

ADR手続代理と弁護士法 72 条問題に関する意見

平成 1 6 (2 0 0 4) 年 8 月 2 0 日

日本弁護士連合会

ADR 手続代理と弁護士法 72 条問題に関する意見

平成 16 (2004) 年 8 月 20 日

[日 本 弁 護 士 連 合 会]

裁判外紛争解決手続 (ADR) における手続代理業務を隣接法律専門職に認めることの適否等についての当連合会の意見は、以下の通りである。

基本的な考え方

1 基本的視座 法の支配の観点から弁護士法第 72 条の趣旨は堅持すべきこと

(1) 法の支配を浸透させるという視座

ADR は、紛争の解決であり、当事者および第三者の法的権利義務の処分・確認を伴うものである。ADR は、主として合意により紛争を解決するものであるが、その合意も法の枠内で行われなければならない。すなわち、当然のことながら、ADR でも法の支配を社会、国民に浸透させるという視座に立たなければならない。2001 年 6 月の司法制度改革審議会意見書も法の支配の浸透を基本理念として掲げている。同じく司法制度改革審議会意見書で提言された ADR の拡充活性化も、法の支配の浸透という視座に立って考えるべきこととなる。

このような視座に立ち、当連合会は、これまで ADR 拡充活性化の方向性を支持すると共に、弁護士が法の支配の重要な担い手として、ADR の活動の中心に位置しなければならないとの意見を表明してきた¹。この法の支配の浸透という視座は、ADR における手続代理を論ずるにあたって不動である。

(2) 代理業務と弁護士法第 72 条の趣旨

弁護士法第 72 条の趣旨は、法的知識もなく倫理的な規律に服することがない者が他人の法律事件に介入することは、当事者その他関係者の権利・利益を損ね、法律生活の公正円滑な営みを妨げるというにある²。すなわち、法的知識と倫理的規律の両面から、法律事務に業として携わる者の資格を限定しているわけであるが、これも法の支配が浸透することを他人の法律事務を取扱う担い手の側面から担保する法制度である。

特に、法律事務のうち、「代理」は、代理人のみの判断で依頼者本人の権利・義

¹ 司法制度改革推進本部 ADR 検討会に 2002 年 7 月 22 日付けで提出した「ADR (裁判外紛争解決) についての意見」参照。また、ADR 手続実施者の資格問題について検討し意見を表明した際にも、同じ視点に立っている。同検討会に 2003 年 4 月 7 日付けで提出した「ADR 手続主宰者についての意見」等参照。これらの中に、ADR においても法の支配の原理が貫かれるべきことを、当連合会は明確に述べている。

² 最高裁昭和 46 年 7 月 14 日判決。

務の確認・変動という効果を直接発生させる行為であるうえ、代理人は依頼者と同じかに接して依頼者と信任関係（報酬を伴う契約関係）を持つものであるため、依頼者の権利・利益に影響を及ぼすこと大である。救済、紛争解決を求める当事者の代理人となる者には、不十分な法律知識でもって当事者を混乱に陥れたり、関係者に迷惑を及ぼすことのないようにしなければならず、また万一にも当事者の弱みにつけ入ることのないよう、高度の職業倫理が要求される。歴史的にも、まさに代理の局面で弁護士法第 72 条の趣旨は問題とされてきた。このことは訴訟外の相対交渉での代理、訴訟手続での代理、そしてADR手続での代理を通じて、程度の差はあれ同様にあてはまる³。従って、ADRにあっても弁護士法第 72 条の趣旨は堅持されなければならないが、ADR手続代理に関しては、ADR手続実施者に関して弁護士法第 72 条を検討する場合よりはるかに慎重に同条の趣旨が侵されないかどうかを検討すべきこととなる⁴。

訴訟・訴訟外を問わず広く法律事務一般を業として行うことを弁護士資格者に限るという法制は、決してわが国だけに限られたことではなく、同様の法制を有している国・地域は存在する⁵。少なくとも、弁護士法第 72 条が代理や相談の部分に関して世界的に特殊な法制というわけではない。法律事務、特に代理業務を弁護士独占とすることは、法の支配という近代自由主義・民主主義の基本原理を支える唯一とは言わないまでも一つの有力な制度基盤であることを示す。

