

行政事件訴訟における職権主義について

令和3年度滝井繁男行政争訟奨励賞 研究部門受賞
巽 智彦 氏（東京大学大学院法学政治学研究科 准教授）

東京大学准教授の巽智彦と申します。この度は、滝井繁男行政争訟奨励賞研究部門を賜りまして、まことにありがとうございます。大変光栄なことと存じております。本来であれば、本日、会場にお伺いしまして直接御礼の言葉を申し上げるべきところ、やむにやまれぬ本務校の用件のため、この時間帯を空けることができませんで、このような形での動画でのご挨拶となりましたことをお詫び申し上げます。30分のお時間を頂いておりまして、私の研究内容等について少しお話しさせていただき、今後の抱負を述べるということで、講演に代えさせていただきたいと思っております。受賞理由を拝読させていただきましたところ、私のこれまでの行政争訟、とりわけ、行政訴訟の判決の効力と審理の諸原則に関する分析を挙げていただいております、そのあたりの研究テーマについて、私が今後検討を進めたいと思っておりますところをお話しさせていただきます。具体的には、今までの研究の延長としまして、行政事件訴訟における職権主義の在り方について考察を深めているところがございますので、その点に関しまして、少しお話をさせていただきたいということでございます。

職権主義とは、当事者主義に対置される言葉でありますけれども、行政事件訴訟の審理手続きにおいては、民事訴訟のそれに比して、職権主義が強化されております。実定法上の根拠があるもので申しますと、職権訴訟参加（行訴法 22 条）や、職権証拠調べ（同 24 条）というものは、裁判所が職権で、第三者を参加させ、当事者が申し立てていない証拠を取り調べるものですが、これは民事訴訟では予定されていないものでございます。

ただし、いずれについても裁判所による職権の行使は任意であるという理解が固まっております。とりわけ、最判昭和 28 年というものがありまして、これは職権証拠調べについて、裁判所がその権限を行使するかどうかは任意であるという旨を述べたものでございます。この判決の読み方自体にも実はいろいろあり得て、常に任意かという、そうでもないのではないかということも言えそうではあるのですが、その点はひとまず措きまして、ひとまず、裁判所は、原則としてはこの職権を行使することが義務付けられているわけではないということは、理解が一致しているところであろうと思っております。では、その任意の裁判所による職権行使が活用されているのかといいますと、これはそもそも、あまり活用されていないということが、行政事件訴訟法の 2004 年改正時の議論でもありましたし、その後の見直しの議論でも出てきています。さらに、最近の、『ジュリスト』の裁判官の方々の座談会企画などでも触れられております。関連して、2004 年の行訴法改正で釈明処分の特則というものが追加されたわけですがけれども、これも、職権証拠調べを強化するというものというよりは、職権証拠調べの規定がなくても弁論主義の下で可能である釈明権の行

使えないし釈明処分に関して、それを少し延伸するという形で、無理なく行使できるように整えるというような趣旨の制度ですので、職権主義を強化するという方向の議論は、やはりなされていないということになろうかと思えます。

しかしながら、これに対しまして、学説の中には、職権訴訟参加や職権証拠調べの積極的な活用を説くものというものが多く見られる状況がございます。このギャップがどのようなものであるのかということが、今回お話しするテーマの抽象的な内容であります。少しブレイクダウンすると、まず、職権訴訟参加や職権証拠調べが訴訟法として何を意味しているのか、この二つの制度が活用されるとどうなるのか、ということが問題ですし、この積極説、消極説が何に由来しているのか、それぞれどのような論理で正当化されるのかというあたりは、公法学の一般的な論点としても非常に重要になってこようかと思っております。問題はこのように様々に立てられるわけですが、本日は整理してお話しする用意がありませんで、ひとまずは、ドイツ法を参照しながら、現在の日本の制度というものが客観的に見てどのような状況にあるのかという、現状分析のところをお話しするに留めさせていただくこととなります。その上で、このようなテーマについてしっかり考えていきたいということが、私の今後の抱負だということでございます。

