

抗告訴訟における民事訴訟法上の 原理・原則の修正

～訴訟上の和解の許否をめぐる議論をもとに～

金子 春 生

はじめに

- 1 問題の提起
- 2 民事訴訟における訴訟上の和解の規律
- 3 抗告訴訟における訴訟上の和解の許否
- 4 裁判例
- 5 分析・検討
- 6 訴訟上の和解と抗告訴訟の性質

おわりに

はじめに

日本の行政訴訟制度は、ドイツやフランスのような行政権に属する行政裁判所ではなく、司法権に属する司法裁判所が担っている。この行政訴訟制度の存在意義については、現在に至っても様々な議論がなされている⁽¹⁾。そして、その行政訴訟を規律しているのは行政事件訴訟法（以下、「行訴法」とする）である。この行訴法は昭和 37 年に成立し、平成 16 年に大きな改正を経たものであるが、僅か 46 ヶ条からなる法典である。これは、405 ヶ条からなる民事訴訟法（以下、「民訴法」とする）や 507 ヶ条からなる刑事訴訟法と比べても、完結した訴訟法典とはいえない。そこで、行訴法はその対応として、「行政事

(1) 近年の研究として、仲野武志「取消訴訟の存在理由」自治研究 91 卷 12 号 (2015 年) 101 頁、中川丈久「行政訴訟の基本構造 (1) 抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について」民商法雑誌 150 卷 1 号 (2014 年) 1 頁、同「行政訴訟の基本構造 (2・完) 抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について」同巻 2 号 (2014 年) 171 頁などがある。

件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による」（行訴法7条）という規定を設けている。

この行訴法7条を介して、現在に至るまで、行政訴訟は司法裁判所により運用されている。しかし、一方では、実際の訴訟等で、多くの場合、行訴法7条の適用は強くは意識されていない。すなわち、当たり前のこととして、「民事訴訟の例」によってきた現状があるようにも見受けられる。もちろん、そのこと自体が直ちに大きな問題を生じさせない事実もあるが、そのことも相まって、いままで強く意識されて研究されておらず⁽²⁾、宇賀克也教授が指摘するように、「行政事件訴訟の本質に照らした民事訴訟の原則の修正がいかなる場合に行われるべきかに留意する必要がある」⁽³⁾といえる。そこで、行訴法7条の適用が真正面から問われるいくつかの場面⁽⁴⁾において、民訴法との関係を今まで以上に強く意識した検討が必要となってくる。それにより、抗告訴訟、ひいては行政訴訟の存在意義もみえてくるものと思われる。

そこで、本稿では、いままで正面から取り上げられることが多かったとはいえない行訴法7条の適用により抗告訴訟に民訴法の原理・原則が用いられるとき、それらの原理・原則がどのように修正されるのか、そして、それはどのような理由によるのかを明らかにする。あわせて、その検討から導かれる抗告訴訟の性質についても確認する。そして、本稿では、行訴法7条の適用により、民訴法上の原理・原則の修正が分析できる抗告訴訟においてその許否が問題となっている事項として、「訴訟上の和解」を取り上げる。

(2) 一方で、処分性、原告適格（法律上の利益）、狭義の訴えの利益といった行政訴訟プロパーの事項の研究は、枚挙に暇がないほど多く蓄積されている。

(3) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法』（有斐閣、第5版、2015年）222頁。

(4) 例えば、①当事者能力・当事者適格、②訴訟物、③主張制限、④主張・立証責任、⑤訴えの併合、⑥訴訟参加、⑦弁論主義、⑧証拠調べ・文書提出命令、⑨実質的証拠法則、⑩請求の放棄・認諾および和解、⑪訴訟費用などが挙げられる。室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、第2版、2006年）102頁（第7条解説担当、曾和俊文）。

1 問題の提起

(1) 訴訟上の和解の意義 一般の民事訴訟においては、原告により訴えが提起され、当事者双方が最後まで争う姿勢を崩さなければ、裁判所は判決という形で原告の訴えに対して応答する。一方、処分権主義のもと、当事者は判決によらない訴訟終了の方法を選択することもできる。訴えの取下げ、請求の放棄・認諾がその例である。そして、もう 1 つ、和解によって訴訟を終わらせることが認められている。

そこで、本稿で取り上げる「訴訟上の和解」とはいかなるものかを簡単に確認する。まず、訴訟上の和解とは、訴訟の係属中、当事者双方が訴訟物についての主張を譲り合って訴訟を終わらせる旨の、期日における合意をいう⁽⁵⁾。これは、当事者により裁判所に対してなされ、その合意の内容が確認され、調書に記載されることで確定判決と同一の効力が生じる（民訴法 267 条）。この「訴訟上の和解」と、訴訟外で当事者双方が訴訟物についての主張を譲り合って訴訟を終わらせる旨の合意である「訴訟外の和解」を合わせて、広く和解と呼ばれる。この訴訟外の和解は、訴訟上の効果は生じず、訴えの取下げ等がなされることにより訴訟が終了する。前述のとおり、このような判決によらない訴訟の終了は、処分権主義の現れである。

(2) 訴訟上の和解のメリット・デメリット⁽⁶⁾ 次に、訴訟上の和解のメ

(5) 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、第 5 版、2011 年）366 頁。この「訴訟上の和解」と訴訟係属を前提としない簡易裁判所における「起訴前の和解」（民訴法 275 条）を合わせて、「裁判上の和解」という。

(6) 垣内秀介「訴訟上の和解の意義」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、2009 年）248 頁、同「裁判官による和解勧試の法的規律（1）」法学協会雑誌 117 巻 6 号（2000 年）757 頁、鈴木正裕・青山善充編『注釈民事訴訟法（4）裁判』（有斐閣、1997 年）475 頁（旧民訴法 203 条解説担当、山本和彦）、草野芳郎『和解技術論 和解の基本原理解』（信山社、第 2 版、2003 年）14 頁以下などによる。

リットとデメリットを確認する。メリットとしては、①紛争が判決よりも早期に解決され、費用も軽減できること、②判決と比べて解決の内容が柔軟であり、具体的に妥当な解決が得られること、③判決と比べて規律の対象が柔軟であり紛争の全体的、根本的解決が可能であること、④判決よりも履行が得やすいこと、⑤当事者の感情の融和を図ることができ、関係修復に資すること、⑥法的基準が十分に確立していない分野において、和解による解決の積み重ねによって新たな法や権利が創造されていく契機になること、⑦裁判官・書記官などの負担が軽減されること等が指摘されている。しかし、以下のようなデメリットも指摘されている。すなわち、①内容的な適正が保障されない、②判決のような規範性・先例性が欠ける、③手続過程についても規範に則っておらず、また、和解中心での処理は手続改善への動きを鈍磨させる面がある、④国民の権利意識が明確になることを妨げる、⑤当事者は多くの場合、種々の心理的、社会的、経済的要因によって、常に多かれ少なかれ和解を選択することを余儀なくされ、判決と和解とを全く自由に選択できるわけではない、⑥紛争の蒸し返しの可能性、⑦和解関係構築の困難性等である。

