OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	登記業務を巡る弁護士・司法書士・行政書士の職域分配 : 沿革論を中心に
Author(s)	西島, 太一
Citation	阪大法学. 2002, 52(3,4), p. 553-591
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54796
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

登記業務を巡る弁護士・司法書士・行政書士の職域分配

――沿革論を中心に――

西島太一

はじめに

日本において「法律家」という場合、真っ先に想起されるのは一般に「法曹三者」とも称される裁判官・検察官・弁護士であろう。確かにこれら三者は従来から裁判制度の担い手として実務法律家のいわばチャンピオンの地位を占めてきたし、官側（国家機関）としての裁判官・検察官については、それぞれの職域につき今後も独占的な地位を占め続けることは変わらないと思われる。(1) 一方、弁護士は在野法曹として民の側から「基本的人権を擁護し、社会正義を実現」することを使命とする訳であるが（弁護士法一条一項）、米国の弁護士制度との比較などでもしばしば言及される如く、日本においては弁護士だけが法律的な事務・案件の処理を委託される民間の専門家の全てではなく、(2) 現実には司法書士・行政書士・社会保険労務士・弁理士・公認会計士・税理士など隣接する様々な専門職

（阪大法学）52（3・4-553）1101〔2002.11〕

がニーズを担ってきた部分も決して軽視できない。[3]

そして、そのように資格取得面でも業務面でも法的に種々区分けされた士業者が軒を並べる中、従来から各士業の職域分配に関して不明確な部分が存在し、時として訴訟等の具体的紛争に発展することも見られた。所謂「業際問題」であり「職域紛争」である。

この問題ついては、士業自体多種存在し且つそれぞれの業務が多岐に亘ることから一律に論ずることが難しい他、実際の職域分配にあたっては各士業法のプレーンな条文解釈では解決できず、沿革や行政実例に頼らざるをえない部分も多々あり、あるいは隣接士業と重なりうる業務についての関連業界からの説明が相互に異なっている等の理由により複雑な様相を示すことも珍しくない。更に、近時所謂規制緩和や司法制度改革の流れを受けて、士業法の中にも法改正による職域の変動が行われた分野もある。[4] ただ、従来から存した問題が近時の法改正等により全て解決したとは到底評価できず、制度の存立趣旨や利用者の利益等、根本的な政策も踏まえつつ今後も議論し続けていく必要があるのだろう。

さて、本稿ではそういった業際問題の内、所謂埼玉訴訟[5]と福島訴訟[6]という比較的世間の耳目を惹いた事件[7]で問題となった、登記業務を巡る司法書士と弁護士・行政書士間の職域分配について簡単に取り上げたい。

両事件の判決においては、司法書士が登記業務をなせるのは当然の前提として、前者が弁護士の一般的職域にも登記業務が含まれるとし、後者が行政書士の一般的職域には含まれないのみならず付随行為としても不可、という正反対の結論を採っているが、果たしてそれが妥当な判断であったのか。この問題については現行法・行政実例の解釈、沿革論、実情の分析、政策論など様々な切り口があるだろうが、本稿では紙面の都合上、両事件での当事者の主張及び判決理由においてかなりの比重を占めた職域規定の沿革論の確認を中心にし、現行法の解釈に関わる個々

の争点の検討については沿革論と関係して注に掲げるにとどめることとする。

一　弁護士の職域に登記業務が含まれるか？

1　弁護士・司法書士の職域規定の変遷と登記業務の沿革

（一）明治時代初期

明治五年の司法職務定制においては、司法省職制・事務章程・裁判所構成や判事・検事制度を定める他、証書人（現在の公証人の前身）・代言人（同、弁護士）・代書人（同、司法書士）[8]についての規定も置いていた。そして、そこでは代言人について「各區代言人ヲ置キ自ラ訴フル能ハサル者ノ為ニ之ニ代リ其訴ノ事情ヲ陳述シテ枉冤無カラシム」（四三条第一）とし、代書人について「各區代書人ヲ置キ各人民ノ訴状ヲ調成シテ其詞訟ノ遺漏無カラシム」（四二条第一）としていた。この時点では、同定制が代言人・代書人を置いたのが明治政府が導入した欧米型の裁判制度の公正・迅速な運用を可能とするためだったことも相俟ってか、それらの職務も訴訟の場面を指向したものであり、文字通り代言人が訴訟の場での「代言」、代書人が訴状等の「代書」を行うとするものであって[9]、少なくとも明文上は後の登記申請代理に相当するような職務は両者共予定されていなかった。

その後、代言人については代言人規則（司法省布達明治九年甲第一号[10]、一三年[11]）が置かれ、「代言人ハ訴庭ニ於テ其訴答往復書ノ趣意ヲ弁明シ裁判官ノ問ニ答フル者トス」（明治九年規則八条）あるいは「代言人ハ法令ニ於テ代言ヲ許サレタル詞訟ニ付テ原告又ハ被告ノ委任ヲ受ケ其代言ヲ為ス者トス」（明治一三年規則一条）と規定されたが[12]、これも訴訟を念頭に置いたものである[13]。

（二）明治二〇年代

明治一九年には登記法（所謂「旧登記法」）が制定され、登記事務を司法省に移管すると共に登記機関を「治安裁判所」としたが（三条）、「治安裁判所」は明治二三年制定の裁判所構成法により「區裁判所」に改変され、同法では「區裁判所ハ非訟事件ニ付法律ニ定メタル範囲及方法ニ従ヒ左ノ事務ヲ取扱フノ権ヲ有ス……略……第二　不動産及船舶ニ関スル権利関係ヲ登記スル事　第三　商業登記及特許局ニ登録シタル特許意匠及ビ商標ノ登記ヲ為ス事」（一五条）と規定された。ここでは不動産登記や商業登記といった登記事務が裁判所の職掌に入ったことが重要であるが、その他、旧登記法の制定時より、実際上の必要性から代書人が登記申請書の代書を行っていたとも指摘される。(14)

また、明治二三年には右の裁判所構成法の他、民事訴訟法、刑事訴訟法も制定され、これら三本の法律において「弁護士」という名称が使用され始めたのであるが、明治二六年には最初の弁護士法（所謂「旧々弁護士法」）が制定され、そこでは「弁護士ハ当事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ従ヒ通常裁判所ニ於テ法律ニ定メタル職務ヲ行フモノトス但特別法ニ因リ特別裁判所ニ於テ其職務ヲ行フコトヲ妨ケス」（一条）と規定された。(15)同法の下での弁護士の職務は裁判所内における活動に限られていたとの評価が一般的であり、(16)それを指して当時の弁護士の職域には登記業務が含まれなかったと評価する向きもあるが、(17)旧々弁護士法一条にいう「通常裁判所」の中には登記事務を扱う区裁判所も含まれていることから（裁判所構成法一条）、旧々弁護士法一条が規定する弁護士の職務の中に登記業務が含まれると読むこともでき、条文上からは真相は俄かに判断し難い。ただ、どちらにせよ、この段階での登記業務は特に法令によって制限されているものではなかった以上、弁護士であろうと代書人であろうと一般人であろうと禁止されていた訳ではない。(18)

（三）明治三〇年代

明治三一年には非訟事件手続法が制定され、そこでは（不動産登記・商業登記などを含む）非訟事件につき「事件ノ関係人ハ訴訟能力者ヲシテ代理セシムルコトヲ得但自身出頭ヲ命セラレタルトキハ此限ニ在ラス」（六条一項）、「裁判所ハ弁護士ニ非スシテ代理ヲ営業トスル者ニ退斥ヲ命スルコトヲ得」（同条二項）といった規定を置いていた。これはつまり、①非弁護士であっても訴訟能力者である限り非訟事件の代理をなすことは自由であるが、②非弁護士が営業として代理業務を行う場合裁判所はそれを禁じることができる、としていたものである。[19] また、②の場面においても登記業務については同法六条二項は適用しないという運用が行われていた（明治三三年五月三一日司法省民刑事局長第八〇三号回答）。[20] そこで、登記申請代理を含む非訟事件の代理については、弁護士の業務に含められていた他、[21] 弁護士以外の訴訟能力者（勿論代書人を含む。）も営業としてこれをなすことができたと解される。

また、明治三二年には不動産登記法が制定されているが、同法制定時の起草委員も代書人が代書を行うことを予定した発言をなしており、[22] この頃には代書人が司法職務定制で予定されていた訴状等の作成のみならず、登記申請を含む非訟事件における書類作成業務を広く行っていたことが想像される。

（四）大正時代

大阪地裁制定の大正四年代書人取締規則[23]には「代書人ハ代書業務ノ付随トシテ左ニ記載シタル事項ニ限リ之ヲ為スコトヲ得……略……三　非訟事件ニ付キ代理ヲ為スコト　四　登記申請ニ付代理ヲ為スコト」（八条）という規定が見られ、（少なくとも大阪地裁管区においては）代書人[24]は代書業務及びその付随行為として登記申請代理等を行っていたと考えられる。

その後、大正八年には司法代書人法が制定され、裁判所等に出入りする代書人に「司法代書人」という名称が付

された他、「本法ニ於テ司法代書人ト称スルハ他人ノ嘱託ヲ受ケ裁判所及検事局ニ提出スベキ書類ノ作成ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂フ」（一条）とされ[25]、裁判所に提出する書類の一つとして登記申請書の作成をすることが法律上も認められることとなった[26]。

尚、大正九年には代書人規則（内務省令大正九年第四〇号）が制定され、そこでは「本令其ノ他法令ニ依リ許可又ハ認可ヲ受ケスシテ代書ノ業ヲ為シタル者ハ拘留又ハ科料ニ処ス」（一七条）旨の罰則が置かれている。同規則の適用対象（そこで前提とされる「代書人」の如何）については行政代書人との関連で後述するが、結論として同規則一七条は司法代書人・行政代書人の何れの業務についても問題となりうるものであり、裁判所（また検事局）を窓口とする業務に限っていうならば、所属地方裁判所長の認可[27]を受けた司法代書人以外の者が「代書ノ業」をなすことは禁止されることになったといえる。この点を指して「司法代書人以外の者が代書業務をなすことが禁止された以上、弁護士が登記業務を行うことも不可となった。」と解する向きもあるが[28]、①前述の如く非訟事件手続法により弁護士には非訟事件における代理業務が認められていたところ、代書人規則がそれを新たに禁ずる趣旨に出たものとは思えないこと[29]、②登記申請代理のパターンとしては同規則による「代書」の付随行為としてなす場合と最初から代理権を付与される場合とがありうるが、弁護士がなす後者の業務について同規則が禁止したものとは思えないこと、③司法代書人法・代書人規則は無資格者による代書業務の取締に向けられたものであり、弁護士に対する規制を図る趣旨はないと考えられること、などに鑑みると、かかる見解のように断言するのは難しいように思える。

従って、この時期においては、司法代書人が登記業務を行っていた他、弁護士が登記業務を行うことも（業態の実情は格別、少なくとも）法令上は可能であったと見ることができる。

