

職権訴訟参加の法理 (下VIII・完)

新 山 一 雄

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

- [共同訴訟的補助参加]
- [必要的共同訴訟 (ZPO) と共同訴訟的補助参加 (ZPO)]
- [必要的共同訴訟 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)]
- [共同訴訟的補助参加 (ZPO) と必要的訴訟参加 (VwGO)]
- (c) 「必要的」——判決の効力の拡張——の理論 (以上六三号)
- (五) 必要的訴訟参加の事例分析と判例理論
- (a) 二重効果的行政処分と必要的訴訟参加
- (aa) 連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決
- (bb) 建築法、公害防止法上の隣人訴訟と必要的訴訟参加
- (cc) 競業関係における必要的訴訟参加
- (dd) 私法上の法律関係を形成する行為と必要的訴訟参加 (以上六五号)
- (b) 行政主体の必要的訴訟参加
- (aa) 他の行政主体の行政手続関与の基礎理論
- (bb) 同意を求められる行政主体の必要的訴訟参加
- (cc) 連邦、ラント、地方公共団体の必要的訴訟参加
- (dd) 実質的行政主体の必要的訴訟参加
- (c) 判例理論の総括
- (aa) 合一的確定と法律関係関与性
- (bb) 被告のがわへの必要的訴訟参加
- (cc) 職権による必要的訴訟参加の審査
- (dd) 第三者の必要的訴訟参加と行政主体の必要的訴訟参加 (以上六七号)
- (六) ドイツにおける必要的訴訟参加の法理——全体総括とさらなる分析——
- (a) 問題点の整理
- (b) 「法律関係関与性」の理論のさらなる分析——コンラッドの理論——

(c) 判決の効力と必要的訴訟参加の關係のさらなる分析

(aa) 判決の効力の拡張と形成効

(bb) 形成効の本質と必要的訴訟参加——レントとシュローサーの理論

(cc) 形成効と法的聴聞請求権——マロチュケの理論——

(dd) 「必要的」の意義——結論——

三 職権訴訟参加の法理

はじめに

(一) わが国の行政訴訟における訴訟参加理論の歴史的分析

(a) 行政裁判法のもとの訴訟参加

(aa) 行政裁判法の規定

(bb) 佐佐木理論の分析

(cc) 美濃部理論の分析

(以上六八号)

(b) 行政事件訴訟特例法のもとの訴訟参加

(aa) 行政事件訴訟特例法の規定

(bb) 田中理論の分析

(cc) 雄川理論の分析

(dd) 兼子一理論の分析

(以上六九号)

(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(洋)研究の示唆

- (b) 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
 - (bb) 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 (以上七二号)
 - (四) 第三者の手續保障の理論
 - (a) 第三者の手續保障論の状況
 - (b) 第三者の訴訟参加の手續保障
 - (aa) 民事訴訟のあたらしい手續保障論——「第三の波」と新堂理論の分析——
 - (bb) 取消訴訟における手續保障の意義と必要範囲
 - (c) 第三者の再審の訴え
 - (aa) 問題の再確認——伊藤(洋)研究が示唆したもの——
 - (bb) 問題の再確認——東京地裁平成一〇年七月一六日判決の論理——
 - (cc) 再審の理論と現行法の解釈からの結論
 - (五) 真に第三者に必要な手續保障の理論——訴訟係属の「告知」——
 - (a) 取消判決による第三者の損害と国家の責任
 - (aa) 取消訴訟の第三者に固有の手續保障論の必要性
 - (bb) 「行政事件の解決」と第三者の地位
 - (cc) 処分の取消しによる第三者の損害と国の配慮
 - (b) 取消訴訟における訴訟係属の「告知」の意義と機能
 - (aa) 訴訟係属の「告知」による第三者の損害の予防
 - (bb) 職権訴訟参加と訴訟係属の「告知」
 - (六) 結論
- おわりに
- (一) 兼子(一)博士の疑問に対する筆者の答え
 - (二) 行政事件訴訟法のさらなる改正にむけた提言 (以上本号)

(四) 第三者の手續保障の理論

(a) 第三者の手續保障論の状況

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、その場合の解決策として、博士が、取消判決の効力がかような第三者には及ばないとする途を選択されたことは、これまでくりかえし指摘したところであるが、博士は、いつばうで、このままでは、処分の取消しの効果が、原告と(処分の名あて人である)第三者とのあいだで区々になることも憂慮され、第三者を(職権で)訴訟参加させることにより、判決の効力を第三者に及ぼすということも考えておられたことは、すでに指摘したとおりである。⁽⁶¹⁾

この考えの根底にあるのは、第三者に「訴訟参加」という手續保障があれば、⁽⁶²⁾博士が原則として否定された、取消判決の効力を第三者に及ぼすことも、許されるという考慮であろう。しかし、そこで、とうぜんにかぶ疑問は、ひとつの訴訟手續である「訴訟参加」が保障されたか、保障されなかったかということで、実体法上の地位が左右される——判決の効力が及ぶかどうか——ことがあってよいものであるか、ということである。へんないかたをすれば、「訴訟参加の手續の保障が、それほどのものであるのか」ということである。このことは、いまいちど、根本から考えなおす必要があるように思われる。

二 ただ、取消訴訟の理論においては、行政処分を取り消す判決の効力は、原則として、訴訟のそとにいる(処分の名あて人である)第三者には及ばないとする、兼子(一)博士の理論は、本稿の考察では、すでに、採用できないという結論をだしている⁽⁶³⁾ので、第三者に判決の効力を及ぼすために、どのくらいの手続保障をすればよいのかと

いうようなことは、考える必要がないといえは、ないのであるが、処分による自己の既得の権利が、判決により覆滅されるという実体法上の効果とのバランスで、手続として、訴訟参加する機会を保障するということが、どれだけの意味があるのかということは、やはり、考えておくべきであろう。

三 その場合には、手続保障そのものの本質を考えなおすことと、それに判決の効力論を関連させて考えることが求められようが、さすがに、そのような考察は、民事訴訟理論において、すでに行われており、現在の手続保障論は、「判決あるいは不利益な効果を及ぼすことを正当化するための手続保障とはなにか」という段階から、「訴訟の本質的要請としての、あるいは手続過程そのものに普遍的価値をおく手続保障とはなにか」という段階にまで、到達しているようである。

それと比較して、行政訴訟の理論には、ざんねんながら、このような本格的な手続保障本質論はない。いや、それどころか、(実質的な当事者である) 第三者が訴訟参加することの、憲法上の根拠についてさえ、まったく論じられていない⁽⁶⁵⁾という公法の状況である。ほんらいならば、まず、第三者に訴訟参加の機会が与えられることの憲法上の根拠をあきらかにしたうえで、それをうけて、行政訴訟もしくは行政法の理論のなかに、いかなる手続保障論があるのかを分析するというのが、「すじ」であらうが、このような考察が不可能であることは、右に述べたとおりである。

そこで、やむをえず、民事訴訟で展開された手続保障本質論の教えるところを吟味したうえで、そのような理論が、行政訴訟においても妥当するのかを検討する、という考察方法をとることにする。

(b) 第三者の訴訟参加の手続保障

(aa) 民事訴訟のあたらしい手続保障論——「第三の波」と新堂理論の分析——

一 いま、民事訴訟では、訴訟における「手続保障」の意味を根本からみなおし、そのあたらしい「手続保障」の観念を中心にすえた民事訴訟理論を構築しようとする動きがある。その基本的な思想は、当事者への主体的で実質的な手続の保障というにあり、そして、それが保障されたことによる自己責任を当事者に求めるということでもある。

その嚆矢となつたのが、新堂教授の「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」という論文である⁽⁶⁶⁾とされるが、新堂理論をさらに発展させた、いわゆる「第三の波」と評される最新の手続保障理論もある。その代表格と目されている井上(治)教授の理論から、まず、見ていこう。

二 井上(治)教授のあたらしい手続保障論は、裁判所が判決を下すための手続法という観点から構築された民事訴訟法を根本からみなおす⁽⁶⁷⁾という、スケールのおおきい、深遠なもので、その性格を、「手続内における当事者相互間の主体的な行動の積み重ねによって当事者間に共通のものが形成され、次第にもつれた糸がとぎはぐれて紛争解決の端緒が切り開かれるという発展的な訴訟観が前提にされる」と、みずから、性格規定されている⁽⁶⁸⁾。そのうえで、訴訟における手続保障とは、「当事者を対等に引き上げるための手続ルールにもとづいて当事者間に筋の通った論争の場を保障する」こととされ、それが、また、民事訴訟の主要な目的ともされるのである⁽⁶⁹⁾。

しかし、これだけでは、あまりにも抽象的でわかりにくいので、もうすこし、くわしい説明をひろってみよう。その保障されるべき「手続」のイメージ——「当事者のあいだの論争または対話」——とは、ルールにもとづく訴訟における論争または対話であり、そのルールは、当事者のあいだの実質的平等を確保したうえで、当事者のあいだの行為責任分配ルールとでもいうべきものであるとされる⁽⁷⁰⁾。したがって、訴訟における手続保障の主要な役割というのは、あるべき当事者のあいだに、対等な立場の対話を実現すること⁽⁷¹⁾ということであろうと思われる。

しかし、そこどうかぶ疑問は、なぜ、このような対話を訴訟において実現することが、それほど重要なのである

うか、ということである。そのことについて、井上(治)教授はつぎのように説明される。

すなわち、紛争が訴訟にまでもちこまれた原因が、相手方が訴訟まえの交渉過程・紛争過程でつくすべき説明義務をつくしていないことにあるとすれば、一連の周到な相互作用的な手続上の配慮と不履行に対するサンクションを背景にしながら、説明をせざるをえない状態にもちこんでいくことのできる手続は、訴訟においてほかになく、そこで、「当事者双方が共通の方向を目指して相互の意志疎通をはかりながら論争を展開し対話を積み上げていくからこそ、訴訟事件の大部分は和解や訴え取下げで落着ることになるのであり、そして判決もまた、当事者双方がこのような手続過程のなかからみずからつくり出したひとつの帰結であるということができ(88)る」(89)ものである。

三 井上(治)教授は、このような手続保障を基本に据え、そこから出発する民事訴訟理論の構築をめざされていくわけだが、(90)ここでは、われわれの考察に直接に関連する判決効——既判力——の理論をとりだして見てみよう。

井上(治)教授のいわれる「第三の波」の考えでは、判決効が及ぶ根拠は、当事者のあいだであれ、対第三者とのあいだであれ、その者の行為規範の帰結としての自己責任に求められ、判決効としての遮断の根拠は人間の行動規範そのものに求められる。(91)その意味は、じゅうぶんに争ったことによる、あるいは争うべくして争わなかったことによる自己責任ということであって、その自己責任の範囲が、判決効としての遮断の範囲ということなのである。ただ、自己責任といっても、訴訟においては、相手方との関係が問題になるので、この自己責任ということには、相手方との責任分配のルールをとりこんだ手続保障があることが前提となり、それが、また、既判力の正当化になるとされる。(92)

いずれにせよ、じゅうぶんに争ったことによる、あるいは、争うべくして争わなかったことによる自己責任が、既判力の根拠となるので、ここでいう遮断効は、包括的に訴訟物の範囲で生じるというイメージよりも、具体的に

個々の主張についてじゅうぶんに争われたということによって、それぞれが「一事不再理」として遮断されるといふイメージであるようである。⁽⁶⁶⁾

四 井上(治)教授によつて、手続保障の「第二の波」と位置づけられた、新堂教授の手続保障理論⁽⁶⁶⁾では、当事者が既判力をう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とを保障されることに求めることができ」、したがつて、「当事者がこの地位と機会を現実にとのよう利用するかまた事実上利用しないかは、その意思にまかすが、その結果には、自ら責任を負うべき」である⁽⁶⁶⁾とされる。これは、また、新堂教授の手続保障理論の基本テーゼにもなるので、これをくわしく検討することにより、新堂教授の手続保障理論をあきらかにしよう。

右のテーゼにおいては、とにかく、「当事者の地位につくことによつて手続上対等に」ということが重要なのである。なぜなら、新堂教授の手続保障理論では、当事者の双方に、実質的に対等に、弁論の地位と機会が与えられるということが、既判力の正当化の前提となるからである。ただ、新堂教授は、わが国の民事訴訟法には、そのような地位と機会が保障される「しくみ」が、すでに、用意されているとされる。⁽⁶⁶⁾

そして、そのような、相手方と対等の弁論の地位と機会が与えられ、その訴訟物たる権利関係の存否に付いて弁論し、訴訟追行をする権能と機会が与えられたからには、その結果——裁判所の判断である判決——については、みずから責任をおうべきであるという、新堂教授の「自己責任」論⁽⁶⁷⁾につながるが、その根底にあるのは、公平の觀念である。

これについての、新堂教授のもつとわかりやすい説明をひろつてみると、当事者が、相手方に対する関係で、不利益な既判力の効果をうけることを正当化する根拠は、当事者の双方に弁論の地位と機会が与えられたからには、敗訴の結果に服せず、ふたたび争うのは、公平の觀念に反するという理屈である、というものである。⁽⁶⁸⁾ 所し

て、教授の考えでは、このような説明で、じゅうぶんに、国家権力による強制力を正当化し、近代人たる私人を説得し納得させることができる、とされる。⁽⁶⁶⁾

さて、このように正当化される既判力にあつては、その既判力の主観的範囲も、この手続保障の延長において考へられる。いいかえれば、既判力の主観的範囲も、手続保障理論のうちということになる。すなわち、新堂教授の立場からは、手続保障の及ぶ範囲の者に、既判力が及ぶということになる。⁽⁶⁷⁾ 民事訴訟の大原則では、既判力は当事者のあいだでのみ生じることであるが、右の新堂教授のテーゼでも、「当事者の地位につくことによつて、かような手続保障をうけられるということが前提になっており、当事者の範囲に限定されるということになる。

五 右の新堂教授のテーゼで、もうひとつのポイントは、当事者が、弁論と訴訟追行の地位と機会を「利用するかまた事実上利用しないかは、その意思にまかすが、その結果には、自ら責任を負うべき」であるということにある。これは、ようするに、手続保障をうけた当事者は、じつさいに弁論・訴訟追行を行わなくても、それは、みずからの意思で行わなかつたということであるので、訴訟の結果について承認するほかはないという論理である。

そして、まさに、この点が、「第三の波」の手続保障理論と、決定的にことなるのである。井上(治)教授が、新堂教授の手続保障理論を非難される点は、それでは、手続保障されたところを利用しなかつた者にも、判決効により遮断される、つまり、はばひろく失権するということを正当化する論理に、手続保障が、使われかねないということである。⁽⁶⁸⁾ ぎやくにいえば、井上(治)教授らの立場にあつては、現実には、主体的な(その当事者の)対話・論争が行われなかつたときには、(その当事者に対する)手続保障がされなかつたことになり、(その当事者には)判決効による遮断は認められない、ということになるのである。⁽⁶⁹⁾

六 さて、これまでくわしく分析した井上(治)教授、新堂教授の理論も、ここまでは、訴訟当事者に対する手続保障の範囲のものであり、そのかぎりでは、第三者が補助参加することの手続保障について述べたものではない。

しかし、新堂教授に関していえば、新堂教授の手續保障論がもつとも威力を發揮するのは、補助参加の理論においてである。

新堂教授が、「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」という論文⁽⁶⁷⁾において、第三者が現実に補助参加し、主たる当事者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——おそらく、既判力——を、補助参加人と相手方当事者とのあいだにも、生じさせるべきであるという論理を展開されたことは、本稿において、すでに、くわしく分析したところである⁽⁶⁸⁾。

その論旨は、他人の法律関係の争いであっても、特定の争点⁽⁶⁹⁾が補助参加人の権利義務に関するものであるときは、その争点について、補助参加人および両当事者が、そうとうのエネルギーを費やして争った場合には、その争点に関する裁判所の判断は、主たる当事者と補助参加人のあいだを拘束する——「参加的効力」によって——のみならず、相手方当事者と補助参加人のあいだも拘束する——新堂教授のいわゆる「参加的効力に類する拘束力」によって——としなければ、「補助参加」の制度は、「投入量に比べて出力の低い効率の悪い制度⁽⁷⁰⁾」となるというものである。

しかし、そのような理論を構築するためには、どうしても、わが国およびドイツの民事訴訟の通説により、補助参加の本質的特徴とされてきた「補助参加人の従属性」⁽⁷¹⁾を打破しなければならぬ⁽⁷²⁾。新堂教授は、補助参加人の権利義務に関する特定の争点については、主たる当事者の意思に反する訴訟行為もなしうる、訴訟当事者と同等の訴訟上の地位が、補助参加人にも保障されなければならないと主張される⁽⁷³⁾。そして、この論理のうち、かように、主体的に訴訟行為がなしうるという手續保障がされることを前提にして、補助参加人は、その争点についての裁判所の判断に、主たる当事者との関係のみならず、相手方当事者との関係においても、拘束されることになるという、新堂教授の思想⁽⁷⁴⁾がうかがえるのである。

(bb) 取消訴訟における手続保障の意義と必要範囲

一 行政訴訟理論においても、むかしから、手続保障論として、取消判決の効力を(直接に)うける第三者を訴訟に参加させることの必要性が強調されてきた⁽⁸⁰⁾。しかし、そこでいわれる訴訟参加の手続保障の内容は、第三者を訴訟手続に参加させ、自己の法的地位を防衛するために、主張・証明の機会を与えるべきであるというものであつて、それ以上のものではなかつたといえる。

その意味は、ひとつには、民事訴訟のあたらしい手続保障理論でいわれているような、現実には、主体的・能動的に、個々の争点について、相手方と対等に、対話や弁論をつくす機会が保障されなければならないという、実質的な手続保障と比較してみれば、それは、とりあえず、第三者に訴訟参加の機会を与えればよいという、形式的な手続保障にすぎないということである。

また、もうひとつは、もし、取消判決により直接に自己の法的地位が覆滅される第三者に、訴訟参加する機会が与えられなかつた場合に、そのことが、取消判決の効力に影響することがあるかどうかは、ほとんど論じられてい⁽⁸¹⁾なかつたということでもある。

二 取消訴訟における、第三者に対する訴訟参加の手続保障の意義が、かようなものであつたとして、それでは、現実には、その第三者の訴訟参加の手続保障の意義とされるところまで、手続保障がつくされてきたかどうかについて、つぎに、検討してみよう。

まず、制度的には、わが国では、行政裁判法のときから、行政訴訟(取消訴訟)において、その事件(取消判決)に利害関係がある第三者を、訴訟参加させる手続を規定していた⁽⁸²⁾。そのかぎりでは、訴訟参加の手続保障の「おお⁽⁸³⁾わく」はあつたといえる。

そして、このわが国の行政訴訟における訴訟参加の制度について、さらにいうと、第三者の申立てによるほか、

裁判所が職権で第三者を訴訟参加させることができるとされたところに、民事訴訟の補助参加にはみられない固有性が付与された。その理念は、当初は、「これらの利害關係を有する第三者を強制的に訴訟に参加せしめることは、訴訟審理の上に必要な材料を供せしめ、公共の利益に密接な關係のある行政事件訴訟の適切な解決を期する上に必要である」とされていたが、行政事件訴訟法制定以降では、第三者に攻撃・防御の機会を付与することによる権利保護の意味あいもあることが強調されてきた。しかし、実務において、裁判所が、訴訟の結果まで見通し、訴訟のそとにいながら、その法的地位が覆滅されることのある第三者の権利保護まで配慮し、その第三者を訴訟参加させる職権を、じつさいに行使したという事例は、ほとんど見られなかったようである。

ただ、訴訟参加には、このほか、第三者からの申立てというルートもあったので、第三者みずからが、訴訟の結果を予見し、自己の法的地位が覆滅されるかもしれないという事態を重大にとらえ、訴訟参加し、独立の攻撃・防御の機会が付与されるという、手続保障をうけることを求めるということが、もし、十全に行われていたのであれば、それはそれで、第三者の訴訟参加の手続保障の意義とされるものの実質は、つくされてきたといえるかもしれない。

三 しかし、取消訴訟の構造、特質を、さらに、よく考えてみると、そのように樂觀視することはできない、本質的な問題点があるようである。

それは、その第三者に授益処分な行政処分の取消しを、その第三者いがいのが求めるという取消訴訟の構造を考えた場合には、その第三者の知らないあいだに、処分取消しの訴えが提起され、訴訟が進行し、処分を取り消す判決が下されてしまうということがありうる、というよりは、このような事態におちいることを防止する制度的措置が、行政事件訴訟法のなかにも、民事訴訟法のなかにも、なんら講じられていないということである。たしかに、民事訴訟法には、「訴訟告知」が規定されているが、それは、訴訟当事者からの任意的なものにすぎない。

もし、そのように、自己の法的地位の覆滅がはかられている、第三者にとつて深刻な取消訴訟の係属が、だれからもその第三者に告げられず、訴訟参加の機会を失するということがあるのであれば、それで、制度的に、第三者にじゅうぶんな訴訟参加の手續保障がされているということができるのであろうか。この点が、これからの考察の中心となる。

四 さて、それでは、民事訴訟の理論を参考に、どのような内容の手續保障が、かかる第三者にとつて必要かということを検討していくが、その前提として問題になるのは、かかる第三者に対する手續保障を論ずる場合に、民事訴訟の最新の手續保障理論いわゆる「第三の波」理論——でいわれているような、たかいレベルの手續保障を基準とすべきか、である。⁽⁶⁸⁾これについては、検討をすすめていく過程で考えるところとして、とりあえず、われわれの考察によりちかいと考えられる新堂教授の手續保障理論を参考にしよう。

