

職権訴訟参加の法理 (下IV)

新 山 一 雄

職権訴訟参加の法理 (下IV)

- 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) 比較論的类型分析
- [必要的共同訴訟]

- [共同訴訟的補助参加]
- [必要的共同訴訟 (ZPO) と共同訴訟的補助参加 (ZPO)]
- [必要的共同訴訟 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)]
- [共同訴訟的補助参加 (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) 二重効果的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權——マロチユケの理論——

(dd) 「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 (以上六八号)

(b) 行政事件訴訟特例法のもとの訴訟参加

(aa) 行政事件訴訟特例法の規定

(bb) 田中理論の分析

(cc) 雄川理論の分析

(dd) 兼子一理論の分析 (以上本号)

(b) 行政事件訴訟特例法のもとの訴訟参加

(aa) 行政事件訴訟特例法の規定

一 行政裁判法をあらため、昭和二十三年より施行されるにいたった行政事件訴訟特例法<sup>(35)</sup>(以下、「特例法」)では、訴訟参加について、八条で規定していた。すなわち、同条一項では、「裁判所は、必要と認めるときは、職権で決

定を以て、訴訟の結果について利害関係のある行政庁その他の第三者を訴訟に参加させることができる」とし、同条二項では、「裁判所は、前項の決定をするには、当事者及び第三者の意見を聴かなければならない」としていた。訴訟参加と密接な関連をもつ判決の効力については、第三者効を認める規定はなくなつたが、関係行政庁に対する拘束力の規定は残された。すなわち、一二条の、「確定判決は、その事件について関係の行政庁を拘束する」というものである。

二 四三か条からなる行政裁判法から、わずか二二か条にすぎないものにあらためられた特例法のなかで、訴訟参加が一条をしめていたのは、民事訴訟との相違において、それが職権による訴訟参加であることを、強調することにあつたと思われる。とくに、本条では、職権による訴訟参加だけが規定され、第三者からの申立てによる訴訟参加が欠落したことに、おおきな特徴がある。しかし、この条文の解釈としては、申立てによる訴訟参加は排除されない。たしかに、そのまえの行政裁判法三一条では、強制参加以外に第三者の願いによる訴訟参加も規定されていたが、それには行政裁判所の許可を要するとされていたのが、そのことの規定がなくなつたということが重要なのであつて、それにより、任意の申立てによる訴訟参加がひろく認められることになつたとされていた<sup>(36)</sup>のである。

また、本条では、訴訟参加が認められるための要件として、「訴訟の結果について利害関係のある」ということが上げられていたが、これは、行政裁判法三一条一項で、「其事件ノ利害ニ関係アル」とされていたのを、あらためたものであるが、これは、すでにみたように、理論の発展により、訴訟参加の基礎に判決の効力の問題があることが明確に認識されたことによるものである。もちろん、いつぼうで、ドイツ行政裁判所法六五条一項のもとになる同法草案の規定内容を意識したものである。そのことは、以下で論証する。

この立法の変遷の背後にある理論については、まず、田中博士の理論——その訴訟理論の基礎は行政裁判法時代に形成されている——分析から始めなければならない。

(bb) 田中理論の分析

一 行政裁判法の時代に、美濃部博士のもとで行政法の研究をはじめられ、特例法、さらには、行政事件訴訟法の立法に参画された田中博士の訴訟理論をさぐることは、まさに、わが国の行政訴訟の理論を、そのまま、さかのぼって分析することになる。田中博士は、行政法の全体にわたって、理論をいちじるしく発展させられたが、行政訴訟の分野においては、とくに、判決の効力について、ふかい考察を行っておられる。訴訟参加に関しては、この判決の効力論の延長に位置づけられておられるので、われわれの田中理論の分析も、判決の効力論から始めて、訴訟参加について論じられているところへと向かっていこう。

二 行政裁判法時代の田中博士の訴訟参加に対する考えを知る好個のところが、税金の滞納による公売処分<sup>38</sup>の取消判決は訴訟参加しなかつた第三者にも及ぶとした大審院昭和一五年六月一九日判決<sup>39</sup>についての評釈として書かれたもの<sup>39</sup>のなかにある。

本判決は、行政裁判法三二条二項により、取消判決の効力は、訴訟参加しなかつた第三者には及ばないとする抗弁に対して、「行政裁判法第三十一条ヲ其ノ文字通り解スルトキハ所論ノ趣旨ニ解シ得ラレサルニアラサルカ如キモ或ル公法的ノ事件カ國家ニ依リ有權的ニ決定セラルレハ該事件ニ關係アル者カ凡テ其ノ拘束ヲ受クヘキハ國家行爲ノ當然ノ歸結ト謂フヘ」しというものであるが、本判決に対する田中博士の論評を分析するまえに、「所論ノ趣旨ニ解シ得ラレサルニアラサルカ如キモ」とされてゐる第三者——当該公売処分<sup>38</sup>の取消訴訟にけつきよく訴訟参加せずに、公売により取得した土地所有権を、取消判決によつて失う者——の抗弁を見ておこう。なぜならば、そこには、職権による訴訟参加と判決の効力の本質的な問題が、すでに、提示されているからである。

いわく、「右ノ行政訴訟ハ被告ノ所有ノ本訴ノ土地ニ對スル赤塚村長ノ公賣処分カ公法タル國稅徵收法第十二條ニ違反スルヤ否ヤヲ審査シ行政法規ノ維持實現ヲ目的トシ被告人ト上告人間ノ私法上ノ權利又ハ法律關係ヲ定

ムルコトヲ其ノ直接ノ目的トスルモノニ非サルコトニ徴シテモ亦明ラカナラム若シ行政裁判所カ將來爲ス判決ノ効力カ上告人ニ及ホサシメントスルナラハ行政裁判所法第三十一條ニ依リ職權ヲ以テ上告人ヲ其ノ訴訟ニ参加セシメ(田中二郎行政法講義案(四)<sup>40</sup>参照)上告人ヲシテ訴訟資料ヲ提出セシメ以テ二面ニ於テハ判決ノ適正ヲ期シ多面ニ於テハ上告人ヲシテ權利保護ノ手段ヲ執ラシメサルヘカラス上告人カ夢寢ノ間ニ其ノ所有權ヲ奪取セラレタリト云フカ如キコトハ法治國ニ於テ有り得ヘカラサルトコロナリ。

田中博士は、評釈にあたって、とうぜん、右の立論にある、判決の効力を、訴訟外にある第三者に及ぼそうとするならば、裁判所は、職権で当該第三者を訴訟参加させなければならないという、第三者の権利保護の観点からの議論も目にされたのであろうが、ここでは、もっぱら、この場合の判決の効力の性質についてのみ論評されている。

田中博士は、行政裁判法三二条二項にいう「効力」は、判決の既判力であるとみておられたようである。その理由として、「他の効力をも含めて理解しても差支ないが、それ等の効力は普通當然参加人に及び特に規定をまつまでもないから、そこでは主として既判力が指されて居ると考えてよい」とされている。<sup>41</sup>そこから、同項でとくにこのように規定されている趣旨は、ほんらい訴訟当事者についてのみ生ずるものである既判力を、訴訟参加した者にも、同様に、及ぼさしめようとしたことにあるとされており、<sup>42</sup>けつきよく、同項は、既判力の拡張を規定したものであるとみておられたようである。

そして、さらに、田中博士は、同項の効力を既判力と認めることの利点について、つぎのように論じておられる。<sup>43</sup>

「若し訴訟に利害関係をもつ第三者が訴訟に参加しなかつたとすれば、その訴が棄却されたやうな場合、その第三者は別に訴を起し得ると解せねばならぬ。何となればその第三者に對しては判決の既判力は及ぼさず、第三者は出訴を妨げらるべき理由は存しないからである。」

右のように論じられる趣旨は、逆にいえば、既判力の範囲が訴訟当事者にせまく限定されることから、既判力は、

訴訟参加しなかった第三者には及ばず、第三者は、べつに、自己固有の権利主張として、訴訟を提起できることである。<sup>(44)</sup>しかし、それは、いつぼうで、かような第三者に判決の効力を及ぼさず、自由に後訴を提起できたとしたままにしておくことは、大局的見地から好ましくないということもあるわけだが、田中博士は、そのことも考慮されておられ、つづけて、つぎのように論じられている。

「かういふ場合に、その第三者を訴訟に参加せしめ、その効力をこれに及ぼさしめる實質的な必要と意味とがあるわけであらう。行政裁判法第三十一條第二項は正にかやうな意味での判決の既判力に付て規定した規定と見るべきである。」

右のような田中博士の立論については、これまでの本稿の考察にてらして、いくつか、検討すべき点があるように思われる。

まず、処分取消しの訴えが棄却された場合、訴訟当事者でない第三者は、べつに（原告の立場で）取消しの訴えを提起できるという論理は、共同訴訟的な法律関係を前提にしているのであるが、これについて訴訟参加を認めるかは、検討の余地がある。ドイツの必要的訴訟参加のように、当事者間で争われている法律関係と直接的な関わりがない第三者には訴訟参加の利益は認められないところでは、原告と同じ利益状況にあるというだけの者は、（原告のがわへの）訴訟参加は認められない。<sup>(45)</sup>しかし、行政裁判法時代から、特例法の時代にかけては、そのことを、とくに問題とする認識もなかったようである。ということだけは、このことだけからも、行政裁判法および特例法の訴訟参加では、第三者の訴訟参加の利益というものが、かなり「ゆるやかに」とらえられていたと推測されるのである。なお、このことについては、くり返し検討しよう。

また、田中博士は、同項は既判力の拡張を定めた規定であるという前提のもとに、判決の効力（既判力）を第三者にまで及ぼすために第三者を訴訟参加せしめなければならないという、ドイツの必要的訴訟参加についての行政

訴訟の通説の理論につうずる論理を展開されているが、本稿のこれまでの考察で、ドイツの行政訴訟の通説では、なお、既判力と形成効の関係が整理されていないことが、あきらかにされておおり、これも再検討する必要がある。やはり、同項を既判力の拡張だけの規定とみて、それだけで解決をはかることには無理があり、形成効の觀念もいれないかぎり、その根底にある、なぜ第三者を訴訟参加させなければならないのかという問題意識がはっきりしないことになる。

ただ、田中博士は、同項所定の効力については既判力であると主張されるいつぼうで、取消判決には第三者にも及ぶべつの効力があることも、強調しておられる<sup>(46)</sup>。

いわく、「判決は、判決の存在自體を或はその形成せる内容を何人もこれを無視し得ざらしめる効力をもつことは人の認める所で、その意味に於て、判決の効力が總ての利害關係をもつ第三者にも及ぶものといはねばならぬ。これは判決の既判力とは異なるもので、判決の事實に基く効力 (Aufbandswirkung) とか、形成判決の形成力 (Gesamtungswirkung) とか呼ばれる<sup>(47)</sup>。これは勿論行政判決に付てのみ認められる効力ではない。行政行為に付ても、それが有効に存在するときは、總ての第三者 (關係者) がこれを無視し得ざる關係にあるのと同様で、判決が公の權威を以て下された以上、その存在乃至その形成した内容は、單に訴訟當事者のみならず、その事件に利害關係をもつ總ての第三者がこれを無視し得ざる拘束を受けねばならぬ。」

けつきよく、田中博士の右の論理の中核は、取消訴訟は形成訴訟であり、取消判決は形成判決であるということ<sup>(48)</sup>を前提として、形成のほんらいの趣旨からいつて第三者効を有するのは当然であるということと、判決には、「公の權威」により、すべての者に「無視し得ざる拘束」力が及ぶということにある。そして、これらの効力については、判決の性質そのものに由来するので、条文の根拠は要しないと考えられていたようである。

三 ここで、もうすこし、さらに発展させられた田中博士の「實體的確定力 (既判力)」の理論を見てみよう。それ



は、その有名な「行政法に於ける確定力の理論」<sup>(49)</sup>という論文が、わが国の行政訴訟理論のなかで、判決の實質的確定力(既判力)について、もつともふかく分析したものであるからであり、さらに、本稿の考察において重要なことは、訴訟参加させられるべき第三者に實質的確定力が拡張される論理が展開されているからである。以下、順をおつて、くわしく検討してみよう。

田中博士によれば、そもそも、訴訟法にいう「確定力又は既判力」<sup>(51)</sup>を、行政法の領域に、そのまま持ちこむ余地があるかどうかということから論じなければならぬとされる。なぜなら、田中博士の基本認識として、「行政法の領域に於ては行政法を他の法域より特色的に際立たしめる一貫した特殊の理論の構成が可能であり」<sup>(52)</sup>、「従つて他の法域に發達した理論をそのまま行政法の領域に受け容れることは必ずしも可能ではない」と考へておられたからである。

それでは、確定力についてはどうかというと、「從來主として訴訟法の領域に於て、合目的の見地に基いて、發展せしめられたもので、民事訴訟には民事訴訟の、刑事訴訟には刑事訴訟の、特色を帯びては居るが、其の本質に於ては共通性を有し、此の共通の本質的な部分は、更に行政法の領域にも發展せしめ得べき餘地がある」とされた。<sup>(53)</sup>

その確定力であるが、訴訟法にならつて、「從來、これを形式的確定力(formelle Rechtskraft)と實質的確定力(materielle Rechtskraft)とに分つのが通例である」としたうえで、前者については、審級制度に関連し、これを争うべき余地のない状態——すなわち不可争力——を意味することについては、訴訟法においても行政法においても異論のないところであるが、後者の「實質的確定力」の觀念については、かねてより議論があり一定ではないとされた。<sup>(54)</sup> 田中博士は、その議論を、オーストリア・ドイツの学説にわたつて綿密に歴史的に分析し、それをつうじて、独自の「實質的確定力」の定義を、じよじよに明らかにされている。

まず、一般法理論より出發して、確定力は、すべての法規範に当然に内在する効力であるとする立場<sup>(56)</sup>に対して、

確定力は、「判決又は判決に類する國家行爲に付て、特に其の作用の特質に注目して認められる特殊の効力に外ならない」とされた<sup>(57)</sup>。

つぎに、確定力を、内容的拘束力や不可変更力と同視する立場<sup>(60)</sup>——ただ、これらの学説のあいだで、公益に対する関係において、その効力の強度にニュアンスの差があるようで、なかには、公益の要求するときは、確定力も排除されるとするものもある<sup>(61)</sup>——に対して、「私は確定力を以て、其の成立に瑕疵あるに拘らず、又これに對立する公益の要求の存するに拘らず、内容的に其の定むる所に確定する點にこそ、確定力理論の重點が存すると考へる」とされ<sup>(62)</sup>、したがって、確定力は、「訴訟法的なものとしてのみ認められ得る」とされた<sup>(63)</sup>。