（五）昭和初期

昭和八年には旧々弁護士法を大きく改正する弁護士法（所謂「旧弁護士法」）が制定されており、そこでは「弁護士ハ当事者其ノ他ノ関係人ノ委嘱又ハ官庁ノ選任ニ因リ訴訟ニ関スル行為其ノ他一般ノ法律事務ヲ行フコト」（一条）と規定して弁護士の職務範囲を裁判所外の行為にまで拡張している。[30] また、旧弁護士法と同日に制定された法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律[31]（以下「法律事務取締法」と略記する。）には「弁護士ニ非ザル者ハ報酬ヲ得ル目的ヲ以テ他人間ノ訴訟事件ニ関シ又ハ他人間ノ非訟事件ノ紛議ニ関シ鑑定、代理、仲裁若ハ和解ヲ為シ、又ハ此等ノ周旋ヲ為スヲ業トスルコトヲ得ズ但シ正当ノ業務ニ付随シテ為ス場合ハ此ノ限ニ在ラズ」（一条）という規定が置かれた。かかる立法を受けて弁護士の職域がどのように変更されたのかについては、「其ノ他一般ノ法律事務」（旧弁護士法一条）を行うことができるとされたことから訴訟外の「一般の法律事務」にまで職域が拡大されたと捉えられるのが一般的であり、結論としてはそう考えてよいと思われる。[32][33]

また、昭和一〇年には司法書士法が制定されているが、これは従前の「司法代書人」を「司法書士」という名称に変更しただけといわれ[34]、実質的には司法代書人法（大正八年）や代書人規則（大正九年）の内容が変更されたとは思われないので、司法代書人であれば裁判所・検事局に提出する書類の作成ならびにその付随行為についてなすことができた。

従って、この段階でも、弁護士・司法書士共に登記業務をなすことができる状態であったと思われる。[35]

（六）戦　後

昭和二一年に公布され二二年から施行された新憲法の理念に合わせ、司法権・行政権の明確な分離を図るため、裁判所構成法が裁判所法・検察庁法（新憲法と同時に施行）に分けられると共に、登記事務は裁判所から行政庁た

る司法事務局に移管（昭和二四年に司法事務局が法務局等に改組）され、登記事務は非訟事件ではなくなった。

また、昭和二四年には現行弁護士法が制定され、そこでは旧弁護士法一条所定の職務範囲を具体的な文言に改め[36]、現行三条のような形にしている[37]。一方、昭和二五年には現行司法書士法（昭和二五年法律一九七号）が制定され[38]、当初の一条一項は「司法書士は、他人の嘱託を受けて、その者が裁判所、検察庁又は法務局若しくは地方法務局に提出する書類を代って作成することを業とする。」と規定していた[39]。

2　評　価

以上の沿革においては、全般に先行する事実に法令が遅れて付いていくような状態が繰り返され[40]、また職域分配の問題についてかなり曖昧な部分をもった法制度のまま推移してきたことが汲み取れるが[41]、登記業務に限定していうならば、明治四〇年頃から大正初期にかけて登場した各地裁制定の代書人取締規則や大正八年の司法代書人法において司法代書人に登記手続の代理を認める旨の規定が置かれるまで、登記業務の担い手に関する明文の規定は存在しなかったし、司法代書人法や大正九年の代書人規則が弁護士にこれを禁ずる趣旨であったとは評価し難い。従って、明文で具体的に「弁護士は登記業務を行える」とする規定が存在したこともなく、また従前弁護士が該業務を行うことが一般的であったか否かはさて措き、少なくとも弁護士がこれを行うことが違法とされたことはないと考えるのが穏当なところではなかろうか。そして、戦後の弁護士法・司法書士法上での各職域の設定は（平成一四年改正前においては）基本的に戦前の業務範囲を踏襲するものであったので[42]、登記業務については法律上どちらも行える状態が維持されていたといえる。

登記業務を巡る両者の職域の設定は沿革的には以上のようになされており、現行法の解釈に関する埼玉訴訟における埼玉会側の主張も注(33)(37)(42)に記載した通り理由がないと思われる。勿論、司法書士側からは従来「自己

の専属的職域」と考えていた（あるいは考えたかった）業務が弁護士にも行えるとするならば生活の保障が揺るがされるように感じられるかもしれないが、当然のこと乍ら司法書士が登記業務のスペシャリストであることに変わりはないので、これまで通り、あるいはこれまで以上にその能力を発揮して職務にあたって頂けば済むということになろうし[43]、利用者の利益からすれば、職能間の（潜在的な）競争によって質の高いサービスを受けられる可能性が増し、また一つの法的事象に関する一連の手続が士業法上分断される虞が減るという意味でも好ましいものとなろう。

従って、沿革面の認識について私見とは多少異なるところもあるが、結論についていうならば埼玉訴訟の判決も妥当であったと思われる。

二　行政書士の職域に登記業務が含まれるか？

1　司法書士と行政書士の職域の沿革

（一）明治時代初期

明治五年の司法職務定制には代書人に関する規定が置かれていたが、そこでは「訴状ヲ調成シテ……」として訴訟関係の書類の作成を職務内容としており、後の司法代書人的な業務を念頭に置いていたといえる。訴訟（裁判所）関係の書類以外にも市町村役場・警察署等の官公署に提出する書類を作成する必要性に応じて所謂行政代書人というものも存在したといわれるが、この段階では資格要件がなく誰でも可能な業務であったことから、司法代書人・行政代書人といった区別が判然と存在したとは思えず、裁判所やその他の役所に提出する書類について代書人が代書業務を行うという形であったと想像される[44]。（但し、以下、明確な区別が生じる以前の段階においても区別の必要性か

ら司法代書人以外の代書人を「行政代書人」と表記することがある。）

（二）明治三〇年代

明治二〇年代～三〇年代、特に三〇年代後半には、司法代書人・行政代書人を問わず、悪質な代書人を取締まる目的の規則（警視庁令や各府県令）が定められるようになった。「代書業者取締規則」（明治三九年警視庁令）や「代書人取締規則」（明治三六年大阪府令第六〇号）が有名であるが[45]、その中では、「代書人」とは「他人ノ委託ヲ受ケ文書、図面ノ作製ヲ業トスル者」（警視庁令一条）や「他人ノ委託ニ依リ料金ヲ受ケ文書ノ代書ヲ業トスル者」（大阪府令一条）と定義されていた。また、そこでの資格要件は「業務所所轄警察署ニ願出許可」を受けること（警視庁令二条）や「所轄警察官署ニ願出免許証」を受けること（大阪府令二条）であり、職務範囲としては「訴訟事件、非訟事件及其ノ他ノ事件ニ関シ代書以外ノ干与」等をなすこと（警視庁令四条一号）や「委託者ニ訴訟ヲ勧メ……他人ノ訴訟行為ニ干与スルコト」（大阪府令四条二号）が禁止されていた。

その後、明治四〇年頃から地方裁判所の定めた構内代書人取締規則の類も出現し始めたといわれるが、前述の如く、大阪地裁の代書人取締規則（もとは明治四〇年に制定され、それが大正四年に改正されたものである。）では「代書人」の資格要件として地方裁判所長の認可が要求され、業務内容には付随行為としての登記申請代理が認められていた。

これらの関係をどう見るべきかについては必ずしもハッキリしないが、明治時代後半に入ると一般の官公署と裁判所（また検事局）との間で窓口別の規制が行われ始めたものの[46]、法令上（あるいは一般的な用語法上）司法代書人・行政代書人の分離は未だ明確に認識されておらず[47]、規制の整理はなされていなかった状態とも想像される[48]。

(三) 大正時代

大正四年には大阪地裁の代書人取締規則が改正された他、前述の如く大正八年には司法代書人法が制定されており、同法上、司法代書人の資格要件として地方裁判所長の認可が要求されていた。更に、大正九年には代書人規則（内務省令第四〇号）が制定されているが、同規則は「代書人」を「他ノ法令ニ依ラスシテ他人ノ嘱託ヲ受ケ官公署ニ提出スヘキ書類其ノ他権利義務又ハ事実証明ニ関スル書類ノ作製ヲ業トスル者」（一条）と規定し、代書人の資格要件として「所轄警察署ノ許可」（二条）を要求している。また、「法令ノ規定ニ依ルニ非スシテ他人ノ訴願、訴訟又ハ非訟事件ニ関シ代理」等をなすことを禁じ（九条一号）、更に「本令其ノ他ノ法令ニ依リ許可又ハ認可ヲ受ケスシテ代書ノ業ヲ為シタル者ハ拘留又ハ科料ニ処ス」（一七条）としていた。

この段階での司法代書人・行政代書人間の職域の分配については、①代書人規則による代書人の許可を得ていたが司法代書人法による司法代書人の認可を受けていなかった者が司法代書人業務（具体的な行為は不明）をなしていた事案につき代書人規則一七条に基づいて処罰した大審院宣告大正一〇年五月二五日[49]、②同じく代書人の許可を得ていたが司法代書人の認可を受けていなかった者が裁判所宛の支払命令申請書等司法代書人業務に属する書類一一件を代書した事案につき同規則一七条に基づいて処罰した大審院宣告大正一〇年五月二七日[50]が参考になるであろう。これらの判例に関しては無認可の司法代書人業務につき代書人規則一七条で処罰する点で「ねじれがある」[51]との評価もある。確かに司法代書人法と代書人規則との関係は若干煩雑であるが、右の二件の判決は、(a)代書人規則に基づいて一般の官公署に提出する書類等の作製業務を営む代書人（行政代書人、同規則一条）と同規則にいう「他ノ法令」である司法代書人法に基づいて「特殊ノ官公署」[52]たる裁判所・検事局に提出する書類の作製業務を営む司法代書人（司法代書人法一条）は別個であり、行政代書人には所轄警察官署の許可（同規則二条）[53]、司法代書人

には所属地方裁判所長の認可（同法四条）が必要であるが、(b)広く「代書」という場合には両者を包摂するものであり、代書人規則一七条が「本令其他ノ法令ニ依リ許可又ハ認可ヲ受ケスシテ代書ノ業ヲ為シタル者」とするのは、「同規則に基づき警察官署の許可を得た行政代書人でないのに一般の官公署に提出する書類等の代書を業とした者、もしくは司法代書人法に基づき地方裁判所長の認可を得た司法代書人でないのに裁判所・検事局に提出する書類の代書を業とした者」という意味であるので、地方裁判所長の認可なく司法代書人業務を営んだ被告人には同規則一七条が適用される、というスジと思われる。ここからは、司法代書人法の制定によって広義の代書人業務から司法代書人業務が法律上も分離されていったが、代書人規則一七条から窺われるように行政代書人・司法代書人の業務には「一般と特別」的な関係が見られ、また、この段階では既に裁判所関係である登記業務は司法代書人の業務であって行政代書人には不可とされていた[54]、といった事情が垣間見られる。

前述の如く、この後昭和一〇年には司法書士法が制定されたが、これは「司法代書人」を「司法書士」という名称に変更したにすぎず、実質的には司法代書人法の内容が変更された訳ではないので、戦前の司法書士・行政代書人間の職域分配については先の司法代書人法・代書人規則で設定された状態のまま推移したのではないかと思われる。

（四）戦　後

司法書士に関しては前述の通りである。一方、行政代書人・行政書士に関しては、まず、大正九年の代書人規則が「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（昭和二二年法律第七二号）によって昭和二二年一二月三一日限りを以て失効し、行政代書人業務に係る法令上の規制を欠くに至ったので、一部の都道府県においては「行政書士条例」を制定して住民の不利益の除去等を図った[55]。このような状況下、行政書士条例未