(3) 抗告訴訟における訴訟上の和解の問題点 抗告訴訟においても、判決によらず、当事者の意思により訴訟を終結させることが考えられる。すなわち、民事訴訟においてなされる訴訟上の和解を抗告訴訟においても用いることができるかが問題となる。この点、行訴法上、明確に肯定も否定もされていない。このように、行訴法に規定がない場合は、「民事訴訟の例による」こととなる（行訴法7条）。そして、この「民事訴訟の例による」とは、本来行政訴訟は民事訴訟とその性質を異にするため、当然には民事訴訟の規律が適用されないが、行政訴訟の性質に反しない限りにおいて民事訴訟の規律を準用することを意味すると解されている⁽⁷⁾。

したがって、抗告訴訟において訴訟上の和解が認められるかは、行訴法上

に明文の規定が存在しないので、民事訴訟の例によることとなり、訴訟上の和解が抗告訴訟の性質に反するか否かがその適否を分けることとなる。この問いは、南博方教授による精緻な分析から始まり、現在に至るまで議論が積み上げられてきた。現在多くの注目を集める論点とはいえないが、近年、後述の阿部泰隆教授の研究等が示されているところであり、いまなお決着がついたとはいえない論点である⁽⁸⁾。

(4) 本稿における問題の提起 少し議論を先取りすると、現状として、抗告訴訟における訴訟上の和解については、制限的に肯定するか、全面的に否定する見解に大きく分かれており、全面的に肯定する見解は見受けられない。

このような議論状況のもとで、抗告訴訟における訴訟上の和解が否定ないし制限的に肯定されるに留まるのはなぜであろうか。そこでは、行訴法 7 条が適用され、抗告訴訟の性質に反しない限りで民訴法が準用される場面において、民訴法をそのまま準用できないとの考慮が働いていることが窺える。

確かに、行訴法 7 条の適用においては、そのまま民訴法を準用できないことは行訴法の前身である行政事件訴訟特例法の制定時から認識されており、抗告訴訟が民事訴訟と異なることも指摘され、研究されてきた。しかし、行訴法 7 条の適用における民訴法上の原理・原則との調整のされ方についてはまだ検討が十分にはなされていない面がある。

そこで、行政庁による公権力の行使を訴訟の対象とする抗告訴訟において、行訴法 7 条の適用により、訴訟上の和解の許否をめぐる議論の分析を通じ、民訴法が、抗告訴訟において準用されうる場面において、そこで民訴法上の

(7) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説 (一)」法曹時報 15 卷 3 号 (1968 年) 383 頁、宇賀・前掲注 (3) 222 頁。

(8) 交告尚史「行政訴訟における和解」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣、2014 年) 132 頁。

原理・原則がどのように修正され、それはいかなる理由によるのかを明らかにする。さらに、その検討から導かれる抗告訴訟の性質がいかなるものであるかを確認することを本稿の目的とする。

行政事件訴訟のうち、抗告訴訟（行訴法3条）に焦点を絞って取り上げるのは、他の行政事件訴訟より訴訟上の和解の許否が多く議論されており、かつ、許否の調整原理が比較的強く働くと考えられるからである。また、本稿では、調整原理がより働く場面を検討するため、特に断りがない限り、訴訟上の和解の内容は、訴訟の対象たる行政処分の効力に直接変動を及ぼすものとする。

2 民事訴訟における訴訟上の和解の規律

(1) 要件　ここでは、上記で確認した訴訟上の和解が、民訴法上いかなる要件のもとになされ、いかなる効果が生じるのかを確認する。あわせて、簡単にではあるが、訴訟上の和解の法的性質の議論についても触れる。

まず、要件としては、①当事者が係争利益を自由に処分できる場合であること、②和解条項によって認められる権利義務が、法律上存在の許されるものであること、または公序良俗に反するものではないこと、③訴訟能力があること、④口頭弁論等の期日において、当事者双方が口頭で陳述することなどが求められる。なお、訴訟要件を具備している必要はないとされる⁽⁹⁾。

後に検討するように、抗告訴訟において訴訟上の和解を制限的に肯定する考えは、上記要件に加えて、さらに後述の要件（訴訟上の和解を認めるために必要な条件）を求める。また、この要件①が、抗告訴訟における訴訟上の和解を否定ないし制限的に肯定するに留める立場の中心軸となる。

(2) 効果　次に、訴訟上の和解がなされた場合、訴訟上いかなる効果が

(9) 新堂・前掲注(5) 367～368頁。また、梅本吉彦『民事訴訟法』（信山社、第4版補正、2010年）1010頁は、これらの要件に加え、訴訟物の全部又は一部を対象とするとともに、その対象となる請求を特定できること（請求の特定性）も要件とする。

生じるかを確認する。訴訟上の和解は、確定判決と同一の効力を有する（民訴法 267 条）。具体的な効力としては、①訴訟の終了、②執行力（民執法 22 条 7 号）、③既判力⁽¹⁰⁾がある。後に検討するように、この確定判決と同一の効力が生じることが、抗告訴訟における訴訟上の和解の許否を分ける 1 つの基準となる。

(3) 法的性質 訴訟上の和解の法的性質について私法行為説、訴訟行為説、併存説、両性説の対立がある。①私法行為説とは、訴訟の期日において、たまたま当事者間に締結される私法上の和解契約（私法行為）であって、和解調書はこれを公認するためのものに過ぎないとする考え方である。次に、②訴訟行為説とは民法上の和解とは全く別個の純然たる訴訟上の合意（当事者双方が互譲した結果を裁判所に対して陳述する合同訴訟行為）であり、その前提として私法上の和解契約があるとしても、それは、訴訟上の和解の陳述内容を定める前提に過ぎず、訴訟上の和解を構成するものではないとする考え方である。そして、これら両説の折衷的な立場として、併存説と両性説がある。③併存説は私法行為と訴訟行為が結合して 2 つの行為が併存するものとみる考え方であり、④両性説は訴訟行為の形式で行われる私法上の和解という単一の行為であるが、私法行為と訴訟行為の両方の性質を持つとする考え方である。ただし、この性質論からだけでは、問題点を解決することはできないとの意見⁽¹¹⁾があり、本稿も、特に断りのない限り、両性説を前提としつつ、これ以上この議論には立ち入らない⁽¹²⁾。

(10) 訴訟上の和解の効力として、既判力が認められるかについては旧々民訴法時代から争いがある。新堂・同上 371 頁。

(11) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（有斐閣、第 2 版補訂版、2013 年）772 頁は、訴訟上の和解についての「性質論は、既判力の有無等の訴訟上の和解をめぐる諸問題に演繹的・自動的に解決をもたらすものでもない（新堂 373 頁注 (1)）。どの説を出発点としても、修正を加えることにより同一の結論に至り得るからであり、「過度にこだわる必要のない論争である、かもしれない」とする。

3 抗告訴訟における訴訟上の和解の許否

(1) 学説の状況 前述したとおり、行訴法には訴訟上の和解に関して正面から取り上げた規定が存在せず、その結果、「民事訴訟の例による」こととなる（行訴法7条）。つまり、この場合、抗告訴訟の性質に反しない限りにおいて民事訴訟の規律を準用することになる。この場面において、民訴法と行訴法の接触・衝突が生じる。

