

職権訴訟参加の法理（上）

新 山 一 雄

一 問題の所在と本稿の目的

（一）問題の所在

（二）職権による訴訟参加

（三）本稿の目的

二 ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加

（一）行政裁判所法の規定

（二）通常訴訟参加と必要的訴訟参加

（三）必要的訴訟参加の目的論的分析

（a）行政裁判所法制定前後の議論

（b）判決の効力の拡張、訴訟経済（以上本号）

一 問題の所在と本稿の目的

（一）問題の所在

一 我が国の行政事件訴訟法は、訴訟の結果により権利を害されることのある第三者の訴訟参加の規定（二二条）

をおいている。これには、第三者の申立てによる場合と裁判所の職権による場合の両方が規定されているが、訴訟参加人の個人的利益から認められる第三者の訴訟参加には、いわゆる処分権主義が妥当すべきものであって、本質的に職権による訴訟参加という概念になじまず、ゆえに、第三者の訴訟参加については、取消訴訟においても参加人の申立てによることが基調となっている。⁽¹⁾じつ、我が国の取消訴訟では、裁判所が職権で訴訟参加を命ずることはほとんどない。それを示す顕著な例が、つぎのとおりである。

それは、行政事件訴訟法三四条の第三者の再審の訴えが提起されたきわめて珍しい事件で、⁽²⁾根本的な問題として伏在していたのは、取消判決によつて権利を害される再審原告に原取消訴訟の係属の通知が裁判所よりなされず、ために再審原告が原取消訴訟に訴訟参加できないままに取消判決が確定してしまったことであつた。その訴訟係属の通知がされなかつたことが原判決の無効原因となる⁽³⁾という再審原告の主張に対して、東京地裁は次のように判示した。

「法二二条一項は、裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させるか否かについて裁判所の裁量を認めているのであって、かかる第三者に対して、訴訟係属を通知すべき義務を明文で定めている規定は存在しない。また、法三四条一項は、取消判決により権利を害された第三者で、自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかったため判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかったものは、これを理由として、再審の訴えを提起することができる旨を定めているのであって、自己の責めに帰すべき事由もなくして訴訟に関与する機会を持たなかつた者については救済の途が開かれているのである。

右のような法の仕組みに照らせば、裁判所において、訴訟の結果により権利を害される第三者に対し、訴訟係属を通知する義務がないことは明らかといふべきであり、このように解しても憲法三二条に反するものではない。」

二 ところで、行政事件訴訟法三四条所定の第三者の再審の訴え⁽⁴⁾というのは、行政訴訟に特有の制度で、同法二二条の第三者の訴訟参加と密接な関連性を有しているものであることは周知のとおりである。そもそも、第三者の再審の訴えという制度が創設された趣旨は、判決は訴訟当事者間でのみ効力を及ぼすという民事訴訟の原則を破り、行政事件訴訟法で取消判決に第三者効(三二条一項)と関係行政庁に対する特別の拘束力(三三条)が付与されたということであり、これが制度の出発点になっている。そこ(取消判決の効力が訴訟当事者以外の第三者にも及ぶということ)から、「訴訟の結果により権利を害される」第三者に不測の損害を与えないために、あらかじめ訴訟に参加させ主張立証の機会を与えるという意味で二二条の第三者の訴訟参加が規定され、それとの関連で、自己の責めに帰することのできない理由により訴訟に参加できなかったときに、「処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された」第三者に、あらためて判決に影響を及ぼすべき攻撃または防御の方法を提出する機会を保障するという意味で三四条の第三者の再審の訴えが規定されたわけである。⁽⁶⁾

しかし、右のような説明はややもすると、大きな誤解を生じやすい。それは、まさに右東京地裁判決も陥っている、あたかも第三者の訴訟参加と第三者の再審の訴えが二段階の制度保障であるかのごとき錯覚である。たしかに、第三者の訴訟参加と第三者の再審の訴えは密接に関連してはいるが、あらためて強調するまでもなく、第三者の再審の訴えはほんらい行われるはずのないところで特別の場合にのみ認められる非常救済方法であり、原訴訟に訴訟参加できなかった第三者がつねに期待できる救済の途ではないのである。法的安定性の要請からは、できるだけ、第三者の再審の訴えが提起される手前で、第三者の訴訟参加が行われ紛争が終焉してしまうことが望ましい。三 しかし、本稿で取り上げたいのは、その背後にある問題で、訴訟の結果により権利を害されることのある第三者に、訴訟手続上の権利保障として極めて重要なものである訴訟参加が行われるようにしかるべき便宜が図られていないということである。

ほんらい当事者の間で推移する訴訟に利害関係を有する第三者を引き込むという、民事訴訟において発展してきた訴訟参加の制度は、それなりの意義と機能を有するものであり、それをいかに訴訟の場で有効に活用するかについて、民事訴訟法で工夫に工夫を重ねて精緻に構築されてきたものである。そして、その訴訟参加の手法を、行政訴訟、とりわけ取消訴訟に取り込むにあたって、そのベースとなる行政法上の法律関係が、多くの場合公益に関わり、多数の利害関係人が生じ、たんに当事者の間の問題にとどまらないという特殊性は当然考慮されたものであった。その顕著なあらわれが、当事者の申立てによるだけでなく、裁判所の職権により訴訟の結果により権利を害される第三者を訴訟に参加させることができるという、民事訴訟には例をみない独特の手続が盛り込まれたことであつた。⁽⁷⁾ この制定の趣旨には、公益実現のため利害関係人をできるだけその訴訟に引き込むということがあつたと思われるが、実際の運用においては、ほとんどこの職権が発動されていないことは、すでに述べたとおりである。

これは、ひとつには、第三者の再審の訴えがまったくといってよいほど提起されていないことに深く関わっているように思われる。第三者の訴訟参加と第三者の再審の訴えは、先程も述べたように決して二段構えの制度保障ではないが、相互に密接な関連を有し、つねに互いを意識し向かい合つて立つてゐる制度であるといつてよい。したがつて、第三者の再審の訴えが提起される可能性がうすいということは、第三者を訴訟に参加させなくても、その者から再審の訴えが提起され法的安定が覆されるおそれがあるということを意味する。逆に、第三者を訴訟に参加させておかないとその者から再審の訴えが提起される可能性が大いにあるということになると、法的安定性を担うことがもつとも期待される裁判所は、その職責上たゞたび、再審の訴えを提起する適格を有すると予測される第三者を、訴訟に参加させる職権を行使することになるであろう。しかし、この二つの制度の相互促進を図る装置は、行政事件訴訟法のなかには存在していない。そもそも、一二条のなかに規定されている職権による訴訟参加が、裁量的訴訟参加で、必要的訴訟参加ではないことにも問題があるのかもしれない。

そこで、我が国の行政事件訴訟法二二条に規定された職権による訴訟参加の内容はどのようなものであるのかを、すこし見ておくことにしよう。

(二) 職権による訴訟参加

一 現行行政事件訴訟法二二条が申立てによる訴訟参加を基調とするものであることは、すでに述べたとおりであるが、同法制定以前は、我が国の行政訴訟においては、職権による訴訟参加が基調であった。すなわち行政事件訴訟特例法八条一項は、「裁判所は、必要と認めるときは、職権で決定を以て、訴訟の結果について利害関係のある行政庁その他の第三者を訴訟に参加させることができる。」とだけ規定し、申立てによる訴訟参加は規定していなかった。この趣旨について、この時代の代表的体系書であった雄川一郎「行政争訟法」では、「行政事件訴訟においては一般に利害関係をもつ者が民事訴訟よりも多く、特に抗告訴訟においては、訴訟の結果が直接に自己の権利に影響する者が必ずしも訴訟手続上の当事者とならないことが多い……。このような場合には、それらの利害関係者を訴訟に参加せしめ、また、その者に対して判決の効力を及ぼさせることが、適正な審理裁判をなす上にも、その者の利益を保護する上にも適當である。また訴願の裁決に対する抗告訴訟の場合裁決庁のみが当事者となつているときは、原処分を参加せしめることが適當な場合もある。職権訴訟参加の制度は右のような考慮に基づくものである。」とされている。⁽⁸⁾しかし、この説明のなかには、行政事件訴訟特例法以前の行政裁判法三一条一項で職権訴訟参加とならんで第三者の申立てによる訴訟参加も認められていたのを、行政事件訴訟特例法では職権訴訟参加のみとされた理由や、いかなる場合に裁判所の職権が発動されるのかは書かれていない。

むしろ、雄川博士は、行政事件訴訟特例法八条一項の職権訴訟参加については、「客観的に参加の要件を充している者がある場合にも必ず参加させなければならない趣旨ではない。」とし、参加の決定に対して当事者の不服の

