

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(1)

——市町村間訴訟の研究——

小林 博 志

はじめに

市町村や都道府県などの自治体が提起する訴えには様々のものがある¹⁾が、これを自治体が自治体を相手に提起する訴えに限ると、訴訟形態としては、民事訴訟（通常の民事訴訟と国家賠償請求）と行政事件訴訟（取消訴訟、当事者訴訟）を考えることができる。ただし、裁判所法3条の「法律上の争訟」との関係で、現在の最高裁判例²⁾によれば、①公権力の主体として提起する訴え、②私人と同じ立場すなわち財産権の主体として提起する訴えの二つが区別され、前者は「法律上の争訟」に含まれず、法律で個別的に認められない限り訴訟と認められない、とされる³⁾。本稿では、前者に属する訴えである、自治体が提起する境界の訴えに焦点を当てて、その訴えの性格やそれに関する学説、その訴えに類似する自治体間訴訟などを歴史的に検討するものである。

1) 本稿は、市町村が市町村を相手に提起する訴訟を扱うものであり、市町村が国を相手に提起する訴訟を直接検討するものではない。しかし、市町村の訴権という意味では、国に対する訴訟にも関わるものともいえる。

2) 最高裁平成14年7月9日第三小法廷判決、民集56巻6号1134頁。

3) 村上裕章は、国・自治体間訴訟について、①財産権の主体である場合、②機関委任事務におけるように、他の行政主体の下級機関として位置付けられる場合、③行政主体の行為について他の行政主体に対する不服申立てが認められる場合、④その他の場合、の4つに区別する（村上裕章「国・自治体間等争訟」（『現代行政法講座Ⅳ 自治体争訟・情報公開争訟国・自治体間等争訟』（日本評論社、2014年）12頁）。②は行政機関の権限の問題であるし、③は争訟制度に関わる特殊の問題であると考えられる。

というのは、第一に、この訴えがそれほど検討されていない⁴⁾こと、第二に、それが原因なのか、近年の判例や論文などで、自治体の提起する境界に関する訴えを機関訴訟や客観訴訟として位置付けるものが多数を占め、私の意見と異にすると考えるからである。例えば、住基ネット訴訟に対する東京地裁平成18年3月24日判決⁵⁾は次のように述べている。「市町村の境界画定の訴え（地方自治法9条9項）は、地方公共団体が行政権の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の主体として提起する訴えであり、これらは、いずれにしても「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の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。」⁶⁾と。判決文にいう9条9項の境界画定の訴えは、私見によれば当事者訴訟である。また、学説⁷⁾では、境界紛争について知事の裁定や決定について、市町村が提起する訴えを機関訴訟とする学説が多くなっている。私見は裁定や決定を不服と

- 4) 市町村の境界に関する訴訟の問題を扱った論稿としては、塩野宏「境界紛争に関する法制度上の問題点」（（財）地方自治協会『境界紛争とその解決』（昭和55年）56頁以下、塩野宏『国と地方公共団体』（有斐閣、1995年）290頁以下、大場民男「市町村の境界の画定——知事の市町村境界の裁定取消訴訟の性質——」判例地方自治149号97頁がある。
- 5) この判決は、東京都に住基ネットに接続する義務があることの確認を求めて杉並区が提起した訴えについて、これを裁判所法3条の「法律上の争訟」でないとして却下したものである。
- 6) 判時1938号47頁。
- 7) 例えば、「当事者訴訟的な紛争を機関間でやっているという、そんなものもあると思います。例えば、従来でいえば、市町村の境界画定に関する訴訟というような場合です。」常岡孝好（座談会「自治権侵害に対する自治体の出訴資格」（兼子仁、阿部泰隆『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社、2009年）70頁））。嘉藤亮「機関訴訟」大浜啓吉『自治体訴訟』（早稲田大学出版部、2013年）165頁。ただし、嘉藤亮は、機関訴訟に当たらないとする学説にも言及している（同166頁）。また、村上裕章は、「機関訴訟は、国等と地方公共団体相互間の訴訟、地方公共団体相互間の訴訟、地方公共団体の機関相互間の訴訟に分けることができる」（村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究4号（信山社、2013年）22頁）とし、裁定又は決定を不服とする境界に関する訴えを機関訴訟、それ以外の境界に関する訴えを当事者訴訟とする（「客観訴訟と憲法」28頁、30頁～31頁）。
- 8) 同旨、塩野宏「境界に関する法制度上の問題点」『境界紛争とその解決』75頁、同『国と地方公共団体』306頁。

して市町村が提起する境界の訴えを抗告訴訟と解する⁹⁾点で意見を異にする。

本稿は、第一に、市町村が提起する境界に関する訴えについて、その制度が発足した明治21年の市制、町村制から地方自治法の制定、改正など現在の制度に至る、法制度の変化、それに対する学説、判例などを検討し、市町村が提起する境界に関する訴えの性質や意義などを検討する⁹⁾。第二に、その場合、学説において、市町村の提起する訴えを当事者訴訟と位置付けることがなされているが、そのことにも言及する。なお、境界に関する訴えについて、境界を画する基準について実務や判例を分析する¹⁰⁾とか、境界についての判例の傾向を分析するとか、ということも検討すべき課題であると考えが、それは本稿の目的とするところではない。さらに、市町村が提起する境界に関する訴えの性質について、本稿では、それが当事者訴訟又は抗告訴訟なのか、機関訴訟なのかを問題とするが、当事者訴訟とした場合、確認訴訟か形成訴訟のどちらかがさらに問題となる。この問題についても、考察の対象としない¹¹⁾。

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

現行地方自治法には、市町村が提起する境界に関する訴訟について、二

-
- 9) 江口とし子判事は、最高裁が財産権の主体を除いて行政主体間訴訟について消極的な見解をとっているとして、これは「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542頁）これもまた筋の通ったものである。」（『国と地方自治体との関係』『新裁判実務大系25 行政争訟（改訂版）』（青林書院、2012）111頁）と述べているが、本稿は、明治期からの判例学説の展開からこれに異議を唱えるものでもある。
- 10) 市町村の境界についての基準及び実際にあった境界紛争については、（財）地方自治協会『境界紛争とその解決』（昭和55年）に掲載されている、佐藤竺「問題の所在」などの論文を参照されたい。
- 11) 本文で検討するように、美濃部達吉は市町村が提起する境界の訴えを確認訴訟と解するが、これに対して、塩野宏は、現在の民事訴訟における境界確定の訴えが形成訴訟であること、及び干拓によって生じた未所属地の帰属などを考慮して、形成訴訟と主張する（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』66頁～69頁、『国と地方公共団体』297～301頁）。そして、佐藤竺もまた、市町村の確定行為を創設処分とみる（佐藤竺「問題の所在」『境界紛争とその解決』5頁）ことから、塩野と同じ結論となると思われる。

つの型がある。すなわち、一つは、市町村の境界について都道府県知事の裁定や決定が出されそれに不服があり、市町村が裁判所に訴えを提起する型（9条8項、9条の2第4項、9条の3第6項）、と知事の裁定や決定を前提としないで、市町村が提起する境界確定の訴えの型（9条9項本文、9条の3第6項）である。現行の地方自治法の市町村の境界の争いに関する訴え、とくに前者については戦前の市制、町村制にみることができる。その原型はどうかやら明治44年の市制町村制にあるようである¹²⁾。

明治21年の市制町村制（法律第1号）で初めて市町村の境界に関する訴えが登場する。市制町村制の規定は次のようになっていた。

市制5条「市ノ境界ニ関スル争論ハ府県参事会之ヲ裁決ス其府県参事会ノ裁決ニ不服アル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」¹³⁾

町村制5条「町村ノ境界ニ関スル争論ハ郡参事会之ヲ裁決ス其数郡ニ渉リ若クハ市ノ境界ニ渉ルモノハ府県参事会之ヲ裁決ス其郡参事会ノ裁決ニ不服アル者ハ府県参事会ニ訴願シ其府県参事会ノ裁決ニ不服アル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」¹⁴⁾

市と町村の違いは、町村の場合には郡参事会が関与し、その場合には、県参事会への不服申立てができるという不服申立てが二審制になっていたことである。

そして、明治44年の市制町村制の改正により、①「者」ではなく、市町村が当事者として現れ、②境界に争論が有る場合と争論がない場合が区別され、前者は明治21年の規定を踏襲し、③後者については、県知事から参事会の決定を求め、決定について市町村の行政裁判所への訴え、④裁定、決定に対する知事の訴え、⑤県参事会の裁決が裁定となり、⑥さらに、町村も市と同じように、県参事会の裁定だけを求め、そしてそれに不服の場合には、行政裁判所で争うこととなる。また、町村制においては、規定が5条から4条に変わる。なお、市町村が当事者となるのは、後述の明治27年の

12) 地方自治総合研究所編『逐条研究地方自治法Ⅰ 総則—直接請求』206頁以下が、9条の制定史に詳しい。

13) 小早川光郎他編『史料 日本の地方自治1』（学陽書房、1999年）113頁。

14) 小早川光郎他編・前掲書344頁。

行政裁判所の判決が出たためかもしれない。

市制5条「市ノ境界ニ関スル争論ハ府県参事会之ヲ裁定ス其ノ裁定ニ不服アル市町村ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

市ノ境界判明ナラサル場合ニ於テ前項ノ争論ナキトキハ府県知事ハ府県参事会ノ決定ニ付スヘシ其ノ決定ニ不服アル市町村ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得
第一項ノ裁定及前項ノ決定ハ文書ヲ以テ之ヲ為シ其ノ理由ヲ附シ之ヲ関係市町村ニ交付スヘシ

第一項ノ裁定及第二項ノ決定ニ付テハ府県知事ヨリモ訴訟ヲ提起スルコトヲ得」¹⁵⁾

町村制4条「町村ノ境界ニ関スル争論ハ府県参事会之ヲ裁定ス其ノ裁定ニ不服アル町村ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

町村ノ境界判明ナラサル場合ニ於テ前項ノ争論ナキトキハ府県知事ハ府県参事会ノ決定ニ付スヘシ其ノ決定ニ不服アル町村ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得
第一項ノ裁定及前項ノ決定ハ文書ヲ以テ之ヲ為シ其ノ理由ヲ附シ之ヲ関係町村ニ交付スヘシ

第一項ノ裁定及第二項ノ決定ニ付テハ府県知事ヨリモ訴訟ヲ提起スルコトヲ得」¹⁶⁾

しかし、昭和18年の市制及び町村制の改正により、官治体制の強化により¹⁷⁾、府県参事会と行政裁判所の関与がなくなり、もっぱら府県参事会の代わりに知事、行政裁判所の代わりに内務大臣が判断をすることとなったし、また府県の境界に関わる市町村の境界の争いについては、関係知事の協議の制度も設けられた。

市制5条「市ノ境界ニ関スル争論ハ府県知事之ヲ裁定ス其ノ裁定ニ不服アル市町村ハ内務大臣ニ訴願スルコトヲ得

2 市ノ境界判明ナラサル場合ニ於テ前項ノ争論ナキトキハ府県知事ハ之ヲ決定スヘシ其ノ決定ニ不服アル市町村ハ内務大臣ニ訴願スルコトヲ得

3 府県ノ境界ニ涉リテ前二項ノ場合ヲ生シタルトキハ関係アル府県知事ニ於テ協議ノ上之ヲ裁定又ハ決定スヘシ協議調ハサルトキハ内務大臣之ヲ裁定又ハ決定ス

4 前三項ノ裁定及決定ハ文書ヲ以テ之ヲ為シ其ノ理由ヲ附シ之ヲ関係市町村ニ交付スヘシ」¹⁸⁾

15) 小早川光郎他編・前掲書373頁。

16) 小早川光郎他編・前掲書129頁。

17) 地方自治総合研究所編『逐条研究地方自治法 I 総則—直接請求』206頁。また、市町村の監督機関であった県参事会の変化も影響しているようである（入江俊郎、古井喜實『逐条市制町村制提義 上（改訂版）』（良書普及会、昭和19年）75頁）。

18) 入江俊郎、古井喜實『逐条市制町村制提義 上（改訂版）』96頁。

- 町村制5条「町村ノ境界ニ関スル争論ハ府県知事之ヲ裁定ス其ノ裁定ニ不服アル町村ハ内務大臣ニ訴願スルコトヲ得
- 2 町村ノ境界判明ナラサル場合ニ於テ前項ノ争論ナキトキハ府県知事ハ之ヲ決定スヘシ其ノ決定ニ不服アル町村ハ内務大臣ニ訴願スルコトヲ得
 - 3 府県ノ境界ニ涉リテ前二項ノ場合ヲ生シタルトキハ関係アル府県知事ニ於テ協議ノ上之ヲ裁定又ハ決定スヘシ協議調ハサルトキハ内務大臣之ヲ裁定又ハ決定ス
 - 4 前三項ノ裁定及決定ハ文書ヲ以テ之ヲ為シ其ノ理由ヲ附シ之ヲ関係町村ニ交付スヘシ」¹⁹⁾

1-2 行政裁判所の判例と境界に関する訴え

市町村の提起する境界の争いに関する訴えは、明治期に14件、大正期に6件、昭和期に4件の計24件であるが、他に郡長の境界に関する訓令、県参事会の境界変更処分や地籍の決定などについての訴えが6件あり、これを加えると、30件でありかなり多いといえる²⁰⁾²¹⁾。

その中から、主要な判例を紹介してみたい。まず、実務書にこの訴えの性質を明らかにしたとして紹介される、行政裁判所明治27年10月1日判決²²⁾がある。本件は、茨城県北相馬郡小絹村にある飛び地が隣の十和田村に属するとする郡長の出した境界に関する訓令の取消しを小絹村長が提起したものである。原告は茨城県北相馬郡小絹村の村長で、被告は北相馬郡の郡長である。原告は訴えの前に県知事に対して訴願をしているが、これは県知事から却下されている。行政裁判所は、町村制5条が境界に関する争論は郡参事会が裁決するという部分を引用して、本件ではこのような処理、裁決がなされていないので、訴えを却下し、²³⁾次のように判決している。

「本条ハ町村互ニ境界ヲ争フ場合ヲ規定シタルモノニシテ其ノ争論ノ監督

19) 入江俊郎、古井喜實『逐条市制町村制提義 上(改訂版)』96頁

20) 垣見隆禎によれば、明治期8件、大正期に9件、そして、昭和期に3件の合計20件である。参照、垣見隆禎「『行政裁判所判決録』にみる戦前日本の国と自治体」行政社会論集15巻2号52頁～54頁。

21) 和田英夫の整理によると、大正4年までは15件となっている(和田英夫「行政裁判(法体制確立期)」『講座近代法発達史 3』(勁草書房、1958年)131頁)。

22) 行政裁判所判決録11巻97頁(271頁)以下。

23) 行政裁判所判決録11巻98頁。

官庁ト人民トノ間若ハ個人間ニ生シタル場合ニ適用スヘキモノニ非ス其ノ他法律勅令中ニモ行政訴訟ヲ許シタル規定ナキヲ以テ郡長ノ訓令ヲ不当トシ村長ヨリ之カ取消ヲ請求シ得ヘキモノニアラス」²⁴⁾。要するに、①境界に関する訴えは、町村が互いに争うものであり、監督官庁と人民との間とか、個人間の境界の争いに関するものではないこと、②法令中には参事会の決定、裁決を違法として提起するものであり、郡長の訓令を村より取消を求める規定はないので、不適法である、ということであり、①の判示として、この判決は有名なようである²⁵⁾。明治28年11月18日判決²⁶⁾は、長野県令19号により飛び地編入を地籍組替を請求する手続の一貫として境界の訴えを提起したが、行政裁判所はこの請求には町村制5条の境界に関する訴えは提起できないとした。ただ、この訴えの原告は中洲村村長であるが被告が相手方の宮川村村長であることから、被告の間違ひとして処理することもできたと思われる。また、明治35年6月4日判決²⁷⁾は、山梨県南都留郡参事会の境界変更について同郡船津村が異議を申立て却下され、同県参事会に訴願したが、却下されたので、境界の訴えを提起したものであるが。これに対し、行政裁判所は、境界変更処分については町村制5条により訴えを提起することはできないとして、訴えを却下している。明治期の3つの判例について述べたが、この時期において、行政裁判所は、境界に関する訴えについて、被告は本来県参事会又は郡参事会であるが、村又は町を被告とする訴えについて却下しない取扱いをしている。それは、明治25年3月14日判決、明治25年10月15日判決、明治26年12月9日判決、明治27年7月3日判決、明治27年12月28日判決、明治28年11月28日判決、明治29年5

