

採用における差別待遇

高 島 良 一

第1 採用の自由とその制限

いわゆる契約自由の原則は、労働契約にも妥当する、というのが近代的な市民法のもとにおける考え方であった。労働契約の締結と終了についていえば、雇入れ（採用）の自由と解雇の自由とがその現れである。すなわち、使用者は、労働契約を締結すると否との自由および相手方を選択する自由を持ち、採用の自由の内容をなす、と解されていた。最高裁判所が、「企業者は、憲法によって保障されている経済活動の一環として、契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇用するにあたり、いかなる者を雇い入れるか……について、法律その他による特別の制限がない限り、原則として、自由にこれを決定することができるのであって、企業者が特定の思想、信条を有する者を、そのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」（最判昭和48年12月12日、民集27巻11号1536頁、「三菱樹脂」事件）と判示しているのは、上に述べた採用の自由を全面的に肯定したものと解される。

しかるに、まず雇入れと対称的に考えられている解雇については、その自由を制限する法理が構想された。その法理は、判例法上、解雇権の濫用を認めさせ、さらに、実定法として、解雇を手続的に制約したり、解雇をその事由の面から制約する法令を判定させた（たとえば、西ドイツの解雇保護法〔1952年〕、フランスの1973年7月13日法、イギリスの雇用保護法〔1978年〕など）。

他方、「法のもとにおける平等」も、近代法を規制する基本原則の一つである。このことから、労働関係においても、人種、性別、宗教、思想的・社会的・政治的信条、社会的身分または門地などにより差別さるべきではないとの法理が構想される。憲法14条は、法のもとにおける平等の法理を国の基本法に

において明文化し、労働基準法3条、4条は、これを労働関係において具体的に展開したものにはかならない。この法理は雇用上の事象のすべてに妥当すると解するならば、採用についても、前記のごとき事由により差別的取扱いをすることを禁止し、各人に雇用の機会を均等に与える、という法制が定立されることとなる¹⁾。たとえば、イギリスにおいては、1965年に人種関係法 (Race Relations Act)、1975年に性別差別禁止法 (Sex Discrimination Act) が、アメリカにおいては、1964年の公民権法7編 (Civil Rights Act) とこれを修正した1972年法および雇用均等法 (Equal Employment Opportunity Act) 等が制定され、また、フランスにおいては、1975年7月11日法が女子および母親たることを理由とする差別的取扱いを禁止し、1972年7月1日の刑法は、前記のごとき理由による採用拒否等に刑罰を科し(416条)ている²⁾。

さらに、労働者の団結や団体行動を積極的に擁護・助成するという法制をとるときは、労働者が労働組合を組織し、または組合活動をしたことを理由として、使用者が労働者に対し、雇用に関して差別的取扱いをすることを禁止するという措置がとられることがある。ここでも、雇入(採用)についての差別的取扱いという問題が生ずる。たとえば、アメリカでは、1935年に、全国労働関係法 (National Labor Relations Act) (ワグナー法) (1947年の全国労資関係法 [National Labor Management Relations Act] [タフト・ハートレイ法] も同じ) が、イギリスでは1971年の労働関係法 (Trade Union and Labour Relations Act)、1980年の雇用法 (Employment Act) がそれぞれ制定されて、上記のごとき差別的取扱いを禁止し、フランスでも、1956年4月27日法412条2が同様の規定を定めている。

1) G. H. Camerlynck = G. Lyon-Caen, Précis de Droit du Travail, 10 me éd. (1980) (Dalloz), pp. 102~104; R. W. Rideout, Principles of Labour Law, 3rd. Ed. (1979), (Sweet & Maxwell), pp. 180~190; U. S. Government, Legislative History of Title VII & XI of The Civil Rights Act of 1964, The Equal Employment Opportunity Act of 1972, 3Vol. (1972). Vol. 1. pp. 1~11.

2) アメリカ法、イギリス法に関するわが国の文献としては、花見忠「採用の自由と基本権」石井照久先生追悼論文集125頁以下、同「イギリス性差別禁止法について」労働法の解釈理論265頁以下がある。

第2 わが国の学説・判例

1 不当労働行為に関連して

わが国では、まず、労組法7条の適用に関し、労働者が労働組合を組織したことまたは組合活動をしたことを理由として、使用者がその労働者の採用を拒否した場合に、不当労働行為成立がするか、また成立するとすれば、労働者に対し、いかなる内容の救済が与えられるかということが問題とされた。

その発端となったのは、「万座硫黄」事件である。

硫黄の採掘、精錬、販売等を業とするX会社が、冬期間休業するため、毎年12月従業員を解雇し、翌年3月採用するという方法をとっていたところ、従業員が組合を結成した翌年の3月、組合三役Yらを採用しなかった、というケースである。

中央労働委員会は、XがYらの採用を拒否したのは、組合活動に対する敵意に出たものと認め、採用拒否は、黄犬契約（組合に加入せず、または組合から脱退することを雇用の条件とする契約）と性質上異ならず、かえってその被害は、既往の組合活動を問題とする点において、抑圧される組合活動が将来のものに限られる黄犬契約よりも大きい。したがって、既往の組合活動を理由とする採用拒否は、不当労働行為となる。ことに本件の再採用の拒否は、実質は解雇と性質を同じくする、として、既往の組合活動の故をもって採用を拒否されたと認められたYら2名につき、4月1日付で、鉱員として雇入れるべき旨をXに命じた（中労委決、昭和27年10月15日、命令集7集81頁）。

