

Title	〔最高裁判事例研究 二九一〕 公園使用不許可処分の取消しを求める訴えの、使用すべき日経過後における判決を求める法律上の利益
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.6 (1991. 6) ,p.141- 154
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910628-0141

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究 二九一〕

昭二八23 (最高民集七卷一
三号一五六一頁)

公園使用不許可処分取消しを求める訴えの、使用すべき日
経過後における判決を求める法律上の利益

皇居外苑使用不許可処分取消等請求事件(昭和二八・一二・二三大
法廷判決)

X(日本労働組合総評議会)はY(厚生大臣)に対して、昭和二六
年一月一〇日に昭和二七年五月一日のメーデーのため皇居外苑使
用許可の申請をした。Yは昭和二七年三月一三日にXに対して不許
可を通告した。そこでX(原告・被控訴人・上诉人)はY(被告・
控訴人・被上诉人)に対して右不許可処分の取消しを求めて訴えを

提起したところ、昭和二七年四月二十八日に第一審(東京地裁)は右
処分の取消しの判決を下した。第二審である原審(東京高裁)は昭
和二七年一月一五日に次の理由で第一審判決を取消して、Xの請
求を棄却した。

「被控訴人は本訴において、被控訴人のなした『昭和二十七年五月
一日メーデーのための皇居外苑使用許可申請』に対する控訴人の不
許可処分が違法であるとして、これが取消を求めるものであるから、
裁判所としては右具体的な行政処分の適否を判断しうるにとどまり、
その範囲を超えて判断を加え得ないことはいうまでもない。
しかるに被控訴人が皇居外苑の使用許可を申請した昭和二十七年五
月一日はすでに経過しているのであるから、被控訴人にとつては、

もはやかかる判決を求める実益が失われたものといわなければならぬ。

被控訴人は、被控訴人と控訴人間のメーデーのための皇居外苑使用の許可をめぐる紛争は、国家として訴訟制度を利用せしめるだけの価値ある紛争であり、又この紛争を法律上の争訟として、判決によつて解決することが、現在においても依然有意義であるのであるから、被控訴人の請求についての判決を受ける正当の利益を喪失していない旨主張するけれども、仮りに被控訴人が本訴において請求するような判決があつたとしても、その判決は前記の行政処分取消の効果を生ずることとまつて、将来控訴人がなすかもしれない同種の行政処分に対しては、何ら形成力を有するものではない。又判決の既判力の及ぶ範囲はその判決の本文に包含せられる訴訟物たる法律関係に限られるから、同判決はまた将来の同種の行政処分に対し既判力を及ぼすものではない。したがつて本件紛争が被控訴人主張のように重大なものであり、又かかる判決が実際においてこの紛争の解決に役立つものであるとしても、被控訴人は法律上判決を求める利益がないものというべきであるから、被控訴人の右主張は採用することができない。さらに被控訴人は、もし本訴において昭和二十七年五月一日を経過したために訴の利益を喪失したものとて本案の判断を拒まれるとすれば、裁判所は被控訴人に対して憲法の保障する裁判を受ける権利を奪う結果となり不当である旨主張するけれども、憲法第三十二条の規定は民事事件についていえば、何人も裁判所に訴訟を提起するときは、その受理を拒まれ、したがつてまたその審理及び裁判を受けることを拒まれることのないとの趣旨であつて、常に必ず本案それ自体の裁判を受ける権利を有することを意味するものではない。訴訟を提起しても、所謂訴訟成立要件を具備していないために本案前の裁判において訴を不適法として却下せ

られることもあるのであるが、かかる場合でも、裁判を受ける権利を奪われたわけではないことは言を俟たないところである。ましてや本件においては本案の審理に入つた結果被控訴人のために権利保護をなす必要がないものと判断したに過ぎないのであつて、これをもつて憲法の保障する裁判を受ける権利を奪われたとする被控訴人の右主張の理由のないことはいうまでもない。ただ本件のような毎年五月一日に行われる行事に關し、その挙行の場所の使用許可に關する争訟にあつては、行事の期日と許可決定の日との間の期間が短いときは、訴訟長期間を要するためにその時機を失することも考えられるので、将来同様の場合に自己に有利な確定判決を受けることのできないことの起るであろうことは、これを推知するにたかくないが、万一不許可となつた場合の訴提起にそなえてあらかじめ、周到な準備を遂げ、訴提起後は訴訟の促進に努めるならば、所期の日時までに確定判決を受けることも不可能ではないと考えられるから、前記のような場合があればとて、前段の判断を妨げるものではない。これに対してXは大要次の理由で上告した。すなわち、本訴は皇居外苑の使用を求める訴えではなく、Yの行つた違法の行政処分の取消しを求めているのであつて、違法処分は五月一日を経過したとしても依然として存在しているから、救済は正の必要性は現存している。適法な訴えに対して本案判決を拒んだことは裁判を受ける権利を規定した憲法三二条に反する。原判決のように解すると特定の行政処分について究極の司法審査を受けられないことになる、等である。

最高裁は次の理由で上告を棄却した。

「上告人の原審における本訴請求の趣旨は、上告人の昭和二十六年一月一日附「昭和二十七年五月一日メーデーのための皇居外苑使用許可申請」に対して被上告人が同年三月一日になした不許可処分

