

〔論 説〕

ドイツ行政裁判所法上の規範統制手続の
裁判の一般的拘束力と参加制度

異 智 彦

0. 序

本稿は、ドイツ行政裁判所法（VwGO）47条に規定されている規範統制手続¹（Normenkontrolle²）の裁判³の効力の主体的範囲の問題と参加（Beiladung⁴）制度⁵の関係を考察し、我が国の行政訴訟における第三者の手続保障の問題についての示唆を得ることを目的とする。

ドイツにおいては、既判力の相対性を大原則としている取消訴訟及び義務付け訴訟とは異なり、規範統制手続に関しては当初から対世効の規程が導入されていた。現在の行政裁判所法は、「上級行政裁判所は、法規定が効力を有さない（ungültig）との確信に至った場合には、それが無効（unwirksam⁶）である旨を宣言する；この場合、裁判は一般的拘束力を有し（allgemein verbindlich）、裁判書は申立の相手方により当該法規定が公布される際と同様に告示されねばならない」と定めている（§47Abs. 5 S.2-3 VwGO）。しかし、この一般的拘束力の内容、目的、法的性質は、

1 その基本的な建付けについて参照、南博方「規範審査訴訟」同『行政訴訟の制度と理論』62頁（有斐閣、1968）〔初出：1960〕；藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査訴訟」一橋論叢92巻6号165頁（1984）；竹之内一幸「規範統制訴訟の機能、法的性格及び対象適格——ドイツ行政裁判所法第47条を中心として——」慶應義塾大学法学政治学論究11号1頁（1991）；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1238号86頁、104頁以下（2003）。

さほど明瞭ではない。本稿の第一の目標は、この点がドイツにおいてかに理解されてきたかを可能な限り明らかにすることである (1)。

-
- 2 Normenkontrolle の訳語には、「規範審査」というものも存在する。しかし、行政裁判所法上の Normenkontrolle の特殊性は、法規範の有効性が訴訟物となり、主文においてその判断が示される (prinzipale Kontrolle) 点にあるのであって、規範の審査それ自体にあるのではない。逆に言えば、行政行為の違法性の前提問題として法規範の有効性が争われる通常の取消訴訟においても、法規範の審査は当然になされる (inzidente Kontrolle)。したがって、本稿では、法規範の有効性そのものが争われることをヨリ直截に示している、「規範統制」の訳語を用いる。

また、この手続は「規範統制訴訟」と呼ばれることが間々あるが、ドイツではこれは訴え (Klage) ではなく申立 (Antrag) に基づく手続として、訴訟とは区別されて論じられてきた。現在では、仮命令が明文上認められるなど (§ 47 Abs.6 VwGO)、多くの点で通常の訴訟と同様の手続的規律が適用されるに至っているが、決定による本案裁判がなお許容されている (註3参照) など重要な差異があることにも鑑み、本稿では「規範統制手続」と呼称する。
 - 3 行政裁判所法上の規範統制手続の終局裁判は、当初は決定 (Beschluss) によりなされることとされていた (§ 47 S.3 VwGO 1960) が、1976年改正により、口頭弁論手続を経て判決を下すことも、それを経ずに決定を下すこともあり得ることとされた (§ 47 Abs.6 S.1 VwGO 1976. 現在は Abs.5 S.1)。本稿ではこの判決と決定を合わせて「裁判」と呼ぶ。
 - 4 Beiladung の訳語に関しては、巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲—『引き込み型』から『効力拡張型』へ」行政法研究7号47頁、59頁註11 (2014)。
 - 5 浩瀚な先行業績として、新山一雄『職権訴訟参加の法理』11頁以下 (弘文堂、2006)。
 - 6 2004年改正以前は、Unwirksamkeit ではなく Nichtigkeit という文言であった。これは、建設法典 (BauGB) 上の補完手続による違法事由の是正を予定した文言の変更であり (参照、大橋洋一「都市計画訴訟の法構造—規範審査訴訟と計画維持原則の関係を中心として」同『都市空間制御の法理論』57頁、75頁 (有斐閣、2008) [初出: 2006])、一般的拘束力の内容には改正前後で変化はない。ただし、同時になされた § 47 Abs.5 S.4 の削除にも起因して、改正の具体的内容の理解には争いがある。Vgl., Christian Bickenbach, § 47 V 2 VwGO n.F. und die Unwirksamkeit von Rechtsvorschriften, NVwZ 2006, 178; Wolfgang Rieger, Nochmals: § 47 V 2 VwGO n.F. und die Unwirksamkeit von Rechtsvorschriften, NVwZ 2006, 1027.
 - 7 「引き込み型」「効力拡張型」それぞれの内容を含め参照、巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究7号49頁以下、57頁以下 (2014)。

他方で、行政裁判所法上の規範統制手続については、一般的拘束力により利害関係人が当然に裁判の内容に拘束されることなどから、第三者に判決効を及ぼすための参加制度は不要であると考えられてきた。このことは、固有の必要的共同訴訟類似の必要的参加の解釈（「引き込み型」の第三者規律）に拘ってきた取消訴訟や義務付け訴訟の議論状況⁷と、好対照を為している。本稿の第二の目標は、この規範統制手続における参加制度の適用の問題の展開を整理し、「効力拡張型」の下での第三者の手続保障の問題を考察することである（2）。

1 一般的拘束力の具体的内容

規範統制手続の裁判の一般的拘束力は、最大公約数的な理解によれば、他の系列をも含めたすべての裁判所、すべての行政庁、および訴訟関係者に限られないすべての者が裁判に拘束されることを意味し⁸、通常の行政訴訟の判決の効力が関係者間に限定されている（Vgl., § 121 Nr.1 VwGO）ことと対比される、判決効の主體的範囲に関わる問題である⁹。これは、客観法統制という規範統制手続独自の目的を象徴する制度として、しばしば言及されてきた¹⁰。ヨリ技術的な説明としては、法的安定性の確保、訴訟経済の達成、さらに具体的には、訴訟当事者とならない不特定多数の規範の名宛人の利益の保護が、一般的拘束力の存在理由として挙げられてき

8 Vgl., z.B., *Christian-Friedrich Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes - Eine verwaltungsrechtliche und prozeßvergleichende Studie, 1954, S.94 Anm.15; *Ferdinand O. Kopp/ Wolf-Rüdiger Schenke* (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20. Aufl., 2014, § 47 Rn.142.

9 これに対して、規範統制手続の「一般的拘束力」は、判決効の客體的範囲の問題として取り上げられることがしばしばある。具体的には、規範統制手続の対象とならないが、それ自体が私人の権利利益に影響を与えている「自力執行的規範（self-executing Norm）」について、いかなる訴訟類型による保護が妥当であるかを論ずる際に、法規範の無効を確認する確認訴訟が不適切であるとされる理由として、単なる確認判決には「一般的拘束力」が備わらない点に言及されることがある（*Wolf-Rüdiger Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rn.1073）。しかし、そこで想定されている「一般的拘束力」は、本稿で分析する判決効の主體的範囲の問題としてではなく、法規範の一部のみを無効とすることが許されるべきかという、判決効の客體的範囲の問題として言及されている。この論点には立ち入らない。

た¹¹。しかし、そうした説明が具体的にいかなる事態を念頭に置いており、一般的拘束力が具体的にいかなる内容をもつものなのかは、実はさほど明確に説明されてこなかった。

以下では、一般的拘束力の沿革を確認した上で (1. 1)、それがいかなる法的性質をもつものとして理解されてきたのかを概観し (1. 2)、いかなる事態を処理するために導入され、活用されてきたのかを考察する (1. 3) ことを通じて、一般的拘束力の具体的内容の解明に努める。

1. 1 一般的拘束力の沿革

裁判の一般的拘束力は、規範統制手続が明文化された当初からの特色である。当初は棄却裁判にも備わる両面的対世効であったが (1. 1. 1)、現在は認容裁判のみに備わる片面的対世効となっている。しかし、片面的対世効への変更の理由は必ずしも明確に説明されておらず、結果として一般的拘束力の具体的内容は十分に明らかにされていない (1. 1. 2)。

1. 1. 1 VGG——両面的対世効

行政裁判所の事物管轄に属する規範統制手続が初めて明確化されたのは、第二次世界大戦後のアメリカ占領区における行政訴訟通則法典であった VGG (Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit) においてである¹²。そして、この時点において既に、裁判の一般的拘束力が予定されていた。すなわち、同法の 25 条は、1 項で「行政裁判所の事物管轄の枠内で、上級行政裁判所は、申立に基づき決定によって、命令その他の法律より下位の法規定の有効性に関し判断をする。申立は、行政庁および当該法規定の適用によって不利益を被ることが予見される者全てがなすことができる」と規定し、2 項で「決定は一般的拘束力を有する (allgemein verbindlich)。

10 Vgl., z.B., *Ludwig Renck*, Zur Dogmatik der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, BayVBl. 1979, 225 (228); *Wilfried Berg*, Alte und neue Fragen zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle - Fünf Jahre Neufassung des § 47 VwGO - eine kritische Zwischenbilanz, DOV 1981, 889 (892).

11 Vgl., z.B., *Klaus Obermayer*, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (I), in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970, S.142 (S.145f.).

12 それ以前の状況も含めて参照、南博方「規範審査訴訟」66 頁以下〔初出：1960〕；藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査訴訟」166 頁 (1984)。

決定は公示されねばならない」と規定していた。そして、当時の法文には、現在のように一般的拘束力が認容裁判のみに生ずるといような規定は存在しなかった。すなわち、当時の一般的拘束力は、認容裁判にも棄却裁判にも備わる両面的対世効であった。

当時においてこの一般的拘束力は、法的安定性の確保のために要請されるものと解されていた¹³。通常、取消訴訟においては、根拠となる法規範が法律に違反しているがゆえに行政行為が取消されたとしても、その法規範は依然として残存し、行政庁及び行政裁判所を拘束していることとなる。そのため、別の事案では当該法規範は適法であるとの判断がされることがあり得る。これに対して、規範統制手続は、その裁判の一般的拘束力により、当該法規範の有効性に関する判断を全ての行政庁および行政裁判所に通用させることで、同じ法規範の効力について事案ごとに異なる判断がなされることを防ぐことを目的としているのである¹⁴。

1. 1. 2 VwGO——片面的対世効への変更

しかし、1960年行政裁判所法（VwGO）¹⁵は、一般的拘束力を明文で認容裁判に限定した。1960年当初の47条4文は、「規定の有効性が否定される場合、決定は一般的拘束力を有し（allgemein verbindlich）、当該規定が公示されたのと同様に公示されねばならない」（傍点筆者）と規定したのである。

このように対世効が認容裁判に限定されたのは、1960年法の草案理由書によれば、「当該規定は場合によっては行政裁判権の範囲外の法領域を広範に把握することになる」という理由に基づくものであった¹⁶。しかし、草案理由書はそれ以上具体的な説明を行っておらず、いかなる事態を想定したものなのか判然としない。そのためもあってか、この理由付けに対す

13 *Erich Eyer mann/Ludwig Fröhler*, *Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden Kommentar*, 1950, S.101

14 *Vgl., Franz Hufnagl*, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone - Mit besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Zone*, 1950, S.137.

15 なお、VwGOの起草過程においては、規範統制手続の導入がそもそも否定されるなどの紆余曲折があったが、この点には立ち入らない。Vgl., *Menger*, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, S.86ff.

