

東京都立大学名誉教授 兼子仁先生との特別対談

行政書士法1条、1条の2及び1条の3の読み方と 弁護士法72条との接点について



左から盛武隆氏、伊藤庄吉氏、兼子仁氏

平成22年3月25日、行政書士会館2階応接室において、行政書士法1条、1条の2及び1条の3の読み方と弁護士法72条との接点等について、東京都立大学名誉教授兼子仁氏、元日行連会長盛武隆氏を迎え、日行連法規監察部部长伊藤庄吉氏の進行のもと対談を行った。内容は以下のとおり。

参加者（敬称略）

兼子 仁（東京都立大学名誉教授）

盛武 隆（元日行連会長、現日行連理事・
行政書士制度あり方検討委員会
委員長）

伊藤庄吉（現日行連常任理事・法規監察
部部长）

【伊藤】 失礼いたします。法規監察部部长を拝命しております伊藤でございます。本日の対談

に加わるとともに、進行役も務めるようにというところでございますので、僭越ではございますが、よろしく願いいたします。

本日の対談は、最近、私ども行政書士に対していろいろのご意見が、特に他士業から寄せられていることを念頭に、日ごろ行政書士の応援団を自認していただいている兼子先生、また数次にわたる行政書士法の改正に関わられたご経験をお持ちの盛武先生、お二方にお話を聞かせていただきながら、行政書士の立場から共に考えてみようという趣旨に基づくものでござい

す。

予定としましては、第1に、行政書士法の1条の2とそれとの関連において1条について、第2に、1条の3について、そしてさらに第3に、それらと不可分に関わる弁護士法72条について組上に載せてみたいと考えております。ただ、掲載が予定されております「日本行政」の誌面の都合もありますので、それぞれについて代表的な論点各1点、ということになるのかなと思っております。

I 行政書士法1条の2と1条について

【伊藤】 それでは、早速ですけれども、まず1条の2についてですが、「官公署に提出する書類」と「権利義務又は事実証明に関する書類」の関係について取り上げたいと思います。

この点をめぐっては、「その他」という文言のとらえ方もかかわって、平たく言えば権利義務事実証明書類は官公署提出書類から類推されるようなもの、またはそれに付随するものに限られるとする考え方と、官公署提出書類も権利義務事実証明書類の一部であり、その権利義務事実証明書類は相当幅の広い書類を包含するものであるとする考え方があると一般的には整理されていると思います。

ただ、私としましては、今は絶版となっておりますが、私どものバイブルともいべき『詳解行政書士法』、これはご承知のように私どもの所管官庁筋が編集されたいわば有権解釈の塊のような書物ですが、その26ページには、これらとはやや視点の異なる見解が示されているのではないかと考えております。

すなわち、官公署提出書類については、権利義務事実証明書類であるか否かにかかわらず、官公署へ提出するものであれば第2項の制限を

除き、ありとあらゆる書類が含まれるのに対して、それ以外については権利義務事実証明書類に限定されている、もちろん、さらに第2項の制限付きでという見解と読み取れます。官公署提出書類と権利義務事実証明書類をいわば並列的にとらえる見解、ということになるのかなと思います。これらの点について、まず兼子先生はどのようにお考えでしょうか。お伺いいたします。

【兼子】 まず、すべての法解釈の出発点として、



東京都立大学名誉教授 兼子仁氏

文理解釈といいますか、条文どおりの読み取りということで行きますと、「その他権利義務又は事実証明に関する書類」と書いてあるわけではなく、「その他の」とはなっていません、「の」がないわけです。ということは、前の官公署提出書類と権利義務書類とは分けて、「その他」になっているわけですから、官公署提出書類の範囲を超えても、権利義務書類は行政書士の独占作成業務になるという読み方のほうが文理上正しいことは、その点でも明らかです。

しかし、法解釈はやはり実質的な裏づけもあって説得力が増すということで、実質的に考えますと、権利義務書類は官公署提出書類とかなり重なることがあるでしょう。特に行政手続法・条例ができて、申請手続をめぐって「申請者の権利」ということも法律用語になってきています。したがって、権利義務を手続法的にとらえるというふうにしますと、官公署提

出書類は手続的な権利義務書類とも言えるわけですから、その意味でも重なってきます。特に指定機関に対する申請の場合には、その解釈が重要になりますが、官公署提出とは関わりのない契約書のような民事書類としての権利義務書類を作ることも、街の法律家、行政書士にとってますます重要になっているのはご存じのとおりでして、官公署と関わりのない民事権利義務書類の作成が今日的に重視されて当然だと思います。

