

成熟性・ムートネスの法理

——「司法権」要件の動中静的要請——

君 塚 正 臣

はじめに

日本においては、裁判所は、事件争訟性を有さない事件を取り上げることはできない¹⁾。警察予備隊違憲訴訟²⁾は、その合憲性を争う以前に、事件が存在しない以上は訴訟が認められないという理由で却下された。このことの妥当性は、付随的違憲審査制の理解の定着と相まって、最早争点ではないであろう³⁾。対立当事者の存在⁴⁾、当事者が真摯に争っていることも要件によく挙げられ、馴れ合い訴訟は却下されるべきだと言われる⁵⁾。このほか、法的问题であること、法的権利・利益の存在、司法による解決可能性なども含め、憲法を持ち出さねばならないという意味での事件争訟性がなければ、憲法判断も原則として下し得ない⁶⁾。このような法理のうち、紛争の生成・発展過程に関係するものを成熟性 (ripeness) の問題、消滅過程に関係するものをムートもしくはムートネス (mootness) の問題と呼ぶ⁷⁾。言わば、事件争訟性の要件を「時間的な観点から」捉え⁸⁾た、いつ本案審理を行うかという何時 (when) に関する問題であり⁹⁾、「時期尚早の訴えの提起」も「時期を失した訴えの提起」も許されないということである¹⁰⁾。それは、「植物や動物のように、紛争にもライフ・パターンが観察できる。それは、誕生し、成長・成熟し、そしておそらく増殖してから死に至る」¹¹⁾ ことだと言えよう。

憲法訴訟論の問題として、ときに司法消極主義の例として、両法理は取り上げられてきたが、これらを主とする論考は必ずしも多くはない。本稿では、両法理を取り上げ、事件争訟性の原理から検討することとしたい。

1 成熟性の法理

成熟性 (ripeness) の法理については、「紛争が司法判断を下すに至らない程度に未成熟であるとき、ムート (moot) として実体判断なしでしりぞけられる」もので、「裁判所が具体的な紛争に至らないうちに判断を下すことがないようにこの法理が形成されている」¹²⁾。この法理は、原告適格の法理が、事件争訟性の諸要素を静的に捉えたものであるのに対し、訴訟一般につき¹³⁾、これら諸要素を、訴訟当事者間の対立性の要素も含めて、動的に捉えたものと言えよう¹⁴⁾。

西欧において、紛争又は訴訟物は果物のように成熟するとの観念は数百年前に遡るようである¹⁵⁾が、アメリカでも、この成熟性の要件は、差止めや宣言的救済のような場合に重要な意味を持つとされる¹⁶⁾。訴訟物が真実 (real) であり、かつ現在するものであり (present) 又は切迫した (imminent) ものであれば、その訴えは時宜を得ているとされる¹⁷⁾。逆に、抽象的 (abstract) であったり、仮定的 (hypothetical) であったり、又は疎遠 (remote) であれば、訴えの提起は時期尚早とされ、本案審理の対象

とはされないこととなる¹⁸⁾。よって、このことから、具体的紛争になっていない事案の判断や、議会や行政権等が法令等の合憲性などについて、裁判所に勧告的意見を求めることは、当然できないことになったのである¹⁹⁾。

だが、アメリカにおけるこの法理の形成には、歴史的経緯がある。法令の具体的・個別的な適用を争うが、それ以前に、法律や条例を直接争い得る訴訟、プレ・エンフォースメント訴訟 (pre-enforcement review) を連邦最高裁は認めている²⁰⁾。ワシントン州法が、外国人が土地を保有する権利及び土地から収益する権利を持つことを禁止し、これに反した場合は当該土地を没収すること、故意にそのような土地の権利を譲渡した者と譲渡を受けた者は重大な軽罪 (gross misdemeanor) に該当することを規定していた。外国人に対する農地の賃貸を欲した者が、当該法律の有効性についての判断がなされなければその遵守を求められるが、これは自らの財産を適正手続なしに奪い、平等保護にも反するとしてこの法令の執行の差止めを求めた事案で、1923年に連邦最高裁は、①当該法律執行の意図は明白であること、②原告が重要な権利・利益を賭けて、違法・不違法の択一的行動を迫られていること、③事後の救済によっては当該権利・利益の貫徹が図られないことなどを理由に、法律の執行前の攻撃が許容されるとして、その請求を認容した下級審判決を支持した²¹⁾。その後、1954年には移住許可法の規定を、合衆国本土で定住する外国人でアラスカ州の季節労働から帰ってくる者について、初めて合衆国に入国する外国人と扱うとしたシアトル移民帰化地方局長の解釈は、契約及び財産権への侵害だとして、港湾労働者倉庫労働者組合分会が宣言的判決及び差止命令を求めた事案で、連邦最高裁が訴え却下を支持した例もある²²⁾。

このほか、法令が違反としていた表現行為をまだ行っていない者の宣言的判決及び執行の差止めを求める訴えを連邦最高裁が却下した例²³⁾や、起訴前に刑罰法規を攻撃し、人身

保護令状の発給等を求めることはできないとした例²⁴⁾、薬品製造業者協会とその構成員が、商品名が使用される度に、成分の同じ薬品を総称する指定の包括的名称の表示を薬品のラベル・広告その他の印刷物に記さねばならないとする規則が法律の委任を超越していると訴えた事件で、控訴審の却下判決を破棄した例²⁵⁾などがある。1970年代になると、制度改革訴訟において、具体的な権利侵害の恐れが示されていないなどとして、事件争訟性の要件を厳格に維持した例もある²⁶⁾。

総じてアメリカでは、一般的法規の個別的・具体的運用前の司法審査は原則として禁じられることとなった²⁷⁾。こういったことは、立法と執行・行政が分離され、立法の後に、議会から離れた行政機関が詳細な規則を作成するという構造故に生じることでもある²⁸⁾。法令が執行される可能性が少ない、損害を受ける危険性が定かではないというときには、成熟性を否定してきている²⁹⁾。このことは、「司法」や事件争訟性の定義からすれば、基本的には当然のように思われ、次第に以上のことが「司法権」の定義から説明されるようになってきた模様である。

「司法権」の定義から以上のことが説明されるのであれば、日本国憲法76条の下でも、ほぼ同様のことが言えよう。事件が成熟せず、事件争訟性を有していない段階では、理論的に、裁判所は「司法」の作用として事案を取り上げることはできないと言えよう。

但し、渋谷秀樹によれば、成熟性の法理には例外があるとされる。①当該行為の適用・執行の蓋然性が、被告側の意思その他の事情に照らして極めて高い場合、②当該法規によって原告に生じる苦難、即ち、原告が重要な権利・利益を賭けて違法・不違法の岐路に立たされており、事前の救済を認めないと回復不能な侵害が生じて、実質的に救済の機会を喪失する恐れがある場合は判断に踏み込み、③裁判所が、裁判所の能力から政策的判断を行うと、当事者間の対立が先鋭化し、具体的衝突が生じた場合の

方が、そこから発生する具体的で明確な事実の資料を入手し得、これに基づき判断できると判断し得る場合、④機能分担の観点から、例えば、文面審査を行えば立法過程に介入してしまうとか、事後的救済の補完的作用に留めるべきであるとか、州の権限を認めるべきとか、行政の最終判断を待つべきであるとかが重視される場合は判断を避ける「政策的配慮を背景に動いている」と渋谷は纏めるのである³⁰⁾。このためか、処分後の事情変更に伴う訴えの利益の問題につき、最高裁は訴えの利益を厳格に解する傾向にあると言われてきたものである³¹⁾。

行政事件訴訟法では、権力分立国家において、司法権が行政活動に対してどの時期に介入するかという問題にも直面し、民事訴訟法におけるのと比べ、特徴的で固有な法理が成熟される余地があった³²⁾。そしてそれは、①一般抽象的な規範定立行為が係争対象でありその行為がそれ自体で終了し、それ以後より具体的な行為が予定されていない場合（法令等の無効確認ないし取消しを求める訴えなど）、②準法律行為を争う場合、③ある行為が行政主体内部の行為である場合、④行政過程が多段階に進行してより具体化する場合、などに分類され、後2者が狭義の成熟性の問題だとされる³³⁾。