16 BT-Dr. 3/55, S.34, 1957.

る反論も、同条が行政裁判所の事物管轄内の事項に限って規範統制手続を認めていることを見落としている¹⁷などの、抽象的なものに留まっていた。

片面的な一般的拘束力の根拠が詳しく示されたのは、むしろ後の1976年の第一次行政裁判所法改正法¹⁸の草案理由書においてである。曰く、棄却裁判に一般的拘束力を認めると、①後訴において当該法規範が基本権を侵害する旨を主張する第三者は、前訴裁判を取消すべく憲法異議を用いる必要が生ずるが、それでは憲法異議の補充性の趣旨に反するし、②他の関係者が前訴において争われていなかった無効事由を主張する可能性を排除することになる¹⁹。

しかし、一方で②は、一般的拘束力の備わる棄却裁判はあらゆる争点において当該命令が適法である旨を確認することになるという前提に立って

17 *Wolfgang Bergmann*, Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, *Verw.Arch.* 51, 36 (60f.), 1960; *Karl August Betermann*, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, *AöR* 86, 129 (161), 1961

18 Vgl., *Ferdinand O. Kopp*, Änderungen im Verwaltungsprozessrecht, *NJW* 1976, 1961 (1963ff.). この改正は、地区詳細計画 (Bebauungsplan) 等、建設法典上の一定の条例および法規命令について、ラント法の留保なくして規範統制を可能としたものである (参照、大橋洋一「条例論の基礎」同『現代行政の行為形式論』341頁、360頁 (弘文堂、1993) [初出: 1993])。同改正は1985年開催の第43回ドイツ弁護士大会のテーマに取り上げられるなど、相当の反響を呼んだ (紹介記事として参照、*Heribert Johlen*, *Anwaltstag diskutiert Erfahrungen mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle*, *NVwZ* 1985, 477)。さらにその後、建設法典 (BauGB) 制定に合わせてなされた1987年改正によって建設法典の条文に対応した修正が施され (その他の改正点も含め参照、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範統制制度の展開——地区詳細計画の訴訟統制——」雄川一郎古希『行政法の諸問題 (中)』437頁、445頁 (有斐閣、1990))、この建前が現在まで継続している。ただし、その他の法規範については今なお一般的にラント法の定めに留保されており (Abs.1 Nr.2)、さらに、地区詳細計画等をも含め、州憲法裁判所に管轄が留保されることもある (Abs.3. Vgl., z.B., *Wolf-Rüdiger Schenke*, *Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, *NJW* 1978, 671)。

19 BT-Dr. 7/4324, S.12. *Jens Meyer-Ladewig*, Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle - zur beabsichtigten Reform des § 47 VwGO, *DVBf.* 1976, 204 (210) がこの論拠を敷衍している点も参考にした。

いるように見受けられる点²⁰に、異論の余地がある。こうした前提は自明ではない。というのも、規範統制手続の棄却裁判は、当該事例において問題とされた争点において当該命令が適法である旨を確定するのみであり、あらゆる争点においてその適法性を確定する意味を持たないという解釈²¹もあり得るからである²²。他方で①は、当時からすでに問題視されていた憲法異議の濫用への政策的な対応の必要性を説くものとして一応理解できるが²³、①のような事態を補充性的の問題として処理するのは的を射ていない²⁴

-
- 20 同様の前提に立つように見える叙述として他に、*Klaus Obermayer*, *Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle*, DVBl. 1965, 625 (631). なお、一般的拘束力を疑似的排除効と解する見解 (1. 2. 1. 1 参照) は、このような前提に立たざるを得ないと考えている可能性がある。後掲註 29 参照。
- 21 法令の違憲審査に関して参照、長谷部恭男『憲法 (第 5 版)』421 頁 (新世社、2011)。
- 22 むしろ、学説上はこのような理解の方が優勢であるように見受けられる。Vgl., *Ulrich Scheuner*, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik*, DVBl. 1952, 613 (617f.); *Xaver Schoen*, *Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof*, in: *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, S.407 (410); *Klaus Meyer*, *Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (II) - Die Normenkontrolle in der Praxis und in rechtspolitischer Sicht*, in: *Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970*, S.161 (S.171); *Karl August Bettermann*, *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?*, DVBl. 1982, 91, (95); *Ludwig Renck*, *Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle : Rechtsschutz- oder Rechtsbeanstandungsverfahren?*, BayVBl. 1985, 263, (264f.). ただし、法規の有効性そのものが訴訟物となる規範統制手続においては、この解釈を採用するためには、訴訟物および判決効の客体的範囲に関して説明を要することになる。この点は本稿では立ち入らない。
- 23 ただし、濫用を理由に憲法異議の利用を制限することに対しては当時から学説上の批判が強く (Vgl., z.B., *Ernst Friesenhahn*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1963, S.83f. 広田健次訳『西ドイツ憲法裁判論』101 頁以下 (有信堂、1972))、そのような法政策それ自体についても異論があり得る。
- 24 問題の本質は棄却裁判に対して同種利害関係人が再審を提起する可能性を認めるか否かである。現在でも、棄却裁判に対する申立人からの再審はともかく (Vgl., *Kopp/ Schenke (Hrsg.)*, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 20.Aufl., 2014, § 153 Rn.5)、同種利害関係第三者からの再審の可能性は議論されていない。

上、棄却裁判の一般的拘束力を被る第三者が憲法異議を提起する他なくなるとするのは、やはり②と同じ前提に立脚していると推察される点に問題がある。

要するに、VwGO が棄却裁判の効力の拡張を否定した理由は、申立人と共通の利害関係にある第三者の手續保障の確保に見出されるが、棄却裁判の一般的拘束力があらゆる争点において規範が適法である旨を確認する効力であると解するからこそ、棄却裁判の効力の拡張が否定されたのである。逆に言えば、棄却裁判の一般的拘束力の事項的範囲を、規範統制手続において争われた争点のみに限定することができるならば、草案理由書の挙げる①②の問題は生じないため、棄却裁判の一般的拘束力を否定する必要はないとも考えられる。この点は、現在でもなお議論の余地がある（1. 3. 1. 1 II 参照）。

1. 2 一般的拘束力の法的性質

他方で、一般的拘束力がいかなる効力であるのかという点も、さほど明確に論じられてこなかった。VGG 下においては議論はほとんど見当たらず、また、1960 年草案理由書においても、認容裁判の対世効は「事の性質により（durch die Natur der Sache）」生じると述べられている²⁵のみで、それがいかなる法的性質のものであるのかはやはり明確でない。VwGO の解説の多くも、この点をはっきりとは論じて来なかった。とはいえ、幾人かの論者は、この点を意識的に論じている（1. 2. 1）し、この問題が結論に影響しうる論点における議論の趨勢に鑑みると、この問題については一定のコンセンサスがあるものと評価しうる（1. 2. 2）。

1. 2. 1 学説分布の確認

以下では、一般的拘束力の法的性質に明示的に言及した論者について、それぞれの論旨を概観する（1. 2. 1. 1～1. 2. 1. 3）。結論的には、いずれの見解においても、一般的拘束力は基準性に留まらず排除効の拡張を意味しており²⁶、それを覆すためには再審または憲法異議の手續が必要である、と考えられている。ただし、その排除効が実体法上のものなのか、

25 BT-Dr. 3/55, S.34

26 基準性および排除効という概念の内容に関しては、異智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主體的範囲」行政法研究 7 号 52 頁以下（2014）。

既判力と同様の訴訟法上のものなのかという点では、論者によって見解が分かれている。

1. 2. 1. 1 疑似的排除効——実体法上の排除効

かねてから散見されるのは、裁判が新たな法規範としての効力を有し、従前の法規範に代わって行政庁及び裁判所を拘束するという発想である²⁷。

この説明は、一般的拘束力を排除効としてではなく、実体法上の基準性の問題として理解しているようにも見える。仮に実体法上の基準性として一般的拘束力を理解するのであれば、一般的拘束力によって不利益を被る第三者は、規範統制の認容裁判を取消さずして、無効と宣言された法規が当初から有効に存在している旨の主張が可能であるはずである。しかし、明示的には論じられていないが、一般的拘束力の存在を理由に参加（Beiladung）制度が不要と解されてきた以上は、一般的拘束力によって第三者も当事者および参加人と同様に判決に拘束されることが前提とされていたはずである（2. 1. 1. 1 参照）。すなわち、こうした発想の下でも、一般的拘束力は排除効として観念されていたはずである。このような実体法上の論理から基礎づけられる排除効について理論的説明を与えるとすれば、法規範の無効の要件として規範統制手続の認容裁判それ自体が位置づけられており（単一要件）、第三者は法規範の無効を主張するためには当該認容裁判を取消す手続（再審または憲法異議）による他なく、そこから翻って、一般的拘束力は実体法上の排除効（疑似的排除効²⁸）として把握される、ということになる²⁹。

27 Schoen, Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 407f., 1955 は、規範統制手続の裁判の効力は、審査される規範の効力と同様の範囲に及ぶのだと言う。他方、Bergmann, Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, Verw.Arch. 51, 39, 1960 は、憲法裁判所法 31 条 2 項の「法律としての効力（Gesetzeskraft）」との対比で論じており、裁判それ自体を新たな法規範として扱う発想が垣間見える。

28 実体法上の排除効としての疑似的排除効については、さしあたり、異智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主體的範囲」行政法研究 7 号 52 頁以下（2014）。この概念については、「訴訟上の排除効」の概念と共に、後に詳論する予定である。

1. 2. 1. 2 既判力＝疑似的排除効？

他方で、一般的拘束力を既判力の拡張と理解する見解も存在する³⁰。

その中でもベッターマンは、その理論的基礎にまで踏み込んで考察を加えている。ベッターマン曰く、規範統制の対象は「抽象的で一般的な規律 (Regelung)、すなわち規範 (Norm) であり、それゆえに規範統制の裁判はそれ自体抽象的一般的に作用する。その効力の領域は、合理的に考えるならば、それが有効または無効と宣言する規範の効力領域に他ならず、とりわけそれよりも小さくはあり得ない。これを指して、規範統制の裁判は規範としての効力 (Normenkraft) ——関連する規定 (筆者註：§ 31 Abs.2 S.1 BVerfGG) の表現によれば法律としての効力 (Gesetzeskraft) ——を包含すると言われるのである³¹。ここでは、規範統制の裁判の対世効は、当該裁判が新たな法規範として作用することを意味するとされており、1. 1. 2. 1 で見たのと同様の発想の下で、さしあたり実体法上の基準性について述べられているものと理解することができる。しかしベッターマンは、以下のように続ける。「だが、この法律としての効力と一般的拘束性 (Allgemeinverbindlichkeit) との間には何ら違いが無い——そ

29 なお、棄却裁判の場合はそれによって新たな法規範が制定されるという説明ができないが、論者が念頭に置いていた効力が疑似的排除効であったと考えられるならば、棄却裁判の一般的拘束力の説明も一応の説明が可能である。しかし、それよりも問題なのは、疑似的排除効としての説明では、棄却裁判の排除効の客体的範囲を実際に争われた争点に限定すること (1. 2. 2 参照) が難しくなる点である。この点も、前掲註 22 の論点に関わる。

