

職権訴訟参加の法理 (下VII)

新
山
一
雄

職権訴訟参加の法理 (下VII)

- 一 問題の所在と本稿の目的
 - (一) 問題の所在
 - (二) 職権による訴訟参加
 - (三) 本稿の目的
 - 二 ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加
 - (一) 行政裁判所法の規定
 - (二) 通常訴訟参加と必要的訴訟参加
 - (三) 必要的訴訟参加の目的論的分析
 - (a) 行政裁判所法制定前後の議論
 - (b) 判決の効力の拡張、訴訟経済 (以上六一号)
 - (c) 基本法上の要請
 - (四) 民事訴訟法の制度との比較論的分析
 - (a) 民事訴訟法の規定
 - (b) 比較論的类型分析
- [必要的共同訴訟]

〔共同訴訟的補助参加〕

〔必要的共同訴訟 (ZPO) と共同訴訟的補助参加 (ZPO) 〕

〔必要的共同訴訟 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO) 〕

〔共同訴訟的補助参加 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO) 〕

(c) 「必要的」——判決の効力の拡張——の理論

(以上六三号)

(五) 必要的訴訟参加の事例分析と判例理論

(a) 二重効果的行政処分と必要的訴訟参加

(aa) 連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決

(bb) 建築法、公害防止法上の隣人訴訟と必要的訴訟参加

(cc) 競業関係における必要的訴訟参加

(dd) 私法上の法律関係を形成する行為と必要的訴訟参加

(以上六五号)

(b) 行政主体の必要的訴訟参加

(aa) 他の行政主体の行政手続関与の基礎理論

(bb) 同意を求められる行政主体の必要的訴訟参加

(cc) 連邦、ラント、地方公共団体の必要的訴訟参加

(dd) 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
 - (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
- (以上六八号)
- (c) 行政事件訴訟法のもとの訴訟参加
 - (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——
 - (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——塩野解説の分析につづけて—— (以上七一号)
 - (cc) 訴訟参加の必要性があると考えられる第三者の範囲
 - (dd) 被告行政庁と第三者——行政手続における職権探知原則——
 - (ee) 被告行政庁と第三者——行政庁の迷惑と第三者の遠慮——

(ff) 原告と第三者——形成効のパラドックスと既判力の拡張——

(gg) 原告と第三者——新堂理論の取消訴訟への援用——

(c) 総括 (以上本号)

(cc) 訴訟参加の必要性があると考えられる第三者の範囲

一 取消訴訟において、いかなる第三者が、いかなる場合に、「訴訟参加する必要性がある」と考えられるのか。その基礎は、これまでの考察から、取消判決により、まさに、自己の実体法的地位が覆滅されるという、実体法上の関係にあることがわかつて⁽⁹⁸⁾いる。そこで、逆算して、その実体法上の関係をさぐることに⁽⁹⁹⁾より、いかなる第三者をいかなる場合に訴訟参加させる必要性があるのかを、本項において考察する。そして、あわせて、それらを類型的に整理することも、目標とする。

二 第三者が訴訟参加する必要性があることの基礎が、取消判決により、(直接的に) その者の実体法的地位が喪失されるということにあるのであれば、やはり、基本は、二重効果的行政処分により規律される法律関係であろう。その二重効果的行政処分の理論により、わが国の法律問題の解釈論の分析をすすめていくというのであれば、論理の前提として、まず、わが国における「二重効果的行政処分」の理論の内容を、確認しておくべきであろう。

ドイツにおいて発展した「二重効果的行政行為」の理論を、わが国に紹介された者のなかに、兼子(仁)博士⁽¹⁰⁰⁾があるが、博士は、それにとどまらず、さらに、わが国固有の理論へと発展せしめられた。博士の紹介が、彼我の理論のたんなる紹介に終わらなかつたのは、もともと、訴訟理論において発展した二重効果的行政行為の理論を、実体的に再構成し、不利益の行政行為、利益の行政行為とならぶ、第三の類型として位置づけるあたらしい行政行為論⁽¹⁰¹⁾を展開されたことにある。そして、興味ぶかいのは、その二重効果的行政処分の類型的分析が、第三者の訴訟

参加、原告適格といった訴訟的観点からの考察を論拠としつつ、行われていることである。⁽⁹⁾

博士が、伝統的な行政行為の二分法にくわえて、第三のものとして、二重効果的行政処分⁽¹⁰⁾に目をつけられたのは、基本的には、その処分に關しては、行政処分を行う行政庁と処分の名あて人以外に、その処分により直接に不利益をうける者が生じるという、三当事者間の法律関係になるということにあつたように思われる。この見方は、また、その限りで、実体法レベルのとらえかたであるが、博士は、さらに、訴訟法的にこれを見なおされ、処分に不利益をうけた者が、処分の取消しを求める原告適格を有することと、処分の受益者である名あて人が訴訟参加しうるということが、二重効果的行政処分に不可欠の重要なファクターであると考えられているようである。

このことは、博士も、第三者が「訴訟参加する必要性がある」と考えられるような場合の基礎に、二重効果的行政処分によつて規定される法律関係があることを、認識しておられたということの意味するものであろう。⁽¹¹⁾

三 しかし、右に分析した、兼子(仁)博士の二重効果的行政処分の理論からだけでは、いかなる第三者を、いかなる場合に、訴訟参加させる必要性があるのかの判定はできない。

その場合に有力な「てががり」となると思われるのは、やはり、ドイツの判例理論が、第三者の訴訟参加が必要であるかどうかの判定基準として用いている、「法律関係関与性」であろう。これを、ここで用いる理由は、ひとつは、真に第三者の訴訟参加が必要である場合を、可視的に、あきらかにすることができるということである。⁽¹²⁾ また、もうひとつの理由は、ドイツのような必要の訴訟参加の制度がなく、また、第三者が訴訟参加しようが、しまいが、取消判決の効力が第三者にも及ぶということが、制度的に認められているという、わが国の制度の前提のもとで、このような第三者の保護を(実体的に)はかつていくうえでも、それは、真に第三者の訴訟参加が「必要的である」場合を中心としたものになるであろうと考えられるからである。

ただ、ここで、はっきり確認しておかなければならないのは、この「法律関係関与性」の理論によつて示される、

ドイツの必要的訴訟参加と認められる場合の範囲は、かなり厳格に制限されているので、われわれのめざす「第三者が訴訟参加する必要性がある」場合というのは、それより、「ややひろい」ものになるであらうということである。

四 すでにくわしく分析した、ドイツの判例理論により発展せしめられ、コンラッドにより、さらに明確化・整理された「法律関係関与性」の理論は、第三者が訴訟参加することが必要だと認められるのは、訴訟において争われている法律関係に、第三者が関与しているとみられる場合だけであって、その関与性は、その関与が「消極的なもの」であって、「直接的なもの」である場合にのみ、認められるというものであった。

「消極的なもの」という判定基準の意義は、(処分を取り消す)判決が、第三者に消極的な効力を及ぼす場合、すなわち、第三者の(処分による既得の)法的利益を侵害する場合であるということである。逆にいえば、法律関係関与性が積極的な場合、すなわち、原告の求める判決の内容が、第三者にとって有利になる——法的地位を向上させる——場合には、第三者の訴訟参加は必要でないということである。このあとのことを敷衍すれば、取消訴訟においては、原告のがわへの必要的訴訟参加はありえないということになる。

「直接的なもの」という判定基準の意義は、端的に、原告によって要求される(取消)判決の名あて人になるということである。取消訴訟では、さらに、判決の名あて人であることは、訴訟の対象となつてゐる処分の名あて人であることも、意味する。したがつて、訴訟参加することが必要な第三者は、処分に客観的に表示されるということになる。

五 行政処分をめぐつて対立する関係にあるもの一方が、その処分の取消しを求める訴えを提起した場合に、他方が、その取消訴訟に訴訟参加する必要性があるかどうかを、さまざまな事例について、法律関係関与性が「消極的なもの」であるか、「直接的なもの」であるかという判定基準を用いて評価し、典型的に整理してみよう。

① 第三者の法律関係関与性が、「消極的なもの」で、かつ、「直接的なもの」と認められ、第三者が訴訟参加する必要性があると認められる場合。

すなわち、処分をうけた者——名あて人として処分に表示された者——が、それにより権利を付与され、あるいは、権利を形成され、あるいは、権利を追完されたが、その処分の取消訴訟を提起されたことにより、将来下されるかもしれない取消判決——実質的に処分をうけた者を名あて人とする——により、それらが覆滅するかもしれないという意味で、自己の法的地位が危機にひんしているという実体的関係のゆえに、処分をうけた者が（第三者として）訴訟参加する必要性が「つよく」認められるという事例である。これを、さらに法律関係の性質によつて分類すると、以下ようになる。

(i) 警察許可的処分により規定される法律関係

「建築許可処分の取消訴訟を隣人が提起した場合の、建築許可をうけた者」⁽⁵⁰⁾、「距離制限がある営業の新規参入業者に対する営業許可処分の取消訴訟を、同業の既存業者が提起した場合の、営業許可をうけた新規参入業者」⁽⁵⁰⁾、「保安林の指定解除処分の取消訴訟を周辺住民が提起した場合の指定解除処分をうけた者」⁽⁵⁰⁾など

(ii) 競願者の法律関係

「競願者のひとりに与えられた免許処分の取消訴訟を他の競願者が提起した場合の、免許をうけた者」⁽⁵¹⁾「先願主義のもとで、先願者とみなされた者に与えられた許可処分の取消訴訟を、先願者とみなされなかった者が提起した場合の、先願者とみなされ許可をうけた者」⁽⁵²⁾、「当選の効力に関する不服の訴訟を当選しなかった者が提起した場合の、当選者」⁽⁵³⁾

(iii) 処分により権利が設定されたり、権利が追完された法律関係

「公有水面埋立免許処分の取消訴訟を漁業権者が提起した場合の、埋立免許をうけた者」⁽⁵⁴⁾、「河川占用許可処

分の取消訴訟を漁業権者が提起した場合の、占用許可をうけた者⁽⁹⁵⁾、「農地の賃貸借の解除に対する許可処分
の取消訴訟を賃借人が提起した場合の、解除の許可をうけた賃貸人⁽⁹⁶⁾」、「起業者に対する事業認定の取消訴
訟を当該土地の所有者が提起した場合の、起業者⁽⁹⁷⁾」
② 第三者の法律関係関与性が、「消極的なもの」であるが、「直接的なもの」であるかについては、疑いのあ
る場合。

これには、いくつかの場合があり、個別的に検討しよう。

(i) 一般処分に受益する者がある法律関係

特定多数の者を規制する一般処分にも、受益者が認められる場合がある。たとえば、「医療費値上げの職
権告示⁽⁹⁸⁾」、「大学構内におけるマイク使用禁止⁽⁹⁹⁾」、「禁猟区の設定⁽¹⁰⁰⁾」などであるが、かかる処分は、一般を規制
する不利益処分であつて、これらの受益者を名あて人として授益する処分ではない。したがつて、これらの
受益者の法律関係関与性は、「直接的なもの」とはいえず、その意味では、ドイツ行政訴訟でいうような「訴
訟参加させることが必要な場合」であるとはいえない。ただ、処分によつて受益しているということも事
実であつて、そのことから、訴訟参加する必要性がまったくないともいえず、訴訟参加する「よわい」必要
性がある場合と、いちおう規定することができよう。

(ii) 対立する当事者のあいだを裁定する処分により規定される法律関係

「土地収用委員会の裁決の取消訴訟を土地所有者が提起する場合の、起業者」、「市町村の境界の争いに関
する知事の裁定の取消訴訟をいっぽうの市町村が提起する場合の、他の市町村」などのように、処分の名あ
て人のひとりであり、（取消判決により、処分による既得の権利を喪失するという意味で）判決の名あて人
でもあるが、処分の取消しを求める訴えを提起する原告も、もうひとりの処分の名あて人であるということ

で、①の場合とは、すこし事情を異にする。ただ、裁決や裁定により、自己に他より有利に認められた法的地位が、取消判決により覆滅され、ゼロにもどるといふ実体的関係のゆえに、これらの者を訴訟参加させる必要性が認められるであろう。

(iii) 処分により権利を得た者から権利を転得した者がある法律関係

「農地買取処分の取消訴訟を被買取者が提起する場合の、売渡しをうけた者」⁽²⁰⁾、「国税滞納処分につづく不動産の公売処分の取消訴訟を滞納処分をうけた者が提起した場合の、競売の落札人」⁽²¹⁾のように、処分の名あて人で処分の取消により権利を喪失する者から、(当該処分を前提とする)べつの処分やべつの法律行為⁽²²⁾により権利を取得した者は、訴訟において争われている法律関係に「消極的に」は関与しているといえるが、「直接的に」関与しているとはいえない。ただ、かかる者を、まったく訴訟参加させる必要性がないかという点、自己が権利を得た処分や行為の前提が係争処分であるといふことのゆえに、「よわい」必要性が認められるといえよう。

③ 第三者の法律関係関与性が、「消極的なもの」とはいえず、「直接的なもの」ともいえない場合。

これは、不利益の行政処分をうけた者から、すでに(処分により剥奪される)権利を取得している者があつた場合で、この場合は、不利益処分を取り消す判決が棄却されるときに、当該権利を取得している者は、権利を喪失するという関係にある。いいかえれば、不利益処分の取消判決が下されるときに、当該権利を取得している者に有利になるので、この者の法律関係関与性は、「積極的なもの」⁽²³⁾である。

また、不利益の行政処分をうけた者から、すでに(処分により剥奪される)権利を取得している者は、その不利益処分の名あて人ではないし、また処分の取消判決の名あて人でもないの点、その者の法律関係関与性は、「直接的なもの」ではない。

したがって、その者については、もちろん、ドイツでいう必要的訴訟参加にはあてはまらない場合であるが、不利益処分をうけた者から、もうひとつ先の法律関係にあるもので、処分が取り消されるか取り消されないかということに、直接の実体的関係がないという意味で、本稿でいう「訴訟参加させる必要性」がないといえよう。

六 右に類型化したところから、すくなくとも、①の類型については、そのような第三者が訴訟参加する「必要性がつよく認められる」場合であり、なんらかのかたちで、その者の訴訟参加を促す措置が講じられるべきであると思われるのである。

(cc) 被告行政庁と第三者——行政手続における職権探知原則——

一 本項での考察は、本節の冒頭で提示した命題、すなわち、「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ろうか」ということに関連する。

前項で見たように、「第三者が訴訟参加する必要性がある」場合というのは、すべて、行政処分を取り消す判決により自己の権利が覆滅されるという法的地位にある第三者が、被告行政庁のがわに訴訟参加する場合であった。

第三者が、訴訟参加し、法廷において、自己の法的地位を防衛するためには、処分が違法であると主張する原告に對抗し、処分が適法であることを証明しなければならぬ。

ただ、この場合、考えなければならないのは、係争行政処分については、いちど、行政庁が、事実関係を認定し、法的評価をしたうえで、(取消訴訟についての) 第三者に授益的な内容の処分を行うことが妥当であるという判断をしているということである。被告行政庁は、訴訟においては、とうぜん、自己の判断がただしいことを、くりかえし主張することになる。そのような場合に、行政庁のがわに訴訟参加する第三者は、行政庁が主張すること以外に、なにか、自己固有の主張として、法廷に提示することがあるのかということが、ここでの考察のテーマであ

る。

これに対する答えをだすには、そもそも、行政処分が行われるまでの行政手続における、被告行政庁と、処分の名あて人であり、取消訴訟についての第三者である者の関係から、見なおす必要があるであろう。

二 行政処分の基礎となる、事実関係の認定、法的評価などについては、もっぱら、行政庁のイニシアティブで行われるものであるということを、わが国で、原理的レベルで、明確に説明されたのは、田中二郎博士である。博士は、「第一次判断」という概念を用いられて、現行行政事件訴訟法が「抗告訴訟」として定めているものは、行政に關して権限を有する行政庁の「第一次判断」(権)の存在することを前提として、その判断の違法を主張する訴えの提起をまつて、裁判所が、これを再審査し、行政庁の第一次判断を媒介として生じた違法状態を排除することにより、国民の権利利益の保護救済を与えることを目的とする訴訟であると、理論的に、行政手続から抗告訴訟へいたる関係の構造分析をされた。⁽⁵²⁷⁾

それでは、行政手続において、行政庁が、どのように「第一次判断」を行い、それが、どのような内容をもち、どのような意味をもつのかということについては、わが国の行政手続法は、なにも規定していない。⁽⁵²⁸⁾ それに対して、ドイツの行政手続法⁽⁵²⁹⁾では、行政庁の行う事実関係の職権調査手続について、かなりくわしい規定をおり、また、これについての理論的展開もあつたので、これを、われわれの考察の第一の「てがかり」としよう。

三 ドイツ行政手続法二四条では、行政手続一般について、職権探知原則が妥当することを、明確に宣言している。その一項では、「行政庁は、職権により事実関係を調査する。行政庁は、調査の態様および範囲を決定し、関係人の申立てや証明に拘束されない。」⁽⁵³⁰⁾とし、二項では、「行政庁は、個々の事件にとつて重要な事情を、すべて考慮し、関係人にとつて有利な事情についても、同様とする。」⁽⁵³¹⁾とし、さらに、三項は、「行政庁は、その管轄に属する釈明や申立てについては、その事案が却下もしくは棄却すべきものと考えられる場合であっても、受理することを

拒むことはできない。」として⁽⁵²⁾いる。

職権探知原則は、ドイツの行政訴訟で、当事者主義がよく支配する民事訴訟では異質の、行政訴訟固有の原則として⁽⁵³⁾、行政裁判所法⁽⁵⁴⁾八六条に明記されていたものであるが、行政手続においても、職権探知原則が支配することが、行政手続法二四条に規定されたのである⁽⁵⁵⁾。

ところで、ドイツの行政法理論では、行政手続に職権探知原則が定められたのは、行政手続においては、もともと、行政庁に、真実の事実関係の探知義務があり、そのことの確認にすぎないと、一般に説明されている⁽⁵⁶⁾。それでは、どの範囲で、どの程度の事実関係の探知調査義務が、行政庁にあるのかということ、基本的には、たぶんに理念的な説明であるが、決定にとって重要な、すべての事実が包含されるとされている⁽⁵⁷⁾。

もともと、行政手続については、行政庁と関係人申請人など——の二当事者システムとは考えられておらず、もつぱら、行政庁のイニシアティブで進められていくものと観念されているので、関係人が手続に関与するのは、限定された申立て義務だけであつて、関係人は、みずからの申立ての正当性について証明する必要はなく、それを証明するのは、行政庁の義務なのである⁽⁵⁸⁾。逆にいえば、行政庁は、関係人の申立てに拘束されない。このことは、事実関係の調査のみならず、証拠の評価についてもいえる。すなわち、自由心証主義の原則も、職権探知原則から、必然的に導き出されると理解されているのである⁽⁵⁹⁾。

このように見てみると、職権探知原則は、また、証明責任の問題としてとらえることもできよう。ただ、注意しなければならないのは、ドイツでは、一般に、職権探知原則が妥当するところでは、証明責任の問題は生じないと説かれている⁽⁶⁰⁾ということである。なぜなら、行政決定の基礎となる事実関係の存否の認定、および、それに対する評価は、もつぱら、行政庁の責任と考えられ、関係人と証明責任を分配しあうという観念が、はじめから、ないからである。

しかし、行政決定の多様性からみた場合、右のような考えで、すべての場合をおしきめることは、現実的に困難である。行政決定を、国民の権利を制限する処分と、国民に権利を付与する処分にわけて考えてみると、前者については、たしかに、行政庁に全面的に証明責任があると考えられ、行政庁は、すべてを自己に対して証明しないかぎり、処分は行えないはずであるが、後者については、行政庁に全面的に証明責任があり、権利を求める国民のがわにまつた⁽⁵²⁾く証明責任がないとするのは、現実的ではないし、論理的にもおかしい。なぜなら、この場合、行政決定の基礎となる事実関係を証明する資料・書類等のおおくが、処分を求める国民のがわにあると考えられるからである。

ドイツの行政法理論では、このあたりの問題については、すでに、巧妙な解決がはかられている。それは、職権探知原則が妥当するとされる領域では、その相関関係にある、「関係人の協力義務 (Mitwirkungspflicht der Beteiligten)」という概念をもちだすという解決策である。

行政手続法では、二六条二項に規定があり、「関係人は、事実関係の調査に協力するものとする。関係人は、とくに、みずからの知る事実や証拠を申し立てるものとする。それがい⁽⁵³⁾の事実関係の調査における協力すべき義務とくに、出頭義務ないし証言義務は、他に法令の規定のある場合にのみ認められる。」としている。

この概念は、職権探知原則と相関関係にたつもので、行政庁や裁判所などの職権探知義務の限界を示すものと理解されている。それは、関係人が協力義務をはたさない場合には、行政庁がただしい事実関係を確定する可能性が、制限されることがあるということが、理論的に強調されてきた⁽⁵⁴⁾ということであり、行政手続法に明記された⁽⁵⁵⁾ことは、法も、そのことを前提にしているということである。

これを、もうすこし具体的に、さきほどの、国民に権利を付与する処分の例に即して説明すると、処分の基礎となる事実関係を証明する資料・書類等のおおくが、処分を求める国民のがわにあり、それがなければ、処分の要件

の存在を証明することができないという場合に、処分をうけようとする国民が、それを行政庁に提出しないときは、それにより、行政庁の職権調査は、事実関係が解明されないままに、終了せざるをえないこともあり、そのことは、けつきよくは、処分をうけようとする国民に不利益にはたらく。つまり、関係人が非協力的であれば、たいていの場合、処分は行われぬということである。⁽⁵⁶⁾

四 右の「関係人の協力義務」という概念は、われわれがいま問題にしている、処分の名あて人である訴訟参加人が、取消訴訟において、行政庁とはべつに主張・証明しうることもあるのかということの解明に、直接的な「てがかり」を与えてくれるものと思われる。なぜなら、それが問題となるのは、たいていの場合、国民に権利・利益を付与する授益処分についてであり、⁽⁵⁶⁾そのときは、処分の取消しが求められる訴訟に、処分の名あて人が訴訟参加する必要性があると考えられる場合であることがおおいからである。

そこで、この概念を用いて考えると、国民に権利・利益を付与する授益処分では、処分の名あて人が、(手続)関係人として、処分の要件である事実関係を証明する資料・書類等を、行政庁に提出しないかぎり、ふつうは、その者に処分は行われぬ⁽⁵⁷⁾。したがって、処分を得ようとする者は、それを証明するために、手もとにあるあらゆる資料・書類等、さらには、入手しうる他にある資料・書類等のすべてを、行政庁に提出するはずである。⁽⁵⁸⁾そして、それらの資料・書類等は、おおくの場合、行政庁が保有するところになる。

そのように考えると、論理的にも、実際のにも、訴訟において当該授益処分の適法性が問題になったときに、処分の要件がみたされていたということを証明するための資料・書類等は、行政庁のみが法廷に提出することができ、それ以外のものを処分の名あて人が提出することは、あまり考えられないことになる。

