

市町村の合併及び境界に関する訴え(1)

小林 博 志

はじめに

地方公共団体の区域は、当該自治体の自治権が行使される場所的範囲を示すとともに、その区域に所属する国民を住民として捉え、行政サービスの提供を行い、逆に、その代わり住民税などを負担させることになり、当該地方公共団体にとって、重要な定めである。市町村の区域は、法理論的には、①地方自治の制度の観点、と②国の単位として市町村の区域が機能する場合の二つに区別される¹⁾。①は、住民の範囲、地域の名称や条例の効力のなど、公の施設の区域外設置という問題を除いて、自治権の範囲を画する基準となる。②は、国会議員選挙の選挙区さらには国の出先機関の管轄区域の構成単位として用いられる場合である。地方自治法は、5条1項で「地方公共団体の区域は、従来の区域による。」と定め²⁾、区域が変化しないこととし、他方で、その区域について変更又は紛争等を念頭において、区域の確定などの手続や境界に関する訴えに関する規定をおいている。すなわち、後にみる判例により示されているように、区域の変更手続などにより、区域の変更が確定しない限り、区域は江戸時代からの区域を踏襲していることとなる。

本稿は、こうした地方公共団体とくに市町村の区域の変更を生じる廃置分合及び境界の確定等に関する手続やそれらに関する判例を素材にして、市町村の廃置分合及び境界の確定手続の法的性質、とりわけ知事の各種の

1) 塩野宏「境界紛争に関する法制度上の問題点」『境界紛争とその解決——市町村の境界に関する研究委員会報告書——』（地方自治協会、昭和55年）59頁。

処分の法的性質や地方公共団体の区域の確定の基準などについて考察するものである。そして、そのことによって自治権の保障と市町村の廃置分合や境界確定との関係についても検討するものである。以下では、最初に、地方自治法が定める地方公共団体の廃置分合・境界変更及び境界確定手続を概観し、それから、裁判で問題となった合併における知事の処分に関わる判例、そして市町村の境界確定の基準に関わる判例などを検討する。

1. 地方公共団体の廃置分合・境界変更及び境界確定手続の概要

地方自治法は、地方公共団体の合併等法人格の変更を伴う区域の変更を廃置分合、法人格の変更を伴わない区域の変更を境界変更としてその手続を6条から8条の2で定め、市町村の境界に争いがある又は境界が不明な場合の調停や訴え等による境界の確定手続を9条から9条の5まで定めるが、地方自治法は都道府県の廃置分合又は境界変更と市町村のそれを区別する³⁾。

都道府県の廃置分合又は境界変更についてはそれが国全体に関わるので、法律又は国会の議決・内閣の処分に関わらしめることになっている。それは、6条1項の「都道府県の廃置分合又は境界変更をしようとするときは、法律でこれを定める。」とか、6条の2の「2以上の都道府県の廃止及びそ

- 2) 地方自治法は、5条2項で、「都道府県は、市町村を包括する。」と規定し、都道府県と市町村の区域が重複することを規定する。ただし、重複しない地域も存在するようである。「この区域の二重性は、市町村の区域を合わせたものが、同時に都道府県の区域のすべてであることを意味するものではなく、都道府県の区域であって、市町村の区域には属さない地域があることを排除するものではない。」(倉橋義長「廃置分合・境界変更」(田中二郎他編『行政法講座5巻 地方自治・公務員』(有斐閣、昭和40年))20頁。同旨、加藤栄一「地方公共団体の区域」(雄川一郎他編『現代行政法大系8 地方自治』(有斐閣、昭和59年))45頁)。例えば、南鳥島などの諸島は東京都に属するがどの市町村に属するのかは未定であり、また、複数の市町村が関係する湖についても市町村の区域に入れられてなかったようで、2007年に琵琶湖が、2008年に十和田湖が市町村の区域に編入されている。参照、浅井健爾「知らなかった「県境」「境界線」92の不思議」(実業之日本社、2013年)210頁、268頁、352頁。
- 3) ただし、地方自治法の当初の7条と8条では、市と町村が区別され、市の廃置分合・境界変更又は町村を市とする処分は、関係市町村の議会の議決を経て内務大臣が行うとされ、これに対し、町村の廃置分合・境界変更は都道府県議会の議決を経て知事が行うことされていたが、昭和22年の改正で、市町村は後者の手続に統合されている。当初の7条と8条は、戦前の市制と町村制を引き継いだものであろう。

これらの区域の全部による1の都道府県の設置又は都道府県の廃止及びその区域の全部の他の1つの都道府県の区域への編入は、関係都道府県の申請に基づき、内閣が国会の承認を経てこれを定めることができる。」に現れる。前者の法律には憲法95条が適用され、住民投票が立法要件となる⁴⁾。また後者は、2004（平成16）年の地方自治法の改正により導入されたもので、道州制を念頭に置いた規定でもある⁵⁾。また、未所属地域を都道府県又は市町村に編入する手続においても、「内閣がこれを定める。」（7条の2）。これは領海外のいままでいずれの都道府県にも属しない区域について定める場合であり、現在青森県に所属する久六島の所属を決めるために1952（昭和27）年の地方自治法の改正で導入された⁶⁾。これが適用される例はほとんどないと思われる⁷⁾。さらに、市町村の境界の変更によって都道府県の境界が変更する場合には、法律や国会の議決、内閣の処分の手続は必要ではなくて、総務大臣が関係市町村の申請を受け処分することになっている（7条3項、4項）。ただ、2004（平成16）年の改正で、市町村の新設によって都道府県の境界が変更される場合にも従来は法律の改正が必要であったが、これが編入合併と同じ手続になった。

他方、市町村の廃置分合、境界の変更や境界の争い等については、都道府県のそれと異なり、関係都道府県の知事・議会等に関わらしめる⁸⁾。そして、現実に市町村の廃置分合や境界変更が生じた場合の手続として、関係市町村からの申請、市については総務大臣との協議、都道府県議会の議決、

- 4) 飯島淳子「6条解説」(村上順他『新基本コンメン 地方自治法』(日本評論社、2011年) 37頁)。
- 5) 久本喜造、井上源三「市町村合併新法、地方自治法の一部改正などについて」自治研究 80 卷 7号 97頁～99頁。この手続は、市町村の合併手続に模範にして、最低限の手続を規定したとする。
- 6) 未所属地域の編入と所属未定地の編入の違いと7条の2の導入の経過については、加藤栄一・前掲注2) 49頁～51頁が詳しく解説している。
- 7) ただし、青函トンネルの公海下部分については、これが適用され、昭和63年3月24日の自治省告示23号により、北海道福島町と青森県三厩町に編入されている。参照、井原好英「地方公共団体の区域とその変更」(伊藤祐一郎編『最新 地方自治法講座①』(ぎょうせい、平成15年) 239頁～240頁)。
- 8) ただし、湖を大規模に埋め立てて造られた大潟村のように、法律(昭和39年法106号)によって村が設置される場合もある。

知事の処分及び総務大臣の告示手続が規定されている（7条）。ただし、総務大臣との協議及び総務大臣の告示の手続は、1952（昭和27）年の改正で挿入されたものである⁹⁾。また、町村を市とする処分¹⁰⁾又は市を町村とする処分も、7条の手続により、関係町村の申請、都道府県議会の議決、知事の処分及び総務大臣の告示という手続を経ることになる（8条3項）。そして、市町村の「規模の適正化を図るのを援助するため」、都道府県が市町村の廃置分合及び境界変更について計画を定め勧告する手続（8条の2）がある。この規定は1952（昭和27）年の改正で挿入されたもので、昭和の合併を行うために導入されたものである。さらに、1952（昭和27）年の改正で、市町村境界の争いについて従来司法的解決だけが手当されていたが、調停や裁定という行政的解決の手続が整備されて紛争を合理的な解決に導くようにし（9条）、境界が未解決であるがその点について関係市町村に争論がない場合について、知事の決定手続とそれに不服がある場合の訴えの手続きを整備した。さらに、1961（昭和36）年の改正では、公有水面埋立地について紛争が増え、所属市町村が決まらないため、住民の不便や行政運営上の支障がでてきた¹¹⁾ので、早期の解決を目指して、9条の3と9条の4が整備され、公有水面に関わる境界紛争についてとくに関係市町村の申請を前提とすることなく知事が職権によって調停に付したり、この調停が成立しない場合の裁定や関係市町村の同意による裁定の手続による解決が導入された（9条の3）。さらに、1961（昭和36）年改正では、従来あった所属未定地編入処分（改正前の6条2項及び7条1項後段）について、公有水面の埋立地については9条の2または9条の3により解決されるので必要がなくなったとして削除され、これに代えて市町村の区域内に新たに生じた土地につい

9) 宮沢弘及び岸昌は、この告示の改正について「都道府県知事の内閣総理大臣に対する届出義務が円滑に履行されていない傾向があり、国の行政単位である市町村の数、区域等の詳細が中央において正確に把握されない憾がないではない。加えて、市町村の廃置分合又は境界変更の処分の効力について紛議が起った例もないではない」という理由を挙げている。参照、宮沢弘、岸昌「改正地方自治法解説」自治研究28巻9号臨時号45頁。

10) 当初、市の人口要件は3万人であったが、昭和29年の改正で5万人に引き上げられている。

11) 宮元義雄「地方自治法の一部改正について」自治研究37巻12号52頁。

ては、市町村が市町村議会の議決を経て確認するという簡易な手続が整備された(9条の5)¹²⁾。

戦後と戦前の手続きを比較すると、大きく異なるのは、市町村の廃置分合、境界変更手続において、戦前は、関係市町村の意見を聴いて内務大臣・知事が定めていたのを、戦後は、関係市町村の申請に基づいて都道府県議会の議決を経て知事が定めることになっていることである。すなわち、戦後は、関係市町村の自治権を尊重して、関係市町村の発議、議会の議決(7条6項)に基づいて、関係都道府県の知事が行うのである。それでは、戦前の規定をみてみよう。

市制3条「市ノ廃置分合ヲ為サントスルトキハ関係アル市町村会及府県参事会ノ意見ヲ徴シテ内務大臣之ヲ定ム」

市制4条「市ノ境界変更ヲ為サントスルトキハ府県知事ハ関係アル市町村会ノ意見ヲ徴シ府県参事会ノ議決ヲ経内務大臣ノ許可ヲ得テ之ヲ定ム」

町村制3条「町村ノ廃置分合又ハ境界変更ヲ為サントスルトキハ府県知事ハ関係アル市町村会ノ意見ヲ徴シ府県参事会ノ議決ヲ経内務大臣ノ許可ヲ得テ之ヲ定ム」

ただし、後に見るように、関係市町村の申請をどの程度尊重するのか、知事はこれに拘束されるのか、という問題について、学説は分かれるのである。

もう一つ、廃置分合や境界変更の手続を概観して思うのは、住民の関与の手続がないことである。この点では、公有水面の埋立地に居住することとなった住民は、その埋立地の帰属に直接利害関係を持つものであり、これらの住民の手続への関与も考慮されるべきである。その方法の一つとして、住民投票制度の導入が提案されている¹³⁾。なお、合併特例法には、合

