

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

——市町村間訴訟の研究——

小林 博 志

目次

はじめに

1. 戦前における境界に関する訴え

1-1 境界に関する訴えと法規定

1-2 行政裁判所の判例と境界に関する訴え

1-3 実務書から見た境界の訴えの性質等

1-4 境界に関する訴えと学説

1-5 昭和3年の行政裁判法改正綱領と昭和7年の行政訴訟法案

小括 (以上 西南学院大学法学論集48巻1号)

2. 戦後における境界に関する訴え

2-1 境界に関する訴えと法規定

戦後、憲法の92条などの規定を受けて、昭和22年に地方自治法（法律67号）が制定される。この地方自治法においても、市町村の境界に関する争訟手続きは規定されるが、その内容は昭和18年の市制、町村制と大きく異なる。というのは、昭和18年の市制、町村制では、市町村は境界に関する争いについて、行政裁判所に対して訴えは提起することができず県知事又は内務大臣に対して不服申立てしか提起できなかったが、地方自治法においては、占領軍が市町村の境界についての争いに関して司法的手続を優先することを主張し、その結果、市町村の境界の争いについては裁定や不服申立てを経ることなく市町村自体又は知事が訴えを提起することになった¹⁶⁰⁾。

160) 自治大学校研究部監修『戦後自治史 第3巻』（文生書院、1977年）158頁、地方自治総合研究所編・前掲書209頁。

地方自治法9条「市町村の境界に関し争論があるときは、関係市町村は、裁判所にその確定の訴を提起することができる。

2 市町村の境界が判明でない場合において、その境界に関し争論がないときは、都道府県知事は、裁判所の決定を求めることができる。

3 前項の場合においては、政令で特別の定をするものを除く外、非訟事件手続法の例による。」

このような訴訟だけの解決手続について、やはり、行政上の解決を行う必要性も主張されていた。例えば、杉村章三郎は、昭和22年の「地方自治法と行政争訟」で次のように述べていた。「地方自治法が裁判所の権限として認めた市町村の境界に関する争訟の中、争論のない場合の境界の決定は、むしろ利害関係人たる市町村の協議によって之を決するのが妥当と思われる。¹⁶¹⁾」と。杉村の考えは、市町村に争論がない場合に限定されているが、当事者である市町村の話し合いの場を争訟手続の中に設けよという主張である。

昭和27年の地方自治法の改正で、9条は、現行法である、市町村の境界に争論のある場合の手続が9条で、争論がない場合の手続が9条の2に移され、双方の手続に行政手続が導入され、行政手続で解決できないときに司法手続によることになる。すなわち、自治紛争処理委員の調停や知事の裁定で争いが解決しない場合には、裁定を争う訴え及び市町村が直接市町村を被告として提起する訴え、の二つの司法手続が用意されることになった。

(市町村境界争論の調停、裁定、確定の訴) 9条「市町村の境界に関し争論があるときは、都道府県知事は、関係市町村の申請に基き、これを第251条の規定による調停に付することができる。

2 前項の規定によりすべての関係市町村の申請に基いてなされた調停により市町村の境界が確定しないとき、又は市町村の境界に関し争論がある場合においてすべての関係市町村から裁定を求める旨の申請があるときは、都道府県知事は、関係市町村の境界について裁定することができる。

(略)

8 第二項の規定による都道府県知事の裁定に不服があるときは、関係市町村は、裁定

161) 杉村章三郎「地方自治法と行政争訟」自治研究 23 卷 9 号 5 頁。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

書の交付を受けた日から30日以内に裁判所に出訴できる。

- 9 市町村の境界に関し争論が有る場合において、都道府県知事が第1項の規定による調停又は第二項の規定による裁定に適しないと認めてその旨を通知したときは、関係市町村は、裁判所に市町村の境界の確定の訴えを提起することができる。
- 10 前項の規定による訴訟の判決が確定したときは、当該裁判所は、直ちに判決書の写を添えてその旨を総務大臣及び関係のある都道府県知事に通知しなければならない。
- 11 前10項の規定は、政令の定めるところにより、市町村の境界の変更に関し争論がある場合にこれを準用する。
(市町村境界の決定) 9条の2「市町村の境界が判明でない場合において、その境界に関し争論がないときは、都道府県知事は、関係市町村の意見を聴いてこれを決定することができる。
(略)
- 4 第一項の規定による都道府県知事の決定に不服があるときは、関係市町村は、決定書の交付を受けた日から30日以内に裁判所に出訴することができる。

この改正の趣旨は、「市町村の境界の決定は、事柄の性質上、法律の見地のみから行うべきでなく、行政的な配慮をも加える必要があり、かつ、訴訟は、ややもすれば長引き勝ちであるので、先ず行政的な作用によりて解決する方が講ぜられたのである。¹⁶²⁾」ということであった。すなわち、まず行政手続により関係市町村間で調整を行い、それでも調整できない場合に司法による解決を求めるということであった。

2-2 行政事件訴訟特例法の制定と法制審議会

最初に、戦後の行政の活動についての司法審査を最初に本格的に規定した行政事件訴訟特例法の制定過程、とくに当事者訴訟の導入とそれに関連して市町村の境界の訴えの位置づけなどについて司法法制審議会の審議経過^{163a)}から一定の分析を試みることにしたい。行政事件訴訟特例法の制定過程の分析については、佐藤竺の論文^{163b)}と内藤頼博の事務局メモ¹⁶⁴⁾、さらに高柳信一の詳細な研究¹⁶⁵⁾があり、それらに依拠した。

「行政事件訴訟特例法」案は、二つの組織によって同時並行的に審議、検討されている。一つは、司法法制審議会の小委員会が審議検討した案、すなわち「行政訴訟案要綱」の第一次から第五次までの案である。1946

(昭和21)年7月3日に、憲法制定に伴う法制を整備するため臨時法制調査会が設置され、7月11日の第1回総会で、その第三部に司法関係を担当させ、行政訴訟に関する法律案も審議検討させることになる。その一方、司法大臣の諮問に応じた司法制度を審議する司法法制審議会が同年7月9日に設置され、この審議会は臨時法制調査会の第三部会として活動する。司法法制審議会は7月12日の総会で3つの小委員会を設置し、その第一小委員会が主査梶田年(判事)の下に裁判所構成法、検察庁法、判事弾劾法とともに、行政事件訴訟法規を担当することになった。第一小委員会の委員は24名、幹事は21名で総数45名であり、主査は梶田年(判事)であり、主な委員として、奥野健一(司法事務官)、佐藤藤佐(司法事務官)、今枝常男(法制局事務官)、沢田竹治郎(行政裁判所長官)、白銀朝則(行政裁判所評定官)、坂野千里委員(判事、第二小委員会主査)、三野昌治委

162) 金丸三郎『逐条精義 地方自治法』(政経書院、昭和29年)75頁～76頁、「各論 改正地方自治法解説」自治研究28巻9月臨時号53頁。

163a) 昭和20年10月幣原内閣が発足し、幣原内閣は、マッカーサーの指示の下、司法の民主化を含む憲法の改正を行うため、同年10月13日憲法問題調査委員会(松本蒸冶委員長)を発足させた。その中で、行政裁判手続の改正などが企図される。しかし、最初に同委員会に提起されたものは、甚だ不十分なものであった。例えば、昭和21年2月2日の憲法問題調査委員会第7回総会に、奥野健一(司法省民事局長)委員から行政訴訟法要綱と行政訴訟法が参考として提出されている(内藤頼博『日本立法資料全集 別巻91 終戦後の司法制度改革の経過(第一分冊、総索引＝第六分冊合本)』(信山社、1997年)25頁)が、行政訴訟法要綱は、上訴、再審の道を開き、行政裁判法の規定を踏襲し、規定のない事項は民事訴訟法を適用するなどの7つの原則を掲げるものであり(内藤頼博『日本立法資料全集 別巻94 終戦後の司法制度改革の経過(第四分冊、第五分冊合本)』(信山社、1998年)353頁)、また、行政訴訟法は、19条から成るもので、行政訴訟法要綱に基づき、行政裁判法の権限と訴訟手続に関わる15条～43条の規定を再編成し条文化したものである(内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第四分冊、第五分冊合本)』362頁～364頁)。行政裁判手続の本格的な改正作業は、3月6日の憲法改正草案要綱により、行政裁判所の廃止などが明確化した後になされることになる。それが司法法制審議会における審議検討である。

163b) 佐藤竺「行政事件訴訟特例法の立法過程」(鶴飼信成編『行政手続の研究』(有信堂、昭和36年)239頁以下)。

164) 内藤頼博『日本立法資料全集 別巻91～94 終戦後の司法制度改革の経過』(信山社、1997～1998年)。

165) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」(東京大学社会科学研究所編『戦後改革4 司法改革』(東大出版会、1975年)291頁以下)。

員（判事）、松尾実友委員（司法教官）、宮沢俊義（東大教授）、兼子一（東大教授）、田中二郎（東大教授）がおり、幹事としては、田中真次（行政裁判所評定官）、内藤頼博（司法事務官）、位野木益男（司法事務官）、栗林敏夫（弁護士）、正木晃（弁護士）、岡田聡（内務事務官）が居た^{166a)}。そして、7月20日の第4回小委員会で行政訴訟法案の起草委員として奥野、佐藤、今枝、白銀、兼子の各委員及び田中、内藤及び位野木の各幹事が任命され^{166b)}、7月26日の第7回小委員会で田中委員、栗林幹事、正木幹事、岡田幹事も追加で指名されている¹⁶⁷⁾。高柳によれば、第一小委員会の行政訴訟法制に関する審議は、7月26日に開始され二つに区別される。すなわち、その第一段階は行政裁判所の提出した「行政訴訟ニ付考慮スベキ要綱」に付いての概括的意見交換であり、第二段階は小委員会を中心に作成した「行政訴訟法案要綱」（以下「特則要綱」と略称する）の審議である¹⁶⁸⁾。ここでは当事者訴訟についてだけ、第一小委員会の審議の経過をみていくことにする。まず、「行政訴訟ニ付考慮スベキ要綱」は第一行政訴訟ノ事項、第二裁判所ノ構成、第三行政訴訟手続からなり、第一行政訴訟ノ事項には当事者訴訟が抗告訴訟と並んで規定されていた¹⁶⁹⁾。

「 第一 行政訴訟事項ノ範圍

一 抗告訴訟 法令又ハ行政庁ノ処分ニ依リ違法ニ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト

例外 略

二 当事者訴訟 公法上の權利又ハ義務ニ関シ国、公共団体又ハ私人相互間ニ争ノアルトキハ其ノ一方ハ他ノ方ヲ相手方トシテ行政訴訟ヲ提起シ得ルモノトスルコト但シ私人間トハ一方ガ行政上ノ權利を賦与セラレタル場合ヲ謂フ 」

166a) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第二分冊）』100頁～110頁。

166b) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」294頁注(4)、佐藤竺・前掲論文243頁。

167) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五合冊合本）』78頁。高柳信一によれば、雄川一郎は第3次要綱案の作成に関わっている（高柳信一「行政訴訟法制の改革」308頁）。

168) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」294頁。

169) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』403頁。

さらに、第一小委員会では、8月2日に第一次「行政訴訟法案要綱」案、8月7日に第二次「特則要綱」案、8月21日に第三次「特則要綱」案、10月22日に第五次「特則要綱」案が審議され、翌日の10月23日に第三部会の案として承認され、これが臨時法制調査会の案として内閣総理大臣に答申されている。第一次～第五次まで（第四次を除く）の「行政訴訟法案要綱」案には、「行政訴訟ニ付考慮スベキ要綱」と同じように、当事者訴訟が抗告訴訟と二つ並んで規定されていた。

「左の訴訟は本要綱によるものとし、本要綱に特別の定めがない場合に於ては民事訴訟法によるものとする。

(イ) 行政庁を被告として、その違法な命令又は処分取消又は変更を求める訴訟

(ロ) 当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟」¹⁷⁰⁾

抗告訴訟と並んで当事者訴訟を規定する案は、委員会に8月2日に参考資料として提出された昭和6年の行政訴訟法案¹⁷¹⁾の影響と見ることができるが、起草委員として活躍した田中二郎の影響も見逃すことはできないと思われる。というのは、特則要綱案を作成したのは、田中二郎委員と田中真次幹事であったとされるからである¹⁷²⁾。ただ、この当事者訴訟を規定することについては、一般の民事訴訟と区別限界がはっきりしないことや一般の民事訴訟として処理して不都合はないという趣旨から、別段当事者訴訟という訴訟類型を置く必要はないのではないか、という批判^{173a)}があったが、案からは削除されなかった。そのことを8月15日の司法法制審議会第7回総会における討議から確認することにする。内藤頼博幹事が第二次「行政訴訟に関する特別要綱（案）」朗読した後に、以下のようなやり取りがあった。

170) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』354頁。

171) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』78頁。

172) 法案作成の実際の作業は、田中二郎と田中真次が行ったとされる。参照、高柳信一「行政訴訟法制の改革」301頁、佐藤竺・前掲論文246頁注（4）。

173a) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」305頁。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

松尾委員 冒頭の(ロ)につき公法上の権利関係か私法上のものか不明なる場合に私法上の権利関係として審理を為したる後公法上の権利関係が明らかとなったときは上告理由となるか。公法上の権利侵害に対する賠償請求も行政訴訟によるか、四の規定の趣旨如何。八は、保証を立しめる趣旨か。

兼子委員 (ロ)については、私人間の損害賠償は含まれない趣旨である。四については、行政事件においては被告がどの官庁になるか、一般人として判断に苦しむので被告の表示に誤りが往々あるから、それを訂正させる途を拓いたのである。出訴期間の計算は、最初の訴状提出の時からとする趣旨である。八については、行政事件の性質上民事訴訟の場合とは違って保証は立てさせる必要はないと考へる。

松尾委員 (ロ)は規定の要なしと思考する。四は出訴期間の關係につき兼子委員説明の如しとせば其の趣旨を規定し置くを相当と思考する。理論上は訂正のときからとなるべきものと考へる。

—略—

松尾委員 冒頭の(ロ)は、どうしても必要か。私人間における公法上の権利關係の場合も含まれるとの疑あり。

沢田委員 公共団体間の契約の如きものを考へてゐるのである。規定を必要と考へる。

有馬議長 他に意見なきや。(なしと呼ぶ者あり)意見がないやうであるから、原案の通り決定することと致し異議泣きや。(異議なしと呼ぶ者多数)原案通り可決することとする。^{173b)}

以上のように、沢田竹治郎委員(行政裁判所長官)が公共団体相互間の契約という例を出したため、松尾実友委員(司法教官)が当事者訴訟は必要なしという意見を取り下げたのである。沢田委員が行政裁判所長官であることから、やはり公共団体相互間において当事者訴訟を認めるといふのは戦前からの行政裁判所の多数意見であつたと思われるのである。

ところで、行政事件訴訟特例法案の作成は、審議会の審議と並行して司法省内部でも行われていた。すなわち、民事局を中心とした法律案の作成であり、こちらの案は条文のスタイルになっていた。この作業は兼子一委

173b) 内藤頼博『日本立法資料全集 別巻 92 終戦度の司法制度改革の経過(第二分冊)』(信山社、1997年)288～290頁)。ただ、第8回小委員会で、行政訴訟手続について民事訴訟法の特則を認める範囲について、a) 民事事件と行政事件の本質的相違に基づき、特則をかなり認める意見(沢田、田中)、b) 行政事件と民事事件との本質的相違を認めず、行政事件も基本的には民事訴訟法で処理できるとする意見(奥野)に分かれる(高柳信一「行政訴訟法制の改革」300頁～301頁)が、もちろん、松尾委員は後者に属する。

員の参画の下に進められ、その結果、第一次「行政訴訟の適用する民事訴訟法の特例に関する法律案」（以下「民事訴訟法特例法案」と略称する）が起草される。この案には当事者訴訟は存在しなかった。これは、前述したように法制審議会の審議で、当事者訴訟が民事訴訟の当事者訴訟と同じではないか、民事訴訟の当事者訴訟で処理すれば足りるとする意見などを踏まえて、民事局の担当者が当事者訴訟を規定すべきという意見があったが、この意見を採用しなかったものと考えられる。しかし、昭和21年9月1日の第二次「民事訴訟法特例法案」には当事者訴訟は19条として規定される。この規定は、同年10月22日の第三次「民事訴訟法特例法案」¹⁷⁴⁾、同年12月28日の第四次案¹⁷⁵⁾、同年1月13日の第五次案¹⁷⁶⁾にも踏襲されている。

「19条 当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟については、第10条から14条まで及び18条の規定を準用する。」

それでは、当事者訴訟を19条として規定することになったことについて、8月27日及び28日の「民事訴訟法特例法案」の起草委員・幹事の討議経過¹⁷⁷⁾を内藤メモに基づいて見てみることにする。これらの会議は、兼子委員の協力により民事局が作成した案について田中二郎委員による批判を求めたものでもあったようである。

