

職権訴訟参加の法理 (下Ⅲ)

新
山
一
雄

職権訴訟参加の法理 (下Ⅲ)

- 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
- 〔必要的共同訴訟〕

[共同訴訟の補助参加]

[必要的共同訴訟 (ZPO) と共同訴訟の補助参加 (ZPO)]

[必要的共同訴訟 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)]

[共同訴訟の補助参加 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)]

(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) 行政手続に関与する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 (以上六七号)

(六) ドイツにおける必要的訴訟参加の法理——全体総括とさらなる分析——

(a) 問題点の整理

(b) 「法律関係関与性」の理論のさらなる分析——コンラッドの理論——

(c) 判決の効力と必要的訴訟参加の關係のさらなる分析

(aa) 判決の効力の拡張と形成効

(bb) 形成効の本質と必要的訴訟参加——レントとシュローサーの理論——

(cc) 形成効と法的聽聞請求権——マロチュケの理論——

(d) 「必要的」の意義——結論——

三 職権訴訟参加の法理

はじめに

(一) わが国の行政訴訟における訴訟参加理論の歴史的分析

(a) 行政裁判法のもとの訴訟参加

(aa) 行政裁判法の規定

(bb) 佐佐木理論の分析

(cc) 美濃部理論の分析 (以上本号)

(六) ドイツにおける必要的訴訟参加の法理——全体総括とさらなる分析——

(a) 問題点の整理

一 ドイツ行政裁判所法(VwGO)⁽⁴⁹⁾六五条では、わが国の行政事件訴訟法二二条の内容にはほぼ相当する「通常訴訟参加」(一項)をおいたうえで、さらに、判決の合一的確定の要請にもとづく「必要的訴訟参加」(二項)をおいている。したがって、ドイツにおける必要的訴訟参加の理論を総括するにあたっては、その出発点として、いま一度、そのあいだの關係について確認しておく必要があるであろう。

そこで、あらためて、同法六五条の規定を見なおしてみよう。一項の通常訴訟参加については、「裁判所は、訴

訟がまだ確定判決によって終結していない場合、または、訴訟が上級審に係属している場合は、訴訟の結果により法律上の利益を害される第三者があるときは、その者の申立てにより、または、職権で、訴訟に参加させることができる。」と規定されている。まず、この文言からわかることは、手続が開始した時点で、第三者の訴訟参加が認められるかどうか、いいかえれば、第三者に訴訟参加の利益があるかどうかは、将来、手続が終結し下される判決の内容によって判定されるという構造になっているということである。

ただ、原告の訴えに対する判決の将来の予測としては、原告の訴えを認容する判決とこれを棄却する判決の、あい反するふたつのものが考えられるが、訴訟というものの本質を考えた場合、すべての手続が、原告の訴えの内容——請求の趣旨——を中心に構築され、訴訟理論もこれを基礎としているので、訴訟参加の利益についても、原告の訴えが認容される場合を基本とするのは、当然である。したがって、「訴訟の結果により法律上の利益を害する第三者」というのは、もし、原告の訴えを認容する判決が下されると、それにより自己の法律上の利益が害される第三者と読むことができ、訴訟参加といふのは、もっぱら、原告の訴えに対して防衛に努めるために行われるものであるといえよう。⁽⁴⁾

いっぽう、二項の必要的訴訟参加については、「訴訟の結果が、当該争訟に関わりある第三者についても、合一的にのみ確定すべき場合には、その者を参加させなければならない。」と規定されている。これも、通常訴訟参加と同じく、原告の訴えを認容する判決が下される場合を基本としており、必要的訴訟参加は、原告の訴えに対して防衛に努める機会を与えなければならないという性格をもつものであることがわかる。⁽⁴⁾

このような通常訴訟参加と必要的訴訟参加の間の関係については、すでに述べた、通常訴訟参加とは、必要的訴訟参加の要件はみたさないが、裁判所との判決の関係で保護すべき法的利益を有する第三者を、その者の利益を防御する機会を与えるために、また、判決の効力をその者に及ぼし、もって別訴を妨げるために、訴訟に関与させる

が、同条二項の高度な法律関係関与性に転化する場合をはじめ、認められるということになるのである。⁽¹⁰⁾

二 コンラッドの右のような分析は、同条一項の「訴訟の結果により法律上の利益を害される」場合という要件と、同条二項の「合一的にのみ確定すべき場合」という要件は、文言上は異なっているものの、基本的には同質のものであることを明らかにしたうえで、必要的訴訟参加の基礎となる「合一的確定」の要請は第三者の法律関係関与性によってみだされるという、判例理論と同じ立場にたっている。

ただ、判例の法律関係関与性の論理は、いまひとつ不明な部分があり、納得しがたい部分も残されていたが、コンラッドが、法律関係関与性の本質についてふかい考察を行っているので、これをてがかりに、いま一度、分析をくわえてみよう。

三 右の法律関係関与性は、実体法上の問題であったが、つぎに、純粹訴訟理論上の問題として、必要的訴訟参加の主要な目的とされる判決の効力の拡張の残された問題、すなわち、取消判決の形成効との関係について分析をくわえることにしよう。

原告の訴えが、行政処分取消しの訴えである以上は、その訴えを認容する判決には、当然のことながら、形成力が生ずる。ただ、そもそも、第三者との関係でその形成効がどのようなことを意味するのかについてまでは、まだ、本稿の考察では検討されていない。そこで、必要的訴訟参加の「必要的」の意義を総括する前提として、民事訴訟理論において形成訴訟における判決の形成効とはどのように観念されているのかまで、さかのぼって、検討しておく必要があるであろう。

そのうえで、ドイツ行政訴訟の基本的枠組みである、判決の効力は訴訟当事者のみに及ぶという大原則との整合性の問題——ドイツの行政訴訟理論および判例理論——について、さらに、分析をくわえることにしよう。その場合に、民事訴訟法学者のシュローサー、マロチュケが、民事訴訟理論をふまえて、行政裁判所法の必要的訴訟参加

の理論で、訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった第三者には取消判決の効力は及ばないと一般にされている説明に、基本法一〇三条一項に保障された聴聞請求権の保障という観点から、するどい分析を行つており、これが、同問題についての閉塞した理論状況から脱出する突破口になると思われるので、この理論を参考にし、さらに分析をすすめていこう。

四 必要的訴訟参加の「必要的」の意義についていちおうの結論をだすにあたっては、やはり、必要的訴訟参加のもうひとつの目的とされる法的聴聞請求権の保障との関連も、いま一度、見直しておく必要があるであろう。本稿の考察では、これまで、法的聴聞請求権の保障との関連は、不当に(?) 軽視してきたが、右にあげたマロチュケの論考は、判決の第三者効と法的聴聞請求権との関係について、鋭い考察を行うものであり、基本法一〇三条一項の要請が訴訟法の理論を強く支配するドイツでは、必要的訴訟参加も含めて訴訟参加の理論の基礎には法的聴聞請求権の保障の要請が蔽として存在していることを、つよく啓発するものである。

五 以上のような考察をへて、ドイツにおける必要的訴訟参加の「必要的」の意義について、いちおうの結論をだし、つぎのわが国の職権訴訟参加の法理の構築の出発点としよう。

(b) 「法律関係関与性」の理論のさらなる分析——コンラッドの理論——

一 「法律関係関与性」は、第三者の訴訟参加が必要的と認められるための実体法上の法律関係を定める、判例において発展させられてきた理論であるが、行政裁判所法六五条二項に明示的に定められた要件である「合一的確定」を補充するもの、あるいは、それと表裏一体のものとして、その意義を裏面から解明するものであると考えられている。行政訴訟において第三者の訴訟参加が必要的となるのは、これまでの考察からあきらかなように、基本的には、原告の訴えの対象となる行政処分によつて規定される実体法上の法律関係がどのようなものであるのかに

よる。その場合に、たしかに、実体法レベルで、この「法律関係関与性」は有効な判定基準となると考えられるが、判例理論をつうじて見た限りでは、なお完全には理解しがたい部分が残されていた。

その理由のおおきなものは、判例でこの法律関係関与性がもちだされる事例は、ほとんどが、わが国ではいまだ認められていない義務づけ訴訟に関わるものであり、取消訴訟とは反転した法律関係で、しかも、おおくの場合が、法律関係関与性を否定するものであったため、判旨の説明したいが抽象的で、判定基準としての法律関係関与性の明確性に疑いをもたれるものであったということによる。⁽²⁾

したがって、どのような場合に第三者の法律関係関与性が認められるのかについては、さらに、下位のべつの判定基準が要求されることになろう。

二 右の要請にこたえて、法律関係関与性が認められる場合の判定基準をあきらかにしたのが、コンラッドである。コンラッドによれば、第三者の訴訟参加が必要と認められる基礎として、第三者が法律関係に関与しているといえるのは、その関与が「消極的なもの」であることと、「直接的なもの」であることとのふたつの基準をみたしていなければならないとしている。あとの法律関係関与性が直接的であるという基準については、判例理論のなかでもしばしば用いられていたもので、それじたいは、なら明確な基準とはなりえない。しかし、コンラッドは、法律関係関与性が「直接的なもの」であることの意義について、さらに考察を深めており、その本質は、「原告によって要求される判決の名犯人となること」としている。

このようなコンラッドの分析は、第三者の訴訟参加が、どのような実体法上の法律関係のもとで必要となるのかということについて、きわめて示唆的であると思われるので、ここで、くわしくコンラッドの理論を確かめてみよう。

三 最初の、法律関係関与性が「消極的なもの」であるという判定基準の意義については、つぎのとおりである。

それは、判決が、第三者に消極的な (negativ) 効力を及ぼす場合——第三者の法的利益を侵害する場合——にのみ、訴訟参加は必要となるというもので、いいかえれば、原告の求める判決の内容が、消極的に第三者に関わる場合に、訴訟参加は必要となるというものである。⁽⁴⁷⁾ 逆にいうと、法律関係関与性が積極的な (positiv) 場合、すなわち、原告の求める判決の内容が、第三者にとって有利になる場合には、第三者の訴訟参加は必要とはいえないというものである。⁽⁴⁸⁾

その論証は、以下のとおりである。⁽⁴⁹⁾

第三者が法律関係に積極的に関与する場合は、要するに、第三者が原告のがわに訴訟参加するという場合であるが、これは、第三者が原告と同じ訴えを自己固有の訴えとして提起しなかったという場合でもあり、それには、原告の勝訴に関心をもつ第三者が、①原告と同じ訴えを提起する意思がなかった場合と、②原告と同じ訴えを提起できなかつた場合が考えられる。

①の場合について考えると、第三者を訴訟参加させることは、あまり意味がない。なぜなら、潜在的原告(Ⅱ原告と同じ訴えをしなかつた第三者)を探しだして、その者の固有の訴権を無視して、他人の訴訟で、その者に自己の利益を主張させるということは、のちに、第三者がみずからの訴訟を提起したときに、訴訟参加したことが、むなしなものとなってしまうし、また、被告に有利な棄却判決が下される場合を考えると、訴訟参加人は、訴訟物の範囲内でのみ判決に拘束されるにすぎないので、その後、第三者は、あらためて、自己固有の訴訟上の請求をすることができるところである。したがって、この場合、第三者を訴訟参加させることは必要ではない。

②の場合は、第三者の固有の訴権との関係を考える必要はない。第三者は、原告となる資格を有しない者であるので、訴訟参加して、みずからにも不利益となる、原告の訴えを棄却する判決を争うことはできない。なぜなら、訴訟参加によっても、それまで第三者になかつた権利を創造することはできない。要するに、この場合、第三者を

訴訟参加させても、状況はなにも変わらないので、その訴訟参加は必要的ではない。

コンラッドのこの論証の仕方は、必要的訴訟参加が認められるための法律関係関与性は「消極的なもの」に限定されるということを証明するために、法律関係関与性が積極的な場合は、必要的訴訟参加は認められないという逆の証明を行なおうとするもので、ただしといえよう。ただ、その逆の証明が完全に成功しているかについては、若干の疑問がある。まず、その前提において、法律関係関与性が積極的な場合、すなわち、原告の訴えが認容されることにより、第三者が利益を得るという関係を、第三者が原告と同様の訴権を有する場合と観念して、ここから出発して、第三者が原告と同様の訴えを提起できたのになかった場合と、第三者が原告と同様の訴えを提起できなかった場合に分けて考察しているが、はたして、このようなアプローチが妥当なものであるのかということじたいの根拠説明が欠けている。法律関係関与性が積極的な場合とは、第三者が原告と同様の訴権を有する場合に限定されるのか、また、原告と同様の訴権とはどのようなものかについて、もつと具体的に説明されるべきであろう。つぎに、①の場合の論証として、第三者が後訴を提起することによって、前訴で訴訟参加がむなしくなってしまうとしているが、合一的確定が要請される必要的訴訟参加にあつては、そもそも、そのような後訴は排斥されるので、そのようなことを持ちだすことじたいが、おかしいのである。むしろ、第三者の法律関係関与性が積極的な場合は必要的訴訟参加が認められないという根拠は、②の論証のなかにある「訴訟参加によつても、それまで第三者になかった権利を創造することはできない」ということに尽きると思われ、このことについて、さらに敷衍して論ずる必要があつたのではないかと思われる。

四 しかし、ドイツの学説のなかで、意識的に、必要的訴訟参加が認められるための法律関係関与性は「消極的なもの」に限定されると強調する者は、コンラッド以外には、ほとんど存在しない。⁽¹⁷⁾コンラッドの論証も、若干、以上のように不満なものであるが、前節の事例分析で見たごとく、本稿でとり上げた必要的訴訟参加が認められた事

例のすべてが、被告のがわに訴訟参加するものであったことから、結論じたいは正しいと思われる。

そもそも、必要的訴訟参加が認められる基本的事例は、二重効果的行政処分⁽⁸⁸⁾の取消訴訟であるが、この場合は、第三者の利益はつねに原告の利益と対立関係にあり、したがって、原告の訴えを認容する判決によって第三者の利益が害されるという意味で、その法律関係関与性は「消極的なもの」であるといえよう⁽⁸⁹⁾。また、行政主体の必要的訴訟参加が認められる基本的事例は、上級行政庁の同意を得なければ行えない行政処分の義務づけ訴訟であるが、この場合も、原告の義務づけの訴えが認容されることによつて上級行政庁は同意することを義務づけられるという不利益をうけるという意味で、その法律関係関与性は「消極的なもの」であるといえよう。

逆に、前節で考察した事例のうち、第三者の法律関係関与性が否定され、その訴訟参加が必要でないとされた⁽⁹⁰⁾ものは、行政処分の名宛人となる者が義務づけ判決を求める訴訟に、第三者が被告のがわに訴訟参加を申し立てるという事例であったが、この場合は、法律関係関与性が「消極的なもの」かどうかというよりは、「直接的なもの」かどうかの問題とされた。そういう意味でも、コンラッドのあげるふたつの基準では、法律関係関与性が「直接的なもの」かどうかという基準のほうが重要である。

五 訴訟において問題となつている法律関係への第三者の関与性が「直接的なもの」であるときに、第三者の訴訟参加は必要となるという論理は、本稿の事例分析でも見たとおり、ドイツの判例理論の基礎とするところでもある。しかし、コンラッドは、その「直接的なもの」の意義について、さらに一步ふみこんで、べつの分かりやすい基準をたてている。

それは、第三者が訴訟の基礎となつている法律関係に直接的に関与している場合は、判決の効力は、原告や被告に対するのと同様に、第三者にも直接及び、必然的に、第三者は判決の名宛人になる⁽⁹¹⁾という分析による、「原告によつて要求される判決の名宛人となること」という基準である⁽⁹²⁾。そして、この場合の「名宛人」とは、判決がその

者の実体的地位を定め、判決の内容がその者に向けられている者のことであるとして⁽⁸⁸⁾いる。したがって、この論理でいうと、原告によって要求される判決が、第三者を名宛人として⁽⁸⁹⁾いると考えられるときは、第三者はその法律関係に直接的に関与しているということになる。

さらに考察を進めて、コンラッドは、原告によって要求される判決の名宛人となるということは、そもそも、原告の取消しの訴え、義務づけの訴えの対象となつている行政処分の名宛人となることでもあるとして⁽⁹⁰⁾いる。そして、この場合、だれに処分が向けられているのか、だれが処分の実体法上の名宛人の地位を有するのかは、処分の内容の解釈によって定まるとし、この解釈は、処分に客観的に表示されたところと、処分の規制内容を考慮することによって行われるべきであるとして⁽⁹¹⁾いる。

ただ、第三者が処分の名宛人となる場合には、かならず、同時に、その第三者が判決の名宛人になるかどうかは、問題である。コンラッドは、法律関係関与性が「直接的なもの」であることを、「原告によって要求される判決の名宛人となること」⁽⁹²⁾、もしくは、「訴えの対象となつている行政処分の名宛人であること」という基準によって判定することの正当性を、膨大な事例分析によって論証しようとしているが、このあいだの関係がどうなつているのか、それらの事例のうち典型的でわかりやすい事例をいくつかピックアップして、検討してみよう。

まず、取消訴訟について見てみると、原子力法等による施設設置許可処分や補助金の認可処分⁽⁹³⁾のような授益的行政処分——二重効果的行政処分でもある——の取消しの訴えを、隣人や競願者が求める場合は、そもそも、これらの処分の名宛人は、訴訟の当事者ではない施設設置者や補助金をうける企業者であり、これらの者は、原告の求める取消判決の名宛人であるともいえる。このような典型的な二重効果的行政処分の取消訴訟の事例では、これまでの考察のなかであきらかにしたごとく、まさに、処分によって得られた法的地位が、他人の提起した訴訟において危うくされ、その訴訟の結果(判決)によって転覆されるという関係にあるので、必然的に、処分の名宛人が、判

決の名宛人にもなるのである。

これに対して、義務づけ訴訟では、すこし事情が異なってくる。施設の隣人が、建築法およびインシジョン防止法上の理由から、施設所有者に対する施設の改善あるいは除去の命令をだすように行政庁に義務づけることを求める訴えを提起する場合は、⁽⁴⁸⁾そもそも、義務づけ訴訟の対象となっている命令の名宛人は施設所有者であるが、判決の名宛人は、あきらかに、施設の所有者ではなく、行政庁である。これについてのコンラッドの説明は、つぎのとおりである。

すなわち、第三者への判決の効力は、義務づけ判決では、取消訴訟における取消判決ほどは、直接的に及ぶものではない。しかし、そのことによつて、法律関係の関与性が「直接的なもの」でないとはいならない。むしろ、それは、行政裁判所法六五条二項の限界事例とみるべきである。もともと、法律関係関与性については、取消訴訟と義務づけ訴訟では、異なった見方をしなければならないのである。義務づけ訴訟においては、原告の義務づけの訴えの対象となる行政処分将来の名宛人が、原告の裁判上の義務づけの請求(＝原告の求める判決)の名宛人であると評価されなければならない。したがつて、その者の訴訟参加は必要である、⁽⁴⁹⁾というもので、若干、くるしい説明となつている。