のみならず、「権利義務書類の作成」を、民事書類を含めて行政書士の業務と定めることは行政書士法に始まった話ではなくて、戦前の大正9年、内務省令「代書人規則」以来なんですね。既に戦前の歴史を長く踏まえた事柄であります。そういうことを踏まえて、「その他」を文字どおりに読むということは実質的な裏づけのある解釈である。しかもその結果が今日の街の法律家、行政書士の業務として重要になっていると私は存じております。

【伊藤】 ありがとうございます。今ほどお話しいただきました、「その他」といっているだけで「の」は入っていないということは、実は私も、何かの文献で、「Aその他B」というのは、「Aその他のB」というのとは異なって、AとBは並列であるというのを読んだことがありまして、その際、先ほどの『詳解行政書士法』の解説とも符合するななどと思った覚えがありますので、まさにその文理解釈が出発点だという意味で、非常に心強いご指摘だと思います。

それでは、盛武先生にお伺いをいたします。1条の2の解釈に当たっては、1条の目的規定に「あわせて」という文言が入っていること、これは平成13年の改正で取り入れられたんだと思いますけれども、そのことを正しく評価しなければならぬと思います。この点は、先ほど触れました『詳解行政書士法』が22ページで、平成9年に創設された当時の目的規定について

つとに指摘していたところであり、それを明文化したということでもあると思うんですが、このあたりのことも含めて、改正を指導された盛武先生、お話しいただければと思います。

【盛武】 「あわせて」を入れる根拠となった、



元日行連会長 盛武隆氏

そもそもの出発点は弁理士法改正でした。弁理士法の4条3項として現在規定されていますが、ここで契約代理、媒介等を業とすることを規定する。その規定に著作権・回路配置の申請書・契約書の作成等本来行政書士が独占業務としていた分野を取り込むためには、特許庁の行政書士法に対する反論として、契約代理等の法律事務が行政書士法には書いてないという主張がされました。蛇足ですが、その背景にあったのは、当時の労働省と総務庁が出しておりました職業別分類コードブックです。その中で行政書士は事務員に分類されていました。そこで行政書士制度は法律事務を取り扱うような資格制度ではないというのが彼らの主張でした。

【伊藤】 行政書士に対する認識が極めて低かった、そこからの出発ということで、大変だったんだろうと思います。

【盛武】 そこで、行政書士は法律事務を業務とするという主張を裏付けるために、1点目として、労働省、総務庁に、行政書士を法律専門分野の枠内に位置づけることを要望するとともに、2つ目には、権利義務事実証明には契約代理および契約書の作成が含まれている、いわゆ

る法律事務が含まれているという主張をしました。総務省も、当時の自民党の政務調査会地方行政部会におかれた行政書士制度検討委員会の会議で、官公署に提出する書類だけが行政書士の業務ではなく「あわせて」権利義務事実証明すなわち契約業務があると説明しました。

一般的認識として、行政書士会の総会等で来賓があいさつに來られると、「皆様は行政と国民の間の架け橋として」と発言されます。ですから、行政書士は国民と国民の間にも立っているんだということの理解を得るために、「あわせて」を入れて二本柱を強調したという背景があります。

この「あわせて」の四文字の条文は、その後の法改正において大きな意味を持つてくるわけです。すなわち、いわゆるオンライン化3法の立法のときです。オンライン化3法の条文には、先ほど兼子先生も触れられましたけれども、行政機関等（指定法人、認可法人、特定法人、独立行政法人等）としていわゆる民間法人が括弧書きに入っておりました。オンライン化一括法における行政書士法改正条文の作り方として、「書類」の後ろに（書面に代えて電磁的記録）と書いていきますと、オンライン化法は行政手続に関する法律なので、民民の手続は当然含まれない。そう考えると、行政書士法の「権利義務事実証明」は、民民間の書類だけと限定してとらえてしまう場合、行政手続に関する法律に民民間手続は書けないという話になりました。話を元に戻しますと、官公署に提出する書類であったものが、指定法人、認可法人、特定法人、独立行政法人等の四民間法人に提出する場合は許認可手続きであっても権利義務事実証明となる、だからそこも権利義務事実証明に関する書類の後ろに（電磁的記録・・・）と入れたいと要望したわけです。

