

第三者効と第三者再審

2009年4月入学

巽 智彦

I. 序論

II. 第三者効の通説的理解

1 議論の概観

- (1) 行政裁判法時代
- (2) 行政事件特例法時代
 - ・ 諸見解の概観
 - ・ 論争の整理——二つの対立軸
- (3) 行政事件訴訟法の制定
 - ・ 第三者効をめぐる論争の「一応の」決着
 - ・ 第三者効に関する現在の議論状況
 - ・ 形成力の拡張としての第三者効

2 小括——第三者効の抽象的内容

3 問題点の抽出と、考察の手がかり

III. 「対世効」と「絶対効」——第三者効と第三者再審の具体的分析

1 「対世効」の具体的内容

2 「絶対効」の具体的内容

3 行訴法の「対世効」の規律

4 第三者再審の性質論

- (1) 民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審との要件の違い

(2) 「絶対効」と第三者再審

(3) 「対世効」と第三者再審

5 小括・第三者効の具体的内容と第三者再審の性質

IV. 残された問題点

1 残された疑問①——「対世効」「絶対効」概念導入の必要性

(1) 立法による違法行為の維持——違法であるが（立法府によって）維持される処分

(2) 行政庁による再度の処分——違法であるが（行政庁によって）維持される処分

(3) 客観的法状態と裁判所の判断の齟齬——裁判所によって維持または取消される処分

(4) 根本的な問題点——処分の同一性とは

2 残された疑問②——第三者再審で主張できる事由

V. 結論

I. 序論

行訴法 34 条の「第三者の再審の訴え」（以下、「第三者再審」と呼ぶ）と、同 32 条 1 項に規定されている第三者効とは、相互に密接な関係を有する。第三者再審は、行訴法が取消判決の第三者効を導入する際に、訴訟に関与していないにもかかわらず判決の効力を受けることとなる第三者の手續保障の観点から設けられたものであるからである¹⁾。

しかし、両者の関係を意識した分析は少ない。のみならず、こと第三者再審に関しては、それ単独の分析すら十分に行われていない。従って、両者を合わせ見たときの具体的規律の詳細はいまだ不明瞭な点が多い²⁾。第三者再審を活用することに立法論的意義を見出すか否かは別としても、このような現状は問題である³⁾。

そこで本稿は、第三者効をはじめとする判決効理論の観点から第三者再審の性質論と若干の具体的規律を論ずることを通じて、第三

者再審及び第三者効に関する未検討論点を指摘し、今後の議論の基礎を提供することを目的とする。まずは、比較的議論の蓄積の多い第三者効の規律について、その導入の経緯から分析し（Ⅱ）、それを通じて第三者再審の性質論と若干の制度的規律を検討し（Ⅲ）、そこで明らかになる新たな問題点を指摘する（Ⅳ）、という順番で論を進めることとする。

Ⅱ. 第三者効の通説的理解

行訴法 32 条 1 項は、取消判決は「第三者に対しても効力を生ずる」と規定する。この取消判決の「第三者効」の具体的内容については、現在までに一定の共通理解が形成されている。それは、この規定は「形成力——すなわち、取消判決によって実体法関係が変動する効力——の主観的範囲」に関するもの⁴⁾であり、この規定によって第三者に対する「形成力の拡張」が肯定されるが、「既判力の拡張」までは肯定されないという理解である⁵⁾。まずは、その共通理解が形成された過

1) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（二）」法曹時報 15 卷 4 号 10 頁, 48 頁 (1963)。

2) 第三者再審の要件論が問題となった裁判例は、わずかに三例しか発見できない（「権利を害された第三者」という要件について、大阪高判昭和 44 年 1 月 30 日行集 20 卷 1 号 115 頁および東京高判平成 8 年 3 月 25 日判時 1566 号 132 頁、「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法」という要件の解釈について、東京地判平成 10 年 7 月 16 日判時 1654 号 41 頁）。

3) 第三者効および第三者再審との相互関係を踏まえた職権訴訟参加（行訴法 22 条）の分析として、新山一雄『職権訴訟参加の法理』（弘文堂, 2006）がある。新山の到達した結論は、第三者効を被る第三者の手續保障として、事後的な第三者再審ではなく、事前の訴訟参加を重視し、そのために訴訟告知を活用するというものであり（新山・同 499 頁以下, 549 頁以下）、本稿が主題とする第三者効と第三者再審の関係性はさほど重要視されていない。本稿は新山の採用する職権訴訟参加の重視という方向性に異を唱えるものではないが、第三者効、職権訴訟参加、第三者再審という一連の制度の立法論的な再検討の素材を提供する意味で、あえて第三者再審に焦点を当てるものである。

4) 取消判決の第三者効に関する論点には、その「主観的範囲」に関するものと、「客観的範囲」に関するものがあるように思われる。本稿で扱うのは「主観的範囲」の問題、すなわち取消判決の形成力が当事者以外の「誰に」及ぶのかという問題である。もう一つの「客観的範囲」の問題、すなわち取消判決の形成力が「処分のどこの部分に」生ずるのかという問題（さらに換言すれば、「取消の範囲」の問題）に関しては、従来「原告と利害関係が共通する第三者に対する第三者効」の問題として「主観的範囲」の文脈で議論されてきた（雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」『行政争訟の理論』184 頁, 200 頁（有斐閣, 1986）〔初出 1983〕）が、正確にはこれは「客観的範囲」の問題であるのではないか。敷衍すれば、利害関係が共通する第三者にも取消判決の形成力は及ぶ（すなわち「第三者効」は及ぶ）が、「取消の範囲」が処分の一部に限られるのか処分全体に及ぶのかという点に議論がある、と整理する方が正確なのではないか。本稿ではこの点を論ずる余裕はないので、問題の提起に留めておく。

5) 南博方編『注釈行政事件訴訟法』274 頁〔阿部泰隆〕（有斐閣, 1972）、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』384 頁〔村上敬一〕（有斐閣, 1989）、室井力他『コンメンタール行政法Ⅱ（第 2 版）』350 頁〔山下竜一〕（日本評論社, 2006）、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法（第 3 版補正版）』558 頁〔東亜由美〕（弘文堂, 2009）など参照。

程を明らかにし、その立法論的意義を検討する⁶⁾。

1 議論の概観

取消判決の第三者効は行訴法で初めて明文化された。行政事件訴訟特例法（昭和23年法律第81号）、行政裁判法（明治23年法律第48号）においては、取消判決の第三者効の有無については明文がなく、第三者効の有無はもっぱら解釈にゆだねられていたのである⁷⁾。

以下、時系列に沿って論者ごとにその解釈を整理し、議論を概観することとする。

(1) 行政裁判法時代

まず、行政裁判法の解釈としては、①取消判決の判決効は当事者と参加人に生ずるのみであるとする説（佐々木惣一⁸⁾）と、②判決が対世的効力を持つことを承認する説（美濃部達吉⁹⁾）とが対立していた。さらに、この

二つの見解を止揚したものとして、③判決の既判力は訴訟当事者および参加人へのみ及ぶが、「判決の事実に基づく効力（Tatbestandswirkung）」または「形成判決の形成力（Gestaltungswirkung）」は、当事者および参加人以外の第三者にも及ぶとするもの（田中二郎¹⁰⁾）が存在した¹¹⁾。

①佐々木②美濃部の見解が発表された当時は「形成」の概念が明確に観念されておらず、概念の混同が生じていたといわれる¹²⁾。それを前提にして①佐々木、②美濃部の見解を整理すると、判決効の内容として①佐々木は既判力を、②美濃部は形成力を想定しているとする余地がある。すなわち、両説は一見対立して見えるものの、想定する判決効が異なるだけであって、例えば①佐々木の見解においても形成力の対世的効力を認める余地があったのではないと思われる¹³⁾。既判力と形成力を明確に区別した③田中の見解においては、形成力の対世的効力と既判力の相対