24) 行政裁判所判決録11巻99頁(273頁)以下。

25) 例えば、宇賀田順三は次のように述べている。「訴訟は、市町村互に境界を争ふ場合を規定したものであって、其の争論の監督官庁と人民との間、若しくは個人間に生じた場合に適用すべきものではない(行判明治27・10・1)。即ち境界に関する訴訟の当事者は必ず市町村たるべきものであって、先づその議決機関たる市町村会の議決を経てその執行機関たる市町村長に依って代表せらるべきものである。」(宇賀田順三『新法学全集3巻 地方自治制』(昭和11年、日本評論社)46頁)。

26) 行政裁判所判決録12巻45頁以下。

27) 行政裁判所判決録54巻27頁(51頁)以下。

月9日判決、明治29年12月28日判決、明治32年6月7日判決、明治33年5月11日判決、明治36年3月18日判決及び明治43年6月30日判決である。これは、境界に関する訴えが事実上、境界を争っている市町村が当事者であることから被告を間違い易いこと、また、明治期という行政裁判手続初期で国民はそれに慣れていないということに着目した取扱いなのであろうか。しかし、こうした事実は学説に影響を与えたと思われる。

境界に関する訴えで多いのは、村と村との境界に関する争いである。例えば、明治42年12月18日判決²⁸⁾では、原告青森県中津軽郡相馬村が東目屋村との境界を争い、被告青森県参事会の裁決を争ったものであるが、行政裁判所は、青森県参事会の裁決を大体正しいとしたが、一部を取り消している。行政裁判所昭和8年1月31日判決²⁹⁾は、原告富山県下新川郡小摺戸村が同郡新屋村との境界について、富山県知事が境界が判明しないとして同県参事会の決定に付し、その決定を争ったものである。行政裁判所は、原告が知事が付した手続に対する異議について「境界ニ判明ナラサル場合ニ該当ス」として排除し、境界の事実認定については、原告の提出した証拠図面を「措信し難い」としたり、その主張に理由なしとして、請求を棄却している。

村と村との境界が県と県との境界に関わる場合に、知事からの訴えについて、裁定をした参事会の所属しない県の知事から訴えが提起されるのか、が問題となった事例がある。それは、行政裁判所昭和15年12月26日判決³⁰⁾である。事案は原告たる山形県西置賜郡北小国村と参加人たる新潟県岩船郡女川村の境界に争論が生じ、参加人の女川村から被告新潟県参事会に裁定を申請し、数県に渡る境界について、町村制153条により、内務大臣が新潟県参事会を裁定をなすべき県参事会に指定し、新潟県参事会が裁定を行った。これに対し、原告と山形県知事が訴えを提起したものである。行政裁判所は、新潟県参事会がした裁決について山県知事が訴えを提起する

28) 行政裁判所判決録20輯11巻1600頁以下。

29) 行政裁判所判決録44輯1巻27頁（113頁）以下。

30) 行政裁判所判決録51輯11巻12巻合輯830頁以下。

ことができるとし、それは内務大臣の町村制153条による指定があってもできるとしている。「第4項ノ規定ハ町村境界ノ争論ニ関スル府県参事会ノ裁定ニ対シ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘキ府県知事ヲ如何ナル場合ニ於テモ該裁定ヲ為シタル府県参事会ノ属スル府県ノ知事ニ限ルモノト解スヘキ理由ナキノミナラス数府県ノ境界ニ関係アル町村境界ノ争論ニ関係アル総テノ府県ノ知事カ之ニ関スル裁定ニ対シ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相当トス」³¹⁾。それから、被告の裁定を変更しているが、これは、境界の基準を従来の区域としたためである³²⁾。境界の訴えについて、特徴的なことは参加人または従参加人として境界を現実に原告と争っている市町村が関わっていることである。前述の昭和15年判決などがその例であるが、半数近くの訴えに参加人がいる。参加人ではなく、当事者として関わらせるとというのが、当事者訴訟の発想である。

境界の争いが課税との関係で問題となる事例も多い。明治29年5月9日判決³³⁾は、村と村との境界の争いについて、原告村が公租公課を納めた事実があったとしてもそれは証拠とならないとして、原告と被告との協議により双方が認めた境界によるとして、原告の請求を棄却している。ただ、この判決の見出しは「県参事会裁決不服ノ訴」となっているが、中間判決なのか、原告が手賀村（村長）そして被告も玉川村（村長）となっているのは理解できない。境界の争いが境界に関する訴えではなくて、課税処分に関係して争われるケースもあるので、言及しておく。例えば、大正3年12月25日判決³⁴⁾では、茨城県下那珂川における定置漁業に対する県税漁業税附加税の権限がどの村にあるのか、が問題となった。那珂川が風水害などにより移動したことから、村の境界が変更したのか問題となったのである。すなわち、実質的な変更を受け柳河村から同税を賦課せられた者が、元の茨城郡常盤村が課した県税漁業税附加村税に対して異議を申立て、これに

31) 行政裁判所判決録51輯11=12号854頁。なお、本判例評釈を書いた中谷敬壽は、判旨に賛成している（公法雑誌昭和8巻1号（17年）86頁～88頁）。

32) 行政裁判所判決録51輯11=12号855頁以下。

33) 行政裁判所判決録16巻1頁（197頁）以下。

34) 行政裁判所判決録25輯10巻1738頁。

対して、茨城県知事が河川の中心が村と村との境界であるとして、異議申立てを容認したところ、その裁決の取消しを求めたものである。行政裁判所は、境界変更の手續が取られていないとして、境界は従来通りであるとして、被告知事の裁決を取消し、原告常盤村の課した税を適法と判断している^{35a)}。

境界に関する訴えについての判例を見ると、行政裁判所も真剣に取り組んでいることがわかる。境界について事実認定を慎重に行っているのである。例えば、判決文が200頁に及んでいる例^{35b)}もあるのである。これは、境界についての争いが村と村との所有地等の争いであり、行政裁判所も疎かにできなかったことを現している。また、参加人、判決の拘束力という問題では恰好の素材であったと思われ、学説も無視できなかったと思うのである。

市町村が提起する境界に関する訴えは、市町村の出訴資格に関わる。後に見るように、境界に関する訴えは、抗告訴訟として捉えられているようであり、行政裁判法の改正案では、当事者訴訟の中に位置づけられており、どちらにしても、主観訴訟として市町村の出訴資格に関わるものである。そこで、戦後の学説、裁判所の考え方との関係で、行政裁判所が市町村の行政訴訟の出訴資格をどのように考えていたのか考察することにする。ただし、本稿は、市町村の行政訴訟の出訴資格を主たる検討対象とするものではないので、簡潔にその作業を行うことにする³⁶⁾。

行政裁判所は、公法人とくに市町村に行政訴訟の出訴資格を認めたといえそうである。それは、第一に『行政裁判所50年史』の中の以下の纏めか

35a) 行政裁判所判決録25輯10巻1743頁以下。

35b) 大正9年12月27判決、行政裁判所判決録32輯6巻471～684頁。

36) 戦前における市町村の出訴資格については、別稿で検討する予定である。なお、戦前における自治体の出訴資格を検討したものと、垣見隆禎「明治憲法下の自治体の行政訴訟」行政社会論集14巻2号1頁以下がある。本稿を書くに際して、多くの示唆を受けた。ただ、私は、当事者訴訟についての議論を検討しなければ市町村の出訴資格を検討したことにならないと考えている点で、検討の視点が異なるといえよう。また、本文の記述から理解されるように、垣見の「学説の次元では、自治体が私人と同様に一般法あるいは個別法により権利侵害を理由として出訴し得るかという点については概ね否定的であると考えられる」（「明治憲法下の自治体の行政訴訟」13頁）という結論にも賛成できない。

ら伺うことができよう。「法人が其の名に於て行政訴訟提起の権能を有することに付ては法律の明文があり（裁判法24条2項）、公法人も勿論此の中に包含せられるのであるが（明治34・7・4宣告、34年47卷114頁）、法律が法人たることを明言しない団体に付ても判例は行政訴訟の原告たる適格を認めた場合が多い。」³⁷⁾。引用文にある明治34年7月4日判決³⁸⁾の原告は大阪府河内郡の「池島村」であり、被告は大阪府知事であり、従参加人として、大阪府河内郡三野郷村が加わっている。事案は、大阪府令により、営造物である用水の井堰の変更の工事をするには知事の許可を受けて行うことが規定されていたにもかかわらず、知事の許可の受けずに工事をしたため、違法な工事であるとして、知事から復旧工事を命じられ、その命令の取消を村が求めたものである。なお、従参加人の方から、明治23年法律106号により行政訴訟を提起できるのは個人であり、公法人、町村にはその資格がないとの主張もあった。これに対して、行政裁判所は、「参加人ハ法律百六号ハ公権ト私権ト衝突ノ場合ニ限り個人ヨリ出訴スルヲ得ル規定ニシテ公法人即チ町村ヨリ行政訴訟ヲ提起スルヲ得サルモノノ如ク論ストモ該法律ニハ行政処分ニ依リ権利を毀損セラレタリトスル者云々ト規定シアレハ個人ト法人トヲ問ハス汎ク訴訟ヲ許シタルモノト解釈セサルヘカラス」³⁹⁾とする。このように、行政裁判所は、村の行政訴訟における出訴資格を認めたのである。そして、本案では、訓令の中の「堰版の高さは川底より三尺三寸となすべし」という命令の取消を認めている。この事案は河川に関するものであり、大阪府の命令を実行すれば、村の財政負担がかかるので出訴を認めたものと思われる。また、以後の学説（美濃部達吉、宮沢俊義、田中二郎）も、後述する行政裁判所の二つ又はその中の一つの判例を挙げ、行政裁判所が市町村の行政訴訟の出訴資格を認めたと解していたのである⁴⁰⁾。

37) 『行政裁判所50年史』（昭和16年、内閣印刷局）68頁。なお、この部分を執筆したのは、杉村章三郎又は宮沢俊義のどちらかであろう。

38) 行政裁判所判決録11卷114頁。

39) 行政裁判所判決録11卷126頁。

行政裁判所が市町村に行政訴訟の出訴資格を認めたことのもう一つの証拠は、行政裁判法の改正案にある。すなわち、公共団体の出訴資格を認めた行政裁判所の判例が行政裁判法の改正法案の中に規定されるのである。それは、昭和4年に設置された行政裁判法及訴願法改正委員会（会長 平沼騏一郎）が昭和7年に政府に答申した「行政訴訟法案」⁴⁰⁾の当事者訴訟の規定にもみられるが、直接的には以下の同法案の9条や10条2項に現れている。

- 第9条「左ニ掲グル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ依リ公共団体ガ其ノ公共ノ利益ニ重大ナル侵害ヲ被リ因リテ其ノ権利ヲ毀損セラレタリトスルトキハ公共団体ハ行政訴訟ヲ以テ其ノ処分ヲ取消又ハ変更ヲ請求スルコトヲ得
- 1 水利、土木、建築其ノ他ノ工事又ハ設備ニ関スル件
 - 2 営業其ノ他ノ事業ノ許可ニ関する件」

こういう法案の作成に際して、後述するように、美濃部達吉や田中二郎の影響が大きかったことが明らかであるが、これらの条文については、改正案の作成に関わった行政裁判所の委員とくに窪田静太郎（当時行政裁判所長官）の影響を強く感じざるをえないのである。つまり、窪田や行政裁判所の委員は、行政裁判所が市町村の行政訴訟の出訴資格を認めた判例を

-
- 40) ただし、判例を挙げているのは、美濃部達吉とその弟子たちに限定されてはいる。美濃部達吉は次のように述べていた。すなわち、「法人が其の名を以て出訴しうることは、法律の明らかに認めて居るところで（法24条2項）、それは公法人と私法人とを合わせ含み、公共団体も其の名を以て原告となり得る。殊に判例は市町村が住民公共の利益を保護する権利を有し、行政庁の処分に依り住民全体の公共の利益が侵害せられた場合には、市町村が自己の権利を毀損せられたものとして、其の名を以て出訴し得ることを認めて居る（明治45・7・13、昭和2・11・24）（同『日本行政法 上』（有斐閣、昭和11年）968頁、同旨『行政裁判法』200頁、後者には判例はない。）」。また、宮沢俊義も、次のように述べている。「ここで出訴権を与えられるものは自然人には限られぬ。法人もそれを有する（行裁24条2項）。しかも、私法的な法人のみならず、公共団体もこれを有する（明治45・7・13行966頁、昭和2・11・24行1210頁）」（『行政争訟法』127頁）。また、田中二郎も次のように述べている。「旧判例は、村よりの出訴を認め（明治45・7・13行判966頁）、設立中の法人については、その発起人よりの出訴を認めた（昭和3・7・19行判1092頁）」（『行政争訟の法理』『行政争訟の法理』73頁注2）と。
- 41) この「行政訴訟法案」の審議過程等については、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業——行政裁判法及訴願法改正委員会における行政訴訟法案の起草を中心に——」（甲子園大学紀要36号75頁以下）が詳しい。

梃にして、これらの立案を進め、美濃部はそれを条文化していったのである。この点は後で述べる。行政裁判所が市町村の出訴資格を認めたことは学説にとっても見逃すことのできないものであり、学説の紹介で検討することにする。

1-3 実務書から見た境界の訴えの性質等

それでは、市町村が提起する境界に関する訴えの性質等について、実務書などから検討することにする。

境界に関する訴えについては、前述したように、市町村が提起する訴えと県知事が提起する二つの訴えがある。本稿では、前者の市町村が提起する訴えを検討するものである。境界についての争論が有る場合、県参事会が裁定を行い、争論が無い場合で境界が判明しない場合、県参事会が決定を行い、この裁定又は決定について不服のある市町村が行政裁判所に訴えを提起することができる。この訴えが個人が提起する訴えではないこと、市町村という法人が提起することは、前記の行政裁判所明治27年判決やその後の実務書⁴²⁾でも確認、強調されていた。

市制、町村制では、第一条で、市又は町村「ハ従来ノ区域ニ依ル」、第二条で市又は町村「ハ法人トス官ノ監督ヲ承ケ法令ノ範囲内ニ於テ其ノ公共事務並従来法令又ハ慣例ニ依リ及将来法律勅令ニ依リ」市又は「町村ニ属スル事務ヲ処理ス」及び第8条又は6条で市又は町村「ニ住所ヲ有する者ハ其ノ」市又は町村の「住民トス」というように、地域団体の3つの構成要素である、区域、住民及び自治権を規定している⁴³⁾。境界は区域という市町村の場所的構成要素に関わるものである。そして、市町村の境界が公法的な観念であることも確認されていた。「境界とは、市町村なる公の団体の構成要素としての境界のことであって、市町村有の私法上の土地の境界を意味ではないこと前述の通りである。」⁴⁴⁾。

42) 「尤も茲にいう市町村の訴訟権は個人としての住民からでは無く、法人としての市町村のことであります。」(法制堂編集部『改正版 注釈の市制と町村制』(法制堂、昭和8年)9頁)。

次に、市町村の境界は、当該市町村の自治権の範囲を決定する重要なものであること、そのため、境界について争論があるとか境界が不明な場合には、慎重な手続とくに行政裁判所に対する出訴が認められるというのが、行政実務の考え方であった。境界が重要であることは、村の徴税権が問題となった事案から理解される。慎重な手続とくに行政裁判所への訴えが認められるべきであるという意見は次の引用から理解されよう。「市町村ノ疆域ハ前ニ叙述シタル如ク自治権ヲ行使シ得ル範囲ノ限界セルモノナルヲ以テ其ノ疆域ニ関シテハ他ノ市町村ノ侵害ヲ受ケサルノ権利ヲ有ス若シ此ノ権利ヲ侵害サラレタルトキハ市町村ハ公法上ノ訴訟トシテ行政裁判ニ依リ救済ヲモトムルコトヲ得ヘキモノナリ」⁴³⁾、「市町村の境界は自治権の行はるる地域の限界である。従って之に関する争は慎重の手続きを必要とし先づ府県参事会の之を裁定し、其の裁定に不服ある市町村は行政裁判所に出訴することが出来る。」⁴⁴⁾

