

釈明権・職権証拠調べ・職権探知

山  
岸  
敬  
子

目次

- 一、はじめに―本稿の目的
- 二、弁論主義と釈明権
- 三、行政事件訴訟法二四条が規定する職権証拠調べ
- 四、裁判所の公益判断と職権探知
- 五、おわりに―行政訴訟手続における私人の主体性と裁判所の後見

一、はじめに—本稿の目的

訴訟関係を明確にするための主張・立証は、裁判における本案審理の核心であるが、行政事件訴訟法（以下、「行訴法」と称する）は、七条および二四条に、その手続を規定している。現行の行訴法の下において、裁判所は、事案の解明に際して、どのような権限を行使しうるのであろうか。

さらに、裁判所は、行政裁判の良き運営のために、当事者の主張・立証活動にかかわって、積明権・職権証拠調べ・職権探知のいかなる権限を、どのように行使すべきなのであろうか。その適切なあり方を検討し、行政訴訟制度改革に資することが、本稿の目的である。

二、弁論主義と積明権

(1) 行政事件訴訟法は、七条に明記して、民事訴訟法準拠主義を採る。民事訴訟は、私的紛争にかかわるところから、その訴訟手続は、当事者主義が基調である。わが国では、行訴法七条の定めを受けて、行政事件訴訟の手続について、広く、民事訴訟と同様の当事者主義が妥当するものと解してきた。

当事者主義は、当事者間で自由に処理してよい私的な紛争を根拠とする。私人間の権利関係は、私的自治の原則に服し、当事者の自由な管理処分任せられる。実体私法上当事者の自由な処分に任せられた権利であるならば、それに関する紛争の解決が裁判所に求められたときも、その結果は、できるだけ当事者の意思を尊重した自主的解決に近いことが望ましい。当事者主義は、訴訟手続における市民の自律性・自主性の要請である。

近代法の理想たる私的自治の原則に基づく当事者主義は、市場の自律的な法則を基礎とし、取引当事者相互の立場の互換性を前提とした市民社会を基盤としているが、そのような市民社会においては、市民間の紛争を処理する場合にも、両当事者が市民であるということだけから、双方対等に闘える地位にあると予定することが許される<sup>①</sup>。当事者主義は、両当事者の形式的対等・公平の原則を前提としている。

(2) 行訴法においては、当事者主義の採用により、裁判資料すなわち事実と証拠の収集に関して、弁論主義の原則が適用される<sup>②</sup>。自由主義を理念的基礎とする弁論主義によれば、勝訴・敗訴は、立証における当事者の努力の差がもたらす結果であり、敗訴は自己責任に帰せしめることが可能である。両当事者は、訴訟上の“当事者”という地位につくことによって当然に対等に争う機会を十分に与えられた<sup>③</sup>。弁論主義は、あくまでも、闘う両当事者の力が対等であって、公平に主張・立証を尽くしうることを前提としている。

弁論主義に従って、裁判所は、当事者の弁論に現れた主張と証拠のみを根拠として、事案を解明する。裁判官は、当事者の提出する資料に基づいて、事実の認定に関する心証を自由に形成する。弁論主義の下で、裁判所に判決の基礎として認定される事実は、あくまでも“認定事実”であり、“实在事実”ではない。判決は、“認定事実”に拠って下される。“認定事実”は、立証能力に優れた者が勝ち取る。

弁論主義は、私的自治の原則を基礎としている。当事者間で自由に処理してよい私的紛争において、客観的眞実の発見は必ずしも重要ではない。当事者は、自己が抱える紛争を終わらせるために、客観的眞実を放棄することも、譲ることも許されている。訴訟物にかかる処分権主義と弁論主義とは共通性を有する。両者とも訴訟物たる権利関係についての当事者の処分権を根拠としている。

弁論主義を採る訴訟手続は、当事者の意思を尊重し、当事者間に争いが無くなりさえすれば、それで目的を達成す

る。手続を締めくくる判決は、客観的真実に反していても、争う機会を十分かつ対等に与えられた者による訴訟追行の積み重ねの総決算とみて、正しい判決と考えることが許される。<sup>④</sup>

(3) 弁論主義は、両当事者に、その言い分を尽くさせる機会を形式的に平等に保障することだけで、訴訟の結果につき自己責任を問うると考える、すぐれて自由主義的な訴訟手続である。弁論主義は、明らかに、強者に有利な原則である。

行訴法三条二項・三項に設ける取消訴訟は、原告たる私人が、行政庁を被告として国あるいは公共団体と、その公権力行使に対して争う訴訟である。行政主体と私人とは、訴訟追行能力において対等ではない。前者は、強者である。前者は、特別な専門的知識を有し、情報を蓄積して独占し、強大な費用負担能力をもって、後者に対して圧倒的に有利な地位に立つ。両者が対等に闘える地位にあると予定することは許されない。取消訴訟において、弁論主義を形式的に適用すれば、訴訟手続における行政主体の優位性を支持することになる。