6) 以下は本稿における議論の手がかりを得るためのあくまで概観であり、詳細までは立ち入らない。民事訴訟法の判決効理論との関係の分析や比較法的分析も、本稿では行わない。第三者効をめぐる議論の詳細な経緯は、木村弘之亮「判決——第三者効を中心として」雄川＝園部＝塩野編『行政争訟——現代行政法大系5』247頁（有斐閣、1984）、新山・前掲注3）206頁以下に詳しい。

7) ただし、行政裁判法においては、31条2項に「前項の場合（行政裁判所が第三者の訴訟参加を許可する場合。筆者注）に於ては行政裁判所の判決は第三者に対しても亦其効力を有す」との定めがあり、訴訟参加人に判決の効力が及ぶことについては明文の規定があった。続く行政事件訴訟特例法においては、判決効の主観的範囲に関する明文規定はない。

8) 佐々木惣一「行政判決ノ参加人ニ対スル拘束力（一）」京都法学会雑誌11巻6号39頁、48頁（1916）には、「第三者の参加の法上の意味は…行政判決の効果の第三者にも及ぶことにあり（筆者により現代語化）」との記述があり、佐々木は、訴訟当事者以外の第三者にはその者を訴訟参加させなければ判決効が及ばないと考えていたことがうかがえる。

9) 美濃部達吉『行政裁判法』280頁（千倉書房、1929）には、「判決に依って決定せられた事項は全てのものが之を既に確定したのものとして尊重することを要し、訴訟当事者であったと否とを問はず、何人も最早之を争ふことを得ない（筆者により現代語化）」との記述がある。

10) 田中二郎「行政訴訟の判決と第三者」民商法雑誌12巻6号121頁以下（1940）。その後、行政事件訴訟法の解釈論としても維持されている（田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』351頁（弘文堂、1974））。

11) ①佐々木②美濃部の見解の発表の後に現れた大審院昭和15年6月19日民集19巻999頁は、税金の滞納による公売処分取消判決について、「或る公法的の事件が国家に依り有権的に決定せらるれば該事件に係るものが凡てその拘束を受くべきは国家行為の当然の帰結」（筆者により現代語化）と述べ、結論的に②美濃部の見解に従ったものと評されている。そして実務はこの判例に従って動いた（塩野宏編著『日本立法資料全集6——行政事件訴訟法（2）』405頁（信山社、1992）に、「われ々には理由はともかくとして、大審院の判例に従ってやっている」との豊水幹事の言がある）。田中・前掲注9）「行政訴訟の判決と第三者」はこの判例の評釈であり、③田中以降の議論はこの判例の理論的正当化を意識している。

12) 新山・前掲注3）209頁及び301頁注47。

13) 新山・前掲注3）208頁も、①佐々木の見解において「取消判決に形成効があることは、とうぜん、認められている」という。すなわち、概念の混同をときほぐせば①佐々木と②美濃部の対立は表面的なものにとどまった可能性があるということである。

的効力とが整合的に説明されていることから、①佐々木②美濃部の見解の対立は表面的なものであったことをうかがわせる。

(2) 行政事件特例法時代

・ 諸見解の概観

行政事件訴訟特例法の解釈としては、③田中の見解を敷衍し発展させたものとして、④既判力は原則として当事者およびこれと同一視しうる当事者の承継人等に限られることにつき旧民事訴訟法 201 条（現 115 条）に根拠を求め、形成力はそれ以外の第三者にも及ぶことにつき「行政上の法律関係の統一的規律の要請」を根拠にする見解（雄川一郎）¹⁴があった。一方で、⑤形成力の根拠を既判力に求め、既判力の及ぶ主観的範囲にのみ形成力も及ぶのだとする見解（兼子一）¹⁵も存在した¹⁶。

この兼子の見解をきっかけに、行訴法立法過程において判決効の第三者効の有無が大いに議論されることとなった。⑥取消訴訟を確立訴訟であると明言し、形成力の主観的範囲はその基礎にある処分違法性確認の効果の及ぶ範囲（すなわち既判力の主観的範囲）に留まるとする見解（市原昌三郎）¹⁷や、⑦形成力は実体法上の効力だとし、実体法上特別の定めがない限り何人との関係でも生ずるとする見解（瀧川叡一）¹⁸は、⑤兼子の見解への賛同または批判として展開された。

・ 論争の整理——二つの対立軸

これらの諸見解は、「形成」の概念を明確

に観念している。しかし、③田中④雄川⑦瀧川と、⑤兼子⑥市原の間には、形成力についての根本的な理解の相違があった。③田中④雄川⑦瀧川は、形成力は既判力とは無関係であると考えていたが、⑤兼子⑥市原は、形成力の根拠は既判力にあると理解するのである。

形成力の性質をいかなるものとするかは、民事訴訟法理論においてもさまざまに見解が分かれているため、深入りは避けることとする¹⁹。本稿においては、「A：形成力の理解の相違」が、第三者効に対する態度の相違につながるのだという点の確認が重要である。

一方で、形成力の主観的範囲は、必ずしも形成力の性質論のみから決せられたわけではない。もう一つの重要な論点は、「B：行政法関係の統一的規律（④雄川）ないし原告の救済の全う（⑦瀧川²⁰）v. 判決効の及ぶ第三者の手續保障（⑤兼子）」という対立軸である。

行政法関係の統一的規律を守るため、ないし原告の救済を全うするためには、取消判決は第三者に対しても効力を生ずる必要がある。係争処分が取消された時に、当事者間では処分が消滅する一方、第三者にとってはその処分が未だ存在していることになれば、「行政法関係の統一的な規律」は図られない²¹。また、処分の名宛人でないものが出訴して取消判決を得た場合に、処分の名宛人に効力が及ばないとなると、出訴した原告は目的を果

14) 雄川一郎『有斐閣法律学全集9——行政争訟法』220頁以下（有斐閣、1957）。

15) 兼子一「行政処分の取消判決の効力」『民事法研究Ⅱ』101頁（酒井書店、1969）〔初出 1951〕。

16) ⑤兼子の見解は、①佐々木の見解と判決効の主観的範囲について結論を同じくするものであるが、形成の概念を観念しているか否かという点で大きく異なる。⑤兼子は、形成の概念を観念した上で、形成力は既判力を根拠に導かれる効力だという考えから、形成力は当事者と参加人に生ずるのみだと論ずるのである。

17) 市原昌三郎「行政事件訴訟における判決の効力」一橋大学一橋学会編『一橋大学創立80周年記念論集下巻』237頁（勁草書房、1955）。

18) 瀧川叡一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第5巻』1429頁、1460頁（有斐閣、1956）。

19) 代表的論考として、鈴木正裕「形成判決の効力」法学論叢67巻6号27頁（1960）、本間義信「形成力について」民事訴訟法雑誌14巻58頁（1968）。

20) 瀧川・前掲注17)1464頁は、原告が「さらにその第三者を被告として行政処分が違法であることの画定を求めなければならない」とすることのほうがむしろ不合理であると主張する。近時では、行政法関係の統一的規律よりも原告の救済の観点を重視する見解が存在する（兼子仁「取消判決の第三者効」ジュリ925号202頁、205頁（1989））。

21) ただし、「統一的な規律」とは具体的にどういう意味なのかは十分明らかでない。この点に関して、最判平

たせず、その「救済の全う」が図られない。

一方で、当該取消訴訟に關与しておらず、なんら防禦する機会を与えられなかった第三者にも取消判決の効力が及ぶとなると、当該第三者は手続保障なしに判決効に服するという不合理な地位に置かれ、その「手続保障」に疑問が生ずることとなる。

この対立軸Bについては、いずれか片方のみをとって片方をまったく捨てるという極端な解釈が妥当でないことは明らかである。したがって、すぐ後に見るように、「訴訟参加」と「第三者再審」という第三者保護の規律を導入した上で第三者効を肯定するという、折衷的な解決がなされることとなる。

