

# 司法書士の不動産登記事務と双方受託

田 中 克 志

## 一 問題設定

不動産登記事務を受託した司法書士が、依託者のために、登記に必要な書類を作成し、これをもって登記所に登記申請を行うこと（いわゆる「登記事務の後段」）のみならず、その前提として、法律相談に始まり、「実体関係」（この意味するところが問題だが）の調査・確認・判断等の事務をなすこと（いわゆる「登記事務の前段」）、現在では、大方の理解であろう。<sup>①</sup>そして、不動産登記事務は、周知のように、これを一人の司法書士が取引当事者（登記権利者と登記義務者）の双方から受託する（双方受託）のが常態であるが、「登記事務の前段における司法書士は、取引当事者の、一方もしくは双方の代理人ではなく、双方から中立・公正な第三者的存在ないし地位を有するもの<sup>②</sup>と考えるべき」とする<sup>③</sup>のが、とりわけ司法書士実務家においては支配的見解と思われる。

しかし、司法書士が「単なる登記申請書類の作成代理人の域を完全に脱皮し、今や、その登記の前提となる当事者および実体関係の調査、判断に事務の重点をおいて職務を遂行」<sup>③</sup>しているのであれば、①これは利害の対立する「実体関係」への関与を避けられず、そして、②日常的に不動産登記事務の依頼や紹介を受けている不動産業者や金融機関が一方の依

託者である場合などに、当然視されている双方受託による事務処理によって、果たして中立・公正が保たれるのか、理論的には、これが民法一〇八条および司法書士法九条の規定に抵触しないか、抵触しないとすれば何故か、といった問題が生じ、この検討がなされなければならない。<sup>③</sup>私は、以前、小論で、不動産登記事務における双方受託に関して疑問を述べたことがあるが、立論に不十分な点があり、また、その後注目すべき下級審判決も出ており、司法書士の執務の在り方という観点も含め、再度、この問題を取り上げることにした。<sup>④</sup>

(1) こうした分析の嚆矢は、前沢六雄「司法書士制度の現状」日本土地法学会『不動産登記制度・建築確認制度』（一九七九年・有斐閣）二七頁以下である。

(2) 藤井哲他「不動産取引と司法書士の役割」法セ増刊『市民のための法律家』（一九八三年・日本評論社）一三八頁。

(3) 藤井他・前掲一三四頁。

(4) ①の観点から、これを説く見解として、住吉博『不動産登記と司法書士職能』（一九八六年・テイハン）一八二頁。

(5) 「登記の真正担保と司法書士の役割に関する一試論」法経研究（静岡大学）三八卷一・二号（一九八九年一〇月）一九三頁。

(6) 一九九一年一月二三日、全国青年司法書士連絡協議会の第二〇回全国研修会が静岡市で開催されるが、私は、第一分科会（テーマ「司法書士の実体関与と双方代理」）担当者の研究会に参加し、司法書士実務家である会員から教えられることが多かった。会員である飯田省司、生田俊美、加藤由喜夫、芝豊、下村隆、杉山隆、塚本栄治、古橋清一、渡辺久夫の各氏にこの場を借りてお礼申し上げたい。

## 二 実体関与と双方受託の問題性

### 1 裁判例にみる実体関与

いわゆる「前段部分」において司法書士が「実体関係」にどのような関わり方をなすべきか、これが判例において注目

すべき展開をみせている。一九七八年の改正をはじめ司法書士法の相次ぐ改正と司法書士の業務に対する認識が変ってき  
たことがその背景にあると思われるが、これは、典型的には、登記申請書類の真否、登記申請意思・代理権等の存在につ  
いての調査・確認義務、さらに実体関係に関する説明・助言義務の問題として現われる。

