

# はしがき

あるテキストを学ぼうとするとき、学習者にとっても最も重要な課題のひとつは、そのテキストを読みながら充実感を覚えられるかどうか、ということであろう。言い換えれば、時間を忘れ、我を忘れ、思わず熱中してしまうようなテキストがあれば、理解力は飛躍的に高まる。

本書は、そのようなテキストのひとつのモデルとなることを目的として作られた。具体的には、自主ゼミ形式で4人の若者が労働法を学んでいくという、これまで労働法の教科書では考えられなかった全く新しい構想で書かれた冒険的試みのテキストである。

もともと、教師が講壇から一方的に語るという講義形式だけで十分な理解が得られないことは共通認識となっているであろう。しかし、実は多くの国において、大学における授業では、このような講義形式でも受講者が遠慮なく途中で手を挙げて質問し、教師がそれに応えてさらに他の受講者から質問が出る、というように講義自体がゼミとさして変わらない様相を呈することが一般的な光景となっている。むしろ日本の学生がおとなしすぎる印象はまぬかれない。

労働法は、社会に生きるすべての人間が直接にその適用を受ける最もビビッドな法のひとつであり、具体的な論点を、まさに当事者である若者たちが議論しあうことで、実践的な理解力が身につくことが大いに期待される。本書で活躍する登場人物たちは、それぞれ非常に豊かな個性を有しており、各ページで生き生きと活躍している。読者は、これら登場人物たちの一人に感情移入しながら、あるいはもう一人の参加者として、労働法の醍醐味を十全に味わい尽くしていただきたい。

本書では、まず重要なテーマごとに参加者の一人が報告（レポー

ト)をし、そのあと全員でディスカッションを行い(レッスン)、最後に報告者作成の「まとめ」を掲げるという構成をとっている。読者には、報告とディスカッションを通して、労働法の豊潤で魅惑的な世界を堪能し、「まとめ」で頭の整理をしていただきたい。

最後に、本書の刊行については有斐閣書籍編集部の笹倉武宏氏に最初から最後まで多大のご尽力をいただいた。ここに謝意を表したい。

2013年 春

野川 忍

# 著者紹介

野川 忍 (のがわしのぶ)	明治大学教授
笠木映里 (かさぎえり)	九州大学准教授
富永晃一 (とみながこういち)	上智大学准教授
原 昌登 (はらまさと)	成蹊大学教授
渡邊絹子 (わたなべきぬこ)	東海大学准教授

## 本書で用いている主な略語

〈法令〉	(有斐閣版六法の略語によっている。施行令、施行規則については、同略語に「令」「則」を付した。括弧内は本書で用いている通称)
労契	労働契約法(労契法)
労基	労働基準法(労基法)
雇均	雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律(男女雇用機会均等法、均等法)
短時労育介	短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律(パート労働法) 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律(育児・介護休業法)
最賃	最低賃金法
賃確	賃金の支払の確保等に関する法律(賃確法)
労安衛	労働安全衛生法
労災	労働者災害補償保険法(労災保険法)
労派遣	労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律(労働者派遣法、派遣法)

労働承継 労審	会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律（労働契約承継法） 労働審判法
個別労紛	個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律（個別労働関係紛争解決促進法）
労組	労働組合法（労組法）
労調	労働関係調整法（労調法）
雇保	雇用保険法
雇対	雇用対策法
職安	職業安定法
高年	高齢者等の雇用の安定等に関する法律（高齢者雇用安定法，高年法）
民	民法
会社	会社法

### 〈判例等〉

最大判	最高裁判所大法廷	支	支部
最(一)	最高裁判所(第一小法廷)	判	判決
高	高等裁判所	決	決定
地	地方裁判所		

### 〈判例集等〉

民集	最高裁判所民事判例集	労民集	労働関係民事裁判例集
刑集	最高裁判所刑事判例集	命令集	不当労働行為事件命令集
裁判集民	最高裁判所裁判集民事	別冊中労時	別冊中央労働時報
判時	判例時報	労判	労働判例
判夕	判例タイムズ	労経速	労働経済判例速報