四 このように、田中博士は、確定力の訴訟法的理解に立たれたうえで、つぎに、行政争訟における確定力について、独自の理論を展開しておられるが、論証として、わが国の行政訴訟理論を伝統的に支配してきた、行政訴訟は公益に奉仕し、したがって、広汎に職権主義が妥当するというテーゼとの関連で論じられているので、すこしくわしく分析してみよう。ここで述べられていることは、含みがふかい

「要するに、行政争訟に於ける確定力は、ある者の考へるやうに、單に當事者の利益の爲めにのみ認められるものでなく、公益の見地に歸結し得る種々の考慮に基くものであり、従つて、當然に絶対的効力なることを認めなければならぬことは、確定力理論の如上の『訴訟的』性質を理解すれば自ら明かとなるべき筈である。殊に行政争訟手續には、民事訴訟に於けるよりも一層公益の見地が採用されて居ることは一般の承認する所で、訴なければ裁判なしの原則は等しく適用せられるけれども、當事者は争の對象に付て處分権を有せず、且つ裁判所に對し、公益上廣い範圍に互り職権主義の諸原則の認められて居る點等から言つても、其の判決が單に當事者の利益の爲めに確定するものと見るべきでないことは一層明瞭で、事案が既判事項なりや否やに付ても、裁判所は自ら進んで職権を以て審理すべきものである<sup>(64)</sup>。」

ここで、まず興味をひかれるのは、論理の出発において、「行政争訟に於ける確定力は、……公益的見地に歸結し得る種々の考慮に基くものであ」とされていることである。この場合の「公益」がなにかということが問題になるが、このあとの説明から、それは、訴訟における公益、あるいは、訴訟そのものについて認められる公益であることがわかる。それは、「殊に行政争訟手續には、民事訴訟に於けるよりも一層公益的見地が採用されて居ることは一般の承認する所で」とされている箇所である。わが国では、美濃部博士以来、行政訴訟を、民事訴訟と區別し、その果たす目的のゆえに、民事訴訟より一段たかいたところに位置づけようとしてきた。<sup>(65)</sup>そして、そのことが、訴訟の審理においても、支配原理となり、(行政訴訟が果たす)公益上、ひろい範囲にわたり、(裁判所に)職権主義の諸原則が認められているということになるのである。

それでは、行政訴訟(行政争訟)の果たす公益については、田中博士はどのように観念されていたのであろうか。その内容は直接には述べられていないが、それをある程度推測させる材料は、二箇所ある。すなわち、「當事者は争の對象に付て處分權を有せず」という箇所と、「其の判決が單に當事者の利益の爲めに確定するものと見るべきでない」という箇所である。

處分權主義は、民事訴訟における當事者主義と密接不可分の關係にたつものであつて、民事訴訟を私的紛争の解決のための手續とみるかぎり、しごく当然のこととして、受けいれられるものである。しかし、それが行政訴訟では一般に否定されるという論理には、行政訴訟は、たんに當事者間の私的紛争解決にとどまらない、べつの目的に資するために行われるという觀念が、当然、前提になつて<sup>(66)</sup>いる。このべつの目的が、おそらくは、実体的眞実の探求、すなわち、違法な行政の是正ということ、それから、さらには、行政訴訟の解決に利害關係を有する者の範圍が一般にひろいというようなことではないかと考えられるものであつて、それが、ここでいう「公益」の内容ではないかと推測されるのである。ただ、このように割りきつた立場にたつのであれば、行政訴訟が、訴訟一般のなか

できわめて特殊のものであると規定することになろう。なぜなら、訴訟というものは、ほんらい、原告の訴えに対するものであるが、もし、そのように割りきった立場にたつならば、行政訴訟は、原告の訴えを端緒とするが、訴訟が開始したのちは、原告の手をはなれ、訴訟物たる行政処分<sup>(67)</sup>の適法性審査が進行していくことになるからである。すくなくとも、伝統的行政法理論は、それを支持するものであった。

もうひとつの「當事者の利益の爲めに確定するもの」ではないとされることも、この推測を裏づけるものであって、正しきに従って行政事件を解決するという公益のために判決が下された以上、それは、當事者の利益のために、當事者のあいだだけで確定するのではなく、何人もこの判決を尊重しなければならぬという意味で、確定力が、「當然に絶対的効力なることを認めなければならぬ」とされるのである。

けつきよく、ここにおける田中博士の理論の構造は、行政訴訟が、もつばら、公益的見地から行われるものであるということ<sup>(68)</sup>を大前提として、判決の確定力が絶対的効力を有するものであるという結論を導きだすものである。

ただ、行政訴訟というよりは、行政法一般で、「公益」という場合は、行政がはたすべきより大きな行政目的をさすのが、あつうである。この意味の「公益」を根拠に、行政裁判所の判決に確定力を認めることを否定したり、制限したりする説が、ドイツの行政訴訟理論のなかに存在したことを、田中博士は、とり上げ、非難しておられるので、それも見ておこう。

これらのドイツの諸説について、田中博士は、ようするに、それらは、行政における公益性の強調することや、その目的のために行政権の行動の自由を留保しなければならないとすることに、もとづくものであると分析されている。しかし、これに対して、田中博士は、「法律生活の確定に、單なる公益より大なる公益が認められる」こと<sup>(69)</sup>のゆえに、行政裁判にも確定力を肯定すべきであると断じておられる。行政がはたす公益よりも重要とされる、その「法律生活の確定」という公益の使命について、田中博士は、民事訴訟における確定力の分析をとおして、つき

のように論じられている。<sup>(70)</sup>

「先づ第一に私法關係の安寧と秩序 (die Ruhe und Ordnung) とを維持するの目的が擧げられる」とされた。そうでなければ、裁判所が自ら下した判決を取消・変更し、当事者が、これと異なる事実を、自由に法律上有効に主張することができ、その法律關係は永久に定まることがなく、訴訟は永遠化され、私法關係の安寧と秩序とを維持することができないからである。したがって、「裁判の目的は、争の眞實に合する解決に在るのではなく、其の平和的解決に在り、確定力は、此の目的に奉仕することを以て第一の使命とする」とされた。

そして、田中博士が、このような確定力が民事訴訟のみならず行政裁判についても認められるのは、争訟という手続にもとづいて下される行為 (判決) であるからで、それは、形式的に確定することを前提とするもので、それによる拘束は、第二の争訟 (後訴) を目指すものであるとされ、<sup>(71)</sup> 判決言渡しの際に、裁判所により確定される事実、ならびに法律關係を標準として、すべての終局判決について確定力を生ずるとされていたのは、<sup>(72)</sup> 正しい訴訟法的理解にたれたものであったといえよう。

ただ、民事・刑事裁判と異なる行政裁判の特殊性は、その基礎となる事実關係、法律關係が頻繁に変更するという<sup>(73)</sup> ことにあり、したがって、同一物 (Gegenstand) の上に生ずる確定力については、同一物の認識がまず問題となる<sup>(74)</sup> という、行政訴訟の本質に関わるするどい指摘もされていた。

五 さて、このように規定された確定力と訴訟参加との關係について、田中博士は、「確定力の主観的範圍」と題する章のなかで論じられている。

田中博士のこれに関する基本テーゼは、「確定力を一定の争訟手續に關聯せしめて理解する私達の立場から言へば、確定力は、原則として、其の争訟の決定に關與する機會を與へられた争訟當事者、参加人及びそれ等の承継人<sup>(75)</sup> におのみ及ぶものと解するのが當然である。」<sup>(76)</sup> というものである。

その理由としては、事実・法律関係の確定に関与することが、「其のものに、かやうな効果を及ぼすことをジャスティファイする一の理由をなす」ということを上げておられる。<sup>(75)</sup>ただ、これは、田中博士も指摘しておられたように、民事訴訟一般の原則をふまえたことであつて、行政訴訟にも認めるにあたつては、対象の特殊性、ならびに、手続の特殊性について注意しなければならぬ問題があるとされた。それは、民事訴訟が訴訟当事者のあいだだけで決着し、訴訟外の第三者には確定力を及ぼす必要がないのがふつうであるのに対して、行政訴訟では、訴訟構造上、真の争いの当事者が、形式上、訴訟当事者とならない場合がおおく、このような第三者に確定力を及ぼすべきかどうか、つねに問題とされるということである。<sup>(76)</sup>

田中博士は、この問題について、選挙訴訟、当選訴訟を例に論じられている。すなわち、これらの訴訟では、投票の有効または無効を判決において確定すれば、<sup>(77)</sup>「其の投票の効力を争ひ得べき總ての者に對して、一樣に確定するものと言はねばならぬ。」<sup>(78)</sup>いいかえれば、「其の争訟に關與したと否とを問はず、これに利害關係を有し、法律上それを争ひ得べき權能を認められた總ての者に對して、其の効果を及ぼすものと解しなければならぬ。」<sup>(79)</sup>なぜならば、「確定力の目的は、此等の總ての者に對し最早これを争ひ得ざらしめることによつて始めて達せられるからである」というものである。<sup>(78)</sup>

この田中博士の論証を分析すると、問題とされなければならないのは、この場合の判決の効力をうけるとされる第三者の地位である。それは、原告と同じく投票の効力に異を唱える者であるのか、投票が無効とされることにより被告当選者を非当選者として扱わなければならなくなる選挙管理委員会であるのか、ということである。<sup>(79)</sup>この説明のなかには、そのいずれであるのか明記されていないので、両者をふくむとみるべきであろう。両者は、その利害關係についていえば、正反対の關係にたつものであり、そうすると、それぞれ正反対の判決の効力をうけるとしても、それらの効力のあいだで、質的相違はないのかという疑問が生じてくる。

たしかに、原告と同じく投票の効力に異を唱える者に対してはたらく、原告の訴えを棄却する判決の効力は、確定力であろう。しかし、原告の訴えを認容し、それによって当選者としての地位を失わしめる判決の効力は、行政判決に固有の拘束力ではないかと考えられる。しかし、田中博士は、いずれの判決の効力も、確定力とみなされ、区別してはおられなかった。

六 特例法になつてからも、田中博士は、基本的に、訴訟参加には判決の効力が重要な関わりをもっているという認識にたたれてきたようである。特例法八条に規定された訴訟参加の意義・目的についての田中博士の見解は、「行政争訟の法理」<sup>(80)</sup>という論文のなかに、端的にしめされているので、それを見てもみよう。

いわく、「行政事件訴訟においては、訴訟の結果に重大な利害関係をもっている行政廳その他の第三者が、直接、訴訟の當事者とならない場合が少なくない。例えば、河川使用の許可の違法を理由としてその取消を求め訴において、その許可處分の取消によつて自己の權利に直接影響をうける河川使用權者は、訴訟の當事者とはならない。又、衆議院議員の當選の効力に關する訴訟においては、當選人が被告となり、選舉管理委員會は訴訟の當事者とはならない……。又、行政廳の違法處分の取消を求め訴願をなし棄却されたため、その裁決を違法として出訴する場合には、裁決廳を被告として出訴することになるが、判決によつて重大な影響を受ける處分行政廳は原則として訴訟當事者とはならない。これらの利害關係を有する第三者を強制的に訴訟に参加せしめることは、訴訟審理の上に必要な材料を供せしめ、公共の利益に密接な關係のある行政事件訴訟の適切な解決を期する上に必要であり、且つ、その判決の効力をこれに及ぼさしめるためにも必要である」<sup>(81)</sup>。

右の説明で注意しなければならないのは、訴訟参加の目的を、第一次的に、「行政事件訴訟の適切な解決を期する上に必要である」というところにおいている、ということである。それは、いうまでもなく、訴訟における実体的真実の解明のために「必要である」という意味であつて、それは公益のためという言葉で表現されておられたと

ころでもあった。そして、それとならば、第二次的に、「その判決の効力をこれに及ぼさしめるためにも必要である」とされていたところが注目される。

その第二次的目的とされる判決の効力との関係であるが、この説明の文言からすると、判決の効力(確定力)の拡張を考慮しておられたように推察される。それは、「判決の効力を(訴訟参加すべき)第三者に及ぼさしめるために」とされていることから、訴訟参加しなにかぎり、この者には判決の効力が及ばないということを前提にしておられるようであるからである。このことをもうすこし、ここでとり上げられている三つの事例について見てみよう。

いちばん問題とされなければならないのは、最初の河川使用許可をうけた者の例である。この者は、取消訴訟の対象となつている処分の名宛人であるとともに、取消判決の実質的な名宛人にもなる者であり、取消訴訟はまさにこの者の実体的地位をめぐって争われるものである。このような者についても、田中博士は、右の説明の文脈からすると、訴訟参加しなにかぎり判決の効力(確定力)は及ばないということを前提とされ、判決の効力を及ぼすためということを訴訟参加の目的とされているように解される。そのかぎりでは、判決の形成効のことは考えておられないようである。

ただ、まえに見たように、田中博士は、限定された民事訴訟の確定力の考えかたは、行政訴訟では若干修正されるべきである、すなわち、行政訴訟では、訴訟構造上、真の争いの当事者が、形式上、訴訟当事者とならない場合がおおく、このような第三者に確定力を及ぼすべきかどうか、つねに問題とされるとされていた。それからすると、このような典型的な事例で、訴訟参加しなにかぎり判決の効力は及ばないことを前提とされているのは、判決の効力論について、田中博士にすこし迷いがあつたのではないかという気もする。<sup>(82)</sup>

あと、第二、第三の例であるが、これは、いずれも行政庁の訴訟参加の場合である。特例法では、すでに見たごとく、第三者の訴訟参加と行政庁の訴訟参加が区別して規定されておらず、同じく八条の適用をうけていたので、



ここでの説明でならべて例示され、論じられていた。しかし、このことは、じつは重大な意味をもつ。たしかに、前章のドイツの判例分析において、ドイツでは、判決による権利侵害というレベルで、第三者も行政庁も同列に論じられており、そのことについて、なんら疑念も抱かれていないということが明らかにされたが、わが国の行政法理論の発展において、そのような観念がとられたことがないことも、すでに見たとおりである。

そうではなくて、これら三つの事例がならべられ同列に論じられているのは、それらの者を訴訟参加させることにより、審理が実質化し、より実体的真実の探求に資するところがあるという考慮からにはかならない。これは、かつして、判決の効力との関係を第一に考慮しているものではないのである。

