

# 隣接法律専門職種（司法書士及び行政書士）の 職域問題について

橋 谷 聡 一

## 1. は じ め に

我が国において法曹という語から想起される専門職種は、裁判官・検察官・弁護士のいわゆる法曹三者であろう<sup>1)</sup>。しかし、特に民間におけるリーガル・サービスの「担い手」という観点から法律に関する専門職種の範囲を検討すると、法曹三者、とりわけ在野法曹たる弁護士によってこれが完結しているとは到底言い難く<sup>2)</sup>、司法書士・弁理士・税理士・行政書士・社会保険労務士・土地家屋調査士等の様々な法律に関する専門職種が社会において大きな役割を担っていることは、つとに知られるところある<sup>3)4)</sup>。この様な状況は、平

- 1) 鈴木宗男衆議院議員「最高裁判所裁判官の指名等に関する質問主意書」（平成21年5月12日提出質問第391号）における「法曹資格の定義」についての質問に対し、麻生太郎内閣総理大臣「衆議院議員鈴木宗男君提出最高裁判所裁判官の指名等に関する質問に対する答弁書」（平成21年5月22日受領答弁第391号）では、「法曹資格」については、一般的には、裁判官、検察官及び弁護士となる資格という意味で用いられているものと承知している」と答弁されている。出所：衆議院ホームページ（[http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_shitsumon.nsf/html/shitsumon/171391.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/171391.htm)）。なお、いずれも、肩書は当時のもの。以下、同じ。
- 2) 同様の指摘として、木佐茂男・宮澤節生・佐藤鉄男・川嶋四郎・水谷規男・上石圭一『テキストブック 現代私法〔第5版〕』（日本評論社、2009年）34頁がある。
- 3) これらの他、例えば、不動産に関する実務においては建築士・不動産鑑定士・宅地建物取引主任者・マンション管理士・管理業務主任者等が、海事に関する実務においては海事代理士等が、監査及び会計に関する実務においては公認会計士等が、一定の法律に関する知見を有しながら専門職としてその業務に関与している。
- 4) この点、特にアメリカ合衆国における主な法律専門職種としては、弁護士（Attorney-at-law）・公認会計士（Certified Public Accountant）・登録代理人（Enrolled agent）が、グレートブリテン及び北アイルランド連合王国（以下、「イギリス」とする）においては法廷弁護士（Barrister）・事務弁護士（Solicitor）・勅許会計士（Chartered Accountant）または勅許公認会計士（Chartered Certified Accountant）が想起されるが、法律専門職種としてはこれらにほぼ限られていることは、我が国との比較において特徴的である。特にイギリスの会計士制度については、「日本における公認会計士及び公認会計士制度のあるべき姿」に関する委託研究グループ「委託研究報告 日本における公認会計士及び公認会計士制度のあるべき姿」に関する委託研究報告」（2013年）94-95頁を参照されたい。出所：日本公認会計士協会ホームページ（[http://www.hp.jicpa.or.jp/ippan/jicpa\\_pr/news/post\\_1754.html](http://www.hp.jicpa.or.jp/ippan/jicpa_pr/news/post_1754.html)）。また、我が国が司法制度の一部を継受したフランス共和国（以下、「フランス」

成11年、内閣の下に司法制度改革審議会が設置されたことを端緒として本格的に開始された司法制度改革により、司法書士・弁理士・社会保険労務士・土地家屋調査士の職域の拡大が図られたことから、その一端を垣間見ることができる<sup>5)</sup>。

ところで、司法書士及び行政書士は特に市民に身近な法律に関する専門職種であるところ、これらは司法制度改革審議会の意見書<sup>6)</sup>において、ともに「隣接法律専門職種」として位置づけられている<sup>7)</sup>。そして、そのサービスの「受け手」である事業者を含む市民の立場からみると、いずれも法律の専門的な知見を有する専門職であることに変わりないが、「担い手」である司法書士及び行政書士が業として行うことができる業務、つまり、職域はそれぞれ「司法書士法」(昭和25年法律197号)及び「行政書士法」(昭和26年法律4号)を中心とする法令により画されている。しかし、その解釈を通じて明らかとなるそれぞれの職域の限界(業際)は、必ずしも明確とはし難いため、後述のとおり争点となる。

この職域(業際)問題は、それぞれの隣接法律専門職種にとっては自らが行うことのできる業務の維持・拡大という、主に経済的側面において重要な問題であることは想像に難くない。また、その議論においては、それぞれの資格要件において求められる専門知識の水準及び範囲も意識されることとなろう。しかし、職域問題は、市民にとっては単に自らが望むリーガル・サービスをいずれの隣接法律専門職種に依頼すれば、適切に受けることが可能かという問題に過ぎず<sup>8)</sup>、このような問題の存在自体が、リーガル・アクセスを阻害し、結果として社会の法化を遅滞させる原因となるのではないだろうか。

この問題については、これまでも主に実務家から、様々な検討が加えられてきた<sup>9)</sup>。し

とする)においても、後掲・注84において述べるとおり、法律専門職種について、一定の統合が図られたところである。

- 5) 司法制度改革推進本部決定「今後の司法制度改革の推進について」(平成16年11月26日)参照。出所：首相官邸ホームページ (<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kouhyou/041126kongo.html>)。
- 6) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」(平成13年6月12日)。出所：司法制度改革審議会ホームページ (<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html>)。
- 7) 司法制度改革審議会・前掲注6 86-88頁参照。この同意見書では、「隣接法律専門職種」として、先に本文において言及した6つの専門職種が具体的名称を挙げられている。ただし、この語は、弁護士を中心に位置づけ、その業務に包含され、あるいは隣接する業務を行う法律職種という認識を前提としているように解し得る余地がある。この点について、弁護士及び隣接法律専門職種の沿革や業務等、多面的な観点からの検討が必要と考えられるが、本研究ではこれを指摘した上でこの語を用いる。特に司法書士、行政書士、税理士、弁理士、社会保険労務士を準法曹、なかでも組織外準法曹と位置付けるものとして、萩原金美「法の担い手の特殊日本の存在形態——“擬似的法の支配”の担い手としての準法曹」、佐々木有司 編『法の担い手たち』(国際書院、初版、2009年)224-225頁がある。また、「隣接」という概念について、権威的存在の中心=コアとし、法、裁判所、法曹、弁護士のそれぞれをコアと措定した上で、弁護士、司法書士、行政書士について、その位置づけをモデル化し分析を試みるものとして、久保山力也「「隣接」の解体と再生——協働から競争へ——」法社会学76号(2012年)221-223頁がある。
- 8) 同様の指摘として、吉岡すずか「弁護士と他士業の共同——利用者ニーズの観点から——」法社会学76号(2012年)205頁がある。

かし、先行研究は必ずしも多いとはいえない<sup>10)</sup>、特に解釈に重きを置いた検討は十分ではないように思われる。そこで、本研究では、特にこの二つの隣接法律専門職種の間での職域問題を取り上げ、それぞれの資格制度を概観した上で、代表的な争点について、法令の解釈を通じ検討し、解決の糸口を見出すことを試みる<sup>11)</sup>。

## 2. 司法書士と行政書士

さて、具体的な論点について検討を加える前段として、司法書士及び行政書士の根拠法令について、特にその業務を中心として整理する<sup>12)</sup>。

### (1) 司法書士について

司法書士は、司法書士法に基づく隣接法律専門職種である。

司法書士法の目的は、「司法書士の制度を定め、その業務の適正を図ることにより、登記、供託及び訴訟等に関する手続の適正かつ円滑な実施に資し、もつて国民の権利の保護に寄与すること」(同法1条)であり、これが立法趣旨であると考えられる<sup>13)</sup>。