### 〈文献〉

菅野・労働法	菅野和夫『労働法〔第10版〕』（弘文堂，2012年）
荒木・労働法	荒木尚志『労働法』（有斐閣，2009年）
水町・労働法	水町勇一郎『労働法〔第4版〕』（有斐閣，2012年）

### 〈解釈例規〉

基収	労働基準局長が疑義に答えて発する通達
基発	労働基準局長通達
発基	労働基準局関係の事務次官通達

# 目次——レッスン進行表

序 労働法レッスン開講！——講師と4人の生徒の対話 1

## 前期——労働法の基本と個別的労働関係法

- 第1回 労働法の意義と憲法上の規定 8
- 第2回 労働契約の基本構造 21
- 第3回 労働者・使用者——オペラ歌手でも「労働者」？ 34
- 第4回 就業規則——合意がないのに拘束される会社のルール？ 50
- 第5回 労働基準法の基本構造 72
- 第6回 雇用平等，ワークライフ・バランス 87
- 第7回 採用・試用等——いつ「社員」になるの？ 104
- 第8回 賃金——生活の糧は守られてる？ 119
- 第9回 労働時間・休憩・休日 137
- 第10回 休暇と休職，休業——休むことの意味 154
- 第11回 労災補償——職場は危険がいっぱい!? 173
- 第12回 人事——配転・出向・転籍 188
- 第13回 懲戒と服務規律 203
- 第14回 労働契約の終了と解雇 221
- 第15回 非正規労働者——「多様な働き方」の正体 240

## 後期——労使関係法と労働法の現代的課題

- 第16回 労働組合の法的地位 264
- 第17回 団体交渉と労使協議制 279
- 第18回 労働協約の機能 295
- 第19回 団体行動の法規制 311
- 第20回 不当労働行為救済制度 328
- 第21回 企業変動の中の労働者 344
- 第22回 企業法務と労働法 358
- 第23回 国際労働法——グローバル化時代の働き方 374
- 第24回 雇用政策法の新展開 388
- 第25回 労働紛争解決システム 404

判例等索引 425      事項索引 432

## キャラクター



**如月健太** (きさらぎ けんた)

M 大学法学部教授・年齢不詳。専門は労働法。喫茶店で本を読むのと、スポーツジムに通うのが趣味で、体年齢は38歳！ドイツ、フランス留学を経験。



**栗田みちる** (くりた みちる)

M 大学法学部4年生・22歳。入学したときから労働法に興味をもち、如月先生の大ファン。コンビニエンスストアでアルバイトをしている。目下就職活動中。



**吉川 翔** (よしかわ しょう)

M 大学ロースクール(既修)2年生・31歳。経済学部出身。就職氷河期世代で、小さな会計事務所勤務を経て、ロースクールに入学。なにかと苦勞人である。



**白鳥涼香** (しらとり すずか)

M 大学ロースクール(未修)3年生・25歳。文学部出身(フランス文学専攻)。フランスのデモを見て一転、労働法に興味をもち。



**山本一生** (やまもと いっせい)

M 大学ビジネススクール2年生・28歳。自動車メーカーの人事部員。勤務先の労働組合員ではあるが、人事の論理もそれなりに知る。アメリカ駐在経験あり。

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内での利用でも著作権法違反です。

## 第7回

# 採用・試用等

——いつ「社員」になるの？



## 吉川翔のレポート

### I 採用手続

#### 1 採用手続は、どう進むのか？

前回（→第6回）、栗田さんが就職が決まったということで、おめでとうございます。そこで、今回は、採用・試用等の労働契約成立をめぐる問題について報告します。

僕も大学を卒業したときに就職活動で苦労したクチで、途中で転職したりしましたが、多くは大学からの新卒採用だと思しますので、それを中心に説明し、後で中途採用の場合も触れます。