田中（真次）幹事「土地収用の損失補償を不当とする訴えも、審査会に対しては裁決取消を、起業者に対しては補償金を請求することになる。当事者訴訟は、このような抗告訴訟に入るか、或いは、公共団体の契約上の争いのように特例を必要としないか、いずれかになると思う。」

田中（二郎）委員「公共団体の契約といっても、国庫から金を出す場合もあるから、問題ではないか。国が参加する必要がある。」

熊野幹事「当事者訴訟を残す方が理論的に正しいように考えなおしてきた。」

174) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』373頁。

175) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』376頁。

176) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』379頁。

177) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』87頁～88頁。

ただし、当事者訴訟の復活については、そのように主張した行政裁判所の意見が強く影響したようである。参照、高柳信一「行政訴訟法制の改革」320頁。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

兼子委員「当事者訴訟が係属したとき、行政行為の取消を求める必要があるれば、行政庁を参加させることができるから、いいと思う。今日の統制法にある「当事者間の協議調わなければ裁決する」という場合も、まず裁決の取消を求める抗告訴訟を起こさせる。」

田中委員「これからは、当事者訴訟を基本として、金をもっと出せという人が出す義務のある人を相手として訴訟を提起せねばならぬ。民事訴訟法による以上は、当事者訴訟を基本とすべきで、裁決した行政庁は、裁決の事情を明にさせるために参加させる。判決では裁決の取消はしない。金を出す義務のある人に金の支払いを命ずる。実質的には、裁決が取消されたのと同様になる。それを抗告訴訟ですと、当事者訴訟は、ほとんどなくなる。公共団体の境界確定の外、一二のものがあるに止まるだろう。——略——」

議論は、公共団体の契約などを中心に行われ、公共団体の契約などを把握するためには、当事者訴訟は必要であるとして、当事者訴訟を復活させるという結論になっている¹⁷⁸⁾。ところで、田中二郎の発言から理解されるように、田中二郎の当事者訴訟論においては、戦前からの議論を踏襲し、その典型例として市町村が提起する境界に関する訴えがあったといえる。また、田中二郎は、民事訴訟による以上当事者訴訟を中心にすべきであるとして、当事者訴訟の適用の範囲を広く解しているようである。

ところが、昭和22年2月18日付の第五次「民事訴訟特例法」案では、当事者訴訟を規定していた19条は無くなり、それは1条に統合される¹⁷⁹⁾。

「1条（この法律の趣旨） 行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、民事訴訟法による外、この法律に定めるところによる。」

この規定と19条の規定の差異が問題となるが、高柳信一は大差ないと断

178) 第二次以降の案を、佐藤は熊野案と呼んでいる（佐藤竺・前掲論文 253 頁）。幹事熊野啓五郎判事は、元行政裁判所の判事であり、行政裁判所が市町村に出訴資格を認めたことからであろうか、後述するように、公共団体すなわち市町村の出訴資格を広範囲に認めている。この熊野判事の考え方も当事者訴訟を残すことに影響したといえそうである。

179) 佐藤竺・前掲論文 252 頁。どのような理由で 19 条が 1 条に統合されたのかは不明である。

定する¹⁸⁰⁾が、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の解釈については、「その他」との関係で当事者訴訟や民衆訴訟・機関訴訟をすんなり認めるべきなのかどうか、後述するように問題となる¹⁸¹⁾。

ところで、行政訴訟制度に関する日本側の作業は、これで終了し、占領軍との折衝、承認という経過が予想されたが、占領軍の承認はなかなか下りなかった。一方、「民事訴訟特例法」案の実質的な起案者であった熊野判事が大阪に異動したため、その後の実務は三宅正雄（司法事務官）と岡本元夫（司法事務官）の二人が担うことになった¹⁸²⁾。三宅、岡本案は、ようやく昭和22年10月28日に第一次「行政事件訴訟特例法案」として出され、そして、同年11月11日に第二次「行政事件訴訟特例法」案が起草される。これらの案は、前記の第六次「民事訴訟特例法」案から行政訴訟手続を縮減し、民事訴訟手続に近づけるものであった¹⁸³⁾。ただし、当事者訴訟に関する第1条はそのまま維持されている。その後、1948年2月2日に平野事件が起こり、この事件に対処するため、占領軍は、①訴願前置主義、②執行停止の要件の厳格化、③執行停止に対する内閣総理大臣の異議などを要求し、行政事件訴訟特例法案は、昭和23年3月11日の第三次「行政事件訴訟特例法案」、同年3月23日の第四次「行政訴訟特例法案」を経て、その後若干の修正を経て、国会に提出され、同年6月25日に成立し、同年7月1日に公布され、同月25日に施行される¹⁸⁴⁾。

2-3 裁判所及び裁判官の公共団体の出訴についての考え方

戦前において、行政裁判所は、判例で市町村の行政訴訟・抗告訴訟の提

180) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」327頁。

181) 高木光は、行政事件特例法1条の解釈について田中二郎と雄川一郎の違いを指摘し、とくに雄川の特例法1条の解釈について、メンガーの影響を指摘したり、無効等確認訴訟が入るかどうかの違いについて言及している（高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）156頁）。

182) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」333頁、佐藤竺・前掲論文253頁。

183) このような動きについて、佐藤竺は、三宅、岡本氏が司法畑出身であったことをその理由とする（佐藤・前掲論文253～254頁）が、高柳信一は、田中二郎のヒアリングを受け、占領軍の意向を斟酌した結果ではないかと推測している（高柳信一「行政訴訟法制の改革」334～335頁）。

184) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」337頁以下、佐藤竺・前掲論文259頁以下。

起を認めており、さらに、行政裁判所が推進した昭和3年の行政裁判法改正綱領や昭和7年の行政訴訟法案では、当事者訴訟として公共団体の出訴及びその応訴を認めていたし、公共団体の利益侵害による抗告訴訟や現状回復の訴えの提起を認めていた¹⁸⁵⁾。すなわち、行政裁判所は公共団体、市町村の出訴を広く認めていたといえる。ここでは、戦後の裁判官や裁判所の見解からその継承を検証することにする。

最初は、熊野啓五郎判事である。戦前において裁判官そして行政裁判所の評定官¹⁸⁶⁾、戦後では行政事件訴訟特例法の司法省内での「民事訴訟特例法」案の実質的な起案者であった¹⁸⁷⁾。彼の考え方を最初に見ることにする。

昭和21年8月24日の第三次特則案要綱についての各行政庁との打ち合わせ会議¹⁸⁸⁾で、彼は以下のように述べている。

田中教授「訴願をした上で訴訟をするか、直接訴訟をするかを、選択的に認めるのもよいかと思う。」

商工省「訴願では、今は、違法と不当の区別がないが、その点をどうするか。」

今枝部長「違法な処分によって権利を侵害された者のみが訴訟を提起できるのか、あるいは第三者からも提起できるのか。行政訴訟を民事訴訟の一種と定めることができるのか。機関相互の権限訴訟も入るのか。」

熊野判事「公共団体等の場合は入ると思う」

以上のやり取りから分かるように、熊野判事は、公共団体はその機関とは別のもので把握し、公共団体は行政訴訟を提起することができると解しているのである。そして、次に、熊野判事は昭和23年に出した行政事件訴訟特例法の解説書である『新しい行政訴訟』（法律文化社）で、当事者訴訟については以下のように述べている。「当事者訴訟とは、国、公共団体または私人が対等な当事者として相互の間に、公法上の権利関係に関して争がある場合に、一方から相手方を被告として、その争の判断を求めると

185) 参照 本論文の1-5 昭和3年の行政裁判法改正綱領と昭和7年行政訴訟法案。

186) 宮崎良夫「行政裁判所と評定官」『行政争訟と行政法学』67頁。

187) 佐藤竺・前掲論文253頁。ただし、熊野案はかなり修正を受けることになる。

188) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第四分冊、第五分冊合本）』82頁。

めに提起する訴訟である。例えば、地方自治法第9条第1項によれば「市町村の境界に関し争論があるときは、関係市町村は、裁判所にその確定の訴えを提起することができる。」と規定している。争の当事者は、ともに普通地方公共団体であり、争の目的は、市町村の境界で公法上の権利関係であるから、これは典型的な当事者訴訟に属する。」¹⁸⁹⁾と。そして、当事者訴訟の提起については、「当事者訴訟が提起できるのは地方自治法第9条第1項のように、特に法律で提起を許した場合にかぎるとするのは正当ではない。何故ならば、権利関係の存否に関して争いがある以上、それが私法関係のものであろうと公法関係のものであろうと、いやしくも、その確定を求める利益が存するのにかかわらず、その提起を許さないことは、前にも述べた新憲法32条の規定に反するからである。しかしながら、漁業法第56条のように、公法上の権利関係の存否について争がある場合には、裁決に対し不服の訴を提起するには出訴期間の定があるから、行政官庁の裁決があった場合、その期間経過後はもはや相手の漁業者を被告として当事者訴訟を提起することはできない。しかし、行政庁の裁決を申請しないで、または裁決後出訴期間内に、相手の漁業者を被告として当事者訴訟を提起することはできるものとする。」¹⁹⁰⁾以上二つの引用から理解できることは、市町村に権利を認め、境界に関する争いはその権利に関する争いであり、行政事件訴訟特例法1条の「公法上の権利関係に関する訴訟」に該当する当事者訴訟であるということである。また、当事者訴訟は「権利関係の存否に関する争い」がある以上提起できるものであり、市町村は、例えば境界についての争いについて個別の規定がなくとも提起することができるのである。

以上のことから理解されるように、市町村は権利主体であり、処分によりその権利が侵害された場合には、抗告訴訟も提起できる。「公法人や私法人が原告となることができることはいうまでもないところである。」¹⁹¹⁾

189) 熊野啓五郎『新しい行政訴訟——行政事件訴訟特例法を中心にして——』19頁～20頁。

190) 熊野啓五郎・前掲書20頁～21頁。

と。

次に、昭和25年3月9日に行われた税法関係行政事件担当裁判官会同での意見交換¹⁹²⁾から、当時の裁判所の見解を見てみることにする。以下の議論は、課税権がどの市町村に帰属するのかという問題に関わる議論であるが、「法律上の争訟」、「当事者訴訟」及び「機関訴訟」について、当時の裁判所の見解を明確に現わしている。

問題「地方公共団体相互間における特定個人に対する課税権の存否についての争いに対して裁判所は裁判権を有するか。」「もし裁判権を有しないものとすれば、被課税本人から甲地方公共団体の課税権の不存在確認の訴えが提起された場合、その前提として甲、乙両公共団体のその個人に対する課税権の存否についての争を解決しなければならぬ場合は、如何に取り扱うべきか」

甲府地方（宮沢邦夫）「提案理由を申し上げます。実例から申し上げますと、山梨県に谷村町とこれに隣接する壬生村という地方公共団体がありまして、谷村町がその住民に課税していたのに対して、壬生村がその住民は、実は自分の村に住所があるのだから自分の村の住民であるといつて、谷村町を相手どり課税権不存在確認の訴えを、またその住民を相手どり5年前にさかのぼって税金を支払えという訴えを起して来たのであります。もっとも、これは訴訟の途中で示談ができて取下げになったので、判決しなかったのであります。従前そのような主管権限に関する争は裁判事項にならないという趣旨の取扱があったようであります。しかし、裁判所法におきましては、一切の法律上の争訟につき、裁判所は裁判権を有するというようになっております。また、地方自治法の第9条には市町村の境界の争については裁判所がそれを確定するという規定もあります。そういうことから考えまして、主管権限の争であるからといって裁判所に裁判権がないとはいえないのではないかと疑問がありますので、その点につきまして皆さんのご意見を伺いたいと思います。なお、これに関連しまして、もし、裁判権がないというならば、どのように扱ったらよいかということも合わせてご協議を願うため提案しました。」

東京地方（中西彦二郎）「私個人といたしましては、行政機関相互間の争が問題となっているのでありますから、従来の解釈どおり、行政機関の自ら決めるべきことであって、いわゆる法律上の争訟として裁判所に出訴することは、特別の明文のない本件のような場合には許されぬものと思います。そこで、このような場合には、双方の地方公共団体で自己の認定をして賦課することはやむを得ない。その場合に、租税賦課を受けた者がその賦課処分の取消を求める等個人としてその救済を求めれば足りると思うのであります。後段の問題につきましては、租税賦課処分の前提問題として

191) 熊野啓五郎・前掲書 39 頁。

192) 最高裁判所事務総局行政局「昭和 25 年 3 月 9 日税法関係行政事件担当裁判官会同概要」行政裁判資料 11 号 20 頁～24 頁。

そうということが争われているときは、裁判所といたしましては、その点の判断をすることは一向差し支えないと考えます。」

関根行政局長「地方公共団体相互間についてもそういうご見解ですか。」

東京地方（中西彦二郎）「公共団体相互間についてもそう思っています。」

関根行政局長「独立の公共団体相互間の争というふうに考えられませんか。」

東京地方（中西彦二郎）「今の問題は、谷村町と隣村との争ということで行政機関相互間の争だと解します。」

宇都宮地方（岡村顕二）「これは、結局、公法上の権利関係の存否の訴訟であると考えます。すなわち、甲町村と乙町村といずれかが特定の個人に対して課税権があるかということの争でありますから、一種の公法上の権利関係に関する確認の訴訟ということになるのではないかと思います。」

長野地方（草間英一）「行政機関内部の争だという東京のご意見ですが、一つの公共団体の内部の機関相互の関係ではなく、谷村町という団体とその隣村という各独立の公共団体相互間の公法上の権利関係についての争であるから、行政庁内部で解決するという問題ではなく、やはり行政訴訟として裁判所で取り扱うべき性質のものであると思います。」

矢野第二課長「問題の第1項の方は、公共団体と公共団体との間の紛争として、当事者訴訟の形で訴訟ができるのではないかと考えております。それは、この場合、特定人に対する課税の権限が二つの行政庁の間のいずれに分配されているかを争う権限争議の性格をもつものではなく、各々権利主体である公共団体の間において、課税権という権能の範囲を争うものであります上、公共団体の間で、そのいずれが特定人に対して課税権があるかどうかということになりますと、各公共団体について具体的な利害関係のある紛争として、いわゆる法律上の争訟に当たると解し得るからであります。」「問題の第2項は、右の訴訟ができないことを前提としている出題であります。かような当事者訴訟を可能としても、これとは別に被課税者本人から公共団体を被告として訴訟ができるものと存じます。ただ、この場合は、課税権不存在確認の訴訟ではなくて、課税処分取消の訴訟でありまして、この訴訟において先決問題として被告たる公共団体の課税権の存否が争われることになりましょう。」「なお、ついでに申し上げておきますが、今度の地方税法改正法案の第8条は、明文で第1項の問題を解決しております。すなわち、同条は「課税権の帰属その他この法律の適用について関係地方公共団体の長が意見を異にする場合において、そのいずれかの地方公共団体の長からその決定を求める旨の申出があった場合においては、その申出によって道府県税については地方財政委員会が市町村税については道府県知事はその申出を受けた日から60日以内にその決定をしなければならない」とし、市町村税に関する知事の決定については、さらに地方財政委員会に対する訴願の道が開かれ、地方財政委員会の決定または裁決に不服のある関係公共団体の長は30日以内に裁判所において出訴することができる旨を規定しております。この改正の暁には、この手続によって公共団体間の課税権に関する紛争が処理されることになるのはもちろんですが、このためにさきに申したような当事者訴訟がまったく認められなくなるものかどうか、この点に疑問でございます。この手続に従って決定なり裁決なりを受けた以上は、その決定または裁決の取消訴訟の道をとるこの法定手続に従ってゆくべきが当然でありましようが、は

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

じめから全然この手続によらないで、公共団体間の当事者訴訟として争う道までこのために禁じられてしまったものとは、どうも解しがたいのであります。やはり、かような当事者訴訟は従前通り許されるものではないかと存じます。」

札幌高等（藤田和夫）「ただ今事務当局の御意見として、当事者訴訟として成り立つて見解のように承りました。そうだといたしますと課税権の存否ということをつたひに抽象的に申し立てただけでよいのか、或いは、具体的にどういう税を課し得る権利があるということまで申し立てる必要があるかどうかの点についてご意見を伺いたいと思います。」

矢野第二課長「何人に対する何年度の市民税とか、何年度の事業税とか具体的な申立の必要があると存じます。」

釧路地方（安久津武人）「今の問題第1項の見解に関連するのですが、地方自治体における行政機関相互の争の場合にどうなりますか。」

矢野第二課長「いまの問題においては、一の公共団体の権利ないし権能と他の公共団体の権利ないし権能との争いとみて、当事者訴訟として考えてよいと存じます。行政事件訴訟特例法にいう公法上の権利関係に関する訴訟とは、かような権利ないし権能に関する争も含めて解してよいのではないかと考えております。しかし、行政機関同士の権限の争ですと、明文がない限り、訴えを提起することはできないと思います。」

