

論 説

参加効力論と公正な裁判を受ける権利

山 内 敏 弘

まえがき

本稿は、いわゆる国立景観求償訴訟（平成23年（ワ）第40981号 損害賠償請求事件）において、被告弁護団（窪田之喜弁護士ほか）の要請に基づき東京地方裁判所民事第2部に提出した「意見書」（2012年12月21日）の「第一部 参加効力論と公正な裁判を受ける権利」に必要最小限の修正を加えたものである。国立景観求償訴訟とは、東京都国立市が元市長の上原公子に対して国家賠償法1条2項に基づいて国立市が被ったとする3123万9726円の損害について求償権を有するとしてその支払いを請求したが、上原が支払いを拒否したので、国立市が地方自治法242条の3第2項に基づいて損害賠償の訴えを提起した事件である。この訴訟に至る経緯を簡単に説明すると、以下のようになる。

国立市のいわゆる大学通りは、国立駅から南に延びる幅44メートルのゆったりとした並木通りで、高さ約20メートルを超えない並木と建物で構成される景観豊かな地域を構成してきた。ところが、その地域に、1999年に明和地所が高さ40メートルを超える巨大なマンションを建設することになったので、当時市長であった上原は、景観保護のための行政指導などを行ったが、明和地所はそれに従わなかったので、地権者を含む地域住民の意向を受けて、同マンションを含む地域の建築物について高さ20メートルに制限する建築物制限条例を市議会に送り、市議会は同条例を2000年1月31日に制定した。この条例に基づき、上原は、明和地所に対して条例に従

うように勧告などを行ったが、明和地所はそれに従わずに、マンションを完成させた。

この間に、地域住民などから明和地所に対する差止め訴訟などを含めていくつかの訴訟が提起されたが（五十嵐敬喜・上原公子編著『国立景観訴訟』＜公人の友社、2012年＞参照）、本件訴訟に直接関係するのは、明和地所が国立市を被告として国立市などの営業妨害行為によって多大の損害を被ったとして提起した損害賠償請求事件である。この訴訟で、東京地裁（藤山判決）（2002年2月14日、判時1808号31頁）は約4億円の損害賠償を認める判決を言い渡したが、東京高裁（根本判決）（2005年12月19日、判時1927号27頁）は、建築物制限条例は適法であるとして一審判決が認めた損害賠償の大部分を否認したが、営業妨害や信用失墜行為はあったとして2500万円の損害賠償の支払いを国立市に言い渡した。最高裁が、2008年3月11日に上告を棄却したので（国立市HP）、控訴審の判決が確定した。そこで、国立市は、2008年3月27日に金利分を含めて3123万9726円を明和地所に支払った。これを受けて明和地所は同年5月16日に同額を国立市に寄付したので、国立市としては、実質的な損害はなかった。

これによって、訴訟は決着したようにみえたが、ところが、その後、2009年5月になって、国立市の住民が、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、国立市長（関口博）を相手取って、3123万9726円の支払いを上原に求めよという義務づけ訴訟（第一段階訴訟）を提起した。この訴訟において、上原は、国立市長の訴訟告知（地方自治法242条の2第7項）により補助参加人として同訴訟に参加した。東京地裁（川神判決）は、2010年12月22日に、「被告は、被告補助参加人（上原公子）に対し、3123万円9726円（及び年5分の金利分を加えて）の支払いを請求せよ」という判決（判時2104号19頁）を言い渡した。国立市長は控訴したが、控訴審の段階で、2011年4月に市長が佐藤一夫に代わり、佐藤市長は、2011年5月30日に補助参加人の意向を無視して控訴を取り下げ、その結果、一審の川神判決が確（龍法 '13）45 - 4, 80（1110）

定してしまった。

そのことを踏まえて、佐藤市長は、地方自治法242条の3第1項に基づき、本件被告に対して川神判決で示された金額の支払いを求めたが、被告はその支払いに応じなかった。そこで、原告は、地方自治法242条の3第2項に基づき、本件訴訟（第二段階訴訟）の提起を行った。

以上が、本件訴訟に至る簡単な経緯であるが、この訴訟においては、第一段階訴訟の判決の効力が補助参加人であった本件被告に及ぶかどうかの問題となった。原告側は参加的効力は及ぶと主張したが、被告側は及ばないと主張した。そこで、憲法32条の「裁判を受ける権利」の保障の趣旨に照らして、本件被告には参加的効力は及ばないとしたのが、以下に掲載する「意見書」の「第一部」である。なお、「意見書」の「第二部 景観保護政策による『営業の自由』規制の適法性」については、本誌次号に掲載する予定である。

一 原告の参加的効力論

原告側の準備書面（1）（平成24年10月25日）は、住民訴訟（東京地裁平成21年（行ウ）第249号損害賠償（住民訴訟）請求事件、以下「前件住民訴訟」という）の判決の参加的効力が本件訴訟の被告に及ぶとして、以下のようについて。

「3 被告は前件住民訴訟事件及びその控訴審事件においていずれも補助参加人として訴訟に参加していたのであるから、前件住民訴訟事件の判決の参加的効力は被告に及ぶものである（民事訴訟法第46条、地方自治法第242条の3第4項）。

従って、被告は前件住民訴訟事件の第2段階訴訟である本訴においては、既に前件住民訴訟事件の判決で決着済みである自己の行為の適法性や無過失などを主張することはできないものである。

4 被告は控訴の取下により十分に訴訟追行がなしえなかった旨主張するが、被告自らで参加していた前件住民訴訟事件のみならず、弁護士を代理人に選任していたその控訴審においても、自由に主張立証など訴訟行為を行えたにもかかわらず、控訴審が結審に至るまでの間に自己の行為の適法性や無過失についてほか何らの主張立証をしてこなかったのである。

