

## 書評

# 新山一雄『職権訴訟参加の法理』を読む

東京大学教授  
山本隆司

### I. 本書の意義と本書評の方針

- II. 職権訴訟参加が問題となる利害状況と「行政実体法関係」
  - 1 典型例と非申請型義務付け訴訟の考慮
  - 2 (行政)実体法関係, 行政事件, 実質的(紛争)当事者
- III. 行政訴訟における判決効と訴訟参加との関係
  - 1 取消判決の形成力に基づく必要的訴訟参加
  - 2 既判力とその拡張
  - 3 既判力ないし参加的効力を及ぼすための訴訟参加
- IV. 必要的訴訟参加が問題となる第三者に必要な手続保障
  - 1 行政主体と第三者の役割分担
  - 2 実体的な信頼保護の要請
  - 3 検討
  - 4 行訴法 34 条による再審

### I. 本書の意義と本書評の方針<sup>1)</sup>

本書は、2006年に弘文堂から「行政法研究双書21」として公刊された、行政事件訴訟法(以下、行訴法という)22条の定める職権訴訟参加の法的意義を解明するモノグラフィである。

このテーマは、民事訴訟法の理論を、行政訴訟の特性を考慮して選別ないし修正しながら撰取することを要求する。つまり、民事訴訟法学と行政法学の接点に位置する。こうした性格のテーマは、行訴法制定当時は、本書でも分析されているように(218頁以下。以下、本書の引用は頁数だけを示して行う)、民事訴訟法学と行政法学が対話しながら盛んに検討していたが、近年はどちらのディシプリンからも敬遠される傾向にある。そうした「谷間」に踏み込んだ点に、本書の第1の意義がある。

行政法学内在的に見ると、職権訴訟参加が主に問題となる、いわゆる三面関係、多極的行政法関係、ないし二重効果的(複効的)行政行為の重要性は、既に縷々説かれている(384頁以下、389-390頁を参照)。しかし、議論は、訴訟の局面に関しては、行政訴訟の原告適格論、国家賠償請求の要件論といった、いわば入口に集中している。三面関係、多極的行政法関係を、

1) 本稿は、2007年3月24日に東京大学で開催された本書の書評会における報告の原稿に最小限の補正を施したものである。著者の新山教授をはじめとする出席者の方々のご教示に感謝申し上げます。なお、本書を補う論考として、新山一雄「改正人事訴訟法と取消訴訟における職権告知」成城法学75号5頁(2007)が公にされている。

行政訴訟の審理手続および判決においてどのように扱うか、といった問題は、それほど深く解明されていなかった。こうした問題に切り込み、三面関係、多極的行政法関係、二重効果的行政行為の理論を、一歩先に進めた点に、本書の第2の意義がある。

さらに本書が、日本の学説史研究と、ドイツ法、そして主に二次文献<sup>2)</sup>を参照する形ではあるが、フランス法との比較法という、王道を行く研究方法を実践している点に、本書の第3の意義を見出し得る。もとより自己反省として言うのであるが、こうした本来は当たり前のはずの研究ができず、したがって指導をすることも困難になっている昨今の研究環境の中で、本書の公刊は一筋の光明である。

本書は本文が569頁に及ぶ、日本の行政法学のモノグラフィーとしては極めて大部なものであり、5年以上をかけて調査と思考を積み重ねた過程を刻んでいる〔初出は大学紀要(成城法学)に連載された論文である。viii - ix頁〕。全体の構成としては、第1章「問題の所在と本書の目的」に続き、第2章で「ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加」が分析され、第3章「職権訴訟参加の法理」では、第1節「わが国の行政訴訟における訴訟参加理論の歴史的分析」をした後、第2節以下で、近年の民事訴訟法学説を踏まえながら、著者による「職権訴訟参加の法理」が展開されており、整然とした形式となっている。

ただし本書評は、以下述べるように、本書の叙述の順序にこだわらずに進める。本書は、職権訴訟参加プロパーの問題を超える、行政実体法や行政手続法の分野に及ぶ複数の問題に対する分析をモザイク状に綿密に組み合わせながら、職権訴訟参加の法理を構成している。こうした方法は、職権訴訟参加というテーマに適合している。否、このテーマを検討する以上不可避であろう。本書評では、このように著者が描いたモザイクを浮き彫りにした上で、論評を加

