

職権訴訟参加の法理 (中)

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 (以上六一号)
 - (c) 基本法上の要請
 - (四) 民事訴訟法の制度との比較論的分析
 - (a) 民事訴訟法の規定
 - (b) 比較論的類型分析
 - (c) 「必要的」——判決の効力の拡張——の理論 (以上本号)

(三) 必要的訴訟参加の目的論的分析

(C) 基本法上の要請

一 ドイツでは、行政訴訟、行政手続等の問題においては、どのようなものであっても、必ずといってよいほど、まず、基本法(Grundgesetz)の条文のなかに、その根拠を求める考察が行なわれる。訴訟参加の目的についても、その例外ではなく、これまでみてきた手続法上の目的以外に、基本法上の要請との関連がさかんに議論されているので、いちおう、それについても確認しておく必要があるであろう。

二 基本法の条文のなかで、訴訟参加との関連が、まず、問題とされているのは、「何人も、裁判所に対して、法的聴聞(rechtliches Gehör)を請求する権利を有する」と規定する一〇三条一項である。これは、いわば、訴訟制度全般についての基本原理の憲法的表現であり、法治国原理の制度の側面と国民の主観的権利の側面の両方を表象するものである⁽⁶⁸⁾。そして、その内容は、裁判所の判決に関わりうる者に対する、判決が下される以前に争訟にとつて重要な事実や判決の基礎となる法律問題について陳述する権利の保障であり、裁判所に対しては、その者の陳述を知覚し、これを考慮しなければならないという義務づけである⁽⁷⁰⁾。

コップによれば、このようなすべての裁判手続に対する同項の保障は、法的聴聞の最低限の保障であるとしており、したがって、法律の規定によって、この権利保障の範囲を制限したり侵害したりすることはできないとしている⁽⁷¹⁾。また、判例によれば、事件に関わる手続規定が、憲法によって保障された法的聴聞の最低限度にたりないときは、基本法一〇三条一項から、直接、裁判所の聴聞義務が導きだされるとされている⁽⁷²⁾。

三 このように理解されている聴聞請求権の保障を、行政訴訟における訴訟参加と結びつける連結点として参考になるのは、おそらく、基本法一〇三条一項の保障は、形式的関係人、すなわち、すでに訴訟に関与している訴訟当

事者のみに及ぶのか、それとも、実質的關係人にまで及ぶのかという議論であろう。

基本法一〇三条一項が、第三者を訴訟参加させることの憲法上の根拠となりうるとして、シュテットナーがある。ただ、シュテットナーは、その論拠をパウアーの同項の以下のような解釈に求めている。すなわち、同項の趣旨は、他人もしくは行政庁からの権利侵害に対する保護のために必要なかぎりにおいて、裁判所による個人の遺漏なき包括的な権利保護が要求されるということにある。同項の文言からは、同項は、すでに係属している手続において当事者の双方から聴聞することを保障しているのではなく、ただ、法的聴聞請求権について述べていると解されるので、この請求権とは、裁判をうける権利 (Recht auf Anrufung des Gerichtes) をも包括するというものである。⁽⁷³⁾そして、シュテットナーは、このようなパウアーの見解では、法的聴聞請求権の発生を、訴訟が係属しているかどうかによらしめていないので、そこから類推して、パウアーは、第三者の訴訟参加についても、当然、同項の保障が及ぶことを認めているのであろうとしている。⁽⁷⁴⁾

また、ベッターマンも、そもそも、訴訟における当事者 (Partei) の概念は、形式的意味だけではなく実質的意味においても理解しなければならぬとしている。すなわち、争われている法律關係に実質的に利害關係を有する者は、聴聞されるべきであり、そのことから、当然に、訴訟に参加すべき——すくなくとも、訴訟参加の可能性を開くべき——であるという結論につながってくるというものである。⁽⁷⁵⁾

以上のような見解は、いずれも、法的聴聞請求権の主体を、実質的訴訟当事者である訴訟参加人にまで拡張することを試みるものであったが、制度論的に、訴訟参加は法的聴聞の要請の発露であるとするシュトーパーのごとき見解もある。すなわち、基本法一〇三条一項は、実体権の防御という意味の保障を行うものであり、これは、訴訟当事者だけでなく、ともにその法的地位が危機にさらされている者すべてに対するものである。したがって、裁判所は、争訟に関与していないが、判決に影響をうける者を、手続に関与させることにより、法的聴聞の機会を与え

なければならぬが、これは、行政訴訟においては、法的聴聞の要請の発露としての訴訟参加によって実現されるというものである。⁽⁷⁶⁾

シユトナーは、さらに、必要的訴訟参加との関係に敷衍し、このような同基本法条項の理念は、通常訴訟参加とは無縁のもので、必要的訴訟参加によってのみ実現されるとし、ほんらい、手続法が追加的救済を予定していないところで、あえて請求規範として必要的訴訟参加の制度を設けることは、同項の要請にこたえるものであるとしている。⁽⁷⁷⁾

四 ドイツの訴訟理論において、基本法の条文のなかでもうひとつ、訴訟参加との関連が議論されているのは、「公権力により権利を侵害された場合は、何人に対しても、出訴の途が開かれる」と規定する同法一九条四項である。この規定は、いうまでもなく、法治国原理の憲法的表明であるが、それはまた、訴訟制度のなかで実現されるものでもある。⁽⁷⁸⁾ レルヒエによれば、同項の司法保障請求権を、法律レベルでどう実現するかは、基本的には立法者に委ねられており、同項の枠内で第三者の訴訟参加を認めるかどうかも、立法者の裁量であるとしている。⁽⁷⁹⁾

訴訟法のなかで訴訟参加をどう扱うかは、立法上の問題であるとしても、訴訟参加の基本法上の根拠を同項にもとめることができるかどうかということは、また、べつの問題である。これについて、シユテットナーは、第三者の訴訟参加は、直接、基本法一九条四項から導きだされるとしている。すなわち、第三者の権利が公権力により侵害されたにもかかわらず、法律に、第三者の固有の手続が規定されていないが、なおかつ、第三者が、他人間の争訟に参加しさえすれば、自己の権利を防御しようと考えられるときは、憲法上、どの範囲で第三者に手続に参加させるべきかという問題は、もっぱら、同項により解決されるというものである。⁽⁸⁰⁾ そして、シユテットナーは、同項と必要的訴訟参加の密接な関係についても、論証している。すなわち、必要的訴訟参加が認められる典型的な場合に、訴訟参加が行われないときは、その判決は効力を有しないとされているが、そのことは、いいかえれば、当事

者のあいだにのみ下された判決の効力を訴訟上、事後的に除去しようという意味で、第三者は、当該訴訟に影響力を及ぼしうることができ、この影響力は、基本法一九条四項によつて直接保障されており、したがつて、必要的訴訟参加が行われなければならないことは、憲法違反になるといふものである。⁽⁸¹⁾

シュテットナーのかかる見解に対しては、ベッターマンが異をとなえている。すなわち、すでに救済の途が開かれ決定が下されようとしているところでは、基本法一九条四項は適用されない。同項で問題となるのは、どのような国家行為に対して誰が出訴しうるのかということだが、訴訟参加で問題となるのは、どのような裁判手続にいかなる第三者を関与させなければならない、もしくは、関与しうるのかということである。後者の問題については、もつぱら、基本法一〇三条一項によつて解決されるといふものである。⁽⁸²⁾

しかし、学説の多くは、基本法一九条四項が、訴訟参加の根拠となりうることを認めている。シュトーパーは、同項は、効果的な権利保護を保障するもので、第三者に、自らの関与しなかつた判決の取消しを求めさせることが、時間的理由により、効果的な権利保護にならないときは、同項は、可能なかぎり訴訟参加を要求するとしてい⁽⁸⁴⁾る。

五 いずれにせよ、訴訟参加の制度が、法治国原理のひとつの発現形態であることは、一般の承認するところである。アイエルマン・フレラー・シュミットは、訴訟参加が、争訟の終局的・一体的解決に資し、同一の対象について相矛盾する判決を阻止することにもなるので、法的安定性および訴訟経済の要請にこたえるものであるとし、⁽⁸⁵⁾また、コップ・シエンケは、必要的訴訟参加については、基本法二条一項、⁽⁸⁶⁾その他事案に関わる個々の基本権、⁽⁸⁷⁾基本法一〇三条一項、ならびに法治国原理から導きだされる必然的帰結であるとしてい⁽⁸⁸⁾る。

(四) 民事訴訟法の制度との比較論的分析

(a) 民事訴訟法の規定

一 ドイツ民事訴訟法 (ZPO) で、第三者が他人間の訴訟に参加する訴訟形態については、第三章・第三者の訴訟参加 (Beteiligung Dritter am Rechtsstreit) として、六四条以下の規定がおかれている。

六四条は、主参加 (Hauptintervention)⁽⁸⁸⁾ について規定し、「他人間に係属する訴訟の対象もしくは権利の全部または一部が、自己のための請求となる者は、当該訴訟の確定判決が下されるまで、当該訴訟が第一審として係属する裁判所に対して、当事者双方を被告とする訴えを提起し、自己の請求を主張する権利を有する」としている。⁽⁸⁹⁾ ただ、これは、第三者が他人間の訴訟に「参加する」訴訟形態とはいえない。ドイツ民事訴訟においても、第三者の通常の訴訟参加の形態は、補助参加 (Nebentervention, Streithilfe) である。

六六条は、補助参加の要件について規定し、一項は、「他人間に係属する訴訟において、当事者の一方が勝訴した場合に法律上の利益を有する者は、その当事者を補助するため、訴訟に参加することができる」とし、二項は、「補助参加は、確定判決が下されるまでの、訴訟のいかなる段階においても、なすことができ、また、上訴の提起と併合しても、なすことができる」としている。それは、補助参加人は、当事者の一方を補助するために訴訟に参加し、当事者とならんで、もしくは、当事者の代わりに、自らの名において訴訟行為を行うことができるというものである。⁽⁹⁰⁾ 参加の方式については、七〇条に規定されている。⁽⁹²⁾

補助参加の申立てがあったときは、相手方から異議がだされなければ、そのまま認められるが、異議があれば、これについての裁判が行われる。七一条は、補助参加についての中間の争い (Zwischenstreit) について規定し、一項は、「補助参加の却下の申立てに關しては、当事者および補助参加申立人の間で、口頭弁論を経て、決定を行う。補助参加申立人が、自己の利益を疎明した場合は、補助参加を認めなければならない」とし、二項は、「中間判決に対しては、即時抗告をなすことができる」とし、三項は、「補助参加の申立てを却下する判決が確定するまで

は、補助参加申立人は、本手続に関与することができる」としている。

六七条は、補助参加人の地位と権能について規定し、「補助参加人は、参加のときにおける訴訟の段階に、従わなければならない。補助参加人は、攻撃と防御の方法を主張し、また、すべての訴訟行為を有効に行うことができる。ただし、その陳述および行為が、主たる当事者の陳述および行為に反しない場合にかぎられる」としている。

六八条は、補助参加の効果、すなわち、判決の参加的効力について規定し、「補助参加人は、自らが訴訟において主張・証明を尽くした場合は、主たる当事者との関係において、判決が不当であると主張することはできない。

ただし、補助参加人は、参加のときの訴訟の段階により、もしくは、主たる当事者の陳述および行為により、攻撃または防御の方法を主張することを妨げられたとき、または、補助参加人の不知の攻撃または防御の方法を、主たる当事者が、故意または重過失により主張しなかつたときにかぎり、主たる当事者が、訴訟を十分に追行しなかつたと主張することができる」としている。これは、条文からは、すこし分りにくい⁹⁴が、補助参加人が参加した訴訟の判決が下された場合は、補助参加人は、補助参加したがわの主たる当事者との関係(後訴)において、主たる当事者敗訴の判決が不当であると主張することができないという効力、すなわち、いわゆる「参加的効力(Interventionswirkung)」が生ずるといふもので、いうまでもなく、補助参加人は、その補助する主たる当事者と協力して訴訟を進行した以上、その結果である判決に対しても責任を分担すべきであるという理念にもとづくものである⁹⁵。

六九条は、共同訴訟的補助参加について規定し、「主訴訟の判決の確定力が、補助参加人と相手方の間の法律関係に、民法の規定(Vorschriften des bürgerlichen Rechts)⁹⁴により有効に及ぶ場合は、補助参加人は、六一条の意味において、主たる当事者の共同訴訟人とみなされる」としている。この訴訟形態は、基本は補助参加であるが、通常の補助参加人よりも強い訴訟上の地位と権能を認めるものである⁹⁵。これには、民法その他の規定から、補助参加人と相手方のあいだにある法律関係が存在し、本訴訟の判決がこの法律関係にも及ぶという関係が、前提としてなけ

ればならない。⁽⁹⁷⁾

二 補助参加と密接な関連性を有するものが、訴訟告知 (Streitverkündung) の制度である。実務においては、訴訟告知の結果として補助参加が申し立てられるのが通常であるという指摘もある。⁽⁹⁸⁾

七二条は、訴訟告知の要件について規定し、一項は、「当事者が、訴訟の結果が自己に不利益となる場合は、第三者に、担保または賠償請求をなすことができる」と信じ、あるいは、第三者からの請求のおそれがあると信ずるときは、当該争訟の確定判決があるまでは、第三者に、裁判上の訴訟の告知をすることができる」とし、二項は、「第三者は、詳しい訴訟告知を受ける権利を有する」として⁽⁹⁹⁾いる。これは、もちろん、第三者を当該訴訟に参加するよう誘発する手続である。⁽¹⁰⁰⁾ただ、訴訟告知がされたことにより、七四条に規定されるような一定の効果が発生する。

七四条は、訴訟告知の効果について規定し、一項は、「第三者が、訴訟告知をした者の側に参加した場合は、第三者と当事者の関係は、補助参加に関する原則により定められる」とし、二項は、「第三者が、参加を拒否し、あるいは、参加の申立てをしない場合は、訴訟は、第三者の立場を考慮することなく、進行する」とし、三項は、「本条のすべての場合において、第三者に対して、六八条の規定を、以下のごとく変更して適用する。すなわち、参加のときを、訴訟告知により参加が可能になったときに変更する」としている。訴訟告知をうけた第三者は、基本的に、訴訟参加するかどうかは、まったく自由であるが、訴訟告知がなされた場合は、訴訟参加しなかったとしても、六八条の規定により、訴訟告知者敗訴の判決の参加的効力をうけるのである。⁽¹⁰¹⁾

三 そのほか、第三者が他人間の訴訟に参加する訴訟形態とはいえないが、理論的に、訴訟参加と密接に関連するものとして、共同訴訟 (Streitgenossenschaft) の制度があるので、これに関する規定も見ておこう。

五九条は、共同訴訟の要件について規定し、「数人が、訴訟物について、共通の権利を有するか、もしくは、同一の事実および法律上の理由に基づいて権利を有し、あるいは、義務をおう場合は、共同訴訟人 (Streitgenossen)

として、共同して当事者となりうる」としている。六〇条も、同じく、共同訴訟の要件について規定し、「性質上、同種の事実および法律上の理由に基づく同種の請求権または義務が、訴訟の目的となる場合も、数人が、共同訴訟人として、共同して当事者となることができる」としている。

六一条は、共同訴訟の効果について規定し、「共同訴訟人は、民法またはこの法律にべつの定めのないかぎり、個別に相手方に対し訴訟行為を行い、共同訴訟人の一人の行為は、他の共同訴訟人に一切影響を与えない」としている。共同訴訟においては、いわゆる「共同訴訟人独立の原則」というものがあり、共同訴訟人の訴訟法律関係は相互に独立であるとされている。⁽¹⁰⁾ そのことは、六三条で、訴訟手続進行および呼出しについて規定されているところからも明らかで、「訴訟手続を進行する権利は、各共同訴訟人に属する。すべての期日につき、共同訴訟人全員を呼び出さなければならない」としている。