新堂教授の基本テーゼ⁽⁶⁹⁾と考えられるもの前提には、手續保障をうける者が「当事者の地位につくこと」により、当事者としての訴訟行為を行うということがあるが、取消訴訟に訴訟参加する必要性が認められる第三者については、まさに、取消判決の効力をうけるということのゆえに、いわゆる「共同訴訟的補助参加人」としての地位が認められ、訴訟参加したがわの主たる当事者の意思に反する訴訟行為も行いうるという意味で、当事者に匹敵する訴訟上の地位についていえる。新堂教授は、また、通常の補助参加人についても、補助参加人の権利義務に関する特定の争点については、主たる当事者の意思に反する訴訟行為もなしうる、訴訟当事者と同等の地位が保障されなければならないと主張されているが、取消判決の効力をうける第三者は、すでに、訴訟物ぜんたい——「行政処分⁽⁷⁰⁾の違法性一般」という通説の立場で——のすべての争点について、この地位についているのである。

そのように考えると、取消判決の効力をうける第三者は、取消訴訟に訴訟参加しさえすれば、新堂教授が觀念されるような、利用しようと思えば利用できる、訴訟当事者と対等の訴訟行為をなしうるといふ、実質的な手續保障

を、かならず、うけることになっているといつてよいであろう。

しかし、ここで注意しなければならないのは、新堂教授のいわれている手続保障というのは、民事訴訟の制度にすでに内在している手続保障とはべつの、なにかあたらしい手続保障をつけ加えようというものではない。新堂教授も指摘されているように、⁽⁸⁾もともと、民事訴訟の制度のなかに、訴訟当事者が、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とを保障する個々の規定がおかれているのである。つまり、民事訴訟のあたらしい手続保障論というのも、現象的には、すでに存在している手続について、手続保障論としての意味づけをたかめ、それによって、当事者が主体的に手続を進めていく⁽⁹⁾というイメージをうえつけようというものであったといえよう。

手続保障がイメージにとどまるかぎりにおいては、取消訴訟に訴訟参加した第三者に対する手続保障として、過剰にはならない。しかし、井上(治)教授らが主張される手続保障論のように、イメージにとどまらず、現実にかように主体的な訴訟手続を当事者がとらないかぎり、手続保障があったとは認めないものは、取消訴訟の訴訟参加には、過剰な手続保障といわざるをえない。

それは、すでに前節で分析したように、行政処分⁽¹⁰⁾の取消訴訟に第三者が訴訟参加する場合は、第三者は、被告行政庁のがわに訴訟参加し、行政庁とともに、処分の適法性維持のために主張・証明をつくすことになるが、理論的にも、現実にも、行政庁がなす主張・証明がいけないものは、なかなか、なしえないので、現実には主体的に訴訟行為を行われたことを前提とする立場では、取消訴訟に訴訟参加する第三者には、手続保障がされていないということになってしまふからである。もちろん、あくまで、取消訴訟に訴訟参加する第三者についても、かようにたかいレベルの手続保障が必要であると主張することは可能であるが、はたして、そこまでの手続保障が、ほんとうに必要なであろうかということは、考えてみるべきである。

五 そのために、取消訴訟における手続保障を段階的に分析してみよう。

まず、第一の段階の、基本的な手続保障として、第三者の実体的地位の根拠となっている処分⁽⁸⁾の取消しを求め、訴えが提起された、あるいは、すでに、そのような訴訟が係属しているという事実が、第三者に「告知」されるということがなければならぬ。しかし、この「告知」の手続は、行訴法には規定されていないし、また、民訴法に規定されたものでは、ふじゅうぶんである⁽⁹⁾。

つぎに第二の段階の手続保障として、取消訴訟に訴訟参加する必要性があると認められる第三者に、訴訟参加しようと思えば、訴訟参加しうることが、制度的に保障されているかどうかである。これについては、一定の訴訟参加(補助参加)の利益が認められる者に、申立てによる訴訟参加、および、補助参加が許されている⁽¹⁰⁾ということ、十全に保障されているといえる。

つぎに、第三の段階の手続保障として、訴訟において、行政処分⁽⁸⁾の適法性維持のために、主たる当事者である被告行政庁とは独立に主張・証明を——行政庁の意思に反する主張・証明も含む——なしうることが保障されていない⁽¹¹⁾。これについては、取消訴訟に訴訟参加する第三者は、「共同訴訟的補助参加人」としての地位が認められている⁽¹²⁾ので、保障されているといえる。

こうしてみると、第二、第三の段階の手続保障、つまり、第三者が、訴訟参加する意思をかため、訴訟参加の申立てをする以降の訴訟手続については、わが国の民訴法および行訴法は、じゅうぶんにその機会を提供しているといえよう。あとは、第三者が、そのような機会を利用するかしないか、どのように利用するかの問題であつて、手続保障論として、現実⁽¹³⁾に第三者が訴訟参加し、実質的に、被告行政庁とならんで、原告と対等に、処分⁽⁸⁾の適法性維持のため、主張・証明をつくしたという事実があることまでを要求する必要はないように思われる。なぜならば、取消訴訟で問題となるのは、第三者の権利ではなく、処分⁽⁸⁾の適法性であるので、第三者がじつさに主張・証明の

機会を利用せず、処分の違法を主張する原告に対抗して、処分の適法性維持のため、もっぱら主張・証明をつくすのが、被告行政庁にかぎられたとしても、そのことにより、第三者の権利主張の機会が奪われ、第三者の手続保障に欠けることになるとはいえないからである。この点で、第三者が、補助参加することにより、訴訟の帰すうが、おおいに左右されうる民事の争いとはことなるのである。

むしろ、右の手続保障の段階で問題となるのは、第一の段階の手続保障である。第二、第三の段階の手続保障も、第三者が、自己の法的地位の覆滅につながる判決が下される可能性がおおいにある訴訟が提起されたということ、あるいは、係属しているということを知ることが前提となるが、この第三者に認知せしめる手続については、行訴訟は、なにも規定していないし、民訴訟の規定では、ふじゅうぶんである。そして、第三者が不知のあいだに訴訟手続が進行し、第三者の法的地位を覆滅する判決が下され、その結果を、とつぜん、承服せよと告げられることとの第三者の不利益について、なにも論じられていないし、^(註)すくなくとも、その救済について、法は、直接には、なにも規定していない。ただ、その場合に考えられるのは、そのような不備に対して、「第三者の再審の訴え」が、事後的な救済にもなりえないのかということである。これは、手続保障として重要な問題であると思われるので、項をあらためて論ずることにしよう。

(c) 第三者の再審の訴え

(aa) 問題の再確認——伊藤(洋)研究が示唆したもの——

一 「第三者の再審の訴え」は、わが国の行政事件訴訟法で、第三者の訴訟参加と密接な関連をもつ制度として規定された。この制度についてここで考察する論点は、訴訟参加する必要性があると考えられた第三者が、訴訟参加しないままに、第三者に授益的であった処分を取り消す判決が確定してしまったという場合に、この制度が、その

第三者に対する手続保障の欠缺を補う「てだて」として活用しうるものであるのかということである。

その考察の重要な「てがかり」となると思われるのが、伊藤(洋)教授の研究(88)のなかに示された、フランスにおけるひとつの解決策である。本稿ですでにくわしく分析したが、それは、フランスの行政訴訟で、取消判決の効力をうける第三者が訴訟参加していなかったということへの救済策として、「第三者再審(Tercet-Opposition)」がひろく活用されているというものである。そして、教授は、これが、閉塞したわが国の訴訟参加の理論状況を打破する突破口になりうるのではないか、という示唆をされていることも、すでに指摘したとおりである(89)。しかし、本稿では、まだ、このような解決策が、そのまま、わが国の制度の解釈論としてなりたつかどうか、検討していなかった。

そこで、あらためて、それを検討するにさいして、教授があきらかにされたフランスの解決策を、ここに概括しておこう——これを、以下、「フランスの第三者再審の活用策」とよぶ——。

「フランスの越権訴訟では、取消判決の効力をうける第三者には、あらかじめ訴訟参加し、自己の権利を防衛するため、主張・証明の機会を与えられることが、きわめて重要であると考えられ、訴訟参加の利益を有しながら、訴訟参加できなかった第三者には、すべて、事後的訴訟参加として、「第三者再審」が保障されている。そのけっか、訴訟参加しなかった第三者に判決の効力を及ぼすことが、妥当かどうかという深刻な問題に直面することはない。」

右の要約からわかるように、ここでは、「第三者再審」の制度が、第三者の訴訟参加と、密接な関連をもち、事後的な訴訟参加と位置づけられているが、これにはだいたいな前提がいくつかあることが、教授により指摘されているので、それを再確認しておこう。(90)

ひとつは、フランスでは、「第三者再審」の利益と第三者の訴訟参加の利益は、まったく同一と考えられてい

るということである。

ひとつは、フランスでは、「第三者再審」において、第三者は、当事者が訴訟でした攻撃・防御方法を、「かさねて」することができ、裁判所もこれに対して判断する義務があるという運用がされているということである。

ひとつは、フランスでは、第三者再審の訴えを認容する判決は、第三者が訴訟参加しないまま下された判決を取り消す効力をもつが、これには対世効もあるとされているということである。

右のような前提が確立している場合には、「第三者再審」が、訴訟のそとにいる第三者にとつて、完全な意味で、事後的な訴訟参加となりうる。つまり、第三者が訴訟参加しないままに、第三者の法的地位を覆滅する判決が下されたとしても、第三者は、そのあとで、「第三者再審」を提起し、訴訟参加していればしたであろう主張・証明をする機会が、あらためて与えられるということ、第三者に対する手続保障としては、万全の配慮がされたものといえよう。

二 右に見た「フランスの第三者再審の活用策」のように、「第三者再審」を事後的な訴訟参加として活用する解決策は、きわめて魅力的であるが、そのような解決策を、わが国においても採用しうるためには、とうぜんのことながら、右に上げた三つの前提が、わが国の制度のもとでの解釈として認められなければならない。それぞれについて、検討していくべきであるが、そのまえに、もうひとつの問題の再確認として、わが国の「第三者の再審の訴え」の意義と、その再審の利益について論じた東京地裁平成一〇年七月一六日判決の論理をみておこう。

(bb) 問題の再確認——東京地裁平成一〇年七月一六日判決の論理——

一行訴訟三四条に規定された「第三者の再審の訴え」では、再審の利益として、「自己の責めに帰することができな理由により訴訟に参加することができなかった」ということが、要件のひとつとして上げられている。本件

で、訴訟の第三者であった再審原告は、裁判所より原取消訴訟の係属の通知がされなかったので、訴訟参加できないままに取消判決が確定してしまつたとして、再審の訴えを提起したのである。

これに対する東京地裁平成一〇年七月一六日判決の論理―以下、「東京地判の論理」―を、すこしくわしく、段落に区切つて、分析してみよう。

二 「第三者の再審の訴えについて規定する法三四条一項は、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ことから、再審事由を『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』ことに限定しているものであり、その趣旨及び文理からすれば、『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解するのが相当である。」

ここでいわれているのは、行訴法二二条の第三者の訴訟参加の利益の範囲と、同三四条の第三者の再審の訴えの利益の範囲は、ことなるということである。再審の訴えを提起することができる第三者は、基本的には、訴訟参加の利益を有していなければならぬとされている―両条で、判決により「権利を害される」という(基本)要件がオーバーラップしている―が、それに、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る者であること、という「しほりこみ」がされると強調されているのである。それは、それが提出されていれば、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ものということであるが、さらに、シビアに、「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

排除されると、「だめ」をおされているのである。

この判決文を書いた裁判官の基本思想は、「いたずらに再審事由を広げることは、法的安定性を害する」というところに、端的に表されている。このような考えを前提とするならば、法は、第三者の再審の訴えの利益をしばらくこんでいるという見方をとるのは、むしろ、とうぜんといえよう。なお、ここで注意しておかなければならないのは、この場合の「法的安定性」ということの内容を、取消判決によって利益を受ける者の迅速な権利回復と、はっきり規定していることである。このとらえかたじたいは、具体的で、そして、ただしい。

ただ、ここで考えなければならないのは、そのしほりこみの要件とされている、「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」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」というのは、それが、訴訟の終局判決の実体判断において、処分が、違法ではなく、適法であると証明される根拠となりうるか否かということである。そうすると、訴訟要件としての再審の利益において、再審が始まったのちの実体判断の要件とされるべきことが、混入しているのではないかという気がしないでもない。この問題については、すこし、民事訴訟の再審の理論にさかのぼって、検討する必要があると思われる。

三 もともと、民事訴訟理論では、なぜ、再審事由という瑕疵が存在すれば、判決が確定しているにもかかわらず、法は、再審理できるとしているのかという、いわゆる「再審原理」の問題というものがあるようである。これは、また、再審が、前訴確定判決の取消しという面と、前訴確定判決の内容の本案の再審理を行うという面をもつことと、再審事由についても、歴史的に、無効もしくは取消事由としての性格をもつものと、原状回復事由としての性格をもつものが認められていたことに関連して、複雑な理論状況になっているようである。ただ、いま本稿で問題にしていることとの関連で整理すると、つぎのとおりである。

前訴の判決はすでに確定しているので、再審を開始するにあたっては、確定判決をどうするかということが、まず、問題になる。確定判決を取り消したうでなければ再審が開始しないというのであれば、再審が認められるための再審事由というのは、前訴確定判決の取消事由でなければならぬことになる。^(四)取消訴訟の、処分を取り消す判決の取消事由ということになれば、たしかに、右判決でいうような、「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」ような事由になる。^(五)

しかし、現行民法は、三四六条一項で、裁判所は、再審の事由があると認めるときは、「再審開始の決定をしなればならない」と明記した。^(四)そして、前訴確定判決が取り消されるのは、三四八条三項により、前訴確定判決の内容を再審理したうで、判決が不当であると判断されたときである。^(五)これらの規定内容を総合すると、どうも、再審事由というのは、再審を開始しうるかどうかだけを決するもの——原状回復事由——と考えられているようである。そうすると、右判決でいわれているような、「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」ような事由であることまで、再審事由として要求することは、現行民法の主旨に反するといえよう。

ただ、民事訴訟の理論のなかには、現行民法がそのように改正されたことにかぶせて、当事者への手続保障が欠けたというだけで、再審を認めようとする考えかたがある。^(四)これによれば、再審の利益が、いたずらにひろがり、取消訴訟についていえば、第三者の訴訟参加の利益とはば一致してしまうことにもなる。再審が、法的安定性の要請を一時的にやむをえず損なう「非常救済手段」であるということを考えるならば、ここまで、再審が認められる範囲をひろげることに、問題がある——とくに、取消訴訟では、原告の権利救済とのバランスで——。

そこで、筆者の考えとしては、行訴法三四条一項の、「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、という「しほり」の要件について、「当該訴訟の判決が第三者に有利に変更されていた

あろうと認められる」というところまでは読みこまないが、「判決に影響を与える可能性がある」というところまでは要求しておく必要があるのではないかと考えている。

四 「そして、右の再審事由の有無は、原則として、当該第三者（再審原告）の提出する攻撃又は防御の方法が判決に影響を及ぼすことになるのか否か、その主張が論理的正当性を有するか否かによって判断すべきである。」

ここでいわれていることは、じっくり検討しなければならない。行政処分を取り消す判決が下された訴訟の再審を、第三者が求めるという場合には、「判決に影響を及ぼす」ということは、行政処分が違法であるという認定に影響を及ぼす攻撃又は防御の方法を、第三者が保有しているということを意味する。しかし、行政庁が、取消訴訟で提示することのできなかつた攻撃又は防御の方法で、行政処分が適法であることを証明するものを、第三者がべつに保有する可能性は、きわめてひくい⁽¹⁰⁾ということは、前節で論証したとおりである。これによれば、再審の利益は、きわめてせまくなる。

また、ここで、すこし検討しなければならないのは、その攻撃又は防御の方法が、「論理的正当性を有する」ものでなければならぬ、とされていることである。それがどういふことを意味するか考えてみると、行政処分が違法であるという認定に影響を及ぼす攻撃又は防御の方法が、論理的正当性を有しなければならぬということは、それが、訴訟の終局判決の実体判断において、処分が、違法ではなく、適法であると証明される根拠となりうるものでなければならぬということである。これについては、すでに検討したように、訴訟要件としての再審の利益において、再審が始まったのちの実体判断の要件とされるべきことが混入しており、問題であるといわざるをえない。

五 「法」二条一項は、裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てによりまたは職権で、決定をもって、その第三者を訴訟に参加させることができる旨規定しており、

右の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って、かかる第三者に対し、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。」

これは、行訴法二二条一項の、ごくすなおな文理解釈を述べているのであって、そのとおりである。また、裁判所が、かかる第三者に対し、訴訟係属を通知すべき義務を定めた規定が、行訴法にも、民訴法にも、存在しないと述べていることも、そのとおりである。

六 「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る旨を定めているのであって、自己の責めに帰すべき事由もなくして訴訟に関与する機会を持たなかった者については救済の途が開かれているのである。」

ここに述べられていることは、「第三者の再審の訴え」が、訴訟参加できなかった第三者に対する「事後的訴訟参加」の制度として位置づけられるかのようなニュアンスである。しかし、これには、二重の意味で問題がある。

ひとつは、この段落の前半で、再審の利益は、訴訟参加の利益よりも制限されるという趣旨のことを、くりかえし述べ、ようするに、第三者の再審の訴えというのは、よいには認められない救済手段であるということを確認しておきながら、それをもって、訴訟参加できなかった第三者に対する（一般的な）事後的な救済の保障であるとするのは、論理的におかしい。この点は、さらに追求する必要がある。

また、もうひとつは、「フランスの第三者再審の活用策」との比較でいうと、このように、「第三者の再審の訴え」を、事後的訴訟参加と位置づけるためには、論理的に、フランスの制度の運用に見られる三つの前提が認められるということを、まずあきらかにしてからでなければならぬ。そのことが、ここでは示されていない。

(CC) 再審の理論と現行法の解釈からの結論

一 それでは、「フランスの第三者再審の活用策」の三つの前提について、検討していこう。

第一の前提である、『第三者再審』の利益と第三者の訴訟参加の利益は、同一でなければならぬ」ということであるが、これは、現行行訴法の二二条と三四条の解釈から判断されるが、それには、制度の立法趣旨というものも、勘案すべきであろう。

「第三者の訴訟参加」の二二条一項では、「訴訟の結果により権利を害される」ということをもって、訴訟参加の利益としている。それに対して、「第三者の再審の訴え」の三四条一項では、「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」ということをもって、再審の利益としている。

このふたつの要件をくらべてみると、訴訟の結果(判決)により「権利を害される」第三者であるという基本要件については、共通である。そのうえで、三四条のほうでは、さらに、べつの要件が付加されているとみられる。すなわち、「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できなかった」ということである。

この付加されたふたつのものでは、前者のほうが、より重要である。その理由は、この要件のうちに、第三者の再審の訴えは、第三者の訴訟参加と対置される特別の再審の制度であるという、制度の立法目的⁽²¹⁾が、示されていると考えられるからである。つまり、訴訟参加の理由を有する第三者のうち、「自己」の責めに帰することができない」という特殊な事情がある場合にかぎり、再審を認めようということなのである。その特殊な事情⁽²²⁾というのは、天災地変のようなものを除けば、「訴訟係属の事実を知ることができなかった」ということが中心になる⁽²³⁾。このこと

は、うらがえせば、(訴訟が係属していることを知り) 訴訟参加の申立てをしようと思えばできたが、けつきよく、申立てをしなかったという第三者は、「自己の責めに帰する」理由により訴訟参加できなかったということで、再審の利益はないということになる。

後者については、これも、再審の利益を限定する要件とみるべきであろう。これには、いちおう、前者の「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」ということがかかるが、これを、ただ、訴訟参加できなかったため、攻撃又は防御の方法を提出することができなかったと、あたりまえのことがいわれていると考えることはできず、「判決に影響を及ぼす」というところに重点がおかれているとみるしかない。そうすると、けつきよく、ここでいわれているのは、再審においては、判決に影響を及ぼしうる攻撃又は防御の方法を提出しなければならないということである。⁽¹³⁾ この制度の立法趣旨でも、そのように説明されている。⁽¹⁴⁾

こうして見てくると、二二条の第三者の訴訟参加と三四条の第三者の再審の訴えでは、その申立て、訴えが認められるための基本的要件は同一であつても、第三者の再審の訴えでは、そこから要件がしほりこまれており、トータルで見ると、第三者の再審の訴えの利益は、極端にせまくなつているといえよう。⁽¹⁵⁾ したがつて、「フランスの第三者再審の活用策」の第一の前提は、欠けることになる。

二 この第一の前提が欠けていることは、第二の前提の、「第三者再審において、第三者は、かさねて、当事者が訴訟でした攻撃・防御方法をすることができ、裁判所も、これに対して判断する義務があるという運用がされる」ということにも、直接に影響する。

わが国のじつさいの運用として、「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有する第三者のみに、訴訟参加の利益を認め、「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」を、再審に

において主張することは許さないとされていることは、「東京地判の論理」の分析において、見たとおりである。そして、この判決の論理の基礎には、三四条の立法趣旨を勘案した常識的な文理解釈があることも、あきらかである。したがって、「フランスの第三者再審の活用策」の第二の前提は、欠けることになる。

三 第三の前提である、「第三者再審の訴えを認容する判決は、第三者が訴訟参加しないまま下された判決を取り消す効力をもつが、これには対世効もあるとされる」ということについては、じつは、わが国の三四条の解釈論としてはあまり論じられたことはない。したがって、第三者からの再審の訴えが許され、再審が行われるときの、その再審の性格、および、再審の訴えを認容する判決の性格がどのようなものであるのかは、一般民事訴訟の理論によりつつ、行訴法の解釈から、ここで決するほかない。

再審の手続と原訴訟の手続との関係は、民事訴訟では、再審事由が認められると、(すでに確定している)原訴訟が復活すると理解されている。⁽⁷⁶⁾ その意味は、原訴訟の弁論の再開続行で、再審裁判所が事実審であれば、再審当事者は、あらたな攻撃・防御の方法を提出することができる⁽⁷⁶⁾ ということである。ただ、本案の審理は、「不服申立ての限度で」⁽⁷⁹⁾ 行われ、審理の結果、原判決が不当とされれば、不服の主張——再審原告の申立て——の限度で、原判決は取り消され、これに代わる裁判が行われる。⁽⁷⁹⁾ その意味は、原判決を取り消したうえで、再審原告の申立てについての判決が下される⁽⁷⁹⁾ ということである。

