

確約の法理の展開

——判例を中心に——

乙 部 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 判例の展開
- 三 補 論
- 四 おわりに

一 は じ め に

一 いわゆる確約（行政上の確約）とは、行政の将来に向けての一方（高権）的自己義務づけたる行為をいう。確約に言及する下級審判例は意外に多いが、当該事案で確約の存在を認めた例は少なく、ドイツ法における確約の法理を意識する判例ではわが国における同法理に類するものの適用に懐疑的な態度を表明する。最高裁は、かつて公営住宅の明渡請求事案において傍論ではあるが「確約」に触れたことがあり、その後、期限付公務員の再

任用の拒否事案や第三セクターへの補助金交付事案において、より明確に確約の法的意義を承認するようになったが、いずれも確約の概念・法的性質・効力等については明示しない。

二 確約は、実体的には近時増えつつある動態的な行政過程において重要な機能を果たすとともに、手続（争訟）的にも義務づけ訴訟との関係で重要な役割を果たし行政処分概念の拡大にも資することがあり、行政の重要な行為形式として注目に値するようと思われる。筆者も、かつて下級審判例に散見される確約について言及したことがあったが、その後もこの種の下級審判例は現れており、右の最高裁判例にはほとんど言及することがなかった。そこで、本稿は、これらの判例も含めて確約の法理の展開について概観しておこうと意図するものである。⁽²⁾

(1) 乙部哲郎「義務づけ訴訟の一考察」神院二三巻二号（平成五・一九九三）二九頁、同「行政指導の処分性に関する一考察」神院三七巻三〇四号（平成二〇・二〇〇八）五二頁。

(2) 本稿で新たに取り上げる判例も多いが、かつて信義則との関係で確約にも言及した判例については（乙部哲郎『行政法と信義則』（信山社、平成二二・二〇〇〇）三三三頁以下）、本稿でも要約部分を再言することにする。

二 判例の展開

一 租税法と確約

一 課税処分等の取消訴訟を提起してその違法事由の一つとして同処分等は課税庁側の確約等を信頼した納税者を裏切ることになるから信義則に違反すると主張して、判旨が示されるといふ場合が多い。信義則・信頼保護原則の枠内で同原則の適用要件の一つとして確約の存否を重視するという視点にたつものといえよう。昭和四〇年代では、工場増設のための奨励金として固定資産税の一定割合に相当する部分を交付するというのも「必ず奨

励金を交付する旨を確約する趣旨のものでない（札幌高判昭和四四・四・一七判時五五四号一五頁）、申告是認通知は「将来更正等の処分をしないことまでも約束する趣旨のものではない」という（横浜地判昭和四四・一一・六行集二〇卷一一号一三一三頁、東京高判昭和四六・九・七税資六三号四六〇頁）。昭和五〇年代には、租税特別措置法一四条に所定の割増償却が認められる旨の「約束」「確約」（東京地判昭和五二・三・二四税資九一号四七二頁、東京高判昭和五三・一〇・三一税資一〇三号二五七頁、横浜地判昭和五五・一二・一七訟月二七卷五号九六三頁）、地方税の課税対象になるかどうかの「確答」（大阪地判昭和五四・三・二九訟月二五卷七号二〇〇二頁、大阪高判昭和五五・一〇・二九訟月二七卷二四号四二二頁）、修正申告書を提出してその税金を納付すれば重加算税を賦課しないという「約束」（仙台地判昭和五四・四・一一税資一〇五号五五頁、仙台高判昭和五八・五・三一税資一三〇号六六〇頁）、修正申告提出の指導どおりにすれば重加算税を賦課しないという「確約」や反面調査をしないという「約定」（名古屋地判昭和五五・一〇・一三税資一一五号三一頁）について、いずれもその存在を否認する。右の判例にいう「約束」、「約定」は確約を意味し、「確答」も確約に相当する余地があるものと考えられる。

昭和六〇年代には、納税申告を無条件に承認するとの「約束」、修正申告を取り消して納付税を還付する旨の「約束」「確約」（神戸地判昭和六一・一一・三〇判タ六六四号七一頁）、修正申告をすれば以後更正処分をしない旨の「約束」（東京地判昭和六三・七・五税資一六五号三一頁）について、いずれもその存在を否認する。平成時代に入ると、更正処分をしない旨の約束、損失金の繰越控除を認める「約束」（名古屋地判平成元・一〇・二七税資一七四号三三七頁）、更正処分をひかえる旨の「確約」（千葉地判平成二・一〇・三一税資一八一号二〇六頁、東京高判平成三・六・六税資一八三号八六四頁）、減額更正をすることの「約束」（東京高判平成三・一・

三一税資一八二号二二四頁）、貸付金利息の損金算入を認める旨の「確約」（静岡地判平成三・六・二八判時一四〇二号四一頁）について、いずれもその存在を否認する。なお、A名義の株式等が同人の遺産ではなく原告ら相続人の固有財産となる旨の「原告らの見解を積極的・確定的に支持保証したことはない」といい、国税通則法六五條四項の過少申告加算税を賦課しない正当理由の存在を否認するが（岡山地判平成八・九・一七税資二二〇号七六一頁）、この意味の「保証」も確約に相当しうる。この判例も信義則・信賴保護原則の枠内で確約の存否を重視するものに類するものといえよう。

右のように、判例は確約の存在を認めることに抑制的であり、わずかに古都保存協力税の新設等はない旨の「契約（確約）」（京都地判昭和五九・三・三〇行集三五卷三三三三頁）、固定資産税を減免する旨の「約束」（東京高判平成五・五・三二判タ八五一号一八八頁）の存在を認めるにすぎない。しかも前者では契約との区別も明確でない。

二 信義則適用の要件である「公的見解」⁽³⁾の意味を再更正処分をしないなどという確約とほとんど同義に捉えるように解される判例も少なくないほか、確約・約束が存在すれば信賴または法的保護に値する信賴も存在すると明示するものもみられる。すなわち、「信義則の適用の前提となる税務職員⁽⁴⁾の確約そのものが認められない」（前掲の京都地判昭和五五・三・二二訟月二六卷五号八七五頁）、土地譲渡が租税特別措置法の優遇措置を受けられる旨を「教示したり、これを確約した」わけではなく、「したがって、原告がこれを信賴して本件土地の譲渡に及んだものでもない」（名古屋地判昭和六一・六・三〇税資一五二号五六八頁）、損失金の繰越控除を認める「約束」その他の発言もなく、統括官や調査官には「公的見解の表示」はない（名古屋地判平成元・一〇・二七税資一七四号三三七頁）、借入金利息の損金算入を認める旨の「確約をしたとはいえないなど」を考えると、こ

の旨の「期待は法的に保護するに値しない」（静岡地判平成三・六・二八判時一四〇二号四二頁）、税務署係官による申告書の代筆は「申告内容をそのまま認めてその後更正等の措置を一切採らないという確定的な意思を表明したということもできない」から、「公的見解を表示したと認めることができず」（神戸地判平成四・一二・二五行集四三卷一―一二号一五六七頁）など。

三 信義則等の適否の枠内で教示・回答等とともに確約の存否を明示して、前者の存在を認めても後者の存在を否認するものもある。すなわち、「示唆」・「回答」は口頭であり具体的な資料も検討しておらず、営業権の存否・価格算定について具体的な結論や数額を示唆するものではなく、具体的に「確言」したことはないなどとするが（大分地判昭和五三・六・一五税資一〇一号五三八頁）、ここにいう確言も確約に相当する。「事実関係いかんによつては譲渡所得になりうるとの不確定な回答」の存在を認めるが、「本件土地の譲渡による所得が譲渡所得であるとの確約」を否認する（京都地判昭和五五・三・二一訟月二六卷五号八七五頁）。借地権の割合について「一般的な応答をしたにすぎず……確定的な判断を示した」わけではないというものもあるが（東京高判平成六・九・二八税資二〇五号七〇八頁）、「確定的な判断を示した」ことは確約に相当しうるように思われる。確約と単なる（法的）教示・回答等とは区別すべきであり（後記三〇頁参照）、これらの判例もこのことを示唆するように解される。

(3) 最判昭和六一・一〇・三〇訟月三四卷四号八五三頁。本判決の解説等として、玉國文敏・ジュリ行百Ⅰ（第五版）（平成一八・二〇〇六）五四頁および同所に掲記の文献参照。

二 公務員法と確約

一 たとえば、村教育委員会が従前の言明等に反して懲戒処分の内申をしたことは信義則違反として、北海道教育委員会がした懲戒処分の取消請求を認容したものである（札幌地判昭和五四・二・一六判時九二六号一三三頁）。また、国立大学教官選考委員長が原告に対して、四月一日には採用の予定であり現在勤務中の私立大学には退職願を提出するように指示等をしたことへの信頼保護を理由に、国家賠償請求を認容したもの（大阪地判昭和五四・三・三〇判タ三八四号一四五頁）、逆に、慣行休息を認める労使間の合意を団体交渉を経ずに是正したことは信義則違反や権利濫用には当たらないとして、賠償請求を否認したものである（東京地判平成三・八・七判時一四〇三号一一三頁）。これらの言明等は、いずれも確約に当たると解しうる余地がある。「採用試験を受ければ必ず合格させる旨の約束」も確約に相当するが、本件ではこの約束の存在を否認して約束は懲戒処分の取消訴訟の取下げの条件とはならず、この訴訟の取下げにより訴訟は終了したという郵政省側の主張は信義則違反ではなく本件訴訟は有効に終了したとするものがある（東京地判平成六・一一・一四判時一五三六号六八九頁）。右の判例はいずれも、信義則・信頼保護原則の枠内で同原則の適用要件の一つとして確約の存否を重視するものと考えられる。

