

職権訴訟参加の法理（下Ⅱ）

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) 競業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 (以上六五号)

(b) 行政主体の必要的訴訟参加

(aa) 他の行政主体の行政手続関与の基礎理論

(bb) 同意を求められる行政主体の必要的訴訟参加

(cc) 連邦、ラント、地方公共団体の必要的訴訟参加

(dd) 実質的行政主体の必要的訴訟参加

(c) 判例理論の総括

(aa) 合一的確定と法律関係関与性

(bb) 被告のがわへの必要的訴訟参加

(cc) 職権による必要的訴訟参加の審査

(dd) 第三者の必要的訴訟参加と行政主体の必要的訴訟参加 (以上本号)

(b) 行政主体の必要的訴訟参加

(aa) 他の行政主体の行政手続関与の基礎理論

一 ドイツにおいて、必要的訴訟参加を認める事例として、もうひとつ、被告行政庁以外の行政主体が、被告行政庁のがわに訴訟参加することが必要であるとされているものが、数おおく存在している。その場合の基礎となっているのが、被告行政庁が処分を行う前提として、他の行政主体の同意を要するという法律関係である。ところで、

ドイツにおいては、行政庁が許認可を行うさいに、他の行政主体が与える同意については、いわゆる「内部行為」⁽³⁸⁾として、独立して、取消訴訟や義務づけ訴訟の対象とはならないという理論が、一九五〇年代後半に確立している。

この内部＝外部の関係は、もちろん重要であるが、他の行政主体の協力を得なければ行えない行政処分については、ドイツでは、「段階的行政行為 (mehrstufiger Verwaltungsakt)」という概念がある。⁽³⁹⁾これに関する理論が、右記のような事例の分析において、有効な分析手段となりうると思われるので、まず、その内容について確認しておこう。

二 ドイツにおいて、「段階的行政行為」という概念が、メンガーによつて觀念されるきっかけとなったのは、ハンプルク高等行政裁判所一九五八年八月二八日判決の事例である。⁽⁴⁰⁾本件では、旧連邦遠距離道路法により、許可処分を行うときは、他の行政庁の同意を要するとされている場合に、その同意を、独立の行政処分として、これに對して取消訴訟を提起することができるといことが問題にされていた。⁽⁴¹⁾

メンガーは、同裁判所の、他の行政庁の同意も独立した行政処分として取消訴訟の対象となりうるとする立場に、結論において賛成しつつ、以下のような論理を展開した。すなわち、たしかに、同意は、建築許可の申請人が求める規制そのものではないので、実質的行政処分ではない。しかし、それは、たんなる行政庁内部の指示 (Weisung) ではなく——立法者は、それ以上のものを意図している——、形式的行政処分といえるもので、申請人が求める規制の一部をなしているのであるといふものである。⁽⁴²⁾この理論の特徴は、他の行政庁の同意＝建築許可行政庁の許可処分を、一連の連鎖として一体的にとらえるもので、その後の(ドイツ行政手続法理論の展開のなかでの)「段階的行政行為」の理論の発展の基盤となるものであった。

三 その「段階的行政行為」の内容、手続構造、法的性質については、計画法上の予備決定や部分許可などを題材に、シュミット・アスマンが鋭い考察を行った論文⁽⁴³⁾において精緻に論じられているので、それを参考にしよう。

シュミット・アスマンによれば、段階的手続の本質は、ひとつの決定複合体が、いくつかの構成要素に分解され

るものか、あるいは、ほんらいは独立した決定段階が、相互に関連し連鎖しているものであるとされている。そして、この意味での段階的手続が組織的に認められるのは、計画確定手続であるが、歴史的には、「むしろ偶然に規定された」行政庁のあいだの通知、承認、そして、非技術的事前・中間決定も、段階的手続といえるとしている。⁽³⁷⁴⁾

ただ、その段階的手続について、「より輪郭がはっきりしたもの」が、予備決定および部分許可であるとして、シュミットアスマンは、その題材に、旧連邦インミシオン防止法の予備決定および部分許可の例——同法九条一項では、認可の要件および施設の立地に関して、予備決定をすることができるとされており、また、同法八条では、施設の全部または一部の設置、あるいは、施設の一部の設置および操業について、部分許可をすることができるとされていた——を、とり上げている。⁽³⁷⁵⁾ その予備決定の性質については、最終決定の背後に存在するが、認可に特徴的な解除効を欠くもので、つねに、計画全体の部分局面のみをめざすものであるとし、また、その部分許可の性質については、それが孤立した施設や操業の許可にとどまるのではなく、さらに、全体許可をつねに要するものであるとしている。⁽³⁷⁶⁾

このような予備決定や部分許可という手法がとられる目的について、シュミットアスマンは、手続の途中の段階で、そのつど、手続目的に適合しているかどうかの検討をくわえるもので、手続の完全性 (Vervollständigung) の要請によるものであるとしている。⁽³⁷⁷⁾ ようするに、それらは、全体手続の合理化 (Rationalisierung) のための手段として規定されているのであって、(形成的効果はもたず) 確認的性格のみをもつものであるが、最終決定の基礎をなすものでもあると分析している。⁽³⁷⁸⁾ つぎに、段階的手続の構造について考察し、段階的手続においては、必然的に、複数の決定のオーバーラップがみられる——部分許可は、相互に並立し補完しあい、予備決定は、その存在により、のちの処分の要件を制限する——が、それらの決定のあいだの関係が、同じ決定のたんなるくり返ししか許されないのか、それとも、べつの決定になることが許されるのかが問題になると指摘している。⁽³⁷⁹⁾ そして、シュミットア

スマンは、それを解く鍵は、拘束効⁽³⁸³⁾ (Bindungswirkung) であるとしている。そして、暫定的審査にすぎない予備決定や部分許可の全体計画に対する関係である、その拘束効の本質は、許可申請人の信頼保護もしくは(許可をあてこんだ) 投資保護にあり、事実関係および法律関係が同一であるかぎり——状況留保 (Situationsvorbehalt)——、拘束効が働いているのであるとしている⁽³⁸⁴⁾。したがって、拘束効は、行政法理論の(職権による) 取消し、撤回、期限の要件を基礎とするものである⁽³⁸⁵⁾。これは、けっきょくは、予備決定や部分許可も、独立した行政処分とみるものであって、予備決定や部分許可が行われると、段階的手続の利害関係人に、ひとつの期待権(既得権?) のようなものが生じ、その取消し・撤回については、行政実体法理論の教える「職権による取消し・撤回の法理」に服するということなのであろう。

(bb) 同意を求められる行政主体の必要的訴訟参加

一 ドイツの判例では、許可等の行政処分を行うさいに、あらかじめ、他の行政主体(おおくは、上級行政庁)の同意、承認を要するとされている場合に、その同意、承認を求められる行政主体の訴訟参加が必要的であるかが問題とされるものが、おおく存在している。そこでは、どのような判例理論が展開されているのか、次の判例が、その基本的立場を、いちばん明快に、くわしく述べていると思われるので、ここでの考察もこれを基本にすることにして、段落に区切って分析していこう。

〔事例⑬〕連邦行政裁判所一九七三年二月一六日判決⁽³⁸⁶⁾——前半部分——

(建築許可処分の義務づけ訴訟に、同処分についてあらかじめ同意を求められる上級行政庁の訴訟参加が、必要的であるとされた事例)⁽³⁸⁷⁾

「行政裁判所も、高等行政裁判所も、上級行政庁を訴訟参加させる措置をとらなかった。それは、原告の計画が、連邦建築法三四条⁽³⁸⁸⁾にしたがって判断される場合にのみ許される。計画内区域の計画について行われる建築

許可手続では、上級行政庁の訴訟参加は必要ではない。⁽³⁸⁾ 原告の計画が、同法三五条⁽³⁹⁾に関わる場合は、事情が異なる。係争計画は、同法三五条二項にいう計画にあたると考えられるので、同条一項二文によれば、建築を許可する決定には、『上級行政庁の同意も要求される』のである。そこから、建築許可処分を行うことを求める行政訴訟手続に、上級行政庁が訴訟参加することが必要である（行政裁判所法六五条二項）という結論が生ずる。というのは、同意の要請があることから、上級行政庁が係争法律関係に関与することにより、判決は、上級行政庁に対しても、合一的に確定しなければならないからである。」

この段落に判示されていることに、同意を求められる行政主体の訴訟参加が必要であることの、基本的テーゼがつくされている。他の行政主体の必要的訴訟参加についても、けっきょくは、第三者の必要的訴訟参加と同じく、①法律関係関与性、②合一的確定の要請があることが基本とされているのである。その法律関係関与性について、ここで述べられているのは、発布が求められている建築許可処分に、あらかじめ上級行政庁の同意を要するとされていることにより、上級行政庁は、同処分をめぐる法律関係に関与しているといえるので、判決は、上級行政庁に対しても、合一的にのみ確定しなければならないという論理である。ようするに、ここでも、法律関係関与性があれば、当然、関与する者の訴訟参加が必要となるとされているのである。⁽⁴⁰⁾そして、その法律関係関与性の内容については、つぎの段落で、さらにくわしく述べられている。

「許可を与える過程で問題となる法律関係は、本質的に、建築主の許可を求める請求権によって、構成される。その請求権の実現のためには、（行政）手続法的に、同意を要し、この要請も請求権の（消極的な）一部分をなし、それによって同時に、同意を与える地位にある行政庁の訴訟参加の基礎となる法律関係の構成要素をなす。さらに、この訴訟参加では、判決の合一的確定が必要的となる。」

この段落の論理は、建築許可処分に関わる法律関係を、建築主の許可を求める請求権をととして見ることを出発

点としたうえで、上級行政庁の同意が、その請求権の（重要な？）構成要素であるところ、ポイントがあり、特徴がある。ただ、それは、積極的要素ではなく、消極的要素であるとされているが、これは、おそらく、上級行政庁の同意が得られなければ、建築許可行政庁は、建築許可を行えないというネガティブな面のほうが重要であるということ、いいかえれば、上級行政庁は、同意を与えないということによつてのみ、当該法律関係において、独自の権限を誇示しうるのである——⁽²⁸⁾逆に、上級行政庁が同意しても、建築許可行政庁は、これに拘束されるわけではない——ということなのであろう。ともかく、上級行政庁の同意が、請求権の一部分をなすことににより、上級行政庁の法律関係関与性が肯定されるのである。

「判決により、被告行政庁に、許可を行うことが義務づけられる場合は、同時に、その判決は、同意の要請にもとづく第三者——ここでは、上級行政庁——の（原告の計画を阻止しうる）権限を否定することを意味する——連邦行政裁判所一九六三年五月二八日判決⁽²⁹⁾——。この効果により、上級行政庁は、被告行政庁と同じくらい密接に係争法律関係に関与する。」

前段落であきらかにされた法律関係関与性の内容と義務づけ訴訟の関係が、この段落で論じられており、同意を与えないという上級行政庁の権限が、建築許可処分を行うことを義務づける判決が下されることにより、侵害されることになるという関係において、建築許可処分に関わる法律関係への関与性が認められるということなのである。なお、義務づけ訴訟における同意を求められる行政庁の必要的訴訟参加の問題については、あとで、また、べつの判例でも検討する。

「原告の請求を認容する判決は、上級行政庁から、同意を拒否することで原告に許可が与えられることを阻止する可能性を奪い、したがって、法的にも、許可が与えられることを受忍することを、上級行政庁に強制することになるので、上級行政庁は、実質的に、被告行政庁とならんで、敗訴被告人の立場にたつことになる。た

しかに、それにより、上級行政庁は、(形式的に) 同意を与えることを義務づけられるわけではないが、同意することがもはや不必要であるという意味で、べつの手続に参与する機会を奪われるのである。⁽³⁹⁾ この効果は、被告敗訴の判決によって生じ、不可分の一体をなす。」

ここで述べられていることは、訴訟論理的に、きわめてふかい分析にもとづくものである。義務づけ訴訟においては、「上級行政庁は、実質的に、被告行政庁とならんで、敗訴被告人の立場にたつ」というのは、必要的訴訟参加の基礎に、必要的共同訴訟の理論があることを、あきらかに意識したものである。また、原告の請求を認容する判決が下された場合は、あらためて、上級行政庁が被告行政庁に同意を与えるという手続を経るまでもなく、ただちに、被告行政庁に許可処分を行うことが義務づけられるとしている——「この効果は、被告敗訴の判決によって生じ、不可分の一体をなす」の意味である——が、これこそ、必要的訴訟参加および必要的共同訴訟の基礎にある合一的確定——この場合は、一回的解決の意味あいがつよい——の内容にはかならない。

二 右に見た事例は、上級行政庁の同意を得て行われる建築許可処分の発布の義務づけを求めるものであったが、上級行政庁の同意を得るまでもなく、建築許可行政庁が、建築許可申請を却下した場合に、この却下処分の取消訴訟においても、上級行政庁の訴訟参加が必要であるのが争われた事例がある。取消訴訟では、右のような義務づけ訴訟とはべつの論理が妥当するようなので、訴訟上の法律関係をよく念頭において、段落に区切って、その論理を確かめてみよう。

〔事例⑬〕連邦行政裁判所一九八六年二月七日判決⁽³⁹⁾——前半部分——

(建築許可行政庁が建築許可を行うには、あらかじめ、上級行政庁の同意を求めなければならないとされている場合に、建築許可行政庁が建築許可の申請を却下する処分を行ったときは、これに対する取消訴訟においては、上級行政庁の訴訟参加は、必要的でないとした事例)

「必要的訴訟参加は、係争法律關係に關与することにより、訴訟参加人にまで、判決の効力を擴張することを目的とする。それは、訴訟参加しない限り判決の効力が自己に及ばない第三者が、当事者のあいだで決着した問題について、再審査を申し立て、それにより、異なった判決が下されることは避けなければならない——連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決⁽³⁸⁾——し、また、被告に対する義務づけが、同時に、訴訟参加人についても効力をもたなければ、被告にとって潜在的に不可能な給付を命ずることになるという事態も避けなければならない——連邦行政裁判所一九七八年一〇月二六日判決⁽³⁹⁾——ということなのである。」

この段落で述べられているのも、一般論であり、これまでくり返し確認してきた論理である。これ以降の段落では、以上の一般論を否定するかたちで、正反対の論理が展開される。

「しかし、上級行政庁が、建築許可の拒否に關わつていなかった場合や、建築許可の拒否を適法と認める控訴審判決を上告審が支持する場合は、このような法律効果は生じない——連邦行政裁判所一九八三年九月二日判決⁽³⁸⁾——。建築許可の拒否を適法と認める判決においては、上級行政庁への判決の効力の擴張は要求されない。なぜなら、上級行政庁は、訴訟で、許可とならんで、適法性審査をうけるべき決定を、行政手続において、なんら行つていないからである。要するに、上級行政庁は、建築許可が与えられる場合には關与するが、許可が拒否される場合は、關与しないのである。」