これを、第三者の再審の訴えの場合にそくして考えてみよう。ところで、第三者に授益的な処分を取り消す判決に対して、第三者から提起された再審の訴えでは、その不服の主張とはどのようなものであろうか。それは、いうまでもなく、当該処分を取り消した判決は、適法な処分を違法と誤認し、不当に処分を取り消した⁽⁷⁹⁾ ものである。そうすると、再審が開始されると、処分が適法か違法かが争われた原訴訟の手続にもどることになる。そして、最終的に、再審の訴えを認容されることになれば、その判決は、当該処分を取り消した判決を取り消すものである

ので、処分の効力は復活することになる。つまり、この判決は、形成判決である。^(四)

その場合に、原判決が取り消され、処分の効力が復活したということが、第三者効をもつかどうかというところは、民訴法ではなく、行訴法によって決まることになろうが、処分を取り消す判決は第三者に対しても効力を有する、とする行訴法三二条一項から、その処分を取り消す判決を取り消し、処分の効力を復活させる判決の効力も、第三者に及ぶと、しぜんに解釈できよう。なぜなら、いっぽうで、処分の効力を失わせる判決については、第三者効を認め、いっぽうで、処分の効力を復活させる判決については、第三者効を認めないのは、ふしぜんであるからである。ただ、第三者効については、この場合、あまり意味がない。なぜなら、第三者効が一番問題となる「第三者」が、第三者の再審の訴えでは、再審原告となっており、^(四)判決の効力を直接に受けるからである。

こうして見ると、第三の前提については、わが国の制度のもとにおいても、認められるといえよう。

四 「フランスの第三者再審の活用策」を利用しうるための三つ前提のうち、第一と第二のものが、わが国の制度において認められないじょう、訴訟参加する必要性が認められる第三者に、欠けた手続保障を追究する便法——事後的な訴訟参加——として、第三者の再審の訴えを用いることは、断念せざるをえない。また、それがいいに、「再審」という制度のもつ特別の意義からも、第三者の再審の訴えを、訴訟参加でできなかった第三者に対する一般的な手続保障の制度とすることはできないようである。

およそ、訴訟における「再審」とは、通常の訴訟ルートとかけはなれた、非常救済手段という特殊な性格をもつものである。民事訴訟での説明は、「確定した終局判決に対して、その訴訟手続に重大な瑕疵があったことやその判決の基礎たる資料に異常な欠点があったことを理由として、当事者がその判決の取消しと事件の再審判を求める非常の不服申立方法」であるというものである。^(四)また、刑事訴訟での説明は、判決が確定したのちに、各種の再審事由の存在にもとづいて開かれる再審の途は、「確定」して不動となった判決を動かそうとするものだけに、「非

常』の救済なのである」というものである。⁽⁷⁶⁾このように、再審を通常は認められない非常救済手段と位置づける、わが国の訴訟制度の基礎にあるのは、いうまでもなく、法的安定性の要請、もつと具体的にいうと、判決の早期確定の要請である。⁽⁷⁶⁾

ところで、行訴法における第三者の再審の訴えについては、通常の再審とはことなる特殊の再審であるというのが、行政訴訟理論の一般的理解であるが、しかし、そのことの説明は、再審事由、原告となりうべき者、再審の手続などが一般の再審とことなるというものである。⁽⁷⁷⁾それは、もっぱら、取消訴訟の特殊な構造に由来する相違を強調するにすぎないもので、再審を通常の訴訟ルートと対置してどのように位置づけるかという、本質的なところで問題ではないのである。そうすると、行訴法における第三者の再審の訴えも、基本は、通常の訴訟制度で非常救済手段として観念される「再審」とおなじであるといえよう。

五 以上のように、「フランスの第三者再審の活用策」のような解決策をとることは、わが国の法制度の解釈および法感情から、いかように考えても不可能であることがわかつたにもかかわらず、筆者が、なお、このような解決策に「みれん」を残したのは、つぎのような理由からである。それは、わが国の制度に、処分を取り消す判決により、処分による既得の権利を覆滅される関係にある第三者の手続保障において、本質的に欠けるところ——かかる第三者の不知のままに訴訟が係属し、取消判決が確定することに対する措置が講じられていない——があり、それを、この解決策をとることにより、なんとか補うことができるのではないかと考えたからである。

しかし、さらにふかく考えてみると、「フランスの第三者再審の活用策」のような解決策をとつたとしても、かならずしも、問題が解決するとはかぎらないようである。それを論証してみよう。

〔フランスの第三者再審の活用策〕は、訴訟参加の利益を有した第三者が訴訟参加できなかった場合に、第三者に対する事後的救済として、おつて訴訟参加させ、審理を最初からやりなおすというものである。これは、一見し

て、第三者の手續保障として欠けるところがあつたものを補う「てだて」として、もつとも好ましいものであるようであるが、取消訴訟の基礎にある行政事件というものを考えた場合に、はたして、それが、第三者の権利をすくでも保護することにつながるような手續保障たりうるかは、疑問である。

たとえば、Aに建築許可処分が与えられ、それを周辺住民が争うというような行政事件を考えると、いったん、処分の取消判決が確定したのちに、(原訴訟の第三者であつた) 処分の名あて人を(再審原告として) くわえ、審理をやりなおしたとしても、これまでの本稿の考察であきらかにしたごとく、Aが、原訴訟の被告行政庁がした以上の主張・証明をなしえ、判決がくつがえるという可能性は、きわめてひくい。しかし、それはそれで、手續保障の欠缺を補うという意味で、それなりの意義があるといわれるかもしれないが、問題は、これだと、Aに処分が下されたときから、かなりの時間が経過してしまつていふことである。つまり、そのあいだに、Aは工事をどんどん進め、ぬきさしならない状態になつてしまふ。このことは、Aにとって、深刻な事態をまねくと思われるが、この分析については、次節で行う。

このように考えてくると、取消訴訟における第三者に対する手續保障の本質は、訴訟において主張・証明の機会を与えるということにあるのではなくて、はやめに訴訟係属の事実を認知させ、権利の覆滅という結果の予測を可能にしてやり、それに備えさせることにあるといえよう。このことは、本稿の結論部分に直結するので、節をあらためて論ずることにする。

かような考察から、「フランスの第三者再審の活用策」も、けつきよくのところは、取消判決が下されたのちの事後的な救済策であつて、自己に権利・利益を付与した行政処分の取消訴訟が提起され、自己の法的地位が覆滅されようとしている(訴訟外の) 第三者の実体的損害を防止しようとする手續保障——「実体的権利を保護するための手續保障」⁽²⁾——という見地からは、けつして、有益なものとはいえないと断ずることができよう。

(五) 真に第三者に必要な手続保障の理論——訴訟係属の「告知」——

(a) 取消判決による第三者の損害と国家の責任

(aa) 取消訴訟の第三者に固有の手続保障論の必要性

一 処分を取り消す判決により、権利・利益を取得していた者の法的地位が覆滅される関係にある場合を、これまでも、取消訴訟に第三者が訴訟参加する必要性がある場合の基本としてきたが、このような者にとって、取消訴訟が提起され、訴訟が開始し、判決が下され、判決の効力をうけるといふ過程において、ほんとうのところ、どのような手続保障が必要なのであろうか。

このような考察が必要であると筆者が考えたのは、つぎのような理由からである。

本稿がとりくんできた第三者の訴訟参加の問題は、ふつうに見れば、第三者に視点をおき、判決の効力をうける第三者については、訴訟参加という手続保障を行うべきであるという、まったく、訴訟手続の範囲での手続保障の問題ととらえられるであろう。しかし、本稿の考察が、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具体的法律関係、取消しの訴えの対象となつている処分の適法性の証明に關しての行政庁と第三者の關係、取消判決の第三者効の解決能力への疑いなどに及んだことにより、取消訴訟における第三者の手続保障については、「訴訟参加」という特殊訴訟手続にとらわれず——訴訟参加させれば十分であるという考えを改め——、行政事件の特質を考慮して、いったい、どのような配慮をしてやれば、(訴訟参加する必要性があると認められる範囲の) 第三者の救済として十分なのか、という問題の根本に「たちもどる」ことの必要性を痛感したのである。それにより、第三者の「救済」として、ほんとうのところ、どのような内容の、どのていどの救済が急務であるのか、あきらかにされるのではないかと考えたのである。

二 右のような問題認識にたち、本稿の結論として、かような第三者にどのような手続保障をすればよいかという

ことを解明するために、つぎのような分析を行うことにする。

まず、このような考察をすすめるそもその前提として、第三者のおかれている実体的法律関係を再確認し、それにもとづいて考察を進めていくことで、問題を具体化し、問題点をわかりやすくする。ただ、この分析において、法律関係論に根ざした「行政事件の解決」という筆者の独自の考えが、加味される。その主旨は、取消訴訟のうち訴訟外にある第三者を取り込んだ解決をはかるというのであれば、取消訴訟のわくを超えた、事件の実質的当事者のすべてをふくむ、はばひろい考察が必要であると考えられるということなのである。

そして、第三者に取消判決の効力が及ぶことにより、第三者がどのように深刻な事態におちいるかを、できるだけ具体的に分析する。そのうえで、かかる事態におちいることを防止するためには、どのような手続保障が最小限求められるのかを考察する。これらの分析においては、本稿でこれまで行ってきたもろもろの考察が、総動員される。

三 そのまえに、すこし、民事訴訟理論において見られるあたらしい手続保障論と比較して、取消訴訟固有の手続保障論を展開することの必要性について、論じておきたい。

私人のあいだの私的な紛争を解決する「きめて」としての民事訴訟においては、紛争の当事者であり、訴訟の当事者である者に、主体的で実質的な訴訟行為をなしようような手続保障を整備し、それにより、当事者が納得して判決に服するようにしようとする民事訴訟のあたらしい手続保障論には、それなりの説得力があり、筆者も感銘をうけた。このように実質的な手続保障は、被告行政庁と原告国民のあいだで、極端な証明能力の差が認められる取消訴訟において、原告国民が被告行政庁と対等に「わたりあえる」ような真の「当事者平等」を実現していくうえで、ぜひ必要であると考えられる。

しかし、取消訴訟における、訴訟参加する必要性が認められる第三者に対する手続保障として、かようなレベル

の手續保障まで援用することが、必要不可欠であるかという点、おおいに疑問がある。そのことを順ぐりに説明すると、以下のとおりである。

取消訴訟が直接に対象とするのは、行政処分そのものであるが、そこで考えなければならぬのは、その行政処分によって、いったん、ある者に権利・利益が付与され、他の者の権利・利益が制限されたという、ひとつの行政庁による「解決」が行われているということである。そうすると、その「解決」に納得しない原告の請求を認容し、当該行政処分を取り消すということは、権利の既得者から権利を奪うということである。そこで、なにが問題であるのかというと、この者については、行政処分という国家行為により、自己に確定的に権利・利益が与えられたと確信しうるものがあり、それにもとづいて、さまざまに法律行為をかさねていくことは、通常予想しうるところで、それが、とつぜん、自己の法的地位の基礎になっている処分が取り消されたというのであれば、その者が国家を信頼したことによって、ばくだいな損害をこうむることになるということなのである。

かような関係にある第三者の保護を考えると、最終的には、当該処分が取り消されないような配慮をしてやるということであろう。そのために、訴訟参加し、自己の法的地位の防衛につとめさせるという手續保障が、ただちに考えられるのであろう。ただ、これは、あまりにも民事訴訟的な発想であつて、行政処分を行った行政庁が、被告の地位につき、処分の適法性維持につとめ、第三者は、それに命運を託するしかないという取消訴訟の構造において、第三者の法的地位の防衛ということについていうならば、第三者を訴訟参加させ、みずから処分の適法性に関する主張・証明をさせることまでの必要性は、ないといえよう。⁽²⁸⁾

それはどういふことかという点、第三者に訴訟参加させ処分の適法性に関する主張・証明をさせるまでの緊急の必要性はないが、訴訟参加という手續保障のなかの一部の訴訟係属の「告知」に、第三者の法的地位の防衛ということとは、すこしずれた、権利保護への重要なポイントがあると考えられるということなのである。

(bb) 行政事件の解決と第三者の地位

一 取消訴訟において、第三者が訴訟参加する必要性があると考えられる場合は、二重効果的行政処分によって規律される法律関係であることは、すでにくわしく分析したとおりである。⁽⁷⁰⁾ それは、①「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」、②「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」、③「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」⁽⁷¹⁾ などであった。

①のケースについて考えてみると、行政処分が行われるよりまえに、そもそも、建築物を建築しようとする者と、建築物が建築されることにより自己の生活が侵害されるという危機感を抱く隣人のあいだに、利害の対立関係が潜在していたと見ることができ、それが、紛争というかたちをとったときは、ひとつの「事件」が発生したと観念することができ、そして、その民法による解決をとろうとするときは、それは、「民事事件」と観念される。

しかし、そのような建築物の建築が、たまたま、ある行政目的により、一般的な警察禁止の状態におかれているときは、それにより、「事件」は「行政事件」となり、そこで、ひとつの行政的解決がはかれるとみるべきである。つまり、そのような建築物の建築を規制する行政法規が存在しているということは、周辺住民の生活上の利益との調整を図る必要があり、場合によっては、紛争が生じることが、あらかじめ想定されており、それを、個別に行政庁の決定——建築許可もしくは建築不許可——により解決しようという（立法者の）意思の表明である。そして、行政決定により「行政事件の解決」がはかれたと観念することができよう。

ただ、この行政庁による「行政事件の解決」によつては、紛争が終息しないこともある。行政庁が、建築主に對して建築を許可する決定を下したときに、それを隣人が承服しなかつた場合は、さらに、裁判所に「行政事件の解決」が求められることになる。ここで、考えなければならないのは、この場合、裁判所の判決により、いちおう、

「行政事件の解決」がはかられるが、判決は、「行政事件の解決」そのものではないということである。つまり、判決により「行政事件」が「解決」することもあるが、なお、「解決」しないこともある——たとえば、第三者が取消判決の効力に服しない場合——のである。「行政事件の解決」とは、ようするに、建築物を建築しようとする者と隣人とのあいだの紛争が終息することにほかならないのである⁽⁷⁸⁾。

ここで誤解してならないのは、裁判所は、任務として、原告の請求に対する判断を示さなければならないが、かならずしも、そのように訴訟の基礎にひろがる「行政事件」全体について、抜本的な「解決」をしなければならぬわけではない、ということである。行政訴訟を、「行政事件」を「解決」する手段として、どのように利用するかは、当事者の問題である。たしかに、行政訴訟によることは、「解決」のためのひとつの有力な手段たりうるが、⁽⁷⁹⁾ 万全の手段ではないのである。

二 このことを、こんどは、第三者の立場から見よう。

さきほど見たように、①のケースでは、第三者は、隣人と利害が対立する者で、「行政事件」の中心的当事者である。そして、処分の名あて人であり、その者に権利・利益を付与するという行政決定が行われたことにより、いわゆる「行政事件の解決」がつけられているのである。しかし、そのような「解決」に納得できない隣人が、こんどは、その行政決定(処分)の取消しを求める訴訟を提起したということ、⁽⁸⁰⁾ 「行政事件」が再燃したのである。

その場合に、注意しなければならないのは、第三者は、その取消訴訟からは外れるが、「行政事件」というひろがりにおいては、なお、中心的地位を占めているということである。そこで、取消訴訟において、訴訟外にありながら、取消判決があれば法的地位が覆滅されるという関係にある第三者の救済まで、取消訴訟において配慮することはどういふことを考えてみよう。かような第三者を視野にいれた「解決」が求められるということは、とりもなおさず、「行政事件の解決」が求められるということである。そのような解決を取消訴訟がはたすのであれ

ば、その前提として、取消訴訟の任務・目的のなかに、「行政事件の解決」というようなことがあることが、一般に承認されていなければならない。

しかし、残念ながら、わが国の取消訴訟についていえば、そのように訴訟のそとにある者の法的地位に目を向けるというような思考形式は、とられたことがない。違法な行政処分^(四)の取消しを任務とする取消訴訟においては、もつぱら、行政処分の適法性審査のみが行われると観念されているので、訴訟の審理は、とうぜんのことながら、原告の処分の取消しの訴えに対応して、その請求原因たる処分の客観的な違法事由の存否に集中する。そうすると、そこでは、処分の名あて人がどのような者で、処分が取り消されることでどのような実体的損害をこうむるかというような主観的事情は、話題にのぼることはあつても、行政処分^(四)の適法性審査に影響を与える事項ではない。したがって、裁判所は、取消訴訟では、当面は処分の適法性審査のみを行い、(処分を取り消すにたる)違法事由が認定されれば、そのまま処分を取り消す判決を下す——判決の効力をうける第三者の事情はいつさい考慮せず——ことで、裁判所の任務は終了することになる。

(CC) 処分の取消しによる第三者の損害と国の配慮

一 それでは、取消判決により自己の法的地位が覆滅されることになる第三者の実体的損害について、前項で上げた、①ないし③の事例にそくして、分析してみよう。

〔①のケースで、建築許可処分をうけた建築主は、とうぜんのことながら、資金を調達し、建築会社と建築請負契約を締結し、入居募集などの広告をうつ。その過程で、隣人より許可処分の取消訴訟が提起されたとしても、裁判所からも、当事者からも、かかる訴訟が提起され、現在係属中であることの「告知」さえないというのであれば、そのまま工事は続行し、入居希望者とは、売買契約や賃貸借契約を締結することになる。場合によっては、さらに追加資金の調達を要するかもしれない。そのはてに、許可処分の取消判決が下されたというのであれ

ば、取消訴訟の第三者でありながら、その判決に服することが求められる建築主は、工事開始まえの原状への回復につとめ、すでに建築された建物を撤去し、ばくだいな損害を賠償したうえで、入居者との契約をすべて解除しなければならぬ。もちろん、銀行等からの借入金については、かなり長期の利子をつけて返済しなければならぬことになるであろう。」——これを、「建築許可処分が取り消されることによる損害の事例」とよぶ。——

〔②のケースで、免許処分をうけた競願者は、とうぜんのことながら、免許処分にかかる事業に着手する。資金を調達し、施設を設置、人員の募集などに尽力するが、その投下資本は、いつかしの建築物の建築の比ではない。さらに、施設が完成すると、施設が運営され、さらに運転資金が投入される。それら、すべての投下資本が回収されるには、ながい年月を要する。それが、施設が完成し、その運営が軌道にのるのならないかというところに、とつぜん、免許処分の取消判決が下されたということになれば、免許なく事業を継続することはできず、投下された巨額の資金は、もはや回収できないということになる。〕——これを、「免許処分が取り消されたことによる損害の事例」とよぶ。——

〔③のケースで、河川占用許可処分をうける者は、たいていの場合、一定の施設を設置する目的で占用しようとするのであるから、占用許可をうければ、資金を調達し、施設を設置、人員の募集などを行う。それが、施設が完成したところに、とつぜん、免許処分の取消判決が下されたということになれば、もはや河川を占用することはできず、施設建設まえの現状に回復することにつとめ、施設を撤去し、もろもろの損害を賠償しなければならぬことになる。〕——これを、「河川占用許可処分が取り消されたことによる損害の事例」とよぶ。——

右に分析した、取消判決が下されたことによる処分の名あて人（＝取消訴訟の第三者）の実体的損害については、ほんらい、その者は処分をうける地位になかったということから考えれば、処分が取り消されたことによる「やむをえない」損害であるので、受忍しなければならないということなのかもしれない。

ただ、ここで、ひとつ考えなければならぬのは、処分の名あて人が、客観的にみて、ほんらい処分を与えられるべき地位になかった者であったとしても、行政庁が、その者に、あやまって処分を与えたことにより、その者は、(あとから考えれば) すべきではなかった資本投下を行ったことよって、損害を被ったということなのである。そこに、かかる実体的損害に対して、国家の責任として、なんらかの配慮をしてやる義務はないのかという、いわば、とうぜんの疑問がわいてくるのである。

二 行政法理論において、行政処分が取り消されることによる、処分の名あて人のかような損害について、まったく考慮されてこなかったわけではない。それに類似した例を、いわゆる「職権による行政処分の取消し」の理論のなかにみることができるので、すこし、参考的に分析してみよう。

行政庁があやまって行つた授益処分を、行政庁が職権で(自由に)取り消すことができるかということは、行政法の難問のひとつである。問題の本質は、「法による行政」の原理により、あやまった行政は是正しなければならぬという要請と、いったん処分の名あて人に権利・利益を与えたいじよう、相手方の名あて人の信頼を保護すべきで、かんたんに処分を取り消すことはできないという要請を、いかに調整すべきかということである。⁽²⁸⁾そして、この信頼保護という考慮のうち、行政処分が取り消されることによる処分の名あて人の損害への配慮があるのである。

そして、行政実体法理論においては、そのような授益処分の名あて人へ配慮した「職権取消しの法理」というものが、確立しているのである。⁽²⁹⁾わが国のこれまでの「職権取消し」の説明のなかでは、小早川教授の説明が、「職権取消し」と「争訟取消し」を比較して、そのあいだにみられる相違点と、その理由について、示唆にとむ考察をされているので、これを分析対象としよう。

小早川教授によれば、かかる問題の基本認識として、瑕疵ある行政処分が行われた場合、そのような処分によつ

て法律関係が規律されるのは正常な事態ではなく、ほんらい、取り消されてしかるべきであるということが、まず、あるとされる。そのうえで、「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」があるとされる。それにより、行政庁が、処分を、その瑕疵を理由として職権で取り消すことは、「関係者に帰責事由のある場合か、そうでなければ、処分を取り消すべき公益上の必要性が………：具体的にみて関係者の信頼を覆してもやむをえないほどのものである場合」にのみ認められるとされる。⁽⁷⁰⁾