六二条は、必要的共同訴訟について規定し、一項は、「係争法律関係が、共同訴訟人全員につき合一的にしか確定されない場合、あるいは、共同訴訟が、他の理由により、必要的である場合は、期日または期間を怠った共同訴訟人は、怠らなかつた共同訴訟人により、代理されたものとみなす」とし、二項は、「怠った共同訴訟人は、その後の手続には加わることができない」としているが、これが、必要的共同訴訟について定めた一般規定である。

必要的共同訴訟は、通常共同訴訟よりも、共同訴訟人が強く結合していると観念されており、それは、実体法および訴訟法の観点から、訴訟物に対する判決が、いずれにせよ合一的に下されなければならないという、絶対的な要請によるものである。⁽¹¹⁾ したがって、手続に関わらない共同訴訟人がいても、その者に対しても判決の効力が及ぶということなのである。

四 最後に、判決の効力に関する民事訴訟法の規定もみておく必要があると思われる。なぜならば、前節の考察において、訴訟参加が必要的となる根底には、判決の効力の拡張の問題があるということが分かったので、これか

ら、判決の効力の拡張について論ずる前提として、当然、それに関わる条文をみておいたほうがよいからである。

判決の効力についての基本条文は、実質的確定力もしくは既判力 (Materielle Rechtskraft) について規定した三二二条一項で、「判決は、訴えまたは反訴によつ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」と規定されている。判決の確定力の本質については、ながらく、ドイツで争いがあることは、すでに述べたとおりである。⁽¹⁶⁾

判決の効力の拡張に関する根拠条文は、三二五条以下の規定と考えられている。⁽¹⁶⁾

三二五条一項は、権利の包括承継人への判決の効力の拡張について規定しており、「確定判決は、当事者、裁判の係属後に当事者の承継人となった者、当事者またはその承継人の間接占有者となることによつて係争物件の占有を取得した者に対して、効力を有する」としている。

三二六条は、後順位相続への判決の効力の拡張について規定しており、一項では、「先順位相続人に対する請求または後順位相続の目的となるべき物件に関して、先順位相続人と第三者のあいだに下された判決は、後順位相続が開始するまえに判決が確定した場合に限り、後順位相続人に効力を有する」とし、二項では、「後順位相続の目的となるべき物件に関して、先順位相続人と第三者のあいだに下された判決は、先順位相続人が、後順位相続人の同意を要せず当該物件を処分しうる場合に限り、後順位相続人にも効力を有する」としている。

三二七条は、遺言執行への判決の効力の拡張について規定しており、一項では、「遺言執行者の管理に属する権利に関して、遺言執行者と第三者のあいだに下された判決は、相続人に効力を有する」とし、二項では、「遺産に対する請求に関して、遺言執行者と第三者のあいだに下された判決は、遺言執行者が訴訟追行の権限を有する場合に、同じく、相続人に効力を有する」としている。

(b) 比較論的類型分析

さて、以上みてきたドイツ民事訴訟の諸制度のうち、本稿の考察対象であるドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加に
とって参考になると思われるのは、必要的共同訴訟の理論と共同訴訟的補助参加の理論である。⁽¹⁰⁾ なぜなら、これら
の制度の基礎となっているのは、合一的確定の要請であり、これは判決の効力の拡張の理論と密接な関連を有する
ものと考えられるからであり、そして、これらの制度については、ドイツ民事訴訟法学においてながい年月をかけて、
さまざまな角度から理論的説明が行われてきており、本稿の考察に重要な手掛かりを与えるものと考えられる
からである。

〔必要的共同訴訟〕

一 必要的共同訴訟の要件を定めている民事訴訟法六二条では、文言から、「係争法律関係が、共同訴訟人全員に
つき合一的にしか確定されえない場合」と、「共同訴訟が、他の理由により、必要的である場合」の二つの類型の
必要的共同訴訟が規定されていることが、うかがえる。これについて、民事訴訟の支配的な見解によれば、この最
初の類型は、訴訟法上の理由による必要的共同訴訟で、二番目の類型は、実体法上の理由による必要的共同訴訟で
あるとされている。⁽¹¹⁾

ローゼンベルク⁽¹²⁾ シュヴァーブル⁽¹³⁾ ゴットヴァルトによれば、訴訟法上の理由による必要的共同訴訟とは、一連の
訴訟にひとつの判決の効力が及ぶときに必要的共同訴訟が認められるものである。⁽¹⁴⁾ そして、実体法上の理由による
必要的共同訴訟とは、多数の者が共同で原告または被告とならなければならぬ場合である。⁽¹⁵⁾

ただ、シュタイン⁽¹⁶⁾ ヨナス⁽¹⁷⁾ ボルクによれば、一番目の類型、すなわち、訴訟法上の理由による必要的共同訴訟
は、ほとんど「必要的」の名前に値しないものであるとされる。なぜなら、それらの訴訟は、個々の者の個別の訴
訟も許されるもので、共同訴訟とする必要性がないからである。⁽¹⁸⁾ したがって、一番目の類型で、必要的共同訴訟と

してわずかに認められるのは、合一的確定の要請があるということももちろんだが、その合一的確定の要請が、別個の訴訟について、ひとつの訴訟で下された判決が他の訴訟にも効力が及ぶとしなければ、同一の法律関係に対する統一的な決定が保障されないという、限定された要請である場合についてのみである。⁽¹¹⁵⁾

また、二番目の類型、すなわち実体法上の理由による必要的共同訴訟について、シュタイン・ヨナス・ボルクは、個々の者の個別の訴訟が許されないはずの訴訟であるとしている。⁽¹¹⁶⁾ 形成訴訟にあつては、判決のみによつて形成が可能であり、多数が原告になり、あるいは、多数が被告になるときにのみ形成が認められる場合に、共同訴訟が必要的となる。⁽¹¹⁷⁾ 給付訴訟にあつては、たとえば、共同所有の原則によつて多数の者の共同体じたいが権利を有するものでは、共同体の給付訴訟が必要的となる。⁽¹¹⁸⁾ 確認訴訟にあつては、ある法律関係の確認を求める場合には、その法律関係についての給付訴訟や個人による確認訴訟も可能な場合は、共同訴訟は必要ではないし、ある法律関係の確認を求められる場合には、いかなる場合も、共同訴訟は必要ではないとされている。⁽¹¹⁹⁾

二 共同訴訟の理論によれば、多数の者が、訴訟手続において、共同の弁論、証拠採用、決定に拘束されるといことが基礎になっている。したがつて、すべての共同訴訟人について訴訟要件が検証されなければならないし、すべての共同訴訟人に訴訟継続の通知がなされなければならない。⁽¹²⁰⁾ 逆に、相手方は、つねに共同訴訟人全員に対して訴訟行為を行なわなければならない。これも、共同訴訟の理論に特有のものである。⁽¹²¹⁾

さらに、共同訴訟の理論から、訴訟資料の同一性が求められる。相矛盾する事実の主張がある場合は、裁判所は、証拠採用や証拠評価においては、そのうち真実と思われるものを根拠に決定を下す。また、共同訴訟人のひとりか自由をしたり、請求の放棄・認諾をなし、訴えの変更の申請・認諾をするときは、その者が、他の共同訴訟人の実体法的地位を自由に処分することができる場合にのみ、これらの行為は効力をもつ。⁽¹²²⁾

共同訴訟の理論は、共同訴訟人のある者が期日に欠席した(Terminsversäumnis)場合、あるいは、期間を怠つた

(Fristversäumung) 場合にも関係する。むしろ、同法六二条は、条文の文言からは、このようなケースについて規定したものである。⁽¹²⁾ 同条の文言からでてくる結論は、共同訴訟人のうち期日に欠席する者があるときも、欠席判決や審理の現状に基づく判決が行われることはないし、共同訴訟人のうち誰かひとりでも期日をまもる者があるときは、訴訟は有効に係属するというものである。もちろん、その根底にあるのは、共同訴訟人全員に対する合一的確定の要請であり、熱心に訴訟を進行する共同訴訟人の訴訟行為に基づく判決は、共同訴訟の理論からも、いちおう、他のすべての共同訴訟人にも及ぶと考えられるが、同条に規定された代理の擬制という手法を経由することによって、その関係が明確化されているのである。⁽¹³⁾

三 以上のように理解されている共同訴訟の本質については、以前には、訴訟物の同一性からの帰結であると考えられていたこともあった。たとえば、ローゼンベルクは、かつては、「相連続する共同訴訟における請求が同一であるということに、必要的共同訴訟の本質があり、民事訴訟法が明確に規定していない問題を解く鍵がある。そして、複数の共同訴訟人が存在しても、訴訟物が同一である場合にのみ、六二条の意味において合一的確定が必要となりうるのである」としていた。⁽¹⁴⁾

しかし、現在のドイツの民事訴訟理論では、このような立場はすでに否定されており、必要的共同訴訟のすべての類型は、合一的確定の要請を基礎としていると考えられている。⁽¹⁵⁾ この立場を最初に理論的に解明したのは、シュヴァープである。すなわち、必要的共同訴訟の二番目の類型(実体法上の理由によるもの)については、すべての原告もしくは被告に共通の権利が主張されているということが問題なのであって、この場合は、個々の原告もしくは被告の固有の権利は問題にならず、当然、合一的に確定する。したがって、相連続するべつの訴訟が提起されても、それぞれで異なった判決が下されることが、法的理由により考えられない場合は、合一的に確定されなければならない。その意味で、この類型は、法的理由により、合一的に確定されなければならないケースであるとして

いる。⁽¹²⁵⁾そして、その関連で、その「合一的に確定される」ということの意義については、相連続する訴訟において、前訴の判決の効力が後訴に及ぶ（拡張される）ことであるとして、合一的確定と判決の効力の拡張は、同じ概念であることを示唆している。

また、シュヴァープは、二番目の類型について確認された論理が、一番目の類型（訴訟法上の理由によるもの）にも妥当するかという分析を行い、このような偶然に必要な共同訴訟になったものについても、前訴の判決の効力が後訴に及ぶ（拡張される）という関係にたつものがあるとしている。たとえば、民法(BGB)一四九六条二文による継続的共有関係の取消しの訴え、同法二三四二条の相続欠格の宣告を目的とする取消しの訴え、株式法(AktG)二〇〇条、二〇一条、二一六条による株主総会決議および株式会社の設定の無効確認の訴え、民事訴訟法(ZPO)六六四条二項、六六六条三項、六七九条二項による禁治産宣告の取消しもしくは禁治産宣告に対する不服申立ての訴えなどがそれである。シュヴァープの説明によれば、これらの訴訟においては、共同訴訟人たりうる者が個別に訴訟を提起することも可能であるし、相反する判決が生ずることも、理論的に可能である。しかし、相反する判決が生ずることが許されるのは、前訴において原告の請求が棄却された場合だけである。前訴において原告が勝訴していれば、その判決の効力をうけ、そもそも後訴というものが存在しえないのであり、ひとりの共同訴訟人たりうる者が訴訟を提起し、取消し若しくは無効確認判決を得れば、その効力は、他のすべての共同訴訟人たりうる者の利益において、その者らに及ぶとされている。⁽¹²⁶⁾このような説明を総合すると、要するに、シュヴァープにあつては、合一的確定の要請と判決の効力の拡張が、同一の内容をもつものであると観念されていることが、うかがえるのである。

ただ、ここで注意しておかなければならないのは、シュヴァープが、一番目の類型の基礎にも合一的確定の要請もしくは判決の効力の拡張があるとする例のほとんどが、形成訴訟の例であり、そうすると、形成効との関係が、

当然、問題にされなければならぬであろうが、この問題については、項をあらためて、判決の効力の拡張について論じるさいに、あわせて検討する。

〔共同訴訟的補助参加〕

一 同法六九条は、主訴訟の判決の効力が、補助参加人と相手方の間にも及ぶような法律関係が存在する場合に、共同訴訟的補助参加が認められると規定している⁽¹⁰⁾。したがって、同条の要件としては、(補助参加するがわの主たる当事者ではなく)相手方と補助参加人に法的関連性があることと、主訴訟における判決の効力がこの法的関連性にも及ぶこと⁽¹¹⁾の、二つである。共同訴訟的補助参加人には、すでにみたように、共同訴訟人に匹敵するような、通常の補助参加人よりも強い訴訟上の地位と権能が認められるものである⁽¹²⁾ので、とうぜん、共同訴訟的補助参加人たりうるための要件は、通常の補助参加人たるための要件よりは、しほりがかけられている。逆にいえば、同法六六条で通常の補助参加人と認められる、「当事者の一方が勝訴した場合に法律上の利益を有する」とするだけの者は、共同訴訟的補助参加人の強い訴訟上の地位を認める必要性が存在しないのである⁽¹³⁾。

二 以上のことを確認したうえで、本稿の考察において問題となるのは、主訴訟における判決の効力が相手方と補助参加人との法的関連性に及ぶことの基礎はなにかということである。これについては、ふるく、ヴァルスマンによって、かなりの程度、解明されている。

ヴァルスマンは、先位相続人の訴訟に、後位相続人が共同訴訟的補助参加人として訴訟参加した場合について、後位相続人に認められる訴訟上の地位は、その者の実体法上の状態に対応するものであって、それ以上の地位が訴訟において認められる理由はなにもないと分析している⁽¹⁴⁾。そのことについて、さらに、分かりやすく、主たる当事者である先位相続人のよりひろい訴訟上の地位との比較において論じられている。すなわち、先位相続人は、相手方の利益において、かつ、後位相続人の不利益において、つねに訴訟外の和解をなしうる地位にあり、これによ

り、共同訴訟的補助参加人である後位相続人の地位は空洞化してしまう⁽⁴⁶⁾(もちろん、この場合、後位相続人は、和解の効力が自己に及ばない旨の確認や、訴訟外の和解をなしうる実体的権利を有しないことの確認を求めて訴訟を提起することはできる⁽⁴⁶⁾)。ヴァルスマンのこの分析は、共同訴訟的補助参加人の地位というのは、補助参加するがわの主たる当事者が、主たる当事者に認められている実体的処分権を踰越することから保護される地位にほかならないということを示唆するもので、たしかに、一面的真理ではある。

また、主訴訟における判決の効力が相手方と補助参加人との法的関連性に及ぶことの基礎はなにかということについては、通常補助参加と共同訴訟的補助参加の相違に立ち返って考察することも可能である。通常補助参加では、主たる当事者すなわち補助参加するがわの当事者の訴訟行為や弁明に反しない限りで、補助参加人は、訴訟において攻撃・防御の手段を尽くすことができるにすぎないが、共同訴訟的補助参加では、共同訴訟的補助参加人は、主たる当事者の意思に反して、独立の訴訟行為を行うことができるので、そこから、必要的共同訴訟人と同じ訴訟上の地位が認められるとするグルンスキーの見解⁽⁴⁷⁾のようなものも生じてくる。それは、通常補助参加人が、主たる当事者の勝訴についてのみ利益を有し、主たる当事者を勝訴させるために、主たる当事者の補助人として訴訟参加してくるのに対して、共同訴訟的補助参加人は、判決の形成効から自己の固有の権利を防御するため訴訟参加するものであるとみることによるものである⁽⁴⁸⁾。このことは、ヴァルスマンが、通常補助参加では、後訴において、補助参加人は、自己の権利を防御する機会が与えられるが、共同訴訟的補助参加では、共同訴訟的補助参加人の自己の権利の防御の機会は、主訴訟に限定されると指摘していること⁽⁴⁹⁾に通ずるものがある。