制定の地方も多かったこと、住民の便益のため法制化を要望する動きがあったこと、昭和二五年には司法書士法改正がなされたことなどを受け、昭和二六年に行政書士法（昭和二六年法律第四号）が制定され、当初の同法一条一項では、「行政書士は、他人の依頼を受け報酬を得て、官公署に提出する書類その他権利義務又は事実証明に関する書類を作成することを業とする。」として、現行一条の二・一項とほぼ同様の内容を規定していた。[56]（制定時の一条二項は現行一条の二・二項と全く同じ。）

2　評　価

以上のようにして見るならば、一般の需要としては両者の職域に属する業務が常に存在し、また代書業者取締規則・代書人取締規則・代書人規則といった命令においては両者に対する規制が混在していたフシがあるが、立法の順序としては、初期の窓口別規制の後まずは司法代書人に対する法律が制定され（司法代書人法・司法書士法）、その後、司法代書人業務以外の包括的な分野についての法律が制定される（行政書士法）という経緯を経ていることがわかる。従って、特に裁判所・検察庁・法務局等に関する業務を切り取ってこれを司法書士に委ね、それ以外を行政書士に委ねるという流れの下では、前者に属する登記業務は後者の一般的職域には属さないと考えた方が自然であろう。その点で、福島訴訟における裁判所の判断も、沿革面に関する限りは妥当なものであったと評価できる。

但し、そのことから論理必然的に行政書士は一切登記業務にタッチできないという結論が導かれるかというと決してそうではないと思われるので、以下二点だけ挙げておく。

（一）司法書士による登記業務独占の趣旨はどこまで強いものであったのか？

右の沿革部分では触れられなかったが、法令がどこまで司法書士に登記業務を独占させる趣旨を有していたのかに関して以下のような指摘がある。即ち、司法書士（司法代書人）の職域に登記業務が含められたのは、行政権と

司法権の分化が徹底されていなかった戦前の状況下で裁判所が登記機関とされ且つ窓口別の規制が図られていたという偶然的な事情によるものであり、そこでの監督・取締は訴訟書類作成（ならびに弁護士類似の行為の取締）を念頭に置いていたことから、戦前の沿革上、登記業務自体については厳格に独占させる趣旨は強くなかったと思われ[57]、また、「職業独占の趣旨が強調されるようになったのは、昭和二〇～四〇年代の産業保護主義的な思潮の反映」ではないか、というのである[58]。

この点、司法代書人法・代書人規則の時代において既に司法代書人業務を非司法代書人（行政代書人を含む。）が行うことが代書人規則一七条で禁止されていたことは前述の通りであるが、司法代書人業務の中でも登記業務に関しては独占の趣旨が強くなかったという点については右の意見も傾聴に値するし[59]、また、もしも論者のいう戦後の「産業保護主義的な思潮」が存在するのであれば、それは所謂特認制度や主務官庁の省益といったものが関係しているのであろうが、そのような事情を重視した職域設定を行うのは少なくとも政策的には好ましくない[60]。

（二）付随行為としての登記申請代理

また、行政書士の一般的職域に登記業務が含まれないとしても、行政書士業務に付随して登記申請代理を行うことができるか否かは自ずから別の問題である。

この点、士業一般について「職域」や「付随行為」といった概念が若干曖昧に使用されていることとも相俟って、登記業務に限らず付随行為というものの位置付け自体若干混乱しているような傾向があり、「一般的職域に含まれない行為は付随行為としてもなしえない」という理解がなされることがある。福島訴訟でもかかる理解を前提に行政書士は付随行為としても登記業務をなせない旨判示されている[61]。

しかし、福島訴訟（控訴審）でも被告人側から持ち出されているが、行政実例上[62]、「計理士、公認会計士、会計

士補が会社等の委嘱を受けた場合、その会計業務の付随行為として登記申請書類の作成及び申請代理行為をしても差し支えない」とされているのである。この例においては、本来登記業務を一般的職域に含んでいない筈の公認会計士等であっても本来的な業務に付随する限りにおいて登記業務をなすことができることになり[63]、先程の理解とは異なった結果となっている。そして、この構成を行政書士にあてはめるならば[64]、少なくとも行政書士の一般的職域に属する行為に起因して登記手続もなされるような場合、かかる登記手続も付随行為として認められる、とすることは現行法の下でも満更不可能ではない筈である[65]。

ではどう考えるべきか。これについては紙面の都合もあり、政策的な見地も考慮せざるをえないであろうことからここで長々と私見を述べることはしないが[66]、少なくとも従来からいわれるような①本来的業務に付随し且つ②定型的で容易な申請行為[67]を行うことまで封ずる必要は全くないだろうし、福島訴訟の結論を先例として固持し続ける必要もないと思われる。

おわりに

以上は弁護士・司法書士・行政書士の登記業務を巡る職域分配という、士業規制全般から見ると一隅を担う問題にすぎないが、多少一般化した言い方を許してもらうならば、最初にも触れたが、職域規定や付随行為概念には不明確性も少なからず存し、その下で展開される行政実例上の取扱に不整合が見られたり、関連士業からの説明がどちらかというとそれぞれ自己の職域が広くなるような形でなされる等、一般人からは理解しにくく且つ不便な構造となっており、あるいは（弁護士以外の）士業者にとっては「ビクビクもの」で現実の付随業務等をなさねばならない事態を招来しているともいえよう。勿論、従前から職域分配については事実先行・法令追随型の歴史が繰り返

されてきた点は前述の通りであるが、今後の問題としても、少なくとも平成一三年の司法制度改革審議会意見書を読む限りでは、司法書士への簡裁代理業務の付与といった各論的事象は殊更、目指されるところの職域間の総合的な関係や市民との関わりについての基本的なあり方[68]というのは我々部外者にはあまり見えてこない。

現在求められているのは士業に対する国家権力側からの強い統制でも従来恰も存在したかの如きピラミッド型の職能構造[69]でもなく、各士業の業務の実態を適切に反映した比較的緩やかな職域分配、そして何よりも利用者の利益を優先したわかり易い構造なのではなかろうか。

筆者自身は実務に就く者ではなく、以上は無知且つ無責任な立場から記してきたものであるので、その点大方のご叱正を受けるに吝かではない。ただ、最後に言っておきたいのは、利用者（依頼者）に逐一沿革論まで遡った士業間の「棲み分け」への理解を要求するのは非現実的であるし、一般人の立場から見て理解しにくい制度というのは何らかの矛盾点を抱えている場合が多い、ということである。

（1）勿論、「給源の多様化・多元化」といった課題は一層切実に議論されそうではあるが。これについては例えば司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（平成一三年六月一二日付け）など参照。

（2）因みに、司法制度改革審議会意見書・前掲注（1）は「法曹人口」の国際比較（一九九七年）として日本が約二〇、〇〇〇人（法曹一人当たりの国民数は約六、三〇〇人）、アメリカが約九四一、〇〇〇人（同約二九〇人）などとしているが、そこでいう「法曹」とは「法曹三者」のことと思われ、司法書士等の「隣接法律専門職種」は数に入れられていない。

（3）尚、本文に例示したものの他、不動産鑑定士・土地家屋調査士・宅地建物取引主任者・公証人などの制度の概略や日常業務、問題点等について総合的に紹介したものとして、多少古くはなるが法セ増刊（総合特集シリーズ二四）『市民のための法律家』（一九八三年）がある。

（4）例えば平成一三年の通常国会で成立した改正法として①行政書士法の一部を改正する法律（行政書士の業務を法文

上明確化する等。施行は平成一四年七月一日から。）、②弁護士法の一部を改正する法律（弁護士法人制度の創設。施行は平成一四年四月一日から。）、③税理士法の一部を改正する法律（税理士法人制度創設、税務訴訟において税理士が補佐人となる制度を創設するなど。施行は平成一四年四月から。）があり（これらについては商事法務一六〇〇・四七など参照。）、また、平成一四年の通常国会では、「司法書士法及び土地家屋調査士法の一部を改正する法律」（一定の場合に司法書士に簡裁での訴訟代理権を付与するなど。）や「弁理士法の一部を改正する法律」（一定の場合に弁理士に特許権等の侵害訴訟での訴訟代理権を付与する。）が成立済み（但し、施行は前者が一五年四月一日から、後者が公布の日（一四年四月一七日）から一年を超えない範囲において政令で定める日から、とされている。）である。

(5)「司法書士埼玉訴訟」「埼玉弁護士訴訟」などとも呼ばれる。昭和五九年に埼玉司法書士会（以下、埼玉会と略記。）が実施した非司法書士実態調査により原告（弁護士）が顧問先の会社の増資に伴う変更登記の申請代理を行っていたことが判明したことを受け埼玉会が同会社に対して「司法書士法上、司法書士のみが嘱託による申請代理ができる」旨の書面を送付したことから、原告が埼玉会が自己の名誉・信用を毀損したものとして不法行為に基づく損害賠償や同様の文書の送付の差止等を求め埼玉会に対する訴えを提起した事件。（尚、原告は違法な登記申請書類の閲覧の許可・司法書士会に対する監督義務違反を理由に国に対して国家賠償請求をなしており、また、被告埼玉会は原告が口頭弁論に際して被告を「劣位下等な職能集団」と称したこと等について名誉毀損による不法行為を理由に原告に対する損害賠償・謝罪広告掲載請求をなす反訴を提起していた。本稿と関係するのは職域に関する当事者の主張と裁判所の判断であるが、一審係属中の昭和六二年一〇月に日弁連と日司連の間で相互の職域に関しては両職能間の協議（「司法書士の業務範囲の適正化に関する協議会」）によって主体的に解決すべき旨の合議が成立しており、また、司法書士側では「上告すべきか否かについて、埼玉司法書士会の全会員に意見を尋ねたところ、それは相半ばしており、最終的には理事会および会長の決断で上告を断念するに至った。」とのことである。引用は本注後掲の山本「日本の司法書士」一六四頁。）

東京高判平成七年一一月二九日判時一五五七・五二（確定）、浦和地判六・五・一三判時一五〇一・五二。一審判決の評釈としては石川明・判時一五一八・二〇二（判例評論四三四・四〇）、鬼塚賢太郎「司法書士と弁護士の職域紛争」法令ニュース二九・一二・一五、竜嵜喜助「埼玉訴訟の波紋」ジュリ一〇五一・八四、また、一審を機に執筆されたものとして石川「弁護士と司法書士の役割分担」法学研究（慶大）六八・一〇・九、目々澤富子「登記代理権の司法

書士専属性について」月報司法書士一八〇・四（不動産登記法公布一〇〇周年記念研究論文）、田代季男「登記事務と法律家間の社会的分業――弁護士と司法書士の職域をめぐって――」ジュリ八九一・七二など参照。尚、日司連側の記事としては、一審の経過等について日司連広報委員会「特集〝埼玉訴訟〟登記手続代理をめぐって」月報司法書士一八七・四（資料編として頒布文書、訴状、答弁書、準備書面も掲載されている。）、「特集〝埼玉訴訟〟Ⅱ」月報司法書士二〇八・四（田代「埼玉訴訟のその後の経過と学者鑑定」、半田正夫教授の鑑定意見（乙三二号証）、住吉博教授の鑑定書（乙三六号証）を含む。）、佐々木泉「埼玉訴訟の問題点」月報司法書士二一三・四二、一審判決前のものとして『特集　検証・埼玉訴訟』月報司法書士二六五・二（原昭彦「埼玉訴訟の全体像について」、「資料編　最終準備書面」等を含む。）、一審判決を受けた「〈速報〉埼玉基本訴訟・反訴」月報司法書士二六八・五一などがある。また、埼玉訴訟に関して出版された書籍として埼玉司法書士会埼玉訴訟報告書編集委員会編『登記代理業務の担い手は誰か！――司法書士専属性をめぐる埼玉訴訟一〇年の軌跡』（民事法研究会、一九九八）がある他、一審係属中に原告たる弁護士自ら執筆・発刊した岡田滋『現代弁護士職域論』（出版社等は不知）があるという。更に、司法書士側の近時の文献として、昭和五三年司法書士法改正を考える会編『日本の司法書士』（民事法研究会、平成一一年）第一章（「一　昭和五三年改正法は司法書士にどのような影響を与えたか」［俣野幸太郎］）・第二章（「三　埼玉訴訟を通してみた諸問題」［山本正士］）などでも本訴訟について触れられている。