ところが、今度は権利義務事実証明に関する書類の後ろに（電磁的記録）と、前段の官公署

に提出する書類（電磁的記録）のように入れるところが行政書士の独占になってしまう。すなわち民間を刺激する、要するにオンライン上で作成される権利義務事実証明に関する書類はすべて行政書士の独占になるということから、そこは露骨に書くとあまりにもまずいね、寝た子を起こすということから、「この条及び次条」という条文を入れたのです。そのことによって、先ほど言いましたように、オンライン上の行政機関と民間化された機関、準行政機関といえますか、言葉が適当でないかもしれませんが、そこには権利義務事実証明ですということ行政書士の業務として明確化できたということです。官公署に提出する書類と権利義務事実証明に関する書類の読み方といいますか、法には、今、申しあげましたように、あまりにも露骨に書いてはいろいろ差しさわりがあるということで、「この条及び次条」とできたことに、「あわせて」が効果したというところがあります。

そこで法制局としても、行政手続を決める法律の中に民間手続を入れることはいかかと言っていたが、先ほどの4法人とあわせて民間化された機関に対する行政手続きが権利義務となるという読み方でオーケーという話になって、あのような法律になったということですね。

【伊藤】 なるほど。法改正の裏では、非常に微



日行連法規監察部部长 伊藤庄吉氏

妙な調整があるんだというお話だったと思います。ありがとうございました。

いずれにしましても、両先生は、権利義務事実証明書類は官公署提出書類から類推されるもの、またはそれに付随するものに限られるということではないというお考えだと思います。先ほどの所管官庁筋の見解も、この点では同様の考えの側だと思っております。

なお、今の立場にある私としましては、あくまでも個人的見解ですけれども、所管官庁筋が先ほどのような見解をお示しである以上、連合会としては学術的議論にあまり深入りするのではなくて、あくまで所管官庁筋の見解に沿って、その論拠等についてさらに勉強し理論武装を深化させていくことが、とるべき道ではないのかと思っております。

Ⅱ 行政書士法1条の3 第2号について

【伊藤】 それでは、時間の関係もありますので、駆け足でございまして次にまいります。1条の3についてですが、2号の「契約その他に関する書類を代理人として作成すること。」を取り上げたいと思います。

この規定に関しては、契約締結の代理が行政書士において可能なことをも認めたものか否かについて議論がありますが、この件については、まずこの条文ができた平成13年の改正を指導され、また深く関わられた盛武先生に、当時の様子も含めてお話をお伺いしたいと思います。

私の理解では、先生は、このとき行政書士において契約締結代理が可能なことも法律上確認されたのだとのご認識であると存じておりますが、よろしくお願いたします。

【盛武】 そのことですが、弁理士法改正については特許庁が弁理士法改正推進室をつくって、20数名のスタッフが2年間かけて改正案を作った。その過程で、工業所有権審議会等の経済

産業省の諮問機関において、契約代理に関する議論がされていきました。そこでも、「事件性のない法律事務についてはだれでもできる。」という見解が示されていきました。

自民党の政務調査会地方行政部会におかれた行政書士制度検討委員会の会議において、弁理士法改正への対応と合わせて行政書士法改正も議論をされましたが、そのときに、法務省から出席していた担当官が「法律事務のうち事件性のないものについてはだれでもできる。」ということに異論を唱えなかった、容認したことを前提として、行政書士も弁理士と同様に代理ができる旨を行政書士法に入れると結論を得ました。

当初、現在の弁理士法4条3項に書いてあることをそっくり行政書士法に落とし込んだのですが、法制局が権利義務事実証明に含まれる契約関係の書類というのは極めて幅が広いものなので、弁理士法4条3項を落とし込んでしまうと著作権・回路配置関係の契約代理のみに限定されてしまうのではないかと、そのまま落とし込まないほうが良いということから、検討の結果、契約代理できる旨を書き込もうとしたのですが、最終的には日弁連や議員間との調整などもあって、「代理人として」という「人」を入れたということです。

なお、この条文に関するそのときの総務省の解説では、いわゆる業務の拡大、業務領域の拡大ではない、要するに業務の明確化であるという説明をしているわけです。だれでもできることを法に書くということと書かないこととは、何が違うかということ、行政書士の名を用いてできる。それを書かないと、業務ができることはできるが、行政書士と事実上書いてもそれは行政書士の業務ではないでしょうとなる。

そこはどうかということ、今度は、私はかつて全行団で損害賠償責任保険制度にも関わりましたがけれども、やはり法定業務が賠償責任保

険のカバーの範囲なのですね。そうすると、書いていない部分について業としてやった場合に、法律上、行政書士の業務ではない。そうすると、保険ではカバーできませんねというところになるので、その仕切りとしては、やはりより明確化して書いておく。そうすると、そこで損害賠償請求されてもカバーができる。

