

## 行政事件の解決と職権主義の展開 (一)

新 山 一 雄

はじめに

- 一 行政手続に於ける職権主義の展開 (以上本号)
- 二 行政訴訟手続に於ける職権主義の展開
- 三 行政事件の解決と職権主義

はじめに

一 「職権主義」という概念は、民事訴訟法学に於いても多義的であり、その目的或いはその妥当する範囲等について多く解釈上の問題を残しているようである。そして、それをうけて、行政訴訟法学に於いても職権主義の原則が実定法上どこまでの意味をもつのか、必ずしも明瞭にはされていないとされている。しかし、始めにお断わりしておくが、もちろんここでの職権主義の分析は訴訟法の平面だけに限定されるわけではない。およそ本稿のもう一つの分析の対象となる「行政事件」とは、或る事件について私人の申請に始まり(場合によっては行政庁の職権によって開始される)、行政庁がそれについて審理し、その結論として処分されることを契機として発生するものであり、制度上予定された行政訴訟手続に於いてその解決が図られるものである。従って、その構造に於いて、

私人間に謂わば突発的に紛争が生じ、それがそのまま訴訟の場に持ち込まれ、元来は私人相互間の自由な解決に任ざるべきものを裁判所が代わって裁定する民事事件とは自ら異なるものである。<sup>(3)</sup>行政法上あるべき法律関係を確定するという意味での行政事件の解決には、行政手続・行政不服審査手続及び行政審判手続・行政事件訴訟手続と三つの場面があり、当然そこには一種の機能分配の法則が存在するはずである。そして、また、それぞれの場合に、行政事件に関わる私人に対峙するものとしての行政庁、行政不服審査庁、裁判所には一方で、自らの職権により事実関係・証拠を調査し究明するという要請が働くものである。すなわち、そのことについて、雄川教授によれば、「行政法においては、私法と異なり、私的自治の原則は一般的に妥当せず、その規定は多く強行法規の性質をもっている……。而してその規定の内容は、私的当事者間のいわば内部的な利害の衝突の調整というよりも、行政権と国民との外部的一般的な関係を規律し、そこにおける行政権に対する国民の権利の保護と行政目的の達成という二個の目的を有する公益的規律である。そのような行政法の実現手段としての行政事件訴訟の目的もまた単に当事者の紛争の解決のみには存せず、紛争の解決を通して国民の権利の保護と行政の客観的適正の保障をはかることに存する。従って、少くとも相対的には、民事訴訟に比して実体的真実の探究により多くの重点が置かれるべきである。<sup>(4)</sup>」とされているが、右の要請が行政事件訴訟にだけ働くのではないことはいうまでもない。

(1) 民事訴訟法学に於いては「職権主義」に對立する概念は「当事者主義」とされているが、これらは訴訟手続の過程でどちらにどれだけの役割を分担させるか、またどちらを主役にするかという観点からのみ区分されるものであって、行政処分<sup>(5)</sup>の適法性審査及びそれを通じての行政事件の解決という本稿の基本的な問題関心からは、請求の可否の判断に必要なる事実と証拠の探索および提出を誰の権能ないし責任とするかという観点に基づく、「弁論主義」および「職権探知主義」の概念区別の方が有益である。なお、これらの概念の分類については、新堂幸司・民事訴訟法二七九頁以下に詳しい。また民事訴訟に於ける弁論主義の歴史的発展については、三ヶ月章・民事訴訟法一六五頁以下に詳しい。

(2) 雄川一郎・行政訴訟法一五三頁。

(3) 兼子一・民事訴訟法体系一九七頁。このように弁論主義の採用が私法の性格・私的紛争の性質と密接に関連しているとする立場に対して、その採否はあくまで合目的・技術的考慮の産物にすぎず決して民事訴訟の本質と結びついたものではないという見解も近時有力のようである。三ヶ月「弁論主義の動向」法学協会雑誌七二巻一号一八八頁参照。