そのことから、こうした市制、町村制の訴えを許す法規定がなくとも、

43) 「市町村ハ一ノ公共団体ニシテ国家ト等シク一定ノ疆土ト人民トヲ以テ其ノ構成要素ト為シ且国家ニ依リ付与セラレタル自主権ヲ有ス」(五十嵐鋳三郎、松本角太郎、中村淑人『市制町村制逐条示解 改訂54版』(自治館、大正13年、日本立法資料全集別巻727) 31頁)、「市町村は一定の区域を其の場所的構成要素とし、其の区域の上に住所を有する者(住民)を人的構成要素とし、自治権に依って結合せられた法律上の人格を有する団体(法人)であって、此の区域と住民と、人格及び自治権との三者を市町村存立の不可欠の三要素と考へねばならない」(入江俊郎、古井喜實『逐条 市制町村制提義』(良書普及会、昭和12年)7頁)。ところで、市制、町村制や現行地方自治法では、区域の規定が住民よりも先にあるが、このことを佐藤竺は、「地方公共団体の存立の基礎を、住民ではなくてまずその固有の領土・領海ともいうべき区域に求めているわけである」と批判している(佐藤竺「問題の所在」(『境界紛争とその解決』)3頁)が、この批判は正当であろう。

44) 入江俊郎、古井喜實『逐条 市制町村制提義』100頁。なお、この実務書は、市町村に適用される公法と私法を区別している。「市町村は公法人であるから、其の成立及組織は公法に基き、其の活動に付ても種々の公法が適用される。併しもつばら市町村も亦法人として社会の構成分子の一である以上には、公法人として公法関係に立つと同時に、他面に於ては私人と同様の立場に立つて私法上の行為を為し得ることは勿論である。」(同50頁)。

45) 五十嵐鋳三郎、松本角太郎、中村淑人・前掲書59頁。

46) 扶間茂校、土谷覚太郎著『改正市制町村制解説』(日本行政協会、昭和5年)16頁。

こういう訴訟が認められるのは当然であるという実務書もあった。「市町村ノ境界ニ関スル争論ハ前述ノ如ク其ノ団体ノ権利ノ争タルニ外ナラサルヲ以テ其ノ性質上固ヨリ行政訴訟ヲ提起シ得ヘキモノナル」⁴⁷⁾と。

ところで、もう一つの境界に関する訴えである、府県知事から裁定や決定に対して訴えを提起することの根拠としては、第一に、知事が公益の代表者として訴えを提起することが認められることである。すなわち、府県内における市町村の境界について混乱があれば、知事が訴えを提起してその混乱をなくすのである。「猶、此の裁定に付ては府県知事よりも行政訴訟を提起することが出来る。假令関係市町村に於て右裁定に不服なしとするも、若し裁定の内容が不当なりと認められる場合は、公益の見地から之を捨て置くべきではないから、府県知事は公益の代表者として此の出訴権を認められたのである。」⁴⁸⁾と。もう一つの理由は、こうした規定がないと府県参事会の違法な裁定や決定を正す方法がないことであった。「府県参事会ノ裁定及び決定ニ付テ不服アル市町村ハ行政裁判所ニ出訴シ得ルハ勿論府県知事モ亦其ノ出訴権ヲ有ス府県知事会ノ議決ニシテ違法又ハ不当ナル場合ニ於テハ府県制第八十二条ノ規定ニ依リ府県知事ハ之カ匡正ノ手段ヲ有スト雖茲ニ所謂裁定及決定ナルモノハ同条ニ所謂議決ナルモノニ該当セス従テ同条ニ依リ救済ヲ施シ得ルノ途ナキモノトス故ニ此等ノ裁定及決定ニシテ不当ナルニ拘ラス若シ関係市町村ニ於テ之ヲ争ハサルコトアラシカ其ノ処分不当ノ儘遂ニ確定スルニ至ルヘキヲ以テ此ノ場合ニ於テハ府県知事依リ亦救済ヲ求ムルコトヲ得セシメタルナリ」⁴⁹⁾と。

1-4 境界に関する訴えと学説

学説では、市制、町村制において認められていた「市町村の提起する境界の訴え」はどのように把握されていたのであろうか。学説を検討する前に、戦前の行政裁判制度の要点を整理して、学説を整理する基本的な論点

47) 五十嵐鉦三郎、松本角太郎、中村淑人・前掲書60頁。

48) 入江俊郎、古井喜實『逐条 市制町村制提義』98頁。

49) 五十嵐鉦三郎、松本角太郎、中村淑人・前掲書62頁。

を押さえて置くことにする^{50a)}。

第一に、行政裁判所が行う訴訟は、「行政訴訟」(行政裁判法17条、22条)であり、今日のような抗告訴訟、当事者訴訟という訴訟類型は行政裁判法になかったが、比較法的には、行政訴訟の類型としてそうしたものがあることは学説により認められていた。後に見るように、市町村の提起する境界に関する訴えで問題となるのは、当事者訴訟である。第二に、しかも、「行政訴訟」は「行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリスル者」(明治23年法律106号)が提起するものであった。すなわち、行政訴訟は行政庁の処分を攻撃する抗告訴訟であったと解される。したがって、市町村が提起する境界に関する訴えをこれに該当させることが検討されることになる。第三に、さらに、行政訴訟を提起する事前手続としての裁定、決定又は裁決などが行われるが、裁定や決定をどのように位置づけるのか、も問題となる。とりわけ、市町村が提起する境界の訴えについては、県参事会による裁定又は決定という手続があった。第四に、行政訴訟や裁決などの手続などをどのように整理するのか、とくに、それを“行政争訟法”として整理するのか、“行政救済法”として整理するのか、も問題となる。さらに、市町村の出訴範囲も当事者訴訟との関係で問題となるし、個別法すなわち市制、町村制の規定で認められた訴えと明治23年の法律106号の要件を充足する訴え、一般法による訴えとの違いなども問題となる。市町村の提起する境界の訴えは、後に見るように、学説の中でかなり意識的に引用

50a) なお、戦前の行政裁判に関する学説を整理した業績として、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」『公法の理論下Ⅱ』(昭和52年、有斐閣) 2193頁以下がある。これは、戦後の行政訴訟の制度改革時に問題となった行政裁判所廃止論の背景を探るために、戦前における行政訴訟に関する学説を整理したものである。高柳の整理によれば、例えば、「行政裁判の目的論」のレベルでは、①個人的公権否認論、行政裁判監督論(穂積八束)、②個人的公権肯定論、行政裁判=行政監督論(美濃部達吉)、③行政裁判=行政救済制論(織田萬、佐々木惣一)の3つに分類できる。この点、宮崎良夫は、①②は高柳と同じであるが、③を上杉慎吉、織田萬、佐々木惣一とする。参照、宮崎良夫「行政訴訟制度と行政法学」宮崎良夫『行政争訟と行政法学』(弘文堂、平成3年) 22頁～27頁。本文で、「行政争訟法」と論ずる美濃部、宮沢、「行政救済法」と論ずる佐々木、渡辺の違いは、ほぼ②と③の区別と重なると思われる。

されている訴えでもある。

最初に取り上げるのは京都学派を代表する織田萬である。織田は、明治28年に出された『増訂 日本行政法論』で、“行政訴訟^{50b)}”の中で行政裁判を次のように定義する。「行政裁判トハ行政法上ノ権利ヲ保護シ又ハ行政法規ノ実行ヲ強制スルカ為メニ行政処分ノ取消又ハ変更ヲ請求スル訴訟ニ対シテ為ス裁判ナリ」⁵¹⁾と。そして、行政裁判の目的である権利の保護などについて次のように述べている。「例ヘバ租税ノ負担、公民権ノ有無、市町村境界ノ紛議等凡ソ行政訴訟ノ提起ヲ許シタル場合ノ裁判ハ大抵第一ノ目的ニ属シ市参事会町村長ト市町村会トノ間ノ紛議ノ如キ又ハ市町村長郡長等ノ懲戒ニ対シテ不服ナル場合ニ行政裁判ヲ提起スルコトヲ許セルカ如キハ皆或ル特定ノ保護スヘキ権利アルニ非スシテ唯公共ノ利益ノ為ニ法規ノ実行ヲ強制スルニ過キササルナリ」と。この文章から理解されるように、織田は、市町村が提起する境界の訴えを市町村の権利保護を目的とする訴えと捉えているのである。しかし、市町村すなわち公共団体が境界の訴えのような個別法の規定がない場合に行政訴訟を提起することについてはかなり否定的である。「法律の指定セル場合ノ外ハ公法上ノ法人ハ行政訴訟ノ訴権ヲ有セスト解釈シテ大差ナカラムカ」⁵²⁾と。市町村の訴えは、境界の訴えや強制予算処分に対する訴えに限定されるというのである⁵³⁾。その理由として、以下が述べられていた。「公法上ノ法人タル地方団体又ハ公共組合ハ皆国家ノ監督ノ下ニ於テ其ノ行政ヲ施為スルモノナルヲ以テ若シ監督官庁ノ処分ニ対シテ毎事訴訟ヲ提起スルコトヲ得トセハ行政ノ敏活ハ

50b) 織田萬『増訂 日本行政法論』(有斐閣、明治28年)930頁。織田は、訴願については独自の章を設けず、行政監督では行政監督の一つの方法として説明し(同97頁以下)、“行政訴訟”の中では「行政訴訟ト訴願トノ差異及關係」で叙述する(同995頁以下)に止まっている。従って、織田には訴願をどのように位置づけるのかが課題として残っていた。

51) 織田萬『増訂 日本行政法論』941頁。

52) 織田萬『増訂 日本行政法論』951頁。ただ、織田は、「監督官庁ノ処分カ違法ナルト之ニ依リテ公法上ノ法人カ法律上ニ共有セル権利ヲ毀損セラレタルトノニ条件ヲ具フルヲ以テ足レリ」(織田萬『増訂 日本行政法論』951頁)という場合の留保が、「大差ナカラムカ」という言葉の意味であり、これをどのように捉えるべきかという問題があるように思える。

53) 織田萬『増訂 日本行政法論』950頁。

得テ之ヲ求ムルヘカラス」⁵⁴⁾。

大正7年に出された論文「行政裁判ノ観念」でも、『増訂 日本行政法論』の枠組みは維持されている。ただ、織田は、行政裁判を主観的裁判として議論を進めている。「行政裁判ヲ以テ行政監督ノ目的ノ為メニ存スルモノトシ以テ其ノ性質ヲ説了セリト思惟スルハ誤マレリ且夫レ行政裁判カ単ニ法規ヲ維持スルニ止ラス寧ロ原則トシテ私人ノ国家ニ対スル権利ヲ確保スルモノナルコト換言スレハ其主観的裁判タルニ重キヲ置クコト」⁵⁵⁾。その理由を、①明治憲法と明治23年法律106号の明文と②法治国家に求めている。これに対して、織田萬は、公共団体が財産権の主体としてではなく公共団体として国家に対する場合には、国家監督の関係であり、その裁判は法規の維持を目的とするとする。「其公共団体トシテ国家ニ対スル場合ハ主トシテ行政監督ノ関係ニ於テ之ヲ見ル我国法ニ於テモ公共団体カ特定ノ場合ニ監督官庁ノ行為ニ対シテ行政裁判ヲ請求シ得ルコトヲ認ム（例ヘハ強制予算又ハ市町村吏員ノ職務代執行ノ処分ニ対シテ市町村ガ市制163条町村14条ニ依リ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルカ如キ）而シテ此場合ノ裁判ハ公共団体ノ自治権ニ対スル侵害ヲ救済スルノ趣旨ヲ以テ為ササルモノトスルコトヲ得サルニ非サレトモ寧ロ法規ノ実行ヲ維持スルノ趣旨ヲ以テナサルモノト観ルヲ穩当トス」⁵⁶⁾そして、国家と公共団体との関係と異なり、市町村が提起する境界の訴えを含めた、公共団体相互間⁵⁷⁾及び私人相互の間の公法事件については、「直接ニ行政訴訟ヲ提起セシメス先ツ地方行政庁ニ訴願ノ裁決又ハ其他ノ行政裁決ヲ申請セシメ其ノ裁決ニ不服アル場合ニ始メテ行政裁判ヲ請求スルコトヲ得シム」⁵⁸⁾と。この場合、織

54) 織田萬『増訂 日本行政法論』950～951頁。

55) 織田萬「行政裁判ノ観念」京都法学会雑誌13巻6号6頁。

56) 織田萬・前掲論文13～14頁。また、織田は、公権との関係で次のように述べている。「汎ク公権ト称スルトキハ国家ノ私人ニ対スル権利ヲモ含ムコトヲ得レトモ行政裁判ノ問題ニ関シテ考察スヘキハ専ラ私人ノ公権ニ限ル本論ニ於テ公権ト云フハ即チ此意ヲ以テ云フモノト知ルヘシ」（同13頁注9）。

57) ただし、織田は、公共団体相互間について、上級下級の関係と対等の関係に区別し、境界に関する訴えは対等の関係にあるものとされる。

58) 織田萬・前掲論文14頁。

田は、ドイツ諸国の例にし、当事者訴訟として提起する制度もあるが、我が国では、行政裁判法25条により行政訴訟の被告は「行政庁」であるため当事者訴訟を認めることはできないとする⁵⁹⁾。織田が、国家と公共団体との関係と、公共団体相互間の関係を区別するのは、「公共団体ハ国家ノ受権ニ依リ」⁶⁰⁾ということから推測されるように、公共団体の権限又は権利が国家から授権されたものであることにあるようである。このように、織田の主張は、明治憲法61条、明治23年法律106号、行政裁判法などの実定法の範囲内で解釈を行ったものであり、法実証的傾向の強いものであるといえよう。

美濃部達吉の“行政争訟法”は、どうやら大正8年の『日本行政法 総論 (大正8年新稿)』(有斐閣)で、その骨格が完成するようである⁶¹⁾。すなわち、美濃部は、“行政上の争訟”の中で、訴願、行政訴訟及び行政に関する司法裁判所の権限を論じている。まず、行政上の争訟を始審の争訟と覆審の争訟に区別し、前者を「行政行為ノ前提条件タルモノニシテ、其ノ争訟ヲ経ルニ依リテ始メテ行政処分ガ行ハルルモノ」といい、後者を「既に行ハレタル行政行為ニ付其ノ再審査ヲ為サシムルガ為ニスル」ものと定義し⁶²⁾、始審の争訟の例として、県参事会が行う市町村の境界の争いの裁定、土地収用審査会の裁決や漁業権に関する争いの裁決等を挙げている⁶³⁾。そして、これらの場合には、「法律ハ概ネ抗告、訴願、訴訟等ノ手段ニ依リ更ニ覆審ヲ求ムルコトヲ得シムルヲ通常トス」⁶⁴⁾と述べている。そして、

59) 織田萬・前掲論文15頁注11。織田は、行政裁判法25条の「被告ノ行政庁其他ノ被告」の「其他ノ被告」は誤りであるという。

60) 織田萬・前掲論文13頁。

61) それは、大正8年の『日本行政法 総論』改版の序の中の「全く新なる著述」であるという言葉に現わされている。すなわち、例えば、旧版である明治44年の『日本行政法 総論』では、“不法行政に対する救済”の中で行政訴訟や訴願を論述しており、また、それも、外国法の紹介が多く体系的ではない。それは、県参事会の「裁定」を受け入れるものがないことに現れている。「争訟」との命名は、裁定や訴願などを考慮したものであろう。