関根小郷行政局長や矢野邦雄第二課長の発言に現れているように、公共団体相互間においての課税権の争い、本問題では公共団体間で具体的に特定人に対して課税権があるかどうかの問題となる場合は、「法律上の争訟」に当たり、「当事者訴訟」を提起することができるのである。昭和25年当時の裁判所は、公共団体相互間の争いとくにその権利ないし権能についての争いを公法上の権利関係に関する訴訟、当事者訴訟として捉え、それは「法律上の争訟」であると解していたのである。もちろん、公共団体が提起する訴えは機関訴訟とも異なるとされていたのである。

次は、行政事件訴訟法の制定作業に関わった行政訴訟部会小委員会における裁判官出身委員の発言から、昭和30年代の裁判所が市町村の出訴資格をどのように捉えていたのか、を検証することにする。小委員会の裁判官出身の委員及び幹事¹⁹³⁾は、入江俊郎委員長（最高裁判事）、新村義広委員

193) 裁判所側の委員については、資料19 法制審議会行政訴訟部会小委員会委員名簿（昭和30年6月28日）塩野宏編『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』（信山社、1994年）199頁に依ったが、幹事については、資料7 法制審議会行政訴訟部会委員、幹事名簿（昭和30年5月20日）（塩野宏編『日本立法資料全集37』143頁）から抜粋した。

(東京地裁判事)、田中真次委員(元行政裁判所評定官・最高裁調査官)、関根小郷委員(最高裁判所事務総局民事局長)、浜本一夫委員(法務省訟務局長)、村上朝一委員(法務省民事局長)、青木義人委員(法務省訟務局長次長)、豊水道祐幹事(法務省訟務局第4課長)、杉本幹夫幹事(法務省訟務局第6課長)である。

仮処分が問題となった第13回小委員会(昭和31年6月29日)では、次のようなやり取りが行われている。

杉本幹事「現在行政事件の当事者訴訟といわれているものを分けて考えてみると、これは議論の余地があるところと思いますが、まず第一に無効確認訴訟、第二に市町村の境界画定のような訴訟、それから第三が俸給請求権のような、行政事件として殆ど特色のない普通の民事訴訟と同じような当事者訴訟と、このように分けられると思います。第一の無効確認訴訟の問題は、ご論議になったところでありますが、第三(二)の市町村の境界画定の訴訟は、行政救済の段階からすでに当事者訴訟の格好で来るものですが、こういう訴訟について民訴の仮処分をすべてまかなってゆくべきかどうかという問題が、この八の問題の中心になってくるのではないかと思います。それから第三の俸給請求権の訴訟については、特別の保全訴訟を考える実益は、ないように思われるのであります。」

田中(眞)委員「実際の例はないようですが、营造物の利用関係などについて公共団体間の争いが考えられますね。」「例えば、甲の町村の营造物を乙の町村で使うというような場合に、その使用関係について争いが起り、それが訴訟になる場合があるわけです。そういう場合に、やはり仮処分のようなものの必要な場合があるのではないのでしょうか。」

杉本幹事「今、田中(眞)委員が言われたような場合は、やはり現行法の解釈としては、仮処分でゆかざるをえないと思います。」

田中(眞)委員「境界画定ですか、知事が裁定をすると、処分の形が出てくるですね。」

杉本幹事「抗告訴訟の形で現在扱われているのですが、そういうものは本来は当事者訴訟のようなものではないかということが前に問題として提出されております。」¹⁹⁴⁾

また、判決の拘束力が議論された第14回小委員会(昭和31年7月6日)では、以下のようなやり取りがあった。

田中(二)委員「具体的な例について一体現在どう解釈するのが正しいかという問

194)「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」塩野宏編著『日本立法資料全集5 行政事件訴訟法(1)』(信山社、1992年)374～375頁。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

題があり、色々な場合がでてくる。例えば、市町村相互間の境界争いについて、最初の地方自治法では一方の当事者から直接裁判所へ請求することになっていたが、現在では、一応、府県知事が裁定をしてその裁定に不服のあるものが抗告訴訟の形で訴訟をする、そして真の当事者というのは相手方の市町村であるべきですが訴訟の形は抗告訴訟でありそういう場合にその判決の既判力が相手方の市町村に及ぶという風に考える。尤もおそらく別に強制参加の措置をやらなくてもそう考えてよいと思うが、一以下略」^{195a)}

兼子委員「もう一つは、行政処分が即時に効力が生ずるのではなくて本来確定しなければならない問題なのだという関係もありうる。例えば、さっきの知事が境界をきめる場合これは争がある間は本当にきまってないのだ。だから反対の利害関係人である隣の市町村も確定的な権利をもった状態におかれているわけでもない。確定的な権利をもった状態におかれていながらそれをなお他の者の間の訴訟でひっくり返えされては困る。もともとその処分が確定しないということが当然予想されるような場合、むしろ確定しなければ効力を生じない処分だということなら確定すれば本来権利をうべきものがない、それは直接その訴訟の結果、権利を害されるとは云えないのではないかと思う。処分が終わって一応それで効力が生じたるのものを後でひっくり返されるではこまる。」

杉本幹事「その問題は境界の画定を現行法では抗告訴訟でやっているが、当事者訴訟で行くべき形態のものではないかという問題と関連しているように思います。」^{195b)}

さらに、第28回小委員会（昭和32年11月8日）では、杉本幹事は以下のよう
に当事者訴訟について説明している。

杉本幹事「この訴訟についても、抗告訴訟の特則を設けるつもりであります、先ずこういう訴訟を当事者訴訟として扱うべきかどうかという問題がありますので、順序としては、第五の一号に移って頂いて審議してもらった方が便宜ではないかと思えます。この第五の一号を簡（簡）単に説明させていただきます。こういう「行政庁の決定」にどういうものがあるかと申しますと、現在のところ、特許法の定める特許審決、土地収用法の定める収用委員会の裁決、地方自治法の定める関係市町村の境界に関する知事の裁定、それから鉱業法の鉱区の条件等についての通産局長の決定というようなものであります。こういう種類の決定は、現在のところは、普通の行政処分と同じように扱って、この決定に対しても抗告訴訟の形式で訴訟ができるわけではありますが、しかし、その性質を考えると、普通の行政処分とは違ったものでないかというように考えられるのであります。つまり、このような決定は、当事者間に争いがある、行政庁が恰も裁判所のような地位に立ってその紛争を解決する、例えば、市町村の境界についての争いがある場合に、県知事が裁定を下す、というようなものであって、

195a) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」405頁。

195b) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」408頁。

要するに、そこに当事者間の争いがある法律関係が先行していて、これに対し、丁度、行政庁は裁判的な作用をしているというような格好のもので普通の行政処分とは違って、おりますので、行政庁がなした審決なり裁定なりは、これを一審の判決と同様に扱うことはわろんできません。と、とにかく争訟の形式としては、判決の場合と同様に、やはり当事者争訟でずっと追っていくべきではないかというふうに考えたわけでありませう。^{196a)}

以上のように、行政事件訴訟法の制定に関わった裁判官委員とくに杉本幹事の発言やその発言を出席している裁判官委員が認めたことからすれば、以下のことが明白であった。境界に関する知事の裁定が土地収用委員会の裁決と同じように位置づけられていることから、市町村は私人と同じように権利主体として扱われていたのである。だから、境界に関する訴えでは、知事の裁定を争うことになっても市町村と市町村が境界を争うことになるので、当事者訴訟として扱うべきかどうか問題とされていたのであり、当事者訴訟として位置付けることが困難であれば、戦前と同じように、市町村は境界の争いについて抗告訴訟を提起することができるということになるのである。

最後に、判例をみていく。当事者訴訟ではないが、町に抗告訴訟の原告適格を認めた判例が一つある。それは、東京地裁昭和35年3月24日判決である。事案は、町の合併に関するもので、初島町が合併の申請をしたのに対し、和歌山県知事が手続を進めないで、別の町との合併を勧告したので、町が内閣総理大臣に対し、自治紛争調停委員の調停を求めたのに対し、これを却下したことから、「自治紛争調停委員会の調停却下処分」取消しの訴えを提起したもので、町の原告適格を認めている。「本件訴えは、初島町が和歌山県知事に対して地方自治法第7条1項の規定により下津町との合併申請をなしたのに対し、同県知事が同条同項所定の手続を執らなかつたため、初島町と知事との間に右両町合併に関する意見の対立が続いているので、この対立による紛争を同法第251条の規定による調停に付せられんことを、町長中村丈一が初島町を代表して被告に申請したのに対し、被告が

196a) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」塩野宏編著『日本立法資料全集6 行政事件訴訟法(2)』(信山社、1992年)844頁。

これを却下したので、右町長中村丈一からこの却下処分の取消しを求めるために提起されたものであることが認められ、右訴状の請求の趣旨原因によると、本件原告は、当初より右被告の却下処分を受けた者即ち初島町であることが充分了解できるから、前記当事者表示の記載方法にかかわらず、本件訴訟の原告は初島町であると解するのが相当である。」「次に、普通地方公共団体が訴訟当事者となるためには、その議会の議決を要するところである（略）けれども、議会がその議決をなさないときは、当該団体の長において、議決すべき事件を専決処分できるのであり（略）、成立に争いない甲第二号証によると、初島町長は、昭和33年6月4日同町議会を招集して、本件訴を提起することの承認を求めたが、同議会がこれに対し何らの議決をしなかったので、同町長において、専決処分として本件訴を提起したものであることが認められるから、本件訴は適法に提起されたものというべきである。」ただ、判決は、合併に関わる事務は県知事の機関委任事務であるから、調停委員の調停に付すべき事案でないとして、請求を棄却している。この判例は、当時の裁判所の見解を現わしたものであるといえる^{196b)}。

以上、戦後から昭和30年代まで、最高裁や裁判官は、上級審の判例又は多数の判例で示したわけではないが、裁判官会同の資料や各種の委員会での裁判官の具体的な発言及び前記の東京地裁判決などをみると、市町村を私人と同じような権利主体と捉え、行政事件訴訟特例法が当事者訴訟を認めたことから、市町村と市町村との公法上の権利関係の争いについて広く当事者訴訟を許容していたと考えられる。これは、やはり戦前において行政裁判所が市町村の出訴資格を広く解していたことから、戦後の最高裁や裁判官はその先例を踏襲したものである言わざるを得ないといえよう。

2-4 当事者訴訟や境界に関する訴えに関する学説

それでは、当事者訴訟や市町村が提起する境界に関する訴えは、学説で

196b) 行政裁判例集 11 卷 3 号 690 頁。この判例については、人見剛が自治体の出訴権を認めた判決として紹介している。参照、人見剛「地方自治体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」都法 36 卷 2 号 68 頁。

どのように捉えられたのであろうか。以下、学説を検討することにする。学説を検討する場合、整理のための要点を予め検討しておく。一つは、戦前の学説がどのように継承されたのかである。それは、とくに、市町村が提起する境界に関する訴えを当事者訴訟と解する学説の継受である¹⁹⁷⁾。第二に、日本国憲法が、行政裁判所を廃止し、司法権を普通裁判所にだけ認めたことがどのように影響するのか、という問題である。とりわけ問題となるのは、裁判所法3条の「法律上の争訟」である。第三に、行政事件訴訟特例法（昭和23年7月）が取消訴訟・抗告訴訟以外に「その他公法上の権利関係に関する訴訟」という訴訟類型を認めたことをどのように評価するのか、という問題である。

最初に、美濃部達吉の説を見てみることにする。美濃部達吉は、戦後、自分の著書を新しい憲法に合わせて改訂しようとし、憲法についてはほぼ目的を達成したが、行政法については病気ため不十分にしかその目的を達成することができなかつたようである¹⁹⁸⁾。しかし、司法権と行政争訟、行政訴訟との関係については、概略的な論文を書いており¹⁹⁹⁾、その中で、市町村が提起する境界に関する訴えについても論じている。その内容は、残念ながら不統一である。したがって、論文の中で完成度の高く、論理的で体系的なものと思われる「新憲法における行政争訟」（昭和22年）に従い、美濃部の考えを検討することにする。美濃部は、まず、行政訴訟を新憲法の司法権と行政訴訟との関係で、「法律上の争訟」として一般的に認めら

197) 鈴木庸夫は、事実行為に関する訴訟や現状回復訴訟に力を置いて当事者訴訟の戦前と戦後の歴史を整理し、戦後の当事者訴訟の課題を「[裁判申請]制度を取り除いて、いかにして真の始審の争訟たる当事者訴訟を回復していくかが戦後の行政訴訟制度改革の一つの課題であった。」(鈴木庸夫「当事者訴訟」園部逸夫『注解行政事件訴訟法』(有斐閣、1989年)54頁～55頁)と述べている。

198) 田中二郎「はしがき」美濃部達吉「行政上の争訟」国家学会62巻7号(昭和23年)1頁。

199) 田中二郎によると、美濃部達吉「新憲法における行政争訟」法律タイムズ9号(昭和22年)11頁、同「新憲法と行政裁判」自治研究23巻10号(昭和22年)4頁、同「行政上の争訟」国家学会62巻7号(昭和23年)1頁、同「新憲法に於ける行政と司法」法律時報20巻4号(昭和23年)3頁の4つの論文である。ただ、昭和23年の二つの論文は、途中で終わっている。

れる行政訴訟と、個々の法律の規定により認められる行政訴訟の二つに区別する。「即ち現在の国法として行政争訟に付いては法律に特別の定あるものと別段の定のないものとが有」²⁰⁰⁾と。そして、行政訴訟を当事者訴訟、民衆的訴訟、機関争議、形成訴訟、抗告訴訟の5つに区別し²⁰¹⁾、最後の抗告訴訟が法律の定めがなくとも一般的に提起できるものであり、それに対して、前四者が法律に基づく場合であるとする²⁰²⁾。さらに、当事者訴訟を次のように定義し、その例として市町村の提起する境界に関する訴えを挙げている。「当事者訴訟と称せんとするのは、公権の主体としての双方の当事者の間に公法上の関係に付いての争ある場合に、其の一方から相手方を被告として其の争の判断を求むるが為にする訴である。対等なる当事者間の争であることに於いて最も能く民事訴訟に類するものであるが、唯其の争が公法関係に関することに於いて之を区別せられる。争の当事者は公共団体であることも有り、或は公権の主体としての私人であることもある」 「公共団体が当事者である場合は、例へば地方自治法（9条1項）に『市町村の境界に関し争論があるときは、関係市町村は裁判所にその確定の訴を提起することができる。』とあるがごときである。」²⁰³⁾と。ところで、形成訴訟について法律に特別の定めを置くことを求める理由について述べている箇所は、市町村間の関係に関わるものなので、引用しておく。「形成訴訟の認められて居るのは、比較的に限られて居り、大多数の場合には之を裁判上の問題と為さず、行政機関の裁決を以て終局の決定力を有せしめて居るのを普通とする。それは、単純な法律解釈の問題ではな

200) 美濃部達吉「新憲法における行政争訟」11頁。同「新憲法と行政裁判」4頁。

201) 美濃部達吉「新憲法における行政争訟」12～14頁。他の論文では、この5つの訴訟類型は明確ではない。田中二郎は、この5つの分類を美濃部が志向する学問的な分類ではない、としているが、今日の行政事件訴訟法は、皮肉にも、形成訴訟を除いて、この分類を採用しているのである。なお、美濃部は、「行政上の争訟」の中で、始審的争訟と覆審的争訟に区別しているが、田中はこの分類を学問的な分類として評価しているが、逆に、この分類は学説上から消滅するのである。参照、田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」田中二郎『行政争訟の法理』159頁。

202) 美濃部達吉「新憲法における行政争訟」12頁～14頁。

203) 美濃部達吉「新憲法における行政争訟」12頁。

くして、新規の法律関係を形成するものであって、行政の便益を考慮せねばならぬことを必然の性質とするものであるから、之を裁判所の権限に属せしむるを適当としないからである。」「之を地方自治法に付いてみても、例へば、市町村の廃置分合等に因り財産処分を要する場合に関係市町村の協議によりこれを定めることを原則とし、協議の不調又は不能の場合にも、裁判所に出訴することを許していないことをあげられる。」²⁰⁴⁾と。つまり、形成訴訟の対象となり得るものには、行政の便益を考慮する必要があるので、行政手続によって解決するのが合理的であるというのである²⁰⁵⁾。

以上美濃部の説を見たわけであるが、従来、当事者訴訟の中で議論していた形成訴訟を当事者訴訟と同格の訴訟類型としたこと、当事者訴訟を法律の規定がなければ提起できないとしたこと、を除いて、美濃部の説は、戦前の彼の説をほぼ踏襲している²⁰⁶⁾。ただ、当時の美濃部の説は、まだ行政事件訴訟特例法が制定されていない段階のものであり、行政事件訴訟特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」という文言を美濃部が見た場合には、美濃部が異なる結論に至る可能性は否定できないと思われる²⁰⁷⁾。