また、関係人から提出された資料・書類等の法的評価についても、自由心証主義により、行政庁が、関係人に相談することなく、自己の心証において行うものであるので、その妥当性が訴訟で問題になったときは、関係人には、

それが妥当であることの証明を、単独で、よくなし得るところではない。

また、ふつうに考えて、その者に権利・利益を付与する処分が行われたということとしたいが、その者と行政庁のあいだで、処分の要件のすべてが充足されるということが、事実的にも、法的にも解明されたということを意味すると考えられるのであって、その事実的・法的解明が、訴訟において否定されようという事態におちいったときに、その者において、さらに、処分の要件の充足の、べつの事実的あるいは法的証明の可能性を提示しようとは、まず考えにくい。

五 わが国の理論のなかで、行政庁の「調査義務」というものを観念し、そこから取消訴訟における主張・証明責任の問題の考察を試みられたのは、小早川教授である。

小早川教授がいわれる「行政庁の調査義務」とは、行政処分を行う場合に、行政庁には、基本的に、処分の法定要件に対応する事実を認定し、それを当該規定にあてはめなければならないという義務があることを前提としたうえで、さらに、「事案処理の基礎とされるべき事実に疑いが存するときは、それについて調査検討し、その結果にもとづいて事実を認定することが必要となる。そして、とりわけ、立法の趣旨に反して関係人の利益が害なわれる結果となるのを回避するために十分な調査検討を行うべきことは、行政庁が、立法を誠実に執行すべき……任務の一環として当該関係人に対して負う義務である」とされるものである。

しかし、具体的に、どの程度の調査が行われれば、その調査義務がはたされたといえるのかについては、法律の条文にはつきりと定められるべきことではない。小早川教授も、そのことは認識しておられて、処分の基礎とされるべき事実に関して、行政庁がどの程度までの調査を行えば足りるかということは、かならずしも一律の基準が存在するわけではなく、関係法規の趣旨におうじて、ことなりうるとされている。そして、そのような考察からの帰結として、小早川教授は、「行政庁は、法の趣旨にてらし必要な範囲で調査を行い、その結果にもとづいて処分を

すべき義務を、関係人に対して負う」というテーゼを、提示されておられる⁽⁵³⁾。

そして、小早川教授のふかい洞察が示されるのは、調査義務から導きだされる取消訴訟における行政庁の役割の論理である。

それは、「行政庁は、ここでは訴訟当事者として、みずからの処分が擁護されるべきものであるかぎりはそれを擁護するという立場に立つ。しかし、当該処分に関する立法の趣旨の実現に努めるべき行政庁の本来の任務が、右のような訴訟上の立場にてらして失われるわけではなく、行政庁はここでも、立法の趣旨に適った裁判がされるために必要な資料を、その調査検討にもとづいて提出すべき任務を負っている」というものである⁽⁵⁴⁾。

ここで述べられている論理は、訴訟当事者たる行政庁の二面性である。すなわち、原告たる国民から、行政処分の適法性を否定する訴えが提示された、被告としての行政庁は、とりあえずは、処分の適法性を維持・擁護することに専念するしかない。しかし、いつぼうで、行政庁には、行政処分をとおして、立法を誠実に執行し、その趣旨を実現するという、ほんらいの任務⁽⁵⁵⁾があり、それを、裁判においても貫徹すべきであるというものである。

このあとの「本来の任務」のほうは、すこし分かりにくい論理であるが、これは、ようするに、小早川教授が、職権探知原則につながる「調査義務」の観念が、行政手続から裁判手続まで、一貫して行政庁を支配していると、考えておられるということであろう。なぜなら、行政庁が、「立法の趣旨に適った裁判がされるために必要な資料」を、裁判で、「提出すべき任務を負っている」という論理の前提には、まず、行政庁が、行政手続において、立法の趣旨にそった実体的真実の究明のための調査をつくす義務があるということがあり、つぎに、裁判手続においても、実体的真実の究明のための主張・証明をすべきである⁽⁵⁶⁾ということがなければならないからである。

このような小早川教授の論理は、われわれの「行政庁のがわに訴訟参加する第三者は、行政庁が主張することいがいに、なにか、自己固有の主張として、法廷に提示することがあるのか」ということの考察に、直接的に、ひと

つの解答を与えるものであると思われる。すなわち、それは、実体的真実の究明を指標とする職権探知原則につづる「調査義務」を、行政庁がつくせばつくすだけ、行政庁のがわに訴訟参加する第三者は、行政庁が主張・証明することいがいに主張・証明することは、なにもなくなるということである。

(dd) 被告行政庁と第三者——行政庁の迷惑と第三者の遠慮——

一 前項の考察をもとに、あらためて、本節の最初に提示した第二命題、すなわち、「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ろうか」ということについて、こんどは、被告行政庁と第三者のメンタリティーの面から、考えてみよう。

その場合の考察の前提として、くりかえしになるが、訴訟参加すべき(取消訴訟の) 第三者のシチュエーションを、論理的に整理しておこう。

第一に、第三者が訴訟参加する必要性があると考えられる場合の基礎となる実体法関係は、その者に授益的な処分により規律される関係である。第二に、まさに、自己に授益的な処分の取消しが求められている訴訟では、その者は、必然的に、被告行政庁のがわに訴訟参加することになる。第三に、その訴訟で取消しが求められている処分については、被告行政庁には、その適法性を維持するという任務がある。第四に、訴訟参加した第三者も、自己の既得の権利を覆滅されないために、処分が取り消されないようにするという目的で、その適法性を証明することに努めざるをえない。⁽⁵⁸⁾

このように考えてみると、被告行政庁と、訴訟参加した第三者は、処分の取消しが求められた訴訟では、けっきよく、処分の適法性の証明という、まったくおなじ方向に向かう訴訟行為を行うことになる。

二 それでは、その処分の適法性の証明という、おなじ訴訟行為を行う両者の関係について、もうすこし、考察をすすめてみよう。

そもそも、「行政処分が適法である」ということの意味は、法規に定められた処分の要件についての、行政庁が行った事実認定および、その法的評価——要件へのあてはめ——がただしいことである。そして、行政処分が適法であることの証明は、基本的には、訴訟資料の提出により行われる。つまり、被告行政庁が行う訴訟資料の提出というのは、自己の判断がただしいということの、訴訟における証明行為ということである。

そして、処分の名あて人である第三者との関係でいうと、その者に授益的な処分が行われたということは、その者のなしうるかぎりの（要件証明上の）協力により、処分の要件の充足を証明する（と考えられた）資料が、行政庁の手に確保されたということを意味する。しかれば、論理的に、訴訟参加した第三者においては、それがいかに、処分の適法性を証明する手段は、ほとんどないはずで、もし、（行政手続において行政庁に提出されなかった）そういうものが存在し、第三者がそれを訴訟の場に提出すると、それは、被告行政庁からすると、一種の「うらざり」行為といつてもよいであろう。

この訴訟資料の提出ということについて、さらに、訴訟行為という面から考えてみよう。

訴訟手続における訴訟資料の提出については、いわゆる「随時提出主義」が妥当し、訴訟当事者は、その攻撃防御の方法を、口頭弁論終結時までには、いつでも提出できる。これによれば、訴訟当事者は、審理の進行におうじ、その場その場の論点にあわせて、適時に、効果的に、てまちの資料を提出し、主張・証明を行うことができるのである。⁽⁵⁰⁾ 一方であればこそ、訴訟戦術的に、いつ、いかなるかたちで、どのような資料を提出し、どう弁論を組み立てるかについて、綿密に計画をたてること、勝敗の予測が難しい訴訟であればあるほど、重要になってくることは、⁽⁵¹⁾ よういに想像できることである。

いっぽう、授益処分の名あて人で、行政庁のがわに訴訟参加してくる第三者について考えてみると、その者は取消判決の効力を直接うける——判決の名あて人になるという意味で——者であるので、共同訴訟的補助参加人の地

位が認められ、その理論によれば、訴訟参加するがわの主たる当事者の意思に反する訴訟行為も行うことができる⁽⁵²⁾ということに注意しなければならない。つまり、訴訟参加した第三者は、被告行政庁が、審理の進行において綿密にたてた訴訟資料の提出計画と不連絡に、独自の訴訟資料を提出することもあるということである。その結果、第三者が、不用の資料を提出したり、場合によっては、(不適切な時期に)被告行政庁の計画を「だいなしにする」ような資料を提出したり、さらには、被告行政庁のする証明したいに疑いをいだかせるような資料を提出するということもありうるのである。

三 また、一般の民事訴訟で考えた場合、訴訟資料の提出がいかに、訴訟参加した第三者が、主体的に訴訟手続に影響を及ぼしうるのは、手続の中断・中止、訴訟行為の追完(現状回復)、上訴の提起であるが、これらについても、被告行政庁の訴訟行為と訴訟参加した第三者の訴訟行為が交差しうる。

まず、訴訟当事者について死亡など法定の事由が生じたときに認められる「訴訟手続の中断・中止」⁽⁵³⁾が、「共同訴訟的補助参加」の理論のひとつとして、その地位を有する第三者に同様の事由が生じた場合にも、認められるとすることについては、民事訴訟理論では争いがあるようだが、取消訴訟では、訴訟参加した第三者の死亡は、行政法固有の問題を生ぜしめうる。すなわち、この場合の第三者は、係争行政処分の名あて人であるということから、名あて人の死亡により、処分が効力を失うことがあるのである。この場合は、それにより、原告の訴えの利益が失われ、訴訟は終了ということになる。

このことは、被告行政庁との関係でいうと、訴訟参加した第三者の死亡によって、訴訟がうち切りになるというよりは、被告行政庁に訴えを提起していた原告の不服の種——行政処分——が消滅し、原告と第三者と行政庁のあいだの行政事件がしぜんに解決したということを意味するので、けっして、被告行政庁の迷惑にはならない。

当事者が自己の責めに帰すことのできない事由によって、訴訟手続上の期間を遵守できなかった場合の救済制度

である「追完」⁽⁸⁶⁷⁾も、訴訟参加した第三者についても、認められる。ただ、追完は、特殊なケースに対する特別の救済制度で、それが認められても、原則として、障害がやんでから一週間以内にしなければならぬとされているので、これによる行政庁の迷惑は、さほどでもないと考えられる。

むしろ、被告行政庁と訴訟参加した第三者の思惑がくいちがうことにより深刻な事態になるのは、上訴についてである。「共同訴訟的補助参加」の理論のひとつとして、共同訴訟的補助参加人の地位が認められる第三者は、主たる当事者とは独立に、上訴することが認められ、また、上訴期間も、第三者について独立に起算される。

そこで、取消訴訟において、訴訟参加した第三者が、被告行政庁とは独立に——その意思に反して——上訴するということは、どういふことなのか論理的に考えてみよう。

第一に、訴訟参加した第三者が上訴するのは、自己に授益的な処分を取り消す判決に対してである。第二に、上訴されたことにより、とりあえず、判決は確定しないので、自己に授益的な処分を取消しという効果は発生しない——このことは、とうぜん、訴訟参加した第三者に有利で、処分の取消しによる権利の救済を求める原告には不利である——。第三に、被告行政庁の意思に反して上訴されたということは、被告行政庁は、第一審判決をうけて、これいじよう上訴しても勝つみこみはないという判断にたつていふわけだが、訴訟参加した第三者が上訴した場合には、被告行政庁も、それに拘束され、控訴審、場合によっては、上告審までつきあわなければならないということになる。⁽⁸⁶⁸⁾

このように、上訴については、訴訟参加する第三者と被告行政庁では、かなり思惑がくいちがうことも考えられる——右のような場合は、第三者の無謀なエゴイズムと行政庁の迷惑の図式である——⁽⁸⁶⁹⁾が、いっぽうで、第三者の上訴の利益というものも、かなり保護されなければならないのだから。

四 行政庁の行った行政処分により権利を毀損されたと主張する者が、その行政処分の取消しを求めて、その行政

庁を相手に取消訴訟を提起する。これが、取消訴訟の基本的な「しくみ」であるが、ここでは、原告と被告のあいだで、もつぱら、処分の適法性、すなわち、処分のかたちで下した行政庁の判断の正当性が争われている。それを、その訴訟のなりゆきによつては自己の（処分による）既得の権利が危うくなる第三者が、見まもつていて、さて、第三者はなにをなすべきかという問題になったとき、第三者は、深刻なデイレンマにおちいることになる。それは、察するに、つぎのような心情である。

〔たしかに、その訴訟の結果によつては、自己の権利・利益が根底からくつがえる。それでは、自分がその訴訟にわたつて入つて、訴訟のなりゆきを左右するようなことができるのか。もつかのところ、自分に権利・利益を与えた行政処分を維持するために、行政庁が、原告のきびしい主張に対抗して、被告の立場で、攻撃・防衛の手段をつくつて戦つてくれている。その弁論をうかがうに、用意周到な準備のもとに、適切で効果的な資料が適時に提出され、法律論的にも高度な主張・証明を行つている行政庁のがわに、自分が訴訟参加し、なにか、それを補助し、それにつけ加えるようなことがあるのか。むしろ、自分が訴訟でべつに主張・証明することは、せつかく自分のために戦つてくれている行政庁の足を引つぱることになるのではなからうか。もし、自分のほうに、被告行政庁の主張・証明にやくだつような資料が出てくるようなことがあれば、処分を行つた行政庁に提出すればよいことで、わざわざ、訴訟の場に出ていくこともあるまい。〕

右に見られるものは、行政庁の主張・証明能力に対する自己の限界の認識と、それにもとづく、行政庁への信頼、裏を返せば、行政庁への遠慮の図式である。

いっぽう、それに対応する被告行政庁の心情を察すると、つぎのようなものであらうと思われる。

〔係争行政処分の基礎となる事実関係については、処分の申請があつたのちから、申請者の協力のもとに、職権で徹底的に調査して、処分の要件が充足されたことを証明するに足りる資料は、すべて保有されている。認定さ

れた事実の要件へのあてはめについては、おおくの先例にてらして、たかい法律見識にもとづく慎重な判断がされている。あとは、訴訟において、原告が主張・証明しようとするものを見て、それに対抗して、適時に、適切な資料を提出して、しかるべき弁論を行うだけである。しかるに、処分の名あて人なる者が、自分のがわに訴訟参加し、自分と並んで、独自に、処分の適法性について弁論を展開しようとしている。しかし、論理的に、その者が、自分のなしうる以上の弁論をなしうるとは考えられない。迂遠で稚拙な弁論を展開されても、迷惑なだけだ。かりに、もし、その者が、自分が提出する資料がいの、処分の適法性の証明にさらにやくだつ資料を保有しているのであれば、なぜ、行政手続の段階で、自分に提示しなかったのか。処分をうけたのちに、訴訟の段階でそれに気づいたのであれば、訴訟外で、自分に提出すればたりるのではないか。」

これは、いうまでもなく、行政庁の迷惑の図式である。

(ff) 原告と第三者——形成効のパラドックスと既判力の拡張——

一 わが国の行政訴訟理論についての本稿の考察では、これまで、行政処分の取消判決は「対世効」もしくは「第三者効」⁽²²⁾をもち、それにより、処分の名あて人で、処分により既得の権利を有する(訴訟外の)第三者は、(訴訟に参加していなくとも)権利を失う⁽²³⁾ことを前提としてきた。

ただ、たしかに、取消判決が第三者効をもつ⁽²⁴⁾ということは、行訴法三二条により制度的に保障されており、その論理的コララー⁽²⁵⁾として、第三者が遡及的に権利を失う⁽²⁶⁾——つまり、最初から処分がなかったという原状にもどる——というのはそのとおりなのだが、現実問題として、それで、なにごともなく、つねに、行政処分がなかった原状に回復するのであろうか。

筆者の疑問⁽²⁷⁾というのは、こうである——これを、以下、「第三者効への疑問」とよぶ——。

〔行政庁が、土地所有者Xに対して土地買収処分を行い、その土地をAに売り渡したところ、Xは、買収処分の

取消しを求める訴えを提起して、認容された⁽⁵⁷⁶⁾。そこで、Xは、Aに対して土地の明渡しを求めたところ、Aがこれに応じない場合には、Xは、さらに、Aに対する土地明渡請求訴訟を提起しなければならないのか。そうだとすると、わざわざ第三者効を規定したこの意味が、なくなってしまうのではなからうか。」

これを、行政法の問題として純粹（抽象？）論理的に考えるかぎりは、いかようにも解決がつけられるであろう。まず、形成判決である取消判決には第三者効があるという前提からは、買取処分は後続する売渡処分⁽⁵⁷⁷⁾をうけたAにも、判決の効力が及び、Aは、自己への売渡処分⁽⁵⁷⁸⁾の基礎となつている買取処分は効力を失つた、すなわち、当該土地の所有権はXに復帰する、という事実を承認しなければならぬ。いっぽう、敗訴した行政庁は、行訴法三三三條により、判決の趣旨に従い、職権でAへの売払処分を取り消さなければならぬ⁽⁵⁷⁹⁾ので、法律論的に、Aが当該土地を保有しつづける理由は、なにもなくなる。

これが、行政法の「しくみ」であり、それにより、論理的には問題は解決しており、当該土地はXの手にもどることになる。

しかし、この問題設定において、X、A、行政庁の思惑を、できるだけ現実的にいろいろ想像して考えてみると、事態が、つねに、行政法の「しくみ」が予定するとおりに、収束するとはかぎらないようである。

まず、Xであるが、Xは、自己に対する違法な行政処分により土地の所有権が奪われたと主張して、自己の権利の回復には、当該処分の取消しを求めるしかなく、それでありと信じて、取消訴訟を提起し、その訴えが認容されたのであるから、とうぜん、それにより、ただちに、自分のもとに土地所有権が復帰し、土地もAから明渡しをうけると思っていたことは疑いがない。

つぎに、処分を行った行政庁であるが、被告として敗訴したいじょう、判決に服し、Xに買取処分を行ったのは、「まちがい」であると認めるしかない。しかし、そこで、行政庁が考えなければならないのは、買取処分につづ

て行つたAへの売渡処分である。買収処分が判決により取り消されたからには、売渡処分は、その前提を失つてゐる。ただ、売渡処分の効力は、まだ、失われていないので、取消判決の趣旨を実現するために、職権で、売渡処分を取り消すしかない。そこまでやつておけば、あとは、XとAのあいだで、土地の明渡し、抹消・回復登記などの現状回復が行われるであろうと、行政庁は考へるであろう。

さて、問題のAについて考へてみよう。土地の売渡しをうけ、土地のうゑに居住していたところ、とつぜん、行政庁から、売渡処分を取り消す旨の通知がきた。そして、おっかけるように、Xから、土地の明渡しと登記の抹消の請求をうけた。事情を聞けば、当該土地は、そもそも、Xより買収されたものであつたが、Xが、その買収処分の取消訴訟を提起し、勝訴したので、行政庁が、それをうけて、自分に対する売渡処分を取り消したということである。しかし、これは、自分のあずかり知らぬところであつて、自分としては、売渡処分を取り消す処分に対して、不服を申し立てるだけである。したがつて、Xの請求におうじるつもりはない、という考へをいさぐ可能性は、おおいにありうる。

二 このような場合にも、なお、取消判決の第三者効には、じゆうぶん意味があるとする立場を維持することは、不可能ではない。つまり、このような場合、Aの売渡処分取消処分の取消しの訴えは、その前提となる買収処分の取消判決に拘束されて、ただちに棄却されるし、XのAに対する土地明渡請求訴訟も、おなじく、取消判決に拘束されて、ただちに認容されるという考へかたである。

しかし、それでは、取消判決に第三者効を規定したほんらいの趣旨に反するのではないかという、とうぜんの疑問が生じてくる。取消判決に第三者効を規定した趣旨は、まさに、取消しの対象となつた処分の名あて人であつて受益者である者、または、処分を基礎に権利を得た者に、判決の結果——処分は取り消され、自己の権利は消滅するということ——を承服させるということである。^(適) そのことのうちには、右のように、訴訟外にいた処分の名あて

人が判決の結果を承服せず、取消訴訟に勝訴した原告が、その者から、別訴で権利を奪いとらなければならぬというようなことは予想されていなかったのではなからうか。⁽⁸⁾ そうだとすると、現行行訴法三二条に規定された「取消判決の第三者効」というのは、抽象的な理屈だけを定めたものであって、(原告が取消訴訟という手段をつうじて求めた) 実効的な解決機能をはたすものではないという、きびしい評価もうけそうである。⁽⁹⁾ つまり、形成判決のパラドックスである。

このような問題については、わが国では、かつて、阿部教授により問題提起され、阿部教授による、いちおうの解決策が提示されている。⁽¹⁰⁾ ただ、本稿で試みるのは、あくまで、第三者の訴訟参加というテーマとの関連での現行法の可能なかぎりの解釈論において、第三者に判決の結果を承服させる論理をさぐることである。

三　そこで、取消判決の第三者効にかような問題点があるということを、本稿の目的である第三者の訴訟参加という観点から、よくよく考えてみると、取消判決により既得の権利を失う第三者を訴訟参加させることで、なんとかなるのではないかという解決策が、頭にかんでくるのである。そして、このことのうちに、なぜ、第三者が訴訟参加する、もしくは、第三者を訴訟参加させる必要性があるのかということの、ひとつの答えがくされているのではないかという気がするのである。その必要性とは、はなはだ逆説的であるが、第三者効がそのように抽象理論的なものにすぎないということのゆえの、処分の取消しを求めた原告における必要性である。それをくわしく述べると、つぎのとおりである。

原告の立場から考えて、取消訴訟を提起した原告の直接の目的は、行政処分の取消しであるが、究極の目的は、係争処分の名あて人に処分により与えられていた権利を奪うことである。しかし、右に考察してきたように、原告が勝訴して、判決により処分が取り消されることが宣言されても、そのことが、処分の名あて人や現在の権利者から、現実に、既得の権利を奪うことにつながらないのであれば、原告の取消訴訟での苦勞が、ほとんど報われない

ということになる。

かかる事態におちいらないうためには、なんとか、訴訟外にある処分の名あて人に、判決に服させることである。そのためには、あらかじめ、取消訴訟に、その者を訴訟参加させておいて、ともに訴訟のなりゆきを見まもらせ、ともに判決の言渡しをうけさせたらどうであろうかということとは、考えられるところである。しかし、これには、取消判決には第三者効があるという現行訴訟法の前提——第三者が訴訟参加しようが、しまいが、判決の効力は第三者に及ぶ——が、けつきよくは、ネットクになり、この者が訴訟参加したということにより、この者を判決に服させることができるという論理は、形成効Ⅱ第三者効についてだけ考へるかぎり、でてこない。

そこで、考えられるのが、既判力である。形成効Ⅱ第三者効によつてはうまくいかないことが、既判力によつてであれば、なぜ、うまくいくのかは、なかなかの難問であるが、突破口をそこに求めるといふ意味で、考へてみる実益はあると思われる。

四 これについて、ひとつ、参考になると考えられるのは、ドイツの必要的訴訟参加の理論である。これを、もういちど見なおして、整理してみよう——これを、以下、「ドイツの解決方式」とよぶ——。