最初に述べたごとく、本事例では、建築許可行政庁に対して、上級行政庁は、同意するとも同意を拒否するとも、なんら意思表示（決定）を行っていないのである。したがって、「上級行政庁が、建築許可の拒否に關わらず」、許可申請を却下された処分をそのまま適法とする判決においては、そのかぎりで、上級行政庁に対しても合一的確定しなければならぬという要請はないのである。

また、つぎに判決のなかでいわれている「建築許可の拒否を適法と認める控訴審判決を上告審が支持する場合

は、このような法律効果は生じない」ということの意味であるが、これは、かりに、建築許可行政庁が上級行政庁の同意を求め、上級行政庁がこれを拒否したので、不許可処分が行われたとしても、控訴審がこれを適法と認め——この手続において上級行政庁の必要的訴訟参加の措置がとられなかった——、上告審もこの判断を支持するかぎりでは、当然、上級行政庁が同意を与えたことじたいは否定されないわけで、「上級行政庁への判決の効力の拡張は要求されない」という趣旨であろうかと思われる。しかし、この論理には、その前提に若干の疑問がある。それは、まえにも確認したとおり、控訴審の手続において、第三者の訴訟参加が必要的であるにもかかわらず、控訴審で、その措置をとることが怠られたときは、上告裁判所は、上告にその事由がなくとも、職権で、その瑕疵を認め、それだけを理由に、原判決を破棄できるということであり、そのかぎりでは、原判決の見直しにおいて、手続的瑕疵の判断が先行するということが、その根底にあるようであるが、本判決の右のような論理では、けっきょくは、取消しの訴え棄却というような最終的実体判断があつて、そのあとで、手続的瑕疵の判断——第三者の訴訟参加が必要であつたのかどうか——が行われるということになり、まえに確認したことで矛盾するのではないかということである。この問題は、実体と手続が複雑に絡みあつた難解な問題であるので、次節の判例理論の総括のなかで、他の判例とつきあわせて、あらためて検討しよう。この裁判手続上の疑問については、つぎの段落にも関連している。

「上告審において、原告が、建築許可の請求権を有することが認定された場合にのみ、事案が控訴審に差し戻され、まだ行政手続にも行政訴訟にも関与していない上級行政庁に対する必要的訴訟参加の措置をとることが、控訴審に委ねられるのである。というのは、そのときにはじめて、上級行政庁の同意を得てのみ被告が行う建築許可をすることを、被告に、判決で義務づけることができるからである。」

ここでは、訴訟論的に、きわめて重要なことが論じられている。具体的に、原告に、建築許可をうける請求権があるという認定のもとに、不許可処分が取り消され、当該許可の義務づけ訴訟に移行して、はじめて、上級行政

庁に対しても、(同意を強制するという意味で) 合一的確定の要請が生じてくるということなのである。そうすると、まえの段落との関係でいうと、建築許可行政庁が上級行政庁の同意を求め、上級行政庁がこれを拒否したので、不許可処分が行われ、これに対して取消訴訟が提起され、認容判決が下される場合は、(同意を強制されるというような) 上級行政庁に対する合一的確定の要請はないことになる。これらを総合すると、けつきよく、判例の理論では、同意を与える上級行政庁の訴訟参加が必要となるのは、義務づけ訴訟においてで、取消訴訟では、その訴訟参加は必要でないという結論に達するようである。

そうすると、前の段落で問題になっていた、必要的訴訟参加の措置がとられなかったという手続の瑕疵に対する判断は、取消しの訴え棄却というような実体的判断のあとに行われるのかどうかという問題以前に、そもそも、判例理論の基本的認識として、同意を与える上級行政庁の必要的訴訟参加は、取消訴訟の段階では問題にならないということがあったようである。

このことを確かめるために、もうすこし、他の行政主体の同意を得なければ許可処分を行うことができない場合の取消訴訟の判例をおいけてみよう。以上のふたつの事例が、許可の申請を拒否する処分に対する取消訴訟の事例であったが、こんどは、他の行政主体の承認を得て与えられた免除処分の取消訴訟の事例を見てみよう。

三 「事例②」連邦行政裁判所一九七一年二月一七日判決⁽³⁹⁾

(連邦建築法により、建築詳細計画 (Bebauungsplan) からの免除が与えられるためには、地方公共団体の承認を要するとされている場合に、建築主に与えられた免除の取消しを隣人が求める訴訟に、地方公共団体の訴訟参加が必要であるかが争われた事例)

「上告理由で、控訴審は、ラント労働大臣および地方公共団体Sを訴訟参加させるべきであったのに、これを怠ったのは、行政裁判所法六五条二項に違反するとしているが、これを採用することはできない。本件では、

同項による必要的訴訟参加は認められない。……当法廷の一九六六年四月二日判決⁽⁴⁰⁾では、建築許可行政庁に對して、建築許可処分——この場合は、地方公共団体の承認があつてはじめて許可しうる——を行うことの義務づけを求める訴訟においては、地方公共団体の訴訟参加が必要であるとされている。この事件で、本法廷は、同項の要件が満たされていることを認めている。なぜなら、承認を求められる地方公共団体を訴訟に引き込むことなしに、建築許可行政庁に建築許可処分を行うことを義務づける判決を下すことはできないからである。なぜなら、このような義務づけ訴訟で被告行政庁が敗訴した場合、地方公共団体の協力なしには行えない行政処分を行うことが義務づけられるので、地方公共団体を訴訟に引き込むことが不可欠であるからである。しかし、このような前提は、本件では、存在しない。建築許可と、それにとりなつて与えられる免除は、それへの地方公共団体およびラント大臣の協力なしに、取り消しするのである。連邦建築法三一条二項⁽⁴¹⁾により、免除を行うには、地方公共団体の承認と大臣の同意を要するとされていることから、ただちに、免除を取り消す場合も、地方公共団体の承認と大臣の同意を要するという結論にはならない。建築行政庁は、承認と同意が存在する場合も、免除を与えることを拒否することができるということと同様に、建築許可行政庁は、承認と同意がなくとも、法律の要件が満たされていれば、与えた免除のような処分を取り消すことができるのである。それに対応して、第三者による取消しにおいても、地方公共団体や大臣の訴訟への引き込みなしに、取消しが認められるのである。——しかし、これについては、行政裁判所法六五条一項の訴訟参加は、考慮されるのである、もちろん、それは裁判所の裁量によるのであるが……」

この判決では、他の行政主体の承認を得なければ行えない行政処分の義務づけ訴訟と、そのような行政処分の取消訴訟で、承認を与える行政主体の必要的訴訟参加が認められるかどうかの結論が異なるという、興味ぶかい論証が行われている。すなわち、「承認を求められる地方公共団体を訴訟に引き込むことなしに、建築許可行政庁に建

築許可処分を行うことを義務づける判決を下すことはできないからである。なぜなら、このような義務づけ訴訟で被告行政庁が敗訴した場合、地方公共団体の協力なしには行えない行政処分を行うことが義務づけられるので、地方公共団体を訴訟に引き込むことが不可欠であるからである」というのは、まさに、義務づけ判決が、地方公共団体に對しても合一的に確定しなければならぬことをいっているのである。

それに対して、地方公共団体の承認と大臣の同意を得て行われた免除を取り消す場合は、ただ、承認と同意を得て行われた行政処分が取り消されるというだけのこと——免除の取消しじたいについては、地方公共団体の承認も大臣の同意も要しないであろう——で、取消判決により、地方公共団体や大臣の法的地位（権限）がややうくなるということもないので、取消判決が、地方公共団体や大臣に對しても、合一的に確定しなければならない要請はないという論理である。このことを、判決では、「職権による取消し」という概念を用いて、うまく説明している。

それは、許可行政庁が、他の行政主体の同意を得て行つた許可処分は、許可行政庁が、職権により取り消す場合は、なんら他の行政主体の協力なしに取り消しようという論理である。「建築行政庁は、承認と同意が存在する場合も、免除を与えることを拒否することができる」ということと同様に、建築行政庁は、承認と同意がなくとも、法律の要件がみたされていれば、与えた免除のような処分を取り消すことができるのである」とされている。これを、取消訴訟にそのまま持ちこんで、裁判所による取消しにおいても、他の行政主体の訴訟参加がなくとも、取消判決を下すことができ、他の行政主体に判決の効力を及ぼす必要がない——なんら、訴訟上矛盾する問題を生じない——ということなのである。わかりやすい論理である。

四 ドイツでは、建築法の分野だけではなく、国籍法の分野でも、国籍処分を行うにあたって、べつの行政主体の同意を要するとされているが、国籍放棄に関する判例で、右に確認した判例理論と矛盾するものがあるので、それも、参考までに見ておこう。

〔事例②〕連邦行政裁判所一九八五年二月一〇日判決⁽⁴⁸⁾

(国籍放棄の不許可処分の取消訴訟において、許可の同意が求められる連邦の訴訟参加が必要的であるかが争われた事例)⁽⁴⁹⁾

「国籍法二六条一項では、ドイツ人は、複数の国籍を有する場合は、国籍を放棄することができると規定されている。控訴審の確認したところによれば、原告は、ドイツ国籍以外に、出生によって、アメリカ合衆国の国籍を獲得した。しかし、同法二二条⁽⁴⁸⁾によるドイツ国籍の離脱が認められない場合は、本人の国籍放棄に必要な行政庁の許可は、拒否される(同法二六条二項)⁽⁴⁹⁾。国籍離脱は、とりわけ、兵役義務者には、連邦国防大臣または同大臣により指定された行政庁が、この者の国籍離脱を拒否する理由がないことを表明しないかぎり、認められない(同法二二条二号)。したがって、この表明が存在しない場合は、行政庁は、兵役義務者には、国籍放棄許可を与えることはできないのである。つまり、連邦国防大臣または同大臣により指定された行政庁が、この表明をすることを拒否した場合は、国籍事務行政庁は、これに拘束されるということなのである。ドイツ連邦共和国の、行政裁判所法六五条二項の意味における訴訟参加があれば、場合によっては、たんに行政庁内部で発されたにすぎない表明を拒否することが、正当かどうかという問題についても、同時に、審査し判決を下すことができる」という理由で、本件においては、ドイツ連邦共和国の訴訟参加が必要的であると判示された。

この判決の、ドイツ連邦共和国の訴訟参加が必要的であるという訴訟理論を検討するまえに、すこし、この事件の基礎となっている連邦国防大臣の同意の性質、および、それと国籍放棄の許可のあいだの実体法関係を、国籍法の内容にそくして分析してみよう。

右の判示内容にもあるように、国籍法では、国籍放棄の申請に対して、国籍事務行政庁が許可する場合は、申請

者が兵役義務者であるときは、連邦国防大臣または同大臣により指定された行政庁が、この者の国籍離脱を拒否する理由がないことを表明しないかぎり、許可できないことになっている。その趣旨・目的については、判例理論では、つぎのように解されている。すなわち、国籍離脱を拒否する理由がないことの表明は、国籍放棄が、兵役義務を免れるため、濫用されていると考えられる場合、複数の国籍を有する者で、ドイツ国籍を放棄しようとする者が多数にのぼり、そのため、連邦防衛の機能に支障が生ずる場合などに、拒否することができるのである。国籍法は、連邦大臣が、国籍離脱を拒否する理由がないことの表明を拒否するときは、兵役義務者を、国籍放棄を許可する対象から除外することによって、一般に、ドイツ連邦共和国の防衛に奉仕する兵役義務と兵役義務の公平性を保障しようとしているのである⁽⁴⁰⁾というものである。

そうすると、このような国防という、(国内の建築関係よりは価値の重い) いわば国益を代表する連邦国防大臣(「連邦」)の判断が、同意・不同意というかたちで表明されるのであるから、それが国籍放棄の許可の重要な要件をなしているということは理解できるが、だからといって、それが、同判決のなかでいわれているように、「ドイツ連邦共和国の、行政裁判所法六五条二項の意味における訴訟参加があれば、場合によっては、たんに行政庁内部で発されたにすぎない表明を拒否することが、正当かどうかという問題についても、同時に、審査し判決を下」さなければならぬという意味で、連邦共和国が取消訴訟で争われている法律関係に關与しているということ、したがって、判決は、連邦共和国に対しても合一的にのみ確定しなければならないということの直接の論拠にはならないようである。

やはり、本判決の立場は、この翌年にだされた〔事例⑬〕の判決によって、改められたとみるのが、正しいようである。

五 ふたたび、はなしを義務づけ訴訟にもどすが、すでに確認したとおり、義務づけ訴訟においては、同意を与え

る行政主体の訴訟参加は必要的であるという論理が確立しているが、国籍法の事例で、連邦内務大臣の同意を、基
本法上の「指示権 (Weisungsrecht)」と比較した興味ぶかい分析が行われているものがあるので、それも、参考まで
に見ておこう。

〔事例②〕 連邦行政裁判所一九八三年五月二六日判決⁽⁴⁸⁾

(ドイツ連邦共和国への帰化の申請に対して、不許可処分がなされたので、この取消しと帰化処分の義務づけ
を求める訴訟が提起されたが、この訴訟に、帰化の許可について同意が求められる連邦の訴訟参加が必要的で
あるかが争われた事例)⁽⁴⁹⁾

「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。原告によって要求される行政処分
が、法律の規定により、行政庁内部で発される他の行政庁の同意を必要とし、この同意が得られないという場
合には、この要件は満たされているといえる。行政処分を行うことを義務づける判決は、要件としての同意を
するかしないかという自由を否定するものであり、第三者も同時に『敗訴に服せしめる』ということの意味す
るものである。したがって、判決は、第三者に対しても、合一的にのみ確定しなければならないのである。同
意の要請が、第三者の権利に根拠をおくものであるのか、あるいは、たんなる『行政の利益』に根拠をおくに
すぎないものであるのかという問題は、ここでは、重要でない。また、第三者の協力がなければ、不許可処分
をすることができないのかという問題も、重要でない。判決が、第三者に対しても、合一的にのみ確定しうる
というだけで、十分なのである。この確立された原則については、同裁判所は、くり返しあきらかにしている
——連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決⁽⁴⁰⁾、同一九七三年二月一六日判決⁽⁴¹⁾、同一九七七年一〇月七日判決⁽⁴²⁾。

原告が求める帰化については、連邦内務大臣が行政庁の内部で発する同意が、要件とされている。したがって、ドイツ連邦共和国の訴訟参加が、必要となる——連邦行政裁判所一九七九年八月二日判決⁽⁴³⁾——。なお、この判決の基礎となっている帰化の許可処分において求められる連邦内務大臣の同意の法的性質について、この判決のなかで、つづけて論じられているので、まず、その論理を確認したうえで、あらためて、この段落で述べられていることを検討しよう。

ドイツ連邦共和国への帰化については、ドイツ帝国時代に立法されたドイツ国籍令⁽⁴⁴⁾三条一文——「ドイツの国籍は、帝国内務大臣の同意がなければ、与えることができない」——の規定が、そのまま継続して妥当しているが、⁽⁴⁵⁾この同意は、現在の基本法のもとでは、同法八四条五項の意味における「指示権」であると考えられており、本判決でも、つぎのように判示されている。

