



Title	登記代理委任契約の特質
Author(s)	中, 弘
Citation	大阪大学, 2013, 博士論文
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/34009
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

序 文

「登記代理委任契約の特質」と題する本書は、中弘氏のライフワークをまとめたものである。氏は、司法書士として38年にわたり社会に貢献されてきた実務家である。この間に、社会は、高度成長期、バブル崩壊、そして現代の不景気の時代へと変遷し、職の遂行にあたって、不動産登記はまさに激動の時代を反映していたと言えよう。不動産登記をめぐる重要な最高裁判決も多くはこの時期に現れている。

このようないわゆる激動の社会の中で、誠実に司法書士の職務を遂行されてきた中弘氏の、登記に関する経験はことのほか貴重なものである。実務上、多種多様な依頼内容に直面し、登記手続の問題点に折にふれ接することにより、改善をはかるべしという声をあげることを痛感されたのだと思う。このような法律家としての正義感に燃えた誠実さが、本書を誕生させる原動力になっている。日常の業務の積み重ねの中から、登記代理委任契約の本質を見据えて探究され、その意思構造の分析から、持論を展開されている。もとより本書の中で、当事者の権利保護の観点と、専門職としての責務の分析が研ぎすまされている。ややもすれば、形式のみの繰り返しになってしまう恐れのある実務作業の中で、当事者の権利保護をはかり法の本質を探ろうとする姿勢を持ち続けられたことに敬意を抱く。中弘氏の理論からは、自らを律し、職務内容を明確にし、責任を負うことにより、登記実務が健全なる発展へ向かうようにという思いが伝わってくる。

一方で、現在は土地取引が減少し、不動産登記の機会も減少している。以前ほどは、登記の法律問題について真剣に検討されることは少なくなったように思われる。他方、現在では、司法書士が後見などの職務も担うようになっている。しかしながら、このような時代にあっても、登記の重要性は変わらず、あるいはますます高まっているとさえいえる。まさに登記代理は司法書士の職務

の中心をなすことがらであり続けているのである。

中弘氏の主張の核心は、登記手続の原因たる実定法的な権利義務について、司法書士が適切に事柄を理解し、依頼人の相談と指導にあたるとともに、説明義務を果たす必要性を主張し、共同申請の問題点を説くところにある。このことは同時に、登記代理委任の民事責任も広がることを意味している。当事者の利害の保護の観点と、登記職務の重要性から、こうしたことが登記の専門職に求められているとの主張が力をもっている。

社会の大きな変動期を目の当たりに経験してきた実務家の、登記手続への司法書士の関わり方をめぐる真摯な改革への声が、本書で展開されている。本書は、登記代理委任の問題点をわれわれに気付かせ、登記制度の将来を考えさせる機会を提供しているのではないか。「登記代理委任契約の制度を改善しなければ」という筆者のたゆまぬ努力と強い意思によって、司法書士による登記手続のあり方を本書は問うている。本書の出版を契機に、登記制度のさらなる充実が図られることを願ってやまない。

平成 24 年師走

松川 正毅

大阪大学大学院高等司法研究科教授

はしがき

登記の代理申請において、登記原因となる背後の実体関係が相互に相応な関連性を有する複数の申請を専門職として代理受任するにあたり、そうした委任事務の在り方をどう考えるべきかという問題は、かねて実務家の立場で関心を抱いていたテーマであった。これについて触れられた研究者の文献を目にすることはなかったが、むしろ司法書士においてこそ取り組むべき課題ではなかろうかと考え、機会があれば大学の場において、自身の研究テーマとして取り組んでみたいと若い頃から思っていた。

ふりかえると、この漠とした私の願望に実現の機会が与えられたのは平成9年に石田喜久夫先生のご紹介によって、國井和郎先生が大阪大学の大学院法学研究科博士前期課程に私を社会人研究生として受け入れることを快く承諾してくださったことによる。石田喜久夫先生には、かつて全国青年司法書士協議会研修会の講師としてたまたまお顔を見せられた際、隣席する機会を得てお願いしたのであった。

両先生とも今は既に故人となられているが、司法書士職能と私個人に与えていただいたお二人の先生のご芳情、特に國井先生より大阪大学において賜った社会人研究生に対するご配慮と、多くの先生方に親しくご指導いただくことができた学恩に、感謝するばかりである。ただ、そうした機会を与えられたにもかかわらず、平成11年にリンパ腫悪化のため長期入院治療をやむなくされ、研究活動は中断せざるを得なくなった。

退院後途切れてしまった私の願望を継ぐことができたのは、國井先生退官に際し、修士論文審査を機会に知偶を得て、以来私のことを気にかけてくださった大阪大学の松川正毅先生のおかげである。

松川正毅先生ご指導のもとで、私は平成14年に再度大阪大学大学院に入学を許され、遅々として進まぬ私の研究の営みにもかかわらず、どうか論文として形を整えることができたのは、ひとえに松川先生が寛容と忍耐のお心で

指導と励ましを与え続けてくださった賜物に外ならない。一実務家にすぎない私に、研究者の目で温かい光を与えてくださった松川先生には言葉に尽くせない感謝の気持ちで一杯である。今、16年間の歳月を経て、私にとってはこうした仕事の結実があまりに遅く、職能にとっては一つの始まりにすぎないことを改めて知った次第である。

平成24年12月

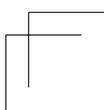
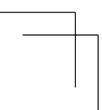
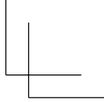
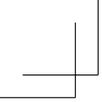
中 弘

目 次

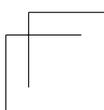
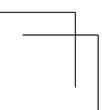
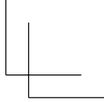
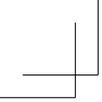
序 文	
はしがき	
はじめに	3
第1節 問題の所在	3
第2節 委任契約の多様性	4
第3節 申請における代理人の公的役割	7
第4節 本書の構成	8
第1章 登記代理委任契約とは何か	15
第1節 申請委任の概念とその機能的特質	15
第2節 登記代理委任契約としての広がり(1)	19
— 利用者意思との整合のプロセス	
1 代理人の活動とそれによる本人意思の変化	19
2 代理申請の内容を確定するプロセス	21
3 申請委任における委任状の役割の変化	23
(1) 旧不動産登記法当時の考え方 (23)	
(2) 新不動産登記法の考え方 (26)	
第3節 登記代理委任契約としての広がり(2)	27
— 登記相談の重要性とその限界	
1 相談に引続く委任	27
2 相談の特性	28
3 相談の限界	30
第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性	31
1 専門的知識の独自の領域	31
2 法務行政手続としての独自性	33

第2章 申請委任に先行する登記事務処理委任の必要性	53
第1節 登記代理委任契約の特質	53
第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任	54
1 検討のための5つの視点	56
(1) 登記事務処理委任を必要とする依頼者 (56)	
(2) 登記事務処理委任の役割と機能 (60)	
(3) 登記事務処理委任の成立時期と申請委任の成立時期 (63)	
(4) 登記事務処理委任と双方委任、利益相反 (67)	
(5) 登記事務処理委任の法的根拠と業法上の位置づけ (69)	
2 要点の整理	72
3 登記代理委任契約の公法的側面	74
— 委任契約の規範への適合と代理人の役割の変化	
4 司法書士業務に関する立法の沿革	76
(1) 昭和53年司法書士法改正 (76)	
(2) 大正8年司法代書人法の業務規定 (77)	
(3) 昭和25年司法書士法の業務規定 (78)	
(4) 昭和42年改正司法書士法の業務規定 (78)	
(5) 平成14年司法書士法の業務規定 (79)	
5 今後の業務と法改正の方向性	81
第3章 司法書士の債務不履行	89
第1節 裁判例の分析と検討	89
【1】 昭和61年5月16日福岡地方裁判所判決	90
(1) 判示事項 (90)	
(2) 事実の概要 (91)	
(3) 判決 (92)	
(4) 判決理由 (抜粋) (92)	
(5) 分析 (93)	
(6) 本件事案において必要な登記事務処理委任 (95)	
【2】 昭和63年5月25日大阪地方裁判所判決	98
(1) 判示事項 (99)	
(2) 事実の概要 (99)	
(3) 判決 (100)	
(4) 判決理由 (抜粋) (100)	
(5) 分析 (102)	
(6) 本件事案における登記事務処理の問題点 (105)	
【3】 平成3年10月23日東京高等裁判所判決	107
(1) 判示事項 (107)	
(2) 事実の概要 (107)	
(3) 判決	

	(109)	(4) 判決理由 (抜粋) (109)	(5) 分析 (111)	
	(6)	本事案における登記事務処理委任の問題点 (112)		
第2節	総括		117
おわりに			125
索引				



登記代理委任契約の特質



はじめに

第1節 問題の所在

「登記の申請行為は、申請人が国家機関である登記所に対して、一定内容の登記をなすことを要求する公法上の行為であって、一定の方式を践むことを要する要式行為である」¹⁾と説明される。

すなわち申請行為は、公法上の要式性をもった意思表示である。もっとも登記の実行処分自体は国家機関（登記官）によってなされ、申請行為の法律効果として当然に生ずるものではない。公法的非訟行為とも呼ばれる理由である。このように公法的意思活動として捉えられる申請行為であるが、それと同時に法律行為を登記原因とする権利の登記に典型例とされるように、申請当事者間では、権利の取得、義務の履行に準ずる一定の私法上の意義を有する意思活動でもある²⁾。

それでは、登記の原因となる実体関係を基礎として、申請行為に至るまでの当事者のプロセスはどのように評価されるべきものであろうか。公法上の意思活動に至る事前の準備段階というべき行為過程は、登記原因となる法律関係・法律事実に対する実体法上の規律とは別に、どのように法的に評価されるものであろうか。とりわけ、その行為過程に本人の依頼を受けて委任関係に基づき手続の専門家として司法書士が介在する場合はどうであろうか。

本書はそのような本人と司法書士の法律関係を考察の対象とするものである。

不動産の物権変動を生ずる売買等の取引行為をなした者が登記を取得しようとする際、民法176条、177条よりすれば1つの実体的意思である³⁾。

はじめに

なおかつ、自己の権利を第三者に対抗するためには、それについて同法 177 条が示すように「登記法の定めるところ」によって登記をなす必要がある。そこで「登記法」⁴⁾が利用者に一定の手続を用意している場合には、利用者はそのルールに従って手続的意思としてこれを表現しなければならない。

そのため、利用者の「実体的意思」は同時に「手続的意思」として具体化される必要が生ずる⁵⁾。そのような「手続的意思」への具体化に際して登記法の定める登記原因の確認を介し、実体法上の知識が必要とされ、さらに手続に固有の専門性や技術性を伴うため、多くの場合、手続上の受任者代理人として司法書士が利用されている。利用者と司法書士との間で、利用者が登記手続を自己の権利なり義務の履行を具体化するために委任契約を締結し、登記所に対する申請手続について、必要な代理権を授与するわけである⁶⁾。

申請手続を基礎づけるための利用者と司法書士との間の、この委任契約は、しばしば「登記代理委任契約」⁷⁾という用語で呼称されるが、実際のところ、この委任契約の内容を広く捉えるか、狭く捉えるかは登記制度や司法書士制度に対する論者の立場の差異を反映するものであり、必ずしも明確でない。また登記制度運営者としての国の政策的配慮もなされる領域である。

第 2 節 委任契約の多様性

従来このような委任契約は、司法の場で、事後的に裁判所において、主として司法書士の専門家責任を問う場合に、その事案においてそれが責任の法的根拠となり得るのかという視点から議論の対象とされてきた⁸⁾。

しかし、このように結果として生じた事象を評価する前に、まず依頼者が司法書士に対する相談に始まり自らの登記手続における権利実現のために解決を求める問題処理の範囲とその内容とはどのようなものか、それは受任者を介して本人との間でどのように具体化され実現されるのか、という専門職としての役割の原点がより掘りさげられ、社会的にも共有されねばならない。

その一方で、個別の登記の申請代理において、必要とされる委任とは、どう

いった範囲内容のものを意味するのか、ということが再度確認され、そこであらためて両者が対比されねばならない。はたして、前者の「依頼者より司法書士に解決を求めて委任する登記手続」に関する事務処理の範囲や内容と、後者の「具体的な申請代理」において必要とされる対内関係としての委任事務の範囲や内容が、同じものかどうかという疑問が生ずるからである。

これまで実務上一般に、この双方の委任、すなわち登記手続における問題解決のための委任と、個別の登記申請代理に必要な委任は曖昧のままに同一概念同一内容のものと理解されてきたようである。しかし、より根本的には、そもそも両者が同じものである必要があるのかどうか、という問題がある。

なぜなら、依頼者より登記手続上の問題解決を求めてなす委任事務は登記手続を利用する者の視点に立って自己の手続上の権利を保全するためにはどのような手法を必要とするのか、それを専門家に依頼するという必要から委任すべき事務内容が形成されてくるのに対して、個別の申請代理に必要な委任事務は、申請を受理する側の視点から申請の有効要件である代理人の権限が申請内容との対応において、どのように付与されている委任であるのか、という登記制度運営者である国の審査評価の視点からその事務内容と範囲が決まるからである。

依頼者より登記手続上の問題解決を求めてなす委任は、まず相談に始まり、ある程度包括的な登記手続に関する事務処理関係を想定することにならざるを得ないのに対し、個別の申請代理に必要な委任は、申請との対応において、個別的に特定された事務処理内容とならざるを得ない。

また、前者の委任は相談との連続性から、自ずと依頼者の登記手続外の利益追求や計算をベースにして、相手方のある場合は、その相手方との利益交換を予定した潜在的な利害対立を本来的にその事務の基礎に置くのに対して、後者の委任は観念的にせよ実体関係がすでに確定し、当事者間での利益交換の済まされた後の中立的な事務として認識されることになるからである⁹⁾。

さらに、受任者の活動の法的評価という点では、前者は、一応申請と切り離された、申請に至るまでの事前の利用者の意思活動と、代理人の意思活動を対

はじめに

象とする評価であるのに対し、後者は、特定の申請活動における代理権の所在と範囲についての事後的客観的な評価である。

しかし、こうした対比をするとすれば、もっとも重要な差異となるのは、本人と司法書士との間の委任契約における受任者司法書士の本人に対する主たる給付内容がどのようなものか、という問題の捉え方ではなからうかと思われる。

依頼者より自らが直面する登記手続上の問題解決を求めてなす委任においては、本人の求めるところに応じた具体的な登記事務処理の方針を確立することが主たる給付内容であるのに対して、個別の申請代理に必要な委任においては、特定の登記の申請とその完了が主たる給付内容となる¹⁰⁾。したがって、受任者の専門家としての本人に対する説明、助言、指導といった作為義務は、前者の委任にあつては主たる給付内容そのものの一部を構成するのに対し、後者の委任にあつては主たる給付内容に附随する義務となる。代理申請自体は、前者の委任にあつては登記事務処理の方針に従った委任事務の履行過程に位置づけられるものであり、重要な役割ではあるが、敢えて言えば附随的なものにすぎない。

しかし、いずれの立場にあるにせよ、実務的には具体的になすべき申請の登記内容を、申請に至るまでの過程においてどのようにして確定するのか、ということが共通の課題となる。言うまでもなく登記代理委任契約としてその内容を考察する必要のある固有の研究対象は、特定の申請活動がなされる前の段階において、本人のために具体的になすべき登記内容をどのように確定するかということをめぐる受任者の活動領域に求められるからである。

実務においては、多くの場合登記申請に至るまでの段階で、本人と代理人の共同作業の過程をとおして、申請すべき登記内容が定まってくる¹¹⁾。

その作業結果は、申請に添付された委任状によって表現される。これを申請手続としてみれば、本人の実体意思は委任状と必要的添付情報の提出という形式をとることによって、申請内容に取り込まれていると考えられる。

したがって、手続における意思活動の構造を明らかにするためには、個々の申請すべき委任状の内容が、はたしてどのようなプロセスを経て本人により自

己決定されるのか、その決定過程が、受任者代理人と本人との委任契約における作業内容のうえで、いかなる相互の意思と規範のもとに生成されるのかを検討しなくてはならない。

第3節 申請における代理人の公的役割

登記法が要請する公法的側面、すなわち真実を公示するという制度目的よりすれば、少なくとも代理人の申請による場合は、単に申請人本人の利便に資するのみの、いわば生のままの手続利用意思を代理人が汲みあげるとするだけでは、不十分である。

そこにおける代理人の意思活動は、本人の手続利用の意思を受けとめ、それを申立意思として完成させるとともに、さらにその内容の真実性を担保するという公的な役割がなくてはならない。その意味で代理人の意思活動には、本人の意思を超える機能が認められる必要がある¹²⁾。

代理人には、個別具体の申請における委任者本人に対して負う委任契約上の義務のみならず、広く抽象的一般的に、登記制度を現在及び将来に向かって利用する者に対しても負う、職務の誠実と真実を担保する機能が求められる。

そのような代理人の機能は、登記制度の趣旨、目的から導かれる代理人の専門職としての意思活動の規範適合性ともいうべきものであり、このような代理人意思の二重構造は代理人と本人との双方の意思活動による委任契約にのみ基礎を求め得るものではない。当該委任契約関係を構成する意思活動とは別に、登記制度の目的自体から、直接代理人に求められてくるものではなかろうか。このような代理人の意思活動の二重性は、その本人に対する忠実義務とは矛盾しないプロフェッション活動の側面である。

はじめに

第4節 本書の構成

そのような問題意識のもとに、本書は全体を3章より構成し、第1章においては、これまで登記代理委任契約と呼称される契約について、次の3点につき考察を加えた。

第1は、登記代理委任契約において受任者の具体的給付義務となるべき申請手続は、必ずしも予め最初から明確に定まっている事案ばかりではなく、仮に外観においてこれが定まっているように見える場合であっても、実は、当事者の一方が獲得すべく配慮した個別の申請形態を予定したものに他方当事者が自ら十分に納得をしないまま、あいまいな協力をなしてきている実態が多いこと。

第2に、本来受任者がいかなる登記申請をなすべきかという課題は、受任者が個々の申請なりその登記原因を一方的に認識する前に、当事者間での実体を基礎に委任者と受任者の相互の情報交換、情報提供、それに基づく受任者の説明助言により、本人によって持ち出された問題が再度本人に回帰され自己決定されるプロセスが必要であること。

第3には、この自己決定された申請意思が本人の真意と言えるためには、当事者の一方からの相談段階に引続く依頼によって、受任者が本人のためにする忠実義務の遂行としてなされる説明助言に支えられる必要があり、したがって、この受任事務は決して本来、当事者間で中立の事務としての性格を有するものではないこと。

第2章においては、登記代理委任契約における委任内容の多様性と委任関係に包摂される代理申請の二重構造をその特質として捉え、これを明らかにすることに努めた。すなわち登記代理委任契約は、通常は登記所に対する特定の申請代理権の付与を伴う個別の「申請委任」と言うべき委任事務と、その上位概念としての申請代理権の付与を伴わない専ら委任者の利益のためにする受任者の「登記事務処理委任」事務の複合体である。登記手続利用者の権利確保のために必要な受任者の役割は、個別申請委任に先行する「登記事務処理委任」に

よってこそ果たされる必要があるのではないかということ述べた。

個別の申請手続を中心とした役務を対象として委任契約の内容を想定している伝統的な思考のもとでは、登記手続利用者の真の意思と代理申請との整合性が十分にはかれていない実態がある。それを補うには、手続の受任者が単なる申請の受任者としての立場を超え、依頼者のためにその真意にしたがってより広く登記事務を処理する、本人のための受任者としての活動がなくてはならない。すなわち、依頼者本人と受任者司法書士との間において相互の規範基準として定立させるべき委任契約の枠組は、単に個別の代理申請を基礎づけるだけの対内関係ではなく、場合によっては個々の申請における登記原因をも超えて実体関係を基礎として、個別の、あるいは複数の代理申請を必要とする1つの関係的概念として理解されるべきものである。

この関係的概念は、A名義の甲地とB名義の乙地について、A・B当事者間でなされる相互の交換を原因とした所有権移転登記における申請委任の関係を想定してみれば明らかである。

この交換による所有権移転登記は甲地についてなされる申請と乙地についてなされる申請の2個の申請で構成される。

すなわち、甲地についてなされる名義人Aを登記義務者とし、交換によって甲地所有権を取得するBを登記権利者とする所有権移転登記の代理申請のために必要な当事者双方の2個の委任と、乙地についてなされる名義人Bを登記義務者とし、交換によって乙地所有権を取得するAを登記権利者とする所有権移転登記の代理申請のために必要な2個の委任という、2組の申請のための委任関係が必要である。

重要なことは、甲地について求められる申請は、乙地についてなされる申請と手続上でその連動が特別に約束されているわけではなく、登記官としては、甲地についてなされる申請は、甲地について求められる登記としてその申請を受けとめ処理を進めれば足りることである。仮に、乙地について何も申請がなされなければ、乙地についてなされた委任関係は甲地の申請において特に考慮の対象とされることはない。したがって、甲地における申請において名義人

はじめに

Aの登記義務者としての申請意思は、自らが乙地における別個の申請において登記権利者としてその登記義務者たるBより、当該申請意思を受領できるからこそなされたものであったとしても、このAの真意は、何らかの事由により乙地の申請がなされなかった場合は、甲地の申請を見るかぎりにおいて特段の保証が与えられるものではないのである。

Aの真意を担保すべき乙地に対する代理申請は、単なる申請のための委任の枠組を超えた手続の受任者としての委任契約における債務履行を介して実現されるより外にない。すなわち、甲地に対する代理申請とこれを基礎づける乙地に対する代理申請という関係的概念は、AあるいはBから委任を受けた手続の受任者の委任契約上の債務として括られなければならない。個々の代理申請はこの委任契約における受任者の債務の具体的給付内容として位置づけられることとなる。

代理申請におけるこの関係的概念は、ある申請と他の申請という申請相互の関係の議論だけではなく、申請と関連性を有する当事者間での他の何らかの対価的行為との間においても委任契約上の債務として構成されることがあり得る。例えば、共同担保の関係にある物件の一つについてなされる既存担保権の抹消登記と、その抹消原因である解除を原因づける他の何らかの対価的行為との間においても考えられる関係的概念である。

この関係的概念としての登記事務処理委任契約は、委任者各自にとってその手続上の利益は同じではなく、本来利害対立する相対的な利益状況にある。前例で言えば、手続においてAの受けるべき利益とBのそれとは同じではない。例えば、等価交換であるのか、他に清算的要素があるのかどうか、関連してどちらの申請を先にするのか、同時に申請するにはどのような条件か等、そこには相互に利益対立が内在する。

この代理申請のための委任を包摂する関係的概念としての委任関係は、それ自体申請代理権の付与を伴わないものであるが、手続利用者を保護するために先行しなければならない上位概念であることを分析した。

第3章においては、依頼者と司法書士との間において、過去に生じている債

務不履行を理由とする損害賠償事件のいくつかの事案において、これまで裁判所がこのような委任契約について、どのように判断をなしてきたかを考察し、私見として述べる登記事務処理委任契約が、各裁判事案においてはどのように機能すべきであったかという点を検討したうえ、そこに内在する問題点を実務家の立場から指摘した。

これらの考察を通して、改正された不動産登記法のもとで、今後実務家が目指すより良い登記手続としての委任契約の姿を、必要な法改正も視野に入れて、明らかにしたい。

- 1) 香川保一編『不動産登記書式精義（上）（第5刷）』（テイハン、1998年）105頁。
- 2) 一般に登記申請行為は、登記義務者の登記権利者に対する債務の弁済に準ずるものと説明される。給付が登記申請のような準法律行為にあつては、これによって請求権がその目的を達成し、債務が消滅する場合に弁済としての効力が生ずると解されている。

問題は、給付が債務の内容に値するもの、すなわち本旨に従うものであることを要する点である（我妻榮『民法講義Ⅳ債権総論』〔岩波書店、1965年〕214頁）。

当事者間において一個の登記原因によって構成される一件の登記申請を基準として債務を考える場合は、この債務の弁済に準ずるという説明は比較的理解が容易である。しかし、複数の異なる登記原因によって構成される複数の申請を基準として考える場合、何が債務の内容であるかによりこの弁済の態様は必ずしも一義的なものではなく、はたしてそれが本旨に従った弁済と言えるのかどうか、という評価の問題が生じる。そこで、直ちに一件の申請を基準として弁済に準ずると一般化することについては、疑問が残る。

ちなみに、登記申請行為は公法上の行為であることから、契約における無権代理行為について、本人からの代理権の授与、あるいは代理権の授与表示ある表見代理としての責任を本人に問うような場面において、登記申請行為のための授権が、はたしてその基本代理権たり得るのかどうか争われた事案がある。これについて、最判昭和46年6月3日第1小法廷判決は、「登記申請行為が公法上の行為であることは原判示のとおりであるが、その行為は……私法上の契約に基づいてなされるものであり、その登記申請に基づいて登記がなされるときは、契約上の債務の履行という私法上の効果を生ずるものであるから、その行為は同時に私法上の作用を有するものと認められる。」と判示し、登記申請行為が私法上の契約の義務履行のためになされる場合は、その権限を民法110条における表見代理の基本代理権として認めることを妨げないとしている。

なお、林良平「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」『民法と登記・香川最高裁判事退官記念論文集（上）』（テイハン、1993年）17頁では、「法務行政処分としての有効性は行政処分内部の問題であり不動産登記法……の手続によりいわゆる形式審査を受けて受理され登記記入されれば行政法的には効力を生じる……偽造書類、申請意思、抗弁権の有無

はじめに

などの正当利益ももはや再び「実質的」に問われることはない……ただ登記義務者から登記権利者への登記移転は、登記請求権の履行である。弁済といってもよい。なされた移転がこの請求権の履行弁済にあたるものであれば、登記という給付結果は、登記権利者が登記名義人として登記義務者に対して保持することが承認される。しかし弁済にあたらなければ、給付結果である登記の保持は法認されず、不当利得返還請求権に服し、給付結果、登記の返還を要する……弁済の要件として私法的な意味の効果意思としての弁済意思を要求するものではないが、弁済における当事者の意思の状態は、登記義務者の履行、弁済にあたるかを判定する一つの因子として重要性をもつ」と説明される。

- 3) 石田喜久夫『物権変動論』（有斐閣、1979年）110頁では、「176条にいう『意思表示』は売買などのような債権発生を目的とする意思表示で足り、そのような意思表示によって債権の諸効果に従って物権変動も生ずる。通説であり、判例も一貫してこの説を採っている」と述べられ、物権変動に伴う登記請求権は通説判例の多元的説明に対し、それは「物権変動の効果を強化し又は完全ならしめるための物権的請求権」であり、「登記請求権をもって、物権的請求権の顕現形態と理解し」（石田・同 146頁）、「物権的請求権を実体法上の権利と見るかぎり、登記請求権もまた、不動産登記法という手続法によって、その具体的内容について制約されているとはいえ、実体法上の権利とみられよう」（石田・同 149頁）と一元的に説明される。

なお、登記申請における当事者の申請意思が実体法上の意思表示ではないが、一つの「実体的意思」と言えるものがあるという点からは、委任による代理申請では本人の委任意思として現れる。

なお、これについては、後掲・第1章注21)参照。

- 4) 不動産登記法（平成16年6月18日法律第123号）及びその附属法令。登記手続に関する現行制定法の体系としては、法の他に不動産登記令（平成16年政令379号）、不動産登記規則（平成17年2月18日法務省令18号）、不動産登記事務取扱手続準則（平成17年2月25日民ニ第456号通達）等の附属法令通達がある。

現行不動産登記法は明治32年法律第24号の不動産登記法の全部改正という制定手法に拠った。

本書では、改正前の不動産登記法を便宜上単に「旧法」、改正後のものを「新法」と呼称する。新法の施行については、新法附則3条1項の規定により電子情報処理組織を用いた登記事務については、新法附則1条による新法施行日（平成17年3月7日）よりいっせいに適用されるのではなく、各登記所ごとに法務大臣が指定した事務について、指定の日（オンライン指定日という）から順次適用することとした経過がある。また新法附則7条の規定により旧法60条1項又は61条の規定により還付、交付された「登記済証」は新法22条本文の適用では「登記識別情報の提供」があったものとみなされるため、当分の間は旧法もなお現行制定法体系の一部を構成している。

- 5) ここでの手続的意思とは、申請行為として国家機関である登記所に対してなされる手続法上のルールに従った意思表示の意味である。

権利の登記には直接第三者への対抗力を付与するものではない種類のものも含まれ、登記によって法律行為としての効果を形成するもの（民法398条ノ16、同398条ノ17）等もあるが、さしあたり、ここでは私法上の意思活動を基礎に私人が対抗力の付与を求める場合をその代表的なものとする。

- 6) 登記申請の代理人は任意代理人のみならず法定代理人を含むが、本書では登記申請を業とする資格者代理人司法書士（不登法23条4項1号）に対し利用者からなされる有償委任の形態を対象を限定する。
- 7) 代表的なものとして、山崎敏彦『登記代理委任契約論』（一粒社、1988年）をあげる。
- 8) 司法書士の専門家責任の範囲は、必ずしも受任者として委任者との間の委任契約上の債務内容となっているものに限定されるものでないことは、専門家責任を論ずる法理一般の帰結である。

裁判例の中には信義則等の一般法理や不法行為によって説明されるものも多い。しかし、第1次的には、はたして委任契約上司法書士がどのような債務を本人に対して負っている事案なのかについて考察が必要とされるが、個々の事案によって必ずしもそれが明確であるとも言えない。

- 9) 登記手続における中立性は、双方代理を許容する最判昭和43年3月8日民集22巻3号540頁を代表先例としすでに確立されているようである。

なお、双方代理の許容は山崎・前掲注7)39頁、住吉博『不動産登記と司法書士職能』（テイハン、1986年）183頁等において議論がなされている。但し、いずれも個別の1件の申請委任を議論の枠組としているように思われ、実務上問題を残している。

- 10) 本人のために具体的な登記事務処理の方針を確立する、というきわめて抽象的な表現をせざるを得ないのは、この種の知的役務の内容が他の典型契約のように、予め当事者間で規範基準となるべき債務として給付内容が示され難いという特質に基づいている。

なお、後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約、委任契約—フランス法における事務処理委任契約（contrat d'entreprise）を参照して」『民法学の軌跡と展望・國井和郎先生還暦記念論文集』（日本評論社、2002年）232頁によると、フランス法における役務提供契約の法的特徴として、「債務内容の特定が困難である、契約の目的となる役務のユニットが柔軟に決められること、債務の履行過程につき、供給と消費が同時に行われること、債務不履行の判定につき、債務の本旨に従った履行かどうかの判定が困難であること、帰責事由の有無の判定が困難であること、および立証が困難であることが指摘されている」とある。

- 11) 本人と代理人の共同作業という表現は、ともすれば不動産取引における古典的光景を連想しがちである。しかし、今日、金融機関や住宅企業に代表される財貨・サービスの供給側に、それら企業主体の利益のために専ら登記事務処理を行う受任者や代理人が存在し活動している。それら代理人の登記事務処理を通して、多くの需要者側経済主体が一応市場的な自己決定を経た姿をとり、結果としてその大部分が双方代理申請による登記手続となるに至っている現実がある。平成15年の法務省サンプル調査では権利に関する登記の

はじめに

95.8%が代理申請である。

- 12) 比較的近年の、本人との委任契約関係とは別個に、代理人に求められる公益的性格として「犯罪による収益の移転防止に関する法律（平成11年法律第136号）」における特定事業者としての義務が挙げられる。同法2条2項40号（特定事業者としての司法書士）、4条（本人確認義務）、6条（本人確認記録の作成）、7条（本人確認記録の作成）、同施行令9条、同施行規則3条。

また、藤原勇喜「不動産登記制度と公益性について」登記研究736号17頁参照。

第1章 登記代理委任契約とは何か

第1節 申請委任の概念とその機能的特質

昭和53年の司法書士法改正によって、司法書士の登記手続に関する業務規定は、それ以前の「登記手続を代わってすること」という規定の文言から「登記手続を代理すること」と、その表現が改められた。この「代理すること」の法的な意味は、研究者によって民法上の委任を基礎とする代理権の意味であると説明されている¹⁾。その頃から一部の研究者や実務家の間で「登記代理委任契約」という用語が使用されるようになった²⁾。

登記代理委任契約とは、広い意味では個別の代理申請において、受任者の代理権を基礎づける委任契約の意味である。しかし、本書ではさらに狭い意味において、その委任契約の処理事務の範囲が当該登記代理申請をなすにあたり、代理権の存在根拠となるに必要にして十分な対内関係としての委任契約（以下、本書においてこれを狭義の意味における「申請委任」という）を基本的な単位とし、なお当事者の権利保護の視点からこのような申請委任を集合する形態のものに限定して使用したい。

