

職権訴訟参加の法理 (下I)

新 山 一 雄

職権訴訟参加の法理 (下I)

- 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 (以上六三号)

(五) 必要的訴訟参加の事例分析と判例理論

(a) 二重効果の行政処分と必要的訴訟参加

(aa) 連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決

(bb) 建築法、公害防止法上の隣人訴訟と必要的訴訟参加

(cc) 競争関係における必要的訴訟参加

(dd) 私法上の法律関係を形成する行為と必要的訴訟参加 (以上本号)

(五) 必要的訴訟参加の事例分析と判例理論

それでは、以上みてきた訴訟理論を、具体的事例のなかで、さらに、分析してみよう。その場合の分析の視座が、まず、問題となるが、これまでの本稿の考察でもふれてきたように、必要的訴訟参加が認められる基本的な関係として上げられていたのは、二重効果の行政処分によって形成された法律関係をベースにするものであった。したがって、なによりも、まず、この二重効果の行政処分に關する判例を検討すべきであろうが、その前提として、ドイツの行政法理論において発展してきた二重効果の行政行為の理論を確認したうえで、それをふまえて論じていかなければならないであろう。

そして、そのつぎに考えなければならないのは、二重効果の行政処分によって形成される法律関係をベースにするもの以外に、必要的訴訟参加が問題とされる事例はないかということである。

ところで、ドイツの判例においては、行政処分の取消訴訟等において、原告と実体法上密接な関係にたつ者が、判決が原告と合一的にのみ確定すべきであるという意味において、原告のがわに、必要的共同訴訟人的立場で訴訟参加することが必要であるかが問題とされている事例が、すくなく存在している。これについては、二重に興味をひかれる。ひとつは、いうまでもなく、いまひとつ理解しがたい、必要的共同訴訟の理論と必要的訴訟参加

の理論の関連性の問題である。そして、もうひとつは、わが国の理論との比較の問題であるが、わが国の行政訴訟理論では、第三者の訴訟参加は、つねに、被告行政庁のがわにのみ認められているのである。⁽²⁰⁾ 前者の問題については、前節において、かなりの程度、分析したつもりであるが、なお、十分に解明されたとはいいたくない部分が残されている。これは、やはり、具体的事例の分析をとおして、解決すべきであろう。後者の問題については、どうして、両国の理論において、かような差異が生ずるのか、その前提となる論理の違いを、とりあえずは、あきらかにしておくべきであろう。

そして、最後に、二重効果的行政処分によって形成される法律関係をベースにするもの以外で、必要的訴訟参加が問題とされる事例といえは、被告行政庁のがわに、他の行政庁——おおくは、上級行政庁——が訴訟参加することが必要であるとする判例がある。これは、わが国の行政訴訟理論との関連でいえば、行政事件訴訟法二三条の問題である。ただ、わが国の伝統的行政訴訟理論では、職権訴訟参加の重要性は、主として、実質的処分庁である行政庁が、形式的処分庁である行政庁に対する取消訴訟において、被告行政庁のがわに訴訟参加することが、訴訟の実質審理のために重要であるということ根拠として、主張されてきた。⁽²¹⁾ したがって、このような事例も検討しておくことは、終章において、わが国の解釈論として、職権訴訟参加の法理を構築していくうえで、有益であると考えられる。

(a) 二重効果的行政処分と必要的訴訟参加

第二次世界大戦後にドイツにおいて発展してきた二重効果的行政行為の理論は、ラウビンガーが、それまでの二重効果的行政行為に関する判例や議論を体系的に整理することによって、その本質とこれをめぐる法律関係を解明したとされているので、⁽²²⁾ ここでは、そのラウビンガーの理論⁽²³⁾を土台にして、分析をすすめていくことにしよう。

ラウピングアーの定義によれば、二重効果的行政行為とは、「ひとつの行政行為が、ふたつ以上の利害関係人もち、一方のがわには利益を与え、他方のがわには不利益を与えるようなもの」とされている⁽²⁸⁾。そして、これについては、さらに、本質的な説明がくわえられており、この場合の利益は、他人に不利益を与えることなしに、逆に、この場合の不利益は、他人に利益が与えられることを前提にしないでは、考えられないものであるとされている⁽²⁹⁾。

ドイツにおいて、まず、訴訟のレベルで二重効果的行政行為が問題となったのは、「公法上の隣人訴訟 (offenliche Nachbarlage)」というかたちにおいてであり、建築法の分野における事例についてであった⁽³⁰⁾。この場合の基本となる事例は、建築主に対して与えられた建築許可処分を、近隣者が争うケースである⁽³¹⁾。

このような隣人訴訟の構造——単純な三角関係であるが——を、いちおう分析しておく、つぎのようになる。建築許可処分をめぐる法律関係については、建築許可行政庁、建築主、隣人の三主体が考えられるが、実質的な紛争の根は、建築主と隣人のあいだにある。しかし、建築主と隣人によって争われる訴訟は、民事訴訟であり、その限りでは、行政訴訟の視野に入っていない。建築許可行政庁のした処分を争うという契機が加わってはじめて、それは、行政訴訟のレベルで争われることになるのである。いってみれば、実質的紛争の一方の当事者である隣人が、紛争の形式的な当事者である行政庁を相手に争うことにより、訴訟外にある建築主との実質的紛争の解決を図るということが、この隣人訴訟という形式により、行われるのである。

しかし、この場合には、実質的紛争の一方の当事者である建築主が、訴訟からはずれるというところに、このような訴訟形式をとることの、紛争解決上の問題点——手続上の問題点——があるのであり、そして、そこに、その者の訴訟参加が必要だとされる理論がうまれる下地があるともいえよう。

そこで、以下、ラウピングアーによって整理された二重効果的行政行為のいくつかの類型——①建築法における、②競願関係における、③私法形成関係における二重効果的行政行為——のそれぞれについて、必要的訴訟参加が問

題とされた判例をひろって、理論的にくわしく分析していこう。

ただ、個々の類型ごとの分析に入るまえに、二重効果的行政処分の取消訴訟における必要的訴訟参加の一般論をといったものとして、つぎの判例をみておこう。この判例が、判例理論において、二重効果的行政処分の取消訴訟で、行政処分に利害関係を有する者の訴訟参加が必要的となる論理を一般的にといたものとして、先例的地位を築いている。この判決は、それ以前に下級審を中心形成されつつあった、第三者に直接、判決の効力が及ぶ場合は、第三者の訴訟参加が必要的となるという立場⁽²⁸⁾を認め、これを論理的に解明したという意味あいをもっている。この判決のなかで展開されている論理は、その後の判例理論を支配するものであり、われわれの考察にとっても、きわめて示唆にとむものであり、出発点にもなるものであるので、判決文を段落に区切って、ひとつずつ、くわしく分析してみよう。

(aa) 連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決

〔事例①〕連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決⁽²⁹⁾

(本件は、行政裁判所所長にK博士を任命する辞令の取消しを求めて、それまで裁判所所長であった原告が提起した訴訟に、K博士を訴訟参加させることが必要かどうか⁽³⁰⁾が、争われたものである。)

一 「行政裁判手続では、……第三者が訴訟参加することにより、判決が、第三者に対して、合一的に確定する場合にのみ、第三者を訴訟参加させることが必要となる(行政裁判所法六五条二項)。裁判所の判決が、訴訟当事者および第三者に対して、合一的にのみ確定しうるかどうかは、個々の場合に、適用される実体法によって定まる。」

判決は、出だしにおいて、論理的大前提として、必要的訴訟参加の基礎となる「合一的確定」については、実体法によって定まるということを確認している。しかし、この場合、「適用される実体法」というのは、訴訟の対象

たる行政処分そのものうちに具現されているといつてよい。⁽²⁸⁾ そのことは、この段落が、二重効果的行政処分において「合一的確定」が要請されることについて述べているつぎの段落の前提となっていることから、あきらかである。

「個人と行政庁のあいだで、当事者に利益を与えると同時に、第三者に不利益を与えるような行政処分、あるいは、その逆に、当事者に不利益を与えると同時に、第三者に利益を与えるような行政処分に關する争いが存するようなケースが、必要的訴訟参加の典型的なものである。第三者が關係する法律關係の確認が求められる場合も、同様である。実体法上の理由から、判決が、合一的にのみ確定しうるよう、複数の者が、共同して、原告のがわ、もしくは、被告のがわに立つ場合も、訴訟参加が必要的となりうる。」

この段落では、二重効果的行政処分を、端的に定義したうえで、それが、必要的訴訟参加が認められる典型的な場合であるとしている。⁽²⁹⁾ 「実体法上の理由から、判決が、合一的にのみ確定しうるよう、複数の者が、共同して」という概念は、これまでのドイツの訴訟理論の考察においてみたごとく、必要的共同訴訟の理論につながるものであり、必要的訴訟参加の基礎に必要的共同訴訟の理論があるということ、もしくは、必要的共同訴訟と必要的訴訟参加をパラレルにみるということを前提にしているようである。

なお、途中でふれられている「第三者が關係する法律關係の確認が求められる場合」については、のちに考察する。

二 「そのような場合に要求される必要的訴訟参加の措置が怠られる場合は、さまざまな法律効果が生じうる。たとえば、原告が、自己に不利益を与え、第三者に利益を与える行政行為を争い、裁判所が、訴えどおり、行政行為を取り消す場合は、一般の見解によれば、手続に關係しない第三者には、判決の効力は及ばないし、その結果、必然的に、当事者のあいだにも及ばないことになる。なぜならば、同一の行政行為が、訴訟当事者との

関係では取り消され、第三者との関係では、取り消されずに残るといふことはありえないからである。この場合、第三者を手續に關係させることが必要的であるといふことの根拠は、まさに、取消判決の形成効にあるのである。」

この段落でいわれている「一般の見解によれば、手續に關係しない第三者には、判決の効力は及ばない」といふのは、いうまでもなく、民事訴訟法三三二条および行政裁判所法二二一条の、判決の効力は訴訟当事者のみに及ぶという一般原則である。問題は、この段落の後半部分である。一見、言葉たらずでわかりにくい説明であるが、うしろから逆行して読むとわかりやすい。すなわち、取消判決には、とにかく、形成効があるので、訴訟手續には關与しないが、行政行為に利害關係を有する第三者にも、取消しの効力は及ぶ。しかし、このことは、右の一般原則にあきらかに反するわけで、そのようなことを認めることはできず、したがって、「その結果、必然的に、当事者のあいだにも（判決の効力は）及ばない」とせざるをえないといふ論理である。しかし、この論理は、意識的に、あるいは、無意識にか、判決の効力の拡張と必要的訴訟参加の關係について、本質的な鋭い指摘——ドイツ行政訴訟理論の、「第三者に判決の効力を及ぼすために、第三者の訴訟参加が必要的となる」といふ、なんとか、行政裁判所法二二一条に整合させようと試みる説明の論理矛盾の指摘——をするものである。ここで指摘されたところが、この判例以後の判例のなかで、どのように解明されていくのかも、このあとの判例分析で、注意ぶかくみていこう。

「裁判所が、被告行政庁に、原告に利益を与えると同時に、第三者に不利益を与えるような行政処分を行うことを義務づける場合に、もし、第三者が手續に参加させられず、のちに自らのがわにおいて、自己に不利益を与える行政行為を争うというのであれば、原判決に従って、行政庁は、いずれにせよ、原訴訟の原告に利益を与える行政行為を行うように義務づけられるので、それによって生ずる困難な法律効果に、第三者は直面しな

ければならないのである。そのことから、事情によつては——個々の事件の法律関係により——、必要的訴訟参加人の訴訟参加なしには、判決は効力をもたないはずであるという見解も生じうるであろう——手続に参加していない第三者に法的不利益をもたらすような法律関係の存在を、裁判所が確認するような場合にも、同様のことがいえる——」。

この段落では、義務づけ訴訟および確認訴訟と必要的訴訟参加の関係が論じられている。義務づけ訴訟については、たしかに、ここで述べられているように、二重効果的行政処分を行うことを行政庁に義務づける訴えが認容された場合は、その処分により不利益をうける第三者は、あらためて、当該処分の取消訴訟を提起しなければならぬという不利益はうけることになるであろう。しかし、それによつて、「訴訟の結果により、法律上の利益を害される」という通常訴訟参加の要件はみたされても、訴訟の結果が、「合一的にのみ確定すべき場合」となるのかは、この説明では十分でない。義務づけ訴訟と必要的訴訟参加の関係については、べつの事例のなかで検討する。また、第三者に不利益をもたらすような法律関係の存在の確認訴訟についての説明も、これだけでは、なお不十分である。これについても、べつの事例のなかで検討する。

三 「要求される必要的訴訟参加がなされないまま下された判決が、効力をもつかもたないかという問題については、そのつど、さまざまな答えがなされうるであろうが、必要的訴訟参加人を訴訟参加させないのであれば、いかなる場合においても、判決は、訴訟参加しない第三者には、形式的確定力も実質的確定力も及ぼせないものである。なぜなら、それらは、争訟手続に関係する者のみ結びつけられているからである（同法一一一条）。そうであるならば、第三者は、それまでの訴訟関係人のあいだで、すでに確定した問題について、あらためて裁判所の審査を求め、異なった決定を得ることもできることになる。しかし、そのような結論は、早期に法的安定性を確保しようとする訴訟経済の原則やすべての争訟手続の意味に反するであろう。そのような結論は、

係争法律関係に関わる関係人の利益にも、公益にもこたえていない。」

この段落では、あらためて、必要的訴訟参加が認められる場合に、訴訟参加させられなかった第三者にも判決の効力が及ぶかが、行政裁判所法二二条までさかのぼって論じられているが、同条は、いわゆる第三者効を否定する趣旨であることが、ここで確認されている。その結果、第三者は、当事者間の争いの対象となつたのと同一の訴訟物について、確定した裁判所の判断とはべつつの判断を求めて、あらためて出訴することができることになる。ただ、それでは、法的安定性や訴訟経済の要請に反することになるというのが、判決の理屈であるが、ならば、なぜ、それらの要請にこたえるために、同条の原則をまげて、第三者効が認められることにするのか——判決が、「そのような結論は、早期に法的安定性を確保しようとする訴訟経済の原則やすべての争訟手続の意味に反するであろう。……」としているのは、けっきよくは、そういうことであろうと思われる——という、当然の疑問が生ずる。この限りでは、論理が完全に堂々めぐりをしている。

「以上検討した理由から、行政裁判所法六五条二項により、ここで述べたような場合には、裁判所は、第三者を訴訟に参加させざるをえない。そして、それは、手続のあいだに、すなわち、判決が通常はまだ確定しておらず、手続の帰すうがなおはっきりしないときまでに、しなければならぬのである。したがって、第三者を訴訟参加させることが必要であるのかどうかという問題は——最初から、訴えが棄却されることがあきらかな場合はべつにして——、その手続の終局判決がどのような内容をもつのか、この——具体的な——判決が、第三者に対しても合一的のみ確定しうるのかということとは、無関係である。訴訟参加が必要的であるということは、むしろ、訴えの趣旨——理由があるものと仮定して——から見て、判決が第三者に対しても合一的のみ確定しうるという場合において、すでに存在しているのである。ただ、ここで重要なのは、訴えの趣旨の実体法的内容であつて、訴えの形式は、問題にならない。」

この段落では、結論として、本件では必要的訴訟参加が認められるとされているのであるが、その要件が充足されているかどうかは、(同項で、「訴訟の結果が、…第三者についても合一的に確定すべき場合」とされているにもかかわらず) 訴えの趣旨の实体的内容によって決されるという、興味ぶかい指摘がなされていることである。たしかに、訴訟参加は、訴訟の途中の段階でおこなわれるわけで、ふつうに考えれば、訴訟の結果は予測がつかないわけである。したがって、現実的にも、理論的にも、訴訟参加の可否は、その事件をめぐる基本的法律関係と、訴えの趣旨から判断するしかないわけである。つまり、当該処分に関わる実体的法律関係から、訴訟参加が必要であるかどうかが決まるという、まことに妥当な論理が展開されているといえよう。

なお、最後に「訴えの形式は問題にならない」といつているのは、義務づけ訴訟や第三者に不利益をもたらすような法律関係の存在の確認訴訟についても、同様のことがいえるというのであろうが、これについては、べつの事例で検討する。

四 「(いま述べた) 必要的訴訟参加の規制の基礎となる考慮は、事実審におけると同様に、上告審においても妥当する。したがって、必要的訴訟参加人の訴訟参加がなければ裁判をつづけることができないという要請は、上告審にもむけられる(行政裁判所法一四一条⁽²⁰⁾、および、一二五条一項、六五条二項)。しかし、上告審みずからが、控訴審で必要的訴訟参加の措置が怠られたことを、追完することはできない(同法一四二条⁽²⁰⁾)。そこで、控訴審の判決を取り消して、控訴審に追完させるために事案を差し戻すことにする。このことは、上告理由として、必要的訴訟参加の措置が怠られたことを主張していなくても、あるいは、(本件のごとく) 上告趣意書提出期間経過後にはじめて、そのことが主張された場合も同様である。ゆえに、上告審は、職権で、法的に異論の余地なく上告のための手続要件がみたされているか、審査する権限を有しているといえるのである。そのなかに、必要的訴訟参加人が訴訟参加しているかどうかということが含まれるのである。そのかぎり、控訴審