30 *Hans-Jürgen Papier*, Normenkontrolle (§ 47 VwGO), in: Festschrift für Friedrich Menger, S.517 (519), 1985; *Ernst-Hasso Ritter*, Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DÖV 1976, 802 (802, 806f.). また、*Jörg Schmidt*, in: *Erich Eyermann/ Ludwig Fröhler (Hrsg.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14.Aufl., 2014, § 47 Rn.101 は、既判力の作用 (Rechtskraftwirkung) という表題の下で一般的拘束力を考察している (*Eyermann/ Fröhler*, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden Kommentar, 1950, S.259 の発想を引き継いだものと目される)。

31 *Karl August Bettermann*, Über richterliche Normenkontrolle, ZZP 72, 32 (36), 1959. ただしこの叙述には、判決効の客体的範囲の問題と主体的範囲の問題とを混同している憾みがある (前掲註 9) 参照。

して、法律としての効力および一般的拘束性と、全ての者に対する既判力との間にも、何ら違いが無い。むしろ、抽象的、主位的規範統制の裁判においては、既判力と法律としての効力とは一致する。というのも、規範の存在または内容に関する裁判官の判断は、その既判力の対象ゆえに、その規範に服する事例及び者すべてについて生じ、それゆえそれは要件に合致する事例及び者全てに対して同様に拘束的である規範と同じ効力を有するからである。それゆえ、抽象的規範統制手続において出された、規範を有効または無効と宣言する裁判が、官報において公示されることは、なんら不思議ではない³²。ここでは、一般的拘束力が既判力の拡張である旨が述べられているのである³³。

しかし、ベッターマンの論旨には、規範統制の裁判が新たな法規範として作用するという現象を、既判力の作用と同視している点に問題がある。というのも、そのような既判力理解には、後訴裁判所の拘束の根拠を裁判により設定される新たな実体法規範に見出す点に、すでに克服されたはずの既判力実体法説の発想が伏在しているように見受けられるからである³⁴。換言すれば、この理解を貫くならば、一般的拘束力は、既判力と名付けられてはいても、その実は疑似的排除効と同質の実体法上の効力だということになる。そのため、ベッターマンの説明は、結局のところ 1. 2. 1. 1 で見た見解と同一に帰すると言わざるを得ない。

1. 2. 1. 3 訴訟法上の遮断効

他方で、デッターベックは、その浩瀚な教授資格申請論文において、純粋に訴訟法説の方向で理解した既判力を、一般的拘束力の分析と関連付けた。デッターベックも、草案理由書と同じく規範統制手続の認容裁判は「事の性質上 (in der Natur der Sache)」対世的に作用することを認めるが、この対世的な作用は「純粋に事実上の余後効 (Folgewirkung)」と

32 *Bettermann*, a.a.O.

33 一般的拘束力を既判力だとする論旨は、後の論考においても維持されている (*Karl August Bettermann*, Anmerkung über BVerwG Beschluss v. 12.3. 1982, DVBl. 1982, 951 (956))。

34 さしあたり参照、兼子一『実体法と訴訟法』141頁以下(有斐閣、1957)。既判力理論の発展については、実体法上の基準性や形成力との関係で、別稿で考察する予定である。

して生ずるのであり、既判力ではないと主張する。具体的には、ある法規範がある者に対しては無効でありかつ他の者に対しては有効であるという事態は、法実務上看過できない困難を惹起するため、ある当事者間で法規範の無効が確認されたならば、当該規範はもはや他の事例においても適用されてはならず、被告は第三者に対する事案において当該法規範を適用できなくなる。この事態を指して、デッターベックは事実上の余後効ないし準形成力 (Quasigestaltungswirkung) を語るのである³⁵。この事実上の余後効ないし準形成力は、当該法規範が無効とされたという事実が全ての者に対して通用するという、実体法上の基準性の拡張を指しているものと解される。

そしてデッターベックは、行政裁判所法に規定された一般的拘束力は、この余後効ないし準形成力とは異なるものだと考える。曰く、一般的拘束力の作用により、後訴裁判所は前裁判の無効の判断に拘束される³⁶。これは、ベッターマンの叙述とは異なり、一般的拘束力を、実体法への拘束から明確に切り離された、訴訟上の排除効として理解しているものと評価できる。要するにデッターベックの所論は、「事の性質上」既判力が拡張されるのだとは理解せず、「事の性質上」拡張されるのはあくまで実体法上の基準性であることを前提としたうえで、一般的拘束力の規定によって初めて、訴訟法上の排除効が対世的に拡張されるというものだと理解できる。その他、一般的拘束力が既判力の拡張であることを前提とする見解の多くは、一般的拘束力は訴訟法上の排除効であるという、同様の理解に立つものと評価することができよう³⁷。

1. 2. 2 一般的拘束力の法的性質と問題の解決

以上見たような一般的拘束力の法的性質論は、現在ではもはや棚上げにされている³⁸。しかし、この問題はいくつかの論点において具体的な結論の違いに結びつき得るものであり、実益のないものと割り切ることは相当でない。とはいえ、この問題が影響する具体的論点についての学説状況に鑑みると、実際のところは、一般的拘束力は実体法上の排除効（疑似的排

35 *Steffen Detterbeck*, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, 1994, S.248f.. デッターベックは、事の性質上既判力が拡張されるのであれば、一般的拘束力の規定は少なくとも過剰であろうと述べる。

36 *Detterbeck*, a.a.O., S.254.

除効)ではなく、既判力と同一または同様の訴訟上の排除効であるとの理解に落ち着いているものと考えられる(1. 2. 2. 1)。しかし、なおはっきりしない問題もある(1. 2. 2. 2)。

1. 2. 2. 1 同種利害第三者からの反復禁止義務の援用

まず、既判力に結びつけられた効力として、法規範制定の反復禁止義務³⁷が問題となる。例えば、VGGの解釈論として一般的拘束力が既判力ではないと論じたシェーンは、「行政庁が変更された法規定を維持する義務を負うわけでもないし、申立人が当該法規定の維持を求める権利⁴⁰を有するわけでもない」として、被申立人が同内容の法規範を再び制定するこ

37 ただし、デッターベックは、一般的拘束力を既判力と同視することを慎重に避けている。曰く、既判力は憲法に先行する制度であり、基本法上の法治国原理も既判力の拡張の必要性を一般的に基礎づけるわけではない。すなわち、一般的拘束力は、憲法に基礎づけられたものではなく、政策的に法律レベルで導入された制度にすぎない。そのため、既判力の範囲を法律によって変更することはできないが、一般的拘束力の有無ないし妥当範囲を法律によって変更することは可能である(Detterbeck, a.a.O., S.256)。この論理からすれば、他の分野における既判力拡張条項も、同様に憲法に先行する制度として法律レベルでの変更が禁じられることになりそうであるが、その当否を含め本稿ではこれ以上立ち入らない。

38 Vgl., Kopp/ Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20.Aufl., 2014, § 47 Rn.142, § 121 Rn.22a; Jörg Schmidt, in: Erich Eyermann/ Ludwig Fröhler (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14.Aufl., 2014, § 47 Rn.101; Jan Ziekow, in: Helge Sodan/ Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar, 4.Aufl., 2014, § 47 Rn.364; Martin Redeker, in: Konrad Redeker/ Hans-Joachim von Oertzen (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 16.Aufl., 2014, § 47 Rn.45; Michael Gerhardt/ Wolfgang Bier, in: Friedrich Schoch et al. (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 1996, § 47 Rn.119 (Stand in: Juli 2005).

39 Vgl., z.B. Kopp/ Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20.Aufl., 2014, § 47 Rn.143, § 121 Rn.22a. 既判力に基づく反復禁止義務に関しては、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』14頁以下(弘文堂、2010)参照。

40 この点は、いわゆる規範制定訴訟(Normerlassklage)の許容性に関する問題に関わり、連邦行政裁判所判例は一定の場合にその許容性を認めていると解されているが、現在でも学説は一致していない。本稿では立ち入らない。

とが禁じられない点を、一般的拘束力が既判力ではないことの理由としていた⁴¹。ただし、シェーンの立論自体には、一般的拘束力以外に当事者間に既判力が生じるのであれば、少なくとも申立人との関係では反復禁止義務が発生するのではないかという疑問がある⁴²。とはいえ、現在でも、実際に法規範が再度制定された場合に、先の規範統制手続の申立人ではなく、したがって一般的拘束力のみを被っている第三者が、規範統制手続の認容裁判を援用して反復禁止義務違反を主張しうるかという論点は、一般的拘束力が既判力であるのか否かという問題と関わっている。

一方で、第三者に法規範の反復禁止の主張を許すためには、法規範が無効であるという判断を超えて、法規範が違法である旨の判断についての排除効が、第三者に通用していなければならない。この点は、規範統制手続の認容裁判の既判力の客体的範囲に、法規範が無効であるという判断のみならず、法規範が違法であるという判断が含まれると解したうえで、一般的拘束力を既判力のような訴訟上の排除効の拡張と解するならば、肯定されることになる⁴³。これに対して、一般的拘束力を疑似的排除効に留める場合、実体法上の排除効である疑似的排除効には、法規範の違法性に関する判断についての排除効を認めることが通常は想定されていないことから、さらなる理論構成が必要である⁴⁴。

他方で、現在では、一般的拘束力の効果として第三者に法規範の反復禁

41 Schoen, Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.417.

42 ただし、VGG では判決の既判力に関する条文が取消事件 (Anfechtungssachen) および当事者争訟 (Parteistreitigkeiten) の章にそれぞれ置かれており (§ 84, 100 VGG)、規範統制手続の裁判に既判力が備わるのか否かが法典上明確でなかったため、シェーンは規範統制手続の裁判にはそもそも既判力が備わらないと解していた可能性がある。とはいえ、当時においても、一般的拘束力を既判力の拡張と理解するように見える論者もあり (Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden Kommentar, 1950, S.259)、そのような理解が通説的であったわけではない。

43 フランスでもこの問題は、行政行為の対世的消滅を意味する「対世効 (effet erga omnes)」を超えた、違法性判断の通用力を意味する「絶対効 (effet absolu)」の帰結として論じられている。伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効』206-207頁 (東京大学出版会、1993)。

44 この点の詳細については別稿を予定している。

止を主張することを認める点に争いはないものと考えられる⁴⁵。したがって、この点について特段の理論構成を必要としていない論者においては、一般的拘束力を既判力のような訴訟上の排除効の拡張と理解していると見るのが素直だということになる。

1. 2. 2. 2 職務責任訴訟における規範の違法性判断への影響

次に、規範統制手続におけるある法規範の違法性の判断が、後の職務責任訴訟⁴⁶に通用し、民事裁判所が当該法規範が違法であったことを前提とした審理をしなければならなくなるかどうか、という問題が考えられる⁴⁷。

この問題は、さらに二種類の類型に分けることができる。一つは、ある法規範によって不利益を被っている同種利害関係人が、当該法規範を無効とする規範統制手続の認容裁判を援用して、違法な当該法規範に従ったがゆえの出捐等に関して損害賠償を請求する場合⁴⁸である。この場面では、一般的拘束力が既判力の拡張であれば、行政主体はもはや当該法規範が適法であったことを主張することができないこととなる（第三者に対して有利な作用）。今一つは、ある法規範によって利益を受けていた反対利害関

45 Vgl., z.B., *Kopp/Schenke (Hrsg.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20.Aufl., 2014, § 121 Rn.22a; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, 1994, S.258.