すなわち、複数の申請委任を組み合わせたものを含むとしても、それは個別の申請委任に還元できるものであることに限定し、これからの議論の枠組を設定しようとする意味に外ならない。このことは仮に委任者と受任司法書士との間の有償委任として、それ以外の委任事務が約定されていたとしても、そのことを当事者間の委任内容から積極的に排除するという意味合いではなく、ただこのような事務範囲は登記代理委任契約という概念に組み入れないということである³⁾。

第1章 登記代理委任契約とは何か

そこで、このような枠組において、まず基本となる委任の形態は、代理申請における申請委任という概念である。

申請委任は、個別の申請内容に対応して当該申請に必要な代理権の対内関係たり得る委任に事務の範囲を絞り込み限定するものである。

申請は国家機関である登記所に対する代理人の意思活動であるから、その申請内容から委任の枠組を考察するという手法は、委任内容が申請人、相手方、登記の目的、登記の原因、申請物件という登記すべき適格や登記すべき事項と結合しており、申請の有効性を個別に特定しうえ判断できる。それゆえ、委任の枠組を考えるにあたって最も基本的な思考である。

このように具体的申請に対応する代理権限から出発して、そこに必要な代理人の権限の根拠として委任事務の枠組を想定するという思考は、手続的に見ると、申請に添付すべき代理権限を証するものとして委任事務の内容が登記官により審査され⁴⁾、また、沿革的に見ると、もともと業法において、司法書士の依頼者に対する主たる役割が、登記申請に必要な書類の作成と、その書類の登記所に対する提出及び当該登記完了後の登記済証等の書類の受領や保管を長くその内容としてきたことから、実務的に一定の共通認識を有する概念を保持し、運用されてきた実績に基づくからである。

しかし、申請委任は、申請という技術性から求められる代理人に対する授権の本来的な狭さ、代理人の意思活動に対するある種の硬直性を有する概念でもある。したがって、登記制度の利用者の手続利用意思をはたして十分に受けとめ、汲みあげることができているのかという問題がある。

例えば、事案において、いかなる申請を何個どのように手続利用者の利用意思に応じて組み立てるべきか、それはそれぞれいかなる登記原因によるべきか、という申請の個数、各登記原因、各申請提出の順序、申請を起動させ基礎づける相互の諸条件をどのように具備させるか、という当事者の権利保護、利益判断の領域については、委任事務の範囲として、これを十分に受けとめ担保するものとはなっていない。

制度の利用者の素朴な手続利用意思を先ず受けとめ、これを一定の手続的意

思として整序する役割を誰が担うかということは、その手続を成り立たしめている制度に固有の政策的課題である。

およそ手続の運営主体が、利用者のまったく自由で無方式な「申立」による意思活動を、制約なく一般的に受領するシステムは、大量の事務処理を要する時代に至ってからはほとんど存在しないと言ってよい。

明治19年旧登記法は、申立内容をできる限りシンプルにし、そのような努力を制度運営者側において、申請内容を整序する役割をある程度引き受けようとしたことが窺える⁵⁾。

まもなく、それも手続利用の増加によって明治32年には旧不登法の制定とともに司法次官通牒により申請書式が定められ、ほぼ現在の申請書フォームの原型が整えられるに至った⁶⁾。この段階ですでに手続受任者の存在を不可欠のものとしていた。

利用者の意思や情報の受領は、予め手続を運営する側において、利用意思や情報を受領する目的のために設計された一定のメニューとこれに対応したフォームが用意され、利用者がこれにしたがって、特定のフォームによる申立により意思や情報の提供を行うことによりなされる。このような手続利用の形態は、これまでの紙媒体による申立の場合には「申請書主義」と呼ばれ、この予め手続運営者によって用意されたメニューとフォームはこれまで申請者に求められる「申請様式（書式）」というかたちで運用されていた⁷⁾。

しかし、電子情報処理技術が発達し、今日のようにオンラインシステムを利用した電子申請をなすことが実施される段階に至ると、技術的制約はさらに加重され、単に申請の様式の次元の問題でなく、手続利用者の意思伝達、情報伝達そのものの要件であることが明確となる。利用者は、まず個々の申請活動をなす前に、運営主体の方で予め用意した一定の情報利用のために、設計された電子ソフトを自己のPC内に導入しなければならない。そうしないと、オンラインシステムではその意思伝達、情報伝達の基礎が与えられないのである⁸⁾。

次に、そのうえで個々の申請活動をなすにあっては、やはり手続の運営主体が用意した特定の情報類型によって、他の情報類型とは区別された形式のもの

第1章 登記代理委任契約とは何か

として自らの意思内容、情報内容を表現し伝えることとなる。このような手続の仕組みのもとでは、手続利用主体の裁量による運営者側のメニュー選択が重要なものとなる。一般人にとって、きわめて困難な作業である。

このように手続のメニューを手続を運営する側が一定程度の質と量で内容を構築することは、その効用として当該手続を利用するために必要な意思活動の内容を予め整理し、事務としての迅速性・安定性・経済性に奉仕する合理性が得られる反面、手続を利用する側に対して利用者意思を実質的に規制していることになる。

それだけに、利用者の権利保護としての視点から、本人と代理人の委任契約の在り方を見る場合に、本来はできる限り、より自由で広い双方の意思活動の場が手続開始前に想定されるべきである。したがって、そこでの委任事務は、単に申請手続における代理権の存在根拠となるだけではなく、手続法のもつ本来的な硬直性を緩和し、補完する法技術としての人間関係が必要でなくてはならない。

また、申請委任という考え方は、登記について、これまで利用者の物権を対象とした公示に関する手続の側面のみを捉える結果となっており、登記が具体的な取引において果たしている登記原因となる実体および取引における利害を組成する要因として果たす側面を捨象してしまった感を否めない。

登記の履行を態様とする不動産取引自体は、長く当事者間の私的自治の領域にとどめられ、そこから公示としての手続の側面のみが法務行政により抽出されてきたと言っても過言でないであろう⁹⁾。

仮にこれら取引の領域について法的瑕疵があれば、それは登記完了後に司法裁判所場で解決されることが予定された。これまで長く制度の役割分担とも言うべき法秩序のシステムが形成されてきたのである。したがって、依頼者が司法書士に対し民事責任を問う場面は、本来は登記申請自体の遂行過程における態様の瑕疵を問題とするはずのものであった。

しかし、過去に司法書士の民事責任を問う裁判例に現れた依頼者の司法書士に対する委任契約上の問題は、申請委任の考え方では十分に説明のできないも

第2節 登記代理委任契約としての広がり (1)

のも多い。法的責任として問題となっている事案の多くは、依頼に応じて申請書を作成し提出するという申請活動としての役務に特に欠けるところがなくとも、登記手続に関する委任者本人の自己決定過程に対し、受任者としての適切な関与（作為）がなされていないかつたことについての責任を論ずるものが登場してきたからである¹⁰⁾。

特に申請委任という伝統的な考え方を基礎として司法書士法の業務を解釈する場合、裁判例に立ち現れたこれら多様な司法書士の作為義務は、仮にこれを契約責任として構成する場合、主たる給付に附随する義務として捉えられることとならざるを得ない。しかし、それでは、司法の場で事案ごとに事後的判断がなされることとなり、内容において予測が難しく、利用者側の司法書士に対する信頼にも十分応えきれないという実情がある。

司法書士に求められるこれらの作為義務は、その契約責任の根拠を検討するにあたり、個別の申請代理委任について、信義則上解釈され得る附随義務として位置づけるのではなく、登記手続に関する委任者の自己決定過程に、受任者として適切な関与をなすべき作為義務を相談段階から抽出して、事前にそれが委任契約の目的及びその主たる給付内容となり得るように、当事者間の個別規範として明らかにする契約過程を前置すべきである。

第2節 登記代理委任契約としての広がり (1)

—利用者意思との整合のプロセス

1 代理人の活動とそれによる本人意思の変化

伝統的な代理学説によれば、手続行為は代理人の意思活動によって、当該申立内容が形成され代理人の行為によって一定の手続法上の効果が本人に帰属することとなる。

そうすると、本人に求められる手続的意思とは代理人に対するその申立授権の根拠となった委任意思として捉えられることとなろう。

代理人によって完成される申立内容は本人の申請意思¹¹⁾を具体化したもの

に外ならない。

では、その委任意思は申請意思としてどの程度の完成度を求められるものであろうか。換言すれば、どの程度、代理人の意思活動によって補充可能なものとして許容されるのであろうか。

申請意思と定義されるものは、広い意味での当事者の手続利用意思とは区別されねばならない。申請意思は前述のとおり登記制度運営者が手続法の中で登記すべき権利、登記事項に対応して、予め想定し、用意した個別の手続メニューに正確に対応している申立意思である。すなわち、それは、登記所に対して具体的な登記申請をなす意思として存在していなければならない。しかし、代理人に対する委任契約の段階で、委任者の意思内容は必ずしもこのように手続的に完成されたものばかりではない。通常はこれよりも大きな枠組みの意思内容、例えば、売主からなされる委任では細部ではともかくとして、「売買により特定の物件について登記を買主に移す」という程度のものである。したがって、手続的には甚だ未完成なものである¹²⁾。

はたして物件が本当に売主の所有となっているのか、登記名義は誰であるのか、担保物権の負担があるのか、あるとすればその抹消は可能であるのか等、手続的に予め解決し、整序すべき事柄が多く予想される。しかし、本人の司法書士に対する当初の委任意思として、どの程度のもを捉えるべきかという議論としては、なおこれで十分としてなくてはならない。代理人の意思活動を介して、それが必要な個別具体の申請意思に高められる委任契約の機能が予定されるからである¹³⁾。

すなわち代理人によって、完成された申請内容を委任者本人がその完成段階で代理人より、あらためて説明を受け再度自己決定するプロセスがあって、当初の委任意思が申請委任意思に高められる。そのような代理人の意思活動を介して本人意思の回帰するプロセスが重要である¹⁴⁾。委任意思には実体関係を基礎にして本人と代理人との共同作業によって、当初の依頼内容から進化し手続的意思として熟成する過程が必要である。

当初の代理人への委任意思は個別具体の申請における委任意思とは明らかに

異なるものであり、そこで想定される委任内容もまた異なる。当初の委任意思は手続外での実体を有するものであり、本人の依頼意思としては原始的なものである。相談との区別は依頼者の心裡段階において受任者を介して登記手続を自己のために利用しようとする受任者に向けられた意思の積極的発現に至っているかどうかにある。これを受け止め、どのような手続的意思として生成するかは、受任者の委任契約に基づく債務の履行過程そのものであると言える。

2 代理申請の内容を確定するプロセス

それでは、受任者の責任根拠となる委任契約上の債務はどのようにしてその範囲が確定されるのであろうか。

役務提供を目的とする委任契約において、受任者が何を債務として履行すべきかを見出すために、まず内容を未定のものとして自らの債務を成立させ、その後の履行過程で委任者に対し、その提供すべき役務内容を確定させ、事後に手続上必要とされる書面等の交付を求めるということは、決して背理ではないであろう¹⁵⁾。

委任者が、代理人に対し一定の専門的な事務処理を委任する場合に、まず受任者である代理人が委任者に対し、自らが履行として何をなすべきかを見出すために必要なプロセスを与えてほしいと要求することには、知的役務を提供する委任契約では合理性がある。

例えば、D銀行に対する既存の負債整理のためにDのための抵当権の負担付の事業用資材置場である不動産を所有するA会社から、委託を受けて当該不動産についての宅地販売活動に従事していると称する業者Bとの間で、当該不動産を自らの住宅用地として取得する目的で契約を締結のうえ、その登記を得たいと望んでいる会社員Cより必要な登記事務処理の委任を受けるような事案を想定してみよう。そこでは、当該不動産の所有権移転登記の登記原因となる実体をどのように把握するのか、Cの立場はBの他人物売買における買主としてのものか、それともA社とBとの間の所有権留保特約付売買の受益者の立場なのか、また抵当権抹消の登記原因となる実体をどのように把握す

第1章 登記代理委任契約とは何か

なのか、Dの抹消の条件、A・B間の契約内容等なお自らがCの受任者代理人として最終的に何をなすべきかを決定するために必要な情報整理の段階がある。

このような事案では、A社が従来事業用の資材置場に使用していた土地ということから、その地盤には場合により住宅用地に転用するについては有害な物質による汚染があり得るかもしれず、売主の担保責任（又はそれに関する特約）についての視点から売主が誰であるかについて留意が必要である。また、建物建築の可否、道路状況等そのことによりCが支払う契約上の対価関係の適正さに影響する重要項目は多数あり得る。しかし、自らがCの受任者として何をなすべきかを見出すにあたって、依頼者に提供を求めべき情報はここでは登記手続に必要なものに絞り込まれる必要がある。

その視点からすれば、Cに対し所有権移転登記をなすべき相手方とその者との間の登記原因を正確に把握することができる情報補完が最も重要である。そして、受任者が自ら債務内容を確定するといっても、委任者の提供した情報に拠らねばならないわけであり、そこで実施する方法については、委任者の理解をを求めるプロセスがあり、受任者が全く独自に何をなすべきかを決められるのではない。このように、役務提供型契約の法的特徴は、受任者の履行内容の確定には委任者との共同作業による一定の過程が必要不可欠となることである。

登記手続の委任にあっても、多くの場合、受任者の債務内容の中心をなす「いかなる登記手続をなすべきか」という課題は依頼者と受任者の間に、(イ)依頼者からの相談に始まる初動段階での手続利用意思と情報提供、(ロ)受任者側の登記原因となる実体を踏まえたうえでの調査、確認、説明、(ハ)依頼者の理解と受任者による整理された結果としての具体的登記についての申請内容と必要な申立の件数、(ニ)共同申請の場合は相手方の協力の有無、内容の確定と、それらの登記を申請するという本人の意思の確定、という一連の共同作業を経て決まる。このような一定のプロセスがあって結果として債務内容の確定があるのであって、最初から明確に定まっている場合ばかりではない。

この債務内容確定の段階を見ると、実務的には本人が自己決定すべき領域と、その本人の自己決定に基づき受任者の意思活動によって遂行すべき事務領域と

の明確な区分が必要とされる¹⁶⁾。

特に委理事務の最終段階において必要とされる本人の自己決定は重要である。当該事務処理の結果として、必要な個別の申請当事者、その内容、件数、申請を基礎づける諸条件等について、受任者の説明に基づき、本人が納得したうえで、登記官に対する当該個別申請の代理権限を証明する外観上の要式性をもった委任がなされるからである。それが本人の「登記をなす」という実体意思に外ならない。換言すれば、本人の申請意思が受任者代理人に対する申請委任意思として顕現されたと見ることのできる充分性の要件である。

したがって、このような事案においては相談に始まり申請に至るまでの一連の受任過程の中で受任者は個別の申請委任内容に至る段階的成熟と変化を捉えなくてはならない。そして、最終的には個別具体の申請における代理権限を証明する外観上の要式性を持った委任状に表現されなくてはならない。

3 申請委任における委任状の役割の変化

このように依頼者から提供された情報に基づき、登記原因となる実体を基礎として委任契約上なすべき債務内容が段階的に生成されるという実務形態を踏まえると、申請情報に添付される委任状（代理権限証明情報）は、いかなる申請をなすべきかについて、かならずしも本人の指示内容を具体的に細部にわたって明示する役割を担うものではなく、他の添付情報との相関関係によって申請を基礎づけ、これに対応する代理権の存在根拠となる役割が主たるものとなるのではなかろうか。

(1) 旧不動産登記法当時の考え方

旧不動産登記法当時、委任状は、代理人に対する本人からの授権の内容を明示する役割のものであった。

当時の議論であるが、具体的に代理人が行為できる権限の根拠は、添付された委任状によって、どの範囲まで明示される必要があるかという問題意識があった。これは手続上固有の問題として、申請内容が外観上形式的に本人からの授権によるものであることが登記官に対し要式性をもって証明されなければなら

第1章 登記代理委任契約とは何か

らないからである。申請内容と委任との形式的対応である。おおむね3つの考え方があったように思われる。

第1は、申請書に記載されるべき要式事項はすべて委任状に代理人の権限の根拠として示されねばならないとする考え方である。旧法では、登記手続は申請人からする「申請書の提出」という申請行為によって起動するわけであるが¹⁷⁾、その内容のすべてが、予め本人からの授権によって明示される必要があるとする立場である。

このような考え方も、申請という手続の要求する羈束性もたらす結果、支配的であったとも言える。登記官の審査の軽減と調査の迅速性という実務の要請である。しかし、これに対しては、手続法の構造から明らかにそこまでは読みとれないという批判があり得る。どの範囲まで代理人に対する授権の内容が示されている必要があるかは、申請内容を満足する事項が委任状にすべて記載されているかどうかではなく、他の添付書面等との関係において、登記官が全体として見て申請内容との合理的な関連性を確認できる記載があれば良いという解決があり得るからである。

第2は、申請にかかる内容が添付された書面との関係から、合理的な関連性をもって確認できるように委任状に記載されていれば良いとする立場である。実務上も有力な考え方である。このような委任状の形式は、実務上「原因証書援用型委任状」と呼ばれていたものである。例えば、委任状に授権内容として、「登記原因証書たる年月日付売渡証書記載のとりの所有権移転登記」とか、「登記原因証書たる年月日共同根抵当権設定契約書記載のとりの共同根抵当権設定登記」というような記載がなされる。委任状と原因証書を全体として見て代理人の権限の根拠を判断しようとするわけである¹⁸⁾。

この立場では登記原因証書が申請代理人の代理権限を証する根拠資料ともなり得るかといった視点からも論じられていたということになる。

旧法当時、登記原因証書は、申請に際して任意に添付することとされた書面であるが、それらは本来登記原因となる契約を証するために作成されるべきものであり、それ自体が登記申請のために作成されるものではない。そのため代

理権限を補完する内容の適格性があらためて論じられねばならなかったのである。

すなわち、いかなる不動産について、どのような当事者間において、いかなる登記原因により権利変動を生じたものであるかが、登記官において明確に認識できるものでなければならぬとされた。

問題は申請の却下事由を定めた旧法49条7号の「申請書ニ掲ゲタル事項カ登記原因ヲ証スル書面ト符合セサルトキ」の解釈である。申請にかかる内容とどの程度の一致符合が求められるかである。実務上2つの立場がある。

1つは、ここで「符合とは字義からすると、一字一句違わずに合致していることを意味するとする立場」¹⁹⁾である。実務現場においてなお支配的な見解であった。

これに対し、「委任状のみではなく、委任状と原因証書の組み合わせから、申請にかかる内容が合理的な関連性のあるものとして認められれば良い」²⁰⁾という見解もある。

さらに、実務上承認はされていないが、第3の立場として申請にかかる内容の充足は、代理人の権限行使の結果であり、委任状としては代理人がそのようなことをなすために、本人から代理人として選任されていることが記載されていれば足りるとする考え方がある。ここでは、代理権の授与内容ではなく、代理人の選任根拠が重要ということになろう。この第3の考え方では、登記申請の委任状は訴訟代理人の委任状とほぼ同様に訴訟委任における事件名に相当する、手続に必要な最低限の特定要素（物件と当事者及び登記目的）さえ記載されておれば良いということになる²¹⁾。

この考え方は、第1の立場はもちろん、第2の立場においても「はたして具体的にいかなるメニューにしたがった種類の登記申請をなすべきか」という利用者の登記申請意思決定過程における要請に対し、本人として意思内容が完成できていない場合、代理人の意思活動を媒介して、これを完成せしめようとすることによるものである。

ところで、第2の立場と第3の立場は、実質的にそれ程かけ離れた考え方で

はない。第2の立場にあっても、代理申請による場合は、申請書に表示されている内容は、代理人の権限を行使した結果の申立行為であり、その内容の真実性や本人の実体上の意思の存否は、添付書面等の全体で観察することができるという判断を背景にしているからである。

(2) 新不動産登記法の考え方

この議論は権利の変更登記において登記原因証明情報の提出が必須とされる改正後の新不動産登記法においては、申請と代理権の在り方について、まったく新しい方向を示唆することとなるのではないと思われる²²⁾。

すなわち、特定の登記原因証明情報に基づく個別具体の申請は、すでにその内容において、登記原因証明情報を含む添付情報において特定されていると言える。

そこで、委任状はそのような申請行為をなす代理権限の根拠を証明する役割が主たるものとなる。委任状はいかなる内容の申請をなすべきか、という点について、本人の代理人に対する指示内容を個別具体に表象するものでなく（むしろ、この役割は登記原因証明情報が担うべきものとも言える）、特定の登記原因たる証明情報との関連において、正しく構成された内容の申請をなす代理人の権限の根拠を示すことが本来の役割だということである。これは前述の議論における第3の立場と通じるものがある。さらに加えて、当初の本人の権利利用として広がりのある委任意思が、受任者との共同作業によって個別の申請委任意思に高められるプロセスを有している委任かどうか、という視点から本人意思との連結をはたす役割が求められる。

重要なことは、申請の外観上、形式上の対応性ではなく、受任者がどのようなプロセスを経て本人から授權されているのかということであり、手続上登記官に対する代理権限のさらなる疎明が必要となる場合においては、単にその存否のみでなく、今後はそのようなプロセスにも比重を置くべきであろう。

第3節 登記代理委任契約としての広がり (2)

— 登記相談の重要性とその限界

登記手続において、手続利用者本人の申請委任がどのように生成され、その過程において、受任者がどのようにこれにかかわり、必要とされる役割をはたすのかという手続における意思の生成過程に関する仕組みを明らかにするためには、まず時系列にしたがった実務の分析が不可欠である。

1 相談に引続く委任

これまで述べたように、代理申請を委任するにあたり、本人の代理人に対する授權の内容は、申請外の実体を基礎とする登記原因によって、すでに確定されているものであるから、多くの場合委任意思として捉えられる本人の自己決定は、申請すべき内容と登記原因との対応関係についてなされる本人の一応の納得と言うべきものである。

したがって、申請準備段階での受任者としての作業は、依頼者が提供する多様な情報の内から、申請すべき内容とこれに対応する登記原因となるべき実体を調査し、探索するということから始まる。

そのうえで、受任者として把握した登記原因について、具体的にどのように登記手続をなすのかという検討が受任者としてなされる。その検討は、申請をどのように順序だてて組み立てるのかという手続的・技術的な側面のみではなく、例えば登記履行（登記取得）が対価的な給付と関連している場合に、はたして当該登記を申請するのかどうかの決断を本人に求めるという意思活動までも含まれる。

このような検討の対象を仮に総括して表現するならば、本人のために「登記の仕方」を検討するということであり、受任者としてもっとも重要な役割である。

重要なことは、このような「登記の仕方」は各登記当事者にとってその利益

第1章 登記代理委任契約とは何か

状況が必ずしも同じではないということである。例えば、共同申請においていかなる内容の登記について登記権利者、登記義務者いずれの当事者から相談を受け、法的に分析し、協議のうえ指導助言をなしたかによって、相談を受けた依頼者の信頼に応える受任活動は異なる内容となる。これは単なる申請委任の枠組を質的に超える委任に外ならない。しかし、相談に引続き連続してなされる委任は実務における重要な部分を占めているのが実態である。

そこで、手続における利用者本人と受任者との間で、事案の内容と本人との接点として、最初に仕事の端緒となる依頼者の相談と、これに対する相談活動が取り上げられねばならない。委任者と受任者との相互の契約に基づく一定の事務処理の在り方を考える前に、通常多くの場合に利用者本人から受任予定者に対する相談のプロセスが介在するからである。相談の結果、一定の事務処理を依頼するに至るという流れが存在するが、ここでは手続における委任契約の成立時期を明確にする意味から、一応相談と委任を区分する。

しかし、相談と委任の分岐はかならずしも截然と区分して認識できるものもなく、事案によっては相談を伴うことなく直接代理申請の委任を受けることもあり、また委任を前提とした相談の態様もあり得る²³⁾。そこで、委任の最終段階である申請委任との対比のうえで、依頼者との登記手続に関する初動段階での相談活動について、相談に連続する委任の通常の流れを明らかにしておきたい。

2 相談の特性

第1に相談の特性は、依頼者のためにする自由な知的活動でなければその役割を十分に果たせないことである。ここで敢えて「自由な」と表現するのは、相談の段階では申請という手続のルールや思考のフォームに拘束されることなく、相談者と直接向き合って、まずその依頼の趣旨を汲みあげる必要がある。それには、相談者が直面し解決を求めて提示する事象を全体として広い視野で捉えねばならないことを意味する。

権利に関する登記手続においては、登記上での利益を受ける側の当事者とし

ての登記権利者と不利益をうける側の当事者としての登記義務者という対立する当事者概念がある。権利に関する登記はこれら対立当事者の共同申請によるのを原則とする。しかし、未だ共同申請にまで至らない相談活動の段階では、相談依頼者が必要としているのは自己のために登記上必要な手法を得たいという意欲を基礎とする。それは生々しい葛藤に基づく包括した知的支援への期待である²⁴⁾。個別の申請手続において予定されている当事者概念や登記原因は、相談活動に伴う受任者側の整理及び自己規制の道具にすぎない。

相談の第2の特性は、相談活動が相談者のための自己利益追求に奉仕する役割を担うことである。相談者は多くの場合、現に生じている自らの生活事象とこれに対応する自己の利益実現を相談の動機としている。

したがって、相談者は相談対応者とのインカメラの状態における相談活動において、自ら意欲することについての必要な知識、情報の補充、事案に対する解決の力と納得できる計算の確保を期待しており、そこで求められているのは、相談依頼者の自己実現のために手続に関する法的知識、能力の補充である。そのため、相談対応者の専門家としての自由な知的活動は相談依頼者の自己実現に助力するものとして機能することになる。

事案に対する相談者の認識や分析の誤りを訂正し、相談者本人の立場に立って何がもっとも利益かを考えることとなる。そのため相談者と一体となって事案の解決を思考する必要がある。

さらに、相談の第3の特性は、その包括性である。相談の主題として本人から提示される法律行為または法律事実は、必ずしも実務上1個の申請で実現できるものとは限らない。相談者が提示する生活事象は登記原因となるべき法律行為または法律事実が複数存在し、それが相互の関連していることもある。そこで、相談の段階では、その包括性を許容しなければならない。包括性を基礎づける次の2つの理由が重要である。

第1は1個の申請を組成する1個の登記原因の存在は、客観的に且つ観念的に確定していると言っても、それは事後的に評価してそう言えることであって、それを実際の手続の中で確定させていく作業過程の中で考察すると、最初は不

第1章 登記代理委任契約とは何か

確実な情報として登場することも多い。最初から1個の申請に対応する1個の登記原因が確定している事案ばかりではない。したがって、分析や整序の作業枠として、ある程度の包括性は当初から認めざるを得ない。

第2に複数の当事者間で複数の登記原因が相互に関連して1個の経済取引を成り立たしめているような場合は、登記原因を確定させる作業と同時に、どういう手順で申請をするのかという、その事務処理の手順が重要な要素となっている場合が多い。そこで、複数の申請を組成する複数の登記原因の視点と、その相互の関連性を把握するために、相談者によって持ち込まれた全体の事象を包括して認識し、相互の関連性を明らかにして、その申請の手順を検討しなければならない。

3 相談の限界

一方相談の限界は、相談者が提示する情報に基づいてのみ実体を組み立てている点にある。

したがって、そこでの判断はいずれも未だ不確定なものと言わざるを得ないのであり、相談対応者が結局のところなすべき登記の在り方を具体的に決定するにあたっては、相談者以外の対立当事者、またはそれ以外の第三者や関係者から情報の提供を受けて登記原因となるべき実体を確認しなければならない。そして、その確認された実体に対応して、相談対応者、登記原因たる事実、法律行為を把握し、必要な申請の形態を決定しなくてはならないのであり、代理申請の授権が必要であれば、その確認された実体にそくして申請手続委任を受けなくてはならない。したがって、相談のみでは依頼者の手続的意思の生成に直接働きかけることはできないのである²⁵⁾。

相談例には相談者に生じている実体関係、あるいは実体関係に基づく権利変動をどのようにして登記に反映するべきかという方向において、相談者自身実体関係とそれに基づく権利変動を正しく認識すらできていない事案もある。また相談活動によって、これら相談者の認識を補完することはできても、申請をなすに至る登記原因として確定させることはできないという限界がある²⁶⁾。

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

相談対応者が相談者以外の対立当事者、またはそれ以外の第三者や関係者と接点を有するためには、相談対応者から一歩進んで受任者としての立場でインカメラの状態を離れ、外に向かって対応する必要が生じてくるのである²⁷⁾。

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

1 専門的知識の独自の領域

前述のように登記代理委任は最終的には代理申請のために必要な委任として表現されねばならない。そのために法務行政手続としての申請における専門的知識が相談における規範的情報として不可欠である。

ところで、リーガル・コンサルティングにおける依頼者との面接技法として「規範的情報と事実的情報の入手の巧拙が紛争の帰趨に重大な影響を及ぼす」ということが説かれている²⁸⁾。「当事者の語る事実関係は、規範によって明示的、黙示的に根拠づけられることによって初めて相手方に対して実質的な影響力を持つ」のであり「規範の検索や提示が弱いものであるときは紛争の解決力は低下する」というものである²⁹⁾。

もっとも、登記手続は深刻な紛争事案ではない。しかし、既述のように相手方のある権利の登記においては、当事者間で潜在的に利益対立が生じていると言える³⁰⁾。したがって、ここでの規範とは登記手続においては、特に手続における法令、通達等を含む専門的知識の集合体と読み替えて、相談カウンセリングを行うものと理解することが必要である³¹⁾。特に登記手続は法務行政として国家機関により運営されているものであるから、通達等は実務家にとって重要である。

この意味で相談者は時として自らが当然の法常識と理解するものが、ここで言う規範的情報にあたる部分のすべてであると認識し、これを前提に事実的情報を相談対応者に伝え、その処理を要求する場合も少なくない。

さらに必要とされる専門的知識情報の領域は、相談対応者としての段階のものと、受任者としての段階のものに区分される。相談活動としては即時口頭で

第1章 登記代理委任契約とは何か

伝える場合が多い³²⁾。したがって、まず相談対応者が通常保有する基礎的知識と情報によるカウンセリングが予定される。

これに対し受任段階では、事案に対応して必要に応じ関係先例等まで調査検討したうえでより正確な知識が求められることは言うまでもない³³⁾。

実務経験から言えば、おおむね以下のA～Cのような類型で相談者自らが理解している法常識と法令、通達が示す制度としての目的が要請する規範枠組とが食い違いを生じる場合が多い。

- A 申請できる適格³⁴⁾についての判断基準が本人の認識している基準とは異なり、より厳格なものが求められる場合。
- B 登記原因たる法律行為、法律事実において、当事者の実体意思や生じている法律事実について、本人が認識している内容より手続においてはより厳格に定義される内容が求められる場合。
- C 申請において必要な添付情報となる登記識別情報や旧法下の登記済証を本人としては手元に保有しているつもりであるところ、法令通達によるとそれが添付すべき登記識別情報や登記済証としては不適格なものであったり、不存在であったりする場合。

このような類型に区分したのは、相談者がもたらす情報を整理し、さらに事実関係を必要に応じて補完するにあたり、作業のうえで典型的な特徴が見られるからである。

いずれの類型も、もっぱら手続的な要件の充足とでも言うべき領域であり、受任者代理人にとっては重要な法的問題領域であるが、委任者本人にとってはその意思にそれ程影響するところの少ないもののように思われる。しかし、Aの類型の中には、登記原因となる実体との対応関係において、適格性の判断を通して、代理人に対し単に委任者との委任契約を基礎としただけのものではない意思活動を求める意味から規範適合性がより求められる領域である。

さらに、Bの類型においては、登記原因をどのよう公示するかという制度運

営者の法政策的要請に適切に対応する必要があるという意味から、代理人に対し制度の趣旨、目的からする手続規範への適合性が強く求められるという特徴がある。

これらに比較してCの類型は、登記制度を利用する利用者保護の視点から代理人の活動が要請される領域である。不動産取引における登記制度の申請に至る前の当事者間での決済機能は経済的に大きな意義を有しているため、添付情報の正確な確保は独自の意義をもつのである。