62) 美濃部達吉『日本行政法 総論 (大正8年新稿)』516頁。

63) 美濃部達吉『日本行政法 総論 (大正8年新稿)』517頁。

64) 美濃部達吉『日本行政法 総論 (大正8年新稿)』518頁。

「我が国法ニ於ケル行政訴訟ハ常ニ覆審の訴訟ナリ」⁶⁵⁾として行政訴訟を覆審的争訟として位置づけ、行政訴訟には、①明治23年の法律106号に列挙された事件、と②特別の法律勅令により出訴を許された事件の二つがあるとして、後者の例として市町村が提起する境界に関する訴えや土地収用審査会の裁決を争う訴えなどを列挙している⁶⁶⁾。後に、美濃部は、市町村が提起する訴えを当事者訴訟として位置づけるが、この時点では、本来当事者訴訟とすべきものを抗告訴訟としているという問題点の指摘に止まっている。すなわち、「[「ザクセン」及ビ「ウェルテンベルク」ノ国法ニ於テハ行政訴訟ニ抗告的訴訟(略)ト当事者訴訟(略)トノ二種ヲ區別シ、各其ノ規定ヲ異ニス。抗告的訴訟ハ行政庁ノ処分ヲ違法ナリトスル訴訟ニシテ、当事者訴訟ハ対等ナル個人又ハ団体相互ノ間ニ於ケル公法上ノ権利ノ争ニ付行政訴訟手續ヲ以テ其ノ裁決ヲ求ムルモノナリ。我が国法ハ唯抗告的訴訟ヲ認ムルノミ、当事者訴訟ニ相当スベキモノニ付テモ当事者ノ一方ガ他ノ一方ヲ被告トシテ出訴シ得ベキニ非ズシテ、先ヅ其ノ争議ニ付行政庁ノ裁決ヲ請ハシメ、其ノ裁決ニ対シ裁決庁ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スベキモノト為セルナリ。】⁶⁷⁾そして、当事者訴訟の一つが境界に関する訴えであることは容易に推測できるのである。ただし、市町村が提起する境界に関する訴えを、確認訴訟と位置付けている。すなわち、「確認訴訟対シテハ行政裁判所ハ或ハ単ニ行政行為ヲ違法ナリトシテ之ヲ取消スニ止マルコトアリ、或ハ之ヲ取消スト共ニ之ニ代ハルベキ決定ヲ与フルコトアリ。後ノ場合ハ例ヘバ、甲ノ当選ヲ取消シテ乙ヲ当選人ナリト決定シ、市町村境界争ノ裁決ヲ取消シテ新ニ境界ヲ査定シ、所得金額ノ決定ヲ改メ、土地ノ官民有区分ノ査定ヲ変更スルノ類ナリ。】⁶⁸⁾ところで、美濃部において、「行政訴訟ハ権利ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ民事訴訟ガ私権ノ

65) 美濃部達吉『日本行政法 総論(大正8年新稿)』562頁。

66) 美濃部達吉『日本行政法 総論(大正8年新稿)』550頁～559頁。ただ、美濃部は、特別の法律勅令により行政訴訟とされた事件を、「地方団体其ノ他ノ公法人ノ権利又ハ其ノ内部ノ事項ニ関スルモノ」と「警察処分、財政処分、設権行為等ニ依リ違法ニ権利ヲ傷害セラレタル場合」に區別して、市町村の境界に関する訴えを前者に入れて(同556頁～559頁)。この區別はそれほど意味を持つものではない。

保護ヲ目的トスルニ対シ行政訴訟ハ公権ノ保護ヲ其ノ主タル目的トス」⁶⁹⁾るものであり、「行政訴訟ニ依リテ保護セラルル権利ハ或ハ一人ノ権利ナルコトアリ、或ハ官吏、公吏其ノ他公法上ノ特別権力関係ニ服従スル者ノ権利ナルコトアリ、或ハ公法人ノ権利ナルコトアリ」⁷⁰⁾とする。美濃部において、市町村である公法人、しかも公共団体は、私人と同じような地位、権利主体にあるものと把握されていたのである。すなわち、「其ノ公法人ニ関スルモノハ主トシテ公法人ニ対スル監督権ノ作用ガ違法ニ行ハレタルニ由リ其ノ自治権を侵害スル場合はナリ。」⁷¹⁾と。

次に昭和4年の『行政裁判法』（千倉書房）では、憲法61条が行政訴訟を「行政処分ニ由リ権利ヲ傷害セラルタルトスルノ訴訟」に定義していることは定義として狭く不当であるとして攻撃し⁷²⁾、その結果、行政訴訟を「権利毀損による抗告訴訟」とその他の訴訟に区別し⁷³⁾、後者として、①

67) 美濃部達吉『日本行政法 総論（大正8年新稿）』562～563頁注。当事者の項でも、次のように述べている。すなわち、「民事訴訟ニ於ケルガ如キ意義ニ於テ双方ノ当事者ガ相対立シテ権利ヲ争フハ行政訴訟ニ於テハ唯所謂当事者訴訟ニ於テノミ之ヲ見ルヲ得ベク、而シテ当事者訴訟ハ我が国法ノ認メザル所ナルヲ以テ我が国法ニ於ケル行政訴訟ハ総テ真正の意義ニ於テノ訴訟当事者ノ相対立スルモノニ非ス。」

（同582頁）ただし、境界に関する訴えを当事者訴訟にすべきという発想は、明治44年の『日本行政法 総論』にもあったと推測される。というのは、同書の「従参加人」の説明の中で、「従参加ノ必要ヲ示スヘキニ例ヲ挙クレハ甲村ト乙村トノ境界争論カ行政訴訟ノ目的トナリタリトシ、甲村村長原告トナリ最終ノ裁決ヲ為シタル県参事会ヲ被告トシテ訴えヲ起シタリトセハ、乙村ノ村長モ亦従参加人トシテ参加セシムル必要アリ。」（864頁）とされ、「判決の拘束力」の説明でも「例ヘハ甲乙両村間ニ境界ノ争論アリ、甲村カ原告トシテ最終ノ裁決ヲ為シタル県参事会ヲ被告トシテ出訴シ、判決ヲ受ケタリトセハ、其ノ判決ハ乙村ヲモ拘束スルハ勿論凡テノ行政庁モ亦之ヲ以テ確定ノモノトシテ承認スルコトヲ要スルナリ」（884頁）と述べているからである。なお、参加人や拘束力の説明について市町村の境界に関する争いを引用することは、後の版でも行われている。

68) 美濃部達吉『日本行政法 総論（大正8年新稿）』567頁。なお、確認訴訟の外に、給付訴訟と創設訴訟の区別を認めている。

69) 美濃部達吉『日本行政法 総論（大正8年新稿）』572頁。

70) 美濃部達吉『日本行政法 総論（大正8年新稿）』572頁。

71) 美濃部達吉『日本行政法 総論（大正8年新稿）』572頁～573頁。

72) 美濃部達吉『行政裁判法』12頁以下。

73) 美濃部達吉『行政裁判法』97頁～98頁。

訴願裁決に対する不服の訴訟、②選挙に関する訴訟、③当事者訴訟、④機関争議、⑤先決問題の訴訟に区別している⁷⁴⁾。そして、美濃部は、当事者訴訟を以下のように定義している。すなわち、「それは或は民事裁判と同様に、対等なる当事者相互の間の権利の争いを判断する作用である場合もある。例へば、二の町村の間の境界争の如きはそれで、この場合はその性質が最も能く民事訴訟に類似しており、斯ういう訴訟を普通に行政訴訟中の当事者訴訟と称している。」⁷⁵⁾しかし、美濃部は、市町村が境界に関して提起する訴えを形式的には、すなわち現行法上では抗告訴訟と捉えている。すなわち、「民事訴訟の如く当事者の一方から相手方を被告として行政訴訟を起こすことは、現行法の全く認めないところで、此の如き場合にも当事者の一方から先ず行政庁の裁決を求むることを得せしめ、而して其の裁決に不服ある者から、其の裁決を為した行政庁を被告として行政訴訟を提起しうるものとして居る。即ち形式上においては、それは当事者訴訟ではなくして、他の行政訴訟と同様の抗告訴訟であり、行政庁の裁決を違法なりとして之に抗告するものに外ならぬのである。」⁷⁶⁾しかし、美濃部は、市町村の境界に関する訴えは実質的には当事者訴訟であると解し、当事者訴訟を確認訴訟と形成訴訟に区分して、市町村の境界の訴えを前者の確認訴訟として理解している⁷⁷⁾。そして、美濃部は、当事者訴訟たる確認訴訟として、「市町村の境界に関する争」、「行政区画の境界に係る道路の費用負担に関する争」及び「漁業権に関する争」を挙げ⁷⁸⁾、「形式上は裁決に対する不服の訴えとせられて居るけれども、実質上は当事者双方の間に権利範囲の争いがあり、裁判に依って争いの解決を求めんとするのであって、性質上の当事者訴訟に外ならぬ」⁷⁹⁾としている。このように、美

74) 美濃部達吉『行政裁判法』170頁～171頁。

75) 美濃部達吉『行政裁判法』7頁。同182頁も参照されたい。

76) 美濃部達吉『行政裁判法』182頁。

77) 雄川一郎『法律学全集9 行政争訟法』（有斐閣、昭和32年）107頁、塩野宏「境界紛争に関する法制度上の問題点」『国と地方公共団体』306頁注6。

78) 美濃部達吉『行政裁判法』181頁～187頁。碓井光明「当事者訴訟」（南博方編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、昭和62年）144頁。

濃部は、当事者訴訟という訴訟類型を当時の制度が抗告訴訟であるにも関わらず認めているが、そのことは、他の行政法学説と際立った相違を持っていたといえよう。そして、当事者訴訟の例として、市町村が提起する境界の訴えが挙げられるのである⁸⁰⁾。これは、昭和3年の行政裁判法の改正綱領の影響とみることが出来る。それは、『行政裁判法』の附録として同改正綱領と美濃部の解説が掲載されていることから理解されるのである。ところで、市町村は公共団体として国の監督権に服するが、これが違法である場合、行政訴訟が許されるのかが問題となる。美濃部は、個別法の説明として、「公共団体に対する監督権の違法の行使に対し、法律は一般には行政訴訟の提起を許さず、唯上級庁に対し訴願し得ることが認められて居るに止まるのを通常とする。其の行政訴訟の目的たり得べきものとせられて居るものも、多くは公共団体の機関より出訴すべきものとせられて居って、それは第3節に述ぶる所の機関争議に属する。公共団体自身の名義を以て、団体の権利を毀損せられたりとして出訴し得べきものとせられて居るのは、自分の気付いた限りでは、唯左の数件に止まる。」⁸¹⁾として、河川法、道路法、都市計画法上の訴えを挙げている。これは個別法の状況を説明したというものであろう。そして、一般法との関係では、「権利を毀

79) 美濃部達吉・前掲書184頁。なお、行政事件訴訟法4条は形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟の二つを規定すると説明されるが、前者の「形式的当事者訴訟」という名称は、雄川一郎が最初に使用したものである(確井光明・前掲論文148頁。座談会における「私は形式的当事者訴訟という名前をかりにつけています。実質的には行政処分、即ち買収処分あるいは収用委員会の裁決の内容を争うのだと思うが、ただ形式上は、行政処分の取消変更ではなくて原被告相対立して金額の点を争うという意味で、形式的当事者訴訟と呼ぶことができると思います。」という発言に明確に現れている(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)21頁)。私は、雄川一郎の「形式当事者訴訟」という命名は美濃部の本文のこの言葉をヒントにしたものであると推測する。

80) 「行政裁判の観念」でも、「それは或は民事裁判と同様に、対等なる当事者相互の間の権利の争を判断する作用である場合も有る。例へば二の市町村の間の境界争の如きがそれで、此の場合はその性質が最も能く民事訴訟に類似しており、斯ういう訴訟を普通に行政訴訟中当事者訴訟と称して居る。」(美濃部達吉『行政裁判法』7頁)。

81) 美濃部達吉『行政裁判法』128頁。

損せられたりと主張し得る者には、一個人の外法人も有る。行政裁判法24条2項には「法律ニ依リ法人ト認メラレタル者ハ其ノ名ヲ以テ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得」と言明シテ居る。それは公法人と私法人との双方に通ずる原則で、公共団体も亦公共団体の名を以て原告となることが出来る。」⁸²⁾と述べている。問題となる権利の毀損の内容について説明はない。

美濃部の市町村の境界に関する訴えを当事者訴訟と解する考え方は、以後の著作においても維持されている。美濃部達吉の昭和11年の『日本行政法 上』（有斐閣）で、“行政争訟法”の中で、行政争訟を①裁決の申請、②訴願、③行政訴訟、④形式上の民事訴訟又は刑事訴訟の4つに区別し⁸³⁾、さらに、行政訴訟を、ア抗告訴訟、イ機関争議、ウ民衆的訴訟、エ当事者訴訟、オ民事訴訟の先決問題の訴訟の5つに区別している⁸⁴⁾。当事者訴訟を「我が国の行政裁判所は形式上には当事者訴訟を認めず、性質上二つの権利主体相互の間に公法上の法律関係につき争ある場合でも、先ず行政庁の裁決を申請せしめ、其の裁決に対する抗告訴訟の形式を以って、行政裁判所に出訴することも得せしめて居る。即ち形式上は等しく抗告訴訟として取り扱われるのであるが、併し実質上から謂ふと、この場合は民事訴訟と同様に当事者双方の間の法律関係を争いの目的とするもので、即ち当事者訴訟の性質を有するものである。」⁸⁵⁾として、当事者訴訟を確認訴訟と形成訴訟に区別し、前者の例として、①二市町村の境界の争い、②府県会議員の被選挙権の有無、③市町村会議員の被選挙権の有無、④漁業権の争い、⑤市町村住民の財産又は营造物使用权の争いの5つを、後者の例として、ア土地の収用又は使用に関する裁決に関する争い、イ鉱業実施権又は鉱区掘進権の設定に関する裁決に関する争い、ウ砂鉱区と鉱区の重複に関

82) 美濃部達吉『行政裁判法』200頁。

83) 美濃部達吉『日本行政法 上』（昭和11年）794頁。

84) 美濃部達吉『日本行政法 上』（昭和11年）892頁～894頁。

85) 美濃部達吉『日本行政法 上』（昭和11年）916頁。美濃部達吉は、行政訴訟を、①権利毀損を要件とする抗告訴訟、特別法で認められた行政訴訟として、②機関争議と③民衆訴訟、④当事者訴訟、⑤先決問題の訴訟、の5つに区別している（『日本行政法 上』（昭和11年）892頁～894頁）。②と③は、覆審的訴訟ということで抗告訴訟と解するのであるが、これは現在では受け入れられないものである。

する裁決に関する争いを挙げている⁸⁶⁾。また、境界に関する訴えを当事者訴訟と解する考え方は、参加人の箇所にも見られる。「行政訴訟は処分又は裁決を為した行政庁を被告と為すのであるが、被告たる行政庁は必ずしも眞の争いの相手方ではなく、眞に争いの相手方として其の裁判に直接の利益関係を有し判決の効果を受くる者は却って第三者であることが多い。当事者訴訟に於ける相手方（例、土地収用裁決に対する行政訴訟に於ける収用者又は被収用者、町村境界の訴訟における町村）は勿論」⁸⁷⁾と。美濃部によれば、境界に関する争いなどの争いの眞実の相手方は境界を争っている二つの市町村であるのに、一方の市町村と県参事会が争う抗告訴訟は争いの実態を反映していないので、二つの市町村が争う当事者訴訟にせよというのである。ところで、市町村は、市制及び町村制という個別法により境界に関して紛争がある場合に県参事会が出した裁定や決定に対して出訴できるが、それ以外に市町村は行政訴訟を提起できるのか、市町村が国の監督権に服しているのか、その関係で出訴範囲が問題となる。まず、美濃部は、国家と公共団体との関係を特別監督関係として、以下のように述べている。「特別権力関係が成立すれば、其の権力の範囲内に於いて権力者は包括的な下命権を有するもので、其の下命は既存の権利の行使であり、新たなる法を定むるものではないから、特別権力関係に基づく権力者の為す命令は、仮令一般的な基準の定め方を為すものであっても、立法行為ではなく行政行為の性質を有する。其の命令は其の基づく公法的性質を有するものであるからそれ自身亦当然公法的の行為であり、民事訴訟を以って争ひ得ないことは勿論、法律は多くの場合に行政訴訟をも許して居らぬ。それは権力関係に於いて服従者をして訴訟に依り其の命令を争ふことを得せしむることを、権力関係の秩序を紊る虞があるとする思想に基づいて居るものである。」⁸⁸⁾と。これは、実定法の状況を説明をした部分であり、

86) 美濃部達吉『日本行政法 上』（昭和11年）916頁～918頁。

87) 美濃部達吉『日本行政法 上』（昭和11年）982頁。

88) 美濃部達吉『日本行政法 上』（昭和11年）138～139頁。垣見隆禎は、この点を捉えて、美濃部説では、個別法で市町村の出訴を認めない限り、市町村の行政訴訟の出訴は認められないとする。参照、垣見隆禎「明治憲法下の自治体の行政訴訟」12頁。

