後の昭27・11・26民事甲第672号民事局長通達・先例集下1965頁によってである。

3 昭和20年代の判例・先例

(1) 現行弁護士法・司法書士法制定

終戦直後の各種士業法の整備——公認会計士法(昭和23年法律第103号)、弁護士法(昭和24年法律第205号)、司法書士法(昭和25年法律第197号)、土地家屋調査士法(昭和25年法律第228号)、行政書士法(昭和26年法律第4号)、海事代理士法(昭和26年法律第32号)、税理士法(昭和26年法律第237号)、宅地建物取引業法(昭和27年法律第176号)の制定など——は、各士業者間の職域論争を引き起こした。

もっとも、弁護士法72条ただし書の原始規定(「但し、この法律に別段の定めがある場合及び正当の業務に付随してする場合は、この限りでない」)についていえば、司法書士・税理士・弁理士等が、「正当の業務に付随してする」法律相談などの法律事務は容認されていた(注5)。この点は、司法書士法19条1項ただし書の原始規定(「但し、他の法律に別段の定めがある場合又は正当の業務に附随して行う場合は、この限りでない」)に関しても同様で、公認会計士が、会社等の設立手続の委嘱を受けた際に登記申請書類の作成・申請代理を行うことや、海事代願人が船舶の登記手続の代理業務を行うことは、同条1項ただし書中の「正当の業務に附随して行う場合」には許容された(注6)。

(2) 昭和26年弁護士法・司法書士法改正

だが、弁護士法の一部を改正する法律(昭和26年6月9日法律第221号)は、弁護士法72条ただし書中「正当の業務に附随してする場合」の文言を削除した。一方、司法書士法の一部を改正する法律(昭和26年6月13日法律第235号)も、司法書士法19条1項ただし書中「正当の業務に附随して行う場合」の文言を削除したが、⑩昭26・6・26民事甲第1321号民事局長通達「司法書士法の一部を改正する法律等の施行に伴う取扱について」先例集下1765頁は、「これは、従来における同条の解釈運用を変更する趣旨ではなく、単に同条の解釈上当然の事理として不要の文字を削ったものに過ぎない。従って、正当の業務に附随して同法第1条に規定する業務を行う場合は、今後においても同法第19条の違反とはならない」とした。

ところが、弁護士法改正72条の解釈運用に関しては、従前通りとはならなかった。

(A) 司法書士の代理業務の制限

まず、司法書士の代理業務に関しては、⑩昭28・3・28民事甲第491号民事局長電報回答・先例集下1990頁が、「登記申請書を作成した登記事件につき申請代理人となり、又は裁判所に提出すべき書類を作成しこれを裁判所に提出することはさしつかえないが、非訟事件及び競売事件の当事者の代理人となることは、附随業務の範囲を超えるものであり、従って又、弁護士法第72条にも違反するおそれがあるものとする」とした。

(B) 司法書士の書類作成業務の制限

一方、書類作成業務に関しても、⑩昭29・1・13民事甲第2553号法務事務次官回答・先例集下2145頁が、「一、他人から嘱託された趣旨内容の書類を作成する場合であれば、その作成及び提出は、司法書士の業務範囲に含まれるが、しからざる場合には、含まれない。又、代理行為については、書類の提出に関するものの外は、すべて含まれないものと解する」「二、会社設立に必要な書類のうち、登記所に提出するためのもの(例えば、会社設立登記申請書、登記申請委任状)の作成は、司法書士の業務範囲に含まれるが、しからざるもの(定款、株式申込証等)の作成は、含まれない」

とし、さらに、同日付にて、**13**昭29・1・13民事甲第2554号民事局長回答・先例集下2146頁が発出されて、「訴状、答弁書、準備書面又は告訴状、告発状等の作成は、他人から囑託された趣旨内容の書類を作成する場合であれば、司法書士の業務範囲に含まれ、弁護士法第72条の違反の問題を生ずることはない。しかし、いかなる趣旨内容の書類を作成すべきかを判断することは、司法書士の固有の業務範囲には含まれないと解すべきであるから、これを専門的法律知識に基づいて判断し、その判断に基づいて右の書類を作成する場合であれば、同条の違反の問題を生ずる」とされた。