2 法務行政手続としての独自性

Aの類型について

登記手続は、法務行政手続として登記制度の趣旨・目的からする独自の法政策的要請を利用者に求めることとなる。そこで、受任者代理人としては、このことを自らの専門的知識の責任領域として活用しなくてはならない。そのため、予め申請手続の却下を回避し円滑に申請及び登記を完了するために申請適格という概念を認識する必要がある。

Aの類型における申請適格という概念は、広い意味で次の3態様を包含するものと思われる³⁵⁾。

第1は申請人となるべき者と権利名義人との主体の同一性という意味での申請における形式的資格のことである。すなわち公的資料によって、その形式的資格が確認できるのみでなく、それが既存の登記記録と内容において相違している場合は、まず登記記録上それが公示されることを要するという公示手続としての約束事を満たす必要がある。

特に共同申請を必要とする権利の登記においては、従来の体系書等において登記義務者となるべき者が、登記面において既応の権利名義人となっていることを要するという「形式的資格の連続性」³⁶⁾として説明される。

第2に、法人が申請人（登記義務者）である場合に、正確には第1の形式的資格の特殊な場面であるが、一方において正しい代表権限ある者によって申請されているかどうかという意味において、代表行為の権限証明の問題としても

第1章 登記代理委任契約とは何か

捉えられるものであり、広い意味での申請適格の範疇に含めるべき場合もある。

第3は、当該申請の登記原因との対応関係において、観念される申請の適格性である。当該申請の登記原因において、正しい申請適格のある権利者（義務者）であるのかどうかという適格性判断である。

まず第1の区分に属する形式的資格の問題領域であるが、比較的近時のものとして登記名義人の住所について、登記記録に記録された住所から住所を移転した後に、当該移転後の住所について区制施行等の地番変更を伴わない行政区画の変更がなされた場合における申請情報の提供に際して、登記原因の表示方法に関する通達がある³⁷⁾。

行政区画又はその名称の変更による登記名義人の表示の変更登記は、旧不登法においては、法律上当然に変更されたものとみなされていた（旧法59条）。しかし新法では、この規定は表示に関する登記の節に設けられ、権利に関する登記には、この規定の適用がない。

登記名義人の住所を変更する場合の登記原因については、同種の登記原因が複数あるときは、便宜中間を省略して最後の住所移転を登記原因とすることができることは良く知られている。

住所移転と行政区画の変更は同種の登記原因と認めることはできないのであるが、旧法時は行政区画の変更については、法律上当然に変更されたものとみなされていたため、登記原因は住所移転のみで差し支えないものとされてきた。しかし、新法ではこのような場合でも「年月日住所移転_年月日区制変更」と表示される必要がある³⁸⁾。

なお、共同根抵当権の追加設定をする場合は、民法398条の16の規定により「同一債権の担保として」根抵当権を設定する必要があるため、根抵当権の「極度額」、「被担保債権の範囲」及び「債務者」は、前の登記と同一内容であることを要する。そこで、前の登記の債務者の住所について、区制施行など地番変更を伴わない行政区画の変更が行われた場合は、前の登記の債務者の変更の登記をすることなく、追加設定の登記をすることができるかどうか、という問題がある。この点、前記通達は、債務者の変更登記は必要ないことを回答し

ている。

これは前記の第1の形式的資格の問題ではなく、共同根抵当権の債務者変更の要件が満足されるかどうかの問題である。追加設定する根抵当権が民法398条の16に規定する「同一債権の担保」として評価できるかという実体法上の要件適合の問題として、前記Bの類型のカテゴリーに属する場面であるとも言えよう。

行政区画の変更は、その者の居住している場所が現実が変わるわけではなく、住所の表記のみの問題である。根抵当権の債務者の同一性については、共同根抵当権であるとする評価に格別の変化をきたさない。したがって、前登記の債務者の住所について、変更登記がなされていなくとも追加設定の登記を申請するについて問題はないとされる。

次に、前記Aの類型である申請適格における第2の区分（法人が申請人である場合）に属する問題として、申請の形式的資格に関して、法人が登記申請人となる場合の権利名義人と申請主体の同一性について触れる。

登記義務者となる法人が、申請直前に本店が移転されているにもかかわらず、不動産登記記録の権利名義人の表示は本店移転前の表記のままであり、かつ、本店移転前の表記による資格証明書、印鑑証明書の添付（いずれも作成後3ヶ月以内）がなされた申請があった場合、登記官が審査の対象とすべき権限情報については、提供された添付情報によるべきか商業登記簿等によるべきか、という問題がある。

不動産と申請人である法人の管轄が同一登記所である場合には、仮に資格証明書や印鑑証明書を省略することなく添付情報として提供されている場合であっても、登記官は商業登記簿等により登記申請時の代表者の権限を審査すべきとされる。

したがって、登記官が商業登記簿を確認した結果、当該法人の本店が移転していることが明らかな場合は、登記義務者について、まずその本店移転に係る登記名義人の住所の変更登記を要する。不動産の登記記録、申請情報、及びその添付情報の内容に齟齬がなくとも、当該不動産登記の申請は不動産登記法

第1章 登記代理委任契約とは何か

25条7号の規定により却下される可能性があり得る³⁹⁾。

続いて前記Aの類型における第3の当該申請の登記原因との対応関係において、認識される申請適格について検討すべき課題として、平成18年12月21日付け民事局民事第二課長回答（平成18年12月21日付け規制改革、民間開放推進会議住宅土地ワーキンググループ主査照会。以下、「本件回答」という）を取り上げてみたい。

本件回答の要約は、第三者のためにする売買契約の売主から当該第三者への直接の所有権の移転の登記の申請、又は買主の地位を譲渡した場合における売主から買主の地位の譲受人への直接の所有権の移転登記の申請は受理されるか、という照会に対して積極的にこれを認めたものである。

本件回答の特長は、照会において特に登記原因証明情報のフォーム⁴⁰⁾（別紙1、別紙2）を示して回答を求めている点である。仮に現在の権利名義人を甲とし、甲・乙間の売買を第1次売買、第1次売買における受益者、あるいは買主の地位を承継する丙と乙間の売買を第2次売買とする。

1次売買の買主乙を介しての権利名義人甲から2次売買の買主丙への直接所有権移転を登記原因として登記できるために、報告形式⁴¹⁾による登記原因証明情報1（以下、原因証明情報1という。「第三者のためにする契約型」）及び買主乙を介しての権利名義人甲との間の買主の地位の譲受人丙への直接所有権移転を登記原因として登記できるための報告形式による登記原因証明情報2（以下、原因証明情報2という。「買主の地位の譲渡型」）を照会において特に示す必要のあったことは、特別の理由があるように思われる。

本件回答について、当時の民事局局付検事の解説があるが⁴²⁾ 同解説末尾において、照会にかかる登記原因証明情報1、同2ともに「権利の得喪及び変更の過程、態様を正確に登記に反映すべきとの不動産登記制度の要請に何ら反するものではなく、従来から問題なく受理されていたものである」と述べている。しかし、これまでこのような登記原因による申請が数多くなされていたものとは思えない。

この方式によって直接権利名義人甲から二次買主丙に物権変動が生ずるのは、

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

局付の解説のとおり、特に新しい理論でもないはずである。しかし、これまで実務上登記原因として用いなかったのは、実際の取引として、このような場面では乙・丙間で多くは他人物売買の形態がとられ、甲・乙間売買では乙の登記の中間省略を前提として、甲の登記移転義務の履行のみを乙の指示に従った第三者に対してなす旨の特約を付したものが多く見られたのである。

登記原因証明情報1では、乙の指示による受益者丙が受益の意思表示をなすまで売主甲が物件の所有権を留保していなければならない。また、原因証明情報2では不動産売買について一般に契約上の地位を売買し、購入するような不動産市場が形成されていないから稀な類型である。

仮に登記原因証明情報1の報告形式において、この要件を組成すべき当事者間の合意及び意思活動を実体関係より抽出するとすれば、①甲・乙間での乙の指定による所有権移転先及び移転条件に関する所有権留保特約付売買契約、②乙による所有権移転先を丙とする甲に対する指定、③丙による乙に対する受益の意思表示、④乙による甲への代金の支払と甲の受領、となる。

このうち④の要件は①の契約に基づく売渡処分として作成され得るが、②、③の要件は乙・丙間で作成される契約（多くの場合は売買契約）等で書面化されることは通常ない。本件において甲・乙・丙三面契約の形式で登記原因証明情報が示される理由でもあろう。

したがって②、③の要件は、多くの場合甲・乙・丙3当事者に対する実体の聴取確認が受任者の立場での作業内容となってくることが予想される。

なお、このような事案では相談者が一方的に伝える情報のみでは全く不十分である。実際の確認においては、このような登記原因を採用することは困難な場合が多いからである。

また、登記原因証明情報2の報告形式においても、乙、丙間での買主としての地位の譲渡契約（多くの場合は売買契約）が書面化されることも通常では少なく、受任者の作業内容として同様な困難があるのではなかろうか。

受任者としては、登記原因との対応のなかで、実体とかけ離れた無理な「あてはめ」をしないようにすることが重要である。本件回答は、司法書士が作成

第1章 登記代理委任契約とは何か

する登記原因証明情報について、あらたな問題を提起しているように思われる。

Bの類型について

登記原因たる法律行為、法律事実において、当事者の実体意思や生じている法律事実について、本人が認識している内容より登記手続としてはより厳格に定義される内容に改める必要が生じるような場合も少なくない。

この問題を考える課題として、「遺産分割による代償譲渡」を登記原因とする所有権移転の登記の可否について照会した先例（平成21年3月4日付け東京法務局民事行政部長照会、平成21年3月13日付法務省民事第二第645号民事局民事第二課長回答、以下本件回答という）を取り上げてみたい。

近時、最高裁判所第1小法廷において、遺産分割調停調書に、相続人が遺産取得の代償として、その所有する建物を他の相続人に譲渡する旨の条項がある場合において、上記調書を添付してされた上記建物の所有権の移転の登記申請につき、登記官が登記原因証明情報を欠くことを理由に却下した処分を違法とした判断が示された（最高裁判所平成20年12月11日第1小法廷、登記申請却下処分取消請求事件、判例時報2032号41頁）。

従来より登記原因を「年月日遺産分割による代償譲渡」とした所有権移転登記は受理されないものとするのが先例実務であったが、本件回答は、結論としてこの先例実務の立場を維持しており、前記最高裁の判断と異なるのではないかとも思われる⁴³⁾。

最高裁は事案において本件調停条項による合意は、上告人が遺産分割によって被相続人の遺産である土地を取得する代償として自己所有建物を譲受相続人に譲渡することを内容とするものであること、その譲渡は代償支払義務があることを前提として、その支払に代えて行われるものとはされておらず、また建物の譲渡自体について、譲受相続人から上告人に対し反対給付が行われるものとはされていないこと等を理由として、本件では登記の原因となる法律行為の特定に欠けることがなく、登記原因を証する情報の提供がないことを理由に申請を却下した本件処分は違法であると判断している⁴⁴⁾。しかし登記実務におい

では、民法における物権行為の有因性を前提として「登記原因は物権行為そのものが記載されるのではなく、その原因となる債権行為で物権行為をさらに特定していく」⁴⁵⁾手法が必要であるとされるため、譲渡というのは債権契約の効果として物権が譲渡される結果としての譲渡の意味であって、申請にあたり、その登記原因をどのように表示するべきか、という点は難しい問題を含むものである^{46, 47)}。

Cの類型について

申請における添付情報として必要な登記識別情報や旧法時の登記済証を申請人としては手元に保有しているつもりであるが、それが厳格な意味では添付情報として不適格なものであったり不存在であったりするような場合もよくあることである⁴⁸⁾。

上述したところの区分は、登記制度を利用する側の規範的情報に対する認識と登記制度を運営する側の法的水準とのズレを問題とし、これに基づき受任者としての専門的知識の重要性を報告的に記述したものである。

登記制度は、手続上必ずしも専門家を介在させることを強制しているわけではない。法令上は本人自らが申請するという手続形態をなお原則的骨格としている。しかし、今日その手続利用の大部分が司法書士による代理申請によって処理されている実情からすれば、登記代理委任契約の在り方、特に登記事務処理委任の必要性という視点から、この問題について検討しておかねばならない。

まず、報告したようなケースは、司法書士が相談なり受任をなすにあたって、依頼者本人に対してなす情報提供やカウンセリングにおける依頼者本人に対する説得の指標としての役割がある。例えば、登記制度利用者側と登記制度運営者側の規範的情報に対するズレとして分類した前記B類型やC類型の知識や情報は主としてそのような役割のものである。しかし、それだけにとどまらず、受任者側において自らの委任契約における債務内容をどのように認識し、これをいかに依頼者に対して説明のうえ、契約内容として作り上げていくかという

第1章 登記代理委任契約とは何か

視点からすれば、これら規範的情報について、登記代理委任契約における依頼者本人との間で受任者の果たすべき役割というものを明確にしておかねばならない。

登記代理委任契約における受任者という立場からすれば、個々の代理申請を行うに際して、代理人として行うべき登記申請情報の提供の在り方（不登令3条6号、同7条1項5号ロ、同別表）にかかわる問題領域と登記申請情報の提供の在り方ではなく申請の基礎となる登記原因証明情報とのかかわりに関する問題領域とを区別する必要がある。

提供すべき申請情報の在り方にかかわる問題はその内容において個別申請において代理人に対する委任者からの授権事項となっている必要がある。

この領域では相談の段階を経て登記代理委任契約の受任者として、まさに何が授権事項となるべきか、すなわちいかなる申請をなすべきかを見出すため、個別の申請委任に先行した受任者の登記事務処理に関する委任事務として必要なものである。

例えば、前述したAの類型における第1の区分として分類した通達及び同類型第2区分として分類した法人が登記義務者となる場合の本店移転に関する実務基準等は、いずれもこれから権利の登記をなすにあたっての起点として、権利名義人の表示変更登記の授権を必要とするかどうかという、登記申請情報の提供の在り方にかかわる問題である。

これに対して、Aの類型第3の区分に分類した第三者のためにする売買契約の売主から、第三者への直接の所有権移転登記、または買主の地位を譲渡した場合における売主から買主の地位の譲受人への直接の所有権の移転の登記の申請の可否について答えた平成18年12月21日付民事局第二課長回答は、申請情報の提供の在り方として見ると、「年月日売買」を登記原因とする、所有権者を登記権利者とし権利名義人を登記義務者とする2当事者間の所有権移転登記というフォームにすぎないのである。

問題はその登記原因証明情報との対応関係に基づく申請委任の在り方である。例えば、第三者のためにする売買契約型のケースを対象に考えると、仮に受益

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

者たる登記権利者と権利名義人である登記義務者の当事者双方から申請代理人として所有権移転登記の申請委任を受けたとしても、この双方からの委任は直接当事者間での物権変動を認識できる根拠に基づいているものではない。すなわち、通常の共同申請における対立当事者からの双方の委任とは異なり、この当事者間では登記原因となる物権変動を認識するうえで不可欠な契約と物権変動事実の有無を直接認識できる資料がないからである。したがって、権利名義人からの物権変動過程を認識し、それを根拠とした委任であるとは言い難い。

そのような物権変動の有無を認識するうえで、ここでの受益者は買主（諾約者）からの指図を受けた客体であり、登記権利者としての受益の意思表示は買主（諾約者）の指図という契約による意思表示を受けたものにすぎない。したがって、このようなケースにおいては登記代理委任契約の在り方として、本来権利名義人からの委任と買主（諾約者）からの委任並びに受益者からの委任の3組の登記代理委任契約が予定されることとなる。それらの登記代理委任契約に基づく委任事務処理の結果を受けて、個別の申請委任として登記権利者である受益者と権利名義人を登記義務者とする代理申請のための申請委任が別になされると考えられるからである。

各契約主体の登記移転に伴う利害調整がはたされるためには、上述した3主体からの登記代理委任契約の委任事務処理が必要である。特に買主（諾約者）と受益者間での売買契約は、表に現れていない重要な利害の調整点である。

これを伝統的思考に基づいて権利名義人を起点とした物権変動の当事者からの申請委任として捉える立場としては、少なくとも本件回答のように登記原因証明情報において、買主（諾約者）を登場させ、受益者への指図と、これに基づく受益者の受益の意思表示がなされた事実を明らかにせざるを得ない。

この登記原因証明情報は、構成の複雑さから一般に回答が示すような報告形式を採らざるを得ない。そのうえで登記原因証明情報を援用した形式で、これに対応した代理申請委任が成立するに至るのである。しかし買主（諾約者）から格別の申請委任を受けているわけではない当事者の申請代理人としての立場で、委任に至る物権変動事実を確かなぞらえることができるかどうかは疑問

第1章 登記代理委任契約とは何か

があり、さらに予め当事者間において、これらを認識できる契約文書なり処分証書が作成されているということも想定し難い。したがって、権利名義人と買主（諾約者）間の所有権留保特約付売買、買主（諾約者）の指図とこれに基づく受益者の受益の意思表示等は、1つの代理申請に至る密接な関係的概念として一体として捉えるべきであり、予め登記代理委任契約に基づく受任事務の処理内容として括られている必要がある。

この事柄は、同回答において記述されている買主の地位の譲渡の事案においても同様である。登記原因の基礎となる買主と売主権利名義人との間の代金支払完了時に所有権が買主に移転する旨の特約付売買と、買主と買主の地位を譲り受けた者との地位の譲渡契約並びに地位譲受人よりする売主権利名義人への代金支払の事実は、代理申請に至る関係的概念として一体として捉えるべきであり、買主、売主権利名義人、買主の地位の譲受人の3主体からの登記代理委任契約の委任事務処理を受けて、その結果として代理申請のための委任がなされるべきである。

言い換えれば、登記手続として密接に関係する利益主体のそれぞれの立場からする登記事務処理についての「委任」の必要性があらためて認識されねばならないのである。

- 1) 伊藤進「登記代理について」法務省総合研究所編『不動産登記をめぐる今日的課題』（日本加除出版、1987年）335頁、埼玉訴訟研究会編『司法書士と登記業務』（民事法研究会、1991年）157頁、168頁。住吉博『不動産登記と司法書士職能』（テイハン、1986年）13頁。
- 2) 山崎敏彦『登記代理委任契約論』（一粒社、1988年）が代表。
- 3) このような事務範囲の代表例として、かつて議論された「登記の立会」が挙げられる。また、これに触発されてその後に登場している司法書士職能の機能を拡張する多様な役務について議論がある。昭和61年日本司法書士会連合会通知「附随事務の報酬基準のうち『登記の立会』の報酬の運用について（通知）」によると、「登記の立会」は次のように定義されていた。「利害関係にある当事者が出席している不動産に関する取引の場で、司法書士がその登記手続に関する諸条件（人定質問、不動産の特定、既登記及び新たに申請すべき登記の権利関係の確認、登記の申請意思の聴取、了解等）について審査し、事案の内容を総合判断して登記の申請を受託し、前記の調査確認を前提として欠缺なく当事者の意図する真正な登記手続が実行できる保証的機能を果たすことにより不動産に関する取引が

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

完結する場合をいう」。

しかし、このように定義される立会は、大部分司法書士の登記代理業務の根幹部分を記述したものであり、且つ専門職の事務範囲の内容として見ると、きわめて不明確であるとした研究者の批判がある（住吉博「司法書士業務の一類型としてみた登記代理の法的構成」登記研究496号1頁～22頁、497号1頁～24頁）。

住吉教授は、「『登記の立会』として実務家側が恣意的に列挙していたものを整序すると『登記同時履行の立会』と呼ぶべき『基本的立会業務』とそれ以外の『特別立会業務』に分けられ、基本的立会は『対価給付の項目として登記義務者が協力しようとしている登記記入の実行可能性に関する調査』と『登記協力給付に対する反対給付が提供されたことの実認ないし現認』を中心とするものであり、通常の登記代理事務と融合する側面を持つ」と指摘される。

さらに、「これに対し、『特別立会』は『登記原因の基礎をなす取引関係を実体的に確実なものにするため役立つ助言、鑑定』、『目的不動産の実在性に関連した調査』、『目的不動産の占有移転にかかわる事務』があり、他の専門職の業務と競合することが予想されねばならないが真正な登記の実現、維持にとりこれも有用な所為として肯定できる」と説明されている。

- 4) 新法25条4号（却下事由）、不登令7条2号（添付情報としての代理人の権限情報）、同18条（代理人の権限を証する情報を記載した書面への記名押印等）、旧法35条1項5号（代理人の権限を証する書面）。
なお、「委任状」（いわゆる処分証書）のほか、本人が作成した「代理権限授与証明書」（いわゆる報告文書的一种）も、ここにいう代理「権限ヲ証スル書面」に該当するかにつき、法務省当局の取扱方針はこれを消極に解し、判例もこれを支持する（最判昭和62年9月11日）（幾代通＝徳本伸一補訂『不動産登記法（第4版）』（法律学全集、有斐閣、1994年）146頁）。
- 5) 「明治19年旧登記法8条（原始規定）が本人出頭主義を原則としていたことは旧幕時代の名主加判の制に基づく証書中心主義と共にその手続の特色である」ことは、しばしば研究者によって指摘されている（七戸克彦「不動産登記法の改正——その物権変動論に及ぼす影響について」月刊登記情報502号12頁。「なお明治23年の旧登記法原始規定8条の改正後、代理人出頭が明文化されるに至った」）。藤原勇喜「物権変動原因の公示と登記原因証明情報（上）」登記研究736号（2009年）3頁以下参照。
- 6) 不動産登記法制研究会編『不動産登記法制変遷史』（金融財政事情研究会、1985年）148頁。
- 7) 旧法における申請書中心主義について、藤原・前掲注5）登記研究736号11頁以下。統一申請書の様式について、昭和39年11月30日民（三）発第953号民事局第三課長依命通知。
- 8) 日本司法書士会連合会編「資料集・新不動産登記法までの軌跡2004」52頁以下（オンライン登記申請制度研究会最終報告書）参考、オンライン登記申請処理システムの概要

第1章 登記代理委任契約とは何か

図1。

- 9) 形式的審査主義に基づく審査の消極性について、幾代 = 徳本・前掲注4) 163頁（「申請内容と一致した実体的権利関係が存在することについて積極的確信……を要求するものではない。自由な取引のために奉仕すべき近代社会の登記手続法においては……申請のあるところ、それに応ずる実体関係も有効に存在するであろうとの推定に立ち、特に疑わしいと思われる場合にかぎって申請を却下するべきである……まったく形式的な資料によって判定し得る幾つかの徴表を制限的に列挙し、……法定するのである」）。
- 10) 裁判例における司法書士の民事責任については、山崎・前掲注2) 86頁以下、139頁（登記申請に至るまでのもの）で詳細に整理されている。比較的最近のものとして、下村信江「司法書士職能の民事責任」阪大法学49巻1号。
- 11) 幾代 = 徳本・前掲注4) 113頁。ここでは、登記申請行為の意思的側面につき、「それは、行政庁に対し一定の行為をなすことを求めるという意味において、私人のなす公法上の行為の一種である、と同時に……権利に関する登記の申請行為は、私法上の意義をも有する」としたうえで、その主観的側面は「私法上の権利変動に対抗力を与えることを欲する一種の意思活動、という一面を伴う」とし、「それは実体法上の意思表示ではない。……当事者間においては債務の弁済に準ずる意味をもつところの1つの準法律行為」であるが、「準法律行為については、合理的な範囲内において法律行為（意思表示）に関する私法上の規定や制度の類推適用が問題になる」と説明される。
- 12) 落合直道「登記業務の実態」（民事法研究会発行「司法書士と登記実務」226頁）。パブル期における報告例ではあるが、今日でも取引の典型的一例である。

なお、齊藤隆夫「いわゆる登記申請意思について——現実的過程から見た登記の申請及びそれにかかわる意思」月報司法書士1990年9月号20頁は、登記義務者の委任意思の曖昧さを指摘している。
- 13) 潮見佳男『債権総論』（信山社、1994年）11頁では、「給付結果を行為の目的としてその外におき、かつ履行過程の具体的状況下においてなされるべき具体的給付行為」が予定される」と指摘されている。
- 14) 加藤新太郎『弁護士役割論』（弘文堂、2000年）305頁（注9）によると、弁護士においても「訴訟委任における委任状作成は、依頼者の誤記等を避けるために弁護士の側で委任事項を記入して依頼者に交付し依頼者は日付、住所氏名を記入し捺印するだけのことが多い」のが実態である。要式性を求められる司法書士においては、なお、そうなるのではなかろうか。
- 15) 潮見・前掲注13) 8頁以下（「債務——規範的拘束を受けた地位」）。
- 16) 司法書士会会則基準92条（努力義務としての委任契約書の作成）、後掲第2章の注4) 参照。
- 17) 旧不登法35条1項。
- 18) 昭和39年8月24日民甲第2864号民事局長通達。新井克美『不動産登記添付書面』（日本加除出版、1988年）168頁。

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

- 19) 石原明『民法と登記・香川最高裁判事退官記念論文集（下）』（テイハン、1993年）68頁。
- 20) 石原・前掲注19) 68頁では「同一性が認められれば完全に一致していることを要しない」とされる。
- 21) 兼子一＝竹下守夫『裁判法（第4版）』（法律学全集、有斐閣、1999年）451頁における、登記または供託に関する手続について代理することについての、「委任を受ければ、司法書士は原則として委任の趣旨を実現するのに必要な行為はすべてなし得る」という記述から示唆されるもの。
- 22) 新法61条。なお、清水響「新不動産登記法の概要について」登記研究680号39頁では、法律行為による登記原因証明情報の意義として、「我国の民法は物権行為の独自性を認めていないから、登記の原因となる法律行為とは、物権変動の原因行為である債権行為である」ことと「登記は物権変動を公示するものであるから当該原因行為に基づいて物権が現に変動したことが確認されなければならない」ことの2つを指摘している。
- 23) 加藤新太郎編『リーガル・コミュニケーション』（弘文堂、2002年）101頁以下では、「相談活動には対応者において事案を受任するかどうかについて、一応諾否を留保した態様のものと予め本案受任を予定した態様のものとがある」とされる。弁護士による弁護過誤のケースであるが、前者の相談ではその助言活動の内容の是非、後者の相談ではそれが委任債務の不履行となるかどうかについての分析と報告例がある。
- なお、司法書士の実務において登記権利者、登記義務者双方から同時に相談を受ける場合もあるが、この場合は受任を予定した相談であることが多い。権利の登記において、対立当事者の一方から相談を受けた場合は、まず、その者との信認関係を基礎として他方当事者の相談を拒否すべきであろう。
- 24) 司法書士法3条1項5号の「登記手続代理相談」（以下、5号相談と略称）は「法律判断を伴った相談」であり、法律相談との区別は「鑑定」（自己の判断をもって意見を述べる）の有無であるとされる（日本司法書士会連合会『司法書士 執務の手引』〔研恒社、2011年〕109頁）。
- 一方、「代理行為は代理人の意思に基づく行為であるから司法書士が嘱託を受けるに際し、嘱託人がいかなる趣旨の嘱託をするべきかを決する前提として、法律相談に応ずることも許される」との見解がある（兼子＝竹下・前掲注21）451頁）。
- 25) 加藤編・前掲注23）97頁以下では、「相談における情報の限定」として記述されている。
- 26) 一般に相談活動の実態としては、加藤編・前掲注23）99頁の「小括」のとおりの特徴がある。
- 27) 日本司法支援センター『民事法律扶助業務ハンドブック平成19年度版』69頁では、法律相談援助の援助内容について、「法律相談担当者が相手方等との接触・交渉する場合は、交渉事件として代理援助を受ける必要がある」と記述されている。
- 28) 加藤編・前掲注23）131頁。

第1章 登記代理委任契約とは何か

29) 加藤編・前掲注23) 131頁。

30) ここで、登記当事者間での利益対立に関連して、登記手続の双方代理の許容性の視点について、これまでの議論を整理しておきたい。

まず、最判昭和43年3月8日民集22巻3号540頁は、登記申請行為は、その「公法的性質」であることに加えて、それが「登記義務者にとっては義務の履行にすぎず、登記申請が代理人によってなされる場合にも代理人によって新たな利害関係が創造されるものでない」という理由を説示した。この最判の立場は、大判昭和19年2月4日民集23巻42頁の結論を踏襲し、手続においてすでに確固たる先例の立場ともなっている。しかし、登記の申請がたとえ代理人によって新たな利害関係を創造するまでに至らなくとも、登記自体が当事者間で利益交換として予定されている場合があることは否定できない。すなわち、権利に関する登記の取得喪失を招来する申請行為は、そこに至る手続経過において、それ自体当事者間ではある種の対価的關係に立つと考えられる。

かつて住吉博教授は、登記申請の前提となる登記に変動をもたらすことを決断する意思は実体法的意思に属するから、一方の当事者のこの意思を受領する行為と他方当事者のこの意思に関与する行為は民法108条が適用されると説明された(住吉・前掲注1)183頁)。

住吉教授のこの登記変動意思説は、わが国民法が物権行為の独自性、無因性を承認していない立場において、あらたにそのような説明概念としての物権的意思を用いることの有用性について疑問視されたものである。

しかし、登記の得喪「態様」までが民法108条本文の適用において、無条件に許容性が考慮されているとは思われない。登記当事者間での利益対立の存在については、実務レベルから無視できないものがあると言える。

31) 平成元年当時、バブル期において司法書士が「登記立会」をその代理事務の附随事務として主張しはじめたところ、そのような方向もさることながら「登記鑑定」や「登記相談」に関する法令の規定を現在よりもいっそう詳しいものに整備することが緊急の大きな課題であるとする注目すべき提言がすでになされていた(住吉・前掲注3)登記研究497号21頁)。

32) 前掲注27) 69頁。

33) 添付情報の保有の確実性についても慎重な確認を要する。例えば新法附則7条による旧法60条1項・61条の規定により還付された登記済証、一般に「権利証」と呼称されるものについては後掲注48)①, ③, ④, ⑤, ⑥を参照されたい。

34) 受任における申請適格という用語は、体系書や研究者の論文において、これまで特に一定の概念として用いられている用語ではない。敢えて言うならば、相談対応者あるいは受任者の段階で予定している具体的申請について、不登法上明らかな却下事由がないという意味を総称しているにすぎない。

不登法25条各号が規定する却下事由のうち、相談もしくはこれに引続く受任段階で、専門職として本人の依頼内容について明白な却下事由にあたるものを回避する努力が必要であることは言うまでもない。

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

とりわけ不登法 25 条各号の却下事由のなかで、次の3つは、相談段階であっても、比較的明白にその該当事実や事由の存在を確認できるものであるもので、仮にこれらの却下事由の不存在を総称して申請適格という用語で表現することができるであろう。

- ① 25 条 7 号の却下事由 申請情報の内容である登記義務者……の氏名若しくは名称又は住所が登記記録と合致しないとき。
- ② 25 条 8 号の却下事由 申請情報の内容が登記原因を証する情報内容と合致しないとき。
- ③ 25 条 9 号の却下事由 法令の規定により申請情報と併せて提供しなければならないものとされている情報が提供されていないとき。

なお、25 条 4 号の「申請の権限を有しない者の申請による時」という却下事由も法人の代表権限についての証明手段に限って、その該当事由の不存在（権限の存在）は、これを容易に明らかにすることが可能な範囲と言えるが、他方、代表権限についての実質の確認は受任段階における代表者である自然人の本人確認もその一態様をなすものであり、その作業過程において比較的明白にその事由の不存在を確認できるとは言い難い。その意味で、ここで言う申請適格の範疇には入れていない。

「却下事由」の有無は、申請が受理されてから後に判断されるべきことであり、相談や受任段階ではあえて議論の対象とすべきではない（無条件受理の必要）とする考え方もありうる。しかし、専門職に対する相談や委任において、必要な申請の明白な却下事由を回避する努力は本人との信頼関係を基礎とするかぎり、むしろ当然のことである。まして、この役務提供は有償である（反面相談における助言過誤や委任における債務不履行責任を真剣に受けとめねばならない）。

なお、日本司法書士会連合会平成 20 年 8 月発行「本人確認等に関する資料集」55 頁において、「司法書士の職責に基づく本人確認はその実在性及び同一性の確認に加え登記手続における……「申請適格」の確認も必要である」とする記述が見られる。

