

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟（3完）

—市町村訴訟の研究—

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 実務書からみた境界に関する訴えの性質等

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

2-2 行政事件訴訟特例法の制定と法制審議会

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

2-4 当事者訴訟や境界に関する訴えに関する学説

2-5 行政事件訴訟法における当事者訴訟

2-6 その後の学説

小括（以上 西南学院大学法学論集48巻2号）

3. 行政事件訴訟法制定後の学説

行政事件訴訟法が制定され、その施行の前の、1962年8月頃に開催された田中二郎を含む立法担当者を中心とするメンバーが、行政事件訴訟法の

諸問題等を検討する研究会（出席者 雄川一郎、杉本良吉、田中二郎、田中眞次、橋本公亘、三ヶ月明）¹⁾から、当事者訴訟と境界に関する訴えについての相互理解を確認することにする。当事者訴訟に関する田中二郎の説明を中心に以下の意見が交換されている。以下重要な発言だけを取り上げる。

まず、田中二郎が二つの型の当事者訴訟を説明する。

そして、杉本良吉が、形式的当事者訴訟を説明し、「形式上は行政処分の一部であります。金額だけの問題として収用処分そのものに何ら影響があるわけではないので、行政庁が被告になる訴訟形式で争う公益的必要性はなく、実質上の当事者である権利主体間の訴訟をして解決すればいい、こういう考え方ですでに現行法でも、この種の規定が、土地収用法ばかりでなくて、ほかの法律にも若干あります。——後略——。」

田中二郎「たとえば、地方自治法の市町村の境界紛争なんかの場合、当初は一方から直接裁判所に出訴する当事者訴訟の形をとっていたわけですが、現在は、都道府県知事に裁定の申請をし、その裁定に不服があるときは、これに対する抗告訴訟を提起するという形をとっているわけですね。こういうものは、実質的には当事者間の争訟ですから、ここでいう当事者訴訟の形にした方が適当ではないかと思うのですが、特に法令でそのことを認めている場合に限って、当事者訴訟になるので、自治法にそのことを具体的にきめていない限り、裁定に対する、抗告訴訟での形で争うほかないわけですね。」

三ヶ月明「たしかにそういう面もありますが、やはり行政訴訟がすっかりした形で成長していく場合には、今のような問題をどちらの方に寄せていくべきかということ、できるなら抗告訴訟というふうな形の方を、行政訴訟の中核にし、当事者訴訟的なものは、むしろ遺物的なものとして評価していく。もし抗告訴訟的な形で整理できるものは整理していくというのも、一つ行き方ではないかと私は考えます。—以下略—」

1) 研究会「行政事件訴訟法（4・完）」ジュリ262号（1962年）47頁～50頁。

田中眞次「境界の争いが当事者訴訟に出てくる場合もありますね。知事が裁定に適しないと認めた場合、知事の裁定の取消を求めるわけではないでしょう。地方自治法9条9項の場合ですね。」

雄川一郎「そうです。いまの地方自治法9条9項で、裁定に適しないという場合を考えているのは、やはりそういうことを考慮しているのではないかと思います。しかし、それは実体法の問題で、この行政事件訴訟法4条というのは、そういうことを前提としてできているんですね。それからもう一つ、この4条の沿革としては、法制審議会で、最初の当事者訴訟の構想の中には、現在の行政事件訴訟法の45条にある例の処分効力を争点とする訴訟のようなものも一種の当事者訴訟として扱って、いこうという考え方が最初に出ていたのですね。それをどういうふうに書くかということでもずいぶん議論をしましたし、また結局その最後には、それを公法上の訴訟として考えるのはおかしいということで、結局45条のような恰好をとったのですが、その途中でそういうようなものを当事者訴訟の中に入れて書こうという段階で、この現在の第4条にでていたような『当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟』という観念がでてきたと思うのです。現在の4条は、まったく形式的になって、ほかの法律でこういうようにしているものをこの法律として、当事者訴訟として扱うということにすぎない。」

杉本幹夫「この当事者訴訟については、恩給のような、金銭的なもの、あるいは社会保障の金額の決定というようなものまですべて金銭的なものは全部当事者訴訟にすることはどうかという意見もあったのですが、金銭的なものといってもその中には、やはり恩給裁定のように裁判所へいきなり持って来られても裁判所としても困るというものもあるし、また、裁量的な色彩が強いものもあるのですね。そういったものについては、やはり抗告訴訟の方がいいのじゃないか、そうではなくて損失補償のように、裁判所へ持っていってもびたっと金額が決まるようなもの、こういったものは普通の損害賠償請求とちっとも変わらないで客観的に決め得る、そういうものだけ当事者訴訟にしたらどうか、——いずれに

してもこれは実体法の問題なのですが——そういうふうな一つの基準というものがあると思うのです。それで、いま先生がおっしゃった市町村の境界という問題、これもやはりそういう所有権の確定というようなものじゃなくて、行政庁の裁量という問題を考慮する余地があるかどうか、若干疑問がありますけれども、そういう公共的判断の問題がひそむのではないか。むしろ、そういうものはやはり抗告訴訟の方がいいのではないかと思うのですが——。」

田中二郎「市町村の境界の問題は、われわれは自治体の自身の区域の問題だと考え方をしているのですが、国は、そうではない。元来、国がきめるべきことなのだという考え方をしているのですね。ですから、境界について紛争のある場合にも、その考え方をもち込んで、それは国がきめるべきことで、都道府県知事が国の機関として、その裁定をする、これに不服があれば、その裁定を争えばいい、そういう論理構成をしていると思うのです。市町村の区域をどうするかという問題は、本来国がきめるべきことであり、都道府県の区域がどうするかという問題は法律できめるという建前になっているんですが、そのことと、現実に国がきめた境界がどこにあるかということの紛争の生じた場合とは、別個の問題ではないかという感じがするんです。」

三ヶ月明「もしそうだったら、純然たる民事訴訟の境界争いでいけばいいんですね。なにも行政事件訴訟法における当事者訴訟としての境界争いにしなくてもいいのではないか。」

雄川一郎「市町村の境界となれば、普通の民事訴訟よりは当事者訴訟としての——。」

田中眞次「性質が違うということでしょうね。所有権の問題とは——。」

三ヶ月明「当事者訴訟というふうなもののみかたですが、これはドイツの本を見てもそうなのですから、将来分解する性質を持っているということだけは、なんとなくいえそうな気がするのです。民事訴訟に分解していくものと、それからやはり何かどうしても公法的な色彩をもっているというので特別の扱いが要請されるものにとですね。——後略——」

田中二郎「ただ、所有権の対象たる土地の区域を決めるという考え方はなく、やはり行政区域という意味での支配権の及ぶ範囲を決めるということだから、普通の民事とは違うという考え方をしているのでしょうか。」

田中眞次「性質は違うのだけれども、それでは手続面において、特に取り上げるだけの違いがあるかということですね。」

田中二郎「そうです。それは職権証拠調べとかその他の面で区別していく必要があると思います。

三ヶ月明「これは普通の境界確定だってそうなんですよ。普通の境界確定も、形式的形成訴訟といわれて、当事者が主張していても、とにかく裁判所は線を引かなければならないわけです。しかし、そうした境界確定だって、民事訴訟でくるわけですね。たまたまそれが同じ土地の境界でありながら、市町村であるからという一事で、強いて当事者訴訟という観念を温存すべきかどうかですね。行政事件訴訟というものの画し方は、やはりかなめは、3条1項でして、公権力の行使というふうなところに、一つのすべての手続的な処理の大きな基本を求めていくかという金線が一本あってよさそうに思うのです。事実当事者訴訟として杉本さんがいろいろ例をあげられるのを見ていまして、これは強いて当事者訴訟としての形にしていなくてもいいものを、たまたまなんとなしに沿革的にやっている、そういうものが多分にあるのではないか、これはしろうと考えですがー。」