12) 宮元義雄・前掲注11) 55頁。

13) 阿部斎、大久保皓生「境界決定の具体的方法」『境界紛争とその解決——市町村の境界に関する研究委員会報告書——』(地方自治協会、昭和55年)129頁。また、阿部斎及び大久保皓生は、境界確定手続と住民の参加手続との関係について次のように述べている。「一方、このような住民の選択を重視しようとするならば、その基盤となる法的解釈としては、創設的処分を前提とした考え方に立たなければならない。なぜなら、確認的処分は何らかの客観的事実が存在していることが前提であり、「選択」の余地はなく、住民意思を考慮する必要がないからである。こうした面からも確認的処分の再検討が迫られている。」(同129頁)。

併協議会の設置の直接請求や住民投票制度が導入されているが、これは議会が合併を推進しない場合に合併を進めるための手続であり、合併を止める手続に住民が関与する制度がないという問題がある。

それでは、後に検討する合併に関する訴え及び境界に関する訴え以外に、概説した手続に関わって裁判で争われたものがあるので、以下では、それらを中心に検討することにする。

公有水面に係る争いについて、昭和36年改正によって9条の3以下が設けられた段階で、9条の市町村の申請による調停や裁定手続が適用されるかについて意見が分かれた。というのは、9条の3第3項が「第9条第1項及び第2項の規定にかかわらず、都道府県知事は、職権によりこれを一調停に付し、又は一これを裁定することができる。」と規定していたからである。そしてそのことから以下の二説が主張されることとなった^{14a)}。一つは、公有水面についての争いには自治法9条の3第3項以下の規定が排他的に適用され、9条の適用は排除されるとする排除説であり、この説によると市町村の申請に基づく調停や裁定の余地はなくなる。もう一つは、9条も重疊的に適用されるとする包含説であり、この説によると、9条の市町村の申請に基づく調停や裁定も公有水面に係る争いについて認められることになる。

この点、判例は包含説をとる。この問題が争われた事案は、和歌山マリナシティ埋立地周辺の公有水面において境界を接する海南市と和歌山市が同埋立地の帰属をめぐる争ったものである。海南市と和歌山市の境にある黒江湾については大正末から埋立が行われてきたが、とくに争いはなかった。しかし、昭和41年に竣工された第二工区（約121万㎡）については両市が帰属を争い、結局知事の斡旋により、ようやく昭和46年に協定が成立している。その協定書と覚書によれば、第二工区は海南市の行政区域とするものであるが、今後、第二工区の先端地先に新たな埋立が行われた場合には、その埋立地は和歌山市に帰属するということであった。ところ

14a) 和久井孝太郎、江原勲「判例解説」判例自治 156号（1997年）12頁以下、渡井理佳子「高裁判例解説」自治研究 74巻 11号（1998年）97頁～98頁。なお、二説の違いは、法解釈では9条の「市町村の境界」に公有水面の境界が入るかどうかに現れる。

が、昭和63年に第二工区の先端地先に和歌山マリーナシティの埋立が行われることとなった段階で、海南市は、協定を無視し、同埋立地にも自己の所属地があると主張し和歌山市に協議を申し入れたが、それによって、同埋立地は協定によりすべて自己に帰属すると主張する和歌山市と対立することとなった。この事案では、①9条と9条の3との関係、②公有水面における境界の判断基準、③協定書・覚書の効力の3点が争点となったが、ここでは①を紹介し検討する。海南市は、平成3年11月に和歌山県知事に対して、9条1項及び9条の3第3項により、自治紛争処理委員の調停に付すように申請をしたが、知事は90日以内に調停に付きなかった。そこで、海南市は9条9項に基づき境界確定の訴えを提起したものである。これに対し、被告・和歌山市は、本案前の主張として、この訴えを不適法であるとして却下を求めた。その理由は、①本件においては、「争論はない」ので、9条は適用されない、②公有水面の争いについては、9条の3があり、したがって、9条は適用されないので、同条9項に基づく訴えは不適法である、というものであった。和歌山地裁平成7年3月1日判決^{14b)}は、まず、争論について「地方自治法9条1項又は9条の3第3項の「市町村の境界に関し争論があるとき」とは、関係市町村の間で境界に関し客観的事実の主張に意見の不一致があり、これが原因となって客観的に紛争と認められる状態を生じている場合をいうものと解される。」とし、「原告が本件公有水面における原被告間の具体的な境界線を主張したのに対し、被告が右境界線を否定し、それがため本件埋立地の右境界線以南の区域の所属について原被告間で意見の不一致が顕在化するなど重大な利害関係の対立が存在していることからすれば、右(二)(4)の申請時、ひいては本件訴訟においても本件境界に関し原被告間に前記(一)の意味での争論があることは明らかである。¹⁵⁾」として、争論があることを認めた。そして、包含説により9条の適用を認めた。「右のような公有水面のみに係る市町村の境界に関する争論について、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のは、九

14b) 行集46巻2・3号167頁以下。

15) 行集46巻2・3号230頁。

条の三第六項によって準用される九条九項前段の要件を充足した場合のみならず、九条九項後段の要件を充足した場合もまた右訴えを提起できるものと解すべきである。すなわち、公有水面のみに係る市町村の境界に関し争論がある場合には、九条の三のみならず九条もまた適用があると解すべきである。その理由は以下のとおりである。」 「(2) 三六年改正によって制定された九条の三の立法の目的は、従前公有水面埋立地の所属について、関係市町村の意見が一致しないまま、九条一項による調停、二項による裁定の申請がなされず、埋立ての竣功後も相当長期間にわたって埋立地の所属が決定しないことから、行政上種々の支障が生じている事例が少なくないことに鑑み、公有水面の段階においてできるだけ速やかに関係市町村の境界の決定、変更又は確定をしようということにある。右目的のため、同条三項は、市町村の境界に関し争論がある場合について規定した九条一項、二項の特例として、公有水面のみに係る市町村の境界に関する争論について、申請がなくとも職権によって二五一条の自治紛争調停委員の調停に付する権限や、右調停不調の場合あるいは関係市町村の同意があれば職権によって裁定をすることができる権限を知事に付与する旨規定したのであるが、これにより、九条一、二項の適用を排除したものと解するのは相当でない。¹⁶⁾」また、控訴審の大阪高裁平成8年11月26日判決も、この判断を追認した¹⁷⁾。そして、最高裁平成10年11月10日判決も、上告を棄却して、括弧の中で原審の判断を維持した¹⁸⁾。「原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、右判断は、所論引用の判例に抵触するものではない。論旨は、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難するか、又は独自の見解に立って原判決を論難するものにすぎず、採用することができない(なお、公有水面のみに係る市町村の境界に関し争論があるときにも、地方自治法九条の規定が適用され、関係市町村は、同条一項の規定による申請をした日から九〇日以内に同項の規

16) 行集 46 卷 2・3 号 231～232 頁。

17) 大阪高裁は、「被控訴人の本案前の主張は理由がなく」と簡単に述べているだけである。参照、行集 47 卷 11・12 号 1162 頁。

18) 判例解説によれば、上告理由に答えたものではないためとされている。

定による調停に付されないときは、同条九項後段に基づき、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ものと解すべきである。) ¹⁹⁾ このように、最高裁は9条と9条の3の重条適用を認めたのであるが、これは、市町村の廃置分合や境界確定手続において市町村からの関与とくに申請という手続が関係市町村の自治の保障と一致するという考えがあるものと思われる²⁰⁾。

ところで、複数の市町村が境界を争う場合に、知事があっせん案を示し、協定を締結して紛争を解決することも多い。古い判例では、広島高裁岡山支部昭和30年3月4日判決²¹⁾は、市長が部落の代表と締結した合併に関する契約について、「法律上契約とは、当事者の意思の合致によって法律的效果の発生を目的とするものであるから、かような効果を生ずる法律関係は、当事者の意思によって定められるべきものであることを必要とする。しかるに市町村の分離併合の如きは当事者の意思によって自由になし得ない公法上の法律関係であるから、これに関し契約の観念を容れる余地は全然ありえない。」として、契約の履行を求めた訴えを認めなかった。最近の判例では、例えば、前記和歌山アリーナ事件がある。埋立地旧第二工区の所属については、知事のあっせん案を和歌山市と海南市双方が受け入れ、協定と覚書を締結している。第1審の和歌山地裁は、以下のように述べてその効力を認めなかった。「原告の両市長は、昭和四六年二月一六日の協定により、旧第二工区を当面は原告の区域とし、旧第二工区内に存在するはずの被告の区域と新埋立地に存在することになるであろう原告の区域とを将来交換する旨合意することで、昭和四六年当時の争いを政治的に解決したものと認められるが、右のとおり旧第二工区及び新埋立地の所属については合意したものの本件公有水面上の境界そのものについては何ら合意がなされてはいない。」「(2)しかも、前記(一)(3)のとおり、右合意がなされるにあたっては、原告の市議会の議決を経てはならず、何

19) 判例自治 185号 21頁。

20) 同旨、渡井理佳子・前掲注 14a) 98～99頁。

21) 行集 6巻 3号 655頁以下。

法的根拠を持たない原告市議会の全員協議会などの議決を経たに過ぎないのであって、境界を変更ないし確定するための地方自治法所定の手続が何ら履踐されていないのであるから、右合意は法的拘束力を有すると認める根拠はなく、政治的なものに過ぎないことが明らかである。」 「(三)したがって、昭和四六年二月一六日の原告の両市長によって締結された協定は、本件境界を変更ないし確定する法定の手続とは到底認められない。²²⁾」この判決は、地方自治法上の手続である市議会の議決がないことや公有水面上の境界について合意がないことを理由に効力を認めなかった。判例が指摘するように、協定書や覚書にも、①市長同士が交わり、関係市町村の議会で正式に承認されたもの、②市長同士が交わしたが、議会の関与は全員協議会という形での承認に止まるもの、③市長単独で相手側市長と交わしたものの、の3つが区別される。しかし、本件では市長同士が交わした協定であり、それも全員協議会で承認しているのであるから、新埋立地の所属部分の協定の効力を認めるべきであったと思われる²³⁾。このように、境界等について締結される協定については、個別的にその効力を検討していく必要はあるが、一般的には行政上の契約として効力を認めていくべきである²⁴⁾。また、境界紛争についての関係市町村が締結する協定について、地方自治法で規定することも重要ではないかと思われる。