- 35) 前掲注 34) 「本人確認等に関する資料集」60 頁（法人に対する本人確認）。
- 36) 幾代 = 徳本・前掲注 4) 72 頁。
- 37) 平成 22 年 11 月 1 日民事局民事第二課長回答。
- 38) 新法の下では、権利に関する登記について「みなし規定」の適用のない結果、行政区画の変更があったとしても、登記記録上の住所は当然に変更されない。そこで、登記名義人からの申請に基づき行政区画の変更に伴う住所の変更をする実益があり、そのために「住所移転」「行政区画の変更」の原因がある場合は、その両方を登記原因として併記することとなる（登記研究 755 号 149 頁以下）。
- 39) 法人が登記の申請人となる場合、申請人に添付情報として求められる代表者の資格証明は、その代表権限についての商業登記の登記事項証明書（代表事項証明書等）による（不動産登記令 7 条 1 項 1 号）。

また、所有権移転の登記、抵当権設定、その他の申請において登記義務者となる者については、その者の申請意思を担保するために、印鑑証明書を添付しなくてはならない（不

第1章 登記代理委任契約とは何か

登令16条2項)。

これらの証明書はいずれも作成後3ヶ月以内のものでなくてはならない(不登令16条3項, 17条1項)。

なお, 不動産登記規則36条1項1号では, 法人を管轄する登記所と不動産を管轄する登記所が同一であり, かつ, 法務大臣が指定した登記所以外のものである場合は同規則36条1項1号・48条1項1号により, これらの書面の添付を省略することが認められている。

権利名義人と申請主体との同一性が確認できるか, という意味での申請の形式的資格の判断の問題と申請主体が法人である場合に代表権限ある者によって, 申請行為がなされているか, 実質的に正しい代表者本人から申請委任がなされているかという代理権限の問題が競合する。そこで, 権限の証明手段としては, 容易に受任者において調査が可能であることについて権限の不存在を回避するため, 申請の形式的資格の判断と考えられる。

40) 別紙1, 別紙2として本件回答により示された登記原因証明情報の具体例としての様式があるが, 以下に本書ではその項目のみを要約して記載する。

別紙1

- ① 登記の目的, 所有権移転
- ② 登記の原因, 年月日(後掲⑧の日付), 売買
- ③ 当事者として権利者(受益者), 義務者(所有名義人・売主を要約して記載する)以外に義務者との間で売買契約による売渡合意をなした買主を加えて三当事者として表示
- ④ 登記原因の基礎となる買主と義務者(所有名義人・売主)の間における売買契約の日付, 対象不動産及び売渡合意を記載
- ⑤ 前記売買契約における買主による「代金支払までに行う所有権移転先指名」の特約及び所有名義人売主による「買主の行う所有権移転先指名及び代金全額の支払を条件とする移転先への所有権直接移転」の特約の記載
- ⑥ 買主が権利者(受益者)を移転先として指定した事実
- ⑦ 権利者(受益者)による受益の意思表示が買主に対してなされた事実
- ⑧ 買主から義務者(所有名義人・売主)へ代金全額が支払われ義務者が受領した事実
- ⑨ ⑥による所有権移転の事実
- ⑩ 日付, 宛先, 登記所の表示, 各当事者の署名押印

別紙2

- ① 登記の目的, 所有権移転
- ② 登記の原因, 年月日(後掲⑦代金支払日), 売買
- ③ 当事者として権利者(地位の譲受人), 義務者(所有名義人・売主)以外に権利者との間で売買契約による買主の地位を譲渡した買主を加えて三当事者として表示
- ④ 登記原因の基礎となる買主と義務者(所有名義人・売主)の間における売買契約

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

の日付、対象不動産及び売渡合意を記載

- ⑤ 前記売買契約における買主から義務者（所有名義人売主）への売買代金支払が完了した場合に本件不動産の所有権が買主に移転する旨の特約
- ⑥ 買主と権利者との間で④の売買契約における買主としての地位を権利者に売買により譲渡する旨の契約
- ⑦ 権利者より義務者に対する④の売買代金全額の支払と義務者が受領した事実
- ⑧ ⑦による所有権移転の事実
- ⑨ 日付、宛先、登記所の表示、各当事者の署名押印

41) 登記原因証明情報の種類として、「第1に登記の原因を証する法律行為を証する売買契約書抵当権設定契約書等の処分証明の場合、第2に相続等のように登記原因の発生根拠となる事実を証する既存文書の原本ないしその写しを登記原因証明情報とする場合、第3に登記原因の発生根拠である具体的事実の存在を証する文書を登記申請に際して新たに作成する報告形式の登記原因証明情報の場合、いずれの場合も必ずしも1つの書面である必要はなく、複数の書面を併せて全体として当該登記原因を証するものであれば良い」と説明される（藤原勇喜「物権変動の公示と登記原因証明情報（上）」登記研究736号25頁）。

42) 松田敦子「平成19年1月12日法務省民二第52号民事第二課長通知解説」登記研究708号144頁以下。

43) 藤原・前掲注41) 登記研究736号35頁では「本件最高裁判決は『遺産分割による代償譲渡』という登記原因の記載が適法か否か（不登法25条5号、不登令3条6号）については判断していない。本件は無償による代償譲渡であり、先例（昭和40年12月17日民甲第3433号法務省民事局長回答）にならい『遺産分割による贈与』とするのが相当である」とされている。

香川保一「登記原因証明情報に関する最高裁判所（第1小法廷）判決について」登記研究738号18頁では、本件事案の場合の登記原因の適法な法的記載としては、「贈与と解すべきでなく、『代償譲渡』とするのが相当である」と解説される。

44) 本文で引用した最高裁判決の事案は、相続人の1人が被相続人の遺産である土地を取得する代償として自己所有の建物を持分2分の1ずつの割合で他の相続人2名に譲渡するところとなり、調書においてその旨の条項が作成されたうえで、登記原因及びその日付を「平成18年6月15日遺産分割による代償譲渡」として所有権移転登記の申請がなされたところ、登記官において、不登法61条所定の登記原因証明情報の提供がないとして、不登法25条9号の規定により却下する旨の決定（以下、「本件処分」という）をなしたために、これを争ったものである。

登記官がなした本件処分の理由は、登記原因証明情報としての調書条項においては、申請人に対し遺産取得の代償として本件建物を譲渡する旨の記載がなされているが、それがいかなる法律行為によるものであるのか、特定明示されていないという点にある。これは従前から遺産分割協議において、遺産を現物で取得した共同相続人の1人が、その代償として他の共同相続人に対し特に代償金の支払義務を約定することなく、自己所有不動産を

第1章 登記代理委任契約とは何か

譲渡する場合はその登記原因の記載を「遺産分割による贈与」とすることとされる先例に従ったものである。

今回の照会については、最高裁判決の後もこの従前の先例の立場に変更がないかどうかを、あえて確認したものと言える。

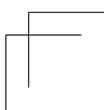
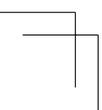
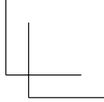
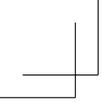
- 45) このような視点から、登記原因の適格について触れているものについて、登記研究712号187頁参照。
- 46) なお、登記原因に民法上の根拠条文を直接記載することが認められている例として、前掲注45)登記研究712号188頁参照。
- 47) 遺産分割前に相続人から第三者への相続分の譲渡があったときは「相続分の売買」又は「相続分の贈与」を登記原因として、相続分を譲渡した相続人から第三者への当該相続人の持分全部移転の登記をすることができる（登記研究750号178頁）。
- 48) 以下①～⑦まで留意すべき場合を例示する。
 - ① 代位嘱託による代位登記によって作成された登記済証は旧不登法35条1項3号（新法22条）の「登記義務者ノ権利者ニ関スル登記済証」（以下、添付すべき登記済証という）とはならない。

しかし、国土調査法による不動産登記に関する政令2条2項、又は土地改良登記令3条2項等の規定により、申請人から交付を受けた代位による所有権保存又は移転の登記済証及び官公署が登記義務者として登記権利者のために所有権取得の登記を嘱託した場合の登記済証は、後日登記義務者として登記を申請する場合の添付すべき登記済証となり得る（登記研究757号145頁以下）。
 - ② A・B・Cの3人が共同して不動産を買い受け、そのうちの1人Aが民法252条但し書きの規定による保存行為として、共有者全員のために登記義務者と共同申請により所有権移転の登記を受けたときは、B及びCは登記名義人となるものの申請人とはならないから、登記識別情報の通知はない。

これらの者については、登記識別情報の提供がないものとして必要な本人確認の手段をとらなければならない（登記研究757号129頁）。
 - ③ 旧法における登記済証は、登記権利者が複数人いる場合にあっては一通しか作成されなかった。そこで共有者の1人が全員のために申請した登記済証は、申請人以外の他の共有者が、後日登記義務者として登記を申請する場合の添付すべき登記済証として取り扱って差し支えないものとされている。
 - ④ 所有権移転登記を錯誤によって抹消した場合の抹消登記の登記済証は、その後再度所有権移転登記をする場合に添付すべき登記済証とはならない。この場合に添付すべき登記済証は、さきの所有権移転登記に添付した登記済証である（登記研究758号61頁）。
 - ⑤ 乙より2分1の共有持分の移転を受けた後、丙より2分の1の共有持分の移転を受けて単独名義になった甲が、丁に所有権の一部（2分の1）移転の登記をなすには、各登記の登記済証を添付することを要する（登記研究758号62頁）。

第4節 相談活動及びこれに引続く委任における専門的知識の重要性

- ⑥ 同一名義人が数回に分けて各別の登記により持分を取得している場合に、その登記に係るそれぞれの持分につき、持分移転の登記を申請する場合における登記の目的は、「何某持分一部（順位何番で登記した持分）移転」の振り合いによるものとし、申請書に添付すべき権利に関する登記済証は、その持分取得の登記の際に交付された登記済証で足りる（登記研究 758 号 68 頁）。
- ⑦ 上記⑥は分譲地区画の販売譲渡に際し、その各販売区画に通じる共通の進入路部分は、各区画所有者らの共有名義で登記されている場合が多い。このような区画の譲渡がなされると、進入路共有持分も本来の譲渡区画と共に譲渡されることとなるが、そのような場合、通路部分の共有持分の譲渡によく見られる事案である。



第2章 申請委任に先行する登記事務処理委任の必要性

第1節 登記代理委任契約の特質

登記代理委任契約の特質は登記代理委任契約の二重構造、すなわち委任事務の複合的特質にあると言える。

登記代理委任契約は、前述のとおり相談に引き続く委任という事務の流れを通常の形態としている。そのような形態での依頼は、自己の利益のためにいかなる登記手続をなすべきかという一方当事者の計算が専門家を利用する端緒であり、その基礎には当事者が置かれている、あるいは置かれるべき登記原因となる実体がある。

この段階では、受任者において依頼に応え委任者の利益のため、いかなる登記手続をなすべきかを検討し、これを組み立てるとしても、委任者には未だ登記記録に対して具体的に自己の意思によってどのような内容を顕現させるのかという自己決定はない。すなわち登記記録を具体的にいかに変動させるかという実体的意思をまだ持たないのである。したがって、受任者においても登記所に対する申請代理権の付与までを必要とはしない。

そこでの受任者の知的活動は、登記原因となる実体の把握と委任者の利益実現のために、いかなる登記申請をなすべきかを組み立て、それを委任者に情報として提供・説明して委任者の自己決定を導くことにある。このように受任者の事務が先行して委任者の自己決定に基づく個別の申請委任が生成される。

従来このような個別の申請委任が成立するまでの受任者の知的活動は、ともすれば申請委任の附随的な事務と解されていたような一面がある。しかし、これはやや論理が逆転しており、受任者のいかなる登記手続をなすべきかという

受任活動があってはじめて個別の申請委任は成立するのである。

登記代理委任契約における特質としては、この委任事務の二重構造が重要である。

この委任事務の二重構造は、まず対象となる法律事実を基礎に、いかなる登記申請をなすべきかという判断をなすうえで個別の申請委任では機能しない委任者と受任者との間の個別基準の設定を委任契約として形づくるうえで必要なシステムなのである。それと同時に、受任者に対しては、個別の申請委任相互の関係においても、個別の申請委任の枠組を超えた制度の趣旨目的によって導かれる総合的な規範への適合力が求められるシステムとなる。

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

相談活動に引続いてなされる委任事務は、委任者（相談者）にとって、自己の利益実現のためになされる事務処理に外ならず、決して受任者の中立的な役務提供を望んでいるものではない。このように相談活動に引続く自己のための利益としての登記を求める委任者を、これまでの申請委任における委任者と区別する意味から、本章においては依頼者と呼称する¹⁾。

事務の流れからすれば、依頼者本人が受任者司法書士に対して、個別の申請委任をなす前に、まずその相談時点における実体関係を基礎にして、申請の当事者・その登記原因・申請の方式・申請の個数・目的物件等、その他申請を実効あらしめる諸要素を依頼者のために整理し、さらに共同申請の場合は対立当事者との間で、その他単独申請の場合も必要な関係者と応渉すべき項目を明らかにし、これを依頼者のために整序するという統一的な事務処理を行う委任（以下、本書において「登記事務処理委任」という）の必要性が指摘される²⁾。

登記所に対する個別の代理申請をなすための委任（申請委任）においては、これら登記申請を実効あらしめる諸要素が持定していなければならない。そこで、依頼者のために「どのような登記をなすべきか」を見出す登記事務処理委任が、必然的に先行した委任事務の内容となる。

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

また、登記事務処理委任は、委任者の利益のために必要とされる知的活動であるために、忠実義務の所産として共同申請にあっても本来的には一方のためになす委任である。登記記録の変動という視点からすれば、能動的当事者からの一方の委任であり、また逆に受動的当事者からの一方の委任である。当然のことながら、この委任は要式行為ではない。

依頼者本人にとって、このような登記事務処理委任が必要とされる理由は2つある。1つは、依頼者にとって、自らの権利確保のために必要な情報が十分に提示され、最終的に自ら納得のうえで正しく手続的選択が行われることである。

登記手続を利用しようとする者に対して、手続的な保障が必要なことは言うまでもないが、その保障の具体的な手法は、依頼者が受任者である司法書士の側からその調査に基づく具体的な情報の提供を受けること、登記原因となる法律関係、法律事実についての報告と説明を受けること、登記原因と必要とされる申請相互の関連性について、報告と説明を受けること、そのうえで委任者が自らの判断で個別具体の申請委任を行うこと、等のプロセスを踏むことである³⁾。

2つ目は、依頼者本人に対して、委任契約による専門家責任の及ぶ範囲を個々の申請行為とその登記完了という狭い範囲ではなく、自己の権利保全のために、その時点において何が必要な登記であり、適切な手続手法であったのかということにまで広げ、司法書士の受任者としての説明責任と履行内容を明確にするためである。

この点で、登記事務処理委任は本来的に不要式の、ある程度包括的な委任関係とならざるを得ないものであり、この委任の範囲を基礎づけているのは、登記原因となる法律行為または法律事実によって組成される社会的事実、すなわち、当該事案についての客観的な側面と本人の依頼意思である。

ところで委任者のために「どのような登記をなすべきか」という判断の妥当性とそれに至るプロセスについては、受任者の説明責任に裏付けられるものとして、予め委任契約の当事者間で明確にしておく必要がある⁴⁾。

このように個々の申請委任の上位概念として、依頼者の委任に基づき登記原

第2章 申請委任に先行する登記事務処理委任の必要性

因となる実体関係を基礎として、依頼者の利益のために必要なすべき登記申請を整序するという委任事務の必要性は、従来の伝統的な登記代理委任の議論において、正面からは登場していない。

また、登記事務処理委任と異なって「申請委任」においては、登記原因となる法律行為または法律事実は特定していなければならない。しかし、登記事務処理委任の場合は、登記原因たる法律行為または法律事実は特定している場合ばかりではなく、「特定し得べき場合」を含まざるを得ないものである。

登記事務処理委任と申請委任

そこで、委任契約において登記事務処理委任として、委任契約の役割を明確にし、かつ伝統的な「申請委任」との関連性を合理的に説明できることが必要である。そのために

- (1) 登記事務処理委任を必要とする依頼者
- (2) 登記事務処理委任の役割と機能
- (3) 登記事務処理委任の成立時期と申請委任の成立時期
- (4) 登記事務処理委任と双方受任、利益相反について
- (5) 登記事務処理委任の法的根拠と業法上の位置づけ

という5つの視点から、検討を進めたい。

1 検討のための5つの視点

(1) 登記事務処理委任を必要とする依頼者

前述のように相談活動と、これに引続く委任という実務的な作業の連続性を自覚すると、ここで依頼者とは、自己の利益のために積極的に登記手続を利用して、その抱える何らかの登記に関する問題の解決をはかろうと意欲する者であり、相談依頼者と概ね同義である。相談依頼者が必ずしも登記手続を起動させる主体、すなわち申請委任の適格者であるとは言えない。しかし、たとえ適格者でない場合であっても、手続を利用する者の権利保護のためには、第1次的にはなるべく依頼者となる主体を広く捉えるべきである。

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

申請委任は、登記所に対して代理人として申請行為をなすことの委任であるから、手続法のルールに従って、権利に関する登記については登記権利者、登記義務者、またはその双方の当事者からの申請委任が必要となる。

加えて、登記義務者からの委任については、現在の登記簿登記事項権利部の登記名義人との主体の連続性が求められる。すなわち、手続法のルールに従い、委任者としての形式的適格が求められる。

これに対し、依頼者は、このような厳格な適格を有している必要はない。例えば、他人物売買の売主のように現在は申請委任の適格を有していなくとも、あらたな取引行為によって将来その適格を取得しようと意図する者も当然に含まれる。すなわち、相談依頼者は、もっとも広く捉えられるべき人達であり、依頼者は、これに次いで広い範囲で捉えられる人達である。

依頼者は、登記面での権利変動について自己が何らかの法的利害関係を有する者であれば良いということになる。現在の権利名義人である場合もあれば、権利名義人となり得べき者、さらに、それらの者から承継的に権利を取得する者や設定的に権利を有すべき者等も含まれる。

また、依頼者の利益は必ずしも個別の申請委任における委任者の利益と同一ではない。ある申請の当事者たるべき者の一方から当事者を異にする別の他の申請についての依頼を受けることもあり得る。申請委任においては、1個の申請を起動させるのは、その申請に対応した登記権利者なり登記義務者本人の1個の委任意思ということになり、受任者は本人の委任意思を正しく受けとめ、それを代理申請しているのであれば、格別の専門家責任を問われることはないはずである。この立場では1個の申請がそれぞれ単独で完結するものであって、他の申請と特に関連づけられているものでもない。1個の申請委任をなすことの原点は、本人の自己責任にあると言えよう。

しかしながら、このような整理、すなわち代理申請のための委任の枠組を当該申請に対応して、必要最小限に狭くする整理は、代理申請をなす司法書士の責任とその委任をなす本人との責任の配分として見る場合には、本人の自己責任の領域が大きすぎて公平とは言い難い。また、登記制度を利用する本人の手

続保障としての視点からも、きわめて不十分である。

例えば、抵当権抹消—所有権移転—抵当権設定に代表されるような同一物件における連件申請において、各申請における相互の登記原因と、各当事者の利益状況から、依頼者となり得る者の依頼の利益を検討し、本人が受任者の助力によってサポートされるべき領域について考えてみたい。

言うまでもなく、抵当権抹消は所有権登記名義人を権利者とし、抵当権者を登記義務者とする共同申請による登記であり、登記原因は弁済、解除、放棄等である。

所有権移転は、所有権登記名義人を登記義務者とし、譲受人を登記権利者とする共同申請による登記であり、登記原因は当事者間で物権変動を生ずる例えば売買を原因とした売渡等処分行為である。

抵当権設定は、所有権登記名義人から譲渡を受けた者を登記義務者とし、抵当権者を登記権利者とする共同申請による登記であり、登記原因は物権行為としての年月日設定である。

これら各申請の当事者の一方は、いずれも同時にここで言う依頼者となり得る。しかし、誰が依頼者であるかにより各自の依頼の利益や関心は異なり、それは必ずしも個別の申請委任の利益と同じではない。

仮に、所有権移転登記における登記義務者（売主）が依頼者であるとする、この依頼者は売買契約における売主の立場であり、自ら売主の担保責任を負うため、すべての連件申請と登記の完了について、均等に自己のための利益を有する。それは所有権移転登記という個別の申請委任者の利益の枠組を超えるものであり、その意味では個々の申請登記の完了について一連包括の利益を有する。しかし、登記原因をなす実体のレベルでは、登記権利者である買主があらたに物件について設定する抵当権について、買主の自己への売買代金の支払や先行する担保の消除のために、必要な資金の支払源泉として、その利益関心の対象であっても、そこでの被担保債権の成立や担保設定が当事者間での正しい対価的判断のものでなされているかどうかといったところまでは、その利益関心の対象ではない。ここでは依頼者である売主にとって、買主がその与信者

との間でなす担保権設定行為の当事者ではないが、その与信者から買主に交付される対価は自己への代金支払の源泉となるため、その限度で利害を有する。取引現場では良くあることであるが、この時、与信者の用意した対価が小切手であるために取引が流れるということにもなる。

同様のことは後行する抵当権者が依頼者である場合にも言えることである。買受人の取得物件について、優先順位で担保を設定しようとする立場の者としては、先行する申請とその登記の完了について、均等に自己のための利益を有する。一連包括性の利益である。しかし、登記原因をなす実体のレベルでは所有権移転の登記原因である売買契約において、代金の支払いが正しい対価的判断のもとでなされているかどうかは、利益関心の対象ではなく、先行する抵当権の抹消が全部弁済であるか、一部弁済であるか、あるいは解除が当事者間での正しい対価的判断のもとでなされているのかは、利益関心の対象ではない。

すなわち、すべての連件申請と登記の完了について、実体上均等に自己のための利益を有するとは言えないのであり、申請委任としてこれを見ると、受任者である司法書士の責任は、本来的には個別の申請の枠組を超えるものではない⁵⁾。

また、所有権移転登記における登記権利者（買主）からの依頼であるとする、この依頼者にとって先行する抵当権抹消登記は、自己の買い受けるべき物件が負担している担保の消除という結果が利益の対象であり、当該抹消登記の登記原因をなす解除が、はたして担保の全部抹消を基礎づけるだけの当事者間での対価的判断のもとでなされているのかどうかまでは、利益関心の対象ではない。

この場合も、依頼者はすべての連件申請と登記の完了について、実体上均等に自己のための利益を有するとは言えないのであり、受任者司法書士の責任も個別の申請委任の枠組を超えるものではない。

権利の変更登記のように対立当事者がある場合、依頼者となる枠組は、実体の基礎をなす登記原因において決定されるべきである。また、複数の申請が予定される場合は、当該登記原因において同一当事者が双方の登記原因における

当事者となる場合である。例えば、前例においては、抵当権抹消登記における名義人たる設定者と所有権移転登記において売主たるべき者が同一当事者となる依頼者であり、同じく、所有権移転登記における買主と抵当権設定登記における設定者たるべき者が、同一当事者となる依頼者である。

これらの依頼者の内、受任者は、どの依頼者から相談とこれに引続く委任を受けたかにより、本人が受けるべき利益のために尽くすべき注意義務の内容や前述した「登記の仕方」の検討が異なることとなる。このように登記事務処理委任は、実体を基礎として、当事者の一方が自己の利益実現のためにする事務委任であり、相手方当事者との間で潜在的な利益対立がある段階での登記の委任事務である。しかもこの利益対立は紛争ではないので、委任事務の遂行過程で相手方当事者との合意と協力により共同申請に至る可能性を前提としている。したがって、依頼者の段階では、個別申請委任の適格者たり得べき者としての可能性を有していることが必要である。

(2) 登記事務処理委任の役割と機能

登記事務処理委任の役割は、既述したように、依頼者の依頼の趣旨に基づき、その利益のために必要な個別の申請の形態を明らかにし、これを基礎づける登記原因たる法律行為、法律事実並びに実体上の諸条件を調査確認のうえ、相手方当事者に対して提示できる登記の内容を整序し、そのうえで、これらの作業及び依頼者への説明、報告を通して、あらためて依頼者の自己決定を促し、必要な申請について、代理権の授与を伴う申請委任へと手続委任全体を繋げることにある。

代理権の授与を伴う個別申請委任へと手続全体を繋げる過程において、依頼者から手続の当事者へと委任主体を絞り込む作業を行ううえで、当事者本人の確認も、より実質的な裏付けをもつこととなる。

その繋げる事務の第一段階は、申請内容が委任者の真意に符合し登記原因たる実体に適合しているのかという局面と、登記原因たる実体関係と委任者の真意からすれば、当該申請内容で十分であるのかという側面の双方から申請の在り方を吟味検討する作業である。

したがって、その役割は、上記双方での検討を機能せしめるうえで、依頼者の相談に始まり、それに続く委任関係を基礎として始まる必要がある。さらに最終的には、依頼者との間で、各個別具体の申請における代理権の付与を伴う申請委任へと発展し、成熟させることを予定した動的な活動となる。

また、相談対応から離れて委任関係が成立するのは、受任者として相談者以外の他者との接触を始める時点である。それまでは相談と連続する結果、必然的に自己利益と計算が活動の出発点であり、受任活動は未だ対立当事者側の利益や計算とすり合わせて、当事者としての納得と同意に到達する前の段階である。対立当事者との間では、なお十分潜在的に利害対立を内在している状況にある。

したがって、受任者は個別具体の申請委任意思を相談に引続いての受任として実質的に担保する役割を担っているとしても、その機能は申請におけるいずれの当事者から依頼を受けているかによって異なる相対的なものである。

例えば、解除を原因とする抵当権抹消登記において、抵当権者から依頼を受けた場合と、設定者である所有名義人から依頼を受けた場合とでは、登記事務処理委任の機能は異なるものと言わざるを得ない。

共同申請主義のもとで、特定の登記について、対立当事者である登記権利者と登記義務者双方の意思の合致を導き出すためには、まず、そこで提示される登記原因たる法律行為又は法律事実を対象にこれを組成する要件や事実のレベルで、双方が共通の認識に立つ必要がある。

その場合、受任者の意思活動の範囲は、登記の技術上客観的に一定の枠組が設定されざるを得ない。その枠組とは、①申請すべき特定された対象不動産についてであること、②当該不動産について当事者間での特定登記の申請を理由づける登記原因の存在及びその申請であること、である。

さらに、双方の意思の合致を導き出す手法としては、契約一般の合理的思考に準ずるものとして、登記義務者側からの応答はできる限り単純な諾否で足りるべきものが望ましく、登記権利者側において、その内容が予め必要に応じて十分に構成されることが求められる⁶⁾。

したがって、仮に登記義務者側において、登記権利者側によって予め構成された内容に対し、その応答が単純なる諾否にとどまらず、なんらかのあらたな条件を伴うような場合には、登記義務者側の受任者として、前記の登記の技術上設定された枠組に必ずしもとらわれることなく、本人の抱いている要件の内容をできる限り明確にし、登記権利者側において、はたしてその履行が可能なものかどうかを義務者側の権利保全のために提示し、その確認をしなくてはならない。そうでないと申請意思の実質的担保機能として役立たないのである。

このことは、登記事務処理委任においては、個別の申請委任における登記義務者側の諾否を求めるにあたり、登記義務者側の受任者の意思活動として、個別的な申請の枠組を超える機能を求められることが期待されるのに対し、登記権利者側の受任者の意思活動は共同申請の枠組を超えるものではないという特質がある⁷⁾。

このように、仮に個別の申請における登記原因たる事実の認識において、対立当事者双方に相違はないものとしても、登記義務者となるべき者は様々な理由で応諾の自由なり条件を留保しており、相手方の申請委任への協力を拒否して、自ら信頼する別の専門家に対し、同一問題について、どのようにして登記義務履行をなすべきか、相談・委任することも自由である。

多くの場合には、登記権利者となるべき者の申請について理解し、自らも協力して共同申請の委任者となり、さらに登記完了の円滑のために同一人に申請委任し、代理権を与えることが多いのであるが、この双方受任としての形態には、システムとして問題のあることは否定できない⁸⁾。

なお、共同申請を必要とする登記手続において、登記権利者となるべき者が能動的に行動して、具体的な登記事務処理につき、受任者を介して相手方である登記義務者たるべき者に具体的な申請委任を示したことにに対し、これに応諾し、同一代理人に対し申請委任するに至った受動的行為者に対しては、登記権利者の受任者は、その応諾によって達成が予定される手続法上の効果を、自らの手で覆えさせることはできないという禁反言的制約が生じる。同時に、それは登記権利者たるべき者に与えられた手続保障の側面ではないかと思われる。

登記権利者たるべき者の依頼に基づき、一定の登記原因に基づいて、委任事務を遂行した者が、さらに当該具体的申請のために必要な申請委任への協力を相手方に求め、相手方がこれに応諾して自らも同一人に申請委任するというプロセスの内に登記権利者たるべき者に登記完了を手続的に保障するという効果が付与されるのではなからうか。

この問題は、申請のために必要な2個の申請委任契約が、同一人を代理人とする場合に生ずる特別な関連性であると思われる⁹⁾。

(3) 登記事務処理委任の成立時期と申請委任の成立時期

登記事務処理委任の成立時期は、相談活動が一応その役割を終了し、相談者から提示のあった情報・説明を基礎として、更に進んで登記原因の調査、確定のために相談者以外の相手方当事者または第三者との間であらたに応渉を必要とするに至った段階である¹⁰⁾。

すなわち、相談活動が限界を超えて行動しなければならない時期は、相談対応者が相談者以外の相手方当事者、またはそれ以外の第三者との間であらためて本人から委任を受けた受任者であることを明示して、これらの相手から更に必要な説明を得なければ、登記原因たる実体の確認が客観的にできない時点であり、そのような目的のために相談者から相談対応をしている司法書士に対して、あらためて登記事務処理の委任の申込がなされ、相談対応をした司法書士として、これを承諾した時点である。

したがって、委任契約当事者間で委任の成否を巡り、後日の紛争が生ずることを予防する意味からも、委任の趣旨・目的のある程度柔軟に包括的に記載したものであってもよいが、書面による委任状の作成が望まれる。

また、登記事務処理委任においては、相談とは異なり、委任者としての適格性も問題となる。登記事務処理委任は最終的には個々の登記申請委任へと収斂していく役割のものであり、その過程の中で組み立てられた申請委任において、何ら当事者としての適格性も持たないと言わざるを得ない者との間では、最終的にこの申請委任が有効に成立することができない。

したがって、登記事務処理委任の過程の内では、委任者が受任者としての事

第2章 申請委任に先行する登記事務処理委任の必要性

務遂行の結果、途中でその適格性のないことが判明し、受任者よりその委任を解除することもあり得る。いずれにしても、登記事務処理委任には申請委任の適格性を含めて、その内容の充足へ向けた目的性を持つ発展段階がある。すなわち、委任成立の段階では、最初からそのなすべき事務内容は、必ずしも決まってはいるが、その受任事務遂行の過程でなすべき事務内容が当事者間の債務として次第に充足されていくという見方である。

このような見方は、債権関係において、契約規範の内容の具体化、すなわち具体的な行為義務内容の確定は、履行過程の具体的な推移に照らして動態的に把握されるものであり、契約規範は締結時にその外延が確定されたにすぎず、その内容について、履行過程の展開の中で事態の推移に即し、信義則の助力を得て初めて具体化されるという考え方である。近時の債権法における主流学派の考え方でもある¹¹⁾。

反面、この考え方を登記手続に敷衍する場合には、本人の自己決定プロセスが受任者側の主導に隠れてしまって不明確なものとなってしまわないように配慮しなければならない。

そこで、前述のとおり受任者によりなされる作業、すなわち登記原因となる法律行為または法律事実に基づき、委任者にとって必要な登記の目的、種類、申請の個数を検討し、これを判断決定する作業とこれらの検討結果を踏まえて現実に代理人として登記所に申請するための作業とは、質的にも異なり、それぞれ別個の役務内容と考える必要がある。

ひと口に委任契約と言っても、前者の統一した登記事務処理の在り方を委任する内容と、後者の個々具体の登記所に対する代理申請をなすための委任内容とは別個のものであり、委任者が望む範囲で前者の登記事務処理の委任が代理申請のための委任にも先行して介在すると考えられる¹²⁾。

そして、このような登記事務処理のための委任が先行して介在する場合、利用者本人の手続利用における自己決定は、この先行して存在する委任事務において、受任者の報告を受ける結果（民法645条）あらためて委任者においてなされると考える。

したがって登記事務処理委任は、ある程度包括的な委任関係であり、この委任の範囲を基礎づけているのは、登記原因となる法律行為または法律事実という、当該事案について客観的な側面を提供する実体関係である。

それでは、申請委任の成立時期はどの時点であろうか。それは、登記事務処理委任との連続性の中で考える必要がある。登記事務処理としては、相手方となる対立当事者と接触のうえ、登記原因となるこれらの事実または法律行為をすり合わせて特定させる過程が必要とされる。

