

1 口頭で「違反です」と言われたら

導入

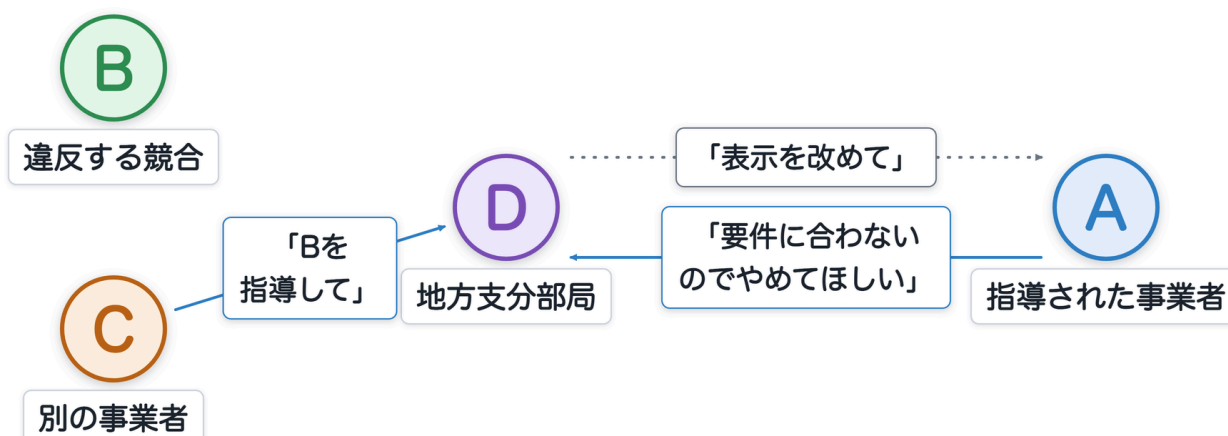
今日の問い 口頭で「違反です」と言われたら

中身	
設例	国の丁省の地方支分部局の担当者が事業者Aに口頭で指導
指導	「この表示は法律の基準に違反しています。改めてください」
A	基準には違反していないと考えている
問い	①その場で何を明らかにさせられるか ②法律の要件に合わないと思うなら、やめてほしいと言えるか ③競合Bの違反が放置されているとき、別の事業者Cは指導を求められるか

図：今日の問い

- ・ 国の丁省
- ・ 地方支分部局の担当者が事業者Aに口頭で「この表示は法律の基準に違反しています。改めてください」
- ・ Aは「違反していない」と考えている
- ・ 問い＝①その場で何を明らかにさせられるか②法律の要件に合わないと思うなら、やめてほしいと言えるか③競合Bの違反が放置されているとき、別の事業者Cは指導を求められるか

口頭で直せと言われたとき、何ができるか。それが今日の主題です。設例を置きます。国に、丁省という省があります。丁省の地方支分部局、組織の回で見た、国の出先機関です。その担当者が、事業者Aを訪ねて、口頭で言います。この商品の表示は、法律の基準に違反しています。改めてください。ところがAは、基準には違反していない、と考えています。しかも、担当者の言い方は、どこか含みがあります。しかも口頭ですから、あとで、言った、言わない、になりかねません。今日の問いは三つです。一つ目、その場で、Aは何を明らかにさせられるのか。二つ目、指導が法律の要件に合っていないと思うなら、やめてほしい、と言えるのか。三つ目、これは逆向きの話ですが、Aの競合のBが違反を放置されているとき、別の事業者Cは、指導してほしい、と行政に求められるのか。先に答えの骨だけ言います。一つ目、指導の中身と責任者、求めれば書面まで。二つ目、条件がそろえば、言えます。三つ目、言えます。条件と理由を、順に見ます。



図：関係図

- ・ D＝丁省の地方支分部局
- ・ A＝表示を指導された事業者
- ・ B＝Aの競合で違反を続ける事業者
- ・ C＝別の事業者（Bの違反を問題視）

- D→A＝「表示を改めて」（点線＝応じるかは任意・口頭）
- A→D＝「要件に合っていないのでやめてほしい」（向き＝やめてほしい）
- C→D＝「Bを指導して」（向き＝してほしい）