(注5) 那須弘平「弁護士職をめぐる自由と統制」
官川光治＝那須弘平＝小山稔＝久保利英明
編『変革の中の弁護士——その理念と実践
(上)』143頁(平成4年)。

(注6) 昭25・7・6民事甲第1867号民事局長回答・先例集下1430頁、昭25・9・9民事甲第2449号民事局長通達・先例集下1463頁。

4 昭和30年代の判例・先例

(1) 登記関係業務

14昭30・12・16民事甲第2673号民事局長通達「虚偽の保証書等の作成の防止について」先例集追I 508頁は、「最近不動産登記法第44条の規定にいわゆる保証書の制度の悪用又は白紙委任状の流用による虚偽の登記申請が増加しつつある現状に堪がみ」、司法書士に対し、保証書による申請の場合の本人確認並びに白紙委任状による申請の場合の意思確認の徹底を促した。

その後の**15**東京地判昭34・6・30判時197号18頁は、**14**通達を引用しつつ、司法書士の過失を認定して損害賠償を肯定している。

(2) 裁判書類作成関係業務

(A) 最決昭和33・9・12

一方、昭和33年には、司法書士の裁判書類作成業務につき、弁護士法72条・司法書士法〔旧〕9条違反を問われた司法書士が、最高裁まで争った事案が現れている(**16**最決昭33・9・12刑集12巻13号3007頁)。被告人司法書士は、一方において、弁護士の職域拡大により司法書士業務が圧迫され

るに至った歴史的経緯の不当性を論じ、他方において、被告人司法書士が書類作成の際に行った法的判断は司法書士の業務の範囲内であると主張したが、最高裁は原審の有罪判決を維持した。

だが、紛議はこれで終わらなかった。有罪判決の確定を前提として大阪法務局長が行った司法書士認可取消処分につき、処分無効確認請求訴訟が提起されたのである(**17**大阪地判昭34・9・29訟務月報5巻10号1442頁)。被処分者である司法書士は、**16**の刑事裁判と同様、「原告は囑託人から相談を受けた際は無報酬でこれに応じ、囑託するか否か、又囑託案件の指定はすべて囑託人に任せ、そのうえで一旦囑託のあった書類を作成するに際し、法的判断を加えて立案した。このことは司法書士業務に従事するについて当然のことにしたまでである」と主張したが、**16**の刑事裁判につき当然無効の事由がない以上、法務局長が行った処分に違法はないとされた。

(B) 大阪高決昭35・12・27

なお、司法書士が行った業務の範囲外の行為の効力に関して、**18**大阪高決昭35・12・27金法265号7頁は、司法書士が競買人の代理人として執行吏に対し競買を申し出る行為は、執行機関に対する意思表示として訴訟行為に準ずるものであって、署名代理は許されないことを理由に(民事訴訟法〔旧〕79条・80条。現行54条)、民事訴訟法〔旧〕672条第2(現在の民事執行法71条2号に相当)を適用して、競落許可決定を取り消した。

(C) 弁護士の行う司法書士業務

ところで、前掲・最決昭33・9・12(**16**決定)の上告趣意は、司法書士の業務の範囲内に属する行為は、司法書士の独占業務であって、弁護士はこれを行うことはできない旨を主張していた。

行政書士法1条の2の規定する行政書士の業務内容のうち①「権利義務……に関する書類」と、②「事実証明に関する書類」中「法律上の権利義務に関係を有する」書類の作成については、弁護士法3条の「一般の法律事務」に含まれるとされるが(注7)、②のうち法律上の権利義務に関係しない書類に関しては、弁護士の業務の範囲外であり、行政書士の資格を取得しなければ(行政書

士法2条2号参照)、行政書士法19条1項本文の禁止規定に触れる。問題は、同様の関係が、司法書士との間にも成り立つか否かであるが、平成期に入って埼玉司法書士会事件判決が出るまで、この問題は、さほど意識されたことがなかった。

もっとも、①最判昭36・9・19集民54号239頁は、登記義務者Aに対する登記権利者Bの仮登記仮処分申請の代理人となった弁護士Cが、A→Bの所有権移転登記の後、Aの代理人となって登記の無効・抹消請求訴訟を提起した行為が、民法108条・〔旧〕弁護士法24条(現行25条)に抵触するかが争われた事案につき、前件の登記申請代理は、「Aの既に負担して居つた登記義務を履行するためになした単なる事実行為であつて、登記義務者の意思決定に立入るものでなかつた……。しかも、かかる登記申請の如き行為は、全く機械的事務に属するのであつて、当時施行せられて居つた所論旧弁護士法24条所定の弁護士の職務の中に包含せられない」旨を判示している。

