

採用内定とその取消・延期の法律問題

渡 辺 裕

一

昭和50年1月22日の朝刊各紙は「夢砕かれた大学予定者」などの大見出しを掲げ、「採用内定取消」・「自宅待機」など、不況対策としての採用人事変更措置についての日本私立大学連盟の実態調査結果をセンセーショナルに報じている。自動車・電機メーカーの社外工・臨時工への「解雇」、繊維メーカーを中心とする大規模なレイオフ、電機メーカーなどの中堅管理者層の現場セールスへの配置転換・出向、さらには社長以下課長クラスに至る一率賃金カット、と次第にエスカレートする不況対策は、従来道義的にタブー視されてきた採用人事の領域にも足を踏み入れてきた。

同調査結果によると、回答四七大学を合わせて、採用内定取消件数が42社、116人（男105人、女11人）、自宅待機が11社、198人（男63人、女135人）の多数に上り、今後の回答次第で相当な数に上ることが予想されている。このなかで、企業等の採用内定取消方法が、国立大学内定者を縁故者採用扱いとし私立大学内定者のみを取消す例、私立大学内定者中文科系出身者のみを取消す例、営業関係内定者を残留させ管理部門関係内定者のみを取消す例などの、差別的取扱いを行う事例の現われたことが指摘されている。また、内定取消をうけた学生に対して、20万円の「慰藉料」を支払った京都のT製作所の事例も報告されている。

「すでに働いている人たちが合理化の波をかぶっている時代、新規採用者に影響が出るのも当然」（日経連労務管理室員）との経営側発言は別として、まさに“不況”という事態のなかで人員採用計画を立案し、慎重な選考を経て採用内定したはずの企業側の態度は、その安易さを指摘されてあまりある。「合理化の波」に合わせて採用したはずなのであるから。

従来、昭和40年不況時に鉄鋼メーカーの新規高卒者採用内定取消が社会問題化されたが、これ程に大きく採用内定取消がクローズアップされたことは今回が最初である。「まだ入社をしていない」という経営側の労働契約締結についての解釈態度と、未だ残存する経営権への物神的態度が、労働組合の庇護の外におかれ抵抗力をもたない採用内定者に経営の勝手な後始末・シワ寄せを強制している感を否めない。

そこで、「採用内定取消」について労働法学はどのように考えているのか、判例・学説を検討し、「採用内定」の状態がいかなる法的保護を受けるべきか、考察することにする。

二

まず、労働契約は、本（来）の労働契約の効果を発生するまでに、①採用内定段階（労務管理実務のうえでは、採用試験合格決定から現実的就労開始＝入社までの段階）、②試用労働または見習労働段階（試用労働契約締結から本採用決定までの段階）の二段階を経過することが通常であり、とりわけ新規学卒者の取扱いに際してこの二段階を必ず経過する。これに対して中途採用の場合、入社までに数日間の時間的余裕が存在するにすぎず実質的に採用内定

段階が存在しない場合、更に試用労働段階も存在しない場合、他に臨時工の段階を経過する場合などがある。新規学卒者の例に比べて、中途採用者の本採用に至る手続・段階は変則的で多様である。

採用内定段階に履践される手続は、概して次のような順序をとる^(註1)。

- ① 使用者の労働者募集（募集要項事業概要従業員待遇などのパンフレットを配布）
- ② 採用希望労働者の応募。通常、履歴書・健康診断書・身上調書・学業関係証明書・卒業（または見込）証明書・戸籍抄本などを受験申込添付書類に要求される。
- ③ 採用試験。書類審査・筆記試験・面接試験の1ないし3を採用目的に応じて行う。
- ④ 合格通知。電話、電報、書面で行い、名称、内容も、合格通知、採用内定通知、採用通知と企業毎に異なる。
- ⑤ 会社懇談会参加。採用内定者と会社との懇談会を採用内定者の確保、必要事項連絡のために行う。
- ⑥ 会社実施の健康診断
- ⑦ 誓約書・身元保証書などの入社必要書類の提出。
- ⑧ 入社。辞令の交付をうけ、現実の就労を開始する。

戸籍抄本などの書類提出は、採用決定の前後で格別に取り扱い上の差異の意味があるわけではなく、事後的提出で足りるとする事例が多い。提出書類の種類、また健康診断などの手続は、採用対象労働者の種類によって、簡略であったり、省略されたりする。中途採用者の方が新規学卒者に比べて手続が簡単であるということができよう。そして、中途採用者は、概して一般工員、一般事務員であり、基幹職種でないことが多い。更に、臨時工・季節工のように常用工と異なる場合、採用手続の簡略な傾向は一層顕著であるといえよう（後掲する日立製作所事件はこの事実を示している）。以上述べてきたところから、採用手続は、会社（使用者）毎に、経営する事業の種類・規模によって、官公庁と私企業との別によって、更に採用労働者の種類によって、複雑の程度に差異があることがわかる。

次に、採用決定から入社に至る期間、いわゆる採用内定期間について、新規学卒者の場合は比較的長期間である。新規学卒者の入社試験は、7月から12月頃までに行われ、採用内定期間は9～4ヶ月程度の長期間となる。これに対して中途採用者の場合、数日から数週間であり、即日入社に近くなる。