えることにする。そのために、以下のように問題を層状に分けて論述を進める。第1に、職権訴訟参加が問題となる利害状況を例示して、具体的なイメージを喚起する。著者が、こうした利害状況を法的に把握するために、著者なりの行政実体法関係を観念していることも確認する(Ⅱ)。第2に、こうした利害状況が、取消判決など行政訴訟の判決によりどのように規律されるかという、判決効に関する著者の分析を見る。職権訴訟参加という審理手続の問題は、判決効の問題と不可分であり、著者も、両者の関係を正確に捉えることにこだわりを見せている(Ⅲ)。そしていよいよ第3に、職権訴訟参加の意義に関する本書の分析を検討する。著者が、行政訴訟手続における職権訴訟参加を、行政手続ないし行政手続法理と関連づけて、必要的訴訟参加が問題となる第三者に「真に必要な手続保障」(528頁以下)が何かを分析している点に、本書のユニークな着想がある(Ⅳ)。

## Ⅱ. 職権訴訟参加が問題となる利害状況と「行政実体法関係」

### 1 典型例と非申請型義務付け訴訟の考慮

行政訴訟における職権訴訟参加に関して、民事訴訟法理論を選別ないし修正しながら摂取するには、まず、訴訟の対象となる実体法関係、より事実のレベルに近づけて言えば利害状況が、行政訴訟の場合と民事訴訟法理論において想定されているもので、同じ点および異なる点をはっきりさせる必要がある。

そこで、本書が挙げている例を中心に(特に392頁以下)若干の付加も施して、職権訴訟参加が問題となる典型的な状況を示しておく。Xが取消訴訟の原告であり、Yが参加人として考えられる私人である。

① 権利を移転する効果を持つ行政行為—

2) 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効』(東京大学出版会, 1993)。

—国税滞納処分としての公売処分を受けたXが取消訴訟を提起した場合における、落札者Y。収用裁決取消訴訟を地権者Xが提起した場合における、起業者Y。

② ①の行政行為が連続する場合——農地買収処分を受けたXが取消訴訟を提起した場合における、農地売渡処分を受けたY。

③ 不利益処分の実質的な名宛人——法人Xに対する役員Yの解任命令に対してXが取消訴訟を提起した場合。

④ 不利益処分により法的不利益を受ける名宛人以外の者——Xに対する退去強制の取消訴訟をXが提起した場合における、配偶者Y。

⑤ 競願訴訟<sup>3)</sup>——Yに対する放送局開設免許の取消訴訟を、競願事業者Xが提起した場合。

⑥ 消極的競業者訴訟——Yに対する公衆浴場経営許可の取消訴訟を、近隣で営業するXが提起した場合。

⑦ 消極的競業者訴訟の潜在——Xが公衆浴場経営許可拒否処分取消訴訟を提起した場合における、近隣で営業するY。

⑧ 隣人訴訟——Yに対する建築確認の取消訴訟を近隣住民Xが提起した場合。

⑨ 隣人訴訟における他の隣人——⑧の例におけるXの近隣住民Y。

⑩ 隣人訴訟の潜在——Xが建築基準法による違反是正命令の取消訴訟を提起した場合における、近隣住民Y。

⑪ 一般処分——健康保険組合Xが医療費値上げの職権告示の取消訴訟を提起した場合における、保険医療機関Y。

以上の他、行訴法の改正により、取消訴訟が併合提起されない非申請型義務付け訴訟が法定され、行訴法22条も準用されることから（行訴法3条6項1号・38条1項）、次のような状況も考える必要がある。

⑫ 非申請型義務付け訴訟——XがYに対する建築基準法上の違反是正命令の義務付け訴訟を提起した場合。

本書は大半が実質的に行訴法改正前に執筆されているので、こうした義務付け訴訟における職権訴訟参加については検討の対象から外している（185頁。ドイツの事例として99-100頁）。しかし、取消訴訟における職権訴訟参加の法理それ自体の妥当性を検証する上でも、非申請型義務付け訴訟における職権訴訟参加への応用可能性、およびそれとの整合性を考察することは有益であろうし、やはり現時点では必要であろう。そこで以下では、⑫の状況も考察の対象に含める。まずは、改正行訴法の立案担当者の指摘を挙げておく。すなわち——⑫の場合、Yに判決効を及ぼさないと、義務付け判決が下されて行政庁が違反是正命令を下しても、Yが取消訴訟を提起して命令の違法性を主張できることになる。これではXの権利保護が実現できないし、義務付け訴訟手続が無駄になる可能性がある。そこでYを行訴法22条により訴訟参加させることが考えられるが、同条には参加人の受ける判決効に関する規定がなく、義務付け訴訟には行訴法32条も適用されないので、行訴法7条により民訴法46条を（類推）適用して、行訴法22条による参加人に判決の参加的効力を及ぼすべきである。取消訴訟に行訴法22条を適用する場合も、同様に判決の参加的効力を認めるべきではないか<sup>4)</sup>。

