

職権訴訟参加の法理 (下V)

新
山
一
雄

- 一 問題の所在と本稿の目的
 - (一) 問題の所在
 - (二) 職権による訴訟参加
 - (三) 本稿の目的
 - 二 ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加
 - (一) 行政裁判所法の規定
 - (二) 通常訴訟参加と必要的訴訟参加
 - (三) 必要的訴訟参加の目的論的分析
 - (a) 行政裁判所法制定前後の議論
 - (b) 判決の効力の拡張、訴訟経済 (以上六一号)
 - (c) 基本法上の要請
 - (四) 民事訴訟法の制度との比較論的分析
 - (a) 民事訴訟法の規定
 - (b) 比較論的類型分析
- [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) 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) 形成効と法的聴聞請求権——マロチユケの理論——
 - (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 (以上六九号)
 - (ee) 兼子一理論のさらなる分析——それをめぐる議論をつうじて——
 - (c) 行政事件訴訟法のもとの訴訟参加
 - (aa) 行政事件訴訟法の規定
 - (bb) 杉本解説の分析
 - (cc) 三ヶ月理論の分析
 - (dd) 木村理論の分析
 - (ee) 伊藤研究の示唆

(d) 総括——比較論的分析——

(aa) 根拠規定の変遷と基本的解釈

(bb) 訴訟参加の目的の変容

(cc) 第三者の訴訟参加の性格の明確化

(dd) 論じられずに残された問題

(ee) 最終総括 (以上本号)

(b) 行政事件訴訟特例法のもとでの訴訟参加

(ee) 兼子一理論のさらなる分析——それをめぐる議論をつうじて——

一 兼子(一)博士の理論の、行政法学に与えたインパクトの大きさは、兼子(二)論文⁽⁴⁸⁾が発表されて、ただちに、判決の効力論争が行われた——わが国の行政訴訟理論において初めてと云ってよい——という事実にあらわされる。もちろん、この論争は、直接に博士の論文に向けられたもので、博士の理論を分析し、博士の立場に賛否を表明するものであった。前項で、博士の論文の内容については、くわしく分析したつもりであるが、なお、分析しつくせなかつた部分があり、これらの論争をつうじて、博士の論理をさらに分析しよう。それから、これらの論争のなかに、これまでの歴史的分析であらわれないべつの観点があるかどうか、あわせて、検討しよう。

ここでとりあげる論文は、ひとつは、市原教授の「行政事件訴訟における判決の効力」⁽⁴⁹⁾であり、もうひとつは、瀧川判事の「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」である。これらの論文は、わが国の行政訴訟理論のなかで、本格的に判決の効力について論じたものとして、いま、なお、看過しがたいものである。

二 市原教授は、結論からいうと、行政処分⁽⁵⁰⁾の取消判決に既判力を認め、取消の効果も既判力の及ぶ範囲——訴訟当事者にかぎる——に限定され、例外的に第三者に既判力が拡張される場合以外は、原則として、訴訟当事者のみ

が判決に拘束され、取消しについて利害関係を有する第三者は、取消判決に拘束されず、これを争うことができる
とされ、兼子(一)博士の立場を、ほぼ全面的に支持すると表明された。⁽¹⁰⁾

ただ、その結論にいたる過程において、行政事件訴訟の特殊性を意識され、その観点からの考察が下されている
ところが、兼子論文とは異なると、強調されていた。⁽¹¹⁾

市原教授は、その論考の出発点としての、行政訴訟の判決にも既判力を認めるべきかという考察において、「行政
事件訴訟の特色性に基くならんかの修正を必要としないだろうか」とされてきた。⁽¹²⁾ 行政判決に既判力を否定する
がわの論拠としては、ようするに、行政事件では、既判力の基礎となる事実関係が可変的で、また、公益に関する
ことがおおいので、既判力で確定してしまうことは好ましくないということにあるが、市原教授は、これに対して、
「公益性の要求も法的安定性の要求を全く排除するものではなく、寧ろ、両者は相一致する面も多く、更には事實
関係の可變性は既判力における同一物の可能性の限局を意味する以外の何ものでもない」として、既判力を否定す
るの論拠とはならないとされた。⁽¹³⁾

ここで興味ぶかいのは、行政事件について、むかしから重要な指標とされてきた「公益性の要求」と、既判力に
よつてもたらされる「法的安定性の要求」の関係である。市原教授は、後者は前者のうちに含まれると考えられた
ようであるが、後者は判決の確定による法的安定性の確保という訴訟上の公益であり、それに対して、前者の、既
判力を否定する立場がいう行政事件に関わる公益とは、行政がはたすべき実体的な行政目的の公益性のことであ
る。そのあたりに、すこし、混同がみられるようであるが、この点は度外視して、論理をおつてみよう。

市原教授は、さらにすすめて、行政の公益性や臨機応変性の要請は、既判力によつて、ならん無視されるもので
はないという論証をされている。すなわち、「確定判決によつて一つの處分が取消された場合にも、その後の事情
の變化に應じて行政廳が同一内容の處分を同一當事者に對して行うことに對して既判力は何等その妨げとならない

し、逆に当該處分の適法性が確定した場合にも、新たな事情の發生により行政廳がこの處分を撤回し、或いは新たな處分によつておきかえることは可能であり、既判力は及ばない」というものであった。⁽¹⁰⁸⁾ その根底にある考えは、行政判決に既判力を認めても、実際には、既判力によつて確定される範囲はせまく、これによつて、行政の公益性や臨機応変性が制限されることは、ほとんどないというものである。ただ、これも、既判力の問題を論じつつ、判決の拘束力に関わる領域に踏みこんでおられ、かつ、判決の拘束力の概念を持ちださず、既判力いっぽんで説明されようとしているところに、市原教授の判決の効力論の特徴がある。いずれにせよ、ここでは、行政法の見地から、行政事件に既判力を認めた場合、行政法固有の支障が生じないかという考察が行われているのである。

ところが、このような市原教授の考察方法は、兼子(一)博士も、すでに、論文のなかでとられており、判決の効力を訴訟外の第三者に及ぼす根拠として、「行政事件が公法上の法律効果又は法律關係を對象としている關係上、私法上の權利關係を對象とする民事訴訟法とは異つた原理が」あるかどうかを検討されていたこと⁽¹⁰⁹⁾は、すでに見たとおりである。これを、いまいちど、くわしく見てみると、市原教授も、兼子博士も、訴訟の對象が公法上の法律關係であるというだけの理由で、第三者も判決の効力に服さなければならぬとする論理を、否定する材料として、同じ判例⁽¹¹⁰⁾を使われていた。

その判旨は、大上段に振りかぶつた論理であり、「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バ、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ズ、其ノ事件ノ利害ニ關係アル總テノ第三者ニ對シ該行政訴訟ニ加ハリタルト否トヲ問ハズ、其ノ効力ヲ及ボスモノト解スルヲ妥當トス」というものであった。

これに対して、兼子(一)博士は、「對象が公法關係であるから、これを確定する判決が一般第三者に對しても効力があるとする見解は、獨斷的で」あると切りすてられ、⁽¹¹¹⁾それ以上は論じられていない。

市原博士は、もうすこし、行政事件の特殊性と行政訴訟の特質をふまえた考察により、同じく、判旨の論理を不当とされた。すなわち、「行政訴訟においては訴訟の結果が當事者文でなく一般に利害關係を有する場合も多く、又訴訟上の當事者必ずしも實質上眞の争の當事者ではない場合が多い。この意味で行特法第九條が職権主義を認めているのも正當である。併作らさればといつて行政訴訟の判決の既判力を全ての場合に擴張すべしとするのも早計である。即ち事件の性質上理論的に既判力の擴張が類推される場合もあるが、寧ろ國民個々人の權利を相對的に保障すれば足りる場合も多い。このような場合には明文の規定があればとにかく、理論的に當然に既判力が擴張されるものとするのは無理であらう」というものであった。⁽¹²⁾ただ、行政事件においても、なぜ、「さればといつて行政訴訟の判決の既判力を全ての場合に擴張すべしとするのも早計である」のか、なぜ、明文の規定がなければ、論理的に當然に既判力が擴張されることが求められる場合も、既判力の擴張が認められないのか、それ以上は論じられてはいない。結果的に、市原教授も、この問題については、兼子(一)博士以上の論証をされていたわけではな
いといえよう。

三 つぎに、市原教授は、取消判決の形成効について論じられ、形成効を相對化させる興味ぶかい論理を展開されている。市原教授も、取消判決に形成効を認めることじたいには反対されないわけであるが、「行政事件訴訟における取消判決は民事訴訟法上の形成判決のもつような當事者以外の第三者に對しても形成の効果を及ぼすところの形成効はこれを有しない」とされた。⁽¹³⁾

その論理の基礎は、「裁判所の判決による行政處分の取消というのは、判決による當該行政處分の違法性確定にともなう効果とみななければならぬ」ということにおかれている。これは、ようするに、市原教授が、行政處分の取消判決を確認判決とみておられたことによる。⁽¹⁴⁾ただ、取消判決に形成効もあることは否定されないが、それは、法が裁判所の判断作用に形成力を結びつけたにすぎないとされた。⁽¹⁵⁾つまり、右に述べられているところの「行政處分

の違法性確定にともなう効果」が、それである。

市原教授のこのような考えも、やはり、兼子(一)博士の理論に感化されたものである。じじつ、市原教授は、その論拠として、兼子(一)博士の説明をながく引用されているので、ここで、それをさらに分析してみよう。

「形成力は、當事者間に限らず第三者に對しても當然に及ぶものとするのが通説である。その理由は、形成判決は、私人の意思表示や行政廳の行政處分などと同様に、一の處分行爲として實體法上の要件をなすもので、一旦形成判決が確定すれば、その判断の當否とは無關係に効力を生じ、これを何人も否定できないからであるとする。しかし、判決の本質は、行政處分と異りあくまで判断作用であり、形成力は形成要件の存在が判決によつて確定されることに基く効果と認むべきであり、したがつて本來その判断が正當である場合に生じるものであつて判決の既判力こそ判決内容の當否の問議を打切る作用であるから、既判力の及ぶ者だけに對して確定的に形成の効果を生じるのであつて、その法律状態の變動について直接自己の權利關係が影響される第三者は、この者に既判力が及ばない場合は、自己の立場で形成判決の不當即ち形成要件が不存在であつたことを主張して形成の効果の發生を争うことができるべきである。」^(四)

ここで展開されている兼子(一)博士の論理の中心は、「判決の本質は、行政處分と異りあくまで判断作用である」ということにある。これを、くだいて理解すると、行政處分が、法律行為(意思表示)のひとつとして、法律關係を形成し、確認し、また、名あて人に給付、受忍を命ずる作用を行うことをめざすのに對して、判決は、もつぱら、原告によつて持ちこまれた事件の事實關係および法律關係について判断することだけをめざすものであるということであろう。市原教授も、このような理解にかぶせて、「裁判所による違法行政處分の取消は、取消權の主體としての裁判所の意思表示たる取消という意味において、それに法律行為的性質を認めることはできない」とされ、それにつづけて、さきほど見たように、行政處分の取消しは、裁判所による處分の違法性の判断に法が結びつけた

効果にすぎないと極論されたのである。

そして、市原教授は、であるので、形成力が及ぶ主観的範囲は、「その基礎にある裁判所の違法性確認の効果の及ぶ範囲に止まる」と結論された⁽¹⁸⁾。そして、その意味について、さらに、具体的に説明されている。すなわち、「當該行政處分の取消につき直接の利害關係を有しないものは、判決の存在を否定しえず、その事実上の効果を免れえぬわけではあるが、これに反してそれに對する直接の利害關係者は既判力が擴張されない限り、裁判所の違法性の確認を争いうるものであり、従つて違法性の確認に結びつけられた効果たる行政處分の取消を争いうること、なる⁽¹⁹⁾」というものである。

右の説明のうち、後半の部分は、形成力が及ぶ主観的範囲を既判力のそれと一致させる以上、当然であろう。わかりにくいのは、前半部分であるが、市原教授によれば、これは、取消訴訟において行われるのは、行政處分の違法性の確認であるという「行政事件の判決の特色」によるものとされる⁽²⁰⁾。

しかし、これについても、兼子(一)博士が、すでに論じておられ、「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の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」には、行政處分の取消しに直接の利害關係を有しない第三者に、判決の反射的効力が及び、そのような第三者は、判決の効力に服さなければならぬ⁽²¹⁾と、理論的に解明されており、それは、とくに、行政事件の判決の特色というようなファクターが介在しなくとも、理解しうるものである。

そもそも、市原教授が取消訴訟の本質としてみておられる行政處分の違法性の確認ということについても、兼子(二)博士の「判決の本質は、行政處分と異りあくまで判断作用であ」というテーゼのうちに、すでに、含まれているのである。

こうして見てみると、市原教授が当初めざされた行政事件訴訟の特色を考慮した論証というのは、かならずしも成功したとはいえない。しかし、結果的に、その論証により、兼子(一)博士の論理が、十分に行政事件訴訟にも通用しうるものであったと、確認されたという意味で、貢献があったといえよう。

四 つぎに、兼子(一)博士の理論を否定された瀧川判事の見解を見てみよう。

瀧川判事は、行政処分取消判決に既判力があることは認められ、⁽¹⁸⁾この点では、兼子(一)博士の立場を否定されるわけではない。しかし、いっぽうで、取消判決には対世効があるとされ、兼子(一)博士の、形成効を既判力の範囲に一致させ、判決の効力に直接の関わりを有する第三者に形成効が及ばないとする理論を、痛切に批判された。その論理を分析し、その角度から、兼子(一)博士の理論を見なおしてみよう。

瀧川判事が形成判決には対世効があるとされ、その形成効は既判力にもとづくものではないとされる論理は、つぎのとおりである。⁽¹⁹⁾

まず、形成に対する一般的理解として、「思うに、私人の形成行為による法律状態の變動の場合には、實體法上の権能を行使したと形成要件の存在にその法律状態の變動という法律効果が結びつけられている」とされた。したがって、形成の効力については、「實體法上特別の定め(例えば第三者に對抗することを得ずとの規定)がない限り何人との関係でも生ずる」として、対世効があることを承認された。⁽¹⁹⁾

ただ、法政策上、形成という重大な法律状態の變動を認める場合は、「その變動を明確にし且つあらゆる関係で劃一的に取扱う必要上、——正當な當事者(通常これを法定する)間において形成要件を確定し形成を宣言する判決が確定したときにはじめて形成の効果が生ずるものとした」と規定され、その結果として、論理的に、法は、「右判決がなされたときは、その存在にのみ法律状態の變動を結びつけた」といえると評価されたのである。⁽¹⁹⁾したがって、判決の形成効は、実質的には実体法にもとづくものであり、既判力にもとづくものではないと結論された。

五 右のような立場にたつ瀧川判事が、兼子(一)博士の論理を批判的に分析されているのが、興味ぶかい。瀧川判事は、兼子(一)博士の論理を、ふたつの方向から攻撃されている。

ひとつは、兼子(一)博士が、ローゼンベルクの所説を批判した論理が不当であるというものである。したがって、ここでは、三重の論理がぶつかりあっていることになるので、それらを順ぐりに検討していこう。

兼子(一)博士が、論文のなかに引用されていたローゼンベルクの所説と、これに対する批判というのは、つぎのようなものであった。

「形成判決の形成効は、何等特別の裁判官の権利創造権能に基くものではなく、法規に抽象的に豫定されていることがらにこれを適用して具體的に宣言するだけで、裁判官のすることは他の種の判決におけると異なるものではないと説く。それにも拘らず彼が、判決の形成力は私人の意思表示や行政処分による場合と同様に生じるとするのは、判決に處分的性格を認めることを意味するもので、その態度として一貫を缺くではあるまいか。」

そして、ローゼンベルクの所説を批判する兼子(一)博士の論理が不当であるとされる、瀧川判事の批判というのは、つぎのとおりである。

すなわち、それは、「私人の形成行為や行政処分による権利變動の効力が何人に對しても生ずると一般にいわれているのは、それが意思表示であることに基くのではなく、法がこの種の變動を引き起こす實體的権能を有する者が適式にこれを行使用したことに變動の効果を結びつけたことによるものではなくか」というもので、兼子(一)博士が、前提として、私人の形成行為や行政処分が、一定の結果を得ようと意欲してなされる意思表示で、それは、また、法律状態を變動させる意思表示でもあるのに対して、形成判決は、形成関係の確定という判断行為にとどまり、裁判所が、私人なり行政庁にかわって、法律状態を變動させる意思表示をするものではないと考えておられることを、批判するものである。

その、兼子(一)博士が、私人の形成行為や行政処分と形成判決の性格が異なると強調される意図は、前者では、何人もそれによる法律状態の変動を承認しなければならないのに、後者では、そのような第三者効をもたないことにある。いかえれば、第三者効は、私人の形成行為や行政処分に固有のものであって、にもかかわらず、ローゼンベルクが、これらと形成判決を同列において、第三者効を承認しているのを批判しているのである。しかし、まさにその点を、また、瀧川判事が批判しているのである。

瀧川判事は、さきほど見たように、形成力が第三者にも及ぶとする根拠を、実体法上の効力(法律要件の効力)に求められておられる。⁽⁹⁸⁾したがって、形成判決による形成は、実体法上の権利変動であり、それは、私人の形成行為や行政処分による形成と、なんら異ならない。裁判所の判断の表示たる判決も、私人の意思表示と同じく、権利変動の要件となりうるとされた。⁽⁹⁹⁾

ようするに、瀧川判事の形成効の考え方は、ほんらい実体法が特定の者に認めた形成行為により形成という効果が生じるものであり、政策的に裁判所の判決にからしめている場合も、裁判所はこの者に代わって形成行為を行うにすぎず、したがって、形成判決は、形成を意図する意思表示と異なるところはないということなのである。⁽¹⁰⁰⁾そして、これが、ふたたび、さかのぼって、瀧川判事が、形成判決に第三者効があるとする論拠とされているのである。

六 もうひとつの、瀧川判事の兼子理論に対する批判は、取消訴訟の権利救済目的に関連する本質的なものである。それは、また、兼子(一)博士が、「行政處分の取消判決の効力」の中心の問題とされた、行政処分によって権利を取得した第三者が、行政処分を取り消す判決に拘束されるのは不合理ではないのかという疑問に、否定的な解答を示すものであった。

瀧川判事は、もし、兼子(一)博士のめざされるように、⁽¹⁰¹⁾行政処分の取消判決に密接な関わりを有する第三者に

は判決の効力が及ばないとする解決がとられるならば、「違法な行政処分によって権利を侵害された者の立場を考
えれば、行政廳を被告として行政処分取消の判決を得たのみで足らず更にその第三者を被告として行政処分が違法
であることの確定を求めなければならないとするの方がむしろ不合理ではあるまいか」と批判された。⁽¹⁸⁾

これは、行政処分の取消訴訟において、行政処分によって権利を毀損されている者の救済をどこまで貫徹するか
という問題と、行政処分が取り消されると行政処分によって得た法的地位を失う者をどう保護するかという問題が
衝突する訴訟参加の本質を、するどく指摘するものである。行政処分の取消判決に第三者効を認めれば、行政処分
の取消しにより権利が救済される原告の救済は貫徹されることになるが、行政処分によって権利を得た第三者は取
消判決の効力に服するしかないことになる。逆に、行政処分の取消判決に第三者効を認めなければ、行政処分によ
って権利を得た第三者は取消判決の効力をうけず、その限りで、第三者の権利は侵害されないという解決が得られ
るが、行政処分の取消しにより権利が救済される原告の救済は貫徹されないことになる。ようするに、判決の効力
をどう考えるかという問題設定においては、原告と第三者の両方の権利救済が図られるという解決策はないのであ
る。

もつぱら行政裁判を担当する裁判官、あるいは、行政訴訟の研究者は、どちらの解決策をとるかという二者択一
の選択をせまられれば、迷うことなく、前者をとる。違法な公権力の行使によって権利を毀損された者に、権利救
済の途を開く——それは、原告として訴えを提起することを認めるという意味である——という目的で発展してき
た取消訴訟制度においては、原告の権利救済を半減してまで、第三者の保護を図るということは、考えられないこ
となのである。さらに、もつといえは、このような取消訴訟——第三者に権利・利益を与える処分によって自己の
権利・利益が侵害されたとする原告の訴え——においては、処分によって得られた第三者の法的地位を覆滅させな
いかぎり、原告の権利救済は図れないのである。

そのあたりの感覚が、さすがに、民事訴訟学者の兼子(一)博士には、やや欠けておられたようで、取消判決の効力をうける第三者の保護を、第一に考えられ、そこから論考を出発されたところを、瀧川判事に、きびしく批判されたのである。⁽¹⁹⁷⁾

七 兼子(一)博士が論文で示されたところは、けつきよくのところ、取消判決の効力を第三者にまで及ぼすことは、第三者の立場を侵害することにならないか、というかぎりの問題提起にとどまるものであって、原告と(訴訟参加すべき)第三者の双方の権利保護をはかるような整合的な解決をめざされたものではない。それゆえ、博士の論理は、われわれの考察から、難点のおおいものであったと、いわざるをえないが、博士の論考、および、これに対する議論の分析をつうじてわかったことは、判決の効力をどのように考えるかということだけでは、原告と(訴訟参加すべき)第三者の双方の権利保護をはかるような整合的な解決はできないということである。

