

職権訴訟参加の法理 (下VI)

新 山 一 雄

職権訴訟参加の法理 (下VI)

- 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) 二重効果の行政処分と必要的訴訟参加

(aa) 連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決

(bb) 建築法、公害防止法上の隣人訴訟と必要的訴訟参加

(cc) 競業関係における必要的訴訟参加

(dd) 私法上の法律関係を形成する行為と必要的訴訟参加 (以上六五号)

(b) 行政主体の必要的訴訟参加

(aa) 他の行政主体の行政手続関与の基礎理論

(bb) 同意を求められる行政主体の必要的訴訟参加

(cc) 連邦、ラント、地方公共団体の必要的訴訟参加

(dd) 行政手続に関与する行政主体の必要的訴訟参加

(c) 判例理論の総括

(aa) 合一的確定と法律関係関与性

(bb) 被告のがわへの必要的訴訟参加

(cc) 職権による必要的訴訟参加の審査

(dd) 第三者の必要的訴訟参加と行政主体の必要的訴訟参加 (以上六七号)

(六) ドイツにおける必要的訴訟参加の法理——全体総括とさらなる分析——

(a) 問題点の整理

(b) 「法律関係関与性」の理論のさらなる分析——コンラッドの理論——

- (c) 判決の効力と必要的訴訟参加の關係のさらなる分析
  - (aa) 判決の効力の拡張と形成効
  - (bb) 形成効の本質と必要的訴訟参加——レントとシュローサーの理論——
  - (cc) 形成効と法的聽聞請求權——マロチュケの理論——
  - (d) 「必要的」の意義——結論——
- 三 職権訴訟参加の法理
- はじめに
- (一) わが国の行政訴訟における訴訟参加理論の歴史的分析
    - (a) 行政裁判法のもとの訴訟参加
    - (aa) 行政裁判法の規定
    - (bb) 佐佐木理論の分析
    - (cc) 美濃部理論の分析 (以上六八号)
    - (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

(以上七〇号)
- (二) 問題の再分析と再構成
  - (a) 問題の見なおし
    - (aa) これまでの考察で得られたことの確認
    - (bb) 大阪高裁昭和四四年一月三〇日判決の事例の分析
    - (cc) 東京地裁平成一〇年七月一六日判決の事例の分析
  - (b) 問題の再構成
  - (c) 考察の方向の確定
- (三) 第三者の訴訟参加の必要性の理論
  - (a) 一般民事訴訟の論理
    - (aa) 補助参加することの必要性——主たる当事者の勝訴——
    - (bb) 補助参加させることの必要性——参加的効力と訴訟告知——
    - (cc) 補助参加の強制と「第三者の引込み」論——井上理論の分析——
  - (b) 行政訴訟の論理
    - (aa) 兼子一博士の疑問と考察の命題
    - (bb) 取消訴訟の構造と第三者——塩野分析につづけて——

(以上本号)

(二) 問題の再分析と再構成

(a) 問題の見なおし

(aa) これまでの考察で得られたことの確認

一 これまでに行つた、わが国の、第三者の訴訟参加の条文の変遷、および、それについての理論の歴史的な分析をとおして、ほぼ、その基本的問題状況の全容が、あきらかにされたと思われるが、それを、ここで、もういちど確認しておく、つぎのとおりである——これを、以下、「基本的問題状況」とよぶ。——

〔原告が、違法な行政処分によつて自己の権利を侵害されたと主張して、その行政処分を取消しを求め、訴えを認容する取消判決の効力は、対世効をもつ。その結果、原告の権利救済の目的は、後訴をまたず、取消訴訟のみによつて達成される。しかし、それにより、係争処分によつて、すでに既得の権利を得ていた第三者は、その権利を失う。これは、その第三者が、当該訴訟に参加していたかどうかということに関わりない。〕

このような第三者には、当事者または第三者の申立てにより訴訟参加する途が開かれていないし、それ以外に、裁判所が職権で訴訟参加させることもあるとされる。また、訴訟参加の機会を得なかつた第三者で、訴訟参加して独自の主張・証明をつくしていれば、べつ判決を得られた可能性をもつ者については、第三者再審の途も開かれていない。

しかし、第三者の申立てによる訴訟参加の前提には、そのような訴訟が係属していることを、第三者に認知させるという事実がなければならないが、右のような、判決の効力に密接な関わりのある第三者にも、訴訟告知しなければならないという規定は、行訴法にも、民事訴訟法(以下、「民訴法」)にも存在していない。また、裁判所が職権で第三者を訴訟参加させることについても、基本的に、それは、自由裁量であるとされており、実際にも、この職権は、ほとんど行使されていない。〕

二 第三者の訴訟参加について、これまで、くり返しいわれてきたのは、ひとつは、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」ということであり、もうひとつは、取消判決により権利を害される第三者があるときに、この者になんらの手続上の権利を与えることなく、判決を甘受させることは適切ではないということであった。<sup>(30)</sup>

しかし、これらのことは、第三者の訴訟参加の趣旨・目的としていわれていることであって、それじたいが、右に上げた「基本的問題状況」の解決策を提示するものではない。いかにして、第三者を訴訟参加させ、訴訟手続上の権利保障として、主張・証明の機会を与え、それとのおして、事件の適正な審理裁判を実現していくかは、また、べつの論理によるものであろう。その論理を探ることが、本稿の以下の考察の主たる目的となる。

その論理を探究する前提として、ここで、あらためて、なにを問題としなければならぬのかということから、考えなおす必要があるであろう。それを探るひとつの「てがかり」として、職権訴訟参加が問題となったと考えられる、ふたつの判例のなかに現れた事実・法律関係を分析してみよう。わが国の行政訴訟の判例で、裁判所が、職権を行使して、判決の結果により権利を害されたと考えられる第三者を、訴訟参加させるべきではなかったのかということが問題とされたのは、その第三者からの「第三者の再審の訴え」が提起されたふたつの事例においてである。<sup>(31)</sup> このふたつの事例は、かなり性格の異なったものであり、それぞれにおいて、職権訴訟参加の本質的問題と考えられる、いくつかの問題点を提示しているので、事実・法律関係を中心に、くわしく見ていこう。

(bb) 大阪高裁昭和四四年一月三〇日判決の事例の分析<sup>(32)</sup>

一行訴訟三四条に規定された「第三者の再審の訴え」というのは、取消訴訟の対象となった行政処分にかかわりをもっていたが、「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できなかった」まま、取消判決により権利を害された第三者のための非常救済手段である。したがって、その「訴訟に参加できなかった」という

事情が問題になるので、そこから探ってみよう。

本件の、再審の訴えの対象となつた取消訴訟というのは、被告(Ⅱ再審被告 $Y_2$ )農地委員会より自己所有の土地につき買収計画を定められた原告(Ⅱ再審被告 $Y_1$ )が、当該計画の取消しを求めたものである。ところで、本件土地は、すでに、当該買収計画にもとづいて国が所有権を取得したうえで、再審原告 $X_1$ へ強制譲渡され、それから、同者から再審原告 $X_2$ および再審原告 $X_3$ へと転売され、移転登記もされていたが、再審原告 $X_1$ 、 $X_2$ 、 $X_3$ の訴訟参加がないままに、原告の請求を認容する判決が下され、そのあと、判決は確定した。<sup>(37)</sup>

取消しの確定判決を得た原告は、再審原告 $X_1$ 、 $X_2$ 、 $X_3$ および国を相手に、本件土地の明渡等を求める訴えを提起した。そこで、再審原告 $X_1$ 、 $X_2$ 、 $X_3$ が、前訴取消訴訟の原告(Ⅱ再審被告 $Y_1$ )および被告(Ⅱ再審被告 $Y_2$ )を相手に、本件第三者の再審の訴えを、大阪高裁に提起した。<sup>(38)</sup>

二 さて、第三者の再審の訴えでは、とうぜんのことながら、つぎの三つのが問題となる。①「再審原告らは、取消判決により権利を害される第三者にあたるか」、②「前訴取消訴訟に訴訟参加できなかったのは、自己の責めに帰することができなかった理由によるのか」、③「再審原告らが主張する攻撃または防御方法は、判決に影響を及ぼすべきものであったのか」である。

本件第三者の再審の訴えでも、この三つの問題について争われているが、③の問題は、第三者の再審の訴え固有の問題であるので、のちに論ずるとして、かような第三者を訴訟参加させるべきであったかどうかの、①、②の問題について見ていこう。

三 ①の問題については、同大阪高裁判決は、買収計画の取消判決(の形成効)により、買収計画が有効であることとを前提として、再審原告らが順次取得していた所有権がくつがえることになるという事実をもって、再審原告らは、行政事件訴訟法三四条にいう「権利を害された第三者」に該当すると判示した。<sup>(37)</sup>

ところで、最終的に、同条の再審の利益は、同法二二条一項の訴訟参加の利益よりはせまいと見るべきである<sup>(38)</sup>が、三四条の構造から、そのベースになる、同条にいう「権利を害された第三者」の範囲じたいは、二二条一項にいう「訴訟の結果により権利を害される第三者」の範囲と異なる<sup>(39)</sup>ところはないと考えられる。

そこで、同項の訴訟参加の利益を基準に考えるが、筆者は、次節において論証するごとく、同項にいう、訴訟の結果により害される「権利」とは、取消訴訟においては、訴訟の対象となる処分による「直接の」既得の権利でなければならぬと考えている。その立場からは、買取計画により直接に所有権を取得したのは、国であつて、買取計画の取消しにより権利を害されるのは、国であり、国から所有権を転得していた再審原告らは、「訴訟の結果により権利を害される第三者」とはいえない。したがつて、再審原告らは、いずれも、訴訟参加の利益を欠くので、<sup>(38)</sup>とうぜん、三四条にいう「権利を害された第三者」にもあたらないと考えるべきである。

四 　ただ、ここで問題としているのは、なぜ、第三者が訴訟参加できなかつたのかという事情であるので、一歩さがつて、いちおう、かような第三者にも訴訟参加の利益があつたものと仮定して、事実関係をくわしく見てみよう。

　再審原告らの主張するところによれば、昭和三年に、再審被告Y<sub>1</sub>（取消訴訟の原告）が、自己所有の土地に対する買取計画の取消しを求める訴訟を提起し、同三七年に、原告勝訴の判決が言い渡され、同年に、再審被告Y<sub>2</sub>（取消訴訟の被告）農地委員会が控訴し、同三八年四月六日に、控訴棄却の判決が言い渡され、そのまま上告されずに判決が確定したが、再審原告らには、同三九年五月三日に、Y<sub>1</sub>から再審原告ら（および国）に対する土地明渡等請求の訴えの訴状が送達されるまでは、右のような訴訟係属の推移について、いっさい知らされなかつた。

　ただ、再審被告Y<sub>1</sub>が主張したところによれば、再審原告らは、さらに、べつの訴訟の訴状の一部に問題の取消訴訟の係属について記載があつたという事情により、訴訟係属を知りうべきであつた、<sup>(39)</sup>とした。

　そして、同大阪高裁判決も、右のような事情により、再審原告らは、「従前の訴訟の係属を知り得たものと推認



されるから、……(再審)原告が従前の訴訟に参加しなかつたのは、同人の自由な意思によつたものであつて、その責めに帰することのできない理由があつたためと認めることができない」と判示した。

宮崎教授も、本判決の評釈として、再審被告からの訴状の送達という客観的事実をもって、取消訴訟が係属していることを知っていたかどうかの、いちおうの基準としていることは、ただしいとされた<sup>(38)</sup>。

しかし、これは、第三者の再審の訴えが、あくまで、非常救済手段であり、再審事由がきびしく限定されるのか、あるいは、訴訟参加が認められられなかつた第三者の訴訟手続上の事後救済として、ひろく認められるのかという観点からの、第三者の再審の訴えについての考察である。われわれが探ろうとしているのは、第三者の再審の訴えの事例をとおして、どの範囲で訴訟当事者は第三者に訴訟告知をすべきであるのか、いかなる場合に、裁判所は職権を行使して第三者を訴訟参加させなければならないのかということである。そうすると、われわれの観点からは、そのような事情が、たまたま、存在したとしても、裁判所が職権を行使して第三者を訴訟参加させなかつた、あるいは、訴訟当事者から第三者への訴訟告知がなかつたということが、なお、問題にされなければならない。そして、これは、訴訟告知の本質的な問題につながると思われる。

さらに、再審被告Yは、不動産取引においては、対象物件が係争中のものであるのかどうかを、取引をする者が、みずから、調査するのは常識であり、それを怠つたことには過失が認められ、同条にいう「自己の責めに帰することのできない理由により訴訟に参加することができなかった」とはいえないと主張した。しかし、判決により権利を害された、あるいは、害される第三者に、訴訟手続上の権利保障として、主張・証明の機会を与えることの前提として、訴訟告知がされたかどうか、あるいは、裁判所が職権により訴訟参加を命じたどうか問題となつているときに、取引慣行上の常識をもって抗弁とすることはできないと考えるべきである<sup>(39)</sup>。

以上のことをまとめると、訴訟当事者から第三者に対する訴訟告知、あるいは、裁判所が職権を行使して第三者

を訴訟参加させるといふことは、もちろん、その第三者に、訴訟手続上の権利保障として、主張・証明の機会を与えることの前提となるものであるが、それいじょうに、まさに自己の法的地位を覆滅することを目的とする訴訟が、現在、係属中であるという事実を、その第三者に認知せしめるといふ、より重要な意味をもつのである。

五 もうひとつ、再審原告らが主張したのは、(かりに、再審原告らが、取消訴訟が係属していることを、事実上、知っていたとしても) 行政訴訟は国もしくは公共団体が被告であり、しかも、行政処分には公定力があるから、一般私人がその公定力を信じ、かつ、公の機関が遂行している訴訟にわざわざ訴訟参加する必要はないと思料するのは、とうぜんであるということであった。

これに対して、同大阪高裁判決では、「行政事件訴訟法三四条の規定は、処分取消訴訟に参加することができなかった第三者の利益を保護するためのものであつて、同原告主張のように、その訴訟が公の機関である行政庁によつて遂行されるので一人人がわざわざ参加する必要がないと思料して参加しないでおきながら、行政庁が敗訴したら自らがやろうというような者までも保護するためのものではない」と判示した。

宮崎教授も、本判決の評釈として、そのような内心の事情は、取消訴訟に訴訟参加しえなかつた理由とすることはできないであろうとされた。<sup>(巡)</sup>

しかし、ここで、再審原告らが吐露している、(訴訟係属の事実を認知しており、訴訟参加しうる状態にありながら) 取消訴訟に訴訟参加することを「ためらつた」内心の動機、すなわち、「その訴訟が公の機関である行政庁によつて遂行されるので一人人がわざわざ参加する必要がないと思料した」ということが、取消訴訟というか、行政訴訟において、私人たる第三者が行政庁のがわに訴訟参加するさいの、訴訟参加人と主たる当事者たる行政庁のあいだの、主張・証明の面での、なんともいえない関係を示しているのである。これは、行政法の基本構造に関わるふかい問題であるが、じつは、行政訴訟への私人たる第三者の訴訟参加を、根底において、はばんでいる重大な

問題であると考えられるのである。

六 けつきよく、同大阪高裁判決の事例では、ふたつの深刻な問題が提示されていると総括することができよう。

ひとつは、訴訟当事者より第三者に訴訟告知をしないかぎり、あるいは、裁判所が職権を行使して第三者を訴訟参加させないかぎり、判決により権利を害される第三者は、そのような訴訟が係属しているという事実さえ知らないで、自己に対する判決にもとづく執行が行なわれるときに、はじめて、そのような訴訟が推移していたということを知ることが、右事例にあるような特別な事情でもないかぎり、一般であるということである。

もうひとつは、私人たる第三者は、被告行政庁のがわに訴訟参加すること以外には考えられない取消訴訟において、被告行政庁が提示する攻撃防御の方法がいかなるものを提示し、被告行政庁がするいじょうの主張・証明をすることができるといふことである。

(cc) 東京地裁平成一〇年七月一六日判決の事例の分析<sup>(386)</sup>

一 行訴法三四条に規定された第三者の再審の訴えの二番目の事件である本件は、右の大阪高裁判決の事例とは、また、べつの論点を提供しているので、事実関係から、くわしく見てみよう。

第三者の再審の訴えの対象となつた取消訴訟というのは、合資会社である再審原告Xが、Xの有限責任社員Y<sub>1</sub>(Ⅱ再審被告)の退社の決議をし、法務局登記官Y<sub>2</sub>(Ⅱ再審被告)にその旨の変更登記の申請をし、それにもとづいて、Y<sub>2</sub>がした変更登記処分の取消しを求めて、Y<sub>1</sub>が、東京地裁に提起したものである——東京地裁平成九年一〇月一三日判決<sup>(387)</sup>。取消訴訟においては、「社員は他の社員の過半数の決議により退社す」と定めたXの定款、および、これにもとづく本件退社決議が、無効であるという認定のもとに、本件登記申請書には、登記すべき事項につき無効原因があつたことになるので、これにもとづいてなされた本件登記処分も違法であるとして、Y<sub>1</sub>の請求が認容された。Y<sub>2</sub>から控訴されなかつたので、そのまま、取消判決が確定した。

そこで、再審被告 $Y_2$ から、再審原告へ、原判決が確定したことにより、本件登記処分が取り消されるべきことが通知され、再審原告は、その時点ではじめて、そのような取消訴訟が係属していたことを知った。つまり、それまでには、訴訟当事者から訴訟告知されることもなく、裁判所からなんの連絡もなかったのである。この問題については、大阪高裁昭和四四年一月三〇日判決の事例とおなじである。

二 本事例で特徴的なのは、当該取消訴訟の基礎となっている法律関係である。

取消訴訟を提起した $Y_1$ は、合資会社 $X$ の無限社員であったが、 $X$ の退社決議をうけ、退社を余儀なくされた。ところが、その $Y_1$ が争ったのは、同決議にもとづいて $Y_1$ がした申請に対して、 $Y_2$ がなした変更登記処分であった。しかし、考えてみると、 $Y_1$ の訴えどおり、登記処分が取り消されても、それで、 $Y_1$ の地位が回復するわけではない。べつないかたをすれば、登記処分取消訴訟では、 $X$ と $Y_1$ のあいだの法律紛争は解決しないということである。ほんらいならば、 $X$ と $Y_1$ のあいだの、(社員たる)地位確認訴訟のような民事訴訟が提起されるべき事案であったといえよう。

しかし、純粹に民事上の紛争であっても、あいだに、たまたま、行政処分が介在し、この処分が、(ある程度)紛争当事者の法律関係を形成し、あるいは、確認、公証するような働きをしてしまった場合には、それに不満をもついつぱいの当事者が、その処分の取消しを求める訴えを提起し、それにより、もともとの紛争の解決をはかろうとすることは、じゅうぶんに考えられるところである。

三 そこで、本件の場合はどうであったのかを、もうすこし具体的な事実関係にそくして見てみよう。

合資会社 $Y$ は、社員の退社事由につき、定款で、「社員は他の社員の過半数の決議により退社す。」と規定していた。 $Y_1$ の退社決議は、この規定にもとづいて下されたものであるが、同決議にあたり、 $Y_1$ から退社を申し出たり、あるいは、 $Y_1$ が退社に同意したという事実はない。

Xが、定款の規定にもとづいて同決議がされたことを原因として、原告の退社の登記を申請する旨を、登記申請書に記載し、Xの定款書と退社決議がされた旨の決議書を添付して、法務局登記官 $Y_2$ に対して、 $Y_1$ の退社を登記事項とする合資会社変更登記の申請をしたところ、 $Y_2$ は、申請を受理し、登記原因を「退社」とする $Y_1$ の退社の登記（処分）をした。なお、登記申請書、および、その添付書類には、 $Y_1$ から退社を申し出たり、あるいは、 $Y_1$ が退社に同意したという記載は、いつさい、なかった。

この変更登記処分の取消しを求めて、 $Y_1$ が取消訴訟を提起したわけであるが、その場合の被告は、いうまでもなく、 $Y_2$ であり、Xではなかった。しかし、当該取消訴訟における $Y_1$ の主張を、よくよく、吟味してみると、Xが $Y_1$ に対してした退社決議は違法であり、 $Y_1$ の不当な退社が撤回されることを求めるといふことに、真の目的があったようである。<sup>(388)</sup>

$Y_1$ は、本件変更登記は、違法な退社決議にもとづくものであり、実体を欠く登記であるので、無効であるという論理を展開し、東京地裁平成九年一〇月一三日判決も、登記申請の形式的適法性についてのみ審査する権限しか有しない登記官であつても、本件退社決議がもつた本件定款規定の内容が、商法一四七条、八六条一項に違反し、無効とならないかどうかは、論理必然的に判断できる事項であつたとして、申請を却下すべきであつたのにした変更登記処分は、商業登記法二四一条一〇号に違反し、取消しを免れないとした。<sup>(389)</sup>