〔ドイツ行政裁判所法の⁽³⁶⁾のしくみによれば、わが国の行訴法三二条の(取消判決の)第三者効のような規定はおかれず、判決の既判力の規定⁽³⁷⁾だけが、おかれている。行政訴訟の理論でも、行政処分⁽³⁸⁾の取消判決には、第三者効があることは前提とされず、ただ、既判力を前提とした考察のみが行われている。そのうえで、二重効果的行政処分の取消しのように、原告の求める処分の取消しにより(処分による既得の)権利を覆滅される(処分の名あて人で、取消訴訟の)第三者に、取消しの効果を及ぼす——その者と合一的に確定する——という意味で、その者を訴訟参加させることが必要であるとされるのである。この場合、同法のしくみでは、取消判決の既判力は、関係人に及ぶとされているが、その「関係人」は、訴訟当事者および訴訟参加人とされるので、第三者が訴訟参

加すること、第三者に既判力が拡張されるのである。」

この「ドイツの解決方式」は、ようするに、第三者についても合一的に確定する必要がある場合に、第三者を既判力の及ぶ範囲に取り込むために、第三者を訴訟参加させるといふものである。いま、われわれが問題にしている、取消判決の形成効を無視しようとする第三者に、いかにして取消判決の趣旨を納得させるかといふことの解決策として、「ドイツの解決方式」を、現行行訴法のしくみにおいて活用するためには、前提として、三つのことをクリアしなければならぬであらう。

ひとつは、「わが国の一般民事訴訟のしくみとして、訴訟参加人にも、訴訟当事者とならんで、既判力が及ぶとされているのか」、ふたつめは、「わが国の取消訴訟において、原告の処分取消しを求める訴えを認容する判決に、既判力があるといえるのか」、三つめは、「取消判決の形成効を無視しようとする第三者が、既判力には服するという論理的根拠があるのか」、ということである。

しかし、まず、大前提ともいふべき最初の前提問題で、つまずく。既判力の宣言的性格から、その主観的範囲の原則は、民訴法一一五条一項一号に規定されており、既判力は、訴訟当事者のみに及ぶとされている。⁽⁹⁸⁾これによれば、第三者が訴訟参加しても、第三者には既判力が及ぶことはない。⁽⁹⁹⁾ただ、同項は、いっぽうで、既判力が拡張される場合についても規定しており、その二号に、「当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人」にも既判力が及ぶと規定している。筆者は、これを「てがかり」に、訴訟参加させる必要性がある第三者に既判力を拡張することができるのではないかと考えている。ただ、その論証は、いちおう、第二、第三の前提問題について検討したあとで、行うことにする。

二番目のものについては、わが国の取消訴訟の理論として、処分取消しの訴えを認容する判決に既判力を認める実益がないとする見解⁽⁹⁸⁾もあるが、一般には、認められている。⁽⁹⁹⁾そもそも、取消判決に既判力が認められるのかとい

う問題提起は、出訴期間の制限から、行政処分が判決により取り消されたのちに、ふたたび、同一処分の取消しを求める訴えが提起されることはありえないという取消訴訟の特質からくるもので、そのことを重視するのであれば、たしかに、取消判決に既判力を認める実益はないといえるかもしれない。しかし、右に指摘したように、取り消された処分の受益者である第三者に、「処分は違法であると認定し、よって、処分を取り消す」ということを承服させるという意味で、既判力を拡張することが、論理的に可能であれば、そこに、ひとつ、取消判決に既判力を認める実益がでてくるといえるのではなからうか。

三番目のものは、難問である。これに対する答えかたとしては、まず、形成効とはどのようなものなのか、つぎに、そのような形成効によつては、なぜ、第三者を承服させることができないのか、そして、既判力とはどのようなものなのか、最後に、既判力ならば、なぜ、第三者は承服するのかを、順ぐりにあきらかにしていくべきであろう。

形成訴訟の判決の効力である「形成効」については、一般に、実体法上の法律関係を変更する——それによつて、形成権が実現される——もので、判決が確定することにより、はじめて生じ、それは、すべての者に対して及ぶとされている。⁽³⁸⁾ただ、考えてみると、この、判決による行政処分の取消しというのは、訴訟当事者に対しては、宣言的に言い渡されるのであるが、対世的に第三者に対しても言い渡されるわけではなく、第三者については、実体法論理的に取消しの効果が及ぶと観念されるにすぎない。このあたりに、訴訟外にあった第三者が、(自己に対して授益的であった)処分は取り消されたという訴訟の結果を甘受せよと(いきなり)告げられても、承服できないとする契機がありそうである。

既判力がどのようなものであるのかについては、民事訴訟理論において、むかしから、いろいろと議論されてきた大問題であるが、行政訴訟理論では、既判力とは、いちおう、「訴訟の当事者および裁判所が、後訴の裁判にお

いて、同一事項について、判決の内容と矛盾する主張や判断を行うことを拒む力であり、「したがって、それは、当事者および裁判所に対する効力である」という理解を前提としている。

さて、そのような既判力により、形成効には服さない第三者に判決の結果を甘受させることができるかという点だが、そのてがかりとなる理論を、既判力の根拠論のなかから探してみよう。既判力は、右のように、後訴との関係で論じられる効力であるが、最近の民事訴訟理論には、当事者が訴訟手続において主張・証明の機会が与えられたということに、既判力の根拠をおこうとする、われわれのもつかの考察に示唆的な見解がみられる。

新堂教授によれば、「当事者が既判力を不利益に受けることを正当化する根拠は、当事者の地位につくことによつて手続上対等にその訴訟物たる権利関係の存否について弁論し、訴訟追行をする権能と機会を保障されることに求めることができる」とされている。また、上田教授によれば、確定判決の既判力に内在するのは、「法的安定要求」と「勝訴判決を得た相手方当事者の地位の安定を確保すべき要求」にほかならないが、前者については、「両当事者に弁論権をはじめとする当事者権が保障され、あらゆる攻撃防御を展開する機会が保障されたこと」が前提となり、後者については、「当事者平等の原則の下で敗訴当事者と平等の地位で争ったこと」が前提となるとされている。

この論理からすると、訴訟当事者とならんで訴訟手続に参加し、まさに自己の法律関係について、自己の法的地位を防衛するために、攻撃・防御の方法をつくした第三者には、既判力が及ぶとする論理的根拠はあるといえるし、また、第三者が、既判力ならば、すなおに服すると考えられるのは、第三者が、そのような手続保障をうけたことに対する自己責任の観念をつよく抱くと考えられるからである。

五 さて、さきほどから持ちこしになっていた、訴訟参加した第三者にも既判力が拡張されることがあるのか、ということについて検討しよう。

民訴法一一五条一項二号には、「当事者が他人のために原告又は被告となつた場合のその他人」にも既判力が及ぶと規定されているが、この場合の当事者は、訴訟物についてのほんらいの当事者適格者である他人に「代わつて」訴訟追行をなす当事者適格を認められる者、すなわち「訴訟担当者」であるとされている⁽⁶⁸⁾。既判力が、当事者として訴訟を担当した者がいづれの者へ拡張されるのは、訴訟担当者が、他人の権利について、訴訟当事者として、訴訟追行権を有していたにすぎないからである。

その関係と、それにもとづいて既判力が拡張される実質的根拠について、伊藤(眞)教授は、つぎのように明快に説明されている⁽⁶⁹⁾。すなわち、訴訟物についての「ほんらいの当事者」——同号にいう「他人」——に既判力が拡張されるのは、訴訟物たる権利関係についての判断の前提となる手続保障が、すでに、「他人」のために) 正当な訴訟追行権を認められる「当事者」⁽⁶⁸⁾に与えられたということを実質的根拠とする、というものである。よつて、訴訟外にあつた訴訟物についての「ほんらいの当事者」も、訴訟の結果を承認しなければならないのである。

問題は、この規定の適用可能範囲である。もともと、この規定が予定している、「訴訟担当者」と「他人」の関係は、訴訟代理関係ではなく、訴訟代位関係であり、実体法上、そのような代位関係を基礎づけるものがあり、また、「訴訟担当者」に当事者適格があることが、前提となる⁽⁶⁹⁾。それでは、具体的にどのようなものが、この既判力の拡張の類型とされているのであろうか。⁽⁶⁹⁾

ひとつは、実定法の制度の性格から、一定の者が、他人の財産についての訴訟を担当せざるをえないものである。破産財団に関する訴訟において、破産管財人が訴訟追行し、判決の効力が破産者に及ぶ場合⁽⁶⁹⁾、債権者が、債権者代位権にもとづき、債務者の権利を請求する訴訟において、債権者が訴訟追行し、判決の効力が債務者に及ぶ場合⁽⁶⁹⁾である。これらは、いずれも、実定法に根拠をおくものであつて、私法における重要な制度として、破産者の財産の管理、債権者のための債務者の一般財産の保全の必要性から、とくに、破産管財人・債権者に、管理处分権・代位

行使権が認められ、その一環として、破産財団・債務者の財産についての「訴訟担当」があるのである。

もうひとつは、「法律上ある職務にある者が、その職務権限の一つとして、自分と関係のない訴訟の進行権を認められている場合」⁽⁶¹⁾である。この例としては、婚姻取消訴訟において、相手方とすべき者が死亡しているときは、検察官を相手方とすべきことが法定されており、既判力が死亡した者に拡張されるといふものである。そして、この類型にあたるものとして、行政訴訟の例も上げられている。それは、国または地方公共団体の機関としての処分庁が、抗告訴訟の当事者としてうけた判決の効力が、国または地方公共団体に及ぶ場合⁽⁶²⁾である。

それでは、授益的行政処分取消訴訟における被告行政庁を、受益者たる名あて人のための「訴訟担当者」とみなすことができるかどうか、について検討してみよう。民事訴訟の理論では、基本的に、既判力の拡張は、民訴法一一五条一項の二号ないし四号所定の場合についてのみ認め、さらに、それも制限的に解しているといふことである。そのなかで、取消訴訟の第三者に既判力が拡張されるという解釈論をうちたてることは、かなりきびしいと思われるが、かつして、暴論とはいえないようである。

この解釈が認められるための前提としては、いちおう、訴訟において争われているのが、この第三者の法律関係であるといふことと、行政庁と第三者のあいだに代位関係があるといふことであろう。これらふたつの問題については、個別に検討する必要があると思われるが、じつは、いずれも、取消訴訟の構造にふかく関わっているのである。

それでは、まず、取消訴訟において争われている法律関係はなにか、ということの分析から始めよう。行政処分の取消訴訟において行われるのが、もっぱら、行政処分⁽⁶³⁾の適法性審査であるといふことは、筆者も否定するものではない。そのことじたいについてはいえば、それは、被告行政庁がみずから行った行政処分が適法か違法かの審査が行われるということと、行政庁じしんの法律関係といえそうである。しかし、法律の世界で、だれの法律関係かと

いう場合には、その内容が、法律関係の主体の権利・義務の関係であることを要する⁽⁸⁶⁾。そこで、係争行政処分について考えてみた場合、それは、第三者に権利を付与するものであり、第三者の権原となつてゐるものである。逆にいえば、原告の訴えどおり当該処分が取り消されれば、第三者は、ただちに権利を失うという関係にある。そうすると、表面的には、取消訴訟で争われるのは、行政処分が適法か違法かということであるが、その実質的な内容は、処分の名あて人である第三者に、(処分によつて与えられる) 権利を認めることが妥当かどうかということであると考へられよう⁽⁸⁷⁾。

右に確認されたことには、じつは、取消訴訟の構造というか、それを含めた行政法ぜんたいの「しくみ」が、ふかく関わつてゐるのである。この取消訴訟のベースになつてゐる行政法上の争いは、原告と第三者の(潜在的な) 対立関係である。ほんらいは、この両者のあいだの権利・義務関係の争いとして行われるべきものが、たまたま、ある行政目的から、問題の権利を得るには、行政処分によるべしという行政法のしくみが存在してゐた——このしくみのもとでは、第三者に行政処分が与えられないかぎり、原告の権利は侵害されないが、第三者が処分をうけ、権利を得たことで、いつきに紛争が顕在化するわけであるが、この場合には、これまた、行政法のしくみにより、原告は、行政庁を相手に当該行政処分の取消しの訴えを提起しないかぎり、自己の権利の救済ははかれないということになる。これをいいなすと、原告の真のねらいは、第三者の権利を奪うことであり、原告は、そのための便法として、当該処分の取消訴訟を提起し、処分が違法であると主張するしかないということなのである。

それでは、つぎに、被告行政庁と処分の受益者である第三者のあいだに、(訴訟上の) 代位関係があるかどうか、について分析しよう。

原告と第三者の権利・義務関係の争いが根幹にあるにしても、取消訴訟をとおして問題の解決をはかろうとするいじよう、原告は、行政庁を被告とするしかない。そして、原告と被告行政庁のあいだでは、もつぱら、行政処分

が適法か違法かをめぐって、主張・証明がつくされる。しかし、これを、被告行政庁について考えると、たしかに、行政庁は、訴訟において、とにかく、じぶんの行った行政処分⁽⁶⁸⁾の適法性の維持に努めるわけであるが、それは、そのことは、結果的に、処分の受益者である第三者の権利を保持することもである。また、それについて、考えると、取消訴訟には、当事者として加わることはできないわけで、じぶんの権利が保持されるように、訴訟の追行を、行政庁に託し、せいぜい、「訴訟の結果により権利を害される」ことのないように、被告行政庁のがわに訴訟参加しかない。このような、被告行政庁と第三者の(実質的な)関係から、取消訴訟の被告行政庁は、係争行政処分の受益者である第三者の権利をめぐる争いの、第三者のための「訴訟担当者」であると認めることができる⁽⁶⁹⁾と思われる。

そうすると、第三者のための「訴訟担当者」である行政庁について、「弁論権をはじめとする当事者権が保障され、あらゆる攻撃防御を展開する機会が保障された」⁽⁷⁰⁾ことにより、実質的に、第三者についても手続保障がされたといえよう。それにより、第三者に権利を与えた処分を取り消す判決の既判力が、第三者にまで拡張されるとする論理的根拠が認められるといえよう。

たしかに、行政庁を(処分の名あて人である)第三者のための「訴訟担当者」と構成することには、違和感があるかもしれないが、第三者に与えられた処分の適法性もしくは有効性が、訴訟において徹底的に争われ、それにについて下された裁判所の判断が、処分の直接の当事者である第三者に、まったく意味をもたない——既判力が及ばないというの、そういうことである——とするほうが、よほど違和感があるといえるのではなからうか。

いじょうの考察により、係争処分により権利を得た(訴訟参加すべき)第三者は、民訴法一一五条一項二号により、取消判決の既判力の拡張をうけると考えられる⁽⁷¹⁾。

六 右のように、なんとか、訴訟参加すべき第三者に既判力が及ぶところまでは、論証できたと思われるが、

けつきよくのところは、「ドイツの解決方式」を、わが国の法制に應用することはできない。それは、わが国の右のような既判力の拡張の図式では、第三者の訴訟参加は、まったく、既判力拡張の要件とはされないで、この点で、訴訟参加させることにより既判力を拡張するというドイツの解決方式とは、前提が異なっているからである。それでは、第三者の訴訟参加は、第三者が既判力をうけることについては、まったく無意味であるかというところ、筆者には、そうは思われない。

もともと、既判力の基本にあるのは、その訴訟に「参加」した当事者は、自己の係争法律関係（訴訟物）について、力のかぎり主張・証明をつくし、その結果として、裁判所が公の權威をもった判断を下すのであるから、当事者のあいだの、この訴訟物に関する争いは、もはや、決着したのであつて、その当事者のあいだで争いがむし返されることはありえないという理屈である——この点で、実体法上、自動的、論理的に生ずる形成効^{II}第三者効とは異なる——。したがつて、ほんらい、訴訟手続に「参加」していない者や、その訴訟物に直接の関わりのない者は、既判力は及ばないはずであるが、その訴訟物が他人の法律関係であるという特殊な事情のもとでは、その訴訟物についての判断は、その他人がしよこまなければならぬという論理は、法が認めた、右の理屈の延長であるが、それにくわえて、その他人が訴訟手続に「参加」していれば、なおのこと、その判断をしよこまなければならぬというのも、右の理屈の延長であらう^(註)。

それでも、なお、第三者が訴訟参加したかどうかということとは、論理的に、形成効はもとより、（第三者にまで拡張された）既判力についても、問題になるものではないという反論に対しては、訴訟参加したことが、第三者のメンタリティーには、かなり影響を与えると考えられると答えるしかない。つまり、みづから訴訟に参加し、じしんの法律関係について主張・証明をつくし、それに対する裁判所の判断を、当事者とならんで、直接に言い渡されることは、第三者がその結果に納得し、それに従おうという心況になる契機になりうると、じゅうぶんに、考えら

れるからである。^{(註)(四)}

(88) 原告と第三者——新堂理論の取消訴訟への援用——

一 原告についての、第三者を訴訟参加させることの必要性の理論を考える場合には、「参加的効力」にまで、考察をすすめておくべきであろう。もちろん、民事訴訟理論で一般にいわれている参加的効力は、主たる当事者と(補助参加した)第三者とのあいだにのみ生ずる効力で、原告と第三者のあいだには生じないものであるが、近時の理論で、原告と第三者のあいだにも認めるべきであるというものがあり、そのなかに、本稿の考察において無視できない論点があるからである。

その理論を検討するまえに、民事訴訟の通説の説く補助参加と判決の効力(既判力、参加的効力)の関係を、もういちど、整理しておこう——以下、これを、「既判力と参加的効力の図式」とよぶ——。

〔民事訴訟の既判力は、訴訟当事者のみに及び、補助参加人には及ばない。これは、民事訴訟の大原則である。これに対して、第三者が補助参加したということにより、この者に及ぶ効力は、参加的効力とよばれるものである。これは、一般に、既判力とは異なるべつの効力で、補助参加人と(補助参加したがわの)主たる当事者のあいだにのみ生じ、補助参加人と相手方当事者のあいだには生じないとされている。その内容は、補助参加人と主たる当事者が、ともに、主張・証明をつくした争点についての裁判所の判断——判決主文および判決理由——は、(主たる当事者から補助参加人に対する)後訴において、(主たる当事者に対して)これと異なる主張をすることのできないという意味で、補助参加人を拘束する。〕

二 右の〔既判力と参加的効力の図式〕は、参加的効力は既判力とは異なるということ、前提とするものであるが、これに対する反省をせまられたのが、新堂教授である。新堂教授は、「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」と題する論文^{(註)(四)}のなかで、「第三者が現実に補助参加し被参加人とともに訴訟追行をした場合には、参加的効力

に類する拘束力を参加人と相手方当事者との間にも生じさせる必要はないであろうか」という命題を、提示された⁽⁸⁾。これは、まさに、いま、われわれが取消訴訟の原告と訴訟参加人の関係において行っている考察につきうるものであると考えられるので、以下、新堂教授の理論の分析とつき合わせるかたちで、取消訴訟における原告と訴訟参加人のあいだに、教授の主張されるような判決の効力を認めることができるのか、検討してみよう。

新堂教授の分析によると、参加的効力説が問題としていたのは、もつばら、主たる当事者が敗訴した場合の補助参加人に対する求償・賠償関係——後訴——で、その意味では、相手方と補助参加人との間の拘束力をはじめから否定した「射程距離の狭い理論」と評価せざるをえないとされる⁽⁹⁾。

たしかに、主たる当事者が敗訴した場合の、主たる当事者から補助参加人への後訴においてのみ生じるとされるだけの参加的効力であるならば、取消訴訟においては、参加的効力が生じる余地は、ほとんど、ない。なぜなら、取消訴訟では、第三者は、かならず被告行政庁のがわに訴訟参加することになるが、被告行政庁が敗訴したのちに、被告行政庁から第三者への後訴というものは、ほとんど、考えられないからである。

そして、新堂教授は、「八判決の基礎を作るのに自分も加わっていないながら、その結果は自分のせいではないといわせない」という信義則は、本来味方同士で働くよりは、相手方との間にこそ強く要請される筈のものであり、参加人と相手方——参加人の訴訟行為が向けられている者——との間にこそ、よりぴつたりと当てはまるといわなければならない⁽¹⁰⁾とされる。

この論理は、第三者に授益的な行政処分取消訴訟においては、よりつよく妥当するもののように思われる。取消訴訟において争われるのは、訴訟参加した第三者に権利・利益を与える行政処分取消訴訟の適法性であり、第三者が、被告行政庁のがわに訴訟参加し、ともに処分の適法性維持のために主張・証明をつくしたが、敗訴した場合に、行政処分の取消原因となる、なんらかの違法性が認定されたということだが、それは、第三者についていえば、

第三者が処分をうけるための要件に欠けるところがあったということである。そのことが明確に判決理由のなかに示された取消判決の言渡しを、第三者が、被告行政庁とならんで、うけておきながら、なお、処分は取り消されておらず有効であると原告に対して主張することは、信義則に反するといえるのではあるまいか。

三 参加効力は、民事訴訟において生成・発展した概念であるので、あたりまえのことであるが、前訴にひきつづいて、後訴が提起されるという、きわめて民事法的な法律関係が前提とされており、そのかぎりでは、これを、取消訴訟に援用する有用性は、すくないといえよう。しかし、新堂教授は、前訴に第三者を補助参加させ、前訴において、主たる当事者、相手方当事者、補助参加人の三者のあいだでエネルギーを費やすことで、後訴をまつまでもなく、問題の解決がはかられることを期待しうる、という論理も展開されている。

すなわち、相手方と補助参加人のあいだに、第二の訴訟が留保され、しかも、相手方と主たる当事者のあいだの判決の既判力は、この第二の訴訟には及ばないといっても、じつさいには、主たる当事者敗訴の判決は、第二の訴訟に決定的な影響をもつことは避けられないので、補助参加の利益をもつ第三者は、第一の訴訟に重大な関心をもたざるをえない。そこで、この者は、第一の訴訟に補助参加し、主たる当事者とともに、相手方当事者と争うことになるが、補助参加人にしても、両当事者にしても、ひとたび相当なエネルギーを消費して、たがいに争うからには、自分が勝ったときには、第三者に共通の争点については、その判決の判断を基準として、第二の訴訟を介するまでもなく、三者のあいだの法律関係が自主的に規律されていくことを、のぞむであろう。そして、この後日の紛争の回避という期待は、きわめて健全なものである。それは、じぶんが負けたときは例外だと主張することは虫がよすぎるという公平感覚を媒介にして、その争点に関する紛争の集約的解決をはかるといふ訴訟制度の目的にまで昇華すべき制度利用者の健全な期待といふべきである、というものである。⁽²⁰⁾

この論理の背後にあるのは、「争点効」の観念であり、参加効力は、一般に、判決理由中の判断に生じるとき

れているが、それこそが、参加的効力をして、補助参加人を（前訴）判決に服せしめるという機能的効力であらしめるもので、したがって、参加的効力の原理こそ、「争点効」を生みだす基盤であったとされる。⁽⁸⁰⁾