そして、この議論の対立は、制限的に肯定する立場（以下、制限的肯定説とする）と否定する立場（以下、否定説とする）に大きく分かれている。以下では、いくつかの制限的肯定説、否定説を取り上げ、順にその論拠を確認し、そこで民訴法上の原理・原則がいかに修正されるのか、そして、それはいかなる理由によるものなのかを明らかにする。

(2) 制限的肯定説 まず、制限的肯定説の代表的な学説は、田中二郎教授と小沢文雄判事によるものであり、行政庁の自由裁量が認められている場合には、その範囲内で裁判上の和解が可能であるとする⁽¹³⁾。この見解は自由裁量の範囲内という要件を付加するものである。

次に、高林克己判事は、「行政庁が処分の基礎とした事実関係がなお不明であり、しかも行政庁自身が事件を訴訟上の和解で解決したいと望んでいる場合には、民訴理論に固執して和解の可能性を否定しざる必要もないのではなかろうか。ただしその場合でも、和解の可能性を認める理論はいますこし進化される必要がある」⁽¹⁴⁾とする。この見解は事実関係の不明確さおよび行政

(12) 訴訟上の和解についての先駆的で詳細な研究として、石川明『訴訟上の和解の研究』（慶応義塾大学法学研究会、1966年）がある。また、近年の研究として石川明「訴訟上の和解における法的性質論と既判力論」法学研究 88 巻 7 号（2015年）41 頁以下もある。

(13) 田中二郎編著『行政事件訴訟特例法逐条研究』（有斐閣、1957年）111 頁（田中（二）発言・小沢発言）。

庁の所望を付加的に考慮して判断するものである。

宮田三郎教授は、「取消訴訟においても、当事者が訴えの対象を処分することができ、強行法規に反することなく、裁量により行政処分に代わって法契約の締結が許容される場合およびその範囲で、訴訟上の和解が許されるというべきであろう」⁽¹⁵⁾とする。宮田教授は、行政処分ではなく、公法契約という行為形式を念頭に置く。そして、栗本雅和准教授は、行政訴訟における和解を認める立場に立ちつつも、行訴法や行政手続法を改正するか、別途立法措置を講じることで、議論の安定を図るべきであるとする⁽¹⁶⁾。

続いて、行政裁判所の元判事である田中真次教授の見解を見る。田中（真）教授は、「認諾、和解が法律上許されるかどうかの問題と認諾、和解の内容の当否とは区別して考えなければならない。民事訴訟においても、法律上許されない請求に対して認諾は成立しないであろうし、公序良俗に反する事項を内容とする和解が許されないことはいうまでもない。ただ、民事訴訟では、そのような場合が少ないのに対して、行政事件訴訟では、認諾、和解ができない場合が多いという違いはあるが、そのことから、行政事件訴訟で認諾、和解が許されないとするのは論理の飛躍である」⁽¹⁷⁾とする。そして、行政庁が有する取消権限を根拠に、その取消権限が認められる限度内で、認諾は認められるとする。一方、和解については、限定的な類型の事案において認める。それは、所得金額の認定が誤っており、一定の金額までしか課税できないことが確認された場合に、行政庁はその課税額までは原告の主張を認め、一方原告はそれ以上争わないといった内容の和解がされるような事案⁽¹⁸⁾である。

(14) 南博方編著『注釈行政事件訴訟法』（有斐閣、1972年）80頁（第7条解説担当、高林克己）。

(15) 宮田三郎『行政訴訟法』（信山社、第二版、2007年）299頁。

(16) 栗本雅和「行政訴訟における和解—諸学説の整理と展望—」南山法学 23 卷 1・2 合併号（1999年）81頁。

(17) 田中真次「行政訴訟における和解（請求の放棄・認諾等）」我妻栄編『続学説展望—法律学の争点—』（有斐閣、1965年）48頁。

そのような場合には、和解を例外的に認めるが、「取消訴訟の対象になるような問題については、本来、行政庁の単独行為によって権利関係が形成され確定されるべきであるから、当事者の意思の一致によって、権利関係が定められることは、もともと不合理であるのみならず、殊に、和解によって、行政処分が行われたことになったり、行政庁の義務が形成されることは考えられない」とし、原則和解は認められないとしている。極めて限定的ともいいうるが、一応肯定説に分類しうると思われる。

次に、この論点をより詳細に検討した南博方教授、石井昇教授、阿部泰隆教授の見解を確認する。まず、南教授は、「行政訴訟上の和解は、一般的には、当事者が訴えの対象を処分することができる場合に限り可能であると解すべきである。ここに『訴えの対象』とは訴訟法学上の意味での訴訟物ではなく、訴訟上の請求の目的（行政行為）を指し、『処分することができる』とは当事者が和解を履行しうべき地位にあらねばならぬこと、特に行政庁において和解を履行しうべき事物管轄を有する場合を意味する。かように、行政庁が訴えの対象について事物管轄を有する場合にかぎり、和解を締結することが可能である」とする。そして、その許容性は以下の5つの制限のみを承認すべきとする⁽¹⁹⁾。すなわち、①当事者である行政庁が訴えの対象に関して事物管轄を有しないときは、和解において権利を得、義務を負うことはできないから、和解を締結することはできない。②直接行政行為の発給または取消を和解の内容とすることはできない。それは債務行為としての和解の本質に反し、行政行為は法律の定める形式によるのでなければなすことができないからである。③行政は、和解により、相手方たる私人に公共の安全と秩序が脅かされるべき法的地位を約し、または放置することを約することは許されない。④和解は、その履行としてなされる行政行為が無効である場合には許されな

(18) 田中・前掲注(13) 111頁(小沢発言)。

(19) 南博方『行政訴訟の制度と理論』(有斐閣、1968年) 133頁。

い。⑤「実体的確定力」⁽²⁰⁾が生じる行為についても、和解の余地はない。なぜなら、行政庁の処分権は、処分の発給とともに凍結されてしまうからであるとする。これらの制限に反して締結された和解は無効である。この南教授の研究が、日本の行政訴訟における訴訟上の和解の研究の出発点であり、最も影響を与えたものの1つである。

南教授に次いで、和解契約を対象に研究を行った石井教授は、以下のように述べる。すなわち、和解契約は、法律による行政の原理や平等原則に抵触する危険があるので、安易に認めるべきではないが、事実関係または法状態が不明確であると、法的安定性・法的平和が侵害される危険がある。法的安定性の原則および法的平和の原則は、契約内容が法令の定め明らかに反しない限り、真実の事実関係または法状態が行政庁の職権調査によっても明らかにならない場合において、法律による行政の原理や平等原則に抵触する危険性を内包する行政上の和解契約を肯定する論拠となる。その前提として十分な客観的データによる裏付けが必要であり、具体的に事実を認定し、法を解釈適用し公益を維持・促進するという行政の本来的任務を併せ考えると、行政活動のための根拠資料を収集するための職権調査は必須の手段であり、法的義務である。他方、行政側が不十分な職権調査に基づいて事実関係の不明確性を認定し、行政上の和解契約を締結することは許されない。そして、職権調査の範囲・程度に関しては、被調査者の人権・権利・利益の保護の点からその限界について検討する必要があるが、さらに、事実関係に関する不明確性を解明するための行政支出と不明確性を解明することにより得られる利益の比例関係を考慮する必要がある。職権調査により不明確な事実が解明される利益と比較して行政支出が過大になるまでは、行政庁は、職権調査義務を免れることができない。つまり、行政支出が過大となつてはじめて、職権調査の法的義務から解放され、行政主体は和解契約を締結することができる