の判決の争点に、必要的訴訟参加の措置が怠られたということが含まれているかどうかは、問題にならない。」この段落で問題にされているのは、純粹に手續上の問題であつて、上告のなかに必要的訴訟参加が争点として取り上げられていない場合も、上告審は、職権で、控訴審の手續違背として、必要的訴訟参加に対する措置がとられなかつたことを理由に、判決を破棄し事案を控訴審に差し戻すことができるかということである。これについては、連邦行政裁判所の以前の判例で、すでに、肯定する方向で決着している。

五 以上の一般論をふまえて、最後の段落では、本件の具体的事実關係にそくした検討がおこなわれている。

「本件において、行政裁判所所長K博士の訴訟参加が必要的であるということは、諸般の事情を考慮して認められる。訴えを認容する判決は、K博士、原告、および被告に対して、合一的のみ下されうるかというかぎりでは、K博士は、訴訟に参加するのである。なぜなら、T裁判所支部長であるK博士を、K行政裁判所所長に任命した、被告の任命辞令が取り消されることになれば、行政裁判所所長としてのK博士の法的地位は、くつがえされることになるからである。……法的に言えば、認容判決が下されれば、同時に、K博士の地位が侵害されるのである。K博士が、一九五七年一月七日の辞令で、特別の要件のもとでのみ認められる法的地位を獲得しており、(被告主張のごとく)原告の請求を完全に認めることができるかどうかは、判決にとって重要な実体法上の問題であるが、それは、必要的訴訟参加にとつては、何の意味ももたない。というのは、(前述のごとく)必要的訴訟参加は、手續法上の問題であるからである。」

けつきよく、本件では、K博士を行政裁判所所長に任命する辞令が争われているわけであるが、この辞令(処分)は、いつぼうで、それまで行政裁判所所長であつた原告の地位を奪うという効果をもつので、二重効果的行政処分であると認定されている。⁽²⁸⁾その二重効果的行政処分の取消訴訟においては、処分によって利益をうける者の訴訟参加が問題となる。なぜなら、その処分の取消しの訴えが認容される判決によって、法的地位がくつがえされる

からである。本判決の論理では、そのことと判決が合一的のみ下されるということが一体となっている。つまり、要するに、原告がここで争っているのは、まさにK博士の法的地位なのであって、だとすれば、当然、「訴えを認容する判決は、K博士、原告、および被告に対して、合一的のみ確定し」なければならぬという論理であり、これが、その後の二重効果的行政処分に関する判例の基本論理となっているのである。

最後に、この判決では、けつきよく、被告行政庁のがわに必要な訴訟参加が認められたということに、注意しておこう。

六 なお、この判決でなんとか指摘されていた、義務づけ訴訟という訴訟形式のなかでの必要的訴訟参加の考え方については、つぎの判決のなかに、基本的な判例理論がつくされている。

〔事例②〕連邦行政裁判所一九七六年五月二一日判決⁽²⁶⁵⁾

(道路の建設にさいして、被告ラント行政庁に、道路建設主体をして防音施設を設置せしめることを義務づけることを求める訴訟に、道路建設主体を訴訟参加させることが、必要かどうか争われた事例。)

「原告は、義務づけ訴訟によって、被告に、同市の沿道の地所に侵入する騒音を削減する施設を設置を命ずることを義務づける判決を求めるものである。ところで、そのような防音施設の設置は、原告の請求に実体的に理由がある場合は、連邦遠距離道路法一七条四項⁽²⁶⁷⁾により、計画確定決定のなかで、道路建設主体に義務づけることが明記されなければならないものである。当該計画道路の建設主体は、同法五条一項⁽²⁶⁸⁾によれば、連邦であるが、いつぼう、計画確定行政庁は、同法二二条四項⁽²⁶⁹⁾、基本法九〇条二項⁽²⁷⁰⁾、道路建設行政庁に関するヘッセン州経済交通大臣令一九六八年五月一日によれば、被告ラントの行政庁である。したがって、防音施設の設置をめぐる行政法上の争いには、計画確定行政庁の主体として、被告ラントが、道路建設主体(および潜在的な負担義務者)として、連邦が、ならびに、原告が(潜在的な負担受益者として)くわわるのである。その場

合、原告が負担を勝ち取ることによって得られる利益は、連邦の負担に対応する。というのは、原告の請求を認め、そのような措置をとるよう命ずることを義務づける判決は、直接、道路建設主体の法的地位に負担的に働く効果をもつからである。その限りで、それは、行政裁判所法六五条二項の必要的訴訟参加の典型的な場合となる。連邦が、当事者間で争われている権利関係に、第三者として訴訟参加することにより、判決は、連邦に対しても、合一的のみ確定しうる。したがって、連邦が訴訟参加することは、必要である。連邦の訴訟参加がなければ、連邦に直接に関わる訴訟物について、判決を下すことは許されないのである。」

この判決の基礎となっている法律関係は、それをおこなうことの義務づけが求められている防音装置の設置を命ずる決定をめぐるものであり、設置を命じられる者(負担義務者)の必要的訴訟参加が問題となっている。かりに義務づけが認容されれば、設置を命ずる決定がただちに下されることになり、その者は直接に負担をおうことになる。この関係では、名宛人に利益を与えた行政処分の取消しが、とつぜん第三者により求められ、それが認容されれば、処分の名宛人が利益を失うというものと、裏表ではあるが、相等しいといえよう。⁽²⁰⁾ なぜならば、連邦行政裁判所の論理でいえば、訴訟参加しない者には形式的確定力も実質的確定力も及ばないので、これらの者を訴訟参加させなければ、そのような取消判決も義務づけ判決も意味をもたなく(効力をもたなく)なるということでは、共通するからである。その意味では、連邦行政裁判所の判例理論で、必要的訴訟参加について、取消訴訟にも義務づけ訴訟にも、まったく同じ論理が通用すると考えられていることは、いちおう是認できる。⁽²¹⁾

ただ、同じ義務づけ訴訟であっても、原告のがわに利益を与えるような行政処分の義務づけを求める場合——本件では、被告のがわに不利益を与える行政処分の義務づけが求められた——では、シチュエーションが逆になり、これについては、べつの論理が妥当するようであるが、この事例は、あとで検討する——〔事例⑤〕および〔事例

⑥〕——。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわに必要的訴訟参加が認められたということに、注意しておく。

七 また、同じく、判決でなにか指摘されていた、法律関係を確認する訴訟という訴訟形式のなかでの必要的訴訟参加の考え方については、つぎの判例に、基本的判例理論がつくされている。

〔事例③〕連邦行政裁判所一九八八年三月一五日判決⁽²⁷⁾

（原告が、地区煙突掃除マイスターとしての地位の確認を求める訴訟で、そのことに利害関係を有する者の承継人（息子）の必要的訴訟参加が問題とされた事例⁽²⁸⁾）

「行政裁判所法六五条二項によれば、第三者が訴訟参加することにより、判決が、第三者に対しても、合一的に確定しうる場合のみ、第三者を訴訟参加させることが必要となるとされている。○郡で『煙突掃除実施権を有する者』は、この意味において、原告が求めている確定の対象となる法律関係に、関与するのである。

本件では、原告に対して、いわゆる『煙突掃除実施権』を、他の掃除区域におけると同様に扱うという被告ラントの義務、いいかえれば、名目上の掃除実施権は、存在しないものとみなさなければならぬ被告の義務が確認されるのであるから、確認訴訟の対象は、そのまま、『煙突掃除実施権を有する者』の法律関係でもある。

上告審の審理において提出された土地台帳抄本から、訴訟参加人第三三号については、当初、第一審行政裁判所も『煙突掃除実施権を有する者』として訴訟参加を認めていたが、一九八六年四月九日より、ただの受益者となり、その息子のみが『煙突掃除実施権を有する者』となったことが認められる。この権利の譲渡を、第一審行政裁判所は把握しておらず、そのため、あたらしい『煙突掃除実施権を有する者』に対する、必要的訴訟参加の措置をとらなかった。息子Jは、訴訟参加人第三三号の権利の承継人（同法二二一条、民事訴訟法三二五条一項）として、訴訟参加しなくても、判決の確定力に服するという関係にあることを考えると、息子Jの

訴訟参加は、必要的であるといえる。必要的訴訟参加は、判決の効力の拡張のみを目的とするものではなく、むしろ、第三者に、裁判手続において陳述し、みずからの利益を防御する機会を与えることを目的とする。⁽²⁶⁾ かる見解は、当法廷の一九八四年九月七日の判決⁽²⁷⁾と一致する。当該判決では、以下のことが示唆されている。すなわち、権利の承継人の訴訟参加は、判決が下されると同時に、直接にその者の権利ないし法律関係が侵害される場合に、必要的となるということである。」

本判決では、第三者が利害関係を有する法律関係の確認においても、基本的に、二重効果的行政処分⁽²⁸⁾の取消訴訟における必要的訴訟参加の論理が、そのまま妥当することが言明されている。その論理によれば、法律関係の確認訴訟においても、対象となる法律関係から、訴訟参加していなくても判決の確定力に服する関係にある者は、訴訟参加させることが必要であるということである。⁽²⁷⁾

この論理の基礎にある、あるいは、延長線上にある考え方として、「必要的訴訟参加は、判決の効力の拡張のみを目的とするものではなく、むしろ、第三者に、裁判手続において陳述し、みずからの利益を防御する機会を与えることを目的とする」と述べられていることが注目される。これは、本稿で、前節までに達した推測——訴訟参加が必要的となるのは、判決の効力の拡張に関連するのではなく、利益防御機会の供与といったべつの訴訟政策的要請によるではないか——の裏づけになるものであるが、これについては、本節の最後の判例理論の分析のなかで、あらためて、くわしく論ずる。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわに必要的訴訟参加が認められたということに、注意しておく。

(bb) 建築法、公害防止法上の隣人訴訟と必要的訴訟参加

一 これまで、なん度も指摘したように、ドイツの行政法理論で、二重効果的行政処分の典型的事例とされるの

は、ある者に対する建築許可処分で、建築により隣人が不利益をうけるケースである。この場合には、隣人が、建築許可処分の取消訴訟を提起——このような隣人訴訟は、ドイツではひろく認められている——し、建築許可処分の名宛人が、必要的訴訟参加人となるという関係にたつが、このような、いわば基本型で訴訟参加が必要的であることについては、ドイツでは、以前からなんの疑問ももたれていない。

二 その隣人訴訟における必要的訴訟参加の判例をみていくまえに、ここで、すこし、その基礎となっている建築法上の二重効果的行政処分をめぐる法律関係についての、ラウビンガーの分析をみておこう。この、ひとつの行政処分が、一方のがわの者に利益を与え、同時に、他方のがわの者に不利益を与えるということが、二重効果的行政処分であるための要件であることは、すでに述べたとおりであるが、ラウビンガーは、それぞれの側面からの分析を行っている。

すなわち、建築主のがわに利益を与えるという建築許可処分の側面の分析では、概念的に、建築許可とは、意図された建築が現行法に違反していないということを、公権的に宣言するものであって、建築主に、建築しうる権利のようなものを与えるものではないということが、まず、強調されている。そして、ただ、行政は、建築許可をすることににより、建築主に、事実上どこまで建築権を行使することができるか、その限界を画するのであり、その限りで、行政は、建築主に、法的な意味における利益を与えるのであるとして(20)。

また、隣人がわに不利益を与えるという建築許可処分の側面の分析では、ラウビンガーは、場合をわけて論じている。すなわち、それは、①一般的な建築禁止状態の解除 (Dispens) という内容をともなうものでも、例外 (Ausnahme) として認められるものでもなく、たんに建築主に建築しうるという権利を与える処分による場合、②一般的な建築禁止状態の解除という内容をともなう処分による場合、③例外として認められる処分による場合——の三つである。(21)

①の処分⁽²⁸³⁾については、隣人に不利益を与える処分とはいえないので、二重効果的行政処分ではないとしている。なぜなら、この場合、隣人の保護規範が存在していないので、隣人の権利を侵害することはありえないからである⁽²⁸³⁾。

②の処分⁽²⁸⁵⁾については、隣人の権利を侵害する処分であるので、二重効果的行政処分といえるとしている。この場合の一般的な禁止状態の解除(Dispens)というのは、ラウピングガーによれば、次のように説明されている。すなわち、それは、特定の法規を遵守する義務から、国民を解放するものであり、その特定の法規とは、隣人の個人的利益の保護を目的とするものにほかならないというものである⁽²⁸⁶⁾。

③の処分⁽²⁸⁷⁾については、二つの角度からの考察が必要であるとしている。ひとつは、例外を認めている根拠規定が、強行規定であるのかということであり、もうひとつは、その根拠規定が、隣人の個人的利益を保護しているのかということである。この二つのことが肯定されるときに、その例外として認められた建築許可処分は、当然、隣人の権利を侵害する処分であるので、二重効果的行政処分といえるということになる。その最初の問題に対しては、例外として認められることについて特別の要件が規定されているときに、その根拠規定は、強行規定といえるとしている。また、二番目の問題に対しては、根拠規定の目的とするところが何であるのかを、個々の場合に慎重に検討する必要があるとしている⁽²⁸⁸⁾。

ラウピングガーの右の考察の基礎となっている関係は、いずれにしても、建築主のがわに利益を与えるような建築許可処分をもとにしている。ただ、そのような、建築主に利益を与え、いっぽうで、隣人に不利益を与える行政処分の取消しを、隣人が求め、それに建築主が訴訟参加を申し立てるといふ、いわば基本型の判例は、ドイツで、とくに見あたらないようである。これは、察するに、「事例①」でみたように、ドイツでは、そのように典型的な二重効果的行政処分の取消訴訟に、処分により利益をうける者の訴訟参加が必要であることは、ながらく、一般的

に認められてきており、とくに、このことについて争う事例もないのであろうと思われる。

三 ただ、逆の二重効果的行政行為——建築をする者に負担を課し、隣人に利益を与えるような行政処分——の取消訴訟における必要的訴訟参加の判例は存在しているので、これを基本としよう。つぎの判例は、その代表的なもので、学説・判例で、しばしば引用されている。

〔事例④〕連邦行政裁判所一九七三年一月三〇日⁽²⁹⁾

(河川航路拡張工事の計画確定決定のなかの、川岸地所有者に補償すべきことを、事業者に義務づける規定の取消しを、事業者が求めた事例)

「原告が争う負担は、一方で、計画確定決定において確定された拡張工事の事業者としての原告に、義務づけられるもので、他方で、この決定のなかで『ライン川岸地所有者』と総称される者らに、利益を与えるものである。したがって、その限りで、行政裁判所法六五条二項の必要的訴訟参加が認められる典型的な例である。

原告の不利益に、土地所有者らの利益が対応するので、この負担に対する判決が、土地所有者らについても合意的のみ確定しうるようには、土地所有者らを、当事者のあいだで争われている法律関係に、第三者として、関与させなければならぬのである。つまり、それは、これらの者の訴訟参加が必要であるということであり、これらの者の関与がなければ、訴訟物に対して決定を下すことができないのである。」

ここでの論理は、あきらかに、「事例①」の論理が、そのまま踏襲されているが、これを、もうすこし、事実・法律関係にそくして分析してみよう。この計画のなかの規定によれば、建築主が建築予定施設の隣人に補償を与えるということが、隣人の利益となり、建築主の不利益となるわけで、ひとつの行為が、一方のがわの者に利益を与え、同時に、他方のがわの者に不利益を与える——実的には、補償請求権と補償義務という表裏の関係——という二重効果的行政処分であるための要件は、たしかに、みだされている。そして、その行為により不利益をうける

がわの者が、その行為の取消しを求める訴えを提起し、その行為により利益をうけるがわの者が、訴訟参加するという関係は、「事例①」のとおりである。すなわち、それは、原告の請求が認容され補償規定が取り消されれば、ただちに補償請求権が失われるというものであって、当然、原告と隣人とのあいだの関係では、合一的のみ確定しなければならぬものである。⁽²⁾

その意味で、本判決でいわれているように、これらの者の訴訟参加が必要であるという結論は是認しうるが、その結論にいたるまでの論理として、これらの者を、(訴訟参加により) 法律関係に関与させなければ、そもそも、訴訟物に対して決定を下すことができないということになるのかが、あらためて問題となる。このあたりは、さらにつめて考える必要があると思われる、ここでは、アンダーラインをひいたまま、留保しておく。