訴訟追行能力に関して、当事者対等のバランスを予定調和的に期待し得ないにもかかわらず、そのような両当事者に対して、形式的に平等な機会を与えて、その結果について自己責任を問うことは、訴訟手続にかかる正義の感情を著しく害することになる。

(4) 弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、適正にして公平な裁判を可能するために、裁判所に釈明権<sup>⑤</sup>が認められている。すなわち、裁判長は、「訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して問いを発し、又は立証を促すことができる」(民訴一四九条一項)。裁判所は、当事者本人またはその法定代理人に対して、口頭弁論期日に出頭を命じ、文書等を提出させ、留置し、検証・鑑定を命じ、必要な調査を囑託する。さらに、当事者の事務処理者や補助者に陳述させうる(民訴一五一条)。後者の権能は、釈明処分<sup>⑥</sup>と称される。

当事者には、積明に従う義務があるわけではない。ただし、それをしなければ、不利益を受けることがある(民訴一五七条二項参照)。裁判所は、積明に応じなかったことを弁論の全趣旨として評価することが許される。

積明権は弁論主義を補完するにとまらず、その適切な行使は、争点・証拠整理手続を成功させる不可欠の要素であるとされる。裁判所は、当事者間の公平に配慮しつつ、事実について真実を発見し、また法の適用によって正義が実現されるよう、事実や証拠の提出を促すことを要請される<sup>7)</sup>。私的自治に基づく弁論主義の下でも、裁判所は、真実の発見に努力しなければならない。その要求は、裁判を受ける権利の保障に内在するものである<sup>8)</sup>。「真実発見のためには、事実認定権をもつ裁判官が、その全人格を基礎として、証拠について適正な評価を行い、あるいは適切な経験則を適用して、主要事実の存否の判断を行うことが必要である<sup>9)</sup>」。積明権は、裁判所のなすべき責務として、積明義務とも捉えうる。

弁論主義を基盤とする積明権は、当事者からすでに提出されている資料に基づいて合理的に予測される範囲を越えて、行使することは許されない。その点で、積明権は、後述する職権証拠調べ・職権探知とは確かに異なるが、しかし、その積極的な行使によって、かなりの程度、同様の機能を発揮することが可能である<sup>11)</sup>。

行政事件などにおいては、証拠の偏在などの事情によって、主張責任・立証責任が、それを負担する私人にとりてしばしば過大なものとなる場合があることを否定できない。裁判所は、積明権の行使により、主張責任・証明責任を負わない行政主体に事実および証拠の提出を求めることも可能である。行政事件の解明に関して、裁判所は、積極的な積明権の行使を通して、当事者間の資源の格差を埋め、両者の実質的な公平を回復することが望まれる。

(5) 古典的には、当事者主義における裁判官は、受動的態度を保ち、当事者権を形式的に平等に保障することによって、公平な裁判のイメージを作り出してきた。積明権の積極的行使は、裁判官の中立性の原則を侵すことになると懸

念された。しかし、行政事件の解決に際しては、裁判所の積極的な釈明権の行使が望まれる。行政事件の一方当事者は、行政主体である。行政主体と私人とでは、訴訟追行能力に差異がある。また、公益に係る行政事件の判決には、公共性がある。客観的真実を求めて訴訟関係を明瞭にするため、裁判所には、当事者の主張・立証における矛盾・誤謬を指摘し、その是正の機会を与える権能にとどまらず、新資料提出の釈明が求められる。

確かに、釈明権行使の結果は、一方当事者に対して有利に働くことがある。しかし、「釈明権行使の結果として、一方当事者に有利または不利な訴訟状態が生じうることは、真実発見の任務を担う裁判所の釈明権行使を制約するものではない」<sup>12)</sup>。

裁判所が、釈明権を行使すべきであるにもかかわらず、それを怠るときには、釈明義務違反として、上告受理申立ての理由となりうる(民訴三一八条)。

- (1) 新堂幸司「現代型訴訟とその役割」『岩波講座基本法学8—紛争』三一九頁(岩波書店、一九八三)。
- (2) 行政訴訟において弁論主義が原則とされる理由につき、『注釈民事訴訟法(3)』七九頁(伊藤眞執筆)(有斐閣、一九九三)は、「行政処分を基礎とする法律関係が、公益的色彩を帯びてはいるものの、行政庁が行政実体法の要件の範囲内で、それを発生、変更、消滅させる権限をもつことにもとづいている」と説明する。
- (3)(4) 新堂・前掲注(1)三一七頁。
- (5)(6) 釈明権も釈明処分も訴訟関係を明瞭にするために裁判所に与えられた権限であるが、前者は、裁判所が主張・立証などの訴訟行為を当事者に促す手段であるのに対して、後者は、裁判所自身の行為によって事実関係を明らかにする手段である。釈明処分は、訴訟指揮権の遂行を良好にすることを目的とし、事実認定のための証拠調べとは性質を異にする。
- (7) 同じ目的を確保する手段として、釈明権の行使のほかに、真実義務や完全陳述義務が説かれることがある。弁論主義と真