また、私人間の土地所有権の争いが市町村の境界に関わり、市町村の境界が未確定である場合に私人間で土地所有権について訴えが提起されたとき、その訴えは有効かどうかという問題もある。こういう事案は少ないと思うが、岐阜地裁昭和38年12月18日判決がある。事案は、原告と被告が富山県と岐阜県の県境にある山林の所有をめぐる争い、原告会社が山林の所有権確認、違法に山林を伐採されたことを理由とする損害賠償の訴えな

22) 行集46巻2・3号238頁。

23) この点、渡井理佳子は、信義則違反を認める可能性を指摘している。参照、同・前掲注14a)101頁。なお、町と産廃業者が締結した公害防止協定について協定に基づく差止めの民事訴訟を認めた最高裁平成21年7月10日判決があるが、その判示は市町村が締結する協定にも妥当するものであろう。

24) 成田頼明『注釈地方自治法(全訂)』(第一法規)322頁。

などを提起したが、被告会社が本案前の主張として、県境が確定されていないことから、「本件訴えは右の手続を経ないで、私法人間の争訟としてたやすく裁判所にその判断を任せたものであり、このことは市町村界の確定という地方自治法上の先決問題を無視した訴訟で現行法上許されない²⁵⁾」と主張したものである。これに対し、岐阜地裁は、次のように述べて訴えは認められるとした。「被告ら主張のように原告の本件訴えが右手続による境界の確定がなされていない以上不適法となるとするならば、原告は被告らにより原告主張のように所有権の侵害を蒙っているにも拘わらず関係市町村が右手続をとらない限り裁判所による救済を拒否されてその侵害に甘んじなければならぬという不都合を来す結果となる。」「原告の本訴請求、殊に山林所有権確認の訴えは前記のとおり既に客観的に存在する八尾町と河合村の町村界、従って岐阜県と富山県との県界の一部についての確認を前提とするが、しかし境界確定の訴ではないから、境界について確認は単に理由中において判断されるにすぎず、それ自体既判力を有するものではない。したがって、右地方自治法の規定と抵触する虞れもないと考えられる。²⁶⁾」と。

また、市町村の境界に関する手続の進行中に、選挙管理委員会がした選挙人名簿誤記載として153名について選挙の入場券を交付しなかった措置について、当該選挙人から境界に関する手続が完了するまで選挙権を有するとして選挙無効や当選無効の異議の申立がなされ、当該選挙管理委員会がこれを棄却し、そして、同様な理由で被告県選挙管理委員会へ訴願がなされたが、これも棄却されたため、その裁決の取消しが求められた事案がある。最高裁昭和33年6月10日第三小法廷判決は、以下のように述べて選挙管理委員会の措置を適法とした。「所論は、右153名は大東市において住民登録法により登録されており、同市民であることが確認されているから、本件係争地域についての境界確定訴訟の判決により境界が確定されるまでは大東市民であると主張する。しかし、住民登録は住民の居住関係を公証する効力を持つけれども反証により登録と異なる事実を認めることが許され

25) 下級民集 14 卷 11 号 2563 頁。

26) 下級民集 14 卷 11 号 2567 頁。

ないものでなく、原判決は、証拠によって右地域は大東市の区域に属しないと的事实を認定し、右153名は同市の市民でないとしたのであるから、原判決に違法の点はない。^{27a)}」と。同様な事例で同じような判断を示した、下級審判例として佐賀地裁昭和31年9月1日判決がある^{27b)}。

2. 市町村の廃置分合又は境界確定に関する争い

地方公共団体の廃置分合又は境界確定手続については、現実には、戦後から今までに以下のような二つタイプの事例が争われている。一つは、廃置分合は市町村の合併や廃止に関わるため、合併に反対する住民も多く、その住民から提起された合併の取消し等を求める訴えである。もう一つは、地方公共団体とくに市町村の境界画定について、調停や裁定などの行政手続では収まらず、一方当事者である市町村から提起された境界確定の訴えである。以下では、二つの類型に分けて、判例を検討する。

2-1 市町村の廃置分合に対する知事の処分の法的性質と住民の訴え

ここでは、戦後直後から昭和30年代に合併に反対する住民から提起された訴えを考察する。これにも二つの類型が区別される。一つは、昭和12年から昭和20年までの戦時中に行われた市町村合併²⁸⁾について、戦後の昭和23年に地方自治法の附則により住民投票によって合併した市町村から分離

27a) 民集12巻9号1414頁。

27b) 行集7巻9号1104頁以下。判決は次のように判示している。「被告は、鳥栖市及び基山町間の境界には争があるため、選挙人名簿登録取消の対象者である松田波次郎外三十八名の住所は、その何れに属するか不明である。従つて地方自治法第九条所定の手続を経て、両者の境界が確定するのを俟つて、右登録の取消を求めるべきであると主張するのであるが、選挙人名簿登録取消の前提として、松田波次郎外三十八名の各住居が、鳥栖市及び基山町のいずれに属するかを審査できるのは当然であつて、確定判決におけるその判断は鳥栖市及び基山町を拘束するものでもないから、地方自治法所定の手続による境界の確定をまつて始めてこれを審査し、然る後登録取消の当否を判断すべきものであるということとはできない。」なお、この判例の評釈を書いた成田頼明は、判旨に賛成している。参照、同「判例解説」自治研究35巻4号(昭和33年)141頁。

28) この合併は、戦争を遂行するため、国防体制強化のために行われたようであるが、市町村の数は、昭和15年の11,498から昭和20年10月の10,520に減少している。参照、横道清孝、村上靖「市町村合併の実証的分析(1)」自治研究69巻6号67頁表2。

を求めることができることとなった²⁹⁾が、この場合にもその分離は県議会の議決と知事の処分によって確定することとなるが、住民投票で分離が認められたにもかかわらず、県議会が否決又は知事が反対の処分をしたため、住民から訴えが提起されることとなったという事案である。この場合、争いの構図は次のようになる。住民投票の結果を受け、都道府県知事に分離の申請をし、知事はこれを都道府県議会にかけるが、県議会が承認すれば知事も分離の処分を行うこととなる³⁰⁾。しかし、県議会がこれを否決した場合、知事の実行を認める処分は期待できないので、住民たちは県議会の議決の取消しを求めることになるということである。もう一つは、昭和27年から昭和36年に行われたいわゆる昭和の合併が9,868（昭和28年10月）もの自治体を3,470（昭和36年10月）に一挙に減少させた³¹⁾こと、さらには、住民の意思を問う住民投票や議会議員選挙をやらずに実行したことから、住民の反対も多かったようである³²⁾が、合併に反対する住民からの訴

29) 地方自治法の一部を改正する法律附則第2条（昭和23年法律179号）「昭和12年7月7日から同20年9月2日に至るまでの間において、市町村の区域の変更があったときは、その変更に係る区域の住民は、第7条の規定にかかわらず本条の定めるところにより、従前の市町村の区域でその市町村を置き、又は従前の市町村の区域の通りに市町村の境界変更をすることができる。

前項の処分は、政令の定めるところにより、市町村の選挙管理委員会に対し、変更に係る区域の住民で選挙人名簿に登録されている者の総数の3分の1以上の者の連署を以て、その代表者から、これを請求しなければならない。

前項の請求があったときは、選挙管理委員会は、請求を受理した日から30日以内に、当該区域が従前属していた市町村の選挙人の投票に付きなければならない。

第2項の規定による区域が現に存する他の市町村に属していた場合においては、前項の投票に関する事務は、同項の規定にかかわらず、その市町村の選挙管理委員会がこれを管理する。この場合において必要な事項は、政令でこれを定める。

第3項の投票において有効投票の過半数の同意があったときは、委員会の報告に基づき都道府県知事は、当該都道府県議会の議決を経て市町村の配置分合又は境界変更を定め、内閣総理大臣に届け出なければならない。以下略」なお、昭和25年法律143号により、住民投票では過半数ではなく3分の2以上の同意を要することとされ、要件が厳しくなっている。

30) なお、この措置により19団体が分離しているとのことである。横道清孝、村上靖・前掲注28) 68頁。

31) 横道清孝、村上靖・前掲注28) 68頁。

32) 1000の紛争が勃発したとの数字がある。参照、佐藤竺『逐条研究 地方自治法I』（地方自治総合研究所、2002年）200頁。

えは、昭和25年から30年までに集中している。それらは、合併の手続が①関係市町村の申請(議会の議決)、②知事と総務大臣との協議、③当該都道府県議会の議決、④知事の処分、⑤総務大臣の告示(7条)という手続で行われることから、①から④のそれぞれに対する取消訴訟という形で提起されているが、多くは知事の処分に対して提起されている。最初に、知事の処分に関して、その法的性質が議論され、学説で争われてきたので、判例を検討する前にその議論を整理しておく。ただし、議論の中心は7条1項の知事の処分であるが、以下の議論は、8条3項の知事の処分、9条の2項の知事の裁定、9条の2第1項の知事の決定、9条の3第1項の知事の処分、9条の3第3項の知事の裁定及び7条4項の総務大臣の処分、9条の3第2項の総務大臣の処分さらには7条の2の内閣の処分にも、これらの個別性を除けば原則的には妥当しよう³³⁾。

知事の処分について学説及び実務上議論されてきた最初の問題は、知事の処分が国の事務なのか、自治事務なのか、又は処分を行う知事の立場が国の機関なのか、自治体の機関としてなすのか、ということである。この場合の知事の処分には、廃置分合と境界変更の二つの処分を含めて議論されている。国家事務と捉えるのは、実務家に多いが、俵静夫がその代表者である。「市町村の廃置分合・境界変更について、市町村の自主性を尊重することをたてまえとしているが、それが他の市町村および国全体の政治行政に影響するところも少なくないので、当該市町村の立場からだけでなく、同時に、全県的にまたは国家的に検討の要があるとするのが、法律の考え方とみられる。³⁴⁾」と。これに対し、知事の処分を自治事務と見る学説も有力に主張されている。その代表者は杉村章三郎である。「前説をとる者の根拠は区域変更を国の処分とした従来の沿革、市町村が国の統治組織の一環であること、都道府県の区域変更は国の法律によって行われることなどである。しかし処分をなすのに議会の議を経ることを要件とするのは果して法が国の機関の処分と解したものといえようか。わたくしはむし