今、「ドイツ法を参照しながら」と申し上げましたが、なぜドイツ法を参照するかといいますと、ドイツでは、行政訴訟の手続きにおいて、参加の部分でも審理の部分でも、ともに強力な裁判所の職権主義が取られているということがございます。ある意味では、日本と対極にある仕組みと言ってもいい、それぐらい強力な職権主義が取られている仕組みということで、ドイツ法は一つの重要な参照軸になろうかと思えます。ドイツの行政訴訟の審理手続の実際は、九州大学におられた木佐茂男先生がドイツの裁判官のインタビューなどを通じて精力的に明らかにされたところではありますが、その理論的な背景や、それを下支えしているものを探求したいということが、私の関心ということになります。ただ、そのような研究業績も今まで多くあったわけですし、精力的にやられていたのが、成城大学におられた新山一雄先生です。職権訴訟参加のモノグラフィーも書かれていますし、職権探知主義についてのご論文も多くある。そこで、私が何か独自のものを言えるかということ、自分の本で研究した判決効の分析を延長しまして、紛争解決の一回性、暫定性、ないしは漸次性という、紛争解決の仕組みとしての位置付けという観点から、今の職権主義の在り方をとらえる、これによって少し新たな知見が出てくるのではないかということを思っております。以下では、それぞれの論点について、ドイツ法を参照しつつ、紛争解決という視点から幾つか分かることを申し上げていきたいと思えます。

一つ目の仕組みとしては、職権訴訟参加の仕組みがあるわけでありまして。こちらは、一般的にされている説明としては、「取消判決の第三者効による不利益を被る第三者に対して、訴訟に参加させることで手続保障の機会を提供する」、そのような説明が一般的でございます。これを非常に端的なキャッチフレーズで表わしているのが、東京大学の山本隆司教授で、先ほど述べた新山先生のモノグラフィーの書評の中で、「形成力に基づく訴訟参

加」なのだという形で分析をされているところでございます。もう一つ、行政法の教科書等ではあまり触れられないのですが、民事訴訟で対世効の話が出てくるときに必ず付け加えられるのが、「利害関係人を関与させることで訴訟資料を充実させる目的もある」という点であります。こちらも、程度の差はあれ行政訴訟でもありうることで、これも職権訴訟参加制度の趣旨であるということによろしいかと思えます。

ところで、取消判決の第三者効は、私が自分の著作で明らかにしたところなのですが、端的に申しますと、「取消判決により処分が取り消されたという結果について、第三者が争う手段を（第三者）再審に限定する効力である」ということになります。裏を返すと、第三者再審というものは、この第三者効を覆して取消判決の結果を争うための手段ということで、第三者再審の裏面において第三者効の内容が規定されているという状況でございます。他方、第三者効は「形成力である」という説明が通説でありまして、「既判力の拡張ではない」ということが教科書類では言われているところでもあります。神戸大学の興津征雄先生などは、既判力の拡張として解釈する方が良いのだというご主張もなさっておりますが、大半は形成力だということで説明がされております。そうしますと、処分の違法性、ないしは取消訴訟の訴訟物に関する裁判所の判断は、第三者に第三者効によって通用するわけではございません。そうすると、取消訴訟に参加しなかった第三者は、第三者効により、処分が取り消されたという結果は争えない、ここを争いたいのであれば第三者再審を起こすしかないことになるのですけれども、処分が違法であったという判断、訴訟物に該当する部分の判断というのは、既判力が及んでいない以上は、第三者再審等の特別な手続きを経ることなく更地で争い直すことができるという結論になるはずでございます。そうしますと、訴訟に参加していない第三者からは、処分が最初から適法であったはずなのに、行政の訴訟追行が不十分で、裁判所が間違えて違法だと判断したために、自分に対する受益処分が取り消されたのだ、従って、それに起因する損害を賠償せよという請求が、再審を経ることなく可能であります。さらにいえば、処分の繰り返いを禁ずることも形成力ではなく既判力の作用であるとされていますので、訴訟に参加していない第三者は、もう一度同じ処分がされてしかるべきだという処分の繰り返いの申請ないし請求も妨げられないということになります。逆に言えば、こうした処分の取り消しに付随して生ずる関連の紛争というものを、もし事前に防止したい、予防したいということであれば、第三者を取消訴訟に参加させて、その者に既判力まで拡張させておく必要があるということになります。