(6)　昭和六三年に福島県司法書士会（以下、福島会と略記。）が実施した非司法書士排除活動に関する実態調査により如何なる事情で非司法書士が登記の申請代理を行ったのか不明な事案の一つとして浮かび上がった被告人（行政書士であるが司法書士会に入会している司法書士ではない者）が福島会からの照会に対する回答を拒否すると共に福島会に対して司法書士法に違反していない旨の内容証明郵便を発送し、それに対して福島会が内容証明郵便にて答弁書を発送する、被告人が当該実態調査や福島会「第四七回定時総会のしおり」への自己の住所氏名の記載等が名誉毀損に当たるとして福島会に対する民事訴訟を提起する、等の紛争が生じた後、福島会が被告人を告発したことから、被告人が福島県内の法務局支局等において依頼者からの嘱託を受け代理人として有限会社の設立や取締役の変更、所有権の移転等の登記申請手続を計一七回にわたって行ったことが司法書士法一九条に違反するとして起訴に至った事件。被告人側は事実関係自体は争わず、①司法書士法一九条の違憲性の他、②登記申請の前提となる登記原因証書の作成は行政書士に専属

する業務であることから、当該法定業務に付随して行われる登記申請代理行為は許される、③問題となった一七件の登記申請代理行為の内一四件は親戚・友人の仕事を手伝ったものであり、他の三件も信頼ある取引先からの紹介を受けて行ったものであることから業務性を欠く、等の主張をなした。一般の評釈では憲法上の問題（職業選択の自由の制限）として論じられることが多いが、職域問題に限定するならば、最判では「行政書士が代理人として登記申請手続をすることは、行政書士の正当な業務に付随する行為に当たらないから、行政書士である被告人が業として登記申請手続について代理した本件各行為が司法書士法一九条一項に違反するとした原判断は、正当である。」という簡潔な記述しかなされていないものの、下級審においては司法書士と行政書士の職域の沿革論にかなりの重点がおかれていた。

最（第三小）判平成一二年二月八日刑集五四巻二号一頁・判時一七〇六・一七三・判タ一〇二七・八九。その下級審判決は福島地郡山支判八・四・二五判タ九一〇・六八、仙台高判九・五・二三判時一六三一・一五三。最判の評釈としては、倉田原志「非司法書士の登記代理業務の禁止と職業選択の自由」法セ五四九・一〇五、藤井俊夫「司法書士法による登記手続代理業務等の制限の合憲性」法教二四二・一五二、小泉良幸「司法書士法による登記手続代理業務等の制限の合憲性」法教・判例セレクト二〇〇〇年一〇頁、村木保久「行政書士が業として登記申請手続を代理することは司法書士法一九条一項に違反するとした事例」判時一七三七・二三（判例評論五〇六号五九頁）、福崎伸一郎「時の判例」ジュリ一一九四・一二二、井上亜紀「司法書士法の資格制と職業選択の自由」ジュリ一二〇一・一六など参照。また、一審福島地裁郡山支部（判決は平成八年四月二五日）に至る経過ならびに一審係属中の様子等についての日司連側の記事として猪股秀章「行政書士の司法書士法一九条違反告発事件の経過」月報司法書士九四年五月号一八頁がある。

(7) 両事件とも職域紛争との評価がなされているが、実際には、両事件とも司法書士会の非司法書士排除活動が端緒となり、且つ司法書士側（関係単位会、日司連）が「職業的安定性」（目々澤・前掲注(5)五頁）乃至「司法書士の生活と地位と制度の根幹」（原・前掲注(5)四頁）をかけて業界挙げての取組を図っている如くであるのに対して、埼玉訴訟における弁護士、福島訴訟における行政書士の側には「背後に控える同業の支援者」といったものの影はあまり強く感じ取れず、また、紛争として顕在化するにあたっても当事者間の感情的な軋轢が強く働いているかのようである。このような状態を指して「法律専門家同士の紛争にしてはその紛争の原因ないし内容が法律専門家らしくなかった」（竜嵜・前掲注(5)八六頁）等と評する向きもあり、両事件を以て登記業務を巡る職域紛争の代表例とすることには賛否も

あろうが、ただ、両事件の提示した争点につき当事者がどう考え、裁判所がどう判断したのかについては当該問題を検討していく上で参考に値するものと思われる。

尚、各士業の職域間の規制緩和とその問題点（但し平成一二年時点）については全国青年社会保険労務士連絡協議会第二回全国大会（一二年一一月一一日～一二日）での阿部泰隆教授による基調講演「規制改革と社会保険労務士の役割」（河野順一『司法の病巣　弁護士法七二条を切る』（花伝社、二〇〇一年）一八九頁以下に収録）が一般向けとしても大変面白い。

(8) 但し、同定制では代書人は訴状等の作成に関わる者とされていたものの、現実にはこの段階では後の司法代書人（司法書士）と一般の代書人（行政代書人・戦後は行政書士）の区別は明確ではなかったので、行政書士の沿革においても同定制が紹介されている。この点、地方自治制度研究会編『詳解　行政書士法［改訂新版］』（ぎょうせい、平成一二年）三頁参照。尚、今回は詳細な精読はできなかったが、戦前の司法制度・司法書士制度の沿革については日司連司法書士史編纂委員会編『日本司法書士史（明治・大正・昭和戦前編）』（ぎょうせい、昭和五六年）が各種資料等にも充実し、大変詳しく論じられている。

(9) 尚、明治六年の訴答文例においては、民事訴訟における訴状・答弁書等の書類の作成は代書人の専業とされており、代言人であっても法廷での弁論は代書人作成の書面によらなくてはならなかったが、そのような代書人強制主義は翌明治七年の代書人用方改定によって姿を消したといわれる。高木治通「司法書士制度の問題点」法セ増刊・前掲注(3)二〇一頁、田原郁紘監修『〈全訂版〉司法書士法』（東京法経学院出版、平成一二年）九頁、田代・前掲注(5)［日本の司法書士］七五頁、日司連司法書士史編纂委員会編・前掲注(8)一一三頁、一二〇頁、一四五頁参照。

(10) 同規則制定の起因は、①明治八年に大審院の設置が決まり、民事訴訟の代理に関する法規の整備が求められ、また、②それまで代言人の資格要件が置かれていなかったことから弊害もあったことに照らし、代言人を公認の職業として政府の監督下に置くことの必要性が認識されたこと等にあったといわれ、同規則には所管地方官の検査に合格し司法卿の免許状を得たこと（一条）、免許料の支払（五条）、代言人名表への登録や住居要件（四条）といった資格要件が規定されている。高中正彦『弁護士法概説』（三省堂、二〇〇一年）二頁。

(11) 同改正の趣旨は代言人に対する監督の強化にあり、代言人免許を受けるための司法省所管の全国統一試験（二条）、

代言人組合の設置（一四条）と加入強制（五条）、代言人組合議会への検事の関与（一八条）、懲罰制度の整備（一二条以下）などが見られる。高中・前掲注(10)三頁。

(12) 尚、当初の代言人の代言業務というのは民事訴訟に限られていたが、明治八年制定の別局裁判規則に「弁護官」が規定され、刑事訴訟における被告人の弁護を行うことが公認されるようになったところ、その後、治罪法（明治一三年制定、一五年施行）により、刑事弁護が明文を以て代言人の職務範囲に含まれることとなった。高中・前掲注(10)三頁。

(13) 尚、この時期の不動産公示制度は地券及び元帳（地券大帳、地券台帳）、あるいは奥書割印帳などで行われていたようであり（山中永之佑編『新・日本近代法論』（法律文化社、二〇〇二年）二三四頁以下［橋本誠一］参照。）、（不動産）登記申請代理といった概念とはあまり親しまないようにも思われる。

(14) 一審判決・前掲注(5)［判時一五〇一］六三頁・六四頁参照。尚、旧登記法と同時に公証人規則（明治一九年制定の法律である。）も制定され、フランス法に倣った公証人制度が創設されたが、フランス法とは異なり公証人を登記制度の担い手とはしなかったようである。同所及び田代・前掲注(5)［日本の司法書士］七七頁、日司連司法書士史編纂委員会編・前掲注(8)二三七頁以下参照。

(15) 尚、そこでの「通常裁判所」とは区裁判所・地方裁判所・控訴院・大審院を指し（裁判所構成法一条）、「法律ニ定メタル職務」とは当初民訴法六三条や刑訴法一七九条以下に規定されている職務を予定していたようである。その意味では「法廷弁護士」的な職域が用意されていた訳であるが、その後は、例えば後述の非訟事件手続法の制定（そこでは弁護士による非訟事件代理も予定されていた。）により、同手続法上の職務も取り込んでいったものと想像される。

(16) 一審判決・前掲注(5)［判時一五〇一］六三頁、高中・前掲注(10)四頁等参照。

(17) 例えば埼玉訴訟において、埼玉会は、旧々弁護士法一条では「弁護士の職務が民訴法七九条と旧刑訴法四〇条に定められていた職務、即ち訴訟行為をなすことに限定されていた。……裁判所の所管事項であった登記業務は弁護士の職域から除外されていた。」と主張している。前掲注(5)［判時一五〇一］五七頁。（また田代・前掲注(5)［ジュリ］七二頁も参照。）

(18) 佐々木・前掲注(5)四五頁も「登記制度の設けられた明治一九年以降も国法上登記業務を専属的職域とする職種はなく、何人もなしうるものとされていたのである。」と指摘されている。一方、田代・前掲注(5)［日本の司法書士］七

八頁は、旧登記法では登記の真正担保のため当事者の出頭や登記後の登記官吏による読み聞かせと本人の署名などが重視されており、「代人をもって登記を請うこともできるが……、特に代人の定めはない。すなわち、旧登記法は弁護士や公証人の介在を全く予想してないのである。」とされている。

(19) 尚、②の場面について、高裁判決・前掲注(5)[判時一五五七]五六頁は、同法六条二項は非弁護士が非訟事件の代理を営業としてなすことを原則として禁止するものと解釈しているが、起草委員による六条の説明では「第六條ハ代理ノ規定デゴザイマス、之レモ簡便ヲ主ト致シマシテ本人或ハ代理人デ申立ヲスルコトガ出来ルト云フコトニ致シマシタ、訴訟法ニ依リマスルト本人ガ出ヌトキニハ弁護士ト云フヤフナ窮屈ナ規定ガアリマスケレドモ非訟事件ニ付テハソレ程ノ必要ハアルマイト思ヒマシテ只ダ訴訟能力者、誰デモ訴訟能力ノ有ル者デアレバ代理人ニシテモ宜シイト云フコトニ致シタ二項ハ代理営業者等ガ出マシタ時ニハソレヲ退斥セシメルコトモ出来ルト云フコトヲ規定スル必要ガアルト思ヒマシテ之ヲ規定スルコトニ致シマシタ」とされており、やはり六条二項の立法趣旨は所謂「三百代言」のような代理人が出てきた場合に備えた例外的規定と考えるのが適切であろう。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会　非訟事件手続法議事速記録』(商事法務研究会、昭和六一年)四頁参照。

