

行政書士業際論 I . . . 弁護士法との関係を中心として

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 72 条は、「・・・報酬を得る目的で訴訟事件、非訟事件・・・その他一般の法律事件に関して鑑定、代理、仲裁若しくは和解その他の法律事務を取り扱い、又はこれらの周旋をすることを業とすることができない。ただし、この法律又は他の法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。」と規定している。この解釈について争いがあり、疑義を生じていると言われているが判例上は、ほぼ確定している。従って、行政書士業務を日常でこなす上では、学説の争いや少数説の主張に耳を傾けている暇はない。また、行政書士は、弁護士と一番抵触する法律資格であることを考えると、この弁護士法を確実に理解した上で業務を行う必要がある。ところが、ホームページを検索すると弁護士法に抵触している行政書士の案内を多く見る。法律家が法律を侵すことはあってはならないことである。その為に、弁護士法と行政書士法の誤解解消を目的として本稿を執筆した。

2 行政書士の業務、代行と代理

行政書士業務は大きく分けて三つである。イ、書類作成代行＝代書＝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。ロ、代理＝官公署に提出する手続・・・について代理すること、及び・・・契約その他に関する書類を代理人として作成すること。ハ、書類作成相談である。行政書士が法律家と言われる所以は、ロの法律行為を代理するからである。

代書(書類作成代行)と代理は明確に区別される概念である。代書とは、事実行為である書類作成を代わって行うことであり、代理とは、法律行為を代わって行うことである。代書という概念は、過去の異物で消え去ったと主張する者もいるであろうが、行政書士にとっての代書は今でも歴史のある大切な業務である。行政書士は、弁護士法 72 条の争訟性のある法律事務を取り扱う事ができないが、代書であれば取り扱う事ができる。その理由は、代書は、弁護士法 72 条の法律事務ではないからである。新人行政書士の方は、弁護士法 72 条で争訟性のある法律事務が禁止されているのに何故、示談書、離婚協議書などが作成することができるのか疑問を抱いたことがあるであろう。「示談書も離婚協議書も争いが解決し、その結果に作成する書類だから争訟性は無く、書類を作成することができる。」と主張する者もいる。確かにその通りでその場合も書類作成は合法であるが、それでは事件の最中にあり、書類作成を依頼された時は受任できないのかとの疑問が生ずる。勿論受任でき得るが、その根拠が代書である。代書は、事実行為を代わって行うことであり、法律行為を取り扱う法律事務ではない。代書が法律事務なら、タイプ屋、筆耕業が法律家ということになる。事実行為とは、家事や自動車の運転を想像すれば理解できる。従ってそれを代わって行う事を代理とは言わず、家事代行、運転代行というのである。それらの事実行為の代行と代書は、事実行為の代行として本質的には同じ性格を有するが、その相違は法律知識を要するか要しないかである。また、事実行為に意思表示は要素として存在しない。それとは異なり、代理は、「代理人の意思表示が本人に直接帰属する法律関係」である。

それでは、代書としての書類作成はどのように、どの範囲で行えば良いのかの疑問が残る。その書類作成の範囲についての参考として、弁護士法との関係で司法書士法の解釈に言及した昭和 54 年高松高裁判決がある。「・・・法律的判断作用は、嘱託人の嘱託の趣旨内容を正確に法律的に表現し、・・・換言すれば法律常識的な知識に基づく整序的な事項に限って行われるべきもので、それ以上専門的な鑑定に属する事項に及んだり・・・」してはならないと判示した。この判決を参考に行政書士業務を考えると、鑑定に及ばなければ、事件性、争訟性がどんなにあっても代書であれば取り扱いはできると解することができる。鑑定とは、判例の内容や通説を説明したりすることは該当しない。鑑定とは、判例もなく高度の法律知識がなければ判断できない事項について法律判断を加え断定することである。

3 争訟性のある事務の進め方＝代書業務として

弁護士法で争訟性のある法律事務の取り扱いが禁止されているのみではなく、和解と仲裁も禁止されている。行政書士が、示談書の作成の為に当事者に来所願い、書類作成の為に事件を整理し互いの話を聞き調整することは仲裁や和解と誤解されないかとの疑問が起こる。仲裁とは「当事者間の紛争を仲裁判断をなすことによって解決すること、和解と