美濃部の解釈論を述べたものでないと思われる。市町村の行政訴訟の出訴は、一般法の権利毀損に関する要件についての以下の説明から肯定される。「法人が其の名を以つて出訴しうことは、法律の明らかに認めて居るところで（法24条2項）、それは公法人と私法人とを合わせ含み、公共団体も其の名を以て原告となり得る。殊に判例は市町村が住民公共の利益を保護する権利を有し、行政庁の処分により住民全体の公共の利益が侵害せられた場合には、市町村が自己の権利を毀損せられたものとして、其の名を以つて出訴し得ることを認めて居る（明治45・7・13、昭和2・11・24）」⁸⁹⁾。後述するように、美濃部が関わった昭和3年「行政裁判法改正綱領」とそれに基づいた昭和7年の「行政訴訟法案」は、当事者訴訟を規定し、そして利益侵害に基づく抗告訴訟について市町村、公共団体の出訴権を認める。しかし、「行政訴訟法案」は成立しなかった。この一連の経過は、美濃部の学説とくに昭和7年以降の著書などにも影響を与えていると思われる。上記引用もその影響を現わしている⁹⁰⁾。

織田萬及び美濃部達吉の学説は、どのように継受されたのか、以下見ていくこととする。

佐々木惣一は、大正10年の『日本行政総論 総論』（有斐閣）で、“行政救済法”の中で行政訴訟などを論じている。これは、主観的裁判又は行政救済⁹¹⁾から行政裁判を説明する織田萬と重なり合う。すなわち、「行政救済

89) 美濃部達吉『日本行政法 上』（有斐閣、昭和11年）968頁。

90) さらに、「市町村税の賦課処分が訴願の裁決に依り違法に取り消された場合には、公共団体としての市町村の権利が毀損せられたのであるから、一般法に依れば、市町村の名を以て行政訴訟を提起し得なければならぬが、市制（130条5項）町村制（110条5項）は此の場合に唯市町村長から訴訟を提起し得ることを認めて居るのみであるから、此の場合には一般法の適用は無く、公共団体たる市町村の名を以て出訴することは違法で（行判昭和7・4・26）、市町村長の名を以てするものでなければならぬ。これに反して、市町村が例えば道路法に依り収納する道路占用料又は道路負担金の賦課が、訴願の裁決に依り違法に取り消された場合には、道路法には道路権利者たる行政庁から出訴し得べきことを認めて居らぬから、此の場合には一般法の適用に依り、市町村の名を以て出訴し得べきものと認めねばならぬ（行判大正13・4・29）。」（美濃部『日本行政法 上』（昭和11年）972頁。）というのも、市町村の出訴について美濃部の苦心した解釈を現したものであろうか。

トハ行政関係ニ於テ利益ヲ侵害セラレタル者又ハ利益ヲ主張スル者カ之ヲ維持スルニ必要ナリトスル手段ヲ行フコトヲ国家ニ請求シ、国家カ之ニ対シテ決定シ又ハ審査スルヲ要スルコトヲ謂フ。」⁹²⁾ こうした限定から出発すると、市町村が提起する訴えを行政救済の中に位置づけることは困難である。しかし、佐々木は、行政救済に国が決定又は審査し関与する関係を、①国と被害者との関係で、国家が関係者となる場合、と②国家が第三者として審査する場合を区別することができる⁹³⁾とし、後者の例として、ア自治体と行政客体との関係、イ自治体相互の関係、ウ私人相互の関係を挙げ、イについて、「自治体相互間ノ関係ナルアリ。例ハ甲自治体ト乙自治体トノ間ニ於ケル道路負担ノ争ニ就テ行政救済ヲ許ス場合ノ如シ」とする⁹⁴⁾。そして、行政救済の手段として、「裁決」、「異議ノ決定」、「訴願ノ決定」、「行政訴訟ノ判決」、「民事訴訟ノ判決」及び「請願の受理」の6つを挙げ、前の5つを国家が決定し関与するもの、請願の受理を国家が審査し関与するものとする⁹⁵⁾。次に、佐々木は、裁決を「行政関係ニ於テ利害ノ衝突ヲ有スル当事者ノ争アルトキ、当事者カ行政庁ノ決定ヲ請求スルコトアリ。之ヲ裁決ノ申請ト云フ。」⁹⁶⁾として、その例として、「市町村の境界の争いに関する県参事会の裁決」と「漁業権に関する漁業者間の争いに関する行政庁の裁決」を挙げ⁹⁷⁾、この裁決を、異議申立てが処分を攻撃する「抗争的行政救済」であるのに対して、「裁断的行政救済」であると説明している。すなわち、「右ノ裁決ハ固ヨリーノ行政処分ナリ。而シテ其

91) 織田萬は、『行政法講義』（有斐閣書房、明治43年）で“行政救済”という見出しで行政裁判と訴願などを論じている。そして、行政救済を以下のように述べている。「行政救済トハ行政行為カ私人ノ権利又ハ利益ヲ侵害シタル場合ニ私人ニ与フルニ其ノ回復ノ手段ヲ以テスルヲ謂フ」と。佐々木はこれに倣ったともいえる。ただ、『行政法講義』については、公法人の出訴に関する記述がほとんどないことから本文では引用していない。

92) 佐々木惣一『日本行政法論 総論』（有斐閣、大正10年）694頁。

93) 佐々木惣一・前掲書697頁～698頁。

94) 佐々木惣一・前掲書698頁。

95) 佐々木惣一・前掲書699頁～700頁。

96) 佐々木惣一・前掲書700頁。

97) 佐々木惣一・前掲書701頁。

ノ申請トシテ行ハル。故ニ此ノ場合ニハ行政処分ニ対シテ行政救済トシテ他ノ行政処分ヲ請求スルニ非ス、行政關係ヲ定ムルモノトシテ一ノ行政処分ヲ請求スルモノナリ。然レトモ行政關係ニ於テ利益ヲ侵害セラレタル者又ハ利益ヲ主張スル者カ之ヲ維持セントスルモノナルカ故ニ行政救済ノ一種タリ。唯其ノ行政庁ニ依テ表現セラレルル国家ハ其ノ行政關係以外ニ立つ所ノ第三者トシテ之ヲ決定スルモノナレハ、其ノ行政庁ノ決定ハ行政作用ノ再審査ニ非ス。故ニ裁斷的行政救済タリ。」⁹⁸⁾そして、佐々木は、行政訴訟を實質上の行政訴訟と形式上の行政訴訟に區別して⁹⁹⁾、後者に属する訴訟として、ア民衆訴訟、イ機關爭議を挙げている¹⁰⁰⁾。そして、市町村が提起する行政訴訟については、佐々木は、前者の實質上の行政訴訟¹⁰¹⁾と看做している。それは、行政訴訟の当事者以外の関係者である「参加人」の説明の中での次の記述から推測できよう。すなわち、「甲市ト乙村トノ間ニ境界ノ争アリテ県参事会之ヲ裁定セリトセン、甲市其ノ裁定ニ対シテ行政訴訟ヲ提起シタルトキは、乙村ハ法上の利益ヲ有スルモノトシテ参加スルコトヲ得」¹⁰²⁾。この簡単な言葉から推測すると、佐々木は、市町村の境界に関する訴えを処分である裁決を攻撃する行政訴訟と解しており、このことは、公共団体の利害を一般人の利害と同等視するものであるといえる。佐々木の説には、当事者訴訟という言葉を使っていないという特徴がある。

次に、渡辺宗太郎の説をみよう。渡辺は、昭和10年の『日本行政法上』（弘文堂書店）で、佐々木と同じように、行政訴訟を「行政救済法」の中で論じている。渡辺は、「行政救済」を「行政主体の行為に依って権

98) 佐々木惣一・前掲書701頁。

99) 佐々木惣一・前掲書742頁。ただし、佐々木は、「形式上の行政訴訟」という言葉しか使用していないが、この区別を前提としていと考えられる。

100) 佐々木惣一・前掲書742頁～743頁。

101) 佐々木は、實質上ノ行政訴訟を①違法な行政処分により、②権利を侵害されたことを理由に、③行政裁判所に対して、④訴訟的手続により請求するもの、と定義している（佐々木惣一・前掲書734頁～742頁）。

102) 佐々木惣一・前掲書764頁。同旨、佐々木惣一「行政判決ノ参加人ニ対スル拘束力(1)」京都法学会雑誌11巻（大正5年）48頁。

利又は利益を侵害せられたとする行政客体が其の救済を請求したときに、行政主体が之に対して一定の処置を為すことをいふ」¹⁰³⁾とする。この定義からは、当事者訴訟は行政救済には入らないとする。すなわち、「行政救済とは行政主体の行為に依る侵害の救済をいふ。即ちそれは始めから行政主体の行為の再審査を請求するものをいひ、行政関係に於いて利害の衝突を有する当事者が国家に依るその裁定を申請する所謂当事者訴訟を含まない」¹⁰⁴⁾。この例として、市町村の境界に関する争いについての県参事会の裁定、漁業権に関する争いについての主務大臣の裁定、公共団体の境界に係る道路費用の負担に関する争いについての主務大臣の裁定及び土地収用に関する争いについての土地収用審査会の裁定を挙げている¹⁰⁵⁾。しかし、渡辺は、こうした裁定を不服として行政裁判所に出訴することは行政救済に属するとする。すなわち、「尤も国家に依る右の裁定に不服ある者が更に国家に依るその再審査を請求し得ることを認められるときには、それはいふまでもなく茲にいふ行政救済に属する。」¹⁰⁶⁾と。渡辺は、佐々木と同じように、市町村が提起する訴えに別の市町村が参加することを認め、次のように述べている。すなわち、「行政訴訟の参加者とは行政訴訟事件に利害関係ある第三者にして行政裁判所に依ってその訴訟に参加することを許されたる者をいふ——市町村の境界争に就いて下されたる行政庁の裁決に対して争の一方が行政訴訟を提起したときの争いの相手方の如し。」¹⁰⁷⁾と。

市町村が提起する境界に関する訴えについて、美濃部と同じように、当事者訴訟と解するのは田中二郎である。田中二郎は、昭和9年の「行政裁判」（末広巖太郎他編『法律学辞典』（岩波書店））で次のように述べている。すなわち、「行政訴訟に於いて最も多い例は、行政処分の効力を争

103) 渡辺宗太郎『日本行政法 上』（弘文堂書房、昭和10年）373頁。

104) 渡辺宗太郎・前掲書374頁。なお、渡辺は、行政救済を行政手続による行政救済と裁判手続による行政救済に区別して、前者を訴願と異議申立て、後者を行政訴訟と民事訴訟に区別する（渡辺宗太郎・前掲書377頁）。

105) 渡辺宗太郎・前掲書374頁。

106) 渡辺宗太郎・前掲書375頁。

107) 渡辺宗太郎・前掲書12頁。

ふ所謂抗告訴訟（略）殊に権利毀損を理由として其の取消を求むる訴訟で、我が憲法もこれを以て行政訴訟を代表せしめて居る（61条）のであるが、行政訴訟が其の性質上これのみに限らない勿論である。抗告訴訟と並んで別に当事者訴訟（略）及び先決問題訴訟がある。前者は公共団体相互間その他対等者間に公法上の法律関係に関し争いが生じた場合に、一方が他方を相手方としてかかる形態が認められることは外国に於いては少なくともはない。唯我が国の現行制度の下に於いては、実質的には当事者訴訟の性質を有するものも、先づ其の争いに付いて行政庁の裁定を求め、それに不服ある場合に始めて、裁定庁を被告として行政裁判所に出訴すべきものとして居る。即ち形式上は常に抗告訴訟の形態を採り、当事者訴訟を認めていない。¹⁰⁸⁾」引用の中の外国の制度について、田中二郎は、昭和6年の「現行瑞西連邦行政裁判制度の概観」で、スイスの行政裁判所制度を紹介し、ここでは、抗告訴訟と当事者訴訟の二つが認められ、後者では、「公課収入の割当に関する連邦とカントンとの間の争い」やカントン間の争いを紹介している¹⁰⁹⁾。また、昭和9年の「行政裁判制度改正に関する諸論点」では、田中二郎は、ドイツ諸邦、オーストリーやスイスの行政裁判制度を概観し、行政裁判制度改革の要点として、①抗告訴訟における一般的概括主義、②当事者訴訟及び③確認訴訟の導入を挙げている。田中は、当事者訴訟について次のように述べている。当事者訴訟を変則的に抗告訴訟としている現行制度について、「併し強いてかかる抗告訴訟の形式に依らしむることが不自然であることは勿論、眞に権利を争ふ当事者を除外して（訴訟に参加することは可能であるが）訴訟を行ふことがその訴訟並びに結果に悪い影響を及ぼすことは言う迄もない。従って第一に争いを正しく而も迅速に終結せしめ、法律秩序維持の目的を達せんが為には、かかる争いを形式上にも当事者訴訟とし、互いに眞に権利を争ふ当事者をして形式上にも当事者

108) 田中二郎「行政裁判」『法律学事典1』（岩波書店、昭和9年）414頁。

109) 田中二郎「現行瑞西連邦行政裁判制度の概観」（田中二郎『行政争訟の法理』（有斐閣、昭和29年））360頁。ただし、当事者訴訟として認められるのは公法上の財産的請求権に関するものが多いようであるが、連邦自らが原告となるものもある（同361頁注4）。

たらしむる必要があり、第二、対等者間の公法上の争いに付き、全く裁判の機関を欠くことは制度として適当でない為に、かかる争いの存する以上常に争いの途を開く意味に於いて、公法関係に関する対等の当事者間の行政訴訟を一般的に認めることが制度としては合理的なるものと言はねばならぬ。」¹¹⁰⁾と。

ところで、後述するように、昭和3年の臨時法制審議会は、行政裁判所や美濃部達吉が中心となって作成した「行政裁判法改正綱領」を政府に答申した。この答申に基づいて、政府は法案作成に着手し、政府により設けられた行政裁判法及訴願法改正委員会が、昭和7年10月に行政裁判所法案及び行政訴訟法案を作成し政府に答申する。この行政訴訟法案には、当事者訴訟が規定されるが、そのことは、美濃部と同様、田中にとっても一歩の前進であった¹¹¹⁾。結局行政訴訟法案は成立しなかったが、「当事者訴訟」という訴訟類型が行政訴訟に関する法律に依って明らかに規定された場合には、田中二郎は、市町村が提起する境界の争いに関する訴えを当事者訴訟と解することになることが十分予測されるといえる。

市町村の境界に関する訴えを当事者訴訟とする説に異論を唱えるのが、宮沢俊義である。昭和11年の『行政争訟法』（日本評論社）の中で、行政争訟や行政訴訟の分類について、学説上、①略式争訟と正式争訟、②始審争訟と覆審争訟、③実質争訟と形式争訟、④当事者争訟と抗告争訟、⑤主観争訟と客観争訟、⑥司法争訟と行政争訟、⑦本案の争訟と先決問題の争訟、⑧確認争訟、形成争訟、給付争訟の区別を認めながら¹¹²⁾、宮沢は、第一に、行政争訟を形式的意味の行政争訟を略式（行政）争訟と訴訟に区別し、第二に、前者の行政争訟を始審争訟と覆審訴訟（訴願）に区別し、後者の訴訟を普通行政訴訟と特別行政訴訟に区別する¹¹³⁾。さらに、宮沢は、

110) 田中二郎「行政裁判制度改正に関する諸論点」（『行政争訟の法理』）385頁。

111) 田中二郎は次のように述べている。「我が国の行政訴訟法案が、抗告訴訟と区別して、当事者訴訟を形式上にも認めるとともに、それに付いて概括的列挙主義に採るに至ったことは、兎も角此の傾向に一歩踏み出したものである」（『行政裁判制度改正に関する諸論点』（『行政争訟の法理』）385頁）る。