(20) 正確にいうと、この回答は不動産登記法(明治三二年)制定後に出されたものであり、また、この運用は実際上代書人の営業の保護に出たものであったようである。高裁判決・前掲注(5)[判時一五五七]五六頁など参照。

(21) 少なくともこの段階では、旧々弁護士法一条の「通常裁判所ニ於」ける「法律ニ定メタル職務」に非訟事件での代理業務が含められていたものと考えられる。

(22) 同法案四四条(登記申請の却下事由)に関して高木豊三委員が「……元来登記ハ其申請ヲ為スヤ多クハ代書人ノ如キ者ヲシテ代書セシムルナランモ此代書人ナレバトテ間々誤謬無キニアラズ然ルトキハ其僅少ノ為メニ直ニ却下セラレ実際不都合ナル可シ……」という発言を行っており(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会　不動産登記法案議事筆記』(商事法務研究会、昭和六一年)九四頁参照。)、これによって現行不動産登記法四九条但書の即日補正の制度(登記申請に要件の不備がある場合であっても、それが補正しうるものであり、申請人が即日に補正したときには、その不備を理由に申請を却下しないとし、申請の順位において特別の取扱をする制度)が設けられたといわれる。住吉鑑定書・前掲注(5)一六頁参照。

(23) 「区裁判所及び出張所構内代書人取締規則」。大阪地裁が明治四〇年に制定した規則を大正四年に改正したもの。

(24) 後述の如く明治四〇年頃より一般の代書人からの司法代書人の分化が見られたと想像され、ここでいう「代書人」は裁判所に出入りする代書人＝司法代書人のことである。

(25) 尚、そこにいう「提出スベキ書類」として、東京地裁大正八年司法代書人書記料規定によると登記申請書、督促事件申請書、訴状答弁書、準備書面、証拠保全申請書などが挙げられているという。田代・前掲注(5)[ジュリ]七九頁の注(2)参照。

(26) 但し、司法代書人法の主眼は司法代書人等の監督・取締であったといわれる。田原監修・前掲注(9)九頁。尚、それ以前の（司法）代書人の名称変更・職域拡張等を求めた動きについては同・九頁、日司連司法書士史編纂委員会編・前掲注(8)二九八頁など参照。

(27) 司法代書人法上、資格要件として「地方裁判所長ノ認可」が要求され（四条）、「司法代書人ハ地方裁判所ノ所属トス」（二条）、「司法代書人ハ地方裁判所長ノ監督ヲ受ク」（三条）といった規定も置かれていた。このように司法代書人を各地裁に分属させることによって、「登記事務を主管する全国三〇〇の区裁判所、一一〇〇ヵ所の区裁判所出張所（登記所）にあまねく司法代書人を配置」し、また「弁護士の訴訟代理を除いた、すべての裁判書類の作成を、国が定める低廉な費用負担でリーガル・サービスすることが可能」とされていたともいわれる。引用は田代・前掲注(5)[ジュリ]七九頁。

(28) 埼玉訴訟における埼玉会は、代書人規則一七条は「司法代書人以外の者が嘱託を受けて裁判所に提出すべき登記申請書の作成を業とすることを刑罰を以て禁圧した。……その後成立した旧弁護士法は、右司法代書人の業務の例外として弁護士が業として登記業務を行いうる明文の定めがなかったことから、登記代理業務が司法代書人の専属的職務であることは明らかである。」と主張していた。前掲注(5)[判時一五〇一]五八頁。また佐々木・前掲注(5)四七頁も同旨。

(29) 因みに、地裁判決・前掲注(5)[判時一五〇一]六五頁は「旧々弁護士法により、弁護士も登記申請代理業務を行うことができた以上、その後制定された代書人規則により、明文の規定なく弁護士の右登記申請代理業務が奪われたものとは解されない。仮に、被告司法書士会の主張を前提としても、少なくとも旧弁護士法により弁護士が登記申請代理ができるようになったことは明らかである。」とする。

(30) 制定時の小山松吉国務大臣の説明によると、旧弁護士法の特徴の一つは「時勢ノ進歩ハ国民ノ法律生活ヲナス上ニ於テ、裁判所外ニ於テモ弁護士ノ援助ヲ必要トスル場合ガ多クナッテ参ッタノデアリマスカラ、本案ハ現在ノ社会状態ニ適合セシメル趣旨ニ於テ、弁護士ノ職務ノ範囲ヲ拡張」し、「裁判所外ノ一般法律事務ニ及ボシタ」とのことである。『第六十四回帝国議会貴族院　弁護士法改正法律案特別委員会議事速記録第一号』(昭和八年)一頁。但し、かかる「職域の拡張」というのは条文上の問題であって、実際上、弁護士は従前から旧々弁護士法一条の規定する裁判所での職務のみならず、契約締結、会社設立、債権取立、破産管財人等の業務も行っていたようである。この点、金子要人『改正辯護士法精義』(立興社、昭和九年)一〇七頁参照。尚、旧々弁護士法制定後、弁護士側等から(条文上の)職務範囲を裁判所外の法律事務にも拡張する要求が出されていたことなどについては高中・前掲注(10)五頁など参照。

(31) 尚、旧弁護士法も法律事務取締法も、従来法律事務に携わってきた非弁護士の転職期間を設けるため、施行は三年後の昭和一一年五月一日からとされていた。第六四回帝国議会貴族院・前掲注(30)二頁参照。

(32) ただ、前述のように登記関係等非訟事件における代理については非訟事件手続法の制定により弁護士の業務範囲(但し任意業務)に含まれていたといえるが。

(33) それとは異なる見解として、登記関係等の一般の非訟事件は当時の弁護士の職域に含まれなかったとするものがあり、埼玉訴訟でも埼玉会側から提出されている。この見解に属するものとして、例えば田代・前掲注(5)「ジュリ」七二頁は、大略、①旧弁護士法一条と法律事務取締法一条は弁護士会の策定に係る弁護士法改正綱領の段階では同一の条文に盛り込まれる予定であり、且つ②非弁活動が禁止される範囲と弁護士の職域は一致すると考えるべきところ、③議会(委員会レベル)での両法案の審理過程では法律事務取締法一条の「非訟事件ノ紛議」とは「所謂裁判所ニ訴ヘルヤウナ程度ニマデ問題ノ複雑シタ場合」(木村政府委員による表現。「第六回帝国議会　衆議院弁護士法改正法律案外一件委員会議録(速記)第四回」日司連司法書士史編纂委員会編・前掲注(8)三一〇頁参照。)と説明されていたことに鑑みると、そのような「非訟事件ノ紛議」については非弁禁止の範囲＝弁護士の職域に含まれるが、逆に紛議に至らない非訟事件(通常の登記事件など)はそこには含まれず、従って登記事件は「司法書士の専権」に属したと評価されている。

I　この見解については、まず、法律事務取締法一条(及びそれを継受した現行弁護士法七二条。この点は現行弁護

士法制定時の福原忠男参事の説明・『第五回国会　参議院法務委員会会議録第十三号』（昭和二四年）五頁を参照。）では非弁護士が事件性（紛争性）のある法律事務を取り扱うことが禁じられていたと解する点は妥当であると思われる。勿論、今日の弁護士法七二条の説明においては、①「事件性」というような不明確な要件を持ち込むのは罪刑法定主義に反する、②同条は非弁護士の活動一般を禁止する趣旨である、③同条は同法三条と表裏一体の関係にある、といったことを理由に事件性は要求されないとされるのが一般的であるが（この点、高中・前掲注(10)二二〇頁、大阪高判昭和四三年二月一九日高刑集二一・一・八〇参照。また、埼玉訴訟の判決（地裁・高裁とも）でもこの立場を前提としていると思われる。）、(a)前記田代説も挙げる法律事務取締法一条の立法趣旨、(b)弁護士法七二条では「一般の法律事件」とされ、弁護士法三条一項（旧弁護士法一条）では「一般の法律事務」とされているという文言の相違、(c)後掲注(37)でも触れるが、弁護士法七二条但書が他士業法による例外を認めていないことから「一般の法律事務」を七二条の対象とするならば司法書士・行政書士等の他士業者が自己の固有業務を営むことさえ同条違反となってしまうこと、(d)罪刑法定主義なり適正手続の観点からすると中身の明確でない処罰規定は限定的に解釈すべきこと等に鑑みると、同条の適用対象は事件性による絞りをかけるべきだからである。札幌地判昭和四五年四月二四日判タ二五一・三〇五参照。

Ⅱ　しかしながら、田代説が前提とするような「士業Aの一般的職域＝非Aに禁止される業務の範囲」という理解は妥当とはいえない。これについても右の理解は一般的に見られるところであり、弁護士法七二条と三条の関係については高中・前掲注(10)二二一頁も同様の理解をしているが、例えば公認会計士の業務について監査業務は独占業務とされるがその他の会計業務は任意業務とされ、行政書士の業務について「官公署に提出する書面その他権利義務又は事実証明に関する書類……の作成」（行書法一条の二）は一応の独占業務とされるが相談業務等（一条の三）は任意業務とされるように、ある士業の一般的職域の範囲と排他的・専属的職域がズレてくる（「一般的職域＝独占業務＋任意業務」となる。）のが通常であり、旧弁護士法一条と法律事務取締法一条の関係（また現行の弁護士法三条と七二条の関係）が正にそうだと思われるからである。（また佐々木・前掲注(5)四六頁も参照。）

従って、旧弁護士法一条の「一般ノ法律事務」についても登記業務を含む一般の非訟事件が含まれると考えるべきであろう。尚、旧弁護士法制定直後の解説書である金子・前掲注(30)においても、旧弁護士法一条につき「法律に通暁して居る者ならば一般人の何人もが為し能ふところの法事（ママ）事務迄も弁護士の職務に関する定義的規定中に掲げ置くことは

一見弁護士ならでは之を為し得ざる所謂弁護士の特権なりと誤解せらるる虞があると云ふ批難もないではないが、併し本条は弁護士の特権を定めた規定ではなくして単に弁護士の職務に関する定義的規定であるのであるから、他の法律の規定と相俟つて茲に始めて弁護士の専属的職務即特権が現象するわけであつて、別段曖昧不明瞭なる規定ではな」く（一〇六頁）、旧弁護士法は「訴訟に関する行為以外の一般法律事務をも弁護士の職務とした。而かも改正綱領に於ては此点をも弁護士の専属的職務として認めんと為したのであつたが、其の後立法形式を変え弁護士法と」法律事務取締法「とに分ちたる結果、新法自体に於ては直に一般法律事務を取扱ふことが弁護士の専属的職務とはならないのであつて何人も亦之を為し得るものと解すべき」であるが、ただ、法律事務取締法一条が「弁護士法第一条に反映し一般法律事務中の此の範囲内の事項のみに付て弁護士の専属的職務が認められることになるのである。」とされており（一一五頁）、本注Ⅰ及びⅡとほぼ同じ説明をなされていた点注意。