次に、田中二郎の説を検討する。田中の説は、昭和23年代の戦後の美濃部の論文を検討するものや昭和24年代以降の行政事件訴訟特例法を検討するものに明確に現わされているが、それは美濃部と大きく異なっている。田中の場合には、美濃部と違い行政事件訴訟特例法が制定されていたという事情が大きく影響している。また、その後行政事件訴訟法が制定されて

204) 美濃部達吉「新憲法における行政争訟」14頁。

205) この「行政の便宜」という観点は、行政事件訴訟法の制定過程において、いわゆる形式的当事者訴訟の被告について、当事者にすべきか行政庁にすべきかという点で議論されるのである。

206) 美濃部は昭和11年の『日本行政法 上』で行政訴訟を5つに分類していたが、その中の「先決問題の訴訟」を行政裁判所がなくなったため削除し、形成訴訟を当事者訴訟から独立させ、その結果、5つ分類になったと言えようか。

207) 美濃部は、「行政訴訟としての当事者訴訟は、特別の定ある場合にのみ提起し得べきもので、一般的に其の提起を認めて居る規定は存在しない。」(「新憲法における行政争訟」12頁)と述べており、行政事件訴訟特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」を見た場合には改説される可能性が高いといえる。

いるが、このことは田中の学説に影響を与えていないように思われる。

当事者訴訟に関する美濃部と田中の相違は、①美濃部が当事者訴訟を確認訴訟と形成訴訟に区別するのに対し、田中が確認訴訟、給付訴訟と形成訴訟の3つを挙げていること、②美濃部が当事者訴訟を特別の定めある場合にのみ認めるのに対し、田中は当事者訴訟も「法律上の争訟」に該当する限り訴訟として認められるとする。田中は次のように述べている。「私は当事者争訟の種別として確認争訟、形成争訟の外に、給付争訟ともいべきものを認めるべきではないかと考えるし、当事者争訟も『法律上の争訟』に該当する限り、当然に裁判所に出訴しうるものと解すべきであろうと考えるのであって、これらの点で、先生と見解を異にする」²⁰⁸⁾と。そして、この見解は、行政事件訴訟特例法1条の解釈では次のように展開される。「行政事件訴訟特例法の第1条に、『行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟』といているのは、右の抗告訴訟を指し、『その他公法上の権利関係に関する訴訟』と言っているのは、大体において右の当事者訴訟をさす。」²⁰⁹⁾そして、田中にとって、市町村が提起する境界に関する訴えは、次のように説明される。「法律上、当事者訴訟を提起しうべきことを特に明記している場合がある。例えば、地方自治法に「市町村の境界に関し争論があるときには、関係市町村は、裁判所にその画定の訴えを提起するこ

208) 田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」162頁。同旨、鈴木庸夫「当事者訴訟」55頁。

209) 田中二郎「行政争訟の法理」(昭和24～26年)、『行政争訟の法理』(有斐閣、昭和29年)28頁。なお、後述するように、雄川一郎は、行政事件特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」について、民衆訴訟や機関訴訟を入れる残余概念的解釈を取っているが、田中二郎は、引用にあるように、「大体において右の当事者訴訟をさす」という言葉から理解されるように、残余概念的解釈を取っていないようである。この点、田中二郎の昭和28年の『行政法』(弘文堂)においても、「行政事件訴訟特例法第1条には、この法律の適用のある訴訟として「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」及び「その他公法上の権利関係に関する訴訟」をあげている。前者は、普通にいわゆる抗告訴訟であり、後者は、主としては、いわゆる当事者訴訟を指す。」(206頁～207頁)と述べ、機関訴訟と民衆訴訟についての説明でも、1条を挙げていない。田中二郎が残余概念的解釈を取らない理由は、当事者訴訟という訴訟類型を設けたことが重要であり、さらに民衆訴訟と機関訴訟が「法律の特別の規定をまっけて」はじめて提起しうるので、1条に入れる必要性を感じなかったためであろう。

とができる」と規定し(9条1項)、土地収用法による収用審査会の裁決中補償金額の決定に対して不服ある者は、起業者と土地所有者がそれぞれ原告又は被告となって通常裁判所に出訴できるものとしている(82条)が如き、その例である。これは、従来、法律の明文がなければ、出訴できないとの建前の下に、必要とされたのであって、現行制度の下においては、かような規定は、単に注意的規定としての意味をもつに止まる。」²¹⁰⁾と。すなわち、自治体と自治体とが訴えにより境界を争う場合には、それは当事者訴訟であり、自治体が権利を争う訴えとしてそれは「法律上の争訟」であり、個別的規定がないときにも、訴えとして認められる。従って境界に関する市町村の訴えを規定する地方自治法9条1項は創設規定ではなく確認規定となるのである。従って、田中二郎においては、市町村同士が訴えて公法上の権利を争うものは当事者訴訟として認められることになる。それは、美濃部が形成訴訟として個々の法律の定めが必要とされた事項にも及んでいる。「当事者訴訟の性質を有する行政事件訴訟の例は必ずしも多くはない。国家公務員の俸給給料手当等の請求訴訟とか、行政処分は無効を理由とする不当利得の返還請求訴訟とか、公法上の損失補償の額等について、協議不能又は協議不調の場合の訴訟とか、地方公共団体の法令に基く費用負担の割合についての訴訟とか、市町村の廃置分合又は境界変更に伴う財産処分について協議不能又は協議不調の場合の訴訟とか、市町村の境界に関し争論のある場合の境界確定の訴訟の如きが、その例であるが、これらの訴訟にあっては、法律に別段の定めのある場合を除いて、民事訴訟法の定めるところにより、その裁判籍が定められる(法1条以下)。²¹¹⁾」と。

こうした田中の考えは、司法研修所で行われた裁判官との議論の中では、市町村の出訴資格を国に対する訴えに拡張したものとして展開されている。「次に行政事件訴訟の当事者とか、関係人の関係で、若干問題になる点があると思います。第一の問題は、地方公共団体が地方公共団体として国に

210) 田中二郎「行政争訟の法理」(『行政争訟の法理』) 29～30頁。

211) 田中二郎「行政争訟の法理」(『行政争訟の法理』) 66頁。

対する関係において、あるいは他の地方公共団体に対する関係において、訴訟を起すということがあるが、そういう意味での当事者適格をもっておるかという問題があると思います。これはたとえば、国との関係について申しますと、従来の地方分与税、これを分与した場合に、一定の事由があれば、その一部の返還を命ずることができるという規定が設けられています。あるいはまた、今度の地方財政平衡交付金にしても同様であります。法律の決められたところに従わない措置がとられたという場合に、地方公共団体として、国を相手取って、その違法の処置の取消を求めるといような訴を提起することができるか、これは被告になりますのは国であるが、当該行政庁であるかは問題であります。地方公共団体としてそういう意味での当事者適格をもつかという問題であります。これは現在の地方自治法の建前としては、他の地方公共団体の関係においても、また国に対する関係においても、当然そういう意味での当事者適格を持つと見なければならぬと思います。また、個人に対する関係におきましては、損害賠償の責任者になるとか、あるいは不当利得返還請求をされた場合の当事者になるとか、いわゆる給付訴訟の場合、あるいは農地の問題になりますが、無効確認訴訟の場合、そういった場合に、地方公共団体が地方公共団体の形におきまして当事者になるといえるだろうと思います。²¹²⁾」と。

なお、田中の当事者訴訟に関する考え方は、行政法総論における公法上の契約説と接合しているようである。すなわち、昭和32年に出された『法律学全集6 行政法総論』では、公法上の契約として、①行政主体間の契約、②行政主体と私人との間の契約、③私人相互間の契約を挙げ、行政主体間の契約として、市町村相互間の教育事務の委託、市町村相互間の道路、河

212) 司法研修所『行政争訟の研究その1 (地方自治法関係) 田中二郎教授担当』裁判官特別研究叢書第2号(昭和25年6月)12頁。また、境界について知事が間違えて線引きを行った場合について、牧野研究員の「市町村は、自分の方は削られた、ということで権利侵害であるというように持ってこれないですか。」という質問に対して田中二郎は、「境界変更をするように間違えたという場合にはやれると思います。38度線であるというのを39度線で決めた場合、その市町村の権利侵害ということで起こせるでしょう。」と答えている。参照、司法研修所『行政争訟の研究その1 (地方自治法関係)』62頁。

川の費用負担の協議、区域外の营造物の設置の協議を挙げ²¹³⁾、「この種の訴訟は「公法上の権利関係に関する訴訟」として、行政事件訴訟特例法の適用を受ける点においても、その特色が認められる²¹⁴⁾」と。

以上田中二郎の当事者訴訟や境界に関する訴えについての考えを検討してきたが、田中の説は、戦前の美濃部の説に忠実であるし、また、戦前に主張していた自己の主張にも一致するように思えるのである。

次に、雄川一郎の説を検討することにする。雄川の説は、矛盾しているような箇所もあり明確ではないが、全体としてみると昭和30年代までの考えと40年代とくに後半以降の考えは異なるのではないと思われる。昭和30年代までは、雄川は、行政事件訴訟特例法や行政事件訴訟法の制定に関わり、田中二郎などに影響されて境界に関する訴訟を当事者訴訟と解しているが、総じて自治体の提起する当事者訴訟について消極的であり、一方40年後半代以降ではそれをほとんど認めていないと思われる。

30年代までの、雄川説の特徴は、以下の3点に集約される。一つは、行政事件訴訟特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」を雄川は「残余概念」として解釈する²¹⁵⁾。雄川は、昭和23年の論文「行政事件訴訟特例法」で行政訴訟について言及を始める。そこでは、「その他の『公法上の権利関係に関する訴訟』とここでいうのは、前述した行政処分の取

213) 田中二郎『法律学全集6 行政法総論』251頁。なお、田中二郎は、公共団体相互間の訴え、とくに負担金に関する訴えについて和解を認めている。「地方公共団体相互間の間の負担金の割合などはね、これは当然和解したっていいわけです。ですから、およそ行政事件訴訟法については和解が認められないというような規定を置くわけにはいかない。」(「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1045頁)と。

214) 田中二郎『法律学全集6 行政法総論』253頁。

215) 鈴木庸夫は、行政事件訴訟特例法において当事者訴訟が「残余概念」が捉えられ、これが通説であった解しているようである(鈴木庸夫「当事者訴訟」60頁)。この点、高木光も、雄川一郎の解釈を「残余概念」と称しているが、これは私見と同じことをいっていると思われる(高木光『行政訴訟論』156頁)。高木の視点は、公法上の当事者訴訟の活用を意図して、雄川一郎の当事者訴訟に対する消極性を否定するものであり、その消極性はメンガー理論によるというものにあるようである。雄川の説がメンガー理論に依拠したかどうかについて管見を有しないが、私は、雄川一郎が当事者訴訟について消極的なのは田中二郎が意図した公共団体相互間の訴訟を当事者訴訟とすることに消極的であったためと考える。

消変更を求める訴訟以外の我が国法上存在する行政事件の訴訟を広く含むものと解される。従って厳密な意義での「権利関係に関する」ことを要しない。以下本稿ではこの種の訴訟を仮に公法上の当事者訴訟と呼ぶことにするが、現在これに該当するものとして例をあげれば次のようなものがある。」²¹⁶⁾として、「第一に本来の公法上の当事者訴訟としては、市町村の境界確定の訴訟（地方自治法9条1項、266条）、公務員の俸給請求の訴訟、租税過誤納の返還請求の訴訟等があり、第二に、農地買収対価の増額請求の訴訟（自作農特別措置法14条）、土地収用補償金額の不服の訴訟或いは当選の効力に関する訴訟（衆選挙法83条84条1項、地方自治法68条1項）は、その実質は行政処分の変更を求め又はこれに準ずるものであるが、形式的に当事者訴訟の形をとっている。第三に、機関争議（地方自治法176条）がこれに属する。」²¹⁷⁾と。雄川の説は、①市町村の境界確定の訴えを当事者訴訟とみること、②それが行政事件訴訟特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の中に入ること、の2点では田中説と同じであるが、③当事者訴訟と機関訴訟を一括に括ることは当事者訴訟の「権利関係に関する」という部分を曖昧にし、そのことによって当事者訴訟を客観訴訟と同一化し当事者訴訟の「法律上の争訟」性をも曖昧にするものであった。確かに、行政訴訟としての当選の効力に関する訴訟や機関争議の法的根拠を1条に見出す点では意義を有していたといえる。このような行政事件訴訟特例法1条の解釈は、昭和32年の『行政争訟法』でも維持されている²¹⁸⁾。雄川は、1条の「公法上の権利関係に関する訴訟」に公法上の当事者訴訟は含まれるとしながら、「本条文の合理的解釈としては、『その他公法上の権利関係に関する訴訟』を文字通り形式的に抗告訴訟以外の行政事件訴

216) 雄川一郎「行政事件訴訟特例法」『行政争訟の法理』88頁。

217) 雄川一郎「行政事件訴訟特例法」『行政争訟の法理』88頁～89頁。

218) ただし、昭和32年の「行政救済制度」では、行政事件訴訟特例法の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」について、当選の効力に関する訴訟や機関争議を含める意見は見られない。「行政事件訴訟特例法は、さきにも一言したように、行政事件訴訟の態様として、行政庁の違法な処分取消・変更の訴訟即ちいわゆる抗告訴訟とその他の公法上の権利関係に関する訴訟即ちいわゆる公法上の当事者訴訟とを定めている。」（雄川一郎「行政救済制度」『行政争訟の法理』40頁。）

訟の包括的概念と解する外はない。こう考えると、この概念は全く形式的概念であって、訴訟の実体を規定するものではなくなるから、この範疇に入る訴訟については、抗告訴訟的性質をもつものは抗告訴訟に準じて扱う等その性質に応じて合理的な規律を与えなければならぬ。」²¹⁹⁾と。確かに、抗告訴訟的なものはそのように、当事者訴訟的なもののように解釈するという方法は少し改良されたものであるが、その意味するのは何か明確でないし、当事者訴訟の権利性を否定する可能性は否定できないと考える。

雄川の説の第二特徴は、公法上の当事者訴訟について立法政策の問題としている点である。すなわち、「公法上の権利関係につき当事者間に争のある場合に、これを如何なる形で訴訟の対象とするかは立法政策の問題である。——尤も、従来を継承し、このような争を直ちに当事者訴訟の形で裁判所に提起せしめず、行政庁の判断を経てこれに対する抗告訴訟の形をとらしめることもある（地方自治法9条8項等。立法論としては、このような場合に、抗告訴訟の形をとらしめず、行政庁の裁決を経た後でも当事者争訟の形によらしめることもできる。）」²²⁰⁾。ただし、この立法政策の問題とするのは、少し割り引いて理解しなければならない。というのは、引用文の括弧書きの中にあるように、市町村が提起する境界の争いについて現行法は決定をした知事を被告として抗告訴訟を提起することになっているが、立法によりもう一方の市町村を被告として当事者訴訟を提起することを選択することも可能であるとしているのである。これは、当事者間の争いに関して行政機関が第三者として決定又は裁決するものを念頭に置いているのである。すなわち、行政事件訴訟法の制定過程において当事者訴訟について、行政上の法律関係訴訟（形式的当事者訴訟）と公法上の

219) 雄川一郎『法律学全集9 行政争訟法』（有斐閣、昭和32年）55頁。

220) 雄川一郎『行政争訟法』107頁。行政訴訟の区別論においても以下のように述べている。「当事者訴訟は右のような構造をもつ点で形式上抗告訴訟と区別されるが、実体法上のどのような法律関係をその対象とせしめるかは立法政策の問題であって、実質的には行政行為の変更を目的とする訴訟であるものを、当事者訴訟の形式をとらしめることもあるし（例えば土地収用法133条の訴訟）、一般に権力関係における法律関係を当事者訴訟の対象とすることも可能である。」（雄川一郎『行政争訟法』54頁）。

権利関係に関する訴訟との二つに分けて議論された²²¹⁾が、行政上の法律関係訴訟について「法令によりその法律関係の一方を被告とするもの」とする案とそうでない案に分かれ、雄川は前者に賛成し、そのことをここでも言っているのである²²²⁾。しかし、この場合疑問とされるのは、もう一つの公法上の権利関係に関する訴訟が問題とされていないことである。これは、雄川にとって公法上の権利関係に関する訴訟は問題とならないほど射程が狭いものを意味しているのであろうか。また、立法政策ということで、当事者訴訟の範囲は狭いものとなる。

第三の特徴は、一般的に、市町村又は都道府県の相互の関係を当事者訴訟の対象と考えること、又は市町村の権利を認めることに消極的であることである。雄川が挙げる当事者訴訟の例は、行政上の損失補償の訴訟などであり、道路について市町村の費用負担の訴訟など、田中二郎が掲げるものはほとんど列挙されてないのである²²³⁾。また、宮沢俊義の影響であろうか、雄川は市町村についてその権利に言及することを避けているようである。ただ、雄川は30年代において、市町村相互間の訴えとか、境界に関する市町村の訴えを当事者訴訟として言及することがあるが、それは彼自身の学説形成上の一種の迷いのように思われるのである。「公法上の確認訴訟は、行政権の発動に直接関係しない場合は、通常の公法上の当事者訴訟になる訳であって（例えば、公共団体相互間における公法上の法律関係の確認の訴訟のごとし）、ここで特に論ずべき問題を生じない²²⁴⁾。」また、