46 我が国の国家賠償請求訴訟に相当するものであり、行政裁判所ではなく民事裁判所の事物管轄に属する。その概要については、宇賀克也「ドイツ国家責任法の現状と課題」同『国家責任法の分析』269頁、270頁以下（有斐閣、1988）〔初出：1987〕。

47 行政行為取消判決は、その既判力の作用により、民事裁判所を拘束する（*Fritz Ossenbühl/ Matthias Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6.Aufl., 2013, S.123.）。規範統制手続の認容裁判も同様であると解されている（*Bernd Tremml/ Michael Karger*, Der Amtshaftungsprozess, 1998, Rn.839）。ただし、民事裁判所が拘束されるのは、あくまで行政裁判所判決の既判力の客体的範囲内の判断、すなわち行政行為が違法である旨の判断についてのみである（BGH Urt. v. 17.5.1956, BGHZ 20, 379）。我が国の同様の論点について参照、西莖章『国家賠償法コンメンタール（第2版）』768頁以下（勁草書房、2014）。

48 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』200頁以下（1993）は、この問題を、行政行為が取消されたという結果の通用性としての「対世効（effet erga omnes）」を超えた、行政行為の違法判断の後訴への通用性としての「絶対効（effet absolu）」の有無の問題として考察している。

係人が、当該法規範を無効とする規範統制手続の認容裁判を承けて、当該法規範は本来適法であったはずなのに、行政の手続追行の不備によりそれが無効とされたとして、法規範が無効となったことに基づく損害の賠償を請求する場合である⁴⁹。この場面では、一般的拘束力が既判力の拡張であれば、反対利害関係人は当該法規が適法であったことをもはや主張できなくなる（第三者に対する不利な作用）。

残念ながら、この問題についてのドイツの議論は発見できなかった⁵⁰。したがって、一般的拘束力の法的性質論の問題は、さしあたり、先に見た反復禁止に関する論点の結論の一致から、既判力のような訴訟上の排除効の拡張であることが前提にされていると考えることができる（1. 2. 2. 1）が、その他の具体的な論点への影響にはなお不明確な点があると言わざるを得ない⁵¹。

49 こちらの問題については、我が国の第三者効の内容に関する別稿で論ずる予定である。

50 行政立法の制定改廃に係る職務義務については、職務義務の第三者関連性（Drittbezogenheit）の要件の充足がとりわけ問題となる（Vgl., *Winfried Kluth*, in: *Hans Julius Wolff et al.*, *Verwaltungsrecht*, 2.Bd., 7.Aufl., 2010, § 67 Rn.80）ため、そもそも職務責任が成立する場面があまり想定されていないのかもしれない。この点に関しては、伊藤洋一教授との口頭でのやり取りから示唆をいただいた。

51 ただし、職務責任訴訟への違法判断の通用性の問題は実体法の構造に依存しており、実体法の構造によっては一般的拘束力の法的性質論についての争いは相対化され得るため、この論点から一般的拘束力の法的性質を推測することがそもそも適切でない面がある。というのも、職務責任は関係する行政行為や法規範が違法であることのみから生じるわけではなく、職務義務（Amtspflicht）違反が基礎づけられなければ成立しないことから、問題は、職務義務の内容に当該行政行為や法規範の違法性がどのように関わるかという、実体法の解釈問題に収斂することとなるからである。ヨリ具体的に言えば、法規範が無効とされたことそれ自体ではなく、法規範が違法であったことが職務義務違反を推定する（Vgl., *Detterbeck*, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, 1994, S.260）と言える場合には、一般的拘束力を訴訟上の排除効の拡張と考えなければ、後訴を援用することが難しくなるのに対して、法規範が無効とされたことそれ自体が職務義務違反を推定すると言える場合には、疑似的排除効でも同様の結論にたどり着くことになる。本稿ではこれ以上踏み込まない。

1. 3 一般的拘束力の機能

とはいえ、1. 2. 1で見たとおり、一般的拘束力は、基準性の拡張に留まらず、排除効の拡張をも意味しているという点では、学説の一致があると考えられる。ヨリ具体的に言えば、ある法規範を無効とする裁判の一般的拘束力により、申立人と反対利害関係にある第三者は、再審⁵²または憲法異議を提起することなくしては当該法規範の有効性をもはや主張できなくなるし、(仮に VGG のように棄却裁判の一般的拘束力を認める場合には)申立人と同種利害関係にある第三者は、ある法規範を有効とする裁判の一般的拘束力により、(少なくとも当該手続において判断された論点に関しては)再審または憲法異議を提起することなくしては当該法規範の無効をもはや主張できなくなる。

それでは、以上のような一般的拘束力の内容は、規範統制手続の目的として説かれるところと、いかなる関係に立っているのであろうか。換言すれば、一般的拘束力は、いかなる機能を果たしているのであろうか。この点もまた、従来必ずしも明確に説明されてこなかった。結論から言うならば、一般的拘束力の機能は、同種利害関係人との間の画一的解決および一回的解決に比重を置いて理解されてきた(1. 3. 1)のであり、日本の第三者効やドイツの必要的参加(notwendige Beiladung)の議論が念頭に置いてきた反対利害関係人との間の画一的解決は、全く問題関心になかった(1. 3. 2)。

1. 3. 1 同種利害関係人への焦点

規範統制手続の趣旨としては、当初から訴訟経済の観点が強調されてきた。1960年法の草案理由書曰く、「抽象的規範統制の目的は、一つの裁判によって多数の個別訴訟を避け、それによって行政裁判所の負担を軽減することにある」。規範の具体的適用行為に関する取消訴訟や義務付け訴訟が可能であっても規範統制が許される(1. 3. 1. 1参照)のは、「この方法によってのみ、…訴訟経済の目的が達成できるから」であるとされている⁵³。

52 そもそも認容裁判に対する再審が認められるかについては争いがある(Vgl., *Kopp/ Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 20. Aufl., 2014, § 121 Rn.22a)が、立ち入らない。

そして、こうした訴訟経済の観点からの規範統制手続の必要性は、対世効ある裁判の必要性と密接な関連をもって説かれている。例えば、一般的確認訴訟では対世効ある裁判を下すことができないため、規範統制手続が必要とされたとの指摘⁵⁴がそれである。1976年改正法の草案理由書も、規範統制の対象の拡張（註18参照）の動機として、早期の権利保護の実現に加えて、一般的拘束力による個別訴訟の回避を挙げている。曰く、「無効が確認された場合、裁判は一般的拘束力を有する。法状態は明確にされる。すなわち、互いに矛盾する付随的判断は、もはや有りえなくなる」⁵⁵。

この「多数の個別訴訟」を避けるため、また「互いに矛盾する付随的判断」を避けるために認容裁判の排除効の拡張を導入するという理屈は、具体的には以下のように敷衍することができよう。仮に規範統制手続の認容裁判に排除効の拡張が備わっていないとすれば、例えばある建築主が地区詳細計画（Bebauungsplan）を無効とする認容裁判を得たとしても、そこで行政庁が他の建築主に対してなお当該地区詳細計画を前提に建築確認を拒否した場合に、当該他の建築主が提起した建築確認の義務付け訴訟において、当該地区詳細計画の違法性は改めて審査されることとなる。その結果、この後訴で地区詳細計画が適法であるとの判断がなされることになれば、ここで「互いに矛盾する付随的判断」が生じてしまうこととなる。これに対して、規範統制手続の認容裁判に排除効の拡張を認めるならば、当該他の建築主の義務付け訴訟においては地区詳細計画の有効性を審理する可能性が排除されることになり、「互いに矛盾する付随的判断」は生じなくなる。同時に、地区詳細計画の無効を他の建築主に対しても主張できないとなれば、行政庁は当該計画の無効を前提に処分を行うほかなく、そのような後訴が提起される可能性自体が無くなり、「多数の個別訴訟」の回避につながる。敢えて分析的に敷衍すれば、「互いに矛盾する付随的判断」の可能性を排除するという目的は、関係者間に共通の実体法状態を通用させるという紛争の画一的解決を、「多数の個別訴訟」を避けるという

53 BT-Dr. 3/55, S.33, 1957.

54 Norbert Achterberg, Probleme des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens, VerwArch. 1981, 163 (182); 大橋洋一「都市計画訴訟の法構造」65頁〔初出：2006〕。

55 BT-Dr., 7/4324, S.6.

目的は、ある法関係についての決着を一回の訴訟で付けるという紛争の一回的解決を、それぞれ主眼としているものだと見ることができる⁵⁶。

以上のような状況は、申立人と共通の利害を有する第三者（同一の地区詳細計画の区域内の建築主）を念頭に置いている。これは、フランスにおいて、多数人に適用される行政立法（règlement）を取消す越権訴訟の認容判決の「対世効（effet erga omnes）」が、原告と同種の利害を有する第三者についても命令の取消判決を援用することを認めるという帰結を有すること⁵⁷とパラレルである。

以下では、同種利害関係人についての画一的解決（1. 3. 1. 1）と一回的解決（1. 3. 1. 2）とが、それぞれいかなる問題であり、一般的拘束力がそれをどのように解決しているのかを考察する。

1. 3. 1. 1 画一的解決の問題

1. 同種利害関係人間での画一的解決の意義

同種利害関係人間での画一的解決の問題は、取消訴訟・義務付け訴訟における必要的参加の制度で問題となっていたような、反対利害関係人間での画一的解決の必要性の問題とは、内容が全く異なる。後者の反対利害関係人間での画一的解決の文脈では、認容裁判の効力は第三者に不利に拡張されるのに対し、前者の同種利害関係人間での画一的解決の文脈では、認容裁判の効力は第三者に有利に拡張されることとなる。後者の反対利害関係人間での画一的解決の問題は、原告の権利救済の貫徹と反対利害関係を有する第三者の手續保障との権衡の考慮や、行政が板挟みの状況に陥ることの回避に主眼があると言える⁵⁸。これに対して、前者の同種利害関係人間での画一的解決の問題は、結局のところ平等原則違反の回避に主眼があると言える。すなわち、規範統制手續において認容判決を得た申立人と実体法上の法的地位が同一ないし類似の第三者が、当該認容判決の効果を受容でき

56 「画一的解決」と「一回的解決」との区別の実益について参照、高田裕成「多数当事者紛争の『画一的解決』と『一回的解決』」民訴雑誌 35 号 186 頁、187 頁以下（1989）。

57 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』227 頁以下（1993）。

58 参照、巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究 7 号84 頁以下（2014）。

ないことは正当でない、という問題意識である⁵⁹。

角度を変えて見れば、反対利害関係人間の画一的解決の有無は、まさに原告ないし申立人の利害関係に直結する事柄であるが、同種利害関係人間の画一的解決の有無は、原告ないし申立人の利害関係に直結しない。換言すれば、原告ないし申立人にとっては、自分と共通の利害関係を有する第三者（上記の例では他の建築主）の実体法状態がどうなるかは、自身の権利保護には無関係の事柄である。そのため、同種利害関係人間の画一的解決の問題は、原告の権利利益の保護という視点から解決される問題ではなく、それゆえ、一般的拘束力がこの問題を志向して導入されたという事情は、一般的拘束力は申立人の権利保護よりもむしろ客観法統制の理念を体現した制度だという評価（1. 参照）を、まさに裏付けるものだとも考えられる⁶⁰。

II. 排除効の拡張による画一的解決

ところで、1. 2. 1 で見たとおり、一般的拘束力は排除効の拡張である。すなわち、規範統制手続の申立人と同種利害関係を有する第三者からの後訴において、行政主体が改めて法規範が有効である旨を争いなおすことは許されない。これは、「互いに矛盾する付随的判断」を避けるという一般的拘束力の目的に合致する規整である。