(4) 雄川・前掲一五四頁。

二 このように見てくると、私的紛争の解決を目的とする民事事件に比して、公益と何らかの形で関わりを持つ行政事件では、かなり広汎に職権主義的な事実探究・審理が行なわれており、また、それを是認する解釈原理が我國の行政法理論の根底に存在しているということは一応承認しなければならぬであろう。しかし、前にも述べたように、行政法上あるべき法律関係を確定するという意味での行政事件の解決には、行政手続・行政不服審査手続及び行政審判手続・行政事件訴訟手続と三つの場面があり、それぞれの場面で固有の職権主義的な展開が見られるのである。<sup>(1)</sup>ただ、それらが同一の行政事件の解決に向けられている以上、そこでの職権主義の展開には何らかの関連性があり、また、ある種の機能分配の法則が存在するはずである。それらを探り、そしてそれを通じて、行政事件の抜本的解決<sup>(2)</sup>という観点から、職権主義が果たす実質的役割を再検討することが本稿の主要な目的である。

行政上の法律関係が行政庁の行政処分によって第一次的に定まるといふ典型的な行政事件に於いて、最終的に事件を解決し以って事件に関わる私人の権利を保護することを保障するものはいうまでもなく、抗告訴訟、就中取消訴訟である。取消訴訟で行なわれる処分の審理も結局は証拠による証明行為<sup>(3)</sup>によって行なわれる。ここでは、主として当事者としての行政庁及び利害関係人たる私人の主張立証によるわけで、改めて取消訴訟の審理を巡る行政法固有の問題に関わってくるのである。<sup>(4)</sup>しかしその場合、当事者の主張立証といっても、訴訟の場に行政事件が持ち込まれるまでには既に行政手続過程(この中には行政不服審査手続も含む)に於ける職権主義的審理を経ているわけであり、それが取消訴訟の審理にどのような関わりを持つかは、訴訟の一方の当事者としての原告たる私人の地

位に重要な影響を及ぼすものであり、また前記の取消訴訟の審理を巡る問題の解明に決して無縁ではないように思われるのである。

(1) 橋本公巨・行政手続法草案二〇九頁以下、綿貫芳源「行政不服審査(地方自治関係)」実務民事訴訟法講座九卷九三頁以下、下山瑛二「行政不服審査の審査手続」行政法講座三卷八三頁以下、兼子仁・行政争訟法二四一頁以下参照。

(2) 新山一雄「処分取消訴訟における判決時説の意義と行政事件の解決」成城法学一〇号七九頁以下。

(3) 新山・前掲七五頁参照。

(4) 新山・前掲七六頁以下参照。

### 一 行政手続に於ける職権主職の展開

一 行政上の法律関係が行政庁の行政処分によって第一次的に定まるといふ典型的な行政事件を想定した場合、行政処分が發布されるに至るまでの事前手続<sup>(1)</sup>に於ける審理に如何なる原理・原則が支配しているかについては、これまで伝統的行政実体法理論の中で殆んど触れられてこなかったと言つてよいであろう。伝統的行政実体法理論の体系は、いつてみれば行政行為の概念が全ての理論の中心に据えられて構築されたものであり、確かに遠藤教授の指摘される如く、行政法上の法律関係に私法上の法律関係とは異なる特殊性を承認することによって構成されてきたものである<sup>(2)</sup>。その行政行為に関する説明の大部分は行政行為の法律効果についてのものであり、行政行為が如何なる審理手続を経て發布されるものであるのかという問題は当然のことながら伝統的行政実体法理論の関心事ではなかったのである。ただ、間接的に、法的に法律類似の、もしくは同等の効果をもつ行政行為の否定的要件のカタログとしての瑕疵論の中で——とりわけ「主体に関する瑕疵」<sup>(3)</sup>、「手続に関する瑕疵」——、或る処分を發布するに際しては合議機関を組織しなければならないものであったり、他の行政機関の議決もしくは同意を得ることを要するものであったり、或いは利害関係人の立会い又は協議もしくは弁明の機会を与えるものであったりするという

事情を窺い知ることができるだけであったといえよう。そしてそれらの事柄も、法律要件的に取消もしくは無効原因としての評価を与えられたもののみ限定されていたことはもちろんである。