は違法であるから、これが取消を求めるといのである。そして、実体法が訴訟上行使しなければならないものとして認められた形成権に基くいわゆる狭義の形成訴訟の場合にあつては、法律がかかる形成権を認めるに際して当然訴訟上保護の利益あるようその内容を規定しているのであるから、抽象的には所論のごとくその権利発生の法定要件を充たす限り一応その訴は保護の利益あるものとい得るであらう。しかし、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しないところである。(例えば離婚の訴提起後協議離婚の成立した場合の如きである。)また、被告人は同年五月一日における皇居外苑の使用を許可しなかつただけで、原告人に対して将来に亘り使用を禁じたものでないことも明白である。されば、原告人の本訴請求は、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ものとわなければならない。そして、原判決は、原告人の本訴請求を権利保護の利益なきものとして棄却の裁判をしたものであつて、裁判そのものを拒否したのではなく、憲法三二条に違反したものとはいえない。また、原判決は本訴のごとき訴は、所期の日時までに確定判決を受けることも不可能ではないと判断したものであるから、憲法七六条二項の保障に反したものとはいえない。されば、原判決は正当であつて、所論はその理由がない。」

一 本判決は本研究の表題に掲載した判例集の判示事項によれば、民事訴訟法に関連した判例といふことができるが、本判決は「(なお、念のため：)」として、括弧を付しながら、労働組合がメーデーのために皇居外苑の使用を求めたのに対して、管理者たる厚生大臣が許可しなかつた処分が違法であるか否かの

問題について詳しく論じている。⁽¹⁾そこで本判決は民事訴訟法の判例として評価されるよりは、憲法、行政法、行政事件訴訟法の判例として有名である。⁽²⁾しかし、本研究では実体的問題や行政事件訴訟法上の問題については取り上げず、民事訴訟法の視点からこの判例が現在の民事訴訟法にどのような意味を有しているのかを考え、併せて将来において判例としてどのような拘束力を有することになるのかを考察する。

なお本判決は当時の実務の状況を反映して、権利保護請求権説に基づく用語の使用、すなわち現在では「訴えの利益」という用語を使用する場合に「権利保護の利益」という用語を使用している。また訴訟上の取扱いにしても、現在の判例・通説によれば訴えの利益が存在しない場合は「訴えを却下する」という判決主文になるのに対して、原判決は「請求を棄却する」という判決主文である。⁽³⁾いずれにしても、これらは用語や表現の問題であり、訴訟上の効果に差異が生じるものではない。用語や表現としては現在の用法が適切であると考えるので、本稿では本判決や原判決と異なり、「訴えの利益」という用語を使用し、その欠缺を理由に裁判所が訴えを排斥する場合は原判決と異なり「訴え却下」と表現する。

二 本判決が現在において民事訴訟法上いかなる意味を有しているかを考えるためには、先ず現在の民事訴訟法学説は本判決についていかなる評価を下しているかを調べる必要がある。その可否を検討することによって、本判決の現時点での意味が得

られるからである。そこで本判例について体系書、注釈書等を見てみると、例えば小山教授は「訴え提起の時に訴えの利益が存しても、口頭弁論終結の時に消滅するときは、訴えの利益なしとして事件を処理すべきである」として本判決を引用している。⁽⁵⁾ 新堂教授は形成の訴えの利益の説明の中で、「訴訟の係属前または係属中に事情の変化によって、訴えの目的たる法律関係を変動せしめることが無意味になるときには、訴えの利益がなくなる」と述べ、その具体例として本判決を挙げて⁽⁶⁾いる。竹下教授は「原告が形成判決を得ることによって実現しようとしていた経済的ないし実質的目的が、事実関係の推移により、たとえ形成判決を得られたとしても、もはや実現しえなくなった場合には、特段の事情がない限り、訴えの利益が失われる」と述べた後で、本判決は「代表例である」としている。上村教授、小島教授も竹下教授と同様な趣旨で、形成訴訟の訴えの利益に関する記述の中で、本判決を取り上げている。⁽⁸⁾ なお付言すると、他の教科書、体系書、注釈書等では私の見た限り、本判決は取り上げられていないようであるから、本判決は教科書、体系書、注釈書等が必ず取り上げる判例というレベルのものではないと言える。しかし、本判決を取り上げる学説は右に見たように本判決を肯定的に引用していることから、本判決が説く内容は現在の判例・通説の見解と言っても過言ではないと思う。

さてそうになると、次に問題になるのは右の考察から明らかのように、本判決の意味は形成訴訟の訴えの利益の問題に限定す

るのか(新堂、竹下、上村、小島、それとも訴えの利益一般として把握するのか(小山)、ということである。しかし、これはいずれが正しいのかという対立的関係に捉えるべきではない。形成訴訟の訴えの利益の説明の中で本判決について言及した論者が、本判決の意味をそれに限定して、訴えの利益一般の問題として把握することに積極的に反対しているとは思えないからである。また本判決について、形成訴訟の訴えの利益の判例と把握しても、あるいは訴えの利益一般の判例と把握しても、実際上差異が生じる訳でないし、両者の論理的包摂関係を考えると、本判決について形成訴訟から訴えの利益一般に関する判例であると拡張して理解しても、特に問題はないように思う。つまり、現在の民事訴訟法学説によれば、本判決は(形成訴訟における)訴えの利益の訴訟中の消滅に関する判例であるということになる。

三 現在の民事訴訟法理論はこのように本判決を評価しているのであるが、このことの当否を検討することが本判例研究の主たるテーマである。そこで先ず本判決の主張内容を具体的に詳しく見てみよう。