このように考えますと、訴訟参加、とりわけ職権訴訟参加の仕組みというものは、形成力に対して第三者に手続保障の機会を与えるという、先ほど述べた「形成力に基づく訴訟参加」という側面に加えまして、関連紛争を一挙に解決するべく既判力を及ぼすために参加させる、「既判力を及ぼすための訴訟参加」という側面も持ち合わせているということになります。この、「既判力を及ぼすための訴訟参加」というものは、やはり、先ほど紹介した山本隆司教授が名付けたものでございますが、この二つの意味合いが訴訟参加にあるの

だということは非常に重要な指摘で、これにより、紛争解決の範囲という視点から訴訟参加を分析することが可能になったというように考えております。

以上のような仕組み、分析に立脚しまして、少し前の『論究ジュリスト』の論文や、それに先立ってドイツの査読誌に投稿した論文で、日本の行政紛争の解決の仕組みを一つのモデルとしてまとめ直したということがございます。すなわち、日本の取消訴訟の仕組みというものは、裁判による行政紛争の画一的かつ暫定的な解決のモデルであるということでございます。先ほど述べたことの繰り返しですが、第三者効を既判力ではないと理解することにより、第三者との関係では、紛争をいったん、処分の効力の部分についてだけ解決する、いわば、損害賠償請求や処分の繰り返しのような処分の違法性に関連する問題は脇に置いて、ひとまずその部分だけ解決するのだということになります。日本ではそのような紛争の暫定的解決の仕組みがデフォルトになっており、関連紛争まで踏まえた紛争の一回的解決というものは、当事者または裁判所がどの範囲の第三者を参加させるか、ひいては第三者自身が参加するかしないか、そうした関係者の選択に委ねている制度設計なのだということが言えるということでもあります。

そうだとすると、誰がどのような形で関連紛争の挙解決のための訴訟参加の動機を持つのかということが、現実問題としては出てくるわけでございますが、関係しそうな主体についての一応の分析は、私も著作の中で少ししているのですが、実際のところどうなのかということも、今後もう少し考えていきたいなと思っているところでございます。また、結果的に職権訴訟参加が活用されていないということは事実ですので、誰がどのようなイニシアチブを発揮すべきなのかという点に関しても、さらに精緻に分析していく必要があると思っていますところでございます。

「参照軸として重要」と申し上げたドイツがどうなっているのかという話をいたしますと、ここはもうはっきりと、日本とは制度が違っております。取消判決に第三者効が存在しないという前提になっておりますし、参加の部分では真逆の結論が採られております。というのも、必要的参加人というカテゴリーがございまして、この人を訴訟に参加させないで取消判決を下してしまうと当該判決は無効になってしまうという結論が、学説上も実務上も固まっております。裏を返すと、第三者を参加させることが義務的だということでありまして、しかもこれは、原告ないしは被告が第三者を連れて来なかったので訴えが却下されるという話に留まらず、裁判所自身が必要的参加人を連れてこなければいけない、裁判所が自らの義務として第三者を連れてこなければいけないと考えられているのが、ドイツの特徴でございます。なぜ裁判所がそのような義務を負うのかに関しては、ドイツの憲法典に根拠を求めているいろいろな理論があるのですが、この点は措きます。

ドイツでも、参加させた、ないしは自ら参加した第三者には、当事者と同様に既判力が及ぶこととなりますので、いわば、参加させることによって確実に既判力を及ぼし、それによって関連紛争も含めて一挙に解決する、それがドイツの基本的な考え方であるということになります。そうしますと、即座に疑問になるのは、都市計画紛争など、利害関係人

がかなりたくさんいるというような場合に、全員連れてこない判決が有効にならないのだとしたら、もう判決を下すことが不可能ではないかということです。これは、固有必要的共同訴訟に関する日本の議論でも問題になるところですがけれども、当然ドイツでも問題が認識されております。しかし、ここもドイツは非常に割り切り方がはっきりしていて、必要的参加人が一定人数以上見込まれる場合には、公告で参加を募って、期間内に参加しなかった者に対しては、参加していなくても、この公告をしたということを根拠に既判力を拡張してしまう。その限りで対世効の仕組みを取っているのが、ドイツの現状でございます。

まとめますと、ドイツでは常に、第三者に既判力を及ぼしていくことが念頭に置かれているということになります。そしてそれは、事前に参加させる、ないしは公告によって参加の機会を与えることによって、事前に手続保障を裁判所の責任で、職権で強力に主導して与えていくこととセットであります。そうした事前の手続保障と引き換えに既判力の拡張を正当化しており、関係人は処分の違法性に関する関連紛争も含めて再審の利用を強制されることとなり、関連紛争まで含めて一回的に紛争が解決されているというのが、ドイツの現状だということになるかと思います。