右の事情は伝統的行政法体系の歴史的生成過程を想起するならば、決して意外ではない。体系の中心を成す行政行為概念は、その成立の当初から法律関係に於ける行政権の優越的意思の発現として觀念されていたものであることは、これまで十分に検証されている。<sup>(7)</sup> 原理的に見ても、伝統的行政実体法の基本原理とされる「法の支配」の原理も、歴史的に、公権力の行使の全ての面を羈束するというようには決して機能してきていないのである。むしろ、この原理も行政における法律の留保の限度を示し、それによって行政の自立性を確立するものであったという指摘もなされている。<sup>(8)</sup> また、行政行為の法律要件の整備を主要なテーマとする、コルマン、ヒッベル、アンデルセン等によって努力された瑕疵論の確立も、行政裁判権によって私人が保護される限度を画定するにすぎなかったものであるといえなくもない。<sup>(9)</sup> 伝統的行政実体法理論の中で説かれている行政行為の分類自体も行政行為を、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為とに分ち、前者を更に命令的行政行為と形成的行政行為とに分かつという分類方法であり、それは法律効果を基準とするものであって、<sup>(10)</sup> 今村教授の指摘される如く、どちらかといえば伝統的理論に於ける行政行為論は規範論理的な概念論に終始していたとも言えるのである。その意味では、処分効果を中心に瑕疵論が構成されたのは、むしろ当然のことであったかもしれない。このことに関して、沿革上行政行為の概念モデルとされた私法上の法律行為との本質的差異を比較して、高柳教授により、次のような有用な指摘がなされている。すなわち、「行政行為と法律行為とは、権利義務関係形成過程においてそれが占める地位・役割が全然こととなっている。……私人間の権利関係の変動は当事者間の合意によるという建前を前提として、その下で権利関係の変動を欲する旨の意思表示が行なわれ、それにおいて、表示された効果意思に対応した内心の意思が欠け、或いは内心の意思の成立過程に瑕疵が存在するという事態が発生した場合に、法律行為の効果の基礎を個人の意思に求

める原理の見地よりその意思表示の法的効果を否定すべきであるという要請と、この表示を信頼して権利変動の合意が形成されたことにかんがみるところの、表示に対する社会の期待（信頼）を保護すべきであるという要請とを、どのように調整妥協させるかについて定めることを主たる内容とする。つまり、法律行為の効果が問題になる基本的状況は、前記のごとき意思表示をした者は、いかなる場合に、或いはどの程度まで、社会の期待（信頼）を裏切っても、自らの内心の意思とくいちがう法律行為の法的効力を否認できるか——当該法律行為の内容とする義務または権利喪失を免れうるか——ということである。これに対して、行政行為の効力が問題になる基本的状況は、行政行為が国民代表議会の定立した強行規定たる行為規範による根拠を必要とし、及びその羈束を蒙っていることを前提として、この根拠を欠き、またはこの羈束に違背した行政行為が行なわれた場合に、それによって当該行政行為の内容とするところの権利義務関係の形成を認めてよいかどうかということである。法律行為の瑕疵論の中心的課題は、意思自由の原則に発するところの、表意者の保護の要件・程度であったのに対して、行政行為の瑕疵論のそれは、行政の法的拘束の原則に発するところの、行政行為の相手方の保護である。」<sup>(9)</sup> というものである。

右に述べられたように、行政法に於いては行政の意思形成過程は問題にされないという体質を、歴史的にもっと端的に表現したものは、ラーバントやG・イエリネック等によって主唱された、行政権の「外部内部関係二分論」<sup>(10)</sup> であろう。これが伝統的行政実体法理論にどのように影響を与えたかは、畠山助教の研究に詳しい。すなわち、「ラーバントやG・イエリネックはことさらに国家の一体性を強調し、外部に対して国家は常に一体としてのみ現出するという、いわゆる『不滲透性』理論を主張した。それによって国家内部の機関は独立の法主体性を否認され、それ故に法律関係を生ぜしめないものとされ、そこから国家内部の意思形成過程は、自然人における決心の過程と同様に、第三者（市民）に対しても何らの法効果を生ぜしめないものとされたのである。このような（外部内部）峻別論は、言うまでもなく、外部関係にのみ『法規』の存在を認め、法律の留保を外部関係にのみ押し止

