

司法書士による民事信託（設定） 支援業務の法的根拠論について

～（続）民事信託業務の覚書～
－「民事信託」実務の諸問題(5)－

金 森 健 一

- 1 問題の所在
- 2 民事信託設定支援業務とは
- 3 これまでの議論とそれに対する疑問
- 4 根拠規定はあるのか
- 5 一応の結論

1 問題の所在

日本の「民事信託」¹⁾の普及は、司法書士に拠るところが大きいと思われる。しかし、翻って考えてみると、どうして司法書士が「民事信託」を支援する業務を行うことができるのかという素朴な疑問に直面する。司法書士法には民事信託について定める明文規定がないからである。

本稿は、司法書士が民事信託支援業務、とくに信託の設定以前における支援業務を行うことのできる法的根拠の有無について検討するものである。

まず、信託設定以前における支援業務の内容について確認し（→2）、司法書士がこれを行う法的根拠についてのこれまでの議論（民事信託（支援）業務の法的根拠論）を確認するとともに、それについての疑問を挙げ（→3）、除外規定から区別した根拠規定の有無をこれまでの議論をもとにしながら検討する（→4）。

1) 「民事信託」の意義は、拙稿『「民事信託」実務の諸問題(1)』駿河台法学第32巻第2号22頁を参照。民事信託のうち、「信託業法の適用を受けない信託であって、個人の財産管理能力を補完するために利用されるもの」を意味する場合は、かぎ括弧を付けて「民事信託」と表現する。

なお、本稿の意見にわたる部分は、所属するいかなる組織・団体のものではなく、筆者の個人的な意見であること、また、本稿はいわゆる業際問題について検討することを目的とするものではなく、「民事信託」実務と司法書士法の関係について検討するものであることを念のため申し添える²⁾。

2 民事信託設定支援業務とは

(1) 「民事信託支援業務」との関係

筆者は、前稿において「民事信託業務」は、非営業信託と同義である民事信託についてその支援を行う業務とした。さらに、それを時系列に並べ、信託契約の締結以前の業務を「信託設定の支援」、信託契約の締結後の業務を「信託事務の支援」に分けた³⁾。本稿では、前者の業務を「民事信託設定支援業務」と呼ぶこととする。この業務の法的根拠の検討が本稿の主題である。

一方、司法書士業務との関係が論じられる際には「民事信託支援業務」の語が使用されることがある⁴⁾。民事信託支援業務は、民事信託の設定を支援する業務だけでなく、民事信託の開始後の信託期間中及び信託の終了・清算に至るまでを支援する業務を含むものと思われる⁵⁾。その意味では、「民事信託業務」と「民事信託支援業務」が、それぞれ対象とする業務は、おおそ同一であるということができると考える。

(2) 民事信託設定支援業務の内容

前稿において詳述したが⁶⁾、民事信託業務は、おおそ以下のような流れで行われる。

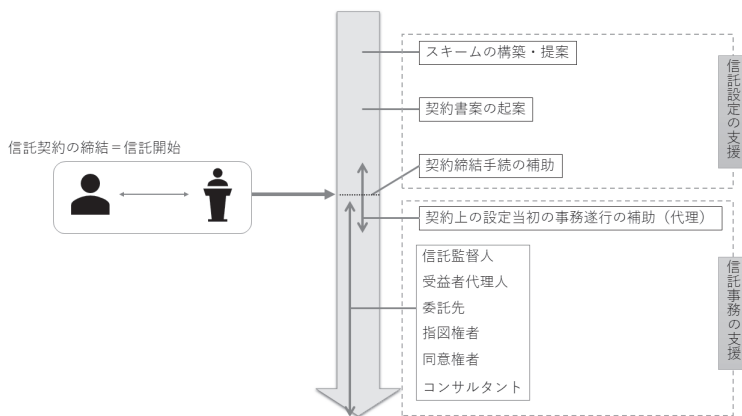
2) 問題関心は以前から有していながら(たとえば、拙稿「民事信託業務についての覚書～「民事信託」実務の諸問題(3)～」駿河台法学第33巻第2号(以下「諸問題(3)」という。)25頁注22)、同「司法書士による指図権者業務について」渋谷陽一郎『民事信託の実務と書式〔第2版〕』(民事法研究会、2020年)512頁。)、このままでは明確な答えが得られないのではないかとの危惧感もあり、あえて本稿を明らかにしその批判を受けることで答えを得たいという意図もある。

3) 拙稿・前掲注2)「諸問題(3)」22頁。

4) たとえば、渋谷陽一郎『民事信託の実務と書式〔第2版〕』(民事法研究会、2020年)2頁ほか。

5) 渋谷・前掲注4)2頁以下。

6) 拙稿・前掲注2)「諸問題(3)」22頁。



このうち、民事信託設定支援業務には、①スキームの構築・提案、②契約書案の起案、③契約締結手続の補助の業務がある。また、信託事務の支援に分類されるものの、「民事信託」の設定にあたり行われる重要なものとして、契約上の設定当初の事務遂行の補助（代理）業務がある。

ア スキームの構築・提案

①のスキームの構築・提案は、委託者その他の信託関係者の状況や委託者の財産の状況等を聴取・調査し、委託者の希望と受託者の能力に応じた信託の仕組みを策定・提案するものである。

要望や事情の聴取・調査、ニーズの確認とゴールの明確化、信託によることの適否と他の手段との比較、信託財産の決定と関係者の役割の決定、スキーム図等の作成・提供などが行われる。

イ 信託契約書案の起案

②の信託契約書案の起案は、策定されたスキームに則って委託者、受託者及び受益者の各権利義務の内容等についての定め（契約条項）の案を作成する。

ウ 信託契約手続の補助

③の信託契約締結手続の補助は、信託契約書を公正証書によって締結する場合は、公証人との公正証書作成に向けた調整や立会いを行う。

エ 契約上の設定当初の事務遂行の補助（代理）

そのほか、信託契約は締結され、信託は開始したものの、信託財産の管理の前提となる事務の遂行を支援するために、以下の業務が設定当初の事務遂行の

補助(代理)として行われる。たとえば、不動産を信託財産とした場合の信託の登記(信託法14条、34条1項1号・2項)の申請手続の支援(申請代理)や、賃貸の目的としている不動産を信託財産とした場合の賃貸人の地位の移転に伴う賃借人への通知の支援、金銭を信託財産とした場合の受託者名義の預金口座(民事信託預金口座)への金銭の預け入れ手続とその前提となる同口座の開設を受けることについての支援、株券不発行株式を信託財産とする場合の株主名簿書換等の支援、振替株式を信託財産とした場合の当該株式が信託財産に属する旨の記録を受けることができる証券口座への株式数の振替手続とその前提となる証券口座の開設を受けることについての支援等がある。

(3) 民事信託設定支援業務の特徴

上記(2)の民事信託設定支援業務の特徴として次の点を指摘できる。

- ①相談者に対してその本人が意識していない「民事信託」についての潜在的なニーズを喚起することも含まれる場合がある(相談者自身が「民事信託」を利用したいと意識して相談に訪れる場合もあるが、現状、支援者から具体的な「民事信託」の内容について提示したり、相談に応じる中で信託が課題解決に資することを提示したりする方が多いように思われる。ただし、これは「民事信託」の普及が進むにつれて前者の割合が増えていくことが予想される。)
- ②信託の当事者をそれぞれ誰にするかについては、相談者が発案するのではなく、支援者から発案されることが多い。たとえば、相談者Aからの「自分が死んだらBに承継させたい」という要望に対して、当初の委託者兼受益者Aの死亡後の財産承継者をBとする場合、信託を終了させてBを残余財産受益者(信託法182条1項1号)とするか帰属権利者(同項2号)とするか、又は信託を終了させないで第2次受益者とするかについては、支援者が提案しないかぎり定まらない(「Bを帰属権利者にしたい」という要望を出す相談者はあまりいない。)
- ③財産管理制度は信託以外に限られないから、支援者から他の制度(遺言や任意後見等)についての情報提供が行われ、選択は相談者が行うとしても、どの制度を選択するかについては、支援者の判断が大きく影響する。たとえば、ニーズやその事務負担を踏まえると、遺言書の作成で十分である相談者に対して、実績作りや高額な報酬等という相談者の利益とは無関係な動機から「民事信託」を選択し、その利用を積極的に勧める士業に遭遇したことは一度や

二度ではない。

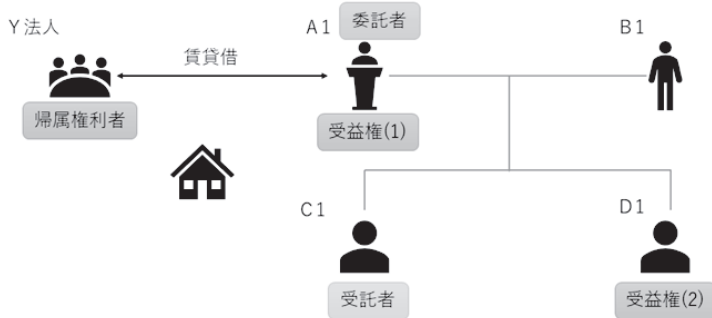
このように、民事信託設定支援業務において、支援者は、「民事信託」の利用希望者に対し、その設定に向けて主導的な役割を担うことになる。