ちょっと長い引用になってしまったが、以上のやり取りから以下の点が纏められよう。①当事者訴訟は権利主体相互間における訴訟である、②地方自治法9条8項の境界に関する知事の裁定を争う訴えは、抗告訴訟である、③それに対し、地方自治法9条9項の訴えは当事者訴訟である、④行政事件訴訟法4条は形式的なもので、実体法の規定を受けて当事者訴訟として扱うものである、⑤当事者訴訟として扱う基準として、境界の訴えの場合では、行政区域、支配権の範囲を決めるということである、⑥当事者

訴訟といわれるものは、民事訴訟と抗告訴訟に分解していく可能性がある、である。

それでは、以下今日までの学説をみることにする。その場合、当事者訴訟や機関訴訟を中心とする行政事件訴訟法に関する学説と地方自治法の境界に関する訴えに関する学説の双方に分けて整理することにする。その理由は、その結果から理解されるように、二つの流れはかなり異なっているのである。

3-1 行政事件訴訟法制定後の当事者訴訟や機関訴訟に関する学説

前述したように、行政事件訴訟法制定者の考えは、境界に関する訴えを抗告訴訟と当事者訴訟と解していた。ところが、本章の最初で見たように、境界に関する訴えを機関訴訟と解する学説が主張されているのである。また、境界に関する訴えは地方公共団体が提起するため、地方公共団体の出訴がどの場合に認められるのか、という問題にも関わる。そこで、以下行政事件訴訟法とくに4条の当事者訴訟と6条の機関訴訟との関係で境界に関する訴えについての学説を検討する訳であるが、その場合、①境界に関する訴えを当事者訴訟として捉えているか、②地方公共団体に当事者訴訟の提起を認めているのか、③境界に関する訴えを機関訴訟と捉えているのか、の3点において検討することが必要となる。さらに、学説をみる視点として、最高裁判決の動きが重要になる。すなわち、地方公共団体の出訴資格を限定する判例が現れ、それが境界に関する訴えの性格付けなどに影響を与えていくのである。その一つは、裁定的関与の問題について市町村の出訴資格を否定した最高裁昭和49年5月30日第一小法廷判決（以下では、「49年最判」と呼ぶ。）²⁾である。この最高裁判決以前において、裁定的関与（都道府県の裁決）に対して市町村の出訴資格を認めるかどうかについて賛否両論の議論があったが、大阪市の出訴資格を否定する最高裁判決が出ることによって、市町村の提起する訴えを機関訴訟とする流れが創られていく。次に、最高裁平成14年7月9日第三小法廷判決（以下では、

2) この判決については第2章で、詳しく検討している。

「14年最判」と呼ぶ³⁾は、宝塚市が建築禁止命令に従わなかった業者に対して民事訴訟で差止めを求めたものであるが、同判決は、行政主体が公権力の主体として提起する訴えは「法律上の争訟」とならないとして訴えを却下したものである。この判決により、市町村の提起する訴えの内、私人と同様な立場から提起する訴えを除いて、それ以外の訴えを機関訴訟とする流れが強くなったといえる。それでは、以下学説を検討することにする。

まず、行政事件訴訟法が制定された直後の学説では、立法者の考えと一致し、地方自治法9条9項の境界確定の訴えを当事者訴訟と解し、同時に、地方公共団体の委託に関する訴えを当事者訴訟と解するものがある。それは、南博方編『注釈行政事件訴訟法（初版）』（有斐閣、1972年）で「当事者訴訟」を担当した園部逸夫と藤原淳一郎である。同書は、実質的当事者訴訟の例として、公法上の契約に関するものとして、「教育事務の委託」（学校31条）と道路費用負担協議（道路54条）に関する地方公共団体間の争いは当事者訴訟で争われる⁴⁾とし、また、地方自治法9条9項の境界に関する訴えも、その他の実質的当事者訴訟と解している⁵⁾。ただし、藤原淳一郎は、「公法上の当事者訴訟(1)～(3完）」（六甲台論集15巻（1968年）2号～4号）では、フランスとドイツの当事者訴訟における動向を検討し、「公法上の当事者訴訟」の積極的な意義を追及しているが、その類型として市町村の境界に関する訴えについて言及はない。ただし、地方自治体が提起する超過負担に関する訴えを当事者訴訟の類型として認めている⁶⁾ようであるが、それが明確でないところもある。

次に、時代が進むにつれ、立法者の意図から離れて、境界に関する訴えを機関訴訟としてみなす学説も主張されてくる。それは、前述した49年最

3) この判決については、終章で詳しく検討している。

4) 園部逸夫、藤原淳一郎「当事者訴訟」（南博方編『注釈行政事件訴訟法（初版）』（有斐閣、1972年））68頁。

5) 園部逸夫、藤原淳一郎・前掲注4）69頁。前記、ジュリストの座談会が引用されている。

6) 藤原淳一郎「『公法上の当事者訴訟』について（3・完）」六甲台論集15巻4号130頁注34）。ただ、何故、本文で指摘せずに注で取り上げているのか、という疑問がある。

判の下級審判例に触発された雄川一郎の学説⁷⁾と49年最判の影響といえる。それでは雄川一郎の学説を紹介することとする。雄川一郎は、49年最判に係る1審判決に触発されて1968年に「地方公共団体の行政争訟」を書き、1974年に同控訴審判決に触発されて「機関訴訟の法理」を纏めている。雄川は、「地方公共団体の行政争訟」では、県の審査会が下した裁決を取消す訴えについて大阪市の出訴資格を否定する。「国民健康保険事業の運営については、通常の私法的手段ではなく、種々の形において行政行為が行われるという法制になっているのであろう。即ち県審査会における審査請求の制度はこのような公行政の動きをチェックする制度の一つとしての意味をもつものであるから、市が当然に通常の事業主体と同じ意味で、不服の訴訟を提起し得るとは限らないであろうと思われる⁸⁾」と。そして、「機関訴訟の法理」では、前論文を踏まえ、機関訴訟とは、行政機関が提起するものだけでなく地方公共団体などの行政主体が提起する訴えを含むとするのである。「これを行政事件訴訟法の則して言えば、機関なり国・公共団体なりの提起する訴訟が実質的に『機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争』に該当するかどうかによって判断されるべきことになる。従って、訴訟がそのような意味において、機関訴訟とは認められず、裁判所において保護を受け得べき権利ないし地位に関するものである限り、当事者が形式上団体か機関かということは、大きな意味を持たないと考えるべきであろう。即ち、国・公共団体又はその機関に対して行政処分がなされた場合に、国等から抗告訴訟を提起し得るか否かの問題は、その処分に対して国等が制度上服すべき地位にあるか、或は訴訟をもってその処分を争うべき地位にあるかによって決される⁹⁾」と。雄川一郎は、とくに境界に関する訴えを機関訴訟と述べてはいない¹⁰⁾が、機関訴訟のメルクマールとして、その訴訟が法定されている¹¹⁾こと、そして、問題となる関係が公行政の一環として行われている¹²⁾こと、そして「固有の資格」