「ラントが、固有の事務として、連邦法を執行する場合は、基本法八四条五項一文により、連邦法の執行のため、連邦政府に、特別の場合に個別的指示を与える権限が、付与されうる。同意権というものも、この規定の意味における指示権にはかならない。同意の拒否は、行政処分を行わないようにという指示である。したがって、同意権というのは、弱められた指示権限である——連邦行政裁判所一九七三年六月二〇日判決⁽⁴⁷⁾——。ここでの同意の要請は、特別の場合に対する個別的指示にあたる。同意の要請は、ラント行政庁のすべての国籍法上の決定について存するのではなく、帰化の申請に対して、帰化許可行政庁が帰化を許可しようとする決定についてのみ存するのである。連邦内務大臣が、ラント行政庁によって行われる帰化処分に同意しない場合は、同大臣は、「否定的」指示を与えるのである。この同意の要請は、とりわけ、帰化によって侵害される全国家的利益を防御するために、基本法八四条五項の目的のなかに包括される一体的原則を、行政実務のなかで、保障しようとするものである。その同意が要請される特別の場合は、ドイツ国籍令三条一文で、くわしく規定さ

れている。⁽⁴⁸⁾」

ドイツの法律の仕組みでは、国籍処分のひとつである帰化の許可の内容は、連邦法により定まり、これをラント行政庁が執行する。しかし、帰化について、連邦は、ラントにまったく執行を委ね、いっさい干渉しないということではなく、あらかじめ、個々の事例で、帰化によって全国家的利益が侵害されることのないように、チェックできるシステムが用意されている。それが、同意というシステムであり、その根底にあるのは、ラントに対する連邦の権限の留保である。本判決でも、指示権は、「ドイツ連邦共和国の連邦国家性とも、また、とりわけ、基本法八三条以下に規定された行政権限の限界づけとも一致するもので、全国家的利益の防衛のために、最大限、要求されるものである」ことを認めている。つまり、義務づけの訴えを認容する判決が下され、帰化の許可を行うことが義務づけられれば、必然的に、連邦も、これに同意することが強制されるわけで、それは、連邦のラントに対する権限が侵害されることを意味する。

義務づけ判決と、それにより同意を強制されることになる連邦の法的地位の関係については、この判決のさき上げた段落のなかで強調されているところで、この場合の義務づけ判決の内容は、まさに、被告と連邦を、ともに敗訴に服せしめるということなので、そこに、合一的確定の要請が生じるのである。

(cc) 連邦、ラント、地方公共団体の必要的訴訟参加

一 行政主体の必要的訴訟参加については、ドイツの制度では、行政庁の訴訟参加が必要的であるのか、その行政庁の所属する連邦、ラント、地方公共団体の訴訟参加が必要であるのかということも、検討しておかなければならない。この問題の根底にあるのは、ドイツの行政裁判所法では、行政訴訟の被告適格は、あとでふれるように、原則として、連邦、ラント、地方公共団体にのみ認められているということがある。これが、訴訟参加の主体の理論に、どのように反映するかが問題となる。

つぎの判例は、訴訟参加においても、なぜ、地方公共団体の訴訟参加を原則とし、その行政庁の訴訟参加が認められないのかということの説明を行っている。

〔事例②〕連邦行政裁判所一九七三年二月一六日判決⁽⁴⁸⁾——後半部分——

「また、訴訟参加が必要であることは、上級行政庁の同意 (Zustimmung) の要請が、その限りで、連邦建築法三六条一項一文⁽⁴⁹⁾に規定された『地方公共団体の承認 (Ernenen) をえて』と異ならないということによつても、強調される。この規定に関わる義務づけ訴訟においては、地方公共団体の訴訟参加が必要であることは、当法廷の確定した立場である。地方公共団体と上級行政庁の違いは、ただ、地方公共団体が所定的方式により承認すること、地方公共団体の固有の権利として、認められているということにあるのみである。しかしながら、行政裁判所法六五条二項は、必要的訴訟参加について、そこまでは要求していない。その本質は、法律関係に関与させることにあるのであつて、立法者が、いかなる理由によつて、いかなる実体法上の権利にもとづいて、訴訟参加の規定をおいたかということは問題ではない。そのことは、連邦建築法三六条の規定内容からもあきらかである。同条の枠内で、地方公共団体の承諾と上級行政庁の同意を、『法的利益』(あるいは主観的権利)と『行政上の利益』という概念によつて、切り離して考えることは、事案の解明に有益であろう。同条の観点からすると、許可を与える場合の前提として、上級行政庁の同意を得なければならなるとされていることが、地方公共団体の承認が前提とされている場合と同様に、協力を要請される行政庁の権限と、その限りで、権利の根拠となつていのである。同条の枠内での上級行政庁とは、行政裁判所法七三条一項⁽⁴²⁾にいうような直近上級行政庁ではなく、独立した特別の利益の主体として、作用するものである……。地方公共団体との違いは、……連邦建築法三六条の観点からは、たんなる組織法上のものにすぎない。このような見解は、前述の当法廷の判決⁽⁴³⁾で示されている。そこで肯定された上級行政庁の権限は、論理的に、上級行政庁

の訴訟参加が必要であることの根拠となっている。」

この判決では、連邦建築法三六条一項に規定された「地方公共団体の承認」について確立された判例理論を援用することにより、上級行政庁の法律関係関与性を論証している。「同意」と「承諾」は、用語の違いだけで、実体的には同じ内容である——手続法的には、方式の違いが若干ある——が、一行政機関の同意は、その行政機関の権限にすぎないのに対して、地方公共団体の承認は、地方公共団体の固有の権利とされている——ただ、この違いは、判決では、「連邦建築法三六条の観点からは、組織法上のものにすぎない」とされている——。しかし、この判決のなかでもいわれているように、訴訟参加が必要であることの意味は、合一的確定の要請があるかどうかというところにあるのであって、合一的確定のうける行政主体の法的地位が、権利を内容とするものであるのか、たんなる行政権限を内容とするものであるのかは、問題でないのである。

もともと、ドイツ行政裁判所法のもとでは、取消訴訟や義務づけ訴訟の被告適格は、一次的には、連邦、ラント、地方公共団体であり、ラント法に指定がある場合にかぎり、処分を行った、あるいは申請に関わる処分を行わなかった行政庁であるとされている（同法七八条⁽⁴⁵⁾）。しかし、訴訟参加しうる機関については、とくに規定はなく、いちおう、被告適格の規定にそった考え方が行われているのではないかと推測される。

三 また、この問題に関連して、ラントがすでに被告となっている場合は、その行政庁は、「第三者」として訴訟参加することはできないという判例があるので、これも見ておこう。

〔事例②〕連邦行政裁判所一九七六年一月一二日判決⁽⁴⁶⁾

（建築許可を行うには、あらかじめラントの上級行政庁の同意を要するとされている場合に、建築許可の義務づけ訴訟が提起されたときも、ラントが被告であれば、同行政庁の訴訟参加は認められないとされた事例⁽⁴⁷⁾）

「控訴裁判所は、原告の訴えをうけて、係争建物の建築が許可されうるかを、連邦建築法三五条一項のみなら

ず、二項により審査したが、同条二項の許可には、同法三六条一項⁽⁴⁸⁾二文により、上級行政庁の同意が必要なので、原判決が、行政裁判所法六五条二項に反して、上級行政庁を訴訟参加させることを、必要のみなさなかつたことが、手続上の瑕疵を構成するかを、まず、職権で審査しなければならない——連邦行政裁判所一九七三年二月一六日判決⁽⁴⁹⁾——。しかし、(本件のごとく)被告が、行政庁ではなくて、ラントであり、上級行政庁がラントの行政組織のなかに組みこまれる場合は、必要的訴訟参加は問題にならない。というのは、その場合は、法人としてのラントが、原則として、当該上級行政庁をふくめ、自己のすべての行政庁とともに、被告として、争訟に関与しているからである。上級行政庁は、この場合は、行政裁判所法六五条二項にいう「第三者」ではないのである。訴訟当事者という概念から導きだされる被告ラントの権限、すなわち、裁判所に出廷し、聴聞をうけ、申立てをする権限は、いずれにせよ、ラントに属する上級行政庁の当事者としての権限も包括するものである。そして、同法二二一条により被告ラントにおよぶ判決の確定力は、直接、上級行政庁にもおよび。したがって、上級行政庁が訴訟参加しても、しなくても、訴訟の結果はかわらないのである。」

この判決で述べられていることは、行政組織法上のことがらであるが、訴訟参加の根本に関わることもある。対外的には、ラントの行政庁は、ラントの意思を代表するものであるが、ラントとの関係では、独立した意思を示しうる地位にはない。「上級行政庁がラントの行政組織に組みこまれる」というのは、その意味であろう。すなわち、それは、ラントとはべつの法主体たりえないということであって、「この場合は、行政裁判所法六五条二項にいう『第三者』ではない」ということになる。したがって、訴訟参加の制度は、そもそも、当事者以外の第三者が、訴訟に「独自の利益を主張して」あとから参加するという趣旨のものであるので、ラントの行政庁が、被告ラントに対峙して、訴訟参加するということは考えられないのである。⁽⁵⁰⁾

もとより、被告を行政庁とするのか、連邦、ラント、地方公共団体とするのかは、比較として、わが国の行政事

件訴訟法の例をだすまでもなく、法政策的に決まるのであって、⁽⁴³⁾ 後者の立場をとるいじょう、その行政庁について訴訟参加を認めないとする論理は、じゅうぶんに納得できる。

(dd) 実質的行政主体の必要的訴訟参加

一 他の行政庁の行政処分により行政上の権限を付与され、この権限を行使する行政主体は、当該処分を争う訴訟においては、訴訟当事者とならないが、この訴訟では、まさに、その行政主体の法的地位が争われているので、判決がこれについても合一的に確定されなければならず、その訴訟参加が必要であるとされる理論が、判例において確立されている。これは、行政主体の訴訟参加についても、第三者の訴訟参加と同じレベルにおいてみるものである。このような判例の立場は、つぎの連邦遠距離道路法の判例の流れのなかに、よくあらわれている。ただ、同法の計画確定の手續の仕組みは、すこし複雑であるので、それを確かめつつ、判決の必要的訴訟参加の論理を分析してみよう。

連邦行政裁判の判例は、はじめのうちは、このような事例について、合一的確定の必要性を認めていなかった。

〔事例⑤〕連邦行政裁判所一九七五年二月一四日判決⁽⁴⁴⁾

(ラント大臣が行った連邦道路建設計画確定決定について、予定路線上に住む原告が、計画確定手續における手續上の瑕疵などを理由として、取消しを求める訴えに、計画に関わる地方公共団体の訴訟参加が、必要的であるかが争われた事例)⁽⁴⁵⁾

「訴訟法上の観点から、固有の計画高権との関係で係争計画確定に利害関係を有する地方公共団体の訴訟参加が、行政裁判所法六五条二項の意味において、必要的であるのかという問題、および、必要的訴訟参加の措置を怠った控訴審の判決が、職権により顧慮されるべき瑕疵をおびているのかという問題について、検討する。これらの問題については、否定的な答えが用意される。なぜなら、ここで、原告が求めている計画確定決定の

一部取消しに関わる、原告と被告のあいだの『係争法律関係』に、地方公共団体は、関与していないからである。しかし、いっぽうで、利害関係を有する地方公共団体に対する広域的な遠距離道路法上の区間計画は、通常、地方公共団体の固有の計画決定権に重要な意味をもち、したがって、地方公共団体は、しばしば、計画決定決定の取消訴訟の判決の内容に利害関係を有するということは無視できない。ただ、そのような場合のおおくでは、地方公共団体の通常訴訟参加——同条一項——の要件はみたされていよう。その場合も、通常訴訟参加については、事実審の裁量にもとづいてのみ認められるものであり、すべての裁量決定と同様に、裁量権の限界というものである。」

本判決では、行政手続に関与する地方公共団体の訴訟参加は必要的ではないとされたが、その根拠とされたのは、「原告が求めている計画確定決定の一部取消しに関わる、原告と被告のあいだの『係争法律関係』に、地方公共団体は、関与していないからである」というもので、法律関係関与性を必要的訴訟参加の基礎におくという図式は、地方公共団体の訴訟参加についても、第三者の訴訟参加と同じレベルで考えるということを意味している。そこで、建設計画の利害関係人が、その計画確定決定の取消しを求める基礎になる法律関係に、この場合、地方公共団体が関与していないのかという問題について分析してみよう。

このことを、事案にそくして検討してみると、この事件で問題になっているのは、ひとつは、建設計画に利害関係を有する者の行政手続上の権利が侵害されたかということであるが、これについては、すこし、連邦遠距離道路法の手続の仕組みをみてみよう。

同法一七条一項⁽⁴⁸⁾によれば、連邦遠距離道路の建設ないしは変更が認められるのは、計画が事前に確定されている場合のみである。この計画確定の責任をおうのは、ラントの最上級行政庁で、同行政庁は、同法一八条⁽⁴⁹⁾に精緻に規定された行政手続を主宰するとされている。ところが、原告の主張によれば、計画確定手続のなかの聴聞手続にお

いて、自己の主張をじゅうぶんに表明する機会が与えられず、さらに、この手続においては、環境影響に対する専門家の鑑定も行われていないことである。しかし、裁判所は、同条一項で、建設計画の内容を示す図面や、これに対する詳細な説明書の提出が義務づけられ、同条三項で、それが利害関係人の閲覧に供され、さらに、それについて説明が行われるという一連の手続——このなかでは、専門家の鑑定は要件とされていない——により、計画に利害関係を有する者への計画内容の周知徹底がはかられ、そのちに、異議申立てが認められていることにより、利害関係人の権利保護も留意されているとみている。

この事件で、もうひとつ問題とされていたのは、計画確定決定が連邦大臣がすでにたてた計画に、どの程度、拘束されるかということである。本判決のなかでも、同法二七条一項、一八条の規定は、計画確定行政庁への、遠距離道路法上の特定部門計画(Eachplan)をたてうる、実体法上の授權規定であるとされ、そして、この授權の中心は、一定の計画裁量——これは、計画策定の自由ともいえる——を認めるということにあるとされている。いっぽう、同法一六条一項により、連邦交通大臣は、連邦遠距離道路の計画および路線を定めるとされており、これをうけた形で行われるラント計画確定行政庁の計画確定との関係が問題となるが、本判決では、計画確定行政庁が、内部関係として、連邦交通大臣がすでになした基本決定に依拠し、これに拘束されることには、疑いがないとされている。ただ、もちろん、この拘束は、行政庁内部のもののみで、外部に対して効力をもつものではないことを確認したうえで、裁判手続において、計画確定行政庁が、第三者に対して、みずからの計画確定決定の正当化根拠として、連邦大臣の基本決定に依拠し拘束されたということをあげることはできないし、また、第三者が、この大臣の基本決定に対して不服の訴えを提起しても、認められないともされている。

このようなラント大臣の行う計画確定決定に、手続的に、地方公共団体がどのように関与するのか、見てみよう。同法五条一項によれば、連邦遠距離道路の建設主体は、基本的に、連邦であるが、地方公共団体が、同条二項に

