

# 非弁行為取締りの趣旨についての一考察

全国行政書士立命会第5回交流大会行事

討論会 「行政書士業務と弁護士法第72条の関係について」

これまでの思考方法からの脱却

米田 壽一 著

(大阪府行政書士会会員)

## 非弁行為取締りの趣旨についての一考察

平成25年 8月15日

米田 壽一 著

(大阪府行政書士会会員)

この文書は、全国行政書士立命会第5回交流大会行事「行政書士業務と弁護士法第72条の関係について」の討論会<sup>\*1</sup>において、基調討論の最後に私が口頭で発表しました私見・「これまでの思考方法からの脱却」に加筆修正したものです。権利義務、事実証明に関する書類作成業務にたずさわっている先生方に、弁護士法(以下「弁法」と言う)72条や同法77条3号についてよく考えてもらうために公表したもので、一つの私的な見解に過ぎません。そのことを十分理解したうえで読んでいただければ幸いです。

### I はじめに

弁法72条は、弁法77条3号の犯罪構成要件とされていますので、弁法72条違反行為は、特別刑法である弁法77条3号を犯すことになるほか、弁法72条に違反する法律行為は民法90条の公序良俗違反として無効とされます(最判昭和38年6月13日民集17巻5号744頁)。仮に、某行政書士が委任者から弁法72条に違反

する行為を受任して事務を完了したとしても<sup>\*2</sup>、そもそも委任契約が無効ですから、行政書士が委任者に報酬や立替金の支払請求訴訟を起こしても敗訴します。逆に委任者から債務不存在確認訴訟や、既払い金員の返還請求訴訟を起こされまると、行政書士が敗訴するのが原則です(例外として民法708条)。したがって、権利義務・事実証明に関する書類作成の依頼があるときは、受託する前に弁法72条に抵触しないかどうかを慎重に検討する必要があります。

ところで、弁護士法違反被告事件の中に大変興味のある判決があります。最高裁判所大法廷判決昭和46年7月14日(刑集第25巻5号690頁)がそれです。この判決は、弁法72条についていわゆる「一罪説」を採用した判例として有名ですが、私は、別の点に注目しています。それは、同判決が「……同条制定の趣旨について考えると、弁護士は、基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とし、ひろく法律事務を行なうことをその職務とするものであつ

て、そのために弁護士法には厳格な資格要件が設けられ、かつ、その職務の誠実適正な遂行のため必要な規律に服すべきものとされるなど、諸般の措置が講ぜられているのであるが、世上には、このような資格もなく、なんらの規律にも服しない者が、みずからの利益のため、みだりに他人の法律事件に介入することを業とするような例もないではなく、これを放置するときは、当事者その他の関係人らの利益をそこね、法律生活の公正かつ円滑ないとなみを妨げ、ひいては法律秩序を害することになるので、同条は、かかる行為を禁圧するために設けられたものと考えられるのである。しかし、右のような弊害の防止のためには、私利をはかってみだりに他人の法律事件に介入することを反復するような行為を取り締まれば足りるのであって、同条は、たまたま、縁故者が紛争解決に関与するとか、知人のため好意で弁護士を紹介するとか、社会生活上当然の相互扶助的協力をもって目すべき行為までも取締りの対象とするものではない。」と判示した部分です。

すなわち、本テーマとの関係で重要なのは、弁法72条を文字どおり形式的に適用すれば犯罪が成立する場合に、非弁行為取締りの趣旨から「取締りの対象とするものではない」ケースのあることを判示した点です。この判決は、行政書士でない一般市民が刑事被告人となったもので、そのため判決では行政書士法に触れる必要がなかっただけです。行政書士の行為が形式的に弁

法72条に違反する場合には行政書士法（以下「行法」と言う）を検討するまでもなく当然取締りの対象となることを認めたものではありません。それにもかかわらず下級審裁判所の中には、行政書士が当事者となった民事事件の理由中の判断で本判決が立法趣旨として記載した文面を形式的に援用しただけで、行法に対する十分な配慮をしないまま裁判をしたものがありました。これでは、最高裁判所大法廷判決昭和46年7月14日の精神（真に意図するところ）を無視したことになります。そのため行政書士もずぶの素人と同列に扱われてしまった点は大変残念なことです。

## II 非弁行為取締りの趣旨を考える

### 1 なぜ非弁行為取締りの趣旨を検討するのか

職業として行政書士を選択することは、「職業選択の自由」として、行政書士業務を行うことは「営業の自由」として憲法22条1項で保障されています。しかし、憲法上の人権と言えども「公共の福祉」による制約を受けますが、その制約は必要最小限度でなければなりません（憲法13条）。必要最小限度の制約かどうかを審査する基準は、精神的自由と経済的自由とは異なりますし、経済的自由でも政策目的による制約か警察目的による制約かによっても異なります。非弁行為取締りの趣旨はこれを放置する場合に生じる弊害を防止するために規定