弁護士法第 72 条の問題を論ずる際に、常に指摘されるのは、同条の趣旨は大事であるとしても、弁護士の数が少ないために、結局国民に法的サービスが行き渡らず、司法へのアクセスの障害となるのではないかという点である。しかしながら、今次の一連の司法改革において、弁護士人口の大幅増加、総合法律支援法に基づく日本司法支援センターの設立、法律相談センター、公設事務所等の充実、司法書士法、弁理士法、税理士法等の改正による隣接法律専門職活用のための所要の措置等が実施され、遠くない将来には弁護士の数が少ないことによる司法へのアクセスの障害という状況は格段に改善される道筋がはっきりとつけられている。

³ より踏み込んで述べれば、相対交渉代理においての方が、ここで指摘した問題は相対的に大きい。訴訟やADRでは中立の第三者（多くは裁判官や弁護士）が介在するが、相対和解交渉ではそのような第三者の介在はないからである。それゆえ、当連合会は、ADR検討会でADR手続代理とADR手続外の代理が検討項目としてあがった際に、この二つの問題は質的に異なり、仮にADR手続代理が一定範囲で認められても、その範囲についてADR手続外での相対交渉代理が当然認められるべきであるということにはならない点を指摘した（当連合会が 2003 年 6 月 9 日付けでADR検討会に提出した「ADR手続代理等と 72 条問題（意見および検討項目に関する要望）」参照）。

⁴ 紛争当事者の間に入ってADRを実施する第三者たる手続実施者については、弁護士以外の専門性を有する方々をできるだけ活用することがADR拡充活性化につながるという観点から、弁護士の一定の関与（弁護士と共同または弁護士の助言を受けて）を条件に弁護士法第 72 条を緩和することに当連合会は賛成していた（2003 年 4 月 7 日付「ADR手続主宰者についての意見」参照）。しかし、手続代理の問題は、当事者に与える影響が手続実施者の場合に比して質的にも量的にも格段に大きく、弁護士法第 72 条を緩和するにはより慎重でなければならない。

⁵ 例えば、米国は、全ての州で範囲の違いはあれ、法律事務は弁護士しか行ってはならないとされており、法律事務の範囲は法廷業務にとどまらない。

以上の通り、ADR 手続代理の問題を検討するに当たっては、今一度弁護士法第 72 条の趣旨という原点に立ち戻るべきであり、問題の検討にあたっては、同条の趣旨が害されることのないよう十分な配慮がなされるべきである。

2 問題の位置付け

ADR 手続代理の問題は、司法制度改革審議会意見書で打ち出された ADR 拡充活性化および ADR の局面での隣接法律専門職等専門家の活用の提言を踏まえて検討されるべきものである。この問題の位置付けに関し、以下の 3 点を押さえておきたい。

第一に、ADR 手続代理という本来限局的な問題をもって弁護士法第 72 条のあり方という大きな問題を規定したり変容させたりすることは、議論のあり方として適切でない。当連合会は、上記 1 の通り、弁護士法第 72 条は法の支配の浸透のために重要な制度であると認識しているが、他方同条のあり方についてはさまざまな議論があることも承知している。しかしながら、弁護士法第 72 条のあり方そのものは、今次の司法改革の中で法曹制度検討会をはじめとしてすでにひと通り検討がなされ、同条は維持するとの基本的な合意のもと、国民の当面の法的需要を充足させるための所要の措置が講じられている。従って、ADR において隣接法律専門職を活用するため手続代理を認めるかどうかを検討するにあっても、基本的に今次の司法改革のもとで議論され確認された枠組みの中でなされるべきであって、ADR 手続代理の問題における検討や諸措置がこれまでの枠組を大きく踏み外したり変容させるものであってはならない⁶。

第二に、ADR 手続実施者の確保の問題と異なり⁷、ADR は職業的な代理人の関与なく手続を進められることも一つの利点であり（ADR の簡便性）、代理資格を広範囲に認めることが必ずしも ADR 拡充活性化にとって喫緊の問題であるとは言えない点、ADR 拡充活性化という命題の中での問題点の位置付けとして留意すべきである。

