The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

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

論文内容の要旨

[題 名]　登記代理委任契約の特質

学位申請者　中　弘

序　研究の目的

不動産に関する権利の変動を伴う登記手続利用の必要がある場合、それが個別具体の登記の実現となって現れるには、①主体Aの主体Bに対する登記内容や申請の在り方を含む手続的条件の呈示、②Bによる前記①の検討とAに対するその検討内容の回答、③Aによる承諾と合意の成立、という過程を経る。

代理申請の委任は従来③の段階を起点として構成されるが、①②は変化しつつ生成されるものであるから、①と②の段階における委任事務の有用性を重視する必要がある。そしてこの全体の過程から登記代理委任契約を位置づけて、契約責任として再構成することが可能かどうかを考究すること。これが本研究の目的である。あわせて、この理論の社会的な効果についても分析を試みた。

一．申請委任に先行して、いかなる登記申請をなすべきかを検討、判断する基本的な委任関係が存在すること。

受任者司法書士の事務処理過程を、伝統的に思考されている個別の代理申請のための委任（以下これを「申請委任」という）と登記手続利用に関する幅広い事務処理のための委任（以下これを「登記事務処理委任」と言う）を対比して考察することにより、依頼者と司法書士の間で成立するその基本的な委任の存在を明らかにしなくてはならない。

申請委任は特定の登記という法務行政処分を求める申立行為であるから、物件、申請当事者、登記の目的、登記の原因、申請の形式も含む限定された範囲の事務委任である。

委任者と受任者との間でより柔軟で、広く成立し得る事務処理範囲から、法務行政の要請により、その形式性を投影して得られた特定の事務範囲である。

さらに手続法上の効果を直ちに委任者本人に帰属させる必要から、申請代理権の付与を伴う。

しかし、申請委任は申請を構成する要件によって、当事者間で成立する基本的な合意を区分且つ分断する。

申請委任は制度運営者において、申請内容を中心に手続利用を予め類型化する技術であり、そこでの手続利用者像は、制度目的のため抽象化されざるを得ない。手続利用を求める具体的人間像から委任の在り方を考える場合、以下において、記述する登記事務処理の委任が重要である。

二．登記事務処理委任の必要性について

申請委任の枠組を超える必要ある事務処理過程の一つは、相互に密接な関連性を有する関係的概念とも言うべき複数の申請が予定される場合である。

もともと物件や当事者を異にする多様な登記原因相互間に密接な関連性を有する複数申請は一つの委任事務として処理されていた。

枠組を超える必要な事務処理過程として、さらに重要なのは手続利用者の自己決定を尊重する立場から、個別の申請に至る申請代理権授与の生成プロセス自体を委任事務として捉えることである。

登記手続利用者にとっては自らが直面している事実に対し、手続規範を当てはめて、何が登記原因たる法律行為、法律事実であるのかを知り、申請委任の在り方について手続固有の約束事を理解し、自己の利害得失を予め計算し、納得するプロセスが必要である。同時にそれは、そのような登記の獲得、あるいは喪失に伴い自己の得るべき利益や損失について自己決定するプロセスであり、裁判例に言う「登記申請意思の実質的確認」の過程である。

そこで提供される受任活動は当事者の一方にとって自己の利益をベースとしたある程度包括的な相談を端緒とする。

相談とそれに引続く委任が重要となるが、相談と事務処理のための受任とは区別される。相談は対応者とイン・カメラの状態で自己の利益のためにする活動であり、そこで相談者によって持ち出される事実は客観性の担保がない。一方、受任者として本人に対し、その専門的役務を提供するにあたっては、相談者によって呈示された事実が、引続く申請の受任における対立当事者あるいは利害関係人との間で認識を共通する事実でなくてはならない。

事実の客観的側面を明らかにするには、相談者の立場から一歩踏み出し、受任者として相手方との間で応渉確認することの立場が必要である。

このような具体的申請内容を確定するため、依頼者との間で先行して成立する事務処理には、未だ申請手続のための代理権の付与を必要とはしない。

参考としたフランス法での事務処理委任契約（contrat d`entreprise）は家事使用人のような広汎で雑多な役務を想定させるものではあるが、登記事務のように、法的事務であり且つある程度包括的な態様のものも想定され得る委任形態であると考える。