(20) 行政実体法上の法律効果であると思われる。

る⁽²¹⁾。上記見解を示した上で、行政上の法律関係における行政の処分権能は、公益の適切妥当な実現のために行使されるべきとする観点を考慮して以下のように主張する。すなわち、不明確な事実関係や一定の行政活動の法的評価は、紛争を回避することによる行政目的の円滑な達成など公益の適切妥当な実現にとって必要であると行政により判断される場合がある。こうした行政の判断が合理的なものであると評価できるときは、行政上の法律関係においても和解は可能であると解するとする⁽²²⁾。

ここで注意すべきなのは、石井教授が念頭に置いているのは、行政契約としての和解契約であり、訴訟上の和解ではない。したがって、上記理論がストレートに訴訟上の和解に適用できない面もある。すなわち、見解が分かれるところであるが、訴訟上の和解が訴訟行為としての性質を有すると解するのであれば、その点を考慮する必要がある。

阿部教授は、税務訴訟を念頭に置きつつ、以下のように結論づける。すなわち、①訴訟上の和解は、裁判所が法の高度の不確実性のために当事者の互譲を尊重することが妥当であると判断した場合に適法とする。②法の解釈に関する和解は、裁判所でも見解が分かれる法の不明確を要件として、高等裁判所以上でのみ和解できる。③第三者の権利義務に影響を及ぼす場合には、第三者を参加させなければならず、広く社会一般に影響を及ぼす場合には、官報に公示して、広く意見を求めて判断することが考えられうる。④それ以外の和解は地裁でも、国税不服審判所でもできる⁽²³⁾。この見解は、租税実務を念頭に、立法論をも視野に入れた実践的な見解といえる。

次に、町田顕判事は、民事訴訟の和解とは趣きを異にするが、行政訴訟に

(21) 石井昇「行政上の和解契約の許容性」甲南法学 30 卷 3・4 号（1990 年）238 頁。

(22) 石井昇「行政上の法律関係における和解—その許容性と有効性—」甲南法学 37 卷 3 号（1997 年）139 頁。

(23) 阿部泰隆「行政訴訟特に租税訴訟における和解における和解に関する管見」自治研究 89 卷 11 号（2013 年）26 頁。

においても訴訟上の和解は認められるとする。すなわち、「これまで行政事件訴訟において和解はできないという考え方は、行政は法律に従わなければいけないのだから、当事者間の妥協を前提とする和解というものは、行政事件訴訟にはなじまないのだといつていたように思う。……このような考え方は、行政処分が適法か違法かは、裁判所の判断とは別に、客観的に決まっているもので、行政事件訴訟においては、すでに客観的には決まっている処分の適否を明らかにするのだという前提になつているように思われるが、裁判所の判断と別に、行政処分の適否が客観的に判断されるということには疑問があるわけで、裁判所の判断の外に、その処分が適法かどうかの判断は、有権的なものとしてはありえないように思う。……そうだとすれば、和解できるかどうかの問題は、当事者間の妥協を認めることができるかどうかではなくて、裁判所がそれを適法と認めるかどうかの問題であり、裁判所が当事者間の妥協の結果を適法と認めれば、和解したことによつて、『法律による行政』の原理が害されることにはならない。……もっとも、行政事件訴訟における和解においては、……それが内容において、法律に反するものではないことについて、裁判所の承認を必要とするから、民事訴訟においては、通常当事者間で妥協ができれば、それで和解が成立するわけで、行政事件訴訟においては、当事者間の妥協と同時に裁判所の承認を必要とし、当事者間の妥協ができて、それが明らかに法律に反するものであれば、和解を許さないことも可能で、またそうした意味から、行政事件訴訟の和解はそれを裁判所が承認できるかどうかについて一応の資料を必要とするといつた点など、若干民事訴訟における和解とは趣きを異にする点はあるように思」うとする。また、「実際には、裁判上の和解が出来ないということで行政庁と当事者の間で事実上の和解は行われているわけで、それが、裁判所外の事実上の和解であるということから、政治的な配慮など、かえつて不明瞭なものが入ってくる可能性があり……さらに、事実上の和解による原処分の取り消しや変更には法律的な制約もあ」(以上、口語体の部分は文語体に改めた)るので、これらを考え合わせ

ると、「裁判所の前で堂々と和解をしたほうがいい」とする。また、税務訴訟を例に挙げ、「判決で片付けることになると、オール・オア・ナッシングになりやすい」ので、事件によっては和解勧告をしたほうがよいものがあるという⁽²⁴⁾。この見解は、和解否定説の根拠の1つである「法律による行政の原理」違反の点について触れ、その克服を試みるものである。当事者の妥協に加え、「裁判所の承認」という要素を考慮する見解であり、裁判所の権能を重く見るものである。

以上のように制限的肯定説をみると、一律否定は論理の飛躍であるとしつつも、全面的な肯定説は存在せず、具体的状況を想定しつつ限定的に肯定する。次に、上記諸見解に現れた制限的肯定説がどのような条件下で訴訟上の和解を認めるかをまとめると以下のようなものとなる。すなわち、自由裁量の範囲内である場合（田中（二）・小沢）、事実関係が不明確で行政庁が和解を望む場合（高林）、公法契約として和解が許容される場合（宮田）、行政庁に事物管轄が認められる場合（南）、職権調査義務と和解によりもたらされる利益との比較考慮のもとに行政の判断が合理的であるとされる場合（石井）、裁判所が法の高度の不確実性のために当事者の互譲を尊重することが妥当だと判断した場合（阿部）、当事者間に妥協があり裁判所が適法と認める場合（町田）、である。

ただし、制限的であっても和解を肯定する場合は、民訴法 265 条（裁判所等が定める和解条項）との関係を考える必要がある⁽²⁵⁾。

(24) 位野木益雄ほか「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題3」判例タイムズ 169号（1965年）33頁以下（町田発言）。

(25) 詳しくは、笹田栄司「司法の新たな可能性？：『裁判所等が定める和解条項』（民訴法二六五条）を手がかりにして」法政研究 68 卷 1 号（2001 年）297 頁以下、同「裁判外紛争処理：民事裁判における訴訟上の和解（司法型 ADR）を中心として」公法研究 63 号（2001 年）185 頁。