より、同道路が地方公共団体の区域を通過する区間について、建設主体となる。同道路を建設することじたいの決定、および、路線の決定については、同法一六条一項により、連邦交通大臣が行う。計画の確定は、同法一八条a一項⁽⁴⁰⁾により、ラントの最上級道路建設行政が行う。確定まえに、同法一八条一項により、計画の図面と説明書が閲覧に供され、同二項により、地方公共団体も聴聞手続に参加することができる。確定にさいしては、同法一七条一項で、地方公共団体の負担する費用も決定される。不服申立手続について教示された計画確定決定は、同法一八条a四項⁽⁴⁰⁾により、同道路の建設主体である地方公共団体に通達され、地方公共団体において、二週間の閲覧に供される。

連邦遠距離道路の計画確定については、連邦とラントによって行われるわけだが、右に見たとおり、地方公共団体は、かなりの程度、手続に関わっており、手続のなかでも、地方公共団体の利益が考慮されているといえよう。ただ、訴訟上の観点からいえば、この判決でいわれている法律関係関与性は、訴訟法的評価によるもので、けっきよくのところ、判例理論のなかで、必要的訴訟参加が認められるための要件として持ちだされる法律関係関与性は、合一的確定と裏表の関係にあるわけで、要するに、本訴訟の結果が、地方公共団体についても合一的に確定する要請があるかどうかを考えればよいわけである。本件で争われているのは、ラント行政庁がした計画確定決定であるが、まさに、この決定のなかで、地方公共団体の、自己の地域を通過する連邦遠距離道路区間についての建設義務および権限が確定し、その訴訟の結果により、この義務および権限が左右されるわけで、合一的確定の要請なしとはしないように思われる。

二 この疑問にこたえるように、連邦行政裁判所は、連邦遠距離道路法に関する同じシチュエーションの事例について、立場を一八〇度転換する判決をだした。

〔事例②⑥〕連邦行政裁判所一九八二年一月一五日判決⁽⁴¹⁾

(原告が、連邦道路の拡張工事により、バスの停留所が自己の地所のまゝにまで移転されてきたことに対して、この拡張工事が計画確定をうけずに行われたことにより違法であることの確認と、停留所を以前の位置にまで戻すことの義務づけを求める訴訟を提起し、これに、道路建設主体である地方公共団体の訴訟参加が必要であるかが争われた事例)⁽⁴³⁾

「控訴審の判決は、上告理由において主張されている権利侵害の事実以外にも、重大な手続上の瑕疵があるので、取り消さざるをえない。控訴審は、行政裁判所法六五条二項に反し、地方公共団体Sの訴訟参加が必要であるのに、これを訴訟参加させる措置を講じなかつたので、訴訟法——同法一三七条一項⁽⁴⁴⁾——に違背している。訴訟参加が必要であることは、以下の考慮により、論証される。

停留所の拡張——その適法性じたいが訴訟で争われている——は、連邦道路一四号ぞいの、原告の地所の領域に属する歩道に及ぶが、この歩道については、連邦遠距離道路法五条三項⁽⁴⁵⁾によれば、地方公共団体Sが道路建設主体である。したがって、被告に対する原告の要求、すなわち、すでに行われた停留所の拡張を原状に回復すること、ないしは、停留所の拡張が違法であることの確認に関する判決は、直接、地方公共団体Sにも効力を及ぼし、地方公共団体Sと被告に合一的にのみ確定しうるものである。そのことから、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が、地方公共団体Sに保障されなければならなかつた。ほんらい、地方公共団体が、その固有の資格において、第二審手続で、被告にかわつて、訴訟当事者の地位に立つべきものであつたからである。その限りで、右に述べたような原告の請求については、当法廷が繰り返し判示してきたこと——取消訴訟により道路法上の計画確定決定の取消しが求められたケースや義務づけ訴訟により右決定の補充(たとえば、隣人保護のための負担)が求められたケースについて——と異なるところはない。それらの判決で判示されているように、道路建設主体の訴訟への関与は、共同の建設主体である被告の訴訟関与によつて

も保障されるとはいえないので、当該争訟において下される判決により自己の職務領域を侵害される道路建設主体の訴訟参加は、必要的であると認められなければならない。⁽⁴⁶⁾

「地方公共団体Sは、歩道の建設主体として、被告ラントに対して固有の法人格をもち、それゆえ、被告が訴訟当事者であるからといっても、それだけで、地方公共団体も訴訟に関与しているとはいえないのである。」

実質的建設主体である地方公共団体の訴訟参加が必要的であるかについての検討にはいるまえに、旧連邦遠距離道路法にいう本事案のごとき本質的ではない道路の拡張と計画確定手続の關係について、すこし見ておこう。

同法一七条一項によれば、連邦遠距離道路は、計画が事前に確定している場合に、建設し、変更することができ⁽⁴⁷⁾る。同号は、同法一八条b一項との関連で、いっぽうで、積極的に、道路の建設計画に関しては、計画確定手続において決定されるということを規定しているが、同法一七条一項は、もういっぽうで、消極的に、前もって計画確定をうけることなく、連邦遠距離道路の新設、変更をすることはできないと規定している。これは、要するに、許可を留保することによる、予防的禁止であり、その禁止の意味するところは、策定された道路建設計画の（予防的禁止という）障害を除去するために、計画確定手続の申請をし、計画確定決定をうけるという手続をへなければならぬという負担が、必然的に、道路建設主体におわされるということなのである。

ところが、これには、同法一七条二項の例外規定があり、（本事案のごとき）本質的ではない道路の変更や拡張については、計画確定を要しないという同項一文により、計画確定の要請からの例外が認められるための実体的要件が規定されているのである。しかし、だからといって、本質的でない道路の変更や拡張が、（予防的禁止を特定の場合に解除するという意味をもつ）行政法上の許可なしに行えるというわけではない。同法一七条二項によりラントの上級行政庁に義務づけられた、計画確定を要しない事案であるのかどうかについての決定の内容には、計画を許可するかどうかということも含まれるのである。したがって、本事案では、道路建設において原則的に要求さ

れる計画確定にかえて、同号により、ラントの上級行政庁は、計画を許可する内容の決定を行ったのである。

この決定により、道路建設主体である地方公共団体Sは、道路を拡張しようという法的地位を得たわけであるが、これが、道路拡張が違法であることの確認が求められる訴訟への、Sの訴訟参加が必要であることの基礎とされている。すなわち、「停留所の拡張が違法であることの確認に関する判決は、直接、地方公共団体Sにも効力を及ぼし、地方公共団体Sと被告に合一的にのみ確定しうる」という論理である。この、判決がSにも効力を及ぼすということ意味については、さらに、判決により道路建設主体の職務領域を侵害されるということであると説明されている。

しかし、この判決では、さらに重要なことがいわれており、それは、「ほんらい、地方公共団体が、その固有の資格において、第一審手続で、被告にかわって、訴訟当事者の地位に立つべきものであった」ということである。

これは、行政手続において、地方公共団体Sが、道路建設者としての実質的行政主体であるので、原告は、ほんらい、Sを相手に訴訟を提起すべきであった、あるいは、ほんらいの紛争は、原告とSのあいだに存することであることをいっているのである。この関係は、考えてみると、前々項で分析した、上級行政庁の同意を得て処分が行われる場合の裏返しにちかいかいものであるように思われる。つまり、上級行政庁の同意は得なければならぬが、実質的行政庁は、いうまでもなく、行政処分を行う処分庁であり、訴訟もこれに対して提起され、同意を与える上級行政庁が、これに訴訟参加する関係にたつ。それに対して、本事実の場合は、(形式的に計画確定を要しないと認定することの反面で、計画を許可するという意味をもつ)決定を行った行政庁に対して訴訟が提起され、道路建設者として実質的行政主体であるSがこれに訴訟参加するという立場にたつのである。したがって、同意を与えるにすぎない行政主体の訴訟参加が必要になる場合が、比較において、より限定的となるのは、あたりまえのことである。それに対して、実質的行政主体が訴訟外にいるときは、その訴訟参加は、よりひろく認められるべきであるということ

になるであろう。

道路建設者として実質的行政主体であるSの訴訟参加が必要的であるということの意味は、ほんらいの行政手続の実施主体を訴訟に引き込むことにより、訴訟審理の実質化をはかり、被告にとつてのほんらいの紛争の抜本的解決を行うということにほかならないと思われる。

(c) 判例理論の総括

(aa) 合一的確定と法律関係関与性

一 ここで分析した判例から、行政処分⁽¹⁾の取消訴訟、義務づけ訴訟、確認訴訟では、いわゆる「二重効果的行政処分」を対象とするものにおいて、処分に関わる国民の訴訟参加が必要的となることがわかった。このことは、判例理論は、当然の前提としているようで、なぜ、二重効果的行政処分の取消訴訟等では、訴訟参加が必要的となるのかということについて、実体法のレベルから、あらためて論じている判例はない。「事例①」に見られるように、「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関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。」とするだけである。^(地)

判例理論で、しばしば持ちだされる二重効果的行政処分の例とは、建築許可行政処分であり、これの取消しを隣人が求める訴訟に、許可をうけた建築主の訴訟参加が必要であるとするシチュエーションを、基本に考えているようである。問題は、この場合に、なぜ、建築主の訴訟参加が必要となるのかということであるが、判例理論は、この問題を、訴訟法のレベルで、最初から、本質的にとらえており、「取消判決の形成力」のゆえに訴訟参加が必要的とならざるをえないとみている。形成訴訟の一種である行政処分の取消訴訟の取消判決には、当然のことなが

ら、形成力がある。その内容は、処分がいったん建築主に対して認めた建築しうるという法的地位を消滅させるものである。したがって、これは、ほんらい、建築主が訴訟参加していようが、いまいが、建築主にも及んでくる効力である。

ところが、いつぼうで、「事例①」のなかでも明確に指摘されているところであるが、ドイツでは、民事訴訟法三三二条および行政裁判所法二二一条の原則により、判決の効力は、訴訟当事者のみに及ぶという大前提がある。

つまり、この原則との整合性の問題が、つきにでてくるのであり、そのあいだの説明づけは、判例理論も頭を悩ませていようである。たとえば、「事例①」では、民事訴訟法三三二条および行政裁判所法二二一条の大前提から出発して、「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とのみ結びつけられているからである」とするならば、論理的には、けっきょく、取消判決の効力は当事者にも及ばないとせざるをえないという不思議なことになると指摘している。というのも、さきほど述べたとおり、取消判決には形成力があるので、同一の行政処分が、訴訟当事者のあいだでだけ取り消され、第三者との関係では取り消されずに残存するということはありえないから、そうせざるをえないとするのである。したがって、民事訴訟法三三二条および行政裁判所法二二一条の大前提の枠内で、取消判決の形成力と、論理的に整合させようすると、必然的に、第三者にまで判決の効力を拡張する方途をさぐるしかなくなるのである。

二重効果的行政処分は、このような訴訟上の関係を提供する基礎となる——原告の取消しの請求が認容されれば、同時に、第三者の法的地位がくつがえされるという関係が重要なのである——ものである。二重効果的行政処分をめぐる争いにおいては、当然ながら、それに関わる第三者についても、合一的確定の要請として、判決の効力が拡張される方途——必要的訴訟参加の措置——がとられなければならないのである。判例理論では、いかな

る場合に、第三者の訴訟参加が必要的となるのかは、とりもなおさず、実体法上の法律関係によって定まると考えられているので、その意味で、判例理論では、訴訟参加が必要的である場合の判定において、争訟の基礎になっている行政処分が二重効果的であるかどうか、重要な判定基準となつていようである。

二 つぎに、判決の効力の拡張と、合一的確定の要請の関係について、見てみるが、判決の効力の拡張の目的については、義務づけ訴訟についてであるが、〔事例⑫〕では、（一）当事者のあいだで決された問題を、あらためて裁判所の審査に付し、べつの決定が下されるうる事態を、なんとしても避けなければならない、（二）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にあると述べられている。判例理論では、判決の効力の拡張というのは、合一的確定の要請により、いわば、やむをえず行われる、ひとつの手段、あるいは、便宜的な措置と考えられていることは、すでにみたとおりである。

その判決の効力の拡張の根底にある、合一的確定の要請とは、〔事例⑪〕では、「たんに、内容的に同一の決定がなされるだけであつた場合は、第三者の訴訟参加は必要的とはいえない。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、（行政裁判所法二二一条により）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ない場合に、それは必要的となるのである」と述べられているが、これなどは、判決の効力の拡張と合一的確定の要請の関係の本質を端的に示すものである。表むきの論理とすれば、合一的確定の要請がある場合に、判決の効力が拡張される——訴訟参加が必要的となる——ことが必要となるというであろうが、実際には、逆に、判決の効力を拡張しなければ重大な訴訟上の矛盾が生ずる場合に、合一的確定の要請があると考えたほうがわかりやすいようである。

三 必要的訴訟参加との関係で、判決の効力の拡張というのは、右に見たとおり、訴訟上の矛盾を排除するために、

結局のところは、やむをえず行われる、ひとつの手段、あるいは、便宜的な措置であるので、必要的訴訟参加の目的については、判例理論でも、判決の効力の拡張以外のことを上げているものもある。たとえば、「事例③」では、「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、参加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」とされている。また、「事例⑩」では、行政裁判所法六五条二項の意味・内容は、「判決の効力を必要的訴訟参加人にまで拡張し（同法一二二条）、それゆえ、参加手続において、その者に、攻撃・防御の機会が与えられなければならないということにある」とされている。

これらは、いずれも、必要的訴訟参加は、訴訟上の便宜のための判決の拡張という目的のために行われるものであるが、その真の意義は、いずれは判決の効力の拡張をうけ、判決に服さなければならない第三者に、いわば手続上の正義として、あらかじめ訴訟参加させ、みずからの利益を防御する機会を与えるということにあるとするものである。ただ、注意しなければならないのは、必要的訴訟参加の目的として、このようなことを、判決の効力の拡張という目的以外にもちだすことは、判例二般について見られるものではなく、むしろ、例外的に、いくつかの判例のなかに散見しうるにすぎないということである。したがって、判例の一般理論としては、いぜんとして、必要的訴訟参加の主たる目的は、判決の効力の拡張にあるということであろうと思われる。

四 ドイツの判例理論では、必要的訴訟参加が認められる基礎として、判決の効力の拡張Ⅱ合一的確定の要請ということ以外に、法律関係関与性というものがなければならないとされている。たとえば、「事例⑥」や「事例⑦」で述べられているように、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するとされている。この限りでは、むしろ、法律関係関与性のほうが、合一的確定より重要であるような印象をうける。

しかし、判例のなかで法律関係関与性がもちだされるのは、義務づけ訴訟においてである。ドイツでは、わが国

と異なり、義務づけ訴訟が認められているので、自己に授益的な行政処分を求め、同時に、自己に授益的な行政処分の発布を求め、競願関係などで、第三者に授益的な行政処分の取消しを求め、同時に、自己に授益的な行政処分の発布を求める訴えを提起することがおおい。この義務づけ訴訟では、第三者が処分の取消しを求め、その訴訟に処分の名宛人が訴訟参加するという取消訴訟の關係と逆になり、処分の名宛人となる者が義務づけ判決を求める訴訟に、第三者が訴訟参加を申し立てるという關係になる。判例理論では、概して、後者の關係において、必要的訴訟参加が認められないとする根拠に、この法律關係関与性という概念を用いているようである。⁽⁵⁰⁾