これと比較しますと、日本は結局のところ、事後に争いなおす可能性を留保することで第三者に対する手続保障を与えている、事後の保障まで含めて手続保障なのだという考え方を取っているということになるかと思います。裏を返すと、日本の裁判所は何が何でも事前に手続保障を与えるべきだという話にはなっていないということになりまして、ここにドイツとの大きな議論の開きがあるということになるかと思います。

このような日本の仕組みの下では、判決を受けて、いったん紛争が暫定的に解決されますと、関連紛争をどうするのだという点は、いったん当事者の選択に委ねられる。当事者が損害賠償を請求すれば、行政がさらに訴訟対応するということになりますし、再度の処分を申請したということになれば、もちろん行政がさらに対応することになる。そのような形で、行政がさらなる行動に出ることも踏まえて考えますと、日本の仕組みというのは、暫定的な解決というよりは、当事者によるさらなる紛争解決過程を視野に入れた漸次的な紛争解決の仕組みなのではないかということが言えるということでありまして、このあたりは、『論究ジュリスト』の論文に、私が書いたところであります。

以上のような話を、職権証拠調べの方についてもざっと見たいというものが後半のお話でございます。

職権証拠調べも、目的は二つあると言われていて、一つは、私人と行政の間には能力・情報の非対称性があるので、裁判所が介入して、その非対称性を是正するのだという話がございます。ただこれは、これだけを延長していくと、私人の側に有利な片面的職権主義にしないと筋が通らないということになるかと思います。現在の人事訴訟法が成立する前の人事訴訟手続法の中では、離婚訴訟に関しては、婚姻を維持する方向でのみ職権を行使できるといった片面的職権探知主義というものが取られていた時代がありまして、これ

は行政訴訟についても理論的にはあり得る選択肢なのですけれども、現状はそのようになっていない、双面的な職権主義なわけです。行政側を支える理由を、裁判所が職権で取ってきてよいわけです。そうしますと、結局、訴訟の対象が公益に関わるので、真実を明らかにしなければならない、そのような要請も加味して説明しないと、双面的な職権証拠調べというものは正当化できないだろうと思います。

そして、日本の行政訴訟については、「職権証拠調べは職権探知主義ではない」という説明が通説でございます。そのことの意味は、これまであまり明らかにされてこなかったのですが、私が成蹊法学や民商法雑誌の論文で指摘しましたのは、二つの含意があるだろうということでもあります。

一つは、職権証拠調べは弁論主義の第3原則を否定するのみで、弁論主義の3原則をすべて否定しているわけではないため、日本は職権探知主義ではないということが言われております。ただ、和解に関して制限があるという今までの行政法の議論を延長すると、弁論主義の第2原則ないし自白テーゼに関しては、もしかしたら怪しいものもしれないのですが、このあたりは、まだあまり議論が深まっていないように見受けられるところであります。

もう一つ重要な含意としては、「裁判所が事案を解明する義務まで負うわけではない」という含意がございます。これは、「弁論主義ではない」という先の話とは、本来別の軸の話であろうと思います。ここで、冒頭に述べた、「職権証拠調べは裁判所の義務ではない」という話に関わってくるわけでありますが、裁判所が職権を行使する義務を負うのかどうかという論点と、弁論主義の3原則が否定されるかどうかという論点とは、違う論点です。具体的には、弁論主義の下でも裁判所が職権を行使する義務を負うのかどうかという問題はあるわけですし、いわゆる釈明義務の存否がこの論点に相当しているということになるかと思っております。

この点、ドイツがどうなっているかですが、ここもはっきり、日本と真逆の結論が取られております。「弁論主義の3原則はすべて否定されるのだ」ということが前提でありまして、例外的に、自白テーゼのみについては、租税・社会保障事案について部分的に採用されているという状況がございます。職権行使の義務に関しても、裁判所は、事案が成熟するまで審理を行う義務があるということが、キーワードとして常に出てきております。ただ、この「事案が成熟する」ということが何を意味するのかは、実は非常に難解な理論的な問題でございまして、ドイツ人自身も十分に解明しているわけではないように見えます。この点は、京都大学の須田守さん、実はほぼ同世代で、私と全く同時期にドイツに留学していた方ですが、この方が非常にしっかりとした分析を法学論叢の論文でされています。