控訴の取下により補助参加人であった被告の訴訟行為がすべて無に帰してしまったというような事情があれば格別、そのような事情はなく、被告の訴訟行為が妨げられていないのであり、被告の主張は失当である。」

しかしながら、このような見解は、民事訴訟法及び地方自治法が規定している参加的効力の趣旨について間違っただけで捉えているのみならず、憲法32条が被告に保障している公正な裁判を受ける権利をないがしろにするものであり、到底支持することはできないと思われる。以下、その理由を述べることにする。

二 住民訴訟（新4号訴訟）と第二段階訴訟

地方自治法242条の2が規定する住民訴訟制度は、2002年に改正されて、そのなかでも、いわゆる新4号訴訟は、従来の代位訴訟から義務づけ訴訟に大きく変更された。すなわち、従来の4号訴訟では、住民が地方公共団体に代位して個人としての長・職員や相手方（以下、「当該職員等」という）を被告として損害賠償等を請求する制度になっていたが、新4号訴訟では、住民は、地方公共団体の執行機関又は職員（以下、「執行機関等」という）を被告として、当該執行機関等に対して、当該職員等への損害賠償の請求等を求めることを内容とする義務づけ訴訟の制度に変更されたのである。そして、この新4号訴訟が住民によって提起された場合には、執（龍法 '13）45 - 4, 82（1112）

行機関等は、当該職員等に対して、遅滞なくその訴訟の告知をしなければならないとされた（242条の2第7項）。訴訟告知を受けた当該職員等は、訴訟に補助参加を行うことができ、補助参加人に対する裁判の効力を規定した民事訴訟法46条が適用されることになった⁽¹⁾。

さらに、この新4号訴訟（第一段階訴訟）において、損害賠償等の請求を命じる判決が言い渡された場合には、普通地方公共団体の長は、当該判決が確定した日から60日以内に、当該請求に係る損害賠償金の支払を請求しなければならない（242条の3第1項）、その支払が60日以内になされないときは、当該普通地方公共団体は当該損害賠償等の請求を目的とする訴訟を提起しなければならないこととされた（同条第2項）（第二段階訴訟）。

このような新4号訴訟が導入された理由としては、①地方公共団体の執行機関等が当事者となることによって地方公共団体自らがその政策判断や意思決定の根拠・経緯などを裁判で明確にして、住民に対する説明責任を果たすことができること、②自治体の長や職員にとっては裁判で直接被告になることに伴う負担を回避されて、職務に専念できることなどが挙げられたが⁽²⁾、他方では、このような制度改革に対しては、住民が地方公共団体に代位して違法行為をした職員や首長個人を訴えるという住民訴訟の本来の構造をゆがめてしまうといった批判も改正案が出された段階から提起されてきた⁽³⁾。このような批判はその後も出されているが、新4号訴訟が施行されてから10年ほどが経過した今日では、この制度もそれなりに定着してきたといえなくもない。

ただ、その訴訟のあり方に関しては、いくつかの検討課題や問題点が存在することも確かであろう。その一つが、第二段階訴訟の位置づけが必ずしも明確ではないことである。第二段階訴訟のあり方に関しては、例えば、成田頼明は、つぎのような指摘をしている。「この第二段の訴訟においては、一段目の訴訟で争われた財務会計上の行為の違法性や責任の有無をもう一度蒸し返すことはできず、確定判決による行為の違法性、責任、

賠償額の確定を前提として、損害賠償等の支払請求義務の履行がとり上げられるに過ぎない。したがって、通常は短期間で決着がつく裁判になるものと思われる。」⁽⁴⁾。

上記の原告準備書面(1)の参加的効力論も、このような見解を踏まえたものと思われるが、しかし、このような見解は、地方公共団体の利害と訴訟告知を受けた当該職員等の利害が基本的に一致していて、第一段階訴訟においても、両者が相互に協力して訴訟追行活動を行った場合には妥当するとしても、両者の利害が一致せず、訴訟追行活動についても協力関係が維持されず、対立関係に立ち至ったような場合には、むしろ妥当しないというべきと思われる。

三 民事訴訟法における参加的効力

民事訴訟法46条は、補助参加に係る訴訟の裁判は、「次に掲げる場合を除き、補助参加人に対してもその効力を有する」と規定して、補助参加人に参加的効力が及ばない場合を以下のように例示している。「一 前条第一項ただし書きの規定により補助参加人が訴訟行為をすることができなかったとき。二 前条第二項の規定により補助参加人の訴訟行為が効力を有しなかったとき。三 被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき。四 被参加人が補助参加人のすることができない訴訟行為を故意又は過失によってしなかったとき。」。この規定をみれば、補助参加人に対して参加的効力が及ぶのは必ずしも絶対的ではなく、むしろ参加的効力が及ばない場合が少なくないことが理解できる。

そもそも、民事訴訟法が規定している参加的効力の制度は、訴訟当事者の一方を勝訴させるために、第三者が訴訟に参加して、その当事者を補助して参加人自身の利益を守ることを目的としている。ただ、この制度は、一方では、補助参加すべき者の利益を保護するための制度として、これに

訴訟関与の機会を与えると共に、他方では、補助参加人は、被参加人の訴訟行為に抵触して訴訟行為をすることはできず（民事訴訟法45条2項）、また被参加人に不利益な訴訟行為などもすることができず、訴訟追行の面では、被参加人に従属した地位を認められているにとどまっている。

このことは、参加的効力の問題を考える場合にも、当然に念頭に置かれなければならないのである。補助参加人がその従属的地位の故に自己の権利利益の保護のための訴訟活動を適時に且つ適正になしえなかった場合には、参加的効力も制限されざるを得ないのである。