(注7) 日本弁護士連合会調査室編著『条解弁護士法〔第4版〕』(弘文堂、平成19年)27頁。

5 昭和40年代の判例・先例

(1) 登記関係業務

(A) 本人の意思確認義務

昭和40年代の司法書士の保証書作成に関する裁判例は、いずれも司法書士の注意義務違反を肯定しているが(②東京地判昭46・12・24判時667号37頁、③東京高判昭47・12・21高民集25巻6号434頁)、このうち④判決は、登記義務者の代理人と称する人物から保証書による登記申請を依頼された事案であり、判旨は、司法書士は、登記義務者本人に対して代理権を授与したかどうかの意思確認をする義務があるとする。

(B) 調査・確認義務

他方、登記申請に必要な書類一般の真实性確認に関して、⑤京都地判昭40・2・23訟務月報11巻7号996頁は、「司法書士は、……形式的に必要な書類を整えその記載要件の欠缺のないようにする注意義務があるに過ぎず、……本件登記済証および印鑑証明書など〔依頼者〕から呈示を受けた登記

申請に必要な書類が真正なものであるかどうかについてまで逐一審査確認すべき注意義務は存せず、いわんや登記官吏と同一程度の審査義務があるとは到底いえない」としたが、⑥東京高判昭48・1・31東高民時報24巻1号17頁・判タ302号197頁は、「特段の事情」がある場合には調査義務が生ずるとし、「そして、右にいう特段の事情とは、〔①〕当該書類が偽造又は変造されたものであることが一見明白な場合とか、〔②〕特に依頼人からその成立の真否についての調査を委託された場合等をいうのであつて、右書類が自己の作成名義のものであるとの一事によつて、直ちにその成立の真否についての調査義務を負うものとすることはできない」とした。

(C) 登記手続「囑託」の法的性質

また、この時期には、司法書士法〔旧〕1条1項にいう「他人の囑託を受けて」(平成14年改正で「他人の依頼を受けて」の文言に変更。3条1項柱書)の法的性質を、民法上の委任契約と解し、司法書士に対する賠償請求を、委任契約上の善管注意義務違反と構成する裁判例が一般化する。

⑦京都地判昭40・2・23訟務月報11巻7号996頁は、「登記申請行為は、登記申請人が国家機関たる所轄法務局に対し一定内容の登記をなすべきことを要求する行為であつて、私人のなす公法上の行為の一種であるといえるけれども、司法書士のなすいわゆる登記事務の如きは、登記官吏のそれとは異なり、単に私人たる他人の囑託を受け、その者に代つて書類を作成して登記申請をなすための事務手続に過ぎず、したがつてそれは純然たる私法行為であつて、登記申請行為そのものとは区別されるべき性質のものである」と述べる。

⑧東京地判昭41・12・26判タ205号157頁は、登記手続の囑託が「委任」である旨を明言したうえ、「本来原告〔依頼者〕の手許にあるべきもの、または原告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、被告〔司法書士〕は原告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、以後は原告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、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、被告に要求される事柄でない」とする。

㉑浦和地判昭43・5・9判時554号59頁では、「委任契約」に基づく「善良なる管理者の注意義務」違反を理由とする「債務不履行」責任の追及事例であることが、判旨中に明示されている（司法書士による申請の取下行為は委任契約で授与された代理権の範囲内とされたが、取下書類を安易に返還した行為が善管注意義務違反と認定された）。

なお、㉒旭川地紋別支判昭46・12・17（昭和46年（ワ）第5号）（注8）は、登記義務者・登記権利者の双方から登記手続の委任を受けた司法書士が、登記義務者から委任を解除されたにもかかわらず強行した登記を無効とし、抹消請求を認めている。

（2）裁判書類作成関係業務

（A）最判昭46・4・20

裁判書類作成関係業務に関しては、即決和解の申立書作成の嘱託を受けた司法書士が、代理人として和解契約を締結した事案に関する最高裁判例が登場した（㉓最判昭46・4・20民集25巻3号290頁）。争点は、①本件司法書士の行為は弁護士法72条あるいは司法書士法〔旧〕9条違反となるか、②違反となる場合には、和解契約の私法上の効力に影響するか、の2点である。①に関して、判旨は、本件司法書士は、私法上の和解契約締結の委任は受けたが、訴訟行為についての委任は受けていないので、弁護士法72条には触れないとの原審認定を是認したが、即決和解申立書を作成した司法書士が、私法上の和解交渉を行うことは、司法書士法〔旧〕9条の禁止行為に該当するとした。その結果、②司法書士法〔旧〕9条違反の和解契約の効力が問題となってくるが、判旨は、「その内容が公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情のある場合は別として、右和解契約は、第三者保護の見地からいつても、単に司法書士法9条に違反するのゆえをもつて、ただちに無効であるとする事ができないものと解するのが相当である」とした。