(1) 調査・確認義務　かつて、京都地判昭和四〇年二月三日（訟務月報一一卷九九六頁）は、司法書士は、「申請書  
類を作成するにあたり形式的に必要書類を整えその記載要件の欠缺のないようにする注意義務があるに過ぎず」、登記申  
請書類が「真正なるものであるかどうかについてまで逐一審査確認する義務は存せず、いわんや登記官吏と同一の審査義  
務があるとは到底いえない」と解した。また、東京高判昭和四八年一月三十一日（金商三六〇号一九九頁）も、「司法書士は、  
その職務の性質からみて、登記申請に添付すべき書類の偽造であるかの調査義務は、特段の事情がない限りこれを負わな  
いものと解」し、「特段の事情とは、当該書類が偽造または変造したものであることが一見明白な場合とか、特に依頼人  
からその成立の真否についての調査を委託された場合等」を例示した。右の京都地裁判決では、司法書士の業務を「他人  
の嘱託を受けて登記申請書類を作成することを業とするものであって、通常実体上の取引行為の結果、当事者間において  
授受された登記の原因証書たる売買契約その他の書類の提示を受け、これに基づいて申請書類を作成する」ものとし、い  
わば代書人的なものととして、これを理解している。また、「当事者の同一性の有無及びその効果意思は、当事者間で事前  
に調査したうえで司法書士に登記手続を嘱託するのが取引の順序である」との認識を示した右の東京高裁判決も同様であ  
ろう。

しかし、その後、大阪高判昭和五四年九月二六日（判タ四〇〇号二六六頁）は、「登記事務自体は依頼者の嘱託を受け  
て交付のあった必要関係書類をもとに申請書を作成し申請行為を代行するもの」であるとしながらも、「その場合の司法  
書士の職責および嘱託人に対する義務として、関係書類につきその記載内容や印影相互の対照等を形式的機械的に調査す

るだけで足り、当該書面の形式的真否についてはこれを持参した申請当事者らの判断、責任に属することを理由に調査すべき義務を全く負わないものということはできず、右の点に關しても十分注意して検討を加え、登記手続の万全を計り囑託人の依頼に應えるべきであ」とし、かかる義務は当該書面が「一見して偽造であることが明白である場合」に限られるものではなく、「当事者らの言動等からその真正につき疑念を生じたとき」もこれを負うものとしている。

代理人と称する者を通じて司法書士が登記事務の囑託を受けた場合にも同様に解されている。東京高判昭和四七年二月二一日（高民集二五卷六号四三四頁）は、「依頼者の言動により代理権の存在に疑いのあるような場合は、単に必要書類について形式的な審査をするに止まらず、本人について登記原因証書作成についての真意の有無及び登記申請についての代理権授与の事実の有無を確かめ登記手続に過誤なからしめるよう万全の注意を払う義務があるもの」とする。これは上告審（最判昭和五〇年一月二八日金法七七号二四頁）においても支持された。

(2) 説明・助言義務 右の大阪高裁判決と同じ趣旨を説いた大阪地判昭和六二年二月二六日（判時一二五三号八三頁）は、その根拠として司法書士の「業務が登記、供託及び訴訟等に関する手続の円滑な実施に資することにより、国民の権利保全に寄与するという重要な公共的性格を帶有する」ことを強調したが、さらに、大阪地判昭和六三年五月二五日（判時一三二六号一〇七頁）は、司法書士を「単に登記手続きの専門家であるからというに止まらず、社会的に信用のおける人物であり、かつ一般の法的関係にも明るい準法律家」であり、「売買当事者間の取引に關して後見的役割を果たす」ものと性格づけた。そこで、不動産「取引に立ち合った司法書士としては、「登記の手続きに関する諸条件」を形式的に審査するだけでなく、重要な事項に關しては、進んで右登記手続きに關連する限度で実体關係に立ち入り、当事者に對し、その当時の權利關係における法律上、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ものとした。

抵当権登記付不動産の売買が残代金の支払後に抵当権登記の抹消を行うとの合意のもとになされた本件では、右の大阪地裁判決は、立ち会いに臨んだ司法書士（被告）に対して、一方依託者（買主）たる原告に「売買代金額やその支払期日、支払条件等を聞き質し、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も説明、助言」すべきであり、この義務の懈怠を理由に、司法書士の債務不履行責任を問うたのである。しかし、買主が司法書士の右のごとき説明・助言に従い、抵当権設定登記の抹消と引き換えてなければ残代金を支払わないことになれば、他方当事者たる売主の同意なくしてこれができるのかとの疑問はあるが、このことは代金の支払方法に関する合意（契約内容）の変更、結果的にみれば、最終的な合意の形成である。この大阪地裁判決は「従来の裁判例に見られた基本的な考え方とは、根本的に異なる立場をとっている」<sup>⑩</sup>との、消極的ともとれる評価もあるが、司法書士は、「権利関係における法律上、取引上の常識を説明、助言する」義務が課せられることにより、実質的には、実体関係の形成に関与すべき義務と権能を認められたことになる。そうであれば、なおさら、「前段事務」における双方受託を再検討する必要がある。