依頼者が提供した資料といえども、その後の受任者の活動によって相手方からもたらされる情報とすり合わせることで、初めて特定していると認識できる場合も少なくない。さらに、当事者間で登記原因となる実体が特定しているかどうか未定であっても、特定し得べき段階でさえあれば、本人が司法書士との間で登記手続に関する知的支援と法的助力を求める登記事務処理委任契約が成立することについて、格別の制約はないと考えるべきことは前述した。しかし、申請委任の成立には、これらが特定していることを要するであろう。そこで、次に委任者以外の対立当事者もしくはそれ以外の第三者との間で、登記原因たる事実の確認の手法が問題となる。

ここでも最初は申請委任における厳格な手続概念から一応離れて、依頼者の利益とその委任内容を明確にするという趣旨から、これら相手方や第三者からの情報と説明を得る必要がある。

まず、委任者の対立当事者からの応渉確認の作業と、委任者の対立当事者以外の第三者からの応渉確認の作業とに分別して考察する必要があると思われる。

再度、特定物件甲について、既存の抵当権者 A と所有者 B との間での弁済を原因とする抵当権抹消、所有者売主 B と買主 C との間での売買を原因とする所有権移転の典型的な複数の登記を設例とする。

経済取引としては買主 C の支払う売買代金は、売主 B により抵当権者 A に対する既存債務の弁済資金となる関係にある。

仮に、その弁済資金として充るべき代金が、被担保債務の弁済におお充分でなく一部弁済の結果となる事案とする。

Aとの登記事務処理委任契約関係において、Aの受任者司法書士は、Aとの対立当事者Bとの登記原因となる実体関係の確認を行うのであり、Bとの間でそうすることの根拠は、権利の登記における手続法上の共同申請主義である。

しかし、手続法上の概念としては、Aとの事務処理委任契約における受任者の立場のみでCとの間でB・C間の登記原因となる実体関係を確認する法的根拠はない。これについてはBの提供する第三者Cからの情報を前提に考えざるを得ない。そのような制約のもとで事務処理受任者はA・B間の抹消の登記原因について、まずこれを確認せざるを得ない。

Aとしては自らの資金回収が急がれており、そのためまずA・B間の支払代金が全部弁済となり得ないものかどうか確認する利益を有している。また、やむを得ない場合は一部弁済を受けて解除に応ずる選択もある。そのためにC、B間の登記原因についても確認したいのであるが、当初のAの事務処理受任者の立場において、さらにB・C間の登記原因について、事務処理委任を受けることは可能であろうか。

Bとしては、Aが抵当権抹消に応じてくれない場合は、Cとの売買取引が予定どおり終結せず、その点でAと利益を共通にするとも言えるのであるが、Bにはこの売買についてB独自の計算があるかもしれない。要するにA・B間の潜在的な利益の対立状況からすればAの事務処理受任者の立場で司法書士としてさらに競合してBの事務処理受任者となることは、A・B相互の信頼関係からすれば、原則的には許されないと解さざるを得ない。

仮にBが弁済資金不足のためAより解除の協力を得るために、あらたに長男B'所有の他物件乙についてAのために残債務を担保する新規の抵当権設定をするという提案がBよりあらためてなされた場合、受任者司法書士はAの事務処理受任者の立場でBに対しては、甲物件について自己を抵当権抹消登記の申請受任者とするように申込をなすと共に、同時に、乙物件についてB'に対しても新規の抵当権設定については、自己に申請委任をなすように申し込むことはできる。B・B'は勿論応諾の自由を有している。実務的には、甲物件

について A の解除を原因とする抵当権抹消の協力を得るためには、B・B' は応諾するものと思われる。

これらの申請委任は、物件も登記原因も異なるものであるが、A の意思を充足すべきものとして、なお A からの登記事務処理委任の履行としてなされる申請委任といえるであろう。登記事務処理としての受任者司法書士は、A の信頼に応えるために事務遂行するのである。しかし、この段階で B が受ける売買代金情報や B' の担保物件の情報は未だ第三者としての情報にすぎない。B・B' の申請委任の応諾によって、これら双方物件の双方当事者間での登記原因（解除や抵当権の債権額）情報が確定する。

それでは、これら甲物件についての A・B 間の抵当権抹消登記と A・B' 間の乙物件に対する抵当権設定登記の 2 組の申請委任は B・B' の申請応諾によって、直ちに成立するのであろうか。一般に申請委任が成立するためには、申請に必要な添付書類が具備されることを要し、それまでは停止条件付にのみ成立しているにすぎないという有力な見解がある¹³⁾。これらの書面が添付されない限り、当該申請の目的を達することができず、登記は完了しないからである。一方、委任の成立時期としては、これより早い段階で成立を認め、専門家の早期介入を意味あるものとすべき立場もある¹⁴⁾。

結論として、これらいずれの立場によるかは、受任者司法書士の登記事務処理委任の方針によって決すべきである。換言すれば、いずれの立場が登記事務処理委任の委任者の権利保護となり得るかということである。

設例の事案では、乙物件についての A・B' 間でなされる抵当権設定登記が、甲物件についての A・B 間の抹消登記に先行し、登記完了されることが、委任者 A の権利保護のため必要な手順である。したがって B' による登記識別情報（権利証）や印鑑証明書等必要添付書類の提出具備が、乙物件について申請委任が成立する時期と解される。甲物件についての解除を原因とする抵当権抹消登記の申請委任はその後に成立するものであろう。

(4) 登記事務処理委任と双方受任、利益相反

登記事務処理委任は相談に引続く当事者の一方からの委任であり、受任者は

本人の利益，権利確保のために忠実義務を負うものであるから，他方当事者からも受任する双方受任は委任者との本来の信頼関係に背反するものとして原則的に許されるべきものではない。

問題は登記事務処理委任を進める結果，個別の申請をなすにあたり，共同申請主義の適用によってその同意を求めるために他方当事者と応渉するに至る段階である。この段階で，登記事務処理の受任者は自らが関与し組立てた個別具体の申請について，あらためて本人から代理権を付与された受任者として当該申請につき相手方の諾否を求める立場にある。

特に登記権利者側の代理人として，相手方と応渉するにあたって，相手方登記義務者の方からも単なる「諾」ではなく，登記義務履行の円滑のために「積極的な協力」に相当する委任を予め受けることもあり得る。このような双方受任までを全面的に否定することは現実的ではないという判断があり得よう。このような判断の基礎にあるのは，①登記手続がこれまで果たしている経済的効用，特に決済の迅速性の要請と，②登記手続における利益の対立といえども，その多くの場合は未だ潜在的と言えるものであること等の諸事情を衡量した結果と思われる。

したがって当事者双方の積極的許諾に基づいて例外的に申請委任における代理が双方受任，双方代理の形態となることは，なお許容せざるを得ないのではなかろうか。しかし，これはあくまでこれまでの双方代理が登記申請において果してきた功罪のうち功の部分の評価したものである。それがこれから将来に向かっても評価できるものとは言えない。

加えて，その許容は経済的な動機要請を主とするものが多い。すなわちベターなシステムではないのである。そこで，許容にあたっては代理人の側に次のような負担を設定して当事者の具体的手続における真意を担保すべきものと考えられる。

① 登記義務者の「諾」は登記権利者の単独申請において添付情報として提供される「諾」ではなく，共同申請主義の下で自らも申請人となって当該申請を実行するに至る「諾」であるから，申請に至る本人の自己決定について受任

者代理人が申請内容につき十分事前に説明を行ったという検証可能な記録の作成と保管が必要である。

② 申請当事者による当該申請が申請外の他の手続条件や履行条件に依らしめられるものではないという意思表示の作成と保管が必要である。

共同申請における双方受任は、相手方の承諾を条件とする単独申請とは異なり、自らも当該申請の申請人となる「諾」である。単独申請において登記上利害を有するものの「諾」と同じではない。そこで代理申請において自らも当該申請をなすという自己決定は既述のとおり、本来は登記事務処理委任のプロセスにおいて受任者から説明を経ることによってなされる自己決定である。この構造は相手方当事者にとっても同じであり、本来は相手方についても、相手方の利益、権利保護のために登記事務処理をなす受任者があるのがもっとも望ましい。

したがって、双方受任の形態において相手方当事者のなす「諾」はその申請委任の「諾」が他の条件にかからしめられているものではないという手続の保障を受任者の方において引受けるべき性質のものと言える。

換言すれば、双方受任において登記事務処理受任を経ていない他方当事者からの申請委任は、それがなされたからといって、当該委任が他の何らの条件にもかからしめられているものではないという推認は働かないものと考えべきである。

したがって、登記事務処理受任を経ていない他方当事者が当該申請委任をなすにあたってそれが申請外の他の条件にかからしめられていないことについて、登記事務処理委任を経た方の一方当事者の受任者としては後日の検証に耐えられる確認記録の作成という執務上の負担と言うべき手当を自らしておく必要があると思われる。

このように双方受任においては、加重された本人の意思確認を必要とする手続ルールを確立すべきではないか。

(5) 登記事務処理委任の法的根拠と業法上の位置づけ

事務の流れとしては、登記事務処理委任と申請委任を一つの委任契約に基づ

く法律関係の連続体として認識することは可能であり、実際そのような立場ですでにこれまでも実務家の多くが仕事をしているものと思われる。

しかし、同時に多くの実務家が自らの業務責任を検討する場面となると司法書士法3条第1項第1号に規定する「登記に関する手続を代理」するために、その基礎となっている委任契約の外延をどのように認識するかについては、当該申請に対応する範囲での狭い「申請のための委任」であるとする保守的な傾向に立つのではないかと危惧される¹⁵⁾。

すなわち、前述した登記事務処理委任を業務の範囲外に置く立場である。

保守的傾向の危惧というのは、委任契約の債権者である本人に対して契約による専門家責任の及ぶ範囲を個々の申請行為とその完了というごく狭い範囲に減縮してしまう考えであり、それでは実体関係を基礎としてどのような申請をなすのが自己の権利保全となり得るのかという、本人の自己決定プロセスへの助力を専門家責任の枠外に置いてしまう結果となりかねない。

そうした司法書士の態度決定の一つの原因は、司法書士法3条の業務規定にある。

同法3条1項は、まず、業務として「登記又は供託に関する手続について代理すること」と規定し、さらに同2項は「法務局又は地方法務局に提出し、又は提供する書類又は電磁的記録……を作成すること」と規定している。この規定の趣旨は、同法に関する法務省関係注釈書によって登記手続上の所有権移転登記のように、共同申請による手続については、司法書士が登記権利者の代理人になる場合、登記義務者の代理人になる場合、双方の代理人になる場合の3つを想定した手続における代理業務であると注釈されている¹⁶⁾。

ここで、同条が規定する「登記……に関する手続」とは、文言からすると、登記所に対する登記申請を本人に代理して行うという国家機関に対する申請代理という狭い範囲の態様のみではなくて、既述した相談から申請に至るまでの過程で本人のために提供する登記事務処理を、これら3つの代理形態において広く包摂するものと解釈することも可能である。

しかし問題は、この規定の沿革である。同条は、旧司法書士法2条1項1号

の改正としてなされたものであるが、この昭和53年改正法が規定した「手続代理」の概念は、それ以前の昭和42年法1条1項の「他人の嘱託を受けて、その者が裁判所、検察庁、法務局に提出する書類を作成すること、登記供託に関する手続を代わってすること」の文言を承継している。

このような制定の沿革に従って解釈すると、業法上の業務は「登記申請代理業務」を行うための適格者からの委任業務とそれに関連して「登記申請代理業務」に付随する「相談」業務の2つの概念が立てられる。既述した依頼者のためになすべき登記申請はどうあるべきかを決定する受任者の業務は随同業務である「相談」のカテゴリーにおいて説明されることとなる。

しかも、同法3条1項5号の相談業務は、法文の既述順序からすれば、本来なすべき「手続代理業務」の概念が一応決まっただけで、それを前提に附随する「相談」業務として、観念されているのであり、それは相談業務から申請代理業務へと発展する形態のものを当然には表現していないとも読める¹⁷⁾。

仮に、5号相談業務の概念が、これまでの実務の集積からすれば、司法書士が依頼者との間で築き上げてきた、相談から委任にいたる態様の連続性を前提とした活動をその内実とするものであり、相談のプロセスから「申請代理業務」を導き出せるのはむしろ当然という解釈に立つとするにしても、相談の段階で相談者以外の第三者との間での登記原因を構成する実体の特定を担う役務を認めることは、やはりできないであろう。委任関係を介在せずにこれを認めるとすれば、それは一般的な登記原因の調査確認権限というものを認めることにならざるを得ない。そのような役割の法的根拠を現在わが国の法制度のもので、どう説明するかが難しい課題である¹⁸⁾。

したがって、登記原因を構成する実体を確認する役務の根拠としては、相談の段階を超えた本人からの委任関係を観念せざるを得ないのである。

そのような相談活動から関連する委任関係を認め得る法上の根拠は、今のところ司法書士法1条の理念に拠らざるを得ない。同条が規定する「手続の適格かつ沿革な実施に資し、もって国民の権利の保護に寄与する」という理念に導かれる委任関係である。

申請委任は、登記所に対して代理申請をなすために必要な代理権を付与してなす委任であるから、受任者の作為義務の内容は委任当初から明確に定まっている。また、申請にかかる登記完了を予定したものであり、事務終了の時点も明確である。問題は、この申請委任の委任の内容を具体的に充足することを目的として相談から始まる受任者が委任者のためになすべき登記を見出し、委任者本人の納得を踏まえて登記事務処理の方針を確定したとしても、自ら登記所に対する代理権の付与を伴う申請委任を受けない立場では、司法書士法が予定している登記代理委任とは言えないのであろうか、それとも申請委任の受任者たることを予定しているかぎり登記代理委任として開始した役務が途中で終了するというだけであらうか、という点である。すなわち、申請委任を受けないで、単に登記事務処理の方針を確定するのみの委任事務は、司法書士法が業として承認しているものではないのではなかろうか、という疑問である。

そのような委任は、そのままでは司法書士法が規定する登記手続を代理する基礎となる委任とは言えないという解釈もあり得るからである¹⁹⁾。この立場では相談から始まる受任者司法書士の提供した役務が業法上の業務たり得るには、必ず申請委任の受任者たることを予定したものでなくてはならない。

権利に関する登記のように、登記権利者と登記義務者の共同申請による場合は、少なくとも相談に始まる当初の委任がどちらの当事者からのものであるかにより、引続きどちらか一方の当事者からの申請委任の受任を予定し相談を受けている必要がある。

相談に始まる委任が途中で終了することなく展開して申請委任に至る場合は、委任者と受任者との間において代理権を伴う申請委任がなされることによって、より強い登記実現へ向かっての受任履行がなされているものと評価できる。また、委任者としては既述のように、個々具体の申請の必要について、納得したうえで代理権を授与するという自己決定についての手続保障が得られる。

2 要点の整理

ここで再び前述した「注釈」の立場に戻って要点を整理してみたい。

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

現行司法書士法第3条1項が規定する業務の枠組としては「登記に関する手続について代理すること」と「法務局に提出，提供する書類又は電磁的記録の作成」であり，さらに平成14年法改正により附随的業務から脱した独立業務として，その「相談」がある。そのうち代理業務については手続上共同申請による場合は，司法書士が登記権利者の代理人となる場合，登記義務者の代理人となる場合，双方の代理人となる場合の3つの態様が予定されている。

本書において，既述してきた登記事務処理委任の役務提供については，私見は現行法の解釈としても，司法書士法1条の理念のもとに，3条1項1号の枠組に入る本来業務であるとする立場である。すなわち，相談から申請に至るまでの過程で依頼者本人の利益のために，必要な登記事務処理の方針を組み立て，これを説明して本人に個々の申請委任を自己決定させることは，本来業務の範疇に入る。

前記の3つの代理業務の態様の中で，当事者の一方の代理人となる場合は，もともとそのような業務のプロセスを内包してきているものである。しかし，問題は当事者双方の代理人となる場合である（そして，これまではこの態様が実務上もっとも多い）。

登記事務処理は紛争ではないが，当事者間での実体を基礎とした利益対立，利益交換を予定して，本人のためにもっとも有利となる手続方針を組み立て，それを助言する役務である。一方，登記手続における双方代理は前述のように先例によってあらたな利益交換を生じない弁済に準ずる中立性が確立されている²⁰⁾。

しかし，手続における双方代理は，必ずしも本来的な代理形態として予定され位置づけられているものではない²¹⁾。事案における具体的な事象として生じてくる代理現象である。実務においても，登記権利者と登記義務者の双方が相携えて同一司法書士に手続委任し，代理権を付与するというような事象は，まったくなくはないが理念的なものでしかない。

実際のところは，当事者のどちらか一方（多くの場合は登記権利者たるべき者）が自己の利益のための登記を実現することを意欲し，イニシアティブをとって

登記事務処理を進めるその過程で、個別具体の申請における相手方の同意を引き出しているわけである。

したがって、相談に始まる手続としての初動段階においては、どちらか一方の当事者からの委任が原則的な形態であり、その委任事務遂行の結果、あらたな利益交換を生じない弁済に準ずる中立的な同一人を代理人とした共同申請による申請委任が出現している。

司法書士法3条第1項は、当事者間において存在している潜在的利害対立を前提とした原則的代理形態と、登記事務処理委任の結果整序された個別申請委任における代理形態の双方を広く包摂した概念としているものと解すべきである。

3 登記代理委任契約の公法的側面

—委任契約の規範への適合と代理人の役割の変化

民法学の領域においては、代理における法律行為の当事者はだれかという問題は、ドイツ普通法時代より激しく争われた議論である。通説たる代理人を法律行為の主体とみる代理人行為説のもとでは、代理権授与行為と代理行為とはまったく別の法律行為とされる。このような考え方を手続的行為であるが、仮に登記手続における代理申請に単純に展開すると次のようになろう。

手続上の効果をもたらす申立は代理人の意思活動であり、そこにおいて手続上の行為者とその効果の帰属主体は分離する。しかし、この見解は手続がそれ自体有効なものとして評価できる意思活動の所在とその法律効果を中心に議論しているものである。登記手続という制度目的からすれば、意思活動の有効性に加えて、さらに意思活動の在り方自体が公法的非訟行為として手続法が要請する行為者の義務に答えているか、という視点が必要である。

申立が行為主体の意思に合致するということが、その申立内容をなす利用主体の意思が法的にも承認されるということとは必ずしも同一ではない。

高橋三知雄教授は、「Flume は行為 (AKT) としての法律行為は代理人が行うが、その結果定立された規範 (Regelung) としての法律行為は本人のもの」

であり、当時の代理学説に対してはこの「規範としての法律行為」への考慮が不足していることを批判されている²²⁾。ここで「規範としての行為」という思考は手続上の代理を検討する場においても同一ではないかと思われる。規範としての手続行為は本人のものでなくてはならない。ここで規範とは実体私法の領域では、正に当事者間の自己決定の下に生成される契約という個別規範である。しかし、手続行為では手続法が予定する公法的非訟行為としての手続規範への適合であると言える。

そこで、例えば、本書がその考察の対象とする不動産登記手続のように、手続法が、その手続自体の原因となっている登記名義人に生じた事実、あるいは物権変動当事者間での実体法上の登記原因事実を基礎として、これらを正確に公示として登記記録に反映するように組立てられている構造の下では、単に申立が手続法としての約束事に適合しているというだけでは足りない。根本的には当該公示の原因となっている当事者間の権利の得喪・変更が公示されるに足りる真実であることの裏付を有しており、法規範のもとで、登記原因事実が公証行為として評価されるにたりの経過を有していなくてはならない。

では、ここで求められる真実とは何か。まず、手続行為が手続利用者の自由意思に基礎を置いているということであるが、それに加え当該手続意思が規範への適合を保持していなければならないということである。加えて、それらのことが事後的に正しく評価検証できる制度であることが期待される。

その評価検証の作業において重要な役割を果たしているのが、手続利用者及びその代理人の手続における意思活動、すなわち自己決定のプロセスである。このようなプロセスは直接公示の対象とはなっていないが、公示された内容の規範への適合を担保する重要な要素であると言わねばならない。

このような手続利用の適正担保は、申請代理人のみではたせるものではない。申立にかかる内容の真实性を裏付ける主体として、またその申立に必要な契約上、法令上の基礎資料の提示者として、たとえ代理申請であっても本人の手続主体性は不可欠な要素である。したがって登記手続では実体私法における代理学説の通説である代理人行為説を単純に採用することはできず、その手続代理

の構造としては本人代理人共同行為説の思考を視野に入れる必要がある。そして形成される申請意思は、代理人の意思活動によって公証行為としての公法規範への適合がはたされるものでなくてはならない。

このように、本人と代理人を共に手続主体として捉える場合、双方の間でなされる登記に関する手続委任のプロセスが公法上の公証行為の申立としても重要と思われるのである。

4 司法書士業務に関する立法の沿革

司法書士が登記制度の利用者に対して提供してきた多様な役務内容は、古い時代から相当長期にわたり、手続に際しての民間側の運用として、取引慣行を含み、徐々に形成されてきた結果と言えるものであって、その内実は必ずしも司法書士に対する業務規定のみが生み出したものばかりではないと思われる。

その一方で、司法書士業務に関し、公法的規律を定めた業務規範は、利用者との間の民法上の委任事務の範囲や内容について、これを画する有権解釈をなす場合の根拠となり、これまでの司法書士の責任に関する裁判例にあっても、事実への法令適用に際し、解釈上強い影響を与えてきたものであることは疑いない。また、これらの法令は司法書士業務に対する法源としてのみでなく、登記法を補完する実質的な手続規範としての側面も有しているため、今後の手続利用を予測するうえでも重要である。

そこで、登記代理委任の概念を根拠づけたとされる昭和53年司法書士法改正から少し遡って、これら司法書士の業務規定に関する立法の沿革を通覧し、最後に現行法である平成14年司法書士法に立戻り、そこで定められている司法書士と利用者との委任関係の在り方について、公法的秩序をなした規律と今後におけるそれら規定の改正の方向性について検討を進めてみたい。

(1) 昭和53年司法書士法改正

登記代理委任という概念は、昭和53年司法書士法改正（以下、53年法改正という）によって、登記実務家の間に業務規定として最初に登場した。

しかし、実はその法改正前に同法の業務規定が、司法書士は「登記に関する

手続を代って行う」という文言を有していた時代も、司法書士の提供する役務はやはり依頼者との間の委任を基礎としていたことは疑いない。実務的に見れば、登記所に対する申請代理権の授与を伴うか、本人に替わってこれを代行するのかという差は、民法上の委任を基礎として、依頼者との間で「登記に関する手続を代って行う」という職能者であった時代と、53年法改正を経て依頼者との間で「登記に関する手続を代理する」という職能者となった時代とで、実務レベルにおいて、司法書士と依頼者との間の委任内容が大きく変化したということでもない。

その大きな理由は、53年法改正以前からすでに司法書士が依頼者との間で実質的に代理人として行為していたからであろうと思われる。

しかし、やはり規定の文言上、53年法改正前にあっては、登記所に対する申請行為が本人の使者としての活動にすぎないという法的評価があり得たが、法改正後は代理人としての活動であることを明定し、使者・代行者からの離脱として社会に対し、職能としての指標を掲げた意義は大きいものがあると思われる²³⁾。

(2) 大正8年司法代書人法の業務規定

明治32年に成立した不動産登記法は、その前身である旧登記法当時より、一貫して当事者主義を原則とする立場であった²⁴⁾。大正8年に司法代書人法が公布され、国民の登記手続の利用は社会経済の発展と共に増大し、申請書類の作成を専業する司法代書人の出現によって環境が整備され、登記手続の利用は、それ以前に比較し大きく前進するところとなったことは周知のとおりである。

司法代書人の業務は「他人の囑託を受け……裁判所に提出すべき書類の作成をなす」ものと規定されている（司法代書人法1条）。

当時、登記手続は裁判所構成法により、非訟事件と共に原則として区裁判所がこれを取扱い、区裁判所書記である登記官吏が所掌した。一方、司法代書人の資格は、地方裁判所長の認可によって取得され、その身分は地方裁判所に属した（同法4条）。したがって、司法代書人は公務員に準ずる性格を保有しており、その囑託人から受ける報酬は、公的負担に準ずるものとして地方裁判所長

が定めた（同法5条）。

これらの規定から窺える司法代書人の特色の1つは、裁判所がその人的機構として用意したことからくる強い公共性である。また、その職務は嘱託を受けてする「書類の作成」であり、登記手続として見れば、嘱託人のためにする申請書類の作成及びその添付書類の作成が中心である。

では、嘱託人の依頼に応じて司法代書人がこれらの職務を行うに至る制度利用者である嘱託人との法的関係は何かといえ、やはり委任ということにならざるを得ないであろう。嘱託人が直接国家機関の出先である窓口に向いて登記の必要のため自ら書類の作成を行うのであれば、そこに委任関係が介在する余地はない。しかし、仮に本人のために替ってそこで書類作成を行う専門者があるとすれば、その者が当該国家機関に属し、公務員に準ずる公的機関としての性格を一方で有するとしても、本人によるその者との利用関係は法的には委任ということになろう。

しかしながら、その介在する者の役割は、補助としての本人の代行者であって、本人から授権を受けた代理人ではない²⁵⁾。

(3) 昭和25年司法書士法の業務規定

敗戦によって新憲法秩序のもとに法体系のドラスチックな変革もたらされたが、登記業務については司法権の独立により行政庁である司法省司法事務局に移管され、さらに昭和24年に法務局、地方法務局の設置と共に法務局の所管するところとなった²⁶⁾。

一方、昭和25年に司法書士法が成立したのであるが、その業務規定は「他人の嘱託を受けて……法務局、地方法務局に提出する書類を代って作成する」という文言である²⁷⁾。この業務規定は「書類を代って作成する」という文言に代書としての性格をなお色濃く残しているが、少なくとも国家機関との関係によっては、準公務員としての性格が払拭され、登記制度の利用者のために、委任に基づきその役務を提供する職能として位置づいたと思われる。

(4) 昭和42年改正司法書士法の業務規定

昭和42年の司法書士法改正によって、司法書士の業務規定は従来の「書類

を代って作成する」という文言から「法務局に提出する書類を作成し、及び登記……に関する手続を代ってすること」と改められた。

すなわち「代って作成する」から「代ってする」と改正されたことは、依頼者からの委任に基づいて、単に書類作成のみをその役務とするものではなく、登記手続を完了すること自体をその役務としていることを明言したことになる。職能の本質がいわゆる本人の「代書人」としての性格から、代理人としての性格に一歩近づいていることになる。

(5) 平成14年司法書士法の業務規定

平成14年司法書士法は、司法制度改革審議会の提言に基づいて、司法書士に簡易裁判所における民事訴訟等手続について、代理業務を行うことができるように法改正をなした結果、簡裁訴訟代理関係業務の権限を認められた者（同法3条2項）か否かにより、その従事できる業務は同法3条1号から5号までに掲げる業務と、同法6号から7号までに掲げる業務に書き分けられるところとなった。

本書で問題としている登記手続に関しては、同法3条1号から3号までと、同法5号に掲記される場所であるが、念のため以下に法文を示す。

- 1 登記……に関する手続について代理すること
- 2 法務局又は地方法務局に提出する書類を作成すること
- 3 法務局又は地方法務局長に対する登記……に関する審査請求の手続について代理すること
- 5 前各号の事務について相談に応ずること

このように数次にわたって改正を経てきた業務規定の沿革をなぞらえてみると、そこには司法書士の職務の在り方を一貫して規律している法文の記述があることに気づかざるを得ない。しかも、これらの規定は制裁を伴う強行規定であり、規定の性質上類推解釈を許さない厳格なものである²⁸⁾。

それは昭和42年改正前は、嘱託人のためにする必要な「書類の作成」という法文の記述部分であるし、昭和42年改正以後は「登記に関する手続」という記述部分に外ならない。そのような手続を代行するのか、代理するのかとい

う職能者としての権能の差はともかくとして、委任事務の範囲については、これを公法的な規律に関する記述として読みとらねばならない。すなわち、文理解釈として現行法の下では「登記に関する手続」として画される範疇の事務が最広義の委任事務の範囲と言わざるを得ないのである。そのような視点からすれば「登記に関する手続」と「そうでないもの」を峻別する必要がある。

それでは「登記に関する手続」として画される範疇の事務とはどのようなものであろうか。それは登記記録の変動に関する手続であって、権利に関する登記については登記の義務履行又は登記の権利取得に関する手続である。

したがって、売買を原因とする移転登記にあっては、登記履行に対する相手方の双務契約上の反対給付の態様や、その実体的な履行過程を含むものではないし、抵当権設定や抹消という物権行為においては、その対価的関連性ある別段の給付態様やその実現過程を含むものではない。

比喩的に表現するならば、「登記に関する手続」は「取引（契約）に関する手続」を含むものではない。

登記手続は不動産取引の態様の1つとして登場する場面があるが、不動産取引そのものではなく、そこで当事者間に交錯する情報としても、限られた「場」を共有しているにすぎない。

そこで想起されるのが、過去において司法書士の不動産取引に関してなされた「登記の立会」における役務提供である。登記の立会と呼称して報酬を得て不動産取引に立会した司法書士に対して、裁判所はその判断の中で、一定範囲の作為義務があることを認定した。

これらの作為義務は当事者間では登記の履行と反対給付の関係もしくは対価的関連の関係にある「代金の支払」や「一部弁済」による担保の解除といった取引行為に際し、取引自体の公平確保や円滑遂行の視点から、これらの出捐や自己決定に対する職能者としての安全配慮を義務として問うたものである。

これらの作為義務は「登記に関する手続」としての役務から直接生ずるものではない。単独の申請として考察した場合には、登記の履行（受領）として、当事者間に問題はない。しかし、買主（登記権利者）にとっての代金支払を考

えると、合理的理由のない履行となっていたり、債務者（登記義務者）にとって、合理的理由のない担保抹消となっていたり、公平が保たれていないケースなのである。裁判所は当事者の公法的非訟行為の側面としての登記申請意思を超えて、「登記意思の実質的担保」という表現のもとに、司法書士に対し取引の実体関係を基礎とした一定の作為義務を認定せざるを得なかったものと思われる。

ところで、このように不動産取引の公平や専門職としての保証人的機能を高めるために必要とされる司法書士の関与を現行司法書士法の「登記に関する手続」と対比し、法的責任の中でどのように位置づけるべきであろうか。

当時もっとも有力な考え方は、これらの司法書士の作為義務は、委任契約による直接の債務内容として求められているのではなく、事案の具体的公平を維持するため、諸般の取引要素を基礎に信義則上の義務として位置づけられるとする立場であった²⁹⁾。すなわち、「登記意思の実質的担保」として求められる取引の実体関係に基づいた実質的公平や保証人的機能を高める態様での関与は、やはり「登記に関する手続」の範囲に含ませることは難しいとする認識に立つのであろう。実体への関与の態様から多様でありすぎることも消極的な理由であったと思われる。

他方、実務レベルで考えると、これらの事案における取引態様での作為義務は、本来個々の申請についてその個数や申請順位を適切に組み合わせることによって、本人意思を取引実体から抽出し、「登記に関する手続」の範疇のものとして、委任事務の範囲に置き換えたうえで、妥当な処理ができたものがほとんどである。

そのような個々の申請の「在り方」について、前さばきの役割を果たすべき「登記事務処理委任」による知的役務の必要と作業の法的認知が、きわめて重要と思われるのである。

5 今後の業務と法改正の方向性

司法書士の今後の業務の方向性は、概括的・一般的には「登記に関する手

統」として画される範疇の業務をさらにより精緻に充実させることに尽きると言えよう。

より具体的には、近時の裁判例が指摘するような登記原因である実体に基づく「登記意思の実質的な担保」いわゆる当事者の「真意」を申請手続及びその条件としてより精緻に探索する手法を確立していくことである。

問題はそのため手法である。それには個別の申請委任の委任意思を超える必要がある。例えば、そのために登記履行に対する双務契約上の反対給付の態様やその履行過程についても職能の立場で登記意思確認作業の一環として、これらを対象とした確認作業をより厳密に行うような手法も考えられよう。

しかし、私見はこのような方向性には直ちに賛成できない。なぜなら、不動産取引の実体関係への介入を登記履行という限られた場を窓口として、事後的に、しかも多様な対象を確認する手法は現在の職能の役割機能から判断して、なお慎重な検討を要するからである。また不動産取引の開始から終了までの間に係る多様な資格が競合する総合力も利用者にとって無視できない。