第三に、この点との関連で、弁護士以外の職業的な代理人が代理人として ADR 手続に関与することについての社会的ニーズがどれだけあるのか、という点についても冷静に考えるべきである。よく言われるのが、専門的な事件と少額事件である。専門知識を要求される事件では、隣接法律専門職の専門知識を活用することはありうるだろうが、多くの事件は弁護士の輔佐として関与してもらえばよく、隣接法律

⁶ 司法制度改革審議会意見書 87 頁参照。弁護士と隣接法律専門職との関係については、弁護士人口の大幅な増加と諸般の弁護士改革が現実化する将来において、改めて総合的にあり方を検討するとされている。

⁷ 上述の通り、手続実施者については、弁護士以外の専門性を有する方々をできるだけ活用することが ADR 拡充活性化につながるという観点から、弁護士の一定の関与（弁護士と共同または弁護士の助言を受けて）を条件に弁護士法第 72 条を緩和することに当連合会は賛成していた（2003 年 4 月 7 日付「ADR 手続主宰者についての意見」参照）。

専門職を代理人とするまでの必要性があるかは、疑問である⁸。また、少額事件については、そもそも代理人をつけずにADRを利用することを考える場合が圧倒的に多いと考えられ、このニーズもどれだけあるのか疑問である。

3 個別検討に当たっての留意点

以上の視座および問題の位置付けの理解に立って検討する。検討にあたっては、司法制度改革審議会意見書で述べられている通り⁹、基本的には、各職種の内容・専門性・実情、その固有の職務と法律事務との関連性、専門性を活用する必要性等を踏まえて個別に検討すべきであるが、基底にある問題点として、さらに、以下の点に留意すべきである。

- (1) 専門性と言っても、紛争解決（主として民 民の紛争の解決）にあたるという局面での専門性があるかどうかを考慮すべきである。生きた紛争を扱うには、関連する分野の実体法の知識のみならず、手続法的な考え方、究極の紛争解決手続きである訴訟の理論・実務の知識が必要である。裁判官的、学者的な観点から法を適用するだけでなく、当事者の正当な利益を最大限実現するという観点から主張し相手方と交渉しなければならない。かと言って、法的に主張しうることを何から何まで主張するということも不適當であることが多い。どのあたりが妥当な線かということを中心に置きつつ、依頼者に助言し、相手方に主張し、また場合によっては依頼者を説得しなければならない。さらに、現実の紛争は一見特定の法律分野の問題に見えても、他の分野の法律・判例あるいは法の一般原則にさかのぼって考えなければならない問題も多いこと、そのように他の分野に関係するかどうかを見分けること自体が問題の解決を左右する場合も多いことに留意すべきである。このように、紛争解決の代理は、一定の分野の法律専門知識ということだけでは捉えられないものである。一定の法律分野の専門知識があるということだけから、紛争において当事者を代理する専門性があると結論付けてはならないのはもちろん、固有の業務を扱うのに付随して民 民の紛争解決に関与することがあるという程度では、紛争解決の局面での専門性があるとは言えない。
- (2) 倫理的な面での規律が実質的に担保される仕組みを有しているかどうかを十分考慮に入れるべきである。守秘義務、利害相反、説明義務、違法行為を助長したり加担したりしないこと、等当事者や関係者に対して負うさまざまな法的・倫理的規律の中で業務を行うのが法律事務の代理である。紛争解決の代理にあたっては、特に高い倫理的規律が求められる。この点がおろそかになると、結局ADR利用者や関係者の権利・利益が損なわれ、ADRは法の支配から遠ざかる。また、倫理規律はあっても、それらが現実に執行されて

⁸ 例えば、株式の贈与や譲渡に関して税金が問題になったような場合でも、税理士を代理人にまでしないのが一般的である。また、高度の専門性が必要とされる建築紛争や医療紛争において、その分野の専門性を有するからと言って、建築士や医師を代理人にすることはしない。

⁹ 司法制度改革審議会意見書 87 頁参照。

いなければ、規律が実質的に担保されているか疑わしい¹⁰。

- (3) 各職種の業務がそもそもなぜ認められているのか、各職種の固有の職務からして、そもそもどのような性格を有する職種であるのかを、これも原点に立ち帰って考えるべきである。隣接法律専門職の多くは、歴史的にもまた現在でも、行政庁と民間の間の諸行為や手続を担う職種であり、かつそのため行政庁の監督に服している点、弁護士とは質的に異なると言うべきである¹¹。そのような職種に、ADRにおける紛争解決の代理を認めるのが適当かどうかは、慎重に考慮する必要がある。