(4) 民事信託設定支援業務の事例

民事信託設定支援業務の法的根拠の如何は、たとえば、次のような場面で問題となる。

【事例 I】⁷⁾

A1（81歳・女性）は、夫B1（81歳）、長男C1（45歳）及び二男D1（43歳）の4人家族である。D1は、知的障害を抱えており、定職に就いていない。A1は、自宅の敷地の一部を分筆し、そこに建物を建て、グループホームを営む社会福祉法人Y（以下「Y法人」という。）に建物を賃貸し、D1は、そこで生活している。A1は、自分やB1が健康なうちは自らY法人との契約を継続することで、D1の生活を守ることができるが、自分たちが認知症になったり、死亡したりしたときには、Y法人との契約を維持することができなくなってしまうのではないかと懸念している。A1とB1は、建物の登記をしたときの司法書士に相談したところ、建物等を信託の対象とすることで懸念が解消されるとのアドバイスを受け、A1を委託者、C1を受託者、建物とその敷地及び金銭を信託の対象とし、受益者は当初はA1、その死亡後はD1、D1の死亡後には、建物を売却しその金銭をY法人に帰属させる信託契約を締結し、必要な登記手続きを行った。



【事例Ⅰ－１】

【事例Ⅰ】において司法書士(Q)は、A1からの信託の設定についての依頼を受けるにあたり、見積書、委任契約書及び請求書(以下「委任契約書等」という。)において、「司法書士」の肩書、司法書士Qが登録している事務所名とその住所地及び電話番号等の連絡先、報酬の振込先としての「司法書士Q」名義の預金口座を記載した。また、司法書士Qからの委任契約書等については、受任する業務内容として、「民事信託組成サポート」、「信託契約書作成」、「不動産登記申請代理(信託)」、「信託預金口座の開設」との記載がなされた。

【事例Ⅰ－１】のQは、「民事信託組成サポート」、「信託契約書作成」、「不動産登記申請代理(信託)」、「信託預金口座の開設」をA1から受任している。「不動産登記申請代理」以外の業務は、(Qの主観は別として)司法書士として受任したといえるか。

【事例Ⅱ】⁸⁾

A2(81歳・女性)は、製造業を営むZ株式会社(以下「Z社」という。)の代表取締役である。Z社は、A2の夫B2が創業した会社であり、A2は同社株式をB2の相続時にすべて取得した。A2には、長男C2、次男D2及び長女E2がいる。C2のみがZ社の取締役であるが、D2は医師、E2は他家へ嫁いでおり、いずれもZ社の経営に関与していない。C2は、法律事務所のwebサイトを閲覧して、株主の相続開始により会社株式が相続人の共有となることで会社経営に空白が生じてしまうことがあることを知り、会社経営に関与しない弟や妹にもZ社株式を相続されることは避けたいと考えた。そこで、A2とC2は、Z社の顧問税理士に相談したところ、信託をすることにより、株式の共有を回避することができることを知り、A2を委託者兼受益者、C2を受託者、A2が保有するZ社株式を信託財産とする信

7) 拙稿・前掲注1)19頁の【事例Ⅲ】と同じ。ただし、各人の表記を変更している(拙稿・前掲注2)「諸問題(3)」24頁の【事例Ⅰ】と同じ。)

8) 拙稿・前掲注1)20頁の【事例Ⅳ】と同じ。ただし、各人の表記を変更している。

託契約を締結した。

【事例Ⅱ－1】

【事例Ⅱ】の信託契約に係る契約書の案文は、司法書士QがA2からの依頼を受けて起案した。また、Qは、A2の親族関係、推定相続人、遺留分権利者と遺留分の割合を把握するために「戸籍謄本・住民票の写し等の職務上等請求書〔1号様式〕」を用いて戸籍全部事項証明書の発行依頼を行った。

【事例Ⅱ－1】のQは、A2保有のZ社株式が信託財産となることが明らかな「民事信託」に係る契約書の案の作成をA2から受任している。この作成業務は司法書士として行っているといえるか。また、Qは、当該業務が司法書士業務であることが前提となる統一1号様式又は2号様式を用いることができるか⁹⁾。

3 これまでの議論とそれに対する疑問

(1) これまでの議論

ア 概要

民事信託設定支援業務の法的根拠については、これまで、司法書士法29条1項1号・司法書士法施行規則31条を根拠とする見解（以下「規則31条説」という。）と、司法書士法3条を根拠とする見解（以下「法3条説」という。）が唱えられてきた。これらの見解の概要は、以下のとおりである。

イ 規則31条説

司法書士法29条1項1号及びその委任を受けた司法書士法施行規則31条（以下、単に「規則31条」という。）に根拠を求める見解である¹⁰⁾¹¹⁾。

9) 鯨井康夫「司法書士実務における財産管理業務—日本財産管理協会設立にあたって—」市民と法76号31頁以下は、遺産承継業務について司法書士法施行規則31条により司法書士業務として認定された意味は大きいとされ、成年後見人業務における後見登記事項証明書への事務所所在地の記載（それによる家庭裁判所からの事務所あて郵便物等の送付）や、遺産承継業務での統一2号様式を使用するの戸籍謄本等の取得が可能となったとされる。民事信託設定支援業務も同じように法的根拠があることにより司法書士としての利益を享受することができることになる。

規則31条説が自説の拠り所とするのは、規則31条の法的効果に関する次の見解にあると思われる。

つまり、規則31条が弁護士法72条ただし書きの「他の法律」に該当するから、事件性の有無を問わず、司法書士は同条に定められた業務を行うことができるという見解（仮に「規則31条＝他の法律」説と呼ぶ。）である¹²⁾。そこで

10) 司法書士法29条1項1号及び規則31条は、次のとおり定める。

【司法書士法】

(業務の範囲)

第29条 司法書士法人は、第3条第1項第1号から第5号までに規定する業務を行うほか、定款で定めるところにより、次に掲げる業務を行うことができる。

① 法令等に基づきすべての司法書士が行うことができるものとして法務省令で定める業務の全部又は一部

【司法書士法施行規則】

(司法書士法人の業務の範囲)

第31条 法第29条第1項第1号の法務省令で定める業務は、次の各号に掲げるものとする。

- ① 当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱により、管財人、管理人その他これらに類する地位に就き、他人の事業の経営、他人の財産の管理若しくは処分を行う業務又はこれらの業務を行う者を代理し、若しくは補助する業務
- ② 当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱により、後見人、保佐人、補助人、監督委員その他これらに類する地位に就き、他人の法律行為について、代理、同意若しくは取消しを行う業務又はこれらの業務を行う者を監督する業務
- ③ 司法書士又は司法書士法人の業務に関連する講演会の開催、出版物の刊行その他の教育及び普及の業務
- ④ 競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（平成18年法律第51号）第33条の2第1項に規定する特定業務
- ⑤ 法第3条第1項第1号から第5号まで及び前各号に掲げる業務に附帯し、又は密接に関連する業務

11) 民事信託は規則31条業務であるとの主張が生じた経緯については、渋谷陽一郎「民事信託支援業務に未来はあるか(6)－信託契約書作成における臨界点と事件性概念の陥穽－」市民と法111号3頁以下。

12) 佐藤純通「規則31条業務の展開可能性—さらなる未来をめざして—」市民と法76号63頁、鯨井・前掲注9)30頁以下。もっとも、佐藤論考は、規則31条は従来から司法書士が可能であった業務について規定しているだけと解されるのに対し、鯨井論考は、同条は権利創設の規定であると解されており、規則31条の法的性質についての理解は異なっている（渋谷陽一郎「民事信託支援業務に未来はあるか(1)－その法的根拠は何か－」市民と法105号15頁）。

実際に議論されているのは、成年後見人業務¹³⁾、遺産承継業務¹⁴⁾、任意売却実務¹⁵⁾、法務顧問契約¹⁶⁾、中小企業支援¹⁷⁾、清算人¹⁸⁾、企業再生等の破綻会社の業務支援等¹⁹⁾である。

「規則31条＝他の法律」説は、いずれも民事信託設定支援業務について直接述べるものではないが、民事信託設定支援業務が信託契約書の作成（あるいはその支援）という他人の法律関係の処分を必然的に伴うため、その提供が弁護士法72条の「法律事務」に該当するか否かが問題となるところ、同説は、同条に違反することにならない論理を提示するものといえる。

また、「司法書士が民事信託士として民事信託を行う法的根拠は、司法書士法施行規則に附帯業務として財産管理業務等が明文化されたことにあります。」との表現で、規則31条が民事信託業務の法的根拠であるとする任意団体も存在する²⁰⁾（ただし、いわゆる事件性・紛争性が存在する案件については業務範囲外とされるため、この点は「規則31条＝他の法律」説とは異なる。）。