この点に関しては、画一的解決の達成手段として他にとり得る規整がないかは、なお理論的には検討に値する問題である。しかし、結論から言え

59 参照、巽智彦「判批：高根町水道条例事件」法協 129 巻 8 号 1875 頁、1885 頁（2012）。フランスやイタリアでも、同種利害関係人間の画一的解決の必要性を基礎づけるために引き合いに出されるのは、やはり平等原則である（参照、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』193 頁（1993））。この問題については、判決効の客体的範囲の問題と主体的範囲の問題とを峻別して議論する必要があるが、本稿では立ち入らない。この点については、興津征雄「行政訴訟の判決の効力と実現——取消判決の第三者効を中心に」『現代行政法講座 2』（日本評論社、近刊予定）が明瞭な整理を施している。

60 わが国でも、同種利害関係人への第三者効の作用を認めるのは、主観訴訟である取消訴訟に客観訴訟的要素を読み込むことになり不当である、との批判がなされた。この点についても註 59 と同様の議論の整理が必要であり、本稿では立ち入らない。この点についても、興津征雄「行政訴訟の判決の効力と実現」（近刊予定）の分析が有益である。

ば、同種利害関係人間の画一的解決の問題としては、排除効の拡張が最も有力な選択肢であるように思われる。

同種利害関係人間でも、反対利害関係人間において想定され得る、前訴判決の基準性の拡張に加えて、前訴判決の主文で宣言された法関係の存否を訴訟物として争う後訴に排他性を認めるという規整（暫定的対世効⁶¹）により、排除効の拡張無くして画一的解決を図ることも、理論的に不可能ではない。例えば、規範統制手続が認容された後で、申立人と共通の利害関係を有する第三者が、無効と宣言された法規範に基づいてなされた自身に対する不利益処分⁶²の取消訴訟を提起する場面⁶³において、行政主体が認容裁判を得た申立人を共同被告に加える形での反訴⁶³を提起するならば、そこでは法規範の有効性の主張を再度行うことを認める、という仕組みが考えられる。そして、この別訴が認容された場合には、申立人に対する関係でも再び法規範が有効になるとすれば、「互いに矛盾する付随的判断」を避けることができ、画一的解決は達成される。

しかしながら、このように行政主体に再度規範の有効性を争いなおすことを認める必要は見出しがたい。反対利害関係人間での画一的解決について上記の暫定的対世効の仕組みが独自の意義を発揮し得るのは、前訴手続に関与できなかった第三者に後訴において手続保障の道を開くことができるからであるが、上記の同種利害関係人間の画一的解決の場合には、前訴手続に関与できなかった第三者は前訴手続が認容されたことによって既にその利益が保護されており⁶⁴、この場合に暫定的対世効の仕組みを導入し

61 参照、高田裕成「身分訴訟における対世効論のゆくえ」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』361頁、365頁（有斐閣、1988）。

62 ただし、規範統制手続の認容裁判をすでに不可争力を生じている行政行為の取消事由として援用することは不可能である（§ 47 Abs.5 S.4 i. V. m. § 183 VwGO. この条項の包括的な検討として参照、*Torsten Gerhard, Die Rechtsfolgen prinzipialer Normenkontrollen für Verwaltungsakte - § 79 Abs.2 BVerfGG und § 183 VwGO*, 2008）ため、このような訴訟が無条件に許されるわけではない。

63 我が国の当事者引き込み理論に相当する論点は、ドイツでは第三者に対する反訴（Drittwiderklage）として論じられているようである。Vgl., *Wolfgang Lüke, Zivilprozessrecht*, 10. Aufl., 2011, Rn.239; 佐野裕志「第三者に対する反訴——西独判例・学説の動向」鹿児島大学法学論集 17 卷 1・2 号 181 頁（1982）。

でも、第三者保護の仕組みとしては働かず、前訴で争いを尽くすべきであった行政主体にかえて紛争を蒸し返す機会を与えるだけであると言わざるを得ない⁶⁵。要するに、反対利害関係人間の画一的解決の問題とは異なり、同種利害関係人間の画一的解決の問題に関しては、排除効の拡張が最も適切な手段であり、一般的拘束力は採るべくして採られた規整であると評価することができる⁶⁶。

1. 3. 1. 2 一回的解決の問題

認容裁判については、上記のように同種利害関係人間の画一的解決の観

-
- 64 ただし、規範が違法とされる理由の如何によっては、そう単純に言えない場合がある。例えば、ある法規範の意味の一部が違法であるが、他の部分は適法であるとの判断が示され（参照、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』64頁、82頁以下（有斐閣、2012））、かつ申立人は違法とされた部分に利害を有するに留まっていた場合、まさに当該「他の部分」の適用に利害関係を有する利害関係人は、その限りでは申立人と利害が一致しないこととなる（取消訴訟における類似の状況について参照、巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究7号123頁（2014））。このような部分的な利害関係の乖離は、対世効ある訴訟における和解や馴合訴訟に関しても問題となっており、民事訴訟法学の知見から学ぶことが多いが、本稿では立ち入らない（参照、垣内秀介「訴訟上の和解の要件および可否」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』335頁、350頁以下（商事法務、2014））。
- 65 興津征雄「行政訴訟の判決の効力と実現」（近刊予定）も、行政主体が「自らの権限と責任においてした処分の適法性を真剣に防御する義務」を負うことを理由に、第三者による取消判決の援用を認めている。ここでの「援用」は、取消判決の排除効の拡張により行政主体がもはやその内容を争い得ないことまで含意しているものと解される。
- 66 なお、反対利害関係人間での画一的解決の問題としては暫定的対世効の仕組みを採用していると評価できるフランスの越権訴訟も、同種利害関係人間の画一的解決の問題としては、排除効の拡張を認めているものと解される。例えば、同種利害関係人からの取消判決の対世効の援用の例として伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』228頁註22（1993）が挙げている、C.E. 10 février 1965, Morati, Req. 91 や、同註23が挙げている C.E. 8 mars 1972, Thfoin, Req.190 は、原告に対する行政行為の基礎となったデクレまたは通達が、他者の得た取消判決により取消されたことを理由に、即座に当該行政行為の違法性を導いており、被告が後訴においてなお当該デクレまたは通達が適法である旨を主張できるとは考えていないように見受けられる。

点から排除効の拡張が導入されるならば、それによって同時に、当該法関係についての争いに一回的解決がもたらされることとなる⁶⁷。したがって、同種利害関係人間の一回的解決の問題は、主として棄却裁判について論じられることとなる。

1. 棄却裁判の相対効と期間制限

先に見た通り、行政裁判所法では棄却裁判の一般的拘束力は廃止されている（1. 1. 2 参照）。他方で、1976年改正法草案理由書は、「仮に申立てを棄却する裁判がなされた場合であっても、通常は法状態の明確化はかなりの程度において達成される」⁶⁸と述べている。そのことの意味は必ずしも明確でないが、ある申立が棄却された場合には、当該申立てで審理された論点に関しては、他の申立においても同じ判断が下される可能性が高く⁶⁹、棄却裁判の一般的拘束力が存在しなくとも、自ずと同種利害関係人からの申立は控えられることになる、という意味だと理解することができる。

この論理には異論の余地がある⁷⁰が、いずれにせよ現在では、1996年改正によって導入された申立期間制限によって、同種利害第三者による申立てが繰り返されるといった事態は防止されており、棄却裁判の排除効の拡張を認めずとも、ある程度の一回的解決が達成されている。また、この申立期間制限の性質上、そもそも棄却裁判の排除効の拡張にあまりメリットが認められなくなったともいえる。棄却裁判の既判力の拡張は、期間制限の

67 認容裁判の一回的解決についても、行政主体および反対利害関係人に認められる再審および憲法異議の要件等がなお議論の余地のある問題であるが、これ以上立ち入らない。

68 BT-Dr., 7/4324, S.6

69 例えば、一般的拘束力がなくとも、判例法の構築により法の明確化は図られるとの指摘がある（*Engelken (Äusserung)*, Aussprache zu den Referaten von Klaus Obermayer und Klaus Meyer, in: *Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung*, 1970, S.183）。

70 ドイツにおいていわゆる先例拘束性の法理（*stare decisis*）の適用の有無について長らく争いがあったのは周知のとおりである。ただし、現在ではこうした設問自体が相対化され、場面ごとに拘束性の有無および程度が検証されている。Vgl., *Felix Maultzsch*, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, 2010, S.30ff.

解釈による個別の調整の可能性を排除し、一回的解決の度合いを高める点に意義がある⁷¹が、規範統制手続の申立期間制限は、攻撃対象となる法規範の公布から一年以内⁷²という客観的制限であり（§ 47 Abs.1 S.1）、法規範の公布についての個々人に対する了知可能性が問題とされないことから、そもそも期間制限の解釈による個別の調整を考える余地に乏しいのである。

しかし他方で、当初から規範統制手続の存在は取消訴訟等において法規範の違法性を付随的に審査することを妨げるものではないと解されており⁷³、この付随的審査として、すなわち後の訴訟の前提問題として当該法規範の違法性が攻撃されることを防ぐためには、棄却判決の排除効の拡張が必要になる⁷⁴。換言すれば、付随的審査を許容することによって、申立期間制限による一回的解決には限界が課せられている⁷⁵のであり、一回的解決を貫徹しようとするならば、取消訴訟等における法規範の付随的審査を排除する（取消訴訟等との関係で規範統制手続に排他性を認める）か、棄却裁判の排除効の拡張が必要となる。しかし、ドイツにおいてはこれらの方策は全く考慮されておらず、一回的解決の観点から見れば「少し割り切れていない印象」⁷⁶を受ける。その理由は、自身の関与しない事情によって付随的審査の道が閉ざされることが基本法上重大な問題を惹起するという認識にある。項を改めて見よう。

71 参照、巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究7号120頁以下（2014）。

72 2006年改正までは2年以内であった。参照、湊二郎「地区詳細計画の規範統制に関する一考察——自然人・法人の申立適格を中心に——」近畿大学法学56巻3号143頁、154-155頁（2008）。

73 *Eyermann/Fröhler*, *Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden Kommentar*, 1950, S.96; *Hufnagl*, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone*, 1950, S.139

74 Vgl., *Winfried Brohm*, *Öffentliches Baurecht*, 3.Aufl., 2002, S.308. ただし、その排除効が理由中の判断によって限定され得ることについては、1. 1. 2 参照。

75 付随的審査を許すのであれば規範統制手続の期間制限は法政策的に「非生産的（kontraproduktiv）」であると指摘されている（*Kopp/Schenke (Hrsg.)*, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 20.Aufl., 2014, § 47 Rn.84）。

76 大橋洋一「行政法理論と裁判——都市計画訴訟を中心として」同『都市空間制御の法理論』81頁、95頁（有斐閣、2008）。

II. 付随的審査の許容と一回的解決の内在的限界

規範統制手続の認容決定は、宣言的 (deklaratorisch) な効力を有するに留まると言われる。これは、規範統制手続の対象となる法規範の違法性の主張は、他の訴訟、とりわけ当該法規範の適用の結果である行政行為の取消訴訟または義務付け訴訟の前提問題としてなすことも可能であるということの意味している⁷⁷。このように、取消訴訟または義務付け訴訟等において法規範の違法性が審査されることは、規範統制手続の「主位的審査 (prinzipaler Kontrolle)」との対比で、規範の「付随的審査 (inzidenter Kontrolle)」と呼ばれている。