(3) 行政事件訴訟法の制定

・第三者効をめぐる論争の「一応の」決着

行訴法 32 条 1 項は、第三者効を明文で採用した。一方、第三者効否定説（⑤兼子⑥市原の見解）に対しても、一定の配慮がなされている。訴訟に關与できず、従って争いを尽くすことができないにもかかわらず判決効が及んでしまう第三者が生じることになる、という問題意識を容れて、その第三者には訴訟参加（22 条）及び第三者再審（34 条）を認めることによって、そのような不合理を是正する道を開いたのである²²⁾。

これによって、取消判決の形成力の主観的範囲に關する解釈論の争いには、一応の決着はついたとされている²³⁾。すなわち、「A：形成力の性質の理解」については、形成力は既判力に根拠を有するのではないという理解が、「B：行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性 v. 第三者の地位の不合理性の調整」については、行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性を重視する方向性が採用されたのである²⁴⁾。

・第三者効に關する現在の議論状況

第三者効に關する現在の通説的理解は、このような「一応の決着」を是認し、(i) 形成力と既判力を峻別し、その上で形成力は既判力に根拠を有するのではないとし、(ii) 形成力の主観的範囲は行訴法 32 条により第三者に及ぶ（これこそが「第三者効」の内実である）が、既判力の主観的範囲は行訴法 7 条により民訴法 115 条 1 項が準用されて原則当事者にしか及ばないとする²⁵⁾。

現在、(i) に対して異論を述べる見解はないが、(ii) に対しては、形成力の第三者への拡張を全面的に肯定することについてなお異論が唱えられている²⁶⁾。その旨を明確に主張するのは、⑧取消判決は当事者及び参

成 21 年 11 月 26 日裁判所時報 1496 号 7 頁は、「統一的な規律」という命題を独自に敷衍したと見ることができる。本文で後述する。

22) 杉本・前掲注 1)42 頁。この点をもって第三者効否定説に応答するのでとすれば、第三者効をめぐる対立の根本は「B：行政法関係の統一的規律ないし原告の救済の全う v. 判決効の及ぶ第三者の手続保障」との調整という対立軸にあったと見ることができる。「A：形成力の性質の理解」は、B を先決問題として、論者によって必然的に選択されたものだったのではないかと考えられるのである。

23) 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 73 号 318 頁、320 頁〔晴山一穂〕(1986)。

24) 第三者効否定説も、最終的にはこの結論に納得したものと思われる。兼子・前掲注 14)103 頁では、第三者が「自己に対する許可の執行を争う余地がない」(傍点筆者。以下同じ)ことや「公売処分はなお有効であって自分が適法に所有権を取得している旨を主張できない」ことが妥当でない旨が述べられているに過ぎず、第三者に事後の出訴を認めるのであれば、妥協の余地があったことが伺われる。また、塩野編・前掲注 10)410 頁の、昭和 31 年 7 月 6 日の第 14 回小委員会での討議（これは兼子が「行政処分の取消判決の効力」を発表した後である）における、「取り消しの原因があったかどうかはもう一回訴訟で争えるが取り消しになったということ自体、官庁に対し取消の判決があったという事実は争えない」という兼子の発言からの一連の議論は、兼子が「形成力」の拡張を承認するに至ったと思わせる節がある。

25) 前掲注 4) の文献の他、小早川光郎『行政法講義下 II』218 頁（弘文堂、2005）、塩野宏『行政法 II（第 4 版）』162 頁以下（有斐閣、2005）、宇賀克也『行政法概説 II（第 2 版）』249 頁以下（有斐閣、2009）、芝池義一『行政救済法講義（第 3 版）』96 頁以下（有斐閣、2006）など。

26) なお、そもそも取消判決には既判力が認められないとの異論がある（遠藤博也『実定行政法』383 頁以下（有斐閣、1989））。この見解は、その前提となる訴訟物の理解や形成訴訟の理解において通説と相違しており、その当否はそれらの前提の当否にかかっているが、本稿では立ち入らない。

加人との関係において相対的に法律関係を変動させるのが原則だとし、特定の利害状況にある第三者に対して例外的に効力が及ぶのみだとする見解である（木村弘之亮など）²⁷⁾。また、民事訴訟法学において、⑨形成判決一般について、形成力の対世効は形成判決に原則として備わるものではなく、むしろ形成判決においては相対効が原則である旨を説く見解（本間靖規）も存在する²⁸⁾。

これらの見解の存在は、行訴法 32 条 1 項を有する現在であっても、第三者効肯定説は見直しの余地があるということ——すなわち、行訴法はあくまで「一応の」解決をなしたにすぎないこと——を現に示している。

しかし、今のところこれらの見解は少数説にとどまり、判例実務にも受け入れられていない。それを示すのが、最判平成 21 年 11 月 26 日裁判所時報 1496 号 7 頁である。この判決は、「当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童またはその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるに過ぎないから、これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法 32 条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争うとするには合理性がある」と述べた。すなわち、この判決は取消判決に第三者効が認められることを当事者訴訟ないし民事訴訟と比較した

場合のメリットと認識しており、最高裁が第三者効に積極的な意義を見出していることがわかるのである。

この判決は、第三者効が認められないと、原告に対しては当該保育所が維持されることとなるが、原告以外の者に対しては当該保育所は廃止されることとなるという帰結がもたらされるがために、「これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなる（傍点筆者）」と言うように読める。この判示の当否自体は議論の余地がある²⁹⁾が、注目すべきは、この判決が従来から言われてきた「行政法関係の統一的規律」の要請を、「行政庁の対応の困難性」という意味に敷衍している点である（傍点部）。「行政法関係の統一的規律」の具体的内容は従来さほど明確に論じられてこなかったものであり、この判示は今後「一応の決着」を見直す際の参考になろう。

・形成力の拡張としての第三者効

以上から、行訴法は A B 二つの対立軸においてそれぞれ「一応の決着」を付け、その方向性は現在まで通説判例においても維持されているということがわかった。

ここで確認すべきは、第三者効をめぐる A B いずれの対立軸においても、議論的となったのは「形成力」であり、「既判力」を第三者にまで及ぼすことは想定されていなかったという点である。この点は、「既判力」を第三者にまで及ぼすという意味での「対世的効力」の扱いも議論の射程に入っていた、人事訴訟の分野と対照的である³⁰⁾。

27) 木村・前掲注 5)275 頁。遠藤・前掲注 25)385 頁も、明示的ではないが同旨を主張するものと思われる。

28) 本間靖規「形成訴訟の判決効」新堂幸司他編『講座民事訴訟 6——裁判』283 頁（弘文堂、1984）。

29) 条例の処分性が否定された高根町水道条例事件では、第三者効の無い民事訴訟において当該条例が違法とされただけであるが、地方議会は即座に当該条例を改正している（『H18 年度第 5 回北杜市議会臨時会会議録（8 月 8 日）』7 頁。http://www.city.hokuto.yamanashi.jp/hokuto_wdm/html/municipal-assembly/images/16519713837.pdf, 2010 年 3 月 3 日最終検索）。このように、第三者効がない訴訟類型の下で違法とされた条例を議会が自主的に改正するのであれば、行政庁は当該改正条例に従うほかないのであるから、立法府たる地方議会が司法府を尊重する限り、行政庁が対応に困るということはないのではないか。

30) 松本博之『人事訴訟法（第 2 版）』242 頁以下など参照。ただし、そもそも既判力という概念の意義自体が単純ではない（参照、伊藤眞「既判力の二つの性格について」末川追悼『法と権利 3』266 頁（有斐閣、1978））し、形成力の性質論や、形成判決に既判力を認めるべきか否かという一般的論点も関係して、問題の整理自体が容易ではないため、本稿では深く立ち入らない。