7) 雄川一郎の学説については、第2章でも紹介している。

8) 雄川一郎「地方公共団体の行政争訟」(雄川一郎『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年)429頁。

9) 雄川一郎「機関訴訟の法理」(雄川一郎『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年))468頁。

として看做される¹³⁾こと、訴えを提起する者が行政機関であるか行政主体であるか、を問わないことからして、境界に関する訴えを機関訴訟と看做す可能性を秘めた学説といえるのではないか、と思う。境界に関する訴えについて言及していないのは、前述した行政事件訴訟法の制定過程におけるやり取りがあり、その議論から比較的時間が経過していなかったためと考えられるのである¹⁴⁾。ところで、雄川の説は、塩野宏の説を意識して主張されているので、また塩野の学説もその後の学説に影響を与えているので、塩野宏の説を参照することにする。塩野の考えは、地方公共団体の出訴資格を自治権で根拠づけるもので、1966年に書いた「国家関与手段の分析（二）」でも主張されているが、同じことを1981年に書いた「地方公共団体の法的地位覚書き」でも次のように述べている。「普通事業主体・特別事業主体とは異なり、地方公共団体は、統治団体はもちろんのこと特定事業主体たる地位においても、一般私人とは異なった特別の公の行政主体の資格において行動する。そして、公の行政は、その担当主体が複数に分

10) ただし、「地方公共団体の抗告訴訟については、問題は二の場面において生ずる。その一は、出訴を認める明文の規定（例えば地方自治法9条8項。この種の規定はあまり見当たらない）がない場合において、地方公共団体が国（又は都道府県）の処分に対し必ず出訴し得るかどうかの問題であり」（雄川一郎・前掲注8）426頁）という文章はあるが、この文から9条8項の訴えの意味を読み取ることはできなかった。

11) 雄川一郎・前掲注9）461頁。

12) 雄川一郎・前掲注8）429頁。

13) この点は、雄川は、「固有の資格」を不服申立てについて問題にして論述しているが、そのことを訴訟についても問題にしていると思われる。参照、雄川一郎・前掲注8）420頁以下。

14) 行政事件訴訟法の立法過程において、雄川一郎は、機関訴訟の定義について原告が機関であるものを機関訴訟として捉えていたようである。雄川幹事「最初の第七の定義ですが、機関相互というのは、よろしうございますか。さっき私が述べた点なのですが、場合によっては機関が原告になって、相手が国とか地方団体の場合、これは現行法にはありませんけれど、理論的には考えられる問題なんですが一。」（『第二部法制審議会行政訴訟部会関係議事録』（塩野宏『日本立法資料全集6行政事件訴訟法（2）』信山社、1922年）958頁）ということからすれば、本文の機関訴訟の定義の部分は、改説ということになるのではないか、と思う。この点で、西上治「機関争訟の『法律上の争訟』性——問題の抽出」（行政法研究6号110頁～117頁）が雄川一郎の考え方について最初から最後まで同じようなものすなわち一貫していると把握することには問題があるのではないか、と思っている。同じことは、美濃部達吉や田中二郎の体系についての西上の検討にもいえるのではないかとと思われる。

かれようと、一体として行われることが望ましい。すなわち、国と地方公共団体の協力関係の保持が必要であることはいうまでもない。しかしながら、地方自治の保障という憲法原理が妥当している現行法秩序においては、その有機的関連性乃至協力関係の保持が、国家関与における国家行政機関の意思の優越性という形で担保されるべきものとは考えられない。むしろ国家関与の根拠及びその態様が法律の留保に属し、その範囲内の関与にのみ地方公共団体が服従するとみるべきであろう。そうだとするならば、国家関与がその限界を超えた場合には、その是正手段が制度上存在していなければならないはずであるし、また、その是正の要求が個別地方公共団体の自治権の侵害という形をとる限りにおいて、具体的権利義務に関する訴訟として、裁判所による救済の方法が認められると考えられる¹⁵⁾」と。塩野宏は、また、1991年に行政法の教科書として、『行政法Ⅰ』、『行政法Ⅱ』及び『行政法Ⅲ』を逐次刊行しているが、その中の『行政法Ⅱ』で、自説を再確認し、自治権を根拠とする市町村の出訴資格を肯定し、次のように述べている。国と自治体との関係については、「行政主体といっても、地方公共団体は憲法上自治権を保障されているのであるから、国家機関の行為が自治権の侵害に及ぶ場合には、地方公共団体は裁判上これを争うことができる」と解される¹⁶⁾」と。そして、自治体相互間の関係については、「課税権の帰属に関する地方公共団体の長の間訴訟（地方税法8条）、市町村の境界に関する訴訟（地方自治法9条）がある。これらは、性質上は主観的訴訟に属するものではあるが、制定法上特に規定されたものとみなすことができる。¹⁷⁾」と。後者の見解は行政事件訴訟法の立法者の意思と合致する見解である。なお、以上の考え方は、『行政法Ⅲ』でも同じように展開されている¹⁸⁾。さらに、塩野は、『行政法Ⅱ』を『行政法Ⅱ（5版補訂版）』（2013年）まで刊行し、『行政法Ⅲ』を『行政法Ⅲ（4版）』

15) 塩野宏「地方公共団体の地位の覚書き」（塩野宏『国と地方公共団体』（有斐閣、1990年）36～37頁。

16) 塩野宏『行政法Ⅱ』（有斐閣、1991年）204頁註（1）。

17) 塩野宏・前掲注16）209頁。

18) 塩野宏『行政法Ⅲ』（有斐閣、1995年）177頁と179頁。

（2012年）まで刊行しているが、後継書でもほぼ同じ叙述を維持している¹⁹⁾。

その後一時期、行政事件訴訟法の解説の中で、当事者訴訟の項で、また機関訴訟の項でも境界に関する訴えを論じない解説本が出てくるのは、一方における49年最判と雄川一郎、他方における立法者意思と塩野説の対抗があったためなのであろうか。1984（昭和59）年に出された雄川一郎他編『現代行政法大系5 行政争訟Ⅱ』の中で当事者訴訟を担当した鈴木庸夫と機関訴訟を担当した東条武治は、境界に関する訴えについて論じていないのである。鈴木庸夫は、「行訴法は全体として公法上の法律関係に関して、定型的な訴訟類型と非定型的な訴訟類型を区別し、後者を当事者訴訟に配したと考えるのが妥当である。²⁰⁾」としながら、境界に関する訴えなど自治体などが提起する訴えを当事者訴訟の例に挙げていない²¹⁾。一方、同書で客観訴訟を担当した東條武治も、機関訴訟の例として境界に関する訴えを言及していないのである²²⁾。ただし、この本は、境界に関する訴えを論ずる価値は少ないと見て、論述の対象から外したとみることもできる。

境界に関する訴えを機関訴訟として論じ始めるのは、1987年に出された南博方編『条解 行政事件訴訟法』（有斐閣）であろうか。同書で「機関訴訟」を担当した田村浩一は、以下のように、境界に関する訴えを機関訴訟という類型の一つとして考えられるとする説を打ち出している。「地方自治法8条の市町村の境界紛争に関する訴訟（都道府県知事の裁定を不服とし、あるいは、知事が裁定に適しないものとした場合に関係市町村から

