

前説

(いわゆるはしがきです)

お芝居でもミュージカルでも、コンサートでも野外フェスでも、落語でも朗読会でも、サッカーでも野球でもバスケでも、とにかくジャンルは問いません、何でも「ライブ」って最高じゃないですか?! 生だから、本番そのままだから、ミスや不手際もあるかもしれない。でも同じ時間同じ現場で、同じ酸素で呼吸している演者の素晴らしいパフォーマンスと会場の熱気を一緒に体験できるって、この上なく貴重な、何物にも代えがたい時間ですよ?

……あれ、押しつけがましい? すいません。でも期せずして、新型コロナウイルス騒ぎのさまざまなイベント自粛で、上に書いたことの重みを皆さんも実感されてるんじゃないかと思います。早くまたライブに行きたいなあ。

それはともかく。この本は、妥協の産物です。

そんなものを読ませるのか! とわれてしまいそうですが、労働法という、働く人すべてに関わる、でもまあまあ小難しい分野のトピックを、わかりやすく紹介し、できればちょっと楽しく皆さんに考えてもらいたい。それにはライブ感のあるトーク形式でいくのがいいんじゃないか。それって対談ってこと? いや対談じゃなくて、あくまでトークライブです! どう違うのかって? 対談は権威ある人がやるものですよ、でそれをみんなでありがたく拝聴させていただくと。トークライブはもっと目線が低くて、参加型なんです。声援やかけ声、笑い、何ならブーイングもありです。ですので皆さん、ぜひこの本は、

あまりかしこまらず、心の中で（もちろん声を出していただいてもこちらには構いませんが……）細かいツッコミを入れながら読み進めていただければと思います。

というわけで、本当は労働法のトークライブをさいたまスーパーアリーナとは言いませんがせめて新木場 Studio Coast、いやそれも厳しいな、吉祥寺の小ぶりなライブハウスとかで実際に開催したかったのですが、新型コロナの関係でライブ開催が当面は難しそうなので、ネタの旬が過ぎないうちにまずは書籍として出版しようということになりました。よく考えればわかると思いますが、これはもちろん嘘です。でも世間が落ち着いてきたら、本当のライブ開催に何とかこぎつけたいと考えています。これは一応本当です（内心の自由）。

ここで、この本の構成をご紹介しますおきましょう。

まず、労働法上の面白そうな……と言ったら語弊がありますかね、なかなか悩ましいが今議論しておくべき問題、とでも言うべきでしょうか、とにかくそういうトピックを10個選んで、各章に割り振りました。世間が「働き方改革」でざわつく中、興味深いテーマはほかにまだまだたくさんありますが、ページ数の都合もあり泣く泣く厳選しました。曲順、いや章の並び順にはそれほど大した意味はありませんが、大体労働法の教科書に出てくる順に近いかもしれません。

Setlist

というわけでセットリスト、曲順表ですが、ライブ好きなら「セトリ」のほうが馴染みですね。トピック一覧、要はこの本の目次です。でもこれまたライブによく行かれる方ならおわかりのように、セトリを先に教えてくれるライブって普通はありません。いやむしろみんな

「今日はあの曲やるかなー？」とかワクワクしながら会場に向かいますので、入口にセトリが貼ってあったら興ざめなんです。何なら暴動もんです。なのでトークのライブ感をより味わっていただくために、2ページ先の **Setlist** (p.v) はスキップしていただくことを強く推奨します。それならいっそ巻末に置いとけよ！と言われそうですが、それはほら、この本は妥協の産物ですので、一応目次っぽい場所に。

以下、セトリ、すなわち各章の構成です。

Case

各トピックに関わる論点を含んだ、実際にありそうな？ 設例です。まずはこれにざっと目を通していただき、どこが労働法的に問題になりそうか、を考えてみてください。

Talking

トークライブ本編です。一応小見出しをつけていくつかのセクションに分けてはありますが、基本的には途中休憩なしのノンストップライブです。各章のテーマについて、著者2人がお互いの率直な見解をぶつけあっています。2人とも一応研究者の端くれですので、論文として書く場合にはもう少し整理して、かつきちんと根拠を示した上で抑制的な記述に努めるのですが、これはライブですので、いろいろと思いついたことを、深く考えずにしゃべってしまっています。学術論文には引用しないほうがよいかと思います（が、されたら喜びます）。

