

# 公務員の採用拒否と法的救済

乙 部 哲 郎

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 採用内定通知の法的性質
- 三 採用内定通知の存続効
- 四 結 語

## 一 はじめに

一 「地方公務員の任用行為は地方公務員たる地位の設定、変更を目的とする重要な法律行為であるから、辞令書の交付又はこれに準ずる任命権者……による任用する旨の明確な意思表示の到達をもってその効力を生ずるもの」といふべきである」。これは、地方公営企業職員採用に関するいわゆる名古屋水道局職員採用拒否事件において

公務員の採用拒否と法的救済 乙部

第一審判決が明言するところであるが、同事件の第二審判決と最高裁判決によっても承認されている。<sup>(1)</sup>この指摘は、地方公務員のみでなく国家公務員についても原則として妥当であるであろう(なお、人事院規則八一―一二〔職員の仕事〕七五条参照)。この観点から、実際の公務員任用手続をみた場合、内規・慣行等にもとづいて行われる辞令交付が原則として右の判決にいう公務員の採用など任用行為に相当するとみるのが素直な解釈であるように思われる。<sup>(2)</sup>

ところで、公務員の採用にあたっては、右の正式の採用行為に先立って、採用内定および採用内定者へのその通知が行われることが多いようである。そして、通例の場合、採用内定者が採用を希望するかぎり、採用内定につづいて正式の採用行為が行われ、これによって公務員(条件付職員。国公五九条・地公二二条一項)となるわけである。問題は、採用内定者も採用を希望しているにもかかわらず、行政側の都合により、内定の取消等により正規の採用行為が行われなかった場合に、内定者は、この採用拒否という事態を甘受しなければならないかどうかということである。

この問題については、とりわけ、公務員の採用内定通知の法的性格をどのようにみるかが重要である。最近の東京地裁採用拒否事件は、この問題に関する最初の裁判例であるが、第一審の東京地裁は、公務員の採用内定通知はそこで示された日付をもって公務員の地位を取得させるといふ始期付行政行為とみて、内定通知の取消は行政行為の取消・撤回とみてその制限の範囲内にとどまっているかどうかの問題としてとらえようとする。これに対し、第二審の東京高裁と最高裁は、公務員の採用内定通知は職員の採用を支障なく行うための行政の準備手続的行為にすぎず、その法的性格は行政行為ではなく単なる事実上の行為とみて内定そのものは採用に向けた法的効果はなく、

ただ、正当な理由のない内定の取消・撤廃は行政側に損害賠償の責めを生ぜせしめるにすぎないと解する。<sup>(3)</sup>この問題についてふれる学説の多くは右の判例についての論評であるが、その説くところは大体、判例のいずれかの傾向に分かれるようである。<sup>(4)(5)</sup>

二、最近も、和歌山県下津町の出納室長の巨額の公金横領に伴い新規職員の採用内定の取消や、在日韓国・朝鮮人の小学校教員の採用内定が文部省の指導にもとづいて長野県教育委員会により取り消されたりする事件がマスコミで報じられるなど、<sup>(6)</sup>公務員の採用内定の取消または採用内定者の採用の拒否と法的救済の問題は、現在でも検討すべき重要問題であることに変わりはない。本稿は右の東京都職員採用内定の取消事件をおもな素材として、右の問題について少しばかり検討しようと思図するものである。ことさらに、新味をうちだそうとするものではないが、ただ、公務員の採用内定通知は、西ドイツにおいて「行政上の確約」<sup>(7)</sup>(Zusage; Zusicherung)として確立をみた行政手法に相当するのではないかと考えられる。<sup>(8)</sup>そこで、これについての西ドイツの若干の判例学説も素材の中に加えて、さきの判例学説とは、やや異なる視角から検討を試みようとするものである。

(1) 名古屋地判昭和五四年三月二六日労民集三〇巻二号四七八頁、名古屋高判昭和五五年五月一日労民集三一巻三号五七一頁、最判昭和五六年六月四日労働判例三六七号五七頁。

(2) 菅野和夫「判例研究」ジュリスト七五九号一五六頁。

(3) 東京地判昭和四九年一〇月三〇日行集二五巻一〇号一三三九頁、東京高判昭和五一年九月三〇日行集二七巻九号一六一八頁、最判昭和五七年五月二七日判時一〇四六号二三頁。本件事実はつぎのとおりである。原告(控訴人・上诉人)は、昭