本判決の主張を要約すると次の三点に纏めることができる(「なお」で始まる括弧内の部分、すなわち実体判断ではあるが傍論の部分は除く)。^①離婚の訴え提起後に協議離婚が成立した場合と同じように、形成訴訟においても訴えの利益が喪失する場合がある。すなわち、「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しない。②原判決は「裁判そのものを拒否したものでない」から、憲法三二条に違反していない。③原判決は所期の日時まで確定判決を受けることは不可能ではないと判断したものであるから、憲法七六条二項に違反しない。

ところで②は「本案の裁判をしないことは、裁判を受ける権利の侵害である」と主張した上告理由に答えたものであるが、上告理由は本件でも訴えの利益があるとの前提で、「却下判決でも裁判を受ける権利を侵害するものはない」という原判決を攻撃したものである。つまり、上告人は一般論としては憲法三二条の問題を提起したのではなく、本件でも訴えの利益があるとの見解の延長線上の問題として、憲法三二条の裁判を受ける権利を持ち出したのである。したがって、上告理由は「訴訟要件を欠いたため裁判所が訴えを却下した場合は憲法三二条に反する」との主張と解すべきではない。要するにこの点は本件では争点になっていないのである。仮に争点であっても、また本判決や原判決が説いていること自体は異論のないことと思う。ただその説明の仕方では、原判決と本判決の間では差異が見られるが、本件の直接の問題ではないのでここでは特に論じない。

③は「期日を過ぎると訴えが意味がなくなるとすると、それでは裁判上の救済がえられない」との上告理由に答えたものである。これも訴えの利益の根幹を問う問題であり、訴えの利益の問題が別の形で生じたものと見ることができるので、独立し

た考察対象にする必要はない。

四 こうしてみると、結局のところ、本件で考えるべきことは訴えの利益の有無の問題と、もし訴えの利益がないと考えたならば訴えの利益が訴訟中に消滅した場合の訴訟上の処理の問題ということになる。以下ではこの二つの問題を考察してみよう。

先ず本件では訴えの利益は消滅したとみるべきかということである。これについて現在の行政事件訴訟法第九條の括弧書きの部分が問題になる。すなわち、同条は括弧書きにおいて「処分又は裁決の効果が期間経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者」に訴えの提起を認めているからである。しかし、本件のように期限の経過のような事案では「回復すべき法律上の利益」とは言えないから、九条括弧書きが適用される事例ではない。また原判決は訴えの利益がない論拠として「本件紛争が……重大なものであり、又かかる判決が実際にこの紛争の解決に役立つものであるとしても」、判決は当該行政処分の取消しの効果しかなく、判決の既判力や形成力は将来の同種の行政処分⁽¹⁾に何等の影響を与えないことを挙げている。確かに将来の同種の事件を考えたり、違法な処分に基づく損害賠償訴訟を考慮するならば訴えの利益は消失していないということが考えられる。しかし、それはあくまでも事実上のことで

あつて、これをもって訴えの利益を肯定することは、判決の事実的効力を重視することが現在の民事訴訟法理論において有力に主張されている状況を考慮しても、本件のような事例において直ちに訴えの利益を肯定することは困難であると思う。こうしてみると、本判決や原判決が説くように訴えの利益は期日の経過によつて消失したとみるべきである⁽¹²⁾。

次に具体的事件を離れて、本判決を訴えの利益に関してより一般的・抽象的命題を説いた判例として理解することの可否を考えてみる。事案が行政事件であり、しかもメーデー会場と皇居外苑の問題であるからである。すなわち、メーデー会場として皇居外苑が使用されることはこの事件以来、全くなかったことを考えると、将来においてもメーデーのために使用許可申請が行われることはほとんどないと言える。つまり、全く同じ事件が繰り返される可能性はほとんどないと言える。またメーデー会場の使用に関する行政上のトラブルも近年見受けられないから、類似した事件の発生も極めて少ないように思う。そこで本件判決を具体的事案の先例として限定してしまうと、その意味は全く減少してしまうのである。本判決は離婚の訴え提起後の協議離婚の成立した場合を例に挙げて、「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しない」として、形成訴訟における訴えの利益の消滅を述べているので、民事訴訟法としては、結局のところ、二で述べたように現在の民事訴訟法学説と同じように、かような抽

象化、一般化した命題を説いた判例として本判決を理解する必要がある。

結論として既にみた現在の民事訴訟法学説の本判決に対する評価は正当であると言わざるをえない。

五 期日の経過により訴えの利益が消滅したとする本判決の見解が正しいとしても、訴えの利益が訴訟中に消滅した場合に直ちに訴えを却下することの可否については検討する必要がある。これが訴訟法にとつての問題であり、本案の判断をしない原審に対して上告がなされた理由である。上告理由は原審の処置に対して詳しく批判を展開したが、本判決に関する判例解説、判例研究においても、かかる処置に対しては批判が強い。例えばある評釈は「裁判所への期待が大きく且つ基本的人権尊重の熱意にもとづく」あまり、かような裁判所の処置は「現実を遊離した概念法学的形式論理」と批判している⁽¹³⁾。あるいは原判決（そして結果的にそれを支持した本判決）は「期間前に確定判決が得られる可能性があるから、期間経過後に訴えの利益がなくなつても原告に不可能なことを要求している訳ではない」趣旨を述べているが、この点を捉えて多くの評釈は「非常識にすぎるとか、⁽¹⁴⁾「強弁である」とか、「あまりにも現実ばなれした非常識な、形式的立論をしているとしか考えられない」と批判している⁽¹⁵⁾。しかし、かような批判はあるものの注意しなければならぬことは、これら批判者全てが訴訟法理論からすれば原判決、本判決の処置はいたしかたないという認識に立って