申立てが許されるという立場⁽¹⁰⁾に対して、「参加の可否は裁判所の裁量に委ねられているものと解すべきではないか」とされていた⁽¹¹⁾。

二 現行行政事件訴訟法が制定されても、基本的にこの立場がかわったわけではない。同法二二条には、職権で第三者を訴訟に参加させることができるとは規定されたが、いかなる場合にいかなる程度で訴訟参加させるか、あるいは、させなければならないかということについては規定されておらず、理論も、二二条の規定は、裁判所の職権による訴訟参加が基調であつて、当事者の申立てはたんにこの職権発動を求める意味をもつにすぎないとするだけ⁽¹²⁾で、やはり、いかなる場合にいかなる程度で職権が発動されるのかについては何も述べていない。判例も、第三者再審の訴えの事例とおしてみたように、そもそも我が国では、職権を行使して第三者を訴訟に参加させた例に乏しく、また、そのことについて国民の側からその不当を申し立てた事例も極めて稀である。したがって、職権による訴訟参加の理論を、我が国の学説や判例を手掛かりに構築していくことは、現状では、ほとんど不可能に近いといつてもよいであろう。

(三) 本稿の目的

一 本稿の目的を明らかにするまえに、筆者の基本的問題関心を述べておきたい。

民事訴訟法において普遍的にみられる訴訟参加の制度は、他人間の訴訟の結果が第三者の法律上の地位に直接間接に影響を及ぼすことに備えて、第三者が、当事者としてまたは当事者に準ずる地位で、係属中の訴訟⁽¹³⁾に加入するもので、第三者が何もしないで拱手傍観していると不測の損害を被るおそれがあるという配慮が根底にあるもので、その意味で、訴訟当事者以外の第三者に訴訟上の能動的地位を与える重要な制度として、民事訴訟のなかに確固たる地位を占めているものである。しかし、行政事件訴訟法における訴訟参加については、それ以上に、必要不

可欠の制度である。なぜならば、行政法上の法律関係は、行政庁の行為規範としての公法法規によって規定される関係であり、多くの場合公益に関わり、多数の利害関係人が生じ、たんに当事者間の問題にとどまらないのが一般である。これを、行政訴訟の基本となる取消訴訟に即しうと、とくに給付行政の分野においては、処分の相手方と法的利害の対抗関係にたつ第三者が必ずといってよいほど生じるので、取消訴訟における第三者の訴訟参加は、訴訟の対象となつている行政処分と内在的関連性をもつものとして、取消訴訟に必須の制度となるものである。⁽¹⁴⁾ さらに具体的に一例を上げて説明すると、AとBとの間に実体的紛争が存在し、ほんらいAとBとの民事訴訟もしくは当事者訴訟で解決すべき事件が、その間に行政庁からBに対して行われた行政処分（たとえば、AがBを除名する決議をし、その登記処分）が介在したため、Bがその行政処分の取消しを求める訴えを提起したという場合には、形式的には行政処分の取消しが求められているわけだが、その前提にはAとBの紛争が存在しているわけで、もし行政処分の適法性審査において、実質的にその紛争にまで踏み込んで審理する必要があるのであれば、Aを訴訟参加させることは不可欠であるといえよう。

以上のような理由から、筆者は、訴訟参加、とくに第三者の訴訟参加は行政訴訟、とりわけ、取消訴訟でもっと活用されるべき制度であると考えている。⁽¹⁵⁾ それは、第三者からの訴訟参加の申立てを広く認めるということはもちろんであるが、さらに進んで、訴訟の結果により権利を害される第三者の存在が確認され、訴訟の審理の実質化のためその者を訴訟に引き込むことが有益であると考えられ、よって行政処分の基礎に広がる行政事件の抜本的解決が期待できる場合には、裁判所が職権により第三者を訴訟参加させることを積極的に行うべきであるというレベルにおいてである。

二 本稿は、そのような場合に、裁判所が職権により第三者を訴訟参加させることを積極的に行わなければならないという解釈論を確立することを目指すものである。

そのための論拠として参考になるのは、やはり、訴訟の結果が、当該争訟に関わりある第三者についても合一にのみ確定すべき場合には、その者を訴訟参加させなければならないとドイツ行政裁判所法に規定されている「必要的訴訟参加」の制度であろう。ただ、これはつねに問題となるわけであるが、他国の制度を参照し、自国の解釈論の論拠とする場合には、当然ながら彼我の制度の相違はまずはっきりと確認しておかなければならない。ドイツの訴訟参加で、その前提として問題となるのは、我が国で認められている取消判決の第三者効が存在しないことである。我が国でも、訴訟参加については、取消判決に第三者効があることを出発点にして、その結果の問題として論議されているのが一般であり、制度の前提がこれだけ大きく異なっていれば、当然、そのことじたいを、解釈論を展開する場合の出発点とすべきであろうし、また、比較の意味においても、解釈の重要な手がかりとするという意味においても、第三者効を含めた我が国の取消判決の効力の性質をもう一度洗い直すことが必要であろう。

(1) 参照、新山「訴訟参加と行政事件の解決」成城大学法学部二〇周年記念・二一世紀を展望する法学と政治学二三四頁以下。

(2) 東京地判平成一〇年七月一六日判例時報一六五四号四一頁。本件の評釈として新山・自治研究第七六卷一号一二七頁がある。

(3) これは、厳密な意味での行政事件訴訟法三四条の要件となる再審事由にはあたらない。詳しくは、新山・前掲判例評釈一一八頁。

(4) 学説の多数は、本条の再審の訴えは、民事訴訟法上の再審とは性格を異にし、特殊の訴訟であるとしている。杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」一一五頁、渡部吉隆Ⅱ園部逸夫編「行政事件訴訟法体系」四一五頁(竹田稜)、園部逸夫編・注解行政事件訴訟法四三四頁以下(太田幸夫)、南博方編・注解行政事件訴訟法三一九頁(上原洋充)、同編・条解行政事件訴訟法七八一頁(小高剛)、山村恒年Ⅱ阿部泰隆「判例コンメンタル行政事件訴訟法」三三三頁以下(細川俊彦)。

しかし、筆者は、行政事件訴訟法三四条の第三者の再審の訴えも、やはり民事訴訟法の枠内にあるものであって、そ

の基本は民事訴訟と同じで、再審はあくまで当事者が確定判決の取消しと事件の再審理を求める非常不服申立方法であるという認識にたつべきであるという考えをもっている。そのことはすなわち、容易には再審は許されないものであって、厳しい再審事由の審査があつて初めて認められるということを意味する。それが、一度確定した判決を再審理して場合によつては判決を取り消すこともあるという、いわば、法的安定性を犠牲にしてとくに創設された非常救済制度であることに合致する解釈であると思われる。

(5) 杉本・前掲一一四頁以下。

(6) そこから、学説の多くは、二二条の「訴訟の結果により権利を害される」第三者と三四条の「処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された」第三者を同一にみている。杉本・前掲一一五頁、渡部Ⅱ園部編・前掲四一五頁(竹田)、園部編・前掲四三五頁(太田)、南編「条解行政事件訴訟法」七八二頁(小高)、山村Ⅱ阿部・前掲三五四頁(細川)。

しかし、なかには、第三者の再審の訴えの要件を第三者の訴訟参加の要件のように広く解することは、法的安定の要請に反するとする見解(高林克己「訴訟参加」実務民事訴訟講座八巻二〇九頁)や、取消判決の形成力によつて直接権利を害される第三者のみが三四条にいう権利を害された第三者に該当し、取消判決の拘束力だけうけ形成力をうけない第三者は該当しないとする見解(南編「注釈行政事件訴訟法」三一九頁以下(上原洋充))のような限定説もある。

論者の考えは、第三者の再審の訴えについては、三四条の要件において、そもそも判決に影響をおよぼすべき攻撃または防御の方法を提出することができない者には最初から再審が認められないので、訴訟参加させる時点でそういうハードルが設けられていない二二条よりは厳しく絞りがかけられているわけで、最終的には、三四条にいう権利を害された第三者は、二二条にいう権利を害された第三者よりは狭くなるはずであるというものである(参照、新山・前掲論文一四五頁)。

(7) 我が国の行政裁判所法以来の職権による訴訟参加の簡単な概観については、新山・前掲論文二二五頁以下参照。

(8) 雄川一郎「行政争訟法」(法律学全集九巻)一七八頁以下。

(9) 行政裁判法三一条一項では、「第三者ノ願ニ依リ訴訟ニ加ハルコトヲ許可スルヲ得」と規定されていた。

(10) 東京高判昭和二年三月二七日東京高裁民事時報五巻三号七五頁。

(11) 雄川・前掲一八〇頁。

(12) 杉本・前掲八〇頁。

- (13) 齋藤秀夫編著「注解民事訴訟(1)」三六二頁。
- (14) 並木茂「参加」現代行政法大系五卷二六五頁以下。
- (15) 取消訴訟を、原告の権利保護のための制度という見地から考えるならば、その有効活用のためには原告適格の問題が第一次的に重要であろうが、その対象となっている行政処分によって生じた行政事件全体の抜本的解決という見地から考えるならば、その実現のためには訴訟の結果により権利を害される第三者を訴訟に引き込む第三者の訴訟参加も第一次的に重要である。
- (16) 参照、新山「訴訟参加と行政事件の解決」一三四頁。