けつきよく、これらの見解を総合すると、共同訴訟的補助参加の基礎には、必要的共同訴訟にかなり近いものがあることが分かるが、さらに、それが必要的共同訴訟と同一のものであるのか、かりに同一のものであるとして、その場合は、これら二つの制度の利用の関係はどうなるのが、つぎの問題となってくる。なんとといっても、共同

訴訟的補助参加も、基本的に補助参加の一形態であるので、その目的とするところは、必要的共同訴訟とはおのずと異なるはずで、共同訴訟的補助参加では、判決の結果に利害関係を有する第三者に、防御の機会を与えるということに、ひとつの目的があることは間違いない。他方、必要的共同訴訟が、相矛盾する判決が生ずることを避けることを目的としていることは、すでに見たとおりで、そうすると、これら目的の異なる二つの制度のあいだの関連性を、いちおう明らかにしておくことは、必要的訴訟参加とこれら二つの制度の比較論的分析をおこなうまえのステップとして、有益であると思われる。

〔必要的共同訴訟 (PRO) と共同訴訟的補助参加 (ZPO)〕

一 同法六二条の必要的共同訴訟と同法六九条の共同訴訟的補助参加の関係を分析するにあたっては、シュテットナーが、必要的訴訟参加の理論の基礎研究として、この問題について鋭い考察をおこなっている⁽¹⁰⁾ので、それを参考にしよう。

シュテットナーによれば、六二条の一番目の類型(訴訟上の理由によるもの⁽¹¹⁾)の要件と六九条の要件だけを見くらべた場合、六九条の要件がみだされるときは、六二条の一番目の類型の要件もみだされる。ただ、共同訴訟的補助参加人も補助参加人であることにかわりはないので、当事者としての共同訴訟人に代置しうるものというわけにはいかない。現実にも、六二条の一番目の類型の要件をみだすにもかかわらず、共同訴訟人となることはできず、共同訴訟的補助参加人にとどまるものは多々あるとされている⁽¹²⁾。

それに対して、訴訟を提起しようとする者以外にも、原告適格を有し訴訟を提起しうる者があるときは、必要的共同訴訟と共同訴訟的補助参加の両方が、競合的に認められ⁽¹³⁾うる。すなわち、これらの者が共同で訴訟を提起した場合に、これらの者が判決の効力をうけ、これらの者がそれぞれ原告適格を有するときは、必要的共同訴訟が認められるが、もし、この関係において、ひとりの者のみが訴訟を提起した場合は、他の者は、共同訴訟的補助参加人

として訴訟参加することになるのである。

けつきよく、右のようなケースでは、必要的共同訴訟とするか、共同訴訟的補助参加とするかは、それらの者の意思によることになるが、逆に、必要的共同訴訟および共同訴訟的補助参加が認められる要件が被告の側に存する場合は、その者を必要的共同訴訟人とするか、共同訴訟的補助参加人とするかは、原告の意思によることになる。

これに対して、六二条の二番目の類型(実体法上の理由によるもの)は、シュテットナーによれば、多数の者が、本質的に、ひとつの共同体をなすこと以外に、訴訟行為を行うことができないとされるもので、したがって、六二条の二番目の類型が認められる場合には、必要的共同訴訟によってのみ目的が達せられ、共同訴訟的補助参加によっては目的が達せられないことになる。なぜなら、補助参加人には、この場合に必要な当事者の地位が認められないからである。⁽⁸⁵⁾

二 補助参加人の法的地位については、必ずしも本質的な議論ではないが、裁判費用をみずから支払うことができないう者に対する「(訴訟費用)受救権(Armenrecht)」が、補助参加人にも適用されるかということが、ハープシャイトによって論じられたことがある。民事訴訟法一四一条一項では、いちおう、当事者に、受救権は付与されることと規定されているが、それによって、ただちに、補助参加人には受救権は付与されないと結論づけることはできないと、ハープシャイトはしているが、その論理は以下のとおりである。⁽⁸⁶⁾

すなわち、補助参加人は、たしかに、当事者を補助する者にすぎないが、その当事者の勝訴に自己の法的利益がかかっており、その当事者の敗訴のおりには、民事訴訟法六八条の参加的効力をうけ、補助参加人とその敗訴した当事者のあいだで争われる後訴では、前訴の判決の基礎となった法的・事実的事情に拘束され、それについてのあらたな主張や証拠方法の提出はできないという立場にたつ者でもある。また、補助参加人は、参加のときの訴訟の段階により、もしくは、主たる当事者の陳述および行為により、攻撃または防御の方法を主張することを妨げられ

たという主張をしなければならぬし、主たる当事者が、補助参加人の不知の攻撃または防御の方法を、故意または重過失により主張しなかつたということを、場合によっては証明しなければならぬ。このような大幅に制限された補助参加人の権利防衛にかんがみ、民事訴訟法一一四条の受救権を、補助参加人に準用することは、まことに当をえたものであるというものである。⁽¹⁸⁾

ただ、ハープシャイトは、この場合、同規定の直接適用は認められずとしている。その理由は、補助参加人は、当事者ではないからということである。あくまで、補助参加人の法的地位にてらして、ひとつの擬制がおこなわれるにすぎないとしている。⁽¹⁹⁾

このようなハープシャイトの論理は、間接的ではあるが、共同訴訟的補助参加人を含めた補助参加人の法的地位を的確に示唆するものであつて、補助参加人の地位は、共同訴訟人の地位と対比されるよりも、補助参加人が補助するがわの主たる当事者とのあいだの訴訟上の拮抗した法律関係において問題なのであるということを教えている。なお、この問題については、あらためて、共同訴訟的補助参加と必要的訴訟参加の關係のなかで検討される。

〔必要的共同訴訟 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)〕

一 これまでの考察で明らかのように、すべての必要的共同訴訟について、合一的確定の要請が基礎となつていながら、行政裁判所法六五条二項の必要的訴訟参加においても、合一的確定の要請が基礎となつてい⁽²⁰⁾る。そのことから、ドイツでは、行政訴訟理論においても、必要的共同訴訟と必要的訴訟参加の関連がさかんに論じられてきた。その場合の究極の命題は、必要的訴訟参加が、行政訴訟では認められていない必要的共同訴訟——民事訴訟法六二条の二番目の類型(実体法上の理由によるもの)——の代わりになりうるものであるのかということである。そして、この問題を解く鍵は、必要的訴訟参加人に当事者の地位(もしくは、それに匹敵するもの)が認められるかということにある。

パウエルは、行政裁判所法制定以前の規定において、訴訟参加人が訴訟関係人 (Beigelgen) となると規定されていたこととの関連において、同じく、原告と被告も、同条で手続関係人とされていたことから、訴訟参加人には、原告や被告と同等の法的地位が認められると結論づけている。そして、それにより、必要的訴訟参加は、行政訴訟において欠けている必要的共同訴訟を補充するものであるとしている⁽¹⁶⁾。その論拠は、必要的訴訟参加人を原告と分かつものは、ただ、原告は、訴訟を提起して請求をなし、任意に訴えを取り下げることにより訴訟を終了させることができ、訴訟参加人が、その限りで自らの主張を制限されることだけであるというものである⁽¹⁶⁾。このパウエルの論理には、じつは、必要的訴訟参加のかなり本質的な論点が含まれているが、パウエルが論拠としていることは、現在では、逆の結論への論証の論拠とされているのである。まず、訴訟参加人が訴訟(手続)関係人となることは、現行行政裁判所法六三条でも認められているが、これは、すでにみたように、当事者のあいだに下される判決の効力を、第三者である訴訟参加人にまで及ぼそうとする、ひとつの便法にすぎない。さらに、パウエルの論理の基礎には、主たる当事者が訴訟物に対する処分権を行使することにより、必要的訴訟参加人の主張の範囲へ影響が及ぶことの意味を重視していないことがあるが、このことは、次項で述べるように、むしろ、必要的訴訟参加人の主たる当事者への「補助性」を根拠づける論拠とされているのである。

また、訴訟における訴訟行為という観点から、訴訟参加人に当事者と同じ法的地位が認められることを論証したのが、マルテンスである。すなわち、同法六六条二文により、訴訟参加人には、当事者と異なる主張 (abweichende Sachantäge) をする権利が明らかに認められていること、そして、訴えじたいが、ひとつの主張であると考えられることから、訴訟参加人も当事者と認められるべきであるとするものである⁽¹⁶⁾。

その関連で、ふたたび想起されなければならないのは、必要的訴訟参加は、行政裁判所法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の補充であるとするメンガーのテーゼである⁽¹⁶⁾。メンガーの論理は、必要的訴訟

参加の場合は、当事者のあいだで争われている法律関係、すなわち訴訟物を超えて、判決の法的効力が、第三者に及び、それは、当事者のあいだに下された判決が、第三者の利益に関わるといふにとどまらず、その者の法的地位まで侵害しているといつてよいので、必要的訴訟参加は、必要的共同訴訟の補充であるといふものである。⁽⁸⁾ この論理の基礎にあるのは、いうまでもなく、必要的訴訟参加人にも、必要的共同訴訟人と同等の当事者たる訴訟上の地位が認められるという考えである。

二 しかし、これらの見解に対して、ベッターマンは、はっきりした論拠を上げることは保留したまま、必要的訴訟参加が必要的共同訴訟の補充には、けつしてならないとしている。すなわち、共同訴訟が必要的である場合に、共同訴訟人とならなかつた者があるときは、訴訟参加という形式では補充できない。このときは、追加的に、原告側もしくは被告がわに、共同訴訟人として加わることによつてのみ補充されうるといふものである。⁽⁹⁾

また、シュテットナーも、訴訟参加人に当事者と同じ法的地位を認めることに疑問を表明している。すなわち、もし、訴訟参加人に、原告および被告と同等の訴訟法上の地位が認められるのであれば、訴訟における二当事者システムが崩れることになる。訴訟参加の制度を訴訟に導入するさいに、二当事者システムを放棄することまで考えられていたとは思えないし、行政訴訟の基本は二当事者システムであるといふものである。⁽¹⁰⁾

三 しかし、いうまでもなく、これらの議論は、すでに行政裁判所法の条文をつうじて見たように、行政裁判所法六四条により、民事訴訟法五九条ないし六三条の規定が、行政訴訟にも準用されるようになっていらい、あまり意味をもたなくなつたのである。

行政訴訟においても、共同訴訟の例——とくに能動訴訟——は数多く見られ、⁽¹¹⁾ このような事例には、民事訴訟法の規定がそのまま適用されている。行政訴訟における必要的共同訴訟の典型的な例として上げられているのは、労働組合に加入していない者が、労働協約の一般拘束宣言の取消しを求める訴え、夫婦が共同で称する姓の変更の義

務づけを、夫が求める訴えで、これらは、ひとりの者が訴え、または、訴えられたときに、判決の効力がすべての共同訴訟人に及ぶ場合である。⁽¹⁰⁾ また、それ以外にも必要的共同訴訟の典型的な例として上げられているのは、土地の共同所有者、または、土地の所有者および賃借人らが、土地に対する行政行為の取消しを求める訴えで、これは、訴訟物が完全に同一であるところに、必要的共同訴訟の根拠があるとされている。⁽¹¹⁾

いずれにせよ、これらの訴訟では、共同訴訟人は、原告または被告の主たる当事者となるものであって、第三者が他人の訴訟に参加する訴訟参加とは区別して、運用されているようである。⁽¹²⁾

[共同訴訟的補助参加 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)]

一 最後に、共同訴訟的補助参加と必要的訴訟参加の比較論的分析を試みるが、ここでの目的は、必要的訴訟参加の「補助性」について明らかにすることにある。行政訴訟における必要的訴訟参加については、当事者の訴訟進行から独立した、固有の訴訟進行をなしうる地位を有するものであることは、これまでの考察から明らかにされているが、その地位を一定の範囲で制限する特質としての補助性があるかどうかは、条文のうえからも、理論のうえからも、なお明らかではない。⁽¹³⁾

ドイツ民事訴訟法で認められている共同訴訟的補助参加では、共同訴訟的補助参加人は、通常補助参加人と同じく、当事者を補助する目的で訴訟に参加するわけであるが、当事者の訴訟進行から独立した、固有の訴訟進行をなしうるものと認められているが、その地位は、補助参加としての補助性のゆえに制限されるのである。行政訴訟における必要的訴訟参加も、他人の間に係属する訴訟に、あとから追加的に参加するものである以上、かなりの程度、共同訴訟的補助参加に共通する原理があるはずで、むしろ、まったく平行に両制度をみたほうがいいのか、ここで確認しておく必要がある。

二 必要的訴訟参加人と共同訴訟的補助参加人の法的地位については、まず、訴訟物に対する処分権からの考察

を、あらためて、おこなうべきであらう。

共同訴訟的補助参加人の訴訟物に対する処分権は、ヴァアスマンによれば、訴訟を終了させる訴訟行為につながるので、否定される。なぜなら、そのようなことを認めれば、主たる当事者の意に反する補助参加人の行為によって、主たる当事者の勝訴が不可能になることもあるからであるとされる。⁽¹⁷⁾この基礎にある考えは、共同訴訟的補助参加人といえども、その補助性のゆえに、主たる当事者の訴えを撤回したり、制限することはできないということである。⁽¹⁸⁾

行政訴訟において、必要的訴訟参加人が訴訟物の処分権をもつかどうかについては、ドイツの理論でも十分には解明されていないようである。そもそもその議論の前提として、行政裁判所法でそれに関連するような条文は、六六条二文しかなく、そこでは、「訴訟参加人は、必要的訴訟参加の場合に限り、異なる主張をすることができ」とされているだけで、この主張のなかに、訴訟物を処分する行為まで含まれるかどうか、解釈上の問題として残されているのである。ところで、この条文の原文で「主張」として使われている単語は、*Sachanlage*であり、これは、民事訴訟でいう「判決をうけるべき事項の申立て (*Sachantrag*)」と、いちおう同義と考えられ、民事訴訟の一般理論によれば、それは、訴えの変更、本案の終了の申立て、訴えの取下げの申立てでも含むとされている。⁽¹⁹⁾ただ、それをうけて、ただちに、行政訴訟の理論として、必要的訴訟参加人は訴訟物を処分する権利を有するという結論にむすびつけることには、全体的に積極的ではないようである。⁽²⁰⁾

むしろ、現在の行政訴訟理論としては、第三者である必要的訴訟参加人の訴訟上の権限は、当事者の権限に比べて、相対的に制限されるということを出発点にしているようである。

たとえば、アイエルマン^{II}フレラー^{II}シュミットは、必要的訴訟参加人も、主たる当事者が、訴えの取下げや本案の終了の申立てによって、訴訟を終了させようとすることを甘受しなければならぬとしているが、その論拠

は、必要的訴訟参加人は、訴訟が係属することについて影響を及ぼしうる立場にはないし、また、したがって、その存続についてなんらかの請求をなしうる立場にもないものである。⁽¹⁸⁾ ただ、当事者どうしの訴訟上の和解については、基本的に、必要的訴訟参加人も、これを甘受しなければならぬが、必要的訴訟参加人の法的地位を危うくしない範囲のみ、当事者は和解をなしうるとしている。⁽¹⁹⁾ 逆に、必要的訴訟参加人が、単独で、訴訟を終了させるような、訴訟物に対する処分権をもつのかということについては、なにも論じられていない。

このことは、アイエルマン・フレラー・シユミットの同法六六条の解説の枠内で考えてみると、六六条は、基本的に、通常訴訟参加も必要的訴訟参加も含めた、訴訟参加一般についての規定であり、その解説として、当該コメントも、訴訟参加人の地位に関して、一般に、訴訟物に対する処分権はないとしており、そのうえで、その例外的な規定である同条二文の解説として、必要的訴訟参加人の地位について、右記のようなことをとくに述べているだけなので、それ以外のことについては、六六条の基本的確認事項である、訴訟参加人には訴訟を終了させる権限はないということが及び、したがって、それが、必要的訴訟参加人にも通用するのではないかと推測されるだけである。