たとえば、「事例⑤」では、連邦インミグレーション防止法にもとづく砂利工場の建設許可処分の義務づけ訴訟では、原告が求める判決は、ただ、連邦インミグレー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示するだけで、許可そのものの給付を内容とするわけではないので、その建設および操業によって被害をうける近隣者は、原告と被告のあいだの法律關係に関与しているとはいえないとされている。

また、「事例⑥」では、建築主がみずからに建築許可を行うことを求める義務づけ訴訟では、建築禁止によって保護された第三者は、そのことによって、係争法律關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とされている。

また、「事例⑦」では、「訴えの対象が建築法上の処分である行政訴訟手続においても、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。」という一般論を述べたあと、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は、たんに、デイスコの経営者を名宛人とするだけで、隣人の保護のために行われたものではないので、経営者が使用禁止の即時執行命令の執行停止を申し立てた手続では、隣人の訴訟参加は必要ではないとされている。

また、「事例⑧」では、営業主がみずから旅館営業許可を行うことを求める義務づけ訴訟では、「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」とされている。

二重効果的行政処分における義務づけ訴訟と取消訴訟の関係は、ムスグングの分析によってあきらかにされたとく、ある種の対称関係にある。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、不動であるが、原告と訴訟参加人は、可変的で相互交換的である。⁽⁴⁾しかし、必要的訴訟参加についていえば、二重効果的行政処分が、義務づけ訴訟の対象となる場合と、取消訴訟の対象となる場合は、その基礎にある実体法関係は、けっして対称関係にあるとはいえないようである。

取消訴訟においては、訴訟参加を申し立てる者は、訴訟において、まさに、自分の法律関係が争われ、まさに、自分が得た法的地位が取り消されようとしているという意味で、係争法律関係に関与しているといえるのである。ところが、義務づけ訴訟においては、原告が、みずからの法的地位の形成を求めるのであって、まさに、原告の法律関係が争われており、訴訟参加を申し立てる者の法律関係が争われているわけではない。もちろん、原告の法律関係に、訴訟参加を申し立てる者が密接に関与しているという関係があれば、取消訴訟の場合と対称関係にあるといえようが、判例理論では、容易には、それは認めないようである。「事例⑧」に、端的に述べられているように、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、訴訟参加を申し立てる隣人は関与していないという論理であるが、その根底にあるのは、要するに、訴訟の形態が、原告に対する行政処分の発布を行政庁に「義務づけ」訴訟にすぎないということである。

このことをさらに、義務づけ訴訟の段階で隣人をシャットアウトする場合の、隣人の権利保護の問題について、判例理論にそくして分析すると、それは、義務づけ訴訟に関連してただちに行われるであろう取消訴訟において、対処しうると考えているようである。〔事例⑧〕で述べられているように、義務づけ訴訟で争われている法律関係は、隣人が関与していないとされたとしても、「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、そのとおりに、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」として、隣人の権利保護は、義務づけ判決にしたがつて発布される行政処分を、原告として、取消訴訟で争えばたりるとしている。ただ、この論理は、若干、訴訟参加の利益レベルの権利保護と、取消訴訟の訴えの利益レベルの権利保護を、混同しているように思われる。そして、また、訴訟の一回的解決という観点からも、最初の訴訟で（第三者とはいえ）十分な権利保護を与えず、将来の訴訟に下駄をあずけるといふのは、問題であるように思われる。

ただ、右のような権利救済の不備（？）も、けっきょくのところは、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が、（二重効果的行政処分の取消訴訟において）原告適格が認められるための法的地位よりも、かなり厳格なものが要求されているということに起因しているようである。

(bb) 被告のがわへの必要的訴訟参加

一 これは、必要的訴訟参加の理論にとつて本質的問題ではないかもしれないが、ただ、理論上の興味として、必要的訴訟参加というのは、被告行政庁のがわにだけ認められるのか、それとも、原告のがわに訴訟参加することが必要となりうる場合もありうるのかという問題がある。ドイツの行政訴訟理論では、このあたりについては、なにも論じられていない。というよりも、そもそも、そのような問題認識もないようである。したがって、これに問

題関心をいなく我々としては、ドイツの事例のシチュエーションを確かめつつ、ドイツの必要的訴訟参加の理論および二重効果的行政処分⁽⁸⁾の理論と照らしあわせて、けつきよくのところ、必要的訴訟参加は被告行政庁のがわにおいてのみ認められるということを、みずから、あきらかにするしかないのである。

二 第三者を名宛人とし利益を与える二重効果的行政処分⁽⁹⁾の取消訴訟においては、必然的に、被告行政庁のがわへの必要的訴訟参加しか認められない。それは、訴訟参加が必要的であるとされる（取消訴訟の当事者ではない）第三者は、原告に対して、みずからの法的立場を防衛する関係にある——この点に、訴訟参加が必然的であることの根拠がある——ので、とうぜん、被告行政庁のがわに訴訟参加するのである⁽¹⁰⁾。この理は、逆の二重効果的行政処分——原告を名宛人とし不利益を与える処分——の取消訴訟についても、同様である。この場合も、第三者と原告は対立関係にあるということが、問題なのである。

義務づけ訴訟においても、二重効果的行政処分⁽¹¹⁾の発布の義務づけを求める訴訟では、論理的に、必要的訴訟参加は、被告行政庁のがわにしか認められない。なぜなら、構造的に、原告と第三者（訴訟参加申立人）の関係は、取消訴訟と逆になるのであるが、原告と第三者が対立関係にあるという基本はかわらないからである。

そうすると、必要的訴訟参加が原告のがわに認められるかどうかという問題の前提には、第三者（訴訟参加申立人）が原告と同じ利益状況にあるということがなければならぬ。ところで、このような利益状況は、環境訴訟において、おおくみられ、たとえば、〔事例⑨〕のように、工場建設が許可されることにより不利益をこうむる隣人が複数おり、それぞれが、許可処分の取消しを求める原告適格を有するという関係にある場合である。これについては、それらの者は同じ請求をなすというだけで、（原告となる）そのうちひとりの者の法律関係に、（訴訟参加を申し立てる）他の隣人は関与しているとはいえず、したがって、これらの者あいだには、合一的確定の要請はない——それぞれの者の個別確定でたりる——とされている。このシチュエーションでは、とうぜん、共同訴訟お

よび必要的共同訴訟の理論が関連してくるが、これについては、次節の学説理論を含めた全体総括のなかで、検討する。

また、この〔事例⑨〕のなかでは、通常訴訟参加ならば可能であるということが示唆されているが、この問題については、あらためて、通常訴訟参加の理論をふまえて検討する必要があると思われるので、これも次節の全体総括のなかで検討する。

三 第三者（訴訟参加申立人）が原告と同じ利益状況にあるということでは、婚姻・親子関係を形成・確認する処分、国籍に関する処分についての取消訴訟にも、同じようなシチュエーションがみられる。⁽⁸⁾すなわち、行政庁が原告の正しい姓を確認した行為の取消しを求める訴えに、原告の妻や子の訴訟参加は必要ではないとされた〔事例⑮〕、外国人に対する国外退去処分の取消訴訟に、その外国人の配偶者の訴訟参加は必要ではないとされた〔事例⑯〕では、原告の配偶者（妻）や子は、原告と対立関係にあるわけではなく、むしろ、原告が不利益をうけることにより、みずからの立場があやうくなるという関係にあるのである。しかし、判例理論では、姓の確認も、国外退去も、原告個人の法的地位に関わることであって、その配偶者（妻）や子は、原告の法律関係に直接に関与するものではないので、合一的確定の要請は存在しないとされている。したがって、これらの処分の取消訴訟においても、原告のがわへの必要的訴訟参加の可能性はないということである。

(c) 職権による必要的訴訟参加の審査

一 純粹に訴訟手続上の問題として、下級審において、訴訟参加が必要的事例であったにもかかわらず、訴訟参加の措置がとられなかったが、訴訟で、そのことをだれも問題にせず、また、上訴においても、その瑕疵が主張されていない場合に、なお、上級審が、職権で、訴訟参加が必要であった事実であったかどうかを審査し、訴訟参加が必要的であったのに、その措置がとられなかったという下級審の手続上の瑕疵を認定することができるかとい

うことがある。

ただ、この問題については、ドイツの判例理論では、すでに決着がついている。⁽⁴⁸⁾連邦行政裁判所一九六三年三月二七日判決⁽⁴⁹⁾では、訴訟要件の存在については、上告審は、職権で審査しうるとし、また、上告審が事案に対する判決を下すにあたり、影響を与えるような裁判手続の瑕疵については、職権で審査されねばならず、必要的訴訟参加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としている。逆に、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とする判例もある。

けつきよく、このように、訴訟参加が必要的であるのに、訴訟手続のなかでそれが無視され、訴訟参加の措置を裁判所がとらないことは、重大な手続の瑕疵を構成し、そのことを監視するのが上級裁判所の職務義務であると解さなければ、必要的訴訟参加の趣旨は、訴訟手続のなかで貫徹されないであろう。これは、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、重要な論点となろう。

なお、上級裁判所が、職権で、訴訟参加が必要的である事案であるかどうかを審査することの必要性を、必要的訴訟参加人の立場から、判例⁽⁵⁰⁾では、次のように解説されている。「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ということが、経験則的にいえるからである。」

二 以上みたように、下級審の手続で必要的訴訟参加の措置がとられなかったことが重大な手続上の瑕疵を構成し、それによって下級審の判決を職権で上級審が破棄しうると認めることは、手続上の保障としてきわめて重要なことであるが、しかし、他の必要的訴訟参加の判例をじっくり参照してみると、この問題は、じつは、もっ

と根がふかく、単純に訴訟手続上だけの問題として解決しえない側面も有しているようである。これは、「事例①⑨」の判決のなかで提示されている難問であるが、他の行政主体の同意を得なければ許可処分を行うことできない場合に、同意を得られないのでなされた不許可処分の取消訴訟で、その不許可処分を適法と認めた控訴審判決を上告審が支持する場合は、その行政主体の訴訟参加が必要的であつたかどうかは問題とならない、という論理である。ただ、これは、次節で整理する事柄であるが、そもそも、他の行政主体の同意を得なければ許可処分を行うことできない場合の、許可処分もしくは不許可処分の取消訴訟では、同意を与える行政主体の訴訟参加は必要的とはならないのであるが、このことをいちおう度外視して、右の論理を考えると、察するに、このときは、不許可処分が取り消されるわけではないので、同意を与えなかったという他の行政主体の法的地位は、判決により影響をうけないので、合一的確定の要請はなく、その必要的訴訟参加は問題とならないということであろうと思われる。そうすると、そこで生ずる疑問は、訴訟において、第三者もしくは他の行政主体の訴訟参加が必要的であるかどうかという、純粹に手続上の判断であると思われることが、その訴訟の結果がどうなるか——どのような判決が下されるか——という実体的判断を前提にしなければ決まらないのか、ということである。

この疑問にこたえるように、「事例①⑨」の判決では、つづけて、「上告審において、原告が、建築許可の請求権を有することが認定された場合にのみ、事案が控訴審に差し戻され、まだ行政手続にも行政訴訟にも関与していない上級行政庁に対する必要的訴訟参加の措置をとることが、控訴審に委ねられるのである。というのは、そのときにはじめて、上級行政庁の同意を得てのみ被告が行いうる建築許可をすることを、被告に、判決で義務づけることができるからである。」とされている。これは、さきほども述べた、取消訴訟においては、同意を与える行政主体の訴訟参加は必要とはならないということとは逆に、義務づけ訴訟では必要となるということも、前提としている。いずれにしても、ここでの論理は、上告審が、控訴審の審理内容を見なおし、原告に許可処分の義務づけを求

めうる実体的請求権があるということを、みずから確認した場合にはじめて——義務づけ訴訟においてのみ、同意を与える行政主体の訴訟参加が必要となるので——、控訴審で必要的訴訟参加の措置がとられなかったことを問題にし、これを理由に、原判決を破棄し、事案を原審に差し戻すということである。つまり、端的にいうと、この場合の破棄差戻しは、本事案では、原告の許可処分義務づけの訴えに理由があると認められ、そのような判決を下すためには、同意を与える行政主体の訴訟参加が必要であるので、その措置をとるようという、原審に対する、手続と実体の双方にわたる指令なのである。

(dd) 第三者の必要的訴訟参加と行政主体の必要的訴訟参加

一 ドイツでは、行政庁の公権力の行使に対する訴訟に訴訟参加しうるのは、国民のみではなく、行政主体についても認められる。これは、行政裁判所法六五条に、訴訟参加の主体として、行政主体が明記されていなくても、とうぜん、同条の「第三者」のなかに行政主体も含まれると、学説・判例は考えているようで、このことに関する議論は、ドイツでは、とくに存在していない。その点では、わが国の行政事件訴訟法で、二二条の第三者の訴訟参加とはべつに、二三条で、行政庁の訴訟参加について規定し、二二条の「第三者」のなかに行政庁は含まれないとする、わが国の法制と対照的である。

その論理の基礎は、行政主体についても、その権利・義務に対して判決の合一的確定をうけるという観点から、第三者と同じレベルの権利・義務の主体とみるということにある。したがって、当然、その訴訟参加が必要であるとされる要件としては、第三者の必要的訴訟参加の場合と同じく、第一に、当該訴訟で争われている法律関係に、行政主体が関与しているということ、第二に、合一的確定の要請があるということである。

ところで、訴訟手続的に訴訟参加が問題となるのは、当事者以外の第三の主体が必要であるが、取消訴訟や義務づけ訴訟で、被告となる処分庁以外に、第三の行政主体があらわれるのは、行政手続で、処分庁が処分を行う前提

として、その行政主体の「同意」を要する場合と、その行政主体が、行政手続の実質的主体である場合であるので、その法律関係関与性について、このふたつの場合にわけて、それぞれ整理しておこう。

二 行政庁が処分を行う前提として、他の行政主体の同意や承認を得なければならないという手法は、ドイツの行政手続のなかで随所にみられるものである。その意義は、たとえば、国籍法上の帰化に関する「事例②」の判決のなかで述べられているように、帰化処分に対する連邦内務大臣の「同意の要請は、とりわけ、帰化によって侵害される全国家的利益を防御するために、基本法八四条五項（指示権）の目的のなかに包括される一体的原則を、行政実務のなかで、保障しようとする」ようなことにある。したがって、消極的・防衛的手段ではあるが、行政処分にあたる行政手続のなかで自己に課せられた行政目的を実現する手段である同意や承認を、判決により強制される場合に、同意や承認を与える行政主体の権限が侵害されるのであって、ここに法律関係関与性がみいだすことができ、当然、合一的確定の要請が働くわけである。ただ、ここで問題となるのは、訴訟上の法律関係において、判決により、同意や承認が強制され、同意や承認を与える行政主体の権限が侵害される関係になる場合とならない場合があることである。