なお、この事例では、けつきよく、被告行政庁のがわに必要な訴訟参加が認められたということに、注意しておこう。

四 建築法上の二重効果的行政行為をめぐるべつのシチュエーションでは、必要的訴訟参加は否定されている。ひとつには、建築主が、自己に利益を与える行政処分が行われることを義務づけることを求める訴訟を提起した場合に、その行政処分により不利益をうける隣人が訴訟参加を申し立てるケースがある。

〔事例⑤〕マンハイム高等行政裁判所判決一九七六年一月八日⁽²⁸⁾

(碎石事業者が、砂利工場の建設等の許可の義務づけ訴訟を提起したところ、その建設および操業によつて被害をうける近隣者が、訴訟参加を申し立てた事例⁽²⁹⁾)

「本件では、必要的訴訟参加の要件はみたされていない。なぜならば、必要的訴訟参加については、第三者が、係争法律関係に関与しているということ、および、判決が、当事者と——この関与のゆえに——第三者に對して、合一的のみ確定されうるということが前提となるが、原告が許可を請求しうる基礎となる、原告と

被告のあいだの法律関係に、訴訟参加申立人は関与していない——連邦行政裁判所一九七三年六月二二日判決⁽²⁹⁾——からである。原告が求める判決は、ただ、連邦イミッション防止法にもとづいて許可を与えることを、被告に義務づけることを判令するだけで、許可そのものの給付を内容とするものではない。それは、第三者——隣人のような者——の法的地位を、直接、形成するものではなく、ただ侵害するということにすぎない。なぜならば、それは、判決が下されたのちに、被告行政庁が、判決に従い、行政行為によつて、訴えにおいて請求されていた許可を行うということを、近隣者は覚悟しておかなければならないということを意味するにすぎないからである。したがって、かかる事例においては、裁判所の決定は、当事者および第三者について、合一的に確定すべきではないのである。」

この事例のように、二重効果的行政行為の義務づけ訴訟は、そのような処分の取消しを隣人が求め、その訴訟に事業者が訴訟参加することを申し立てるといふ関係と、正反対になつてゐる——けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が否定された——。しかし、取消訴訟の場合とは異なり、義務づけ訴訟の場合には、訴訟参加は必要ではないとされているのである。その論拠は、右の判決では、「原告と被告のあいだの法律関係に、訴訟参加申立人は、関与していない」ということにおかれてゐる。ただ、その不関与性の内容であるが、この判決のなかでは、それ以上のことはなにも述べられておらず、いまひとつ明瞭ではない。そこで、右の判決のなかでも引用されている、不関与性の問題について、べつの角度からふれてゐる連邦行政裁判所の判決——ここでも、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が否定された——をみてみよう。

〔事例⑥〕連邦行政裁判所一九七三年六月二二日⁽²⁹⁾

(建築主である原告が、被告行政庁に、自らに建築許可をするよう義務づけることを求める訴訟に、隣人が訴訟参加することを申し立てた事例)

「本件では、第三者の訴訟参加が必要であることの要件は、みだされていない。……必要的訴訟参加は、第一に、第三者が係争法律関係に関与することを要件とし、第二に、合一的判決が必要であることを要件としている。本件では、これらの要件のうち、最初のものがみだされていない。建築禁止によって保護された第三者が、そのことよって、係争法律関係に関与しているとは、いかなる場合においても認められない。許可が与えられることにより、第三者の権利が侵害される場合には、第三者を訴訟に参加させ、第三者を判決の効力に服せしめることにより、紛争が一次的に解決されるという論理は、それなりに正当である。しかし、本件で認められるのは、通常訴訟参加の要件がみだされているということのみである。」

この判決でも、おおくは語られていないが、「事例⑤」でふれられていなかったことが、若干、提示されている。それは、「建築禁止によつて保護された第三者が、そのことよって、係争法律関係に関与しているとは」いえないという論理である。これは、一般的禁止状態の解除を求める原告の法律関係と、その一般的禁止状態の存在によつて保護されている第三者の法律関係は、直接に表裏一体とはなっていないという論理である。そこから、行政庁と原告、第三者のあいだの関係について、必ずしも合一的には確定する必要はないと結論づけられている。

ただ、ドイツにおける隣人訴訟の理論の発展状況からみて、この論理には、疑問がある。それは、このような、建築法上の禁止規定により第三者が利益をうける場合は、その規定に隣人保護性を認めることは、ひさしい以前から確立して⁽²⁸⁾おり、それにより、その禁止状態を解除する許可に対して取消訴訟を提起しうる第三者の原告適格も承認されてきたこととの整合性の疑問である。さきほど見たラウビンガーの分析によれば、たんに建築主に建築するという権利を与える行政処分ではなくて、隣人保護のための建築禁止規範からの解除をとまう行政処分は、二重効果の行政処分であるので、むしろ、隣人保護規範からの解除という性格をもつ許可をめぐる法律関係については、隣人は密接に関与しているとみるほうが、しぜんのような気がするが、それとも、必要的訴訟参加について

は、それ以上のもが必要なのか、なお、綿密な考察を必要とするようである。

この問題については、もうすこし、べつの角度から論じている判例理論も見てみよう。

五 「事例⑦」ヘッセン州高等行政裁判所一九八六年八月二十九日判決⁽²⁹⁷⁾

(デイスコテイク(以下、デイスコ)の経営者が、係争地所をデイスコとして使用することを禁止する即時執行命令の執行停止を申し立てる手続に、隣人が訴訟参加することを申し立てた事例⁽²⁹⁸⁾。訴訟参加の申立てを不許可とした第一審の決定に対して、即時抗告された。)

「即時抗告人が、本件では、必要的訴訟参加の要件が満たされていないことを前提としていることは、正当である。同法六五条二項により、訴訟参加が必要となるのは、第一に、第三者が係争法律関係に関与し、第二に、この関与により合一的確定が必要となるという要件が満たされる場合である。ここでいう合一的確定とは、判決が、直接、第三者の権利または法律関係を形成するが、第三者が、訴訟参加の方法により、手続に関与しなければ、判決が効力をもたないということの意味するのである。⁽²⁹⁹⁾このような第三者の典型的な例が、二重効果的行政処分の名宛人である。連邦行政裁判所の判例によれば、水法上の計画確定手続において他の者に負担が課されることにより利益をうける者は、必要的訴訟参加人とみなされている。訴えの対象が建築法上の処分である行政手続においても、この処分が、公の安寧秩序に対する危険を除去するためだけのものではなく、例外的に、同時に、その者に法的請求権を付与する意図のもとに行われたものである場合は、隣人の訴訟参加は必要となるであろう。⁽³⁰⁰⁾しかし、本件は、そのような場合に該当しない。処分は、たんに、デイスコの経営者を名宛人とするだけで、右に述べたような意味で、即時抗告人の利益において、行われたわけではない。訴訟参加申出人および同人によって代表される市民団体が、建築監督署に異議を申し出たということによつては、同法六五条二項の要件は、充足されない。」

ここで問題なのは、「この処分が、公の安寧秩序に対する危険を除去するためだけのものではなく、例外的に、同時に、その者に法的請求権を付与する意図のもとに行われたものである場合は、隣人の訴訟参加は必要となる」という論理である。これは、建築禁止によって保護された第三者は、係争法律関係に関与しているとはいえず、その訴訟参加は必要ではないという〔事例⑥〕の判決理論に、さらに、もうひとつの手がかりを与えたものである。これについて参考となるのは、〔事例④〕であろう。

〔事例④〕は、原告たる建築主に負担(補償義務)を与えるものの取消しを求める訴えに、その負担により利益(補償請求権)をうける者の訴訟参加が必要であるとされた事例であるが、ここでは、たしかに、負担の裏返しとして隣人がうける利益は、法的請求権として認められるものである。このような場合には、原告が、みずからに対する負担の取消しを求めるということは、隣人からみると、自己に認められた法的地位の喪失が求められていることを意味し、この関係が、たぶん、判例でいわれている「法律関係関与性」であろう。

それに対して、〔事例⑦〕は、法律関係関与性が否定されたわけであるが、たまたま、即時執行命令の執行停止の申立ての事例であったので、事柄がより鮮明化しており、たしかに、即時執行付きの使用禁止命令は、事案の緊急性からいっても、その時点で、そのまま営業を続けさせることが公益上——たしかに、このうち近隣への影響ということも、かなりの部分を占めようが——妥当かどうかを、疎明により、とり急ぎ審理するわけであるので、そこへ隣人を訴訟参加させ、合一的に確定させることが必要であるということにはならないであろう。そこまでは納得できるが、なお、どれだけ法的請求権があれば、合一的確定の要請を根拠づけられるとされているのかについては、十分に解明されたといいたい。このことを、さらに検証する意味で、もうひとつ、べつの判例を見てみよう。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が認められなかったということに、注意

しておこう。

六 「事例⑧」連邦裁判所一九九二年五月二〇日⁽³⁰⁾

(旅館営業許可をすることを行政庁に義務づけることを求める訴えに、その隣人の訴訟参加が必要的であるかが、争われた事例。)

「本件の場合は、必要的訴訟参加の例にはあたらない。なぜなら、義務づけ訴訟の基礎となる、旅館営業許可を求めうる原告の請求権を発生させる法律関係に、隣人は関与していないからである。そのことに、旅館営業許可の義務づけを求める原告の訴えが認容され、行政庁が、そのとおり、許可を与えた場合は、隣人の権利が侵害されることもありうるということは、矛盾するものではない。そのような場合は、隣人は、許可をうけたい者が必要的に訴訟参加すべき取消訴訟において、旅館営業許可の取消しを勝ち取ることができるのである。」

この判決の最初でいわれている、「旅館営業許可を求めうる原告の請求権を発生させる法律関係に、隣人は関与していない」ということで、ほとんど、「法律関係関与性」の意味が解明されているといえよう。たしかに、旅館営業許可の要件については、旅館業法では、隣人を保護する趣旨のものは、なにも規定されていない⁽³⁰⁾。そうすると、すくなくとも、旅館営業許可を求めうる原告の請求権が発生するかどうかという問題については、隣人は関与していないといえよう。このように考えると、けつきよく、必要的訴訟参加の基礎となる法律関係への第三者の関与性とは、その法律関係を規定する行政処分の要件を定める実体法の解釈によって判断しうるのではないかという結論へ、必然的に導かれていくのである。

また、最後の部分で、隣人が、訴訟手続に関与しうるのは、みずからが原告となる取消訴訟においてだけであるとされているが、これは、「事例⑤」のマンハイム高等行政裁判所判決の論理につながるものであって、このような法律関係にあつては、かかる義務づけ訴訟の段階では、隣人は合一的確定をうける地位になく、その訴訟で義務

づけ判決が下された場合に、それをうけて行政処分が行われて、はじめて、(原告として)その行政処分を争うる地位にたてるということをしているのである。この関係については、なお、訴訟論的に吟味していく必要があるように思われる。

また、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が認められなかったということに、注意しておこう。

七 以上の判例から、あらためて、これまでもち越しになっている「法律関係関与性」の問題を再検討してみると、「事例⑦」のケースでは、原告の申立てが認められ、執行が停止されると、係争建物がデイスコとして使用されることになるが、隣人には、それにより喪失される法的請求権のようなものが、あらかじめ与えられているわけではない。その意味で、このケースでは、隣人は法律関係に関与しているとはいえない。「法律関係関与性」は、問題となっている請求権の発生に関わっているかどうかによるということが、「事例⑧」によって明らかにされているのである。

「事例⑤」と「事例⑥」は、いずれも義務づけ訴訟の事例であるが、法律関係関与性を欠くという理由で、訴訟参加が必要的でないとされている。「事例⑤」は、義務づけの対象となる処分は、連邦イミッション防止法にてらして認められる建築許可であり、「事例⑥」は、義務づけの対象となる処分は、建築禁止を解除する性質のものであり、それらは、いちおうは、その法規の目的として隣人保護ということがあるが、それによって喪失される法的請求権のようなものが、あらかじめ隣人に与えられているわけではない。その意味で、これらのケースについても、法律関係関与性が否定されるとされているのである。

けつきよく、「事例⑤」も「事例⑥」も、義務づけ訴訟であって、原告は、処分により自己に利益が与えられるがわの者であり、それに、処分により不利益をうける者が訴訟参加するわけだが、二重効果的行政処分の基本型

は、建築主に利益を与える行政処分⁽³⁵⁾の取消しを、隣人が求める場合であつて、このときは、建築主が訴訟参加することになり、このときは、文句なく、訴訟参加は必要であるとされる。そのポイントは、その取消訴訟においては、建築主の法的地位そのものが問題となつていふことにある。それに対して、「事例⑤」や「事例⑥」の義務づけ訴訟では、訴訟参加する隣人の法的地位は問題とされていふのである。

ところで、これらの事例の基礎になつていふ二重効果的行政処分だが、そもそも、ドイツにおいて発展した二重効果的行政行為の理論は、機能的には、取消訴訟における原告適格拡大のためのものであつたといえよう。さきほど見たラウペンガーの理論も、いうまでもなく、二重効果的行政処分を対象とする取消訴訟の原告適格を隣人に認めることの論証であつて、それをそのまま、必要的訴訟参加を認めさせる論拠とすることには、やはり限界があつたようである。ということとは、必要的訴訟参加が認められる基礎となる訴訟参加申立人の法的地位というのは、原告適格が認められるための法的地位より、かなり厳格なものが要求されていることであると思われる。すなわち、それを（建築法の範囲で）要約すれば、建築禁止を命ずる法規が隣人保護も内容とするものであれば、それを解除する建築許可処分の取消しを求める訴えについての隣人の原告適格は根拠づけるが、それだけでは、「事例⑤」や「事例⑥」のケースでの隣人の訴訟参加を必要ならしめるものではないことである。

その意味で、「事例⑧」でいわれているように、隣人は、義務づけ訴訟においては、その訴訟参加は必要であるとはされないが、（義務づけ訴訟に後続する）取消訴訟における原告適格は肯定されるので、こちらのほうで争うのが本筋であるという限りでは、理論的に整合しているといえる。

八 隣人訴訟で、もうひとつ、問題とされているのは、建築許可処分を争う訴訟が、ひとりの隣人から提起された場合に、当該処分について同じ利害関係にたつ他の隣人も、（原告のがわに）訴訟参加することが必要かということである。そして、ここでも、原告が処分の取消しを求める基礎となる法律関係に、訴訟参加を申し立てている

他の隣人も関与しているかということが問題とされている。それについては、つぎの判例が代表的なものである。この判例は、二重効果的行政行為に関わる隣人相互のあいだの基本的関係について解明したものととして、ドイツの学説・判例で、しばしば引用されている。

〔事例⑨〕連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決⁽³⁰⁾

〔工場建設許可処分⁽³⁰⁾の取消しを、工場建設予定地の近隣に居住する者が、求めた訴えに、他の隣人が訴訟参加を申し立てた事例〕

「当裁判手続において取消しを求められている許可が、計画区域の他の住人ないし利用者に、原告の状況と同程度に関わるかどうかは、問題である。これらの潜在的原告に、べつのW通りの住民も含まれることは確かであるし、さらに、原告とほぼ同時に訴えを提起し、第一審では、原告と同じように取消判決をうけたが、第二審では、手続の分離により、べつべつに敗訴した者も含まれる。同じように、なお若干の者についても、許可処分に関わることがありうる。そのことから、すくなくとも、数次にわたって要望書を提出してきた公園をまもる会のメンバーの潜在的原告適格性は、否定できないであろう。したがって、行政裁判所法六五条一項の要件はみたされているので、公園をまもる会のメンバー訴訟参加は認められるべきであろう。当法廷の見解では、そのような(通常)訴訟参加は、並行する訴訟手続の原告については、やはり認めなければならないであろう。というのは、この原告らは、つぎつぎに、自らの利益や推定される権利をつよく主張しているから、手続が分離されたのちに、彼らが訴訟参加することは、いったん成立した状況に適合すると思われるからである。隣人訴訟においては、第三者の地位が、あきらかに潜在的原告とみなされる場合は、一般に、通常訴訟参加がおこなわれることが望ましいが、それが、おこなわれなかったからといって、裁判手続の瑕疵として、上告審で問題とされるわけではない。上告審で問題とされるのは、必要的訴訟参加に対する措置が怠られた場合

である。そのことは、他の潜在的（隣人の）原告が無視された場合には、あてはまらない。同法六五条二項により、訴訟参加が必要となるのは、第一に、第三者が係争法律関係に関与し、第二に、この関与により合一的決定が必要となるという要件が満たされる場合である。隣人訴訟においては、この最初の要件が、原告とその他の（潜在的）原告とのあいだの法律関係では、満たされない。隣人訴訟で争われる法律関係というのは、当該許可処分を取消しを求める原告の請求である。この法律関係に、この許可によって、たぶん同じように権利を侵害される他の者は、関与していないのである。その者は、みずからのがわにおいて、同じ請求をなすというだけなのである。しかし、そのことによつて、他人の裁判手続において『争われている法律関係に』、『同項の意味において、訴訟参加することが必要になるわけではない。』

