

行政不服申立てと改正行政書士法解説（追補） ・・・前回に続く

中野支部

戸口 勤

追補について

前稿は紙面に限りがあり説明不足が多々あるため前稿の説明の補足と個別的追加項目の重要ポイントのみを簡略して論述する。前稿6-4において「・・・従来は、行政書士であれば誰もが行政不服申立書類を作成し得たのであるが、この規定により、改正法の施行後は特定行政書士以外は取り扱いができなくなる。」と説明したが、行政書士法を反対解釈すると、一般行政書士が作成できなくなるのは「行政書士が作成した許認可に係わる行政不服申立書類」であるということになるため、少し詳しく補足することとする。更に、今回の法改正の行政不服申立代理は重要な行政書士業務となるであろうから代理理論等に誤解が有ってはならないと考え、基礎理論から説明した。表題番号は、前稿が7で終わっているので本稿は8からとさせていただいたことをご了解願いたい。

8 改正行政書士法の行政不服申立業務の範囲 I

前稿の6-1で、行政書士が作成していない本人申請の許認可等が不許可になったときは、ただちに不服申立てをするのではなく行政書士が代理して許認可等の再申請をすることを推奨した。そこから進めて、さらに、行政書士が作成していない書類に係わる行政不服申立てについて、考察を加えることとする。改正法第一条の三第2項は「前条の規定により行政書士が作成した官公署に提出する書類に係る許認可等に関する審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立ての手續について代理し、及びその手續について官公署に提出する書類を作成すること。」と規定されている。従って、行政書士が作成していない、本人申請の許認可等についての不服申立書類の作成は、改正行政書士法第一条の三第2項の特定行政書士以外が禁止される業務の対象外であることが条文上で読んで取れる。すなわち、特定行政書士のみが取り扱いを許されている不服申立代理または書類の作成も「行政書士が作成した官公署に提出する書類に係る許認可等に関する」行政不服申立てのみであり、その反対解釈をすると行政書士が作成していない書類に係る許認可等に関する不服申立書類の作成は行政書士であれば誰でもが作成し得ると解することができる。もともと、書類の作成は事実行為であり法律行為ではないから弁護士法七二条の争訟性のある法律事務に該当しない。それ故に争訟性に係わる事件であっても書類作成業務であれば行政書士は、業として行うことができ、従来から取り扱いをしてきた。例えば、争訟性に係わるどころの示談書、離婚協議書等の作成（交渉禁止）がそれである。争訟性のある法律事件に関する書類作成のみであるなら行政書士が業として行い得るのであるから、行政書士が作成していない許認可等の処分に係わる行政不服申立書類作成も同様に一般行政書士の業務とすることができると解するのである。そして、行政不服申立事件の審理は、審査請求人に口頭意見陳述の機会が与えられてはいるが、原則書面審査によるわけであるから、行政不服申立てについて行政書士が書類作成のみの取り扱いであっても何ら弊害がないと考えるのである。とは言え、行政書士が作成していない許認可等の書類に係わる行政不服申立書類を一般行政書士が理論上は作成し得るのであるが、行政書士法の目的論的解釈として、行政書士が書類作成をしていない許認可等に係わる行政不服申立書類作成も、やはり特定行政書士が取り扱うべきであると考え、それが国民の権利利益の為とも考えるからである。

一方、行政書士が作成した官公署に提出する書類に係わる行政不服申立てであるが、特定行政書士が自分で作成した書類に係る不服申立てをできるのだけでなく、他の行政書士が作成した書類に係る不服申立てでもできると解することができる。単に「行政書士が作成した」と規定されているのでそのように解釈することが自然である。

9 改正行政書士法の行政不服申立業務の範囲 II

ここで、誤解の無いように整理をする。行政不服申立てに関する行政書士業務は次のようになる。
イ、特定行政書士のみ取り扱い得る業務

- ①行政書士が作成した官公署に提出する書類に係る許認可等に関する審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立ての手續についての代理。
- ②その手續について官公署に提出する書類を作成する。
- ③前各項に関する相談業務。

