

〔論  
説〕

## 職権探知主義の諸相

須田守「取消訴訟における『完全な審査』を手掛かりに

異  
智  
彦

○ はじめに

一 須田守「取消訴訟における『完全な審査』」

ア 論文の概要

i 第一章「完全な審査の意味」

ii 第二章「完全な審査のあらわれ」

iii 第三章「完全な審査の理論的基礎」

iv 第四章「行政裁判の場の設定」

イ コメント

i 「完全な審査」という視点

ii 「完全な審査」と職権探知主義

iii 「完全な審査」の具体的なあり方  
二 職権探知主義の諸相

ア 裁判所の職権探知主義

i 職権探知主義の多義性

・ 弁論主義の対概念性

・ 職権探知の権限と義務

ii 職権探知義務に関する法制

・ 日本——職権探知権限

・ ドイツ——職権探知義務

iii 職権探知義務を把握するための理論枠組み

・ 職権探知義務と解明度

・ 解明度と成熟性

イ 行政庁の職権探知主義

## ○ はじめに

本稿は、須田守「取消訴訟における『完全な審査』（一）〜（五・完）」法学論叢一七八巻一号〜同六号（二〇一五—一六）（以下、「本論文」とする）の論評を通じて、行政法学における職権探知主義の諸相に光を当て、議論に一定

の見通しをつけることを目的とするものである。

なお、本論文は同氏の博士論文の一部であり、その残部は、須田守「理由提示と処分理由（二）」（四・完）法学叢一七九巻一号〜同四号（二〇一六）およびその続編として、順次公表されている。そのため、現段階で本論文のみを取り出して論評することには、著者の意図を枉げて伝えてしまうおそれがあるかもしれない。しかし、本論文はその後の論文の考察の前提を整えるための相対的に独立したテーマを扱っているように見受けられ、またそのテーマ自体が大いに魅力的なものである。また、本稿が本論文を契機として取り上げる職権探知主義の考察から、翻って本論文の潜在力が明らかになる部分もある。それゆえ、敢えて本論文を独立に論評の対象とすることにも一定の意義があると考え、本稿を執筆した次第である。

※本稿は、基盤研究（A）16H01976（研究代表者：高木光）の一環として二〇一七年三月二十七日に京都大学にて開催された研究会における報告原稿に、当日の質疑応答を踏まえて若干の加筆修正を加えたものである。報告の機会を与えてくださった高木光教授および仲野武志教授、雑駁な書評に対して真摯な応答をくださった須田守准教授、ならびに参加された諸先生方にこの場を借りて感謝を申し上げます。

## 一 須田守「取消訴訟における『完全な審査』」

以下ではまず、本論文の概要を紹介し（一ア）、主として本論文がもたらす日本法への示唆に関して簡単にコメントする（一イ）。以下、本論文の引用は連載回数と頁数を指示して行う（「（一）一〇頁」など）。また、本稿で検討素

材とするドイツの法文については、参考のためその都度文末脚注に掲げることとした。

## ア 論文の概要

本論文は、第一章「完全な審査の意味」、第二章「完全な審査のあらわれ」、第三章「完全な審査の理論的基礎」、第四章「行政裁判の場の設定」の全四章からなる。

### i 第一章「完全な審査の意味」

第一章では、本論文の目的および考察対象が明らかにされ、「事案の成熟性 (Spruchreife)」の概念が考察の出発点に据えられる。

本論文は、裁判所による行政活動の「統制手法の選択に関する問題の解決を、できる限り法理論的に構成していくための寄与をなすことを目的と」するものである(一四一頁)。ここで念頭に置かれている「統制手法の選択」とは、いわゆる「過程の統制」と「結果の統制」との選択である(一三七―一三九頁)。また、この問題が司法統制を通じた行政過程と司法過程との役割分担というより普遍的な問題にも関わることが、正当に意識されている(一四〇―一四一頁)。

この目的を達成するために本論文が取り組むのは、筆者が「完全な審査」と呼ぶ、ドイツの行政訴訟に特徴的な審理モデルの分析ないし解明である。ここでは「完全な審査」は、結果の統制を行う審理形態ないし統制手法と位置付けられている(一四三―一四四頁)。より具体的には、筆者は「完全な審査」を「事案の成熟性が存在するところ

行われる行政決定の裁判的統制の態様」として理解し、行政裁判所にこの「事案の成熟性をもたらすことが、原則として義務付けられている」点に、ドイツの議論の特色を見出す（一）四七頁）。この特色は、一九九〇年改正により挿入された行政裁判所法一一三条三項<sup>(1)</sup>一文が、「裁判所は、さらなる事案の解明 (eine weitere Sachaufklärung) が必要と思料するならば、なお必要となる調査が、その態様または範囲に照らして過大 (erheblich) であり、かつ関係人の申立てを考慮しても取消しが有益である (sachdienlich) 場合にかぎり、当該事案を自身で判断することなくして行政行為および異議決定を取り消すことができる」と規定したことにより、裏面において際立つこととなつている（一）五〇―五二頁）。本論文は、この「事案の成熟性導出義務」が、義務付け訴訟のみならず取消訴訟においても妥当するものとして、すなわちドイツの行政訴訟に通底するものとして、特徴的な役割を果たしていることを明らかにしている。

## ii 第二章「完全な審査のあらわれ」

続く第二章では、手続瑕疵の審理（第一節）と実体瑕疵の審理（第二節）とに分節して、ドイツにおける「完全な審査」ないし結果の統制のあり方、換言すれば「事案の成熟性」概念の機能が描かれる。前者に関しては、手続瑕疵の取消事由該当性を否定する議論が、後者に関しては、理由の差替えを許容する議論が、それぞれ深掘りされる。要するに本論文は、手続瑕疵の取消事由該当性が否定される場合にも、理由の差替えが許容される場合にも、裁判所は処分結果に着目した統制を志向していると見て、これらを「事案の成熟性」の下での「完全な審査」のあらわれと位置付けるのである。

手続瑕疵に関しては、「当該事案において異なる決定がなされなかつたであろう場合」には、手続、形式または土地管轄に関する規定の違反のみでは行政行為の取消しを求めることができないう規定（連邦行政手続法旧四六条<sup>(i)</sup>）を巡る議論が紹介される。この条文の理解としては、一方で、実際になされた処分の結果が実体的に適法か否かの判断を先行させ、それが適法である以上は「異なる決定」がありえたか否かを問わず手続瑕疵の取消事由該当性が否定されると見るもの（二二）四一—四三頁）と、他方で、実際になされたものとは「異なる決定」がなされえたか否かの判断を先行させ、それがなされえた場合には実際になされた処分の結果が実体的に適法であつても手続瑕疵の取消事由該当性を肯定するものが存在した（二二）四四—四七頁）。前者の理解は、事案の成熟性導出義務を妥当させ、「完全な審査」を原則とする理解と捉えることが可能であるのに対し、後者の理解は、そうした理解からは距離を置くものと理解される。現在の同法四六条は、「違反が当該事案における決定に対して影響を及ぼさなかつたことが明白である場合」に取消事由該当性を否定するものとなっているが、その内容についても同様の議論があるようである（二二）四九—五一頁）。

実体瑕疵に関しては、理由の差替えの許否をめぐるドイツの議論が紹介される。一方で、やはり行政裁判所の「事案の成熟性導出義務」を前提に、理由の差替えを原則として許容する立場が多数である旨が紹介され（二二）五一—五五頁）、他方で、「必要とされる理由提示が事後になされたとき」に手続ないし形式の瑕疵の治癒を規定する連邦行政手続法四五条一項二号、またその治癒の時的限界を「前置手続の終結または行政訴訟の提起まで」に設定した同旧二項の解釈として、理由の差替えを制限する理解が紹介される。しかし、後者の理由の差替えを制限する理解は、法改正により治癒の時的限界が「行政裁判手続の最終口頭弁論終結時まで」に緩和された（現四五条二項）<sup>(vi)</sup> ことにより