Closing

トークだけだとあまりにまとまりがないかなと思い、一応まとめのセクションを設けました。とはいえ好き放題トークしてきて急にそつなく終わらせることもできないので、特に誰に聞いてもらいたいのか、

という観点で対象者ごとに話を整理してみました。「意識高い系若者たちへ」は労働法に関心のある大学生・大学院生の皆さん、「現場の労使の皆さんへ」は企業現場の労働者あるいは経営サイドの管理者の皆さん、もしくは労働組合関係者、そして「霞が関の皆さんへ」は厚生労働省を中心とする労働政策の立案に携わる皆さん、をそれぞれ意識したまとめです。

Answer

Case で示した設例についての、現行法のルールに照らした一応の解答です。これが絶対だ、これ以外の答えはありえない、ということではもちろんありませんが、たとえば労働法の試験ではこれを書いておけばまあまあな点数はもらえるはずです（判例なんか知るか！オレのエキセントリックな学説がすべてだ！みたいな先生なら別ですけど）。

Special Guest

実際のライブでもしばしばあることですが、本書も各章ごとにスペシャルゲストをお迎えし、現場からの本音、トーク本編への感想・疑問、本編で触れられなかった問題に関するコメントなどを収録させていただいています。インタビュー形式の章もあります。なにぶんライブの出演者が初老の男性研究者2人ですので、なるべくそこに欠けている要素——現場の視点、若さ、女性——を補っていただけるようなゲストをお呼びしました。なお、諸事情により匿名のゲストが多くなってしまいましたが、ちゃんと実在する方に話を聞いています。ゲストの皆さん、お忙しいところ本当にありがとうございました。

さて、前説は以上です。いよいよ労働法トークライブの始まりです！（携帯電話の電源はお切りください！）

採用の自由

—あなたが欲しい

Case

アリタ社長「オマエらにまかせてたらロクな新人入ってこないからさ、オレが採用基準考えてやったぞ！ ありがたく思えよ！」

秘書イマリ「はっ。ただ、社長、やはり採用基準とするからにはそれなりの根拠を示す必要があるかと思いますが」

アリタ「んなことわかってるよ、ちゃんとそれも考えたから！」

(ウレシノ産業新人採用方針)

以下に該当する者は採用対象としないものとする。

- ①〇〇党支持者あるいは××教信者 生理的に受け付けない
- ②一人っ子 前に出る意欲ゼロ
- ③親が文系の学者 世間に役立とうという発想に欠ける
- ④40歳以上 もはや終わっている
- ⑤ブサイク 営業は顔が命！
- ⑥血液型がB型 どうも合わない

イマリ「……社長、あの、ホントにこれ……」

アリタ「なんだよ文句あんのか？ 社長のオレのビッグデータが導き出した答えだぞ！」

イマリ「そもそも応募者がその基準に該当するかどうか、調べようがないものもありますし……」

アリタ「直接聞けばいいだろ面接で！」

イマリ「(……いいのかな、これ……)」

森戸 「森戸・小西のオールナイトニッポン」！ えー、皆さんこんにちは。今日のテーマは「採用の自由」ということでね、皆さんからおハガキいただいているんですけども、いろいろ掘り下げていきましょう。どんどん合いの手入れてください、1人でしゃべっててもあれなんで。

小西 おハガキは今どきちょっと古いinchょうかと思いますが……わかりました。

森戸 採用の自由というものが企業にはあると言われてまして、要するに、好きな人を好きな基準で採っていいでしょう、その自由が会社にありますよ、ということ。で、それにはいろんな局面があると言われていて。