ちなみに、参加的効力が補助参加人に及ぶ理由について、最高裁判決（昭和45年10月22日民集24巻11号1583頁）は、つぎのように述べている。「補助参加の制度は、……被参加人を勝訴させることにより自己の利益を守るため、被参加人に協力して訴訟を進行することを認めた制度であるから、補助参加人が被参加人の訴訟の追行に現実協力し、または、これに協力しえたにもかかわらず、被参加人が敗訴の確定判決を受けるに至ったときには、その敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなっているというべきである」。

つまり、敗訴の場合の責任分担の考えに基づいて参加的効力を補助参加人に対して及ぼすことが衡平にかなうというのである。そうであるとすれば、被参加人と補助参加人が訴訟の追行において現実協力関係を維持することができず、むしろ被参加人が補助参加人の訴訟追行を妨げたりしたような場合には、補助参加人はその責任を分担することはできないというべきであり、むしろ責任を分担させないことが衡平にかなうというべきなのである。

前件住民訴訟事件の控訴審において、被参加人は、補助参加人の意向を無視して一方的に控訴を取り下げて、一審判決を確定させてしまったのである。このような行為は、民事訴訟法46条3号が規定している「被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき」に文字通り該当するというべきで

あり、このような行為がなされた場合にまで補助参加人に参加的効力を及ぼすことは、まさに「衡平」の観念に反するというべきなのである。

原告準備書面(1)は、この点に関連して、前引したように、つぎのように言う。「被告は、控訴の取下により十分に訴訟追行がなしえなかった旨主張するが、被告自らで参加していた前件住民訴訟事件のみならず、弁護人を代理人に選任していたその控訴審においても、自由に主張立証など訴訟行為が行えたにもかかわらず、控訴審が結審に至るまでの間に自己の行為の適法性や無過失についてほか何らの主張立証をしてこなかったのである」。

しかしながら、このような主張は、なんら正当な根拠をもたないものと思われる。第1に、たしかに、前件住民訴訟の口頭弁論において被告が補助参加人としては格別の主張をしてこなかったようであるが、それは、関口博前市長の在任中は、同市長の主張立証行為が補助参加人であった被告の主張立証行為と基本的に同じであり、その点で利害の対立は基本的になかったから、補助参加人として格段の主張立証活動を行わなかったのである。ところが、2011年4月に佐藤一夫市長に交代してから、同市長は、補助参加人の意向を聞くことなく、同年5月に一方的に控訴を取下げたのである。たしかに、控訴の取下げの時点では、すでに結審していたが、しかし、結審後においても、裁判所が口頭弁論を再開する可能性は残っていたのであり(民事訴訟法153条)、その場合に補助参加人はなお主張立証などの訴訟追行活動を行う機会はなくはなかったのである⁽⁵⁾。しかし、控訴人の控訴取下げによって、その可能性は完全に絶たれたのである。このような控訴取下げは、明らかに、「被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき」(民事訴訟法46条3号)に該当すると言わざるを得ないのである。

第2に、控訴の取下げの時点では、控訴審はすでに結審していたが、しかし、その結果、どのような判決が出されるかは、まった不明であった。一審判決がくつがえされて、被告に有利な勝訴判決が言い渡される可能性

も十分にあったのである。ところが、控訴人の控訴取下げによって、被告は、そのような可能性を含めて、控訴審判決の言い渡しを受ける権利、つまりは裁判を受ける権利（憲法32条）を一方的に奪われたのである。

第3に、かりに控訴審の判決が被告に不利なものであったとした場合には、被告としては、当然上告することになったと思われる。たしかに、最高裁が上告を受理するかどうかは、基本的には最高裁の裁量に委ねられており、被告に当然に上告審で争う権利が保障されているわけではない。この点、判例は、「憲法は、審級制度を如何にすべきかについては第81条において『最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である』旨を定めて居る以外何等規定するところがないから此の点以外の審級制度は立法を以て適宜に之を定むべきものである」（最大判昭和23年3月10日刑集2巻3号175頁）としている。民事訴訟法312条及び318条の憲法32条との適合性が争われた訴訟でも、最高裁（最判平成13年2月13日判時1745号94頁）は、いかなる事由を上告理由として認めるかは審級制度の問題であり、「立法の適宜に定めるところである」と判示している。

ただ、上記昭和23年の最高裁大法廷判決も述べているように、憲法81条が規定する場合、すなわち、憲法問題が提起されている場合には、最高裁は、「終審裁判所」として当該憲法問題を審理することが憲法上の要請となっているのである。民事訴訟法312条1項が「上告は、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、することができる。」と規定しているのは、この憲法上の要請を踏まえたものなのである。

そして、前件住民訴訟は、憲法22条1項及び29条で保障されている「営業の自由」の「公共の福祉」による制限、そして憲法92条以下で規定された住民自治や地方公共団体の長の権限などの憲法上の重要な論点を含んでいることは、その判決（東京地判平成22年12月22日判時2104号19頁）をみ

でも明らかである。したがって、前件住民訴訟については、最高裁としても、上告を受理すべき必要性がきわめて高い事件であったといえるのである（民事訴訟法312条、318条）。もちろん、最高裁が上告を受理するかどうかは不確かであったが、少なくとも上告受理の申し立てを行うことは補助参加人であった本件被告の裁判を受ける権利として存在していたのである。ところが、被参加人が控訴を取下げたことにより、補助参加人であった本件被告は、そのような上告受理の申し立てをする権利、つまりは裁判を受ける権利（憲法32条）をも奪われたのである⁽⁶⁾。