## 2 (行政) 実体法関係, 行政事件, 実質的 (紛争) 当事者

以上に挙げたような利害状況を、どのように法的に把握するか。著者は、行政庁が顕在的・潜在的に対立する私益を相互に調整して、顕在的・潜在的な私人間の紛争を調停する関係を、

3) 競業者訴訟の類型については、Winfried Brohm, Die Konkurrentenklage, in: FS für Menger (1985), S.235ff. および同論文に依拠した佐藤英世「競争者訴訟の構造」阪本昌成＝村上武則編『人権の司法的救済』（有信堂高文社，1990）163頁以下。

4) 福井秀夫ほか著『新行政事件訴訟法』98頁以下・129頁〔村田斉志〕（新日本法規出版，2004）。

「(行政)実体法関係」と観念する(382-383頁)。行政訴訟の対象である「行政事件」も、私益間ないし私人間の顕在的・潜在的な対立・紛争を意味することになる。ここで著者は、行政行為だけで私益間の調整・私人間紛争の解決を完全に行えるわけではなく、行政訴訟も「行政事件」を完全に解決できるわけではない、と冷静に指摘する。それでも、行政訴訟において、こうした私益間の調整、私人間紛争の調停という観点を意識する必要がある、とする(531頁以下)。要するに、行政法関係を、単に私人と行政庁との法関係(いわば垂直関係)の束として見るのではなく、私人間の法関係(いわば水平関係)を含むものと観念するのである。こうした考え方は、ドイツでは近年、シュミット-アスマンによる「分配行政」の観念、シュミット-プロイスによる「紛争調停的行政行為」の観念、あるいは、公法が水平関係を垂直関係に転換するが、水平関係が吸収ないし「止揚」されてしまうわけではない、というヴァールの註釈などにより、明らかにされている<sup>5)</sup>。こうした考え方は、私も支持しているが、日本では理論として確立されているわけではない。

このような(行政)実体法関係の観念によって、著者は、訴訟参加が問題となる場面が、民事訴訟と行政訴訟とで異なる点を明確にしている。つまり、行政訴訟では、行政主体が被告となるために、原告私人と「水平関係」において対立し、紛争状態にある私人、すなわち著者がいう「実質的紛争当事者」が、当事者とならない(行訴法4条前段の形式的当事者訴訟では、正にこうした私人が被告になる)。したがって訴訟参加は、民事訴訟においては多くの場合、いわば複数の法関係に係る複数の紛争を一挙・合一的に解決する意味を持つが、行政訴訟においては多くの場合、いわば一つの実体法関係に係る一つの紛争の実質的当事者を訴訟に引き込む意味を持つことになる〔355頁、426頁、469

頁註(532)。ベッターマンの「実質的訴訟当事者」概念について31頁〕。そのためにドイツでは、関係私人の意思に委ねずに、裁判所が必要に訴訟参加させる制度が設けられているのであろう。日本の職権訴訟参加の制度を解釈運用する場合にも、こうした点に注意しなければならない。

### Ⅲ. 行政訴訟における判決効と訴訟参加との関係

そこで次に、行政訴訟の判決、特に取消判決の効力により、Ⅱで明らかにした法関係がどのように規律されるか、という問題に関する著者の分析を辿る。

#### 1 取消判決の形成力に基づく必要的訴訟参加

行訴法32条は、取消判決の第三者効を明文で認めているが、かつて兼子一は、訴訟参加しなかった第三者に形成判決の効力を及ぼすことに反対していた。著者はこの兼子説を重く受け止めて検討し、結論としては、兼子説は行政法、特定すれば行政行為の特性に対する考慮が不十分であり、また、原告の権利保護を貫徹できないとして、第三者効を定める制度を妥当としている(244頁以下、561頁以下)。私も、行政庁が国民・住民を規律するために対世的に法(源)としての行政行為を定めることに対応させて、行政行為を取り消す判決の対世効を制度化することは、合理性を持つと思う<sup>6)</sup>。