二 行政の行為形式論の側面から確約をみようとするものもある。確約には行政行為に類する法的拘束力・存続効があるが、この場合に確約の対象が行政処分であるときは、確約の履行を求めるための義務づけ訴訟の提起が許されるべきである。この点、市長（被告）が「原告を再任用する旨約していたとしても被告が現実には公法上の任命行為をなすかどうかは当該行政庁の専権に属するものであって、それをなすべきことを命ずる裁判を求めるとは現行法制上許されない」というものがある（前橋地判昭和三一・八・二八行集七巻八号二〇五九頁）。

司法権の限界・行政庁の第一次判断権の尊重という考え方が優勢であった当時としては、同判決が義務づけ訴訟の許容性を否認したことには無理からぬ点もあった。

期限付職員の再任用の拒否事案でも確約の存在を認める判例が結構ある。第一審は任用期間を一か年と定め「爾後は更新しない旨確約」（山形地判昭和三三・一・一六行集八巻一号一三八頁）、第二審は「昭和二九年三月三十一日限りとする確約」（仙台高判昭和三六・八・二三行集一二巻八号一七二二頁）について、それぞれの存在を認めたいうえでいずれも村立小学校講師は右期間経過とともに再任用されないかぎり当然に退職になるとして退職処分⁽⁴⁾の取消請求を棄却したが、確約の法的性質の側面からも両判決の結論は適切であった。他方、期限付職員を再任用するとの確約への期待（権）の侵害の有無の側面から国家賠償請求の成否をみるものがある。とりわけ、最高裁は、日々雇用職員の再任用請求権や再任用を期待する法的利益を認めることはできないが、「任命権者が、日々雇用職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別な事情がある場合には、職員がそのような誤った期待を抱いたことによる損害につき、国家賠償法に基づき賠償を認める余地があり得る」という（最判平成六・七・一四判タ八七一号一四四頁⁽⁵⁾）。

この最高裁の判旨は、原判決（大阪高判平成四・二・一九労判六一〇号五四頁）と比較しても「確約ないし保障」等がある場合には相手方の救済の余地を認め、かつ、最高裁としてはほとんど初めて確約の法的意義を承認したものと評価に値するが、確約の法的性質を適切に考慮していない点でお疑問も残る。第一に、再任用するとの確約等があったときは、再任用を求める権利およびこれに対応する任命権者の義務が生ずるとみるべきであろう。最高裁は、期間満了後の任用継続への期待が無理からぬ特別の事情があるかどうかの枠組みのなかで

確約等の存否の意味を考え、行政の行為形式の側面から確約等の法的性質などを検討するという視点に欠けるところがあられるように思われる。第二に、最高裁が判示するような視点からみる場合でも、「確約ないし保障」等により期間満了後の任用継続への期待が無理からぬ特別の事情がある場合でも、これをなお職員「誤った」期待があるというのは疑問があろう。

最近、この最高裁判例を援用してこれを前提において、再任用の拒否は「平等取扱の原則」違反、「差別的な取扱い」でありこれにより人格的利益を侵害されたとして、国家賠償請求を認容したものがある（甲府地判平成一七・一二・二七 Lexisnexis、東京高判平成一八・五・二五労判九一九号二二頁）。もともと「確約ないし保障」と「平等取扱の原則」違反や「差別的な取扱い」は異なる法律問題ではあるが、最高裁がいう「特別の事情」にはあたり、いずれも任命権者の裁量統制のための基準としての役割を果たすものと考えられる。右の両判決もこのような前提にたつて判示したものと解される。その後、期待権の有無や不法行為の成否について相対立する判例が現れた。すなわち、期限付保育士としての再任用拒否の事案において、「確約」とは明示しないが、「原告らの任用の際には、長期間の稼働に対する期待を抱かせるかの説明」がされたことを重視して国家賠償請求を認容したもの（東京地判平成一八・六・八判タ一二二二号八六頁、東京高判平成一九・一一・二八判時二〇〇二号一四九頁）、他方、学術情報センター等の期限付職員としての再任用拒否の事案において、「採用されたら長く勤めてほしいと説明を受け」、平成二年から平成一四年までの間一三回にわたり再任用されたものの、「再任用される」と期待することが無理からぬものとして認められるような行為をしたというような特別の事情は存在しない」として不法行為の成立を否認したものがある（東京高判平成一八・一二・一三労判九三二二号三八頁）。両者の判決の結論の差異は、相手方の期待との関係において任命権者側の「説明」の評価の違いにあるといってもよい

であろう。

このほか、町職員（被告）が町（原告）に無断で町所有の砂を業者に売却したため、当該町職員が同種・同量の砂を町に返還するなど記載した「本件確約書による合意の内容は、被告cの損害賠償義務を消滅させて砂の返還請求権に代える和解契約であり」、「法的効力がないものとはいえない」と判示するものもある（京都地判平成一五・七・一五 Lexisnexis）。もっとも、本件確約書は、私人による確約としても独自の存在意義をもつものではなく、（和解）契約の構成要素にすぎないとみるべきであろう。他方、同判決は、「本件確約書を作成する際、e助役は、原告、すなわち町の方針として、被告bが本件確約書を作成すれば、同被告を懲戒処分にしたたり刑事告訴をすることはないことを表明したわけではなく」というのは、（和解）契約の締結を動機づけるどころの確約（行政上の確約）の存在を否認するものとみられる。そうすると判示のごとく「その後、原告において、当初のe助役の見込みと異なって、被告bを懲戒処分にし、更に刑事告訴をしたとしても、これをもって、被告bにおいて、本件確約書による合意をする際に、その意思表示の要素の錯誤があったとはいえない」ということになろう。その後、国立病院等の独立行政法人化に伴う厚生大臣による回答は「賃金職員の処遇改善を回答したものであって、その定員化を確約する文言はない」といい、従前の労働条件確認等の請求を棄却したものがあがる（東京地判平成一八・一二・二七判時一九六〇号一五五頁）、単なる回答と確約とは法的性質に違いがあることをも示すものといえよう。⁽⁶⁾

(4) 本件事案の最高裁判決（最判昭和三八・四・二民集一七卷三号四三五頁）は、期限付任用の適法性を認めて本件退職処分は適法とする点では第一審・第二審と旨であるが、確約の存否には言及しない。この最高裁判決の解説等として、見上崇洋・ジュリ行百Ⅰ（第五版）一八九頁および同書に掲記の文献など。

(5) 本件最高裁判決の解説等として、高田健一・判タ八八二二号(平成七・一九九五)三五四頁、吉田喜美夫・法時六七卷六号(平成七・一九九五)一二二頁などがあるが、とくに確約や保障の法的意義などについての指摘はみられないようである。

(6) このほか、公務員の採用内定通知も確約に相当しうる。同旨の菊井康郎氏やこれに近い阿部泰隆教授などの見解も含めてくわしくは、乙部哲郎『行政上の確約の法理』(日本評論社、昭和六三・一九八八)二五一頁以下。

三 公共住宅法と確約

一 信義則・信頼保護原則の適用要件の一つとして同原則の枠内で扱おうとする判例として、以下のものがある。本件公営住宅はいずれ払い下げられるであろうとの市吏員等の「告知は賃借人としての使用上の心得を告知する性質程度を超えるものではなく、まじや本訴建物払下の準備行為と目すべきものではなかった」として、信義則違反等の行為はなく契約締結上の過失に基づく賠償請求を棄却したものであるが(福岡地小倉支判昭和五一・六・二一判時八四八号一〇二頁)、この「告知」は払下げの確約に相当しうるであろう。旧日本住宅公団(現都市基盤整備公団)が公団住宅の建設に着手した際に、地主(敷地提供者)に対して住宅部分の一〇年後譲渡の「確約」をしており、本件譲渡は「右約束」の履行であって信義則違反ではないとして、入居者による譲渡禁止請求を棄却したのもある(東京地判昭和五二・六・二七判時八五六号一四頁)。明渡請求をしないとかが払い下げなどの言明が「確約」にあたるかどうかを検討するものもあるが(東京地判昭和五九・一二・二四判時一一七七号七七頁、同五九・一二・二六判時一一七七号六九頁、同六一・六・四判時一一三三号一〇〇頁)、確約にあたるしたものはない。なお、入居者側は、入居のさいに将来、本件都営住宅を分譲する旨の「確約」を受け

たのでこれを信頼して同住宅を良好な状態に管理し続けてきたから、明渡請求は確約の法理に反し許されないと主張し、東京都側はこのような確約をした事実はないと反論した事案があるが、原審はこの点の判示をしておらず（東京高判昭和五七・六・二八判時一〇四六号七頁）、最高裁も「原審としては右確約の法理に関する主張について判断を示す必要はなかった」としている（最判昭和五九・一二・一三判時一一四一号五八頁）。