(c) 行政事件訴訟法のもとの訴訟参加

(aa) 行政事件訴訟法の規定

一 行政事件訴訟特例法(以下、「特例法」)を全面的に改正した行政事件訴訟法⁽¹⁹⁸⁾(以下、「行訴法」)は、取消訴訟における訴訟参加⁽²⁰⁰⁾については、第三者の訴訟参加と行政庁の訴訟参加をわけて規定することにした。

二 第三者の訴訟参加については、行訴法二二条に、かなり詳細な規定がおかれた。

同条一項は、訴訟参加が認められる場合について、「裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる。」と定めた。

訴訟参加が認められる第三者の要件を、基本的に、「訴訟の結果」(判決)に関わらしめているのは、特例法八条

一項と同じであるが、同項が、「訴訟の結果について利害関係のある」としていたのと、微妙に文言が変わっている。また、同項では、「(裁判所が)必要と認めるときは」という(注意的)文言もあったが、行訴法二二条一項は、はずされている。さらに、特例法八条一項が、職権による訴訟参加のみを規定していたのに対して、行訴法二二条一項は、申立てによる訴訟参加も認めているが、第三者が申し立てても、裁判所の「決定をもつて——参加させ」られるとされていることに注意しなければなるまい。

同条二項は、手続規定で、「裁判所は、前項の決定をするには、あらかじめ、当事者及び第三者の意見をきかなければならない。」と定めた。

このような規定は、特例法八条二項でも規定されていたが、行政裁判法にはなかった。

同条三項も、手続規定で、「第一項の申立てをした第三者は、その申立てを却下する決定に対して即時抗告をすることが出来る。」と定めた。

このような規定は、特例法にも行政裁判法にもなかったものである。

同条四項は、民事訴訟との関係を定めた規定で、「第一項の規定により訴訟に参加した第三者については、民事訴訟法第六十二条⁽²⁰⁾の規定を準用する。」と定めた。

この旧民事訴訟法六十二条とは、必要的共同訴訟人のひとりとした訴訟行為の効力は全必要的共同訴訟人に及ぶとする規定である。このような規定は、特例法にも行政裁判法にもなかったものである。

同条五項は、「第一項の規定により第三者が参加の申立てをした場合には、民事訴訟法第六十八条⁽²⁰⁾の規定を準用する。」と定めた。

この旧民事訴訟法六八条とは、すでに訴訟に補助参加した者は、当事者の異議による裁判所の決定があるまでは、有効な訴訟行為を行いうるという規定である。このような規定は、特例法にも行政裁判法にもなかったものである。

三 行政庁の訴訟参加についても、行訴法二三条に、かなり詳細な規定がおかれた。

同条一項は、他の行政庁の訴訟参加が認められる場合について、「裁判所は、他の行政庁を訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、当事者若しくはその行政庁の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その行政庁を訴訟に参加させることができる。」と定めた。

特例法八条一項では、第三者の訴訟参加とらべて、「訴訟の結果について利害関係のある」という要件をかしていたが、それがなくなり、ただ、裁判所が、「訴訟に参加させることが必要であると認めるとき」とされたのである。

同条二項は、手続規定で、「裁判所は、前項の決定をするには、あらかじめ、当事者及び当該行政庁の意見をきかなければならない。」と定めた。

これは、二二条二項と同じである。

同条三項は、「第一項の規定により訴訟に参加した行政庁については、民事訴訟法第六十九條⁽²⁶⁾の規定を準用する。」と定めた。

この旧民事訴訟法六九条とは、補助参加人がなしうる訴訟行為の範囲を定めた規定である。

四 ところで、このように定められた行訴法二二条および二三条の内容も、そこにいたるまで、立法過程において、さまざまな議論があつた。とくに興味ぶかいは、本稿でも考察の対象とした兼子(一)博士の理論が、特例法の改正の審議が行われていた当時、かなり支配的になつており、改正法における第三者の訴訟参加をどのようにするか⁽²⁶⁾の審議も、博士の考えを尊重し、博士の説を前提としたところからスタートしたということである。

行政事件訴訟特例法改正要綱試案⁽²⁰⁷⁾(以下、「改正要綱試案」)第二二(強制訴訟参加)と第二三(行政庁の訴訟参加)の審議は、法制審議会行政訴訟部会第二二回小委員会⁽²⁰⁸⁾において行われた。

改正要綱試案第二二の強制訴訟参加のA案の案文⁽²⁰⁾では、第三者の訴訟参加が認められる要件として、「訴訟の結果により権利を害される」とされておらず、「訴訟の目的が第三者に対しても合一に確定する必要がある」とされ、審議もこの方向からスタートしていた。このように「合一的に確定する必要がある」とされた趣旨は、判決の既判力との関係が考慮されたもので、旧民事訴訟法六二条⁽²¹⁾と同じ表現がもちいられた。

この旧民事訴訟法六二条の必要的共同訴訟の理論⁽²²⁾じたいが、民事訴訟における判決の既判力の理論を前提とするものであり、同小委員会において、何人もの委員からくり返し指摘があったように、同条と同じ文言を使用したということ⁽²³⁾じたいが、既判力は当事者に限られるということ⁽²⁴⁾を前提としていた。その趣旨は、もちろん、取消訴訟の訴訟外にある第三者が、訴訟告知も⁽²⁵⁾うけず、そういう訴訟が係属していることも知らず、訴訟にでなければもつと立証できたはずであるという場合に、そういう第三者にも取消判決の効力を及ぼすのは問題であるということ⁽²⁶⁾であつたが、こういう考慮⁽²⁷⁾じたいが兼子(一)博士の影響であつたことはいうまでもない。

また、もうひとつ、兼子(一)博士の説を参照したB案⁽²⁸⁾も、同小委員会の当日に提出されていた。ただ、当日に兼子(一)博士が出席されなかつたこともあり、当日は、もつぱら、A案をめぐって審議がすすめられた。

しかし、審議の経過は、しだいに、行政処分⁽²⁹⁾の取消判決は対世効をもつかどうかという論議に移つていった。取消訴訟の判決は、ただ行政庁が行政処分をしたと同じように考えるべきものではなく、その処分の効力⁽³⁰⁾じたいについて裁判所が判断するものなので、対世効をもつという意見⁽³¹⁾がだされてからは、取消判決の既判力は訴訟当事者のみに及ぶのか、第三者にも及ぶのか、議論が紛糾し、A案を採用して、取消判決の既判力を訴訟当事者のみに及ぼすことに決めてしまうことには、ちゅうちよする空氣が流れはじめた。けつきよく、第二二回小委員会の当日では、問題を先送りし、取消判決の効力をどう考えるかについて決着がついてから、あらためて考えることにしようということになつた。

五 その後、同小委員会では、第二次改正要綱試案⁽²⁰⁾、第三次改正要綱試案とだされ、第三者の訴訟参加の条文も、若干の修正が施された。それは、第二次改正要綱試案では、第一次要綱試案に「合一に確定する必要があると認めるとき」とされていたのを、「合一に確定するとき又は合一に確定するにつき必要があるとき」にあらためられ、それが、第三次要綱試案では、「合一に確定するにつき必要があるとき」にあらためられたものである。その趣旨は、第一次要綱試案から第二次要綱試案にあらためられたときは、訴訟の性質から当然に合一に確定している場合と「合一に確定するにつき必要があると認めるとき」の関係が問題になり、併記するかたちで決着がつけられたが、第二次要綱試案から第三次要綱試案にあらためられたときは、このふたつの場合を区別すると、かえって疑義をまねき、「合一に確定するに付き必要があるとき」とすれば、当然に合一に確定している場合も含まれるというものであった。⁽²¹⁾ただ、この第三次案においても、なお、兼子(一)博士の理論に配慮し、取消判決の効力は訴訟当事者のみに及ぶということが前提とされていた。

それが、最終第五次改正要綱案⁽²²⁾では、一転して、「合一に確定」という文言が捨てられ、「訴訟の結果により権利を害される第三者があるとき」という、特例法の規定にちかい文言が用いられることになった。これは、いっぽうで、取消判決の効力につき、「第三者に対しても効力を有する」と規定し、第三者にも及ぶ形成効が承認されたことと対になるものであった。その限りで、また、兼子(一)博士の理論が、けつきよくは採用されなかつたということの意味するものでもあった。

なお、この最終第五次改正要綱案が、現行行政事件訴訟法に、ほとんどそのまま受け継がれたわけであるが、その基礎となった理論については、次項で検討しよう。

(bb) 杉本解説の分析

一 行訴法制定後、ただちに、立法担当者として中心的な役割をはたされた杉本良吉判事が、『行政事件訴訟法の

解説⁽²⁸⁾「以下、杉本『解説』という詳細な逐条解説を書かれた。この解説は、立法者意思を直接に探ることができるといふ意味でも貴重なものであるが、理論的にも、きわめて高いレベルの解説がなされており、以後の同法の条文解釈に支配的影響を与えるものであった⁽²⁹⁾。そこで、同法における訴訟参加についての本稿の考察でも、この解説を分析対象としよう。

二二二条の第三者の訴訟参加の解説では、まず、「立法の趣旨」が述べられている。

特例法八条から、規定が大きくあらためられたのは、同条の解釈に疑義が多く、これを、あきらかにするためであったとされた⁽²⁸⁾。その疑義があつたとされる点とは、①「同条によって参加させられた場合に、参加人はいかなる訴訟上の地位を取得するものか」、②参加人として「の地位は、行政庁が参加する場合とそれ以外の第三者が参加する場合との間に差異のないものかどうか」、③「参加を命じられながら、これに応じられなかった者にも判決の効力が及ぶものかどうか」である。

①については、たしかに、行政裁判法にも特例法にも、規定がなかった。そこで、それははっきりさせるために、行訴法二二条四項で、民事訴訟法六二条の準用というかたちで、必要的共同訴訟における共同訴訟人に準ずる訴訟上の地位が与えられることになった。これは、ようするに、たんなる補助参加人以上の訴訟行為をなしうるといふ趣旨⁽²⁹⁾である。

②についても、たしかに、行政裁判法は、行政庁の訴訟参加について規定しておらず、特例法は、八条で、第三者の訴訟参加と行政庁の訴訟参加をならべて規定していた。それを、行訴法では、あえて、第三者の訴訟参加とわけて、行政庁の訴訟参加を別条に規定したのは、両者では、趣旨・目的が異なると考えられたからである。なお、これについては、つぎに述べられる。

③については、まさに、判決の効力との関係が問題になるが、この疑義は、直接には、訴訟告知に関連している。

これについても、のちに検討する。

さて、ここで提示されている疑義は、行訴法の立法過程においても、逐次、提示されたものであるが、本稿の考察であきらかにされたごとく、最大の疑義は、取消判決の効力が第三者にも及ぶのかどうかということ、そして、それとの関連で、第三者を強制的にも訴訟参加させなければならないのかということであった。杉本『解説』では、まさに、そのことが、第三者の訴訟参加の制度の趣旨・目的となるものであって、それが「必ずしも明らかでなかったこと」が、右記①ないし③の疑義を生んだ原因であったとされ、そのような疑義を生んだことが、特例法八条の弱点であったと指摘された。⁽²⁾

三 それでは、第三者の訴訟参加の制度の趣旨・目的が、杉本『解説』ではどのように説明されているか、見てみよう。

訴訟の目的について真の当事者とみるべき者を訴訟に引き入れ、「事件の適正な審理裁判を実現する」という目的は、行政庁の訴訟参加については「大体肯定されようが、それ以外の第三者を参加せしめる目的は、それにつきるものではなく、少なくとも取消訴訟については他に主要なねらいのあることが考えられる」とされ、その「主要なねらい」が、判決の効力との関連であるが、杉本『解説』では、これまでのわが国の議論を、ていねいに比較分析したうえで、行訴法の考え方が示されている。⁽³⁾

すなわち、行訴法二二条が、行政裁判法三一条を承継していることを認めたとうえで、その第二項に、「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」とされていたことの解釈がすでにわかれ、「取消訴訟における処分または裁決の取消判決の効力を本来訴訟当事者以外には及ぶものではないと解する者」と、「本来対世的に生ずるものと解する者」にわかれていたと分析される。

それにより、第三者の訴訟参加の目的についての説明も、ニュアンスが異なってくる。

前者の立場では、「取消訴訟の結果がその者に対する関係においても法律上区々であつてはならないと考えられる地位にある第三者をこの制度によつて訴訟に引き入れ、これに判決の効力を及ぼして、すべての関係者を通じて訴訟の結果を画一的に確定させること」を目的としていたと分析されている。⁽²³⁾

後者の立場では、「取消判決の効力が及ぶ結果その法律上の地位に影響を被る第三者が存することは、自身関与しない訴訟の結果を甘受させるものとして好ましくないから、かような地位にある第三者をこの制度によつて訴訟に引き入れ、その不都合を解消することを」を目的としていたと分析されている。⁽²⁴⁾

そして、けつきよく、行訴法二二条は、後者の立場を採用したものであつたことが、杉本『解説』に明言されており、これには、同法二二条一項において、取消判決の形成効は第三者にも及ぶ旨が規定されたことと密接に関連していると解説されている。⁽²⁵⁾ さて、興味ぶかいのは、ここではじめて——まえに見た行訴法の立法過程の審議からとおして——「形成効」という觀念がでてきたことである。この経緯について、さつそく、二二条に対する杉本『解説』の説明を見てみよう。

四 三二条一項は、「取消判決の形成力の主観的範囲を規定したものであ」とされる。⁽²⁶⁾ そして、その「取消判決の形成力」の内容については、(一)客観的範囲、(二)主観的範囲、(三)既判力との関係という三つの角度から、わが国におけるそれまでの議論を整理して、解説されているので、われわれの歴史的分析にとつても有益である。⁽²⁷⁾

その「(一)客観的範囲」のところでは述べられているところは、わが国の行政訴訟ではじめて、形成効なるものが市民権を得たことを示している。すなわち、「係争処分を取り消す旨の判決が確定したときは、その処分は遡つて有効な処分としての存在を失い、当初から処分がなされなかつたのと同じ状態を現出する効果を生ずる」とされることは、まさに、形成の概念の本質的説明にほかならない。⁽²⁸⁾ したがって、その限りで、取消訴訟が形成訴訟であることが、あらためて、確認されたのである。⁽²⁹⁾

問題は、「(二) 主観的範囲」である。三二条一項は、取消判決の形成力の主観的範囲を規定したものであるとされるが、取消訴訟が形成訴訟であることは、一般に承認されていたにもかかわらず、行訴法の立法過程の論議では、訴訟外の第三者にも既判力が及ぶかどうかというかたちで議論がなされ、形成効は持ちだされていなかった。それが、最後になって、とつぜん、取消判決に形成効があるという規定をおき、それによって、第三者にも判決の効力が及ぶということを、形成効の概念によって説明することで決着がつけられたのである。

この経過については、杉本『解説』でも、意識して、ふれられている。それは、わが国で、処分の取消判決の効力の主観的範囲については意見の対立があつたのは、基本的に、形成効は、既判力と無関係のものであり、その及ぶ範囲は既判力の範囲に限定されないとみるか、形成効も、既判力に裏打ちされるもので、その及ぶ範囲も既判力の範囲と一致するとみるかによるものであるとされるのである。

そして、ふたつの立場では、それぞれ難点があり、「前者の見解の弱点は、全く訴訟に関与することなくして、自己の権利を侵されるような判決の効力をうけることとなる点であり」、「後者の見解の欠点は、利害関係人の間において判決の結果が区々となるおそれのあることである」とされた。

いずれの立場でも右のような難点のあることを認めたくらんで、行訴法は、後者の難点をより重大とみて、すなわち、「判決によって処分または裁決を取り消した場合の効果(一)の客観的範囲参照)が当事者と第三者との間で区々になることは、法律秩序の安定のため適当ではなく、行政上の法律関係は画一的に規制されることが望ましいとする見地から、前者の見解を採用した」とされた。これは、かなりのあいだ強い影響力をもっていた兼子(二)博士の見解と訣別し、べつの方向に向かうことを、最終的に、決断したことを意味したともいえる。

最後の「(三) 既判力との関係」では、「取消訴訟は、処分の違法を確定してその効力を失わせるものであり、その違法を確定した点において、………形成力とは別に、既判力を有すると解すべきであろう」として、形成判決

にも既判力を認める余地があるとされた。形成の概念が主張されはじめたときから、形成判決にもなお既判力を認める余地があるかどうかということが議論しつづけてこられたということは、本稿の考察でも見たとおりである⁽²⁴⁾が、杉本『解説』は、そのことも意識したうえで、右のような決断を下されたのである。ただ、実際に、既判力などの範囲で及ぶかという問題については、民事訴訟法の規定の準用、ならびに、訴訟理論に委ねられているとされ、それ以上の説明はされていない。

五 ふたたび、はなしを第三者の訴訟参加にもどすと、「第三者の訴訟参加の性質」⁽²⁵⁾に関しても、杉本『解説』は、判決の効力との関係で、一貫して説明されている。

まず、「取消訴訟においては、被告適格が行政庁に法定(第一条)されている関係上、取消訴訟の判決の結果によつて直接自己の法律上の地位に変更をうけるという実質的当事者の地位にある第三者の保護が図られなければならないが、それは通常の補助参加人(民訴法第六四条参照)と同様に取り扱つたのでは十分ではない」とされる。

説明の前半によれば、ほんらいの訴訟の当事者である第三者が、訴訟外の第三者たらざるをえないのは、被告適格が行政庁に法定されている取消訴訟の構造によるものである⁽²⁶⁾。ただ、この場合、原告が求める判決の内容は、まさに、第三者の法律上の地位を変更させるというものであり、判決の名あて人は、第三者である。そのようなシチュエーションにある第三者の訴訟参加は、補助参加ではたりないというのである。

そこで、どのような訴訟参加を認めるかということについては、民事訴訟法の規定の準用というかたちで、民事訴訟の理論により決着がつけられた。それについての、杉本『解説』の説明を見てみよう⁽²⁷⁾。

「そこで、右の第三者をして、係争の処分または裁決の維持を目的とする訴訟において被告側に立って共同訴訟人に準ずる地位において訴訟行為ができる地位を与えようというのが、この参加を認めた趣旨である。しかしこの

第三者は、あくまで参加人であつて取消訴訟の当事者に対する独自の請求をもつものではなく、その独自の請求をもたない点において、いわゆる共同訴訟参加(民法第七五条)または独立当事者参加(同法第七一条)とも異なり、いわゆる共同訴訟的補助参加に類する性格をもつものである。」

その趣旨は、ようするに、行訴法二二条により訴訟参加した第三者については、たんなる補助参加人以上の訴訟行為ができる地位を認めようということにある。条文では、民事訴訟法六二条(必要的訴訟参加)の準用により、共同訴訟人に準ずる地位が与えられるとされ⁽²⁴⁾、また、解釈において、解釈上でのみ認められている共同訴訟的補助参加の概念まで導入された⁽²⁴⁾が、それらも、すべて、判決の効力が第三者にも及ぶということを前提としているのである。

六 ところで、右に見たように、行訴法二二条により訴訟参加する第三者については、たんなる補助参加人以上の訴訟行為ができる地位を認めるとしたことは、同条により訴訟参加しうる者の範囲——すなわち、訴訟参加の利益——に、微妙な影響があつたようである。

杉本『解説』によれば、同条で、「訴訟の結果により権利を害される第三者」としたのは、特例法八条が、民事訴訟法六四条と同じく、「訴訟の結果について利害関係のある者」として、ひろく第三者の訴訟参加を認めていたのを、せまく限定するものであるとされ、それは、「単に訴訟の結果に利害関係があるというだけで、その者に共同訴訟人に準ずる地位を与えることは、本条の趣旨に反するからである」とされる⁽²⁴⁾。

それでは、そのせまく限定される範囲とはどのようなものか、について、具体的に、つぎのように説明される⁽²⁴⁾。

「訴訟の結果により権利を害される第三者」とは、取消判決の形成力を受けるためその判決の主文によつて直接自己の権利を侵害される訴訟当事者以外の第三者をさし、第三者の再審の訴えに関する第三四條にいう『処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された者』とその範囲を同じくすることは疑いない。たとえば、公売処分の取

消訴訟が提起された場合における競落人、乙と競願関係にあった甲が乙に対する事業免許によって自己の権利利益を侵害されたとして右免許の取消訴訟が提起された場合における右免許を受けた乙はここにいう第三者に当る。」

この説明では、はっきりと、「取消判決の形成力」とされている。この「判決の正文によって」というのは、まさに、行政処分を取り消すという内容の宣言であり、行訴法により、取消しの効果^{II}形成効という図式が制度的に確立されたことにより、「係争処分を取り消す旨の判決が確定したときは、その処分は遡って有効な処分としての存在を失い、当初から処分がなされなかつたのと同じ状態を現出する効果を生ずる」⁽²⁶⁾。そして、取消判決の効力——形成効——は第三者効をもつと、立法的に解決されたことから、(この説明のなかで例として上げられているような)すでに行政処分により権利を得ていた第三者も、その取消しの効果を是認しなければならぬということになる。このように見ると、行訴法のシステムでは、取消判決の効果が、全体として、すっきりと整合的にいきわたることになったということが、よくわかる。

そのように取消判決の効果により、処分による既得の地位を覆滅される第三者の範囲に、訴訟参加の利益を限定しようというのが、この説明の趣旨であろうかと思われるが、すこし、ここに上げられている事例をつうじて分析してみよう。