同一の事業者による同一の原因によつて、複数の者が、事業者に対して、同種の請求をなすという状況は、公害訴訟などでひろくみられる。かかる関係において、それら同種の請求をなす者すべてについて、合一的に確定することが要求されるかが、ここで問われている問題で、連邦行政裁判所は、これを否定している。つまり、ひとりの者が提起した訴訟に、他の同種の請求をなす者が訴訟参加することは、必要ではない——しかし、訴訟参加の可能性じたいは、通常訴訟参加は認めるといふことで、否定していない——といふことである。その論理は、（本判決では、「潜在的原告」といふ言葉で表現されている）同種の請求をなす者が、それぞれ、事業者に対して請求しうる法律関係は、個別のものであつて、したがつて、それらの者は、ほんらい個別の判決をうける立場にあるので、合一的に確定されるものではないといふことである。

ところで、そもそも、このようなシチュエーションの基本となる関係は、共同訴訟と共通するものであると考えられるので、この問題は、前節で考察した、必要的訴訟参加とその基礎において密接な関連を有するとされている「必要的共同訴訟」の理論にまでさかのぼつて考えなおす必要がある。シユヴァープによれば、ドイツ民事訴訟

法六二条の「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、個々の権利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。」とされている。⁽³⁸⁾これによると、本件の原告が主張する権利と、原告でない隣人が主張する権利の内容が問題となる。工場建設許可処分によって侵害される近隣居住者の権利は、同種のものであっても、たしかに個別である。したがって、それらは、同一対象——同一処分の取消し——に対するものであっても、個別に請求しうるものであり、合一的確定の要請を欠くことになる。⁽³⁹⁾

なお、本事例では、けつきよく、原告のがわへの必要的訴訟参加が認められなかったということに、注意しておこう。

(CC) 競業関係における必要的訴訟参加

一 営業上の包括的権利を設定する行政処分の競願関係のような場合の基礎となる行政処分も、ラウビンガーによれば、二重効果的行政処分である。したがって、競願関係を含めた、ひとつの営業許可をめぐる競業関係でも、必要的訴訟参加の問題は生ずるわけで、実際にも、おおくの判例が存在している。ただ、必要的訴訟参加の判例を検討していくまえに、当然のことではあるが、訴訟における基本的なシチュエーションをあきらかにしておく意味で、競業関係での二重効果的行政処分の内容を、ラウビンガーの理論をつうじて確認しておこう。

ラウビンガーによれば、ひとことで競業関係といっても、二つの場合があるとしている。⁽⁴⁰⁾それは、特定の営業においてすでに許可をうけている既存の業者があるときに、同種の営業をしようとするべつの業者が参入する場合と、ひとつの営業許可を複数の志願者が求める場合である。前者の場合では、べつの業者に許可を与える行政処分

は、既存の業者に、その限りで不利益を与えることになるので、二重効果的行政処分である。また、後者の場合では、競願者のひとりに許可が与えられるということは、他の競願者の許可申請は拒否されるわけで、そのことが、それらの者の権利侵害にあたる⁽³¹⁾ときに、二重効果的行政処分となるとしている。

これを前提にして考えると、競業関係における必要的訴訟参加の基本的な関係は、処分を得た者と、得られてしまった者もしくは得られなかった者との関係は、処分により利益をうける者と、不利益をうける者との表象される。したがって、処分を得られてしまった者もしくは得られなかった者が、その処分の取消しを求める訴訟を提起し、それに対して、処分を得た者が、訴訟参加を申し立てるといふ関係になると考えられる。

二 このような関係を示す典型的事例が、つぎのものである。

〔事例⑩〕連邦行政裁判所一九八三年九月二日判決⁽³²⁾

(運送業を営む原告が、被告行政庁が、他の運送業者に与えた一般遠距離運送許可の取消しと、自己に対して当該運送事業の許可をすることの義務づけを求めて出訴した訴訟に、許可を受けた運送業者の訴訟参加が必要であるとされた事例)

「行政裁判所法六五条二項によれば、第三者が、当該法律関係の争訟に関与することにより、判決が、第三者に対しても、合一的に確定しうる場合にのみ、第三者を訴訟参加させることが必要となる。この要件は、本件では、満たされている。原告は、被告行政庁が、自動車貨物運送法一条および一五条⁽³³⁾により、一九七八年一月に他の運送業者に与えた一般遠距離運送許可の取消しと、自己に対して当該運送事業の許可をすることを求めている。もし、原告の請求どおり、許可が取り消されれば、そのことは、直接、他の業者の不利益となるのである。したがって、判決は、原告に対しても、利害関係を有する他の業者に対しても、合一的にのみ確定しなければならぬのである。行政裁判所法六五条二項に従った、必要的訴訟参加の措置が怠られた原判決

は、そのことにより、本質的な手続上の瑕疵が構成され——同法一四二条により瑕疵は治癒されない⁽³⁹⁾——、これについては、上告手続において職権により考慮され、当然、控訴審の判決は取り消され、事案は控訴審に差し戻される。同項の意味・内容は、判決の効力を必要的訴訟参加人にまで拡張し(同法一二一条)、それゆえ、裁判手続において、その者に、攻撃・防御の機会があたえられなければならないということにある。」

本判決では、運送許可が二重効果的行政処分であることを認めたくえで、二重効果的行政処分の取消訴訟における必要的訴訟参加の基本的論理が述べられている〔事例①〕と、ほぼ同じ内容のことが論じられている。

本判決で、注意すべき事項は、控訴審の手続において訴訟参加が必要的であるのに、訴訟参加させる措置がとられず、しかも、そのことが、当事者からの上告理由とされていない場合も、上告審は職権で、訴訟参加が必要的であったということを認定することができる。そして、そのように認定された場合は、それが控訴審判決の本質的瑕疵を構成するということである⁽⁴⁰⁾。たしかに、このようにされなければ、訴訟参加が必要的であるということの論理を、判決手続のなかで実際に貫徹することは困難となるわけで、職権訴訟参加の法理を考えていくうえでの重要な論点である。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が認められたということに、注意しておこう。

三 ただ、競争関係における判例としては、つぎのもののように基本的論理がつくされており、これは、しばしば学説・判例に引用されているので、判旨を段落に区切って、くわしく検討してみよう。

〔事例①〕連邦行政裁判所一九八一年八月一二日判決⁽⁴¹⁾

(大学評議会の評議員により、大学を相手に、評議会での選挙の無効の確認を求める訴えが提起されたが、これに、大学評議会したい、および、その個々の評議員の訴訟参加が必要的であるかが争われた事例)⁽⁴²⁾

「控訴審は、評議会の訴訟参加も、個々の評議員の訴訟参加も、必要であるとするべきであつたとする即時抗告人の主張は認められない。行政裁判所法六五条二項によれば、第三者が訴訟参加することにより、判決が、第三者に対しても、合一的に確定しうる場合にのみ、第三者を訴訟参加させることが必要になる。第三者が、訴訟に関与したとしても、たんに内容的に同一の決定がなされるだけでたりる場合は、第三者の訴訟参加は必要とはいえない。むしろ、判決により、直接に第三者の権利もしくは法律関係が形成される関係にあるときに、(同法一二一条により) 第三者が手続に関与しなければ、その権利もしくは法律関係の形成が有効になされえない場合に、それは必要となるのである。」⁽³⁸⁾

ここで、注目すべき論理は、「第三者が、訴訟に関与したとしても、たんに内容的に同一の決定がなされるだけでたりる場合」というのを、訴訟参加が必要とされる、「第三者が手続に関与しなければ、その権利もしくは法律関係の形成が有効になされえない場合」という一般的定式とは、べつに想定していることである。それが、どのようなものであるのか、もうすこし、判旨をおつてみよう。

「この原則にてらして、選挙の取消訴訟では、基本的に選出された者のみが、訴訟に参加しようと、控訴審が判断したことは正当である。」⁽³⁹⁾ それに反して、選挙を行う評議会、もしくは、選挙権を有する個々の者の訴訟参加は、これまでのところ、必要であるとはされていない。この理は、選挙の無効確認においても、同様である。」

これを見ると、要するに、「たんに内容的に同一の決定がなされるだけでたりる場合」というのは、選挙によって選出された者——選挙により利益をうける者——以外の、たんに選挙権を有するだけの他の評議員についてのことで、判決により、直接に自己の権利・利益が侵害されるわけではないので、合一的に確定するまでもないものである。けつきよく、この場合、「手続に関与しなければ、その権利もしくは法律関係の形成が有効になされえない」

者というのは、選挙に当選した者のみということになり、その者の訴訟参加だけが必要的とされるのである。なお、この手続関与性と合一的確定の関連について、さらにくわしく論じた判例があるので、それも見ることにしよう。

四 しかし、そのまえに、本判決では、以上の論理をふまえて、このあと、無効確認訴訟の原告適格の問題と関連させて、興味ぶかい論述が行われているので、つぎの判例の検討に移るまえに、さらに判旨をおつてみよう。

「この論理は、評議会の評議員についても、評議会じしんについても、そのまま妥当する。たしかに、控訴審が、原告に、選挙の無効確認訴訟の原告適格を認めたということは、評議会の他の評議員にも同様に、選挙が有効であることの確認訴訟の原告適格を認めることにつながるかもしれない。しかし、このような解釈も、訴訟参加が必然であることを肯定させる論拠とはならない。必要的訴訟参加が認められる要件は、すべて、第三者が係争法律関係に関与しているということである。ここで問題となっている法律関係とは、被告大学の副学長の選挙の無効確認であり、その法律関係に関与する者は、原告と、求められている確認の対象となっている者——副学長に選出された者——のみである。評議会のその他の評議員は、この法律関係に関与する者とはいえないのである。特定の法律関係に関与しているという要件を欠くときは、判決が、その者に対しても合一的のみ確定すべきときも、必要的訴訟参加は認められないのである。……本件のごとき場合には、第三者を判決の確定力に服せしめるといふ要請には、任意的(通常)訴訟参加によつて、十分、こたえうるのである。」

前項で、「事例⑧」についての考察のなかで、取消訴訟の原告適格が認められる場合と、それへの必要的訴訟参加が認められる場合の關係について分析したが、ここでは、無効確認訴訟の原告適格が認められるからといって、それによつて、その者の訴訟参加が必然的であるとすることも根拠づけられるわけではないとされている。これについては、取消訴訟の原告適格との関連の問題とあわせて、あらためて検討する必要がある。

また、もうひとつ、ここで興味をひかれるのは、無効確認訴訟の原告適格が認められる場合は、そのことによ
り、すくなくとも、通常訴訟参加は認められるという最後の部分である。このことも、右の問題とあわせて、あら
ためて検討する必要がある。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が認められなかったいうことに、注意
しておこう。

五 それでは、さきほどもち越しになっていた、この手続関与性と合一的確定の関連についてくわしく論じた判例
を、見ることにしよう。

〔事例②〕 ミュンスター高等行政裁判所一九九一年四月三〇日判決⁽²¹⁾

(原告は、被告B市議会を相手に、地方選挙の無効を主張し、二つの選挙区での選挙のやり直しを求め、出訴
した。控訴審において、高等行政裁判所が、その二つの選挙区で当選していた者を、訴訟に参加させた事例)

「当裁判所の一九九一年二月二日判決⁽²²⁾により、選挙取消訴訟においては、選挙で直接選ばれた者の訴訟参加
が必要的であるということが、原則的に確認されており、そこから、本件で係争二選挙区において当選した者
の訴訟参加も、必要的である。第三者の権利を直接に侵害することなく、原告の請求が、裁判において実現さ
れない場合は、行政裁判所法六五条二項でいう、合一的確定の要請は、みだされているといえる。第三者の
訴訟参加は、この場合、第三者に判決の効力を拡張するという目的をもっている。ここでは、必要的訴訟参加
は、二つの理由により、必要的である。ひとつは、第三者が、当事者のあいだで決せられた問題を、あらため
て裁判所の審査に付し、べつの決定が下されうる事態を、なんとしても避けなければならないということであ
る。もうひとつは、第三者の権利を侵害することを被告に義務づけながら、それを、第三者との関係で、効力
をもたないままにしておくという、ほんらい不可能な内容の給付を被告に命じてはならないということであ

る。選挙取消訴訟においては、選挙により直接選ばれた者は、つぎに述べるようなかたちで、係争法律関係に
 関与するのである。すなわち、被告が、選挙が無効であることを宣言するように義務づけられたならば、それ
 は、直接、必然的に、選出された者の法的地位を侵害することにつながる。そこで、無効宣言という形態をと
 る侵害行為に対しては、選出された者は、訴えを提起することができ、無効宣言が判決により取り消されるこ
 ともありうるのである。このような事態を避けうるのは、直接に選ばれた者の訴訟参加によつてのみである。
 なぜなら、それにより、当事者間に下された判決の拘束力を第三者にまで、拡張することができからであ
 る。」

判決の前半では、第三者の権利を侵害することなく、原告の請求を認容する判決を下すことができないときは、
 第三者を訴訟参加させ、その者に判決の効力を拡張するために、第三者の訴訟参加が必要となるといふ、いわ
 ば、行政裁判所法六五条二項の教科書的な説明のなかで、判決の効力を拡張しなければならない意味について、若
 干つつ込んだ論理の展開が行われている。最初に上げている理由は、矛盾する判決の現出を阻止するという、民事
 訴訟理論で合一的確定の要請について述べられていることであり、二番目に上げられている理由は、かりに判決の
 効力の拡張が認められなければ、確定判決の内容に論理矛盾がおこるといふことである。これらの点については、
 これまでいくつか見た判決のなかでも、ふれられていることであるが、ここでは、それ以上の論理展開はされてい
 ない。

むしろ、本判決で注目すべきは、その後半部分にあり、無効確認判決に第三者——選挙により選出された者——
 への効力の拡張が認められないのなら、無効確認判決が下されたのちに、判決をうけて行われる無効宣言の取消し
 を、さらに、その者が求めるといふむし返しがおこりうるので、それが、右に述べられているような判決が指摘す
 るふたつの矛盾につながり、それを避ける意味で、訴訟参加が必要となるとされていることにある。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が認められたということに、注意しておこう。

六 最後に、もうひとつ、比較の意味で、競願者であっても必要的訴訟参加が認められない事例を見ておこう。

〔事例⑬〕連邦行政裁判所一九八〇年二月八日判決⁽²²⁾

(被告大学の医学部へ入学を志願する原告らが、被告に、自分たちを医学部に入学させることを義務づけることを求める訴訟に、その他のすべての志願者の訴訟参加が必要的であるかが争われた事例)⁽²³⁾

「控訴審の手続では、被告により、被告大学への学籍の割当てがもつかわれている志願者のすべてを訴訟参加させることが申し立てられたが、上告手続では、そのようなことは、なにも申し立てられていない。判例によれば、上告審は、職権により、訴訟参加が必要的であるかどうかを審査できるとされているので、それにより審査すると、控訴裁判所が、本件については、訴訟参加は必要ではないと判断したのは、正当である。その場合に重要な観点は、つぎのとおりである。すなわち、これらの志願者は、被告大学の同じあいている定員を争っているという事実においてのみ、相互に関係しあっているにすぎないということである。どの志願者も、他の志願者が主張している請求権の基礎となる法律関係には、関与していないのである。個々の志願者の、同種の請求権は、相互に独立しているといったほうがよい。ある志願者に、ひとつの定員を与えることは、他の志願者に同一の定員を与えることを、法的にはなく、事実上、排斥することなのである。判例によれば、同種の請求権が並立しているという事情も、なら、訴訟参加が必要的であることを根拠づけるものではないのである。⁽²⁴⁾」

この判例には、すくなくならず興味をひかれる。それは、「事例⑫」との比較においてである。「事例⑫」では、「被告が、選挙が無効であることを宣言するように義務づけられたならば、それは、直接、必然的に、選出された者の

法的地位を侵害することにつながる」という意味で、選出された者は、係争法律関係に關与するとされている——したがって、判決の合一的確定の要請がある——が、同じ競願者の地位にありながら、本件では、他の志願者の法律關係関与性が否定されているのである。

その相違は、けつきよくのところ、つぎのことにあると思われる。「事例⑫」で争いの基礎となっているのは、特定の議席であるが、本件でのそれは、一定の——それが、はたして所定の定数であったのかも、争いの余地があった——定員である。したがって、「事例⑫」では、当選者以外の者を当選者とすることが義務づけられれば、当然、当選者の当選者としての地位は、自動的に失われることになるが、本件では、一の志願者の入学を認めることが義務づけられても、それにより、他の志願者の特定の者の入学が、ただちに、自動的に認められなくなるものではない。本件で、他の志願者の法律關係関与性が否定されたのは、このことが論拠となつているものと思われる。

なお、本事例では、けつきよく、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加が認められなかつたいうことに、注意しておこう。