は、争っている当事者に互いに譲歩することを求め争いを止めさせること・・・」（日弁連編条解弁護士法）である。行政書士は、争訟性のある法律事務の代理ができない、従って、当事者双方に来所を願い、示談書等に取りまとめることが必要である。その為には、事件の内容を整理し説明を加え、当事者の合意を見い出さなければならない。和解との相違は、「譲歩することを求める」等のことはしない。仲裁との相違は、「仲裁判断を」なさないことである。あくまでも意見の調整、整理の上で合意を見いだすのである。主体、主導権が嘱託人にあるのであり、行政書士は参考意見を述べ、事案を整理することが主たる業務なのである。これが、争訟性のある事務（代書）の取り扱い方である。和解や仲裁とならない為にも前掲の高松高裁の判決を大いに参考とすべきである。弁護士法を拡大解釈することなく、堂々と合法的に行政書士業務を進める為に代書業務の正しい認識が必要と考える。

4 行政書士の代理業務＝法律事務

弁護士法第72条の弁護士以外の取り扱いを禁止されている法律事務は、あくまでも争訟性のある法律事務であるが、日本弁護士連合会は、司法制度改革審議会の中では異議を述べずに、未だに「事件性を問わない」と主張している。日本弁護士連合会の姿勢は、法律解釈と言うより、ギルド精神に基づく職域確保の域を出ていないと批判されるであろう。行政書士法の代理権取得改正と弁理士法の改正は、この弁護士法72条の解釈の確定から発生した改正であることを忘れてはならない。争訟性の無い法律事務まで弁護士以外に取り扱いを禁止する合理性は存在しないと解釈することが通説、多数説であり弁護士法72条の解釈も確定されたと考えるのである。

従って、行政書士の代理業務は行政庁に対する手続き代理は当然として、民事代理も争訟性のある法律事務を除けば全て取り扱うことができる。契約交渉代理、契約締結代理を行うことができる。行政書士法の「・・・契約その他に関する書類を代理人として作成すること。」とは、契約交渉の代理人が前提として存在していると解釈することができる。そして、この契約交渉の代理人は特定の資格を要せず、いわゆる任意業務として誰でもが取り扱いき得る業務なのである。行政書士は国家により定められた資格を有し、代理人となり契約交渉を受託するのである。無資格者に依頼するか有資格者に依頼するかは依頼者の自己責任の問題である。

行政書士の代理業務には示談交渉を含まないと常々説明してきたが、納得しない諸氏が後を絶たない。「示談は和解契約であり、和解は典型契約であるから契約代理を業とすることのできる行政書士は当然に和解の交渉を行うことができる」との誤解を抱いている者がいる。行政書士業務を民法の典型契約と非典型契約により区別をする法的根拠はどこにも存在しない。弁護士法72条後段に「・・・ただし、この法律又は他の法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。」との規定をあげ、行政書士法はこの規定が当てはまると主張する者もいる。しかし、行政書士法には弁護士法を排除する規定は無く、それどころか「・・・他の法律において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。」との行政書士法の定めがある。弁護士法の「・・・別段の定め・・・」とは具体的に弁護士法を排斥する定めが必要である。例えば、司法書士法の簡易裁判所での訴訟代理権等の定めがそれである。

代理の範囲について、消極説は示談を行い得ないとし、積極説は示談を行い得るとして、あたかも積極説、消極説の学説が存在するような説明をする者もいる。行政書士法の代理業務の法解釈に積極説も消極説も学説は存在しない。狭い行政書士業界のみで主張している理論は法解釈論では「説」と言わない。法解釈論から考えたとき、どう考えても示談交渉は行政書士業務に含まれないと言える。ただし、示談交渉に関わってはいけないと説明しているのではない。示談交渉は、争訟性のある法律事務であるので代書業務として、当事者の意見調整、主張の整理等を行い取りまとめることで行政書士らしい業務を取り扱うのである。争訟性の無い法律事務は、代理で、争訟性のある事務は、代書業務として取り扱うことが重要である。行政書士の歴史はそのような業務として構築されてきたのである。

5 行政書士と弁護士の対峙

行政書士は、民事においては、未来を見つめて予防法務を専門として紛争を防ぐのである。弁護士は、過去を見つめて紛争を処理するのである。刑事における行政書士は、被害者の立場に立って告訴状を作成する。弁護士は加害者の立場に立って人権を擁護するのである。民事も刑事も、行政書士と弁護士は対象的な法律家であることを認識する必要があるのではないだろうか。未来を見つめて業務を行う資格の代表は行政書士と弁理士であり、過去を見つめて仕事をする資格は弁護士と司法書士、税理士である。弁護士も予防法務を取り扱うが、やはり主たる業務は訴訟代理及び被告人弁護である。このように行政書士と弁護士とは対峙する異なる法律資格であることを認識して弁護士の真似事することなく、行政書士としてのアイデンティティーを尊重して業務を行うべきであろう。そして、行政書士法の上位法は憲法のみであり、弁護士法は行政書士法の上位法ではないことを再確認する必要があるであろう。