払下げの「説明」は「公営住宅の運用に関する一般的な実情ないしは方針を説明したものに過ぎ」ず、分譲義務を横浜市に課すものではないとして、明渡請求は信義則違反でも権利濫用でもないとするものもあり、その理由として、この説明が「払下げの時期及び代金等につき特に確定的な条件を示してなされたものではなく、正規の手続により決定されたところに基づいてなされたものとも認められない」ことを指摘する（横浜地判昭和五九・一〇・一八判時一一四八号一三五頁）。払下げの時期を確定した言明が行われている事案もある（前掲の東京地判昭和五九・一二・二四判時一一七七号七七頁）。しかし、払下げの確約の存在を認めるための要件としては、この指摘は厳しすぎる。払下げの時期・代金等が確定的であれば、払下げの確約にその旨の条件が付着するだけのことである。また、確約は正規の決定等を対象にこれに先行していわば非正式の手続により発せられるのが通例であるから、払下げの言明が正規の手続により行われていないことは、必ずしも払下げの確約の存在を認める妨げにはならない。⁷⁾

近時、旧住宅・都市整備公団（現都市基盤整備公団）による公団住宅の値下げ販売の方針などについて同旨の判例もみられる。「公団の副総裁発言や公団の他の管理組合あて文書は、公団の当時の一般的な販売方針ないし経営姿勢を表明したにとどまり、将来、値下げ販売をしない旨約束したとまでは解されないこと」などを理由に、「本件値下げ販売が原告らの期待権を侵害するとか信義則に反するとは認められない」と判示して、値下げ販売

以前に購入した原告らによる契約履行請求・債務不履行による損害賠償請求等をいずれも棄却し（東京地判平成一二・八・三〇判タ一〇三九号二八五頁）、第二審も同様の判示である（東京高判平成一三・一一・一九 Lexisnext）。本件事案では、抽選当選者を対象とする説明会において、出席者の質問に対し「公団は、価格設定の構造上、値下げはできないし、これまでに値下げしたことは一度もない」と回答するなどの事実もあつたようである。第二審は、これらの「発言は、制度として値下げ販売を実施することは禁止されていないことを念頭に置きつつも、当時の状況においては値下げ販売を実施することが全く検討されておらず、かつ、近い将来にも値下げ販売が実施される見通しもない状況を述べたものにすぎないと解されるのであつて」、「信義則違反の根拠とすることもできない」とも判示している。この種の発言も確約に相当すると解される余地があるが、いわば一般抽象的性格の確約であり直ちに確約として行政行為に準ずるような法的効力をもちうるかは疑問がある。

二 公営住宅の払下げへの期待（権）の側面から確約等を見るものもある。たとえば、市の住宅管理員が払い下げる旨の「約束」をした事実はないから払下期待権は生じない（前橋地判昭和五〇・二・四判時七七二号二八頁）。東京都の「係官が入居者に対して払下を期待することができる趣旨の説明をした事実があつたとしても、これによって払下請求権が生ずるものでない」（東京地判昭和六〇・六・二一判時一二〇二号九二頁）とするものは、確約により相手方は確約された措置を求める請求権を得ることが示唆されており、やや行為形式の視点から確約をみようとするようにも解される。横浜市職員による「住宅が将来払下げられることもありうる旨の説明」は「払下げについての確約」を意味しないなどとして明渡請求は許されると判示するのも（横浜地判昭和六一・五・二一判タ六二〇号一九三頁）、右の東京地裁判決に近いものがあるようにも解される。

(7) 東京都が都営住宅の「明渡を強制することはしない旨約束」した事実はないが、たとえ「管理人が使用権の承継に異議がない旨を付記した事実があるとしても、同住宅の明渡請求が権利の濫用に当たるとは到底いえない」というものや（東京高判昭和六一・九・二九判タ六二七号一五二頁）、簡単にこの原判決は正当とするものがある（最判平成二・六・二二判タ七三七号七九頁）。

四 ごみ焼却場等の建設に関する確約

一 ごみ焼却場等の建設・操業の差止め訴訟や仮処分申請に関する判例の中には、環境アセスメントや住民の説得や意見聴取を重視するとともに、これらの措置や手続をとることなどを対象とする確約・約束・合意等に言及するものもある。いずれの判例も信義則・信賴保護原則の枠内というよりも、もっぱら行政の行為形式論の視点から確約をみる点に、租税法・公務員法・公共住宅法における確約と比較して特色がある。これらの確約等の内容や機能には種々のものがある。たとえば、住民との「話し合いを進める間一方的に事を進めない旨の確約」（徳島地判昭和五一・一〇・七判時八六四号三八頁）は、いわば事前手続を踏むことを約束する確約と考えられる。「誠意を持って話し合いを進めることとし、合意に達するまでの間、本件工事を中止する」との合意（奈良地決昭和六三・一二・二二判時一三三二二号九六頁）もほぼ同様の役割を果たすが、県と既成同盟との間で本件事の中止義務について意思の齟齬がみられるため合意が成立しなくても、県側は自ら申し入れた限度で工事の中止義務を負うと判示するのは、合意・契約と確約との違いを示唆するものとして賛成できる。⁽⁸⁾

二 その後、市原野ごみ焼却場差止め請求事案では、住民側は本件ごみ焼却場の建設が確約等違反と主張するがその骨子は、自治連が市側との交渉の窓口としてその規約に基づき設置したごみ問題対策特別委員会の委員長

を名宛人として交付された清掃局長名の「回答書」・清掃局施設建設室長名の「確認書」という二つの文書を根拠としている。京都地裁は、本件回答書・確認書それぞれの交付の経緯、形式、内容、交付後の事情および作成・交付当時の当事者の意思の側面から検討した結果、本件回答書については「特別委員会の同意がない限り本件事業を中止する旨の合意をするよう求めた契約の申込みを拒否し、その一方で、本件事業の推進を前提としつつ、本件事業及びこれに関する作業につき同委員会の同意を得るよう最大限の努力をする旨の方針を表明したにすぎない」といい、本件確認書については「本件回答書で示した方針を確認するとともに、未だ本件事業に関して同委員会が納得するだけの説明ができていないとの現状認識及び今後争点を絞って協議・交渉を行う意向を表明したにすぎない」といい、いづれについても「契約（確認）」該当性を否認する（京都地判平成一一・一二・二七判タ一〇八〇号二二九頁）。本件回答書の法的性格は単に地元に対する行政上の基本的方針の表明につきるわけではなく、環境アセスメントの実施、住民との協議や住民への説明を行い特別委員会の了承を得て進めるなどの事前手続を踏むべきことを約束する確約を意味するであろう。本件確認書は、本件確約の存在と内容を確認するとともに、再確約としての性格をもつように思われる。

(8) これらの判例についてくわしくは、乙部哲郎「ごみ焼却場等の建設差止めと確約の法理」神院二八巻一号（平成一〇・一九九八）二〇三頁以下。

五 損失補償の確約

一 ごみ焼却場建設差止め事案でも、「補償（特に被害の激しい者について移転補償を含む）の履行、操業開始後故障等により予定以上の有害物資を出した場合の操業中止等の措置の確約」（前掲の徳島地判昭和五二・一

○・七判時八六四号三八頁）、「公害防止対策、補償問題、周辺環境の整備等を含め建設にともなつて生ずる諸問題や操業について取決め」や「説明」等（松山地宇和島支判昭和五四・三・二二判時九一九号三頁）がみられ、これらの中にも損失補償の確約に相当しうるものがあるが、いずれも理論的にはごみ焼却場の建設自体は許容すべき有力な根拠として捉えられている。

最近でも以下のような例がある。本件確約書には「就業不能補償費、移転雑費等は別途補償することとします」など「あたかも控訴人に対する確定的な支払を約束したかのような文言もないわけではない。しかしながら、本件確約書の解釈は、その形式的な文言に拘泥して行われるべきものではなく、本件確約書が作成されるに至った経緯、その作成時の状況などの事情を勘案して、本件確約書の趣旨とするところを明らかにするようにして行われるべき」として、本件確約書は市長ではなくその補助機関であるA・B両名が土地区画整理事業の施行者である市（被控訴人）の担当者として、工場所有者（控訴人）の要望事項について「今後も協議し、その協議が調べば、被控訴人をして控訴人に対して必要な支払を行わせるよう努力することを確約する趣旨で交付したものであることが明らかである」などとして、本件確約書に基づく工場所有者の市に対する差額の支払請求を棄却した（東京高判平成一〇・一・二九判時一六八三号一一二頁）。本件確約はいわゆる努力する旨の確約に相当し、厳密には法的意味における確約には相当しないであらう。

町長（被告）と漁協組合長との間で、港湾整備事業や海岸環境整備事業に伴う漁業権消滅等の損失補償につき「覚書（覚書約束）」が交わされた事案において、「町独自の立場から、池下漁協の要望に応じ、事業推進を図ることを選択するか、損失補償に伴う公金支出を回避するために、事業の推進を断念、あるいは、事業推進の遅延を甘受するかは、両者の利害得失を比較したすぐれて政策的な判断が求められるところであり、その判断におい

て、裁量権の逸脱があったとまでは認めがたい」というものがあるが（長崎地判平成一〇・五・二七判タ一〇〇九号一五〇頁）、ここで覚書約束は確約に相当するであろう。判旨は、町長がその裁量の範囲内でこのような確約を發することも許され、この場合、漁業権消滅等についての町の損失補償義務が確約から生ずるとして確約の法的拘束力を承認するものと解される。