ただ、この説明からわかることは、処分の将来の名宛人であるという基準のほうが、判決の名宛人であるという基準より、より重要な意味をもつであろうということである。

六 コンラッドがあげる右の義務づけ訴訟の事例では、「原告によつて要求される判決の名宛人となること」、「もしくは、「訴えの対象となつている行政処分の名宛人であること」という基準は、すこしあいまいなもののように思われるが、それでも、この基準は、義務づけ訴訟において、これまで見てきた、法律関係関与性が否定される事例では、明確な基準となつている。

砕石事業者が、自己に対する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って被害をうける近隣者が、訴訟参加を申し立てた〔事例⑤^(脚)〕では、原告と被告のあいだの法律関係に近隣者が関与していないという理由で、その訴訟参加は必要ではないと判示されたが、このコンラッドの基準を用いれば、法律関係関与性が認められるためのふたつのファクターのうちのひとつである、法律関係関与性が「直接的なもの」であるというものが欠けていることが、明確に実証される。すなわち、それは、原告の義務づけの訴えの対象となっている砂利工場の建設等の許可処分の名宛人は、砕石事業者であって、近隣者ではないということ、また、原告の求める行政庁に許可処分を行うことを義務づける判決の名宛人も、行政庁、もしくは、(コンラッドのいうように、判決の名宛人は将来の処分の名宛人であるとすると) 砕石事業者であって、近隣者ではないということである。したがって、第三者である近隣者の法律関係関与性は、すくなくとも、「直接的なもの」ではないということになる。

建築主である原告が、自己に建築許可の義務づけ訴訟を提起したところ、建築によって被害をうける隣人が、訴訟参加を申し立てた〔事例⑥^(脚)〕では、建築禁止によって保護された第三者が、そのことによって、係争法律関係に関与しているとはいえないと判示されたが、これも、コンラッドの基準を用いれば、その関係は明確になる。すなわち、原告の義務づけの訴えの対象となっている建築許可処分の名宛人は、建築主であって、隣人ではなく、また、原告の求める行政庁に許可処分を行うことを義務づける判決の名宛人も、行政庁、もしくは、建築主であって、隣人ではない。

旅館営業主が、自己に対する旅館営業許可の義務づけ訴訟を提起したところ、営業によって被害をうける隣人の訴訟参加が必要であるかが争われた〔事例⑧^(脚)〕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判示されたが、これも、コンラッドの基準を用いれば、

その関係は明確になる。すなわち、原告の義務づけの訴えの対象となつている営業許可処分の名宛人は、営業主であつて、隣人ではなく、また、原告の求める行政庁に許可処分を行うことを義務づける判決の名宛人も、行政庁、もしくは、営業主であつて、隣人ではない。

(c) 判決の効力と必要的訴訟参加の關係のさらなる分析

(aa) 判決の効力の拡張と形成効

一 以上みた「法律關係関与性」の理論は、実体法上の法律關係から必要的訴訟参加が認められる場合を検証するものであつたが、ここで、ふたたび、訴訟法的観点からの分析に立ちもどつて、判決の効力と必要的訴訟参加の關係について、さらに分析をふかめてみよう。

本稿の考察の出発点としたのは、判決を第三者に対しても合一的に確定すべき場合に、訴訟当事者でない第三者にも判決の効力を及ぼす(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う、行政訴訟理論で一般に述べられているテーゼであつた。しかし、ここでいわれている「判決の効力の拡張」については、本稿の考察対象とした、民事訴訟で議論されている「判決の効力の拡張」とは異なるものである。それは、判決の効力は訴訟關係人についてのみ及ぶとする行政裁判所法一二一条の前提のもとで、行政法の現実により、第三者にも判決の効力を及ぼさざるをえない場合に、第三者を(必要的に)訴訟参加させることにより「訴訟關係人」の地位を与え(同法六三条三号)、よつてこの者を判決の効力に服せしめる便法の結果としての「判決の効力の拡張」なのである。

これに対して、民事訴訟で議論されている「判決の効力の拡張」とは、訴訟当事者が、第三者の法律關係について、当事者たりうる地位(Prozessstandschaft)において争つた結果、その第三者に判決の効力が直接及ぶというものである。

と、当事者のあいだの法律関係について提起された前訴が、その法律関係に従属する当事者の一方と第三者のあいだの法律関係について第三者が提起した後訴に対して「先決性 (Präjudizialität)」を有する場合は、前訴の判決が後訴の判決を拘束するというものを基本としている。この関係からもわかるように、判決の効力の拡張というのは、当事者と第三者のあいだの実体法、訴訟上の法律関係によって生ずるもので、第三者が訴訟参加したかどうかということに関係なく生ずるものである。

二 ところで、この「判決の効力の拡張」とは、シュヴァープの分析によれば、必要的共同訴訟の要件とされる「合一的確定」と同義であると説明されている⁽⁴⁹⁾。行政裁判所法所定の必要的訴訟参加の制度の基礎に、民事訴訟の必要的共同訴訟の理論があることは、これまででもくり返し指摘したところである。ドイツ民事訴訟法六二条に規定された必要的共同訴訟には、「係争法律関係が、共同訴訟人全員につき合一的にしか確定されえない場合」と、「共同訴訟が、他の理由により、必要的である場合」のふたつの類型があるが、合一的確定をすでに要件としている前者の類型はさておいて、後者の類型について、判決の効力の拡張と合一的確定が同義であることの論証が行われている。シュヴァープによれば、この場合は、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重要なのであって、当然、合一的に確定し、個々の原告もしくは被告について個別の訴訟が連続的に提起されたとしても、異なった判決が下されることは、法的理由により考えられず、前訴の判決の効力が、後訴に及ぶ(拡張される)ということになるのである。

三 その必要的共同訴訟が形成訴訟である場合について、シュタイン・ヨナス・ボルクは、判決のみによって形成が可能であり、複数の者が原告になり、あるいは、複数の者が被告になるときにのみ形成が認められる場合に、共同訴訟が必要となるとしているが、これについて、もうすこし考察をふかめてみよう。

シュタイン・ヨナス・ボルクが上げるひとつの例は、合名会社のひとりの社員が、会社の解散の訴えを提起する

場合で、このときは、ドイツ商法一三三⁽³⁰⁾条により、解散に反対する他の社員全員を被告としなければならず、い
 かえれば、それは、解散に反対する社員全員に対して、判決で解散を宣言するものでなければ、解散という形成を判
 決が行うことができないということである。そういう意味で、この場合は、共同訴訟が必要となると考えられる
 のである。この基礎にある考え方は、解散という法律関係の変動は、合名会社の社員すべての身分関係の消滅を内
 容とするもので、合一的に確定されなければならないというものであろうと思われる。

シュタインヨナスボルクが上げるもうひとつの例は、商法一四〇⁽³¹⁾条および一六一⁽³²⁾条により合名会社の一人の
 社員の除名を訴える場合で、このときは、他の社員全員が原告とならなければならず、いいかえれば、それは、他
 の社員の総意で除名を求めるものでなければならぬという合名会社の実体によるもので、除名される社員と他の
 すべての社員とのあいだの法律関係の変動は、合一的に確定されなければならないというものであろうと思われ
 る。

これらの例からわかることは、必要的共同訴訟の理論では、形成訴訟であっても、実体法上の理由から合一的
 定の要請が生じる場合には、その要請のゆえに、合一的確定ができない場合は、判決による形成は認められないと
 いう論理が確立しているということである。しかし、それを、ひるがえって考えなおしてみると、なぜ、その場合
 に合一的確定がなければ形成の効力が生じないのかということの理論的説明は、そこでは行われていないことに気
 づくのである。

四 ところで、この理論的説明が民事訴訟理論のなかで行われていないことには、じつは、行政訴訟理論も対応し
 ている。行政裁判所法六五⁽³³⁾条二項の必要的訴訟参加について、行政訴訟理論のなかで一般にいわれていることは、
 行政処分を取り消す判決は、訴訟参加が必要であったにもかかわらず訴訟参加させられなかった第三者に対して
 は、最初から効力が及ばない⁽³⁴⁾というものである。ここで問題になっている判決の効力は、基本的には、いうまでも

なく、形成効であるが、これについても、なぜ、このような第三者に対しては形成効が及ばないのかという、根本的な疑問に対する解明は行われていない。しかし、ドイツの必要的訴訟参加の本稿の考察で、どのような場合に、なぜ、訴訟参加が必要となるのか、けっきょく、「必要的」の意味はなんであるのかということについて、最後に、結論をだすためには、この疑問を解決することが不可欠であると考えられる。

(bb) 形成効の本質と必要的訴訟参加——レントとシロウサーの理論——

一 そこで、まず、そもそも、取消訴訟をふくむ形成訴訟の判決一般について生ずるとされる「形成効」とはどのような性質をもつものであるのかについて検討しておく必要がある。

形成訴訟の判決の効力（形成効）については、現在、一般に、実体法上の法律関係を変更する——それによって、形成権が実現される——もので、判決が確定することにより、はじめて生ずるとされ、その効力はすべての者に対して（für und gegen alle）及ぶと説明されているが、形成訴訟⁽⁵⁰⁾形成判決の概念が承認されたのちも、形成効の性質・内容をめぐって、ドイツ民事訴訟理論のなかで、さまざまな議論があつたことは周知のとおりである。

二 形成効の本質については、古典的な説明であるが、確定力との比較において分析されたレントの説明⁽⁵¹⁾がもっとも優れているとの定評があるので、これをみてみよう。

レントによれば、「実質的確定力 (sachliche Rechtskraft) と形成効 (Gestaltungswirkung) は、その本質ならびに効力において、別種の (andersartig) ものである」とされている⁽⁵²⁾。すなわち、それは、「確定力は、宣言的性格をもつものである。その意味は、訴訟とは無関係に、判決によらなくても存在する法律効果を確認するという性格を、確定力ももっているということである。いっぽう、形成は、構築的 (Konstruktiv) 効力をもつものである。その意味は、判決によらなければ生成されない、あたらしい法律効果——たとえば、離婚——を創造するという性格を、形成がもっているということである。」⁽⁵³⁾というものである。

さらに、レントは、形成効の本質を、①かりに、形成判決が真実の法律状態と背離していても、それにより無効とはされないということ、②形成判決は、実質的確定力にもとづくものではないし、そもそも、形成判決には実質的確定力は認められないということ、③形成効は、すべての者に対しておよぶということ、④形成は将来にむかっ
てのみ認められるということ、の解明をつうじて、あきらかにしようとしている。

①のテーゼについては、やはり、確定力との比較において、論証している。それは、判決によって確認されたところが、真実の法律状態と一致しないときは、確定力は不当なものと判断されるが、形成判決は、そのような場合も、所定の法律効果が生じないという意味での不当な判決になることはないというものである。^(註)

②のテーゼは、じつは、③のテーゼと密接に関連している。これらのテーゼの底に共通して存在するのは、形成効には、「一般に妥当する効力 (allgemeine Geltung)」が付与されているという認定である。

レントによれば、確定力の及ぶ範囲は、当事者およびその包括承継人に限定されるが、形成効は、すべての者に及ぶので、刑事訴訟の裁判官も非訟事件訴訟の裁判官も、民事訴訟の形成判決に拘束される。たとえば、刑事訴訟の裁判官は、行為者が離婚したときは、姦通 (Ehebruch) の罪で罰することはできない。この場合は、確定力の拡張とは、なんの関係もない。というのは、確定力を根拠としなければ、形成が認められないというわけでは、けっしてないからである。^(註) すべての形成的国家行為には、一般に妥当する効力が付与されなければならないとされている。

さらに、レントは、民事訴訟法 (ZPO) が、あらゆる箇所で、形成判決には一般に妥当する効力があることを前提としているのは、正当であるとしている。それは、形成判決にこのような効力が認められるのは、当然であると考えられるという理由にもとづくものである。これに対して、確定力については、レントによれば、訴訟法において、宣言的確定への拘束力が規定されてはじめて、国家行為に権威ある確定の効力が与えられる。したがって、確

定力は訴訟法によって規定され、形成効は実体法によって規定されるとされる。⁽⁵⁵⁾

④のテーゼについては、給付・確認判決の確定力との比較において論証している。すなわち、「裁判官は、給付判決もしくは確認判決を下す場合は、最終口頭弁論終結時を基準とするが、形成判決を下す場合は、将来にむかつて行われることになる。というのは、形成は、判決が確定してはじめて生ずるからである。」というものである。⁽⁵⁶⁾

このように、レントンは、形成効と確定力の本質的相違を強調することにより、形成効はけつして確定力に依存するものではなく、また、形成効には確定力を認める余地がないということを論証しようとしているのである。

三 このように明快で、いちどは一世を風びしたレントンの論証にもかかわらず、現在は、むしろ、形成効にもなお確定力を認める意義があるとする立場が優勢である。⁽⁵⁷⁾ その立場の論理を、ローゼンベルク・シユヴァー・ブゴット・ヴァルトが簡潔にまとめているので、さらに、これを分析対象としよう。

いわく、「形成の訴えを棄却する判決に、実質的確定力があることについては、争いはないが、形成判決に実質的確定力を認めることについては、一部に反対がある。そこでいわれることは、形成効と同時に、確定力のようなものは認められず、また、確定力においては、実体的形成権のみが発生するが、この実体的形成権は、形成が行われることによって解消するというものである。しかし、今日では、形成判決にも実質的確定力が認められるということが、つよく主張されている。原告の形成の請求に対して下された判決については、確定力が生ずる。したがって、形成判決は、最終口頭弁論終結時において、原告の請求に理由があったということを確定するものである。実質的確定力を認めることによってのみ、形成訴訟の被告が、形成権が存在していなかったと主張して、原告に対して損害賠償を請求する訴えを提起することを避けることができるのである。同様のことは、たとえば、被告の不当利得の返還請求にも、妥当する。」⁽⁵⁸⁾ というものである。

たしかに、ここでも認められているように、法律形成じたいは形成効によってもたらされるのであって、それに

ついで、実質的確定力の承認は必要ない。しかし、問題のポイントは、やはり、形成権が存在しないのに存在するものと認定して下された形成判決の効力である。そのような不当な判決に対する損害賠償の請求に対処しうるのは、レントのいうところの「一般的承認」——その実質は、形成権が存在しないのに存在するものと認定して下された形成判決も有効ということを一般が承認しなければならぬということ——では限界がある。やはり、これについては、判決の内容について確定されたところを、ふたたびむし返すことをゆるさぬという実質的確定力によらなければならぬであろう。⁽⁵⁰⁾ 現在の通説が、形成効にもなお実質的確定力を認めようとする根拠は、まさに、この損害賠償の問題一点に集中しているのである。

ただ、ここで注意しなければならないのは、実質的確定力の主観的範囲は、訴訟当事者（およびその包括承継人）の範囲に限定されるので、形成判決により権利を侵害された第三者がそれによる損害賠償を求める場合は、実質的確定力では排斥できないことになる。あるいは、これについては、確定力の拡張ということに対処しようとするのであるか。ドイツの理論では、そこまでは、まだ、解明されていないようである。そうすると、さしあたって、現在の民事訴訟の通説が、形成効におお実質的確定力を認める根拠としている、不当な形成判決によって形成を侵害され、その損害賠償を請求する者というのは、形成判決に直接服する訴訟当事者に限られていると考えるべきであろう。ならば、判決の効力をうける第三者について進めているわれわれの考察には、形成効にも実質的確定力が認められるかどうかという問題は、さしあたり、関係がないことになる。

四 それでは、つぎに、ドイツの行政訴訟の理論のなかで、取消判決の形成効がどのように考えられてきたかをみてみよう。これについては、ドイツの行政訴訟の代表的教科書であったウレ「行政訴訟法」第九版をてがかりとしよう。

同書第五四章「判決の種類」では、民事訴訟にならって、原告の請求によって、形成判決、給付判決、確認判決

に区別されるとして、行政訴訟においても、形成判決という概念が認められることがあきらかにされているが、ウレによれば、これは、取消しの訴えを認容する判決についてであり、まさに、形成判決のうちにおいて、行政行為の取消しが行われるのである。このように、行政訴訟において、形成訴訟にあたるものが取消訴訟であることは明言されているが、同書では、それ以上、形成訴訟Ⅱ形成判決についての記述はされていない。

むしろ、ここでも、判決の効力の説明の大半は、実質的確定力にあてられている。その行政裁判所法二二一条に規定された実質的確定力の本質について、ウレは、当事者およびその包括承継人への拘束力であるとし、その拘束力について、つぎのように分析している。すなわち、それは、終結した訴訟の外がわで、とりわけ後訴において、形式的に確定した判決へ当事者を拘束する効力であり、当事者およびその包括的承継人のだれも、訴訟物に関して下された判決の正当性について異議をとることができないという効力である。

そのことを、さらに敷衍すると、同一当事者のあいだで同一の訴訟物について後訴が提起されても、後訴裁判所は、前訴裁判所の判決に拘束され、前判決が正当であることを前提としなければならぬというものである。このような理解は、行政訴訟理論および判例も一般に承認するところであり、その根底にあるのは、民事訴訟でもいわれている、「同じものは一度と争われぬ」(the *bis in idem*) という原則である。

同書では、必要的訴訟参加の事例で第三者へ判決の効力が及ぶことの説明は、このように基本的にせまい範囲でのみ効力を有する実質的確定力の主観的範囲の拡張ということで行われている。その論理は、つぎのとおりである。すなわち、参加を認める裁判所の決定により、訴訟参加人には当事者の地位が与えられる。その結果、訴訟物に関して下された判決は、原告および被告のみならず、訴訟参加人にも効力を有する。行政裁判所法二二一条の実質的確定力が、訴訟参加人にまで拡張されるのである。したがって、同法六五条二項で、第三者の訴訟参加が必要的である場合には、判決は第三者に対しても合一的のみ確定しなければならぬとされていることから、第三者の訴

訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった場合は、判決の實質的確定力は、通常は、その第三者にまで拡張されないものである。

この論理は、ドイツ行政訴訟理論のなかで、不動である。

五 行政訴訟において、第三者の訴訟参加が必要的である場合に、第三者にまで及ぶ取消判決の効力は、實質的確定力ではなく、形成効であり、この場合に第三者が訴訟参加させられなくても、取消判決の形成効が及ぶということとを解明したのは、民事訴訟法学者のシュローサーである。

シュローサーは、出世作となった「形成訴訟と形成判決」という有名な大論文の第二章で、あえて、「形成効と行政訴訟における訴訟参加」というテーマで論じている。⁽³²⁾ 民事訴訟法学者でありながら、行政訴訟の理論にもつうじたシュローサーは、この章の考察を、行政訴訟理論で一般にいわれている、第三者の訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった場合には、その第三者に取消判決の効力は及ばないというのは、ほんとうであろうかという疑問から出発している。⁽³³⁾

ただ、この場合の判決の効力については、シュローサーは、最初から、形成効であるとみており、實質的確定力の拡張は問題にならないと考えている。⁽³⁴⁾ それは、必要的訴訟参加人に實質的確定力が拡張されるかどうかという問題以前に、取消判決の形成効は、すべての者がそれに依拠し、すべての者がそれに服さなければならぬからである。⁽³⁵⁾ にもかかわらず、行政訴訟理論にあつては、行政処分を取り消す判決は、訴訟参加することが必要的である者が訴訟参加させられない場合は、その者に対しては、形成効をもたないとされることになると、シュローサーは首をかしげている。そして、このあと、行政訴訟理論の論理構成に対する痛烈な批判が始まるのである。⁽³⁶⁾