以上のように、被参加人の行為は、民事訴訟法46条3号にいう「補助参加人の訴訟行為を妨げたとき」に該当するというべきであり、したがって、前件住民訴訟の判決の参加的効力は補助参加人には及ばないと解するのが正当というべきなのである。

四 住民訴訟（新4号訴訟）における参加的効力

しかも、補助参加に係わる裁判の参加的効力の問題は、住民訴訟（新4号訴訟）の場合においては、通常の民事訴訟の場合とは異なった格別の配慮が必要になってくることに留意すべきであると思われる。それは、通常の民事事件の場合には、被参加人と補助参加人の利害関係は、例えば主債務者と保証人の関係のように一致しているのが通例であるが、住民訴訟（新4号訴訟）における被参加人と補助参加人の場合は、必ずしもそのように捉えることができない場合が多いからである。

この点について、安本典夫は、つぎのようにいう。「一般に、補助参加人に対する裁判の効力、すなわち、参加的効力は、敗訴の場合における主たる当事者と補助参加人の公平な責任分担の考え方にもとづくといわれている。しかし、新4号訴訟において『執行機関等』が敗訴して負う負担は、補助参加人に対して賠償請求・不当利得返還請求、賠償命令をするという

ものである。すなわち、『執行機関等』が新4号訴訟で守ろうとしている利益は、自らの意思決定の適法性の確認という組織法上の利益である。新4号訴訟においての原告住民と被告『執行機関等』の対立は、地方公共団体のあるべき意思をめぐるの組織法上の対立ともいうべきものである。『執行機関等』が敗訴すれば、それが代表する地方公共団体は、補助参加人たる『当該職員等・相手方』に対して請求権を行使すべきことになるのであり、『執行機関等』にとっての実体法上の不利益はない。実体法上不利益を被るのは『当該職員・相手方』であり、したがって、実体法上の利害関係では、原告『住民』と被告『執行機関等』が、補助参加人たる『当該職員・相手方』とむしろ対立することとなる。」⁽⁷⁾。

また、阿部泰隆は、つぎのようにもいう。「改正住民訴訟の訴訟構造では、首長は、被告となって敗訴しても、単に請求するほどの材料がないとの主張が否定されたにすぎず、自らが不利な義務を負うことはなく、単に相手方へ請求せよ（第二次訴訟を提起せよ）というだけの義務を負わされるだけの訴訟であるから、敗訴しても、……たいした不利益はなく、むしろ有利になるのである。不利益があるとしても、請求するほどの材料がないとの行政判断が否定されたというだけの組織上の不利益に過ぎない。首長には、……この訴訟で住民の訴えを排斥するインセンティブがない。したがって、補助参加人と被参加人とは同一の運命共同体ではなく、実は敵同志である。第一段階の訴訟では、形式的には味方同士になっているが、実質は敵同志の参加・被参加人である。同床異夢である。」⁽⁸⁾。

つまり、住民訴訟（新4号訴訟）における被参加人と補助参加人との間では、その利害関係が異なるのみならず、むしろ対立する側面があるということである。そうであるとすれば、なおさら、従属的地位にある補助参加人の権利保障については、通常の民事訴訟の場合以上に格段の配慮が必要になってくるといえるのである。

ちなみに、住民訴訟（新4号訴訟）における判決の参加的効力について

は、地方自治法242条の3第4項が以下のように規定している。「前条第1項第4号本文の規定による訴訟の裁判が同条第7項の訴訟告知を受けた者に対してもその効力を有するときは、当該訴訟の裁判は、当該普通地方公共団体と当該訴訟告知を受けた者との間においてもその効力を有する」。この規定に関して留意されるべきは、「訴訟告知を受けた者に対してもその効力を有するときは」という限定を付していることである。このことは、訴訟告知を受けた者に対してその効力を有しないときには、つまり参加的効力が及ばないときは、住民訴訟の裁判は、「当該普通地方公共団体と当該訴訟告知を受けた者との間において」は、その効力をもたないということの意味しているのである。

この点に関しては、2002年の住民訴訟制度の改正作業に携わったメンバーによって執筆された地方自治制度研究会編『改正住民訴訟制度逐条解説』（ぎょうせい、2002年）においても、つぎのように書かれている。「被参加人敗訴の場合には、その訴訟で補助参加人につき一定の¹手続²保障³がなされ、参加人が攻撃防御を尽くし又は尽くすべきであった事項に関する限り、被参加人と補助参加人間の後訴において前訴の判断を争うことができず、前訴の判断を前提として判断がなされるという参加的効力が生じることになる。……補助参加人が自由に訴訟追行をしたか、またはその可能性があったことを前提としているから、補助参加人が被参加人に従属する地位から訴訟追行の現実的可能性がなかった場合には、補助参加人はこれらの事情を主張立証して自分に対して判決の効力が及ぶことを排除することができる。」⁽⁹⁾（傍点・引用者）。そして、まさに本件は、補助参加人が自由に訴訟追行活動を行うことを妨げられ、従って、参加的効力が及ばない事例なのである。そのような場合にも参加的効力を認めることは、補助参加人に認められた手続保障が否認されることになるのである。

民事訴訟法46条が規定している参加的効力についても、井上治典・上野泰男は、つぎのようにいう。「参加的効力は、参加人が十分に訴訟追行を（龍法 '13）45 - 4, 90（1120）

なしえたこと（つまり手続権の保障が与えられたこと）を前提としているから、参加人に判決効を及ぼすことが無理な場合には、この効力は及ばない」（傍点・引用者）⁽¹⁰⁾。