（B）弁護士の行う司法書士業務

なお、㉔「質疑・応答【4288】弁護士の登記申

請行為の代行について」登記研究218号73頁（昭和41年1月）は、「弁護士が依頼された事件に関連して登記の申請を代行することは司法書士法に違反しないが、弁護士が依頼された事件に関係なく同法1条に規定する業務を行う場合には同法19条1項に違反することになる」とし、㉕昭47・6・6民事甲第2143号民事局長回答・先例集追V758頁は、「現に弁護士の登録をしている者から、司法書士の認可申請があった場合、若し司法書士業務に従事してさしつかえない旨の所属弁護士会の許可書を添付した場合には、これを認可してさしつかえないか」との照会に対して、「司法書士法の規定に基づく選考により、相当と認定されるならば、認可してさしつかえない」と回答している。これらの扱いからすれば、昭和40年代までは、弁護士が司法書士業務を行うためには、司法書士の資格を得ることが必要との理解が、一般的だったようである。

（注8）判例集未登載。鈴木重信「登記手続と司法書士の損害賠償責任（続）」登記研究324号2頁（昭和49年）が紹介するものである。

6 昭和50～60年代の判例・先例

（1）登記関係業務

登記手続の嘱託の性質を私法上の委任契約と解し、司法書士の損害賠償責任の根拠を委任契約上の善管注意義務違反と構成する立場は、昭和50年代に入って、最高裁判所により確認される（㉖最判昭53・7・10民集32巻5号868頁）。

（A）書類保管義務・報告義務等

（a）委任契約が成立している場合

㉗判決は、登記義務者・登記権利者の双方が登記手続を同一の司法書士に嘱託した場合、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する一方、登記権利者との間の委任契約上、司法書士は、登記義務者から関係書類の返還を求められても、これを拒むべき義務があるとして、登記義務者に書類を返還した司法書士の、登記権利者に対する債務不履行責任を肯定

した。その後の下級審裁判例も、同様の事案につき、司法書士の委任契約上の善管注意義務違反に基づく債務不履行責任を肯定している(㉒千葉地判昭56・6・11判時1024号100頁、㉓名古屋高判昭57・2・10金商643号42頁)。

このほか、㉔仙台高判昭62・4・27判時1238号93頁・判タ655号165頁・金商792号16頁は、「登記申請手続の委任を受けた〔司法書士〕は、特段の事情がない限りは、受任後合理的に手続のために必要とされる期間内に手続を進める」委任契約上の義務があるとし、㉕京都地判昭62・1・30判時1246号122頁は、「司法書士が善良なる管理者の注意をもって受任事務を処理すべきことを考えると、司法書士が費用前払請求をしたのに委任者がこれを持参せず、そのため司法書士において登記申請事務の処理を暫時中止し、そのうちに印鑑証明書の有効期限の末日が迫ってきたものであったとしても……、司法書士において、右期限徒過を避けるべく、委任者に対し、費用を持参しないため登記申請事務の処理を中止したままであること及び印鑑証明書の有効期限の末日が迫っていることを説明報告する義務が生じる」としている。

(b) 委任契約が未成立の場合

なお、後日登記手続を委任することを前提に、関係書類を預託されただけの場合にも、登記義務者に書類を返還した司法書士は、登記権利者に対して保管義務違反を理由に損害賠償責任を負う(㉖大阪地堺支判昭60・3・7判時1166号123頁)。しかし、この場合には、書類の真否についての調査義務は負わないし(㉗大阪地判昭57・12・24判タ496号148頁)、登記遅延による損害賠償責任も負わない(㉘横浜地判昭58・9・30判時1092号87頁・判タ511号148頁)。

(B) 調査・確認義務

(a) 「特段の事情」としての調査・確認業務

一方、司法書士の調査・確認義務に関しても、㉙判決の説示——特段の事情(①無効な登記となる疑いが一見明白な場合か、②依頼者から調査を委託された場合)のない限り、必要書類の真否につき厳密な調査義務を負わない——は、昭和50～60年代の裁判例に引き継がれた(㉚東京地判昭

52・7・12判タ365号296頁、㉛岐阜地判昭56・11・20判時1143号119頁、㉜大阪地判昭62・2・26判時1253号83頁・判タ657号151頁)。なお、㉝判決は、特段の事情②(依頼者からの調査委託)の法的性質につき、「原告〔登記権利者〕、被告〔司法書士〕間には、〔登記義務者〕の行為能力調査に関する準委任契約が成立したというべきである」としている。