そして著者は、行政訴訟に参加させる必要がある者を、原告の請求する判決により法的地位が「直接的」に「消極的」な影響を受ける者とする、ドイツのコンラートの学説を基本的に支持している(160頁以下、185-186頁、390頁以下、426-427頁)。このコンラート説は主

5) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000)246頁以下。

6) 山本・前掲注5)470頁、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリスト1238号86頁、97頁(2003)。

として、取消判決の形成力により法的地位（権利義務）を不利益に変動される者を指しており、取消判決の形成力を念頭に置くものと言えよう。具体的には、II 1 の①⑤⑥⑧のYがこれに該当する。そしてドイツ法によれば、判決により法的地位を不利益に変動される者には、基本法 103 条 1 項、19 条 4 項等により裁判所における法的聴聞が保障され、かくして訴訟参加させることが要求される、という論理になる（30 頁以下、177 頁以下。もっとも著者は 72-73 頁、136-137 頁では、ドイツでも法的聴聞が必要的訴訟参加の目的として正面から挙げられていないと評する）。日本では、このような具体的な憲法解釈論をこれから展開させていかなければならない、と著者は指摘する〔515 頁註（617）〕。

ここでコンラートは、「直接的」という要件を形式的に理解し、判決の名宛人のみが満たすものと解している。著者も基本的に同様である〔337 頁註（307）、344 頁、393-394 頁、473 頁註（544）、555-556 頁。もっとも、「すくなくとも」と留保した表現も見られる〕。しかし、判決により法的地位を不利益に変動される者は、名宛人でなくても、「直接」性要件を満たすと解し得るようにも思われる。例えば II 1 ②のYも、行政行為が段階的に分かれているため、取消判決ないし取り消される行政行為の名宛人ではないが、農地の法的な取得原因が失われるため、法的地位を不利益に変動されるとは言えるのではないか。

以上のような必要的訴訟参加が行われなかった場合に、ドイツの通説は、判決効を相対的にではなく絶対的に、つまり参加しなかった第三者に対してのみならず訴訟当事者間においても否定する（16-17 頁、28 頁）。取消判決の

形成力を念頭に置いて、形成力が相対的に生じる事態を避けることを意図しているのであろう<sup>7)</sup>。もっとも著者は、このドイツの通説は第三者の保護に偏し、勝訴判決を獲得した原告の権利の実現を軽視する点でバランスが悪い、と評する。これに対しフランスは逆に、取消判決の判決効はとにかく対世的に発生させて、第三者の保護は再審を広く認めることにより図る（279 頁以下）。著者はフランスの解決法に共感するものの、再審可能性だけでは取消判決により権利を剥奪される第三者にとって遅過ぎる、と指摘する（295 頁、511-512 頁、556 頁）。この点についてはさらにIVで敷衍する。

## 2 既判力とその拡張

著者によれば、かつてドイツでは形成判決の既判力を否定するレントの見解が有力であり、日本でも同様に説かれていたが、現在では、既判力を肯定するのがドイツでも日本でも通説である（170 頁以下）。では、行政行為取消判決に、形成力に加えて既判力を認める意義は、どこにあるか。同じ原告による国家賠償請求訴訟で裁判所が行政行為の違法性を前提に判断することになる、という点は、訴訟参加の問題に直接には関係しない。著者は、訴訟参加に関わる点として、既判力がそれを受ける者に裁判所の判断（行政行為の違法性）を受容・承服させる事実上の機能を持つことが、重要であるとす。例えば II 1 ②の事例で取消判決が下された場合に、Yが既判力を受けると、行政庁による売渡処分取消処分に対し取消訴訟を提起して争い、またはXによる土地明渡請求に対し徹底的に争うことが抑えられる、というのである（407 頁以下、428-429 頁）。しかしむしろ、法的効