め、法より自由な領域を行政権内部に準備するものだったのである。このような〈外部―内部〉峻別論は、E・カウフマンやS・トーマの批判に遭遇しながらも、更にアンシュッツにより内容的にも洗練されて、ドイツ国法学に確固たる根を下ろすことになったのであって、行政法学の泰斗オットー・マイヤーさえ、その点に関して多言を費す必要はないのであった。<sup>(1)</sup>とされている。

(1) 杉村教授によれば、「行政手続を、行政機関の活動の成立過程と解するかぎり、その内容は広汎であって、……各種各様の手続がふくまれる。これらの手続のうち、行政不服審査手続は、原則として、すでに行なわれた行政処分に対する行政不服申立ての審査手続である意味において、行政処分手続を事前行政手続(または第一次的行政手続)というのに対して、事後行政手続(または第二次行政手続)あるいは事後救済手続といわれることがある。」とされているが、ここにいる事前手続とはその意味に於ける「事前手続」である。杉村敏正・行政手続法一七頁。

(2) 遠藤博也「行政法学の方法と対象について」田中二郎古稀記念・公法の理論下二六三〇頁。遠藤教授は更に同頁で、「私法上の法律関係とは異なる将来性の承認による理論化、体系化は、最初から解答の体系を提供するという作業ではないかありえないことをいみする。」とされている。

(3) 田中二郎・新版行政法上(全訂第二版)一四三頁以下。

(4) 田中二郎・行政法総論二一四頁以下、塩野宏・オットー・マイヤー行政法学の構造二六〇頁以下。

(5) 塩野・前掲一一頁以下。オットー・マイヤーの行政行為の自立性についての「行政行為は、私法上の法律行為とは異なり、法的効力の全てを法律から導き出すのではなく、特別の制限が無い限り、自ら规定的に活動する公権力である。」というテーゼはその後の行政行為概念の発展の方向を端的に暗示するものであったといえよう。O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 97.

(6) 瑕疵論の整備の訴訟手続法的意義については、田中二郎・行政行為論一六七頁以下、畠山武道「許認可の際の同意の性質(一)」民商法雑誌六七巻一七頁参照。

(7) K. Korman, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 49ff

(8) 今村成和「現代の行政と行政法の理論」公法研究三〇号一二二頁。

(9) 高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」公法研究三二号一八二頁。

(9) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 5. Aufl., S. 180ff. G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 220ff.

(11) 畠山・前掲八二頁。

二 これまで見てきたように、伝統的行政実体法理論の体系の中では、行政処分<sup>(1)</sup>の発布に至るまでの事前手続の段階で如何なる審理が行なわれるのかについては殆んど触れられることがなかったが、我国を含めてドイツ行政法の圧倒的影響下にあった国々の中では、オーストリアがこのような問題について最も関心が深かったといえよう。<sup>(2)</sup>

一九二五年に制定された一般行政手続法は三七条に於いて、「審理手続 (Ermittlungsverfahren)」について、「審理手続は行政事件の処理の基準たるべき事実の態様を確定することを目的とする」と規定している。<sup>(3)</sup> 第一七回ドイツ国法学者会議に於けるベッターマンの報告によれば、行政行為の発布に至るまでの手続過程は、「事実の確定を目的とする審理手続」、「法律を解釈しそれを認定した事実<sup>(4)</sup>に適用する手続」、「通知および執行の手続」の三段階から成るとされた。<sup>(5)</sup> オーストリア一般行政手続法三七条以下は、このベッターマンによる区分の最初のものに関わるものであることは疑いがないが、一般行政処分<sup>(6)</sup>のどの範囲まで、このように手続法的に整備された手続がきちんと採られたかは疑問が残される。ベッカーによれば、「手続の開始 (Einleitung des Verfahrens)」は行政庁の職権により、或いは当事者の申し立てに基づいて行なわれ、そして行政庁は職権によるか、審理手続を経て、「事実関係の確定」を行なうとしている。<sup>(7)</sup> 一般に行政法上の事実関係は、行政上の専門的、技術的、合理的な調査を行ない、その上で確定される。「審理手続」の概念自体、そのような通常行なわれるであろう行政庁の審理の行動を理念的に抽象一般化したものであるといえなくもなく、必ずしも、そのみによって行政庁の調査の合理性、完全性を担保したものでなかったとも思われるのである。