これに対し、この命令の取消を求める行政訴訟事件において、裁判所は、労働者の団結権と経営者の雇入の自由との調和を図るという観点から、かつて自ら雇っていた者を正当な組合活動の故に再採用しない場合には、不当労働行為が成立する（東京地判昭和28年12月28日、労民集4巻6号549頁）と判示した³⁾。

3) 不採用が労組法7条1号にいう不利益取扱いとなるとして、採用をじめた命令としては、中労委決昭和47年12月13日、命令集48巻532頁「聖路加国際病院」事件等がある。

思想・信条を理由とする不採用は、労基法3条に違反しないとする判例としては、最判昭和51年12月24日労判速930号1頁「慶応大学付属病院」事件等がある。

学説には、不採用について、不当労働行為の成立を肯定するものが多い。その理由とするところは、要するに、組合を組織または組合活動をしたことの故をもって採用を拒否することは、過去の組合活動を問題とするものであって、労働者の団結を侵害する点では、解雇や黄犬契約となんら変りはない、という点にある⁴⁾。これに対して、消極説は、使用者に労働者を採用すべき義務がないことを理由とする⁵⁾。これらの中間的なものとして、労働関係の成立が期待される場合に限り、不当労働行為の成立を認めるものもある⁶⁾。

2 その他の差別待遇に関して

思想・信条等を理由とする雇入れの拒否について最高裁判所は、つぎのように判示している。

(1) 憲法19条等は、国、公共団体の統治行動に対し、個人の基本的な自由と平等を保障することを目的としたものであるから、私人間の関係を直接規律するものではない。私人間では、各人の自由・平等の矛盾、対立の調整は、原則として私的自治に委ねられる。ただ、一方の他方に対する侵害の熊様、程度が社会的に許容しうる限界を超える場合は、立法措置によってその是正を図り、または、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為の法理により、基本的な自由と平等を保護するという方途もある。

(2) 使用者は契約締結の自由を有し、何人をいかなる条件で雇い入れるかは原則として自由に決定することができるのであって、特定の思想・信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、当然違法とすることはできず、公序良俗に違反するとも解されない。また、労基法3条は、雇入れ後における労働条件についての差別を禁止するものであって、雇入れそのものを制約する規定ではない。

(3) したがって、使用者が、労働者の採否を決定するにあたり、労働者の

4) 吾妻光俊・条解労働組合法；74頁三藤正・「不利益取扱」労働法講座，2巻265頁；峯村光郎「不利益取扱」労働法大系，4，69頁；佐伯静治「不利益取扱の態様」新労働法講座6巻102頁；沼田稲次郎・労働法要説，83頁。

5) 石崎政一郎・労働法講義（上）142～143頁；石井照久・新版労働法，465頁。

6) 柳川真佐夫他・全訂判例労働法の研究下1357頁

思想、信条を調査し、これに関連する事項について申告を求めることも、違法ではない。雇用関係が相互の信頼関係を要請する継続的な人間関係であることに着目すれば、採否決定に先立って、その者の性向、思想等の調査を行なうことは、企業活動として合理性を欠くものとはいえない（前掲最判「三菱樹脂事件」）。

学説の多くは、思想・信条等は、民主主義社会においては最大限に尊重すべきものであるから、労働関係においても、これを侵してはならないという憲法の理念は貫かるべきであり、それが労基法3条に具体化されていると解され、したがって、思想・信条等を理由とする雇入れの拒否は違法であるとする⁷⁾。

思想・信条等または組活合動等を理由として採用を拒否することは違法であると解するもののなかには、

(1) 法のもとにおける平等および思想・信条の自由または労働者の団結権、団体行動権を保障した憲法14条、19条、28条は私人間の法律関係にも妥当し、したがって上記のごとき理由による採用拒否は、憲法に違反するとなすものと⁸⁾

(2) 上記のごとき憲法の規定は、国または公共団体の国民との関係を定めたものであるから、直接私人間の法律関係には、適用されない。しかし、憲法が基本的人権や平等を保障していることは、公序の内容をなし、または労基法3条、労組法7条は、憲法の原則に則って、これを労使関係で具体化したものである。したがって、上記のごとき採用拒否は、民法90条により、または労基法3条もしくは労組法7条に違反するとなすもの⁹⁾

とがある。

第3 採用の自由を制限する法理

7) 座談会「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」(ジュリスト553号17頁以下) 中の出席者諸氏(磯田 進, 小林直樹, 高柳信一, 外尾健一各教授)の発言。

8) 7)の座談会中、とくに小林直樹, 高柳信一教授が詳しく述べている。

9) 花見忠「思想の自由と雇用関係」ジュリスト553号62頁; 法学協会・註解日本国憲法, 上巻348頁。

1 憲法との関係

憲法の規定が私人間における採用の自由を直接制限するか（直接適用説）または憲法が基本的人権などを保障していることは公序の内容をなし、民法90条等により採用の自由が制限されるか（間接適用説）という問題は、憲法上重要な課題の一つであるということができよう。この問題に深く立ち入ることは私の及ばぬところであるが、つぎのように考えることもできるのではなかろうか。