しかし、小早川教授によれば、このような法理は、「争訟取消し」においては通用しないとされる。すなわち、「処分によって利益を受ける者の保護という観点は、争訟取消しに関しては妥当しない。この点が問題となりうるのは、主に、二重効果的処分につき、処分によって不利益を受ける者がその取消しを求める場合があるが、この場合に行政庁または裁判所が、当該処分の瑕疵を認定しつつ、その処分によって利益を受けている第三者のために敢えて処分の取消しを差し控えることは、取消しを求めている者の権利を無視するものであつて許されない」というものである。⁽⁷¹⁾

ふたつの説明のあいだには、あきらかにギャップがある。行政庁が職権で処分を取り消す場合は、処分の名あて人の保護が問題とされるが、処分の第三者で処分により権利・利益を侵害されたとする者が、争訟手続による取消しを求める場合は、処分の名あて人の保護は問題とされない。この相違は、ようするに、前者では、直接に行政庁と処分の名あて人の関係になるのに対して、後者では、直接には行政庁と処分の第三者の関係になり、その争訟手続の視界から処分の名あて人が消失してしまうことに起因するものと思われる。

このことを、また、筆者の「行政事件の解決」という観点から分析すると、行政争訟手続においては、処分の取消しの基礎にある、処分の名あて人と処分の第三者のあいだの「行政事件」までを視野にいれ、処分を取り消すいっぽうで、処分の名あて人の保護までを考慮するというようなことは、いっさい行われないうことを意味する

ものである。

たしかに、筆者も、公権力の行使により権利を毀損されたものを救済するという取消訴訟制度の趣旨から、処分の名あて人の保護のため、「敢えて（違法な）処分を取消しを差し控える」べきではないと思う。しかし、筆者がここで問題にしたいのは、第三者の保護についての、「職権取消し」と「争訟取消し」のあいだの、あまりにもおおいギャップである。それをうめるために、後者について、「処分の取消しを差し控える」という実体的にラジカルな保護をというのではなく、もっとべつな訴訟手続——実体的な損害の予防に資するもの——による保護を（裁判所が）はかるべきではないかと考える。

三 ただ、右のような筆者の考えには、基本において、弱点がある。それは、行政庁がまちがった処分をしたことにより、ほんらい与えられるべきではなかった法的地位をうけた第三者の保護を、なぜ、裁判所が考えなければならぬのかということである。つまり、行政庁の「おちど」による責任は、行政庁がみずから職権で処分を取り消すときには、問題にされなければならないであろうが、裁判所が適法性審査のうちに処分を取り消すときに、そのようなことまで考慮しなければならない義務があるのであるか、ということなのである。このことも、おそらく、小早川教授の説明にみられる、「職権取消し」と「争訟取消し」の相違のひとつの暗黙の根拠となつてゐることなのである。

にもかかわらず、取消訴訟の手続において、裁判所が、訴訟外にある第三者の処分の取消しによる損害まで考慮する職権を發動しなければならないとする根拠は、つぎのとおりである。それは、すこし視点をかえて、国民に対する国家の責任として、国家のいち機関である行政庁が、国民に対して「ふしまつ」をした場合に、その国民が訴訟のそとに置かれながら、訴訟の結果により重大な損害を被ろうとしているのがわかつていながら、おなじ国家の機関である裁判所が、まったく、これに関知しないということに、なんの問題もないのであろうか、ということ

ある。

たしかに、取消訴訟における裁判所の任務は、原告の処分の取消しの訴えをうけ、処分の適法性審査を行い、違法と認定されれば、処分を取り消すことで完了する。その過程で、当事者または第三者から、訴訟参加の申立てでもなければ、基本的に、訴訟のそとの者について考慮する義務はない。しかし、取消しの訴えの対象となっている処分の名あて人として表示されている者は、訴訟のそとにいても、裁判所には認知できるはずであり、また、訴訟の結果により、その者がどれだけの損害を被ることになるかは、あらかじめ推測できるはずである。それにもかかわらず、わが国の裁判所が、そのような者にまったく関知しないというのは、処分の取消しにより権利を侵害される第三者の訴訟参加がなければ、処分を取り消す判決は効力をもたないという判例をつみ重ねてきたドイツ行政裁判所と比較して、おなじ国家の裁判所として、あまりにも冷淡であると、筆者には思われるのである。

それでは、裁判所は、かような第三者に対して、職権で、どの範囲でなにをすればよいのであろうか。そのことを、最後に、節をあらためて考察することにしよう。

(b) 取消訴訟における訴訟係属の「告知」の意義と機能

(aa) 訴訟係属の「告知」による第三者の損害の予防

一 本稿の最終結論として、いかなる手続保障をすることにより、取消判決により直接に法的地位が覆滅される関係にある第三者——訴訟参加する必要性が認められる第三者——の実体的損害を防止することができるのかを、これからあきらかにしよう。

それについては、いまいちど、「建築許可処分が取り消されたことによる損害の事例」を参考に、授益的処分をうけた者が、もし、取消判決が下されるまえに、そのような訴訟が係属したということを知っていれば、どのよう

な行動をして、処分が取り消されることによる損害を、どの範囲で予防できるのか、考えてみよう。

この事例では、建築主が許可処分をうけたのち、ただちに、隣人から処分の取消訴訟が提起されたのであるが、その段階で、訴訟が提起されたという事実を、建築主が知れば、そのあとの入居希望者との売買契約や賃貸借契約の締結、追加資金の調達などを控えることになり、損害の拡大を防止することになる。あるいは、訴訟が提起されたということを知れば、そのあとの訴訟の経緯をみまもり、その状況しだい、これらの法律行為を控え、さらなる損害の拡大の防止につとめることができよう。

もちろん、建築主のパーソナリティーとして、そのような訴訟が隣人から提起され、現在、係属中であるということを知っていたとしても、それを無視して、資本投下を継続し、(処分が取り消されるとき)損害の範囲をどんどん拡大していくということも考えられるわけである。しかし、その場合に考えなければならぬのは、その者は、自己の法的地位の基礎になっている処分が取り消されることがありうるということ、また、訴訟のなりゆきによつては、さらにその可能性がおおきくなつていくことを知っていながら、資本投下を継続していったということである。

このような者と、かかる取消訴訟が継続していたということをまったく知らずに、とつぜん、建築許可処分が取り消されたと知らされ、原状に復することを求められる者とは、その者になんらかの保護が与えられるべきかどうかということ、おおきな差があるといわざるをえないであろう。いうまでもなく、保護されるべきは、後者である。そして、この両者の差が、後者について真に必要な権利保護の内容となるのである。それは、ようするに、処分の名あて人に、その者のあずかり知らぬところで処分の取消訴訟が提起されたということを知らせてやるという権利保護であり、それは、その者の実体的損害を考慮した手続保障である^(四)ということができよう。

二 しかし、さんねんながら、実定法上、このような内容の手続保障——訴訟係属の「告知」——が、訴訟外にあ

る第三者に対して保障されなければならないという規定は、どこにも存在していない。

民事訴訟法五三条の「訴訟告知」は、すでに分析したように、訴訟の当事者が、訴訟外にある第三者に参加的効力を及ぼさせるために、第三者を訴訟参加させるといふ、まさに、その目的だけのために、訴訟の当事者から行われる「告知」である。その基礎には、訴訟の対象となつている法律関係が、訴訟当事者と第三者の法律関係の前提となつており、訴訟当事者敗訴ののちは、その当事者から第三者への後訴が、とうぜんに想定されるという、きわめて民事法的な法律関係があり、それが、「訴訟告知」が行われる根拠となつているのである。ぎやくに、このような関係がないところでは、訴訟当事者からの「訴訟告知」が行われることはないのである。したがつて、それは、ここで考えているような、第三者の保護を目的とした手続保障とは、とうていいえない。

もちろん、第三者が、だれからの告知がなくとも、みずから、自己に利害関係のある訴訟が提起され係属しているという事実を知り、訴訟参加を申し立てるといふことはありうる。しかし、われわれの考察においては、このように、いわば、偶発的に第三者が訴訟係属の事実を知りえたといふことは、問題にならない。この第三者が、かかる訴訟が係属していたといふことを知らないままに、取消判決の効力に服することを強要されるというところに、なにか重要な手続保障の欠如がないかといふことが、問題なのである。

ただ、ここで、あらためて、民事訴訟法に規定された「訴訟告知」の構造をみなおしてみると、ひとつわかるのは、第三者への「訴訟告知」の制度は、第三者の「訴訟参加」の制度と密接不可分の関係にあることである。民事訴訟では、すべて、第三者のがわからの「申出」により、訴訟参加が許されるのであるから、第三者が、その結果に利害関係があると考えられる訴訟が提起され、係属しているといふことが認知できなければ、訴訟参加を申し出ることはない。したがつて、第三者の訴訟参加の前提には、第三者にかかる事実を認知せしめる手続——「告知」——が不可欠であると思われるが、すでに分析したように、民法にはかかる手続は規定されていない。

そこで、本稿のさいごの考察として、行訴法の「職権訴訟参加」のなかに、かかる第三者への訴訟係属の「告知」の根拠を見いだすことができないかということの検討を行うこととする。

(bb) 職権訴訟参加と訴訟係属の「告知」

一 ここで、あらためて、手続保障としての「第三者の訴訟参加」を定めた行訴法二二条について考えてみよう。現在の行政訴訟理論では、訴訟外にありながら取消判決の効力をうける第三者に、訴訟参加の機会が与えられるのは、とうぜんの手続保障であるという理解が一般であるが、利害関係(76)を有する第三者に、当事者のあいだの訴訟に参加する機会を与えるという手続保障——「補助参加」——は、民事訴訟においても行われている。取消訴訟固有の第三者に対する配慮としては、裁判所が「職権で」第三者を訴訟参加させるということであろう。

しかし、この職権訴訟参加は、第三者への手続保障というよりは、適正な裁判を実現するという目的のためのものであると説明されてきたことについては、これまでの考察であきらかにした(76)。そして、このような目的からの職権訴訟参加は、じつは、あまり意味がないこと、ために、じつさいには、ほとんどまったくといってよいほど活用されてこなかったということも、これまでの考察であきらかにした(77)。

二 そこで、裁判所が職権で第三者を訴訟参加させることを「ためらう」ことの理由を、行訴法二二条一項の規定をもういちど見なおしながら、考えてみよう。同項には、裁判所は、「訴訟の結果により権利を害される第三者」について、「職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる」と規定されており、当事者、第三者からの申立てがなくとも、裁判所の裁量で、第三者を訴訟参加「させる」決定を下すことができるのである。これについては、訴訟参加の利益を有する第三者であるという要件がいの要件は、なんら規定されておらず、ただ、「職権で——訴訟参加させることができる」とされているだけである。

このなかでは、「決定をもつて」、その第三者を訴訟に参加させることができるというところに、すこし問題があ

ることに気づく。つまり、職権訴訟参加は、判決に準ずる裁判所の決定という形式で行われるということである。この決定にさいしては、同条二項により、「あらかじめ、当事者及び第三者の意見をきかなければならない」とされている。ようするに、決定が慎重に行われるべきことが求められているのであって、それにより、裁判所がわからずると、かなりの重大決意のもとに、よほどの必然性があるときにかぎり、この職権を行使するということがならざるをえない。

このように裁判所がかかる職権行使を「ためらう」ことには、また、行政訴訟の基調でもある当事者主義の原則からの自制もあると考えられる。つまり、第三者や当事者の申立てがないのに、裁判所が職権で第三者を訴訟参加させるとするのは、裁判所が訴訟参加されるがわの主たる当事者のほうに「かたいれ」することを意味し、そのかぎり、当事者主義に反することになるという考慮もあるのではなからうか。それでも、なお、裁判所に職権行使をせまる理由づけとして、裁判所がみずから認めるのは、おそらく、「適正な裁判」の実現のためということで、⁽⁷⁰⁾ けつして、第三者の権利保護のためということではないのであろう。

三 それでは、この職権訴訟参加の目的に、判決により直接に権利・利益を侵害される第三者への手続保障ということを読みこむことで、裁判所が、つねに処分の名あて人の立場を考慮し、ひんぱんに、訴訟参加する必要があると考えられる第三者を、訴訟参加させる職権を行使することになるであろうか。この問いに対しては、さんねんながら、否定的な返答をするしかない。

その理由のひとつは、行政訴訟がきわめて民事訴訟的な運営をされているという、わが国の司法状況にある。理論的には、職権主義こそが、行政訴訟を民事訴訟から分かつ重要な指標であると強調されてきた。⁽⁷¹⁾ その中心的な規定として、行訴法二四条がおかれたことは、いうをまたないが、じつさいには、この規定もほとんど活用されてこなかったことは、周知の事実である。⁽⁷²⁾

また、もうひとつの理由は、すでに本稿の考察であきらかにしたごとく、第三者を被告行政庁のがわに訴訟参加させたとしても、行政処分^(四)の適法性の証明において、被告行政庁以上の主張・証明をなしうるとは考えにくいという、取消訴訟の特殊性にある。このことは、とうぜん、裁判所も基本的に認識していることであつて、ならば、わざわざ第三者を訴訟参加させてもしかたない、という考えをいざくことになるであらう。

四 以上のような考察からは、行訴法二二条に規定された第三者の訴訟参加においては、裁判所による職権訴訟参加は、ほとんど意味をなさないものであつて、取消訴訟でも、もつぱら、第三者からの申立てによる訴訟参加しか活用されないということにならう。

しかし、いまわれわれが問題にしている、第三者への訴訟係属の「告知」ということについては、現行法規を見まわしたところ、根拠としうるのは、この職権訴訟参加の定めだけである。同条一項の、裁判所は、「職権で……訴訟参加させることができる」という文言のうちには、とうぜんのことながら、まず、訴訟外にある第三者に対して、その結果により、第三者の権利・利益に重大な影響を及ぼすことがある訴訟が、原告なにかしより提起され、現在、係属中であるということの「告知」をすることが、含まれるはずである。

同条二項では、第三者を職権で訴訟参加させる決定をする場合も、「あらかじめ、当事者及び第三者の意見をきかなければならない」とされているが、この「第三者の意見をきかなければならない」ということには、その前提として、第三者にかような訴訟が係属しているということを「告知」することがなければ、第三者の意見もきけなはずである。

したがつて、裁判所は、職権で第三者を訴訟参加させることができるということを根拠に、第三者に訴訟係属を「告知」するといふことができるのである。^(四)

(六) 結論

一 取消判決に第三者効があることが規定され、それにより、取消訴訟の対象となった処分により法的地位を得た者が、訴訟外にありながら、取消判決によりその法的地位を覆滅されることが明確にされた、というわが国の取消訴訟のシステムにおいて、そのような訴訟外の第三者の保護を、訴訟手続のなかで、いかにはかかっていくかというのが、本稿の主要な目的であった。

かかる第三者については、訴訟参加させ、その法的地位の防衛ため、みずから主張・証明を尽くす機会を与えるという手続保障が、ただちに想起される場所であるが、しかし、このような手続保障は、かかる第三者に真に必要な手続保障というものの本質から、すこし「ずれる」もので、過剰な保障であるといわざるをえない。また、このようなレベルの手続保障が、かような第三者に不可欠なものであるという前提にたつならば、行政訴訟においても、きわめて民事訴訟的運営を行っている、今日のわが国の裁判所にあつては、当事者主義的自制から、第三者を訴訟参加させる職権の行使は、けっきよくは当事者のいっぽうに「くみする」ことになるので、つねに「ためらわれる」という現実のまゝに、行訴法二二条一項の「職権訴訟参加」の規定は空文化してしまっていると慨嘆するしかないであろう。

第三者を訴訟参加させ、みずから主張・証明を尽くす機会を与えるという手続保障が、過剰な保障であるといわざるをえないのは、行政処分の取消しを任務とする取消訴訟の特質、もしくは、しくみからである。それは、取消訴訟において行われるのは、もっぱら、行政処分⁽⁷⁶⁾の適法性審査であつて、行政処分の適法性の証明については、第一次的に、処分を行った行政庁に責任があると考えられるし、また、そのための資料は、ほとんど行政庁が保有するところであると考えられるので、かりに、第三者が訴訟参加したとしても、行政庁とは独立に、行政処分の適法性の証明について主張しうるところは、あまりないと考えられる。したがって、第三者の訴訟参加は、第三者の法

的地位の防衛にとつて、不可欠であるとはいえないということなのである。

二 それでは、取消訴訟においては、処分による既得の法的地位が覆滅される第三者にも、なんらの手続保障をはかる必要はないのかというところ、けつして、そのようなことはない。

問題は、取消訴訟のしくみにおいて、行政処分の取消しの訴えが裁判所に提起される場合は、処分に不服な国民が原告となり、処分を行った行政庁が被告となり、そのあいだで争われることになるので、処分の名あて人であつて、処分により権利・利益をうけている者であつても、訴訟の第三者にとどまり、そのままであれば、訴訟係属の事実すら知らないということにあるのである。(処分の名あて人でありながら、訴訟の) 第三者からすれば、自分の知らぬところで訴訟が推移しているあいだ、処分により得た法的地位にもとづいて、さまざまな法律行為——資本投下——をくり返したところ、とつぜん、訴訟において) 処分は取り消されたので、事業を停止し、施設を撤去し、原状に回復しなさいといわれても、そのために、ばくだいな損害を被ることになり、にわかには承服しがたいことである。

かような第三者の(ようにに想像しうる) 実体的損害を防止するために、すくなくとも、(その結果により、第三者の法的地位が覆滅されるかもしれない) 訴訟が提起され係属していることの「告知」が、ただちに、第三者にされるべきである。

三 取消訴訟において、かような第三者に、取消訴訟の係属が「告知」されるという手続保障の根拠を、現行規定のなかに求めるとすれば、行訴法二二条一項の「職権訴訟参加」の定めしかない。そこでは、裁判所は、職権で、訴訟参加の利益を有し、訴訟参加する必要性があると考えられる第三者を訴訟参加させる決定をすることができるとされている。しかし、さきほども述べたように、第三者の訴訟参加は、第三者の法的地位の防衛にとつて、かならずしも必要不可欠のものではない。裁判所は、この行使しうる職権のなかの、真に第三者の権利保護となりうる

ような手続保障の中心部分を、はっきりと認識すべきである。それは、第三者に訴訟係属を「告知」するという、ただそれだけのことであって、第三者を訴訟参加させるといふ、いわば、ラディカルな決定までする必要はない。

そして、ここが重要なことであるが、第三者に訴訟係属を「告知」しさえすれば、あえて訴訟参加するかどうかは、第三者に決めさせればよいことである。第三者にとつては、かかる「告知」をうけたことにより、そのような訴訟の係属を認知したということが重要なのである。それによつて、かりに訴訟参加しなくとも、訴訟のそとにあつて、訴訟の推移をみまもることができ、訴訟の「なりゆき」によつては、追加投資を控え、契約を解除するなど、損害防止の方策をとりうるであろう。訴訟継続を認知しながら、そのような損害拡大防止策をとらないというのであれば、それは、その者の責任である。

四 それでは、取消訴訟において、つねに、かかる第三者に対する、裁判所からの「告知」を期待することができるのであるか。

同項の「職権訴訟参加」の定めをそのまま読めば、それは裁判所の裁量であつて、処分の名あて人として表示されている者が、処分が取り消されることにより重大な損害を被ることが予測される場合であつても、裁判所には、かかる者を訴訟参加させなければならぬ義務はないということにならう。それでは、職権で訴訟参加させる義務はないのに、その前提である訴訟係属の「告知」を、なぜ、裁判所が、職権でしなければならないのか。

問題のポイントをはっきりさせるために、ものごとを客観的に考えると、取消訴訟において取消判決が下されるという状況では、そもそも、この者は処分をうけうる地位にはなかつたということである。にもかかわらず、行政庁が、あやまつて、この者に法的地位を授けるような処分をしたことにより、その者は、その法的地位によりなされるさまざまな法律行為をしたのである。もちろん、そのことによる責任は、第一次的には、行政庁にとわれるべきことであるが、行政庁は、(結果的にあやまつたものであつたが)職務上の信念にもとづいて判断を下したの

で、そこに過失を認定することは困難であるから、けつきよく、処分を行ったことが違法であると認定され、処分が取り消され、ために、処分の名あて人が損害を被つたとしても、行政庁の賠償責任をとすることはできない。

しかし、処分の名あて人がおかれている、かかる客観的な状況と、訴訟の推移によつて名あて人がおちいるであろう困難な状況は、裁判所にも、よいに認知しうるところである。なぜならば、当該処分の取消しにより直接的に法的地位を覆滅される者——訴訟参加する必要性がもつともつよく認められる者、すなわち、訴訟係属をまつさきに「告知」されるべき者——の氏名は、処分に表示されており、また、訴訟における原告の主張のなかには、つねに処分の名あて人のことが含まれているからである。そして、当該処分は、名あて人について要件をみたしているという行政庁の認定のもとに行われたものであるから、処分が違法であるという原告の主張は、ようするに、名あて人についての要件認定がまちがっているという主張だからである。また、当該処分により原告の権利が侵害された、あるいは、されるところの場合には、処分そのものによりというよりは、名あて人が処分を得たことにより行うさまざまな行為によること^(四)がおおく、そのことが、かならず、原告の主張にでてくるからである。

かように、つねに、訴訟外にある第三者——処分の名あて人——の存在を意識しながらすすめられる取消訴訟において、しかし、わが国の裁判所は、ただ、ただ、目前の原告の主張に対してのみ応答するという姿勢をとり、かような第三者になんらの配慮もしないままに、訴訟を終結させ、第三者の法的地位を覆滅させることになる（処分の）取消判決を下し、その結果のみを第三者におしつけているのである。これが、問題であると思われるのは、つぎのような理由からである。

ひとつは、行訴法においては、いつぼうで、かような第三者が存在する場合には、取消訴訟において無視できないという理屈を認めて、民訴法とはべつに、わざわざ、「第三者の訴訟参加」の制度をおいているということである。このような制度がありながら、裁判所が、かような第三者になんらの配慮もしないのは、おそらく、「第三者