拠り所を失い、違法判断の基準時に関する処分時説、原告の法的審問請求権の一部としての公正な手続の要請、訴訟物としての行政行為の本質の維持といった、他の各種の論拠に直截に依拠するようになってくる(二二五八―六三頁)。

また、手続瑕疵、実体瑕疵のいずれに関しても、裁量決定においては特有の議論がある。裁量決定については、伝統的に手続瑕疵の取消事由が該当性が羈束行為よりも広く認められており、「事案の成熟性導出義務」が妥当しないものと解されてきた(二二四七―四八頁)。また、一九九六年改正後の行政裁判所法一―四條二文は、「行政庁は、行政行為に関する裁量上の考慮を、行政裁判所における手続においてもなお、追加することができる」として、理由の追完を明文で予定している(二二六三―六九頁)。

### iii 第三章「完全な審査の理論的基礎」

そこで問題となるのは、以上のような手続、実体の双方にわたる「完全な審査」を支えるのが、いかなる制度ないし思考であるのかである。第三章では、この「完全な審査」の理論的基礎が、多面的に探究される。

まず注目されるのは、行政裁判所の権限に関するドイツ特有の理解である。具体的には、実体的に唯一の正しい決定が存在することを前提に、手続はそれを発見するための奉仕的機能(dienende Funktion des Verfahrens)を有するに留まるとの理解が、それに対する批判とともに浮き彫りとされる(二二二―二三頁)。また、その理解を巡る議論に際して援用される、民事訴訟における上訴審のありかたに関する議論も瞥見される(二二二―二二九頁)。

さらに、このような行政裁判所の権限理解を具体的に敷衍したものとして、職権探知主義に焦点が当てられる。「裁判所は関係事実を職権により調査する」とする行政裁判法八六條一項二文は、行政裁判所に事案解明のための権限お

よび義務を与えていると解されている(四)二八―三四頁)。この行政裁判所の職権探知は、行政行為による規律(Regelung)を単位として枠づけられることとなる(四)三四―四三頁)。

そして、こうした行政裁判所の権限理解を支えるものとして、基本法の条文が挙げられる。同一九条四項は、公権力により権利を毀損された者に対して裁判所への出訴の手段を保障しているが、ここでの「権利」には手続に関する利益が含まれないと解されてきたことで、同条は「完全な審査」を原則として要請するものと理解されてきた。また同二〇条三項は、執行権(die vollziehende Gewalt)が法に拘束されることを定めているが、ここで裁判所が担保するのは、やはり行政の実体法への拘束であると解されている(四)二九―三〇頁、四三―四六頁)。

他方で、こうした「完全な審査」の原則が、違法性、権利毀損、取消請求権といった諸概念の理解との関係で、複雑な議論の対立を招いていることも示される。ドイツの取消訴訟は、行政行為の違法性(Rechtswidrigkeit)とそれに基づく原告の権利の侵害(Rechtsverletzung)の双方を本案勝訴要件としている(行政裁判所法一―三条一項一文)。手続瑕疵のある行政行為が違法であることに疑いはないが、それが行政行為の取消しを導かないことに関しては、権利侵害要件が否定されると理解するか、権利侵害要件は満たされるが原告の取消請求権が成立しないと理解するかという対立が存在する。この対立の背景にも、やはり「権利」を実体法に引き付けて理解するか否かの問題が伏在している(四)四八―六〇頁)。

#### iv 第四章「行政裁判の場の設定」

先述の通り、ドイツの取消訴訟は、違法性と権利侵害の双方を本案勝訴要件としている。そのため、違法性要件を

重視し、裁判所の役割を客観法秩序の維持に引き付けて見ることができれば、権利侵害要件を重視し、裁判所の役割を主観法ないし権利の保護に引き付けて見ることもできる。また、行政裁判所を行政とともに事案の規律を行う「行為者」と見るか、行政の活動をコントロールする「判定者」ないし統制者として見るかという視点の違いも、諸論者の見解の前提に透けて見える（五）三五―五〇頁）。いずれの見方を採るとしても、「完全な審査」の原則ないし「事案の成熟性導出義務」について一義的に解答が与えられるわけではないが、これらの見方を整理することは、「完全な審査」を正当化し、「事案の成熟性導出義務」を要請する諸要素を具体的に整理するための補助線として役立つ。最後に筆者は、こうした「完全な審査」を巡る議論が定位される具体的な場として、訴訟物および既判力の客体的範囲の問題に焦点を当てている（五）五〇―六一頁）。

## イ コメント

### i 「完全な審査」という視点

著者は、裁判所による行政活動の統制手法の選択という具体的な問題関心を出発点としつつも、まずもってドイツの議論状況を説明することに注力しており（二）四三―四四頁）、ドイツの議論状況から具体的な示唆を引き出すことには慎重な態度を貫いている（五）六一―六二頁）。ドイツの議論も決して一枚岩ではなく、そこから一義的に解答が導かれるとの期待が楽観的に過ぎることは、本論文がまさに浮き彫りとしたところである。

著者が描いたドイツの議論状況は、彼の国において決して明瞭に語られているものではない。たとえば、ドイツに

における「完全な審査」原則が「ドイツ法の一般的な理解」である旨を示す際に著者が引用するシュミット・アスマンの著作（(一)三六一三七頁、五三頁註二）は、裁量統制の文脈における「完全な法適用審査（vollständige Rechtsanwendungskontrolle）」を語るものであり、必ずしも「事案の成熟性」との関わりで、また羈束行為をも含めた審査全体との関係で、「完全な審査」を語るわけではない<sup>②</sup>。むしろ「完全な審査」は、これまたさほど明確に形作られていない「事案の成熟性」をめぐる議論状況を手掛かりとして、著者が苦心して抽出した理論モデルであるといえる。換言すれば、本論文は、具体的な問題に関する比較法的考察の前提を丁寧に整えるものとして、高い評価に値しよう。

しかしながら、著者は敢えて「完全な審査」や「事案の成熟性」の精密な定義づけを避けているように見える。すなわち、著者は「完全な審査」や「事案の成熟性」について、過程の統制に対比されるところの結果の統制という概念に結びつけることによって、おぼろげにその輪郭を示すに留まっている。また、そもそも過程の統制や結果の統制という概念についても、「一般的なイメージにおける一致」が指摘されるに留まっている（(一)三七頁）。著者の意図は、「完全な審査」を指定することで、むしろ行政行為の「理由」を起点とする過程の統制のあり方を際立たせようとする点にあるように見受けられる（(一)四三―四四頁）が、「完全な審査」それ自体の内実もまた、これに続く諸論文との関連で再度掘り下げられることが期待される。

とはいえ、本論文が明らかにしたドイツの議論状況からはすでに、我が国の解釈論および立法論に対する比較法的な示唆をふんだんに得ることができる。以下では、主としてこの観点から、いくつかのコメントを試みる。

## ii 「完全な審査」と職権探知主義

例えばまず、裁判所の職権探知主義が「完全な審査」ないし事案の成熟性導出義務を要請するというドイツの議論（四）三二頁）は、弁論主義を前提とする我が国の法制度との比較の端緒を得るために、さらに精査されるべきもののように思われる。具体的には、裁判所の職権探知義務は、「完全な審査」原則ないし「事案の成熟性」導出義務を達成ないし履行するための手段として認められるものであり、「完全な審査」原則ないし「事案の成熟性」導出義務の根拠は別の点に求められると見る余地はないか。すなわち、「完全な審査」ないし「事案の成熟性」導出義務を要請するのは、職権探知主義そのものではなく、むしろその背後にある司法観ないし行政裁判観であると言えないか。この「完全な審査」を原則とする司法観ないし行政裁判観は、基本法一九条四項および二〇条三項が手続ではなく実体的問題に引き付けて解釈されていることに関連していると思われる（一アiii参照）、ここではドイツ公法学における「実体法志向」の沿革と内実を説明することが重要になろう。