この見解については、規則31条は、弁護士法72条ただし書きにおける「他の法律」には該当せず、規則31条に定められた業務であっても弁護士法72条の規

13) 鯨井・前掲注9) 31頁。

14) 鯨井・前掲注9) 32頁。

15) 佐藤・前掲注12) 63頁。

16) 佐藤・前掲注12) 67頁。

17) 佐藤・前掲注12) 67頁。

18) 佐藤・前掲注12) 68頁。

19) 佐藤・前掲注12) 68頁。

20) 一般社団法人民事信託士協会ウェブページ (<http://www.civiltrust.com/shintaku-shi/q&a/index.html>) (2020年9月24日アクセス) より。なお、同ページには、「Q 6 司法書士が民事信託に取り組める法的根拠を教えてください」との質問に対する回答として、「司法書士が民事信託士として民事信託を行う法的根拠は、司法書士法施行規則に附帯業務として財産管理業務等が明文化されたことにあります。直接的には、信託監督人、受益者代理人等の地位に就いたり、継続的な相談業務として法務顧問契約を結んだり、信託契約書等を作成する権限が認められています。但し、当事者間や相談等において利害対立が顕著となり紛争性を帯びてきた場合には、弁護士法との関係で業務範囲外となるので、注意が必要です。なお、弁護士法第30条の5の弁護士法人の業務として、法務省令である弁護士法人及び外国法事務弁護士法人の業務及び会計等に関する規則第1条に規定していますが、その第1号、第2号には、前述した法務省令である司法書士法施行規則第31条第1号、第2号と同様の条文が規定されています。」と掲載されている。

制は受けるとされる見解がある²¹⁾。規則31条は、弁護士法72条とは無関係であり、司法書士法人が事業内容とするため(権利義務の主体となるため)に定款への記載を要する事項について定める、いわば手続規定と解する見解²²⁾に依拠するものである²³⁾²⁴⁾。

ウ 法3条説

以上のように規則31条の法的効果についての見解が対立する中、司法書士による民事信託支援業務の取り扱いの増加とそれに伴う民事信託に関する紛争の発生等への懸念から²⁵⁾、弁護士法72条ただし書きの「他の法律」であることが明らかな司法書士法3条(以下、単に「法3条」という。)²⁶⁾²⁷⁾に民事信託(設定)支援

21) 川島聡「中小企業支援からみた司法書士法施行規則31条と他士業法が定める独占業務との問題」市民と法76号36頁、佃一男「遺産承継業務における司法書士の役割—中立型調整役としての関与の仕方—」市民と法103号22頁。

22) 小林昭彦=河合芳光『注釈 司法書士法(第三版)』(テイハン、2007年)281頁以下。

23) 佃・前掲注21)22頁。なお、古橋清二「遺産承継業務は規則31条業務なのか—とりわけ遺産分割へのかかわり方への問題提起」市民と法108号32頁は、遺産承継業務について規則31条の条文解釈からこれに該当しないとされ、「一般受託業務(規則31条で規定されていない附帯業務)」であるとされる。

24) 浅岡輝彦=佐久間亨『家族信託をもちいた財産の管理・承継』(清文社、2018年)218頁〔富田雄介〕、田中和明編著『詳解 民事信託—実務家のための留意点とガイドライン—』(日本加除出版、2018年)〔富田雄介〕256頁は、規則31条の附帯業務の定めをもって弁護士法72条の「別段の定め」に該当するということはできないとされる。

25) 渋谷・前掲注4)459頁以下。渋谷陽一郎「民事信託支援業務に未来はあるか(4)—民事信託支援業務は規則31条業務なのか—」市民と法109号30頁は、民事信託支援の内容に過誤が生じ、紛争を生じた場合、そこから派生して、選任された代理人弁護士からの攻撃方法として司法書士業務の法的根拠が問われる蓋然性が生じると指摘される。

26) 司法書士法3条は、次のとおり定める(本稿と関連する部分のみ掲げる。)

司法書士法

(業務)

第3条 司法書士は、この法律の定めるところにより、他人の依頼を受けて、次に掲げる事務を行うことを業とする。

- ① 登記又は供託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し、又は提供する書類又は電磁的記録(中略—筆者)を作成すること。(略)
- ③ (略)

業務の法的根拠を求めべきとする見解がある（以下「法3条説」という。）²⁸⁾²⁹⁾。

法3条説は、次のように主張する。

「司法書士の民事信託支援業務は、信託登記代理³⁰⁾と、法務局・裁判所等提出書類作成（法3条1項1号・2号・4号）であり、信託登記代理の付随業務（登記原因証明情報）としての信託契約書の作成業務となる（昭和39・9・15民甲第3131号民事局長回答）。司法書士の個別受任業務であり、それらの相談業務としての5号相談（同項5号・7号）である。なお、包括受任業務たる簡裁訴訟代理等関係業務（同項6号・7号）としての民事信託業務もありうるが、信託財産が140万円までの案件に限定される³¹⁾³²⁾。」

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（中略－筆者）において法務局若しくは地方方法務局に提出し若しくは提供する書類若しくは電磁的記録を作成すること。

⑤ 前各号の事務について相談に応ずること。

⑥ (略)

⑦ 民事に関する紛争（簡易裁判所における民事訴訟法の規定による訴訟手続の対象となるものに限る。）であつて紛争の目的の価額が裁判所法第33条第1項第1号に定める額を超えないものについて、相談に応じ、又は仲裁事件の手続若しくは裁判外の和解について代理すること。

(略)

2～7 (略)

8 司法書士は、第一項に規定する業務であつても、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。

27) 日本弁護士連合会編著『条解弁護士法〔第5版〕』（弘文堂、2019年）670頁、高中正彦『弁護士法概説 第5版』（三省堂、2020年）38頁。

28) 渋谷・前掲注4) 516、518頁。同書が依拠されるのは、橋谷聡一「司法書士による民事信託契約書作成の法的根拠の検討」市民と法112号20頁以下である。その内容は後述する。

29) 規則31条説に対して、民事信託支援業務に同条に基づく実態があるのか、同条の法的効果は何か等の疑問を呈されるのは、渋谷陽一郎「民事信託支援業務に未来はあるか(5)－報酬算定方法の法的リスクと規則31条の法的効果論－」市民と法110号22頁以下。

30) 渋谷陽一郎「民事信託支援業務の手続準則試論(1)」市民と法113号55頁によれば、「信託登記代理」とは、信託登記申請の代理、信託登記と同時申請となる信託を原因とする所有権移転申請の代理、民事信託の開始から清算までに生じうる信託を起点とした個々の登記申請の代理をすべて包含したものを指すとされる。

31) 渋谷・前掲注4) 516頁。

民事信託(設定)支援業務を法3条各号のいずれかに基づく業務として位置づけることで、前述のとおり弁護士法72条違反のおそれは、同条における事件性の要否の問題に左右されることなく、払拭することができる。

(2)議論に対する疑問

上記(1)で確認した議論については、次元が異なるというべき二つの問題が混同されているように思えてならない。司法書士法上のある規定が弁護士法72条ただし書きの「その他の法律」に該当するかどうかの問題は、これが積極と解されれば、問題とされている業務が「法律事務」(同法本文)であっても同法違反にならないという結論を導くための問題である。一方、司法書士がその業務を司法書士として、つまり司法書士の業務の範囲内にあるものとして司法書士の資格に基づいて行うものであるかどうかの問題は、上記弁護士法72条とは独立した問題である。前者の問題、これを、司法書士法上の特定の規定が弁護士法72条が定める非非行為禁止規定の適用を除外する規定かどうかの問題という意味で「除外規定」の問題というならば、後者の問題は、司法書士業務であることの根拠となる規定があるかどうかの問題なのであり、「根拠規定」の問題とすることができる。

民事信託設定支援業務(これを含む民事信託支援業務)の法的根拠論に関するこれまでの議論は、ほぼ司法書士によるものであり、その最大の関心事は、弁護士法違反を回避するための除外規定は何かという点にあるように思われる。たしかに、実務の遂行にあたり刑罰法規の適用を受けないようにすることは最も重要である。しかし、除外規定の有無の検討は、根拠規定があることが前提となるはずである。なぜならば、司法書士法上の規定(場合によっては刑

32) ほかにも、渋谷陽一郎氏は、司法書士による法律事務としての信託契約書の作成に対して、その業務としての法的根拠が明確なのは、①信託登記代理を行うための密接関連業務、②法務局・裁判所提出書類作成業務、③簡裁訴訟代理等関係業務である(同「民事信託支援業務に未来はあるか(2)－民事信託推進運動の光と影－」市民と法106号18頁)、司法書士は、司法書士法3条1項1号の登記代理の付随業務として、あるいは、2号の登記原因証明情報の作成として、また、6号の範囲において、信託契約書の作成に対して報酬を得て業とすることができる(同「民事信託支援業務に未来はあるか(3)－民事信託分野における理論と実務の断絶－」市民と法107号34頁)、司法書士の民事信託支援業務の法的根拠として、司法書士法1項1号・2号・5号のほか6号・7号もありうる(同「民事信託支援業務の法的根拠論にもっと光を」市民と法112号56頁)とされる。

法35条)を除外規定とするならば、司法書士が当該業務を司法書士業務として行えることが前提になるはずだからである。司法書士である者が行うすべての行為が司法書士としての行為となることはありえない³³⁾。除外規定の存否を検討する前に、根拠規定の存否が確認されるべきであるのに、上記(1)の議論にはこの視点が欠けているのではないか。

(3)課題の整理

課題を民事信託設定支援業務についての根拠規定の有無と捉えた上で、七戸克彦教授の整理³⁴⁾に従い、問題状況を整理したい。なお、七戸教授は、下の図を示されたうえで、「職域問題の諸相」「士業間の職域の抵触関係」について論じられているが、本稿は、業際問題について論じることを目的としているものではないことを重ねて強調しておきたい。