このことは、第三者効肯定説にたつ③田中と、否定説にたつ⑤兼子との論争から判明する。「B：行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性 v. 第三者の地位の不合理性」の対立軸において、法律関係の統一的規律の要請を重視する立場(③田中)にとっては、第三者に「既判力まで」拡張することが、その要請の貫徹とされるはずである。しかし田中は、行訴法立法にかかる審議会において、「判決が当然参加しない場合でも、実質的な利害関係者であるものと及ぶかという点になると、非常に問題で、むしろ、普通の考え方では参加しない限りは既判力が及ばないという考え方をとるのではないかと思う」と発言しており、既判力の拡張には否定的であったのである³¹⁾。一方で、第三者の地位の不合理性を重視する立場(⑤兼子)からは、当然のことながら既判力までも第三者に拡張することは断固阻止されるべきであり、現に兼子はその著作の中で、人訴法等の既判力拡張規定は創設規定だと読むべき旨主張し、行政訴訟においては「法律状態の変動によって直接に自己の権利又は法律的地位の影響を受ける第三者は、既判力を受けない以上自己の立場で形成要件の存在を争い、形成の効果を否認できるものといわなければならない」として、既判力の拡張に反対していたのである³²⁾。

すなわち、行訴法立法過程においては、「第三者効」とは「形成力の第三者への拡張」を意味していたのであり、「既判力の第三者への拡張」ではなかったのである。このことは、判決効が及ぶ第三者が具体的にいかなる地位に立たされるのかという点、さらには第三者再審の具体的規律を考察する上で、重要である。

2 小括——第三者効の抽象的内容

以上から判明した点をまとめておこう。

①行訴法 32 条に結実した「第三者効」は、「形成力の第三者への拡張」を意味していた。

②第三者効の有無をめぐる論争は、「A：形成力の性質の理解」と、「B：行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性 v. 第三者の地位の不合理性」という 2 つの対立軸を持っていた。

③行訴法 32 条は、A については形成力は既判力に根拠を有しないという理解で、B については前者の「行政上の法律関係の統一的規律の要請」を重視する方向で、論争に「一応の」決着をつけた。この「一応の」決着は、現在でも判例通説の支持を得ている。

3 問題点の抽出と、考察の手がかり

以上の三点から、行訴法 32 条の意義をある程度は説明できる。しかし、第三者効を肯定する場合に判決の効力を受ける第三者は具体的にいかなる地位に立たされることになるのか——言い換えれば、判決の効力を受けることに不服のある第三者は、いかなる手続でその不服を申立て、いかなる救済を得ることができるのか——という点は、漠然と第三者再審による事後の救済があると意識されているのみで、詳しくは明らかになっていない。この点を明らかにすることが、本稿の目的である。ここからわかるように、第三者効の及ぶ第三者の地位如何の問題は、第三者再審の規律如何の問題と表裏をなしている。

そして、この点の解明に役立つ議論は、すでに日本でも展開されている。それは、伊藤洋一による、行政訴訟の判決効に関するフラ

31) 塩野編・前掲注 10)405 頁。ここでは、判決の「既判力」の問題として「対世的効力」が議論されている部分である。

32) 兼子・前掲注 14)114 頁。兼子と同じく第三者効否定説に立つ市原も、市原・前掲注 16)258 頁において同旨を述べている。さらに両者とも、選挙訴訟、当選訴訟等においては例外的に既判力の拡張を肯定するのであるが(兼子・前掲注 14)117 頁、市原・前掲注 16)258 頁)、それは逆に言えば行政訴訟において既判力は第三者に拡張されないのが原則である旨の表明である。

ンス法の分析である。

以下ではこの分析を手がかりに、第三者効の及ぶ当事者はいかなる地位に立たされることとなるのかという点、および第三者再審がいかなる性質を持ち、いかなる規律を導くのかという点を、可能なかぎり明らかにしてみたい。

「対世効」と「絶対効」—— Ⅲ. 第三者効と第三者再審の具体的分析

伊藤洋一は、フランス行政訴訟の判決効に関する分析を行う際に、「対世効 (effet erga omnes)」と「絶対効 (effet absolu)」の区別という視点を用いた。「対世効」とは、「係争行為が取消判決によって客観的に消滅するという、消極的形成力の問題のみを指す」効果（すなわち、形成力が第三者に及ぶこと）であり、「絶対効」とは、「取消判決においてなされる適法性判断についての一般的拘束力をも指す」効果（すなわち、既判力が第三者へ拡張されること）とされている³³⁾。

この分析枠組は、形成力の拡張（対世効）と既判力の拡張（絶対効）を峻別することで、両者の比較を可能とするものである。すなわち、この枠組を用いれば、形成力の拡張と既判力の拡張との具体的帰結の差を比較することで、行訴法における第三者効は形成力の拡張であるという命題をより具体的に分析することが可能となるのである。

また、前訴の判決効の及ぶ者が前訴の判決内容に不服を持つときに、一定の要件の下で前訴の内容を覆すことができる手続を用意する場合——行政訴訟においてそれは行訴法 34 条の第三者再審である——、その手続の性質や要件は、その者はいかなる判決効が

及んでいるのかによって、おのずと異なってくる。したがって、第三者効の分析のみならず、第三者再審の分析においても、「対世効」と「絶対効」の峻別が効果を発揮するのである。

以下では、まず伊藤のいう「対世効」と「絶対効」の内容を、日本法の訴訟法理との関連で明らかにし（1 ないし 2）、続いてその分析を通じて第三者効の具体的内容を検討し（3）、最後に第三者再審の性質について分析を加える（4）³⁴⁾。

1 「対世効」の具体的内容

「対世効」の具体的内容は、「裁判に関与しなかった者の判決援用を許し、また「判決をその者に対抗できる」、というものである³⁵⁾。問題は、「判決を対抗できる」ということの意味であるが、それは形成力の理解によって異なることになろう。

形成力を法律関係の変動力のみならず、形成の結果（取消訴訟においては、係争行為が取り消されたこと）を不可争とする効力でもあると理解する³⁶⁾ならば、取消判決を対抗される第三者は、その取消判決の係争行為の存否について、再審ないし第三者再審のような特別の手続を経ない限り、改めて争うことは許されないということになりそうである。この場合、「判決を対抗できる」とは、当該第三者がもはやその判決により確定された「係争行為の不存在」について、特別の手続をなしに改めて争うことができない、ということの意味することになろう（本稿ではこの立場を、形成力に関する「不可争説」と呼ぶ）。

一方で、形成力を法律関係の変動力のみ（係争の結果の不可争性は、形成力以外の判決効——通説的には既判力——によって達成

33) 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』8頁、165 及び 166 頁（東京大学出版会、1993）。

34) ここではフランス法の形成力及び既判力概念が日本法のそれとどこまで一致するのかという点は措いて、もっぱら日本法で用いられている形成力及び既判力概念の下に伊藤の区別を導入するとどうなるのか、という点の考察を行う。

35) 伊藤・前掲注 32)165 頁。

36) 本間・前掲注 27)305 頁に明示されている。

37) 新堂幸司『新民事訴訟法（第 4 版）』（2008）197 頁及び 206 頁で示唆されている。

される)と理解する³⁷⁾ならば、形成判決を対抗される第三者は、別途既判力その他の効力が及んでいない限り、その形成判決の係争行為の存否について、再審ないし第三者再審のような特別の手続きを経ずとも、改めて争うことが可能となるように思われる。この場合、「判決を対抗できる」とは、前訴で「係争行為の不存在」が確定されたということの後訴で援用できる——あくまで援用できるだけであり、援用された内容を当該後訴において第三者が争うことを禁止しえない——、ということの意味するにとどまることになろう(形成力に関する「援用可能説」と呼ぶ)³⁸⁾。

この点について、行政法学の多数説は、「不可争説」をとっている。すなわち、取消判決が下されると、行訴法 32 条が「対世効」を定めるにとどまるのだとしても、当該判決によって確定された「係争行為の不存在」を改めて争うことは原則として不可能になる、と解されている³⁹⁾。これは、第三者効肯定説を採用する代わりに第三者再審の規定を置いたという行訴法制定時の事情に適合する解釈だといえよう⁴⁰⁾。

