

# 採用の自由

熊本大学教授 石橋 洋

## 一 採用の自由とその法的根拠

労働者が使用者の指揮命令に従って労務の提供をし、使用者がその対価を支払う雇用労働関係は、民法では「雇傭契約」、労働基準法では「労働契約」と呼ばれる。今日、雇傭契約の多くは、労働基準法九条の適用される労働者が使用者と締結する労働契約として考えることができる。

こうした労働契約の締結をめぐる労働者と使用者との接触・交渉関係は、使用者にとっては労働者に就職を勧誘するための募集をすること、そして労働者にとっては使用者の募集広告などに接し、あるいは就職しようとする企業の情報収集するところから開始されることとなる。労働者を雇いたい使用者と就職したい労働者が労働力の取引を行なう場合は、外部労働市場と呼ばれ、それを機能させるための法的枠組みは憲

法に基礎をおいている。すなわち、労働者が企業の募集広告などを見て、そのうえで企業選択などの就職活動を行なうことは憲法二二条の職業選択の自由として保障され、使用者が労働者の募集・採用を行なうことは、憲法二二条の営業活動の自由と二九条の財産権行使の自由が保障する経済活動の自由の一環をなしている。

憲法上の経済活動の自由は、使用者と労働者との間の労働力をめぐる取引関係Ⅱ私法関係において、当事者間の利害調整をその自由な交渉に委ね、その交渉結果に関する法的拘束力の根拠を自由な意思にもとづかせる私的自治の原則として具体化されることとなる。使用者の募集・採用の自由は、こうした経済活動の一環として行われる契約締結の自由の行使ということができる。この点、三菱樹脂事件・最高裁大法廷判決（昭四八・一二・一二、民集二七卷一、一五三六頁）は、次のように述べている。

「企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、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、信条を有する者をもつ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のである。」

## 二 採用の自由の内容と限界

前述した三菱樹脂事件・最高裁判決を敷衍すると、使用者は、採用の自由Ⅱ契約締結の自由の一環として、労働者を雇い入れるための勧誘をどのような方法でするか（①募集方法の自由）、いかなる労働者を雇い入れるか、雇い入れないか（②雇うかどうかの自由）を内部基準で判断・決定する自由（③人選の自由）、人選の決め手となる情報入手すべく労働者を調査する自由（④調査の自由）、そして最終的に何人を雇い入れるかの自由（⑤採用人数決定の自由）を有していることとなる。

使用者は、以上のような内容の幅広い採用の自由を有しているのであるが、決して無制約の自由というわけではなく、三菱樹脂事件・最高裁判決においても慎重に「法律その他による特

別の制限がない限り」と留保されている点は見落とされてはならない。とはいえ、使用者の採用の自由が機能する労働契約の締結過程は、消費者契約と同様に（消費者契約法一条参照、平成一二年法律第六一号）、労働者と使用者との間に構造的な交渉力の格差と情報の格差が存在しているにもかかわらず、三菱樹脂事件が起きた一九六〇年代前半には、採用の自由は、労働基準法が適用される労働条件に該当しないと考えられ（今日でも、通説がそのように考えていることは周知のとおりである）、労働者の募集方法をめぐって職業安定法に若干の規制があったのを除いて、労働法的規制の埒外におかれていた。その意味では、採用の自由は、いわば使用者の聖域として位置づけられていたといえよう。そうした時代から四〇年余りを経た現行法のもとで、採用の自由に対する「法律その他による特別の制限」がどのようなものか、採用の自由の内容に即して概観してみることとする。

### 1 募集方法の自由

使用者は、公募による縁故募集によることを問わず、労働者を採用するにあたってどのような勧誘方法で行なうかの自由を有している。公募による場合も、新聞、求人情報誌、民間職業紹介所、公共職業安定所、そして学校等、いずれの方法によろうとも自由にこれをなすうる。

ただし、職業安定法では、委託募集の許可制（同法三六条）や広告、文書等の方法による労働者の募集について業務等の募集内容の確な表示を求める（同法四二条）などの若干の法規制を行なっている。

### 2 雇うかどうかの自由

採用の自由の核心をなす自由であり、労働契約の締結を強制されない自由である。したがって、労働者の採用について、事業主が男女雇用機会均等法五条に違反して女性であることのみを理由として女性労働者を採用しなかったとしても、不法行為にもとづく損害賠償を請求されることはあっても、労働契約の締結を強制されることはない。