## 2 「双方受託」の法的構成

とはいえ、双方受託が前提とされるならば、司法書士と依託者との嘱託契約の法的性質とともに、司法書士と登記義務者・登記権利者という二依託者をめぐる法的構造が問題となる。すなわち、①一人の司法書士が受託するため、これを一つの嘱託契約と捉えるのか、それとも、②二人の依託者がいるため二つの嘱託契約が併存すると捉えるのか、そして、この場合、この二つの嘱託契約がどういう関係にあるのか、である。この問題は、従来、この嘱託契約を登記義務者が一方的に解除（解約告知）することが認められるのか、という具体的問題の処理を念頭に議論がなされてきた。

(1) 昭和五三年七月一〇日の最高裁判決（民集三三巻五号八六八頁以下）は、この嘱託契約を民法上の委任契約とし、登記手続の委託に関する委任契約が登記義務者と司法書士の間と登記権利者と司法書士との間に併存し、これらが「売買契

約に起因し、相互に関連づけられ、前者は、登記権利者の利益をも目的としている「関係と捉え、それゆえ、一方的解除の可否については」、「契約の性質上、民法六五一条一項の規定にもかかわらず、登記権利者の同意等特段の事情のない限り」、これが許されないと、解した。

右の最高裁判決が、併存する委任契約に牽連関係を認めたのは、「売買契約の当事者双方がいったん右手続きを同一の司法書士に委託した以上、特段の事情がない限り、右当事者は、登記手続が支障なく行われることによって右契約が履行され、所有権が完全に移転することを期待しているものであり、登記手続を受けることを業とする司法書士としても、そのことを十分に認識しているものということができる」、がその理由である。

しかし、双方当事人が、右のごとき「期待」を有しているのであれば、双方当事人は「登記手続が履行されることにつき、共通（一体）の利害関係を有する」ともいいうるのであり、それならば、「受任者たる司法書士に対して、個別に委任者としての地位を認める必要性に乏し」く、「司法書士との間に一個の委任契約を締結するものと法律構成するほうが、より取引の実態に合致する」との考えも成り立つ<sup>⑪</sup>。この見解では、解除権不可分の原則（民法五四四条一項）により、他方の同意を得ない一方的解除は認められない。ただ、ここで構想されている委任契約は、「後段事務」のみがその内容とされ、利害が相反する「前段事務」をも含む委任契約となれば、双方当事人が「共通（一体）の利害関係を有する」とはいえず、右の立論は成り立たなくなる。このことは、右の最高裁判決にもいえることである。

もっとも、「後段事務」である登記申請代理の嘱託についても、「登記義務者の委任内容と登記権利者のそれとは、まさに逆方向のものである」り、「委任の内容が異なる」とする向きもあるが、にもかかわらず、「それらが一体となって（原則として）登記義務者の実体法上の債務履行に向けられているのであるから、両者がその目的を達成するため、「共同申請主義という」手続法上の制約から共同して司法書士に登記手続を嘱託する」と解する見解<sup>⑫</sup>がある。一方的解除の可否につ

いては解除権不可分の原則により簡明に処理され、これがこの見解の利点となっている。しかし、この見解も、もっぱら「後段事務」が念頭にその構成が組み立てられている。

(2) そこで、「前段事務」をも包括してこれを委任契約により捉え、しかも、委任契約の法的構成の問題を一方的解除の可否の問題から切り離し、二個の委任契約が單純に併存するものと解するのが素直な解釈、との主張がなされることになる。<sup>(13)</sup>