ただ、新堂教授は、この「争点効」と参加的効力には、微妙なちがいがあると考えておられるようである。

すなわち、争点効の基礎にあるのは、現実には、訴訟で主張・証明を尽くしたうえで、敗訴した場合には、じぶんでも、その争点を現実争った結果には、（信義則から）従うべきであるということであるが、参加的効力は、これだけにかぎらず、補助参加はしたが、主張・証明を尽くさなかったという場合にも、生じるという点で、争点効とは、発生の根拠を異にするというべきである、というものである。⁽⁸¹⁾

この論理は、取消訴訟には、きわめて有用である。前々項で分析したように、第三者が、かならず、被告行政庁のがわに訴訟参加する取消訴訟では、被告行政庁がした行政処分 of 適法性審査において、そもそも、第三者は、被告行政庁がする主張・証明以上のこと、あるいは、それ以外のことをなしうるのか、という根本的疑問があるが、この論理によれば、それでも、参加的効力が生じるということになりそうである。

そのことを、新堂教授の理論をふまえて、行政訴訟の論理において、論証してみよう。たしかに、第三者は、被告行政庁がする主張・証明以上のこと、あるいは、それ以外のことは、現実には、ほとんどの場合、なしえないであろう。しかし、取消訴訟において争われている（第三者に授益的な）行政処分の適法性審査というものの内容は、その第三者に処分を与えることが妥当かどうか、つまり、その第三者が処分をうける要件をみたしているかどうか、ということにはかならない。すると、その要件の充足については、ほんらいならば、それを否定する原告に正面から対峙して、第三者が、みずから、主張・証明しなければならぬことであるが、第一次的に、すでに、それに認めた行政庁が被告となるという取消訴訟の特殊構造から、処分行政庁が、第三者のための「訴訟担当者」として、もつぱら、主張・証明を行い、第三者は、訴訟参加しても、ただ、被告行政庁のよこに並んでいるだけで、

主張・証明は、ほとんど尽くさないというのが、ふつうであろう。

この、処分行政庁が、第三者のための「訴訟担当者」として、訴訟において、もっぱら、主張・証明を行うということのゆえに、前項で分析したように、第三者に既判力が拡張することが考えられるのであるが、それいがい、第三者が訴訟参加し、みずからの（処分をうけられるための）要件が、じつは充足されていなかったということが、じぶんの守護神ともいえる被告行政庁の努力にもかかわらず、そして、じぶんもそれを補うことができずに目のまえで、認定されてしまった場合には、（処分の取消判決が確定した）あとになって、その処分の有効性、および、それにもとづく現在の自己の権利を主張することは、信義に反し許されないという参加効力も生じると考えられる。

四 ここで、くりかえし確認しておかなければならないのは、取消訴訟で、第三者が訴訟参加したことにより、第三者に対して参加効力が生じるとしても、それが意味をもつのは、原告と第三者のあいだにおいてであつて、被告行政庁から第三者への後訴というものが考えられないからには、被告行政庁と第三者のあいだには、参加効力が生じる余地はないのである。そして、この、原告と第三者のあいだに生じる参加効力というものを、よくよく考えてみると、それは、原告が、（第三者に対する処分の取消しという）勝訴判決を得た場合に、そこで判断された、第三者が処分をうけるための特定の要件が具体的に充足されていないという事実と、それにより処分が取り消されたという結果を、第三者に「うむをいわずに」納得させるといふ、機能的効力にはかならないといえよう。

それは、実体的形成効理論において、実体法論理的に、第三者の不知・不参加のあいだに行われた訴訟における取消判決が、第三者にも及ぶと構成され、第三者からしてみれば、とつぜん、ぬきうちの、その訴訟の結果だけを甘受せよと迫られるのよりは、はるかに納得しうるものである。

つまり、このように現実的で、機能的な参加効力を原告が利用しようということのうちに、原告にとって、訴

訟参加することが必要であると考えられる第三者を、訴訟参加させる必要性が認められるのである。もちろん、これには、参加的効力が、原告と第三者のあいだにも生じることが、前提となる。民事訴訟理論では、この立場は、なお、一般に承認されたものとはいえないようであるが、行政訴訟においては、きわめて魅力のある、有用な論理であるといえるし、それが、なによりも、処分⁽⁸⁾の取消判決を勝ち得た原告の保護になるということのゆえに、行政訴訟のほうが、このような論理はうけいられやすいと思われる。そのことを論証すれば、以下のとおりである。

民事訴訟の通説が、参加的効力は補助参加人と相手方当事者とのあいだには生じないとする根拠をせんじつめれば、訴訟で争われている法律関係は、基本的に、補助参加人にとっては他人の法律関係であるので、それに対する既判力を、補助参加人に強いるのは不当であるということであろうが、行政処分⁽⁸⁾の取消訴訟では、その根本的なところで相違がある。つまり、そこで争われる法律関係というのは、まさに、訴訟参加する第三者じしんの法律関係であり、それに対する既判力を第三者に強いても、それは、けつして、不当ではないということである。

(c) 総括

一 この節のテーマである、(取消訴訟において)「なぜ、第三者が訴訟参加する必要性があるのか」ということを、論理的に解明するには、(取消訴訟では)「どのような第三者について、訴訟参加する必要性があるのか」を、まず、認識することが、前提となる。

そもそも、他人のあいだで争われている訴訟に、第三者が、訴訟参加していくことの契機になるのは、訴訟当事者のあいだで争われている実体的法律関係と、第三者の、実体的関わりであるということが、一般民事訴訟の理論分析により、あきらかになった。そして、その実体的関わりの「どあい」——それは、訴訟の結果により、どれだ

け、第三者が深刻な事態におちいるかということでもある——により、第三者が訴訟参加することの必要性が増大してくるということも、あきらかにされた。

行政処分取消訴訟においては、「どのような第三者について、訴訟参加する必要性があるのか」ということは、複雑な民事の法律関係を前提とする民事訴訟にくらべて、わりとかんたんに、客観的に、判明される。もつぱら、行政処分取消しを任務とする訴訟においては、まさに、取消しの対象となる処分との、第三者の実体的な関わり——法律関係関与性——の「どあい」により、第三者が訴訟参加することの必要性の強弱が示される。

その場合の基準となるのは、第三者の処分との法律関係関与性が、「消極的なもの」であるということと、「直接的なもの」であるということである。前者については、ようするに、処分が取り消されることにより、ただちに、「処分により与えられた」自己の法的地位が覆滅されるという深刻な事態におちいる関係にあるということである。後者については、端的に、処分の名あて人であり、(処分の)取消判決の名あて人にもなるということである。このいずれの基準にも欠ける第三者については、訴訟参加する必要性は認められない。

ぎやくに、両方の基準をみたす第三者には、つよく、訴訟参加する必要性が認められるが、そのような第三者は、まさに、二重効果的行政処分によつて規律される法律関係において、生じる。なぜなら、行政法上の法律関係と、取消訴訟の構造を考えてみるならば、このような第三者が認められるのは、ある行政処分が、名あて人にとつては、権利・利益を付与するものであるが、その反面として、一定の者の権利・利益を侵害するものであつて、その処分の取消しを、権利・利益を侵害された者が、求める訴訟において、権利・利益を付与されたものが、訴訟のそとにおかれるという場合であるからである。

したがつて、行政処分取消訴訟において、訴訟のそとにいる第三者を、なんとか訴訟参加させようとする法理を構築するにあつては、このような第三者を、おもに、念頭におき、そして、すくなくとも、このような第三者

についてだけでも、訴訟参加させるといふ法理をうちたてなければならぬであろう。

二 しかし、取消訴訟では、第三者が訴訟参加する必要性は、第三者じしんにおいては、じつは、さほどつよく認められない。

取消訴訟の基礎となる行政法上の法律関係においては、名あて人の申請に対して行政処分を行うときは、基本的に、行政庁が、職権で事実関係を徹底的に調査しなければならぬという、「調査義務」とも「職権探知原則」ともいえる構造的義務がある。もちろん、名あて人に授益的な処分では、処分の要件を証明するおおくの情報・資料を、名あて人が保有するのが通例であるが、なんとか処分を得たいと思う申請者(名あて人)は、処分に關わる情報・資料は、すべて、行政庁に提出するはずであるし、また、ここに、条理上、申請者(名あて人)には、処分に關わる情報・資料は、処分の要件の証明に必要なかぎりにおいて、行政庁に提出しなければならぬという、「協力義務」が生じると考えられる。したがって、理屈のうえでは、処分の要件の証明に必要なかぎりの情報・資料は、訴訟の段階においては、すべて、行政庁が保持していることになり、それがいに、べつの情報・資料——ある事実上の要件についての行政庁の証明が否定された場合に、おなじ要件を証明するもの——が、(処分の名あて人であり、訴訟参加した)第三者から、法廷に提出されるとは、考えにくいといえよう。もし、そういうことがあれば、それは、まさしく、申請者(名あて人)の、協力義務に違反する「うらざり」行為である。

また、そのように認定された事実関係の法的評価と、要件への「あてはめ」の正当性の主張についても、たかい法律的識見を有する行政官が、豊富な行政先例にもとづいて下した判断を、さらに一段たかいたところから、法的に論証することが、(処分の名あて人であり、訴訟参加した)第三者の、よくなしうるところであるとは、考えにくい。

第三者が他人のあいだの訴訟に訴訟参加する意味が、ほんとうにあるのは、主たる当事者が主張しえない、ある

いは、気づかない事実や論点を、第三者が主張しうる場合だけである⁽⁸⁵⁾ということを考えるならば、取消訴訟において、第三者が行政庁のがわに訴訟参加する必要性は、あまり認められないといえよう。

また、そのことは、とうぜん、被告行政庁にとっても、じぶんのがわに、(処分の名あて人である) 第三者が訴訟参加してくる必要性が、あまり認められないということの意味する。

三 取消訴訟において、第三者が訴訟参加することの必要性が、真に認められるのは、行政処分⁽⁸⁶⁾の取消しを求める原告においてである。

現行行訴法のしくみでは、行政処分を取り消す判決の効力は、(処分の名あて人である) 第三者が訴訟参加していなくても、第三者に及び、第三者は、遡及的に、処分による既得の権利・利益を失うことになる。これは、「取消し」という形成行為の一般実体法理論に適合するもので、それにより、原告の権利の救済は、論理的には、はかれることになる。行訴法三三三條の、取消判決には第三者効があるという宣言は、取消訴訟による原告の権利の救済を徹底することを明確化するものであったが、よく考えると、それは、あまりにも、形成効を過信するものであったといえよう。

行政処分⁽⁸⁷⁾の名あて人にとっては、その処分の取消しを求める訴えを、じぶんの知らないところで、第三者が提起し、そのまま訴訟が推移し、処分を取り消す判決が下されたのちに、とつぜん、その旨を知らされ、行訴法三三三條を示されて、処分は最初からなかったことになり、あなたの権利・利益は失われたので、(処分がなかった) 原状に回復するように努めてくださいと告げられても、にわかには承服しかねるといのが「ほんね」であろう。これは、形成効が、けつきよくは、実体法に根拠をおく効力であり、⁽⁸⁸⁾実体法の抽象的論理だけによつては、形成効が及ぶとする者を承服させる力がよわいということにほかならない。

そこで、その者を承服させるといふことで、実体法に根拠をおく形成効では希薄な部分を、訴訟手続に根拠をお

く、絶対的な効力であるという信奉のある「既判力」によって補おうと考えるのは、けつして、荒唐無稽いなことではないであろう。

四 ひとつの考えは、取消判決により自己の法的地位が覆滅されるという関係にある第三者に、既判力を拡張できないかというものである。

民訴法一一五条一項二号では、「当事者が他人のために原告又は被告となつた場合のその他人」にも、既判力が拡張されることが規定されている。その「他人」と法定代位関係にある、いわゆる「訴訟担当官」による訴訟追行があつたときに、実質的な訴訟当事者である「他人」に、とうぜんに既判力が及ぶ、というよりは、既判力が及ばなければ論理的におかしい、というものである。

この前提には、わが国の一般民事訴訟の大原則として、既判力は訴訟当事者のあいだにのみ生じることがあるが、それは、訴訟手続に参加して主張・証明を尽くさなかつた者に、判決の結果を承服させることはできないという観念にもとづくものである。しかし、その原則にもかかわらず、右のような関係にある第三者については、きわめて限定的な例外として、既判力の拡張が認められるのである。それが認められる基礎としては、ひとつは、訴訟で争われているのが第三者の法律関係であるということ、もうひとつは、第三者に代わつて、「訴訟担当官」たる者が訴訟追行をなすうる法的根拠があることである。

取消訴訟について、これらの点を検証してみると、(処分の名あて人である) 第三者に権利・利益を付与する行政処分の取消しが求められている訴訟では、一次的には、その処分の適法性審査が行われるわけであるが、実体は、第三者の法律関係が争われているとみることができる。また、このような訴訟の根底にあるのは、原告と第三者の対立的な法律関係であるが、行政法のしくみとして、処分が介在しているときは、原告と第三者のあいだの権利・義務関係に関する訴訟とはされず、原告は、行政庁を被告として、行政処分取消しを求めるといふ訴訟形式をと

るしかない。このときの、行政庁と第三者の関係をみてみると、行政庁は、まさに、処分により第三者に権利・利益を付与した者であり、訴訟において、その処分の適法性の維持に努めるということは、一種の第三者の「保護者」的地位にたつ者である。また、取消訴訟の構造上、第三者は、被告の地位にたつことはできないので、基本的に、自己の法律関係をまもるための訴訟進行は、行政庁に託するしかないのである。

いじょうのような考察から、第三者には、「あなたに権利・利益を付与した処分を行った行政庁が、あなたのために、処分の適法性を主張して戦いましたが、敗訴しましたので、処分が取り消されたことを承服してください」という意味の、既判力が拡張されるとみることができる。

しかし、右のような既判力の拡張による解決方式では、なお、第三者を承服させる力はよわいという見方もできる。それは、右の解決方式では、第三者が訴訟参加することは、既判力拡張の要件とはされない——第三者が訴訟参加しなくとも、既判力は、第三者に拡張される——ことから、第三者が、けつきよく、訴訟参加しなかった場合は、第三者がともに主張・証明を尽くし、ともに判決の言渡しをうけるということがないため、ほんらい、既判力をうける者が、判決に納得し、判決に服するということの根拠を欠くことになることなのである。

五　そこで、もうひとつの考えとして、第三者が訴訟参加することによって生じる「参加的効力」を、なんとか、活用できないかということが、うかんでくる。

ただ、民事訴訟理論において発展させられてきた参加的効力は、補助参加人が補助参加するがわの主たる当事者から補助参加人に対する後訴において、補助参加人と主たる当事者のあいだにのみ生じる効力であるとされており、そのかぎりでは、これを、取消訴訟に援用する余地は、ほとんどない。

しかし、一部の有力な主張として、参加的効力は、ほんらい、補助参加人と相手方当事者とのあいだで意義を有するものであるとされている。この論理の基礎は、補助参加人が、主たる当事者とならんで、主要な争点について、

主張・証明を尽くしたということにあり、それが「信義則」に結びつけられ、補助参加人は、判決の内容に反する主張を、もはや、相手方当事者に対してすることができないというもので、「争点効」の理論と根を一にするものである。

この理論は、民事訴訟においては、なお、一般に承認されていないようであるが、むしろ、取消訴訟においては、十分に認めうる土台があると考えられる。それは、まさに、取消訴訟の構造によるものであるが、それにくわえて、行政法上の争いは、もっぱら、取消訴訟によつて解決されるという、行政法のしくみがある。

行政法の法律関係でも、取消訴訟へ第三者の訴訟参加が問題となるような法律関係においては、もともと、原告と第三者のあいだの顕在的もしくは潜在的な対立関係が、基本にある。その解決が、ほんらいならば、原告と第三者のあいだの訴訟ではかられるべきものが、行政法のしくみでは、第三者に権利・利益を与え、原告の権利・利益を侵害した行政処分⁽⁶³⁷⁾の適法性を、原告と被告行政庁のあいだで争うという形式により、はかられるのである。

このような取消訴訟のなかで、原告が、もし、原告と第三者のあいだの法律関係の、真の、抜本的な解決⁽⁶³⁸⁾というもの⁽⁶³⁹⁾のぞむならば、第三者を訴訟に引き込み、第三者とも、処分の基礎にある法律関係について徹底的に争い、それに対する裁判所の判断をとらうけ、第三者には、その判断に反する主張を、もはや、させないという法理が保障されていないならぬ。この最後の部分に、第三者が、訴訟参加し、(被告行政庁とともに) 主要な争点について主張・証明を尽くしたという事実を根拠に、それに対する裁判所の判断に反する主張を、第三者がすることとは、もはや、できないという「参加的効力」を、原告とのあいだで認める理論を援用しなければならぬという必要性が、筆者が、取消訴訟においては、かかる理論を認める余地がおおいにあること⁽⁶⁴⁰⁾の論拠である。

六 取消訴訟が、公権力の行使により権利を毀損されたとする原告の救済を第一に考える制度であるとするならば、原告が苦心のすえに獲得した、処分を取り消すという勝訴判決の趣旨を貫徹する——現実に実現する——とい

うところまで「くふう」してやるべきであろう。

その判決の「あとしまつ」ということについては、これまでの行政法の一般的理解では、(処分の名あて人である)第三者に対しても、第三者効を定めた行訴法三三条により、すべて解決すると考えられてきた。ただ、その実体は、実体法論理にもとづく「形成効」であり、第三者を納得させる力がよわいものであることは、すでに述べたとおりである。しからは、訴訟上の絶対的効力である「既判力」を、(訴訟のそとにいる)第三者に拡張するといふことが、十分に考えられるということも、右に見たとおりであるが、これも、第三者が、じつさいに訴訟参加したうえで、直接に判決の言渡しをうけるという事実がなければ、形成効との差は観念的なものにすぎないということにならう。

そこで、第三者が訴訟参加し、みずからの法律関係に関わる争点について主張・証明を尽くしたということにより、それに対する裁判所の判断を承服し、そのあと、それに反する主張をすることができないという効力を導入する必要があると思われ、そこに、(原告の立場からの)第三者が訴訟参加する必要性が認められる、と思われるのである。

(49) 現行行政事件訴訟法二二条に規定された、わが国の「第三者の訴訟参加」は、ドイツの行政裁判所法—Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) von 21. 1. 1960, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 17. —六五条一項の「通常訴訟参加(Einfache Beiladung)」に相当すると考えられるので、合一的確定を基礎とする「必要的訴訟参加(Notwendige Beiladung)」の意味での「必要的」ということは避け、あえて、「訴訟参加する必要性がある」ということを用いた。

つまり、その意味は、ドイツの必要的訴訟参加の理論のように、第三者を訴訟参加させなければ、判決の効力を第三者に及ぼすことができないという前提のもとに、第三者とのあいだにも合一的に確定しなければならぬという法律関係において、第三者を訴訟参加させておかなければ、けっきよは、判決はなにびとに対しても効力をもたないという

意味で、第三者を訴訟参加させることが「必要的」というのではない。そうではなくて、第三者が訴訟参加しても、しなくても、判決の効力は第三者にも及ぶという前提のもとでも、判決の効力により、第三者の法的地位が、直接的に覆滅されるという関係において、第三者を訴訟参加させておく必要性がある——その理由および趣旨については、これから説明するが——という意味なのである。

ただ、注意しなければならないのは、ドイツ行政裁判所法六五条二項(必要的訴訟参加)の意味において「必要的」と判断される事例についても、わが国では、必要的訴訟参加という制度はないので、第三者が「訴訟参加する必要性がある」という概念でくくるしかないということである。

なお、ドイツ行政裁判所法六五条一項、二項の内容および趣旨については、新山「職権訴訟参加の法理(上)」成城法学六一号(二〇〇〇年)二六頁以下参照。

(492)

このことが、本稿のこれまでの考察であきらかにされてきた過程を、ここに整理・要約すると、以下のとおりである。ひとつのヒントは、ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加の理論の分析によつて、得られたものである。とくに、ドイツの行政裁判所の判例により発展されてきた「法律関係関与性」の理論が重要である。判例では、第三者の訴訟参加が必要的であるかどうかの判定基準として、この概念がひろく用いられてきた——参照、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)一一頁以下——。その内容は、原告の訴えの対象となる行政処分によつて規定される法律関係への第三者の関与性が、取消判決により(行政処分による)既得の権利が侵害されるという意味で、「消極的なもの」でなければならぬということと、取消判決の名あて人が第三者であるという意味で、「直接的なもの」でなければならぬということであった。それらの判例理論を分析した結論として、筆者は、「取消訴訟において、いかなる場合に第三者の訴訟参加が必要的となるかは、第三者の実体法上の地位——係争行政処分と第三者の関わり——によつて、示される。」というテーゼを提示した——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」成城法学六八号(二〇〇二年)三三頁——。

もうひとつのヒントは、ドイツ民事訴訟の判決の効力、すなわち、既判力の拡張と第三者効の理論の分析によつて、得られたものである。基本的に、判決の効力を訴訟当事者の範囲にせまく限定しようという力学が働く民事訴訟理論が、これらの効力を認めることに消極的であることは、筆者も理解しているが、筆者の興味をひいたのは、これらの効力の理論の基礎に実体法関係がおかれていることであつた。なぜに、訴訟外の第三者に判決の効力が及ぶかは、ひとつは、

当事者のあいだで争われている法律関係が、第三者と当事者のあいだの法律関係と先決関係にあるということ、もうひとつは、当事者のあいだで争われている法律関係が、まさに第三者の法律関係であるということ論拠とするものであった。これは、取消訴訟の理論に、かなり示唆的であるように思われる。なぜなら、取消訴訟への第三者の訴訟参加が問題となる事例のおおくは、第三者を名あて人とする行政処分取消しが求められたものであるからである——参照、新山「職権訴訟参加の法理（中）」成城法学七六三三号（二〇〇〇年）八二頁以下——。

さて、これらのヒントをふまえて、わが国の行政訴訟理論についていうと、前提として、取消判決に第三者効が制度的に認められており、第三者が訴訟参加しようがしまいが、第三者に判決の効力は及ぶ。通説は、そのこのうち、第三者の訴訟手続上の権利保護として、第三者を訴訟参加させることの意義をみいだそうとしている——参照、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）七二頁以下——。しかし、これは、よく考えてみると、第三者が「訴訟参加する必要がある」ことの理由にはなるが、このことだけからは、いかなる第三者が、いかなる場合に、「訴訟参加する必要がある」のかを、あきらかにすることはできない。第三者に判決の効力が及ぶということを、第三者が「訴訟参加する必要がある」ことの原因とするのであれば、とうぜん、第三者に判決の効力が及ぶ根拠となる「実体的法関係」が、いかなる第三者が、いかなる場合に、「訴訟参加する必要がある」のかを認定する基準とされるべきである。