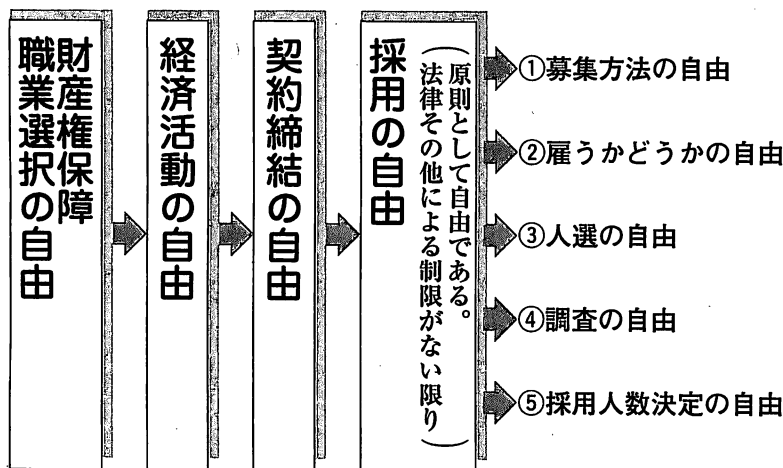
### 3 人選の自由

いかなる労働者を採用するかを公表する必要のない内部基準で選考し、決定する自由である。雇うかどうかの自由と並んで採用の自由の核心をなしているが、それだけに労働者の思想・信条、性別、そしてその他の不合理な理由によって採用者の人選をすることができるとかが問題となる。

この点、三菱樹脂事件・最高裁判決では、憲法上の法の下の平等や思想・信条の自由が私人間に直接適用されないこと、信条を理由とする労働条件についての差別待遇の禁止を定める労働

法三条が採用・雇入れを規制していないことを理由として、使用者が特定の思想・信条を有する労働者を雇い入れることを拒んでも当然に違法とはいえず、不法行為とも公序良俗違反とも解する根拠はないとしている。たしかに、「雇傭関係が……一種の継続的な人間関係として相互信頼の要請するところが少なくなく、わが国

## 「採用の自由」の法的性質



におけるようにいわゆる終身雇傭制が行なわれている社会では一層そうである」ともいえよう。

しかし、労働契約関係があくまでも労働力の取引関係であることからするならば、労働力の評価に関わらない理由にもとづいて採用を拒否することができるとするには疑問の残るところである。この点、使用者の調査の自由に関連して、一九九九年の職業安定法改正にもなつて出された個人情報保護等に關する厚生労働大臣の指針では、労働者の募集を行なう者等は、「特別な職業上の必要性が存在する」場合と「その他業務の目的の達成に必要な不可欠であつて、収集目的を示して本人から収集する場合」を除いて、求職者から思想、信条や労働組合の加入状況等に関する個人情報を収集してはならない（平一・一・一七労告一四一号、平一・二・二五労告二二〇号、職業安定法五条の四参照）との見解が示されている。こうした事情を考慮すると、仮に最高裁判決が述べられるように思想・信条を理由とする採用拒否が肯定されるとしても、それは三菱樹脂事件の事案に即してみるべきであり、終身雇用で、しかも管理職候補として採用される労働者に限定されることとなろう（同旨として、大内伸哉『労働法実務講座』日本法令、二〇〇二年、三三四～三三五頁参照）。

以上の三菱樹脂事件・最高裁判決の考え方は、労働者が労働組合の組合員であることを理由と

して採用を拒否する場合にも適用されることになるのだろうか。ここでも、労組法七条一号が採用・雇入れにおける不当労働行為を規律したものが問題となる。この点、中労委（青山会）事件（東京地判平一三・四・一二労働判例八〇五号五一頁）では、「仮に雇入れの場合に労組法七条一号本文前段の適用がないとすれば、その限度で労働者の団結権が侵害されることになるが、労働者の団結権が使用者の労働力に関する取引の自由を制限する違法な行為として禁圧されてきた過去の歴史に鑑み、憲法上、労働者保護のためその団結権を保障するとして、こと（憲法二八条）からすれば、企業者に採用の自由があるからといって、労働者の団結権を侵害することが許されるとは考え難い」と述べているが、正鵠を射た見解である。したがって、労働組合の組合員であることを理由とする採用拒否は、労組法七条一号および三号の不当労働行為を構成するのみならず、不法行為による損害賠償請求が可能となろう。

一九九七年に改正された男女雇用機会均等法のもとで、事業主は募集・採用において女性労働者に差別的取扱いをするを禁止されたが、これに使用者が違反した場合には不法行為による損害賠償請求が可能となろう。