(dd) 私法上の法律關係を形成する行為と必要的訴訟参加

一 ラウビンガーが上げる、もうひとつの二重効果的行政行為の類型は、「私法上の法律關係を形成する二重効果的行政行為」とするもので、私法上の地位、法律關係、權利關係を、直接的な拘束力をもつて、形成し、変更し、取り消す、行政庁の高權的行為と定義している。⁽³²⁷⁾ただ、ラウビンガーは、私法上の法律關係を形成する行政庁の行為が、つねに二重効果的行政処分とされるわけではないとしている。⁽³²⁸⁾二重効果的行政処分とされるためには、すくなくとも、処分に關わる二当事者が必要で、一方が利益をえて、一方が不利益をこうむるという關係がなければならぬ。したがって、私法上の法律關係を形成する行政庁の行為が、二重効果的行政処分とされるかは、個々の

事例ごとに検証していくしかないとして、それまでの判例を綿密に分析して、広範囲にわたる類型化を行っている。⁽³²⁹⁾これは、当然、必要的訴訟参加が認められる場合の基礎となるもので、われわれの考察にとっても、重要な関心事であるので、ここに引用しておく。

「A家賃の値上げの認可は、賃借人の不利益になるので、二重効果的行政処分である⁽³³⁰⁾」

B病院に対する保険の支給基準額を上げることの認可は、保険者の不利益になるので、二重効果的行政処分である⁽³³¹⁾。

C公共交通機関の料金の値上げの認可は、一般利用者の法的利益を侵害するものではないので、二重効果的行政処分とはいえない⁽³³²⁾。

D重度身体障害者の解雇の認可は、その者の不利益になるので、二重効果的行政処分である⁽³³³⁾。

E牛乳法 (Milchgesetz) により、牛乳製造者に対して牛乳配達義務を免除することは、乳製品製造業者の不利益になるので、二重効果的行政処分である⁽³³⁴⁾。

F住居管理法 (Wohnraumbewirtschaftungsgesetz) により、住居をさがしている者の割当てをすることは、住居をさがしている者のだれと契約するかという選択権は、家主に留保させるものの、家主に契約締結を強制することになるので、二重効果的行政処分である⁽³³⁵⁾。

G起業者に対して土地収用権を認定することは、土地所有者に不利益になるので、二重効果的行政処分である⁽³³⁶⁾。

H人種のおよび政治的に迫害された者の自由な婚姻の承認に関する法律 (Gesetz über die Anerkennung freier Ehen rassisch und politisch Verfolgter) による承認は、婚姻を承認された男の親族の不利益になるものではないので、二重効果的行政処分ではない⁽³³⁷⁾。

I子供の氏名の変更は、父親の不利益になるので、二重効果的行政処分である⁽³³⁸⁾。

二 判例で、この私法上の法律関係を形成する二重効果的行政処分⁽³²⁹⁾の取消訴訟について、必要的訴訟参加が問題とされたのは、つぎの事例である。

〔事例⑭〕連邦行政裁判所一九六四年三月二〇日判決⁽³³⁰⁾

(いったんなされた嫡出宣言の取消しを、母親が求める訴えに、その娘が訴訟参加することが必要的であるかが争われた事例)

「嫡出宣言が、子の家族法上の地位に影響を与えることについては、疑問の余地はない。子が、その適法性の事後審査に訴訟参加することにより、判決が、子に対しても、合一的に確定しうる場合にのみ、子を訴訟参加させることが必要となる。したがって、原告の娘は、自己に関する嫡出宣言が問題になっている以上、行政裁判所法六五条二項により、訴訟参加させられなければならない。控訴審が、この規定に従った措置をとらなかつたことは、手続上の瑕疵を構成するので、原判決を破棄し、事案を原審に差し戻すことにする。」

この判決では、二重効果的行政処分という概念については、明確にされていないが、嫡出宣言が、家族法上の地位という私法上の法律関係を形成するもので、子の利益に関わるものであることを確認したうえで、そのことを根拠に、子の訴訟参加が必要であることを認めている——判示内容だけからは、子がいずれのがわに訴訟参加したか、あきらかでないが、論理的には、被告がわだと思われる——。ただ、この判決では、それ以上の論理展開はされていないので、もうすこしくわしく私法上の法律関係を形成する二重効果的行政処分をめぐる必要的訴訟参加の論理をほり下げた事例をみてみよう。

三 ラウビンガーの二重効果的行政処分とされるIのケースに関連するものとして、氏名確認行為の取消訴訟の事例がある。ただ、この事例は、私法上の法律関係を形成する二重効果的行政処分の基本型である〔事例⑭〕よりも、すこし複雑であるので、これも、段落に区切って検討してみよう。なお、本事例では、原告のがわへの必要的

訴訟参加が否定されている。

〔事例⑮〕連邦行政裁判所一九八〇年一〇月一日判決⁽³⁹⁾

(氏名確認行為の取消訴訟に、原告の妻や子も訴訟参加することが、必要であるかが、争われた事例。)

「本件においては、原告の妻や子の訴訟参加は、必要ではない。行政裁判所法六五条二項によれば、第三者が訴訟参加することにより、判決が、第三者に対して、合意的に下しうる場合にのみ、第三者を訴訟参加させることが必要となる。妻も子も、この意味において、訴訟参加するわけではない。」

同項の理解として、訴訟参加の基礎となる係争法律関係とは、原告の正しい姓の確認である。訴訟参加を申し立てている者にとつて問題なのは、夫にして父の姓である。妻や子の姓は、原告から由来したものである。妻は、結婚により、夫の姓を名のり、子は、出生のときから、父の姓を名のっている。それにもかかわらず、このようにして獲得された氏名権は、氏名を使用する個々の者の、固有の個人的権利である。」

本件では、結論として、妻や子の訴訟参加は必要ではないとされているが、その根拠は、(ここでは、はっきりとはいわれていないが)法律関係関与性を欠いているということであろう。ただ、その論旨は、かならずしも明快ではない。妻や子が、夫・父の姓を名のるのは、夫にして父である者との密接な関係に由来し、夫にして父である者がその姓を名のっている限りにおいて、いわば、その反射として、夫・父の姓を名のりうると考えるのが自然であると考えられ、妻や子が、いったん、その姓を名のった——判決では、氏名が獲得されたとされている——以上、夫にして父である者から独立して、夫・父の姓を名のりつづけることができるという論理には、にわかには納得しがたい。⁽³⁹⁾

「妻や子が原告の姓を名のっているということや、他の理由によって、行政庁による氏名の確認をめぐる争いに、同項のレベルの訴訟参加を認めうることを、根拠づけることはできない。というのは、氏名の確認は、原

告のみに関わり、それは、原告から姓をさずかつた者とは無関係に、原告に対して効力をもつからである。民法の氏名の獲得に関する規定から、行政庁による氏名の確認の効力が、妻や子にも及ぶという結論は生じない。たしかに、これらの規定は、妻と子の姓は、原告の姓と一致しなければならぬということを命じており、したがって、当該氏名確認行為から氏名権的効果が派生することを認めているといえる。しかし、この確認的行政行為の効力が、これら民法の規定によって、妻や子にまで拡張されるわけではない。それらの者の氏名は、それらの者に関わるあらたな行政庁の手続によって確認されるべきであろう。」

この段落では、行政庁の氏名確認行為をめぐる法律関係について、述べられている。本件訴訟では、行政庁が原告に対してした確認の取消しが求められているのであり、これは、さきほどの、ラウビンガーの上げる二重効果的行政処分とされる I のケースについて、必要的訴訟参加が認められるのとは、その基本的関係が異なっている。原告の氏名について不利益に確認する行政処分が、妻や子に利益になるという関係がなければ、それは、二重効果的行政処分とはいえない。そうでなければ、すくなくとも、その限りでは、妻や子の訴訟参加は必要とはいえずなるであろう。また、これまでの事例分析で見てきたとおり、原告と同じ利益状況にたつ者の訴訟参加については、それを必要とするだけの合一的確定の要請は、ほとんど認められていない。

確認の効果が、妻や子にも及ぶかどうかという問題については、つぎの段落以降に、詳細に論じられている。

「氏名の変更に関する法律八条から、当該手続において争われている行政庁の氏名確認行為の効力は、氏名が確認された者の妻や子にまでは及ばないということが、認められる。同条一項によれば、確認の一般的拘束力は、確認決定のなかに上げられた者のみ及ぶとされているので、行政庁は、妻や子の氏名まで確認したものでないといえる。……同条から、結論として、訴訟参加していない妻や子を、それらの者の固有の個人的権利としての氏名の、事後的な確認手続に、直接、関与させるまでもないということがいえよう。むしろ、事

後手続においては、妻や子は、原告の氏名が不当に確認されたと、主張することもできるであろう。」

この段落で行われている分析は、前段落のなかで提示された、民法の規定から行政庁の氏名の確認の効力が妻や子にも及ぶか、という問題についてである。これについては、端的に、同法八条一項に、確認の一般的拘束力は、確定決定のなかに上げられた者のみに及ぶとされているので、判決では、それにより、妻や子には、確認の効力は及ばないと結論づけている。それを前提として、判決の論理は、確認の効力が妻や子に及ばないので、妻や子には法律関係関与性がなく、したがって、判決が妻や子にも合一的には確定する必要がないということである。そのことから、判決では、「事後手続においては、妻や子は、原告の氏名が不当に確認されたと、主張することもできる」とされているのであるが、はたして、このような主張が可能であるのかについては、なお、検証を要するように思われる。

「当法廷は、行政庁による氏名の確認行為と、その確認の適法性に関する裁判所の決定においては、確認に関わる者についてのみ意味をもつとし、妻と子については、行政裁判所法六五条二項の意味における必要的訴訟参加を認めないとしてきた。この立場は、外国人法や建築法における一連の必要的訴訟参加に関する判例の流れにそうものである。」

最後に、判決では、判例の一般理論として、夫・父についての確認は、夫・父についてのみ意味をもち、その確認を争う訴訟への妻や子の訴訟参加は必要的ではないという立場が確立しているということを述べているが、そのことについて、ここでふれられている外国人法に関する判例も、参考のために見てみよう。

四 いくつかだされている外国人の国外退去処分に関する判例のうちでは、つぎのものが、最もおおく引用されているようなので、すこしくわしく見てみよう。

〔事例⑬〕連邦行政裁判所一九七七年一〇月二五日判決⁽³⁶⁾

(外国人に対する国外退去処分⁽³⁴⁷⁾の取消訴訟に、その外国人の配偶者——ドイツ人——の訴訟参加が必要的であるかが、争われた事例)

「当法廷の一九七三年五月三日の判決⁽³⁴⁸⁾の傍論で示された見解とは異なり、国外退去を命じられた外国人の配偶者——ドイツ人——の国外退去処分⁽³⁴⁹⁾の取消訴訟への訴訟参加は必要的ではない。当法廷は、一九七七年三月九日の判決⁽³⁴⁹⁾で、国外退去を命じられた外国人の配偶者——外国人——の国外退去処分⁽³⁴⁹⁾の取消訴訟への訴訟参加は必要的ではないと判示したが、それは、国外退去を命じられた外国人の配偶者——ドイツ人——についても妥当する。

行政裁判所法六五条二項によれば、第三者が、訴訟参加することにより、判決が、第三者に対しても、合一的に確定しうる場合にのみ、第三者を訴訟参加させることが必要となるとされている。しかし、本件については、そのような事実関係は存在していない。

本法廷の一九七三年五月三日の判決⁽³⁵⁰⁾のなかで判示されているように、たしかに、国外退去を命じられた外国人の配偶者——ドイツ人——も、基本法六条一項⁽³⁵¹⁾により保護された権利を、国外退去命令により侵害されるので、国外退去命令に対して訴えを提起しうる。しかし、そこから、一九七三年五月三日の判決⁽³⁵²⁾のなかで判示された見解に反して、ドイツ人である配偶者が、外国人の提起した取消訴訟に訴訟参加することが必要となるという結論は、でてこない。つまり、国外退去を命じられた者の配偶者がドイツ国籍を有する場合と、同じく外国人である場合とで、なんら法的に異なる点はないのである。純粹に外国人どうしの結婚であっても、ドイツ人と同様に、同法六条一項の保護をうけるので、もし、ドイツ人と結婚した場合よりも保護の程度が低ければ、それは違憲となる。

外国人の配偶者については、判決の合一的確定をうけなければならないという要請はないので、係争法律関

係に關与しているとはいえないのである。ここで争われている法律關係とは、外国人に対する国外退去命令の取消しを外国人が求める請求權である。この命令によつて、外国人の配偶者が、同じように權利を侵害されたとしても、配偶者は、この法律關係に關与しているとはいえないのである。たしかに、配偶者も、同じ内容の請求權をもつが、それが、行政裁判所法六五条二項の意味の訴訟參加を認めさせる根拠とはならない。⁽³⁸⁾ 同項の要件である、判決の合一的確定の要請は、事實關係から、あるいは、まったく論理的に、必要だと思う場合合は、すでにみだされているといえるのである。むしろ、判決が合一的に確定しなければならぬ場合は、法的理由によつて定まるのである。係争行政処分により、同じく自己の權利が侵害されたと、第三者が主張するというだけでは、判決の合一的確定が必要のこととは根拠づけられない。判決の効力は、法律にもとづいて、国外退去を命じられた外国人の配偶者にまで、拡張されるわけではない。……外国人が国外退去命令の取消しを求めた訴訟においては、その外国人の配偶者の權利についてまで、判決が下されるわけではないのである。」

この判決でも、取消訴訟の原告適格の問題と必要的訴訟參加の問題とが、パラレルに論じられている。ところで、本件の基礎には、外国人との婚姻の問題があるが、ドイツ人が外国人と婚姻した場合、あるいは、ドイツにおいて外国人どうしが婚姻した場合の、基本法上の保護については、ドイツで議論があるようである。⁽³⁹⁾ そして、本件で問題となっている国外退去処分が、この婚姻の保護に關係してくるわけだが、エーラーズは、外国人法一〇条一項の要件がみたされている場合でも、国外退去を命ずるかどうかは、外国人事務行政庁の裁量に属し、裁量行使にさいしては、結婚と家族制度を維持するという国家利益が、考慮されるべきであろうとしている。⁽⁴⁰⁾ その意味で、外国人である夫が国外退去を命じられるということは、基本法により保護された婚姻が侵害されることになるのである。その婚姻のもう一方の当事者である妻の、その命令の取消しを求める訴えの原告適格が肯定されるのである。⁽⁴¹⁾

しかし、原告適格が認められるからといって、その者の訴訟参加が必要的となるわけではないというのが、本判決の論理である。「外国人の配偶者については、判決の合一的確定をうけなければならないという要請はないので、係争法律関係に關与しているとはいえない」というのが、その論理の中心であるが、たしかに、国外退去命令というものを厳格に考えた場合、それに関わる当事者は、名宛人のみで、二重効果的行政処分的に、一方で、それにより利益をうける者はいない。したがって、国外退去命令の取消しを求める訴えを認容する判決は、誰の利益も侵害することなしに、下しうるのである。もちろん、自分に対する国外退去命令の取消しを求める原告の妻であつても、取消判決によつて、直接に自己の法的地位がくつがえされるわけではない。ただ、まったく、その判決が自己に不利益にならないというのではないが、その部分は、行政裁判所法六五条一項の通常訴訟参加によつてカバーしうる、というのが、ここで展開されている論理であらう。

なお、本事例では、けつきよく、原告のがわへの必要的訴訟参加が認められなかつたということに、注意しておこう。

五 最後にもうひとつ、私法上の法律關係に關わる二重効果的行政処分⁽³⁸⁾の取消訴訟において、通常訴訟参加の法的利益についてであるが、二重の訴訟参加が問題となつた興味ぶかい事例があるので、参考までに、それも見ておこう。

〔事例⑰〕カッセル高等行政裁判所一九八六年六月二二日判決⁽³⁹⁾

(ゴミ集積場建設のため、土地の売買契約が締結され、建設許可も得られたのちに、隣人より建築許可取消訴訟が提起され、それに対して土地の購入者の訴訟参加が認められたのに続いて、土地の売主が訴訟参加を申し立てた事例⁽³⁹⁾。)

「行政裁判所法六五条一項は、訴訟参加を申し立てる第三者の法的利益が、判決により、侵害される場合は、

職権により、または、申立てにより、裁判所の裁量にもとづいて、第三者を訴訟参加させることができると規定している。当該土地の売主については、そもそも、判決により侵害される『法的』利益があるかどうか問題である。本件における当該土地の売主の利益とは、取消しの訴えが退けられた場合は、(買主である) 訴訟参加人は、計画されている集積場を建設することができ、そして、それが操業を開始すれば、当該土地の売主は、(買主である) 訴訟参加人に対して、六八四万マルクの支払いを請求することができるということにある。したがって、この契約は、訴訟参加人と、同じく訴訟参加を申し立てている当該土地の売主とのあいだの債権債務法上の法律関係にすぎない。原告と被告、すなわち、主たる当事者のあいだの関係、および、訴訟物——集積場の設置許可——じたいとの関係には、当該土地の売主は、なんら関与していないのである。その限りにおいて、本件についての売主の利益は、純粹に経済的利益にすぎない。」