この見解は、不動産登記事務を囑託人と司法書士との内部関係と囑託人から登記代理業務の囑託を受けた司法書士が、その囑託業務の遂行に当たつての外部関係との二つの側面に分けて捉え、前者を「登記代理業務」、後者を「登記手続代理」とし、双方を合わせた上位概念を「登記代理」<sup>(14)</sup>とする。そこで、「登記代理業務」の委任については、委任解除の自由の原則によるべきであるが、登記権利者及び登記義務者の登記申請意思に基づいて一度授与された登記手続代理権については、これは一方的に撤回し得ないものとする。すなわち、①登記代理においては、共同申請主義の原則との関係において、その意思に基づいて授与された登記手続代理権は、互いにその登記の実行に共同する関係に立つものであり、その限りにおいては互いに拘束を受けて存在し、その撤回は本質的に制限されていること、また、②その登記手続代理の授与は、登記権利者ないし登記義務者それぞれの利益ないし権利の保全にかかるとのことからすると、その自由な撤回によつて他方の利益ないし権利を害することは許されるべきではないとの制約があること、<sup>(15)</sup>をその理由とする。

委任契約の單純併存と構成するこの見解は、しかし、司法書士について中立的・仲裁人的な法的地位を説く見解を批判して、「登記代理業務」においては、「司法書士はあくまでも囑託人の利益において」これを遂行すべきであり、「登記権利者との関係においては、受任者として登記権利者のための善管注意義務をもつて事務を処理すべきであるし、登記義務者との関係においては、その者のための善管注意義務をもつて事務を処理すべきである」<sup>(16)</sup>、とする。しかし、利益が相反

する登記代理業務において、双方の受託者たる一人の司法書士がそれぞれの依託者のために善管注意義務をもって事務を処理することとは、一体どういふことなのであるうか、疑問なしとしない。

- (7) 一九七八年の司法書士法改正によって、「司法書士が、一定の専門的知識をもって、社会公共の利益に奉仕するものである、との性格付けがなされつつあり、また自律権をも獲得する方向性が示されて来たといえる」（兼子一「竹下守夫『裁判法（新版）』」（一九七八年・有斐閣）三七四頁注〔3〕）。

- (8) 同趣旨である最近の下級審裁判例として、東京地判昭和六一年一〇月三十一日判時一二四六号一一一頁、これの控訴審である東京高判平成二年一月二十九日判時一二四七号四九頁。

- (9) 大阪地裁判決は、取引日から二、三日抵当権設定登記の抹消が遅れるという被告（売主）の言を信じて原告（買主）が残代金全額を支払ったことについて、被告（売主）を「信頼するにつき、原告自身あまりに軽率であったことは否めない」とし、「原告の取引当事者としての自己責任と取引立会人の義務の後見性と司法書士の準法律家的性格等を考慮し」、損害額について五割の過失相殺をしている。

- (10) 鎌田薫「司法書士の登記申請業務にかかわる注意義務（下）」登記先例解説集三〇巻四号四四頁（一九九〇年）。

- (11) 無署名解説「最高裁昭和五三年七月一〇日判決」登記研究三七五号五四頁（一九七九年）。

- (12) 石田喜久夫「登記申請委任の解除」民事研修二六五号一四頁（一九七九年）。

- (13) 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的課題』（一九八七年・日本加除出版））三三三頁。

- (14) 「『登記代理』を「司法書士が関与する登記手続の全過程を包括する司法書士の登記代理業務」であると捉えるが（伊藤・前掲三二〇頁）、最も広い概念内容である。

- (15) 伊藤・前掲三四一頁。

- (16) 伊藤・前掲三三五頁。



### 三 双方受託をめぐる諸説の検討

#### 1 双方受託許容説の検討

(1) 「後段事務」と双方受託 債務が弁済されなかったため代物弁済契約に付されていた停止条件が成就し、不動産所有権が移転したため、所有権移転登記手続について一人の弁護士が登記権利者、登記義務者双方の代理人となって、これを行った事案について、最判昭和四三年三月八日（民集二二巻三号五四〇頁）は、これが「民法一〇八条本文並びにその法意に違反するものではなく、双方代理のゆえをもって無効となるものでなく」、「弁護士の当該行為は、特段の事情がないかぎり、依頼者の信頼を裏切り、その利益を害するものでもなく、弁護士の信用品位を損ずるものともいえないから、弁護士法二五条一号に違反しないと解すべきである」と解した。