221) 無効等確認の訴えを当事者訴訟に入れるべきかも議論されたが、これはそれほど議論されることなく抗告訴訟に入れられている。

222) 昭和31年8月25日の行政事件訴訟特例法改正要綱草案では、「法令により法律関係の当事者を被告とするもの」がB案であったが、同年9月20日の行政事件訴訟特例法改正要綱試案では、それがA案となり、委員会案として採用されており、雄川がかなりそれを推進したと思われる。

223) 雄川一郎『行政争訟法』113頁。また、雄川は、機関訴訟で以下のように述べている。「以上の外、地方税法8条9項によって、課税権の帰属に関する自治庁長官の決定・裁決に対し地方団体の長から出訴することが認められている。これは形式上一種の機関訴訟ではあるが、その実質はむしろ地方団体がその公権たる課税権の保護を求める抗告訴訟であろうと思われる。また、漁業法104条2項が海区漁業調整委員会に、地方税法434条7項が市町村長に、それぞれ出訴を認める趣旨が否か疑問がある。」（『行政争訟法』119頁注(1)）と。

224) 雄川一郎「行政救済制度」『行政争訟の法理』44頁。

市町村相互の関係の争いを当事者訴訟として言及するのは、田中二郎などと一緒に議論している場合に限定されていると思われるのである^{225a)}。総じて、雄川は、行政事件訴訟特例法時代の判例に依拠していたため、市町村相互間の訴えなどは当事者訴訟の例として考えられなかったのであろう。また、このことは、戦前において行政裁判所が市町村の行政訴訟の原告適格を認めたことについて、宮沢俊義や田中二郎が著書や論文で指摘したのに、雄川がそれに言及していないことにも相応するといえる^{225b)}。

次に、柳瀬良幹の説を検討しておく。柳瀬は、昭和25年の『行政法』で、行政争訟を覆審的争訟と始審的争訟に分け、始審的争訟を「行政行為が既に争訟の形式を以て行われる場合をいふ。²²⁶⁾」として、その例として、当事者争訟と争訟手続に依る行政行為の二つを挙げている。そして、当事者争訟とは、「公権の主体たる二当事者間において公法関係につき争ある場

225a) 雄川は、小委員会の審議の中で、境界に関する訴えを当事者訴訟として言及することは余りないが、以下のような発言をしている。「その公の利益といっても、例えば、地方公共団体の境界の争いのある場合の訴訟などは、私は、こういう形で公共団体を当事者とするのが、或は筋ではないかと思うのですが、その他いろいろな争いのある場合の裁定などと、先程、杉本幹事が言われたように、いわば第一審的な意味を持つのですが、やっぱり一面からいえば、それは、行政庁の立場からその者に対して権利を与えたとかという行政行為の性質を持つのであって、行政庁が一度そこで裁定をしてしまえば、あとは行政庁を除いて、それは参加する途は開くのでしょうけれど、両当事者だけでいけるといえるのは、一般的にいうと、ちょっと問題があると思う。」(「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」846頁～847頁)という発言である。

225b) 行政事件訴訟特例法の逐条研究の座談会で公法上の権利関係に関する訴訟について、田中二郎から質問された雄川一郎は、選挙訴訟など特殊な例に言及した後に、次のように述べている。雄川「そういう特殊な例を除きますと、あとは美濃部先生などが言っておられる公法上の当事者訴訟に当たるものが、ここで言う公法上の権利関係に関する訴訟に該当するわけで、たとえば土地収用に関する損失補償の金額の点を争う訴訟とか、それから現在はなりましたが、例の自作農創設措置法の第14条買収対価額の訴えというものが公法上の権利関係に関する訴訟に当たるわけであるし、その他考えれば、たとえば公務員の俸給請求の訴訟とかいろいろなものが出て来ます。公法上のいろいろな問題に関する訴訟で、形式的に言えば、取消訴訟に該当しないものは全部入るということになるだろうと思うのです。」(田中二郎他『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣、昭和32年)131頁)。美濃部が境界に関する訴えを当事者訴訟の例として一番に挙げていたのに、雄川はそれを挙げないのである。

226) 柳瀬良幹『行政法』(角川書店、昭和25年)164頁。

合にこれを裁断するがためにする争訟で、相対立する二当事者間に真正の意味において法律上の争ある場合であって、その関係は全く民事の訴訟と同じである。」として、市町村境界に関して争論がある場合の裁判、土地の取用又は使用に関する争いの裁決など9つを挙げている。争訟手続による行政行為を「当事者間に真正の意味において法律上の争があるのではなく、実質は争の裁断ではなくして通常の行政処分であるが、その決定を慎重にする必要あるために、仮に形式上に相対立する当事者を建てて争わしめ、処分機関はその上に立ち、双方の主張を聞いた後に処分を決定する争訟の形式をとるに過ぎない場合であって、その性質は第一審の刑事訴訟と同じである。²²⁷⁾」と定義し、その例として、市町村の境界が判明でない場合における裁判所の決定など9つを挙げる。そして、「法律上の争訟」と当事者訴訟との関係については、「一切の法律上の争訟は原則としてすべて裁判所の管轄に属する現在においては（裁判所法3条1項）、行政上の当事者争訟は、特に行政機関の権限に属せしめられたものの外は、法律の明示の規定あるを俟たず、すべて第一審から裁判所に出訴し、正式の裁判を求め得るものと解しなければならぬ。」と。また、行政事件訴訟特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」については、「始審的争訟即ち「その他公法上の権利関係に関する訴訟」は、」と言っているところからして、当事者訴訟だけを示しているようである。このような考えは、昭和33年の『行政法教科書』にもそのまま継承されている²²⁸⁾。以上のように、柳瀬の説は、始審的訴訟や覆審的訴訟という言葉を使うが、その内容は、田中二郎の学説に近似している。とりわけ、当事者訴訟についてはそれが「法律上の争訟」である限り司法権の対象となること、当事者訴訟の具体的な例として最初に境界に関する訴えを挙げていることはほぼ田中学説を承認しているといえる。

次に、田上穰治は、昭和27年の『行政法原論』において、行政争訟を①

227) 柳瀬良幹『行政法』166頁。

228) 柳瀬良幹『行政法教科書』（有斐閣、昭和33年）143頁、144～146頁、162頁。
ただし、当事者争訟と争訟手続による行政行為の具体例について、若干異なっている。

正式の争訟と略式の争訟、②抗告争訟と当事者争訟、③覆審の争訟と始審的争訟、④機関争訟と民衆的争訟の3つに区別するが、①は裁判による手続と行政機関による手続であり、④は機関訴訟と民衆訴訟に言及するためのもので²²⁹⁾、当事者訴訟や境界に関する訴えにおいては重要ではない。田上は、当事者争訟を「互いに対等な両当事者間に権利義務の争ある場合に、その一方が他方を相手方として提起する形成・給付若しくは確認争訟である。抗告争訟と異なり、公定力のある公法関係の争訟でなく、又争訟の相手方は国・地方公共団体その他の権利主体である。例えば、土地収用において損失補償につき収用裁決に不服ある企業者が被収用者を被告として提起する訴（土地収用法133条）は形成訴訟であり、公務員が提起する俸給給料の支払請求は給付訴訟であり、市町村の境界に関する訴（地方自治法9条）は確認訴訟である。²³⁰⁾」と。市町村の提起する境界に関する訴え、ここでは裁定又は決定を前提としない訴えは、当事者訴訟であり、それは市町村の権利義務を問題にする訴えなのである。というのは、「当事者争訟には、始審的争訟たる場合と覆審的争訟たる場合があるが、第一審たる当事者争訟が行政機関による略式の争訟であるときは、その覆審は前審の裁判機関を被告とする抗告争訟たることを原則とする。例えば、土地収用における収用委員会の裁決は当事者争訟であるが、これに不服ある者が建設大臣に提起する訴願、及びこの訴願の裁決に対して提起する訴は、いずれも抗告争訟である。（土地収用法10条）²³¹⁾」と述べており、知事の裁定又は決定に対する不服として提起される市町村の境界に関する訴えは、抗告争訟となるのである。

次に、渡辺宗太郎の説を検討することにする。渡辺は、戦前において、佐々木惣一などに従い、「行政救済」の中で行政訴訟を論じていたが、昭和24年に出された『日本行政法要論 上巻』においても、この考えを維持している。行政救済を「行政機関の行為による侵害の救済である。」と

229) 田上穰治『行政法原論』（春秋社、昭和27年）245頁～249頁。

230) 田上謙治・前掲書247頁～248頁。

231) 田上穰治・前掲書248頁。

定義し、「それが、行政主体たる国又は公共団体の行為による侵害に対して、抗告的に行政主体の行為としての再審査を請求することに関することをいひ、権利関係における利害の衝突する者が、第三者としての行政機関又は裁判所の決定を請求し得る場合を含まない。例へば、始めから市町村の境界に関して争論があるときに、関係市町村からその確定を裁判所に請求する場合（地方自治法第9条）、漁場の区域、漁業権若しくは入漁権の範囲、又は漁業の方法につき漁業者の間に争あるときに、関係者から行政庁に申請する場合（漁業法第五十六条）、（略）などは、尚、行政主体の行為そのものによる侵害の救済を意味しないから、茲にいふ行政救済から除外する。かかる行政機関の決定若しくは裁定に不服ある者が、更にその再審査を認められるときに、始めて茲にいふ行政救済が存在するのである（漁業法56条、道路法58条）。²³²⁾」さらに、渡辺は、行政事訴訟を「違法の行政処分によって権利を侵害せられたとする者が、裁判所に対して、当該行政処分を審査して何等かの判決を与えることを請求することをいふ。²³³⁾」と定義し、当事者訴訟を除外し、次のように述べている。「所謂行政事の訴訟は、広く公法関係における権利関係の訴訟を意味するが故に、それは、行政庁の処分に対して提起せられる抗告的性質のものに限られない。地方自治法の認める市町村の境界争に関する関係市町村の提起する訴訟（同法第九条）、公法上の契約上の権利を主張する当事者の提起する訴訟などの所謂当事者訴訟も行政事訴訟であり、行政事件訴訟特例法も、広く公法上の権利関係に関する訴訟を行政事件の訴訟として認める（同法第一条）。唯、既に述べたように、茲に特に行政救済として概念するものは、行政庁の処分に対してその効果を抗争するものに制限するが故に、この種の当事者訴訟は、茲にいふ行政事訴訟から除外するものとする。²³⁴⁾」と。以上のように、渡辺の説は、行政救済という限定から行政訴訟を論述することから、いわゆる当事者訴訟は除かれるが、しかし、当事者訴訟の

232) 渡辺宗太郎『日本行政法要論 上巻』（有斐閣、昭和24年）374頁～375頁。

233) 渡辺宗太郎『日本行政法要論 上巻』392頁。

234) 渡辺宗太郎『日本行政法要論 上巻』393頁。

例として境界に関する訴えや公法上の契約に基づく訴えなどを挙げていることから、田中の説に近いといえよう。

それでは、行政事件訴訟特例法の制定に関わった人たちから、当事者訴訟、それに関わる1条の解釈、境界に関する訴えについての考え方を見てみることにする。

兼子一は、昭和23年12月の「新行政訴訟の基礎理論」で次のように述べている。「新憲法は、民主法治国の体制を採用し、行政事件の司法化を認めた。もっとも憲法には行政事件が裁判所へ出訴できることについての直接の明文はない。しかし、憲法全体が英米的な観念を基礎にしてできていること、旧憲法第61条のような行政裁判についての特例を規定してないこと、第81条が裁判所が行政処分の違憲性を決定できることとしていること等を考え合わせれば、行政裁判を司法権の範囲に属させる趣旨であることは明らかである。そこで、裁判所法も、これを前提として、裁判所は一切の法律上の争訟を裁判する権限を有することとし（同法3条1項）、行政処分の取消又は変更の請求についての管轄を定め（同法33条1号）、行政裁判所を廃止したのであり、又行政事件の訴訟手続に関して、行政事件訴訟特例法が制定された所以である。」「この場合、行政事件とは、刑事関係以外の公法上の法律関係が紛争の対象となっている争訟を指すが、その中で主要なものは、行政処分によってその利益を侵害された者がその違法を主張する不服訴訟としての、行政処分の取消又は変更の請求である。普通これを抗告訴訟というが、これ以外にも公共団体相互間の権限に関する争いのような当事者間の公法上の法律関係の確定を求める当事者訴訟がある（行政特例法1条、地方自治法9条参照）」と述べている²³⁵⁾。兼子一は「権限」という言葉は使っているが、それは利益ないし権利に近いものを想定されていると考えられる。それは以下の文言から判断される。「行政事件を裁判所が処理するということは、あくまで司法権の行使としてである。司法権は行政権を一般に監督するものではなく、ただ、行政処分の適法違法又は公法上の法律関係の権利関係を確定する判断をするだけである。」

235) 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」自治研究 24 卷 8～9 頁。

この文章とくに後半部分から判断されることは、当事者訴訟は司法権の行使に含まれるということである。

「行政訴訟特例法案」について占領軍との折衝に当たった、岡本元夫の考えをみることにする。昭和23年の「行政事件訴訟特例法について」という論文で、次のように述べている。「第1条にいう「その他公法上の法律関係に関する訴訟」とは、行政処分²³⁶⁾の取消又は変更を求める訴以外の行政事件の訴訟をいう。例えば、市町村などの境界確定の訴え（地方自治法9条1項、266条）、公務員の国又は公共団体に対する給料請求の訴訟等がこれである。行政処分の無効又は不存在確認の訴訟も、行政処分の取消又は変更を求めるものではなく、ここにいう公法上の権利関係に関する訴訟である。選挙又は当選の効力に関する訴訟が、この訴訟に含まれるかどうかは、法文が「権利関係」といっているので、多少疑いがあるが、性質は行政事件であり、しかも、行政処分の取消又は変更を求めるものではないから、ここにいう公法上の権利関係に関する訴訟に含まれるものと解する。機関争議（地方自治法第176条第2項）についても同様である。なお、国家賠償法に基づく国又は公共団体に対する賠償請求の訴訟又は公共団体より公務員に対する求償請求の訴訟（同法1条）は通常の民事訴訟であって、ここにいう公法上の権利関係に関する訴訟ではない。²³⁶⁾」以上のように、岡本の解釈は雄川一郎のとする残余概念的解釈と同じであると判断されるが、そのトーンはかなり違っている。当事者訴訟については、疑問もなく「公法上の権利関係に関する訴訟」に入るが、民衆訴訟や機関訴訟については「権利関係」という言葉に入るのか疑問をもちながら同訴訟の中に入れていた。したがって、特例法を制定したが、「本法は、全文僅かに12箇条から成る法律であった、もとより、行政事件訴訟に関する全部の規定を網羅したものではありません²³⁷⁾」ということから、行政事件として民衆訴訟や機関訴訟に対する対応を忘れていたため、それらの訴訟を無理やり1条に入れたということと推測される。解釈としては、「権利関係」ではなく「その他」ということに

236) 岡本元夫「行政事件訴訟特例法について」自治研究24巻12号41頁。

237) 岡本元夫・前掲論文39頁。

重点を置いたということのようである。要するに、田中二郎さらに兼子一は、自分たちが関与した制定過程をみると行政事件訴訟特例法1条において田中二郎が意図した当事者訴訟が規定されたと考えたと思われる。それは「公法上の権利関係」という言葉に現れている。しかし、機関訴訟や民衆訴訟というものを考えると、それらを行政訴訟として言及しない訳にはいかなないので、雄川や岡本は、それらを「その他公法上の権利関係に関する訴訟」に含まれると解釈したものと解される。ただ一方、「権利関係」というものに民衆訴訟や機関が訴訟を入れることは文理解釈では無理があり²³⁸⁾、残余概念的解釈に反対する説もあった²³⁹⁾。しかし、政府、最高裁の解釈²⁴⁰⁾としては、残余概念的解釈を取らざるを得ないといえよう。すなわち、

238) この点、高橋貞三は次のように述べている。「行政事件の種類について、旧法である特例法は、その第一条で、「行政法の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」と「その他公法上の権利関係に関する訴訟」とに分けていた。新法たる行政事件訴訟法は、行政事件訴訟を分けて、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の4つとして（行訴法二条）。旧法の第1条の訴訟にはこの4つのものがふくまれていたと解されないこともないが、明確ではない。「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」は抗告訴訟とされ、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」は当事者訴訟と考えられたが、機関訴訟や民衆訴訟は、必ずしも公法上の権利関係に関する争いではなく、法が正当に行行使せられるために裁判所へ訴えて解決せんとする訴訟である。」（高橋貞三『行政法論（改訂版）』（有斐閣、昭和40年）345頁～346頁）と。