二 ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加

(一) 行政裁判所法の規定

1 ドイツ行政裁判所法(VwGO)⁽¹⁾は、訴訟参加について二ヶ条の規定をおいている。すなわち、訴訟参加(Beiladung)の一般原則を定めた六五条と訴訟参加人の訴訟上の権利を定めた六六条である。

六五条一項は、「裁判所は、訴訟がいまだ確定判決によって終結していない場合、または、訴訟が上級審に係属している場合は、訴訟の結果により法律上の利益を害される第三者があるときは、その者の申立てによりまたは職権で、訴訟に参加させることができる。」としている。これが、通常訴訟参加(Einfache Beiladung)といわれるもので、次項の必要的訴訟参加(Notwendige Einladung)の要件をみたさないが、訴訟の結果により法律上の利益を害される者がある場合をカバーする。

同条二項は、「訴訟の結果が、当該争訟に関わりある第三者についても合一にのみ確定すべき場合には、その者を参加させなければならない。」としている。これが、必要的訴訟参加といわれるものである。

同条三項は、「前項の規定により訴訟に参加するものが五〇人以上見込まれるときは、裁判所は、決定により、

一定の期間内に申立てをした者のみが訴訟に参加する旨を命ずることができる。この決定には、不服を申し立てることができない。決定は、連邦官報に公示される。それ以外に、決定は、判決が効力を及ぼすと考えられる地域に配布される日刊紙に掲載されなければならない。その期間は、連邦官報に公示されたのち三ヶ月以上でなければならない。日刊紙に掲載する場合には、期間が満了する日時を明記しなければならない。期間を徒過した場合の現状回復 (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) については、六〇条が準用される。裁判所は、判決に明らかに重大な関わりをもつ者については、申立てがなくても訴訟に参加させるものとする。」としている。これは、いわゆる大量手続 (Massenverfahren) についての特別規定である。

同条四項は、「参加の決定は、関係人全員に通知しなければならない。参加の決定には、事案の内容および参加の理由を示さなければならない。参加には、不服を申し立てることはできない。」としている。

六六条は、「訴訟参加人は、関係人の申立ての範囲内で、独立に、攻撃または防御の方法を提出し、全ての訴訟行為を有効に行うことができる。訴訟参加人は、必要的訴訟参加の場合に限り、異なる主張 (Abweichende Sachaufträge) をすることができる」としている。これは、訴訟参加人の訴訟上の地位を規定したものである。

二 そのほか、行政裁判所法では、訴訟参加に関わりのある規定としては、当事者能力 (Parteilähigkeit) を定めた六一条の規定、訴訟能力 (Prozessfähigkeit) を定めた六二条の規定、訴訟参加人を手続関係人 (Beteiligter) とする六三条の規定がある。

六一条は、「以下に掲げる者は手続に関与する (Beteiligen) ことができる。(一) 自然人および法人、(二) 権利能力なき団体、(三) 行政庁、ただし、ラント法がこれについて定める場合に限る。」としている。これは、手続関係人に訴訟参加人が含まれる (同法六三条) ことから、当然、訴訟参加人にも当事者能力が要求される。

六二条一項は、「以下に掲げる者は、訴訟行為をすることができる。(一) 民法による行為能力者、(二) 民法に

より行為能力を制限された者。ただし、民法または公法の規定により、手続の対象につき行為能力があると認められた者に限る。」としている。

同条二項は、「団体および行政庁については、その法定代理人、理事または特別の委任を受けた者が、訴訟行為を行う。」としている。

同条三項は、民事訴訟法(Npo)⁽²⁾五三条ないし五八条⁽³⁾が準用されることを、規定している。

六三条には、訴訟参加した第三者には訴訟関係人としての地位が与えられることが規定されている。このことは、訴訟物に対して下された判決の効力が、訴訟参加人にも及ぶ⁽⁴⁾ことを意味するものであるが、これについては後に詳しく検討する。

また、これ以外に、取消訴訟および義務づけ訴訟は、「他の法律で特別の定めのある場合を除いて、原告が、行政行為またはその拒否もしくはその不作為により、その者の権利を侵害されたと主張する場合にのみ許される」という同法四二条の規定も、訴訟参加の利益のベースになるものである⁽⁵⁾。

なお、同法六四条に、共同訴訟(Freigewossenschaft)に関する民事訴訟法五九条ないし六三条⁽⁶⁾が準用される旨が規定されていることも、六五条の訴訟参加との対比もしくは関連において、問題となるところである。

三六五条の訴訟参加は、規範統制(四七条)の手続を除いて、原則として行政裁判所法の全ての訴訟手続に適用される。ただし、執行停止(八〇条五項)および仮処分(一二三条一項)の手続への訴訟参加については、決定の緊急性の要請からの特別の制約がある⁽⁸⁾。

また、事前手続(行政裁判所法六八条)および行政手続(行政手続法(VwVfG)一三条)に、六五条の訴訟参加は類推適用される⁽⁹⁾。

(二) 通常訴訟参加と必要的訴訟参加

一 六五条一項に規定された通常訴訟参加は、要するに、判決によりその者の法的利益が害されることを要件として認められるものである。

その要件の解釈論として展開されているところを見てみると、「法律上の利益」については、まず、経済的利益や社会的利益や文化的利益はこれにあたらないということが上げられている。⁽¹⁰⁾さらに、その法律上の利益は、原告もしくは被告の敗訴によって訴訟参加しようとする者の法律状態（法律上の地位）が改善もしくは悪化するという関係にある場合に、害されるといえる⁽¹¹⁾とされている。後者について、分かりやすくいうと、原告もしくは被告が敗訴した場合、こんどは、訴訟参加しようとした者に對して、原告もしくは被告から何らかの請求を求める訴訟が提起される可能性がある場合ということである。⁽¹²⁾

次に、必要的訴訟参加との対比でみた、通常訴訟参加の意義というか、通常訴訟参加の目的としていわれているのは、必要的訴訟参加の要件をみたさないが、裁判所の判決との関係で保護すべき法的利益を有する第三者を、その者の利益を防御する機会を与えるために、また、判決の効力をその者に及ぼし、もって別訴を妨げるために、訴訟に関与させることにある⁽¹³⁾ということである。

通常訴訟参加については、裁判所が、「職権または申立てにより、訴訟に参加させることができる」とされているので、訴訟参加させるかどうかは、裁判所の裁量と考えられており、訴訟参加させなかったからといって訴訟手続の瑕疵を構成するわけではなく、判決の無効へとつながるわけではないとされている。⁽¹⁴⁾

二 これに対して、必要的訴訟参加の要件について規定している六五条二項の「訴訟の結果が、当該争訟に関わりある第三者についても合一にのみ確定すべき場合」の趣旨は、一般には、同時に、直接的に、訴訟参加申立人の権利を形成、確認、確定、変更、取り消されることなしには、原告が求める判決が有効には下されないという場合で

ある。⁽¹⁵⁾それは、いいかえれば、訴訟参加申立人の権利に直接、強制的に関わるることなしには判決を下しえない場合は、当該利害関係人を訴訟参加させなければ、判決の効力との関係で、合一的には判決を下しえないということである。

この必要的訴訟参加の理論の基礎にある問題は、ドイツ行政裁判所法では、取消判決の拘束力の範囲が我が国とは異なっているという事情である。すなわち、同法一二一条では、「判決の確定力は、訴訟物について判断された範囲で、以下の者を拘束する。(一) 関係人およびその承継人、ならびに、(二) 六五条三項に掲げられた者で、訴訟参加の申立てをしなかったか、もしくは、期間内に申立てをしなかった者」と規定されている。

いわゆる、民事訴訟(ZPO)と「実質的確定力(Materielle Rechtskraft)」と呼ばれるものの内容は、裁判所は、前訴と同一の対象に対しては、前訴の当事者の間では前訴の判決に拘束され、⁽¹⁶⁾拘束力の範囲は、原則として、訴訟当事者の間にだけ及ぶというもので、行政訴訟理論でもそのまま踏襲されている。⁽¹⁷⁾しかし、行政法上の法律関係は、行政庁の行為規範としての公法法規によって規定される関係であり、多くの場合公益に関わり、多数の利害関係人が生じ、たんに当事者の間の問題にとどまらないという複雑さがある。これをもう少し詳しく説明すると、二重効果的行政行為(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)⁽¹⁸⁾の取消訴訟を考えた場合、係争行政行為が取り消された場合、取消判決により不可避免的に直接、第三者の権利が侵害——その者の権利を確認し、変更し、消滅させる——されることになる。⁽¹⁹⁾そのため、二重効果的行政行為は、必要的訴訟参加の典型的な場合だとされているが、職権により訴訟参加させなければ、理論的には当事者以外の者に判決の効力を及ぼすことはできないので、裁判所が職権で訴訟参加させるべきであるのに訴訟参加させなかったということは、ドイツの行政訴訟理論では、裁判所の判決手続の本質的瑕疵を構成し、したがって、その判決は効力がないと評価されるのである。⁽²⁰⁾