7) 近年ドイツでは、取消判決の形成力が相対的に発生する事態を避けながら、通説より細かく場合分けする説が現れている。例えば Wolfgang Bier, in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/ Pietzner (Hrsg.), VwGO §65 Rn.40 (Stand: 2006) は、形成力のある取消判決については、立法論としてはフランスのように判決効を対世的に発生させつつ再審を広く認めることも考えられるものの、解釈論としては通説のように解されるとするが、形成力が問題にならない義務付け訴訟で第三者の必要的参加が懈怠された場合は、当事者間で（のみ）判決効が生じるものと解する。Berthold Clausung, in: a.a.O., §121 Rn.98f. (Stand: 1997) は、義務付け判決にせよ取消判決にせよ、必要的参加を懈怠された第三者に不利な場合は判決効が絶対的に否定されるが、当該第三者に有利な場合は判決効が否定されないものとする。

果として、反復禁止効を考えるべきではないか。反復禁止効を既判力で基礎づけることは、ドイツではほぼ定説であり、日本でも学説上は有力に説かれてきた<sup>8)</sup>（日本で実務上有力な特殊効力説によると、ここでの問題は既判力ではなく取消判決の特殊効力としての拘束力の問題になる）。例えばⅡ 1 ⑥⑧の事例で取消判決が下された後、Yが再申請をした場合、仮にYに既判力が及んでいれば、前訴から事情の変化がない限り、行政庁は申請拒否処分を行うことになり、Yが拒否処分に対し取消訴訟を提起しても、裁判所は処分を違法と判断しないことになろう。このように、既判力（ないし拘束力）は、「（行政）実体法関係」における「行政事件の解決」（Ⅱ 2）のために重要な意味を持つ。

では、取消判決の既判力は第三者私人に及ぶか。著者は、既判力の拡張を定める民訴法 115 条 1 項 2 号の準用を認める（同条が適用される例として、債権者代位権により債権者が債務者の請求権を代位行使して訴訟を提起する場合や、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ために検察官が相手方となる場合がある）。つまり、前述した「実質的（紛争）当事者」に当たる私人に、取消訴訟の被告である行政主体が「訴訟上代位」し、行政主体が当該私人の「訴訟担当者」となり、したがって当該私人に取消判決の既判力が及ぶ、と解している（415 頁以下、429 頁以下）。しかし、行政主体は訴訟においても、原告私人と「実質的（紛争）当事者」に当たる私人の両方の利益を十分考慮して、その意味で中立的に行動すべきであり、そのような代位関係や訴訟担当者性を認めるのは無理ではないかと思う（さらにⅣ 3 参照）。なお、民事訴訟法学における反射効の理論を適用することも、行政主体に「実質的（紛争）当事者」たる私人が従属する関係にはないので、やはり難しいであろう。

### 3 既判力ないし参加的効力を及ぼすための訴訟参加

結局、前述した形成力については、著者がベッターマンに賛成して述べるように、判決効が及ぶから第三者私人を訴訟参加させて手続保障をすることが必要と考える（そして、手続保障を欠く場合のサンクションとして、判決効を否定することを選択肢の一つと考える）のが正確であろうが（64 頁以下）、既判力については、判決効を及ぼすために第三者を訴訟参加させて手続保障をすることが必要と、分けて考えるべきではないか（ドイツ行政裁判所法 63 条・121 条は、行政訴訟の訴訟参加人に、当事者に準ずる訴訟手続上の地位を認めて既判力を及ぼす旨を定める - 13 頁、16-17 頁）。著者が、ドイツで職権訴訟参加が論じられる際に取消判決の形成力が明確に位置づけられていない、として（71-72 頁、169-170 頁。ドイツにおける批判として、174 頁以下、177 頁以下）、前述 1 のように形成力を重視して職権訴訟参加を分析していることは、卓見である。ただし、ドイツの議論の問題点をより精確に特定すれば、形成力に基づく訴訟参加の論理と、既判力を及ぼすための訴訟参加の論理とを、必ずしも明確に区別して関係を整理してこなかった点にあるのではないか。したがって、日本法の観点からドイツの議論を分析する際に重要なのは、明確に両者を区別し関係を整理することではないか。

例えばⅡ 1 ⑫のように、判決に形成力がない非申請型義務付け訴訟の場合、既判力を及ぼすことが第三者Yの訴訟参加を要求する根拠になろう。1 に挙げたコンラートは、訴訟で争いの対象となる行政行為の名宛人が判決の名宛人と同様に、判決の影響を「直接的」に受けるとして、非申請型義務付け訴訟における必要的訴訟参加を説明するが、形成力を念頭に置く「直接性」のメルクマールにより非申請型義務付け訴訟における必要的訴訟参加まで説明すること