ただし、その後の保険はトッピング方式といえますか、付加方式がとられていて、特約という形で膨らんでいます。良い例が、例えば自動車の登録を終わってナンバープレートを取りつけるときの封印委託業務というのがありますが、これはちゃんと日行連が出している『行政書士法人（設立）の手引』の中にも定款の項目として明文化されています。ですけれども、それは行政書士法には書いていない。書いていないが、業としてやはり賠償請求事件が起きる、しかもかなり多額だということから特約でつけている。この特約でつけている部分が、行政書士法との関係では、実態として行政書士が業としてやっているものだからやはりカバーしとかなないといけません。しかし、そこは法律的にどうかというのは、業務の明確化、すなわち法令上書くということと、書かないで業務でやっていて、それは賠償責任としてカバーするののかというところの法律の判断の分かれ目は、僕はそこにあり、悩ましい問題だと思っています。

最近、いろいろな場所で発言していますが、日行連中央研修所の講師が、これは行政書士の業務ではないと言いながら、日行連として研修会をやっているのがあります。そういったものについて、業務として進め、奨励し、研修までやるということになると、業務の明確化が図られていないものについて損害賠償請求を起されたときにだれが責任をとるのですか、保険もカバーしていませんねと。そこは日行連としてきちっと、まさに本日の議論が大事なのではないかと最近、提唱しているところですよ。そこは

兼子先生のお考えをお聞きしたいところです。

【伊藤】 ありがとうございます。今、盛武先生が賠償責任保険の件の前提として言われたことを突き詰めていくと、1条の3の2号があることによって、契約締結の代理人になった場合に、我々は「上記代理人、行政書士だれだれ」と書ける。一般の人にも事件性のない法律事務ということで開放されているけれども、例えば他の士業の方たちに同様の明文規定がないとすると、仮に付随業務論等で書類作成自体は正当化するとしても、「上記代理人だれだれ」としか書けないということにもなるのだらうと思います。

【盛武】 その点ですが、特許庁とやり合ったときに、総務省が、基本的に行政書士の業務として書類作成は独占ですという図を示して、だれでもできる契約代理であっても、そこで書類作成が伴えばだめです、行政書士法に違反しますということをより明確に述べたところ、特許庁、弁理士会が、「わかりました、私たちは行政書士会に入会して、そこで行政書士として作ればいいんですね、では入会してやります。」という会話ができて上がっているわけです。

ただし、近年、特許庁が出しております『条解弁理士法』には、「契約代理」と書いて、括弧書きで「その書類の作成を含む」とつけ加えています。わざわざ括弧書きをしているところが僕はまさにそこに触れているんだらうと思っていますところですよ。

【伊藤】 そうですね。1条の3ということで罰則がかぶっていないのでできるという議論もあるようですが、今ここでの論点とはややずれますので、とりあえず本題の方に戻させていただいて。

今、盛武先生が話されたことは、先ほど論点に挙げましたことからはいいますと、要は行政書士において契約締結代理が可能なのも1条の3の2号で確認されたということだと理解したらいいということですね。

【盛武】 そうです。当時、議論が分かれたのは、「契約代理」と最初は書いたのですが、「代理人として」となりました。一般的にその当時言われたのは、「契約代理」と書くよりは、「代理人として」と書いたほうが、実はより権限が広がったのではないかと言う人もいましたね。あのときからいろいろな議論がされていることは確かです。

【伊藤】 いずれにしても、そのときに、契約締結代理が行政書士においても可能だということが法律上確認されたこと。

【盛武】 当然、利益相反行為についてもそこで。

【伊藤】 そうですね。

それでは兼子先生にお尋ねをいたします。この2号につきましては、今ほどの盛武先生のお話とは異なって、いかなる意味でも契約締結代理を認めたものではなく、契約書の作成代理のみを認めたものにすぎない、その証拠に行政書士法には利益相反禁止規定がないではないかという議論があります。この点については、改正当時、所管官庁筋から、この2号は直接契約代理を行政書士の業務として位置づけるものではないが、行政書士が業務として契約代理を行い得るとの意味を含むものであると解されると公示されているところをどう評価するのかという観点もあろうかと存じます。

これらの点については、先生は既にご著書の『行政書士法コンメンタール』の中でご見解をお示しでありますし、このたび第4版も出されたところでありますが、改めてお伺いしたいと思います。

【兼子】 2001年、平成13年の改正で、「契約書類を代理人として作成すること」と書かれたわけですが、契約書を行政書士が業務として作成代行することだけでしたら、1条の2の独占業務の範囲であります。ただ、その場合は「作成代行 行政書士だれだれ」というサインになるのでしょうか。ところが今回、代理人として作成す