(34) 田原監修・前掲注(9)一〇頁。尚、昭和初期の日本司法代書人連合会による職域拡張等を目指した法改正運動については同・九頁及び高木・前掲注(3)[法セ増刊]二〇二頁参照。

(35) 正確にいうと、旧弁護士法一条の「一般ノ法律事務」として、登記業務も弁護士の一般的業務範囲の中に包含されていたが、これは弁護士の独占業務ではなく、司法書士法（司法代書人法）上認められる司法書士による登記業務と競合的になっていたと解される訳である。

(36) 現行弁護士法三条一項は訴訟事件・非訟事件・行政不服申立・その他一般の法律事務を挙げているが、これは旧弁護士法一条の「訴訟ニ関スル行為ソノ他一般ノ法律事務」という規定の指し示す業務範囲が曖昧であったことから例示を加えたものであり、業務範囲自体を変更する趣旨ではなかったといわれる。この点、地裁判決・前掲注(5)[判時一五〇一]六三頁、高中・前掲注(10)）二六頁等参照。

(37) Ⅰ 現行弁護士法に対しては、司法書士側から①弁護士法三条二項は「弁護士は、当然、弁理士及び税理士の事務を行うことができる。」と規定するが、司法書士が列記されていない以上、弁護士が司法書士業務を行うことはできない、②七二条但書では「この法律（注：文理上は「弁護士法」）に別段の定めがある場合」は非弁活動禁止から除外されるとされるが、そこには弁理士・税理士など他士業法上認められる他士業の業務が非弁禁止の範囲から除外されるとはされていないことから、他士業者が同条違反を問われることになる（③ところが、現実には他士業者がその業務につ

いて七二条違反を問われることはない以上、「非弁禁止の範囲＝弁護士の一般的職域の範囲」という理解から少なくとも司法書士の職域については弁護士の職域には含まれない)、といった批判がなされることがあり(田代・前掲注(5)[ジュリ]七四頁、半田鑑定意見・前掲注(5)九頁など参照。)、埼玉訴訟でもそのような主張がなされていた(前掲注(5)[判時一五〇一]五八頁。)。

しかし、③については前述注(33)の如く、「非弁禁止の範囲＝弁護士の一般的職域の範囲」という理解自体適切とはいえないし、①については三条二項の立法趣旨は「三条一項により弁護士は弁護士の資格のまま弁理士・税理士業務を行うことも当然認められるが、弁理士・税理士(制定当時の名称は「税務代理士」)との関係で混乱が生じないように明記を図った」というものにすぎず(但し、制定時の参議院法務委員会での鍛冶良作衆院議員の以上のような説明に対し、松村真一郎委員は①弁理士の仕事全部が法律事務ではない、②弁護士の職務範囲が広くなる、③弁理士会への登録はどうなるのか、といった点での質問を行っている。第五回国会・前掲注(33)六頁以下参照。)、その後制定された士業法により認められる司法書士(但し司法書士については、正確には昭和二四年当時、昭和一〇年の司法書士法が効力をもっていたのであるが。)や行政書士業務を弁護士の職域から除外する趣旨ではないし、三条一項も司書法二条二項や行書法一条の二・二項のような他士業法による一般的職域からの除外規定を設けていないことから適切な主張とはいえない。(この点、半田鑑定意見・前掲注(5)九頁も、弁護士法三条二項「の反対解釈として、弁護士は司法書士の事務についてはなしえないものとの結論を引き出すことができそうであるが、このような考えには疑問がある。」とし、弁理士や税理士の業務の中には前者につき特許明細書や図面の作成など、後者につき会計帳簿の記載代行など「法律事務とは無関係なものもある」から敢えて「三条二項のような規定を設けることが必要だったのである。これに反し、司法書士の業務は、本来、そのすべてが一般の法律事務に含まれる性質のものであり、したがって別の規定を設ける必要がなかったといいうる余地がある……。」と認めておられる。)

また、②については、結論としては他士業法がある以上当該他士業の業務が七二条違反に問われるいわれはないのであるが、同条但書は司法書士法一九条一項但書や行政書士法一九条一項但書と同様、「他の法律に別段の定めがある場合は、この限りではない。」との文言にすべきであり、立法の不備であったともいえる。因みに、七二条の「この法律に別段の定めがある場合」とは昭和三〇年に削除される前の七条(外国の弁護士となる資格を有する者の特例)を指し

ていたが（この点、高中・前掲注(10)二二六頁など参照。）長年空集合となってきたものである。

Ⅱ　更に埼玉訴訟において埼玉会は「仮に、弁護士法三条一項の『一般の法律事務』に登記申請代理事務が含まれているとしても、司法書士会に入会することなく、一般的に登記代理業務を行うことは違法である……。」と主張し（前掲注(5)［判時一五〇一］五九頁。また田代・前掲注(5)［ジュリ］七七頁、半田鑑定意見・前掲注(5)一〇頁も参照。）、弁護士が付随行為として以外に登記業務をなすことを否定している（弁護士が付随行為以外に「登記の代行」をすることは認められないとする見解としては登記研究二一八号七三頁の「質疑応答」欄（〇四二八八　弁護士の登記申請行為の代行について）参照。尚、弁護士が司法書士登録できるかということについては、昭和四七年六月六日民事甲第二一四三号民事局長回答が「司法書士法の規定に基づく選考により、相当と認定されるならば、認可（注：当時の制度）してさしつかえない。」としていた。）。

司書法と税理士法との相違としては、税理士法三条三号が弁護士を税理士の有資格者として挙げるのと異なり、司書法三条には弁護士は挙げられていないという点が挙げられるが、これ自体は既に弁護士登録を済ませている者が当該業務を行うにあたって司法書士乃至税理士としての登録が必要かという点とは関係がないし、税理士法においても一般的には税理士登録が要求されるところ（税理士法一八条）、弁護士については（税理士法上は不文乍ら）そのようなことは要求されず（以上の点については弁理士法でも同様である。）、司法書士業務に関しても弁護士には司法書士会への登録は不要と考えるべきであろう。埼玉訴訟判決においても司法書士会への登録は不要とされ、監督の必要性については「弁護士を司法書士会に入会させて二重の監督に服させる必要があるとは解されない。」（地裁判決・前掲注(5)）［判時一五〇一］六六頁。）とされている。尚、入会の必要性について、埼玉会側（前掲注(5)）［判時一五〇一］五九頁。また半田鑑定書・前掲注(5)）一〇頁参照。）は行政書士法の例を持ち出し、弁護士は行政書士登録をして初めて行政書士業務をなせるものと主張している。この点、確かに同法二条二号は「弁護士となる資格を有する者」を「行政書士となる資格を有する」者とし、六条一項において有資格者が「行政書士となるには」行政書士名簿への登録を要するとしているが、これは「行政書士」なる肩書で業務を行うことについての規定であって、弁護士が行政書士業務に属する事項を行えるか否かまで触れたものではなく（また、「二条二項の有資格者＝弁護士」ではない点にも注意。）、かかる問題は寧ろ弁護士法三条一項と行政書士法一九条一項但書の解釈にかかっていると考えるべきであろう。

(38) これにより昭和一〇年司法書士法は廃止された。

(39) 従って昭和二五年法一条一項でも、法務局等に提出する書類の一つとして登記申請書の作成は可能とされていた。但し、従前の昭和一〇年司法書士法一条が「……書類ノ作成ヲ業トスル……」としていてたのに二五年法が「……書類を代わって作成する……」としたことに対しては「代書」を彷彿とさせるものであり後退が見られるとの指摘もあり（例えば田代・前掲注(5)）［ジュリ］七五頁）、このことが「司法書士＝タイプライター」といった誤った見解（例えば昭和二九年一月一三日民事甲二五五三号法務次官回答参照。）を招いたともいわれるが（田原監修・前掲注(9)）一三頁、高木・前掲注(3)［法セ増刊］二〇三頁、また埼玉訴訟判決も参照）、昭和四二年には一条一項の「代わって」という文言が削除されると共に「登記又は供託に関する手続を代わってする」ことも明文化され、昭和五三年にはかかる登記等の手続を「代わってする」（代行）が「代理する」に改められる等の改正が行われている。これらの改正は司法書士の実際上の機能を法文上より正確に表現することに向けられていたといえるが、埼玉訴訟の判決においては、昭和四二年改正により「この段階に至ってようやく司法書士の職務は単なる登記申請書の代書だけではなく、嘱託人から登記手続の委任を受け、完結するまでの一連の手続を代理して行うことのできることが明らかとなった。」（地裁判決・前掲注(5)［判時一五〇一］六四頁）とか「初めて登記申請代理がその職務に含まれることが明文上是認された」（高裁判決・前掲注(5)［判時一五五七］五六頁）と評価されている。

尚、二五年法一九条は「司法書士でない者は、第一条に規定する業務を行ってはならない。但し、他の法律に別段の定めがある場合又は正当の業務に付随して行う場合は、この限りではない。」としていたものの、但書中「正当の業務に付随して行う場合」は昭和二六年改正により削除されているが、これは従来の運用を変更する趣旨ではなく、付随行為の場合には解釈上当然に認められるという趣旨だったとのことである。村木・前掲注(6)一一二頁参照。

(40) 佐々木・前掲注(5)四九頁は「事実が先行し、法がこれを追認していくという変則的な繰返しの歴史」と表現するが、それ自体は至言である。同様の表現として、例えば住吉鑑定書・前掲注(5)一六頁では「司法書士…に関する制定法の規定は、……これまでほとんど常に、その折々の現実を後から追いかけるかたちで制定改廃されてきた、というのが実情である。」とされている。

(41) 尚、佐々木・前掲注(5)四九頁は、弁護士法三条一項に関してではあるが、「弁護士が司法書士(会)を相手どって

訴訟上争うことは、まことに不幸なできごとである。しかし、それにしても『一般の法律事務』という漠然とした用語を用い、両職種の職域を明確にすることを怠っていた日本の法制下においては、いつかは起きるべき運命にあったことなのである。」とされ、住吉鑑定書・前掲注(5)一八頁は「弁護士職と司法書士職の業務範囲の境界設定を、具体的法律事務に即して試みる作業は、その法制が十全に整備されていない現状にあっては、ある意味での立法論に属する面をもつことは当然である。とりわけ、司法書士法および登記手続に関する法律について言えば、専門法律職の関与につき所要の規定を明示して設けるという点において、必ずしも十分の配慮があるとはみられず、そこには少なからぬ不備が指摘できるのである。」とされている。