他方で、ドイツの議論が職権探知主義により「完全な審査」原則が導かれるとの理解を採る背景には、そもそも弁論主義の下では「完全な審査」原則は成り立ちえないとの理解があるようにも思われる。弁論主義を前提とする場合、たとえば、行政の理由の差替えの主張なくして裁判所が他の理由を審理することはできないこととなる。本論文が焦点を当てるドイツの理由の差替えの議論は、職権探知主義を前提とした裁判所による理由の差替えの許否の問題であるのに対して、我が国の理由の差替えの議論は、弁論主義を前提とした行政庁による理由の差替えの許否の問題である（二）五三頁）。換言すれば、弁論主義の下では裁判所の「事案の成熟性」導出義務が履行され得ず、我が国では

「完全な審査」原則は妥当しえないようにも見える。

しかし、「完全な審査」原則は、弁論主義の下でも一定の含意を持つ。一方で、弁論主義の下でも、裁判所は当事者に対して釈明を行うことができる（民事訴訟法一四九条）。他方で、弁論主義を前提とする日本の裁判所も、手続瑕疵の取消事由該当性を否定することがあり、理由の差替えを許容することがある<sup>④</sup>。そこで、裁判所が当事者に結果の統制に係る主張を行うよう釈明することを通じて、弁論主義の下で「完全な審査」を志向することも、考えられなくはない。ここでもやはり、職権探知主義の妥当如何とは切り離した形で、「完全な審査」を要請する原理そのものを探究することが、我が国の解釈論にとつても重要であることが確認される。同時に、ここでは行政事件の審理における弁論主義の意義を、より精密に分析する必要性も示されている<sup>⑥</sup>。

### iii 「完全な審査」の具体的なあり方

また、「完全な審査」としてイメージされるものの具体的な内容についても、さらに精査する余地がある。特に、本論文において結果の統制に関わるものとされ、ドイツにおける「完全な審査」のあらわれとして抽出された、手続瑕疵の取消事由該当性の否定と理由の差替えの許容という二つの法理は、単純に並列することのできない内実を有する。

まず、たとえば、自身に対してなされた増額更正処分を争う原告が、処分理由として示された不動産の取得価格の誤りを攻撃したところ、被告が不動産の販売価格の誤りという新たな処分理由を追加したとする<sup>⑦</sup>。これは、ある処分理由の不存在を主張する原告の請求原因の主張に対して、異なる処分理由の存在を主張する被告の抗弁の主張がなさ

れたものと理解できる。ここで「完全な審査」の観点を後退させ、処分理由の追加を許さないとすること（過程の統制）は、要するに被告の上記抗弁の主張を禁止することを意味する。理由の差替えが被告の主張制限として理解されることがあるのは、<sup>(8)</sup>こうした意味においてである。

これに対して、たとえば原告が、上記のような所得計算の誤りに加えて、理由付記の瑕疵の主張を行ったとする。これは、一つの請求（増額更正処分の取消し）を成り立たせる複数の請求原因（実体的瑕疵と手続的瑕疵）を原告が主張することを意味する。ここで、理由付記の瑕疵（手続的瑕疵）の取消事由該当性を否定するならば、それは手続的瑕疵に係る請求原因がそもそも成り立たないことを意味する。換言すれば、これは、成り立ちうる攻撃防御方法の主張を禁止するという理由の差替えの禁止の法理とは異なるものである。

逆に言えば、手続瑕疵の論点においても、成り立ちうる攻撃防御方法の主張の禁止を内容とする法理を構想することができないか。敷衍すれば、手続的瑕疵の取消事由該当性を肯定したうえで、原告が実体的瑕疵と手続的瑕疵とともに主張している場合には、実体的瑕疵を主位的主張、手続的瑕疵を予備的主張として扱うことはできないか。このような構成は、理由付記の瑕疵を取消原因として認める我が国の判例（註9参照）を前提とした場合にも、「完全な審査」を一定の範囲で実現するための手段として活用することができるのではないかと思われる。ただしここでも、弁論主義の根拠論との関係が問題となろうし、既判力の客体的範囲の問題も精査しなければならないであろう。

## 二 職権探知主義の諸相

ところで、職権探知主義をめぐる諸論点は、日本とドイツの訴訟法制全般に関わる、より広い比較法の問題として

も捉えられる。以下では、職権探知主義をめぐる諸論点を概観し、日本とドイツ、また行政法学と民事訴訟法学の力の違いから抽出される視座を確認する。これらの視座から見直してみれば、本論文の潜在力もまた明らかになる。

## ア 裁判所の職権探知主義

職権探知主義という概念は、既に多く指摘されている通り、複数の意味で多義的な内容を有する（i）。日本では職権探知主義が裁判所の権限と理解されることが多いのに対して、ドイツではそれが裁判所の義務と理解されることが多い（ii）。また、行政法学、ひいては公法学においては、この裁判所の職権探知の義務に法理論上の重要性が認識されてきたが、訴訟法理論上それを適切に把握する概念構築がなされておらず、議論には大きな混乱が存在する（iii）。

### i 職権探知主義の多義性

民事訴訟法学における標準的な体系書によれば、弁論主義とは、「判決の基礎をなす事実の認定に必要な資料（訴訟資料）の提出（主要事実の主張と必要な証拠の申出）を当事者の権能と責任とする建前」をいい、職権探知主義とは、訴訟資料「の探索を当事者の意思の意に委ねず、裁判所の職責とする建前」をいう（括弧書き原文ママ）<sup>10</sup>。このように、職権探知主義は、弁論主義の対概念として定義される。そして、まさにそのことに起因して、職権探知主義は多義的な内容を有している。

・ 弁論主義の対概念性

まず、職権探知主義は、それと対になる弁論主義の内容が多岐にわたることから、多義的な内容を有している。

弁論主義の内容は、以下の三つのルールないしテーゼに具体化されるのが通例である。すなわち、「主要事実は、当事者が口頭弁論で陳述しないかぎり（弁論に現出しない限り）判決の基礎に採用することができない」という主張責任ルールないし第一テーゼ、「当事者に争いのない事実（自白したまたは自白したとみなされる事実）は、証拠によって認定する必要がないのみならず（一七九条、一四九条一項（民事訴訟法。筆者註）、これに反する認定をすることができない）」という自白ルールないし第二テーゼ、「証拠は原則として当事者が申請したものでなければならぬ」という証拠申請ルールないし第三テーゼである（括弧書き原文ママ）<sup>11)</sup>。さらに具体的には、三つのルールないしテーゼのそれぞれには、審理段階の規律、すなわちある証拠ないし事実についての証拠調べの要否ないし可否と、判決段階の規律、すなわちある証拠ないし事実を判断の基礎として採用することの要否ないし可否との区別を観念することができ、弁論主義は合計六つのルールないしテーゼの集合体として理解することができる<sup>12)</sup>。

そして、弁論主義の諸テーゼの一つ以上が成り立たないことが職権探知主義であるという控除的な理解を前提に、職権探知主義には、弁論主義の諸テーゼの一つのみが排除される場合から、すべてが排除される場合まで、「その深度にバラエティがある」とされるのが一般的である<sup>13)</sup>。象徴的に言えば、諸テーゼのすべてについて裁判所の職権探知を禁止する規律（Nichts von Amts wegen）が純粹な弁論主義であり、逆にすべてについて裁判所の職権探知を認める規律（Alles von Amts wegen）が純粹な職権探知主義であり、その中間にはバリエーションが存在する。我が国の行政事件訴訟について言えば、証拠申請ルールないし第三テーゼが排除されている（行政事件訴訟法二四条）一方