8) 興津征雄「行政処分反復禁止効の法的構成」法学協会雑誌 121 巻 2 号 213 頁（2004）。

は、厳密に理論的には、著者も評するように「くるしい」であろう（165頁）。

そして、訴訟参加により手続保障を行って既判力を及ぼすことが必要な第三者私人の範囲は、「（行政）実体法関係」における紛争解決の実効性を図る観点から画定するべきではないか。確かに、II 1 ⑨⑩の事例のように、法的に保護された利益を持つ者が多数で利害も区々な場合に、こうした法的利益を有する者の範囲を特定し全員を参加させて審理を進めるのは、紛争解決を遅延させる可能性があるから、参加を必要とすべき第三者私人の範囲は、原告適格の判定基準に拠るよりは狭くなろう（112-113頁）。しかしそれでも、利害関係が明確な者は、形成力に基づく訴訟参加が1の基準により必要とされなくても、既判力を及ぼして紛争を一回的に解決するために訴訟参加させる、という考え方があり得よう。例えばII 1 ⑦のYや、⑩の事例で行政庁がYの要請により違反是正命令を行った場合などが考えられる。

実のところドイツ行政裁判所法は条文の追加挿入により、必要的訴訟参加人が50人以上見込まれる場合に裁判所は期限内に申し立てた者のみを訴訟に参加させる措置をとり得る旨（65条3項——21頁）、および、利害を同じくする訴訟手続関係人が多数の場合に裁判所は共同訴訟代理人の選任を命令し、さらには自ら選任することができる旨を（67a条）、定めるに至っている。その限りで、紛争解決の実効性の観点から必要的訴訟参加人を——II 1 ⑦⑩に関して上に示した例を超えて——かなり広く理解するための制度上の手当てが整っているようにも思われる。しかしドイツの学説・実務は一般に、訴訟経済の観点を主要な根拠にして必要的訴訟参加を認めてはおらず（28頁以下）、コンラートの定式のように必要的訴訟参加の範囲を狭く理解し、II 1 ⑦⑩に関して上に示した事例でも訴訟参加を必要的とは解していない。

日本の行訴法22条による訴訟参加人については、ドイツ行政裁判所法121条に対応する規定がない（411-412頁）。そのため、行訴法22条による訴訟参加人には、既判力でなく参加的

効力（372-373頁）を及ぼすに留めざるを得ない（II 1）。それでも、同条による訴訟参加人は、共同訴訟的補助参加人として、必要的共同訴訟人と同様の訴訟行為を認められているので、参加的効力が発生する可能性は、単純な補助参加の場合より高く、ドイツにおける既判力を及ぼすための職権訴訟参加と同様に、日本では、参加的効力を及ぼすための職権訴訟参加を考慮することができよう。なお、参加的効力は参加人と主たる当事者との関係においてのみ発生するが、単純な補助参加の場合にも、既判力や争点効を参加人と相手方当事者との間の関係で認める民事訴訟法学説があり、著者は、「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……行政訴訟のほうが、このような論理はうけいれられやすい」と評している（420頁以下）。

#### IV. 必要的訴訟参加が問題となる第三者に必要な手続保障

以上を前提にして、最後に、必要的訴訟参加の意義、および必要的訴訟参加が問題となる第三者に「真に」必要な手続保障について、著者の説くところを見る。

##### 1 行政主体と第三者の役割分担

著者は、取消訴訟における被告行政主体と、必要的訴訟参加が問題となる第三者（典型的には、これまで例示したように、授益的行政行為の名宛人）との関係を分析して、次のように論じる。行政主体と授益的行政行為の名宛人との間の（行政）手続法関係においては、典型的には、前者に職権調査義務、後者に協力義務が課される。こうした義務は、訴訟前の行政手続においても、また取消訴訟中も妥当する。つまり授益的行政行為の取消訴訟において、行政主体は自らの行った処分を正当化するように調査・主張・証明を尽くす義務があり、行政行為による受益者も基本的には、裁判所でなく行政庁に協力する義務を負う。そうすると、授益的行政

行為の名宛人が当該行政行為の取消訴訟に訴訟参加しても、行政主体に対してせいぜい補充的な役割を負うに過ぎず、訴訟参加の実益は小さい。そして、著者によれば訴訟参加させなくても取消判決の既判力は「実質的（紛争）当事者」に当たる第三者私人に及ぶので（Ⅲ 2）、裁判所は当該第三者私人に対し、取消訴訟が係属しているという事実を情報提供として告知すれば足り（「訴訟告知」とは異なる）、訴訟参加するかは当該第三者の意思（申立て）に委ねればよい（395 頁以下、427-428 頁、551 頁）。