(1) 少くとも近代国家が形成されてからは、国家という政治団体の領域を範囲としてその上に成立する国民社会が、相対的意味において全体社会たる性格を有し、これを基盤として法が存立する、というのが現実には即した見方であるといえよう。すなわち、国家という地域的政治団体は、他の社会集団または団体より優れた社会権力を具え、その成員の運命と使命の決定に対し強い影響を与え、成員の実践活動に強度の共通性をもたらす。その結果、国家を中心とし、その領域で生活する人によってまとまった社会生活の単位、すなわち国民社会が形成される。国民社会を構成する人、またはその集団もしくは団体は、国家の構成員（国民）とはかかわりのない地位において相互に交渉する。この交渉によって成立する社会を市民社会という。そのなかには、人が団体または社会集団の構成員としての地位においていとなむ社会生活と、そのような地位とはかかわりなくいとなむ社会関係における社会生活とがある¹⁰⁾。

(2) 国家の内部関係は、国家の構成、統治権の内容ならびに統治権行使の組織・制度およびその態様、国民の地位・権益などを定める関係である。また、国家の外部関係は、統治権の行使を確保し、国民・市民の権益を保障・調整するとともに、国民社会の秩序を維持して、国民社会の健全な発展をはかる

10) 恒藤恭・法の基本問題（昭和14年）、36～37、108～119頁。

関係である。このような政治関係を基礎として国家的法律関係が成り立つ。地方公共団体の法律関係もこれに準ずる。

これに対し、市民社会における法律関係は、各人の権利に限界を画するとともに、その限界内での権利の行使とこれに対応する義務の履行を確保し、各人の交渉によって、社会生活関係を形成させるという関係である。

(3) 近代法の使命は、個人を封建社会における身分的従属から解放して、これに独立の人格と平等の地位を認め、国家においても市民社会においても、その自主・自律の活動によって自由な活動をいとなましめ、これを基礎として各人相互および社会と個人の利益の調和をはかり、国民社会の健全な発展を実現することにあるといわれている。

このような近代法の原理が具体的にいかなる内容のものとして妥当するかは、その対象となる社会関係によって異り、また歴史的現実とこれに即して構想される法の理念ないし目的の認識いかんによって、その具体的内容は、変動せざるをえない。

憲法とは、固有の意味では、政治的団体たる国家が主権の存在形態に対応し、国家の組織と機能の基本原則を定めた法であるといわれているのであるが、その基本原則の具体的内容についても同様のことがいえる。

(4) これをここで問題としている基本的人権の保障についても考えてみよう。

憲法は、第3章において、国民は基本的人権を有し、国家はこれを保障する旨を規定している。基本的人権を「保障する」ことは、国家と国民との関係であるけれども、保障すべき「基本的人権によって確保される利益」は、必ずしも国家に対してだけ主張しうる利益には限らず、国家以外の者、とくに私人に対しても主張しうる利益も含まれると解してもよいであろう。

一般に、基本的人権の保障は、社会生活ないし文化活動が個人の創意に基づく自主的活動(人格的活動)によっていとなまれることに着目し、その自主性を尊重すべきことを基礎とし、個人の人格を尊重するからには、各人の人格的生存の基礎たる自由その他の利益を権利の内容として保障すべきであると

の法律秩序に対する要請を、憲法が認めて実定化したものにほかならない。ここで問題としている思想・信条は、人の自主的活動の基礎となるものであるという意味において、その自由を保障すべきことが要請されるわけである。

そして、思想・信条の自由の保障は、歴史的には、国家権力に対して、これらの自由を国民に確保することを目的としていたことは否定しえない。それは、国家的関係は、国家が主導の立場において、統治権の作用によって形成するものであることにかんがみ、消極的には、国家権力によって国民の思想・信条の自由が侵害されることを防止するとともに、積極的には、統治権の基礎をなす国民の正常な政治的規範意識を育成して、主権在民の実効を確保するという意味を持つ。

これに対し、市民社会の関係は、その構成員が自主・自律の立場において相互に交渉するところに形成される。法は、各人が追及しうる利益に一定の限界を画しているけれども、その利益には、他人の利益と矛盾し、相互に他を排拆するものもある。この場合における相互の利益の調整は、原則として、当事者の自治（私的自治）に委ねられる。

しかし、市民社会における法律関係も国家と無関係ではなく、国家は、市民社会における私的自治が公正かつ合理的であると認められる限度でこれを承認し、保障するとともに、もろもろの權益の均衡・調和をはかり、国民社会全体の健全な発展を実現するという公共的見地から、市民的法律関係を規制し、もしくはこれに介入する。いわゆる一般条項を適用し、権利の濫用を禁止し、公序良俗とか信義誠実の原則によって、法律行為やこれに基づく権利内容の実現の態様を規制するのは、その一つである。