ふたつの事例のうち後者の事例は、これまで、本稿の主たる分析対象としてきた「二重効果的行政処分」に関するものである。したがって、免許処分の名あて人であり、また、取消判決の名あて人である乙は、直接の「法律関係⁽²⁶⁾与性」があり、いふなれば、訴訟参加させることが必要のな、もつともせまい範囲の第三者であるといえよう。

それに対して、前者の事例は、公売処分によって直接に権利を取得したわけではない者の例であり、したがって、競落人は、公売処分の名あて人でも、取消判決の名あて人でもない。ドイツの必要的訴訟参加の基準を使えば、この競落人を訴訟参加させることは必要的ではない。

この競落人の範囲まで、訴訟参加の利益を拡大するのであるから、その論理としては、説明にある「直接自己の権利を侵害される」ということの内容を、後者の例にみられるような直接の法律関係関与性がある場合よりも、もうすこし拡大し、公売処分が行われたことを前提として、競落というべつの法律行為により法的地位を得た者も、公売処分が取り消されれば、その波及として、とうぜん法的地位を失うことになるということ、⁽⁴⁷⁾「直接自己の権利を侵害される」ことになるというものであろう。

ただ、この論理でいくと、さらに転得者があらわれ、波及が拡がる場合に、どこで切るかという問題が生ずる。なお、この問題は、職権訴訟参加の法理の重要なテーマであるので、次節以降であつかう。

しかし、杉本『解説』によれば、「行訴法二二条により訴訟参加が認められる第三者の範囲は、さらにひろがる⁽⁴⁸⁾」ここに「権利が訴訟の結果により害される」というのは、取消判決の結果、その効力によって権利が害されることをいうから、その取消判決の効力、たとえばその形成力自体によって直接権利を侵害される場合に限ると厳格に解すべきではない。上例において競願者甲が自己に対する免許拒否処分の取消訴訟を提起した場合を考えると、この場合の取消判決は、乙の免許を直ちに消滅させないが、右判決の拘束力を受けた処分庁の行為によって乙の免許は取り消されるわけである。かように取消判決の拘束力を通じて権利を害される第三者もまた本条にいう権利を害された第三者に当ると解するを妨げない。」

行訴法三三三条に規定された取消判決の拘束力は、既判力とも、形成効ともべつの、特別の効力であると、杉本『解説』では説明されている。行訴法二二条では、ただ、「判決の結果により」とされているので、文言解釈からは、そのなかに、拘束力を含めることは、もちろん、可能であるが、行訴法の立法過程の当初の議論からみると、訴訟参加することを認める第三者の範囲が、ずいぶん拡張されてきた感はまぬがれない。

とりあえず、ここに上げられている例を分析すると、甲は、競願者の乙に与えられた免許処分の取消しを求める

のではなく、自己に対する免許拒否処分の取消しを求めているのである。もちろん、両処分は表裏一体の関係にあり、甲に免許を拒否したことが違法であるとして拒否処分を取り消す判決の趣旨とは、乙ではなく甲に免許を与えるべきであるということであろうと考えられるので、行政庁は、その判決の趣旨に従い、やがては、乙に与えた免許を取り消すことになろう。

しかし、甲が訴訟において求めているのは、あくまで、自己に対する免許拒否処分の取消しであり、この処分には、乙は直接は関与していない。にもかかわらず、そのような第三者についても訴訟参加を認めようというのは、原告が求める処分の取消しを、裁判所が認めたら、やがては自己の法的地位がくつがえるという第三者も、その処分の取消しと密接に関与しているということ、大まかなくくりをしようということなのである。したがって、ここでは、取消訴訟の対象となっている処分の名あて人となったり、判決の名あて人となるという意味での「直接の」法律関係関与性ではなく、その処分や取消判決と「密接な」法律関係関与性があるかどうかということが、基準となるのである。

七 行訴法二二条の第三者の訴訟参加は、また、同法三四条の第三者の再審の訴えと相互に関連しているとされる。三四条は、「処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された第三者で、自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかつたため判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出できなかったものは、これを理由として、確定の終局判決に対し、再審の訴えをもつて、不服の申立てをすることができる。」と規定しているが、この「判決により権利を害された第三者」の範囲が、二二条の「訴訟の結果により権利を害される第三者」の範囲と一致するとされるのであるが、そのことじたいが、重大な問題である。

三四条の趣旨については、杉本『解説』では、「取消判決の形成力を広く訴訟外に立つ第三者に対しても及ぶものとしたことに関連して、自己の責めに帰すべからざる事由で、その訴訟に参加することのできなかつた第三者の

利益を保護するために、再審の途を拓いた規定である」と説明されている。⁽²⁹⁾

しかし、杉本『解説』は、いっぽうで、二二条の解説において、「本法は、取消判決の形成力の及ぶ結果、訴訟に関与しないでしかも訴訟の結果によって権利を侵害される者の救済の途として、別に、第三四条において一定の条件の下に再審の訴えを認めているが、本条は、かような救済を要する事態の発生を未然に防止する措置としての意義をも有する」としている。⁽³⁰⁾ ようするに、二二条による訴訟参加ができなかった第三者には、だれでも、再審の途が開かれるというのではなく、再審というのは、非常の場合にのみ認められる特別の救済手段であるので、なるべく、その再審の問題が生ずるてまえで、そのような第三者を訴訟参加させることで、問題の解決を図られなければならぬということを行っているのである。このことは、また、本稿の最初の問題提起で、筆者が指摘したことでもある。⁽³¹⁾ この問題についても、次節以降で、くりかえし検討される。

ただ、右の三四条の説明のなかで、「自」の責めに帰すべからざる事由で、その訴訟に参加することのできなかつた」とあるが、すでに、このなかに、ほんらい訴訟参加させるべきである第三者が、(訴訟告知もされないなどの理由で)訴訟参加させられないことがありうる(前提とされている)のである。これも、重大な問題である。

八 取消訴訟にも、民事訴訟法による補助参加が許されるかについては、杉本『解説』では、ごく簡単にふれられている。それは、行訴法二二条によって訴訟参加する第三者も、「あくまで参加人であつて取消訴訟の当事者に対する独自の請求もつものではない」ので、「したがつて、本条の規定の存在は、本条にいう第三者に当る者が民事訴訟法による補助参加をすることをなら妨げるものでないことは、いうまでもない」というものであつて、それ以上はなにもふれられていない。⁽³²⁾

ここに述べられていることは、ふたつの訴訟参加が、共通する性格をもつものであるので、いっぽうだけを排斥する理由がないということであろう。しかし、それでは、なぜ、行訴法で完結した訴訟参加の制度を整えたのに、

わざわざ、民事訴訟の訴訟参加を併用する必要があるのか、また、なぜ、行訴法二二条では、第三者が訴訟参加を申し立てても、制限された訴訟参加の利益の認定のもとに下される裁判所の決定を経なければ、訴訟参加が許されないという、たかいハードルが課されているのに、旧民事訴訟法六六条⁽²⁵⁾によれば、当事者の異議がなければ、そのまま訴訟参加が認められるという、ハードルのひくい補助参加による迂回ルートも許されるのか、の説明になっていない。

このあたりは、行訴法において、なお、民事訴訟法との関係が不明確に残されている部分である。
九 行政庁の訴訟参加については、ごくかんたんに、解説されている⁽²⁶⁾。

中心となるのは、行政庁の訴訟参加は、第三者の訴訟参加とは異なる目的をもつものであるということである。それは、「適正な審理裁判の実現」ということにつき、その目的のためのみ、行政庁の訴訟参加は、許されるのである。裁判所も、もっぱら、その行政庁を訴訟に引き入れることにより、事案の解明に役立つかどうかという観点から、その行政庁を訴訟参加させることが必要かどうかを判断することになり、それは、裁判所の裁量であるとされた。

このように、「適正な審理裁判の実現」という目的にもとづく訴訟参加というものでは、かならずしも、訴訟参加人の権利保護ということは重視されない。その事情は、第三者の訴訟参加でもおなじで、行政裁判法時代には、第三者の訴訟参加についても、「適正な審理裁判の実現」という目的のもとに認められていたので、第三者の(訴訟手続上の)権利保護が論じられることはなかった。第三者の権利保護の問題がでてくるのは、やはり、判決の効力との関係においてである。

行政庁の訴訟参加の性格については、じゅうぶんに解明されたとはいえない。杉本『解説』では、二三条で、行政庁についても、申立てによる訴訟参加が規定されていることについて、しかし、これにより、「行政庁に一般的

に当事者適格もしくは補助参加をなしうる地位、能力を認めたものではない」とされた⁽²⁰⁾。ただ、いつぼうで、本条は、民事訴訟法による補助参加を妨げるものではない、とされ、けつきよく、行政庁の訴訟参加が、どのような性格をもつものであるのか、はつきりしない。

(CC) 三ヶ月理論の分析

一 さて、ここで、三ヶ月章博士の理論を、すこし、検討しておく。民事訴訟学者である三ヶ月博士の理論をとり上げるのは、ちょうど、特例法から行訴法に改正されるころ⁽²¹⁾、形成訴訟や形成判決に対する考えが、どうも、まだ、はつきりと定まらなかつたような状況のなかで、三ヶ月博士が、抗告訴訟について、形成の概念を前面にだされた興味ぶかい理論を提示されたからである。

二 三ヶ月博士は、かつて、「執行に対する救済」という論文⁽²²⁾で、債務者が、債務名義に表示されている請求権に対する異議を主張し、その債務名義のもつ執行力を排除して、執行からの現実的解放を求めるための執行法上の訴えである「請求異議の訴え」の性質を論じられたさいに、行政訴訟における抗告訴訟との同質性に着目して、「救済の訴え」というものを案出されたことがある。

三 三ヶ月博士は、請求異議の訴えは、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟のいずれにもあてはまらない、「実体権の確定と執行力の排除という二つの機能を併有する特殊な訴とみるべきである」とされたいうで、「今日においては、この種の訴訟は、むしろ行政訴訟における抗告訴訟と同様に、新たな訴の類型を示すものというのが率直であろう」とされた⁽²³⁾。

そこにおいて述べられている抗告訴訟の特質とは、「従来の行政行為の公定力を覆すという形成的効果を有するが故に形成訴訟とみるのが通説であるが、それは決して通常の形成訴訟の理論を以て律しうるものではない。そこでも行政行為の違法の確定が論理的に先行し、単なる異議権のみが審判の対象となるのではなく、基礎たる行政処

分の違法性の確定が本質的なものとして要請される点で、通常の形成の訴とは異なる面をもつ」と分析された。⁽²⁶⁾

そのような特質をもつ抗告訴訟と、請求異議の訴えは、共通するものであるとされたのであるが、その説明は、つぎのようなものである。⁽²⁷⁾

いわく、「抗告訴訟にあつては、行政行為がその本質上公定力もしくは執行力を要請するが故に、これを覆すための形成的機能が結びつかざるをえぬと同じように、執行法にあつては、執行機関の分離という制度的構造から債務名義の抽象的執行力が要請されるので、それを覆すための形成的機能が結びつかざるをえないのである。」

抗告訴訟と請求異議の訴えをくくる概念としての「救済の訴え」は、けつきよく、裁判前の一定の効力をもつ行為を前提とし、それをくつがえすための訴訟ということであろうが、ここに、われわれの関心である形成の概念が、前面にだされているのである。

それでは、おなじく形成に関わる形成訴訟と、救済の訴えは、どこが違うのであろうか。それについて、三ヶ月博士は、抗告訴訟にあつては、行政処分の違法、請求異議の訴えにあつては、表示された請求権の消滅・変更という実体的要件の確定を必須の前提とする点で、抽象的形成権の存否のみを判定し、形成要件まで既判力をもって確定するを要しないとされる通常の形成訴訟⁽²⁸⁾とは、おもむきを異にすると説明された。⁽²⁹⁾

三 また、民事訴訟一般の理論においてであるが、三ヶ月博士は、形成効の本質についての明快で示唆的な考察を、このころに出版された民事訴訟法の教科書のなかで示されているので、それも見てみよう。

三ヶ月博士は、「形成力なるものの本質は必ずしも明瞭でない」と指摘された。それは、既判力や執行力が、訴訟制度に内在する制度的な効力であるのに対して、「法秩序が、こうした裁判に結びつけた特殊の効力であつて、やや異質なものであるからであるとされ、あえて規定すると、形成効は、構成要件の効果⁽²⁶⁾にちかいかいものであるとされた。⁽²⁷⁾このことは、形成効をかなり実体的に理解しなければならぬことを示唆するものである。⁽²⁸⁾

そして、われわれの考察にとって重要なのは、形成効の及ぶ範囲（対世効）についての博士の見解である。博士は、「形成効が必ず論理必然的に対世的であることを要求するとは必ずしも断ずることができない」という、（形成効には対世効があると単純に信じこんでいる者には）いささかショッキングなテーゼを提示された。博士が分析されるところによれば、形成訴訟とされるものでは、「正に対世的形成が必要であるからこそ形成訴訟とされるに至ったもの」が大多数をしめるが、なかには、「それ以外の理由から形成訴訟とされるもの」もあり、これらについて、「その形成の効果につきそれが対世的であることを強調することは必要でもないし妥当でもない」ということであった。

形成効の及ぶ範囲（対世効）について、博士は、結論として、「対世的形成を要する形成判決の形成力は対世的だといえるだけで、果してそういう形成訴訟であるかどうかは制度の趣旨に照して探究しなければなら」ないと思われた。

この論理でいくと、行政訴訟の取消訴訟の制度の趣旨が、取消判決の形成効の及ぶ範囲（対世効）との関係で、どのようなものであるのが問題となるが、三ヶ月博士は、残念ながら、それについては、はっきりとした見解は示されなかった。

(dd) 木村理論の分析

一 さて、明治以来のわが国の行政訴訟における第三者の訴訟参加の理論分析のしめくりとして、木村弘之亮教授の理論をとり上げよう。木村教授も、明治以来の理論を緻密に分析され、適切に整理・総括されたうえで、取消判決の第三者効について、独自の見解を示された論文を、かなり以前に、発表されている。そのあとには、とくに、第三者の訴訟参加や取消判決の第三者効について、画期的といえるような論文は見られないので、木村教授の論文に示された立場を、わが国の最近の理論としよう。

木村教授の理論を、ここでとり上げるもうひとつの理由は、行政事件訴訟法制定によって、いちおう、兼子(一)理論を採用しないことで決着がついたにもかかわらず、なお、木村教授が、兼子(一)博士の立場を正当とされているからである。行訴法の枠組みのなかで、そのようなことが可能なのか、見ておく必要はあると思われる。

二 木村教授は、明治以来のわが国の行政訴訟における第三者の訴訟参加の理論分析の結果、戦後の理論は、「一般第三者」絶対的形成功力説、「訴訟参加人」相対的形成功力説、「特定第三者」絶対的形成功力説」に収束されるとされる。⁽²⁷⁾

「一般第三者」絶対的形成功力説」は、現行行政事件訴訟法三二条のベースとなる考えかたとされ、⁽²⁸⁾「訴訟参加人」相対的形成功力説」は、兼子(一)博士のとなえられた考えかたであり、⁽²⁹⁾「特定第三者」絶対的形成功力説」は、瀧川判事のとなえられた考えかたであるが、木村教授は、このうち、「訴訟参加人」相対的形成功力説」をもって、正当とされるのである。⁽³⁰⁾以下、その論証を見てみよう。

三 木村教授は、その出発点となる理解において、「取消判決が行政処分を取り消す」という命題のもとでは、「(一)一定の事実関係を基礎として」行政処分によつて創定された法関係(もしくは法状態)が、取消判決を道具として、取り消される」と理解しなければならぬと、強調される。⁽³¹⁾そして、このような法関係を取り消す判決の効力は、木村教授にあつても、形成功力と観念される。

ただ、形成効の本質的説明は、木村教授も、瀧川判事とおなじく、「法律要件的效果」という概念⁽³²⁾を用いて説明すべきであるとされる。⁽³³⁾すなわち、「裁判所が行政事件につき取消判決を下した場合に、実体法がその判決の存在を法律要件のひとつと定め、かつその法律要件の充足に一定の法的效果(行政処分の創定した法関係もしくは法状態の取消し等)を与えている、と理論を構成する」と、自己の立場を明確にされている。⁽³⁴⁾

形成効の、もうひとつの側面として、一般的承認義務なるものがあるとされる。その内容については、「すべて

の人は国家行為（例えば取消判決）による法関係（もしくは法状態）の変動（形成力および法律要件的效果）を爾後の法関係（もしくは法状態）の展開処理に当りその前提として承認しなければならない」というものであるとされる。⁽²⁸⁾

そして、形成力の第三者効についても、木村教授は、法律要件的效果と一般的承認義務によって、説明されるべきであると考えておられるようで、「第三者効は第三者に生ずる法律要件的效果および万人に生ずる一般的承認義務から成る複合概念である」と規定される。⁽²⁹⁾

ただ、このテーゼから察するに、法律要件的效果によって説明される第三者効は、かなりせまい範囲の第三者効であるのに対して、一般的承認義務によって説明される第三者効は、「万人に生ずる」というのであるから、実際には、ほぼ、対世効にちかきものであるかと思われる。

なんとすれば、右に述べられているところの、「国家行為（例えば取消判決）による法関係（もしくは法状態）の変動（形成力および法律要件的效果）」というのは、「取消し」の一般的理解⁽²⁸⁾によれば、取消しの効果は既往にさかのぼるというのであるから、取消しの対象となった行政処分は、最初から無効であったとされるということで、それを、「爾後の法関係（もしくは法状態）の展開処理に当りその前提として承認しなければならない」というのは、取り消された行政処分を前提に重畳的に形成されていた法律関係は、すべて無効とされることを、その法律関係のすべての関係者は、承認し、原状回復におうじなければならぬ⁽²⁹⁾ということを意味するものと、考えられるからである。

四 しかし、木村教授は、取消判決の第三者効の具体的説明においては、相対的立場を維持されている。その場合の、木村教授の基本テーゼは、つぎのとおりである。⁽³⁰⁾

すなわち、原則として、「取消判決は訴訟当事者（訴訟参加命令のある場合は参加人を含む）との関係において

相対的に法律関係(法律状態)を変動させる」としたうえで、「例外的に、特定の利害状況にある第三者(参加人以外の利害関係者を指す)に対し取消判決の効力を及ぼしうる」ことがあるかどうかを検討する、というものである。なお、右の原則でいう「相対的に」とは、訴訟当事者との関係において「のみ」ということであろう。このかぎり、兼子(二)博士の立場と異ならない。また、その例外的場合について、類型的に分析されているので、これを検討してみよう。

第一に、「従属関係または同格関係にある第三者が取消判決の結果従前より有利な法的地位を得る場合において、判決の効力は第三者に及ぶ。」

この場合、問題となるのは、「従属関係」、および、「同格関係」である。結果からいって、取消判決により利益をうけるがわとということであるので、すぐに考えられるのは、原告と同じ状況にある者である。たぶん、これが、(原告適格をもつ)「同格関係」ということであろうと思われる。それに対して、「従属関係」というのは、当事者のあいだで争われている主たる法律関係、つまり、行政処分⁽²⁸⁾の取消しに従属する法律関係のことではないか——そのかぎり、当事者適格をもたない——と考えられるのであるが、具体例が上げられていないので、どのような場合が想定されているのか、はつきりとはわからない。

とりあえず、「同格関係」についてのみ、考えてみよう。木村教授は、これについては、具体例を上げられている。それは、かつて、わが国で、取消判決の第三者効に本質的な問題を提示したとして、さかんに論議された「医療費値上げの職権告示停止決定」の事例⁽²⁹⁾のような場合を想定しておられるのである。つまり、一般処分とされるものについて、ひとりの原告が取消訴訟を提起して、認容された場合、その取消しの効果が、世間一般に及ぶということなのである。それを、木村教授は、「フリーライダーの発生を是認し、行政上の法律関係を統一的に規律する」と表現されている。

第二に、「従属関係にある第三者が取消判決の結果従前より不利な法的地位に転じる場合には、第三者は取消判決の効力を受ける。」⁽²⁶⁾

この場合、第三者は、取消判決によって不利益をうける者であり、処分をうけた立場と「従属」の法律関係にあるとされる者であるので、たとえば、AがBに農地を売渡し、それについての認可処分をうけたが、Xがその認可処分の取消しを求めた場合のBのような者が想起される。Bからの転得者Cについては、つぎに見る第四のテーゼに「追奪関係にある第三者」という概念があるので、ここの「従属関係」にある者からは、のぞかれると思われる。

木村教授は、このようなBに、判決の効力が及ぶとされるのであろうが、それは、「民事訴訟における判決効の拡張理論に照応する解釈である」とされる。⁽²⁷⁾ たしかに、民事訴訟の既判力の拡張の理論では、債権者と主たる債務者とのあいだで下された判決は、主債務に対する保証債務の従属関係から、債権者が保証人に対して提起した後訴を拘束するとされるが、Bに既判力(Ⅱ形成力——木村教授の立場では——)が及ぶことについても、行政処分との法律関係の従属性にもとづく、とうぜんの帰結である。

興味ぶかいのは、木村教授は、この場合に、「裁判所は第三者の訴訟参加を命じ」ることが望ましく、それは、「判決後の紛糾を予防する」ためであるとされる。⁽²⁸⁾ 木村教授の理論によれば、この場合、第三者が訴訟参加しなくとも、既判力は第三者に拡張され、第三者はこれに服しななければならないわけで、第三者の判決まえの権利保護という見地からの訴訟参加ならば、はなしがわかるが、「判決後の紛糾」——どのようなものを想定しておられたのか、いまひとつ不明であるが——についてまで、第三者の訴訟参加の枠内で考慮しなければならないのかは、疑問である。