これは、けっきょく、いつてみれば、理論的に当事者間に限定されている判決の効力が、行政法の現実において

第三者に拡張されざるをえないため、それを理論的に説明づけるために、訴訟のなかに、その判決の効力が及ぶ第三者をあらかじめ引き込んでおき、その第三者を手続関係人として当事者に準ずる地位を認め、したがって、理論的に当事者間に限定されている判決の効力のうちに取り込むという、理論と現実の整合化にほかならない。そうすると、ドイツで認められている必要的訴訟参加は、判決の効力を当事者以外の第三者に及ぼすための便法ではないかという気もしてくる。このことは、制度的に始めから取消判決に第三者効が認められている我が国で、職権による訴訟参加の理論を検討する場合には、本質的な制度の違いとして十分に認識しておかなければならない問題なので、まず、必要的訴訟参加の目的論的分析から行う必要がある。

（三） 必要的訴訟参加の目的論的分析

（a） 行政裁判所法制定前後の議論

一 一九六〇年の行政裁判所法制定以前には、とくに、民事訴訟の訴訟参加の諸形態と異なる行政訴訟の訴訟参加の特殊性が強調されていた。⁽²¹⁾ 例えば、パウエルは、その根拠を、当事者主義 (Dispositionsmaxime) と職権主義 (Offizialmaxime) というそれぞれの訴訟手続の基本原則に求める論証を試みた。⁽²²⁾ すなわち、当事者主義が支配する民事訴訟においては、訴訟参加人の私的利益が私人のイニシアティブで主張される。したがって、民事訴訟法六六条の補助参加では、当事者の異議があったときのみ裁判所が訴訟参加について決定し、異議がなければそのまま訴訟参加が認められる。それに対して、行政訴訟においては、公益上の理由から、職権主義により、第三者を訴訟参加させるかどうかは、裁判所に委ねられるというものである。

また、メンガーも、裁判所の判決によって自己の法的利益が害される者の訴訟への参加を認める制度は、民事裁判所の訴訟手続においてはみられない、行政訴訟特有のものであるとしていた。⁽²³⁾ メンガーは、その論証の根拠を、

当時の錯綜した行政裁判所法の条文の解釈と、主としてプロイセン行政裁判所の判例に求めている。⁽²⁴⁾それは、必要
 的訴訟参加の理論の発展であり、そこに行政訴訟の訴訟参加の特殊性を見出していた。そして、メンガーは、必要
 的訴訟参加の概念規定として、必要的訴訟参加は、行政訴訟では規定されていない民事訴訟法六二条の必要的共同
 訴訟 (Notwendige Streitgenossenschaft) の補充であるとしている。⁽²⁵⁾

なお、このあたりの民事訴訟の訴訟参加の諸形態と行政訴訟の訴訟参加の比較については、ひろく民事訴訟法の
 補助参加の準用が認められている我が国の現状にとつて、重要な示唆となると思われるので、項を改めて詳しく検
 討する。

二 一九六〇年の行政裁判所法の制定後も、訴訟参加について問題となったのは、一つは、大量手続による行政処
 分に対する訴訟の訴訟参加である。多数の利害関係人を有する行政処分に対する訴訟で、本来それらの者をすべて
 必要的に訴訟参加させなければならないケースで、どう訴訟参加させるかという極めて現実的なきめ細かな問題
 が、ドイツにおける行政手続法の議論の進展と平行して、提起された。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

そして、各種行政裁判手続の統一をめざす行政訴訟法案⁽²⁸⁾のなかに、大量手続に対する訴訟参加の規定が盛り込
 まれた⁽²⁹⁾という事情もあったのち、ついに、現行行政裁判所法六五条に、第三項として、大量手続に関する訴訟参加
 の手続規定が追加挿入されることになった。⁽³⁰⁾同項は、「訴訟に参加するものが五〇人以上見込まれるときは、裁判
 所は、決定により、一定の期間内に申立てをした者のみが訴訟に参加する旨を命ずることができる」として、一定
 期間を定めて利害関係を有する者の訴訟参加の申立てを許す旨を公示し、それにより、大量手続における必要的訴
 訟参加を擬制する技術であるが、これは、ある意味で必要的訴訟参加を回避しながら、同法一二一条二項をうまく
 経由して判決の効力の拡張をねつ造するものであるという批判もある。⁽³¹⁾

三 行政裁判所法制定後、もう一つ、訴訟参加の限界として議論されたのは、規範統制訴訟における訴訟参加の問

題であった。この問題は目的論的に、第三者の訴訟参加で、訴訟というフィールドのなかで、何を保護するものであるのかという訴訟参加の本質にせまるものであり、次の判例が議論の端緒となった。この判例は、私人の規範統制訴訟への訴訟参加の申立てが却下された事例であるが、ドイツの行政訴訟理論のなかでしばしば引用されるので、少し詳しくみておこう。

〔連邦行政裁判所一九八二年三月一二日決定⁽³²⁾〕

「行政裁判所法六五条の訴訟参加は、その本質と訴訟上の機能において、具体的法律関係に限り認められる。同条の訴訟参加は、裁判所が、判決に対して法的利害関係を有する第三者を、原告と被告の間に係属する争訟に引き込むことを認める規定である。それは、たしかに、第三者が、他人の争訟に関与することにより、訴訟物の範囲内で自ら攻撃または防御の手段を尽くし、また、訴訟行為を行うことにより、自己の法的利益を主張することができ（同法六六条）という限りで、第三者の利益になる。しかし、それは、訴訟参加そのものを正当化する理由にはならない。訴訟制度としての訴訟参加に、およそ、いかなる場合に訴訟参加が認められるかということにとって重要なのは、むしろ、手続経済および法的安定性といった公的理由であり、そして、そのみが、第三者を必要に訴訟参加させる義務を負わせることの正当化理由となりうるのである。⁽³³⁾

訴訟参加によって、第三者は訴訟関係人としての地位を得（同法六三条三号）、その結果、訴訟物に対して下された判決の実体的確定力が拡張されて第三者にまで及ぶことになる（同法一二一条）。それによって、当事者のみならず訴訟参加した第三者に対しても、法律状態が拘束的に解明されることになる。実体的確定力の及ぶ範囲で、係争事件についてあらためて訴訟が提起されることや、それに付随して同一の訴訟物について相反する判決が生ずることが回避される。

同法四七条の規範統制訴訟では、そのような訴訟的意味をもった第三者の手続参加は、排除される。抽象的規範

統制は客観訴訟であり、したがって、規範統制手続を開始した原告と被告の間に第三者が訴訟参加してくるような法律関係は存在しないということはいうまでもなく、同法一二一条の意味における実体的確定力、および、訴訟参加にとって本質的な第三者への確定力の拡張は、規範統制には無関係である。」

「同法四七条二項三文に、意見陳述の機会を与える者をラントおよびその他の公法人に限定することが明記されていること⁽³⁴⁾から、他の者に裁判所による聴聞の機会が与えられることが排斥されるわけではない。ところで、連邦憲法裁判所は、法律にそのような裁判所の義務が規定されていない場合でも、すでに、さまざまなケースで聴聞義務を肯定している⁽³⁵⁾。しかしながら、これらの者を聴聞する高等裁判所の権利に、意見陳述を申し立てる者の一般的主観的請求権が対応するわけではない。」

この連邦行政裁判所の見解に対して、ベッターマンは、私人の規範統制訴訟への訴訟参加を退ける結論には賛成しつつも、その理由づけに若干の疑問を提示している。すなわち、同法四七条二項三文の意見陳述もしくは聴聞の機会と訴訟参加は、相異なるものである。連邦行政裁判所は、同文の類推適用により、高等行政裁判所は、規範統制訴訟の判決により権利もしくは法的利益が害される者を聴聞することができるとし、そのうえ、裁判所の事実解明義務から、多くの場合そのような意見陳述を命ずることもできるとしている。しかし、職権探知義務を定めた同法八六条と同法四七条二項三文には、何の関連性もない。要するに、聴聞もしくは意見陳述の機会を与える⁽³⁶⁾ことは、けっして訴訟参加の補充とされるものではないというものである。

また、ベッターマンは、連邦行政裁判所が、判決の効力の第三者への拡張が訴訟参加にとって本質的なものであり、このようなものは規範統制訴訟には認められないとしていることに対して、同法四七条六項二文によれば、法規が無効であると宣言する判決には、一般的拘束力があり、この拘束力は実体的確定力にほかならず、同法一二一条の確定力と同じものであると非難している⁽³⁷⁾。