ところで、上記のごとき一般条項は、法の目的、とくに権利の存在理由に即し、または国民社会の規範的秩序もしくは一般的な倫理的規範を基礎として構想されるものである。したがって、この意味では、基本的人権を尊重すべきこと、法のもとにおける平等を実現することは、一般的条項の内容をなし、それらは、私人に対しても主張することができ、また保護すべき權益であるということができる。

しかし、憲法がこれらを「保障する」というのは、私的自治の領域を超えて、国家がその責任において、これらの権益に対する侵害を排除し、またはこれらの権益を確保すること、少なくともが国家これに反する行動をとらないことを意味する。

(5) それでは、労働者の採用は、私的自治の領域においてだけ解決さるべきものであろうか。

近代法は、すべての人は自由にして平等な人格であり、したがって自由と平等を保障すれば、各人は自らの手によって、人たるに値する生活をいとなむことができるとの考えのもとに、法体系を構想した。しかるに、資本主義経済体制の進展に伴う資本の集中と産業の独占は、社会的・経済的に力を持つものとそうでないものを産みだし、後者は事実上平等（対等）の地位において、前者と交渉することができなくなった。ここにおいて、各人をその社会的存在としての実態に即して理解し、失われた自由と平等とを回復すること、もしそれが不可能であれば、各人に人たるに値する生活をいとなましめるための施策・措置を講ずることが法の理念の内容の一つとして構想されるにいたった（生存権の理念）。生存権の理念は、社会の各人に人たるに値する生活をいとなむために必要とする財貨および役務を配分すること、とりわけ労働の成果をかれに帰せしめること、その前提として、労働の能力と意思を持つものに対して、適正な条件のもとで労働する機会もしくはこれに代るべき補償を与えることを要請する。

憲法は、このような法律秩序に対する生存権の要請を認め、労働への権利としての労働権（勤労の権利）と労働者の生存権を確保する手段としての労働基本権を実定的に認めた（憲法27条・28条）。

この労働への権利としての労働権は、具体的には、雇用対策法、職業安定法、雇用保険法等によって保障されているのであるが、それは、労働者は他人のために労働するものでなければ、自己およびその家族の生存を確保しえない立場にあるという現実を基礎とするものである。そうしてみれば、労働者に雇用の機会を均等に与えるということもまた、労働権の内容をなすと解して

よいであろう。

このように解するならば、基本的人権や労働基本権の保障とあいまって、採用について、すでに述べたような理由で差別的取扱を禁止することも、憲法の要請するところであるといつてよいであろう。すなわち、採用に関する使用者の言動は、その態様いかんによっては、労働者の思想・信条の自由や労働基本権を侵害したり、不当に雇用の機会を奪ったりすることもありうる。このような場合には、国家は、実定法をもって、そのような採用を規制する。もし、そのような立法がなされなくとも、その趣旨は、私的自治の領域においては、一般条項の内容となると解することができるであろう。

要するに、憲法は、叙上のごとき労働者の権益を確保・保障すべき国家の在り方を規定しているのであって、その確保・保障の具体的内容および態様は、実定法の規定または解釈・適用によって決定される。この意味で、採用に関する労働者の利益が使用者に対しても主張しうるものとしても、憲法が直接これを規律していると解するのは、適当ではあるまい。

2 実定法による制限

このような労働者の利益は、実定法上どのように保護されているであろうか。その保護を端的に表明しているのは、離職した労働者についての証明書の記載事項といわゆるブラックリストの禁止とを規定した労基法22条である。同条は、

「① 労働者が、退職の場合において、使用期間、業務の種類、その事業における地位および賃金について証明書を請求した場合においては、使用者は、遅滞なくこれを交付しなければならない。

② 前項の証明書には、労働者の請求しない事項を記入してはならない。

③ 使用者は、予め第三者と謀り、労働者の就業を妨げることを目的として、労働者の国籍・信条・社会的身分もしくは労働組合運動に関する通信をし、または第一項の証明書に秘密の記号を記入してはならない。」

と定めている。

この規定は、要するに、労働者の国籍、信条、社会的身分もしくは労働組合運動に関する事項を第三者に知らせるときは、その第三者がこれらの事項を理

由に労働者の採用を拒否することが考えられるので、とくに、就業を妨害する目的をもってする通知を禁止したものであり、その限度において、これらの事項に関する調査が制約を受けてもやむをえないことになる。労働者が、証明書に記入されることを欲しない事項についても同様である。

そうしてみれば、少なくとも、この条項の範囲内においては、採用に関する労働者の消極的利益（不当に差別されないという利益）は、法によって保護されていると解してよいであろう。

この労基法22条は、労基法3条とその原理を同じくする（むしろ、前者は、後者を基礎として、これを展開したもの）と解するならば、労基法3条も、採用についての差別待遇を禁止したものと解釈することができるであろう。

第4 採用に関する労使の利益

1 序 説

労働契約関係においては、その当事者である使用者と労働者の利益とが相対立し、これらの利益を享受するための手段として、労・使それぞれの権利が構想される。このように相対立する労・使の利益ないし権利を労・使それぞれに確保するとともに、その均衡・調和を図ることも、労働法の目的の一つである。このことは、労働契約の締結についてもあてはまる。そして市民法の法理によれば、その均衡・調和は、原則として、当事者の私的自治に委ねられ、それが当事者の一方の利益や権利をいちじるしく害するとか、労使関係や国民社会への健全な発展を阻害するなど、現代法、とくに労働法の原理に違背しない限り、国家からの干渉——ことにその効果を否定されるとか賠償を求められるという干渉——を受けることはないと解されている。