(1) これについては、橋本・前掲四八頁以下、金子宏「ドイツにおける行政手続法の過去と現在」ジュリスト二二二二号二



○頁参照。また橋本・同五〇頁以下によれば、「ドイツでは、オーストリアの行政手続法はこれまでほとんど顧みられなかった。ドイツの行政法学は、第一次行政処分の手続についてあまり関心をもたず、行政実体法と救済方法の整備で満足していた。……ドイツがオーストリアの行政手続法の影響を受けなかったのは、恐らくは法治国の觀念が相違していることに由来するといえるのではなからうか。すなわち、オーストリアでは、行政は法律にもとづいてのみ行なわれるということの意義は、行政機関の行為の内容は法律で定められなければならないというものの外に、行政機関の行為の方式、手続は法律で定められなければならないということをも含むと考えられているようである。これに対して、ドイツでは、法治行政の原理は右のうちの前者のみを意味し、後者まで要請するものではないと考えられてきた。このような法治国の觀念の相違が、行政手続について異なる態度を採らしめるに至ったのである。」としている。

(2) オーストリア一般行政手続法の内容については、臨時行政調査会第三専門部会第二分科会「行政手続に関する報告附属資料」(行政手続法に関する立法例)六九頁以下に中村弥三次教授の邦訳があり、これを参照した。

(3) K. Beterman, Das Verwaltungsverfahren, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, S. 138. vgl. A. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 214ff. E. Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, S. 117.

(4) Becker, a. a. O., S. 157. ebenso, Herrrit, Das Verwaltungsverfahren, S. 82.

三 これまで見てきたような伝統的行政実体法理論の体質から、一九七六年に成立した西ドイツ行政手続法(Verwaltungsverfahrensgesetz)が、一般行政手続法としての性格をかなり制約されたものとならざるをえなかったのはむしろ当然かもしれない。<sup>(1)</sup>行政手続法六二条一項によれば、「法律の規定によつて正式行政手続(Förmliche Verwaltungsverfahren)によるとされている場合に、この法に基づく正式行政手続が採られる。」とされている。<sup>(2)</sup>また、同法一〇条によれば、「行政手続は手続の方式に関する特別の法律の規定のない限り特定の方式には拘束されない。行政手続は簡素かつ合目的に行なわれるものとする。」とされている。これらの規定から分かるように、西ドイツ行政手続法に於いても、行政手続の無方式性(Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens)の方が原

則化されている。<sup>(5)</sup>ここに、現在までの理論段階の、一般行政処分の手続について全面的司法形式化を図ることの、一つの限界が示されていると言えなくもない。とりわけ、一〇条で「行政手続の無方式性の原則」を強調して、後文に行政の合目的性の要請が謳われていることが象徴的である。これも、背景に厳然と屹立している伝統的行政実体法理論の基本構造を想起するならば、決して不可思議なことではない。それは、行政法理論もしくは公法理論のそもそもの一方の基本原理である三権分立の原理およびそれを受けた「行政」というものの概念規定に直接結びつくものである。我國の理論的通説的説明によれば、行政とは、「法の下に法の規制を受けながら、現実に国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動である」とされている。<sup>(4)</sup>この「国家目的の実現」ということについては更に、「国家目的は、近代国家においては、法律その他法規の内容として掲げられ、行政は、これらの法規の中に化体された国家目的を実現する作用として行われることが多い。しかし、このような国家目的のすべてが、法規の中に全体として統一的に化体されているわけではなく、また、實際上に、それは望み得べきことでもない。法文の形式に具体的に化体された国家目的を超えて、現代国家の窮極的な正当性をもった目的——何がこの意味での正当性をもった目的であるかについては、異論があり得よう——を認めることができるとされ、従って、「行政が全体として統一をもった国家の形成的活動であるとの当然の結果として、行政に多かれ少かれ、裁量 (Erkennen, discretion) の余地が残される」ということになるのである。<sup>(6)</sup>