2 「絶対効」の具体的内容

一方で「絶対効」の具体的内容は、「既判力が全ての裁判所を全ての裁判において拘束する」、というものである⁴¹⁾。

ここで確認すべきは、既判力の担う機能は、形成力の性質の理解次第で異なるということである。

形成力について「援用可能説」を採るのであれば、形成力は前訴の判断(すなわち「係争行為が不存在であること」)の通用性を保障しないため、既判力がその通用性を担うこととなる。そして既判力は訴訟物に関する判断について生ずるため、取消訴訟の訴訟物を係争行為の違法性と捉える通説からすると、係争行為の違法性についても既判力によって後訴への通用性が確保される。すなわち、前訴が確定した「係争行為の不存在」と、「係争行為の違法性」とが、ともに既判力の機能として後訴に対する通用性を有することとなるのである。

一方、形成力について「不可争説」をとると、形成の結果すなわち「係争行為の不存在

38) 本文で述べたのは判決効を受ける第三者の立場からの分析であるが、原告にとって援用可能説の下での形成力が果たす意義とは何であるのかは別の問題である。すなわち、原告は前訴判決を第三者に対して援用できるだけであって、その内容を改めて争われることを排除しえないということは、そのような内容の形成力はなんの意味も持たないのではないかという問題である。しかし、なんらの判決効も生じていない場合と比較すると、援用が可能であるというだけでも、前訴判決で形成された法律関係についての立証責任の転換又は証明度の軽減という意義は有しているように思われる。すなわち、援用可能説を前提とする形成力すら生じていない第三者に対しては、原告は前訴判決で形成された法律関係を主張するためには改めてその法律関係を一から争い直す必要があるのに対し、援用が可能である場合は原告が前訴判決を援用するのみでその法律関係の存在が推定又は推認されることとなるのではないか。また、援用可能説に立った場合、第三者が第三者再審によらず係争行為の存否を争うことが可能だとしても、行政処分のご定力ないし取消訴訟の排他的管轄により、後訴も取消訴訟でなければ係争行為の存否を争えないと解する余地がある。数々の未開拓論点があるが、これ以上の考察は保留したい。

39) 南＝高橋編・前掲注 4)558 頁〔東亜由美〕や園部編・前掲注 4) 394 頁〔村上敬一〕は、この旨を明示している。ただし、形成結果の不可争性は形成力の担うところではないとする見解(本稿にいう「援用可能説」)も、少数説ながら存在する(木村・前掲注 5)269 頁注 64。高林克巳「判批」行政判例百選Ⅱ(初版)354 頁,355 頁(1979)は、「第三者は取消訴訟の対象となった行政処分が違法であって裁判所により取消されたという事実を承認せざるを得ない」と述べており、不可争説に立つようにも読めるが、第三者再審によらずとも係争行為の不存在を争う余地を認めているため、援用可能説に立つものと思われる)。

40) 本文で述べた形成力の二つの理解について、民事訴訟法学がいかに扱ってきたのかは十分明らかにできなかった。人事訴訟においては既判力の拡張も議論されているために、形成力のみが拡張され既判力は拡張されないと第三者が想定されていないのではないかと思われ、それが行政法学から見て民事訴訟法学の議論をたどり辛くしているように思われる。形成判決の既判力の有無に関する民事訴訟法学の議論と、本文で述べた行政法学の議論とは問題状況を同じくすると論じられることもある(園部編・前掲注 4)408 頁〔村上敬一〕)が、形成力の性質論等に遡っての詳細な検討を要する。

41) 伊藤・前掲注 32)165 頁。

」の不可争性は形成力が担うこととなり、既判力の担うところではなくなる。したがって、既判力は「係争行為の違法性」のみを通用させる機能のみを有することになる。形成力について「不可争説」を採る行政法学説も、既判力についてはこのような理解を前提としている⁴²⁾。

ただ、いずれにせよ、「絶対効」は形成力のみならず既判力をも第三者に対して拡張するのであるから、形成力の理解にかかわらず、前訴が確定した「係争行為の不存在」と「係争行為の違法性」とが、ともに後訴への通用性を有するという帰結が導かれる。すなわち、「絶対効」をとる場合には、形成力の内容の理解は結論に影響しないのである。

要するに、「既判力が全ての裁判所を全ての裁判において拘束する」という「絶対効」の定義は、このように、再審ないし第三者再審のような特別の手續を踏まずして「係争行為の不存在」に加えて「係争行為の違法性」を争うことをも不可能とするという意味だと理解できるのである。

3 行訴法の「対世効」の規律

ここまでの分析を、判決効が拡張される第三者が前訴の内容を争うために取りうる手段の面から敷衍すると、以下ようになる。

①形成力について「援用可能説」を採った上での「対世効」の規律の下では、論理的には再審ないし第三者再審によらずとも「係争行為の不存在」を争うことができる。

②形成力について「不可争説」を採った上での「対世効」の規律の下では、「係争行為の不存在」について後訴で再度争うことが不

可能であるところ、再審ないし第三者再審によってであれば、例外的に争う余地が生まれる。一方、「係争行為の違法性」に関しては、論理的には再審ないし第三者再審によらずとも争うことができる。

③「絶対効」の規律の下では、「係争行為の不存在」と「係争行為の違法性」の双方について後訴で再度争うことが不可能であるところ、再審ないし第三者再審によってであれば、例外的に争う余地が生まれる。

以上によれば、不可争説の下での対世効が通説化している行訴法(②)においては、判決効の及ぶ第三者が「処分の不存在」を争うためには第三者再審を起こすことが必要になる。すなわち、行訴法の第三者効とは、不可争説の下での形成力の効力として、「処分の不存在」に不服を有する第三者の取りうる手續を第三者再審に限定する効力を意味するのだといえる。

一方で、不可争説の下での対世効は、絶対効とは違い、「係争行為の違法性」については特別の手續なしに後訴で争えることとなる。取消訴訟においては、処分が適法であることがいえても処分の存否が覆せなければ意味がないため、この差にさほどの意味はない⁴³⁾。ただし、後訴が係争行為の復活を求めるものではなく、第三者からの損害賠償請求である場合には、当該第三者との関係で、被告が賠償責任を否定するために係争行為が適法であると主張できることになるという点で、この差が意味を持つ可能性はある⁴⁴⁾。

こうして、第三者効の内容を一步具体的に明らかにすることができたといえよう。

42) 南＝高橋編・前掲注4)563頁〔東亜由美〕、園部編・前掲注4)388頁〔村上敬一〕。

43) ただし、IV1で述べるように、一定の意味を見出す可能性は存在する。

44) この点を指摘するのは、市原他「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(小委員会案)をめぐる諸問題(下)」ジュリ210号6頁、29頁の杉本発言である。ただし、杉本は判決効の及ぶ第三者が国賠請求を提起する例をあげる際に、「第三者は、処分の違法を主張して、国家賠償の請求訴訟を提起することは妨げられない」と言うが、これはやや的外れである。第三者効が発生するのは取消判決なのだから、「処分が違法である」という判断が前訴でなされているはずであり、ポイントは本文のように第三者からの賠償請求に対して被告行政庁が「処分が適法である」と主張できるという点であって、第三者が賠償請求を提起すること自体は当然に許されるからである。

4 第三者再審の性質論

以上みたように、行訴法においては第三者効は「対世効」を意味し、第三者には形成力のみが拡張される。それはすなわち、第三者再審の再審原告には、形成力は及んでいるが既判力は及んでいないということの意味する。

このように前訴判決の判決効の面から第三者再審を捉えなおすと、それが民訴法上の再審（民訴法 338 条以下）とある意味対照的な制度であることがわかる。なぜなら、民訴法上の再審の再審原告は前訴の当事者であり、前訴の既判力が当然及んでいるからである。このように対照的な制度であって、さらにその具体的規律について第三者再審よりも議論の蓄積がある民訴法上の再審制度を比較対象として用いることで、行訴法上の「第三者再審」の規律を解明する手がかりが得られるのではないか。

以下では、民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審との要件の違いに着目し、それが両者の性質論にいかなる示唆をもたらすのかを検討する。