実義務および完全陳述義務について、伊藤・前掲注(2)『注釈民訴(3)』五六―五九頁。

(8) 伊藤眞『民事訴訟法「補訂版」』二五五頁(有斐閣、二〇〇〇)。

(9) 伊藤・前掲注(2)『注釈民訴(3)』五六頁。

(10) この点に関する最高裁判所裁判例等の詳細は、『注釈民訴(3)』前掲注(2)一三二頁以下(松本博之執筆)を参照。

(11) ただし、いかに積極的に積明権が行使されたとしても、それは、当事者に新資料の提出を促すのみであり、弁論主義と矛盾するものではない。新資料を提出するか否かの最終的判断はあくまでも当事者に留保されている。

(12) 伊藤・前掲注(8)二六二頁。

### 三、行政事件訴訟法二四条が規定する職権証拠調べ

(1) 職権証拠調べの禁止は、弁論主義の一内容である。<sup>(13)</sup>すなわち、弁論主義の下では、職権で、当事者が申し出ない証拠を取り調べることは原則として許されない。

行訴法は、明文で、職権証拠調べの制度を設けている。「裁判所は、必要があると認めるときは、職権で、証拠調べをすることができ」(行訴二四条)。この規定に基づいて、裁判所は、当事者の適切な立証活動が得られない場合、係争事実を明らかにするために、自ら証拠を収集することができる。当事者が証拠申請をしなくても、証人を喚問したり、物証の提出を促したりすることができる。この制度の趣旨は、行政事件訴訟の結果が多く公益に影響することから、裁判の実体的な適正が要請されるところに求められている。判決の公共性は、民事訴訟においても認められるが、公益と関わる行政事件訴訟では、その性質がより際立っている。

行政主体と私人の訴訟追行能力には差異があり、両者の武器は対等ではない。先に述べたように(二(2)、公平の

原則が妥当しない当事者間で、弁論主義に基づいて認定される事実は、必ずしも客観的眞実ではない。しかし、行政事件訴訟にあっては、客観的な眞実発見の要請がより留意されなければならない。行訴法二四条の職権証拠調べは、実体的に適正な裁判をなしうるよう、裁判所に与えられた権限である。裁判所による適切な職権証拠調べは、法律による行政の原理を担保する上で極めて重要である。

(2) 例えば、「実務においては、行政法規の定める要件の具体的な中味についての当事者の考えが裁判所の解釈と異なるために、裁判所の解釈に対応した事実についての証拠が乏しいことがある<sup>14)</sup>、このようなときに、職権証拠調べをする意義がある。しかし、「現在の実務においては、職権証拠調べを行うことは極めて少ない<sup>15)</sup>」。

職権証拠調べを活用しない理由として、釈明権の行使で十分賄えることが言われている。「運用としても、立証の不十分な点を指摘して当事者に立証を促して、当事者に立証をさせた方が適切な証拠調べがされることが多いと思われる<sup>16)</sup>。そもそも、「当事者の立証が不十分であると考えても、それを補うために、どのような証拠を取調べるのが適切なかが裁判所に明らかでないことが多い<sup>17)</sup>」。

先述したように(二(4))、釈明権は、その積極的な行使により、かなりの程度、職権証拠調べと同様の機能を発揮しうる。さらに、裁判所は、文書提出命令(民訴二二三条)・検証拠提示命令(民訴二二三条による二二三条の準用)などの当事者の申立てに基づく証拠調べの権限と合わせて、証拠の偏在等に対応することが可能である。

文書提出命令は、文書提出の一般義務化(民訴二二〇条四号)を前提とし、申立て人の文書特定責任の緩和と所持者の文書情報開示義務(民訴二二三条)を伴う。加えて、改正民訴法(平成一三・七・四法九六)は、行政庁の文書の提出義務について整備している。

文書提出命令に関する民訴法二二四条は、証明責任を負わない当事者の事実主張および証拠の提出義務の存在<sup>18)</sup>と、



その義務に違反した場合における要証事実の推認<sup>(19)</sup>についての実定法的基礎である。すなわち、「当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる」(一項)、「当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用することができないようにしたときも、前項と同様とする」(二項)、「前二項に規定する場合において、相手方が、当該文書の記載に関して具體的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるときは、裁判所は、その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる」(三項)。検証協力義務に関する同法二二二条一項は、二二四条を準用している。

裁判所は、また、当事者間の公平の観点から、主張および立証責任の分配を修正するルール<sup>(20)</sup>あるいは主張・立証の方法を軽減しうる法技術<sup>(21)</sup>を工夫<sup>(22)</sup>しうる。

以上からすれば、確かに、裁判所は、職権証拠調べの権能に頼ることなく、弁論主義の枠内での権限に基づいて、かなりの程度、武器対等の原則を回復し、客観的な真実の発見に努めることができる。