その後、最高裁判決（最判昭和五六・一・二七民集三五卷一号三五頁⁽⁹⁾）を援用して、「被告広域連合が、原告側による連合事業への協力を希望していたとはいえても、それ以上に、確実に本件土取予定地で連合事業が実施できるとか、協力の見返りに損失補償する旨を原告に対して確約した状況があったとは認めることができない。

また、原告が、そのように信頼することがやむをえない状況にあったということもできない」などとして、「被告広域連合が、いわゆる確約の法理によつて原告に対し不法行為の損害賠償責任を負うとはいえない」とするものがある（津地判平成一九・八・三〇判時一九九六号八六頁）。判旨はその援用する最高裁判決に照らして、不法行為責任の発生要件としての信頼の法的保護の成否の判断基準として、確約の存否を重視するものと解される。

二 日韓高速船事業を經營する第三セクターである日韓高速船株式会社（「本件会社」という）の設立当初の代表取締役であつた下関市のA市長は、平成三年三月、B汽船に対して、次のように記載し、かつ、市長印を押した「日韓高速船備船に伴う確約書について」を交付した。「今回B汽船、E汽船共有の『ジェット8』を日韓高速船株式会社が備船するにあたり、四年間の備船期間及び備船料の支払については、同社に対し契約条項を忠実に履行するよう強力に指導するとともに、万一問題が生じた場合は、同社とともに責任をもってその解決に努力致します。何卒、日韓高速船株式会社の經營は、下関市の事業と一体と考えておりますことなどをご勘案いただき、格別のご高配のほど宜しくお願い申し上げます」。本件確約書は、損失補償の確約に近いものがある。本

件会社は平成三年七月から営業を開始したが、本件高速船は航行区域を沿海区域限定とする船舶を改造したもので玄界灘の航行には適さないことなどから欠航が多く、経営は当初から厳しく翌年一二月には高速船の運航を休止した。休止当時の代表取締役（下関市助役）の要請に基づき、市は本件会社に対して、備船料の支払等に関して第一補助金を平成六年四月に、運転資金の調達のための銀行等から借入金の連帯保証に関して第二補助金をその翌月にそれぞれ交付した。そこで、住民は本件各補助金の交付は違法とする代位賠償訴訟を提起した。

第一審は、本件確約書には「日韓高速船会社の経営は、下関市の事業と一体と考えております」との記載もあるが、本件「確約書の性格が内簡文書であることに照らすと」、「本件会社の性格を決定づけるまでの法的効果を有するものとは解されない」と判示するにとどまる。⁽¹⁰⁾ 同判決は、このことをも理由に、一般公共の信頼保護の観点からも第一補助金の支出が地方自治法二三三条の二にいう「公益上の必要性」の要件を充足しないとして代位賠償請求を認容したが、一般公共の信頼保護との関連において本件確約書の役割を検討した形跡は窺われない。

第二審は、第一補助金については、「本件確約書の文言に反して備船料等の損失をB汽船に負わせれば、市政に対する社会的信頼の失墜を招くおそれがあったことを否定できない。そうすると、上告人が、本件第一補助金の支出をすることにつき公益上の必要性があると判断したことには、その裁量権の逸脱又は濫用があったとまでは認められず、本件第一補助金の支出を違法と評価することはできない」（本件最高裁判決による要約）と判示した。同判決は、B汽船の信頼というよりも広く一般公共の信頼保護の枠内で本件確約書を重視した結果、第一補助金の支出は「公益上の必要性」を充足するとみたものと解され、信頼保護の見方にかぎっても、前記の最高裁判決（最判昭和五六・一・二七民集三五卷一号三五頁）の考え方も異なる。また、行政の行為形式の側面から確約等の法的性質などを検討するという視点もみられない。なお、第二補助金については、「連帯保証人に応

分の負担を負わせたからといって、市政に対する社会的信頼の失墜を招き、将来にわたる各方面からの協力が得られなくなるおそれがあったとはいえない」ことなどを理由に、「公益上の必要性があると判断したことには、裁量権の逸脱があったといわざるを得ず、本件第二補助金の支出は違法」と判示した。⁽¹¹⁾

最高裁は、原審の判断のうち第一補助金の支出を適法とした部分は是認することができるというほか格別の判断を加えてはいないから、原判決に対すると同様の評価が妥当するであろう。これに対して、原審が第二補助金の支出を違法とした部分は是認することができないといい、この理由として、本件会社の当時の代表取締役C等は「市の幹部職員から、市が責任を持って対処するので迷惑を掛けない旨の説明を受けて了承し本件借入金につき連帯保証をしたこと」、「本件事業を主導した市に対する協力と信頼にこたえるため、本件第二補助金を支出することとしたこと」などの事情をも考慮するが、⁽¹²⁾ 原判決とは異なり、いわば市側の「説明」に本件確約書と同等の評価を与えたものと解される。

地方自治法二二三条の二の「公益上の必要性」の要件の該当判断については、地方公共団体の長に裁量がある。⁽¹³⁾ 第二審判決も、同旨の前提にたつて地方公共団体の長の裁量の限界を超えるかどうかの判断に当たっては、「当該補助金交付の目的、趣旨、効用及び経緯、補助の対象となる事業の目的、性質及び状況、当該地方公共団体の財政の規模及び状況、議会の対応、地方財政に係る諸規範等の諸般の事情を総合的に考慮した上で検討することが必要」としている。本件各判決を論評する学説の中には、本件確約書の法的拘束力を否定し、B汽船等も権利として損害填補を求めることができるとする趣旨ではないとみるものがある。⁽¹⁴⁾ しかし、本件確約書は市長の裁量の枠内で行われ自己の裁量行使を将来的に狭める法的拘束力をもつものと解され、この視点から第一補助金の支出義務の存否をみるべきであろう。なお、本件確約書は「内簡文書」(第一審判決)という意味は必ずしも明確

ではないが、内部文書や非公式文書にすぎないという趣旨であれば、この解釈には疑問がある。¹⁵⁾

- (9) この最高裁判決の解説等として、首藤重幸・ジュリ行百Ⅰ(第五版)五六頁および同所に掲記の文献など。
- (10) 山口地判平成一〇・六・九判時一六四八号二八頁。この判決の評釈として、藤原淳一郎・判評四八三号(平成一二・二〇〇〇)一八五頁以下、勢一智子・西南学院三三巻四号(平成一二・二〇〇〇)二三頁以下。
- (11) 広島高判平成一三・五・二九判時一七五六号六六頁。この判決の解説等として、桑原勇進・ジュリ地自百(第三版)(平成一五・二〇〇三)八九頁、伴義聖Ⅱ大塚康男・判自三二七号(平成一五・二〇〇三)七頁以下。
- (12) 最判平成一七・一一・一〇判時一九二二号三六頁。この判決の解説等として、佐伯裕二・民商一三四巻四Ⅱ五号(平成一八・二〇〇六)七〇五頁以下。
- (13) 「公益上の必要性」の判断基準に関する学説・判例については、藤原・注(10)一八七頁以下。
- (14) 桑原・注(11)八九頁、伴Ⅱ大塚・注(11)七頁以下、佐伯・注(12)七〇七、七〇九頁。
- (15) 藤原・注(10)一九一頁。勢一・注(10)三二頁もこれに近い。

六 まとめ

一 重複を避けるために前掲の判例中には紹介していないが、すでに昭和二〇年代に、町農地委員会が自作農創設特別措置法に基づく「買収をしないと約し」た農地について買収計画をたてたとしても、同法三条は政府に買収の権限を与えるとともに買収の責務を課したことから、このような「不買収契約」は違法無効であり当該農地の買収計画は違法ではないとしてその取消請求を棄却したものがあり(神戸地判昭和二五・八・七行集一卷五号六七三頁)、税務署事務官の「所得標準表により申告すれば決して更正決定はしない旨の説明」をしたとして

も、租税法においてはこのような「私法上の契約に準ずる契約が有効に成立する余地はない」といい、税務署長はこの説明に拘束されずに更正決定ができるとして同決定の取消請求を棄却したものがあった（広島高松江支判昭和二六・九・二二行集二巻九号一五二三頁）。これらの判例は、確約に相当するものを契約または準契約とみて、契約または準契約は羈束行政の領域ではその許容・拘束性は認められないとするものと解される。昭和三〇年代には、公務員の任用領域で、確約の法的性質の側面からも検討する判例があった。昭和四〇年代になると、市の住宅団地建設計画の実現は間違いない旨の「確言」に基づき原告が公衆浴場の建設に着手した後に同計画が廃止された事案で、原告・被告間の「かかる協助・互恵の信頼関係に基づき原告の有する利益……を何らの代償的措置を講ずることなく一方的に奪うということは信義則ないし公序良俗に反し、また禁反言の法理からも許されない」として、市に対する賠償請求を認容したものがあつた（熊本地玉名支判昭和四四・四・三〇判時五七四号六〇頁）、信義則・信頼保護の枠内ではあるが確約の存在とその法的意味を認めたものと解される。昭和五〇年代初期にも、住宅部分の一〇年後譲渡の「確約」・「約束」の法的効力を認めた判例があつた（前記一〇頁参照）。これらの判例はいずれも、確約の観念や法的性質について明示しないが、行政の行為形式の中で確約と目すべきものがあり、この行為形式は信義則・信頼保護を介してまたはそれ自体、確約された行政行為などの発付・不発付を義務づけることを大体、承認するといつてよい。