(1) 民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審との要件の違い

民事訴訟法上の再審は、前訴判決に重大な瑕疵があり前訴の既判力を当事者に及ぼせることが適当でない場合として列挙されている再審事由（民訴 338 条 1 項各号）に当たらない限り、認められない。そして、いったん確定した判決は、いかに重大な瑕疵があったとしても、再審手続によらなければ取消されない——すなわち、その既判力を否定されない——と考えるのが通常である。

一方、行訴法上の第三者再審は、民訴法上の再審の要件にかかわらず、行訴法 34 条

の要件を満たせば認められる。行訴法 34 条は、「自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかった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こと」を再審事由とする。

行訴法 34 条が再審事由とする「攻撃防御方法が提出できなかったこと」は、民訴法 338 条 1 項 5 号でも再審事由とされているが、民訴法では「刑事上罰すべき他人の行為により」提出が妨げられることが必要であり、行訴法 34 条よりも厳しい要件となっている。逆に言えば、行訴法 34 条は、「自己の責めに帰することができない理由」であれば足るという、民訴法よりも緩やかな要件で再審を認めていることになる⁴⁵⁾⁴⁶⁾。こうした行訴法 34 条の特殊性は、いかに説明できるだろうか。

この点を考察するに当たって、現行法が採用していない「絶対効」の規律についても、比較対象を増やすという意味で検討してみよう。従って、以下では「A：民訴法上の再審」、「B：『対世効』の下での第三者再審」（すなわち現行法の規律）、「C：『絶対効』の下での第三者再審」の 3 つを比較検討する。

そして、この点の考察のために、①再審原告の違い、②再審原告に及んでいる判決効の違いを分析軸として設定する。

まず、「A：民訴法上の再審」は①前訴の当事者が再審原告となり、したがって②再審原告には形成力と既判力の両方が及んでいる。次に「B：『対世効』の下での第三者再審」は、①前訴の当事者ではない第三者が再審原告となり、②再審原告には形成力しか及んでいない。最後に「C：『絶対効』の下での第三者再審」は、①前訴の当事者ではない第三者が再審原告となり、②再審原告には形

45) 一般に、民訴法 338 条 1 項各号に該当しないが既判力を及ぼすのは不当だという場合に、同項 3 号を類推するという手法が取られるが、単に「自己の責めに帰することができない理由」によって攻撃防御方法が提出できなかったという行訴法 34 条のような場合は、類推が可能なほど不当だとはいえないだろう。

46) 前掲注 2) で述べたとおり、行訴法 34 条 1 項に関する裁判例は、3 例が発見できるのみであり、「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…提出することができなかった」という要件の解釈については学説判例ともに議論の蓄積がない。

成力と既判力の両方が及んでいる。

すなわち、「A：民訴法上の再審」と「C：『絶対効』」の下での第三者再審」とが②の点で共通し、「B：『対世効』」の下での第三者再審」と「C：『絶対効』」の下での第三者再審」とが①の点で共通するのである。

(2) 「絶対効」と第三者再審

まずは、②の点で「A：民訴法上の再審」と共通点を有する「C：『絶対効』」の下での第三者再審について考察する。

両者が②の点で共通する——すなわち、再審原告には形成力のみならず既判力も及んでいる——ということは、「C：『絶対効』」の下での第三者再審は、「A：民訴法上の再審」と同様、「既判力の否定」のための制度であるということになる。したがって、行訴法34条の第三者再審の要件が民訴上の再審よりもゆるいという事実はいかにして正当化されるのか、という問題を惹起することになる。

これは、①再審原告の違いから説明するしかならう。すなわち、民訴法上の再審が、当事者として前訴に関与し十分な手続保障を得た者が再度前訴の内容を争う手続なのに対し、行訴法上の第三者再審は、そもそも前訴に関与しておらず手続保障が不十分である第三者が前訴の内容を争う手続なので、再審要件がゆるいことは、再審原告たる第三者の手続保障の観点から正当化される、という説明である。これは、既判力の正当化根拠として手続保障が重視される近時の民訴法学の議論⁴⁷⁾と整合的な説明であり、一見説得的に見える。

しかし、この説明は自己論駁的である。なぜなら、既判力の根拠が手続保障にあるのであれば、そもそも「絶対効」を採用して第三者に既判力を拡張するために、当該第三者に

前訴に関する手続保障が不可欠だと見るのが素直であり、「絶対効」を採用している以上は第三者の手続保障は前訴当事者並みに達成されているという前提があるはずだという批判が可能だからである。

ただし、これはそもそも「絶対効」を採用すること自体の問題点を指摘するものであるから、行訴法34条の第三者再審の性質を「絶対効」の下でいかに正当化できるか、という問題とは別であると割り切ることが、一応は可能であろう。したがって、「C：『絶対効』」の下での第三者再審は、「A：民訴法上の再審」と同じく「既判力の否定」を可能とする制度であるが、再審原告が前訴に関与していない第三者であることから、既判力の正当化根拠たる手続保障が薄いことに鑑みて、再審要件をゆるく設定したものだ、と説明することが可能である⁴⁸⁾。

(3) 「対世効」と第三者再審

では、「B：『対世効』」の下での第三者再審は、いかなる性質のものと考えられるであろうか。

「A：民訴法上の再審」との比較でわかるのは、両者は①再審原告が違うのみならず、②再審原告に及んでいる判決効をも異にする点である。したがって、行訴法34条の第三者再審の要件が民訴上の再審よりもゆるい点をいかに正当化するかという問題は、「C：『絶対効』」の下での第三者再審」とは違い、②の点から説明することが可能である。

「A：民訴法上の再審」では、再審原告には形成力に加えて既判力が及んでおり、再審は「既判力の否定」という機能を有していた。一方で、「B：『対世効』」の下での第三者再審」では、再審原告には形成力のみが及んでいるため、第三者再審は「形成力の否定」という機能を有することとどまる。形成力について

47) 新堂・前掲注36)643頁など。

48) 「絶対効」と第三者再審の関係に関連して十分明らかにすることができなかった点は、第三者再審は「既判力の相対効原則の一適用」であるという命題（伊藤・前掲注32)133頁以下参照）が通用するのだとすれば、既判力の拡張を意味する「絶対効」の下で第三者再審を採用する余地は全くないのではないかと、という点である。本文の説明は、「絶対効」の下での第三者再審は、既判力の否定を可能とする点で民事訴訟法上の再審と性質を同じくし、もはや通常念頭に置かれている「第三者再審」とは異質の制度なのだという形で、上記の命題に回答していることになる。この応答が成功しているのかについては、比較法的分析を含めなお検討を要する。

ては、その内容を法律関係の変動力のみと理解し、それ自体に形成の結果を不可争とする効力を持たせない理解（本稿にいう「援用可能説」）さえ存在するのであるから、一般に既判力ほど高度の法的安定性は認められないと考えられる。したがって、おのずと再審要件は異なってもよい、との説明が可能になるのである。

以上を要するに、「B：『対世効』の下での第三者再審」は、「A：民訴法上の再審」と異なり「形成力の否定」のみを可能とする制度であって、再審要件がゆるいこともそれに起因する、と説明することが可能である⁴⁹⁾。

行訴法34条の第三者再審は、この「B：『対世効』の下での第三者再審」なのであるから、以上述べたことが現行法の説明としてあてはまることとなる。

5 小括・第三者効の具体的内容と第三者再審の性質

以上論じたところを踏まえて、行訴法の対世効の具体的内容と第三者再審の性質についてまとめておこう。

①形成力に関して「不可争説」をとると、「係争行為の存否」の不可争性と「係争行為の違法性」の不可争性が、それぞれ形成力と既判力という異なる主観的範囲を持つ効力にゆだねられることになる。

②そこに「対世効」の規律を導入すると、第三者にとって「係争行為の存否」は不可争であるが、「係争行為の違法性」は不可争でない、という帰結が導かれる。以上が、行訴

法32条が採用した第三者効の具体的内容である。

③「対世効」を採用する行訴法の下での第三者再審は、行訴法34条の第三者再審は「形成力の否定」のみを可能とする制度であって、民訴法上の再審よりも再審要件がゆるいことはそれに起因する。