業務の 範囲内	①独占業務	②士業間の競業肯定	④無資格者の業務を 許容
		③「他の法律」による制限	
業務の 範囲外	⑤他士業の独占業務		⑥すべての者に許容
	⑦すべての者に禁止		

(七戸克彦「司法書士の業務範囲(1)－総論(1)司法書士の業際問題の現在－」市民と法98号5頁の「(図2) 士業間の職域の抵触関係」をもとに筆者作成)

上図のうち、①は、当該士業のみに業務が許容され、他士業が業務を行うことが禁じられている領域、②は、当該士業者に加えて、他士業者においても業務の範囲内として許容されている領域、③は、当該士業の業務の範囲内に属しているが、「他の法律」によって禁止されている領域、④は、当該士業者の肩書をもって行うことができる業務の範囲内であるが、専門資格を有さない者にも業務が許容されている領域、⑤は、当該士業の業務の範囲外であって、かつ、他の士業の業務とされている場合、⑥は、客観的にみて業務の範囲外であるため、当該士業の肩書をもって行うことはできないが、当該業務を行うことは万

33) 本文で述べた立場からすると、法3条及び規則31条以外の根拠をもつとされる「一般受託業務」(古橋・前掲注23) 31頁)なるものがどのような法令を根拠とするものであるかはさらに検討を要すると思われる。私人としての行為か司法書士としての行為かは特定の法令の定めが決定すると思われるからである。

34) 七戸克彦「司法書士の業務範囲(1)－総論(1)司法書士の業際問題の現在－」市民と法98号5頁以下。

人に認められているため兼業で行うことができる領域、⑦は、客観的にみて当該士業の範囲外であり、かつ、全ての者に業務が禁止されている領域とされる³⁵⁾。

上記(1)で確認した従来の議論は、弁護士法72条ただし書き「他の法律」に該当する司法書士法上の条文探しを行っており、上図では②であるか③であるかについての議論として位置づけられる。

これに対して、本稿は、民事信託設定支援業務が司法書士としての「業務の範囲内」であるのか「業務の範囲外」であるのかをまずは明らかにすることを目的としている。

4 根拠規定はあるのか

(1) 前提—弁護士との違い

民事信託設定支援業務、つまり、信託契約書の案文の作成、そのための相談及び当事者による契約締結における補助が法律事務であることは明らかであり、その「法律事務」を業務範囲と定める弁護士法3条1項を根拠として、弁護士は、民事信託設定支援業務を行うことができる。これに対して、司法書士にとってこの弁護士法3条1項と同じ機能を果たす条文はあるか。

そこで、まず、規則31条及び法3条に民事信託設定支援業務の根拠規定性を認めることができるかを検討したい。

(2) 規則31条の根拠規定性について

規則31条は、1号から5号までであるが、講演会の開催等(3号)及び競争の導入による公共サービスの改革に関する法律が規定する特定業務(4号)が根拠とならないことは文言上明らかであるから、1号、2号及び5号の各要件について検討する³⁶⁾。

ア 1号

規則31条1号の条文は、次のとおりである。

当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱により、管財人、管理人その他これらに類する地位に就き、他人の事業の経営、他人の財産の管理若

35) 七戸・前掲注34) 5頁。

36) 規則31条に対する民事信託支援業務のあてはめについては、渋谷・前掲注25) 33頁以下、渋谷・前掲注4) 468頁以下も参照。

しくは処分を行う業務又はこれらの業務を行う者を代理し、若しくは補助する業務

本号の要件は、①当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱があること（要件①）、②上記①に基づいて、管財人、管理人その他これらに類する地位に就くこと（要件②）、③他人の事業の経営、他人の財産の管理若しくは処分を行う業務、これらの業務を行う者を代理する業務又はこれらの業務を行う者を補助する業務のいずれかであること（要件③）である。

たとえば、相続財産管理人業務（民法952条以下）についてこれをみると³⁷⁾、

37) 規則31条1号が定める業務の例示として、破産管財人（破産法74条2項）、会社更生の管財人（会社更生法67条2項）・保全管理人（同法34条1項）、民事再生の監督委員（民事再生法54条3項）・管財人（同法78条）・保全管理人（同法83条1項）に就き、財産の管理を行う業務等があるとされる（小林＝河合・前掲注22）283頁）。また、佐藤純通「財産管理業務の考え方と実務」市民と法96号29頁以下は、民法、家事事件手続法（以下「家事法」という。）にいう各種財産管理人として、推定相続人の廃除又は取消しの審判確定の前の相続財産の管理者（民法895条、家事法189条・別表1の88項）、相続の承認又は放棄前の相続財産の管理者（民法918条2項、家事法201条10項・別表1の90項）、限定承認を受理した場合における相続財産の管理者（民法936条1項、家事法201条3項・別表1の94項）、相続放棄の場合における相続財産の管理者（民法940条2項・918条、家事法201条10項・別表1の90項）、財産分離の請求後の相続財産の管理者（民法943条1項、家事法202条3項・別表1の97項）、相続人不存在の場合における相続財産の管理人（民法952条・953条、家事法208条・別表1の99項）、共同相続人の単純承認後から遺産分割前までの遺産管理者（家事法194条8項）、遺産の換価を命ずる裁判をする場合における相続財産の管理者（家事法194条8項）、後見開始の審判事件を本案とする保全処分として選任された財産の管理者（家事法126条1項）、保佐開始の審判事件を本案とする保全処分として選任された財産の管理者（家事法134条1項）、補助開始の審判事件を本案とする保全処分として選任された財産の管理者（家事法143条1項）、夫婦財産契約による財産管理者の変更等の審判事件を本案とする保全処分として選任された財産の管理者（家事法158条1項）、第三者が子に与えた財産の管理に関する処分の審判事件において選任された財産の管理者（家事法158条）、第三者が未成年被後見人に与えた財産の管理に関する処分の審判事件において選任された財産の管理者（家事法189条）、不在者の財産管理人（民法25条～29条、家事法146条）を挙げられる（併せて、成年後見人（民法8条・843条）、保佐人（民法12条・876条の2）、補助人（民法16条・876条の7）も挙げられる。）。なお、日本弁護士連合会編著・前掲注27）273頁には、信託管理人（信託法123条）及び信託監督人（同法131条）が掲げられ、

司法書士は、①官公署たる家庭裁判所からの選任（委嘱）を受け、②相続財産管理人という地位に就き、③法人（他人）とみなされる相続財産の管理若しくは処分を行う業務を行うのであるから、本号の該当性に何ら疑いはない。

これに対して、民事信託設定支援業務はどうか。

(7) 「当事者の依頼があること」

まず、要件①の「当事者の依頼があること」については、信託契約の当事者には、委託者となるべき者と受託者となるべき者とが存在するところ、司法書士は、これらの者の一方との間で委任契約等を締結することになるから、要件①は充足する。

(4) 「上記①に基づいて、管財人、管理人その他これらに類する地位に就くこと」

要件②について、上記委任契約等に基づいて司法書士はその受任者たる立場に立つことになるものの、それが例示として挙げられている「管財人」や「管理人」に「類する地位」に就いたということができらるであろうか。

この点、委任契約上の受任者がこれらの例示に類するかどうかを直ちに判定することは難しい。たとえば、任意後見契約と併せて締結されることが実務上多いとされる財産管理契約のように財産の管理（代理、授權、現物の保管等）を内容とする委任契約（いわゆる移行型の任意後見契約）であれば、「管理人」に類する地位に就くということが出来る。

では、民事信託設定支援業務を引き受けるための委任契約における受任者たる立場は、「管理人」に「類する地位」といえるか。民事信託設定支援業務における司法書士は、一定の役務及び情報の提供を求められるのであり、委託者の財産を管理する者でも、受託者の財産を管理する者でもない。その意味では受任者をもって「管理人」に「類する」とは言い難い。単なる事務遂行者にすぎないと評することも可能である。もっとも、民事信託の利用希望者のニーズの把握、それに基づくスキームの策定、それを踏まえた契約書案の作成及び締結の補助並びに信託開始のための事務の補助といった一連の事務を主導する役割を担うのがここでの受任者の任務であるとすれば、民事信託の設定を「管理」する者ということもできるように思われる。「管理人」、少なくともこれに「類

これらに就任して信託設定後の「信託事務の支援」を行うことができることについては疑義がない。

する地位」には含まれると解釈する余地はある。

- (ウ) 「他人の財産の管理若しくは処分を行う業務、これらの業務を行う者を代理する業務又はこれらの業務を行う者を補助する業務」

要件③は、「他人の財産の管理若しくは処分を行う業務」を司法書士自らが行うか、それを行う他人（以下「管理者」という。）を代理するか、又は同じく管理者を補助するかのいずれかである。民事信託設定支援業務において司法書士自身が財産の管理又は処分を行うものではないことは前述した³⁸⁾³⁹⁾。

もっとも、「管理」を拡張解釈することにより異なる解釈も可能と思われる。これについては後述する。

管理者の「代理」については、管理者が受託者であるとした場合、民事信託設定支援業務において受託者を代理する業務は生じない⁴⁰⁾。

管理者の「補助」はどうか。管理者たる受託者の補助を行うという場合、受託者は信託契約の成立によって受託者になる点が強調されると、信託契約の成立前から同契約の成立に向けて支援する活動が、「受託者（管理者）を補助する」とは言い難い。