(b) 保証書作成業務

登記手続の囑託の性質を委任契約と解する理解の下で、保証書の作成業務もまた、委任契約の一内容と理解され、登記義務者の本人確認・意思確認の懈怠も、委任契約上の善管注意義務違反と構成されるようになる。保証書作成につき司法書士の損害賠償責任が問われた裁判例は、昭和50～60年代には、肯定例が大半を占めているが(㉞水戸地判昭50・1・31判タ323号202頁、㉟最判昭50・11・28集民116号557頁・金法777号24頁〔㊱判決の上告審〕、㊲東京地判昭52・3・29判時867号71頁・金商531号34頁、㊳仙台高判昭56・2・17判タ438号119頁、㊴千葉地判昭59・11・30判時1144号131頁、㊵鹿児島地判昭61・2・25判タ599号54頁、㊶京都地判昭63・2・25判時1289号109頁・判タ676号214頁)、㊷・㊸・㊹・㊺判決は、登記義務者の本人確認・意思確認義務が「善良な管理者の注意義務」であると述べる。一方、㊻判決は、登記権利者が、登記義務者の本人確認を免除していた事案であるが、それでも司法書士の損害賠償責任を肯定しているのは、この義務を、「登記が真実になされることを保障するための公法上の義務であるとともに、登記権利者および真実の登記義務者に対しては善良なる管理者の注意をもって、これを誤らないようにすべき私法上の義務」ととらえるためである(注9)。これに対して、唯一の否定例(㊼岐阜地判昭57・2・18判時1059号128頁)は、「登記申請が真正なものでないことを疑うに足りる相当な理由があるときにのみ、登記義務者本人の意思に基づくものであるか等の点を調査して当該登記申請が真正なものであることを確認する義務がある」とする。これは、前記(a)の調査・確認義務に関する一般理論を、そのまま

あてはめたものであろうが(特段の事情①の不存在)、しかし、保証書の作成依頼を、特段の事情②の調査義務発生事由と解する余地もある。

(c) 立会業務

なお、司法書士の立会業務における注意義務に関して、⑩大阪地判昭63・5・25判時1316号107頁・判タ698号241頁は、次のようにいう。「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ち入り、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(右のように解することが司法書士法、弁護士法に反するとは思われず、かえって司法書士法1条所定の目的にかなうであろう)」。

(C) 公法上の義務と私法上の義務の交錯

④判決にいう司法書士の公法上の義務と私法上の義務は、時として衝突する。

⑤東京高判昭50・9・8判タ335号216頁は、売主が二重譲渡をして第三者が登記を経由した事実を、依頼者である買主に告げなかったことが善管注意義務違反にあたるかが争われた事案であるが、判旨は、「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……、被控訴人〔司法書士〕が本件山林についての前記登記関係等を登記申請手続きの依頼者たる控訴人に告げ、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、登記申請手続受託者たる司法書士の職にあるもの

としての注意義務に欠けるところがあるということとはできない」とした。

また、⑥東京地判昭52・6・28判時873号62頁は、土地の買主から登記手続を依頼された司法書士が、買主から必要書類を受領する前に、売主から第三者への登記手続の依頼を受けて申請を行った事案につき、「特段の事情のない限り右書類交付の時に嘱託(委任関係)が成立するものと解するのが相当であり、これによって定まる嘱託時期の先後関係が、司法書士の業務処理の順序を決定する」とし、「およそ司法書士は正当な事由がある場合でなければ他人からの業務の嘱託を拒むことはできない……うえ、前記のとおり、司法書士は特別の事由がない限り嘱託の順序に従って業務を処理すべきであるところ、本件において、被告〔司法書士〕が別件登記申請事務の嘱託を拒否し、又は右嘱託にも拘らず本件登記申請事務をこれに優先して処理すべき特段の事情が存したことを認め得る証拠はないから、別件登記申請事務を先に処理した被告の行為をもって違法とすることはできない」とした。

だが、昭和60年代に入ると、司法書士が、土地の買主から登記手続を依頼され登記費用を受領した後、売主から第三者への登記手続を依頼された事案につき、買主との間の契約を、分筆登記と必要書類の提出を停止条件とする委任契約と評価したうえで、後に売主から登記手続の委任を受けた際には、買主に対してその旨を通知し、買主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ったとする裁判例が現れている(⑦福岡地判昭61・5・16判時1207号93頁・判タ612号55頁)。