司法書士の業務は、大要、以下のとおりである。

- ① 登記又は供託に関する手続の代理(司法書士法3条1項1号)
- ② (地方)法務局に提出等を行う書類等の作成(同項2号)
- ③ (地方)法務局長に対する登記又は供託に関する審査請求の手続の代理(同項3号)
- ④ 裁判所若しくは検察庁に提出する書類又は筆界特定の手続において(地方)法務局に提出等を行う書類等の作成(同項4号)
- ⑤ ①ないし④の事務についての相談(同項5号)
- ⑥ 簡易裁判所における一定の訴訟手続、和解手続、支払督促手続、証拠保全手続、民事

9) 司法書士と行政書士との間における職域問題について具体的に言及する実務書等として、例えば、瀬下満義『弁護士のいない島から』(鳥影社、初版、2002年)161-173頁、小関典明・岩戸康太郎・板垣俊夫・茅野勇平『行政書士のための事務所運営と実践業務処理マニュアル』(三協法規出版、2009年)12頁、青山登志朗『新訂版 行政書士業務必携～百戦錬磨の実務と理論～』(大成出版社、3版、2013年)210-214頁、三木常照『——増補改訂版——行政書士の役割 行政と市民のインターフェイス』(ふくろう出版、2013年)133-138頁、同「法律専門職務の軌跡と将来像——行政書士を中心に——」立命館法学5・6号(2010年)1421-1426頁がある。

10) 小野秀誠『専門家の責任と権能——登記と公証——』(信山社、初版、2000年)111-152頁、西島太一「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——」阪大法学52巻3・4号(2002年)553-591頁、阿部泰隆『行政書士の業務 その拡大と限界』(信山社、初版、2012年)73-78頁参照。

11) 筆者の浅学から、必ずしも理解及び検討が十分ではない可能性がある。読者各位からのご叱正を賜ることができれば幸いである。

12) 司法書士・行政書士はそれぞれを社員として司法書士法人(司法書士法26条以下)・行政書士法人(行政書士法13条の3以下)を設立し、法人として行うことができる業務が規定されているが(司法書士法29条1項、行政書士法13条の6)、本研究では、司法書士・行政書士の業務について言及している。他の隣接法律専門職種についても同じ。

13) 小林昭彦・河合芳光『注釈 司法書士法(第三版)』(テイハン、2007年)26-27頁参照。

保全手続、民事調停手続、小額債権執行手続の代理（同項6号）

- ⑦ 一定の民事に関する紛争についての相談、仲裁事件の手続、裁判外の和解についての代理（同項7号）
- ⑧ 一定の筆界特定の手続についての相談、代理（同項8号）

なお、以上の⑥ないし⑧の業務（以下、「簡裁訴訟代理等関係業務」とする）は、一定の要件を満たした司法書士に限り、行うことができる（司法書士法3条2項）。

そして、①ないし⑧の業務は、司法書士のいわゆる独占業務であるが、いくつかの例外が存在する。まず、東京高裁平成7年11月29日判決（平成6年（ネ）2755号 損害賠償同反訴中間確認請求控訴事件、判例時報1557号52頁）によれば、弁護士も登記申請代理業務を行うことができると解される<sup>14)</sup>。また、公認会計士等について、「計理士又は公認会計士、会計士補が会社その他法人の設立を委嘱された場合その付随行為として登記申請書類（定款、株式申込書、引受書、創立総会議事録等の添付書類を含む）の作成及び申請代理をなすことは、司法書士法一九条の正当の業務に付随して行う場合に該当すると解して差し支えない」との行政先例<sup>15)</sup>がある。

ただし、これらの例外は、その根拠をやや異にするものと考えられる。というのも、弁護士については、前掲東京高裁平成7年11月29日判決も述べるとおり、弁護士法3条1項における「一般の法律事務」は「ひろく法律事務」全般を指し、その一分野に属する登記申請代理行為が一般の法律事務として弁護士の職務に含まれると解することによるものである<sup>16)</sup>。その一方、公認会計士等については、その範囲が法人の設立の場合に限定されるものであり、かつ、その理由もあくまでも付（附）随行為（以下、引用部分を除き「付随行為」とする）<sup>17)</sup>としてこれを行うことができるとされているに過ぎないからである。

また、司法書士は、①ないし⑧の業務であっても、その業務を行うことが他の法律において制限されているものについては、これを行うことができない（司法書士法3条8項）。この「他の法律」とは、具体的には、「土地家屋調査士法」（昭和25年法律228号）・「弁理士法」（平成12年法律49号）・「税理士法」（昭和26年法律237号）が挙げられる<sup>18)</sup>。弁護士

14) この点については、小野・前掲注10 114-116頁、西島・前掲注10 555-561頁参照。

15) 昭和25年7月6日民事甲第1867号法務省民事局長回答。この先例については、福崎伸一郎「最高裁判所判例解説」法曹時報55巻2号（2003年）252頁（注六）によった。

16) 小林・河合・前掲注13 554頁参照。

17) この点、会計業務の専門家である公認会計士等に、特に認められた特殊な権能であることに理由を求める見解がある。福崎・前掲注15 249-250頁参照。しかし、現在の「公認会計士法」（昭和23年法律103号）2条の文理上、まず、公認会計士等が、「会社その他法人の設立」の委嘱を受けることができるのか、また、これが仮に肯定されたとしても、いかなる理由から、その業務の付随行為として、登記申請書類の作成等を行なえるのか、合理的な根拠は不明である。

18) このほか、司法書士法3条8項の「他の法律」に「海事代理士法」（昭和26年法律32号）も含まれると解する余地がある。というのも、海事代理士は、他人の委託により、（地方）法務局等に対し、「船舶法」（明治32年法律46号）等の規定に基づく申請、届出、登記その他の手続をし、及びこれらの手続に関し書類等の作成をすることを業とし（海事代理士法1条及び同法別表1）、これをその独占業務とした上で（同法17条1項）、その違反に対し罰則を設けていることによる（同法27条）。

法については、司法書士の業務が依頼者の依頼の趣旨を法的に整序し書類を作成することを超えて、一般に法律解釈や法的手段を教示することは、その業務範囲を超えるため認められないが、「他の法律」による制約は、当該業務範囲を縮減する性質のものであり、同法72条の問題が生じるからといって、これにより司法書士の業務が制約される関係にあるわけではないとの理由から、これに当たらないと解されている<sup>19)</sup>。しかし、同条本文が、原則として、弁護士等以外の者による訴訟事件をはじめとした法律事務の取扱い等の禁止、いわゆる「非弁行為」の禁止を規定し、その違反について罰則を設けていることについては（同法77条3項）、留意が必要であろう<sup>20)</sup>。

司法書士となる資格を有する者としては、司法書士試験に合格した者（司法書士法4条1号）のほか、一定の期間、裁判所事務官、裁判所書記官、法務事務官若しくは検察事務官としてその職務に従事した者等であって、法務大臣が一定の業務を行うのに必要な知識及び能力を有すると認めたもの（同条2号）が掲げられている。

司法書士となるには、司法書士名簿に登録を受けなければならない（司法書士法8条1項）、①ないし⑤に掲げた業務は、司法書士会に入会している司法書士でないものは原則としてできず（同法73条1項本文）、これに違反した者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処せられる（同法78条1項）。なお、非司法書士等の取締まりの例外について、「他の法律に別段の定めがある場合は、この限りでない」（同法73条1項ただし書き）とされる<sup>21)</sup>。また、同法3条2項1号ないし3号の要件を満たさない司法書士が簡裁訴訟等代理業務を行なった場合、同法2条及び弁護士法72条の問題が生じることとなる<sup>22)</sup>。