ところで、労働契約の締結について、使用者および労働者がいかなる利益を有するかをみると、ほぼつぎのようにいうことができるであろう。

2 使用者の利益

使用者は、そのいとなんでいる事業を有効かつ能率的に運営し、その業績をあげることができるようにこれに適した労働者を従業員として採用しようとする。従業員としての適格性の内容については後に述べるが、使用者は、適格性のあ

る労働者を雇い入れることについて積極的な利益を有し、これを享受するために、採用申込者について選考を行い、または試用契約を締結するなどの方法を取り、これによって、従業員としての適格性の判断に誤りなきを期しているのが通常である。そして、また、使用者は、このようにして従業員としての適格性を持った労働者の採用を、不公正な方法（たとえば、経歴詐称）で妨げられないことについての利益（消極的利益）を持つ。

3 労働者の利益

他方、労働者は、他人（使用者）に雇われて労働することにより、その生計を維持する者であり、多くはそれ以外に生活の資を得るみちはない。このような労働者がその主体性（人格）を保持しうするためには、まず人たるに値する生活（健康で文化的な生活）を維持するにたる労働条件と安定した地位を伴った雇用を得、かつこれを維持しなければならない。そして、自己の知識、技術に適した職務・作業に就き、国民社会におけるもろもろの需要、とりわけ経済的需要をみたとする社会的機能をいとなむことにより、労働者としての使命を果たすことができるのである。労働者は、この意味における主体性を確保することについての利益を有するのであって、このことは、労働契約の締結についてもあてはまる。

労働契約の締結について有する労働者の利益は、積極的には、労働の能力と意思とを有する限り、その適性に応じ、適正な労働条件をもって、自己の希望する経営ないし企業において就労しうること、消極的には、不公正・不合理な理由で、その就労を阻止または妨害されないことを、その内容とする¹¹⁾。

第6 不公正な手段による労働契約の締結

11) 使用者が労働契約を締結するに際し、従業員として適格性について調査するのは、採用についての積極的利益を確保しようとするからである。また、試用という制度は、ほんらいは、労働者が一定期間使用者のもとで労働し、その間、使用者は労働者の適格性について、労働者は労働条件、職務などについて、それぞれ自己の意思に適うか否かを判断し、双方がその意思に適ったとき、本契約を締結することを目的とする。したがって、試用は、労・使が採用に関する積極的利益を確保するための制度である。

使用者の採用に関する消極的利益を侵害する典型的なケースは、労働者の採否を決定する事実、とりわけその使用者のもとにおける従業員としての適格性の判断の基礎となる事実、たとえば、学歴、職種、技能、資格、経験などについて、労働者が虚偽の事実を述べるということである。そのなかでも、使用者が労働者の述べたところを真実であると誤信して採用したが、もし真実の事実を知っていたならば採用しなかったであろうと認められる場合には、使用者は、労働者の不公正な行為によって労働契約を締結させられるにいたったものであり、労働者は、使用者を誤信させたがため、ほんらいは得られなかった従業員たる地位を取得するにいたったものである。そうしてみれば、使用者は、その労働者との労働契約の効力を否定し、または契約を解消することができる、と考える。すなわち、この場合には、使用者の採用に関する消極的利益を害する労働者の行為により、使用者の採用に関する積極的利益が侵害され、労働者は、採用に関する積極的利益を不当に得たのであるから、これを回復するための救済が使用者に与えられなければならないのである¹²⁾。

同様のことは、使用者が、労働者に対し、契約締結を決める基礎となる事実について、事実に反する事実を告知し、労働者がこれを真実であると信じて、労働契約を締結した場合にもあてはまる。労基法15条2項が、労働者は、労働契約の内容と採用の際明示された労働条件とが異なるときは、即時に労働契約を解除することができる」と定めているのは、上述のごとき理由に基づくといえよう。

第5 採用に関する積極的利益の享受

1 原則

採用に関する積極的利益は、要するに、使用者がある労働者を従業員として雇用し、または労働者がある使用者に従業員として雇用されるという利益であるが、この利益はいかなる方法で享受することができるかは、労働契約締結の自由との関連で考察するべきである。契約自由の原則によれば、その自由の一

12) 判例は、叙上のごとき経歴詐称は、懲戒解雇の事由となると解している。

つとして、各人は、労働契約を締結すると否との自由および任意の相手方を選択する自由を有するとされている。すなわち、何人も特約（たとえば、予約、再契約の特約）がない限り、契約の締結を強制されることはなく、また当事者の意思に基づかないで労働契約を成立させることはない。

したがって、使用者は、労働者が労働契約の締結を合意しない限り、いかに従業員として適格であり、ぜひ従業員としたしいとしても、その者を採用することはできないし、労働者も、使用者が労働契約の締結を合意しない限り、その使用者のもとで労働することが、人たるに値する生活をいとなみ、その主体性を確保することになると考えても、その使用者に採用を強制することはできない。この意味において、使用者および労働者が採用に関し持っている積極的利益は、相手方の承諾、つまり相手方との合意をもって、はじめてこれを享有しうるものである。