関係を整理します。丁省の地方支分部局をD、指導されたAのほか、違反を続ける競合をB、Bに困っている別の事業者をCとします。DからAへの「表示を改めて」は、応じるかどうかをAが決めるので、点線です。AからDへの「その指導は要件に合っていないので、やめてほしい」が二つ目の問い。CからDへの「Bを指導してほしい」が三つ目の問いです。向きが、逆になっています。

今日の道順

- 1 なぜ手続か
- 2 35条＝方式を全文で読む
- 3 36条＝指針の公表の意味
- 4 36条の2＝中止等の求めを全文で読む
- 5 36条の2のつまりきどころ
- 6 逆向きの求めと適用範囲、設例の答え

図：今日の道順

- 1 なぜ手続か
- 2 35条＝方式を全文で読む
- 3 36条＝指針の公表の意味
- 4 36条の2＝中止等の求めを全文で読む
- 5 36条の2のつまりきどころ
- 6 逆向きの求めと適用範囲、設例の答え

道順です。一つ目、なぜ手続か。二つ目、35条を全文で読みます。三つ目、36条が受ける側に持つ意味。四つ目、36条の2を全文で読みます。五つ目、そのつまりきどころ。最後に、逆向きの求めと、適用範囲、そして設例の答えです。

2 なぜ手続が要るのか

短答・論文共通

手続の地図 弱点と手当て

行政指導の弱点	手当て
あいまい・言った言わない	35条 趣旨・内容・責任者を明確に示す／求めれば書面
同じ物差しが見えない	36条 指導指針の公表
争いにくい	36条の2 中止等の求め（一部の手当て）
逆向きの道	36条の3 位置だけ（指導を求める側）

32条～34条は指導の中身の限界として前に済み

図：手続の地図

- 行政指導の弱点＝あいまい
- 同じ物差しが見えない
- 争いにくい → 手当て＝35条（明確に示す・書面）
- 36条（指針の公表）
- 36条の2（中止等の求め）
- 逆向き＝36条の3（位置だけ） | 32～34条は中身の限界で済み

行政指導の悪い面を、思い出してください。三つありました。法律の根拠なく、自由を制約しうること。密室で行われやすく、内容や責任者があいまいになって、言った言わないになること。そして、争いにくいこと、でした。二つ目と三つ目は、何から来ているのでしょうか。処分なら、決定という形が残ります。指導は、口頭の働きかけでも成り立ちます。そこで、悪い面ごとに、手続で手当てをします。あいまいで、言った言わないになる面には、35条。密室だと、複数の相手に指導するときの物差しも、外から見えません。その面には、36条。争いにくい面には、一部ですが、36条の2。そして逆向きの道として、36条の3があります。一つ目の悪い面には、前の三回で見た、指導の中身の限界が当たります。何をしたいけないか、です。今日は、受ける側が使える道具の話です。なお、35条2項、36条の2、36条の3は、あとから加わった道具です。

3 35条を全文で読む——明確に示す、書面を求める

短答・論文共通

行政手続法35条 4つの項

項	定めの中身
1項	趣旨・内容・責任者を明確に示す
2項	権限を行使し得る旨を示すとき ①根拠となる条項 ②その要件 ③要件に適合する理由
3項	口頭の指導で、1項・2項の事項を書いた書面を求められたら 行政上特別の支障がない限り交付する
4項	3項の例外 ①その場で完了する行為を求める指導 ②既に文書等で通知済みの事項と同一の内容を求める指導

図：行政手続法35条の構造

- ・ 1項＝趣旨・内容・責任者を明確に示す
- ・ 2項＝権限を行使し得る旨を示すときは①根拠条項②要件③要件に適合する理由
- ・ 3項＝口頭の指導で書面を求められたら交付
- ・ 4項＝例外（その場で完了する行為／既に文書等で通知済みと同一）

読む前に、前回の復習を一問。許可を取り消せる場面で、従わなければ取り消すと伝えるのは、34条に反するでしょうか？反しません。取り消せる場面なら、出せる権限を伝えるだけだからです。ただし、今日の35条2項は、そのとき、中身まで示せ、と求めます。条文を見ます。まず1項と2項です。