三．交渉過程における双方代理の危険性について

登記事務処理の遂行過程では、対立当事者双方において捉えている「事実関係」は、認識の一致があると判断できる段階ではなく、仮に認識の一致があったとしても、登記原因となる法律行為、法律事実について手続規範への当てはめと、これによって実行される対価的認識が一致している担保がない。

相談に引続く委任事務としての登記事務処理過程（以下「先行受任」という）とそれによる自己決定は、利害対立の場である。

実務上先行受任者として関与する役割は、自らが能動的当事者（登記権利者）

の側に立つ場合がほとんどである。先行受任者が自ら受動的当事者（登記義務者）の受任者としてのみ関与する例はきわめて少ない。

これまでこの自己決定部分が不透明なまま推移してきたことが登記制度に残された大きな課題である。

四．裁判例の分析と検討

第１例　昭和６１年５月１６日　福岡地裁（判例時報１２０７号９３頁）

当事者間での契約対象地が分筆未了であり、且つ当該地は売主の前所有名義人であるため、当事者間での申請委任自体が成立していない。司法書士事務所において登記手続費用の預託と当事者間での代金先履行がなされ、まさに買主側に登記事務処理委任による自己決定が必要であった。

裁判所は、申請委任が停止条件付に成立しているという判断をなし、そのうえで買主への移転を予定した受任物件を受任者司法書士が自ら第三者に所有権移転登記した矛盾行為については、債務不履行を認定せず、委任者に対し、代金の返還を求める等の適切な措置を講ずべき機会を与えるための通知をなすべき作為義務を認めた。

実体法領域との権衡、即ち登記原因たる法律行為にあえて踏み込まない自制は抽象的理念としては正しい。

しかし、自らの権利を保全するために、売買契約による登記の取得可能性とその手法を求めて先行する事務処理委任の必要が認識される。

第２例　昭和６３年５月２５日　大阪地裁（判例時報１３１６号１０７頁）

連件申請にかかる登記関係書類が完備されない状態で、受任者が立会報酬を受領し、買主が対価の決済をなしたケースである。

裁判所は「不動産取引に立会った司法書士については、登記の手続に関する諸条件を形式的に審査するのみではなく、登記手続に関連する限度で実体関係に立ち入り、取引上の常識を説明、助言する義務を負う」と説示して「（立会をなした司法書士は）登記意思を実質的に確認する義務を負う」と判旨した。

しかし、立会報酬の受領により登記履行と対価関係に立つ反対給付確認の必要性を委任事務内容として承認しているのではない。登記意思の確定という表現で売主の登記履行と買主の対価決済における自己決定の回帰を求めている。

買主のための登記事務処理委任を考える本研究の立場では、連件申請における登記の実現過程、即ち既存担保の抹消の可能性と買主の自己決定のプロセスとして残代金を先履行するという納得が必要であり、仮にそうではないならば、既存担保の抹消申請と買受けによる所有権移転登記の申請順序を厳格に維持し、代金の支払との相互の関連性を重視した事務処理がなされるべきである。

第３例　平成３年１０月２３日　東京高裁（金融法務事情１３２１号２０頁）

既存担保の解除を求めた司法書士は、予め物件の買受予定人からの依頼を受け、その解除の可否について担保権者と応渉している立場にあり、買受予定人

との間で、同人の利益のためにする事務処理委任を受けていたと評価できる。

抹消登記に際して、あらたにその条件として呈示された別物件への抵当権設定登記の受任は、先行受任している買受人のための事務処理との権衡を考えた場合、義務の衝突を生ずる可能性が内在している。

先行受任の趣旨からすれば、その処理に遅延又は障害を来す方向でのあらたな申請受任は、利益相反とも言えるし、逆にそれを積極的に解決する方向での申請受任であれば、先行受任に適合する。

本件は、所有名義人からの別物件への抵当権設定受任があったからこそ先行受任の目的である既存担保の解除を求めることができたわけで、その意味では先行受任の障害ではないが、問題は権利証が具備されなかったという理由で、抵当権設定登記が遅延しているが、受任者司法書士が直ちに既存担保抹消を先行処理している点である。双方の申請について、同時処理は無理があるとしても、抵当権設定の申請委任について履行不能と評価して良いのか疑問が残り、既存担保権者（登記義務者）側に登記事務処理委任の必要性が認識される。