新卒採用の手続は、大まかには次のような流れになっています。

- ①**求人・募集**：学生を採りたい企業が、募集する段階です。
- ②**採用選考**：いわゆる「就職活動（就活）」です。企業は試験・面接等で選抜します。
- ③**採用内々定・採用内定（労働契約締結）**
  - ・採用内々定は、企業が一応、採用予定の学生を絞り込んだ段階です。
  - ・採用内定は企業が採る学生を決めた段階です（多くは10月1日）。
- ④**入社**：新卒採用では、大学卒業後の4月1日の入社が普通です。
- ⑤**試用期間**：入社後も1～6か月程度は、試しに働いてもらう期間になるのが普通です。
- ⑥**本採用**：試用が終わると、無事、本採用です。

#### 2 採用手続では、どんな法規制があるか？

憲法上、使用者には「採用の自由」の自由があるとされています。

この採用の自由は、職業選択の自由・財産権の保障に基づく経済活動の自由の一部として、憲法上の保障を受けます。ただし、職業選択の自由・財産権の保障のそれぞれの根拠条文（憲22条1項・29条2項）に留保があるように、公共の福祉による制限を受けます。

採用の自由の内容としては、大きく分けて、募集方法の自由、選択・調査の自由、契約締結の自由とに分けられます。採用の流れの各段階ごとに、これらの自由がどのような規制を受けているかをみていきたいと思います。

## II 求人・募集（契約締結の誘因）

まず、求人・募集です。多くの場合、給料や就業内容等の条件を示して、どういう資格の人を何人募集する、というように求人します。①直接、企業（使用者）が募集する場合、②職業紹介（職安4条1項）を利用したり、募集を業者等に委託する場合があります。①②を通じ、労働条件等の明示（職安5条の3）や個人情報保護（5条の4）等の職安法による若干の規制があり、また②について、公的機関（公共職業安定所等）以外（民間事業者等）が行う職業紹介は許可制（職安30条・33条）、有償の委託募集は許可制、無償なら届出制（36条）が採られ、手数料や労働者からの報酬受領等に関する規制等もあります。それ以外では、募集方法等は原則として自由で、たとえば募集を公表して誰でも応募できるようにするか（公募）、知り合いだけに声をかけるか（私募）等は、自由です（「募集方法の自由」）。

この求人・募集に応募してもすぐ契約が成立するわけではなく、普通は採用選考（求職者の選考）があります。だから通常は、求人・募集は法的にみると契約の申込みでなく、「契約申込みしませんか？」と誘っているもの（契約申込みの誘因）です。

なお、この労働契約申込みの誘因段階での求人内容と、実際の労

働契約の条件が異なっていた場合や、労働契約申込みの誘因の段階で誤導的な説明をしていた場合、雇用契約締結に至る過程での信義則違反等の構成により、使用者が不法行為責任を追及されることもあります（いわゆる「契約締結上の過失」）。

### Ⅲ 採用選考・採用決定

学生などの求職者が求人に応募すると、普通は、企業はその人が企業の欲しい人かどうか、SPI等のペーパーテストや面接等の入社試験で採用選考します。この求職者の選択、調査も、原則として自由です（選択・調査の自由）。

ただし採用選考が自由といっても、プライバシー保護や差別禁止の見地からの制限があります。

まず、本人に承諾なく、プライバシーで保護されるべき個人情報収集することは許されません。たとえば、本人の同意もなくHIV検査やB型肝炎検査を行うことは不法行為となりえます（**金融公庫事件**・東京地判平成15・6・20 労判854号5頁等）（→第22回）。

次に、プライバシー保護とも重なりますが、差別禁止と関連して、一定の事由への該当性を調査し、該当者を不採用としてよいか否かが問題となります。

性別（雇均5条）、思想・信条等（憲14条1項、労基3条等）、年齢（雇対10条）、労働組合加入（労組7条1号）等がとくに問題です。性別については、明示的に採用差別が法律で禁止されています。思想・信条について、判例は、調査し、これを理由に労働契約を締結しないことも、違憲ではないとしています（**三菱樹脂事件**・最大判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁）。年齢については、雇用対策法（→第24回）により採用差別が禁止されましたが、特段の罰則等はありません。労働組合員の不採用も、最高裁によれば、原則として不当労働行為ではありません（**JR北海道・日本貨物鉄道事件**・最一小判