しかし、いずれにせよ、同法四七条六項二文に規定された対世的第三者効の性質をもつ特殊な判決の効力の存在により、規範統制訴訟では、同法一二一条の実質的確定力を拡張する意味はないと一般に考えられているようである。⁽³⁸⁾

(b) 判決の効力の拡張、訴訟経済

一 ドイツ行政訴訟理論において、訴訟参加の目的については、いくつかのものが上げられている。

そのうち、第一に上げられる絶対的な目的が、訴訟参加人の利益保護であろう。すなわち、訴訟当事者以外の第三者は、訴訟参加することにより、自らの法的地位に不利な判決が下されるのを阻止することができるようにするというものである。⁽³⁹⁾ 阻止することができるようにすることの内容については、訴訟の場で自ら法律・事実状態について立証し、自己の権利を主張することである。⁽⁴⁰⁾

次に、訴訟参加によって、訴訟の基礎となる事実関係の包括的解明が可能になり、ひいては、訴訟の事実上の促進が約束されるということが上げられている。⁽⁴¹⁾ このことは、実は、ドイツの行政訴訟で支配的な職権探知原則に関連する。つまり、一般に、原告の訴えによって裁判所に持ち込まれた事実関係は、原則として裁判所が職権で全面的に解明しなければならない義務があると考えられており、⁽⁴²⁾ 第三者が訴訟参加することが、裁判所の実事関係解明に役立つということなのである。⁽⁴³⁾

次に、訴訟参加によって、よりひろい争訟の拡がりを一つの判決で解決することができるという訴訟経済の要請に応えることができるということが上げられている。⁽⁴⁴⁾ その場合の訴訟経済とは、訴訟当事者を超えて第三者までひろがる行政事件を一気に抜本的に解決することであるが、要するに、そこでは手続の集中と手続の促進が行われるということである。しかし、その背後にあるのは、いうまでもなく判決の効力の拡張の問題であり、ある意味で、判決の効力の拡張により、結果的に訴訟経済の要請が満たされているといってもよいであろう。つまり、訴

訟経済と判決の効力の拡張は密接不可分の関係にあるのである。⁽⁴⁵⁾

以上が、一般にいわれている訴訟参加の主たる目的であるが、それ以外に、ベッターマンは、訴訟参加は法的聴聞の実現の一つの制度とみている。⁽⁴⁶⁾つまり、法的聴聞は、手続に關係する者に一般的に認められる制度保障であるからというものである。ただ、法的聴聞の名の下に保障されることは、右に上げた訴訟参加の目的のうち最初のもの、すなわち、訴訟参加人の利益保護目的のうちに包括され、とくに別の独立の目的としてあげる実益に乏しい。⁽⁴⁷⁾また、行政裁判所法も、訴訟参加の手続を規定するに際して、その要件のたて方からみて、とくに法的聴聞の機会を保障するという考慮はしていない。

二 右に上げたいくつかの訴訟参加の目的のうち、職権探知原則に由来する事実解明目的は、訴訟参加の主たる目的たりえないという指摘がある。レーデカー／フォンIIオエルツェンは、訴訟参加の目的として、判決の効力の拡張という目的と「同時に、訴訟参加によって第三者に、自ら事実・法律關係を主張し、自己の權利を主張し、事實關係の解明に寄与するという機会を与えることがある。ただ、その場合、訴訟参加人は、もっぱら自己の利益において行動する。」⁽⁴⁸⁾としている。そして、シュトーパーは、このレーデカー／フォンIIオエルツェンの見解は、要するに、事実解明目的を訴訟参加人の法的利益に従属せしめるものであり、正当であると評価した上で、事実解明目的は、訴訟参加人の利益保護や判決の効力の拡張を理由に訴訟参加が認められた場合に初めて、問題となるであつて、訴訟参加人が自己の利益の防衛に努めるなかで、その反面として、事實關係の包括的解明がおこなわれることがあるにすぎないとしている。⁽⁴⁹⁾確かに、シュトーパーの指摘するごとく、必ずしも、訴訟参加によって事實關係の包括的解明がつねに保障されるわけではなく、また、職権探知原則から直接、訴訟参加の根拠を引き出すことは困難であると思われる。

残された二つの目的、すなわち訴訟参加人の利益保護目的と判決の効力の拡張目的では、後者を訴訟参加の終局

的目的とみる立場が、一般的である。その代表的見解として、ウレは、訴訟当事者の間に生じる判決の確定力を、自己の法的利益が判決によって害される第三者に及ぼすことが、訴訟参加の終局的目的 (Endzweck) であるとして⁽⁵⁰⁾いる。しかし、これに対して、ベッターマンは、判決の効力を拡張することについてのみ、訴訟参加が認められるわけではないとしている。この理由については、どの範囲で訴訟参加を認めるかは、決して判決の効力が及ぶ範囲から決まるわけではなく、第三者を判決の効力に服せしめることと判決によって法的利益が害されることは、同じ意味ではないということ⁽⁵¹⁾を上げている。

たしかに、ほんらい当事者の間に及ぶとしか規定されていない判決の効力をどの範囲で拡張していくかということとは、第一次的に同法二二一条の解釈からは出てくるわけではない。その間の関係については、シュトーパーが明快に説明している。すなわち、第三者への判決の効力の拡張は、利益保護に対応した範囲に効力が及ぶ可能性からの結果であるとし、その限りで、判決の効力の拡張が訴訟参加の終局的目的であることは認めるが、一方で、利益保護目的は、訴訟参加の第一次的目的 (Anfangszweck) であるというものである⁽⁵²⁾。

三 さて、これまでの目的論的考察は、通常訴訟参加を含む訴訟参加一般についてのものであった。しかし、本稿の主要な問題関心は必要的訴訟参加にあり、ここから、あらためて、必要的訴訟参加の目的は何であるのかをみていこう。

シュテットナーによれば、利益保護目的は、必要的訴訟参加の主たる目的たりえないとしている。なぜなら、必要的訴訟参加の場合は、第三者が、訴訟が係属していることを知らなくとも、あるいは、訴訟参加に価値を見出さなくても、裁判所はその者を訴訟参加させなければならない。つまり、その者の訴訟参加の申立てがなくても、訴訟参加は行われるということであり、訴訟参加の申立ては、第三者の利益のためにのみ認められるものではなく、権利救済制度の制度としての利益のためにも認められるものだからということである⁽⁵³⁾。連邦行政裁判所の判決で⁽⁵⁴⁾

も、行政裁判所法六五条二項の意義・内容は、必要的訴訟参加人に確定力を及ぼすことであり、その反面で、その者に、参加手続において主張する機会を与え、その者の利益を保護する機会を与えることにあるとされている。つまり、必要的訴訟参加では、判決の効力の拡張を第一の目的とし、利益保護目的は判決の効力の拡張目的との関連において考えられるということなのである。

けつきよく、必要的訴訟参加の主たる目的は、判決の効力を拡張することにあるようであるが、ドイツ行政訴訟理論では、この問題については、訴訟物との関係で緻密な分析がなされているので、それを検討してみよう。

通常訴訟参加と必要的訴訟参加とは、訴訟物の範囲が異なることを最初に指摘したのは、メンガーであった。すなわち、通常訴訟参加人の訴訟上の権利について述べているところによると、通常訴訟参加人は、「訴訟物について固有の権利をもつわけではない。それをもつのは必要的訴訟参加人である。通常訴訟参加人は、当該訴訟においては、固有の権利を主張してはならない。というのは、それは訴訟の対象ではないからである」⁽⁵⁵⁾という指摘である。メンガーのこの主張は、少し抽象的で分かりにくい⁽⁵⁶⁾が、この立場を受けて別の言葉で表現したのが、マルテンスである。すなわち、通常訴訟参加は、限定された判決の確定力を、訴訟物に属しない別の法律関係に拡張することを目指すものである⁽⁵⁶⁾というものである。

マルテンスは、他方、必要的訴訟参加と訴訟物との関係について、次のように説明する。すなわち、必要的訴訟参加における判決の効力の拡張と訴訟経済目的⁽⁵⁷⁾というのは、裁判所の判決の対象となる訴訟物の終局的解決であり、それは、同一の事実・法律関係について新たな評価を加えることにより別の行動を義務づけることが適法かどうかという問題を将来二度と提起できないという効果をもつというものである。このマルテンスの主張を分かりやすく通常訴訟参加との比較で考えてみると、必要的訴訟参加では、訴訟物が拡張されるのではなく、あくまで同一の訴訟物の範囲で、第三者を訴訟参加させることにより、将来、別の判決が下され競合すること避けるという意

味で、判決の効力が拡張され、その限りで、訴訟経済の要請に合致するということであらう。⁽⁵⁸⁾したがって、通常訴訟参加と必要的訴訟参加では、その目的とする判決の効力の拡張の内容が異なることが分かる。