で、主張責任ルールないし第一テーゼと、自白ルールないし第二テーゼとは、民事訴訟と同様に妥当すると解されている<sup>(14)</sup>。これをごく弱い職権探知主義として理解するか、「修正的弁論主義」と呼ぶかは呼称の問題に過ぎない<sup>(16)</sup>。

・ 職権探知の権限と義務

これに加えて、職権探知主義には弁論主義の対概念ということの意味自体に係る多義性も存在する。具体的には、職権探知主義が裁判所の職権探知の権限を意味するに留まるのか、さらに進んで義務までを意味することになるのかという点でも、職権探知主義は多義的である。

弁論主義の諸テーゼは、ある事実や証拠について、口頭弁論への顕出や判決の基礎への採用が当事者の主張無くしては禁止されるというものである。したがって、この諸テーゼを否定することは、それが当事者の主張なくして「可能である」ことを意味する。しかしながら、裁判所がそれを「しなければならない」とまでは、当然には言えない。より具体的には、職権探知が「できない」場合、「できる」場合、「しなければならない」場合の三種類が考えられ<sup>(17)</sup>、これを先述の弁論主義の三テーゼに審理段階の規律と判決段階の規律を組み合わせた六テーゼにかけ合わせるならば、訴訟における審理の規律には一八通りがありうることとなる。

従来この裁判所の職権探知義務に関わるものとして理解されてきたのが、当事者の協力義務 (Mitwirkungspflicht)<sup>(18)</sup>である。ドイツの人事訴訟に関する法典の総則においては、「関係人は事実関係の調査に協力すべきである」<sup>(19)</sup>。「関係人は事実状況に関する陳述を完全に、かつ真実に従ってなさなければならぬ」(§ 27 Abs. 1-2 FamFG)<sup>(20)</sup>と規定されている。当事者がこの協力義務を果たさない場合に、裁判所はそれ以上の職権探知を行わなくともよいこととなる

とすれば、この協力義務は裁判所の職権探知義務の限界を画するものとして機能することとなる。

ただし、この協力義務の捉え方については、ドイツにおいても争いがある<sup>20</sup>。また、我が国で近時制定された家事事件手続法、および近時改正された非訟事件手続法においては、「(家庭)裁判所は、職権で事実の調査をし、かつ、申立てにより又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならない」との定めに加えて、「当事者は、適切かつ迅速な審理及び裁判の実現のため、事実の調査及び証拠調べに協力するものとする」との規定が設けられた(家事事件手続法五六条一項二項、非訟事件手続法四九条一項二項)が、ここでは当事者に協力する「義務」や「責任」があるという規定は慎重に避けられ、当事者の真実義務に係る規定(上記§ 27 Abs. 2 FamFG)も敢えて導入されなかった<sup>21</sup>。そのため、この規定は直ちに当事者に具体的な義務ないし責任を課すものではないとされている<sup>22</sup>。少なくとも、当事者の不協力のみで裁判所が職権探知から解放されるとは解されておらず、他に事案解明の端緒が存在しないことの結果として裁判所の職権探知の限界が画されるとの理解が支持されている<sup>23</sup>。

## ii 職権探知義務に関する法制

本論文で主題化された「完全な審査」を基礎づける職権探知主義は、職権探知の権限ではなく義務を問題とするものである。以下で見る通り、ドイツ公法学における職権探知主義は主としてこの文脈で語られてきた。民事訴訟法学においても、このような職権探知義務を、職権探知主義の内容として強調する見解がある<sup>24</sup>。

しかしながら、我が国ではこの職権探知義務は、少なくとも一般的には強調されてこなかった。以下ではその状況を、我が国とドイツとの法文の違いに照らして確認しよう。

・日本——職権探知権限

我が国の人事訴訟では、法文上弁論主義の三テーゼのすべてが排除されている。具体的には、人事訴訟法一九九条一項は民事訴訟法一七九条（自白の不要証効）の適用を除外しており、弁論主義の自白ルールないし第二テーゼを明確に排除している。また、人事訴訟法二〇条一文は、「人事訴訟においては、裁判所は、当事者が主張しない事実をしん酌し、かつ、職権で証拠調べをすることができる」として、弁論主義の主張責任ルールないし第一テーゼと証拠申請ルールないし第三テーゼとを排除している。<sup>25)</sup>

しかし、そこでは「裁判所は・・・できる」と定められており、これは職権探知の権限を裁判所に認めたと留まり、職権探知の義務までを認めるものではないように見える。学説も、職権探知の不尽が審理不尽として破棄事由となる可能性を認めながらも、職権探知の義務を強調することは多くなかった。<sup>26)</sup> また、人事訴訟法一九九条一項は、民事訴訟法一五七条および一五七条の二（時期に後れた攻撃防御方法の却下）、一五九条第一項（自白の擬制）、二〇八条（不出頭等の場合の眞実擬制）、二二四条（文書提出命令違反の場合の眞実擬制）、二二九条四項（筆跡対象拒否の場合の眞実擬制）および二四四条（不出頭の場合の終局判決）の適用を除外しており、これは実体的眞実の確定を重視する人事訴訟手続の特色によるものと説明されているが、これが職権探知義務を基礎づけるとも解されていない。むしろ、人事訴訟においては職権探知義務がプライバシーと抵触しかねないという点が指摘されることがある。<sup>28)</sup>

また判例については、大審院時代には、職権探知主義の意義を強調して原審を審理不尽により破棄した大判昭和一年一月二二日大審院判決全集一輯一四号二六頁が存在したものの、<sup>29)</sup> 最高裁は一貫して職権探知義務について消極的な態度を見せている。嚆矢として最判昭和二十九年一月二二日民集八卷一八七頁は、「人事訴訟事件においても、裁

判所がいかなる限度まで証拠調をするかは、裁判所が、すでに得た心証の程度により、自由にこれを決することを得るものであつて、人訴三一条もこの点に關し何等制限又は変更を加える趣旨を含むものと解すべき理由はない。そして、原判決の挙げている各証拠を総合すれば、原判決のような認定をすることはできるわけであるから、原審がこれらの証拠によつて得た心証をもつて十分なものとし、所論のごとき諸点につき更に証拠調をしなかつたことを捉えて、所論の違法があると言ふことはできない」とした。<sup>(30)</sup>

我が国の行政事件訴訟についても、先述の通り、弁論主義の証拠申請ルールないし第三テーゼが排除されている。しかし、この証拠申請ルールおよび第三テーゼの排除に關しても、職権探知の権限を認めたに過ぎず、その義務までを規定したものではないと解されている。<sup>(31)</sup> 最高裁は、行政事件訴訟特例法九条の職権証拠調べに關して、「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」としており（最判昭和二八年二月二四日民集七卷一三号一六〇四頁）、人事訴訟と同様に職権探知の義務を認めることには消極的である。

### ・ドイツ——職権探知義務

これに對して、ドイツにおいては、裁判所の職権探知の権限のみならず、その義務までもが規定されている例がある。<sup>(32)</sup> すなわち、ドイツの家事事件および非訟事件の手續に關する法律二六条は、総則として「裁判所は、職権により、裁判にとつて重要な事実の認定のために必要な調査を行わなければならない（Das Gericht hat von Amts wegen ... durchzuführen）」とし、裁判所が職権探知の権限を有する（「できる」というのみならず、職権探知の義務を負う）「行わなければならない」と規定している。婚姻關係事件についても、同法一二七条一項においてやはり職権探知の義