- (エ) 「管理」の拡張解釈による該当可能性

38) 橋谷・前掲注 28) 26 頁は、司法書士が営業として信託を引き受けることはできないとされる。

39) 規則 31 条 1 号を根拠とする遺産承継業務は司法書士が管理人たる主体となるが、民事信託支援業務の場合は、主体としてではなく支援者として関わる、本人訴訟支援業務に近いと指摘されるのは、渋谷・前掲注 25) 31 頁。

40) 信託契約の当事者である委託者又は受託者を代理することの適否については、拙稿・前掲注 2) 31 頁注 27)。当該信託契約が無効であるかどうかの問題のほかに、無効でないにしても、公正証書による契約書の提示を求める金融機関からの要請に応えることができない契約書を提出することになるため、依頼者に対する債務不履行責任を問われるおそれがある。ただし、公証人によっては、公正証書の作成に際し、本人によるか代理人によるかが確認されることがある。信託契約も契約であるから代理人による締結がその契約の全てを無効とするものではないと考えるが、支援者は公正証書に要請されている機能を損なわないように対応しなければならない（民事信託預金口座を開設する預金取扱金融機関においては、公正証書による信託契約書の提示を口座開設の要件とすることがあるが、それは、公証人の面前にて委託者の意思能力と契約締結意思のもとに信託契約が締結されたことが担保されることが期待されるからである（浅岡輝彦＝佐久間亨・前掲注 24) 225 頁〔田村直史〕、畠山久志監修『地域金融機関の信託・相続関連業務の手引き』（日本加除出版、2019 年）235、239 頁〔滝澤元〕参照。）。）。

民事信託の受託者(=他人)による財産の管理のうちの「管理」について、管理を始めるにあたっての準備行為としての信託契約の締結も含まれると解することが考えられる。これに従うと、1号については、たとえば、

委託者となるべき者(一場合によっては受託者となるべき者)からの依頼により、委任契約上の受任者の地位に就任し、民事信託の受託者が委託者から財産(権)の移転を受け当該財産を信託財産としてその管理もしくは処分を行う業務をするのに必要となる信託行為(信託契約等)について補助する業務

とすることにより、その該当性を肯定することはできないか。

もっとも、いくつか検討すべき点がある。まず、本号により「補助」されるのは、「他人の財産の管理若しくは処分を行う業務を行う者」であることから、ここで補助されるのは司法書士に限られるのではないかが問題となる⁴¹⁾。たしかに、代理や補助でなく「管理者」自身になる場合には、それが司法書士業務であるためには管理者が司法書士であることを要することは明らかであるものの(そうでないと司法書士法人の業務の範囲を定める条文として機能しない)、司法書士が代理や補助をする立場に立つ場合に、その本人又は被補助者(管理者)が司法書士でなければならない理由は見出しがたく、専門知識等を有しない一般市民こそが代理又は補助を求めているのであるから、この場合は、「管理者」を司法書士に限る必要はないと思われる。

また、「業務」の語に関して、非営業信託である民事信託は信託業法の適用を受けないことが前提であるため、これと「信託業法2条の『業』は同じなのか違うのか」についての指摘がある⁴²⁾。しかし、信託業法が適用対象とするのは、信託の引受けの「営業」(同法2条1項)であり、単なる業(務)ではなく、反復継続性と収支相償性を備えるものである⁴³⁾。「業務」は法令用語としては、「人が職業その他社会生活上の地位に基づき、継続して行う事務又は事業」と

41) この点を指摘されるのは、渋谷・前掲注4) 472頁。

42) 渋谷・前掲注4) 473頁。

43) 高橋康文『詳解 新しい信託業法』(第一法規、2005年) 58頁、小出卓哉『[逐条解説] 信託業法』(清文社、2008年) 17頁。

いう意味合いしかなく、また、業務の遂行により利益を伴うかは問わないとされる⁴⁴⁾。民事信託の受託者がその地位に基づいて信託財産を反復継続して管理することもこれに含まれると解されるから、「業務」の語の存在は、本号の適用に支障をきたさないと考えられる。

なお、このように解した場合、民事信託設定支援業務に係る委任契約は受託者となるべき者と締結しなければならないとの理解もありうる。受託者となるべき者が受託者になるための信託契約の締結の補助をするのであれば、依頼者はその受託者になるべき者ではないかと解することもできるからである（もしそうであるとすると、たとえば、遺言代用信託（信託法90条）のように、委託者の意思が重要な信託契約であって委託者からの依頼を受けるべきものについては、司法書士業務に含まれないことになる。）。

しかし、「民事信託の受託者が委託者から財産（権）の移転を受け当該財産を信託財産としてその管理もしくは処分を行う業務とするのに必要となる信託行為（信託契約等）について補助する業務」とは、信託は受託者が財産管理を行うものであり、その信託を利用するには信託行為が必要で、それを補助する業務であることを表しているにすぎず、依頼をするのがその受託者となるべき者に限られなければならないことを含意していると解すべき必然性はない。委託者となるべき者からの依頼であっても構わないというべきである。

もっとも、規則31条に定められた業務は、他の士業法で独占業務として規制されていない業務とされるところ⁴⁵⁾、信託契約書等の信託行為に係る文書の作成については行政書士法1条の2第1項・19条1項・21条2号により行政書士の独占業務とされているため⁴⁶⁾、これは規則31条に基づくものとすることができないことになる⁴⁷⁾。

結果として、民事信託設定支援業務、つまり、①スキームの構築・提案及び

44) 吉国一郎ほか編『法令用語辞典（第9次改訂版）』（学陽書房、2009年）166頁。

45) 小林＝河合・前掲注22）281頁。

46) 兼子仁『行政書士法コンメンタール 新10版』（北樹出版、2019年）22頁・26頁、橋谷・前掲注28）22頁参照。

47) 渋谷・前掲注32）59頁は、「司法書士法3条1項6号の業務範囲を超え、かつ、登記代理の付随業務や法務局塔提出書類作成でない信託契約書作成業務を行う場合、行政書士兼業者でない司法書士の場合、形式レベルでは、行政書士会から告発を受けるリスクを意識したい」とされる。

③契約締結手続の補助の業務は、規則31条1号を根拠規定とする一方、②契約書案の起案（信託契約書等の信託行為に係る文書の作成）は、同号を根拠規定とすることはできないことになる。

イ 2号

規則31条2号の条文は、次のとおりである。

当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱により、後見人、保佐人、補助人、監督委員その他これらに類する地位⁴⁸⁾に就き、他人の法律行為について、代理、同意若しくは取消しを行う業務又はこれらの業務を行う者を監督する業務

本号の要件は、①当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱があること（要件①）、②上記①に基づいて後見人、保佐人、補助人、監督委員その他これらに類する地位に就くこと（要件②）、③他人の法律行為について代理、同意若しくは取消しを行う業務又はこれらの業務を行う者を監督する業務のいずれかであること（要件③）である。

民事信託設定支援業務についてこれを見るに、要件①については上記アの要件①と同じであるから充足する。

要件②については、例示されているものが「後見人、保佐人、補助人、監督委員」と、同条1号の「管財人、管理人」と比較して具体性が高いため⁴⁹⁾、委任契約の受任者がこれらに「類する地位」に当たるとは解しがたい。

要件③については、（仮に要件②を充足したとすると）、民事信託設定支援業務において、「同意」、「取消し」及び「監督」がなされる場面がないため、「代理」のみが問題になると思われる。「他人の法律行為」とは、委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約が該当すると思われるが、これについて「代理」することが、実務の要請にそぐわない態様であることは前述したとおりである。つまり、本号にあてはめると、「委託者となるべき者又は受託者となるべき者からの依頼を受けて委任契約の受任者として、同人らの間で

48) 成年後見制度における後見業務及び後見監督業務（民法843条4項、852条参照）があるとされる（小林＝河合・前掲注22）283頁。

49) 渋谷・前掲注4）477頁。

の信託契約について代理する業務」ということになるが、これは民事信託設定支援業務に該当するものではない。

ウ 5号

規則31条5号は、次のように定めている。

法3条1項1号から5号まで及び前各号に掲げる業務に附帯し、又は密接に関連する業務

後述する法3条1号、2号、4号及び5号についても、前述した規則31条1号及び2号についても、民事信託設定支援業務がこれらに附帯し又は密接に関連する業務であるとの位置づけは、それぞれが定める本来業務と民事信託設定支援業務との関係を踏まえると困難であるとする。

エ 「財産管理業務“としての”民事信託業務」論

民事信託が財産管理制度であることから⁵⁰⁾、民事信託設定支援業務は財産管理業務であると捉え、財産管理業務の根拠となる規則31条に基づいて民事信託設定支援業務が可能となるとする立論がある⁵¹⁾。しかし、規則31条が「財産管理業務」⁵²⁾なる用語ではなく、精緻な要件を用いて業務の範囲を定めていること、及び民事信託設定支援業務がそれに該当するかはすでに見たとおりである。上記立論をもって規則31条を根拠規定と解することはできない⁵³⁾。

50) たとえば、新井誠『財産管理制度と民法・信託法』（有斐閣、1990年）24頁。

51) 渋谷・前掲注4）459頁や、渋谷・前掲注12）14頁は、一般に民事信託支援業務の現場で聞かれる法的根拠論として、「たとえば、①規則31条は司法書士の財産管理業務を規定している、②民事信託は財産管理である、③だから、規則31条によって、司法書士は民事信託業務ができる」とような場合があるとされる。本稿は、上記①について疑問を呈するものである。