更に、新規学卒者採用の場合も、中学校、高等学校、専門学校、大学技術系、大学事務系によって採用手続が実質的に異なる。前三者は、学校が就職実務を行うので、学校別に割当てられた人員の選衡を実質的に学校が行う（学校募集）。志望者が募集人員よりも多数であるとき、就職指導という形で学校が選衡し、採用判定は実質的にこの段階で終了する。会社の行う採用手続はきわめて形式的である。これに対して、会社が直接に行う入社試験を受験する場合（直接募集）、大学卒事務系の採用手続類型と同様となる。

大学卒事務系の場合、前示した典型的な採用手続に則る。大学卒事務系といっても多様であるが、なかでも大企業本社採用例が典型である。会社側の採用に対する態度の慎重さに相応して、採用手続の各段階で採用チェックが可能となるように手続が複雑になっている。採用手続は会社側が実質的に行う。

他方、大学卒技術系の場合、中高卒の類型と大学卒事務系の類型との中間の類型といえる。会社の採用募集は、大学の各学科宛に行われ、学科は三十から百名前後の定員であるた

め、学科内で更に研究室内へと採用志望者を絞り、推薦がなされる。選衡は実質的に学科内で終了しており、この点で中高卒の類型と類似するが、他面、将来の経営幹部への昇進が予定されている場合が多いことから、採用手続も採用チェックの余地を残し、中高卒の類型より慎重な手続をとることになる。

第4の類型に公務員の類型を挙げなければならない。公務員と総括するとしても、官庁（国家公務員）と、地方公共団体（地方公務員）と、公社公団、特殊な専門職の教員・警察官とに各々相違するところが多い。国家公務員は、各級公務員採用試験の合格者が採用有資格者として採用候補者名簿に記載され、その後有資格者個人と各官庁の希望が合致して初めて採用決定に至る。他方公社公団は大学卒事務系の場合とほぼ同様であり、地方公務員中市町村も同様である。都道府県は国家公務員に近く、採用試験合格だけでは未だ採用決定することにならないといえよう。

以上述べてきたように採用内定段階における採用手続をみると、対象労働者の種類、採用内定期間、採用決定方法から、①中途採用者（判例に日立製作所事件がある）新規卒業予定者採用者のなかで、②中高、専門学卒（判例に森尾電機事件がある）、③大学卒事務系（判例に大日本印刷事件がある）、④大学卒技術系、⑤公務員等（判例に日本電信電話公社事件、東京都職員事件がある）の五類型に大別することができる。

註1 採用内定手続の実態については、後掲する各論文にも詳しく述べられているが、とくに「産業構造の変化と労働法」ジュリスト増刊（昭和48年5月）の西報告の整理を参照されたい。

三

(1)いわゆる採用内定は、多くの労働法の呼称と同様に労務管理実務上の用語であり、労働契約法上の意義は別個に指定されなければならない。実務上、採用内定は、採用試験の合格判定、すなわち採用決定から現実の就労開始、すなわち入社に至るまでの採用決定者の状態を呼称するものであるが、労働契約法上のメルクマールは労働契約の締結の有無におかれるべきである。採用決定後の一定の時点において労働契約が成立するものと考えれば、この間の労使間の何らかの権利義務関係、例えば労働契約の締結を目的とする何らかの法的拘束関係を設定することの是非を検討するために、採用内定を法的概念として使用することは意義を生ずるといえよう。しかし、採用決定が即時に労働契約の締結であるとする近時の有力説に立つとき、契約の成立以降の状態は労働契約上の問題と考えられるが故に、あえて採用内定という用語自体に格別の法的意義を生じない。

(2)メルクマークとされる契約の成立時期を最初に検討することから議論をおし進める。もちろん、労働契約または別個の特別の契約（非典型契約）の成立時期は、「採用内定」の法的性質と密接に関連している。後述する予約説も採用内定契約説も、採用決定時に契約が成立すると主張する背後には、各々の法的性質の理解がある。この点を便宜上切り離し、後述の箇所委ねることとする。

第一説は、契約の成立時期を入社日、現実の就労開始時点と主張する。経営側の主張である^(註2)。使用者は、誓約書、身元保証書の提出をうけてはじめて労働者の意思を了知し、労働者の誠実な労働給付を確保することができ、労働者の責に基いて発生する企業の損害を担保することができ、就業規則等の諸規定遵守を期待することができる。採用手続はこれらを経て辞令書の交付をもって完了し、使用者の承諾の意思表示が確定的になされる、と主張する。

第二説は、採用手続のなかの重要な手続、通常は誓約者・身元保証書の提出をもって労働契約の成立と主張する^(註3)。使用者の採用通知後の手続過程においても、健康診断(身体的能力判定)や誓約書等の手続履完の有無によって第二次的な採用判定の余地ははまだ残されている。また採用決定時にすでに、労働契約が成立しているとするならば、使用者であれ労働者であれ一方的な採用辞退、採用取消は原則として契約違反を招き、少くとも損害賠償の責を免れることができない。そこで、以降新たな判定の余地を残さぬ採用手続の履踐を俟って、労使間の確定的な意思の合致がある時点^(註4)を契約成立時とすべきである、と考える見解である。