そのかぎりでは、 $Y_1$ の当面の目標は達成されたわけであるが、 $Y_1$ の真の目的である自己の法的地位の保全からみると、これは、不十分な解決といわざるをえない。なぜならば、合資会社もふくめ、会社が種々の事項についてする登記は、それらの情報を取引関係者に提供するための、公示制度、もしくは、開示制度にすぎず、 $Y_1$ が退社しているという情報を公示または開示しているだけの登記を取り消しても、それで、 $Y_1$ の地位が回復するものではない。いずれにせよ、 $Y_1$ は、登記の取消判決をうけたあとも、Xを相手に、（社員たる）地位確認訴訟を提起し、認容判

決を得ないかぎり、もとの社員の身分を回復することはできない。なぜならば、 $Y_1$ の退社を原因とする変更登記を取り消す判決が下されても、そのことによっては、退社決議は、効力を失わないからである。

四 この関係は、その意味で、民事事件の行政法的解決の、ひとつの限界を示すものである。かりに、変更登記の取消訴訟に、 $X$ の訴訟参加が認められたとすると——このときは、 $Y_2$ のがわへの訴訟参加ということになる——、それにより、変更登記が無効であることの論拠となる、 $Y_1$ を退社させる（ $\parallel$ 除名する）決議の適法性をめぐって、 $Y_1$ と $X$ のあいだの、より実質的な審理が期待できるが、いくら、決議の違法性が確認され、そのことにもとづいて、変更登記が取り消されたとしても、その判決理由中の決議が違法であるという判断には、法的な拘束力がないので、決議の効力には影響がなく、このような訴訟によつては、 $Y_1$ の権利の救済ははたされないことになる。また、 $X$ の訴訟参加という観点から考えてみると、 $X$ は、そもそも、このような取消訴訟の取消判決によつては、なんら、権利を害されることはない。つまり、訴訟参加の利益をもっていなかったのである。<sup>(39)</sup>それにもかかわらず、 $X$ が、当該取消訴訟に訴訟参加しなければならぬ理由があるのであろうか。

ひとつ考えられるのは、変更登記の取消判決を得たが、それだけでは自己の権利の救済の実を得ない $Y_1$ が、ひきつづき、 $X$ を相手に、 $X$ の決議無効確認訴訟、あるいは、地位確認訴訟を提起してくる<sup>(40)</sup>ことが、たかい確率で予測される場合には、あらかじめ、変更登記の取消訴訟に、実質的当事者である $X$ を訴訟参加させておいて、 $Y_1$ と $X$ に、そのあいだの紛争について、主張・証明をつくさせ、この段階で、決議が無効かどうかという紛争の「おおもと」について、決着をつけてしまうことができるのではないかと<sup>(41)</sup>いう配慮である。もちろん、この決着が、事実上の決着にとどまるものであって、法的な最終決着でないことは、すでに述べたとおりである。

ただ、登記処分<sup>(42)</sup>の取消訴訟において、 $Y_1$ と $X$ に主張・証明をつくさせ、決議が無効であると判断された場合は、 $Y_1$ の $X$ に対する後訴において、その判断が、事実上、尊重されるであろうし、後訴の裁判所がそれを尊重すること

は不当ではないということも、考慮されなければならない。また、それ以上に、Xがその判断をうけ、あつざりと、みずから、決議を取り消すということも、考えられるところである。

五 これを要約すると、かかる取消しの訴えをうけた裁判所は、事案から容易に認知できる実質的当事者であるXと原告Y<sub>1</sub>の将来の争いをにらんで、当該取消訴訟にXを訴訟参加させ、審理を実質化させることにより、将来の争いの芽をつみ、この段階で、いつきに、抜本的な解決をはかるため、Xを訴訟参加させるといふ職権を行使することがあるか、ということである。これは、その第三者に訴訟参加の利益があるかどうか、その第三者を訴訟参加させることが必要かどうかという問題の外がわにあるもので、べつの論理を要する問題であるが、これこそ、わが国で、むかしからいわれてきた、訴訟外にいる実質的当事者を訴訟参加させ、審理の実質化を図るといふ、職権訴訟参加の理念につうじるものではないかと思われるのである。

(b) 問題の再構成

一 これまでの本稿の考察は、いかなる場合に、いかなる第三者を、訴訟参加させなければならないかという問題設定のもとに、この問題については、判決の効力が密接に関連していることがあきらかにされてからは、もっぱら、判決の効力をうける第三者の訴訟手続上の保護をいかにするかという見地——純粹訴訟論理——からすすめられてきた。しかし、現実に第三者の訴訟参加が問題になった事例を分析して、わかつたことは、そういう純粹訴訟論的考察だけでは、みのがされてしまう、より根源的な問題があるということであつた。

二 ひとつは、第三者および訴訟当事者のメンタリティーの問題である。

第三者についていえば、大阪高裁昭和四四年一月三〇日判決の事例で、自己の法的地位があやうくなること、まさに、争点となっている取消訴訟が係属していることを認知しながら、自己の法的地位を保持することとイーコ

ルである、係争行政処分の適法性の維持のために、公の機関である行政庁が、訴訟当事者としての地位において、原告と争って争っている、なにも、一私人である自分が、訴訟参加するまでもないという心情である。これは、さらに推察すると、自分が訴訟参加して、行政庁の「じゃま」をすることにならないかという遠慮であつたらうし、また、自分がする範囲の主張・証明ぐらひは、すべて、行政庁がしてくれるはずだという信頼でもあつたと考えられる。

しかし、まさに、私人である第三者が、被告行政庁のがわに訴訟参加することを、かように、ためらうということのなかに、じつは、行政訴訟の深刻な問題がひそんでいるように、筆者には、思われるのである。このことを、つきつめて考えてみると、問題の根源は、行政処分に関わる事実・法律関係は、行政庁が、第一次的に、職権により、調査し、判断しているという、行政手続と行政訴訟の構造と密接に関連しているということにあると考えられるのである。これは、民事訴訟における補助参加にはみられない、行政法固有の問題である。そうすると、訴訟参加しうる地位にある第三者が、一私人である自分が訴訟参加するまでもなく、行政庁にまかせておけばよいという心情をいだくのは、同大阪高裁判決の事例の第三者にかぎったことではなく、取消訴訟に訴訟参加しうる第三者一般にいえることと考えるべきである。

そして、行政手続と密接に関連する行政訴訟の特殊性は、被告行政庁のメンタリティーにも影響すると考えられる。それは、私人たる第三者が、自分のがわに訴訟参加し、へたな主張・証明をされるとめいわくだという心情を、行政庁がいだくことよりも、行政庁が、その者について職権により調査したうえで、その第三者に与えた行政処分の適法性を、行政庁が、訴訟において証明することは、その第三者の法的地位を保持してやることを意味するので、そのうえ、その第三者が訴訟参加しても、行政庁がする主張・証明いじょうのことはなしえないはずであるという心情をいだくであろうということである。



こうして考えてみると、そもそも、取消訴訟において、私人たる第三者が、被告行政庁のがわに訴訟参加し、行政庁とはべつに、行政処分適法性を証明するために、攻撃防御の方法をつくす「必要があるのか」という、根本的な疑問が生じてくるのである。職権訴訟参加の法理を構築することをめざす本稿においては、やはり、ここから考察をはじめべきであろう。

三 しかし、第三者が右のようなメンタリティーを抱くものであるとしても、訴訟のそとにいながら、訴訟の結果により自己の権利に影響をうける第三者の、最低限の権利保護として、なんらかのかたちで、そのような訴訟が係属しているという事実を第三者に告知することは、きわめて重要であると思われる。

ただ、注意しなければならないのは、民事訴訟法に規定された訴訟告知は、当事者からの任意の訴訟告知だということである。右に述べたような心情をいだけ行政庁から、第三者を訴訟に誘引するような訴訟告知を、わざわざするとはいえない。また、ほんらい、第三者と実体的に対立しているはずの原告が、あえて、第三者を訴訟参加させるように訴訟告知し、第三者と徹底的に争おうとするとは、考えにくい。なぜなら、原告が求める紛争解決は、当面は、処分を取り消せば達成されることが、ふつうであるからである。

このような状況のもとで、だれかをして、なんとか、第三者に訴訟告知せしめる法理を打ちたてることは、きわめて難題である。

四 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、……職権で、……訴訟に参加させることができる」と規定しているが、裁判所が、いかなる目的で、いかなる場合に、いかなる第三者に対して、職権を行使するのかという問題——「職権訴訟参加の法理」——については、これまでのわが国の理論は、ほとんど、なにも解明していない。

ただ、その目的についてだけ、むかしから一貫して、実質的当事者を訴訟に引き入れることにより、審理の実質

化をはかり、適正な審理裁判を実現することができるといふことを上げてきた。これは、行政訴訟のいつぼうの目的とされる、適正な行政の確保<sup>39)</sup>という理念につうじるものであるが、これは、あまりに抽象的な理念であり、ここから、いかなる場合に、いかなる第三者に対して、(裁判所が第三者を訴訟参加させる) 職権を行使するのかといふ基準は導きだすことはできない。

ここで欠落しているのは、訴訟参加すべき第三者の権利保護の見地であろうと思われる。職権訴訟参加の法理の理念としては、右のような、適正な審理裁判の実現ということだけではたりず、第三者の権利保護ということも「かみ合わせる」ことが必要であろう。それによつてはじめて、いかなる場合に、いかなる第三者に対して、職権を行使するのかを定めることができるであろう。

そこで示唆的なのが、東京地裁平成一〇年七月一六日判決である。この事例では、取消訴訟については第三者の地位にある合資会社は、変更登記を取り消す判決によつては、直接に自己の権利を害される関係がなく、行訴法二二条一項の訴訟参加の利益を有しない者であった。ただ、その訴訟参加の利益の問題は度外視して、はなしを進めると、当該取消訴訟の背後に、原告と第三者の真の実体的紛争がように認知でき、しかも、その紛争が係争行政処分<sup>40)</sup>の取消しの訴えの直接の動機となっているような事例が想定できるならば、そのような第三者を、「訴訟参加」という手法によつて訴訟に引き込むことは、適正な審理裁判の実現のためというよりは、むしろ、実質的紛争当事者のあいだの紛争解決のためとみるべきであろう。

このような観点を導入することにより、職権訴訟参加の理念が、抽象的で空虚なものから、実りのあるものになり、それが、これまで提示された、さまざまな困難な問題の解決のひとつの指標となるのではないかと考えられるのである。

（c） 考察の方向の確定

一 問題解決の出発点として、まず、「取消訴訟において、第三者が訴訟参加することは、ほんとうに必要なのか」ということを検討するにあたっては、残念ながら、わが国の行政訴訟理論のなかには、その分析対象とするものはなかったようである。第三者および行政庁の訴訟参加の目的として、むかしから、「事件の適正な審理裁判を実現する」ということが上げられてきたが、これは、いかにも、大上段からの公法的要請であつて、右に掲げた、底辺的で実質的な問いに、対応しきれぬものではない。

そこで、訴訟参加という制度じたいが、民事訴訟のなかで発達してきたものであるので、民事訴訟の一般理論にまでたち戻つて、考察しなす必要があるのではないかと考えられる。その理由として、わが国の行訴法二二条の第三者の訴訟参加は、ドイツ行政裁判所法六五条所定の訴訟参加のふたつの類型と比較した場合、やはり、基本的には、同条一項の「通常訴訟参加」に、ほぼ一致するものと思われ、そうすると、その実質は民事訴訟の補助参加であり、補助参加の理論<sup>(28)</sup>を、あらためて、みなおすところから出発すべきであるとも考えられるからである。それをふまえて、行訴法二二条の第三者の訴訟参加との比較・分析が行われる。

補助参加との比較を行う場合には、行政訴訟では、行訴法二二条の第三者の訴訟参加とならんで、ひろく、補助参加による第三者の訴訟参加も認められているという事情も考慮されなければならない。補助参加は、第三者の申出によるということはもちろんであるが、相手方からの異議がなければ、そのまま訴訟参加が認められるというものである。かかる形態の訴訟参加と区別され、どこに、行訴法二二条の第三者の訴訟参加の存在意義があるのか、そして、どこに、それらのあいだの整合性があるのかも、その考察において、同時に、あきらかにされなければならないであろう。

それにくわえて、さらに検討しておきたいことは、同東京地裁判決の事例にみられるように、行訴法二二条の第

三者の訴訟参加の利益を欠くような場合に、なんとか、補助参加の手続によって、第三者を訴訟に引き込む方策はないかということである。これにも、裁判所の職権を加味することができないかということも、とうぜんに検討される。

二 民事訴訟の理論を参考にしても、やはり、民事訴訟と取消訴訟の構造上の相違が、問題解決の前提となる。というよりは、むしろ、その相違点を、重要なファクターとすることで、いろいろなことが浮かび上がってきて、それらを総合することにより、「取消訴訟において、第三者が訴訟参加することは、ほんとうに必要なのか」という問いに対する答えが、見つかるのではないかと考えられる。

その場合の前提として、行政処分に関わる事実・法律関係を、行政庁が、第一次的に、職権により調査し、判断しているという、行政手続と行政訴訟の構造に密接に関連しているという、行政法の特殊性から考慮されなければならないことは、いうまでもない。

三 憲法のうちに、取消訴訟に第三者を訴訟参加させることの根拠を探ることも重要であろう。

ドイツの行政訴訟理論においても、わが国の行政訴訟理論においても、判決の効力をうけ、既得の権利・利益を害される第三者を、訴訟参加させ、訴訟において主張・証明の機会を与えることを、その第三者に対する訴訟手続上の権利保護としてとらえられていることは、これまでの考察で、すでに見たとおりである。ただ、ドイツの行政訴訟理論では、その根拠を基本法に求める論証が、つねに、なされているが、わが国の行政訴訟理論では、憲法の特定の条文を根拠に、第三者の訴訟参加、および、訴訟における主張・証明の機会の保障が論じられたことはない。四 いっぽうで、わが国の民事訴訟理論では、かかる第三者の訴訟手続上の権利保護が、近年、つよく論じられている。最近の進んだ民事訴訟の手続保障理論では、すでに、不利益な判決の効果を及ぼすためには、いちおう、主張・証明の機会を与えておかなければならないというような形式的手続保障の段階から、真の紛争解決のために

は、どのような手続保障が考えられなければならないのかという実質的手続保障の段階へと移行しているようである。筆者も、このような考えにふかく感銘をうける者であつて、本稿の考察も可能なかぎり、この方向へと進めたいと思つている。

(三) 第三者の訴訟参加の必要性の理論

(a) 一般民事訴訟の論理

(aa) 補助参加することの必要性——主たる当事者の勝訴——

一 ここで考察は、なぜ、第三者が、他人のあいだに係属する訴訟に補助参加しなければならないかという必要性を、法論理的、および、事実に探ることである。したがつて、それは、補助参加の利益論とは、すこし異なつたものであり、補助参加の目的論が、この場合には、てがかりになると思われる。

現行民事訴訟法<sup>(28)</sup>(以下、「民法法」) 四二条で、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者は、当事者の一方を補助するため、その訴訟に参加することができる」と規定されている補助参加の性格については、一般に、他人のあいだに係属する訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、「当事者の一方を勝訴させることによつて自己の利益をまもるために」訴訟に参加する形態であるとされている。この、第三者が補助参加するがわの「主たる当事者の勝訴」が、第三者が補助参加することの直接の目的、ないしは、動機といふことであるが、それは、逆にいうと、主たる当事者の敗訴によつて、第三者が深刻な事態におちいるという実体法上の関係にあるということでもある。

二 この関係を探るには、民事訴訟で、補助参加が認められるとされている第三者の具体例にそくして検討するべきであると思われるので、どのようなものが上げられているのか、民事訴訟法の教科書のなかから、ひろつてみ

よう。

〔事例①〕債権者が主たる債務者に対して提起した（主債務）支払請求訴訟に、保証人が（主たる債務者のがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例②〕債権者が保証人に対して提起した（保証債務）支払請求訴訟に、主たる債務者が（保証人のがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例③〕買主が売買目的物について提起された追奪訴訟に、売主が（買主のがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例④〕Xの土地に不法に家屋をたて占拠するYに対して、Xが提起した（家屋を収去したうえでの）土地明渡請求訴訟に、その土地の上の家屋をYから賃借するAが、（Yのがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例⑤〕Aが運転するY会社のトラックにはねられたXが、Yに対して提起した損害賠償請求訴訟に、Aが（Yのがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例⑥〕AがXの委任状を偽造し、X所有の土地をYに売却し移転登記までしたので、XがYに対して提起した所有権確認・（抹消）登記請求訴訟に、Aが（Yのがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例⑦〕Aが特定物をYに売却したところ、その物の真の所有者であると主張するXが、Yに対して提起した引渡請求訴訟に、Aが（Yのがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例⑧〕主債務者の債権者に対する抵当権設定登記抹消請求訴訟に、保証人が（主債務者のがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

〔事例⑨〕飛行機事故をおこした航空会社に対して、被害者の遺族が提起した損害賠償請求訴訟に、機体の製造者や設計者が（航空会社のがわに）補助参加する場合。<sup>(40)</sup>

右に上げた例では、補助参加しようとする者が、どのように、主たる当事者の勝訴に利害関係をもっているか、

民事の法律関係に固有の事情があつて、わかりにくいものもある。まず、わかりやすいものから見ていこう。

これらのなかでは、「事例②」が、もつともわかりやすい。保証債務請求訴訟で保証人が敗訴すると、とうぜん、ただちに、主たる債務者は保証人からの求償請求をうける。逆に、保証人が勝訴すれば、債権者からの請求がしりぞけられるので、主たる債務者は、保証人から求償請求をうけることはない。つまり、主たる債務者は、保証人の勝訴に、切実な利害関係を有しているといえる。

〔事例③〕、「事例⑥」、「事例⑦」も、わかりやすいケースである。

〔事例③〕では、追奪訴訟で買主が敗訴すると、とうぜん、ただちに、売主は、買主から、民法五六三条の瑕疵担保責任にもとづく損害賠償請求をうける。逆に、買主が勝訴すれば、追奪請求がしりぞけられるので、売主は、買主からの損害賠償請求をうけることはない。つまり、売主は、買主の勝訴に、切実な利害関係を有しているといえる。

〔事例⑥〕では、所有権確認・(抹消)登記請求訴訟でYが敗訴すれば、Aは、Yから、損害賠償請求をうける。逆に、Yが勝訴すれば、Aは、Yからの損害賠償請求をうけることはない。つまり、Aは、Yの勝訴に、切実な利害関係を有しているといえる。

〔事例⑦〕では、引渡請求訴訟でYが敗訴すると、とうぜん、ただちに、AはYから、瑕疵担保責任により、損害賠償請求をうける。逆に、Yが勝訴すれば、引渡請求がしりぞけられるので、Aは、Yから、損害賠償請求をうけることはない。Aは、Yの勝訴に、切実な利害関係を有しているといえる。

〔事例④〕は、すこし、わかりにくい例であるが、いちおう、これも、主たる当事者の勝訴に「切実な」利害関係を有する例であるといえる。土地明渡請求訴訟でYが勝訴すれば、Aは、いままでどおり、家屋に住みつづけることができる。逆に、Yが敗訴したときは、Yは、(おそらく更地にして)土地を明け渡せという判決に拘束され、

あくまで居すわるAに対しては、契約終了による建物退去請求訴訟を提起せざるをえないであろう。<sup>(10)</sup> そういう意味で、Aは、Yの勝訴に切実な利害関係を有しているといえよう。

わかりにくい事例は、つぎのふたつである。

〔事例①〕は、〔事例②〕と反対のケースである。(主債務) 支払請求訴訟で主たる債務者が勝訴すれば、保証債務の附従性から、保証人は、債権者から(保証債務) 支払請求をうけることはない。しかし、主たる債務者が敗訴しても、主たる債務者が判決に服し、主たる債務を弁済すれば、保証債務は消滅する。そういう意味で、保証人は、主たる債務者の勝訴に、(勝訴しなければどうしようもないという意味で) 切実な利害関係を有しているとは、かならずしも、いえないであろう。

〔事例⑤〕は、損害賠償請求訴訟でYが勝訴すると、Aは、Yから求償請求をうけることはない。逆に、Yが敗訴したときの求償関係がわかりにくい<sup>(11)</sup>が、民法七一五条三項の解釈では、使用者が損害賠償したときは、使用者は、被用者に求償請求しう<sup>(12)</sup>ることを、原則とすると解されているようである。そういう意味で、Aは、Yの勝訴に、切実な利害関係を有しているといえよう。

最後の〔事例⑧〕と〔事例⑨〕は、かなり、補助参加の利益が拡大された例で、補助参加の利益を実質的にみて、訴訟物の前提をなす問題についての利害関係でたりとする立場によるものである。とくに〔事例⑨〕は、近時の理論として、判決理由中の判断について利害関係を有するとされているようである。