年齢についても、二〇〇一年の法改正により、雇用対策法七条は、労働者の募集・採用について、その年齢にかかわりなく均等な機会を与え

るよう努めなければならないものとされている。

#### 4 調査の自由

採用者の人選の自由に関連して、三菱樹脂事件・最高裁判決は、使用者が労働者の採否決定にあたり、労働者の思想・信条を調査し、そのためにこれに関連する事項の申告を労働者に求めることも自由であるとしている点は重要である。たしかに、使用者は、労働者の採用に際して、労働者の学歴、性別、年齢などの表面的な特性については履歴書などで容易に入手しうるとしても、労働者の思想・信条、人柄、そして労働者の仕事能力、仕事への適性などについての情報を十分に把握することができない立場におかれている。特に、期間の定めのない労働契約を締結する正規従業員の場合、従来の年功的雇用慣行のもとでは長期雇用を保障することとなり、法的にも容易に解雇しえないこととなるため、使用者は労働者についての情報不足を補うために慎重な調査を行なうのが通常であろう。三菱樹脂事件・最高裁判決は、まさにそのための情報を入手する調査の自由を法的に担保する機能をもつこととなる。

しかし、最高裁判決との関連でも、期間の定めのない労働契約で雇用される将来の管理職候補の場合ともかく、管理職候補でない労働者の雇用、あるいは期間の定めのある労働者の雇用にあたつての労働者の思想・信条の調査は、

前述した個人情報等に関する厚生労働大臣の指針を考慮するならば、その態様いかんによっては、公序良俗に反して違法と解される余地もある。また、労働組合の組合員であるかどうかの調査も労組法七条一号および三号に反する不当労働行為となることはいうまでもない。

以上の問題のほかにも、労働者の基本的人権やプライバシーの尊重が時代思潮となっている今日の状況下において、採用過程における使用者の調査の自由は、労働者の基本的人権やプライバシーに関わる個人情報との関連において慎重な見定めが必要となってきた。たとえば、HIVやB型肝炎などのような疾病に社会的誤解や偏見のある状況のもとで、労働者が他人に知られたくないと思っている私的事柄に属する情報を本人の意思に反して取得することは、原則として、個人のプライバシーを侵害する違法な行為といふべきである。たしかに、「労働契約は労働者に一定の労務提供を求めものであるから、企業が、採用にあたり、労務提供を行って得る一定の身体的条件、能力を有するかを確かめる目的で、応募者に対する健康診断を行うことは、予定される労務提供の内容に応じて、その必要性を肯定できる」(B金融公庫へB型肝炎ウイルス感染検査)事件・東京地判平一五・六・二〇労働判例八五四号五頁、東京都警察学校・警察病院HIV検査事件・東京地判平一五・五・二八労働判例八五二号一頁)ことと

なる。しかし、他人に知られたくない私的事柄に関する事項についての採用選考における調査は、これを実施することに客観的かつ合理的の必要性が認められ、その目的や必要性について事前に告知し、かつ検査を受ける者本人の承諾がある場合に限り、正当な行為として違法性が阻却される(前掲B金融公庫へB型肝炎ウイルス感染検査)事件、東京都警察学校・警察病院HIV検査事件)といふべきである。したがって、採用に際しても、検査を実施するにつき労働契約を締結する目的を実現するための客観的合理的の必要性がない場合はもとより、そうした事情があるとしても、検査の目的や必要性を本人に告知し、かつ本人の同意がない場合には、プライバシーを侵害する違法な行為として不法行為にもとづく損害賠償が可能となる。

#### 5 採用人数決定の自由

使用者は労働者を雇い入れるとして、何人の労働者と労働契約を締結するかという採用人数を決定する自由を有している。この自由に関する制限は、障害者雇用促進法にもとづき事業主は従業員の一部割合の身体障害者および知的障害者の雇入れに努めることを義務づけられることである(同法三七条)。しかし、事業主は従業員の一定割合の身体障害者および知的障害者との労働契約の締結を義務づけられるわけではない。事業主が障害者雇用率を達成しない場合に

は、障害者雇用納付金を徴収される一方、これを達成している事業主には障害者雇用調整金が支給されることとなる。

以上みてきたように、三菱樹脂事件・最高裁判決は、使用者に幅広い採用の自由を肯定するものであり、現在でも重要な先例であることは疑いないところである。しかし、三菱樹脂事件・最高裁判決が、使用者の幅広い採用の自由を認めることとなった終身雇用制をめぐる状況や法的環境は大きく変化してきている。たしかに、企業は今日でも終身雇用という長期雇用慣行を維持しようとしているが、平成不況以降のリストラによる正規従業員の雇用調整の進行や非正規従業員の増加にもなう労働者の就業意識の変化、あるいは新卒従業員の「七・五・三退職」などにみられる転職意識の高まりのなかで、終身雇用は労働者にとつての絶対的な価値ではなく、選択されるべき価値の一つでしかなくなってきたことであろう(同旨として、Takashi Aoki, Labor and Employment Law in Japan (JIL, 2002) 六八頁)。また、近年、基本的人権やプライバシー尊重の意識が高まり、時代思潮となっている点は重要である。

使用者の採用の自由は、いわば聖域の時代から、近年の時代思潮をなす法的価値との慎重な調整を必要とする時代に移行しているように思われる。