の訴訟参加」が第三者からの申立てによってもなしうるものであるので、わざわざ、裁判所が職権で訴訟参加させるまでのことはなからうという思わくによるものであろう。しかし、第三者が訴訟参加の申立てをする前提には、第三者が、かかる取消訴訟が提起され、係属中であるということを認知していなければならぬが、取消訴訟の構造から、授益的処分の名あて人は、つねに訴訟のそとにあり、その者に対する訴訟係属の告知の規定がないので、なにか特別な事情でもなければ、かかる第三者は、訴訟係属の事実を知らないままで、訴訟参加の申立てをする機会を失ってしまうのである。

これは、いふならば、制度的な不備といえようが、考えようによつては、十分にこの不備は補えるのである。それは、裁判所の職権訴訟参加の権限のうちにおいて、処分を取り消す判決により直接に法的地位が覆滅される者で、訴訟参加する必要性があると認められる第三者に、裁判所は、職権で訴訟係属を「告知」することができるし、また、しなければならぬということである。この「しなければならぬ」という根拠は、裁判所には、訴訟法に定められた諸制度を円滑に、有効・有機的に、相互活用していかなければならない、「訴訟指揮者」もしくは「訴訟運営者」としての責任があるということである。

もうひとつは、(名あて人に与えるべきではなかった) 違法な行政処分を与えてしまった行政庁とおなじ国家の一機関であるという地位から、また、違法な公権力の行使により権利を毀損された(そして、されようとしている)者を救済しなければならないという職責から、裁判所に、名あて人に対してなんらかの手續保障を配慮する義務はないのか、ということである。

たしかに、三権分立という公法の基本原理からすると、「司法」の領域に属する裁判所の職務は、「行政」の領域に属する行政庁の職務とは厳然と区別され、行政庁の職務について、なんら責任をおうものではない。しかし、いち私人である国民の立場からすると、かような制度論だけでは納得のいかないものがあるように思われる。処分の

名あて人にとつては、ほんらい自由に行爲しうるものがらについて、たまたま、公法上の規制があつたため、「国の機関」である行政庁の決定をうけ、そのことがらについて自由に行爲してよいという認定であつたので、ほんらい行爲するとおりに行爲しただけであるが、とつぜん、「国の機関」である裁判所から、「あの決定はまちがいであつたので、行爲のあとしまつをしなさい」といわれても当惑するばかりである。ただ、問題の状況として、行政庁の決定に対して裁判が行われ、裁判所がそれを違法と認定して取り消すことがありうるということは、国民にも、理解できないわけではなく、納得しうるであらう。しかし、それだつたら、なぜ、そのような裁判が行われているということをいつてくれなかつたのかと、「国」に対して不信の念を抱くのが国民感情であらう。

この場合、それは、行政庁が、その者に対して伝えるべきであつたのか、それとも、裁判所が伝えるべきであつたのか、という問題があらう。「責任」ということからすると、それは、行政庁が伝えるべきであつたと、筆者は考える。しかし、「義務」ということであれば、それは、やはり、裁判所の義務であると考えざるをえない。なぜならば、法治国家においては、国民の権利をまもる最後の砦は裁判所であるという、ぬきがたい信奉があり、公権力の行使に対する取消訴訟における裁判所の任務についていえば、それは、たんなる行政処分^(一)の適法性審査にとどまらず、公権力の行使により権利を侵害されたと主張する者の救済ということが、基本に考えられなければならないが、この場合には、その背後にある、処分を取り消すことにより権利が侵害される者——これも、「^(二)実質的当事者」である——の救済も、同時に考えられなければならないと思われるからである。

五 それでは、裁判所は、いかなる場合に、いかなる第三者に対して、いかにして、訴訟係属を「告知」すべきであらうか。

基本的には、原告いがいの者に対する授益的処分の取消しが求められている場合に、当該処分に表示された名あて人に対して、当該処分の取消しを求める訴えが提起され、当該裁判所に、現在、係属中であるという客観的事実の

通知をするだけであつて、これについては、決定によることも、あらかじめ当事者の意見をきく必要もないと思はれる。^(四)

訴訟係属の「告知」は、第三者が、それにより、訴訟参加の申立てをすることの基礎となることなので、「告知」されるべき者は、訴訟参加する必要性があると認められる第三者である。その必要性が認められるのは、どの範囲の者かという考察はすでに行つたところであるが、筆者は、そのうち、すくなくとも、「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『つよく』認められる場合、すなわち、授益的処分の名あて人について、「告知」すべきであると考えている。なぜなら、これらの者が、判決により処分が取り消されることで、直接に実体的損害を被る者で、そのような訴訟の係属の告知をうけることで、訴訟参加の申立てをすることも、(訴訟のなりゆきを見まもること) 損害の拡大を予防することもできるといふことから、もつとも、かような手続保障を要する者であるからである。

六 取消判決の形成効をあえて無視し、訴訟当事者のあいだにのみはたらく既判力を、訴訟参加した第三者に拡張する反面で、訴訟参加が必要的な第三者が訴訟参加しないまま下された取消判決は、いっさい効力をもたないとする〔ドイツの解決方式〕^(四)は、それなりに論理完結的で、取消判決の効力をうける第三者の権利保護としては、おそらく、完璧なものである。しかし、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を第一義とする取消訴訟制度の主旨からすると、これは、本末転倒ではないかと、筆者には思われる。それは、権利の救済を求める原告が、訴訟において力のかぎりを尽くして、処分を取り消す判決をかちとつたにもかかわらず、たまたま、取消判決の効力をうけるとする第三者の訴訟参加がなかったという、途中の訴訟手続の欠缺のために、自己の勝訴が無にきしてしまふというのであれば、それは、訴訟当事者である原告の権利保護が、訴訟のそとにあつた第三者の権利保護に劣るといふ、いささかバランス感覚のわるい解決といわざるをえない、ということなのである。

また、訴訟参加の利益を有しながら、訴訟参加できなかった第三者には、すべて、事後的訴訟参加として「第三者再審」が保障されるとする。「フランスの第三者再審の活用策」は、たしかに、原告の勝訴を無効にすることなく、いつぼうで、訴訟参加できなかった第三者には、事後的にはあるが、できなかった訴訟参加の補いをつけるという、バランスのよい解決になっているように思われる。しかし、これにも致命的な欠陥がある。それは、事後的な訴訟参加ということでは、第三者の権利保護として、すでに「ておくれ」であるということである。処分によって権利・利益をうけた第三者にしてみれば、その結果によっては、自己の法的地位が覆滅されるかもしれない取消訴訟が提起されたということが、問題なのであるから、その時点で、訴訟係属の事実を認知することができ、訴訟の推移を見まもることができ、(訴訟の内外で)しかるべき対策をとることができるための手続保障こそが、必要不可欠なのである。

このように見てみると、取消判決に形成効を認め、「取消し」という実体的効果が第三者にも及ぼす第三者効を前提とし、いつぼうで、取消判決の効力をうける第三者に、訴訟参加の申立ての機会を保障しているというわが国の制度のほうに、正当な途を歩んでいると、筆者には、思われるのである。なぜなら、その判決による処分の取消しの実体的効果が、(処分の名あて人である)第三者にも及ぶとされることは、取消訴訟制度の主たる目的が原告の権利保護であるということから、論理的にただししいし、また、第三者の権利保護についても、処分の取消しが求められた時点で、對抗的にはかられているからである。それからすると、「第三者の再審の訴え」が、訴訟参加できなかった第三者に、つねに保障される制度とされず、非常救済手段としてのみ認められる制度とされたのも、正当な途を歩んだといえよう。

しかし、その正当な途を歩んだはずのわが国の制度というのは、公権力の行使により権利を毀損されたと主張する原告に、ひろく、取消訴訟の途を開くいつぼうで、その訴訟の結果によって法的地位を覆滅される(訴訟外の)

第三者が、自らがおちいった苦境を自覚し、訴訟の推移を見まもり、場合によっては、訴訟参加を申し立てることができるということが、うまく循環していくものでなければならぬ。その循環の連結部分となるのが、訴訟外にかかる第三者に対する、訴訟係属の「告知」という手続である。もし、この手続が欠けることがあれば、第三者からの申立てによって行われている「訴訟参加」の制度が、うまく機能しないということになり、取消判決が第三者効をもつことと、その「みかえり」として考えられた第三者の権利保護のシステムのバランスがくずれ、ドイツやフランスのシステムに比較して、かくだんに第三者の保護が劣ることになる。

ぎやくに、もし、この第三者への訴訟係属の「告知」の手続さえ、きちんと行われれば、わが国の取消訴訟制度は、原告の権利保護と第三者の権利保護のバランスにおいて、どの国のシステムにも負けない、すばらしい制度であると胸をはることができるであろう。

七 最後に、第三者への訴訟係属の「告知」がきちんと行われる場合の、「第三者の再審の訴え」の存在意義について、ふれておこう。

この制度が、行政訴訟に特有のもので、第三者の訴訟参加の制度と密接不可分の関係にあることは、いまさらいうまでもない。ただ、「第三者の再審の訴え」が、事後的な訴訟参加でないことは、これまで、くりかえし述べてきたとおりである。したがって、「第三者の再審の訴え」の守備範囲は、通常の再審制度と同様か、あるいは、それ以上に、せまいと考えられる。しかし、それはそれで、法的安定性の要請をやむをえず破る非常救済手段であることから、とうぜんのことと思われる。

それでは、取消訴訟における「第三者の再審の訴え」の意義というのは、どのようなものであろうか。筆者は、それは、行訴法のなかに、第三者の訴訟参加と並べておいてあることじたいに、おおきな意義があると考ええる。「第三者の再審の訴え」も再審であるから、原訴訟に重大な手続の瑕疵がある場合に行われるのであるが、「第三者の

訴訟参加」との密接な関連性から、とくに、訴訟参加の手続の欠缺が、問題にされるのである。

そこで、もし、取消判決により法的地位が覆滅される関係にある第三者への訴訟係属の「告知」が、きちんとというか、一般的に、裁判所の職権により行われることになった場合を想定してみると、裁判所からの「告知」がなされずに、ために、第三者が訴訟参加できなかつたということは、重大な手続違背であつて、それだけで、行訴法三四条一項の「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つたため」という要件にあたるといえよう。

裁判所からの「告知」が一般に行われるようになった場合には、かかる第三者に訴訟係属が「告知」されなかつたことにより、ただちに、再審が認められるかは、再審の利益が、訴訟参加の利益よりも制限されている——「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もの」でなければならぬ——こととの関係から、解釈上、なお、問題があるが、すくなくとも、「東京地判の論理」でいわれているような、「法二二条一項は、裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てによりまたは職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させるか否かについて裁判所の裁量を認めているのであつて、かかる第三者に対し、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」という、木で鼻をくくつたような見解は示されないはずである。

おわりに

(一) 兼子(一) 博士の疑問に対する筆者の答え

一 兼子(一) 博士は、かつて、「行政處分の取消判決の効力」と題する論文で、三つの具体例を上げられた⁽⁷⁶⁾うえで、つぎのような疑問を提示された⁽⁷⁶⁾。

「これらの場合の第三者は、何れも行政処分に基づき若はこれを前提として権利を取得している関係上、その取消によつてその権利を失うことになる點で、取消につき直接の利害關係を有する者である。民事訴訟法上判決の効力は原則として當事者間に限られ、法律が特別な定めによつてこれを擴張しない以上第三者に及ばないのに、このような直接の利害關係ある第三者が當然に判決に拘束されることは、甚だ異例でなければならぬはずである。しかし、これについては二つの論據が考えられる。一は、行政事件が公法上の法律効果又は法律關係を對象としている關係上、私法上の權利關係を對象とする民事訴訟とは異つた原理が支配するかどうかの點である。二は、行政處分の取消判決に屬するものとして、形成判決の形成力は當然に一般第三者に及ぶことに基くとする考へである。」

兼子(一)博士の、行政處分の取消判決の形成効に対する根本的な疑問を示した、このテーゼが、行政法学者に強烈なインパクトを与え、これをめぐつて、わが国の行政訴訟理論において、本格的な判決の効力論争がおこつたことは、すでに分析したとおりである。⁽⁹⁶⁾筆者も、本稿の考察をすすめていく過程で、この論文を、一分析對象としてとり上げ、ふかい感銘をうけたが、くりかえし熟読し考へに考へたけつ、本稿の途中で、兼子(一)博士の考へられるように、取消判決の形成効を既判力の範圍にまで縮減することは、原告の權利救済をほんらいの目的とする取消訴訟の主旨にそぐわず、「兼子(一)博士が論文で示されたところは、けつきよくのところ、取消判決の効力を第三者にまで及ぼすことは、第三者の立場を侵害することにならないか、というかぎりの問題提起にとどまるものであつて、原告と(訴訟参加すべき)第三者の双方の權利保護をはかるような整合的な解決をめざされたものではな」く、「それゆえ、博士の論理は、われわれの考察から、難点のおおいものであ」ると、断じてしまつた。⁽⁹⁷⁾

しかし、いったんはこのように切り捨ててしまつた博士の論理が、そのあと、論考を重ねていくにつれ、しだいにおもく筆者の胸にのしかかつてきた。それは、右のテーゼに示された博士の疑問が、わが国の取消訴訟制度の核

心をつく、深刻なもので、なお無視しがたいものであったからである。あらためて考えてみると、筆者が下した右のような結論は、博士の形成効に対する考察の不備だけをとりえたものであったことも、否定できない事実である。それにくらべて、博士は、いつぼうで、「裁判所もかかる利害關係人がいることが明白な場合には、職権を以てもこれに對し参加を命じ、取消の効果が不統一になることを避けるのを至當とする」とされて、行政事件訴訟特例法八条の規定内容をよく熟知されたうえで、自己の論理の不備——「取消の効果が不統一になること」——を補う方策にまで、考察をすすめておられた。

そこで、筆者としても、職権訴訟参加の問題のすべての考察をおえた、いま、あらためて、博士がなげかけられた難問——右の命題——を考えなおして、それに、正面から答えたいと思う。

二 兼子(一) 博士のいわれるように、「行政處分に基き若はこれを前提として權利を取得している」第三者が、取消判決に拘束され、權利を失つてしまうことになるのは、たしかに、異例であり、ほんらい的ではないといえ、そのほんらい的ではないことを、第三者に納得させるには、それを正当化させる理屈が必要であろう。

その正当化根拠として考えられる可能性はふたつあると、博士が、みずから、提示された。すなわち、公法の原理において正当化する途と、判決の効力の理論において正当化する途である。そして、博士は、後者の途について検討され、すでに述べたような結論に到達されたのである。しかし、くりかえしになるが、この方向の考察では、けつきよくは、原告の保護を第一にするか、第三者の保護を第一にするか、の二者択一となり、けつして、両方の保護をはかる整合的な解決とはなりえないのである。

そこで、あらためて、じっくり考えなおすと、博士がいちおう上げられた前者の途のほうに、じつは、ただしい答えがあつたようである。つまり、「行政事件が公法上の法律効果又は法律關係を對象としている關係上、私法上の權利關係を對象とする民事訴訟とは異つた原理が支配する」ということから出発する考察こそ、取消訴訟におい

て「あるべき」解決へと導くものであったのである。

その民事訴訟とはことなつた原理というのは、端的に、「法律による行政」の原理である。これこそ、公法に特有の原理であり、行政訴訟をふくめて行政法の問題を考える場合の、すべての出発点となるものである。

違法な行政処分は、取り消されなければならない。この、しごくとうぜんな命題から、行政法の理論は出発するのである。そして、それを保障する制度と目されているのが、取消訴訟なのである。さらに、取消訴訟については、例えば、それは、公法の世界では、公権力の行使により権利を毀損されたと主張し、権利の救済を求める者（原告）のための制度であると観念されている⁽⁸⁾。そして、その救済は、行政処分——公権力の行使——の取り消しによつてはかられるというのが、行政法の「しくみ」である。

問題は、この「取消し」の根拠であるが、民事法においては、まったく、取消しという形成の要件の存否によることにならう。これを、もうすこし分析すると、私的自治の原則のもとでは、私人は自由に法律行為を行い、その取消しが問題となつたときに、限定的な取消し（形成）の要件が法定されていなければならないということである。

しかし、行政法においては、「法律による行政」の原理という絶対的なものがあり、そもそも、行政処分が行われることについて、かなり厳格な要件が法定されていなければならない。そして、その要件に違反して行われた行政処分が「取り消しうべき行政処分」であると、行政法理論において評価されるので、ここで注意しなければならぬのは、行政処分の取消しじたいについては、とくに、取消し（形成）の要件は法定されないということである。

違法な行政処分が「取り消しうべき行政処分」として取消訴訟で取り消されるということは、行政法では自明のことであるが、訴訟法上の根拠は、行訴法一〇条一項の、取消訴訟においては、（自己の法律上の利益に係る）違法を理由として（処分の）取消しを求めることができることとされていることにある。

かように見えてくると、私法の世界では、Aが、Bに対して、（取消しという）形成要件の存在を主張する訴訟を

提起し、判決によりBに「取消し」の効力が及ぶことを求めるといふことであるので、その場合には、形成効が既判力の範囲に限定される——AとBのあいだでのみ効力をもつ——ということも考えられてよい。⁽⁷⁰⁾しかし、行政処分により法律上の利益（権利）を侵害された者が、行政庁を被告として、行政庁が行った処分の取消しを求める取消訴訟では、もつぱら、処分の適法性審査が行われ、違法であると認定されれば、判決で取り消されるが、この「処分の取消し」は、「法律による行政」の原理のもとでは、違法な処分は、行つてはならないし、行ふべきではなかつたといふ絶対的要請にもとづくもので、その「取消し」の意味するところは、処分が行われなかつた原状に復す⁽⁷¹⁾ということである。

行政法のしくみが、かようなものであるからには、行政処分の取消しは、対世効をもつと考えなければ、つじつまがあわない。たとえ、その処分が二重効果的行政処分であつて、取消判決により（処分による既得の）法的地位が覆滅される第三者がいる場合であつても、その第三者にも判決の効力が及ぶとしなければ、原告の権利の救済といふか、処分の取消判決が下された趣旨が貫徹されないのである。

かような考察から、博士のいわれる「直接の利害関係ある第三者が當然に判決に拘束される」異例なことも、「行政事件が公法上の法律効果又は法律関係を対象としている關係上、私法上の権利関係を対象とする民事訴訟とは異つた原理が支配する」といふことによつて、説明がつくのである。

三 右のような公法論理的な決着のいっぽうでは、とうぜん、かかる第三者が困難な状況におちいることへの対応が問題となる。しかし、兼子（一）博士が、この論文を書かれたころまでの行政法理論は、かかる第三者の権利保護までは、ほとんど関心をはらつていなかったといえる。第三者の訴訟参加についていえば、その必要性は、第三者にも訴訟審理のための材料を提出させ、適正な審理をなすためといふことのみが強調されていた。そのことのゆえに、博士は、かかる論文を発表されたのである。しかし、現行行訴法においては、第三者の権利保護が、第三者

の訴訟参加の第一の目的と考えられるまでにはなつてきた。

博士は、取消判決の形成効を既判力の範囲に限定すべきであるとされるいつぼうで、それでは、第三者に対して、あらためて、取消しの効果について裁判をしなければならなくなるという事態におちいることを憂慮され、第三者を共同被告とする解決策、もしくは、第三者を独立当事者参加させる解決策も提示されていた^(四)。しかし、これらの解決策は、行政庁を被告とする二当事者システムとして構築された取消訴訟とは、あいられないものであった。

第三者の権利保護を、いかに、はかるかという問題についても、おなじく、民事法とはことなる行政法のしくみから考えていくべきであると思われる。行政事件について、行政庁が、職権で調査を行い、ひとつの解決として下した決定——行政処分——の取消しを求めて、行政庁を被告として提起される取消訴訟では、もつぱら、行政処分の適法性審査のみが行われるため、処分の適法性維持のための主張・証明ということでは、第三者が訴訟参加することは、それほど、必要不可欠のことではない。

これは、民事の法律関係において補助参加が問題となる場合とは、ことなるのである。それは、訴訟当事者のあいだで争われる法律関係と密接な関連性を有しているが、べつの法律関係を、補助参加人が、有する場合であつて、このときは、補助参加人が補助参加すること、(補助参加されるがわの)主たる当事者のなしえない主張・証明、それから、主たる当事者が不熱心な訴訟追行しかしないときは、それに代わる主張・証明を行うことなどが考えられるのである。つまり、第三者の法的地位を防衛するためには、第三者が訴訟参加して、みずから、主張・証明をつくす機会を与えなければならぬという発想じたいが、じつは、たぶん民事訴訟的なのである。

四 したがって、取消訴訟において、処分を取り消す判決により自己の法的地位が覆滅される第三者の権利保護を、訴訟手続のレベルではかるというのであれば、つぎのように考えなければならぬ。

「法律による行政」の原理により、行政庁が行政処分を行う場合には、厳格な法律要件が存在し、それをみたし

ていなければならぬという大前提があるので、取消訴訟において、行政処分が違法であると認定されれば、とにかく、取り消されなければならないという、つよい要請がある。その取消しの意味するところは、違法な行政処分は、さいしよから存在すべきではなかったということであるので、その処分により権利・利益を得ていた第三者に対しても、取消しの効果が及び、第三者が判決に服するというのでなければ、取消判決の趣旨が貫徹されない。

このような「わくぐみ」のなかで、第三者が真に必要なとする権利保護は、とにかく訴訟参加させ、主張・証明の機会を与えればよいという、(形式的な) 手続保障とは、すこしはなれたところにある。それは、その結果により自己の法的地位が覆滅されるという深刻な訴訟が提起され、係属しているということをし、ただちに、第三者に「告知」するという手続保障である。第三者は、それにより、訴訟参加し、あるいは、訴訟のそとにあつて訴訟の推移を見まもることで、損害の拡大を防止することができ、そして、なにより、処分が違法であつたので取り消されるという訴訟の結果について、納得することができるのである。つまり、取消訴訟において重要なのは、訴訟参加することなのでなく、その前提である、訴訟係属の「告知」なのである。——以上が、兼子(一)博士の疑問に対する、筆者の解答である。