条文 行政手続法35条1項・2項

行政手続法第35条第1項・第2項

- 1 行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない。
- 2 行政指導に携わる者は、当該行政指導をする際に、行政機関が許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を行使し得る旨を示すときは、その相手方に対して、次に掲げる事項を示さなければならない。
 - 一 当該権限を行使し得る根拠となる法令の条項
 - 二 前号の条項に規定する要件
 - 三 当該権限の行使が前号の要件に適合する理由

1項は、指導の趣旨と内容、そして責任者を、はっきり示す、という定めです。誰が、何のために、何を求めているのか。これが分からない指導は、受ける人が、応じるか断るかを決められません。2項です。指導の際に、許可を取り消せる、のような、権限を行使し得る旨を示すときは、三つを示します。根拠となる条項、その条項の要件、そして、要件に当てはまる理由です。34条は、使えない権限や、使うつもりのない権限を、殊更に示して従わせることを禁じました。35条2項は、使える権限を示すときも、中身を示せ、と求めます。両方がそうと、ちたつかせるなら中身を示せ、という形になります。権限が本当にあるのか、ちたつかせているだけなのか、相手が見分けられるからです。設例に当てはめます。丁省の担当者が、表示を改めないなら、登録の取消しもあり得ます、と言ったとします。権限を行使し得る旨を示したのですから、根拠の条項、その要件、この表示が要件に当たる理由まで、示さなければなりません。次に3項と4項です。

行政手続法第35条第3項・第4項

3 行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から前二項に規定する事項を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない。

4 前項の規定は、次に掲げる行政指導については、適用しない。

一 相手方に対しその場において完了する行為を求めるもの

二 既に文書（前項の書面を含む。）又は電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によりその相手方に通知されている事項と同一の内容を求めるもの

3項は、口頭の指導の話です。相手方から、前の二項の事項を書いた書面を求められたら、行政上特別の支障がない限り、交付しなければなりません。ここで、つまずきやすい点が三つあります。一つ目、義務は、求められたら、です。最初から書面で指導する義務ではありません。二つ目、書面に載るのは、1項と2項の事項、つまり、趣旨、内容、責任者、そして権限を示したなら、その根拠、要件、理由です。三つ目、4項に例外があります。口頭の指導でも、書面を求めれば、中身が紙に残るわけです。ただし、書面を求められても、出さなくてよい場合が、4項に二つあります。一つ目は、相手にその場で完了する行為を求めるもの、たとえば、その場で貼り紙をはがしてください、のような指導です。二つ目は、すでに文書で通知してある事項と、同じ内容を求めるものです。たとえば、先週の通知書に書いた改善を、口頭で念押しされただけなら、書面は要りません。同じ紙を、もう一度出す必要はありません。設例のAが、書面をください、と求めれば、特別の支障がない限り、丁省の側は、書面を出さなければなりません。

書面交付の分岐

口頭の指導で	書面の扱い
相手方が書面を求めた	行政上特別の支障がなければ交付する
求めない	交付義務なし
4項の例外	求められても3項は適用されない ①その場で完了する行為を求める指導 ②既に文書等で通知済みの事項と同一の内容を求める指導

図：書面交付の分岐

- 口頭の指導を受けた→相手方が書面を求めた→行政上特別の支障がなければ交付
- 求めない→交付義務なし
- 例外（4項）＝①その場で完了する行為を求める指導②既に文書等で通知済みの事項と同一の内容を求める指導

確認の問いです。書面は、最初から出すものでしょうか、求められてから出すものでしょうか？求められてから、です。受ける側にとっての実益は、あとで言った言わないにならないこと、そして、争うときの証拠になることです。ただし、従うつもりの人には、あまり意味がありません。従わない、あるいは疑問がある人こそ、書面を求める意識が要ります。

36条 受ける側にとっての意味

中身	
公平	同じ条件の相手には、同じ物差しで指導される
予測	どんな場合にどんな指導を受けるかを前もって予測できる
確認	公表されていれば、自分への指導が指針から外れていないか確かめられる
別の回	定義と性質は前に読んだ回で済み 意見公募手続の対象であることは別の回