小西 そうですね。

森戸 たとえば募集方法の自由。つまり、公募する義務は企業にはないと。学生としゃべっているとよく「あそこの会社はコネでしか採らない、許せない」みたいな話が出てきますけど、別にコネで採用してはいけないという法律はない。だから別にコネで採用しても悪くはない。コネのほうがいい人を採れると思っているからそうしているわけだから。でもそうじゃなくて、〇〇ナビとかそういうところに公募を出したければ出してもいいけど、別に出さなくてもいい。そういう募集方法の自由というものがあります。

そしておそらくいちばん大事なのは、採用基準の自由ですね。どういう基準で人を採用するか。

小西 そうですね。

森戸 「そうですね」しか言わないじゃん(笑)。もうちょい来て(笑)。

小西 わかりました(笑)。

森戸 好きな人を好きな基準で採用してください。それが採用の自由ですよ。元をたどればおそらく契約の自由でしょう。誰と契約しようと自由だと。

小西 憲法ですよ。憲法からきているというふうに言われて。

森戸 憲法からきてるの？ 契約の自由って。

小西 契約の自由というか採用の自由……

森戸 ああ、まあ、営業の自由ということ？

小西 そうそう。憲法22条・29条というふうに一応、教科書的には説明されてますよね。後で議論に出てくる三菱樹脂事件最高裁判決も言及しているところです。

森戸 まあだから民法でいう契約の自由なんですよ。いずれにせよ、誰と契約を結ぼうが自由ですよ、と。契約を結ぶか結ばないかを定める基準もあなたの自由です。それがおそらく採用の自由なんですよ。

▼ 何はなくとも三菱樹脂事件

小西 採用の自由といたらなんといっても三菱樹脂事件ですよ。

森戸 有名な判例だよ。三菱樹脂ってどこにあるのかな。丸の内にあるのかな、やっぱり。

小西 どこにあるかはわかりません（苦笑）。……ネットで調べたら、今はほかの会社と統合しているみたいです。

森戸 まあ三菱村にあったんでしょうね。

小西 うんうん。

森戸 で、樹脂ってなんですかね、そもそも。何かやわらかいゴムみたいなやつですかね。

小西 たぶんそれでどんどんいろんなものを、石油から何かいろいろ作る……

森戸 実はいろいろわかってないね。もうちょっとそういうのも知っ

たほうがいいのかもしいない。まあでも全然関係ないんだけど。三菱樹脂は結構複雑な事案であるけれども、結局論点としてはどういうものだったんですか？

小西 学生運動をしていた人がいて、そのことを……って私あんまり覚えてないんですけど……

森戸 覚えてないのかよ！（笑） って俺もそんなに覚えてないから大丈夫。

小西 学生運動とかをしていたことを、伝えなかったんでしたっけ。

森戸 うん。でもこれ事案は実は結構複雑で、実際に起きたのは試用期間後の本採用拒否なんだよね。

小西 そうですね。なのでちょっとややこしくなるんですよ。

森戸 までも論点としては、思想・信条、具体的には学生運動をやっていたとかいう話だけど、思想・信条を理由にして、それを採用基準にして、会社が採用を拒否していいかという話ですよ。

小西 そこがまあ問題になってくる。

三菱樹脂事件・最大判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁

「憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、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つて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえ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。」

「右のように、企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、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 ㄱ

森戸 なんかそう聞いたらさ、人を思想・信条でそんな差別して、おまえの思想・信条が嫌だから採用しないとか、絶対言ったらいけないような気もするんですけど。

小西 はい。

森戸 ところが最高裁は意外なことに、「法律その他による特別の制限がない限り……企業者が特定の思想，信条を有する者をそのゆえ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」とした。