五 筆者は、兼子(一)博士の示された疑問に対して、このような解答をすることで、いちおうの論理的決着をつけるつもりであるが、それでも、なお、筆者のころのなかには、博士の疑問がおもく残っている。博士のストレートな疑問が、筆者をふくめ、おおくの行政訴訟研究者に衝撃を与えたのは、これまでの行政法理論のひとつの弱点を、するどくつかれたものであつたからであらう。とかく、違法な公権力の行使によって権利を侵害された者の救済のみが念頭におかれる取消訴訟の理論では、その救済のかけで、処分が取り消されることにより重大な実体的損害をうける者のことは、ほとんど考えられていなかった。そういう行政法理論の「わきのあまさ」を、博士の疑問によって、ただ、ただ、実感させられたのである。

そして、なお、筆者の心に「うしろめたさ」のような感情がのこるのは、かような第三者に対する、いわば、最小限の権利保護であることをあきらかにした、訴訟係属の「告知」についても、じつさいに、どこまで実現されるのか、悲観的な気持ちにならざるをえないからである。

(二) 行政事件訴訟法のさらなる改正にむけた提言

一 本稿は、現行行訴法二二条および三四条の解釈において、取消訴訟のそとにありながら、処分を取り消す判決により直接に法的地位を覆滅される関係にある第三者にとつて、真にどのような権利保護が必要なのかを、あきらかにしようとするものであった。したがって、ドイツの必要的訴訟参加の理論やわが国の歴史的理論の分析も、ながながと行ったが、本稿の中心は、二二条および三四条の解釈論であった。そして、筆者は、その「解釈」という土俵において、せいっぱい努力し、かような第三者には、訴訟係属の「告知」がきわめて重要であることをあきらかにし、二二条の解釈において、かかる「告知」を裁判所の義務と認めることが可能であることを示した。

しかし、解釈において義務と認められることであっても、はっきりと、現実に、それを裁判所に義務づけるというのであれば、行訴法のなかに明記したほうがよい。そこで、さらなる行訴法の改正においては、以下のことが検討していただけるよう、提言するしだいである。

二 その趣旨、および、改正の要点は以下のとおりである。

〔趣旨〕

名あて人に権利・利益を付与した行政処分の取消しを求める訴えが、名あて人いがいの者から提起されたときは、ただちに、その旨を、裁判所が、職権により名あて人に「告知」し、名あて人が、かような訴訟が係属したことを認知し、実体的な損害の拡大を防止するなどの措置をとることができるようにするとともに、訴訟参加の

申立てをするかどうか考慮できるようにする。

〔改正の要点〕

一、行訴法二二条について

「名あて人にとって授益的な処分取消しを求める訴えが提起されたときは、裁判所は、ただちに、名あて人にかかる訴えが提起され、係属しているということを通知しなければならない。」ということ、そう入する。

これについては、訴訟当事者の意見をきく必要もなければ、決定による必要もない。

二、行訴法三四条について

現行三四条一項の、「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」のまえに、「裁判所からの訴訟係属の告知をうけなかつたなど」を入れ、「裁判所からの訴訟係属の告知をうけなかつたなど、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」とする。

- (641) 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』所収、初出は、法曹時報三卷九號(一九五一年)一〇三頁以下。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)」成城法学七〇号(二〇〇三年)六四頁以下、「同(下Ⅵ)」成城法学七一号(二〇〇四年)三九頁以下。

- (642) 兼子(一)・前掲二一七頁。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」三七頁以下。

なお、近時の私法理論において、判決の対世効による統一の解決に注目するとともに、その場合は、対世効をうける第三者の手續保障が重要である主張する見解が見られてきた。小林秀之「角紀代恵」『手續法から見た民法』(一九九三年)二〇頁以下では、「紛争の統一の解決をはかるための最もドラステックな方法は、判決に対世効を与えられらるる第三者に判決の効果を及ぼして拘束してしまう方法である」として、民法関係では、人事事件で対世効が認められるとしている。そして、かかる場合には、対世効により「直接に影響を受ける第三者には、対世効を覆す訴えを提起できる

機会を保障せざるをえないと思われる」とされている。

(643) 民事訴訟で一般にいわれてきた訴訟参加の手續保障というのは、他人のあいだの訴訟の結果が、第三者の訴訟上の地位に、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——齊藤秀夫編「注解民事訴訟法(一)」(一九六八年)三六二頁——という観点からの手續保障であつて、それは、ひとつの手續上の権利を保障するという意味の手續保障である。兼子(一)博士の考えておられた、手續保障としての「訴訟参加」の保障というの、本来的には、これとおなじ性格のものであつたと思われる。

しかし、このように、いつてみれば、古典的な手續保障論に対しては、あたらしい手續保障論——注(647)参照——にたつ井上(治)教授の厳しい批判がある。すなわち、その内実をあいまいにしたままで用いられる「手續保障はその概念だけですべてを正当化してしまうような響きをもつマジック・ワードになりつつあり、それじたいがスローガン化」するおそれがある、というものである。井上治典「手續保障の第三の波」(同「民事手續論」(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)三〇頁。

(644) 兼子(一)博士が考えておられた、判決の効力を第三者に及ぼす方途は、筆者が考えていた、現行民法一一五条一項二号の規定による既判力の拡張——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)三一頁以下——とはことなるものである。すなわち、「處分の取消によつて直接その法律上の地位を害される者がいる場合は、原告は最初からこれを行政廳と共同被告にするか、或は訴訟開始後に裁判所へこれに對する参加命令を申立てて、これを當事者として参加させることによつて、これに對しても判決の効力を及ぼさせ」る、というものである。

兼子(一)・前掲一一六頁以下。兼子(一)博士のかかる見解が、そのあとの、行訴法制定のときの「改正要綱草案(第一次案)」「第三二のB案とされたことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下V)」一一三頁以下——注(215)——を、参照いただきたい。

(645) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下V)」七〇頁、および、七四頁、「同(下VI)三九頁。

(646) 井上(治)・前掲四三頁。井上(治)教授によると、古典的な手續保障の考えというのは、判決効を及ぼすためには、あるいは不意打ちを防止するためには、どのような手續保障がなされなければならないかというような、「もつぱら判決を念頭に置き、不利益な効果を及ぼす関係でのみ持ち出される低次元の手續保障」——同・三五頁——であつたとされる。その意味では、ドイツ基本法の審問請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör)や、英米法の在廷法則(His Day in Court)

も、そのようなニュアンスがつよいとされる——同・三〇頁——。

(647) 井上(治)・前掲三三頁以下。井上(治)教授によると、わが国の(民事訴訟理論における)手続保障論には、三つの節(波)があったとされる。

その第一の節(波)は、山木戸教授の「当事者権」の理論——山木戸克己「訴訟における当事者権」(同「民事訴訟理論の基礎的研究」(一九六一年)所収、初出は民商法雑誌三九卷四―五―六号)五九頁以下——で、訴訟における当事者の権能をうきほりにしたもので、当事者の手続における主体的地位の確立のための第一歩を固めたものであると評される。——第二の節(波)は、新堂教授の「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」——判例タイムズ二二二号(一九〇一年)一七頁以下——という有名な論文により口火をきられたもので、「当事者(利用者)のための訴訟法理論」という認識のもとに、具体的な問題の解釈論を展開したものであり、井上(治)教授の分析によれば、このときに、判決効を及ぼすためにはどれだけの手続保障が必要か——という考えかたから、へどのような手続保障がなされれば判決効が及ぶか——という発想への転換があったとされる。

第三の節(波)は、この第二の波を、さらに発展させたもので、当事者による主体的な手続形成そのものに、訴訟の普遍的価値を求めようとするもので、これは、民事訴訟の目的にまで昇華し、訴訟で当事者を対等にひき上げるための手続ルールにもとづいて、当事者のあいだに、すじのとおった論争の場を保障することが、民事訴訟の主要な目的となるとされる。——この「第三の波」の手続保障論というのは、井上(治)教授がはじめて唱えられたというのではなく、いろいろな論文のなかに、すでにその思想があらわれていたのを、教授が、整理され、民事訴訟のあたらしい手続保障論の潮流と性格規定され、自己の、手続保障に立脚するあらたな民事訴訟理論の構築とされたものなのである。なお、これらの論文については、井上(治)・前掲三三頁以下(注(3))に列挙されている。筆者は、このうち、井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分担」民事訴訟雑誌二七号(一九八一年)一八五頁、新堂「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」法学教室一七号(一九八〇年)八二頁、吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障——身分訴訟を中心として」(山木戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯下)(一九七八年)所収)一一八頁以下、同「判決の遮断効と争点効の交錯」新実務民事訴訟法講座(一九八一年)三五五頁以下、佐上善和「非訟事件における手続権保障と関係人の事案解明義務」(吉川大二郎博士追悼論集・手続法の理論と実践下)(一九八一年)所収)二二二頁以下を熟読し、いたく感銘をうけ、感化された。筆者が思うに、このような手続保障論は、行政訴訟というよりは、むしろ、

行政手続の理論に有用であるようである。これについては、後日の研究において、論証したい。

(648) 現行行訴法二二条の立法趣旨の説明としては、「取消判決の効力が及ぶ結果その法律上の地位に影響を被る第三者が存することは、自身関与しない訴訟の結果を甘受させるものとして好ましくないから、かような地位にある第三者をこの制度によって訴訟に引き入れ、その不都合を解消すること」を目的としたとして——杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」(一九六三年)七七頁以下、参照、新山「職権訴訟参加の法理」(下V)七三頁——、いちおう、判決の効力と手続保障をむすびつける考慮が基礎になっていることが、強調された。そして、そのあとの解釈論でも、ほぼ、このような説明がくりかえされた。南博方編「注釈行政事件訴訟法」(一九七二年)一九八頁以下(上原洋允執筆)、山村恒年Ⅱ阿部泰隆編「判例コンメンタール(特別法)行政事件訴訟法」(一九八四年)二二〇頁(小林茂雄執筆)、渡部吉隆Ⅱ園部逸夫編「行政事件訴訟法体系」(一九八五年)三五七頁以下(濱秀和執筆)、南編「条解行政事件訴訟法」(初版)(一九八七年)五七二頁(松沢智執筆)、園部編「注解行政事件訴訟法」(一九八九年)三三二頁以下(中込秀樹執筆)、遠藤博也Ⅱ阿部編「講義行政法Ⅱ」(行政救済法Ⅱ)(一九八二年)二二二三頁(浜川清執筆)、芝池義一「行政救済法講義」(第2版補訂版)(二〇〇三年)七四頁、塩野宏「行政法Ⅱ」(第三版)(二〇〇四年)二二八頁など。

しかし、このような説明は、けっきょくは、抽象的に手続上の権利を保障すれ——訴訟参加し、主張・証明の機会を与える——ば、たりるということであって、それいじょうに、判決の効力が及ぶこととのバランスで、どのていどの手続保障があればよいのか、また、そもそも、そのような手続保障をしなければならないことの理由は、判決の効力が及ぶということ以外に、ないのか、などについて、ふみこんだ考察をするものではなかったといえよう。

そのような行政訴訟の理論のなかで、田中(二)博士が、「訴訟では局外にある第三者……を訴訟関係に引き入れることは、……取消判決の形成力をこれに及ぼすことから生ずる摩擦を未然に防止するうえにも役立つ」とされておられた——田中二郎「新版行政法上巻」(全訂第二版)(一九七四年)三三二頁——のは、第三者の訴訟参加を、たんなる第三者に対する手続上の権利保障とみずに、訴訟のあとになお予想される紛争を見とおして、その解決のための便法と考えておられたのであろう。

(649) 「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と宣言する憲法三三二条の保障のうちに、行政処分を取り消す判決によりみずからの法的地位が覆滅する(実質的当事者である)第三者に訴訟手続に参加させなければならぬということまで視野にいれた解釈論は、わが国の憲法理論において、かつて、展開されたことはない。

「裁判をうける権利」論で、もつとも進んだ理論を展開されている、松井茂記「裁判を受ける権利」(一九九三年)、笹田栄司「実効的基本権保障論」(一九九三年)でも、かかる記述は見あたらない。英米法のデュー・プロセスに基礎をおかれる松井教授はともかく、ドイツの(法的)聴聞請求権の本格的な分析を行われ、それを自己の理論の基礎とされている笹田教授は、とうぜん、判決に直接に関わる(実質的当事者である)第三者にも聴聞請求権が保障されるべきであるという、ドイツの通説的見解を目にされたのであろうが、独自の、裁判所が与える公正手続保障に視点をおかれた「実効的手続保障」論を展開するにあたっては、それらを考慮されなかつたのであろう。

しかし、第三者の(訴訟上の)手続権の根拠を憲法三二条に求めようとする試みは、民事訴訟理論において、すでに、行われている。吉村「判決効の拡張と手続権保障」一一九頁以下では、かような第三者の手続関与権も基本法一〇三条一項(もしくは一九条四項)の適正手続の保障のもとにあるというドイツの憲法理論を援用して、「判決効をうける第三者の手続権は、その法的地位の性質に即した裁判手続に関与する機会を保障されるべきである」という意味において、憲法上の適正手続の一環としての「裁判をうける権利」によって裏打ちされたものと解される」という論証がされている——この、吉村教授の手続保障論によると、第三者への手続保障は、判決の効力が当事者に限定されるという前提のもとで、もつともよく保障されるとされる、同・一二〇頁——。

もとより、わが国の憲法三二条の保障が、具体的に、どのような者に及ぶかは、理論の発展にまつほかはない。それでは、それは、すべて憲法に携わる者のみの責任かという点、筆者が思うに、それは、むしろ、訴訟法に携わる者が、訴訟の基礎となる実体法関係をみすえて、適正手続の保障として、どの範囲の者に裁判をうける権利を保障しなければならぬかを精査し、しかるのちに、かような者に裁判をうける権利を保障することの、憲法的根拠を与えることの必要性を論ずることで、憲法学者へメッセージを送るべきである。

ドイツで、訴訟参加することが必要な第三者に、基本法上の聴聞請求権が保障されるということまで、ドイツの憲法の教科書やコンメンタールに書きこまれているのは、このフィード・バックがうまくいっているからであろう——もちろん、ドイツの公法学では、憲法と行政法の両方を専門とする学者がおおいことにもよる——。

民事訴訟のほうで、かような論議が、すでに行われているからには、行政訴訟のほうでも、憲法に根拠をおく理論を、早急にうちたてるべきであると思われる——さしあたり、筆者にその責務があるのではないかと考えている——。あと、憲法学者のほうで、それらの底辺からの論議をうけとめて、憲法の教科書やコンメンタールの解説のなかに、書き

こんでいただくことが重要であると考ええる。なぜなら、本稿でとり上げた第三者の再審の訴えのふたつの事例では、原告は、かような憲法上の解釈論を展開していたのであるが、それが、裁判所に無視されたのは、ようするに、憲法の理論のなかで、そのようなことが、まったく論じられていなかったからであろう。

(650) ドイツの必要的訴訟参加の理論は、まず、訴訟参加することが必要な第三者のように「実質的な当事者」にも、基本法一〇三条の「裁判をうける権利」が保障されるということを確認したうえで、それを、第三者が訴訟参加することが必要であることの、ひとつの根拠としているのである。参照、新山「職権訴訟参加の法理(中)」成城法学六三号(二〇〇〇年)五六頁以下。

(651) 新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」(同「民事訴訟制度の役割」(一九九三年)所収、初出は、判例タイムズ二二二号(一九六八年)一頁以下。

(652) 参照、注(647)。

(653) 参照、注(647)。

(654) これまでの民事訴訟法は、裁判官が判決を下すために訴訟手続があるという認識のもとに、裁判所が判決を下すさいのルールを中心にくみだてられたものであり、そこでは、判決による紛争解決を起点にして、そこから回顧的に手続保障が考えられるという、「紛争解決↓判決効手続保障という思考」がとられていたが、「手続保障↓紛争解決という思考」がとられるとされる——井上(治)・前掲三五頁——。これらの矢印(↓)の意味がわかりにくいがおそらく、まえの矢印は、紛争解決「を前提とした」手続保障ということ、あとの矢印は、手続保障「による」紛争解決ということであろう。

(655) 井上(治)・前掲三五頁。

(656) 井上(治)・前掲三五頁。井上(治)理論では、このような手続保障をすることじたいが、民事訴訟の目的そのものに昇華される。新堂「新民事訴訟法(第三版)」(二〇〇四年)一頁以下の「民事訴訟制度の目的」の解説においては、なごらく通説的地位をしめてきた「紛争解決説」——参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VI)」五六頁(注(395))——を凌駕しうるあたらしい目的論として、これを位置づけられ、新堂教授もこれを支持するとされている。

それでは、このような手続保障の考えが、じゅうらいの古典的な手続保障論と、どこがちがうかというところ、井上(治)教授によれば、じゅうらいのものが、へ判決あるいは不利益な効果を及ぼすことを正当化するための手続保障であつ

たのが、あたらしいものは、へ訴訟の本質的要請としての、あるいは手続過程そのものに普遍的価値を置く手続保障であるとする——井上(治)・前掲四三頁——。

(657) 井上(治)・前掲四六頁。

(658) 井上(治)・前掲四六頁以下。

(659) 井上(治)・前掲四七頁。そして、井上(治)教授は、このように論争を展開し、対話を積み上げていくことが、訴訟の本質的な要請である「弁論主義」につづるものであり、そのような手続過程そのものに普遍的価値があり、判決内容はそのことの、ひとつの、とうぜんの帰結にすぎないとして、じゅうらいの判決を中心に組み立てられた民事訴訟理論に、猛烈な反省を迫られているのである——同四九頁——。

(660) 井上(治)・前掲四六頁以下に整理されている、「第三の波」の手続保障理論が展開しようとしている具体的な訴訟法理論とは、概要、以下のとおりである。

①弁論主義について、じゅうらいの考えかたとは、微妙なちがいが生じるとされる。すなわち、じゅうらいの考えかたでは欠けていた、当事者のいずれのかが資料を提出していかなければならないかの、当事者のあいだの役割分担という視点が、当事者のあいだの対話のルールづくりということから、強調され、そこから、証明責任についても、ことなる見解が示される。

②違法収集証拠の証拠能力についても、当事者のあいだの対話のルールづくりということから解決される。すなわち、そのような証拠も、当事者のあいだで妥当すべき論争ルールからみて、許容されるかどうかという見地から、検討されるのである。

③既判力の根拠と作用も、当事者のあいだであれ、第三者とのあいだであれ、その者が、十分に争ったこと、あるいは、争うべくして争わなかったことによる自己責任に求められる。

(661) 井上(治)・前掲五四頁。

(662) これについて、井上(治)教授は、「一部請求」の例を上げて説明しておられ——井上(治)・前掲五四頁——、これがわかりやすい。ただ、この説明は、井上(治)教授の称される「第三の波」にたつ井上(正)教授の説明——井上正三「「一部請求」の許否をめぐる利益考量と理論構成」法学教室八号(一九七五年)七九頁以下——を引用されたものである。

これによれば、債権の全部ではなく、一部だけを請求するときは、既判力の遮断が問題となるが、井上(治)教授のいわゆる「第三の波」の考えでは、原告としては、(前訴の交渉過程または訴訟まえの交渉過程において)当面請求している部分が全体の一部であることを相手方に認識させておけば、原告としての行為責任はひとまず果たされたとして、残部請求は遮断されないことになる。そして、もし、被告のがわで残部の存否をはっきりさせたいというのであれば、むしろ、被告がイニシヤティブをとって、債務不存在確認の反訴を提起すべきであって、これが、「当事者間の責任分配として妥当である」ということになる。

(663) 井上(治)・前掲五四頁以下。井上(治)教授は、「その意味では、争点効のようなものが、判決効による遮断作用の本体であり中核であるともいえる」と認めておられる。

(664) 井上(治)教授により、わが国の民事訴訟理論における、「第二の波」と称される手続保障論は、新堂教授の「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」という論文によって、始まったとされるが、同論文には、とくにはっきりとした新堂教授の手続保障理論が述べられているわけではない——わが国の民事訴訟では、訴訟の合理的運営という公益性が過度に強調され、訴訟の画一性や形式的処理にのみ注意がはらわれることにより、利用者(訴訟当事者)の立場が無視されてきた傾向があるということ、六つの判例により論証され、利用者の立場にたった民事訴訟法理論の構築の必要性を唱えられたものである——。しかし、そこに示された「利用者の立場にたった民事訴訟法理論」という観念じたいが、それまでの民事訴訟理論にはないもので、たしかに、そのあとの手続保障理論の発展に、ひとつの方向性を与えるものであったといえよう。

新堂教授じしんも、じぶんの右論文が、井上(治)教授により、「第二の波」の手続保障理論の嚆矢と評されたことを、のちに意識され、たしかに、それは、裁判所と当事者との関係で手続保障というものをいかに考えていくべきか、という面が念頭にあった議論であったとされている。新堂「手続保障論」の生成と発展——民事訴訟法学の最近の動向——〔同「民事訴訟制度の役割」所収、初出は、「市民社会と法をめぐる今日的課題」——日本司法書士連合会研修叢書・平成三年版——(一九九一年)三三七頁以下〕。

新堂教授の手続保障論というのは、民事訴訟の個別的問題の解釈論を展開するにあたり、右に述べたような手続保障があることを前提とする教授の理論のなから、それが、どのような手続保障でなければならないかという教授の思想を抽出したものである。したがって、教授の手続保障理論は、個別の解釈論をつうじて、うかがうことができるが、筆