③には、通達の取消し等を求める訴え³⁴⁾、行政主体の内部的意思決定の取消し等を求める訴え³⁵⁾などがある。なお、通達がその内容により、直接一般国民の具体的権利義務その他法律上の地位に不当に不利益を及ぼす場合は、取消訴訟を求めることができるとされている³⁶⁾。④は、一連の手続を経て最終的な行政目的が達成される行為のうちどの段階で訴訟を認めるのかという問題である。都市再開発法に基づく市街地再開発に見られるような複合的で多段階にわたる行政過程のうち、都市計画決定段階では処分性を否定していた³⁷⁾が、第二種市街地再開発事業の決定について処分性を肯定する判断³⁸⁾も生じている³⁹⁾。更には労災就学援助費の支給決定⁴⁰⁾、食品衛生法に基づく通知⁴¹⁾、病院開設中

止の勧告⁴²⁾、浜松の土地区画整理事業計画決定取消請求⁴³⁾も認められている。最高裁は、その後、教職員国旗国歌訴訟では、確認訴訟における確認の利益に言及し⁴⁴⁾、医薬品の郵便等販売をし得る法的地位の確認訴訟を適法と認めている⁴⁵⁾。

このように、日本において、成熟性の問題は、実は行政事件訴訟法に特化して論じられてきたと言っても過言ではない。そこでは、主として行政庁の行為のうち処分に当たるもののみが行政訴訟の対象であるところ、それ以外の公権力の行為である行政庁の内部行為、計画、行政指導、一般処分、行政立法などに一切成熟性がないとして司法権の介入を認めないことが適切かを巡って論じられてきたものである⁴⁶⁾。このほか、差止訴訟においても成熟性は必要であるほか、もし宣言判決を積極的に認めるとすれば、そこでも成熟性の要件は必要であるとされてきた⁴⁷⁾。抽象性の高い段階での訴訟は受け付けないとして、結果的に、行政の自力執行性を守る作用を果たしてきたと言えなくもない。

しかし、行政機関の行為を争う訴訟について、行政事件訴訟法の「処分」を前提に組み立てねばならないと縛られることは疑問であり⁴⁸⁾、憲法上の成熟性があれば訴訟を維持し、なければ認めないことを基本とすべきである。成熟性の問題は、行政事件訴訟法の解釈ではなく、あくまでも憲法76条解釈の問題であることは釘を刺しておきたい。

これに対して、民事訴訟法では、成熟性は、事件性の生成・発展過程と関係し、「確認の利益」に密接に関連してきたと言える⁴⁹⁾。確認訴訟が予防的機能を果たすことから、早期に訴えられれば訴えられるほど危険を除去し易くなるが、他面、そうであれば紛争が未成熟であり、具体的権利もしくは法律関係の存否の主張ではないとして、確認の利益の欠缺を理由にそれが却下される危険が大きくなるのである⁵⁰⁾。相続関係事件において、被相続人がその所有財産を第三者に処分した場合に、相続発生時にその財

産を取得することが期待できる推定相続人が、当該処分は無効確認、処分目的物である財産が第三者に属さないことを確認する訴訟があるが、1955年の最高裁判決⁵¹⁾を機に、このような訴訟には確認の利益は認められず不適法とされるに至った。遺言の取消しについても、同様である⁵²⁾。この点は、判決には至らぬ強制力を有する決定についても言えることであろう⁵³⁾。

しかし、このような判例・通説の傾向について、民事訴訟法学者の野村秀敏は、将来の法律関係を確認の対象としていないのは日本法とドイツ判例・通説だけであり、ドイツにおいては有力な批判があると指摘する⁵⁴⁾。現在の法律関係に限られるのは何故か、と疑問にする。高度化、複雑化した現代社会においては法律関係の不明確が生じ易く、その不明確自体が重大な経済的、社会的損害をもたらすこと、そして、確認訴訟の予防的機能、自主的紛争解決の基礎となって危険を回避できるのではないかと、言うのである⁵⁵⁾。所有権に基づく引渡請求訴訟後に目的物が滅失する危険が皆無でないように、判決確定後に事実状態が変動することはあるのであって、長所があれば、将来の法律関係に関する確認訴訟も、適法とされる可能性があつてよいとすると主張する⁵⁶⁾。ただ、それが常に確認の対象になるとは言えず、「一定の要件が具備される蓋然性が相当程度存在する場合」とすべしと言う⁵⁷⁾。そこで、推定相続人が、被相続人が第三者に財産を移転したことが、民法1030条の「贈与は、相続開始前の1年間にしたもの限り、前条の規定によりその価額を算入する。当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知って贈与をしたときは、1年前の日より前にしたものについても、同様とする」という規定に基づき、遺留分算定の基礎に算入されるべきだとして出訴した事案で、最高裁がこれを却下した⁵⁸⁾のについて、遺留分権減殺「請求権が相続開始時に初めて発生するとの理由をもってしては、これを不適法とすることはできない」ので、理由が正当でないと批判するので

ある⁵⁹⁾。

この種の批判は、憲法学においてもなされている。松井茂記は、日本において成熟性の要件が厳しく考えられていることに否定的で、「日本でも、法律が制定されたとき、その法律が適用される可能性が現実を示せる人であれば、誰でもその違憲の確認と執行の差止めを求める訴訟を提起できるものというべきである」と述べる⁶⁰⁾。

しかし、事件争訟性の要は、事実の十分な記録の必要性と、一方の当事者に対する脅威が当事者間に論争を十分に惹起する見込みがあるほど実質的になったときに司法的救済が与えられるべきという点⁶¹⁾にありよう。このため、成熟性の要件を無にして、事件が抽象的な段階でも本案審理を要求することは、「司法権」要件の換骨奪胎であると思われる。その意味では、行政事件、民事事件とも、これを政策的な程度問題とするのではなく、当事者が特定され、法的判断を行い、終局的解決が可能な段階は「司法」の作用を行い、そうでなければ認められないものとして整理されるべきであると思われる。

2 ムートネスの法理

成熟性が事件争訟性の入口要件であれば、ムートネスは出口要件であろうか。ムートネスの法理とは、「訴訟当事者の standing の是認を前提として、現実の争訟が単に訴訟提起の時点にとどまらず、審理の前段階において存在しなければならないことを要求し、当初存在した現実の争訟（又は当事者の法律上の利益）が、その後の事情の変化によって消滅した場合に、その訴訟は moot であり、司法判断適合性 (justiciability) をもたない、とするものである」⁶²⁾。言い換えると、「時間的に構成された原告適格」⁶³⁾及び訴えの利益である。この法理は、各種訴訟一般に必要なものであり、「行政訴訟法の解釈論としてまず訴えの利益を論じる必要があり」、「基本的に行政事件訴訟法上の問題」⁶⁴⁾というわけではない。なお、野坂泰司

によれば、アメリカにおけるムートの法理は、もともとコモン・ロー上確立された法理であったが、1964年判決⁶⁵⁾以降、連邦憲法3条の事件争訟性 (case or controversy) の要件との関連で論じられるようになったもので⁶⁶⁾、「司法救済 (judicial economy)」、「権力分立の要請」、「法の柔軟性維持の要請」に基づくものとされている⁶⁷⁾。

連邦最高裁は、ロースクールの入学を拒否された者が、より低い点数で入学したマイノリティ・グループの存在を理由に、修正14条の平等保護違反だとして出訴した事例で、比較対象者が既に最終学期のための登録を有効に終えており、ムートとなっていると判示している⁶⁸⁾。このほか、一定の年齢に適用される法律の合憲性を争っているうちに当事者が該当年齢を超えた場合⁶⁹⁾、投票権が侵害されているとして選挙の差止めを求めているが勝訴判決を得る前に当該選挙が実施された場合⁷⁰⁾、訴訟の目的となった特定の行為が被告により履行された場合⁷¹⁾、短期間の期限付きの免訴の付与又は更新の拒否を争っている途中でその期限が到来した場合⁷²⁾などもそう判示された。他方、付随的な不利益がなお継続する場合、審査が正当化されるとされ⁷³⁾、下院の議席を争う者が後にその議席を認められても、歳費請求権がある以上、本件がムートになるものではないとされた例⁷⁴⁾がある。野坂は、米連邦最高裁は「原告個人に対する損害が」、「継続しているか、又は」「将来再発しうる場合は、いずれも裁判管轄の維持に積極的である」⁷⁵⁾、つまりはムートであるとはしないと述べ、この法理を政策的なものとして捉えてきたようである。