和四六年度東京都職員採用試験に合格し、昭和四六年一月二八日には同二七日付の東京都建設局総務部長名の採用内定通知書をうけとった。それには、「面接及び身体検査の結果、あなたを昭和四六年四月一日付で建設局に採用することに内定いたしましたのでお知らせします。なお、四月一日の出勤については、三月二〇日頃に再度連絡します」と記されていた。ところが、同年三月一六日、東京都の現任研修に反対してその妨害をしたため原告が不退去罪等の現行犯として逮捕されたことを重視して、総務部長は、三月二七日、「あなたは当局の職員となるべき適格性に欠く行為があったので、採用内定を取り消します。したがって、きたる四月一日以降、出勤には及びません」と記した通知書を発した。そこで、原告は、東京都知事および東京都を被告（被控訴人・被告原告人）として、採用内定通知取消処分取消、都職員としての地位を有することの確認を求め、さらに、予備的請求として都職員として採用すべきことを求めて、訴えにおよんだ。

(4) 原則的にみて、第一審判決を支持するものとして、つぎの判例評釈等がある。金子芳雄・判例時報七七一号一三一頁、秋田成就・ジュリスト六六五号一三七頁、奥山明良・ジュリスト七八七号一〇一頁。川上宏二郎「判例研究」西南学院法学論集一五卷三号一一八頁も、これに近いであろうか。なお、阿部泰隆ほか・地方公務員法入門三九頁参照。第二審判決・最高裁判決を支持するものとして、つぎの判例評釈等がある。はやししうぞう・時の法令一一五〇号五四頁、都築弘・法律のひろば三五卷九号三七頁。小早川光郎「公務員の採用拒否と司法救済」ジュリスト七七三三号六〇頁も同旨とおもわれるが、瑕疵なき裁量行使を求める権利の観点から採用内定の取消に対する取消訴訟の可能性を認めるなどの点では、両判決とくらべて重要な差異がある。なお、鶴飼信成・公務員法（新版）一〇二頁参照。

(5) 民間企業および電電公社などにあつては、企業側の募集に対応する求職者の応募と企業側の選考の結果おこなわれる採用内定の通知によって労働契約が成立し、これによって採用内定者は直ちに企業の職員たる地位を取得し、他方、企業側には社会観念上相当と認められる範囲内でのみ、内定取消すなわち労働契約の解約権があるにすぎないという考え方が、最高裁および労働法学説のとりどころのようである（最判昭和五四年七月二〇日民集三三卷五号五八二頁、同昭和五五年五月三

○日民集三四卷三三四四頁。なお、木村五郎「採用内定」蓼沼横井編・労働法の争点一八六頁参照。地方公務員についても、これらの場合と区別する理由はないとか（田中館照橋「判例解説」昭和五七年度重要判例解説・ジュリスト増刊四九頁）、公務員の採用内定通知はすでに採用行為と目するに足るだけの明確性をもっているとして（山本吉人「東京都採用内定取消事件について」ジュリスト七七三号五五頁）、同旨の結論を導くようにもみえるものがある。

(6) 後者について、朝日新聞（朝刊）昭和五九年二月二八日第一八面、同昭和六〇年一月一三日第二面（神戸版）、同三〇日第三面など参照。

(7) 西ドイツの判例学説などについては、菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」行政行為の存在法一三一頁、同「行政庁の確約」成田編・行政法の争点九六頁、拙稿「行政上の確約の法理（一）」神戸学院法学一〇巻一七七頁以下参照。

(8) 菊井「前掲」行政法の争点九六頁は、公務員の採用内定は行政上の確約にあたるとみる。また、阿部泰隆教授が、採用内定とその取消の事案との関係においてではないが、一般に、公務員の任用についての行政側の義務、相手方の権利を根拠づけるさいの一つの重要なファクターとして、行政上の確約の存在をあげているのが注目される。同「公務員の任命拒否に対する法的救済」自治研究五五巻四号二二頁、同「公務員の任用請求権」自治研究五六巻一〇号八頁参照。