判例には、①森尾電機事件第2審判決^(註4) ②日本電信電話公社事件第2審判決^(註5) ③日立製作事件^(註6) ④東京都職員事件^(註7)がある。

第三説は、採用通知の発信時に労働契約が成立するという見解である^(註8)。使用者の労働者募集が労働契約締結の申込の誘引であり、労働者の応募・採用試験受験が契約締結申込の意思表示であり、合格・採用の通知が承諾の意思表示にあたるとし、契約締結法理の概念に忠実な構成をする。そして、一見形式論的構成であるが、労働契約の成立時期を早期に設定することによって、労使双方に不都合を生じないという実際の考慮をその構成のうちに秘めている。すなわち、早期の契約成立を通じて労働者の地位は契約上の地位として確保され保護されるし、使用者の採用予定者の早期確保の意図も十分達成される、と説明する。採用内定を予約または、採用内定契約と解する見解が予約または特別契約の成立をこの時期におくことも同様の考え方に立つものである。

判例に、⑤森尾電機事件第1審判決^(註9)、⑥日本電信電話公社事件第1審判決^(註10)、⑦大日本印刷事件判決^(註11)がある。

これらの契約の成立時期を確定する見解に対して、第四説として、一連の採用手続の過程を労働契約締結の双方の意思が次第に確定的に成熟する過程と考え、契約の成立時期を確定しない見解^(註12)がある。

なお、この見解を打ち出した判例は存在しない。

(3)ところで、現行法規は採用に関する規定をおいていず、採用は民法の契約規定の一般原則に従わなければならないことは周知の通りである。民法623条が、

「雇傭ハ当事者ノ一方カ相手方ニ対シテ労務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効ヲ生ス」

と規定しているにすぎない。

結局、労使間の労働契約締結の意思の合致の判断は、採用手続のいかなる手続の履踐をもって意思の合致と判断することが最も妥当かというすぐれて実践的な価値判断の問題に他ならなくなる。この妥当性の判断のために、労働者、使用者側双方の利益の状態をながめる必要がある。採用内定が実務用語として意味をもって来るのは、労働市場の売り手市場化に伴う人材確保のための企業間競争の結果であり、いわゆる青田刈りと呼ばれる早期採用化の傾向の発生以降である。卒業から一年以上早い時期の採用決定(金融・商事関係会社に多い)、あるいは技術系にみうけられるヒモ付き奨学金貸与はこのような企業側の人員採用政策を示す事実といえよう。大学の教育的配慮の要請をうけて行われる企業間の採用時期の申合せ(就職試験解禁)も反古にされることが多い。この事情から考えると、早期に採用決定をなし、その後の採用手続履踐過程で人物チェックを実質的に行うことと可能とする方策が企業

にとって望ましい。いわば、網を打って、欲しい魚を後に選ぶ、という方策である。また、わが国の終身雇傭別のもとでは30～40年の長期にわたる雇傭を行なわなければならない新規卒業予定者について慎重な選衡を望む企業側の意図も同情しうる余地があり、これを無碑に否定することができない。企業は早期人員確保と慎重採用の矛盾する要請をうけている。

他方、労働者側は、相対的に有利に自己の志望企業を選択する目的の下に、複数の企業の採用試験を重複受験することが多い。一企業の採用判定結果を待って他企業を受験することは、同等企業の採用試験が同時期に行われるが故に事実上極めて困難である。この結果、重複受験・重複採用決定という事態を発生し、労働者はこの後に自己の望む企業の採用決定を選択する、従って実質的には採用決定選択時に労働者側の意思が確定することになる。学校の推薦状は本来一通しか発行されないのであるから、この推薦状の有無をもって企業は労働者の入社意思を確認することができるが、推薦状発行時期が採用試験時期に相当遅れるので、労働者の入社意思確認の機能を果すことができない。重複採用決定労働者の入社企業選択意思を本人の外の者が確認することは不可能である。

採用決定通知時点で労働契約が成立する見解に立つとき、重複採用決定の場合には、必然的に複数の労働契約が成立し、労働者は論理必然的に一方の契約を破棄し、債務不履行・損害賠償の責任を負担しなければならなくなる。同様の事態は公務員と私企業との間の重複の場合にも発生する。

(4)このように考察すると、問題は早期採用と重複採用決定の法的処理をいかにすべきかにある。この点について、日本電信電話公社事件第1審判決(①事件)は注目すべき判断を示した。以下Xは原告・控訴人であり、Yは被告・被控訴人である。

「公社において応募者であるXに対し試験選考を実施しその採否について広範な選択権を有する一方、Xも受験の放棄を始めとする応募の撤回の自由を有し、それ自体に何らの拘束力をも課していないことからすると、これを以て見習社員契約の申込と解することはできない。また公社のなした採用通知もすでに認定したとおり、もしXにおいて入社を辞退するような場合にはすみやかに公社に対し連絡することと要望してなされており、これによってXを拘束するものではなく、右通知に応ずるか否かをXの選択に委ねていることからすると、これによってXとの間に見習社員契約を成立させ、公社とXの双方に右契約に基づく権利義務関係を発生させる承諾の意思表示と解することはできない」