日本でムートの例として取り上げられる判例に、まず朝日訴訟⁷⁶⁾がある。医療扶助と生活扶助を受けていた朝日茂が、実兄から仕送りを受けられることになったところ、福祉事務局長から生活扶助を廃止され、逆に医療費負担も求められる変更処分がなされたため、日用品費600円という厚生大臣の保護基準が憲法及び生

活保護法の定める生活水準維持に足りないものとして、不服申立て却下裁決の取消しを求めて出訴した事件である。一審⁷⁷⁾は、入院中の患者につき日用品費の最高月額を600円と定めた保護基準はその最低限度の需要に即応するものと言えず、生活保護法第8条第2項・第3条に違反するなどとして原告の請求を認容したが、二審⁷⁸⁾が請求を棄却したため、原告の朝日茂が上告したものの、その後、朝日が死亡したので、養子が訴訟の継承を主張したが、最高裁は、本件で争われている「保護受給権とも称すべきもの」は「被保護者自身の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられた一身専属の権利であつて、他にこれを譲渡し得ないし、相続の対象ともなり得ない」ので、「当該被保護者の死亡によつて当然消滅し、相続の対象となり得ない」として、訴えを斥けたものである。これには、奥野健一判事補足意見もある。

これに対してはまず、田中二郎判事の反対意見がある。反対理由は、「行政事件訴訟における訴訟要件は、これをできるだけゆるやかに解釈し、裁判上の救済の門戸を拓げていこうというのが、近時、諸外国におけるほぼ共通の傾向であ」との「見地から翻つて本件をみると、本件訴訟の承継は、理論上もこれを肯認し得ないわけではなく、」「被保護者の生存中の生活扶助料ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利が保護受給権そのものと同様に使用目的の制限に服すべきものであるかどうかについては、全く疑問の余地がないというわけではない。仮りに、右の点について、多数意見のとおりを考えるべきものとしても、ただそれだけで、本件訴訟の承継を否定する根拠とはなし得ない」とするのである。「国に対する不当利得返還請求権は、保護受給権そのものの主張でないことはもちろん、すでに遅滞にある生活保護の給付の請求そのものでもなく、元来、朝日茂の自由に使用処分し得た金銭の返還請求権ともいべきものであつて、このような権利についてまで、その譲渡性や相続性を否定すべき合理的根拠は

見出しがたいのではないかと思う。そして、若し、右のような意味での不当利得返還請求権が認められるべきものとすれば、この請求権を行使するためには、本件で取消訴訟の対象になっている判決の取消がされることを当然の前提条件とするのであつて、右の権利を相続した「両名は、本件判決の取消によつて回復すべき法律上の利益を有するものと解するのが相当」だとしながら、「生活保護法が右のような水準を維持するに足りる適確な内容の権利を与えなかつたからといつて、直ちに憲法違反となるわけではない」などの理由により、「結局、本件上告は棄却を免れない」としたのである。

松田二郎、岩田誠両判事による反対意見も、「保護受給権が一身専属的であるということは、本件訴訟において承継を否定する根拠となるものではない」く、もし、相続人の「『本件判決の取消によつて回復すべき法律上の利益』（行政事件訴訟法9条参照）」を否定するときは、右両名は将来国に対して不当利得返還請求をなし得べき途を全く鎖されてしまう」ので、「本件訴訟の承継を認める」べしとした。

よく知られる朝日訴訟については、多数意見に従えば、事件を解決する意味がなくなった以上に、原告がいなくなり、法律上の利益が消滅したことになる。多くは、本件をムートの事例として扱ってきたが、時間の経過により司法的解決の意味が消滅した事案とは異なる。また、そもそも反対意見は、この事案で原告が死亡してもムートになったわけではないと考えていたことも、興味深い点である。

次に、皇居外苑使用不許可処分取消事件⁷⁹⁾がある。厚生大臣の所管する皇居外苑を1952年5月1日のメーデーに使用するため、前年11月に許可申請を行ったが、国側は明けて3月13日に不許可の処分を行い、翌日に通知したため、原告である日本労働組合総評議会（総評）がその取消しを求めた事案である。

一審⁸⁰⁾は原告の請求を認容したものの、二審⁸¹⁾は、既に5月1日が経過した以上、不許

可処分の取消しを求める実益は失われたとして、請求を棄却したので、原告が上告したものである。

最高裁は、「狭義の形成訴訟の場合においても、形成権発生後の事情の変動により具体的に保護の利益なきに至ることあるべきは多言を要」せず、「上告人の本訴請求は、同日の経過により判決を求める法律上の利益を喪失した」と断じたのである。

興味深いことに、本判決も、朝日訴訟で有名となった括弧書きの「なお、念のため」が付随しており、「厚生大臣は国民公園管理規則4条の適用につき勘案すべき諸点を十分考慮の上、その公園としての使命を達成せしめようとする立場に立つて、不許可処分をしたものであつて、決して単なる自由裁量によつたものでなく管理権の適正な運用を誤つたものとは認められない。次に、国民公園管理規則1条には、『皇居外苑…の利用に関してはこの規則の定めるところによる。』とあるから、同規則4条による許可又は不許可は、国民公園の利用に関する許可又は不許可であり、厚生大臣の有する国民公園の管理権の範囲内のことであつて、元来厚生大臣の権限とされていない集会を催し又は示威運動を行うことの許可又は不許可でないことは明白である」などとして、仮にムートに至らずとも、厚生相の判断は違法ではないと述べている。そして、本判決にも栗山茂判事の「法律に特別の定なくして規定された右規則4条は違法であつて、それに基いてなされた本訴不許可処分もまた違法たるを免れない」とする意見が付されているが、結論においては、「たとい上述したように右処分が違法なものであつても、既に同日の経過によりその審判を求める法律上の利益は喪失されたものとすべきことについては、私も多数説と同じ意見である」としており、原告の訴えを斥けるという結論においては全員一致であったものである。

両最高裁判決が、裁判を受ける権利の否定であると論評する⁸²⁾のは行き過ぎ⁸³⁾だとしても、

生存権等の侵害だとの宣告はできなかったか⁸⁴⁾、集会の自由を不当に制限した疑いがないか⁸⁵⁾、不許可処分には公園管理権の逸脱、濫用があり、裁量の逸脱はなかったか⁸⁶⁾、そもそも国民公園に関して管理規則による許可制が維持されていること⁸⁷⁾などには疑問があろう。

仮に、原告の死亡やメーデーの期日の前であれば、以上のような論点は本案判決として裁判所は回答すべきところ、期日を徒過したことが判決の理由である。その後不利益処分を取り消しても、救済是正をすることはできない⁸⁸⁾。もしも、一般論として、なお書きで憲法判断等を加えてもよい、もしくは加えるべきだといふのであれば、抽象的法律問題に司法権が判断を加えられることになってしまうのである⁸⁹⁾。この意味で、朝日訴訟において、原告に社会保障給付権を確認することはできず、原告適格を有する者の死亡により「司法権」の作用としては裁判の打切りはやむを得ないと言ふべきである。皇居外苑使用不許可処分取消事件においても、名誉や信用などといった利益が失われたものではなく、期日の徒過をもって、処分取消しの訴えはできないと解するのが適当であろう⁹⁰⁾。民事訴訟では、憲法上ムートであるのに、訴訟となり、不利益な決定を下されることは問題であろう。両事案の事後的な救済は国家賠償請求訴訟でなされるべきであったと思われ⁹¹⁾、金銭給付に切り替えてあるならば訴訟は継続できたと解するべきように思われた。

ムートネスの法理を巡っては、それが憲法学によって特に議論されるためか、憲法上の権利が問題となった事案ばかりが思い起こされるが、それは判決の際に実体判断を行う意味が消滅したケースについてのものである。当然のことながら、特に憲法訴訟とは言えない、民事・刑事・行政事件が一般的である。例えば⁹²⁾、運転免許の効力停止処分を受けた者が、免許の効力停止期間を経過し、かつ、この処分の日から無違反・無処分で1年経過したときは、この処分の取消しによって回復すべき法律上の利益