まず、行政訴訟の通説は、ようするに、第三者の訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった場合は、必要的訴訟参加人のみならず、すべての者に対して、判決の効力が生じないとするのであるが、これは、瑕疵ある

国家行為の効力についての純粹公法の支配的原則に反するとする。その趣旨は、国家行為——判決——が効力をもたないとする要件は、あきらかに、必要的訴訟参加が怠られたというだけでは、存在しない。民事訴訟においても、一方の当事者に対してまったく法的聴聞をへないで下された判決が、はじめから効力をもたないとされるわけではない。法は、そのような判決に対して上訴や再審を創設しているかぎりにおいて、そのことを間接的に確認しているのであるというものである。⁽³⁵⁾

つぎに、通説の論理構成の前提になっている、行政訴訟では原則として第三者への判決の拡張は存在しない——そのために、第三者を訴訟参加させ、訴訟関係人としての地位を与え、判決に服させるという迂遠な途をとらなければならない——ということについて、これは、まったく、実質的確定力と形成効の混同によるものであると批判している。行政裁判所法では、たしかに、実質的確定力の第三者への拡張はない。しかし、形成効は、行政処分が取り消されれば、第三者にその旨の告知がなくても、すべての者に対して (*für und gegen alle*) 生ずる。通説は、取消判決に形成効も生ずるということをしつかり忘れており、問題にすべきは、形成効を(訴訟参加させられなかった)第三者について相対的に生ぜしめないことができるかということであるのに、実質的確定力の拡張のことしか考えていないというものである。⁽³⁶⁾

そこで、第三者の訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった場合に、判決の形成効が生じないとする実定法上の根拠が必要となるが、すくなくとも、行政裁判所法には、そのような規定は存在しないとされている。⁽³⁷⁾

六 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ための要件となっている「合一的確定」について、シエローサーは、つぎのような鋭い指摘を行っている。⁽³⁸⁾ もともと、同項は、民事訴訟法六二条の必要的共同訴訟をモデルにしているが、民事訴訟法六二条は、判決の確認効を想定して規定されたもので、それを形成効に適合させようとすると、たしかに無理が生ずる。しかし、行政裁判所法六五条二項が形成効にも関連していることは、あきら

かであつて、形成効が、訴訟当事者と第三者に対して、合一的にのみ及ばなければならぬ場合にも、第三者の訴訟参加が必要的となるのであるとしている。

さらに、訴訟参加が必要的である第三者に、形成効が「直接的に」及ぶことを、訴訟法学者であるシュローサーが、行政実体法をよく理解したうえで、論証している。

すなわち、形成効が第三者に直接的に及ぶものであるのかどうかの基準は、係争行政処分形成効、および、それに応じて下された取消判決の形成効が、第三者の権利を形成したか、ないしは、形成しようとしているのか、そして、たんに第三者の「法的利益」の侵害だけをするものではないといえるのか、ということである。また、この基準が具体的場合にみだされているどうかは、行政庁が係争行政処分をみずから取り消す場合に、これに対して、第三者が取消訴訟を提起できるかどうかによるといふ⁽⁵⁹⁾、我々の考察に、あたらしい観点を提供している。この基準から、いわゆる二重効果的行政処分の場合は、必要的訴訟参加の要件はみだされているといえ、この場合の第三者は実質的当事者であるとしている。

七 このように、シュローサーは、第三者の訴訟参加が必要的となる場合の基礎となる、二重効果的行政処分によつて規律される法律関係では、取消判決の形成効が直接に第三者に及ぶということを論証し、行政訴訟の通説の、訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった第三者には、判決の効力がまったく及ばないとする論理構成はあやまりであることを解明しているが、シュローサーと同じ認識にたつたうえで、行政訴訟の通説の、訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった第三者には、判決の効力が及ばないという結論に興味を示し、べつの論理構成によつて——形成効の性質と矛盾しないように——、同じ結論を導きだせないかという試みをしているのが、マロチュケである。マロチュケの立論は、シュローサーの示唆しているところに従つて、第三者の訴訟参加が必要的であるのに訴訟参加させられなかった場合の第三者の聴聞請求権の侵害という観点から、このような第

三者へ判決の形成効が及ぶのをなんとか排除しようとするものである。これについては、項をあらためて検討しよう。

(CC) 形成効と法的聴聞請求権——マロチュケの理論——

一 本章の考察の最後に、マロチュケの理論をとり上げるのは、なぜ第三者の訴訟参加が必要となるのかということ、訴訟法のレベルで問いつめていくと、けつきよく、最後にたどりつくのは、第三者の法的聴聞請求権という要請であると考えられるからである。とくに、ドイツでは、訴訟法的には「裁判をうける権利」としてあらわれ法的聴聞請求権は、基本法によって直接的に保障されているものである。⁽³²⁾

マロチュケの立論は、シユローサーをはじめ大多数の民法訴訟法学者と同じく、取消判決にはすべての者に対する形成効はたらくということを前提として、訴訟参加させられなかった第三者の法的聴聞請求権の保障の見地から、民事訴訟法および行政裁判所法の条文解釈により、形成効が生ずるまで、判決が形式的に確定するのを阻止することを試みるものである。

二 マロチュケの考察の出発点は、第三者の訴訟参加が法的に必要なのに訴訟参加させられず、しかも、第三者に訴訟が係属していることを知らされなかった場合にも、判決は形式的に確定しうるのかという問題提起である。⁽³²⁾

上訴という通常の救済手段で判決を争うことが、もはやできなくなったときに、判決は形式的に確定するが、⁽³³⁾それが上訴しうるかについては、行政裁判所法一二四条一項、一三二条一項で定められており、「関係人」に限定される。そこで、問題は、このように不当に訴訟参加させられなかった必要的訴訟参加人も、ここでいう関係人に含まれるかということである。しかし、行政訴訟の通説・判例は、訴訟参加しなかった第三者には、必要的訴訟参加の場合であっても、上訴によって判決を争う権限は認められておらず、その結果、すでに手続に関係している者に

とつて判決が争えなくなつた時点で、判決は形式的に確定するとしている⁽⁵⁵⁾。その場合も、この第三者は、ただ、判決が確定するのを、手をこまねいて見ていなければならぬのか。

この難問を解決するてがかりとして、マロチュケは、ふたつの、まったく異なつた方向の解決を示す民事判決をあげている。

ひとつは、民事事件であるが、判決が確定したのち、訴訟に関与していなかつた者から憲法訴願が提起され、それが認容された連邦憲法裁判所一九八二年二月九日判決⁽⁵⁶⁾である。ここでは、判決により直接的に権利を侵害される者には、法的聴聞請求権があり、それは、形式的訴訟関係人以外の、実体的に判決の効力をうける者にも認められる。民事訴訟法には、共同訴訟的補助参加人たりうる者への訴訟係属の告知については、なんの規定もおいていないが、その者に告知されないことは、基本法一〇三条一項の要請に反するとされている。

もうひとつは、これも民事事件であるが、民事訴訟法六四〇条e⁽⁵⁷⁾一項により、訴訟関係人以外の特定の者に訴訟係属を告知し、この者を口頭弁論期日に召喚することが、裁判所に義務づけられているにもかかわらず、これを裁判所が怠つたときは、この者に対しても、上訴を認め、その上訴期間が経過したときにはじめて、判決は形式的に確定するとした連邦通常裁判所(BGH)一九八三年一月二四日判決⁽⁵⁸⁾である。ここでは、同項は憲法上の法的聴聞請求権にもとづくもので、すでに判決が下され、訴訟に関与した者について判決が確定した場合であっても、同項の適用をうける者に判決を送達し、当事者から独立に上訴して、みずからの権利を防衛する機会が与えられなければならないとされている。

三 連邦憲法裁判所の判決にみられる憲法訴願によるという解決方式についても、連邦通常裁判所の判決にみられる第三者にも独立の上訴権限を認めるという解決方式についても、マロチュケが指摘するごとく、行政訴訟に関するかぎりには、これらの方式は不要である。なぜなら、行政訴訟の通説の論理によれば、必要的訴訟参加の規定に違反

して下された形成判決は、それまで手続に関与した者がもはや争えなくなった時点で、形式的に確定するが、意図された形成効は生じない——すくなくとも訴訟参加させられなかった第三者との関係で——ということになるからである。⁽⁵⁹⁾

しかし、このような論理構成はけつして望ましいものではないと、マロチュケが考えていたことは、すでに述べたとおりである。いわく、行政訴訟の通説のように、いつぼうで、もしくは、同時に、永遠のものとするべき形成効を否定、あるいは、相対化して、おおまかに形式的確定力を肯定するよりは、判決を上訴によって争う権利を、当事者にだけでなく、不当に訴訟参加させられなかった第三者にも帰属するとする——第三者にも、判決が送達されたときから、独立に上訴期間が起算されることによる——ほうが、意味がある。というのは、このようにすれば、いつぼうで、訴訟参加させられなかった第三者には、確定力が及ばないことができ、もういつぼうで、第三者にも判決を送達することにより、上訴期間の拘束に服させ、期間が経過すれば、いったん確定した判決の形成効を相対化させたり、否定する根拠がなくなるといふ長所があるといふものである。⁽⁶⁰⁾

マロチュケは、結論として、連邦通常裁判所の判決に示されるような、第三者にも、判決が送達されたときから、独立に上訴期間が起算されるとする立場をとるものであるが、⁽⁶¹⁾すこし、この論理をおつてみよう。

マロチュケの論理の基本は、行政裁判所法の必要的訴訟参加である。民事事件について下されたこのふたつの判決は、マロチュケの分析によると、民事訴訟法の枠内での解決の限界を示すものであって、そこで、マロチュケは、その解決モデルを必要的訴訟参加に求めているのである。⁽⁶²⁾

その問題のポイントは、裁判所からの告知である。最初の事例において、会社の解散と命運をとにもする他の社員へ、裁判所が訴訟係属について告知しなければならぬという規定は、有限会社法にも民事訴訟法にも規定されていない⁽⁶³⁾——あとの事例で問題になっている民事訴訟法六四〇条eの、形式的訴訟関係人以外の者に対する裁判所

の告知義務は、家事事件のごく特定のケースについてのもので一般的ではない。

それに対して、行政裁判所法の必要的訴訟参加では、裁判所の告知義務を定めた規定はないが、そもそも、必要的訴訟参加という制度のなかに、裁判所から、訴訟参加することが必要な第三者に、訴訟係属について告知することが、不可欠の構成要素となっているのである。⁽⁵⁵⁾したがって、民事事件においても、裁判所の告知を義務づける方式としては、必要的訴訟参加に関する行政裁判所法の規定を示唆して、基本法一〇三条一項から直接、裁判所に告知を義務づけるということになる。⁽⁵⁶⁾

また、このような職権義務については、民事訴訟の支配的原則である当事者主義に反するのではないかという批判もあるかもしれないが、現行訴訟法は第三者の訴訟参加を認めているし、そもそも、当事者主義の原則は、基本法上の法的聴聞請求権の保障に優位するものではないとしている。⁽⁵⁷⁾

四　そこで、つぎに、マロチュケは、行政裁判所法の必要的訴訟参加のなかに、訴訟参加が必要的であったのに訴訟参加させられなかった第三者に上訴権をみると、判決が形式的確定力を生ずるまで、これを阻止するてががりはないかを探っている。

ひとつの出発点は、通常訴訟参加を定めた同法六五条一項の規定内容からの推測である。すなわち、同項では、裁判所は、判決により法的利益を侵害される第三者を、訴訟がいまだ確定判決によつて終結していないあいだ、または、訴訟が上級審に係属しているあいだは、訴訟参加させることができる⁽⁵⁸⁾とされているが、これは、あきらかに、みずから可能な訴訟参加をしないことは、形式的確定力の発生を妨げない⁽⁵⁹⁾ということを前提としている。⁽⁶⁰⁾したがって、事件を管轄する裁判所のある種の第三者を訴訟参加させる義務は、判決を下したときに終わるというのではなく、判決に確定力が生ずるか、または、訴訟が上級審に係属した時点ではじめて終了する⁽⁶¹⁾という推測である。しかし、ここまでの推測は、同項から導きだせても、それを転じて、訴訟参加させられるべき第三者の上訴権の根拠と

するところまでは、成功していない⁽⁵⁸⁾。

また、べつの出発点は、行政裁判所法のその他のいくつかの規定を駆使して、訴訟参加させられなかった第三者に独立の上訴権を認めさせる試みである。すなわち、訴訟参加人も「訴訟関係人」とする六三条三号、および、判決は訴訟関係人に送達しなければならぬとする一一六条一項⁽⁵⁹⁾二文により、裁判所は、判決が下されるまでに訴訟参加させられなかった第三者を、なお、事後的に訴訟参加させる義務をおうのみならず、その第三者にすでに下された判決を送達する義務をおうということが結論づけられる。また、おなじく六三条三号と、訴訟関係人の控訴権を規定した一二四条一項⁽⁶⁰⁾、および、訴訟関係人の上告権を規定した一三二条一項⁽⁶¹⁾一文により、上訴権は、訴訟参加した第三者にだけ認められるのではなく、訴訟参加すべきであった第三者にも認められるということも結論づけられるというものである⁽⁶²⁾。

しかし、この論理も、その前提において、六三条三号にいう訴訟参加人に、訴訟参加させられるべきであった第三者も含むとするところに、無理がある。いずれにしても、このような条文解釈したいが、技巧にはしりすぎていくように思われる。したがって、民事訴訟の理論のなかでは、訴訟参加させられなかった第三者にも上訴権を認めるといふ見解は、一般には支持されていない⁽⁶³⁾。

五 右のようなマロチュケの試みは、けつきよくのところ、訴訟参加させられなかった第三者に形成効が及ぶという原則は維持しつつ、その形成効が生ずるてまえで、それを生じさせない手だて——形式的確定力を生じさせない——を講ずるものである。いうまでもなく、これは、取消判決の形成効を無視する行政訴訟の通説の論理上の欠陥を、べつの論理構成で修正しようとするものである。そのことは、マロチュケのつぎのような見解に、よくあらわれている。

いわく、訴訟参加させられなかった第三者にも上訴権が認められると、上訴期間の起算点との関係で、場合によ

つては、一〇年ものあいだ上訴権が保留されたままということもありえ、たしかに、これは、問題を未解決のままにしておくということでは、好ましいことではない。しかし、行政訴訟の取消判決に関する支配的見解は、なお、好ましいものではない。それは、法的に訴訟参加が必要的である第三者を、裁判所がその義務に反して訴訟参加させる措置をとらなかつた場合は、判決は、けつして形成効を生ずるチャンスをもたないということである。⁽³⁸⁾

また、マロチュケの論証のなかでは、形成効については当事者の即時確定の利益というものも考慮されなければならぬという、興味ぶかい指摘もある。

いわく、訴訟参加させられなかつた第三者にも上訴権を認め、第三者のがわからぬ、もはや争えない場合にのみ、ほんとうの意味での形成効が第三者にも及ぶことを認めるならば、べつのことを顧慮しなければならぬであろう。訴訟参加させられなかつた第三者にも判決を送達することに、第一に利害関係をもつのは、この第三者ではなく、この判決にただちに形式的確定力が生ずることと、この形式的確定力に関わる他の判決の効力を望む、勝訴した当事者である。したがって、判決の取消しを求める権限を有する第三者にも判決を送達しなければならないとする裁判所の義務は、訴訟参加させられなかつた第三者の利益によってだけでなく、勝訴した当事者の利益によつても根拠づけられるべきであろう。この論拠の中心点は、第三者の法的聴聞請求権にあるのではなく、この請求権によつて制限された当事者の判決の即時確定を求める権利である。この、すべての者に対して終局的に拘束力をもつ判決を求める当事者および国家の利益は、また、必要的訴訟参加の論拠でもあるというものである。⁽³⁹⁾

この論理は、訴訟参加することが必要であつたにもかかわらず訴訟参加させられなかつた第三者については、判決は効力をもたないとする行政訴訟の通説の論理構成においても、通用するように思われる。

すなわち、必要的訴訟参加が認められる典型的な二重効果的行政処分の場合、第三者に与えられたい建築許可処分の取消しを、原告たる隣人が求め、勝訴したとしても、その第三者が訴訟参加させられていなければ

ば、けつきよくは、第三者との関係では処分は取消しは効力をもたないので、原告の勝訴は意味をもたないことになってしまふ。その場合に、裁判所が、この第三者に訴訟係属について告知し、この第三者を訴訟参加させ、判決の効力に服させなければならぬという義務は、まさに、この原告の即時確定の利益と、取消判決の趣旨を社会において実現するという国家の利益に由来するとも考えられるのである。

六 以上の考察から、問題を整理すると、こうなる。

取消判決の形成効を無視して、第三者の訴訟参加が必要的であるのにこの者が訴訟参加させられないときは、この者にはなんの判決の効力が及ばないとする行政訴訟の通説にあつては、この第三者の法的聴聞請求権の侵害について悩む必要はない。これに対して、取消判決一般に認められるとするすべての者に対する形成効を信奉し、これを維持しようとする民事訴訟法学者や判例が、法的聴聞請求権の保障との関係で、深刻なジレンマにおちいつているのである。

いうまでもなく、ドイツでは、法的聴聞請求権は、憲法上すべての者に保障される基本権であつて、訴訟法的には、訴訟の実質的当事者の訴訟参加権——訴訟に関与し、訴訟の結果に影響を及ぼしうる主張・証明をなしうる地位——の保障としても具体化される⁵⁷⁰。取消判決のすべての者に対する形成効は、したがつて、訴訟参加させられなかった第三者には、法的聴聞請求権との関連でも、侵害的にはたらくことになる。いっぽう、勝訴し取消判決を勝ちとつた原告、および、取消判決の趣旨を徹底させる責務をおう国家には、ただただ、授益的にはたらくことになる——というよりは、もし、取消判決の形成効が無視されたり、相対化され制限されると、原告や国家に侵害的にはたらくことになる——という関係にたつのである。

(d) 「必要的」の意義——結論——

一 それでは、これまでの、民事訴訟および行政訴訟にわたる、訴訟参加に関するドイツの理論を総括して、行政裁判所法 (VwGO) 六五条二項の必要的訴訟参加の、「必要的」の意味について、いちおうの結論をだそう。

ただ、それには、いくつかの限定をつけなければならぬであろう。なぜならば、本稿におけるドイツの必要的訴訟参加の分析は、まさに、本稿の終局の目的である、わが国の職権訴訟参加——あるべき裁判所の(第三者を訴訟参加させるといふ)職権の発動——の法理の構築のためのがかりを探るといふことの中に、行われたからである。

したがって、ここでの結論は、取消訴訟における必要的訴訟参加についてのものに限定される。義務づけ訴訟については、なかなかおもしろい論点も多々あったが、直接、わが国の理論に参考になるものではないので、ここでは度外視する。

また、ここでの結論は、現在のドイツの理論状況を客観的に分析し総合した結果、まず、まちがいをなく、こういうことがいえるのではないかという範囲での推論を示しただけのものであって、それ以上のもではない。ドイツの行政訴訟の通説の理論の本質的矛盾を指摘し、これにかわる解決策を示唆するすぐれた考察も、ドイツのなかには、かなり存在することは、すでに見たとおりであるが、ここでの結論は、ドイツの行政訴訟の通説・判例の立場を基本とし、ここでの必要的訴訟参加の「必要的」とはなにかということの結論にとどまる。