このように、労働者は、使用者の労働契約締結の意思（採用の意思）をまっはじめて採用に関する積極的利益を享有することができるのであるが、使用者に採用を決意させるためには、少なくとも、その労働者が、その使用者の求めている従業員としての適格性を具えていなければならない。そこで、従業員としての適格性と、一般的に適格性ありと認められる者の採用について、使用者がどのような裁量権を持つかということが問題となる。

2 従業員としての適格性

いうまでもなく、従業員としての適格性は、まず、使用者のいとなむ事業の目的を達成するため、労働契約で定められた債務の本旨（それは、使用者の業務上の指示・命令によって具体的に決定されることが多い）に従って、完全な労務を給付しうることをその内容とする。すなわち、たとえば、

- (1) 労働者の人物に関するものとして、労働者が肉体的・精神的に成熟し、完全な労務を給付するに必要な知識・技能を習得し、もしくは習得しうる能力を具えていること
- (2) 労働者の行為・行動に関するものとして、労働契約の本旨に従い（とくに、業務上の指示・命令を遵守し）、誠実に労働すること、また不注意な行為・行

動をしないこと

などを挙げることができる。

ところで、使用者のいとなむ事業は、経営ないし企業という組織体を基盤とする。すなわち労働者は、その組織体のなかにおいて一定の地位を与えられ、使用者の指揮・管理のもとに、他の労働者と共同作業を行うことになる。しかも、その事業は、継続性・永続性を持つものが多く、これに照応して、労使間の雇用関係も継続的なものとなる傾向がある。

このように、経営ないし企業は、一の人的な組織体であり、その組織体の一員は、使用者のいとなむ事業を遂行するという共通の目的のために、使用者の指揮・管理のもとで、他の労働者とともに労働するという共同関係を形づくり、これに即して、使用者と労働者および労働者相互のあいだに、双方の信頼関係が形成されることになる。とくに労使間の雇用関係が比較的長期にわたって継続する（もしくはその継続が期待されている）場合においては、その信頼関係の程度は強くなるであろうし、また、使用者の高度の信任を受けて経営管理を担当する管理職に在る職員に対する信頼度は、いっそう強くならざるをえない。いわゆる終身雇用の形態で採用する者に対しては、使用者は、雇用の継続のみならず、管理職員もしくは中堅の従業員になることを期待している。

もっとも、労働者は、使用者と「労働する」という一面において結合するものであり、全人格的に結びつくものではないから、労使相互の信頼関係といっても、使用者のために労働するということを核心として形成される客観的なものでなければならないが、労働することは、その主体である労働者と切り離しては考えられないし、経営ないし企業のなかに組織づけられて人的組織体を形成するものであるからには、事業の運営についての協力性、使用者もしくは他の労働者との協調性、部下に対する指導性なども、従業員としての適格性の内容をなすといえることができる。

3 採用と使用者の裁量

このように、ある特定の使用者のいとなむ事業に寄与する従業員としての適格性は、労務の給付に直接関係ある適格性を核心としながらこれと関連を持つ

労働者の人物・性格なども考慮して判断されることとなる。そして、その際、労務の給付に直接関係する事項とこれに関連する人物・性格にかかわる事項とのいずれにどの程度の比重を置くかは、雇用の形態(本採用か臨時雇かなど)、担当させるべき職務の内容(現場作業か技術的もしくは事務的業務か、機械的もしくは補助的業務か管理的業務かなど)などによって異なるのである。そして上記の適格性の内容については、ある程度客観的な基準があることは否定しないが、ある労働者が従業員としての適格性を持つと認めるかは、使用者の判断に委ねざるをえない。そうしてみれば、使用者は、ある労働者が従業員としての適格性を具えているか否かを判断するについて、自由な裁量権を持っているといえることができる。

のみならず、経営は、一定の目的を実現するための組織体であるから、その目的の実現に必要な限りにおいては、一定の思想・信条を持つ者を従業員として採用することもありうるし、また縁故採用という形で、経営主体と信条を同じくする者を採用することもありうる。それは、合理的な理由による差別的取扱というよりも、許された私的自治の範囲内のことがらと解するのが妥当であろう。なぜならば、このような態様で採用する限りにおいては、労働者一般に対し、思想・信条の自由に威圧を加えとか、雇用の機会を不当に奪うという結果を伴わないと考えられるからである。

ただ、採否の決定が労働者の思想・信条や組合組織・組合活動等を基準として行われ、そのことに起因して、労働者の思想・信条の自由や団結・団体行動等を阻害し、もしくはそのおそれがある場合(通常の企業で、従業員を公募するようなケースでは、そのおそれがあるといえよう)には、この点で、使用者の態度が非難されることになる。また合理的な理由がないのに、性別、社会的身分等によって、採否を決定することも、雇用の機会を不当に制限するものとして、同様の結果になる。