ロ、全ての行政書士が取り扱い得る業務

- ①行政書士が作成していない官公署に提出する書類に係る許認可等に関する審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立ての手續について官公署に提出する書類を作成する。(国民の申請に基づかない行政処分に対する行政不服申立書類作成を含む。)
- ②上記書類の提出代行(提出代行は事実行為で、法律行為ではないので弁護士法72条の適用外である。)
- ③不許可処分等を受けた、行政書士が作成していない官公署に提出する書類に係る許認可等の再申請をすること。
- ④前各項に関する書類作成相談業務

注意を要するのは、既に説明したが、行政書士が作成した官公署に提出する書類に係る許認可等に関する審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立ての手續について官公署に提出する書類を作成することも改正行政書士法施行後は、一般行政書士は業として取り扱いできなくなることである。但し、無報酬でボランティアで行うことまでを禁じてはいない。生活保護等の不服申立ては行政書士がボランティアで率先して行うべきと考える。生活困窮者から報酬を得る訳にはいかないが行政手續のプロとしての責務でもあろう。

10 出入国管理及び難民認定法の第十一条「異議の申出」と第六一条の二の九「異議申立て」

行政不服審査法第四条第一項第十号に「外国人の出入国又は帰化に関する処分」と規定し、行政不服審査法の不服申立てができないことになっている。しかし、出入国管理及び難民認定法(以下入管法と言う)の上陸のための条件に適合していないと認定された外国人は、入管法第十一条により当該認定に対して異議の申出をすることができる。この整合性はどのように解すべきなのであろうか。行政不服審査法は、行政不服申立ての一般法であるから、それを変更する行政不服審査法第一条の「・他の法律に特別の定めがある場合を除く・」に該当するのか。しかし、入管法は第十一条の規定で行政不服審査法第四条の規定を排斥していると解せない。従って、入管法第十一条の異議の申出は行政不服審査法の不服申立てとは異なる制度と解することができるであろう。しかし、その場合の、行政書士業務の取り扱いは、改正行政書士法第一条の三第2項の業務に該当して特定行政書士が代理等の業務を行い得ると解することができるであろう。改正行政書士法第一条の三第2項の「・審査請求、異議申立て、再審査請求等・」と規定されているが、この「等」の中に「異議の申出」が含まれると解することができるのであるから、異議の申出代理も特定行政書士の業務であると解する。この「等」に異議申出代理が含まれないと解する説もあるであろうが、行政書士法の目的論的解釈によれば否定する根拠は乏しい。

なお、入管法第六一条の二の九の「難民の認定をしない処分」に対する異議申立ては行政不服審査法による不服申立てであり、当然に改正行政書士法施行後の特定行政書士の業務である。

11 行政不服申立と行政事件訴訟

今回の行政不服審査法等の全面的改正により、異議前置主義が廃止され行政不服審査法による不服申立てをするか行政事件訴訟を直接提起するかは国民の選択によることとなった。このことは、大きな改革であり民主主義の前進でもある。そして、行政手續の国民救済制度の黎明であると考えるのである。政治は、自民、民主そして又自民と政権交代があり、行政不服審査法関係の改正案も一転二転した。電話帳のような厚さのある余りに膨大な整備法案が国会で十分に審議されたかは疑問であるが、結果としてこれらの大改正は国民にとって大きな幸運であったと言えるであろう。

しかし、行政事件訴訟を直ちに提起できるからと言って行政不服申立制度を利用しないことはあまり得策とは言えない。なぜなら、行政事件訴訟と行政不服申立制度には大きな相違がある。まず、行政事件訴訟の場合は、原則として行政庁の処分等が違法か、合法かについての判断を下す制度であり、そこには、行政庁の不当な処分は違法でない限り原則として含まれない。なぜなら、我が国は憲法により三権分立の制度の上に行政、司法が存在する。従って、行政庁の違法な処分についての行政事件訴訟には裁判所は判断を下すが、行政庁の合法である