義務づけ訴訟では、その関係になる。

これについては、「事例⑬」の判決で述べられていることに、端的に示されている。すなわち、「判決により、被告行政庁に、許可を行うことを義務づける場合は、同時に、その判決は、同意の要請にもとづく第三者——ここでは、上級行政庁——の（原告の計画を阻止しうる）権限を否定することを意味する。この効果により、上級行政庁は、被告行政庁と同じくらい密接に係争法律関係に関与する」というものである。また、「事例⑳」でも、「承認を求められる地方公共団体を訴訟に引き込むことなしに、建築許可行政庁に建築許可処分を行うことを義務づける判決を下すことはできないからである。なぜなら、このような義務づけ訴訟で被告行政庁が敗訴した場合、地方公

共同体の協力なしには行えない行政処分を行うことが義務づけられるので、地方公共団体を訴訟に引き込むことが不可欠であるからである。」とされている。したがって、いうまでもなく、そこに合一的確定の要請が働き、その訴訟参加が必要的となるのである。

これに対して、取消訴訟では、そのような関係にはならない。

いちおう、場合によって整理すると、まず、上級行政庁の同意を得て行われなければならない行政処分の申請を拒否する処分の取消しの訴えを棄却し、処分を適法なものとして維持する判決が下される場合については、上級行政庁が同意を与えたにしろ、与えなかったにしろ、そのことを判決により否定されることはない。〔事例⑱〕で述べられているように、「建築許可の拒否を適法と認める判決においては、上級行政庁への判決の効力の拡張は要求されない」ので、この場合は、取消訴訟で争われている法律関係への、上級行政庁の関与はないのである。したがって、その訴訟参加は必要的ではない。

つぎに、上級行政庁の同意を得て行われなければならない行政処分の申請を拒否する処分の取消しの訴えが認容される場合であるが、これには、取消判決の対象たる処分と同意の関係から、三とりの場合が考えられる。すなわち、上級行政庁の同意を求めるまでもなく不許可処分が行われた場合、上級行政庁の同意が得られないので不許可処分が行われた場合、上級行政庁は同意を与えたが許可行政庁の判断で不許可処分が行われた場合である。

最初の、上級行政庁の同意を求めるまでもなく不許可処分が行われた場合は、取消判決は、上級行政庁の法的地位になんら影響を与えない。〔事例⑲〕で述べられているように、「上級行政庁は、訴訟で、許可とならんで、適法性審査をうけるべき決定を、行政手続において、なんら行っていないからである」。

二番目の、上級行政庁の同意が得られないので不許可処分が行われた場合は、たしかに、不許可処分が取り消されるということは、許可処分を申請する原告に、処分を求めうる実体的請求権があるということが認定されるわけ

で、そこに、上級行政庁が同意を与えなかったことが正当であつたかどうかという審査も行われる契機があるが、ただ、上級行政庁が、被告である不許可処分をおこなつた行政庁とならんで、敗訴に服するという意味で、取消判決の合一的確定をうけなければならないというわけではない。上級行政庁の同意を得なければ、許可処分を行うことができないというのは、当該許可処分を、許可行政庁が行う場合には、あらかじめ、上級行政庁の同意を得なければならぬというだけで、逆に、上級行政庁が同意を与えれば、許可行政庁がこれに拘束され、かならず許可しなければならないということはないので、したがって、許可行政庁と処分をうける名宛人とのあいだの法律関係には、上級行政庁は関与しないのである。

この論理は、三番目の、上級行政庁は同意を与えたが許可行政庁の判断で不許可処分が行われた場合にも、そのまま妥当する。

取消訴訟についてのもうひとつの場合は、上級行政庁の同意を得て行われた許可処分に対して取消しの訴えが提起される場合である。この場合の論理については、「事例②③」において、完全に解明されている——許可行政庁の「職権による取消し」という概念を用いることにより、うまく説明されている——。それは、許可行政庁が上級行政庁の同意を得て行つた許可処分は、許可行政庁が、職権により取り消す場合は、なんら上級行政庁の協力なしに取し消うという論理である。「建築行政庁は、承認と同意が存在する場合も、免除を与えることを拒否することができるといふことと同様に、建築許可行政庁は、承認と同意がなくとも、法律の要件がみたされていれば、与えた免除のような処分を取り消すことができるのである。」とされている。これを、取消訴訟にそのまま持ちこんで、裁判所による取消しにおいても、上級行政庁の訴訟参加がなくとも、取消判決を下すことができ、上級行政庁に判決の効力を及ぼす必要がない——なんら、訴訟上矛盾する問題を生じない——ということなのである。

このように見えてくると、上級行政庁の同意を得なければ行えない行政処分に対する訴訟で、上級行政庁の訴訟参

加が必要となるのは、義務づけ訴訟において、取消訴訟においては、その訴訟参加は必要とはなりえないという判例理論が、確立しているとみることができよう。

ただ、ドイツでは、申請に対する不許可処分取消しの訴えと、許可処分の義務づけの訴えが、あわせて提起されるのが一般に行われているが、その場合の訴訟では、不許可処分の取消しよりも、許可処分の義務づけに重点があると考えられるので、もちろん、同意を与える行政主体の訴訟参加は必要になるものと考えられる。

三 行政主体が、訴訟当事者以外の第三者として必要に訴訟参加する、もうひとつの場合は、他の行政庁の行政処分により行政上の権限を付与され、行政手続の実質的主体として、この権限行使する行政主体についてである。〔事例②⑨〕にそくしていうと、ラント上級行政庁の計画確定決定により、地方公共団体は、道路建設主体としての地位を得ることになるのである。この行政主体は、当該決定を争う訴訟においては、訴訟当事者とはならないが、この訴訟では、まさに、その行政主体の法的地位が争われているので、判決が、これについても合一的に確定されなければならないという関係にたつのである。そのシチュエーションは、ちょうど、二重効果的行政処分の場合と同じになるしたがって、実質的な行政手続の主体の訴訟参加が必要となることは、二重効果的行政処分をめぐる訴訟において妥当した論理を、そのまま用いることにより論証することができる。

また、実質的な行政手続の主体の訴訟参加が必要となることは、他の行政主体の同意を得なければ許可処分を行えないときの、当該処分に対する訴訟への他の行政主体の訴訟参加が必要になる場合との比較により、論証することもできる。すなわち、後者の場合は、許可処分を与える行政手続の実質的な行政主体は、許可行政庁であって、同意を与える行政主体ではない。したがって、許可行政庁の行った処分に対する訴訟への、同意を与える行政主体の訴訟参加が、まえにみたように、限られた範囲でしか認められないのに対して、実質的な行政手続の主体の訴訟参加が問題となる前者の場合には、自己の法的地位が訴訟で争われているので、後者の場合よりひろく、

その訴訟参加は必要となるということなのである。

(368) このような「外部Ⅱ内部」峻別論は、ドイツでは、ふるく、ラーバント、ゲオルク・イエリネックにまでさかのぼる。いずれも、国家が、国家内部の機関の自律規律を行うかぎり、それは、法規程 (Rechtsvorschrift) たりえないという観念を基本とするものである。Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs II, 5. Aufl., 1911, S. 181f. Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 Aufl., 1919, S. 224f.

これらの理論をもとに、行政内部の意思形成過程、規律にそくして、かなりの程度、具体的に分析し、「外部Ⅱ内部」峻別論を確立したのは、おそらく、バッホフとメンガーであったと思われる。バッホフは、「特別権力関係」、「高権的勤務関係」、「国家行政庁の階層における上下規律関係」の三つの問題について、内部規律が外部的效果をもたないことの論証をしているが——Bachof, Otto, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festschrift für Wolfgang Laforet, 1952, S. 299ff.——、メンガーの、行政機関内部の意思形成を自然人のそれと比較した、以下の分析が示唆的である。「内部的行為 (interne Akte) は、たんに、国家の内部的意思形成過程のひとつの齒車にすぎない場合は、内容的に行政行為ではない。その場合に、この意思形成の過程が個々の機関の機関管理者の脳裏において経過しただけなのか、それが、(水平的に) 合議機関の複数の機関管理者の表決において行われたのか、あるいは、それが、(垂直的に) 独裁的行政機関のなかで部下に対する上司の訓令において、ないしは、監督に服する行政庁に対する訓令において行われたのかということ、原則として、問題ではない。しかし、行為が、事実上、(すくなくとも) 直接的效果も有する場合は、その限りで、実体的行政行為 (materielle Verwaltungsakte) たりうる。自然人におけるよりは、「浸透性」(貫徹性) のある、たんに擬制されただけの法人でしばしば見られる、このような事実上の効果は、たいていは、意図されずに発生し、より深刻である。ここにおいて、『法治国の亀裂』を解消することが重要である。そして、それは、行為が、法人の意思形成を超えて、すでに、意思表示を含む場合は、内部的事実と考えられている実体的事実を、つねに、外部的事実、すなわち、潜在的拘束的決定とすることによってのみ、達成されるのである。」Menger, Christian-Friedrich, System des Verwaltungserichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 111f.

「同意」が、行政庁内部の行為にとどまるのか、外部的効力を有する、独立した行政処分であるのかという問題については、戦後のドイツでは、むしろ、判例のなかで論じられてきた——注(37)参照——。なお、これら判例の分析は、

畠山武道「許認可の際の同意の性質——「行政行為」概念再考の一素材として——」(二)民商法雑誌六九卷五号四七頁以下に詳しい。

また、ドイツの戦後の学説における「内部」外部」理論の分析についても、畠山「同(二)」同誌六九卷一四六頁以下に詳しい。なお、これ以前に、ドイツにおける「内部」外部」理論にふれたものとして、雄川一郎「行政訴訟法」八二頁以下、室井力「特別権力関係論」二三九頁以下、水野豊志「委任立法の研究」一七頁以下、小高剛「内部規律行為と行政行為(一)」立命館法学三三号五八頁以下などがある。

(369) ドイツにおいて、「mehrfacher Verwaltungsakt」という言葉を最初に用いたのは、メンガーである。メンガーは、複数の行政庁の協力を要する行政行為には、すべて、段階的行政行為という名称を与えたいとした。Menger, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. (Verwaltungsarchiv) Bd. 50 S. 397.

(370) Urteil des OVG (Oberverwaltungsgericht) Hanburg vom 28. 8. 1958 MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) 1959 S. 522ff. 本判決は、旧連邦遠距離道路法九条二項——Bundesfernstraßengesetz (FSStG) in der Fassung vom 6. 8. 1953 BGBl. I S. 903——による、連邦高速自動車専用道路 (Bundesautobahn) ごとに建築・広告施設を設置することについての、ラント上級道路建設行政庁の同意および拒否は、いずれも、行政処分であると判示しているが、その理由は以下のとおりである。「同法九条二項の文言から、ラント上級道路建設行政庁の同意は、建築許可を与える場合の法的要件とみなされるべきである。同行政庁の同意の決定の構成要件効 (Tatbestandswirkung) が、建築許可行政庁の決定に対して働くのである。この同意の構成要件効の内容は、建築許可行政庁は、法律に規定された要件が存在する場合にのみ建築許可を行うことができるので、上級行政庁が同意を拒否した場合は、かりにその拒否が不当であると思われる場合でも、建築許可の申請を拒否しなければならないということなのである。したがって、同項により、同意を与えること、もしくは、これを拒否することで、当該事案は「規律された」といえるのである。」

ちなみに、同法九条二項は、「その他、沿道の施設の建設または本質的変更については、連邦高速自動車専用道路においては、一〇〇メートル以内で、連邦道路路ぞいでは、四〇メートル以内で、舗装道路路ぞいでは、車道の外側のふちから適当な距離内で、あるいは、施設の地所に連絡通路があるときは、ラント最上級道路建設行政庁の同意がある場合のみ、建設許可、または、他の規定により要求される許可が与えられる」と規定していた。

(371) 「段階的行政行為」という概念が観念される以前の一九五〇年代の判例では、このような同意を、たんなる行政庁内

部の行爲である。——Urteil des OVG Lüneburg vom 10. 1. 1957 DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1958 S. 75f., usw.——
 一、この獨立した行政処分である。——Urteil des OVG Münster vom 8. 9. 1953, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) S. 526f.——が対立していたが、連邦行政裁判所一九六八年一月五日判決——Urteil des BVerwG (Bundesverwaltungsgericht) vom 5. 1. 1968 Buchholz (Buchholz, Karl, Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts) 406. 11 §36 BBAug Nr. 5——で、この決着を、国籍法における帰化の許可についての連邦内務大臣の同意 (Zustimmung) 連邦建築法三六条の建築許可手続における地方公共団体の承認 (Einvernehmen) は、行政庁内部の意思表示であって、獨立して取消訴訟や義務づけ訴訟の対象となりうる行政処分ではないとされた。

(372) Menger, aa.O., VerwArch. Bd. 50 S. 396.

(373) Schmidt-Albmann, Eberhard, Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung, in Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts—Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung—, 1978, S. 569ff.

なお、一九六〇年代の、段階的行政行為の理論状況と判例について、くわしく整理されたものとして、以下の論文が有名。Schuegraf, Elmar, Der mehrstufige Verwaltungsakt, NJW 1966 S. 177ff.

(374) Schmidt-Albmann, aa.O., S. 570f.

(375) Bundes-Immissionsschutzgesetz—BImSchG—Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge in der Fassung vom 15. 3. 1974, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 721.

(376) 旧連邦インシジョン防止法——注(375)参照——九条一項は、予備決定について、「計画された施設的环境に対する影響が十分に評価でき、予備決定をうける正当な利益がある限りで、申立てにより、個々の許可要件、および、施設の位置に関する予備決定をすることができる。」と規定していた。

(377) 旧連邦インシジョン防止法——注(375)参照——八条は、部分許可について、「施設全体の建設および操業に関する六条の要件が満たされているか、および、部分許可をうける正当な利益があるかについて、暫定的審査が行われた場合は、申立てにより、(一) 施設の建設、または、施設の一部の建設、もしくは、(二) 建設および施設の一部の操業に対する許可をすることができる。」と規定していた。

なお、同法六条は、許可の要件について規定していた。

(378) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 574f.

(379) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 574f. また、シュミット・アスマンは、旧連邦インミシオン防止法八条および九条では、二重の審査が行われることを指摘している。ひとつは、具体的に鑑定に付された部分許可が肯定されるものであるのか——その限りで、この審査は終局的である——、もうひとつは、全体施設が、その時点で認められる効果から判断して、将来も許可しうるものであるのか——この点で、審査は暫定的である——という二重の審査である。この終局的部分審査と暫定的全体審査の二重性は、予備決定についても、部分許可についても認められるものであるとしている。 Schmidt-Abmann, aa.O., S. 577.

(380) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 577.