## （2）行政書士について

行政書士は、行政書士法に基づく隣接法律専門職種である。

---

もっとも、沿革論として、司法書士も付随業務として、海事代願を行うことができるとする衆議院における政府委員答弁（江崎一治委員の質疑に対する出席政府委員壺井玄剛運輸事務官（海運局海運調整部長）答弁（第10回国会 衆議院運輸委員会議録6号（昭和26年2月29日））、「海事代願人がその業務に附随して船舶の登記を行うことに関する司法書士法の解釈について（昭和25年9月1日海調総第661号運輸省海運局長照会、同月9日民事甲第2449号民事局長会等並びに各法務局長及び地方法務局長宛通達）」登記研究35号（1950年）19頁及び「海事代理士及び司法書士の職域について」登記研究210号（1965年）54-55頁を踏まえれば、船舶法に基づく船舶登記は海事代理士と司法書士等の共管の独占業務と解する余地もある。しかし、少なくとも海事代理士法の趣旨及び上述の同法の文理に鑑みれば、かような理解には疑問が残る。

19) 小林・河合・前掲注13 163-168頁参照。

20) 弁護士法72条の解釈上、「その他一般の法律事件」における事件性とは何かが問題となる。この点については、①これを「法律事務」と同視する説、②「新たに形成される事件」をも含むとする「新形成説」、③「法的紛議説」、に分類する見解が示されている。兼子仁『行政書士法コンメンタール 新6版』（北樹出版、2013年）46-47頁参照。

21) 司法書士法73条1項ただし書きの「他の法律」については、土地家屋調査士法と弁護士法の規定に限られるとの説がある。小林・河合・前掲注13 554頁参照。しかし、司法書士法3条8項とは異なり、司法書士の独占業務であっても、例外として、他の隣接法律専門職種等が行える場合を規定しているのであるから、その範囲はより広く解されるべきだろう。

22) 小林・河合・前掲注13 147頁参照。

行政書士法の目的は、「行政書士の制度を定め、その業務の適正を図ることにより、行政に関する手続の円滑な実施に寄与し、あわせて、国民の利便に資すること」(同法1条)であり、これが立法趣旨であると考えられる<sup>23)</sup>。

行政書士の業務は、大要、以下のとおりである。

- ① 官公署に提出する書類等その他権利義務又は事実証明に関する書類(実地調査に基づく図面類を含む)の作成(行政書士法1条の2 1項)
- ② 行政書士が作成することができる官公署に提出する書類を官公署に提出する手続及び当該官公署に提出する書類に係る許認可等に関して行われる聴聞又は弁明の機会の付与の手続等において当該官公署に対してする行為についての代理(同法1条の3 1号)
- ③ 行政書士が作成することができる契約その他に関する書類を代理人として作成すること(同条2号)
- ④ ①の書類の作成についての相談(同条3号)

これらの業務のうち、①は独占業務であると解されるが(行政書士法19条1項本文)、②ないし④については、その文理から独占業務ではないと解される(同法1条の3本文)<sup>24)</sup>。

その一方、行政書士の独占業務である①についての例外として、弁護士は訴訟事件等のみならず、広く「その他一般の法律事務を行うことを職務とする」(弁護士法3条1項)とされていることを踏まえれば、行政書士の登録を行わずともその業務を行うことができると解することが可能と思料する<sup>25)</sup>。

また、行政書士は、その業務であっても、その業務を行うことが他の法律により制限されているものについては、業務を行うことができない(行政書士法1条の2 2項及び1条の3本文ただし書き)。この「他の法律」とは、具体的には、弁護士法・司法書士法・弁理士法・税理士法・「社会保険労務士法」(昭和43年法律89号)・土地家屋調査士法、海事代理士法・「建築士法」(昭和25年法律202号)、「不動産の鑑定評価に関する法律」(昭和38年法律152号)等を挙げることができ、官公署に提出する書類等であっても、これらの法令においてそれぞれの隣接法律専門職種の独占業務に該当する場合、これを行うことはできない<sup>26)</sup>。このうち特に弁護士法72条が、いわゆる非弁行為の禁止を規定していることに、留意が必要である<sup>27)</sup>。

23) 地方自治制度研究会 編集『新 詳解 行政書士法』(ぎょうせい, 初版, 2010年) 25-26頁参照。

24) 地方自治制度研究会・前掲注23 52頁。兼子・前掲注20 33頁参照。

25) 行政書士業務のうち官公署に提出する書類の作成を業とするには、行政書士の登録が必要との見解がある。青山・前掲注9 198頁参照。確かに、弁護士の職務について、「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」(弁護士法3条2項)とされていることや行政書士となる資格を有する者として、弁護士が挙げられていること(行政書士法2条2号)の反対解釈から、弁護士であっても、行政書士の登録を行わずに業務を行なえないと解する余地が生じる。しかし、弁護士の職務として、「その他一般の法律事務を行うこと」(弁護士法3条1項)とされ、「一般の法律事務」とは、「ひろく法律事務」全般を指すことは明らか(前掲東京高裁平成7年11月29日判決)と解されていることからすれば、かような見解は採り得ない。

26) 地方自治制度研究会・前掲注23 33-50頁, 兼子・前掲注20 30-32頁参照。

行政書士となる資格を有する者としては、行政書士試験に合格した者（行政書士法2条1号）のほか、弁護士・弁理士・公認会計士・税理士となる資格を有する者（同条2号ないし5号）に加え、一定の期間、国又は地方公共団体の公務員等として行政事務を担当した者（同条6号）が掲げられている。

行政書士となるには、行政書士名簿に登録を受けなければならない（行政書士法6条1項）、①に掲げた業務は、行政書士でないものは原則としてできず（同法19条1項本文）、これに違反した者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処せられる（同法21条2号）。ただし、他の法律に別段の定めがある場合等について、例外が設けられている（同法19条1項ただし書き）<sup>27)</sup>。

### （3） 司法書士及び行政書士の沿革論

司法書士及び行政書士の職域の検討にあたっては、それぞれの沿革にさかのぼりこれが行われることが多い。この点、それぞれの根拠法令の立法、その改正等については、優れた先行研究があり、ここで改めてこれを詳論することは屋上屋を架すものとなるため控えるが、その流れは概要、以下のとおりである<sup>29)</sup>。

明治初期、我が国の近代的司法制度として定められた「司法職務定制」（明治5年太政官無号達）<sup>30)</sup>においては「第十章 証書人代書人代言人職制」の規定が設けられた。このうち、代書人の業務として、「各人民ノ訴状ヲ調成シテ其詞訟ノ遺漏無カラシム」と規定されており、これらの業務は現在の司法書士業務の一部に該当するものと考えられる。その後、「訴答文例」（明治6年太政官布告247号）<sup>31)</sup>3条及び4条により、代書人強制主義が採られたが、「訴答文例中代書人ノ件改定」（明治7年太政官布告75号）によりこれが一部

27) 弁護士法72条については、注20を参照されたい。特に行政書士と弁護士の職域（業際）問題について検討する論考として兼子・前掲注20 45-48頁、菊池秀「行政書士の権利義務又は事実証明関係書類作成業務をめぐる問題点」自由と正義60巻11号（2009年）83-93頁、鈴木俊行「行政書士と弁護士の業際論「行政書士は訴訟性の有る事案において『代理人として書類を作成』できないのか？」」行政書士東京2004年1月号64-66頁も参照されたい。なお、鈴木論文については、東京都行政書士会から提供をいただいた。ここに記し、感謝申し上げる。