また、もうひとつ指摘しておかなければならないのは、このような第三者については、「不測の事態に備えて、再審の途が開かれている」という記述⁽²⁹⁾である。この「不測の事態」の内容が問題であるが、第三者が訴訟参加させ

られなかった、というだけのことであれば、行訴法三四条の第三者の再審の訴えというのは、本稿の最初で指摘したように、訴訟参加させられなかった第三者が、とうぜんに期待しうる救済の途ではないのである。

第三に、「同格関係にある第三者が取消判決の結果従前より不利な法的地位に陥る場合には、判決の効果はその者に及ばない。」

この場合、第三者は、取消判決によって不利益をうける者であり、処分をうけた立場と「同格」の法律関係にあるとされる者であるが、具体的にどのような立場の者か、よくわからないので、このテーゼについての論評はできない。

第四に、「反対関係または追奪関係にある第三者が取消判決の結果従前より不利な法的地位に転じる場合には、判決の効力はその者に及ばない。」

ここにいう「反対関係にある第三者」とは、まさに、二重効果的行政処分によって利益を得ていた者であり、「追奪関係にある第三者」とは、行政処分によって、ある者が得た法的地位を前提にして、べつの法律行為により法的地位を得たような者であり、いずれも、兼子(一)博士が、取消判決の効力を相対化させることによって、救済をはかろうとされた事例⁽³⁰⁾である。したがって、兼子(一)博士とおなじ立場にたたれる木村教授にあっては、とうぜんのことながら、このような第三者には、判決の効力は及ばないということになる。

五 以上みた木村教授の類型分析においては、教授がめざされた「特定の利害状況にある第三者(参加人以外の利害関係者を指す)に対し取消判決の効力を及ぼしうる」ことがあるかどうかの検討は、ほとんど行われていない。木村教授は、ただ、兼子(一)博士とおなじ結論から出発して、独自の類型をたてられ、それぞれの場合に判決の効力が及ぶか及ばないかの見解をあきらかにされたにすぎず、なぜ、そのような結論になるのかの論証はされていない。

われわれが期待したのは、行訴法で三二条のような規定がおかれたのちも、なお、兼子(一)博士や木村教授のような立場が妥当しうるのかという、その論証であった。その意味でも、木村教授が、杉本『解説』で明確に新法の立場を説明されたところを、凌駕するほどの論証をされたとはいいたい。

ただ、木村教授が、類型分析において用いられた分類法には、興味ぶかいものがあり——とくに、第一と第二のテーゼ——、次節において、筆者の「職権訴訟参加の法理」の理論を展開するさいには、参考にさせていただこうと思っている。

(ee) 伊藤研究の示唆

一 最後に、フランス行政訴訟法の研究であるが、近年、すぐれた取消判決の対世効の研究として、民事訴訟法学においても注目されている、伊藤洋一教授の研究⁽²⁶⁾を見てみよう。本稿における、わが国の訴訟参加理論および判決効理論の分析でとり上げた理論は、すべて、ドイツの理論を参照するものであった。そのなかで、フランス行政訴訟法の理論の研究をとり上げるのは、異質といえは異質であるが、このなかで述べられていることは、本稿のこれからの考察、論証において、きわめて示唆にとむものであると考えられるからである。

わが国とかなり制度の異なるフランス行政訴訟の理論の研究でありながら、わが国の理論へ有益な示唆がなされているのは、伊藤教授の問題認識が明確であるからである。そのことを、もうすこし述べると、伊藤教授は、訴訟参加Ⅱ取消判決の効力の問題の本質を完全に把握されており、その問題解決においても、フランスとわが国の制度、および、理論状況のちがい——ドイツについても正確に理解されている——を、論理の前提として、はつきりさせたいうえで、フランスに見られるひとつの解決策が、わが国の閉塞した理論状況からの突破口になりうることを、示唆しておられるのである。

二 伊藤『研究』は、わが国の取消訴訟とおなじく、行政処分⁽²⁷⁾の取消しを目的とする訴訟である、越権訴訟(recursois

pour excès de pouvoir)の取消判決がもつとされている対世効⁽³⁰⁷⁾の解明を、その背後にあるフランス法的な歴史と思考の分析をおして、はたされたものである⁽³⁰⁸⁾。

伊藤『研究』によれば、一八五〇年代までは、越権訴訟の取消判決には相対的効力しかなかったが、一八六〇年代になって、取消判決の対世効が、行政判例上、確立したとされる⁽³⁰⁹⁾。そして、フランスの行政法学説でも、これを支持する有力な学説があらわれてきたようである⁽³¹⁰⁾。

伊藤教授の分析によれば、対世効は、フランスの判決効の一般原則からの例外であったので、やはり、その正当化根拠を示す必要があったとされる⁽³¹¹⁾。そのなかで、デュギの客観訴訟論が、越権訴訟の取消判決の対世効の正当化論として、きわめて大きな影響を、のちの学説・判例に与えたようである⁽³¹²⁾。それは、客観訴訟において裁判の形式をへて下される決定は、必然的に一般的な射程をもつことになる。なぜなら、その決定は、客観的な適法性を認定するのであり、しかもこの適法性は、一般的かつ絶対的価値をもつものであるという論理であったと説明される⁽³¹³⁾。

伊藤教授の総括によれば、「フランス法における客観訴訟の実戦的意義は、主として訴えの利益の拡大と取消判決の対世効の正当化にあった。前者が、原告に有利であることは言うまでもないが、後者も越権訴訟の発展に、従って市民に有利な帰結をもたらすものであった。なぜならば、既に見たような……、平行訴訟論⁽³¹⁴⁾の克服に際しては、取消判決の対世効が有力な武器となったのであって、越権訴訟の裁判化とともに対世効が否定されることになれば、越権訴訟の対象領域の拡大は困難になったであろうと思われるからである⁽³¹⁵⁾」とされ、そこにフランス法では、越権訴訟を主観訴訟とする主張⁽³¹⁶⁾が⁽³¹⁷⁾いかに有力化することができなかつた真の理由があらうと思われる⁽³¹⁸⁾とされている⁽³¹⁹⁾。

このあたりまでは、これまでのフランス法研究でも、一般にいわれていたところである。伊藤『研究』の真骨頂は、その「対世効」の意義を、フランス民事訴訟理論の分析にまで及んで、「絶対効」の概念を用いることにより、

飛躍的に——わが国やドイツで議論されていなかった領域にまで及んで——解明されたことにある。

三 伊藤『研究』でいわれている「絶対効」とは、取消判決においてなされる違法性判断の（それ以後のすべての裁判に対する）一般的拘束力である。⁽³¹⁸⁾

ところで、フランスの民事訴訟理論では、原則は、あくまで、判決の効力——既判力——は、訴訟当事者にのみ及ぶということであり、第三者は、自己には判決の効力が及ばないという、「相対性の抗弁」をすることができる。⁽³¹⁹⁾ただ、身分訴訟の判決には、対世効が認められており、そこで、右の「絶対効」がはたらくことを主張する見解もあつたようである。⁽³²⁰⁾しかし、現在までの民事訴訟理論の主流は、民事の取消判決の対世効は、係争行為の客観的取消しの第三者への対抗力を意味するだけのものであるとしていようである。⁽³²¹⁾

これに対して、有力な公法学説は、取消判決の効力に絶対効まで認めるもので、伊藤教授の指摘によると、それは、判決理由中の違法判断の対抗力、一般的拘束力をも意味するものであるが、民事の取消判決には、判決主文についてのみ、対抗力、一般的拘束力が生じるにすぎないとされる。⁽³²²⁾

四 このように、越権訴訟の取消判決に絶対効が認められることとならんで、フランスの判決の効力論では、「第三者再審」の制度の存在が、重要な前提となるようで、じつは、越権訴訟にも第三者再審を認めることと、越権訴訟の取消判決に絶対効を認めることが、密接に関連してきたようである。⁽³²³⁾

この「第三者再審 (terce-opposition)」の制度というのは、もともと、旧民事訴訟法⁽³²⁵⁾四六六条および四七四条から規定されていたもので、「第三者再審を提起する権利を有する者以外の訴訟参加は、認められない。」とされ、第三者再審の要件が、第三者の訴訟参加が認められるための必要十分条件にされていたという、われわれの目からは、すこし奇異な制度である。しかし、ヴェルによれば、第三者再審は、事後的訴訟参加であると性格規定され、⁽³²⁶⁾この制度のあり方が、第三者の訴訟参加にも密接に関連していることが示唆されているのである。しかし、伊藤教授は、

この問題については、最初から、はっきり認識しておられ、取消判決の絶対効と第三者再審の密接な関連のむこうには、第三者の訴訟参加の問題があり、フランスにおける第三者再審のような制度が認められた場合に、第三者の訴訟参加と取消判決の効力の関係は、どのような、あたらしい局面をむかえるのかという問題設定のもとに、ひとつの解決策が提示されているのである。そして、まさに、このことのゆえに、本稿で、とくに、伊藤『研究』をとり上げたのである。

五　そこで、これからあとの本項の論述は、伊藤教授じしんの問題認識と、それに対する解決の思考を追うこととしよう。

まず、伊藤教授は、問題認識の枠組みを、つぎのように提示される。

「日本では、取消判決の効力を及ぼすためには利害關係人を訴訟参加させる必要があるか否か、言い換えれば訴訟参加制度が取消判決の効力を第三者に及ぼすための必要条件であるかが論じられたが、フランス行政法学説はこのような議論を全く行わなかった。まず取消判決の絶対効を肯定するコンセイユ・デタの判例を前提といたうえで、判決の効力を受ける以上、そのような第三者に事前の防禦策を認めることが衡平に適うと考えるのがフランス行政訴訟理論の思考の筋道である。」⁽²⁷⁾

このように日仏間で発想の筋道が正反対となつたのは、無論フランスにおいて取消判決の対世効が既に動かし難い前提となつていたからであると思われるが、更に日本の行政裁判法(一八九〇年)が第三者再審規定を持たなかつたことにもよると思われる。なぜならば、等しく訴訟参加を論じるにしても、取消判決に対する第三者再審制度の有無によつて参加制度の持つ重要性が違つてくるからである。」⁽²⁸⁾

ここでは、行政裁判法時代の第三者の再審の訴えの規定がなかつたころのはなしが、されているが、第三者の再審の訴えが規定された現行行政事件訴訟法においても、フランスとは、なお、事情が違ふことが、問題解決の重要

なヒントであるようである。

フランスでは、第三者再審の利益と訴訟参加の利益が同一であり、しかも、訴訟参加の利益がひろく解されているので、必然的に、第三者再審がひろく認められているといえる。⁽³⁰⁾

また、これは、きわめて重要なことであるが、わが国の第三者の再審の訴えと決定的に異なる運用が、フランスの第三者再審において、されていると思われるのは、つぎの点である。わが国では、再審とは、あくまで、非常救済的にのみ認められる手段であるという理解のもとに、行政事件訴訟法三四条に明記されているごとく、再審においては、「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防禦の方法」しか提出できないとされている。これに対して、フランスでは、すでに行われた訴訟において当事者が主張した攻撃防禦方法を、かさねて、主張することができ、それに対して、裁判官は、あらためて、明示的に判断する義務をおうという、判例理論が確立しているようである。⁽³¹⁾ 伊藤教授は、この対比を、フランス法では、(わが国のように、第三者の) 有利な判決獲得の蓋然性よりも、(第三者に) 主張の機会を与えることに重点がおかれていると表現されている。⁽³²⁾

第三者再審の訴えを本案において認めた判決の効果も、重要である。これについては、ヴェイユの見解が、多数の支持を得たようである。それは、民事訴訟における⁽³³⁾とは異なり、第三者再審の訴え認容の判決によって取り消された原判決は、存在しなかったことになり、かつ、この第三者再審の訴え認容の判決は、対世効をもつというものである。⁽³⁴⁾

さて、このような第三者再審が認められるという前提のもとで、第三者の訴訟参加Ⅱ判決の効力の問題を、あらためて、考えなおしてみると、必然的に、伊藤教授も指摘されている、⁽³⁵⁾ つぎのような関係になるであろう。

訴訟参加することなく、自己の関与しなかった判決によって権利を害される第三者は、(事後的訴訟参加として) 第三者再審によって、自己の利益を防衛できるのであるから、判決の結果に利害関係のある第三者の訴訟参加があ

ったかどうかを、取消判決の絶対効の成否に直結させる必要はない。

その結果、兼子(一)博士からつきつけられたような、訴訟参加させられなかつた第三者にも取消判決の効力をおよびすが、はたして、妥当であるのかという難問に、直面しなくてはすむのである。

(d) 総括——比較論的分析——

(aa) 根拠規定の変遷と基本的解釈

一 わが国では、第三者の訴訟参加は、行政裁判法いらい、特例法でも、行訴法でも、明文の規定をもって認められていた。そこで、いまいちど、三法の規定をならべて、比較検討しておこう。

行政裁判法⁽³⁶⁾三二条一項は、「行政裁判所ハ訴訟審問中其事件ノ利害ニ關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」と規定し、同条二項は、「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」と規定していた。

特例法八条一項は、「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。」と規定し、同条二項は、「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。」と規定していた。

行訴法二二条一項は、「裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる。」と規定し、同条二項は、「裁判所は、前項の決定をするには、あらかじめ、当事者及び第三者の意見をきかなければならない。」と規定し、同条三項は、「第一項の申立てをした第三者は、その申立てを却下する決定に対して即時抗告をすることができる。」と規定し、同条四項は、「第一項の規定により訴訟に参加した第三者については、民事訴訟法第六十

二条の規定を準用する。」と規定し、同条五項は、「第一項の規定により第三者が参加の申立てをした場合には、民事訴訟法第六十八条の規定を準用する。」と規定するにいたった。

二 最初に目につくのは、第三者の訴訟参加については、(裁判所の、訴訟参加を認めるという趣旨の決定によるという意味での) 職権主義が、一貫して基調となっているということである。⁽³⁷⁾

第三者の申立てによる訴訟参加が、はつきりと規定されたのは、行訴法になってからである。行政裁判法では、たしかに、第三者の「願」(申立て) による訴訟参加というものも規定されていたが、その場合は、裁判所の「許可」を要し、この許可が、かなり制限的なものであったことは、すでに見たとおりである。⁽³⁸⁾これに対して、行訴法の第三者の訴訟参加では、訴訟参加を申し立てる第三者について、訴訟参加の要件が認められるかぎり、裁判所は、かならず、訴訟参加を認める決定をしなければならない趣旨であると考えられる。⁽³⁹⁾

三 第三者の訴訟参加が認められるための要件、すなわち、訴訟参加の利益についても、微妙に変化している。行政裁判法では、「其事件ノ利害ニ関係アル第三者」であることであり、特例法では、「訴訟の結果について利害関係のある」第三者であることであり、行訴法では、「訴訟の結果により権利を害される第三者」であることである。あきらかに、行政裁判法と特例法のあいだでは、大きな変化がある。それは、特例法以降では、訴訟参加の利益を判決の効力に関わらしめたことである。

特例法と行訴法では、文言が微妙に変化している。この変化を、すなおに読めば、たんに「訴訟の結果について利害関係のある」という関係から、「訴訟の結果により権利を害される」という関係に限定されたということである。その趣旨からすると、ここでの「権利」というのは、取り消される処分による既得の権利と考えるべきで、⁽⁴⁰⁾もちろん、厳格な意味での法的利益である。⁽⁴¹⁾

四 判決の効力じたいの変遷については、これらの条文だけからは、いまひとつはつきりしないが、行政裁判法だ

けは、訴訟参加の要件を定めた条文のなかに、判決の効力の規定をおいている。このことは、じつは重要な意味をもっており、一項により第三者が訴訟参加したときの判決の効力の範囲がどうなるかが、二項に規定されているにすぎないということなのである。つまり、ここでいわれている判決の効力とは、原告と被告のあいだにのみ生ずる、基本的な既判力であり、(訴訟関係人として) 訴訟に参加した第三者にも、とうぜん、既判力が及ぶというかぎりのものであった。⁽³²⁾

特例法と行訴法は、いちおう、形成判決の第三者効を前提としていえると考えられる。特例法では、とくに、取消判決の第三者効(対世効)の規定はおかれていなかったが、行政裁判法からの流れで、行政裁判法三一条二項のよいうな、既判力の拡張にとどまる規定が、すがたを消したということ、訴訟参加の要件が、訴訟の結果により(ただちに)利害関係が生ずる第三者とされたことから、特例法の判決の結果が第三者に及ぶ効力は、第三者効(対世効)のある形成効であったと考えられる。はつきり断言はされなかったが、立法参画者の意図、特例法制定前後の議論も、だいたい、それを肯定するものであったと思われる。⁽³³⁾

行訴法では、理論上対立のあった取消判決の第三者効(対世効)の問題について、決着をつけるという趣旨で、三三条の規定がおかれたのであるから、行政処分を取り消す判決には、一般に、第三者効(対世効)がある。⁽³⁴⁾そして、そのことが、行訴法のすべての解釈問題の大前提となるのである。

五 特例法だけは、第三者の訴訟参加とならんで、行政庁の訴訟参加についても、おなじ条文のなかで規定している。そのかぎりで、行政庁の訴訟参加も、「判決の結果について利害関係のある」ということが、要件となるが、現行行訴法のもとでは、第三者の訴訟参加と行政庁の訴訟参加は、べつの目的をもつものと考えられ、⁽³⁵⁾同法は、ふたつの訴訟参加を、別条に規定している。その意味で、特例法の規定のしかたは、あやまりであったといえるし、行政裁判法は、行政庁の訴訟参加については、考えていなかったといえよう。

六 特例法と行訴法では、裁判所は、訴訟参加の決定をするには、(あらかじめ)当事者及び第三者の意見をきかなければならない、と規定していた。これは、裁判所が、訴訟参加を認める決定を行うための、ひとつの手続規定であるが、じつは、このような手続がとられる、あるいは、とられるべきであるというもののなかに、訴訟参加の本質的な問題のひとつが、ひそんでいるのである。なお、これについては、次節以降で、検討する。

七 行訴法では、第三者の訴訟参加への民事訴訟法の諸規定の準用が規定されている。これは、取消訴訟における第三者の訴訟参加の性格を考慮した第三者の訴訟行為というものが、明確にされたということであろう。

しかし、訴訟参加した第三者に、この範囲の訴訟行為までなしうることが保障されたことは、いつぼうで、民事訴訟の補助参加によっても、取消訴訟に訴訟参加することができると考えられていることとの関係が、問題となる。

学説のなかには、第三者が訴訟参加してきた場合に、いずれの訴訟参加をしたのか不明な場合は、裁判所は、釈明を求めて、いずれの訴訟参加をあきらかにすべきであるという解釈論も展開されている。⁽³⁶⁾これは、行訴法二二条による補助参加による場合と、民事訴訟の補助参加による場合で、訴訟参加人のなしうる訴訟行為に差があることを前提とするものであろうが、あとで述べるように、判決の効力をうける第三者が補助参加する場合は、共同訴訟的補助参加となるという論理が、すでに確立しており、どちらの訴訟参加をしようが、なしうる訴訟行為に、差はないのである。

その民事訴訟の補助参加の取消訴訟への準用については、三法とも、なにも規定していない。しかし、むかしから、まさに、なにも規定していないということから、民事訴訟の補助参加の準用を排除しない趣旨なのだと考えられているのである。

(bb) 訴訟参加の目的の変容

一 行政裁判法制定の当初より、今日の行政事件訴訟法までのあいだ、たしかに、取消訴訟における第三者の訴訟

参加の目的なるものが、大きく変わってきたようである。そして、それとの相関関係で、第三者の訴訟参加の利益の範囲も、すこし変化していたようである。

二 行政裁判法のもとでも、佐佐木博士と美濃部博士のあいだで、第三者の訴訟参加の目的について、かなり、へだたりがあつたようである。

佐佐木博士は、行政訴訟における訴訟参加は、「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」にするものであると、目的規定されていたが、これは、民事訴訟の補助参加につうじるものであつた。佐佐木博士は、判決の効力の説明においては、行政裁判法三一条二項の規定がおかれていることから、例外的に、第三者に既判力が及ぶことを認められ、そこに、訴訟参加の意味があるともされたが、それは、判決の効力論のなかで述べられたにとどまり、第三者に判決の効力を及ぼすことを、訴訟参加の目的のうちも含めるところまでは、考えておられなかつたようである。

つぎに、佐佐木博士が、どの範囲で第三者が訴訟参加することが認められると考えておられたかをみてみると、かなり制限的で、第三者から訴訟参加の申立てがあつて、訴訟参加の実質的要件——これも、解釈で、しばらくこまれている——がみたされる場合であつても、つねには認められるものではないとされていた。

佐佐木博士も、民事訴訟とは異なる、固有の行政訴訟の理論の確立をめざされたが、第三者の訴訟参加について、行政訴訟の特殊性を強調した理論を確立されたのは、美濃部博士である。