「公社は……公社の公募に応じてその選考に合格したXに対し、就労の始期を定め、更に右期日前に行う再度の健康診断に異常があったことを解除条件として見習社員契約締結の申込をしたのに対し、Xは求めに応じて貸与被服号型報告表を提出するなどして右申込に応ずる意思のあることを表明した後、……入社懇談会に出席して公社の事業内容等の説明を聴き、同日午後健康診断を受け、更に特別面接を受けることによって確定的に右申込を承諾し公社で稼働する意思を表明したものと解することができる」。

本件は、前記第3説が固執する申込と承諾との関係を逆転させ、労働者の入社を確定的意思の表示の事実を労働契約の締結の意思の合致の事実と判断した点に特徴がある。前示第2説に与する。この見解は、承諾者を労働者と考えることによって、労働契約の締結の判断を客観化したところに特徴があり、重複採用決定に際しても、複数の労働契約が成立すると考える必要がないところに利点が存する。本判決は触れていないが、採用決定から労働者の確定的意志表示の時期に至るまでの期間においては、労働者は使用者の自由な労働契約締結拒

否に直面することになる。したがって労働契約の成立時期を採用手続の最終段階に求めるときには、それ以前の手続段階にある労働者に契約締結のための手続履践義務を課すると考えることが労働者側のうける不利益に対する公平的取扱いの観点から妥当性をもつ。

しかし本判決は第2審で取消をうけた。

「応募者であるYは受験の放棄を始めとする応募の撤回の自由を有し、応募者に対し何らの拘束力を課するものでなく、公社のなした本件採用通知にも、すでに認定したとおり、もしYにおいて入社を辞退するような場合にはすみやかに会社に対し連絡すべき旨Yを拘束する趣旨でないことを明らかにしているのであるが、その趣旨は、多数の応募者のうち少数の辞退者の予想される本件見習社員の本職の性質上、応募者に申込の拘束力を排除したものであって、公社もそのため応募者の申込の拘束力を排除して承諾したものと解すべきであるから、本件見習社員契約は、昭和45年4月1日の契約の効力発生開始までYの申込の撤回権を留保しつつ成立したものである」との理由を付して、控訴審判決は採用通知の発信が契約締結の承諾にあたりと判示した。

本判決は第1説の理由を明示し認めた初めて、そして唯一の判例である。裁判所は、本件の特殊な事情、すなわち入社辞退の折の届出の指示の事情を根拠に、労働者側に入社辞退の権利を留保すると判断している。そして、一般論としてではないが、重複採用決定のもとらす労働者側の採用辞退という事態を契約破棄の自由を契約内容に認めるという構成をとり法的解決を試している。しかしながら、この法的構成の根拠は、必ずしも明らかでない。採用辞退の届出の明示をもって必ずしも契約破棄の自由まで認めたものでなく、単なる契約破棄時の通知を義務づけたにすぎないと解釈することも可能であるからである。重複採用決定のもとらす一方の契約破棄、債務不履行の問題は解決をみていない。このような状況を考えるとき、第2説のように、実質的採用決定時期を契約成立時と理解することに相当の合理性が出てくる^(註13)。

(5) しかしながら第2説に対しても批判がなされており、労働者の応募受験が労働契約締結の申込、使用者の採用通知が承諾の意思表示と解することが契約法上の確立した尺度であること^(註14)、採用手続履践途上の労働者の保護が不十分であること^(註15)、従業員との地位取得と労働履行との峻別の契約の法構造^(註16)などが挙げられている。

そこで、労働契約成立時期を実質的な合意のなされる時点と考える見解をみると、その背後には、早期採用が単に形式的なものにすぎない場合が多く、この形成的合意のみをもって採用決定後の二次的な選衡をなしえないとする点は不合理であるとの考え方がある。使用者の慎重な採用手続を保護し労働者の採用辞退の債務不履行の不利益を保護するところにある。結局、早期採用という事態のもとらす労使の利益不利益関係をいかに理解するかにかかっている。早期採用決定をなすものは使用者であり、早期採用の状況に照らして労働者が早期の応募をなすとしても、決定時期は使用者の行為によって決する。また、重複応募——重複採用決定という傾向は、就職時の学生などの一つの風潮であり、これをただちに違法と断定できない。

早期採用決定によって労働者に対して直ちに十全の拘束が生ずるとするならば、早期採用決定のもとらす利益は使用者に一方的なものになる。早期採用決定を行うものが使用者であるだけに、使用者は自己の都合によって一方的な契約上の拘束を労働者に与えることができる。他方この拘束性を認容するならば、労働者はより有利な労働条件を呈示する使用者を選

採ることが違法となり不可能となる。この違法な事態を想定して、本労働契約締結後と同様に30日の解約の予告期間を設けて採用辞退申込をなすことができるという見解が出されているが、現実には労働提供をなしていない段階では、30日分の予告手当の支払又は賃金支払をうけるわけではなく、30日間の予告期間のもつ意義は失われる。したがって、採用決定と同時に採用辞退に関する契約上の拘束を与えることは労働者にとって一方的に不利益を課せられる意味をもつ。