二 「取消訴訟において、いかなる場合に第三者の訴訟参加が必要的となるかは、第三者の実体法上の地位——係争行政処分と第三者の関わり——によって、示される。」

この場合の第三者の実体法上の地位というのは、原告の訴えの対象となる行政処分によって規定される法律関係への第三者の関与性である。その第三者の関与性が「消極的なもの」であって、かつ、「直接的なもの」である場合に、必要的訴訟参加の基礎となる法律関係関与性が認められる。「消極的なもの」というのは、原告が求める判決——取消判決——により第三者の(既得の)法的利益が侵害されるという関係になければならないということ

ある。「直接的なもの」というのは、原告が求める判決——取消判決——の名宛人が第三者であるということである。つまり、判決が、第三者の実体法上の地位を定め、判決の内容が第三者に向けられているということで、さらにいえば、訴えの対象となっている行政処分のもそもその名宛人が第三者であり、けっきよくのところは、処分によって定められた第三者の法的地位が訴訟において争われている場合、と規定することができよう。⁽²⁾

しかし、この基準じたいは、いかなる場合に第三者の訴訟参加が必要となるかの基準にはなるものであるが、その場合に、なぜ、第三者の訴訟参加が必要となるのかということの根拠となるものではない。なぜ、第三者の訴訟参加が必要となるのかは、第三者の訴訟法上の地位および訴訟理論によるものである。

三 「原告の求める判決——取消判決——を下すことが、国家（裁判所）にとって必要であり、しかも、第三者の法的地位に変動をもたらさなければ、原告が勝訴したことが無に帰し、判決の趣旨が貫徹されないという意味で、第三者、原告、国家（裁判所）にとって、第三者を訴訟参加させることが必要となる。」⁽³⁾

第三者についていえば、第三者を訴訟参加させ、主張・立証を尽くさせ、自己の権利を防衛させることが、（基本的に）必要であるという意味で、必要なのである。

原告についていえば、第三者を訴訟参加させなければ、判決が絶対的に効力をもたないこと——通説の説くこと——、あるいは、いったん効力をもって——第三者への形成効を認めても——も、やがては、裁判所が必要訴訟参加の措置をとらなかつた手続上の瑕疵のゆえに、効力が否定されることを阻止するために、第三者を訴訟参加させることが必要であるという意味で、必要なのである。

国家（裁判所）についていえば、第三者の法的地位に直接的に関わる行政処分を違法であるとして取り消す場合は、そのような行政処分の取消判決は、第三者に効力を及ぼさないかぎり、なんの意味ももたないということと、第三者を訴訟参加させなければ、判決が絶対的に効力をもたない、あるいは、いったん効力をもって、やがては、

裁判所が必要的訴訟参加の措置をとらなかつた手続上の瑕疵のゆえに、効力が否定されるということを考慮するならば、第三者を訴訟参加させ、第三者にも判決の効力を及ぼし、判決の効力を維持することが必要的であるという意味で、必要的なのである。

(459) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. 3. 1991 BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 686., zuletzt geändert durch das Gesetz vom 31. 8. 1998 BGBl. I S. 2600. なお、この最近形の条文については、木村弘之亮(訳)「一九九八年ドイツ行政裁判所法 (BGBl. 1998 I S. 2600. 2608)」法学研究七四巻六号(二〇〇一年)一一九頁以下がある。

(460) 通常訴訟参加についても、その要件が、「訴訟の結果により法律上の利益を害される」とされており、訴訟が始まる段階で訴訟参加の拒否の決定が下されるということを考えて、この「訴訟の結果」についても、やはり、原告の求める判決の内容を基準にすべきで、そうすると、原告の請求が認容されることにより法律上の利益を害される者について訴訟参加が認められるという関係になるので、訴訟参加は、被告のがわについてのみ認められることになると考えられる。

ただ、通常訴訟参加については、ドイツの学説・判例では、そのあたりが必ずしも厳密に考えられていないようで、原告のがわにも訴訟参加ができるようなニュアンスで述べられているものが、ときたま散見している。たとえば、コップ＝シエンケ——Kopp, Ferdinand o. = Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 12 Aufl., 2000, Rdn. 9 zu Art. 65. —は、通常訴訟参加の利益について、「訴訟参加人が、原告または被告またはその双方、あるいは、訴訟物に対して、原告ないしは被告を補助して訴訟参加することにより自己の法律状態を改善 (verbessern) ないしは改善 (verbessern) しようとするという関係にある場合に、法律上の利益を有する」としている。

(461) このあたりの分析については、参照、新山「職権訴訟参加の法理 (下Ⅱ)」成城法学六十七号(二〇〇一年)一一七頁以下。

(462) Kopp = Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 12 Aufl., 2000, Rdn. 7 zu Art. 65.

(463) Horst Konrad, Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof.

(464) Konrad, Die Notwendigkeit der Beiladung im Verwaltungsprozess, BayVBl. (Bayerische Verwaltungsblätter) 1982 S. 482.

- (465) もちろん、法的に第三者の訴訟参加が必要である場合に、裁判所が、第三者を訴訟参加させる措置をとらなかつたことだけを理由に、上訴裁判所が、原判決を破棄できるといふことをなしている。
- (466) Konrad, a.a.O., S. 482.
- (467) Beschluß des VGH (Verwaltungsgerichtshof) Kassel vom 12. 6. 1986 NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1987 S. 1036f. — 新山「職権訴訟参加の法理(下I)」成城法学十六五号(二〇〇一年)四五頁以下。
- (468) ムスゲンクは、本件の基礎にも二重効果的行政処分があると分析しており、したがって、通常訴訟参加についても、二重効果的行政処分によつて規律される実体法関係が基本となることを認めてゐる。Mügging, Reinhard, Die Beiladung zum Rechtsstreit um Janusköpfe und privatrechtrelevante Verwaltungsakte, NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 1988 S. 33ff.
- (469) Konrad, a.a.O., S. 522.
- (470) Konrad, a.a.O., S. 522.
- (471) Schlosser, Peter, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile — Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 3 —, 1966. Marotzke, Wolfgang, Urteilswirkungen gegen Dritte und rechtliches Gehör, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess) 1987 S. 164ff.
- (472) 前節の義務づけ訴訟で第三者の訴訟参加が必要でないといふ事例の分析——新山「職権訴訟参加の法理(下I)」一九頁以下——で見たごとく、その根拠としてかならず持ちだされるのが、法律関係関与性を欠くという論理であつたが、なぜ、このように法律関係関与性を欠くのかといふことの説明は一樣ではなく、わかりにくいものであつた。
- (473) Konrad, a.a.O., S. 485.
- (474) Konrad, a.a.O., S. 483.
- (475) Konrad, a.a.O., S. 483.
- (476) Konrad, a.a.O., S. 484.
- (477) シュネッターナーは、必要的訴訟参加の特徴を、第三者の利益が原告の利益と対立する関係にあると、するべく分析し、その上——Stettner, Joachim, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozess, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 256, 1974, S. 75f.——から、これは「コンミンツ」は、明確に、はなはだ、か

間接的に、第三者の法律関係関与性が「消極的なもの」でなければならぬということを描している、いえなくもない。

また、グルンスキーが、合一的確定の要請にこたえるものであっても、第三者がただ利益を得るというだけの関係にある場合は、必要的訴訟参加の要件はみたされないとしている——Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrecht, 2 Aufl., 1974, S. 293.——のも、同じく、間接的に指摘しているといえなくもない。

(478) コンラッドが論証のためにあげる例は、以下のとおりである——Konrad, aa.O., S. 483ff.——。

「隣人が、行政庁を被告として、第三者に与えられた建築許可の取消しを求める場合」、「インミシオン防止法および原子力法により、施設設置者に与えられた施設設置許可処分取消しを、隣人あるいは競願者が求める場合」、「道路占用者に対する、道路法上の特別使用許可なし交通法上の除外許可取消しを、沿道住民が求める場合」、「行政庁が、身体障害者の解雇について、使用者に対して与えた同意の取消しを、身体障害者が求める場合」、「既存の路線運行業者が、自己の営業を危うくする新規参入者への並行営業許可取消しを求める場合」、「企業の路線運行業者の補助金の認可処分取消しを、競願者が求める場合」、「他の者への公務員の任命の取消しを、任命をうけられなかった者が求める場合」、「自分の子供に対する裁判所の嫡出宣言の取消しを、母親が求める場合」、「住宅を捜している者を地域に割り当てる処分取消しを、その地域の住宅所有者が求める場合」、「ある者に補償金が与えられることの確認決定の取消しを、補償基金の代表者が求める場合」

これらのケースでは、いずれも、必要的訴訟参加が認められる。

(479) 二重効果的行政処分取消訴訟では、第三者の法律関係関与性が認められることはまちがいないが、問題は、その前提部分の、行政処分が二重効果的行政処分であるかということにあるようである。コンラッドが、ひとつの限界事例としてあげるのは、つぎのようなものである——Konrad, aa.O., S. 487.——。

旧連邦インミシオン防止法——Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz, in der Fassung vom 15. 3. 1974, BGBl. I S. 721)——四条一項に従って設置された施設の隣人Nが、同法一七条一項二文により、管轄行政庁Bに、事業者Uに対して事後的にインミシオン排出を減ずるよう命ずることを求め、Bがこれをうけて、右のような内容の命令をUに発したところ、この命令の取消しを求める訴訟を、Uが提起した場合に、この訴訟にNを訴訟参加させることが必要かとい

いう問題に、裁判所は直面させられる。これに対して、コンラッドは、ふたつの解決が考えられるとする。それは、
 ひとつは、係争命令は、Uに対するだけでなく、Nに対する行政処分であるという考えによるものである。その場合は、命令は、両者を規律し、両者に向けられ、両者を名宛人とすると考えられるので、原告Uは、Nの主張を認めNに直接利益を与える命令を争うことになり、行政裁判所がNの主張を認めた行政決定を取り消すときは、Nは、それにより、係争法律関係に「消極的に」かつ「直接的に」関与することになる。

もうひとつは、係争命令は、Uに対するものだけで、Nに対する行政処分ではないという考えによるものである。その場合は、命令はNを名宛人とせず、原告Uによって求められる行政決定の取消判決も、Nを名宛人とするものではないと考えられるので、Nは、それにより、係争法律関係に「直接的に」は関与しないことになる——というものである。

コンラッドは、このいずれの立場をとるべきかについて、さらに緻密な分析を行っている——Kornat, a.a.O., S. 488. —。第一に、その判断基準として、Nが、原告により争われている規制に対して、公法上の権利をもつかどうかということは、重要ではない。第二に、この場合、Uは行政手続の申立人となっているが、そのことによって、行政手続の結果である行政決定の名宛人とならない。第三に、行政庁が、だれを名宛人とするかについて裁量権をもっているとする、UにもNにも規制をかけるよりも、Uにだけ規制をかけるほうが、同じ行政効率でありながら、問題がすくなく、ベターである。第四に、行政庁が、UにもNにも規制をかける場合は、行政決定の主文においてそのことを明示——たとえば、「Nの申立てによりUに命じられる」——すべきであるとしたうえで、以下のような結論に達している。すなわち、第三者を訴訟参加させることが必要かということ、行政庁が、第三者を行政手続法(Verwaltungsverfahrensgesetz)第三条一項一号という決定の名宛人として、行政処分の規制内容に含めたかということに関わっている。行政庁がそのようにしたかどうかということは、個々の事情のもとの行政処分の解釈によって決まる。ただ、行政決定で第三者を名宛人とすることは、実務においては、まれであるというものである。

ちなみに、旧連邦インシオン防止法四条一項では、「施設の設定および操業については、その性状または操業により、環境に害を与え、あるいは、その他、一般もしくは周囲に危険を及ぼし、重大な損害が生ずる可能性がたかいたと考えられる場合は、許可を得なければならぬ。営利を目的としない施設については、大気汚染または騒音により環境に害を与える可能性がたかいたと考えられる場合にかぎり、許可を得なければならぬ。連邦政府は、関係人の聴聞を経て、連邦参議院の同意のもとに、政令により、許可を得なければならぬ施設を定める。」と規定されていた。

また、同法一七条一項では、「許可が与えられたのち、この法律およびこの法律にもとづいて制定された政令による義務を履行させるために、命令がだされることがある。許可が与えられたのち、一般または周囲に重大な害を与えないような、または、重大な危険を及ぼさないような措置が講じられていないと考えられるときは、管轄行政庁は、改善命令をだすものとする。」と規定されていた。

また、行政手続法——Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. 5. 1976, BGBl. I S. 1253. ——三条一項二号では、「行政庁が、行政処分の名宛人とする者は、手続関係人である。」と規定されている。

(480) コンラッドが論証のためにあげる例は、「道路建設主体に対して、あたらしい道路を建設する権限を付与する処分を取消しを、隣人もしくは関係地方公共団体が求める場合」で、このときは、建設主体の訴訟参加が必要である。Konrad, a.a.O., S. 486.

(481) 【事例⑤】、【事例⑥】、【事例⑧】——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅰ)」一九頁以下——

(482) Konrad, a.a.O., S. 486.

(483) コンラッドによれば、それは、判決で処分を取り消すことは、処分をうけた者にも形成力が及び、そのようなものとして扱わなければならないという意味において、価値評価の問題ではなく、法律効果からくる要請であるとされている。

Konrad, a.a.O., S. 486.

(484) Konrad, a.a.O., S. 486. また、ピールも、行政処分を取り消す判決には形成効がはたらき、第三者の既得の権利が消滅するので、第三者が、必然的に、裁判所の判決の名宛人になるとして、この立場に同調している。Schoch, Friedrich = Schmidt-Albrann, Eberhard = Pietzner, Rainer = Bier, Wolfgang, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1999, Rdn. 192n Art. 65.

(485) Konrad, a.a.O., S. 486.

(486) Konrad, a.a.O., S. 486.

(487) Konrad, a.a.O., S. 485.

(488) Konrad, a.a.O., S. 517.

(489) Konrad, a.a.O., S. 517.

(490) Beschluß des VGH Mannheim vom 8. 11. 1976 NJW 1977, S. 318f. ——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅰ)」一九頁以下——

(491) Beschluß des BVerwG (Bundesverwaltungsgericht) vom 21. 6. 1973 DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1975, S. 99.——新山

「職権訴訟参加の法理 (下I)」二〇頁以下

(492) Urteil des BVerwG vom 20. 5. 1992 Buchholz (Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerwG, herausgegeben von Buchholz, Kart) 310 § 65 VwGO Nr. 106.——新山「職権訴訟参加の法理 (下I)」二四頁以下

(493) 行政裁判所法 (VwGO) は、判決の効力については、「二二一条の規定だけをおいている。同条は、「訴訟物 (Streitgegenstand) についで下された確定判決は、以下の者を拘束する。(一) 当事者 (Beteiligten) 及びその包括承継人 (Rechtsnachfolger)。(二) 六五条三項所定の、訴訟参加の申立てをしなかった者または期間内に訴訟参加の申立てをしなかった者」と規定しているが、これが実質的確定力 (materielle Rechtskraft) に限定されること、また、それが民事訴訟の一般理論に対応するものである」とは、同法の立法趣旨説明のなかでも明言されている。——Begründung zu §120 des Entwurfs der Verwaltungsverfahren, BT-Drs. (Bundestagsdrucksache) III/55 S. 44。——

ドイツの民事訴訟および行政訴訟の理論で、実質的確定力の意義とされるものは、同一の当事者で、同一の訴訟物については、前訴の判決が後訴を拘束するというもので、それによって、訴訟当事者にとつては、当該訴訟物についての争いは終焉したものと考えることができ、また、同一訴訟物について矛盾する判決を避けることができることによつて法的安定性に資するというところに、実質的確定力の主要な役割があると考えられている。——Rosenberg, Leo = Schwab, Karl Heinz = Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 15 Aufl., 1993, S. 916. Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 26 Aufl., 2000, S. 237. Thomas, Heinz = Putzo, Hans = Reichold, Klaus = Hüftele, Rainer, Zivilprozessordnung, 23 Aufl., 2001, Rdn. 6 zu Art. 322. Stein, Friedrich = Jonas, Martin = Leipold, Dieter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21 Aufl., 1988, Rdn. 22 zu Art. 322. Schoch = Schmidt-Albmann = Pietzner = Clausnig, Berthold, aaO, Rdn. 2 zu Art. 121.

確定力の主観的範囲については、当該訴訟に参与した訴訟当事者のあいだだけである——行政裁判所法二二一条二号は、一九九〇年の法改正 4. Gesetz zur Änderung der VwGO vom 17. 12. 1990 BGBl. I 2809, で、同法六五条に三項 (大量処分における訴訟参加) がつけ加えられたことに対応して、とくに、訴訟に参与しなかった者にも確定力が及ぶとしている——という大原則は動かないが、この原則は、じつは、訴訟に参与しなかった第三者の保護のためのものであるというグルンスキーの興味ぶかい指摘——Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2 Aufl., 1974, S. 535f.——がある。すなわち、訴訟に参与した訴訟当事者のあいだで確定した判決の効力を、いたしに第三者にも及ぼさずと

訴訟に關与せず、ならん判決に影響力を行使できなかった第三者の法的利益を侵害することになるといふものである。行政裁判所法では、判決の効力については、取消訴訟も義務づけ訴訟も給付訴訟も、この民事訴訟の一般原則に立脚する二二一条しかないので、行政訴訟の特殊性をそのなかにどう盛りこむかは、まったく解釈に委ねられているといふほかはない。

その、行政訴訟、とくに取消訴訟にそくした同条の解釈として、ハウアイゼンの分析——Hauisen, Die Bedeutung der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, NJW 1960 S. 316——が示唆にとみ、興味ぶかい。すなわち、取消しの訴えが認容され、係争処分が取り消されるといふことは、裁判所が、訴えを適法なもののみなし、訴えを実体的に審理し、理由あるものと判断したということの意味する。行政裁判上の訴えは、つねに、実体法上の理由によつてのみ、認容されるので、係争処分を取り消す判決は、係争処分が違法であるといふ確認もふくんでいる。しかし、なぜ係争処分が違法とされるのかは、判決主文からは、うかがい知ることができない。判決理由から推認するしかないのである。判決の確定力の客観的範囲を画定するためには、訴えを認容する場合においても、棄却する場合においても、判決理由を参照するしかないのではとすうえで、このような、ある実体法上の理由にもとづく違法の確認をふくむ判決の効力の拡張について、取消判決の確定力は当事者のみでなく、つぎのような場合は、民事裁判所も及ぶとしているが、それは、取消訴訟で争われた行政処分の違法を理由として、同じ当事者のあいだで、損害賠償請求訴訟が提起された場合であるといふものである。この趣旨は、取消判決の理由のなかに示された処分個々の違法事由の判断が、後訴である損害賠償請求訴訟の前提問題の処分の違法の判断を拘束するということである。

また、コップ親子によるつぎのような分析——Kopp, Ferdinand o. = Kopp, Ferdinand J., Grenzen der Rechtskraftwirkung von Urteilen aufgrund von Anfechtungsklagen, NVwZ 1994 S. 2——も示唆的である。すなわち、取消判決の確定力のおおきの部分は、民事訴訟の理論の類推によるもので、その内容は、係争行政処分は違法であり、処分により原告の権利が侵害されたといふことの確認であり、それにより、係争処分が取り消されたといふ事実である。しかし、それ以外にも、処分をする管轄行政庁は、法律・事実状態の変動がないかぎり、裁判所により誤っていると判断された理由により、あらたに、判決で取り消された処分と同一の処分をすることはできないといふ拘束力を、取消判決はもつている。そのような「補足的拘束力」は、民事訴訟では無縁のもので、民事訴訟の訴訟物理論の枠をこえるものであるといふのである。これは、いうまでもなく、わが国の行政事件訴訟法三三条の行政庁に対する拘束力に対応するものであるが、わが

国では、現在は、この拘束力は既判力(実質的確定力)とは、べつの効力であるとされているが、ドイツでは、確定力の「補足的拘束力」となれているところに、興味がもたれる。

- (494) 六五条二項の「訴訟の結果が、当該争訟に関わりある第三者についても合一的にのみ確定すべき場合」の趣旨については、学説・判例は、同時に、直接的に、訴訟参加申立人の権利を形成、確認、確定、変更、取り消されることなしに、原告が求める判決が有効には下されないう場合もあることである。Redeker, Konrad = von Oertzen, Hans-Joachim, Verwaltungsordnung, 13 Aufl., 2000, Rdn. 8 zu Art. 65. Eyermann, Erich = Fröhler, Ludwig = Schmidt, Jörg, Verwaltungsgerichtsordnung, 11 Aufl., 2000, Rdn. 17 zu Art. 65. Urteil des BVerwG vom 4. 11. 1976 E. (Entscheidungen des BVerwG) Bd. 51 S. 268ff. usw.