なお、同「裁量的拒否決定の処分性」判例時報一〇五五号一八四頁および南川諦弘「判例批評」民商法雑誌八八巻六号八五七頁以下も、これに近い観点から本件の最高裁判決に論評をくわえる。なお、川上「前掲」一三五頁以下、田中館「前掲」五一頁も、この問題についてふれているが、公務員の採用内定通知が行政上の確約にあたるところまではいっていない。

## 二 採用内定通知の法的性質

### 一 発令の準備手続的行為・事実行為説

東京高裁は、本件の採用内定通知は、『内定』の文言自体行政庁の内部的手続の段階にとどまるものであることを示して「おり、かつ、「法令上の根拠にもとづくものではなく……できるだけ早期に採用予定者の就職の意思の有無を確認しないと発令手続に支障をきたすなどの理由から、予め採用予定者を内定してこれを相手方に通知し、事務処理上の便宜をはかっているものであ」って、要するに、本件の採用内定通知は控訴人を「東京都職員としての地位を取得させることを目的とした意思表示ではなく、採用発令の手続を支障なく行うための準備手段としての行為に過ぎない」ものであって、採用内定通知の法的性質が右のようなものである以上、「採用内定の取消も控訴人の法律上の地位にならるの変更をきたすものではないから……行政庁の処分ということはできない」として、結局、採用内定取消処分の取消を求める訴えは不適法であるとして却下した。また、同様の理由から、東京都職員たる地位の確認を求める訴えも失当であるとして棄却し、東京都職員として採用することを求める訴えも、それが知事の裁量権の範囲内に属する行政処分をなすべきことを請求するものであるから不適法であるとして却下している。最高裁も、「本件採用内定の通知は、単に採用発令の手続を支障なく行うための準備手続としてされる事実上の行為にすぎず……上告人を東京都職員（地方公務員）として採用し、東京都職員としての地位を取得させることを目的とする確定的な意思表示ないしは始期付又は条件付採用行為と目すべきものではなく、したがって、右採用内

定通知によつては、上告人が、直ちに又は昭和四六年四月一日から被告東京都の職員たる地位を取得するものではなく、また、被告東京都知事において上告人を職員として採用すべき法律上の義務を負うものでもない」とし、採用内定の法的性質が右のようなものである以上、その取消行為も処分（行訴三条二項）にはあたらないと判示し、結局、第二審判決と同様に上告人の右請求をすべてしりぞけている。

しかし、東京高裁・最高裁の兩判決にはつぎのような疑問がある。(1) まず、本件のように、職場・名宛人を特定して四月一日付で採用する旨の明確な内容をもつ採用内定通知が事務処理上の便宜のためになされる行政の準備手続的行為であり、事実行為であるにすぎないというのは、同通知内容の素直な解釈に反する。また、もっぱら公務員を採用する行政側の利益のみを考慮した結果であつて、他に就職の機会の放棄など内定者が採用内定通知によりこうむる影響・効果というものを全く度外視するものであるといつてもいいすぎではない。内定通知が採用内定者に到達した後にも、なお行政の事務処理の便宜のための行政内部の準備手続的措施といいきることに疑問がある<sup>(1)</sup>。

(2) つぎに、東京高裁判決は、採用内定通知の法的効果を否定する理由として、それが法的根拠にもとづくことなく慣例として行われていることをあげる<sup>(2)</sup>。しかし、第一に、東京都の場合、正規の採用行為たる辞令の交付は内規にもとづいて行われるが、この内規をもつて法律上の根拠とみるのはむつかしい。辞令の交付が内規にもとづくのと、採用内定通知が慣行として発せられることに、法律上の根拠に関して、質的差異を求めめるのは疑問がある。第二に、公務員の採用その他の任用行為を行う権限が任命権者にあることは、法律上、明確である（地公六条一項

・一七条一項、国公五五条一項・三五条)。採用内定通知も、辞令の交付も、右のような法律に定める任用権限を前提として行われるものである。ただ、採用内定通知にあつては、辞令の交付とくらべて、右の任用権限が時間的に早く、先取的に行使されたとみることができる。そうであれば、辞令の交付はもとより、採用内定通知も、任命権者の任用権限の範囲内の行為であり、そして全く法的効果のない行政上の措置といいきることに問題の余地があろう。