図：36条の意味

- ・ 同じ条件の相手には同じ物差しで指導される（公平）
- ・ どんな場合にどんな指導を受けるかを予測できる
- ・ 公表されれば、自分への指導が指針から外れていないか確かめられる
- ・ 定義と性質＝前に読んだ回で済み
- ・ 意見公募手続の対象＝別の回

36条は、指導指針を定めて公表する定めでした。指導指針とは、同じ目的で、一定の条件に当たる複数の相手に指導するとき、その指導に共通する中身を、前もって定めたものです。条文と定義は、裁量基準と並べて見た回で読みました。今日は、受ける側から見た意味だけを確認します。同じ目的で、同じ条件の相手に、複数の指導をします。もし指針が無ければ、担当者ごとに、物差しが違ってもいいかもしれません。指針があれば、同じ条件の相手には、同じ物差しで指導されます。公平です。たとえば、丁省の東の事務所と西の事務所が、同じ表示の事業者、片方は改めて、片方は問題なし、と言ったら、受ける側は納得できません。

指針が公表されていれば、どんな場合にどんな指導を受けるかを、予測できます。さらに、Aは、自分への指導が、指針から外れていないかを、確かめられます。なお、指針を定めるときの意見公募の手続は、別の回で扱います。

5 36条の2を全文で読む——中止等の求め

短答・論文共通

行政手続法36条の2 部品

部品	条文の要旨
1項 対象	法令に違反する行為の是正を求める行政指導 根拠となる規定が法律に置かれているものに限る
1項 要件	相手方が、指導が当該法律の要件に適合しないと思料するとき
1項 求め	した行政機関に申し出て、中止その他必要な措置をとることを求める
ただし書	弁明その他意見陳述のための手続を経てされたものは除く
2項	申出書を提出してする
3項	必要な調査を行い、適合しないと認めるときは措置をとらなければならない

今日の本体、36条の2です。ここは条文どおりに読めば出てくる要件ですから、覚えるのは、規範ではなく、条文の構造です。

条文 行政手続法36条の2第1項

行政手続法第36条の2第1項

法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）の相手方は、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと思料するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる。ただし、当該行政指導がその相手方について弁明その他意見陳述のための手続を経てされたものであるときは、この限りでない。

部品にほどこします。一つ目、対象は、法令に違反する行為の是正を求める行政指導です。二つ目、その根拠となる規定が、法律に置かれているものに限ります。条例や要綱が根拠では、だめです。三つ目、申出ができるのは、その指導の相手方です。何人も、ではありません。四つ目、その指導が、法律に規定する要件に適合しない、と思料する、つまり、そう考えるとき。五つ目、した行政機関に申し出て、中止その他必要な措置をとることを求めます。前に、法律が要件を定めたなら、指導がその要件に合っているかを問えるようになる、と言いました。四つ目の、要件に適合しない、を言うには、照らし合わせる要件が、法律に書かれていなければならないからです。

弁明その他意見陳述のための手続を経てされた指導は、除かれます。すでに言い分を述べる機会があった、からです。もう一度、同じ言い分を、別の道で言わせる必要はありません。前に、この中止等の求めを、一言で紹介しました。是正要求型に限られる、弁明など意見を述べる手続を経た指導は除かれる、と言いました。それが、今読んだ条文の構造です。2項と3項です。

条文 行政手続法36条の2第2項・第3項

行政手続法第36条の2第2項・第3項

2 前項の申出は、次に掲げる事項を記載した申出書を提出してしなければならない。

一 申出をする者の氏名又は名称及び住所又は居所

二 当該行政指導の内容

三 当該行政指導がその根拠とする法律の条項

四 前号の条項に規定する要件

五 当該行政指導が前号の要件に適合しないと思料する理由

六 その他参考となる事項

3 当該行政機関は、第一項の規定による申出があったときは、必要な調査を行い、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと認めるときは、当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない。

2項は、申出書です。氏名、指導の内容、根拠の条項、その条項の要件、要件に合わないと思う理由、その他の参考事項です。口頭ではだめで、書面です。3項は、受けた行政機関の義務です。必要な調査を行い、要件に適合しないと認めたら、中止その他必要な措置をとらなければなりません。