右のように、訴訟参加の意義・目的を、訴訟における実体的真実の解明といたうえて、田中博士は、同条の性格を次のように規定しておられる。<sup>(83)</sup>

いわく、「かような見地からいゆる職権による訴訟参加の制度を認めたのであるが、ただ、参加は當事者及び第三者の利害に重大な影響を及ぼすものであるから、参加の決定をする前にこれらの者の意見を聴かなければならないこととしている。」

こうして見ると、けつきよく、田中博士にあつては、職権による訴訟参加の制度の「職権による」とは、訴訟における実体的真実の解明のためにおこなわれるものと観念されているのである。

いづれにせよ、ここでは、第三者の手続上の権利保護のための訴訟参加という観点からは、いっさい論じられていないということに注意しておこう。

(CC) 雄川理論の分析

一 田中博士とともに、特例法の立法に中心的に参画された雄川博士の見解を、つきに見てみよう。同法時代の代表的体系書であった『行政争訟法』<sup>(84)</sup>では、特例法に規定された訴訟参加について、訴訟論的に、さまざまな角度か

ら解説されており、ほぼ、その全容があきらかにされていたと思われるので、これを好個の分析対象として、こまかく検討してみよう。

同書では、「行政事件訴訟の当事者及び関係人」と題する節<sup>(85)</sup>の第六款が、「参加人」の解説にあてられている。その一の「概説」の冒頭において、「行政事件訴訟における参加の特色はいわゆる職権訴訟参加（特例法八条）が認められることである」と、強調されている<sup>(86)</sup>。

その原因もしくは理由を、雄川博士は、「行政事件訴訟においては一般に利害関係をもつ者が民事訴訟よりも多く、特に抗告訴訟においては、訴訟の結果が直接に自己の権利に影響する者が必ずしも訴訟手続上の当事者とならないことが多い<sup>(87)</sup>」とされたうえで、職権訴訟参加の目的につなげて、「このような場合には、それらの利害関係者を訴訟に参加せしめ、またその者に対して判決の効力を及ぼさせることが、適正な審理裁判をなす上にも、その者の利益を保護する上にも適当である」と規定されている<sup>(88)</sup>。ここには、いちおう、「適正な審理裁判」と「その者の利益を保護する」というふたつの目的があげられているが、雄川博士の意図としては、いずれの目的に重点がおかれていたのであろうか。

二 それを探るてがかりは、同書の「行政事件訴訟と民事訴訟法」と題する節<sup>(89)</sup>の第二款<sup>(91)</sup>のなかで論じられている、職権主義の説明にある。

雄川博士は、その論理の出発において、行政訴訟で職権主義がとられるのは、行政訴訟の特質によるものであるとされる。「従来の行政裁判制度<sup>(92)</sup>においては、行政訴訟手続について、或る程度において職権主義の原則を採用するのが通例であった。わが旧行政裁判制度もその例外ではない<sup>(93)</sup>」。

その根拠として、雄川博士があげられることは、行政訴訟に積極的に関与しなければならいとす国家の責務である。「その根拠としては、通常の民事訴訟は、私人相互の関係いわばその内部的な関係のみに関するのに対し、

行政訴訟は、直接に公の行政に関係し、その結果が直接に国家又は公共団体一般の公益に関するので、国家は完全な意味での第三者たり得ず、従つて必ずしも当事者のみに訴訟の運命を委ねられるべきではないというように説かれるのが通例である。<sup>(94)</sup>

ここで、そのように「説かれるのが通例である」とされるが、これは、すでに見た、美濃部博士の「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」という説明や、<sup>(95)</sup> 田中博士の「行政争訟手續には、民事訴訟に於けるよりも一層公益的見地が採用されて居ることは一般の承認する所で、訴なければ裁判なしの原則は等しく適用せられるけれども、当事者は争の對象に付て處分權を有せず、且つ裁判所に對し、公益上廣い範圍に互り職權主義の諸原則の認められて居る點等から言つても、其の判決が單に當事者の利益の爲めに確定するものと見るべきでないことは一層明瞭で、事案が既判事項なりや否やに付ても、裁判所は自ら進んで職權を以て審理すべきものである」という説明<sup>(96)</sup>に示される理解をさしているものと思われる。

雄川博士は、基本的に、右のような伝統的理解のうゑに立ち、さらに、独自の論証を展開される。<sup>(97)</sup>

すなわち、民事訴訟と行政訴訟の、根本的相違は、そのよつて立つ基本原則と法律關係が異なることによるものであるとされる。民事訴訟については、民事訴訟をとおして實現される私法では私的自治の原則が支配し、また、私法法規のおおくが任意法規の性格をもつていふことと密接に關連おり、民事訴訟における裁判所の判決による解決は、いわば、当事者の自治に代わる意味をもつものである。これに對して、「しかし、行政法においては、私法と異なり、私的自治の原則は一般的に妥當せず、その規定は多く強行法規の性質をもつていふ……<sup>(98)</sup>。而してその規定の内容は、私的当事者の間のいわば内部的な利害の衝突の調整というよりも、行政權と國民との外部的一般的关系を規律し、そこにおける行政權に對する國民の權利の保護と行政目的の達成という二個の目的を有する公益的規

律である」ということがいえる。

ここで、注目すべきは、実定法としての行政法が「公益」的規律であるという指摘である。その「公益」とは、まさに、目的論的に規定されており、むかしから、行政実体法および行政争訟法の指標とされてきた、(違法な)行政に対する国民の権利保護と適正な行政の確保(Ⅱあるべき行政目的の確保)が、その内容であるとするものがある。このように、私法関係には無縁の目的をもちだし、それを強調することは、公法と私法の二分論から出発する伝統的行政法理論では、それなりの説得力をもってきた。また、ここでされているような、行政の行為規範たらざるをえない行政法——必然的に、強行法規となる——の特質をもって、私的自治の原則——この原則が支配する領域の法は、原則的に、任意法規となる——を排除する論証も、公法と私法の二分論を肯定する立場においては、一般に行われてきたところである。<sup>(99)</sup>

したがって、そのような行政法の特質は、当然、行政訴訟にも反映される。「そのような行政法の実現手続としての行政事件訴訟の目的もまた単に当事者の紛争の解決のみには存せず、紛争の解決を通して国民の権利の保護と行政の客観的適正の保障をはかることに存する。従って、少なくとも相対的には、民事訴訟に比して実体的真実の探求により多くの重点が置かれるべきであろう。」<sup>(100)</sup>この最後の文章が、いちおう、職権主義がとられること意義についての結論とみることができ、職権主義がとられる趣旨は、どちらかといえば、国民の権利の保護のためというよりは、行政の客観的適正の保障をはかるためと考えておられたようである。そして、それが、職権訴訟参加についての基本的な考え方につながっていると思われるのである。

三 その職権訴訟参加が認められるための要件については、どのように考えておられたのであろうか。雄川博士は、同法八条での要件を示す「訴訟の結果について利害関係のある」という文言が、旧民事訴訟法<sup>(101)</sup>六四条で「訴訟ノ結果ニ付利害関係ヲ有スル」とされているのと、まったく同一の表現であることを指摘され、「訴訟の勝敗につ

いて法律上の利害関係のあることを意味し、民事訴訟の参加の理由とするところと異ならない」とされ、それ以上の説明はされてない。<sup>(10)</sup>つまり、これは、書かれているとおり、特例法の訴訟参加の要件は、民事訴訟法の補助参加の要件に従うということであり、その要件の理論分析も、民事訴訟の理論に従うということである。これだけを見ると、いかにも、行政訴訟がわの解明責任を放棄し、民事訴訟に全面依存したかのような感じをうけるが、じつは、その背景に、この時代にすでに、兼子(一)博士が、補助参加が認められる場合の法律関係について、完全に構造分析されてしまわれていた<sup>(11)</sup>という事実があり、民事訴訟の理論によく通じられていた雄川博士は、それを、あらためてくり返すまでもないと思われたのであろう。

それでは、その兼子(一)博士の分析がどのようなものであったのか、この時代の代表的な体系書であった『新修民事訴訟法体系』<sup>(12)</sup>の解説を見てみよう。

それによれば、「訴訟ノ結果」とは、訴訟の勝敗、すなわち、本案判決の主文で示される訴訟物たる権利または法律関係の存否——たんに判決理由中で判断される事実や法律関係の存否についての利害関係ではたりない——をさす。したがって、同一の事実上または法律上の原因にもとづいて、相手方に対して当事者の一方と同様な立場境遇にあるというだけでは、補助参加は認められないとされている。<sup>(13)</sup>

それでは、そのような「訴訟ノ結果」について、どのような利害関係があればよいのか、兼子(一)博士は、つぎのような分析的説明を提示されている。<sup>(14)</sup>

基本テーゼは、「利害関係は法律上のものでなければならぬ」ということであるが、これには、さらに、利害関係が法律上のものであるということは、どういう関係になければならぬかの、構造分析がなされている。すなわち、「これは、参加人の権利義務その他法律上の地位が、論理上訴訟物である権利関係の存否を前提として決せられる関係にあることを指す」というものである。すこし分かりにくい表現であるので、その例として上げられて

いるものをつうじて検討してみよう。それは、債権者と主債務者の間の訴訟に保証人が訴訟参加しうるかという事例であるが、兼子(一)博士の解説によれば、主債務者敗訴の判決は、保証人に対して効力はないが、保証債務は、主債務の存在を前提とする点で、保証人には訴訟参加の利益があるとされるものである。この説明の眼目は、要するに、訴訟の判決の効力が直接に参加人に及び参加人がこれに拘束される場合でなくともよいということにある。この論理を、すこし、行政法上の法律関係に應用して、検討してみよう。

取消訴訟の訴訟物は、雄川博士の考えでは、行政行為の違法性じたいとされているので、原告が行政行為が違法であると主張してその取消しを求める訴えに対する判決に利害関係をもつ者とは、訴訟物である行政行為の存否を前提として決せられる関係にある者が、訴訟参加の利益をもつということである。

これについて、つぎのような事例をつうじて検討してみよう。農地の所有者Aが、自己所有の農地を宅地開発業者Bに売却することを認可する処分を、県知事よりうけたが、Xにより認可処分の取消訴訟が提起されたという場合である。Aは、いうまでもなく、認可処分の名宛人であり、また、同処分の取消判決の名宛人にもなる者で、訴訟物である行政処分の存否という法律関係に直接に関与する者で、もつともつよく訴訟参加が求められる者であるので、ここで問題にする必要はない。限界事例となるのは、Bである。Bは、処分の名宛人となる者でも、取消判決の名宛人となる者でもないので、判決の効力を直接うけて拘束されることはない。しかし、認可は、ほんらいは当事者のあいだで自由に取引きできるはずの法律行為であつても、認可によって補充されないかぎり有効な法律行為とはならないというものであるので、認可が取り消されれば、AとBとのあいだの売買契約の効力は否定されるので、Bは間接的に判決の効力をうけることになる。したがって、Bは、訴訟物である行政行為の存否を前提として決せられる関係にある者ということがができる。つまり、このような者の範囲にまで、訴訟参加の利益が認められることになるのである。

四 雄川博士も、また、訴訟参加の問題には、判決の効力が密接に関連していることを、はっきりと認識されていた。<sup>(10)</sup>それは、本書の「参加人」の項の「一 概説」の冒頭に述べられているので、これを分析の対象としよう。

「特に抗告訴訟においては、訴訟の結果が直接に自己の権利に影響する者が必ずしも訴訟手続上の当事者とならないことが多い(収用委員会の裁決に対して土地所有者が抗告訴訟を提起した場合の起業者、許可の競願者甲乙のうち甲に対してなした許可に対して乙が抗告訴訟を提起した場合の甲など)。このような場合には、それらの利害關係者を訴訟に参加せしめ、またその者に対して判決の効力を及ぼさせることが、適正な審理裁判をなす上にも、その者の利益を保護する上にも適当である。また訴願の裁決に対する抗告訴訟の場合裁決庁のみが当事者となつてゐるときは、原処分庁を参加せしめることが適当な場合もある。職権訴訟参加の制度は右のような考慮に基づくものである(旧行政裁判法三一条も同様の制度を設けていた)。」

最初に述べられている「抗告訴訟においては、訴訟の結果が直接に自己の権利に影響する者が必ずしも訴訟手続上の当事者とならないことが多い」というのは、抗告訴訟では、訴訟当事者以外の者に、判決の効力が及ぶことがあるという意味である。雄川博士は、基本的に、抗告訴訟を形成訴訟とし、その判決は、行政行為の違法性を有権的に確定し、この確定にもとづき行政行為の効力を失わせる形成判決となるとされていたので、当然、訴訟当事者以外の第三者にも判決の効力が及ぶということを前提とされているのである。その第三者にも判決の効力が及ぶ例として、ふたつのものが上げられているが、「許可の競願者甲乙のうち甲に対してなした許可に対して乙が抗告訴訟を提起した場合の甲」に、まず興味がひかれる。これは、まさに、本稿のドイツの必要的訴訟参加の理論分析の中心的素材であった二重効果的行政処分例であり、甲は、行政処分の名宛人であり、取消判決の名宛人であるという意味で、訴訟の対象である法律關係に直接的に関与しており、その訴訟参加が必要であると考えられる者である。

つぎの、「収用委員会の裁決に対して土地所有者が抗告訴訟を提起した場合の起業者」は、そもそもベースになる、収用委員会の裁決をうけるという関係において、当事者適格を法律により定められた者であるので、法律の趣旨から、その裁決を取り消す判決の反射的效果をうけることが予定されているという意味で、その訴訟参加が必要であると考えられる者である。

それでは、これらの者への取消判決の効力は、どのように考えられていたのであろうか。雄川博士の右の説明のなかで、もつとも問題となるのは、「このような場合には、それらの利害関係者を訴訟に参加せしめ、またその者に対して判決の効力を及ぼさせることが、適正な審理裁判をなす上にも、その者の利益を保護する上にも適当である」という箇所の意味である。一見すれば、原則として、判決の効力の及ぶ範囲は訴訟当事者に限定されるということを承認したうえで、これらの者に判決の効力を拡張するために、これらの者を訴訟参加させることが適当であるという意味にもとれる。しかし、そういう趣旨では、けつしてないことは、さきほど見たとおり、雄川博士が、取消判決に対世効をもつた形成力が生ずることを承認されていたことから、あきらかであろう。つまり、この説明の重点は、後半部分にあるのであって、第三者を訴訟参加させ（たうえて判決の効力を及ぼさせ）ることが、とりもなおさず、「適正な審理裁判をなす上にも、その者の利益を保護する上にも適当である」という趣旨なのである。このような理解は、また、当時において、一般的であった<sup>(19)</sup>。