そして、ドイツでは、法規範の違法性を争う際にはむしろこの付随的審査の道が原則とされてきたのであり、その道を閉ざすことは、基本法 19 条 4 項の解釈として常に問題視されてきた。それゆえ、ドイツの議論において一回的解決のために付随的審査を禁止するという発想が全く見受けられないのは、基本法内在的な要請によるものであると理解することができる。換言すれば、規範統制手続は基本法上保障された権利保護に抵触しない限度でのみ、いわば可能な限りで一回的解決を図る制度なのである⁷⁸。

しかし他方で、先に確認したとおり、棄却裁判の一般的拘束力が廃止されたのは、それがあらゆる争点において規範の無効を主張することを禁ずる効力であるとの前提ゆえのことであり、棄却裁判の一般的拘束力の事項的範囲を限定するのであれば、これを導入する可能性は否定されてはいな

77 Vgl., *Kopp/ Schenke (Hrsg.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20. Aufl., 2014, § 47 Rn.141. 註 73 の文献も参照。

78 他方で、申立人にとっての規範統制手続のメリットは、上級行政裁判所が第一審を管轄し（現在は上告審を含めた二審制により）短期の審級で決着がつくこと (*Klaus Obermayer (Äusserung)*, Aussprache zu den Referaten von Klaus Obermayer und Klaus Meyer, in: *Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung*, 1970, S.181) や、本案審理の対象が原告の権利保護規範に限られることが無いこと（参照、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 1238 号 105 頁 (2003)）が挙げられよう。なお、かつては申立適格が緩かったため（後掲註 91 参照）、これらの特殊性と相まって規範統制手続が「スーパー取消訴訟」として機能しているとの問題が提起されていた。参照、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範統制制度の展開——地区詳細計画の訴訟統制——」452 頁以下 (1990)。

い(1. 1. 2 参照)し、実際に再導入を主張する論者もいる⁷⁹。それでも、棄却裁判の相対効が現在までそのまま維持されているのは、その実効性が小さいこと(1. 3. 1. 2 I 参照)に加えて、やはり、付随的審査の可能性を狭めることに基本法上の制約があるとの認識が影響しているように思われる。2006年改正により地区詳細計画等について導入された「実体的排除効⁸⁰」(§ 47 Abs. 2a VwGO)も、付随的審査においては適用されないと解されており⁸¹、ここでも一回的解決は貫徹されていない。

1. 3. 2 反対利害関係人への無関心

以上のように、規範統制手続の裁判の排除効の主體的範囲に関する議論は、基本的に申立人の同種利害関係人に焦点を当てて議論されてきた。これに対して、規範統制手続における申立人の反対利害関係人に関しては、一般的拘束力の文脈から議論されることはほとんど無かった。こうした議論状況は、日本が反対利害関係人の拘束の必要性から第三者効を導入したことと対照的である⁸²。

参加(Beiladung)に関する議論状況を見る限り、規範統制手続においては、反対利害関係人との間の画一的解決の問題は、同種利害関係人との

79 *Bettermann*, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR 86, 160f., 1961; *Papier*, Normenkontrolle (§ 47 VwGO), Festschrift für Menger, S.517 (517), 1985。しかし、とりわけベッターマンの論旨は、やはり判決効の客體的範囲の問題と主體的範囲の問題とを混同している憾みがある(前掲註9、註31参照)。また、解釈論として棄却裁判に対世効を認めようとする試みも見られる(*Christian Zieglmeier*, Die inzidente Normenkontrolle eines Bebauungsplans im Beitragsverfahren - Ein Beitrag zur Drittwirkung der Rechtskraft, BayVBl. 2006, 517)が、その依拠する「既判力の第三者効(Drittwirkung der Rechtskraft)」理論の不明確さもあり、受け入れられるには至っていない。

80 参照、山田洋「手続参加と排除効」同『大規模施設設置手続の法構造』148頁、154頁(信山社、1995)〔初出：1987〕。

81 参照、湊二郎「地区詳細計画の規範統制に関する一考察」157頁。

82 日本の第三者効が反対利害関係人の拘束を念頭に置いて導入されたことに関しては、位野木益雄ほか「研究会・行政訴訟の実務と理論」ジュリ 527号 16頁、28頁(1973)〔雄川一郎発言〕参照。日本の第三者効の内容解明については、別稿を予定している。

間の画一的解決のために導入された一般的拘束力により、当然に達成されることが前提とされていたものと解される(2. 1. 1. 1参照)。そして、一般的拘束力が排除効である以上は、反対利害関係人は、再審または憲法異議を提起することなくしては、法規範が有効であることをもはや主張できないこととなり、同時に一回的解決も図られていることになる。

他方で、排除効を被る第三者に対しては、それを正当化するだけの手続保障が与えられなければならない。同種利害関係人に対する関係を念頭に置いて対世効の理論が展開されたフランスの越権訴訟に関しても、反対利害関係人の手続保障の問題は常にセットで議論されてきた⁸³。日本においても、第三者効の導入に当たって、職権訴訟参加(行訴法22条)と第三者再審(同34条)というフランス類似の制度が導入されたのは、主として反対利害関係人の手続保障のためであった⁸⁴。

しかしながら、ドイツの規範統制手続に関する議論には、この点の考察が全く抜け落ちていたように見受けられる。同種利害関係人の手続保障のために棄却裁判の一般的拘束力を否定したのであれば、反対利害関係人の法的地位に多大な影響を及ぼす認容裁判の一般的拘束力にも何らかの疑いが向けられてよいようにも思われるが、認容裁判に排除効の拡張を認めるという結論は、何ら異論なく肯定され続けてきた。また、その結論を正当化するために反対利害関係人の手続保障を厚くするという議論も見られなかった。

こうした議論状況を象徴していると目されるのが、参加(Beiladung)の制度が長らく全面的に適用が否定されていたという状況である。本稿の次の課題は、この問題を考察することで、排除効の拡張の規整の下での第三者の手続保障の在り方について検討することである(2)。

2 一般的拘束力と参加(Beiladung)

規範統制手続においては、今世紀の初頭に至るまで、長らく参加(Bei-

83 越権訴訟の対世効が第三者再審(tierce opposition)の許容との関係で理論的深化を迫られたことに関して、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』123頁以下(1993)。また、反対利害関係人の手続保障の手段としての参加および第三者再審の詳細に関しても、同347頁以下、371頁以下。

84 参照、杉本良吉「行政事件訴訟法の解説(二)」法曹時報15巻4号10頁、11頁(1963)。

ladung) 制度の適用が全面的に否定されていた。以下では、規範統制手続における参加制度を巡る議論および法改正の展開を概観し(2. 1)、今なお明文での解決に至っていない必要的参加(notwendige Beiladung)の適用の有無についての議論を整理する(2. 2)ことを通じて、対世効の規整の下での第三者の手続保障の問題について考察する(2. 3)。

2. 1 参加制度の漸次的肯定

参加制度が規範統制訴訟に適用されるものか否かは、長らく争われてきたが、連邦行政裁判所は一貫してその適用を否定してきた(2. 1. 1)。これに対し、連邦憲法裁判所がその解釈を否定した(2. 1. 2)ことが直接の契機となって、法改正により一定の決着が図られることとなった(2. 1. 3)。

2. 1. 1 連邦行政裁判所による参加制度の否定

2. 1. 1. 1 連邦行政裁判所決定

VwGO 制定当初の学説は、規範統制手続への参加制度の適用を全面的に否定していた。その理由は、①規範統制手続における主観法的要素の希薄さ⁸⁵と、②規範の関係人の範囲の不特定性⁸⁶に置かれていた。①の理由付けは、ヨリ具体的に言えば、主観法的要素の希薄な手続であるがゆえに、参加制度の意義は第三者の手続保障ではなく、第三者に対する既判力の拡張による矛盾判断の防止に見出されることになるが、すでに一般的拘束力が存在するのだから、参加制度によって既判力を拡張させる必要がないという理解である⁸⁷。他方で、②の理由付けは、結局のところは、同種の利害を有する者が多数にわたるため、ある者の参加を許したならば他の者

85 *Erich Eyermann/ Ludwig Fröhler*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 1.Aufl., 1960, § 47 Rn.35. なお、*Carl Hermann Ule*, Verwaltungsprozessrecht, 1.Aufl., 1960, S.63 は、規範統制手続においては当事者と参加人とを区別することができないと述べるが、これも①の論拠のコロラリーとして理解することができる。

86 *Eyermann/ Fröhler*, a.a.O.; *Konrad Redeker/ Hans-Joachim von Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 1.Aufl., 1960, § 47 Rn.16; *Achterberg*, Probleme des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens, Verw. Arch. 1981, 163 (175).

の参加を許さない理由が無くなり、審理に困難をきたすことになるというものであると理解することができる。

①の理由付けは、連邦行政裁判所の採用するところともなった。連邦行政裁判所は、都市間の境界近くの地区詳細計画に対する都市間の争いに、計画地域内の土地の所有者が参加を申出た事例において、当該申出を却下している（BVerwG Beschl. v. 12.3.1982, BVerwGE 65,131）。その際、参加制度の趣旨は第三者の利益保護のためでもあることは確かであるが、「それだけでは参加制度を正当化する根拠にはならない」と述べ、さらに、認容裁判に一般的拘束力が法律上認められている以上は、既判力の拡張のために参加を認める必要はないとしている⁸⁸。他方で同決定は、②の理由付けは本質的ではないと見ている。というのも、「仮に規範統制手続の利害関係者が特定の少数者である場合であっても」、既に一般的拘束力が法文上認められている以上、参加を認める必要はないと述べられているからである。

2. 1. 1. 2 学説の反論

しかし、問題とされている法規範の維持に利益を有する第三者の手続保障の観点から、参加の可能性を肯定すべきとの見解が以前から主張されており⁸⁹、この連邦行政裁判所判決に対しても同様の批判が加えられた⁹⁰。とりわけ、1996年の第6次行政裁判所法改正法により、規範統制手続の申立適格に「権利侵害」要件が加えられて以降⁹¹は、規範統制の権利保護機能を全く否定し去ることは不可能となり、主観法的要素の希薄さのみを

87 Vgl., *Rolf Stober*, Beiladung im Verwaltungsprozess, in: Festschrift für Friedrich Menger, S.401ff. (S.415f.), 1985; 南博方「規範審査訴訟」92頁〔初出：1960〕。

88 その後の一連の連邦行政裁判所判例について、*Christian-Dietrich Bracher*, Die Anhörung Dritter im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne, DVBl. 2000, 165 (166).

89 Vgl., z.B., *Ferdinand O. Kopp*, Die Beteiligung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, in: FS zum 100-jährigen Bestehen des BayVGH, 1979, 205 (215ff.); *Karsten Dienes*, Beiladung im Normenkontrollverfahren gemäss § 47 VwGO, DVBl. 1980, 672 (674ff.). 学説・判例の分布の整理として、Vgl., *Michael Ronellenfisch*, Die Beteiligung Dritter im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, VerwArch.74, 281 (289f.), 1983.