19) 塩野宏『行政法Ⅱ（5版補訂版）』（有斐閣、2013年）269頁と277頁、塩野宏『行政法Ⅲ（4版）』（有斐閣、2012年）252頁と256頁。

20) 鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎他編『現代行政法大系5 行政訴訟Ⅱ』（有斐閣、1984年）80頁。

21) ただし、公法契約に関する訴えは当事者訴訟としている（鈴木庸夫・前掲注20）94頁）ことからすると、行政主体が締結するそれについては当事者訴訟と解する余地もあるが、その場合にはかなりの説明が必要と思われるので、割愛した。

22) 東條が機関訴訟として論じているのは、職務執行命令訴訟と地方自治法176条の訴訟である。参照、東條武治「客観訴訟」雄川一郎他編『現代行政法大系5 行政訴訟Ⅱ』（有斐閣、1984年）132頁以下。

出訴)も、市町村の自治権の及ぶ範囲の確定に関する訴訟という意味では、一個の法的人格者の権利利益に関する抗告訴訟ないし公法上の確認訴訟と考えられるが、区域の裁定等は知事に対する国の機関委任事務であり、その行為の是正を求める訴訟という意味では機関訴訟の一種とも考えられよう。²³⁾」この説は、市町村の境界に関する訴えを機関訴訟と看做した最初の説であろう。この説については、市町村の区域の裁定等の事務を機関委任事務ではなく都道府県の自治事務と解すべきと思われ、賛成できない。一方、同書で「当事者訴訟」を担当した確井光明は、実質的当事者訴訟の例として、「実質的当事者訴訟は、権利主体間における訴訟であり、その一方当事者が行政主体であるもの(行政主体と私人との間の訴訟)および行政主体間におけるものが普通である。²⁴⁾」とする。そして、「公法契約に基づく請求」と「行政主体間における費用負担請求」の二つに分けて具体例を整理している。前者については「まず、行政主体間における行政特有の契約について、例えば、契約上の義務の不履行を理由に履行を求める訴えなどは、当事者訴訟として扱われる。」として、具体的な例として、教育事務の委託、地方自治法が定める協議・委託、境界地の道路管理に関する協議、境界に係る二級河川の管理費用分担協議に関する訴えを挙げている²⁵⁾。後者については、「行政主体間における費用負担が行政法規により定められている場合において、その負担を求める訴訟や、過払分返還訴訟は、当事者訴訟として扱われる。」として、河川法63条の都道府県の費用負担や道路法50条の国道の管理費用の負担などを挙げている²⁶⁾。行政主体が提起する訴えを当事者訴訟と理解していることからして、確井は、境界に関する訴えを当事者訴訟の例として挙げていないが、そのように解するのではないかと思われる。そのことは、2009年に出された「公法上の当事者訴訟の動向(1)(2完)」において、以下のように述べていることから

23) 田村浩一「機関訴訟」(南博方編『条解 行政事件訴訟法』(有斐閣、1987年)) 223頁。

24) 確井光明「当事者訴訟」(南博方編『条解 行政事件訴訟法』(有斐閣、1987年)) 168頁。

25) 確井光明・注24) 173頁。

26) 確井光明・注24) 174頁。

も理解される。「行訴法は、民衆訴訟及び機関訴訟を含めている点において、行政不服審査法よりも広く『行政事件』を観念していることは明らかである。」「こうした構造からするならば、行訴法4条の『公法上の法律関係に関する訴訟』には行政主体が原告となる訴訟も含まれることは疑いのないところである。他方、機関訴訟は、『法律上の争訟』に当たらないので、特別の法律の規定により認められている場合に限り許容されることも疑いない。すでに紹介した住民基本台帳ネットワークに関し杉並区が原告となった訴訟は、機関訴訟とされた（略）。機関訴訟である故に不適法とされるものがあることは推測に難くない。」「しかし、『機関相互間の権限の存否又は行使に関する訴訟』とは、本来、同一の行政主体内の『機関相互間』の紛争を想定するものである。同一の行政主体と見ることでできない『行政主体間の法的紛争』は、特別の訴訟制度がないときは、公法上の当事者訴訟又は民事訴訟により解決されるべきものである。前記住民ネットワーク訴訟判決が『法律上の争訟』性を否定したことは正当ではない²⁷⁾」と。

前述した、境界の訴えを機関訴訟とみる田村説を、1991年に出された杉村敏正編『行政救済法2』で「地方公共団体の訴訟」を寄稿した曾和俊文が批判する。「現行法上、地方公共団体が国等の処分を争えることが明文で認められている例としては、①市町村の境界の都道府県知事による裁定に関する不服の訴訟（自治法9条の2）、②長と議会との権限争議に関する訴訟（自治法176条）、③住民の住所の認定をめぐる市町村間の争いに対する自治大臣又は都道府県知事の決定への市町村長の不服の訴訟（住民基本台帳法33条）、④課税権の帰属に等に関する紛争に対する自治大臣又は都道府県知事の決定を争う訴訟（地方税法8条）などがある。もっともこれらの訴訟のすべてが行訴法上の機関訴訟にあたるわけではなく、法律の規定を離れても本来出訴が認められるべきものであることに留意する必要がある。」として、続けて、「まず、①は市町村の廃置分合や境界確定に

27) 碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（二完）」自治研究85巻（2009年）4号16頁～17頁。

関する知事の権限が機関委任事務であるとの前提から機関訴訟とされているようだが、原告は機関ではなく市町村となっており、行訴法の機関概念から外れている。実質的にみれば、ここで争われている市町村の境界は地方公共団体の存立の基礎ともいうべき事項であって、憲法が地方自治を保障している以上、境界をめぐる紛争は自治権にかかわる『法律上の争訟』と考えるべきであろう。」とする²⁸⁾。

これに対し、1995（平成7）年に出された『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（司法研修所）は、境界に関する二つの訴訟を機関訴訟と捉える。「その他、法律に定められた機関訴訟としては、地方税の課税権等に関し地方公共団体の長相互間に意見の相違がある場合にされた自治大臣の裁定の取消しを求める訴訟（地方税法8条）、市町村の境界に関する都道府県知事の裁定を不服として関係市町村が提起する境界に関する裁定取消訴訟（地自法9条8項）、都道府県知事が調停、裁定不適と認めた場合に関係市町村が提起する境界確定訴訟（同条9項）などがある。²⁹⁾」と。なお、2000（平成12）年に出された改訂版にも同じような記載がある³⁰⁾。同書では、機関訴訟を「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいい（行訴法6条）、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができるものとされている（同法42条）³¹⁾」と捉えており、この基準を機関相互間に当てはめると機関訴訟とはいえないのであり、また、行政主体を含めて機関訴訟として解する理由が示されていないのが問題である。

いわゆる自治体の提起する訴えのあるものを機関訴訟と解するいわゆる消極説の理論的な根拠を最初に明らかにしたのは雄川一郎であるが、それを「行政主体と私人の二元論」又は内部外部峻別論で補強したのは、藤田

28) 曾和俊文「地方公共団体の訴訟」（杉村敏正編『行政救済法2』（有斐閣、1991年）301頁。

29) 司法研修所『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（司法研究報告書45輯2号）355頁。