二 ところが、昭和五〇年代後半になって、ドイツ法において確約の法理なるもの存在などを意識するようになる。一転、わが国における同法理の妥当性に否定的な見解が現れることになる。すなわち、「我が国において確約の理論なるものは、その適用要件がまだ不明確であつて、これを直ちに採用することは困難」であるとして、老齢年金の支給裁定却下処分取消請求を棄却したもの（東京地判昭和五七・九・二二行集三三三巻九号

一八一四頁)、「我が国では……この確約の法理を認める判例法がまだ確立されていないうえ、この確約の法理自体も、その適用領域、確約の法的性質、その効力、行政庁に対する拘束力の要件、拘束力の程度範囲、確約をめぐる紛争の訴訟手続が不明確であり、通説的見解が見当たらない状況下にある」として、古都保存協力税条例の無効確認請求を棄却などしたものが現れる(京都地判昭和五九・三・三〇行集三五卷三三三頁)。もとより、ドイツ法における確約の法理そのものをわが国で直接に適用することには非常に疑問があるが、この法理をも参考にしつつわが国における係争事案の解決を図ることは試みられてもよいであろう。平成時代になると、都営競輪事業廃止等事案において、確約の存在を否認するとともに「行政上の確約を根拠とする原告の主張は、行政上の確約の法理を採用することの当否、その適用基準等について判断するまでもなく、その前提を欠くものとして、失当といわざるを得ない」として、東京都に対する賠償請求等を棄却したものがある(東京地判平成三・八・二七判タ七七七号二二二頁)。最近、市原野ごみ焼却場差止め請求事案でも、確約の法理について古都保存協力税事案における右と同旨の判示が行われることになる(京都地判平成一・一二・二七判タ一〇八〇号二二九頁)⁽¹⁶⁾。

三 市原野ごみ焼却場差止め請求事案の同判決は、本件「回答書」・「確認書」が契約(確約)に相当するかどうかの判断について、損失補償の確約事案についての前掲の判例が判示する方法を受け継いで、その交付の経緯・形式・内容・交付後の事情・当事者の意思の解釈といった多角的側面から検討しており、確約の法理の展開について前進的な側面もうかがわれる。

その後、市の「人件費比率が全国で最も高く、職員数を増加させられない状況となったため、臨時職員の正規職員への任用は確約できず、その採用者数は退職者数が確定してから決定する旨回答」したこと、「被告市とそ

の職員団体との間で、臨時職員を一定期間経過後、正式任用するとの合意」が「存在していたとしても、そもそも地方公共団体の職員団体は、法的拘束力のある団体協約を締結する権利を有していない（地方公務員法五五条二項）」ことなどから「合意は、何ら法的効力を有するものではない」として、市長において原告らを正式任用すべき義務がないから原告らを正規職員として採用すべき義務づけ訴訟は不適法としたものがある（徳島地判平成一五・一一・二六 Lexisnexis）。同判決は、前半では確約と単なる回答とは法的性質に違いがあることを示すかぎりで適切な判示ではあるが、後半では合意（確約）の許容性の問題と拘束力の問題とを混同しており、違法な確約にも拘束力はあることを看過する点では疑問が残る。しかし、仮に適法な合意（確約）が存在すれば、合意（確約）の対象である任用を求める義務づけ訴訟の提起が許されることを示唆する限りでは、確約の法的性質を考慮した適切な判旨であろう。また、「固定資産税の減免処分は当年度限りのものであつて、翌年度以降の減免を約束するものではなく」、「従前、継続的に固定資産税が減免されていた以上は、一般的に、信義則上、減免措置が継続されるべきであるといえない」といい、平成一五年ないし一七年度間の固定資産税の全額減免の許可決定処分義務づけ訴訟を不適法として却下し、同年度の固定資産税等の賦課処分の取消請求を棄却したが（東京地判平成一九・七・二〇 Lexisnexis）、確約や約束が存在してその対象が処分である場合には、この処分の発付を求める義務づけ訴訟の提起が可能であることを示唆するかぎりでは適切であると解される。

四 右のように下級審判例は多数、現れていることから、最高裁判例がまたれるところであるが、確約に言及する最高裁判決もないではない。前記のように、公営住宅の明渡請求事案では、最高裁は「原審としては右確約の法理に関する主張について判断を示す必要はなかった」と判示して（最判昭和五九・一二・一三判時一一四一号五八頁）、確約の存否や確約の法律問題にはまったく触れておらず、期限付職員の再任用の拒否事案では、最

高裁は、原判決と比較しても、相手方の救済の余地を認め、かつ、最高裁としてはほとんど初めて確約の法的意義を承認したものととして評価に値するが（最判平成六・七・一四判タ八七一号一四四頁）、この判旨には確約の法的性質を適切に考慮していない点で疑問も残る。第三セクターへの補助金交付事案では、最高裁は、第一補助金の支出は地方自治法三三二条の二の「公益上の必要性」の要件を充足すると判断した理由として本件確約書を重視しているが、なお「市政に対する社会的信頼の失墜」防止の視点をもその理由としており（最判平成一七・一一・一〇判時一九二二号三六頁）、やはり行政の行為形式の側面から確約等の法的性質などを検討するという視点に欠けるところがみられる。

(16) ちなみに、以上の四事案とも原告弁護士側の求めに応じて意見書を書いたことがあり（古都保存協力税事案のみ第一審判決後）、このような判旨となったことについては筆者の非力のせいでもある。

三 補 論

一 序 言

一 ドイツにおいては、確約（Zusage; Zusicherung）の法理は、古くから判例学説によって展開されてきたところであるが、連邦行政裁判所の判例によれば、「確約は、その内容上、将来の行為または不行為について拘束意思をもってする高権的自己義務づけ（将来拘束）」である。その後、一九七六年の連邦行政手続法（VwVfG）三八条および一九八〇年の社会法典（SGB）一〇編三四条は、行政行為の発付・不発付を対象とする確約についてほとんど共通の規定を置き、一九七六年の租税通則法（AO）二〇四条以下は臨場検査に基づく確約について規定を置くことになった。

連邦行政手続法三八条は、同条に所定の確約について概念規定をしていないが、とりわけ右の連邦行政裁判所の判例がいう確約概念を前提におくものと解される。確約の法的性質については、連邦行政裁判所の判例は必ずしも行政行為とみることに統一的不是だが、連邦行政手続法三八条等に所定の確約については通説は行政行為とみる。臨場検査に基づく確約は行政行為であることは明規されている。一般に、適法な確約は当然に有効である。これに対して、違法な確約は有効か無効かが問題となるが、連邦行政裁判所の判例等によれば、相手方の信頼保護の視点から判断すべきことになる。連邦行政手続法三八条等は、権限のない官庁が発した確約、書面形式によらない確約、重大明白な違法性をもつ確約のほかは、違法な確約も有効としている。前二者を無効原因とみるかぎりでは、従来の判例学説が説く確約の無効原因や通例の行政行為の無効原因とくらべて、より広く捉えていることになり、確約の有効要件は行政行為のそれよりも厳しく扱われているといえよう。⁽¹⁷⁾

二 我が国においても、ドイツ法の研究をもとに「確約」に言及するものもある。ここで、確約とは、菊井氏は「行政庁が将来行うであろう公法的行為について、自己拘束する意図をもって相手方に対して行なう意思表示」と定義づけ、その法的性質は行政行為であるといい、筆者は「行政が将来における自己の行為または不行為を一方的に約束する自己義務づけとしての言動である」といい、その法的性質は独自の法的行為であるとしている。

いずれも、確約はその発付の瞬間から、適法な確約はもとより、違法な確約であつても無効でないかぎり、行政の将来の行為の発付・不発付を法的に義務づける効力をもつとみること、信頼保護原則は確約の取消・撤回の制限の根拠とみることなどの点では、ほぼ共通する⁽¹⁸⁾。このほか、ドイツの法制や著書の紹介もある⁽¹⁹⁾。

以上のようなことを手がかりに、以下、確約の法理（確約の観念・法的性質・効力等）について、前掲の判例を中心に概観することにする。

(17) 乙部・注(6)一五頁以下。

(18) 菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」(昭和五二・一九七七)『行政行為の存在法』(有斐閣、昭和五七

・一九八二)所収一三一頁以下、乙部・注(6)一五頁以下。なお、高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、昭和六三・一九八八)二四六、二六九頁は確約の法的性質を独自の法的行為とみるようである。

(19) 中川一郎「西ドイツ一九七七年AO草案の臨場検査に基づく拘束確言に関する規定」税法三〇〇号(昭和五〇・

一九七五)一六七頁以下、村松勲「フィードラー・行政法における公法上の確約の機能と意義」京大院生論集一二号四三頁以下。

二 確約の観念

一 用語法としては、マスコミでは「確約」という言葉は日常的に多用されている。前掲の判例では、単に「確約」とか「約束」と呼ばれることが多い。前掲の損失補償事案の東京高裁は「確定的な支払を約束」といい、海外移住事案では、国や外務大臣が「残留する移住者らに対し募集要項どおりの土地を増配することを確定的に約束したと認めることはできない」と判示する(東京地判平成一八・六・七判タ一二二八号一〇六頁)。「確定的」な(に)「約束」は文理上は確約につながりやすい(確約概念の要素として、「確定的に支持保証」、「確定的な意思」、「確定的な判断」を求めるかのようなものもある。前記四、五頁参照)。このほか、「説明」、「表明」、「合意」、「覚書」等や、まれに「確言」、「確答」、「告知」、「約定」と呼ばれることもあり、前掲の期限付職員の再任用の拒否事案の最高裁は「確約ないし保障」という。前掲の市原野ごみ焼却場建設差止め事案の京都地裁は「確約」という言葉は、一般に『確言』・『約束』を意味する」というが、少なくとも「確言」をあげるのは適切ではない