それにつづけて、「また訴願の裁決に対する抗告訴訟の場合裁判庁のみが当事者となつているときは、原処分庁を参加せしめることが適当な場合もある」という例を、その論拠として上げられているが、これは、適正な審理裁判をなすためという以外のなものでもない。そして、最後に、「職権訴訟参加の制度は右のような考慮に基くものである」と述べられているのは、第三者の職権訴訟参加にしても、行政庁の職権訴訟参加にしても、その基本は、適正な審理裁判をなすためという点で、共通しているということであろう。



五 雄川博士が、訴訟参加の問題には、判決の効力が密接に関連していることを、はっきりと認識されていたと考えられる、もうひとつの根拠は、本書のなかで、しばしば、ドイツの必要的訴訟参加の理論について言及されているということである。それは、本書の「参加人」の項で、三か所において記されている。

① 「ドイツの行政裁判制度においても同様の意味で参加 (Beitragung) の制度があるが、それは職権による外申立による裁判を含み、また第三者が自己の利益を守るための、行政訴訟に固有の制度として民事訴訟における参加 (Intervention) とは区別されている。」<sup>(115)</sup>

② 「ドイツ行政裁判における職権参加については、判決の結果が直接に第三者の権利に関する場合は、必要的参加が判例上認められているし、連邦共和国行政裁判所法草案六七条二項は明文でこれを定めている。」<sup>(115)</sup>

③ 「ドイツの行政裁判法では、参加人は民事訴訟の参加人と異なり、形式上も原被告同様当事者としての地位を有するから、当事者と同様の判決の効力を受けることになる。立法政策としては、この方が、多面的な争を一挙に解決するのに適合する。」<sup>(115)</sup>

まず、①のテーゼを見てみると、注目すべきは、行政裁判制度における訴訟参加が、民事訴訟における訴訟参加と区別されるべき、行政訴訟に固有の制度であるという指摘である。これまでの、本稿のドイツの理論・制度分析で見たとおり、ドイツの行政訴訟では、民事訴訟の補助参加の準用は認められていない。<sup>(115)</sup> そのため、民事訴訟の訴訟参加の理論を参照しない独自の理論が、ドイツの行政訴訟において発展していったことを、行政裁判所法 (VwGO) 制定以前の錯綜した立法状況のなかで、雄川博士は正確に把握されていたのである。

その独自の理論の発展が、連邦共和国行政裁判所法草案六七条二項の「必要的訴訟参加」の制度へと結実するわけであるが、②のテーゼにもあるように、それ以前から、判例理論として必要的訴訟参加がすでに認められていたわけだが、「判決の結果が直接に第三者の権利に関する場合は、必要的参加が判例上認められている」という記述<sup>(115)</sup>

から、ドイツの必要的訴訟参加の理論の中心的問題が、判決の効力の拡張にあり、もちろん、その根底には合二的確定の要請があることまで、把握されていたことがうかがえる。そのことは、③のテーゼから、より明確にうかがえるわけで、訴訟参加させることにより、訴訟当事者の地位を与え、もって判決の効力に服せしめるというドイツの訴訟参加の基本的枠組みを理解されていたことが示されている。

また、③のテーゼは、雄川博士の必要的訴訟参加に対する評価である。たんに原告と被告のあいだの紛争にとどまらず、はばひろい広がりをもせる行政事件について、「この方が、多面的な争を一挙に解決するのに適合する」とされ、事件に重大な関わりをもつ第三者を訴訟に引き込むという訴訟参加の制度は、行政事件の抜本的解決に資するものであることを示唆されていたのである。

以上のように、雄川博士は、ドイツの必要的訴訟参加について理解されたうえで、わが国の制度との比較において、「客観的に参加の要件を充たしている者がある場合にも必ず参加をさせなければならぬ趣旨ではない」とされた<sup>(12)</sup>。これは、あきらかに、わが国では必要的訴訟参加は認められないということを確認されていた<sup>(13)</sup>。ここで要するに、訴訟参加が必要的と考えられるときでも、訴訟参加させるかどうかは、裁判所の裁量であると考えておられたということである。特例法八条の解釈としては、まず、素直な解釈であったといわざるをえないだろう。

六 特例法のもとでの、補助参加など民事訴訟の制度との関係も、本書ではくわしく説明されている。

補助参加の行政訴訟への準用については、『行政争訟法』では「二行だけ、「一般の利害関係者は、民事訴訟法の参加の要件を充たす限り、行政事件訴訟法においても、補助参加が許されることは疑がない」とされているが、その意味するところはふかい。

「一般の利害関係者」とされていることには、二重の意味があると考えられる。ひとつは、特例法八条が第三者の訴訟参加と行政庁の訴訟参加の両方をふくむものであったこととの関係で、第三者の訴訟参加をさすものである

ということである。もうひとつは、同条が職権による訴訟参加についてのみに規定していることから、申立てによる訴訟参加の場合をさすものであるということである。あとの意味については、行政庁の申立てによる訴訟参加というものは、雄川博士は認めておられないので、<sup>(12)</sup> 両方の意味を総合すると、第三者が申立てにより訴訟参加をする場合ということになると思われる。

この場合については、もっぱら、民事訴訟法の補助参加によることになり、それには「疑がない」とされているのであるが、これは、特例法と民事訴訟法の制度関連において、特例法のほうでは、職権による訴訟参加しか規定されていないので、申立てによる訴訟参加については、民事訴訟法のほうでカバーされる仕組みになっているという、まさに、制度立案参画者の意図があらわれているのである。<sup>(13)</sup>

その補助参加がなされる場合であるが、抗告訴訟に補助参加がなされるときは、いわゆる「共同訴訟的補助参加」となると断言されている。すなわち、「判決によって直接自己の法律上の地位に影響を受ける者……が法律上当事者適格を与えられていないために、補助参加しかなし得ない場合は、この参加人に共同訴訟人に準じた訴訟追行権能を与えるべきで、いわゆる共同訴訟的補助参加（民事訴訟法上規定はないが、学説はその存在を認める）として扱うべきである」というものである。<sup>(14)</sup>

ここでいわれている「共同訴訟的補助参加」というのは、右の説明の割注でも述べられているとおり、わが国の民事訴訟法ではかつて規定されたことのない概念であるが、すでに本稿の分析でも見たとおり、ドイツの民事訴訟法では、むかしから規定されており、わが国の学説もそれを認識して、ドイツの民事訴訟で共同訴訟的補助参加と認められるとされる場合と同じシチュエーションでは、たんなる補助参加ではなく、共同訴訟的補助参加としてきた。<sup>(15)</sup> 雄川博士は、民事訴訟のこのような事情をよく理解されたうえで、「判決によって直接自己の法律上の地位に影響を受ける」ような訴訟——これは、抗告訴訟を形成訴訟と理解されていると思われる——への補助参加は、共

同訴訟的補助参加となるとされたのである。

そこで、すこし、民事訴訟でいわれている「共同訴訟的補助参加」の内容をさぐってみよう。この当時の、民事訴訟の一般的説明によれば、判決の効力が、相手方と第三者のあいだにも及ぶ場合に、この第三者が補助参加したときは、参加人に通常の補助参加人以上につきよい必要的共同訴訟人に準じた訴訟追行権能を与えて、その立場を保護する必要のあることから認められるとされていた。また、それが認められなければならないとされることの、もうひとつの論拠として、共同訴訟参加との関連が上げられることもつねであった。すなわち、独立に原告または被告となる適格を有する者に限られる共同訴訟参加の適格を有しない第三者であっても、判決の効力をうける場合には、やはり、必要的共同訴訟人に準じた訴訟追行権能を認めるのが妥当であるというものである。

雄川博士の説明も、基本的には、この民事訴訟法における理解に従うものであって、右に上げた説明の前提として、「抗告訴訟においては、共同訴訟参加をなすためには、第一に法定の当事者適格を有することを要し、第二に行政行為の取消を求めるためには出訴期間・訴願前置等の出訴の特別の要件を充足しなければならぬと解されるから、これが許される場合はかなり限定されることとなる」ということを上げられ、したがって、おおくの場合は、補助参加しかなしえないので、共同訴訟的補助参加を認めるべきであるという結論へとつなげておられるのである。

雄川博士は、つぎに、独立当事者参加についても論及されている。独立当事者参加は、わが国でも、ふるくから民事訴訟法に規定されていたものであるが、行政訴訟にもかかる形態のものを認めるかについては、判例・学説とも否定的であった。雄川博士も、抗告訴訟に独立当事者参加を認めることには、基本的には、消極的であったと思われるが、べつの観点からの興味ぶかい記述をされた。すなわち、「実体法上の法律関係に関して三者相互の間に争がある場合を統一的合理的に解決する目的からすれば、行政事件訴訟に固有の参加の形態（被告適格が法定され

ることの結果として生ずる」として七一一条を類推すべきではないかと思われる」というものである。<sup>(136)</sup> これなどは、訴訟における実体的真実の探究という目的を重視されていた雄川博士の従来の訴訟観<sup>(137)</sup>がうかがえるところであって、ここで述べられていることの根底には、よりひろい範囲の解決をはかることなかで、より実体的真実があきらかにされうるという思想がある<sup>(138)</sup>のである。

七 以上の分析をとおして見てみると、雄川博士は、特例法八条の解釈の枠をこえて、取消判決の効力Ⅱ第三者の訴訟参加の問題の本質について、すべて見通されていたということがわかる。ドイツの必要的訴訟参加の理論を把握されたうえで、取消判決に形成効を承認することの結果、判決により法的利益を害される第三者の救済が問題となることを認識され、その解決として、必要的訴訟参加の採用まで視野にいれられていたのである。<sup>(140)</sup>

#### (dd) 兼子一理論の分析

一 前項で見た雄川理論が、取消訴訟の取消判決は形成判決であるとの理解のうえに、それに第三者効を認めるものであったが、それでは、判決により自己の法的利益を害される第三者は、その訴訟に現実に参加しなかったのに、(すでに確定した判決に)拘束され、形成の効果を発生を争えないとすることは不合理であるとして、取消判決の第三者効を否定する理論を展開されたのが、兼子(一)博士である。博士は、行政法理論の理解もふかく、しばしば、行政訴訟の問題に対して重大な提言をされていたが、この取消判決の第三者効否定論も、次項で述べるように、それに同調する者があり、特例法のなかに第三者効に関する規定がなかったことと相まって、かなりの論議をよんだようである。そこで、それを收拾するために、行政事件訴訟法制定にあたって、とくに、取消判決に第三者効を認める規定がおかれたという事実があったことから、博士の影響力のおおきさが実感されるのである。

本稿で、この兼子(一)博士の理論を取りあげるのは、取消判決が形成判決であるとして、形成の効果を相対化させ第三者効を認めないとすることは可能なのか、また、取消判決に第三者効を認めた場合、それによって判決に

より自己の法的利益を害される第三者がどれだけ深刻な事態におちいるか、このような第三者について真の救済がはかられるためには、どのようなことが克服されなければならないかが、そのなかに提示されているからである。その理論は、「行政處分の取消判決の効力——判決の形成力の主観的範圍<sup>(142)</sup>——」という論文のなかで展開されているので、これを分析の対象としよう。

二 論文では、まず、判決により自己の法的利益を害される第三者の例を三つ上げ、このような者にも判決の効力を及ぼし、その処分がなお有効であることを主張できないとする帰結が妥当であるかという問題提起がされている<sup>(143)</sup>ので、この三つの例から見よう。

① 「先願主義が採られる場合に、甲乙兩名が出願したのに對し、行政廳は甲を先願者としてこれに許可を與えたとしよう。乙は自分が先願者であると主張し、この許可處分の取消を求める訴訟を處分廳を被告として提起し、處分取消の勝訴の判決を得た。」

② 「甲が國稅滯納處分によつてその不動産に對し公賣處分を受け、競賣によつて乙が落札人として所有權の移轉登記及びその引渡を受けた。その後甲は公賣處分の取消の訴によつて、處分取消の判決を得たので、乙に對しその不動産の返還、移轉登記抹消の請求を提起した。」

③ 「農地買収により買収した農地を賣渡した後で、被買収者の訴に基いて買収處分の取消判決があつた場合の、被買収者と賣渡しを受けた者との關係」

兼子(一)博士は、この三つの例を同列に論じられ、これらの者(①の甲、②の乙、③の賣渡しを受けた者)について、「民事訴訟法上判決の効力は原則として當事者間に限られ、法律が特別の定めによつてこれを擴張しない以上第三者に及ばないのに、このような直接の利害關係ある第三者が當然に判決に拘束されることは、甚だ異例でなければならぬはずである<sup>(144)</sup>」として、不滿の意を表明しておられた。

ただ、これまで必要的訴訟参加の理論について考察を続けてきたわれわれの目からは、実体的に訴訟参加させることが必要であると思われる①の例と、②、③の例は、あきらかに異なっている。①の例は、二重効果的行政処分をめぐる法律関係で、まさに処分によって得た自己の法律上の地位が、訴訟において取消しの対象とされている者が第三者である場合であるが、②、③の例は、訴訟において取消しの対象となつてゐる処分を前提として、第三者がべつの法律行為により自己の地位を得た場合であり、このときは、訴訟において争われているのは、自己の地位の前提となる処分であつて、自己の地位そのものではない。なお、この問題については、のちに、あらためて検討する。

ともかく、はなしを戻すと、兼子(一)博士は、行政訴訟法学の通説が「甚だ異例」の解決をとつてゐることは、いちおう、論拠としてふたつ考えられるとされ、ひとつは、行政事件には民事訴訟法とは異なつた原理が支配するとするという前提にたつ場合、もうひとつは、形成判決の形成効は、当然に一般第三者に及ぶという前提にたつ場合であらうとして、<sup>(16)</sup>一歩さがつて、それぞれに批判的分析をされている。

最初の前提については、行政法一般理論にも通じられた兼子(一)博士は、行政事件であるからその判決の効力を一般第三者が承認しなければならぬとする原理は、行政法のなかにもないと断じておられるが、われわれの考察においても、田中博士や雄川博士の理論のなかに、そのようなものは存在しておらず、論外というほかはない。したがつて、二番目の前提が問題となるが、これは、形成効の本質的理解につながる難解な問題である。

三 兼子(一)博士は、かつてドイツやわが国の民事訴訟法学において支配的であつた、形成判決は構築的性格をもつものであるので、その形成効は判決の形式的確定にのみむすびつけられ、実質的確定(既判力)とは無関係であり、判決が確定すれば形成要件が実際に存在しなくとも形成効を生じ、したがつて、形成判決は当然に一般第三者に及ぶとする見解<sup>(16)</sup>に根本から異をとえられるものである。