須田さんの業績は、ドイツがこのように強力な職権主義を取っている背景に、より広い文脈があることを明らかにした点でございます。それは、完全な審査原則とでも言うべき考え方でありまして、これを明らかにしたのが、須田さんの非常に重要な業績であろうと思っております。これはどのような話なのかということ、例えば、ドイツでは裁判所が手続

瑕疵のみに基づいて処分を取消すことを原則として許容せず、理由の追加・差替えも原則として制限はないと言われております。すなわち、裁判所は、特定の理由についてだけ審理して判決をするのではなくて、あり得る実体的な理由すべてを審理して判決を下さい、ということが言われております。裏を返せば、他の理由による再処分の余地を残す取消判決や、何らかの処分を義務付けるに留まる義務付け判決といった、行政に残りの判断を委ねて「もう一度考えてくれ」というような趣旨の判決は、基本的には許されないというのがドイツの考え方でございます。このようなさまざまな具体的な論点の方向性を一つに集めて考えると、完全な審査原則と呼べるのではないかと。須田さんがそのような形で分析をされているのですが、先ほど述べた、職権探知主義の第2の含意というものは、この文脈の一部だということになります。

そして、これを紛争解決という観点から見ますと、やはりドイツは紛争を一回的に解決するということを強く志向しているのだなと思えるわけでありまして。裁判所は職権で十分に事案を解明する。すなわち、行政が挙げる特定の理由だけではなく、ありうるすべての理由についてしっかり検討する。手続の瑕疵を認定して終わらせて、適正な手続を履践してもう1回やってくれということではなくて、実体の瑕疵をすべて審査して、裁判所の段階で紛争を一回的に解決してしまう。それを強く志向しているのだなということが伺われるということでございます。逆に言えば、既判力によって処分の違法性に関する紛争の蒸し返しを禁じるということ、審理の面からも強く正当化することを志向しているものなだろうと思えるわけでございます。

これと比較すると、日本は、少なくとも先ほど挙げた論点において、ドイツほど特定の志向を持っているわけではないということはいえようかと思えます。手続瑕疵のみに基づく取消しは、理由付記の瑕疵に関しては一貫してされてきているわけでありまして、理由の追加・差替えというものも、それを制限するという議論は常にあるわけでありまして。そのように考えますと、ここでも職権訴訟参加と同じ意味で、ドイツと日本は対照的であります。日本はここでもドイツのような紛争の一回的解決を志向しないわけですが、それは、裁判所と当事者との間で事案解明の責任を分担して、当事者によるさらなる紛争解決を促す仕組みを取るのだということの意味するわけでございます。こう考えると、結局、職権参加のところで私が述べたことと同様に、紛争を暫定的ないしは漸次的に解決することが、職権証拠調べについてありうるひとつのモデルだということになるかと思えます。このあたり、既判力の範囲や訴訟物の議論、ないしは、違法判断の基準時の問題とも絡んでいて、まだまだ解明しなければいけないことが多いのですけれども、紛争解決の範囲という形で考えると、私の今までの研究業績の延長で、やれることは多くあるのではないかなと思っているということでございます。

以上が、日本法の現状をドイツ法との比較から正確に認識しようという研究でございます。当然ながら、「ドイツのようにもっと積極的に裁判所が関与すべきだ」という議論もあり得ますし、逆に、フランスが徹底しているように思われるのですが、「まずは紛争を迅速

に解決して、行政にもう1回やらせる」という、真逆の考え方もあり得ます。このような、どのような考え方で訴訟法を組み立てていくのがよいのかという、現状認識を超えた規範的な分析も、平行してやっていきたいと思っているところでもあります。受賞理由の中で、端的に言うと、「もっと公法学の本体に近いところもやってくれ」という趣旨のことをご指摘いただいているのですが、私としては今のような論点に公法学の本丸の論点を関連付けて、今後も考えていきたいと思っているところでございます。

改めまして、今回は大変貴重な賞を賜ることができまして、大変光栄に存じます。関係する先生方には、今後、折々の機会においてご指導ご鞭撻をお願いできればと思っております。私の講演は以上とさせていただきます。どうもありがとうございました。