33) 塩野宏は、「市町村境界確定行為の法的性質」として議論しており、本文の処分はこれに該当することになる。参照、塩野宏・前掲注1) 67頁以下。

34) 俵静夫『法律学全集8 地方自治法(3版)』(有斐閣、昭和50年)90頁註(6)。

る後説をとる。即ち区域変更をなるべく自治体自身に処理させる方向をとるのが現行法の精神で、市町村の区域変更も自治体の機関としての知事の権限と解するのが正当と思われる。そうしてこそ議会の議決を法的要件とする法の規定の説明ができるわけである。もちろん後述のごとく国の機関が区域変更の処分をする場合が認められているが、これはむしろ例外と解すべきである。³⁵⁾ この説をとるのは、永良系二³⁶⁾や大田和紀³⁷⁾である。これに対し、成田頼明は、折衷的な見解を打ち出している。「地方公共団体の人格や区域は、それぞれの自治体としての地方公共団体の本質的要素であるいうまでもないところであるが、そのことは、地方公共団体がまったく独自の意思で自由に変更することを許容することにはならない。地方公共団体の存廃や区域の変更は、地方公共団体が広い意味での国家統治構造の構成員であり、その区画が国の政治・行政上の現実に重大な意味をもち、かつ、国民の経済活動や生活圏での重要な関係をもっていることから、

35) 杉村章三郎『改訂増補 地方自治法』（青林書院、昭和42年）84～85頁。

36) 永良系二は次のように述べている。「都道府県の廃置分合または境界変更は、原則として法律によらしめ（法6条1項）、市町村のそれについては、本条2項、3項、9条の3第2項など特殊の場合を除いては、当該関係地方公共団体の自主性に委ね、また自治大臣は、当該都道府県知事の処分の届出を受理すれば、「直ちに」「告示」しなければならない（本条6項）とする本法の規定からすれば、第1説の考え方には疑問がある。戦前の市制、町村制、さらには旧地方自治法（昭22法律67号）の下では、「国の処分」方式が採られていたことは否定できないが（市制3条、町村制3条、旧法7条1項、2項）、新憲法施行にともなう本法改正（昭22法律169号）は、かかる方式を排除したというべきである。さらに知事の「処分」とはいえ、関係市町村の発意によらなければ当該都道府県議会に提案することができないこと（略）、議会に対して知事は申請内容と異なる提案はできないこと（昭25・2・1行政課長電信回答）、申請内容と異なる知事の処分は当然無効とされていること（昭29・6・21、行政課長電信回答）などを考慮すれば、市町村の廃置分合・境界変更に関して処分をなす知事の資格は、当該自治体の機関たる立場においてであると解すべきである。」（杉村敏正、室井力『コンメンタール地方自治法』（勁草書房、1979年）54頁）。

37) 大田和紀は次のように述べている。「市町村の廃置分合は、基本的には自治事務であり、都道府県議会の議決を経て自治体の長としての立場で知事が決定するものと考えることができる。そして、事柄の重要性に応じて、自治大臣の協議（②の場合）、自治大臣の決定（③の場合）を定めているのである。したがって、私見では②説を妥当とする。」（大田和紀（園部逸夫監修）『注解法律学全集6 地方自治法I』（青林書院、1998年）74頁）。

国の関与や決定権を否定すべきではない。しかし、市町村の自治権を尊重するたてまえから、国が一方的・強制的に決定すべき性質のものではない。このような理由にもとづいて、決定権を知事に委ね、効力発生を総務大臣の告示等によるものとしながらも、その処分について関係市町村の申請と都道府県議会の参与を要するものとしたのである。したがって、関係市町村と都道府県議会の参加（参与）を伴った国の事務であり、都道府県知事の決定権は、国の機関としての資格でなされるものと解するのが正しかったといえる。³⁸⁾」この二つの説の違いはどこにあるのであろうか。それは、廃置分合の申請を行った当該市町村の立場をどの程度配慮するのか、という点であり、具体的には知事が当該市町村から申請があってもその裁量で都道府県議会に付議しないことができるかどうかにあるようである。国家事務の立場をとる者は、付議しないことができるとする³⁹⁾。俵静夫は次のように述べる。「市町村の廃置分合・境界変更の処分は、都道府県知事が国の機関として行なう国の事務と解される。したがって、市町村の申請があっても、都道府県知事において不適當と認めるときは、これを都道府県議会に付議しないことができる。また不合理であって、住民の福祉に反し、かつ、地方自治の本旨にもとると認めるときは、その処分、都道府県議会に付議された場合も、議会においてその処分を行うことを不適當と認めるとき否決することを妨げない。⁴⁰⁾」この説に賛成する下級審判例もあった。東京地裁昭和35年3月24日判決⁴¹⁾は、市町村の廃置分合に関する事務を国の事務と解し次のように述べている。「市町村の廃置分合は本来国のなすべきところであるが、同法第7条第1項の規定によって都道府県知事にその処分権を委任したものであり、したがって、知事としては、関係市町村の

38) 成田頼明・前掲注24) 313～314頁、成田頼明編『注釈地方自治法』（第一法規）227～228頁。ただし、本文の折衷説という評価は私の評価であり、成田頼明自身は引用文から理解されるように国の事務と言っている。

39) 金丸三郎『逐条精義 地方自治法』（政経書院、昭和29年）61頁、長野士郎『逐条地方自治法（改訂新版）』（学陽書房、昭和29年）55頁。

40) 俵静夫・前掲注34) 87頁～88頁。

41) 行集11巻3号681頁以下。

申請があっても、知事においてその処分を行うことが適正を欠くとか、或は不合理であって、住民の福祉に反し、かつ、地方自治の本旨に悖ると認めるときは、その処分を行わないことができるというべきである。⁴²⁾」と。これに対し、永良系二は次のように反対する。「この点で『関係市町村の申請があっても、知事においてその処分を行うことが適正を欠くとか、或は不合理であって、住民の福祉に反し、かつ、地方自治の本旨に悖ると認めるときは、その処分を行わないことができる』（前掲東京地判昭35・3・25）という見解（同旨昭27・11・10、自自行発第121号、長野・64頁）には疑問がある。知事としては、最終的には、関係市町村の意思、都道府県議会の議決に拘束されるのである。⁴³⁾」この点、成田頼明の次の纏めが妥当しよう。「軽微な瑕疵について補正を命じたり、申請そのものに重大明白な手続上の瑕疵がある場合に手続のやり直しを求めたりすることはできると解してよいが、廃置分合の政策上の不適格性や合理性の判断については、知事が意見を付して議会の議決に委ねるべきものと解するのが妥当である。⁴⁴⁾」なお、2000年の分権改革では、知事の廃置分合・境界変更の事務は第一号法定受託事務とされている（地方分権一括法320条）。

また、知事の処分について、それが行政処分であるのか又はそれに対して取消訴訟を提起することができるかどうか、も学説判例で議論されてきたが、前の問題と比較すると、それほど意識されていないし、その結果、この点の学説、判例の整理が不十分であるように見受けられる。そして、知事の廃置分合又は境界変更の処分について、学説で問題とされることは少ないようで、他方、実務書では、後述する最高裁判決の影響もあり、議論され、知事の処分は行政処分と解されている。例えば、自治庁が編集した改正地方制度資料においては、次のような記述がある。「問9 市町村の廃置分合又は境界変更の都道府県知事の処分が直ちに効力を生じない

42) 行集 11 卷 3 号 692 頁。なお、この判決の解説を書いた和田英夫も、この判決とくに知事は申請を無視して処分できるとすることに基本的に賛成している。参照、和田英夫「判例解説」自治研究 37 卷 11 号 145 頁。

43) 杉村敏正、室井力・前掲書 56 頁。

44) 成田頼明・前掲注 24) 317 頁、成田頼明・前掲注 38) 231 頁。

こととするような、行政処分の効力についての制約は可能か。答え1 市町村の廃置分合又は境界変更の都道府県知事の処分は、学問上は、行政行為と称されるものに該当するものであるが、行政行為は、公定力をもって、国民を拘束するものであるから、国民をして明白にこれを認識させる必要があり、その効力を生ずるためには、その拘束を受くべく者に対して知らせることが（行政法学上通知行為といわれるもの）一要素となっているものが多いのである。

答え2 市町村の廃置分合又は境界変更の処分は、地方公共団体の人格又はその構成要素たる区域の変動を伴う重要な処分であるばかりでなく、行政・立法その他諸般の法律関係にも影響を及ぼす点が少ないので、その効力の発生は、告示という明確な通知行為にかからしめることが妥当であり、現在も、都道府県知事は、これを公報に登載して告示する例となっている。従って、今回の改正案において、市町村の廃置分合又は境界変更の処分は、告示により効力を生ずるものとしたのは、行政行為について、当然の事理を明文化したまでであり、行政処分の効力を特に制限しようとするものではない。⁴⁵⁾ 引用にあるように、知事の廃置分合処分又は境界変更の処分は、地方公共団体の人格又は区域の変更を伴う行政処分であると言っているのである。また、次のような記述も、知事の処分を行政処分と捉えるものであろう。「この廃置分合、境界変更の手続は、合併当事者たる市町村の申請行為、関係都道府県知事の合併決定行為及び自治大臣への届出の受理行為に大別することができるが、この処分の性質は、その沿革からみても、また、都道府県に関する当該処分が法律でもって行われることになっていることからみても、国の行政処分と解されている。⁴⁶⁾」ただし、知事の廃置分合又は境界変更の処分が総務大臣の告示によって効力を発生することから、以下のような説明がなされている。「従来、総

45) 自治庁『改正地方制度資料第9部』（1954年）208頁～209頁。

46) 倉橋義長・前掲注2) 22頁。また、太田和紀も、12月2日判決を引用し、「知事の処分は行政処分である。」（大田和紀・前掲注37) 75頁）と述べている。さらに、長野士郎も「所属未定地の編入処分とは一種の確認的性質を有する行政処分と云うことができる。」（長野士郎・前掲注39) 56頁）と述べている。

務大臣の告示は、単に処分の結果を一般に周知させるだけの意味しかなかったが、昭和27年の改正の際に8項の規定が新設され、この告示が一項又は三項の処分の効力発生要件とされるにいたった。しかし、このことは、市町村の廃置分合および境界変更の処分権者を総務大臣とする趣旨のものではなく、総務大臣は、都道府県知事の処分に変更を加えることはできないとされている。通常行政処分というためには、それ自体が対外的効力を伴うものではなくてはならず、告示が効力発生要件とされているときには告示が処分となり、処分権者は告示を発する総務大臣というふうに考えるのが通例である。このように考えるならば、本条1項に基づく都道府県知事の決定及び三項に基づく総務大臣の決定は、それ自体内部的意思決定にすぎず、対外的効力を生ずる処分ではないということになる。しかし、ここでいう処分は、一般の行政処分とはやや性質を異にし、関係市町村の廃置分合・境界変更という一般の効力を生ぜしめる一般処分または法規定行為に近い性質をもつものであるから、実質的決定権と対外的効力発生要件とを分離することも立法政策上可能であり、全国的に一律に同一時点から効果を発生させるために告示にこのような効果を付与したものであろう。してみれば、実質的決定権者は一項の場合には都道府県知事、三項の場合には総務大臣であり、形式的な対外的な効力発生要件が告示となっているにすぎないとみるべきである。⁴⁷⁾と。ただ、この見解は、その内容から判断して、たぶん知事の処分の名宛人を関係市町村の住民としたようである。知事の処分の名宛人を関係市町村とすると、その帰結も異なってくるといえよう。この点は、後述の判例の検討の中で詳述する。