平成15・12・22民集57巻11号2335頁)が、学説では反対論が有力です(→第20回)。

## IV 労働契約の締結

労働契約を締結するかしないか、という契約締結の自由は、手厚く保護を受けます。若干の法令等での制限がありますが、基本的には違反しても採用は強制されず、不法行為に基づく損害賠償責任を生じるだけです。使用者が、差別禁止ないしプライバシーの保護の観点からみて不当な採用拒否を行っても、その不当な採用拒否の法的効果として、労働者・使用者間に労働関係が成立することはなく、不法行為に基づく損害賠償責任を使用者が負うにとどまります。

### 1 採用内々定・採用内定とその取消し

労働契約の締結がどのような形でなされるか、次に説明します。

新卒採用の場合、通常、企業は、入社前に採用活動で候補者を選抜し、採用内々定、採用内定を行い、卒業時に採用します(入社)。

採用内定・採用内々定は、法律上の制度ではないので、その法的性質は個別に判断されます。

最高裁は、採用内定について、もし内定通知以外に特段の労働契約締結の意思表示が予定されていない場合には、企業の募集が労働契約の申込みの誘因、求職者の応募が契約申込み、企業の内定通知が承諾であるとしています。そして、内定段階で「始期付解約権留保付」の労働契約、すなわち入社が4月1日だとすると、4月1日から就労スタートだという「始期」が付され、事情によっては解約できるという労働契約の「解約権」が留保された労働契約が成立すると解しています(大日本印刷事件・最二小判昭和54・7・20民集33巻5号582頁)。

この考え方からすれば、名称が「採用内定」であれ「採用内々定」であれ、後であらためて労働契約締結のための行為が必要だと

いうのであれば、まだ労働契約は成立していません。逆に、その後、契約締結のための意思表示が何もないのなら、企業の内定通知で労働契約が成立することになります。

ところで、「解約権」が留保されているといましたが、どんな場合にその解約権を行使できるかが問題です。最近、新聞等で報道されるように、経営が悪化した企業が、新卒学生の入社前に、採用内定を取り消すことを「内定切り」なんて言いますが、その「内定切り」はこれに当たることが多いでしょうね。

判例は、労働契約が締結されているとみられる場合の内定の取消しについては、後に述べる試用後の本採用拒否に関する判例法理を援用して、採用内定の取消事由について、①採用内定当時知ることができず、また知ることが期待できないような事実であること、②それを理由とした採用内定の取消しが、解約権留保の趣旨、目的に照らして客観的に合理的と認められ社会通念上相当として是認することができること、を要件とし、不当な解約権行使を制限しています（前掲・大日本印刷事件）。適法でない解約権の行使は無効とされ、労働契約が存続することになります。

## 2 契約締結時の労働条件の明示

次に、労働条件の明示等の法規制について説明します。

契約締結時については、労基法上、一定の事項について文書等での労働条件の明示が使用者に義務づけられ（労基15条1項）、また労契法上、労働契約内容の理解の促進や、書面化の努力義務が規定されています（労契4条1項・2項）。さらにパートタイム労働者については、昇給、退職手当、賞与等について文書の交付による労働条件の明示が必要です（短時労6条1項）。

労基法15条1項の規定による労働条件明示については、明示された労働条件と現実の労働条件とが相違していた場合、労働者は即時解約が可能です（労基15条2項）。

### 3 求人内容の労働条件と契約締結時の労働条件の相違

なお、求人票や求人広告等の契約申込みの誘因の段階での労働条件の例示と、契約締結時の労働条件の明示とが異なっていた場合が問題となりえます。裁判例は、求人票・求人広告等の賃金等の見込額の記載は、ただちに労働契約の内容となるものではないと解しています（八州事件・東京高判昭和58・12・19労判421号33頁）。