使用者に一方的に利益をもたらす早期採用決定に対して、労働者側に同等の利益を見出すとするならば、採用辞退を契約法上何らの責任なしに認めることの外にない。すなわち、早期採用決定に伴う労働者側の不利益に関して、これらの不利益は労働者側に負担されるべきではなく、採用決定権者である使用側によって負担されるべきである。

この理由としては、第一に、労働契約締結における労使の対等性を挙げうる。労働市場のルールに照らして、労働者は複数の企業を決定し更にその一を選択する権利を保持する。早期採用決定、しかも決定以降第二次的な選衡、すなわち解約の可能性が存在する状況のなかで、特定の1個の企業を選択のみに法的拘束を認めるということでは、労使間の労働契約締結上使用者の地位のみに一方的な法的保護を与えることになり、労働者に不公平となる。

第二に、実質的採用決定時期（第2説の見解）に至るまでの採用手続過程における不利益の一切を、早期採用という事態から「予測される損害」として、使用者が負担すべきである。この点について、前掲日本電信電話公社事件控訴審判決は、労働者は採用辞退の権利を留保していると認定判断しているが、当該事件の特別な認定からだけではなく、この趣旨は早期採用一般について契約上許容されるというべきであろう。早期採用は、採用手続過程における危険を採用者が負担するという趣旨で法的効力を与えるとするのが、実態にもまた労使間の公平の原則からも、適当であると考えられる。

以上述べたところをまとめると、実質的採用決定説（第2説）の趣旨は、早期採用決定の問題と重複採用決定の一方の契約破棄という債務不履行の問題の二つの対立する問題を調整するための理論構成であるが、この調整は重複採用決定に伴う不利益を、早期採用決定によって利益をうける使用者が負担することによって調整されるものである。この理論構成のもとに、採用決定通知時の成立を認める方が、実質的採用決定説よりも労使双方の契約締結の意思を尊重することができる。従って、労働契約は採用決定通知時に成立する^(註17)。

註2 訴訟における会社側の主張、例えば後掲する大日本印刷事件における会社側の答弁。

註3 三島宗彦「採用内定者の法的地位」法律時報昭和46年3月号138頁、渡辺裕「採用内定取消が解雇権の濫用として無効とされ、原告の労働契約上の地位が認められた事例」労働判例研究312回ジュリスト505号135—7頁

註4 東京高裁昭和47年3月31日判決、労経速報776号11頁

註5 大阪高裁昭和48年10月29日判決、労民集24巻4・5号473頁

註6 横浜地裁昭和49年6月19日判決、労働判例206号47頁

註7 東京地裁昭和49年10月30日判決、労経速報865号3頁

註8 外尾健一「採用内定の取消」季労79号118頁、山口浩一郎「入社手続を完了し実習中の採用決定者にたいしてなされた『採用内定取消』の法的性質と解雇保護」判タイ259号107頁、下井隆史「労働契約関係における『採用内定』とその『取消』について」企業法研究166輯14頁、渡辺章「入社手続完了後の内定取消し」の労働判例117号9頁、宮島尚史「資本主義労働契約の複合的構造について」学習院法学研究年報1号161～5頁など多数

- 註9 東京地裁昭和45年11月30日判決, 労民集21巻6号1550頁
 註10 大阪地裁昭和46年8月16日判決, 労民集24巻4・5号506頁
 註11 大津地裁昭和47年3月29日判決, 判時664号18頁
 註12 有泉亨「労働基準法」94頁
 註13 渡辺裕, 前掲参照
 註14 「産業構造の変化と労働法」前掲14頁の山口発言
 註15 渡辺章, 前掲参照
 註16 宮島尚史, 前掲165頁参照
 註17 渡辺裕前掲の契約成立時期に関する旧説を修正する

四

(1)採用決定通知の発信によって成立する労働契約の法的性質について次に検討する(註18)。現在まで次のような各見解が主張されている。

I 予約説(註19)採用内定手続の実態を観察するとき、飛込式採用決定に端的に示されるように、他の採用も自由とされ、採用決定から必ずしも直接的な拘束力を発生せず、従って、原則として、採用決定は卒業後の労働契約締結の予約と考えるべきである。予約破棄の場合、採用(就労)の強制は不可能であるので、契約不履行を理由に損害賠償を請求しうる。

II 労働契約締結過程説(註20)原則として、一連の手続全体が労働契約の過程であるとみ、その根拠に、身元保証等の重要な手続が卒業後に履踐される実情を挙げる。天災事変その他やむを得ない事由がない限り、手続の進行中止に際しては、労働者に損害賠償を請求しうる。

III 採用内定契約説、⑦大日本印刷事件判決は、「将来の一定の時期(大学卒業後で昭和44年3月末日頃)に、互に何ら特別の意思表示を要することなく、XY間に試傭労働契約ともいふべき一種の無名契約が成立したものと解する」べきであると結論する。労働契約が成立しない理由に、当該事件において、Xが就職決定と認識していたとしても、Yは「内定」との文字を用い「決定」と区別した表現をしていること、すなわちXY間の採用内定の性質、効果に対する認識の差異を挙げる。