(3) 和解否定説 まず、否定説の代表的な見解に立つ雄川一郎教授は、訴訟上の和解は、「確定判決と同様の効果を生ずる（民訴 203 条。現民訴法 267 条一執筆者注）ので、抗告訴訟の被告たる行政庁は、認諾と同様これをなすことを許さないと解すべきである。行政庁に自由裁量が認められる場合には、その範囲内において裁判上の和解は許されないという見解もあるけれども、自由裁量権は訴訟物の処分権と同一ではないし、また自由裁量によって確定判決と同一の効果を生ずることを認めるのは不当であるから、この点に関する限り、自由裁量の存否によって区別すべき理由はないと思われる」⁽²⁶⁾とする。この見解は、前記田中（二）教授・小沢判事が示す自由裁量の範囲内で認めるとする説を念頭に、自由裁量権と訴訟物の処分権の相違および確定判決と同一効果の発生の不当性を根拠に訴訟上の和解を否定する⁽²⁷⁾。

次に、曾和俊文教授は、「抗告訴訟における和解肯定説は、裁判外での職権取消しまたは裁判外での行政裁量の範囲内での行政処分の変更が肯定される以上、裁判所においてこれらと同一の内容の合意をすることも可能ではないかとの発想に立つものようである。しかし、裁判外での新たな処分はそれに不服があれば訴訟で争うことができるのに対して、訴訟上の和解として行政処分の変更がなされた場合には判決と同一の効力を有するのであるから、両者を同一視するわけにはいかない。それ故、行政訴訟における裁判上の和解をめぐる学説の対立は、少なくとも抗告訴訟において行政処分の取消し・変更を内容とする和解に関するかぎり、否定説をもって正当とすべきである」⁽²⁸⁾とする。この見解も、訴訟上の和解がなされると確定判決と同一の効力が生じる不当性を根拠に訴訟上の和解を否定する。

(26) 雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、1957 年）216 頁。

(27) 一方で、雄川教授は、「なお、裁判外の和解は、和解契約の内容と手続が、実体行政法に適合する場合であれば許される」とし、裁判（訴訟）外の和解は一定の条件のもと許容する。雄川・同上 216～217 頁。

(28) 室井・前掲注（4）105 頁。

原田尚彦教授は、「自由裁量の許された範囲内においても、行政庁は行政処分を行うに際し客観的にもっとも公益に適した判断をすべきである。アメリカに倣って、行政庁が当事者と馴れあって司法取引をするのを許し、その結果に確定判決と同一の効力を認める（（民訴法－執筆者注）267条）のが、わが国に妥当するかどうかは疑わしい。こうした見方からすると、公権力の行使を争う抗告訴訟は放棄・認諾・裁判上の和解になじまないとも考えられる。また、和解の内容が裁量権の範囲内かどうかを見極める手続が現行法上存在しないことを理由に、裁判上の和解を認めるには技術的に見て難点があるとの指摘がある（もっとも、訴えを取り下げ、裁判外で和解することは、しばしば行われている）」⁽²⁹⁾とする。この見解も、自由裁量の範囲で訴訟上の和解を認める見解を念頭に、行政処分の公益適合性および確定判決と同一の効力が生じる不当性を根拠に訴訟上の和解を否定する。

原野翹教授は、「法治主義の実効性の確保と行政の確保という点からいえば、抗告訴訟における当事者の和解による訴訟物の処分を許容することは、原理的にみても、（和解肯定説には一執筆者注）問題がある。しかし、当事者が和解を望んでいたとしても、なお訴訟を追行させる実益がどこにあるのかという反論も予想されるが、公開の対審的構造の下で事案処理されるべきであって、和解するか否かについて行政庁は国民との関係—公益との関係で自由な判断権をあらかじめ与えられているものと解するべきではない。したがって、限定をつけて、被告が訴えの対象を処分しうる限りは和解が可能であるという判例（長崎地判昭和36・12・3行集12巻12号3505頁）や、学説（南博方・行政訴訟の制度と理論166頁以下）にも問題があるものといわなければならない。契約行為＝相手方との合意によって行政処分権限を制約しうること自体、法治主義の原理に反するからである。訴訟経済—紛争処理の迅速性・機動性よりも問題の原理的処理が優先されなくてはならない」⁽³⁰⁾とする。この見解は、原田

(29) 原田尚彦『行政法要論』（学陽書房、全訂第七判補訂第二版、2012年）427頁。

教授と同様、抗告訴訟の対象たる行政処分の公益適合性を根拠に訴訟上の和解を認めることは法治主義の原理に反するとし、否定する。

塩野宏教授は、「請求の認諾、和解については行政庁の意思が関係してくるところに問題がある。すなわち、和解とは訴訟の係属中、当事者双方が紛争を終結させるために訴訟上の請求に対して主張を譲歩し合い合意に達した結果を訴訟上一致して陳述する行為であるが、法律による行政の原理からすると、行政庁としては自らの処分が適法であると考え限り、最後まで争うのが筋であろう（通説……）。裁量権の範囲内ならば和解は可能であるとする裁判例もあるが（長崎地判昭和 36・12・3 行集 12 卷 12 号 3505 頁）、裁量権も互譲の精神ではなく、行政庁自らの公益判断により行使すべきものと考えれば、認められないことになろう」⁽³¹⁾とする。この見解も、行政処分の公益適合性を根拠に、法律による行政の原理から行政庁が適法であると考え限り最後まで争うべきとし、訴訟上の和解を否定する。

次に、富澤達判事は、訴訟上の和解を認めた場合、「その効力をどのように解すべきかについては、なお検討の余地があろうが、その中心となる特定の行政処分をする約束をする行政庁の義務と認めることができない以上、行政庁が引き受けた行政処分をしない場合に問題が残り、訴訟手続の安定の面からも、好ましくない結果が予想される」⁽³²⁾とする。そして、「新たに行政処分をすることによってのみ争いを解決しうる事件においては、事実上和解をして訴えを取り下げるといふ次善の策によることも、やむをえないことと思われる」⁽³³⁾とする。この見解は、和解内容について行政庁が不遵守である場合

(30) 室井力編『別冊法学セミナー 基本法コンメンタール 行政救済法』（日本評論社、1986 年）221 頁（行訴法 7 条解説担当、原野翹）。

(31) 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法』（有斐閣、第五版補訂版、2013 年）179 頁以下。

(32) 富澤達「行政事件における和解」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民訴法講座 8』（日本評論社、1970 年）290 頁。