むしろ私は、登記原因となる実体の正確の把握を基礎とした全体としての登記手続の領域についての精緻な申請の組合わせ、特に複数の申請における申請の順序、申請の件数、各申請物件、当事者、目的、原因の正確な把握とその手続的担保が可能なシステム構築が望まれるとする立場である。

すなわち、それは登記手続における双方代理の原則的不許容である。そのうえで登記履行に対する反対給付の態様や履行過程の確認もこれら登記手続過程の正確な表現に資することを限度でなすべきである。したがって、今後の法改正は、受任者司法書士がこれらの手続上の役務を提供するにあたり必要となる登記事務処理委任契約を、業務規定の中に明記すべきと考える。

- 1) 加藤新太郎『弁護士役割論』(弘文堂, 1992年) 11頁, 「契約当事者の一方が相手方の信頼を受け、その者の利益を念頭において行動し、助言しなければならない関係は英米法では信認関係(fiduciary relation)と呼ばれるが弁護士と依頼者の関係もこのような信認関係を基礎とするものであることは明らかである。信認関係のもとにおける受任者の義務はもっぱら相手方の利益を図るための信義誠実を尽くして行動すべき忠実義務である」とされる。

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

登記手続における司法書士と依頼者の関係も、基本的には同様の視座に立つべきであると思われる。

また、伊藤進「登記代理について」法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日の課題——不動産登記制度100周年記念論文集』（日本加除出版、1987年）334頁以下は旧法当時において、既に嘱託人と司法書士の関係について「司法書士はあくまで嘱託人の利益において登記代理業務を遂行すべきであり、双方嘱託の場合においてもこの関係は異なるものでない。……この意味では、中立的、仲裁人的立場は考える必要がない」と述べる。

なお、司法書士倫理52条の「依頼者の意思」も同様に解すべきものと思われ、この点同53条1項の「公平の確保」——司法書士は登記手続を受任し又は相談に応じる場合には当事者間の公平を確保するように努めなければならない——という文言については、少なくとも相談について再検討の余地がある。

- 2) 従来の議論において、これまで登記代理委任契約として想定されている役務には、登記手続を自己のためにいかに十全に利用するか、という視点からの代理権の付与を伴わない受任者の知的活動としての事務処理委託契約（*contrat d'entreprise*）の性質部分と個別具体の登記記入の変動を招来する、その意味で実体的意思が必要とされる委任者としての自己決定の性質部分との2つの領域があると言える。

これら領域を区分のうえ、後者の実体的決断について、その手続上の純化を指向し、これを申請における委任の手続的保障と捉える。

- 3) 山崎敏彦『登記代理委任契約論』（一粒社、1988年）46頁以下においては、「司法書士の不動産登記業務の基礎ということを考えるならば、登記申請をなすことを究極的に目的とする登記代理委任契約の成立こそが登記変動意思（＝登記に変動をもたらすことにより自己の利害に相応の法律的影響を招来しようと決断する意思）にあたり、またより具体的に登記申請手続をなす義務についていえば……委任者の登記請求権の行使、登記協力義務の履行意思……をふまえた登記申請代理権の授与（ないしこれを伴う登記代理委任の成立）であるとみたい。」とする。
- 4) 司法書士会会則基準92条に定める会員が作成するように努めなければならないとされる委任契約とは、登記手続では本来このようなものであろう。
- 5) 手続としての一連包括性の利益状況と、連件を構成する各申請の登記原因を単位とした実体上の利益状況とは、本来的に異なるものであり、結局、申請委任の考え方において受任者としての責任は、個別申請委任の単位に帰着せざるを得ない。

旧法時の論ではあるが、小池信行『民法と登記・香川最高裁判事退官記念論文集（下）』（テイハン、1993年）62頁では「現行不登法は、連件申請に係る事件の処理手続に関しては特別の規定を設けていない。連件申請とはいっても、これを構成する個々の事件は独立のものであって、却下事由も格別に判断されるから、特に別異の手続規制をする必要がないのである」と記述されている。

なお、「連件処理の許容性」としてよく引用されている東京高判昭和58年2月8日判時

第2章 申請委任に先行する登記事務処理委任の必要性

1074号58頁は、連件事件における先行事件の、申請人に還付していない登記済証について、後行事件のためにする提出擬制の問題であるが、これは改正後の規則67条によって解消されている。

- 6) 契約成立についての申込と承諾に関する民法の規定（民法521条・526条1項・528条）からも承諾は本来簡明であるべきことが窺えるが、登記手続としてこれを見る場合、義務者側の「諾」は権利者側の申立の構成要素、すなわち権利者側の手続上の権利の一要素と捉えることも可能である。

例えば、権利の登記について、義務者側の承諾を添付情報とする権利者側の単独申請による形態とすることと、双方の共同申請による形態とすることとのメリットとデメリットが今次の不登法改正においても検討された（平成14年3月財団法人民事法律協会によるオンライン登記申請制度研究会中間報告書資料1）。

これによると、単独申請の形態による場合は、「登記義務者の積極的な申請意思が現れない」、「登記請求権の法的性質が変化する」等のデメリットから、結局、登記の真正確保のためには共同申請を良とする選択が行われた（前掲中間報告書(2)申請行為による真正担保方策イ共同申請主義、同最終報告書第3、2〔共同申請構造〕補足説明(7)共同申請主義の維持）。

- 7) 登記義務者の承諾書を添付する登記権利者の単独申請形態では、登記義務者の当該申請に対する積極的な意思の発現が必ずしも承諾書交付の段階で十分に担保されないという問題があったが、この点はたとえ共同申請主義を採用するとしても、当該申請は権利者側において組み立てられていることが多いため、義務者がこれを承諾して申請に協力するにあたっては当該申請に現れていない様々な義務者側のステージや条件設定、利害調整を背景としているものであるが、必ずしも十分に担保されない点は同じである。そのため、義務者の登記事務処理に関する受任者として、本人の信頼に応えるには権利者によって呈示された個別の申請の枠組を超えて、受任者としての忠実義務によって適切に助言・指導された担保の機能が求められる。

- 8) 相馬計二「香川登記法学と現代不動産情報論」『民法と登記・香川最高裁判事退官記念論文集（中）』（テイハン、1993年）72頁以下によると、今日の不動産取引は情報通信の発達によりネットワーク化が進行し、例えば、売買契約におけるローン条項の運用1つにしても、旧建設省の行政指導によって契約実務に与えられた影響の大きいことを例示し、自由意思の合致による伝統的契約理論は、契約の場を構成するネットワークにより変容を迫られていることを指摘する。

また、同75頁に記述される、平井宜雄『法政策学』（有斐閣、1987年）85頁以下の引用にかかる「市場において個人が行う決定である」市場的決定が「市場的決定以外のすべての決定すなわち非市場的な一切の決定を意味する」権威的決定の下できわめて非力であることから、実務における同一人による双方受任の在り方には現代的な視点から再検討の必要性を示唆される。

- 9) 最判昭和53年7月10日判時903号44頁。なお、下村信江「委任契約の解除——民法

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

651条の制限と司法書士に対する登記手続の委任」『帝塚山法学2』（1998年）80頁注(24)参照。

- 10) 日本司法支援センター『民事法律扶助業務ハンドブック（平成19年版）』69頁参照。
- 11) 潮見佳男『債権総論』（信山社，1994年）19頁では、「契約規範は、履行過程の具体的な推移に照らして動的に把握されるものである。すなわち契約規範は契約締結時において、その外延が確定されたにすぎず、その内容について履行過程の展開の中での事態の推移に即してはじめて具体的に確定される」とする。
- 12) 後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約・委任契約」『民法学の軌跡と展望・国井先生還暦記念』（日本評論社，2002年）235頁は、「事務処理委託契約の定義の基になる規定はフランス民法典1710条であるが、同上は報酬の支払と、あることをなすことを要素として含むのみである。……そこで事務処理委託契約の定義は民法典よりも制限的に定立される。すなわち『当事者の一方が、報酬を対価として、独立的に、かつ、相手方を代理することなく、事務処理（travail）をなすことに義務づけられる合意』をいう。」と説明される。

登記申請のための委任は登記所に対して代理申請をなすための委任、すなわち公法的非訟行為としての登記を求める申立であるが、事務処理委託契約の内容として、このような申立を含むことも許容され、あり得ると考えられる。なお、後藤・前掲239頁においては、事務処理委託契約と委任契約の関係について、「委任契約において、その目的である法律行為の締結のために、事実行為が伴うことがありえ、逆に事務処理委託契約において、法律行為を伴うことがありうる」と指摘されている。
- 13) 東京地判昭和52年6月2日（判時873号62号）、福岡地判昭和61年5月16日（判時1207号93頁）。

鎌田薫「司法書士の登記申請業務にかかわる注意義務（下）」月刊登記先例解説集341号50頁以下。
- 14) 山崎・前掲注3）75頁～77頁。
- 15) 昭和53年司法書士法改正後における日本司法書士会連合会会長俣野幸太郎より昭和61年6月6日付依頼の「司法書士の職務範囲に関する法律鑑定」（日司連発第282号）における半田正夫教授の報告では「業務を行う前提としての有償法律相談」は認められるが、業務の受任を予定しない有償法律相談が職務範囲に入るかどうかは疑問とされている（月報司法書士208号）。
- 16) 小林昭彦＝河合芳光『注釈司法書士法』（テイハン，2003年）（以下、「注釈」という）29頁。
- 17) 前掲注16）36頁では、同号の相談業務が平成14年司法書士法改正により、簡裁訴訟業務の一環として民事に関する紛争について相談に応ずることが、司法書士の業務として明記された反対解釈として「登記手続の代理等、従前から認められている事務について相談に応ずることが司法書士の業務とはならないとされることのないように従前から認められている相談業務を明記したもの」と解説される。

第2章 申請委任に先行する登記事務処理委任の必要性

そうすると、従前から認められる相談業務の内容がどういふものが問題として残る。受任を予定した相談であるが、受任すべき内容が相談活動によって汲み上げられるものを受けた結果となると言わざるを得ない受任に至る実質的活動をどのように位置づけるかである。

- 18) 参考として、資格者代理人による本人確認の一般的義務について法制審議会不動産登記法部会第1回議事録。日本司法書士連合会『資料集・新不動産登記法までの軌跡2004』166頁。鎌田・前掲注13) 52頁。
- 19) 例えば、新法23条4項第1号に規定する資格者代理人による本人確認情報の提供とこれによる事前通知の省略について「申請人となることができる者から登記の申請代理の委任を受けた資格者が依頼者の本人確認をして、その内容を記録した本人確認情報を作成した後、復代理人を選任し、登記の申請手続を委任した場合において、この復代理人のみが記名押印した申請書により登記の申請がなされたときは、本人確認を行った資格者と申請をした資格者が異なることから、適法な本人確認情報の提供がない申請となり、事前通知が省略されることはない」とされる（小宮山秀史「逐条解説不動産登記規則（31）」登記研究763号6頁）。なお、前掲注15)。
- 20) 第1章の注30) 参照。
- 21) 山崎・前掲注3) 37頁を以下に引用する。

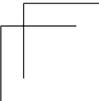
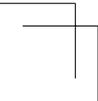
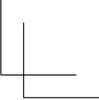
「出発点は民法108条の趣旨および性格である。本条は『当事者の利益の対抗というメカニズムが機能しない……双方代理においては、効果意思の決定と表示までも他人のために行うという意思表示様式は、本人の利益を害するおそれがある』ということをその趣旨としている。

したがって、かかるおそれがあれば、形式的には双方代理にあたらぬ場合には拡張ないし類推適用がなされるべき反面、かかるおそれがなければ双方代理も許容されてよいと解されることとなる。

そこで本条自身新たな利益の変動を生ずるのではない『債務の履行』の場合を挙げるが、広く利害の衝突のない場合には当該双方代理は許容されるし（逆に債務の履行の場合であってもその存否や範囲につき争いがあり、あるいは疑いのある債務、期限の到来しないあるいは抗弁権の付着している債務を履行する場合は別様に考えざるを得ない）……」。
- 22) 高橋三知雄『代理理論の研究』（有斐閣、1976年）45頁。
- 23) 埼玉訴訟研究会編『司法書士と登記業務』（民事法研究会、1991年）157頁。
- 24) 明治19年旧登記法8条。
- 25) 執行史や公証人と同様、広い意味の公務員＝属吏の性格を保有していた（前掲注23）144頁。
- 26) 法務局及び地方法務局設置に伴う関係法律の整理等に関する法律（昭和24年法律第137号）。
- 27) 司法書士法（昭和25年法律第197号）1条。
- 28) 司法書士法47条（「懲戒」）。

第2節 自己の利益のためにする登記手続の委任

29) 鎌田・前掲注13) 53頁。



第3章 司法書士の債務不履行

第1節 裁判例の分析と検討

申請に至るまでの、委任者本人と受任者司法書士の間の民事上の法律関係については、受任者司法書士の債務不履行責任を問う事案において、過去の裁判例がどのようにこれを判断しているか、ということがこれまでの議論との対比において特に重要である。

裁判例の全体としての傾向は、本人と司法書士との間の委任関係における主たる給付内容は、やはり本人からの申請委任に基づく登記所に対する申請並びにこれに関連する役務と捉えていると言わざるを得ない。そこには、裁判事案当時における司法書士法の業務規定についての、司法的な解釈が前提としてあることが窺える。

司法書士法は、公益目的から有資格者である司法書士及びその職能団体と国家との関係を規律するものであり、本来、利用者個人と司法書士の委任関係を直接規律すべきものではない。しかし、司法書士に対する懲戒等監督権を法務局長、地方法務局長が保有するうえで、同法の規定する司法書士の業務概念は、司法書士と依頼者との委任関係の在り方を公法的に規律する規範枠組として作用し、同時に、それが私法的にも当事者間で規範枠組として作用しているものであることは否定できない。

そのうえで、多くの裁判例では、事案における具体的な妥当性を見出すため、委任契約における主たる給付義務以外に、これに附随する義務として受任者司法書士に対し、事案ごとに必要な一定の作為義務が発生し、これによる法的責任が伴うことを承認している。

第3章 司法書士の債務不履行

そのため裁判所は、申請委任の成立をできるかぎり早い段階で認定することにより、受任を予定した相談の枠組を前倒して広げることの可能性や、信義則に基づき一定種類の作為義務を認める幅を大きくする努力をしているように窺える。

しかし、前章までに述べた委任における登記事務処理を主たる給付内容と考える立場では、これら裁判例において従来、附随義務と評価されたものについても、その多くは本来これを主たる給付内容として捉え、むしろ登記事務処理としての委任契約上の債務として構成されるべきではないかと考えられる。

本章においては、このような視点から、以下の3つの裁判例を取り上げて、あらためて考察を加えてみたい。いずれも著名な裁判例であって、すでに優れた研究評釈や解説のなされているものである。しかし、上述の視点から本書における分析の対象とするものである。

- ① 昭和61年5月16日 福岡地方裁判所（判例時報1207号93頁）
損害賠償請求事件
- ② 昭和63年5月25日 大阪地方裁判所（判例時報1316号107頁）
損害賠償請求事件
- ③ 平成3年10月23日 東京高等裁判所（金融法務事情1321号20頁）
損害賠償請求事件

【1】 昭和61年5月16日 福岡地方裁判所判決（昭和59年（ワ）第1464号、損害賠償請求事件） 判例時報1207号93頁、判例タイムズ612号55頁

(1) 判示事項

売主と売買契約を締結した分筆予定の土地の買主から所有権移転登記手続の

委任を受け、登記手続費用を受領した司法書士が、その後売主において同土地を所有者より買い受けるにあたり、必要な資金融資を得た第三者に対して売主から同土地について所有権移転登記手続の委任を受けたときは、その旨を買主に通知して、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された事案。

(2) 事実の概要

昭和59年2月28日、訴外O建設から本件土地（1筆の一部で分筆未了）を代金481万円で購入し、すでに同日手付金100万円を交付していたXは、同年3月5日、O建設従業員Oと共に司法書士Yの事務所を訪ね、Yの事務補助者Y'に対し本件土地についての所有権移転登記手続の委託を申し入れた。

この時点で、本件土地は未だ売主O建設の所有名義とはなっておらず、訴外Dの所有であり（所有名義もD）、加えて分筆手続中であった。

そこで、Y'は、本件土地につき分筆がなされ、かつ所有権移転登記に必要な売主側の権利証、印鑑証明書等必要な書類が提出されたときに、Xへの移転登記をしようと考え、事務所保管の委任状にXの署名を求め、Xの住民票と共に受領した。また、概算による登記手続費用の支払を受けた。

このようにして、XはYの受託と共に同時に、Yの事務所で訴外O'に対し本件土地の残金を支払った（土地代金について発行されたOの領収書作成については、Y事務所のチェックライターが使用された）。

その2週間後に、O建設は、本件土地を従来の所有者である訴外Dより買い受けるため、訴外Mより金銭を借り受け、この借受金を被担保債権として本件土地を訴外Mに譲渡担保として提供することとして、訴外Dから訴外Mへの譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記手続（中間省略登記）が、同じくYによってなされた。

ところが、訴外O建設は訴外Mに対して借入金返済をすることができず、結局Xは本件土地の所有権移転登記を受けることができなくなり、また、無資力となった訴外O建設から、代金の返済を受けることもできなくなってし

まった。

そこで、XはYに対し、その登記手続受任に際して訴外O建設に支払った残代金につき損害賠償を求めた。

(3) 判 決

〔主 文〕

- 1 被告(Y)は原告(X)に対し、金381万円及びこれに対する昭和59年9月14日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 訴訟費用は被告(Y)の負担とする。
- 3 略

(4) 判決理由(抜粋)

本件においては、前記認定のとおり、本件土地は右委任契約締結時には未だ分筆登記すらなされておらず、その所有権はDにあった(前記〈証拠〉によれば、登記簿上も所有者は右Dであると表示されている。)ために直ちに移転登記を履行することは不可能な状態にあり、したがって、原告Xと被告Yとの間の委任契約は、本件土地につき分筆登記がなされ、かつ、売主の必要な書類が提出されることを停止条件とする委任契約であった。

したがって、かかる場合には、右移転登記手続の委任を受けた被告Yないしその事務員Y'としては、原告Xにおいて当然そのままでは同移転登記ができないことを知っていると考えるのが自然であり、あえて原告Xにそのままでは移転登記手続ができない旨説明する義務があったということとはできない。

ところで、被告Yは、登記手続に関する専門家の司法書士であるから、OがMに対し右借受金の弁済ができないときには、原告Xにおいて本件土地についての所有権移転登記を受けることができなくなることは容易に予想することができたはずである。そして、被告Yは、前記認定のとおり、停止条件付であるとはいえ原告Xとの間で本件土地の所有権移転登記手続について委任契約を締結し、しかも、原告Xから手数料も含めた登記手続費用を受けとっ

ていた。

右事情からすると、被告 Y は、M への所有権移転登記手続の委任を受けた際、原告 X に対し、その旨通知し、原告 X 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いうべきである。

もっとも、被告 Y が M への右移転登記手続の委任を受けたときにおいても、未だ旧二五三番七七の土地について分筆登記がなされておらず、その所有者は D であったので、原告 X が被告 Y から右通知を受けたとしても、O から本件土地の所有権移転登記を受けることができたかどうかの点については疑問があるが、少なくとも支払い済みの売買代金の返済を請求する等適切な措置を講じることができたはずである。しかるに、被告 Y が原告 X に対し右通知を怠ったために、原告 X は適切な措置を講じることができず、既に支払った売買代金三八一万円を O から回収することすらできなくなったのであるから、被告 Y は、右三八一万円を原告 X に支払う責任があるといわざるをえない。

(5) 分 析

この事案において、まず裁判所が原告被告間の委任契約を条件付契約と構成した理由を検討する必要がある。

2つの理由が考えられる。1つは、委任契約時において、未だ本件売買土地として特定された土地部分の分筆が未了であった点である。直ちに当事者間での権利に関する登記ができない状態にある。これは登記法上の手続的理由である。

いま1つは、委任契約時に1筆の一部である本件土地の所有権は、なお売主である訴外 O に移転しておらず、その所有権は本件土地を含む母体である元番の名義人、訴外 D に帰属しており、このことから、直ちに訴外 O は売主として原告に所有権移転登記を履行できない状態にあったという点にある。

訴外 O と訴外 D 間において物権変動が生じていない以上、この時点で訴外 O は、なお他人物売買の売主であるにすぎず、原告に所有権を譲渡できる地位にない。これは実体的理由である。

ところで、申請委任の概念からすると、厳格にはOは未だ申請適格がなく、申請適格のない者を相手方とする委任者からの受任は、本来申請の目的では不成立と言わざるを得ない¹⁾。登記権利者たる原告は申請適格のある登記義務者としての訴外Dを相手方として、初めてその申請が可能となるからである。

しかし、裁判所が本件判旨において「分筆登記の完了」の外に「売主において必要な書類が提出されること」を停止条件として附款付にせよ、委任契約の成立を認めたのは、本件では近い将来訴外Oが申請適格を備え得る相当な取引事情があると判断したわけではない。むしろ裁判所は、登記名義人と訴外Oの間の契約の有無を含む取引事情について、釈明を積極的に求めてはいないようである。判旨からは、被告司法書士が原告との関与が先行しているにもかかわらず、本件土地を含む元番について、別途あらたに所有名義人から原告以外の第三者Mへの移転登記を受任するような場合（この受任自体は格別の債務不履行でないと判断されている）、専門職として一定の作為義務（本件では条件付委任者原告Xへの本物件について第三者Mへの所有権移転登記がなされることの通知）を負担するということの法的根拠として、これを認定したものである。

しかし、本件において、はたして裁判所が構成したように、委任契約を停止条件付とする必要があったのであろうか。

この疑問は、依頼者と司法書士の間の委任契約について、その内実をどう捉えるのか、ということと関連する。仮に、訴外Oがすでに名義人より本件土地の所有権を取得しており、ただその分筆手続のみが未了の状態あるというのであれば、委任契約を申請委任と捉える伝統的思考からしても、これを停止条件付申請委任と構成することは可能であろう。訴外Oの申請適格は表示登記（分筆登記）の完了を待たねばならないとしても、分筆予定地として特定されているならば潜在的にすでに明確だからである。

しかし、申請委任の考え方からしても本件のように登記義務者である訴外Oが申請物件の所有権を取得せず、未だ申請適格を有しない場合にまで、登記権利者たるべき者との間で、たとえ停止条件付にせよ、委任契約の成立を認めるべきであろうか。これを認めるとすると、それは権利者の利便性に応えると

いうよりも、むしろ権利者のために確保すべき登記義務の履行がきわめて不確実、不安定なままに、ただ取引の流れにしたがって権利の実現が推移してくるのを消極的に待つみの条件付委任を容認する結果となる。

申請委任という考え方の優れている点の1つは、権利実現の明確性、すなわち登記完了へ向かう受任者の作業の明確性である。この立場によるかぎり、停止条件付という構成によって、登記実現へ向う受任者の作業の明確性を緩めるべきではないと思われる。

さらに、裁判所が認定した事実関係によると、原告が被告に委任状を交付した時点で、原告は被告事務所において、訴外Oに土地売買残代金全額を支払っており、その領収書の作成には被告司法書士事務員の関与があることから、被告においてこれを知り得たものと推認されている。

これについて、裁判所は当事者間で売買代金を何時支払うかは、売買契約当事者の意思によるものであって、被告のこれについての勧告等の義務は特に認めていない。しかし、ここには実務家の感覚と符合しないものがある。

それは、特にこの段階で、買主として原告が売主たる訴外Oに残代金全額を支払う合理的理由が見当たらないからである。

原告と訴外Oの間での売買契約において、代金支払時期について、どのように約定されていたのかは、認定事実からは判然としないのであるが、原告から委任状の交付がなされるにあたって、その委任状において登記原因及び相手方について、どのような記載と説明が被告司法書士によってなされていたのか、また被告司法書士において、これをどのように認識したのか不明である。

(6) 本事案において必要な登記事務処理委任

原告の真意は、被告司法書士への委任によって、何らかの事情により分筆さえ完了すれば、自らが登記権利者となることができると思っていたのではなからうか。

原告としては、被告司法書士に対し仮に申請委任をなしたのものとして見た場合には、きわめて不完全な委任状であっても、同委任状を交付した日をもって、

第3章 司法書士の債務不履行

被告司法書士に対し、自己の利益のための登記実現を専門職に依頼する登記事務処理委任をなしたものと見るべきでなかろうか。もっとも、売主である訴外Oについても、買主による代金の先履行に伴い自らの後履行のために所有権移転登記手続について、被告司法書士に登記事務処理委任をなすことができる立場と言えるのであるが、訴外Oのその後の行動から判断すると、訴外Oにおいてそのような委任をなしたものとは認められない。

原告、被告間のこの登記事務処理委任は停止条件付ではなく、附款なく成立しているものであり、被告司法書士はその受任者として委任者のために対立当事者である訴外Oとの間での当該所有権移転登記における登記原因の調査、確認を行うべきである。

その作業過程で、被告としては、受任者として所有権移転登記という当該申請内容と、この申請が原告及び訴外Oを当事者とした売買を登記原因とするには、未解決な取引事情や問題点について、原告への説明と報告を必要とすることになる。特に原告の登記上の権利を実現するについて、その法的可能性につき、念を入れて説明すべきであろう²⁾。

これに対し、裁判所は、その理由中の判断において、委任契約締結時には未だ分筆登記がなされておらず、その所有権は売主である訴外Oではなく、なお名義人Dにある本件のような場合には、原告より移転登記の委任を受けた被告は、原告において当然そのままでは移転登記ができないことを知っている、と考えるのが自然であると述べている。

しかし、この判断は次の理由から単純に支持することができない。

原告の委任は、共同申請主義における登記権利者となるべき者からの委任に外ならず、仮に、この時点で原告がなお自分への移転登記がそのままではできないことを知っていたとしても、売主に残代金の支払まですませるその真意からすれば、どのようにすれば自分への移転登記が実現できるのかという権利実現の手順と、そのために必要な処理を求めて被告に登記事務処理の委任をなしているものと考えられるからである。

さらに本件では、被告自ら本件土地を含む元番について、訴外Mとの間で

の所有権移転登記を受任し、これを履行することによって、原告との間の条件付委任の実現を結果として不安定なものとしている。

たとえ諸般の事情により、それが本件土地の分筆をなすために必要なプロセスであるとしても、この段階で原告に再び訴外Mを経由して所有権が原告に移転される保証がないのであるから、このような受任は、先行して成立している原告との間の登記事務処理委任契約（判例の言う停止条件付委任契約）に対する直接の背反行為である³⁾。

しかし、裁判所は、被告のこのようなあらたな受任について、原告との間での格別の債務不履行を認定することなく、原告に対し、被告自らあらたにそのような受任をする旨を通知し、原告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を認め、その義務違反を責任の根拠としているのである。

そこには、司法書士の職務としての委任契約の内実をどう捉えるのかという点で、実務家の感覚及び原告の請求と裁判所の判断の間に、その底流で大きく見解の対立があるように思われる。

本件では、この委任契約の成立が停止条件という附款に拠らしめられているが、このこと自体は必ずしも本質的な対立点ではない。たとえ分筆という条件が成就されたとしても、依頼者と司法書士の間の委任契約及びその履行のための代理権付与の考え方が基本において異なるのではないかと考えられるからである。

原告がその請求において構成している委任契約は、権利に関する共同申請を前提として自らの登記請求を満足ならしめる手続の委任をその内実として捉えているのであり、そこでの委任における主たる給付内容は共同申請の手法による登記請求の満足をいかにして得られるか⁴⁾という原告の登記上の権利の実現のための手続である。代理権の授与は、そのプロセスとして位置づけられることとなる。

したがって、売主としての訴外Oが共同申請の登記義務者としての適格性をどのようにして備え得る法的地位にあるのか、現名義人との契約関係の有無や、その内容についての調査・確認は、訴外Oと原告を当事者とする登記原

第3章 司法書士の債務不履行

因を構成するものとして当然、受任者の債務内容となる。

これに対し、裁判所が構成している依頼者と司法書士との間の委任契約は、同じく手続としての共同申請を前提としているが、当事者の一方と先行して成立し得る委任契約は、登記所に対する申請書の作成提出及びその添付書面の具備を主たる給付内容とするものであって委任者の登記請求権の実現を内容とするものではない。書類作成提出では共同申請が可能な相手方当事者からの提出に拠る必要な添付書面の具備を停止条件とせざるを得ない。

したがって、被告Yが先行して受任している当事者の一方からの委任と重複矛盾する内容の委任をあらたに受けたとしても、条件付先行受任にかかる書面の作成が不能となるのみであり、一方添付書面の具備は他方当事者の事情やその自由意思によるものであるから、特に条件付で先行受任した地位に抵触するものでもない。

この点について、格別債務不履行を議論する余地はないものとする立場であろうと思われる。

しかし、このように考えるとすると、裁判所が認める条件付先行受任と矛盾する委任を、被告があらたに受任するに際して、そこで求められた条件付委任者に対して、適切な措置を講じる機会を与えるべき注意義務（本件での通知）の法的根拠は信義則という一般原則に求めざるを得ない⁵⁾。

被告の立場において、原告との上記内容の条件付委任関係は、なお消滅することなく継続していると考えられるために、そのような附款付契約の附随義務とでも言うべきものであろうか。委任における主たる給付内容を、契約上の義務としては、きわめて希薄なものとして構成していることに比して、その附随義務がやや重くなることは、ともかく事案における具体的妥当性を求めた結果でなかろうかと思われる。

[2] 昭和63年5月25日 大阪地方裁判所判決（昭和61年（ワ）第11073号 損害賠償請求事件）判例時報1316号107頁，判例タイムズ698号241頁

(1) 判示事項

売主より売買契約に基づき物件について登記された抵当権及び根抵当権を抹消登記のうえ買主へ売渡による所有権移転登記手続をなすべく、受任を受けた司法書士が、買主より立会報酬を受領して取引日に抹消登記の完了のないまま売買代金の支払をなし、その結果あらたな根抵当権の負担を引受けてしまった買主への委任契約上の債務不履行責任が認められた事案。

(2) 事実の概要

昭和61年2月25日、XとAの間で、A所有の土地・建物につき、代金2250万円、手付金230万円とし、買主は売主に対し銀行融資を得た日に残代金を支払い、これと引き換えに売主は買主に対し所有権移転登記手続に協力し、かつ右土地上の抵当権および根抵当権設定登記を抹消する旨の売買契約を締結した。

同年4月26日、X、AおよびAから連絡を受けた司法書士YがAの事務所に集まり、XからAに対し残代金が支払われた（なお、Yは残代金全額の支払いがなされたことに気づいていない）。

登記関係については、Yは、X、Aから、AからXへの土地についての所有権移転登記、建物についてのX名義での所有権保存登記、そして抵当権・根抵当権設定登記についての抹消登記の各手続の代理を委任され、Aから権利証等を受け取ったが、右抹消登記に要する書類は2、3日遅れるとのことであった。

YはXに対し、これがAから届けられた後に所有権移転登記をする旨説明しその了解を得た。なお、XからYに登記手続の報酬及び立会料が支払われた。

ところが、AはXからの再三の督促にもかかわらず前記既存担保等抹消の登記に必要な書類をYの元に届けなくて、いたずらに日時が経過した。その理由は、これら既存担保等について、残金合計1400万円の被担保債権が残っていたからである。

このような状況のもとでAは、同年6月、Xのための住宅ローン設定に必

第3章 司法書士の債務不履行

要であるとの虚言を弄し、Xの承諾なくYから権利証の返還を受け、これをB信用組合に交付し、いつでもB信用組合に根抵当権の設定ができる状態にして、あらたに1400万円を借り受け、未払い被担保債権の支払に充て、ようやく前記既存担保抹消の登記ができた。

その後、Xは、Yに対し土地所有権移転登記をするように迫ったが、手元に権利証がないYとしては右手続ができないでいるうち、同年7月Aの倒産が噂され、これを聞きつけたB信用組合において極度額を1700万円とする根抵当権設定登記が経由された。

事態の真相を知ったYにおいてもBから権利証を入手した上、Xへの所有権移転登記を經由した。

こうした事情の下で、Xは、Yを相手どって、前記根抵当権の実行を阻止するために必要な1700万円の損害があるとして、委任契約の債務不履行による損害賠償としてその支払いを求めた。