「行政裁判所法六五条二項の意味における『法的利益』とは、本法廷の見解によれば、主たる当事者、あるいは、訴訟物じたいとの関係においてのみ認められるものである。行政争訟手続の結果によって経済的利益が侵害されるだけで、訴訟参加が認められるとすると、もはや、訴訟参加の範囲は無制限ということになる。同条の訴訟参加は、民事訴訟法六六条以下の補助参加と同七二条以下の訴訟告知の機能を果たすものであるという当法廷の立場は、すこしも変更されるものではない。」

この判決の論理には、若干の異論もあるようである。ムスグングが、二重効果的行政処分の観点から、この判決について厳しく批判している⁽³⁰⁾ので、参考までに、それを見ておこう。

ムスグングは、当該土地の売主には、たんなる経済上の利益以上のものがあるとしている。すなわち、この者の代金支払請求権は、法律上の根拠にもとづくもので、この請求権を維持するという利益は、まさに、行政裁判所法六五条一項にいう「法的」利益であるというものである⁽³¹⁾。また、同項の法的利益には、公法上の利益のみならず、

私法上の利益も含むので、したがって、私法上の請求権の実現が図られる訴訟では、それが行政訴訟であっても、判決により利益・不利益をうける者は、訴訟参加しうるとしている。⁽³⁸⁵⁾

ムスグングは、本件の問題の核心は、買主が原告となっている訴訟に、売主が訴訟参加しようとしたのではない、買主がたんなる訴訟参加人となっているにすぎない訴訟に、売主が訴訟参加しようとしたことにあると分析している。そのため、カッセル高等行政裁判所は、行政裁判所法六五条二項の意味における『法的利益』は、「主たる当事者、あるいは、訴訟物じたいとの関係においてのみ認められる」と、ことさらに述べたうえで、他の訴訟参加人との関係において、さらなる訴訟参加を認めることはできないとしたのであろうと推察している。⁽³⁹¹⁾

しかし、ムスグングは、本件は二重効果的行政処分に関わるものであり、当該土地の売主の訴訟参加も認めなかったことは、ばかげた結果を招くものであるとしているが、その論証の仕方は、なかなか興味ぶかく、示唆にとむものである。⁽³⁸⁶⁾ すなわち、それは、ムスグング独特の、二重効果的行政処分に対する取消訴訟Ⅱ義務づけ訴訟対称法⁽³⁸⁶⁾を駆使するものであるが、本事例について、取消訴訟の反対のシチュエーションである義務づけ訴訟の関係を想定している。それは、ゴミ集積場の設置許可がおりず、買主が原告となり、設置許可の義務づけを求めて訴訟を提起する場合で、このときは、隣人が、必要的に訴訟参加するのとならんで、売主も、主たる当事者との密接な法律関係から、訴訟参加しうることについては、カッセル高等行政裁判も異議をはさまないであろうとしている。⁽³⁸⁷⁾ しかし、売主からしてみると、自己の支払請求権の基礎となるゴミ集積場の設置許可が、義務づけ訴訟で積極的に争われようが、取消訴訟で消極的に争われようが、大差はないので、一方で訴訟参加を認め、他方で訴訟参加を認めないのは、不当であるとしている。

(247) これについては、終章で、くわしく論じられる。さしあたり、参照、新山「訴訟参加と行政事件の解決」成城大学法学会編『21世紀を展望する法学と政治学』一四五頁。

- (248) たとえば、雄川一郎『行政争訟法』一七九頁では、「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っているときは、原処分庁を参加せしめることが適当な場合もある。職権訴訟参加の制度は右のような考慮にもとづくものである」とされている。
- (249) ドイツにおける二重効果的行政行為論の発展過程については、すでに、わが国で詳細な紹介がなされているので、あらためて、ここで再検討するまでもないと思われる。これについては、石崎誠也「西ドイツにおける「二重効果的行政行為」論」兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』二二五頁以下にくわしい。また、ドイツにおける主要な二重効果的行政行為理論の分析については、東條武治「行政上の保全訴訟の研究序説(続)——西ドイツにおけるいわゆる Doppelwirkung および Drittwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護——」大阪経済法科大学論集第一号五頁以下にくわし。
- (250) Laubinger, Hans-Werner, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967—Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 65—Ule, Carl Hermann = Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4 Aufl., 1995, 1749f.
- (251) Laubinger, a.O., S. 29. ドイツの他の論者の二重効果的行政行為の定義は、それぞれ、若干、異なっているようであるが、それについては、ここで立ち入る余裕がないので、東條・前掲五頁以下、石崎・前掲二一九頁以下の分析に譲る。
- (252) Laubinger, a.O., S. 29.
- (253) 上のあたりの判例史については、Vgl. Laubinger, a.O., S. 33ff.
- (254) Kopp, Ferdinand = Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 12 Aufl., 2000, Rdn. 17 zu Art. 65, Redeker, Konrad = von Oertzen, Hans-Joachim, Verwaltungsgerichtsordnung, 12 Aufl., 1997, Rdn. 9 zu Art. 65, Schoch, Friedrich = Schmidt-Abmann, Eberhard = Pietzner, Rainer = Bier, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung, 1999, Rdn. 19 zu Art. 65, Württemberg, Thomas, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rdn. 222, usw..
- (255) シュンスター高等行政裁判所一九五〇年一〇月一八日判決は、「係争行政行為が、訴訟当事者および第三者のあいだの法律関係を、直接に形成し、もしくは、消滅させる場合は、とくに、訴訟参加が必要的となる。……一般的にいえば、第三者の法的地位が直接に侵害され、判決の確定力が第三者にも生じなければ、判決が効力をもちえないような場合には、つねに、訴訟参加は必要的となる。」としていた。Urteil des OVG. (Oberverwaltungsgericht) Münster vom 18. 10. 1950

OVGE (Entscheidungen der OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster und für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg) Bd. 4 S. 10f. Ähnliche Urteile: Urteil des Würt.-Bad. (Württemberg-Baden) VGH (Verwaltungsgerichtshof) vom 12. 1. 1951 VRspr. (Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland) Bd. 3 S. 471ff. Urteil des Hess. (Hessen) VGH vom 13. 5. 1955 ESVGH. (Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes) Bd. 1 S. 131ff.

(256) Urteil des BVerwG (Bundesverwaltungsgericht) vom 10. 3. 1964 E. (Entscheidungen), Bd. 18 S. 124ff.

(257) 事案は、以下のとおりである。原告は、行政裁判官であるが、最古参の裁判官として、K行政裁判所所長を代理していた。しかし、高等行政裁判所所長の要請をうけて、被告ラントは、T行政裁判所支部長であったK博士を、K行政裁判所所長に任命する辞令をだした。そこで、原告は、この辞令により、自己の権利が侵害されたとして、この辞令の取消しを求めて訴えを提起した。控訴審で、原告の訴えが棄却されたのち、上告されたが、上告審では、原審で、K博士を訴訟に参加させることが必要であったにもかかわらず、それをしなかったことが問題にされ、原判決を破棄し、事案を控訴審に差し戻された。

(258) 実体法上の関係から、けっきょく、合一的確定の必要性が認められなかった事例として、連邦行政裁判所一九八四年九月七日判決——Urteil des BVerwG vom 7. 9. 1984 NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1985 S. 281——がある。

これは、アメリカ軍の弾薬庫の周辺の危険区域のなかに、別荘を所有する者に対して、国防当局が、人がそこに滞在することを禁ずる命令をだしたので、別荘所有者が、その取消訴訟を提起したところ、訴訟係属中に、別荘所有者が、第三者に当該別荘を譲渡し、その譲受人の訴訟参加が、必要であるかが争われた事例であるが、連邦行政裁判所は、つぎのように判示した。

「判決により、同時に、直接、譲受人の権利もしくは法律関係が形成され、確認され、変更され、あるいは、消滅させられる場合に、その者の訴訟参加は、——問題なく——必要となるであろう。しかし、本件では、そのような事情は、存在していない。原告と別荘の譲受人のあいだの具体的法律関係は、判決によって直接、影響をうけるわけではない。承継人に判決の効力を及ぼすために、訴訟参加が必要となるという論理は、訴訟関係人の承継人も、すでに、判決の効力が及ぶ主観的範囲に含めている行政裁判所法二二一条の趣旨に反する。」

(259) この立場をそのまま踏襲したものととして、この判決のあとにだされた、カッセル高等行政裁判所一九六五年一月九

日判決——Urteil des VGH Kassel vom 9. 12. 1965 MDR (Monatschrift für Deutsches Recht) 1966 S. 266f.——がある。

これは、被告ラント社会福祉団体が、使用者に対して、原告を解雇することの同意を与えたところ、原告が、その同意の取消しを求める訴えを提起し、この訴訟への使用者の参加が必要であるかが争われた事例であるが、カッセル高等行政裁判所は、つぎのように判示した。

「取消訴訟の対象は、解雇の同意を与えた被告の決定とそれに対する異議申立てを棄却した決定であるが、これら両決定は、原告に不利益を与え、原告の使用者に利益を与える行政行為である。両決定の適法性については、原告、被告、および、使用者に対して、合一的にのみ確定しうるのである。」

(260) 行政裁判所法一四一条は、「上告については、この章（上告）の規定により別段の結果が生じないかぎり、控訴に関する規定を準用する。」としている。

(261) 行政裁判所法二二五一条一項は、「控訴審の手続については、この章の規定により別段の結果が生じないかぎり、第二編（第一審手続）に関する規定を準用する。」としている。

(262) 行政裁判所法一四二条は、「上告審の手続については、訴えの変更および参加は、認められない。」としている。

(263) 連邦行政裁判所一九六三年三月二七日判決——Urteil des BVerwG vom 27. 3. 1963 E. 16. S. 23.——は、「行政裁判所法一三七条三項では、上告審の審査は主張された裁判手続の瑕疵に限定されるとされているが、訴訟要件の存在については、上告審は、職権で審査しうる……。また、上告裁判所が事案に対する判決を下すに当たり、影響を与えるような裁判手続の瑕疵については、職権で審査されなければならない。必要的訴訟参加についての措置がとられなかったということは、このような裁判手続の瑕疵にあたる。同法一四二条により、上告審では訴訟参加が認められないので、控訴審において訴訟参加についての措置がとられなかったという瑕疵は、上告審では、治癒されないと判示している。

なお、同法一三七条三項は、「手続の瑕疵を理由に上告された場合に、同時に、一三二条二項一号もしくは二号の要件が存在しないときは、主張に関わる手続の瑕疵についてのみ裁判をしなければならぬ。その他の場合は、連邦行政裁判所は、主張された上告理由に拘束されない。」としている。なおくわしくは、注(315)に上げた判例参照。

その一三二条二項一号は、「事案が、本質的法律問題を含む場合」とし、同一号は、「判決が、連邦行政裁判所の判例に違反し、かつ、この違反にもとづく場合」としている。

(264) ラウビンガーの「二重効果的行政行為」は、ひとつの行政行為が複数の当事者をもつ場合で、いっぽうで、そのうち

一人以上のものに利益を与え、同時に、他方で、他の者に不利益を与えるようなものであったが、この場合は、もちろん、利益と不利益を与える原因は同一であって、一方の者に利益を与えることが、すなわち、他方の者に不利益を与えるという表裏の関係があることを前提としている。本件の場合では、K博士を行政裁判所所長に任命する行為によって、当然に、原告が（法律上の）不利益をうけるという関係にあるかが問題となる。本件の事実関係（注267参照）では、行政裁判所所長のポストが空席であったので、最古参であった原告が、（事実上？）所長代理をつとめていたところ、被告ラントがK博士を所長に任命したということにある。このような事実関係のもとで、原告に、当該任命行為により侵害される法的地位がそもそもあったのか、当該任命行為に並行して原告の所長代理を免する辞令がだされたのかなどについては、この判決のなかでは、いさゝか論じられていない。むしろ、本判決では、当然のごとく、原告の原告適格が承認されている。二重効果的行政処分取消訴訟の原告適格の問題については、ラウビンガーが緻密な分析をおこなっており——Laubinger, aa.O., S. 14ff.——、これについては、石崎・前掲三〇頁にくわしい。

なお、同種の事件として、市立病院の改編にともない、K教授をあたらしい医局長に任命する配属辞令の取消しを、それにより、（新医局に吸収統合されるレントゲン科の）科長の地位を失う医師が求める訴えに、K教授を訴訟参加させることが必要であるとしたものとして、連邦行政裁判所一九六五年一月七日判決——Urteil des BVerwG vom 7. 12. 1965 VRspr., Bd. 18 Nr. 62——がある。

(265) Urteil des BVerwG vom 21. 5. 1976 E., Bd. 51 S. 6.

(266) 事案は、以下のとおりである：原告A市は、旧連邦遠距離道路法 (Bundesfernstraßengesetz in der Fassung vom 6. 8. 1961, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 1741) 一七条によつてなされた計画確定決定の補充を求めた。すなわち、被告行政庁が、高速自動車専用道路 (Autobahn) の建設主体に、防音施設を設置する負担を課すことを、被告行政庁に求めたものである。しかし、計画確定手続において、ヘッセン州経済交通大臣は、原告の請求をしりぞけた。そこで、原告A市は、被告行政庁に、建設道路沿いの住居の保護のため、防音施設が設置されるための措置をとることを義務づけることを求める訴えを提起した。

第一審行政裁判所は、——道路建設主体の訴訟参加なく——訴えを認容し、被告に、防音施設が設置されるための措置をとることを義務づけた。飛越上告をうけた連邦行政裁判所は、第一審判決を破棄し、事案を第一審に差し戻した。

(267) 旧連邦遠距離道路法（注(266)参照）一七条四項は、「計画確定決定のなかで、道路建設主体に対して、公共の福祉の

ため、ないしは、近隣の土地の利用に害を与えないために必要とされる施設の設置および維持を、義務づけなければならない。」と規定していた。

(268) 旧連邦遠距離道路法(注(266)参照) 五条一項は、「連邦は、連邦道路への連絡道路の建設または改築に対して、および、連邦高速自動車専用道路への連絡道路の建設または改築に対して、補助金ないしは貸付を保障する。」と規定していた。

(269) 旧連邦遠距離道路法(注(266)参照) 二二条四項は、「この法律によって、ラント行政庁の権限が認められる範囲で、ラントは、管轄行政庁を定める。ラントは、この法律によって認められる範囲で、上級道路建設行政庁の権限を、下級行政庁にうつすことができる。この場合は、連邦交通大臣に報告しなければならない。」と規定していた。

(270) 基本法——Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949, BGBl. I S. 1——九〇条二項では、「ラント、ないしは、ラント法により権限が与えられた自治行政団体は、連邦からの委任により、連邦高速自動車専用道路および連邦遠距離道路の管理を行う。」と規定されている。

(271) 原告、被告、訴訟参加人の三角関係についての、取消訴訟と義務づけ訴訟の関係を的確に示唆するものとして、ムスグングの興味ぶかい分析がある。

すなわち、二重効果的行政処分が義務づけ訴訟の対象となるときは、処分により利益をうける者が原告となり、処分により不利益をうける者が訴訟参加する。二重効果的行政処分が取消訴訟の対象となるときは、処分により不利益をうける者が原告となり、処分により利益をうける者が訴訟参加する。いずれにしても、被告が行政庁であることは、不動である。原告と訴訟参加人は、可変的で相互交換的である。義務づけ訴訟(取消訴訟)で原告であったがわは、取消訴訟(義務づけ訴訟)では被告のがわに訴訟参加し、必死になって、処分の防衛に努めるのであるというものである。

Mußgung, Reinhard, Die Beiladung zum Rechtsstreit um janusköpfige und privatrechtsrelevante Verwaltungsakte, NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 1988 S. 34.