28) 行政書士法19条1項ただし書きの「他の法律」については、弁護士法・司法書士法・税理士法・社会保険労務士法・建築士法・土地家屋調査士法・海事代理士法・弁理士法等が挙げられる。地方自治制度研究会・前掲注23 223-224頁参照。

29) この点については、小野・前掲注10 120-131頁、西島・前掲注10 555-565頁が特に参考となる。また、三木・前掲注9（行政書士の役割）20-30頁、同・前掲注9（法律専門職の軌跡と将来像）1409-1418頁も詳しい。ほか、司法書士制度については、大阪司法書士会史編纂委員会 編集『大阪司法書士会史（第一巻）』（大阪司法書士会、1991年）、同『大阪司法書士会史（第二巻）』（大阪司法書士会、2001年）、同『大阪司法書士会史（第三巻）』（大阪司法書士会、2011年）、行政書士制度については、日本行政書士会連合会50周年記念事業実行委員会 編集『行政書士五十年史』（日本行政書士会連合会、2001年）、東京都行政書士会行政書士制度五〇周年事業委員会『東京都行政書士会史』（2001年）も参照されたい。

30) 司法職務定制は、フランス法の影響を受けたとされる。中村英郎「近代司法制度の成立と外国法の影響」早稲田法学42巻1号（1967年）272-273頁参照。

31) 訴答文例は、英米法の影響を受けたとされる。中村・前掲注30 275頁参照。

改められた。

この様に、代書人に関する法制としては、現在の司法書士に相当するいわゆる司法代書人に関するものが先行して制定され様に見受けられるが、現在の行政書士に相当するいわゆる行政代書人も活動を行っていたとされ<sup>32)</sup>、明治後期の「代書人取締規則」（明治36年大阪府令60号）1条及び4条、「代書業者取締規則」（明治39年警視庁令）1条及び4条を見る限り、司法代書人と行政代書人を区分することなくその規制が及んでいることが明らかとなる。

その後、大正期に「司法代書人法」（大正8年法律48号）が制定され、昭和10年に「司法書士法」へと改正された。また、その間、「代書人規則」（大正9年内務省令40号）が制定され、同令1条では、「本令ニ於テ代書人ト称スルハ他ノ法令ニ依ラスシテ他人ノ囑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ヲ謂フ」と規定されている<sup>33)</sup>。かような状況から、大正期に至って、ようやく司法代書人と行政代書人の区分が明確化されたことがわかる<sup>34)</sup>。

第二次世界大戦終結後、昭和25年、司法書士法が制定され、数度の改正を経て現在に至っている<sup>35)</sup>。また、行政書士法は、代書人規則が「昭和22年法律72号（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）」1条により、同22年12月31日を以って失効したため、同26年の行政書士法制定を待たなくてはならなかった<sup>36)37)</sup>。

### 3. 職域（業際）問題の実際

既に見たとおり、司法書士の業務が、「法務局又は地方法務局に提出し、又は提供する書類……を作成すること」（司法書士法3条1項2号）と規定される一方で、行政書士の業務は、「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」（行政書士法1条の2 1項）と規定され、そのいずれにおいても、その業務を行うことが他の法律において制限する場合が例外とされている（司法書士法3条8項

32) 地方自治制度研究会・前掲注23 3頁

33) 代書人規則については、西島・前掲注10 563-564頁を参照されたい。

34) 司法代書人と行政代書人は、従来から別個であり、これが追認されたにすぎないとの理解がある。小野・前掲注10 129頁参照。

35) 制定後の改正経緯については、小林・河合・前掲注13 2-24頁が詳しい。

36) 制定後の改正経緯については、地方自治制度研究会・前掲注23 8-21頁が詳しい。

37) 弁護士制度については、司法職務定制に代言人の業務として、「自ら訴フル能ハザル者ノ為ニ、之ニ代リ其訴ノ事情ヲ陳述シテ枉冤無カラシム」ことが規定されており、これを起源と考えることができる。その後、「代言人規則」（明治9年司法省甲1号布達）の制定及び同13年の改正、「弁護士法」（明治26年法律7号）、「弁護士法」（昭和8年法律53号）が制定され、現在の「弁護士法」（昭和24年法律205号）となった後、数度の改正を経て現在に至っている。また、公証人制度については、司法職務定制に証書人の業務として、「田畑家屋等不動産ノ売買貸借及生存中所持物ヲ人ニ贈与スル約定書ニ奥印セシム」ことが規定されており、これを起源と考えることができる。その後、「公証人規則」（明治19年法律2号）、「公証人法」（明治41年法律53号）が制定され、数度の改正を経て現在に至っている。

及び行政書士法1条の2 2項)。これらの規定は、一見、その職域を明確に定めるものであるように見受けられ、疑義が生じる余地がないようにも思われる。しかし、以下に挙げた株式会社の定款や不動産の売買契約書等のように、官公署に提出する書類、あるいは権利義務に関する書類として作成されるが、その後、登記申請書の添付書類・添付情報とされる書類等の作成という場面で問題が生じる余地がある<sup>38)</sup>。以下では、特に、二つの論点につき、検討を加えることとしたい。

#### (1) 株式会社の定款の作成及び認証について

まず、株式会社の定款（「会社法」(平成17年法律86号)26条1項)の作成及び公証人の認証の嘱託について代理人として行うこと（以下、これらを併せて「定款作成代理」とする）について、例えば、取締役設置会社の発起設立の場合、原則として、株式会社設立登記申請書とともに（「商業登記法」(昭和38年法律125号)17条1項）、添付書類として、定款（同法47条2項1号）、発起人の同意書（同条3項）、設立時代表取締役を選定したことを証する書面（同条2項7号）、設立時取締役、設立時代表取締役及び設立時監査役の就任承諾書（同項10号）、印鑑証明書（「商業登記規則」(昭和39年法務省令23号)61条2項）、払込みを証する書面（同法47条2項5号）、資本金の額の計上に関する設立時代表取締役の証明書（同規則61条5項）、委任状（同法18条）等を添付し、その申請を行うこととなる。

登記申請代理や登記申請書の作成は当然に司法書士の独占業務であると解することができるが（司法書士法3条1項1号及び2号）、定款作成代理がその独占業務に属するか否かという点については、検討の余地がある。

この点についての解釈は、行政先例によりリードされてきたものの、実はこれ自体が複雑な様相を呈している。

まず、極めて古い行政先例ながら、「司法書士ハ公証役場ニ提出スル委任状ノ作成ヲ為スコトヲ得ス行政代書人ニ於テ作成スルハ差支ナシ」とする法曹会決議<sup>39)</sup>及び「司法書士法第一条中裁判所トアル内ニハ公証人役場ヲ包含セス（法曹会決議）故ニ司法書士ハ公証人役場ニ提出スヘキ委任状等ノ書類ヲ作成スルヲ得ス」との説を肯定する司法省訓令通牒回答<sup>40)</sup>に基づけば、司法書士は定款の作成および認証を行えないこととなる<sup>41)</sup>。

また、これは弁護士法との関係についての行政先例であるが、原則として、「会社設立に必要な書類のうち、登記所に提出するもの（例えば、会社設立登記申請書、登記申請委任状）の作成は、司法書士の業務範囲に含まれるが、しからざるもの（例えば、定款、株

38) 同様の指摘として、小野・前掲注10 111-112頁がある。

39) 「司法書士ト公証役場ニ提出スル委任状ノ作製ニ関スル件（議案（昭13）第267号昭和13年12月15日委員会第4科決議）」法曹会雑誌17巻3号（1939年）96-97頁。