ることとなりましたから、契約代理人であることが前提になっていると法律上書かれているわけですね。

そうすると、契約代理権の根拠はどうかということになりますが、従前、付随業務論というのがありましたけれども、この場合に前提としての契約代理権を付随というのはおかしいのであって、むしろ前提ですね。本当はこの改正のときは、書類作成ではなく、まさに「契約の締結について代理すること」と書かれてほしかったのです。ところが、日弁連から暗黙の了解を得るために今の表現が結果としてそういう経緯になったというのが、今のお話でよく分かりました。

そうしますと、契約代理人であること、行政書士が契約代理をすることは、私の解釈によれば、明記された代理人として契約書類を作成するというものの外で、“法定外業務”に残っています。

ところが、そもそも1条の3は、すべて非独占業務と知られているわけですね。同じ業務を他士業者も営業できるわけですから、そうだとしたら、行政書士本人が1条の3第2号によって限定的に拘束されるのはおかしいじゃないですか。行政書士だって法定外業務としての契約代理は当然、その前提としてできると解するのが正しい。

もっとも、この後、話が出るとは思いますけれども、弁護士法の72条といった他士業法の独占規定に反することはできません。ところが、契約代理というのは「法律事務」ではあっても「法律事件」に関する法律事務ではないので、弁護士法72条には違反しないで成り立つ法定外業務なのです。

ただ、“法定外業務”を受任して報酬が取れるのかという点については、行政書士の専門性を生かした業務として受任できるということであれば、行政書士法上の行政書士の法定義務

がありますね。例えば秘密を守る義務、あるいは帳簿作成義務等です。この行政書士法上の法定義務規定のところ「業務」と書いてある場合は、1条の2の独占業務はもちろん入りますが、1条の3の非独占法定業務も入るほかに、合法的な法定外業務も行政書士として受任している以上は入ります。そういう意味では、1条の2、3に書いていないというだけで、法定外業務の契約代理も行政書士法上の「業務」ではあるんです。そこは非常に重要な点だと思います。したがって他士業者、あるいは一般事業者が契約代理をやる場合とは違って、行政書士が業務として受任して契約代理をする場合は、その専門性、街の法律家に対する信頼性からして、依頼者が行政書士報酬を支払うものであろうという筋になっていると思うんです。

でありますので、1条の3第2号の前提に契約代理が予定されていることは確かですし、今のように法定外業務として契約代理が受任できるとなりますが、先ほど何うと、「契約書類を代理人として作成すること」が行政書士法上の非独占業務規定になっていることから、文字どおりには、そのことが他士業者によって業務となし得ることになるのではないかと、それは非独占だからという意見があるかのように聞いておりますが、それはだめです。なぜなら、本来、「契約の代理」と書いてくれるべきところを、「契約書類を代理人として作成すること」と書いたものですから、その実質それ自体は契約書の作成でしょう。ということは、1条の2、すなわち行政書士の独占業務の領域と重なってしまっているわけです。

先ほどの話のように、行政書士が権利義務書類としての契約書の作成を独占業務としてやるのがむしろもう1つの大前提になっていて、その一部として契約書に代理人と書けるということですので、結局、でき上がっている今の2号の文言そのものと、実は契約書の作

成ですから1条の2とほぼ重なっているわけです。したがって、「契約書類を代理人として作成すること」が、行政書士法上の非独占業務規定だからといって、そのことを他士業者がやろうとしますと、1条の2の行政書士独占に違反してしまうわけです。別の根拠がなければ、文字どおりには他士業者はできませんということになります。

【伊藤】 ありがとうございます。非常に心強いご発言だったと思います。

私の理解ですけれども、まず先生のいわゆる法定外業務についていろいろ行政書士法上の義務規定が及ぶというお話は、そもそも法律事件でない法律事務は弁護士法の72条から外れているということであれば、その部分を弁護士以外の人たちがするとき、どこまで自分たちの義務規定を及ぼすかは、国民の利益保護の視点等からそれぞれの団体が決めたらいいことなのではないかと思っています。

それから、他士業者が1条の3の2号を根拠に非独占なので云々という話題がありましたけれども、あれは先ほどもちょっと触れたところですが、条文の頭に「前条に規定する業務のほか」と書いてあるところは、まさに契約の「上記代理人行政書士だれだれ」と行政書士は書けるということ、書類作成にさらに付加して書いたんだと読めばいいのかと思っていますところなんです。ちょっとその辺はまだ私もしっかりと考えたわけではありませんが、ただ、今の先生のお話からすると、そう考えればいいのかなお伺いしました。