112) 宮沢俊義『新法学全集3巻 行政争訟法』（日本評論社、昭和11年）6頁～10頁。

113) 宮沢俊義・前掲書25頁。

始審争訟を形式争訟の性質を有するものと実質争訟の性質を有するものに区別し¹¹⁴⁾、前者を地方議会議員の失格決定などの手続を例として挙げ、後者すなわち実質争訟の性質を有するものについては「裁定」と「先決問題の争訟」に区別する。そして、「裁定」の中に、市町村の境界争ひの裁定、漁業権の争ひの裁定、財産又は营造物の使用権に関する異議の決定、土地の使用又は収用の裁決及び補償の裁定などを挙げている¹¹⁵⁾。そして、宮沢は、これらの裁定を確認、形成、給付に区別できるとする。すなわち、「行政争訟においても、市町村の境界に関する争論の裁定（市5条等）は確認争訟の、公共団体相互間の道路の経費分担に関する裁定（道33条）は形成争訟の、そして、損失補償に関する裁定（市126条等）や、漁業組合が加入者ある漁業者の歌集を正当な理由なくして拒絶したことに対して漁業者から提訴した場合の裁定（漁業組合令50条）などは給付争訟の、それぞれの例としてあげうるであらう。」¹¹⁶⁾ところで、宮沢は、当事者訴訟を使用しなかった理由を次のように述べている。すなわち、「当事者争訟は通例「対等なる双方の権利主体の間に権利の争を生じ、其の争に付き判断を求むる」行政訴訟であると説かれる（美濃部達吉「行政法撮要」上巻4版549頁）。あるひは相対立する権利主体間の争ひに関するものとも説かれる。その意味は結局本文で説かれたところと同じに帰著すると考へられる。ただ、ここに「対等」とか、「対立」とかいう概念は頗る不明確である。元来、これらの概念はともすれば個人主義的な使役の立場、すべての権利主体はつねに自己の利益にもとづいて行動するという立場を前提しがちなものであり、その意味において公法の領域で用いられるべき必ずしも適当ではない。たとへば、土地収用法による収用の裁決や市町村の境界争ひの裁定は当事者争訟に属するとせられているが、そこで起業者と被収用者が「対等」であるといひ、市町村がたがひに「対立」するといふのは、おそらく妥当を缺こう。そこには私人相互間におけるやうな相反する利益の衝

114) 宮沢俊義・前掲書26頁。

115) 宮沢俊義・前掲書33頁～40頁。

116) 宮沢俊義・前掲書10～11頁。

突が存するわけではなく、単に意見の相違すなわち、争ひが存するに止まるからである。しかし、さういう争ひの存在を標識として当事者争訟の概念を構成すると、それは右に述べた実質争訟の概念と全く同じものに帰著してしまふ。だから、実質争訟の概念とは違う当事者争訟の概念を構成しようとするれば、本文のやうに構成するのが妥当ではないかとおもはれる。」^{117a)}このように、宮沢は、当事者訴訟として美濃部や田中が想定した市町村の境界に関する訴えについて、対立とか対等という概念は使用できないとして、当事者訴訟という訴訟類型を避けたものである。ところで、宮沢は、美濃部と同じように公共団体に行政訴訟の出訴権を認めている。「ここで出訴権を与えられるものは自然人には限られぬ。法人もそれを有する（行裁24条2項）。しかも、私法的な法人のみならず、公共団体もこれを有する（明治45・7・13行766頁、昭和2・11・24行1210頁）。」^{117b)}宮沢は、市町村の境界の争いについて市町村の権利性に疑問を呈していたが、行政処分による権利毀損は認めるということになる。したがって、この叙述は単に行政裁判所の判決の現状を分析したものと考えるべき余地もある。

2-5 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

昭和3年2月に臨時法制審議会¹¹⁸⁾が答申した「行政裁判法（及訴願法）改正綱領」には、当事者訴訟の訴訟類型が規定され、その中にはもちろん公共団体間の訴訟が規定されている。さらに、この答申に基づいて、政府は法案作成に着手し、政府により設けられた行政裁判法及訴願法改正委員

117a) 宮沢俊義・前掲書8頁～9頁。

117b) 宮沢俊義・前掲書127頁。

118) 小野博司によれば、臨時法制審議会が設置されたのは、当時の加藤友三郎内閣の司法相であった岡野敬次郎によるところ大であったようである。岡野は、元行政裁判所の長官であり、行政裁判所の内部では改革派に属し、内閣においては行政裁判所の改革に慎重な水野錬太郎内相を抑えて臨時法制審議会の審議に付させ、また、第6号主査委員会については自ら委員長を務め、そして自らの意向により改革派に属する窪田静太郎、清水澄、三宅徳業を主査委員会の委員とし、さらに、大正14年には、穂積陳重の後を受けて臨時法制審議会の総裁に就任し、改革派を庇護したようである。参照、小野博司「1920年代における行政裁判所制度改革構想の意義」法制史研究58号（2008年）64頁～66頁。

会が、昭和6年7月に、「行政裁判所法案」及び「行政訴訟法案」等の5法案を作成し、昭和7年10月に政府に答申する。この「行政訴訟法案」にも、当事者訴訟が規定され、公共団体間の訴訟が規定される。したがって、改正綱領と法案の成立に尽力した人的集団、綱領と法案の内容とくに当事者訴訟や市町村の出訴権に関する部分などについて、検討することにする。それは、行政裁判所の考え方や学説の整理にも影響すると思われるからである。

小野博司の研究によれば、「行政裁判法及訴願法改正綱領」の原案を作成したのは、臨時法制審議会の諮問第6号主査委員会の下に設置された小委員会であり、この小委員会は、窪田静太郎（行政裁判所長官）、清水澄（行政裁判所評定官）、美濃部達吉（東京帝国大学教授）、宮古啓三郎（弁護士・衆議院議員）、松岡義正（大審院判事）、馬場鉄一（貴族院議員）、原嘉永道（弁護士）の7名で構成され、小委員会で検討される原案は美濃部が作成するが、行政裁判所側の委員及び彼らを通じて行政裁判所が案の作成に熱心に取り組んだとされる¹¹⁹⁾。改正綱領には、市町村の出訴資格について、二つの重要な規定が盛り込まれている。その一つが、抗告訴訟と並んで、当事者訴訟（及び先決問題の訴訟）を新設したことである。そして、当事者訴訟を公共団体間の訴訟と私人が関与する訴訟の二つに区別し、当事者訴訟を10種類挙げ、もちろん市町村が提起する境界の訴えを一番最初に挙げている。もう一つは、抗告訴訟の提起について、「権利の毀損」と並んで「利益の侵害」の訴えを新設し、さらに公共工事に対する差止め又は現状回復の訴えを新設したことである。この二つの訴えは、行政訴訟法案では市町村の出訴という形で規定されることになる。以下内容を確認してみよう¹²⁰⁾。

119) 参照、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」80頁。また、小野博司は、行政裁判所の委員である、清水澄や窪田静太郎の先進性を挙げ、改正綱領については行政裁判所の意見に依ったとする。参照、小野博司「1920年代における行政裁判制度改革構想の意義」法制史研究58号（2008年）67～68頁。

120) 美濃部達吉「付録 行政裁判法及訴願法改正綱領解説」『行政裁判法』1～7頁。

市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(1)

第1 行政訴訟事項

行政訴訟ヲ分チテ左ノ三種トスルコト

- 甲 抗告訴訟
- 乙 当事者訴訟
- 丙 先決問題ノ訴訟
- (甲) 抗告訴訟

抗告訴訟ハ左ノ三種トスルコト

- 一 行政庁ノ違法処分ニ対スル取消又ハ変更ノ訴え
- 二 公共工事ニ対スル差止又ハ現状回復ノ訴
- 三 選挙人名簿、選挙又ハ当選ニ関スル訴
- (一) 行政庁ノ違法処分ニ対スル取消又ハ変更ノ訴
行政庁ノ違法処分ニ対スル取消又ハ変更ノ訴ハ權利ノ障害ヲ出訴ノ要件トスルト否トニ依リ更ニ之ヲ二種トスルコト
- 一 行政庁ノ違法処分ニ依リ權利ヲ傷害セラレタリトスル訴訟ハ左ノ各種ノ事項ニ付之ヲ提起シ得ルモノトスルコト
 - (イ) ~ (ツ) 略
 - (ネ) 公共団体其ノ他国ノ特別ノ監督ニ服スル法人、宗教団体又ハ此等ノ職員ニ対スル監督ニ関シ法律勅令ニ依リ行政訴訟ヲ提起シ得ルモノト定メタル件
 - (ラ) ~ (ム) 略
- 二 行政庁ノ違法処分ニ依リ直接ノ利益ヲ侵害セラレタリトスル訴訟ハ左ノ事項ニ付之ヲ提起シ得ルモノトスルコト
 - (イ) 水利、土木、建築其ノ他付近公共ノ利益ヲ害スベキ工事又ハ設備ニ関スル件
 - (ロ) 営業其ノ他付近公共ノ利益ヲ害スヘキ事業ノ許可ニ関スル件
 - (二) 公共工事ニ対スル差止又ハ現状回復ノ訴
国又は公共団体ノ為ス公共用営造物ニ関スル工事ニ依リ違法ニ權利ヲ傷害セラレ又ハ直接ニ利益ヲ侵害セラレタリトスル者ハ行政訴訟ヲ以テ其ノ工事ノ撤廃、変更、除害施設又ハ現状回復ヲ請求スルコトヲ得ルモノトスルコト
 - (乙) 当事者訴訟
当事者訴訟ハ左ノ二種トスルコト
 - 一 公共団体間ノ訴訟
 - 二 当事者ノ一方又ハ双方カ私人ナル場合ノ訴訟
 - (一) 公共団体間ノ訴訟
 - 一 左ニ掲ケル事件ニ付公共団体ノ間ニ争アルトハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト
 - (イ) 境界ニ関スル件
 - (ロ) 租税賦課ノ割当ニ関スル件
 - (ハ) 国ノ事業ニ付負担スヘキ事務又ハ経費ノ区分ニ関スル件
 - (ニ) 営造物ノ管理及其ノ費用ニ関スル件
 - (ホ) 公共ノ工事ノ施行又ハ維持ヲ為スヘキ義務ノ区分ニ関スル件
 - 二 公法上ノ契約ニ付公共団体ノ間ニ争アルトキハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシ

- テ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト
- 三 一ノ公共団体ノ負担スヘキ経費ヲ他ノ公共団体カ法令ニ依リ支弁シタル場合ニ於テ其ノ弁償ニ関シ争アルトキハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト
- 四 一ノ公共団体ニ於テ施行スル公共工事ニ依リ他ノ公共団体カ違法ニ権利ヲ傷害セラレタリトスルトキハ其ノ公共団体ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスル
- 五 一ノ公共団体ニ於テ公共事務ヲ施行セサル場合ニ於テ他ノ公共団体カ違法ニ権利ヲ傷害セラレタリトスルトキハ其ノ公共団体ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスル
- 六 二以上ノ公共団体ヲ以テ組織スル連合体ニ属スル公共団体カ経費ノ分賦其ノ他連合体ノ行為ニ依リ違法ニ権利ヲ傷害セラレタリトスルトキハ連合体ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスル
- (備考) 全部事務ノ町村組合ハ此ノ規定ノ適用ヲ受ケサルモノトスルコト
- (二) 当事者ノ一方又ハ双方カ私人ナル場合ノ訴訟

次に、「行政訴訟法案」であるが、「行政訴訟法案」は、昭和4年に設置された行政裁判法及訴願法改正委員会（会長 平沼騏一郎）が昭和7年に答申したものである。小野博司によれば、その改正委員会は20名の委員で構成されており、その内行政裁判所側の委員、衆議院側の委員と美濃部達吉など7名が改革推進派であり、それに対し、各省次官委員の8名はほぼ改革反対派であったようで、窪田静太郎行政裁判所長官は反対派を抑えるため、起草のための主査委員会（11名。委員長窪田）を立ち上げ、総会ではなくて主査委員会で主に案を検討させた¹²¹⁾。主査委員会の構成員は、川崎卓吉（法制局長官）、黒崎定三（法制局参事官）、金森徳次郎（法制局参事官）、窪田、清水澄、三宅徳業、潮恵之介（内務省次官）、中川健蔵（文部次官）、松村眞一郎（農林次官）、美濃部、塚本清治（貴族院議員）であり、行政訴訟法案の第一編（1条～26条）はこの主査委員会で、そして、行政訴訟法案の第二編以下は小委員会（窪田、清水、美濃部、黒崎、金森）で検討される。このように、改正綱領を書いた委員である窪田、清水、美濃部が居ることから、改正綱領を下地に法案の審議がなされること

121) この「行政訴訟法案」の審議過程等については、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業——行政裁判法及訴願法改正委員会における行政訴訟法案の起草を中心に——」（甲子園大学紀要36号75頁以下）が詳しい。

になり、委員会の審議も、美濃部が案を作成し、これを検討することになる¹²²⁾。こういう法案の作成に際して、美濃部達吉や田中二郎の影響が大きかったことが明らかである¹²³⁾が、行政裁判所側の委員、窪田静太郎や清水澄の考えも相当規定に反映しているようである¹²⁴⁾。以下「行政訴訟法案」の条文を確認しておく¹²⁵⁾。

第1条 行政訴訟ハ行政裁判所之ヲ裁判ス

第3条 行政訴訟ハ抗告訴訟、当事者訴訟及先決問題ノ訴訟トス

第2章 抗告訴訟

第8条 左ニ掲グル事件ニ付テ行政庁ノ違法処分ニ依リ権利ヲ毀損セラレ又ハ義務ナキ負担ヲ課セラレタリトスル者ハ行政訴訟ヲ以テ其ノ処分ノ取消又ハ変更ヲ請求スルコト得

一～二十一 略

第9条 左ニ掲グル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ依リ公共団体ガ其ノ公共ノ利益ニ重大ナル侵害ヲ被リ因リテ其ノ権利ヲ毀損セラレタリトスルトキハ公共団体ハ行政訴訟ヲ以テ其ノ処分ノ取消又ハ変更ヲ請求スルコトヲ得

1 水利、土木、建築其ノ他ノ工事又ハ設備ニ関スル件

2 営業其ノ他ノ事業ノ許可ニ関する件

第10条 国又ハ公共団体ノ為ス公共用造物ノ施設ニ依リ違法ニ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政訴訟ヲ以テ其ノ施設ノ撤廃、変更又ハ現状回復ヲ請求スルコトヲ得

前項ノ施設ニ依リ公共団体ガ其ノ公共ノ利益ニ重大ナル侵害ヲ被リ因リテ違法ニ其ノ権利ヲ毀損セラレタリトスルトキ亦前項ニ同ジ

前二項ノ場合ニ於テ公共団体ノ為ス施設ニ対シ他ノ公共団体ヨリ行政訴訟ヲ提起スルハ第20条ノ例ニ依ル

第3章 当事者訴訟

第18条 公共事務ニ関シ公共団体ノ間ニ公法上ノ協定アル場合ニ於テ其ノ協定ノ効力又ハ履行ニ付争アルトキハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシ行政訴訟ヲ以テ其ノ効力ノ確認又ハ義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

第19条 公共団体カ法律ニ依リ他ノ公共団体ノ義務ニ属スル経費ヲ支弁シタル場合於テ其ノ弁償ノ義務ニ付争アルトキハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得

122) 小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」84頁～85頁。

123) 小野博司は、田中二郎の影響は未知数と考えている。参照、同「昭和前期における行政裁判法改正作業」85頁、96頁注53頁。

124) 昭和2年判決の裁判長が窪田長官であることから、行政裁判所側の行政訴訟法案の9条についての姿勢も推測される。ただし、美濃部と窪田の見解の相違については、垣見隆禎「明治憲法下の自治体の行政訴訟」39頁以下に詳しい。