40) 「司法書士カ作成スル書類ニ関スル件（昭和14年4月27日日記第932号福岡地方裁判所長進達、公証人福田喜久司稟伺同年5月8日民事甲第471号民事局長回答）」法曹会雑誌17巻7号（1939年）75頁。

41) なお、定款の公証人による認証が、その成立要件とされたのは、昭和13年法律72号による改正を受けたものである。

式申込証)の作成は、含まれない」との行政先例<sup>42)</sup><sup>43)</sup>もある。

その一方、「司法書士が作成代理人として記名押印又は署名している定款が添付された登記申請を受理することができることについて疑義があるとして照会があった事案につき、当該登記の申請は、他に却下事由がないときは、受理して差し支えない旨の回答がなされた」、「司法書士が登記申請の添付情報となる定款の作成代理を行うことは、司法書士法に違反するものではなく、そのことも、本件回答の前提となっている」とする行政先例<sup>44)</sup>もあり、これによれば、独占業務か否かはともかくとして、少なくとも司法書士がその業務として定款の作成を行うことができることとなる<sup>45)</sup>。

このような解釈上の疑義が生じる原因は、以下の3点によると考えられる。

- ① 株式会社の定款は、会社の運営方法に関する株主間の合意、つまり、株主間の契約であり<sup>46)</sup>、これが権利義務に関する書類であることから、その作成は行政書士の独占業務と解することができること（行政書士法1条の2 1項）。
- ② 株式会社の定款は公証人の認証を要するところ（会社法30条1項）、公証人は、法務局または地方法務局に所属し（公証人法10条1項）、法務大臣に任命権（同法11条）及び監督権（同法74条1項）があり、実質的意義における公務員であると解される。しかし、公証人役場（同法18条1項）は、（地方）法務局（司法書士法3条1項2号）、裁判所または検察庁（同項4号）のいずれでもなく、官公署（行政書士法1条の2 1項）に該当すると考えられること。
- ③ この定款は株式会社設立登記申請書の添付書類であることから、（地方）法務局に提出等を行う書類等に該当すると解すれば（司法書士法3条1項2号）、少なくともその作成については、司法書士の独占業務となること。

定款作成代理については、①及び②を重視すれば、これは行政書士の独占業務と考えるべきこととなる一方、③を重視すれば司法書士の独占業務と考えるべきこととなる。

だが、定款及び定款の公証人による認証の意義に目を向けると、その趣旨は、定款の内容の明確化と不正行為や紛争の防止にあるということができ<sup>47)</sup>、株式会社の成立要件が登

42) 「司法書士の業務範囲と弁護士法の関係について（昭和28年10月26日付日弁連総第173号日本弁護士連合会長照会、昭和29年1月13日付民事甲第2553号法務事務次官回答）」民事月報9巻3号（1954年）61-62頁。

43) ただし、この行政先例は、弁護士法72条の非弁行為にあたる場合を問題としていることから、司法書士のみならず行政書士にも同様に妥当すると考えられる点には、留意が必要である。

44) 「司法書士が作成代理人として記名押印又は署名している定款が添付された登記申請の取扱いについて（平成18.1.18 2法登1 第93号東京法務局民事行政部長照会、平成18.1.20民商第135号民事局商事課長回答、同日民商第136号法務局民事行政部長（除く東京）、地方法務局長あて民事局商事課長通知）」民事月報61巻2号（2006年）364-367頁。

45) なお、この先例は先の「司法書士の業務範囲と弁護士法の関係について」の先例を変更したものではないとされる点、留意が必要である。ほか、日本公証人連合会における経緯として、「平成17年度第3回全国理事会」公証147号（2006年）91-93頁も参照されたい。

46) 龍田節『会社法大要』（有斐閣、初版、2007年）431頁参照。

47) 前田庸『会社法入門〔第12版〕』（有斐閣、2009年）30頁参照。

記であることは当然としても（会社法49条）、先に挙げた①の株主間の合意としての側面を重視せざるを得ない。このように考えると、定款それ自体は、権利義務に関する書類としての固有の意義があることとなる<sup>48)</sup>。

しかし、実務上、公証人の認証についての嘱託が代理人により行われる場合、司法書士、行政書士等の有資格者による場合も多いとされる<sup>49)</sup>。そして、仮に、これを行政書士の独占業務と解したとしても、株式会社設立登記申請に付随して司法書士が定款作成代理を行うことに現実的な不都合があるとも考え難い<sup>50)</sup>。

## （2）不動産登記申請における添付書類の作成について

次いで、例えば、不動産の売買を原因とする所有権移転を目的とする登記においては、登記申請書（「不動産登記法」（平成16年法律123号）18条）とともに、添付情報（同法26条、「不動産登記令」（平成16年政令379号）2条1号）として、登記識別情報（同法22条）、登記原因証明情報（同法61条、同令7条1項5号ロ・別表30イ）、代理権限証明情報（同令7条1項2号）、印鑑証明書（同令18条2項）、住所証明情報（同令別表30ロ）等を添付し、その申請を行うこととなる<sup>51)</sup>。

これらのうち登記原因証明情報としては、売買契約書、売買契約書の写しに売主が記名押印したもの、一定の売渡証書がこれに当たるとされている<sup>52)</sup>。

登記申請代理及び登記申請書の作成は当然に司法書士の独占業務であると解することができるし（司法書士法3条1項1号及び2号）、登記原因証明情報がいわゆる「報告形式の登記原因証明情報」<sup>53)</sup>の場合、その作成は、所有権移転登記の申請のみを目的として行われると考えられることから、同様の結論となるが、売買契約書及び売渡証書の作成が司法書士、行政書士いずれの独占業務に属するかという点については、検討の余地がある。

48) なお、持分会社の定款は公証人の認証を受ける必要がない。そのため、②の理由は妥当しないこととなる。しかし、もとより②の理由は形式的なものであり、実質的な理由である①については、定款の意義それ自体は株式会社と異なることはないため、持分会社についても妥当する。

49) 村田長生「定款認証における公証事務の実情（報告）——公証人に対するアンケート結果——」公証146号（2006年）60頁参照。

50) その一方、公証人からは、「司法書士・行政書士等の有資格者の中にも、定款作成事務には不慣れな人も多く、……旧法に従って作成し、嘱託しようとするケースが珍しくない」との指摘がある。村田・前掲注49 61頁。この調査を是とすれば、専門性という意味において、いずれの隣接法律専門職種も課題を抱えていることが明らかとなる。

51) 本研究では、依然として不動産登記の約7割を占めるいわゆる書面申請（不動産登記法18条2号）を前提とした。なお、オンライン申請（同条1号）及び書面申請の割合については、法務省「登記統計 年報 2012年」参照。出所：政府統計の総合窓口（<http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001110784>）「法務局及び地方法務局管内別 登記事務取扱件数及び個数」。

52) 法務局ホームページ（<http://houmukyoku.moj.go.jp/homu/static/Taro12-1314.pdf>）参照。不動産登記法の立案担当者らもこのような理解を前提としているものと考えられる。清水響 編著『一問一答 新不動産登記法』（商事法務、初版、2005年）166-167頁参照。

53) 山野目章夫『不動産登記法概論』（有斐閣、初版、2013年）70頁。その他、鈴木正道「新不動産登記法の要点と問題点」、江藤价泰『司法書士の新展開』（日本評論社、1版、2005年）19-20頁も参照されたい。