(3) しかし、行政事件訴訟が法律による行政の原理を担保すべき客観性を含み、したがって、その訴訟の帰趨を全く当事者に委ねることに馴染まぬ以上、裁判所は職権証拠調べの権能を有することが必要である。公益実現のために行われた係争の行政活動が適法であるか否かの客観的判断を、必ず当事者の主張・立証活動のみから下さなければならぬとすることは不合理である。職権証拠調べに拠れば、裁判所は、法律による行政の原理を担保するために、実体的真実を究明すべく、必要ならば、自ら証拠を収集しうる。当該権能に基づいて、裁判所は、積明権の積極的行使では不可能な「限界」<sup>(23)</sup>を越えることができる。

当事者主義は、当事者間で自由に処理してよい私的な紛争を根拠とする。その訴訟物たる権利関係は、当事者の自

由な管理処分<sup>24</sup>に委ねられている。紛争は当事者間のものであり、その勝敗は当事者間にのみ効果をもち、「周りの第三者にとっては、どうでもよいというのが普通である」。他方、行政事件訴訟は、多く、公益に関わる。行政事件訴訟の対象は、必ずしも当事者間で自由に処理してよい私的な紛争ではない。その判決の影響は、両当事者に止まらず、訴訟当事者以外の者にも及ぶ。

行訴法は、客観訴訟を設けている(五条・六条)。それは、法秩序を維持し、公益を保護する裁判制度である。客観訴訟は、公益判断を正面から扱う、客観性の高い訴訟であり、その判決の社会的影響力は大きい。それ故に、客観訴訟の訴訟手続のあり方は、主観訴訟のそれとは異なる。客観訴訟の手続における職権主義の要請は、主観訴訟の場合よりも遥かに顕著である。何が法であるか・何が公益であるかを探求する客観訴訟の帰趨を当事者のみに委ねること<sup>25</sup>とはできない。客観訴訟の審理に際して、裁判所には、正しい判断のために、必要があれば躊躇しない職権証拠調べの権限行使が望まれる。

職権証拠調べを適切に行うためには、裁判所に、多少ならずも行政的能力が必要とされる<sup>26</sup>。わが国では、日本国憲法における司法制度の下、通常裁判官が行政事件を扱う。しかし、通常裁判官が行政的能力を得るチャンスは整備されていない。裁判官の行政事件審理能力の欠如は、職権証拠調べに対する消極的態度の要因となる。裁判所が、行政的問題を明確に把握し、必要なとき躊躇なく適切な職権証拠調べをなしうるよう、司法裁判所の行政事件審理能力<sup>27</sup>を高める方策が検討されなければならない。司法制度改革審議会意見書(平成一三年六月一二日)が提言する「行政事件専門部の整備」「法曹の専門性の強化方策」「非法曹の専門委員会制度の導入」などが積極的に検討されてしかるべきである。

(4) 最高裁判所の見解によれば、行訴法の定める職権証拠調べは、裁判所の権限であって義務ではない<sup>28</sup>、とされて

いる。しかし、行政事件訴訟の公益性に鑑れば、職権証拠調べは、積明権と同様に、裁判所に認められた後見的権能であると同時に責務である、と理解する余地がある。裁判所が、実体的真実の発見のために明白な必要性があるにも拘らず職権証拠調べを怠る場合には、当該懈怠が上告受理申立ての理由(民訴三一八条)になりうると解する。<sup>(29)</sup>

行政事件訴訟における積明権は、職権証拠調べの権限を前提としている。当該権限を背景に、裁判所は、民事訴訟におけるよりも、積極的に積明権を行使することが可能である。<sup>(30)</sup> そうであるならば、実務では、多くの場合、職権証拠調べよりも促立証の方法が好んで用いられるとしても(三(2))、職権証拠調べの規定は存在意義を有する。

職権証拠調べよりもむしろ促立証の方法を尽くす裁判所の姿勢は、訴訟手続における私人の主体性の尊重と合致する。主体性を大切にす誇り高き市民であれば、たとえ闘う相手が強者たる行政主体であっても、先ずは、当該裁判を自らの努力で自己の要求を勝ち取る場と位置付けなければならない。裁判所の職権証拠調べは、ときに裁判所の責務であるとしても、私人の側は、安易に、裁判所の後見的保護に期待すべきではない。

(13) 周知のように、弁論主義について、通常、①主張責任の概念(そのコローラーとしての訴訟資料と証拠資料の峻別)②自白の拘束力③職権証拠調べの禁止の三効果が説かれる。

(14) 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』三三六頁(井関正裕執筆)(有斐閣、一九八九)。

(15)(16)(17) 井関・前掲注(14)三三七頁。

(18) 「証拠偏在の場合には、事実および証拠を独占的に所持する相手方に、当該文書を提出して、これによる事案の解明を求めるのが公平であり、これに協力しないとすれば、信義則に反するといふべきであって、本条項による効果は正当なものである」といふことができるとともに、信義則が自由心証主義の領域を限定する場合とみるべきである(新堂幸司『新民事訴訟法』五一五頁(弘文堂、一九九八))。