(3) 判 決

〔主 文〕

- 1 被告Aは原告(X)に対し、金1700万円及びこれに対する昭和62年2月14日から完済まで年5分の割合による金員を、被告Yは原告(X)に対し、金850万円及び昭和61年12月9日から完済まで年5分の割合による金員をそれぞれ支払え。
- 2 原告(X)の被告Yに対するその余の請求を棄却する。
- 3 略
- 4 略

(4) 判決理由(抜粋)

被告Yに関して、原告X主張の登記手続においては、先ず、本件土地の所有権移転登記手続を直ちになすべきであるのに、これを怠り、漫然日時を徒過したとの点は、前記2で認定した通り、被告Aから、一、二の登記の抹消登

記用書類が届けられた後に右移転登記手続をするということで原告の了解を得ているのであるから、これが債務不履行となるいわれはない。原告の承諾がないのに、被告 Y が被告 A の求めに応じて本件権利証を同被告 A に返還した点は、先例に照らして明らかに債務不履行というべきであるが、前記3で認定した通りの事実によれば、右不履行がなく三の登記が経由されなかったとしても、一、二の登記が残る関係にあり、遅延損害金の発生を含めてほぼ同額の被担保債権も生じるはずであるから、被告 A が主張する通り、右不履行によって原告 X に損害が生じたとは認められない。

被告 Y の登記手続に関する原告 X の主張は全て失当というべきであるが、本件取引に立ち会った司法書士として、原告 X に対し、一、二の登記が抹消されていないままで残代金全額を支払う危険性につきなんらの助言をしなかったことが債務不履行となるとの主張については、次に述べる理由により、正当と認める。

すなわち、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一条所定の目的にかなうであろう）。しかして、前記2、5の通り、被告 Y は、原告 X から報酬を得て本件取引に立ち会ったのであるから、右認定の権利関係、状況においては、原告 X に対し、売買代金額やその支払期日、支払条件等を聞き質し、

第3章 司法書士の債務不履行

かつ抵当権等の登記が抹消されないまま代金全額を支払う危険性についても説明、助言した上で原告Xの登記意思を確認する義務があったにもかかわらず、右2の事実およびこれに関する証拠判断で述べた通り、本件売買契約の代金は後日支払われるものと即断し、原告Xに対し、右代金に関する事項についてなんらの質問をしないまま、原告Xが残代金全額を支払うのを漫然見過ごしたのであって、これは、原告から受任した右取引の立会いに関し、善管注意義務に違反した債務不履行というべきである。

(5) 分 析

事案において裁判所は「不動産取引に立会った司法書士は」「登記の手続に関する諸条件」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、進んで登記手続に関連する限度で実体関係に立ち入り、法律上、取引上の常識を説明、助言することにより「登記意思を実質的に確認する義務を負う」と判示し、すでに実務家の間で取引慣行として定着していた「立会事務」について、受任した司法書士に実体関係に基づく登記意思の確認を必要とするという視点から、委任者に対する説明、助言の作為義務を認めた。

司法書士の立会事務について、これを承認した裁判所の判断であるだけに、当時、登記実務家の間では話題となった⁶⁾。

裁判所は被告司法書士の責任を論ずるにあたり、伝統的な申請委任の思考の枠組を超え、代理人の説明、助言義務を介して、登記履行と対価関係に立つ反対給付（代金支払）についても、適切な機会による自己決定のプロセスが必要であることを認め、これを「登記意思の実質的確認」として法的責任を問う根拠としたのである。

しかし、裁判所は、なお被告司法書士の債務不履行責任を問う法的構成として、委任の捉え方において伝統的な申請委任の考え方の枠組を離脱するところまでには至っていない。

本件のような、異なる当事者間での複数の申請が同一の実体的基礎に基づいて組立てられているような場合の個々の申請意思は、伝統的な個々の申請にお

ける申請委任の枠組を離れて、裁判所が「登記意思の実質の確認」と表現した、当該取引における申請委任者の自己決定プロセス全体を関係づける各当事者の意思に置き変えて確認が求められるはずである⁷⁾。それは換言すれば、取引を構成する複数の申請を一連包括した一団の意思として把握しなければならない作業を意味する⁸⁾。

本件は売買取引物件に設定された抵当権並びに根抵当権（以下担保権等と言う）の抹消登記と、当事者間での売買を登記原因とする当該物件の所有権移転登記に関して、名義人売主と買主の双方から、同一司法書士が委任を受けた事案である。

これら複数の申請は、当事者間の売買契約内容からすれば、本来は所有権移転登記申請を後件申請とし、担保権等抹消登記申請をその後件申請の前件申請とする条件関係とした連件申請で処理されるべき事案であった。

しかし、裁判所は、被告司法書士が、これらの担保権等抹消登記用の書類が取引日より若干遅くなるという売主からの連絡に基づき、担保権等の抹消登記用の書類が届けられた後に、所有権移転登記を行うことを買主に説明して、その了解を得ているのであるから、この点においては債務不履行はないと判断している。

しかし、この判断は次の理由により支持しがたい。まず、本事案においてYは売主Aからの連絡によって、A事務所において立会取引の関与を始めたという経緯があり、その意味でYは本来売主Aからの委任を受けた受任者の立場である。結果的には共同申請に伴う双方受任として買主からも申請の委任を受けることとはなっているが、Yは本来は売主Aの利益のために受任者として登記事務処理をする立場で関与を始めたとみるべきであろう。Aの担保抹消書類の持参や届出の遅延や権利証の安易な返還等A・Yの一連の変則的行為はYがAの側に立ってAの利益のためにその取引を円滑に進める立場であったことを勘案すると、理解もできるのであり、Yは最初から中立的に対応はしていない。そこで「抹消登記用の書類が届けられた後に所有権移転登記を行う」という被告Yの説明と、これに対する原告Xの「了解」は委任当事者間

第3章 司法書士の債務不履行

では何を意味するのであろうか。「所有権移転登記を行う」とは、所有権移転登記の登記所に対する申請書提出を抹消書類の届けがあった後に行う、すなわち抹消登記後に所有権移転登記を行うという本来の連件申請の形態にしたうえで、これを進めるという意味であり、Yの説明によって原告もこの手順を了解したものであって当事者間では申請のための委任はすでになされているのである。本件では、売主の債務不履行によって、取引後に本件物件にはあらたに第三者の根抵当権設定がなされるに至っているが、その後この事情を知った被告が急遽行った原告Xへの所有権移転登記も、この当初からの委任に基づいている。

その委任は、当事者間の売買を原因とする売渡であって、当事者間の契約によると残金全額の支払と引き換えになされるべき、何ら担保権の負担のない所有権移転登記の委任である。

したがって、Aから抹消登記を先行登記として申請していない段階での当該登記原因による所有権移転登記はその受任事務自体がXに対する登記事務処理委任としての債務不履行となるものと解される。すなわち当初売主Aの利益のためにする登記事務処理の受任者として関与したYは、買主に対する自己の事務処理方針を説明した結果、これによって買主からも同時に共同申請の委任を受けるということにより、買主からも自ら説明したとおりの登記事務処理の委任を受けたと考えるべきである。その意味で、Yが買主からも立会報酬を受領したことは重要な意味を有する。

また裁判所は、その後になされた売主の第三者に対する根抵当権設定については、その原因となった被告による権利証の返還が、先例（最判昭和53年7月10日民集32巻5号868頁）に照らして明らかに債務不履行となることを認定する一方で、当該根抵当権設定によって得た融資金による先順位担保権抹消との関係に言及し、この不履行によって原告に生じた損害との因果関係を否定して被告の責任を否定している。

しかし、これとて被告の最初の所有権移転の受任がもたらした売主Aによる一連の辻褃合わせの結果であり、被告が最初にその登記事務処理を適切にな

さなかつたことによる損害に外ならない。

したがって、被告の登記手続に関する原告の請求はすべて失当であると判断した裁判所の視点は、実務家としての感覚との間になお差異を残すものと言わざるを得ない。

これは、裁判所が本件のように、本来複数の申請が連件処理されるべき事案において、委任における受任者の債務不履行を構成するに際して、その判断の対象を複数のなすべき申請を全体として捉えるのではなく、それぞれ個別具体の申請行為を対象として、区々に考察しているからである⁹⁾。このように個別的に申請行為やその類型に分断して受任者の責任判断をする場合は、登記手続によって得るべき権利者の最終の権利確保が不十分とならざるを得ない。

(6) 本事案における登記事務処理の問題点

裁判所が受任者の責任の根拠とした「登記意思を実質的に確認する義務」はきわめて多様な個々の取引の要素を広く含む可能性があり、必ずしも明確な基準とは言い難い¹⁰⁾。

本件では、この実質的な確認義務として「報酬を得て立会をしたのであるから、売買代金額や支払期日、支払条件を聞き質し、かつ抵当権等の登記が抹消されないまま代金全額を支払う危険性について説明、助言する義務」を導いている。

これらの義務としてなされる説明・助言により、代金の先履行を伴う結果となる所有権移転の申請意思を実質的に確認するという手法であるが、そもそも代金先履行の合理的理由のない本件では、できるかぎり個々の登記手続について、申請の順序を適切に組み立て、それを正確に維持するという登記に関する手続的作業によって置き換えられるべきである。このような思考は、共同申請における相手方に対する登記事務処理の方針説明をできるかぎり登記手続の側面に絞り込み、利害判断の枠組を明確に設定しようという考え方である。特に当事者の一方の利益のために登記事務処理の委任をなした者が委任事務遂行の過程で共同申請による協力を得るために、他方当事者に対して登記事務処理の

方針を説明し、他方当事者の「諾」を得る必要のある本事案のようなケースにおいては重要であると思われる。

本件のように多数の異なる当事者によって構成される連件処理を要する事案にあたっては、仮に買主から当初より登記事務処理委任を受けた司法書士であるなら、まず申請代理に先行して買主の利益のためにする登記事務処理として適切な連件申請の組立てることが必要である。このような申請の組立、申請の順序は仮に対立当事者双方に異なる受任者がある場合にあっても、利害判断の共通の指標として認識できるものだからである。

すなわち、登記申請意思の裏付となっている対価的な給付やその余の諸条件は、取引における司法書士の限られた関与形態のなかでは、必ずしも十分に機能できる場面ばかりではないからである。

この裁判例から見えるものは、当時司法書士の立会事務が議論されているにもかかわらず、受任者である司法書士において、その執務姿勢が伝統的な申請委任の考え方から離脱していないことである。

その結果、委任者の権利保全に寄与しない立会役務を提供し、その報酬を得たと言える¹¹⁾。

司法書士の登記代理委任を伝統的な申請委任の考え方から捉えると、確かに本件所有権移転の申請手続には債務不履行はない。しかし、それではこのような不動産取引における登記権利者たるべき者の権利保全の期待に応えられないこととなる。

裁判所は、そこで登記義務者が登記権利者に対してなすべき登記履行の順序や態様が当初の予定から変更されるような場合、当該登記と対価的關係にある実体契約上の義務、すなわちここでは物件の代金支払について、その登記取得との対価的認識を通すことにより、代金を出捐する登記権利者側に再考の機会を与えるべき受任者の作為義務を承認した。

しかし、このような作為義務の根拠を、司法書士と登記手続を利用する当事者との間の申請委任における委任契約の内容として求めるには、前述のように少々無理があると言わざるを得ない。むしろ連件申請として、これを構成する

複数申請の順序を適切に組み立てこれを維持すべき登記事務処理を委任内容として、正面から捉えるべき事案であると思われる。

【3】平成3年10月23日東京高等裁判所判決（平成3年（ネ）第1175号，損害賠償請求控訴事件）金融法務事情1321号20頁

(1) 判示事項

根抵当権が設定されている不動産を売却にするにつき、売買代金から被担保債権の金額を弁済することのできなかった売主が、根抵当権者との間で別に所有する不動産について残債権を担保するための抵当権を設定する合意をなした後、その抹消登記と設定登記の双方の登記手続を受任した司法書士において、抹消登記を完了するも抵当権設定登記の方が権利証の提出がないためにできなかった場合に、抵当権の設定登記を根抵当権の抹消登記と引換えに同時に行うべき義務はなく、抹消登記を先行させたことについて、委任契約上の義務違反はないとされた事案。

(2) 事実の概要

昭和58年3月20日控訴人X（夫のXがXを代理）は、Aに1000万円を貸し付け、その担保としてA所有の本件1の土地建物に根抵当権（極度額1300万円）を設定し、同年5月6日その登記をなした。

昭和61年4月、Aは、本件1の土地建物を不動産業者Fに売却するに際し、同物件が負担している根抵当権設定登記の解除をXに求めた。その際Aは、Xに対し、売却代金から根抵当権の被担保債権のうち500万円だけしか返済できないため、残る500万円の債務については、根抵当権設定登記を抹消してもらう代わりに、Aが別に所有する本件2の土地建物に抵当権設定登記手続をすることを約束した。

被控訴人Y司法書士は、かねてFから登記の仕事を依頼されていたが、昭

第3章 司法書士の債務不履行

和61年5月、Fから、同人がAより本件1の土地建物を転売目的で買い受けることとなったため、同土地建物の所有権移転登記及び同土地建物が負担している根抵当権の抹消登記に関する書類の確認を依頼された。Yは同月23日Fと共にXを訪れ、Xの代理人であるX'の事務所において根抵当権設定登記を抹消する書類の確認をした。その際、X'はXを代理してYに対し、右抹消登記手続及び本件2物件の抵当権設定登記手続を依頼し、Yを受任者とする登記申請委任状2通にXの記名押捺をして印鑑証明書2通を添えて交付し、右抹消登記手続に必要な費用及び報酬を支払った。

しかし、Aは、このとき本件2物件の抵当権設定登記手続に必要な土地建物の権利証を持参していなかった。そのため、この日に本件2物件の抵当権設定登記手続をすることができないこととなった。そこで、X'は右設定登記の原因証書となるXとA間の抵当権設定金銭消費貸借契約書の末尾に、「権利書が到着次第手続きお願いします。(5月27日予定)」と記載してYに渡した。Fはその場でAに売買代金を支払い、Aはその中からX'に500万円を支払った。

S司法書士は、本件1の土地建物につき、Fからの買主であるRらのために所有権移転登記手続を行うこと依頼された。昭和61年5月23日、S司法書士は、本件1の土地建物につき設定されている根抵当権設定登記の抹消手続をYが受任していることを知ったので、Yと連絡をとり、同月24日、Y事務所で、Yから右抹消登記手続に必要な書類の引渡しを受け、同月26日、上記所有権移転登記及び抹消登記の各申請書を法務局に提出し、これにより本件1の土地建物につき根抵当権設定登記が抹消され、同時にAからRらへ所有権移転登記がなされた。

この所有権移転登記申請書は、代理人としてS司法書士名義で作成されたが、抹消登記申請書は、代理人として被告Y名義で作成された。

その後、A及びXは、Y事務所に本件2の土地建物の権利証を持参しないので、YはA及びX'との連絡を試みたが、事態の進展はなく、結局権利証を入手できなかったため、本件2の抵当権設定登記手続を行えないままとなっ

た。

このような事実関係に基づき、XはYを相手に、Yは委任契約上の義務に違反したと主張し、債務不履行による損害賠償を請求した。

(3) 判 決

〔主 文〕

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴人の当審における予備的請求を棄却する。
- 3 控訴費用は控訴人の負担とする。

(4) 判決理由（抜粋）

S司法書士は、市川市で司法書士を開業しているが、本件1の土地建物につき、Fからの買主であるRらのために所有権移転登記手続を行うことを依頼された。昭和61年5月23日、S司法書士は、本件1の土地建物につき設定されている本件1の根抵当権設定登記の抹消手続を被控訴人が受任していることを知ったので、被控訴人と連絡をとり、同月24日、被控訴人事務所で、被控訴人から右抹消登記手続に必要な書類の引渡しを受け、同月26日、右移転登記及び抹消登記の各申請書を千葉地方法務局市川支局に提出し、これにより本件1の土地建物につき本件1の根抵当権設定登記が抹消され（このとき他の2件の抵当権設定も抹消された。）、同時にAからRらへ所有権移転登記がなされた。

右移転登記申請書は代理人としてS司法書士名義で作成されたが、抹消登記申請は代理人として被控訴人名義で作成されている。

その後、A及び控訴人は、被控訴人事務所に本件2の土地建物の権利証を持参しないので、被控訴人はA及びXとの連絡を試みたが、事態の進展はなく、結局権利証を入手できなかったため、本件2の抵当権設定登記手続を行えないままとなった。しかし、被控訴人は、受領済みの設定登記手続費用等をまだ返還していない。

第3章 司法書士の債務不履行

以上の認定事実によると、被控訴人は、昭和61年5月23日控訴人から本件1の根抵当権設定登記の抹消登記申請についての委任状その他の必要書類を受け取り、右登記申請の費用及び報酬も受領し、26日には被控訴人を申請代理人とする抹消登記申請が所轄登記所に提出され、登記が行われているのであるから、被控訴人が本件1の根抵当権設定登記の抹消登記手続を受任し、申請代理人として登記申請を行ったものであることは明かである（登記申請は書面をもってすることを要求される公法上の行為であり、被控訴人を受任者とする委任状に基づき被控訴人名で行われた申請を、被控訴人の代理行為でないということとはできない。S司法書士が被控訴人の行為を事実上代行したものとみるべきである。）。したがって、被控訴人は本件1の根抵当権設定登記の抹消登記手続と本件2の抵当権設定登記手続の両者を受任していたことになる。

しかしながら、右抹消登記と設定登記を同時に行うべきものとする約束があったとはこれを認めることができない。何となれば、AとFとの間における本件1の土地建物の売買については23日に売買代金の授受が行われ、控訴人の代理人X'はその中から貸金の一部弁済として500万円の支払を受けているが、売買代金の授受があった以上、これと引換えに所有権移転登記手続及び根抵当権設定登記の抹消登記手続が行われるべきことが当然に予定されていたといわなければならないからである。売買代金の中から根抵当権の被担保債権の一部の弁済を受けておきながら、根抵当権設定登記の抹消を後日に保留するというようなことができるわけではない。X'としては、とりあえず500万円の支払を受けて根抵当権設定登記の抹消には応じた上で、Aから差替物件の権利証が届けられ次第、これに抵当権設定登記をするつもりであり、前記乙第一号証の末尾の付記はこのことを表しているものと認めざるをえない（もしX'があくまでも抹消登記と設定登記の同時処理に固執したならば、その日に売買代金の支払はされず、したがってX'に500万円が支払われるには至らなかったであろう。）。

被控訴人は、X'に対し本件2の抵当権設定登記を本件1の根抵当権設定登記の抹消登記と引換えに同時に行うことはできない旨を説明したと供述しているが、この供述は右に認定した事実の経緯からみて信用に値するということが

でき、これに反する証人X'の証言は採用できない。

そうだとすると、被控訴人が本件1の根抵当権設定登記の抹消登記手続を先行させたことを受託契約上の義務に違反した行為であるということとはできない。

次に控訴人は、被控訴人が本件2の抵当権設定登記手続をしなかったことをも債務不履行であると主張するが、前記二5で認定したように、被控訴人は、A及び控訴人から本件2の土地建物の権利証が届けられなかったため、右抵当権設定登記申請をすることができなかつたのであり、これが被控訴人の責に帰せられるべきいわれはない。

(5) 分 析

本件事案は、一般に被担保債権の一部弁済に伴い、物件について設定された担保の「差し替え」と呼ばれる手続例である。但し、その「差し替え」が担保付物件の売買を契機としてなされている点が事案の特徴と言える。

論点としては次の2つがある。まず本件の「担保の差し替え」に関する手続は個別の申請委任に分解すれば、第1物件について設定された根抵当権の抹消登記と同物件の売買を原因とする所有権移転登記の連件申請及び第2物件に対する抵当権設定登記で構成される。

そこで第1物件について、根抵当権の抹消登記をする代わりに第2物件についてあらたに抵当権の設定登記をする（本例ではこの2つの登記の登記当事者は同一である）という委任がどのような条件の下に有効に成立するのか、という問題、さらにそのような委任が成立したとして、第2物件について、その登記申請をなすにあたり、必要な権利証の提出が設定者よりなされず、結果として当該設定登記の完了ができなかつた点を受任者の債務不履行と評価して責任を問うことができるか、という問題である。

まず第1物件について、根抵当権の抹消登記をする代わりに第2物件について抵当権の設定登記をするという委任であるが、委任の内容として、このような関係が本人の意思として、どのような条件で受任者に明確に表明されたのか、である。

第3章 司法書士の債務不履行

また受任者において、本人のこのような委任意思を受けて、どのように委任者のために登記事務処理を組み立てたのが重要である。

第2物件に対する抵当権設定の登記申請がなされることを条件として、第1物件に対する根抵当権抹消登記申請を委任することは可能であるし、その逆も可能である。また、このように申請の順序を特に条件づけることなく、それぞれ並列的に申請を委任することも可能である。

複数の申請を条件づけることによって、先履行の關係に立つ登記実現が保証される。第2物件に対する抵当権設定を第1物件に対する根抵当権抹消登記申請に先履行させるといふ本人意思が明らかかな場合は、その意思は申請の順序を厳格に維持するということによって委任の内容となり得る。

この点について委任において何も明示がなされていないとすれば、伝統的な登記代理委任の考え方からすれば、本事案のように異なる物件の申請相互を連鎖して成立する条件關係は、特に各申請の委任内容とはなり得ない。そのため、結局は個別の申請委任の合理的意思解釈の問題に帰着する。

判旨から窺うに、本件では委任者本人の代理人によって第1物件に対する根抵当権の抹消と第2物件に対する抵当権の設定という2つの委任が同一受任者になされたのは明確とされる。しかし、はたしてこの複数の申請委任において、相互に申請を条件づけたかどうかは不明である。

(6) 本事案における登記事務処理委任の問題点

このように申請を条件づけるかどうかは、受任者の側でどれ程本人の意思を明確にするか、という作業努力と關係する。そのような登記事務の処理作業に受任者がどれ程意を用いているかである。そして、そのことは受任者が本来登記当事者の誰から依頼を受けているのかということと関連する。

すなわち相談に始まり、本人の利益のためにする登記事務処理の依頼者が誰であるのかによって、本人の自己決定プロセスを明確にし、そのことを手続として表現する作業、すなわちその者の利益のためにする登記事務処理の作業内容が微妙に異なるのである。その意味で本事案は対立当事者の共同申請におけ

る双方受任の限界を示しているとも言える。

本件の受任者司法書士はもともと抵当権の負担のある物件の買主 F から依頼を受けているのである。

裁判所の認定した事実によると、買主 F の依頼により第 1 物件の所有者売主 A と共に根抵当権者（根抵当権者の代理人 X'）を訪ね、買主が買い受ける予定の第 1 物件について設定された根抵当権の抹消登記の確認をした立場である。この買主 F からの依頼による Y への委任を仮に 1 次的委任とする。

その際さらに X' より第 1 物件について、根抵当権の抹消登記の委任を受けると同時に、売主の所有する別の第 2 物件についての抵当権設定登記の委任を受けている。この X' からの委任をもととの F からの依頼による委任と区別して 2 次的委任とする。

このようないわゆる担保のつけ替えが根抵当権者代理人 X' と第 1 物件の売主の双方から 2 次的に委任された理由は、第 1 物件の売買代金からは根抵当権の被担保債権の一部だけしか返済できないという事情があるにもかかわらず、売主 A において自らの売渡履行のために物権が負担する根抵当権の解除を X に求めたからに外ならない。

しかし、受任者 Y は本来第 1 物件の買主 F からの依頼により、F の登記上得るべき利益のために行動する者である。前記の 1 次的委任の受任者として、その注意義務は抵当権者 X の前述したような 2 次的委任を履行する利益状況とは本来関連しない立場にある。

買主 F にとっては、買受物件の担保が確実に抹消されるのかが重要なポイントであって、第 2 物件について設定当事者間で別になされる登記の約定は比較的利害関心の弱い問題であろう。この買主 F の 1 次的委任に基づく受任者司法書士のなす作業こそ、私の述べる登記事務処理委任に外ならない。

そこで、本件では個別の申請として第 2 物件についての抵当権設定登記が第 1 物件の根抵当権抹消登記の条件関係とまで位置づけることはなく、F のために登記事務処理を組み立てたこととなる。このこと自体買主 F からの依頼に基づく登記事務処理の受任者として考察した場合は、自然な作業とも言える。

第3章 司法書士の債務不履行

しかし、第1物件の抹消登記、第2物件の設定登記共に本件は対立当事者双方からの受任である。これについて、受任者に特別の責任を根拠づけることとなるが、その点は後述（第2節「総括」）する。

また、仮に本件において解除を求められた根抵当権者Xの依頼により、相談から始まり登記事務処理を受任した立場の司法書士が別に存在したとすれば、Xの利益のためにする登記処理として、本件のように買主の代金によって一部弁済しかねない実情の下では第2物件についての抵当権設定を第1物件の根抵当権抹消の条件として位置づけることを直接本人Xに示し、この点についてあらためて本人の自己決定を促すこととなろう。

すなわち、第2物件についての設定登記申請を先履行させてから第1物件の抹消登記申請を行うように、申請の手順を配慮することである。

そのことによって第1物件について、売主と買主の間で予定された売渡履行が多少の影響を受ける結果となったとしても、第2物件への設定登記申請が売主の協力程度や、その後の状況の変化によって、どのようになるか未定であることを考えればやむを得ないものと判断するであろう。

しかし、本件において私が述べるところの登記事務処理委任に相当する委任を受任者として引き受けているのは、買主Fより依頼に基づいて行動している受任者Yである。買主Fの利益として必要な確認の対象は、売買対象たる第1物件についての根抵当権の抹消登記としての申請意思である。そこで、第1物件に対する委任と第2物件に対する委任を相互に条件づけることなく、その結果本人意思は各個別の物件ごとに、各申請に分断されて事後的評価を受けざるを得ないこととなる。

判旨ではすでに、売買代金の一部から被担保債権の一部弁済を受けている以上、同物件に対するXの既存の根抵当権抹消と買主Fへの所有権移転登記は当然に予測していたであろうから、第2物件への設定登記と第1物件の抹消登記を同時に行うような合意があったことは認められないとしている。売買代金の中から被担保債権の一部の弁済を受けておきながら抹消登記のみを留保するとは考えられないというのである。

このような考え方と評価は第1物件についてなされている根抵当権抹消の登記申請と所有権移転登記申請という連件申請のみを対照してのことではなかろうか。委任者である抵当権者 X の手續意思是、登記すべき物件ごとにすでに分断されて評価されているように思われるのである。物件を異にする抵当権設定登記の委任については、これを「同時に行うべきものとする約束があったとは認めることができない」とする裁判所の判断の基礎には「売買代金の授受があった以上、これと引換えに所有権移転登記手續及び根抵当権設定登記の抹消手續が当然に予定されていたと言わなければならない」との認識が働いているからである。

しかし、担保権の不可分性から言えば、X の利害得失として被担保債権の一部弁済しかなされないのに、根抵当権を解除すること自体、他に特別な理由がない限り合理的な意思とは言えないのであり、申請を受理した登記所側の形式審査による判断としてならばともかく、受任者司法書士の判断としては、X 側の合理的意思解釈にまで配慮しているとは言えない。

次に、第2物件の抵当権設定者 A より受任者に対して物件の権利証が提出されなかったことにより、結果的にこの登記が申請されないまま当該登記が実現されずに終わったことと、受任者のこれに対する責任との関連性である。

判旨からは第2物件について、抵当権者 X と設定者 A の双方より抵当権設定登記についての委任が受任者司法書士との間で成立していることを認めることが窺える。

ところで、申請委任の成立時期をどの時点と認識するかは一つの論点である。

代理申請においても権利証を含む必要な添付書類の具備は、委任者本人の協力のもとに提出される必要がある。この意味で申請は代理人の意思活動のみで完結するものではない。

そこで、申請委任の成立時期はこのような添付書面が具備された時点であるとも考えることもできる。必要な添付書面の具備を停止条件として委任が成立するという考え方である。¹²⁾

これに対し、申請委任の成立時期をもう少し早い段階で認識し、これら申請

に必要な添付書面の具備はあくまで委任者本人の責任として捉える一方、例外として、それらの書面を具備できないことが受任者本人の責任に帰すべき事由に拠るような特段の事情がある場合を除いて、結果的に例えこれらを具備できないとしても、それは受任者の責に帰すべからざる履行不能として、委任契約の終了を帰結させるということも考えられる。

申請委任の考え方としては、こちらを支持したい。

受任者としての早期関与により委任者本人は受任者より必要な添付書面の内容やその具備すべき時期について、説明を受けることができるし、また万一具備できないとしたときや、それが合意した時期に遅れるような場合、その代替手段について適切な説明や助言を受任者より得ることができるからである¹³⁾。

その反面、受任者としては共同申請における対立当事者間での委任の成立時期が必ずしも当該当事者間での対価的決断の時期と同一ではないことに留意し、必要であれば、そのことを委任者に説明して、委任の成立による登記の実現可能性について、委任者に誤った期待を抱かさないようにしなくてはならない。

本件で言えば、第2物件について抵当権設定の委任が当事者双方よりなされたとしても、添付書面として具備すべき設定者の権利証が提出されていない以上、第1物件について根抵当権抹消の原因となる対価的決断、すなわち根抵当権解除をなす合理的時期ではないということの意味する。

ところで、私が主張する登記事務処理委任は、当事者間の利害対立状況をそのまま相談段階から持ち込み、これを反映しているものである。したがって、本来双方代理に親しまない性質のものである。本件では買主Fとの間の1次的委任において、売主Aが行う担保の差し替えを条件的ではなく、並列的に処理するという受任者Yの登記事務処理委任の作業がなされている。

その一方で、裁判所は本事案において、設定者Aの権利証が提出されていない段階であるにもかかわらず、X-A間で第2物件について抵当権設定の申請委任の成立を認めている。この委任は対立当事者双方からの受任である。

Yは買主Fとの間の1次的委任において、第2物件に対する設定を同時処理しないという意味での私見の言うFのための登記事務処理をなしているの

に対し、その反射として、Xとの間の2次的委任は単なる個別の申請委任として処理されてしまっているのである。

Aより権利証の提出がなされなかったことについて、受任者の責に帰すべき特段の事情の見当たらない本件では、裁判所の判断として結局本件は受任者の責に帰すべからざる委任事務の履行不能ということに落ち着くであろう。

しかし、実務の感覚としては、はたして具体的公平が維持できているのかどうか疑問の残る事案である。

第2節 総括

裁判所の判断は、その当時の司法書士法の業務規定やこれに基づく時代の実務慣行、同種事案について、すでに判例として集積されている委任についての考え方等を斟酌して妥当と言える結論を出しているものであるが、これまで本書において論じてきた私見の立場から総括しておきたい。

以下、本書での引用の利便として、前出の昭和61年5月16日福岡地方裁判所（判例時報1207号93頁）を判例【1】（福岡地判）と略示し、同じく昭和63年5月25日大阪地方裁判所（判例時報1316号107頁）を判例【2】（大阪地判）、平成3年10月23日東京高等裁判所（金融法務事情1321号20頁）を判例【3】（東京高判）と略示して記述する。

(1) 各事案より整理すると、裁判所は依頼者本人と司法書士との間でなされる登記代理委任契約の内容を、一般的に次のようなものとして捉えていると思われる。

- ① 受任者の主たる給付内容は登記申請、すなわち登記所に対する申請情報の提供とそれによる登記実行処分のため必要な諸役務の提供である。
- ② このことは当該申請においていかなる内容の申請情報を提供するかという手続的主題（登記の対象物件、当事者、登記の目的とその原因）は依頼者本人が受任者代理人に対して自ら委任意思として表明することを前提

としている。

- ③ ②における委任意思は、登記という公証を求める本人の実体意思である¹⁴⁾。

(2) この考え方は③の公証を求める本人の実体意思は②の申請情報における手続的テーマが本人より提供されることを前提としているのであるが、この②の本人提供にかかる依頼内容が①の受任内容と手続上整合することにより初めて登記代理委任として、その全体が完成するという問題が内在する。

例えば、判例【1】(福岡地判)の事案では、依頼者は申請物件について、未だ所有権を取得しておらず、権利名義人ともなっていない。いわゆる手続上の「申請適格」を有していない。そのために、この段階での②としての依頼は、①の視点からすると手続上整合しているとは言えず、登記代理委任が全体として完成していない。

すなわち、②の依頼意思は①の視点から一度チェックされる必要がある。その結果このケースでは②の依頼意思は①の委任意思として直ちに成立を認めることができない。そのため裁判所の考え方として①の委任成立を停止条件付構成としたものであろう。