行政訴訟の第三者の訴訟参加が、民事訴訟の訴訟参加と異なることの基本は、まさに、訴訟参加の目的の相違におかれていた。美濃部博士の、第三者の訴訟参加の、というよりは、行政訴訟の理論は、すべて、直接に「公益」に関するという原理によつて貫かれていた。そのために、行政訴訟においては、実体的真実の探究が、なにより重要であるという論理になり、それが、第三者の訴訟参加の理論に反映され、「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ことが、適當でなければならぬ」とされて⁽³⁵⁾いたのである。

したがって、美濃部博士が、どの範囲で第三者が訴訟参加することが認められると考えておられたかについても、公益という見地から説明され、「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ものも、其の自由意思に放任することを得ないので、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、制限的に解された⁽³⁶⁾。これは、また、行政裁判法三一条一項が、裁判所は、「第三者ノ願ニ依リ訴訟ニ加ハルコトヲ許可スルヲ得」と規定していたのを、きれいに説明するものでもあった。

ただ、美濃部博士の第三者の訴訟参加の目的論でも、判決の効力との関係は考慮されていなかった。

三 右の美濃部博士の立場は、そのまま、田中博士にうけつがれた。田中博士は、特例法および行訴法の立法作業にも参画されたが、第三者の訴訟参加の理論の基礎は、行政裁判法時代に、きずかれたように思われる。

田中博士は、特例法が制定されたのち、職権による訴訟参加しか規定されていなかった同法八条の訴訟参加の目的について、訴訟当事者とはならない「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」と⁽³⁷⁾された。

右の説明にもあるように、田中博士は、また、第三者に判決の効力を及ぼすことも、第三者の訴訟参加の目的のひとつであると、はじめて、規定されたのである。ただ、この説明からうかがえるように、この場合の判決の効力は既判力であり、「これに及ぼさしめる」というのは、訴訟参加させることによる既判力の拡張である。田中博士は、いっぽうで、取消判決には形成効があることも承認されていたが、それらのあいだの整合的な説明は、ついに、

されなかつた。これは、ひとつには、この時代に、兼子(一)博士が、判決の結果に関わる第三者について、第三者効をもつた形成効を認めると、重大な問題が生ずると問題提起をされた、インパクトのつよい論文を発表されたこともあつて、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思われる。⁽³¹⁾

雄川博士も、基本的には、行政訴訟が公益に資するためのものであるという美濃部博士や田中博士の立場を踏襲されたが、特例法における第三者の訴訟参加の理論について、訴訟論的に——とくに民事訴訟にてらして——リフアインされた。

特例法八条一項に、すでに、「訴訟の結果について利害関係のある」ということが、訴訟参加の要件として規定されていたことから、雄川博士は、はっきりと、判決の効力との関係が、第三者の訴訟参加の目的において、重要であるという認識にたたれていた。ただ、雄川博士にあつては、当時の民事訴訟法学において、形成判決には一般に対世効(第三者効)が認められるということが確認されつつあつたことを、じゅうぶんに、認識され、処分を取り消す判決には、第三者効があり、第三者が訴訟に参加するかどうかという問題いぜんに、第三者に判決の効力が及ぶという前提のうえに、その第三者を訴訟参加させることが、「その者の利益を保護する上にも適當である」とされて⁽³²⁾いたのである。

それでも、雄川博士にあつても、なお、「適正な審理裁判をなす」ためという目的を、判決の効力が及ぶことに對する権利保護の目的より、やや上位にみておられたのである。

特例法八条のもとでの第三者の訴訟参加の利益については、雄川博士は、民事訴訟の補助参加と同一に考えられていたので、かなりひろい範囲で、認められていた。しかし、いっぽうで、同条が、職権による訴訟参加しか規定していなかつたこともあり、「客観的に訴訟参加の要件を充たしている者がある場合にも必ず参加させなければならぬ趣旨ではない」と、裁判所の決定のほうで、制限的に解されていたのである。これは、やはり、すでに述べ

たように、第三者の訴訟参加の目的において、「適正な審理裁判をなす」ためという目的を上位にみておられたことと、密接に関連するようである。

四 さて、特例法について、解釈上いろいろあつた疑義をあきらかにするという趣旨で、特例法を改正するかたちで制定された行訴法は、第三者の訴訟参加については、それまで、いくつかの解決方式が考えられていたものを、ひとつの方向に確定するものであつた。それは、同法三二条一項に規定された、取消判決は第三者効をもつ旨の規定であり、これが、第三者の訴訟参加の問題解決の大前提となつたのである。

第三者の訴訟参加の目的についても、とうぜん、取消判決の第三者効が前提とされた。立法者意思をあきらかにした杉本『解説』は、はっきりと、「取消判決の効力が及ぶ結果その法律上の地位に影響を被る第三者が存することとは、自身関与しない訴訟の結果を甘受させるものとして好ましくないから、かような地位にある第三者をこの制度によって訴訟に引き入れ、その不都合を解消すること」(権利保護)を、第三者の訴訟参加の「主要なねらい」とされ、「事件の適正な審理裁判を実現する」という、もうひとつの目的より、上位におかれたのである。⁽³⁸⁾

第三者の訴訟参加の要件(訴訟参加の利益)が、民事訴訟の補助参加の要件とおなじであつた特例法の立場から、「訴訟の結果により権利を害される」とあらためられたのも、取消判決の効力が第三者に及ぶことを前提とする結果、逆に、判決の効力によって「直接に」権利を侵害される第三者の範囲に限定するということであつたと思われる。

いっぽうで、つぎに述べるように、共同訴訟的補助参加の概念が導入されたことにより、二二条一項により訴訟参加する第三者には、民事訴訟の補助参加人よりも強い訴訟上の地位が認められるとされたため、逆に、そのように強い地位の認められる第三者は、厳格に、取消判決の効力により直接に権利を害される者でなければならぬと、されるにいたつたということもある。

五 行政庁の訴訟参加については、行政裁判法から特例法までは、「適正な審理裁判をなす」ためという目的のもとに、第三者の訴訟参加とおなじに考えられていたのが、第三者の訴訟参加が、判決の効力との関係で第三者の権利保護という目的を重視したことにより、べつの目的をもつものとして、第三者の訴訟参加とは、別条で規定されるいたったということである。

(CC) 第三者の訴訟参加の性格の明確化

一 行政訴訟の第三者の訴訟参加の性格をどのように考えるかということは、もうすこし具体的にいうと、係属する訴訟において、第三者にどのような地位が与えられるか、そして、訴訟参加人は、訴訟において、どのような行為をなしうるかということである。訴訟参加という制度が、民事訴訟において、ふるくから発達したものであるので、どうぜんのことながら、その問題は、民事訴訟の制度との対比において、論じられてきた。

二 行政裁判法のもとでも、民事訴訟との対比において、行政訴訟の第三者の訴訟参加の性格が論じられてきた。その場合のひとつのポイントが、補助参加(従参加)にみられる「補助性」があるのかということであった。佐佐木博士も、美濃部博士も、このような補助性は、明確に否定された⁽³⁰⁾。しかし、そのいっぽうで、原告や被告と対等な立場で対峙する、三当事者システムとなる独立当事者参加(主参加)とも異なるとされた⁽³⁰⁾。

佐佐木博士が、第三者を、どのような立場で訴訟参加させ、第三者に、どの範囲の訴訟行為を認めると考えておられたかは、もうひとつ、はっきりしなかったが、美濃部博士になると、そのあたりが、かなり明確になる。そのテーゼは、「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⁽³¹⁾」ということにある。もちろん、これは、民事訴訟の共同訴訟的補助参加につうずるものであるが、まだ、そのような概念を用いて説明されてはいなかった。

田中博士においても、行政裁判法時代に書かれた論文、教科書では、そのような概念については、述べられてい

ない。

三 行政法、もしくは、行政訴訟法の教科書で、共同訴訟的補助参加ということばが現れてくるのは、雄川博士の教科書からである。

特例法八条では、職権による第三者の訴訟参加だけが規定されていたが、それによって、第三者の申立てによる訴訟参加が排斥されるわけではないと考えられていたことは、すでに述べたとおりであるが、その部分は、民事訴訟の補助参加の、取消訴訟への準用を認めるということで処理されていた。この補助参加について、雄川博士は、取消判決が第三者効をもった形成判決であるという認識のもとに、判決の効力をうける第三者の訴訟参加は、たんなる補助参加ではなく、共同訴訟的補助参加であると明言されたのである。⁽³⁸⁾ 共同訴訟的補助参加の理論は、民事訴訟において発展した理論で、そのかぎりでは、民事訴訟の事情にもつうじられた雄川博士が、取消訴訟に、民事訴訟の特殊の理論をもちこむことを、公認されたといういいかたも、できるかもしれない。

共同訴訟的補助参加というのは、ようするに、訴訟当事者を補助し、その意に反する訴訟行為をすることができない、たんなる補助参加人以上の地位——訴訟当事者の意に反する訴訟行為をすることもできる地位——を、認めようというものである。そうすると、それは、実質的に、取消訴訟に固有の第三者の訴訟参加の性格と、異なることになる。雄川博士は、いっぽうで、特例法八条により、裁判所の職権で訴訟参加させられた第三者は、共同訴訟的補助参加にあたる⁽³⁹⁾とも、⁽⁴⁰⁾とされている。

四 このような、取消判決の効力を直接うける第三者の訴訟参加の性格について、行訴法は、二二条四項で、民事訴訟法の規定の準用により、あきらかにした。共同訴訟的補助参加の規定は、民事訴訟法のなかに、いまだ、おかれていないので、必要的共同訴訟人に準ずる地位において、訴訟当事者の意に反する訴訟行為もできるようにしようという⁽⁴¹⁾ことで、共同訴訟的補助参加へのみちすじが、つけられたのである。

ただ、逆に、このような訴訟行為までできる訴訟参加が認められる第三者は、制限的に解すべきであるという考えのもとに、行訴法二二条一項の訴訟参加の要件が厳格化されたことは、すでに述べたとおりである。

(dd) 論じられずに残された問題

一 さて、これまで、わが国の訴訟参加の理論を概観してきたが、なお、論じられずに、もしくは、じゅうぶんに論じられずに、残された問題があるようである。これらの問題は、じつは、筆者がめざす、第三者の法的地位に関わる紛争の解決のあるべき方式に、いずれも、ふかく関わるものである。したがって、これらの問題については、次節以降で、くりかえし検討するので、ここでは、かんたんに指摘するにとどめる。

二 ひとつは、「職権による」訴訟参加の問題である。これまで見てきたように、伝統的行政訴訟理論においては、行政訴訟における職権主義は、「適正な審理裁判の実現」のために不可欠であると、とかれてきたが、裁判所が、いかなる場合に、いかなるかたちで、いかなる内容の職権を行使しなければならないのか——訴訟における職権主義とは、裁判所の職権行使義務である——については、いっさい論じられていない。

三 それと関連して、「訴訟告知」の問題についても、いっさい論じられていない。訴訟告知は、民事訴訟法のかなにのみ規定された制度であるので、行政訴訟理論の視界のそとにあつたといえはそれまでだが、訴訟当事者以外の第三者に判決の効力が及ぶ場合に、この第三者の権利保護を問題とするのであれば、必要最小限の職権行使として、訴訟告知は考慮されるべきではなかったのか。

四 民事訴訟の補助参加との関係も、なお、じゅうぶんに解明されているとは、いいがたい。

(ee) 最終総括

一 第三者の訴訟参加の問題の本質は、とどのつまり、つぎのことにある。それは、ドイツやわが国で、その中心的課題とされてきた二重効果的行政処分をめぐる法律関係において、第三者を名あて人とする行政処分によって苦

しむ原告の、当該行政処分⁽³⁶⁵⁾の取消しを求める訴えにおいて、原告の権利救済の目的を貫徹するか、それとも、それを制限しても、第三者の権利保護を、なお、はかるのかという選択である。

これまで見てきたように、現行行訴法では、前者の立場をとること、この問題に決着をつけた。そのかぎり、ドイツの行政裁判所法の立場とは、あい反することになったが、筆者は、わが国のほうが、正當なみちを歩んだと思⁽³⁶⁶⁾っている。しかし、それに対して、とうぜん、十全の措置が講じられるべきであった。判決の効力をうける第三者の保護が、ドイツやフランスと比較して、いちじるしく劣ってしまったのである。

二 したがって、以下の本稿の課題は、取消判決には、第三者効(対世効)をもった形成効があることを前提とし⁽³⁶⁷⁾て、そのなかで、判決の効力をうける第三者の、訴訟手続上の権利保護をどうはかっていくかの問題の解決ということになる。

その枠内での解決としては、いくつかの選択肢が考えられるわけであるが、そのなかのひとつとして、伊藤教授が、『フランス行政訴訟の研究』のなかで示唆された、第三者再審の訴えを、「事後的な訴訟参加」として機能させる解決策も、きわめて魅力的である。ただ、これが、現行行訴法の解釈として、可能であるかは、慎重に検討する必要がある。

三 問題解決の「きめ手」は、やはり、行訴法二二条一項に規定されている、裁判所の職権を、どのように具体化させ、それを、裁判所の義務として明確化させるかということであろう。

(161) 兼子一「行政處分の取消判決の効力——判決の形成力の主観的範圍——」(同「民事法研究第Ⅱ卷」(一九五四年)所収、初出は、法曹時報三卷九號(一九五一年)一頁以下)一〇一頁以下。

(162) 市原昌三郎「行政事件訴訟における判決の効力」『一橋大學創立八十周年記念論集下卷』(一九五五年)三三七頁以下。

(163) 瀧川毅一「行政訴訟の請求原因、立證責任及び判決の効力」民事訴訟法學會「民事訴訟法講座第五卷」(一九五六年)

- 一四二九頁以下。
- (164) 市原・前掲二六二頁以下。市原教授は、「結論においては吾人の説も兼子教授の説と一致するものである」と断言されてきた——同・二六三頁——。
- (165) 市原・前掲二六三頁で、「吾人は行政事件訴訟の特殊性に着目して」、「かかる結論に到達した點に於て(兼子博士と)區別されるのではないかと考える」とされていた。
- (166) 市原・前掲二四八頁。
- (167) 市原・前掲二四八頁以下。
- (168) 市原・前掲二四九頁。
- (169) 兼子・前掲一〇四頁。
- (170) 大判昭和十五年六月一九日民集一九卷一三号九九九頁。このくわしい内容については、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)」成城法学六九号(二〇〇二年)八九頁以下参照。
- (171) 兼子・前掲一〇四頁。
- (172) 市原・前掲二五一頁。市原教授は、既判力の拡張が認められないとする論拠に、田中二郎「行政法における確定力の理論」(同「行政行為論」所収、初出は、『美濃部教授還暦祝賀・公法学の諸問題第一卷』(一九三四年)一七三頁以下)二四四頁以下を上げておられる。田中博士の同論文における見解は、すでに見たとおり、確定力(既判力)は争訟手続に關連して理解すべきであり、原則として、その争訟手続に關与する機会を与えられた争訟当事者、参加人、および、その承継人にのみ及ぶものであつて、行政法上の確定力についても、この原則は、原則として認めなければならないというものであつた。
- (173) 市原・前掲二五七頁。
- (174) 市原・前掲二五七頁。市原教授が、取消判決の中心が違法性の確定であるとされた根拠は、かつての行政裁判所と異なり、司法裁判所は、自由に反対の行政処分としての取消変更をなす権限をもたないからであるということであつた。
- (175) 市原・前掲二五七頁では、「行政處分取消の判決は恰も形成判決の一種と見ることができるようであるが、この意味で一種の確認判決と見なければならぬ」と明言されている。
- (176) 市原・前掲二五七頁。

(177) 兼子『新修民事訴訟法体系』(一九五四年)三五二頁以下。同じ内容の説明は、同『民事法研究第Ⅱ巻』一〇八頁以下にもある。なお、市原教授も指摘されているように、兼子(一)博士のこの論理は、以前の立場をあらためられたものである。すなわち、それ以前は、「行政処分取消の判決は性質上形成判決であり、その形成力は公法上官廳の取消や私法上取消權者の意思表示の効力と同様、判決の場合でも判断の過程乃至は當否の問題ではなく、權能ある機關のなした行為の結果と認むべきである」とされ——同「上級審の裁判の拘束力」法学協會雜誌五八卷一二號(一九四〇年)一九四頁——、形成判決が確定すれば、その判断の當否とは無關係に効力を生ずるという、通説と同じ立場を、いちはとられていた。それが、その後、訴訟外の第三者も判決に服さなければならぬことに、疑いをいだかれたのである。

(178) 市原・前掲二五七頁。

(179) 市原・前掲二五七頁以下。

(180) 市原・前掲二五八頁。

(181) 市原・前掲二五八頁。

(182) 兼子『民事法研究第Ⅱ巻』一一五頁。

(183) 瀧川判事が、形成判決にも既判力が認められるとされる論理はつぎのとおりである——瀧川・前掲一四五四頁以下——。

まず、形成訴訟一般の論理として、「形成訴訟の訴訟物を形成權ないし形成要件とみて、請求棄却の判決にその不在について既判力を認める以上、その裏をなす形成判決に、形成要件の存在につき既判力を認めるのが、論理的必然の歸結である」と、まことにもつて、わかりやすい論理を示された。

むしろ、既判力を認める実益について、傾聴に値する論理を展開されていた。いわく、「例えば離婚判決によつて離婚原因の存在が確定された後にこれに基づき慰謝料その他の損害賠償を請求する場合や、行政処分取消判決によつて行政處分が違法であることが確定された後、国家賠償法一條に基づき慰謝料その他の損害賠償を請求する場合などには、なお形成要件の存在が問題になる。これらの場合形成力は形成が有効になされたことについて争い得なくするに止まり、形成が適法になされたこと、即ち形成要件の存在を確定する効力は既判力の効力なのである。」

この論理は、兼子(一)博士の論理——同『民事法研究第Ⅱ巻』一一一頁以下——につうずるものである。また、この時代の民事訴訟法学のもうひとりの泰斗であられた中田淳一博士は、否定論にたつレントと肯定論にたつクルツシュ

の所説を、比較分析されたうえで、後者の立場を正当とされた中田「形成判決の既判力」(同「訴訟及び仲裁の法理」(一九六六年)所収、初出は法學論叢四三卷五号(一九四〇年)四三八頁以下)二二〇頁以下——わけであるが、その論理も、右の瀧川判事の論理につうずるものであった。

また、瀧川判事は、いつぼう、行政処分取消の訴えを棄却する判決の既判力についても、きちんと説明されているので、それも、参考までに、見ておこう。要約すると、以下のとおりである。

原告の請求を棄却する判決は、ようするに、形成要件の不存在を確認する判決であり、行政処分取消の形成要件は処分の違法性一般であるから、判決により、行政処分が適法であることについて、既判力が生じる。したがって、原告は、他の違法事由を主張して、あらたに取消しの訴えを提起することができず、また、その処分が違法であることを主張して、国家賠償法一条による損害賠償を請求することもできない、というものである。

(184) 瀧川・前掲一四六一頁以下。

(185) そのことについて、瀧川判事は、具体的に、「行政処分を取り消した判決の形成力は一般第三者に及び、右判決確定後は何人も判決による行政処分取消の効力を争い得ない」と説明されている。瀧川・前掲一四六二頁。

(186) これについて、瀧川判事は、訴訟法的にさらに分析され、「この場合の確定形成判決(正當な當事者間になされたこと)を前提とする」の存在は、實體法がこれに一定の法律状態の變動という法律効果を結びつけた一種の法律要件である。従つて形成判決の形成力は一種の法律要件の効力(Tatbestandwirkung)又は反射的効力(Reflexwirkung)として第三者に及ぶのである」とされている——瀧川・前掲一四六二頁——。

右の説明の最後に述べられている「法律要件の効力(Tatbestandwirkung)」は、ドイツにおいて、ヴァッハにより最初に提唱され、ヘルヴィツヒ、クットナーらにより發展せられた概念である——Wach, Adolf, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1. (1885), S. 626 ff. Hellwig, Konrad, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 2. (1907), S. 485 ff. Kuhnert, Georg, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (1908), S. 4ff. —これらの文献の記述内容については、鈴木正裕「既判力の拡張と反射的効果」(二)「神戸法學雜誌」一〇巻一号(一九六〇年)三七頁以下のくわしい分析により、わが国に紹介された——。

ただ、これはとうぜんであるが、ヴァッハがこの概念を提唱したころは、形成の概念はなく、ヴァッハが、判決が下された結果、訴訟当事者以外の第三者の権利義務に変動があるという現象に着目して、この概念を案出したときは、既

判力の拡張ないしは反射のイメージをもつていた——Wach, a.a.O., S. 626f.——のである。それからすると、右の瀧川判事の表現は、たぶん比喩的であるといえよう。また、厳密に言えば、その「法律要件の効力」と「反射的効力」は、若干の相違もあるようである——鈴木「判決の反射的効果」判例タイムズ二六一号（一九六五年）二頁以下参照——。なお、瀧川判事のいわゆる「法律要件の効力」については、筆者は、ドイツの原語から「構成要件効」と訳したが、その難解な概念の意義については、本稿でも、すでに、とり上げた。参照、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(28)。

(187) 瀧川・前掲一四六三頁以下。

(188) 兼子(一)博士の引用されるローゼンベルクの教科書の該当箇所——Rosenberg, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 4 Aufl. (1949), S. 362f.——の前後の文章を補って訳すと、つぎのとおりである。

「形成判決の形成効は、裁判官のとくべつの権利創造権能にもとづくものではなく、法規に抽象的に予定されていることがらに、これを適用して具体的に宣言するだけで生ずる。裁判官は、法規の定めのないときは、形成をなすことができず、法規に定めのあるときは、実体法上の要件が確認されれば、形成をなさなければならぬ。」