四 そこで、いま一度、そもそも訴訟当事者の間でのみ生ずるとされる判決の効力の解釈論を、必要的訴訟参加に関する範囲でみておこう。

行政訴訟においても、判決の実質的確定力とされるものは、民事訴訟の一般理論をそのまま受けて、裁判所は、前訴と同一の対象に対しては、前訴の当事者の間では前訴の判決に拘束され、拘束力の範囲は、原則として、訴訟当事者の間にだけ及ぶということを内容としている。⁽⁵⁹⁾これは、行政訴訟において、係争行政行為の適法性審査が行われたということによつても、変更されるわけではない。その場合もただ、訴訟当事者の間でのみ、行政行為が違法もしくは適法であるという認定が行われたというにすぎず、その限りで、他の裁判所、とりわけ、民事裁判所は、判決に拘束されると解されている。⁽⁶⁰⁾要するに、ドイツの行政訴訟では、判決の第三者効を認める規定がない、というより、行政裁判所法一二一条の規定内容が、判決の第三者効を排除する趣旨であるといえよう。

そのように解されている判決の確定力と、さきほど取り上げた訴訟物との関係を、あらためてみると、必要的訴訟参加人は、原告と被告の間で争われた訴訟物の範囲でのみ判決の効力をうける。それに対して、通常訴訟参加人は、審理に関わったことにより、別訴で当該判決をもちや争うことができなくなるという限りでのみ判決の効力をうけるにすぎないと解されている。⁽⁶¹⁾

このことは、よくよく考えてみると、必要的訴訟参加というのは、必要的訴訟参加人を訴訟当事者と同じ立場に立たしめ、同じ判決に服せしめるということを究極の目的とし、いい換えれば、そこに必要的訴訟参加の存在意義があるということではないかと思われる。その間の事情をもう少し分かりやすく示しているのは、次の問題設定である。すなわち、必要的に訴訟参加すべきであった者を訴訟参加させなかった場合、判決の効力はどうなるのかと

いうことである。これについては、一般に、判決は、当事者以外の者には実質的確定力をもたない、あるいは、二重効果の行政行為のようなものでは、行政行為の効力が一方で及ぶ第三者を訴訟参加させその者に判決の効力を及ぼすことは不可欠の前提であるので、それを怠って下された判決は、そもそも効力をもたないとまでいわれているのである。⁽⁶²⁾

五 必要的訴訟参加の訴訟手続上の目的論的考察の最後に、判決の効力の拡張目的に付随する?、あるいは、それと密接に関連する、訴訟経済目的についてみておこう。判決の効力の拡張の問題と切り離して、純粹に訴訟経済についてだけ考えると、訴訟参加との関係での訴訟経済とは、別訴を避け、矛盾する判決が生じることを防止するということに帰着するであらう。

連邦行政裁判所の判例で、訴訟参加にとって、訴訟経済が固有の目的となりうるものであることを指摘するものがある。⁽⁶⁴⁾すなわち、訴訟参加という訴訟制度にとって重要なのは、訴訟経済および法的安定性という公益上の理由であり、そのみが、第三者が訴訟参加することにより訴訟当事者に強い負担を正当化するものであるというものである。

右の事例は、通常訴訟参加に関するものであったが、シュトーパーによれば、訴訟経済が固有の目的となりうるものであることは、通常訴訟参加についてのみ、つねに認められるとしている。その根拠は、通常訴訟参加では、訴訟参加を認めるかどうかは、行政裁判所法六五条一項の解釈から、裁判所の判断に委ねられており、裁判所は、裁量の枠内で、第三者を訴訟参加させることによる手続負担を、訴訟経済の見地から考慮するものである。もし、裁判所が、訴訟経済の見地から訴訟参加の申立てを却下すれば、判決の効力の拡張の問題はおきない。訴訟が不必要に拡大することを避けるため、手続を制限しうる裁判所の裁量権限を保障すべきであるという一方の要請を害さない限りで、六五条一項は、訴訟経済の要請に応えようとするものであり、そのように解釈しなければならないと

いうものである。⁽⁵⁹⁾

たしかに、シュートバーの指摘するように、訴訟経済が目的となりうるのは、通常訴訟参加の場合だけで、必要的訴訟参加では問題にならない。なぜなら、必要的訴訟参加では、当該争訟に関わりある第三者についても合一にのみ確定するために、どうしてもその者を訴訟参加させなければならないという絶対的要請があり、そのためにのみ行われるからである。つまり、この場合、訴訟経済上の考慮というものが行われる余地はなく、したがって、必要的訴訟参加の目的は、もっぱら判決の効力の拡張にあると断言できよう。

- (1) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. 1. 1960, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 17.
- (2) Zivilprozessordnung (ZPO) vom 30. 1. 1877, RGBl. (Reichsgesetzblatt) S. 83, in der Fassung vom 12. 9. 1950, BGBl. 533.
- (3) 民事訴訟法 (ZPO) 五三条は、訴訟能力ある者が保護者により代理された場合を規定し、五三条 a は、後見人による代理を規定し、五四条は、訴訟行為の特別の授權を規定し、五五条は、外国人の訴訟能力を規定し、五六条は、訴訟要件に欠缺のある場合を規定し、五七条は、特別代理人を規定し、五八条は、無主の土地の特別代理人を規定している。
- (4) Württemberg, Thomas, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rdn. 222.
- (5) Kopp, Ferdinand = Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl., 1998, Rdn. 2 zu Art. 65.
- (6) 民事訴訟法 (ZPO) 五九条は、共同訴訟の要件を、六〇条は、主観的併合を、六一条は共同訴訟人の地位を、六二条は、必要的共同訴訟の要件を、六三条は、共同訴訟人の訴訟手続追行権を規定している。
- (7) ドイツでは、取消訴訟における訴訟参加については、行政裁判所法二二一条に規定された判決の効力を訴訟参加する者にも及ぼすことを目的とするものと考えられており、このような個人への判決の効力の拡張に無縁の規範統制訴訟には、訴訟参加を認める余地はないとされている。 Urteil des BVerwG (Bundesverwaltungsgericht) vom 12.3.1982 E (Entscheidungen), Bd. 65 S. 131ff. Betermann, Karl August, Anmerkung zu diesem Urteil, DVBl. (Deutsches Verwaltungsblatt) 1982 S. 954ff.

ただ、規範統制訴訟の手続を定めた行政裁判所法四七条の二項三文には、「高等行政裁判所は、法規によって権限を害されるおそれのあるラントおよび他の公法人に対して、相当の期間内に意見を述べる機会を与えることができる」と

して、訴訟参加に準ずる聴聞権が規定されている。

- (8) 執行停止の申立てと同時に本案訴訟が係属していても、本案訴訟に訴訟参加している者が、自動的に執行停止の審理手続に訴訟参加できるわけではない。そのための特別の訴訟参加を要する。vgl. Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 140 zu Art. 80.

また、仮処分は略式の独立の手続ではあるが、原則として、行政裁判所法の通常の手続に妥当する規定および法原則は仮処分にも適用され、六五条の訴訟参加も準用される。ただ、即決略式の手続であることからの制約がある。vgl. Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 1 zu Art. 123.

- (9) 行政裁判所法六八条以下に規定される事前手続については、裁判手続に関する同法の規定が、そのまま類推適用される²⁰ vgl. Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 16 zu Art. 68.

行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. 5. 1976 BGBl. I S. 1253) 一三条は「手続関係人 (Beteiligte) について規定しているが、その二項で、「行政庁は、職権または申立てにより、手続の結果により法律上の利益が影響をうける者を、関係人として手続に関与させる (Einbeziehen) ことができる。手続の結果が、第三者に対して形成力を有する場合、申立てにより、その者を手続に関与させなければならない。行政庁は、その者を認知している場合には、その者に手続の開始を通知しなければならない。」と規定している。これは、明らかに、行政裁判所法六三条 (訴訟関係人の範囲を定めたものであるが、訴訟参加人もこのなかに含まれている) および六五条を念頭においたものである。その趣旨については、すでに同法の模範草案の理由書の中で述べられている。すなわち、「行政庁は、行政裁判所法六五条による訴訟参加と同様の理由で、法律上の利益が手続の結果によって影響をうける者を、関係人として手続に関与させなければならないのである。」と述べている。Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 2. Aufl., 1968, S. 104. なお、行政手続法上の関係人の範囲については、海老沢俊郎「行政手続法の研究」一三五頁以下に詳しく。

- (10) Redeker, Konrad = von Oertzen, Hans-Joachim, Verwaltungsordnung, 10. Aufl., 1991, Rdn. 5 zu Art. 65.