理由に参加を否定することはもはや不可能となったと解されている⁹⁰。

他方で、ベッターマンは、参加制度の適用の要否は専ら「既判力の拡張、すなわち第三者の判決効との法的な関係性」の観点から考察すべきであると、以下のような議論を展開する。規範統制手続においては、その認容裁判に一般的拘束力が認められているために、通常参加を超えて必要的参加によって法的審問請求権を保障し、かつ関係する判断へ影響を与える可能性を確保する必要が生ずる。それゆえ、規範統制手続においては、規範に服する者すべてに参加させる必要性が生ずる。ベッターマン曰く、「この結論は避けられない (zwingend) が、耐えられない (untragbar)」。結局、この耐えられない結論を避けるために、参加を全面的に否定するほかない⁹¹。すなわち、連邦行政裁判所決定が本質的ではないと見た、②関係人の範囲が特定できないという理由付けこそが、ベッターマンの論旨では本質的なものと位置づけられている。それゆえベッターマンは、利害関係人が特定のである場合には規範統制手続においても必要的参加は有り得るとし、その限りで連邦行政裁判所決定に反対するのである⁹⁴。

ただし、まず、ベッターマンの論旨から否定されるのは必要的参加のみ

90 例えば、*Ronellenfitsch*, Die Beteiligung Dritter im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, VerwArch. 74, 294f., 1983. 学説分布全体について、Vgl., *Burghard Hildebrandt/ Michael Hecker*, Beiladung in der baurechtlichen Normenkontrolle, NVwZ 2001, 1007 (1008 Anm.18). 法的審問請求権の観点からの分析として、*Bracher*, Die Anhörung Dritter im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne, DVBl. 2000, 165 (167ff.).

91 参照、山本隆司「行政訴訟に関する外国法性調査——ドイツ (上)」ジュリ 1238 号 104 頁以下 (2003) ; 竹之内一幸「ドイツ行政裁判所法 47 条改正と規範統制上の申立適格——連邦行政裁判所 1998 年 9 月 24 日判決を中心に」武蔵野女子大学現代社会学部紀要 4 号 49 頁 (2003)。法改正前の状況について参照、竹之内一幸「規範統制手続における申立適格——ドイツ行政裁判所法 47 条にいう「不利益」概念——」慶應義塾大学法学政治学論究 8 号 181 頁 (1991) ; 竹之内一幸「規範統制手続における申立適格——地区詳細計画をめぐる問題点を中心に——」鹿児島女子大学研究紀要 15 巻 1 号 47 頁 (1993)。

92 Vgl., *Hildebrandt/ Hecker*, Beiladung in der baurechtlichen Normenkontrolle, NVwZ 2001, 1007 (1009).

93 *Karl August Bettermann*, Anmerkung über BVerwG Beschluss v. 12.3.1982, DVBl. 1982, 951 (956).

94 *Bettermann*, a.a.O., S.956, 957. 同旨、*Papier*, Normenkontrolle (§ 47 VwGO), Festschrift für Menger, S.517ff. (527ff.), 1985.

であり、通常参加まで否定するには理由が不足している。また、ベッターマンが決め手とする②規範の関係人の範囲が特定できないという問題に対しては、同様に関係人の範囲が特定できない場面は行政行為に関する訴訟にも存在するのであるから、規範統制手続に限って参加の可能性を否定する論拠としては成り立たない⁹⁵。それゆえ、参加制度の適用を全面的に否定する本質的な論拠は、やはり①客観法統制の要素に由来する一般的拘束力の存在であるといえよう。そして、この論拠がそれだけでは第三者の手続保障を不要とすることの正当性を何ら説明し得ないことは明白であり、連邦行政裁判所が上記の学説の批判に正面から応答することが長らく求められていたと言える。しかし結局、連邦行政裁判所の応答を待つことなく、世紀の境目において事態は急展開を見せることとなった。

2. 1. 2 連邦憲法裁判所による参加制度の肯定

2000年になってついに、連邦憲法裁判所が連邦行政裁判所の立場に異議を唱えるに至った。連邦憲法裁判所は、地区詳細計画によって受益を受ける土地所有者からの憲法異議に対して、それ自体は不適法としたにもかかわらず、傍論において、その参加を一般的かつ無条件に排除することは基本法に適合しない旨判示したのである（BVerfG Beschl. v. 19.7.2000, NVwZ 2000, 1283）。曰く、「基本法 14 条 1 項 1 文に由来する土地所有者たる私人の基本権は、地区詳細計画を無効と宣言する裁判により影響を受ける。というも、この裁判は計画が適用される土地の所有権およびその適法な利用に影響を与えるからである。たしかに、規範統制手続の認容裁判は何ら形式的効力を持たず、確認的効力しか有さない。しかし、この拘束的確定に係る者に、裁判手続において、問題とされている地区詳細計画が法的外観上創出されているのみならず、有効な法であることを主張する可能性が存在しなくなることは、憲法上問題であると思われる」。連邦憲法裁判所は、連邦行政裁判所の挙げた①一般的拘束力の存在という論

95 *Kopp*, Die Beteiligung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, in: FS zum 100. jährigen Bestehen des BayVGh, 1979, 205 (216). ただし、この点に関しては、ベッターマンはむしろ、一般処分の取消訴訟においても同様の理由で必要的参加が不要となる場合があるとしており（*Bettermann*, Anmerkung über BVerwG Beschluss v. 12.3.1982, DVBl. 1982, 951 (957)), 一貫している。

拠を一顧だにしておらず、その論拠が第三者の手續保障を否定する理由として全く機能しないことを黙示の内に指摘しているものと理解することもできよう。

他方で、連邦憲法裁判所は、参加適格者の不特定性についても論じている。曰く、「地区詳細計画は確かに条例として制定される（§ 10 BauGB）が、直接に影響を受ける規範の名宛人集団は個別に特定される。したがって、通常法規範に特徴的な名宛人集団の不特定性を指摘することをもって一般的に参加を否定することはできない」。敷衍すれば、実際には必要的参加を適用すべき規範の名宛人が不特定にわたることはなく、ベッターマンのような危惧（2. 1. 1. 2 参照）は当たらないというのである。

さらに注目すべきは、連邦憲法裁判所がさらなる予防線を張った点である。すなわち、「法的明確性の理由から、関係する土地所有者の数に応じて差異化を施すことも、根本的に排除されるわけではない。とはいえ、考慮されるべきは、立法者が——一般的には行政裁判所法 56a 条、67a 条に、特に必要的参加の事例については 65 条 3 項に表れているように——裁判手續への大量の者の関与を可能であると考え、関係者の権利と、法治国的に秩序づけられ、かつ効率的な手續の要請との調和に努めたということである」として、1990 年 VwGO 改正により導入された大量手續の特則⁹⁶を活用することで、仮に必要的参加の対象となるべき者が不特定にわたる場面があったとしても、問題を解決できることを示唆したのである。

ここに至って、上記の連邦行政裁判所決定の論旨は、根本的な見直しを迫られることとなった。

2. 1. 3 2001 年 VwGO 改正——通常参加のみの準用

上記の連邦憲法裁判所決定を受け、2001 年の VwGO 改正（行政訴訟における上訴法の解決のための法律（RmBereinVPG）⁹⁷）においては、行政裁判所法上の規範統制手続において、通常参加（einfache Beiladung）の規定が準用されることが明示された。具体的には、「65 条 1 項及び 4 項並びに 66 条が準用される」との規定が新設された（§ 47 Abs.2 S.4）。

しかし、必要的参加（notwendige Beiladung）に関する 65 条 2 項や、

96 巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究 7 号 102 頁以下（2014）。

必要的参加における大量手続の特則に関する 65 条 3 項に関しては、明示的な準用規定が設けられず、先に連邦憲法裁判所が示した大量手続の特則の活用の示唆が立法上受け入れられたのか否かに関しては、法文上は不明瞭なままである。そして、学説上も、上記の連邦憲法裁判所決定の方向性は、必ずしも賛同を得ているわけではない。節を改めて見よう (2. 2)。

2. 2 規範統制手続における必要的参加

現行法の下で問題となるのは、いかなる要件の下で裁判所は第三者を手続に引き込む義務を負うのか、すなわち必要的参加の可能性および要件の問題 (2. 2. 1) と、必要的参加に関する大量手続の特則が適用されるのかという問題 (2. 2. 2)、である⁹⁸。以下では、それぞれについての議論を概観する。

2. 2. 1 必要的参加の可能性

2001 年改正法の草案理由書は、規範統制の認容裁判が「何ら形成的効力を有さず、確認的効力を有するにとどまる」ことを理由に、必要的参加に関する規定の準用は「必要でもないし正当でもない」と述べている⁹⁹。改正法後の連邦行政裁判所決定も、この理屈のみで必要的参加を否定している (BVerwG Beschl. v. 16.4.2002, BauR 2002, 1830)。草案理由書においても、例外的に裁判所の裁量が縮減し、その者の参加が強制的となる場合が想定されている¹⁰⁰が、その場合も必要的参加が問題となるのではなく、

97 法律の名称が示す通り、この法律の主眼は、1996 年の第 6 次行政裁判所法改正法によってなされた上訴法の改革の補足にあった (*Max-Jürgen Seibert, Änderungen der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess*, NVwZ 2002, 265; *Wolfgang Kuhla/ Jost Hüttenbrink, Neuregelungen in der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess (RmBereinVPG)*, DVBl. 2002, 85; *Klaus Werner Lotz, Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess - praktische Verbesserungen und einige neue Probleme*, BayVBl. 2002, 353)。

98 Vgl., *Christian-Dietrich Bracher, Die Beiladung im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne - Anmerkungen zu § 47 Abs.2 Satz 4 VwGO -*, DVBl. 2002, 309 (310)。

99 BT-Dr. 14/6393 S.9, 2001.

ドイツ行政裁判所法上の規範統制手続の裁判の一般的拘束力と参加制度

したがって参加の懈怠は手続瑕疵を構成しないと理解されている¹⁰¹。

しかし、草案理由書の挙げている、ある裁判の効力が確認的効力に留まるという点は、必要的参加が否定される理由にならない。確かに、必要的参加のメルクマールとして、判決効が形成的効力を有することに言及されることが間々ある¹⁰²。しかし、必要的参加の適用の有無は、判決効が形成的か宣言的かという点から決せられるのではなく、判決が第三者に及ぼす実体法上の作用や、画一的解決の必要性等の事情に鑑みて決せられる¹⁰³。換言すれば、判決が第三者に対して法形成的な効力を有さないがゆえに必要的参加が否定されるというのは、何ら実質的な説明を加えるものではなく、結論の先取りに過ぎない。判決が宣言的か形成的か（確認判決か形成判決か）という問題は、当該判決の主文において宣言される法関係を判決の確定以前に主張することが可能であるか否か（排他性の有無）に関わるのみであり、第三者に対する判決の実体法上の作用（基準性の拡張の有無）を左右する問題ではない¹⁰⁴。

逆に言えば、排他性がない、すなわち確認訴訟である規範統制手続であっても、取消訴訟や義務付け訴訟において必要的参加が肯定される事例に匹敵するような利害関係を有する第三者が存在する場合には、必要的参加を否定する理由がない。規範統制手続に参加制度の適用を認めるべきだとの学説上の主張（2. 1. 1. 2 参照）の中でも、とりわけ地区詳細計画に関しては、そのような者を想定して必要的参加を肯定すべきとの主張がかねてからなされていた¹⁰⁵。草案理由書はこのような学説の批判には一切触れておらず、規範統制手続について必要的参加を否定する理由付けは、十分に展開されていない。

他方で、連邦憲法裁判所の理由付けは説得的でない¹⁰⁶と積極的に反論する見解もある¹⁰⁶。とりわけ重要なのは、規範統制手続においては被申立人、

100 BT-Dr., a.a.O.

101 Vgl., *Kuhla/ Hüttenbrink*, Neuregelungen in der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess (Rm BereinVPG), DVBl. 2002, 85 (86).