(3) なお、東京高裁は、「地方公務員の任用行為は、地方公務員たる地位の設定、変更を目的とする重要な法律行為であるから、その意思表示は明確になされなければならない」として、これを採用内定通知の法的性質についてのみずからの理解の根拠とするようにもみえる。また、学説上も、公務員の採用その他任用行為における「明確性の要請」という名のもとに同様の見解を主張するものがある。<sup>(3)</sup>しかし、このことは、採用内定通知の採用行為に向けた法的効果を一切、否定すべきことにはつながらない。採用内定通知は、採用行為そのものではないが、後にみるように採用行為をすることの法的義務づけと解するならば、右の批判は必ずしもあたらないうちにおもわれる。右の意味での「明確性の要請」、少なくともは内定通知による義務づけに従って発せられる辞令交付によって充足されることになるからである。<sup>(4)</sup>

## 二 始期付行政行為・採用行為説

東京地裁は、本件の採用内定通知は「原告が昭和四六年四月一日付で東京都職員たる地位を取得するという法律効果に向けられた確定的な意思表示とみてさしつかえなく、『内定』なる用語が使用されているだけでは右判断を



左右するにたりない」とし、採用内定通知の法的性質が右のようなものである以上、その取消は、「始期附採用という行政処分を始期の到来前に撤回するものであるから、それ自体あらたな行政処分である」と判示する。

採用「内定」ということばが「行政庁の内部的手続の段階にとどまるものであることを示している」（本件の東京高裁判決）というものは、もとより適當ではない。<sup>(5)</sup>しかし、これを右の東京地裁判決のように解してしまう<sup>(6)</sup>も問題がある。採用「内定」ということばは、後に正規の採用行為が行われることを前提とすると考えるのが素直な理解であり、この意味で採用内定は後に行われるべき採用行為の「準備的行為」であるといつてよい。<sup>(7)</sup>いいかえると、公務員の採用手続においては、採用内定行為と正規の採用行為の二つが時間的に前後する關係で並存することも多く、いずれも法的にみて意味のある行為であると考えられるのである。この点、採用内定通知を始期付採用行為と解するときは、四月一日などの特定の日時が到来するとともに、公務員としての地位の取得という法的効果が当然に生ずることになるから、辞令の交付のかたちで行われる正規の採用行為が発令される法的意味が失われるであろう<sup>(8)</sup>（なお、本稿一一頁参照）。また、そこに、さきにもみたように、始期付行政行為説にたいし、公務員の任用行為における明確性の要請に欠けるという批判が加えられることにもなる。<sup>(9)</sup>

### 三 若干の補論——行政上の確約説

これまでみたように、公務員の採用内定通知が単なる行政の準備手続的行為・事実行為としてならぬ法的効果をもたないとみるのは誤っているが、他方、正規の採用行為そのものとみるのはもとより始期付採用行為とみるのも必ずしも適當ではないということになると、採用内定通知はどのようなこととらえるのがよいであろうか。採用内定

通知は、西ドイツでいわれるところの「行政上の確約」にあたるか解すれば、採用内定通知をめぐる法律上の諸問題をよりうまく説明することができるように、筆者にはおもわれるのである。

西ドイツにおいて、連邦行政裁判所の著名な判決は、「行政上の確約は、その内容上、将来の行わないし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である(将来拘束)」と定義づけている。<sup>(10)</sup> その後の判例学説により、この行政上の確約の概念規定はひろく受け入れられることになる。その後、一九七六年の連邦行政手続法三八条、租税通則法二〇四条以下、一九八〇年の社会法典第一〇編三四条において、行政上の確約は法律上も、行政行為、公法上の契約にならぶ重要な行政手法として認められるにいたった。連邦行政手続法三八条と社会法典第一〇編三四条は、従来の行政上の確約のうち行政行為の発行・不発行を対象とする行政上の確約のみについて定め、この種の確約の観念をとくに明規しないが、さきに見たそれを前提としているように解される。なお、これらの法条の規律の対象となっていない行政上の確約(例、行政計画の策定、行政契約の締結を対象とする確約)には従来の判例が開示した法原則が適用されることになる。結局、公務員の任用行為を対象とする確約は、連邦行政手続法三八条の規定に服することになる。<sup>(11)</sup>

ここで、行政上の確約とは、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たる言動であるといつてよいであろう。公務員の採用内定通知はこの確約にあたり、したがって、将来の採用の発令を義務づけることになる。本件判決の中では、東京高裁のみが、「信義則上特段の事由がなければ内定どおりに採用の発令をなすべきものであ」とするかぎりでは、内定通知の確約性を認める余地を残しているといえよう。採用