この点について、平成16年法律123号による改正以前の不動産登記法（明治32年法律24号）下のものながら「司法書士は、法の示す通り、他人の囑託を受けて、その者が裁判所、検察庁、法務局、地方法務局に提出する書類を代つて作成することを業務とする者であるので、これらの官庁に提出する訴状、告訴状、登記申請書等の作成はもちろん、これらに添付を必要とする諸々の書類もしくは上記書類の交付請求書（例えば、売買契約書、各種契約書、証拠写の作成、住所、氏名、租税、公課の証明願、戸籍謄本交付請求書等）の作成も当然司法書士の業務範囲に属する」との行政先例<sup>54)</sup>が存在する。

また、後掲最高裁平成12年2月8日判決の解説においても、登記原因証書となる売買契約書等が「初めから登記原因証書として作成される場合は、登記申請の添付書類として法務局又は地方法務局に提出する書類に該当するから、司法書士が作成すべきものであって、行政書士が作成することはできない<sup>55)</sup>」との見解が示されている。

しかし、売買契約書と売渡証書はその性質が異なることから、これらを区別して考える必要があるのではないかとの疑問が生じる。というのも、売渡証書は、「登記をする際、売主が改めて売渡物件を表示して、その売渡事実を証明し、併せて代金の受領事実を記載し買主に交付するもの<sup>56)</sup>、あるいは「登記申請に当たり当事者が実体法上の物権変動を確認した書面<sup>57)</sup>」とされたとおり、その目的はもっぱら登記申請書の添付書類として作成されるものである<sup>58)</sup>。その一方、売買契約書は、——債権契約としての——売買契約の成立を証する書面としての役割が重視されており、多く場合、所有権の移転時期の特約等があることから、これを登記原因証明情報とする場合、その条件成就の事実を証する情報も併せて必要となる。この様な、特約付きの売買契約書の作成を基礎づける合意は、契約当事者の客観的・主観的認識のいずれにおいても、その締結と同時に所有権の移転がなされると解するものでなく、直截的に所有権移転登記のために行われるとは解し難い。

また、これとは次元の異なる問題として、不動産の売買契約を締結する場面において、司法書士が売買契約書を作成することが、不動産取引の安全に資すると断言できるか、という点についても検討の余地がある。

もちろん、登記申請行為のみを取り出して考えた場合、弁護士が登記申請について双方代理を行なったことについて、弁護士法25条及び民法108条の適用が争点となった、最高

54) 「行政書士との職域限界について（昭和39年8月19日付日司連総発第23号日本司法書士会連合会理事長照会、同年9月15日付民事甲第3131号民事局長回答）」民事月報19巻10号（1964年）81-82頁。

55) 福崎・前掲注15 249頁。

56) 国税庁「不動産の売渡証書」参照。出所：国税庁ホームページ（<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/inshi/08/03.htm>）。

57) 清水・前掲注52 166頁。

58) もっとも、売渡証書については、登記原因証明情報の資料としての価値が劣るとの指摘がある。山野目・前掲注53 71頁参照。また、売渡証書を登記原因証明情報とすることに対しては、債権契約と物権契約の関係において我が国の通説的な理解に反することや虚偽表示に基づく登記申請を容認・助長させるもの等の批判もある。七戸克彦「新「不動産登記法」の制定と司法書士の役割」法制研究71巻3号（2005年）189-190頁参照。

裁昭和43年3月8日二小廷判決（昭和42年（オ）901 建物明渡請求及び建物所有権移転登記抹消登記手続請求事件，民集22巻3号540頁ほか）<sup>59)</sup>における，「登記申請行為は，国家機関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つて，民法にいわゆる法律行為ではなく」，「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，登記義務者にとつては義務の履行にすぎず，登記申請が代理人によつてなされる場合にも代理人によつて新たな利害関係が創造されるものではない」との判断は，少なくともその結論自体，妥当なものと考えられる。加えて，現在の司法書士法22条2項ないし4項が業務を行い得ない事件として，裁判書類作成関係業務，簡裁訴訟代理等関係業務のみを掲げていることとも整合的である<sup>60)</sup>。

しかし，司法書士と取引当事者の関係によっては，司法書士による登記申請の一連の行為についても，実質的な利益相反関係が生じていないか疑義が生じる恐れがあり<sup>61)</sup>，特に売買契約書の作成について言えば，純粋な登記申請代理以前の売買契約の成立過程におけるものであり，当然に双方代理が可能とし得る場面ではないと考えられる<sup>62)</sup>。このような観点からは，むしろ，売買契約成立過程においては，例えば，契約の当事者それぞれが，対立関係を維持しながら本人または代理人が契約を締結し，事実行為として売買契約書を作成した後<sup>63)</sup>，司法書士がその真実性を検証するという手法を採ったほうが，結果として，登記の真正の担保に資する場合があるのではないか。

この様に考えると，たとえ，結果として売買契約書が登記原因証明情報とされる場合であったとしても，その作成を当然に司法書士の独占業務であると解することは妥当性を欠く場合があるのではないかと思われる。

### （3） 検討

以上で検討した通り，司法書士と行政書士の職域は明らかでない部分が多く，あたかも境界紛争の様に，確定することが相当程度難しいというのが現状である。では，先に述べた定款作成代理や売買契約書の作成の様な，境界線上に位置する業務については，どの様に考えればよいだろうか。

---

59) 本判例の評釈として，石川明「登記申請の双方代理と弁護士法第二十五条第一号」民商法雑誌59巻4号（1969年）108-118頁，豊田健「登記申請の双方代理と弁護士法第二十五条第一号」法学研究42巻6号（1969年）102-108頁，石外克喜「登記申請の双方代理と弁護士法第25条第1号」経済理論109号（1969年）49-55頁等がある。

60) 小林・河合・前掲注13 233-235頁参照。

61) この点については，平成14年法律33号による改正以前の司法書士法を前提とする議論だが，田中克志『不実登記責任論・入門』（信山社，1版，1992年）192頁参照。これに対し，同様の問題提起をしつつも，司法書士については職責上，双方代理を承認すべきとの説もある。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』（日本加除出版，初版，1987年）342-344頁参照。

62) 類似の指摘として，田中・前掲注61 193頁がある。

63) 例えば，行政書士が，売買契約書を代理人として作成する（行政書士法1条の3 2号）ということもあり得よう。

この点について整理するための一つの着眼点は、いわゆる付随業務という概念である<sup>64)</sup>。昭和26年法律235号による改正前の司法書士法19条1項ただし書きは、「他の法律に別段の定がある場合又は正当の業務に附随して行う場合は、この限りでない」として、付随業務をその独占業務から除外していた。同じく、昭和39年法律93号による改正前の行政書士法19条1項ただし書きも「他の法律に別段の定がある場合及び正当の業務に附随して行う場合は、この限りでない」として、付随業務をその独占業務から除外していた。前者の司法書士法の改正については、「[正当の業務に附随して] 行う行為の拡大解釈を制限する限度にすぎず、基本的には当然のものとして削除した」<sup>65)</sup>との理解が示されている。また、後者の行政書士法の改正の趣旨も拡張解釈の防止にあり、「行政書士でない者が正当な業務の遂行上真に必要な範囲内において附随して行う場合は、従来どおり禁止されるものではない」との行政先例<sup>66)</sup>も存在する。つまり、いずれの改正においても、従前の解釈を改めるものではないと解することができることからすれば、司法書士及び行政書士の独占業務についても、他の隣接法律専門職種は、その正当な業務に付随する場合は、行うことができると考える余地がある<sup>67)</sup>。

もちろん、このような解釈論は、付随業務の範囲の拡張解釈を行えば、これを徒に拡大しようという難点がある。つまり、例えば、司法書士が所有権移転登記を行うことに「付随して」農地転用（「農地法」（昭和27年法律229号）5条）の許可申請書を作成したり、行政書士が不動産の売買契約書の作成に「付随して」所有権移転登記申請書の作成をしたりとすることが想定されうるからである。