務が規定されている。<sup>(33)</sup> この職権探知義務は、他の事件類型については法文が異なることから、より一層際立っている。具体的には、実親子関係事件に関しては、同法一一三条一項により前記の同法二六条が適用除外されたうえで、関係人が主張しない事実が一定の場合にのみ考慮することが「許される (dienen)」とのみ規定されているに過ぎない(同法一七七条一項)。<sup>(34)</sup>

これに対して、行政裁判所の手続における職権探知主義は、職権探知の義務を明確には規定していない。行政裁判法八六条一項は、「裁判所は事実関係を職権で調査する。その際には関係人を動員することができる。裁判所は関係人の陳述および証拠申立てには拘束されない」と規定し、弁論主義の証拠申請ルールないし第三テーゼに加えて、主張責任ルールないし第一テーゼも排除する旨が明確にされており、自白ルールないし第二テーゼもこの条文の解釈として排除されるものとされているが、<sup>(35)</sup> ここでは「しなければならぬ」という言葉は使われていない。社会裁判所法一〇三条、<sup>(36)</sup> 財政裁判所法七六条も同様の条文である。しかしこれらの条文は、裁判所の職権探知の義務を含蓄するものと解されてきた。<sup>(36)</sup>

さらに、ドイツの連邦憲法裁判所の手続においても、職権探知主義が妥当すると解されている。<sup>(37)</sup> 連邦憲法裁判所法二六条一項は、<sup>(38)</sup> 「連邦憲法裁判所は真実の解明のために必要な証拠を取り調べる。連邦憲法裁判所は、その際に口頭弁論外で裁判所構成員に委託し、特定の事実または人に限って他の裁判所に要請することができる」と規定し、弁論主義の証拠申出ルールないし第三テーゼを排除している。いわゆる立法事実の取り扱いが問題となることもあって、具体的な議論はあまりなされていないが、第一テーゼおよび第二テーゼも同様に排除されるものと解されているようである。<sup>(38)</sup> ここでも、法文は職権探知の義務を明確にしていないが、職権探知義務を当然に包含するものと理解されて

いる。<sup>(39)</sup>

### iii 職権探知義務を把握するための理論枠組み

職権探知義務をめぐる議論は、審理の規律に関する訴訟法理論、とりわけ証明責任論との関係で、不明瞭な点を残している。その一因として、裁判所の審理過程における職権探知の義務を適切に把握するための理論枠組みがまだ構築されていないことが挙げられる。

#### ・職権探知義務と解明度

職権探知主義における証明責任については、かつて議論の混乱が見られた。とりわけドイツの公法学では、職権探知主義の下では証明責任が妥当しないという理解がなされることがあったが、これは少なくとも、いわゆる客観的証明責任に関する言明としては誤りである<sup>(40)</sup>。客観的証明責任とは、ある事実の存否について裁判所の心証が真偽不明の状態（ノン・リケット）に留まる場合に、当該事実の存否について裁判所の判断を可能とするための概念であり、この場合の裁判所の判断によって不利益を被る側の当事者に証明責任が負わされると説明される<sup>(41)</sup>。そして、職権探知主義であっても、裁判所の心証が真偽不明の状態に陥る事態は、論理的には否定できない。すなわち、裁判所が職権探知の義務を果たし、審理を尽くしたとしても、ある事実の存否について、結果的に裁判所の心証度が真偽不明ないし判断不能（存在／不存在の心証がともに五〇％）の域に留まってしまふことはありうる。したがって、職権探知主義の下でも、客観的証明責任は観念しうるし、裁判所の判断不能を避けるためには観念しなければならない<sup>(42)</sup>。

ここにかつてのドイツの公法学説が言わんとしていたのは、上記のような意味での客観的証明責任の否定ではなく、裁判所が十分な審理ないし事案解明を行わないままに終局判決を下すことへの疑問であったといえる。これは、「証明主題の蓋然性がどの程度あれば、その事実を真ないし偽と判断しうるかの問題」である証明度ないし客観的証明責任の問題ではなく、その反射として定まる当事者の証明の必要ないし主観的証明責任の問題でもない。むしろ、「証拠調べ・事実関係解明をどこまでするかの問題、裏がえせば、結果の確実性がどの程度達成されれば、その争点についての判断に熟すかの問題」である解明度に関するものと理解すべきであろう。<sup>43</sup> 敷衍すれば、ここで問題とされているのは、裁判所が真偽不明の心証度のもとで証明責任を用いて判断を下すことではなく、審理結果の確実性（解明度）が低い状態、すなわち十分に審理を尽くさない状態で判断を下すことの是非なのではないか。<sup>44</sup>

解明度の概念の主唱者は、終局判決の要件たる「裁判をするのに熟したとき」（民事訴訟法二四三条一項）を、「必要な解明度が達成されたとき」であると理解している。<sup>45</sup> 換言すれば、裁判所の職権探知義務が果たされない場合というのは、「裁判をするのに熟したとき」という要件を満たさないのに終局判決を下した場合として、<sup>46</sup> 弁論主義の下での裁判所の積明義務違反の場合と同様に、<sup>47</sup> 原判決の破棄事由たる法令違反（民事訴訟法三二五条二項）を構成するものと解される。<sup>48</sup>

### ・解明度と成熟性

解明度の概念の主唱者は、ある事実の存否についての裁判所の心証ないし審理結果の確実性の問題<sup>49</sup>に加えて、「法律構成・争点形成（事実の主張）」のレベルでの審理が十分に尽くされたか否かも、解明度の概念によって把握して

いる。<sup>(50)</sup>そこでは差し当たり判決の成熟が問題とされているが、「法律構成・争点形成（事実の主張）」のレベルでの解明度は、事案の成熟の把握にも役立つ。

取消訴訟における事案の成熟性は、複数の法律構成に係る主張の当否についての審理結果の確かさを問題とするものであり、まさにこの「法律構成・争点形成（事実の主張）」のレベルでの解明度に関わる。たとえば、理由の差替えを肯定する「完全な審査」の下では、ある処分Aを成り立たせる理由aと理由bとが存在する場合に、aが成り立たないということのみではAを取り消すことができず、bが成り立つか否かも審査しなければならなかった。これは、理由aまたはbのそれぞれが成り立つか否かについての審理結果の確実性の問題ではなくて、理由aが成り立たない（理由aの不存在についての証明度および解明度を満たす）場合にbが成り立つか否かを審理することなく判決を下してよいかの問題である。すなわちこれは、請求の当否の判断ないし訴訟物の存否の判断を決する複数の法律構成があるときに、どこまでを検討すれば「法律構成・争点形成（事実の主張）」のレベルでの解明度が満たされるかの問題であり、「完全な審査」ないし事案の成熟は、この意味での解明度を高度に設定するものとして理解することができる。

ただし、このように解明度の概念を用いるだけで、職権探知主義の下での審理のあり方が直ちに明瞭になるわけではない。解明度の概念の主唱者も、具体的な審理過程の分析に当たっては、「法律構成・争点形成（事実の主張）」のレベルと「事実の認定」のレベルとを区別して論じており、判決の成熟よりも高度な解明度が達成された場合に事案の成熟が観念できるといような、解明度の高低で単線上に二つの「成熟性」を整理する仕方が妥当とは思われない。「事案の成熟性」の概念の内実は、訴訟法理論との連関の下でさらに解明する必要がある。

## イ 行政庁の職権探知主義

他方で、ドイツの法制の特色として、行政訴訟における行政裁判所の職権探知主義のみならず、行政手続における行政庁の職権探知主義についても、明文の規定が置かれている点が挙げられる。<sup>(52)</sup> ドイツ連邦行政手続法は、「行政庁は職権で事実関係を解明する。解明の態様と範囲は行政庁が定める。行政庁は関係人による陳述や証拠の申出には拘束されない」(二四一条一項一文ないし三文)、<sup>(53)</sup>「行政庁は、個別の事案にとつて重要なものすべて、および関係人にとつて有利な状況すべてを考慮しなければならぬ」(同二項)、<sup>(54)</sup>と定める。社会法典第一〇編二〇条も、<sup>(55)</sup>同様の定めである。租税規則八八条一項および二項も同様の定めであるが、行政庁による事案解明の態様と範囲が「事案の状況ならびに平等原則、法律適合性および比例原則に照らして」<sup>(56)</sup>定まり、その際に「租税行政庁の一般的経験、経済性および合目的性を考慮することができる」<sup>(57)</sup>旨が明記されている。