たしかに、参加的効力が及ばないとして民事訴訟法46条が1号から4号まであげている各事例に該当するのは具体的にいかなる場合なのかについては、必ずしも明確ではないところもあるといえよう。「当該事由の内容やそれが審理に及ぼした影響の有無及び程度などを個別具体的に検討した上で、さらに、関係人（特に、補助参加人）の意思をも考慮して、参加的効力の有無、発生する場合にはその範囲及び内容を慎重に吟味すべきである」⁽¹¹⁾ という指摘もなされる所以である。

しかし、この点に関して留意されるべきは、上述したように、住民訴訟（新4号訴訟）における補助参加人と被参加人の関係は、通常の民事訴訟で想定されているような両者の関係とはかなり異なった側面をもつということである。両者はむしろ対立するような関係にあることも少なくないことを考慮に入れた場合には、しかも、補助参加人が従属的な地位にあることをも視野に入れた場合には、補助参加人の手続保障の必要性はきわめて高いのであり、その点での十分な配慮が必要になってくるのである。

しかも、重要なことは、ここで指摘されている補助参加人の手続保障は、憲法32条が規定する裁判を受ける権利にその憲法上の根拠をもつということである。以下、その点について明らかにすることにする。

五 裁判を受ける権利（憲法32条）と手続保障（公正手続請求権）

（1）裁判を受ける権利の意義

改めて指摘するまでもなく、憲法32条が保障している「裁判を受ける権利」は、「基本権を確保するための基本権」⁽¹²⁾ としての意義を有している。それは、形式的に裁判手続を踏めばよいというのではなく、公平な裁判所

の公正な裁判が保障されることを要請している。例えば、芦部信喜は、つぎのようにいう。「裁判を受ける権利は、政治権力から独立の公平な司法機関に対して、すべての個人が平等に権利・自由の救済を求め、かつ、そういう公平な裁判所以外の機関から裁判されることのない権利」であり、「『法の支配』を実現するための不可欠の手段としての意義を有する」⁽¹³⁾。また、高橋和之も、つぎのようにいう。「裁判は公正なものでなければならない。裁判の公正さは、裁判の概念自体に内在するもの（裁判も正義も英語ではともにjusticeと表現される）であり、したがって、公正な裁判を受ける権利は、憲法32条の裁判を受ける権利により保障されると解される」⁽¹⁴⁾。

そして、このことが、単に刑事裁判についてのみならず、民事裁判や行政裁判にいても妥当することは、学説が一致して認めるところである。ちなみに、日本も加盟している国際人権規約（自由権規約）14条1項も、つぎのように規定している。「すべての者は、裁判所の前に平等である。すべての者は、その刑事上の罪の決定、または民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、権限のある、独立のかつ公平な裁判所の公正な公開裁判をうける権利を有する（以下、略）」。

（2）公正な裁判を受ける権利としての手続保障（公正手続請求権）

つぎに、公正な裁判を受ける権利の具体的な内容については、論者によって重点の置き方に若干の相違がみられ、またその内容において重なるところもみられるが、一般には、①審問（審尋）請求権、②手続保障（公正手続請求権）、③適時に裁判を受ける権利、④裁判公開の原則、⑤実効的権利保護などがあげられている⁽¹⁵⁾。これらのうち、本件訴訟との関連では、とりわけ手続保障（公正手続請求権）が問題となるので、この点について略述すれば、以下のとおりである。

手続保障（あるいは公正手続請求権（Anspruch auf faires Verfahren））とは、元来は、英米法上、適正手続（due process）による裁判を受ける

権利とか、公正な審理（fair trial）を求める権利として言われてきたものであるが、その考え方がドイツにおいても継受されてきて、裁判手続一般に適用される権利として判例学説によって認められてきたものである⁽¹⁶⁾。ドイツにおいては、この権利の憲法上の根拠やその権利内容については議論のあるところであるが、いずれにしても、それが「法治国家的手続の根本原理」であることは、連邦憲法裁判所の判例によっても認められているところである⁽¹⁷⁾。そして、ドイツでのこのような議論や英米法のデュー・プロセスの思想は日本においても大きな影響をもたらし、日本でも公正な手続保障あるいは公正手続請求権の議論が1970年代以降活発に展開されるようになってきた。その詳細は省略せざるをえないが⁽¹⁸⁾、日本では、今日、刑事裁判や行政裁判については憲法31条が、そして民事裁判については憲法32条が手続保障（公正手続請求権）の憲法上の根拠とされていると捉えてよいと思われる⁽¹⁹⁾。

例えば、憲法学説としては、芦部信喜は、裁判を受ける権利にいう「裁判」は「紛争解決にふさわしい手続保障を伴うものでなければならない」⁽²⁰⁾としているし、大西芳雄は、憲法32条は、「一定の品質をもった裁判、すなわち、『法治国家の裁判』を要求する」のであり、それにともない、「裁判の内容は公正であるべきだし、その公正を保障する手続はdue processでなければならない」⁽²¹⁾と述べている。また、浦部法穂も、つぎのようにいう。「憲法32条にいう『裁判』については、これも単に『裁判所』により行われるものなら何でもよいというのではなく、『裁判』というにふさわしいもの、つまり紛争の公正な解決に適した手続によってなされるものでなければならない。『裁判を受ける権利』は、この意味で、一定の手続保障をも、その内実として含んでいると解すべきである。」⁽²²⁾。さらに、松井茂記は、「憲法32条の裁判を受ける権利を日本国憲法の手続的デュー・プロセスの権利保障の全体構造のなかに位置づけ、憲法32条を非刑事裁判手続に関する手続的デュー・プロセスの総則規定と理解す