しかし、この帰結は依頼人の方から受任者に対して②の依頼意思として表明されている実体があるということを考えると、①を基準として委任内容を捉えることはあまりに硬直的であり、委任事務としての入口を狭く捉えすぎるのではないかと思われる。②として実在する依頼意思を手続利用の視点から広く汲み上げることができる解決策が考えられてよい。

そのためには、②の依頼内容と①の委任内容を当初から一体のものとして捉え、依頼者と受任者の双方の共同作業の結果として、受任者が遂行すべき目標が何かを明確にする過程に広げて委任内容を組み立てることが必要である。そのうえで依頼者本人のために、共同作業の成果として得られる事務処理の過程とその目標が委任契約上の受任者の義務として括られる必要がある。

この合意が、本書において私見として提唱している登記事務処理委任契約で

ある。例えば、判例【1】（福岡地判）の事案では、売主O建設の立場で考えるとしても、受任者司法書士Yとの間で、売買契約における代金支払の先履行とこれに続く後履行としての売買目的物の所有権の取得及びそれに伴う買主への所有権移転登記という事務処理過程の全体を委任契約の内容とすることを求める可能性がある。買主原告Xの立場からすれば、さらにこのような事務処理過程を委任契約の内容とすることを求めるものであろう。

しかし、ここで重要なことは、売主O建設と買主原告Xの間では売買目的物件について売主が所有権を取得する方法や時期それに基づく具体的な登記の仕様（現在の権利名義人から登記を中間省略して買主名義とするかどうか等。なお、このような手法は当時一般的であった。）について、その利害得失の状況は同じではないことである。また委任内容の枠組を広げると事務処理過程における選択肢も多くなる。

したがって、このような事務処理過程を同一司法書士が当事者双方から受任することは本来的に利益相反として許されないものであろう。

そこで、②の依頼内容と①の委任内容を当初から一体のものとして捉えて、手続上これを整合させるという手法、換言すれば、②の依頼内容を基礎として①の委任内容を作成し、これを遂行するという手法は、受任者と当事者の一方との間でのみ成立する委任事務であり、また対立当事者双方の間で同一内容のものとして予定されているものでもないと言える。

この点で、権利の変更登記における共同申請を前提とする①の委任内容が対立当事者間でも同一内容のものとして予定されていることとは区別されるものであり、登記事務処理委任は申請委任とは別個に認識される上位概念である。

この登記事務処理委任の遂行過程について重要な問題を提起しているのが、判例【2】（大阪地判）のケースである。この事案は、売主買主双方において、売買目的物のうち未登記建物については直接買主名義で保存登記をなし、登記物件については既設定の担保権を全て抹消登記をなしたうえで売主から買主へ所有権移転登記を行うという登記事務処理の基本方針や内容について、当事者双方に認識において異なるものはない。

第3章 司法書士の債務不履行

受任者司法書士も一応担保権の抹消登記が済んでから買主への所有権移転登記を行う旨を当事者双方に説明し、所有権移転登記を留保している。

しかし、その登記事務処理の遂行過程で受任者として先行する担保権抹消登記に必要な書類の提供のないままに買主から売主への代金先履行を見越し許容したこと、並びに一度売主から受任時に登記申請目的で提供を受け自ら保持していた売主の印鑑証明書、権利証等を売主の言を信じて返還してしまい、そのことによって売買目的物件について当初の受任時に予期していなかった第三者のあらたな担保権設定を出現させてしまったこと、すなわち事務処理の遂行過程における基準となるべき受任者の義務内容が明確に確立しておらず、これらの受任者の行為をどのように法的に評価するかという問題がある。

この事案では、受任者司法書士は予め売主からの依頼に基づき一定の登記事務処理委任を受けていたのではないかと窺わせる一面もあるが、売買契約に基づく所有権移転登記について当事者双方から契約に基づく登記の立会報酬を受領している事実から判断すると事後的評価ではあるが、売主買主双方から擬制の一面があるものの同一内容の登記事務処理委任を受けていたと見るべきである。私見によれば、受任者の行為は端的にこの買主に対する登記事務処理委任の債務不履行を構成するものである。しかし、登記事務処理委任という契約概念を用いない裁判所の考え方としては、個別の代理申請に対し登記手続に関連する限度で実体関係に立ち入り、売買代金額、支払期日、支払条件を聞き質し、抵当権の登記が抹消されないまま代金全額を支払う危険性についての説明、助言を経たより実質的な登記意思の確認義務を申請委任より導いているのである。

しかし、事案における解決の妥当性としてはともかく、個別の代理申請の場でこのような実体関係に立ち入った登記意思の確認義務を一般的に承認する方向は受任者にとって負担の重いことであり、むしろ受任者の注意義務と本人の権利保護を予め委任契約という規範的な枠組の中で位置づけるべきである。

ところで、当事者の一方との間で成立している登記事務処理委任契約から派生した個々の代理申請のための委任及びその遂行過程は、相互に基本となる事務処理委任契約において密接な関係の概念として統一処理されるべきであるこ

とを考えると、本事案のように受任者との間で明確に買主のための登記事務処理委任として契約による規範的枠組が予め成立しているとは言えない場合には、個別の代理申請において同一司法書士による双方代理は原則的には許されないと解すべきである。

当事者の一方との間で、登記事務処理委任契約によりその者の利益のために知的役務を提供する受任者が存在してこそ個別の代理申請による委任者双方の権利保護が果たされると考えられるからである。

その点をもっとも明確な形態として示しているのが、判例【3】（東京高判）の事案であろう。このケースにおける受任者司法書士 Y は、当初より一貫して本件第1物件を A からの転売によって買い受ける目的を有する F から、F の利益のために登記事務処理委任における受任者として、その役務を提供する者である。F は X との間では直接の登記当事者ではなく、転得後の譲渡においても登記当事者として登場はしていないが、Y に対する委任者である。そこでの F のための登記事務処理の受任内容は第1物件が負担している X の根抵当権の解除とそれに伴う根抵当権の抹消登記であるが、それは第1物件を転得した F がさらに他者に転売するための前提となる登記上の権利関係を整理のうえ作出することに外ならない。

その際、X の根抵当権解除を求めるために返済金額の不足を補うため A が別に所有する第2物件について、X のために抵当権設定をなす約定がなされ、Y はその抵当権設定についても代理申請委任を受ける立場となる。しかし、この委任は、Y にとり本来の登記事務処理委任から別に派生して生じた代理申請のための委任である。

本件事案における各当事者の利益の相対性を考えると、Y としては、当初より F に対する忠実義務から F のための利益を優先する立場にある。したがって、第1物件についての X の根抵当権解除と抹消登記及び第2物件についての X のための抵当権設定登記の相互の代理申請について、その関係性を重視し、これを優先して処理する立場にはない。Y にとって、X は F との間の登記事務処理委任の相手方であって、X との間で登記事務処理委任を受けている

のではないからである。

したがって、個別の代理申請としては第1物件の抹消登記と第2物件に対する設定登記は本来各別の申請処理であるから、Fのためにまず第1物件についての抹消登記申請を行うことはYにとって当然のことである。

仮に、Xにおいて第2物件についての抵当権設定と第1物件に対する根抵当権抹消の関係性を重視し、例えば第2物件についての設定登記が完了しないと第1物件について抹消に応じないという登記処理を求めるならば、Xのために別に登記事務処理をする受任者が必要となる。その際、第2物件についてXがたとえ権利証を持参していなくとも、その代替手段が手続上あり得るわけであるから、第2物件についての設定登記が先行してなされる可能性は残っていたのである。

個別の代理申請における登記当事者の権利保護が、同一受任者の双方代理によっては困難であることを示しているケースと言えよう。

- 1) 「申請適格」については、第1章の注34) 参照。
- 2) 司法書士倫理21条2項。『司法書士倫理解説事例集』21頁。
- 3) 登記手続における停止条件付委任契約において、条件が成就するまでの一方当事者の期待的利益をどのように考えるかは、成立が予定される委任契約の給付内容とその条件となっている要素との両面から比較検討されるべきであろうと思われる。

本事案のように、委任契約締結時には所有権も登記名義も売主以外の第三者にあり、売買対象地の分筆も未了であって、直ちに移転登記を履行することが不可能な状態にある場合に分筆登記がなされ、かつ、売主から移転登記に必要な書類の提出されることを停止条件とする委任契約と構成する場合には、成立が予定される委任契約が売買対象地についての登記申請委任であるとすれば、条件成就未定の間の一方当事者に保護すべき期待的利益は格別のもがないとも言えよう。

しかし、成立している委任契約が一方当事者の将来の登記請求を満足させるために必要な事務処理を求める委任であり、申請委任の条件とされている事実も受任者の事務処理をなすにあたって重要な要素である場合の評価はまた別である。

- 4) 売主の原告に対する行為義務としては、自ら未だ登記名義を得ていない段階にあっては、共同申請の登記義務者として、自己の登記名義を買主に移す義務は生じない。

しかし、買主をして、そのような給付結果を得させ、これを保持させる契約上の義務を負担しているのであるから、買主の受任者としては現在の名義人を經由して、今後どのような共同申請の構成が可能か、その手続条件はどのようなものかを受任義務の内容とする

ことは依頼者に一般的に期待されているものと言える。

- 5) そもそも委任関係が成立していないのであるから、さらに他者との間でどのような委任関係の成立に至ろうが債務不履行とはならないとしながらも、通知すべき作為義務を信義則上認めるにあたっては、条件付委任関係の存在を基礎とするのであろうか。同趣旨から判決の歯切れの悪さを指摘するものとして、鎌田薫「司法書士の登記申請業務にかかわる注意義務（上）」月刊登記先例解説集 339号 22頁～24頁。
- 6) 鎌田薫「司法書士の登記申請業務にかかわる注意義務（下）」月刊登記先例解説集 341号 44頁では、「本判決が申請代理の委任契約が成立したか否かを問題とせず直接に「立会い」の委任契約上の善管注意義務を認定している点と抵当権を抹消しないまま代金を支払うことは当事者間で合意されているにもかかわらず、司法書士に危険性を説明、助言する義務があるとし、実体関係の形成に積極的に関与すべき義務と権能を認めている点で、従来の判例の立場とは異なる特異なもの」とされている。
- 7) 本件においても、受任者は連件申請すべき事案であることは確認している。担保抹消の書類が整ってから所有権移転の申請をするという処理手順を告げているからである。しかし、確認の結果それが受任者の手続を規律する行動基準とまではなっていない。買主が有する連件申請の実現による利益が、受任者の債務において具体的に履行すべき内容、すなわち提供すべき役務の基準となっていない。そのことからすると、結果として複数の申請が単に連続しているだけの認識と大差がなくなってしまう。

また、本件は同一受任者による連件処理である。そのような場合、依頼者売主の言で容易に保管している権利証の返還を許していること等から、連件処理における双方受任の限界性の問題でもある。まさに、「当事者の利益の対抗と抑制というメカニズムが機能していない」（山崎敏彦『登記代理委任契約論』〔一粒社、1988年〕37頁）ケースと言える。

なお、ドイツ土地登記法における連件処理に関する規定についてGBO第16条2項が文献として紹介されている（石川清「ドイツ土地登記法30講（3）」登記研究 653号 136頁）。
- 8) 同一受任者による連件処理の事案として、複数申請の一連包括性が委任意思として認められる事案であるから、手続において受任者が実際に申請をなすには各申請の順序を厳格に維持するという義務が生ずる。
- 9) 本件では被告が売主からの依頼による司法書士として行動している点に特徴がある。売主のための登記事務処理の結果として、買主への配慮は全体として稀薄なものであるが、少なくとも同一受任者による連件処理の事案として、抹消の書類が整ってから所有権移転の申請をすると告げていることから、司法書士は、申請の順序まで委任は受けていないという意識ではなかったものと思われる。順序を維持しなかった点に問題がある。
- 10) 例えば、第1章の注3)において「基本的立会」と定義される項目の中で登記給付に対する反対給付は双務契約上の反対給付（例、売買代金の支払）に限定されるものでもない。そこでの実質の確認の対象は多様である。
- 11) 平成元年3月『会報大阪』別冊『実務文献資料集』37頁以下によると、この当時大阪

第3章 司法書士の債務不履行

司法書士会が実施したアンケートでは添付資料が整い、特に不審のない場合特別なことはしないと回答しているものが比較的多い。本件では、買主のために必要な登記事務処理委任をなす専門家がついていなかったことが問題である。

- 12) 東京地判昭和52年6月28日判時873号62頁、前掲福岡地判昭和61年5月16日判時1207号93頁。
- 13) 山崎・前掲注7) 75頁～77頁は早い時期の成立を認める。
- 14) 園部逸夫「登記と行政訴訟」『民法と登記・香川最高裁判事退官記念論文集(上)』(テイハン、1993年)53頁以下では、「『登記官の処分』といわれるものには幾つかの種類があるが、その基本は、やはり公証行為であろう。公証行為はいわゆる準法律行為的行政行為に属するとされるが、これは講学上の分類にすぎず、他の行政行為との対比という点では意味があるが、この分類が公証行為の性質を定めるものではない。大事なことは、登記官のする登記という行為は不動産に関する権利変動を登記官が認識してそれを表示する行為であり、そのような認識の結果を何らかの形で記載することにより、証明された事実について、公の証拠力を生じさせるので、これを公証ないし公証行為というのである。不動産に関する権利変動が公に証明された場合は、それによって、法律に定められた要件が充たされることがある」とされる。

本書においても、この意味で登記について公証という表現を使用する。

おわりに

登記手続を利用しようとする者にとっては、登記所に対して個々の申請手続をなす前に、すなわち個々の代理申請のための委任を代理人に対してなす前に、いかなる不動産について、どのような登記原因に基づく登記を、何個の申請としてなし、いかなる手法でこれを求めるのが自らの利益のために必要か、という課題に対して、これに応える適切な支援と助力を得ることができるシステムがまず必要である。

しかし、現行制度はこれら利用者の課題の解決に対し、本人が自ら納得する情報の提供と説明を受け、さらにこれを自己決定するに至るまでの手続過程を、本人と受任者代理人との間の委任契約として十分に享受できるように法的な整備がなされているとは言い難い。

言い換えれば、司法書士という登記手続専門職はあっても、その職能領域として、個々の代理申請行為に必要な委任だけでなく、まずこれに先行して個人としての手続利用者のために、対象となる法律的事実について、登記の必要とその手続の在り方を全体として検討し支援する知的活動が、なお職能の重要な内容となり得ておらず、このような法的役務が正面から職務として承認されるに至っていないということは偏見であろうか。

このような委任契約は、登記という法務行政処分を求めて、手続する個々の手続利用者の立場からすれば、個別の手続について自己決定をなすにあたり、必要なプロセスとして制度的にも整備されるべき問題である。また、登記官のなす準法律行為の行政処分に対して、民法その他の法律が、一定の私法上の効果を与えるための手続的基礎をなすとも考えられる。

このような問題提起に対しては、伝統的な立場から、少なくとも権利の変更登記に見られるように、登記権利者と登記義務者の双方の共同申請手続が求め

られており、手続法上ある特定の共同申請はその登記の必要と手続の在り方について、当事者双方の意思の合致を基礎としているはずであるから、それ以上の自己決定プロセスの制度的保障は、手続経済のうえからあえて必要なものではないという反論が予想される。

しかし、上述の反論は次の疑問に対して十分に答えてはいないと言わねばならない。

第1に当事者間において、ある特定の共同申請をなすという必要はどのようにして生み出されてくるのか、というプロセスを手続過程から捨象してしまっているのは、共同申請のための代理申請委任に本人の自己決定の存在を事後的に擬制しているに等しい。手続利用者から手続受任者が特定の登記について、登記所に対する申請代理権の付与を得ることになる前に、まず本人の利益実現のために、いかなる登記手続をなすべきかを組み立て、それを手続利用者のために情報として提供し説明して本人の自己決定を導く委任事務が先行しなくてはならない。

近年は、法務局の窓口においても行政相談の充実に力を入れているが、登記権利者と登記義務者の双方が窓口に出向いて相談を求めるような場面は稀であろう。その多くは、当事者のどちらか一方が自己の利益実現のために窓口で必要な情報を手に入れようとして努力しているのである。

しかし、行政相談においては、これら本人の利益実現のために提供される情報を代理申請に至るまでの手続として全体を繋げることはできない。その底流には当事者の利害の対立があり、それぞれの自己決定の介在があるからである。

したがって、個別の申請代理権を付与する委任契約をなす前に、対象となる法律事実を基礎に本人の利益実現のために、必要な全体としての情報を提供し、これを説明して本人の自己決定を導く受任者の知的活動の根拠となる委任事務を、特に代理申請のための個々の委任事務と区別して、その上位概念として捉え、これを手続利用者のために行う登記事務処理のための委任と認識し、共同申請の当事者双方からの代理申請のための委任とは別個にその成立を認める必要がある。

個々の登記手続を利用する者にとっては、相談に引き続いての自己の利益のためにする登記実現のための事務処理過程を経たうえで、しかるべく自己決定のプロセスを踏んで、必要とされる特定の共同申請の委任へと収斂されるに至るのである。

また第2には、権利の登記における登記の得喪は、共同申請の形態においても決してそれ自体無条件で中立的な性質のものではなく、鋭く利益の対立を反映した手続であるという点も見逃せない実態である。

従来このような利益対立は登記原因である実体関係について生じるものであり、申請手続自体は特にあらたな利益交換を伴うものではなく、債務の弁済に準ずるものであって、双方代理の例外となると説明がなされてきた。しかし、たとえ債務の弁済であるとしても、代物弁済が双方代理許容の例外とはならないと解釈されるように、どのような態様での弁済であるのか、はたして債務の本旨に従った弁済であるのか、という視点から、登記の取得、履行においてもその利益状況とそれによる評価がそこにあるのではなかろうか。

国民生活の基礎をなす財貨サービスの供給と需要が、バブル期の市場決定の時代から新たな循環の倫理と環境整備を確立しようとする時代状況の中で、登記手続のように狭い世界においても、もはや同一人による双方受任は無条件に許容されるべきものではないと思われる。

少なくとも、ある特定の申請における登記の取得、登記の義務履行が他の申請における登記の取得、登記の義務履行と相互に密接な条件関係あるいは関係的概念となっているような利益状況においては、登記原因となる実体関係に基づいて当事者間において正確な申請の順序、内容等の手順を決定し、これを維持する必要性は、単に個々の登記申請が弁済に準ずるものと評価され、そこには利益相反がないとされることとは考え方の基盤が異なるはずである。

しかも担保権の設定やその解除といったように、それ自体履行という過程を有しない原因行為にあっては、個人の意思活動が依拠する利益状況としては、実体関係と登記手続を明確に分別して評価することが困難な場合もある。

特に、共同申請における登記義務者の意思というものは、権利者によって構

築された要件を受けて通常は消極的な発現の形態をとるだけに、これらの者については受任者による権利保障が特に重要である。

したがって、登記手続の利用について、現行制度を補完するために、まず手続専門家である司法書士と個の利用者との間の相談に引続く、その者の利益のために行う登記事務処理をなす委任関係の成立を認め、そのような登記事務処理の委任履行として個別の代理申請との連続性を認めるべきであろう。

私見は、上述した登記事務処理委任における受任事務の遂行は、受任者が同時に自らの受任事務と関連する個別申請において当事者の一方の申請受任者となり、代理申請を行う限りは、現行の公法的規律としても、その枠組の内にあるものとする。このような考え方は共同申請における双方代理を原則的に許容しないことを前提としている。

登記手続の中立性という伝統的な見方に疑問を持ち、それぞれの当事者にそれぞれの代理人がつくことによって、当事者各自の利益のために必要な情報を提供することにより本人の自己決定を支援すべきであるとするからである。

しかし、現在司法書士実務家の間で検討され、法改正を求める底流ともなっている方向性は、このような考え方ではなく、むしろ過去に判例が当該事案解決の具体的妥当性を得るために、しばしば付随義務として認めているような「登記に関する手続」を超えた一定範囲での司法書士の実体への関与行為を、積極的に公法的規律のもとで、その委任内容として取り入れる方向ではないかと思われる¹⁾。

かつて「立会」と呼称された実務のうち、実体関係における取引の対価的保障機能をより高めるためになされたある種の態様のものは、仮に民法上の有償委任として当事者間で成立するものであっても、司法書士の業務としては公法的規律の枠組の外にあるものと言わざるを得ない沿革があったからである。

このように司法書士職能は実体的取引に早期に関与するべきであるとするスタンスは、司法書士実務家の中に根強く存在している。それは取引当事者間における代理人的機能を積極否定し、双方代理申請時における中立性、公平の立場から期待される社会的役割、すなわち取引の保証機能をより強く果

たそうとする思考と言える。

しかし、不動産取引において契約締結の最初の段階からその終了段階までの全過程に、司法書士が職務上関与する取引慣行は形成されていないし、登記手続の局面において事後的に立会という名のもとに取引内容に関与しようとする試みは実務経験上成功しているとは思えない。

現状において、司法書士の職務機能を充実させるために必要な法改正は、司法書士の職務として正面からこれら取引の保証機能を高めるような方向ではないように思われる。職能の役割としての限界が明らかに存在する領域だからである²⁾。

むしろ司法書士業務の今後の発展段階を考える場合、「登記に関する手続」を中心とした次の2つのステップを予定した法改正ではなかろうか。

第1のステップは登記手続を利用する当事者の一方との間で成立するその者のためにする登記事務処理を内容とした委任契約を司法書士の業務内容として明確に位置づけることである。

そのためには、現行司法書士法第3条第1項の「登記に関する手続について代理する」という文言はその書き分けと整理が必要であろう。

既述したように、同条は当事者間での実体を基礎とした登記事務処理委任を伴う知的役務と、そのような登記事務処理委任の整序を受けた結果としての個別申請委任における登記代理を包摂して表現しているきわめて広義の漠とした概念だからである。そのために、これを明確に書き分ける文言が必要である。

解釈論として、私見は登記事務処理委任は現行法にあってはその規律内と考える立場である。しかしこれにはなお多くの異論もあると思われる。したがって、相談に引続く登記事務処理委任の態様を業務規定として明定すべきである。

登記事務処理委任は、相談活動に引続く委任事務として機能してこそ、本人の手続利用意思を十分に汲みあげることができるからである。

現行司法書士法における相談活動は、司法書士法3条5号においてそれのみで報酬の受領できる独立業務とされている。しかし「前各号の事務について相談に応ずること」と規定されているように、前各号の業務が「主たる事務」で

あり、これに対する附随事務としての位置づけを有するにすぎないようにも誤読される。しかし、相談活動は決して附随事務のみではない。それは主たる委任事務を生み出す専門職としての意思活動の原点でもある。

相談業務には個別の事務受任とは別個の独立業務としての一般的相談業務と相談業務に引続く委任という事件受任を予定した相談業務の2つがあるが、後者の相談業務は独立業務というよりも、むしろ手続代理業務の一部であり既述した登記事務処理委任事務を生み出す本質を持っている。

したがって、このような相談業務については登記事務処理委任との連続性を明確にした業務規定がおかれるべきである。

また登記事務処理委任はそれ自体独立の業務概念として規律されるべきものであり、その意味では個別の申請委任とそれに基づく登記代理を最初から伴うものでなくとも良い。ただ登記事務処理を受任する司法書士とそれから派生する個別の代理申請を受任する司法書士が別人であることは専門職としての善管注意義務の在り方として許されないものと考えられるのである。

次に第2のステップは、第1のステップにおける登記代理委任事務の業務規定上の明文化とその運用の定着を通じて、この知的役務に支えられた司法書士による報告形式の登記原因証明情報の職務上作成権限について、法務行政の承認を得ることであろう。

登記権利者と登記義務者双方が異なる受任者代理人に委任されることによって、これらの代理人の作成にかかる登記原因証明情報は真实性を格段に高めることとなり、それが登記所に提供保管されることによって間接的に公証された登記原因に対する国民一般の信頼はより一層高まるものと思われる。

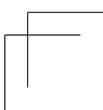
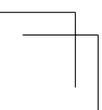
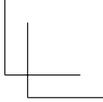
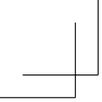
最後に、登記代理の理論については、本文でも引用した著名な民法学者の著述をはじめ、多くの研究者らの手によって既にこれまで優れた論文や考察が数多く公表されている。

本書はそれらの論文等に到底及ぶべくもないが、今回、不動産登記法の大改正がなされたことを契機として、一実務家としての視点から長く取り組んできた登記代理委任契約について、あらためて考えるべき時期に至っているのでは

ないかと自覚した所産である。

本書が将来の司法書士像についての、今後の議論の踏み台になればと考える次第である。

- 1) 最近、研究者より「本人確認を怠った資格者代理人に対する懲戒制度の強化と、登記事故に対する無過失全額賠償保険の創設」が提案された。これと平行して、かねて司法書士の一部により、立会を契機として登記原因となる実体関係の存在までを専門家の保証内容に組み入れる、取引における損害担保契約の創設が検討され始めた。しかし、今のところ制度として構築されているとは言えない。
- 2) わが国においては法律家による不動産取引の保証という制度的素地が十分に成熟していない。鈴木正道『不動産売買取引における司法書士の役割——フランス公証人との比較において』（日本評論社、2000年）44頁以下では、「法律行為をなすのは当事者自身であり、私的自治の原則が支配する以上、契約の有効性と実効性を公証人により担保させるとするならば、それは助言義務によってでしかなしえないであろう。公証人の助言義務は、公証権限（mission d'authentification）に由来するとされている」とし、これを「契約の有効性に関する助言義務」と「契約の実効性に関する助言義務」に分類して、公証人による保証の機能を詳細に論じている。



索引

あ 行

- 遺産分割
 - による贈与……50
 - による代償譲渡……38
- 意思活動の規範適合性……7
- 1 次的委任……113
- 一般的申請内容……5
- 一般的な登記原因の調査確認権限……71
- 一筆の一部の権利移転……93
- 委任契約
 - における主たる給付内容……6
 - と当初の委任意思……20
 - の業法上の位置づけ……69
 - 努力義務としての——の作成……44
- 委任事務
 - の範囲……5
 - 先行して存在する——……64
- 委任者本人の自己決定過程……19
- 委任状……6
- 依頼者……54
- 依頼の利益……58
- 印鑑証明書の添付……35
- 役務提供(型)契約の法的特徴……13, 22

か 行

- 買主(諾約者)と受益者間での
 - 売買契約……41
- 買主の地位を承継する者……36
- 規範基準……9
- 規範的情報と事実的情報……31
- 規範的情報としての通達……31
- 規範としての法律行為……74
- 旧登記法(明治19年)……17
 - 下の登記済証……32
- 行政区画の変更……34

業務規程

- 昭和25年司法書士法の——……78
- 昭和42年改正司法書士法の——……78
- 平成14年司法書士法の——……79
- 共同申請……29
- 禁反言的制約……63
- 形式的資格の連続性……33
- 形式的審査主義に基づく審査の消極性……44
- 原因証書……25
- 原因証書援用型委任状……24
- 行為義務内容の確定……64
- 後件申請と前件申請の条件関係……103

さ 行

- 債務内容確定の段階……22
- 債務の弁済に準ずる行為……11
- 資格証明書……35
- 自己の利益実現……29
 - のためになされる事務処理……54
- 使者からの離脱……77
- 実体的意思……3, 12
- 司法書士
 - の受任者としての説明責任……55
 - の受任者としての早期関与……116
 - の専門職としての保証人的機能……81
 - の債務不履行責任……89
 - の作為義務……19
 - の民事責任……18
- 司法書士法
 - 1条の理念……71
 - が予定している委任……72
 - 3条1項1号の本来業務……73
 - 3条1項が規定する業務……73
- 司法代書人の業務……77
- 司法代書人……78
- 受益者……36

索引

—への指図……41
受益の意思表示……41
主たる給付内容……6
受任者の債務の具体的給付内容……10
受任予定者に対する相談のプロセス……28
準法律行為の行政処分……125
条件付先行受任……98
買主としての地位の——……37
職能者としての安全配慮……80
所有権留保特約付売買……21
書類の作成……16
書類の受領……16
書類の提出……16
申請
—できる適格……32
—における関係概念……9
—における形式的資格……33
—の却下事由……25
—の順序を厳格に維持する……112
—の対価的行為……10
申請意思……12
申請委任……8, 15
—の上位概念……55
—の成立時期……63
—の適格者……60
—の枠組……28
申請行為……3
申請書式……17
申請書主義……17
申請代理権の付与……53
申請内容……5
個別の——……16
制度運営者の法政策的要請……32
先行登記……104
潜在的利害対立……74
前登記の債務者の住所……35
「相談」業務
附帯する——……71
相談者が提示する情報……30

相談と委任の区別……21
相談に引続く委任……27, 61
相談の限界……30
相談の特性……28
双方受任の形態……62
双方代理の許容……13

た 行

対価的行為……10
代金の先履行……96
代行者からの離脱……77
第三者からの応涉確認の作業……65
第三者のためにする売買契約……36
代表行為の権限証明……33
代金決済についての勧告等の義務……95
代理権限証明情報……23
代理権限と他の添付情報……23
代理権限の根拠……26
代理権の授与……25
—を伴う申請委任……60
代理申請に至る関係の概念……42
対立当事者からの応涉確認……65
代理人意思の二重構造……7
代理人の意思活動……20
立会報酬……99
他人物売買の売主……93
担保権の不可分性……115
担保の差替え……111
忠実義務……68
懲戒等監督権……89
停止条件付申請委任……94
手続規範への適合……75
手続的意思……4
手続のメニュー……18
手続利用意思……7
手続利用の適正担保……75
電子申請……17
添付情報……32
—として提供される「諾」……68

同一の代理人……63	——の法的根拠……69
登 記	——の役割……60
——という公証……118	——を必要とする依頼者……56
——に関する手続……80	登記申請意思決定過程……25
——の仕方……27	登記申請情報の提供の在り方……40
——の代理……70	登記申請代理と委任……5
——の立会……42	登記済証
——の中間省略……37	旧登記法（明治19年）下の——……32
登記意思	登記請求権……12
——の実質的担保……81	委任者の——の実現……98
——を確認する義務……102	共同申請による——の満足……97
——を実質的に確認する義務……102	登記制度利用者の権利保護……18
登記官の審査……24	登記代理委任契約……4
登記義務者……9	——の公法的側面……74
——の承諾書を添付する登記権利者の単独	——の二重構造……53
申請形態……84	登記手続
登記義務者側からの応答……61	——上の問題解決を求めてなす
登記記録の変動……55	委任事務……5
登記原因……3	——に関する事務処理の範囲・内容……5
——となる債権行為……39	——に関する諸条件……101
——となる実体関係……66	——の報酬及び立会料……99
——となるべき法律行為……29	登記変動意思……83
——となるべき法律事実……29	登記履行と反対給付……102
——の確認……4	当事者概念……29
登記原因証明情報	当事者双方の積極的許諾……68
報告形式による——……36	特定の登記の申請完了……6
申請の基礎となる——……40	——の完了……6
——の種類……49	取引態様での作為義務……81
登記権利者……9	
登記識別情報……32	な 行
——の提供……12	2 次的委任……113
登記事務処理	
——の基本方針……119	は 行
——の方針……6	必要的添付情報……6
登記事務処理委任……8	付随義務……6
——と機能……60	——と評価されたもの……90
——と双方受任……67	物権行為の有因性……39
——利益相反……67	物権変動事実……41
——との連続性……65	弁済とその評価……11

索引

包括した知的支援……29

法務行政処分……11

本人意思の回帰……20

職責に基づく——……47

本人

——に対する説明, 助言, 指導……6

——の依頼意思……21, 55

——の自己責任の領域……57

——の手続主体性……75

——の手続保障……57

ま 行

申立意思……7

申立授權……19

ら 行

利害判断の共通の指標……106

連件申請

——と登記の完了……59

——における一連包括の利益……58

● 著者紹介

中 弘 (なか ひろむ)

- 1943年 和歌山市に生まれる
- 1966年 中央大学法学部卒業
- 1974年 和歌山市において司法書士開業
現在に至る
- 2008年 大阪大学大学院法学研究科
博士後期課程単位取得退学

登記代理委任契約の特質

頒価 2,000円

2013年3月10日 初版第1刷発行
2013年7月10日 初版第2刷発行

著者
発行者 中 弘

制作 株式会社 有斐閣学術センター
〒113-0033
東京都文京区本郷6丁目2-9-103
TEL 03(3815)6029/FAX 03(3815)6030
E-mail : ygc@ygc-yuhi.co.jp

印刷・製本・大日本法令印刷株式会社

©2013, Hiromu Naka. Printed in Japan

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6969, FAX03-3513-6979, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。