(42) 尤も、佐々木・前掲注(5)四六頁は、弁護士法三条一項の「仮に『一般ノ法律事務』という一般的な概念の中に、登記業務が含まれると解する余地があったとしても、少なくともそれが弁護士の独占的職域ではなかった（司法書士も担当していた）以上、ある時期に登記業務が司法書士の独占的職域であるという立法がなされた場合、弁護士法、司法書士法などに、『弁護士は司法書士の業務を行いうる』とか、『弁護士は司法書士の業務を当然なしうる』という例外規定を設けない限り、弁護士といえどもはや登記業務をなしえないこと（登記業務は司法書士の独占的職域に属すること）となる。これは法の解釈の常道である。……そのような立法がなされたのが、昭和二五年の司法書士法の第一九条本文である。この条文の新設は、司法書士による登記業務の独占の原則を宣明したものであるが、この場合弁護士法の『一般の法律事務』という表現には手が加えられず、弁護士も登記業務を行いうる旨の定めは全く設けていない。このことは、古くから登記業務は司法書士が行うもの、弁護士は登記業務を担当しないという解釈ないし認識であったことを裏付けるものであるとともに、司法書士による登記業務の独占が実体法上完全に確立されたことを意味する。」とされている。確かに関連士業の規定のあり方に改善の余地はありそうであるが、①司書法一九条が登記業務を司法書士の独占業務とする趣旨だと明確に言い切ることはできず、②仮に同条がそのような規定であるとするならば、同様の規定である行書法一九条一項本文から「弁護士が（契約書など）権利義務に関する書面を作成することはできない」という不当な結果となってしまうし、③現に司書法一九条一項但書は「他の法律に別段の定めがある場合」は除外しているので、弁護士法三条の「一般の法律事務」に登記業務が含まれるならば司書法一九条違反とはならず、少なくとも司書法一九条が特別法的に司法書士のみに登記業務を付与するものであるとは評価できないであろう。

(43) 尚、埼玉訴訟の地裁判決を受けて、匿名記事「司法書士の意見と生活　埼玉訴訟敗訴をどう受けとめるか」法セ四七五・一〇五は「私は、この判決は少なくとも形式論理としては正しいと思う。登記業務が司法書士の側からは司法書士の独占業務であるように見えても、弁護士から見る限りは、弁護士法が登記業務だけを弁護士法でいうその他の法律事務から除外して、これを司法書士に譲っているようには考えられないからである。……だから、この判決の意味は、司法書士が登記は司法書士の聖域であると信じたがっていた淡い想いが打ち砕かれただけのことだと言える。……市民の側からすれば、法律サービスの質がよくて安ければ、両者の業域などはどちらでもよいことである。そうであるとすれば、業域のすみ分けについては、一方では今行われている司法書士会と弁護士会との話し合いを横軸に、他方では、市場でのサービスの質と価格を争い、顧客の判定を待つ方法を縦軸とすべきではなかろうか。」とされている。

(44) 司法代書人に対する概念として行政代書人なる名称が一般化したのは代書人規則（大正九年）からとの指摘がある。小野秀誠「司法書士の業際問題に関する一考察――司法書士と行政書士の職域紛争について(上)(下)」NBL六一一・一三(上)・六一二・三五(下)の(上)一八頁など参照。

(45) 他にも明治三九年神奈川県令第二号（「代書人取締規則」）などがある。尚、日司連司法書士史編纂委員会編・前掲注(8)によると、旧登記法制定以後、大正八年の司法代書人法制定までの代書人に対する規制のあり方は大体二つの時期に分けられ、第一期は明治二〇年代から三〇年代前半「すなわち『代書人取締規則』が各地で制定されるまでの間である。この間の資料は、はなはだ乏しいので、断言することはできないが、『司法代書人』のうち『構内代書人』については、裁判所による個別的な許・認可が行われていた、ということができるようである。」第二期は明治三〇年代後半の各地の「代書人取締規則」制定以降司法代書人法制定までの間であり、「『代書人取締規則』は、代書人一般に対する規制の手段として制定されたものであったが、『司法代書人』、特に『構内代書人』となるためには、第一期における同様に、さらに、裁判所による個別的な許・認可を要していたことに注目すべきである。それは、これが『代書人取締規則』によって代書人一般として規制されていた代書人のなかに、『司法代書人』としての自覚を形成する要因、さらに進んで、司法代書人法制定の要因の一つとなっている、と考えられるからである。」とされている（二五九頁）。また、同書では、警視庁令・府県令としての代書人取締規則の制定は「大体において、明治三六年（一九〇三年）ころから」とされている（二六五頁）。

(46) 小野・前掲注(44)(上)一七頁は、「明治の末までは、必ずしも規制が一本化せず、各官公署、裁判所がそれぞれ出入りの代書人を規制していたにすぎないものとみることができる。したがって、この時期には、職域の区別は、もっぱら官公署と裁判所の窓口によっていただけであり、競合の問題が生じる余地もなかったのである……。」とされている。

(47) 但し、田代・前掲注(5)「日本の司法書士」七五頁は、「明治二〇年施行の旧登記法……による裁判所構内使用許可を得た構内代書人の増加」により、「一般代書人と司法代書人との完全分化が明確となって」いったとされている。

(48) 警視庁令四条一号を反対解釈すると、同令での「代書人」には訴訟事件・非訟事件の代書などが認められていたことになり、これを字義通り捉えると「司法代書人でなくても訴訟事件・非訟事件（登記申請代理を含む。）の代書はできた。」ということになりそうであるが、寧ろ、裁判所側では裁判所に出入りする代書人の資格等を設定していたが、警視庁令では（司法代書人・行政代書人を含む）広義の代書人を前提に「代書人（実際には司法代書人）が訴訟事件・非訟事件の代書をなすことも可」としていたと解する方が適切なのではなかろうか。

(49) 大審院刑事判決録二七輯一三巻四八四頁。

(50) 大審院刑事判決録二七輯一三巻四八七頁。

(51) 小野・前掲注(44)(上)一九頁注一八では大正一〇年五月二五日宣告について「代書人規則の処罰規定によって、司法代書人業務をした者を処断している点で、ねじれがある。司法代書人法には、処罰規定がなかったからである。非司法代書人の取締であれば、司法代書人法自体に規定があってしかるべきである。そうでないとすれば、むしろ、司法代書人も、代書人の一部という考え方がうかがわれる。両者が分離された今日では、その先例的価値は疑問とすべきである。」とされているが、本文に述べたように、一般の代書人と司法代書人とが「一般と特別」という関係にあった過渡的段階であり、代書人規則一七条の文言からも、同条の罰則は両者の業務について問題となりえたと解する方が自然なのではなかろうか。

(52) 前掲五月二七日宣告・刑録二七輯一三巻四八八頁での用語。

(53) 但し、両事件とも、上告趣意書では被告人が代書人規則二二条により（行政）代書人としての許可を受けている旨述べられているので、両被告人とも代書人規則施行前から「代書ヲ業トスル者」として許可を受けたと看做された者（同条）であったようである。

(54) この点、小野・前掲注(44)(上)一七頁は、司法代書人法について「これは監督的な規定にとどまり、業務独占の趣旨のものではない。審議の過程で多くの条文が削除されたこともあり、所属裁判所長の許可(ママ)なしに司法代書人の業務をすることの規制やその処罰規定はない。司法代書人が訴訟に関与することの禁止のみが顕著である。さらに……司法代書人の業務は、本来的には訴訟書類作成の事務であり、登記事務が含まれるようになったのは、偶然的にすぎず、したがって、司法代書人法一条は、『裁判所及検事局』のみを明文にあげたのである。この段階では、特に登記事務について、付随業務を含めた業務独占の趣旨があったものとはいえない。」とされているが、両事件の判決を読む限りでは、やはり本文のように解さざるをえないのではなかろうか。

(55) 行政書士条例を定めた都府県は昭和二五年当時で二〇余りであったといわれる。また、当該条例の内容は代書人規則を踏襲するものが多かったが、営業許可・監督は知事が行うものとされていた。この点、地方自治制度研究会・前掲注(8)所掲の東京都行政書士条例(昭和二三年)、大阪府行政書士条例(昭和二三年)など参照。

(56) その後、昭和三九年改正では作成する書面の範囲に「実地調査に基づく図面類」が括弧書にて明示され(実情に応じた確認の趣旨である。)、五五年改正により作成書面の提出代行業務ならびに書類作成についての相談業務が認められた(五五年法一条の二)。また、平成九年改正で一条に目的規定が置かれた結果、従前の一条(書類作成業務)、一条の二(提出代行・相談業務)がそれぞれ一条の二、一条の三とされ、平成十三年改正では従前の一条の三が大幅に改められ、官公署への書類提出代理権(同条一号)、民民代理権(二号)が付与されている。尚、非行政書士の取締に関する一九条に関しては、制定時一九条一項但書(除外理由)中の「正当の業務に付随して行う場合」なる文言は昭和三九年改正により削除されているが、この改正趣旨は拡張解釈のなされることを防止する趣旨であり、正当な付随行為自体は従来通り認める意図だったようである。昭和三九年改正法施行通知の該当部分ならびに地方自治制度研究会編・前掲注(8)一四四頁以下参照。

(57) 小野・前掲注(44)(下)三五頁以下。尚、前述の如く、代書人による業務独占については訴答文例における規律にこれを見ることができるが、①かかる規律は訴訟書類に関するものであり、且つ②当時は代書人の資格要件は定められていなかった点注意。

(58) 小野・前掲注(44)(下)三六頁。

(59) その際には、戦前の非訟事件手続法上の非訟事件代理の取扱、また訴訟書類の作成等が非弁禁止の例外的な位置付けであることも参考になろう。

(60) ここで福島訴訟（最判）の評釈中、制度論・政策論に言及するものを挙げておくと以下の通りである。即ち、藤井・前掲注(6)一五三頁は「実質的・政策的観点からいえば、右で問題となっている一定の業務を行政書士が行うのを可能とするような立法措置をとることは可能であると思われるが、法制度の沿革および現行法の規定からみれば、一審・二審判決の結論は支持されるであろう。」とされつつも「本件で問題とされるような極めて定型的で容易なものについて規制緩和の可能性が全くないかどうかについては、問題とする余地は残るであろう。しかし、規制緩和との関係でより本質的な意味で重要なことは、本来ならば、むしろさらに進んで、登記申請業務をより簡素化し、かつ、わかりやすくして、一般市民が司法書士に依存しなくても登記申請ができるようにすることである。規制緩和による社会的・経済的コストの削減を徹底しようとするのであれば、そこまで進めなければならないのであり、その意味では、本件のような業務の取り合いのための資格相互間の垣根はずしの可否だけが規制緩和の問題ではないことにも留意する必要がある。」とされ、小泉・前掲注(6)一〇頁は判旨が登記制度が社会生活上の利益に重要な影響を及ぼすことを問題にした点につき「国民の権利義務に重大な影響を及ぼす『登記制度』の、制度としての特性に注目し、司法書士への業務集中を正当化したのであろうか。けれども、登記においては本人申請が認められている。登記に関する専門法律知識を有する司法書士に業務を集中させるべき必要性・合理性があるのなら、本人申請を認めては一貫しない。本人申請を認める以上、その代理人を誰とするかは本人が原則自由に決定できることであり、本人保護（パターナリズム）の観点から、一定の技能を有する者を国家が公式に証明し、証明を受けた者のみに特定の肩書きの使用を認める『認定方式』…までは正当化できるかもしれないが、証明を受けない者の営業を禁止する許可制・資格制は、自由に対する過剰な制限であろう。」、登記制度の信頼性を問題とした点については「『信頼性を高める』ための規制を認めるのなら、登記の素人たる本人申請を禁止し、専門法律知識を有する司法書士に当該業務を専属させることまで正当化し得る。その場合、自力で申請手続ができると考えている市民を、専門家の後見に付すべき合理性・必要性が問われよう。」とされた上で「以上に鑑み、本件規制が、業界の既得権益の維持、拡張を真の目的とするものでないか、疑いを払拭できない。」とされている。また、村木・前掲注(6)二一七頁は、弁護士・司法書士間の規制緩和が進められる今日、「司法書士と行政書士との間で