内定通知を行政上の確約とみるとき、本件の採用内定者が訴訟の場できりうる手段にはどのようなものがあるであろうか。第一に、採用内定通知の無効、取消・撤回または失効のため、その履行行為にあたる正規の採用行為が発令されない以上、東京都職員たる地位を有することの確認を求める訴えは認容されない。第二に、この場合、採用内定通知の取消・撤回行為が違法であることを主張してその取消または無効確認を求める訴えを提起することができるほか、内定通知が無効または失効すべき場合にはあたらないとして採用の発令をなすべきことを求める訴えを提起する余地もあろう。<sup>(12)</sup>

(1) 秋田「前掲」一三六頁、奥山「前掲」一〇三頁、川上「前掲」一三三頁参照。

(2) 同旨、小早川「前掲」六四頁。なお、川上「前掲」一三五頁参照。

(3) 小早川「前掲」六二頁参照。

(4) 菊井・前掲書一六一頁参照。西ドイツにおける官吏法上の確約についての判例は、拙稿・神戸学院法学一〇巻三号八四頁以下、とくに九二頁参照。

(5) 西ドイツにおいては、行政上の確約はいわゆる教示 (Auskunft) との区別において、その觀念・法的性質等が論ぜられるのが一般的な傾向であるが、最近、行政庁が発した文書は「教示」である旨、当該文書中にしるされていても、それのみによってはその法的拘束力は排除されず行政上の確約とみてさしつかえない場合があるとする連邦行政裁判所の判例がある。Vgl. BVerwG Urt v. 19. 2. 1982, NVwZ 1982 S. 677.

(6) なお、金子「前掲」一三四頁は、「採用」「内定」の語は単に修辭上の言葉であり法的には意味がないとする。

(7) 秋田「前掲」一三六頁、矢崎秀一「判例解説」法曹時報三五卷七号一四一六頁、麻田正勝「判例解説」昭和五七年行政関係判例解説一九六頁参照。

(8) 菊井・前掲書一七一頁参照。ただし、不行為を約束する行政上の確約においてこの確約に應ずる履行行為が明示的に行われるべきことになっていない場合には、本文に述べた対応関係は必ずしも明確な形では現われない。

(9) なお、前記の労働契約・採用行為説(本稿四頁注(5)参照)によれば、採用内定によって企業の職員たる地位を取得することになるから、採用内定の取消・労働契約の解除がその限界をこえて違法となるときは、職員は、職員たる地位をもつことの確認等を求める訴えを提起することができよう。これを本件の事件にあてはめると、原告は東京都の職員たる地位を有することの確認を求めて、または、これを前提として給与支払請求などの訴えを提起しうることになる。本件の三つの判決は、いずれも、公務員の採用内定についてはこのような考え方をとらないことを明確にしている。私見によれば、労働契約・採用行為説については、本文にみた始期付採用行為説に対する疑問がより妥当するようにおもわれる。

(10) 官吏法上の確約については、学説は、ハイランツの提唱以来、圧倒的にこれを「公法上の雇主が、個々のもしくは個別に特定しうる多数の官吏ないし官吏志望者に対し、一般に現行の官吏法規の規定する以上の授益的法的位置を与える公法上の法律行為である」と言ってきた。この概念規定は、必ずしも官吏法上の確約の高権的性格を明示しないなどの点で、連邦行政裁判所の判例とは少しばかり異なるものがある。拙稿・神戸学院法学一〇卷三号五六、八八、九一頁参照。

(11) 近時の連邦行政裁判所の判例は、官吏法上の確約について、概念要素としての「拘束意思」を重視し、この要件充足を厳格にみていこうとする傾向にあるようにおもわれる。Vgl. J. Martens, Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahren-recht, NWvZ 1983 S. 719.