ることである。⁽¹⁷⁾ 例えばある論者は、このような裁判所の処置は「裁判をうける権利が事実上奪われている」としか思われぬ。しかし、だからといって、訴の利益のないものについて裁判を求めることが不適法であることを、否定するわけにはゆかない」とその苦しい心情を述べているが、正にこの状況を適切に吐露しているというべきである。⁽¹⁸⁾ ところが、このようなことが生じるのは「司法制度の盲点である」とか、この問題は「解決困難な問題」という人もいる。⁽²⁰⁾

このような心情を訴訟法においてどのように受け止めることができるかが、正に訴訟法に向けられた課題ということになる。本件について具体的な対案を提示するために一歩踏み込んだ議論をしようとすると、ドイツ行政裁判所法の違法確認の制度に注目せざるを得ないし、行政処分に関して司法的救済のあり方を再検討すべきであるという立法論と結びつくことになる。⁽²¹⁾ これらは既に詳しく論じられていることでもあるし、本稿は民事訴訟法に研究対象を限定したものであるので、以下では民事訴訟法において訴えの利益が訴訟中に消滅した場合の訴訟法上の対応方法を考えることにする。

そこで想起されるのがドイツ法の訴訟終了宣言の制度である。⁽²³⁾ 訴えの利益の消滅は直ちに訴え却下ということではなく、訴訟終了宣言の制度が利用できないかということである。この制度が日本法において解釈論として可能なかという点は議論のあるところであるが、訴訟終了宣言の制度が認められていた

ら、本件においても実体法学者から概念法学的形式論理とか現実から遊離した非常識的な取扱いとの批判は生じなかったように思われる。もっとも現実の民事訴訟において、本件のように期限の経過で直ちに訴えの利益が消滅する事例が存在するのには疑問である。そこで以下での考察は本件事案とは関係なく、より一般的に訴えの利益が訴訟中に消滅した場合で考えてみることにする。

六 訴訟終了宣言の制度がわが国で認められていたなら、終了事由発生後に訴訟手続はどのように展開するであろうか。私の訴訟終了宣言についての理解に基づいて、訴訟手続の展開を考えてみよう。原告は訴訟終了事由の発生を理由に訴訟終了宣言の申立てをする。被告がこれに同調すれば双方向的（両当事者による）訴訟終了宣言の問題である。⁽²⁵⁾ 被告が訴訟終了事由の発生は認めるにしても、訴えは当初から不適法であり請求に理由がないから、訴えは本来なら請求棄却であったという主張を展開すると、終了宣言は（原告の）一方的（一当事者による）訴訟終了宣言ということになる。裁判所は訴えが終了事由発生まで適法で且つ請求が理由を具備していたか否かを審理することになる。⁽²⁷⁾ これを肯定すれば裁判所は「訴訟は終了した」旨の判決を下すことになる。これに対して、訴えは当初から不適法かあるいは理由がないということであれば、請求棄却の判決を下すことになる。なお一方的訴訟終了宣言において、裁判所が終了を認めた後に同じ事件が再訴される可能性は否定できない。本

件のような事例ではそもそも再訴は問題にならないが、再訴については既判力で遮断される。終了宣言が認められるということは「終了事由発生時まで訴えは適法で理由を具備していた」ことが確定されるからである。すなわち、それは請求に關して既判力が生じることを意味するからである。

このような展開に対して、訴えの利益のない訴訟を続行することは矛盾である、過去の法律關係の確認であるから不適法である、従来の訴訟をかような訴えに変更することは許されない、等の疑問が多いが、説明できない致命的な問題という訳ではない。⁽²⁸⁾むしろ、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たものであり、本件のような事件の終結には望ましいと言える。多少、誇張すれば訴訟終了宣言は既に述べた訴訟制度の盲点を克服し、実体法学者の問題提起に対する訴訟法学からの解答と位置付けることができると思う。実質的に請求について終了事由発生までの適法性と理由具備性が判断されるからである。七とところで本件では最高裁は原審と異なり、冒頭に指摘したように括弧付きのお書きではあるが、実体判断を示している。これを読む限り、仮に本件で実体判断を下したとしても、事件は請求棄却なることを推測させるものである。さらに同種の申立てが将来なされたときに、期日前で訴えの利益があった場合、すなわち実体判断をしなければならぬときに、原告敗訴を予想させるものである。つまり、事実上は実体判断を

示したと等しいのである。

このような措置に対して、「現在の制度的な欠陥を補おうとしたのであろう」と評価することができるが、⁽²⁹⁾しかし、「こうした配慮によって昭和二十九年以降は、下級審を事実上拘束するようになることはたしかである。このような下級審の拘束の仕方は、法的には問題があろう」という批判には注目しなければならぬ。⁽³⁰⁾かような処置は正に問題克服の一つの方法として評価できるが、その時々々に裁量的に恣意的に行われるとするならば、制度の欠陥を補う制度というよりは、その時の都合による場当たりの措置との印象は否定できない。このことは司法制度に対する信頼ということを考えると、決して好ましいことではない。