次に知事の処分の法的性格として議論されているのは、それが確認的行為なのか、形成的行為なのかである。これは、とくに境界の確定行為について議論されてきたし、また、市町村の境界変更に関する訴えの法的性質の問題とも連動して議論されている。境界確定行為は従来は確認的行為という考えが強かったが、今日では、公有水面上の埋立地の境界など、境界

47) 成田頼明・前掲注24) 319頁～320頁、成田頼明・前掲注38) 233頁。

が不明な場合が多いため、その場合には住民の便宜などを考慮して境界を決めることが多い。その結果、次のような意見が出されることになる。「公有水面上での境界問題解決にあっては、ほとんどが府県の総合的な裁量行為が働いており、単なる確認行為で終わっていないことがわかる。このことから、創設的処分の妥当性が理解できる。⁴⁸⁾」さらに、こうした現状を踏まえ、塩野宏は、従来の行政法学説が従来の民事訴訟学説における民事上の境界確定訴訟が確認訴訟であるという説に影響されてきたこと、今日民事上の境界確定訴訟が形式的形成訴訟と解されていることなどを挙げて、次のように形成的処分であるとする。「市町村境界に広い意味での紛争があり、それを処理するためになされる境界確定のための公権的行為は、それが陸地にかかるものか公有水面にかかるものかを問わず、また、個別の場合に境界がまさに客観的に認定しうるかどうかを問わず、創設的処分として理解すべきではないかと思われるのである。⁴⁹⁾」今日では、境界確定行為は、確認処分ではなくて形成的処分であろう⁵⁰⁾。

それでは、以下では廃置分合に関する知事の処分に関する判例を取り上げ、その法的性格とくに行政処分性を検討することにする。最初は、前述したように、戦前の合併について戦後分離を求める手続が整備されたことから、その手続を住民が進めたが、結局、県議会の否決、それに続く知事の処分によって分離が難しくなり、県議会又は知事の処分の取消を求めた事案である。

最初の事案は、大分県内で起こったものである。同県直入郡竹田町のうち旧豊岡地区は昭和17年4月に竹田町に合併したが、戦時中のこともあり強制的に合併させられた面が強く、竹田町から分離を希望する住民も多き

48) 阿部斎、大久保皓生・前掲注13) 128頁。

49) 塩野宏・前掲注1) 69頁。

50) 成田頼明は、9条の裁定を「形成的・創設的行為の一種であろう」と述べている。参照 成田頼明・前掲書(全訂) 417頁。また、成田頼明は、9条の2の決定も「都道府県知事の行う決定は、行政処分の性質をもつものであるが、その性質は、前条で述べた知事の裁定と同様に確認行為ではなく創設的・形成的行政行為とすべきである。本条1項に基づく決定は、関係市町村に境界をめぐる争論のある場合における紛争解決の意味をもつ裁定(始審の争訟)とは性質を異にするから、形成行為性がより濃厚であるといつてよい。」(成田・前掲注24) 433頁)と述べている。

た。昭和23年に至り、改正地方自治法の規定に従い、住民投票に分離を付したところ、過半数の賛成を得たので、竹田町選挙管理委員会から大分県知事に報告し、知事はこれに従い、大分県議会の議決を求めたところ、県議会は15対9で分離に反対する議決をした。そこで、住民たち748名が、このままでは知事は分離を認める処分をしないとして、県議会を被告としてその議決の取消しを求めたものである。第一審の大分地裁昭和24年11月25日判決は、「県議会は知事が問題になつている市町村の廃置分合又は境界変更の処分をする前提手続としてその可否につき上級地方公共団体としての県の意思を決定するに止るものと解すべきであるから被告のした本件議決はいわば知事と議会という行政機関相互間で一の機関から他の機関に対してなされる意思表示に過ぎないのであつて旧豊岡地区の分離についての原告等住民の権利関係に直接影響を及ぼす行為ではないからこれを以て行政庁の処分と解することはできない。⁵¹⁾」とか、機関争議であるから特別に規定がない限り出訴できないとし、訴えを却下した。控訴審である、福岡高裁昭和25年5月25日判決は、第一審と同じ理由で控訴を棄却した⁵²⁾。そして、最高裁昭和29年1月21日第一小法廷判決も、議会の議決は処分ではないとして上告を棄却した。「一般的な原則論としては、地方議会である県議会は、普通地方公共団体である県の意思決定機関であつて、県議会の議決すなわち県の意思決定そのものは、それ自体として外部に対し意思表示されるものでもなく、従つてまた外部に対して直接法律上の効果を及ぼすものでもない。意思決定機関の意思決定である議決がまずあり、この議決に従つて執行機関である知事が執行することによつて、外部に対し県の意思表示され、外部に対してはじめて法律上の効果を生ずることとなる。それ故、議決そのものは、行政庁の処分すなわち行政訴訟の対象となる行政処分ではなくして、知事が行政庁として行う行政処分の前提要件たる関係を有するに過ぎないものと言わなければならぬ。そして、本件議決については、昭和二三年法律一七九号（地方自治法の一部を改正する法律）附

51) 行政裁判月報 24 号 119 頁。

52) 民集 8 卷 1 号 63 頁以下。

則二条五項において、『都道府県知事は、当該都道府県の議会の議決を経て、市町村の廃置分合又は境界変更を定め』ることになっているから、本件県議会の議決はそれ自体行政処分ではなく、知事が行政処分を行う前提要件をなすに過ぎないのである。⁵³⁾ この最高裁判決は、県議会の議決を外部に対して表示されるものではないとして、行政庁の処分すなわち行政訴訟と対象となるものではないと判示しているのであるが、他方で、判示の中の「知事が行政庁として行う行政処分」や「知事が行政処分を行う」という言葉に現れているように、最高裁は、この判決で付随的に知事の廃置分合又は境界変更の処分を行政処分と解していると考えられるのである。この判旨は、同じような事案の最高裁判決においても踏襲されている。

事案は定かでないが、大分県大分郡鶴崎町から同町三佐地区が分離を求め住民投票を行い、その結果を受けて知事に分離を求めたが、県議会がこれを承認しなかったため、その議会の議決の無効を求めたものようである。福岡高裁昭和25年5月22日判決は県議会の議決は処分ではないとして訴えを却下し、上告審である最高裁昭和29年3月16日第三小法廷判決も、前記最高裁昭和29年1月21日第一小法廷判決を引用しながら、同じ理由で上告を棄却している。「論旨は本件県議会の議決が行政処分であつて、行政訴訟の対象となり得るものであることを主張するに帰する。しかし本件議決に関しては、昭和二三年法律一七九号附則二条五項において、『都道府県知事は、当該都道府県の議会の議決を経て、市町村の廃置分合又は境界変更を定め』る旨規定されている。すなわち本件議決は、県知事が行政処分を行う前提要件たるに過ぎないものであつて、それ自体県の意思として外部に対し表示されるのでもなく、従つてまた外部に対して直接法律上の効果を及ぼすものでもない。それ故本件議決は行政処分たる性質を有するものではなく、これを行政訴訟の対象とはなり得ないものであるとした原判決は正当である。⁵⁴⁾」 「論旨はまた東京高等裁判所の判例を援用して原判決を非難するのであるが、右の判例における地方議会の議決は、地方議会議

53) 民集8巻1号47頁～48頁。

54) LEXDB 文献番号 27700165、最高裁判所裁判集民事13号195頁。

員を除名する議決であつて、執行機関による行政処分を俟たず議決自体で除名の効果を生ずるものであるから、県知事の行政処分によって始めて法律上の効果を生ずる本件の場合にあてはまらない。^{55a)} 本判決では、「県知事が行政処分を行う」とか「県知事の行政処分によってはじめて法律上の効果を生ずる」という言葉に現れているように、前記最高裁昭和29年1月21日判決よりも明確に知事の廃置分合等の処分を行政処分と解しているといえる。この行政処分の名宛人が問題となるが、それは前後の関係からして市町村と解される。そこで、合併から分離を求める住民が提起した訴えの中で、最高裁ではなく、下級審判例から市町村を処分の名宛人としているものを紹介しておく。広島高裁昭和28年5月25日判決^{55b)}は、呉市から広町を分離するため実施された住民投票で過半数を得たが、広島県議会がこれを否決し、知事が「広町は呉市から分離しないとした」通知を出し、この通知の取消しを住民たちが求めた事案について、以下のように述べている。「行政事件訴訟特例法にいわゆる『行政庁の処分』とは行政庁から公共団体又は国民に対して行う公法上の行為であつて、これらの者の権利義務につき直接且つ具体的な法律効果を及ぼすもの（法律行為のほか準法律行為を含む）を指称し、行政庁の法律行為であつても公共団体又は国民の権利義務に直接且つ具体的な法律上の影響のないものは特別の規定のない限りいわゆる抗告訴訟の対象とならないものと解するを相当とする。」

「これを本件にみるに、控訴人主張の呉市長宛ての通知により表示せられた被控訴人知事の『広町を呉市から分離しない。』旨の決定は控訴人等の権利義務に直接且つ具体的な法律効果を及ぼすものとは認められないから行政事件訴訟特例法にいわゆる『行政庁の処分』ということはできない。」この判決は、知事の通知を行政処分とみることができないとした^{56a)}ものであるが、行政処分の定義に見られるように、公共団体は国民と同じ

55a) LEXDB 文献番号 27700165、最高裁判所裁判集民事 13 号 195 頁。

55b) 行集 4 卷 5 号 1159 頁以下。

56a) 第 1 審の広島地裁昭和 25 年 12 月 23 日判決（行集 1 卷 12 号 1159 頁以下）も、通知は処分ではないとしてこの訴えを却下し、そして、最高裁昭和 30 年 4 月 12 日第三小法廷判決（民集 9 卷 4 号 506 頁以下）も上告を棄却している。