- (19) 「立法者は、文書提出命令違反が証明妨害の一種にあたるとの考え方に立脚して、立証事項についての証明度を軽減したものである。したがって、弁論の全趣旨などによって立証事項を真実とみなすことが無理であると判断すれば、裁判所は、この規定を適用しなくともよい」(伊藤・前掲注(8)三六八頁)。
- (20) (21) このようなものとして、例えば、事案解明義務、証明妨害の法理・模索的証明、一応の推定・表見証明などが説かれることがある。より一般的には、「立証の負担を軽減するためには、立証方法の充実を図るべきであり、また、主張の負担を軽減するためには、要件事実の内容を検討すべきである」と言われる(伊藤・前掲注(8)三一八―三一九頁)。
- (22) 例えば、最高裁判所は、いわゆる伊方原子炉設置許可処分取消訴訟において、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される」として、専門技術的裁量判断の不合理性に関する私人の主張および立証の責任を軽減した(最判平四・一〇・二九判時一四四一号三七頁、四七頁)。
- (23) 当事者の立証活動に対して、真実発見の要請に基づいて、いかに積極的に釈明権が行使されても、それは、依然として証拠提出の最終判断権を当事者に留保するものであり、証拠収集の負担そのものを裁判所が引き受ける職権証拠調べとは「限界」を異にする。
- (24) 新堂・前掲注(1)三二六頁。
- (25) 園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」『現代行政と行政訴訟』一九頁(弘文堂、一九八七)は、「わが国の行政訴訟では、被告行政庁の主張・立証が公益判断の資料となることが多いが、当事者主義のもとで被告行政庁が当事者の地位において抗争を続けるという訴訟構造になっている以上、当事者としての行政庁に、終始、客観的かつ第三者的な公益判断を期待することは困難である。この点でも、裁判所は、重い負担を課せられているといわなければならない」と指摘する。
- (26) 田中真次「わが国行政訴訟制度の問題」『公法研究一五号九三頁以下(一九五六)』参照。
- (27) 行政作用は法的であると同時に専門技術的であるから、その統制には二つの権威すなわち法的権威と専門技術的権威が必

要である(磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁ほか『フランス行政法学史』二八六頁(一九九〇、岩波書店)。  
この問題につき、拙著『行政権の法解釈と司法統制』一七〇頁以下(勁草書房、一九九四)を参照。

(28) 「行政事件訴訟特例法九条は、証拠につき充分の心証を得られない場合、職権で、証拠を調べることができる旨を規定したものであつて、原審が証拠につき十分の心証を得られる以上、職権によつて更に証拠を調べる必要はない」(最判昭二八・一二・二四民集七卷一三号一六〇四頁、一六〇六頁)。

(29) 行訴法二四条の職権証拠調べは、裁判所の責務ではなく権限であるとしても、裁判所はいかなる状況下でも、当該権限を行使しない自由を有するのであるうか。その不行使の責任は、法的に全く「無」なのであるうか。職権証拠調べは、それが必要であるが故に、法定された。法律で権限が与えられた以上、当該権限行使に関する重大な懈怠は、法的に「有」たる扱いがなされてしかるべきである。

(30) 例えば、職権による証人尋問の許される行政事件訴訟においては、証人として尋問すべき者を職権により当事者として尋問したという違法は、ひつきよう証拠調方式に関する違法にはかならないから、被尋問者が尋問を拒まず、当事者が異議を述べなかつた以上、責問権の放棄により治ゆされたものと解すべきである(最判昭三〇・六・二四民集九卷七号九三〇頁、九三五頁)。

#### 四、裁判所の公益判断と職権探知

(1) 客観的眞実発見の全責務を裁判官が担う刑事訴訟では、職権探知主義が当然のこととして認められる。すなわち、当事者が主張していない事実についても、裁判所が必要とあれば取調べをし、さらに、自ら、その事実を支える証拠を収集することができる。行政事件訴訟においても、その判決の公共性から実体的眞実の究明のために、職権探知主義を必要とする理論的基盤は存する。しかし、現行の行訴法が弁論主義を原則とし、職権探知主義が弁論主義を

完全に排除する以上、二四条は、職権探知主義までも認められたものではないとする理解がノーマルである。したがって、裁判所は、二四条に基づいて、当事者が主張する事実につき、当事者の提出する証拠のみでは確実な心証を形成できない場合に、職権で証拠調べをすることができるが、当事者が主張しない事実までも探し出すことはできず、と解されている。