であろう。

法令用語としては、「確約」の使用例はないようであるが、国家公務員法三九条は任用・昇給などの実現のために金銭等の授受や公の地位を「約束」することを禁止し、同法一一〇条は違反者を三年以下の懲役または一〇万円以下の罰金に処すとしているのが注目される。同法条にいう「約束」の法的性格に言及するものはほとんどないようであるが、ここで、約束とは確約を意味すると考えられる。そうすると、国家公務員法は広く確約の許容性を否認するのではないかと解される⁽²⁰⁾。地方公務員法にはこのような規定はみあたらない。

二 ある行政活動が確約に相当するかどうかの判断は必ずしも容易ではないことがある。「確約」という言葉が使われている場合は、確約に相当するとみてよい場合が多い。前掲の判例からも、このことはうかがわれるし、明示的に「確約」という言葉が使われているかどうかを重視するものもあるが（し尿海洋投棄中継所撤去等仮処分申請却下事案の高松地判昭和六一・七・二九判自二五号四九頁、葬祭場建設禁止請求棄却事案の高松地判昭和六一・七・二九判自二九号三九頁、前掲の国立病院の独立行政法人化事案の東京地判平成一八・一二・二七判時一九六〇号一五五頁）、逆に、「本件確約書の解釈は、その形式的な文言に拘泥して行われるべきものではない」というものもある（前掲の損失補償事案の東京高判平成一〇・一・二九判時一六八三号一一二頁）。その後、前掲の市原野ごみ焼却場建設差止め事案の京都地裁は、当該文書の「形式及び内容等並びに右文書の授受に至る経緯、背景事情及びその後の経過等の事情を考慮した上で全体的な見地から判断すべきであって、当事者間で接受された文書に記載された字句のみにとらわれるべきではない」といい、「本件確認書で使用された『確約』の文言は」「最大限尊重する旨の特別委員会との間で守るべき道徳的な約束との趣旨で用いたものと解すべきものであって、その内容が法的拘束力を有するものとみることはできない」とする。

重要であるのは「確約」という文言も含めて当該文書の内容であり、右の市原野ごみ焼却場建設差止め事案の判例が示すその他の事情は、当該文書の内容の解釈に資するものと理解すべきであるように思われる。客観的にみて、当該行政活動に行政の将来における行為・不行為についての一方（高権）的自己義務づけの要素が含まれていれば確約に相当する。主観的な「拘束（義務づけ）意思」は（例、連邦行政裁判所、菊井博士）、必ずしも確約の必須の概念要素とみるべきではなからう。確約に相当するかどうかの判断が必ずしも容易ではない例として、以下のような場合がある。

第一に、「公営住宅の運用に関する一般的な実情ないしは方針を説明したものに過ぎ」ず、公営住宅の分譲義務を横浜市に課すものではない（前掲の横浜地判昭和五九・一〇・一八判時一一四八号一三五頁）、「公団の当時の一般的な販売方針ないし経営姿勢を表明したにとどまり、将来、値下げ販売をしない旨約束したとまでは解されない」（前掲の東京地判平成二二・八・三〇判タ一〇三九号二八五頁・東京高判平成一三・一一・一九 Lexisnexis）、「静岡県当局関係者は飛行場用地の取得については任意買収により一〇〇%を取得する方針であることを公言してきたが、そのこと自体は行政姿勢を示すものであって、土地収用法を適用しないことを確約したものとまで認めるべき証拠はな」（東京高判平成一四・四・一六 Lexisnexis）というものがある。これらの判例は、「説明」等が「方針」や「姿勢」の表明にすぎないことからその確約性を否認するものと解されるが、前述のように横浜地裁判決がこのようにいう理由づけは厳しすぎるように思われる。⁽²¹⁾

第二に、前掲の判例の中には、「努力する」旨の説明等の確約性を否認する判例も結構ある。たとえば、海洋投棄中継所の建設・操業は「暫定的措置であります」、「三年を目途に陸上処理施設を建設する計画であり、中継所施設の使用は、この期間であります」との「念書」（高松地判昭和六一・七・二九判自二五号四九頁）、「火葬

場の移転については善処する」旨の「覚書」（高松地判昭和六一・一一・一三判自二九号三九頁）は、いずれも行政上最大限の努力をするとの決意を表明したものとみるべきであって確約ではないという（この二判決は、念書・覚書後の文書で使われた「約束」の意味を行政上の基本的な姿勢の表明の確認とも理解している）。確約の本質的要素である一方（高権）的自己義務づけは法的義務であり、確約の対象が処分であるときは確約違反の処分は違法であり取消を免れず、確約の履行を求めて義務づけ訴訟を提起することができる。しかし、努力義務を課すにすぎない確約はこのような本来の意味での確約には相当しないであろう。損失補償事案の前掲の判例（東京高判平成一〇・一・二九判時一六八三号一二頁）も、努力する旨の確約は本来の意味での確約には相当しないという。ただ、その理由として、本件確約書が市長ではなくその補助機関が作成したことをもあげる。確約の法的性質を行政処分と理解する場合は処分要件として行政庁が発したことが必要となるから、委任または代理関係が成立しないかぎり補助機関が発した確約は確約性が認められないであろうが、違法な確約の拘束力・存続効の問題として検討する余地はあろう。

最近も、市原野ごみ焼却場建設差止め事案では京都地裁は、本件回答書は特別「委員会の同意を得るように最大限の努力をする旨の方針を表明したに過ぎない」こと、本件確認書もこれを確認する意味をも有することを理由に、それぞれの「契約（確約）」性を否認する。その後、都知事が渋谷区長及び渋谷区議会議長に対し、「本件清掃工場の建設予定地の選定を依頼した上、その選定結果を最大限尊重する旨を表明し、この依頼に基づいて住民参加による建設予定地の選定手続が行われ、その結果代々木公園B地区の一部が建設予定地として選定され、この結論が出された後においても、東京都側が、住民による選定結果を実現すべく最大限努力する旨を表明した」という経緯がある」が、「東京都ないし都知事が約束したのは、渋谷区住民による決定を『最大限に尊重』する

ことにとどまる」として、住民の都知事に対する代位賠償請求などを棄却した（東京地判平成一五・七・九 Lexisnexis）。そうすると、この判旨もいのように「都知事としては、代々木公園B地区における清掃工場の建設が法律上可能な限り、万難を排してでもこれを実現すべき義務までを負うものということはできず」、諸般の事情を考慮した結果「他の地域を建設予定地として選択することも許され」、そこに努力する旨の確約の限界もあることになる。なお、本件約束はその相手方が区長等であることから行政主体間の確約に相当する余地もある。

第三に、選挙の公約など政治的意味の言明は、原則として法的意味における確約には含まれないであろう。たとえば、市長選挙の当選者に対し、選挙の際に約束した市民投票を実施しないことを理由とする損害賠償請求が棄却された事案があるが、「本件約束は、その性質上、市長候補者ないし市長としての本件選挙における公約の性格しか有しないものとするべきであり、私法上の契約の性格を有するものではない」、「私人としての被告が、条理上、原告に対して市民投票を実施する義務を負うことはあり得ない」との判例があるが（宮崎地判平成一一・九・二〇判時一七一二号一六四頁）、適切な判示であろう。また、村議一二名が連名で作成し被告村長もこれに署名捺印した「本件確認書の内容自体も、村長である被告aの政治責任を明確化し、追及するための政治文書たる性格を有するものというべきであって、これにより被告らの主張するとき契約が法的に成立したものと認めることはできない」として、本件公金の支出はこの文書に基づくもので適法という被告（村長・収入役）の主張を退け、住民の代位賠償請求を認容した判例もある（釧路地判平成一二・三・二一判自一二二号三〇頁）。

三 確約と単なる（法的）教示・回答・情報提供（以下「教示等」という）とは区別すべきであり、前掲の判例の中にもこのことを指摘するものがある（五、九、一二頁参照）。近時も、原告の道路位置指定申請に係る道路の敷地には国有地が含まれていたところ、建築基準法施行規則九条に所定の国有地管理者である鴨川土木事務

所長（被告）の承諾書の添付を欠いていたため、本件申請は不許可となった事案において、「仮に鴨川土木事務所が申請を促し、その書式等について教示したとしても、それによって申請に対する許可まで約束したものであることはできず」として、不許可処分取消・無効確認請求を棄却したものである（千葉地判平成一二・三・一二三 Lexisnexis）。これらの判例はいずれも、教示等の観念や法的性質について明示しないが、教示等は事実または法状況についての行政機関による知識表示をいう。教示等をどのように利用するかは相手方の自由な判断に委ねられ、行政はこれに関知しない。教示等は行政側による一定の秩序の形成や誘導等の目的から行われるのではない点で厳密には行政指導と区別され、その法的性格は単なる事実行為であると考えられる⁽²²⁾。教示等は行政の一方的自己義務づけとしての確約とも区別されるが、実際のケースではこの区別は微妙なときがある。