すなわち、司法は法の適用を目的とする国家作用であるので、形成判決も形成関係の確定という判断行為にとどまり、裁判所が私人や行政庁にかわって法律状態を変動させる意思表示をするものではない。ようするに、形成判決の形成効は、当事者のあいだに形成要件を確定するということのみ結びつけられているにすぎないのである。<sup>(19)</sup>

そして、この確定を争うことができない限度において形成効が生ずると考えられるので、形成効を形成要件の客観的存在から切り離すものは、判断内容を不当であると主張できない拘束、すなわち、実質的確定力（既判力）の作用であるとされ、<sup>(19)</sup>形成効の根拠を既判力に求められたのである。<sup>(19)</sup>

四 右のような形成効に対する理解にもとづいて、兼子（二）博士は、「判決の形成力の主観的範囲」について論じられている。

博士にあつては、形成効の根拠を既判力に求められるのであるから、当然、形成効がだれに対して生ずるか（主観的範囲）は、原則として、既判力の及ぶ範囲によつて定まることになる。<sup>(19)</sup>逆にいえば、それにより、形成効が相對化され、訴訟当事者の範囲に限定することが可能となる。

そのように形成効の主観的範囲（＝既判力の主観的範囲）を限定することにより得られる利点は、「既判力の及ばない者は、自己の立場で形成要件の不存在即ち判決の不當であることを主張して、その形成の効果を否認できること」にあるとされる。<sup>(19)</sup>ここまでは、抽象的・理論的に一貫しており、わかりやすいが、この方式を具体的事例に適用した場合に、訴訟理論上の矛盾がなく、ただししい解決を導きだすものであるのが問題となる。博士は、論文のなかで、みずから提示された三つの事例についてそれ以上にも論じられていないので、われわれが代わって、この博士の方式を三つの事例にあてはめれば、どのような結果になるのか検証してみよう。

①の例では、甲に法律上の地位を与える処分が違法であると確認し処分を取り消す判決の効力は、訴訟当事者でない甲には及ばないので、甲は、取消判決を否認し、ひきつづき自己の法律上の地位を主張することができる。そ



の結果、乙が苦勞を重ねてせつかく得た取消判決の趣旨が貫徹されないことになる。その意味するところは、取消訴訟が違法な行政処分を苦しむ者の救済の役にたたないということであり、第三者の救済に欠けるという問題以上<sup>(18)</sup>に深刻な行政法上の問題をもたらしことになる。

②の例は、乙が所有件を得た落札という法律行為の前提となる公売処分を取消しを求める訴訟の結果が、(直接に)乙に利害關係を及ぼす場合であるのか疑問であるが、とりあえず、乙に特例法八条の訴訟参加の利益があるとし、公売処分の取消判決の効力は乙には及ばないとすると、甲の乙に對する不動産の返還、移轉登記抹消の請求訴訟では、公売処分が違法であり取り消されるべきであるという前訴の判断には拘束されず、公売処分が適法・有効であるという前提のもとに甲の請求を棄却する判決が下されることもありうる。つまり、この場合は、内容の矛盾する判決がふたつ成立することになり、訴訟理論の破綻を意味する。③の例も同じである。

兼子(一)博士も、右に述べた限りの自分の方式だけでは論理矛盾をもたらしことは、暗に認めておられたように、<sup>(19)</sup>「もちろん形成訴訟の存在理由は、主としてその形成の効果を確定的且劃一的に生じさせようとするのであるから、一般的にはその主観的範圍も當事者以外の者に擴張することが、この要求に適合するといえよう」とされ、問題解決の最後の決め手を、判決の形成効(≡既判力)の擴張に求められたのである。

五 兼子(二)博士の判決の効力の擴張論は、法律により第三者効が規定されている場合と、第三者に反射的効力が及ぶ場合に限られる。後者はわかりにくい<sup>(20)</sup>が、博士の説明によれば、「訴訟物である權利關係が當事者で自由に處分できるものであり、第三者はこれについて直接の利害關係をもたず、ただ當事者の立場を通じて關係するに止まる場合や判決確定後に初めて利害關係を有するに至つたような場合に認められる」というものであつた。しかし、これによれば、②と③の例は解決されることになる。なぜなら、乙や売渡しをうけた者は、公売処分や買取処分の取消しそのものには直接の利害關係をもたないので、逆に、その取消判決の効力を承認しなければならぬ<sup>(21)</sup>

である。

これに対して、処分の取消しに直接の利害関係をもつ①の例の甲は、博士のいわれる当然に判決の効力が拡張される場合からはずれることになる。そこで、①の例については、博士も、べつの解決を考えられていたようである。すなわち、「処分の取消によつて直接その法律上の地位を害される者がいる場合は、原告は最初からこれを行政廳と共同被告にするか、或は訴訟開始後に裁判所へこれに對しても判決の効力を及ぼさせないと、後日この者に對して更に訴訟をしなければならなくなる」というものである。<sup>(15)</sup>

この解決方式は、あきらかに、ドイツの必要的訴訟参加の法理につうじるものである。ドイツ行政裁判所法(VwGO) 111条で取消判決の効力は訴訟関係人のみ及ぶとされているのと同じく、博士も、前提として、「行政事件訴訟の判決の既判力も特別の規定のない限りは、民事訴訟の一般原則により、その訴訟當事者間に限られる」とされ、<sup>(16)</sup>その枠内で、第三者を訴訟参加させることにより、第三者に訴訟関係人の地位を与え、もつて第三者にも判決の効力を及ぼさせるというドイツの行政訴訟の通説・判例の解決方式は、博士の右の論理に符合する。

ただ、この解決方式の泣きどころは、第三者の訴訟参加という事実がないかぎり問題は解決しないというところであり、したがつて、最後の最後の「つめ」として、いかにしてかような第三者を訴訟参加させるかということが残される。博士は、じつに、そこまで考察をすすめておられ、「裁判所もかかる利害関係があることが明白な場合には、職権を以てもこれに對し参加を命じ、取消の効果が不統一になることを避けるのを至當とする」とされ、<sup>(17)</sup>第三者を訴訟参加させることが論理的に必要なのであるとまではされないが、(取消の効果が不統一になることを避けるという) 裁判所の職責をはたすうえで、そうすることが必要であるとされていたのである。

このように見てくると、兼子(一)博士も、また、雄川博士とは反対の方向から、問題の本質に到達されていたということがわかる。

- (35) 昭和三年七月一日法八
- (36) 雄川一郎「行政事件訴訟特例法」(行政争訟の理論)(一九八六年)所収、初出は、国家学会雑誌六二卷八号(一九四八年)——新憲法関係法令の解説(一一)——九三頁以下。また、磯崎辰五郎「行政法總論」(一九五三年)三六九頁では、任意参加(申立てによる訴訟参加)は、民事訴訟法の定めるところであつて、補助参加と独立当事者参加があるとされていた。
- (37) ドイツ行政裁判所法(VwGO)六五条一項では、「裁判所は、訴訟がまだ確定判決によつて終結していない場合、または、訴訟が上級審に継続している場合は、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。
- (38) 大判昭和十五年六月一九日大審院民集一九卷一三九九九頁  
 事案は、以下のとおりである。Aの所有であつた土地が、滞納県税徴収のため差し押さえられ、Bに公売された。しかし、Aは、右滞納処分取消しを求めて、行政裁判所に出訴し、処分の取消判決が下された。そこで、Aは、Bに対する本件土地所有権取得登記の抹消を求める訴えを提起したが、Bは、行政裁判所の判決は、第三者たるBには効力を生じないと抗弁した。
- これに対して、大審院は以下のごとく判示した。「行政訴訟ハ公法上ノ法律關係ニ屬スル事件ニ付テノ訴訟ナレハ、公法關係ノ性質上、行政訴訟ノ判決ハ單ニ訴訟當事者ヲ拘束スルニ止マラス、其ノ事件ノ利害ニ關係アル總テノ第三者ニ對シ行政訴訟ニ加ハリタルト否トヲ問ハス、其ノ効力ヲ及ボスモノト解スルヲ妥當トス。尤モ行政裁判法第三十一條ヲ其ノ文字通り解スルトキハ所論ノ趣旨ニ解シ得ラレサルニアラサルカ如キモ、或ル公法的ノ事件カ國家ニ依リ有權的ニ決定セラレレハ該事件ニ關係アル者カ凡テ其ノ拘束ヲ受クヘキハ國家行爲ノ當然ノ歸結ト謂フヘク、從ツテ右法條ノ字句ニ拘泥シテ行政裁判所ノ判決ノ効力ハ當事者及訴訟ニ加ハリタル第三者ニ對シテノミ及フモノト狹義ニ解スヘキモノニアラス。而シテ所論公賣處分ノ取消ハ其ノ處分ニ因リテ生シタル法律的效果ヲ無効トシ處分ナカリシ状態ニ回復セシムルコトヲ目的トスルモノナレハ、該公賣處分取消サレタル以上、公賣處分ニ因ル上告人ノ本件土地所有権取得モ亦其ノ効力ヲ喪フニ至ルコト當然……トス」
- (39) 田中二郎「行政訴訟の判決と第三者」民商法雑誌二二卷六号(一九四〇年)一一二頁以下。
- (40) これは、昭和十四年(一九三九年)に自費出版された田中「行政法講義案上巻」であろうと思われるが、入手するこ

とができず、参照できなかった。

- (41) 田中「行政訴訟の判決と第三者」一二五頁。
  - (42) 田中「行政訴訟の判決と第三者」一二五頁以下。
  - (43) 田中「行政訴訟の判決と第三者」一二六頁。
  - (44) これについては、ただちに、グルンスキーの「確定力は、訴訟当事者へのみ及ぶという原則は、じつは、訴訟に関与しなかった第三者の保護のためのものである」という指摘—— Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2 Aufl., 1974, S. 535f.——が想起される。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」成城法学六八号(二〇〇二)四〇頁以下——注(49)——。
  - (45) この論理については、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅱ)」成城法学六七号(二〇〇一年)一一八頁以下に分析したとおりである。
  - (46) 田中「行政訴訟の判決と第三者」一二六頁。
  - (47) これについては、Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932, S. 238f. によっておられる。なお、このようにわれている「判決の事實に基づく効力」であるが、この原語の、ドイツの民事訴訟理論でもちいられている「Tabesandswirkung」の意義については、新山「職権訴訟参加の法理(中)」成城法学六三号(二〇〇〇年)一〇九頁——注(218)——参照(筆者は、これを「構成要件効」と訳した)。ただ、この訳語については、わが国の民事訴訟理論でも一定していないようで、たとえば、鈴木正裕「形成判決の効力」法学論叢六七巻六号(一九八五年)二七頁では、「要件事実的効果」とされている。また、田中「行政法に於ける確定力の理論(同『行政行為論』(一九五四年)所収)二四六頁では「事實的効力」という用語が用いられているが、それも「Tabesandswirkung」のことである。
  - (48) わが国で、明確に「形成」の概念が観念されはじめたのは、第二次大戦後、小野木博士、中田博士、鈴木博士らによって、レントの理論が持ちこまれた頃ではなかったかと思われる——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」四四頁以下——。
- 行政訴訟理論についていえば、美濃部博士が、すでに、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た——美濃部達吉「行政裁判法」(一九二九年)二八〇頁以下——が、それは、形成の観念をいれたものではなく(もちろん、形成という言葉は使われていない)、判決の既判力と、はっきり切り離して考えら

れてはいなかったようである。田中博士は、そのことについて、「この點では、從來普通の行政法の著者の何れもがさう明確にしなかつたと思ふ」——田中「行政訴訟の判決と第三者」一二七頁——と分析されていた。

(49) 田中「行政法に於ける確定力の理論」(同「行政行為論」(一九五四年)所収)一七三頁以下。なお、この論文の初出は、昭和九年(一九三四年)刊行の「美濃部教授還暦祝賀・公法學の諸問題(第一卷)」である。したがって、行政裁判法時代に書かれたものである。

(50) 雄川一郎博士の評によると、「この論文は、この主題に関しては、わが国において殆ど唯一ともいふべき貴重な労作であつて、これに匹敵しうるものは未だ現れていない」とされた。そして、この論文の性格および概要について、行政法上の確定力に関する諸學説を吟味批判し、行政法上の確定力の本質を明らかにし、その行政法の領域における適用を論じられたもので、「行政法においても確定力の觀念は他の訴訟法におけるそれと本質的に異なるものではないことを明らかにし、これを国家行為の諸効力の間位置づけ、そのような確定力は従つて一般の行政行為について認められるものではなく、争訟手続によつてなされる行為についてのみ認められる効力であるとされ」るものであるとされた。雄川一郎「(紹介) 田中二郎『行政行為論』他四編」(同「行政争訟の法理」(一九八六年)所収)、初出は、国家学会雑誌七〇巻八号(一九五六年)六〇一頁以下。

(51) 田中博士は、意図的に、「既判力」という用語を使用せずに、「(實質的)確定力」という用語を使用されている。両者が同義であることは、論文のなかで示唆されているが、「既判力」という用語が、わが国の民事訴訟理論のなかで一般に使用されてきたこと、したがつて、特殊訴訟の概念であることを意識して、「行政法に於ける確定力の理論」という論文が、行政訴訟の判決のみならず、行政争訟の裁決・決定、さらには行政行為までを対象とした、行政法全般に通用する、そのような効力の考察をめざすものであるところから、あえて、「既判力」という用語を使用せず、「(實質的)確定力」という用語を使用されたものと思われる。

(52) 田中「行政法に於ける確定力の理論」一八〇頁

(53) 田中「行政法に於ける確定力の理論」一八〇頁以下

(54) 田中「行政法に於ける確定力の理論」一八七頁

(55) 田中「行政法に於ける確定力の理論」一八八頁以下で、オーストリア・ドイツの學説の歴史的分析が行われている。

田中博士のいわれる「奥太利學派」については、Bernatzik, Edmund, Rechtsprechung und materielle

Rechtskraft, 1886.——、テツナー——Tenzner, Friedrich, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901.——の理論を中心に分析が行われているが、田中博士におおきな影響を与えたと考えられるのはベルナチックである。田中博士は、ベルナチックが、確定力を裁判の特色とし、裁判の本質が、「抽象的に定められた手続に従ひ、法秩序 (Rechtsordnung) により其の権限を與へられた機關に於てなす具體的法律關係の志向的確定 (Geabsichtigte Feststellung) を表現すべき宣言である」(田中訳)——Benzlik, a. a. O., S. 64——としていることを重視され、さらに、ベルナチックが、法の宣言たる行為であつて行政庁を拘束するものであれば、行政裁判所の判決であれ、行政庁の決定であれ、實質的確定力を有すると結論づけていることに、ふかく共感されていたようである。それは、「此の見解は、併し、塊太利に於ても必ずしも其の儘には受け容れられなかつた。人によつて種々に此の見解を粉飾し、修正した。其の結果、確定力と公益との關係、確定力を生ずべき行為の範圍等に於て、種々見解の分裂を生じた」とされ、その後の理論の展開が真理から遠ざかつていったことを慨嘆されていることから、うかがわれる。