三 つぎに、共同訴訟的補助参加人と必要的訴訟参加人は、訴訟において、自己の固有の権利を主張しうるかという角度から、これらの者の法的地位の分析を試みよう。

共同訴訟的補助参加人については、自己に判決の効力が及ぶといっても、その性格は、他人の訴訟において訴訟追行をするにすぎないものであるので、自己の固有の権利を主張する攻撃・防御の方法を提出することはできないというのが、一般の理解である。⁽²⁰⁾

いっぽう、必要的訴訟参加ということではなく、訴訟参加一般については、以前から、共同訴訟的補助参加と同じようなことがいわれており、ベッターマンは、訴訟参加人は、他人の権利または法律関係を争うものであるの

で、たしかに自己の利益は主張するが、自己の権利を主張するものではないとし、⁽¹⁸⁾ バッホフは、訴訟参加人については、自己の固有の権利は、その後の反訴で主張されるべきで、主訴訟においては主張できないとしている。⁽¹⁹⁾ しかし、ペッターマンもバッホフも、それ以上に、必要的訴訟参加人も、主訴訟において自己の固有の権利を主張することはできないのかという点については、なにも述べていない。また、その後のドイツの行政訴訟理論においても、この問題は、ほとんど論じられていない。⁽²⁰⁾

この問題を解く鍵は、おそらくは、必要的訴訟参加人の固有の権利と主訴訟の訴訟物の関係であると思われる。もし、必要的訴訟参加人の固有の権利と主訴訟の訴訟物が一致していれば、とうぜん、必要的訴訟参加人は、自己の固有の権利を主張することができるが、もし、必要的訴訟参加人の固有の権利と主訴訟の訴訟物が一致していないときは、両者のあいだに、なお、なんらかの関係があれば、必要的訴訟参加人は、自己の固有の権利を主張することができるのか、といったことが、その場合に問題となる。これらの問題については、やはり、具体的な事例のなかで検討されるべきであると思われるので、次節において検討する。

四 ところで、共同訴訟的補助参加をふくめ、補助参加には、一般に参加的効力 (Interventionswirkung) が働くことされている。判決の効力の関係でいうと、われわれの考察の主たる対象である必要的訴訟参加では、当事者のあいだに下される判決の効力の拡張が問題とされているが、次節でこの問題の分析をおこなうまえに、いちおう、ここで、参加的効力の性質について確認しておこう。

民事訴訟法六八条に規定された補助参加の「参加的効力」については、民事訴訟理論では一般に、補助参加人が参加した訴訟において下された判決は、補助参加人と補助参加したがわの当事者 (主たる当事者) とのあいだの関係において参加的効力をもつとされ、その内容は、補助参加人は、前訴の判決で主たる当事者について認められた事柄を、後訴で争う——不当であると主張する——ことはできないし、主たる当事者の訴訟進行の瑕疵は、限られ

た範囲でしか主張できないというものであると説明されている。⁽¹⁸⁸⁾

このような参加的効力の性質については、シュヴァープが、第三者効と比較しつつおこなっている興味ぶかい分析があるので、それを参考にしよう。シュヴァープは、第三者効と参加的効力は、その内容において相違があるとしている。すなわち、参加的効力は、要するに、主たる当事者に対して異議をとなえることを禁ずるものであつて、したがつて、民事訴訟法三三二条にいう請求に関して下された決定の範囲に限定されず、判決における事実的・法的考慮、すなわち、判決理由にも関連する。⁽¹⁸⁹⁾ それに反して、第三者効は、当事者のあいだに下された判決の權威性を、第三者が争うことを禁ずるものであり、また、前訴の当事者に、前訴の判決を第三者に対しても援用しうる權利を与えるものであるというものである。⁽¹⁹⁰⁾

この説明のポイントは、参加的効力は、補助参加人と当事者の一方、すなわち、補助参加人が補助参加したがわの主たる当事者とのあいだにのみ生ずるのであつて、相手方の当事者とのあいだには生じないということ、第三者効は、当事者双方と第三者のあいだに生ずることである。このことは、シュヴァープが上げるつぎの例から、理解しやすい。すなわち、債権者が、主たる債務者に対して訴訟を提起し、保証人が債務者がわに補助参加したというケースでは、債権者の保証人に対する後訴においては、参加的効力は及ばないというものである。⁽¹⁹¹⁾ しかし、この場合も、前訴の判決に第三者効は生ずるのであるが、この問題については、判決の効力の拡張の問題とあわせて、次項で検討する。

五 最後に、訴訟告知 (Streitverkündung) との関係を、すこしみておこう。訴訟告知については、すでに民事訴訟法の条文のところでもみたように、補助参加と密接に関連する制度である。それじたいは、当事者の一方から第三者に対して、訴訟が係属した旨を伝える形式的な通告である。⁽¹⁹²⁾ ただ、この場合、義務的ではない訴訟告知を、当事者の一方が第三者に対してあえておこなうのは、その根底には、訴訟告知をし第三者の補助参加をうけるがわの当事

者と補助参加する第三者とのあいだでつぎに争われる後訴への意識が、つねにあるのである。そのことは、民事訴訟法七二条一項にも、当事者の一方が敗訴した場合、第三者に対して担保または損害賠償の請求をすることができるか、あるいは、逆に、第三者から請求をうける関係にある場合に、その第三者に訴訟告知をすることができるという規定のたてかたになつていふことから、明らかである。また、訴訟告知をしたことによる効果も、すでにみたように、密接に参加的効力と結びつけられているのである。

このような、民事訴訟法において、補助参加と密接に関連して規定された訴訟告知のような制度は、行政裁判所法では存在していない。そのあたりの関連について、コップルシエンケは、行政裁判所法六五条の訴訟参加の制度の内容が、民事訴訟法の主参加、補助参加、訴訟告知を補充するものであつて、したがつて、これらの民事訴訟の制度は、行政訴訟には準用されないと説明している。⁽¹⁸⁾

この、訴訟参加が補助参加や訴訟告知を補充するということについて、さらに詳しく論じたものとして、ベツターマンの見解があるので、それをみてみよう。すなわち、訴訟参加は、第三者に行政訴訟に参加することを可能にするだけではなく、第三者に参加することを余儀なくさせる——たしかに、第三者は積極的に訴訟に参加する必要はないが、参加しなくても、参加した場合と同じ程度に判決に拘束されるということによつて——。訴訟参加は、訴訟に参加する、または、訴訟の結果に法的に利害関係を有する第三者に、法的聴聞の機会を保障する手段であるというだけではなく、第三者に告知された訴訟における判決に、第三者を従属させる手段でもあるというものである。⁽¹⁹⁾

この見解で念頭におかれているのは、いうまでもなく、必要的訴訟参加ではなく、通常訴訟参加で、訴訟の結果を合一的に確定する必要はないが、訴訟の結果が第三者の法律上の利益を害するおそれのある場合である。ベツターマンのいつているのは、訴訟参加のなかに訴訟告知の機能がすでに内包されており、第三者になんらかのかたち

(19)で訴訟参加の機会が与えられるということが明らかにされることにより、第三者が実際に参加しようがしまし、判決の効力がその第三者にも及ぶという、民事訴訟における訴訟告知の効果のような効果が発生するということであると思われる。そのことは、ベッターマンが、民事訴訟の訴訟告知を参照しつつ、おこなっている以下の論述からも明らかである。(20)

「民事訴訟法の訴訟告知が、『被告告知』に訴訟への参加を可能にしているだけではなく、また、同法六八条の範囲で、告知者が勝訴した判決に、被告告知者が拘束されるようにしているように、訴訟参加も、第三者を、訴訟に関与させるといっただけではなく、訴訟の結果に関与させようとするものでもある。」

しかし、必要的訴訟参加についていえば、訴訟告知は、まったく問題にならない。当事者の一方が、紛争の将来の展望をにらみつつ政策的に用いる訴訟告知は、合一的確定の要請があるという客観的状況のもとでは、必要的に、裁判所の命令で参加が求められる必要的訴訟参加においては、おこなわれる余地がないからである。

ただ、我が国のように必要的訴訟参加が認められないところでは、訴訟参加と訴訟告知の関係については、さらに検討していくことが、必要的であると思われる。

(c) 「必要的」——判決の効力の拡張——の理論

一 つぎに、これまでの目的論的分析、民事訴訟の類似類型との比較論的分析によって得た成果をふまえて、本稿の中心的関心事である、ドイツ行政裁判所法の必要的訴訟参加の「必要的」の問題の理論的解明——いかなる場合に第三者の訴訟参加が必要的であるのか、また、必要的であることの基礎はなにか——に取り組むことにしよう。

その出発点としては、いちおう、「第三者の訴訟参加がなくても、第三者に判決の効力が及ぶと言う場合に、第三者の訴訟参加は必要的となる」というベッターマンのテーゼを分析対象としよう。その場合に、もうひとつの、

ベッターマンの、「必要的訴訟参加においては、訴訟参加人への判決の効力の拡張は、必要的事であることの効果ではなく、その要件である⁽²⁰²⁾」という補助的なテーゼも、あわせて分析対象とする。必要的訴訟参加の主要な目的が、判決の効力を第三者にまで拡張することにあつたことは、すでにみたとおりである⁽²⁰³⁾。しかし、その判決の効力の拡張が、訴訟理論として、訴訟参加とどのような関係にあるのかは、本稿では、まだ論じられていないが、その場合に、これらのベッターマンのテーゼが、きわめて暗示的であるように思われるのである。

しかし、そのような分析をおこなうまえに、そもそも、この判決の効力の拡張の理論は、民事訴訟のなかで、必要的共同訴訟や補助参加などとの関係でなごらく論じられてきた問題であり、われわれの考察においても、どのような法律関係について判決の効力の拡張が認められるのか、そもそも判決の効力の拡張の本質とはなにか、また、判決の効力が第三者に拡張されるとして、我が国の取消判決が有するとされている第三者効とどう違うのかという問題を明らかにするためには、やはり、民事訴訟における判決の効力の拡張の理論まで立ち返って考えなおすことは必要であろう。そのうえで、なお、最終的な問題として、判決の効力の拡張が認められる、もしくは、要求される⁽²⁰⁴⁾として、それにより、なぜ訴訟参加が必要となるのかについて、あらためて検討することにする。

二 ドイツ民事訴訟理論で、判決の効力の拡張の問題を論ずる論文の多くは、プロマイヤーの提唱した、判決の効力の拡張の問題を、訴訟上の理由による判決の効力の拡張の類型と、民事法上の従属関係を理由とする判決の効力の拡張の類型に分けて論ずる立場⁽²⁰⁵⁾を出発点としているので、本稿の判決の効力の拡張の理論分析も、この理論の分析を出発点としよう。

プロマイヤーのいう「訴訟上の理由による判決の効力の拡張」とは、訴訟当事者が、第三者の法律関係について、当事者たりうる地位⁽²⁰⁶⁾(Prozessstandschaft)において、訴訟を提起し争った場合は、その第三者に判決の効力が直接及ぶというものである⁽²⁰⁷⁾。そして、「民事法上の従属関係を理由とする判決の効力の拡張」とは、第三者と当事者

の一方とのあいだの法律関係が、当事者のあいだに存在する法律関係に従属する関係にある場合に、第三者の提起する後訴では、裁判所は、第三者と当事者の一方とのあいだの法律関係については、前訴の判決内容を尊重して判断しなければならぬものである。⁽²⁰⁾これが認められるのは、プロマイヤーによれば、ある特定の関係にある場合で、前訴が後訴に対して「先決性 (Präjudizialität)」を有する場合だけであるとされている。⁽²⁰⁾

このプロマイヤーの類型に対して、訴訟物の同一性という観点から分析を試みたのが、シュヴァープである。⁽²¹⁾その理論は、民事訴訟法における判決の効力の拡張は、訴訟物が客観的に同一のまま、当事者が変更しただけの場合を基本としているということを出発点とするものであるが、その理由は、訴訟物については、すでに判断が下されているので、判決の効力は、係争法律関係の本来の主体に及ぶものである。⁽²²⁾いうまでもなく、プロマイヤーの一番目の類型（訴訟上の理由による判決の効力の拡張の場合）では、訴訟物は同一であるが、二番目の類型（民事法上の従属関係を理由とする判決の効力の拡張の場合）では、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は異なる。⁽²³⁾したがって、シュヴァープによれば、一番目の類型における判決の効力の拡張は、じつは、民事訴訟法三二五条の当事者間の判決の確定力の範囲内の問題にすぎない。それが、変更した当事者に、そのまま自動的に及ぶというだけのことである。しかし、二番目の類型においては、訴訟物が異なる部分について、判決の確定力とべつの効力が生ずることになるとされるのである。⁽²⁴⁾このべつの効力の部分が、シュヴァープによれば、判決の効力の拡張ということになるが、その内容は、前訴の判決が先決的意味をもつので、後訴の裁判所を拘束するというものである。⁽²⁵⁾

三 それでは、このような内容をもつ判決の効力の拡張の性格について、さらに分析してみよう。その場合の方向として、問題になるのは、われわれのもうひとつの関心事である、いわゆる判決の第三者効との関係である。第三者効、すなわち、判決の効力が第三者にも及ぶということが、判決の効力のひとつであることは、ドイツの民事訴訟法学のなかで、一般に説明されている。⁽²⁶⁾いうまでもなく、判決の第三者効は、判決の確定力の本質と密接に関連

するものである。ただ、判決に付随する、第三者に関連する効力とされているものは、第三者効以外にも、構成要件効 (Tabestandswirkung)⁽²¹⁸⁾、形成効 (Gestaltungswirkung) があり、これらが、判決ほんらいの効力である確定力 (Rechtskraft) の拡張と⁽²¹⁹⁾区別されるのは、ドイツの民事訴訟の議論のなかで、かならずしも明確にされているわけではないと、シュヴァーブは指摘している。⁽²²⁰⁾

もともと、このあたりの議論は、判決の確定力の本質論争のなから派生的に生まれてきたものである。民事訴訟法三三二条に規定された判決の確定力については、判決は実体的権利を成立・消滅させるとする「実体法的確定力理論」と、判決はなにが法であるかを述べるが、形成判決以外は判決みずからが法を創造するわけではなく、ただ、(同じ内容の繰り返しである) 後訴が前訴の判決に拘束されるのみであるとする「訴訟的確定力理論」が、なごらく対立してきた。⁽²²¹⁾ その一方の訴訟法的確定力理論においては、判決の効力(確定力)の第三者への拡張は、いっさい否定される。⁽²²²⁾ しかし、その訴訟法的確定力理論においても、なんらかの判決の力が第三者に及んでいることは認め、それを、判決の確定力とはべつの副次的効力として、「構成要件効」もしくは「反射効」としているのである。⁽²²³⁾ 他方、実体法的確定力理論においては、論理の当然の帰結として、第三者にも絶対的確定力が及ぶことになる。⁽²²⁴⁾ もちろんこれは、実体的効力としてである。

これに対して、ベティヒアー、シュヴァーブらは、第三者効の本質を、民事判決の他の訴訟への拘束力のなかに見出そうとしている。⁽²²⁵⁾ ベティヒアーは、判決には、他の裁判所や行政庁に対する訴訟法上の拘束力があることを認め、この効力の性質については、あきらかに、判決の効力の拡張とは異なるもので、第三者効であるとしている。⁽²²⁶⁾ ただ、ベティヒアーは、民事判決の効力が他の裁判所や行政庁に及ぶことについては、民事判決の効力に本質的ではないとみている。いわく、民事判決の確定力は、もっぱら、民事訴訟にのみ関わるもので、他の訴訟手続はまったく眼中にない。したがって、確定力を当事者に限定することは、以下のような意味をもつものである。それは、