関税法七条三項は、輸入貨物に係る関税の申告に関して関税率表の適用上の所屬、税率、課税標準等について、申請に基づき「適切な教示」をすべき努力義務を税関に課している。判例によれば、「事前教示回答書の他法令欄に記載がなされないことをもって、そのまま該輸入貨物が他の法令に一切抵触しないことを保証もしくは証明するものでない」、この事前教示回答書の他法令欄は「一応の税関限りの意見」、「単なる税関限りの情報提供」にすぎない（東京地判平成八・一・二三判タ九一〇号一〇七頁）。本件第二審（東京高判平成九・七・一七訟月四五巻三号四五七頁）も、他法令に基づき貨物の輸入の許可・承認の権限を有するのは税関以外の行政機関であることなどを理由に、事前教示回答書の「他法令についての教示は、それ自体としては何らの法的効果を有しないもので、税関の参考意見としての性格を持つにとどまる」と判示し、上告審（最判平一〇・五・二六）も原判決は正当として是認できると判示するようである⁽²³⁾。これらの判示は適切であると思われる。もつとも、右の判示は事前教示回答書の他法令欄の記載事項については税関の参考意見にすぎないということから、論理的には関税

率表の適用上の所屬、税率、課税標準等の記載事項については税関を拘束するところの確約もありうるのではないかと、の反対解釈が成立する可能性もないではない。なお、行政不服審査法五七条や行政事件訴訟法四六条に所定の「教示」も一般的には確約には相当しないと解される。

このほか、前掲の判例も示すように、納税相談等における税務当局の説明が教示等または確約のいずれに相当するか争われることもある。平成一三年三月の閣議決定により、行政機関による法令適用事前確認（ノーアクシヨントレーター）制度が導入され、その後、適用対象が拡大されたが、この制度は確約ではなく（法的）教示等の制度にとどまるようである。

(20) この点、ドイツと類似の状況がみられる。乙部・注(6)二四頁以下参照。

(21) 「いわゆる確約の法理による『確約』とは、本件処理施設を本件土取予定地に間違いなく絶対に建設するという約束をいうべきである。そうした約束には当然、田曾浦地区地元区民の同意が必要不可欠であり、田曾浦区の総会での同意を受けて、被告広域連合が連合議会の承認を得た上で、公文書などで本件土取予定地に本件処理施設を建設することを正式決定しこれを表明することが必要」という行政側の主張もあるが（前掲の津地判平成一九・八・三〇判時一九九六号八六頁）、この主張に対してもほぼ同様の批判の余地がある。

(22) 乙部哲郎「非権力行政の法理——教示・回答・情報提供を中心として——」神院一二卷一号（昭和五六・一九八二）一頁以下。ドイツでは、確約との区別・比較において、教示等（Auskunft）の法律問題を論ずることが多い。

(23) 本件第二審判決を批評する戸谷博子・行政関係判例解説（ぎょうせい、平一一・一九九九）三八四頁参照。戸谷氏も、「他法令」に関する事前教示は「納税義務者の通関の便宜を図るための情報提供にすぎない」と述べている。

三 確約の種類

一 ごみ焼却場等の建設差止め事案にみられたように、確約はその内容におうじて種類が分かれる。たとえば、事前手続を踏むことを約束する確約もあった。最近も、「説明会においては、原告P₁が公聴会というのはやりやすかと質問したのに対し、都市計画課長が公聴会という制度があり、昨年伊東市でも用途地域の指定替えの際に公聴会を開いたとの説明をしたにすぎないのであるから」、「仮にそのことよって、原告P₁らに公聴会の開催があるとの期待を持たせたとしても、公聴会の約束をしたものとはとうていいえない」ことなどから、公聴会の不開催は信義則違反ではなく本件都市計画変更決定の手続に違法はないとして、同決定に適合しない建築についての不許可処分取消請求を棄却したものがある（静岡地判平成一五・一一・二七 Lexisnexis）。

二 判例において問題となるのは、行政が私人に対して行う確約が圧倒的に多いが、行政主体間で確約書の差入れを行うという運用もあるようである。²⁴判例によれば、北海道の農業経営基盤強化促進事業においては、市町村のほか農協も、開発公社に対し「農地等の売渡しが困難になった場合には責任をもって処理すること等を確約した書面」を差し入れるのが通例であった。この趣旨は、事業参加者の資金面を保障するにとどまらず、開発公社に危険を負担させないよう事実上の担保責任を負わせることにあり、平成八年当時、全道の農地保有合理化事業において、ほぼすべての場合に農協が差し入れた確約書が存在するという（札幌地岩見沢支判平成一七・四・七判時一九一八号三九頁）。このほか、以下のような判例もある。神戸空港建設に伴い「国が、本件事業に関する国庫補助金全額の支出を確約していること、国庫補助金によって調達する本件事業費が全体の約一割程度であること等からすれば、国庫補助金の交付が当初予定よりも遅れていることをもって直ちに、被告市長らが行う本件債務負担行為、及び本件予算支出が違法であるとまではいえない」として、住民訴訟において債務負担行

為の差止請求を却下、他の請求を棄却したもの（神戸地判平成一六・三・三〇 Lexisnexis）、逗子市・国・神奈川県との間でした本件合意書中の「防衛施設庁は、本施設の米国への提供にあたって、施設・区域内の緑地の現況保全に配慮する」という文言は、被告国に「『緑地の現況を変更してはならない』という具体的な法的義務を負わせたものと解することは困難である」、また、本件合意書中の「将来必要が生じたとき」、昭和五九年の横浜防衛施設局長回答を「基本とし」、「事情の変更を考慮しつつ対応する」など「不確定な要素が多く」、「被告に『米軍家族住宅を建設してはならない』という具体的な法的義務を負わせたものと解することは困難である」といい、これらの義務確認訴訟は法律上の争訟にあたらなとして却下したものがある（横浜地判平成一八・三・二二判自二八四号二六頁）。

行政主体間で行われる確約も確約に相当し、確約の拘束力など確約の法理が基本的に妥当するであろう。ただ、「配慮する」とか「尊重する」という確約の性格も、前記の「努力する」旨の確約のそれに近いであろう。確約は事情変更を受けやすくこれにより確約の存続効が失われることがあるが、このことは確約性やその拘束力を否認すべき理由にはならず、「事情の変更を考慮しつつ対応する」という確約もこのように理解すべきである。

(24) 逆に、判例によれば、行政実務のうえで行政が私人に対して確約書の提供を求めるといふ運用も行われているようである。租税特別措置法の改正法（平成三年法律一六号）附則一九条六項や改正令附則によれば、農業相続人が特定市街化区域農地等の転用に関連して税務署長の承認申請をするさいに、「共同住宅の新築資金の融資確約書」の添付を義務づけその書式も通達により定められており（東京地判平成一六・一・二九 Lexisnexis）、中国残留の身元判明孤児から「帰国後日本国内の親族とみだりに紛争を起こさないこと」などを内容とする確約書を徴求する（東京地判平成一八・二・一五判時一九二〇号四五頁）。このほか、私人の行政に対する確約の最近の例として、本件保留地

の売買契約において、「天満屋は、『本件土地を地域の発展振興に寄与する施設等の用途に供することを目的として本件土地を買い受け、右目的のとおり発展振興に寄与する施設等の用途に供する。』旨を確約した」ことなどから、本件売却処分相手方として天満屋を選択したことに違法があつたとはいえず、代位賠償請求（地方自治法二四二条の二第二項四号）は理由がないとするもの（広島高判平成一一・八・三〇 *Leisenexis*）、不法占有者Aは「本件売買契約をするに当たり、池の浚渫、護岸工事（d池の西側部分及び本件賃貸土地の南側部分。）及び樋門、水路改修工事の施行並びにその費用をAにおいて負担することを確約」して本件工事を完成させたが、本件売却土地の範囲を越えて本件各土地の埋立てまで行ったのに、財産区の財産管理者はこのことを把握しなかったか把握しつても適切な措置を講じなかつた過失があるとして、市長に対し不法占有者に賃料相当額の損害金を財産区に支払うように求める代位賠償請求を一部認容したものがあつた（大阪地判平成一九・一一・二七 *Lexisnexis*）。

四 確約の法的性質・効力

一 確約の法的性質に言及する数少ない判例もある。たとえば、確約に相当するものを「契約」または「準契約」、「契約（確約）」（前記二〇、二二頁参照）と明示するものがある。これらの判例は、確約の法的性質を契約またはこれに近いものとみているように解されるが、契約と確約との区別が明確にされていない。他方、両者の区別を示唆する判例もあつた（前記一三頁参照）。確約は相手方との関係で行政による一方的（高権的）自己義務づけであることから双方的義務づけである契約とは区別される。

確約の法的性質に言及する判例はほとんどみられない。その理由は、信義則・信賴保護原則の適用要件として、または、期限付職員の再任用の拒否事案を中心に期待保護の視点から国家賠償の適用要件として、それぞれ確約の存否を重視するような傾向が強いことにある。東京都区立N小学校における国際理解教育・帰国子女の受入れ