30) 司法研修所『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）375頁。

31) 司法研修所・前掲注29) 354頁、司法研修所・前掲注30) 373頁。

宙靖である。1998年に出された「行政主体相互間の法関係について³²⁾」で、藤田は、行政法において「行政主体と私人との二元論」という思考枠組みを前提として、「行政の内部関係と外部関係の区別」がなされ、それは行政事件訴訟法における抗告訴訟と機関訴訟との区別と一致するとする。そして、①行政主体間の法関係には、「法律による行政の原理」を始めとした行政作用法理は適用されない行政内部の関係であり、②しかし、行政主体が私人と同様に、行政主体から許認可を受け、監督を受ける場合もある、③そして、私人と同じ立場であるかであるかどうかを画する基準として「固有の資格」という概念があるとする、④また、行政主体が私人と同様な立場に立つとしても、その監督行為は、「外部行為」でありかつ「内部行為」の両面をもつことが多いとする、⑤最後に、塩野宏の考えに焦点を当てて、地方公共団体には「自治権」があるとして抗告訴訟の原告適格を認める意見があるが、そのことは抗告訴訟の客観訴訟化を意味するとして賛成できないとする。そして、このような考えは、藤田の行政組織法に関する体系的な教科書である、『行政組織法』の中にも展開されている³³⁾。藤田宙靖の主張は理論的に分かりやすいもので、それなりの根拠を持っているし、納得できる点も多いが、本書で、いままで述べてきたことからすると、市町村等が出訴できることは、田中二郎も境界に関する訴え等で認めたものであったこと、また、とくに「固有の資格」は確かに行政不服審査法や行政手続法では使われているが、行政事件訴訟法には規定されていないものであり、行政事件訴訟法の解釈にそれを持ち出すことには賛成できない。

室井力他編『コンメンタル行政法 行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、2003年）では、当事者訴訟を担当した浜川清は、境界に関する訴えを当事者訴訟として論じていないし、また、地方公共団体の提起する当事者訴訟にも言及していない。一方、同書で機関訴訟を担当した、

32) 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係についてー覚え書きー」（藤田宙靖『行政法の基礎理論 下巻』（有斐閣、2005年）所収）58頁以下。本文の要約は、同書61頁～78頁を纏めたものである。

33) 藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、2005年）45頁～56頁。

白藤博行は、「市町村の境界争論についての都道府県知事の裁定に関する不服の訴訟（自治9条8項）、市町村の境界についての都道府県知事の決定についての不服の訴訟（自治9条の2）——これらのすべてが行訴法上の機関訴訟に該当するかは、議論のあるところである。³⁴⁾」とし、機関訴訟とする田村浩一の見解と「法律上の争訟」であるとする曾和俊文の見解を挙げている³⁵⁾。そして、「国と地方公共団体との関係を対等・並立・協働の法主体関係と観念する1999年地方自治法改正の趣旨と仕組み（自治1条の2・2条10項11項など）を前提とすれば、自治権を『憲法によって直接保護された権利』として解した上で、自治権の実効的保護を図る解釈をすべきである。たとえ1999年地方自治法改正が、国と地方公共団体との紛争処理の仕組みを機関訴訟として制度化してとしても、そのことによって自治権侵害を理由とした抗告訴訟（取消訴訟）がすべて排除される理由はない。地方公共団体の自治権が、制度的保障の枠内で主観法的地位を保障され、または自治権が権利として保障されていると解されるならば、違法な自治権の侵害に対して、地方公共団体の主観法的地位又は権利侵害を理由にした取消訴訟（主観訴訟）は当然に認められるべきである³⁶⁾」と述べている所からして、境界に関する訴えについては機関訴訟として捉えるべきではないとするものであろう。ところが、同年12月に出された南博方、高橋滋編『条解 行政事件訴訟法（2版）』（有斐閣）で、「機関訴訟」を担当した山本隆司は、境界に関する訴えを機関訴訟と解している。山本は、まず、行政事件訴訟法6条の機関訴訟の定めについて「本条のポイントはむしろ、私人と『国又は公共団体』との対比にある。つまり、本條にいう『国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争』は、私人を少なくとも、一方当事者とする、権利利益又は「資格」（5条参照）にかかわる紛争と対比される。したがって、例えば国と地方公共団体のように、別法人（の機関）相互間の訴訟も、本条の『機関

34) 白藤博行「機関訴訟」（室井力他編『コンメンタール行政法 行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、2003年））78頁。

35) 白藤博行・前掲注34) 350頁。

36) 白藤博行・前掲注34) 351頁。

訴訟』に含まれることがあり得る（杉本良吉・解説27頁、雄川・理論465頁）。³⁷⁾とした上で、「『国又は公共団体』（の機関）が他の法主体に対して主張する法的地位は、基本的にすべて、人権的利益として保護されず、その意味では『権限』である（略）。ただ、特定の事業を運営する主体、ないし自己の財産を管理する主体としての『国又は公共団体』（の機関）が、一般の私的主体の場合と共通の法的根拠に基づいて有する義務や権利に関する紛争は、行訴法上の抗告訴訟、当事者訴訟、あるいは民事訴訟の手続で裁断するのが適切である。つまり、機関訴訟の対象となる『権限に関する紛争』には当たらないと解される。このように判別される本条の『権限』は、行審法57条4項、行手法4条1項、地自法245条にいう『固有の資格』と、ほぼ同義と考えられる。³⁸⁾」とする。そして、行政事件訴訟法42条の解説で、山本は、市町村が提起する境界に関する訴えを2つともに機関訴訟として解している。そして、以下のような注記を付けている。「かつては、以上の訴訟は機関訴訟でないと理解されていたことを注記しておく（雄川・争訟法119頁は、地方税法8条の訴訟を抗告訴訟と解していた。「境界争」を当事者訴訟と解していた美濃部達吉・日本行政法上巻（有斐閣・昭11年）も参照。しかし、後の雄川「機関訴訟の法理」雄川・理論431頁以下は機関訴訟とも解し得るとし、杉本・解説27頁は、機関訴訟とする）。」山本の見解には、14年最判の影響を感じとることができる。しかし、以上の見解については、機関訴訟の定義で示された部分は除外して、42条についての注記にとりあえず以下の点は指摘することはできる。一つは、境界に関する訴えについての学説について、田中二郎や塩野宏の見解に触れられていないことである。さらには、杉本が言及しているのは地方税法8条の訴えであり、境界に関する訴えについては機関訴訟として言及していないのである³⁹⁾。境界に関する訴えについては、雄川及び杉本においても前述したことから理解されるように、抗告訴訟あるいは当事者訴訟と

37) 山本隆司「機関訴訟」（南博方、高橋滋編『条解 行政事件訴訟法2版』（有斐閣、2003年）153頁。

38) 山本隆司・前掲注37) 154～155頁。

39) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1962年）27頁、134頁。

理解されていたのである。なお、山本は、南博方、高橋滋編『条解 行政事件訴訟法3版』（有斐閣、2006年）でも、「機関訴訟」と「民衆訴訟と機関訴訟」を担当し、同じような記述をしている⁴⁰⁾が、上記の批判はこれらにも当てはまる。