125) 田中二郎「行政裁判所の改正案及改正意見」『行政裁判所50年史』445頁～485頁『行政争訟の法理』469頁～496頁。

- 訟ヲ以テ其ノ確認又ハ履行ヲ請求スルコトヲ得
公共団体ガ法律ニ依リ他ノ公共団体ノ義務ニ属スル行為ヲ為シ其ノ費用ノ弁償ヲ求ムル場合ニ於テ其ノ弁償ノ義務ニ付争アルトキ亦前項ニ同ジ
- 第20条 公共団体ガ他ノ公共団体ガ為ス公共用营造物ノ施設ニ依リ違法ニ其ノ權利ヲ毀損セラレタリトスルトキハ其ノ公共団体ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ以テ其ノ施設ノ撤廃、変更又ハ原状回復ヲ請求スルコトヲ得
- 第21条 公共団体ガ法律ニ依リ為スコトヲ要スル公ノ施設又ハ行為ヲナサザルニ依リ他ノ公共団体ガ違法ニ其ノ權利ヲ毀損セラレタリトスルトキハ公共団体ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ以テ其ノ履行ヲ請求スルコトヲ得
- 第22条 第18条乃至前条ノ場合ニ於テ双方ノ公共団体ガ同一ノ地方行政庁ノ監督ヲ承クルモノナルトキハ先ヅ監督庁ノ裁決ヲ申請シ其ノ裁決ニ不服アル場合ニ限り行政訴訟を提起スルコトヲ得
前項ノ公共団体ガ第二次ニ於テ上級ノ同一地方行政庁ノ監督ヲ承クル場合ニ於テハ直ニ第二次監督庁ノ裁決ヲ申請スベシ
- 第23条 行政庁ノ処分ニ依リ設定セラレタル公法上ノ權利ノ有無又ハ範圍ニ付争アルトキハ関係者ハ当該行政庁ニ其ノ確認ノ裁決ヲ申請スルコトヲ得
前項ノ裁決ニ不服アル者ハ相手方ヲ被告トシ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得
前二項ノ規定ハ慣行ニ因リ成立セル公法上ノ權利ニ之ヲ準用ス
- 第24条 左ニ掲グル事件ニ付関係者間ニ協議調ハズ又ハ協議ヲ能ハザル為法律ニ依リ行政庁ノ裁定又ハ裁決ヲ申請シタル場合ニ於テ其ノ裁定又ハ裁決ニ不服アル者ハ相手方ヲ被告トシ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得但シ主務大臣ノ裁定又ハ裁決ニ対シテハ此ノ限ニ在ラズ
- 一 土地ノ収用又ハ使用ニ関スル件
 - 二 公法上ノ損失補償ニ関スル件
 - 三 法律ニ依リ施設ヲ為スベキ義務又ハ負担スベキ費用ノ区分ニ関スル件
 - 四 其ノ他公法上ノ權利又ハ義務ニ関スル件
- 第25条 一定ノ資格アル者ガ法律ニ依リ其ノ意ニ拘ラズ法人ニ加入スベキモノトセラルル場合ニ於テ違法ニ其ノ法人ノ社員ニ非ズトセラレタリトスル者ハ法人ヲ被告トシ行政訴訟ヲ以テ其ノ資格ノ確認ヲ請求スルコトヲ得
前項ノ場合ニ於テ法人ガ地方行政庁ノ監督ヲ承クルモノナルトキハ先ヅ監督庁ノ裁決ヲ申請シ其ノ裁決ニ不服アル場合ニ限り行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得
- 第36条 当事者訴訟ハ相手方ヲ以テ被告トス行政庁ノ裁決ニ不服アルニ因リ出訴スル場合ニ於テ亦同ジ
- 第37条 他ノ法律ニ依リ行政訴訟ニシテ当事者訴訟ニ該当スルモノハ前条ノ例ニ依ル
- 左ニ掲グル法律ニ依リ行政訴訟ハ当事者訴訟トス
 - 一 市制5条第1項及第2項
 - 二 町村制第4条第1項及び第2項

それでは、改正綱領と行政訴訟法案の違いを確認しておこう。まず、行政訴訟法案の9条と10条2項では、公共団体が処分や工事により公共の利益

を侵害された場合には、処分に対する抗告訴訟や現状回復の行政訴訟を提起できるようにした。改正綱領では、主体が明確でなかった¹²⁶⁾のが、公共団体とされたのである。もう一つは、双方とも当事者訴訟を規定したが、行政訴訟法案では、個別法律で提起可能な当事者訴訟を37条で整理し、それ以外に考えられる公共団体相互の間当事者訴訟を18条～21条で、私人に関わる当事者訴訟を23条～25条に規定している。市町村が提起する境界についての訴えを見ると、改正綱領では(一)公共団体間ノ訴訟の第一の例として挙げられていたが、行政訴訟法案では、当事者訴訟の規定の最初の18条等ではなく後の37条の最初に掲げられることになった。これは、18条以下が創設規定であり他方37条が確認規定であるという立法技術ためであろう。これについてはとくに問題がないのかもしれない。3つめは、改正綱領で抗告訴訟の中に規定されていた、一の(ネ)の公共団体等国の監督を受ける公法人の出訴について限定する規定が行政訴訟法案ではなくなり、他方、改正綱領ではなかったものであるが、行政訴訟法案では、当事者訴訟の中に22条として争っている公共団体が同一の監督に服するときは、その監督庁の裁決を受けてから出訴すべきとしたことである。22条が規定されたことは、公共団体相互間の争いについて、やはり、行政機関による調整手続を入れたということと解される。ただ、抗告訴訟の中の(ネ)の規定を削除したことについてはどのように解すべきか問題となる。というのは、(ネ)について、美濃部は次のように述べていた。「改正綱領も亦此の点に於いては、現行法の状態を維持せんとするもので、即ち此等の監督権の作用に付いては、当然には行政訴訟を提起し得るものと為さず、法律又

126) 美濃部は次のように述べている。「此の種の訴訟は、一個人の権利を保護することを目的とするのではなく、公共の利益を保護することを目的とするのであるから、其の出訴権者の定め方については自ら権利の毀損に基づく抗告訴訟とは異ならねばならぬ。権利の毀損を理由とする場合は、其の権利を害せられたとする一個人から出訴し得るのは当然であるが、利益を侵害せられたりとする場合は、一人だけで単独に出訴し得るものと為すのは恐らく不適当であらう。或は相当数の関係者の連署に依るか、或は市町村又は其の一部の部落の名を以てするかでなければ、出訴し得ないものとするのが、適当でなからうかと思ふ、併し此の点は改正綱領には尙未定の儘に残され、法案起草の際の研究に任された。」(美濃部達吉「付録 行政裁判法及訴願法改正綱領解説」『行政裁判法』58～59頁)。

は勅令に特別の規定ある場合に限りその提起を許すものとして居るのである。それは、此等の監督作用は一般人民の国家に対する関係とは異った特別の権力関係に基づく作用で、而して此の如き特別の権力関係に於いて、被監督者をして総ての場合に訴訟を以て之を争ふことを得せしむるのは、権力関係の秩序を紊る虞ありとせられたのである。」¹²⁷⁾と。とすると、前述したように、9条、10条2項や当事者訴訟の規定が公共団体の出訴権をかなり拡張したと公共団体の出訴を法律等が規定する場合に限定する(ネ)が一致しないということで、(ネ)を削除したのではないかと私は推測する。

ところで、改正綱領及び行政訴訟法案では、当事者訴訟が新しく訴訟類型として規定されたが、これは、美濃部の学説の検討で指摘したように、美濃部達吉の主張が委員会で認められたことによると考えられる¹²⁸⁾。そこで、美濃部の当事者訴訟についての考え方を整理しておくこととする。当事者訴訟とは「二の対等なる権利主体相互間の間に、公法上の法律関係に付いての争ある場合に、其の争いに付き裁判を求むるが為にする訴訟である。」¹²⁹⁾したがって、市町村などの公共団体は権利主体と考えられている。また、当事者訴訟である、市町村の境界に関する訴えは、公法上の法律関係に関するものと把握されている。さらに、当事者訴訟は、公共団体相互間の関係と私人相互間の関係に利用され得るが、主たる狙いは前者にあった¹³⁰⁾ことである。ところで、当事者訴訟という訴訟類型を新たに設ける理由として、美濃部は以下の3つを挙げている。一つは、現行法では、例えば境界の争いでは知事の裁決に不服ある市町村が原告となり、被告は参事会であるが、これは現実の二つの市町村の争いを反映していないし、境界を争う市町村が原告と被告となる方が制度として優れていることである¹³¹⁾。二つ目は、裁決の申請について、知事などが判断するのは問題であること

127) 美濃部達吉「付録 行政裁判法及訴願法改正綱領解説」『行政裁判法』49～50頁。

128) 同旨、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」81頁。

129) 美濃部達吉「付録 行政裁判法及訴願法改正綱領」『行政裁判法』63頁。

130) 同旨、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」81頁。

131) 美濃部達吉「行政裁判制度改正問題(1)」法協41巻(大正12年)9号88頁～89頁。

から、裁決庁を当事者から抜いた制度が必要であるとする。というのは、知事は政党の勢力に支配されているからとする¹³²⁾。三つめは、公共団体と私人との間又は、公共団体相互間で締結される公法上の契約が増え、これに対処するためには、当事者訴訟という訴訟形式が必要であるということである¹³³⁾。すなわち、市町村と電気会社又はガス会社との報償契約、二つの市町村との間の就学児童の委託契約、水利組合間の河川利用の契約である。さらに、境界に関する訴えを当事者訴訟の一つにしたことについての意義として、市町村の境界の争いについては行政訴訟事項とされているが、「二府県の境界に互る市町村相互間の間に境界の争のある場合には、それは同時に二府県の間境界争となるのであるが、それに付いては現行法には別段の規定はない。」「本号は、此等の何れの場合にも、其の争の当事者たる地方団体をして、其の解決の為に行政訴訟を起こすことを得せしめて居る」¹³⁴⁾とも述べている。関係する公共団体をすべて当事者として関与させるということであろうか。

次に、改正綱領で新設された「処分ニ依リ直接ノ利益ヲ侵害セラレタリトスル訴訟」、「公共工事ニ対スル差止又現状回復ノ訴」すなわち行政訴訟法案9条の「公共団体が利益侵害により提起する抗告訴訟」及び10条2項の「公共団体が提起する差止め又は現状回復の訴え」であるが、これは、美濃部ではなく窪田静太郎や行政裁判所の委員が主張したものであると推測される。より正確にいうと、窪田の発案を受けて美濃部が条文の形式を検討したものであろう¹³⁵⁾。というのは、これは、窪田が裁判長を務めた判

132) 美濃部達吉「行政裁判制度改正問題（1）」89頁。小野博司は、「「官僚の政党化」という地方における官僚制支配構造の変化」という言葉で説明している。参照、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」81頁。

133) 美濃部達吉「行政裁判制度改正問題（1）」90頁。

134) 美濃部達吉「付録 行政裁判法及訴願法改正綱領」『行政裁判法』64頁。

135) 昭和2年判決について、窪田が裁判官として担当していること、さらに、美濃部は最終的には判決には賛成しているが、判決における矛盾をかなり指摘し批判している（国家学会5号103頁～109頁）ことから、とても美濃部が発案したとは思えないのである。なお、10条の規定について、小野博司は、フランス法の全部審理訴訟を参考にしたと推測している（小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」88頁）。

例を土台にしているのである。この行政裁判所の判例と改正綱領の「処分ニ依リ直接ノ利益ヲ侵害セラレタリトスル訴訟」(行政訴訟法案9条)との関係は、美濃部達吉の以下の記述から理解される。すなわち「例へば河川の流水引用が或る会社に特許せられた為に、従来其の付近の住民が其の河川を飲料、流木、舟筏の通行などに利用して居たのが其の利用を妨げらるるに至ったような場合に、付近の住民から其の特許処分を違法として行政訴訟を起し、又は住民利益を代表して町村若しくは町村の部落から出訴したのに対し、之を適法の行政訴訟として受理した例が乏くない。是は厳格に言えば権利毀損の要件を欠いて居るもので、付近の一般住民が飲料流木通行などに利用しておるのは唯公共の自由使用であって、正確な意義に於いての権利とみるべきものではないが、唯此の如き場合にも行政訴訟を以て救済を求めることを得せしむるのが事理に適するものとして、法律に所謂「権利」を寛かに解し、此の如き場合も尚権利の毀損と称しうべきものとして居るのであらうと推測せられる。」「改正綱領には、此の趣意を明白にし、一般公共の利益に重大な影響を及ぼすやうな違法の処分に対しては、必ずしも之に依って特定人の権利を毀損する場合でなくとも、其の利益を侵害せられたりとする者から、行政訴訟を起しうべきことを認めた。」として、改正綱領の条文を引用している¹³⁶⁾。美濃部が指摘する判例とは、行政裁判所が市町村の出訴権を認めた明治45年7月13日判決と行政裁判所昭和2年11月24日判決である¹³⁷⁾。窪田が裁判長を務めたのが、後者の昭和2年判決である。

明治45年判決の事案は、徳島県那賀郡の一つの村である「宮濱村」が徳島県知事が徳島水力電気株式会社に対して与えた那賀川の「堰堤設置の許

136) 美濃部達吉「行政裁判法改正綱領に於ける訴訟事項」国家学会42巻10号67頁。なお、原龍之助も、後述するように、美濃部にならってか、このような主張をしている。また、「公共工事ニ対スル差止又現状回復ノ訴」についても、美濃部は「此の種の訴訟も亦現行法の明文に於いては明に認められて居るものではないが、行政裁判所の判例に依って承認せられて居るものである。」(国家学会42巻10号69頁)として、行政裁判所の先進性を認めている。

137) この二つの判例については、垣見隆禎「明治憲法下の行政訴訟」行政社会論集14巻2号37～42頁に詳しい説明があるので、参照して頂きたい。

可」の取消し訴えを、河川に係る産業や鮎の定置漁業の免許への悪影響を考慮して求めたものである。行政裁判所は、以下のように述べて、村の原告適格を認めている。「按スルニ被告ハ原告等ニ於テ従来那賀川水流ニ対スル運材通船等ノ水利権ヲ設定シタルコトナケレハ権利侵害ノ事実存在セス且仮リニ其事実アルモノトスルモ権利享有者ハ村ナル公法人ニ非スシテ各個人ナルヘケレハ本件ノ如キ行政訴訟ヲ為スノ権利ナキモノナリト主張スルモ那賀川カ舟筏ノ通行セル公共ノ河川タル事実ハ被告ノ争ワサルトコロナルヲ以テ原告等ハ現ニ右公流ノ交通関係ヲ利用シテ各生産物ノ輸出販売ヲ行ヒ同時ニ其生活必需品ノ輸入購買ヲ為シ来レル慣行ヲ存スルノミナラス参加人ノ如キハ特ニ上流ニ於テ鮎定置漁業ノ免許ヲ得テ業既ニ漁業を営ミ来レル事実アリトスレハ以上ノ如キ地方住民ノ緊要欠クヘカサル生産及営業ノ稼行ニ対シ本件許可処分因果シテ障害ヲ及ホスヘキモノナルヤ否ヤハ純然タル権利侵害ノ事実問題ニ属シ本案ノ審理上ニ於テ之カ有無ヲ判定スヘキ事項ナルノミナラス本件許可処分執行ノ為メ居村ノ住民カー帯ニ産業上ノ障害ヲ被ルヘキ虞アル場合ニ在リテハ村ヲ代表シテ村長ヨリ訴訟ヲ提起スルモ敢テ法令ニ違背セル点ナシト認ムルニ依リ被告ノ妨訴抗弁ハ全ク理由ナキモノトシテ之ヲ採用セス」¹³⁸⁾。この判決は、住民の流水使用权や漁業権を村が代表した点から訴えを認めたもののようであるが、なかなか出訴資格を認めた理由を追求することは難しい。ただ、判決は、許可の期限が過ぎて消滅しているとして、原告の請求を棄却している。行政裁判所は、徳島県海部郡の上木頭村が原告として提起した「堰堤設置の許可」の取消しの訴えについても同様の処理を行っている¹³⁹⁾。

昭和2年判決の事案は、原告は、長野県下水内郡「柏原村」で被告は長野県知事である。事案は、柏原村が長野県知事が長野市に与えた鳥居川の水源河水引用の許可を村の権利が侵害されるとしてその取消しを求めたものである。判決は、「鳥居川ノ流水ハ原告村内ニ古来存在スル用水路ニ流下シ原告村内ノ土地所有者又は村民カ之ヲ灌漑飲用ニ使用シ来レルニ止マル