52) 七戸克彦「司法書士の業務範囲（6・完）－司法書士法3条以外の法令等に基づく業務(2)」103号33頁も、「財産管理業務」なる語をもちいる点に、(規則31条－筆者)1号中に規定されている（狭義の）財産管理業務との間で混乱を招き、個々の業務内容に関する厳密な条文根拠をかえってあいまいなものにすると指摘される。

53) 「民事信託は財産管理だから規則31条によって民事信託の組成相談と信託契約書作成が可能となる、財産管理は弁護士と司法書士しかできない」という議論では裁判官を説得できない（肝心な論証を欠いている）、民事信託支援業務に対して規則31条をあてはめたいのであれば、最低でも同条の文言の改正（運動）が必要とされるのは、渋谷・前掲注32）59頁。

(3) 法3条の根拠規定性について

ア 法3条が規定する業務の種類

法3条1項は、司法書士が業とする事務について、①登記又は供託に関する手続の代理(1号)、②法務局に提出等する書類の作成(2号)、③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(3号)、④裁判所等に提出する書類の作成(4号)、⑤法3条1項1号から4号までに定める事務について相談に応ずること(5号。以下「5号相談」という。)、⑥簡易裁判所における訴訟等手続の代理(6号)、⑦紛争の目的の価額が140万円を超えない民事に関する紛争について相談に応ずること等(7号。以下「7号相談」という。)、⑧一定の筆界特定手続について相談に応ずること等(8号)を挙げる。

このうち、上記③、⑥及び⑧は規定内容(審査請求、訴訟代理及び筆界特定手続)からして、これらを根拠として民事信託設定支援業務を行うとするのは困難と考えるため検討対象から外す。以下、上記①、②、④、⑤及び⑦について検討する。

イ ①登記又は供託に関する手続の代理(法3条1項1号)

(7) 見解の内容

法3条説の代表的論者である渋谷陽一郎氏が依拠される橋谷聡一准教授の論説によると、信託法3条各号が定める3つの信託行為のそれぞれについては、以下のiないしiiiの理由付けにより、法3条1項1号が根拠規定になるとされる。もっとも、この見解についても疑問がある。

i 信託契約(信託法3条1号)の場合

「信託契約書については、信託財産が不動産である場合、信託契約書は登記原因証明情報(不動産登記法(平成16年法律第123号)61条)を構成するのであるから、当然に、その信託登記手続代理を行う司法書士は、作成できるものと考えられる(司法書士法3条1項1号⁵⁴⁾。」とされる。

ii 遺言信託(信託法3条2号)の場合

遺言信託の場合は、「自筆証書遺言および秘密証書遺言については、信託財産が不動産である場合、信託契約書の場合と同様に考えれば、登記申請代理を行う司法書士がこれを作成できるものと考えられる⁵⁵⁾。」とされる。

54) 橋谷・前掲注28) 22頁。

55) 橋谷・前掲注28) 23頁。

iii 自己信託（信託法3条3号）の場合

「自己信託の場合（中略一筆者）、（信託法3条3号の一筆者）その他の書面の作成については、信託財産が不動産である場合、上述の信託契約書と同じ理由により、その信託登記手続代理を行う司法書士が作成できる⁵⁶⁾」とされる。

「信託財産に不動産が含まれている場合であっても、公正証書により信託を設定する場合」については、公証（人）役場に提出する委任状等を作成する権限は司法書士にはない旨の法曹会決議⁵⁷⁾や司法省訓令通牒回答⁵⁸⁾があることや、公証人へ提出する書類の作成について司法書士に拠るものを許容する旨の行政先例⁵⁹⁾についてその射程が定款に限られていることから問題になるものの、「定款について、登記申請の添付情報として作成代理することが可能なのであれば、信託財産に不動産を含む場合は、登記申請代理を行う司法書士が公正証書を作成代理しても差し支えないのではないか、との疑問が生じる⁶⁰⁾」とされる。

iv 見解の特徴

上記 i ないし iii について、以下のような特徴を挙げることができる。

- ① 信託財産が不動産であること⁶¹⁾
- ② 信託契約書等の文書（信託行為に係る文書）が登記原因証明情報（不動産

56) 橋谷・前掲注28) 22頁。

57) 「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（昭和14年）96頁・97頁（橋谷・前掲注28）24頁（注18）より）。

58) 「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月（ママ）民事甲第471号民事局長回答）」法曹会雑誌17巻7号（昭和14年）75頁（橋谷・前掲注28）24頁（注19）より）。

59) 「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（平成18年）364～367頁（橋谷・前掲注28）24頁（注20）より）。

60) 橋谷・前掲注28) 22～23頁。

61) 正確には、土地及びその定着物（民法86条1項）と、船舶法（明治32年法律第46号）5条が定める一定の船舶を指すとされる（橋谷・前掲注28）23頁（注15）。また、

登記法61条・不動産登記令7条1項5号ロ・別表30添付情報欄イ)を構成することとする

③信託契約書等の文書は、それを用いて信託登記手続代理を行う司法書士が作成することとする

(イ) 登記代理付随業務説の検討

上記(7)の見解(仮に「登記代理付随業務説」と呼ぶ。)は、信託行為の種類に応じて分析し、その法的根拠についてそれぞれ検討し、法3条1項1号が想定する登記代理業務の中に民事信託設定支援業務を位置づけようとする卓見である。

i 信託契約書は登記申請のための道具なのか

しかし、その肝である「位置づけ」(上記(7)ivの②)が疑問を生じさせる最大の要因となる。

つまり、信託契約書(遺言書にせよ自己信託公正証書等にせよ問題の所在は同じなので、信託契約書について述べる。)は、そもそもそのようなものであるのかという疑問である。信託契約書は登記のための書類なのか、いわば、登記するために信託契約書を作成すると捉えている点に難点があるように思われるのである。登記に公示すべき物権変動(民法177条)がなされたから、そのための登記申請を行うのであって、当該不動産について登記をしたいからそれに見合う物権変動(取引)がなされるのではない。

登記原因証明情報とは、登記の原因となる事実又は法律行為の存在を証明する情報であるから⁶²⁾、すでになされた物権変動の原因となるべき事実を証するものであり、それ自体は物権変動を目的とした文書(情報)ではない。契約書が登記原因証明情報として機能するのは、それによってそのような契約がなされたこと(登記原因があること)を最も正確に伝える文書だからである。登記の手続よりも物権変動(取引)が先立つのであるから、登記の手続の代理という業務の中に、それに先立つ物権変動そのものである契約締結の補助(契約書の作成やその文案の作成)が含まれると解することはやや無理があると言わざ

信託財産が不動産以外の場合(遺言信託については公正証書遺言の場合に限る。)

は、「権利義務又は事実証明に関する書類」(行政書士法1条の2第1項)であるから行政書士の業務となるものと考えられるとされる(橋谷・前掲注28)22, 23頁)。

62) 齋藤隆夫『集中講義 不動産登記法 [第3版]』(成文堂、2010年)87頁。

るを得ない。民事信託利用者の現実のニーズや、民事信託設定支援業務の手順と比して、かなりのフィクションを設ける必要がある。

この点に関して、渋谷陽一郎氏は、民事信託（設定）支援業務を司法書士業務、特に登記代理業務として位置付けるにあたり、それは実体関与（実体法レベルの法律判断を行い、当事者の意思形成を主導し、法律関係の形成・変更・消滅に実質的に関与すること⁶³⁾）ではなく手続関与（手続法上、手続の遂行を目的とする関与形態のこと⁶⁴⁾）であるとの理由付けに伴い、書面作成業務を例に挙げられる⁶⁵⁾。つまり、手続書面は反射的に実体法の効果を生じる場合があるが、第一義的には手続の遂行（手続上の効果）を目的とするとし、信託登記申請のための信託契約書は手続書面であるが（登記取得のための手続追行を目的とする。）、信託法上の権利義務発生を直接の目的とするレベルにおける信託契約書は処分証書であるとされる⁶⁶⁾。この見解は、信託契約書という書面が、登記手続においては登記原因証明情報となり手続書面としての機能を営むことと、信託法上の権利義務を発生させるという実体法上の効果を生じさせる機能を営むことを並列的・平面的に捉えているが、そのような捉え方については信託契約書の作成を依頼する、信託の利用者の意向（信託をしたいのであって登記をしたいわけではない）とは乖離がある（仮に、乖離しない意向が存在するとしたら、その意向は、“とにかく名義が移せればよく、受益者と受託者の権利義務関係などには関心がない”といったおおよそ「民事信託」信託の利用を控えるべき者が抱きがちな意向である。）。

ii 依頼者への不利益をもたらす論理となるおそれ

上記フィクションと依頼者の認識とのギャップは、紛争の原因となりかねない。

つまり、民事信託設定支援業務の委任者である依頼者は、自らが叶えたい財産管理・財産承継のための手段として民事信託契約書の起案やその締結の補助を依頼し、それに付随して必要な不動産の登記代理も依頼したのに対し、受任者である司法書士においてはメインは不動産の登記代理なのであって、民事信託契約の起案等は登記代理にとって従たるものにすぎないというのであれば、