る」⁽²³⁾としている。なお、佐藤幸治は、憲法13条が「公権力の行使につき国民には適正な手続的処遇を受ける権利」を保障していると解しており、裁判におけるその具体的な保障規定として憲法32条を捉えた上で、同条により、「訴訟当事者には十分な主張・立証の機会を与えるなど手続主体にふさわしい地位が保障されなければならない（手続保障）」⁽²⁴⁾としている。

また、民事訴訟法学説においても、例えば、三ヶ月章は、「いうまでもなく、裁判を受けるということを保障するのは、一定の手続的保障をとった裁判を受けるということを保障するというのでなければ本当は意味がないはずである」⁽²⁵⁾と述べているし、中野貞一郎も、憲法32条の裁判を受ける権利は、「実体的・客観的に『正当な裁判を受ける権利』」ではない。しかし、裁判を受けるにつき『公正な手続を求める権利』を含むと解すべき」⁽²⁶⁾としている。小島武司も、憲法32条の目的は「国民にその紛争の解決にふさわしい適正かつ公平な審理並びに裁判を保障すること」にあり、このような裁判の内実を決定するのは、「憲法31条にみられる『適正手続の理念』なのである」⁽²⁷⁾と述べている。

以上、ごく簡単にみてきたように、憲法学説及び民事訴訟法学説においては、憲法32条の公正な裁判を受ける権利は手続保障（公正手続請求権）をその不可欠の内容として含むものであると理解されていることが明らかになったと思われる。

（3）手続保障（公正手続請求権）の理論的根拠

公正な裁判を受ける権利のなかに何故に手続保障（公正手続請求権）が含まれなければならないかについては、これまでいくつかの説明がなされてきた。その一つは、例えば、刑事事件の場合に典型的に指摘できることであるが、実体的真実（犯罪行為の有無）が国家権力の不法な手続（拷問や自白の強要など）によってしばしばゆがめられてきたという歴史的体験を踏まえて、手続保障（手続的正義）を確保することが、実体的真実（実
（龍法 '13）45 - 4, 94（1124）

体的正義)に到達するためには必要不可欠であるということである。日本国憲法が31条以下において刑事手続保障に関して詳細な規定を置いているのも、そのような理由に基づいているが⁽²⁸⁾、刑事裁判における手続保障の必要性は、基本的には、民事裁判についても妥当するといつてよいであろう。

また、そのことと並んで、第2に指摘されているのは、とりわけ複雑化した現代社会における訴訟では、実体的真実(実体的正義)が必ずしも明確には確定できない場合が少なくないということと関連している。そのような状況の中で裁判の正統性を担保するのは、ひとえに裁判手続の適正さ(手続的正義)であるという認識が広く共有されてきているということである。この点に関連して、谷口安平は、つぎのようにいう。「裁判所はこの種の紛争解決(=現代型紛争の解決)のために用意された実体法上の基準を持ち合わせていない。したがって、伝統的事件におけるように、実体法に従って解決したことに正統性の根拠を求めることに抵抗が感じられる。正当性の根拠はいきおい手続そのものに求められることになる」⁽²⁹⁾。

第3は、国民が裁判を受けて、それに拘束されるためには、その手続に国民自身が適正に参加することが必要であるという憲法上の要請である。例えば、佐藤幸治によれば、憲法13条が保障している幸福追求権あるいはその一つとしての自己決定権は、国民がその代表者の選挙を通じて立法過程に参加するとともに、そうしてつくられた立法の下で国民各自の具体的な権利義務の関係については、国民自らが決定していくという自己決定の原則を含んでいるということになる。そして、ここから、国民各自の権利義務については、自己が正当に代表されない手続によって裁断され、拘束されることは不公正であるという観念(デュー・プロセス)の思想が導き出されてくることになる⁽³⁰⁾。憲法32条の裁判を受ける権利も、このような意味での適正手続保障を当然に含んでいるといえるのである。

(4) 手続保障（公正手続請求権）の内容

憲法32条の公正な裁判を受ける権利が手続保障（公正手続請求権）をその当然の内容として含んでいるとして、つぎに問題となるのは、手続保障（公正手続請求権）が具体的にどのような内容を有しているのかということである。この点については、ドイツにおいても、日本においてもこれまでいくつかの見解が出されてきた。例えば、日本では、一方では、手続保障（公正手続請求権）は、一種の一般条項であって、第一次的には立法者に向けられたものであるが、制定法の枠内ではその個別規定の解釈適用に際して具体化されるべきものであり、この権利からなんらかの具体的な結論を引き出すことは例外的な場合に限定すべきであるとする見解が出されているが⁽³¹⁾、他方では、手続保障の中身を具体的に確定しようとする見解も出されてきている。例えば、山本和彦は、手続保障には形式的手続保障と実質的手続保障とがあるとして、前者は当事者の主張立証活動を相手方や裁判所が妨害しないことなど形式的消極的な措置によって主張立証の機会を付与するような手続保障であるのに対して、後者は必要な主張立証が可能となるような情報の提供や証拠収集の仕組みを作る制度整備などのより実質的・積極的な観点から主張立証ができるための環境整備を意味しているとする⁽³²⁾。また、伊藤眞も、おそらくは同様の観点から、手続保障の中核には、当事者の証拠収集の権利があると解すべきであるとしている⁽³³⁾。

このように、手続保障については、それを実質的にも保障するための権利や制度の検討がなされていることは注目されるが、ただ、少なくとも山本のいうところの形式的手続保障は、手続保障の最低限の内容として一般に認められているといってよいであろう。つまり、「手続の結果に対して利害関係をもち、場合によっては不利益を受けるかもしれない者に手続に参加させ、自己に有利な主張や立証、相手方の主張・立証に対する反駁の機会を与えることは、デュー・プロセスの最も初歩的な要請であり、かつ