「国家行為(Staatsakt)によるものであれ、私法上の法律行為によるものであれ、すべての権利形成と同様に、(判決)の形成効は、すべての者に対して(für und gegen alle)、ただちに、効力を及ぼす。」

(189) 兼子「民法法研究第二巻」一一二頁。

(190) ローゼンベルクの所説について、兼子(一)博士は、教科書の第四版——注(188)参照——を参照されたが、瀧川判事は、同第五版——5 Aufl. (1951)——を参照された。第四版から第五版にかけて、おおはばにページ数がふえているが、両者が参照された該当箇所については、一字一句、文言が動いていない。

(191) 瀧川・前掲一四六四頁。

(192) 兼子「民法法研究第二巻」一〇八頁。

(193) 瀧川判事のいわゆる「法律要件の効力」——筆者は、ドイツの原語から「構成要件効」と訳した——については、新山「職権訴訟参加の法理（中）」一〇九頁——注(28)——でも指摘したように、基本は実体法により生ずる効力である。民法の規定において、判決が下されることによって、権利が生成、変更、消滅することが規定されているときには、判決が下されると、権利が生成、変更、消滅するというのが、構成要件効なのである。

- (194) 瀧川・前掲一四六四頁。
- (195) 兼子『民事法研究第二卷』一一四頁以下。
- (196) 瀧川・前掲一四六四頁。
- (197) 瀧川・前掲一四六四頁。ただ、瀧川判事が、その論理を展開する過程で、「行政處分に既判力がなくかつすべて司法審査に服する法制の下においては、行政處分の効力自體がいわば解除條件附のものというべきであるから、これらの者は、當該行政處分が判決によつて取り消されないことを條件として權利を取得するに過ぎず行政處分取消の判決によつてその權利が消滅するのはむしろ當然ではないであらうか」とされているのは、すこし、いいすぎではないかと思われる。行政実体法の理論では、行政處分の職権による取消・撤回の法理にみられるように、受益的行政處分によつていったん得られた權利については、保護される傾向にあり、瀧川判事がとられるような、「當該行政處分が判決によつて取り消されないことを條件として權利を取得するに過ぎない」という見方は、あきらかに、この傾向に反している。
- (198) 同法の立案担当者であられた田中二郎博士は、同『新版行政法上巻(全訂第二版)』(一九七四年)一一八二頁で、「行政事件訴訟法は、行政事件訴訟特例法を全面的に改正し、訴訟の類型を明確にし、これに関する規定を詳細化するとともに、特例法の不備欠陥を除去し、解釈上の疑義を解決しようとしたもので」あると性格規定されていた。
- (199) 昭和三七年五月一六日法一三九
- (200) 二二条は、取消訴訟における訴訟参加について定め、三八条一項により、二二条は、他の抗告訴訟にも準用されるが、當事者訴訟には準用されない。また、四三条一項、二項により、民衆訴訟と機關訴訟のうち、処分または裁決の取消しもしくは無効確認を求めるものについては、二二条は準用される。
- (201) 行政裁判法三一条一項の立場と同じである。
- (202) 昭和二九年五月二七日法二二七
- (203) 現行民事訴訟法——平成八年六月二六日法一〇九——四〇条一項ないし三項である。
- (204) 現行民事訴訟法四五条三項ないし四項である。
- (205) 現行民事訴訟法四五条一項ないし二項である。
- (206) 法制審議会行政訴訟部会の審議内容については、塩野宏『日本立法資料全集5——行政事件訴訟法(1)——』(一九九二年)、および、『同6——行政事件訴訟法(2)——』(一九九二年)によつた。

(207) 一九五六年一〇月五日の法制審議会行政訴訟部会第一六回小委員会で配付された第一次案——一九五六年九月二〇日——である。その内容については、塩野『日本立法資料全集5』の末尾に付されている。

(208) 一九五七年四月五日に開催された。

(209) 行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第一次案)——注(207)参照——第三二(強制訴訟参加)のA案は、以下のように規定していた。

- 「1、裁判所は、訴訟の目的が第三者に対しても合一に確定する必要があると認めるときは、当事者もしくはその第三者の申立により、または職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができるものとする。」
- 2、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ものとする。
- 3、第一項の決定があつたときは、第三者は、当事者として訴訟に参加したものとみなす。この場合においては、民事訴訟法第六二条の規定を準用するものとする。」

ちなみに、この旧民事訴訟法——注(202)——六二条とは、必要的共同訴訟に関する規定であり、その第一項では、「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其ノ一人ノ訴訟行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其ノ効力ヲ生ス」と規定されていた。

(210) 注(209)参照。

(211) 行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第一次案)第三二のA案を立案された杉本良吉幹事は、A案の趣旨について、特例法八条では、訴訟参加する第三者が訴訟当事者といかなる関係にあるのが、はつきりしなかつたので、判決の既判力との関係を考慮して、A案では、旧民事訴訟法六二条と同じような表現を用いることにしたと説明された——塩野『日本立法資料全集5』六三九頁の杉本発言——。

また、第三者についても合一に確定すべき場合の具体例として、同じく同案の立案に参画された豊水幹事は、農地買収の取消判決があつた場合にその農地の売渡しを受けた者、公売処分取消判決があつた場合にその公売物件の買受人、河川法の工作物施設の許可によつて不利益を被つた者が施設の許可の取消訴訟を起した場合その許可を受けた者をも上げておられた——同六三九頁以下の豊水発言——。

(212) 当時の必要的共同訴訟の説明として、兼子『新修民事訴訟法体系』三八五頁では、「類似必要的共同訴訟」について、「(共同訴訟人)の中の一人が單獨で訴訟をした場合でも、その判決は、他の第三者と相手方の間に効力を及ぼすものと

定められているため、その者が共同訴訟人となつた際に、勝敗を區々に定めると、その一人について自分の受けた判決による直接の既判力と、他の者に對する判決から間接に擴張される既判力とが、同一事物について矛盾衝突し、收拾がつかない結果となる」とされていたが、その基礎に、既判力は訴訟当事者のみに及ぶという前提があつたことは、いうまでもない。

- (213) A案の立案者である杉本委員も、既判力は、当事者だけにしか及ばないということがA案の前提となつていと認められた——塩野『日本立法資料全集5』六四〇頁の杉本発言——。また、「訴訟の目的が第三者に對しても合一に確定する必要がある」というような規定をおくと、当時、兼子(一)博士の論文の影響で問題になつていた、抗告訴訟の判決は第三者に及ばないという議論が強くなるのではないかという田中真次委員の危惧——同六四四頁の田中(真)発言——に對して、田中二郎委員は、その当時の考え方が、すでに、そういう傾向になつており、こういう規定が入ると、強く主張されるようになるが、それはそれでいいのかもしれないという意見を述べられていた——同六四四頁の田中(二)発言——。

ただ、雄川一郎幹事は、「合一に確定する必要があると認めるとき」というような表現をとつたのは、既判力が対世効をもつのかどうかという前提の問題は、いちおう、たな上げにして、技術的にここで解決しようというという目的で、そういう「ちよつとばかりしたような表現」を使つたと説明された。その背景には、無効確認訴訟の判決の既判力に対世効をもたせるのか、行政行為の無効を前提として権利を主張する訴訟に特例法を適用するのかといった問題もあり、こういう場合には、第三者に對して合一に確定させる必要があるのではないかということでも、こういう表現を使つたのも説明された——同六四一頁以下の雄川発言——。

- (214) 塩野『日本立法資料全集5』六四八頁の田中(真)発言。

- (215) 行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第一次案)第二二のB案が、兼子一委員の説を参照したものであることは、杉本幹事が明言されている——塩野『日本立法資料全集5』六三九頁の杉本発言——。
そのB案は、A案に、以下の項を付加するといふものである。

「原告は、当該訴訟の目的が第三者に對しても合一に確定するにつき利益を有するときは、その第三者を第十一に定める共同被告とすることができる。」(ちなみに、第一次案第十一は、被告適格に關して定めていた)

これは、兼子(一)博士が、本稿でも分析対象とした「行政處分の取消判決の効力」のなかで展開された論理に對

応するもので、処分の取消しによって直接に法律上の地位を害される第三者の権利救済の方策として、原告が、第三者を訴訟当事者として訴訟参加させることを申し立てるといふことの、もうひとつの代替案として主張されていたものである。それは、「原告は最初からこれを行政廳と共同被告にする……ことによつて、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取消の効果について更に訴訟をしなければなくなる。」というものである——兼子『民事法研究第二卷』一一六頁以下。

(216) 兼子(一) 博士は、一九五七年三月三十一日付けで東京大学教授を辞された直後の、問題の法制審議会行政訴訟部会第二二回小委員会——同年四月五日開催——は欠席されていた。兼子(一) 博士が委員会に復帰されたのは、第二五回小委員会——同年七月五日開催——からである。

兼子(一) 博士の説を参照した行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第一次案)第二二のB案は、私人たる第三者を、行政庁とならんで被告の地位にたせようとするもので、行政庁に対する国民の訴えという行政訴訟の基本構造に抵触する、やや無理筋の解決策であったため、当日の小委員会の議論でも否定的であった。したがつて、兼子(一) 博士が当日、出席されていても、おそらくB案が採用されることはなかったと思われるが、博士が当日の小委員会におられなかったといふことは、象徴的なできごとであつたようにも思われる。

(217) 塩野『日本立法資料全集5』六四七頁以下の豊水発言。豊水委員は、自分のこのような立場は、兼子(一) 博士の立場と反すると認めておられた。

(218) 法制審議会行政訴訟部会第二二回小委員会の審議の議論においては、対世効とは、既判力について考えられ、取消判決の形成効については、いっさい考えられていなかった。

(219) 第二次行政事件訴訟特例法改正要綱試案——公法研究一九号(一九三三年)一五六頁以下——第二十一(強制訴訟参加)は、つぎのように規定されていた。

「1 裁判所は、訴訟の目的が第三者に對しても合一に確定するとき、または合一に確定するにつき必要があるときは、當事者もしくはその第三者の申立により、または職權で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができるものとする。」

2 裁判所は、前項の決定をするには、當事者および第三者の意見を聴かなければならないものとする。

3 第一項の決定があつたときは、第三者は、當事者として訴訟に参加したものとみなす。この場合においては、

民事訴訟法第六二條の規定を準用するものとする。』

(220) 第三次行政事件訴訟特例法改正要綱試案——最高裁判所事務総局「行政事件担当裁判官合同概要」行政裁判資料二四号(一九五八年)二〇五頁以下——第二十二(第三者の訴訟参加)は、つぎのように規定されていた。

「1 裁判所は、訴訟の目的が第三者に対しても合一に確定するにつき必要があるときは、当事者もしくはその第三者の申立により、又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができるものとする。

2 裁判所は、前項の決定をするには、当事者および第三者の意見をきかなければならないものとする。

3 第一項の申立を却下する決定に対しては、即時抗告をすることができるとすること。

4 第一項の決定があつたときは、第三者は、当事者として訴訟に参加したものとみなす。この場合においては、民事訴訟法第六二條の規定を準用するものとする。」

(221) 入江俊郎委員長が提示された、かような疑問——塩野「日本立法資料全集5」六五〇頁の入江発言——をうけて、そのあいだの関係について議論が行われた。

(222) 法制審議会行政訴訟部会第三三回小委員会——一九五八年五月三〇日開催——における杉本幹事の説明——塩野「日本立法資料全集6」一〇二五頁の杉本発言——による。

また、杉本幹事は、そのあとの第四〇回小委員会——一九五九年一月一六日開催——で、つぎのように説明された。第三者の訴訟参加の制度は、裁判所が、実質上の当事者である第三者を抗告訴訟に参加させ、その者に当事者たる地位を与え、判決の効力を及ぼさせることを趣旨、目的とするものである。したがって、その第三者の範囲は、特例法八条のように、「訴訟の結果について利害関係がある者」では、あまりにも広すぎる。ただ、実質上の当事者の範囲は、かならずしも、民事訴訟法七五條(共同訴訟参加)にいう「第三者につき合一にのみ確定すべき場合」とも一致しない。このような趣旨から、第二次案が、「合一に確定するとき又は合一に確定するにつき必要があるとき」としたのであるが、右の表現は、かえって、疑義を生ずるおそれあるばかりではなく、解釈としても、後者の場合は前者の場合を含むと考えられるので、たんに、「合一に確定するにつき必要がある」とすればよいということ、このようになったというものである——同一三〇七頁の杉本発言——。

(223) 一九六〇年七月一日に示された行政事件訴訟特例法改正要綱試案(小委員会としての第五次案)——塩野「日本立法資料全集6」一四二七頁以下——第二二(第三者の訴訟参加)では、現行行政事件訴訟法二二條と同文の文言の規定が

おかれた。

また、第三者の訴訟参加と密接な関連を有する「判決の第三者効」と「第三者再審の訴」の規定が、それぞれ、第三〇と第三二におかれたが、これらも、現行行政事件訴訟法三二条と三四条と同じ文言である。

(224) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(一九六三年)

(225) 一九六二年の行政事件訴訟法制定以後のコンメンタールは、すくなくとも、同法三二条および二三条の解説——南博方編『注釈行政事件訴訟法』(一九七二年)一九六頁以下〔上原洋允執筆〕、渡部吉隆—園部逸夫編『行政事件訴訟法体系』(一九八五年)三五七頁以下〔濱秀和執筆〕、南博方編『条解行政事件訴訟法』(一九八七年)五七二頁以下〔松沢智執筆〕、園部逸夫編『注釈行政事件訴訟法』(一九八九年)三三二頁以下〔中込秀樹執筆〕など——に関するかぎり、すべて、杉本・前掲によっている。

(226) 杉本・前掲七七頁。

(227) 必要的共同訴訟における共同訴訟人に準ずるといっても、共同訴訟参加(民事訴訟法五二条)のように、被告とならんで、共同被告としての地位をしめるわけではない。杉本・前掲八〇頁でも、「独自の請求をもつ当事者ではないから、その訴訟行為は、参加の時における訴訟の程度に従ってなすべき制限を受ける」とされていた。

二二条四項の趣旨は、訴訟参加人と主たる当事者とのあいだの訴訟行為の関係を、必要的共同訴訟の法理によって規律するというものである。

(228) 杉本・前掲七七頁。

(229) 杉本・前掲七七頁以下。

(230) いうまでもなく、兼子(一)博士の立場である。

(231) 雄川博士の立場であったと考えられる。

(232) 杉本・前掲七八頁。

(233) 杉本・前掲一〇六頁。

(234) 杉本・前掲一〇七頁以下。

(235) これは、形成というよりは、法律一般の「取消し」の観念に対応する。たとえば、当時の代表的な民法総則の教科書であった、我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(一九六五年)三九三頁以下の、「取消」についての解説を見てみよ

う。民法の説明では、まず、取消権者との関係から説明される。すなわち、「取消しうべき法律行為」の意義として、「特定の人(取消権者)がその意思表示の効力を失わしめようと主張(取消)する場合にだけ、効力がないものとされ、その主張(取消)があるまでは、すべての者は、その行為を効力のあるものとしてとり扱」うとされた。そして、「取消の効果」として、「取消は、その法律行為を最初から無効であったことにする(民法二二一条)。すなわち、一応生じた効果は、かつて一度も生じなかつたことになる」と、一般的説明をされたのち、我妻博士は、「この取消の遡及効は、民法の明言するところであるが、取消の本質上必然なものかどうかは疑問であり、特殊の法律関係については、これを制限する必要」があるとも指摘された。

ちなみに、博士のいわれる特殊の法律関係とは、「継続的法律関係」のことであり、この場合は、「むしろ遡及効を制限することを本則すべきでものかもしれない」とされた——我妻・前掲三八七頁——。その例として、婚姻・養子縁組の取消しに遡及効がない(民法七四八条、八〇八条)ことを上げられている。

(236) このことじたいについては、当時において、すでに異論がなかつた。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)」一五二頁——注(111)——、五八頁——注(141)——。

(237) 新山「職権訴訟参加の法理(下III)」成城法学六八号(二〇〇二年)一八頁以下参照。

(238) 杉本・前掲七八頁。

(239) ほんらいならば、その第三者と原告のあいだの争いである事件について、たまたま行政処分が介在したために、その行政処分の効力を、まず、消滅させないかぎり、第三者とのあいだの事件を解決できないという状況におちいった原告は、処分の取消訴訟を提起するにあたっては、行政庁を被告とせざるをえない。こういう事態は、被告を行政庁のみに法定した取消訴訟の構造によつて、招じられたもので、恒常的に生ずるものである。このことは、本稿の最初の問題提起のなかで指摘したところでもある。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)一三三頁。

(240) 杉本・前掲七八頁。

(241) 旧民事訴訟法六二条が準用された趣旨は、訴訟参加人と主たる当事者のあいだの訴訟行為の関係を、必要的共同訴訟の法理によつて規律するというものであった。同条には、「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合ニ一ノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其ノ一人ノ訴訟行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其ノ効力を生ス」と規定され、ようするに、その基本は、共同訴訟人のひとりだけの行為が、共同訴訟人がわに有利なものである場合は、共同訴訟人全員に対して効力をもつが、共

同訴訟人がわに不利なものである場合は、共同訴訟人全員がしなければ、効力をもたないことにある。

これに準ずるといのであるから、たとえば、訴訟参加する第三者と、訴訟参加するがわの主たる当事者のいっぼうが、相手方の主張事実を争えば、双方が争ったことになり、いっぼうが期日に出廷していれば、欠席した他方に不出頭の不利を帰すことはできないということになる。これに対して、請求の認諾・放棄、自白、上訴権の放棄は、双方でしなければ効力をもたないことになる。

- (242) 共同訴訟的補助参加は、ドイツ民事訴訟法六九条に規定されている——新山「職権訴訟参加の法理(中)」成城法学六三号(二〇〇〇年)六一頁参照——もので、わが国でもふるくから紹介されていた。たとえば、加藤正治「新訂民事訴訟法要論」(一九四六年)一五六頁では、以下のように説明されていた。

「判決の既判力は當事者間に限らるるのが、原則であるが法律の規定に依り當然第三者に既判力が及ぶ場合がある——。斯る場合に其の第三者が當事者の一方に補助参加を爲すのが共同訴訟的補助参加(*selbständige oder strittgegenständige Nebenintervention*)である。即ち参加無くとも當然参加人と被参加人との間に既判力が及ぶ場合の補助参加である。

……右述の共同訴訟的補助参加に付ては特別規定がないから、第六二條及び第七五條を類推するの外はない。蓋し既判力が當然補助参加人に及ぶのであるから第七〇條は適用がない。從て斯る補助参加人の地位は左の如く特別に見るべきである。

- (1) 参加人は被参加人の行爲と抵觸する行爲を爲し得る(六二條一項参照)。
 (2) 参加人に中断又は中止の原因あれば訴訟手續は中断又は中止さる(六二條三項参照)。
 (3) 上訴期間は参加人の判決を受けた時より起算し其の上訴期間が経過せざる間は被参加人の上訴期間経過し得る。』

現行民事訴訟法にも、なお、共同訴訟的補助参加の規定を欠くが、現在の民事訴訟理論でも、解釈上、認められており、右のような説明がくり返されている。

- (243) 杉本・前掲七八頁。

- (244) 杉本・前掲七九頁。

- (245) 本号二二頁、および、注(235)参照。

- (246) 「法律関係関与性」の理論は、ドイツの判例・学説において、いかなる範囲の第三者を訴訟参加させることが必要の

であるかを、実体的に判断する基準となるものである。本稿では、コンラッドの分析により明らかにされたところが、参考になることを示した——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」七頁以下——。判例における「法律関係関与性」の理論分析については、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)一一一頁以下参照。

(247) 杉本・前掲七九頁以下。

(248) 杉本・前掲一一〇頁以下には、三三条に規定された取消判決の拘束力の性質について、つぎのように説明されている。「この効力については、それは取消判決の既判力を被告行政庁以外の関係行政庁に及ぼす既判力の当然の効果をいうものにほかならず、その本体を既判力の拡張とみなす見解と、その判決の主文と一体となった判決の理由の判断について生ずる(したがって、主文と関係のない理由中の判断は拘束力を有しない)ものであり、既判力と異なり、その判断がその事件についての行政庁の行動の規範となるところにその意義があるものであるとの見解があるが、本条は後者の見解に従い、これを理解すべきものである。」

(249) 杉本・前掲一一四頁。

(250) 杉本・前掲七八頁。

(251) 新山「職権訴訟参加の法理(上)」一九頁参照。

(252) 杉本・前掲七八頁。

(253) 行政事件訴訟への民事訴訟法の準用については、行訴法七条に規定されているが、杉本「解説」二二八頁では、「行政事件訴訟手続は、本来民事訴訟手続とは性格を異にするから、民事訴訟に関する法規が本来当然には適用されるものではないことを前提として、性質に反しないかぎり、右の民事訴訟に関する法規が準用されるという趣旨である」とされる。これは、行政事件訴訟が、民事訴訟法に一般的に依拠することになったのちにも、なお、行政事件訴訟の特殊性を維持しようとする、ひとつの思い入れにはかならないが、このテーゼの呪縛により、いつそう、行政事件訴訟法と民事訴訟法の関係が不明確にされたということは、否めないであろう。