## VI 試用

### 1 試用と本採用拒否

新卒採用の場合、多くの会社では、入社後も3～6か月程度を「試用期間」とし、それが終了したら本採用とする、としています。

この試用期間とは、労働者を採用した後、その職務能力や適性等も判断して本採用するかどうか決めるための期間です。その法的性質も、実態により色々ですが、大卒新採の者は例外なく試用期間終了後に本採用していて、雇入れについてとくに別の契約書の作成もなく、本採用にあたり辞令交付があるだけだったという事例で、試用について解約権留保付きの労働契約が成立していたと認めた判例があります（前掲・三菱樹脂事件）。

ここでも、留保された「解約権」がどのような場合に行使できるかという問題があります。最高裁は、対象者の資質、性格、能力等の管理職要員としての適格性を見極めて判断するという趣旨から付された留保解約権の行使（本採用拒否）については、通常解雇よりも広い範囲における解雇の自由が認められると判断しています。具体的には、①採用決定後における調査の結果により、または試用中の勤務状態等により、当初知ることができず、また知ることが期待できないような事実を知るに至った場合で、②そのような事実を照らしその者を引き続き当該企業に雇用しておくのが適当でないと判断することが、上記解約権留保の趣旨、目的に徴して、客観的に

相当であると認められる場合、ということになります。この考え方は、先の内定の取消しの場合と同じです。

## 2 試用的な有期労働契約

なお、適格性を見極めのため、試用という形式でなく、有期労働契約を使うという場合もあるかと思います。ただし、最高裁は、「使用者が労働者を新規に採用するに当たり、その雇用契約に期間を設けた場合において、その設けた趣旨・目的が労働者の適性を評価・判断するためのものであるときは、右期間の満了により右雇用契約が当然に終了する旨の明確な合意が当事者間に成立しているなどの特段の事情が認められる場合を除き、右期間は契約の存続期間ではなく、試用期間であると解するのが相当である」と判断しています（神戸弘陵学園事件・最三小判平成2・6・5民集44巻4号668頁）。有期労働契約だからといって、自由に更新拒否できるわけではないことに注意すべきですね。

## レッスン！

### 採用の自由の実質的な必要性



如月「今回の報告には、色々論点があるけど、最初に基礎知識の確認と補足をしておこうか。『採用の自由』についてだけど、なんでこんなものを認める実質的な必要があるの？」



吉川「一緒に働く人は選びたい、ということじゃないかと思うんですが…。いきなり『この人を雇え』と押し付けられても、うまくいかない、ということだと思います。」



如月「まあ、そのとおりだね。いったん企業が人を雇う（労働契約が成立する）と、自由にはクビは切れないし、色々な労働法上の規制も受けるようになる。その分、企業は人を雇うまでの段階で、募集方法や求職者の調査、採用・不採用の決定について、自由がないといけない、

クビが切れないんだから、せめて誰を雇うかは選べないといけない、ということだね。」

## 憲法の間接適用



**栗田**「前回（→第6回）も出てきた三菱樹脂事件ですけど、差別は憲法違反のはすなのに採用では信条を理由に差別していい、っていうのは変だと思います。それに、HIV検査やB型肝炎検査がダメだったら、当然信条もダメじゃないかと思います。」



**吉川**「栗田さんの意見の前半ですけど、学説では最近も論じられますね。ただ、三菱樹脂事件判決の出た当時は、憲法の人権規定、たとえば平等権を定める14条が、私人間の契約関係に適用されるのかどうかという問題について、直接適用を否定し、無適用説ないし民法の一般条項等を通じた間接適用説をとったと理解されていたようです。」