者のみるところ、既判力の根拠論において、とくに明確である。

(665) 新堂『新民事訴訟法』第三版』六一八頁。

(666) すなわち、民事訴訟法では、原告が、訴えにより、訴訟物たる権利関係の存否について、裁判所の終局的判断を求め、裁判所もこれについてのみ判断するというたてまえを確立することによって、被告に、防御目標を明確にして不意打ちを防止していること、そして、訴状の送達、一定の場合の手続の中断・中止の制度がおかれていることである。新堂『新民事訴訟法』第三版』六一八頁。

この新堂教授の指摘は、行政法、とくに、行政手続の研究にとつて参考になるところであつて、民事訴訟において実質的な当事者対等の原則を実現するしくみが「用意されている」というところを、われわれの手で綿密に分析し、それを、行政手続における手続関係人の手続保障の実質化をはかる「よすが」とすべきであらう。

(667) 新堂教授の「自己責任」の意味は、同「手続保障論」の生成と発展』三四〇頁に、くわしく書かれている。「訴えにより、訴訟物が提示されると、その訴訟物に関して両当事者はそれぞれ主張、立証を展開しなさいというわけで、手続的にはまず口頭弁論が開かれ、それに当事者は呼び出される。また、準備書面を提出して、口頭弁論では互いに言いたいことをいわせるといふ機会を保障して、証拠も出させる、証拠調べもする、そういう形でいろいろ訴訟資料を出していく、そういうプロセスで両当事者は判決の基礎を自分たちで作っていく、裁判所は、勝手に職権で調べた結果に基づくのではなく、当事者双方の訴訟活動の結果で上がった裁判の資料に基づいて判決をする仕組みをとる。そうだとすれば、判決で負けたとしても、その責任は自分にあるわけであるから、その判決の結論に従うのが、相手方との間で、あるいは裁判所との間で信義則上当然のことじゃないか、一種の自己責任の問題としてそれは正当化されるのではないか、それこそ正義のしからしむるところではないかという、そういう理屈を考えたいわけだ。」

(668) 新堂『新民事訴訟法』第三版』六一八頁以下。

(669) 新堂『新民事訴訟法』第三版』六一八頁以下。

(670) 新堂『新民事訴訟法』第三版』六一九頁。

(671) 井上(治)・前掲三四頁。

(672) 井上(治)・前掲三八頁。井上(治)教授によれば、訴訟関与の機会があつたというだけでは、なお、たりないといふことである。

(673) 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。

(674) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」三六頁以下。

(675) 新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二五四頁。

(676) 井上(治)教授の研究によれば、補助参加の本質的特徴とされる「補助参加人の主たる当事者への従属性」ということは、一九世紀くらい、ドイツ普通法で、(通常)補助参加と共同訴訟的補助参加を嚴格に区別していることとする過程において、両者の差異を体系的に説明する論理として、「補助参加人の従属性」という概念が強調されるにいたったもので、それが、最初から、補助参加の本質的なものとして認められていたわけではないことである——井上(治)「補助参加人の訴訟上の地位について」(同「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(一九六八年)一号、二号)六頁以下——。

このような井上(治)教授の分析を、新堂教授は、たかく評価したうえで、他人の法律関係の争いに加わる補助参加人についても、その特定の争点の帰すうが、主たる当事者とのあいだに想定される後訴において、重要な意味をもつと考えられる場合には、その争点に関しては、「補助参加人の従属性」を否定し、補助参加人に、訴訟当事者としての地位を認め、主たる当事者の意思に反する訴訟行為も認めるべきであるとされるのである。新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二五二頁以下。

(677) 新堂教授によれば、つねに申立てによる補助参加においては、補助参加人は、だれいわれることなく、自発的に補助参加してくるのであり、補助参加によって自己の利益を擁護するという補助参加人の目標は、じつさいに、後訴で自分が当事者になって自己の利益を擁護する場合と同程度か、それ以上に「しんけん」な目標といわなければならず、主たる当事者の勝訴のために全力を傾けるであろうとされる——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——が、かように、補助参加人が主たる当事者の勝訴のために全力を傾けるのは、そのうちに、補助参加人の権利義務に直接に関わる争点が含まれているからである。

(678) 新堂教授によれば、補助参加人が、補助参加して、訴訟進行に注ぎこむ実質的な費用・時間・労力、わずらわしさは、訴訟当事者となる場合以下とは考えられない。それにもかかわらず、補助参加人は、補助参加したがわの主たる当事者

の意思に反する訴訟行為をすることができないというのであれば、訴訟の特定の争点が生ずるが、実質的には、補助参加人の権利義務に関わるものであつて、補助参加人が、この争点について、しんげんに相手方とわたり合おうとし、相手方もこれに応じようとしているときに、ふとした主たる当事者の気まぐれで、補助参加人の訴訟追行が妨げられることがありうる、とされる——新堂「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」二五四頁以下。

そこで、このような争点かぎりにおいて、補助参加人に、主たる当事者の意思に反する訴訟行為をなしうる、訴訟当事者と同等の訴訟上の地位が保障されるべきであるという同論文のひとつの結論へとつながるのである。

(679) 新堂教授が、「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」を書かれたのは、「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」を書かれた翌年（一九六九年）——注（661）、注（673）参照——であり、訴訟における手続保障とは、訴訟当事者が主体的に訴訟行為をなしうることを保障するものでなければならぬという思想を、そのなかにかがうことができる。

ただ、ことは問題として、「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、訴訟追行する権能と機会を保障される」とか、「その結果には、みずから責任を負うべき」であると、明確に述べられるようになるのは、同『民事訴訟法（現代法学全集30）』（一九七四年）四〇六頁からで、「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」では、まだ、そのようにはっきりした表現はされていない。

(680) 第三者の権利保護論として、取消判決の効力が及ぶ第三者には、訴訟参加の機会が保障されなければならないと論じられるようになったのは、雄川博士からである——雄川「行政争訟法（法律学全集9）」（一九五七年）一七八頁以下、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）二七頁以下」。このあとの教科書、コメントールでは、一様に、訴訟参加の目的として、第三者の権利保護ということを、第一位に上げるようになった。なお、田中（二）博士の訴訟参加の理論において、第三者の権利保護の目的が希薄であつたことについては、新山「職権訴訟参加の法理（下Ⅳ）九頁以下を参照されたい。

(681) 行政法理論において、かような問題関心がもたれなかつたことに、兼子（一）博士が疑問を呈されたのである。参照、新山「職権訴訟参加の法理（下Ⅳ）三三頁以下。

(682) 行政裁判法——明治三三年六月三〇日法四八——三一一条、行政事件訴訟特例法——昭和三年七月一日法八一——八一条、行政事件訴訟法——昭和三七年五月一六日法一三九——二三一条。これらの規定の内容、および、その分析については、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）五七頁、「同（下Ⅳ）七頁以下、「同（下Ⅴ）」

六六頁以下を、参照されたい。

- (683) 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、法学協会雑誌六六卷(一九四九年)一号、二号、六七卷(一九五〇年)四号、六八卷(一九五一年)一号)八二頁以下、同『行政法講義案上巻』(一九四九年)二九九頁。なお、この分析については、新山「職権訴訟参加の法理(下IV)」成城法学六九号(二〇〇二年)一九頁以下参照。

(684) 塩野宏「行政法Ⅱ(第三版)」二二八頁は、「これはかかる者になんらの手続的権利を与えることなく訴訟の結果だけを甘受させることは、適切でないことから設けられた制度である」として、第三者に訴訟参加の手続保障をすることじたいが、二二条が規定された制度目的であるかのような説明がされている。

また、芝池・前掲七四頁では、遠藤Ⅱ阿部・前掲三三三頁以下〔浜川〕の「第三者の訴訟参加が認められるのは、第三者の権利保護および第三者の参加(すなわち攻撃防御の機会の付与)による適正な審理の実現のためである」という説明を引用したうえで、二二条で「権利を害される」ことが要件となつてるところからすると、前者のコメントがよりよいようである、という指摘もされている。

- (685) 法曹会『行政事件訴訟十年史(自昭和二十二年至昭和三十二年)』(一九六一年)一八二頁、同『続行政事件訴訟十年史(自昭和三十三年至昭和四十二年)』(一九七二年)二六八頁によれば、職権による訴訟参加だけが規定されていた行政事件訴訟特例法(以下、「特例法」)八条が、特例法が制定されてからの二〇年間で、ほとんど利用されず、その裁判例も皆無にひとしいとされていた。また、同『続々行政事件訴訟十年史(自昭和四十三年至昭和五十二年)』(一九八一年)二二二頁以下には、職権による訴訟参加の例については、なにも記されていない。

それいじょうの判例集——行政事件裁判例集、判例時報など——による検索は不可能である。なぜならば、(職権で)訴訟参加をさせる旨の裁判所の決定に対する訴訟当事者からの抗告というのは、行政事件訴訟法二二条三項の解釈から認められない——参照、南博方Ⅱ高橋滋「条解行政事件訴訟法〔第2版〕」(二〇〇三年)三六九頁〔新山執筆〕——の、裁判例をつうじて、裁判所が職権で訴訟参加を命じたことがあるかどうかを、うかがい知ることができないからである。それができるのは、同法三四条の「第三者の再審の訴え」の裁判例をつうじてだけである——ただ、職権が発動されなかったことに対する不服の事例である——が、この訴えが提起されたのは、これまで、わずか二件にすぎないことは、さいさん指摘したとおりである。

(686) 判例——東京地裁平成一〇年七月一六日判決——では、訴訟の結果により権利を害される第三者に対して、「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」と、断じられている。

(687) 民事訴訟法五三条に規定された「訴訟告知」のくわしい内容については、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅵ)」三四頁以下参照。また、この「訴訟告知」は、本稿の結論に密接に関連するので、その問題点、および、その解決策については、次節で、徹底的に検討される。

(688) 井上(治)教授に代表される「第三の波」の手續保障理論を、行政処分取消訴訟に援用するには、本質的な難点がある。(処分の名あて人で)訴訟においては第三者である者の法的地位の覆滅が求められる取消訴訟においては、第三者は、必然的に、処分の適法性維持にとめる被告行政庁のがわに訴訟参加することになるが、第三者が、主体的・能動的に、個々の争点について、被告行政庁とならんで、相手方原告と対等に、対話や弁論をつくすということは、現実におおくの場合、よくなしうるところではない。しかるに、井上(治)教授らが意図されるのは、そのような現実があること——これを「手續保障」と称されるわけであるが——を前提とするもので、このようなハイレベルの手續保障を、取消訴訟における「第三者の訴訟参加」についても、論理の前提とすることは、あまりにも現実とかけはなれることにならう。

それに対して、新堂教授の手續保障理論では、現実には、主体的・能動的に、個々の争点について、相手方と対等に、対話や弁論をつくしたという事実があることまで求めるものではなく、その「てまえ」の、そのようなことをなしうる機会が与えられたということを重視するものである。

(689) 本号五二頁参照。

(690) 本号注(678)参照。

(691) 本号注(666)参照。

(692) これこそが、新堂教授の「民事訴訟法理論はだれのためにあるのか」——注(65)参照——という論文の中心理念である。

(693) 民事訴訟法五三条の「訴訟告知」は、すでにくわしく分析したように——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅵ)」三四頁以下参照——、訴訟当事者からの任意の告知である。そして、当事者から訴訟告知がなされるのは、被告知者とのあいだで予想される後訴を見すえて、被告知者に、前訴で判断されたことと、ことなる主張をさせないという、参加的効力を

及ぼすためにのみである。

(694) 訴訟参加する必要性があると認められる第三者については、行訴法二二条の訴訟参加の利益も、民訴法四二条の補助参加の利益も有していると考えられる——新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅷ)」五頁以下参照——ので、わが国の制度のもとで、訴訟参加する必要性があると認められる第三者には、訴訟参加(補助参加)の途が開かれているといえる。

(695) 雄川一郎「行政争訟法〔法律学全集9〕」(一九五七年)一八一頁以下、杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」(一九六三年)七八頁、これらについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」三一頁以下、「同(V)」七五頁以下参照。

(696) かように、手続に参加(関与)する者に対する実質的手続保障が、行政法において論議されなければならないのは、むしろ、行政手続においてであろう。

(697) 民事訴訟の理論においても、訴訟の結果に利害関係を有する第三者に、制度として補助参加の機会を保障することの必要性が論じられる前提として、第三者に訴訟係属の事実がいかにして知らしめられるかということが、論じられるべきであるが、それが論じられていないということは、奇異なことである。

察するに、民事訴訟では、裁判所から、かような第三者に訴訟係属の旨を告知することは、ひつきょう、第三者を、いずれかの当事者のがわに、その当事者を勝訴させるべく、補助参加するように促すことになり、当事者主義に反すると考えられたのであろうか。それと、第三者の補助参加が問題となるような民事の争いでは、当事者と第三者はちかいか関係にあり、当事者のあいだの法律関係と第三者の法律関係も、緊密な関連性をもっているのが一般であるので、当事者のあいだで訴訟がおこったことは、とうぜん、第三者の知るところとなると考えられたのであろうか。しかし、民事訴訟においても、第三者に申立てによる補助参加の機会を制度的に保障するいじょう、その大前提として、第三者に、いかにして自己に利害関係のある訴訟が係属しているという事実を知らしめるかということは、論じられるべきであろう。筆者は、このようなことが、なぜ、民事訴訟で論じられていないか、すこし追求してみようと思っている。

行政訴訟においては、さらに、事情は深刻である。行政訴訟では、第三者の申立てによる訴訟参加がいかに、裁判所が職権により第三者を訴訟参加させることがある旨が規定されているにもかかわらず、裁判所から第三者に訴訟係属を告知することの必要性が、まったく論じられてこなかった。この問題は、本稿の結論の重要な部分を構成するので、次節において論じられる。

(698) 伊藤洋一「フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——」(一九九三年)。

- (699) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」九〇頁以下。
- (700) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」九四頁。
- (701) 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。この判例の事実関係の分析については、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」一五頁以下参照。
- (702) 加波眞一「再審原理の研究」(一九九七年)六頁。民事訴訟における再審の研究については、このほか、三谷忠之「民事再審の法理」(一九八八年)という労作があるが、本稿では、再審原理に焦点をしばった加波教授の分析を、もっぱら、参照した。
- (703) 加波・前掲二〇二頁。なお、加波教授のローマ法からドイツ民法、さらに、わが国の民法にわたる緻密な研究によれば、再審は、ふるくは、「無効の訴え」と「原状回復の訴え」にわけて規定されていたようである。その「無効の訴え」というのは、形式的には有効に成立しているように見えても、内容的には無効な判決なので、それを取り消して再審理するというもので、「原状回復の訴え」というのは、内容的にも有効に成立している判決であるが、それを認めることが公正に反し、是認しがたいがゆえに、それを取り消して再審理するものである。加波・前掲一八七頁以下。
- (704) 民事訴訟において、ながらく、再審についての通説的理解とされてきたのは、「再審は、確定判決の取消と、事件についてこれに代わる判決を申立てる複合的な目的をもつているから、その審判手続も理論上は、再審の許否と再審が許されるようになった上での本案の審判の二段階を成すのであるが、手続上は両者は截然と區別されずに一本の訴訟手続によつて行われる」というものである。兼子(一)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(一九六五年)四八七頁以下。
- この説明によると、再審が認められるための再審事由というのは、基本的には、前訴確定判決の取消事由ということになる。
- (705) しかし、注(704)のような通説的見解においても、旧民法四二八条の規定により、再審事由が認められる場合でも、一部判決で、ただちに、前訴確定判決を取り消すことはできず、そのまま、再審の手続が開始されるとされていた。兼子(一)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』四八八頁以下。
- なお、旧民法四二八条は、「再審ノ事由アル場合ニ於テモ判決ヲ正当トスルトキハ裁判所ハ再審ノ訴ヲ却下スルトヲ要ス」と規定していた。
- (706) 再審の審理をどのように開始するかは、新民事訴訟法——平成八年六月二六日法一〇九——において、根本的な改正

があったようである。以下、中野貞一郎『解説新民事訴訟法』(一九九七年)八三頁の解説による。

旧民訴法のもとで、再審は、「再審事由の存否」の審理と、それが肯定された場合の本案の再審理のふたつの局面に分解されると分析されたうえで、ふたつの局面に対応する手続段階の区別が設けられていないという議論があった。そこで、新民訴法は、再審の手続につき、刑事訴訟法の再審——同法四四六条ないし四四八条、四五〇条、四五一一条——と同様に、まず、再審の訴えの適否と「再審事由の存否」に関する判断を「確定」させようとして、再審としての本案の審理をして判決する、という二段階の手続構造に改められた。

つまり、裁判所は、再審の訴えがあったときは、その適否を審査し、不適法と認めるときは、決定で、再審の訴えを却下しなければならぬ(新民訴法三四五一条一項)。訴えが適法であっても、再審事由が認められない場合には、決定で棄却する(同条二項)が、再審事由が認められる場合は、あらかじめ相手方を審尋したうえで、再審開始決定をする(同法三四六条一項、二項)。これらの決定に対しては、即時抗告ができる(同法三四七条)。そして、開始決定が「確定」すると、裁判所は、不服申立ての限度で、本案の審理および裁判をする(同法三四八条一項)。

これは、対象となっている前訴の復活と観念される。中野||松浦馨||鈴木正裕『新民事訴訟法講義(補訂版)』(二〇〇〇年)五三六頁〔三谷〕。

(707) 民訴法三四八条一項では、再審開始の決定が確定した場合には、「不服申立ての限度で、本案の審理及び裁判をする」と規定されている。

(708) 民訴法三四八条二項では、再審理して、前訴確定判決とおなじ結論に達すれば、再審請求を棄却すればよいと規定されている。なぜならば、新民訴法では、前訴確定判決は、再審が開始されたといつても、取り消されていないからである——注(706)参照——。

(709) 加波教授は、既判力の正当化根拠を、訴訟当事者への手続保障におくという、民事訴訟のあたらしい手続保障理論にたたれて、そのような実質的手続保障を欠くような瑕疵がある場合が、再審事由であり、それゆえ、確定判決といえども再審理が認められるのであると説かれている。加波・前掲二三二頁。

(710) その論証については、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅷ)」一一頁以下参照。

(711) 三四条の立法目的について、杉本・前掲は、「本条は、本法が第三二条において、取消判決の形成力を広く訴訟外に立つ第三者に対しても及ぶものとしたことに関連して、自己の責めに帰すべからざる事由で、その訴訟に参加すること

ができなかつた第三者の利益を保護するために、再審の途を拓いた規定である」として、とくに、自己の責めに帰すべからざる事由のあつた者に対する救済制度であることを、強調している。

(712) この点では、わが国の行政訴訟理論の理解は、一致している。たとえば、南Ⅱ高橋・前掲四九七頁(小高剛執筆)では、「自己の責めに帰することができない理由」とは、「その第三者が、社会通念上、自己の責めに帰することができない理由で、二二条により訴訟に参加することができなかった場合をいう。要するに、個々の事案ごとに、当該行政事件の係属を知らず、または特段の事情のために訴訟参加をすることが、一般人の常識をもつてもやむを得なかつたと判断される場合に当たるかにより決することになる。」とされている。同旨、南編「注釈行政事件訴訟法」三三〇頁(上原執筆)、園部・前掲四三六頁(太田幸夫執筆)。

なお、山村Ⅱ阿部・前掲三五六頁(細川俊彦執筆)は、三四条にいう「自己の責めに帰することができない理由」は、(補助参加の申立てなど訴訟行為についての)不変期間の追完を認めた旧民訴法一五九条(現行民訴法九七条)前段の「當事者カ其ノ責メニ帰スヘカラサル事由」とおなじに解すること——民事訴訟では、訴訟係属の不知などがこれにあたる——と解されている——ができるとしている。

(713) このことは、敷衍すると、原訴訟において(訴訟当事者により)すでに提出された攻撃・防御の方法以外のもの、判決に影響を及ぼすものということになる。なぜなら、すでに訴訟当事者により提出されたものは、裁判所が、判決の基礎としたか、あるいは、考慮しないという判断を下したものであるので、ふたたび、それが提出されたとしても、論理的に、判決に影響を及ぼすことはないからである。

(714) 杉本・前掲一一六頁では、ここにいう「攻撃又は防御の方法」は、「確定した判決の口頭弁論終結時までに訴訟参加によつて提出しうべきものにかぎり、その判決後の事由によるものを含まない。ただし、その攻撃防御の方法が従前の訴訟において提出されていたならば、第三者の利益に判決の結果が変更されたいらうと考えられる場合にのみ、再審を認める趣旨であるからである」とされていた。この理論は、第三者の再審の訴えの制度の立法目的——注(71)参照——と一貫している。

(715) 行訴法三四条の再審の利益の解釈をめぐつて、それが、同法二二条の訴訟参加の利益の範囲と同一か、それとも、それよりせまいのかという議論があるのは、周知のとおりである。ただ、両利益の範囲は同一であるとするとする説——南Ⅱ高橋・前掲四九六頁(小高)、南「条解行政事件訴訟法〔初版〕」七八二頁(松沢)、山村Ⅱ阿部・前掲三四四頁(細川)、

渡部Ⅱ園部・前掲四一五頁〔竹田穰執筆〕、並木茂「参加」・雄川Ⅱ塩野Ⅱ園部『現代行政法大系五』（一九八四年）一七〇頁、室井力編『基本法コンメンタール行政救済法（別冊法学セミナー）』（一九八六年）三三二頁〔磯野弥生執筆〕など——は、三四条の「判決により権利を害された第三者」ということのみをもって、再審の利益として、これが、二二条の「訴訟の結果により権利を害される第三者」の範囲と同一であるとするとする。しかし、かかる説にあつても、厳格な再審事由の存在によって、訴訟参加の利益を有する第三者が、結果的に、再審を制限されることは認めている。

また、三四条の再審の利益は二二条の訴訟参加の利益の範囲よりもせまいとする説——高林克己「訴訟参加」・鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座8』（一九七〇年）二〇九頁、南『注釈行政事件訴訟法』三三〇頁〔上原〕——は、はなから、三四条の「判決により権利を害された第三者」の解釈において、確定の終局判決の効力を左右しうべき者の範囲を、二二条の訴訟参加の利益の範囲のようにひろく解することは、法的安定の要請に反するとしている。