その理由とするところは、登記申請行為について、まず、この法的性格が「国家机关たる登記所に対し一定内容の登記を要求する公法上の行為であって、民法にいわゆる法律行為ではない」といこと、ついで、これが民法一〇八条但書にいう「債務ノ履行」にあたるとして、「すでに効力を発生した権利変動につき法定の公示を申請する行為であり、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はない」とことである。この理由づけは、いずれに重点があるのか定かではないが、最高裁判決は、登記申請行為には登記権利者と登記義務者の間に利害対立がないとの認識である。学説においても、結論については一致をみており、その理由づけが異なるすぎない。

いずれにしても、司法書士が右の事案において双方受託を行った場合にも同様の処理となるが、司法書士の場合には、司法書士法九条との関連が問題となる。

(2) 「前段事務」と双方受託 右の最高裁判決は、その事案からみて、登記申請行為といった「後段事務」に限定され

た双方受託の例である。問題は「前段事務」についての双方受託の場合であるが、これを許容する見解が有力と思われる。最近の議論をみれば、民法一〇八条が任意規定であると解し、両当事者が予め一人の司法書士が双方の「代理人」をつとめることにつき「同意」をしていることから、民法一〇八条の適用がなく、これが有効な代理行為として認められる。すなわち、「囑託者たる原因行為が当事者が同時決済を確実ならしめるためにむしろ一人の司法書士に囑託をすることを便宜とし」、「受任者たる司法書士は法律専門家として公正誠実に職務してくれるものと信頼する両委任当事者の意思に基づくことであって、民法一〇八条の本文並びに法意に抵触すると案ずるに及ばない」<sup>18</sup>、とする。論者は、「前段事務」において司法書士は「登記が經由されることに関わる利益の意味が異なることに由来して、いわば登記権利者、登記義務者のそれぞれに対し大きくは重なりつつも細部においては異なる（重点において傾きの異なる）給付義務を負っている」<sup>19</sup>とするが、これは、登記義務者と登記権利者の利益が一致しないこと、つまり、利益相反が存在し、この意味では、司法書士の双方受託は民法一〇八条が禁止する法意に抵触することになる。しかし、双方当事者の「同意」により民法一〇八条の適用をはずすとなれば、右の議論はこの限りでは意味がなくなる。

ただ、この「同意」について、つぎのことを指摘しておきたい。第一は、「同意」の前提として、これをなすに必要な情報が開示されていることである。「同意」の実質化である。例えば、司法書士と一方当事者との特別な関係、司法書士の職務として助言などにより実質的には実体関係の形成に係わりうることなどである。第二は、司法書士法九条の存在である。司法書士法九条については、従来、訴訟事務が念頭にあり、「相手方のある同一事件については、当事者の利害相反するのが通例であるから、他方のためにも書類を作成することは公正を欠くおそれがあるので概括的に禁止したものである」<sup>20</sup>とその立法趣旨が説かれている。しかし、司法書士法九条は、弁護士法二五条と比較すれば、規定内容が非常に単純であるが、その立法趣旨は共通するものである。<sup>21</sup>したがって、一面において、民法一〇八条と同じく、依託者を保護す

るものであるが、同時に司法書士をして誠実にその職務にあたらせ、その品位及び信用を失墜することのないよう配慮したものである、と解され、当事者の「同意」がある場合であっても、司法書士法九条の観点から、司法書士が双方受託をなさない場合もある。

## 2 双方受託不許説の検討

(1) そこで、『登記代理』概念を当事者に代って登記所に店頭し申請書を提出する所為の部分Ⅱ「狭義の登記代理」(不動産登記法二六条一項)とこれを含むより広範囲にわたって行われるはずの、申請書類の調整など一連の法的事務Ⅱ「広義の登記代理」(司法書士法二条一項一号)とに分け、司法書士が後者において双方代理により活動することは民法一〇八条や司法書士法九条の規定に抵触する、と解する「登記権利者代理人説」を検討することとする。