〔事例⑧〕は、抵当権設定登記抹消請求訴訟で(債務の消滅を理由として) 主債務者が勝訴すれば、将来、保証人に類が及ぶことはなく、保証人は安泰である。しかし、主債務者が敗訴しても、登記が抹消されないというだけであって、そのことから、ただちに、保証人が不利益をうけるわけではない。そういう意味で、保証人は、主たる債務者の勝訴に、切実な利害関係を有している<sup>(13)</sup>とまでは、いえないであろう。



〔事例⑨〕は、すこしわかりにくい例であるが、これは、損害賠償請求訴訟において、航空機の構造上の欠陥が問題とされている場合に限られ、操縦士の操縦ミスが問題となつている場合には、補助参加の利益はないのである。

そのような損害賠償請求訴訟では、航空機に構造的欠陥があると判断されたうえで、航空会社が敗訴すると、とうぜん、ただちに、機体の製造者や設計者は、航空会社から、(売買契約の瑕疵担保責任にもとづく)損害賠償請求をうけることになる。逆にいえば、航空会社に対する損害賠償請求で、航空機の構造上の欠陥が問題とされていない場合は、機体の製造者や設計者は、利害関係を有していないのである。

三 これらの例をおしていえることは、それらが、補助参加人と主たる当事者のあいだの、民事に特有の法律関係を前提としているということである。すなわち、第三者が補助参加する場合には、つねに、主たる当事者が敗訴すれば、主たる当事者から補助参加人に対して後訴が提起されるという法律関係が前提となつているのである。た(4)とえば、〔事例②〕では、保証人が敗訴し、保証債務を弁済したときは、保証人は、主債務者に対する求償請求訴訟が提起されることになるのである。

とうぜん、補助参加の必要性も、このような法律関係を前提とした補助参加の理論により、論証されることになる。それは、とりもなおさず、将来の自己に対する請求への不安、すなわち、後訴の憂いから、いま係属している訴訟に参加し、主たる当事者を補助して、みずからの訴訟行為により、主たる当事者を勝訴させることにより、将来の自己に対する請求を未然に防止しようということにおける、必要性である。

そこで、もうすこし、これらの事例について、実体的法律関係にふみこんで、さらに分析してみよう。

四 補助参加の必要性の基礎が、主たる当事者から第三者への後訴にあるとして、その後訴の対象となる主たる当事者と第三者のあいだの実体的法律関係は、前訴の訴訟物である主たる当事者と相手方のあいだの実体的法律関係とは、異なつている。にもかかわらず、その異なつた法律関係へ、第三者が、訴訟参加していくことが認められ、

あるいは、必要であるのは、とりもおおさず、ふたつの法律関係のあいだに、密接な関連性——前訴の法律関係が、後訴の法律関係の論理的前提となっていること——があるからである。

このふたつの法律関係を考えた場合、その接点に在るのは、主たる当事者である。そこで、この主たる当事者を、補助参加の必要性の問題を考える場合のキーパーソンとみて、その主たる当事者の法的地位というか、法的な性格のうちに、第三者が補助参加することの必要性が秘められていると、考えることはできないであろうか。

いちばんわかりやすい〔事例②〕で考えてみよう。<sup>(43)</sup>この場合の主たる当事者である「保証人」とは、ほんらい、債権者に対して債務をおう者ではない。しかし、この場合の第三者たる主債務者との「関係」において、主債務者が債務を履行できないときに、債務を肩代わりしなければならぬ地位の者である。したがって、順番からいえば、まず、主債務者に債務支払いの請求があり、しかるのちに、同支払い請求をうけるはずの者<sup>(44)</sup>でもある。それが、順番が逆になり、さきに、保証人に対する保証債務支払請求訴訟が提起された場合は、主たる当事者である保証人が敗訴すれば、とうぜん、「肩代わり」した金額の求償請求が、保証人から第三者たる主債務者にむけられることは、主たる当事者が「保証」人であることの性格から、あるいは、その基礎にある主たる当事者と第三者のあいだの「関係」から、自明の理である。

このように保証債務支払請求訴訟のあとの道筋が明白であるということは、同訴訟において争われているもの半分以上が、じつは、第三者たる主債務者の法的地位であるからである。かように解すれば、同訴訟で、第三者たる主債務者の法的地位が話題になっており、訴訟のゆくえによつては、窮地におこまれることが必定であるという、まさに、そのことのように、第三者たる主債務者の訴訟参加の必要性が認められよう。

これと比較すると、〔事例①〕は、主たる当事者が、主たる債務者であるケースである。主債務者は、いうまでもなく、みずからの債務について（第一次的に）弁済義務をおう者である。そして、その主債務者との「関係」に

において、べつの者が、保証人として、主債務の弁済を、債権者に対して「保証」する。保証債務の主債務への附従性<sup>(46)</sup>から、主債務者が、債権者からの主債務支払請求訴訟で勝訴し、支払義務をまぬがれれば、保証人が保証債務を支払うことはなくなる。そのかぎりでは、保証人の地位が、主たる債務者の勝訴に密接に関連しているようであるが、いつぼう、主債務者が敗訴しても、主債務者が、すなおに判決に服し、主債務を弁済してしまえば、保証債務は自動的に消滅するので、保証人の地位は、主債務者が勝訴しなければ、あやうくなるというものでは、かならずしも、ないようである。

しかし、民法の法律関係は、さほど単純ではない。問題は、主たる債務者の資質、もしくは、性格にあるのであって、たとえば、主たる債務者が無資力であるような場合<sup>(46)</sup>である。このときには、主債務支払請求訴訟で主債務者が敗訴すれば、主債務者には主債務を弁済できないので、とうぜん、債権者は、保証人に保証債務支払請求をすることになる。このように、主債務支払請求訴訟のあとの道筋が、法的というより事実的に明白である場合も、そのかぎりでは、将来の保証債務支払請求をまぬがれるために、主たる当事者である主債務者を勝訴させるために、保証人が補助参加する必要性が生じてくるのである。つまり、主たる当事者がどのような者であるのかにより、保証人が補助参加する必要性が、増減してくるのである。

以上のふたつの事例は、主たる当事者の「法的および事実的な」性格によって、第三者の訴訟参加の必要性が生ずるケースであったといえる。

五 もうひとつ、「法的な」性格というよりは、主たる当事者の「事実上の」性格によって、第三者の補助参加の必要性が生じるとみられるものを見てみよう。

〔事例⑤〕の主たる当事者は、事故をおこした運転者を使用する会社である。使用者であるという法的地位において、民法七一五条一項により、会社は、被害者に対して(第一次的な)損害賠償責任をおい、しかるのちに、原

則として、運転者に求償請求される<sup>(47)</sup>。そこに、第三者の補助参加の必要性が、ひとつ、生じるのであるが、それにくわえて、事故については状況を直接には知覚していないという、会社の事実上の性格によっても、運転者が補助参加する必要性が生じるのではないかと考えられる。つまり、当該損害賠償請求訴訟では、運転者が行った不法行為が問題となっているのに、事故の原因——責任の滅殺事由もふくめて——、状況を十分には把握していない主たる当事者である会社のみ、訴訟の命運をゆだねるのは適当ではないということのうちに、第三者たる運転者が訴訟参加することの必要性が生じることなのである。

六 この訴訟における主張・証明の問題について、さらに考察をすすめると、主たる当事者の不知、不熱心な訴訟追行によつて敗訴が濃厚であるときに、その訴訟の帰趨に重大な関心をいだいている第三者が、拱手傍観せざるをえないということも、補助参加の必要性を生じさせよう。たとえば、「事例①」や「事例②」で、主たる当事者が、勝訴の決め手となる、消滅時効を援用しなかつたり、債務が詐欺・強迫によるものであることを主張しなかつたりする場合が、これにあたろう<sup>(48)</sup>。

右の論理を、一般理論に敷衍すると、補助参加人の訴訟行為が、訴訟に影響を与え、主たる当事者を勝訴に導く可能性をもつものである場合に、補助参加の必要性が、つよく、認められるといえよう<sup>(49)</sup>。逆にいえば、そのような可能性のないときは、(第三者の補助参加がなければ、主たる当事者を勝訴に導くことはできないという意味での)補助参加の必要性があるのかという問題がでてこよう。

(bb) 補助参加させることの必要性——参加的効力と訴訟告知——

なぜ、補助参加が必要なのかについて、こんどは、訴訟当事者のがわから、どうしても、ある法律関係にある第三者を訴訟に引き込まなければならぬ——補助参加させなければならぬ——という事情について、分析してみよう。このような事情については、わが国の行政訴訟理論では、論じられたことも、そもそも、意識されたことも

ない。しかし、民事訴訟の理論のなかでは、むかしから、補助参加の理論の重要な側面をなすものと認識されており、じじつ、「参加的効力」や「訴訟告知」という、補助参加を促進するために考案されたと思われる制度の導入によつて、この問題の解決がはかられているのである。そこで、訴訟当事者がわからず、どうしても第三者を補助参加させなければならないという事情を、「参加的効力」や「訴訟告知」の理論の分析をつうじて、探ることにしよう。

二 公法的感覚からすると、はなしが逆になるような気がするが、「参加的効力」というものが觀念される基礎には、当該訴訟にひきつづいて、当該訴訟で判断されたことを前提とする、後訴との関係があるようである。たとえば、保証人に対する保証債務支払請求訴訟で、保証人が敗訴した場合は、保証人から、主たる債務者に対する求償請求訴訟というものが考えられる。ところで、保証債務は主債務に附従するものであるので、保証債務が争われるときは、とうぜん、主債務の存在が前提となり、当該訴訟では、それについて判断されざるをえない。つまり、前訴で判断されたことが、後訴の重要な判断事項となるのである。そして、この関係を理由として、保証債務支払請求訴訟では第三者である主債務者を、当該訴訟に（保証人のがわに）補助参加させることにより、当該訴訟で判断されたことを、後訴の主債務者に対する求償請求訴訟で効力をもたせようとする参加的効力の理論<sup>(42)</sup>へとながるのである。

前訴で判断されたことが、補助参加人に対する後訴を拘束する効力とされる参加的効力は、まさに、前訴にひきつづいて、後訴が提起されることを前提とするものであるが、その本質は、主たる当事者が敗訴した場合の、補助参加人と主たる当事者のあいだの公平な責任分担の考え方にもとづくものである<sup>(43)</sup>。つまり、前訴において、補助参加人が、主たる当事者とならんで、訴訟物について争つたいじよう、主たる当事者の敗訴ののちの主たる当事者から補助参加人に対する後訴において、補助参加人が、主たる当事者に対して、前訴の訴訟物について下された判断

と異なる主張をすることは、信義則から、主たる当事者に対して公平ではないことなのである。<sup>(42)</sup>

このような参加的効力の性質・内容を、よくよく考えてみると、主たる当事者が、当該訴訟においてともに相手方と戦っている補助参加人に対して、いずれ提訴する後訴を念頭において、補助参加人に、当該訴訟で判断されたことと異なる主張をさせないための布石を打っておくことなので、それは、とりもなおさず、主たる当事者の論理にほかならない。そして、参加的効力を生じさせる前提として、かかる関係にある第三者を補助参加させなければならぬが、それも、主たる当事者においての必要性である。

三 このような参加的効力と密接に関連するのが、「訴訟告知」の制度<sup>(43)</sup>である。訴訟告知の目的については、第三者に訴訟参加の機会を与えるということと、第三者に参加的効力を及ぼせるということが上げられるが、このうちでは、後者に重点がおかれている。つまり、なぜ、告知者が訴訟告知をするかという点、それによって、被告知者に対し、その判決の参加的効力を及ぼすことができるという実益があるからであるという説明が、一般に、<sup>(44)</sup>されているのである。すなわち、訴訟参加の利益を有する第三者<sup>(45)</sup>に対して、訴訟当事者<sup>(46)</sup>などから、裁判所を経由して、訴訟が係属している旨を通知していることにより、その第三者が訴訟参加するしなやかかわらず、実定法の根拠——民訴法五三条四項<sup>(47)</sup>——をもって、第三者に判決の参加的効力が及ぶとされている。

それを、図式的に示すと、「訴訟告知(↓補助参加) ≡ 参加的効力」となる。

四 この参加的効力と訴訟告知の理論の基礎にあるのは、前訴と後訴の関係であり、それは、とりもなおさず、主たる当事者の法律関係と、それに従属する関係にある、補助参加人じしんの法律関係の、実体法上の関係にほかならない。参加的効力と訴訟告知の理論の眼目も、補助参加人を、先決問題となる法律関係に引き込むことにより、補助参加人に、前訴で判断されたことを承服させることで、既判事項についての蒸しかえしをなくし、前訴と後訴の統一的解決を保障するというところにあるのである。

さらに、井上教授によれば、訴訟告知により補助参加をうながすことで、当該訴訟で下された判決が、告知者(主たる当事者)と被告告知者(補助参加人)とのあいだで、自主的紛争解決規範として作用し、後訴にもちこまれるまでもなく、紛争が未然に落着・予防されることも多いであろうと推察される、とされている<sup>(43)</sup>。

したがって、「補助参加させることの必要性」も、まさに、右の論理の裏がえしのうちにあるわけである。すなわち、前訴で敗訴した主たる当事者が、その結果として、第三者に対して提起した後訴において、前訴で判断された事項について、あらためて判断されなすこと、あるいは、それにより、前訴と後訴で異なった判決が下されることを避けるために、前訴に補助参加人を引き込み、補助参加人に、前訴で判断されたことを承服させる必要があるということにおいて、「補助参加させることの必要性」が認められるのである。

このことを、さらに考えてみると、その必要性というのは、さきほども述べたように、主たる当事者においての必要性である——民訴法でいわれる「参加的効力」は、主たる当事者と補助参加人のあいだに生ずるものであって、相手方と補助参加人のあいだには生じないことに、注意しなければならぬ——。その内容は、現在、目のまゝで行われている訴訟の結果しだいで、(実体法上の関係から)とうぜんに予想される後訴を意識し、後訴の相手方となる第三者に、現在の訴訟で判断される事柄を甘受させ、後訴で、それと異なる主張をさせないという、主たる当事者のつよい意欲である。

したがって、「補助参加させることの必要性」というのは、民事上の法律関係において生ずるものであって、「事件の適正な審理裁判を実現する」ためとか、訴訟の結果に利害関係を有する者に、手続上の権利を保障するためとかではないのである。

(cc) 補助参加の強制と「第三者の引き込み」論——井上理論の分析——

民事訴訟で一般的に認められる訴訟参加形態としての補助参加は、もちろん、補助参加しようとする者の申立て

によるものであって、これ以外に、直接に、他からの強制によって補助参加させられるということはない。

しかし、かねてより、民事訴訟理論の一部で、当該訴訟につづいて、とうぜん、第三者に対する後訴——訴訟当事者の敗訴にもとづく第三者への求償請求訴訟——が予想される場合に、その請求についても、当該訴訟で、統一的に審判されることを求めるため、民事訴訟のテクニクを駆使して、なんとか第三者を訴訟に引き込めないかという、本稿の考察にとつてきわめて興味ある試みが行われている。

それは、井上教授の「被告による第三者の追加」の理論である。<sup>(43)</sup>この理論は、被告が敗訴した場合は、第三者に對して、ただちに、求償請求訴訟が予想されるという、民事上の法律関係を前提とするものであって、「第一の訴訟手続で、被告がかかる第三者を自己の被告(当事者)として引っぱりこみ、自己が原告に敗訴したならば第三者に求償できるであろうその請求についても、その手続のなかで一挙に統一的な審判を求める併合形態を認めることはできないか」ということを、めざすものである。<sup>(43)</sup>

そのようにすることの意義については、井上教授は、前訴と後訴のあいだの裁判の不統一を避けることができるということ以外に、被告において、別訴を提起するわずらわしさから解放されるし、「(自己の)被告への」手続保障の要請を達成することができる<sup>(47)</sup>とされている。

二 手法的には、それは、訴訟告知制度をさらに一歩進めた「訴えの主観的追加的併合」である。<sup>(48)</sup>井上教授のいわれる併合形態は、原告と被告のあいだの訴訟と、被告(追加原告)と第三者(追加被告)の訴訟の併合であり、被告(追加原告)から第三者(追加被告)に対する請求(追加請求)<sup>(49)</sup>は、本訴請求を認容する判決が下されることを停止条件とする、被告から第三者への求償請求であり、ふたつの請求は、ひとつの訴訟のなかで審理され、それぞれについて判決が下される。<sup>(48)</sup>

ただ、被告と第三者は、かならずしも、対立的関係にあるわけではない。というよりは、この理論は、被告と第



三者が、本訴では、同一の利害関係において、ともに原告に対峙するというシチュエーションを、第一に、前提としている。追加被告となる第三者は、自己に対する求償請求の根源となる本訴請求を、被告とともに、つぶしておけば、求償請求を免れることができる。その関係は、基本的に、補助参加の場合と異なるところはない。<sup>(44)</sup> そういう意味では、この手法は、「補助参加の強制」という性格をもつと評価することもできるわけで、そうだとすると、われわれの考察にも関連してくる。そこで、もうすこし、この理論を追究してみよう。

三 井上教授によれば、「訴えの主観的追加的併合」が認められれば、訴訟告知制度によって、第三者の補助参加をうながすという手法よりも、直截的に第三者を訴訟に引き込むことができる<sup>(45)</sup>とされるわけだが、この論理を検討してみると、それは、「訴訟告知(↓補助参加) Ⅱ 参加的効力」の限界論によって論証<sup>(46)</sup>されている。

すなわち、訴訟告知によって参加的効力を及ぼすといつても、後訴において、被告告知者に、前訴判決内容と矛盾する主張を封ずるものとどまるので、被告告知者が、敗訴した告知者からの請求におうじない場合は、告知者は、後訴を提起して債務名義をとるしかない。また、参加的効力には、さまざまな除外例が認められているので、<sup>(45)</sup> それにより、けつきよくは、争いの蒸しかえしもある。また、かりに、訴訟告知が行われなかったとしても、前訴判決は、後訴において、すでに、事実上、証拠としておきなウエイトをもつと考えられるので、「訴訟告知(↓補助参加) Ⅱ 参加的効力」のシステムの機能は、いわれるほど不可欠なものではない。また、このシステムは、前訴と後訴の関係を前提としているが、被告告知者には、どうせなら、一回の訴訟で決着をつけられたほうがよい。また、告知者と被告告知者の利害が対立する場合には、訴訟告知により補助参加をうながすということでは、うまくいかない<sup>(46)</sup>こともある、というものである。

この「訴訟参加(↓補助参加) Ⅱ 参加的効力」の限界論からうかがえる井上教授の思想は、ようするに、一回的解決の重視である。これは、うらがえせば、「訴訟告知(↓補助参加) Ⅱ 参加的効力」というシステムへの不信で

ある。このシステムが前提とするのは、前訴において、補助参加人が、主たる当事者とともに——この時点で対立関係はない——、相手方に対して同一の法律関係を争って敗訴したのち、こんどは一転して、主たる当事者からの敗訴にともなう求償請求等におうじず、主たる当事者が前訴補助参加人に対して提起した後訴において、前訴補助参加人が、前訴判決の内容と異なる主張をするという、考えてみれば、きわめて「まれな」事例である。このような場合は、井上教授も右に指摘されているように、むしろ、補助参加をうながす第三者と主たる当事者は、最初から対立関係にあるとみるのが自然で、そもそも、このような第三者が、前訴において、主たる当事者のがわに補助参加し、同じ法律関係を、ともに協力し争うと擬制するのは、現実的ではない。なぜなら、この場合は、このような第三者は、補助参加の動機となる主たる当事者の勝訴ということに、最初から、関心を有していないと考えられるからである。

それならば、発想を転換し、補助参加をうながすべき第三者を、最初から（追加）被告とし、原告からの請求と先決関係にある将来の求償請求等を、追加請求として、本訴請求と併合して審理すれば、原告、被告、第三者とのあいだの争いを一挙に解決できるという論理<sup>(447)</sup>がうまれてくるのである。

四 しかし、このような「訴えの主観的追加的併合」の理論にも、難点が多い。そのことは、井上教授も、みずから認められるところであって、自己の理論に対する反論として予想されるところを、客観的に分析されている。<sup>(448)</sup>そのなかには、本稿のこれからの考察のヒントとなるものも、ふくまれているように思われるので、行政訴訟にもつうじる問題点だけを取りだして、<sup>(449)</sup>検討してみよう

そのひとつは、本訴請求をしている原告の不利益（迷惑）の問題である。これは、本稿の考察にとっても、示唆的であると思われる。主な不利益（迷惑）は、（原告のあずかり知らない）追加請求に対する審理も併合して行われるため、本訴請求に対する審理・判決が遅延するということであるとされている。<sup>(450)</sup>