(381) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 578. 予備決定については、このように、確認効のみが認められるといえようが、部分許可についても、確認効のみが認められ、形成効は認められないといえるのかは、問題である。シュミット・アスマンは、おなじ論文のべつの箇所、部分許可については、確認効以外に、形成効も認められるとしている。

(382) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 579f.

(383) シュミット・アスマンは、予備決定や部分許可の段階的決定としての本質は、その後の手続段階に対する直接的効果であるとして、行政庁に対して働く「拘束効」、異議申立人に対して働く「排除効 (Ausschlusswirkung)」、許可申請人に対して働く「存続効 (Bestandskraft)」の三つを上げている。 Schmidt-Abmann, aa.O., S. 580.

(384) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 580.

(385) Schmidt-Abmann, aa.O., S. 580. 違法な行政処分 (職権による) 取消しの要件については、シュミット・アスマンは、行政手続法——Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. 5. 1976 BGBl. I S. 1253——四八条ないし、それに対応するラント行政手続法の規定に求めている。すなわち、(職権による) 取消しの前提となる行政処分の違法性は、部分許可が行われる時点での事実関係や法律関係を基準とするもので、その後の法律、技術的認識、事実の変化を基準とするものではないものである。

適法な行政処分の (職権による) 撤回の要件については、連邦インミシオン防止法——注(375)——二一条に求めている。すなわち、同条一項三号および四号では、撤回は、事実関係ないしは法律関係の変更を理由とするとされ、同項五

号では、公共の福祉に対する重大な侵害を、緊急の場合の理由とするとされている。ただ、この場合も、同条四項により、信頼保護に反した損害については、賠償しなければならないとされているとしている。

期限の要件については、同法九条二項などを、例としている。すなわち、予備決定は、二年した経過したのちは、無効となるとされている。この期限の要件によって、拘束効は、定められた期限の枠内でのみ、維持されるということが保障されるのであるとしている。

(386) Urteil des BVerwG (Bundesverwaltungsgericht) vom 16. 2. 1973, E. (Entscheidungen), Bd. 42 S. 8ff.

(387) 原告は、一・二ヘクタールの土地の所有者である。その土地には、一九世紀以来の木組みの家と車庫と納屋がたてられている。一九五二年から、その土地は、賃貸され、農地として使われている。原告は、その木組みの家をこわし、新しい家をたてることを計画し、建築許可処分申請をしたが、拒否された。異議申立ても棄却されたのち、原告は義務づけ訴訟を提起した。その第一審の手続および第二審の手続に、上級行政庁は、訴訟参加しなかったが、その訴訟参加が必要であったと、連邦行政裁判所は判断した。

(388) 旧連邦建築法——Bundesbaugesetz (BBaG) in der Fassung vom 23. 6. 1960, BGBl. I S. 341——三四条は、計画内区域における建築許可について、「地方公共団体が、まだ、三〇条の意味における建築詳細計画(Bebauungsplan)をたてていない地域、あるいは、そのような計画をたててを要しない地域においては、建築の整合性がはかられる区域内で、現存する建築物および開発と調和する建築計画に対して、許可が与えられる。」と規定していた。

なお、同法三〇条は、「他の建築法上の規定と総合して、あるいは、単独に、建築利用の態様および程度、土地の境界を超えて建築しうる場合は、地域交通の利用に供する土地に関して確定する建築詳細計画が適用される地域においては、この確定に反せず、開発に障害を与えない建設計画について、許可が与えられる。」と規定していた。

(389) 旧連邦建築法——注(388)参照——三六条一項は、「三三条ないし三五条に定められた建設計画の許可に関しては、建築許可行政庁の建築許可手続において、地方公共団体の承認(Einvernehmen)を得て、決定される。三三条および三五条二項に規定された場合は、上級行政庁の同意(Zustimmung)も要する。」と規定していた。

なお、同法三三条は、「地方公共団体が、三〇条の意味における建築詳細計画をたててを決定した地域においては、将来の建築詳細計画の確定に反せず、申請者および包括承継人が、文書で、この確定を承認し、そして、開発に障害を与えない建築計画について、許可が与えられる。」と規定していた。また、同法三四条については、注(388)参照。

同法三五条一項は、計画外区域の計画の許可について、「開発が完全に行われることに障害とならないという公の利益に反しない場合で、かつ以下の場合に、建築計画は許可される。すなわち、建築計画が、(1) 農業経営もしくは林業経営に関わるもので、経営をする地所の一部において行われる場合、(2) 農場に関わる場合、(3) 電気通信、電気、ガス、暖房、水道、下水道、その他の地域公益事業に関わる場合、(4) 特別の環境保護の要請の理由から、環境に悪影響を与えるという理由から、あるいは、特別の目的から、計画外区域においてのみ行われるべき場合、である。」と規定していた。

同条二項は、「その他の建築計画は、個々に、計画が実施、もしくは、利用されることにより、公の利益が侵害されることがない」と認められる場合に、許可することができる。」と規定していた。

同条三項は、「建築計画が、道路やその他の交通手段、電気、ガス、暖房、水道、および、下水道を、不経済的に消費し、公共の安全、健康その他に影響を与え、地域の景観をそこね、あるいは、自然を破壊し、風景をそこねる場合、もしくは、住宅地の建設の障害になる場合は、公の利益の侵害とみなす。農業構造の改善のための措置については、特別の考慮を要する。」と規定していた。

(390) 旧連邦建築法——注(388)参照——三五条については、注(389)参照。

(391) ドイツの判例理論の確立した立場である。たとえば、連邦行政裁判所一九七七年二月一日——Urteil des BVerwG vom 11. 2. 1977 NJW 1978 S. 64ff.——判決も、この立場を踏襲している。事案は、原告の養鶏場の建築変更許可の申請に対して、これを拒否し、すでに改築された施設の使用を禁止する決定がなされた——その理由は、改築いらい、隣人に悪臭が及びはじめたということ——が、原告は、この決定の取消しと建築変更許可の義務づけを求めて訴訟を提起した、というものである。

同判決は、連邦建築法(BauG)では、建築許可手続において地方公共団体の承認を得ることを要件としているのに対して、連邦インシジョン防止法(BImSchG)では、たしかに、環境に影響を与える施設に対する許可には、このような要件はないが、地方公共団体の訴訟参加については、「原告が求める許可が、地方公共団体の計画高権の侵害となり、そして、そのことが行政裁判所法六五条二項の要件にあたれば、それだけで、必要となるのである」という一般論を確認したうえで、つぎのように判示している。

「一般に、地方公共団体の訴訟参加は、義務づけを求められた許可が行われることにより、事実行為の権利が侵害さ

れることがありうるという理由では、必要とはされないのである——たしかに、地方公共団体が訴訟参加することは、あきらかに、高い程度において、判決の効力を地方公共団体に及ぼすという目的には適合しているが——。訴訟参加が必要であることの根拠は、むしろ、同項により、訴訟参加する第三者が、「係争法律関係に——関与している」ということにあるが、本件では、それが欠けている。訴訟の基礎となる法律関係は、原告の許可請求によって定まるものである。この法律関係には、地方公共団体は、許可が与えられることにより、自己の権利が侵害される可能性があるという理由だけでは、関与しているとはいえない。地方公共団体、あるいは、べつの第三者が、許可処分取消訴訟を提起する場合は、事情が異なってくる。その場合は、実際に、許可処分の名宛人の訴訟参加が必要となるろう。なぜなら、そのような訴えが認容されれば、判決の効力により、許可処分の名宛人から許可が奪われるからである。しかし、このような比較を試みても、そこから、本件において訴訟参加が必要となる根拠は、なにも引き出せない。」

(392) 注(393)に上げた判決の判示内容参照。

(393) 同判決——Urteil des BVerwG vom 28. 5. 1963 E., Bd. 16 S. 116ff.——では、「同意の行政法上の性格は、建築許可行政庁が、ラント上級道路建設行政庁の決定に拘束されるということから、導きだされるものではない。当法廷は、同意というのは拘束力をもった鑑定意見にすぎないという見解は、承認できないが、ラント上級道路建設行政庁が同意を拒否する場合にのみ、建築許可行政庁に対する拘束力が、現実的な意味をもつということは、承認するものである。ラント上級道路建設行政庁の同意があっても、建築許可行政庁が、連邦遠距離道路法(95b)九条三項の消極要件が存在すると認定する場合には、建築許可行政庁に対する拘束力は認められない。——建築法のその他の要件とともに、同項の消極要件が存在しないということを、裁判所が確認すれば、それは、同時に、同意の拒否の要件が存在しないということ、裁判所が確認したことになり、それが建築許可行政庁を拘束するのである。」と判示されている。

(394) Vgl., Urteil des BVerwG vom 7. 5. 1971 DVBl. (Deutsches Verwaltungsblatt) 1971 S. 588f. Urteil des BVerwG vom 10. 7. 1958 NJW 1959 S. 590f. Urteil des BVerwG vom 29. 5. 1964 E., Bd. 18 S. 333ff.

(395) Urteil des BVerwG vom 7. 2. 1986 E., Bd. 74 S. 19ff.

(396) Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd. 18 S. 124ff. —— [事例①] ——

(397) Urteil des BVerwG vom 26. 10. 1978 E., Bd. 57S. 31ff.

(398) Urteil des BVerwG vom 2. 9. 1983 DVBl. 1984 S. 91ff. —— [事例②] ——

- (39) Urteil des BVerwG vom 17. 2. 1971 DÖV. 1971 S. 497f.
- (40) Urteil des BVerwG vom 22. 4. 1966 DVBl. 1966 S. 792ff.
- (41) 旧連邦建築法——注(38)——三一条一項は、「建築許可行政庁は、地方公共団体の承認(Einvernehmen)を得て、建築詳細計画にその態様・範囲が規定された、建築詳細計画の確定から免除される例外を、許可することができる。」と規定し、また、同条二項は、「その他、個々の場合に、建築詳細計画の実施により、あきらかに意図されない深刻な事態を生ずることが予想され、かつ、それを実施しないことが公の利益にも適合するとき、もしくは、公共の福祉から免除が要求されるときは、建築許可行政庁は、地方公共団体の承認と上級行政庁の同意(Zustimmung)を得て、免除を与えることができる。上級行政庁の同意は、二週間内に拒否されなければ、与えられたものとみなす。上級行政庁は、とくに同意を要しないと認められる場合以外は、同意を与えなければならない。」と規定していた。
- (42) Beschluß des BVerwG vom 10. 12. 1985 NJW 1986 S. 2205f.
- (43) 兵役義務者である原告は、ドイツとアメリカ合衆国の国籍を有していたが、管轄行政庁に対して、ドイツ国籍を放棄することの許可を申請した。ところで、兵役義務者の国籍の放棄の許可するには、あらかじめ、連邦国防大臣の国防上の見地からの同意を要するとされているが、同大臣は、この同意を拒否した。その理由は、原告は、現在、職業訓練のため兵役を猶予されているだけで、訓練終了後はただちに兵役に服すべきリストにのせられているというものであった。大臣の拒否をうけて、管轄行政庁は、不許可処分を行い、これに対して、原告は取消訴訟を提起した。
- (44) 国籍法——Rechts- und Staatsangehörigkeitsgesetz in der Fassung vom 22. 7. 1913 RGBl. (Reichsgesetzblatt) S. 583.——二六条一項では、「ドイツ人は、複数の国籍を有する場合は、国籍を放棄することができる。この放棄は、文書により表明されなければならない。」と規定されている。
- (45) 国籍法——注(44)参照——二三条一号では、「国籍離脱は、官吏、裁判官、国防軍の兵士、その他、公法上の勤務関係にある者については、名譽職として行う者を除いて、勤務関係が終了するまでは、認められない。」と規定し、同条二号は、「国籍離脱は、兵役義務者については、連邦国防大臣または同大臣により指定された行政庁が、その者の国籍離脱を拒否する理由がないと表明しないかぎり、認められない。」と規定されている。
- (46) 国籍法——注(44)参照——二六条二項一号では、「国籍の放棄については、二三条により、国籍離脱事務を管轄する行政庁の許可を、要する。この許可は、二三条一項により、国籍離脱が許されない場合は、拒否される。(一)しかし、

国籍を放棄しようとする者が、すくなくとも一〇年、継続して外国に居住する場合は、この限りではない」と規定されている。

(407) Urteil des BVerfG (Bundesverfassungsgericht) vom 13. 4. 1978 E., Bd. 48 S. 127ff.

(408) Urteil des BVerwG vom 16. 5. 1983 E., Bd. 67 S. 173ff.

(409) 原告は、インド国籍を有する者であるが、ドイツアカデミー交換留学生の奨学金——これには償還義務はなかった——を得て、フランクフルト大学で物理学を学んだ。大学卒業後、原告は事業を始め、ドイツ国籍を有する女性と結婚した。子供が二人生まれ、いずれもドイツ国籍を取得した。そこで、原告はみずからの帰化を、申請した。それに対して、バーデン・ヴュルテンベルク州内務大臣および連邦内務大臣は、以下の条件つきで同意した。すなわち、原告は、帰化するまえに、原告に給付された奨学金を返還する義務を、即時執行に服するというものであった。ただ、これには理由が付されており、原告は、教育によって得た知識を、奨学金の枠内で母国の発展に寄与するという目的において、奨学金をうけているので、原告の帰化は、ドイツの国際発展相互援助政策に反し、原告は、奨学金を返還しなければならぬとされていた。原告が、この奨学金の返還を拒否したので、被告は、原告の帰化を不許可とする決定をした。そこで、原告は、この決定の取消しと、被告に、原告の帰化を許可することを義務づけることを求めて、訴訟を提起した。

(410) Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd. 18 S. 124ff. — [事例①] —

(411) Urteil des BVerwG vom 16. 2. 1973 E., Bd. 42 S. 9ff. — [事例②] —

(412) Urteil des BVerwG vom 7. 10. 1977 E., Bd. 54 S. 328ff.

(413) Urteil des BVerwG vom 2. 8. 1979 Buchholz 310 § 65 VwGO Nr. 55.

(414) 国籍令——Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5. 2. 1934, RGBl. I S. 85.

(415) 以前の帝国国籍法——注④①参照——は、基本法一一三条一項(七三条二号との関連で)一二四条に反しないかぎり、連邦法として妥当する。

一二三条一項は、「連邦議会が設置される以前の法律は、それが基本法に反しないかぎり、ひき続き妥当する」としてゐる。

一二四条は、「連邦の専属的立法の対象となる法律は、連邦法の適用地域内において、連邦法となる」とし、七三条二号は、「連邦は、連邦の国籍について、専属的立法権を有する」としている。

(416) ラントは、基本法八三条により、基本法にべつの定めのないかぎり、固有の事務として、連邦法を執行する。そのことは、原則として、国籍法についても妥当する。ところで、一九三四年に制定された、ドイツ国籍令三条一項にいう「同意」は、いまの基本法八四条五項一文の意味における「指示権」にあたると考えられている。そして、この国籍令の根拠法であり、現在も効力を有している国籍法も、同項の指示権を前提にしているので、基本法一二八条により、この指示権は、法律でべつの定めがされていないので、そのまま存続する。

ちなみに、基本法八四条五項は、「連邦政府は、連邦参議院の同意を必要とする連邦法律によって、連邦法律を執行するために、特別の場合について個別的指示を与えることができる。その指示は、連邦政府が緊急の場合とみなす場合以外は、ラントの最高行政庁にだされる。」とし、同一二八条は、「ひき続き効力を有する法律が、八四条五項の意味における指示権を規定しているかぎり、指示を与える権限は、法律でべつの定めがなされるまで存続する」としている。

(417) Urteil des BVerwG vom 20. 6. 1973 E. Bd. 42 S. 279ff.