最近の行政事件訴訟法の解説書の中で、境界に関する訴えを当事者訴訟の例として論じているのは、寺田友子である。「境界確定の訴えについては、通説は、機関訴訟の一つとして解してきた（司法研修所『行政事件の一般的問題に関する実務的研究』355頁、東京地判平18.3.24判時1938-37）。境界確定訴訟とは、地方自治法251条の2による調停、都道府県知事が行う裁定によっても解決が見込まれないときは、司法的手段にしたがって解決することができる（地方自治法9条8・9項）。地方自治法9条8項による知事の裁定を、関係市町村が争う訴訟は裁定を対象とする抗告訴訟である。しかし、関係市町村が9項に基づき境界確定訴訟を提起できる要件としては、（A）知事が調停又は裁定に適しないと認めてその旨の通知をしたとき、あるいは（B）関係市町村が調停又は裁定の申請をした日から90日以内に、(a)調停に付されないとき、(b)調停によって市町村の境界が確定しないとき、または(c)知事の裁定がないときである。9項による訴訟は、訴訟提起の要件として処分が現実に存在しないのであるが、制度としては、裁定等行政庁の処分が介在する建前になっているのであるから、形式的当事者訴訟の一類型として解することができる（成田頼明ほか編『注釈地方自治法』419頁〈成田〉）。私人による境界確定訴訟は、土地の境界を裁判所が創設的に定める形成訴訟と解されている点、自治権の及ぶ範囲を確定する点からして形成訴訟と解することは妥当であろう。⁴¹⁾」と。寺田の意見には、9条9項の境界に関する訴えを当事者訴訟と捉える点では賛成したいのであるが、やはり、処分は現実に介在しないのであるから、形式的当事者訴訟と解することには無理があり賛成できない。

40) 山本隆司「機関訴訟」、「民衆訴訟と機関訴訟」（南博方、高橋滋編『条解 行政事件訴訟法3版』（有斐閣、2006年））182～184頁、713頁。

41) 寺田友子「当事者訴訟」（山村恒年編著『実践判例 行政事件訴訟法』（三協法規出版、2008年））223頁。

また、裁判官を中心とする実務家が執筆した、藤山雅行、村田斉志『行政争訟法（改訂版）』で「国と地方自治体との関係」を執筆した江口とし子裁判官は、14年最判を受けてか、次のように述べて、行政主体の出訴を取消訴訟においては私人の立場と同様な権利侵害の場合に限定する。「伝統的には、『法律上の争訟』とは、憲法32条の『裁判を受ける権利』を受けたものであり、『裁判を受ける権利』が国民の権利である以上、『法律上の争訟』も国民の権利義務に関する紛争であると理解されてきた。このため、抗告訴訟も、私人が国などの行政主体によって権利を侵害されたときの救済手段と位置付けられ、行政主体が原告となって他の行政主体の機関を被告として行政処分取消訴訟を提起することは、国や地方公共団体が私人とまったく同様の立場に立つ場合、例えば、不動産の所有権や事業活動上の地位に基づく権利を侵害されたという場合以外は、許されないと考えられてきた⁴²⁾」と。この説によると、9条8項の境界の訴えを取消訴訟とみることが不可能であろうし、また、9条9項の境界確定訴訟も機関訴訟となる可能性が高いといえよう。この説に対しては、国民の裁判を受ける権利を基礎とすることについて異論はないが、伝統的に、自治体の取消訴訟の出訴権が私人の立場においてしか認められてこなかった、という指摘は、本章の第1節と2節をからすれば、事実ではないことが理解されるであろう⁴³⁾。

本章の最初で述べたように、村上裕章は、境界に関する訴えについて、

42) 江口とし子「国と地方公共団体との関係」（藤山雅行他編『行政争訟（改訂版）』（青林書院、2012年）100頁～101頁。

43) 江口は、また、「本書旧版89頁は、行政主体の訴え提起に積極的な見解を示した。しかのし、最高裁判所が消極説に立つことは明らかであり、少なくとも実務的には決着のついた問題といわざるを得ない。」「この問題は、憲法上の司法権、裁判を受ける権利及び地方自治の本旨の意義や、国と地方公共団体の行政権の関係をどのように考えるかに関わるものであって、判例に反対する多数の学説の見解は、これらに関する新たな考え方に基づくものであり、その論拠には首肯し得る点も少なくない。しかし、判例の考え方は、これらの問題についての伝統的な考え方に基づくものであって（福井・前掲最判解説54頁）、これも筋の通ったものである。」（江口とし子・前掲注42）110頁～111頁）と述べているが、判例の考え方が伝統的な考え方に基づくとはいえないことは、本章の前2節から明らかであろう。

9条8項の裁定又は決定を不服とする訴えを機関訴訟、それと異なる9条9項の境界に関する訴えを当事者訴訟とする説を明らかにしている⁴⁴⁾。

3-2 地方自治法上の境界に関する訴えについての学説

ここでは地方自治法の解説書で展開された境界に関する訴えについての学説をみていくことにしたい。多くの学説は、地方自治法9条8項の知事の裁定を取消す訴えと調停に適しないとして通知したときに提起される同条9項の境界確定の訴えを、立法者の意思を遵守し、抗告訴訟と当事者訴訟と解している。これは、行政事件訴訟法においては当事者訴訟や機関訴訟という大きなカテゴリーの中で議論するため、境界に関する訴えの性質等の問題は位置づけが小さくなるが、地方自治法9条の条文とその訴えを問題とする場合には、まさにその訴えの性質等を問題とせざるえないために9条の学説史が重視されたためと考えられる。しかし、最近の学説では49年最判や14年最判などの最高裁判決の影響を受けてか機関訴訟とみる学説も多くなっている。

最初の学説は、1980年に「境界紛争に関する法制度上の問題点」を著した塩野宏である。立法者意思と同じ考えを述べている。「市町村の境界紛争は二つの異なった方法で裁判所に提起される。一つは、知事の裁定（地方自治法9条）又は決定（地方自治法9条の3）に不服がある場合であり、いま一つは、特段の行政処分を媒介とすることなく、直接境界確定の訴えを提起する場合である。」「このうち、前者については、法文上必ずしも明瞭ではないが、旧制度の下での解釈を前提とするならば、それは知事の裁定又は決定の違法主張してその取消を求める抗告訴訟とみることができるであろう。これに対して、後者は、関係市町村を当事者とする当事者訴訟であることは明らかであるが、確認訴訟とみるべきかどうかの問題がある。ただ、この点については先に指摘したとおり、単なる確認訴訟ではな

44) 村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究4号（2013年）28頁と30頁～31頁。

45) 塩野宏「境界紛争に関する法制度上の問題点」（塩野宏『国と地方公共団体』（有斐閣、1990年））306頁。

く、むしろ、形式的形成訴訟とみるべきであろうと思われる。⁴⁵⁾」塩野の説は、旧制度の美濃部達吉の学説に依拠している⁴⁶⁾ようであるが、立法者意思と同じであるといえよう。当時の学説には、塩野と同じように、立法者意思と同じ説が多い。それは、1985年にいわゆる筑波山の帰属をめぐる提起された境界確定訴訟（9条9項）の控訴審判決の評釈を書いた安達和志にも妥当する。「実際、市町村の境界確定訴訟は、行政事件訴訟法において、いわゆる公法上の法律関係に関する『当事者訴訟』（同法4条）の一種とみなされており（ジュリ262号「研究会・行政事件訴訟法」47頁）、周知のとおり公法上の当事者訴訟の訴訟手続は、対等当事者間の権利関係を争う通常の民事訴訟とほとんど異ならない。したがって、境界確定訴訟の性質も、行政主体法人としての市町村相互の権利関係にかかわる争いとして、基本的には民事上の境界確定訴訟の同質のものとしてよいであろう。⁴⁷⁾」と。安達は、前述したジュリストの座談会を引用して、9条9項の境界確定訴訟を公法上の当事者訴訟と解しているのである⁴⁸⁾。そして、同年に出された、山内一夫他編『注釈 地方自治法』（第一法規）で、9条を担当した、成田頼明も、安達と同様に、9項の訴えを当事者訴訟と捉え、さらに8項の訴えを抗告訴訟としている。「知事の裁定に不服があるときは、関係市町村は、裁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（本条8条）。この訴訟は、一種の抗告訴訟であり、裁定の手続又は内容の違法性を理由とする裁定の無効確認又は取消請求の形をとるべきである。⁴⁹⁾」とし、また、「本項による境界確定の訴えは、知事の裁定に不服ありとして争う訴えと異なり、行政事件訴訟法4条に定