明治憲法下の行政裁判法では、三八条一項「必要ト認ムル証憑ヲ徴シ証人及鑑定人ヲ召喚シ審問ニ応シ証明及鑑定ヲ為サシムルコトヲ得」に拠って、職権探知主義を採りうると解されていた。すなわち、判例は、「町村会議員ノ当選ノ効力ニ関スル訴訟ハ公益ニ関スル事件ナルヲ以テ苟モ当選ノ効力ニ関係アル事項ナル以上縦令当事者ノ主張セサルモノト雖モ行政裁判所ハ職権ヲ以テ之ヲ調査シ其結果ニ基キテ判決ヲ為シ得ヘキハ勿論ナリ」と。学説も、「行政訴訟に在つては、他の一般の行政争訟に於けると同じく、必ずしも当事者の陳述のみに拘束せらるるものではなく、若し行政裁判所に於いて必要と認められたならば、当事者の陳述以外に互り、職権を以つて独立に審査した事実及び証拠方法を採用して裁判の材料と為すを得べく、当事者間に争の無い事実でも、若し裁判所の心証に於いてこれを疑ありとすれば、自ら反対の証拠を集めてこれを否定することが出来るし、当事者の何れもが主張しない理由でも、裁判所の職権を以つて判決の理由と為すことが出来る」と。

ドイツ行政裁判法八六条一項は、職権探知主義を明記している。すなわち、「裁判所は、職権により、事実関係を調査する。その際、関係人を立ち合わせなければならない。裁判所は、関係人の主張および証拠の申出に拘束されな<sup>(34)</sup>い。」

裁判は客観的眞実を追求すべきものであるため、むしろ職権探知主義が普通である<sup>(35)</sup>。とりわけ、公益的要素の強い訴訟手続では、職権探知主義が採用される。職権探知においては、裁判の基礎となるべき事実・証拠の収集の責任を

裁判所自らが負担する。弁論主義は全面的に排除され、当事者の弁論は、裁判所の職権探知の責任を補助するものになる。<sup>36</sup> 職権探知主義の下では主張の撤回が許されない。「主張責任は弁論主義においてのみ観念しうるもので、職権探知主義のもとでは考えられない」。<sup>37</sup>

(2) 行訴法が設ける客観訴訟は、公益判断を真正面から扱う、公共性の高い裁判である。公益に影響するところの大きい裁判の結論は、社会一般の人々が納得できるものでなければならぬ。当該訴訟の争点は社会化され、判決に対する社会一般の人々の関心は高い。実際に判決の影響も及ぶ。

行訴法七条は、客観訴訟においても適用される。すなわち、行訴法は、客観訴訟の手続としても、弁論主義を採用する。しかし、先にも述べたように(三(3))、何が法であるか・何が公益であるかを探求する訴訟の帰趨を当事者のみに委ねることはできない。弁論主義の下では、裁判所は自白に拘束される。裁判所は、自白された事実をそのまま判決の基礎としなければならない(自白の審判排除効)。職権探知主義の基では、裁判所は自白に拘束されず、自由心証によって事実認定をしよう。また、裁判の内容を当事者の意思によって左右する処分権主義も制約される。<sup>38</sup>

裁判所は、何が法であるか・何が公益であるかを探求する客観訴訟にあっては、実体的真実解明のために、当事者が主張していない事実についても必要とあれば調査し、自ら、その事実を支える証拠を収集する「責務」があるのではないだろうか。しかし、現行では、既に述べたように(四(1))、行訴法二四条の職権証拠調べの規定は、職権探知主義までも認めるものではなく、弁論主義を全面的に排除する職権探知主義の採用には、明文の根拠が必要である。私は、先に、拙稿で、客観訴訟の活用のために、その基本法となりうる、特別の訴訟手続法を制定する必要性を主張した。<sup>40</sup> 現行の行訴法は、取消訴訟を中心に主観訴訟を原則とし、主観的権利保護の体系を整える。それは、主観的権利の貫徹に奉仕する、近代型の、個人主義的な訴訟体系であることを限界としている。客観訴訟に対応すべく制定

される特別訴訟法は、客観性の高い訴訟の受皿たることを要する。それは、主観的権利の貫徹に奉仕する、近代型の、個人主義的な訴訟体系から解放されたものでなければならぬ。当該訴訟手続は職権主義の色彩を強める。実体的真実解明のために、職権探知主義を採用する。

私が提案する特別訴訟法では、判決に對世的効力を認める。訴訟に参加しない多くの人々に判決効を及ぼすからには、職権探知が必要である。

(3) 前述したように(四①)、明治憲法の下での行政裁判法においては、職権探知主義が採用されていたが、職権探知主義は、「行政訴訟の目的が公法的事件であるといふ性質から生ずる当然の条理として認むべきものである」と説かれていた。そうであるとすれば、現行の行訴法上の取消訴訟制度にも、職権探知主義を必要とする理論的基盤は存在する。とりわけ、近時、訴訟の現代化に伴って、取消訴訟は客観性の比重を増している。

しかし、行訴法は取消訴訟をあくまでも主観訴訟として構成している。それは、個人的利益の貫徹に奉仕する制度であることを基本とする。主観訴訟の原告は、自己の利益のために、裁判を負担する。主観訴訟において、原告が訴訟を提起する目的は、個人的利益のためである。個人の利益は、自らの責任で護ることが原則である。主観訴訟手続の基調として、私人の自主的努力が要請されることには合理性がある。そうであるとすれば、現行の行訴法上の取消訴訟手続が、当事者を主張・立証の自己責任から解放する職権探知を許さず、職権証拠調べを加味するに止まることには、理がある。主観訴訟と客観訴訟の「訴訟手続の理念」は異なっており当然である。