判決の当事者と同一の当事者のあいだで、ふたたび争いがむし返された場合にのみ、確定力が働くというものである。⁽²⁶⁾

しかし、その一方で、ベティヒアーは、判決の第三者効もまさに、この「同じものはふたたび争われることはない (the bis in idem)」という原則に由来するものであるとして、「同じもの (idem)」にもとづく論証をおこなっている。すなわち、判決の確定力により、民事法廷においてすでに判決が下された問題について繰り返し決定することが妨げられるということは、「同じもの」についてであることを前提としているわけであって、そうすると、民事判決においてすでに判断されたのと「同じもの」が、行政争訟手続や他の訴訟手続で問題となった場合、その訴訟手続の当事者が民事判決の当事者と異なっていると見ても、対象が「同じもの」である以上、行政庁や他の法廷も、民事判決の確定力に拘束されるというものであるとしているが、それについては、ベティヒアーはまた、民事判決が他の裁判手続を拘束するのは、それが、国民にとって、国の決定——さまざまな裁判所や行政庁を代表する決定——であるからであるという論理で、論証の補強をおこなっている。⁽²⁷⁾

シユヴァープは、高等ラント通常裁判所の判決の評釈のなかで、被告について、すでに民事法廷で、扶養義務がないという判決を下しているにもかかわらず、刑事法廷の裁判官が、被告を扶養義務違背の罪で裁くことは、民事判決の確定力を侵害するものであると、つよく批判している。いわく、刑事判決が、民事判決により確定した法律関係に依存する関係にある場合は、刑事法廷の裁判官は、世の中の子供のすべての者に対する効力を備えた民事判決に拘束されるといふものである。⁽²⁸⁾ このことを、もうすこし分かりやすいシユヴァープのべつの言葉で示すと、刑事法廷の裁判官が、確定した民事判決と異なる判決を下すことにより、民事判決の確定力が侵害されるといふことのなかに、判決の第三者効の意義があるとしている。⁽²⁹⁾

シユヴァープは、また、第三者効と判決の効力の拡張は、厳格に区別されるべきであるとして、その区別が典型

的であるのは、以下のような例であるとしている。すなわち、AとBが、ある物件の所有権を争い、Aが所有者であることを確認する判決が、確定した。しかし、第三者であるCが、なお、自己に当該物件の所有権があることを主張して、Aに対して当該物件の所有権確認の訴えを提起することは妨げない。ただ、Cは、AとBの関係について、AとBのあいだに下された判決が意味をもたないということを、主張することはできないのであるというものである。⁽²³⁾

これに、すこし解説をくわえると、AとBのあいだで確定した判決の効力は、AとBのあいだの争い(もしくは法律関係)と自己の法律関係がならん依存関係にないCに、拡張されることはないが、AとBのあいだで確定した判決については、第三者であるCもこれを尊重しなければならぬ(もしくは、これを否定することはできない)という効力はあるということであろうと思われる。この最後の部分に第三者効の本質があると、シュヴァープが考えていたであろうことは、シュヴァープが、さらに、判決の確定力を外部から保護するためには、確定判決に第三者効をもたせることが不可欠であると述べていることからも、明らかである。⁽²⁴⁾

ただ、ペティヒアーやシュヴァープらが、他の法廷、なかんずく刑事法廷も、民事判決の確定力に拘束されると考えているとして、そもそも、完全な意味での当事者主義が妥当し、訴訟物について処分権主義も認められており、刑事訴訟よりもかなり低い程度の証明度であつても場合によつてはよしとされる民事訴訟における判断が、「同じもの」についてはるかに厳格な判断が要求されるはずの刑事裁判官を、そのまま拘束するかという、素朴な疑問は残される。しかし、ペティヒアーもシュヴァープも、このような疑問に対して、民事訴訟における審理のあり方は、ながい年月の不断の努力によつて改善されてきたもので、当事者主義を基調とする民事訴訟手続は、けつして真実の探究に不適なものではないとして、その判決には、たかい信頼がおかれるべきものであるとしている。⁽²⁵⁾

四 以上みたような性格を有する第三者効と判決の拡張の区別については、やはり、シュヴァープが、さら

に明確な分析をおこなっている。その分析のなかでは、三つの事例が上げられているので、われわれも、それらを通じて検討しよう。

〔事例一〕 債権者が債務者に対して勝訴判決を勝ち取り、判決が確定した場合は、保証人は、もはや主たる債務について争うことはできない。債務者に対する債権者の請求については、すでに判断が下されているのである。しかし、保証人は、自らの保証契約が無効で、債権者に対する支払義務はないということは、もちろん主張できる。

〔事例二〕 Aは、Bに対して、不動産登記の抹消を求める訴訟を提起した。しかし、Bは、訴訟係属後、不動産をCに譲渡した。この場合、もし、Cが訴訟係属の事実を知っていれば、Bに対する判決の効力はCにまで拡張する。Aは、不動産の名義がCに改められたのち、Cに対して判決を執行しうる。また、AからCに対して新たな訴訟が提起された場合は、Cは、登記の抹消に同意する義務はないと抗弁することはできない。

〔事例三〕 Aは、自動車の引渡しを求める訴えを提起したが、Aは、訴訟係属後に、自動車を、民法九三二条にもとづいてCに譲渡した。この場合、Cは、Aに対する訴え棄却の判決に従わなければならない。また、Cが、あらたに、引渡請求訴訟を提起しても却下されるだけである。

いうまでもなく、〔事例二〕は、判決の第三者効の例であるが、〔事例二〕と〔事例三〕は、判決の効力の拡張の例である。第三者効が働くのは、シュヴァープの解説によれば、〔事例二〕からも分かるように、当事者のあいだに下された判決が、第三者に対して先決的な意味をもつ場合を前提とするもので、このとき、第三者は、当事者のあいだに下された判決を甘受しなければならない関係にたっている。

また、判決の効力が拡張されることの意味は、シュヴァープの解説によれば、〔事例二〕や〔事例三〕からも分かるように、第三者が、判決により確定した請求と同一の請求を、原告として主張することは、もはやできないと

いうこと、もしくは、第三者が、被告として、そのような請求をもちや受けることがないということである。⁽²⁰⁾

けつきよく、判決の第三者効と判決の効力の拡張の違いについては、シュヴァープによれば、判決の効力の拡張の基礎として要求される訴訟物の客観的同一性が存在するかどうかにかかっているとされる。⁽²¹⁾ このことは、じつは、再審の訴えについても重要な意味をもつわけで、本来的に当事者の変更にすぎない場合を前提とする判決の効力の拡張の場合ではなく、判決の第三者効のみが働く場合では、第三者は、他の当事者のあいだに下された判決について、再審の訴えを提起することはできないのである。⁽²²⁾

五 以上のように発展してきた民事訴訟の判決の効力の拡張の理論をふまえて、行政訴訟の必要的訴訟参加において、なぜ第三者を訴訟に参加させることが必要なのかを、あらためて問いなおしてみよう。

まえにも述べたように、行政訴訟理論においては、必要的訴訟参加の主要な目的は、判決の効力を第三者に及ぼすためであるとされている。これだけのことから判断すると、ここでは、第三者の訴訟参加があつてはじめて、第三者に判決の効力が及ぶということ、逆にいえば、第三者の訴訟参加がなければ、第三者に判決の効力が及ぶことはないということが前提とされているのであろうという推測に帰着しやすい。しかし、民事訴訟理論の分析をとおして得られたものを総合してみると、事柄は、さほど単純ではない。

そこで、さきほどの、「第三者の訴訟参加がなくても、第三者に判決の効力が及ぶという場合に、第三者の訴訟参加は必要となる」というベッターマンのテーゼにもどるが、このときの判決の効力というのは、行政処分取消訴訟についていえば、判決の効力の拡張というまえに、形成効でもある。ところで、行政処分の取消判決の形成効は、いうまでもなく、第三者の訴訟参加がなくとも、いいかえれば、第三者の訴訟参加とは無関係に、第三者にも及ぶものである。

このことを、もうすこし具体的に、必要的訴訟参加の典型的な例とされる二重効果的行政処分についてみてみよ

う。建築主が、建築監督行政庁から建築許可をうけたところ、隣人が、その建築許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起したという事例では、ドイツの行政訴訟理論・判例においては、建築主の訴訟参加は必要であると考えられているが、その内容について、さらに分析してみよう。建築主は、形式的には、隣人と建築監督行政庁とのあいだの法律関係についての争いに参加するわけであるが、実質的には、みずからの法律関係に関する争いに、当然のごとく加わるわけである。そのとき、建築主の訴訟参加を必要とする理由が、合一的確定の要請である。

ところで、すでにみたように、この合一的確定の要請は、民事訴訟の理論では、判決の効力の拡張と同じ概念と考えられているが、訴訟当事者が、第三者の法律関係について、当事者たりうる地位 (Prozessstandschaft) において、訴訟を提起し争った場合は、その第三者に判決の効力が、直接及ぶ——訴訟上の理由による判決の効力の拡張——と解明されている。この場合も、もちろん、第三者の訴訟参加があろうがなからうが、判決の効力は第三者に及ぶのである。また、いっぽうで、行政処分を取り消す判決には、形成効がはたらき、第三者の既得の法律関係は消滅するのである。⁽²⁶⁾したがって、隣人の提起した取消訴訟において、建築許可処分を取り消す判決が下された場合は、第三者である建築主の訴訟参加がなくとも、取消判決の効力が第三者である建築主にまで拡張されると同時に、取消判決の形成効により、第三者である建築主に与えられていた建築許可処分が、建築主に対しても効力を失うのである。

つまり、二重効果的行政処分の取消判決については、二重の判決の効力が処分の名宛人に及ぶことになるが、——何度もくり返すことになるが——それらは、けつして処分の名宛人が訴訟参加したことの結果ではない。⁽²⁶⁾そうすると、必要的訴訟参加の主要な目的は、判決の効力を第三者に及ぼすためであるということの前提じたいが、あやしくなってくる。むしろ、この場合、「必要的」というのは、じつは、判決の効力の拡張とは無関係のところからででくるものではないか、と考えたほうが分かりやすいようである。それは、ベッターマンのテーゼにもあるよう

に、とにかく、第三者に判決の効力が及ぶ場合が、必要的訴訟参加の基礎となる場合である——その意味で、判決の効力の拡張は、訴訟参加が必要的であることの要件である——ことはまちがいないようだが、その場合になぜ第三者の訴訟参加が必要的となるのかは、けつきよくは、判決の効力の拡張に関連した、訴訟の結果に利害関係を有する第三者を訴訟に参加させることが「必要的」であると考慮させる、へつの訴訟政策的要請——利益保護目的など——から説明されるべきではないのかということである。しかし、なぜか、ドイツの行政訴訟理論では、この「必要的」であることのほんらいの直接的な理由を第一位のものとはしないで、「必要的」であることのひとつの要件にすぎない判決の効力の拡張を中心に、「必要的」であることの説明——それが、「必要的」であることの絶対的要件であり、絶対的効果であるかのごとき——がされているようである。

なお、このような筆者のいちおうの推測については、やはり、次節で、具体的な事例を分析することによって実証すべきであろう。

- (66) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 1.
- (67) Maunz, Theodor = Dürig, Günter = Schmidt-Abmann, Eberhard, Grundgesetz, Rdn. 1 zu Art. 103.
- (68) Maunz = Dürig = Schmidt-Abmann, a.a.O., Rdn. 2 zu Art. 103. #た# 判例に於ては、Beschluß des BVerfG (Bundesverfassungsgericht) vom 8. 1. 1959 E. (Entscheidungen), Bd. 9, S. 89. は、「具体的生活事実について終局判決を下すことが裁判所の任務は、通常は、関係人の言い分を聞かないかぎり、果たしえない。したがって、このような聴聞は、ただちに正当な判決の要件となりうるものである。さらに、人間の尊厳の保障から、その者の権利について公権的に即決されるということが要求される。個人は、裁判官の判決の客体であるということにとどまらず、その者の権利に関わる裁判におきて、手続およびその結果に影響を与えるような陳述をすることができるものである」ということが確認されている。
- Ähliche Urteile: Beschluß des BVerfG vom 11. 3. 1975 E., Bd. 39, S. 156. Beschluß des BVerfG vom 9. 3. 1983 E., Bd. 63, S. 332. Beschluß des BVerfG vom 18. 6. 1985 E., Bd. 70, S. 180.
- (69) Schmidt-Bleibtreu, Bruno = Klein, Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., 1999, Rdn. 1 zu Art. 103. Sachs, Michael =

Degerhart, Christoph, Grundgesetz, 2. Aufl., 1999, Rdn. 8 zu Art. 103. Beschluß des BVerfG vom 29. 11. 1989 E., Bd. 81, S. 123. Beschluß des BVerfG vom 29. 5. 1991 E., Bd. 84, S. 188. Beschluß des BVerfG vom 19. 5. 1992 E., Bd. 86, S. 133.

またこのような陳述権は、シムニット＝アスマンが「手続の進行に影響を与えるような能動的権利を把握」すれば基本法一〇三条一項の保障されることとなる。そして「それは、権利であって、けしこつ義務ではなくともう、示唆に富む指摘もつづる。Mauz = Dürig = Schmidt-Abmann, aa.O., Rdn. 80ff. zu Art. 103.

(70) デゲンハルトは「さらだ、判決に関わる者の陳述権の前提として、その者が、手続の基礎となる事実について、裁判所から十分に知らされていなければならぬこと」である。Sachs = Degerhart, aa.O., Rdn. 8 zu Art. 103.

このような、裁判所の通知ならぬ情報提供義務は、シムニット＝アスマンが「召喚」期日の通知、判決の送達が最も重要であること」である。Mauz = Dürig = Schmidt-Abmann, aa.O., Rdn. 70ff. zu Art. 103. Vgl., Beschluß des BVerfG vom 29. 5. 1991 E., Bd. 84, S. 188. Beschluß des BVerfG vom 19. 5. 1992 E., Bd. 86, S. 133. Beschluß des BVerfG vom 8. 6. 1993 E., Bd. 89, S. 28.

(71) Kopp, Ferdinand, Das Rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) Bd. 106, S. 629.

(72) Beschluß des BVerfG vom 1. 2. 1967 E., Bd. 21, S. 132. なおこの判決については「参照」Kopp, aa.O., AöR Bd. 106, S. 613ff. Schlosser, Peter, Urteilswirkungen und rechtliches Gehör — Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 1. 2. 1967 — JZ (Juristenzeitung) 1967, S. 431ff.

(73) Baur, Fritz, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ACP (Archiv für civilistische Praxis), Bd. 153, S. 398. ハウアーのこの見解は「司法保障請求権としてもいうべきものであるが、これに真向から反対したのは、レヒヒである。すなわち、公権力の行使に対する裁判所の救済については、もっぱら基本法一九条四項により保障されている。また、民事訴訟にはこの規定は適用されないので、その限りで司法救済の保障の遺漏はたしかに存在するが、この部分については、同法一〇三条一項が「司法救済を保障する役割を担うものではなからぬ」。Lerche, Peter, Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“, ZfP (Zeitschrift für Zivilprozess) Bd. 78, S. 7f.