(272) このことは、連邦行政裁判所一九七七年四月一五日——Urteil des BVerwG vom 15. 4. 1977 E., Bd. 52 S. 237ff.——において、くわしく論じられている。

これは、ラント政府が確定した連邦道路設置計画決定に対して、計画道路に利害関係を有するA市が、その取消しを求めて提起した訴訟に、道路の設置者である連邦が訴訟参加することが必要であるかという事例で、連邦行政裁判所

は、つぎのように判示した。

「本法廷の判決——Urteil des BVerwG vom 21. 5. 1976 E., Bd. 51 S. 6ff.——で、義務づけ訴訟についてはあるが、道路設置者の負担において、計画行政庁に、一定の権利保護措置をとることを義務づけることを求める訴訟では、原告の請求を認容する判決は、道路の設置・管理主体の法的地位に、侵害的な効果を及ぼすものであることを、詳述している。したがって、道路の設置者に直接に関わる訴訟物について、その者の訴訟参加なしに、決定を下すことは許されないといえるであろう。この理は、近時の本法廷の判決——Urteil des BVerwG vom 15. 4. 1977 E., Bd. 52 S. 226ff.——においても確認されており、計画確定決定の取消しを求める取消訴訟でも、結果において同様のことが妥当することが、詳述されている。

いっぽう、本件のごとき取消訴訟においては、原告の請求が、道路の設置者に許可を与える内容をもつ計画決定を、行政裁判所の判決の形成力で、直接的に（全部または一部）取り消すことにより、道路の設置者から、ふたたび許可を奪うことを意味しているので、道路の設置者を訴訟参加させることが必要である。その限りにおいて、原告、被告たる計画確定行政庁、および道路の設置者のあいだの、計画確定決定の取消しを求める取消訴訟と、原告たる隣人、被告たる建築許可行政庁、および、建築許可をうけた建築主のあいだの、建築許可の取消しを求める取消訴訟は、まったく同じ関係にたつ。」

なお、旧連邦遠距離道路法——Bundesfernstraßengesetz (FStrG) vom 1. 10. 1974, BGBl. I S. 2413——一八条 a 四項では、「計画確定決定は、権利救済についての教示を付して、道路設置者、および、異議を申し立てている関係人に、送達しなければならない。決定は、権利救済についての教示とともに公示され、確定された計画は、公共団体において、二週間のあいだ閲覧に供されなければならない。公示の場所、期日については、その地域の日報に掲載されなければならない。公示期間の終了により、決定は、その他の利害関係人にも送達されたものとみなされる。その旨は、公示のなかに、記述されていなければならない。」と規定されていた。

(273) Urteil des BVerwG vom 15. 3. 1988 DVBl. (Deutsches Verwaltungsblatt) 1988, S. 738ff.

(274) 原告は、地区煙突掃除マイスターとしての地位の確認を求めて、訴訟を提起したが、それに対して、四五名の訴訟参加人が、O 郡 (Regierungsbezirk) における「煙突掃除施行権 (Schornsteinfegerrecht)」の用益権者 (Nebenraucher) であることを主張して訴訟参加した。原告が確認を求める内容は、以下のとおりである。すなわち、被告ラントが、原告が

所属する掃除区域で行政から委託される者の選考において、原告を、他の掃除区域と同じ方法——職業上のランク付けなどによる——で選考すべきことの確認である。

本件では、右に述べたように多数の利害関係人の訴訟参加があったが、ひとりの利害関係人の地位を承継した者(息子)の、訴訟参加も必要であったのに、それに対する措置が、第一番でとられなかったことの手続上の瑕疵が、上告審(飛越上告)で問題にされた。

(275) Vgl. Urteil des BVerwG vom 2. 9. 1983 DVBl. 1984, S. 91ff. —— [事例⑩] ——

(276) Urteil des BVerwG vom 7. 9. 1984 DVBl. 1985, S. 118ff.

(277) 確認訴訟において、必要的訴訟参加が否定された例として、連邦行政裁判所一九七一年二月一〇日判決——Urteil des BVerwG vom 10. 12. 1971 DVBl. 1972 S. 224ff.——がある。

これは、すこし複雑な事例である。自己の有する土地に砂利採取場を建設しようとする原告に、地方公共団体Pから、ちかちか、地域土地利用計画にもとづく原状変更禁止命令がだされるということが、告げられた。その後、被告行政庁より、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の建築規則により、建築公示をし、一月が経過しなければ建築工事を開始することができないという通知をうけた。さらに、被告行政庁から、原告に対して、この建築開始禁止期間を延長する通知がされた。そこで、原告は、被告行政庁が、かかる権限を有するものであるのかの確認を求める訴えを提起し、それに、地方公共団体Pの訴訟参加が必要であるかが争われた。

「被告は、控訴裁判所が、地方公共団体Pを訴訟参加させなかったことは、行政裁判所法六五条二項に違反している」と主張するが、これは不当である。地方公共団体の訴訟参加は、必要的ではない。原告の確認の訴えの対象は、被告が、砂利採取事業を規制しうる権限を有するかということである。この法律関係には、地方公共団体Pは関与せず、同項の意味での合一的確定の要請はうけない。被告は、連邦建築法三六条一項一文の判決を引用するが、本質的相違点を看過している。同項同文に関する建築許可の義務づけ訴訟の事例では、地方公共団体の訴訟参加は必要である——Urteil des BVerwG vom 22. 4. 1966 NJW 1966 S. 1330ff.——。しかし、この判決の論理は、本件では妥当しない。許可の義務づけが求められる訴訟では、訴訟参加は必要である。なぜなら、被告の敗訴は、すなわち、地方公共団体の敗訴を意味するからである。これが、許可がすでに与えられており、この確認を求める訴えである場合には、事情が異なる。その理由は、原告に利益を与える確認は、地方公共団体の権利を侵害するものではないということにある。この場

合の確認は、たんなる——被告との関係において——、地方公共団体の権利の侵害がすでに生じているという特定の状態の確認である。」

(278) ラウビンガーから、建築法は二重効果的行政行為の発祥の地であると評されるように——Laubinger, a.a.O., S. 34f.——、ドイツの行政法理論では、建築許可処分は、法的に保護された隣人の地位を重大に侵害することのある二重効果的行政行為の典型であると考えられている。したがって、隣人訴訟は、第三者訴訟として認められるものの典型であるとも考えられている。なお、参照、石崎・前掲二二六頁

(279) ヴェルテンベルガーによれば、建築法上の隣人訴訟は、建築許可の取消訴訟において認められるとされている。なぜなら、建築許可処分というのは、建築主に利益を与え、その限りで、隣人に不利益を与えうるからである。しかし、ヴェルテンベルガーは、このような隣人の防御請求権は、直接、憲法上の基本権——基本法一四一条一項、二条二項など——に由来するものではなく、原則として、立法者が、規範において、隣人保護を意図しているときにのみ、隣人は保護されるのであるとしている。そして、建築計画法もしくは建築規制法の規定が、隣人保護を意図したものであるのかは、憲法のおおまかな規定に適合するように、解釈しなければならないとしている。Wirtenberger, Thomas, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rdn. 283. Ebenso: Urteil des BVerwG vom 1. 3. 1991 E., Bd. 88 S. 69ff.

また、ゼルマンの詳細な判例分析によれば、一九四九年の基本法制定以降、その一九条四項の一般条項をうけて、原告適格が拡大されたことにより、下級審において、右記のような隣人訴訟が認められてきた。そして、一九六〇年八月一八日の連邦行政裁判所判決——Urteil des BVerwG vom 18. 8. 1960 E., Bd. 11 S. 95.——により、確定的に、建築許可に対する隣人訴訟が認められるに至った。Selmann, Martin, Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbar-klage im Baurecht, DVBl. 1963, S. 276ff.

(280) Laubinger, a.a.O., S. 44. ラウビンガーは、建築をしうる権利は、すでに、基本法一四一条(所有権の保障)によって与えられているとしている。

(281) Laubinger, a.a.O., S. 44.

(282) Laubinger, a.a.O., S. 45ff.

(283) ①の処分の例として、ラウビンガーが上げるケースは、以下のとおりである。Aは、山腹に別荘を所有しており、そこから、谷を見下ろすすばらしい眺望がたのしめていた。ところが、すぐ下がわの土地を、Bが、買い集め、そこに建

- 建築物を建てる計画を、行政庁にせしめし、建築許可を得た。この建物がたつと、せっかくのAの別荘からの眺望が、だいたいになつてしまふといふものである。なお、ラウビンガーは、このような建築許可処分のことを、単純建築許可 (einfache Bauerlaubnis) と称してゐる。Laubinger, aa.O., S. 45.
- (284) Laubinger, aa.O., S. 46f.
- (285) ラウビンガーは、このような建築許可処分のことを、解除にもつづく建築許可 (Bauerlaubnis unter Dispens) と称してゐる。Laubinger, aa.O., S. 47.
- (286) Laubinger, aa.O., S. 47. デルフラーも、隣人保護を目的とする建築規範の解除は、二重効果的行政処分としての性格を有するものであるとしている。すなわち、それは、当該建築法規の適用を免れさせるものであるので、隣人の権利を制限するものであるといふ。Dorfler, Wolfgang, Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963 S. 17.
- (287) ラウビンガーは、このような建築許可処分のことを、例外としての建築許可 (Bauerlaubnis mit Ausnahme) と称してゐる。Laubinger, aa.O., S. 50.
- (288) Laubinger, aa.O., S. 51f.
- (289) Urteil des BVerwG vom 30. 11. 1973 DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1974 S. 318f.
- (290) ライン＝マイン＝ドナウ川大航路の拡張の過程で、権限を有する行政庁が、堰Hの計画を確定した。その計画確定決定のなかには、これまでライン川岸で発電所を経営してきた土地所有者に対して、移転と営業を制限することの補償を、事業者に義務づける規定が含まれていた。原告たる事業者は、この規定の取消しを求めて、訴訟を提起した。
- (291) 同旨のものとして、道路建設主体である地方公共団体の必要的訴訟参加が認められた、連邦行政裁判所一九八二年一月二五日判決——Urteil des BVerwG vom 15. 1. 1982 E., 64 S. 325.——がある。
- (292) Beschluß des VGH Mannheim vom 8. 11. 1976 NJW 1977, S. 1308f.
- (293) 原告は、みずからに対して、連邦イミッション防止法四条により、砂利工場建設および碎石施設の拡張の許可をするよう、被告行政庁に義務づけることを求める訴訟を提起した。それに対して、工場建設予定地から三〇〇ないし五〇〇メートル内に居住する者、および、碎石施設から約一三〇メートル離れたところに、製粉所および住居を構える者が、訴訟参加することを申し立てたが、第一審行政裁判所は、これを不許可とする決定をした。そこで、即時抗告されたものである。

なお、連邦イミッシオン防止法——BImSchG (Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge vom 15. 3. 1974, BGBl. I S. 721/1193)——四条一項は、「当該施設が建設され、操業されることにより、いさむしく、環境を害し、または一般の者、あるいは近隣の者に危険を及ぼすおそれがある場合は、当該施設の建設、操業については、許可を要する。……」と規定されている。

(294) [事例⑥]

(295) Beschluß des BVerwG vom 21. 6. 1973 DÖV 1975 S. 99.

(296) Sellmann, aa.O., DVBl. 1963 S. 278. Urteil des BVerwG vom 18. 8. 1960 NJW 1961 S. 793ff.

(297) Beschluß des Hess. VGH vom 29. 8. 1986 BRS (Baurechtssammlung) Bd. 46 S. 435ff.

(298) 訴訟参加申立人らは、デイスコが経営されている建物に隣接する建物の所有者である。申立人らは、デイスコの経営者が、当該場所をデイスコとして使用することを禁止する即時執行命令の執行停止を申し立てる手続に、参加することを申し立てた。ところで、当該場所は、建築法上、レストランとして使用することを許可されたものであって、それを、デイスコとして使用する場合には、同法により、使用変更の許可をうけることが義務づけられているのに、それを怠ったものであった。

第一審行政裁判所は、訴訟参加申出人らの訴訟参加の申立てを不許可とする決定をした。そこで、ラント高等裁判所に対して即時抗告がなされた。

(299) 連邦行政裁判所一九七七年二月一八日判決——Beschluß des BVerwG vom 18. 2. 1977 Buchholz (Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerwG, herausgegeben von Buchholz, Karl) 310 § 65 VwGO Nr. 44.——では、「判決の合一的確定が必要であるということは、行政裁判所法六五条一項の通常訴訟参加と、必要的訴訟参加を区別するための、重要なメルクマールである」としたうえで、「しかし、合一的確定というのは、内容的に同じ判決が下されなければならないということの意味するのではない。むしろ、判決が、直接、第三者の権利もしくは法律関係を形成するが、第三者の訴訟参加がなければ、有効に形成しえないという場合にのみ、訴訟参加が必要であるとという意味なのである。」と判示されている。

(300) Urteil des BVerwG vom 30. 11. 1973 DÖV 1974, S. 318ff. —— [事例④] ——

- (301) Vgl. Urteil des BVerwG vom 13. 6. 1969 BRS Bd. 22, S. 268ff.
- (302) Urteil des BVerwG vom 20. 5. 1992 Buchholz 310 § 65 VwGO Nr. 106.
- (303) Vgl. Beschluß des BVerwG vom 21. 6. 1973 DÖV 1975, S. 99ff. — [事例⑥] —
- (304) 旅館業法——Gasstättengesetz vom 5. 5. 1970, BGBl. I S. 465. — 二条、四条に規定された旅館営業許可の要件は、旅館業を行おうとする者の物的、人的要件のみを内容としている。
- (305) このごとの分析は、石崎・前掲二四一頁で、くわしく行われている。
- (306) Urteil des BVerwG vom 5. 7. 1974 DVBl. 1974 S. 767ff.
- (307) 事案は、以下のとおりである。被告決定委員会は、訴訟参加人に、ガラス工場の建築許可を与えた。ところで、その工場が建築される敷地の北がわには、ちいさい公園があり、それに面したW通り沿いに二七棟の家屋がたっており、原告の家もそのひとつであった。また、敷地の南がわは、市民の憩いの場である、ひろい運動公園で、美観を保つような配慮がされていた。また、そもそも、この敷地を含めた周辺地域については、当初、土地利用計画で、緑地、公園、住宅地と構想され、また、地域発展計画では、この地域は、住宅地とされていた。ところが、この両方の計画は、ガラス工場を建築することを可能にするため、工場建築計画に対応して、変更されてしまった。
- そこで、工場が自分の家のすぐ隣りにたつ原告は、建築許可の取消しを求めて出訴した。第一審は、原告の訴えを認容した。
- (308) Schwab, Karl Heinz, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Festschrift für Friedrich Lent—Zum 75. Geburtstag—, S. 274ff. においては、新山「職権訴訟参加の法理(中)」本誌六三号六七頁以下参照。
- (309) 判例においても、必要的共同訴訟との比較が論じられているものもある。たとえば、連邦行政裁判所一九六三年二月一七日判決——Urteil des BVerwG vom 17. 12. 1963 E. 17 S. 293ff.——がそうである。
- これは、すこし複雑な事例である。市長に指定された宿舍に居住していたところ、その劣悪な環境により肺炎にかかった小学校教師が、ラントを相手に、損害賠償を求める民事訴訟を提起し、勝訴した。ところで、この訴訟には、地方公共団体Rが、補助参加していた。しかし、その後、被告ラントは、この教師を、病状の悪化を理由に、退職させたが、そのときに支給された金額を不服として、この教師は、正当な金額の確認を求める訴訟を提起したが、地方公共団体の訴訟参加が必要であるかが争われた。それに対して、連邦行政裁判所は、つぎのように判示した。

「本件の判決は、被告と地方公共団体 R とのあいだの法律関係に、直接に下されるわけではない。その法律関係から生ずる求償請求については、本件と同一の訴訟物が問題とされているとはいえないであろう。たとえ、被告の賠償義務が、判決により確定しているとしても、いつぼうで、その限りで被告の求償に尽きなくてはならないという、この地方公共団体の義務のようなものに関しては、この判決は、その根拠についても、その額についてもふれていない。地方公共団体が、ラント通常裁判所への前訴において、補助参加人として訴訟参加し、したがって、その判決の効力が、民事訴訟法六八条の定めるところによって、地方公共団体にも及んだという事情を考慮しても、それによって、べつの判決が下されるわけではない。」

たしかに、ラント通常裁判所の一九五六年三月二十九日の確定判決により、被告は、原告のすべての損害を賠償する義務をおうということが、当事者のあいだでも、被告と地方公共団体 R のあいだでも、確定されている。……したがって、地方公共団体が補助参加したという事情はあったが、当事者のあいだの法律関係と被告と地方公共団体 R のあいだの法律関係が、合一的にのみ確定しなければならないというものではない。ところで、行政裁判所法六五条二項の意味における第三者の「訴訟参加」は——民事訴訟法六二条の必要的訴訟参加や同六九条の共同訴訟的補助参加と同じように——、実体法によってのみ定まるものである。いつぼうで、本件の当事者のあいだの法律関係の実体法から導きだされる固有性と、他方で、ヘッセン州と地方公共団体 R の間の法律関係は、地方公共団体 R が、前訴に訴訟参加したことによつては、なんら変わるものではない。つまり、前訴の判決の確定力によつて後訴が拘束されるかどうかという問題とは、無関係であるということである。」

(310) Laubinger, a.a.O., S. 72.

(311) ラウビンガーによれば、権利侵害が認められるのは、実体法がその者に法的地位を認めている場合で、それは、その者の個人的利益を保護する目的をもつた強行法規が存在している場合であるとされる。Laubinger, a.a.O., S. 72.

(312) Urteil des BVerwG vom 2. 9. 1983 DVBl. 1984 S. 91ff.