しかし、テツナーも、田中博士の思想にすくなく影響を与えたようである。テツナーは、確定力を裁判に本来的なものとは考えず、國家の權威にもとづく行為であるところ、確定力の本質があるとみており、したがつて、行政行為にも確定力が生ずるとしている——Tenzner, a. a. O., S. 172——が、田中博士は、これをベルナチックの所説にも通ずるものとして、確定力を以て必ずしも訴訟法上のものとなすことなく、寧ろこれを法律生活の安定の見地から一定の國家行為の性質に伴ふ効力と理解する點に一脈の共通性があり、従つて此等の學説を一括して塊太利學派と呼ぶことが出来る」とされた。

これに対して、田中博士は、その対立概念として「獨逸學派」なるものを総括され、「確定力を一定の訴訟手續に關聯せしめ、寧ろその行為の爲される手續の故に生ずる効力と解する點に共通の特色を看取し得る」とされた。その分析の対象となつてゐるのは、オットー・マイヤー——Mayer, Otto, Verwaltungsrecht, 3 Aufl., 1924, Bd. I, Ders., Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR (Archiv des öffentlichen Rechts), Bd. 21——alle Folge——1907, S. 1 ff.——シトルン・シトルン——Schulzenstein, Max, Die Rechtskraftentscheidungen der Verwaltungsbehörden, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristen Tages, Bd. I, S. 86 ff.——ローニン——Loening, Edgar, Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, VerwArch. (Verwaltungsarchiv), Bd. 7, 1899, S. 1 ff.——の理論であるが、このうちでは、とくに、シウルツェンシュタインのものを重視されているようであるが、そのシウルツェンシュタインが、第二六回ドイツ

法曹大会において、ヘルナチックと論争し、結局は、ヘルナチックの見解が、大会決議として受け入れられた経緯もくわしく記されている。その決議の内容が、わざわざ原文のまま紹介されており、筆者がこれを翻訳すると以下のとおりである。「行政裁判所の判決の確定力と、それに同列におかれる決定の確定力は、判決(決定)が国家を拘束するという意味において認められる。」——Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, Bd. III, 1903, S. 409.——

右のことからも、田中博士が、ヘルナチックの見解を正当とされていたことがうかがえ、これは、佐佐木博士が、ドイツのふるい理論によりつつ、確定力(既判力)を原則として否定されていたのと、好対照である——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」五九頁——。

(56) メルクル——Merkel, Adolf, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1928, S. 201f. Ders., Zur Lehre von der Rechtskraft, 1923, SS. 229, 244.——フッサール——Hussel, Gerhart, Rechtskraft und Rechtsgehung, 1925, S. 15.——◎所記せよ。◎

(57) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二〇三頁。

(58) 「拘束力」については、田中博士は、「所謂拘束力は、國家機關及び相手方等凡ての關係者を當該行為の内容に従つて拘束する力、換言すれば、其の存在を承認すべきことの拘束を意味し、その反面に於て、これと異なる内容の行為を爲し得ざることを拘束を包含するけれども、それ自體としては、單に其の内容の承認を義務づけるものに過ぎない」——田中「行政法に於ける確定力の理論」二〇四頁——とされているが、これは、イプセンの説明——Ipsen, Hans Peter, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932, S. 30.——によられてゐる。

(59) 「不可変更力」については、「當事者の側より通常の争訟手續を以て争ひ得ざるに至つたとき」に生ずる形式的確定力であると説明されている。田中「行政法に於ける確定力の理論」二〇五頁。

(60) Tezner, a.a.O., S. 164. Ipsen, a.a.O., S. 30.

(61) Tezner, a.a.O., S. 164ff.

(62) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二〇五頁。

(63) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二〇六頁。この訴訟法的理解については、ヘルヴィツヒ、シュタインらの当時の民事訴訟法学の通説であり、それに多数の行政法学者が従つていたと分析されている(同書二二一頁、注(二))。

(64) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二〇〇頁。

(65) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」六一頁。

(66) この当時の田中博士の「処分権主義」に関する考えを直接に記述した箇所を、著書・論文のなかに探したことはできなかったが、間接的にうかがう手がかりになる記述はみつかることができた。ひとつは、取消訴訟における原告の「訴の取下げ」について、「行政事件訴訟法も訴の提起によつてはじめてその手続が開始されるものであるから、当事者がその主張を放棄する場合には、訴の取下をなすことができるものと解せられる」——田中「行政法講義案上巻」(一九四九年)三二〇頁——とされているものである。もうひとつは、「行政法上の和解」についての見解で、「税金訴訟の過程で和解で解決することができるかどうかという問題が出て来ます。私は、今の租税法律主義の見地からすると、和解の余地は全然ないので、課税標準がきまればこれに税率を適用して、とるべきものはとらなくちゃならないわけです。ですから、原則として自由処分の認められる私法上の権利主体相互間の和解というような関係は、租税賦課処分に見られる争訟の関係では起きないのではないかと思います」——雄川一郎・小沢文雄・兼子一・田中一郎・田中真次・豊水道祐二三月章『行政事件訴訟特例法逐条研究』(一九五七年)一一〇頁以下の田中発言——というものである。

これらをつき合わせて考えてみると、ここでいわれている「処分権を有しない」というのは、被告行政庁についてであらうと思われる。

(67) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二二九頁で、とり上げられているのは、ツォルンとテツナーの所説である。ツォルンは、行政作用が追求する公益は、一定不動のものではなく、時と所により変化するという行政固有の特質から、行政裁判の判決にも確定力を否定するものである——Zorn, Philipp, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltung, Bd. 2, 1894, S. 122f.——。テツナーは、行政裁判に確定力が生ずることを否定はしないが、行政法上の公益の要求によって制限されるとするものである——Terner, a. a. O., S. 164.——。

(68) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二二八頁

(69) 田中博士は、この論拠を、とくに、レーニングおよびベルナチックの所説におかれている——田中「行政法に於ける確定力の理論」二二〇頁——。レーニングは、行政裁判の判決の確定という公益は、他の行政目的からの公益に優先するとし、そこに行政訴訟がおかれている趣旨があるとするとするものである——Loening, a. a. O., Ss. 37, 19.——。ベルナチックは、他の行政目的からの公益も、確定力によって排除されると明言し、それは、確定力の観念を認める以上、論理必然の帰結であるというものである——Benzlik, a. a. O., S. 118.——。

(70) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二二四頁。



- (71) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二二七頁。これにより、行政裁判法一八条の拘束力と異なるとされた。
- (72) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二四九頁以下。
- (73) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二四九頁以下。
- (74) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二四五頁。田中博士は、この論拠を、オットー・マイヤー、フライナー、ヘルリットの所説におかれている。オットー・マイヤーの所説——Mayer, a.a.O. (AöR, Bd. 21), S. 6——は、「公権 (oblig. keitlicher Anspruch) は、関係人の固有の協力にもとづいて、これらの者に対して下されるものであるので、確定力は、当然、これらの者のあいだでのみ生ずるというもので、"res judicata juss facit inter partes" という古来からの原則を表記されている。
- フライナー——Feiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8 Aufl., 1928, S. 269f.——は、行政訴訟、民事訴訟をとわず、抽象的に、判決は、訴訟当事者もしくはその包括承継人のあいだの関係において、なにが法であるかを宣言するだけのものであるので、判決は、これらの者についてのみ効力をもつ。例外的に、すべての者に対して (juter omnes) 判決が効力をもつこともあるが、それは、そのように法律で規定された場合だけである、というものである。
- ヘルリット——Herrnit, Rudolf Hermann, Grundlehren des Verwaltungsrecht, 1921, S. 313.——は、「(行政行為の) 実質的確定力の主観的範囲」と題する章のなかで、行政行為の確定力が及ぶ主観的範囲を、判決の確定力のそれとの比較において論じている。ヘルリットにあつても、行政訴訟における判決が当事者についてのみ効力をもつのは、民事訴訟におけるのと同じく、自明のこととされる。なぜなら、いずれも二当事者システムをとるからである。これに対して、行政手続のような当事者システムにおいては、当事者の主観的範囲がきわめて不明確であり、行政行為に直接、間接の利害関係をもつ者は多数生じうるとされる。そこから、行政手続に参加し、自己の権利を主張することができた者に対してのみ、行政行為は効力を生じうるとする、ヘルリット独特の行政手続理論へと展開している。
- (75) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二四五頁。
- (76) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二四六頁。
- (77) 現行公職選挙法 (昭和二年四月一五日、法一〇〇) 二〇八条一項では、当選の効力に關し不服のある者は、選挙管理委員会を被告として、訴訟を提起しなければならないとされているが、同法施行以前の衆議院議員選挙法 (大正十四年五月五日、法律第四十七號) 八三条では、原則として、「當選ヲ失ヒタル者當選ノ効力ニ關シ異議アルトキハ當選人

ヲ被告トシ……大審院ニ出訴スルコトヲ得……」とされていた。

当選の効力を争う訴訟においては、現行公職選挙法では、判決により議員の地位を失いうる者が、訴訟当事者とはならず、この者の訴訟参加が問題となるわけだが、以前の衆議院議員選挙法では、選挙管理委員会が訴訟当事者とはならず、選挙管理委員会の訴訟参加が問題となる関係にあった。選挙管理委員会は、判決により当選人としての地位を失うわけではないが、判決の拘束力は当然にうける。

(78) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二四六頁。

(79) 注(77)参照。

(80) 田中「行政争訟の法理」(同「行政争訟の法理」(一九五四年)一頁以下所収)初出は、法学協会雑誌六六巻一頁一頁以下、同巻二頁一頁以下、六七巻四号三九頁以下、六八巻一頁四二頁以下(一九四九年から一九五一年)である。

(81) 田中「行政争訟の法理」八二頁以下。これとまったく同文の説明が、同「行政法講義案上巻」(一九四九年)二九九頁にある。

(82) 雄川ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究」(一九五七年)三二二頁の豊水発言で、「普通に説明されているところは、……行政訴訟の判決の効力は、訴訟当事者のみならず利害関係を有する第三者にも及ぶ、即ち対世的効力がある、したがって、判決の効力を及ぼせるといふ意味では職権参加の必要はないが、しかし実質上の当事者である者を参加させると、それによって、適正な審理ができる、そういう趣旨だと一応説明されているのです。即ち、実質上の当事者を参加させれば、その訴訟はその者に直接利害関係があるから、熱心に訴訟を進行し、そのために、裁判所は真実を発見することもできるし、また、そうすれば裁判自身が適正になる。そういう趣旨だと説明されている」とされたのに対して、田中博士も「私なんかそういう考え方をしている」とされていた。

(83) 田中・前掲「行政争訟の法理」八三頁以下。

(84) 雄川一郎「行政争訟法」(法律学全集9)(一九五七年)

(85) 雄川・前掲第三章第二節一六五頁以下。

(86) 雄川・前掲一七八頁。

(87) 雄川・前掲一七八頁では、その例として、収用委員会の裁決に対して土地所有者が抗告訴訟を提起した場合の起業者、許可の競願者甲乙のうち甲に対してなした許可に対して乙が抗告訴訟を提起した場合の甲、訴願の裁決に対する抗告訴訟

訟で裁決庁のみが当事者となっている場合の原処分庁があげられている。

(88) 雄川・前掲一七八頁以下

(89) 雄川・前掲一七九頁。また、そもそも、雄川博士の「行政争訟」の理論によれば、「法治国の成立とともに、一方では違法・不当の行政作用を匡正する手段として」生まれた行政争訟制度——同・前掲七頁——のもっとも発達した形態が行政争訟であるとされる——同・前掲八頁——が、その包括的・原初的な概念である「行政争訟」においても、すでに、行政救済の目的と、行政統制の目的とをあわせ有るのであるとされている——同・前掲一四頁——。そのことについては、以下の論者の説明を論拠とされているが、それらには、国民の権利保護は、最終的には、救済手段において、行政の法適合性の原則が実現され、適正な行政が確保されることによって与えられるという、共通した思想がうかがわれるのである。

ひとつは、美濃部『行政裁判法』(一九二九年)一一頁以下とされているが、それは、行政争訟をもって権利の毀損に対する救済手段であるとする。ことは、せまきに失するものである。その趣旨は、行政争訟をもって人民の権利を保護する手段であるとする思想は、行政争訟を民事争訟と比較対照することから起こった思想で、行政争訟が関わる公法上における国家または公共団体の作用は、直接には社会公共のために行われることがおおく、したがって、その作用が適法に行われることを担保することは、直接には個人の権利を保護するために必要であるのみならず、同時に社会公共の為に必要であることがおおい。ゆえに、行政裁判は個人の権利を保護するために行われる場合のほかに、社会公共のために行われる場合もあることを思考しなければならぬ、というものである。

もうひとつは、宮沢俊義『行政争訟法』(一九三七年)一三頁以下とされているが、それは、行政争訟の効用として、第一に私人の権利の保護ということがあるが、第二に法(法律)による行政の保障ということがあり、第二の効用がより重要であるというものである。その趣旨は、市民的法治主義においては行政作用が法によって行われることはなにより私人の利益の保護のために必要だと考えられるので、第二の効用は、第一の効用とまったく意味を異にするものではないが、「法による行政」の原理は、たんなる私人の利益の保護以上の意味をもつ。その原理は、もつぱら、法的安定の目的につかえるものであるが、この目的は、すくなくとも、ある程度においては、法社会に内在するものであるから、それは、かならずしも直接に私人の利益の保護という意味をもたない場合にも、なお妥当力をもつというものである。

もうひとつは、田中『行政法上巻』(有斐閣全書)(一九五三年)二七〇頁とされているが、田中博士の論理も、行政

争訟を「法による行政」の原理を保障するための制度として位置づけておられる。すなわち、「法治國家においては、行政作用は、すべて、法律に基き法律に従つて行われることを要するのみならず、公益の目的に適合することを要する。行政作用が法規に違反し又は公益の目的に違背した場合には、これを是正するための適切な手段がなければならぬ。」と、ここで、行政主體が自ら進んでこれを是正するための職権による行政監督（違法又は不當處分の取消等）の制度はその一つの手段であるが、職権による行政監督の手段のみによつては、到底、その完全な是正を期しがたい。そこで、違法又は不當の行政作用が行われた場合に、これに不服のある者に、不服申立の途を開き、以て人民に對する救済手段たらしめるとともに、行政作用の合法性と妥當とを保障するための手段たらしめるのが通例である。この手段を廣く行政上の争訟と呼ぶ。この行政上の争訟の制度が完備してはじめて眞の法治國家の名に値ひするといえよう」というものである。