63) 渋谷・前掲注32) 58頁。

64) 渋谷・前掲注32) 58頁。

65) 渋谷・前掲注32) 58頁。

66) 渋谷・前掲注32) 58頁。

契約書の起案及びその締結の補助と、登記代理のいずれが委任契約の目的であるのかについての認識に齟齬が生じている。不動産の登記は確かななされた、しかし、信託契約の内容に欠陥があったという場合に、受任者が債務不履行責任(民法415条)を問われるべき前提となる債務の内容が定まらない、結果として依頼者が損害を被る(損害を十分に賠償されない)といった事態になりかねない。

iii 立会い業務との違い

同じく登記に関する代理業務に付随するとされる不動産取引の際の立会い業務は、不動産の物権変動について当事者間に意思があるかを確認して、登記権利者と登記義務者の意思に基づいた申請であることを確認するためのものである。この場合、物権変動を生じさせる契約内容については契約当事者間で意思決定されているのであり、その確認を事後的に行っているに過ぎない。信託契約書の作成を、そのような位置づけである立会い業務と同じように位置づけることはできない。民事信託設定支援業務は、前述のとおり、「民事信託」の利用についてのニーズの喚起⁶⁷⁾からはじまり、ニーズの聴取・確認、契約条項の起案と意向確認と再修正を繰り返すものであり、委託者になるべき者と受託者になるべき者との間に信託設定についての具体的な意思が存在しない状況を前提とすることがむしろ通常であるからである。つまり、民事信託設定支援業務には、物権変動の後、またはその最中における確認にとどまらず、物権変動自体の主導をも含まれることがあるのである⁶⁸⁾。

iv 売買契約との違い

信託契約書の作成と売買契約書の作成との違いについて付言すれば、不動産

67) 遺言ではできない相続対策ができるとか、成年後見では難しい資産活用ができるなどと(場合によっては他の法制度を非難しつつ)、民事信託の特徴を挙げて、民事信託の利用についての意思決定を促すことがなされていると思われる。

68) 渋谷・前掲注11) 11頁は、司法書士の判断(信託法の解釈に関する法律判断)がなければ、非専門家である素人である民事信託の依頼者の判断はあり得ない、依頼者の意思形成に関与していると評価される可能性があると考えられる。このこととの関係で、信託当事者に対して親族の賛同を得ていることを確認することと、司法書士自らが親族間の会議に参加して、利害対立が潜む親族間の意見調整を積極的に行い、信託組成という新たな権利関係の形成(発生・変更・消滅)に対して采配を振るような執務を行うことは、両者、全く次元を異にする許容性のレベルの問題とされるのは、渋谷陽一郎「民事信託支援業務の手続準則試論(2)」市民と法114号39頁。

売買での売買契約書の作成は、「この物件をいくらで売りたい」「買いたい」との合意が売主・買主に予め存在し、それを法的に整理し固定するための書面化としての契約書の作成なのであって、「民事信託」における契約書作成実務の流れとは全く異なる。

そのような業務内容である民事信託設定支援業務を登記手続の代理業務に含めるのは、民事信託設定支援業務の実態・実質を捨象してはじめて成り立つ立論と言わざるを得ない。

v 不動産のみを対象とすることについて

要件①に関して気になるのは、やはり信託財産が登記代理の対象となる不動産（と一定の船舶）に限られるとされる点である⁶⁹⁾。これによれば、金銭のみや自社株式のみを信託財産とする信託契約書の作成は対象外となる。それでは、これらの財産とともに不動産も信託財産とする信託契約書の作成は業務の範囲内とされるのであろうか。「民事信託」を利用する者のニーズ（生活資金の管理や、不動産の維持費や租税公課のための資金管理等を受託者において行いたいなど）や、税制への対応（預かり敷金がある場合にその相当額を受託者へ移転するなど）を考慮すれば、不動産のみに限定されるというのは利用者のニーズと合致しない。翻って、信託財産の大部分は不動産以外の財産であるのに、不動産が1筆又は1棟でも含まれていれば足りるとするのは、登記に関する代理業務のうちの登記原因証明情報としての信託契約書の作成との理由付けが有名無実化することにならないか。不動産を信託財産とするという要件は、明確であるように見えてメルクマールとしての機能を十分に発揮できないように思われる。

(ウ) ②法務局に提出等する書類の作成（法3条1項2号）

法務局に提出等する書類の作成業務として民事信託設定支援業務を位置づける見解については橋谷准教授の論考では書かれていないが、法務局における遺言書の保管等に関する法律（平成30年7月13日法律第73号）の施行により、同法4条1項に基づいて自筆証書による遺言書の保管の申請をするにあたり同遺言書が法務局に提出等する書類であるとして、法3条1項2号の業務に含まれるとすることが考えられる。

69) 信託財産が不動産以外である場合は、「権利義務又は事実証明に関する書類（行政書士法1の2 I）で行政書士の業務であるとの指摘がある（橋谷・前掲注28）22頁）。

もっとも、法務局に提出するのは保管を申請するためであって、法務局での手続において利用されるためではないから(登記申請のために登記原因証明情報を提出するのとは異なる。)、自筆証書遺言の原本は本条の「提出する書類」に含まれるのか。次項の裁判所等に提出する書類の作成(法3条1項4号)と同じ問題である。

本号における「作成」と自筆証書遺言における全文の自書とがその態様において乖離が大きく、「作成」に当たるといえるかも疑問である。

(エ) ④裁判所等に提出する書類の作成(法3条1項4号)

i 見解の内容

遺言信託(信託法3条2号)について、「信託財産が不動産以外の場合であっても、公正証書遺言の場合を除いて(民法1004条2項)、『これを家庭裁判所に提出して、その検認を請求しなければならない』(同条1項)のであって、最終的な遺言の提出先は、家庭裁判所であるから、登記申請代理を行う司法書士が遺言を作成することができるかと解する余地があるのではないかと(司法書士法3条1項4号)⁷⁰⁾とされる(この見解を仮に「裁判所提出書類作成業務説」と呼ぶ。)

ii 裁判所提出書類作成業務説の検討

遺言信託(信託法3条2号)のうち、検認を要する遺言書である場合、つまり公正証書遺言以外である場合(民法1004条2項)は、検認のために家庭裁判所に提出される書類の作成であるから司法書士の業務である(と解する余地がある)とされる。

「裁判所に提出する書類」(法3条1項4号)の意義については、訴状(民事訴訟法133条)、答弁書(同法158条、161条)、支払督促申立書(同法348条)、陳述書等の証拠書類等があるとされる⁷¹⁾。これらはいずれも訴訟等の裁判所で行われる手続で使用されることを目的として作成される書類である。訴訟に至ったために結果として裁判所に提出することとなった私人間の契約書等は含まれないように思われる。将来訴訟等のために提出される可能性があるので足り

70) 橋谷・前掲注28) 23頁。引用中「登記申請代理を行う司法書士が」との記述があるが、法3条1項4号は裁判所等に提出する書類の作成であり、登記は無関係であるから(不動産を所有しない遺言者も存在する)、上記のうち「登記申請代理を行う」の部分は不要な記述と思われるがどうか。

71) 小林=河合・前掲注22) 42頁。

るとするのではおおよそすべての文書が「書類」に含まれることになり、そのような帰結は、法3条1項が各号で事務を限定して列挙した趣旨にそぐわない。したがって、証拠として裁判所に提出される可能性があるというだけの信託契約書の作成は本号に基づくものとはいえない。

これに対して、公正証書遺言以外の遺言書は、検認の審判（民法1004条1項、家事法39条・別表1第103項）のために家庭裁判所に提出しなければならない、前述した私人間の契約書とは異なり、法律が裁判所への提出を求めている書類であるといえるから、（提出を怠れば過料の制裁がある（民法1005条）。）、信託を設定するための遺言書は法3条1項4号に基づいて作成することができるといえなくもない。

しかし、遺言書は、財産の承継先の指定等を目的として作成されるものであり、検認を受けるために作成されるものではない。上記見解のうち、遺言書の最終的な提出先が家庭裁判所である旨の記述は、このような遺言書が作成される目的を踏まえると、実態にそぐわないように思われる。

また、自筆証書遺言は遺言者本人が原則全文を自書することを要する（民法968条1項）。このような作成方法をとらなければならない遺言書を「裁判所に提出する書類」として司法書士が「作成する」とは、どのような態様の行為なのであろうか。実際には、司法書士が遺言書の文案、法的表現を考案してこれを遺言者に教示することになるであろうが、そのような行為は「作成」といえるのか。訴状等本号に該当するとされる上記の例示された各書類は、司法書士自身が作成するものであるが、これらと自筆証書遺言は作成方法において大きく異なると言わざるを得ない。

さらに、公正証書による遺言信託が本号に含まれないという帰結は、遺言の法的効果の点では公正証書遺言とそれ以外の形式の遺言とでは何ら変わらないことからすると、区別に合理性がなく、適切とは思われない。

(4) ⑤5号相談（法3条1項5号）

法3条1項5号は、同項1号ないし4号に定める各業務についての相談であり、依頼者の依頼の趣旨に沿って適切な書類を作成すること等のために必要な範囲内の相談で、通常は、依頼者の依頼内容を法律的に整序するための相談がこれに当たるとされる⁷²⁾。たとえば、法3条1項4号の裁判所への提出書類の作成の事務を受けるにあたり（相談したが受任に至らなくても構わないとされ