IV 労働契約説 本説は更に分岐する。

(i) 停止条件付労働契約説(註21) 卒業できることを停止条件とし、労働契約は卒業の条件成就によって効力を発生する、との見解、

(ii) 解除条件付労働契約説(註22) 卒業できないことを解除条件とし、特殊の権利義務は既に発生している、との見解、

(iii) 解除条件・始期付労働契約説(註23) 卒業後の一定期日に至り一切の権利義務の効力を発生するとの見解、

(iv) 始期付解約原因説(註24) 内定によって従業員たる地位の取得の効力が発生するが、労働履行の効力は卒業後の一定期日に発生する。卒業できないこと、地位取得に伴う諸義務への違反は労働契約の解約の原因となる、との見解、

従来の論議は、予約説、労働契約締結過程説採用内定契約説、労働契約説の四説に大別され、労働契約説が近時多数説となりつつある。しかしながら、いずれも通常の採用手続を予想して、原則として(特別の事情のない限り)説示するものであり、一般命題としてあらゆる事態を予想して主張されているものでないことに注意しなければならない。

(2) 採用内定期間における特徴は、第一に労働提供と報酬支払との双務的な基本的権利義

務関係は未だ発生していないこと、第二に、しかしながら、企業の対外的名誉・信用の維持の義務、不測時における企業の業務への協力の義務、入社後の業務のための一般的準備などが採用決定者に対して要求されること、第三に、新規卒業者の場合には卒業することが、その他一般に採用手続の履践や健康診断等による身体的精神的労働提供能力の判定などが要求されることがある。

そこで、簡単に各説を検討する。I 予約説に立つならば、本契約締結の意思表示を必要とするが、これが何らの意思表示なしに入社日＝辞令交付時になされるとするならば、格別の実益を生じない。予約説の核心である予約段階における予約の解除については、強制履行が可能であること（民法414条2項但書）、すなわち予約完結権が認められること、労働契約は、現実の労働提供の開始を成立要件とするものでなく、現実の就労以前に有効に成立することから、就労後の契約履行時における権利義務の状態が就労前のそれと異なるとしても、予約の解除が本契約の解除よりも広範囲であることにならない^(註25)。予約の効果と本契約の効果には大差がなく、予約説の実益はないといえよう。

II 労働契約締結過程説については、採用手続段階の両当事者の法的保護をはかるところに利点があるが、本契約の成立以前の段階を保護する点は本契約成立時期を早期に認めることができるならば、その方がベターであり、本説の実益はやはり無くなるといえる。

III 採用内定契約については^(註21)、前掲大日本印刷事件判決に示されているように、両当事者、とりわけ使用者側の意思の相違（本契約を締結するという意思でない点）を認定しての解釈であるのでこれを一般化することは妥当でない。ただ本契約の権利義務の発生を否定する点について停止条件説または始期付労働契約説と格別差異を生じない。

以上の三説を考察すると、採用内定について特別の法的構成を与える必要性は少なく、採用決定によってIV労働契約が成立すると結論づけて差しつかえない。そこで労働契約説中の四見解を検討する。焦点は、附随的権利義務が労働契約の内容・効果として発生することになるか、もしくはこの権利義務は労働契約締結上の信義則にもとづくものにすぎなく、この信義則違反に対しては契約締結解除の事由となしうるにすぎないか、にああ。前者の見解に立つならば、(i)停止条件説、(iii)始期付労働契約説は妥当でなくなる。また後者に立つならば、(ii)解除条件説は妥当でなくなる。

ところで、先に示した採用内定期間における権利義務の特徴はどのように評価されるべきであろうか。主要義務をはなれて附随的義務のみが独自に生ずる場合として、休職時および解約後の場合を想起することができる。しかしながら、休職時のそれは、疾病等の自己都合休職であれ事故休職であれ就業規則の労働提供を免除する事由に基く一種の労働契約の履行の態様であり、労働提供を免除するという形での消極的な労働提供を前提とし、この労働提供に伴うものとして、附随義務を生じている。休職時の附随義務は本質的に労働提供義務と切り離されている義務といえない。これに対して労働契約関係の解消後の企業秘密保持義務は、労働契約上の効果として発生するのではなく、明確な約定のもとに労働契約締結に際しての特約の内容・効果として発生する。労働契約関係の解消、すなわち労働提供義務の解消を離れて、附随的義務の一部分が残存することはない。このように、主要な義務と附随的義務は不離の関係にある。労働契約の履行期時と履行期後とを対比するとき、履行期前の両義務の関係も同様に考えられなければならない。現実の就労開始時期、すなわち労働提供義務が発生する時期の以前の段階に、附随的義務のみが独自に発生する根拠は存在しない。従っ

て、一見附随的義務の様相を呈しながらも、この義務は、労働契約締結の特約の効果と考えられるべきであり、この義務の違反に対しては契約不履行として労働契約の解約または損害賠償を求めることができる。この義務の存在の事実のみを理由に採用内定契約と理解する必要がないことはいうまでもない。

従って、採用(内定)決定は、現実の就労開始日を始期とする労働契約の締結であり、採用内定期間に、①企業の対外的名誉信用の維持などの義務、②採用手続の履践の義務という負担を発生する特約を併せ締結するものということができる。(iv)始期付解約原因付労働契約説をもって妥当とする。