- (493) ドイツにおける「二重効果的行政処分（行為）」の理論の発展史、および、その内容の本格的な研究として、石崎欣也「西ドイツにおける「二重効果的行政行為」論」（兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』（一九八七年）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）一号所収）一一二頁以下がある。これいぜんにも、二重効果的行政処分の概念について論じたものとして、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、東條武治「行政上の保全訴訟の研究序説（続）」——西ドイツにおけるいわゆる Dop-pelwirkung および Dritwirkung を伴う行政行為に対する仮の権利保護——大阪経済法科大学論集一号（一九七三年）一頁以下、阿部泰隆「抗告訴訟における仮救済制度の問題点（三）」判例時報六九七号（一九七三年）一〇八頁以下、萩野聡「複合的行政行為の特色」ジュリスト増刊「行政法の争点」（一九八〇年）八〇頁以下などがある。

- (494) 兼子（仁）博士は、フランス行政法理論の研究から出発されて、わが国の行政実体法、行政争訟法、教育法、地方自治法などの分野で、つねに卓越した解釈論を展開してこられたが、ポイント、ポイントで、ドイツの注目すべき理論を

参照された。二重効果的行政行為の理論も、そのひとつである。同「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)。

(495) もともと、ドイツで、二重効果的行政行為の理論が注目をあつめたのは、取消訴訟の原告適格の拡大論や仮救済論など、訴訟理論においてであった。この事情については、石崎・前掲三二二頁以下に詳しい。

(496) 兼子(仁)博士が、「利益処分」と「不利益処分」にならんで、「二重効果的行政処分」を、第三の行政処分の区分と位置づけられようとしているのは、それが、「利益処分」と「不利益処分」の両方の性質をあわせもつからであるという、もつともな理由によるものである——同・前掲二九二頁——。ただ、このことをよく考えてみれば、「利益処分」と「不利益処分」という区分は、いずれも、処分の名あて人にとつてのものである。それが、「二重効果的行政処分」は、反面が処分の名あて人に対する効果に着目したもので、反面が(処分の)第三者に対する効果に着目したものである。そういう意味で、従来の区分法からはみだすものであるが、このように、処分のそとの第三者にまで目を向けた区分法は、行政行為論から行政救済論へとひろがる幅ひろい考察にとつて、きわめて有益であつたと思われる。

(497) 兼子(仁)博士が、二重効果的行政処分の第一の類型として上げておられるのは、「問題なく二重効果的行政処分と見られるもの」である。それは、「法的に利害対立する複数の相手方を持つ行政処分」であるとされ、その例として、「公売処分」、「収用裁決」、「当選人決定」、「競争免許」を上げておられる。そして、博士は、これらの処分が、「問題なく」、二重効果的行政処分であるとする論拠として、「不利益をうけた相手方が提起した取消訴訟に対して、係争処分によって受益している相手方がいかに訴訟参加しうるか」ということを上げておられる。つまり、それが、「二重効果的行政処分であること」の争訟上のあらわれであるとしておられるのである。このことは、第三者が「訴訟参加する必要性がある」と考えられるような場合の基礎に、「二重効果的行政処分によって規定される法律関係があることを、博士も認識しておられたことを意味するものであろう。

博士が、二重効果的行政処分のもうひとつの類型として上げておられるのは、「建築許可」や「営業許可」などの警察許可処分である。これらの処分の二重効果性についても、訴訟論的考察により論証されている。すなわち、処分の名あて人に授益的な行政処分により、一定の者が不利益をうけるといふケースで、その「不利益」が、それらの者の(当該処分の取消しを求めるについての)原告適格を基礎づける程度の、法的利益もしくは権利として認められるときに、

その処分が、二重効果的行政処分といえるものである。

このことの論証において、兼子(仁)博士は、かなりたんねんに、ドイツの二重効果的行政行為の理論、公権の発展から原告適格の拡大論、ならには、必要的訴訟参加の理論をたぐられている。そこで参照されている論文は、Laubinger, Hans-Werner, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967—Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 65, Dorfner, Wolfgang, Verwaltungsakt mit Drittwirkung, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1963, S. ff. Wieseler, Willi, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967—Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 54, Steiner, Joachim, Das Verhalten der notwendigen Beiladung zur notwendigen Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozeß, 1974—Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 54, 及びある。このうち、ラウビンガーの理論は、本稿でもくわしく分析した——新山「職権訴訟参加の法理(下I)」成城法学十六五号(二〇〇一年)三頁以下——とおり、ドイツの二重効果的行政処分の基礎的で、古典的な理論となっている。また、シュテットナーの論文は、本稿のドイツの必要的訴訟参加の理論の分析において、もつとも頻繁に引用した文献のひとつである。

博士が上げられる、もうひとつの、二重効果的行政処分の興味ぶかい類型は、「行政処分第三者の訴えの利益が、特定個人の法益を超えて、不特定多数の地域住民の共通的生活利益に関しても問われるよう」な行政処分である。このような処分が二重効果的行政処分であることの論証も、また、不特定多数の者に拡大された原告適格を、ベースにするものである。もちろん、このよう範囲にまで原告適格が拡大されるものであるのかは、なお、疑問があるが、博士の論理では、この範囲まで、原告適格が拡大されることが可能であるということが前提とされている。以上について、兼子(仁)・前掲三〇一頁以下。

(498) 参照、注(497)。

(499) 実体法関係にもとづいてあきらかにされるということについては、注(492)を参照のこと。

(500) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下III)」七頁以下。

(501) Konrad, Horst, Die Notwendigkeit der Beiladung im Verwaltungsprozeß, BayVBl. (Bayerische Verwaltungsblätter) 1982, S. 485. 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下III)」八頁以下。

(502) Konrad, a. a. O., S. 483. 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下III)」九頁。

(503) このことについては、ドイツの判例の事例分析により、あきらかにしたところである。参照、新山「職権訴訟参加の

法理(下Ⅱ)一一七頁以下。

- (504) Konrad, aa.O., S. 486. 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」一一頁。
- (505) Konrad, aa.O., S. 486. 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」一一頁。
- (506) Konrad, aa.O., S. 486. 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」一一頁。
- (507) これについては、むかし、阿部教授が、第三者に取消判決の効力が及ぶ場合の例を、多数上げて整理しておられ——南博方編『注釈行政事件訴訟法』(一九七二年)二七六頁以下〔阿部泰隆執筆〕——、これを参考にさせていただいた。それから、本稿でしばしばとり上げている兼子(一)博士の論文の冒頭に提示された三つの例も、検討した。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)一〇一頁以下。これについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」成城法学六九号(二〇二年)三四頁参照。
- (508) 建築許可処分をうけた者は、それにより、個別に、建築禁止の状態を解除され、建造物を建築しうることになったという法的地位が、処分を取り消すという判決が下されることにより、覆滅されることになるので、その取消訴訟に「消極的に」関与しているといえる。また、建築許可処分に表示されている名あて人であるので、建築許可処分をうけた者は、その取消訴訟に「直接的に」関与しているといえる。
- (509) 営業許可処分をうけた者が、許可処分の取消しという法律関係に、「消極的に」かつ「直接的に」関与している図式は、注(508)と、まったくおなじである。
- (510) 指定解除処分をうけた者が、解除処分の取消しという法律関係に、「消極的に」かつ「直接的に」関与している図式は、注(508)と、まったくおなじである。
- (511) 免許処分をうけた者は、それにより、特定の事業をしようすることになったという法的地位が、処分を取り消すという判決が下されることにより、覆滅されることになるので、その取消訴訟に「消極的に」関与しているといえる。また、免許処分を取り消すという判決の実質的な名あて人は、いうまでもなく、免許処分に表示されている名あて人であるので、免許処分をうけた者は、その取消訴訟に「直接的に」関与しているといえる。
- (512) これは、兼子(一)博士が、本稿でくりかえし取り上げた論文——同・前掲一〇一頁以下——のなかで提示された事

例であるが、これについては、注(511)とおなじことがいえると思われる。

(513) 選挙に当選した者が、当選の取消しという法律関係に、「消極的に」かつ「直接的に」関与している図式は、注(511)と、まったくおなじである。

(514) 埋立免許処分をうけた者は、それにより、特定の事業をしようすることになったという法的地位が、処分を取り消すという判決が下されることにより、覆滅されることになるので、その取消訴訟に「消極的に」関与しているといえる。また、埋立免許処分を取り消すという判決の実質的な名あて人は、いうまでもなく、埋立免許処分に表示されている名あて人であるので、埋立免許処分をうけた者が、その取消訴訟に「直接的に」関与しているといえる。

(515) 占用許可処分をうけた者が、許可処分の取消しという法律関係に、「消極的に」かつ「直接的に」関与している図式は、注(514)と、まったくおなじである。

(516) 解除許可処分をうけた者が、許可処分の取消しという法律関係に、「消極的に」かつ「直接的に」関与している図式は、注(514)と、まったくおなじである。

(517) 事業認定をうけた者が、事業認定の取消しという法律関係に、「消極的に」かつ「直接的に」関与している図式は、注(514)と、まったくおなじである。

(518) 厚生労働大臣のする医療費値上げの職権告示は、本質的に、医療費負担者への不利益処分であり、医療関係者を名あて人とする授益処分ではない。つまり、医療費負担者の権利が侵害される分だけ、医療関係者が受益するということがある。処分が取り消されれば、医療費負担者の権利は回復されるが、医療関係者の受益分は失われる。そのかぎりでは、医療関係者が取消訴訟に訴訟参加する必要性が、まったくないとはいえない。ただ、問題は、あまりにも受益者の数がおおいことで、どの範囲で訴訟参加を認めるかという、むずかしい問題が残される。

(519) 本質的にマイク使用者に対する不利益処分であるものに、受益者がいるという関係は、(518)とおなじである。ただ、いちおう大学構内にある者という範囲に限られる受益者も、いろいろな種類の者——研究者、学生、職員等々——があり、どのような者について、どの範囲で訴訟参加を認めるかという、むずかしい問題が残される。

(520) 本質的に狩猟者に対する不利益処分であるものに、受益者がいるという関係は、いちおう、(518)とおなじに考えることができよう。ただ、そもそも、実際に、どのような者が、(法的利益として)受益しているのかは、疑問である。

(521) これは、兼子(一)博士が、本稿でくりかえし取り上げた論文——同・前掲一〇一頁以下——のなかで提示された事

例である。

(522) これは、兼子(二)博士が、本稿でくりかえし取り上げた論文——同・前掲一〇二頁以下——のなかで提示された事例である。

国税徴収法——昭和三四年四月二〇日法一四七——のしくみによれば、国税の滞納者に対しては、その財産が差し押えられる(四七条)。これが、滞納処分である。そして、差押財産を換価するためには、公売に付さなければならぬ(九四条)が、これは、公売に付するという公告によって行われる(九五条)。これが、公売処分である。そして、入札、せり売り等で決定した「最高価申込者」に対して、売却決定が行われる(一一一条、一一三条)のである。

(523) 自作農創設特別措置法——昭和二年一〇月一九日法四三——のしくみによれば、同三条に規定する「農地」を、市町村農地委員会が定める「農地買収計画」にもとづき(六条)、政府が買収するとされる(三条一項)が、処分としては、地方長官が、当該農地の所有者に対して「買収令書」を交付するというかたちで行われる(九条)。これが、買収処分である。

そして、買収した農地を、政府は、市町村農地委員会の定める「農地売渡計画」により(一八条)、一定の資格のある小作農に売り渡す(一六条)が、処分としては、地方長官が、売渡しの相手方に対して「売渡通知書」を交付するといふかたちで行われる(二〇条)。これが、売渡処分である。

(524) 国税の滞納者に対して滞納処分が行われた——注(522)参照——ときは、差押財産を換価しなければならないが、これには、国税徴収法一〇九条で、公売に付するいかに、随意契約によることも認められている。

(525) したがって、この場合の第三者は、当該不利益処分の取消訴訟において、処分の取消しを求める原告のがわに補助参加することになるが、処分による既得の権利が取消判決により害される者にも、訴訟参加の利益を認めていると考えられる行訴法二条による訴訟参加はできない。この解釈論については、南川高橋滋「条解行政事件訴訟法〔第2版〕」(二〇〇三年)三六七頁〔新山執筆〕参照。

(526) 田中博士の、この論理の基礎となっているものは、いうまでもなく、行政行為の「公定力」の理論である。田中博士は、行政庁の第一次判断に公定力があることが、抗告訴訟の前提となっているとされている。田中二郎「司法権の限界——特に行政権との関係——」(同『司法権の限界』(一九七六年)所収、初出は、『杉村章三郎先生古稀記念』公法学研究(下)〔一九七四年〕三二頁。

(527) 田中・前掲三一頁。ただ、田中博士が、行政庁の「第一次判断」という概念をもちだされて、この論文を書かれた趣旨は、当時たかまつていた、無名抗告訴訟のひとつとして、「義務づけ訴訟」を認めるべきであるという論議に対抗して、原理的に、行政処分を行うかどうか、どのような行政処分を行うかは、第一次的に、行政庁が決めることであるということ強調されることにあった。

(528) わが国における行政手続法の生成過程においては、はじめから、「聴聞」・「告知」が、もつとも重要な原則であると考えられ、そのあとの理論の発展により、「処分」理由の付記も、おなじく、重要であるとされるにいたったが、いっぽうで、行政庁の調査の領域にまでふみこんで手続規制するという試みは、ついに、行われなかった。たとえば、現行政手続法——平成五年一月一日法八八——制定のはるかまえに書かれ、そののちの同法の制定にも影響を与えたと考えられる、杉村敏正「行政手続〔現代法学全集11〕」（一九七三年）でも、もっぱら、「聴聞」・「告知」のみが論じられ、「職権調査」あるいは「職権探知」といった用語は、いっさい、でてこなく。

(529) *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. 5. 1976, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 1253.*

(530) ドイツ行政手続法における職権探知原則の研究については、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則（一）」自治研究六八巻（一九九二年）九号三三頁以下、「同（二）」六八巻十一号一六頁以下、「同（三）」六九巻（一九九三年）二号一六頁以下、「同（四）」六九巻三号二〇頁以下、「同（五）」六九巻四号一七頁以下、「同（六）」六九巻五号四六頁以下、「同（七）」六九巻九号三四頁以下、「同（八）」六九巻二二号六二頁以下があるので、参照いただければ、さいわいである。

(531) 二四条一項の原則をうけて、同法二六条一項に、かなり具体的な内容が規定されている。すなわち、「行政庁は、裁量により (*nach pflichtgemäßen Ermessen*)、事実関係の調査に必要と思われる証拠を、採用する。(一) 行政庁は、とくに、あらゆる態様の情報を収集することができる。(二) 行政庁は、とくに、関係人から事情聴取し、証人や鑑定人をして、あるいは、関係人、鑑定人および証人の書面による陳述を収集することができる。(三) 行政庁は、とくに、文書および書類の提出を求めることができる。(四) 行政庁は、とくに、実地検証を行うことができる。」というものである。

(532) 同条の立法理由については、ドイツ連邦共和国政府草案——Gesetzentwurf der Bundesregierung / Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), BT-Dr. (Bundestags-Drucksache) 7 / 910, S. 48f.——によれば、「職権探知原則によれば、民

事訴訟で支配的な当事者主義や処分権主義と異なり、行政庁は、みずから、調査の態様および範囲を定めることができる。職権探知原則は、真実の事実関係の確定という公益が、関係人の私的利益に優先するということに根拠をおいているが、それいじょうに、行政手続では、職権探知原則が、法治国の要請にもつとも適合するということが根拠になる。なぜなら、ただししい決定が行われるためには、事実関係の完全で適切な解明が不可欠であるからである。職権探知原則は、他の法律で、手続の関係人に協力義務が課せられることにより、制限されることがある。たとえば、職権主義にもとづく事実関係の調査は、効果との関係で、行政庁にそれいじょうの努力を期待できないときに、限界が生じる。行政庁が、事実の解明について期待されるあらゆる努力をしたにもかかわらず、なお、疑いが除去されない場合にどうなるかについては、二〇条および二二条は、なにも規定していない。」と説明していた。

なお、右の趣旨説明にある二〇条および二二条は、そのあと制定されたドイツ行政手続法——注(528)参照——では、職権探知原則を定めた二四条、関係人の協力義務を定めた二六条に、対応している。

(533) ドイツ行政裁判所法——注(534)参照——に規定された職権探知原則の性格、内容、これをめぐる学説・判例の理論展開については、新山「西ドイツにおける職権探知原則」(『雄川一郎先生猷呈論集』行政法の諸問題(下)』(一九九〇年)所収)二四二頁以下参照。

(534) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. 1. 1960, BGBl. I S. 17.

(535) ドイツ行政裁判所法——注(534)参照——八六条一項は、「裁判所は、職権により事実関係を調査し、その場合には、関係人を立ち会わせなければならぬ。裁判所は、関係人の主張および証拠の申し出に拘束されない。」と規定しているが、その一文前段および二文に、行政手続法——注(529)参照——二四条一項が、対応して規定されたのである。

(536) このような、行政庁の真実の事実関係の探知義務の根拠は、法治国原理であり、行政手続法二四条一項の規定内容は、「法治国原理の表現であり、とりわけ、行政の法適合性の原則の表現である」とされている。Kopp, Ferdinand O. = Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8 Aufl., 2003, Rdn. 1zu Art. 24.

また、行政作用の、法への一致は、とりわけ、正当で完全な事実関係の解明にかかっているからであるという説明もなされている。Meyer, Hans = Borgs-Maciejewski, Hermann (Meyer = Borgs), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2 Aufl., 1982, Rdn. 1 zu Art. 24, Obermayer, Klaus, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3 Aufl., 1999, Rdn. 8 zu Art. 24.

参照、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則(二)」二七頁以下——注(1)——。

(537) 職権探知原則じたいが、ひとつの理念を定めた原則であるので、このような内容を第一に掲げることとは、とうぜんである。しかし、その、あまりに理念的で抽象的な内容のゆえに、ドイツの行政法理論のなかでは、これに、批判的分析がくりかえされてきた。

ふるくは、ルーマンによる問題提起で、「行政庁は、つねに、「不完全な」情報しか入手できず、一部の事実を把握できないまま、決定しなければならない。それは、それ以上の情報を、行政が入手していないというだけではなく、それ以上の情報を入手するには、あるいは、そもそも、それ以上の情報が存在しているのかあきらかにするには、とてつもない労力を要するという理由によるものである」というものである。Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, S. 213.

かかるルーマンの見解に対して、そのような情報入手のコストを理由とした調査労力の軽減化はゆるされないと反対するウレの立場——Ule, Carl Hermann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, VwArch. (Verwaltungsarchiv) Bd. 62 (1971), S. 126.——、行政庁の行う事実関係の調査は、「必要性 (Erforderlichkeit) と相応性 (Angemessenheit)」の要請のみ拘束されると賛成するヴォルフシュトパーの立場——Wolff, Hans J. = Stober, Rolf, *Verwaltungsrecht* III, AufI., 19, S. 284.——などについて、くわしくは、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則 (二)」二五頁以下参照。

また、ドイツの行政法理論で、行政手続における行政庁の職権探知義務の限界については、ペスタロッツァとベルクの、熟考に熟考をかさねた緻密な分析があり、筆者は、ふかく感銘をうけた。

Pestalozza, Christian, *Der Untersuchungsgrundsatz, in Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, 1977, S. 185 ff. Berg, Wilfrid, *Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren*, DV (Die Verwaltung) 1976, S. 161ff.

これらの論文のくわしい内容分析については、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則 (五)」一七頁以下、「同 (六)」四六頁以下、「同 (七)」三四頁以下、「同 (八)」一六二頁以下参照。

(538) 「行政手続は、行政庁が主宰する」。この、いわば、自明の行政手続原則については、とくに、わが国の現行行政手続法には規定されていない。しかし、同法制定いぜんの議論において、この原則に論及されたことがある。

たとえば、田中館照楠『セミナー行政法〔全訂版〕』一九八二年、二七六頁以下では、現行法を分析すると、行政手続を主宰する主宰官を、行政庁とするもの、指名 (行政庁) 職員とするもの、審理官とするものがあるが、行政庁とするものが、もっともおおいとされていた。

また、青木康『行政手続法指針(新版)』(一九九一年)二九四頁では、行政庁が、処分手続の主体となることはいうまでもなく、行政庁は、当事者として手続に参加することもあるが、おおくの場合は、手続の主宰者としての主体たる地位にたつとされていた。

ドイツ行政手続法では、とくに、行政庁が行政手続を主宰するとか、もつぱら、行政庁のイニシアティブで手続が進められるというような規定はおいていない。しかし、行政手続法草案——注(52) 参照——の立法趣旨説明で、二六条二項に関連して、「行政庁が意思決定のために行う調査手続では、関係人は手続の当事者ではない」と明言している。BT-Drucks 7/910, S. 50.これについて、くわしくは、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則(二)」一九頁参照。

(53) Meyer = Borgs, a. a. O., Rdn. 1 zu Art. 24.

(54) 行政手続法——注(52) 参照——二四条には、「行政手続で自由心証主義が妥当するとは規定していないが、コップ＝ラムザウアによれば、自由心証主義の原則は、職権探知原則から導き出される必然的な結論であるとされる。つまり、行政庁は、決定にとって重要な事実関係の確定に要求される事実や推論の評価・検討において——証拠採用の結果の評価・検討のみならず、書類の内容、関係人の申立て、個人的な印象、持ちこまれた情報、職務上の知識の評価・検討も——、自由でなければならぬ」ということである。Kopp = Ramsauer, a. a. O., Rdn. 30ff. zu Art. 24.

参照、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則(二)」二二頁。

(51) このことは、とくに、ドイツの行政訴訟理論において、強調されているところである。すなわち、訴訟関係人は、証明が不備であることによって、あるいは、怠惰であることによって、行政訴訟でただちに不利益をうけるものではない。

なぜなら、公益に関わる行政訴訟では、裁判所に見、実体的真実を解明する単独責任があるからである、というような説明が一般になされてくる。Baur, Fritz, Einige Bemerkungen zur Beweisverteilung im Verwaltungsprozess, in: Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 287.これについて、くわしくは、新山「西ドイツにおける職権探知原則」二四八頁以下参照。

(52) 行政手続における証明責任については、ドイツの理論では、つぎのように理解されている——Kopp = Ramsauer, a. a. O., Rdn. 46ff. zu Art. 24. Ule = Laubinger, Hans-Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl., 1986, S. 201f. Meyer = Borgs, a. a. O., Rdn. 2 zu Art. 24. Obermayer, a. a. O., Rdn. 83f. zu Art. 24. Stelkens, Paul = Bonk, Heinz Joachim = Sachs, Joachim, Verwaltungsverfahrensgesetz, Aufl., 200, Rdn. 5 zu Art. 24. —。

① 授益的行政処分の基礎となる事実が証明されなかったことは、原則として、申請人など手続関係人の負担に帰す

る。

- ② 侵害的行政処分の基本となる事実が証明されなかったことは、原則として、行政の負担に帰する。それが、行政庁の裁量に属する行政処分であっても同様である
- ③ 権利や権限を主張する者は、請求権の基本となる事実について証明責任をおり、権利や権限を否認する者は、請求権の成立を妨げる事実について証明責任をおう。
- ④ 授益的行政処分の取消手続においては、その授益的行政処分の違法性に関する事実の証明について、行政庁が責をおう

⑤ 申請人に授益的行政処分の申請手続において、請求権が認められるための要件が、行政庁の確信にいたる程度までに確定されなかった場合は、そのことは、申請人の負担に帰する。

(543) Meyer = Borgs, a. a. O., Rdn. 4zu Art. 24.