しかし、この付随業務については、最高裁平成12年2月8日三小廷判決（平成9年（あ）613 司法書士法違反被告事件、刑集54巻2号1頁ほか）<sup>68)</sup>が一つの重要な先例となる。本件は、行政書士である被告人が、司法書士会に入会している司法書士ではなく、かつ、法定の除外事由がないのに、業として、17回にわたり、地方法務局において、有限会社の代表取締役等から嘱託を受け、同人らの代理人として、有限会社変更（取締役の住所変更）登記等を行ったというもので、これが、司法書士法19条1項に違反するとして起訴された。一審（福山地裁郡山支部平成8年4月25日判決）及び原審（仙台高裁平成9年5月23日判決）は、被告人を有罪としたところ、被告人等は、憲法22条1項違反とともに、登記申請

64) 小野・前掲注10 133-139頁では、もっぱらこの付随業務について司法書士及び行政書士の沿革から検討が行われ、これを肯定的に位置づけている。

65) 小野・前掲注10 126頁。ほか、同書134頁も参照されたい。

66) 「行政書士法の一部を改正する法律の施行について（通知）（自治行第84号昭和39年7月7日）」のこの先例については、地方自治制度研究会・前掲注23 321-322頁によった。

67) 司法書士法における付随業務については、前掲注17も参照されたい。

68) 本判例の評釈として、福崎・前掲注15のほか、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」法学セミナー No. 549（2000年）105頁、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」法学教室 No. 242（2000年）152-153頁、村木保久「行政書士が業として登記申請行為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」判例評論506号（2001年）59-63頁等がある。

代理が行政書士の付随行為（正当行為）であること等を理由として、上告した。しかし、最高裁は、「登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士……以外の者が、他人の囑託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたもの」とし、「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」として、これを棄却した<sup>69)</sup>。

本判決は、極めて簡潔に登記申請代理が行政書士の業務の付随業務に当たらないことのみを判示しており、その理由は、必ずしも明らかではない。だが、権利義務に関する書類を作成することができる行政書士が（行政書士法1条の2 1項）、その業務に付随して、登記申請代理を行うことができない理由について、どの様に考えるべきか。

この点について、権利義務に関する書類であっても、初めから登記原因証書として作成される場合、行政書士が作成することはできず、登記原因証書作成業務の付随行為として登記事務を行うことができるという前提が誤りであるとの理解もある<sup>70)</sup>。しかし、そもそも行政書士法において、権利義務に関する書類の作成をその独占業務として位置づけていることに加え、「初めから登記原因証書として作成される場合」というあいまいな要件により、場合によっては全く同質の権利義務に関する書類であったとしても、登記申請手続において利用される可能性があれば、刑事罰が科される可能性すら生じることに鑑みれば、かような理解には、大きな疑問が残る<sup>71)</sup>。この様に考えると、本判決の趣旨は、司法書士法の解釈にあたっては、その立法目的を踏まえるべきであり、法が保護しようとする司法書士の中核的な業務について、他の隣接法律専門職種が行いうる範囲は極めて厳格に解されるべきとの理解にとどまるのではないだろうか<sup>72)</sup>。

しかし、仮にこのような理解を提示し、これを隣接法律専門職種の根拠法令の解釈において一般化した場合、その帰結として、付随業務として他の隣接法律専門職種が行うことのできる業務は極めて少ないか、存在しないこととなる。

特に、行政書士法について考察すると、同法が立法趣旨とする「あわせて、国民の利便に資すること」（同法1条）とは、行政書士の業務のうち「権利義務又は事実証明に関する書類」一般の作成を意味するとしていることから<sup>73)</sup>、同法が独占業務とする範囲は極めて

---

69) もっとも、一審及び原審が司法代書人及び行政代書人の沿革、司法書士法及び行政書士法の立法過程に立ち入ってその解釈を行っていることは、翻って、同法の規定の不明なることの証左であるといえよう。

70) 福崎・前掲注15 249頁参照。

71) 阿部・前掲注10 77頁にも同様の指摘がある。不動産の売買契約書の作成についてはもちろんだが、例えば、不動産の賃貸借契約を作成する場合に、賃借権を登記する内容が含まれるか否かで（民法605条）、司法書士の独占業務となるか行政書士の独占業務となるかが異なるという結論は、果たして合理的だろうか。

72) 本判決は、「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」との理解を前提とすると解した上で、これを批判的に検討するものとして、西島・前掲注10 566-567頁がある。

て広範となり、市井のほとんどすべての書類について、行政書士以外の者は業として作成できないこととなり、妥当性を欠く場面が生じる懸念がある。

この点、最高裁平成22年12月20日一小廷判決（平成20年（あ）1071 行政書士法違反被告事件、刑集64巻8号1291頁ほか）<sup>74)</sup>は、行政書士でなく、かつ、法定の除外事由がない被告人が、業として、複数回にわたり、依頼を受け、事実証明に関する書類である家系図を作成し、報酬を受け取った事件について、一審（釧路地裁網走支部平成19年10月24日判決）及び原審（札幌高裁平成20年5月13日判決）を破棄自判し、無罪とした。本件において最高裁は、この家系図は「個人の観賞ないしは記念のための品として作成されたと認められるものであり、それ以上の対外的な関係で意味のある証明文書として利用されることが予定されていたことをうかがわせる具体的な事情は見当たらない」ことから、「本件家系図は、依頼者に係る身分関係を表示した書類であることは否定できないとしても、行政書士法1条の2第1項にいう「事実証明に関する書類」に当たるとみることができない」と判示した。

本判決は、事例判決ながら、行政書士及び他の隣接法律専門職種の独占業務を考察する上で、以下の点において重要な示唆を与える。

まず、最高裁は本判決の判旨において「対外的な関係で意味のある証明文書として利用されることが予定されていた」か否かについて、言及している。このことから、作成された書類について、依頼者の主観的な目的と客観的な書類の性質のいずれを重視すべきか、という問題が提起される<sup>75)</sup>。もちろん、いったん作成された書類が依頼者や作成者の意思とは無関係に存在し得ることを強調すれば、書類の客観的要素を重視することとなる<sup>76)</sup>が、少なくとも本判決においては、「対外的な関係での具体的な利用目的を供述する者はいない」との事実認定を行なっていることからすると、その主観的な目的も含め、判断に及んでいると考えられる<sup>77)</sup>。

そして、特に、宮川光治裁判官の補足意見は、行政書士法1条の2第1項の「事実証明

73) 地方自治制度研究会・前掲注23 25-26頁参照。

74) 本判決の評釈として、松宮孝明「鑑賞ないしは記念のための家系図と行政書士法にいう「事実証明に関する書類」」法学セミナー No. 675（2011年）123頁、金秀美「行政書士法違反被告事件最高裁判決」法律のひろば64巻9号（2011年）43-49頁、萩野貴史「鑑賞ないしは記念のための家系図と行政書士法1条の2にいう「事実証明に関する書類」」法律時報83巻11号（2011年）94-97頁、佐藤輝幸「鑑賞ないしは記念のための品として作成された家系図が、行政書士法1条の2第1項にいう「事実証明に関する書類」に当たらないとされた事例」論究ジュリスト4号（2013年）201-206頁、任介辰哉「鑑賞ないしは記念のための品として作成された家系図が、行政書士法1条の2第1項にいう「事実証明に関する書類」に当たらないとされた事例」ジュリスト No. 1451（2013年）89-91頁、同「鑑賞ないしは記念のための品として作成された家系図が、行政書士法1条の2第1項にいう「事実証明に関する書類」に当たらないとされた事例」法曹時報65巻7号（2013年）379-408頁がある。