施策の継続への信頼を損なったことを理由とする損害賠償請求を棄却した事案において、小学校校長等による同小学校への「編入の勧め」や教育委員会による区域外通学の承認等により、直ちに原告らの子女が卒業するまで同「小学校が存続することを確約したものと解することはできない」などと判示するのも（東京地判平成七・一・二・六判自一四八号五九頁。第二審および最高裁も同旨の結論であるが確約には言及しない）、後者の系統に近い。このことが行政の行為形式としての確約の法的分析を遅らせてきたように考えられる。ただ、判例の中には、行政の行為形式の中で確約・約束と目すべきものがあり、この行為形式はそれ自体、確約・約束された行政行為などの発付・不発付を義務づけることを示唆または少なくとも否定しないものもある。他方、学説では、これまでは行政契約や行政指導等の中に確約を含めて扱うことが多かったように解される（後記三七頁参照）。

二 確約はその発付の瞬間から、適法な確約はもとより、違法な確約であっても無効でないかぎり、行政の将来の行為の発付・不発付を法的に義務づける効力をもつ。⁽²⁵⁾また、相手方はこれに対応する権利を取得する。前掲の判例中にもみられるように、確約の対象が処分であれば、確約の履行を求めて義務づけ訴訟を提起することも許される。公共住宅の払下げの確約は相手方の払下請求権を生み出すという視点からみる判例や、損失補償の確約により事業の推進またはその断念のいずれの裁量判断をするかの視点から「覚書約束」の法的拘束力を肯定するかのような判例もあり、いずれも適切な判示であるように解される。

逆に、期限付職員の再任用の拒否事案では、最高裁をはじめ判例は、再任用する旨の確約は相手方の再任用を求める請求権を生み出すことはない和解するようにもみえる。また、第三セクターへの補助金交付事案を論評する学説の中には、本件確約書の法的拘束力を否定しB汽船等も権利として損害填補を求めることができるとする趣旨ではないとみるものもある。このほか、確約により相手方に具体的な権利は生み出さず、したがってその確

約違反を理由とする取消訴訟の原告適格は認められないとする判例もある。すなわち、被告・多摩市長が自治会連合との間の「覚書」において「京王帝都電鉄株式会社から土地の寄付を受けるに際して「これを公園と集会所の建設のために使用することを約束」したとしても、「当該行為をもって、被告が、原告らβ地区の住民一人一人に対して具体的な公園の利用権を保障したなどということではできず」、市長が条例に基づき行った市立公園廃止処分の告示の取消訴訟の原告適格を否認するものがある（東京地判平成二三・九・二八 Lexisnexis）。なお、市長選挙における選挙違反に関する「本件調査票に記載された情報が、本件条例の非公開事由のいずれにも該当せず、公開すべきものであるならば」、市が当該「職員に対し公開しない旨を約束していたことをもって公開を拒否することはできない」として、非公開処分の取消請求を棄却したものもある（名古屋高判平成一五・八・二七 Lexisnexis）。

確約は事情変更による影響を受けやすい。旧住宅・都市整備公団による公団住宅の値下げ販売をしない旨の副総裁発言等（前記一一頁参照）が本来の意味の確約に相当しうるとみる場合でも、この第二審判決もいうように「バブル経済崩壊後の不動産市況を考慮すると」公団の担当者による右のような発言（確約）は失効したものと解され、公団住宅の値下げ販売は必ずしも確約違反の評価を受けることにはならないであろう。⁽²⁶⁾

(25) 社会福祉法人は「A町の住民の皆様が、平成一二年四月より優先的に当施設の入所ベッド二〇床を二〇年間に渡り利用できるよう配慮致します」との確約書を添付して、補助金交付申請書を提出、A町長（被告）はこれに基づき補助金交付を決定、その後、この確約内容を含む覚書を交わしたが、特別養護老人ホームの利用を特定の市町村の住民に限定することを禁ずる介護保険法や同法施行規則に違反するから本件補助金交付決定や覚書も違法であることを理由とする代位賠償請求を認容した事案において、被告は、本件覚書は「合理的な裁量の範囲内において、できる限

りA町民の入所に配慮を図ってもらうことを意図したものであって、紳士協定的な慣行を文書化したものにすぎない」と主張したが、「補助金交付申請書、確約書及び本件覚書の各記載内容からして……本件覚書がかかる趣旨で規定されたものであるとは到底認められない」と判示した（津地判平成一四・七・四判タ一一一・二一四二頁）。本件覚書が確約かそれとも私人による確約を含むものかの判断は難しいが、判旨はいずれにせよその法的拘束力があることを明示するものと解される。

(26) 確約の存続効は事情変更による影響を受けやすいことは、行政主体間で行われる確約について指摘したところでもあるが、私人による確約についても「事情変更等特段の事情が認められる場合はともかく、そうでない場合には被告が本件産業廃棄物処理施設で操業しているかぎり、本件確約書の合意事項を遵守する旨の合意であると認めるのが相当」として、同旨の指摘をする判例もある（新潟地判平成一〇・一一・二七 Lexisnexis）。

四 おわりに

一 行政法の教科書においては、行政の行為形式の章節では一般に、かつては、行政行為、行政立法、行政強制、行政罰などが対象とされ⁽²⁷⁾、その後、新たに、行政契約のほか行政指導や行政計画も取り上げられ⁽²⁸⁾、近時になって行政調査が即時強制から分離されて独立の章節として扱われることになる。確約については、行政指導や信義則・信頼保護との関連で言及するものもあり、行政行為・行政契約などと並ぶ行為形式の一つとして独立の章節として扱うものも現れた⁽³¹⁾。その後、行政行為または行政契約に類似するものとして扱うものや、確約制度の導入は検討課題とするものもある⁽³⁴⁾。結局、行政法の教科書において新たな行為形式として独立の章節として扱うものは、佐藤教授のものを除いては現れていないのが現状である。なお、近時、演習書や辞典において、確約が独

立の項目として取り上げられることが多い。⁽³⁵⁾ この間、前述のように、ドイツにおける確約の法理について紹介・検討する学説も現れている。

二 確約の実体的・手続（争訟）的意義は重要であるにもかかわらず、わが国の学説や判例の現状はこれまでにみたとおりであり、行政の行為形式としての確約を承認してその意義・法的性質・効力などについて定説が形成されるというまでにはいたっていない。学説・判例の現状がこのようであることの原因としては、さしあたり二つの点があげられよう。第一に、「確約」に言及する判例は最高裁も含めてかなり多くみられるが、これらの判例は信義則・信頼保護原則の適用要件として、または、期限付職員の再任用の拒否事案を中心に期待（権）保護の視点から国家賠償の適用要件として、それぞれ確約の存否を重視するような傾向が強く、いわば信義則・信頼保護原則または期待（権）保護の中に埋没させられたため、行政の行為形式としての確約の法的分析を遅らせているように考えられること、第二に、この視点から判例の批判的検討をする学説がほとんどみられず、その主因はドイツにおける確約の法理についての研究が少ないことである。

(27) 田中二郎『新版行政法上』（弘文堂、昭和三三・一九五八）。

(28) 成田Ⅱ荒Ⅱ南Ⅱ近藤Ⅱ外間『現代行政法』（有斐閣、昭和四三・一九六八）。

(29) 藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、昭和五五・一九八〇）二三八頁、原田尚彦『行政法要論（改訂増補版）』（学陽書房、昭和五六・一九八二）一五九頁（同書全訂第六版〔平成一七〕二〇一頁）、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、昭和五八・一九八三）三三五頁、塩野宏『行政法Ⅰ（行政法総論）』（有斐閣、平成三・一九九一）一六〇頁以下（同書第五版〔平成二二〕二〇二頁以下）。

(30) 遠藤Ⅱ阿部編『講義行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、昭和五九・一九八四）一三四頁〔荻野聡〕。同旨、小早川光

- 郎『行政法上』（弘文堂、平成一一・一九九九）二六一頁。
- (31) 佐藤英善『行政法総論』（日本評論社、昭和五九・一九八四）二七二頁以下。もっとも、確約の意義や許容要件についての指摘にとどまり、その法的性質や効力などには言及されていない。遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、昭和六四・一九八九）一七七頁以下にも「確約、協定」が扱われている。
- (32) 阿部泰隆『行政の法システム（上）』（有斐閣、平成四・一九九二）一四二頁（同書新版〔平成九〕一四二頁）。
- (33) 藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）（第三版）』（青林書院、平成五・一九九三）二九二頁（同書第四版改訂版〔平成一七〕三〇五頁）、大浜啓吉『行政法総論』（岩波書店、平成一一・一九九九）二七二頁以下（同書新版〔平成一八〕二八三頁）。
- (34) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、平成一六・二〇〇四）八九頁（同書第三版〔平成二二〕一〇二頁）。
- (35) 菊井康郎『行政府の確約』『ジュリ行政法の争点』（昭和五五・一九八〇）九六頁（ただし、同書の新版〔平成二二〕第三版〔平成一六〕では確約は取り上げられていない）、内閣法制局編『法律用語辞典』（有斐閣、平成五・一九九三）一三七頁、金子〓新堂〓平井編『法律学小辞典（新版）』（有斐閣、平成六・一九九四）九五頁、伊藤〓園部編『現代法律百科大辞典Ⅰ』（ぎょうせい、平成一一・二〇〇〇）四四〇頁、佐藤幸治ほか編『コンサイス法律学用語辞典』（三省堂、平成一五・二〇〇三）一七七頁。