しかし、ツォイナーのように「公権力の行使に対する救済に限定される同法一九条四項とは異なり、同法一〇三条一項は、すべての法律上の争訟において国の裁判を受ける権利を憲法上保障したものであるとする者もある。Zeuner,

- Abrecht, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für H. C. Nipperdey I, S. 1017.
- (74) Stehner, Joachim, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozess — zugleich eine Untersuchung der Fallgruppen notwendiger Streitgenossenschaft —, S. 90.
- (75) Beiermann, Karl August, Anmerkung zum Urteil des Bayerischen VerFGH (Verfassungsgerichtshof) vom 2. 2. 1962, JZ, 1962, S. 676f.
- ヘッターマンはこの見解の論拠を、Beschluß des BVerfG vom 8. 1. 1959 (注(88)参照) においている。ヘッターマンの分析によれば、この問題の根底にあるのは、誰が、裁判所によって、手続に関与させられるべきか、もしくは、関与することが許されるかということと、どの範囲でどのような利害関係人が手続に属するのかが、二つの事柄がある。もし、正当な当事者を定めるために重要なこれらのファクターを、法的聴聞の保障と無関係のものであるとするならば、立法者が、恣意的に当事者の範囲を定めることができることになる。しかし、連邦憲法裁判所一九五九年一月八日判決によれば、個人は、その者の権利に関わる判決について、手続およびその結果に影響を与えるような陳述をすることができるとされているのであるというものである。
- (76) Stober, Rolf, Beiladung im Verwaltungsprozess, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, S. 417.
- (77) Stober, a.a.O., S. 417f. シュトローバーの見解の前提には、基本法一〇三条一項の法的聴聞の保障じたいが、必要的ではあるという認識がある。
- (78) Maunz = Dürig = Schmidt-Abmann, a.a.O., Rdn. 15 zu Art. 19 Abs. 4.
- (79) Lerche, a.a.O., S. 23f.
- (80) これについてのシュテットナーの論証は、以下のとおりである。公権力により権利を侵害された者があるときは、まず、法律において、第三者が、自らの請求権の実現のために、その固有の手続を遂行することができるようになってくるかが、検討されなければならない。もし、そうなっていないならば、法律において、第三者に、他人間の争訟に参加するといふ、奪うことのできない請求権が与えられているかが、検討されなければならない。しかし、この参加が十分に認められているといえるのは、第三者に、当事者に匹敵する権利が規定されているときのみである。そして、この意味での訴訟参加が、法律で規定されていないときは、直接、同項に基づく訴訟参加の請求が認められるといふものである。Stehner, a.a.O., S. 94.

- (87) Stetter, a.a.O., S. 95f.
- (88) Beternann, Streigenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streiverkündung—Bemerkungen zu Joachim Stetter, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streigenossenschaft im Verwaltungsprozess—, ZZP, Bd. 90, S. 126. ベトナム人は「けつぎやく、シユエツトナー」は、必要の訴訟参加によって同項の要請がみられるとすることにより、同項の趣旨を不当に低減して適用しようとするものであると、非難している。
- (89) Stober, a.a.O., S. 418f. Konrad, Horst, Die Notwendigkeit der Beiladung im Verwaltungsprozess, BayVBl. (Bayerische Verwaltungsblätter) 1982, S. 481f. コンラットは、「裁判手続への参加はいつてはじめて、第三者の実体的基本権の内容が完全に実現され、基本法一九条四項一文および同法一〇三条一項の保障が第三者に対して行われるとしてゐる。」
- (90) Stober, a.a.O., S. 419f.
- (91) Eyermann, Erich = Fröhler, Ludwig = Schmidt, Jörg, Verwaltungsgerichtsordnung, 10Aufl., 1998, Rdn. 1 zu Art. 65.
- (92) 基本法二条一項は、「すべての者は、他人の権利を侵害せず、憲法的秩序または道徳に反しないかぎり、自己の人格を自由に發展させる権利を有する」と規定している。
- (93) それがどのような基本権か、コップ＝シエンケは明らかにしていながら、コンラットによれば、「所有権および相続権は、これを保障する。ただし、その内容および限度は、法律の定めるところによる」という基本法一四条一項のような規定も、訴訟参加の根拠にならなければならない。Konrad, a.a.O., BayVBl. 1982, S. 481.
- (94) Kopp, Ferdinand = Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 11 Aufl., 1998, Rdn. 1 zu Art. 65. Ebenso: Wolf, Manfred, Rechtliches Gehör und die Beiladung Dritter am Rechtsstreit, JZ, 1979, S. 406.
- (95) 以下の条文の標題は「Thomas, Heinz = Putzo, Hans = Reichold, Klaus = Hüflege, Rainer, Zivilprozessordnung, 22 Aufl., 1999, 174b。」
- (96) 同法六五条により、主参加の申立てがあるときは、主訴訟(Hauptprozess)のほうは、当事者の申立てにより、主参加に関する確定判決が下されるまで、中止される。なお、我が国の民事訴訟法は、「独立当事者参加」といわれている。
- (97) Thomas = Putzo = Reichold = Hüflege, a.a.O., Rdn. 1zu Art. 66.
- (98) 七〇条一項は、「補助参加人の参加は、書面を裁判所に提出することによりなされ、すでに上訴されている場合は、上訴裁判所に書面を提出することによりなされる。書面は、当事者双方に送達し、以下の事項が記載されていなければ

ならぬ。(一)当事者および訴訟の表示、(二)補助参加人が有する利益の一定の表示、(三)参加の趣旨」と規定し、同二項は、「その他の事項については、準備書面に関する一般規定を適用する」と規定している。

(68) Thomas = Putzo = Reichold = Hüfkege, aa.O., Rdn. 1 zu Art. 68.

(69) bürgerliches Recht の 57 字句は、ドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896, RGBl. (Reichsgesetzblatt) 195) 制定以前から、民事訴訟法典 (Zivilprozessordnung vom 30. 1. 1877, RGBl. 83) のなかで使われていたものであるが、現在の解釈では、このなかに、民法以外の私法法規も読みこまれている。注(96)参照。

(95) 共同訴訟的補助参加人は、訴訟追行上、主たる当事者の訴訟行為に反する訴訟行為も有効に行いうるような、強い権能を有するが、基本は、他人の訴訟の補助者であるので、訴えを取り下げたり、変更するようなことまではできない。Thomas = Putzo = Reichold = Hüfkege, aa.O., Rdn. 5, 6 zu Art. 69.

(96) 条文には民法とされているが、現在の解釈では、このなかに、民法以外の私法法規も読みこまれている。それらの規定は以下のとおりである。

民法四〇七条一項では、「債権が譲渡されたのち、債務者が、譲渡前の債権者に対してした給付、および、債権が譲渡されたのち、債務者と譲渡前の債権者とのあいだで、当該債権に関してなされたすべての法律行為については、譲渡後の債権者は、これを自己に対する有効な給付または法律行為としなければならない。ただし、債務者が、給付または法律行為をなすときに、譲渡があったことを知っていた場合は、この限りではない」とされている。

同四〇八条一項では、「債権者が、すでに譲渡した債権を、さらに第三者に譲渡した場合に、債務者が第三者に給付をおこなない、または、債務者と第三者のあいだに法律行為がおこなわれ、もしくは、訴訟が係属したときは、債務者の利益のために、第一取得者に対して、四〇七条を準用する」とされている。

同四七八条一項では、「解除または減額請求権が時効にかかるまえに、買主が、売主に対して瑕疵を通知し、もしくは、通知を発送した場合は、時効完成後も、解除または減額にもとづく限度において、買主は、支払いを拒絶することができる。買主が、時効完成前に、証拠保全のために裁判所の証拠調べを申請したとき、または、買主と、目的物のその後の取得者とのあいだで、瑕疵にもとづいて提起された訴訟において、売主に訴訟を告知したときも、同じとする」とされている。

同一〇一一一条では、「各共有者は、共有物の全部に関する、所有権にもとづく請求権を、第三者に対しておこなうこ

とができる。……」とされている。

同一〇七四条では、「債権者の解約により弁済期となるときは、債権の用益権者は、債権の取立て、および、解約の権限を有する。用益権者は、正常なる取立てをするよう、注意しなければならない。債権に関するその他の処分は、することができない」とされている。

同一二八五条一項では、「質権者と債権者の双方に、給付がおこなわれるべき場合に、債権が弁済期になったときは、双方は、取立てにつき、協力する義務をおう」とされている。

同一九一条三項では、「債権者への弁済について、相続人が得た勝訴判決が確定した場合は、他の債権者に対して、弁済があった場合と同じ効果が生ずる」とされている。

同一〇三九条では、「遺産に属する請求権については、義務者は、相続人の全員に対してのみ給付をおこなうことができ、また、共同相続人は、相続人の全員に対する給付のみを、請求することができる。……」とされている。

同二三四二条一項では、「取消しは、取消しの訴えの提起によっておこなわれる。この訴えは、相続人が、相続欠格者であることを宣言することを、目的とするものでなければならぬ」とされ、同条二項では、「取消しの効力は、判決の確定力とともに生ずる」とされている。

商法 (Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, RGBl (Reichsgesetzblatt) 219) 二二七条では、「裁判所は、重大な事由がある場合は、他の社員の申立てにより、判決により、社員の代表権を剥奪することができる。とくに、いちじるしい義務違反があるとき、または、通常の会社代表の能力を欠くときは、その事由があるものとする」とされている。

同一三三三一条一項では、「裁判所は、重大な事由がある場合は、社員の申立てにより、会社の存続期間の満了前において、または、存続期間の定めのない会社にあつては、告知を要せずに、判決により、その解散を宣告することができる」とされている。

そのほか、民事訴訟法三二五条、三二六条、三二七条などが、これにあたる。

(97) Stein, Friedrich = Jonas, Martin = Bork, Reinhard, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1993, Rdn. 2 zu Art. 69.

(98) Thomas = Putzo = Reichold = Hülßege, aaO., Rdn. 1 zu Art. 66.

(99) 七三条は、「当事者は、訴訟告知のために、訴訟告知の理由と訴訟の段階を記載した書面を提出することができる。

書面は第三者に送達し、訴訟の相手方には、書面でその旨を通知しなければならない。訴訟告知は、第三者への送達に

ゼンベルクじしんの所説については、(この教科書の原型の)以下の版からとった。Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7 Aufl., 1956., 8 Aufl., 1960., 9 Aufl., 1961., Stein = Jonas = Bork, a.a.O. Thomas = Putzo = Reichold = Hülfige, a.a.O. Baumbach, Adolf = Lauterbach, Wolfgang = Albers, Jan = Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 57 Aufl., 1999. Walsmann, Hans, Die Streitgenössische Nebenintervention, 1905.

いちおう、これらの論文・文献により、本稿の考察対象の基礎となる民事訴訟理論の流れの大筋はおさえたつもりではあるが、これ以外に読むべき論文・文献を見落とす、あるいは、読んだものについても、筆者の読解力不足のため、思わぬ誤解もあるかもしれないが、それらについては、後日の研究で訂正したい。もとより、筆者は民事訴訟法研究者ではないので、民事訴訟の理論についての蓄積がなく、本稿の分析もきわめて不十分である——とくに歴史的考察——が、行政訴訟における必要的訴訟参加の理論の解明のなんらかの手掛かりはつかめたのではないかと考えている。指摘するほどの価値のないものかもしれないが、民事訴訟理論の理解について誤りがあれば、ご叱責いただきたい。

また、行政法学者が、必要的訴訟参加との関連で民事訴訟の類似の制度の比較分析を行ったものも、当然のことながら、重要な手掛かりとして考察の対象とした。Stehner, a.a.O. Betermann, Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, DVBl. 1951, S. 39ff. u. S. 72ff. Ders., a.a.O., ZRP. Bd. 90, S. 121ff. Martens, Joachim, Streitgenossenschaft und Beiladung, VerwArch. (Verwaltungsrechiv) Bd. 60, S. 197ff. u. S.356ff. Menger, a.a.O., DVBl. 1950, S. 696ff. Konrad, a.a.O., BayVBl. 1982, S. 48. Schoch, Friedrich = Schmidt-Ahmann, Eberhard = Pietzner, Rainer = Bier, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung, 1999.

(109) Grunsky, a.a.O., S. 24. Rosenberg = Schwab = Gotwald, a.a.O., S. 250.

(110) この類型はならに「各方面に判決の効力が及ぶ場合」と「一方的に判決の効力が及ぶ場合」に分類される。前者は、民事訴訟法三二七条(遺産訴訟)や八五六条(執行債権者の第三者に対する訴訟)のような訴訟法上の規定によって、一定の範囲の者すべてに判決の効力が及ぶことが規定されている場合である。後者は、さらに二つの類型に分かれ、ひとつは、認容判決に判決の効力の拡張が生ずる場合で、そのようなケースで、多数の共同訴訟人が訴えを提起しているのであれば、必要的共同訴訟となるとされ、もうひとつは、棄却判決に判決の効力の拡張が生ずる場合で、第三者に判決の効力が及ぶとされてくる。Rosenberg = Schwab = Gotwald, a.a.O., S. 250ff.

(111) 共同所有訴訟(Gesamthandklage)が、その代表的な例で、これについては、共同所有者が原告となる「能動訴訟

〔Aktivprozesse〕と「共同所有者が被告」〔受動訴訟 (Passivprozesse)〕に分けて論じられる。

能動訴訟について上げられている例は、民法 (BGB) 二〇三九条の相続財産に属する請求権の行使に関する訴訟であり、同規定の趣旨は、迅速な権利の実現の保証であり、一人の共同相続人の非協力的な行動によって、この趣旨が損なわれるので、共同訴訟となる必要があるとされている。

受動訴訟について上げられている例は、共同所有財産によって共同所有者がおう債務の履行が求められる訴訟で、この場合は、共同所有者全員によつてのみ債務の履行が可能であるで、共同訴訟となることが必要であるとされている。 Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 252ff.

(112) ただ、このような場合も、いずれにせよ、基本法 (GG) 一〇三条一項により訴訟に関与していない共同訴訟人をも聴聞する裁判所の義務があるとしている。 Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 4 zu Art. 62.

(113) したがって、第一の訴訟の判決が、第二の訴訟の先決問題——たとえば、保証人についてや、合名会社と社員の関係人について——に関連して、拘束力をもつというだけでは、不十分であり、必要的共同訴訟とは認められない。 Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 5zu Art. 62.

(114) Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 14 zu Art. 62.

(115) Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 15 zu Art. 62.

(116) Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 17 zu Art. 62.

(117) 逆に、確認訴訟において、必要的共同訴訟が認められるのは、個別の確認の利益がなく、個別の訴訟追行が許されない場合であるとされている。その例として上げられているのは、共有財産に属する権利について、単独では処分することができず、したがって、単独では訴訟追行もできない夫が、確認訴訟を提起する場合であり、このときは、共同訴訟が必要となる。 Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 22f. zu Art. 62.

(118) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 255.

(119) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 256.

(120) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 257.

(121) シューマンによれば、六二条の規定は、基本的には、必要的共同訴訟人のうち期日に欠席したり、期日を怠る者があつた場合についての規定であり、その場合の解決の方式が明義的に示されているところに意義があるとしている。

Schumann, a.a.O., S. 381.

(122) 同条一項の「代理されたものとみなす」ということじたいが、フィクションであることはいうまでもない。なぜなら、熱心な共同訴訟人は、意った共同訴訟人の名前で、訴訟を進行するわけではなく、自らの名前で自らの訴訟を進行するからである。Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 257f.

(123) Rosenberg, a.a.O., 7 Aufl., 1956, S. 450f. ローゼンベルクのその後の改説については、注(124)参照。

(124) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 250. Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 1 zu Art. 62. Thomas = Putzo = Reichold = Hütgege, a.a.O., Rdn. 1 zu Art. 62. Baumbach, Adolf = Lauterbach, Wolfgang = Albers, Jan = Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 57 Aufl., 1999, Rdn. 1 zu Art. 62. ローゼンベルクが「あんなかた」シュヴァーブの論文——Schwab, a.a.O., Festschrift für Lent, 1957, S. 271ff.——に感化され、八版以降は、訴訟物の同一性とどうメルクマールをすて「ただ、合一的確定の要請に必要な共同訴訟の本質があると書を改めている」。Rosenberg, a.a.O., 8 Aufl., 1960, S. 467f., 9 Aufl., 1961, S. 467f.