(313) 旧自動車貨物運送法——Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 8. 1975, BGBl. I S. 2132——「一条一項は、「許可は、事業者個人に与えられる。許可を、他人に譲渡することはできない。」と規定し、同一項は、「許可は、期限つきで与えられる。その有効期限は、本法九条二項二文の規定にかかわらずなく、原則として、八年とする。」と規定していた。」

また、同法一五条では、許可が与えられるための要件が、くわしく規定されていた。

- (314) 行政裁判所法一四二条は、「訴えの変更および参加は、上告審の手続においては、許されない。」と規定している。
- (315) この判例理論は、連邦行政裁判所一九六三年三月二七日判決——Urteil des BVerwG vom 27. 3. 1963 E., Bd. 16 S. 23ff. (注(263)参照)——以来、確立されている。Vgl., Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd. 18 S. 124ff. — [事例①] —

Urteil des BVerwG vom 28. 10. 1965 DÖV 1966 S. 507f. Urteil des BVerwG vom 22. 4. 1966 NJW 1966 S. 1530ff. Urteil des BVerwG vom 26. 8. 1966 E., Bd. 24 S. 354ff. Urteil des BVerwG vom 28. 10. 1970 E., Bd. 36 S. 188ff. Urteil des BVerwG vom 4. 11. 1976 E., Bd. 51 S. 268ff. Urteil des BVerwG vom 26. 10. 1978 E., Bd. 57 S. 31f.

この論理の根拠とするところは、連邦行政裁判所一九七三年二月二日判決——Beschluss des BVerwG vom 12. 12. 1973 DVBl. 1974 S. 235f.——の判示内容が一番わかりやすい。すなわち、「本法廷は、以前の本法廷の判決——Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd. 18 S. 124ff.——で判示したごとく、上告裁判所は、上告のための手続要件が満たされているかを、職権で審査できるという見解にたつ。この要件のなかには、事案から要請される必要的訴訟参加の措置がとられたかどうか、したがって、必要的訴訟参加人が、上告審の手続に訴訟参加しているかどうかということも含まれる。というのは、その要件が満たされていない場合は、上告審の手続をすすめることはできないし、行政裁判所法六五条二項所定の効力を上告審の判決が有しえないからである。すなわち、同項の意味は、ひとつには、必要的訴訟参加人に、裁判手続において、発言の機会も、自らの利益を防御する機会も与えられず、判決の効力が必要的訴訟参加人に及んでくる——たとえ、判決の確定力が必要的訴訟参加人に及ばなくても、事実上の効力、あるいは、すべての者に対する形成効は及ぶる——ことを避けることにある。また、同項の意味は、もうひとつには、必要的訴訟参加人も、実体法上および訴訟法上の関係に拘束されることを説明し、同一の訴訟物についての後訴を避けるために、必要的訴訟参加人にも、判決の確定力が拡張されなければならないということにある。たしかに、当事者のあいだの判決の確定力や、場合によっては、すべての者に対する形成効が、必要的訴訟参加人たるべき者に及ぶという事情があるにしても、上告審の手続において、あるいは、上告審の判決にさいして、この者の必要的訴訟参加がなければ、これらの同項の目的は実現されないということである。もし、上告裁判所が、この手続上の瑕疵を職権により考慮するということをしなければ、法的に適正な上告手続を行うという手続法上の要請に反することになる。控訴審の手続で必要的訴訟参加の措置がとられなかったという瑕疵が、当事者から主張された場合にのみ、上告審の手続で考慮されるというのでは、上告裁判

所の役割ははたされない。なぜなら、この手続上の瑕疵にだれよりも関わる必要的訴訟参加人は、実際に手続に訴訟参加していないので、上告において、この瑕疵があることを主張できないし、また、当事者のほうも、第三者の訴訟参加については、さほど関心をもっていないからということが、経験則的にいえるからである。」

(316) Urteil des BVerwG vom 12. 8. 1981 DVBl. 1981 S. 1150f.

(317) 原告らは、被告大学の評議員であるが、副学長を選出した選挙の無効確認訴訟を提起した。その趣旨は、原告(一)を副学長候補とする動議が却下されたことが、不当であるというものであった。

(318) Vgl., Beschluß des BVerwG vom 18. 2. 1977 Buchholz 310 § 65 WvGO Nr. 44. —」の判決の内容については、注(292)参照

(319) 連邦行政裁判所一九七七年二月一八日決定——注(299)参照——によれば、「判決が、直接に第三者の権利や法律関係を形成し、第三者の訴訟参加がなければ、判決が効力をもたない場合にのみ、訴訟参加が必要となる。選挙の取消しにより当選人の地位が失われる場合、公務員の任命が、みずからがその地位にとって代わろうとする競争者によって争われている場合が、とりわけ、その訴訟参加が必要となる場合である——Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd. 18 S. 124ff. (〔事例②〕)——。」と述べた。

また、同裁判所一九八八年九月三日判決——Beschluß des BVerwG vom 23. 9. 1988 E., Bd. 80 S. 228ff.——でも、被告市の議会における選挙で、市収入役が選出されたことに対して、その選挙および任命の無効確認と、原告を収入役に任命することの義務づけの訴えが提起された事例で、「選挙の結果により任命された市収入役は、第三者として、係争法律関係に関与しており、したがって、判決は、その者に対しても合一的にのみ確定しうる」ので、控訴裁判所が、この者を訴訟参加させなかったことには、手続上の瑕疵があるとされている。

(320) Vgl., Urteil des BVerwG vom 5. 7. 1974 DVBl. 1974, S. 767ff. —— [事例③] ——

(321) Urteil des OVG Münster vom 30. 4. 1991 NVwZ 1992 S. 282ff. —— [事例④] ——

(322) Urteil des OVG Münster vom 22. 2. 1991 NVwZ-RR (Rechtsprechungs-Report) 1991 S. 420ff.

(323) Urteil des BVerwG vom 8. 2. 1980 E., Bd. 60, S. 25ff.

(324) すこし複雑な事例で、整理して説明すると、ごまのとおりである。原告らは、被告大学の医学部の学籍——最大定員二四〇名とされているところ、まだ収容余地が一名あるということ、その一名分の学籍——を求める志願者である

が、被告は、いずれの者の志願も拒否した。

そこで原告らは、被告大学に、自分たちに医学部の学籍を与え、医学部での講義の受講を許可することを義務づける訴えを提起した。第一審は、被告大学の医学部には、原告らの学籍を認める定員の余地はないと判断して、原告らの訴えを棄却した。第二審は、バーテンルヴェルテンベルク州の大学定員規則を参照して、再審査したところ、被告大学の医学部では、二十三名までの収容可能であるので、被告大学に、志願者の成績、待機期間などを考慮して、志願者全員の選考をやり直すことを義務づける判決を下した。

- (325) Vgl., Urteil des BVerwG vom 27. 3. 1963 E., Bd. 16 S. 23ff. — 注(32)参照 — Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd.18 S. 124ff. — [事案②] —
- (326) Vgl., Beschluß des BVerwG vom 9. 3. 1977 NJW 1977 S. 1603. — 内容については、注(32)参照 —
- (327) Laubinger, aa.O., S. 80.
- (328) Laubinger, aa.O., S. 80f.
- (329) Laubinger, aa.O., S. 81ff.
- (330) Urteil des BVerwG vom 23. 4. 1954 E., Bd. 1 S. 104ff. Urteil des BVerwG vom 30. 6. 1956 E., Bd. 3 S. 362ff. Urteil des BayVGH (Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof) vom 20. 2. 61 VRspr., Bd. 13 S. 529f. Urteil des OVG Hamburg vom 30. 3. 1950 DVBl. 1950 S. 615f.
- (331) Urteil des BVerwG vom 5. 12. 1958 E., Bd. 7 S. 354ff.
- (332) Urteil des OVG Berlin vom 28. 11. 1958 DÖV 1959 S. 790ff.
- (333) Urteil des BVerwG vom 28. 11. 1958 E., Bd. 8 S. 46ff. Urteil des OVG Hamburg vom 6. 12. 1955 DÖV. 1956 S. 246ff.
- (334) Urteil des BVerwG vom 11. 10. 1956 E., Bd. 4 S. 95ff.
- (335) Urteil des BVerwG vom 6. 7. 1955 E., Bd. 2 S. 189ff. Urteil des BVerwG vom 19. 3. 1956 E., Bd. 3 S. 208ff.
- (336) Urteil des BVerwG vom 26. 3. 1955 E., Bd. 2 S. 36ff.
- (337) Urteil des BVerwG vom 31. 1. 1958 E., Bd. 6 S. 167ff. Urteil des BVerwG vom 6. 3. 1959 JZ (Juristenzeitung) 1959 S. 543f.
- (338) Urteil des BVerwG vom 16. 5. 1957 E., Bd. 5 S. 79ff.
- (339) Urteil des BVerwG vom 20. 3. 1964 NJW 1964 S. 1432f.

- (340) 原告の非嫡出子である娘に対して、その父親の申立てにより、ラント裁判所は嫡出宣言をした。娘の母親である原告は、父親の詐欺によることを理由に、その宣言が無効であることの宣言を求める申立てをしたが、却下された。そこで、その申立てを却下する決定の取消しを求める訴えが、原告より提起された。
- (341) Urteil des BVerwG vom 1. 10. 1980 NJW 1982 S. 299f.
- (342) 原告は、これまで、von P. の姓を名のっていたが、被告行政庁により、正しい姓はPであることが確認された。そこで、原告は、この確認の取消しを求めて、出訴した。この取消訴訟において、原告の妻や子供を、訴訟参加させることが必要かが争われた。
- (343) コップシエンケも、妻や子の権利が、原告の法律関係に依存、あるいは、それに由来する場合は、妻や子は、直接に原告の法律関係に関与しているといえるところである。Kopp = Schenke, a.a.O., Rdn. 20a zu Art. 65.
- (344) 民法——Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896, RGBl. (Reichsgesetzblatt), 195——二三五五一条一項は、「婚姻した者は、共通の姓を定めるものとする。婚姻した者は、自分たちの定めた姓を名のる。婚姻した者が、姓を定めない場合は、婚姻したのちも、自分たちが婚姻のときまでに名のっていた姓を名のる。」と規定し、同一六一六条は、「子は、その父親の姓を有する。」と規定している。
- (345) 旧氏名の変更に関する法律——Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. 1. 1938, RGBl. I S. 9——八条一項では、「ドイツ国籍を有する者、あるいは、ドイツ帝国のなかに住居を有し、ないしは、常時滞在する無国籍者が、いかなる姓を名のることができるかについて疑いがある場合は、帝国内務大臣が、関係人の申立てにより、または、職権により、この者の名前を、公に確認する。……」と規定されていた。
- (346) Urteil des BVerwG vom 25. 10. 1977 NJW 1978 S. 1762ff.
- (347) これは、すこし複雑な事例である。イタリアの国籍をもつ原告は、一九五二年に、合法的にドイツに移住し、一九七二年までの滞在許可をえて、ドイツに居住し、ドイツ人の女性と結婚し、居酒屋を経営してきた。そのあいだ、一九六二年に、税金の滞納により、八〇〇マルクの罰金刑に科せられ、外国人事務行政庁より、ふたたびドイツの法令に違反するようないことがあれば、滞在許可が取り消されることがあるという警告をうけた。しかし、その後、一九六五年、一九六九年、一九七〇年の数次にわたって、暴行罪などにより罰金刑をうけた。一九七一年に、警察署長は、原告がこれらの罰金刑をうけた事実を知り、原告に、ドイツから退去する命令をだしたので、原告は、この命令の取消しを求めて

訴えを提起した。

- (348) Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1973 E., Bd. 42 S. 133ff.
- (349) 本判決の基本的論理は、連邦行政裁判所一九七七年三月九日判決——Beschlusses BVerwG vom 9. 3. 1977 NJW 1977 S. 1603——の判示されたところによつてゐる。とくに、本判決で、「外国人の配偶者については、判決の合一的確定をうけなければならぬという要請はないので、……判決の効力は、法律にもとづいて、国外退去を命じられた外国人の配偶者にまで、拡張されるわけではない。」と述べられているのは、一九七七年三月九日判決の判示内容の引用である。同じく、一九七七年三月九日の判示内容を、そのまま踏襲するものとして、連邦行政裁判所一九八一年四月二八日判決——Urteil des BVerwG vom 28. 4. 1981 DÖV 1981 S. 716——があげられる。
- (350) Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1973 E., Bd. 42 S. 141ff.
- (351) 基本法——Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949, BGBl. I S. 1.——六条一項は、「婚姻および家族は、国家秩序の特別な保護をうける」と規定してゐる。
- (352) Urteil des BVerwG vom 3. 5. 1973 E., Bd. 42 S. 133ff.
- (353) たとえば、連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決——Urteil des BVerwG vom 5. 7. 1974 NJW 1975 S. 70ff.——では、建築法上の建築許可の取消しを、隣人が求める訴えに、同じく係争許可によつて自己の権利を侵害されると主張する他の隣人の訴訟参加は、必要的ではないと判示されている。なお、「事例⑨」の判示内容も、参照されたい。
- (354) これについては、ツレーケの論文(Zuleeg, Manfred, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel — das Beispiel von Ehe und Familie, NVwZ 1986 S. 800ff.) に、くわしく紹介されている。要するに、基本法六条一項は、制度としての結婚と家族を保障するもので、その構成原理は、立法者によつて定められるものであり、このような理解は、すでに、ヴァイマー憲法や、いくつかのラント憲法のなかにも明示されていた。外国人との結婚については、結婚や家族の保護は、外国人法上の決定——国外退去、在留期間の延長の拒否——にさいして考慮されるさまざまな要素のひとつであつて、それらの決定を下す要請を無視してまで、尊重される絶対的なものではないというのが、判例・学説のおおかたの傾向であるとされている。
- (355) 外国人法——Ausländergesetz vom 28. 4. 1965 BGBl. III 2600-1——一〇条一項は、「外国人が、ドイツ連邦共和国の自由的、民主的基本秩序、または、安全に危険を及ぼす場合は、この者に対して、国外退去を命ずることができる」と規定

- 定している。
- (356) Ehlers, Dirk, Die Beteiligung im Ausländerprozess, NJW 1975 S. 2125.
- (357) エーラーズは、基本法六条一項の保護は、ドイツ人のみ及ぶのではなく、ドイツ国内の外国人にも及ぶとしている。Ehlers, aa.O., S. 2127f.
- (358) Beschluß des VGH Kassel vom 12. 6. 1986 NJW 1987 S. 1036f.
- (359) 訴訟参加人は、ゴミ集積場建設のため、土地を購入し、ゴミ処理法——Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen——七条により必要とされる、権限行政庁の計画確定にもとづく許可を得た。これに対して、周辺住民が、計画確定決定の取消しを求めて、訴訟を提起したので、この訴訟に、訴訟参加人が訴訟参加した。ところが、当該土地の売主と、買主である訴訟参加人とのあいだの売買契約では、ゴミ集積場が操業を開始してはじめて、六八四万マルクの売却代金が支払われるとされていた。そこで、当該土地の売主も、訴訟参加を申し立てたが、第一番においても、本控訴番においても、却下された。
- ちなみに、ゴミ処理法七条一項では、「ゴミ処理施設の設立および操業、または、当該施設ないしは操業の本質的変更については、権限行政庁の計画確定を要する。計画確定にさいしては、施設的环境に対する影響の評価が、行われなければならぬ。」と規定されている。
- (360) Mübging, aa.O., S. 33ff.
- (361) Mübging, aa.O., S. 33. ムスグングは、その論拠として、「補助参加が認められるための要件として、同じく、補助参加人に法的利益が存することが要求されている民事訴訟法においては、そのことは、一般的に認められている。民事の分野では、買主が、第三者に敗訴し、購入したものの目的に従った使用が妨げられた場合は、売主に保証義務が生じるが、これは、補助参加を根拠づける法的利益の典型的なものである——Putzo, Hans, Zivilprozessordnung, 13. Aufl., 1985, Rdn. 3 zu Art. 66, usw.——」としている。
- (362) ドイン行政訴訟の通説による。Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 9 zu Art. 65.
- (363) Mübging, aa.O., S. 33.
- (364) Mübging, aa.O., S. 34.
- (365) Mübging, aa.O., S. 34f.

(366) 注(27)参照。

(367) ただ、問題はここにあるのであって、隣人は、当然、被告行政庁のがわに訴訟参加するのであろうが、買主は、理論的には、原告のがわに訴訟参加すること以外は考えられない。しかし、そもそも、原告のがわに訴訟参加することじたいが可能かどうかを、われわれの考察では問題にしているわけで、それが、取消訴訟ではなく、義務づけ訴訟であるから認められるのか、あるいは、取消訴訟であっても義務づけ訴訟であっても、原告のがわに訴訟参加することを問題なく認めているのか、それを解明する手がかりになる説明は、ここでは、それ以上なされていない。

(しんやま・かずお 本学教授)