立場に位置づけられているのである。そして、実際に市町村の原告適格を認めた判決もある。岡山地裁昭和26年6月29日判決は、住民投票、県議会の議決及び知事の処分により分離が認められた町と住民から知事の処分の取消が請求された事案で、住民の原告適格を否定したが、加茂町の原告適格を容認し、本案審理に入ったが、結局請求を棄却している^{56b)}。そして、同じ案件について、加茂町が提起した執行停止について、広島高裁岡山支部昭和26年2月7日決定⁵⁷⁾は、町の執行停止資格を認め、重大な損害があるかどうか審査し、結局損害はないとして、申立てを却下している。以上3つの判例は、市町村の知事の処分に対する原告適格を認めたものといえよう。

次は、合併に反対する住民から提起された訴え、とくに最高裁判決が下された訴えについて検討する。最初の事案は、知事の編入処分により廃止される二つの村の住民が、二つの村を廃止しそれらの全区域を市に編入する知事の処分の取消しを求めたものである。すなわち、徳島県勝浦郡勝占村と同郡多家良村を徳島市に編入することについて、地方自治法7条により、二つの村と市の議会それぞれが議決をし、村と市はそれぞれ廃止と編入の申請を徳島県知事にし、徳島県議会はこれを議決し、知事は告示によりこれを認める処分を行った。これに対し、二つの村の住民一人ずつから、県議会の議決が賛成18、反対16及び白票2によるものであるから地方自治法116条及び徳島県議会会議規則60条に違反しているとして、知事の行った廃止と編入処分の取消しが求められたものである。第一審の徳島地裁昭和26年11月14日は、住民たちの訴えの利益を否定し、請求を棄却した。第二審の高松高裁昭和28年9月25日判決も、同じ理由で控訴棄却した。最高裁昭和30年12月2日第二小法廷判決は次のように述べて上告を棄却した。「論旨は、原判決が上告人等は本訴提起の法律上の利益を有しない旨を判示したのを

56b) 行集2巻8号1314～1316頁。なお、判決が請求を棄却した理由は、①地方自治法附則2条の分離の手続が本件処分には適用されないとした主張について、充足する事実はない、②県議会の議決には誤りがあるという主張について、議決には違法はない、③議員の中には議決に際して贈答をうけた者がいるという主張について、儀礼的範囲の贈与である、である。

57) 行集2巻2号242頁以下。

非難し、その根拠として地方公共団体の住民の各種の権利義務に論及するのである。しかし、地方自治法7条1項による知事の処分は、関係市町村民の権利義務に関する直接の処分ではなく、かりに所論のような住民として有する具体的権利義務の内容について変動があったとしても、その変動は市町村の合併等による間接的な結果に過ぎない。上告人等が従来多家良村または勝占村の住民であったことによって有していた権利は合併後は徳島市の住民として行使することができるのであって、その具体的権利義務についての争いある場合に、当該権利義務の存否について訴訟をもって争うは格別、本件合併そのものの適否については、上告人等は訴えを提起する法律上の利益を有しない。⁵⁸⁾ この最高裁判決は、知事の編入処分が「関係市町村住民にとって直接の処分ではない」として、住民には編入処分の「取消しの訴えを提起する法律上の利益を有しない」として、取消しの訴えを否定したものである。ところで、この判決について、知事の編入処分を行政処分すなわち抗告訴訟の対象ではない、と判断したものであるとか、その疑いがあるとする意見がある⁵⁹⁾。しかし、処分性を否定すると、知事の合併処分の行政処分性を認めた前記二つの29年判決との整合性が問題となり、判決の中でそれは示されるはずである。また、前記二つの判例では、議会の議決の処分性を否定したが、その際使用されたのは「行政訴訟の対象となる行政処分」や「行政訴訟の対象とはなり得ない」という文言であり、本判決ではそういう言葉が使われていないこと、さらにわざわざ「法律上の利益を有しない」という言葉を使っていることから、本件判決は

58) 民集13巻6号1930頁。

59) 高木光は、「本件判決が、知事の行為の法的性格をどう考えているかはややはっきりしないところがある。」として、市町村の権利義務に関する直接の処分である、とも読めるし、市町村の出訴が想定されていないとも読めるとする。参照、高木光「判例解説」地方自治判例百選・別冊ジュリ71号29頁、同2版・別冊ジュリ125号25頁、同3版・別冊ジュリ168号(2003年)23頁。同旨、興津征男「判例解説」地方自治判例百選4版・別冊ジュリ215号(2013年)22頁。ただし、興津征男は、知事の処分は市町村の法人格にかかるものとして処分性を認めるべきとするが、他方、現在では、都道府県の関与に相当する場合には、自治紛争処理委員の審査を経て訴えを提起する方法が認められて居り、抗告訴訟は提起できないとする。これは、訴訟制度の問題であり、処分性の議論とは次元を異にする事柄である。

処分性ではなく、原告適格の問題すなわち住民には合併処分を争う原告適格がないとして解しているとみるべきである。また、そのことは、本判決に対する田中真次調査官の本件解説からも理解される。「なお、市町村そのものが知事のした合併処分の取消を求める訴えを提起することができることはいうまでもない。⁶⁰⁾」と。すなわち、本判決は、知事の処分が行政処分であることは前記昭和29年の二つの最高裁判決を踏襲し⁶¹⁾、そして、原告適格という点で、本判決は、住民たちの原告適格を否定したが、市町村のそれは否定していないのである。私見と異なる見解は、最高裁判決の流れを見ていないためと考える⁶²⁾。ただし、こうした知事の処分を市町村に対する行政処分と解する最高裁の見解が理論的におかしいとする意見もあった。例えば、本件の控訴審判決について、南博方は次のように述べている。「合併処分は、市町村なる地方公共団体を相手方とする処分である点において、人民に対する関係でなされる通常の行政処分とは、本質的に相異なるものであり、特例法にいう『行政庁』の『処分』ではないと云わなければならない。^{63a)}」と。ただし、こうした意見は他にはなかったようである^{63b)}。

ところで、本件判決は、同じような事案における二つの最高裁判決によ

60) 田中真次「最高裁昭和30年12月2日第二小法廷判決判例解説」昭和30年度最高裁判事判例解説239頁。

61) また、本判決が出された時に判例解説を書いた高橋貞三も、次のように述べているが、同様の見解を述べていると思われる。「本件は、知事の行った市と村との合併についての行政処分の取消を求める訴えである。市町村の廃置分合の処分は、行政処分ではあるが、それが直接に市町村の住民の権利義務に影響がない処分であって、したがって直接住民の権利義務に影響がない処分であって、したがって直接住民の権利を侵害するものではないから、訴えの対象とならない行政処分であるというのが、最高裁判所の見解である。」(高橋貞三「地方自治法にあらわれた判例について(一)」同志社法学40号136頁。)

62) ただ、高木光は、本文に掲載した最高裁判例や下級審判例などに言及しているが、私見が引用する判示部分には着目していない。参照、同・前掲注59)ジュリ71号29頁。

63a) 南博方「判例解説」自治研究32巻3号(昭和31年)77頁。

63b) 「地方自治法7条所定の市町村の廃置分合を定める都道府県知事の処分は、それによって特定の市町村を廃置分合することそのことを定める処分であって、関係市町村の個々の住民の権利義務の変動を来すための処分ではない。」(磯崎辰五郎「判例解説」民商法34巻4号(32年)68頁)という記述も、知事の廃置分合の処分の行政処分性を認めたものと思われる。

り維持されている。一つは最高裁昭和30年12月9日第二小法廷判決である。事案は、神戸市と住吉村の合併について、それぞれの議会が議決して兵庫県知事に申請をしたところ、合併に反対する住吉村民から村議会の解散請求がなされ、それが知事や県議会に通知されたが、県議会は承認の議決をし、知事は合併の処分を行ったので、原告から知事の処分は村民の直接請求を否定する違法なものとしてその取消しを求めたものである。第一審の神戸地裁昭和26年3月14日判決は請求を棄却⁶⁴⁾、控訴審の大阪高裁昭和27年12月19日判決も控訴を棄却している⁶⁵⁾。最高裁は、前記昭和30年12月2日判決を引用して、住民には知事の処分を取り消す法律上の利益がないとして上告を棄却した。「地方自治法7条1項による知事の処分は、関係市町村の住民の権利義務に関する直接の処分ではないから、当該市町村の住民として有する具体的な権利義務について争う場合に当該権利義務の存否について訴訟を以て争うは格別、知事の当該処分そのものの適否については訴えを提起する法律上の利益を有しないものとするは当裁判所の判例（昭和28年（オ）第1285号同30年12月2日第二小法廷判決）とするところである。従って、上告人のように住吉村の住民として有する具体的な権利義務の存否について争うのではなく、兵庫県知事のした本件合併決定の処分そのものを違法であるとしてこれが取消を求めるため訴を提起することは、法律上これを認めた特別の定がないから許されないというべく、上告人が住吉村議会解散の請求手続中の者であったからといって、別に考えな

64) 神戸地裁昭和26年3月14日判決は、次のように述べている。「地方自治法第7条によれば、市町村の廃置分合は、関係市町村の申請に基き、都道府県知事が当該都道府県議会の議決を経てこれを定め、内閣総理大臣に届出ることを要し且つこれを以て足るものとされている。」「従って、現行法上は当該都道府県知事は関係市町村の前記要件を具備する合併申請がある以上その申請について住民の総意が問われているかいないかに拘らず合併決定を適法になし得るものと解するのが相当である。」（行集2巻3号414頁）。

65) 大阪高裁昭和27年12月19日判決は、次のように述べている。地方自治「法は市町村の合併については、関係市町村の申請すなわち、その市町村の議会（——略——）の議決を経た市町村自身の申請あることをもって足るものとし、それ以上これについて住民の直接の意思の表明を要請しないものと結論せざるを得ない。」（行集3巻12号2576頁）。

なければならない理由はない。⁶⁶⁾」と。そして、もう一つの最高裁判決は最高裁昭和32年1月24日第一小法廷判決である。事案は、神戸市に御影町を編入する知事の処分について、住民投票が行われる前になされた違法なものであるとして住民から取消しの訴えが提起されたものであり、最高裁は、以上の2つの判決を引用してそれらを踏襲している。「地方自治法七条一項による知事の処分は、関係市町村住民の権利義務に関する直接の処分ではないから、市町村住民は、市町村住民として有する具体的権利義務について争のある場合、当該権利義務の存否について訴訟をもつて争うは格別、知事のなした前記処分そのものの適否について訴を提起する法律上の利益を有しないものというべきである（昭和28年（オ）第1285号、同30年12月2日最高裁第二小法廷判決、昭和28年（オ）第274号、同30年12月9日同小法廷判決、参照）。従つて、a住民として有する具体的権利義務の存否につき争うのでなく、兵庫県知事のした本件合併決定の処分そのものを違法であるとしてこれが取消を求める本件訴は、法律上これを認めた特別の規定がないから許されないものであり、それは上告人が御影町議会解散の請求手続中の者であつたからといつて結論を異にすべき理由はない。⁶⁷⁾」と。これらの判決は、住民の訴えの利益すなわち原告適格がないという理由で訴えを却下したものであり⁶⁸⁾、知事の合併処分の処分性を否定したものでないし、また合併処分に対する市町村の原告適格を否定したものでない。