このことは、西ドイツ行政手続法でも当然考慮されている。すなわち、コップによれば、「行政手続の無方式性の原則の意味するものは、行政手続法 (VwVfG) や同一条によって適用される他の法律に別様の規定がない限り、原則として、如何なる手続を採るかそして如何なる手続を形成するかは合目的に行政の裁量に委ねられているというものである。」<sup>(8)</sup>と説明されている。また、一九六三年に公表された行政手続法模範草案 (Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz) の説明書によれば、行政手続は、一方で行政需要に反するような方式化を保障す

るものであり、他方で、法治国原理の要請に応えなければならぬものである<sup>(6)</sup>とされている。そして、その間の妥協の産物として、一九七六年の西ドイツ行政手続法が制定されたのであり、諸般の事情が考慮され、一般行政手続の司法化が中止されたのである<sup>(7)</sup>。

- (1) 西ドイツに於ける行政手続法制定過程については、成田頼明「行政手続の法典化の進展」田中二郎古稀記念・公法の理論下 一六五頁以下に詳しく。なお、vgl. F. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen, S. 19ff. Ue/Selmann, Zum Stand der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts, Deutsches Verwaltungsblatt 1967, S. 838.
- (2) 西ドイツ現行法に於ける正式手続の例については、vgl. Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 394.
- (3) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz 1963, S. 74. 以下は、「無方式性の原則」は基本的原則 (Prinzipalgrundsatz) として、明白な行政手続原則の頂点 (Spitze) に位置してゐることを示してゐる。
- (4) 田中二郎・行政法総論二二三頁。
- (5) 同二三三頁。
- (6) 同二五五頁。
- (7) 西ドイツの代表的教科書とされているノルストホッフ「行政法教科書」では、「行政活動は、法もそれに属してゐる国家目的というものの実現について、譲ることのできない持ち分を有している。しかし、そのことによつて、行政上の決定が判決と同置せられるということを意味するのではない。……司法が専ら法に拘束されてゐるのに対して、行政は法の枠内で自らの裁量で行動するところである。」E. Forsthoef, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 10 Aufl. S. 4f. なお、ノルストホッフの行政本質論は、法治国 (Rechtsstaat) 原理に依する社会国家 (Sozialstaat) 原理の発展と密接に関連してゐることを示してゐる。Vgl. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12, S. 8ff.
- (8) Kopp, a. a. O., S. 94 (zu §10 VwVfG).
- (9) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz 1963, S. 74.

四 ところで、このように制約された適用領域しか許されなかった「正式手続」自体は、行政処分発布に至るまでの事前手続の司法化 (Justizförmigkeit) を目指すものであると観念されていたようである。ウーレは以前から、「正式な、法治国原理に従って構成された行政手続は行政裁判所の手続について複数の審級を不要にする。」と主張していた。<sup>(1)</sup> 我国でも、田中二郎博士は、「ドイツ的思考方法に対する反省と批判とが、行政手続法を生み出す背景となつていっているといつてよいであろう。すなわち、行政は、形式的に、法律に基づき法律に従つて行なわれるという建前をとるだけでは足りないものであつて、実質的に、その公正性と適確性とを保障する必要があり、殊に、人民の権利又は利益の侵害にわたる行政権の発動にあつては、事後の救済は当然として、事前に公益と私益との調整を図る必要があるという見地から、行政についても、司法手続に準じ、手続の法的規制をなすべきであるとするのである。」とされていた。<sup>(2)</sup> このように観念された行政手続に於いては、公益と私益との調整を図る見地から、或いは法治国原理の要請によつて、私人は行政手続の当事者として手続に参加する権利もしくは地位が保障されるのである。<sup>(3)</sup>