138) 行政裁判所判決録23輯8巻（明治45年）969頁～970頁。

139) 行政裁判所判決録23輯8巻（明治45年）971頁以下。

モノト認メサルヘカラス此ノ如キ場合ニ於テハ土地所有者又ハ村民ハ河水ノ全部又ハ其ノ一定量ニ付特種ノ權利ヲ有スルモノ非スシテ他ノ用途ノ使用者ト共同互讓シテ流水ヲ使用スルノ權利ヲ有スルニ過キサルモノトス從テ公共団体タル村ニ權利アリトスルモ其ノ權利モ亦右ノ如キ範圍ヲ出ツルモノニ非ス」¹⁴⁰⁾と述べ、村の出訴を認めている。この判決も、明治45年判決と同じように、村人の流水使用权を代表して村の出訴資格を認めたと見えそうである¹⁴¹⁾。行政裁判所は、請求については、河川の水量を調べて、許可によって村の灌溉飲用その他に何ら障害は認められないとして、棄却している¹⁴²⁾。団体訴訟というか、住民の権利を代表した訴訟を提起する主体として、公共団体が位置付けられているといえる。では、なぜ窪田はこのような判決を書いたのであろうか¹⁴³⁾。それは、次の窪田の言葉から理解される。「困った事には、斯様に水掛りの関係は、農家の生活に重大なる関係を有するものでありながら、之に対する権利関係が従来甚だ不明な状態に置かれて居るのである。関係の村々や大字や土地所有者などが水に就ての権利を持って居るのか居ないのか。其の権利は公法上のものか民法上の権利か。其の権利の大きさ殊に一定の水量に対して村や大字に権利があるか。などの問題に至りては殆ど全く不明である。」¹⁴⁴⁾「従来も水利事件に就ては略前記の如き見解の下に判決し来ったのであるが、此の如く明瞭に裁判所の見解を判示したことは初めてである。夫は前に陳べた如く流水使用权に就ては、従来成文法の規定乏しく、権利関係明かならざるが為、関係人民及び官庁とも率由する所に惑ふ状態であるから、裁判所の見解丈で

140) 行政裁判所判決録38輯11卷（昭和2年）1218頁。

141) 垣見隆貞は、この点、美濃部達吉とこの裁判を担当した窪田静太郎裁判官との論争を紹介し、ち密な検討を行っている。参照、同「明治憲法下の自治体の行政訴訟」行政社会論集14巻2号38頁～42頁。

142) 行政裁判所判決録38輯11卷（昭和2年）1220頁。

143) 垣見が指摘する（垣見隆貞「明治憲法下の自治体の行政訴訟」40頁）ように、窪田は、表向きは明治45年の「判例を踏襲した」と述べている（国家学会8号148頁）が、本心は、本文のように推察される。

144) 窪田静太郎「水利権と推讓」（「斯民」23輯9号（昭和3年）所収）『窪田静太郎論集』（日本社会事業大学、1980年）429頁。

も可成明かにして置く必要があると思ふたからである。」¹⁴⁵⁾窪田は、農家が主張する水利権の範囲が明瞭でなかったことから、裁判においてそれを明確にしたいがために村の出訴権を肯定したといえそうである。また、この判決は、窪田の行政裁判に対する「我国の行裁に出訴を許したる事項は甚だ僅少にして行裁の権限甚狭し。大いに之を拡張し以て行政庁の行為に対し人民の権利を擁護せざるべからず」¹⁴⁶⁾という心構えから、「違法処分により権利を毀損せりたりとする者」について、「所謂権利は広義に解(す)」¹⁴⁷⁾した事例であろうか。兎に角、行政裁判所の判例や窪田の意見を踏まえて、行政訴訟法案で抗告訴訟等の市町村の出訴資格が認められたといえよう¹⁴⁸⁾。また、この事例は行政裁判所あるいは行政裁判所裁判官の先進性を現わすものであるといえる¹⁴⁹⁾。

145) 窪田静太郎「水利権と推譲」431頁。

146) 窪田静太郎「行政裁判に就きて」(大正11年、帝大講義案)『窪田静太郎戦時下手記』(社会事業大学、1992年)218頁。

147) 窪田静太郎「行政裁判に就きて」216頁。

148) 仲野武志は、ここで問題とする改正綱領や行政訴訟法案における「利益に基づく取消訴訟」について、美濃部達吉の立法論として位置づけ、「この試みは、必ずしも十分に成功しているとはいえない。」と評価し、別の事案では謙抑的であると指摘する(仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007年)275頁～277頁)。窪田の発案によるものであるため、美濃部にとって理論的にも整理できていないし、意欲もあまりなかったものと推測される。

149) 小野博司は、行政裁判所裁判官の先進性について、河川利用の許可について長野県知事が後願者に許可を与えたのに対し、行政裁判所が先願者に与えるべきとして知事の許可を違法とした判決を挙げ、内務省との確執、学説との乖離を指摘し、「公益」に関する行政活動に対し行政裁判所が統制機能を有するという行政裁判所の自己認識の存在を認め、それが行政裁判制度の改革に向かったと分析している。参照、小野博司「1920年代における行政裁判制度改革の構想の意義」57頁～61頁。また、小野が言うように、「旧行政裁判所の人的組織である評定官もまた、天皇の官吏だった。彼らによって作り出された行政裁判所の法意識・雰囲気は「官権偏重の思想」に支配され、「官権偏重の愚民観」に満ちていた。彼らの民権擁護の自負も、せいぜいのところ、そのような愚民観と背中合わせの「家父長主義的な愚民観意識」に基づいていた。実際、旧裁判所が下した判決は、しばしば、国民の権利救済に対する暖かな配慮よりも、どちらかと言えば、行政権力者の行為の正当化に指向されていた。それは、国民の権利保障のためよりも、むしろ、権力者の権力行為の貫徹ないし弁護のために機能することが多かった。行政裁判所自体が、政府の政策に従属し、官僚による行政権力を行使する一分枝であった。」(山口敬子『客観

美濃部達吉と行政裁判所の協力により作成された改正綱領と行政訴訟法案について、学説はどのように評価していたのであろうか。原龍之助以外には目立った反応は無いようである。それでは、原龍之助の改正案についての考えを紹介することにする。原は、行政訴訟には、①抗告訴訟、②当事者訴訟及び③先決問題の訴訟があるとして、当事者訴訟について「当事者訴訟というのは、公共団体相互間其の他二の対等なる権利主体間の間に公法上の法律関係についての争ある場合に、その争につき裁判を求むるがためにする訴訟である。抗告訴訟と異なり個人の行政権に対する争ではない¹⁵⁰⁾」と位置づけている。そして、当事者訴訟を抗告訴訟とは別個の訴訟として認める必要性について、以下の2点を挙げている。すなわち、一つは、現在の裁決を争う手続きでは、当事者の一方が第三者としてしか位置づけられないので、「訴訟制度として決して適当な制度」であるとはいえないとして、「争を正しく且迅速に終結せしめ、法維持の目的を達せんがためには、眞の争の当事者を同時に訴訟当事者とし、抗告訴訟とは之を区別して規定しなければならぬ」¹⁵¹⁾とする。二つ目は、市町村相互間や公共団体と私人との間に、道路、公園、下水道や小学校の協働維持管理又はその利用について契約が増大しているとして、これは公法上の契約であるとして、「現行法上それは行政訴訟事項として認められていないために、現在においては結局それに関して争が起こっても法上の保護をとむる手段

訴訟』（勁草書房、2004年）64頁）とか、また、「行政裁判所が国民の権利救済からほど遠い存在であったことについては、もちろん行政裁判所自身にも責任はあることであったが、当時の行政法学説にも一端の責任があったといわなければならないであろう。それは、学説と判例との間でよい意味での相互補完的な関係がおよそ形成されなかったということである。判例は学説形成のためのよき素材を適教することはなかったし、学説を尊重する態度も持ち合わせていなかった。」（宮崎良夫「行政訴訟制度と行政法学」『行政争訟と行政法学』56頁）という評価は少し修正される必要があるといえよう。ただし、高柳信一の澤田竹二郎及び遠藤源六両行政裁判所長官の「愚民観」に対する厳しい評価（高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」2204～2210頁）をどのように考えるかという問題はあると思われる。

150) 原龍之助「行政訴訟法案に於ける訴訟事項に就て（上）」公法雑誌1巻（1935年（昭和10年））5号39頁。

151) 原龍之助「行政訴訟法案に於ける訴訟事項に就て（上）」40頁。

が全くないというの外はない。これはいかにも不合理であるから、当事者訴訟を一般的に認め、これらの公法上の契約につき、行政訴訟をもって契約上の権利の保護をもとむるを得せしむることは、甚だ必要である¹⁵²⁾とする。ただし、原は、行政訴訟法案が当事者訴訟について概括的列記主義を採用したことについては大きな進歩であるが、この点一般的概括主義を採用する余地があるのではないかと批判している¹⁵³⁾。ただ、こうした原の見解には、当事者訴訟が「違法の行政処分に対する救済手段ではなくもっぱら法の正確なる適用を確保することを主眼とするものである」¹⁵⁴⁾という留保や、行政訴訟法案が9条で公共団体の権利毀損について抗告訴訟の出訴を認めたことについて、公共団体の利益の侵害という要件を強調していること¹⁵⁵⁾、は忘れられてはならないこともしれない。ただし、後者については、それが美濃部の意見を追認したものであり¹⁵⁶⁾、また、権利を単に「権利又は利益」にあるいは「物質的利害関係又は精神的利害関係」に拡張したに過ぎないとも解し得る¹⁵⁷⁾。

行政訴訟法案などの5法案は、昭和7年10月に斎藤首相に答申される。しかし、政府はこれらの法案を帝国議会に提出することはなかった。提出し

152) 原龍之助「行政訴訟法案に於ける訴訟事項に就て(上)」40頁～41頁。

153) 原龍之助「行政訴訟法案に於ける訴訟事項に就て(上)」41頁。

154) 原龍之助「行政訴訟法案に於ける訴訟事項に就て(上)」26頁。

155) 原は、次のように述べている。「現行法においては行政庁の違法処分に対する不服の訴は、常に権利の毀損をもつて訴訟提起の要点としているのに反し、草案においては、公共団体の利益に重大な影響を及ぼすような違法処分に対して公共団体から行政訴訟を起しうべきことを認め」(原龍之助「行政訴訟法案に於ける訴訟事項に就て(上)」27頁)ていると。原文には、「公共団体の権利」がある。

156) 美濃部達吉「行政裁判法改正綱領に於ける訴訟事項」国家学会42巻(1933年(昭和8年))10号66頁～67頁。

157) 原は次のように述べている。「行政訴訟事項に関して原則として概括主義を採用し、「行政官庁ノ違法処分ニ依リ権利又ハ利益ヲ侵害セラレタリトスル者ハ法律ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外本法ニ依リ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得」という風にでも規定して、法規維持の制度たる趣旨を示すか、或は全然権利毀損の要件を除き行政官庁の違法処分に対して物質的又は精神的の利害関係を有すと認めべき者は何人でも行政訴訟を提起しうるといふ風に、法規維持の制度たることを示すべき弾力性に富んだ表現を用いるか何れかを選ぶのが立法技術上適當ではなるまいか」(原龍之助「行政訴訟の要件としての権利の毀損」法学雑誌第1巻11号58頁)と。

なかった理由については、行政訴訟法案16条の行政裁判に適しない範囲を決める勅令の制定に手間取ったとか、2・26事件後の日中戦争の本格化、戦時総動員体制が迫っていたという政治状況のためとか説明されている¹⁵⁸⁾。改正綱領や行政訴訟法案の学説に対する影響を考えると、確かに法的根拠はなくなったが、制定に関わった美濃部達吉、それに協力した田中二郎、そして原龍之助においては、その後の彼らの学説に強い影響を与えたとみるべきであろう。他の学説についても影響は軽視できないと思われる。他方、行政裁判所は、改革推進派が行政裁判所の多数派は占めるという人的構成に主として関係するが、法的根拠がなくなったとしても、従来の判例の範囲内で判例を積み重ねていくものと予想される。行政訴訟法案については、とりわけ戦後改革におけるその継承が問題となろう。

小括

以上のように、市町村が提起する境界に関する訴えについて、戦前の法規定の変遷、行政裁判所の判決、実務書の解説、行政法学説、行政裁判法の改正案（改正綱領と行政訴訟法案）を整理したわけであるが、次のように纏めることができると思われる。

第一に、市町村が提起する境界に関する訴えは、県参事会の裁定又は決定を争うことになり、この場合原告は一方の市町村であり被告は県参事会であるが、これは争いの実態を反映していないとして、美濃部達吉は当事者訴訟の導入を画策した。すなわち当事者訴訟の始まりは市町村が提起する境界訴訟の位置づけにあったといえよう¹⁵⁹⁾。この点、戦後においては、私人と行政主体との法律関係、とくに田中二郎の管理関係論や行政契約において、当事者訴訟が議論されるが、始まりは、そうではなかったのである。また、美濃部に始まった当事者訴訟は、学説においては、田中二郎に強く継承され、そして、原龍之助の賛同を得るのである。また、一方、それは、行政裁判法の改正案である昭和3年の「行政裁判法改正綱領」や昭和

158) 参照、小野博司「昭和前期における行政裁判法改正作業」90頁～93頁、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」2219頁～2220頁。

7年の「行政訴訟法案」などに盛り込まれていく。

第二に、市町村が提起する境界に関する訴えを当事者訴訟として把握する場合、当事者訴訟が相対立する平等な法主体を前提にすることから、市町村には訴訟を提起する地位とそれに対峙する地位が与えられることになる。美濃部達吉と田中二郎はこういう説を前提とした。ただ、このことに対し、宮沢俊義は、市町村の利益と個人の利益は違うとか、市町村には相対立する利益はないとして、当事者訴訟に対して消極的であった。これに対し、行政裁判所は、行政訴訟について市町村の出訴資格を認めていたことから、「行政訴訟法案」見られるように当事者訴訟に賛成した。

第三に、市町村が提起する境界に関する訴えは、戦前の行政裁判制度においては、抗告訴訟として把握されていた。行政訴訟を「主観的訴訟」又は「行政救済」として把握し実定法を重視する織田萬、佐々木惣一や渡邊宗太郎にとって、当事者訴訟という訴訟類型は認められないものであったが、境界に関する訴えを、参事会の裁定及び決定という処分取消を求める訴えとして構成することによって、抗告訴訟として認めていたといえよう。また、美濃部、田中及び原龍之助も境界の訴えを理論的には当事者訴訟と解していたが、法制度上は抗告訴訟と解していた。

第四に、明治期の行政裁判所は、境界の訴えについて被告を村や町とする訴えを受理していた。この事実は学説に影響を与えたと考えることがで

159) 田中二郎は、行政事件特例法の改正に関わる小委員会で境界に関する訴えを度々取り上げて発言しているが、とくに第35回小委員会（昭和33年7月4日）で次のように発言している。「法令の規定によりということにするなら、これでよいということです。例えば、（町村の）境界の争いですね。もともとは、直接の争いなのですが、現在は、都道府県知事が裁定をする。裁定の取消を求める形で争ってゆくわけです。今度は、実質的な訴訟の当事者は、町村ですね。これをそのまま確定されたものを再び裁判所で判断してもらうというので、両当事者がそのまま出ていく形を考えているわけです。これを、特に法律で明示した場合に限るということとなると現在の段階では、そういうのは入ってこない。こういうのが、将にここにいう行政上の法律関係の訴えとして典型的例ではないかと思うんです。こういう訴えを考えるに至った原因は、そういうものを当事者訴訟の形でもってゆきたいということだったと思うのです。」（塩野宏『日本立法資料全集 6 行政事件訴訟法(2)』1132頁～1133頁）。

きる。そして、行政裁判法改正綱領や行政訴訟法案において、当事者訴訟が新たな訴訟類型として規定され、境界に関する訴えはその典型的な例として挙げられる。これは、美濃部達吉の努力もあったが、前記の行政裁判所の判例もあり、行政裁判所が美濃部案に賛同したためであろう。他方、行政裁判所は、市町村の行政訴訟についての出訴資格を認めていた。それは、行政裁判所の3つの判例に示されていた。また、その判例は、「行政訴訟法案」における利益侵害に基づく抗告訴訟、差止め・原状回復の訴えの基になっている。以上の二つのことから、行政裁判所は市町村の出訴資格を広く捉えていたといえそうである。これは戦後の裁判官に継承されていくと考えられるのである。

第五に、美濃部達吉が市町村間における境界に関する争いについて、知事が裁定に関与することを党派性が出てくることから反対し、双方が直接争う当事者訴訟に構成すべきとしていた。このことは、戦後において地方自治に住民自治が認められ、国、都道府県又は市町村において異なった政党、党派が行政権を担当し、それらの間に争いが生じた場合に、美濃部の問題提起をどのように考えるべきか、ということになる。