この見解は、登記申請行為における登記権利者・登記義務者の登記申請意思のほかに、これの基底をなす「登記変動意思」を構想するところに特色がみられる。論者によれば、この「登記変動意思」は、当事者が、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当事者の意思であり、この「登記変動意思」は、不動産売買の場合であれば、まず登記権利者がこれを表示したあと、司法書士の代理活動が、「登記変動意思」を基礎としかつ「登記申請意思」を不動産登記法にしたがい登記所に表明するための授權(代理権授權、いわゆる囑託)を受けて始まる。司法書士は、代理人として、登記義務者の「登記変動意思」を代理受領する。この広義の登記代理において、司法書士の果たすべき役割は、右のこと以外に、登記権利者に所期の物權變動の効果を完全に享受させるような登記を有効に取得させるところにある<sup>②③</sup>。そして、これら「登記変動意思」の合意は、「対立して締結される取引内容そのものに他ならず、当事者の利益対立の場の出来事である」から、一人の司法書士しか選任されていない場合でも、それは実質的には取引当事者の一方のみの代理人の地位を占めるとみなすべきとする<sup>②④</sup>。

「登記権利者代理人説」は、一九七八年に新しく規定された司法書士法二条一項一号という「登記……に関する手続について代理すること」、この『登記代理』なる概念を、不動産登記法二六条一項に規定する出頭代理とは質的に異なる専門職能的登記代理として確立することを狙い、「登記変動意思」という概念を媒介に、登記義務者と登記権利者との間においても「代理」構成が貫徹される。そして、登記申請に関する助言・相談などは、『登記代理』委任とは別個の隣接的・周辺の事務に属するとして、『登記代理』概念規定から除かれる。このように『登記代理』の概念を登記申請手続を核とした限定的なものと組み立てている。これは、弁護士との職域競合を意識しながら司法書士について『登記代理』がもつ独自性を明確にするところにその狙いがあると思われる。<sup>27)</sup>

(2) この見解によれば、一方的解除の可否の問題は、つぎのように説明される。登記申請において、司法書士は、直接的には、登記権利者の代理人をつとめ、登記義務者から登記権利者に対してなされた登記申請の代理権授与の受け取りを代理し、さらに登記義務者との関係では、登記権利者から復代理の関連における代理人の資格でこれを行う。そこで、売主Ⅱ登記義務者が登記申請に必要な書類を司法書士に渡した後は、もはや自己の一存で直接に司法書士に指図して登記申請を左右したり、関連書類の返還を要求したりすることが許されなくなる、と。<sup>28)</sup>

しかし、この登記申請における復代理人構成が、論者がいうように、一方的解除を否定する結論を「無理なく理由づけられ」た、といえるか、これが「技巧的でありすぎる」<sup>29)</sup>ことは否定し得ない。ただ、この構成に対しては、「登記申請に際しての登記義務者の利益が無視されている」<sup>30)</sup>との批判があるが、復代理人も本人たる登記義務者に対して「代理人ト同一ノ権利義務」を有する（民法一〇七条二項）のであれば、司法書士は登記権利者と登記義務者から等位置にあるといえまいか。ただ、登記義務者が登記権利者に対する登記申請に関する代理権授与の委任契約を解除すれば、復代理もその基礎を失って消滅するため、登記義務者からの一方的解除の否定が果たして理由づけられるか、疑問となる。<sup>31)</sup>

(3) 「登記権利者代理人説」の法理的要は、手続法上の「登記申請意思」と関連しながらも區別される実体法の領域に属する当事者意思としての「登記變動意思」の概念である。これが実体法上の概念であることの論証として、論者は、判例法理の分析から、つぎの三点をあげる。まず、①不実登記の存在が真の所有者の意思、または明示もしくは黙示の承認に基づく場合、民法九四条二項の適用ないし類推適用により、第三者が所有権を取得する場合の「意思」または「承認」、つぎに、②中間省略登記の効力が中間者の同意の存否に係わる場合の「同意」、そして、③登記申請行為について表見代理の成立を認める法的構成をとる場合に想定されるが、相手方の外観信頼を招来する表見代理人が本人に代って本人のためにする意思表示としての「意思」である。