を有しないとされている⁹³⁾。専従休暇不承認処分の取消しを求める訴えは、その申請による専従休暇期間の経過により、訴えの利益を失うとされた⁹⁴⁾。議員定数不均衡を理由に選挙の無効確認を求める訴えが係属中に衆議院が解散された場合も、事情の変更により、訴えの利益が消滅するとされた⁹⁵⁾。都市計画法29条に基づく開発許可処分取消しの訴えは、当該工事が完了して検査済み証が交付された時点で訴えの利益が消滅するとされた⁹⁶⁾。日本国籍は出生により得ていたものであり、一旦なされた国籍離脱の届け出の国籍回復許可処分によるものでないことの確認が、原告のアメリカ国籍の承認のために必要な事案で、原告が「出生による日本の国籍を現に有すること」の確認を求める利益を認め、訴えを認めた例がある⁹⁷⁾。株主総会の役員選任決議取消しの訴え係属中に当該役員が退任した場合も、特段の事情がない限り、訴えの利益が失われるとされた⁹⁸⁾。重婚において、後婚が離婚によって解消されたときも、特段の事情がない限り、後婚の取消しを請求することは許されないとされた⁹⁹⁾。重要なことは、憲法上ムートになっていないのであれば、「司法権」の定義に沿う訴えがあればその行使を逃れられない裁判所が訴訟を終えてはならない¹⁰⁰⁾ ことである。そこでは、原告の敗訴を意味する「訴えの却下」という主文よりも、「本案は終了した」という主文の方が実態に即していよう¹⁰¹⁾。

この意味で問題とされるべきなのは、「司法権」の定義としての事件争訟性を失った事案である。やはり、ムートネスの問題も、憲法76条に立ち返って考慮されねばなるまい。更には、訴えの利益がないにしても、請求も理由がない場合に本案判決を下せるのかという問題がある¹⁰²⁾。判決の結論に影響のない憲法判断は、「爾後の同種の争点の事件に関し、事実上の影響力を与えることは否み難いから、必ずしも好ましいことではない」¹⁰³⁾ ように思われる。

だが、取消しに付随して、或いは「波及的に回復される何等かの利益が有り得る」¹⁰⁴⁾ という

ことも十分考え尽くされねばなるまい。現に、長沼訴訟最高裁判決¹⁰⁵⁾に関しては、訴えの利益が消滅したなどとせず、事情判決による処理が望ましいとの指摘もある¹⁰⁶⁾。苦米地事件¹⁰⁷⁾では、既に衆議院の解散がなされ、総選挙後に新たな国会が召集されたが、ムートに至ったとは考えず、歳費請求権を持って訴えの利益があると解された。行政事件訴訟法9条では、取消訴訟は、「法律上の利益を有する者(処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む。)に限り、提起することができる」とされているが、業務停止処分を受けた弁護士が、その経過後も、その裁決の取消しを求める訴えの利益があるとされた例¹⁰⁸⁾もある。免職処分を受けた公務員が市議会議員に立候補した事案で、給与請求権その他の権利・利益を回復するのに必要であるとして、訴えの利益を認めている¹⁰⁹⁾。

関連して、特定時期に関わる処分の取消しの場合であって、他に有効な救済方法がないときに限って、将来の同様な違法処分の現実的危険を防止する場合を「訴えの利益」に含めてもよい、とする民事訴訟法学からの指摘もある¹¹⁰⁾。2004年の行政事件訴訟法の改正により、義務付け訴訟が法定され、公共施設の利用について実効的な救済が可能になっている¹¹¹⁾。これらは、あくまでも、憲法76条の事件争訟性の要件を満たすべく、解釈や立法が変化したものと整理されるべきように思われる。

ところで、それとは別に、憲法判断を行い得る事案とは何か、という論点があろう。そこでは、「憲法訴訟の趣旨と積極的に連結するような方向でのルール明確化が求められている」¹¹²⁾のである。皇居外苑使用不許可処分取消事件が却下で終わっていることに批判が多いのは、集会の自由という憲法上の重要な人権が侵害されることと強く関連しよう。また、朝日訴訟についても、実際の事実関係を見ると、憲法上の権

利を掲げた生活最低限でのまさに命をかけた闘争であったことを抜きには語れない。その意味では、ムートにかかり「司法権」の作用としては却下せざるを得ない事案でも、裁判所が憲法判断を行うべきと考えられる場合があるかが次なる問題となるのであろう。

アメリカでも、刑事被告人が宣告刑履行後もなお当該有罪判決を争う場合があり、虚偽申告の共謀罪で有罪判決を受けた刑事被告人の外国人が、宣告刑を終了していたにも拘らず、最高裁が、当該被告人が将来背徳罪(moral turpitude)を犯したことを理由に国外追放となる可能性等を理由として、当該訴訟はムートにならないとした例がある¹¹³⁾。また、刑期満了後に、その有罪の根拠となった停止・所持品検査(stop-and-frisk)規定が連邦憲法違反となっていた事案で、米最高裁が、本案審理を行って有罪判決を破棄した例がある¹¹⁴⁾。

当事者間で紛争が再発する可能性がある場合にも、ムートとしなかったことがある。州際通商委員会の命令が、事件が最高裁に係属する前に失効したが、当該命令をもたらした状況がなお継続していると判断して、ムートの主張を排除した例がある¹¹⁵⁾。この理論的根拠が、裁判管轄が「反復されうるにもかかわらず、審査を免れる」(capable of repetition, yet evading review)短期の命令によって破られるべきではない、というものであった。また、被告が自発的に争われている行為を止め、反覆する意図を否定するだけでは、訴訟をムートにするには十分ではない、とした例がある¹¹⁶⁾。それは、違法として攻撃されている訴訟当事者が自発的停止(voluntary cessation)を行ってもそうだとされている¹¹⁷⁾。これが、他者にとって繰り返される場合に広げられた例がある¹¹⁸⁾。

以上を踏まえ、渋谷は、米最高裁が「ムートネスの判定をなす際に考慮していると思われる政策的要因」として、①審査する機会が存在するか、②訴訟経済の観点、③裁判の基礎となる資料の提出が十分になされているかがあると述

べるのである¹¹⁹⁾。また、この法理を日本に導入することにつき、野坂は、「判例理論が特定の社会における特定の制度的枠組みに規定されたものであることもまた事実であり、その意味では、これを性急にわが国の問題として論ずることには慎重でなければなるまい」¹²⁰⁾とする。

ムートかそうでないかの何れかしかなく、そうでなければ事件争訟性はあるものとして、裁判所は本案審理を行わねばならない¹²¹⁾。また、表現の自由に関する文面審査がそうであるように、事案それ自体は事件争訟性を有さざるとも、憲法上の権利侵害の重大さ故、仮に訴えを却下する場合であるとしても、憲法判断を行うことが憲法上、司法権に要請されている場合があると言うべきではあるまいか。振り返れば、皇居外苑使用不許可処分取消事件は、繰り返されるが審理を免れる典型的なケースであろう¹²²⁾。また、人権侵害の重大さから、仮に原告の救済は行わなくとも、憲法違反の宣言は、憲法上必要だったとも考えられる¹²³⁾。もし、そうであれば、この事案は、何にせよ裁判所が審理を行わねばならなかったのではあるまいか¹²⁴⁾。

3 いわゆる「終局性」—なお、念のため

ところで、「裁判により事件が終局すること」というのも、「成熟性」「の要件と関係してくる」とされることがある¹²⁵⁾。成熟性の問題、ムートネスの問題は、ときに憲法学では、「成熟性 (ripeness) または終局性 (finality) の理論」などの記述¹²⁶⁾や、「法律上の争訟」に「単なる政治的または経済的問題や技術的または学術上に関する争」¹²⁷⁾を含む理解¹²⁸⁾などから、ときとして「終局性」(requirement of finality)の問題と捉えられがちであったかもしれないが、これらはその問題というよりも、当事者や法的権利・利益、法律上の問題であることが欠けた場合であると解せる¹²⁹⁾。少なくとも「重なる」¹³⁰⁾だけである。また、「憲法訴訟にかかわるやや特殊な局面として、いわゆるムートネスの問題がある」とされたり¹³¹⁾、「憲法訴訟手続論の対

象」として「成熟性」が挙げられたりする¹³²⁾など、多くの場合、「憲法訴訟」の問題として取り上げられている¹³³⁾。しかし、そもそも「司法権」もしくは「司法判断適合性」¹³⁴⁾の要件の問題となる事案が多く、特に朝日訴訟も皇居外苑使用不許可処分取消事件もそう考えるべきである¹³⁵⁾。成熟性、ムートネスの概念は、基本的には民刑事・行政事件共通の「司法権」の問題に納め、全く新しい概念を創設する必要はなさそうである¹³⁶⁾。