このように著者が、行政主体と第三者私人との役割分担を、訴訟前の行政手続および訴訟中において一貫したものとして捉え、また、こうした広義の行政手続における役割分担を、訴訟参加の問題と結びつけている点は、慧眼というべきである。

## 2 実体的な信頼保護の要請

そして、著者は、1 で述べた訴訟係属の告知の意義は、当該第三者私人に対する訴訟参加の機会の保障にもあるが、重点はむしろ、当該第三者の信頼保護にある、と主張する。すなわち、授益的行政行為の取消訴訟が係属し、行政行為の名宛人である第三者私人の法的地位が将来の取消判決により覆滅される可能性があることを裁判所が告知して、当該第三者が訴訟係属中、リスクを計算しながら投資ないし行動できるようにすることが、第三者の実体的な信頼保護のために要請される、というのである〔522 頁註（665）、533 頁以下〕。

訴訟係属の告知が信頼保護の機能を有することは、本書により初めて明示されたと言えよう。また、これまで、授益的行政行為に対する信頼保護の要請を、職権取消の場合には非常に強調する一方、争訟取消の場合には、反対利害関係人の権利保護を一時的に優先させる傾向があったが、後者の場合にも信頼保護の要請を考慮して、バランスのとれた制度論・解釈論を志向する点も、注目される。

## 3 検討

ただ私は、やはり第三者私人を職権で訴訟参加までさせる制度論・解釈論が必要ではないかと思う。そもそも、取消判決の既判力は第三者私人に当然には及ばないと解すると（Ⅲ 2）、形成力を超える判決効を及ぼすための制度論・解釈論を考える必要がある。また、著者による行政主体・第三者間の役割分担の捉え方は、ほとんどの場合現実に適合するであろうが、なおしっくりこない点がある。まず、行政主体に対する私人の協力義務は、Ⅱ 1 ⑫のような非申請型義務付け訴訟における不利益処分の名宛人には、授益的行政行為の申請人ほど強くは妥当しない。また、授益的行政行為の取消訴訟であっても、行政主体が行政行為の根拠「AまたはB」のうちAの存在は認めるがBの存在は認めない場合などには、行政行為の理由のレベルで行政主体と第三者私人（行政行為による受益者）の主張が食い違う可能性がある。そのほか、訴訟の進行によっては、行政主体が原告の主張を第三者私人の考え方に反して認める方に傾くこともある（極端な場合は、自白、上訴の不実施）。さらに、ケースによっては、行政庁より第三者私人の方が主張・証明を的確になし得ることもあるのではないかと思われる。結論として、著者が、第三者私人に対する手続保障を、民事訴訟法学における「第三の波」論者の主張ほど強くする必要はない、としている点には賛同できるが（488 頁以下、528 頁以下）、それでも著者の考えよりは、第三者が訴訟手続に参加することの意義を強く認めるべきではないかと思う。

## 4 行訴法 34 条による再審

最後に、行訴法 34 条の定める再審の要件は、著者の分析する通り、フランスよりかなり制限されている。例えば裁判例は、行訴法 34 条の再審においては「従前の訴訟で既に判断されている」攻撃防御方法は援用できない、としている（499 頁以下）。しかしこのような現行法上

の制限に関しては、憲法上の法的聴聞ないし裁判的権利保護の要請（Ⅲ 1）に適合するか、あるいは、非申請型義務付け訴訟の場合と比べて均衡を欠かないかを、さらに検討する必要があるように思われる。後者は、Ⅱ 1 ⑫の事例で、Yが訴訟参加しないまま義務付け判決が下され、行政庁が判決に従い違反是正命令を行ったのに対し、Yが取消訴訟を提起する場合、Yは従前の訴訟で既に判断されている攻撃防御方法の提出も妨げられないのではないか、そうすると行訴法 34 条の要件と不均衡ではないか、といった問題である。

\*            \*            \*

以上のように、本書には様々な新しい着眼が盛り込まれている。私は若干の問題も提起したが、これは陳腐でありきたりの問題提起であり、むしろ本書のオリジナリティーを際立たせる意味しかない。

（やまもと・りゅうじ）