ただ、このテーゼとの関係で考えてみると、旧民事訴訟法六四条の補助参加は、訴訟参加人の補助的な性格のゆえに、行訴法二二条の第三者の訴訟参加と矛盾するものではないということと、「性質に反しない」として準用が許されるのであろう。いずれにせよ、そのような説明も、杉本「解説」では、されていない。

(254) 高林克己「訴訟参加」実務民事訴訟講座八巻(一九七〇年)二〇二頁以下は、たしかに、特例法においては、職権訴

訟参加のみが規定され、しかも、それがほとんど活用されなかったことから、行政訴訟の訴訟参加では、全面的に民事訴訟法の規定が準用されていたという事情があったが、行政事件訴訟法の制定で、事情は一変したとされた。すなわち、訴訟参加人の地位が明確になったこと、取消判決に第三者効が認められた結果、第三者が訴訟参加したか否かにかかわらず、取消判決の効力が一般の第三者に及ぶということである。このことから、「このような状態の下において、なんのために行政訴訟の特別の参加のほかに、民訴の規定を準用する必要があるか」と、つよく、民事訴訟法の補助参加の規定の取消訴訟への準用に反対されている。

しかし、積極的に、補助参加を排斥する根拠が、行訴法のなかに存在しないという消極的な理由により、学説は、一般に、とくにはっきりした理由を示すことなく、しごくとうぜんのこととして、行政訴訟への補助参加の準用を認めている。南編『注釈行政事件訴訟法』二〇一頁〔上原〕、渡部Ⅱ園部編・前掲三六〇頁〔濱〕、南編『条解行政事件訴訟法』五七五頁〔松沢〕、園部編・前掲三二五頁以下〔中込〕など。

また、判例も、その取扱いにおいて補助参加の申立てを排斥した例はない。ただ、行訴法二二条の第三者の訴訟参加と、旧民事訴訟法六四条の補助参加は、選択的に許されるものであって、行訴法の訴訟参加をした者は、補助参加をする利益はないし、また、補助参加をした者は行訴法の訴訟参加をする利益はないという原則は確立された——大阪高裁昭和四〇年二月八日判決判例時報四三四号三一頁——。

(255) 現行民事訴訟法四四条である。

(256) 杉本・前掲八一頁以下。

(257) 杉本・前掲八一頁。

(258) 三ヶ月博士も、行政事件訴訟特例法の改正案の立案作業を行っていた法制審議会行政訴訟部会に、途中から——第二三回小委員会（一九五七年五月一七日）——、幹事として加わられた。

(259) 三ヶ月章「執行に対する救済」（同『民事訴訟法研究第二巻』（一九六二年）所収、四七頁以下、初出は『民事訴訟法講座四巻』（一九五五年）一一〇三頁以下）

(260) 三ヶ月・前掲六一頁以下。

(261) 三ヶ月・前掲六一頁。

(262) 三ヶ月・前掲六一頁。

- (263) 三ヶ月博士は、この当時は、形成判決には既判力を認める余地はないと考えられていたよう——三ヶ月『民事訴訟法〔法律学全集35〕』（一九五九年）五〇頁——だが、のちに、「救済の訴の方が形成訴訟の原型だとみる限り、実体法上の形成訴訟の既判力も——給付訴訟や、とくに確認訴訟との紛争類型のちがいに基づく変容を留保しつつ——認めるという方向で説を改めるのが正当だと現在の私は考へるに至っている」——三ヶ月『訴訟物再考』(同『民事訴訟法研究第七巻』(一九七八年)所収、初出は、民事訴訟雑誌一九号(一九七三年)一頁以下)六九頁以下——とされて、説を改められた。そのほうが、「救済訴訟の再訴禁止効果……を導出する理論的前提ともなるであろう」とされた。
- (264) 三ヶ月『執行に対する救済』六一頁。
- (265) 三ヶ月『民事訴訟法〔法律学全集35〕』。
- (266) 三ヶ月博士のいわれた「構成要件的效果」は、筆者がドイツの原語から訳した「構成要件効」である。
- (267) 三ヶ月『民事訴訟法〔法律学全集35〕』四五頁以下。
- (268) 三ヶ月博士のいわれた「構成要件的效果」の意義は、つぎのとおりである——三ヶ月『民事訴訟法〔法律学全集35〕』三四頁——。すなわち、「一定の裁判がなされたという事実」に、法が特殊な効果を付与することがあり、「これらは、実体法上の何等かの法律効果の変動の構成要件(Tatbestand)として裁判がとらえられており、いわば裁判という事実を構成要件とする法規上の効果にはかならないから、これを構成要件的效果(Tatbestandswirkung)と」呼ばれるというものである。その例として、仮執行宣言を取り消す判決に損害賠償請求権の発生が結びついている(民事訴訟法一九八条)ということ、判決で確定された権利には時効の延長の効果が結びついている(民法一七四条の二)ということを上げておられた。
- 三ヶ月博士の「構成要件的效果」の説明で、興味ぶかいのは、これと既判力の関係について述べられた箇所である。すなわち、「これを既判力の拡張というのは比喩的にすぎるし、その本質を不明確ならしめる」というものである。その例として、人事訴訟における裁判の失権効力(人事訴訟法九条)を上げられ、これのごときは、「既判力の効果を越えたものであり、むしろこうした人事訴訟の裁判に法が結びつけた特殊の構成要件的效果とみるべきものである」とされた。
- (269) 三ヶ月『民事訴訟法〔法律学全集35〕』四六頁。
- (270) 三ヶ月『民事訴訟法〔法律学全集35〕』四四頁の解説によれば、形成訴訟とされるもののおおくは、一定の法律関係

の変動はむしろ対世的に一律に行わしめねばならないという考慮から、対世効をもつことを、とくに、実体法のなかで規定されているとされる。その例として、社團関係の形成訴訟、身分関係の形成訴訟などが上げられている。

(271) 三ヶ月「民事訴訟法〔法律学全集35〕」四四頁および四六頁の解説によれば、詐害行為取消しの訴えを念頭におかれているようである。これについては、詐害行為取消権の行使に一定の要件を民法で定めておいて、裁判所に訴訟手続の形式によってその要件を判断せしめ、それが認められたときにかぎって、その変動を生ぜしめるのが適当だとし、訴訟手続を利用する場合であると性格規定されていた。そして、この場合は、対世的形成の効果を結びつけることは、かならずしも、本質的要請ではないとされた。

三ヶ月博士のこの詐害行為取消しの訴えの見方は、じつは、我妻栄博士の見解——同「債権総論（民法講義Ⅳ）」（一九四〇年）一〇九頁——にもとづくものである。我妻博士は、民法学説のなかで、債権者取消権の法律的性質について多岐にわかれていた学説を整理・分析されたうえで、詐害行為の取消しは、債権者が、相手方から詐害行為の目的たる財産、または、これにかわるべき利得の返還を請求する基礎として必要なかぎりにおいて、債権者に対する関係においてだけ詐害行為の効力を否認し、その他の者の相互の関係においては、詐害行為の効力は影響をうけずに存続する相対的取消しの立場をもって、正当とされた。

(272) 三ヶ月「民事訴訟法〔法律学全集35〕」四六頁。

(273) 三ヶ月「民事訴訟法〔法律学全集35〕」四六頁。

(274) 三ヶ月博士によると、民事訴訟における形成訴訟の理論を構築するにあたっては、実体法上の形成の訴えと訴訟法上の形成の訴えを、形成訴訟のカテゴリーに含めて論ずるのは、形成訴訟の理論として、かえって、散漫化するおそれがある。私的紛争の解決方式という角度から訴訟類型を見た場合は、形成訴訟の理論の対象は、あくまで、実体法上の形成の訴えに限定すべきで、それだた。訴訟上の形成訴訟については、それぞれにつき、なぜ訴訟の形式によらしめられているのか、そこでの確認の機能と形成的機能は、いかなる意味において、また、いかなるかたちで結びつけられているのかを、それぞれの制度につき検討すれば、たたりし、そのほうが有益であるとされたうえで、行政訴訟の理論について、つぎのように述べられた——三ヶ月「民事訴訟法〔法律学全集35〕」五四頁以下——。

「行政訴訟の理論の中に民事訴訟の訴の類型を生まのままもちこむことについても同じ様な批判がなされねばならない。蓋し給付・確認・形成訴訟なる類型は民事訴訟の歴史的な発展の中から生まれて来たものであるから、全く制度の

目的を異にする行政訴訟の取扱の中に無反省にもちこむことは徒らに混乱を生ずるのみであるからである。この点で雄川・行政争訟法(全集)が、民事訴訟の類型論の機械的な持込みを排して、各種の行政訴訟の裁判のもつ確認的機能と形成的機能の具体的な分析に立脚して行政訴訟の理論を構築しようとする意図しているとみられる点に賛成である。」

つまり、行政訴訟の理論の構築については、行政事件の特異性に留意しつつ、行政法学者の手で行われるべきで、民事訴訟法学者としては、これ以上、口をはさまないということであろうと思われる。

なお、ここで述べられている雄川博士の見解とは、雄川一郎「行政争訟法〔法律学全集9〕(一九五七年)五八頁以下の「抗告訴訟」の分析であろうと思われる。

(275) 本稿のわが国の理論の歴史的分析の対象としたものは、木村教授のそれと、ほぼ、同一である。あるいは、本稿のこれまでの記述において、木村教授の分析されたところと、いまいち、照合すべきであったかもしれないが、それら木村教授の分析されたところは、ここに項目をたてた「木村理論の分析」のなかで一括して扱うことにしたので、ご寛恕いただきたい。

なお、本稿のわが国の理論の歴史的分析において、木村教授の分析されたところを参考にさせていただいたことは、もちろんである。

(276) 木村弘之亮「判決——第三者効を中心として」『現代行政法大系5』(一九八四年)二四七頁以下。

(277) 木村・前掲二五六頁以下。

(278) 木村教授の分析によれば、この説による対世効とは、「単に判決の反射的效果として事実上第三者に効果が及ぶのではなく、判決の既判力が一般第三者に対しても及ぶことを意味する」とされ、この説は、美濃部博士の説、および、本稿でもとり上げた大審院昭和五年判決——新山「職権訴訟参加の法理(下IV)」八九頁以下参照——に従うものであるとされる。木村・前掲二五七頁。

(279) 木村教授が、「訴訟参加人Ⅱ相対的形成力説」と命名された、兼子(一)博士の説の理解とは、形成効の主観的範囲は、既判力の主観的範囲と一致し、例外的に、訴訟参加した第三者(訴訟参加人)に対して、既判力Ⅱ形成力の主観的範囲を拡張し、その意味で、取消判決は、訴訟当事者(共同訴訟人をふくむ)および参加人のあいだにおいて、相対的に法律関係を形成するというものである。木村・前掲二五七頁。

(280) 木村教授が、「特定第三者Ⅱ絶対的形成力説」と命名された、瀧川判事の説の理解とは、形成効は、既判力にもとづ

くものではなく、形式的には、判決の形式的確定力に、実質的には、実体法規にもとづき、このため、形成判決の形成力は、一種の法律要件の効力、または、反射的効力として、(実体法の規定内容により特定される) 第三者に及ぶことがあるというものである。木村・前掲一五九頁。

(281) 木村・前掲二七三頁。

(282) 木村・前掲二七三頁。

(283) 木村教授のいわれる「法律要件の効果」というのは、「裁判所が一定内容の判決を下した場合に、法(または契約)が当該判決の存在を法律要件のひとつに定め、かつその法律要件の充足(要件事実「Facts」)に一定の法的効果を結びつけていることがある。これを判決の法律要件の効果という」というものである。木村・前掲二七三頁。

(284) 木村・前掲二七三頁以下。

(285) 木村教授は、取消判決の効力を法律要件の効果の理論を用いて説明することには、ふたつの点で、長所があるとされる。木村・前掲二七四頁。

ひとつは、「裁判所が法関係(もしくは法状態)を直接に変動させるのではなく、訴訟物についての判断作用をなすにとどまる。これは司法国家における司法の役割に適合する」というものであるが、本稿ですでに考察した兼子(一)博士の見解——同『民事法研究第Ⅱ巻』一〇八頁、参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」一一五頁以下——に配慮したものであることは、明白である。

もうひとつは、「法関係の変動が訴訟法レベルではなく実体法レベルにおいてパフォーマンスされる。そのため、係争の法関係が法律の具体的規定に対応して多様に変動することがありうる。つまり、法律要件の効果および反射効の内容が画一的ではなくバラエティに富むものとなる」というものである。

(286) 木村・前掲二七四頁。

(287) 木村・前掲二七四頁。

(288) 木村教授の法律要件の効果の実体法的理解——本号、注(283)参照——から、法律要件の効果によつて規定される第三者効の範囲を、つぎのように規定される。「法律要件の効果理論に鑑み、反射効および第三者の主観的範囲は具体的に法律規定により特定される。」

(289) 本号、注(235)参照。

(290) ただ、木村・前掲二七四頁では、「一般的承認義務は、万人が右法関係の変動を承認しなければならないということに尽きており、万人が法関係の変動という法的効果をその瑕疵を理由に否認（つまり攻撃）することを阻止・遮断する作用（排除効）はない」とされているので、木村教授の立場では、取消判決の形成効によって不利益をうける者は、それに対して訴えを提起することができるといふことにならう。

(291) 木村・前掲二七五頁。

(292) 木村・前掲二七五頁。

(293) 本号・注(34)参照。

(294) 木村・前掲二七六頁。

(295) 木村・前掲二七五頁。

(296) 木村・前掲二七五頁。

(297) 木村・前掲二七五頁。

(298) シュヴァーフにより提示された——Schwab, Karl Heinz, Rechtskräfterstreckung auf Dritte und Dritwirkung der Rechtskraft, ZRP (Zeitschrift für Zivilprozeß) Bd. 77, S. 127——古典的な例である。参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」一〇八頁、注(29)。

(299) 木村・前掲二七五頁。

(300) 木村・前掲二七五頁。

(301) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(上)」一九頁。

(302) 木村・前掲二七五頁。

(303) 処分の直接の名あて人と同格の法律関係にある者という意味であれば、当該処分とどのようなかたちで関わっているのか、想起できない。

第一のテーゼにでてきた「同格関係」は、一般処分の場合であったと思われるが、ここも、そうであるならば、一般処分が取り消された場合に、なぜ、一般処分により利益をうけていた者に、取消判決の効力が及ばないのか、理解できない。

木村教授は、「その第三者が行政手続において聴聞の機会を保障されていたときには、その者に判決の効力が及ぶ、

という立法措置を講じることが望ましい」ともされている——木村・前掲二七五頁——ので、おそらくは、大量処分のようなものを考えておられたのかもしれない。

- (304) 兼子『民事法研究第二卷』一〇三頁以下では、二重効果的行政処分に関わる場合の第三者について、「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」た場合の甲、処分を前提とする法律關係に関わる第三者について、農地買収により買収した農地を売り渡したあとで、被買収者が買収処分の取消の訴えを提起した場合の売渡しをうけた者、が上げられている。

- (305) 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』(一九九三年)

- (306) 伊藤『研究』は、フランス行政訴訟理論の研究であり、わが国の行政訴訟理論への提言も、フランスの理論状況の分析をおして、行われている。このようなものの分析・検討を行うのであれば、やはり、その研究の対象とされているフランスの文献、資料にまでさかのぼって、直接、検証されなければならぬ。

筆者は、越権訴訟の取消判決が、対世効を有するべきことを、明確に指摘されたこととされる¹⁾ Gautier, Alfred, Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public, 1880. Id., Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires, 1879. その立場を發展させ、その後のフランス行政訴訟理論に大きな影響を与えたこととされる²⁾ Laferrière, Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^e éd., 1896. フランスでは、ひろく門口が開放されている「第三者再審」の基礎には取消判決の絶対効があるとしよう論理を承認した Audy, Jean-Marie = Drago, Roland, Traité de contentieux administratif, 3^e éd., L. G. D. J. (Librairie générale de droit et de jurisprudence), 1984. 取消判決における違法性の判断にまで絶対効が認められるとした Raze, Gaston, Les principes généraux du droit administratif, 3^e éd., 1925. 「対世効」と峻別される「絶対効」の概念規定をした Weil, Prosper, Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, 1952., フランスでは、ひろく門口が開放されている「第三者再審」にどうしてわしく解説した Vedel, Georges = Delvolvé, Pierre, Droit administratif, 9^e éd., P. U. F. (presses universitaires de France), 1984. を、筆者のとはしいフランス語の読解力で、該当箇所について精読したが、その他の「伊藤『研究』の基礎になつて膨大な文献・資料を検証することは、とうてい不可能であった。

したがって、この項は、伊藤『研究』の分析や検討を行ったものではなく、ただ、伊藤『研究』を精読し、伊藤助教

授が、フランス法の研究によつてあきらかにされたところを、筆者の理解により要約したかたちで、記述したものにすぎない。そのようにしてでも、本稿で、伊藤『研究』をとり上げたかったのは、伊藤教授が、フランス行政訴訟理論の研究をとおして明らかにされたところが、本稿のめざす問題解決に、重要な示唆を与えていると考えられるからである。

なお、正直に告白しておかなければならないが、筆者のフランス行政法の知識は、兼子仁「行政行為の公定力の理論」〔第三版〕(一九七〇年)、阿部泰隆「フランス行政訴訟論」(一九七一年)、村上順「近代行政裁判制度の成立」(一九八五年)、J・リヴェロ(兼子仁)磯部力・小早川光郎編訳「フランス行政法」(一九八二年)、神谷昭「フランス行政法の研究」(一九六五年)、橋本博之「行政訴訟改革」(二〇〇一年)、滝沢正「フランス行政法の理論」(一九八四年)、同「フランス法」(一九九七年)、兼子仁磯部力・村上「フランス行政法学史」(一九九〇年)、交告尚史「処分理由と取消訴訟」(二〇〇〇年)を「ななめ読み」したにとどまる程度のものであるので、伊藤『研究』に示されたフランスの理論、および、伊藤教授の論述の理解において、もし、あやまりがあるときは、ご叱責いただきたい。

(307) 伊藤教授が、『研究』の最初から觀念されていた「取消判決の対世効」とは、「取消判決によつて係争行為が客観的に消滅するという、いわゆる形成力の対世性を指す」というもので、これは、フランス法では、取消判決の対世効の語義として、もっとも一般的なものであるともされている。伊藤・前掲一〇頁。

(308) 伊藤教授じしん、みずからの研究の基本的性格を、かように、規定されている。伊藤・前掲四頁以下。

(309) 伊藤・前掲一頁以下の分析による。

(310) 伊藤『研究』によれば、一八七九年に、ゴージェエが、越権訴訟の取消判決が、既判力の相対性原理に反して、対世効を有することを、明確に指摘するに至つたとされる——Gautier, op. cit., 1879, p. 8。しかし、フランスの行政法學説に決定的な影響を与えたのは、その直後にだされたラフェリエルの見解である。その内容は、判決による行政処分取消しは、行政処分が行政庁によつて取り消されたときとおなじく、完全に行政処分を消滅させるので、対世効を生じさせるというものであった——Laferrère, op. cit., p. 573 et suiv.。

(311) 伊藤教授の分析によれば、その場合、①取消判決をだれが下すのか、②なにについて下すのか、③なんのために下すのか、が問題であつたとされる。伊藤・前掲七一頁以下。

①については、ラフェリエルのように、コンセイユ・データの沿革から説明するもの——Laferrère, op. cit., tome I, p. 463 et suiv.——もあれば、ジャックランのように、そもそも越権訴訟は、行政作用と裁判作用の行政権内部における混

同を利して、コンセイユ・デタが發展させてきたものであるとした「越権訴訟の非裁判性」から説明するもの——*Jacquelin, René, Les principes dominants du contentieux administratif, 1899, p. 232 et suiv.*——もあれば、カレド・ド・マルベールのように、取消判決を下す主体が、行政庁ではなく裁判所であるとしつつ、それが、司法裁判所ではなく、行政裁判所であると説明するもの——*Carré de Malberg, Raymond, Contribution à la théorie générale de l'Etat, tome I, 1920, p. 812.*もあつたようである。

②については、デュギの客観訴訟論が、のちの学説・判例に、きわめて大きな影響を、与えたようである。

③については、越権訴訟は、よき行政のために組織された客観的無効の手段であるとする、オーリウの越権訴訟観にたつ、ルナールの越権訴訟と刑事訴訟の対比論——*Renard, Georges, Notions très sommaires de droit public français, 1920, p. 86 et suiv.*——が重要であるとされる。

(312) 伊藤・前掲八七頁。伊藤「研究」に示された、フランス行政法の客観訴訟論、および、それと取消判決の絶対効を結びつけようとする諸説は、筆者のように、もっぱら、ドイツやわが国の理論のみを扱っている者には、驚愕以外のなものでもなかつた。思うに、過去の思考にとらわれない、自由で独創的なあたらしい発想を、なによりも尊ぶフランス人のエスプリが、(ドイツやわが国の行政訴訟理論のように、民事訴訟の基礎理論に、いつまでも拘束されているということなく) われわれの目からは、奇想天外ともいえるような理論を發展させたのであろう。