【盛武】 1つだけちょっと。

【伊藤】 盛武先生、はい。

【盛武】 先ほど行政書士賠償責任補償制度について触れましたが、さらにトッピング方式というか、特約的に契約付加していくというのが、僕は極めて連合会としては問題としてとらえるべきであろうと思っています。本来の法定

業務というくくりで賠償責任保険制度ができてははずなのに、業務を切り分けていって、これは払う、払わないということになりますと、行政書士の業務範囲について保険制度が判断を示しているという先例的引用を恐れるわけです。そこは十分に議論をして、行政書士賠償責任補償制度を兼子先生のご説、今まで議論されたことがきちっと基本部分として入っていることが極めて制度上、大事ではないのかというのが危惧しているところでして、ここは多分、日行連の今後の課題だろうと思っています。

【兼子】 その点はおっしゃるとおりだと思います。行政書士賠償責任補償制度の問題としては、法定業務をまず目安にすることは出発点としていいと思いますけれども、先に申しましたように、街の法律家として契約代理をはじめ法定外業務も業務として受任できるとなると、それをカバーすることは非常に重要でしょう。ただ、法定外業務も行政書士の業務ということになりますから、行政書士の専門性に裏づけられない一般人として行える業務や行為までは当たらないのではないか、法定外業務にも。

私もこれからの検討課題と思っていますけれども、例えば任意後見人になることです。これはむしろ親族にしろ、ほかの知人もやれることです。ですから、義務がそれに伴うことはありますけれども、それは行政書士法に基づく義務とは別話ですから、そういう一般人としてできることを、先ごろ地域貢献ということでも重視されているようですけれども、行政書士が受任したからといって、それが「業務」と言えるかという点は区切る必要があると思います。その問題はあると思いますけれども、法定業務でなければおよそ賠償補償にならないということはないはずですから、そこは取り組み方の問題だと思います。

【伊藤】 連合会として今後、理論武装をきちっとして取り組んでいかなければならない内容だ

らうと思います。

さて、この1条の3の2号についてですが、私は現在、兼子先生が一番初めに言われたように、何事も文理解釈から始まるという点や、盛武先生から先ほどお話いただいた改正の経過、特に改正の内容の実質、つまり契約締結の代理権を行政書士についても確認することは変わらないんだけれども、その表現が二転三転したという点、さらにはこれまで先生から公式、非公式にご教示いただいたその他の点も踏まえて、こんなふうには考えられないのかなと、考えるに至っております。

すなわち、民法に規定のある法律行為の最たるものである「契約」という文言が同じ条文の一方にあるのであれば、他方の「代理」という文言も同じく民法上のそれ、すなわち意思表示の代理として読むのが自然ではないかと思われることや、「代理して」ではなく「代理人として」と言っていることを合わせて考えますと、所管官庁筋の示されたことの真意は、改正経過を踏まえた上で、代理人となること自体は行政書士法の外の規律によるものであるが、そのようにして契約締結の代理人となった行政書士がその立場において書類を作成することも行政書士による書類作成の1つの形態としてあり得るとしたのが、1条の3の2号であると示されたのだととらえることはできないのかと考えております。

そのようにとらえることができれば、利益相反の関係は、自然の流れとして、行政書士法の外の規律、具体的には民法108条ということになります。そしてそこでは既に、確か平成16年の改正だと思っていますが、本人の事前の許諾があれば双方代理等も可能だということになっていたと思うんですけれども、そこに委ねられているという流れになるのではないかと考えております。

【兼子】 それはおっしゃるとおりだと思います。

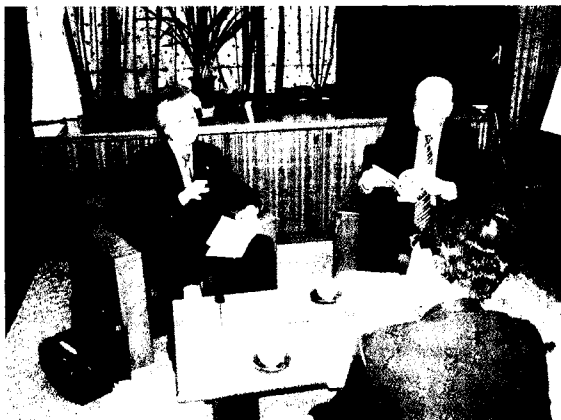
【伊藤】 この点は、もし機会があれば、もう少し時間をかけていろいろご教示いただければと思っております。

Ⅲ 弁護士法72条について

【伊藤】 駆け足で消化不良の感はありますけれども、先ほど来出ております弁護士法72条について、予定でありますし、何につけてもここから始まるというところがありますので、私ども、行政書士の立場としてはこう考えているということに触れておきたいと思えます。