(495) 参照・新山「職権訴訟参加の法理(上)」成城法学六十一号(二〇〇〇年)三〇頁以下。

- (496) Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht (ZPO), 2 Aufl., 1985, S. 503. Ders., Rechtskräfterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZfP (Zeitschrift für Zivilprozess) Bd. 75 S. 1ff. 参照・新山「職権訴訟参加の法理(中)」成城法学六十三号(二〇〇〇年)八三頁以下。

(497) Blomeyer, a.a.O. (ZPO), S. 504. 参照・新山「職権訴訟参加の法理(中)」八三頁以下。

- (498) Schwab, Karl Heinz, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Festschrift für Friedrich Lent——Zam 75. Geburtstag——, 1957, S. 276f. 参照・新山「職権訴訟参加の法理(中)」六七頁以下。

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

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

- (501) ドイツ商法——Handelsgesetzbuch (HGB) vom 10. 5. 1897 RGBl. (Reichsgesetzblatt) 219.——一三三三条一項では、「重大な事由があるときは、裁判所は、社員の申立てにより、会社の存立期間の満了前において、または、存立期間の定めのない会社においては告知なしに、判決により、会社の解散を宣告することができる。」と規定されている。

(502) シュタイン・ヨナス・ボルクは、会社の解散を了解している社員については、「共同訴訟は必要ではないとしているが、その理由については、あきらかにしていない。」Stein = Jonas = Bork, a.a.O., Rdn. 15 zu Art. 62.

- (503) 商法(HGB)——注(501)参照——一四〇条一項では、「ひとりの社員について生じた事情により、他の社員が、一三三条により会社の解散を求める権利を有するにいたったときは、裁判所は、他の社員の申立てにより、会社の解散にか

えて、その社員の除名を宣告することができる。」と規定されている。

- (504) 商法(HGB)——注(50)——一六一条一項は、「共同の商号(Firma)を用いて營業をなすことを目的とする会社で、その社員のうちひとりまたは数人は、会社債権者に対して一定の財産出資の価額を限度とする責任をおい(有限責任社員)、その他の社員は、その責任に制限のない(無限責任社員)ものとする会社は、合資会社(Kommanditgesellschaft)とする。」と規定されている。

- (505) この訴訟参加が必要であるのに訴訟参加させられなかった第三者に判決の効力が及ばないというテーゼを、さらに分析すると、ドイツの理論のなかでは、判決の効力が及ばないのは、相対的にこのような第三者との関係についてのみであるとする相対説と、絶対的にすべての者に対してであるとする絶対説に分かれるようである。ただ、相対説をとるのはマルテンスのみ——Martens, Joachim, Streitgenossenschaft und Beiladung, VerwArch. (Verwaltungsarchiv) Bd. 60, S. 255ff.——で、大多数は絶対説をとりつづける——Bachof, Otto, Anmerkung zum Urteil des Hess. (Hessischen) VGH vom 10. 2. 1950, MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) 1950, S. 375f. Kopp = Schenke, a.a.O., Rdn. 42 zu Art. 65. Württemberg, Thomas, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rdn. 231. Eyermann = Fröhler = Schmidt, a.a.O., Rdn. 19 zu Art. 65. Redeker = von Oertzen, a.a.O., Rdn. 22 zu Art. 65.——。

- (506) Rosenberg = Schwab = Gotwald, a.a.O., S. 529. Jaernig, a.a.O., S. 233.

- (507) Rosenberg = Schwab = Gotwald, a.a.O., S. 529.

民事訴訟法(ZPO)には、形成判決の対世効(第三者効)についての規定はないが、ヤオエルニツヒによれば、形成判決がすべての者に対して(für und gegen jeden)効力をもつのは当然のことなので、あえて、そのような規定はおかれないのであるとされ、これは、実質的確定力(既判力)が、判決という国家行為に權威を与えるために、訴訟法のなかに、判決にそのような効力を認めるということが規定されて、はじめて認められるのと対比されると説明されている。Jaernig, a.a.O., S. 233f.

- (508) 今日、ドイツやわが国の民事訴訟のなかで、基本的な訴訟類型として、給付訴訟や確認訴訟とならんで位置づけられている「形成訴訟」は、ドイツ民事訴訟法——Zivilprozessordnung(ZPO) vom 30. 1. 1877, RGBl. (Reichsgesetzblatt) 83.——制定当時からインフェルトのころ——一九世紀末から二〇世紀はじめにかけて代表的な民事訴訟教本であった Sauffert, Lothar, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, 8 Aufl., 1903, S. 346ff. (zu Art. 253)——で、民事訴訟の訴訟類型として、

「給付訴訟 (Leistungsklage)」と「確認訴訟 (Feststellungsklage)」をあげるのみである。そして、同書には、「形成訴訟 (Gestaltungsklage)」とか「形成判決 (Gestaltungsurteil)」という言葉は存在していない——までは、ほとんど観念されていなかったようである。それでも、当時から、判決に対世効のようなものが認められなければならない訴訟——たとえば、婚姻の取消の訴え——もあったが、これは、一般には、判決の効力(確定力)の拡張として説明されていた——Sauter, aa.O., S.504f.——。しかし、形成訴訟⇨形成判決の概念が提唱されるにいたって——ヴァッハが、給付訴訟、確認訴訟にづく第三の訴訟類型として、法律効果を直接的に実現するものを提唱したのが、ドイツにおいて形成訴訟⇨判決の概念が伸長していきつかけとなった。なお、ヴァッハは、その場合の例として、離婚、仲裁判断の取消しなどをあげてきた。Wach, Adolf, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 12. そのあと、この概念が、シュタイン、クルシユ、ベティヒャー、ヘルヴィヒらによって発展させられていく過程については、中田淳一「形成判決の既判力」『訴訟及び仲裁の法理』(一九五三年)一九一頁以下、鈴木正裕「形成訴訟の訴訟物」『民事訴訟雑誌』五号(一九五八年)一一〇頁以下、同「形成判決の効力」『法学論叢』六七卷六号(一九八五年)二七頁以下にくわしく分析されているので、ここでは、これ以上追いかけることはしない——、当然ではあるが、確定力と形成効の厳格な区別と相互関係の分析が、さかんに試みられてきた。

ただ、その場合に、前提として、実質的確定力については、すでに述べたように、「実体法理論」と「訴訟法理論」の対立があり——参照、新山「職権訴訟参加の法理」(七)四四頁——、「訴訟法理論」がながらく支配的であったドイツの民事訴訟の理論状況では、確定力はまさに、訴訟的効力とみなされていたが、形成効については、形成訴訟⇨形成判決の提唱の最初から、実体法上の権利変動をともなう効力であると考えられていたということがあった。したがって、このふたつの効力の概念は、そもそも、次元の違うものと考えられており、問題のとらえられかたも、形成効にも、なお、確定力が認められるのかということにしばられていた。

形成判決に確定力を認める根拠も実益もないということを明確に論証したレントまで——一九五〇年代末——、ドイツでは、形成効にも確定力は認められるとする立場とこれを否定する立場のあいだで、はなばなし論争がくりひろげられた——この時点までの要約・分析については、鈴木・前掲(法学論叢六七卷六号)三四頁以下にくわしい——が、現在は、むしろ、形成効にも確定力を認める意味はあるという立場が優勢である。Nitsch, Arthur, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1952, S. 410. Schlosser, aa.O., S. 406ff. Schönke, Adolf = Kuchinke, Kurt, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 1969, S. 355.

- Blomeyer, a.a.O., S. 530. Calavros, Constantin, Urteilswirkungen zu Lasten Dritter, 1977, S. 131ff. Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S. 529. Stein = Jonas = Leipold, a.a.O., Rdn.66 zu Art.322. それに對しては、Lent の立場を維持するものとして Jauernig, a.a.O., S. 257f. を参照。
- (509) Lent の形成効の分析は、簡潔に、Lent, Friedrich, Zivilprozessrecht (ZPR), 9 Aufl., 1959, S. 187f. に要約されている。Lent は、そのほかにも、Ders., Die Sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZJP Bd. 61, S. 279ff. とする有名な論文のなかで、同様の論理をさらに緻密に展開している——なお、この論文の紹介として、小野木常「形成判決の既判力」法学論叢三九巻五号(一九五七年)八一七頁以下がある——が、前者の説明のほうがわかりやすいので、これを中心とし、補足的に後者の説明も用いることとする。
- (510) Lent, a.a.O. (ZPR), S. 187.
- (511) Lent, a.a.O. (ZPR), S. 187.
- (512) Lent, a.a.O. (ZPR), S.187. これは、さういへば、形成権が存在しないのに、あるものとして下された不当な形成判決も、有効に成立するものなのである。このことは、今日のドイツの理論でも一般に承認されている。Rosenberg = Schwab = Gottwald, a.a.O., S.529. この論理を、Lent のもうひとつの論文——Lent, a.a.O. (ZJP Bd. 61), S. 282ff.——によつて補うと、実質的確定力は、ほんらい、瑕疵のない判決について認められるものであり、また、判決が有効であるのかないのかということに関わりがないということである。
- (513) Lent, a.a.O. (ZPR), S. 188. Lent は、その論証として、実質的確定力が認められていない非訟事件訴訟の判決——たとえば、後見人の任命、親権の剥奪——には、一般に妥当する効力が付与されていない非訟事件訴訟の判決——一般に妥当する効力が付与されなければならないということをも、あてがう。Lent, a.a.O. (ZPR), S. 188. 形成効は確定力に依拠しないということについては、さうした、Lent のもうひとつの論文——Lent, a.a.O. (ZJP Bd. 61), S. 303ff.——のなかで、詳細な論証が展開されている。
- それは、判決をもはや争えないという形式的確定力は、実質的確定力に依拠しているわけではない。同様のことは、形成判決についても妥当しなければならぬ。確定した形成判決については、判決を除去しようとする攻撃は、再審が認められる場合以外は、認められない。判決に対するあらゆる攻撃を許さないとするのは、実質的確定力ではなく、形式的確定力である。ここにおいて、判決によつてもたらされた形成に、おおいなる保障が与えられるが、この保障は、け

事訴訟法に対応して、形成訴訟、確認訴訟、給付訴訟の三類型に分類されると、一般に説明されている。ただ、条文上は、四三条に確認訴訟として明記されているほかは、形成訴訟および給付訴訟という名称を用いた規定はない。ただ、四二条一項所定の取消訴訟が、形成訴訟として、同項所定の義務づけ訴訟が、給付訴訟として認識されている。So: Kopp = Schenke, aa.O., Rdn. 2 zu Art. 113.

(522) 行政裁判所法四二条一項は、「行政行為の取消しの訴え(取消訴訟)、および、申請を拒否された行政行為または行われなまま放置された行政行為を行うよう判決により命ずることを求める訴え(義務づけ訴訟)をすることができ」と規定している。ただ、ドイツの行政裁判所法では異議申立前置主義がとられており、同法七九条一項により、「原行政行為が、異議申立決定をへて変更されたものが、取消訴訟の対象となる」と規定されている。

(523) Ule, aa.O., S. 293. ただ、給付訴訟と形成訴訟は複雑にからみあっており、ウレが指摘するように、行政行為の給付を求める申請を拒否する行政庁の処分取消しを求める訴えが、認容された場合は、結果として、行政処分給付が行われるが、訴訟形式としては、形成訴訟(取消訴訟)である。

(524) Ule, aa.O., S. 312.

(525) Ule, aa.O., S. 313.

(526) Ule, aa.O., S. 313.

(527) Ule, aa.O., S. 315.

(528) Ule, aa.O., S. 115.

(529) Schlosser, aa.O., S. 194ff. シュローサーが、あえて、行政訴訟の問題に一章をさいしたのは、察するに、行政訴訟理論の、必要的訴訟参加人への実質的確定力の拡張の論理構成が、あまりに奇妙で、興味をひいたからであろう。

(530) Schlosser, aa.O., S. 195.

(531) Schlosser, aa.O., S. 196. したがって、行政訴訟理論における通説が、実質的確定力の枠内——すなわち、行政裁判所法二二条を根拠として——で、必要的訴訟参加人にまで、なんとか、判決の効力を及ぼそうとすることを、シュローサーは、あやまりであると断じたうえで、「しかし、この場合、二二条は、実質的確定力の範囲のみを定めるものであって、形成効の範囲まで定めるものではないということ、通説は見のがしている」と指摘している。Schlosser, aa.O., S. 196.

- (532) Schlosser, a.a.O., S. 198.
- (533) Schlosser, a.a.O., S. 195. このような行政訴訟の通説の論理構成は、形成効に関しては、民事訴訟の理論と、ほとんど、あざいれないと、マロチユケが指摘している。Marotzke, a.a.O., S. 177.
- しかし、行政裁判所の判例では、はやくから、取消判決に形成効がはたらき対世効をもつことが指摘され、それによる判決の合一的確定の必要性との関連が論じられていた。たとえば、連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決——「事例①」、新山「職権訴訟参加の法理（下）」七頁参照——では、「この場合、第三者を手続に関係させることが必要である」ということの根拠は、まさに、取消判決の形成効にあるのである。」とされている。
- (534) *マイン民事訴訟法——Zivilprozessordnung (ZPO) in der Fassung vom 12. 9. 1950, BGBl. 533, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 4 Gesetz zur Änderung von Schriften auf dem Gebiet der Anmerkung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 19. 2. 2001, BGBl. I S. 288.——*五五一条は、絶対的上告理由をあげ、その5号では、「判決は、以下の場合には、つねに法律に違反したものとみなされる。5、当事者の一方が、手続において、法律の規定にしたがって代理されなかったとき、ただし、当事者が、訴訟の追行を、明示または黙示に承諾しなかった場合に限られる」と規定されている。
- さうほう、行政裁判所法 (VwGO) では、一五三条に再審の定めがあり、「(一) 確定判決により終結した手続については、民事訴訟法第四編の規定により、再審が許される。(二) 無効訴訟および回復訴訟については、公益代理人も、これを提起することができる。また、連邦行政裁判所における第一審にして最終審である手続においては、連邦公益代理人も、これを提起することができる」と規定されている。
- (535) Schlosser, a.a.O., S. 197.
- (536) Schlosser, a.a.O., S. 197. マロチユケは、このような事態におちいるのは、あまりにせますぎる行政裁判所法での形式的当事者概念に原因があるとしつゝる。Marotzke, a.a.O., S. 184.
- (537) Schlosser, a.a.O., S. 197.
- (538) Schlosser, a.a.O., S. 198.
- (539) Schlosser, a.a.O., S. 198f.
- (540) Schlosser, a.a.O., S. 200.

- (541) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」五六頁以下。とくに、事件に関わる手続規定が、憲法によって保障された法的聴聞の最低限度にたりないときは、基本法一〇三条一項から、直接、裁判所の聴聞義務が導きだされるところの判例理論について。
- (542) Marotke, a.O., S. 175.
- (543) 民事訴訟法(ZPO)七〇五条では、「上訴期間または異議申立期間の経過により、判決は確定する。期間内に、上訴し、または、異議を申し立てたときは、判決は確定しない。」と規定され、行政裁判所法一七三条一文では、「この法律に、手続に関する規定がない場合は、両手続に根本的相違がないかぎり、裁判所構成法および民事訴訟法の規定が準用される。」と規定されている。
- (544) 行政裁判所法二二四条一項では、「一〇条の規定による一部判決をふくむ終局判決および一〇九条ならびに一一一条の規定による中間判決に対しては、関係人は、高等行政裁判所に控訴することができる。」と規定され、また、同法一一三条一項では、「高等行政裁判所の判決に対して(四九条一号)、関係人は、連邦行政裁判所に、上告することができる。上告は、一三三条の場合を除くほか、その高等裁判所が許可したときにかぎり、することができる。」と規定されている。なお、一三三条は、許可を要しない上告について規定している。
- (545) Eyermann = Fröhler = Schmidt, a.O., Rdn.32 zu Art. 65. Redeker = von Oertzen, a.O., Rdn. 25 zu Art. 65. Urteil des BVerwG vom 27. 3. 1963 E., Bd.16 S.23ff.——新山「職権訴訟参加の法理(上)」五〇頁〔注23〕——, Urteil des BVerwG vom 10. 3. 1964 E., Bd. 18 S. 124ff.——〔事例②〕——, Urteil des BVerwG vom 26. 8. 1971 E., Bd. 38S. 290ff.
- (546) Urteil des BVerfG (Bundesverfassungsgericht) vom 9. 2. 1982 E., Bd. 60 S. 7ff.
- 事案は、*「ひび」とおりである。有限会社(Gesellschaft mit beschränkter Haftung—GmbH—)のひとりの代表権をもち社員から、裁判所に対して、会社解散の訴えが提起された。有限会社法—Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Fassung vom 20. 5. 1898 BGBl. I S. 846.—六一条一項によれば、「会社の目的を達することが不可能な場合、あるいは、会社との関係で解散すべき重大な事由が存在した場合には、会社を、裁判所の判決により、解散することができる。」と規定され、同条二項によれば、会社解散の訴えは、会社に対してすると規定され、同条三項によれば、会社の所在地のラント通常裁判所が、管轄権を有すると規定されている。裁判所は、この訴訟係属については、同会社の他の社員に告知しないまま、解散の訴えを認容する判決を下し、そのまま確定した。そこで、同会社の*