これらの行政庁の職権探知に関する条文は、やはり職権探知の権限のみならずその義務をも規定したものと解されている。<sup>(58)</sup> この行政庁の職権探知義務は、裁判所による過程の統制において大きな意義をもちうる。というのも、行政庁の職権探知義務の違反が行政活動の違法性として構成されるならば、本論文のいう過程の統制の手がかりとなるからである。現に、この行政庁の職権探知義務の違反は、一部は形式の瑕疵として扱われ、本論文の取り扱っている手続瑕疵の取消事由該当性の論点に接続されている。<sup>(59)</sup> 他方で、行政庁の職権探知義務の違反は、実体瑕疵に結びつく場合もあるとされており、本論文が詳細には立ち入らなかつた裁量瑕疵論にも接続されている。<sup>(60)</sup>

これらの問題は、我が国においても行政庁の調査義務ないし説明義務の観念を介して行政訴訟の審理に結びつけら

れてきたものであるが、今一度本格的な比較法作業を行うことも有意義であろう。近時の動向で思い当たるところとしては、EU行政法研究ネットワーク (Research Network on EU administrative Law (RENEWAL)) が作成公表したEU行政手続法草案 (Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren<sup>(57)</sup>) が、「行政庁は決定の前に事案を入念に (sorgfältig) かつ公正に調査しなければならない」(III—10 第一項<sup>(58)</sup>第一文) と規定した点や、他方で二〇一七年一月一日より施行されているドイツ連邦行政手続法二四一条一項四文が、「行政庁が行政行為の発布に自動装置を用いる場合、自動手続において解明されなかった、個別事案にとって意味のある関係人の事実の申し立てを、行政庁は考慮しなければならない」と定めた点が、それぞれ行政庁の事案解明義務に関わるものとして注目に値する。ただし、たとえば財政裁判所法七六条四項は、「<sup>(59)</sup>財政行政庁の事案解明義務 (§ 88 89 Abs. 1 AO) は財政裁判所の手続によって変更されない」と定めているが、これは行政庁の職権探知義務の違反を行政訴訟において取り上げる可能性を示したものというよりは、裁判所の職権探知に対する行政庁の協力義務を定めたとの理解が示されており、<sup>(60)</sup>裁判所による「完全な審査」の発想がやはり根強いことが伺われる。

※本研究は JSPS 科研費 15K21375 (平成二七—二八年度若手研究(B)「紛争の画一的解決の要請の諸相」)、および財団法人野村財団二〇一四年度社会科学助成 (法規範の効力を争う訴訟の判決効の構造—司法院と立法府・行政府との協働の一断面) の助成を受けたものである。

## 注

- (1) 義務付け訴訟における「事案の成熟」に係る我が国の先行業績として、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために(上)——ドイツ法の視点から」自治研究八一巻四号七〇頁、七一頁以下(二〇〇五)、興津征雄「違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造」二五九頁以下(弘文堂、二〇一〇)、横田明美「義務付け訴訟の機能」九一頁以下(弘文堂、二〇一七)。
- (2) Eberhard Schmidt-Altmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., 4. Kap. Rn. 62 ff.
- (3) 著者に大きな手掛かりを提供したのは、彼の国のある学位請求論文、Gregor Marx, Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozess, 1996 であると推察される。
- (4) 最判昭和四九年二月一日民集二八巻一〇号一八六八頁(教育委員会会議の公開)、最判昭和五〇年五月二十九日二九巻五号六六二頁(群馬中央バス事件)、最判平成一四年七月九日判自二三四号二二頁(固定資産評価審査委員会の審理)。
- (5) たとえば、最判昭和五三年九月一九日判時九二二号九九頁(個人タクシー免許拒否処分)、最判昭和五六年七月一四日民集三五巻五号九〇一頁(青色申告に対する更正処分)、最判平成一一年一月一九日民集三五巻八号一八六二頁(情報公開条例に基づく不開示決定)。
- (6) 行政事件にとっても示唆的な形で弁論主義の根拠論と第一テーゼとの関係、特に主張共通の原則を分析するものとして、垣内秀介「主張責任の制度と弁論主義をめぐる若干の考察」青山善充古稀『民事手続法学の新たな地平』七三頁、八二頁以下(有斐閣、二〇〇九)。弁論主義の下における行政の行為義務に焦点を当てるものとして、交告尚史「処分理由と取消訴訟」一三九頁(勁草書房、二〇〇〇)、北見宏介「政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益(一)——司法省による『合衆国の利益』の実現をめぐる」北大法学論集五八巻六号二六〇七頁、二六一四頁(二〇〇八)。
- (7) 前掲最判昭和五六年(註5)を例とした。
- (8) 神橋一彦『行政救済法(第二版)』一六一頁以下(信山社、二〇一六)。
- (9) ただし、周知のとおり、我が国の判例は理由付記義務の違反に対してはこのような立場を採っていない。参照、最判昭和三八年五月三一日民集一七巻四号六一七頁(青色申告増額更正処分)、最判昭和四九年四月二五日民集二八巻三号四〇五頁(青色申告承認取消処分)、最判昭和六〇年一月二二日民集三九巻一号二頁(旅券発給拒否)、最判平成二三年六月七日民集六五巻四号二〇八一頁(一級建築士免許取消処分)。
- (10) 新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』四七〇頁(弘文堂、二〇一七)。

- (11) 新堂・前掲註(10) 四七三頁以下。
- (12) 畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」新堂幸司古稀『民事訴訟法理論の新たな構築(下)』七二頁、七四七五頁(有斐閣、二〇〇一)、同「弁論主義・職権探知主義(等)」民訴雜誌五七号九四頁、九五―九六頁(二〇一)。弁論主義の包括命題と諸テーゼとを区別し、弁論主義の具体的分析を深化させた嚆矢として、山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開(一)——弁論主義の構造論と根拠論のために」論叢一三三巻一―四頁以下(一九九三)、同「(二)」論叢一三四巻二―四頁、二頁以下(一九九三)、同「弁論主義論のための予備的考察——その根拠論と構造論」民訴雜誌三九号一七〇頁、一七〇―一七一頁(一九九三)。
- (13) 新堂・前掲註(10) 四九〇頁。
- (14) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ(第五版)』二二七頁(有斐閣、二〇一五)。これに対して、処分権主義に関わる請求の放棄および認諾、訴えの取下げ並びに訴訟上の和解については議論がある(交告尚史「行政訴訟における和解」高木光「宇賀克也」行政法の争点』一三三頁(二〇一四))。人事訴訟においては、離婚の訴えおよび離縁の訴えを除き(人事訴訟法三七条、四四条)、請求の放棄および認諾並びに訴訟上の和解が禁じられている(同一九条一項)。
- (15) 畑瑞穂「人事訴訟における職権探知主義について」家裁月報五六巻三号一頁、三頁(二〇〇四)。
- (16) 塩野宏『行政法Ⅱ(第五版補訂版)』八二頁(有斐閣、二〇一三)。
- (17) 山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」同『民事訴訟法の現代的課題』一三三二頁、二五六頁(有斐閣、二〇一六)(初出：一九九六)、笠井正俊「当事者主義と職権主義」門口正人編代『民事証拠法大系第一巻』三頁、二二頁註二(青林書院、二〇〇七)。
- (18) 笠井正俊「弁論主義と職権探知主義の関係」法律時報八八巻八号一九頁、二二頁(二〇一六)。
- (19) さしあたり参照、山田文一「職権探知手続における手続規律・序論」法学論叢一五七巻三号一頁、八頁以下(二〇〇五)。協力義務に関しては、行政裁判所系列の手続法典においても議論の蓄積があるが、本稿では立ち入らない。参照、新山一雄「西ドイツにおける職権探知原則」雄川一郎献呈『行政法の諸問題(下)』二四五頁、二五八頁以下(有斐閣、一九九〇)。
- (20) ドイツでは、我が国の人事訴訟に匹敵する家事事件に関する手続について、かつては民事訴訟法典中に特則が置かれていたが、現在では二〇〇八年制定の「家事事件および非訟事件の手続に関する法律(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)」(FamFG)が規定を置いている。参照、垣内秀介「ドイツにおける新たな家事事件・非訟事件手続法の制定」法の支配一五二号三五頁(二〇〇九)。
- (21) 本間靖規「職権探知主義について——人事訴訟手続を中心に」同『手続保障論集』五二二頁、五三七頁以下(信山社、二〇〇