以上の最高裁の考え方と同じ考え方は、当時の下級審判例からも伺い知ることができる。当時、合併処分により町や村が分離して新しい市や町などを設置することもあり、その場合に、住民ではなく新たに設置された町や村が知事の処分を争うことがあったようである。福井地裁昭和30年1月14

66) 民集9巻13号1973～1974頁。

67) LEXDB 事件番号27670122、裁判所ウェブ情報。

68) とくに、最高裁昭和30年12月9日第二小法廷判決について、担当調査官である田中真次は、「判旨そのものは、徳島県知事のした市町村合併に関する12月2日の判決と同趣旨であるが、本件の場合、一、二審の判決が合併の適否について判示しているのは、あるいは訴えの利益を認めたためかとも考えられ、しかもなお最高裁の判決はこれを否定しているの、ここに紹介することにしたのである。」（『30年度最高裁判例解説民事編』246頁）という言葉を素直に解すれば、訴えの利益すなわち原告適格が問題とされていることが確認される。

日決定は、知事の合併処分に対して3つの村がその執行停止を求め、これを裁判所が認めたが、内閣総理大臣の異議を受けて決定が取消されたものである。神明町、片上村、立待村及び吉川村の申請を受けて福井県知事がした合併処分と鯖江市の設立処分に対して鯖江村、中河村及び豊村が中心市街地の要件を充足していないとして執行停止の申立てを行い、福井地裁は執行停止を認めている⁶⁹⁾。また、大分地裁昭和30年3月29日決定⁷⁰⁾も、清川村が知事と選挙管理委員会が行う境界変更（たぶん、清川村の区域の拡大）を求める住民投票手続の執行の停止を求めたものであるが、村の申立適格については問題視していない。また、富山地裁昭和31年4月26日判決^{71a)}では、住民から知事のした合併に関する勧告と住民投票の請求の取消が関係する市町村の住民から求められているが、被告は富山県知事であるが、これに大山町が補助参加している。さらに、長野地裁昭和34年5月30日決定^{71b)}は、長野県知事がした4町を廃止し更埴市を設置する処分について、廃止された一つの町（稲荷山町）から無効確認の訴えが提起され、さらに執行停止が申立てられたが、後者の申立てについて審理し却下したが、町の申立資格は問題とされていない。前述の東京地裁昭和35年3月24日判決も、内閣総理大臣がした自治紛争調停委員会の付議却下処分の取消訴訟を提起した初島町の原告適格を認めている。ただし、下級審の決定には、それに反対する意見もあった。福井地裁決定の判例評釈で、壽田龍輔は、次のように述べている。「処で、本件に於いて裁判所の執行停止決定の対象となった処分というのは県知事の市設置処分であるが、このような処分が関係町村を消滅させることによって彼等に償うことのできない損害を与えらるるとしても、法はこのような場合の救済を予定しているとみるべきであろうか。今述べたように、法は行政処分の執行停止によって個人の損害を救済しようとしていると考えられるから、そのような場合は救済の対象となら

69) 行集6巻1号120頁。ただし、翌日この決定は取り消されている。

70) 行集6巻3号697頁以下。

71a) 行集7巻4号970頁以下。判決は、住民はこれらを取消す法律上の利益を有しないとして訴えを却下している。

71b) 訟務月報5巻8号1090頁以下。

ないと解すべきであろう。それ故に、福井県知事の鯖江市設置処分が関係市町村に償うことのできない損害を与えるおそれがあるという認定のもとにその執行停止を命じた裁判所の始めの決定は——このような処分が法的に争い得るものとしても——特例法の解釈からいっても妥当なものではなく、賛成し難い。^{71c)}」

最後に、知事の処分に関係ない手続に関する判例を整理しておく。合併の申請の前提である市町村の意思を明確にする市町村議会の議決について、反対派の住民から執行停止が求められた事案で、宇都宮地裁昭和30年3月7日決定は、つぎのように述べて申請を却下している。「第5項の議決は、同第7条第1項の合併の申請を市町村が都道府県知事になすか否かについての、普通地方公共団体である市町村議会の意思決定そのものであり、それ自体として外部に対し意思が表示されるものではなく従ってまた外部に対して直接法律上の効果を及ぼすものではない。それ故議決そのものは行政庁の処分すなわち行政訴訟の対象となる行政処分ではな^{72a)}」いと。また、町村合併促進法第11条の3第3項による知事の住民投票の請求が、その前提手続である合併の勧告について第一次については合併促進審議会の意見を聴いたが第二次合併の勧告についてその意見を聴かなかつた違法はあるが、住民投票がなされ住民の意思も明確された後では住民投票は無効ではないとした最高裁昭和33年9月19日第二小法廷判決^{72b)}がある。

次は、合併に関する処分に関わるものではないが、境界変更、飛地に係る県令が処分であったどうかに関する最高裁判決を取り上げ、市町村に対する処分についての裁判所の考え方を検討することにする。市町村間において飛び地の帰属が争われ、その中で、主に法的争点となったのは飛び地に関する明治22年3月19日に出された県令の効力であり、とくに、その県令が具体的処分＝行政処分であるかどうかが問題とされたものである。事案は、富山県下新川郡に所在し隣接する愛本村（現 宇奈月町）と船見町は明治22年の町村大分合により創設されたものであるが、それ以来境界の変

71c) 壽田龍輔「判例評釈」自治研究 34 卷 2 号（昭和 33 年）110 頁。

72a) 行集 6 卷 3 号 664 頁。

72b) 民集 12 卷 13 号 2097 頁。

更等がなかったのであるが、愛本村の行政区画に所在し船見町の保管する土地台帳に同町の地籍として記載されている、本件土地（飛び地）について、昭和26年になって二つの村の間で争いが生じ、愛本村が原告として自己の区域に属するものとして船見村を被告として地方自治法9条の確認の訴えを提起したものである。本件での争点は概要以下のものである。明治22年4月に旧町村制が施行され、旧町村制では「凡町村ハ従来ノ区域ヲ存シテ之ヲ変更セス」として、町村の区域は従前の区域によるとされたので、それ以来変更がなければ、明治22年4月当時の飛地の所属によって現在の所属も決定されることになる。そこで、明治22年3月19日に告示された富山県令第37号「本県各町村別冊ノ通り分合改称ス但飛地ハ其ノ所在町村ノ地籍ニ編入ス其ノ新町村二個以上ノ間ニ介在スル飛地ノ所在及一村分割ニ係ル境域ハ別ニ之ヲ告示ス」の効力と本件飛地が但し書きにいうどの飛地に該当するのかが問題とされた。原告は、県令37号により町村の区域は確定したものであり、したがって、飛地は所在町村の地籍に編入されたものであり、また、本件飛地は二個以上の町村に介在するものではない、地籍台帳を訂正すべきである、と主張した。これに対し、被告は、区域の確定は、知事が内務大臣に区域変更を申請し、内務大臣がこれを認可し、知事がそれを町村に対して示達してなされたものであり、県令37号はそうした事実を一般県民に通知したものであり処分ではない、また、本件飛地は二個以上の町村に介在するものであり、所在町村に編入されるべき飛地ではない、そのことは廃置分合を実施した資料である分合調書の中に本件飛地が入っていないことから推定されるし、また、60年以上も船見町の地籍として経過している事実を重んじ、船見町の区域とすべきである、と主張した。

第一審の富山地裁昭和29年4月27日判決は、原告愛本村の主張を認め、飛地は「愛本村の区域に属する」とした。判決は以下の理由を挙げている。①「本件土地は町村大分合当時において、三村入会地に属せざる土地であったことを推認するに充分である。」として、二個以上の町村に介在する飛地でないとし⁷³⁾、②県令37号が告示の外に手続を規定していないこ

73) 行集5巻4号902頁～905頁。

と、県令の外に町村区域変更処分なるものがないこと、他県でも同じ県令が公布されていることから、「県令第37号は実質的には町村区域変更の効力をその施行により直接に生ずる行政処分であるが、便宜上県令の形式によりたるものと認め得べく、従って、右県令の公布施行によって当然町村区域変更の効果が発生するものといわざるを得ない。」とし⁷⁴⁾、③また、県令が適用される飛地の範囲について明確に定めた文書がないので、内務大臣に認可を求めた際の資料である分合調書に記載されているものに限定されず、「県下域に存するすべての飛地を総称するものと解せざるを得ない。」⁷⁵⁾④被告の時効主張について、行政区域に適用することは許されない⁷⁶⁾、とした。控訴審の名古屋高裁金沢支部昭和32年9月25日判決も、富山地裁判決を正当として、控訴を棄却した⁷⁷⁾。最高裁昭和34年6月2日判決⁷⁸⁾は以下のように述べて上告を棄却した。「県令第三七号以外に町村の区域変更に関し具体的処分と目すべきものがなかつたことは、原審の引用する一審判決の認定するところであつて、若しそうだとすれば、県令自体が具体的処分がない限り、飛地の編入はおろか県下の一切の町村の区域変更は生じていないという不自然な結果となるわけであるから、県令以外に当時具体的処分と目すべきものがなかつたことと県令の文理その他の事情を綜合して、右県令自体が町村の区域変更・飛地編入の効果を生ずる具体的処分に当ると解釈することは正当かつ当然である。」「原審が引用する1審判決が、県令第三七号を公布した富山県においても、同旨の県令を公布した他府県においても、現在なお飛地が多数残つているにかかわらず、この事実を無視して、県令第三七号により本件飛地編入の効果を生じたと断定したことは、理由不備の違法がある、というのである。しかし、富山県下及び同様の県令を公布した他府県において台帳上現在なお飛地が残つているということだけでは、原審判断の妨げとなるものではない。けだし、こ

74) 行集5巻4号905頁～906頁。

75) 行集5巻4号906頁～908頁。

76) 行集5巻4号910頁。

77) 民集13巻6号660頁以下。

78) 民集13巻6号639頁以下。

これらの飛地のうちには、本件同様単なる帳簿上の整理漏れと認むべきものもあるであろうし、また、分合調書の誤謬訂正につき内務大臣の承認を得る手続がとられないままとなり従つて法的に編入の効果を生じていないと認むべき場合もあり、その他各府県にはそれぞれ特殊な事情もあり得るわけであるから、現に台帳上飛地が相当例残つているとしても、それだけで富山県令第三七号が本件飛地の編入を目ざす行政処分ではないという結論に到達するわけのものではないからである。⁷⁹⁾と。