- (11) ノルトライン・ヴェストファーレン高等行政裁判所一九八〇年一〇月三十一日判決では、「参加申立人の権利が害される」といっているのは、訴訟当事者の一方または双方との間で、あるいは、場合によっては、ただ訴えの対象との間で、原告および被告の敗訴により参加申立人の法律状態が向上するか、もしくは、悪化する場合である。いいかえれば、たしかに当事者間の事案に対する判決の効力は第三者には及ばない (行政裁判所法二二一条) が、同時に、参加申立人の法

律上の地位が、事情によっては、事実上、もしくは、判決の実際上の先決効によって、すでに損なわれているかもしれないと認められる。」と判決をなすこと。Beschluß des OVG (Oberverwaltungsgerichts) Nordrhein-Westfalen vom 31. 10. 1980, DöV (Die öffentliche Verwaltung) 1981 S. 385ff. Ähnliche Urteile: Beschluß des OVG Münster vom 8. 11. 1949, OVG (Entscheidungen des OVG), Bd. 1 S. 21ff. Urteil des BVerwG vom 16. 9. 1981 E, Bd. 64 S. 67ff. Vgl., Kopp = Schenke, aaO., S. 867, Redeker = von Oertzen, aaO., Rdn. 4 zu Art. 65. Eyermann, Erich = Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung 10. Aufl., 1998, Rdn. 11 zu Art. 65.

(12) この関係については、ヴェルテンベルガーの上げる以下の例が分かりやすい。「建築主Bは、ビルBの設計と構造力学計算を、設計者Aに委任した。Bの建築許可の申請は、Aの設計が建築計画および構造力学命令に適合しないという理由で、却下された。そこで、Bは建築許可の給付を求めて訴訟を提起した。この関係においては、Aはその訴訟に参加しうる。なぜなら、労働契約が請求の基礎となりうるかは、建築申請が通常はAの側においてするものであるかどうかによるからである。もし、Bが敗訴した場合、BはAに対して、設計の瑕疵を理由に労働契約に基づく損害賠償請求をする可能性がある。したがって、設計者Aは、訴訟参加する私法上の利益があるといえる。この利益は、行政裁判所法六十五条一項にいう法的利益に該当する。なぜなら、同項にいう法的利益は、私法上の利益と公法上の利益の両方を含む概念であるからである。」Wirtenberger, aaO., Rdn. 225. Vgl., Müßgung, Reinhard, Die Beladung zum Rechtsstreit um Janusköpfe und privatrechtsrelevante Verwaltungsakte, NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 1988 S. 33ff.

(13) Kopp = Schenke, aaO., Rdn. 7 zu Art. 65.

(14) Kopp = Schenke, aaO., Rdn. 42 zu Art. 65. Wirtenberger, aaO., Rdn. 230.

(15) Urteil des BVerwG vom 4. 11. 1976 E, Bd. 51 S. 268ff. Ähnliche Urteile: Urteil des BVerwG vom 25. 10. 1977 E, Bd. 55 S. 8ff. Urteil des BVerwG vom 26. 10. 1978 E, Bd. 57 S. 31ff. Beschluß des BVerwG vom 4. 3. 1988 NVwZ 1988 S. 730. Vgl., Kopp, aaO., Rdn. 14 zu Art. 65. Redeker = von Oertzen, aaO., Rdn. 8 zu Art. 65. Eyermann = Fröhler, aaO., Rdn. 17 zu Art. 65.

(16) 判決の実質的確定力については、基本的に、「民事訴訟法三三二条（「判決は、訴えまたは反訴によって提示された請求に対して判断した範囲で、確定力を有する。」）の理論を踏襲する。」Rosenberg, Leo = Schwab, Karl Heinz = Gottwald, Peter, Zivilprozeßrecht 15. Aufl., 1993, S. 920f. Baumbach, Adolf = Lauterbach, Wolfgang = Albers, Jan = Hartmann, Peter,

Zivilprozeßordnung 57 Aufl., 1999, Rdn. 18 zu Art. 322. Thomas, Heinz = Putzo, Hans = Reichhold, Klaus = Hüftele, Rainer, Zivilprozeßordnung 22 Aufl., 1999, Rdn. 5, 6, 7 zu Art. 322.

ドイツ民事訴訟法学において、判決の実質的確定力については、ながらく、いわゆる「訴訟法理論」(判決は何が法であるかを述べるが、形成判決以外は判決自らが法を創造するわけではない。実体的確定力の本質は、後訴で裁判所および当事者が、判決の確定力に拘束されるということにある。)が「実体法理論」(正しい判決はこれまでの法律関係を確認し、新たに権利を得さしめ、権利を消滅させるが、他方、不当な判決は、認定した実体的権利を成立させ、認定しなかった実体的権利を消滅させる。)を排し、支配的であったが、シュヴァーブ、ライボルト、シューマンらによって、「実体法理論」の復権が図られ、判決の確定力には、実体法の領域にも及ぶ効力が認められるという「訴訟法理論」と「実体法理論」を融合する立場が優勢になったという事情がある。Schwab, Karl Heinz, Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft, Jus (juristische Schulung) 1976, S. 73.

ところで、それ以前に、行政法学者のオッセンビュールが行政実体法の問題に、「民事訴訟の「実体法理論」を応用し、確認的行政行為の実質的確定力の本質の説明を試みる例がある。Ossenbühl, Fritz, Die Rücknahme von Wohnungsscheiden und die Rückforderung gezahlter Wohngelder, DStV 1967 S. 248.

(17) Eyermann = Fröhler = Korman, a.a.O., Rdn. 4 zu Art. 121.

(18) ドイツ行政法学でいわれている「二重効果的行政行為」については、いちおう、「一つの行政行為が、複数の関係人をもち、そのうち少なくとも一人以上に利益を得さしめ、他方で、一人以上に不利益を与えるような行政行為」と定義されてゐる。Laubinger, Hans-Werner, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 29. Stelkens, Paul = Bonk, Heinz Joachim = Sachs, Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5 Aufl., 1998, Rdn. 11 zu Art. 50.

なお、ドイツの「二重効果的行政行為」については、以下の詳細な研究がある。石崎誠也「二重効果的行政行為の概念」(兼子仁編著「西ドイツの行政行為論」所収)二二二頁以下。

(19) この関係については、ヴェルテンベルガーのあげる以下の例が分かりやすい。「建築主Bが住居の建築許可を得ており、隣人Nが相隣関係保護の規定に違反すると主張して取消訴訟を提起した場合は、Bを訴訟に参加させなければならぬ(必要の訴訟参加)。というのは、この場合、二重効果的行政行為に関わっているからである。建築許可の存続に關しては、判決は、合一的ではなくれば、下すことはできなく。」Wittenberger, a.a.O., Rdn. 226.

- (20) Kopp = Schenke, a.a.O., Rdn. 42 zu Art. 65, Würenberger, a.a.O., Rdn. 231.
- (21) バウエルによれば、「一八七七年に制定された民事訴訟法では、訴訟当事者以外の者が訴訟に関与する方法 (Beteiligung) として、同法六四条の主参加 (独立当事者参加)、六六条の補助参加、七二条の訴訟告知、七六条の占有者の指名があるが、これらは行政訴訟の訴訟参加 (Beiladung) とは異なるとしている。そして、行政訴訟の訴訟参加の考察においては、民事訴訟法から何も導き出せないが、民事訴訟法のそれらの法制度との比較により、行政訴訟の訴訟参加の概念の限界づけをすることができるといわれる。Bauer, Wilhelm, Die beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands, DöV 1949 S. 189.
- (22) バウエルのこの見解が、当時の議論の風潮を代弁するものであったと思われる。参照、バウエルの右の論文に対する「一論議」Bettermann, Karl August, über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozessvergleichung und einer allgemeinen Prozessrechtslehre, DVBl. 1951 S. 39ff. Bachof, Otto, Die beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands (Eine Ergänzung zu dem Aufsatz von Wilhelm Bauer in Heft 10 und 12), DöV 1949 S. 364ff.
- (23) Bauer, a.a.O., S. 189.
- (24) バウエルのこの論証に対して、ベッターマンは、そもそも当事者主義と職権主義をそれぞれの訴訟手続の原理とすることには誤りがあるとしている。訴訟の当事者進行はしばしば職権進行の修正をうけることがあり (例えば、召喚や送達)、職権探知原則は家族法の裁判でかなりの程度妥当している。要するに、バウエルは、職権主義と職権進行を混同しているといわれる。Bettermann, a.a.O., S. 39.
- (25) Menger, Christian-Friedrich, Fortgeltung verfahrensrechtlicher Grundsätze des Preussischen Obergerichts, DVBl. 1950 S. 699.
- (26) プロイセン一般ラント行政法 (das Preussische Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883, GS [Preussische Gesetzsammlung] S. 195) 七〇条は「訴訟参加の要件として、ただ「訴訟参加申立人の利益が判決により害される」ことと規定しており、とくに必要の訴訟参加については何も規定していなかったが、この規定を超えて、プロイセン高等行政裁判所は必要の訴訟参加の理論を発展させ、当事者間の争いの対象となつてゐる訴訟物の範囲にとどまる判決の効力を拡張して第三者にまで及ぼすときは、必要の訴訟参加となり、職権による訴訟参加を裁判所が怠れば、本質的な

裁判手続の瑕疵を構成するとされていた。Vgl. Menger, a.a.O., S. 700.