されたものですから警察目的による制約となります。したがって、講学上「**厳格な合理性の基準**」と呼ばれる審査基準で判断することになります。この基準によりますと制約の必要性があるというだけでは合憲とされず、制約目的達成のための合理的関連性の有無も審査されます。目的達成のために合理的な関連性がなければ、法令そのものを違憲とする（法令違憲）か、法令は合憲だがその制約を当該事件に適用する限りにおいて憲法に違反する（適用違憲）とされます。非併行為取締りの趣旨とされてきたものが某行政書士の某書類作成については当てはまらないと裁判所に判断されたと、弁法72条本文が当該行政書士業務に適用されないの、行法1条の2第2項の「他の法律において制限されているもの」の適用例が少なくなることとなります。そうしますと行政書士の「権利義務・事実証明に関する書類作成」業務の範囲もそれだけ広いものとなります。それ故、非併行為取締りの趣旨の合理性を考える必要があるのです。

## 2 非併行為取締りの趣旨とされてきた理論を検討する

A まず第1に、「**三百代言や事件屋から国民を保護する必要がある**」からだとされています。

それは、弁護士会のような会に入会を強制されない者が法的紛争に介入します

と、その行動は野放図なものとなり、自己の利益を追求するあまり紛争当事者である国民の利益が侵害される危険性が大きいからです。しかし行政書士は、行法6条以下により行政書士会へ加入が強制されています。また、行法は「行政書士は、誠実にその業務を行なうとともに、行政書士の信用又は品位を害するような行為をしてはならない。」と定める（行法10条）とともに、「会員の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、会員の指導及び連絡に関する事務を行」なわせるために都道府県行政書士会の設置を義務づけ（行法15条1項、2項）会則に「会員の品位保持に関する規定」の記載を義務づけています（行法16条5号）。行政書士が会員の品位を害しますと、都道府県知事から懲戒処分を受けますし（行法14条以下）、都道府県行政書士会による綱紀処分も受けることとなります（行法15条2項、同法16条5号に基づき各行政書士会は会則に綱紀処分に関する規定を設けています）。また、他の会員の目もあるので野放図なことがなされる危険性も少なくなります。この点では行政書士も、弁護士の場合と遜色がありません。行政書士を資格制度の外にいる単なる市民と同列に評価すること自体、行政書士法による規律を無視した議論と言うことになり、そもそも間違っています。

三百代言云々（うんぬん）は無資格の

市民に当てはまっても、行政書士が取り扱う権利義務・事実証明に関する書類の作成行為を制限する合理的な理由とならないと考えます。

B 第2に、「職務の独立性と自治を有する弁護士に法律事務を付託することによって国民の権利・利益を擁護しようとしたのが72条の趣旨」だという見解が大阪弁護士会ホームページ掲載の「弁護士法72条の再検討と隣接法律専門職の活用等に関する意見書」において記載されています。

しかし、「職務の独立性と自治権」は、弁護士が法曹として政治権力ないし国家権力（場合によっては政治権力ないし国家権力に匹敵するような社会的勢力）と闘わなければならないことがあるからです。単なる庶民の「太郎さんや次郎さん」の争いを解決するのに「職務の独立性と自治権」の有無を配慮する必要性はどこにあるのでしょうか？

職務の独立性云々（うんぬん）は、大げさであって行政書士が取り扱う権利義務・事実証明に関する書類の作成行為を制限する合理的な理由とならないと考えます。

C 第3に、弁法には「**基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とし**」……「**その職務の誠実適正な遂行のため必要な規**

**律に服す**」との規定があることを非弁護士排除の理由として言われることがあります。

行法には「基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とし」という文言はありませんが、行法10条で「行政書士は、誠実にその業務を行うとともに、行政書士の信用又は品位を害するような行為をしてはならない。」と規定しています。また、各行政書士は都道府県知事の監督の下にあり（行法13条の22）、先にAで述べたように知事による懲戒処分や各行政書士会による綱紀処分もあるのです。規律維持の制度を設けているかどうかという点では行政書士会も弁護士会も同じです。そうだとしますと、行政書士を排除する決定的な理由とならないと思います。