(2) 裁判書類作成関係業務

(A) 大阪高判昭51・2・19

⑧大阪高判昭51・2・19判時816号57頁・判タ338号184頁・金商499号26頁は、不動産の競売手続の依頼を受けた司法書士が、これを自分のものにするを企て、競売手続を取り下げさせたうえ、司法書士の経営する会社を買収させた行為を、司法書士法旧9条にいわゆる「業務の範囲を越えて他人間の……事件に関与」したものと認定したうえ、同条違反の売買契約の効力につき、公

序良俗違反を理由に無効とした。

(B) 昭和52年松山地裁西条支部判決・

昭和54年高松高裁判決

司法書士の業務範囲をめぐる昭和50～60年代の裁判例の中で、最も著名な事件は、愛媛県の司法書士の行った本人訴訟支援が、弁護士法72条違反に問われた事案である。

(a) 松山地西条支判昭52・1・18

第1審(㉟松山地西条支判昭52・1・18判時865号110頁・判タ351号210頁)は、司法書士の職務につき、「他人の嘱託があつた場合に、唯単にその口述に従つて機械的に書類作成に当るのではなく、その嘱託人の目的が奈辺にあるか、書類作成を依頼することが如何なる目的を達するためであるかを、嘱託人から聴取したところに従い、その真意を把握し窮極の趣旨に合致するように法律判断を加えて、当該の法律事件を法律的に整理し完結した書類を作成するところにその業務の意義がある」とする一方、「弁護士法第72条に違反するかどうかは、被告人のしたことが、右書類作成嘱託の窮極の趣旨を外れ、職制上与えられた権限の範囲を踰越し自らの意志決定により自己の判断を以て法律事件の紛議の解決を図ろうとしたものであるかどうかによって判断すべきもの、即ち、右の権限踰越か否かが区別の本質的基準と考えられる」とした。

同判決の立場は、昭和53年司法書士法改正の国会審議の際にも取り上げられ、香川保一法務省民事局長は、「私ども、司法書士というのは、一部言われておりますように、単に嘱託人からの書類作成をそのまま、嘱託人の言うがまま文字にするというふうな、いわばタイプライターと同じような仕事とは毛頭考えていない」(注10)、「書類を作成するといったって嘱託人が言うことを右から左に書くだけのことであれば、これはタイプライターと同じでございますから、そんなタイプライターのかわりをするようなものについて国が業法制定するなんてばかな話はない」(注11)と答弁している。

(b) 高松高判昭54・6・11

だが、控訴審(㉞高松高判昭54・6・11判時

946号129頁・判タ388号57頁)は、「原判決の見解によると、裁判所の判断を求めるため書類を作成する限り司法書士はその過程においていかなる事もし得るといふに等しいことになつて、不当であるばかりでなく、弁護士との差異は唯訴訟委任状の存否にとどまるものとなる奇現象を呈することとなる。弁護士法72条の右文言につき、自己の意志決定とか自己の判断とかそれ自体必ずしも明確に区別することのできない基準を設定すべき合理的な理由も認められず、これを紛争解決に直接結びつく事項に限る理由もない」とし、「制度として司法書士に対し弁護士のような専門的法律知識を期待しているのではなく、国民一般として持つべき法律知識が要求されていると解され、従つて上記の司法書士が行う法律的判断作用は、嘱託人の嘱託の趣旨内容を正確に法律的に表現し司法(訴訟)の運営に支障を来たさないと限度で、換言すれば法律常識的な知識に基く整序的な事項に限つて行われるべきもので、それ以上専門的な鑑定に属すべき事務に及んだり、代理その他の方法で他人間の法律関係に立ち入る如きは司法書士の業務範囲を越えたものといわなければならない」とした。

しかし、「国民一般として持つべき法律知識」は、すでに国民一般がもっているのであるから、司法書士が重ねて助言指導しても意味がない。相談業務の内容が、すでに相談者の有している知識の反覆にすぎないのなら、それは書類作成業務におけるタイプライターと、何ら変わるところはない。

(注9) これに対して、東京高判昭55・10・29判タ433号99頁は、登記義務者の本人確認義務を免除する特約の存在を理由に、損害賠償責任を否定するが、本件の保証書作成者は、非司法書士のものである。

(注10) 第84回国会衆議院法務委員会議録第28号(昭和53年6月6日)5頁。

(注11) 第84回国会参議院法務委員会会議録第16号(昭和53年6月15日)18頁。