設例への当てはめ AからDへの申出

順	中身
前提	是正を求める型・根拠は法律・弁明の手続を経ていない
①	Aが申出書を出す 内容＝表示を改めるよう求める／根拠条項＝法律の表示基準の規定とその要件 理由＝基準に違反していない
②	Dが必要な調査を行う
③	要件に適合しないと認めれば 中止その他必要な措置をとる

図：設例への当てはめ

- A→D＝申出書〔指導の内容＝表示を改めるよう求める／根拠条項＝法律の表示基準の規定／その要件／要件に適合しないと思う理由＝基準に違反していない〕→Dが必要な調査→要件に適合しないと認めれば中止その他必要な措置
- 前提＝是正を求める型・根拠は法律・弁明手続を経ていない

設例に当てはめます。丁省の局の指導は、法律の表示基準に違反しているから改めてほしい、という是正を求める型です。根拠は、法律の規定にあります。弁明の手続も、経ていません。Aは相手方です。ですからAは、申出書を出せます。指導の内容、根拠の条項と要件、そして、うちの表示は基準に違反していない、という理由を書きます。局は、必要な調査をして、要件に適合しないと認めれば、中止その他の措置をとらなければなりません。

36条の2 つまずきどころ3つ

中身	
①	対象の二重の絞り＝是正を求める型×法律の根拠 根拠規定のない指導・助成的指導・調整的指導は対象外
②	申出は申請ではない 応答の期限や通知の定めはない 対応は処分ではない→取消訴訟の対象にならない
③	義務の中身＝調査義務＋不適合と認めたら措置義務 申出をすれば必ず中止になるのではない

図：つまずきどころ3つ

- ・ ①対象の二重の絞り＝是正を求める型×法律の根拠→根拠規定のない指導・助成的指導・調整的指導は対象外
- ・ ②申請ではない・応答の期限や通知の定めはない・対応は処分ではない→取消訴訟の対象にならない
- ・ ③義務の中身＝調査義務＋不適合と認めたら措置義務

ここで立ち止まる問いです。根拠が条例の指導や、弁明の手続を経た指導に、36条の2は使えるでしょうか？使えない、ですね。法律に根拠があって、弁明も経ていない指導が対象だから。つまずきどころは三つあります。一つ目、対象が二重に絞られています。是正を求める型で、しかも根拠が法律にある指導です。法律に根拠のない指導や、補助を出すような助成的な指導、当事者の間を調整するような指導は、対象外です。申出の対象になる指導は、限られているということになります。設例で線を引きます。表示が法律の基準に違反している、と改めるよう求める点は同じでも、その法律に指導の根拠となる規定が無く、省の要綱だけで指導していたなら、Aは36条の2を使えません。前に見た、商店街の店主に補助金を案内するような助成的な指導も、対象外です。近隣住民と業者の折り合いをつける調整的な指導も、受ける側には負担ですが、違反を正せという型ではないので、対象外です。

対象外でも、使える道は残ります。指導はもともと任意ですから、従わない、と伝えれば足ります。従わなかったことを理由に不利益に扱うことは、32条2項が禁じていました。35条の、明確に示せ、書面を出せ、も対象外の指導に及びます。二つ目、申出は、申請ではありません。申請なら、行政は応答しなければなりません。ところが36条の2には、行政が回答する期限や、結果を通知する義務を定めた条文がありません。申出は、行政に調査を促すものとどまり、答えを求める権利までは、申出人に与えていません。ですから、申出への対応は、処分ではなく、処分を取り消してもらう取消訴訟の対象にもなりません。

行政は、申出を放っておけません。3項が、調査をして、要件に適合しないと認めたら措置をとる、という義務を課しているからです。それでも納得できないときの争い方は、確認の訴えも含めて、改めて見ます。三つ目、義務の中身です。調査をする義務と、要件に適合しないと認めるときに措置をとる義務。この二つです。申出をすれば必ず中止になる、ではありません。ですから、条件がそろえばやめてほしいと言えますが、対象になる指導は限られていて、言っても必ず止まるわけではありません。36条の2は、争いにくいという弱点への、一部の手当てです。