この問題を、理論的レベルで検討すれば、訴訟に対して第一次的に処分権を有する原告の意思に反して、訴訟形態が変更されるのは、不つごうではないかという考えが、とうぜん、でてくる。それに対しては、井上教授は、「訴訟は原告の支配に服する」というような厳格な訴訟観で律することは適当ではないし、訴訟技術的に、いちじるしく訴訟を遅延させないような配慮をすることは可能であるとされている。<sup>(48)</sup>

もうひとつは、追加被告が、かなり不安定・不利益な立場にたたされるといふ問題である。これも、本稿の考察にとつて、示唆的である。その不安定・不利益というものは、追加被告に対する追加請求が併合された訴訟では、いつ追加請求の審理に入るのか、わからないので、追加被告たる第三者は、つねに弁論に関与していなければならぬが、そうかといつて、被告に対する本訴請求の審理中は、なにもできないといふことである。また、追加請求に対する審理において、追加被告たる第三者が、攻撃・防御の手段をつくして、主張・証明に努めたとしても、本訴請求の棄却判決が確定した場合は、徒労におわるという不安定・不利益であるとされている。<sup>(49)</sup>

(b) 行政訴訟の論理

(aa) 兼子一博士の疑問と考察の命題

一 行政処分を取り消し、または、変更する判決により、訴訟のそとにいる第三者が、直接に自己の権利を侵害されるという場合に、そのような第三者にも判決の効力を及ぼさせることが、はたして妥当であろうか、という疑問を、兼子(一)博士が、かつて、いだかれたこと<sup>(45)</sup>、そして、その疑問から出発して、取消判決の効力がかような第三者には及ばないようにすることをめざされた博士の理論が、けつきよくは、行政処分の取消しを求める原告の権利保護を優先することにより、採用されなかつたといふことは、前節の考察においてあきらかにされたところである。<sup>(46)</sup>

しかし、この博士の疑問は、切実で、深刻であり、本稿の論考の根底に、なお、脈々と流れているものであって、この疑問にこたえることが、本稿の最終的な目標であるといってもよいであろう。博士の疑問は、民事訴訟で一般に、補助参加の必要性などについていわれている、第三者に訴訟において主張・証明の機会を与えればたりというような、たんなる訴訟手続上の権利保障という以上の、もっとふかい意味をもつものである<sup>(註)</sup>。

二 ただ、いっぽうで、博士の疑問が、取消訴訟の特殊性もじゅうぶんに考慮されたうえでのものであったかについては、問題がある。そのことは、本項での取消訴訟における第三者の訴訟参加の必要性の考察にも関係する。訴訟の結果について利害関係を有する第三者の補助参加の必要性は、その実体的法律関係にあることが、前項であらかじめされたが、それが、取消訴訟にも妥当するののかについては、やはり、取消訴訟の特殊性、とりわけ、取消訴訟と民事訴訟の構造的相違をみきわめたうえで、第三者が訴訟参加することの必要性に、どのように影響するかを考察することによって、はじめて、判定しうるであろう。

その判定作業においては、兼子(一)博士の疑問に対応して、また、民事訴訟理論で一般にいわれているところと比較して、取消訴訟の特殊性とつき合わせて、いくつかの命題をたて、考察の視座といたうえて、ひとつずつ、解答をだしていこう。

その命題のひとつは、「『行政処分を取り消し、または、変更する判決により、自己の権利を害される第三者がある』とする場合の実体的法律関係とは、どのようなものであるのか」ということである。

いかなる第三者を、いかなる場合に訴訟参加させるべきであるのかということとは、基本的には、実体法上の法律関係により定まる。このことは、本稿のこれまでの考察において、あきらかにされたところであり、このことじたいは、民事訴訟における補助参加と、なんら異なるところはないが、行政訴訟における第三者の訴訟参加では、その場合の実体的法律関係とは、行政法上のそれである。また、民事の法律関係とは異なる行政法上の法律関係の特

殊性は、取消訴訟の構造とも、ふかく関わっている。これらを加味した考察が必要である。そのうえで、いかなる実体的法律関係において、いかなる第三者を取消訴訟に訴訟参加させる必要性があるのか、最終的に結論をだそう。もうひとつの命題は、「取消訴訟で、(判決の効力に服する) 第三者が、訴訟参加し、訴訟において自己の権利を主張することが、ほんとうに必要であらうか」ということである。

これは、民事訴訟理論で、補助参加の必要性などについて、一般にいわれている訴訟手続上の権利保護論<sup>(458)</sup>からすると、はなはだ、逆説的であるが、取消訴訟というものの特質を考えた場合には、かように冷やかな立場にたった考察というものが不可欠ではないかと思われるのである。それは、およそ、私人のあいだでのみ行われる民事訴訟で、主たる当事者も私人であるのと異なり、第三者が訴訟参加するがわの主たる当事者は、つねに、行政庁であるということにもとづくものである。つまり、いったん、基礎となる行政事件について、みずから、職権により事実関係をしらみつぶしに調査し、法的評価を下したことにについて、訴訟において、行政庁が被告となり、その判断(行政処分)の適法性の維持に努める以上、第三者が、さらに訴訟参加して、(たんなる補助ではなく)行政庁と異なる主張をする余地があるのかということである。

以上のふたつの命題は、いずれも、取消訴訟の構造に密接に関連しているので、まず、取消訴訟の構造に由来する、第三者の訴訟参加に関わる実体的法律関係の「基本軸」の分析から行うことにしよう。

(bb) 取消訴訟の構造と第三者——塩野分析につづけて——

一 現行行政事件訴訟法の制定以降に著された取消訴訟制度の解説のなかで、同制度の構造と、訴訟当事者のあいだの実体的法律関係との関係の本質を、端的に示されたのは、塩野教授である<sup>(459)</sup>。

塩野教授も、基本的に、兼子(一)博士や雄川博士の立場<sup>(460)</sup>を踏襲され、取消訴訟を形成訴訟と理解しておられ、そのうえで、取消訴訟には、現状回復機能と適法性維持機能<sup>(461)</sup>という重要な機能があるとされている。このうち、こ

こでの分析に示唆を与えるのは、前者についての説明である。

塩野教授のいわれる「現状回復機能」とは、原告の行政処分取消しの訴えを認容する判決により、行政処分のなかつた状態に復帰することであり、<sup>(46)</sup>すべての取消訴訟に共通する、もつとも重要な機能であるとされている。これには、さらに、説明がほどこされておき、「行政行為の場合には一度行政行為により法律関係は変動するという見方をするので、判決によりその変動した法律関係がもう一度変動する、つまり、もと（現状）に帰るといふことな」のであるとして、それが、取消判決による「現状回復」の意味であるとされている。<sup>(46)</sup>

右の見解について注意しなければならないのは、塩野教授は、取消訴訟の基礎にある行政事件（法律関係）を、取消訴訟の枠を超えて、行政過程論的にとらえられているということである。<sup>(46)</sup>そのことは、まさに、本稿の考察に對して、本質的などころで示唆を与えるものである。すなわち、「一度行政行為により法律関係は変動する」とされるのは、われわれが考察の対象としている第三者に関わる法律関係について、筆者のことに引きなおせば、（取消訴訟の）原告と第三者のあいだの（紛争につながる）実体的法律関係について、すでに、行政庁が公権的に判断し裁定を下し、第三者に権利・利益を付与したとことであり、「取消判決は、その変動した法律関係を、もういちど、変動させる」とされるのは、その第三者に付与された権利・利益を、はく奪し消滅させるということなのである。

このような流れのなかで見ると、第三者の権利・利益は、行政庁の公権的な判断・裁定にかかっているということがわかり、まさに、その命運は、取消訴訟における行政庁の公権的な判断・裁定の適法性審査いかに関わっているということもわかる。そして、この行政庁が、みずから下した公権的な判断・裁定の適法性維持のために、取消訴訟で、被告として主張・証明にあたり、そのことが結果的に、第三者の権利・利益を防衛することになるわけである。このような行政庁と第三者の関係は、民事の法律関係、および、それを基礎とする民事訴訟の手續関係

とは、異質のものである。<sup>(四)</sup>

二 われわれが考察の対象としている訴訟参加すべき第三者に関わる法律関係と取消訴訟の構造との関係を、こんどは、原告のがわから見てみよう。

いうまでもなく、この場合の第三者と原告は、実体的には、問題の行政処分をはさんで、対立的地位にある。このことをよく頭において、塩野教授が示唆されるように、行政過程論的に原告と(訴訟参加すべき)第三者の關係を見ていくと、そもそも、行政処分の名あて人は、(訴訟参加すべき)第三者である。したがって、(訴訟参加すべき)第三者が、行政処分については、直接の当事者であるといえる。これに対して、原告は、行政処分については、第三者である。それが、原告が、行政処分の第三者でありながら、行政処分によってみずからの権利を侵害されたと主張して、(訴訟参加すべき)第三者に与えられた行政処分の取消しを求めて出訴するのである。この場合は、行政庁が被告となるので、(訴訟参加すべき)第三者は訴訟外の第三者である。

右の關係を、さらに、よく考えてみると、そもそも問題として、行政処分が介入するいぜんに、根本的に、原告と(訴訟参加すべき)第三者のあいだに對立的な実体法關係が存在している、もしくは、潜在的に存在しているということがわかるであろう。そして、ほとんどの場合に行政処分は中立的ではありえないので、行政庁が、行政法規にてらして、(訴訟参加すべき)第三者に授益的な行政処分を与えると、必然的に、原告は、いちじるしく不利な状況におちいることになる。もともとこの争いの根は、原告と第三者のあいだの実体的法律關係にあるので、原告の救済については、ほかの方途も考えられることもあるわけだが、このような場合には、原告が取消訴訟を提起し、(訴訟参加すべき)第三者に対する行政処分を取り消すことが、原告の救済としては、直截的で有効であるので、おおくの場合、原告は、当該処分の取消しを求めて、取消訴訟を提起することになるのである。

ただ、その場合には、行政訴訟の問題として、行政処分の名あて人でない第三者が、当該行政処分の取消しを求

めて出訴することができるかという、原告適格の問題がでてくる。<sup>(46)</sup>原告適格の理論じたいには、ここで、ふかく立ち入る余裕はないが、取消訴訟の構造をとおして原告と(訴訟参加すべき)第三者との実体的法律関係をさぐるという本項の目的から、そのような法律関係により、どのように原告の原告適格が根拠つけられるのか、見ておこう。

ところで、原告の実体法上の地位から、原告の原告適格を論証することは、けつして、よいな作業ではない。<sup>(46)</sup>それは、まさに、行政法全体のしくみに由来するものであって、塩野教授が、端的に、つぎのように説明されている。<sup>(46)</sup>

すなわち、(処分)取消訴訟という制度がおかれている(行政法上の)趣旨は、行政決定のある種のを行政処分としてとり上げ、その効果を取り消すためには、取消訴訟によるべしというルールを定めたことによるものである。そのため、実体法で、特定の者にあらかじめ当該違法行為の取消請求権があり、これを形成訴訟で実現させるといふ(民事法的な)実体法的構成が先行することがないままに、取消訴訟制度の整備がはかられてきたという歴史的事情があり、けつきよく、取消訴訟の原告適格を何人に認めるかは、立法政策の問題とされた、というものである。

塩野教授がいわれるように、取消訴訟の原告適格をどの範囲で認めるかは、立法政策の問題であるとして、わが国の行政訴訟法規のなかで、どのように原告適格が規定されていたか、ふり返つて見ると、たしかに、ひとつの拡大傾向がうかがえる。<sup>(46)</sup>しかし、他人に与えられた行政処分を、その処分の名あて人でない者に、なぜ、原告適格が認められるのかという問題については、立法的に解決されたというよりは、原告適格の拡大をめざす解釈論の展開のなかで、あきらかにされてきたといえる。<sup>(46)</sup>

そして、いつぼうで、(第三者に授益的な)行政処分の取消しを求める原告適格が拡大されるということは、理論的に、その処分の名あて人である第三者の(訴訟参加人としての)訴訟上の地位に、なんらかの影響があると考



えなければならぬであろう。

三 右の問題を検討する「てがかり」として、高木教授が、原告適格拡大論に関連して、行政処分の名あて人でない者の原告適格の基礎となる、原告と第三者——処分の名あて人で、訴訟参加すべき者——のあいだの実体的法律関係について、取消訴訟の構造をとおして、興味ぶかい類型分析を行っておられるので、これを参考にしよう。<sup>(46)</sup>

高木教授の分析においても、(行政処分についての) 第三者の原告適格が問題となる場合は、やはり、二重効果的行政処分の例が基本におかれている。<sup>(47)</sup> すなわち、「競願のモデル」、「距離制限のモデル」、「隣人訴訟のモデル」である。

これら三つの類型については、わが国の行政訴訟理論でも、(行政処分についての) 第三者の原告適格が認められる典型的事例として、それぞれ異った考察のもとに原告適格が認められてきた。<sup>(48)</sup> しかし、高木教授のするどい分析によると、行政処分により自己の権利もしくは法律上保護された利益が「侵害されるおそれがある」という、まさに、その点を、さらにくわしく検討する必要があるとされる。<sup>(49)</sup>

まず、「競願のモデル」と「距離制限のモデル」についての、高木教授の分析を見てみよう。

「競願のモデル」や「距離制限のモデル」においては、受益者に対する民事訴訟による救済は不可能であるとされる。そこで、受益者に与えられた行政処分の取消しを、(行政処分についての) 第三者が求める取消訴訟が提起されるわけだが、このような類型にあつては、もっぱら行政法上の法的地位の配分をめぐる私人間の争いとみるべきであり、前者と後者の相違は、前者においては、競願者が対等の立場で争い、敗者となった競願者が、復活をねらつて取消訴訟を提起しているのに対して、後者では、いったん勝者となった既存の業者が、その地位を脅かされる確保のために取消訴訟を提起している点にあると分析されている。<sup>(49)</sup>

ここで述べられていることは、行政法上の法律関係と取消訴訟の関係の本質を、するどくつかれているものと思

われるので、すこし「かみくだいて」理解してみよう。

高木教授が提示された「競願のモデル」においても、「距離制限のモデル」においても、行政処分が行われるまでは、処分の受益者となる者と処分により権利を侵害されることになる者のあいだには、潜在的な対立関係はあるものの、民事法的な権利・義務関係が、顕在的に存在しているわけではない。それが、いったん、高木教授の言葉をかれば、「行政法上の法的地位の配分」としての行政処分が行われたのちは、行政処分をくださった法的な利害対立関係が、いつきに現出してくるわけである。すなわち、処分をうけた者については、のぞんだ権利の獲得であるが、他の競願者については、のぞんだ権利が得られないということの確定であり、既存の業者については、既得の権利・利益への侵害である。処分により不利益をうけるがわについて、高木教授は、「観念的な地位の喪失か、実体的な被害かという観点からみれば、両者とも、拒否処分により近い構造ということができよう」と評価されている。<sup>(48)</sup>

そこで、他の競願者や既存の業者は、のぞんでいる権利の獲得のため、あるいは、既存の権利・利益の防衛のため、この行政処分の取消しを求める訴えを提起するしかない<sup>(49)</sup>——そこに、原告適格の論拠が存在するわけであろう——。これは、行政法上の法律関係と取消訴訟のしくみから、必然的にでてくる結論である。<sup>(50)</sup>

また、高木教授はそこまで述べられておられない——原告適格の理論であるので、当然だが——が、反対に、この関係を、行政処分の名あて人で行政処分の受益者である者の立場から考えてみると、つぎのように分析できよう。

他の競願者や既存の業者による、自己へ与えられた行政処分の取消しを求める訴えの提起は、まさに、自己の法的地位の覆滅をはかるものである。その訴えが認容されれば、取消判決の(第三者にも効力が及ぶという内容をもつ)形成効により、処分により得られた自己の権利は、自動的に失われる。ただ、その訴訟において争われるのは、もっぱら、その行政処分が行政法規にてらして適法に行われたものであるのか、ということである。したがっ

て、自己の法的地位の命運は、ひとえに、被告行政庁の主張・証明によって、その行政処分<sup>(48)</sup>の適法性が証明されるかということにかかっている。訴訟当事者でない者としては、せいぜい、被告行政庁のがわに訴訟参加して、その主張・証明を補助し、場合によっては、被告行政庁がなしえない、あるいは、その意に反した主張・証明を<sup>(49)</sup>するしかないのである。

四 つぎに、「隣人訴訟のモデル」についての、高木教授の分析を見てみよう。

このモデルでは、民事訴訟による救済が可能であるとされる。<sup>(48)</sup>なぜなら、行政処分をうけた者による利用行為<sup>(49)</sup> 事実行為が、民法上、違法であるからである。にもかかわらず、取消訴訟の途を認めるのは、他の類型とは異なる考慮によるとされる。<sup>(48)</sup>それは、この場合には、行政処分の法的効果により隣人の権利・利益が侵害されるという側面もあり——いっぽうで、<sup>(49)</sup> 事実的侵害も存在する——、このときは、隣人は、実質的には、行政処分の相手方であるからである。これには、すこし、説明がくわえられており、民法上いまだ違法といえないレベルでも「危険」であるとして行政規制の対象とされている場合には、(行政処分)<sup>(48)</sup> 第三者による(名あて人への)授益処分の取消訴訟は、「行政法上の地位の獲得」をめざすものであるとされている。<sup>(49)</sup>

すこし、難解な論理であるが、これも、「かみくだいて」理解してみよう。

建築許可のような例を念頭において考えてみると、許可処分をうけた者は、その法的効果として、申請した建築物を建築することができる。この場合の関係建築法規は、主として、隣人に危険が生じることを防止することを目的とするものである。これら法令に違反して与えられた建築許可処分は、処分の効果により、直接に隣人の権利・利益を侵害することになる。そこで、隣人は、違法な行政処分によって自己に危険が及ぶことを回避しようという「行政法上の地位の獲得」をめざして、当該処分<sup>(48)</sup>の取消しを求める訴えを提起することになるであろう。そのかぎりでは、「競願のモデル」や「距離制限のモデル」と異ならない。<sup>(49)</sup>

しかし、いつぼうで、建築許可処分が適法であった場合を考えてみても、許可により建築した建築物そのもの、あるいは、その利用行為など——形態は事実行為であるが、権利侵害という法的効果に密接に関連する——が、民法により違法と評価される隣人の権利侵害行為を形成することもある。建築許可処分は、処分の名あて人に、なにをしても、どのように利用しても、違法となることはないという免罪符を与えるわけではないのである。この場合は、とうぜん、民事の相隣関係や不法行為訴訟によることになる、ということであろう。

この類型についても、行政処分の名あて人で行政処分の受益者である者の立場から考えてみると、つぎのように分析できよう。

建築主からみると、そもそも、隣人は、自己の建築に不満をいだく対立者であり、自己の建築に利用行為に対しては、つねに、妨害排除や差止めなどの請求をしてくる危険な存在である。それが、たまたま、当該建築物については建築許可を要するため、建築を阻止する直截的で有効な手段として、隣人が、許可処分の取消しを求める訴えを提起したのである。それは、処分の名あて人からすると、まさに、自己の法的地位の覆滅をはかるものである。

取消判決により、処分により得られた自己の権利が、自動的に失われるということ、自己の法的地位の命運は、ひとえに、被告行政庁の主張・証明によつて、その行政処分の適法性が証明されるかということにかかっているという事は、「競願のモデル」や「距離制限のモデル」の場合とおなじである。

五 取消訴訟は、いうまでもなく、原告の権利の保護・救済のための制度である。<sup>(49)</sup> このことを否定する者はいないし、現代の行政訴訟理論は、すべて、ここから出発している。そして、国民が、原告として、取消訴訟という制度に、自己の(侵害された)権利の保護・救済を求めることの連結点となるのが、原告適格である。行訴法は、九条で、原告適格について規定しており、その意義をめぐって、というよりは、いかにして原告適格の範囲を拡大するというところに、わが国の戦後の行政訴訟理論の関心のほとんどが集中していたといつてよいであろう。

いっぽうで、その原告の権利の保護・救済とうらがえしの関係にたつ、行政処分の取消しによって自己の法的地位が覆滅される処分の名あて人(Ⅱ取消訴訟の第三者)の権利の保護・救済については、同法二二条の「第三者の訴訟参加」と同三四条の「第三者の再審の訴え」があるが、訴訟参加の利益についても、再審の利益についても、とくに、その拡大が論じられたことはない。ただ、ここで注意しておかなければならないのは、行政処分を取り消す判決により、処分の名あて人Ⅱ取消訴訟の第三者は、決定的に、みずからの法的地位が覆滅されるのに対して、処分の取消しを求める原告については、処分の存続によって被るものは、実体的被害であつて、自己の法的地位の覆滅ではない。このあいだの法的評価としてのバランスをどう考えるかは、本稿の考察にとつて本質的な問題であるので、次節で、あらためて論ずることにする。