上記３例において、裁判所はいずれも司法書士の債務不履行責任を論ずるにあたり、登記代理委任契約を基本的には申請委任の立場で捉えているが、事案の妥当な解決をはかるにあたり、第１例、第２例においては、信義則により司法書士に特別の作為義務を導き、申請委任の責任範囲を広げている。また、第３例においては、信義則による作為義務を論じていない。妥当な解決として衡平のうえで疑問が残り、登記事務処理委任の先行受任によって当事者との契約責任を明確にすべき例であると考える。

本研究では、これらの特化された作為義務は本来は当事者の一方との登記事務処理委任の先行受任によって、予め契約上の義務範囲となるべきものであることを示し、その理論的根拠を探求した。

結語

登記代理委任の内実をどのようなものとして構成するかは、委任契約者である依頼者と受任者の自由な意思内容が基礎となるべきものであることは疑いない。依頼者がその解決課題として直面する社会的、経済的事実を基礎に成立する基本的契約関係のもとで、登記事務処理を経た具体的登記実現が実質的に本人の自己決定を担保する。権利の変動を伴う手続的利用過程の中で①能動的に行動する主体に必要な登記事務処理と②受動的に行動する主体に必要な登記事務処理を経た具体的登記実現が登記の真実性を高める。そして、このような手法による受任者の活動が、何よりも当事者の権利保護を保障するうえで今後重要な役割を果たし、また同時に、専門職の法的責任を高めることにもなる。

様式７

論文審査の結果の要旨及び担当者

氏　名　（　　中弘　　）		
論文審査担当者	（職）	氏　　名
	主査　　教　授	松川　正毅
	副査　　教　授	平田　健治
	副査　　教　授	石田　剛

論文審査の結果の要旨

本論文は、３章からなり、登記に関する実務上の代理申請につき、民法での位置づけを試み、明確化を図るものである。論文の目的は以下の点にあると言える。

登記手続は、第一に、登記に先立って、契約当事者Aが権利義務関係に基づき登記内容や申請の手続の条件を契約の相手方Bに提示することから始まる。第二に、それを受けて、相手方Bが、それらの条件を検討し、その検討内容の回答をなす。そして第三に、合意が成立すれば、登記申請に至り、登記代理申請が行われることになる。まさに登記代理申請はこの第三の局面での委任である。中弘氏の理論は、この前提たる第一、第二の過程も委任事務として有用であり、全体の過程から登記代理委任契約を位置づけようと試みるものである。

本論文の要旨は以下の通りである。

本論文では、登記申請代理には、その根底には、幅広く登記事務処理委任が存在しているという観点から、登記申請に関連する委任の構造を分析している。本来、申請委任は行政処分を求める申請行為に関するものであり、限定された範囲の事務委任である。すなわち、これは、当事者のそれぞれの契約関係から派生してくる登記申請であり、それを受けて、代理申請が行われるのが本来の姿であり、実務の現状である。しかし、その契約当事者の法的な関係を前提として登記原因が生じている以上、この当事者の法的な関係まで配慮した適切な登記の必要性が、社会や実務の中にある。この意味において、単なる登記の申請ではなく、当事者の契約関係にも配慮することが、登記実務の基本になっている。このことは、現実の実務では充分に配慮されて事務が行われていると意識されてはいるものの、法的な責任であるとの意識は薄い。この結果、受任者に責任としての配慮が欠ける恐れがある。委任者の権利保護のためにも、この法的な責任の根拠を明確にし、登記代理申請の法的な明確化を図ることは重要であるとしている。

これらの実務の現状に考察を加え、筆者は、この登記代理申請委任の背後に、登記事務処理委任の存在を論証し、契約責任としての位置づけを導きだしている。

この仮説のもと、実務での事例をもとに、登記申請委任と事務処理委任の関係を、本論文で分析している。当事者が申請に至る自己決定として、どのような登記が必要であるのかについて、本人の意思形成に必要となる正確な情報を提供することの重要性をまず説いている。また、同じく、複数の申請が密接な関係を有する場合には、なおさらこのことが該当し、当事者の登記に対する自己決定の不透明さがもたらす問題を指摘している。

このようなことから、当事者の意思解釈などから、登記代理申請には、その背後に登記事務処理委任を包含していると解すべきで、その結果、専門職として、当事者の登記申請にあたって、正当な自己決定を可能にすることができるとしている。そのことはまた、正当な自己決定を導く責務を含んでいるという理論を形成している。その結果、当事者にとっての適切な登記が実現されると主張している。