ただ、証明責任との関係でいえば、関係人が協力義務をはたさないということで、行政庁の証明責任が免じられるわけではなす。

一般にいわれているのは、事実関係の解明に対する手続関係人の協力が可能であり、期待しうる場合に、協力しない場合の効果について、行政庁から示唆されたにもかかわらず、関係人が協力義務をはたさなかったときは、そのことは、証拠の評価において考慮されるが、そのことよって証明責任の転換が生じるわけではないということ。また、事実関係の解明に対する手続関係人の協力義務が期待できない場合でも、証拠の評価において、関係人が協力しなかったということが、関係人の負担に帰せられるわけではないということ。また、関係人の過失により事実関係の解明が不可能になった場合でも、証拠の評価において、関係人が協力しなかったということが、関係人の負担に帰せられるわけではないということである。

Kopp = Ransauer, a. a. O., Rdn. 46ff. zu Art. 24. Ule = Laubinger, Hans-Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl., 1986, S. 201f. Meyer = Borgs, a. a. O., Rdn. 2zu Art. 24. Obermayer, a. a. O., Rdn. 83f. zu Art. 24. Stekens, Paul = Bonk, Heinz Joachim = Sachs, Joachim, Verwaltungsverfahrensgesetz, Auf. 200, Rdn. 5 zu Art. 24. —。

くわしくは、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則(四)」二三頁以下を参照された。

なお、ドイツの税務訴訟および税務手続における証明責任の研究で、関係人が協力義務をはたさなかった場合の行政

庁の証明責任の問題について、きわめてレベルのたかい緻密な分析が行われているものとして、木村弘之亮「租税証拠法の研究」(一九八七年)二〇一頁以下および二五五頁以下がある。

(544) 行政手続法——注(529) 参照——二六条二項の立法趣旨については、同法草案——注(532) 参照——で、つぎのように述べられている——Br Drucks. 7/10, S. 49f.——。

「行政庁は、関係人の協力なしには、完全に事実関係を解明することが困難な状態に、しばしば、おかれるので、関係人は、ただししい決定を得るとい利益のために、事実関係の解明に協力するものとする。ただ、協力の一般的強制は規定されていない。というのは、関係人には、行政手続において、みずからの立場をわろくしたり、その他、負担を被ることになるような事情の釈明を、強制することはできないからである。しかし、二項一文および二文は、行政庁が、関係人の協力がなかったことを、証拠の評価のさいに考慮することができるとしているので、意味のないものではない。さらに、協力がなされないということとは、民法二五四条の枠内の職務違背にもとづく損害賠償請求や、行政行為の取消しにもとづく損失補償——行政手続法四四條二項および三項、四五條三項——、行政裁判所法一五五條五項による訴訟費用の決定においても、意味をもつ。」

なお、右の草案で、行政手続法四四條、四五條とされているのは、現行行政手続法——注(529) 参照——では、四八條、四九條に相当する。

(545) しかし、ペスタロツツアは、行政庁の調査義務は、関係人の協力義務が始まるところで、停止するものではなく、けつして、ないということ強調する。その論理は、事実関係は公益において解明されなければならないのであって、それは、法適合性の原則から導き出される職権探知原則の要請によるものであるというものである。Pesalozza, a. a. O., S. 192f.

また、ベルクは、関係人の協力義務は、行政手続においては、相対的、段階的であるとしている。すなわち、それは、行政手続法に規定されている記帳義務、保存義務、標記義務、報告もしくは情報提供義務、文書提出義務、個人の出頭義務、実地検証・搜索の受忍義務、身体検査をうける義務等であるが、これらの義務が、国民にとって段階的であるということとは、行政庁にとつても、調査する権利もしくは義務が可変的であるということの意味するものである。Berg, a. a. O., S. 172.

なお、ペスタロツツア、ベルクのこの論理、および、その分析については、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則(一六)」四六頁以下を参照されたい。

(546) 授益的行政処分では、処分を求める国民のがわに、処分の基礎となる事実関係を証明する文書、資料等が存在するので、ふつうであるので、よりつよく協力義務が求められる。そこで、ドイツでは、個別法で、より厳格な協力義務の規定がおかれている。たとえば、社会給付の一般法である、第一社会法典——*Sozialgesetzbuch (SGB) I - Allgemeiner Teil* vom 11. 12. 1975, BGBl. I S. 3015——は、六〇条ないし六五条で、詳細で具体的な「関係人の協力義務」の内容が規定されたうえで、六六条一項で、「社会給付の受給を申請する者あるいは社会給付を受給している者が、六〇条ないし六二条、六五条に規定された協力義務をはたさず、そのために、事実関係の解明がいちじるしく困難となった場合には、給付行政庁は、ただちに調査をうちきり、おって協力義務がはたされるまでのあいだ、給付の要件が証明されなかった範囲で、給付の全部または一部を、拒否ないしは停止することができる。このことは、社会給付の受給を申請する者あるいは社会給付を受給している者が、その他の方法により、事実関係の解明をいちじるしく困難ならしめた場合にも準用する。」と規定している。

また、これとはべつに、社会給付の一般行政手続法——である、第一〇社会法典——*SGB X - Verwaltungsverfahren* vom 18. 8. 1980, BGBl. I S. 1469——二二条二項に、「行政手続法——注(529)参照——二六条二項とほぼ同内容の「関係人の協力義務」の、一般抽象的な規定がおかれている。

これらの法典のくわしい内容、および、その分析については、新山「ドイツ社会行政手続法における関係人の協力義務」(『成田頼明先生横浜国立大学退官記念』国際化時代の行政と法(一九九三年)所収)三二一頁以下を参照されたい。

(547) これについて、ドイツ社会(行政)法では、理念的には、ブライの、つぎのような説明が、一般的である。

すなわち、社会給付法律関係では、社会給付受給申請者等の申請に対して給付が行われるが、申請による給付については、より厳格な、行政の法への拘束が認められ、これに給付名あて人のつよい法的地位が対応しているが、逆に、法の指定する要件が証明されない部分には、行政は、給付することができないし、してはならない、というものである。

Bley, *Helmar, Sozialrecht*, 6. Aufl., 1989, S. 54.

ただ、この場合、関係人の協力義務との関係で、ドイツ社会法理論でいわれていることは、社会給付受給申請者等が協力義務をはたさなかったことにより、けつきよく、受給要件が証明できなくなつたという、因果関係が証明されなければならぬといふことである——Meydell, Bernd von = Ruland, Franz, *Sozialrechtshandbuch*, 1988, S. 275。——。そして、給

付されないという、サンクシヨンの効果は重大であるので、手続的正義の見地から、行政庁が、関係人に協力義務を求める場合には、あらかじめ、その協力の趣旨、および、その協力義務がはたされない場合の効果について、関係人に通知しておかなければならないということも、一般にいわれている——Jahn, Kurt, Sozialgesetzbuch <SGB> für die Praxis, Rdn. 7zu Art. 66—。

なお、これらの見解について、くわしくは、新山「ドイツ社会行政手続法における関係人の協力義務」三五六頁を参照されたい。

(548) これについては、現実的で興味おかい、マルテンスのつぎのような指摘がある。

すなわち、社会給付のように、大量に発生する似たような事件にあつては、行政が、個々の事件の特殊性を追求していくには、おのずと限界があり、社会給付行政手続が、ある程度、規格化されてもやむをえず、したがって、行政は、社会給付受給申請者等から申告された事実だけを、唯一の情報源として、それにより断片的に知った事実関係についてのみ、給付決定を行う傾向にある。というものである。Martens, Joachim, *Übereinstimmung, Unterschiede und Wechselwirkung zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht, SGB. (Die Sozialgerichtsbarkeit)* 1990, Heft 6, S. 220.

なお、この見解について、くわしくは、新山「ドイツ社会行政手続法における関係人の協力義務」三五六頁を参照されたい。

(549) たとえば、ある特殊な営業を行おうとする者は営業許可をうけなければならない、という行政法規が存在し、その要件として、一定の設備・施設をそなえていること(物的要件)と、一定の資格をもった者を雇っていること(人的要件)が規定されているという場合に、その営業主に与えられた営業許可処分取消訴訟が提起され、その人的要件の認定の違法性が主張されたという事例について、考えてみよう。

行政庁は、申請にさいしての、営業主からの、法定の資格を有するAという者を雇っているという申告にしたがつて、職権で調査したところ、たしかに、Aについては法定の資格があることが確認されたということで、営業許可処分を行った。ところが、訴訟において、原告からの証明により、Aには、その営業主に雇われているという実態がないということが、あきらかになった。このときに、とつぜん、(訴訟参加していた)営業主が、じつは、じぶんのところには、(処分申請のときから)べつに、Bという資格を備えた者が雇われている、というような主張をすることが、現実に入りうるであろうか。

かかる主張を、もし、営業主が、訴訟においてしたとしても、それは、かなり「あやしい」はなしである。現実には、営業許可処分をうけようと必死の者が、いっぽうにおいて、Aからの名義貸しという違法行為までしておいて、もういっぽうで、適法にBという資格を備えた者を雇いながら、それを、営業許可処分の申請で、申告しなかったというようなことは、常識では理解できないというほかはない。

通常は、なんとか自己に授益的な行政処分をうけようとする者は、その要件の充足を証明する事實は、すべて、行政庁に提示するはずである。

(550) 小早川「調査・処分・証明」(雄川一郎先生献呈論集「行政法の諸問題(中)」(一九九〇年)所収)二四九頁以下。

この小早川教授の、古典的ともいえる論文は、ドイツの行政手続理論を参照されたものではないが、行政手続で行政庁がはたすべき事実関係係明義務の論理的分析のレベルにおいて、ドイツの理論に勝りこそすれ、けつして、劣るものではない。

(551) 小早川「調査・処分・証明」二六七頁。この論理には、ドイツの行政手続理論では、ペスタロツツアの論理が対応している。すなわち、行政手続において、どこまで、行政庁の職権探知義務があるかという考察において、ペスタロツツアは、行政庁の「疑念」という概念を「きめて」としている。ようするに、行政庁は、基本的に、手続に関わる行政事件において、法に当てはめられるべき事実関係のすべての本質的要素が認定されているかについて、疑いがあるときに、調査を行うものである。職権探知原則との関係でいうと、行政庁が疑念をいだくかぎりでのみ、行政庁は探知する必要があるというものである。Pestalozza, a. a. O., S. 193f. なお、ペスタロツツアのこの論理、および、その分析については、新山「ドイツ行政手続法における職権探知原則(六八)」四九頁以下を参照されたい。

(552) 小早川「調査・処分・証明」二六八頁。

(553) 小早川「調査・処分・証明」二六八頁。行政庁のこのような義務は、行政処分が發布されるまでの行政手続で終了するものとは、小早川教授は考えておられない。すなわち、処分段階での行政庁による事実の調査検討が不十分であれば、行政不服審査段階での行政庁の事実の再調査検討によって補われるべきであるとされている——同書・二六九頁——のである。

処分の基礎となる事実関係の解明について職権で探知する義務をおう行政庁が、行政処分の適法性が問題とされる取消訴訟においては、基本的に、処分の適法性について証明責任をおうという立場にたつ筆者は、小早川教授の、このよ

うな、行政不服審査段階まで行政庁の調査義務が延長されるという考えを支持したい。

(554) 小早川「調査・処分・証明」二六九頁。この論理の背景には、わが国の行政訴訟では、裁判所の職権探知というものがなく、もっぱら、当事者主義的な訴訟運営が行われていることがあるということも指摘されている。

(555) 小早川教授にあつては、行政処分じたいが、一般に、立法を誠実に執行し、その趣旨を個々の事案において実現すべき行政庁の任務の遂行として行われると観念されている。小早川「調査・処分・証明」二六六頁。

(556) 小早川教授の取消訴訟における証明責任論の基本は、「取消訴訟においては、行政庁の当該関係人に対する調査義務の範囲で、処分を適法ならしめる事実が合理的に認定可能であることが説明されなければならず、この説明がないかまたは不十分であるときは、その処分は適法とされてはならない」というテーゼのなかに、示されている。小早川「調査・処分・証明」二七一頁以下。

(557) 新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」成城法学七一号(二〇〇四年)四一頁参照。

(558) これは、あたりまえのことであるが、取消訴訟では、第三者の実体法上の地位が直接に問題とされるわけではなく、処分の適法性審査をとおして、処分を取り消すべきかどうかの問題とされるので、処分を存続させることで自己の既得の権利が覆滅されることを免れようとする第三者は、処分の適法性を証明することに務めなければならない。

(559) 参照、注(549)。

(560) 旧民事訴訟法——明治三三年四月二日法二九——一三七条では、「攻撃又ハ防禦ノ方法ハ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外口頭弁論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得」として、いわゆる「随時提出主義」の原則を規定していた。それが、新民民事訴訟法——平成八年六月二六日法一〇九——一五六条では、「攻撃又は防禦の方法は、訴訟の進行状況に應じ適切な時期に提出しなければならない。」と改められるにいたった。

その改正の趣旨について、新堂「新民民事訴訟法(第二版)」(二〇〇一年)四〇一頁では、随時提出主義を純粋なかたちで実施すると、争点がいつまでも定まらず、証明すべき事実をあきらかにしないまま証人尋問に入るなど、散漫な審理にながれるおそれがあるので、争点・証拠の整理段階と証人・当事者本人の尋問の段階とを区分けし、当事者が攻撃防禦の方法の提出を前段階においてつくすことを期待したものであるとされている。そして、新堂教授は、新法の立場を「随時提出主義」と称されている。

このあたらしい「随時提出主義」の原則で、行政処分の取消訴訟を見なおしてみると、ますます、被告行政庁は、行

政処分 of 適法性の証明のために、早めに、適切な時期に、効果的な資料をまとめて提出し、争点・証拠の整理につきさなければならぬことになる。

(561) 現行民事訴訟法一五六条の「適時提出主義」の原則——注(560)参照——のもとでは、さらに、被告行政庁は、適切な時期に、効果的な資料を提出できるように、争点・証拠の整理をつくした計画をたてなければならないということになる。

(562) 取消判決の効力をうける者が、取消訴訟に訴訟参加するときは、(民事訴訟でいえば)共同訴訟的補助参加人となるということ、理論的にあきらかにされたのは、雄川一郎博士である。同『行政争訟法(法律学全集9)』(一九五七年)一八一頁以下。なお、このことについての分析は、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)三二頁以下参照。

(563) ドイツ民事訴訟法学において発展した「共同訴訟的補助参加」の理論については、新山「職権訴訟参加の法理(中)」六九頁以下参照。なお、わが国の民事訴訟法では、いまだに、共同訴訟的補助参加の規定はないが、ドイツ民事訴訟法(ZPO)では、六九条に規定されている——「主訴訟の判決の確定力が、補助参加人と相手方のあいだの法律関係に、民法の規定により有効に及ぶ場合は、補助参加人は、六一条の意味において、主たる当事者の共同訴訟人とみなされる。」——。

(564) わが国の民事訴訟法には、共同訴訟的補助参加の規定はなかったが、むかしから、解釈上これを認める必要性が、学説において強調されてきた。そのさいには、①共同訴訟的補助参加人は、主たる当事者の意思に反する訴訟行為もなしうる、②共同訴訟的補助参加人に中断・中止の原因があれば、訴訟手続は中断・中止される、③共同訴訟的補助参加人は、独立に上訴しうるし、上訴期間も独立に起算される、の三点が、共同訴訟的補助参加の重要なメルクマールであるとされてきた。細野長良『民事訴訟法要義第二巻』(一九三〇年)三二二頁以下、加藤正治『新訂民事訴訟法要論』(一九五二年)一五六頁以下、兼子一『新修民事訴訟法体系』(一九五六年)四〇七頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法I(補訂版)』(一九九三年)四二六頁以下。

ただ、ドイツ民事訴訟法において、「共同訴訟的補助参加」の理論の基礎をきずいたのが、ヴァルスマンであったこと、そして、通常の補助参加との根本的相違を、訴訟において、通常の補助参加人は、主たる当事者の権利を行使するが、共同訴訟的補助参加人は、自己の権利を行使すると、ヴァルスマンがみていた——Walsmann, Hans, Die Streitgenossische Nebenintervention, 1905, S. 80f., S. 142f.———ことについては、本稿の考察でも指摘したところである——新山「職権訴訟

訴訟参加の法理(中)「六九頁以下」が、このヴァルスマンの基本的認識に対して、井上教授が、疑問をなげかけておられるその趣旨は、「参加人は主たる当事者の権利を行使する」という通常の補助参加人に与えられた認識が、補助参加人は主たる当事者がなしうる行為しか行えないという法理につながったが、通常の補助参加人も、主たる当事者を勝訴させ、それによって、自己の利益をまもるために自己の名で訴訟行為をする点においては、共同訴訟的補助参加人となら本質的差異はなく、法は、通常の補助参加人にも、他人間の訴訟に影響を及ぼしうる独自の権限を認めているとみるほうが、すなおな見かたである、というものである。井上治典「共同訴訟的補助参加論の形成と展開」(同「多数当事者訴訟の法理」(一九八一年)所収、初出は、甲南法学九卷(一九六八年)一一二号)一四四頁以下。

しかし、右のような認識論は、行政処分取消訴訟では、あまり意味がない。そこで問題となるのは、もつぱら、処分の要件がみたされているかどうかという、処分の適法性である——個人の権利が問題となるのは、原告適格という訴訟要件においてである——。ただ、第三者に授益的な処分が、訴訟において取り消されるかどうかということからは、第三者の(処分による)既得の権利に関わるわけで、その意味では、取消訴訟で争われているのは、じつは、第三者の实体法上の地位であるともいえよう。すくなくとも、被告行政庁には、訴訟参加する第三者の権利に対応するような権利は存在していない。このことが、民事訴訟の補助参加が予定する法律関係と、決定的に異なっているのである。

(565) 訴訟手続の進行が停止する「中断」は、民法一四二条一項一六号の事由が、当事者につき生じたときに、どうぜんに発生する。また、民法一三一条は、当事者に不定期間の故障があつて、訴訟手続を続行できないときは、裁判所は、決定により、訴訟手続を中止すると規定している。

(566) 訴訟手続の中断・中止を、共同訴訟的補助参加人についても認めることには、かねてより、疑問が呈されている。三月月章「民事訴訟法(法律学全集35)」(一九五九年)二四二頁以下では、わが国の民法は、当事者適格のある共同訴訟的補助参加人というものは認めていないので、判決の効力をうける補助参加人であっても、その者に中断事由が生じたからといって、ただちに全訴訟が中断するのは、「参加人の利益を重視する余り不当に相手方・被参加人の訴訟追行に制約を加えるものといわねばならない」とされ、通説が、補助参加人の死亡が、本訴訟の中断事由になるとしているのは、適当でないとしてされている。同旨、新堂・前掲七〇七頁。

このあたりの議論は、訴訟当事者の(訴訟追行上の)利益と補助参加人の利益のあいだの、民事訴訟法学者のバランス感覚がうかがえて、興味ぶかい。

(567) 民事訴訟法九七条一項は、「当事者がその責めに帰することができない事由により不変期間を遵守することができなかった場合には、その事由が消滅した後一週間以内に限り、不変期間にすべき訴訟行為の追完をすることができる。ただし、外国に在る当事者については、この期間は、二月とする。」と規定している。

(568) 共同訴訟的補助参加人の地位の認められる第三者は、共同訴訟人に準じた扱いがされるので、とうぜんである。

(569) 現行行訴法二二条によって訴訟参加した者が、被告行政庁の意思に反して上訴しうるのか、また、そのときには、被告行政庁は上訴人の地位にかなければならないのかということについては、行政事件訴訟法の解説書は、あきらかにしていない——ただ、訴訟参加人についても上訴期間が経過したときに、取消判決は確定するということまでは、明言されている、南博方編『注釈行政事件訴訟法』(一九七二年)二〇七頁〔上原洋允執筆〕など——。そこで、この問題については、民事訴訟の理論にまで打ちかえって検討する必要がある。

通常の補助参加の理論では補助参加の、従属性の理論から主たる当事者が、積極的に上訴権を放棄しているときは、補助参加人による上訴の効果も生じないとされている——伊藤『民事訴訟法(補訂第2版)』(二〇〇二年)五八二頁——。しかし、主たる当事者が、積極的に上訴権を放棄していないかぎりには、補助参加人は適法に上訴しうるとされている——新堂・前掲六九八頁——。つまり、補助参加人は、主たる当事者の明示の意思に反しないかぎり、独立の上訴権をもつということであろう。

取消訴訟に訴訟参加した第三者は、通常の補助参加人ではなく、民事訴訟理論において認められた「共同訴訟的補助参加人」と同等の地位を有することの理論的解明は、すでに、雄川博士によってなされている。同『行政争訟法』(一九五七年)一八一頁以下。なお、参照、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)三二頁以下。

その共同訴訟的補助参加の理論では、むかしから、共同訴訟的補助参加人については、主たる当事者とは独立に上訴期間が起算されるとされてきた——加藤正治・前掲一五六頁、兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(一九六五年)四〇七頁など——。ただ、そこでも、それいじょう、共同訴訟的補助参加人の上訴と主たる当事者の関係については、述べられてはいない。

そこで、この共同訴訟的補助参加の理論というのが、ようするに、共同訴訟的補助参加人を共同訴訟人に準じて扱おうというものであるので、共同訴訟の理論のなかで、共同訴訟人のひとりの上訴が、他の共同訴訟人にどのような効果を与えるかとされているのかということから、探ってみよう。

民事訴訟でいう「共同訴訟」には、「通常共同訴訟」と「必要的共同訴訟」があり、共同訴訟人の上訴も、これらのあいだで異なつた扱いがされるようである。共同訴訟人のあいだで判決が区々になつてもかまわないという「通常共同訴訟」では、共同訴訟人独立の原則により、各共同訴訟人は独立に上訴しうるが、共同訴訟人のひとりの上訴したことは、他の共同訴訟人に影響を与えないとされる——新堂・前掲六七頁など——。それに対して、判決の合一的確定を前提とする「必要的共同訴訟」では、共同訴訟人のひとりの上訴したときは、「訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合には、その一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみその効力を生ずる」とする民法四〇条一項から、共同訴訟人の全員に上訴の効果が生じ、全員に確定遮断および移審の効果が生じ、全員が上訴人としての地位を取得すると解されている——伊藤・前掲五七〇頁など——。

右のような民事訴訟の理論にもとづいて考えてみると、取消訴訟——判決が合一的に確定しなければならない場合——では、被告行政庁——主たる当事者——の意思に反しても上訴することができ、その上訴の効果は被告行政庁に及び、いやがおうでも、被告行政庁は、上訴人の地位につかざるをえないということになる。