(33) 富澤・同上 290 頁。

の履行方法がないことから訴訟上の和解を否定する一方で、事実上（訴訟外）の和解を容認することで調整を図る。

片岡安夫判事は、「思うに、和解は、抗告訴訟においては、その実体法上の効力としては、係争処分については、被告行政庁がそれを取り消し・変更したり、またはそれを撤回して新たな行政処分をすることを国民である原告などと約束し、その解決方法につき両当事者等の意思が合致し、行政庁は右の解決方法、すなわち、一定の行政処分（履行行為）をすることを義務付けられるものであり、和解の法的性質は公法上の契約と解される。行政処分は、それが権力関係であるときはもとより、非権力（管理）関係についても、法技術的には、処分行政庁が被処分者である国民に対し、優越的・高権的な地位に立って一方的にまたは被処分者の同意を得て、法令を具体的事実に適用し、または公益に合致するかの合目的的な判断に則って一定の意思表示等をなし、公法上の権利関係を発生・変更・消滅させたり、またはその存否を確認して宣言するものである。そして、その処分権限は行政庁にいわば専権的に留保されているもので、裁判所においても、その判決等により、行政庁に対して行政処分をすることまたはしないこと、すなわち給付または禁止を命ずることはできず、また、行政庁においても、事前に国民との間の契約で、行政行為の履行または不履行を約束することは、法律上許されないのではなかろうかと考えられる。換言すれば、一定の行政処分をすることと、その処分をすることを事前に約束することとは、自ら別個の問題であり、したがって、行政庁が、行政法上『訴えの対象に関し処分することができる』ことは和解しうることの根拠づけにはならないであろう。実務上、行政庁はすでに行った処分につき違法または不当であると認めたときは、訴訟外において、当該処分を取り消し・変更して、その結果訴えが取り下げられたり、またはたんに訴訟が終了したことを宣言する内容の和解が成立して事件が解決をみている事例はあるが、この場合でも、当該処分の取消し・変更の事前の約束は法律上拘束力を有しないと解するべきではなかろうか」⁽³⁴⁾とする。この見

解は、和解の性質を公法契約とし、行政処分の性質を分析し（ここにも公益適合性が出る）、処分権限が行政庁に専権的に留保されており、事前に契約で履行を約することは法律上認められないことから訴訟上の和解を否定する。

大島崇志判事は、「行政庁がする行政処分は単独で法律に基づいてされるものであって、行政庁の義務が当事者の合意によって生じたり、行政庁の裁量判断の内容が当事者の合意によって拘束されたりすることは行政実体法上ないことであるから、訴訟上の和解は、行政事件訴訟の性質に反するというべきであり、認めることはできない」⁽³⁵⁾とする。この見解は、行政実体法上、当事者の合意により行政処分を行うことは行政処分の一方性および法律適合性に反することになり許されないとし、その行政実体法上の性質が行政事件訴訟にも及び、訴訟上の和解を認めることはその性質に反することを理由に否定する。

司法研修所は、「行政処分は、権限ある行政庁が、法令に基づき、公権力の行使としてその一方的判断によってするものであるから、行政庁が私人との契約により行政処分の取消し、変更あるいは新たな行政処分をする義務を負い、その履行として行政処分を行うことは、行政処分の本質に反するといわざるを得ない。また、行政処分の違法性の存否あるいは効力の有無は法令に照らして客観的に判断されるべきであり、行政庁と私人との契約でこれを確認することによって変動を及ぼすことはできないというべきである」⁽³⁶⁾とし、結論として「前記のような和解はいずれも抗告訴訟の性質に反し許されないと解さざるを得ず、このようなことから、一般に、抗告訴訟においては訴訟

(34) 山村恒年・阿部泰隆編『判例コンメンタル〈特別法〉 行政事件訴訟法』（三省堂、1984年）70～71頁（第7条解説担当、片岡安夫）。

(35) 南博方編著『条解 行政事件訴訟法』（弘文堂、1987年）233頁（第7条解説担当、大島崇志）。

(36) 司法研修所編『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）233頁。

上の和解をすることはできないとされている」⁽³⁷⁾とする。この見解は、行政処分の本質であるその一方性と法律適合性を根拠に、訴訟上の和解を否定する⁽³⁸⁾。

最後に、遠藤きみ検事は、大部分の裁判所がいくつかの農地事件を別にとすると、他の行政事件については、和解を試みるというような機会も少なく、仮に試みたとしても、和解成立の段階まで至ったとしても、形式的に訴えの取下げをして、処理されるとする。そして、その原因は、裁判所の考え方がいかなるものであるかよりも、むしろ、被告行政庁側が行政訴訟における和解の許否について一貫して消極的態度を取っていることにあるとし、被告行政庁が訴訟上の和解について消極的態度をとる最大の理由は以下のものと分析する。すなわち、①行政処分は、法令に基づき、権限ある行政機関がその一方的判断によってなすものであって、私人間の契約のように当事者間の自由な意思の合致によってそれを行うか否かが決定されるものではないから、そもそも和解というものにはなじまない、②仮に和解で一定の行政処分をなす義務が行政庁に課されたところで、その強制執行は不可能であって、問題を後に残すだけである、③訴訟における被告指定代理人ことに法務大臣の所部の職員は、法律上行政処分それ自体についての権限が全くない、④中途半端な和解をして、その後になお債務の履行の問題とか指定代理人の権限についての疑義等を残すより、裁判外で権限ある行政機関によって一切の行政上の手続きを済ませ、しかる後に訴訟を取り下げるやり方のほうが事件の処理方法としては確実だからである⁽³⁹⁾、とする。これらの分析は、上記の他の見解とも軌を一にするものといえる。

(37) 司法研修所・同上 233 頁。

(38) 一方、「行政処分の効力に変動を及ぼすことを内容とする訴訟上の和解が許されないことを意味するにとどまる。当事者間の互譲の概念を広く解する実務の傾向からすれば、行政処分の効力に関しない内容の和解も考えられ、このような和解は許されるはずである」として、一定程度の訴訟上の和解を認めるが、行政処分の効力そのものを対象とする訴訟上の和解は否定するものであるので、否定説に分類する。

以上、上記和解否定説の根拠をまとめると以下のようなものとなる。すなわち、自由裁量権と訴訟物の処分権との相違（雄川）、確定判決と同一の効果が生じる不当性（雄川、曾和、原田）、行政処分の公益適合性（原田、原野、塩野、片岡）、和解内容が不遵守の場合の履行方法確保の不可能性（富野、遠藤）、行政処分の一方性（大島、研修所、遠藤）、行政処分の法律適合性（大島、研修所）、訴訟上の和解についての代理権限の不存在（遠藤）、等が挙げられる。そして、これらのうち、特に「行政処分の法律適合性」は、法律による行政の原理という行政実体法の最重要の基本原則に反する結果となりうる⁽⁴⁰⁾。

4 裁判例

次に、実際に抗告訴訟において訴訟上の和解が争点となった長崎地裁の判決を取り上げる。他に、訴訟外の和解が問題となった事案はいくつかある⁽⁴¹⁾が、公式の裁判例集に掲載されている訴訟上の和解が争点となったものはこの1件である。

(1) 長崎地裁判決 この事案は、建物除去命令等の執行の猶予と引換えに提起されていた無効確認訴訟（前訴）等を取り下げる旨の（訴訟上の）和解が成立した後に、その無効が争われたものである。

当該事案に対し、横浜地裁は、まずは「本件のような行政訴訟においては、

(39) 遠藤きみ「行政訴訟における和解」別冊判例タイムズ2号（1976年）171頁。なお、遠藤検事は、適否について通説的な立場はないとしつつ、仮に行政庁側が肯定説の考えに立つようになったとしても、実務の処理方法はほとんど変化しないであろうとする。

(40) 制限的肯定説に立つ石井教授もその点の抵触関係を指摘する（石井・前掲注（21）214頁）。

(41) 詳しくは、丸堯俊「行政訴訟における訴訟上の和解 2」金沢大学教育学部紀要人文科学・社会科学編34号（1985年）33頁以下、石井・前掲注（22）139頁、阿部・前掲注（23）26頁。