実質的に考えても、弁護士が依頼者から預かった財産を横領して泣かしている事例が新聞やテレビで目につくではないですか（2013年（平成25年）1月24日 東京弁護士会の弁護士の逮捕にあたっての日弁連コメント）。これなど、「基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とし」の規定が泣いているのではないのでしょうか？ 規律の有無も大切ですが、より重要なことは一人一人が職業倫理として守っているかどうかではないのでしょうか？

結局、基本的人権の擁護云々（うんぬん）も、行政書士が取り扱う権利義務・

事実証明に関する書類の作成行為を制限する合理的な理由とならないと考えます。

D 第4に、「**職業が高度の専門性・公共性をもつような場合には、資格を認定された者のみが従事することができる**」とされ、弁護士はその一例とされています。そのため「**の判断には高度な法律（法的）判断を必要とする**」から非弁護士を排除すると言われることがあります。あるいは、「**その者の法律上の知識がいかなる程度のものであるかについて何らの保証がないのかかわらず、その知識に基づく活動について対価を取ること自体が不当であると解され、さらに相手方の法律上の無智につけ入って、不当な報酬を取るような弊害が多いと考えられるからである**」などと言われています。

まず、については理由がないと考えます。「**法律上の知識がいかなる程度のものであるかについて何らの保証がない**」ということは行政書士にのみ当てはまるものではありません。実際問題として、弁護士の能力にも色々ばらつきがあるといえます。新司法試験では、受験者中、上位2,000名を超える合格者がでる時代となっています。旧司法試験の論文試験の成績で言えばCあるいは場合によってはD評価の者（旧司法試験では当然不合格とされた者）まで合格者とし

ているのですから、司法修習生考試（いわゆる二回試験）があるにしても、弁護士が本当に「高度な法律判断能力」を備えた職業集団として維持されているのでしょうか？（多数の弁護士会自身が「法曹の質の低下」を危惧する決議をしていることがインターネット上見受けられます。）。また、「相手方の法律上の無智につけ入って、不当な報酬を取るような弊害が多い」というのは行政書士に当てはまり、弁護士には当てはまらないのでしょうか？この弊害は拝金主義者かどうかという個人の問題で資格の有無と関係がないと思います。

私は、については理由があると思います。ただし、高度かどうかは比較の問題であって絶対的なものではなく相対的なものと考えます。ずぶの素人にとっては高度な知識であっても、行政書士にとってはもはや高度な知識といえないものもあります。10年前には高度な知識であっても現在では高度な知識といえないものもあります。法律上の紛争と言っても、千差万別で、それを解決するために必要とする法的思考力にも色々な程度があります。したがって、事案を個別・具体的に検討し、それを解決するのに高度な法的判断を必要とするかどうかを検討して決めなければならないと考えます。争点について、通説・判例と言われる程度にまで確定してしまった法的判断基準があるとき、それを適用することは、さ

ほど難しくはありません。平均的な行政書士ならこなすことができます。とくに、同様の紛争が大量に発生する紛争については、多くの場合、それを解決するために類型化した判断基準ができてしまっています。交通事故で言えば、事故の態様を類型化し、この場合の過失割合は何対何とか、後遺障害についてもどの様な障害ならば、何級、何万円と一応基準が実務上何種類かできてしまっています。赤本とか青本とか言われるものです。そのほかにも弁護士会とか、裁判所の判断基準とされるものを掲載した書籍も出版されています。具体的な事件においては、事実関係が確定してしまえば、あとはどの本の基準にしたがうかということだけです。基準が決まれば、弁護士であろうと行政書士であろうと具体的な賠償金額にはさほど大きな違いが生じないことになるのではないのでしょうか。この程度の法的判断で解決できる事件なら「高度な法律判断を必要とする」事件とはもはやいえないのではないのでしょうか？ 弁護士のみが独占しなければならない実質的な根拠は見つかりません。国民の利便から言えば、利用できる資格者が複数いる方がまさっていることとなります。

弁護士が独占するにふさわしい「高度な法律判断を必要とする事件」とは、事件を解決するために新判断基準を創造する必要がある場合（たとえば、公害のように古典的な不法行為理論では解決がで

きない新しい形態の不法行為が問題となった事例など）や、確定した判例を覆さない」と国民の意識とずれが生じている場合（たとえば、非嫡出子の相続分規定の違憲性を争う事例など）のような高度な法理論を駆使しなければ解決できない事件に限定する必要があるのではないのでしょうか。