102 Vgl., z.B., *Kopp/ Schenke (Hrsg.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20. Aufl., 2014, § 65 Rn.17a,

103 参照、新山一雄『職権訴訟参加の法理』89頁以下（2006）。

104 Vgl. *Bracher*, Die Beiladung im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne, DVBl. 2002, 309 (311). この点は稿を改めて敷衍する予定である。

すなわち条例・法規命令の制定者に、参加人以上の専門知識と法規維持の利益があるのであり、その点で建築確認に関する隣人訴訟などとは状況が異なるとする点¹⁰⁷である。換言すれば、通常の行政訴訟の被告とは異なり、条例・法規命令制定者には十分な訴訟追行が期待されるために、敢えて第三者を訴訟に引き込む必要が見出されない、との理由付けである。これは、先に見た①客観法統制の要素(2. 1. 1. 1参照)を、一般的拘束力の存在とは別の観点から敷衍したものと位置づけることができる。

しかし、行政主体が条例・法規命令の制定者として被申立人になる場合と通常の行政訴訟の被告となる場合とで、専門性や規律維持の利益が質的に異なると言えるのか疑問であるし、第三者の利害を被申立人が代弁することを常に期待できるわけでもなく、第三者が申立の相手方以上の訴訟資料を常に提出しえないというわけでもない¹⁰⁸ため、一般的に必要な参加の可能性を排除することはできないと思われる¹⁰⁹。したがって、ことさら規範統制手続において必要な参加を否定する理由は、やはり十分に展開されていないと言わざるを得ない。

2. 2. 2 大量手続の特則の適用可能性

規範統制手続に必要な参加を肯定するか否かと、必要な参加に関する大量手続の特則(§ 65 Abs.3)を適用すべきか否かは、一応別の問題として論じられている。後者は2000年の連邦憲法裁判所決定が示唆した論点である(2. 1. 2参照)が、この点には2001年改正法草案理由書は何ら言

105 *Kopp*, Die Beteiligung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, in: FS zum 100.jährigen Bestehen des BayVGH, 1979, 205 (219); *Ronellenfisch*, Die Beteiligung Dritter im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, VerwArch.74, 281 (294ff.), 1983; *Bracher*, Die Beiladung im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne, DVBl. 2002, 309 (311).

106 *Schmidt*, in: *Eyermann/ Fröhler (Hrsg.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14.Aufl., 2014, § 47 Rn.62.

107 *Jörg Schmidt*, Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf das Verwaltungsprozessrecht, VerwArch. 92, 441 (458), 2001.

108 参照、山本隆司「新山一雄『職権訴訟参加の法理』を読む」東京大学法科大学院ローレビュー 2号 166頁、173頁(2007)。

109 Vgl. *Bracher*, Die Beiladung im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne, DVBl. 2002, 309 (313).

及しておらず、学説も定まっていない¹¹⁰。

必要的参加に関する大量手続の特則の適用を否定する論者は、立法者が必要的参加の条文を敢えて準用しなかった以上は、必要的参加の特則に係る条文も適用されないと解さざるを得ないと主張している¹¹¹。他方で、反対利害関係人の実効的な権利保護のために適用を肯定する立場¹¹²もあるが、そのままの形で適用されるのではなく、あくまで裁判所の手続裁量の範囲内でなされるに留まり、申出に対して必ず参加を認めなければならないわけではないとする見解もある¹¹³。そもそも、規範統制手続については必要的参加とも通常参加とも異なる「新しい形態 (neue Form)」の参加が立法されたのだとして、必要的参加や大量手続の特則の規定の(類推)適用という問題の立て方をしない見解も存在する¹¹⁴。

規範統制手続に限って大量手続の特則の適用を否定すべき実質的な理由としては、行政行為を対象とする取消訴訟や義務付け訴訟とは異なり、法規を対象とする規範統制手続においては、利害関係人の不特定性および多数性が典型的に大きくなり、大量手続の履践の仕方が質的に異なるというものが考えられる。しかし、大規模施設の設置許可や計画確定決定、対物処分¹¹⁵の取消訴訟等¹¹⁵と規範統制手続とで問題状況に質的な差があると言えるかは疑問である。その他、上級行政裁判所が第一審を管轄することから、上級行政裁判所において大量手続を履践する必要が生じ、それが実務上の

110 当該連邦憲法裁判所決定の紹介において、大量手続の特則を示唆した点に触れない文献も多く、そもそもこの点は論者の関心を惹いていないようにも見受けられる。Vgl., *Seibert, Änderungen der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess*, NVwZ 2002, 265 (271); *Lotz, Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess - praktische Verbesserungen und einige neue Probleme -*, BayVBl. 2002, 353 (354f.).

111 *Ziekow*, in: *Sodan/ Ziekow (Hrsg.)*, *Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar*, 4.Aufl., 2014, § 47 Rn.277. ただし、ツィーコウは必要的参加以外の大量手続の特則 (§ 56a, 67a VwGO) は適用されると解している。

112 *M. Redeker*, in: *K. Redeker/ Oertzen (Hrsg.)*, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 16.Aufl., 2014, § 47 Rn.38a.

113 *Alexis v. Komorowski*, *Beiladung im Normenkontrollverfahren*, NVwZ 2003, 1458 (1459, 1463).

114 *Bracher*, *Die Beiladung im Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne - Anmerkungen zu § 47 Abs.2 Satz 4 VwGO -*, DVBl.2002, 312f., 314.

困難を伴うという理由も想定されるが、これが理論的に有効な反論とならないのは明白である。結局のところ、必要的参加の可能性を肯定しながら、必要的参加に関する大量手続の特則を適用しないことには、やはり十分な理由が見出されない。

とはいえ、先に紹介した学説のうち、大量手続の特則の適用を否定する、またはそのままの形では適用しないとするものは、規範統制手続における必要的参加の制度の適用自体に消極的であるため、問題は目下必要的参加の適用の有無にあると見てよい。しかしながら、規範統制手続について必要的参加を否定する十分な理由がないことは、先に確認したとおりである(2. 2. 1)。

2. 3 「効力拡張型」の下での必要的参加の意義

ところで、必要的参加(notwendige Beiladung)の制度は、認容判決の既判力の相対性を大前提としていた取消訴訟や義務付け訴訟については、固有必要的共同訴訟類似の規整を採用することによって、反対利害関係人間の画一的解決を達成するために必要とされてきたものであった¹¹⁵。これに対して、認容裁判の一般的拘束力の存在が大前提となる規範統制手続については、必要的参加の意味合いがそもそも異なってくる。すなわち、一般的拘束力が存在する時点で画一的解決の問題は解決されており、必要的参加を導入する意義は、専ら第三者の手続保障に求められることとなる。

そして、必要的参加に関する大量手続の特則は、この第三者の手続保障の問題を解決するために、注目すべき規整を用意している。具体的には、大量手続の特則が適用される場合、一定期間内において申立てをした者以外には訴訟に関与することなく既判力が拡張されることになる(§ 121 Nr.2 VwGO)が、申立てをしなかった者であっても、特別の利害関係を有すると認められる者であれば、裁判所はその者の申立てなくして参加させねばならない(sollen)(§ 65 Abs.3 S.9 VwGO)。これは、排除効の拡張の規整を前提としながら、申立人と反対利害関係にある一定の第三者にはなお必要的参加の規整を適用することで、不特定多数人間の紛争の画一

115 参照、巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究7号112頁以下(2014)。

116 巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主体的範囲」行政法研究7号66頁以下(2014)。

的解決・一回的解決の問題と、第三者の手続保障の問題とをバランスよく解決しようとしたものと理解することができる。当のドイツにおいてはあまり着目されていないが、この規整は、利害関係人が不特定にわたる場合にも、一定の手続保障を与えながら画一的解決を達成するための有効な手法であり¹¹⁷、画一的解決を達成するための手段として一般的拘束力が既に存在する場合でも——というよりも、だからこそむしろ——必要的参加による手続保障の方法がなお意義を有することを示している。

ただし、この場合の必要的参加を懈怠した場合、必要的参加人に対する排除効の拡張が否定されることになるのかは、なお明確でない。とはいえ、この場合の必要的参加の懈怠は、少なくとも上告理由および上告審における破棄事由となるものと解される。この点は、第三者効という「効力拡張型」の規整を採用する日本においても、第三者の手続保障を図るための職権訴訟参加の運用として参考にすることができるように思われる¹¹⁸。

3 まとめ

本稿ではまず、ドイツ行政裁判所法上の規範統制手続の裁判の一般的拘束力の内容解明に努めた (1)。一般的拘束力は、再審または憲法異議の提起無くしては覆し得ない、排除効の拡張を意味している (1. 1 および 1. 2)。ただし、その目的は、フランスの命令取消判決の「対世効 (effet erga omnes)」と同様、同種利害関係人間の画一的解決にあり、日本の第三者効の立法趣旨であったところの反対利害関係人間の画一的解決は意識されてこなかった (1. 3)。

続いて検討したのは、この最後の反対利害関係人に対する一般的拘束力の作用についての無関心が、規範統制手続における *Beiladung* の一律否定という状況に象徴的に表れており、反対利害関係人の手続保障の面で重大な問題を孕んでいたという点である (2)。規範統制手続の認容裁判の一般的拘束力は、確かに日本の第三者効と同様に、反対利害関係人の拘束による画一的解決の問題を処理してきたが、その裏面としての手続保障の問

117 巽智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主體的範囲」行政法研究 7 号 109 頁以下 (2014)。

118 日本法に必要的参加の制度を解釈論上導入することを志向する見解として、山本隆司「改正行政事件訴訟をめぐる理論上の諸問題——拾遺」自治研究 90 巻 3 号 49 頁、54 頁 (2014)。

題は全く意識されておらず、最終的には連邦憲法裁判所の決定が影響して、規範統制手続においても通常参加 (einfache Beiladung) が明文で認められるようになった (2. 1)。しかし他方で、必要的参加 (notwendige Beiladung) の適用可能性や、大量手続の特則による第三者の手続保障の活用可能性に関しては、今なお明確な結論が得られていない (2. 2)。とりわけ必要的参加の大量手続の特則は、「効力拡張型」の規整の下でなお必要的参加の規整を用いることにより、不特定多数人間の紛争の画一的解決・一回的解決の問題と、第三者の手続保障の問題とをバランスよく解決しようとした規整であり、「効力拡張型」の規整を採用する我が国においても、職権訴訟参加制度の運用の点で参考になる (2. 3)。

※本稿は、2014年2月末日に東京大学法学政治学研究科に提出した助教論文「第三者規律の基層」の一部分に加筆・修正を施したものである。同論文の執筆に当たっては、財団法人野村財団からの助成を受けた。また、本論文の公表に向けての加筆・修正作業に際しては、公益財団法人民事紛争処理研究基金からの助成を受けた。ここに記して両財団に謝意を表す。