註18 採用内定の法的性質に関する研究史については、山口浩一郎「試用期間と採用内定」文献研究・日本の労働法学(3)季労83号176～8頁を参照されたい。

註19 後藤清「採用内定者の法的地位」季労53号138頁(後藤教授は「採用内定についての再論」季労83号51頁で、労働契約説を原則と改説される)、恒藤武二「労働基準法」51頁

註20 有泉亨、前掲、同頁(有泉教授は、後に停止条件付労働契約説に改説されている)。

註21 本多淳亮「労働契約における採用内定と取消の法理」企業法研究166輯6頁

註22 ①森尾電機事件第一審判決

註23 ②⑥日本電信電話公社事件兩判決、外尾健一、前掲22～3頁

註24 宮島尚史「採用取消」季労59号148頁、浅井清信「採用内定と試用をめぐる法律問題」竜谷法学3巻3・4号・1頁、山口浩一郎・前掲、下井隆史・前掲・15～6頁、木村五郎「採用内定」労働判例百選(第3版)27頁など、③日立製作所事件

註25 下井隆史「採用内定の取消」労働法の判例34～5頁

五

(1)最後に、採用(内定)決定によって成立した労働契約の「取消」(いわゆる採用取消)と、現実の就労開始時期の延期(いわゆる自宅待機)の問題について考察する。

通常、労働契約が有効に成立するとき、労働契約の解消は解雇制限の法理に従う。しかしながら、現実の就労開始前後によって解雇の法理の適用に差異があるかどうか、すなわち労働契約の履行時に使用される解雇制限の法理が、労働契約の履行前の段階で修正されるか否か、より大幅が解雇権が認められることになるであろうか。労働契約の効力は始期の到来によって発生するものであり、就業規則の適用もまた始期の到来に俟たなければならなくなる。労働協約の適用もまた同様である。

従来判例に現われた採用取消の理由の事例は次の如くである。(i)小児麻痺後遺症の故の身体上の不適格(①⑤事件)、(ii)反戦青年委員会に所属しデモ時の逮捕、起訴猶予処分を受けたこと(②⑤事件)、(iii)グルーミーであるとの性格上の欠点(⑦事件)、(iv)在日朝鮮人たる本籍・氏名の詐称(③事件)、(v)研修制度に反対し逮捕されたこと(④事件)の5例である(近時問題とされている採用取消は不況に伴う人員削減という経営上の経済的理由による)。裁判所は、(i)事例については、現場作業員として不適格とすることは相当でなく、「解雇権の濫用として無効」と判示する。(iii)事例については、取消の理由自体が不合理であり、「取消すべき理由」なき「取消の意思表示は効力を生じない」と判示する。(iv)事例についても、「氏名」・「本籍」を詐称し、その結果、会社は本人が在日朝鮮人であることを知ることができなかつたとしても、採用拒否に値するほどの不信義性を認めることはできず、また、会社が採用取消の名のもとに解雇し、その後懲戒解雇した真の決定的理由は、在日朝鮮

人であること、すなわち「国籍」にあったと推認せざるをえず、「客観的合理的で社会通念上相当な場合」に限定されている解雇事由・その行使の範囲を越え、許されないと判示する。他方、(ii)事例については、第1審は、反戦青年委所属、デモ参加、逮捕・起訴猶予処分を受けた事実をもって、公社の職員としての不適格を免職事由とする就業規則に該当せず、採用取消は無効であると判示したが、第2審は、公社の職員として稼働させた場合業務が具体的に阻害されるとの公社の判断はやむえず、憲法第14条・民法第90条に違反せず、採用取消は無効といえないと判示する。(v)事例についても、東京都の公務員としての適格性を欠くことを疑うに足りる相当な理由があり、始期付採用行為の撤回処分は公益上必要性がある処分であると判示する。

このように、判例には、解雇制限の法理を用いる見解(①②③⑤⑦事件)、労働契約関係は未だ発生していないことから憲法14条民法90条を用いる見解(⑥事件)、地方公務員法29条の2に照らし、職員採用の期待的地位を剝奪することを正当化するに足りる公益上の必要性の有無の観点から判断すべきと構成する見解(④事件)とが現われている。

学説では、Ⅰ予約説、Ⅱ締結過程説は、客観的に合理的でない採用取消に対しては損害賠償を請求できるにすぎない。Ⅳ労働契約説中、(i)停止条件説 (iii)始期付労働契約説は、未だ労働契約の効力は発生していないので就業規則・労働協約の規定に従い解雇制限をなすことができない。従って、⑥事件の示すように、思想信条・国籍などが実質的な取消理由となっている場合には憲法14条、過去の組合活動などが理由となっている場合には憲法28条を根拠に民法90条(公序良俗違反による無効)として、その他の場合には民法1条2項(信義誠実の原則)、三項(権利濫用の禁止)90条に規定する私権行使の原則に照らして判断されることになるであろう(註26)。

他方、(iv)始期付解約原因説によれば、約定された解約原因に該当するか否かによって判断され、実質的には解雇制限の法理の適用をうけると大差を生じない。

(2) ここで、採用内定の取消理由をみると、判例の各事例に現われているように、きわめて多種類のものがその都度挙げられらる。簡単に整理すると、次のような理由が考えられる。