ただ、これについては、共同訴訟の理論のなかに、上訴に不同意の共同訴訟人を「訴訟脱退者」と認めるべきであるという議論もある——新堂「共同訴訟人の孤立化に対する反省」(同「訴訟物と争点効」(下) (一九九一年) 所収、初出は、法学協会雑誌八八巻一一二二二号 (一九七一年) 七三頁、井上「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」(同「多数当事者訴訟の法理」(一九八一年) 所収、初出は、甲南法学一五巻一一二二二号 (一九七五年) 二〇四頁以下)——が、取消訴訟は、行政処分を行った行政庁を相手に処分を取消しを求めるといふことを、基本的な枠組みとしているので、その行政庁が上訴人の地位から脱落し、私人である第三者のみが上訴を進行するといふことは、考えられないので、訴訟参加した第三者が上訴したからには、被告行政庁には、訴訟から脱退することは許されないとはいえない。

(570) 訴訟参加人の上訴の利益については、上訴権が制限された——主たる当事者の意思に反する上訴はできない——補助参加人についても、争点かぎりで独自の上訴を認めようとする、注目すべき見解がある。新堂教授は、主たる当事者の上訴権の放棄があつても、補助参加人は、みずからの地位に関する争点についての原判決の判断に対して、独自に上訴して、その終局判断を、相手方および主たる当事者とのあいだで、既判力をもって確定せしめる利益を認めるべきであると主張されている。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)二五八頁、同『新民事訴訟法(第二版)』六九九頁。思うに、被告行政庁は、みずから行った行政処分適法性維持ということにおいて、公の責任があり、そのことのゆえに、上訴の利益をもつが、訴訟参加する第三者は、処分の名あて人として、みずからの地位が争点になっているという事実において、いっぽうで、独自の上訴の利益を有しているのである。

- (571) 行政訴訟では、かねてより、被告行政庁と原告たる国民のあいだの証明能力の違いが問題にされてきた。しかし、この問題は、かかるかたちで、訴訟参加する国民と訴訟参加されるがわの被告行政庁とのあいだでも、みられるのである。
- (572) 形成判決である取消判決の形成効が、訴訟当事者がいかに者にも及ぶという趣旨のことを、民事訴訟理論では、一般に、「対世効」といつているようだが、行政訴訟理論では、行訴法三二条の規定もあって、一般に、「第三者効」といつているので、本稿でも、以下、「第三者効」という用語のみを使用する。

(573) 新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」九頁の「基本的問題状況」参照。

- (574) 「取消し」という概念の、民事法的、というよりは、一般法的意味については、すでに論じた——新山「職権訴訟参加の法理(下V)」一一六頁以下(注(235))参照——が、その行政法的意味については、わが国では、つぎのような理論展開があったといえよう。

すなわち、わが国の伝統的行政法理論においては、公権力の行使である行政行為(行政処分)には、「違法の行政行為も、当然無効の場合は別として、正当な権限を有する機関による取消のあるまでは、一応、適法の推定を受け、相手方はもちろん、他の国家機関もその行政行為の効力を無視することができない」——田中二郎『新版行政法上巻(全訂第二版)』(一九七四年)一三三頁——という「公定力」があることが、理論の核にすえられ、それに、取消訴訟と無効確認訴訟の二本だての制度が対応して、「重大かつ明白な瑕疵」という基準により、「取り消しうべき行政行為」と「無効な行政行為」をしゅん別する行政実体法理論——「行政行為の瑕疵」論——のなかで、行政処分の「取消し」の意味が論じられてきた。

そのことの意義・内容を、もつぱら、行政実体法レベルで、ドイツの行政法理論、および、フランスの行政法理論の緻密な分析をおして、あきらかにされたのが、速藤博也博士の『行政行為の無効と取消——機能論的見地からする瑕疵論の再検討——』(一九六八年)である。筆者は、わかいころに一読して、今回、あらためて、じっくり読みなおしてみたが、このなかに、筆者がひそかに本稿の結論としていっている考えの論拠となるような理論を、見出す

ことができた。したがって、博士の、この著書のなかで展開されている論理については、いずれ、くわしく分析する。なお、最近のフランス行政法の取消しと無効の理論の、注目すべき研究として、三浦大介「フランス行政法における無効確認の観念(一)——レオン・アルサンドールの無効理論研究——」高知論叢六〇号(一九九七年)一〇七頁以下、[同(2)]高知論叢六二号(一九九八年)一頁以下がある。

また、公定力、および、行政処分取消しを、行政訴訟法レベルで分析されたものとして、兼子仁博士の古典的名著、『行政行為の公定力の理論——その学説史的研究——』(第三版)(一九七一年)があるが、これは、筆者は、くりかえし読み、すでに、筆者の基礎的素養となっている。

(576) これは、筆者のいだった疑問というよりは、芝池義一(京都大学)教授より筆者によせられた疑問である。筆者が、かねてより、第三者の訴訟参加から取消判決の効力にまたがる論考を重ねているので、芝池教授は、ご親切にも、ごじしんが第三者効について気づかれた問題点を、筆者に指摘されたのである。

芝池教授が指摘されたのは、行訴法では取消判決が第三者効をもつと規定しているが、筆者が「第三者効への疑問」とした事例を示され、Xが勝訴しても、Aが土地の明渡しにおうじなければ、けつきよくは、XはAに後訴を提起しなければならず、それでは、第三者効を規定している意味がないのか、ということであった。

この指摘は、筆者にとつてショックであった。それは、筆者じしんが、これまで行ってきたドイツやわが国の理論の分析のなかで、「はたして、取消訴訟において、第三者を訴訟参加させることが、ほんとうに必要なのであろうか」という懐疑的な気持ちをも、ひそかに、いだきはじめていたのだが、それを克服するヒントが、芝池教授の指摘のなかに潜んでいることに気づいたからである。そのことは、本項の考察のなかで、あきらかにするところである——最終的な返答は注(623)に、その前段階の返答は注(582)に記した——。つまり、本項は、まさに芝池教授に指摘していただいた問題点に、なんとか、こたえようとするものであるが、それが、また、本節の目的である「第三者が訴訟参加することの必要性」の解明に重大な意味をもっているのである。

芝池教授には、この場をかりて、お礼を申しあげたい。

(577) この事例は、これまで、本稿で、第三者を訴訟参加させる必要性がある場合の中心的事例としてきた、二重効果的行政処分によつて規律される法律関係とは、すこし異なることに注意しなければならぬ。すなわち、取消訴訟の対象となっているのは買取処分であつて、買取処分が取り消されたことにより、直接に権利を失う者は、国である。Aは、買

収処分につづく売渡処分によって土地所有権を取得した者であつて、買取処分が取り消されたからといって、(買取処分による)既得の権利が覆滅されるという関係にある者ではない。したがつて、そもそも、Aは、買取処分の取消訴訟における行訴法二二条の訴訟参加の利益を有しない者である。

しかし、本文でも分析されているように、論理的に、買取処分が取り消されたのちは、売渡処分も取り消されるといふ「すじみち」がはっきりしている場合は、Aには、判決の結果に利害関係があると認めることができ、すくなくとも、民訴法四二条の補助参加の利益はあると考えられる。

(577) 自作農創設特別措置法で、買取処分に後続して、売渡処分が行われるしくみについては、本号、注(523)参照。

(578) これは、訴訟当事者である行政庁への取消判決の効力の問題であるので、行訴法三二条の第三者効ではなく、同法三三条の拘束力である。この拘束力の本質は、取消判決がだされたのちの「あとしまつ」であると考えられるが、本事例について考えてみよう。ただ、これについては、行政実体法と行政訴訟法の両面からの考察が、いちおう、必要ではないかと、筆者は考えている。

行政実体法における「職権による取消し」の理論の現在の通説的説明——小早川光郎『行政法上』(一九九九年)三〇〇頁——によれば、たしかに、瑕疵ある処分は、ほんらい、取り消されてしかるべきものであるが、いっぽうでは、利益的処分(または二重効果的処分)における関係者の保護の問題があり、そのような瑕疵ある処分が行われたことにつき当該関係者の責めに帰すべき事情——申請者が虚偽の事実を述べ、それにもとづいて申請認容の処分がされたなど——がある場合はともかく、また、処分を取り消すべき公益上の必要性がある場合はべつにして、関係者の信頼が保護されなければならないとされている。

この公式により、本事例を実体的に検討してみると、もとの土地所有者であるAに対する買取処分が取り消されたということは、それを前提とする売渡処分の適法性根拠が失われたということを意味する。そこで、行政庁は、みずからが行つた違法(になつた)処分を、職権で取り消さなければならぬのかという問題になるが、これについては、法定の要件に違反して行われた農地買収処分は、行政庁が職権により取り消すべきであるとした、最高裁昭和四三年一月七日判決(民集三二卷二二四二二頁)が参考になる。それは、「自作農創設特別措置法の規定に基づく農地買収処分は、個人の所有権に対する重大な制約であるところ、かかる重大な制約は、その目的が自作農を創設して農業生産力の発展と農業経営の民主化を図ることにあるという理由によつて是認され得る強制措置であるから、かかる処分が、

本件におけるごとく、法定の要件に違反して行われ、買収すべからざる者より農地を買収しような場合には、他に特段の事情の認められない以上、(行政庁が職権で) その処分を取り消して該農地を旧所有者に復帰させることが、公共の福祉の要請に沿う所以である」という論理である。

これによれば、本件は、「買収すべからざる者より農地を買収しような場合」にあたるわけであるので、すでに売渡処分が行われ、Aの手に土地所有権が渡つていても、Aの信頼を犠牲にしても、「(売渡) 処分を取り消すべき公益上の必要性がある場合」にあたると思われる。

また、行政訴訟法の観点からも、Xから強制的に土地を取り上げることはあやまりであるという認定のもとに、Xに対する買収処分が、判決により取り消されたのであるから、その判決の趣旨を、行政庁が尊重するというのであれば、みずから買収処分について行った売渡処分は、みずから、職権で取り消すべきであろう。すくなくとも、ここまでは、行訴法三三三條の拘束力の範囲内であると考えられる。

(579) ここまでは、行訴法三三三條の拘束力は及ばないと考えられる。本事例でいうと、行政庁が、Xに対する買収処分を行い、それにつづいて、Aに対する売渡処分を行ったところ、買収処分の取消判決が下されたのであるから、その判決の趣旨を尊重して、行政庁は、職権でAに対する売渡処分を取り消すことまでは拘束されよう——注(578) 参照——。しかし、それにより、観念的に、土地所有権はAからXへ戻るので、そこで、行政庁の「あとしまつ」の義務は終了すると考えられる。なぜなら、そのあとの登記抹消請求、土地明渡請求などは、XからAへの民事訴訟によつてなしうるからである。

(580) この、第三者も(取消) 判決の結果を承認するという意味での、第三者効を、行政処分の取消判決が有するということは、取消訴訟が形成訴訟であつて、取消判決が形成判決であるということから、ただちに導きだされる結論ではない。むしろ、わが国の理論では、取消訴訟の判決については、既判力と異なる形成力があつて、第三者にも効力が及ぶとすることに、ねづよい抵抗があつた——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」「三三三頁以下、同(下Ⅴ)五六頁以下——。しかし、けつきよくは、「行政上の法律関係の統一的規律の要請」から、行政処分の取消判決による取消の効果は、第三者にも及ぶものと解すべきであるとする雄川博士の見解——同「行政争訟法(法律学全集9)」「(一九五七年)二二二頁——が優勢をしめ、それが、現行行訴法の立場になつたのである——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」「二七頁以下——。

すなわち、同法三三二条の趣旨について、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(一九六三年)一〇八頁は、「判決によつて処分または裁決を取り消した場合の効果」が当事者と第三者の間で区々になることは、法律秩序の安定のために適当ではなく、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」が採用されたものであると説明した——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下V)」七四頁——。

(581) わが国の行政訴訟理論において、取消判決の形成効について、ここまで「ふみこんで」考察されたことは、かつてない。杉本・前掲一〇七頁の、「係争処分を取り消す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」という説明に代表されるように、その形成効を、法律行為の「取消し」をイメージして、観念的に説明するにとどまり、それいじょう、いかなるかたちで、訴訟当事者がいがい第三者を承服させるかということまでは、考えられていない。

(582) そこから、芝池教授から筆者に寄せられた疑問——注(575) 参照——のなかにあつた、「そうすると、けつきよく、取消判決に第三者効を規定する意味はないのではないか」というような、本質的な疑いもでてこよう。

その芝池教授からの問いかけであるが、最終的な返答は、もうすこし考察をすすめたところとするつもり——注(623) 参照——であるが、その前段階の返答として、「取消判決に第三者効を規定しておくことには、それなりの意義がある」ということまでを、あきらかにしておこう。

もともと、現行行訴法に第三者効の規定がおかれたのは、同法制定まえに、形成判決である取消判決には、第三者効があるのか、あるいは、第三者効を認めるべきであるのか、という理論上の争いがあり、取消判決の効力が及ぶ範囲は既判力のそれに限定されるべきであるという見解も優勢であつたのを、たち切るためのものであつたという事情があつた——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下V)」七二頁以下——。そのことからすると、第三者効の規定をはずすと、ふたたび、取消判決の効力を制限すべきであるという議論が復活するのではないかという危惧も生ずるかもしれないが、筆者は、もはや、そのようなことにはならないであらうと考えている。

それは、行訴法の「わくぐみ」と基本的な「しせい」によるものである。取消訴訟制度は、公権力の行使により権利を毀損されたと主張する原告の救済のための制度であるという観念が、行訴法にいつかんしており、原告を救済する取消判決の趣旨を貫徹するために、被告行政庁をターゲットに、三三二条の第三者効が規定されたこととならんで、訴訟外の(処分の受益者である)第三者をターゲットに、三三二条の第三者効が規定されたことと考えることができる。その意味で、

取消判決に第三者効を規定しておくことは、それなりの意義があると思われるのである。行訴法施行後は、若干の異論——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」「八四頁以下」——をのぞいて、取消判決に第三者効を認めることに反対する者はいなかった。

もちろん、制度論的に、取消判決の効力が及ぶ範囲は既判力のそれに限定されるということも前提とすることも可能である。ドイツの行政裁判所法(WVG)が、そうであり、この場合は、第三者を訴訟参加させることで、既判力が第三者まで拡張されるという解決がはかられている。そして、(訴訟参加することが必要的な)第三者の訴訟参加がないときは、そもそも、判決は効力をもたないということで、その既判力の拡張を实效あるものにしようとしていることは、本稿で、すでに、くわしく分析した——参照、新山「職権訴訟参加の法理(上)」「三五頁以下」、「同(下Ⅲ)」「二二頁以下」——ところである。しかし、このようなドイツ行政訴訟理論の考え方に対して、これは、取消判決の形成効をまったく考慮しないものであるという、民事訴訟法学者の批判があつたことも、本稿で分析した——参照、「同(下Ⅲ)」「二三頁以下」——ところである。筆者は、のちに、また、くわしく論ずるが、ドイツよりわが国のほうが、正当な途を歩んだと思つてゐる。

(583) これは、もちろん、行政法的感覚におけるパラドックスである。民事法的感覚からすると、実体法理論的に権利が認められる者、あるいは、民事訴訟で勝訴判決を得た者が、それだけで、ただちに、「のうがき」とおりの権利の実現が得られるというようには考えられていない。そのために、現実的実現の手段である民事執行法が、十全に整備されているのであろう。

(584) 阿部泰隆「取消判決・執行停止決定等の事後措置——実態からみた制度と理論の検討」(同「行政救済の実効性」)(一九八五年)所収、初出は、民商法雑誌八三巻四号(一九八一年)二二六二頁以下では、「行政処分が取り消されたり、無効確認された——場合、原告(申請人)はそれだけで直ちに目的を達するであろうか」、「行政処分取消・無効確認訴訟で請求が認容された場合、行政処分がなかったとすればあつたであろう状態を現出しなければならず、——それを担保する規定は判決の拘束力(行訴法三三三條)だけであるため、判決・決定後に適切な措置を講ずるよう行政庁に強制するシステムとしては不十分の感を免れない」という問題提起がされていた。

そして、阿部教授は、その解決策として、(西)ドイツの「結果除去請求権(Folgenbeseitigungsanspruch)」を理想モデルとして、行政処分がすでに執行されているときは、行政庁が執行を現状回復しなければならぬことを、「判決・決

定文中に一つの解決策を明示するのが有効である」という提言をされていた。また、いっぽうで、「農地買収・公売処分
分の取消判決後の土地・物件の返還については現行法は民事訴訟を関連請求（行訴法一三・一六条）として提起するこ
とを認めているから、実務家がこれを利用することを前提とするかぎり問題は少な」く、「現行制度は案外うまく運
用されている」という指摘もされていた。

(585) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. 1. 1960, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 17.

(586) 本稿では、わが国の行政訴訟および民事訴訟理論の分析においては、「既判力」ということばを用いたが、ドイツの
行政訴訟および民事訴訟理論の分析においては、(materielle) Rechtskraft の伝統的訳語である「(実質的) 確定力」とい
うことばを用いている。

(587) ドイツ行政裁判所法——注(585)——二二条では、「判決の確定力は、訴訟物について判断された範囲で、以下の者
を拘束する。(一) 関係人およびその承継人、ならびに、(二) 六五条三項に掲げられた者で、訴訟参加の申立てをしな
かったか、もしくは、期間内に申立てをしなかった者」と規定されている。

(588) ドイツ行政訴訟理論が、取消判決の形成効を、ほとんど考慮していないこと、および、そのことを、民事訴訟学者の
シュローサーやマロチユケが批判したことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」二二頁以下参照のこと。

(589) 参照、注(587)。

(590) ドイツ行政裁判所法——注(585)——六三条では、「手続の関係人は、以下の者である。一 原告、二 被告、三
訴訟参加人、四 連邦公益弁護士または公益代理人。ただし、手続関与権を行使する場合にかぎる。」と規定されてい
る。

(591) 現行行訴法には、既判力の規定も、第三者が訴訟参加したことにより第三者に既判力が拡張されるというような規定
はなかったが、行政裁判法——明治三三年六月三〇日法四八——では、三一条に、訴訟参加した第三者に既判力が拡張
されると規定されていた。すなわち、同条一項で、「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」としたうえで、同一項で、「前項ノ場合ニ於テハ
行政裁判所ノ判決ハ第三者ニ對シテモ亦其効力ヲ有ス」と規定していた。

この場合の判決が効力を有するというの意味が、形成効が第三者に及ぶという意味の「第三者効」ではなく、「既
判力の拡張」と考えられていたことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」五七頁以下参照のこと。

(582) 参照、注(582)。

(583) 現行民法一五五條一項は、「確定判決は、次に掲げる者に対してその効力を有する。一 当事者、二 当事者が他人のために原告又は被告となつた場合のその他人、三 前三号に掲げる者の口頭弁論集結後の承継人、四 前三号に掲げる者のために請求の目的物を所持する者。」と規定している。このうち、一号が原則であり、二号ないし四号は、既判力が拡張される場合である。

(594) 民事訴訟理論のなかに、補助参加した者に既判力が拡張されるという見解がなかつたわけではない。それは、補助参加人にも裁判の効力が及ぶと規定した旧民法七〇条にいう効力が、既判力であるとする、いわゆる「既判力説」である——細野長良『民事訴訟法要義第二卷』(一九三三年)三〇二頁以下、加藤正治『新訂民事訴訟法要論』(一九四六年)一五三頁など——。その論拠は、補助参加し、じつさいに訴訟に関与した者に、(訴訟の勝敗に関わりなく)既判力を拡張しても、その利益を無視されるおそれがないからというものである。

しかし、かかる見解は、そのあと、同条の効力は、既判力とは異なる効力であるとする、いわゆる「参加的効力説」によつて、完全に否定された。その論拠はいろいろある——新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」六三頁以下(注(422))参照——が、右の既判力説の論拠に対しては、補助参加人は、(主たる当事者と相手方の)他人の争いに関与する者で、自己の利益を当面の訴訟の目的とする者ではないので、他人の争いに対する判決を、この者に強いるのは不当であるという、「補助参加人の従属性」を強調した論拠がおつけられた。兼子「既判力と参加的効力」(同『民事法研究第二卷』(一九七四年)所収、初出は、法律時報一四卷三號(一九四二年)五九頁以下、三ヶ月章『民事訴訟法』(法律学全集35)二四〇頁。

(595) 参照、注(593)。

(596) 南博方「条解行政事件訴訟法〔初版〕」(一九八七年)七四八頁(岡光英雄執筆)、園部逸夫「注解行政事件訴訟法」(一九八九年)八九頁(春日偉知郎執筆)。

(597) 行政裁判法には、三一條二項に、第三者が訴訟参加したときは、第三者に既判力が拡張される旨が規定されていた——注(591)参照——。しかし、同法には、それいじょう、既判力そのものについての規定はなく、行政訴訟の判決にも既判力があるかは、もっぱら、理論によつて決せられていた。美濃部博士は、行政訴訟の判決には、「判決に依つて定められた内容が實質的に確定し、同一の事件に付いては何人も再び之を争ふことを得ない」、ないしは、「判決に依つて

決定せられた事件が再び審理の目的となり得ない」という意味で、「實質的の確定力」を有するとされていた。美濃部達吉『行政裁判法』(一九一九年)二八七頁。同じく、宮沢俊義『行政争訟法』(一九三七年)一三九頁も、既判力のあつたことを認めていた。しかし、佐佐木博士は、判断の対象となる「生活関係」が、民事訴訟と行政訴訟では異なるということを理由に、既判力を否定しておられた。佐佐木惣一『日本行政法論(改版)総論』(一九二四年)六五八頁。なお、この興味ぶかい佐佐木理論の分析については、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」五九頁以下参照のこと。

行政事件訴訟特例法——昭和三年七月一日法八——には、まったく、既判力に関する規定はなかったが、理論上、行政訴訟の判決に既判力を認めることに、異論はなかったようである。田中博士は、「行政事件訴訟も裁判たることの本质からいつて、當然に、實體的確定力を生ずるものと解すべきであろう」とされ、「一旦裁判が確定したときは、同一事物(cadem res)については、もはや訴訟を提起することをえず、もしこれを提起しても、相手方はこれに對し既判事項の抗辯をなしうるとともに、裁判所も一事不再理の原則によつてこれを却下すべきであろう」とされていた。田中二郎『行政法講義上巻』(一九四九年)三二九頁。同旨、雄川一郎『行政争訟法(法律学全集9)』(二二〇頁以下)。

現行行訴法にも、まったく、既判力に関する規定はおかれなかったが、いっぽうで、(取消判決が形成判決であるということを前提に)取消判決の形成効が第三者にも及ぶとする規定がおかれたことにより、形成訴訟の判決に既判力が認められないという民事訴訟理論にも影響され、行政処分取消判決に、なお、既判力を認める余地があるかが問われることになった——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」七四頁以下——。それにくわえて、取消訴訟の特質から、行政処分が違法であるという認定のもとに取り消された場合には、同一の処分が、ふたたび、訴訟において争われる余地はないという指摘——南「注釈行政事件訴訟法」(一九七二年)二八八頁(阿部執筆)——や、取消訴訟では、最初から、行政処分の違法性が争われることが決まっているので、取消訴訟で、訴訟物、さらには、既判力の概念を論じても、あまり実益がないという指摘——原田尚彦「行政法要論(全訂第五版)」(二〇〇四年)三七五頁以下——もされた。しかし、学説の大部分は、処分を取り消す判決にも既判力があることを認めている。南「注釈行政事件訴訟法」二八八頁(阿部)参照。