またそれと並行して、この理論のもとで、現在実務上、双方の代理申請を一人の司法書士がなすことの問題点を示している。この問題については、利害が対立する当事者の概念を明らかにしつつ、事務処理委任の概念から、自らの理論を導いている。

このように位置づけられた登記代理委任契約理論に基づき、司法書士の民事責任に関する裁判例を分析し、中弘氏の主張する登記代理委任契約理論でより適切な解決が導かれることを論証している。司法書士の債務不履行責任を導くにあたって、裁判例は登記申請委任の立場で裁判しており、説明義務等については、信義則により導いている。これに対して、本研究において主張された理論は、登記申請にあたって、それに先行する適切な登記をなす責任を受任者が委任者に対して負うことを明確にし、義務の範囲内に含まれると解することにより、より本来的にかつ直接的に債務不履行責任を導くことが可能になると分析している。

論文審査の結果は以下の通りである。平成２５年１１月７日に、公開の論文審査を行った。以下に、質疑応答の中からその重要と思われるものを記することにする。

１、「中弘氏の主張する事務処理委任の理論は必要ではなく、受任者の善管注意義務を弾力的に応用して行けば、適切な解決が得られるのではないか」との質問に対して以下のように回答した。

――当事者の登記申請に対する意思決定を明確にするためには、契約内容の明確化が必要であり、契約段階で積極的な活動が必要である以上、善管注意義務の拡張ではカバーしきれない要素があると分析し、回答した。

そのことは、双方代理の事例でも同様であり、実務上、善管注意義務を拡張することで委任者の信頼に充分にこたえることはできないとした。

２、「中弘氏の主張する事務処理委任は、申請委任に包摂されるのではないか。必要な役務提供たとえば相談活動は、それから派生するものではないのか」

――実務上、包摂されると考えるのではなく、登記を完成させるために
相談活動に固有の必要性があり、それが自己決定を導くものである以上、申請委任に包摂されるものであると位置づけることでは不充分と考えている。

３、「法の実体に関わり、職域論的に弁護士と競合がおこるのではないか」

――権利の実体への不必要な関与を避けつつ、当事者に登記に申請にあたって、適切な自己決定を促すことが趣旨であり、委任者自身にリスクの予測と計算を可能とする情報の提供をなし、意思決定の環境を作ることの必要性とその理論を構築しようとしているのであり、職域を主張するものではない。

４、「例としてあげられている他人物売買、二段の物権変動、第三者のためにする契約、無権代理と名義人の事後追認等の場合には、登記原因となる実体を確認すれば、なすべき委任内容はおのずと決定されると思われるが、さらに加えて事務処理委任を考えるのはなぜか」

――仮に事務処理委任がなされず、当事者からの具体的申請の意思が表示されるまで委任は成立しないとすれば、その間、委任者は助言を得ることができない状態になり、権利保護に役立たないと考えるからである。また、適切な自己決定も困難な場合が生じうるからである。

５、「連件申請でも、全体としてみれば、主となるべき申請があり、前後の申請は従たるものである場合が多い。そのような場合は、主となるべき申請の流れにそって事務処理委任が求められるのではないか。それでも個別の事務処理委任は必要となるのか」

――抵当権抹消、売買による移転、抵当権設定の３連件では売買による移転が主たるものである。主たる申請に相当しない抵当権抹消の申請においても、登記義務者である抵当権者には、自己の権利を守るために申請委任をなすについての固有の自己決定過程があり、それを受け止める事務処理委任は個別に必要であると考える。登記を申請するものの権利保護のためである。

これらの質疑に対して、論文で示された理論を論拠にしながら、分析をなした。登記代理委任契約の特質と題して考究された登記申請委任と登記事務処理委任の関係について、別枠の二つの異なるものではなく、登記事務処理委任は申請委任と一体のものであるという中弘氏の主張が、充分に学問的にも理論的に興味深い主張であり、また価値のあるものであると判断した。また同時に、司法書士の責任としての位置づけを明確化しており、委任者の自己決定を促し、適正な登記申請に至るとする考え方は、実務にも寄与するものと判断した。

以上の理由により、中弘氏の「登記代理委任契約の特質」（有斐閣、２０１３年）は、本学の博士（法学）を授与されるにふさわしいと判断したので、ここにその旨を報告する。