

行政書士業際論Ⅱ・・・ 行政書士法の固有法律事務と代理について

中野支部
(実践女子大学大学院
人間社会研究科兼任教員)
戸口つとむ(勤)

1. 本稿の目的・・・弁護士法違反リスク除去の為に

行政書士は代書人として書類作成と言う代書業務を取り扱い、現在もその本質に変わりはない。しかし、代書或いは書類作成の名の下に争訟性の有る法律事務を取り扱い、弁護士法違反で告発されている。書類作成行為、代書は、事実行為の代行であり、示談交渉は、法律行為を代わって行うことであり代理そのものである。本質的に全く異なる概念と実際であるが、混同してトラブルが後を絶たない。行政書士は、弁護士法で禁止されている争訟性のある法律事務を取り扱うことなく行政書士の特性と使命を認識して、行政書士のアイデンティティを普及すべきであろう。行政書士の業務を真に理解してすれば、あえて争訟性のある法律事務を取り扱う必要はないのである。

2. 行政書士の私法上の法律事務（代理業務）の本質的構造と特性

我妻栄博士は、「代理とは、他人（代理人）の独立の行為（意思表示）によって、本人が、直接にその法律効果を取得する制度である」（新訂民法総則＝民法講義Ⅰ）と説明している。その私法上の法律行為（法律事務）の代理を業とする者が私法上の法律家である。業とは、反復継続する意思で当該行為を行うことである。その私法上の法律行為の代理を業とする資格には、弁護士と行政書士の他に司法書士、弁理士、社会保険労務士がある。司法書士は、一定額以下の法律事務について、争訟性、非争訟性を問わず、私法上の法律行為の代理を取り扱うことができるが、あくまでも固有（本来的）の業務としてではなく弁護士法の特別法的規定で取り扱うことができる特例業務である。司法書士の固有の業務は、登記、供託等の手続代理である。弁理士は、知財関係に限定され、社会保険労務士は労働紛争に限定されて、それぞれに争訟性、非争訟性を問わず、私法上の法律行為の代理が弁護士法の規制を解除して取り扱い得ることが法定されているが、やはり両資格とも私法上の代理は固有の業務ではない。私法上の代理業務について行政書士と司法書士等の隣接法律専門職とは本質的構造が大きく異なるのである。その相違は、行政書士は、私法上の非争訟性の法律事務であれば無制限に且つ法定の固有業務として認められていることである。行政書士は、権利義務に関する書類等の作成を固有の業務として古くから取り扱い、他の隣接法律専門職には、私法上の法的事務を取り扱う規定は存在しなかった。その経緯があり、司法制度改革が進み各隣接法律専門職の法律が改正された。その改正によって本質的な固有の業務として代理が追加されたのは行政書士のみであった。行政書士法の規定には弁護士法の規制解除の規定が存在しないが、そのことが結果として行政書士に非争訟性の法律事務である私法上の代理の全てを法定の固有業務として取り扱うことを認めた法改正となり現在に至っているのである。

代理の本質は、代理人は本人のために最大限の努力をして本人の最大利益に繋げることである。この本人の為に最大限の利益を得るための代理権限を認められることは大きな特権であり法律家として大きな意義を有する。言い換えれば、行政書士が弁護士と同様の法律家としての本質を有する根拠は、非争訟性に限定されてはいるが、無制限に且つ固有の業務として私法上の法律事務を取り扱うことを認められている国家資格者であるからである。

3. 「提出手続代理」と「手続代理」の相違

ここで、行政書士と、司法書士、弁理士の代理を例に挙げその相違を検討して見る。「提出手続代理」と「手続代理」との相違の検討である。行政書士法の代理には「・・・提出する手続きについて代理・・・」と規定され、司法書士法には「・・・手続きについて代理」と規定され、弁理士法は、「・・・手続きについての代理・・・」とされて、司法書士法、弁理士法には「提出」の文言は存在しない。一見、文言のみを表面的に解釈すると、「手続代理」は手続きの内容にまで代理権が存在し、「提出手続代理」の場合は、代理権が手続きの内容にまで至らず、提出のみの代理であるとする誤解が生ずる。しかし、提出そのものは事実行為であり代理ではない。代理と法文上で規定されたことは依頼者の意思表示が存在し手続きの内容にまで代理権を有すると解釈することが法文と実際との妥当性を有すると解する。従って、実務上での二つの概念の区別をする実益は存在しない。依頼人も手続き全てに対して行政書士に委任するであろうし、依頼人の便益を考えても両概念の区別する合理性は存在しないと考える。