さらに、雄川博士は、オーストリア・ドイツの理論にも論拠を求められたことを明言されているが、これらの理論がどのようなものであるのか、直接ちぐつてみよう。ひとつは、アントニオリの理論——Antonelli, Walter, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954, S. 264——で、つぎのように説かれている。行政に對する個人の権利保護は、一般には、法秩序の構築によつて与えられる。したがつて、その場合には、行政の法適合性の原則が重要な意味をもつ。救済手続においては、法秩序を貫徹することによつて、個人の権利保護がはかられる。したがつて、権利保護は、いつほうで、法秩序の貫徹を目的とし、他方で、個人の（主観的）権利の実現を目的としているのである、というものである。

もうひとつは、フォルストホッフの理論——Forshoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I <Allgemeiner Teil>, 6 Aufl., 1956, S. 439——で、つぎのように説かれている。行政法においては、行政は法に拘束されるという事実のみが、関係人の権利の保護を保障するのである。法が、行政の行動を制限し、行政を所定の形式に拘束するという事實は、自明のごとく (natürlich), 利害関係人に対する保護として働く。個人主義的権利保護の理論は、利害関係人の個人的権利を実現する手段にすぎない。しかし、そのような理解は、法治國にとつて好ましいものではない。法治國においては、権利保護は、危険にさらされている個人的利益に奉仕するのみならず、権利の保障が内部に組み込まれた法治國固有の目的にも奉仕するのである。利害関係人が、自己に保障された権利保護の途において、個人的利益を主張することは、同時に、行政の利益にも役立つ。個人的利益のモーターによつて動きつづける権利保護は、したがつて、本質的な部分において、行政法とその適用をレベルアップすることに貢献するのである、というものである。

(90) 雄川・前掲第二章第六節一四七頁以下

(91) 雄川・前掲第二款「行政事件訴訟における民事訴訟原理の妥当範囲」一四九頁以下。

(92) ドイツの行政裁判制度のことである。雄川・前掲によって確立された雄川博士の行政訴訟理論は、基本的には、ドイツの行政訴訟理論——戦前からの伝統的理論も含むが、主としては、連合国占領時代のイギリス地区命令一六五号、バイエルン行政裁判法、ドイツ連邦共和国行政裁判所法草案までの理論である——によっている。ドイツ行政訴訟における職権主義の展開、あるいは、その根底にある行政訴訟と民事訴訟の相違については、雄川博士は、Eyerann, Erich = Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsgesetz, 1950. Menger, Christian-Friedrich, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954. Baring, Martin, Die Prozeßvoraussetzungen im Verwaltungsrechtstreit, AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) Bd. 76, 1950, S. 434ff. Kraemer, Wilhelm, Zivilprozessuale Auswirkungen des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht, ZVP (Zeitschrift für Zivilprozeß) Bd. 66, 1953, S. 1ff. Meiss, Wilhelm, Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, ZVP Bd. 67, 1954, S. 169ff. Klein, Wilhelm, Zum Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, ZVP Bd. 6, 1953, S. 100ff. の所説などを参照されたところを明言されておられる。

これらの理論を筆者が検討したところ、興味をひかれたのは、メンガーの理論である。メンガーは、むしろ、行政訴訟と民事訴訟の相対化について論じている。すなわち、だれが訴訟手続を進行させるかについては、民事訴訟においても職権進行が増大している。また、民事の身分訴訟の分野では、事実関係の解明については、職権探知も行われており、当事者主義は、当事者の真実義務や裁判官の真実解明義務によって厳しく制限をうけている。一方、行政訴訟においても、処分権主義が妥当している——訴訟物の処分において——。結論として、訴訟原則の相違を論拠として、行政訴訟と民事訴訟が異なるものであるとする立場は否定されるというものである——Menger, aa.O., S. 81ff.——。

(93) 雄川・前掲一五三頁。このことは、じつは、行政裁判制度を前提とする以前に、行政事件を裁断する行政訴訟したいが、行政法規の適用の客観的な適正を保障しようとする行政統制の目的を有しているとされている。したがって、「それが一般の行政権の外部よりなされる裁判的統制の場合においても、行政訴訟をして単に当事者の間の紛争の裁断や当事者の権利の保護に尽きない公益の実現のために、そこでの手続において、事案に関する客観的眞実の発見を目的とする職権主義的色彩を多少とも身につけさせることになり、当事者間の紛争の解決と利害の調整を目的とする民事訴訟と

異った特色を与える」とされた。

(94) 雄川・前掲一五三頁以下。雄川博士が指摘されるこの論理は、美濃部博士に代表される当時の支配的考えであった。その、雄川博士が論拠として引用される——一五五頁以下、注(4)——美濃部博士の所説とは、以下のとおりである。

「行政訴訟は行政事件に關する訴訟であり、而して行政事件は民事事件の如く單に一人相互の間の權利の争に關するものではなく、國又は公共團體の作用に關するもので、直接に公益に影響するものであるから、民事訴訟とは自ら其の手續を異にする所が無ければならぬ。民事訴訟は私人間の争であつて、其の何れが勝訴となるにしても、國家は之に直接の利害關係を有しないのであるから、裁判所は唯當事者雙方の陳述を聽いて其の何れが正當であるかを判断することをして足れりとするのであるが、行政訴訟に在つては、事公益に關するが故に必ずしも當事者の陳述のみに重きを置くことを得ない。」(美濃部・前掲二三七頁以下)

右の所説は、行政事件の民事事件との本質的相違を強調することにより、それを扱う行政訴訟にも、そのことが反映され、ただ當事者に訴訟の進行を委ねるのではなく、國家(裁判所)が積極的に介入するのは当然であるという論理である。もちろん、その根底にあるのは、「公益」という概念である。

雄川博士も、基本的に、私法關係と公法關係の本質的相違、公法關係は公益的規律であるということから出發しておられ、その限りで、美濃部博士の立場をそのまま踏襲されているといえよう。

(95) 美濃部・前掲二二〇頁以下。参照、新山「職權訴訟參加の法理(下Ⅲ)」六三頁。

(96) 田中「行政法に於ける確定力の理論」二二〇頁。参照、本号九四頁。

(97) 雄川・前掲一五三頁以下。

(98) 雄川博士は、この論拠として、田中『行政法総論』(法律学全集6)(一九五七年)九六頁および一一〇頁をあげておられている。

九六頁では、「行政法の規定の性質の特殊性」という題目のもとで、行政法は、公共的な見地から、行政の目的の實現をめざして画一的に規律し、これを強行するのが原則であるので、私的自治の原則を認めないという、いわば、行政法理論の大前提となる命題を提示されていた。

一一〇頁では、「私法と行政法との区別及び關係」という題目のもとで、私法が、対等の私人間の利害の調整の法であるのに対して、行政法は、行政権(公權力)の主体とこれに服従すべき人民とのあいだの命令支配に関する法(權力

関係に関する法)を本体とし、対等者間の法である場合においても、行政目的の達成、公益の実現を目的として規定され、行政法は、公共的な見地から、行政の目的の実現をめざして画一的に規律し、これを強行するのが原則であるので、私的自治の原則を認めないという右の命題につなげておられた。

(99) わが国の伝統的行政法理論のこの立場を、もつとも緻密に論証されたのは、高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」(同『行政法理論の再構成』(一九八五年)七一頁以下所収)であろうと思われる。その八七頁以下では、「私法は、大部分は、行為規範としての機能を有せず、ただ専ら、裁判規範として機能することを以って使命とすることをその特色としている。……公法は主権者(国民代表議会)の特定の実体的権利義務関係の存在(形成・変更・消滅)を求める意欲の表現であり、それは、国家機関(行政庁)及び私人が、その規範内容に従って行為(作為・不作為・給付・受忍)することを命令する。公法は、その意味において、行為規範たる性質をもつといわなければならない」という、いかにも、わが国を代表する公法学者らしい重厚な論証が展開されている。

(100) 雄川・前掲一五四頁。雄川教授は、また、逆の論証として、民事訴訟を支配する弁論主義が、いかに行政訴訟にそぐわないものであるかを論じておられる。

いわく、「現在の民事訴訟手続は、その基本において、いわゆる弁論主義的構造をとっている。従って、或る権利・義務の存否の確定も、訴訟上は弁論に現れた全資料のみを基礎として判断されることになる。このことを考慮すると、行政庁がある行政行為をなすこと又はなさざることの権限又は義務の存否を訴訟手続で確定することには問題がある。即ち、民事訴訟手続が弁論主義を基本としているのは、根本的には、実体法たる私法法規が当事者自治の原則をとっていることに由来するものと考えることができ、そこで、裁判所の判決は、いわば、当事者の自治に代わるものであると考えることができる。従って、裁判所は弁論に現れた資料のみに基づいて、私人間の権利、義務の存否を確定すればよいことになる。しかし、原則として当事者自治の認められない行政法規においては、同一に考えることは問題であって、行政行為の介入をまたずに、始めから右のような訴訟手続で行政権と人民の間の権利・義務の存否を確定することは、その性質に反する疑がある。」——雄川「行政救済制度」(行政争訟の理論)所収、初出は国家学会雑誌七一巻五号、一一号(一九五七年)五一頁——。

(101) 昭和二十九年法一一七

(102) 旧民事訴訟法——注(10)参照——六四条では、「訴訟ノ結果ニ付利害関係ヲ有スル第三者ハ其ノ訴訟ノ繫属中当事者

ノ一方ヲ補助スル為訴訟ニ参加スルコトヲ得」と規定されていた。

(103) 雄川『行政争訟法』一七九頁。

(104) この分析結果は、現在の民事訴訟理論においても支配的である。たとえば、新堂幸司『新民事訴訟法』(一九九八年)六九二頁では、「訴訟の判決の効力が直接参加人に及ぶ場合でなくとも、参加人の法的地位を判断するうえで本訴訟の主要な争点についての判断が論理的に前提となる場合であればよい。たとえば、主債務者敗訴判決の効力は、保証人に對して及ばないが、保証債務は、主債務の存在を前提とするから参加の利益がある」とされている。「訴訟の結果」を判決本文のみとするか、判決理由中の主要な争点まで含めるかの相違はあるが、論理の構造は同じである。

(105) 兼子一『新修民事訴訟法体系』(一九五六年)

(106) 兼子・前掲四〇〇頁では、その例として、「同一の事故に基く共同の被害者」、「同一人から被告と同様に入會權を主張されている隣接地の所有者」、「部落の寄附割賞金の請求の被告と同様に住民大會の無効を主張する他の住民」が上げられているが、これらは、いずれも、共同訴訟、もしくは、共同訴訟参加によって争われるべき事例である。

(107) 兼子・前掲三九九頁以下。

(108) 雄川『行政争訟法』五九頁。

(109) 雄川ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』三二二頁の雄川発言では、「昔の行政裁判所のあつた時代には、当時の書物などを見ますと、参加人に対する効力に重点を置いて説明している書物というのはほとんどないかと思うのです。主として職権参加というのは、いわゆる職権審理主義の一つの発現であつて、訴訟の内容の適正をはかるために実質的な当事者あるいは利害關係をもつ地位にある者をそれに参加させるのだ、そういう説明をされていたと思うのですが、近ごろの新しい行政訴訟制度を説明する書物では、むしろ参加させてそれに判決の効力を及ぼさせる趣旨だ、そういう説明が近ごろになって見えてきた」ことが指摘されている。

右にいわれていることは、本稿のこれまでの歴史的分析の内容に符合している。

(110) 雄川『行政争訟法』一七八頁以下。

(111) 雄川『行政争訟法』五九頁。

(112) 注(82)参照

(113) 行政事件訴訟特例法では、第三者が訴訟参加する場合と行政庁が訴訟参加する場合を、別異に規定していなかったの



で、両者を分けて論じられてはいない。

- (114) 雄川『行政争訟法』一七九頁。その立法例として、イギリス地区命令一六五号——Verordnung Nr.165 der Britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone vom 15. 9. 1948 VOBi. (Verordnungsblatt) BZ. (Britische Zone) 1948 S. 263——四一条「行政裁判所は、申立て、または、職権により、係属する訴訟の判決によって法的利益を害される第三者の訴訟参加の決定をする。その決定のなかで、訴訟の対象および訴訟の段階(Lage)が示されなければならぬ。決定は争うことができない。決定は、すべての関係人に送達されなければならない。」「バイエルン行政裁判法——Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Bayern vom 25. 9. 1946 GVBli. (Gesetz- und Verordnungsblatt) S. 281——六〇条(一)項「行政裁判所は、職権により、または、申立てにより、判決によって法的利益を害される者の訴訟参加の決定をする。訴訟参加をしようとする者は、申立てをすることができる。(二)項」その決定のなかで、事案の状況(Stand)および参加の理由を示すものとする。(三)項「決定は、関係人、訴訟参加人および申立人に送達される。(四)項「決定によって、訴訟参加人は、関係人としての地位を得る。取消しの訴えに対する判決は、訴訟参加人に對しても効力をもつ。」が上げられている

これらの規定においては、また、必要的訴訟参加については規定されていないが、その理論は、プロイセン以来の判例で、発展されていた——注(120)参照——。また、学説でも、実体法的に訴訟参加させることが必要的な第三者を訴訟参加させずに下された判例は、本質的な瑕疵があるという理論が確立していた——Klinger, Hans, Verwaltungsgerichtsgesetz in der britischen Zone, 3. Aufl., 1954, S. 277.——。

- (115) 雄川『行政争訟法』一八〇頁。雄川博士は「このことを、クリンガーの解説——Klinger, a.a.O., S. 276f.——によっておられる。

- (116) 雄川『行政争訟法』一八三頁。

- (117) 行政裁判所法(VwGO)六五条の訴訟参加は、民事訴訟法(ZPO)の主参加および補助参加、訴訟告知のはたすべき役割をはたしているのだから、これら民事訴訟の制度は、行政訴訟には準用されないうのが、行政裁判所法制定以来の通説・判例である。Beschluss des VGH Kassel vom 29. 10. 1964, DVBl. (Deutsches Verordnungsblatt) 1965 S. 540. Kopp, Ferdinand O = Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl., 2000, Rdn. 2 zu Art. 65. Urteil des BVerwG (Bundesverwaltungsgerichts) vom 13. 5. 1993, DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1994, S. 78.