とりあえず、条文に規定された第三者の訴訟参加と第三者の再審の訴えに、はなしをもどすと、いかなる第三者に訴訟参加が認められるのか、いかなる第三者に再審の訴えが認められるのかということ、基本的には、これらの条文の解釈として定まるわけだが、その根本にある問題として、いっぽうで、その処分の取消しを求める原告の範囲が拡大することとは、考えてみれば、その反面として、必然的に、自己の法的地位が覆滅される処分の名あて人(Ⅱ取消訴訟の第三者)の範囲の拡大を意味するのである。それについて、もうすこしくわしくいえば、つぎのとおりである。

すなわち、処分の取消訴訟の原告適格を拡大するということは、どのような行政処分による利益侵害について、権利の侵害と認めるかという範囲の拡大であるので、ようするに、訴えの対象となる行政処分の範囲の拡大である。ところで、第三者の訴訟参加が問題となるような場合には、この場合の第三者で処分の名あて人である者と原告は、実体的に、問題の行政処分をほとんど、対立的地位にある。したがつて、原告適格が拡大され、取消訴訟の対象となる行政処分の範囲が拡大すればするだけ、訴訟参加すべき第三者の範囲も、自動的に拡大していくということ

なのである。

そうすると、取消訴訟について、いかなる場合に、いかなる第三者に訴訟参加させる必要性があるかは、かなりの程度、(処分についての) 第三者の原告適格が拡大された範囲の事例が参考になるし、また、しなければならぬであろう。

(368) これが、第三者を訴訟参加させることの、特例法までの職権訴訟参加もしくは強制訴訟参加の理論で、美濃部博士くらい雄川博士まで、第一の、中心的な目的とされてきたことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下V)」成城法学七〇号(二〇〇三年)九九頁以下参照。

(369) これが、現行行訴法の職権訴訟参加の第一の、中心的な目的とされたことについては、新山・前掲一〇二頁参照。

(370) 裁判所の職権による訴訟参加が問題となるのは、第三者の再審の訴えにおいてである。第三者もしくは当事者の申立てによる第三者の訴訟参加の事例では、裁判所の職権による訴訟参加の可否が問題となることはないが、第三者の再審の訴えにおいては、「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った」という要件の認定にあたって、裁判所が、そのような第三者を、職権で訴訟参加させるべきではなかったのかということが、つねに問題となるのである。

(371) 大阪高判昭和四四年一月三〇日行集(行政事件裁判例集)二〇巻一号一一五頁。なお、本件については、宮崎良夫教授の評釈——自治研究四七巻一号(一九七一年)一八六頁——がある。

(372) 大阪地裁昭和三三年(行)第一四〇号の二八農地買収処分取消事件

(373) 大阪地判昭和三七年五月一日、判例集には登載されていない。

(374) 敗訴した被告から控訴された(大阪高裁昭和三七年(ネ)第六三一号の農地買収処分取消事件)が、大阪高裁は、これを棄却した(大阪高判昭和三八年四月六日、判例集には登載されていない)。

(375) 大阪地裁昭和三九年(ワ)第一、四〇五号の土地明渡等請求事件

(376) 旧民事訴訟法——明治三三年四月二日法二九——四二条一項により、再審の訴えは、不服を申し立てる確定判決をした裁判所の専属管轄に属する。なお、現行民事訴訟法——平成八年六月二六日法一〇九——では、三四〇条一項に

規定されている。

(377) その判旨は、「買収計画を取消した本件確定判決により本件土地の所有権が当然再審被告Yに復帰することになるため、再審原告らは、右買収計画が有効であることを前提として順次取得していた所有権を有しなかったこととされ、それぞれ後者に対する売主としての法律上の利益を害される結果となる（既に取得した売買代金を不当利得として返還すべき義務を生ずる）から、行政事件訴訟法三四条にいう『権利を害された第三者』に該当するものといふべきである」といふものである。

宮崎教授も、判旨正当とされている。法律上の利益を害されることになることの論証として、取消判決によって本件土地の所有権は、遡及的に、再審被告Yに復帰することとなり、その結果、再審原告らは、いずれも、本件土地の所有権を取得しなかったことになり、にもかかわらず、それを売却したという契約上の責任をおうことになる、とされている。宮崎・前掲一九一頁。

(378) 行訴法三四条の再審の利益に対する筆者の考えは、すでに述べたように——新山「職権訴訟参加の法理(上)」成城法学六一号(二〇〇〇年)一九頁以下参照——、同条の第三者の再審の訴えも、あくまで、非常の場合にのみ認められる救済手段であると考えられるということと、同条のトータルな解釈として、「権利を害された第三者」という基本的な要件から、さらに、「(前訴で主張されなかったもので)判決に(それを変更しうるべく)影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができ」る第三者でなければならぬという「しほり」がかけられていることから、同法二二条一項の訴訟参加の利益よりはせまいと見るべきである、というものである。

(379) 三四条の再審の利益が認められるための要件としては、「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ったものであるが、すなおに読めば、「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」であるという基本要件に、「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った」ということと、「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することが(いままらば)でき」ることが、それを制限する要件として「かぶつている」とみることができると、基本要件としての第三者の範囲は、ほんらいならば、当該訴訟に訴訟参加できるはずであった者の範囲であり、これについては、当該訴訟の訴訟参加の利益を定めた二二条一項により規定される。

(380) 次号掲載予定、三(三)(b)(cc) 参照。

(381) 新山「訴訟参加と行政事件の解決」・成城大学法学会編『21世紀を展望する法学と政治学』(一九九九年)一三五頁、および、一四五頁——注(7)——。なお、参照、南博方Ⅱ高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔新版〕』(二〇〇三年)三九二頁以下〔新山執筆〕。

なお、かような第三者も、民訴法四二条の補助参加により訴訟参加することは、可能であると考える。ただ、その場合は、取消判決の効力を直接にうける関係にないので、共同訴訟的補助参加人の地位は認められない。

(382) 取消訴訟係属中の昭和三十三年三月九日に、再審被告Yほか一八名が、再審原告Xほか三六名に対して、強制讓渡処分等無効確認等を求める訴えを提起し、再審原告らにも送達された訴状の請求原因のなかに、「原告Yは、所定の異議訴願を経て適法にYを被告とする裁決の取消または買収計画の取消を求める訴訟を提起し、目下大阪地方裁判所において審理中である。因に、右訴訟事件の番号は昭和三十三年(行)第一四〇号である」と記載されていた。

(383) 宮崎・前掲一九三頁。

(384) 宮崎教授は、かような取引社会の常識から逆算して、当該取引物件についての訴訟係属の有無まで調査しなければ、法律上不利を課されてもやむをえないとすることはできないとされた。しかし、いっぽうで、教授は、従前の訴訟が行政事件の場合には、民事訴訟の場合と異なり、訴えの提起があっても、不動産登記法三条にいう予告登記がなされるわけではないので、訴訟係属の事実を調査するのは、実際には困難であるという指摘もされている。宮崎・前掲一九二頁以下。不動産登記法——明治三十二年二月二十四日法二四——三条本文には、「予告登記ハ登記原因ノ無効又ハ取消ニ因ル登記ノ抹消又ハ回復ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ之ヲ為ス」と規定されている。

(385) 宮崎・前掲一九二頁。

(386) 東京地判平成一〇年七月一六日判例時報一六五四号四一頁。

本判決の基本的枠組みは、以下のとおりである。

再審原告Xが、そもそも、当該取消訴訟に訴訟参加する利益を有していたかどうかについては、判決は、なにもふれていない。おそらく、訴訟参加の利益を、暗黙で認めただうえで、そのような訴訟参加の利益が認められる第三者に対しても、第三者の再審の訴えは、制限的にしかならないという論理が展開されている——「法三四条一項は、取消判決が確定した場合において、いたずらに再審事由を広げることが、法的安定性を害するのみならず、現実的問題として、



取消判決によつて利益を受ける者の迅速な権利回復を妨げることもなりかねないから、再審事由を……限定しているものである。

そして、その趣旨からして、同項の「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法」とは、「攻撃又は防御の方法が従前の訴訟で提起されていたならば、当該訴訟の判決が第三者に有利に変更されていたであろうと認められる攻撃又は防御の方法をいい、従前の訴訟で既に判断されているものや、従前の訴訟で提出したとしても判決の結果が変わらないものは、これに当たらない」とされ、この見地から、再審原告が主張する事實は、いずれも、判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法とは認められないと判示された。

また、裁判所が、訴訟参加の利益が認められる者を、訴訟参加させるといふ職権を行使しなかつたことについて、「法二二条一項は、……第三者を訴訟に参加させるか否かについて裁判所の裁量を認めているのであつて、かかる第三者に對し、訴訟係属を通知すべき義務を明文で定めている規定は存在しない。また、法三四条一項は、取消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っ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することができなかったものは、これを理由として、再審の訴えを提起——することができ旨定めているのであつて、自己の責めに帰すべき事由もなくして訴訟に關与する機会を持たなかつた者については救済の途が開かれているのである」とされ、したがつて、「右のような法の仕組みに照らせば、裁判所において、訴訟の結果により権利を害される第三者に對し、訴訟係属を通知する義務がないことは明らかといふべきであり、このように解して憲法三三条に反するものではない」と判示された。

(387) 東京地判平成九年一〇月一三日判例時報一六五四号一三七頁

(388) 同取消訴訟——注(387)参照——で、Yが主張したところを、判例集に記載されているところを要約すると、以下のとおりである。

商法八六条一項は、強行法規であり、除名事由を定款で追加したり、裁判所の關与を経ずに除名できるように定款で定めることはできないと解すべきところ、「社員は、他の社員の過半数の決議により退社す」と定める本件定款規定は、同項各号の除名事由の存在を要件とせず、裁判所の關与もなく、社員の過半数の決議のみによつて特定の社員から社員たる地位を剥奪することができるものとしてあり、同項に違反し無効であり、したがつて、これにもとづく本件退社決議も無効である。また、定款への同意は、具体的に特定の社員の退社という事態を認識した上でのものではないので、

かかる定款への同意をもって、現実はその意思に反して会社から排除される社員が、みずからの退社に同意したものとみなすことはできない、というものであった。

(389)

商法——平成六年法六六——一四七条は準用規定で、合資会社には、合名会社の規定が準用されると規定されている。

そして、合名会社についての規定である、同八六条一項には、「社員ニ付左ノ事由アリタルトキハ会社ハ他ノ社員ノ過半数ノ決議ヲ以テ其ノ社員ノ除名又ハ業務執行権若ハ代表権ノ喪失ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得。一 出資ノ義務ヲ履行セザルトキ 二 第七十四条第一項(社員の競業禁止)ノ規定ニ違反シタルコト 三 業務ヲ執行スルニ当リ不正ノ行為ヲ為シ又ハ権利ナクシテ業務ノ執行ニ干与シタルコト 四 会社ヲ代表スルニ当リ不正ノ行為ヲ為シ又ハ権利ナクシテ会社ヲ代表シタルコト 五 其ノ他重要ナル義務ヲ尽サザルコト」と規定されている。

その内容は、同項一号ないし五号という限定された義務違反の事由に該当する場合に、所定の手続を経て行われる、他の社員による除名である——龍田節『会社法(第八版)』(二〇〇一年)九頁——。規定の性格から、もちろん、強行法規で、同項に反する除名手続を定款で定めても、無効である。

同東京地裁平成九年一〇月一三日判決でも、「除名は、当該社員の意思に反してその社員たる地位を剥奪する行為であり、当該社員の権利利益に重大な影響を及ぼすものであるから、一部の社員が理由なく他の社員の意思に反してその社員たる地位を剥奪することができないように歯止めをかける必要がある。そこで、法八六条一項は、会社の自律的経営・私的自治と除名の対象となる社員の権利利益の保護とを調和させるべく、法定の事由がある場合に、他の社員の過半数の決議をもってする会社の請求により、裁判所の判決をもってのみ除名することを認めたものであり、右規定は、その趣旨に照らし、強行法規と解するのが相当である。したがって、法八六条一項各号が除名事由を限定している趣旨に反して定款で退社事由を追加したり、除名の手続を軽減したりすることは許されない」と判示された。

(390)

商業登記法——昭和三八年七月九日法二二五——二四条一〇号には、「登記官は、次の場合には、理由を附した決定

で、申請を却下しなければならない。ただし、申請の不備が補正することができるものである場合において、申請人が即日これを補正したときは、この限りでない。一〇 登記すべき事項につき無効又は取消しの原因があるとき。」と規定されている。

同東京地裁平成九年一〇月一三日判決では、「登記官は、登記簿、申請書及びその添付書類のみに基づいて、登記申

請の形式的適法性についてのみ審査する権限しか有しないが、商業登記法二四條一〇号によれば、登記官は、「登記すべき事項につき無効又は取消しの原因があるとき。」には、登記申請を却下すべき旨定めているのであるから、登記官は、右各書類の記載の外形から登記すべき事項に無効又は取消しの原因があると論理必然的に判断できる場合には、その点に関し判例や行政先例がないとか、学説が対立しているとかいう理由だけで右判断を回避することは許されないものであり、右各書類に基づき自らの責任において一定の判断をし、登記申請に基づき登記を実行するかどうかの決定を行うべきものと解される」と判示された。

(391) 龍田・前掲三八頁以下の解説によると、会社は、登記・公告その他の手段により、種々の情報を関係者に提供することを強制され、これを「開示制度」というとされている。これは、商法の原則のひとつである公示主義によるもので、取引の安全を対等な当事者のあいだの問題としてとらえず、情報ギャップのある当事者のあいだで、取引の内容をより公平なものにするともに、企業活動を公正にすることも目的とするものであるとされている。そして、開示制度は、つぎのような機能をもつとされている——①必要な事項を、関係者に知らせる(情報の提供)、②権利行使の機会を知らせるだけでなく、合理的な判断にもとづく行使ができるようにする(権利の実質化)、③情報ギャップをうめ、当事者の地位を対等にちかづける(地位の平準化)、④あかるみの中で悪事は働きにくく、関係者の姿勢をただす(不正の抑止)——。

(392) 合資会社の社員の退社決議は、行政機関の決定とは性格が異なるもので、かならずしも、それを取り消す訴えや、その無効を前提とした訴えを提起しなければならないものではなく、たんに、(社員たる)地位確認訴訟を提起しさえすれば、そのなかで、社員たる地位の確認の前提となる退社決議の無効が確認されることになる。

(393) 東京地裁平成一〇年七月一六日判決では、行訴法三四條の「判決により権利を害された第三者」の要件に該当するかどうかの判断はされていない。その点で、大阪高裁昭和四四年一月三〇日判決が、同法二二條一項の訴訟参加の利益とおなじ範囲であると考えられるこの要件について、まず判断したうえで、「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することができなかつた」者にあたるかどうかを検討していたのとは異なり、同東京地裁判決は、いきなり、「自己の責めに帰する……提出することができなかつた」者にあたるかどうかについての検討から入っている。しかし、この事例では、そもそも、再審原告Xは、同法二二條一項の訴訟参加の利益を欠いていたのである。

(394) たとえば、田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第二版〕』（一九七四年）二九三頁では、「行政事件訴訟の全般に通じていえば、行政事件訴訟は、行政法規の正しい適用を確保するための訴訟、すなわち、行政法上の違法状態を除去し、行政法秩序を正すことを目的とする訴訟であるということが出来る」とされていた。田中博士に代表される、このような訴訟観が、わが国の行政訴訟理論の底流をなしてきたことは、疑いが無い。その、理論史的検証は、後日、あらためて行いたい。

(395) わが国の民事訴訟理論において、かつて、民事訴訟の目的がなにかについて争いがあつたようであるが——くわしくは、新堂幸司『新民事訴訟法〔第二版〕』（二〇〇一年）一頁以下参照——、兼子（一）博士が、前法律的な要請である紛争の解決こそが、その目的であるとする、いわゆる紛争解決説となえらてから、この立場が通説となつたようである。兼子『民事訴訟の出発点に立返つて』（同『民事法研究第一巻』（一九五〇年）所収、初出は、法学協会雑誌六五巻二号（一九四七年）四七五頁以下。

なお、近時、紛争の当事者が、訴訟手続に実質的に平等に参加するためのルールの実現が、民事訴訟の目的であるとす、いわゆる手続保障説なるものが、となえられている。井上治典『手続保障の第三の波』（同『民事手続論』（一九九三年）所収、初出は、法学教室二八号、二九号（一九八三年）——一九頁以下。この内容は、本稿の考察にとつて、きわめて示唆にとむと思われるので、次節において、重要な分析対象としたい。

(396) 本稿では、ドイツの補助参加 (Nebenintervention, Streithilfe)、および、共同訴訟的補助参加 (Streitgenössische Nebenintervention) については、新山「職権訴訟参加の法理（中）」成城法学十六号（二〇〇〇年）六〇頁以下で分析したが、このような根本的な問いに対応しきれぬような、ふかい分析ではなかった。

わが国の制度である取消訴訟の問題の理論的解明の基礎として、民事訴訟の理論を参考とする場合は、やはり、わが国の民事訴訟の理論の分析を第一とすべきであろう。ただ、わが国の民事訴訟の理論の基礎には、母国法であるドイツの民事訴訟の理論があり、とうぜん、そのかぎり、それらも見えておく必要があるであろう。その場合には、本稿のドイツの民事訴訟の理論分析で用いた文献を、あらためて読みなおし、さらなる分析を進めることにしよう。

(397) 参照、新山「職権訴訟参加の法理（中）」五六頁以下。

(398) 平成八年六月二六日法一〇九

(399) 中野貞一郎〓松浦馨〓鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』（一九九八年）四六〇頁（井上治典執筆）、新堂・前掲六九一

頁、伊藤眞『民事訴訟法』(一九九八年)五六八頁、松本博之『上野泰男『民事訴訟法』(一九九八年)四七四頁(上野執筆)など。

なお、平成八年法——注(398)——による法改正よりまえの旧民法六四条に規定された補助参加についても、三ヶ月章『民事訴訟法』(第三版)〔一九九二年〕二七八頁、木川統一郎・中村英郎『民事訴訟法(青林法学双書)』(一九九四年)八八頁(小松良正執筆)などで、同様の説明がされていた。

ドイツの民事訴訟法(ZPO)六六条一項では、補助参加(Nebenintervention, Streithilfe)について、「他人間に係属する訴訟において、当事者の一方が勝訴する場合に法律上の利益を有する者は、その当事者を補助するため、訴訟に参加することが出来る」と規定されているが、それに対しては「ヴァツハ——Wach, Adolf, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 613.——」ならびに「その訴訟で主たる当事者が勝訴することに利害関係を有するがゆえに、主たる当事者を補助するために、訴訟参加することが許されるという趣旨の説明が、くり返されている。So: Seuffert, Lotar, Zivilprozessordnung, Bd. I, 8. Aufl., 1902, S. 107, Hellwig, Konrad, System des deutschen Zivilprozessrechts, 1. Teil, 1912, S. 219, Nikisch, Arthur, Zivilprozessrecht, 2. (ergänzte) Aufl., 1952, S. 444, Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht, 2. (vollständig überarbeitete) Aufl., 1952, S. 642, Lent, Friedrich, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 1959, S. 231, Rosenberg, Leo = Schwab, Karl Heinz = Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, S. 260, Jaernig, Ohmar, Zivilprozessrecht, 26. Aufl., 2000, S. 318, usw.」

わが国の補助参加の本質論としては、井上教授のすぐれた研究——井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について」〔多数当事者訴訟の法理〕(一九八一年)所収、初出は、民商法雑誌五八巻一号、二号(一九六八年)三頁以下——がある。

同論文では、一九世紀のドイツ普通法学以降の民事訴訟理論において、補助参加の「従属性」の理論が形成されていく過程が、ていねいに分析されているが、補助参加するがわの主たる当事者の訴訟行為に比して制限された訴訟行為しか、補助参加には認められないとする「従属性」の理論、および、これに対する批判論こそ、補助参加の本質論であると考えられている。

同論文の分析をとおして見てみると、問題の基本的認識は、訴訟においては、なにびとも、自己の訴訟追行権を、自己の意思に反して、他人によって行使されることはないのに、なぜ、(主たる当事者の意思に反しても)第三者が訴訟

参加し、自己の名で訴訟行為を行いうるのか、ということにあるようである。それについては、ドイツでも、補助参加人の権利義務が、主たる当事者の勝訴に条件づけられているからである——Brauer, W. (= Assessor in Justiz Ministerium zu Karlsruhe), *Ueber die Grundlage und Umfang der Nebenintervention*, AcP (Archiv für die civilistische Praxis) Bd. 24, 1841, S. 432.——とか、補助参加人の訴訟行為が訴訟の結果に影響を与えうるからである——Walsmann, a. O., S. 80. Hellwig, a. a. O., S. 510.——と、うような説明がされている。