この72条の解釈につきましては、いわゆる事件性を必要とする説と不要とする説に整理されているようですが、不要とされている方々の間でも、兼子先生のご本で整理されているいわゆる「疑義・新形成説」というものが、下級審とはいえ裁判例もあることから大勢となりつつあり、これは『条解弁護士法』等が示していた法律事務はすべて弁護士の独占だという考え方からすれば、やや制限的に解さざるを得ないかなと考えられるようになったということではないかと考えております。この点について兼子先生は、ご本の中でいま述べたように読み取れる整理をしておられると思えますが、改めてお聞かせ下さい。

【兼子】 まず行政書士の独占業務が1条の2に書



かれ、非独占業務が1条の3に書かれているということですが、他士業法の独占業務規定によって制限がある場合はそれが優先される場合があるわけです。その最たるものとして弁護士法72条があって、非弁取締規定とかと非常に広く知られてますけれども、それとの関係は当然、要注意です。

といいますのは、先ほどの法定外業務も行政書士の専門性を生かして街の法律家として受任するということがますます重要になってきているわけですが、弁護士法72条による制限を超えてはならない、そこには垣根があります。

これを言いかえますと、こういうことになります。行政書士の業務は行政書士法1条の2、1条の3で限定されているわけではない。行政書士は法定業務でなければやれないというわけではない、先の話のように法定外もあるということです。が、行政書士の業務を限る法律があって、それは他士業法の独占規定であり、その最たるものが弁護士法72条です。司法書士法との関係もそうでしょう。

弁護士法72条であります。まず非常に重要なのは、行政書士法とも似ているんですけども、弁護士法の3条1項というのがありまして、ここで弁護士は「法律事務」を業務とすると書いてありますが、その法律事務の全部が独占ではないんです。独占になっているのは72条で、「法律事件に関する法律事務」だけです。

先ごろ、2008年、平成20年改正の行政書士法の聴聞代理規定のところの括弧書きで「弁護士法72条に基づく法律事件に関する法律事務を除く」という表現が行政書士法に入ってきましたから、そこは見やすくなってきたと思いますが、弁護士法72条で行政書士をはじめ他に禁じているのは法律事務のすべてではなくて、「法律事件に関する法律事務」です。それはもう明文上も明らかです。そうすると、キーワードは「法律事務」ではなくて、「法律事件」とは何を

意味するかということになります。その解釈が決定的に重要です。

といいますのは、先ほど来の契約代理、これは「法律事務」です。法律行為であり法律事務です。これを法定外でも街の法律家行政書士として重視して今後ともやっていくとなってきましたと、契約代理は法律事務ではあるけれども「法律事件」には当たらないから72条に反せず、それと両立していることになっているはずで、ところが、弁護士法72条による「法律事件」とは何かというと、最高裁の確定判例はまだありません。ただ高裁レベルの判決が複数ありまして、そこで法律関係、権利義務関係について「疑義のある場合」はまだ全く悪くもないですが、「新たに形成する場合」というのを含めて法律事件と読む高裁判例は問題です。私は、これは誤り解釈だと見ております。

ですから、今後とも何らかの個別事件で、行政書士関係にしるその他でも、弁護士法72条にいう「法律事件」とは何かに関する最高裁の裁判が生じたときは、これはもう日行連もしっかりと腰を据えて、できるだけ取り組みを裁判外においてもすべきだと思います。

「疑義・新形成」説というのが正しい解釈ではないということではありますが、これは罰則にもつながる弁護士の独占業務範囲を示す言葉であり犯罪構成要件なわけです。ですから、刑事法の常識で厳密に限定解釈すべきものであって、やたらに拡大解釈などすべきものではありません。それはもう弁護士会の方々も当然おわかりのはずなんですけれども、どうやら拡大解釈の傾向があるんです。今の疑義・新形成説もそうです。

といいますのは、権利義務関係を新たに形成する場合に、まだ既定の権利義務関係でないために確かに紛争も起りやすいでしょう。しかし、契約協議の結果、合意が成立して契約書がつけられるというのであれば、権利義務関係の

新形成は何ら紛争法律事件には当たらないわけですから、弁護士法72条と両立する法律事務と解されるということです。許認可の申請代理もそうですし、先ごろの改正で法定された聴聞代理も同じくであるということになるわけです。

ここで批判をさせていただくと、日弁連の調査室ということで『条解弁護士法』が出版されていますが、ここでの解釈とか、先ごろ『自由と正義』の2009年11月号で弁護士法72条の特集がありまして、そこで弁護士の方々がかかれているところによりますと、疑義・新形成説という高裁判例を非常に重んじられているようですが、その底流には「法律事務」全体が弁護士の独占領域で、「法律事件に関する」というのはまくら言葉に過ぎないかのような説明もあるようです。これは今申した犯罪構成要件に当たる法律事件の拡大解釈にすぎると、私は批判的に存じております。