しかし、そのことから直ちに、正式手続によつて規律された行政手続が、裁判手続、すなわち近代国家に於いては基本的に当事者主義の構造を有する手続と同等の性格を有すると断することはできない。西ドイツ行政手続法に於ける「正式行政手続 (Formelles Verwaltungsverfahren)」では、六七条で行政庁の決定は口頭弁論 (mündliche Verhandlung) を経て行なわれるとされている。これに関連して六六条では、関係人に行政手続に於ける意見陳述権、証人および鑑定人に対する尋問の機会が保障されている。そして、この口頭弁論等が、単に疑似的、形式的に行なわれるものではないことは、六九条一項で、「行政庁は手続の全体の結果 (Gesamtergebniss des Verfahrens) を評価して決定しなければならない」とされ、関係人が手続に関与したことが決定に影響するものであるこ

とを明らかにしていることから分かる。しかし、それらのことによっても正式行政手続が弁論主義を基調とする民事訴訟手続と同種の性格を有するものであるとはいえない。六九条一項の「一つのモデルとなったと考えられる西ドイツ行政裁判所法一〇八条は、一項で「裁判所は手続の全体の結果からえた自由な心証にしたがって裁判をする。」とし、二項で「判決は、関係人が意見を述べることができた事実および証拠調べの結果のみを基礎としなければならぬ。」<sup>(4)</sup>としているが、行政手続法六九条ではこの二項に相当する部分が欠落している。この点について、ポルクスによれば、「一項は、口頭弁論だけではなく、手続の他の全ての側面が決定の基礎とされなくてはならない。……口頭弁論の中心的意義はそれによって損われるわけではない。それは、口頭弁論の対象は、明らかに、関係人に知らされあるいは知らされるべきものであった限り、その時点まで集積された手続の結果 (Verfahrensstoff) であるということに基づいている。それ故、問題なのは、事実上全ての項目が口頭弁論によって明らかにされたかということではなくて、関係人にそれらの事柄について口頭弁論の機会が与えられたかということなのである。」<sup>(5)</sup>とされている。結局、一方で関係人に手続参加権が保障されているが、一方で行政庁固有の職権により手続が逐行され、その結果が決定の基礎となるという事実が動かしがたいということがここに窺われるのである。手続の開始にしても、正式手続では六四条で一応、関係人の申立 (Antrag) を要件としているが、それも不告不理の原則を手続に於いて保障するものではない。<sup>(6)</sup>

逐に採用はされなかったが、我国の行政手続法に関する議論に大きな影響を与えた、臨時行政調査会第三専門部会第二分科会による行政手続法草案に於いても事情は同様である。決定の基礎となる「証拠調」について草案八五条では「主宰者は証拠調をすることができ」とされ、これに対する逐条説明では次のように述べられている。すなわち、「証拠調は、当事者の申出又は職権によって行なうことができる。行政手続においては職権主義が基調とされるが、この草案もその点においては変りがない。しかし、以下六条に規定するごとく当事者の申出権を大幅に

認めて、当事者の権利を損わないように配慮している。この草案においては、証拠能力及び証明力については何ら制限をおかず、これに関しては、すべて主宰者の自由な評価に委ねられることになる。立証責任の分配についても何ら規定しなかった。概括的にいえば、行政処分の一般的要件についての立証責任は行政庁側にあり、例外的にこれを排除する要件については当事者側にあると考えられるが、事実上はこの点についても主宰者の自由な判断に委ねられることになるので、主宰者は、証拠調の技術に習熟する必要がある。<sup>(7)</sup>と説明されている。

- (1) Ule, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtbarkeit*, DVBl 1957, S. 359. ウールのかかる発言を巡って、行政裁判所の事実審の審級の数について、ハッホンの間接有名論争の存したことは周知のとおりである。vgl. Bachof und Ule, *Nochmals, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtbarkeit*, DVBl 1958, S. 6 ff. なお参照、金子・前掲二〇頁、市原昌三郎「行政手続と行政訴訟の関係——西独学界におけるウレとハッホンの論争」公法研究三三卷一七四頁。