他の社員が、裁判所が告知しなかったことが、基本法一〇三条一項に保障された法的聴聞請求権の侵害にあたるとして、連邦憲法裁判所に憲法訴願した。

連邦憲法裁判所の判旨は、以下のとおりである。

「憲法訴願は許容され、かつ、理由がある。

一、憲法訴願人は、手続に関与しなかったのに、係争判決により権利を侵害されている。判決により直接的に権利を侵害される者には、法的聴聞の保障請求権がある。それは、形式的訴訟関係人以外の、実体的に判決の効力をうける者にも認められる。本件のごとき、有限会社の解散を求める形成の訴えが認容される場合には、その要件が満たされているといえる。解散を認める判決は、権利の取消しというかたちで、他の社員の法的地位に直接的に影響を与える——

Urteil des BVerfG vom 1. 2. 1967 E., Bd. 21 S. 132ff.——。

本憲法訴願は、係争判決を知ってから一月以内に行われたもので、そのかぎりで適法である—— Urteil des BVerfG vom 1. 2. 1967 E., Bd. 21 S. 132ff.——。憲法訴願が認められるためには、それ以外に、他の救済手段をつくされなければならぬという要件がある。しかし、憲法訴願人は、判決が確定したのちに、はじめて訴訟があつたことを知ったのである。判決が確定したのは、補助参加できなかった者が、再審の申立てをすることによって、手続上の権利を回復することができるかは、条文の文言からは、疑わしい。憲法訴願人には、なぜ、みずから法的聴聞をうける機会を放棄したのかという非難はあたらない。……………

二、係争判決は、憲法訴願人の聴聞をうける権利を侵害している。

a) 当廷は、基本法一〇三条一項を、現行手続法の解釈の根拠としているだけではなく、この基本権から直接に、聴聞義務も導きだしているのである—— Urteil des BVerfG vom 8. 1. 1959 E., Bd. 9 S. 89. Urteil des BVerfG vom 22. 4. 1964 E., Bd. 17 S. 356.——。とりわけ、このことは、当該手続法規が、憲法によって保障された法的聴聞の最小限の基準をみたさなものであるときには、妥当する—— Urteil des BVerfG vom 1. 2. 1967 E., Bd. 21 S. 132ff.——。本件の場合は、まさにそれに該当する。

有限会社法は、たんに、だれが解散訴訟を提起することができ、だれに対してこれを提起すべきかということを決めているだけである。他の社員は、補助参加人として訴訟に参加していない。民事訴訟法は、たしかに、そのような訴訟関与について、おおくの規定をおいている。しかし、同法は、同法六二条の意味における共同訴訟的補助参加人が、訴

訟の結果により自己の権利を侵害されるおそれがあるにもかかわらず、そのような訴訟が係属していることさえ知らされない場合については、なんら規定をおいていない(参照、必要的訴訟参加について規定した行政裁判所法六五条一項、社会裁判所法七五条二項、財政裁判所法六〇条三項)。……………解散訴訟において、必要的共同訴訟人として、他の社員に、すくなくとも訴訟が提起されたということが告知され、あとから既成事実がつきつけられることがないということによって、はじめて、基本法一〇三条一項の要請が満たされるのである——Urteil des BVerwG vom 19. 3. 1956 NJW 1956 S. 1295f.——。

(547) 民事訴訟法(ZPO)六四〇条e一項では、「いっぽうの親または子が、訴訟の当事者でない場合は、いっぽうの親または子は、訴訟の告知のもとに、口頭弁論期日に召喚され(adam)なければならない。いっぽうの親または子は、当事者のいっぽうまたは他方の補助参加人となる。」と規定されている。

(548) Urteil des BGH (Bundesgerichtshof) vom 24. 11. 1983 NJW 1984 S. 353f.

事案は、このとおりである。離婚した夫が、婚姻中に、以前の妻とのあいだにできた子の嫡出性を否認する訴えを、子に対して提起した。被告(子)は、訴訟中も、青少年局(Jugendamt)から被扶養者として扱われていた。ところで、民事訴訟法(ZPO)六四〇条e一項——注(547)参照——によれば、妻(母親)への訴訟係属の告知と、これを口頭弁論期日に召喚することが、裁判所に義務づけられているが、区裁判所は、母親を訴訟参加させることなしに、被告(子)は原告(父親)の子ではないことを確認する判決を下した。その判決は、被告と原告には送達されたが、母親には送達されなかった。上訴期間経過後、母親は、裁判所構成法——Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) in der Fassung vom 9. 5. 1975 BGBl. I S. 1077——一九九条一号により管轄権を有するラント高等通常裁判所に文書を提出し、子がわに訴訟参加したい旨、原判決に対する控訴と徒過した控訴期間の回復を求める旨の申立てをした。ラント高等通常裁判所が、控訴を却下したので、上告された。

連邦通常裁判所の判旨は、以下のとおりである。

「子に関する事件(Kinderschaftsache) に関して下された判決は、当事者の生存中に確定した場合には、すべての者に對して効力を有するので、訴訟に参加しなかった母親に対しても、効力を有する。したがって、母親は、基本法一〇三条一項にもとづく法的聴聞請求権をもつ。同請求権には、民事訴訟法六四〇条e一項が関連する。同項では、いっぽうの親または子が、訴訟の当事者でない場合は、いっぽうの親または子は、訴訟の告知のもとに、口頭弁論期日に召喚さ

れなければならぬ(一文)とされ、また、いっぽうの親または子は、当事者のいっぽうまたは他方の補助参加人となる(一文)とされている。この場合の訴訟参加人は、共同訴訟的補助参加人(同法六九条)として扱われ、通常補助参加人について認められる訴訟行為の制限(同法六七条)に服さず、補助するがわの主たる当事者に反する訴訟行為も行うことができるので、場合によっては、判決のあやまりを正すために、独立して上訴することができる—Urteil des BVerfG vom 1. 2. 1967 E., Bd. 21 S. 132ff.—¹⁾

「a)被告の非嫡出性を確認する一九八一年二月二日の区裁判所の判決は、原告と被告にのみ送達されている。それによって、原告と被告に対してのみ、送達後一月という控訴期間(同法五一六条)が起算された。不当にも、控訴裁判所は、控訴期間が被告について徒過した一九八一年二月三〇日に、判決が確定したと認定した。

b) もし、被告の母親が、区裁判所の訴訟に、当事者の補助参加人として訴訟参加していれば、判決は、母親にも送達されていなければならなかったし—Urteil des BGH vom 7. 11. 1974 NJW 1975 S.218.—、母親についても、別個に、控訴期間が起算されたはずである。母親は、区裁判所の訴訟に訴訟参加していなかったが、その判決については、母親にも送達されるべきであった。事案は子に関する事件であるのに、被告の母親は、当事者として関与していない。そのような訴訟に当事者として関与していないいっぽうの親に憲法上の聴聞請求権を保障するために、民事訴訟法六四〇条eは、訴訟の告知のもとに、口頭弁論期日に召喚されなければならないと規定している。裁判所が、この法律により規定された必要の訴訟参加の措置をとることを怠り、手続のなかでこれを追完しないときは、当事者として訴訟に関与せず、訴訟参加もさせられなかった者にも、判決は送達されなければならない。そのことは、民事訴訟法六四〇条eの憲法に適合した解釈からも導きだされる。母親の法的地位が判決により侵害されるにもかかわらず、法的聴聞の機会が与えられずに判決が下された場合も、判決が送達されることにより、母親に、当事者から独立に上訴して、みずから権利を防衛する機会が与えられる。」

(549) Marotzke, aa.O., S. 180.

(550) マロチュケは「これを「このようにすれば二ひきのハエを一本のハエたきでたたける」と表現している。Marotzke, aa.O., S. 181.

(551) Marotzke, aa.O., S. 180f.

(552) Marotzke, aa.O., S. 207f. マロチュケがあげる、もうひとつの解決方式である憲法訴訟願は、特別もしくは非常の救済手

段であつて、連邦憲法裁判所法 (BVerfGG) —— Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung vom 11. 8. 1993, BGBl. I S. 1473. —— 九〇条二項一文では、「権利の救済の途が開かれなかつたことに対する憲法訴訟は、他の救済手段を尽くしたのち (nach Erschöpfung des Rechtswegs) でなければ、提起することはできない。」とされている。これに対して、通常裁判所への上訴による解決方式は、民事裁判の管轄のなかで訂正することを試みるものであるとしている。Marotzke, a. O., S. 179f.

(553) このことは、連邦憲法裁判所一九八二年二月九日判決——注(546)——に示唆されているところで、これにマロチュエケが感化されたのである。

(554) ただ、民事訴訟法六六条二項では、「補助参加は、確定判決が下されるまでの、訴訟のいかなる段階においても、なすことができ、また、上訴の提起と併合しても、なすことができる。」とされ、また、同法六九条では、「主訴訟の判決の確定力が、補助参加人と相手方のあいだの法律關係に、民法の規定により、有効に及ぶ場合は、補助参加人は、六一條(共同訴訟)の意味において、主たる当事者の共同訴訟人とみなされる。」とされていることから、他の社員は、確定判決が下されるまでの訴訟のいかなる段階においても、また、上訴の提起と併合しても、被告会社を補助して共同訴訟的補助参加人として訴訟参加し、被告会社の意に反する訴訟行為もする権利は有している。しかし、連邦憲法裁判所もマロチュエケも、それだけでは満足していない。Marotzke, a. O., S. 168.

(555) このことは、これまでのわれわれの考察でも、見たところでも、Beermann, Karl August, Streitgenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streitverkündung—Bemerkung zu Joachim Stetner, Das Verhältnis der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozess—, ZZP Bd. 90, S. 129. Kopp = Schenke, a. O., Rdn. 2 zu Art. 65, なお、くわしくは、参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」八一頁

(556) Marotzke, a. O., S. 169.

(557) Marotzke, a. O., S. 169. 基本法一〇三条一項に規定された法的聴聞請求権の意義・内容については、参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」五六頁以下。

(558) 行政裁判所法 (VwGO) 六五条一項では、「裁判所は、訴訟がいまだ確定判決によつて終結していない場合、または、訴訟が上級審に係属している場合は、訴訟の結果により法律上の利益を害される第三者があるときは、その者の申立てによりまたは職権で、訴訟に参加させることができる。」と規定されている。

- (559) Marotzke, aa.O., S. 176. 民事訴訟法でこれに対応する規定は、六六条二項で、「補助参加は、確定判決が下されるまでの、訴訟のいかなる段階においても、なすことができ、また、上訴の提起と併合しても、なすことができる。」と規定しているが、これも、共同訴訟的補助参加人の独立の上訴権を根拠づけるものではない。
- (560) Marotzke, aa.O., S. 198f.
- (561) Marotzke, aa.O., S. 176. そのことは、マロチュケもみずから認めており、行政裁判所法は、訴訟参加しなかった第三者には、それが必要的訴訟参加の場合であっても、上訴によって判決を争うというようなことは、まったく考えていないとしている。
- (562) 行政裁判所法 (VwGO) 一一六条一項では、「判決は、口頭弁論が行われたときは、原則として、口頭弁論終結時に、特別の場合には、一週間を超えないで定められる即時指定期日に、言い渡す。判決は、関係人に送達されなければならない。」と規定されている。
- (563) 行政裁判所法 (VwGO) 一二四条一項では、「一一〇条による一部判決をふくむ終局判決および一〇九条ならびに一一一条による中間判決に対して、関係人は、高等裁判所への控訴が認められている場合は、控訴することができる。」と規定されている。
- (564) 行政裁判所法 (VwGO) 一三二条一項では、「高等行政裁判所の判決 (四九条一号) および四七条五項一文の決定に対して、関係人は、高等行政裁判所が、上告を許可した場合、または、連邦行政裁判所が、不許可に対する異議を認めた場合は、連邦行政裁判所に上告することができる。」と規定されている。
- (565) Marotzke, aa.O., S. 199.
- (566) マロチュケが本論考の基礎としているのが、シュローサーの理論であることは疑いないが、そのシュローサーは、訴訟参加させられなかった第三者の上訴権については、きわめて制限的な立場をとっている。すなわち、それは、形成効の相対化であり、第三者の上訴に対しては、係争判決を第三者との関係でのみ取り消し、他の者に対しては、そのまま有効に存続させるといふものであるが、このような判決を下す権限を有するのは、連邦憲法裁判所に限定され、民事裁判所や行政裁判所には、かかる権限はないといふものである。Schlosser, aa.O., S. 205.
- また、グルンスキーは、第三者からの上訴による判決の取消しというラディカルな解決は、おおくの場合、既存の訴訟関係人の保護すべき利益を侵害することになるといふ警告を発している。それは、母が、子の父親に対して、民事訴

訟法 (ZPO in der Fassung vom 12. 9. 1950 BGBl. S. 533.) 六三八条二文——「婚姻の存在または不存在を確認する判決は、当事者の双方の生存中に確定したときは、すべての者に対して、効力を有する。」|| 現行民事訴訟法 (zuletzt geändert am 19. 2. 2001 BGBl. I S. 288) では削除されている——によりすべての者に対して効力をもつ婚姻不在の確認を求める訴えを提起し、これを認容する判決が下された場合である。子は、とうぜん、この判決——これにより、子は非嫡出子の身分におちいった——が取り消されて、嫡出子の身分を回復することを望むはずである。しかし、もし、この訴訟に訴訟参加していなかった子に上訴権を認め、それにより判決が取り消されれば、その婚姻の不存在を確認する判決を信じて他の男と結婚した母は、重婚者のレッテルをはられることになるというものである。

それを避けるために、グルンスキーは、子に上訴権を認めることを拒否し、そのかわりに、母と父親のあいだに下された婚姻の不存在を確認する判決は、不当に訴訟参加させられなかった子には、同条二文に反して、効力を生じないとすることによって、両親に対して、みずからの嫡出性の確認を求める訴えを提起する可能性を開くことを提案している。

- Grunsky, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 2. 9. 1966, FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 1966 S. 642.
- (567) 控訴期間の起算点については、民事訴訟法 (ZPO) 五一六条では、「控訴期間は一月とする。この期間は不変期間であり、判決の送達により起算する。ただし、判決の言渡し後、五ヶ月が経過したときに起算する。」と規定され、行政裁判所法 (VwGO) 一一四条 a 一項一文では、「控訴の許可の申立ては、判決の送達後、一月以内に行なければならぬ。」と規定されている。これが大原則である。しかし、連邦通常裁判所一九八三年一月二四日判決もマロチュケも、これは、訴訟に関与し、判決を送達された者について妥当する原則であって、訴訟参加させられず、しかも、判決の送達もうけなかった第三者は、この原則に拘束されないと考えている——Marozke, aa.O., S. 194f.——。この一〇年という期間は、したがって、権利の消滅時効の一般原則によるものである。

(568) Marozke, aa.O., S. 183.

(569) Marozke, aa.O., S. 198.

(570) 参照、新山「職権訴訟参加の法理 (中)」五六頁以下。

(571) これは、ほとんど、二重効果の行政処分によって規定される法律関係である。

(572) このなかには、被告は含まれていないが、まさに、自分のがわに訴訟参加してくる被告にとって、第三者の訴訟参加が必要であるという論理はないのであろうか。ドイツの理論分析のなかでは、不思議に、訴訟参加をうける被告との

関係で、必要的訴訟参加の問題が論じられているものには、出会わなかった。ただ、被告との関係で必要的であるかはべつにして、第三者が被告のがわに訴訟参加することは、被告の訴訟上の地位に、おおきく影響することはまちがいない。この問題は、わが国において職権訴訟参加の法理を構築することをめざす次章において、あわせて検討する。

(573) いちおう、これが、なんども提示したベッターマンのきわめて示唆的なふたつのテーゼ、すなわち、「第三者の訴訟参加がなくても、第三者に判決の効力が及ぶという場合に、第三者の訴訟参加は必要となる」というものと、「必要的訴訟参加においては、訴訟参加人への判決の効力の拡張は、必要であることの効果ではなく、その要件である」というもの——参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」八二頁以下——の解明になると思われる。

三 職権訴訟参加の法理

はじめに

本章は、ドイツで認められている「必要的訴訟参加」のような制度が存在しないわが国において、第三者を訴訟参加させることが、実体的に必要であると思われる場合に、裁判所が職権により第三者を訴訟参加させることを積極的に行わなければならないとする法理を確立することをめざすものである。

そのような論理の基礎となるのは、「行政事件の(抜本的)解決」の観念である。たんなる私人間の紛争にとどまらない行政事件では、紛争解決のみをめざす民事訴訟とは異なり、訴訟当事者を超えてひろがる、はばひろい社会的解決が求められる。それが、おそらく、わが国の行政訴訟理論のなかで、むかしからくり返しいわれてきた「公益」ということであろうと思われる。このようなはばひろい社会的解決の重要な手段となるのが「訴訟参加」であることは、いうまでもない。

わが国の行政訴訟制度でも最初から存在した「訴訟参加」というものが、どのように観念され、どのような運用

が行われてきたのか、はたして、それが、「行政事件の(抜本的)解決」に役立ってきたのかを、歴史的に理論分析することが、まず、行われる。

しかるのちに、ドイツの理論分析によって得られた数々の手法により、わが国の現行行政事件訴訟法の枠内で、裁判所が職権により第三者を訴訟参加させることを積極的に行わなければならないとする法理を確立することがめざされる。

(一) わが国の行政訴訟における訴訟参加理論の歴史的分析

(a) 行政裁判法のもとの訴訟参加

(aa) 行政裁判法の規定

一 行政訴訟というより、行政裁判においても、第三者の訴訟参加という手続を認めることは、行政裁判法⁽¹⁾制定当初より行われていた。すなわち、同法三二条一項では、「行政裁判所ハ訴訟審問中其事件ノ利害ニ関係アル第三者ヲ訴訟ニ加ハラシメ又ハ第三者ノ願ニ依リ訴訟ニ加ハルコトヲ許可スルヲ得」と規定されていた。

そして、同条二項では、とくに、その第三者に対する判決の効力について規定し、「前項ノ場合ニ於テハ行政裁判所ノ判決ハ第三者ニ対シテモ亦其効力ヲ有ス」とされていた。二 この規定をうけて、三三条(口頭弁論期日への召喚)、三四条(審廷における弁明の機会の供与)、三八条一項(出廷命令、証明活動の認容)、四一条(召喚期日の不出廷)、四二条一項(判決の送達)では、原告と被告にらんで、第三者についても、あわせて、規定されている。

(bb) 佐佐木理論の分析

一 右のような規定のもとで、当時のわが国の行政訴訟法学が、どのように訴訟参加というものを理解し、どのよ

うなことを訴訟参加に期待していたかを、すこしくわしく分析しておこう。⁽²⁾この時代の代表的教科書のひとつであった佐佐木博士の「日本行政法総論〔改版〕」では、訴訟参加の目的について、つぎのように述べられている。⁽³⁾

いわく、「行政訴訟ニ加ハルトハ其ノ行政訴訟ニ於テ自己ノ利益ニ歸スル判決ヲ生セシムルカ爲メニ必要ナル行政訴訟上ノ行爲ヲ爲スコトヲ謂フ。故ニ之カ爲メニ一定ノ要求ヲ爲シ理由ヲ述ヘ、證據方法ヲ提出スルコトヲ得。