ドイツ行政裁判法八六条一項は、主観訴訟として設ける取消訴訟について、職権探知を採る。実体的真実の発見を重視するのである。しかし、主観訴訟では、当事者の権利利益の保護が第一次的目的であり、実体的真実発見はやはり二次的要請である。例えば、主観訴訟においては、控訴人にとって不利益な変更は禁止される<sup>42)</sup>。自己の利益のため



に裁判を負担した当事者に対して不利益となる変更を許すことは、制度の目的を無意味なものとするからである。不利益変更の禁止は、実体的真実を後退させて、<sup>(43)</sup>当事者の利益保護を優先する原則であり、職権探知とはそぐわない制度である。また、職権探知主義は、実体的真実の発見を二次的要請として、当事者の意思の儘を紛争解決基準とする処分主義ともそぐわない。

確かに、取消訴訟は公益性と関わる。しかし、主観訴訟たる取消訴訟では、公益性は原告の権利利益の保護との関係において問題となるに過ぎない。例えば、ある公共事業に関連する取消請求の場合、当該事業の公共性の意義は、原告の利益侵害との絡みで判断されるに止まる。客観訴訟のように、公益の保護が請求の趣旨として真正面から直接に扱われるわけではない。原告個人の権利利益の保護と関わる限りであるならば、主観訴訟たる取消訴訟における公共性の判断の帰趨は、「原告の努力と能力に負う」<sup>(44)</sup>ことを基本原則としても決して理不尽ではない。ただし、それでもやはり、公益性に関わる以上、当事者の努力と能力を越えた実体的真実を求めるときがある。その必要性に備えて、わが国の行訴法は、裁判所に職権証拠調べの権能を認めたのである。

(4) 客観訴訟に対応する特別訴訟法で職権探知主義を採用としても、それは、当事者に裁判所のパターンリスティックな後見を求める甘えを助長するような運用をなされるべきではない。その悪しき例が、明治憲法下の行政裁判所による愚民観に裏打ちされた家父長主義的職権審理である。<sup>(45)</sup>「行政裁判所は職権主義なので、何とかなるといふようなところがあれば、こちらからどんどんついていく。だから当事者は、どっちかというのだまって顔を出していればいいというくらいなんですよ。行政裁判所というものの、根本における性質論だな。行政庁が間違ったことをした、あるいは不当なことをした、それで人民がかわいそうだから、人民の被害を免れさせてやろうというのが行政裁判所の制度なわけだ」<sup>(46)</sup>。明治憲法下の「家父長主義的」職権主義は、私人を官権に対する「可哀相な弱者」と捉え、私人

を保護の客体として位置付ける「護民観意識」に貫かれている。裁判所にとって、私人は、ただ、裁判手続の客体なのである。このような手続構造の下では、私人は、裁判所のパターンリスティックな配慮や權威主義的解決に依存する受動的姿勢に甘んじ、己が訴訟手続の主体でなければならぬという問題意識を育むことが難しい<sup>47)</sup>。裁判所の積極的な後見が、逆に、私人の主体性を後退させる契機となつてはならない。

(5) 私が提案する特別訴訟法の職権探知主義は、私人の主体的訴訟活動と両立しうるものである。

職権探知の下でも、私人は自己の主張・立証を尽くさなければならぬ。裁判所の職権探知は、当事者の主張・立証を主たる情報として展開する。職権探知の結果、真偽不明となった場合には、再び、当事者の主張責任・立証責任が重い意味をもつ<sup>48)</sup>。職権探知主義が採られても、当事者の弁論がやはり勝敗の要因となる<sup>49)</sup>。

訴訟の帰趨の全責任を裁判所に委ねる職権探知主義の採用は、私人に有利とも不利ともなりうる。私人は、必要な訴訟活動を尽くすことによって、職権探知を自己の勝因へと誘導する主体性を決して忘れてはならない。

(31) 行訴法二四条が職権探知までも認めたとすることは、確かに、通説であるが、しかし、従来いわれている、その理由は必ずしも説得的ではない。例えば、塩野宏『行政法Ⅱ 第二版』一一五頁(有斐閣、一九九四)は、「行政裁判所ではない通常の裁判所における審理に際して、特別の審理原則が妥当することを認めるには単に取消訴訟手続であるというだけではならず、特別の法律の根拠が必要であると解すべきであろう」とし、原田尚彦『行政法要論 全訂第四版 増補版』三七六頁(学陽書房、二〇〇〇)は、「行訴法二四条の文言や現行の裁判機構の構成よりみて(たとえば、人事訴訟手続法一四条、非訟事件手続法一一条の文言と比較せよ)、おそらく正当であろう」とする。