その意味で、伊藤「研究」で示されたフランス行政法の理論のなかには、歴史的には異説にすぎなかつたものであつても、筆者には、感銘をうけたものが、すくなくあつた。

たとえば、ジェーズである。ジェーズは、いちど、適法に既判力のある判決が下された以上は、万人がそれに服することが、社会の平穩にとって大切である。社会秩序、公の平穩の上から、適法かつ終局的に判決されたところは、何人たりとも蒸しかえしえないとする必要がある。原則は、絶対効である。しかし、判決されたところが誤りだとわかつたときは、社会の平和は重大な危機におちいるので、このような場合は、絶対効原理は、制限されなければならない。誤判の可能性が大きくなければなるほど、既判力は小さくなる。誤判の可能性は、訴訟手続——对審性の有無、証拠収集の完全性、関係人全員の言い分を聞いたうえで判決が下されたかなどの事情——に依存している。また、適法性のみが訴訟で問題となつているときは、事実問題についてのときよりも、誤判の可能性はすくなく——*Jéze, op. cit., p. 440 et suiv.*——としてゐる。その分析については、伊藤・前掲一五一頁以下。

このような考えが、そのまま、わが国の既判力理論に通用するとは、とうてい考えられないが、筆者には、この見解は、わりと、ふかいところで示唆的であるようにも思われる。ひとつは、わが国の理論で、証拠手続のあり方から見なおして、既判力について考えなおすということができないものであろうか。もうひとつは、わが国の取消訴訟でも、事実問題が争われるということはすくなく、おおくは、法律問題のレベルで争われているが、このことは、判決の効力論に影響しないのであろうか、ということである。

- (313) このデュギの見解とは、法の問題について下される決定は、「形式のみの裁判行為」であつて、その場合の決定の本質は、行政処分である。したがつて、越権訴訟は、法律侵害の有無を争点とする客観訴訟の典型例である。形式的には、裁判所への訴えであるが、実質的には、下級庁の処分を違法として取り消す上級庁の決定とおなじであるというもの——Duguit, Léon, *L'Etat, les gouvernans et les agents* (Etude de droit public II), 1903, p. 533.——のようである。伊藤・前掲八八頁。

ここに見られるように、訴訟の対象が法の問題であるときに、客観訴訟と考えられていたようである。伊藤・前掲九一頁。

- (314) 伊藤・前掲八九頁。

- (315) フランス法史において一時期となえられた「平行訴訟論」とは、ひとことではいへば、他の救済手段がある場合には、越権訴訟の提起は許されないというもの——伊藤・前掲二四頁——で、一九世紀なかば以降の越権訴訟の拡大にともない、批判の対象となり、やがて、消滅していったようである。伊藤・前掲二八頁以下。

- (316) 伊藤・前掲一一五頁。

- (317) 伊藤・前掲一一六頁。

- (318) 伊藤「研究」では、冒頭に、このような定義を示されている——伊藤・前掲八頁——が、これは、ヴェイユが、それまでの行政法学説が、ばくぜんとして「対世効」という用語を用いていることを批判して、「絶対効」と「対世効」の峻別の必要性を強調したこと——Weil, op. cit., p. 88.——によるものであるとされている——伊藤・前掲一六六頁——。ヴェイユによれば、「狭義の絶対効」とは、取消判決は、すべての裁判所をすべての裁判において拘束するもので、いかなる裁判官も、当該行為の違法性を、あらためて、問題にすることはできないというものである。伊藤教授の評価によれば、これは、「違法性判断の確定効」といえるものであつて、「既判力の第三者への拡張」であるとされる。伊藤

・前掲一六六頁。

これに対して、ヴェイユのいう「狭義の対世効」とは、裁判に関与しなかった者の判決援用を許すこと、および、判決をその者に対抗できること、取消判決は、当該行為に対する訴えをその行為の名あて人が提起しなかった場合でも、その名あて人を拘束し、また、その名あて人によって援用されうることであり、伊藤教授の評価によれば、これは、「判決による取消しの対抗力」の問題であるとされる。伊藤・前掲一六五頁以下。

(319) 伊藤・前掲一三三頁以下。

(320) フランスの民事訴訟理論で、このような見解をとなえたのは、ボワイエであるようで、伊藤『研究』では、その所説が詳細に分析されている。伊藤・前掲一四二頁以下。なお、ここに上げられているボワイエの論文——Boyer, Louis, Les effets des jugements à l'égard des tiers, R. T. D. C. (Revue trimestrielle de droit civil), 1951.——は、残念ながら入手できず、参照できなかった。

すなわち、法関係を創造する行為としての判決には、「絶対的効力」があるが、認定の証明力に関しては、訴訟当事者しか拘束しない。「既判力」は、判決においてなされた認定の訴訟当事者に対する拘束力をさすもので、このような効力は訴訟当事者が裁判において自己の言い分を主張できたことにより正当化される。既判力と判決の効力は区別されなければならない。既判力の相対性原理は、判決の効果が対世的であることを妨げるものではない、というものである。また、ボワイエは、いっぽう、判決が、第三者の権利・利益を侵害する場合があるが、第三者は、訴訟当事者として、自己の言い分を訴訟において主張する機会を与えられていないのであるから、その判決を争うことが許されなければならないとしてもしているが、この自己のいいぶんを訴訟において主張する手続として、フランス法に特徴的な「第三者再審」の制度があるのである。

伊藤教授は、この民事訴訟法学者の理論を重視されているようで、この民事訴訟法理論を前提としたら、越権訴訟の取消判決の対世効はかように説明されるという、独自の考察まで展開されているのである。伊藤・前掲一四六頁以下。

「取消判決には、対抗力があるので、第三者はその取消判決を対抗される。しかし、訴訟当事者でない第三者には、主張の機会を与えることなく既判力を及ぼすことはできない。越権訴訟における取消判決といえども、この点は同様である。したがって、権利を侵害される第三者は、第三者再審によって当該判決を攻撃することができる。取消判決の対世効とは、第三者による攻撃を完全に封殺することのできる、第三者に対する既判力の拡張ではなく、判決の対抗力に

ほかならない。第三者は、第三者再審によって取消判決を攻撃しておかないかぎり、その取消判決を對抗されるというシステムになっているわけである」

(321) 伊藤・前掲一七九頁。

(322) 越権訴訟の取消判決に絶対効が認められるという指摘は、伊藤『研究』よりまえに、筆者がかつて読んだ小早川教授の論文——同「取消判決の拘束力」(同「行政訴訟の構造分析」(一九八三年)所収、初出は、法学協会雑誌九三巻四号(一九七六年)四二九頁以下)二四二頁——のなかで、すでにされていた。

いわく、「フランスでは、取消訴訟が対世効(*effet erga omnes*)をもつことが、いわゆる越権訴訟の客観訴訟性を示すものとして強調され、論議される。わがくにの通説的見解からすれば、形成判決が対世効をもつことは性質上当然とされ、右の点がとくに強調されることは一見奇異な印象を抱かせるが、フランスでは、実は、形成力の対世性ではなく、違法判断についての既判力の対世性まで肯定されているのである」

ただ、小早川教授は、この指摘について、これ以上の論証をされたものではなく、伊藤助教授が、フランス法のほうだいな文献・資料を分析され、その歴史的発展過程と、その背後にある思想・理論をあきらかにされたのである。

(323) 伊藤・前掲一八四頁。

(324) 今世紀はじめまでは、取消判決の対世効と第三者再審の肯定は、理論的には整合性を欠くのではないかという見解もあったが、一八八二年のカヌヌ市判決——C. E. (Conseil d'Etat) 28. 4. 1882, *Ville de Cannes*, Rec. 367.——一九一二年のブスエージュ判決——C. E. 29. 11. 1912, *Boussuge*, Rec. 1128.——で、越権訴訟にも第三者再審が認められることが確定したようである。伊藤・前掲一三三頁以下。

学説では、ギイヤンが、絶対効があるからこそ、第三者再審があるのだとし——Guilien, Raymond, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, 1931, p. 441.——、ヴェイユが、既判力が相対的である事項については、第三者再審はまったく無用である。第三者が自己に対する判決の執行に對抗するには、判決の相対効を援用すれば足りるからである。第三者再審は、対世効のコロラリーにはかならずと論理を展開したところ——Weil, op. cit., p. 121 et suiv.——が、オービィ、ドラゴアの支持を受けて——Auby = Drago, op. cit., p. 635.——、現在の行政訴訟理論の有力説になっていくとされている。伊藤・前掲二二八頁以下。

(325) *Code de procédure civile*, 1807, Art. 466, 474. 現行フランス民事訴訟法——*Code de procédure civile*, 1993.——では五八

二条に規定されている。

(326) Vedel = Delvolvé, op. cit., p. 823. また、「第三者再審と第三者の訴訟参加の密接な関係から、逆に、第三者の訴訟参加は、「事前の第三者再審」とも考えられているようである。伊藤・前掲三四頁。

(327) 伊藤・前掲一頁以下。

(328) Vedel = Delvolvé, op. cit., p. 821 et suiv.

(329) 伊藤・前掲三四七頁以下。

(330) 伊藤・前掲三五四頁。

(331) 伊藤・前掲三九八頁によれば、C. E. 8. 4. 1961, Conseil national de l'Ordre des médecins c/Dame Le Bouthis, Rec. 221. によって、判例理論が確立したとされている。

(332) 伊藤・前掲三九八頁。

(333) 伊藤・前掲三九九頁によれば、フランスの民事訴訟の通説的理解によれば、第三者再審において下された判決は、原則として、係争判決の原告者には及ばず、第三者再審で勝訴した原告のみが、原判決の拘束を免れることができると思われるようである。民事訴訟の通説的理解については、伊藤・前掲三九九頁以下の注に、おおくの参照文献が上げられているが、残念ながら、筆者は、Croze, Hervé = Morel, christian, Procédure civile, P. U. F., 1988, n° 113. しか参照できなかった。

(334) 伊藤・前掲四〇一頁。Weil, op. cit., p. 124.

(335) 伊藤・前掲三四八頁。

(336) 明治三三年六月三〇日法四八

(337) 筆者は、かつて、「訴訟参加と行政事件の解決」(成城大学法学会「二一世紀を展望する法学と政治学」(二〇〇〇年)所収)一三四頁で、行政事件訴訟法二条に規定された第三者の訴訟参加については、「申立てによる訴訟参加」が基調になるとした。それは、同条による第三者の訴訟参加の性格が、基本的に、民事訴訟法の補助参加と同質であると思われることと、裁判所が職権を發動して第三者を訴訟に参加させた例が、ほとんど見られないことを考慮したものであった。

しかし、あらためて、三法の条文をとおして見てみると、そこには、職権主義を基調とするという、一貫した思想が

うかがえるのである。たしかに、それが、民事訴訟の補助参加とはべつに、取消訴訟に固有の訴訟参加を定めた理由なのであろう。

したがって、立法の趣旨から判断して考えなおしたということで、一般の解釈——杉本・前掲八〇頁、並木茂「参加」(雄川Ⅱ塩野Ⅱ團部編『現代行政法大系5』(一九八四年)所収)一七一頁など——とおなじく、行政事件訴訟法二二条に規定された第三者の訴訟参加については、「職権による訴訟参加」が基調になるとしたい。

(338) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」六一頁以下。

(339) これは、訴訟参加の趣旨・目的から、とうぜん、このように考えるべきである。行訴法では、第三者の訴訟参加の目的は、第一次的に、第三者の権利保護にあると考えられているが、これは、判決の結果により権利を害される第三者の権利保護ということであるので、その第三者につき、判決の結果により権利を害されることがあると判断されれば、裁判所には、もはや、その第三者を訴訟参加させないとする裁量の余地はないのである。

(340) 判決で取り消される処分による直接の既得の権利でなければならぬということとは、原告の取消しの訴えを認容する判決によって直接に侵害される権利でなければならぬということの意味する。たとえば、第三者が、原告から、すでに権利を得ていた場合に、原告に対する処分であるが、その第三者の権利を剥奪することになるような処分の取消しを求める、原告の訴えを棄却する判決によって侵害される第三者の権利は、ここでいう直接の既得の権利には該当しない。また、原告の取消しの訴えを認容する判決であっても、それにより侵害される第三者の権利を転得していた者の権利も、ここでいう(処分による)直接の既得の権利には該当しない。

(341) たんなる事実上の利益や経済上の利益は、ここでいう権利に含まれないと解されている——南編『注釈行政事件訴訟法』二〇五頁〔上原〕、南編『条解行政事件訴訟法』五八〇頁〔松沢〕、山村恒年Ⅱ阿部泰隆「判例コンメンタール(特別法)行政事件訴訟法」(一九八四年)一三〇頁〔小林〕、雄川ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究」三三三頁の三ヶ月発言など——。とうぜんであらう。

ただ、訴訟の結果により「害される権利」とは、厳格な意味における権利にかぎらず、法律で保護された利益も含まれるという見解——杉本・前掲八〇頁、南編『条解行政事件訴訟法』五八〇頁〔松沢〕——もある。これは、訴訟参加人の訴訟参加の利益との対称概念である原告の訴えの利益について、厳格な意味における権利よりもひろい概念が基礎とされていることとの対比で、訴訟参加の利益についてだけ、権利というせまい概念に限定することは、衡平を欠くと

いうことを理由とするものである。筆者も、これに同調したい。

(342) 佐佐木惣一「行政判決ノ参加人ニ對スル拘束力(一)」京都法学会雑誌一一卷六号(一九一六年)八四八頁。ただ、この行政裁判法三二条二項の解釈については、異論があり、大審院昭和十五年六月十九日判決——本号、注(170)参照——は、訴訟参加した第三者のみならず、一般第三者にも、判決の効力が及ぶと判示していた。

(343) たとえば、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)」一一六頁、注(82)参照。

(344) これに関して、つねに問題となるのは、医療費値上げの告示の取消判決は相対的効力しかもたないと判断した判例の存在である。

厚生大臣のした医療費値上げの職権告示に対して、支払い者がわの健康保険組合が提起した取消訴訟に付随して、申し立てられた執行停止の申立ての東京地裁昭和四〇年四月二二日決定行集一六卷四号七〇八頁では、行訴法三二条一項の第三者効の範囲について、注目すべき判断が示された。すなわち、「取消訴訟において取り消されるのは、立法行為たる性質を有する行政庁のうち、当該行為の取消しを求めている原告に対する関係における処分のみであつて、行為一般が取り消されるのではないと解すべきである」というものであつた。この判断は、東京地裁の執行停止を取り消した東京高裁昭和四〇年五月三一日決定行集一六卷六号一〇九九頁でも、維持された。

しかし、学説は、概して、反対の立場をとっている——原田尚彦「取消判決の第三者効について」時の法令五四二号(一九六五年)三九頁、町田顯「行政処分の執行停止決定(取消判決)の対世的効力」判例タイムズ一七八号七一頁、南編「注釈行政事件訴訟法」二八三頁以下〔阿部泰隆執筆〕、南編「条解行政事件訴訟法」七三三頁以下〔岡光民雄執筆〕、兼子仁「取消判決の第三者効」ジュリスト九二二五号(一九八九年)二〇七頁など——。その理由の根本は、一般処分の取消しの効果が区々にわかれることは好ましくないということにあるが、その手前の理由づけとして、一般処分の不可分性、処分の違法性が一般的に確認されたということ、このような訴訟は処分の法適合性審査を求める市民の代表訴訟的性格をもつ客観訴訟であるということなど、説得力のある見解がだされている。

そのなかでは、筆者は、兼子(仁)博士の、「法治主義下の一般処分に対する取消訴訟的救済を全うさせる意味から、取消判決はやはり一般処分を一般的に失効させる形成効を有し訴外第三者国民に及ぶものと解される。この場合、そう解さなくても、行政庁は取消判決の拘束力によって当該一般処分を取り消さなければならぬのである」という、素朴ではあるが、つばを外さない解釈——同・前掲二〇七頁——に、とくに感銘をうけた。また、兼子(仁)博士は、この

場合の一般処分により利益をうけていた第三者があるときは、「訴訟参加ないしは再審の訴えの余地がある」とも、
 されている。

- (345) 行訴法二三条の行政庁の訴訟参加の、現在のふつうの理解によれば、それは、処分庁に対する監督行政庁、当該処分に關係を有する行政庁を訴訟に引き込んで訴訟資料を豊富にし、適正な審理裁判が実現することを期待するもので、その趣旨からすると、民事訴訟にみられるその他の訴訟参加とは異質の制度であるとされる。塩野『行政法Ⅱ(第二版)』(一九九四年)一一九頁。

- (346) 南『注釈行政事件訴訟法』二〇一頁〔上原〕、南『条解行政事件訴訟法』五七五頁〔松沢〕など。

- (347) 佐佐木博士が、行政訴訟には既判力は認められないとされていたことについては、新山『職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)』五九頁参照。

- (348) 佐佐木惣一『改版』日本行政法論・総論(一九二四年)六六〇頁。

- (349) 佐佐木『行政判決ノ参加人ニ對スル拘束力(一)』京都法学会雑誌一一卷六号(一九一六年)八四八頁。木村教授が、この佐佐木博士の説明について、判決の第三者効(行政裁判法三二条二項)と第三者の訴訟参加(同条一項)とのあいだに相互依存關係を肯定されたのであると分析しておられる——木村・前掲二四八頁——ように、それは、同条の一項と二項のあいだの關連をあきらかにされたにとどまり、既判力の擴張をもって第三者の訴訟参加の目的とする認識までは、なかつたと思われる。

- (350) 美濃部達吉『行政裁判法』(一九二九年)一一一頁以下。

- (351) 美濃部・前掲二一〇頁以下。

- (352) 田中二郎『行政争訟の法理』(同『行政争訟の法理』(一九五四年)所収、初出は、法學協會雑誌六六卷一号一頁以下、同卷二号一頁以下、六七卷四号三九頁以下、六八卷一号四二頁以下(一九四九年から一九五一年)八二頁以下)。

- (353) 田中『行政訴訟の判決と第三者』民商法雑誌一二卷六号(一九四〇年)一一六頁。

- (354) 木村教授は、このような田中博士の態度を、「形成力概念に関する田中説の曖昧さ」と評されている。木村・前掲二五九頁。

- (355) 雄川『行政争訟法(法律学全集9)』一七八頁。

- (356) 雄川・前掲一八〇頁。

(357) 行訴法三二条一項は、形成判決としての取消判決の対世効を承認した規定であると、一般に理解されている。

たとえば、阿部教授は、同項の前提には、処分または裁決は、その取消判決が確定したときに遡及的に効力を失い、当初から処分がなされなかったとおなじ状態を現出するということが、暗黙の了解として、あるとされている——南編『注釈行政事件訴訟法』二七五頁〔阿部〕——。これと同様の説明をするものとして、南編『条解行政事件訴訟法』七一頁〔岡光〕、園部編・前掲三八七頁〔村上敬一執筆〕など。

また、そこまでいわずに、訴訟当事者と第三者のあいだで、判決の効力が区々になることは、行政法上の法律関係同一性の要請から、適当でないとする説明——渡部Ⅱ園部編・前掲四〇二頁〔竹田稔執筆〕——もある。

(358) 杉本・前掲七七頁以下。これ以降の、学説の理解も、これに従うものである。たとえば、塩野『行政法Ⅱ〔第二版〕』は、第三者の訴訟参加は、取消訴訟の結果により権利を害される第三者に、「なんらの手続的権利を与えることなく訴訟の結果だけを甘受させることは、適切ではないことから設けられた制度である」としている。

(359) 佐佐木Ⅰ〔改版〕日本行政法論・総論〕六一八頁、美濃部・前掲二二四頁。

(360) 佐佐木Ⅰ〔改版〕日本行政法論・総論〕六一八頁、美濃部・前掲二二四頁。

(361) 美濃部・前掲二二四頁。

(362) 田中『行政争訟の法理』八二頁以下、同『行政法講義案上巻〔行政法総論〕』（一九四九年）二九九頁以下。

(363) 雄川『行政争訟法（法律学全集9）』二八一頁以下。

しかし、ここで注意しておかなければならないのは、補助参加の利益は、かなりひろく認められており、判決の効力により直接に権利を侵害されない者もふくまれるということと、補助参加の場合には、訴訟当事者から異議がでなければ、補助参加申出人は、そのまま訴訟参加できるといふしくみになっているので、実際に、判決の効力をうけない第三者も、補助参加の申出をすることにより、取消訴訟に参加して行くということである。これらの者は、とうぜん、共同訴訟的補助参加の前提を欠くことになる。

雄川博士は、さすがに、そのあたりのことは、わかっておられて、「多くの場合は補助参加しかなし得ないが、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……として扱うべきである」とされていた。同・一八一頁以下。

- (364) 雄川「行政事件訴訟特例法」(同「行政争訟の理論」(一九八六年)所収、初出は、国家学会雑誌六二巻八号(一九四八年)——新憲法関係法令の解説(一一)——)九四頁。
- (365) このことは、かつて、阿部教授によつて、するどく指摘されていた。南編「注釈行政事件訴訟法」二八一頁〔阿部〕。また、瀧川判事が、おなじ論理を展開されていたことは、すでに見たとおりである。
- (366) ドイツの行政訴訟の通説が、取消判決も訴訟当事者のあいだでのみ効力(既判力)をもつということを前提とし、第三者を訴訟参加させることで、判決の効力(既判力)の拡張ということと解決をはかるうとして、民事訴訟学者のシュローサーやマロチュケが批判し、形成効を前提とした解決をはかるべきだとした論理——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」一三三頁以下参照——を、正当とするということでもある。
- (367) 行政処分取消訴訟は、三月月博士がいわれた、「正に対世的形成が必要であるからこそ形成訴訟とされるに至つたもの」——同「民事訴訟法」〔法律学全集35〕四四頁——にあたりと考えられる。