思うに、三四条の「判決により権利を害された第三者」じたいの解釈としては、前者の解釈がただしいといえる。しかし、このような、再審の利益論は、あまり意味をもたないどころか、むしろ、有害である。つまり、第三者の再審の制度と第三者の訴訟参加の制度の、第三者に対する手続保障という見地からの関連を考えるならば、結果として、訴訟参加の利益を有した第三者が、すべて、再審を認められるわけではないという制度連関を強調すべきである、ということなのである。

(716) 民事訴訟法——平成八年六月二六日法一〇九——三三八条一項一号ないし一〇号に、具体的に詳細な「再審事由」が掲げられている。

(717) 参照、注(706)。

(718) 新堂『新民事訴訟法〔第三版〕』八六七頁。

(719) 民訴法三四八条一項。

(720) 民訴法三四八条三項。

(721) 伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』（二〇〇二年）六六七頁。

(722) 中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木・前掲五三六頁〔三谷〕。

(723) 判決の効力が第三者に及ぶ場合に、判決の固有の利益を有する第三者にも、再審適格が認められることは、民事訴訟においても論じられているが、この場合は、「独立参加」の形式により、原訴訟の両当事者を被告とすべきであるとさ

れてきた。兼子(一)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(一九六五年)四八五頁、新堂『新民事訴訟法(第三版)』八六四頁。

この論理をうけて、取消訴訟においては、取消判決の効力をうける第三者が、「再審原告」となり、原取消訴訟における原告と被告行政庁が、そろって「再審被告」となることについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅵ)」一〇頁以下にとり上げたふたつの事例の事実関係を参照されたい。

(724) 新堂『新民事訴訟法(第三版)』八五八頁。

(725) 松尾浩也『刑事訴訟法下(新版補正版)』(一九九七年)二六一頁。

(726) 行政法の理論一般で、とくに、行政法上の法律関係の早期確定の要請があることが強調されてきた。公権力の行使により権利を毀損された者を救済するための訴訟と觀念される取消訴訟にあつては、判決の早期確定は、原告のためであり、また、行政(公益)のためでもある。

(727) わが国のコンメンタールの同条の説明は、すべて、杉本・前掲一一五頁の「第三者の再審の訴え」の制度趣旨の説明を踏襲している。ここでは、「この再審の訴えは、その事由、原告となりうべき者(一般の再審においては、確定の終局判決のあつた訴訟の当事者であるのが原則である)および再審の事由があると認められた場合における再審の手続等が一般の再審とは異なる」とされていた。

しかし、同説明では、そのいっぽうで、「しかし、確定判決に対し、その判決の効力を受ける者が、その手続上の欠缺があることを理由として、その判決の取消しと事件の再審判を求める不服申立方法である点において、一般の再審と其の性質を異にするものではない」としていた。

(728) 民事の法律関係を前提にする民事訴訟のあたらしい手続保障理論は、訴訟における当事者への主體的で実質的な手続を保障するということを、めざすものであるが、行政上の法律関係を前提にする取消訴訟の手続保障理論としては、判決の効力により権利・利益を害される者の実體的権利を考慮し、それが害されることを回避できるように配慮された手続保障でなければならないと思われるのである。

(729) 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分析については、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅶ)」一五頁以下、処分の適法性の証明に関する行政庁と第三者の関係の分析については、同一一頁以下、取消判決の第三者効への疑いに関する考察については、同一三頁以下を参照いただきたい。

- (730) そのことの論証については、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」一一頁以下で行った。
- (731) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」五頁以下。
- (732) 本稿の考察の基本としてきた、二重効果的行政処分により規律される法律関係で、第三者が訴訟参加する必要性が「つよく」認められるものであり、いちおう、「警察許可的処分により規律される法律関係」と分類した。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」八頁。
- (733) 本稿の考察の基本としてきた、二重効果的行政処分により規律される法律関係で、第三者が訴訟参加する必要性が「つよく」認められるものであり、いちおう、「競願者の法律関係」と分類した。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」八頁。
- (734) 本稿の考察の基本としてきた、二重効果的行政処分により規律される法律関係で、第三者が訴訟参加する必要性が「つよく」認められるものであり、いちおう、「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」と分類した。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」八頁以下。
- (735) これは、民事訴訟の目的として論じられる「私的紛争の解決」につうじる概念である。行政法理論においては、このような概念が意識されたことも、論じられたこともないことについては、あらためて、くわしく(歴史的な)分析をするつもりである。
- (736) 伝統的行政法理論においては、「法律による行政」の原理のもとで、がっちりした「行政行為」論ができあがり、その対局として、取消訴訟が位置づけられ、まさに「法律による行政」の原理をまもる担い手として、また、国民の権利をまもる最後の砦として、絶対的な信頼がおかれていた。ぎやくにいえば、取消訴訟によって、違法な公権力の行使はすべて排除され、それにより、国民の権利救済がつけねにはかられるという、取消訴訟に対する過剰な期待のうえに、伝統的行政法理論ができあがっていたともいえる。
- しかし、このような期待とはうらはらに、現実には、この取消訴訟によって解決されうる範囲は、かなりせまいといふこと、また、取消判決を得た場合であっても、なお、それによつては問題が解決しないことがあるということが、わかつてきた。それを、ここでいう「行政事件の解決」という観念を用いていいなおすと、現実に生じる「行政事件」は種々多様であつて、処分性が認められる行政決定が、たまたま絡んでいて、それをつかまえて取消訴訟を提起することができるという事例が、かならずしも、おおくないこと、また、取消訴訟を提起できたとして、その行政決定を取り消

しても、「行政事件」の抜本的解決にはつながらないこともあるのである。そのことは、取消訴訟から一歩さがつて、「行政事件」全体を見わたし、その解決にとつて、はたして、取消訴訟によるものが、どのくらい有効であるのかということを考えてみれば、はつきりしてくるのである。

(737) わが国、および、大陸法系の諸国における取消訴訟制度においては、「法律(または法)による行政の原理を基礎として裁判所が行なう行政活動の法律(法)適合性審査、これが取消訴訟制度の主要な機能であることは一応自明なことからである」と、小早川光郎「取消訴訟の構造分析」(一九八三年)三頁に、分析されている。

(738) ドイツでは、「違法の行政行為の取消自由の原則」を出発点として、それが、第二次世界大戦後、しだいに、信頼保護などのために制限されてきたようである。その学説・判例理論の緻密な分析は、遠藤博也「行政行為の無効と取消」(一九六八年)四三頁以下で行われており、筆者も、じっくり勉強させていただいた。筆者が、この「職権取消し」の論理のなかに、訴訟参加する必要性があると認められる第三者に対する実質的な手続保障につうじるものがあることに気づいたのは、この遠藤博士の大論文を、あらためて読みなおしているときであった。

わが国の行政法理論では、ふるくから、違法に行われた行政処分といえども、行政庁が職権で取り消す場合には、一定の制限があるという論理をたてていた。たとえば、佐佐木惣一「改訂日本行政法論(総論)」(一九二四年)五〇三頁では、「行政処分ノ理論ニ依り取消ノ行政処分モ亦取消スコトカ公益ニ適スルモノナルヲ要ス」とされ、また、美濃部達吉「日本行政法上巻」(一九三六年)三〇六頁以下では、すでに、緻密な論理が構成されていた。すなわち、行政行為の内容を、侵害的なものと授益的なものに分けて、後者について、「行政官廳は一方には其の法律的瑕疵の重大さの程度及び其の結果としてこれを取消すべきことの公益上の必要性並にこれを取消さないことに依つて當事者に及ぼすべき不利益を考察して、兩者の間に公正な比例を保たしむることを要する。これを取消し得る爲めには、これを取消すことの公益上の必要が、當事者をして其の取消に依つて受くる不利益を忍ばしめねばならぬ程度に重大であることを要する。」というものであった。

その論理が、そのまま、田中(二)博士にうけつがれ——田中(二)・前掲一五一頁以下——、それが、また、現代の行政法理論にうけつがれているのである。遠藤「実定行政法」(一九八九年)一四〇頁、小早川「行政法上」(一九九九年)三〇〇頁以下、塩野宏「行政法Ⅰ」(第三版)【(二〇〇三年)一五〇頁以下、大橋洋一「行政法」(第2版)【(二〇〇四年)三三三頁など。

しかし、芝池教授は、このように、原則的に職権取消しを制限することに疑問をなげかけておられる——芝池義一「行政法総論講義(第四版)」(二〇〇一年)一六八頁以下——。すなわち、じゅうらいの考えかたは、利益保護の要請を強調することにより、取消しの可能性よりは、むしろ、その不可能性を原則とするものであって、法治主義の形式的要請を適切に考慮していないきらいがある、というものである。そして、例として、違法な社会保障給付を、相手方に対する打撃回避の名目で、いつまでも打ち切ることができないのは不合理であるということを上げておられる。

(739) 遠藤・前掲。これについては、注(738)参照。

(740) 小早川「行政法上」三〇〇頁以下。

なお、大橋・前掲三三三頁は、これを、「法治主義原則と信頼保護原則との緊張関係の中で論じられてきたのが、違法な行政行為の取消制限の法理である」と表現しているが、小早川教授に代表される通説的見解では、その取消し制限の原則を破る基準を、処分を取り消すについての「公益上の必要性」においている。

これに対して、芝池教授は、職権取消しが相手方に与える「打撃ないし不利益」を基準に考えておられ、注目に値する。芝池教授は、基本的に、通説が職権取消しの制限に傾きすぎていることに、疑問をもたれているが——注(738)参照——、職権取消しが相手方に与える「打撃ないし不利益のていど」によっては、職権取消しが制限されると認められる。そして、この「打撃ないし不利益」は個々の事案にそくして判断しなければならないとされている——芝池・前掲一六九頁以下——。

このような芝池教授の立場は、じつは、本稿が、本節で行っている考察にも、重大なてがかりを与えるものである。それは、授益的処分が取り消されることによる処分の名あて人の実体的損害を基準に考えるところという視点である。そして、また、芝池教授は、実体的損害ないしは「打撃ないし不利益」が重大であって、職権取消しが制限されるような場合であつても、「事前の告知」や「補償」といった手続保障がとられることにより、職権取消しが認められる余地がある——芝池・前掲一七〇頁——と、本節の第三者に真に必要な手続保障の考察の「急所をつく」ような指摘までされているのである。

(741) 小早川「行政法上」三〇一頁。

(742) このドイツ行政裁判所の判例理論については、連邦行政裁判所一九六四年三月一〇日判決の判示しているところが、わかりやすい。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下)」八頁以下。

(743) この理屈は、「職権取消し」についての芝池教授の考え——芝池・前掲一七〇頁——につづける。すなわち、授益的処分職権取消しにより、処分の名あて人がうける打撃ないしは不利益は、補償などの代償措置とおなじく、「事前の告知」によっても緩和されるというものである。

(744) 参照、新山「職権訴訟参加の法理」(下Ⅵ)「三三頁以下」。

(745) 参照、本号注(648)。

(746) 参照、新山「職権訴訟参加の法理」(下Ⅴ)「九八頁以下」。

(747) 参照、新山「職権訴訟参加の法理」(下Ⅶ)「一一頁以下」。

(748) 参照、本号注(685)。

(749) 筆者の察するところ、それは、取消訴訟の特質と、それにもとづく紛争解決の限界によるものであると思われる。

すくなくとも、現行行訴法では、いちおう、取消訴訟は、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ための制度であると理解されている。しかし、その審理は、もっぱら、訴訟物たる行政処分適法性審査に終始する。べつこのいいかたをすれば、裁判所は、当該処分が違法でありその取消しを求める、という原告の請求に対応して、処分の適法性審査のみを行い、それが違法であると認定されれば、処分を取り消す判決を下すことで、取消訴訟についてのあらかたの任務は終了すると考えている。そこでは、原告の権利がどのようなもので、その裏側にある訴訟外の(原告の権利が認められることにより権利を喪失する関係にある)第三者の権利がどのようなものであるのかといった考慮は、いっさいされない。これを、筆者の「行政事件の解決」という観念を用いて説明すると、裁判所には、行政処分の取消しということの根底にある、原告と訴訟外の第三者のあいだの法的紛争を解決しようという考えは、まったくなく、ただ、(原告が紛争解決の一手段と考えた)「行政処分の取消し」の求めに対応すれば足りるという考えしかないということなのである。

それを示す端的な例は、本稿ですでにとり上げた、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」——の事例であろう。この事件では、合資会社の社員の退社決議にもとづいてされた変更登記処分の取消しが求められたが、その基本にあるのは、退社決議を行った会社と、決議に不満な社員との争いであり、ほんらい、決議無効、あるいは、地位確認が求められるものであった。しかし、退社決議をうけた社員は、登記処分の取消しを求める訴えを提起してしまった。かりに、請求どおり、登記処分が取り消されたとしても、それによって、こ

の「行政事件」は「解決」されない。そういう意味では、首をかき上げる無意味な訴えであったが、もし、裁判所に、この訴えを実りのあるものに変え、真に「行政事件」の抜本的「解決」をはかろうという意図があったならば、訴訟外にあった当該合資会社を、職権で訴訟参加させ、(登記処分、および、その基礎にある退社決議が無効であるという)判決に服させる「てだて」をとることを、すこしは検討したはずである。しかし、当判決には、そのような考慮の「かけら」もうかがえない。

かような取消訴訟の特質のなから、すこしでも、職権で第三者を訴訟参加させることが考慮される余地が見いだせるとすれば、それは、行政処分の適法性審査ということにおいてであろう。なぜなら、取消訴訟においては、もつぱら、行政処分の適法性審査に終始する裁判所には、その審査を適正に行うことに、第三者を訴訟参加させることが不可欠であると判断される事例においては、第三者を訴訟参加させる職権を行使する可能性があると考えられるからである。しかし、そのような職権が、ほとんどまったく行使されなかったということは、第三者の訴訟参加がなければ適正な処分の適法性審査が行えない、というような事例が存在しなかったということであろう。

(750) わが国の行政訴訟理論のなかで、このことをつよく主張されたのは、雄川博士である。雄川一郎『行政争訟法(法律学全集9)』(一九五七年)一五三頁以下——第六節「行政事件訴訟と民事訴訟法」の第二款「行政事件訴訟における民事訴訟原理の妥当範囲とその限界」——では、行政事件訴訟特別法の基本原理の基礎的考察として、ドイツ行政裁判所法(VwGO)による行政訴訟手続では、弁論主義(Verhandlungsmaxime)および当事者主義(Dispositionsmaxime)が基礎となる民事訴訟と区別する指標として、職権主義(Untersuchungsmaxime, Officialmaxime)が基礎となっていると指摘されたうえで、「従来の行政裁判制度においては、行政訴訟手続について、或る程度において職権主義の原則を採用するのが通例であった。わが旧行政裁判制度もその例外ではない。」と分析された。そして、その根拠的理由については、行政訴訟の目的が、「単に当事者の紛争の解決のみには存せず、紛争の解決を通して国民の権利の保護と行政の客観的適正の保障をはかることに存」し、「従って、少くとも相対的には、民事訴訟に比して実体的真実の探求により多くの重点が置かれるべきであ」ということに求められた。

ここまでは、原理・原則の抽象的理念的論議であるが、雄川博士は、さらに、それが、職権主義の原則がとられることが、実際の解釈の問題として、「実定法上どこまでの意味をもつか」という考察まで行っておられ、「実定行政訴訟法規がその原則を認めている限りで、これと抵触する民事訴訟法の規定の適用ないし準用が排除されることは当然であ

る」とまで、断じておられたのである。

しかし、行訴法制定のご理論において、とくに、民事訴訟との対比において、「職権主義」を行政訴訟の指標として強調する論者はいない。

(751) 田中(二)・前掲三四三頁では、行訴法において職権主義の規定がおかれた主旨について、「取消訴訟は、行政庁の処分又は裁決の取消しを求める訴訟であって、その結果は、公共の福祉に影響するところが大きいために、当事者の主張・立証のみに捉われず、できるだけ客観的に公正妥当な解決を期することが望ましい。行政事件訴訟法は、この見地から職権証拠調べ、職権による第三者又は行政庁の訴訟参加を認める——など、職権主義の要素を加えている」と説明されていた。しかし、「實際上には、これらの規定は殆ど活用されていないようである」ともされていた。

(752) このことについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅷ)」一一頁以下に論証したとおりである。

(753) 裁判所が、職権で、第三者を訴訟参加させるといふことのなかに、訴訟係属の「告知」がふくまれることは、つぎのように論証できよう。裁判所が、第三者に訴訟参加することを求める場合には、とうぜん、どのような者——原告——から、どのような内容——第三者に権利・利益を与えた処分の取消し——の訴訟が提起され、現在、当裁判所に係属している旨の事実が告げられなければならない。そうでなければ、ただ、訴訟参加しろというだけの命令になり、第三者としては、にわかには承服できないものである。もともと、訴訟参加については、訴訟上の手続保障としての権利を保護するという性格のもので、それを強制するということには、なじまないものである。したがって、まず、どのような訴訟が係属しているということの「告知」は、職権訴訟参加の最低限の要件なのである。

わが国の理論のなかでは、そこまで述べられたことはないが、ドイツの必要的訴訟参加の理論においては、行政裁判所法(VerfGG)六五条の訴訟参加の制度の内容は、民訴法(ZPO)の主参加、補助参加、訴訟告知を補充するものであると説明されている。Kopp, Ferdinand = Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl., 2003, 参照。新山「職権訴訟参加の法理(中)」一八一頁。

(754) 取消訴訟において行われるのが、行政処分の違法性審査であるとするならば、そこでは、行政処分が違法であることの証明が求められるということであり、処分の適法性審査であるとするならば、そこでは、行政処分が適法であることの証明が求められるということであるので、ようするに、それは、証明責任に関連している。

筆者は、取消訴訟における証明責任は、基本的に行政庁にあると考えているので、取消訴訟の基本は、行政処分の適

法性審査であるといいたい。ただ、取消訴訟における証明責任については、処分の種類によって、ことなる考慮も必要で——たとえば、社会給付の申請を拒否する処分に対する取消訴訟では、その処分の適否の基礎となる資料のおおくは、申請者がわにあるという事情が考慮されるべきである——、こういうことの検討をへて、いずれ、筆者の証明責任に対する考えを、きちんとあきらかにしたい。

(755) たとえば、「建築許可処分が取り消されることによる損害の事例」について見てみると、周辺住民が不利益をうけるのは、建築許可処分をうけたことにより行われる建築行為、および、それに付随する行為によってである。また、「河川占用許可処分が取り消されたことによる損害の事例」では、占用許可処分をうけたことにより行われる施設の設置と運用によってである。

(756) このことの究極の根拠は、憲法三三條であろうと思われる。「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない。」ということのうちには、今日の訴訟法においては、訴訟当事者がいかに第三者も、訴訟に利害関係を有する範囲で、訴訟参加することが通常に行われているので、法律上の争訟について、原告として、訴訟を提起するということだけでなく、(利害関係を有する) 第三者が訴訟参加するということも保障されていると考えるべきである。そうすると、かような第三者が、訴訟参加という「裁判を受ける権利」を奪われないためには、とにかく、かかる訴訟が係属しているという「告知」が第三者に対して行われるという手続の保障がされなければならないのである。

(757) 行訴法二二條一項では、裁判所は、「決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる」と規定している。民事訴訟の補助参加では、相手方当事者が異議を申し立てないのであれば、決定を要せずに、補助参加できるとしているのに対して、取消訴訟では決定を要するのは、取消訴訟に訴訟参加する第三者には、さいしょから、必要的共同訴訟人の地位が保障されているからである。このことから考えると、第三者を被告行政庁のわに訴訟参加させることは、訴訟手続において、おもくとらえられており、そのために、「決定」という手続がとられ、個々の事例について、裁判所が慎重に判断しようとしているといえよう。であるならば、かように、個々の判断を要せずに、一律に、処分の名あて人に、かかる訴訟が係属しているという通知——「観念の通知」——を行うだけの手続については、「決定」によることは要求されえないと思われる。

(758) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」五頁以下。

(759) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下VII)」二七頁以下。

- (760) かかる「告知」が、裁判所の義務であると認められ、一般に行われるようになったとしても、行訴法三四条一項の要件の構造からは、告知がなかったというだけで、第三者の再審の訴えが許されるとはされないようである。すなわち、同項では、「処分又は裁決を取り消す判決により権利を書された第三者で、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」という要件が定められているが、これは、同法二条一項の訴訟参加の利益をベースにしながら、「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」というしほりと、「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できなかった」というしほりが、二重にかかっているので、告知がなかったということ、前者のしほりをみたくしても、なお、後者のしほりが残るからである。
- (761) 兼子(一)・前掲一〇三頁以下。参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅳ)」三四頁。
- (762) 兼子(二)・前掲一〇四頁。
- (763) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」五六頁以下。
- (764) 参照、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」六五頁以下。
- (765) 兼子(一)・前掲一七頁。
- (766) これが、今日のわが国やドイツの取消訴訟制度の基本的な考えかたであることは疑いがない。しかし、これが、取消訴訟制度の唯一無二のありかたというわけではない。たとえば、フランスの越権訴訟については、かなり「客観訴訟」化されているようである。伊藤(洋)・前掲八七頁以下、これについては、新山「職権訴訟参加の法理(下Ⅴ)」八七頁以下を参照されたい。また、山岸敬子「客観訴訟の法理」(二〇〇四年)は、わが国の取消訴訟の客観訴訟化の可能性について論じられており、興味おかい。
- (767) こうして見ると、失礼ながら、取消判決の形成効を既判力の範囲に限定するという、兼子(二)博士の考えは、いかにも、民事訴訟的発想であったといえよう。
- (768) 「行政処分(行政行為)の取消し」については、行政法のしくみのなかで、「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(原状)に帰るといふことな」のである、とされる塩野教授の理解が、正当である。塩野『行政法Ⅱ(第三版)』七〇頁。

(769) 参照、本号注(64)。

