

選抜における公正の法的論点

三井 正信

(広島大学名誉教授)

組織においては構成員の参入・配置・退出をめぐる複数人（場合によっては多数人）がかかわることになるため必然的に一定の選抜が行われざるを得ず、雇用の場である企業においてもしかりといえる。その場合、問題となるのは、雇用あるいは人事をめぐる選抜については企業（使用者）が自由になし得るのか、それとも一定の法的制限があり法的なチェックがかかるのか、法的な制限がある場合、それはどのようなものでどの程度の範囲に及ぶのか、そしてそのような制限は固定的なものなのか、それとも近年の雇用社会を取り巻く大きな社会的経済的変化のなかで変容しつつあるのかである。本稿は以上について労働法的見地から総合的に検討を加えるものであり、従来の状況を踏まえつつ、現在注目を集めてきている「公正」に着目して採用に始まり配置・配転・出向・昇進・昇格など各種の選抜をめぐる法的コントロールのあり方を考察し、併せて今後の展望を試みるものである。

目次

- I はじめに
- II 予備的考察
- III 変化とその諸要因
- IV 「公正」の観点からの選抜に対するコントロール
- V おわりに

I はじめに

民法は623条で雇用に関し「雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる。」と規定している。民法は原則として個人間での契約を想定しており、この雇用に関する規定も同様に解してよいであろう。しかし、現在においては、雇用は個人間ではなく企業という組織において集団的に展開されることがむしろ通例であり、労働

基準法も労働契約法もこれを踏まえ雇用の組織的集団的性格を法規制の前提としているように思われる。

実際に、労働契約の締結・展開過程をみても、企業組織への組入れを意味する募集・採用や入社に始まり、組織内での人員の配置・位置づけである配属、人事異動、昇進・昇格、そして組織からの退出である退職や解雇など、いずれも組織的集団的性格を踏まえた人事制度に従って行われるものとなっている。その際、これら一連の人事に関しては多くの人々にかかわるため必然的に一定の選抜ないし選択・人選（以下、選抜と表記する）が行われることになる。募集・採用にあたっては応募者のなかから採用・入社予定の者が選抜され、配属や人事異動にあたっては複数人のなかからあるポストに就く者が選抜され、昇進や昇格にあたってはそれらの枠や役職に限りがあるため選抜がなされる。また、企業組織における配置・位

置づけの前提として人事考課・査定がなされ、これらも必ずしも絶対評価ではない（場合によっては、相対評価のこともあり得る）ので、評価にあたっては（評価枠へのあてはめをめぐって）一定の選抜がなされることになる。組織からの退出である定年制は年齢が基準となっており一律平等であるが、整理解雇の場合には一定の基準が設けられそれに従って被解雇者が選抜される。また、かつては（2013年改正までは）高年法に基づく定年後の再雇用の場合にも労使協定で設けられた基準に基づいて選抜がなされるケースが多くみられた。

要は、組織においては構成員の参入・配置・退出をめぐり複数人（場合によっては多数人）がかかわることになるため必然的に一定の選抜が行われざるを得ず、雇用の場である企業においてもしかりといえる。その場合、問題となるのは、雇用あるいは人事をめぐり選抜については企業（使用者）が自由になし得るのか、それとも一定の法的制限があり法的なチェックがかかるのか、法的な制限がある場合、それはどのようなものでどの程度の範囲に及ぶのか、そしてそのような制限は固定的なものなのか、それとも近年の雇用社会を取り巻く大きな社会的経済的変化のなかで変容しつつあるのかである。

本稿は以上について労働法的見地から総合的に検討を加えるものであり、従来の状況を踏まえつつ、現在注目を集めてきている「公正」に着目して各種の選抜をめぐり法的コントロールのあり方を考察し、併せて今後の展望を試みるものである。

II 予備的考察

1 労働契約の基本的性格と企業コミュニティ

労働者は使用者と労働契約を締結して労働を行うことになる（労働契約法6条）。そのような労働契約の特色として、①人的・継続的性格、②組織的・集団的性格、③白地的・弾力的性格、④使用者の優位性の4点を挙げることができる¹⁾。つまり、労働契約においては、力に優位する使用者の指揮命令下で労働者が労務を提供するが、そのよ

うな労務提供は通常長期にわたり継続して企業組織内で集団的性格をもって行われ、労働契約の内容や労働条件、労働者の職務や地位も長期の間に柔軟に変動せざるを得ないのである。