5 採用についての使用者の意思

すでに述べたように使用者の意思とは全く無関係に労働契約の成立を認めることはできないのであるが、つぎのごとき場合には、労働契約の成立を認め、

または行政措置として、採用を命ずることもできるであろう。

- (1) 使用者が、ある労働者と労働契約の予約をし、または一定の条件がみたされたときは、労働者を雇用するという慣行があり、それが、事実たる慣習となっていると認められる（たとえば、ある企業に付設されている学校の卒業生が採用を希望した場合には、とくに不適格でない限り、全員を雇用するというケース）場合。この場合は、その予約において、または使用者の意思解釈上、使用者は労働契約締結の意思を表示したものであるといえることができるからである。
- (2) 使用者が、一定の範囲の労働者について、労働組合と再雇用の協定を締結し、または再雇用が反覆して行われ、それが事実たる慣習となっていると認められる（たとえば、前述の「万座硫黄」事件のごときケース、期間の定めのない労働契約が長期にわたり、反覆して締結されているケース）場合。この場合にも、再雇用協定により、または労働契約の解釈上、(1)と同様に解することができる¹³⁾。場合によっては、労働契約の期間の更新（このときは、契約は同一性を失わないで継続する）と認めうることもあろう¹⁴⁾。
- (3) その他、上記(1)(2)に準ずる程度に、採用の蓋然性が大きく、したがって、採用に対する期待が強度であって、これが法的保護に値する場合。たとえば、営業譲渡に伴う再雇用や定年退職者の再雇用について、選考は行うが、特別の事情がない限り、大多数が採用されているようなケースがこれにあたる。この場合には、使用者に労働契約を締結すべき法的義務を負わせえないとしても、なんらかの方法で労働契約の締結を強制しても、労働者の利益を確保す

13) 工場が全焼したので従業員全員を解雇し、工場再開の際は、復職希望者を優先的に採用する旨を協定したが、A組員4名だけを採用しなかったケースにつき、再雇用されるであろうとの期待は法的保護に値するとして、不採用を不利益取扱とした例（埼玉地労法昭和37年7月26日、命令集26・27集122頁、「岸野木工」事件）、経営者交替に際し、従業員は全員退職し、再採用希望者は選考のうえ採用する旨の協定を締結したが、再採用希望者中A組員12名のみを採用しなかったケースにつき、その不採用を不利益取扱とした例（東京労法昭和40年10月26日、命令集32・33集395頁「親和交通」事件）などがある。

14) 期間の定めのある臨時工の労働契約の更新拒絶（雇止め）を無効とした判例は多い（最判昭和49年7月22日、民集28巻5号・27頁、「東芝柳町工場」事件など）。

る必要との均衡上使用者の意思を不当に制約をするとはいえないであろう¹⁵⁾。

第7 差別待遇たる不採用に対する救済

1 序 説

労働者は、採用についても、性別、人種、思想、信条、社会的身分または組合組織、組合活動などを理由として、差別的取扱いを受けないという消極的利益を有し、それが法的保護に値するものであることは、さきに述べたとおりである。したがって、使用者がこの利益を侵害した場合は、労働者は、これに対する救済を求めることができる。

この点に関し、まず、注意しなければならないのは、労働者の利益の侵害が、消極的利益の侵害にとどまるのにすぎない場合と、それが同時に積極的利益の侵害となる場合があるということである。このことは、与えらるべき救済の内容に違いを生じさせる。すなわち、採用されたと同様の救済を受けうるのは、後者に限られるのである。

つぎに、救済の方法としては、司法的救済と行政的救済とがある。前者は、法律関係（権利、義務の関係）の存否を確定し、それに相応した、過去→現在の救済（確認的救済）を与えるのに対し、後者は、労使関係の法的意味を基礎としながら、合目的性（目的合理性）をも考慮にいれ、現存←未来的救済（形成的救済）を与える。したがって、それらの救済内容には相違がみられる。

2 司法的救済

さきに述べたように、労働者は、使用者の承諾がない限り、採用に関する積

15) 定年退職者について、勤務成績等を勘案し、2年間定年退職を猶予することがある旨の就業規則の定めがあり、定年退職者を再雇用した例があるのに、組合員Yだけを再雇用しなかったのは、不利益取扱であるとした例（京都労決昭和43年9月21日、命令集39集231頁「相馬外科病院」事件）、病院に期間2年の看護研修のため勤務していたYを、病院に採用しなかったのは、不利益取扱であるとした例（(3)掲記の「聖路加国際病院」事件）などがある。営業譲渡等に際し、従業員の大部分を再雇用しながら、組合員だけを採用しないことは、不当労働行為になるとした判例も少なくない。営業譲渡の場合でも、特約で排除しない限り、雇用関係は包括的に承継されるとする判例もある（大阪高判昭和38年3月26日、判時341号37頁「播磨鉄鋼」事件等）。

極的利益を享受することができない。したがって、労働者が、性別、人種、思想、信条、社会的身分または組合組織・組合活動を理由として採用を拒否されたであろうと認められる場合であっても、使用者にその労働者と労働契約を締結すべき法的義務がない限り、労働者は、使用者とのあいだに労働契約が成立したことを主張し、もしくは使用者の承諾に代る裁判を求めて、司法的救済を得ることはできない。