手続的正義の最も重要な内容である」⁽³⁴⁾ と言っているのである。

これは、ドイツにおいて審問請求権として言われてきたことと、その内容においてほぼ重なるといってよいと思われる。例えば、新堂幸司は、つぎのようにいう。「各自は、その訴訟の進行過程に参加し、手続の主体となって裁判のための材料を提供し、自己の言い分を述べる機会を平等に与えられ、こうして提出された資料を判断材料にして、公平な立場の裁判官によって結論が出されるという構造をとることが、憲法上要請されるということができる。ここから、審問請求権……の保障は憲法的保障の中核をなすといえる」⁽³⁵⁾。

しかも、以上のような意味内容をもつ手続保障に関して留意されるべきは、このような手続保障は、三審制度の下では、基本的に下級審においてのみならず、上告審においても保障されなければならないということである。もちろん、審級制度をどうするかは、基本的には立法政策に委ねられているとされるが、しかし、前述したように、事件が憲法上の争点を含む場合には、最高裁での審理は憲法上の要請であり、したがって、手続保障は、そのような場合には、上告審においても訴訟当事者は審問請求権をもつというように理解されなければならないことになるのである。

(5) 手続保障と判決の効力

手続保障に関して最後に指摘されるべきは、手続保障が判決の既判力や参加的効力とも密接な関連をもっているということである。この点について、吉野正三郎は、つぎのようにいう。「手続権保障が既存の理論体系のなかで解釈基準として確たる地位を占めている領域は判決効論である。既判力、争点効、参加的効力、形成力等々、前訴手続での当事者の手続権の保障の有無や程度がそれら判決の遮断効の範囲を確定する際の重要な指標となっている」⁽³⁶⁾。

例えば、手続保障と既判力の関係については、新堂幸司はつぎのようにいう。「当事者が既判力を不利益に受けることを正当化する根拠は、当事

者の地位につくことによって手続上対等にその訴訟物たる権利関係の存否について弁論し、訴訟追行をする機能と機会とを保障されることに求めることができる。法は、原告が訴えによって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（246条）によって、被告に防御目標を明確にし、不意打ちを防止する一方、……当事者双方に弁論の機会を実質的に保障される仕組みを用意している。法は、このような手続保障を当事者の地位についた者に当然に与えるとともに当事者がこの地位と機会をフルに利用して自分の実体的地位を主張し防御することを期待する。……まさに、このように当事者に対する手続保障と自己責任を認めるということに、訴訟物たる権利関係の存否の判断が当事者に対して、その当事者の意思に反しても国家権力によって通用せしめられることを正当化する根拠があると考えられる。当事者として手続上戦う権能と機会を与えられていた以上は仕方がないではないかというのが、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せしめる論理であり、双方対等に弁論の地位と機会を与えられた以上、敗訴の結果を再び争うのは、公平の観念に反するではないかというのが、当事者が相手方に対する関係で既判力の効果を不利益に受けることを正当化する理論である。」⁽³⁷⁾。

このような手続保障と既判力の関係に関する指摘は、基本的にはほぼそのまま手続保障と参加効力の関係についても妥当するということができる。むしろ、参加効力の場合には、補助参加人は被参加人との関係で従属的な地位にあるだけに、さらには、住民訴訟の場合には、被参加人と補助参加人の利害が必ずしも一致しないだけに、より一層のこと参加効力を認める場合には、手続保障が手厚くなされなければならないのである。民事訴訟法46条や地方自治法242条の3第4項で規定する参加効力が、前件住民訴訟の補助参加人に及ぶか否かを判断する上で手続保障の問題が指摘されているのも、以上のような認識を踏まえたものということができ

るのである。言い換えれば、手続保障が補助参加人に対して十分にはなされていないような場合には（まさに前件住民訴訟の場合がそうであるが）、参加的効力を補助参加人に及ぼすことはできないということになるのである。

六 結論

以上にみてきたところから明らかなように、前件住民訴訟における判決の参加的効力は、前件住民訴訟における補助参加人には及ばないというべきである。したがって、前件住民訴訟の判決は、本件訴訟の原告たる地方公共団体と被告との間においてもその効力をもたず、そうである以上は、本件訴訟においては、前件住民訴訟の裁判の結果に関わりなく、被告は、自己の権利利益のために全面的に争う権利が保障されなければならない。「参加人が十分な訴訟追行をなしえなかった場合には、参加人は自己を当事者とする後訴において前訴の判断内容いかににかかわらず、その点についての攻撃防御の提出を妨げられない」⁽³⁸⁾のである。つまり、第二段階訴訟たる本件訴訟においては、被告は、前件住民訴訟で問題となった事実関係、行為の違法性、責任の有無などについて全面的に争うことができることになるのである。

その意味で、被告準備書面（2）（平成24年7月13日）が、被告には前件住民訴訟判決の参加的効力は及ばず、したがって本件訴訟では、事実、違法性、過失責任（重過失）、損害などの全面にわたって争うことができると主張していることは正当というべきである。他方で、そのような事項については争うことができないとする原告の主張は、第二段階訴訟を形式的なものにして、被告の手続保障（公正手続請求権）を侵害し、ひいては憲法32条で被告に保障された公正な裁判を受ける権利を侵害するものであって、到底支持することができないものと思われる。