不動産登記は、登記実行の段階では、登記所がなすところの一種の行政行為であるが、このような段階に至るまでの手続過程の開始は、私法上の法律関係の当事者の主導＝申請によるのを原則とする。しかも、不動産上の私権を公示し保護することを本来的な目的とする登記においては、私的自治の原則が支配する。すなわち、登記の申請については、ある私人が他の私人に対する関係において私法上これを義務づけられることはあるし、また登記申請を怠ることによって私法上の不利益を受けることはあるが、登記申請が公法上これが義務づけられることはないのが原則である<sup>⑧</sup>。この意味では、登記手続開始にあたっては、「物権ノ設定及ヒ移転」に関する「意思表示」(民法一七六条)とは別の、かかる物権變動の当事者が登記(申請)を行うことの決断(意思)が存在することは否定し得ない。この決断が「登記變動意思」と捉えられ、としても、これに実体法上特別の意味を持たせ、「登記申請意思」に基づき登記が実行され、登記簿上に記入された登記は「登記申請意思」とは別に「登記變動意思」のあることが認められた場合のみ「実体的にも有効とみなされる」、ということにはにわかに賛成しえない。若干の疑問を述べておくことにする。

右の論証①に關していえば、確かに不実の登記が、真実の所有者の「意思」に基づき実行されてはいるが、これがため

に、実体関係の存在しない不実登記が有効になるわけではない。仮装の譲受人から善意で譲り受けた第三者との関係において、第一の譲渡人が第一の所有権移転が虚偽表示（したがって所有権移転登記が仮装）なるがゆえに無効であることを主張しえないだけのことである。この真実の所有者の「意思」なるものは、外観作出に対する帰責を問う機能を果たすものである。論証②の中間省略登記は実体的な権利変動と異なる過程を公示することになるが、これが有効なものとして扱われるのは、少なくとも現在の権利関係は正確に公示しており、これで足りるとする妥協的な政策的理由によるもので、物権変動の関係者が中間省略登記を行うことの「同意」に基づくということではない。だから、中間者の「同意」がなくとも、保護されるべき客観的利益を有しない中間者は、中間省略登記の抹消登記が認められないのである。論証③においては、実体的取引についてはこれが表見代理により有効とされるとしても、登記申請行為についてはこれが無権代理のため登記義務者本人の登記申請意思を欠いており登記の無効を来しかねない。しかし、表見代理のゆえに有効とされる実体的取引のなかで登記の合意もなされているならば、これに基づき無権代理人が登記申請について（無権）代理をする場合には、登記申請行為が登記義務者本人の意思に基づかないものとはいえなくなるのではあるまいか。したがって、登記申請行為だけを実体的取引関係から切り離し、登記申請行為について表見代理規定の類推適用を論じることが適切ではない、と思われる。

(17) 椿寿夫「代理人による登記申請と民法」不動産登記先例百選「第二版」一四頁以下（一九八二年）。

(18) 山崎敏彦『登記代理委任契約論』（一九八八年・一粒社）三八頁。

(19) 山崎・前掲書三八頁。

(20) 徳永秀雄「高見忠義『司法書士法解説』（一九八七年・日本加除出版）一〇五頁。

(21) 立法趣旨について、兼子＝竹下・前掲書三二六頁。

(22) 兼子＝竹下・前掲書三八二頁。司法書士法九条については、参照、住吉「司法書士法第九条の存在意義」『不動産登記に関する司法書士の役割』(一九八九年・法律文化社) 二二九頁以下。

(23) 一般的に使われている名称に従ったが、司法書士が登記義務者の代理人となることが認められない趣旨ではない。

(24) 住吉・前掲書(注4) 一四九頁。

(25) 具体的には、登記申請に表示される客体と取引の目的物件の合致、原因証書の形に固定される登記義務者の登記変動意思の受領、原因証書ならびに申請書中の表示と取引内容の照応、あるいは申請に姿を現す相手方と登記義務者の同一性など、必要な諸事項の完備の確認につとめるべき職責を負担する(住吉・前掲書(注4) 二二二頁)。