46) 塩野宏・註45) 306頁註(25)。

47) 安達和志「判例評釈」自治研究61巻9号125頁。

48) また、安達は、「この訴訟は『一切の法律上の争訟』（裁3条1項）の裁判をその権限とする裁判所の司法判断事項に当然に含まれているといえることができる。」という結論の理由を「境界確定訴訟の性質も、行政主体法人としての市町村相互の権利関係にかかわる争いとして、基本的には民事上の境界確定訴訟と同質のもの」とすることに求めている。なお、この評釈は行政判例研究会で報告されたものであることから、その内容は研究会の参加者に共有されていたと思われる。

49) 成田頼明「9条」（山内一夫他編『注釈 地方自治法』（第一法規、1985年））308頁。

める当事者訴訟である。このことについては全く異論の余地はないが、その性質が市町村の境界をめぐる確認訴訟なのか、形式的形成訴訟なのか問題である。⁵⁰⁾」と。なお、同書は、2000年に全訂版が出るが、そこでも、9条を成田頼明が担当し、同じ表現で抗告訴訟と当事者訴訟であることを認めている⁵¹⁾。以上の塩野、安達と成田の3名の学説特に成田の解釈が、その後の地方自治法の9条の学説に影響を与えていると解される。

1989年に出された関哲夫『自治体法学全集1 自治体争訟法』（学陽書房）では、関は、地方自治法9条9項の訴えだけを幾分留保を付けながら当事者訴訟と解している。「市町村の境界について争論がある場合において、都道府県知事が調停又は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確定の訴えを提起することができる（9条9項、9条の2第6項）。これらの訴訟は一般に機関訴訟の一種とみられているようであるが、当事者訴訟と考えることもできよう。⁵²⁾」と。ただし、これに続く実務家の説は立法者を意思を尊重した抗告訴訟と当事者訴訟となっている。1990（平成2）年に出された『実務地方自治法講座1 総則』で、「地方公共団体の区域」を担当した、井原好秀は、境界についての知事の裁定を取消す訴えを抗告訴訟と解している。「この場合、裁判所は裁定の適法違法を判定するのみであって、新たな境界の確定判決を行うことはできないと解され、この訴訟の性質は、知事の裁定の違法を主張してその取消しを求める抗告訴訟と見ることができる。⁵³⁾」とする。ただし、もう一方の境界確定の訴えについては、その性質をどのように見るかについて述べていない。そして、井原は、1997（平成9）年に出された『新地方自治法講座1 総則』でも「地方公共団体の区域とその変更」を担当し、前著と同じように裁定を取消す訴えを「抗告訴訟と見る

50) 成田頼明・前掲注49) 310頁。

51) 成田頼明「9条」（成田頼明他編『注釈 地方自治法（全訂）』（第一法規、2000年）418頁、420頁。

52) 関哲夫『自治体法学全集1 自治体争訟法』（学陽書房、1989年）324頁。

53) 井原好秀「地方公共団体の区域」（『実務地方自治法講座1 総則』（ぎょうせい、1990年）86頁。

54) 井原好秀「地方公共団体の区域とその変更」（朝日信夫、松浦正敬編著『新地方自治法講座1 総則』（ぎょうせい、1997年）353頁。

ことができる。」と述べている⁵⁴⁾が、境界確定訴訟についてはその性質に言及していない。さらに、井原は、2003年に出された『最新地方自治法講座① 総則』でも「地方公共団体の区域とその変更」を担当し、知事の裁定を取消す訴えについては、同じように「抗告訴訟と見ることができる」とする⁵⁵⁾が、境界の確定の訴えについては、いままでとは違って「この場合の訴訟の性質は、関係市町村を当事者とする当事者訴訟である。⁵⁶⁾」として、当事者訴訟と見ている。また、1998年に出された『注解法律学全集 地方自治法 I』（青林書院）では、大田和紀は、成田頼明の説を引用し、9条の8項と9項に基づく境界に関する訴えをそれぞれ抗告訴訟と当事者訴訟とみている。8項については「知事の裁定に不服があるときは、関係市町村は、裁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（8項）。この訴訟は、一種の抗告訴訟であり、裁定の手續または内容の違法性を理由とする裁定の無効確認または取消請求の形をとるべきである（成田、注釈308頁）。⁵⁷⁾」とし、そして、9項の訴えについては、「本項の境界確定の訴えは、当事者訴訟であるが、その性質が市町村の境界をめぐる確認訴訟であるか形式的形成訴訟であるかについては、2項の知事の裁定の法的性質をめぐる問題と同一の見解の対立がある（成田・注釈310頁）。⁵⁸⁾」とする。

また、2011年に出された『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール 地方自治法』で、9条を担当した飯島淳子も8項の訴えを抗告訴訟として、9項の訴えを当事者訴訟と捉えている。都道府県知事の裁定に関する不服の訴えについては、「都道府県知事の裁定に不満があるときは、関係市町村は、鑑定書の交付を受けた日から30日以内に地方裁判所に出訴することができる（本条⑧）。これは一種の抗告訴訟であり、裁定の無効確認訴訟

55) 井原好秀「地方公共団体の区域とその変更」（伊藤祐一郎編著『新地方自治法講座1 総則』（ぎょうせい、2003年）245頁。

56) 井原好秀・前掲注54) 246頁。

57) 太田和紀著・園部逸夫監修『注解法律学全集 地方自治法 I』（青林書院、1998年）88頁。

58) 太田和紀・前掲注56) 89頁。

又は取消訴訟の形態をとる。⁵⁹⁾」とし、9項の訴えについては、「この境界確定の訴えは、当事者訴訟（行訴4）である。これが確認訴訟であるのか、それとも、形成訴訟であるのかは、都道府県知事による裁定の法的性質と連動して、基本的な論点となる。⁶⁰⁾」宇賀克也も『地方自治法概説』では、9条9項の訴えを当事者訴訟と解している。「この訴えは、行政事件訴訟法の「当事者訴訟」と解されている。その性格については確認訴訟説が通説であったが、近時は創設的效果を認める形成訴訟説も有力になっている。⁶¹⁾」と。

しかしながら、最近では、最高裁判例の影響を受けてか、地方自治法の教科書、解説書においても、境界に関する訴えを機関訴訟と捉える説が増えてきている。実務家出身の猪野積は、教科書で次のように述べている。

「この境界確定訴訟の性格については、当事者訴訟説と機関訴訟説が対立しているが、自治権という行政管轄の及ぶ範囲に関する訴訟であるので機関訴訟と解するのが妥当である。⁶²⁾」と。また、大浜啓吉編『自治体訴訟』の中で、機関訴訟を担当した嘉藤亮も、理由を示すことなく、境界確定訴訟を機関訴訟の例として挙げている⁶³⁾。