(125) Schwab, a.a.O., Festschrift für Lent, S. 274ff.

(126) Schwab, a.a.O., Festschrift für Lent, S. 276f.

(127) シュヴァーブのこの概念使用は、かつて「ローゼンベルクが、必要的共同訴訟の一番目の類型を「偶然的必要的共同訴訟 (zufällig notwendige Streitgenossenschaft)」、二番目の類型を「固有必要的共同訴訟 (eigenlich notwendige Streitgenossenschaft)」と命名した」といふ文章がある。Vgl. Rosenberg, a.a.O., 7 Aufl., 1956, S. 449.

(128) 民法一四九六条では、「継続的共有財産関係の取消しは、一四九五条の場合においては、判決の確定と同時に、その効力を生ずる。取消しの判決が、直系卑属のひとりへの訴えに対して下された場合も、判決は、すべての直系卑属に対して効力を生ずる。」と規定されている。なお、同法一四九五条は、持分権を有する直系卑属の継続的共有財産関係の取消しの訴えに関する規定である。

(129) 民法三三四二条では、「取消しは、取消しの訴えを提起して、これを行うことを要する。この訴えは、相続人が欠格者であることを宣言することを目的とするものでなければならない。取消しの効力は、判決の確定力とともに生ずる。」と規定されている。

(130) Aktiengesetz vom 6. 9. 1965, BGBl. I 219.

- (131) 株式会社二〇〇条一項では、「確定力ある判決により、決議の無効の宣告があつた場合は、判決は、当事者のみならず、すべての株主、取締役、および監査役に対し、有利にも不利にも効力を有する。……」と規定されている。
- (132) 株式会社二〇一条一項では、「株主、取締役または監査役が、会社に対して、株主総会の決議の無効確認の訴えを提起した場合は、一九九条二項、三項一文、四項および六項、二〇〇条の規定を準用する。」と規定され、同条二項では、「数個の無効確認訴訟は、同時に弁論を行い、判決は併合しなければならぬ。無効確認訴訟および取消訴訟は、併合することができる。」と規定されている。
- (133) 株式法二二六条一項では、「定款に、一六条三項に定められた重要な規定を置かず、または、その規定のひとつが無効であるときは、各株主、各取締役および監査役は、会社の無効の宣言を求める訴えを提起することができる。この訴えは、他の理由に基づいて提起することはできない。」と規定され、同条四項では、「訴えに関しては、一九九条二項ないし六項、二〇〇条一文、同条二項、二〇一条二項を準用する。」と規定されている。
- (134) 民事訴訟法六六四条は、禁治産宣告に対する不服の訴えに関する規定で、その二項では、「禁治産者本人、禁治産者の監護権を有する法定代理人、および、六六六条に上げられたその他の者は、当該訴えを提起することができる。」と規定されている。
- (135) 民事訴訟法六六六条三項では、禁治産宣告に対する不服の訴えにおける禁治産の申立てをした者の扱いが規定されており、「六六六条に上げられた者のひとり、禁治産の申立てをした場合は、訴状を通知して、その者を、口頭弁論の期日に呼び出さなければならぬ。その者が訴訟に参加した場合は、その者は、六二二条の意味における主たる当事者の共同訴訟人とみなされる。」とされている。
- (136) 民事訴訟法六七九条は、禁治産宣告の取消しの申立てを却下する決定に対する取消しの訴えを規定しているが、その二項では、「禁治産者の監護権を有する法定代理人、および、検事は、当該訴えを提起することができる。」とされている。
- (137) たとえば、相続欠格を宣言する判決があれば、その判決の効力は、相続の取消しを求める権限を有するすべての者に及ぶ。また、株主総会の決議の無効を確認する判決があれば、その判決の効力は、すべての株主、取締役、監査役に及ぶ。

(138) Schwab, aa.O., Festschrift für Lenz, S. 278.

- (139) たとえば、株式会社の株主の株主総会決議の無効の確認を求める訴訟では、他の株主も訴訟に参加することができるが、判決の効力が参加する株主と会社との法律関係にも及ぶので、その場合は、共同訴訟的補助参加人となる。Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 271.
- (140) ヴアルスマンによれば、共同訴訟的補助参加人に強い訴訟上の地位が認められるのは、通常補助参加人より、より強い判決の効力をうけるからであり、その場合、確定力は、強制力を伴って第三者に及び、避けがたい災難として、その者の法律関係に関わってくとされている。Walsmann, a.a.O., S. 142f.
- (141) その場合、間接的に効力が及ぶだけでは不十分であるとされている。Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 271.
- (142) 共同訴訟的補助参加人には、補助参加人としての限界——訴訟を取り下げたり、変更したりすることはできない——はあるが、かなりの程度、共同訴訟人に近い訴訟上の地位が認められる。
- 具体的には、共同訴訟的補助参加人は、当事者の訴訟行為に反する行為をすることもできるし、当事者が欠席するときや意思を表示しないときは、請求を認諾・放棄することもできる。判決は、共同訴訟的補助参加人にも下され、判決があったときから、個別に、共同訴訟的補助参加人についても上訴期間が計算される。とうぜん、当事者とは独立に、上訴し、異議を申し立てることや、相手方の上訴・異議の却下の申立てもできる。
- 民事訴訟法一四一条は、事実関係解明のため、裁判所が当事者じしんの出頭を命ずることがあることを規定しているが、共同訴訟的補助参加人にも適用される。
- 同法四四五条以下の当事者尋問に関する規定は、共同訴訟的補助参加人にも適用される。すなわち、共同訴訟的補助参加人は、この場合、たんなる証人として扱われるわけではない。Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 272.
- (143) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 271.
- (144) Walsmann, a.a.O., S. 166.
- (145) 訴訟外の和解以外に、請求の放棄・認諾も、これにあたる。
- (146) Walsmann, a.a.O., S. 166f.
- (147) Grunsky, a.a.O., S. 302.
- (148) Grunsky, a.a.O., S. 302f.
- (149) Walsmann, a.a.O., S. 142f.

- (150) Steiner, aa.O., S. 20ff. ベッターマンは、当事者主義が支配する民事訴訟では、補助参加が訴訟参加 (Beiladung) の役割を担っているので、訴訟参加の理論の基礎研究として、シュテットナーが、必要的共同訴訟と共同訴訟の補助参加の関係を、まず、分析の対象としているのは、正当な認識であると評価している。Bettermann, aa.O., ZfP. Bd. 90, S. 122f.
- (151) シュテットナーは、この類型を、係争法律関係が合一的にしか確定されえない場合のものであるが、実際は、共同訴訟が必要とはいえないもので、「任意的 (fakultativ) 必要的共同訴訟」というべきものであるとしている。Steiner, aa.O., S. 16. しかし、ベッターマンは、シュテットナーのこの命名を、形容矛盾であると非難し、「不真正 (unecht) 必要的共同訴訟」とするのが正しいとしている。Bettermann, aa.O., ZfP. Bd. 90, S. 121.
- (152) シュテットナーがその例とするのは、つぎのようなものである。Steiner, aa.O., S. 21.
 A の財産を、B が単独で相続した。B は、相続財産に対する債権者全員に対して無限責任をおつていたところ、民法一三四一条 (相続欠格者が相続権を失うこと) によって利益をうける者の取消権を定めた規定) より取消権をもつ C が、B に対して相続欠格の訴えを提起した。ところで、相続財産に対する債権者のひとりである G は、無限責任をおつている B の法的地位がくつがえされることに法的利益を有している。相続判決は、形成効をもつと考えられているので、欠格の認容の判決の効力は、G にも及ぶ。しかし、G じしんは、その訴訟で、当事者となることはできない。なぜなら、その訴訟は相続のみを対象としているので、相続人でない G は、被告の立場になつていないからである。したがって、G は、共同訴訟的補助参加人として訴訟参加することになる。
- (153) この場合、第三の選択肢として、独立当事者参加 (Parteilassung) とする途もある。Steiner, aa.O., S. 22.
- (154) シュテットナーによれば、この類型の場合には、それらの者すべてに同時に平等に合一的判決が下されるべきで、個々の者の事情により判決を変更することができないという意味において、共同訴訟が必要になるのであるとして、この場合は、「事実上の (faktisch) 必要的共同訴訟」というべきものであるとしている。Steiner, aa.O., S. 16. ベッターマンは、この類型のみが必要的共同訴訟として認められるべきもので、「真正 (echt) 必要的共同訴訟」というべきものであるとしている。Bettermann, aa.O., ZfP. Bd. 90, S. 121.
- (155) Steiner, aa.O., S. 22.
- (156) 民事訴訟法一一四条一項では、「自己および家族の最低限の生活を犠牲にしなければ、訴訟費用を支払うことができない

い当事者には、その目的である権利追求または権利防衛が、結果をうる十分な見込みがあり、かつ、軽率な (mutwillig) ものでないとみえる場合は、申立てにより、受救権が与えられなければならない。……」とされている。

- (157) Habscheid, aa.O., ZZR, Bd. 65, S. 478.
- (158) Habscheid, aa.O., ZZR, Bd. 65, S. 479f.
- (159) Habscheid, aa.O., ZZR, Bd. 65, S. 480.
- (160) そもそも「行政裁判所法六五条一項の要件は、民事訴訟法六二条一項の一番目の類型にならって、定められたものである。
- (161) 旧行政裁判所法 (Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit-Bayern, Gesetz Nr. 39, vom 25.9.1946, GVBl. (Gesetz und Verordnungsblatt) S. 281) 六〇条四項一文では、「決定により、参加人は、関係人の地位を得る」と規定された。
- (162) Bauer, Wilhelm, Die Beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands, DöV (Die öffentliche Verwaltung) 1949, S. 227.
- (163) Bauer, aa.O., DöV 1949, S. 230.
- (164) Martens, aa.O., VerwArch. Bd. 60, S. 367f. なお、行政裁判所法六六条一文の「主張 (Sachantrag)」の意義と、この角度からの分析は、次項において詳しくおこなわれる。
- (165) Menger, aa.O., S. 700.
- (166) Menger, aa.O., S. 700. メンガーは、さらに、必要的共同訴訟を行政訴訟に持ち込むさいに、必要的訴訟参加という誤った名称が付されてしまったもので、ほんらい、必要的共同訴訟という名称にすべきであったとまで述べている。Menger, aa.O., S. 701.
- (167) Betermann, aa.O., DVBl. 1951, S. 75.
- (168) Stetner, aa.O., S. 22.
- (169) たとえば、ウレの上げる例によれば、土地の共同所有者が土地に関する行政行為の取消しを求める訴え、多数の者が共同して締結した行政法上の契約に関する訴え、計画確定決定に対する取消訴訟などである。Ule, Carl Hermann, Verwaltungsprozessrecht, 9 Aufl., 1987, S. 109.
- (170) Ule, aa.O., S. 109f.

- (171) Ute, aa.O., S. 110. しかし、一般処分に対する取消訴訟では、ウレは、必要的共同訴訟の成立を認めない。たしかに、事実関係や法律関係は、すべての原告について同一で、同一の判決も期待できることもありえようが、一般処分の本質から、さまざまな対象に対して包括的な内容の処分がおこなわれるのであるから、ひとりの名宛人について処分が適法で、他の名宛人について処分が違法であるということもありうるとしている。
- (172) Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 2 zu Art. 64.
- (173) これは、行政裁判所法六六六条の「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、すべての訴訟行為を有効に行うことができる」という文言からも、明らかである。
- (174) 行政訴訟における訴訟参加について規定した行政裁判所法六五五条および六六六条の規定からは、(必要的) 訴訟参加の「補助性」は、明らかではない。ただ、理論的に、前項でみた、民事訴訟の必要的共同訴訟と必要的訴訟参加を同視する立場を否定する見解のなかに、(必要的) 訴訟参加の補助性が肯定されることがうかがえる。
- (175) 民事訴訟法六九条の規定により、共同訴訟的補助参加には、共同訴訟人の訴訟法律関係は相互に独立であるという「共同訴訟人独立の原則」を定めた同法六一一条の規定が準用される。
- (176) 共同訴訟的補助参加の「補助性」は、基本的には、民事訴訟法六六六条一項の「その当事者を補助するために (zum Zweck ihrer Unterstützung) 訴訟に参加することができる」ということによる。しかし、それによる制限については、同法六七条によるものと考えられる。また、共同訴訟的補助参加の補助性をとくに強調するものとして、ヴァルスマンの見解があり、ここでは、共同訴訟的補助参加にあっても、係属中の手続に依存するという関係があることが根拠とされている。Walsmann, aa.O., S. 210.
- (177) Walsmann, aa.O., S. 211.
- (178) しかし、認諾 (Anerkennung) 放棄 (Verzichten) については、争いがある。認諾、放棄を、たんなる訴訟行為とみる立場——Lent = Jaenning, aa.O., S. 152f.——からは、訴訟において相手方の請求を認諾し、自己の請求を放棄する行為は、それに対する裁判所の判決を求めるだけのものであって、実体法上の権限を要するものではなく、したがって、それにより訴訟を終了させるものではないということになる。認諾、放棄を実体法上の法律行為とみる立場——Walsmann, aa.O., S. 218.——からは、それにより、ただちに訴訟を終了させる効果をもつことになる。
- (179) Thomas = Puzo = Reichold = Hüflegge, aa.O., Rdn. 1 zu Art. 297.

- (180) 前項でみたように、必要的訴訟参加人に当事者としての法的地位を認める見解においては、とうぜん、必要的訴訟参加人には訴訟物を処分する権利は認められる——Bauer, a.a.O., DöV 1949, S. 230. Menger, a.a.O., DVBl. 1950, S. 701.——が、このような見解は、現在では一般に支持されていなく。
- (181) Eyermann = Fröhler = Schmidt, a.a.O., Rdn. 11 zu Art. 66. Ebenso: Redeker, Konrad = von Oertzen, Hans-Joachim, Verwaltungsgerichtsordnung, 10 Aufl., 1991, Rdn. 9zu Art. 66.
- (182) Eyermann = Fröhler = Schmidt, a.a.O., Rdn. 11 zu Art. 66. また、レーデカー・フォン・オエルツェンは、必要的訴訟参加人も訴訟物に拘束されるので、当事者が訴訟物に対して処分権を行使しようとすることに對して、必要的訴訟参加人が影響力を及ぼすことができるとし、したがって、当事者は、必要的訴訟参加人の同意なく、訴訟上の和解をすることはできないとしつゝ、Redeker = von Oertzen, a.a.O., Rdn. 10 zu Art. 66.
- (183) Eyermann = Fröhler = Schmidt, a.a.O., Rdn. 5 zu Art. 66.
- (184) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 271.
- (185) Betsmann, a.a.O., DVBl. 1951, S. 40.
- (186) Bachof, Otto, Die Beladung 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. 364.
- (187) この問題については、若干、シユタールの、通常訴訟参加人は、訴訟参加するがわの当事者のために訴訟行為をおこなうことを通して、間接的に自己の固有の権利を主張し、必要的訴訟参加人は、直接的に自己の固有の権利を主張するという相違がありうるという指摘に興味がひかれるが、シユタールは、結論として、通常訴訟参加の場合は、つねにそういうことができるが、必要的訴訟参加の場合は、つねに直接的に自己の固有の権利が主張できるとはかきらないとしつゝ、それ以上のことはなにも述べない。Stahl, Walter E., Beladung und Nebenintervention — Schriften zum Prozessrecht Bd. 27 —, S. 101f.
- (188) これは、民事訴訟法六八条但書のことをいっている。本稿一(四)(a)に記載した同条の文言を参照。
- (189) Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 268.
- (190) 第三者効と判決の効力の第三者への拡張は、次項で検討するように、異なる概念である。ただ、いずれも、訴訟当事者以外の第三者に向かって及ぶ効力であり、その及ぶ方向性についての分析である限りにおいては、主たる当事者に対

してのみ問題となる参加の効力と、第三者効との比較論的分析は、判決の効力の拡張と参加の効力の相違の問題を考えるうえで、おおいに参考になるものと思われる。

(191) シュヴァープは、これについて、次のような例を上げて説明している。

凍結防止のための塩まきがしてなかったため、Bの家の前にはった氷で、Aが滑って倒れた。Bは、訴訟において、自分には塩をまく義務はなく、地方公共団体Cにその義務があると抗弁した。Aは、Cに訴訟告知し、敗訴した。Cに對する訴訟において、Cは、家の所有者に塩をまく義務があると抗弁した。このようなCの抗弁は、それによって、AとBとのあいだに下された判決が不当であると述べていることになるので、六八条本文により、認められない。Schwab, a.a.O., ZFP, Bd. 77, S. 144.