ここで、筆者の考えを述べさせていただくと、現行行訴法の理論においても、原告の訴えを棄却する判決には、既判力が生ずるとされている——塩野宏「行政法Ⅱ(第三版)」(二〇〇四年)一五九頁など——こととのバランスから、また、形成判決には既判力がないとする、民事訴訟の歴史的理論がすでに否定されている——参照、新山「職権訴訟参加

の法理(下Ⅴ)「二〇頁以下、同(下Ⅱ)「二六三頁(注283)——こと、また、行訴法に、民事訴訟の一般原則を積極的に排除する規定のないことから、原告の処分取消しの訴えを認容する判決にも、既判力を認めるべきである。南Ⅱ高橋滋『条解行政事件訴訟法(第2版)』(二〇〇三年)四六二頁(東亜由美執筆)は、「実益がないからといって既判力を否定する必要もないのではないか」としているが、けだし、同感である。

(598) これが、ドイツ民事訴訟において確立している「形成効」の一般的理解であることについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅲ)」「一八頁以下を参照のこと。そのような説明が、わが国にもちこまれた過程については、「同(下Ⅲ)」「四三頁以下(注508)参照のこと。そのあと、わが国において、「形成効」の理解におおきな影響を与えられたのは、やはり、兼子(一)博士で、その本質は、形成権もしくは形成要件が存在しているということが、既判力で確定することであるとされた——兼子一『新修民事訴訟法体系(増補版)』(一九六五年)三五一頁以下——。この博士の考えでは、形成効の及ぶ範囲は既判力に規定されるので、訴訟当事者の範囲に限定され、第三者には及ばないものであった。しかし、現在の民事訴訟理論では、形成判決にも既判力があることは否定しないものの、形成効は、既判力とはべつに考えられている。すなわち、形成訴訟においては、形成要件の存在を主張する原告の訴えに対して、その存在を認めよう、えで、判決で、法律関係の変動が宣言され、判決が確定することにより、はじめて、変動の効果が発生するというものである。新堂『新民事訴訟法(第二版)』一七八頁、伊藤眞・前掲一二六頁など。

また、形成判決が対世効をもつことの意味について、松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法』三四七頁は、形成効も、形成要件を定めた実体法規にもとづき発生するものであるから、実体法上の法律効果たる権利変動は、すべての者によつて顧慮されなければならないという点に、形成判決の対世効の根拠を求めることができるとしている。

なお、取消訴訟の取消判決の形成効についての、現在の行政訴訟理論の一般的理解と考えられるものは、塩野教授が「現状回復機能」と称されるものの説明のうちに、端的に示されている。すなわち、「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(現状)に帰るといふことなのである——塩野・前掲六九頁以下——。

取消判決の第三者効については、行訴法三二条に規定されてしまっているが、この規定がなくとも、右の塩野教授の説明のような実体的理解によれば、とうぜん、第三者効はあるということであろう。

(599) ドイツ民事訴訟理論では、「実質的確定力(Materielle Rechtskraft)」の本質について、ながらく、実体法説と訴訟法説

の対立があった——参照、新山「職権訴訟参加の法理(上) 成城法学六一号(二〇〇〇年)四三頁(注590)——が、わが国の既判力論も、ここから出発していたようである。このあたりの解説もふくめ、既判力の本質の解説としては、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(新版)』(二〇〇〇年)四九九頁以下が、もっともわかりやすい。

(600) 芝池義一『行政救済法(第2版・補正版)』(二〇〇三年)八六頁。同旨、塩野前掲一五二頁以下。

(601) 高橋(宏)・前掲五〇二頁によれば、当事者はなぜ既判力に拘束されるか、をどのように考えるのかというのが、既判力の根拠論であるとされている。

(602) これら、あたらしい既判力根拠論は、高橋(宏)・前掲五〇二頁以下に、わかりやすく整理・解説されているので、参照のこと。

それによれば、つぎにとり上げる新堂教授の説——注(603)参照——および上田教授の説——注(604)参照——は、既判力の根拠を、手続保障・自己責任のみにおくのではなく、それにくわえて、紛争解決という民事訴訟の制度目的にもおくものであるとされている。そのほか、べつに、手続保障・自己責任ということだけに、既判力の根拠をおく説もあるようである。

(603) 新堂『新民事訴訟法(第二版)』五七五頁。新堂教授は、その意味について、さらに、民訴法が、当事者双方に弁論の機会が実質的に保障されるしくみを用意しているのは、当事者がこの地位と機会をフルに利用して自分の実体的地位を主張し防御することを期待しているからで、この地位と機会をいかに利用するかは、当事者の問題で、その結果には、みずから責任をおうべきであると説明されている。

(604) 上田徹一郎「遮断効と提出責任」(同『判決効の範囲』(一九八五年)所収、初出は、民商法雑誌第七八巻臨時増刊号(3)——末川博先生追悼論集『法と権利3』——(一九七八年)一三三五頁以下。

(605) この「自己責任」の意味については、注(603)を参照のこと。

(606) 伊藤(眞)・前掲四九三頁。

(607) 伊藤(眞)・前掲四九三頁。

(608) 伊藤(眞)教授によれば、民訴法一一五条一項二号にいう「当事者」と「他人」は、かならずしも、利害関係が共通である必要はなく、同号は、当事者が、その「他人」の訴訟進行権を行使する場合一般をカバーしているとされる——伊藤・前掲四九三頁——。たとえば、債権者代位訴訟は、詐害行為を行おうとしている債務者に代わって、代位債権者

が、みずからの権利保全のため、債務者に帰属する権利を行使しようとするものであるので、代位債権者と債務者は利害が対立しているといえるが、このような場合も、「当事者が他人のために原告又は被告となった場合」にあたることとされている。

(609) 齊藤秀夫編著『注解民事訴訟法(3)』(一九七三年)三七二頁以下〔小室直人〕——これは、旧民法二〇一条の解説である——。したがって、法定訴訟担当が原則であり、任意的訴訟担当は、弁護士代理の原則(現行民法五四条)に反するので、一般には認められない。

(610) 齊藤・前掲三七三頁以下〔小室〕——旧民法二〇一条の解説——に上げられた事例である。

(611) この場合は、齊藤・前掲三七三頁〔小室〕の解説——旧民法二〇一条の解説——によれば、破産宣告により、破産者は、破産財団に属する財産の管理処分権を奪われ、それは、破産管財人に専属することになる——破産法七条——ので、破産財団に関する訴訟の当事者適格を有するのは、破産管財人だけである——同法二六二条——。しかし、いぜん、破産財団についての所有権は破産者にあるので、破産財団についての判決の効力は、破産者がうける。また、そうであるので、破産者は、とうぜん、共同訴訟的補助参加人として、破産管財人がわに補助参加することができる、とされている。

(612) この場合は、齊藤・前掲三七三頁以下〔小室〕の解説——旧民法二〇一条の解説——によれば、通説は、債権者が、民法四二三条により、代位権を行使すれば、差押えに類似する効力が生じると考えており、したがって、債権者が代位訴訟を提起すれば、債務者は、独自の取立権能を制限され、判決に服することになるとしている。

しかし、小室教授じしんは、債務者と対立関係にある債権者が、かつてに提起した代位訴訟の敗訴判決にまで、債務者が服さなければならぬとするは、不合理であるとする三ヶ月教授の見解——「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲(同『民事訴訟法研究第六巻』(一九七二年)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)五〇頁以下——を支持するとされ、(債務者が知らないあいだの)債権者の代位権行使によって債務者の訴訟追行権が制限するとは解されず、訴訟告知したときだけ、既判力は債務者に拡張され、債権者が訴訟参加すれば、それは、類似必要的共同訴訟になると解すべきであるとされている。

(613) 齊藤・前掲三七四頁〔小室〕——旧民法二〇一条の解説——。

(614) 人事訴訟手続法——明治三二年六月二一日法二三——二条三項は、婚姻の無効、または、取消しの訴えにおいて、「相

手方トスヘキ者カ死亡シタル後ハ檢察官ヲ以テ相手方トス」と規定している。

- (615) 東京高判昭和三十九年九月二十九日行集(行政事件裁判例集) 一五卷九号一六七二頁、大阪高判昭和四一年四月二八日行集一七卷四号四五七頁、山口地判昭和四二年一月一八日下級民集一八卷一〇二二号一頁、東京地判昭和四三年二月二八日行集一九卷一〇二二号三三五頁。

- (616) 法律関係論の分析としては、山本助教のすぐれた研究——山本隆司「行政上の主観法と法関係」(二〇〇〇年)——があり、ドイツにおける公権論の生成・発展、そこから法関係論への潮流を、たんねんに分析されたうえで、「実体法関係の基本類型」と題された第四章(二六一頁以下)で、行政上の実体法関係とは、行政庁が法的に衡量・相互調整すべき諸利益のあいだの関係である——同書五頁——という認識のもとに、類型的に、対立する利害関係にある私人のあいだにどのような「権利」主張が認められるかという、興味ぶかい分析が行われている。

また、前々項でもとり上げた高木教授の類型分析——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)三三三頁以下)——でも、行政処分をめぐる行政法的法律関係の基礎にある、利害関係の対立する私人のあいだの権利関係に着目されていた。

- (617) これは、まさに、三ヶ月博士の抗告訴訟に対する理解——新山「職権訴訟参加の法理(下V)」八二頁以下参照——である。

- (618) 三ヶ月博士は、この代位関係により既判力の拡張が認められる場合には、代位する者と代位される者とのあいだに、利害の対立のない場合——これを「吸収的訴訟担当」とされる——と、利害の対立のある場合——これを「対立型訴訟担当」とされる——にわけることができ、既判力の拡張において、これらを同列に論ずることはできないとされた——三ヶ月・前掲一頁以下)。行政処分により権利・利益を得た者と、この者にかかる処分を行った行政庁のあいだには、まず、利害の対立というものは考えられず、「吸収的訴訟担当」の場合にあたると思われる、三ヶ月博士の理論においても、よりよいに既判力の拡張が認められると思われる。

- (619) 上田・前掲二三五頁以下。

- (620) このように、訴訟外にありながら取消判決の効力をうける第三者に、なんとか、既判力を拡張させようとする筆者のこころみは、取消判決の形成効を既判力の範囲に限定し、この者に取消判決の効力が及ばないようにしようとした兼

子(一)博士の努力——新山「職権訴訟参加の法理(下IV)三三頁以下、「同(下V)五六頁以下参照」に、あきらかに反するものである。ただ、このことは、くりかえし述べたところであるが、博士の視点が、あまりにも、このような第三者にのみおかれていたことに問題がある。取消訴訟の枠のなかで考えるのであれば、取消訴訟制度が公権力の行使により権利を毀損された者(原告)の救済のために発展してきたものであるという基本認識のもとに、原告の救済を第一義におき、そのうえで、かような第三者の救済も、あわせて考えるというものでなければならぬのである。そのような観点から、筆者は、せっかく原告が得た(原告を救済する趣旨の)取消判決を、なんとか、現実的にも貫徹させようということで、訴訟法の世界では絶対的効力という信奉のある「既判力」によることはできないのかと考えたのである。

(621) 新堂教授の見解——同「新民事訴訟法(第二版)二五七四頁、本稿の注(603)参照」によれば、「当事者の地位につくことによつて手続上対等にその訴訟物たる権利関係の存否について弁論し、訴訟追行をする機会と権能を保障されること」が、既判力の正当化根拠であるとされるが、これは、同時に、(当事者に準じて、かかる手続保障を与えられた者にとつても)既判力に服することへの納得根拠でもあろう。

(622) 井上教授は、訴訟告知の理論において、訴訟告知により補助参加をうながすことにより、当該訴訟で下された判決が、告知者(主たる当事者)と被告知者(補助参加人)とのあいだで、自主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——井上治典「被告による第三者の追加」(同「多数当事者の法理」(一九八一年)所収、初出は、甲南法学一巻一・三三号(一九七一年)一七二頁)が、もちろん、これは、訴訟参加する第三者と原告との関係においてもいえることである。

(623) ここらで、芝池教授の筆者によせられた疑問に対して、きちんと、最終的な返答をすべきであると思われる——この前段階の返答は、注(582)参照——。芝池教授の質問——注(575)参照——の中心は、わざわざ第三者効の規定をおいておく意味があるのか、ということであつたと思われるが、これについて、芝池教授には、いちおう、つぎのような返答をさせていただきたい。

「私の理解では、取消判決の形成効というものは、実体法に根拠をおく、抽象論理的なよわい効力で、それに第三者効があるということは、処分の名あて人がいのが、名あて人の知らないところで処分を取り消し、それを名あて人に認めるといふ、にわかには承認しがたいことを要求するものであるということです。そうすると、そのあいまいで抽

象的なことに、名あて人も承服させる制度的根拠として、第三者効の規定をおいておくことは、それなりの意味があると思われず。

また、このような規定があるということで、それに、さらに積極的な意味を読みこむことはできないかとも、ひそかに考えております。民事訴訟法の規定の解釈から、既判力が、訴訟のそとにいる処分の名あて人にも拡張されうということとは、本文であきらかにしたところですが、一步すすめて、この第三者効の規定を、既判力の拡張の根拠規定とすることはできないかということですが、たしかに、この規定の立法趣旨は、杉本「解説」にも明記されていますが、形成効を念頭において規定されたものであることは、筆者もよく承知しておりますが、規定の文言には、形成効に限定されるということは入っていないので、できない解釈ではないのではないかという思いに、いま、とりつかれています。

このような荒唐無稽な考えが、ただちに、行政法研究者や民事訴訟の先生がたに認めていただけたら、もとより考えてはおりませんが、別稿で、判決の効力に集中した論考をする機会に、じっくりと考察し、このような考えの論証が可能かどうか検討してみたいと思っております。」

(624) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性——争点効の主観的範囲に関する試論(その一)——」(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)二二七頁以下。

この論文は、参加的効力を補助参加人と相手方とのあいだに拡張することを、最初に試みられた鈴木(重)教授の論文——鈴木重勝「参加的効力の主観的範囲限定の根拠」(『中村宗雄先生古稀祝賀論集』民事訴訟の法理』(一九六五年)所収)四〇九頁以下——に触発されて、書かれたものである。鈴木(重)教授の緻密な論理には、つよい説得力があり、傾聴に値するものがあるが、きわめて民事法的な、限定された法律関係——主たる当事者の地位が、補助参加人のなんらかの法的地位に依存し、それが主たる当事者の敗訴の原因となる場合——を前提として論考がすすめられているので、本稿の考察の基礎とするには、難点があった。

それに比べて、新堂教授の論考は、かような限定をつけずに、一般に、補助参加人が、訴訟において、主たる当事者とならんで、相手方に対峙して、主要な争点について主張・証明をつくしたというところに、相手方とのあいだにも参加的効力が生じるとする根拠をみいだそうとされているので、これを、本稿の考察の基礎としたのである。

(625) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二二七頁。

(626) 現行民訴法四六条に規定された、いわゆる「参加的効力」が既判力とは異なる効力であるとする学説——参加的効力説——と、その内容については、新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」六三頁以下——注(422)——参照。

(627) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」一三三頁。

(628) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」一三八頁。新堂教授は、このことの論拠として、ふたつの事例を用意されている。

ひとつは、「所有者甲の買主丙に対する追奪訴訟に、売主乙が、(丙のがわに)補助参加した」というケースである。丙が敗訴したときは、丙は甲に対して所有権を主張することができないのおなじく、甲が、そのあと、乙に対して所有権侵害にもとづく損害賠償を求めた場合は、乙が甲の所有権を争うことは禁じられるべきであるとされる。

もうひとつは、「債権者甲が保証人丙を訴え、主たる債務者乙が丙に補助参加して争ったが、債権者甲の勝訴となったので、丙は保証債務を履行し、さらに、乙が丙にこれを償還したのち、こんどは、乙が甲に対して、主たる債務の不存在であったことを主張して、甲が丙から受けた弁済金額を不当利得として返還請求することができるか」というケースである——同書・二三八頁以下——。これについて、教授は、乙のこの請求じたいは既判力によつて遮断されるものではないが、とされたうえで、

「前訴に補助参加してその判決の基礎に加功している主たる債務者乙が、その判決の判断に反して主たる債務の存在していたことを否定する主張をすることが許されるだろうか。これを許すとすれば、前訴における丙の敗訴の結果をまわりまわつて相手方甲に押しつけることになりかねない。債権者甲にすれば、補助参加人乙をも交えて、なんのために丙と前の訴訟をしたのか意味をなさなくなってくる」と、本質的な問題点を指摘されている。

教授は、この場合は、「甲にとっては、丙と乙は一心同体とみるのが当然であるし、主債務の存否に関する限りでは、被告保証人丙よりも、主債務者乙の方が実質上の敵とみるのが実態に即していると思われる」ので、丙が主債務の存在をもはや主張できなくなつたからには、「丙に代わつて乙が不当利得の返還請求をしても駄目だといわなければおかしい」と分析される。

そして、結論的に、教授は、参加的効力により、補助参加人が主たる当事者に対して、後訴で、前訴の主たる争点として判断されたことを争えないというのであれば、補助参加人は、相手方に対しても同様の拘束力をうけると考えなければおかしい、とされるのである。

(629) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二五三頁以下。

(630) 新堂教授は、通説が、参加的効力は、判決理由のなかの判断に生じること、しかも、主たる当事者と補助参加人のあいだに生じることが、ぜひ必要であるとし——その内容については、新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」六三頁(注(422))参照——、これをアプリオリに前提としているが、既判力の絶対的性格のうえに確立されてきた通説の体系において、判決理由のなかの判断に生じる拘束力という観念は、きわめて異質の考えであると、その論理矛盾を指摘されている。新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二三一頁。

(631) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二四四頁。

(632) 新堂「新民事訴訟法(第二版)」七〇三頁。参加的効力が争点効と異なる点として、新堂教授は、これいがいに、たんに訴訟告知をうけたにとどまり、補助参加をしなかったとしても、訴訟告知をうけて遅滞なく補助参加することができるときに、補助参加したのおなじく、参加的効力は生じることとを上げられている。

そして、けつきよく、参加的効力は、争点効とおなじく、信義則を根拠としているといっても、参加的効力とは、「当事者(被参加人または告知者)を保護すべき実体法上の地位にあり、かつ、そのための訴訟追行の機会をもつたこと自体に基づいて当事者敗訴の責任を分担すべきである」という内容のものであると分析されている。

(633) 参加的効力が、既判力とはべつの効力であるのかどうかは、筆者には、不明である。

(634) 参照、注(594)。

(635) このヴァルスマンの指摘については、新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」六二頁——注(419)——参照のこと。

(636) 形成効が実体法に根拠をおく効力であるということについて、わが国の行政訴訟理論では、瀧川判事が、実体法上の効力である「法律要件の効力」という概念を用いてされた説明、すなわち、実体法が、(行政処分取消しという)法律関係の変動に、取消判決の存在を、法律要件として結びつけたものである、取消判決の形成効は、実体法にもとづくものであるという説明が、もつとも説得的であるように思われる。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下V)」六四頁以下、および、一〇九頁以下——注(186)——。

(637) 「争点効」の理論は、民事訴訟理論において、なお、一般には承認されていないようであるが、行政訴訟の理論には、ぞんがいに、「すわりのいい」もののように思われる。

たとえば、行政処分の取消判決が下されたのちの、行政庁に対する拘束力を定めた行訴法三三三条の説明において、あ

る理由で処分が取り消されたときは、行政庁は、そのおなじ理由で処分を繰り返すことはできないということについては、同条二項の「判決の趣旨に従い」という文言をとおして、抽象的に、くるしい説明が行われているが、「争点効」の概念を用いれば、説得力のある説明ができる。すなわち、行政庁と原告のあいだで、(処分の)ある違法事由について、主張・証明が尽くされ、けつきよく、その違法性が認定され、処分が取り消されたという場合は、行政庁は、その判決に服すべきで、さらに、(その違法とされた)おなじ理由にもとづいて処分を行うことができないというのは、信義則によりとうぜんである、という理屈である。

(638) これは、筆者がかねてより観念している「行政事件の解決」ということにつうじるものである。

たとえば、前節の冒頭で上げた東京地裁平成一〇年七月一六日判決——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅵ)一五頁以下参照——の事例では、合資会社の違法な決議により除名された社員が、その決議にもとづいてされた変更の登記処分の取消しを求める訴えを提起したが、この場合、登記官を相手とする登記処分の取消しだけでは、ほんらいの「行政事件」——合資会社と当該社員のあいだの法律関係——の抜本的「解決」がはかれないのは、自明である。

そこで、一步ふみこんで、原告である当該社員の真の相手方である合資会社を、形式的には登記処分の取消訴訟にすぎないものに引き込み、登記処分の基礎となっている除名決議の適法性Ⅱ違法性について徹底的に争わせ、それについて裁判所が下した当該決議は違法であるという、判決理由のなかの判断を承服させ、そのあと、とうぜん予想される原告の社員たる地位の回復の請求に対して、合資会社には、これを認めないという主張は、もはや、できないとするので、一気に、かかる行政事件の解決がはかれると思われるのである。

そうでなければ、この事例では、取消訴訟の第三者となった合名会社の不知のあいだに、登記処分の取消判決が下されたということで、合資会社から「第三者再審の訴え」が提起されたということから、当該社員は、せっかく、登記処分の取消判決を獲得したのであるが、それをもとに、合資会社に社員たる地位の回復の請求しても、合資会社は、よいには、それに応じないであろう。つまり、合資会社の訴訟参加がなければ、けつきよく、登記処分の取消訴訟は、なんの意味ももたないということになってしまうのである。

(639) このように、実益を論拠とする論証は、民事では一般であるかもしれないが、公法の世界では、論理の逆行という「しり」をまぬがれえないであろう——かつて、筆者の恩師である雄川博士は、無効確認の利益に関して、「執行停止の必要があるから無効確認の訴訟が許されるというのは実体的には逆の論理ではないか」とされたことがある、雄川一郎

「行政行為の無効確認訴訟に関する若干の問題」(同「行政争訟の理論」(一九八六年)、初出は、「菊井先生献呈論集」裁判と法(上)』(一九六七年)二二八頁—)。

しかし、公法の原理や公益から出発する、上から下への公法的論証によっても、このことの論証は可能であるように思われる。すなわち、「法律による行政」の原理という公法の大前提から、違法になされた行政処分は取り消されなければならぬし、そのような処分により権利を毀損された者は、終局的に救済されなければならない。行政法のしくみとして、そのような救済を絶対的に保障するものとして、取消訴訟がおかれている。ならば、そのような期待のある取消訴訟において、解釈上の操作により、原告の権利を救済するという趣旨の取消判決に、原告と対立関係にある第三者に承服させるつよい効力を付与することが可能であるならば、そのような方途をとるべきである、というものである。

(640) 筆者には、なお、これが、既判力であるのか、それとも、既判力とはべつの効力であるのか、不明である。