(26) 住吉・前掲書(注4) 二〇九頁。

(27) 住吉『新しい日本の法律家』(一九八八年・テイハン) 三八七頁。

(28) 住吉・前掲書(注4) 二一〇頁。

(29) 住吉・前掲書(注4) 二一〇頁。

(30) 伊藤・前掲三二九頁。

(31) 伊藤・前掲三二九頁。

(32) 山崎・前掲書二二二頁。

(33) 住吉・前掲書(注4) 一五五頁以下。

(34) 住吉・前掲書(注4) 一六二頁以下。

(35) この場合に観念できる中間者の「登記意思は、消極的に自己名義の登記実行を否定する効果のみを招くもの」であるいう(住吉・前掲書(注4) 一六三頁)。

(36) 住吉・前掲書(注4) 一六四頁以下。

(37) 以上、幾代通『不動産登記法「第三版」』(一九八九年・有斐閣) 六〇頁以下。

(38) 住吉・前掲書(注4) 一四二頁。

(39) 最判昭和三五年四月二二日民集一四卷六号九四六頁。

#### 四 私見の素描——むすびにかえて

「登記権利者代理人説」については、「登記変動意思」の取り扱いに關しては疑問を抱かざるをえない。なによりも、常態としての双方受託について、論者がいうように、これが「実質的には取引当事者の一方の代理人の地位を占める、とみなすべきこと」になり、「そのような認識にもとづいて関連の法解釈問題に臨むべき」とするならば、取引当事者の意識と大きなズレがあるのではなからうか。とはいえ、私見は「登記権利者代理人説」と基調を同じくする。司法書士の登記事務が質的に変化・高度化しつつある現状では、訴訟事務における執務の在り方とも関連して、司法書士は一方当事者の受託者として不動産登記事務を執り行うことを原則的形態とすべきであるまいか。そして、執務対象に適した法的サ―ビスとして双方受託の形態が選択される場合には、依託者の利益を保護し、司法書士の公正誠実な執務と品位および信用の保持を担保する法的枠組みの設定がなされるべきである。

すなわち、司法書士は、不動産取引のいずれか一方当事者、例えば登記権利者と不動産登記事務に關する囑託契約を締結した場合、登記権利者の受託者として、相手方登記義務者との間で事務を執り行う。司法書士は、登記権利者の代理人ではない。この点が登記権利者代理人説と異なる。司法書士は法律専門家として依託者に從属することなく公正誠実に事務を執り行うべきこというまでもない。問題は、当事者が双方受託を望む場合である。登記所に対する登記申請手続がこれに該当する。また、「前段事務」においても、これがありうる。この場合、依託当事者の利益を保護すべき観点から、双方受託についての「同意」を実質化するための手立てが講じられるべきである。司法書士がなすべき執務の範囲と事務遂行の公正誠実に疑義を生じさせる可能性のある司法書士と一方依託当事者との特別の關係（とくに、日頃、依頼を受けることの多い不動産業者、金融機関）などが他方依託当事者に開示されることなどである。これが現状では欠けているのではないかと思われる。依託当事者の同意がある場合であっても、司法書士法九条に抵触する場合には、もちろん、これ



を受託しえない。ただ、同条の内容が、弁護士法二五条と対比した場合、貧弱であることは否めない。これの充実が課題である。<sup>(43)</sup>

結局のところ、法律専門家としての弁護士と司法書士との違いは、その執務態様にあるのではなく、執務の範囲にある、と考える。

(40) 住吉・前掲書(注4)二〇九頁。

(41) 以上のことを考えるにさいして、弁護士に関するニュートラル・ロイヤーの着想に注目したい。参照、小島武司「リーガル・プロヘッションの二十一世紀を展望して(下)」判タ五七六号三頁以下(一九八六年)、同「司法書士職域の現状と展望」『司法書士一〇〇講』一三卷一八頁以下(一九八七年)。

(42) 住吉「司法書士業務の一類型としてみた登記代理の法的構成(下)」登記研究四九七号二二頁以下参照。

「一九九一年一〇月二八日脱稿」

〔付記〕本稿は、筆者が研究代表者となっている一九九一〜九三年度文部省科学研究費補助金(一般研究A)「土地基本法体制と地方中核都市における土地・都市・住宅政策の実証的研究」(課題番号〇三四〇五〇〇六)による研究成果の一部である。