**如月**「ここでは省略するけど、私人間適用は憲法では大きな論点なので、また確認しておいてね。」

## 差別禁止とプライバシーの保護



**如月**「栗田君の意見の後半部分はどうか？ 山本君、白鳥君、どう思うかな？」



**山本**「たしかに変な感じはしますが、健康診断はプライバシーの話、思想・信条は人権の話で、別問題なんじゃないでしょうか。」



**白鳥**「ちょっと違うかもしれないけど、私がアルバイトしてたかぎりでは、面接も採用もすぐ決まるかわりに、『明日から来なくていいよ』って、クビを切られたりしやすいです。そのかわり健康診断もないし、思想や信条なんて聞かれたこともないです。今の、とくにアルバイトの感覚だと、思想とか聞いたりするのはダメ、というよりそんな必要もないけど、昔の、そして新卒の就職の場合は、やっぱりその会社の人と考えが合うかどうかはチェックしないとけないってことじゃないでしょうか。」



**如月**「2人とも面白い点を言ってくれたね。  
まず第一点、白鳥さんの指摘から。三菱樹脂事件も、健康診断の裁判例も、どちらも新卒就職の事例なんだけど、時代が違う、という指

摘は正しい。さっき言ったように、採用の自由の手厚い保護は、雇用保障の裏返しということだね。つまり、企業側からすれば、一定の長期雇用を保障する代わりに、雇う人くらいは選ばせてくれないと、ということだね。昔は、新卒で入った会社で定年まで働く、という長期雇用慣行が一般的だったけど、今は転職が増えていて、大学新卒の場合、就職後3年で3割は転職する（内閣府編『平成24年版 子ども・若者白書』〔公式ウェブサイトで閲覧可能〕）。だから、ずっと一緒に働くことになるから、じっくり選べないといけない、という理由づけは、前提が崩れてきてる。したがって、その分、採用の自由は少しずつ制限が加えられるようになってきている。

次の第二点目の山本君の意見とも関係するけど、プライバシーの保護なんてこと、昔はあまりうるさくなかった。白鳥君なんかだと、中学・高校の頃の学級名簿に、住所とかご両親の職業は入ってないでしょう？」



白鳥「はい。」



吉川「年寄りみたいで心外ですが、僕の頃は入ってました。」



如月「そう、昔はそんなのけっこうおوراかだったんだね。だけど最近はプライバシーの保護が言われるようになってきた。その射程は、差別禁止と重なるところもある。差別禁止事由のうち、とくに性別とかは、目で見てすぐわかるので、ほとんどの場合、プライバシーの問題、つまり調査段階での問題にはならない。だけど、それ以外の『ぱっと見』でわからない差別禁止事由、たとえば、吉川君が発表で挙げてくれた思想・信条や民族的出自、労働組合員か否か等は、自分で告げた場合は別として、調査してはじめてわかることだから、同意なくこれらの情報を調査することは、プライバシーの問題にもなりうるね。だから、差別禁止の観点からの採用拒否が可能だとしても、その手前の段階で、プライバシーの観点からこれらを調べてはならないと解する見解が、現在は有力だね。」



吉川「三菱樹脂事件判決は、思想・信条の調査もできると言っていますが、それは時代遅れの考え方だということですか？」



如月「はっきり言うと、そう。三菱樹脂事件の当時は、プライバシーなんてあまり保護されていなかったからね。でも、今は違う。」

仮に現在、企業が思想・信条や労働組合への所属の有無等について調査した場合、プライバシーを侵害する不法行為として責任を追及される危険性があるかもしれないね。たとえば、厚生労働省の指針（平成11年労働省告示141号）の第4の1(1)（公式ウェブサイトで閲覧可能）では、これらを収集すべきでないとしている。まともな企業経営者だったら、差別やプライバシー侵害という非難を浴びかねないので、こうしたことを調査することには慎重なんじゃないかな。」

## 採用選考——犯罪歴や賞罰の申告義務？

 栗田「プライバシーの関係かわかりませんが、就活してて思ったんですけど、会社に訊かれたことは、何でも答えないといけないんですか？ それと、『賞罰』って、どこまで履歴書に書かないといけないんでしょうか？」