る⁷³⁾。依頼者から囑託された趣旨内容の書類を作成するのにとどまらず、いかなる趣旨内容の書類を作成すべきかを判断することは、業務範囲には含まれないとされる⁷⁴⁾。また、「司法代書人カ訴訟書類非訟書類ヲ依囑人ニ有利トナル如ク作成スル為事件ノ内容ニ付判断シ鑑定ニ属スル程度ノ処置ヲ為スハ代書業ノ範囲ヲ逸脱ス」とされる⁷⁵⁾。これらの行政先例等に照らすと、5号相談においては、相談者・依頼者においてすでに意思決定がなされたものについて司法書士が法的に整序するものがこれに当たると解される。

このような性質、とくに「いかなる趣旨内容の書類を作成すべきかを判断することは、業務範囲には含まれない」、「事件ノ内容ニ付判断シ鑑定ニ属スル程度ノ処置ヲ為スハ代書業ノ範囲ヲ逸脱ス」という相談が本号に定めるものであることからすると、前述した民事信託設定支援業務の内容は、この相談に含まれないことになる。

(カ) ⑦7号相談(法3条1項7号)

紛争状態にある当事者からその解決のための民事信託について相談に応じる場合などがこれに当たるとされる。

では、信託財産の価額を紛争の目的の価額と捉えれば足りるのか。たしかに、信託財産とする財産の引き渡し等についての紛争であれば、紛争の目的の価額は信託財産の価額と一致するであろう。しかし、紛争解決のための民事信託の利用では、民事信託の設定が和解契約の一部をなすか、その和解契約上の債務の履行を民事信託により行うことになると思われるが、これらの場合、その紛争の目的の価額が信託財産となる財産の価額と常に同じものになるとは限らないように思われる。たとえば、金銭(140万円)の一括払いに関する紛争において、それを解決するために収益不動産(時価1億円)の民事信託を設定しようという場合(たとえば、その不動産収益を原資にして分割払いをする。)、紛争の目的の価額と信託財産の価額とは一致しない。この場合は業務の範囲内か否か。

信託財産の価額が140万円を超えないならば業務の範囲内であるとは単純に

72) 小林=河合・前掲注22) 46頁。

73) 小林=河合・前掲注22) 45頁。

74) 昭和29年1月13日民事甲2554号民事局回答(小林=河合・前掲注22) 46頁より引用)。

75) 昭和10年6月28日法曹会決議(小林=河合・前掲注22) 46頁より引用)。

言い切れない。

(4) 法1条

令和元年法律第71号により改正された司法書士法1条は、次のように規定する。

(司法書士の使命)

第1条 司法書士は、この法律の定めるところによりその業務とする登記、供託、訴訟その他の法律事務の専門家として、国民の権利を擁護し、もつて自由かつ公正な社会の形成に寄与することを使命とする。

このうち「法律事務」の文言に民事信託設定支援業務が含まれるとの主張がありうるが、ここでの「法律事務」は、それに前置された「この法律の定めるところによりその業務とする」との限定が付されており、本条とは別の司法書士法上の規定が存在することを前提としていることや、業務の範囲を定める旨が明確である同法3条と無関係に使命規定から直ちに業務の範囲が導かれるとは解しがたいことから、本条をもって民事信託設定支援業務の法的根拠とすることは難しいように思われる。

(5) 補論

ここまで司法書士法に根拠規定があるかについて検討してきたが、民事信託設定支援業務の根拠規定を同法上見出すのは困難であると言わざるを得ない。ここで、司法書士業務に民事信託（設定）支援業務が含まれていることは現行法上想定されていないことの証左の一つを指摘したい。犯罪収益移転防止法（以下「犯収法」という。）である。

犯収法は、マネー・ロンダリング及びテロ資金供与対策に関する政府間会合FATF(Financial Action Task Force/金融活動作業部会)の「新40の勧告」(2012年)を受けて2014年に改正されたところ、同勧告の規制対象には「信託(Express trust)」も含まれ、商事信託はもちろん民事信託も含まれている(“Trustee”は、「報酬が支払われている専門家」や「例えば、家族のために無償で活動する者」も含まれる⁷⁶⁾)。同法は、特定事業者に対し特定業務のうち特定取引を顧客と

76) 「FATF勧告の解釈ノート(仮訳)」の用語集の「Trustee」の欄 (https://warp.n dl.go.jp/info:ndljp/pid/11194366/www.mof.go.jp/international_policy/convention/)

の間で行うに際して顧客の氏名や住居等について取引時確認を行うべき義務等を課す(同法4条1項)⁷⁷⁾。

特定事業者には、信託会社(犯罪収益移転防止法2条2項24号)、弁護士(同項43号)と並び司法書士も含まれる(同項44号)。そのため、信託会社が信託契約を行う場合の委託者や、受益権を取得した受益者に対し取引時確認を行うこととされている(同法4条1項・別表・同法施行令7条1項1号ニ)。また、弁護士が信託契約の締結⁷⁸⁾の準備又は実行をするに際しても、本人確認等を行う義務が課される(同法12条・依頼者の本人特定事項の確認及び記録保存等に関する規程⁷⁹⁾2条2項8号)。

では、司法書士はどうか⁸⁰⁾。信託に関しては限定責任信託に関する、信託行為、信託の変更、併合若しくは分割又は受託者の変更について定めるのみである(犯

fatf/fatf-40_240216_2.pdf)(2020年10月8日アクセス)。

77) FATFの「民事信託」実務に対する影響については、拙稿「民事信託業務に対するFATFの影響」信託フォーラム10号71頁以下。

78) 信託の併合若しくは分割又は信託契約若しくは規約に規定された目的若しくは受託者の変更についても対象となっている。

79) 日本弁護士連合会の会規である(平成24年12月7日会規第95号)。弁護士については犯収法12条1項が同会の会則で定めるところによるとしている。

80) 司法書士による民事信託設定支援業務における本人確認義務について論じられるものとして鯨井康夫「民事信託における司法書士の本人確認義務」信託フォーラム10号77頁以下がある。もっとも、「信託設定支援業務の依頼を受けるに際しては、司法書士自らが委託者や受益者等のために、特定取引を行うものではないから、犯収法の適用はない」(同81頁)とされ、かつ、「特定事業者でなくても、あるいは犯収法に規定する特定業務や特定受任行為の代理等に該当する行為でなくても、信託契約の締結にあたって、あるいは、信託事務としての取引や行為を行うにあたって、その相手方の本人確認をすることは当然のことである」(同82頁)とされていることから、司法書士による民事信託設定支援業務が犯収法により規定されていないことは自認されているようにも読める。同稿は、信託関係業務が司法書士法29条に規定する業務であるならば、取引時確認等の義務を負う旨述べられるが、犯収法4条・別表中欄は、「司法書士法(中略一筆者)第3条若しくは第29条に定める業務又はこれらに付随し、若しくは関連する業務のうち、顧客のためにする次に掲げる行為又は手続(政令で定めるものを除く。))についての代理又は代行(以下この表において「特定受任行為の代理等」という。)に係るもの」としており、「法29条に定める……業務のうち、(中略一筆者)特定受任行為の代理等に係るもの」が特定業務であるから、単に法29条及びその委任を受けた規則31条に根拠がある業務というだけでは、犯収法の規制対象に含まれない。

収法4条1項・別表・同法施行令8条3項9号・同4項6号イロハ)。限定責任信託以外の信託契約書の作成支援について、司法書士の場合に取り時確認義務を課さない理由は見出しがたい。民事信託設定支援業務が司法書士業務として認識されていないことの表れと見られる⁸¹⁾。

5 一応の結論

本稿は、「司法書士が民事信託設定支援業務を行うことができる法的根拠（根拠規定）があるか」という課題に対し、これまで本稿でいう「除外規定性」の議論において論じられてきた規則31条及び法3条1項各号のそれぞれにつき、除外規定性とは区別された「根拠規定性」の有無について検討を加えてきた。

検討の結果、規則31条1号が根拠規定になりうるものの、民事信託設定支援業務のうち、信託契約書等の信託行為に係る文書の作成を除いたものを根拠づけるにすぎず（上記3(3)の図の④）、同業務の枢要であるべき信託契約書の作成については、司法書士業務として遂行されているものではないとの結論に至った（同図の⑤）。

もっとも、七戸克彦教授の見解に従った場合の、「法3条以外の法令等に基づく業務⁸²⁾」として位置づける余地はある。本稿ではその点の検討にまで力及ばず、ひとまず上で述べたところを一応の結論としたい。

民事信託支援業務に携わる司法書士及びその他の「民事信託」の支援者が自らの拠り所を再認識し、必要であればそれを補うための議論と行動を活発にさせることを祈るばかりである。民事信託支援業務の法的根拠論を「巖流島の戦い⁸³⁾」にしてはならない。

81) 「特定受任行為の代理等」（犯収法4条1項・別表中欄）に民事信託設定支援業務（少なくとも信託契約書の作成）を含めないと、日本のマネー・ロンダリング及びテロ資金供与リスクを増大させる要因となってしまうことが懸念される。

82) 七戸・前掲注) 34) 4頁。

83) 1987年10月4日巖流島（山口県下関市大字彦島字船島）にて行われたアントニオ猪木対マサ斎藤（新日本プロレスリング）の無観客試合のこと。