- (i) 新規卒業予定者の場合、卒業しないこと
- (ii) 採用手続と履践しないことならびに健康診断などの2次的な判定手続に否定的判定をうけること
- (iii) 採用手続を真正に履践しないこと、採用手続時の諸書類に虚偽の記載をしたり、虚偽の申告をすること。経歴詐称の多くの場合が当たる(③事件)
- (iv) 事後的に会社が身体上・精神上の能力不適格を知りえたとき(①⑤⑦事件)
- (v) 対外的な会社の名誉・信用を低下させる行為を行ったとき、ならびに入社後の会社の業務を阻害する行為を行うことが容易に予想されるとき(②④⑥事件)
- (vi) 会社の非常時(自然災害時など)に通常予想される信義則上の協力義務を果たさないとき
- (vii) 会社の経営上の理由によるとき。現今の不況や会社の経営規模の縮小などの経営的理由によって契約の履行に事情変更を余儀なくされるとき、など。

(i)~(vi)は労働者側の事情により、(vii)は使用者側の事情による。しかしながら、この予想される採用内定取消の理由は、全て一様に考えられるべきものでない。(i)は絶対的な取消理

由となるが、過去の大学斗争激化の折の六月卒業という事情の下で六月入社を産業界が認めた例もあり、必ずしも3月卒業を絶対的に要求されるものでない。ともかく、(i)(ii)(iv)～(vi)の各取消理由は、労働契約の効力の発生に伴う、就業規則・労働協約の定めに従う解雇の理由としてでなく、労働契約の効力の発生の前段階の締結された労働契約の解約理由として考えられる。従って、これらの解約理由は労働契約の締結に際して、契約効果発生前の解約理由として慣習上特約されているものである。そして、この解約理由を具体的事案に適用するに際しては、解雇事案と同様に、使用者側に与える損害が具体的客観的に認められること、解約が妥当であることが必要であり、かような具体性・客観性・妥当性を欠如する約定解約権の行使は権利の濫用として無効と考えられるべきである。

(iii)の取消理由は、法的には、解約理由と考えられるべきでない。約定解除(解約)の場合を除き、私法上契約を取消しうる場合は、無能力者の意思表示又は瑕疵ある意思表示(民法120条)、すなわち詐欺又は強迫による意思表示(民法96条)の場合であり、法定原因として契約を解除しうる場合は、債務不履行(民法541条、543条)、による場合、事情変更の原則の適用をうける場合である。採用手続上の虚偽の申告は、これが詐欺に当たる、すなわち、この虚偽の申告が信義則(民法1条2項)・公序良俗(民法90条)に照らして許されず、これがなければ契約を締結することがなかったであろうと合理的に考えることができるとき、取消の原因・理由となしうる。

さらに、使用者側の事情変更を原因とする解約については、事情変更の原則の適用が認められるための四要件、(1)契約成立当時その基礎となっていた事情が変更すること、(2)当事者の予見した、または予見しうる事情変更であること、(3)事情変更が当事者の責に帰することができない事由によって生じたこと、(4)事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること、が充足されなければならない^(註27)。この要件が充足されたとき、事情変更の法理の適用の効果として、契約の解除権を取得し、または変更した事情に応じて契約の内容を修正することができる^(註28)。

採用(内定)決定後、始期=就労開始に至る期間中に、天災などの自然的障害によって、あるいは1929年のような恐慌の突発的進展によって、経営上の危険(Betriebsrisiko)を回避する目的の下に事情変更が認められうることは一般的に肯定できる。そこで、現今の如き不況(地方公共団体の人件費増大に伴う財政硬直化、私企業における利潤率の低下)を理由に、事情変更の原則の適用が許され、契約の解除(採用取消)または契約の内容=始期の改訂(採用延期)が許されうるかが問題とされなければならない。

現今の事態は、1973年末の石油危機以降次第に進展してきたものであり、各会社・公共団体はこの事態の認識のもとに人員採用計画を立て、私企業の多数は7月以降、公共団体の多数は10月以降採用(内定)決定を行ってきた事実が存在し、これ勘案するとき、今回の事態に安易な事情変更の原則を適用し、採用取消・採用延期を認めることは許されない。

また、事情変更の原則の適用が抽象的一般的に認められるとしても、次に、採用取消・延期を含めた解雇・一時解雇の措置の必要性・解雇・一時解雇の対象者選択基準(人員整理基準)の妥当性、具体的選択の妥当性が問題となる^(註29)。このような各個の個別的判断を行うことなく、採用決定者のみを他の労働者と切り離して一方的に契約の解除・修正を行うことは、すなわち未だ就労開始期日を迎えていない労働者のみを犠牲にして経営危険を回避することは、たとえ事情変更の原則の適用が許される場合であるとしても、契約の解除・修正の

効力を発生するということとはできないといわなければならない。

註26 下井隆史・前掲第一論文，16～7頁は、「内定取消」も解雇であり，労基法3条・労組法7条1号および解雇制限の一般理論の保護をうけると主張される。

註27 五十嵐清「契約と事情変更」152～4頁，我妻栄「債権各論上巻（民法構義V₁）26～7頁

註28 五十嵐清・前掲・16～5頁，我妻栄・前掲・27頁

註29 小西国友「解雇の自由（三）」法学協会雑誌86巻11号1264～70頁