また、補助参加の本質については、補助参加の性格に由来する、以下のような制度的「しぼり」——井上教授が、同三頁以下に整理されている——があることも、忘れてはならないであろう。

①補助参加人は、補助参加の時点での訴訟の状態(程度)を承認しなければならない、②補助参加人の訴訟行為が、主たる当事者の訴訟行為と抵触するときは、補助参加人の訴訟行為は、効力を生じない、③訴訟じたいの変動・消滅をもたらず行為——訴えの取下げ、反訴、訴えの変更、請求の拡張・縮減など——はできない、④主たる当事者に不利益な行為はできない、⑤主たる当事者の私法上の権利(形成権)——取消し、解除、相殺、時効の援用など——を、直接、訴訟で行使・主張することはできない。

(400) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁(井上)、新堂・前掲六九二頁に上げられた例である。

(401) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁(井上)、松本||上野・前掲四七四頁(上野)、中村(英)『民事訴訟法』(一九八七年)一四〇頁に上げられた例である。

(402) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁(井上)に上げられた例である。

(403) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁(井上)に上げられた例である。

(404) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁(井上)に上げられた例である。

(405) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁(井上)に上げられた例である。

(406) 松本||上野・前掲四七四頁(上野)に上げられた例である。

(407) 中野||松浦||鈴木・前掲四六二頁以下(井上)に上げられた例である。

(408) 中野||松浦||鈴木・前掲四六三頁(井上)に上げられた例である。

(409) この場合に、敗訴したYが、わざわざ訴訟を提起してまで、敗訴判決の内容を実現しようと努めると考えることは、現実的ではないかもしれない。そのときは、Xが、勝訴判決により得た(土地)明渡請求権を根拠に、債権者代位権を

行使して、Yがすべき建物退去請求を代わってすることになる。

- (410) 民法七一五条は、使用者の責任について、一項本文で、「或事業ノ為メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責メニ任ス」としたうえで、三項で、「前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ対スル求償権ノ行使ヲ妨ケス」と規定している。

- (411) 民法七一五条一項本文および同三項の規定内容から、民法の原則としては、第一次的に損害を賠償した使用者は、つねに、被用者に対して求償請求できると解されている。この事情について、平井宜雄「債権各論Ⅱ(不法行為)」(一九九二年)では、つぎのように解説されている。

もともと、被用者のくわえた損害につき、使用者が賠償責任をおうとすることの根拠が、立法趣旨のなかで、あきらかにされていなかった——同書二二三頁以下——。しかし、学説の発展により、報償責任または危険責任の考えから、その本質は使用者の代位責任であるという立場が、通説となった——同書二二三頁以下——。問題は、そのあとの、使用者から被用者への求償関係であるが、使用者の代位責任を前提とするかぎり、被用者はつねに不法行為責任をおい、負担部分ゼロとは考えられず、「使用者ヨリ又ハ監督者ヨリ被用者ニ対スル求償権ノ行使ヲ妨ケス」とする同三項は、使用者から被用者への求償権を、つねに許す作用をいとなむ——同書二三九頁——。ただ、この原則をつらぬきすぎると、報償責任などの考えかたからは、公平をかき、不当ということになるので、制限されるべきである——同書二三九頁——。

最高裁もこの理を認め、信義則から、使用者の求償権を制限する法理をあきらかにする判決——最判昭和五一年七月八日民集三〇巻七号六八九頁——をだし、これが、現在までのリーディング・ケースになっているようである。同判決については、別冊ジュリスト一六〇号「民法判例百選・債権(第五版)」一七六頁以下(田上富信)の評釈がある。

- (412) その他の例について見てみると、「事例①」では、主債務請求訴訟につづいて、債権者から保証人に対する保証債務請求訴訟が、「事例③」では、追奪訴訟につづいて、買主から売主に対する求償請求訴訟が、「事例④」では、土地明渡請求訴訟につづいて、YからAに対する建物退去請求訴訟が、「事例⑤」では、損害賠償請求訴訟につづいて、YからAに対する求償請求訴訟が、「事例⑥」では、所有権確認(抹消)登記請求訴訟につづいて、YからAに対する損害賠償請求訴訟が、「事例⑦」では、引渡請求訴訟につづいて、YからAに対する損害賠償請求訴訟が、「事例⑧」では、損害賠償請求訴訟につづいて、航空会社から機体の製造者や設計者に対する求償請求訴訟が、いちおう、考えられる。

〔事例⑧〕で、抵当権設定登記抹消請求訴訟につづいて、だから、保証人に対して、どのような訴訟が提起されるのか、筆者には不明である。

(413) まえに上げた事例のうち、本文で取り上げなかったものについて、ここで、主たる当事者の(法的)性格により、第三者の補助参加の必要性が、どのように生ずるのか、分析しておこう。

〔事例③〕の主たる当事者である「買主」は、係争物件を売主から買い受けたという地位により、売主に対して、売買契約上の瑕疵担保責任を追求しうる者である。したがって、買主が追奪訴訟で敗訴したときには、とうぜん、売主に瑕疵担保責任を追求することになるといふことのゆえに、売主の追奪訴訟への補助参加の必要性が生ずるのである。

〔事例④〕の主たる当事者は、所有家屋を第三者に賃貸する者であるが、他人の土地に不法に家屋をたて占拠する者であり、そのことのゆえに、(建物を撤去したうえで)土地を明け渡すように判決をうけたのである。したがって、主たる当事者が判決に服し、まじめに、判決の趣旨を貫徹しようとするならば、あくまで家屋に居すわる賃借人に対しては、建物退去請求訴訟を提起しなければならない、ということが、法論理的には考えられるので、そこに、賃借人が、とうぜんに予想されるかかる事態を免れるために、前訴の土地明渡請求訴訟で、主たる当事者を勝訴させるべく、補助参加することの必要性が生じるのである。

〔事例⑤〕の主たる当事者は、事故をおこした運転者を使用する会社であり、まさに使用者であるという法的地位において、被害者たる原告から、第一次的に、損害賠償の請求をうけ、損害賠償責任が確定したのちは、ただちに、原則的に、被用者に求償請求しうる者である。したがって、そこに、被用者が、とうぜんに予想される求償請求を免れるために、損害賠償請求訴訟で、主たる当事者を勝訴させるべく、補助参加することの必要性が生じるのである。

〔事例⑥〕の主たる当事者は、偽造した原告の委任状を示した第三者から、原告の土地を買い受けた「買主」であり、売主に対して、売買契約上の瑕疵担保責任を追求しうる者である。買主が所有権確認(抹消)登記請求訴訟で敗訴したときには、とうぜん、売主に瑕疵担保責任が追求されることになるといふことのゆえに、売主の当該訴訟への補助参加の必要性が生ずるのである。

〔事例⑦〕の主たる当事者である「買主」は、係争物件を売主から買い受けたという地位により、売主に対して、売買契約上の瑕疵担保責任を追求しうる者である。したがって、買主が引渡請求訴訟で敗訴したときには、とうぜん、売主に瑕疵担保責任が追求されることになるといふことのゆえに、売主の当該訴訟への補助参加の必要性が生ずるのである。



ある。

〔事例⑧〕の主たる当事者は、原告の立場にたつ者で、債権者を相手に、主債務につき設定していた抵当権の登記抹消請求訴訟を提起した主債務者である。この場合も、主たる当事者の性格、資力が問題となるのであって、主たる債務を弁済するのに、当該不動産が不可決のものであるならば、抵当権設定登記がそのまま残存することは、保証人にとつても、きわめて危険な状態であり、そのかぎりにおいて、主たる債務者がわに補助参加する必要性が生じるといえる。

(414) 民法——明治二十九年四月二七日法八九——四五三条には、「債権者か前条ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ為シタル後ト雖モ保証人カ主タル債務者ニ弁済ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ証明シタルトキハ債権者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ為スコトヲ要ス」と規定されている。いわゆる「検索の抗弁権」であるが、保証債務の補充性にもとづくもので、保証人にとって強力な保護手段である。奥田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二年)三九九頁。

ただ、保証人が検索の抗弁権を行使するには、「主タル債務者ニ弁済ノ資力アリ」たることを証明しなければならぬが、判例は、かならずしも、主債務の全額を完済する資力があることを要せず、執行容易な若干の財産を有することを証明すればたりるとしている。大判昭和八年六月一三日民集二卷一四七二頁。

(415) 主たる債務に附従するという、保証債務の附従性については、民法では、保証債務が、もっぱら、主たる債務を担保することを目的とするものであることから、とうぜんの帰結であるとして、嚴格に解されているようで、主たる債務が、弁済、時効、その他の事由により消滅するときは、保証債務も、絶対的に消滅するとされている。奥田・前掲三八一頁以下、前田達明『口述債権総論(第三版)』(口述法律学シリーズ)(一九九三年)三五二頁以下、潮見佳男『債権総論』(一九九四年)二八七頁、平井宜雄『債権総論(第二版)』(一九九四年)三〇三頁および三一頁、内田貴『民法Ⅲ』(一九九六年)三一九頁以下など。

(416) 主たる債務者が未成年である場合は、問題が複雑である。民法四四九条は、「能力ノ制限ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証シタル者カ保証契約ノ当時其取消ノ原因ヲ知りタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負担シタルモノト推定ス」と規定している。未成年者の法律行為については、民法四条により、法定代理人の同意を要し、それを得ないでした行為については取り消すことができるが、そのことを知りつつ、それにつき、保証債務者が保証債務を負担したときは、主債務者たる未成年者が主債務を弁済しないかぎり、

保証債務の支払請求をうけることになる。つまり、主債務者が、主債務支払請求訴訟で、未成年を理由に主債務の取消しを主張し、勝訴した場合も、保証人は、そのことはかかわりなく、債権者から保証債務支払請求をうけるのである。

(417) 注(410)、および、注(411) 参照。

(418) しかし、民法においては、主たる債務についての取消原因を、取消権者である主たる債務者が主張していないのに、保証人がこれを主張できるかについては、争いがあるようである——その学説の対立については、淡路剛久『債権総論』(二〇〇二年)三九二頁以下に、くわしく分析されている——。今日の通説は、保証人も、主たる債務が取り消されるかどうかを確定するまでのあいだは、(主たる債務に取消原因があることを抗弁として) 履行を拒絶することができるとしているようである——平井・前掲三一頁、淡路・前掲三九二頁など——。

しかし、右の通説の立場でいえば、主たる債務者が、主債務支払請求訴訟で取消原因を主張しないで敗訴して、判決が確定してしまえば、保証人は、訴訟外で、債権者に対して、もはや、主たる債務に取消原因があることを主張することはできなくなる。そこに、保証人が、当該訴訟に補助参加する必要性が生じるのである。

(419) このことは、ふるく、ヴァルスマンによっても、指摘されていた。すなわち、「訴訟当事者は、可能な合目的な訴訟行為を、みずから、すべて、行うであろうから、訴訟参加人の協力は、ふつう、つぎの場合にかぎり重要となる。すなわち、訴訟当事者が、その者の権利の認識に欠けるところがあつたり、ある行為の目的適合性を認識していなかつたり——たとえば、訴訟参加人が知っている証拠方法を知らない場合——する場合だけである。」というものである。Walsmann, a. a. O., S. 80. なお、ヴァルスマンの、この指摘については、井上「補助参加人の訴訟上の地位について」二二頁にも、とり上げられている。

(420) 基本的には、それは、一回的解決という訴訟経済上の要請である。これについては、「補助参加というのは、後訴の負担をなくすという要請、および、後訴で矛盾する判決が生じることを避けるという要請にこたえるものである」というヴァッハの古典的説明がある。Wach, a. a. O., S. 613.

(421) 現行民訴法四六条では、「補助参加に係る訴訟の裁判は、次に掲げる場合を除き、補助参加人に対してもその効力を有する。一 前条第一項ただし書の規定により補助参加人が訴訟行為をすることができなかったとき。二 前条第二項の規定により補助参加人の訴訟行為が効力を有しなかつたとき。三 被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき。四 被参加人が補助参加人のすることができない訴訟行為を故意又は過失によってしなかつたとき」と、参加

的効力について、規定している。ちなみに、一号にいう、四五条一項ただし書とは、補助参加のときの訴訟の程度により、訴訟行為ができなかったということであり、二号にいう、同条二項とは、補助参加人の訴訟行為が、被参加人の訴訟行為と抵触し、効力を有しなかったということである。これらは、三号、四号所定の場合とともに、訴訟追行の可能性がなかったことによる、参加的効力の除外事由である。

ドイツ民法(ZPO)六八条にも、同様に、参加的効力(Interventionswirkung)の規定があり、「補助参加人は、みづからが訴訟において主張・証明をつくしたときは、主たる当事者との関係において、判決が不当であると主張することはできない。ただし、補助参加人は、参加のときの訴訟の程度により、もしくは、主たる当事者の陳述および行為により、攻撃または防御の方法を主張することを妨げられたとき、または、補助参加人の不知の攻撃または防御の方法を、主たる当事者が、故意または過失により主張しなかったときにかぎり、主たる当事者が、訴訟を十分に追行しなかったと主張することができる。」とされている。参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」六一頁。

(422) わが国の民事訴訟法に、むかしから規定されている参加的効力が、既判力の拡張であるのか、それともべつの効力であるのかという論争が、ふるくからあった。その経緯については、新堂・前掲六九七頁以下(注(一))にくわしい。

ただ、旧民法七〇条——現行民法四六条——に規定された参加的効力が、既判力とは異なる特殊の効力であることを、兼子(一)博士が精緻に論証されていらい、その立場が、ずっと支配的であったようである。その兼子(一)博士の論証とは、つぎのとおりである——兼子一「新修民事訴訟法体系(増訂版)」(一九六五年)四〇四頁以下、同「既判力と参加的効力」(同「民事法研究第二巻」)所収、初出は、法律時報一四卷三號(一九四二年)六〇頁以下——。

すなわち、既判力は、当事者間の紛争の蒸しかえしを禁ずるものである。訴訟の勝敗の結果いかにかわららず、当事者双方を拘束するものである。参加的効力は、補助参加人は、被参加人と共同して訴訟を進行した以上、被参加人の敗訴の場合に、その責任を被参加人にだけおわせて、補助参加人は知らない顔をするというのは公平に反するということを基礎とするものである。被参加人が勝訴すれば問題にならず、敗訴の場合にだけ生ずるといふものである。したがって、両者は、その趣旨および内容において異なるといふものである。

そして、それに敷衍して、参加的効力は、被参加人の敗訴の場合に、補助参加人と被参加人のあいだにのみ生ずる効力であるとされ、また、既判力が、判決本文についてのみ生ずるのに対して、参加的効力は、判決理由のなかの敗訴の理由となった事実の認定や法律効果の判断について生じるともされた。

兼子(二)博士のかかる見解は、三ヶ月博士——三ヶ月・前掲二八三頁以下——、中村(英)博士——中村・前掲四三頁——、伊藤教授——伊藤・前掲五七六頁以下——らによって支持された。

しかし、そのいっぽうで、この効力を既判力の拡張であるとみる見方も、有力に存在していた。たとえば、新堂教授は、参加的効力とされるものは、被参加人とのあいだのみならず、相手方との関係でも認められるとされる。その理由は、たしかに、前訴では、補助参加人と相手方のあいだの紛争はないが、補助参加人は、被参加人とならんで、相手方と争いうる地位を与えられたのであるから、訴訟の結果について自分のせいではないといわせるのは、信義則から、相手方に対して公平ではないということである——新堂・前掲六九九頁——。

新堂教授は、さらに、(既判力と異なる効力であるとする)参加的効力説では、判決理由における判断について参加的効力を認める論理として、不十分であるとされ、それを説明するには、補助参加人に対する拘束力を、既判力の拡張と認めたいうえで、判決理由における判断については、さらに、争点効がはたらくとすべきであるとされた——同「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」(同「訴訟物と争点効」(上)——(一九八八年)所収、初出は、『兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題(中)』(一九六九年)——三三二頁——)。

このような新堂教授の見解と同じ立場にたつものとして、鈴木重勝「参加的効力の主観的範囲限定の根拠」(『中村宗雄先生古稀記念祝賀論集・民事訴訟の法理』(一九八〇年)所収、四〇九頁以下、井上「民事訴訟法七〇条の判決の効力の性質およびその客観的範囲」(同「多数当事者訴訟の法理」(一九八一年)所収、初出は、甲南法学一一巻四号(一九七一年)三八〇頁以下、高橋宏志「補助参加人について」(四)「法学教室一九七号」(一九九七年)一〇九頁、松本Ⅱ上野・前掲四八〇頁〔上野〕など)。

(423) 伊藤・前掲五七六頁。

(424) 伊藤・前掲五七六頁に上げられている例により、具体的に説明すると、保証債務請求訴訟において、主債務者が、保証人がわに補助参加して、保証債務の前提となる主債務の存在を争ったときは、(主債務が存在するとの判断のもとで)保証人が敗訴したのち、保証人が主債務者に対して提起した求償請求訴訟においては、主債務者は、主債務が存在しないと主張することはできないということなのである。

(425) 現行民訴法五三条一項では、「当事者は、訴訟の係属中、参加することができる第三者にその訴訟の告知をすることができる。」と規定され、同条四項では、「訴訟告知を受けた者が参加しなかった場合においても、第四十六条の規定の

適用については、参加することができた時に参加したものとみなす。」と規定されている。なお、同法四六条は、参加的効力に関する規定——注(42)参照——である。

ドイツ民事訴訟法(ZPO)七一条にも、同様に、訴訟告知(Strafverkindung)の規定があり、一項で、「当事者が、訴訟の結果が自己に不利益となるときは、第三者に、担保または賠償請求をなすことができると信じ、あるいは、第三者からの請求のおそれがあると信ずるときは、当該争訟の確定判決があるまでは、第三者に、裁判上の告知をすることができる。」と規定され、二項で、「第三者は、くわしい訴訟告知をうける権利を有する。」と規定されている。

(426) 新堂『新民事訴訟法(第二版)』七〇五頁、中野『松浦』鈴木・前掲四六九頁(井上)、三ヶ月・前掲二八七頁、伊藤・前掲五八〇頁、松本『上野・前掲四八一頁(上野)、木川『中村・前掲九三頁(小松良正)、佐野裕志』「第三者に対する訴訟の告知」(講座民事訴訟②)(一九八四年)所収、一七八頁以下など。

このような、訴訟告知と参加的効力を結びつけるとらえたは、現在では支配的であるが、これも、兼子(一)博士が、同『民事訴訟法概論』(一九三八年)一三三頁以下で、「告知者にとつては當該訴訟の判決の参加的効力を被告告知者に及ぼさせ後日自己の敗訴に付て文句を云はせぬようにする効果」があり、「此の後の作用を有する點で特に當事者は訴訟告知を為す實益を有する」として、はじめて唱えられたものである。

(427) 新堂『新民事訴訟法(第二版)』七〇六頁の解説によると、訴訟告知をうける者は、訴訟参加の利害関係を有する者で、當事者参加の利益をもつ者もはいるが、ふつうは、告知者に補助参加する利益をもつ者であるとされ、また、訴訟の相手方に訴訟告知することはできないが、相手方の補助参加人に対しては可能であるともされている。

(428) 新堂『新民事訴訟法(第二版)』七〇六頁の解説によると、告知できる者は、訴訟當事者、補助参加人、および、これらの者から訴訟告知をうけた第三者であるとされる。また、民法五三三二項から、訴訟告知をうけた者は、訴訟参加しなくても、さらに、訴訟告知できる。

(429) 訴訟告知は、告知者から、訴訟告知の理由と訴訟の程度を記載した書面を、受訴裁判所に提出して行い(民法五三三三項)、裁判所は、これを、被告知者に送達する(民法規則二二条一項、二項)。

(430) 民法五三三三項では、「訴訟告知を受けた者が参加しなかった場合においても、第四十六條の規定の適用については、参加することができた時に参加したものとみなす。」と規定されているが、この趣旨は、告知者が敗訴すれば告知者から権利行使をうける立場にある被告知者は、訴訟告知をうけて、遅滞なく訴訟参加することができたときに、(訴

訟参加しなくても) 訴訟参加した者と同じに扱われる、すなわち、参加的効力をうけるといふことなのである。新堂「新民事訴訟法〔第二版〕」七〇七頁。

(431) 井上「被告による第三者の追加」(同「多数当事者訴訟の法理」所収、初出は、甲南法学一巻二・三号(一九七一年)一七二頁。そして、井上教授は、このような事情が一因して、実務で、参加的効力が援用される例がすくないのであろうとされている。

(432) 第三者を訴訟参加させ、参加的効力を及ぼせるということいせんに、訴訟参加しなかつた第三者にも、訴訟当事者のあいだの判決の効力が及ぶという理論がある。既判力の拡張、もしくは、「反射効」の理論である。両者の区別は、民事訴訟理論において、なお、あいまいである——三月・前掲四〇頁以下は、あいまいな概念であるがゆえに、かかる概念の導入に反対している——。だいたいな相違点は、前者は実定法上の根拠(民法一五五条一項)があるが、後者にはないということである。そこで、判決の効力のひとつとして、反射効を認めるかについては、争いがある。