なお、これらはADR手続代理をどこまで認めるかの検討であって、ADR手続を離れて相対和解交渉一般を認めるかどうかの検討は別論である。ADR手続代理の問題に比べ相対交渉一般の問題は、はるかに裾野が広くその影響も大きい。また、中立の第三者が介入しない点も、ADR手続代理との質的な違いがある。従って、この問題を、仮に限定された範囲であれ、ADR手続外の相対和解交渉を認めるかどうかということにまで広げる場合は、弁護士法第72条の根本に触れる問題となるのであって、とうてい容認できない。

各専門職の代理権について意見

1 司法書士

司法書士に関しては、認定司法書士については簡裁事物管轄の範囲で訴訟代理および訴訟外での和解代理業務が認められていることから、現行法の解釈としてもすでにその限度・範囲でのADR手続代理は認められており、基本的にはそれで十分である。

認定を受けていない司法書士には、登記実務以外は弁護士に準ずらないしその業務を補完するような高度の専門性は認め難い。一般の法律問題については、認定司法書士について一定限度で訴訟・訴訟外の代理等を認める認定司法書士制度が緒についたばかりであり、その定着と展開を見守るべきである。従って、現行法で認められている以上のものを認める必要性、相当性に乏しい。

2 弁理士

現行法上、特定の機関（日本知的財産仲裁センター、日本商事仲裁協会）で工業所有権の紛争に関して単独代理が認められているが、それに加え、弁護士会仲裁センター等特定の機関で工業所有権の紛争に関して単独代理を業として認め

¹⁰ の個別の検討では、特に倫理的規律については触れていない。いくつかの職種は倫理規定を持っているが、それがどれだけ執行されているかは大いに疑問である。司法書士会が最近倫理規定を制定し執行しているが、これもまだ歴史が浅く、定着しているとは言い難い。

¹¹ もっとも、隣接法律専門職種のうち、司法書士と弁理士については、それらの主たる業務は対行政庁（法務局、特許庁）の仕事であるとしても、現実には部分的に国民の紛争解決の局面に従事していると言える。

てよい。

工業所有権に関しては高度の専門性を有し、その分野で訴訟・訴訟外の紛争解決に携わることが職務上予定されている。現行法で認められている特定機関での単独代理を更に同等の機関に広げることでよい。

3 税理士

手続代理業務を認めるべきではない。

税務、租税法に関しては高度の専門性を有する。しかし、民 民の紛争において当事者的な立場での紛争解決の実績は乏しく、また職務上それを予定されてもいない。従って、代理を認めることは相当でない。

4 不動産鑑定士

手続代理業務を認めるべきではない。

不動産鑑定士の専門性は、あくまで鑑定人としての専門性であり、紛争解決に代理人として関与するという専門性ではない。従って、代理を業として認めることは相当でない。

5 土地家屋調査士

手続代理業務を認めるべきではない。

不動産表示登記、境界問題について高度の専門性を有する。しかし、当事者的な立場での紛争解決の実績は乏しく、また職務上それを予定されてもいない。従って、代理を認めることは相当でない。

6 社会保険労務士

手続代理業務を認めるべきではない。

社会保険関係の法務に関しては、高度の専門性を有する。それに付随して、個別労働関係紛争についても、一定の経験を有する（労働局の個別労働紛争 ADR では、あっせん代理が認められている）。しかし、個別労働紛争の分野においてもその経験はまだ浅い。従って、代理を認めるのは相当でない。

7 行政書士

手続代理業務を認めるべきではない。

固有の職務は、官公署に提出する書類その他権利義務または事実証明に関する書類の作成である。これに付随して書類の提出の代理や作成の代理が認められているに過ぎない。行政書士の専門性は、基本的に対行政庁の申請や書類作成であり、それ以外の面で弁護士に準ずるないしその業務を補完するような高度の専門性は認め難い。一般の法律問題についても、民 民の紛争解決に携わることが予定されていない。従って、ADR 手続代理を業として認める相当性に乏しく、また必要性にも乏しい。

以 上