(32) 大正七・四・二六行録二九輯三八七頁、三九三頁。『行政裁判所五十年史』(一九四二)一二七―一二八頁(文生書院、復刻版、一九九二)参照。

- (33) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』九八六―九八七頁(有斐閣、初版、一九三六、復刻版、一九八六)。
- (34) 本稿における、ドイツ行政裁判法の条文は、南博方『高橋滋共訳(南博方編『条解行政事件訴訟法』一〇〇〇頁以下(弘文堂、一九八七))に拠る。
- (35) 三ヶ月章『民事訴訟法 補正版』二〇八頁(弘文堂、一九八一)。
- (36) 「職権探知主義の下では、裁判所がその判断資料を職権で収集できるのであるから、いったん裁判所が受領した以上、当事者の主張事実も、職権で収集された資料と同じ扱いをされる。したがって、後に主張が撤回されても、それは、裁判所の判断資料を制限するという効果をもたない」(伊藤・前掲注(2)『注釈民訴(3)』三七頁)。
- (37) 新堂・前掲注(18)三八二頁。
- (38) 「当事者間で自由に処分できる性格のものでないことが、弁論主義が採用されず、職権探知主義が採用されている根拠と解される」(伊藤・前掲注(2)『注釈 民訴(3)』五四頁)。
- (39) 拙稿「訴えの利益に関する『よき判例政策』―取消訴訟の客観化の限界と民衆訴訟」中京法学三二巻三―四号一一七頁以下(一九九八)。なお、客観訴訟たる行政訴訟の構造の特徴について、拙稿「客観訴訟」塩野宏先生古稀祝賀『行政法の発展と変革 下巻』(有斐閣、二〇〇一)二七九頁以下を参照のこと。
- (40) 私が主張するように、客観訴訟の性格を明らかにして、その基本的な手続法となりうる特別訴訟法を制定することは、現行の行訴法の立案者が、民事訴訟手続と異なる、行政事件に固有の訴訟手続の創造を将来に託した趣旨(杉本良吉「行政事件訴訟法の解説(一)」法曹時報一五巻三号五四頁(一九六三)などを参照)と一致する。
- (41) 美濃部達吉『行政裁判法』二四四頁(千倉書房、一九二九)。
- (42) ドイツ行政裁判法も一二九条「行政裁判所の判決は、その変更が申し立てられた範囲に限り、変更することができる」で、不利益および利益変更禁止の原則を確認している。
- (43) 「たとえば、一〇〇万円の請求のうち、五〇万円について請求認容、残額五〇万円について請求棄却の一部認容判決を受けた原告が、請求棄却部分のうち三〇万円について控訴したときには、控訴審の取消し・変更の範囲は、その三〇万円部分に限られ、たとえ訴訟物たる一〇〇万円の債権全額が存在であるとの判断に達したとしても、第一審の請求認容部分を取り消し、請求を棄却することは許されない」。逆に、控訴審が残額五〇万円全部について請求を認容すべきであるとの判断

に達したとしても、請求認容は三〇万円部分に限られる。これを利益変更禁止の原則と呼ぶ。利益変更禁止の原則は、不利益変更禁止の原則の反映とみなされる」(伊藤・前掲注(8)六三六頁)。

(44) 新堂・前掲注(1)三三三頁。

(45) 高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論下Ⅱ』二二七三頁(有斐閣、一九七七)参照。

(46) 遠藤源六ほか「行政裁判所の回想」鶴飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史 4』三三八―三三九頁(遠藤発言)(勁草書房、一九五八)。遠藤氏は、旧行政裁判所の長官職に在った。

(47) 高柳・前掲注(45)二二〇四―二二二二頁を参照。

(48) 「職権探知主義のもとでも証拠不足から事実が不明に終ることがありうるから、この種の証明責任に頼る必要があるのであって、証明責任は弁論主義をとることと必然の関連があるわけではない」(新堂・前掲注(18)四八六頁)。

(49) したがって、職権探知主義の下でも、裁判所は、原告・被告双方に、その利益主張のために攻撃防御を尽くす機会を十分に与えなければならない。

## 五、おわりに―行政訴訟手続における私人の主体性と裁判所の後見

裁判は、法治主義を担保する制度である。法治主義は、市民が自己のための法を自ら獲得しようとする主体的な姿勢をもってこそ意味をもつ。法治国家を担う市民は、裁判を自己のために有利な法を自らの努力で勝ち取る場として位置付けなければならない。主体性を大切にす誇り高き市民であれば、たとえ相手が強者たる行政主体であっても、先ずは、自己の請求の実現のために、自らの能力と努力で闘わなければならない。行政訴訟手続における裁判所の職権行使は、ときに裁判所の責務であるとしても、あくまでも私人が力を尽くした後でなければならない。裁判所の後

見は、私人の主体性を尊重した上でなされるべきものである。

武器対等の原則の妨げとなる証拠の偏在は、情報公開法制および行政手続法制等の整備で緩和される。市民が自らの努力で自己の利益を護りうる環境を整えるべく、それを支援する法制等の一層の充実が今後も望まれる。