 如月「採用選考時の申告義務について、裁判例の傾向からみると、①労働力の評価に直接関わる事項、②それ以外でも、とくに企業秩序に関係したり、当事者間の信頼関係に影響するような事項については、申告を求められれば告知義務を負う、というところだろう。なお、履歴書の『賞罰』欄の『罰』は、『確定した有罪判決』と限定解釈する裁判例が多いね（炭研精工事件・東京高判平成3・2・20労判592号77頁ほか。）」

 白鳥「もし、賞罰とかでうっかり書き落としてたりしたら、どうなるんですか？ 損害賠償とか求められるんですか？」

 山本「入社前や試用期間中にわかったら内定取消しや本採用拒否があると思います。入社後にわかったら、懲戒とかがあるんじゃないでしょうか。」

 如月「そうだね、告知義務違反の場合の懲戒についてはまた後の回で勉強しようか（→第13回）。もしそれを知っていれば労働契約を締結することはなかった、ということだと、労働契約締結の申込みに対する承諾の意思表示について、錯誤や詐欺を理由として無効ないし取消しが認められるかもしれないね。」

## 雇用契約締結段階の問題



栗田「労働条件の明示のところではわからないことがあります。サークルの先輩が就職したんですけど、募集のときは楽で給料もいいようなことを言っていたのに、いざ契約してみると違ってて、すごく労働条件がきつくて給料も安かったそうです。まあ、その後その先輩は転職したんですが、こんなだまし討ちしても、その募集のときの労働条件になるわけじゃなくて、辞めることができるだけなんて、ひどいんじゃないかと思います。」



吉川「でも、契約締結のときには、あらためて労働条件が明示されたんじゃないの？」



山本「あらためて労働条件が明示されたかどうかはわからないけど、たとえされなかったとしても、募集時の条件の提示は、契約申込みではないから、契約内容になるとは限らないと思います。」



栗田「吉川さんや山本さんの意見だと、求人段階は申込みの誘因でしかないから、どんなウソついてもいいってことですか!？」



如月「栗田君の疑問だけど、求人広告の段階での労働条件は、申込みの誘因だから、契約締結段階で別の労働条件が明示されていれば、それが労働契約の内容になるね。でも、もし契約締結段階で別の労働条件が示されず、入社したとしたら、どうだろう？」



栗田「労働契約が成立しなかったことになるんですか？」



如月「いや、労働契約自体は成立してるだろうね。そして、その労働契約の労働条件は何か、ということを経理的に推認することになる。そうすると、労働契約締結時に、その労働条件について、募集段階の提示とは異なる提示がなされなかった場合などは、労働契約の内容となると判断されることもありうる。それを認めた事例もあるね（丸一商店事件・大阪地判平成10・10・30 労判750号29頁）。」

## 内定後の研修



白鳥「学部生のころ、同級生で、内定をもらった後、まだ入社前の段階で、伊豆に研修に行った人がいました。その頃はいいな一

と思ってたんですが、今になると入社前なのに参加する義務があるのか気になります。参加できなかったから、内定取消しとかになるんですか？」



**如月**「まあ通常は参加したほうがいいようだね。でも参加義務があるかどうかということは、内定段階で締結された労働契約の解釈の問題ということになる。**宣伝会議事件**（東京地判平成17・1・28 労判890号5頁）では、研修参加への明示ないし黙示的な同意があると認定したけど、他方で、研修と研究の両立が困難となった場合には研究を優先させ、本件研修への参加をやめることができるという留保があったと認定して、結論として、研修不参加を理由とする内定取消しを違法と判断している。」