7 逆向きの求め、適用範囲、設例の答え

まとめ

36条の2と36条の3の比較

	36条の2	36条の3
申出人	指導の相手方	何人も
向き	やめてほしい	してほしい
対象	是正を求める行政指導 法律に根拠あり・弁明等を経たものは除く	是正のための処分または行政指導 法令違反あり・法律に根拠あり・まだされていない
求める内容	中止その他必要な措置	処分または行政指導をすること

36条の3の全体は別の回で扱う

図：36条の2と36条の3の比較

- 36条の2＝申出人は相手方
- 向きは「やめてほしい」
- 対象は是正を求める行政指導（法律根拠）
- 弁明等を経たものは除く
- 中止その他必要な措置 | 36条の3＝申出人は何人も
- 向きは「してほしい」
- 法令違反の是正のためにされるべき処分または行政指導（法律根拠）がされていない
- 処分または行政指導をすることを求める | 36条の3の全体は別の回

三つ目の問いに移ります。36条の3です。法令に違反する事実があるのに、その是正のための処分や指導が、されていないと思うとき、何人も、その処分や指導をしてほしい、と求められます。36条の2との違いは、二点です。向きが逆。そして、申出人です。36条の2は、指導の相手方だけ。36条の3は、何人も、です。設例のCは、Bの違反が放置されていると思うなら、指導をしてほしい、と求められます。位置と主旨からです。処分を求める部分や、申出への対応の詳細は、届出の話と並べて、別の回で扱います。

適用範囲の線

行政指導の規律	
国の機関	行手法の行政指導の規定が適用される
地方公共団体の機関	3条3項により適用されない →その団体の行政手続条例による
3条3項	「次章から第六章まで」＝第二章から第六章 第四章の二の36条の3も含む

図：適用範囲の線

- 国の機関の行政指導＝行手法の行政指導の規定が適用される
- 地方公共団体の機関の行政指導＝3条3項により適用されない→その団体の行政手続条例による
- 3条3項の「次章から第六章まで」は第二章から第六章＝第四章の二の36条の3も含む

最後に、適用範囲の線です。地方公共団体の機関がする行政指導には、32条から36条の2までが適用されません。3条3項です。前回見たとおり、地方の自治を重んじて、地方の機関の指導はまとめて外し、その団体が自分で定める、行政手続条例に任せただけです。この条文の、次章から第六章までには、第四章の二も入りますから、36条の3のうち、地方公共団体の機関に指導を求める部分も、適用されません。今日の設例は、どれも国の機関の指導です。もし同じ表示について、県の担当者が指導したなら、35条も36条の2も使えず、その県の行政手続条例を見ます。多くの行政手続条例が、同じ趣旨の定めを置いています。

今日の答え 丁省・A・B・C

中身	
①	35条1項で趣旨・内容・責任者を明確に示す 権限を示すなら2項で根拠条項・要件・理由／口頭ならAは3項で書面を求められる
②	36条の2＝Aは申出書でやめてほしいと求められる 法律根拠の是正指導で弁明手続を経していない／申出は申請でなく対応は処分でない
③	36条の3＝Cは何人もととして、Bへの指導を求められる

図：今日の答え

- 丁省・A・B・C＝①35条1項で趣旨・内容・責任者を明確に示す
- 権限を示すなら2項で根拠条項・要件・理由

- 口頭ならAは3項で書面を求められる②36条の2＝是正を求める法律根拠の指導で弁明手続を経ていなければ、Aは申出書でやめてほしいと求められる
- 申出は申請でなく対応は処分でない③36条の3＝Cは何人もとて、Bへの指導を求められる

冒頭の三つの問いに答えます。一つ目、その場で何を明らかにさせられるか。35条1項で、指導の趣旨と内容と責任者を、明確に示させます。権限を行使し得る旨を示したなら、2項で、根拠条項、要件、要件に当たる理由まで示させます。口頭なら、Aが書面を求めれば、行政上特別の支障がない限り、3項で書面が出ます。二つ目、やめてほしいと言えるか。丁省の指導は、法律に根拠のある、是正を求める型です。弁明の手続も経ていないので、Aは36条の2の申出書で、中止その他の措置を求められます。ただし、申出は申請ではありません。三つ目、Cは、指導を求められるか。求められます。36条の3は、何人もです。