- (3) 田中・司法権の限界二二七頁。なお、成田・前掲一七二頁によれば、「本法の制定は裁判所にとってきわめて有意義である。とくに行政裁判所にとっては、大きな負担軽減となること予想される。すなわち、従来の不統一な行政手続は、ともすると行政庁の行政決定に対する国民の不信を招き易く、国民の間には、とかく訴訟の手段によって裁判所の公正な判断を得ようとする傾向が強かったが、行政手続法によって行政決定の判断過程が透明化され、公正なものとなれば、裁判所の公正な判断を求める必要性がそれだけ少なくなると考えられるからである。」とされている。

- (3) *Aussprache von Ule in VVDStRL 17, S225. vgl., Ule/Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsrat, S. 22ff.*

- (4) 南博方編・注釈行政事件訴訟法(参考資料・西ドイツ行政裁判所法)四二三頁の訳文を参照した。

- (5) Meyer/Borgs, a. a. O., S. 407.

- (6) Meyer/Borgs, a. a. O., S. 396.

- (7) 橋本・前掲二〇九頁参照。

五 行政手続が仮に関係人の申立によって開始されるものであっても、手続の主体となるもの、或いは手続を主宰するものは行政庁であるという、動かしたい事前手続の基本構造からも、行政手続の当事者主義的構成には限

界があり、そこではやはり、広汎に職権主義が展開される余地が残され、或いは職権主義が基調となるものであることは一応是認しなければならぬであろう。行政処分も基本的には、行政庁の事実関係の認定に基づいて発布される。行政庁は利害関係人の申立によるか、もしくは職権により手続を開始した後は、一般に自らのイニシアティブにより手続を進行し、自由な心証に基づいて事実関係を認定する。しかし、その際にも証拠調べを行ない種々の事項を基準として評価を行なうので、その証拠調べ、評価の方法が結局のところ事実認定を左右するのである。しかも、行政事件では、行政庁には、その収集しうる限りのあらゆる資料によって「実体的真実」の発見に努めなければならぬという一次的義務が存在することが、条理上認められる。それは、行政上の法律関係が第一次的に行政庁によって定まるといふ行政法固有の法律関係の故にである。

行政手続に於ける広汎な職権主義の展開を背後から原理的に強力に支えているのはやはり伝統的行政実体法理論の体質である。そしてそれは、再び、三権分立の原理をうけた「行政本質論」にまで遡ることができるのである。西ドイツの代表的教科書とされるフォルストホッフ著「行政法教科書I」では、「行政は固有の事件 (Sache) に於いて作用し、固有のイニシアティブにより作用するものである。場合によっては、利害関係人の申立てによって始めて作用することもあるが、これを原則とするものではない。司法と異なり、行政は社会生活 (Sozialleben) から切斷され孤立した要件に集中されるわけではない。裁判官はこの要件のみに関して判決し、その他の社会生活は彼自身には原則として変更不可能な所与のもの (Gegebenheit) と甘受するに届まるのに対し、行政は全体としての社会秩序と伴に活動することができるのである。」とされている。

また、我國の理論の中では、田中二郎博士の「行政の第一次判断権」の理論の中に最も顕著に現われている。すなわち、「行政は、行政主体のイニシアティブに基づき、積極的に、公共の福祉の実現その他行政の目的とする結果の実現をめざして行なわれる形成的国家活動……である……」。近代法治国家においては、行政は、法律に基づき法

律に従って行なわれるのが原則であって、その意味では、行政は、法律の執行であり、法律の具体化であるということが出来るが、そのことは、行政主体のイニシアチブ、すなわち、行政の第一次的判断権を否定するものではなく、したがって、いつ、いかなる時点で、どのような行政を行なうかは、行政主体のイニシアチブに基づき、その行政作用がもたらす結果その他相手方に及ぼす影響など、各種の利害を比較考慮したうえで決すべきことであって、實際上にも、全体的にみて最大最良の結果を実現するよう政策的・技術的裁量の余地が与えられているのが通例である。<sup>(4)</sup>とされている。

(1) Becker, a. a. O., S. 82.

(2) 新山・前掲七四頁。

(3) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 10. Aufl, S. 6.

(4) 田中・司法権の限界一三頁。なお、田中博士は右の行政の第一次判断権は憲法にも由来するとされている。同一六頁

註(1)参照。

(未完)