小西 そうです。

森戸 つまり，思想・信条を理由に採用拒否してもよろしいと言った判例，これ1973年ですよ。

小西 僕，生まれてちょっと。

森戸 生まれたばかり？

小西 2歳。

森戸 覚えてる？

「その者からこれに関連する事項についての申告を求めることも，これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない。もとより，企業者は，一般的には個々の労働者に対して社会的に優越した地位にあるから，企業者のこの種の行為が労働者の思想，信条の自由に対して影響を与える可能性がないとはいえないが，法律に別段の定めがない限り，右は企業者の法的に許された行為と解すべきである。また，企業者において，その雇傭する労働者が当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動，態度に出るおそれのある者でないかどうかに大きな関心を抱き，そのために採否決定に先立つてその者の性向，思想等の調査を行なうことは，企業における雇傭関係が，単なる物理的労働力の提供の関係を越えて，一種の継続的な人間関係として相互信頼を要請するところが少なくなく，わが国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ことにかんがみるときは，企業活動としての合理性を欠くものということはできない。」

小西 覚えてないです (笑)。僕小さい頃だから全然覚えてないですよ。

森戸 俺も覚えてないんだよね。三菱重工爆破事件は覚えてるんだけど。

小西 かつ、僕東京じゃなかったから。

森戸 ああそうか。ってそれ関係あるかな。ここそんなに広げなくていいよ (笑)。

ともかく判例はそう言ってる。ちょっと意外だよな。学生に教えても、「え、そんなことしていいんですか」みたいな。

小西 学生に手を挙げさせてもね、おかしいと。まず最初の時点ではそう言いますよね。

森戸 手挙げさせたりするんだ。

小西 挙げさせたりしますね。最初と、あと、読んでからどうか、と。

森戸 これがおかしいと思う人、とか？

小西 うんうん。

森戸 結構いっぱい挙がる？

小西 そうですね。まあ4分の3くらいは挙がる。

森戸 あ、じゃあ4人のクラスで3人ていうことですね。

小西 16人のクラスだと…… (笑)。

森戸 まあでもそれはそう思うよね、普通だめだと。

▼「法律つくればいいじゃん」と日本的雇用慣行

小西 でもこの三菱樹脂事件というのは、今も話があったんですけど、40年以上前の判決だから、現在でも本当にそう言えるのかどうかというのは大問題。

森戸 そこは議論がありますよね。でもそもそもなんでそうなのかっていう理屈なんですけど、もちろん営業の自由、契約の自由があるからしょうがないでしょ、という理由ですけど、それから、法律がない

んだから、法律があれば別ですよと。実際その後、たとえば男女雇用機会均等法とかができて、性差別は募集・採用のときもだめですよと、法律ができた。それまでは別に男女差別的な採用も違法じゃなかったわけですけど、法律ができて、強行規定になって違法になった。だからそれと同じで、思想・信条差別も法律がないんだからしょうがないでしょうという理屈。あとはまあ日本的な雇用のあり方。

小西 そこですよ。

森戸 長期雇用制で、つまり雇ったら簡単にクビにはできないよという解雇権濫用法理を中心としたルールがあると。だからいわばそれとのバランスで、その代わり、雇うときは、好きな人を好きな基準で雇っていいよ、でも雇ってからは簡単にクビにはしてはいけないよ、と。まあいいかどうかはわからないですけど、そういうバランスもとってるんじゃないかみたいなことは言われますよね。

小西 そうですね……すみません、細かいんですが、解雇権濫用法理を確立したとされる日本食塩製造事件という判例が出たのが昭和50年なんで（最判昭和50・4・25民集29巻4号456頁）、それより前の判決ではあるんですよ。

森戸 三菱樹脂事件がね。でも別に日本食塩製造事件まで解雇権濫用法理がなかったわけじゃないですよ。

小西 そうですね。

森戸 解雇権濫用法理というよりはやっぱり長期雇用制というのかな、そういうものがすでに完成していたんじゃないですかね。

小西 そうそう。三菱樹脂事件は、ちょっと先走りですが、調査の自由のところで終身雇用制が行われている実態を指摘してますよね。

森戸 まあ1つの説明としてね。で、学説上はこの三菱樹脂の判例にはいろいろ批判はあるわけですけど、ただ最高裁はその後のJR北海道の事件でも、あれ平成15年かな、そのぐらいでも一応この判例を引用しているんだよね（最判平成15・12・22民集57巻11号2335