- 一五) (初出:二〇〇八)、本間靖規「非訟事件手続における職権探知主義に関する覚書——ドイツ法を中心に」同『手続保障論集』五四七頁、五五八頁(信山社、二〇一五) (初出:二〇〇八)、高田昌宏「非訟事件における職権探知の審理構造——新非訟事件手続法・家事事件手続法の制定を契機として」法曹時報六三卷一―二号、二九頁以下(二〇一一)。
- (21) 高田裕成編著『家事事件手続法』二〇一頁以下(有斐閣、二〇一四)。
- (22) 金子修『逐条解説家事事件手続法』一九八頁(商事法務、二〇一三)。
- (23) 松川正毅ほか編『新基本法コメントール人事訴訟法・家事事件手続法』二二六頁(垣内秀介)(日本評論社、二〇一三)、杉山悦子「家事事件手続法における裁判所と当事者の役割」徳田和幸古稀「民事手続法の現代的課題と理論的解明」五二五頁、五三八頁(弘文堂、二〇一七)。
- (24) 松本博之『人事訴訟法(第三版)』六二頁以下(弘文堂、二〇一二)、松本博之「上野泰男『民事訴訟法(第八版)』四四頁以下(弘文堂、二〇一五)。笠井・前掲註(17)の二つの論文も同旨をいうものである。
- (25) 旧人事訴訟手続法においても同旨の規定が存在した(同一四條、三一條)。ここでは職権探知は「婚姻」や養子縁組「ヲ維持スルタメ」のものとされていた(同一四條、二六條)が、このいわゆる職権探知の片面性は現行法では廃止されている。参照、梶村太市「徳田和幸編著『家事事件手続法(第三版)』五三四頁以下(本間靖規)(有斐閣、二〇一六)。
- (26) 山木戸克己『人事訴訟手続法』一一七頁以下(有斐閣、一九五八)。より詳細には、畑瑞穂・前掲註(15)三四―三五頁。
- (27) 松川ほか編・前掲註(23)五一頁(本間靖規)。
- (28) 豊田博昭「職権探知義務に関する一考察——ドイツ嫡出否認訴訟にみる訴えの申立ての具体化責任」小島武司古稀(統)「権利実効化のための法政策と司法改革」一〇二五頁、一〇五一頁(商事法務、二〇〇九)。
- (29) 大審院は、「凡そ裁判を為す者は周到なる注意を以て慎重審理を遂げ審理を探究するに努力せざるべからざること固よりいかなる事件に於ても異なる處なき理なりと雖、殊に人事訴訟に於ては其の取扱ふ處人の最重大なる身分関係なるが故に裁判所たるもの一層茲に留意し以て萬が一にも其の誤認識なかるべきことを期せざるべからず。法律が此種訴訟に於て一般民事訴訟の原則たる当事者主義を捨てて職権主義を採り当事者の申出あると否に拘らず必要なる証拠は裁判所自進で之が調査を為し力て明となりたる事項は当事者の主張せざるものと雖之を採りて裁判の資料となすべきものとなしたること亦一に此の趣旨に出でたるに外ならず」と述べたうえで、控訴審において当事者が多くの証拠申出をしたにも関わらず、一回の口頭弁論を開いたのみで第一審に提出された証拠以外証拠調べを為すことなく結審したことを違法とした。
- (30) その他の例については、畑・前掲註(15)三三頁。

- (31) 宇賀・前掲註(14)二二五頁。
- (32) FamFG制定前の状況については、畑・前掲註(15)五頁以下。
- (33) ただし、一二七条二項および三項は、訴訟関係人が主張しない事実については、婚姻を維持する方向でのみ考慮できるなど、いわゆる片面的職権探知を規定している。
- (34) その理由としては、父子関係の取消しそれ自体には公益が関わらなことが挙げられる。Ramer Hülbege, in: Heinz Thomas/Hans Putzo (Hrsg.), *Zivilprozessordnung Kommentar*: 37, Aufl., 2016, FamFG § 177 Rn. 1.
- (35) *Wolf-Rüdiger Schenke*, in: Ferdinand O. Köpp/Wolf-Rüdiger Schenke (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 22. Aufl., 2016, § 86 Rn. 16.
- (36) 新山・前掲註(18)二七〇頁以下。裁判所の事案解明の義務を語るものとしてUlrich Herbert, in: Fritz Gräber (Hrsg.), *Finanzgerichtsordnung mit Nebengesetzen Kommentar*: 8, Aufl., 2015, § 76 Rn. 10.
- (37) 参照、異智彦「公法関係訴訟における事実認定について——憲法訴訟を端緒として」成蹊法学八五号一〇七頁、一二〇頁以下(二〇一六)。
- (38) 第二十七條の二の二 Christian von Coelln, in: Theodor Maunz et al. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 23 Rn. 59 (Stand: Mai 2009), 第一十七條の二の二 Franz Klein, in: a.O., § 26 Rn. 1 (Stand: jan. 1987)
- (39) *Kai Haberszehl*, in: Christian Burkiczak et al. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2015, § 26 Rn. 4. Ders., Rn. 3 以下ローパ裁判所およびヨーロッパ人權裁判所の手続との比較を行っている。
- (40) 宮崎良夫「行政訴訟と立証責任——その理論史的考察」同『行政訴訟の法理論』一七七頁、二〇七二〇八頁(三省堂、一九八四)(初出：一九八〇)。
- (41) 新堂・前掲註(10)六〇二頁。
- (42) 新堂・前掲註(10)六〇五頁、松川ほか編・前掲註(27)一三四頁(垣内秀介)。近時のドイツ公法学ではこの点は明確に意識されている。行政訴訟にのするWolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl., 2011, Rn. 23; Thomas Württemberg, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl., 2011, Rn. 57f; Steffen Detherbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl., 2016, Rn. 949. 憲法訴訟にのするHans Lechner/Rüdiger Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 7. Aufl., 2015, § 26 Rn. 10; *Christofer Lenz/Ronald Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl., 2015, § 26 Rn. 12.