(118) たどえば、パウエルは、一八七七年に制定された民事訴訟法の補助参加や訴訟告知などは、行政訴訟の訴訟参加とは異なるもので、後者の考察において、前者はなんら参考にならなると断じていた。Baer, Wilhelm, Die Behandlung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amtlich besetzten Zone Deutschland, DÖV 1949 S. 189. 参照。新山「職権訴訟参加の法理(上)」成城法学六一号(二〇〇〇年)四五頁——注(2)——。

(119) ドイツ連邦共和国行政裁判所法草案——Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (EYwGO), BT-Dr. (Bundestagsdrucksache), erste Wahlperiode Nr. 4278——六七条二項は、「訴訟の結果が、当該争訟に関わりある第三者にいつでも合一的にのみ確定すべき場合には、その者を訴訟参加させなければならない。」とし、この同文が、行政裁判所法(VwGO)六五一条二項に受けつがれた。雄川博士は、「行政争訟法」執筆時に、草案の規定を目にされていた。

(120) そもそも、法律の規定としては一九六〇年制定のドイツ行政裁判所法(VwGO)以前には、必要的訴訟参加を直接規定したものは、みあたらないが、「裁判所は、申立て、あるいは、職権により、判決によって利益を害される第三者の訴訟参加の決定を下すことができる。この場合には、判決は、訴訟参加人にも効力を有する。」としか規定されていなかったプロイセン一般ラント行政法——Preussisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883, GS. (Preussische Gesetzsammlung) S. 195.——七〇条の規定を拡張解釈して、プロイセン高等行政裁判所が、必要的訴訟参加の概念を発展させていたという事実がある。そこでは、訴訟参加させることが必要である第三者を、裁判所が職権で訴訟参加させなかったときは、本質的な裁判手続の瑕疵を構成するという論理が、すでに確立されていた。Vgl. Urteil des PrOVG (Preussisches Oberverwaltungsgericht) vom 24. 2. 1905, E. (Entscheidungen des Königlich Preussischen Oberverwaltungsgerichts), Bd. 46 S. 119, Urteil des PrOVG vom 27. 10. 1905, E., Bd. 48 S. 136.

なお、行政裁判所法(VwGO)制定前の必要的訴訟参加に関する議論については、新山「職権訴訟参加の法理(上)」三二頁以下参照。

(121) 雄川「行政争訟法」一八〇頁。この箇所の注がテーゼ②であり、ドイツの制度とわが国の制度の比較が行われているのである。

(122) 行政事件訴訟法の立法担当者であられた雄川博士は、新法の制定にさいして、必要的訴訟参加まで認めたものにするかどうか考慮されていたようである。「原告(特に抗告訴訟の)と反対の利害関係に立つ者(甲)に対する許可処分取消訴訟を乙が提起した場合の甲のごとし」の地位をどうするかの問題がある。それはその者の利益を保護するためと、

また判決の効力をその者にも及ぶことを明確にして法律関係の明確化をはかるために必要である。そのためには、さしあたり、その者と処分行政庁とを共同被告とすべきこととするか、或いは職権参加規定の活用によるというような方法が考えられるが、恐らくは後者をもって穏当な方法とされるであろう。なお、その場合にも、そのような地位にある者を、必要的参加としかどうかの研究課題がある。——雄川「行政訴訟制度の改革に関する諸問題」(「行政訴訟の理論」所収)一一二頁、初出は公法研究一九号(一九五八年)——

(123) 雄川「行政訴訟法」一八〇頁。

(124) 雄川「行政訴訟法」一八〇頁以下。その理由について、「一には民事訴訟法六四条の意味での利害関係を有しないことにより、二には当該行政行為の擁護は被告行政庁に原則として委ねられるべきものと解されるので、当該行政行為に係る事務を直接所管しない行政庁は勿論、所轄行政庁……であつても、右の職権訴訟参加の外は、一般に自ら参加されることは許されない」とされている。

(125) 雄川ほか「行政事件訴訟特別法逐条研究」三—三頁で、「現行法では当然民事訴訟の一般の自発的な参加というものは認めるわけですね」という兼子(一)博士の質問に対して、同じく立法参画者であられた田中博士は、「それはそれでしよう」と答えられている。

(126) 雄川「行政訴訟法」一八一頁以下。

(127) ドイツ民事訴訟法(ZPO)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関係に、民法の規定により有効に及ぶ場合は、補助参加人は、六一条の意味において、主たる当事者の共同訴訟人とみなされる」と規定されている。なお、この条文の意義については、新山「職権訴訟参加の法理(中)」六一頁以下参照。

(128) 加藤正治【新訂】民事訴訟法要論(一九四六年)一五六頁、細野長良「民事訴訟法要義・第二卷(一版)」(一九三三年)三二六頁以下では、「共同訴訟的補助参加(後者では「共同訴訟的従参加」とされている)が、ドイツ民事訴訟の Strengenssige Nebenintervention の訳語であることを示したうえで、法律の規定により既判力が第三者に及ぶ場合に、この者が当事者の一方に補助参加する場合は、たんなる補助参加人としてではなく、共同訴訟人に準じて扱われるという、ドイツ民事訴訟と同じ説明がされている。参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」六九頁以下。

(129) しかし、判例は、この概念の導入に消極的であった。最判昭和五年九月八日民集四卷九号三五九頁は、判決の効力をうける補助参加人の上告の申立てについて、つぎのように判示した。「原審における被告の補助参加人たる三宅正一

は被告敗訴の原判決に対して、独立して上告の申立をすることの出来ることは、民訴六九条の規定するところであるけれども、補助参加人は、その補助参加の性質上、被参加人(被告、上告人)のために定められた上告期間にかぎって、上告の申立をなし得るものといわなければならない。」

(130) 兼子・前掲四〇七頁

(131) 兼子・前掲四〇七頁によれば、共同訴訟的補助参加人には、必要的共同訴訟人に準じたつぎのような訴訟進行権能が与えられるとしている。(イ)被参加人の行為と抵触する行為もできる、(ロ)参加人に訴訟手続の中断又は中止の事由が発生すれば、本訴訟の手続も停止される、(ハ)参加人の上訴期間は、被参加人と独立に計算される、というものである。

このような説明は、加藤・前掲一五七頁、細野・前掲三一八頁以下でも、すでにされていた。

(132) 雄川『行政争訟法』一八一頁。

(133) 旧民事訴訟法——昭和二年法一六三——七一条では、「訴訟ノ結果ニ因リテ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル第三者又ハ訴訟ノ目的ノ全部若ハ一部カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル第三者ハ当事者トシテ訴訟ニ参加スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ第六十二条及第六十五条ノ規定ヲ準用ス」と規定されていた。現行民事訴訟法——平成一三年法九六一——では、四七条に対応する。

(134) 佐佐木博士が、行政訴訟における主参加(独立当事者参加)の準用までは考えておられなかったことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」五八頁参照。美濃部博士が、行政訴訟における主参加(独立当事者参加)の準用を否定しておられたことについては、同六七頁以下参照。

判例は、戦後のものを見てみると、消極に解するものが多かった——福岡地判昭和二五年八月二九日行集一卷九号一二八五頁、静岡地判昭和二六年九月六日行集二卷一〇号一六〇三頁、大阪高判昭和三〇年一月二〇日行集六卷一二二七五六頁、青森地判昭和三二年九月三日行集八卷九号一五三六頁など——が、積極に解するものもあった——宇都宮地判昭和二四年一月二四日行裁月報二三号一二九頁、東京高判昭和二八年八月二四日行裁月報二三号三七二頁——。消極に解する判例の理由はまちまちであるが、そのなかで、独立当事者参加は、行政訴訟の本質に反するとする横浜地判昭和二六年二月二日行政判例総覧四七三頁は、注目される。

(135) 雄川『行政争訟法』一八二頁では、独立当事者参加を抗告訴訟に準用することについては、訴訟論理的に、つぎのよ

うな難点があることも認められていた。「民事訴訟法七一条による参加をなすには原告に対して、行政行為に関して原告の主張を否認し或はこれと矛盾する請求をしなければならぬことになるから、当事者適格を欠くことになるから」また、被告に対する関係では、積極的に係争処分「の自己」に対する違法を主張する場合の外は、どのような請求をなすのか疑問となる。

(136) 雄川「行政争訟法」一八二頁。

(137) 雄川博士の訴訟観を、ここで十分に論証することは不可能であり、筆者が後日の研究のための分析材料として拾い集めたものの一端を提示するにとどめさせていただくならば、以下のとおりである。

雄川博士の行政訴訟の理論の出発点は、その行政法一般理論のそれと同じく、「法律による行政」の原理であり、それが、行政訴訟の目的へとつながる。すなわち、「行政救済制度は、行政権に対して人民を保護することを第一の目的とするが、また他方で行政法規の適用の正当と行政の適正な運営の保障という客観的目的をも有する。この面からは、行政救済の制度は即ち行政統制の一の重要な手段でもあることを注意しなければならない。」というものである——雄川「行政救済制度の基本原理解」(同「行政争訟の理論」所収。初出は、国家学会雑誌六三巻六号(一九四九年)三頁以下)。

それが、具体的に、訴訟の審理において、民事訴訟と異なる訴訟原則が妥当するという論理へと発展していく。すなわち、「少くとも相対的には、民事訴訟に比して実体的真実の探究により多くの重点が置かれるべきで」、職権主義が妥当するという論理は、すでに引用したとおりである——雄川「行政争訟法」一五四頁——。また、民事訴訟が私的紛争の解決にとどまり、弁論主義が支配していることから、裁判所は、民事訴訟では、権利・義務の確定も、訴訟に現れた資料のみをもとに判断することになるが、行政訴訟で、行政庁がある行政行為をなすこと又はなざざることの権限又は義務の存在を訴訟手続で確定する場合は、このようなわけにはいかないという論理も、すでに引用したとおりである——雄川「行政救済制度」五一頁——。

(138) 現在の民事訴訟理論では、このようなシチュエーションを「多数当事者の訴訟」、あるいは、「多数の当事者をもつ訴訟」ととらえている——新堂幸司「民事訴訟法」(一九七四年)四六九頁以下、同「新民事訴訟法」(一九九八年)六六〇頁以下など——。その趣旨は、民事訴訟は、ほんらい、ひとりの原告がひとりの被告を訴えた場合を原型にして、手続、理論を組み立てているが、現実の紛争は、多数の主体が関与し、それぞれが複雑にからみ合いながら展開していく

こともめずらしくなく、だれが真の紛争主体であるのかの判定が困難な事例が増加し、いきおい複数の主体が、訴訟の当初から、また途中から、当事者として登場するという現象が多発化していることである——井上治典「多数当事者の訴訟」(一九九二年)三頁——。雄川博士が、その訴訟理論のなかで、訴訟の外にいる真の紛争主体を訴訟に引き込むことの重要性をつよく主張しておられたことは、これまで、くりかえし指摘したとおりである。

(139) 雄川博士は、独立当事者参加によって三者間の争が統一合理的に解決される場合の例として、土地所有者が収用委員会の収用裁決の取消しを求めた場合に、起業者が収用を認めたかぎりでは裁決は適法であるが、起業者の申請を全部いれなかった点においては違法であることを主張する場合を上げておられる。これなどは、もともと争いは土地所有者と起業者にあるわけで、これらの者に主張・証明をつくさせることが、真の紛争解決につながるであろう。

(140) 注(122)参照。

(141) わが国で、(行政訴訟の)取消訴訟が形成訴訟であると規定されたのは、兼子(一)博士である。兼子「新行政訴訟の基礎理論」(「民事法研究第Ⅱ巻」(一九五四年)所収。本論文の初出は、自治研究二四卷一二號(一九四八年)七八頁以下。

(142) 兼子「民事法研究第Ⅱ巻」一〇一頁以下所収(以下、「民事法研究第一巻」とするのは、「行政處分の取消判決の効力」のことである)。本論文の初出は、法曹時報三卷九號(一九五一年)一頁以下。

(143) 兼子「民事法研究第Ⅱ巻」一〇三頁以下。

(144) 兼子「民事法研究第Ⅱ巻」一〇四頁。

(145) 兼子「民事法研究第Ⅱ巻」一〇四頁。

(146) わが国の民事訴訟理論において、形成の概念に興味もたれ、ドイツの理論が導入されたときに、支配的影響を与えるのは、レントの理論であった——注(48)参照——。それは、形成は構築的性質をもつもので、判決によって生成される法律効果を与えるもので、当然、すべての者に対して及ぶが、このような効果は、判決の確定によって生じるので、それだけで足り、かりに、形成判決が真実の法律・事実状態と背離していても、それにより無効とはされず、形成の要件についても形成の効果についても、既判力の概念をいれる余地はないというものであった——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下皿)」一八頁以下——。

(147) 兼子「民事法研究第Ⅱ巻」一〇八頁。

(148) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一三頁以下。

(149) この論文発表当時では、かかる見解をとる者は、ドイツにおいても、わが国においてもまれで、みずからも、「このように判決の形成力の根拠を既判力に求めるのは、ドイツにおいても僅かにゴルトシュミット一人であるが、私はむしろこれに賛成する者である」とされていた——兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一三頁——。ちなみに、「このゴルトシュミットの見解については、Goldschmidt, James, Nachprüfung der Vertragsauflösung, ACP (Archiv für civilistische Praxis) Bd. 117 (1919) S. 16.

なお、現在のドイツの民事訴訟理論では、形成判決に既判力を認めないレントの立場が否定されていることについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」二〇頁以下参照。

(150) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一四頁。

(151) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一四頁。

(152) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一四頁。

(153) 兼子(一)博士の上げられる立法例とは、人事訴訟手続法——昭和三年法二六〇——一八条(婚姻の無効・取消判決の第三者効)、同一六条(養子縁組の無効・取消判決の第三者効)、三二条(親子関係を定める判決の第三者効)、商法——昭和五年法一六七——一〇九条(会社の合併無効判決の第三者効)、一三六条三項(会社の設立無効判決の第三者効)、一五二条(会社の決議不存在・無効判決の第三者効)などである——兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一四頁以下。

(154) 民事訴訟における判決の「反射効」については、参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」一〇九頁——注(218)——。

(155) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一五頁。

(156) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一六頁以下。

(157) ドイツ行政裁判所法(VwGO)二二二条は、「判決の確定力は、訴訟物について判断された範囲で、以下の者を拘束する。(一)関係人およびその承継人、ならびに、……」と規定している。その意義については、参照、新山「職権訴訟参加の法理(上)」三〇頁。

(158) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一六頁。

(159) この論理については、参照、新山「職権訴訟参加の法理(上)」三五頁。