以上のように、第三者効と第三者再審との関係という視点から分析を進めた結果、第三者効の具体的内容と、第三者再審の性質論について、従来よりも一歩進んだ具体的内容を明らかにすることができた。

以下では、派生して問題となる点を指摘し、今後の議論の素材をさらに提供することとしたい。

IV. 残された問題点

1 残された疑問①——「対世効」「絶対効」概念導入の必要性

取消訴訟の判決効の分析において「対世効」「絶対効」を区別することについては、このような規律を導入することに具体的な意味があるのか、という点が問題となる。すなわち、「対世効」の概念を現行法に当てはめて導き出された、「係争行為の存否」は不可争であるが、「係争行為の違法性」は不可争でないという帰結は、現行法の解釈論上何の役に立つのかという問題である。

その帰結が意味を持ちうるのは、先に述べたように、後訴が損害賠償請求である場合である。しかし、より一般的に考えると、この

49) このような、行訴法上の第三者再審は「形成力」の否定のみを可能とするものであり、民訴法上の再審は「形成力」に加えて「既判力」の否定をも可能とするものである、という整理は、近時の民訴法学の議論とも整合する。従来、民訴法上の再審は「前訴確定判決を取り消すもの」とのやや漠然とした理解が通説的であったが、近時では、再審は前訴確定判決の「既判力の拘束力を排したうえで、前訴確定判決と異なる判決を下」すものだと理解が現れている（加波眞一『再審原理の研究』210頁以下（信山社，1997））のである。

そうだとすると、新山・前掲注3)4頁注4及び510頁で示されているような、第三者再審はあくまで民事訴訟法の再審の枠内にあり、容易には認められない非常手段だという解釈は、唯一のものではないといえよう。第三者再審はそもそも民事訴訟法上の再審とは性質を異にするもので、非常手段性をむやみに強調する必要はないとの解釈も、論理的には可能である。しかし、そのような解釈を取って第三者再審による事後の解決に重点を置くのか、新山が主張するように（新山・前掲注3)499頁以下）、事前の参加手続を整備してゆくのかという選択は、立法論的な当否をなお検討する必要がある。

帰結は係争行為の「存否」と「違法性」のレベルを区別するものであるから、「違法であるが維持される処分」または「適法であるが取消される処分」が発生する場合——すなわち、処分の「存否」のレベルと「違法性」のレベルとにずれが生じる場合——には、この帰結が一般的な意義を持ちうる。

では、このような、「違法であるが維持される処分」または「適法であるが取消される処分」は、いかに観念される概念であるのか、そして、それは現実に出現しうるものであろうか。従来意識されてこなかった問題であるが、試論的に検討してみたい。

立法による違法行為の維持——違法で

(1) あるが（立法府によって）維持される処分

まず、伊藤が扱ったフランス行政法においては、「立法による違法行為の維持」という特有の制度が存在する⁵⁰⁾。すなわち、「違法であるが（立法府によって）維持される処分」が観念できるのである。

これは、裁判所が違法だと判断して取り消した行政処分について、法律または条例によってその行政処分を「復活」させるという措置が取られる場合といえようが、それは司法府に対する立法府の侵害と見る余地があり、三権分立の観点に立ち戻ってその当否を検討する必要が生じよう。

行政庁による再度の処分——違法であ

(2) るが（行政庁によって）維持される処分

「違法であるが維持される処分」が出現するもうひとつの可能性は、取消判決を下した裁判所の判断と行政庁の判断が食い違う場面である。

A に対する事業許可処分を取消す判決を X が得たとしよう。この場合、不服のある A が事業許可の復活を求めてとりうる選択肢は、(a) 再度の事業許可申請を行う、または (b) 第三者再審で X の得た取消判決の形成力を否定すべく争う、という二つである。(b) には訴訟提起のコストが伴うため、A に

とっては (a) の方が負担が小さい。そのような理由から A が (a) を選び、事情の変更がないにもかかわらず、結果的に A が再度許可処分を受けたとしよう。この場合、A に対する事業許可処分は、裁判所の判断では違法であるにもかかわらず、行政庁によって結果的に維持されていることになる。ここに「違法であるが（行政庁によって）維持される処分」が観念されるのである。

このような状況が生じた場合、「対世効」の規律の下では、第三者には形成力は及ぶが既判力は及んでいないため、X 以外の第三者 (B とする) が A の再度の許可処分の取消訴訟を起こした場合に、そこでは当該許可処分が「適法」とであると判断されることがありうる。そうすると、当該処分は X との関係では違法であるが、B との関係では適法であるという状況が出現することになる。こうした状況の出現可能性は極めて小さいかもしれないが、少なくともそうした可能性があることを認識するために、「対世効」と「絶対効」の区別が役立つのではないか。

しかし、このような「違法であるが維持される処分」は、現行法の通説的解釈からは、出現し得ない。

まず、形成力について「不可争説」をとる通説からは、行政庁が再度の許可処分を行うことは、そもそも前訴の形成力によって禁止されると見るべきだろう。前訴当事者たる行政庁には当然前訴判決の形成力が及び、かつその形成力は「係争行為がもはや存在しないこと」について、再審ないし第三者再審という特別の手續なしには争えなくする効力を含むのであるから、行政庁が前訴の係争行為たる「X に対する事業許可処分」を「復活」させるに等しい再度の許可処分を行うことは、許されないのではないか。

また、むしろこちらが通常の説明であるが、A に再度の許可処分を与える行政庁は、前訴の拘束力（行訴法 33 条 1 項）によって課された行為義務に違反している。A が受けていた当初の事業許可処分と、A が再度申請

50) 伊藤・前掲注 32)300 頁以下。

した許可処分とは、同じ事業許可処分なのであるから、Xの得た取消判決の反復禁止効によって、行政庁は再度の許可処分を出すことを禁止されるのである。

以上から、違法であるが（行政庁によって）維持される処分は、観念上はありうるとしても、現実に出現することはないように思われる。

客観的法状態と裁判所の判断の齟齬

(3) ——裁判所によって維持または取消される処分

もうひとつの可能性としては、客観的には処分に取消事由が存在するにもかかわらず原告の訴訟追行が不十分であるゆえに棄却判決が出る場合、または客観的には処分に取消事由が存在しないにもかかわらず被告の訴訟追行が不十分であるゆえに取消判決が出る場合をもって、「違法であるが（裁判所によって）維持される処分」または「適法であるが（裁判所によって）取消される処分」があると見る可能性である。すなわち、ここでいう「処分の違法性」とは判決に示された裁判所の判断を指すのではなく、訴訟追行過程で明らかになった事実を離れた客観的真実によって基礎付けられるそれだということになる。

このような解釈は、無論、通説的な訴訟法解釈と乖離している。すなわち、客観的な真実を明らかにすることを現行の訴訟制度は至上命題とはしておらず、当事者に訴訟資料選択の自由を認めているのであるから、処分が「客観的に」違法または適法であるという観念自体がありえないものと言わざるを得ない。ただし、後訴または第三者再審において前訴の内容が誤っていることが判明したことをもって、「適法であるが（裁判所によって）

取消される処分」があったと判定するのだとすれば、この解釈を幸うじて活かすことができるかもしれない⁵¹⁾。

(4) 根本的な問題点——処分の同一性とは

以上の検討に際しては、処分の同一性とは何か、そもそも行政処分をいかに定義すべきか、という点が問題となってくる。すなわち、当初の処分と、何らかの形で維持された処分を、「同一の処分」と見ているからこそ、その処分が取消判決を経てもなお「維持されている」と評価できるのであって、そもそも両者が同一の処分でないのであれば、別個の新しい処分がされただけであり、当初の処分が違法であることと新しい処分が存在すること——すなわち、全体として処分の「存否」のレベルと「違法性」のレベルとがずれて見えること——は当然なのである⁵²⁾。