4. 司法書士法の登記申請の双方代理と行政書士の代理業務との本質的相違

民法第108条に「同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない」と規定され双方代理が原則禁止されている。双方代理は民法により禁止されているだけでなく、法律家として絶対に受任してはならないことである。従って、弁護士は、民法の双方代理の規定の拘束を受けるのみではなく、弁護士法により他の事件であっても相手方から事件を受任してはならないとされている。行政書士法の規定は双方代理禁止の規定は存在しないが、民法の双方代理の禁止規定は行政書士の代理にも適用される。

司法書士の固有の業務は、不動産登記申請の場合の双方代理であるが、この双方代理は、本来の民法上の代理の姿である法律行為の代理ではなく不動産登記法上の代理である。民法の双方代理の規定が適用されない代理である。「司法書士は、登記申請書を作成し、その登記事件に関して双方の代理人となることはさしつかえない。登記申請行為は、私法上の法律行為でないで民法の代理の規定は適用されない」（昭和28年3月28日法務省民事局長第491号通達『回答』）との有権解釈がある。

ところが、行政書士界の中に、行政書士法第1条の3第2号の代理「・・・契約その他に関する書類を代理人として作成すること」の規定を司法書士の双方代理と共通であると主張する者がいるが全くの誤解である。この規定は、私法の法律行為の代理そのものである。「・・・書類を代理人として作成すること」とは、代理人が存在する前提に代理契約があり交渉代理や締結代理が含まれて、その手段として書類作成が存在している。このような条文の規定の仕方は、行政書士が書類作成を主たる業務としている、又、して来た由来によるものである。勿論、官公署に提出する書類の作成も代理人として作成することも本条に含まれていると解することもできるが、本条第1号で代理申請を業として行う事を認めているのであるから、重ねて本号に含めて解釈する必要はないであろう。従って、本号の代理は私法上の法律行為の代理と解釈することができる。本号の代理を司法書士の双方代理と同一視することは私法上の法律行為を代理する権限を有しないことを意味する。司法書士の双方代理は、実体関係が確定した、その確定した実体関係に登記を符合させるための権利者と義務者の共同行為であり私法上の代理とは大きくことなる。確かに、行政書士も当事者双方から書類の作成を依頼されることが当然に多くあるが、それは、行政書士法第1条の2の書類作成業務として受託するのである。その業務は代書業務そのものであり、事実行為である書類作成を代わって行うことである。法律行為を代わって行う行政書士法第1条の3の代理業務とは本質を異にするのである。第1条の2は代書業務で第1条の3の業務は代理業務と相談業務である。行政書士は、法律行為を代理する行政書士法第1条の3が創設されて初めて法律家になったのである。

5. 定款作成代理の意義

それでは、定款作成代理を、どのように解釈したら良いのであろうか。定款作成代理は、事実行為の代行か、法律行為の代理かとの疑問が起こる。書面を作成することが法律行為の代理とは言えないと考えられるが、定款作成代理の場合の定款の意味は書面そのものを言うのではなく、定款の規定内容それ自体を定款と言うのである。従って、定款の作成代理とは「定款の規定内容そのものを決定し、公証人に認証を申請する法行為の代理」である。民法上の法律行為ではないが広義の行政法上の法行為であることには変わらない。定款の作成代理とは、定款という書面の作成を伴うが、書面の作成行為を言うのではなく定款内容の決定の受任であるから、定款の作成代理と表現しても代理と代行の区別の概念矛盾は存在しない。なお、認証を伴わない定款の作成は代理ではなく代行と解釈すべきである。

代理と代行の簡単な見極め方がある。代理の場合は、書面に依頼人（本人）の捺印と署名は存在しない。委任状のみに本人の署名又は記名捺印が存在する。これに対して、代行（代書）の場合は、書面に本人（依頼人）の署名又は記名捺印がある。定款の作成代理は、定款に行政書士の記名と捺印が存在するが本人の捺印は無い。法行為の代理であり事実行為の代理ではないからである。

6. 示談書その他書類作成の委任状作成の矛盾

民法第643条に「委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる」と規定されている。委任は法律行為を委託することであるが、示談書の作成は法律行為ではなく事実行為である。しかし、示談書の作成に委任状を作成し受託する慣行が存在する。民法第656条に「この節の規定は、法律行為でない事務の委託について準用する」として事実行為の委託にも規定を準用するとされ、事実行為の委託は準委任として学説も確立しているが、示談書作成と示談交渉との混同を防ぐ為に委任状によるのではなく委託書を作成し、法律行為の委託である委任とは明確に区別することが必要と考えるのである。