239) 特例法1条は、抗告訴訟と当事者訴訟の2類型だけを規定したにすぎないという学説もあったのである。例えば、和田英夫は次のように述べている。「旧法では、たんに、行政訴訟を抗告訴訟と公法上の権利関係に関する訴訟の2類型に分類したに過ぎず、そこでは、「公法上の権利関係に関する訴訟」（1条）として、当事者訴訟は後者に含まれる、と解されていた。」「旧法では、いわゆる客観訴訟である民衆訴訟・機関訴訟のいずれも明文をもって規定していなかったが、新法5条では、訴訟形態の1種としてこれらを5条、6条及び第4章にそれぞれ明文化した。」（和田英夫『例解行政法』でも、鈴木俊光は、当事者訴訟を「公法上の権利関係に関する訴訟のうち抗告訴訟に該当しない訴訟をいう」と定義し、さらに、民衆訴訟と機関訴訟について特例法1条を援用していない（『例解行政法』（青林書院、昭和36年）336頁～338頁）。

240) 最高裁判所事務局行政部『行政事件訴訟特例法解説』（昭和23年7月、行政裁判資料第1号）には、「その他公法上の権利関係に関する訴訟とは、行政処分の取消又は変更を求める訴以外の行政事件の訴訟であって、例えば、市町村などの境界確定の訴訟（地方自治法第9条第1項、第266条）、公務員の国又は公共団体に対する給料請求の訴訟、行政処分の無効確認の訴訟及び機関争議（地方自治法176条）などである。」（同8頁）と説明されている。

国会における行政事件訴訟特例法案の提案理由²⁴¹⁾も残余概念的解釈をとっている。

「即ち第1条の前段の方は、従来学問上いわゆる抗告訴訟と言われておる、違法な行政処分取消、変更を求める抗告訴訟、その外にその他公法上の権利関係、いわゆる学問上の当事者訴訟であるとか、或いは選挙訴訟であるとか、或いは補償金の問題といったような公法上の権利関係についても、いわゆる抗告訴訟の外に、そういう公法上の権利関係についての訴訟についても、すべてこの特例法によるという趣旨を明かにいたしましたのであります。」と

しかし、行政事件訴訟特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」に当事者訴訟、機関訴訟及び民衆訴訟が入るとしても、何が行政事件訴訟特例法1条の当事者訴訟として認められるかは問題であった²⁴²⁾。

2-5 行政事件訴訟法における当事者訴訟

行政事件訴訟特例法には様々な問題があったことから、特例法を早急に

241) 政府委員奥野健一「行政事件訴訟特例法案逐条説明」(第二回国会参議院司法委員会会議録抄) 塩野宏編著『日本立法資料全集 37 行政事件訴訟法(3)』232頁

242) 田中二郎「公法上の法律関係に関するいわゆる当事者訴訟にあっては、権利保護の利益を有する者は何人でも裁判所に出訴することができる。ただ実際上には、どのような場合に権利保護の利益を有するかの明瞭でない場合が少なくない。市町村の境界に関する確定の訴えのように、法律自体にその出訴を認めている場合(地方自治法9条)には問題がない」(『行政争訟の法理』法協66巻1号2号、67巻4号、68巻1号昭和24年～昭和26年『行政争訟の法理』74頁、(有斐閣、昭和29年))。また、田中二郎は、司法研修所での裁判官たちとの研究会においても、公法上の当事者訴訟の範囲について定まっていないことを盛んに述べている。「もともと公法と私法との区別ははっきりしないし、公法上の権利関係に関する争の範囲も明確でないので、」(司法研修所『行政争訟の研究その2(行政事件訴訟特例法関係)兼子一教授、田中二郎教授出席』裁判官特別研究叢書第12号(昭和25年9月)54頁)と。「公法上の権利関係に関する訴訟の実例」として、豊水判事は、昭和32年の行政事件訴訟特例法についての座談会で以下のように述べている。「公法上の権利関係に関する訴訟として裁判所で取り扱っているのは、公務員の給料請求の訴、公法上の損失補償増減額請求の訴、行政処分の無効確認の訴、それから静岡地裁の判決では行政処分が無効だということを理由にする、この場合は農地買収処分が無効だということを理由とする所有権確認訴訟、これも公法上の権利関係に関する訴訟だとしております。この一番最後の判決がちょっと特異な例で、ほかのは、一応全国の裁判所で共通した取扱いだろうと思います。」(田中二郎他『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣、昭和32年)26頁)。ただし、これは昭和28年段階の統計である。

改正し充実させる必要性があった。特例法の改正は1955（昭和30）年3月25日法制審議会に始めて諮問され、改正のため法制審議会に同年6月3日同行政訴訟部会が設置され、そして、実質的な審議は同年7月8日に設置された行政訴訟部会小委員会に委ねられ、その審議検討²⁴³⁾は1962（昭和37）年5月に行政事件訴訟法が制定されるまで、7年間かかっている。この審議に関わったのは、入江俊郎（最高裁判事）委員長、行政法学者では、田中二郎、雄川一郎、柳瀬良幹、民事訴訟法学者では、兼子一、三ヶ月明、裁判官では、杉本幹夫、新村義広、田中真次、関根小郷、浜本一夫、村上朝一、青木義人、豊水道祐、法制局からは高辻正巳、山内一夫、弁護士会からは円山田作²⁴⁴⁾などであった。

第1回小委員会（昭和30年7月8日）で、審議の順序を決めることについて、田中二郎が特例法1条が何を対象とするのか不明確であることを主張しているがまず印象的である。

田中（二）委員「今の行政事件訴訟特例法の第1条では、処分の取消変更に係る訴訟、又は公法上の権利関係に関する訴訟についての民事訴訟法に対する特例を定める、ということになっているが、選挙争訟などは、解釈上別の考え方とるにしても、例えば、機関争訟的なものや、民衆争訟的なものは、中に含めて考えられているのか、それとも別に考えるのか、特例法自体がどこまで適用されるのか、そこにも問題があり、それらの点も一応予想して、拠るべき基準を一般的に定めることにするのか、それとも一応は今の抗告訴訟なり当事者訴訟だけを頭において規定し、他の特殊な訴訟について準用規定をおくことにするというのか、それによって規定の仕方、考え方そのものも態度が異なってくると思う。だから、その点についてお話を頂きたいと思う。」

入江委員長「では、どういう問題として議論すればよいことになるのか。」

田中（二）委員「一口にいえば、特例法の適用を受ける対象をどういうものとして考えてゆくの、或はどういう訴訟について特例を設けるのかという問題である。恐らく行政裁判所的なものを作るといふご意見の方はおられないだろうし、又この委員

243) 審議経過は、「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」（塩野宏編『日本立法資料全集 5 行政事件訴訟法（1）』（信山社、1992年）23頁以下）及び『日本立法資料全集 6 行政事件訴訟法（2）』（信山社、1992年）749頁以下）による。以下では、単に議事録の頁だけを記載する。

244) 委員及び幹事については、「資料7 法制審議会行政訴訟部会委員、幹事名簿」（塩野宏『日本立法資料全集 37 行政事件訴訟法（3）』（信山社、1994年）142頁を参照されたい。なお、田中二郎は委員長代理を3回務めている。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

会の権限でもないと思うが——。しかし、特例法を作るとして、その対象となるものをどう考えてゆくかがまず最初の問題ではないかという感じがする。現在の特例法が何を対象として考えているのか、立法の際十分に考えられていないような気がする。だから、あるものは抗告訴訟的、或るものは当事者訴訟的なものの一種として、考えればよいのだと説明してもびったりしない場合が相当ある。だから、まず、何を対象として特例法を作っていこうとするのかということを討議していただくと結構だと思う。」²⁴⁵⁾

それでは、現行の行政事件訴訟法における当事者訴訟の範囲、境界に関する訴えと当事者訴訟との関係について、また、境界に関する訴えの性質などについて立法者の意図はどういうものであったのか、行政事件訴訟法案の審議経過から見ていくことにする。まず、小委員会に出された当事者訴訟に関する案を確認してきたい。

行政事件訴訟特例法改正法要綱草案（昭和31年8月25日）²⁴⁶⁾

「行政事件は、抗告訴訟、先決問題訴訟、当事者訴訟、規範統制請求訴訟及び機関訴訟とすること」とし、

「（当事者訴訟）

第五 当事者訴訟とは、次の事件をいうものとする。

一

A案

法律の規定により争のある場合に行政庁に対し裁決の申請、裁定の申請、審決の申立その他決定の申請ができる行政上の法律関係に関する訴訟

これに対し第七の二（原案の第七の第二項）を設け、第八（原告適格）は第七項A案とする。

B案

法律関係を確認または形成する裁決、裁定、審決その他の決定にかかわる訴訟であって、法令によりその法律関係の当事者を被告とするもの（以下「行政上の法律関係訴訟」という。）

これに関し第八（原告適格）は第七項B案とし、第七の二は、A案と同じ。

二 公法上の権利関係に関する訴訟

第七の二 行政上の法律関係について、法律の規定により、行政庁に対し、裁決の申請、裁定の申請、審決の申立その他の決定の申請ができる場合には、これに対する裁決、裁定、審決その他決定（以下単に行政庁の決定という。）及びこれに対する訴願裁決を経た後でなければ訴（以下単に行政上の法律関係の訴という。）を提起するこ

245) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」41頁。

246) 「会議参考資料 資料51」塩野宏編『日本立法資料38 行政事件訴訟法(4)』123頁～137頁。

とができないものとする。

行政事件訴訟特例法改正要綱試案（昭和31年9月20日）²⁴⁷⁾

「行政事件は、抗告訴訟、先決問題訴訟、当事者訴訟、規範統制請求訴訟及び機関訴訟とすること。」とし、

「（当事者訴訟）

第五 当事者訴訟とは、次の事件をいうものとする。

一 註(一)当事者間に争いのある場合に、法令により、行政庁に対し、裁決、裁定、審決その他決定（以下単に決定という。）の申請ができる行政上の法律関係に関する訴訟（以下この訴を行政上の法律関係の訴という。）

二 註(二)行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟

三 公法上の権利関係に関する訴訟

註(一)B案

第五の一号（行政上の法律関係の訴）を次のように訂正する。

一 法律関係を確認または形成する裁決、裁定、審決その他決定にかかわる訴訟であって、法令によりその法律関係の当事者を被告とするもの

註(二)B案

第五の二号（行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟）を削除し、第三の二（行政庁の無効処分に関する訴訟）の二号とする（前掲第五の註(一)B案参照）

註(二)C案（この案によるときは、この種の訴訟は、民事訴訟となる。）

第五の二号（行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟）を削除する。

（行政庁の決定の前置）

第三十七 行政上の法律関係の訴は、行政庁決定及びこれに対し法律の規定により訴願をすることができる場合には、その裁決を経た後でなければこれを提起することができないものとする。

（行政上の法律関係の訴の原告適格）

第三十八 行政上の法律関係の訴は、行政庁の決定に不服がある者に限り、これを提起することができるものとする。

行政事件訴訟特例法改正要綱試案（第二次）（昭和33年2月28日）²⁴⁸⁾

「行政事件は、抗告訴訟、先決問題訴訟、当事者訴訟、無効等確認訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟とすること。」として、

247) 「会議参考資料 資料52」塩野宏編『日本立法資料38 行政事件訴訟法(4)』138頁～154頁。

248) 「会議参考資料 資料61」塩野宏編『日本立法資料38 行政事件訴訟法(4)』161頁～171頁。なお、日本公法学会21回総会第二部において、「行政争訟制度の改革」をテーマとして、配布されたこの第二次案をめぐってシンポジウム（司会 入江俊郎、田中二郎）が行われているが、当事者訴訟について意見等は出されていない。参照、公法研究19号（1958年）114頁以下。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

(当事者訴訟) 第四 当事者訴訟とは、次の事件をいうものとする。

- 一 法律関係を確認または形成する行政庁の裁決、裁定、審決その他決定にかかわる訴訟であって、法令により、その法律関係の当事者を被告とするもの（以下この訴を行政上の法律関係の訴という。）
- 二 行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟
- 三 公法上の権利関係に関する訴訟

第三章 当事者訴訟

(行政庁の法律関係の訴についての行政庁の決定の前置) 第三十一 行政上の法律関係の訴は、法律の規定により行政庁の決定を経ることができる場合には、その決定を経た後でなければ、これを提起することができないものとする。

(行政庁に対する訴の通知) 第三十二 行政上の法律関係の訴が提起されたときは、裁判所は、決定をした行政庁にその旨を通知しなければならない。

行政訴訟事件訴訟特例法改正要綱試案（第三次案、昭和33年5月12日）²⁴⁹⁾

「この法律において「行政事件訴訟」とは、抗告訴訟、当事者訴訟、効力等確認訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟とすること。」として、

(当事者訴訟) 第四 この法律において「当事者訴訟」とは、次の訴訟をいうものとする。

- 一 行政上の法律関係の訴 行政庁の処分又は裁決により形成された法律関係に関する訴訟で、法令の規定によりその当事者の一方を被告とするもの
- 二 公法上の権利関係に関する訴訟 公法上の権利関係に関する訴訟で行政上の法律関係の訴以外のものをいう。

第三章 当事者訴訟

(行政庁に対する訴の通知) 第三十三 行政上の法律関係の訴が提起されたときは、裁判所は、当該処分または裁決をした行政庁にその旨を通知しなければならないものとする。

(抗告訴訟に関する規定の準用) 第三十四

行政訴訟事件訴訟特例法改正要綱試案（第三次案の整理案、昭和34年5月13日）²⁵⁰⁾

「この法律において「行政事件訴訟」とは、抗告訴訟、法令の効力の訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟とすること。」として、

(当事者訴訟) 第五 この法律において「当事者訴訟」とは、次の訴訟をいうものとする。

- 一 行政上の法律関係の訴 当事者間の法律関係を確認または形成する処分又は裁決に関する訴訟で、法令の規定により、その法律関係の当事者の一方を被告とするものをいう。
- 二 公法上の権利関係に関する訴訟 公法上の権利関係に関する訴訟で行政上の法律関係の訴以外のものをいう。

249) 「会議参考資料 資料 62」塩野宏編『日本立法資料 38 行政事件訴訟法 (4)』172 頁～182 頁。

250) 「会議参考資料 資料 65」塩野宏編『日本立法資料 38 行政事件訴訟法 (4)』209 頁～222 頁。

第四章 当事者訴訟

(行政庁に対する訴の通知) 第三十九 行政上の法律関係の訴が提起されたときは、裁判所は、当該処分または裁決をした行政庁にその旨を通知するものとする。

(抗告訴訟に関する規定の準用) 第四十

修正案(昭和34年10月23日)²⁵¹⁾

(当事者訴訟) 第五 この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認または形成する処分又は裁決に関する訴訟で、法令の規定により、その法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する訴訟をいうものとする。

当事者訴訟について、大きく案が変更されているのが、昭和31年9月20日の行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第一次案)と昭和33年2月28日の同第二次案とである。第一次案では、案から分かるように、第五の第一号の「行政上の法律関係に関する争」について優先順位をつけてA案を「当事者間に争いのある場合に、法令により、行政庁に対し、裁決、裁定、審決その他決定(以下単に決定という。)の申請ができる行政上の法律関係に関する訴訟」とし、B案を「法律関係を確認または形成する裁決、裁定、審決その他の決定にかかわる訴訟であって、法令によりその法律関係の当事者を被告とするもの」としていたが、第二次案では、このうちB案を採用したのである。それでは、こうした結果を採用した委員会の審議を参照し、検討することにする。当事者訴訟を規定する第五については、第28回小委員会(昭和32年11月8日)で議論されたが、杉本幹事の最初の説明と田中二郎委員のやり取り、委員長の纏めの言葉を紹介しておく。

杉本幹事「この訴訟についても、抗告訴訟の特則を設けるつもりであります。先ずこういう訴訟を当事者訴訟として扱うべきかどうかという問題がありますので、順序としては、第五の一号に移って頂いて審議してもらった方が便宜ではないかと思えます。この第五の一号を簡(簡)単に説明させていただきます。こういう「行政庁の決定」にどういふものがあるかと申しますと、現在のところ、特許法の定める特許審決、土地収用法の定める収用委員会の裁決、地方自治法の定める関係市町村の境界に関する知事の裁定、それから鉱業法の鉱区の条件等についての通産局長の決定というようなものであります。こういう種類の決定は、現在のところは、普通の行政処分と同じ

251) 「会議参考資料 資料 67」塩野宏編『日本立法資料 38 行政事件訴訟法(4)』263頁。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)