(12) 阿部「前掲」自治研究五六卷一〇号八頁。なお、小早川「前掲」六三―六四頁参照。

### 三 採用内定通知の存続効

#### 一 発令の準備手続的行為・事実行為説

東京高裁は、採用内定通知が採用発令の準備手続的行為にすぎず採用にむけた法的効果がないにしても、「信義則上特段の事由がなければ内定どおりに採用の発令をなすべきものである」とし、ただし、「正当な理由がなくもだりに内定を取消したときは、内定通知を信頼し、都職員として採用されることを期待して、他の就職の機会を放棄するなど、東京都に就職するための準備を行った者に対し損害賠償の責任を負うべきことがある」という<sup>1)</sup>。この点、最高裁判決は、東京高裁判決がいうように、採用内定通知の法的性質は採用発令の準備手続的行為であり事実上の行為にすぎず正当の理由のない内定取消は、これを信頼した採用内定者に対して損害賠償責任を生じさせようとするが、ただし、採用内定通知の採用に向けた法的拘束性はまったく問題とならないかのよう<sup>2)</sup>に判示する点で、東京高裁判決とは微妙な違いもあるようにおもわれる。

採用内定通知の法的性質をどのようにみるかということも別にしても、その取消・撤廃はおよそ許されるという考え方は行政側に有利にすぎ採用内定者に酷であるから、東京高裁判決の後段部分および最高裁判決に同調することはできない。他方、「信義則上特段の事由」があれば採用の発令をすべきでないという東京高裁の判決部分は抽象的にすぎるし、また、本件におけるこの事由の存否についてとくに検討を加えたような形跡もうかがわれない点で疑問がある。

## 二 始期付行政行為・採用行為説

東京地裁は、採用内定通知を始期付採用行為という付款つき行政行為とみて、かつ同通知は違法ではないとみるようであり、採用内定通知の本件取消は行政行為の撤回が許されるかどうかの問題としてとらえられることになる。

そして、正式採用の職員には身分保障があるが、条件付採用職員はこの保障がないこと（地公二九条の二。なお、国公八一条）、採用内定者たる原告はこの条件付採用職員となるべき期待的地位を有するにすぎないことを理由に、採用内定の取消の許容範囲は、条件付採用職員を正式採用職員としないよりもより広いけれども、この裁量は無制限ではなく原告の期待的地位の剝奪を正当とするだけの「公益上の必要」がなければならぬとして、原告の行為は少なくとも東京都の公務員としての適格性を疑うに足りる相当な理由があるから右の公益上の必要があったと認定している。

同判決が採用内定通知の存続効の程度は採用行為のそれよりも劣るとしていることは、同通知を行政上の確約にあたりとみる立場からも是認されるところである。このほか、同判決についての論評は、次項で、行政上の確約説との関連において、試みることにする。

### 三 行政上の確約説

では、採用内定通知を行政上の確約とみる立場からはどうかであろうか。西ドイツの連邦行政手続法三八条によれば、行政上の確約には行政行為の取消（四八条）・撤回（四九条）等にかんする規定が準用される。これによれば、取消・撤回事由はかなり具体的に定められている。このなかには、「公共の福祉」のほか、事実または法状況の変更ということも撤回事由として組み込まれているが（四九条二項三号〜五号）、行政上の確約にあっては、事実・法状況の変更は確約の撤回ではなくその失効の問題としてとらえられることになる（三八条三項）。これに対し、確約を発した当時、すでに存していた事実・法状況を知らず、後に行政庁がこれを知った場合は、確約の失効では

なく違法な確約の取消等の問題として扱われることになる。<sup>(2)</sup>

右のような西ドイツの法律に定める行政上の確約の取消・撤回事由、失効事由は、わが国において、本件の判例がいう「信義則上特段の事由」、「公益上の必要」とくらべてかなり具体性があり、内容的にも大体において妥当であるように思われる。

本件の採用内定通知が結局、競争試験にもとづくものであり、この競争試験の目的が「職務遂行の能力を有するかどうか」を判定することにあるから(地公二〇条。なお、国公四五条、採用内定通知は、このような能力があるものとして行われたのである)。この職務遂行能力ということは、条件付採用職員を正式採用職員にする場合の要件ともされており(地公二二条一項。なお、国公五九条一項)、また、心身の故障に起因する職務遂行能力の支障等は分限免職などの事由の一つにもなっている(地公二八条一項二号。なお、国公七八条二号)。本件の東京地裁判決は、「東京都の公務員としての適格性を欠く」として内定通知を撤回したのであるが、この適格性の欠如は分限免職等の事由でもあり適格性は右の職務遂行能力をも含むより広い概念であるといわれている。<sup>(3)</sup>