- (1) 行政事件訴訟法22条は第三者の訴訟参加を規定しているが、同規定は、同法43条3項、41条において民衆訴訟には準用されないこととされている。したがって、住民訴訟における補助参加については、同法7条により民事訴訟法の規定が準用されることになる。
- (2) 成田頼明「住民訴訟制度見直しの経過と争点」法律のひろば2002年8月号44頁以下。
- (3) 例えば、阿部泰隆「住民訴訟改正案へのささやかな疑問」自治研究77巻5号19頁。また、曾和俊文「地方分権と住民自治——住民訴訟制度改革の動きを中心に」ジュリスト1203号（2001年）76頁。
- (4) 成田・前掲注（2）50頁。なお、村上順ほか編『新基本法コンメンタール地方自治法』（日本評論社、2011年）（曾和俊文執筆）349頁も、同趣旨のことを述べている。
- (5) 口頭弁論終結以後に弁論を再開するかどうかは、基本的に裁判所の裁量権に属しているが、しかし、最高裁（最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁）は、「裁判所の右裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開して当事者にさらに攻撃防御の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきものであり、これをしないでそのまま判決をするのは違法であることを免れない」（傍点・引用者）と判示している。最高裁が、このように民事訴訟における手続的正義を理由として弁論の再開の必要性を認めていることは、本件訴訟においても参照されるべきと思われる。
- (6) 裁判を受ける権利と上訴権制限との関係については、さしあたり、松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993年）159頁、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』（大阪大学出版会、2007年）221頁以下、石川明「審級制度と裁判を受ける権利」判例タイムズ600号35頁など参照。
- (7) 安本典夫「住民訴訟・新四号訴訟の構造と解釈」立命館法学2003年6号406頁。
- (8) 阿部泰隆「住民訴訟平成14年改正4号請求被告変更の誤謬」判例時報2100号15頁。
- (9) 地方自治制度研究会編『改正住民訴訟制度逐条解説』（ぎょうせい、2002年）70頁以下。
- (10) 賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法＜第三版追補版＞』（日本評論社、2012年）130頁。
- (11) 西理「民事訴訟法上のいくつかの論点について（中）」判例時報2124号（2011年）22頁。
- (12) 鵜飼信成『新版憲法』（弘文堂、1968年）80頁及び144頁。
- (13) 芦部信喜「裁判を受ける権利」芦部編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣、1981年）275頁。

- (14) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ＜第五版＞』（有斐閣、2012年）（高橋和之執筆）438頁。
- (15) この点については、中野貞一郎「民事裁判と憲法」『講座・民事訴訟法1巻』（弘文堂、1984年）14頁、松井茂記・前掲注（6）112頁以下、兼子一・竹下守夫『裁判法＜第四版＞』（有斐閣、1999年）145頁以下、福永有利「民事訴訟における憲法的保障」『新法律学の争点・民事訴訟法の争点』（有斐閣、2009年）8頁など参照。
- (16) ドイツにおける学説判例については、中野貞一郎「公正な手続を求める権利」中野『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、1989年）27頁以下、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993年）59頁以下参照。また、see, P.J. Tettinger, *Fairness und Waffengleichheit* (1984) S.18ff.; K.H. Schwab/P. Gottwald, *Verfassung und Zivilprozess* (1984) S.61ff.
- (17) BVerfGE38, 105; 40, 95.
- (18) この点については、新堂幸司「『手続保障論』の生成と発展」新堂『民事訴訟制度の役割』（有斐閣、1993年）321頁、伊藤眞「学説史からみた手続保障（一）（二）」法学教室21号27頁、22号23頁。井上治典「手続保障の第三の波（一）（二）」法学教室28号41頁、29号19頁、山本和彦「手続保障再考」井上治典先生追悼『民事紛争と手続論の現在』（法律文化社、2008年）146頁など参照。
- (19) 松井・前掲注（6）103頁。
- (20) 芦部・前掲注（13）285頁以下。
- (21) 大西芳雄『憲法と行政争訟』（有斐閣、1977年）51頁以下。
- (22) 浦部法穂『全訂第2版憲法教室』（日本評論社、2006年）311頁。
- (23) 松井・前掲注（6）148頁。
- (24) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2012年）192頁、355頁。
- (25) 三ヶ月章「裁判を受ける権利」三ヶ月『民事訴訟法研究第七巻』（有斐閣、1978年）11頁。
- (26) 中野・前掲注（16）27頁。
- (27) 小島武司「非訟化の限界について」『中央大学法学部八十周年記念論文集』（中央大学、1965年）309頁。
- (28) 杉原泰雄「適法手続」芦部編・前掲注（13）86頁以下。
- (29) 谷口安平「手続的正義」『岩波講座・基本法学8巻』（岩波書店、1983年）53頁。
- (30) 佐藤・前掲注（24）584頁。
- (31) 福永・前掲注（15）9頁。
- (32) 山本和彦「民事訴訟における手続保障」前掲注（15）『民事訴訟法の争点』54頁。
- (33) 伊藤眞ほか『民事訴訟法の論争』（有斐閣、2007年）（伊藤眞発言）182頁。
- (34) 谷口・前掲注（29）45頁。
- (35) 新堂幸司『新民事訴訟法＜第五版＞』（弘文堂、2011年）42頁。なお、ドイ

ツのボン基本法103条1項は、「裁判所においては、何人も、法律上の審問を請求する権利（Anspruch auf rechtliches Gehör）を有する」と、審問請求権を明記している。この点については、see, P.T. Tettinger, a.a.O.S.2ff. ; W. Walder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (2000) S.13ff.

(36) 吉野正三郎「民事訴訟法における手続権保障」『民事訴訟法の争点＜新版＞』（有斐閣、1988年）89頁。

(37) 新堂・前掲注（35）643頁。なお、伊藤真『民事訴訟法＜第4版＞』（有斐閣、2011年）502頁は、「表現の違いは別として、既判力の目的として紛争解決基準の安定を挙げ、かつ、その根拠として当事者に対する手続保障を挙げる考え方は、現在では多数を占めているといってよい。本書もこれに属する。」としている。

(38) 賀集ほか・前掲注（10）130頁。