反射効の概念については、本稿のドイツの民事訴訟理論の考察において、すでに見たところ——新山「職権訴訟参加の法理(中)」一〇九頁、注(218)参照——であるが、ある一定の実体法上の法律関係を前提とするものである。

反射効について、むかしから、民事訴訟理論で上げられる例は、つぎのようなものである。債権者が主債務者に対して提起した主債務請求訴訟で、債権者が敗訴したのちに、こんどは、債権者が保証人に対して提起した保証債務請求訴訟において、保証人が前訴の判決の効力を援用できるかというものである。

反射効を認める立場は、(実体法上の関係である) 民法四四八条の保証債務の附従性を根拠とするものであつて、主債務の存否が判断された前訴の判決の効力は、とうぜん、主債務に附従する保証債務を訴訟物とする後訴において、援用できる(反射効をもつ)というものである。山木戸教授は、判決の効力として、反射効なるものがあることを認められ、「第三者が當事者の一方と特別の関係にあるために、當事者の受けた判決が反射的に當然にその第三者の法律関係に影響を及ぼすことがある。これを反射的効果という。」と、明確に定義されていた。そして、その例として、保証人が、主債務者の債権者に対する主債務不存在の確定判決を援用できること、確定判決を有する債権者の債権を、他の債権者が承認しなければならないこと、を上げておられた。山木戸克己「民事訴訟法講義」(一九五四年)二二二頁。

なお、反射効を認める立場にあつても、このような附従性だけを根拠とする説明では不十分であるとして、債権者は、前訴で、主債務の存在をつくすべき手段をつくして争つたうえで、敗訴したのであるから、後訴で、相手方を保証人に

かえて再審理を求めることは、蒸しかえしと評価できるという訴訟論で補強するものもある。新堂「新民事訴訟法」(第二版)六二八頁以下、高橋「重点講義民事訴訟法」(新版)「第一六講・反射効」六四二頁以下。なお、反射効を認める場合には、論理的に、判決主文だけでなく、判決理由中の判断についても、反射効を認めなければ意味はない。

反射効を否定する立場は、前訴と後訴で、主債務と保証債務という、実体法上、別個の権利関係が訴訟物となるときは、たとえ同一の事実が争点となる場合でも、それぞれについて手続保障を与えなければならないということなどを理由とするものである。そして、この立場によれば、主債務請求訴訟で債権者が敗訴したのち、債権者が保証人に対して保証債務請求訴訟を提起し、(反射効が認められないことから)こんどは勝訴するということもありうるわけで、そのときは、主債務者は、前訴で勝訴したにもかかわらず、保証人から求償請求訴訟を提起され、これに敗訴すれば、保証人からの求償に応じなければならないが、それは、自己が保証人に敗訴したことの結果であり、けつして、矛盾する解決ではないとされる。中野||松浦||鈴木・前掲四一七頁以下〔伊藤〕。

判例も、一貫して、反射効を否定している——最判昭和三年七月二〇日民集一〇卷八号九六五頁、最判昭和五年一〇月二二日民集三〇卷九号九〇三頁、最判昭和五年三月二三日判例時報八八六号三五頁——ことから、本稿の以下の考察では、いちおう、反射効は度外視することにする。

(433) 原告または被告による「第三者の引込み」は、民法で制度的に保障された手続として規定されているわけでも、民事訴訟で一般に認められる概念として民法の教科書に書かれているわけでもない。ただ、民事訴訟学説の一部で、(主観的)追加的併合というテクニクを用いることにより、訴訟外の第三者を訴訟に引き込むことができるということ、そして、そのことの必要性が、つよく主張されているのである。山木戸克己「追加的共同訴訟」(同「民事訴訟理論の基礎的研究」(一九六一年)所収、初出は、神戸法学雑誌六卷一―二号(一九五六年)七三頁以下、井上「被告による第三者の追加」一五三頁以下、霜島甲一「当事者引込みの理論」判例タイムズ二六一号(一九七一年)一八頁以下、福永有利「損害賠償請求訴訟の被告による求償訴訟等の追加的併合」判例タイムズ四一〇号(一九八〇年)三七頁以下、伊藤眞「第三者の訴訟引込み」(鈴木忠一||三ヶ月章監修「新・実務民事訴訟講座3」(一九八二年)所収)一四三頁以下、高橋宏志「統一的紛争解決と弁論の併合」(「新堂幸司先生古稀祝賀」民事訴訟法理論の新たな構築下巻)(二〇〇一年)五三頁以下など。

また、井上「多数当事者の訴訟」(一九九二年)の第五章「第三者の訴訟引込み」(初出は、小山昇||中野貞一郎||松

浦馨Ⅱ竹下守夫編『演習民事訴訟法』(一九八六年)一一六頁以下では、すでに当事者となっている者が、イニシヤテ  
 イブをとって第三者を訴訟に引き込んで、併合審理を求める形態としては、三つ考えられるとしている。すなわち、原  
 告による被告の追加、被告による求償等のための第三者の追加、被告によるもうひとり権利主張する第三者の追加であ  
 る。

訴訟外にいる第三者を、訴訟当事者が引き込むという理論は、井上教授いぜんにも、山木戸教授が提示されていた  
 —山木戸「追加的共同訴訟」—。しかし、山木戸教授の理論は、引き込まれる第三者が、原告または被告のいずれか  
 のみと対立し、その他方と共同訴訟人の関係になる場合のみを想定したもので、引き込まれる第三者に、共同訴訟の要  
 件がなければならぬという限定的なものであった。それに対して、井上教授の理論は、かならずしも、この要件をみ  
 たす第三者の範囲にとどまるものではなく、補助参加が認められる第三者も対象とするものである。本稿の考察か  
 らは、井上教授の理論が有益であると考えられるのである。

(434) 井上「被告による第三者の追加」一五三頁以下、同「多数当事者の訴訟」一一五頁以下、中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木・前掲四  
 五七頁以下「井上」。わが国の民事訴訟理論において、この形態の訴えの併合の必要性を力説されたのは、井上教授が  
 最初であろうと思われる。ただ、いままでのところ、学説の一般的承認を得るところまではいっておらず、判例は無視  
 しているようである。

なお、原告と被告以外の者を訴訟に引き込む形態は、被告による第三者の引込みにとどまらないことは、注(433)参  
 照。

その「被告による第三者の追加」が許容される要件は、基本的には、原告から被告に対する本訴請求と、被告から第  
 三者に対する追加請求が、先決関係にあることと、両請求の基礎となる訴訟資料の大部分が共通であることである。そ  
 のほかに、それにより、本訴請求に対する審理がいちじるしく遅滞しないことなども、要件として上げられている。

(435) 井上「被告による第三者の追加」一五三頁以下では、その例として、売買目的物について真の権利者と称する者によ  
 って追奪訴訟を提起された買主が、これに敗訴すれば、売主に対して担保責任を追求(損害賠償請求)できる場合、償  
 還請求訴訟を提起された手形の裏書人が、これに敗訴すれば、手形上の前者に求償請求できる場合、保証債務請求訴訟  
 を提起された保証人が、これに敗訴すれば、主たる債務者に求償請求できる場合、損害賠償請求訴訟を提起された加害  
 者が、これに敗訴すれば、責任保険会社に填補請求できる場合、損害賠償請求訴訟を提起された共同不法行為者の一人



- が、(共同の)免責をうけ、他の不法行為者に過失の割合におうじた負担部分を請求しうる場合などが上げられている。
- (436) 井上「被告による第三者の追加」一五四頁。福永・前掲三七頁によれば、被告による求償義務者などに対する訴えの追加的併合を認めようとする趣旨は、「別訴提起のわずらわしさから被告を解放することになるだけでなく、裁判の不統一が避けられ、紛争の一回的解決や訴訟経済の要請にも合致する」ことにあるとされている。
- (437) 井上「被告による第三者の追加」一五四頁。
- (438) 「訴えの主観的追加的併合」とは、ひろい意味では、訴訟係属中に、原告または被告からの申立てにより、原告または被告から、場合によっては、原告と被告の双方から、第三者に対する追加請求がされ、原告と被告のあいだの本訴請求と併合審判が行われるというものである。なお、これには、第三者からの申立てにより、右のような追加請求がされ、本訴請求と併合審判が行われる場合もふくまれる。
- (439) これについて、井上教授が例に上げられているのは、共同不法行為者の一人に対する損害賠償請求訴訟で、被告が、(共同の)免責をうける場合である。このとき、被告は、追加的原告として、他の共同不法行為者(追加的被告)に、(共同の)免責をうけることを(停止)条件として、過失の割合におうじた負担部分の履行を請求する。追加請求を認容する判決が下される場合は、判決主文に、この条件が明示されなければならない。つまり、追加原告の免責を条件として、追加被告の追加原告に対する給付義務の履行を命じることが、判決主文に記載されなければならないということなのである。その趣旨は、追加原告が、(共同の)免責を得ていないうちに、追加被告に対する求償権の満足を受容してしまふという不合理な事態を防止するためであるとされている。井上「被告による第三者の追加」一五八頁以下。
- (440) 井上教授によれば、追加請求についての当事者の弁論ならびに裁判所の審理を停止させて、まず、本訴請求の審判を行わなければならない必然性はなく、この場合は、併行審理方式によるのが、ほんらいの姿であり、かかる併合形態の趣旨にもそうとされる。井上「被告による第三者の追加」一六〇頁。
- (441) 井上教授の「被告による第三者の追加」の理論によれば、本訴請求と追加請求は、主観的予備的併合の関係にあるわけではないことが、強調され、それぞれの請求について、別個の判決が下されなければならないとされる。たとえば、本訴請求について棄却判決が確定しても、追加請求に対する訴訟は、主観的予備的併合の場合のように趣及的に訴訟係属を失うわけではなく、追加請求についても、べつに、請求棄却判決が下されなければならないということである。井上「被告による第三者の追加」一五九頁。

(442) 井上「被告による第三者の追加」一六〇頁では、「本訴訟において被告（追加被告）の側の補助参加人として関与できること異論はない」ともされている。

(443) 井上「被告による第三者の追加」一五四頁。

(444) 井上「被告による第三者の追加」一七二頁以下。

(445) 現行民訴法四六条では、補助参加に係る訴訟の裁判が、補助参加人に対して参加的効力をもたない場合を上げている。すなわち、①補助参加のときの訴訟の程度により、補助参加人が、訴訟行為をすることができなかったとき（一項）、②主たる当事者の訴訟行為に抵触して、補助参加人の訴訟行為が効力をもたなかったとき（二項）、③主たる当事者が、補助参加人の訴訟行為を妨げたとき（三項）、④補助参加人がすることのできない訴訟行為を、主たる当事者が、故意または過失により、しなかったとき（四項）、である。

(446) 井上教授が上げられる例は、ホテル（Y）のエレベーターの急降下によって重傷を負った泊り客（X）が、Yに、損害賠償の訴えを提起し、被告Yが、エレベーター製造会社または管理会社（Z）に対し、求償請求に備えて訴訟告知をしたというケースである。井上教授は、この場合に、Zが、エレベーターじたい、または、その整備点検にはなんの欠陥や手落ちもなく、右事故は、もっぱらホテルがわの責任であると主張すると、告知者と被告知者のあいだに深刻な利害の対立関係を生み、現行法上の訴訟告知に補助参加のシステムでまかなうには、困難な問題を生ぜしめるとされている。井上「被告による第三者の追加」一七三頁。

(447) 井上教授の「多数当事者訴訟の法理」の基本的観点である。直接的には、井上「被告による第三者の追加」一五四頁に、端的に示されているが、そのふかい意図については、同「多数当事者訴訟の課題と展望」（同「多数当事者訴訟の法理」所収、初出は、ジュリスト七三二号（一九八一年）三三五頁以下の論述にうかがうことができる。

(448) 井上「被告による第三者の追加」一六一頁以下。

(449) 本文ではとり上げなかった問題点として、井上教授は、被告の第三者に対する請求権は、被告の原告に対する給付義務の履行によって、はじめて、権利として成立するものであるので、被告が第三者を追加被告とする追加請求を併合審理することは、いまだ権利として実現していないものの裁判をすることになり、債権法の基本原理に反するという、実体法上のパラドックスにおちいることになることとされている。たとえば、保証人の求償権については、委託を受けた保証人（民法四六〇条）をのぞいて、求償権の事前の行使はできないということ、自動車事故における共同不法行為者のあ

いだの求償関係については、一般に、共同不法行為者それぞれの賠償義務は不真正連帯の関係にあり、ひとりが共同の  
 免責を得たときにはじめて、他の不法行為者に対する求償権が発生すると解されているということを上げられている。  
 井上「被告による第三者の追加」一六一頁以下。

これは、あまりにも民事法的な法律関係を前提とするものであるが、このように予想される反論に対しては、井上教授は、求償権といつても、ほんらい觀念的なものであり、それが、いつ発生したかというような議論にあまり拘泥する必要はない、また、原告の被告に対する訴訟と被告の第三者に対する訴訟が、併合審理される場合には、求償権の事前行使を禁止すべき実質的理由はないという反論が、可能ではなからうかとされている。たしかに、傾聴に値する見解であると思われる。

(450) 井上「被告による第三者の追加」一六五頁以下。併合審理によつて、原告の被告に対する本訴請求の解決が、不当に遅延せしめられることには、井上教授も憂慮されており、「訴えの変更」とおなじく、「これにより著しく訴訟手続を遅延させ」ないこと——現行民法一四三条一項ただし書——を要件とすることによつて、訴訟完結についての原告の期待を保護すべきであるとされている。

(451) 井上「被告による第三者の追加」一六五頁。この問題については、かつて、山木戸教授が、その追加的共同訴訟の理論——注(433)参照——を説かれるなかで、「元來、共同訴訟として訴を提起するかどうかは、固有必要的共同訴訟の場合を除けば、もちろん訴を提起する原告において自由に決定し得るところである。しかしこれは国家ないし裁判所に對する関係における自由であつて、紛争の關係者である訴訟外の第三者や被告との關係では、訴訟形態がこれらの者により原告の意思にかかわらず変更せられ得ることも認めるべきである。すなわち被告およびその他の紛争關係者もまた、原告の訴提起によつて生じた機会に、その訴訟手続を利用して紛争の一挙のかつ統一的な解決を求めることができるとするのが公平である」として、その理論的基礎を与えられていた。山木戸「追加的共同訴訟」一八〇頁。

(452) 井上「被告による第三者の追加」一六五頁以下。

(453) 井上教授は、この問題については、「かの、いわゆる訴えの主觀的併合における予備的被告の立場にやや似かよつた様相を呈するようにも思われ」とされ、かつて、三ヶ月博士が、主觀的併合について、なによりも問題であるのは、予備的被告の訴訟上の地位が、はなはだ不安定であることであると指摘されたことを、かなり意識されているようである。なんとすれば、三ヶ月博士が、そのことについて、さらに具体的に、「何時自分に対する請求の審判

に入るのかについて何等保障はないから終始弁論に関与していなければならぬし、主たる被告に対する請求が認められれば審理関与は結局なかったことになってしまふ——三ヶ月『民事訴訟法』(法律学全集35)(一九五九年)二二一頁——とされていることを、とくに引用されているからである。井上「被告による第三者の追加」一六七頁。

(454) 井上「被告による第三者の追加」一六六頁以下。このように予想される反論に対しては、井上教授は、本訴請求が棄却されることは、追加被告としては歓迎すべき現象であって、その訴訟進行の成果でもあり、併合訴訟においては、追加被告も自己に対する請求棄却判決をうけるのであるから、あながち、徒勞に帰したともいえないという反論が、可能ではなかるうかとされている。

(455) 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囲——」(同『民事法研究第Ⅱ卷』所収、初出は、法曹時報三卷九號(一九五一年)一〇三頁以下。なお、これについては、参照、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)三三頁以下、「同(下Ⅴ)」四頁以下。

(456) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」七〇頁、および、七四頁。

(457) このことじたいが、筆者の結論とする論理に密接に関連してくるわけだが、取消訴訟における、取消判決により権利を侵害される第三者を訴訟参加させる必要性和、民事訴訟における、判決の結果に利害関係を有する第三者を補助参加させる必要性和とは、質的に異なっているように思われる。民事訴訟でいわれる第三者を補助参加させる必要性和とは、訴訟手続上の権利保障といった観点からのものであり、他人間の訴訟の結果が、第三者の法律上の地位に、直接的に間接的に影響を及ぼす場合に、かような第三者を、ただ、拱手傍観させ、その結果だけを甘受させるのは適切ではないという、もっぱら、訴訟手続の論理において生ずるものである——齊藤秀夫編『注解民事訴訟法(一)』(一九六八年)三六二頁——。

兼子(一)博士の疑問は、この範囲を超えるものであって、実体的に、かような第三者に判決の効力を及ぼさせることが妥当であるかを、問題とされているのである。

本稿で、これから論証しようとする筆者の考えも、まさに、取消判決により覆滅させられる第三者の実体法上の地位のうちに、かような第三者を訴訟参加させる必要性があるということなのである。

(458) 注(457) 参照。

(459) 塩野宏『行政法Ⅱ(第二版)』(一九九四年)の第三編「行政救済論」第一部「行政争訟論」第二章「行政事件訴訟」

第三節「取消訴訟——基本構造」(六四頁以下)では、取消訴訟の本質的な分析が、多角度から行われている。

おなじく、取消訴訟の構造分析が行われたものとしては、浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」(杉村敏正「行政救済法1」(一九九〇年)所収)六四頁以下、小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」(雄川一郎・塩野・園部逸夫「現代行政法大系4」(一九八三年)所収)一四六頁以下、同「先決問題と行政行為——いわゆる公定力の範囲をめぐる一考察——」(田中二郎先生古稀記念・公法の理論上)(一九七八年)所収)三二七頁以下などがあるが、これらは、いずれも、取消訴訟の排他性と公定力の関係を中心に論じられており、本稿のここでの考察には直接には関連しない。

(460) 兼子(一)博士や雄川博士が、取消訴訟を形成訴訟と観念しておられたことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)」三二頁、五八頁——注(14)——参照。

(461) 塩野・前掲六八頁。

(462) 塩野教授のいわれる、取消訴訟の「適法性維持機能」とは、取消訴訟では、もつぱら、当該行政処分の適法・違法の審査が中心となるものであつて、違法であると認定されれば、処分が取り消されるわけだが、それは、見方によれば、違法状態が排除されるということでもあり、それを、取消訴訟のひとつの機能——客観的な法秩序の維持——として強調されたものである。ただ、これは、原告の主観的権利利益の保護ということとならんで、取消訴訟の目的として、むかしからいわれてきた、適正な行政の確保ということにつながるものであつて、ここでの分析には、とくに示唆を与えないものではない。塩野・前掲六五頁

(463) 塩野・前掲六四頁以下。それ以外にも、塩野教授は、取消訴訟には、取消判決に第三者効が認められたことにもなう「法律関係合一確定機能」、処分の取消しにより、それにつづく執行が阻止されるという「差止機能」、取消判決の行政への拘束力による「再度考慮機能」、行政庁が取り消された処分をくり返すことへの「反復防止機能」があることとされている。このように一覽的に総合されると、取消訴訟というのは、多面的な機能をもった訴訟類型であることがわかる。

(464) これとの比較で、塩野教授が上げられている民事の例——同・前掲六四頁——が、興味ぶかい。すなわち、私人のあいだの雇用契約において解雇がなされた場合は、解雇に不満のある者は、解雇はもともと無効であると主張して地位確認を求めるといふことになるというものである。行政法的なものの考えかたをすれば、解雇行為の取消し、あるいは、その無効の確認を、まず、求めるということになりそうだが、民事では、そういう考えかたはされない。使用者と被使用者のあ

いだの実体的法律関係として、なお雇用契約が有効であるかの判断が先行し、それに付随して、解雇行為が無効であるということが確定するのである。そのことを、塩野教授は、例示によって、暗に示されているのである。

(465) 塩野・前掲六四頁以下。

(466) 塩野・前掲六六頁では、「取消訴訟の機能は、つまるところ行政行為が展開する行政過程の一段階としての地位を占めているところに基礎をもっているということができる。そして、このような取消訴訟の機能をも考慮して取消訴訟の利用を図っていくことが重要である」とされている。まったく、同感である。

(467) 民事上の法律関係で、第三者が主たる当事者のがわに補助参加する場合には、第三者の権利・利益の論理的前提となつている主たる当事者じしんの法律関係の防衛に、主たる当事者がつとめることは、そのかぎりでは、第三者の権利・利益を防衛することにもなるが、主たる当事者敗訴ののちは、主たる当事者と第三者のあいだの法律係により、主たる当事者から第三者への後訴が想定されるという関係が背景にあり、第三者が補助参加する契機が、第三者のがわにあるのはもちろんだが、主たる当事者のがわにも、第三者を補助参加させる契機があるのである。