本判決で最高裁が変則的にせよ実体判断を示したことは、本件は政治的な大問題であるから訴訟的判断だけでは済まされないと考えたからかも知れない。しかし、この事件以降、メーデー⁽³¹⁾のために皇居外苑を使用されることはなかったという事実を考えると、本件の実体判断は政治的配慮の下に行われたとの印象も否定できない。このような印象を払拭するためにも、何等かの訴訟法的裏付けのあることが必要である。そうなると思ふと訴訟終了宣言は当面のこの種の問題を解決するの一番適していると思う。⁽³²⁾訴訟終了宣言は解釈論として可能であるというのが私見であるが、仮にそれが認められないのであれば、現在進められている民事訴訟法改正作業の中で検討すべき制度であると思

う。

なお本判決の傍論は政治的配慮でなされたというのでなければ、本判決は必要以上に裁判所が実体判断をしない姿勢を批判したものとして読むべきかもしれない。司法消極主義が批判されたと解することも可能なように思う。また訴えの利益がないと裁判所は判断できないという訳ではないし、余計な負担になるというものではないことを表しているように思う。もしかような理解が可能であるならば、本判決は訴訟終了宣言の制度の基礎を提示した先駆的判例と評価することもできる。訴訟終了宣言の制度を解釈論として主張している者としては、本判決の括弧付きの部分をかように理解したいと思う。

八 訴えの利益が訴訟中に消滅した場合は訴訟終了宣言によって訴訟を終了させるべきであると説いたが、そもそも訴えの利益の消滅を理由に訴訟終了宣言が許されるかという点、問題がない訳ではない。従来、わが国では典型的な例として訴訟中になされた弁済が挙げられていたように、主として実体法上の終了事由が考えられており、訴えの利益や訴訟要件の消滅については日本では論じられていなかったからである。つまり、より一般的に言うならば、訴訟要件の消滅の場合に、終了宣言が認められるかという問題である。結論を言うならば肯定すべきである。制度の発生の理由からすれば区別する必要はないし、問題状況も実体的終了事由と区別する合理性はないからである。すなわち、既に述べたように、原告の終了宣言の申立てに対し

て被告が同意しない場合（一方的訴訟終了宣言）、裁判所は訴えが終了事由発生まで適法で且つ請求が理由を具備していたか否かを審理しなければならぬと理解するならば、実体的終了事由と訴訟的終了事由を区別する意味はないからである。ドイツでも同じような理由から肯定説が判例・通説の見解である。⁽³³⁾ 反対説は訴訟終了宣言の法的性質論との関係での主張であるが、そもそもその説自体、今日では少数説である。

九 このような考察から本件事案に対しては、今日の視点からみると違法確認制度の活用その他に、事案の処理として終了宣言による解決が求められてもよいというのが私の見解である。本件以降の判例の展開の問題があるが、これは既に文献において纏められているのでここでは省略する。⁽³⁵⁾ また発展的問題あるいは関連した問題として、そもそも訴えの利益はいつの時点に存在すればよいのか、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。現在これらの問題に対する学説の状況は本判決当時の民事訴訟法理論の状況と大いに異なるが、未だ判例・通説を変更させるほどには至っていないように思えるし、本判決の事案とは直接関係のない問題なので、ここでは問題点の指摘に留める。

(1) この判決は「(なお、念のため、本件不許可処分の適否に関する当裁判所の意見を附加する。……)」として、不許可処分の問題について詳細に論じているが、これについては本件判例研究の対象とはしないので、その内容はここでは掲載しない。ところで本件判決

は大法廷判決であるが、栗山茂裁判官が少数意見を述べている。それは不許可処分に関するものであって、「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、私も多数意見と同じ意見である」(判例集一五七〇頁)というものである。つまり、訴訟法的な面については一五人の裁判官の全員一致の判決である。

(2) 例えばTKC法律情報データベースは、本判決の判示事項として二項目を挙げている。この中で訴訟法的なものは第九、第一一、第一二の項目であり、これら以外は実体的なものである。なお訴訟法的なものはそれぞれ独立した項目というのではなく、本事件についての裁判所の判断、それをより一般化した命題、より抽象的な命題という関係にある。

本判決は行政事件裁判例集四巻一・二号三二八八頁、裁判所時報一四九号三頁、判例タイムズ三七号四三頁、判例時報一七号一九頁、ジュリスト五二号五三頁等にも掲載され、数多くの判例研究や判例解説が発表された。主たるものは次の通りである。人名五〇音順に並べたが、匿名、団体名等のものは冒頭に配した。

匿名・法曹時報六巻二七二頁以下(昭和二十九年)

最高裁判所事務総局編『行政事件訴訟十年史』一二七頁、五五八頁(法曹会、昭和三十六年)

奥平康弘「集会・結社の自由」『総合判例研究叢書・憲法(2)』六四頁以下(有斐閣、昭和四四年)

黒田了一「最高裁民事判例批評(5)」五六六頁以下(昭和四一年)

初出は民商法雑誌三〇巻五号四二二頁以下(昭和三〇年)

高根義三郎「公園使用不許可処分の取消を求める訴の、使用すべき日経過後における判決を求める法律上の利益」法学新報六一巻五号六七頁以下(昭和二十九年)

田中二郎「公共用物の使用の許可不許可処分の性質」行政判例百選

IIジュリスト二四八号の二・一〇〇頁以下(昭和三七年)、同・行政判例百選(新版)II別冊ジュリスト二八号一三三頁以下(昭和四五年)、同「皇居外苑の使用不許可処分の性質」行政判例百選I(第一版)II別冊ジュリスト六一号一八八頁以下(昭和四四年)