頁)。最高裁はおそらくこの判例が間違っているというふうには思っていないのかなって感じがします。

小西 JRの事件は組合差別ですね。

森戸 そうそう。結局はだからこの判例でいいのかって議論はもちろん批判もあるけれども、言ってみれば1つの答えは、法律による特別の制限がない限りって言っているんだから、そんなに思想・信条の採用差別がだめだと思うなら、国民は、みんなで頑張って立ち上がって国会議員に法律つくらせると。思想・信条差別禁止法をつくれればいいわけだと。現に均等法もできたし、たとえば障害者差別禁止とか、年齢差別的なものを禁止する法律とか、こういうのがやっぱりその後できてきた。それはやっぱり社会的にこういう募集・採用の差別もいけないよねってみんなが思ったから法律になったと。とすれば、思想・信条もそうなればいいわけで、ならないんだから、つまり、みんなそんなに悪いと思ってないのか、やる気がないのか知らないけど、法律ができないんだから、まあしょうがないんじゃない、というのがまあ1つのあきらめというか。

小西 そうですね。

森戸 不満そうだな。

小西 それはまず立法論で対応するというのも1つ言えると思いますが、最近でいったらLGBT差別みたいな問題もしょうがないんじゃないかな、ということになるのかどうか。あと、法律で採用の自由を制限すると、理論上は憲法上の問題も出てきそうですね。それと、先ほど森戸さんがおっしゃったみたいに、日本型雇用システムと直結というか大きく関係しているというふうに、三菱樹脂事件は読むことができるので。

森戸 あれ、さっきそう読むべきでないって言ってなかった？ 日本食塩よりも三菱樹脂のほうが前に出てるからとかなんとか。

小西 いやまあ、それはちょっとした小ネタじゃないですけど。

▶ 意識高い系若者たちへ

森戸 最後に、今全然まとまってないけどさ、まとめるとして、じゃあたとえば今のテーマで意識高い学生にもうちょっと考えてもらおうっていうことをまとめるとすれば何になるんですかね。

小西 うーん。

森戸 まあやっぱりだから採用の自由は広いということと、プライバシーの観点から、みだりにそんなセンシティブな情報を聞くもんじゃないよというルールは、両方ともそうかな、って思うけど、これ実は衝突するよね、と。

小西 はい。

森戸 これ折り合いとるのは実は難しいよね、ということは現行法の問題点として、認識すべきだということは言えますよね。

小西 そうですね。一応やっぱり三菱樹脂事件というのは、どう評価するかというのは難しいけど……

森戸 あんまりプライバシーという観点がそんなに言われていない時代に、採用の自由、採用の基準の自由が広がってということの帰結として、調査の自由は広がっていうところで落ち着いたんでしょけど、そこがやっぱり、調査の自由のほうから揺り戻しがきているっていうのが現在ですかね。

小西 選択の自由のほうも制約されてきてますよね。そう考えると、「採用の自由」って広く認められるって教わってきましたけど、内実の評価は難しいなって思ってます。いずれにしても、三菱樹脂事件最高裁判決をしっかりと読んでほしいですね。

森戸 いい先生みたいなこと言うね！

▶ 現場の労使の皆さんへ

森戸 とりあえずなんか答えのほしい現場の人は、結局そういういろいろややこしい状況だっていうのはわかったけどどうすりゃいいんだろう、採用のときに。

小西 まずは、法律上の根拠があるのかどうかっていうのをまずチェックするということは1つありますよね。

森戸 そういう基準で採用していいか悪いか。

小西 はい。

森戸 まあでもあるものというのは、今の法律で言えば、性別、例外はあるけど年齢、障害。あとは労働組合活動、これは議論はあるけど。ほかには。

小西 個人情報との関係では職安法とかその他のガイドラインも。

森戸 基本はだからあんまりいろんなことは聞けないってことだ。そんなセンシティブなことはね。

小西 あとはまあざっくり言うと、森戸さんがさっきまとめはったみたいに、その情報を得る必要があるかというのと、本人の同意というところにたぶん集約はされるんだと思うんですけど。