それに対して、取消訴訟に訴訟参加することの契機は、第三者のがわにはあるが、被告行政庁のがわには、第三者を訴訟参加させることの契機はないのである。

(468) 現行行訴法九条の「法律上の利益」の意義については、解釈上の疑義が存在してきたことは、いうまでもないが、原告適格の認定において、その「法律上の利益」の有無が問題とされてきたのは、芝池教授が、端的に指摘されるとおり、原告が行政処分分第三者である場合と、行政処分分が不特定多数を対象とする一般処分である場合であった。つまり、相手方が特定された行政処分分では、その相手方の原告適格が否定されることは、まず、ありえないのである。芝池義一「行政救済法講義(第2版補訂版)」(二〇〇三年)三七頁。

(469) わが国で、最初に、本格的に原告適格(訴えの利益)拡大論を展開されたのが、原田尚彦教授であったことは衆目の一致するところであるが、原田教授の最初の論文である「行政行為の取消訴訟制度と原告適格(訴えの利益)——ドイツにおける判例の動向を中心にして——」(同「訴えの利益」(一九七三年)所収、二四五頁以下、初出は、國家学会雑誌七七卷(一九六三年)三〇四号、九二一〇号)では、ドイツの学説・判例における公権論の展開をおおきくとり上げ、さらに、それが取消訴訟の原告適格の理論にどのように影響してきたかということの分析をされている。原田教授は、そのあと、さらに、「行政法における公権論の再検討——公権論を論ずる意義に關連して——」(同「訴えの利益」所収、

二七頁、初出は、民商法雑誌五八卷二号（一九六八年）という論文を書かれ、とくに、ビューラーの公権論の分析がなされている。

原田教授が、ドイツの公権論の分析から得られた論理というのは、取消訴訟における原告適格が認められるためには、係争行政処分による被侵害法規が、原告の利益保護——私益保護であつて、公益保護であつてはならない——に資するものであること、いいかえれば、原告の主張利益は「客観法の意図せる利益」でなければならぬということ——同「行政行為の取消訴訟制度と原告適格（訴えの利益）」三三三頁——、国民は、国家権力が、違法に自己に直接的な不利益を課する場合であれ、違法に第三者に働きかけることにより間接的に自己に不利益を及ぼす場合であれ、この違法な国家行為を、ほんらい、尊重するいわれはなく、かえつて、その行為の結果の除去を請求し得べき地位にあるということ——同三四二頁——などである。

そして、原田教授は、このような理論分析のうえにたつて、独自の理論を構築された。すなわち、処分の名あて人以外の第三者が提起する処分取消訴訟は、行政権力の抑制を求めるのではなく、国民の安全・快適な生活をまもるために、行政庁が、処分の名あて人に対して適切に監督権を發動してくれることを求める訴えであり、さらにいえば、（侵害排除請求権にもつづいて権力の抑止を求めるのではなく）行政上の監督権の發動を求める——つまり「行政介入請求権」の実現をめざす——義務づけ訴訟に類した機能をもつもので、通常の取消訴訟とは、機能・目的を異にする異質な性格の訴えである、というものである——同『行政法要論（全訂第四版・増補版）』（二〇〇〇年）三六二頁——。

かように、行政法の理論においては、取消訴訟の原告適格の要件とされる「権利侵害」の基礎となる（主観的）権利については、公権論にまでさかのぼつて論証されてきたわけである。この方向で、ドイツの原告適格の理論に、さらに、すぐれた分析をくわえられたのが、小早川光郎教授である。小早川教授の最初の論文である「取消訴訟と実体法の観念」〔同「取消訴訟の構造分析」（一九八三年）所収、初出は、國家学会雑誌八六卷三二四号、七二八号、九二一〇号、一一二二号（一九七三年）で、「取消訴訟における実体法の観念」と題されていた。〕の一二四頁以下に、原告適格の実体法的構成が、するどく分析されている。小早川教授は、取消訴訟の原告の地位を、実体的請求権規範の解釈論的構成にもつづいて把握しようとしたドイツの学説の努力を促したもののひとつは、民事訴訟におけると同様の実体法なる観念そのものを確立し、取消訴訟を訴訟の一般理論に包摂しようとする体系的志向であつたと評価されている——同三四頁——。そして、行政処分の名あて人以外の第三者の原告適格については、けっきょくのところ、私人の法的地位から

出發して、行政処分の結果として生じた不利益のレレヴァンスを、そのような法的地位との関連において評価するという方法がとられたとされている——同一三一頁——。

(470) 塩野・前掲九六頁以下。

(471) 民事訴訟における形成訴訟の理論では、実体法上の特定の形成権(要件)ないしは形成を求めうる法的地位が基準とされるので、とうぜん、原告適格は、それを有する者に限定される。

(472) 行政裁判法——明治三三年六月三〇日法四八——には、直接、原告適格について定めた規定はなく、ただ、二七条一項で、「行政裁判所ハ原告ノ訴状ニ就テ審査シ若シ法律勅令ニ依リ行政訴訟ヲ提起スヘカラサルモノナル……トキハ其理由ヲ付シタル裁決書ヲ以テ之ヲ却下スヘシ」としたうえで、「行政廳ノ違法處分ニ關スル行政裁判ノ件ヲ裁可」する法律——明治三三年一〇月九日法律第一〇六號——で、つぎのように規定されていた。

「法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

一 海關稅ヲ除ク外租稅及手数料ノ賦課ニ關スル事件  
二 租稅滯納處分ニ關スル事件

三 營業免許ノ拒否又ハ取消ニ關スル事件

四 水利及土木ニ關スル事件

五 土地ノ官民有區分ノ査定ニ關スル事件」

行政事件訴訟特例法——昭和三三年七月一日法八一——には、原告適格に関する規定は、いっさい、なく、民法の訴えの利益の一般論をベースに、いかなる取消訴訟固有の訴えの利益論が成立するかは、もっぱら、理論の進展に委ねられていた。

それが、行政事件訴訟法の制定により、はじめて、原告適格について、直接的に規定されたのであるが、その要件が、「権利の毀損」とはせずに、「(取消を求めるについての)法律上の利益」とされたことだけでも、そのあいだに、原告適格のかなりの拡充があることがうかがえる。

また、原告適格の拡大の背景には、訴えの対象の、列記主義から一般概括主義への変遷があったことは、いうまでもない。



(473)

「行政庁ノ違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者」に原告適格を認めていた——注(472)参照——行政裁判所時代の解釈論としても、行政処分の名あて人以外の第三者の原告適格について、論じられていなかったわけでは無い。美濃部達吉『行政裁判法』(一九二九年)一九八頁では、「或る河川に付き水利権を有する者が、同じ河川に付き更に第三者に對し水利権が特許せられた爲に、従来自分の有つて居る水利権が毀損せられたとすれば、其の第三者に對する特許處分を違法なりとして出訴し得ることは當然である」とされていた。おなじく、行政裁判所の判例でも、かような第三者の原告適格を認めたものとして、行裁(行政裁判所)判明治四一年七月四日行録(行政裁判所判決録)八三六頁、行裁判大正二年九月二七日行録七七八頁、行裁判昭和九年四月一九日行録二二三頁などがあつた。

行政事件訴訟特例法時代も、この、美濃部博士が、行政処分により自己の權利を毀損される第三者が「出訴し得ることとは當然である」とされた説明が、そのまま承継された。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、法學協會雜誌六六卷一號二號(一九四九年)、六七卷四號(一九五〇年)、六八卷一號(一九五一年)七三頁、同『行政法講義案上卷(行政法総論)』(一九四九年)二九四頁、雄川一郎『行政争訟法』一六九頁以下。

かような第三者が原告適格をもつことの理論的説明がくわえられるようになったのは、行政事件訴訟法制定以後である。同法九条で、はじめて、原告適格(訴えの利益)が直接的に規定され、処分または裁決の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」とされたことに、すでに、原告適格拡大の方向が示されていた。参照、塩野宏『日本立法資料全集5・行政事件訴訟法(1)』五二八頁以下に記載された、第一八回法制審議会行政訴訟部会小委員会(一九五六年一月七日)会議録の審議内容。

行政裁判法が權利の毀損を要件としていたことから、行訴法が右のように改めたことの立法趣旨について、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(一九六三年)三六頁以下では、「法的に保護されている權利、利益を行政庁の行為によつて侵害され、または法律上の不利益を課された者(相手方たとと第三者たととを問わず)にしてはじめてその行為の取消しが、その權利、利益の救済に役立つわけであるから、その取消しを求めるにつき法律上の利益をもつといえる」と、明快な説明がされていた。ここでは、処分の名あて人の原告適格と第三者の原告適格が、まったくおなじレベルで論じられており、行政処分に関わる法律関係において、法的に保護されている權利、利益で、処分が行われることで侵害され、処分が取り消されることで回復されるものであるのかということだけが、問題とされており、その權利、利益が、処分の名あて人に属するのか、第三者に属するのかということは、問題にしないということであつたようである。それ

いじように、なぜ、処分の名あて人がいの第三者についても、原告適格を認めるのかという、理論的解明はされていなかった。

第三者の原告適格について、わが国の行政訴訟理論で問題にされたのは、どの範囲の第三者にまで(法的な)訴えの利益があるか、ということであったようである。すなわち、「反射的利益」対「法的利益」の区別論である。その範囲の拡大への、おきなな転換点となったのは、いうまでもなく、公衆浴場の営業許可を競業者が争うことを認めた、最高裁昭和三十七年一月一九日判決——民集一六卷一五七頁——である。この立場は、学説も一般に承認するところで、たとえば、田中『新版行政法上巻(全訂第二版)』三三〇頁では、右判決を上げ、「最近では、従来の見解では、単なる反射的利益の侵害にすぎないと解された場合にまで拡張して、かなり広く訴えの利益を認める傾向にあるといえよう……」。人民の権利利益の保護を全うする見地からいえば、この一般的傾向は是認されるべきであ」とされた。そして、同時に、田中博士は、取消訴訟における原告適格の拡大をつよく主張する原田教授の立場——注(469) 参照——を支持すると表明された。

(474) 高木光「処分性、原告適格拡大論の再検討」(同「事実行為と行政訴訟」(一九八八年) 所収、初出は、「訴えの利益論」の再検討——事実行為論の立場から」神戸法学雑誌三五卷二号(一九八五年) 三三一頁以下。高木教授のこの考察は、同「行政上の事実行為と行政の行為形式論」(『事実行為と行政訴訟』所収、初出は、國家学会雑誌九五卷五〇六号、九二—一〇号(一九八二年)、九六卷三—四号(一九八三年)、九八卷五—六号(一九八五年))、同「行政訴訟による差止に関する一考察」(『事実行為と行政訴訟』所収、初出は、神戸法学雑誌三三卷一号(一九八二年))で、ドイツの事実行為をめぐる理論にいち早く着目され、そのレベルのたかい分析によって到達された理論をふまえて、(行政処分の)第三者の原告適格を、処分の名あて人と原告のあいだの実体的法律関係の分析によって論証されたものである。

なお、高木教授は、論考の出発点として、行政処分をとおして、行政庁により判断された、行政主体と相手方の法律関係は、両当事者および国家機関のみならず、すべての者が尊重しなければならないという行政法的論理——行政処分はすべて「第三者効」をもつ——があることとされている——同「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五五頁——。この論拠として、田中『新版行政法上巻(全訂第二版)』一〇五頁の、「行政行為は、……、権限のある行政庁が職権によってこれを取り消すか、一定の争訟手続によって争った結果、それが取り消されるまでは、その相手方はもちろん、裁判所・行政庁その他第三者も一応、これを有効な行為として尊重しなければならないものとされる」という説明を上げ

ておられるが、これは、いうまでもなく、公定力の説明であり、公定力は第三者にも及ぶ——対世的である——ということが重要なのだと、高木教授は、強調しておられるのである——高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五五頁——。この場合、(行政処分の) 第三者との関係では、行政処分の相手方の「行政法上の地位」についての判断を尊重・認容しなければならないという意味での「受忍義務」が、対世的であるということである——同三四八頁——。

法律関係論としては、近年のすぐれた研究として、山本助教授のものがある——山本隆司「行政上の主観法と法関係」(二〇〇〇年)——。中世以来のドイツの公権論、および、その周辺のあらゆる理論について、法思想的、(法) 哲學的、法理論的に、深遠でスケールのおおきい、なおかつ、精緻で本質をついた、きわめてレベルのたかい分析をへて到達された「法関係論」——同書第四章以下(二六一頁以下)——のなかでも、取消訴訟の原告適格の基礎となる実体的法律関係の類型的考察が行われている。

ここでは、行政処分をめぐる法律関係を多極的にとらえて、処分の受益者と、処分により不利益をうける者のあいだの関係の法的特徴を、ドイツやわが国のほう大な事例を分析されることで、類型的にあきらかにされている。ただ、ここでは、行政法における主観的権利と客観的法の抽象的で難解な理解が前提とされていることと、山本助教授独自の法段階論的考察——同書四四五頁以下で、多極的行政法関係は四層からなる複合体であることを論証されている——が加わっていることで、いかなるが、筆者の能力では、これらを「かみくだいて」理解し、本稿でめざす第三者の訴訟参加に関わる法律関係に応用することは不可能であった。ただ、山本助教授の研究のふかさには見習うべきものがあり、また、本稿の考察の伏流的なところで、示唆的なことが多々あるように思われるので、もういちど、同書を理解しなおし、今後の研究において参照したい。

なお、最近、目にした仲野助教授の研究——仲野武志「公権力の行使概念の研究(5)」法学協会雑誌二二〇巻二号八四頁以下——のなかで、この山本助教授の「多極的行政法関係」について、独自の分析が行われており、興味ぶかく拝読した。あわせて、参考にした。また、山本助教授の同書の全体にわたる評価・分析として、高木教授のわかりやすい解説がある。高木「ジュリスト書評・山本隆司『行政上の主観法と法関係』ジュリスト一一八号(二〇〇〇年)八二頁。

(475) 高木教授は、一般にいわれている(ひろい意味での) 第三者の原告適格は、行政処分の形式上の名あて人がいのが取消訴訟を提起する場合であるが、そのなかには、その者が行政処分の法的効果が及ぶ者(実質上の相手方) である

場合と、そうでない（厳密な意味での第三者）場合があるとされる。「競願のモデル」と「距離制限のモデル」が前者のケースで、「隣人訴訟のモデル」が後者のケースである。高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三三七頁。

(476) わが国における「二重効果的行政処分」の研究については、遠藤博也「複数当事者の行政行為（一）」北大法学論集二〇巻一号（一九六九年）一頁以下、兼子仁「現代行政法における行政行為の三分区——西ドイツ行政行為論との比較において——」（同編著『西ドイツの行政行為論』（一九八七年）所収、初出は、『田中二郎先生古稀記念』公法の理論上（一九七六年）二九一頁以下、石崎誠也『西ドイツにおける「二重効果的行政行為」論』（兼子編著『西ドイツの行政行為論』所収、初出は、自治研究五七巻（一九八一年）一一号、一二号、五八巻（一九八二年）一号）二二一頁以下がある。

これらは、ドイツにおいて展開された「二重効果的行政処分（Verwaltungsakt mit Doppelwirkung）」の理論を、いちはやく、わが国に紹介したものであるが、それにとどまらず、わが国の行政法理論に整合させつつ、独自の論理を發展させたものである。なお、この論理については、次節における第三者の訴訟参加の必要性があると考えられるものの類型分析において、重要な「てがかり」として、くわしく検討する予定である。

(477) すなわち、行政処分の相手方に授益的な行政処分であるが、第三者がこの取消しを求める原告適格を有するのは、高木教授によれば、「行政行為の法的効果によってカバーされているのではないが、行政行為と密接な関係を有する『事実的侵害』を受けるからである」とされる——高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三三七頁——。高木教授は、「いわゆる第三者効を有する行政行為の特徴は、さしあたり『事実的侵害』にある」と断言されている——同三四七頁——。そして、この侵害（不利益）の排除については、かならずしも行政処分の法的効果を消滅させなければならぬわけではないが、「行政行為の法的効果のX（行政行為の相手方）による利用行為＝事実行為による『事実的侵害』と行政行為の結びつきが強いことから、行政行為をめぐる訴訟によって紛争を解決することが、合目的である」とされている——同三五七頁——。この場合は、「事実的侵害」のみをうけるものであっても、行政処分をめぐる訴訟によって救済を得られるということになる——同三四七頁——。

(478) 「競願のモデル」では、テレビ放送局の開設免許をめぐる競願関係の事例についての最高裁昭和四三年一月二四日判決——民集二巻一三三三四頁——が、先例的地位をめているようであるが、ここでは、自己に対する拒否処分取消しの訴えも、他人に対する免許処分の取消しの訴えも、「いずれの訴えも、自己の申請が優れていることを理

由とする場合には、申請の優劣に関し再審査を求める点においてその目的を同一にする」というような法律關係論的な考察が、前提となつている。

「距離制限のモデル」では、公衆浴場法の距離制限の事例についての最高裁昭和三十七年一月一九日判決——民集一六卷一五七頁——が、先例的地位をしめているようであるが、ここでは、公衆浴場法が許可制を採用したのは、「被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するものであることは否定し得ないところであつて、適正な許可制度の運用によつて保護せらるべき業者の営業上の利益は、単なる事実上の反射的利益といふにとどまらず公衆浴場法によつて保護せられる法的利益と解するを相当とする」として、法の趣旨・目的を、問題解決の「きめて」とする考察方法がとられているが、その根底にあるのは、反射的利益とみて原告の救済を拒絶するか、法的利益とみて原告に救済の途を開くかの、価値判断である。

「隣人訴訟のモデル」では、保安林の指定解除処分を周辺住民が争つた事例についての最高裁昭和五十七年九月九日判決——民集三六卷九号一六七九頁——が、先例的地位をしめているようであるが、ここでも、旧森林法——明治四〇年法四三号——「の存続によつて不特定多数者の受ける生活利益のうち一定範囲のものを公益と並んで保護すべき個人の個人的利益としてとらえ、かかる利益の帰属者に対し保安林の指定につき「直接の利害關係を有する者」としてその利益主張をすることができるとする地位を法律上付与しているものと解するのが相当である」として、法の趣旨・目的を、問題解決の「きめて」とする考察方法がとられている。

(479) 高木教授は、判例上の「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者」という定式の「侵害されるおそれ」に分析が必要であるとされる。その場合の視点として、その「権利利益の侵害」は、かならずしも、処分の法的効果によるものではなく、事後的侵害のみをうける者であるにもかかわらず、行政処分をめぐる訴訟によつて救済を得られる点に特徴がある、ということが重要なのだとされている。高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三四七頁。

(480) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五八頁。

(481) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五八頁。

(482) これについて、高木教授は、「競願のモデル」で、競願者が他の競願者への行政処分の取消しを求めるのは、「行政法上の地位の獲得」であり、「距離制限のモデル」で、既存の業者が新規参入業者への行政処分の取消しを求めるのは、

「行政法上の地位の回復」であると表現されている。高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三三八頁。

- (483) 高木教授の類型分析においては、取消訴訟がいかに救済として、民事訴訟が考えうる場合であるのかということが、重要なファクターとなっているようである。これによると、「隣人訴訟のモデル」が、民事訴訟による救済も考えられる場合で、「競願のモデル」と「距離制限のモデル」が、考えられない場合であるとされている。高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五七頁以下。

- (484) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五八頁。

- (485) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三四七頁。

- (486) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三五八頁。

- (487) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三四八頁以下。

- (488) 高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三四八頁。

- (489) このことは、高木教授も認めておられ、「その意味では、『隣人訴訟』も『競願者訴訟』及び『消費者訴訟』と同じ構造をもつ」とされている。高木「処分性、原告適格拡大論の再検討」三四八頁。

- (490) 現行行政事件訴訟法における取消訴訟制度が、国民——この場合は必然的に、原告である——の権利・利益の救済のための制度であることについては、わが国では、もっぱら、取消訴訟もしくは抗告訴訟の目的論のなかで論じられてきた——田中二郎「抗告訴訟の本質」(同『司法権の限界』(一九七六年)所収。初出は、『菊井先生献呈論集・裁判と法下巻』(一九六七年)七七頁、同『新版行政法上巻(全訂第二版)』一九三頁以下、塩野『行政法Ⅱ(第二版)』六五頁など——。その目的も、つねに、適正な行政の確保という行政訴訟に特有の目的と対比して、論じられてきた——そのひとつの現れが、行政不服審査法一条に、それらの目的が併記されたことであろう——が、今日では、国民の権利・利益の救済という目的が、適正な行政の確保という目的より上位にみられることについては、異論がないであろう。