さて、本件最高裁判決は、行政処分であるかどうかの認定基準を町村の区域の変更が生じたかどうかに求めている。この判決は、前記の合併に関する最高裁判決との関係を考えると、前記の最高裁判決が知事の編入処分等を行政処分としたことを受けて、境界の変更や市町村の廃止、編入などの場合にはその変更、廃止編入を具体化する知事の処分が必ず行われると考へたとみることができると考へた。したがって、本件最高裁判決の評価は、市町村の区域の変更のような場合に市町村に対する行政処分がなくともあり得るのか、という視点に左右されることになる⁸⁰⁾。白石健三も、本判決の調査官解説の中で、「今回の判例は、問題の県令が行政処分として出訴の対象となり得ることを直接判示したものではないが、この判例の考へ方を推及すれば、かような具体的効果を生ずる法令は、行政事件訴訟特例法第1条にいう行政処分として抗告訴訟の対象となり得ることとならう。^{81a)}」と述べているが、これは前記合併に関する判決を踏襲したものである。また、田中館照橘は、本件判決の評釈の中で、「本件の重要な点は、県令が行政処分と解されるかどうかということである。」と述べ、そして、「戦

79) 民集13巻6号640～641頁。

80) ただし、今村成和は、60年間の事実状態を重んじて、県令の効力を認めることに批判的である。参照、同「判例解説」民商法41巻5号73頁。一方、「地方公共団体の区域高権は、歴史的には私法上の所有権と同じくローマ法上のドミニウム(dominium)に由来するものであるが、区域は、法人としての地方公共団体の所有権その他の財産権上の対象となる土地ではなく、自治権の及ぶ空間的な範囲であるから、民法上の取得時効の類推適用がないことはあえていうまでもないところであろう。」(成田頼明・前掲論文260頁)という意見もある。

81a) 白石健三「本件判例解説」最高裁民事編昭和34年度76頁。

前は、本件にみられるように、市町村の廃置分合、境界変更は、内務大臣または知事（町村の場合）が関係市町村会の意見を徴して、国の行政処分として行ってきた。このため、利害関係を有する市町村は、単に国に意見を徴せられるにすぎない状態であった。——しかし、憲法や地方自治法の立法意思は、地方自治の尊重とその拡大にあるのであるから、第一義的には、関係市町村の意思を尊重して考えていくべくである。^{81b)}」と述べているが、「利害関係を有する市町村」とか「市町村の意思」という言葉からして、田中館は、明らかに県令37号を市町村に対する行政処分と見ているのである^{82a)}。これに対して、町村の区画変更を市町村に対する行政処分、すなわち処分性に懐疑的な者は、本件最高裁判決に批判的である。遠藤文夫は、次のように述べて判決を批判している。「本判決のいう『具体的処分』が今日の行政法理論における処分性と同意義であるとするれば、行政立法の処分性が問題になるのは、行政事件訴訟法の抗告訴訟の対象となるかどうかについてである。しかし、本件において争われているのは、当時の町村の区域変更行為の有無ないし適法性であって、抗告訴訟の対象となるかどうかではない。」「郡区町村編成法は、明治憲法施行前の未だ三権分立の制度は確立されていない時代の制度であって、今日の行政法理論における行政処分とはその意義を異にし、行政立法（法規命令・行政規則、あるいは独立命令・委任命令・執行命令）、行政処分等の概念は未分化の状態にあったみるべきであろう。^{82b)}」と。また、神橋一彦は本件判決が県令

81b) 田中館昭橋「判例解説」地方自治法判例百選（1981年）23頁。

82a) 「ところで、町村区域変更のような行政処分を形式上府県令発布の形式によって行い得るものかどうかには、若干の疑問がないわけではない。しかし、明治憲法施行前における当時の法制一般の不備を考慮すれば、県令第37号は、実質的には町村区域変更の効力を直接に生ずる行政処分であるが、これを便宜上県令の形式によることを可能とし、したがって、同県令の公布施行によって町村区域変更の効果を生じたものとする判旨を失当と断ずることはできないであろう。」という菊井康郎の一番判決の評釈（同「判例評釈」自治研究33巻7号（昭和33年）115頁）や「もっとも、飛地については、県令別冊に一々掲示することなく、但書により、一括編入の事を規定しているが、これも、その処分の性質を認めることの妨げとなるものではない。」（今村成和・前掲註80）72頁）という最高裁判例に対する記述は、市町村に対する処分を念頭においていると解される。

82b) 遠藤文夫「判例解説」地方自治判例百選（1版）17頁。

の処分性を認めたという認識に否定的というか慎重でもある。「本判決において一般的法規の形式をとった県令が「具体的処分」に当たるか否かが問題となっているとしても、それはさしあたり地方公共団体相互間の境界の争いの前提問題として、当該県令に『町村の区域変更』に関する創設的効力が認められるかどうかが問われているに過ぎないわけであって、その意味で本件は、行政裁判所法制定以前から存した極めて特殊な事例であるといえよう。」「本件判決をもって取消訴訟の対象、すなわち処分性に関し一定の見解を示唆した最高裁判決と断じることには、躊躇を覚えざるを得ない。⁸³⁾」と。確かに、本件訴えは抗告訴訟ではなく、確認の訴えであることから、処分性が直接に問題とされたものではない。しかし、前記合併に関する最高裁判決の流れから考えると、本件判決が県令による境界の変更について市町村に抗告訴訟の提起を認めたことは論理的に筋が通っているのである。遠藤文雄及び神橋一彦には、前記最高裁判決の流れを理解していないことや、また、遠藤文雄は最高裁昭和49年5月30日第一小法廷判決が大阪市の出訴資格を否定したこと、そして、神橋一彦は右判決と最高裁平成14年7月9日判決第三小法廷判決が伊丹市の民事訴訟の出訴資格を否定したことの影響を受け、市町村境界の変更が市町村に対する処分とすることできないという先入観があり、以上のような評価になったと考えられるのである⁸⁴⁾。

以上のことから、最高裁は、昭和29から昭和30年代の前半まで、知事の合併処分を行政処分として認めていたといえる。そして、最高裁によれば、その処分の相手方は市町村であり、市町村は国民と同じ立場に立ち、取消訴訟などを提起できたといえる。このことは、本稿で検討した合併処分や境界に関する処分ではなく土地調整委員会の裁定の取消訴訟の原告適格を小倉市に認めた最高裁昭和37年4月12日第一小法廷判決からも肯定されよう。

83) 神橋一彦「判例解説」地方自治判例百選 (3版) 19頁。

84) 神橋は、「確かに、地方公共団体がその自治権侵害を理由に取消訴訟を提起することができるか、という問題は重要な論点と知られているが、本件判決はそういう問題が問われているわけではない。」(前掲解説19頁)と述べているが、市町村に対する処分という視点で判決を評価することは重要ではないか。

そしてもちろん、下級審も最高裁のこうした判断に従い、多くの下級審判例で市町村に取消訴訟の原告適格や執行停止の申立資格が認められていたのである⁸⁵⁾。このように30年代において、地方公共団体の出訴を認める判決が出ているのは、別稿で指摘したように、裁判所の思考⁸⁶⁾と田中二郎の影響⁸⁷⁾であると考えられる。ところで、こうした最高裁の考え方が今日認められるのか問題となる。その点では、30年代の最高裁判決や下級審判決に対して、知事の処分などは行政事件訴訟特例法の処分ではないとする南博方や壽田龍輔、さらには判決の認識に懐疑的な遠藤文雄などにみられるようになったことも確かである。この点、以下の下級審判決を引用しておこう。事案は、合併に対する市町村の申請について、無効確認の訴えが住民から提起されたものであるが、福岡地裁平成17年3月22日判決は次のように述べている。「このように、市町村の廃置分合については、いくつかの段階的手続を経なければならないが、市町村の廃置分合の効力が生ずるのは、総務大臣の告示により効力を生ずる都道府県知事の決定によってで

85) なお、最高裁昭和37年4月12日第一小法廷判決と執行停止を認めた福井地裁決定を取り上げて、自治体による訴訟と私人による訴訟とを区別する問題意識が希薄であった時期の判例という紹介(垣見隆禎「団体自治と争訟」公法研究78号185頁)があるが、本文に詳述している判例の流れからして、これには賛成できないことは明らかであろう。

86) とりわけ、そのことは昭和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議論で伺い知ることができる。参照、拙稿「市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)」西南学院大学法学論集48巻2号13頁、19頁。ところで、私は、行政事件訴訟特例時代に市町村に出訴資格を認めた裁判例について、「上級審の判例又は多数の判例で示したわけではない」(同19頁)と書いたが、本文に書いているように、最高裁判例や多くの下級審判例で市町村の出訴資格が認められていることから、先の記述は訂正しなければならない。

87) 田中二郎が司法研修所で行った裁判官たちに対する講演と質疑応答に示されている。参照、拙稿「市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(2)」24頁～25頁。とりわけ、田中二郎は、市町村の境界の変更について、ある裁判官の「38度線というときに、39度線で知事がやった場合、関係の市町村から訴えを起こさないうまいか権利侵害であるというのでー」という質問に対して、訴えを認めている。「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度線でやるというのを39度線で決めた場合、その市町村としての権利侵害で起こせるでしょう。」(司法研修所『行政争訟の研究その1(地方自治法関係)田中二郎担当』裁判官特別研究叢書2号61～62頁)。以上のように、田中二郎と裁判官たちが「市町村の権利侵害」という言葉を使って市町村の出訴資格を認め合っているのが印象的である。

ある。関係市町村の申請があっても、知事としては、その処分を行うことが適正を欠き又は不合理であるために住民の福祉に反し、かつ、地方自治の本旨にもとると認める場合には、その処分を行わないこともできるのであって、そうすると、都道府県知事の決定は最終決定としてその処分性を認めることができるとしても、関係市町村の申請は、行政機関相互間の内部的な行為にすぎないから、住民の権利義務に直接影響を及ぼす行政処分であるということとはできない。」「したがって、三町合併（廃置分合）のための地方自治法7条1項及び5項に基づく申請である本件申請は、抗告訴訟の対象となる行政庁の処分にはあたらないというほかない。⁸⁸⁾」というように、市町村の申請については処分性を認めなかったが、他方、知事の処分を行政処分と認めているのである。知事の処分について、その処分性を否定した最高裁判例がないこと及びこうした判例があることは、いままで検討した昭和29年から昭和30年代の最高裁の判例は未だ効力を持ち続けているということであろう。

88) LEXDB 事件番号 25410397