右のごとき和解をすることが許されないものであるかどうかについて考察するに、行政事件訴訟特例法第一条によれば、いわゆる行政訴訟については、同法によるの外、民事訴訟法の定めるところによるとされているところ、右特例法には、和解につきなんらの規定も存しないのであるから、行政訴訟においても、当事者が訴訟物およびこれに関連する公法上の法律関係を処分し得る権能を有する限り、裁判上の和解をすることが可能であると解するを相当とすべく、特に行政庁の右処分権能については、すくなくとも自由裁量が認められる範囲内の事項に属する限り、これを肯定すべきである」とした。そして、「しかして、本件和解条項一^アが原告らの処分権能の範囲内にあることは多言を要しないところであり、また、右条項二^アにいわゆる本件行政処分とは、旧戦災復興土地区画整理施行地区内建築制限令（昭和二一年勅令第三八九号）第五条の定める建物除却命令および原状回復命令ならびに土地区画整理法第七七条の定める建物除却通知の意であることは、本件記録上明らかであるところ、右各処分の執行の時期は、その前提要件を具備しているかどうかを判断して、被告が自ら（他の機関の関与等なしに）、自由に定め得るものである（行政代執行法第二、三条、土地区画整理法第七七条第六項参照）。故に、被告が前記行政処分の執行を昭和三六年一月三十一日まで猶予することは、被告の自由裁量が認められる範囲内の事項に属するものであること明白である」とし、「本件和解に関与した前記被告指定代理人四名が、いずれも被告によつて本件訴訟を行う職員に指定されたものであることは、本件記録上明白であるから、右四名は、被告に代つて本件訴訟につき、代理人の選任以外の一切の裁判上の行為をする権限を有するといふべきところ、右裁判上の行為には、その前提をなすべき行政庁の権限に属する実体上の行為も含まれると解すべきである。ところで、本件和解条項二^アにいわゆる本件行政処分の執行を猶予することは、代理に親しむ行為であると認められるから、前記四名は、本件訴訟について、前記和解を締結する前提として被告に代つて前記原告ら訴訟代理人に対し、右猶予をする旨の意思表示をする権限を有していたものと

認めるを相当とする。そして、右意思表示には、特別の方式を必要としないと認められるから、本件和解の締結に際し、右意思表示が口頭でされた（このことは、当裁判所に顕著である）としても、その効力にはなんらの影響もおよぼすものではない」とし、請求棄却判決を下した（長崎地裁昭和 36 年 2 月 3 日判決行集 12 卷 12 号 2505 頁）。

(2) 検討 この判決は、行政庁の処分権限が少なくとも自由裁量が認められる範囲内の事項に属する限りは、裁判（訴訟）上の和解が認められるとした。すなわち、田中（二）教授・小沢判事の見解に沿うものであるといえる。一方、その内容は、処分執行の時期に関するものであり、「時の裁量」についての譲歩であると解される⁽⁴²⁾。そして、「時の裁量」についての譲歩であるということについて、交告尚史教授は、「この種の裁量の行使であれば、相手方との話し合いに基づいて若干の操作を加えても公益や公平性を損なうおそれはそれほど大きくないようにも思われる」⁽⁴³⁾とする。

訴訟上の和解の許否が正面から取り上げられるには、訴訟上の和解がなされた後、その内容が履行されず、再度訴訟になることが必要であるところ、実際公式の裁判例集に取り上げられたのは、この長崎地裁判決 1 件のみである⁽⁴⁴⁾。ということは、訴訟外の和解による処理という形で紛争が解決されていることや訴訟上の和解がなされればその内容が誠実に履行され後に紛争にならず解決していることを現すものともいえる。

しかし、その長崎地裁判決でさえ、和解内容は行政処分の執行時期についてのものであり、行政処分の効力そのものについて訴訟上の和解が問題に

(42) 交告・前掲注 (8) 132～133 頁。また、阿部・同上 6 頁は、本判決を「時の裁量」の問題とした上で、処分本体に関する和解ではないので、抗告訴訟において和解を認めたとはいささかずれているが、いちおう和解許容例とする。

(43) 交告・同上 133 頁。

(44) 町立幼稚園への入園の仮の義務付け（行訴法 37 条の 5 第 1 項）を認めたことで注目された徳島地裁平成 17 年 6 月 7 日決定判自 270 号 48 頁の本案訴訟は、行政処分の効果そのものが訴訟上の和解の対象となったものである（判例地方自治 270 号 50 頁）。

なったものではない以上、裁判において抗告訴訟における訴訟上の和解を通じた民訴法上の原理・原則の修正はほとんど顕在化していないものといえる。

5 分析・検討

(1) 法律による行政の原理との関係 以上をみると、抗告訴訟における訴訟上の和解の許否については、否定説と民訴法における訴訟上の和解の要件に何らかの条件を付加する制限的肯定説の2つに大きく分かれる。つまり、行訴法7条を適用し、抗告訴訟の性質に反すると判断するのが否定説であり、そのままではこれに反するが、新たな条件を加味し修正することで許容するのが制限的肯定説ということになる。なお、判例といえるほどの立場が確立していないことは触れたが、上記2つの説のうち、どちらが通説かという断定も難しいものと思われる。

そこで、以下では、4つの観点から、この論点について検討を加え、制限的肯定説ないし否定説のもと、抗告訴訟の性質と民訴法上の原理・原則が抵触・衝突し、いかに調整されるのかを検討する。

ここでは、まず問題となる民訴法上の原理・原則が何かを確認した上で、ここではどのように調整が行われるのか、その理由はいかなるものかを検討する。

まずは、問題となる民訴法上の原理・原則は、処分権主義である。つまり、当事者が提起した訴訟をどのように終わらせるかは、当事者が決められるという原則がここで問題となる。この処分権主義は、弁論主義と同様に、当事者主義の一内容とされ、その根拠は私的自治の原則にあるとされる⁽⁴⁵⁾。その私的自治の原則は、近代社会においては、個人はそれぞれ自由・平等であるとされているが、そのような個人を拘束し、権利義務関係を成り立たせるものは、それぞれの意思であるとする考え方⁽⁴⁶⁾であり、私法関係を規律する最

(45) 梅本・前掲注(9) 237頁。

も重要な原則の1つである。もちろん、この私法関係の大原則が、規律のされ方の異なる公法関係では用いられないと即断される訳ではないが、この原則と抵触・衝突しうるものとして、法律による行政の原理がある。

この行政実体法上の基本原則である法律による行政の原理と私的自治の原則から導かれる処分権主義との抵触・衝突が生じ、それを調整する原理が、行訴法7条を通じて、この場面で生じる。少し敷衍すると、行政庁は、法律に抛り行政目的実現のため活動しなければならず、抗告訴訟においても原告私人との和解により、法律から離れて、いかに行為するかを決めることは許されないとの結論になりうるので、訴訟上自由に訴訟物を処分できるか否かが問題となる。