もやはり同様のことがあってもよいはずである。なぜなら、実体関係を形成する契約書を作成する者（行政書士）とその契約にもとづいて生じた実体関係にもとづいて登記手続を履践する者（司法書士）とが異なっていることは、これらを利用する一般国民の便宜にかなっているとはいえないからである。むしろ実体的な権利関係を登記に反映させるべきであることひとつとっても、作成する権限を有する書類（登記原因証書）について、せめて定型的で容易なものについては、これをその作成者が登記も代理できるとする方が国民の利益にかなうものと思われる。……司法書士法もまた司法書士に業務を独占させることつまり職域を守ることがその目的ではなく、国民の権利の保全を目的とするものであって、職域の発生はその反射的効果にすぎないからともいえるのである。……さらにいえば、登記上の手続についても、……開かれた手続とする努力が怠られてはならない。すなわち、登記制度を一般国民自身にとって利用しやすいあるいは実際に利用可能な制度とすることが本来、重要なことであると考える。」とされ、井上・前掲注(6)一七頁は「確かに、これらの裁判所が指摘するように登記申請手続代理行為は実体法上の権利義務関係に影響を及ぼすので、その円滑な遂行のために専門的知識を要求することの合理性は認められる。しかし、現行法では本人申請が認められており、本人の専門的知識は問われない。したがって、専門的知識のみを強調すると、本人の代理人選定の問題として解決でき、国家が介入する必要性は小さい。むしろ、本規制の趣旨は、公示機能を有している『登記』に対する信頼の保護のために、登記申請代理行為ができる者の範囲を画定する点にあるように思われる。登記をめぐる紛争の多さは、そのような人的規制を支える社会的事実となろう。そして、この場合、代理行為をなし得る者の範囲を司法書士に限定する理由は、沿革や司法書士の専門性以上に、司法書士が負うべき法的責任および職業倫理に求めることができる。もっとも、このような理解をするとき、本件のような行政書士による『少なくとも付随的な登記申請の代理行為』を制限する必要があるのか（小野）の判断は、司法書士と行政書士の職責に関するさらに踏み込んだ事実の分析に基づいてなされなければならない。」とされている。

(61) 地裁判決・前掲注(6)［判タ九一〇］七四頁は「司法書士法一九条一項、二条は、行政書士による登記申請代理ないし代行行為を一律に禁止しているものと解されるから、同法一九条一項、二項が行政書士法一条二項の『他の法律』に該当し、したがって、いかなる場合……であっても行政書士が業として登記申請書の作成及び登記申請手続の代理ないし代行を行うことは、司法書士法一九条一項（二五条一項）に違反するものといわざるを得ない。」とし、高裁判決

・前掲注(6)[判時一六三一]一五七頁は「司法書士と行政書士の職務内容等の違いや、……行政書士は登記申請の代理ないし代行行為は一切できないというのが一般の社会通念とみられること、……等の諸事情を併せ考慮すると、……登記申請の代理行為が、行政書士の業務の付随行為であり、正当行為として司法書士法一九条一項（二五条一項）に違反しないと解する余地はないというべきである。」としている。

(62) 昭和三五年七月二九日民甲第一三九九号法務省民事局長回答

(63) 因みに、付随行為の認められる範囲の広狭については、法律事務取締法制定時の審議における木村政府委員の説明によると、同法一条但書で除外事由とされる付随行為の中身は法令・認可・許可等により認められる正当な業務に付随し、「ソレガ無クンバ遂行ガ出来ナイト云フヤウナ場合ノミ」に限定して捉えたい趣旨であったようである。（但し、それには文言が不明確であるとの武富委員の批判もあり、付随行為に関する議論は決着しないままタイムアウトとなった。）「第六回帝国議会　衆議院弁護士法改正法律案外一件委員会議録（速記）第六回」日司連司法書士史編纂委員会編・前掲注(8)三二〇頁以下参照。

(64) 尚、福島訴訟における被告人側は、「行政書士にも会計業務が認められていることは明らかであるから」（公認会計士等に付随行為としての登記業務を認める）「通達の勿論解釈として、行政書士にもその付随行為として商業登記を行うことができ」る旨も主張していたようであるが（引用部分は高裁判決・前掲注(6)[判時一六三一]一五七頁）、この主張については妥当とはいえない。何故ならば、行政書士に認められる会計業務というのは記帳処理、会計帳簿・決算書類作成等、一般人にもできる行為（公認会計士の場合、任意業務となる。）であるので、これをできることから付随行為として登記業務をなせるというのであれば、結局一般人にも「会計業務」を通じて登記申請代理を業務として行うことを認めざるをえないことになるからである。右の被告人側の主張と同様の見解として、井上隆司「行政書士法と他士業との接点」日本行政一三〇・二八は、右の会計士等に関する行政実例から、会計業務をなせるか否かを「付随行為として登記業務をなせるかどうか」のメルクマールとして「行政書士は、書士法誕生当時から会計業務が法定されているので、商業登記申請書類の作成を業務の付随行為として行った場合でも、即座に司法書士法違反と断定できない。」とされている。（該行政実例が「会計業務」にリンクさせた体裁を採ることが誤解の元とも思われる。）

(65) 福島訴訟における被告人側は、「登記原因証書作成の付随行為として不動産登記申請の代理行為も行うことができ

る」旨主張していたようであり（引用部分は高裁判決・前掲注(6)［判時一六三一］一五七頁）、売買契約書等の各種契約書そのものが原因証書として提出されることが一般的といえるのかといった問題は勿論あるが、「コアとなる部分が一般的職域に入れば、それに付随する登記手続もなしうる」という構成自体は不可能ではない筈である。但し、付随行為として登記手続をなす場合以外については理屈の上でもまだまだ検討の余地があり、例えば弁護士の排他的・独占的職域である事件性のある法律事務（典型的には簡裁以外での訴訟代理）を他士業者が付随行為として行うといったことは不可能といわざるをえないだろう。

(66) 政策論的な事情としては、①（近時の司法改革でも本来検討課題であった筈の）士業についても一定限度自由競争を導入する（士業の生活保障のために垣根を維持することはしない）といった観点の他、②実際には例えば司法書士や税理士、公認会計士等が会社設立において定款の作成等にタッチしたり、逆に行政書士や税理士が商業登記にタッチしたりするといった相互乗り入れ的な現象は珍しくないと思われること、③そういった相互乗り入れ的な行為も、「カバチタレ現象」といった言葉（この用語自体は勝瑞豊「勝瑞豊の司法書士界縦横無尽 二一一回」週刊法律新聞平成一四年二月一日六面参照）に象徴される如く、依頼者の利益からの必要に駆られて致し方なく行われている部分もあるように思われること、④そうであるならば、そういった実情をあくまでも法律の建前とは違ういわばアングラ活動と位置付けるよりも、付随行為としてある程度広く許容していく方が利用者の立場からは好ましいし、各士業者にとっても「業務が独占されているから代書的に業務遂行していても収入は安定し、責任も少ない。」という状態より、「専門家としての主体性を発揮して、より実質的なサービスを提供できる（あるいは、提供しなくてはならない）。」という意味で好ましいと思えること、⑤登記手続に関していうならば、利用者の利益と関連して「登記業務は専門的であるから、司法書士以外の士業者に認めると粗雑な業務執行により利用者に被害をもたらせる。」といった反論も常になされるところであるが、本来登記手続というのは本人申請ができるのが建前であり、専門性故に他士業者には不可能というのであれば寧ろ現在の登記手続のあり方が問題となろうし、行政書士試験には登記関係の事項が含まれないから一切不可という理屈は登記業務をなせるとされる弁護士や公認会計士等との比較からは成り立たない筈であること、といった点が挙げられるのではないか。

(67) 但し、山本・前掲注(5)［日本の司法書士］一六四頁以下は、埼玉訴訟判決を「屈辱的」とされつつも、『登記士』

ではなく、『司法代書人』であり、『司法書士』という名称が与えられている如く、「国が司法書士の職務として第一義的に期待していたのは『裁判所』に提出する書類であった」のであるが「司法書士は国のこうした期待に反して、登記事務に専念し、むしろ裁判事務を敬遠する傾向が見受けられた。その原因は、高度成長に伴う登記事務量の激増と、裁判事務に比較してその事務内容が比較的簡易で定型化しており、短時間で高収入を得ることができたことにあり、多くの司法書士が登記業務に安住した結果ではないかと想像している。」とされており、(かかるご指摘の適否はさて措き)「定型的で容易」であることを理由に他士業の付随行為に組み込むこと自体、司法書士側の反発を招くことは致し方のないところであろうが。ただ、簡裁代理権の付与なども受け、司法書士会においても裁判事務への一層の関与が図られる機運があり(例えば平成一四年七月一日には全国五〇ヶ所の書士会に「少額訴訟サポートセンター」が開設されたという。これらについては日司連のHP:http://www.shiho-shoshi.or.jp 参照。)、今後は事情が変化していくかもしれない。

(68) 同意見書・前掲注(1)の「7 隣接法律専門職種の活用」と題された項では、「弁護士と隣接法律専門職種との関係については、弁護士人口の大幅な増加と諸般の弁護士改革が現実化する将来において、各隣接法律専門職種の制度の趣旨や意義、及び利用者の利便とその権利保護の要請等を踏まえ、法的サービスの担い手の在り方を改めて総合的に検討する必要がある。」と述べ、非弁護士たる各種士業者の一定限度での訴訟手続への進出や訴訟手続外の法律事務における「隣接法律専門職種」の活用、弁護士法七二条の規制内容の明確化、専門資格者の協働とワンストップ・サービスの推進などを検討課題として挙げているが、登記業務を含め各種士業の職域分配を具体的にどう行っていくのかという点は明確に表明されていない。

(69) 江藤价泰「日本の法律家――その特質」法セ増刊・前掲注(2)二頁は戦前の日本の法律実務界について「本来、『ヨコ』の関係としてあるべき社会的分業を、『タテ』の関係、上下関係におきかえてしまった」「法律家階層」と表現されているが、例えば本稿でも問題となったような、弁護士の一般的職域に登記業務が含まれ公認会計士は付随業務として登記手続を行いうるが行政書士は付随行為としても登記手続をなせないといった取扱(これらは資格試験・修習や研修・能力といった要素とは全く無関係に別異の取扱をするものである。)を見るとき、職域問題に関する現在の議論においてもそのような意識はしばしば顔を出しているような印象を拭いえない。

［後記］

松岡博先生には在学中より御世話になるばかりで何ら御恩に報いる事叶わぬ儘今日迄過ごしてきた。そのような孤恩の輩に何を為せるかと言って唯己が犬吠の如き言葉を絞り出す他無き故、本稿を捧げる事にて日頃の感謝に代え、末尾乍ら先生の益々の御健勝をお祈りする次第である。先生の懐を慕い恐らく穎秀たる論稿が集まるであろう中、独りこの様な雑文を献ずるのは真に驥尾に託する青蠅の心境や斯くありなん、であるが、それはそれ、不肖の門下の所為とて平に御容赦願いたい。

尚、筆者にとり全く不慣れな法制史上の資料収集につき、追手門学院大学図書館相互利用係の友成貴美子氏には直接国立国会図書館にて文献複写して来て頂く等、身に余る御協力を賜った。斯かる御尽力を筆者が生かせたのか如何は筆者の貧しき力量故甚だ疑問ではあるが、此処に併せて謝意を表したい。

平成一四年八月二八日