森戸 でも話戻っちゃうけど、さっき、必要があるかっていうのは。

小西 裁量の範囲が。

森戸 ある程度幅はあるんだろうけど、少なくとも合理的な説明ができるようにしておく。採用基準として明示するのであれば、やっぱり仕事との関連で、こういう仕事をするので、こういうことがあってはまずいですっていうのは、理論武装をしておく必要があるっていうことかな。

小西 ですよ。説明責任っていうのが。

森戸 ある程度裁量的な余地があるとしても、っていうことですかね。

小西 はい。

▶ 霞が関の皆さんへ

森戸 あと、今後日本の法政策がどういう方向にいくべきかっていうところではご意見どうですか。私なんかは冷たい人間なんで、そんなに思想・信条の差別がだめだって言うなら法律つくれよ、できるだろう、できないんだからそういうことだよ、って思ったりするんですけど、その辺はどうですか。

小西 うーん、方向性としては、日本型雇用社会がどんどん変わっていったりしている中で、採用の自由自体が原理的に三菱樹脂事件でどこまでいけるかどうかっていうのも、あわせて必要じゃないですかね。

森戸 解釈論としても。

小西 解釈論としても検討の余地があるかなと。三菱樹脂事件も公序良俗違反があればアウト的な判断もしてますね。

森戸 でも解釈論ってさ、結局それこそ最高裁まで事件がいかないと出ないんですよ。そんなの、みんな結局裏では思想・信条差別とかしてるかもしれないけど、そんなもの表に出ないわけじゃない。

小西 まあでもプライバシーの事件とか、地裁で蓄積されてくると、いろいろそこでまたルールができてくる。

森戸 まあね、それはそうかもしれない。でもそれもやっぱりだから法律つくれば、っていう気もするけどね。やっぱりでもそうは言っても、法律つくるの大変だなんていうのは、いろいろ行政の動き見ればわかりますけれども。

小西 法律をつくるにあたって、そういった前提の問題状況っていうのを正確に把握することが必要じゃないですかね。個人情報取得も本人の同意があればOKだとして、そもそも本当にOKしたとどう確認するのも問題になるかもしれません。個人情報とかプライバシーの問題と、採用の自由との問題を整理して把握するのって本当に難しいなっていうところを正確に把握していただいて、じゃあどういう法

律が必要なのかを考えてもらえたら。障害者雇用政策との連携も意識しながら。

Answer

アリタ社長の採用基準①は、まさに思想・信条に関わるものであり、三菱樹脂事件判例によれば採用基準にしても当然に違法ではないが、採用時にそれを調査することはプライバシーの観点から問題となりうる。②③⑤⑥についても、法律上これを禁止する規定はないので、採用の自由の範囲に属するものとして許容されるであろう——世間的に誉められた基準とは言えないかもしれないが。

なお④については、かつては問題がなかったが、現行法上では労働施策総合推進法9条という「法律による特別の制限」が存在するため、現在では違法なものとなる。

著 者

森戸英幸（もりと ひでゆき）

慶應義塾大学法科大学院教授

主な著作：『アレッポ労働法〔第6版〕』（弘文堂，2019年）

『労働法〔第4版〕（LEGAL QUEST）』（共著）（有斐閣，2020年）

小西康之（こにし やすゆき）

明治大学法学部教授

主な著作：『労働法〔第4版〕（LEGAL QUEST）』（共著）（有斐閣，2020年）

労働法トークライブ

2020年7月10日 初版第1刷発行

著 者 森戸英幸
小西康之

発行者 江草貞治

発行所 株式会社有斐閣

〒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 大日本法令印刷株式会社
製本 牧製本印刷株式会社

©2020, Hideyuki Morito,
Yasuyuki Konishi.

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 978-4-641-24338-5

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、（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088, FAX03-5244-5089, email: info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。