- (43) 証明度・証明責任・解明度の概念それぞれについて参照、太田勝造『裁判における証明論の基礎』一〇八頁以下（弘文堂、一九八二）。
- (44) 山田・前掲註（18）一五頁。行政訴訟において解明度の概念に着目するものとして、山本隆司『行政手続および行政訴訟手続における事実の調査・判断・説明』小早川光郎古稀『現代行政法の構造と展開』二九三頁、二九九頁（有斐閣、二〇一六）。
- (45) 太田勝造『訴訟法裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について、新堂幸司編『特別講座民事訴訟法』四二九頁、四三七頁（有斐閣、一九八八）。
- (46) いわゆる「審理不尺」に関する叙述であるが、新堂・前掲註（10）九一三頁。
- (47) 三木浩一ほか『民事訴訟法（第二版）』二二二頁（三木浩一）（有斐閣、二〇一五）。
- (48) 笠井・前掲註（17）「当事者主義と職権主義」二六頁。
- (49) 太田・前掲註（43）一一四頁。
- (50) 太田・前掲註（45）四三七頁。
- (51) 太田・前掲註（45）四三八頁。
- (52) 詳細な研究として、新山一雄「ドイツ行政手続法における職権探知原則（一）」（八）『自治研究』六八巻九号三二頁〜六九巻一二号六二頁（一九九二—一九九三）、駒林良則「職権探知原則と協力義務」『大阪市立大学法学雑誌』三九巻三・四号一二二頁、一二四頁以下（一九九三）。
- (53) さらに同三項以下では、調査の態様および範囲について上級庁が行う指揮（Weisungen）等について、詳細な定めが置かれよう。
- (54) Ulrich Ramsauer, in: Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 17. Aufl., 2016, § 24 Rn. 7.
- (55) Ramsauer, in: Kopp/ Ramsauer, aaO, Anm. 54, § 24 Rn. 36.
- (56) Ramsauer, in: Kopp/ Ramsauer, aaO, Anm. 54, § 24 Rn. 36a, 36b; Dieter Kallerhoff, in: Paul Stelkens et al. (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 24 Rn. 58; Ridiger Engel/ Mario Pfau, in: Thomas Mann et al. (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, 2014, § 24 Rn. 85.
- (57) 小早川光郎「調査・処分・証明——取消訴訟における証明責任問題の一考察」雄川一郎献呈『行政法の諸問題（中）』二四九頁、二六六頁以下（有斐閣、一九九〇）、北村和生「行政訴訟における行政の説明責任」磯部力ほか『行政法の新構想Ⅲ——行政救

済法』八五頁、九二頁以下（有斐閣、二〇〇八）、新山一雄「実体的真実の解明をうける行政客体の手続上の権利」小早川光郎  
古稀『現代行政法の構造と展開』二六五頁（有斐閣、二〇一六）、山本・前掲註（44）。

(98) Vgl. Jens-Peter Schneider et al. (Hrsg.), *RENEUAL - Mustereurwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht* 2015.

(99) *Herbert*, in: *Gräber*, aa.O., Anm. 36, § 76 Rn. 83. 「これを強化された被告の協力義務」と形容しており、裁判所のコントロー  
ルの見地の観点からは結びつけよう。

(・i) § 113 VwGO

(3) Hält das Gericht eine weitere Sachaufklärung für erforderlich, kann es, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, den Verwaltungsakt und den Widerspruchsbeseid aufheben, soweit nach Art oder Umfang die noch erforderlichen Ermittlungen erheblich sind und die Aufhebung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich ist. Auf Antrag kann das Gericht bis zum Erlaß des neuen Verwaltungsakts eine einstweilige Regelung treffen, insbesondere bestimmen, daß Sicherheiten geleistet werden oder ganz oder zum Teil bestehen bleiben und Leistungen zunächst nicht zurückgewährt werden müssen. Der Beschluß kann jederzeit geändert oder aufgehoben werden. Eine Entscheidung nach Satz 1 kann nur binnen sechs Monaten seit Eingang der Akten der Behörde bei Gericht ergehen.

(・ii) § 46 VwVfG (Folgen von Verfahrens- und Formfehlern)

Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können.

(・iii) § 46 VwVfG (Folgen von Verfahrens- und Formfehlern)

Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

(・z) § 45 VwVfG (Heilung von Verfahrens- und Formfehlern)

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird:

( > ) § 45 VwVfG (Heilung von Verfahrens- und Formfehlern)

(2) Handlungen des Absatzes 1 Nr. 2 bis 5 dürfen nur bis zum Abschluß eines Vorverfahrens oder, falls ein Vorverfahren nicht stattfindet, bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage nachgeholt werden.

( 正 ) § 45 VwVfG (Heilung von Verfahrens- und Formfehlern)

(2) Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

( 正 ) § 114 VwGO

Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.

( 正 ) § 86 VwGO

(1) Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vordringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.

( 正 ) Art. 19 GG

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

( 正 ) Art. 20 GG

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

( 正 ) § 113 VwGO

(1) Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsscheid auf. Ist der Verwaltungsakt schon vollzogen, so kann das Gericht auf

Antrag auch aussprechen, daß und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Dieser Anspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist. Hat sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.

(iii) § 27 FamFG (Mitwirkung der Beteiligten)

(1) Die Beteiligten sollen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken.

(2) Die Beteiligten haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

(iv) § 26 FamFG (Ermittlung von Amts wegen)

Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen.

(v) § 127 FamFG (Eingeschränkte Amtsermittlung)

(1) Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen.

(vi) § 113 FamFG (Anwendung von Vorschriften der Zivilprozessordnung)

(1) In Ehesachen und Familienreitsachen sind die §§ 2 bis 22, 23 bis 37, 40 bis 45, 46 Satz 1 und 2 sowie die §§ 47 und 48 sowie 76 bis 96 nicht anzuwenden. Es gelten die Allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung und die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend.

(vii) § 177 FamFG (Eingeschränkte Amtsermittlung; förmliche Beweisaufnahme)

(1) Im Verfahren auf Anfechtung der Vaterschaft dürfen von den beteiligten Personen nicht vorgebrachte Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn sie geeignet sind, dem Fortbestand der Vaterschaft zu dienen, oder wenn der die Vaterschaft Anfechtende einer Berücksichtigung nicht widerspricht.

(viii) § 86 VwGO

(1) Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.

(ix) § 103 SGG

Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.

(·ix) § 76 FGO

(1) Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Das Gericht ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.

(x) § 26 BVerfGG

(1) Das Bundesverfassungsgericht erhebt den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis. Es kann damit außerhalb der mündlichen Verhandlung ein Mitglied des Gerichts beauftragen oder mit Begrenzung auf bestimmte Tatsachen und Personen ein anderes Gericht darum ersuchen.

(ix) § 24 VwVfG (Untersuchungsgrundsatz)

(1) Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden.

(ix) § 24 VwVfG (Untersuchungsgrundsatz)

(2) Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen. (ix) § 20 (Untersuchungsgrundsatz) SGB X

(1) Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden.

(2) Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen. (ix) § 88 AO (Untersuchungsgrundsatz)

(1) Die Finanzbehörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Dabei hat sie alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.

(2) Die Finanzbehörde bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen nach den Umständen des Einzelfalls sowie nach den Grundsätzen der Gleichmäßigkeit, Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Bei der Entscheidung über Art und Umfang der Ermittlungen können allgemeine Erfahrungen der Finanzbehörden sowie Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit berücksichtigt werden.

- (ix) ReNEUAL III-10 - III-15 (Informationserhebung)  
III-10 (Amtsermittlungsgrundsatz)
- (1) Die Behörde hat den Fall vor einer Entscheidung sorgfältig und unparteiisch zu untersuchen. Dabei hat sie alle relevanten Umstände, einschließlich solcher, die für die Parteien günstig sind, zu berücksichtigen und angemessen in ihrer Entscheidungsfindung zu gewichten, während sie irrelevante Umstände unberücksichtigt lässt. Die Behörde erhebt alle Beweise, die sie für die Sachverhaltsermittlung im Einzelfall als erforderlich erachtet.
- (ix) § 24 VwVfG (Untersuchungsgrundsatz)
- (1) ..... Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.
- (ix) § 76 FGO
- (4) Die Verpflichtung der Finanzbehörde zur Ermittlung des Sachverhalts (§ § 88, 89 Abs. 1 der Abgabenordnung) wird durch das finanzgerichtliche Verfahren nicht berührt.