- (25) Menger, aa.O., S. 700.
- (26) 行政手続法制定過程における大量処分に対する審議について、Vgl., Stelkens = Bonk = Sachs, aa.O., Rdn. 46f. zur Einleitung, Stelkens, Das Gesetz zur Neuregelung des Verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGO ÄndG) — das Ende einer Reform?, NVwZ 1991 S. 213.
- (27) 行政手続法一七条は、五〇名を超える者が同一形式で署名してきたときの代理人について、同法一八条は、同一の利益を有する五〇名を超える者が手続に関与し、かつするものの共同代理人について規定している。
- (28) Kopp, Gesetzliche Regelungen zur Bewältigung von Masserverfahren, DVBl. 1980 S. 325. Schmidt-Albmann, Eberhard, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgeschicklichkeit, VVDStRL (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler) Bd. 34 S. 249.
- (29) Gesetzentwurf einer Verwaltungsprozeßordnung vom 31. 5. 1985, BT-Drs. (Bundestagsdrucksache) 10/3437.
- (30) 水〇茶田町に於ける訴訟手続法。
- (31) geändert durch Gesetze zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 17. 12. 1990, BGBl I S. 2809.
- (32) Redeker = von Oertzen, aa.O., Rdn. 27 zu Art. 65.
- (33) Beschluß des BVerwG vom 12. 3. 1982, DVBl. 1982 S. 951ff.
- (34) Ähnliche Urteile: Urteil des BVerwG vom 31. 1. 1969, E. Bd. 31 S. 233ff. Urteil des BVerwG vom 10. 12. 1970, E. Bd. 37S. 43ff.
- (35) 行政裁判所法四七条三六の四を以て、注(一)参照。
- (36) Vgl., Urteil des BVerfG (Bundesverfassungsgericht) vom 26. 4. 1955., E. Bd. 9S. 89ff. Urteil des BVerfG vom 22. 4. 1964., E. Bd. 17. S. 356ff. Urteil des BVerfG vom 1. 2. 1967., E. Bd. 21. S. 132ff. Beschluß des BVerfG vom 9. 2. 1982, JZ 1982 S. 330.
- (37) Bettermann, Anmerkung zum Beschluß des BVerwG vom 12. 3. 1982, DVBl. 1982 S. 957.
- (38) Bettermann, Anmerkung, DVBl. 1982 S. 956.
- (39) Stober, Rolf, Beiladung im Verwaltungsprozeß, in Festschrift für Christian-Friedrich Menger „System des Verwaltungsgericht-

- lichen Rechtsschutzes" S. 415f. Diénes, Karsten, Beiladung im Normenkontrollverfahren gemäß Art. 47 VwGO, DVBl. 1980 S. 676f.
- (39) Ule, Carl Hermann, Verwaltungsprozeßrecht 9 Aufl., 1986, S. 111. Kopp, a.a.O., Rdn. 1 zu Art. 65. Eyermann = Fröhler, a.a.O., Rdn. 1 zu Art. 65.
- (40) Redeker = von Oertzen, a.a.O., Rdn. 1 zu 65. なお、シュトーパーは、訴訟参加は、個人の権利を保護するもので、権利の実効的実現であるとして、民衆訴訟参加 (Popularbeiladung) のようなものは排斥されるとしている。Stober, a.a.O., S. 407.
- (41) Schunck, Egon = de Clerk, Hans, Verwaltungsgerichtsordnung, 3 Aufl., 1977, Erl. (Erläuterung) 1 a. zu Art. 65.
- (42) 行政裁判所法八六条の職権探知原則の意義については、新山「西ドイツにおける職権探知原則」(雄川一郎先生献呈論集「行政法の諸問題下」所収)二五一頁以下参照、また、ドイツの税務訴訟との関連において職権探知原則が分析されているものとして、木村弘之亮「租税証拠法の研究」一〇二頁以下がある。
- (43) ベッターマンは、訴訟参加は、その限りにおいて、裁判所を補助するものであり、国家の利益に奉仕するものであるとしている。Bettermann, über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, DVBl. 1951 S. 74.
- (44) このことは、行政裁判所法の政府草案のなかでも強調されていた。すなわち、「訴訟参加は、非訴訟当事者を訴訟に引き込むことが可能な場合にその者を訴訟に関与させる、行政訴訟、とりわけ取消訴訟(義務づけ訴訟)に特有の手段である。同時に、訴訟参加は、裁判所に、争いの対象となっている事実関係の包括的審理を可能にする。しかし、訴訟参加においては訴訟経済の利益が重要である。それは、より広い争訟の拡がりを一つの判決で解決され、相反する判決が回避されるという意味である。」と云うのである。Die Regierungsbegründung zur Verwaltungsgerichtsordnung, BT-Drs. 3/55, S. 37.
- (45) Stober, a.a.O., S. 407.
- (46) Bettermann, DVBl. 1951 S. 74. Ders., Streigenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streitverkündung — Bemerkung zu Joachim Stettner, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streigenossenschaft im Verwaltungsprozeß, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozeß) 1977 S. 124. ebenso, Schlosser, Peter, Urteilswirkungen und rechtliches Gehör

(Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes 1. 2. 1967), JZ 1967 S. 434.

- (47) Stöber, aa.O., S. 408.
- (48) Redeker = von Oertzen, aa.O., Rdn. 1 zu Art. 65. ディーネスは、裁判所の事実解明および法発見に寄与することは、訴訟参加の副次効果(Nebeneffekt)であるという。Dienes, aa.O., S. 675.
- (49) Stöber, aa.O., S. 409.
- (50) Ule, aa.O., S. 111.
- (51) Bettermann, DVBl. 1951 S. 74.
- (52) Stöber, aa.O., S. 409.
- (53) Stettner, Joachim, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozess, 1974, S. 86.
- (54) Urteil des BVerwG vom 2. 9. 1983, NVwZ 1984 S. 507ff.
- (55) Menger, aa.O., S. 701.
- (56) Martens, Joachim, Die Praxis des Verwaltungsprozesses, 1975, S. 62. レーデカー／フォン・ヘルツェンの説明によれば、行政裁判所法六五条一項の目的は、第三者が自己の法的利益を、判決によってのみ、もしくは、判決によって初めて害される場合でなければならぬというように表現されている。Redeker = von Oertzen, aa.O., Rdn. 4 zu Art. 65.
- (57) Martens, aa.O., S. 58ff.
- (58) レーデカー／フォン・ヘルツェンのべつの説明によれば、判決の効力の拡張によって、同時に、訴訟参加した第三者の権利が形成され、確認され、変更され、消滅せしめられ、その結果、もはや二度と第三者の権利が訴訟の対象とされることはなくなるという。Redeker = von Oertzen, aa.O., Rdn. 8 zu Art. 65.
- (59) 注(16)参照。
- (60) Eyermann = Fröhler, aa.O., Rdn. 11 zu Art. 121. Urteil des BayVGh (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof) vom 9. 4. 1981 BayVBl. Bd. 81. S. 755.
- (61) Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 25 zu Art. 65.
- (62) Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 25 zu Art. 65.

- (63) 注(20)参照。
- (64) Beschluß des BVerwG vom 12. 3. 1982 E. Bd. 65 S. 131ff. 本件は、規範統制訴訟について、通常訴訟参加が申し立てられたものである。
- (65) Stöber, aa.O., S. 414.

(しんやま・かずお〓本学教授)

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

89

90

91

92

93

94

95

96

97

98

99

100

101

102

103

104

105

106

107

108

109

110

111

112

113

114

115

116

117

118

119

120

121

122

123

124

125

126

127

128

129

130

131

132

133

134

135

136

137

138

139

140

141

142

143

144

145

146

147

148

149

150

151

152

153

154

155

156

157

158

159

160

161

162

163

164

165

166

167

168

169

170

171

172

173

174

175

176

177

178

179

180

181

182

183

184

185

186

187

188

189

190

191

192

193

194

195

196

197

198

199

200

201

202

203

204

205

206

207

208

209

210

211

212

213

214

215

216

217

218

219

220

221

222

223

224

225

226

227

228

229

230

231

232

233

234

235

236

237

238

239

240

241

242

243

244

245

246

247

248

249

250

251

252

253

254

255

256

257

258

259

260

261

262

263

264

265

266

267

268

269

270

271

272

273

274

275

276

277

278

279

280

281

282

283

284

285

286

287

288

289

290

291

292

293

294

295

296

297

298

299

300

301

302

303

304

305

306

307

308

309

310

311

312

313

314

315

316

317

318

319

320

321

322

323

324

325

326

327

328

329

330

331

332

333

334

335

336

337

338

339

340

341

342

343

344

345

346

347

348

349

350

351

352

353

354

355

356

357

358

359

360

361

362

363

364

365

366

367

368

369

370

371

372

373

374

375

376

377