- (1) 裁判所が使用者の承諾（意思表示）に代る裁判をなしうるのは、使用者が労働契約の双方の予約をしたと認められる場合（再雇用協定のうちには、このように解釈されるものもある）に限られる。
- (2) 裁判所が労働契約の成立を認定しうるのは、使用者がある労働者を採用する旨明示もしくは黙示の意思表示をしたと認められる場合（一定の条件をみたした労働者を雇用もしくは再雇用する事実たる慣習があり、使用者がとくにこれに反対の意思表示をしなかったと認めらる場合を含む）に限られる。
- (3) それ以外のケースで、労働者にある使用者のもとにおける従業員としての適格性があり、ほんらいならば採用されたであろうと認められるにもかかわらず、使用者が前述のごとき理由で採用しなかったと判断される場合には、その労働者は、その使用者に対し、不法行為を理由として、損害賠償の請求をなしうるにとどまる。

この場合、労働者がこうむった損害額の算定が問題となる。労働者は、他に就職することができるのであるから、採用を拒否されてから、通常であれば他に就職することができるであろうと認められる期間収入を得られないことが、不当に採用を拒否されたことにより通常生ずべき損害であるといえるのではなかろうか。そこで、通常であれば他に就職することができるであろうと認められる期間は、どの位かを考えなければならない。雇用保険による離職者に対する給付が6か月を原則としていることに着目すれば、上記の期間は、6か月と考えてよいのではなかろうか。

3 労働委員会による救済

行政上の救済としては、実定法上使用者の不当労働行為に対する労働委員会による救済が考えられる。この場合、労働者が労働組合を組織し（以下組合員

たることを含む意味で用いる)、または正当な組合をしたことを理由に、その労働者を採用しないことが労組法7条3号(組合に対する支配・介入)に該当するにとどまるか、または同条1号(不利益取扱=差別待遇)にも該当するかということを検討しなければならない。

- (1) 使用者が、労働者が労働組合を組織し、または組合活動をする限り、その労働者を採用しないという態度をとるならば、その使用者に雇用されようとする者は、その所属する労働組合から脱退するか、または採用前から組合活動をしないうかしくは採用後組合活動をしないうことを約束しなければならないであろう。このことは、黄犬契約と同様にその労働者の組合活動を制約するとともに、その所属する労働組合の団結および団体行動を阻害することとなる。そうしてみれば、使用者が上記のごとき態度をとることは、労組法7条3号所定の不当労働行為になるといえる。それは、組合組織、組合活動を理由とする、労働者の採用に関する消極的利益の侵害である。それは(2)で述べるような労働者の採用に関する積極的利益の侵害となる可能性を持っているとしても、現実には後者の侵害とならない限り、これに対して与えうる救済は、使用者に対し、上記のごとき態度をとることを停止し、または是正すべき旨を命ずることに限られる。
- (2) 労組法7条1号は、上記のごとき理由による労働者の採用に関する消極的利益の侵害が、同時にその積極的利益の侵害となる場合に、後者の侵害を排除し、労働者の利益を回復するという行政的救済を与えることを目的とする。ところで、労働者の採用に関する積極的利益が侵害されたといえるためには、「もしその労働者が労働組合を組織し、または組合活動をしていなかったならば、採用されたであろう」との因果関係が認められなければならない。このような因果関係が認められるケースであっても、使用者に対し、その労働者を採用すべき旨の救済命令を発しうるのは、第5、5で述べたように、使用者がその労働者の採用を法的に義務づけられているか、またはこれに準ずる程度に、採用の蓋然性があり、使用者に労働契約の締結を強制しても、労働者の利益を確保する必要との均衡上、不当に使用者の意思を制約するとはいえない場合に限られると考える。

労働委員会が行政機関であり、労働者の団結および団体行動を擁護するための救済命令を発するについて、広汎な裁量権を持っているとしても、ある労働者の採用に関する消極的利益の侵害が同時にその積極的利益の侵害とならない限り、また使用者に採用を強制する合理的な理由がない限り、使用者にその労働者の採用を命ずるのは、委員会の裁量権の範囲を逸脱したものといわなければならないまい。

4 その他の行政的救済

性別、人種、信条、社会的身分等を理由とする採用拒否については、わが国では、欧米諸国におけると異り、直接労働者に行政救済を与えることを目的とする特別の立法はなされていない。したがって、上記の理由による採用拒否に対する行政救済は労基法の運用によるのほかはない。

労基法3条が同法22条とあいまって、採用についても上記のごとき理由による差別的取扱いを禁止する趣旨であると解釈しうることは、さきに述べたとおりである。そうしてみれば、その採用拒否については、行政監督機関である労働基準監督署長等が行政指導としては是正勧告を行ったり、改善命令を発することができると解する。その内容は、労働委員会の発する救済命令について述べたと同様に考えてよい。そして、窮極的には、同法119条1号所定の罰則の適用もありうる¹⁶⁾。

16) 外国の立法例としては、行政委員会の申立、もしくは行政委員会の援助・関与による労働者の申立により、裁判所もしくは労働審判所が、差別的取扱の禁止、復職などを命ずる救済を与え、または行政委員会が差別的取扱の禁止等を命じうることとしたものがある。その詳細については、2)掲記の各論文を参照されたい。