他方、この「法律事件」を法的紛争事件と限定解釈する、これは私が正しいと考えるところでありますが、典拠としては先ほど来お話の行政書士法の所管省としての自治省、現総務省の公的見解と見えますけれども、『詳解行政書士法』には「紛議」という言葉を使って、法律事件は法的紛争事件で契約代理などはそれに当たらないということが明記されているようですから、それが1つの典拠です。しかしそれにも増して、弁護士法の所管省である法務省が、法律事件を法的紛争事件だと解している証拠があるんです。

2004年、平成16年に、司法制度改革推進本部事務局に法務省の見解として報告された文書、「隣接法律専門職種等の主な業務内容（現行制度）」という文書ですが、ここに大方の士業が並んでいまして、「紛争性のある業務（法律事件に関する法律事務）」と書いてあります。もう1つの欄は「紛争性のない業務」、そして行政書士については、残念ながら紛争性のある業務

(法律事件に関する法律事務)はありませんというんで線が引いてあります。そして、「紛争性のない業務」というところに、行政書士法の1条の2及び1条の3が明記されているんです。この一覧表は『行政書士とうきょう』2005年3月号の32ページに載っています。

こうして「法律事件」法的紛争事件説を前提にしますと、行政書士法の1条の2、1条の3までは紛争性のない法律事務であるという範囲ですが、今後、「法律事件」の領域に創設的に入っていく行政書士の業務拡大で法改正を現に望まれている、その最たるものは、……。

【伊藤】 行服ですね。

【兼子】 そうです。行服代理です。行政不服申立て代理を行政書士法改正で獲得したいと望まれて、これは行政書士の専門性にかんがみて十分裏づけがあることだと思います。

それを1条の3に追加して非独占業務に法定するとしましても、創設的法定でして、弁護士法72条の領域に立ち入ります。72条が「法律事件」といっているときに、訴訟事件等とともに列記して、「行政庁に対する不服申立事件」と例示していますから。

そのほかに、実はいわゆるADR法です。ADR法も裁判外紛争解決手続、まさに紛争解決手続という法律事件の領域ですけれども、ADR法に基づいて東京都行政書士会が法務大臣の認証を得ていわゆるADR機関を立ち上げられたわけですが、「手続実施」は有資格の行政書士の方が行えるようになりましたけれども、ADR機関に調停を申し立てていくような当事者の代理、「手続代理」の方は、今申した具合で法律事件の代理をするわけですから、法律の根拠が要ります。ADR法ではその根拠はないです。ADR法では「手続実施」の根拠だけです。行政書士の方々が当事者代理をしようと思ったら、それぞれの法律の根拠が要ります。

この点、建設工事紛争審査会への代理を建

設業法で定めさせるあたりが、これは行政ADRですけれども、大事ではないかと思っております。

ところで、司法制度改革の流れの中で、行政書士は弁護士と並ぶ隣接の一般法律専門職種で、しかし街の法律家だと言っているわけですが、次第に紛争性のある法律事件の領域に業務を拡大していこうとしますと、「能力担保」ということを言われるわけです。したがって、法的紛争にかかわる法的専門性をしっかり研修等で身につけていかれる、そこで民事法分野も含めまして行政書士会の研修もますます重要になってきます。

その際に、先ほどの『自由と正義』などに書かれているのを見ますと、行政書士は法律専門性が低いのではないかという批判文が出ています。確かに法律事件、法的紛争に関わる法解釈ということになりますと法律専門度は一段高くなります。というのは、この件について裁判を起こしたら必ず勝てるだろうか、勝つためにはどういう法的主張をしたらいいかという質問に答えるという場面になりますから、まさに法律事件に関する「法律相談」で、弁護士しかできないことになっているはずですが、それに対して任意後見契約というのはどういうものですかと、任意後見契約法の法律知識について行政書士はしっかり身につけておられて質問に答えるということだと、契約書のつくり方とか、一部に法解釈的なことも含まれるでしょうけれども、法律事件に関するものではなくて、しかしそれ相当な法律専門性を現行政書士は、これも業務研修で支えるとしても、もう十分備えているはずでしょう。

これが最後になりますけれども、1条の3の第3号は「書類作成についての相談」だけが書いてありますけれども、書類作成に関わらなくても、法律事件にわたらない範囲の法律知識を教えたりする、私は法規相談と言っているんです