が不当な処分に至るまで判断することは司法権の行政権への越権となるのである。従って、不当な処分が違法であれば行政事件訴訟の対象であるが、不当な処分であっても合法であれば裁判所は消極的である。そのために、行政庁の違法又は不当な処分について、事件を早期に解決し、審査範囲も広く扱うであろう行政不服申立てを行うことが合理的で国民の権利利益につながると考えるのである。現行法は、その不服申立ての合理性から、異議前置主義を採用していたと考えるが、国民の選択制を採用することは更に民主主義においては大切であろう。行政不服申立てと行政事件訴訟とは、行政手続における事後救済制度としての二大国民救済制度であるが、司法機関と行政機関の異なる国家機関での国民救済制度を、それぞれに発展させて救済制度が正しく機能するように、制度として相互に競争し国民の権利利益に資することが重要である。

12 行政不服申立制度の普及と行政書士の使命

前項のように、行政事件訴訟より行政不服申立制度の方が行政庁の処分に対する不服審査適用範囲が広くなることを考えると、行政書士の行政不服申立代理業務がいかに重要かを知ることができるであろう。行政書士は、多くの行政手続を日々こなし、弁護士以上に行政手続の現場を知り尽くしている。従って、行政事件訴訟ではなく、行政不服申立ての中で事件を解決することを普及推進することが行政書士の使命であることも自覚しなければならない。今回の行政書士法改正で業務が増えるわけではないとの主張が一部にある。従来から、行政不服審査法の制度が十分に機能していなかったのが現実であるから、確かに行政書士業務が直ちに増えることはないであろう。しかし、行政書士業務を増やすためではなく、機能していない行政不服審査法を行政書士として機能させるのが、これからの行政書士の責務であり使命であろう。平成 17 年度の国に対する不服申立て件数は 19,983 件、地方公共団体 10,937 件、平成 23 年度は国に対するもの 30,022 件、地方に対するもの 18,290 件であり、上昇傾向にある。しかし、件数が伸びていることと国民救済制度が機能しているかは別の問題である。不服申立ての 23 年度の認容割合は国が 10.6%、地方公共団体が 2.8% である。市民に近い地方公共団体の認容割合が低いことが大きな問題であろう。しかも、認容割合は平成 17 年から比較すると国、地方公共団体とも減少傾向になっている。地方公共団体に対する行政不服申立ての内容は、情報公開条例に係るものが圧倒的に多く（23 年度 6,624 件。総務省統計による。以下同様）、以下、道路交通法（1,943 件）、地方税法（1,548 件）、介護保険法（1,190 件）、生活保護法（987 件）、高齢者の医療の確保に関する法律（937 件）、個人情報保護条例（579 件）となっている。戸籍法、予防接種法、母子福祉法、騒音規制法、請願法、児童福祉法、身体障害者福祉法等の国民生活に係わる法律関係の行政不服申立ては件数が公表されていないが、著しく少ないものと考えられる。従来、行政不服申立代理は、専門分野の税理士、司法書士等を除けば弁護士の独占業務分野であった。このことが行政不服申立制度が機能してこなかった所以であると考えるのである。ここで、行政不服審査法、行政手続法、行政書士法の三法が大きく改正され、国民に一番身近な行政書士自らが、新たな国民の要請や要求を発掘することが重要である。我が国は、官尊民卑の意識が未だ残り行政不服申立ては敬遠されがちである。その文化自体から改善することも必要かもしれない。

13 日本国憲法第 31 条の「適正手続の保障」、第 13 条の「国政上の尊重」と行政書士制度

憲法第 31 条の適正手続の保障に関する最高裁の判例がある。「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。・・」（最高裁大法廷判決平成 4 年 7 月 1 日）として行政手続も含まれる場合があると判示している。そして、憲法第 13 条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定める。この憲法第 13 条で規定される「国政の上で、最大の尊重を必要」とされる対象に当然に行政手続が含まれると解する。

従って、憲法 31 条、13 条の国民に対する国家の保障及び国政での国民に対する尊重の為の具体的制度の一つとして「国民の申請権の保障」制度として行政書士制度が存在すると考えることができる。このような解釈は、行政書士法が、日本国憲法を上位法として制定されていることから考えても当然であるが、行政書士制度の目的源泉が憲法第 31 条及び第 13 条に基づき国家が国民に保障する制度の具体化であると解すべきである。行政書士