ように扱って、この決定に対しても抗告訴訟の形式で訴訟ができるわけではありますが、しかし、その性質を考えると、普通の行政処分とは違ったものでないかというように考えられるのであります。つまり、このような決定は、当事者間に争いがある、行政庁が恰も裁判所のような地位に立ってその紛争を解決する、例えば、市町村の境界についての争いがある場合に、県知事が裁定を下す、というようなものであって、要するに、そこに当事者間の争いがある法律関係が先行していて、これに対し、丁度、行政庁は裁判的な作用をしているというような格好のもので普通の行政処分とは違って、おりますので、行政庁がなした審決なり裁定なりは、これを一審の判決と同様に扱うことはむろんできないと思いますけれども、とにかく争訟の手續の形式としては、判決の場合と同様に、やはり当事者争訟でずっと追っていくべきではないかというふうに考えたわけでありまして。従ってこれは、行政争訟の段階においても当事者争訟の形式をとっていますので、訴訟においてもやはり当事者訴訟という形でゆくべきものでありますから、こういう行政庁の決定についての抗告訴訟というのはおかしいのでして、むしろこういう決定は、第一審判決と同様、それが訴訟で取り消されないで確定しまえば、その決定が一つの債務名義のような効力をもってくる、土地収用あたりの裁決についても現行法上そのような制度になっているといっているのではないかと、というように思われます。

ここに当事者間の争と申しますのは、私法的な当事者間の争も、公法的な当事者間の争も含むのでありますが、このように当事者間の争の法律関係の性質によって分けなくて、たとえ私法上の当事者間の争であっても、行政庁の決定というものがそこに介入してくる法律関係だという点に着目して、そういう法律関係に関する当事者間の争は、ここにいう当事者訴訟という形式のものとして考えた方が適當ではないかというふうに考えたわけでありまして。訴の名称としましては、行政上の法律関係の訴というような変わった名称を付けたわけでありまして、こういうものは、従来のような抗告訴訟の形でゆくのか、或いはここで考えているような当事者訴訟の形式でいった方がいいか、という点については、また、実際の訴訟の便、不便というような点とも関係してくると思います。その点と関連させながら果たして当事者訴訟として理解してゆくかどうかということについてはご審議願いたいと思います。」

田中(二)委員 「今、杉本幹事の挙げられた例の中には、二種類の場合が含まれていると思う。

最初から当事者間に争いがある、一応その行政庁の裁定をうけるけれども、その裁定があった後にも、またその当事者間が訴訟上の当事者になるという場合と、それから、最初はその当事者間に争いがあるが、一旦その裁決なり裁定があると、今度はその裁決の取消を求める取消訴訟という形でいっている場合とを含めてのお話だったのである。例えば、土地収用の関係でも、損失補償の方は、収用委員会が裁決をすることによってはっきりするが、その損失補償の額以外の問題については、収用委員会の裁決の取消を求めるという形の訴訟をやる。それから、関係市町村の境界に関する争なども、知事の裁定があればその裁定の取消を求めるという形の訴訟でゆく。しかし、漁業関係とか、鉱業関係の場合には、最後には当事者訴訟の形でゆくのだったと思うのです。そういう二種類の場合を、すべてこの行政上の法律関係の訴という形に統一しようという考え方ですか。それとも、取消訴訟の形でいくものはそれに任せて

おく、当事者訴訟の形でくるものだけを取りあえずここで規定しようという趣旨ですか。』

杉本幹事「土地収用などの場合、補償金だけを争う場合は当事者訴訟の形で、裁決の違法を争う場合は抗告訴訟の形で、現行法はきいているのですけど、それを当事者訴訟にすべて考えてゆく、当事者間に争があって、行政庁がそれについて裁判的な判断を下しているというようなものは、本来当事者訴訟でくるべきものではないか、という考え方です。」²⁵²⁾

委員長「この案の第五の一号ですが、いろいろご議論がありましたけれども、結局、この原案のように、原則的に広く当事者訴訟とすることは、いろいろな場合に少し広げすぎるとご意見が多いようです。それでは、どういうふうにするかですが、その対案としてはB案が一つの案ですね。それで、田中（二）委員が言われたのですが、B案のようにしておいて、そして、法令でただ出訴できると書いてないときは、抗告訴訟になるだろうけれども、それが当事者訴訟にするように書いてあれば、それによる、その規定を受けて、特例法でこういう原則的な規定を置くのだと、こういうことにすればいいだろう」。²⁵³⁾

以上のように、当初、小委員会に提出された案は、裁定などを争う当事者間の争いを従来抗告訴訟としてきたが、これらを当事者訴訟として扱うものであった。しかし、当事者訴訟の行政上の法律関係に関する訴訟については、以下のように整理された。①法令により当事者を一方の被告とするものを当事者訴訟とする、②それ以外のものは抗告訴訟とする。したがって、当事者訴訟の候補として挙げられたもののうち、特許審決や収用裁決については、原告が審決や裁決を争う場合法令で一方の当事者を被告とすることになっているので当事者訴訟であり、これに対し、境界に関する訴訟で知事又は紛争処理委員の裁決や決定を一方の市町村が争う場合、法令で一方の当事者を被告とするとされていないので、これは抗告訴訟となるのである。

それでは、こうした結論はどのような審議経過を経て導き出されたのであろうか。その理由の一つは、確かに当事者間の関係が問題となっているが、行政庁の判断・決定が介在し、それが判決類似の効果を持つことがあり、その場合、行政庁を除いた当事者間の争いとすることには問題があるとされたからである。もう一つは、抗告訴訟で行く場合と当事者訴訟で行

252) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」844頁～845頁。

253) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」854頁。

く場合の区別が明確でないということから、「法令により当事者の一方を被告とする」場合を当事者訴訟とすることとされたのである。三つめは、行政庁が裁判類似の行為をすることをすべて対象にすると、私法上の関係も行政訴訟の対象とすることになるため、それを避けるため、「法令により当事者の一方を被告とする」場合に限定したというのである。最初の二つについては、第28回小委員会の以下のやり取りで明白である。また、以下のやり取りから理解されるように、それを田中二郎も認めているのである。

豊水幹事「当事者の私益で片付くようなもの、例えば損失補償の金額とかという、公の利益に直接からまないものは、当事者訴訟でもってゆくのはいいと思うんですけど、公の利益のために行政権の発動として行われたそのもの自身を争うときに、その責任者でないものを当事者にするということは、どうかという感じがするんですね。」

雄川一郎「その公の利益といっても、例えば、地方公共団体の境界の争のある場合の訴訟などは、私は、こういう形で公共団体を当事者とするのが、或は筋ではないかと思うのですが、その他いろいろな争のある場合の裁定などですと、先程、杉本幹事が言われたように、いわば第一審的な意味を持つのですが、やっぱり一面からいえば、それは、行政庁の立場からその者に対して権利を与えるとかという行政行為の性質を持つのであって、行政庁が一度そこで裁定をしまえば、あとは行政庁を除いて、それは参加する途は開くのでしょうかけれど、両当事者だけでいけるというのは、一般的にいうと、ちょっと問題があると思う。」

田中（眞）委員「この当事者訴訟でゆくのか、抗告訴訟でいっていいのか、規定上曖昧な分からない場合が、できてきそうな気がするんですが。」

雄川幹事「それはあるかもしれませんね。」²⁵⁴⁾

——中略——

田中（二）委員「今の問題だけではなしに、今度、全部の事件について訴願前置的な考え方を採ったとすると、それは、あくまで国が地方をコントロールしようという魂胆があるのではないかと。非常に技術的な改正のような顔をして、国の監督権強化の方向を進めている。そのことは、やはり自分の責任で判断しないと、こういうふうにもってゆきたいという、確実な理由とはならない。ですから、関係の係官は、今境界画定の問題などについては、責任をもって判断をし、その判断について責任を負って被告として訴訟にも出るべきであると思う。」

山内委員「自治法などのあいう傾向は、やはり田中（二）委員のおっしゃっているようなんで、下の人は、面倒くさいからそんなことを言うのだろうと、私は思うけれども、やっぱりそういうことで行政機関がその再調を自分で適宜にやるという以上は、やはり訴訟に出るべき筋いではないかと思うのです。それから、本当に私益だけの紛争を当事者が一応専門的な知識をもっているからやるというものは、これはそのまま行政訴

254) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」846頁～847頁。

訟の形ですぐにもっていてもいいけれども、公の利益と関係して行政庁が責任をもってやるというのは、紛争の形をとっていても、その紛争をする行政庁の責任において早く解決してやるというだけのもので、こういうものも私はあると思います。」

小沢委員「一概には言えないですね。ただ、もし、今の自治関係などで、特に政策的にそういうことを必要とするような理由があるのだったら、そういうふうに制度を作ってゆく、そうでない、利害が相対立する当事者間で争われてきて、一応行政庁が前審的に判断して、それをそのまま訴訟物として裁判所に求めてくるという形の方がいい種類の争は相当沢山あるのではないかと思う。」

浜本委員「もし現行法に行政処分には任さないでもいいものを任したという法律があれば、その法律が悪いのであって、やはりその行政庁の処分に任せておることが、行政処分に基く必要があって任せているので、その場合に、行政庁を抜きにして、もちろん行政庁が参加する途があるにしても、当事者訴訟だけでやってしまうことは、まずいような気がする。」²⁵⁵⁾

3つめの理由を杉本幹事が述べている箇所から確認しておく。それは、33回委員会（昭和33年5月30日）と35回委員会（昭和33年7月4日）の二つの発言である。

杉本幹事「(略) 次に当事者訴訟であります。第一章総則の方の規定にもどしていただきますと、第四の当事者訴訟の一号としていたしまして行政上の法律関係の訴えというのがありますが、第二次案におきましてはいわゆる行政処分ではなく、当事者間に法律上の争がある場合に行政庁が裁判所類似の裁判行為をするという形態のものが現行法であるということを前提にしまして規定したわけではありますが、しかしこうなりますとその法律関係というのは、例えて申しますと漁業権の範囲の確定であるとか或は鉱業権の範囲の確定というようなものになりますと私法上の関係が入って来るわけであります。そういう私法上の私人間の争というものを行政事件訴訟法で取り上げてゆくということ、これはどうもおもしろくない、やはり、もっと狭めて考えなければならぬということになりまして「行政庁の処分又は裁決によって確認又は形成された法律関係に関する訴訟で法令の規定によってその当事者を一方の被告とするもの」と非常に限定して定義することにしたわけであります。言い換えるといわゆる実質上の抗告訴訟の範囲に狭まったのであります。」²⁵⁶⁾

杉本幹事「第四の第一号として行政上の法律関係の訴えを規定しております。前から、行政上の法律関係の訴えというのは、用語上、妥当ではないのではないかというようなご意見もありましたが、適切な言葉が見当たりませんでしたので、やはり、行政上の法律関係の訴えという訴えの類型にした訳であります。それは兎に角としまして、この案では、「行政上の法律関係の訴えを行政庁の処分又は裁決により確認され、又は形成された法律関係に関する訴訟で、法令の規定により、当事者の一方を被告とするものをい

255) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」848頁～849頁。

256) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1026頁～1027頁。

う。」と定義しております。この点は、第二次案と比べていただきますと、考え方が根本的に変わってきております。」「まず、第二次案の方の考え方でありますが、第二次案で考えていることは、すでにご説明したように、特許法に定める特許無効とか、特許範囲の確定の審決、土地収用法の定める収用委員会の裁決、地方自治法の定める関係市町村の境界画定の裁定、農地法の定める利用権の設定、鉱業法の定める鉱区の増減等についての決定というものは、当事者間にすでに、争いが存在して、その争いに対して行政庁が、裁判類似の行為をするものであるということを経験した上で、基本的な考え方になっているわけでありまして、こういった決定は、抗告訴訟でいわれております行政処分とは性質が異なると考えたのであります。したがって、訴訟の形式も、これ等の決定の取消を対象とする抗告訴訟の形式によらしめることは適当でない。むしろ、争となっている法律関係そのものを対象とする当事者訴訟の形式によらしめるのが適当である。ただ現在、特別法は、多くの場合、抗告訴訟の形式をとっているから、これらのすべてについて、今、一挙に訴訟の形式を当事者訴訟の形式にすることは、実際問題として困難でありますので、法令の規定によって法律関係の当事者を被告としている場合にのみ、当事者訴訟によらしめ、これについて、特例法で規定してゆこう、という考え方であります。小委員会ではいろいろご議論がありまして、こういう行政上の決定を裁判類似の行為として行政処分と区別することがすでに困難であるだけでなく、第二次案のような規定の体裁としますと、その法律関係の中には、公法上のものだけでなく、私法上のものも含まれる、もし、そうなると、特例法の範囲からはずれるものも含まれる。もし、そうなると、特例法の範囲から著しくはずれてくるのではないかと、というようなご意見もありました。そこで、建前を変えまして、現行法がとっているのと同様に、こういうものも、行政処分であるというふうにご観念することにしまして、その処分のうち法令が特に当事者間の利害関係にすぎない、として当事者の一方を被告としているような法律関係、例えば、土地収用委員会の補償金額、特許範囲確認の審決、漁業法又は結核予防法に基づく、補償金額の争といったものがありますが、こういうものに限定して、つまり、第二次案では、相当に広く行政上の法律関係の実体を考えてきたけれども先程申し上げたような難点がありますので、こういうものに限定して、当事者訴訟の形式として残してゆこう、又そうするのが適当であるというふうにご考えたわけです。』²⁵⁷⁾

ところで、もう一つの境界訴訟はどのように扱われるのであろうか。この点について、委員会では明確に議論されてはいないようである。ただ、田中二郎委員の言葉から推測すると、当事者訴訟となる。「そうだとしますと、例えば、市町村の境界に関する紛争などは、もともと当事者の形で規定していたのを、この前の改正で県知事が裁定をして、その裁定の取消を求める抗告訴訟として訴えを提起する形に直したのですが、それを今度の場合などはこの意味での当事者訴訟にもう一度ひっくり返す方法を考え

257) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1122頁～1123頁。

258) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」861頁。

られるのですね。以下略²⁵⁸⁾」この発言からすれば、裁定や決定を取り消すのではなく、市町村が直接提起する境界に関する訴えは当事者訴訟ということになる。また、もう一方の境界に関する知事の裁決又は決定に対して市町村が抗告訴訟を提起することができるということは、裁決又は決定が市町村の境界に関する権利利益を侵害しその侵害を除去するため市町村が取消訴訟を提起することができるということになることから、知事の裁決又は決定がない場合に市町村が境界について争いがあるときに提起する訴えは、市町村間の権利に関する争いとなり、当事者訴訟となると考えられる。ということで、裁定や決定を前提としないで、市町村が直接提起する境界の訴えは4条2項の「公法上の権利関係に関する訴訟」ということなのである。ただし、この「公法上の権利関係に関する訴訟」の具体例としては、委員会の審議では、「補償金請求権、公務員の俸給請求権の訴訟、公務員の身分確認などの訴訟」が挙げられ、境界についての訴えは議論されていないのである。例えば、第30回小委員会では以下のようなやり取りが行われている^{259a)}。

杉本幹事「略。それでは、この三号は、具体的にどのような訴訟を考えているかということになりますが、これは余りないと思います。説明にならぬかもしれませんが、補償金請求権、公務員の俸給請求権の訴訟等がかんがえられます。そもそもこういうものを行政事件として取り扱う方がいいのか悪いのかという議論から申し上げますと、こういうものは、行政事件から落としてしまって、民事事件として扱った方がいいのだというような議論もあるかと思いますが、この他に考えられるものもあるかと思ひまして、ここで、公法上の権利関係訴訟というものを、一号、二号で洩れたような場合を予想して規定したわけであります。」

田中(二)委員「公務員の身分の確認などの訴訟は、これでありませんか。」
杉本幹事「それもあります。その他にもいろいろあるとおもいますが、一寸思い付きません。」

田中(二)委員「公務員の俸給請求権については、大審院が二回も連合部判決で、民事訴訟でないとして請求をはねているくらいで、典型的な公法事件とされているから――。」

委員長「どうですか。この第三号は。このまま置いておいていいですか。第二号のよ

259a) 「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」916頁。また、第35回小委員会(昭和33年7月4日)でも、小沢委員の「第二号の適例は何でしょうか」という質問に、杉本幹事が「俸給請求訴訟、公務員の身分確認訴訟」と答えている。参照「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1133頁。

うな特例を特例を認める必要はないですか。それでは、第三号はよろしいですね。これで第五は終わったことになります。」

また、行政事件訴訟法の制定に幹事として関わり、起草の中心人物であった、杉本良吉の『行政事件訴訟法の解説』においても、実質的当事者訴訟に境界に関する市町村の訴え及び公共団体の提起する訴えが入るといふ記述はない。「(二) (公法上の法律関係に関する訴訟) 法令の無効、処分無効、不存在を前提とする公法上の法律関係、公法上の地位、身分の確認訴訟、公法上の金銭給付の支払請求訴訟などがこれに属する。例えば、日本国籍上の身分関係の確認を求める訴え、国立学校の生徒たる身分の確認を求める訴え、公務員の給与の支払を求める訴え等である。」^{259b)}しかし、私は、前述したような理由から、小委員会が裁決や決定を前提としないで市町村が提起する境界に関する訴えを実質的当事者訴訟として解していたと考えるのである。ところで、当事者訴訟に関する小委員会の審議検討を見てきたが、いわゆる形式的当事者訴訟の例や被告については突っ込んだ議論はなされていたといえるが、それに対し、実質的当事者については、その性質、とりわけ民事訴訟との区別及びその基準などについてはほとんど検討されていないといえる。^{260a)}