75) 佐藤・前掲注74 205頁参照。

76) 金・前掲注74 49頁参照。

77) 佐藤・前掲注74 205頁参照。

に関する書類」は、同法の立法趣旨に従い、同法1条の目的からの限定を受けるべきであるとし、「職業選択の自由・営業の自由（憲法22条1項）と調和し得るよう合理的に限定解釈されるべき」とする。また、「文理上、「事実証明に関する書類」の内容については「官公署に提出する書類」との類推が考慮されなければならない。このように考えると、「事実証明に関する書類」とは、「官公署に提出する書類」に匹敵する程度に社会生活の中で意味を有するものに限定されるべき」とも述べる。この補足意見は、行政書士の独占業務の検討にあたっては、その根拠法令の明文規定はもちろん、その制度を定める目的や職業選択の自由・営業の自由から、制限的に解すべきということを意味するものと理解することができる。

本判決を理解する上での前提として、行政書士法が定めるその独占業務は、文理上、広範に及ぶという特徴に留意する必要があるものの、その判旨や補足意見で示された内容は、他の隣接法律専門職種の独占業務の範囲を検討するにあたっても妥当する側面は多いと考えられる。つまり、一般に、隣接法律専門職種の独占業務に文理上該当する業務であったとしても、その範囲はそれぞれの根拠法令の立法目的等から制約を受けるため、これを踏まえて限定解釈しなくてはならないこと、作成された書類について、依頼者の主観的な目的と客観的な書類の性質を踏まえ、行為の適法・違法を判断する必要があることは、他の隣接法律専門職種の根拠法令の解釈においても妥当するのではないだろうか。

以上を踏まえると、隣接法律専門職種の職域については、次の観点から整理することが可能となる。

- ① それぞれの隣接法律専門職種の独占業務の中でも、その根拠法令の立法趣旨から、中核的な業務として位置づけたものを他の隣接法律専門職が付随行為として行うことは認められず違法となる可能性が高いこと。
- ② 独占業務に形式的に該当する業務であったとしても、その範囲は立法趣旨等により限定解釈の必要があること。
- ③ 違法となる行為の判断にあたっては、客観的な書類等の性質のみならず、依頼者の主観的な目的も考慮される必要があること。

もちろん、かような理解をしても、職域問題を快刀乱麻するには到底及ばない。特に、②については、判断が難しい場面が多いものと考えられる。しかし、これを踏まえ、先に掲げた定款作成代理及び不動産の売買契約書の作成という二つの論点について検討すると、ひとまず、以下の整理が可能と思われる。

検討の順序は前後するが、まず、不動産の売買契約書について、これが依頼者の主観的な目的においても客観的な性質においても登記原因証明情報として作成されるものなら、①及び③の観点から、司法書士の独占業務となろう。反対に、この目的及び性質を欠くものなら、①及び③の観点から、行政書士の独占業務となろう。ただし、③のいずれかの要件を欠く場合、つまり、登記申請書の添付情報となる可能性があるに過ぎないものならば、司法書士及び行政書士のいずれが作成しても、少なくとも違法とはならないのではないか。

次に、定款作成代理については、上述の観点から端的に整理を行うことは難しい。とい

うのも、定款については、公証人の認証と法務局への登記申請という二つの官公署が関わるためである。先に述べたとおり、定款の性質、公証人役場という官公署に提出する書類であることを重視すれば、①の観点から行政書士の独占業務と解され、②による限定解釈も生じない。その一方、最終的に登記申請書の添付書類となることのみを重視すれば、①の観点から司法書士の独占業務と解することになる。この点については、解釈論での解決に限界があり、何らかの立法により解決が必要と考えられる。

#### 4. 結 語

平成11年に開始された司法制度改革の成果として、同13年の司法制度改革推進本部の設置、翌14年の司法制度改革推進計画<sup>78)</sup>に基づく様々な立法を経て、我が国の司法制度は大きな変貌を遂げた。その後、おおよそ10年が経過し、例えば、法曹養成制度については、法務省の法曹養成制度検討会議<sup>79)</sup>において見直しの議論がなされ、平成25年、「法曹養成制度検討会議取りまとめ」<sup>80)</sup>が示されたところである。そこでは、「全体としての法曹人口を引き続き増加させる必要」<sup>81)</sup>を認めつつも、「司法試験の年間合格者数を3,000人程度とすることを目指すべきとの数値目標を掲げることは、現実性を欠く」<sup>82)</sup>と述べており、これをして数値目標を掲げた法曹人口の大幅な増員計画は砂上の楼閣となった。

法曹養成制度については、今後も引き続き検討がなされるべきだが、以上の帰結として、我が国のリーガル・サービスにおいて、隣接法律専門職種が担う役割は引き続き大きな位置を占めることとなり、それゆえに、弁護士が果たす役割の補完という観点からではなく、そもそも、これらをどの様に位置づけるべきかという大局的観点から検討がなされる必要がある<sup>83)</sup>。

もちろん、隣接法律専門職種を可能な限り統合するという選択肢もあり得るが<sup>84)</sup>、立法

78) 「司法制度改革推進計画」(平成14年3月19日閣議決定)。出所：首相官邸ホームページ (<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/keikaku/020319keikaku.html>)。

79) 法曹養成制度検討会議については、法務省ホームページ ([http://www.moj.go.jp/housei/shihouseido/housei10\\_00001.html](http://www.moj.go.jp/housei/shihouseido/housei10_00001.html)) を参照されたい。

80) 法曹養成制度検討会議「法曹養成制度検討会議取りまとめ」(平成25年6月26日)。出所：法務省ホームページ (<http://www.moj.go.jp/content/000112068.pdf>)。

81) 法曹養成制度検討会議・前掲注80 7頁。

82) 法曹養成制度検討会議・前掲注80 7頁。

83) この点、萩原・前掲注7では、準法曹制度について、批判的観点から検討がなされている。

84) 例えば、我が国の近代司法制度に大きな影響を与えたフランスでは、1971年に弁護士職 (avocat) と大審裁判所付代訴士職 (avoué près les tribunaux de grande instance) 及び商事裁判所付弁護士職 (agrégé près les tribunaux de commerce) を統合し、1990年、弁護士職と法律顧問職 (conseil juridique) を統合したとされる。垣内秀介・町村泰貴・松村祐土・山本和彦「フランス弁護士職の業務と収入に関する現状——法曹人口増加と弁護士職の状況に関する一例——」, 日弁連法務研究財団 編『法と実務 vol.2』(商事法務, 初版, 2002年) 30頁, 上石奈緒「フランスの法曹養成制度」法曹養成対策室報 No.5 (2011年) 22-23頁参照。また、その背景については、六本佳平「経済のグローバル化と司法の構造変化」神戸法学雑誌54巻1号 (2004年) 133-134頁参照。conseil juridique は、

論については今後の検討に期待することとし、隣接法律専門職種の職域について、まずは、リーガル・サービスの「担い手」側の論理ではなく、「受け手」である市民の利便に資するものでなくてはならないという観点から、解釈論のさらなる展開が必要である。

また、本研究では、司法書士と行政書士の間の一部の業務について検討を行なったが、弁護士と隣接法律専門職種、隣接法律専門職種間の同様の問題についても、一層の検討が望まれる。

---

「法律助言士」とも訳され、「商事、税務に関して、助言をなすことおよび私署証書の作成をすることを内容とする」（中村紘一・新倉修・今関源成 監訳『フランス法律用語辞典 第3版』（三省堂、2012年）とされる。