法が、「依頼人の利便」と規定せず「国民の利便」と規定したこともただ単に規定したのではなく、国民の申請権の保障という憲法に基づく崇高な目的源泉の所以であると考えられることができる。今までの行政書士は、日々の業務の中で、行政書士法が憲法に基づく申請権の保障制度であると自覚することもなかったであろう。しかし、これからの行政書士は法改正を機会に、行政書士法の目的、存在意義を認識して憲法の規定の具体化である国民の申請権の保障制度としての行政書士制度を理解し普及しなければならないと考える。

14 「国民の申請権の保障制度」としての士業制度

行政書士以外の行政手続の専門家である税理士、社会保険労務士、弁理士等も同様に専門分野における申請権の保障制度であると理解することができる。税理士、社会保険労務士、弁理士等は特定分野の行政手続を代理する訳であり、その資格を別の表現をすれば、税理士は税務行政書士、弁理士は特許行政書士等であることを理解すれば当然なことであろう。そして、税理士制度は、国民の税務申請権の保障制度であり、弁理士制度は、国民の特許等申請権の保障制度である。しかし、各士業制度が国民の申請権の保障制度であっても、行政書士をはじめ他の士業者も含めて各制度が国民の申請権の保障制度であることを認識しておらず制度の普及と実効性が機能していないのが現実である。その理解不足から士業者は、日々の仕事が行いやすいように行政官に媚び諂い国民の権利利益を守っていないのではないかと危惧の念を抱くのである。時代は変わり士業法が変わっても、取り扱える資格者の意識が変わらない限り制度の正しい発展はあり得ないであろう。行政書士が行政手続専門家の原点であることを考えて、国民の権利利益を最優先に考え、国民の申請権の保障制度の重要性の認識の基で業務をこなすべきであろう。行政書士は、他の士業よりも行政手続の業務範囲が圧倒的に広く、しかも市民に一番近い行政手続の専門家であるからその責任は一番大きいであろう。国民に近い行政手続の専門家である行政書士は、行政書士法の存在意義が日本国憲法に基づくことを確認し、国民の申請権の保障制度の確立と普及は、特に行政書士が先頭に立ち自ら推進することが責務であると考えられるのである。

15 行政書士業務の代理と代行

行政不服申立代理人資格を行政書士が取得したのであるが、代理概念の誤解が有ってはならない。代理理論は難しく、古くから「代理理論を制する者、民法を制す。民法を制する者、司法試験を制す。」と言われたほどである。行政書士の代理制度は、行政書士法第一条の三第1項二号に「・・契約その他に関する書類を代理人として作成すること。」と規定された為に誤解を生じやすく「契約書作成代理」と誤記する者が多いのである。正しくは「契約書作成代行」又は「契約代理」である。契約書を代理人として作成すること、或いは代行して作成することはできても、契約書を代理作成することはあり得ない。

代理制度は、代理人が意思表示をする法律行為である。民法第99条は「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。」と規定され、意思表示を代理人が行いその効果が本人に直接帰属する関係が明記されている。代わって行為を行う行政書士の意思表示が存在しなければ代理ではない。一方、代行は事実行為であり法律行為ではないので代行者の意思表示は存在しない。したがって契約書の作成代行の場合は、その契約書に本人が捺印して作成者は捺印しない。代理人として捺印するのであれば「契約書作成代理」ではなく契約代理である。相手に対する意思表示を誰がするかで代理と代行の相違ができるのである。代理人は当然に本人に代わって書類を作成するが、それは、代理事務の内容であり独立して作成行為のみがあるわけではなく、契約書の作成は意思表示の証拠保全の手段として存在するのである。代理人が契約書を作成するのは代理人自身の代理行為として作成するのであり、書類作成のみを依頼された場合は代理作成ではなく代行作成である。

以上のように、代理と代行は簡単なようで本質をしっかりと理解する必要があるであろう。行政手続における代理も民事代理と本質的には代理理論では変わらない。間違っても「行政不服申立書類作成代理」等と誤記してはならないことを理解して欲しいと願うものである。