## 採用内定の辞退、内々定の取消し



**白鳥**「吉川さんの報告では、内定が労働契約締結だとすると、それ以後の会社による取消しは解雇に準じて判断される、という話がありました。が、学生側の内定辞退はどうなんですか？」



**吉川**「内定以後なら、労働契約の解約になるので、これは労働者による辞職と一緒にです。だから民法所定の2週間の予告期間を置けば可能だと思います（民627条等、→第14回）。」



**山本**「僕、人事で採用を担当したことがあるんですが、内定者が『入社します』と誓約書出しとして、他で就職活動しておいて、3月15日に『やっぱり入社はやめときます』なんてされたら、コーヒーかけてやりたくなります。」



**如月**「個別の事案によるけれども、学生側からの辞退が信義則違反となる場合もありうるだろうね。ただし、効果として、入社は強制できないから、損害賠償だけになるけど。」



**栗田**「内々定はとくに法的保護がない、ってありましたけど、じゃあ内定直前に取り消してもOKってなりますか？」



**如月**「これも個別の事案によるけど、経営状況が前々から悪いとわかってたのに内々定者には伝えず、大丈夫だと思わせといて、内定直前に内々定を取り消したという事案では、不法行為に基づく損害賠償が認められてるね（**コーセーアールイー事件**・福岡高判平成23・3・10 労判1020号82頁）。」

 栗田「大丈夫だからもう就職活動はやめなさい、と言っというハシゴを外すとダメってことですね。じゃあ、内々定段階での誓約書って、会社にとっていいことばかりじゃないんですね。」

 如月「そうそう、誓約書は事実上、学生を囲い込む効果があるかもしれないけれど、その分、会社に責任も当然生じる。場合によっては『内々定』の段階でも、労働契約の成立の証拠とされてしまうかもしれない。だから早々に誓約書を取るのとは考えもので、実際、優良企業が多い経団連の『採用選考に関する企業の倫理憲章』上は、正式内定は10月1日として、それ以前の誓約書要求等は一切しない、としてあるんだ。」

## 中途採用の場合

 栗田「吉川さんの報告は、新卒採用が前提だっと言ってましたけど、中途採用では何か別の事情があるんですか？」

 吉川「わかりやすさのため、新卒採用の例をとりましたけど、中途採用も基本的に同様に採用・試用等の法規制がかかります。また、採用内定等に関連して、中途採用者は新しい会社に入社できると考えて、それまで勤めていた会社を辞めている場合もあるため、採用内定の取消しの正当性や、契約締結上の過失についても、比較的厳格に審査されるのではないかと思います。」

 山本「僕の会社では、中途採用の人に『新卒と差別しません、不利にはしません』って言ってますが、実際には採用格付けではその中途採用の人と同じ卒業年の新卒採用の人の最低ラインにしています。これって問題ありますか？ 額自体は契約締結時に確認してもらってますが。」

 白鳥「でもそれって、『他の人より不利益でない』かどうかって、わからないですよね。本当は不利益なのに、そう言うことってまズくないですか？」

 栗田「あと、たとえそれを正直に伝えるとしても、中途採用の人が採用内々定になって前の会社をやめた後、労働契約締結時に、『やっぱり不利なんです』と言っても本当にいいんですか？」

 如月「色々出てきたね。どちらも、契約締結過程での不適切な言動があって、相手方に損害を与えたということで、吉川君の説明し

## レッスン労働法

---

2013年4月10日 初版第1刷発行

編 者 野 川 忍  
笠 木 映 里  
著 者 富 永 晃 一  
原 昌 登  
渡 邊 絹 子



発 行 者 江 草 貞 治  
発 行 所 株 式 会 社 有 斐 閣  
郵便番号 101-0051  
東京都千代田区神田神保町 2-17  
電話(03)3264-1314 (編集)  
(03)3265-6811 (営業)  
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

---

印刷／萩原印刷株式会社・製本／牧製本印刷株式会社  
©2013, Shinobu Nogawa, Eri Kasagi, Koichi Tominaga,  
Masato Hara, Kinuko Watanabe. Printed in Japan  
落丁・乱丁本はお取替えいたします。  
★定価はカバーに表示してあります。

ISBN 978 - 4 - 641 - 14445 - 3

**JCOPY** 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6969, FAX03-3513-6979, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。