この点、例えば、石井教授は、職権調査義務と和解によりもたらされる利益との比較考慮のもとに一定の限度で、その抵触が生じない場合を検討した。また、町田判事は、裁判所の承認をもってその抵触は回避されるとする。これらはいずれも、一定の限度のもとに民訴法上の基本原則である処分権主義を修正しようとするものである。

(2) 行政処分の一方向性との関係 次に、行政処分の一方向性との関係についてである。すなわち、行政処分とは行政庁が一方的に、相手方である私人の同意等を必要とすることなく、法律関係を形成でき、またはすべきこととされている⁽⁴⁷⁾。一方で、訴訟上の和解は、その性質については見解が分かるところであるが、相手方私人と何らかの合意が前提とされるものであり、行政処分とは相容れない性質のものであるとする。否定説の有力な根拠の1つであり、ここにも抗告訴訟の対象である行政処分の性質との衝突が生じる。

(46) 高橋和之ほか『法律学小辞典』(有斐閣、第5版、2016年) 562頁。

(47) ここでは、行政行為を念頭に置いているが、否定説に立つ論者もほぼ同概念によっていると思われる。

(3) 判決の第三者効（行訴法 32 条 1 項）との関係　確定判決と同一の効力が生じることにより、例えば、処分取消訴訟では第三者効が生じるが、この場合、当該第三者の権利義務関係まで形成させる効力が訴訟当事者のみの和解により生じるのは妥当ではないとする⁽⁴⁸⁾。確かに、民事訴訟の場合、あくまで判決は相対的効力を原則としており（民訴法 115 条 1 項 1 号）、抗告訴訟が「公権力の行使」を対象とし公共性が生じること由来することから生じる問題である。しかし、この点についても、阿部教授は、第三者が具体的に特定できる場合にはその者を参加させ、また第三者が具体的に特定できない場合にはなんらかの適切な告知方法を考える等の措置を講じることを提案する。

(4) 行政裁量および公益適合性との関係　前述のとおり、制限的肯定説の代表的な見解は、自由裁量の範囲内において、訴訟上の和解を認める。しかし、この点については、行政裁量とは行政実体法上の概念であり、訴訟上の概念ではなく、訴訟上の和解を論ずる場合には訴訟物の処分権という枠で論ずるべきとの雄川教授の批判がある。また、原田教授・塩野教授らは、行政裁量があっても、行政庁は有する権限を公益実現に向けて行使しなければならず、私人との和解という形で公益実現を行うことは認められないとする。しかし、後者の点については、石井教授の指摘にあるように、訴訟上の和解により当該訴訟を終結させ、訴訟へ割いている労力を減らし、予算や職員を他の公務に割り当てることが公益に沿う場合も十分にあることを考える必要がある。ここにも、訴訟上の和解の場面において、公益とはいかなるものかという問題が生じており、この未解決の難問が、許否を分ける分水嶺になっている⁽⁴⁹⁾。

(48) しかし、これも取消訴訟を念頭に置くものであり、行訴法 32 条 1 項が準用されていない他の抗告訴訟では、別途考える必要がある。

以上見てきたように、訴訟上の和解の許否は、抗告訴訟の本質と関連する問題であるということが改めて確認できる⁽⁵⁰⁾。

6 訴訟上の和解と抗告訴訟の性質

(1) 抗告訴訟の性質⁽⁵¹⁾ 最後に、前記検討を踏まえ、一般的に示される抗告訴訟の性質とともに、本検討から導かれる抗告訴訟の性質を確認する。

まず、①私人の権利救済（行政救済機能）を第一とし、あわせて行政運営における適法性の確保（行政統制機能）が抗告訴訟の目的とされる。次に、②権利訴訟を前提に組み立てられる民事訴訟に対し、抗告訴訟は行為訴訟として組み立てられている⁽⁵²⁾。また、行訴法上規定されているものとして、③行政庁の政治的判断または専門技術的判断など、自由裁量行為に対する司法審査の限界を定め（行訴法 8 条 1 項但書、同 30 条）、④公益と私益との明確な区別をしつつ、公益上の見地から行政上の法律関係の安定を図っている（行訴法 14 条、同 25 条 1 項、同 44 条）。⑤同一の行政処分に関連する紛争を一挙に解決し、ま

(49) 松浦馨教授は、行政庁の自由裁量行為も「義務にかなって」行わなければならないとする考え方はあまりに神経質であるとし、「民法上の私権といえども『公共ノ福祉ニ遵』わなければならない（民法 1 条参照）、『国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ』（憲 12 条、なお同 13 条、ワイマール憲法 153 条 3 項参照）のであり、「民事事件のなかにもその対象が自由な処分に適さないため和解できないものがあると同じく、行政事件のなかにもその対象が自由な処分に適するため和解のできるものがあることを素直に認めるべきである」とする（松浦馨「裁判上の和解」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 V』（有斐閣、1963 年）229 頁）。

(50) 村田哲夫「裁判上の和解」広岡隆・田中館照橘・遠藤博也編『行政法学の基礎知識（1）』（有斐閣、1978 年）204 頁。

(51) 以下に示す性質分析の多くは、園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟の関係」同『現代行政と行政訴訟』（弘文堂、1987 年）20～21 頁による。

(52) 原田・前掲（29）407 頁、中原茂樹『基本行政法』（日本評論社、第 2 版、2015 年）261 頁。

た関係行政庁に訴訟上の地位を与え（行訴法16～23条）、⑥職権証拠調べを認め（行訴法24条）、弁論主義を補充し、裁判の適正を確保する。そして、批判も多い制度であるが、⑦執行停止の申立てに対し内閣総理大臣の異議が認められる（行訴法27条）。最後に、特殊な判決の効力として、⑧取消判決には第三者効が認められており、処分が取消された場合の行政法関係を規律しており（行訴法32条）、⑨一般の民事訴訟には認められていない判決効（拘束力）が規定され、判決の実効性を担保している（行訴法33条）。

(2) 調整原理と抗告訴訟の性質 本来、処分権主義のもと、一定の要件で認められる訴訟上の和解が否定ないし制限的に肯定されるのは、行政法（実体法・訴訟法）上の原理・原則との調整からである。具体的には、①法律による行政の原理、②行政処分の一方向性、③判決の第三者効、④行政裁量と法律適合性等との調整である。当然これらは、一般民事訴訟においては考慮されることはないものであり、抗告訴訟の運営のために必要なものである。もし、抗告訴訟における訴訟上の和解を法律によって規律（条文を加える等）しようとする場合は、無視できない事項であるといえる。

おわりに

本稿は、抗告訴訟における訴訟上の和解が許されるべきか否か（許容性）を主題とするものではなく、抗告訴訟における訴訟上の和解の許否の論争を通じて、抗告訴訟において、行訴法7条が「民事訴訟の例による」とする場合の民訴法上の原理・原則の修正・調整のされ方を明らかにした。今回、修正・調整の対象となった民訴法上の原理・原則は処分権主義であったが、他の原理・原則との調整の問題も存し、検討が必要である。また、今回は抗告訴訟に限定したが、他の行政事件訴訟との検討の余地もある。