当事者訴訟に関しては、1号と2号が統一された修正案が昭和35年4月15日の第四次案^{260a)}に採用され、そして、これが昭和35年7月1日の行政事件訴訟

259b) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、昭和38年）24頁。

260) 「会議参考資料 資料77」塩野宏編『日本立法資料38 行政事件訴訟法(4)』277頁～312頁。

260a) 実質的当事者訴訟は、杉本幹事の解説によれば、「〔公法上の権利関係訴訟〕というものを、1号、2号で洩れたような場合を想定して規定したわけであります。〕」（「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」916頁）、という言葉からすれば、特例法の文言を受け、1号が形式的当事者訴訟、2号が無効等確認の訴えなので、こうしたものに該当しない当事者訴訟を含むということであったようである。ただ、委員会審議において、山内委員や青木委員から、このような消極的な定義づけに対して、民事訴訟で処理してもよいのではないかという反対論が展開されている（「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1130頁）。なお、委員会では、実質的当事者訴訟については、職権証拠調べの規定の適用（「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1131頁）さらには、仮処分について議論されているだけのものである（「第二部 法制審議会行政訴訟部会関係議事録」1133頁）。

特例法改正要綱試案（小委員会案）²⁶¹⁾となる。

以上の小委員会での議論から確認できるのは、以下のことである。①市町村が提起する境界に関する訴えのうち、知事の裁定又は決定を不服として提起するものは、抗告訴訟として位置づけられていた。②知事の裁定又は決定がなく、市町村が提起する境界に関する訴えは当事者訴訟として位置付けられていた。これが行政事件訴訟法の立法者の意図であったといえよう。

2-6 その後の学説

昭和30年代から昭和40年代とくに国民健康保険事業に関する最高裁昭和49年判決が出るまでの間において出されている行政法の教科書や地方自治法の解説書、さらには当事者訴訟や境界に関する訴えについての論文などから、学説の動向をみていくことにする。

最初は、裁判官出身の方が書かれた教科書や論文見ることにする。まず、浅賀栄判事は、昭和29年の『行政訴訟の諸問題』（酒井書店）の中で以下のように述べている。「地方公共団体相互間における訴訟は機関訴訟とは区別されなければならない。従って、例えば公共団体相互間における特定個人に対する課税権の存否について争がある場合は、二つの行政庁の間でいずれに分配するかの場合と異なった、各権利主体である公共団体の間において、課税権の範囲を争うものである以上、各公共団体間に具体的な利害関係のある紛争即ち「法律上の争訟」があるものと解すべきである。²⁶²⁾」と。この浅賀の見解は、昭和42年の『行政訴訟実務総攬』（酒井書店）²⁶³⁾や昭和53年の『行政訴訟実務総攬（改訂版）』（酒井書店）²⁶⁴⁾に踏

261) 「第二部「会議参考資料 資料 85」塩野宏編『日本立法資料 38 行政事件訴訟法(4)』335頁～345頁。

262) 浅賀栄『行政訴訟の諸問題』25頁。なお、浅賀は、昭和25年の裁判官会同の議論を参考文献として挙げている。

263) 浅賀栄『行政訴訟実務総攬』27頁、33頁注12。

264) 浅賀栄『行政訴訟実務総攬（改訂版）』17頁、26頁注12。改訂版においては、「ただし地方税法は課税権の帰属に関し、協議不調の場合に行われる自治大臣の決定又は裁決に不服がある場合地方団体の長に出訴し得ることを認め（地方税法8条）機関訴訟として法定する（実質は抗告訴訟とすべきである。）」が付加されている。

襲されている。また、小委員会で幹事として行政事件訴訟法の改正作業に携わった豊水道祐判事は、昭和40年に出た『行政法講座第3巻 行政救済』で「当事者訴訟」を担当し、当事者訴訟の歴史を振り返り、行政事件訴訟法との対比を次のように述べている。「旧憲法下においては、対等者間の公法上法律関係の紛争についても、訴訟形態としては抗告訴訟だけが許され、原則として、当事者訴訟は認められなかった。（略）新憲法下においては、対等者間の公法上の法律関係についての紛争であっても、それが法律上の争訟であるかぎり、その紛争の一方が原告となり、他方を被告として裁判所に対して当事者訴訟である行政事件訴訟を提起することができることとなった²⁶⁵⁾。」「そして、行政事件訴訟特例法の下においては、同法1条にいう「公法上の権利関係に関する訴訟」が当事者訴訟を含むことは通説判例であり（略）、現行行政訴訟法は、その4条において当事者訴訟の定義規定を設け、また3章において、旧行政事件訴訟特例法に比し、やや詳細かつ明確に、当事者訴訟に適用される規定を明らかにするに至った²⁶⁶⁾」と。市町村が当事者となる当事者訴訟については、「ともに公共団体である場合（市町村間で教育事務委託協定が成立した場合において受託市町村が委託市町村に対し委託料の支払いを求める訴訟等）、国と公共団体である場合（地方公共団体が国に対して地方交付税法等に基づく公法上の債権の支払いを求める訴訟等）、国または公共団体と私人である場合（公務員が給与の支払いを求める訴訟等）及びともに私人である場合（被任用者である私人から起業者である私人に対し損失補償金の増額を求める訴訟等）とがあり得る。²⁶⁷⁾」と述べている。また、地方自治法9条の市町村の境界確定の訴訟については、知事の裁定について訴えを提起するものを「取消訴訟の形式をとらせるもの」と述べている²⁶⁸⁾。以上のように、裁判官出身者の教科書や論文においては、戦前の行政裁判所や田中説の影響もあり、市町

265) 豊水道祐「当事者訴訟」田中二郎他編『行政法講座第3巻 行政救済』（昭和40年、有斐閣）170～171頁。

266) 豊水道祐・前掲論文171頁。

267) 豊水道祐・前掲論文173頁。

268) 豊水道祐・前掲論文171頁注2。

村を権利主体として、出訴権を広く認めている。

次に、自治庁などの実務畑出身者の教科書や論文などをみていく。最初に昭和24年に出された山本悟、林忠雄の『地方自治と行政訴訟』では、「行政事件訴訟はその性質から抗告訴訟と当事者訴訟の二つに分けられることは前節で述べた。公法上の権利関係に関する訴とは、実際は行政庁の違法な処分²⁶⁹⁾の取消又は変更を求める訴以外の行政事件訴訟を指すわけで、行政庁の処分に不服があってその取消又は変更を求めるわけではないから、その訴訟の要件としては単に公法上の権利関係につき両当事者間に争いがあるというに止まるのであるが、一で述べたように法律上の争訟でなければならぬことも勿論である。又、これを逆に言うと、国又は公共団体に対する関係で、私人相互間の関係と性質を同じくするもの即ち私法関係たるものと除き、いやしくも公法上の関係につき具体的に争いがあり、その法律関係を明白にすることに法律上の利益がある場合には、直ちに裁判所へ訴へ出て裁判を受けることができるわけである。行政処分の無効又は不²⁶⁹⁾存在確認の訴、地方公共団体に対する報酬請求の訴え、市町村境界確定の訴（地方自治法9条1項）等はその例である。」と。そして、行政事件訴訟の原告については「次に個人又は団体と云った場合、私人又は私法人のみならず、公法人特に地方公共団体も亦これに含まれると云うことが疑問となるが、現在の如く、地方公共団体が国の強力な後見的監督から脱して、国から独立した完全自治体となり、その利益も必ずしも国と相一致しない場合が少なくないことを考えれば、地方公共団体の利益の保護と云う点からも、地方公共団体も亦、国又は他の地方公共団体の行政庁の処分により権利を毀損せられたとする時は原告として出訴し得るものと認むべきではないか。例えば、地方財政法第26条により交付されるべき地方配付税の額が減額され、又は既に交付された地方配付税の一部の返還を命ぜられた場合の如き、法に特別の規定なくとも、出訴を認めることは、地方公共団体の利益の為必要とされるであらう。地方公共団体が原告となる場合には、

269) 山本悟、林忠雄『地方自治と行政訴訟』（港出版合作社、昭和24年）57頁。

その長が代表者となること勿論である。²⁷⁰⁾」と。このように、境界に関する訴えは、当事者訴訟の例として掲げられており、また、地方公共団体の利益が有る限り、国に対する訴えも認められるとしているのである。次に、遠藤文雄自治省振興課長は、昭和38年の『行政法演習 I』において、「A村がB市に対して教育事務の処理を委託する協定を締結した事例」を出題し、①A村が委託料を払わない場合の強制手段として、「司法的手続による方法であるが、行政事件訴訟法(略)4条にいう当事者訴訟として出訴できることには異論ないようである。²⁷¹⁾」とし、②B市が委託に係る教育事務を処理しない場合の強制手段として、「この場合考えられる方法は、委託契約にもとづく給付または当該契約の効力の確認を求める当事者訴訟として、裁判所に救済を求めることであろう(行政代執行法の適用のないことは明らかである。)²⁷²⁾」と述べている。どちらにしても、市町村間の争いについて当事者訴訟を使用の積極的に認める説である。

ところで、境界に関する訴えを当事者訴訟と解するのか、抗告訴訟に解するのかの問題となるが、行政事件訴訟法制定後においては、立法者の意図を斟酌した説明が主流となっている。矢野勝久は、昭和39年の『研修 地方自治法』で次のように述べている。「これらの場合における行政訴訟の性格は、実質的には当事者訴訟であるが、いずれも行政庁たる都道府県知事の裁定または決定、自治紛争処理委員の調停という行政処分に対して訴訟が提起されるのであるから、訴訟手続上は抗告訴訟として取り扱わなければならない。²⁷³⁾」また、杉村章三郎も、昭和42年の『増補改訂 地方自治法』で次のように述べていた。「以上の二つの場合における訴訟の性格は、実質的には当事者訴訟であるが、何れも行政府たる知事の裁定なり、調停委員の調停という行政処分、或いはこれに準ずる行為に対して訴訟が

270) 山本悟、林忠雄・前掲書 81頁～82頁。

271) 遠藤文雄「地方公共団体相互間における事務委託契約協定の解除」(田中二郎他編『行政法演習 I』(有斐閣、昭和38年)) 79頁。

272) 遠藤文雄・前掲書 79頁。ただし、この解答については、問題提起的な意味合いの濃いものとなっている。

273) 矢野勝久『研修 地方自治法』(法律文化社、昭和39年) 33頁。

提起されるのであるから訴訟手続き上は抗告訴訟として取り扱わなければならない。²⁷⁴⁾」と。

学説の中で、一人行政主体間の争いについて司法的手続による解決に消極的な主張をするのは、綿貫芳源である。昭和35年の『行政法概論』において、行政主体間の事務の委託について、次のように述べている。「併し、これら行政主体間における行政事務の委託或いは、協議について当事者間に司法手続によって相手方に対して保護され得る権利義務関係の成立を認めることは本来国民なり、住民が最終的決定権を持つべき将来の行政事務について司法手続による法律の拘束を認めることになり、憲法上の国会主権なり住民の自治の原則に反する。従ってこれらの委託なり、協定は単に紳士協定の意義を有するに止まり、当事者は司法手続により、相手方に義務の履行を強制し得ないと解すべきである²⁷⁵⁾。」と。この見解は、昭和39年の『行政法講座第2巻 行政法の基礎理論』の中の論文「公法上の契約」においても維持、詳細に展開されている。「旧憲法下のように行政専門家をもって構成される行政裁判所が審理判断する場合は兎も角、現行憲法下のように本来民事上、刑事上個人の権利義務についての判断を任務とする裁判官が審理判断する場合、このような個人の権利義務が関係しない公共の問題について妥当な判断を下し得ることを期待することは本来困難であり無理である。そしてこのような行政事務についての地方公共団体間の協議の締結、履行について常に最終的な責任を負うのは夫々の地方公共団体の住民である。従ってその住民の政治的判断の変化（これには行財政上の種々の理由が考えられる）に応じてその義務の履行についても変化が考えられる。このような場合に私法上の契約と同様司法裁判所がこれを取り上げ審理判断し、場合によっては契約上の義務の履行と強制し得るとすることは現行憲法上保障されている国民主権或いは地方自治を侵犯することになりはしないだろうか。更に公法上の契約の効力の部分で述べたようにこの契約の効力の特色の一は行政主体の一方的解除・変更権にあることを指

274) 杉村章三郎『増補改訂 地方自治法』（青林書院新社）89～90頁。

275) 綿貫芳源『行政法概論』（有信堂、昭和35年）53頁。

摘した。従って行政主体相互間の協議について双方の当事者いずれにも一方的解除・変更権が保障されることになる。このような当事者のいずれもが一方的に解除・変更し得る協議には単なる政治的或いは道徳上の拘束力はあるとしても、厳格な意味での法律上の拘束力を認めることはできない。以上のような理由で私は従来我が国の通説が典型的な公法上の契約とされる行政主体間の協議は司法的に強制し得る契約ではなく、その意味で一般論としてはこれを公法上の契約に含むべきではないと解する。²⁷⁶⁾」と。また、綿貫は、また、境界確定の訴えについても同じように地方自治に対する裁判所の介入について消極的な意見を主張している。筑波山を巡る真壁町と筑波町との争いに対する水戸地裁昭和38年4月16日判決が出たが、これに対する評釈として述べたものである。「このような地方公共団体間の境界確認についての紛争の最終的解決を司法裁判所に委せるのが妥当かどうかは問題となる。これは立法論になるので簡単に私の結論を述べれば、地方公共団体の境界のように個人の権利利益に直接の関係はなく、広く住民のそれに関係する問題の解決については司法裁判所以外の公的機関に委ねるのが妥当ではないだろうか。²⁷⁷⁾」と。

小括

戦後から行政事件訴訟法の制定に至る、当事者訴訟や境界に関する訴えに関する法制度、裁判所・裁判官の考え、学説などを分析したが、以下のことは確認できる。

第一に、戦前の行政訴訟改革案に示されていた、行政訴訟の訴訟類型としての当事者訴訟の導入という課題は行政事件訴訟特例法において果たさ

276) 綿貫芳源「公法上の契約」『行政法講座第2巻 行政法の基礎理論』（有斐閣、昭和39年）111頁～112頁。

277) 綿貫芳源「市町村の境界確立のため必要な判定資料」自治研究41巻3号154頁。ただ、綿貫の意見を正確に検討すると、水戸地裁判決が、市町村の境界の決定に際して、第一に自然的条件、第二に従前の行政権の行使の実状や事務処理の実状、第三に「住民の社会、経済上の便益の点を勘案して総合的な展望的な見地からする資料を加味して決定されなければならない」としたことを受けて、第三の視点について将来の建設的又は展望的問題は司法裁判所が判断すべきでないとしたものである。

れた。しかし、「法律上の争訟」という点でどの範囲で当事者訴訟を認めるのか、という問題が残されていた。

第二に、裁判所、裁判官は、戦前の行政裁判所の考えを踏襲して、戦後においても市町村の出訴資格をかなり広く解しており、とりわけ課税権の行使について、市町村の当事者訴訟の提起を認めていた。この背後には、行政事件訴訟特例法の当事者訴訟の規定があったといえる。

第三に、学説として、美濃部学説の代わりに田中学説が、戦後から昭和30年代までにおいて通説的地位を占めていた。その内容は、市町村は権利主体として市町村との争いを「法律上の争訟」として当事者訴訟を提起できるというものであった。そのことから、市町村が提起する境界に関する訴えも、地方自治法の法的根拠がなくとも提起することができるというものであった。

第四に、田中学説には、裁判官出身の浅賀栄、豊水道祐、自治省の遠藤文雄、学者としての柳瀬良幹、田上穰治や渡辺宗太郎などが従っていた。これに対し、一人綿貫芳源が行政主体間同士の契約には司法手続を認めることはできない、という反対説を主張していた。また、雄川一郎は田中学説には反対することもなく、市町村の出訴についてはただ消極的な立場をとっていたとみられる。

第五に、行政事件訴訟法において当事者訴訟は形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟の二つを含むものとして規定されたが、市町村が提起する境界に関する訴えについて、行政事件訴訟法の立法者は、裁定や決定を不服として提起する訴えを抗告訴訟・取消訴訟として、裁定や決定を前提としないで提起する訴えを当事者訴訟として考えていた。こうした考えは、当時の地方自治法の教科書等で承認されていたといえる。

最後に、第五と関係するが、裁定や決定を不服として提起される境界に関する訴えが抗告訴訟・取消訴訟であることが明確になったことにより、美濃部達吉が最初に考え田中二郎に受け継がれた境界に関する訴えは当事者訴訟であるという命題は意味を失い、今後は二つの訴訟は別々に意義、性質などを議論されることになるといえる。