もし、本件原告の研修妨害・逮捕ということが内定通知以後に新たに生じるにいたった事実であるとすると内定通知(行政上の確約)の失効の問題となるのに対し、研修妨害・逮捕ということが原告の「簡単に矯正することのできない持続性を有する素質、能力、性格等に起因」<sup>(4)</sup>して「公務員としての適格性を欠く」というのであれば、これは内定通知時にすでに存していたけれどもも行政側に知られるにいたっていない事実であると解しうる余地もあり、そうすると本件の内定通知は違法となりその取消が許されるかどうかの問題と考えられないこともない。このほか、

「公益上の必要」、「公共の福祉」を理由とする撤回・取消の問題とみうる余地もある。これらのいずれにあたるかという判断は微妙な点もあるが、少なくとも取消または撤回事由にあたるとみることとも可能であり、したがって、本件の原告は東京都職員になることができないということになり、結論的には、東京地裁判決は適切であり東京高裁・最高裁判決にも異論はないように思われる。

(1) 公務員として採用されることを信頼して他に就職の機会を放棄した者に対し行政側に損害賠償責任が生じうるといふ点は、国立大学教養部の教員の採用にかんする大阪地判昭和四四年三月三〇日判夕三八四号一四五頁でも、承認されている。

(2) さしあたり、拙稿「西ドイツ行政法における確約の法理の動向」末川追悼論集・法と権利（民商法雑誌七八巻臨増）第四卷一五六頁以下参照。行政上の確約の存続効は、通例の行政行為のそれとくらべて、若干劣ることは否定できないようである。

(3) 青木宗也Ⅱ室井力編・地方公務員法（基本法コンメンタール）一一三頁以下（原野翹）、鹿児島重治・遂条地方公務員法四四一頁以下参照。

(4) 最判昭和四八年九月一日民集二七卷八号九二五頁。

#### 四 結 語

一 本稿では、公務員の採用内定通知を行政上の確約にあたりとみて、この観点から、東京都職員採用内定の取消事件について一つの解決方法を提示してみた。これまで、公務員の採用内定通知の法的性質については、採用行為とみるもの、始期付行政行為・採用行為とみるもの、行政の準備手続的行為または事実上の行為とみるものが有力



であった。採用内定通知を行政上の確約とみる考え方は、公務員の採用という法的効果との関係では後二者の中間に位置するものであるといえよう。

二 行政上の確約はわが国においても多用されることであり、若干の判例学説もある種の行政作用を指して「確約」とか「確言」とよんでこれについて多少の法的考察をくわえている。公務員法の領域でも、採用内定通知のほか、たとえば、国立大学教員選考委員会の委員長による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という「指示」、自衛隊法三六条四項の規定に定める継続任用を志願した隊員にたいし「継続任用をしない」旨の通告も、本稿にいう行政上の確約にあたりと解しうる。また、町の企画室長が職員採用試験に合格した者についてその採用は間違いない旨をこの者の受任者に表明したことも行政上の確約とみることができよう。<sup>(4)</sup> 今後、さらに、行政上の確約についてはその法的検討をすすめていく必要があるであろう。

(1) 前記の昭和五四年の大阪地裁判決の事案(本稿一六頁注(1)参照)。

(2) 東京地判昭和五四年七月三〇日行集三〇巻七号一三八四頁、東京高判昭和五八年五月二六日行集三四巻五号八三五頁。

(3) 水戸地判昭和五五年一月二〇日判時九九九号一一九頁。

(4) 前記の名古屋市水道局職員採用拒否事件では(本稿三頁注(1)参照)、水道局職員採用試験の合格通知、「水道局職員(計量職)の採用について」(その内容は四月一日からの勤務が可能かどうかを問い合わせるもの)と題する書面を受け取ったほか、履歴書、身元保証書、誓約書等を提出し受理されたが、第一審は、これらはいずれも採用行為にはあらず採用行為のための単なる準備行為にすぎないと判示し、第二審・最高裁も同様の判断を示している。私見によっても、これらはいずれも採用内定(通知)とみることができず、また、行政上の確約とみることがむずかしい。履歴書等の提出のさい、係

官から伝えられた「四月一日からの採用見込み」も行政上の確約にあたるのではないかが一応、問題になるが、消極に解すべきであるようにおもわれる。