俵静夫「集会の自由と公園の使用不許可」憲法判例百選(第一版)IIジュリスト二七六の二号四四頁以下(昭和三八年)

成田頼明「皇居外苑の使用不許可」行政判例百選I(第二版)IIジュリスト別冊九二号一六六頁以下(昭和六二年)

長谷川正安「憲法判例の研究」二三二頁以下(勤草書房、昭和三一年)

原田尚彦「集会の自由と公園の使用不許可」憲法判例百選(新版)

II別冊ジュリスト四巻五号(二一)号五〇頁以下(昭和四三年)、同・憲法判例百選(第三版)II別冊ジュリスト四四号七二頁以下

(昭和四九年)、同・憲法判例百選III別冊ジュリスト六八号八六頁以下(昭和五六年)、憲法判例百選I(第二版)II別冊ジュ

リスト九五号一三〇頁以下(昭和六三年)

橋本公直「集会の自由と公園の使用不許可」憲法の判例IIジュリス

ト増刊五五頁以下(昭和四一年)、同・憲法の判例(第二版)IIジュリスト増刊六二頁以下(昭和四六年)、同・憲法の判例(第三

版)IIジュリスト増刊六五頁以下(昭和五二年)

丸山健II上田伝明「集会・結社の自由」有倉還暦記念「体系・憲法判例研究II」二九〇頁以下(日本評論社、昭和四九年)

南博方「皇居外苑使用不許可処分の取消請求事件」判例百選IIジュリスト二〇〇号一三六頁以下(昭和三五年)、同・判例百選(第二

版)別冊ジュリスト一卷二号(二二)号一八頁以下(昭和四〇年) 山木戸克己「最高裁民事判例批評(5)」五六二頁以下(昭和四一

年、初出は民商法雑誌三〇巻五号四一九頁以下〔昭和三〇年〕

なお本件第一審判決に関する判例研究としては、兼子一「メーデー皇居前広場使用不許可の取消判決について」季刊労働法五号一〇三頁以下（昭和二十七年）、山田準次郎「皇居外苑使用不許可処分取消判決について」法律論叢二六巻一六頁以下（昭和二十七年）がある。第一審の担当裁判官の事件についての感想は入山実「皇居外苑使用不許可処分取消判決について」判例タイムズ一九号四九頁以下（昭和二十七年）である。

また本件は昭和二十七年年度のメーデーに関するものであったが、翌年、すなわち昭和二十八年年度のメーデーについては、本件最高裁判決に先立つこと約八ヶ月、東京地判昭和二十八年四月二七日行政事件裁判例集四巻四号九五二頁が却下の判決を下している。この判決に関する判例研究としては山田準次郎「皇居外苑使用不許可処分に対する抗告訴訟の東京地裁判決に関連して」法律論叢二七巻一・二号一頁以下（昭和二十八年）、和田英夫「行政処分における自由裁量と法規裁量の区分、メーデー式典挙行と皇居外苑使用許可申請許可の適否、右申請許可処分の取消を求める訴の利益、右申請許可と集会の自由および団体行動権の侵害」自治研究三一巻二七六頁以下（昭和三〇年）がある。

(3) もっとも、実体判断の部分について判例研究をすることに問題がない訳ではない。既に指摘したように実体判断の部分は判決の傍論であり、実体判断の部分を取上げること自体、問題がないと言えないからである（田中・別冊ジュリ六一号一八八頁）。すなわち、本判決についての判例研究の主題は訴えの利益に関するものであり、実体的判断に関して判例研究をする場合はそもそも傍論を附加することの当否、その法的意味が検討されるべきである

（原田・別冊ジュリ二一五〇頁、同・別冊ジュリ四四号七二頁）。したがって本件判決の判例研究において実体判断のみを評釈するのは適切でないと思う（原田・別冊ジュリ六八号八六頁、同・別冊ジュリ九五号一三〇頁）。

(4) 山木戸・前掲書五六四頁は、近時の通説によれば訴えの利益の存在は訴訟要件であり、それを欠いた場合は訴え却下の判決をなすべきであるが、わが国の裁判所の通例はそうではなく本案判決として処理していると述べている。しかし、現在では実務でも訴え却下の処理をしている。なお本判決を担当された岩松三郎裁判官は後の論考の中で、訴えの利益を訴訟的権利保護要件として位置付けた上で、「かかる要件の存在につきなされる判決を本案判決と見る通説の見解も、強ちに否定するべきではなく、殊に従来この見地に立っているわが国実務上の用語をこの際改変するまでの必要はないものと思われる」と述べている（『民事裁判の研究』七二頁〔昭和三十六年〕）。また原判決は訴えの利益を「所謂訴訟成立要件」と述べているが、このような用語も今日では使用されることはほとんどない。

(5) 小山昇「民事訴訟法」二二六頁（青林書院、五訂版、平成元年）。

(6) 新堂幸司『民事訴訟法』一八七頁（弘文堂、第二版補正版、平成二年）。

(7) 竹下守夫・兼子一ほか三名『条解民事訴訟法』七八〇頁（弘文堂、昭和六年）。

(8) 上村明広・村松俊夫ほか四名編『判例コメント』民事訴訟法Ⅱ、三三九頁（三省堂、昭和五一年）、小島武司『要説民事訴訟法』一一九頁（中央大学出版部、全訂版、昭和五七年）。