この点を分析するのに有益なのは、「措置としての行政行為」と「規律としての行政行為」の概念の区別である⁵³⁾。本稿で述べた、「違法であるが維持される処分」とは、「規律としての行政行為」というやや広い処分概念をとらないと想定できないもののだといえよう。取消判決の後に、取消されたのと同内容の規律を有する行政処分が何らかの形で出現した場合、それは「規律」としては同一処分であっても、時点を異にするために「措置」としては別個の処分だからである。この意味で、本稿が用いた「対世効」「絶対効」の区別を導入するアプローチは、その前提として、「処分の同一性」の概念、ひいては行政処分の定義如何という問題に遡った検討を必要とする。

51) なお、事情判決（行訴法31条1項）をこの類型に位置付けることもできるかもしれない。事情判決とは、処分が「違法」であるにもかかわらず、公共の福祉に反する結果を避けるためにあえて処分を「維持」という裁判所の行為であると見ることができるところである。

「対世効」の規律の下では、事情判決により維持された処分が第三者により改めて争われた場合に、今度は当該処分が「適法」と判断されることもありうることになる。しかし、結論的に請求が棄却されることに変わりはないので、こうした分析に大した意味はないだろう。

52) 具体的には、(2)の例において、新たな事業許可処分がなされる前に事情の変更があった場合や、新たな事業許可処分がかつてのそれと期間を異にする場合などが考えられよう。

53) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130巻4・5号42頁、58頁（2004）。

2 残された疑問②——第三者再審で主張できる事由

第三者再審については、本稿はその性質論について一つの視点を提供したに過ぎず、その具体的規律については論ずることができなかった。最後に、第三者効との関係という分析視座からは離れるが、第三者再審の具体的規律に関わる問題点を一つ指摘しておきたい。それは、民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審とは、主張事由に関する解釈を異にするという点である。

第三者再審において再審原告が主張できる「攻撃または防御の方法」は、①「確定した判決の口頭弁論終結時までに訴訟参加によっ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」とされている。その理由は、「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ていた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」と説明される⁵⁴⁾。

一方、民事訴訟法上の再審においては、①'再審事由が認められた後の本案審理において、前訴の「口頭弁論終結後の事由」も主張することが可能と解されている⁵⁵⁾。

①と①'を比較すると、行訴法上の第三者再審は、民訴法上の再審と比べて、再審原告の主張できる事項を限定していることになる。この限定が意味するものはなんであろうか。

口頭弁論終結後の事由には既判力は及ば

ず、第三者再審においてそれを主張することは、前訴の判決効によってはなんら妨げられない。にもかかわらず、第三者再審において①の規律が設けられているのは、前訴の口頭弁論終結後の事由は、第三者再審ではなく、改めて行われる処分及びその新しい処分の取消訴訟で考慮するのだ、という趣旨だと考えることができる。だとすると、①'の規律は、行訴法がそのように後の新たな処分を考慮をゆだねた事由を、再審手続でまとめて主張させようという規律だと考えることができる。

このように規律が異なる理由は、行政庁と裁判所の権限分配という行政法特有の事情があるからだ——すなわち、行政法においては一般に「行政庁の第一次的判断権」の存在があるとされる関係で、前訴の口頭弁論終結後の事情についてまず行政庁に新たな処分の過程で審理させるのが適当なのだ——と一応いえるかもしれない。しかし、多義的な用語である「行政庁の第一次的判断権」についてはその内実を明らかにする必要があり、より詳細な検討に基づく正当化が必要であろう。

そのほか、第三者再審では②「従前の訴訟ですで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」は主張できないとされている⁵⁶⁾のに対し、②'民訴法上の再審では、主張事由にそのような制限はなく、むしろ訴えの変更ないし反訴という新たな訴訟物設定までもが可能である⁵⁷⁾という違いも存在する。このような規律を民訴法との関連でどう正当化できるのかについては、今後に残された問題であ

54) 杉本・前掲注1)539頁。この理解は現在まで異論なく引き継がれている(南編・前掲注4)318頁,322頁〔上原洋允〕,室井編・前掲注22)331頁,333頁〔磯野弥生〕,園部編・前掲注4)433頁,437頁〔太田幸夫〕)。

55) その旨を特に明示しているのは、新堂・前掲注36)900頁,高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)』540頁(有斐閣,2004),斉藤秀夫他編『注解民事訴訟法(10)(第2版)』344頁〔斉藤秀夫・加藤新太郎〕(第一法規,1996)(ただし旧法下の文献)。明示的ではないがそう読み取れるものとしては、上田徹一郎『民事訴訟法(第6版)』616頁(法学書院,2009),伊藤眞『民事訴訟法(第3版3訂版)』695頁(有斐閣,2008)がある。

56) 前掲注2)東京地判平成10年7月16日判時1654号41頁が判示するところであり,新山一雄「判批」自治研究76巻1号121頁は「判決に影響を及ぼすべき」という行訴法34条の文理に大きなウエートを置いた解釈の結果だと評している。この規律に表立って反論する者はいない。

57) 旧法下の文献であるが,兼子一他編『条解民事訴訟法』1279頁(弘文堂,1986)や,石川明=高橋宏志編『注釈民事訴訟法(9)』100頁〔坂口裕英〕(有斐閣,1996)がその旨を述べる。平成9年施行の新法によってこの理解が変更された旨を述べる文献は見当たらない。

る。

V. 結論

本稿では、第三者効と第三者再審との相互関係という視点から、双方の具体的内容をできるかぎり明らかにしようと努めた。その結果、第三者効とは「形成力の主観的範囲」に関するものであり、この規定によって第三者に対する「形成力の拡張」が肯定されるが、「既判力の拡張」までは肯定されないという従来の説明（Ⅱ）に加え、行訴法は第三者効として形成力の「不可争説」を前提としている点（Ⅲ 1 ないし 3）、第三者再審は「形成力の否定」のみを可能とする制度であって、民訴法上の再審よりも再審要件がゆるいことはそれに起因するという点（Ⅲ 4）を明らかにすることができた。そして、付随する問題点として、本稿が分析の道具として用いた「対世効」と「絶対効」の区別の必要性の問題（Ⅳ 1）、第三者再審において主張できる事由の問題（Ⅳ 2）を、今後の議論の発展のために指摘した。

本稿は具体的な解釈論を提案するものではないが、今後の判決効ないし第三者再審の制度の分析、活用のための検討素材として活かされるべき論点が明らかになったとすれば、本稿の目的は達成できたといえる。今後の議論の展開に注目していきたい⁵⁸⁾。

※ 本稿は、2009年度にリサーチペーパーとして提出した拙稿「取消判決の効力——取消訴訟による計画紛争解決の方向性」のうち、判決効の主観的範囲に関する部分を取り出し、修正を加えたものである。リサーチペーパーの指導を担当していただき、奔放な議

論をする私を的確に導いてくださった山本隆司教授、口頭試問の労を執ってくださった斎藤誠教授、及び互いの論稿を読み合いながら切磋琢磨した同期の太田健介氏に、この場をお借りして感謝の意を表する。

（たつみ・ともひこ）

58) 本稿の議論は、取消判決を「形成判決」と見て、判決の「形成力」を観念する通説的見解（塩野・前掲注 25）82頁）を前提としている。しかし、取消訴訟の性質論に関しては、かねてからこれを確認訴訟と見る有力説が存在しており（市原・前掲注 17）など）、近時は取消訴訟の性質論の立法論的な再検討も行われているところである（興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010）は、「取消訴訟を《違法判断+是正措置（救済）》の二重構造によって捉えること」を説く）。取消訴訟の性質論において本稿に意義があるとすれば、それは、取消訴訟を形成訴訟と捉え、判決の形成力を観念することで、判決効の規律について明らかに行政法学よりも深化している民事訴訟法学の成果を取り入れることができることを示しようという点にあるように思われる。このような検討手法の当否それ自体についても、活発な議論が期待されるところである。