これに対し、「終局性」として挙げるべきは、よく「裁判の効力」¹³⁷⁾などとして教示されるものである。これは、訴訟法・裁判法では、「自縛性 (自己拘束力)」「形式的確定力」「実体的確定力 (既判力)」「執行力」「形成力 (創設力、権利変更力)」で構成されるが、「司法」の定義としての「終局性」と特に関連しているのは、「国家権力によって、判決内容を強制的に実現できる効力」という意味での「狭義」の「執行力」であろう¹³⁸⁾。「紛争を法的に解決することが不可能、あるいは政策的に望ましくなく、政治部門あるいは自律的団体の内部的解決に委ねるほかない、あるいは委ねるのが望ましい場合に指摘されることがあるが、ここでは、むしろ裁判所の判断がその事件について最終的ではないような場合を想定すべきであ」¹³⁹⁾る。特に、政治部門が判決を覆すことができることは許されず、それが可能であれば終局判決は下すべきでない¹⁴⁰⁾。無論、終局判決に至る途上の「中間判決」¹⁴¹⁾も「司法」の作用から除外する必要はない。また、執行 (execution) が不可欠の要素と絶対視することはできず、当事者間の法的関係を確認し、宣言するものも含まれる¹⁴²⁾。これに対して、これを有さないものは「司法」ではない、という意味では、物理的に執行不能なもの、国内裁判所の判決では左右できない性質のものが寧ろ相応しく、領土問題や安保・防衛問題のように、国際法上の限界や統治行為論の問題とされてきたものの一部が該当しよう。自然債務の場合、裁判上の履行を求める権能

が欠け、訴えの利益がなく¹⁴³⁾、執行できない。何よりも、当該事件についての裁判所の判断の立法部・執行部に対する最終性を示すものである¹⁴⁴⁾。

皇居外苑使用不許可処分取消事件は、期日が徒過し、物理的に過去の期日には集會が開催できないという意味では、司法権の定義に関わる終局性を欠いた事案だと評価することができよう。或いは、高田事件¹⁴⁵⁾のように、憲法37条1項の「迅速な公開裁判」を満たせず、仮に事実認定では有罪を導けても刑の執行は憲法上許容できず免訴¹⁴⁶⁾となる場合は、本案判決が下せないという意味で、終局性を欠く事案として再考することができよう。こういった諸点につき、講学上の整理が今後必要に思われる。

おわりに

結局、成熟性にせよ、ムートにせよ、事件争訟性の定義によって定まるものである¹⁴⁷⁾。こういった概念をリジッドに考えることは人権救済にとって適切でないとする見解¹⁴⁸⁾もあるが、そもそも「司法権」が「司法」でないものを見境なく取り上げることには無理がある。「狭義の訴えの利益」¹⁴⁹⁾を有さない訴えを取り上げることは、原則として認められない。また、人権侵害的な当事者の訴えを認め、法廷が政治のアリーナと化すことの危険性も斟酌せねばなるまい。「司法権」の原理的性格を強調する佐藤幸治は、アメリカ合衆国連邦憲法3条の「3つの関連するポリシー」として「自己抑制 (restraint)」、「代表 (representation)」、「自己決定 (self-determination)」を要素とすることを基本的に是認する¹⁵⁰⁾。日本国憲法76条に関してもこの3つに集約されるかどうかは微妙だが、こういった要件について、実定法律で定めればよいとか、「例えば無効確認訴訟における原告適格の要件 (行政事件訴訟法36条) の定めなどはこれにあたる」が、「これは訴訟経済の観点からむしろ政策的に法律で要件を定めたものである」¹⁵¹⁾ というような政策的理解は、

やはり疑問である¹⁵²⁾。「司法権」の定義が要件であるとすれば、その安易な操作はかえって法の支配を害しよう。何よりも、司法の作用が、事件の解決のためのものであれば、それに寄与しない作用はしないという意味で成熟性やムートの法理は、そこから派生する原理的なものである。「当事者適格の理論」が「成熟性の理論と実際には交錯する面をも」ち、「standing と ripeness が厳格に区別されない場合が少なくない」¹⁵³⁾ という芦部信喜の指摘は、こうした思考を経て首肯できるものとなろう。

もし、訴訟の成熟時期の前倒しやムートネスの縮小が主観訴訟としてあり得るとすれば、他の憲法原理・憲法的価値を根拠とせねばなるまい¹⁵⁴⁾。また、もしも「司法権」の定義の観点から当該訴訟が主観訴訟として認められないとしても、客観訴訟として認める途はあり、後の訴訟を待たずに司法判断を要すると考えれば、立法によりこれを認めることも考えられよう¹⁵⁵⁾。要は、事件争訟性の定義を逸脱した政策的考慮に走らないことが、「司法権」、延いては立憲主義を擁護するのに肝要だということである。

- 1) 川岸令和ほか『憲法』〔第3版〕339頁 (青林書院, 2011) [君塚正臣]。
- 2) 最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁。
- 3) 但し、榎原猛編『基礎法学』106頁 (法律文化社, 1984) [澤田嘉貞], 戸波江二「ドイツ連邦憲法裁判所の現況とその後」ジュリスト1937号53頁 (1994), 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』276頁以下 (有斐閣, 1995), 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題」公法研究63号110頁 (2001) などの説は、この訴訟すら受理すべきとするかもしれない。
- 4) 大判昭和10年10月28日民集14巻1785頁は、第三者によって氏名を冒用された者にも判決の効力は及び、確定後には再審の訴えを提起すべきものと判示している。また、被告が既に死亡しているときには訴えは却下されるのが原則であるが、大判昭和16年3月15日民集20巻191頁は、原告と被告の間に判決の効力があり、その相続人には効力が及ばないとして、被告の相続人による再審を認めなかった。