(9) 山木戸・前掲書五六四頁が指摘するところであり、この問題はそこで論じられている。

- (10) 山木戸・前掲書五六三頁は「原判決が、『万一不許可となった場合の訴提起にそなえてあらかじめ、周到な準備を遂げ、訴提起後は訴訟の促進に努めるならば、所期の日時までに確定判決を受けることも不可能ではないと考えられる』というのは、強弁にはかならないし、本判决はこの点について何ら実質的な判断を示していないものといふべきである」と述べている。原判決の主張は強弁ということについては後注(16)参照。
- (11) 例えば前田順司・南博方編『条解行政事件訴訟法』四一四頁(弘文堂、昭和六二年)、泉徳治・園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』一七六頁(有斐閣、平成元年)等参照。
- (12) 山木戸・前掲書五六三頁は、期日の経過と訴えの利益の関係を次のように明らかにしている。「訴の利益を喪失したということは、本件不許可処分取消が使用日の経過により法理上不能になったというのではない。行政処分はその効力が既に消滅していても、これを遡及的に取消することはできる。行政処分取消の訴の利益の存否は取消の能否とは別問題であって、むしろ取消の可能を仮定して判断せられるべきである」。
- (13) 黒田・前掲書五六六頁。
- (14) 南・ジュリ二〇〇号一三七頁、同・別冊ジュリ二二〇号一九九頁。
- (15) 山木戸・前掲書五六三頁、田中・ジュリ二四八の二二〇一頁、同・別冊ジュリ二八号一二四頁、橋本・一版五九頁、二版六六頁、三版六九頁。俵・前掲書四五頁はやや表現を弱めて、問題が残ることは否定できないと指摘する。
- (16) 長谷川・前掲書二四七頁。
- (17) 南・ジュリ二〇〇号一三七頁、同・別冊ジュリ二二〇号一九九頁、田中・ジュリ二四八の二二〇一頁、同・別冊ジュリ二八号一二四頁、橋本・一版五九頁、二版六六頁、三版六九頁、長谷川・前掲書二四七頁以下、俵・前掲書四五頁等。
- (18) 長谷川・前掲書二四七頁以下。
- (19) 南・ジュリ二〇〇号一三七頁、同・別冊ジュリ二二〇号一九九頁。
- (20) 丸山リ上田・前掲書二九五頁。
- (21) 南・ジュリ二〇〇号一三七頁、同・別冊ジュリ二二〇号一九九頁、田中・ジュリ二四八の二二〇一頁、同・別冊ジュリ二八号一二四頁、匿名・法曹時報六巻二七三頁、高根・前掲書六九頁以下。
- (22) 高木積夫「違法宣言訴訟について」司法研修所創立十周年記念論文集三四頁以下(昭和三年)、市原昌三郎「西ドイツにおける違法宣言制」一橋論叢五〇巻四号三九三頁以下(昭和三八年)、同「行政事件訴訟法第九条かっこ書きの意味」公法研究二六号一八二頁以下(昭和三九年)、松本博之「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴えの利益」法学雑誌一九巻三・四合併号(吉富・黒田退任惜別記念号)二二九頁以下(昭和四八年)等。特に松本論文は次のように述べ、従前の訴訟が違法確認訴訟に移行しない場合に訴訟終了宣言による訴訟終了を説いている。
- 「本稿は、取消対象の消滅の場合につき、同一または類似の要件のもとで同一内容の行政処分が繰り返される危険が存する場合、ならびに、本来の効力を失った行政処分の違法を主張して国家賠償訴訟が提起される十分確実な見込がある場合、行政処分取消訴訟は原告の申立(黙示の申立を含む)に基づき違法確認訴訟に移行することを主張した。その場合、原告の申立は訴訟続行の意思の表明と解すべきものであって、訴えの変更ではないと解する。原告が訴訟の続行を望まず、訴訟の打ち切りを求めるならば、原告の敗訴なしに公平な訴訟費用の裁判によって訴訟を終了させる途が考えられねばならない。それはドイツ民訴法・ドイツ行政裁判所法にいう本案終了の表示の制度の積極的な評価、民訴法九〇条の積極的な適用により可

能になると考える。訴訟費用の裁判のさいには、とりわけ上級審で取消対象の消滅が生ずる場合における訴訟の結果が重視されねばならない。」

(23) この制度の歴史的沿革については拙稿「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について」本誌四九卷二号一八頁以下、同三号六一頁以下(昭和五一年)に詳しい。またこの制度が複合的裁判制度のドイツにおいて、各訴訟法にどのように定着しているかについては同二号六一頁以下参照。

(24) 日本の学説の状況については石渡哲「訴訟終了宣言」ジュリスト増刊「民事訴訟法の争点(新版)」三二四頁以下(昭和六三年)に纏められている。本稿は判例研究であるから以下の注において訴訟終了宣言に関する文献を明らかにする場合は、主要文献を網羅的に挙げることはせず従前の拙稿のみの引用に留める。その他の文献はこの石渡論文の参考文献欄あるいは拙稿の注を参照されたい。

(25) 双方的終了宣言については私は既に拙稿「西ドイツ民法九一条aにおける両当事者による訴訟終了宣言について」本誌五〇巻二二号三三九頁以下(昭和五二年)において詳しく論じている。