(418) 同条では、現在、一文のみを残して、あとは削除されている。

(419) 注(386)参照。

(420) 注(389)参照。

(421) Vgl. Urteil des BVerwG vom 22. 4. 1966 Buchholz 406. 11 §36 BBAug Nr. 3 = NJW 1966 S. 1530.

(422) 参照、行政裁判所法七三条一項は、「行政庁が、異議申立て(Widerspruch)に対する救済を行わない場合は、異議申立決定(Widerspruchsbescheid)が下される。異議申立決定は、以下の行政庁が行う。(一)法律にべつの定めのない限り、直近上級行政庁、(二)直近上級行政庁が、連邦またはラントの最上級行政庁である場合は、行政行為をした行政庁、(三)自治行政に関する事件においては、法律にべつの定めのない限り、自治行政庁」と規定している。

(423) Urteil des BVerwG vom 7. 5. 1971 DVBl. 1971 S. 588f.

(424) 旧連邦建築法——注(388)参照——七八条では、「地方公共団体は、手続に要する費用と、六四条三項の適用をうけない費用を、負担する。」とされていた。

その同法六四条三項は、「所有権者または地上権者の、五七条ないし六〇条による金銭給付義務は、土地または地上権に対する公の負担とみなす。」とされていた。ちなみに、同法五七条ないし六〇条は、換地(Umlegung)区域内の土地

全体からの配分について規定していた。

(425) Urteil des BVerwG vom 12. 11. 1976, E., Bd. 51 S. 31 0ff.

(426) 原告は、二五アールの土地の所有者で、土地は、牧草地と果樹園に使っていた。その土地のうゑに建物をたて、栽培した果実の倉庫として用いることの許可を、郡行政庁 (Landratsamt) に求めたが、郡行政庁は、これを拒否し、建物の設計の変更も命じた。原告は、これに対して、Regierungspräsidium に審査請求したが、棄却された。そして、郡行政庁は、建物の設計の変更命令にかえて、すでにできあがってしまった建物の除去命令をだした。そこで、原告は、この除去命令の取消しと、建築許可の義務づけを求めて、訴えを提起した。

(427) 注(389)参照。

(428) 注(389)参照。

(429) Urteil des BVerwG vom 16. 2. 1973, E., Bd. 42 S. 8ff.

(430) 連邦行政裁判所一九八六年二月七日判決——Urteil des BVerwG vom 7. 2. 1986, E., Bd. 74 S. 19ff. ([事例⑩])の後半部分)——では、旧連邦建築法三五条二項、三六条一項三文により、計画外地域における優遇措置をうけられない建築の許可については、上級行政庁の同意を得てはじめて与えられるので、バイエルン州の訴訟参加は必要であったが、上級行政庁じたいの訴訟参加は必要ではないとされている。

なお、旧連邦建築法——Bundesbaugesetz in der Fassung vom 18. 8. 1976 BGBl. I S. 2256.——三五条一項は、「その他の建設計画は、個々に、計画が実施、もしくは、利用されることにより、公の利益が侵害されることがないと認められる場合に、許可することができる。」と規定していた。

同法三六条一項は、「二三条ないし三五条に定められた建設計画の許可に関しては、建築許可行政庁の建築許可手続において、地方公共団体の承認を得て、決定される。二三条および三五条二項に規定された場合は、上級行政庁の同意も要する。」と規定していた。

また、ドイツ連邦共和国の訴訟参加が必要であつたにもかかわらず、ドイツ連邦共和国を訴訟参加させる措置をとらなかったのので、原判決を破棄し、事案を原審に差戻すとされた、連邦行政裁判所一九八三年五月一六日判決——Urteil des BVerwG vom 16. 5. 1983 NJW 1984 S. 70ff.——がある。

(431) 原告を不合格とする医師薬剤師国家試験委員会の決定に対する取消訴訟で、同委員会の訴訟参加が必要であるか

が、争われた事件で、連邦行政裁判所一九九五年五月一七日判決——*Urteil des BVerwG vom 17. 5. 1995, E. Bd. 98 S. 211ff.*——は、「ノルトライン＝ヴェストファーレン州の法律は、医師薬剤師国家試験委員会に対して、判決によって侵害されるような法的地位のようなものは認めていない」ので、同委員会の訴訟参加は必要ではないと判示している。

また、当事者能力として、行政裁判所法六二条は、「以下に掲げる者は、手続に関与することができる(一) 自然人および法人、(二) 権利能力のない団体、(三) 行政庁。ただし、ラントの法律が、これを規定する場合に限る」と規定しており、ラントの法律でとくに認められないかぎり、行政庁には当事者能力がないのである。

(432) *Urteil des BVerwG vom 14. 2. 1975 DVBl. 1975 S. 713ff.*

(433) 連邦道路四二号線の、ボン＝ボイエールとケーニヒスヴィンターのあいだの約八・五キロメートル区間については、もはや交通需要をみたしきれなくなったとして、代替路線が、一九六五年二月二四日に、連邦交通大臣によって決定されていた。大臣は、決定にさいして、係争集落を貫通する予定線(谷間線)と、これと選択的に、ズイーベン＝ゲビルゲ(七つの山)の斜面をとる——係争集落はとらない——予定線(斜面線)を決めていた。原告は、ニーダードルフに居住する者であるが、予定では、その地所の西端から一七メートル離れたところに、谷間線が建設されることになっており、さらに、その地所の東がわの一部を、路線変更の場合は、路線が貫通することまで予定されていた。

ノルトライン＝ヴェストファーレン州住宅労働大臣が計画を確定する手続において、原告および千人以上の者が、異議申立てをした。その申立ての内容は、谷間線が建設された場合は、騒音と排気ガスによって住民の健康が恒常的に害されるので、斜面線の計画が実施されることを求めるというものであった。しかし、ボンにおける全体討議期日においても、ニーダードルフの特別討議期日においても、異議申立てに対する討議が十分に行えなかったまま、一九六七年二月二九日に、ラント住宅労働大臣は、ボン＝ボイエールとケーニヒスヴィンターのあいだの区間について、谷間線の計画を確定する決定をした。

そこで、原告は、この計画確定決定には、行政手続上の瑕疵があること、計画確定において、すでにたてられていた連邦大臣の計画に拘束され、適切な決定が行われなかったことなどを理由に、決定の取消しを求める訴えを提起したが、一審、二審とも、訴えが退けられ、上告審でも訴えが棄却された。

(434) 旧連邦遠距離道路法——*Bundesfernstraßengesetz (FSG) in der Fassung vom 1. 10. 1974, BGBl. I S. 2413.*——一七条一項は、「連邦遠距離道路は、計画がまもなくして確定している場合にのみ、建設、変更しうる。計画確定にさいしては、

建設計画によって侵害される公の利益および私的利益を、考慮しなければならない。計画確定決定においては、他の関係人が負担する費用も決定しなければならない。」と規定していた。

- (435) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——一八条一項は、「計画に関する聴聞手続は、ラント法により権限が認められた行政庁（聴聞行政庁）が主宰する。計画の内容は、建設計画、計画策定にいたった経緯、建設計画に関わる土地および施設を示した図面ならびに説明書である。」と規定し、同条二項は、「聴聞行政庁は、建設計画が職務に関わる行政庁の立場を聞く。計画に関わる地域の地方公共団体は、手続に関与しなければならない。」と規定し、同条三項は、「計画は、聴聞行政庁の指示にもとづいて、連邦遠距離道路が通過する区域の地方公共団体において、一月のあいだ閲覧に供さなければならない。」と規定し、同条四項は、「建設計画によって利益を侵害される者は、すべて、討議期間経過後、二週間以内に、聴聞行政庁もしくは地方公共団体に、文書により、計画に対する異議を申し立てることができる。」と規定していた。

- (436) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——一六条一項は、「連邦交通大臣は、国土整備 (Raumordnung) に関与する連邦大臣の承認 (Einvernehmen) を得て、かつ、関係ラントのラント計画行政庁と協議 (Benehmen) して、連邦遠距離道路の計画と路線を決定する。」と規定していた。

- (437) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——五条一項は、「法律の規定または公法上の契約により、他の者が建設主体とされないかぎり、連邦が、連邦遠距離道路の道路建設主体である。私法上の契約により、第三者が建設義務がおうことは、妨げない。」と規定していた。

- (438) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——五条二項は、「人口八万人以上の地方公共団体は、その地方公共団体の区域を通過する連邦道路の区間について、道路建設主体となる。」と規定していた。

- (439) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——一八条 a 一項は、「ラント最上級道路建設行政庁が、計画を確定する。ラント最上級道路建設行政庁と、ラント上級行政庁または他の関係行政庁のあいだに、意見の相違がある場合は、まえもつて、連邦交通大臣の指示をうけなければならない。連邦交通大臣は、指示を与えることについて、関係ラント大臣と協議するものとする。」と規定していた。

- (440) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——一八条 a 四項は、「計画確定決定は、道路建設主体と、異議を申し立てた関係人に、不服申立てについて教示して通達される。決定の謄本は、不服申立ての教示と確定した計画の謄本を添えて、

地方公共団体において、二週間の閲覧に供される。閲覧の場所と時間は、地域の日刊紙に公示される。閲覧期間の終了により、その他の利害関係人に対して、決定は確定されたものとする。そのことは、公示のなかで明記されなければならない。一八条七項の場合は、計画確定決定および確定された計画は、閲覧に供さないことができる。」と規定していた。なお、同法一八条七項は、「利害関係人の範囲が認知できる場合は、利害関係人に、相当の期間内に、計画を閲覧する機会が与えられるときは、三項による計画の閲覧はさせないことができる。——」とされていた。

- (41) Urteil des BVerwG vom 15. 1. 1982 NJW 1982 S. 1546ff.——新山「職権訴訟参加の法理(下I)」本誌六五号五六頁、注(29)参照——

(42) 一九七三年に、地方公共団体Sは、道路建設局と(訴訟参加人である)道路運送株式会社の承認(Privernahmen)をえて、定期バスの停留所を、原告の地所のまえに設置した。そのさいに、その場所に、バスを転回させるための、じゅうぶんな転回サークルを設けなければならなかったので、歩道を、原告の地所のまえまで狭くし、停留所を三メートル拡大した。停留所の標識は、以前は、原告の地所の西のはしから一一・七五メートルほど西がわに設置されていたものが、停留所の拡張工事以後は、同地所の西のはしから四・六五メートル東がわに移され、したがって、それ以後、バスは、原告の地所の前に停車している。

そこで、原告は、定期バスの停留所を、一九七三年に拡張工事にもなつて移転する以前の場所に、もどすことを義務づけることを求める訴えを提起し、補助的に、停留所の拡張工事は違法であることの確認を求める訴えも提起した。(43) 行政裁判所法一三七条一項は、「上告は、原判決が、以下のものに違背することを理由とする場合に限り、することができ。(一)連邦法、(二)ラントの行政手続法のなかで、文言が連邦行政手続法の規定に適合している、一の規定」と定めている。

(44) 旧連邦遠距離道路法——注(43)参照——五条三項は、「その他の地方公共団体の区域を通過する区間においては、歩道と駐車場の建設主体は、地方公共団体である。」と規定していた。

(45) Vgl., Urteil des BVerwG vom 15. 4. 1977 E., Bd. 52 S. 226ff.——新山・前掲・注(272)参照——, Urteil des BVerwG vom 15. 4. 1977 E., Bd. 52 S. 237ff.——新山・前掲・注(272)参照——

(46) 旧連邦遠距離道路法——注(43)参照——一七条一項の内容については、注(43)参照。

(47) 旧連邦遠距離道路法——注(43)参照——一八条b二項は、「他の施設に対するやむをえざる結果措置を含め、建設計

画の許可については、同計画により侵害されるすべての公の利益を考慮して、計画確定手続において、確定される。この計画確定以外の、他の行政庁の決定、とりわけ、公法上の認可、特許、許可、承認、同意、計画確定は要しない。計画確定により、道路建設主体と計画に利害関係を有する者のあいだのすべての公法上の関係が規律される。」と規定していた。

- (448) 旧連邦遠距離道路法——注(434)参照——一七条二項は、「計画確定は、一九条二項aの場合、および、本質的でない変更、拡張の場合には、しないことができる。他人の権利が侵害されない場合、あるいは、関係人と協定が成立した場合、本質的でない場合とみなす。」と規定していた。

- (449) そのほか、「事例⑦」、「事例⑩」。

- (450) 二重効果的行政処分取消訴訟においては、当然、処分の名宛人の法律関係関与性はあきらかであり——まさに自己の法律関係が争われているので——、わざわざ法律関係関与性ということから論じる判例は、あまりない。ただ、そこから始めて、判決の効力の拡張が必要となることを論じたものとして、「事例⑫」がある。すなわち、「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るからである。」というものである。

- (451) Müßgung, Reinhard, Die Belladung zum Rechtsstreit um jansköpfe und privatrechtsrelevante Verwaltungsakte, NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltung) 1988 S. 34.

- (452) 「事例①」、「事例⑩」、「事例⑭」

- (453) 家族法上の身分に関する処分であっても、二重効果的行政処分としての性質を有するものであれば、第三者の訴訟参加は必要となる。いったんなされた娘に対する嫡出宣言の取消しを、娘の母親が求める「事例⑭」のケースでは、原告たる母親と娘は対立関係にたつ。この訴訟で争われているのは、まさに、嫡出宣言によつて得られた娘の法的地位であるので、とうぜん、娘の訴訟参加は必要となるのである。

(454) 新山・前掲五〇頁以下、注(263)、(315)参照。

(455) Urteil des BVerwG vom 27. 3. 1963 E., Bd. 16 S. 23ff. 新山・前掲、注(263)参照。

(456) Beschluß des BVerwG vom 12. 12. 1973 DVBl. 1974 S. 235f. 新山・前掲、注(315)参照。

(457) Beschluß des BVerwG vom 12. 12. 1973 — 注(456)参照 —

(458) 行政主体の訴訟参加についても、第三者の訴訟参加と同じに考えるというドイツの行政訴訟理論においては、他の行政庁の行政処分により付与された行政上の権限を行政主体が行使するが、この権限の行使が、場合によっては私人の権利を侵害することがあるという関係は、すでにみた二重効果的行政処分によって形成される法律関係と、なんら異ならない。したがって、二重効果的行政処分が争われる訴訟への必要的訴訟参加ということでは、それが、私人についてであれ、行政主体についてであれ、ドイツの理論の分析では、とくに別項目をたてて論ずる必要もないのかもしれない。

(しんやま・かずおⅡ本学教授)