- 5) この点で、池子米軍住宅建設差止請求訴訟で、逗子市長が河川法違反を理由に工事中止命令を出し、その履行確保のための工事続行禁止請求を民事訴訟として国を訴えたことにつき、国に民事訴訟における独立した地位ないし利益を認めない判断がある。東京高判平成4年2月26日訟月38巻7号1192頁。渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』183頁（信山社、1995）は、こ「の判決の底流にあるのは、一定の事務が機関委任事務に該当すると認められれば、そもそもその事務の帰属する法主体（行政主体）内部における意思の分裂、本件の場合国家意思の分裂はありえない、つまり対立性は存在しえないという見方であろう」と論評している。
- 6) 川岸ほか前掲註1) 書341-342頁 [君塚]。
- 7) 渋谷前掲註5) 書56頁。
- 8) 阪本昌成『憲法理論I』〔補訂第3版〕400頁（成文堂、2000）。
- 9) 渋谷前掲註5) 書78頁。
- 10) 金子正史「アメリカ行政訴訟における紛争の成熟性の法理（1）」自治研究64巻6号76頁、82頁（1988）。
- 11) George W. Pugh, *The Federal Declaratory Remedy: Justiciability, Jurisdiction and Related Problems*, 6 VAND. L. REV. 79, 92 (1952). 渋谷前掲註5) 書77頁参照。金子前掲註10) 論文83頁なども参照。
- 12) 大須賀明ほか編『三省堂憲法辞典』278-279頁（三省堂、2001）〔戸松秀典〕。
- 13) この点、野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』233頁（オンデマンド版、有斐閣、2004）は、専ら行政庁の行為に対して「過程のどのあたりで取消訴訟の提起を認めるのが適切か」という行政事件特有の問題と捉えている。しかし、以下に示す通り、訴訟が成り立つかという点は民刑事訴訟でも共通のものであろう。
- 14) 渋谷前掲註5) 書115-116頁。
- 15) 金子正史「アボット判決における紛争の成熟性の法理」成田頼明横浜国立大学退官記念『国際化時代の行政と法』161頁、164頁（良書普及会、1993）。
- 16) 松井茂記『アメリカ憲法入門』〔第7版〕187頁（有斐閣、2012）。
- 17) 金子前掲註10) 論文83頁。
- 18) 同上同頁。
- 19) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕634頁（弘文堂、1995）。
- 20) 渋谷前掲註5) 書116頁。金子前掲註10) 論文83-84頁も参照。詳細は、金子正史「アメリカ行政訴訟における紛争の成熟性の法理(2-6)」自治研究64巻9号79頁、87頁以下、12号78頁（1988）、65巻1号81頁、5号93頁、8号78頁（1989）など参照。
- 21) Terrace v. Thompson, 263 U.S. 197 (1923). 渋谷前掲註5) 書116-118頁参照。
- 22) Int'l Longshoremen's Warehousemen's Union, Local 37 v. Boyd, 347 U.S. 222 (1954). 渋谷前掲註5) 書119-120頁参照。
- 23) United Public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947). 渋谷前掲註5) 書120-122頁参照。ところが、5年後のAdler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952)において米最高裁は、教育委員会が破壊活動団体のリストを作成し、その構成員であることを教職からの一応の排除理由としていたことについて、具体的に、教員が法律違反に問われたとか、実際に法律に基づいて行動を妨げられたとかという証明はなかったにも拘らず、本案審理を行った。松井前掲註16) 書188頁参照。
- 24) Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908). 渋谷前掲註5) 書123-125頁参照。
- 25) Abbott Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136 (1967). 渋谷前掲註5) 書134-137頁、金子前掲註15) 論文172頁以下参照。
- 26) 松井前掲註16) 書188-189頁。See, O'Shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974); Rizzo v. Goode, 423 U.S. 362 (1976); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95 (1983)。
- 27) 渋谷前掲註5) 書138頁。
- 28) 小杉丈夫「米判批」法律のひろば57巻2号72頁、78頁（2004）。National Park Hospitality Association v. Department of Interior, 538 U.S. 803 (2003) の評釈である。
- 29) 松井前掲註16) 書188頁。See also, Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961); Laird v. Tatum, 408 U.S. 1 (1972); Renne v. Geary, 501 U.S. 312 (1991); Reno v. Catholic Social Services, 509 U.S. 43 (1993); Anderson v. Green, 513 U.S. 557 (1995)。
- 30) 渋谷前掲註5) 書138頁。
- 31) 野坂泰司「訴えの利益とムートネスの法理」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』283頁、292頁（有斐閣、1987）。
- 32) 金子前掲註15) 論文164-165頁。
- 33) 渋谷前掲註5) 書195-196頁。
- 34) 最判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁など。
- 35) 最判昭和29年3月11日民集8巻2号419頁、大阪高決平成3年6月6日訟月37巻12号2197頁など。
- 36) 東京地判昭和46年11月8日行集22巻11=12号1785頁など。渋谷前掲註5) 書182頁参照。
- 37) 最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁、最判平成4年10月6日判時1439号116頁など。
- 38) 最判平成4年11月26日民集46巻8号3658

- 頁。
- 39) 渋谷前掲註5) 書196-197頁。
- 40) 最判平成15年9月4日判時1841号89頁。本件評釈には、高さやか「判批」法学教室283号104頁(2004)、榊原秀訓「判批」民商法雑誌130巻1号150頁(2004)、下山憲治「判批」法学セミナー594号114頁(2004)、間史恵「判批」法律のひろば57巻3号69頁(2004)、西田和弘「判批」判例時報1876号168頁(2005)、太田幸夫「判批」判例タイムズ臨時増刊1184号『平成16年度主要民事判例解説』266頁(2005)、下井康史「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第4版〕124頁(2008)、山本隆司「判批」法学教室331号107頁(2008)、桑原昌宏「判批」愛知学院大法学研究49巻1=2号119頁(2008)、太田匡彦「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕330頁(2012)などがある。高木英行「処分性の解釈と行政過程の構造分析—労災就学援護費不支給決定事件を素材に」東洋法学54巻3号1頁(2011)も参照。
- 41) 最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁。本件評釈には、今本啓介「判批」法令解説資料総覧271号97頁(2004)、西田幸介「判批」ジュリスト臨時増刊1291号『平成16年度重要判例解説』44頁(2005)、橋本博之「判批」判例時報1882号168頁(2005)、西口元「判批」判例タイムズ臨時増刊1184号『平成16年度主要民事判例解説』268頁(2005)、大橋真由美「判批」法律のひろば58巻8号65頁(2005)、角松生史「判批」九大法政研究72巻2号81頁(2005)、林俊之「判批」法曹時報58巻11号160頁(2006)、山本隆司「判批」法学教室332号67頁(2008)などがある。高木英行「処分性に係る仕組み解釈とその認識枠組み—食品衛生法違反通知事件再考」早稲田法学85巻3号第2分冊689頁(2010)も参照。
- 42) 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁。本件評釈には、下井康史「判批」ジュリスト臨時増刊1313号『平成17年度重要判例解説』47頁(2006)、杉原則彦「判批」ジュリスト1307号169頁(2006)、同「判批」法曹時報58巻3号302頁(2006)、寺洋平「判批」法学セミナー616号118頁(2006)、太田幸夫「判批」判例タイムズ臨時増刊1215号『平成17年度主要民事判例解説』280頁(2006)、仲野武志「判批」自治研究82巻12号139頁(2006)、楠井嘉行=大西欣範「判批」判例地方自治273号4頁(2006)、牛嶋仁「判批」法令解説資料総覧289号73頁(2006)、玉川淳「判批」賃金と社会保障1425号62頁(2006)、宮嵩秀典「判批」民事研修599号35頁(2007)、太田匡彦「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第4版〕48頁(2008)、角松生史「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕346頁(2012)などがある。
- 43) 最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。本件評釈には、和久田道雄「判批」法律のひろば61巻12号49頁(2008)、渡邊互「判批」白鷗法学15巻2号181頁(2008)、人見剛「判批」ジュリスト臨時増刊1376号『平成20年度重要判例解説』52頁(2009)、山本隆司「判批」法学教室340号73頁(2009)、中川文久「判批」同41号20頁(2009)、白藤博行「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説 vol.4』47頁(2009)、大久保規子「判批」法学セミナー649号123頁(2009)、山下竜一「判批」民商法雑誌140巻3号344頁(2009)、宇賀克也「判批」別冊判例タイムズ25号『平成20年度主要民事判例解説』278頁(2009)、山村恒年「判批」判例地方自治313号67頁(2009)、大貫裕之「判批」判例時報2069号164頁(2010)、橋本博之「判批」淡路剛久ほか編『環境法判例百選』〔第2版〕206号216頁(2011)、増田稔「判批」法曹時報63巻1号203頁(2011)、山下竜一「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕330頁(2012)、三浦大介「判批」自治総研405号82頁(2012)などがある。江原勲「はんれい最前線—『青写真判決』42年ぶりの判例変更」判例地方自治312号5頁(2009)、藤巻秀夫「土地区画整理事業計画の決定と抗告訴訟の対象」札幌法学20巻1=2号113頁(2009)、高木英行「処分性に係る仕組み解釈に関する一考察—土地区画整理事業計画決定事件を中心に」東洋法学53巻3号61頁(2010)も参照。
- 44) 最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁。本件評釈には、石崎誠也「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕440頁(2012)、高橋滋「判批」法学セミナー688号131頁(2012)、加藤文也「判批」労働法律旬報1768号22頁(2012)、橋本博之「判批」ジュリスト臨時増刊1453号『平成24年度重要判例解説』51頁(2013)、岩井伸晃=須賀康太郎「判批」ジュリスト1452号98頁(2013)、岡田正則「判批」法学教室390号別冊『判例セレクト2012-2』9頁(2013)、山村恒年「判批」判例地方自治365号58頁(2013)、村上裕章「判批」判例時報2178号140頁(2013)、宇賀克也「判批(1-3)」自治実務セミナー52巻10号43頁、11号56頁、12号44頁(2013)などがある。
- 45) 最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁。本件評釈には、木下昌彦「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』458頁(2013)、安念潤司「判批」ジュリスト臨時増刊1453号『平成24年度重要判例解説』24頁(2013)、下山憲治「判批」同36頁、小谷真理「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch vol.13』