然レトモ形式上其ノ行政訴訟本來ノ原告又ハ被告ノ一方ヲ補助シテ他ノ一方ヲ相手トスルニ非ス、又此ノ両者ヲ相手トスルニモ非ス、唯單ニ他人ノ爲ス行政訴訟ノ結果ヲ自己ノ利益ニ歸セシムル爲メニ訴訟上ノ行爲ヲ爲スノミ。」

ここで述べられていることは、訴訟参加とは、まさに、訴訟参加人が、その訴訟の結果を自己に有利に導くために行うものであり、そのために、みずからの訴訟行為——一定の要求をし、証拠方法を提出する——をすることができるといふものであるが、ここで注意をひかれるのは、訴訟参加人は、訴訟当事者の一方のがわについて（補助して）他の一方を相手とするのではなく、かといって、両方の当事者を相手とするものでもないということである。

これを、現在の民事訴訟の補助参加（共同訴訟的補助参加）の理論との比較において分析すると、まず、訴訟参加人の地位の補助性が明確に認識されていないということが指摘できよう。たしかに、叙述のなかに「補助」という言葉は用いられているが、けつきよくは、その補助性を否定しているのである。しかし、それは、独立当事者参加のような、訴訟参加人が当事者双方を相手とする三当事者システムのようなものを考えているわけではない。ここでのポイントは、「他人ノ爲ス行政訴訟ノ結果ヲ自己ノ利益ニ歸セシムル爲」という訴訟参加の目的である。まさに、それは、被参加人を勝訴させることによって参加人の利益をまもるといふ補助参加の目的である。

その意味では、訴訟参加人の法的地位においては、訴訟参加人の補助性を否定し、訴訟参加の目的においては、その補助性を肯定するといったアンバランスがみられ、もうひとつ、ここで述べられている訴訟参加の概念がはっきりしていない。⁽⁴⁾その結果、当然ではあるが、ここでいう訴訟参加人がどの範囲で訴訟行為をする——主たる当事

者の意思に反する訴訟行為はできないのか——ことができるのかは、はっきりしない。けつきよく、そのことは、現在の民事訴訟理論で認められている共同訴訟的補助参加——通常補助参加人よりつよい法的地位が認められ、主たる当事者の意思に反する訴訟行為もできる——の基礎となる、判決の効力が訴訟参加人にも及ぶというような、判決の効力に関わる考察が、ここでは欠けていることによる。

二 ここで、すこし、佐佐木博士の判決の効力論について、見てみよう。

佐佐木博士の判決の効力論は、基本的に、ドイツ行政訴訟理論をうけついでたもので、確認判決、給付判決、形成判決の、判決三分論を基礎とする。したがって、取消判決に形成効があることは、当然、認められている。しかし、同書では、判決の効力としては、確定力と拘束力の二種の効力の説明のみが行われ、形成効の説明はとくにされていない。

確定力についての説明は、「判決ノ確定」と題され、「之ニ形式的確定及ヒ實質的確定ノニアリ」とされている。

既判力(實質的確定力)⁽⁶⁾に関する説明で興味ぶかいは、行政裁判所の判決についての、既判力の、原則的否定である。その根拠は、既判力について、「我國法ハ何等ノ規定ヲモ設ケズ」ということにある。⁽⁷⁾ 同法が既判力を認める(宣言する)規定をおかなかつた理由を、佐佐木博士は、民事訴訟との比較により論じられ、民事訴訟では、判断の対象となる生活関係が不変のものであるのに対して、行政訴訟では、判断の対象となる生活関係は時々々事情によって異なり、けつして不変のものではないので、行政訴訟において行政処分の当否を定めても、それは、そのときの行政処分についてのもので、「他日ノ事情ニ依テ爲サルル同様ノ行政處分ノ當否ヲ示シ得ルモノニ非ス」とされている。⁽⁸⁾

ただ、同法に、もし、既判力を認める規定をおくとするならばという意味で、「判決力既判力ヲ有スルトキハ其ノ既判力ハ参加人ニモ及フ(行政裁判法第三十一条第二項)。」とされているが、この説明からすると、佐佐木博士

は、同法二二条二項所定の判決の効力が第三者に及ぶことを、形成効の作用ではなく、既判力の拡張としてうけとられているようである。

拘束力に関する説明は、さらに興味ぶかい。佐佐木博士による拘束力とは、「其ノ事件ニ付テ其ノ事件ニ關係ノ行政廳、當事者、關係者及ヒ參加人ヲ拘束ス」⁽⁹⁾る効力とされるが、これは、行政裁判法一八条で、判決の拘束（羈束）力として、「行政裁判所ノ判決ハ其事件ニ付キ關係ノ行政庁ヲ羈束ス」と規定され、もっぱら、行政庁のみを拘束する内容であるのと比較して、その拘束力が及ぶ範囲を、当事者、關係者——訴訟に参加しない第三者のことである——、参加人にまで拡大するものである。

關係者、訴訟参加人に対する拘束力の説明⁽¹⁰⁾だけにしほつて、見てみると、「參加人ハ其ノ事件ニ付テ判決ト異ナル處置ヲ求ムルヲ得ス」とされ、關係者についての例として、「甲カ乙ニ對スル水ノ利用許可ノ處分ニ依テ從來有シタル水利ヲ失フカ爲ニ行政訴訟ヲ提起シ、行政裁判所其處分ヲ取消シタルトキハ、行政訴訟ノ當事者ニ非サル乙ハ其ノ水ヲ利用スルヲ得ス」とされている。その理由については、「是レ、關係者ヲ拘束スルモノニシテ當然ナリ。」とされるだけで、それ以上の説明はされていない。

また、参加人についての例として、「甲乙兩村ノ境界ノ争アリテ縣參事會之ヲ裁定シ、甲村行政訴訟ヲ起シテ乙村ノ不利益ニ判決アリタルトセハ、乙村ハ縣參事會ノ裁定シタル所ニ依テ境界ヲ定ムルヲ要ス。」とされている。その理由については、「是レ、參加人ヲ拘束スルモノニシテ當然ナリ。——蓋シ、行政裁判所ノ判決ハ參加人ニ對シテモ亦其ノ効力ヲ有ストセラルレハナリ（行政裁判法第三十一条第二項）。」とされている。

これらの説明を見ると、關係者——訴訟参加しない第三者——との關係では、形成効と拘束力の混同が、訴訟参加人との關係では、形成効もしくは既判力の拡張（？）と拘束力の混同がみられるようである。

三 つぎに、訴訟参加が認められるための要件については、どのように考えられていたのであろうか。同書の解説

によれば、実質上の要件と形式上の要件にわけて論じられている。⁽¹¹⁾

いわく、「行政訴訟ノ参加アルニハ一定ノ條件ヲ要ス。(一) 實質上ノ條件ハ其ノ第三者カ行政訴訟トナレル事件ノ利害ニ關係アルコトナリ。事件ノ利害ニ關係アリトハ法文ノ用語ナリ。之ヲ解シテ其ノ行政訴訟ニ對シテ下サルヘキ判決ニ依テ自己ノ利益ニ影響ヲ受クルコトノ義トス。而シテ其ノ利益ハ法上ノ利益ニ限り、彼ノ經濟上ノ利益ニ影響ヲ受クルモ爲メニ参加ヲ許サルコトナシ。⁽¹²⁾……………(二) 形式上ノ條件ハ行政裁判所カ之ヲ決定スルコトナリ。行政訴訟ノ参加アルハ常ニ行政裁判所カ其ノ第三者ヲシテ之ニ参加セシムトスルニ由ル。其ノ決定ハ或ハ行政裁判所ニ於テ職權ヲ以テ起働的ニ爲シ或ハ第三者ノ出願ニ對シテ受働的ニ之ヲ許可ス。何レノ場合ニ於テモ第三者カ當然ニ行政訴訟ニ参加スルコトナシ。」

ここで実質的要件とされているものは、訴訟の判決によって自己の利益に影響をうけるということであるが、これは現行の行政事件訴訟法二二条一項の「訴訟の結果により権利を害される」ということと、同じ内容をもつものと考えられる。事実、その利益とは法律上の利益であつて、たんなる經濟上の利益では認められないという解釈⁽¹⁴⁾は、現行行政事件訴訟法二二条一項の解釈⁽¹⁵⁾と同じである。

むしろ、ここで興味をひかれるのは、形式上の要件とされるものの解説である。行政訴訟における訴訟参加については、裁判所が職権で考慮することもあれば、第三者の申立てによることもあるが、最終的には裁判所の決定によるということは、現行行政事件訴訟法の立場と同一であるが、その三つの事柄のあいだで、どこに重点がおかれているかということに気をつけて読んだ場合、その説明のニュアンスに若干の違和感があるように思われる。

すなわち、この説明のながれは、「行政訴訟ノ参加アルハ常ニ行政裁判所カ其ノ第三者ヲシテ之ニ参加セシムトスルニ由ル。……………何レノ場合ニ於テモ第三者カ當然ニ行政訴訟ニ参加スルコトナシ。」ということが大枠になつており、申立てがあるからといって、必ずしも、訴訟参加が認められるわけではなく、裁判所が訴訟参加をさせ

るかどうかを決定するということが、基本的に、つよく、確認されている。そのうえで、訴訟において、訴訟参加が問題となる契機について、「起働的ニ」職権による場合もあれば、「受働的ニ」申立てによる場合もあるが、後者については、とくに、「第三者カ當然ニ行政訴訟ニ参加スルコトナシ」ということが強調されることにより、ほとんど、行政訴訟における訴訟参加は、裁判所の職権調査事項であり、その裁量事項であつたとの感さえうけるのである。

いずれにせよ、このような説明のニュアンスの根底にあるのは、行政訴訟においては、訴訟参加はひろく認められるものではなく、制限的にしか認められないものであるということであろうと思われる。

(CC) 美濃部理論の分析

一 同じ行政裁判法のもとでの訴訟参加の理解についても、「公益」という概念を、その目的の中心にすえたのが、美濃部博士である。わが国最初の本格的な行政訴訟の理論書である「行政裁判法」は、行政訴訟における訴訟参加を、民事訴訟における訴訟参加との比較において論じているが、このスタイルは、その後のわが国の行政訴訟理論における訴訟参加の説明の主流となった。

すなわち、「訴訟参加の制度は民事訴訟に於いても認められて居るものであるが、行政訴訟に於ける参加は一點に於いて著しく民事訴訟に於ける参加と異なつて居る。民事訴訟の参加は常に参加人の自由意思に基づくものであるに反して、行政訴訟の参加は時として行政裁判所の命令に依つて参加せしむることが有り、参加人の希望に基づく場合でも常に行政裁判所の許可を要することはである」として、両訴訟における訴訟参加の相違を強調することを、出発点としている。

その相違については、「行政訴訟の参加が斯く民事訴訟の参加と手續を異にして居るのは、行政訴訟と民事訴訟との性質の差異に其の理由を有するものであることは言ふまでもない」と述べているが、さらに、つぎに上げるよ

うに、「公益」を根拠に、その相違についての論証が展開されている。⁽¹⁷⁾

いわく、「民事訴訟は私権の保護を目的とするもので、直接に公益に關するものではないから、第三者が訴訟に参加するのも第三者自身の任意に任かすのが當然で、國家の側から之に干渉すべき理由は無いが、行政訴訟は行政事件に關するもので、直接に公益に影響するものであり、其の出訴の要件も限定せられて居るのであるから、第三者が訴訟に参加するのも、其の自由意思に放任することを得ないもので、少なくとも行政裁判所の同意を得ることが必要である。」というものである。

ここで述べられていることの前提は、「民事訴訟は私権の保護を目的とするもので、直接に公益に關するものではない」ということと、その反面で、「行政訴訟は行政事件に關するもので、直接に公益に影響するものである」ということであるが、じつに、このテーゼは、わが國のこのちの行政訴訟理論を支配するものでもあった。ただ、この説明でもそうであるし、また、その後の行政訴訟理論の説明でもそうであるが、そこでいう「公益」がどのような内容を持ち、どのように行政訴訟を支配するのかということは、いつさいあきらかにされていない。

むしろ、ここで興味をひかれるのは、「其の出訴の要件も限定せられて居るのであるから」、第三者が訴訟参加するためには裁判所の同意があるとされていることである。これは、いうまでもなく、行政訴訟における原告適格が、民事訴訟におけるそれよりも制限的であることをいつているのであるが、問題は、そのことと訴訟参加が制限的にしか認められないことが、無条件に連動されていることである。その根拠については、いちおう、以下のように説明されている。⁽¹⁸⁾

いわく、「何となれば参加人は原告又は被告と同じく訴訟當事者としての總ての權能を有するものであるから、訴訟當事者となり得べき資格を備ふる者であることを要し、而して訴訟當事者となり得べき資格は行政訴訟に於いては特に限定されて居るのであるから、其の資格を備ふるや否やに付いて、行政裁判所の認定を要するのは當然で

あるからである。」というものである。

このように、きわめて明快に、訴訟参加の資格が原告適格と同じレベルで論じられるべきこと、行政訴訟では、なぜ、訴訟参加について行政裁判所の同意があるのかということが、そのかぎりでは、論理整合的に説明されるのである。¹⁹⁾しかし、この論述は、訴訟法的には、いささか、不十分・不明確であって、「参加人は原告又は被告と同じく訴訟当事者としての總ての権能を有する」とされているが、そもそも、訴訟参加人が、原告または被告とならんで、訴訟当事者たりうるか、また、訴訟参加人は、主たる当事者の意に反する訴訟行為——たとえば、訴えの放棄、認容についても——まで行うことができるのか、ということまでふまえて論じられたものではない。

ここでの説明を見るかぎり、結論的にいうと、行政裁判所のもとでの訴訟参加は、公益的見地から行われる、もしくは、許されるという色彩がよく、訴訟参加人の権利保護が二次的になっているようにも感じられるのである。

二 それでは、ここで、美濃部博士の判決の理論について見てみよう。

判決の効力に関しては、拘束力、確定力、執行力に分けることを要するとされているが、訴訟参加すべき第三者に及ぶ効力については、もっぱら、拘束力の説明のなかで論じられている。

美濃部博士は、行政裁判法三一条二項所定に規定された判決の効力も、同法一八条に規定された拘束力と同一に解されている。²¹⁾

いわく、「行政裁判法三一条には又第三者が行政訴訟に参加する場合を定め、其の第二項に『前項の場合ニ於テ行政裁判所ノ判決ハ第三者ニ對シテモ亦其効力ヲ有ス』と規定して居り、之を其の文字通りに解すると、訴訟に参加しなかつた場合には判決の拘束を受けないもの、やうに解せらるるけれども、それは正常なる解釋ではない。或る公法的の事件が國家に依り有權的に決定せらるれば、其の事件に關係ある者が凡て其の拘束を受くることは、

國家行爲の當然の性質で、例へば選舉訴訟に於いて選舉が無効と決せらるれば、其の總ての當選人は其の訴訟に参加したと否とを問はず、當然に其の拘束を受けて其の當選が無効となることは勿論であり、水利權の許可に對し他の水利權者から其の許可を違法として出訴し其の許可が取消されたとすれば、其の許可を受けた者は自ら訴訟に参加したと否とを問はず、判決に依り許可せられた水利權を失ふことも亦當然である。行政裁判法三一條二項の規定は、其の書き方が當を失し誤解を招く虞が有るけれども、其の文字に拘らず行政裁判所の判決は總ての關係者を拘束するものと解せねばならぬ。」というものである。

この論理を分析する前提として、美濃部博士が、行政訴訟の判決（取消訴訟の判決）には、「對世的効力」があることを承認しておられ、⁽²²⁾判決の効力は、「一般に對世的で、判決に依つて決定せられた事項は總ての者が之を既に確定したものとして尊重することを要し、訴訟當事者であつたと否とを問はず、何人も最早之を争ふことを得ない」とされていること。そして、同法一八條で、「行政裁判所ノ判決ハ其事件ニ付キ關係行政廳ヲ羈束ス」とされている。「關係行政廳」については、訴訟にくわわらなかつた行政庁、司法裁判所も含まれるとされ、その理由については、「國家機關は相互に其の權限を尊重することを要し、一の機關が其の權限内に於いて決定した事項は、他の機關が之を覆へず權限を有するものではないからである」とされていることを確認しておかなければならない。

以上の前提をふまえて、右に引用した論述を見てみると、當選人が當然に拘束力をうけて當選無効となり、水利權者が當然に拘束力をうけて水利權を失うことは、行政裁判所の判決が「對世的効力」をもつことの帰結となる。それは、そもそも、「公法的の事件が國家に依り有權的に決定せらるれば、其の事件に關係ある者が凡て其の拘束を受くることは、國家行爲の當然の性質」ということでもある。このように広範囲に及ぶ効力まで、同法一八條が予定していたかどうかはべつにして、右の論理じたいは、きわめて明快でわかりやすく、そのかぎりで整合的である。ただ、そこでは、訴訟参加させられないのに判決の効力が及ぶ第三者の、裁判において主張・立証の機会が与

えられるという意味での法的聴聞請求権の保障のようなものについては、なにもふれられていない。

三 つぎに、同書では、さらに、職権による訴訟参加——「強制参加」と称されている——についても、興味ぶかい論証が行われている。⁽²⁴⁾

いわく、「強制参加は行政訴訟に於いてのみ見ることを得べき特有の制度で、其の必要は行政訴訟の特別な性質に基づくものである。我が行政訴訟に於いては前にも述べた如く法律関係の當事者と訴訟手續上の當事者とは相異つて居り、訴訟手續に於いて被告の地位に立つ者は常に處分廳又は裁決廳であるが、訴訟の結果に依り直接に自己の権利を判定せらるる者は、原告又は被告以外に別に存する場合が尠くない。⁽²⁵⁾……………訴訟の目的に付き眞の當事者たるものが、訴訟手續上には局外者として全く之に参加しないことが訴訟審理の上に適當ならざることとは言ふまでもない。裁判の確實を期する爲には手續上の原告被告の外に、訴訟の目的に付いての眞の相手方をも参加せしめ、其の意見をも聽いて後に判決を與ふることが、適當でなければならぬ。行政訴訟に於いて強制参加の制の認められて居るのは、此の理由に基づいて居るものである。」というものである。

この段落で述べられていることは、まさに、我々が最終的な考察対象としている職権訴訟参加の、ひとつの真理を、端的に指摘するものである。これまで見てきた、ドイツの必要的訴訟参加の本質・目的論は、訴訟参加人の実体法・手続法上の権利から、つねに出発する考察であったが、これは、そのようなものは、まったくべつの次元で、大上段から、ただし行政訴訟のありかたを論じているのである。その行政訴訟のありかたとは、「裁判の確實を期する爲」と述べられているように、むかしから、「職権主義の指標とされてきた実体的眞実探究である。よつて、職権による強制参加というものは、當事者主義を基礎とする民事訴訟にはみられないものであるということが強調されているのである。

四 また、本書で行われている考察のもうひとつ優れたところは、このあと、さらに、民事訴訟における訴訟参加

との比較を、訴訟構造的にふかく分析していることにある。すなわち、民事訴訟では、訴訟参加は、「主参加」と「従参加」にわけられるが、行政訴訟における参加には、主参加、すなわち、当事者双方を共同被告としてこれらに相對する訴訟は存在しないとされるものであるが、その理由については、つぎのように論じている。⁽²⁶⁾