(26) 一方的訴訟終了宣言については私は既に拙稿「西ドイツ民法における一当事者による訴訟終了宣言について」本誌五五巻七号一頁以下(昭和五七年)において詳しく論じている。

(27) 一方的訴訟終了宣言の法的性質についてドイツでは種々な学説が主張されているが、その中の訴え変更説による手続の展開の説明である。これは私が支持する学説であるが(拙稿・前掲書「本誌五五巻七号」一九頁以下)、今日ではドイツの支配的な学説と考えるべきである。その理由は第一に Rosenberger-Schwab, ZPR 14, Anl. (1986), S. 828, においてこの説の根拠として挙げられた文献の数の多岐である。そして Rosenberger-Schwab は訴え変更説でなく、

独自の説を提唱している(拙稿・前掲書「本誌五五巻七号」一七頁以下)。第二の理由は、Arens, ZPR 4 Anl. (1988), S. 174ff. の一方的訴訟終了宣言についての説明は訴え変更説に基づいてどのようにに解することかであるからである。第三に最近のある解説記事はこの説について「Die wohl herrschende Meinung」と紹介しているからである(Höizer, Die Erledigung der Hauptsache, JurBüro 91, 4)。

なお訴え変更説を基礎としたのは Habscheid, Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, JZ 1963, 579 und 624 であるが(拙稿・前掲書「本誌五五巻七号」一六頁以下)、その後混沌とした学説の対立状況を訴え変更説で整理したのが Lüke, Zur Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Fr. Weber, 1975, 323 である。リケ論文は石川明教授によって完全に翻訳されている(「本案終結の宣言について」『ドイツ手続法の諸問題』六七頁以下(成文堂、昭和五四年、初出は本誌四九巻二五頁以下、昭和五〇年))。

また現在のドイツで訴訟終了宣言に関して議論があるのは終了の時点についての問題である(Arens, ZPR, S. 176)。すなわち、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合に訴訟終了宣言は許されるのかという問題である。これについては拙稿「訴訟終了宣言と訴訟係属」本誌六一巻一〇号一頁以下(昭和六三年)参照。

(28) 問題点に対する私の答えは拙稿・前掲書(本誌五五巻四号)二頁以下に述べたところである。

(29) 引用句は長谷川・前掲書二四八頁。なお山木戸・前掲書五六五頁は「特殊行政事件訴訟については…何らか特別の立法的措置が講ぜられることが望ましいかも知れない。そういう意味でわたくしは本判決が、念のための附記という括弧づきの形式で、本件不許可処

分の適否について判断を与えている処置を諒としたと思う」と述べている。

(30) 引用句は長谷川・前掲書二四八頁。

(31) 本件は昭和二七年度のメーデーであったが、それ以降のメーデーと皇居外苑に関する訴訟に関しては南・ジュリ二〇〇号一三六頁同・別冊ジュリ二号一八頁、橋本・一版五六頁以下、二版六三頁以下、三版六六頁以下、俵・前掲書四四頁等に纏められている。

(32) 注(23)・(25)・(26)・(27)等々挙げた拙稿参照。これらの中で比較的最近の論考は「訴訟終了宣言と訴訟係属」注(2)であり、ドイツの近時の議論を紹介しながら、日本法における訴訟終了宣言について論じたものである。

(33) 肯定説の文献についてはおしあたり「Rosenberg-Schwab, ZPR 14, Aufl. (1986), S. 825」を挙げる。その他の文献、判例はそれぞれ注(7)に挙げられている。根拠を述べているのは Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl. (1977), 91a Rdnr. 6であり、訴訟終了宣言の根本思想は訴えが訴訟の理由から後に意味を失った場合にも適合するからであると説く。また請求の終了を実体的要件の消滅が訴訟的要件の消滅かで区別する理由はないとも述べ、肯定説は「現在の支配的見解」であると報じている。この支配的見解の基礎を与えたのが Rosenberg, Die Erledigung des Rechtsstreits in höherer Instanz, Kritische Erörterungen zur zivilprozessualen Judikatur, ZZP 53 (1928), 393 ff. である。論じている例は上訴要件に関するものであり、肯定する理由は実体的終了事由の場合と区別する必要がないというものである。

判例も肯定説である。例えば連邦通常裁判所一九六二年五月一六日の判決は(BGHZ 37, 13)、「確認の訴えが、訴えの利益を欠いたため不適法であった場合(被相続人が生存した場合の相続権の確認)」、

訴えは当初から不適法であるから訴訟終了宣言は許されないという判例がある。これは原判決が訴訟終了宣言を認めたことを批判した形の判例であるが、訴訟終了宣言が認められることを前提にその要件に欠けるという判例である。つまり、肯定説である。ケルン上級地方裁判所一九八〇年一月二三日決定は前訴の既判力に触れる訴えに関して訴訟終了宣言による終了を認めた判例である(OLG Köln FamRZ 1981, 486)。

(34) 否定説(2)には Müller-Tochtermann, Die Erledigung des Rechtsstreits nach Erledigung der Hauptsache, NJW 1958, 1763, がある。終了とは本案の終了と解すべきだと、不適法なものであればそもそも裁判所は裁判できない筈であること等を理由にする。すなわち、訴訟終了宣言は訴えによって主張された実体的請求権が後になって消滅した場合に限られると説くのであるが、その根拠はあまりにも形式的過ぎるように思う。

(35) 新堂・前掲書一八七頁以下、小山・前掲書二三六頁以下、竹下・前掲書七八〇頁以下参照。

坂原 正夫