行政書士試験では裁判手続きに関する知識は問われませんが、実体法についての知識は問われますので、合格するためにはそれなりに勉強をしています。行法は「国民の利便を図るため」「権利義務又は事実証明に関する書類の作成」を行政書士の業務と規定し（行法1条、1条の2第1項）、それにふさわしい知識を有するかどうかを試験され（行法3条）、その能力があると認められたから合格できたのであって、行政書士の法的思考能力をずぶの素人と同列に扱うこと自体、間違っているのではないのでしょうか。たとえば、内容証明で売掛金の支払を求めたり、あるいはこれに対して弁済した旨をやりとりしたりするぐらいのことは、特段高度な法的判断を必要としないのですから、この程度の争いがあっても、行政書士が内容証明のやりとりをするぐらいは別段不都合はないのではないのでしょうか。

すなわち、裁判手続きで解決する場合を除き、高度な法律判断を必要としない法律事務を行政書士が行う場合には、立

法趣旨からして弁法第72条の適用が予定していないところと考えるべきではないでしょうか。<sup>\*3</sup>

3 行政書士が当事者となった民事事件の中に、これまで裁判実務で認められてきた非弁行為取締りの趣旨（前掲最高裁判所大法廷判決昭和46年7月14日（刑集第25巻5号690頁））が行政書士業務にも妥当することを前提に、自己の行為が弁法72条の禁止行為に該当しないと争っているものがありました。これでは行政書士はなかなか勝てません。同じパターンで負けてしまいます。しかし、私は、形式的には弁法72条に該当する場合でも、同法同条の立法趣旨から事案によっては適用されるべきでないケースがあるのではないかと考えています<sup>\*4</sup>。

これまでごく当たり前のように主張され、多くの行政書士の先生方も無批判的に受け入れてきたと思われる非弁行為取締りの趣旨の合理性を考えてみられるように提案します。

#### 4 行政書士会への要望

資格制度の趣旨からして行政書士試験で試された能力の程度を越えた書類作成をしないようにすべきことは当然としても<sup>\*5</sup>、あまり萎縮してしまつて客観的には行政書士法が行政書士に期待した業務まで放棄してしまつたような結果になることは避けなければなりません。そのためにも各行政書

士会には、できるだけ多くの非弁行為として問題となった事例を収集・研究して、研究成果を公表するとともに、会員を適切に指導していただきたいものです。

#### 5 資格制度からみた行政書士登録資格の問題点

行法2条は行政書士試験の合格者でない者にも登録資格を与えていますが、資格制度の趣旨から考えて疑問です。行法1条の2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」を認めています。たとえば行法6号の資格者は行政事務についてはそれなりの経験を積んできたことは推定できますが、それでも行政法の基礎知識を正しく理解をしているかどうかは不明ですし、ましてや権利義務・事実証明に関する書類を作成するのに必要な法律知識に至っては全く不明です。したがって彼らにはそれらを行うに必要な知識の有無についての能力担保がなされていないこととなります。経験年数をいくら延長しても能力が担保されるわけではありません。かようなことを容認していると、いつまでたっても行政書士の判断能力に疑問を持たれます。このことは6号資格以外にも当てはまります。一切の特例を廃止して、試験合格者にのみ登録資格を与えるとすべきではないでしょうか。

以上



---

\*1 立命館大学校友会のホームページに掲載されています。URL は次のとおりです。

<http://alumni.ritsumeiji.jp/news/005400.html>

\*2 行政書士が適法な行政書士業務と誤解して、客観的には弁護士法に違反した行為をしますと、それは「行政書士資格を持つ会員の行為」ですが「行政書士の適法な業務行為」といえないこととなります。

\*3 事件性必要説にくみし、そこで言う『事件』は、高度な法的判断を駆使しないと適切な法律判断ができない程度の事件と限定するのが資格制度の趣旨に適合すると考えます。この考えによりますと、当事者間に紛争があったとしても、高度の判断を必要としない場合は、裁判手続きを利用しないで事案を解決するときは行政書士が排除される理由がないのではないのでしょうか。すなわち、行政書士が裁判外の和解に関する書類作成をしても弁法72条の適用外と考えてもよいのではないのでしょうか。

\*4 私は、「鑑定に該当しない」とか、「和解に該当しない」とかのレベルで争うだけでなく、「たとえ形式的には鑑定や和解に該当するとしても、弁護士法72条の趣旨（5頁の5行目以下）からして同法同条を適用する合理的根拠はない」という争い方があるのではないということです（憲法訴訟にいう「厳格な合理性の基準」の応用です）。弁護士しか判断できない高度の専門的な法的思考力を必要とする事案に当たらないという争い方です。

\*5 たとえば、裁判に関わる書類を作成することはできないと考えます。手続法には実体法と異なり「手続きの安定」のような原理もあり、それに対する配慮も必要ですので考え方も自（おの）ずと異なってきます。しかも、行政書士試験では、裁判手続きについて能力を試されることもないのでから能力担保がされていません。これがその理由です。