- 67頁(2013), 斎藤一久「判批」法学セミナー700号128頁(2013), 山下竜一「判批」同129頁, 野口貴公美「判批」法学教室394号36頁(2013), 辰野嘉則=足立格「判批」NBL995号4頁(2013), 張榮紅「判批」九大法政研究80巻1号235頁(2013), 岡田幸人「判批」ジュリスト1462号90頁(2014), 田中祥貴「判批」法学教室401号別冊『判例セレクト2013-1』12頁(2014), 筑紫圭一「判批」法学教室402号別冊『判例セレクト2013-2』3頁(2014), 山下竜一「判批」判例時報2220号137頁(2014), 宮村教平「判批」阪大法学63巻5号231頁(2014)などがある。
- 46) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕104頁(有斐閣, 2008)。
- 47) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』59頁(成文堂, 2007)。
- 48) 松井茂記『裁判を受ける権利』183-184頁(有斐閣, 1993)。
- 49) 渋谷前掲註5) 書195頁。
- 50) 野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益(1)」判例時報1213号8頁(1987)。
- 51) 最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁, 野村前掲註50) 論文13頁参照。本件評釈には, 土井王明「判批」『最高裁判所判例解説民事篇昭和30年度』262頁(法曹会, 1956), 山島正男「判批」北海道大学法学会論集8巻1=2号96頁(1957), 風間鶴寿「判批」加藤一郎=太田武男編『家族法判例百選』〔新版増補〕180頁(1975), 石田穰「判批」法学協会雑誌92巻12号1673頁(1975), 新田敏「判批」加藤一郎=太田武男編『家族法判例百選』〔第3版〕162頁(1980), 渡辺惺之「判批」新堂幸司=青山善充編『民事訴訟法判例百選』〔第2版〕116頁(1982), 円谷峻「判批」久貴忠彦=米倉明編『家族法判例百選』〔第4版〕136頁(1988)などがある。
- 52) 最判昭和31年10月4日民集10巻10号1229頁, 野村前掲註50) 論文13頁参照。本件評釈には, 長谷部茂吉「判批」『最高裁判所判例解説民事篇昭和31年度』173頁(法曹会, 1957), 高島義郎「判批」関西大学法学論集7巻2号73頁(1957), 萩大輔「判批」加藤一郎=太田武男編『家族法判例百選』〔新版増補〕276頁(1975)などがある。
- 53) レビン小林久子「新しいADR論 調停を考える(14) 一期が熟す(ライブネス)ということ」月刊日本行政491号20頁, 22頁(2013)参照。
- 54) 野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益(7)」判例時報1229号12頁(1987)。
- 55) 同上13頁。
- 56) 同上13-14頁。
- 57) 同上15頁。
- 58) 最判昭和32年9月19日裁判集民27号901頁。
- 59) 野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益(8・完)」判例時報1232号14頁, 15頁(1987)。このほか, 同論文18頁は, 東京地判昭和46年12月25日労民22巻6号1255頁が, 主に農協全中の交付金で設立された短大の教職員が, 全中が交付金の打ち切りを決め, 短大も学生募集を止め, 希望退職者募集も始めたので, 短大には自分らを解雇する権利がないことを確認する訴えを提起したが, これを却下した判決について, 不当であるとの評価を下すなどしている。
- 60) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕253頁(有斐閣, 2007)。
- 61) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』332頁(有斐閣, 1973)。
- 62) 野坂泰司「Mootnessの法理」ジュリスト765号29頁(1982)。
- 63) H. P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 86 YALE L. J. 1363, 1384 (1973)。田嶋久資「ムートネスの法理に関する一考察」愛知大学国際問題研究所紀要92号91頁, 97(1990)参照。
- 64) 野中前掲註13) 書240頁。
- 65) *Liner v. Jafco, Inc.*, 375 U.S. 301 (1964)。
- 66) 野坂前掲註31) 論文296頁。
- 67) 野坂前掲註62) 論文29頁。
- 68) *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)。野坂同上31頁参照。
- 69) *See, Atherton Mills v. Johnston*, 259 U.S. 13 (1922); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)。以下, 渋谷前掲註5) 書145頁より引用。
- 70) *See, Jones v. Montague*, 194 U.S. 147 (1904)。
- 71) *See, Cheong Ah Moy v. United States*, 113 U.S. 216 (1885); *SEC v. Medical Comm. for Human Rights*, 404 U.S. 403 (1972)。
- 72) *See, Security Mut. Life Ins. Co. v. Prewitt*, 200 U.S. 446 (1906); *Travelers Ins. Co. v. Prewitt*, 200 U.S. 450 (1906)。
- 73) 松井前掲註16) 書190-191頁。
- 74) *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969)。田嶋前掲註63) 論文100-101頁参照。
- 75) 野坂前掲註62) 論文29頁。
- 76) 最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁。本件評釈には, 中川善之助「判批」法学セミナー136号49頁(1967), 芦部信喜「判批」法学協会雑誌85巻7号106頁(1968), 松本昌悦「判批」中京法學2巻3号75頁(1968), 渡部吉隆「判批」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和42年度』244頁(法曹会, 1968), 森順次「判批」ジュリスト増刊『昭和41・42年度重要判例解説』148頁(1973), 坂本重雄「判批」民商法雑誌68巻6号93頁(1973), 杉村敏正「判

- 批] 芦部信喜編『憲法判例百選』〔第3版〕180頁(1974), 隅野隆徳「判批」ジュリスト増刊『憲法の判例』第3版〕154頁(1977), 中村陸男「判批」佐藤進=西原道雄編『社会保障判例百選』8頁(1977), 矢野邦雄「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』382頁(1979), 佐藤進「判批」佐藤進ほか編『社会保障判例百選』〔第2版〕4頁(1991), 田中館照橋「判批」塩野宏=小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ』〔第3版〕32頁(1991), 前田雅子「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第4版〕32頁(1999), 河野正輝「判批」佐藤進ほか編『社会保障判例百選』〔第3版〕4頁(2000), 井上英夫「判批」同168頁, 上田勝美「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕290頁(2000), 小川政亮「判批」同12頁, 河野正輝「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第4版〕4頁(2008), 井上英夫「判批」同170頁, 新井章「判批」法と民主主義461号22頁(2011), 前田雅子「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕38頁(2012), 葛西まゆこ「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕292頁(2013), 山田隆司「判批」法学セミナー714号66頁(2014)などがある。
- 77) 東京地判昭和35年10月19日行集11巻10号2921頁。
- 78) 東京高判昭和38年11月4日行集14巻11号1963頁。
- 79) 最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁。本件評釈には, 入山実「判批」判例タイムズ19号49頁(1952), 兼子一「判批」季刊労働法5号103頁(1952), 山本戸克己「判批」民商法雑誌30巻5号60頁(1955), 鈴木重武「判批」自治研究33巻12号95頁(1957), 南博方「判批」ジュリスト200号『判例百選』136頁(1960)〔以下, 南前掲註77)Ⅰ評釈, と引用〕, 同「判批」別冊ジュリスト2号『判例百選』〔第2版〕18頁(1965)〔以下, 南前掲註77)Ⅱ評釈, と引用〕, 俵静夫「判批」ジュリスト臨時増刊276-2号『憲法判例百選』44頁(1963), 田中二郎「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅰ』188頁(1979), 坂原正夫「判批」慶大法学研究64巻6号141頁(1991), 成田頼明「判批」塩野宏=小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ』〔第3版〕162頁(1993), 原田尚彦「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第3版〕160頁(1994), 市川正人「判批」法学教室207頁42頁(1997), 本間義信「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅰ』〔新法対応補正版〕144頁(1998), 町村泰貴「判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選』〔第3版〕76頁(2003), 大久保規子「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕138頁(2012), 齊藤芳浩「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕180頁(2013)などがある。
- 80) 東京地判昭和27年4月28日行集3巻3号1576頁。
- 81) 東京高判昭和27年11月15日行集3巻11号2366頁。
- 82) 南前掲註79)Ⅰ評釈137頁, 南前掲註77)Ⅱ評釈19頁。本間前掲註79)評釈145頁は, 「違法な行政処分がなされたのに, これに対する有効な司法上の救済手段がないことは, 制度上の重大な欠陥と言わなければならない」と批判するが, 評釈事例を憲法32条違反とは考えていない。
- 83) 民事・行政裁判における「裁判を受ける権利」とは, 司法権の定義の裏返しであり, 憲法上それを保障するものは76条ではないか。憲法32条は, 条文体系上も, 立憲的経緯からも, 刑事裁判なくして刑罰なしを保障する条文として読まれるべきではないか, この点は既に, 君塚正臣「『裁判を受ける権利』の作法の発想転換—日本国憲法32条の法意の再再検討」横浜国際経済法学21巻3号25頁(2013)で論じた通りである。
- 84) 朝日訴訟で反対意見を述べた田中二郎は, 皇居外苑使用不許可処分取消事件は, 「公園本来の機能を害するような特別使用」を「拒否し, その結果として, 集会や示威行進の自由が制限されることになったからといって, 直ちにこれを違憲・違法として非難するのはあたらない」とする。田中前掲註79)評釈189頁。
- 85) 原田前掲註79)評釈161頁。
- 86) しかし, 成田前掲註79)評釈163頁は, 「背景には治安維持という警察目的が全く存在しなかったとはいきれ」ず, 「本件不許可処分が管理権の適正な行使を逸脱していたとみることは困難である」としている。
- 87) 大久保前掲註79)評釈139頁。
- 88) 本間前掲註79)評釈144頁。
- 89) 同上145頁同旨。
- 90) 町村前掲註79)評釈77頁。
- 91) 前掲皇居外苑の事件に関して, 同上同頁同旨。
- 92) 以下の事例は, 同上76-77頁による。
- 93) 最判昭和55年11月25日民集34巻6号781頁。
- 94) 最大判昭和40年7月14日民集19巻5号1198頁。
- 95) 最判昭和54年12月24日訟月26巻3号500頁。
- 96) 最判平成5年9月10日民集47巻7号4955頁。
- 97) 最大判昭和32年7月20日民集11巻7号1314頁。
- 98) 最判昭和45年4月2日民集24巻4号223頁。これに対し, 株主総会の決議を適法に行わせる