(192) 民事訴訟法三三二条一項は、「判決は、訴えまたは反訴によって提示された請求に對して判断した範囲で、確定力を有する」と規定している。

(193) この理由は、シュヴァープによれば、補助参加じたいが、主たる当事者がわにたつて、ふかく訴訟に関わるものであるので、補助参加人は、主たる当事者との関係で、判決の理由に拘束されなければならないということにある。Schwab, a.a.O., ZFP, Bd. 77, S. 145.

(194) Schwab, a.a.O., ZFP, Bd. 77, S. 144.

(195) Schwab, a.a.O., ZFP, Bd. 77, S. 145.

(196) Rosenberg = Schwab = Gotwald, a.a.O., S. 272.

(197) Kopp = Schenke, a.a.O., Rdn. 2 zu Art. 65.

(198) Betermann, a.a.O., ZFP, Bd. 90, S. 129.

(199) 行政訴訟の通常訴訟参加において、訴訟の結果に利害関係を有するが、いまだ訴訟に関与していない者に対して、どのような手続によつて、訴訟係属の事実が通告されるのか、ベッターマンは明らかにしていない。また、ドイツの行政訴訟理論のなかで、このことについて論じたものはみあたらない。

(200) Betermann, a.a.O., ZFP, Bd. 90, S. 130.

(201) Betermann, a.a.O., DVBl. 1951, S. 74. Ebenso: Konrad, a.a.O., S. 481. Schoch = Schmidt-Almann = Pietzner = Bier, a.a.O., Rdn. 16 zu Art. 65.

- (202) Bettermann, a.a.O., Zur Frage der einheitlichen Schadensfeststellung und der Notwendigkeit, die daran Beteiligten beizuladen
 — Anmerkung zum Urteil des BYwVG vom 22. 9. 1966, MDR. (Monatsschrift für Deutsches recht) 1967, S. 952.
- (203) 本稿「二〇(三)の②」〔本誌六一号三五頁以下〕参照。
- (204) Zum Beispiel: Schwab, a.a.O., ZZP, Bd. 77, S. 124ff. 以下、その中で取り上げられている論文。
- (205) Blomeyer, a.a.O., ZZP, Bd. 75, S. 1ff. Ders., a.a.O., Zivilprozessrecht, S. 503ff. 「ロマイヤーの理論は、かつてヘルヴィヒの唱えたところに依存している。判決の効力の拡張を二つの類型に分けて論ずる立場は、ヘルヴィヒが初めて行ったものであり、ひとつは、訴訟上の考慮のみにもとづく判決の効力の拡張の場合で——これはヘルヴィヒによれば、特異なケースであるとされているが——、これは、「プロマイヤーの」訴訟上の理由による判決の効力の拡張」の類型に受け継がれている。もうひとつは、第三者の民事法上の法律関係が当事者の法律関係に従属することにもとづく判決の効力の拡張の場合で、これは、「プロマイヤーの」民事法上の従属関係を理由とする判決の効力の拡張」の類型に受け継がれている。Hellwig, a.a.O., S. 814ff. また、「同じく、ヘルヴィヒの理論を出發点として、」(「プロマイヤーの理論を参考として」)これを発展させたものとして、Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1949, があるようであるが、これを参照することはできなかった。
- (206) 他人の権利について、自己の名で訴訟を進行しうる地位をいう。So: Thomas = Puizo = Reichold = Hüflege, Rdn. 24 zu Art. 51.
- (207) Blomeyer, a.a.O., Zivilprozessrecht, S. 503.
- (208) Blomeyer, a.a.O., Zivilprozessrecht, S. 504.
- (209) この事例については、シユヴァープの上げる例が端的で分かりやすい。すなわち、債権者と主たる債務者のあいだで下された判決内容は、債権者が保証人に対して提起した後訴を拘束するというものである。Schwab, a.a.O., ZZP, Bd. 77, S. 127.
- (210) Blomeyer, a.a.O., ZZP, Bd. 75, S. 9.
- (211) このようなケースについて、シユヴァープが上げる例は、当事者の一方の訴訟上の地位を、その権利の包括承継人が受け継ぐ場合である。Schwab, a.a.O., S. 128.
- (212) Schwab, a.a.O., ZZP, Bd. 77, S. 128.

- (213) プロマイヤーも、この場合、訴訟物が異なることは認識していたが、前訴の先決性が重要なのであるとして、それ以上、訴訟物の同一性という見地からの考察は行っていない。Blomeyer, a.a.O., ZfP. Bd. 75, S. 9.
- (214) Schwab, a.a.O., ZfP. Bd. 77, S. 128f.
- (215) ニキシュは「この訴訟の効力を、判決の効力の拡張とせず、[「反射効 (Reflexwirkung) 』と考えていたようである。Nitsch, a.a.O., S. 433. なお、これについては、注(22)参照。
- (216) Schwab, a.a.O., ZfP. Bd. 77, S. 129. なお、そこにおいて、シュヴァープが上げる具体例は、AがBに対して、自己の土地所有権を確認する判決を勝ち取ったときに、Aの包括承継人であるCが、それにもとづき、登記の抹消と土地の明渡しを求める訴訟を提起する場合である。この場合、前訴の判決は、C対Bの訴訟において、先決的な意味を有するとしている。
- (217) たとえば、ローゼンベルクIIシュヴァープIIゴットヴァルトのテキストでは、判決の効力 (Urteilswirkungen) として、
 ①形式的確定力 (formelle Rechtskraft) ②実質的確定力 (materielle Rechtskraft) ③執行性 (Vollstreckbarkeit) ④形成効 (Gestaltungswirkung) ⑤構成要件効 (Tatbestandswirkung) ⑥参加的効力 (Interventionswirkung) ⑦先決的効力 (Präjudizienwirkung) が上げられている。Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 908ff.
- (218) ドイツ民事訴訟において、クットナーにより発展されたとされる「構成要件効」という難解な概念については、レントIIヤオエルニッヒの説明が最も分かりやすい。すなわち、とりわけ民法は、判決の存在に、さまざまな実体法上の効果を結びつけている。つまり、判決が、権利の生成、変更、消滅の構成要件要素となっているのである。このような場合の判決の効力を、「構成要件効」あるいは「反射効」もしくは「実体法上の副次効 (Nebenwirkung) 』とよぶというものである。Lent = Jauernig, a.a.O., S. 193.
- シュヴァープは、このような構成要件効は、訴訟上の概念ではなく、実体法上の概念であるとして、訴訟上の概念である判決の第三者効とは、あきらかに異なるとしている。その例証として、主たる債務者が敗訴した場合、保証人はその判決に拘束されることになるが、その場合は、第三者に対する判決の効力が問題なのであって、判決の存在を構成要件要素とする実体法規範の実効性が問題となるわけではないということを上げている。Schwab, a.a.O., ZfP. Bd. 77, S. 130f.
- (219) Schwab, a.a.O., S. 135. シュヴァープは、その例として、判決の効力の拡張と第三者効の関係について述べたゾイフ

エルトの説明を取り上げている。その、シュヴァープが引用するゾイフェルトの見解とは、以下のとおりである。「三二五条一項は、判決は、当事者のみに効力をもつことを原則とするとはいっていない。むしろ、この規定は、実体法により、第三者の権利または義務もしくは責任が、当事者の権利・義務の存在あるいは不存在に関わっている場合には、判決によって定立された当事者の法律関係規範は、当事者のみならず第三者にとつても重要であるということを前提としているのである」というものである。Seuffert, aa.O., S. 504. (zu Art. 325) 「ゾイフェルトのコメントールは、一版までゾイフェルトじしんが書き、一二版以降は、ヴァルスマンによって書き改められている。したがって、ゾイフェルトの見解を知るには、一版によるべきであるが、筆者は八版しか入手できなかったもので、やむなく、これによっている。しかし、シュヴァープが一版から引用している箇所は、八版の記述とまったく同じである。」

シュヴァープは、ゾイフェルトのかかる見解では、判決の効力の拡張と判決の第三者効の区別がはっきりとされているかは疑問であるとするだけで、それ以上の説明はしていない。筆者がこれを分析すると、のちに述べるように、ドイツ民事訴訟の理論では、三二五条以下の規定は判決の効力の拡張の根拠条文と考えられており、それを第三者効の根拠としようとすることは、たしかに両者の混同があるとみられてもしかたないと思われる。

(220) 本章・注(16)〔本誌六一号四三頁以下〕参照。

(221) Goldschmidt, aa.O., S. 178f. Rosenberg, aa.O., 9 Aufl., 1961, S. 667. Lenz-Laumig, aa.O., S. 182. usw.

(222) 訴訟的確定力理論の主唱者のひとりであるヘルヴィヒは、このような効力を「反射効」と呼んでいる。ヘルヴィヒの説明によれば、当事者の間に判決が定立した法律関係は、直接的あるいは間接的に構成要件となり、それにより第三者の法律関係が影響をうけるとされている。Hellwig, aa.O., S. 803. この効力が、実体法上の効力であることはいうまでもない。

また、もうひとりの訴訟的確定力理論の主唱者であるニキシュも、「反射効」としている。ニキシュの説明によれば、第三者にある種の判決の効力が及ぶのは、当事者間の法律関係に、第三者と当事者の一方との法律関係が従属しているからであるとされている。Nikisch, aa.O., S. 432.

(223) この立場を厳しく批判するのは、ゴールドシュミット、プロマイヤーである。すなわち、判決一般にこのような絶対的効力を認めるならば、形成判決のような効力を、給付判決や確認判決にも認めることになるし、また、民事訴訟法の判決の効力の拡張に関する規定が意味を失うことになるであろうのである。Goldschmidt, aa.O., S. 179, Blomeyer, aa.O.,

ZfP. Bd. 75, S. 5.

シュツマープは「このように、当事者間のみを生ずる判決の確定力を第三者に絶対的に及ぼすことを、「相対的判決の効力の絶対的妥当」と表現している。Schwab, aa.O., ZfP. Bd. 77, S. 133.

(224) ポーレは「民事判決の確定力が刑事法廷を拘束することはな」として、否定的な立場をとっている。Pohle, aa.O., S. 198.

(225) Böttcher, aa.O., S. 535f.

(226) Böttcher, aa.O., S. 537.

(227) Böttcher, aa.O., S. 537.

(228) Böttcher, aa.O., S. 538. このような、民事判決を国を代表する決定とみる見方も、「同じものは、ふたたび争われることはな」という原則から導きだされるものである。Böttcher, aa.O., S. 512.

(229) Urteil des OLG (Oberlandesgericht) Stuttgart vom 11. 3. 1960, NJW. 1960, S. 2204ff. 本件は「一子の母親が、その子の懐胎時に性的交渉のあった男性に対して、扶養費の支払いを求める民事訴訟を提起したところ、区裁判所(Amtsgericht)は、当時母親は複数の男性と関係があったことを理由に、請求を棄却する判決を下し、原告側が控訴期間を徒過したので、判決は確定した。しかし、その後、この男性に対して、その子についての父性の確認を求める訴えが提起され、ラント裁判所は、この男性がその子の当然の父親であるという判決を下した。このラント裁判所の判決をうけて、父親であることが確認されたにもかかわらず、その子に対する扶養義務を怠ることについて、その男性は刑事訴追され、区裁判所は、刑法一七〇条b違反の有罪判決を下した。

そこで、被告側から、この有罪判決は、扶養義務を否定した民事判決の確定力を無視するものであるとして、控訴されたが、シュツットガルト高等ラント裁判所は、扶養請求を棄却する判決の確定力は、刑事法廷の裁判官が、扶養義務を肯定し、それにより刑事責任を認めることを妨げないと判示した。

(230) 刑法 (Strafgesetzbuch vom 15. 5. 1871, BGBI. 1945, S. 1160) 一七〇条bでは、「法律上の扶養義務を怠り、扶養を受ける権利を有する者の生計を危うくさせ、または、他人の扶助がなければ危うくなるようにした者は、三年以下の自由刑もしくは罰金に処する」と規定されている。

(231) Schwab, aa.O., NJW. 1960, S. 2173.

- (232) Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 137.
- (233) Schwab, a.a.O., NJW. 1960, S. 2171.
- (234) Schwab, a.a.O., NJW. 1960, S. 2171.
- (235) Böttcher, a.a.O., S. 536. Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 141.
- (236) Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 143.
- (237) 民事訴訟法三三五条、七二七条による。同七二七条一項は、「執行力ある正本は、判決に表示された債務者の承継人、および、三三五条により判決の効力を受ける係争物件の占有者に対して、付与することができる。ただし、承継関係、または、占有関係が裁判所に顕著な場合、もしくは、公の証書、または、公の認証ある証書による証明がある場合に限り」と規定している。
- (238) 民法九三二条は、「第三者が現に占有する物については、所有者が、その物を取得した者に、その物についての引渡請求権を譲渡することにより、所有者から取得者への引渡しがあつたものとみなす」と規定している。
- (239) Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 142f.
- (240) Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 143.
- (241) Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 143. シェヴァープは、さらに、両者の区別をより鮮明にさせるものとして、以下のような例を上げている。Aは、Bに対して、ある土地の所有権の確認を求め訴えを提起した。第三者であるCが、当該土地の所有権は自分にあることの請求をすることは、妨げられない。なぜならば、この場合、判決の効力の拡張は存在しないからである。いっぽう、Cは、Aが所有者ではなくBが所有者であるという主張をすることはできない。というのは、Cも、前訴の当事者のあぐだに下された判決の権威性を尊重しなければならないからである。
- (242) Schwab, a.a.O., ZRP. Bd. 77, S. 142.
- (243) すでにみたように、民事訴訟において、判決の効力の拡張は、当事者の法的地位を承継する者にも及ぶという関係の基本とするもの——民事訴訟法三三五条以下——であるが、行政裁判所法では、一一二条一号がこれについて規定しており、「関係人および権利の承継人」を、判決は、訴訟物について判断した範囲で拘束するとしている。
- (244) 本章、注(206)参照。
- (245) したがって、ビールは、この場合、第三者が必然的に、裁判所の判決の名宛人になるとしている。Schoch = Schmidt-

Abmann = Pietzner = Bier, a.a.O., Rdn. 19 zu Art. 65.

(246) ドイツの行政訴訟理論のなかで、このことを鋭く指摘するものとして、ビールの見解がある。すなわち、判決の効力の拡張は、訴訟参加の結果としてはじめて生ずるものではなく、立法者意思においても、訴訟参加とは無関係に生ずるとされていたものである。六五条二項(必要的訴訟参加)は、本質的に、訴訟において、第三者に自己の利益を保障するという目的を実現するためのものであるといふものである。Schöck = Schmidt-Abmann = Pietzner = Bier, a.a.O., Rdn. 27 zu Art. 65.

(しんやま・かずお || 本学教授)