いわく、「行政訴訟の當事者は訴訟の目的たる法律關係の當事者ではないから、當事者雙方を共同被告として訴ふることは、行政訴訟に於ては性質上許され得ない所である。行政訴訟は常に處分廳又は裁決廳を被告とすべきものであるから、他の訴訟に於いて原告たる者を被告たる行政廳と合せて共同被告と爲すが如きは、我が行政裁判法の主義に反するものである。」

たしかに、ここでいわれているように、行政庁が被告となることは、行政訴訟の基本軸であり、制度の前提である。問題は、そのつぎで、その被告行政庁とつねに對峙する關係にある原告國民は、主参加により獨立の原告の地位にたつ者に対して、被告行政庁と同じ被告の立場にたつことができないのかということである。美濃部博士のいわれる「我が行政裁判法の主義に反する」とは、おそらく、行政訴訟の本質を、公権力の行使に對する國民の權利保護とみて、それと異なる主張のしかた——公権力の行使そのものを攻撃するのではなく、その公権力の行使により影響をうける自己の權利を主張する——は、認められないということであろうと思われる。⁽²⁸⁾

五 それでは、行政訴訟における訴訟参加は、民事訴訟でいう「従参加」——現行民事訴訟法の補助参加——に等しいかという点、美濃部博士は、それも否定しておられる。⁽²⁹⁾

いわく、「それは必ずしも民事訴訟の『従参加』のやうに原告又は被告の何れか一方を補助する爲にするものには限らぬ。参加人は時としては原告又は被告の何れとも異つた主張を爲す場合も有り得る。例へば土地収用事件に於いて、被収用者たる土地所有者が収用審査會を被告として出訴した訴訟に於いて、起業者が参加人として之に参加したとすれば、参加人は原告に反對することは當然であるが、併し必ずしも収用審査會の裁決と同一の主張を爲

し、以て被告たる収用審査會を補助することを要するものではない。原告に反対すると共に、収用審査會の裁決をも非なりとし、裁決の認めて居るよりも尚一層自己に有利なる主張を爲すことをも妨げない。此の場合に於いては單一の訴訟に於いて三個の主張が相對立することになるのであつて、即ち訴訟當事者が三方に分立する形を爲すのであり、其の點に於いて稍主參加に類するものである。」

ここで述べられている趣旨は、要するに、民事訴訟の從參加にみられる補助性を否定するものである。⁽³⁰⁾この論理を検証するにあつては、そもそも、この当時の民事訴訟における從參加についていわれていた補助性もしくは付随性とは、どのようなものであつたのか、まず、それを見ておく必要がある。すなわち、一般には、從參加とは、從參加人が主たる當事者に付随して訴訟行為を行うことに本質があると考えられていたわけで、從參加の目的は、当該訴訟において、主たる當事者を勝訴に導くために補助することそのものであり、したがつて、主たる當事者を補助すること以外の訴訟行為——明示的に主たる當事者の訴訟行為に反するものは、もちろん禁止されている——は無効であることが強調されていた。⁽³²⁾

これに対して、行政裁判法の訴訟參加では、訴訟參加するがわの主たる當事者の訴訟行為に反する訴訟行為もなしうる⁽³³⁾ことが強調されており、さらには、民事訴訟の從參加で、從參加人が主たる當事者を補助するために付随している——その限りで、二當事者システムは、いささかも崩れない——というイメージを打破するために、「訴訟當事者が三方に分立する形を爲す」という三當事者システムまで觀念されていた⁽³⁴⁾ようである。そのため、「其の點に於いて稍主參加に類するものである」と美濃部博士が、一歩下がつて認められていることは、いっぽうで、さきほど見た論理において、明確に、行政訴訟の訴訟參加は主參加とは異なる⁽³⁵⁾と断じておられたことと、やや矛盾している。

(1) 明治二十三年六月三〇日法四八

(2) 行政裁判法のもとでの体系書で、訴訟参加について、ふかく分析し、くわしく解説したものは、以下とり上げる佐佐木博士および美濃部博士のもの以外には、存在しないようである。なお、行政裁判法三一条のかんたんな説明にとどま

っている。

たとえば、渡邊宗太郎「行政法要論・全」(昭和十二年)一九七頁以下では、「行政訴訟の参加人とは、行政訴訟に利害關係ある第三者であり、行政裁判所に依て其の訴訟に参加することを許された者をいふ」、「行政訴訟の判決は参加人に對しても亦其の効力を有する」と、同条どおりの説明を行ったあと、訴訟参加が認められる要件について、かんたんに、「其の者が其の行政訴訟の判決に直接の利害關係を有つことを要する」とするのみで、それ以上の分析はない。ただ、その例として、「市町村の境界争に付て下されたる府縣參事會の裁決に對し争の一方が行政訴訟を提起したるとき争の相手方の如し」としている。これは、いうまでもなく、争いの相手方についても合一的に確定しなければならぬ場合であるが、もちろん、そのようなことは認識されていない。そして、訴訟参加の目的と訴訟参加人のなす訴訟行為をひっくりかえして、「訴訟に参加するとは他人の爲の行政訴訟の判決が自己の利益を害することを防ぐ爲に、其の審問中證據方法を提出して一定の主張を爲すことをいふ」とするだけで、とくに訴訟参加の目的について強調されたり、その訴訟参加人の訴訟行為が、訴訟当事者と独立して行えるのかといったこともふれられていない。

(3) 佐佐木惣一『日本行政法論』(改版)・総論(一九二四年)六一―八頁。

(4) 佐佐木博士の訴訟参加の理論が、民事訴訟における類似の制度を意圖的に無視して立論されたものであることは、同「行政判決ノ参加人ニ對スル拘束力」(二)『京都法学会雜誌』一巻六号(一九一六年)四〇頁以下に明言されている。要約すれば、以下のとおりである。

行政裁判法には、訴訟裁判に関する規定は、三一条ただ一ヶ条だけである。そこで、他の法律の類似の制度を標準として、同様の解釈をしようとする者もあるが、これは不当である。行政訴訟の訴訟参加は、行政裁判上の理論によるべきである。たしかに、民事訴訟法は五一条以下に「訴訟参加ノ如キ能ク行政訴訟ノ参加ニ似」た制度を規定しているが、行政訴訟の訴訟参加は、「其ノ發達ニ於テ毫モ民事訴訟ノ参加制度ト連絡ヲ有スルコトナシ」とされている。

そして、わが行政裁判法のなかの訴訟参加は、ドイツ法に由来するものであると断じておられる。「蓋シ(一)……行政裁判法中ノ訴訟参加ノ規定ハ、民事訴訟法中ノ訴訟参加ノ規定ヲ模倣シタルモノナリト認ムヘキ理由ナク、寧ロ外

國法殊ニ獨逸法ヲ參照シテ設ケラレタルモノノ如シ。且(二)他方ニ於テ獨逸法ニ在テモ獨逸行政法學者ノ有力ナル見解ニ依レハ、其ノ行政訴訟ノ參加ノ規定ハ行政訴訟ニ固有ノモノトシテ發達シタルモノニシテ、決シテ民事訴訟ヲ模倣シタルモノニ非ス。」

なお、右の引用文のなかにあるドイツ行政法学者とは、ミューラー、クンツェ、シュルツェンシュタインであるが、本稿におけるドイツの理論分析では、戦後の行政裁判所法制定直前のもので以降を対象としているので、これらの文献にはふれていない。ただ、ここで指摘されていることの内容は、興味ぶかいものがあり、やはり、行政訴訟における訴訟参加の理論を徹底的に解明するためには、このあたりの文献にまでさかのぼった歴史的分析を行う必要があるかもしれない。これについては、後日の研究に期したい。

(5) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六五六頁以下)。

(6) 本稿の論述では、これまで、ドイツの理論分析においては、「実質的確定力」ということばを用いてきた。これは、ドイツ語の *Rechtskraft* の形容詞にあたる *rechtskräftig* が、とくに条文において、「確定した」、「確定力のある」という意味に用いられることから、(materielle) *Rechtskraft* は、実質的確定力と訳し、あえて既判力ということばは用いなかっただ。しかし、わが国の民事訴訟法および行政訴訟法の用語としては、「既判力」ということばが一般的で、めったに「実質的確定力」ということばは使われていないようなので、わが国の理論分析を行う本章では、「既判力」に統一する。

(7) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六五七頁では、「行政裁判所ノ判決ノ既判力ハ法ノ規定ナクシテ常ニ當然存スト云フヲ得ス。民事訴訟ノ判決ハ常ニ既判力ヲ有スト雖、是レ一定ノ政策ニ依テ設ケラレタル制定法規定ノ結果ナリ。」とされている。これには、ただちに、本稿の前章のドイツの理論分析で見た、レントの「実質的確定力」についての説明——確定力については、訴訟法において、宣言的確定への拘束力が規定されてはじめて、判決に権威ある確定の効力が与えられる——が想起される。参照、本号五九頁。

(8) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六五八頁)。

(9) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六六〇頁)。

(10) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六六〇頁以下)。

(11) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六一七頁以下)。

(12) 佐佐木・前掲(『日本行政法論』六一七頁以下では、その例として、選挙人市会議員が、選挙、または、当選人甲の

当選の無効を主張し、市会の決定を経て府県参事会に訴願し、その裁決を不服として行政訴訟を提起する場合、甲市と乙市との境界の争論があり、府県参事会がその裁定をしたが、甲市がそれを不服として行政訴訟を提起した場合、乙が、土地の官民区分の査定により土地の所有権を侵害されたとして行政訴訟を提起したが、乙には債権者甲がいた場合である。佐佐木博士は、第一の場合について、「甲ハ其判決ニ依テ法上ノ利益ニ影響ヲ受クルモノカ故ニ参加スルコトヲ得」と説明されている。また、第二の場合については、「乙村ハ法上ノ利益ヲ有スルモノトシテ参加スルコトヲ得」と説明されている。それに反して、第三の場合については、「乙ノ債権者タル甲ハ之ニ依テ明ニ其ノ經濟上ノ利益ニ影響ヲ受クルモノカ爲メニ訴訟ニ参加スルヲ得ス」と説明されている。

(13) 佐佐木・前掲(『行政判決ノ参加人ニ對スル拘束力(一)』四四頁で、「事件ノ利害ニ關係アル」とは、「其ノ事件ニ於ケル行政裁判所ノ決定ニ依テ自己ノ利益ニ影響ヲ受クルコトトスヘキナリ。」とされている。

(14) 佐佐木・前掲(『行政判決ノ参加人ニ對スル拘束力(二)』四六頁以下で、「法上ノ利益」の内容について、具体例をあげてくわしく論証されている。

(15) これについては、本章・第二節の分析にゆずる。

(16) 美濃部達吉『行政裁判法』(一九二九年)二二〇頁。

(17) 美濃部・前掲二一〇頁以下。美濃部博士の『行政法撮要(上巻)』(改訂増補第二版)(一九二九年)四八八頁以下の、訴訟参加の説明では、まだ、「公益」という概念は用いられていない。

(18) 美濃部・前掲(『行政裁判法』)二二二頁。

(19) 美濃部『日本行政法上巻』(一九三六年)九八一頁でも、同様の論理が展開されている。

(20) 美濃部・前掲(『行政裁判法』)二八〇頁。判決の執行力とは、判決の強制執行である。行政裁判所には、みずからの判決の強制執行をなすべき権限が与えられていないことの説明がされている——二八八頁以下——。

(21) 美濃部・前掲(『行政裁判法』)二八一頁以下。

(22) 美濃部・前掲(『行政裁判法』)二八〇頁以下。美濃部博士は、民事訴訟として扱われるものでも、離婚訴訟、相続権排除の訴訟のように、対世的効力を有する法律関係の決定を目的とするものでは、その拘束力は、すべての者に及ぶとされ、行政訴訟も、このような性質をもつとされている。

また、美濃部博士は、同・前掲(『行政法撮要(上巻)』)五〇六頁で、拘束力について、「行政訴訟ノ判決ハ行政行爲

ノ効力ヲ確定シ又ハ新ナル行政行為ヲ爲スモノナルヲ以テ、總テノ行政行為ト同ジク、其ノ總テノ關係者ヲ拘束スルノ力ヲ有シ、單ニ訴訟當事者ノミニ對シ拘束力ヲ有スルニ非ズ」とされ、行政判決と行政行為の同質性を根拠とした、興味ぶかい論証もされている。

(23) 美濃部・前掲〔行政裁判法〕二八一頁。

(24) 美濃部・前掲〔行政裁判法〕二二一頁以下。

(25) 美濃部・前掲〔行政裁判法〕二二二頁は、その例は、當事者訴訟におおく見られるとし、たとえば、甲乙兩村の境界争いで、甲村から県参事会の裁決に不服ありとして出訴した場合には、県参事会が被告となるのであるが、判決により自己の権利を定められる者は、第三者たる乙村であるというケースが上げられている。また、べつの例として、当選訴訟における当選者は、第三者であるが、判決の結果により直接に自己の当選を左右される者でもあるというケースが上げられている。

しかし、同頁で例として上げられているものうち、とくに注意をひかれるのは、そのあとに抽象的なかたちで表現されている、第三のケースである。いわく、「行政處分に依り處分の相手方に非ざる者の権利を毀損した場合に、其の者から處分廳を被告として出訴したとすれば、處分の相手方は訴訟手續上は第三者であるが、而も其の處分に付いては直接の相手方である。」これは、前章において分析したドイツの二重効果的行政処分と訴訟参加の關係を、そのまま示すものである。美濃部博士にあつては、もちろん、二重効果的行政処分なる概念は用いられていないが、じつに、訴訟参加の基礎となる実体法上訴訟法上の法律關係を、しっかりと把握しておられたのである。同頁、同・前掲〔日本行政法上卷〕九八二頁。

なお、同・前掲〔日本行政法上卷〕九八二頁では、その例として、土地収用裁決に対する行政訴訟における収用者または被収用者、水利使用の許可を違法とする訴訟において許可をうけた者、公共団体の課税その他の賦課処分に関し裁決庁を被告とする訴訟において賦課を行った公共団体、が上げられている。

(26) 大正一五年の民事訴訟法の改正——法六一号——後の解説によれば、主参加とは、「他人間ニ繫屬スル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ニ屬スルコトヲ主張スル第三者カ訴訟ノ當事者雙方ヲ相手方トシテ提起スル訴ヲ謂フ、故ニ主参加訴訟ハ他人間ノ訴訟ニ参加スルモノニ非スシテ自己ノ爲メニ獨立シテ判決ヲ求ムル獨立ノ訴ナリ」とされている——細野長良『民事訴訟法要義・第二卷(一一版)』(一九三三年)一八九頁——。これは、基本的に、ドイツ民事訴訟法六

四条の「主参加」と、ほぼ同一の内容で、現行民事訴訟法でいう「独立当事者参加」にあたる。

従参加については、「他人間ノ訴訟繫屬中其訴訟ノ結果ニ付キ利害關係ヲ有スル第三者カ訴訟當事者一方ヲ補助スル爲メ其訴訟ニ参加スルモノヲ謂フ自己ノ爲メニ固有ノ権利保護ノ請求ヲ爲スモノニアラス自ラ補助スル當事者ノ訴訟ノ結果ニ因リ間接ニ自己ノ利益ヲ保護セントスルモノナレハ學術上主タル當事者ニ對シ之ヲ從タル當事者ト稱ス」とされており——細野・前掲二六八頁以下——、従参加は、かつこして、補助参加とも表示されている。

(27) 美濃部・前掲『行政裁判法』二二三頁。この説明のしかたは、同・前掲『行政法撮要上巻』四八八頁いらい、かわっていない。

(28) 美濃部・前掲『行政裁判法』二二三頁の当該解説には、見出しが付されており、「行政訴訟に主参加なし」とされている。

(29) 美濃部・前掲『行政裁判法』二二四頁の当該解説には、見出しが付されており、「行政訴訟の参加は必ずしも従参加に非ず」とされている。

(30) 美濃部・前掲『日本行政法上巻』九八〇頁で、その論理が、さらに敷衍されている。いわく、「行政訴訟の参加は民事訴訟の参加とは著しく性質を異にする。行政訴訟は民事訴訟のやうに争ある法律關係の當事者が原告被告として相對立するものではなく、原告及び被告は單に手續上の當事者として辯論の相手方たるに止まるのであるから、其の當事者は必ずしも原告及び被告に限らねばならぬ理由は無く、其の事件に利害關係のある者であれば、等しく當事者として辯論に加はることを妨ぐるものではない。民事訴訟の参加は當事者の何れか一方を補助するが爲めにするもので、其の主張は被參加人の主張と相牴觸するを得ず、若し牴觸すれば無効である(民訴六四條六九條二項)に反して、行政訴訟の参加は、必ずしも原告又は被告の何れかを補助するが爲めにするものではなく、其の事件に關し原告又は被告の何れとも異なつた獨立の主張を爲し得べく、其の陳述は當事者の陳述と等しく有効に斟酌せられねばならぬものである。」

ここで、述べられていることは、かなり主参加にちかひものである。じつ、美濃部博士は、これに続けて、「法律はこれを『第三者』と稱して居るけれども、其の實は參加人も訴訟當事者の一人と見るを得べきもので、唯訴訟の係屬中に後からこれに加はつたことに於いて原告又は被告と異なるのみである。参加が有れば當事者は三方に分るる形を爲すもので、參加人も訴訟法上に原告又は被告と同一の權利義務を有するものである」とされている。

(31) 細野・前掲二九三頁以下、勅使河原三郎『改正民事訴訟法概論』(一九二八年)七八頁以下。

(32) この場合の補助というのは、主たる当事者の訴訟行為に明示的に反しない行為の領域でのもので、主たる当事者の訴訟行為に反しない行為であって、なお、補助的なものにとどまるということである。主たる当事者の訴訟行為に反する行為については、旧民事訴訟法——注(26)参照——六九条二項で、従参加人の訴訟行為は、主たる当事者の訴訟行為と抵触することができないと明記されていた。したがって、問題なのは、主たる当事者がなんらの訴訟行為をなさない場合に、従参加人がどの範囲で訴訟行為をなしようかということである。細野・前掲一九七頁によれば、訴えの変更、訴えの拡張・縮減、中間確定の訴えまたは反訴の提起、上訴の取下げなどは、従参加人が、単独ではすることができないとされている。

(33) いっぽうで、訴訟参加人の訴訟行為の限界として、つねに問題となる、ほんらい主たる当事者の処分権に属する、訴えの変更、訴えの取下げ、請求の認諾・放棄などについてまでなしようのか、なしえないのかということまでは、美濃部・前掲(『行政裁判法』)二一〇頁以下、同・前掲(『日本行政法上巻』)九七九頁以下、同・前掲(『行政法撮要上巻』)四八八頁以下にあっても、論じられていない。

(34) 美濃部博士は、同・前掲(『行政法撮要上巻』)四八八頁においても、行政訴訟は、かならずしも二当事者システムを前提とするものではないという趣旨の表現をされている。いわく、「當事者ノ地位ニ立ツ者ハ必ずしも二止マルコトヲ要件ト爲サズ、参加人ノ参加アル場合ニ於テハ當事者ガ三方ニ分立スルノ形態ヲ爲スモノナリ。」というものである。

(しんやま・かずお) 本学教授