- こと自体が原告の法的利益であるとする主張も有力に唱えられている。伊藤真『民事訴訟法』〔第3版4訂版〕153頁（有斐閣，2010）。このほか、大判昭和8年11月7日民集8巻2691頁では、被担保物権が消滅したとき、登記簿上、一番抵当権を有するAが競売の申立てをするのを抑えるためには、登記簿上の二番抵当権者Bは、自分が一番抵当権を持つことの確認では目的を達せられず、Aの抵当権の不存在確認を求める必要があるとされた。
- 99) 最判昭和57年9月28日民集36巻8号1642頁。
100) 松井前掲註48) 書185頁。
101) 坂原前掲註77) 評釈148頁。
102) 同上149頁。
103) 時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』254頁（第一法規，1996）。
104) 本間前掲註77) 評釈144頁。
105) 最大判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁。
106) 藤井俊夫『事件性と司法権の限界』388頁（成文堂，1992）参照。
107) 最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁。詳細は、君塚正臣「統治行為論再考—《ある》が《ない》」横浜法学22巻1号33頁，36頁以下（2013）など参照。
108) 最判昭和58年4月5日判時1077号50頁。
109) 最大判昭和40年4月28日民集19巻3号721頁。
110) 本間前掲註77) 評釈145頁。
111) 齊藤前掲註77) 評釈181頁。
112) 佐藤幸治『日本国憲法論』634頁（成文堂，2011）。この意味で、川岸ほか前掲註1) 書の「終局性」に関する記述は、近刊の第4版（青林書院，2016）では若干ではあるが改めることとする。
113) *Fiswick v. United States*, 329 U.S. 211 (1946)。渋谷前掲註5) 書146頁参照。
114) *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968)。渋谷前掲註5) 書147-149頁参照。但し、*Spencer v. Kemna*, 523 U.S. 1 (1998) では、仮釈放取消し後の釈放により人身保護令状請求がムートと判断された。松井前掲註16) 書191頁注25参照。
115) *Southern Pacific Terminal Co. v. ICC*, 219 U.S. 498 (1911)。野坂前掲註62) 論文30頁参照。
116) *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953)。野坂同上同頁，田嶋前掲註63) 論文105-106頁参照。
117) *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897)。渋谷前掲註5) 書152頁参照。
118) *Moore v. Ogilvie*, 394 U.S. 814 (1969); *American Party v. White*, 415 U.S. 767 (1974); *Storen v. Brown*, 415 U.S. 724 (1974); *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Norman v. Reed*, 502 U.S. 279 (1992); *Adarand Constructors, Inc. v. Slater*, 528 U.S. 216 (2000)。松井前掲註16) 書192頁注26，野坂前掲註62) 論文30頁参照。クラス・アクションの場合もある。See, *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975)。渋谷同上155頁以下，松井同書同頁参照。
119) 渋谷同上160-162頁。
120) 野坂前掲註31) 論文313頁。
121) 同上316頁。
122) 松井前掲註60) 書254頁は、朝鮮民主主義人民共和国創建20周年記念祝賀団訴訟＝最判昭和45年10月16日民集24巻11号1512頁も繰り返されるが審理を免れるケースであるとするが、毎年開催されるメーデー集会と同様に考えてよいかはやや疑問である。
123) 国の政教分離を争う訴訟についても、そのような判決手法が採られるべきである。君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』194頁（法律文化社，1997）。
124) 野坂前掲註31) 論文316頁。
125) 藤井前掲註47) 書60頁。
126) 芦部前掲註61) 書59頁。
127) 最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁。
128) 樋口陽一ほか『新版 憲法判例を読みなおす』265頁（日本評論社，2011）〔山内敏弘〕。
129) 佐藤前掲註112) 書633頁。
130) 渋谷前掲註5) 書58頁注8。
131) 佐藤前掲註112) 書633頁。
132) 戸松前掲註46) 書66-67頁。
133) 毛利透ほか『憲法I』322-323頁（有斐閣，2011）〔松本哲治〕も、「ムート」を「憲法訴訟の当事者適格」の項目で解説している。
134) 戸松前掲註46) 書71頁はここでも「成熟性」を取り上げている。
135) もし、憲法訴訟の枠で論じる事案があるとするれば、一般的な事件争訟性は満たすが、憲法判断を行う点の成熟性やムートネスが欠ける場合か、前述のように、事件争訟性は満たさないが、憲法上、憲法判断は行うべき場合ということであろう。
136) 戸松前掲註46) 書105頁。同書116頁は「ムートネス」についても特に取り上げることに消極的である。
137) 兼子一＝竹下守夫『裁判法』〔第3版〕309頁（有斐閣，1994）。
138) 同上313-314頁。
139) 渋谷前掲註5) 書185頁。

- 140) 例えば、松井前掲註60) 書247頁参照。
- 141) 中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義』〔第2版補訂2版〕418-419頁(有斐閣, 2008)〔松本博之〕など参照。
- 142) 渋谷前掲註5) 書75頁。
- 143) 伊藤前掲註98) 書146頁注22。
- 144) 渋谷前掲註5) 書75頁。
- 145) 最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁。
- 146) 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕448頁以下(有斐閣, 1996)は、免訴に一事不再理効があるとしてきた通説に疑問を呈し、それは二重の危険に由来するという立場を貫くべきとする。
- 147) 佐藤幸治『現代国家と司法権』72頁(有斐閣, 1988)。
- 148) 浦部法穂『憲法学教室』〔全訂第2版〕327頁(日本評論社, 2006)など。
- 149) 小山剛『憲法上の権利』の作法』〔新版〕209頁(尚学社, 2011)。
- 150) 佐藤前掲註147) 書72-73頁。
- 151) 藤井前掲註47) 書60頁。
- 152) 佐藤前掲註147) 書121-122頁。
- 153) 芦部前掲註61) 書62頁。
- 154) 関連して、高橋和之『憲法判断の方法』175頁(有斐閣, 1995)は、「原告が文面上違憲の

主張をしている場合には、成熟性の要件を緩和すべきかどうかの問題として独自に考えるのがよい」と述べるが、表現の自由の優越的地位のため、必ずしも事件争訟性を有していなくとも憲法判断を争うことが可能となっていると解すればよいのではなからうか。

- 155) 小杉前掲註28) 評釈78-79頁は、日本でも、行政規則が特定個人に適用される前に、裁判所で審査できるというプレ・エンフォースメント訴訟に近い機能を裁判所に持たせるようにすべきだと主張する。プレ・エンフォースメントについては、小谷真理「行政規則と紛争の成熟性の法理」同志社法学64巻7号833頁(2013)など参照。

付記

本稿は、平成25年度-29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号25380029)による研究成果の一部である。本稿では、全て敬称は略させて頂いた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授]