小括

以上、境界に関する訴えについて、最初に行政事件訴訟法の当事者訴訟や機関訴訟というの側面から学説を、次に、地方自治法9条に関する学説から、最近までの学説を検討した。行政事件訴訟法の田中二郎を中心とする立法者は、地方自治法9条8項の知事の裁定の取消を求める訴えを抗告訴訟として、そして、9条9項の境界確定の訴えを当事者訴訟として把握していた。ところが、49年最判が裁定的関与について自治体の出訴を否定

59) 飯島淳子「9条」（村上順、白藤博行、人見剛『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール 地方自治法』（日本評論社、2011年））50頁。

60) 飯島淳子・前掲注58）50頁。

61) 宇賀克也『地方自治法概説（7版）』（有斐閣、2017年）17頁。

62) 猪野積『地方自治法講義（3版）』（第一法規、2015年）38頁。

63) 大浜啓吉編『自治体訴訟』（早稲田大学出版部、2013年）165頁。

したこともあり、地方自治法を機関訴訟とする学説が登場してくる。そして、14年最判が、自治体の公権力の主体としての出訴を「法律上の争訟」でないとし、自治体の出訴を財産権の主体としての出訴に限定したことから、境界に関する訴えを財産権の主体による訴えとみることは難しいことから、二つの境界に関する訴訟は機関訴訟であるという判決が出てくることは予想されていたといえる。そして、東京地裁平成18年3月24日判決が境界に関する訴えを最初に機関訴訟と判示したのである。同判決は次のように述べている。「現に、市町村の境界確定の訴え（地方自治法9条9項）は、地方公共団体が行政権主体として提起する訴えであり、課税権の帰属等に関する訴え（地方税法8条10項等）及び住民の住所の認定に関する訴え（住基法33条4項）は、地方公共団体の長が行政権主体として提起する訴えであり、これらは、いずれも「法律上の争訟」に当たらないものの、裁判所が審判することができるものであって、一般に機関訴訟の一例と解されている。」「そして、これらの訴えが法定されていることからすると、行政事件訴訟法6条にいう機関訴訟は、同一法人の機関相互の紛争のみならず、別法人の機関相互間の紛争や別法人相互間の紛争も含むと解すべきである。⁶⁴⁾」しかし、この判決が立法者の意図の解明を怠っていることは明らかである。また、「機関訴訟は、——別法人相互間の紛争を含む」とする判示については、雄川説や藤田説の影響が感じられる。また、控訴審判決は、1審判決と同じように「法律上の争訟」ではないとして訴えを却下している⁶⁵⁾。しかし、これにも同様な批判が妥当でしょう。

こうした立法者と異なる学説、判例がでてきた理由を考えてみるに、第一の理由として、当事者訴訟の利用が少なく、そのために当事者訴訟についての検討が疎かになったことが挙げられる。これは、立法過程にもあったが、当事者訴訟が民事訴訟と同一視されたことが原因かもしれない。第二の理由は、9条8項の境界に関する訴えが形式的当事者訴訟ではなくなったため、境界訴訟について当事者訴訟との関係を議論する必要性がな

64) 判例時報1938号47頁。

65) 判例自治299号50頁。

くなり、境界訴訟はそれ独自で議論される、すなわち議論が小さくなったためといえる。第三に、境界についての訴えを正常化するために当事者訴訟の導入を求めていた田中二郎が、境界に関する訴えが当事者訴訟ではなく抗告訴訟であるとして位置付けられたことから、それ以後積極的に境界に関する議論に関与することがなくなったため、そのことで境界に関する訴えについて議論は冷えていったのでは、と推察される。

結語

以上、戦前から戦後にかけて、境界に関する訴えについての判例や学説、さらには、当事者訴訟についての学説を分析してきた。その結果、以下のことが確認されると思う。第一に、美濃部達吉や田中二郎の主張や言葉に明らかにされているように、境界に関する訴えを当事者訴訟として捉えることは、境界に関する訴えについて現実に争う当事者（一方の市町村、他方の市町村）を訴訟上の当事者とするために画策されたことであった。そうした構想は、戦前における昭和3年の行政裁判法改正綱領及び昭和7年の行政訴訟法案の当事者訴訟の規定に結実し、それは、戦後、再び行政事件訴訟特例法1条、さらに行政事件訴訟法の当事者訴訟を導入する背景となっていたといえる⁶⁶⁾。第二に、境界に関する訴えは市町村が当事者となるものであるが故に、それを当事者訴訟と看做すことは、市町村の出訴資格を肯定することと関係することになる。そのことは、行政裁判法改正綱領や行政裁判法改正案が市町村の訴えを広く認めていたことに明確に現れていた。こうした改正案が美濃部達吉一人の活躍で成案化したものではなく、やはり行政裁判所裁判官の強い協力が必要であり、当然、その裁判官

66) 本章の1節を発表し、2節を入稿してから、当事者訴訟に関する中川丈久「抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史——学説史の素描」（行政法研究9号（2015年）1頁以下）があることを知った。本章の内容からすれば、当事者訴訟を戦前の学説（美濃部、田中）が導入した切っ掛けが境界に関する訴えを正常化すること、争っている市町村を訴訟の当事者することにあったが、中川の論文にはそうした言及がないのが問題であるといえる。さらに、行特法時代の田中二郎と雄川一郎を同じように捉えることも本章とは異なる。ただし、後者の中川の考えは、私見とは別の所にあり、その意味では問題がないのかもしれない。

たちも同じような考え方を持っていたと考えることができる。そうして、そうした行政裁判所の裁判官たちの考えは戦後の裁判官にも継承されていたようである。それは、熊野啓五郎判事の著作や昭和25年の税法関係行政事件裁判官会同での意見交換にも現れていた。第三に、学説においても、田中二郎は裁判官たちとの意見交換に現れているように、市町村の出訴資格を広く認めていた。第四に、そのことから、戦後直後から昭和49年最判が出るまで、最高裁をはじめ裁判所は、市町村の出訴資格を広く捉えていたといえよう。第五に、行政事件訴訟特例法の制定において、当事者訴訟は1条で「その他公法上の法律関係に関する訴訟」という中途半端な形でしか規定されておらず、この言葉の解釈には統一性がなかった。そして、そのことは行政事件訴訟法の宿題として残されていた。第六に、行政事件訴訟法の制定において、当事者訴訟は明確に規定されたが、しかし、形式的当事者訴訟の一つとみられていた9条8項の境界に関する訴えがそれから切り離されて、別々のものという位置づけを与えられた。この点、田中二郎は不満であったようであるが、これを機に、田中二郎は境界に関する訴えについて言及しなくなる。第七に、行政事件訴訟法の立法者は、9条8項の境界に関する訴えを抗告訴訟、そして9条9項の境界に関する訴えを実質的当事者訴訟と捉えていた。ところが、49年最判の影響を受けて、その前後から境界に関する訴えを機関訴訟と位置付ける学説や判例が登場することになる。そして、14年最判に至り、境界に関する訴えを機関訴訟と位置付ける学説判例が通説化するのである。ただし、地方自治法の解釈については、成田頼明の影響もあり、境界に関する訴えを抗告訴訟と当事者訴訟とみる立法者と同じ解釈が有力説として主張され続けていたが、最近、機関訴訟とする説も強くなっている。