さて、労働者の雇用が展開される企業は、従来、わが国においては大企業や中堅企業を中心として株主だけではなく従業員（労働者）をはじめとする関係者の利益にも目配りし配慮した共同体ないし利益共同体（コミュニティ）をなしストックホルダーモデルではなくステイクホルダーモデルのコーポレート・ガバナンスに支えられていた。特に、従業員（労働者）は雇用社会に広く普及・定着した終身雇用制（長期雇用システム）と年功的処遇（ちなみに、これに企業別組合を加えたものが三種の神器と呼ばれる日本の雇用慣行を形成していたのであり、企業別組合が労働者の利益、特に雇用と労働条件の保護を企業の状況に応じてきめ細かく支えていたことはいうまでもない）のもと共同体のメンバーとして定年まで安定した雇用と生活を維持しつつも（それと引き換えに、いわば質と量の両面にわたって無定量ないし無限定ともいえる形で）職種・職務・業務や勤務場所を限定することなく（ルーティン人事も含め、企業のメンバーとして）配転などの人事異動によりさまざまな職場や仕事・職務を経験するとともにOJTを含む企業内教育・訓練を繰り返して特殊企業的能力を身につけ、徐々に昇進・昇格を行っていく（多くの場合、コミュニティのトップである経営層は従業員のなかから昇進したもので占められる傾向にあった）。先に示した労働契約の諸特徴もこのようなコミュニティにおけるワーキングライフの展開を契約という側面から観察したものとといえるだろう。

さて、労働者は定年までの安定した雇用と年功的処遇（したがって、それらに依拠した安定した生活）という利益を保持し（そして、企業別組合によってかかる利益を保護・強化され）つつも、コミュニティでの長期のワーキングライフの展開過程において多くの場面で選抜に遭遇し、かかる選抜においてはこれまでは（労働者の無定量さ・無限定さに対応して）使用者が大きな裁量をもつと考えられてきた。また、共同体への参入をめぐっても長期にわたるコミュニティのメンバーシップ

の付与という側面から応募者のなかから誰を採るのかにつき厳しい吟味（選抜）がなされることになるが、それについてもこれまた使用者が大きな裁量をもつとされた。企業は構成員にとっては利益共同体であるとはいうものの、ある意味で閉じた共同体であって、使用者は共同体の運営をめぐる大きな（しかも、一定透明性を欠く）権力を持っていたのである²⁾。

しかし、社会学的ないし経営学的観点から見て企業は共同体であるといっても、そして使用者がいくら大きな力を持つといっても、労働者と企業ないし使用者の関係は法的にはあくまで労働契約に基づく契約関係であって、そこには一定の法的ルールなり制限・限界があり得ることはいうまでもない。ではそれはいかなるものであったのか。

2 労働契約法理の特徴

個別的労働関係法の基本法である労働基準法は強行法ではあるが労働者保護の観点から労働条件の最低基準を行政監督と刑罰によって使用者に遵守せしめようとする労働保護法としての性格が強く、労働契約の成立・展開・終了を規整する重要なルール（の多く）を欠いていた。そこでそれを補うべく最高裁を中心に裁判所が労働契約の成立・展開・終了をめぐる労働契約法理という一連の判例法理（判例のルール）を形成・展開してきた。その特徴は、日本的雇用慣行の核をなす終身雇用制と年功的処遇を考慮に入れて法理形成がなされたという点にある。終身雇用制のもとでは中学・高校・大学などの新規卒業者を定期採用して定年まで雇用を維持することが基本ないし原則となるが、その反面、中途採用は極めて例外的であり（これは労働者の再就職の困難性が存するということを意味する）、また、年功的処遇のもとではたとえ労働者が中途採用されても賃金が大きく低下することになるため、労働者が解雇されると再就職や賃金の面で大きな不利益が生じることになる。判例は、これを考慮して、民法627条1項が規定する解雇自由の原則にもかかわらず解雇権濫用法理（現在では労働契約法16条で確認されている）を展開していき、解雇の有効性につき合理性のテストと相当性のテストでもって厳格な判断を

行い労働者の雇用保護を図ってきた（日本食塩製造事件・最二小判昭50・4・25民集29巻4号456頁）。そのかわり、人事考課・査定、配属・人事異動、昇進・昇格、業務命令、労働条件の決定・変更（就業規則の作成・変更）については使用者の大きな裁量を認めつつ例外的に権利濫用法理や合理性のテストでかかる裁量に歯止めをかけるという方向をとった（例えば、配転に関し、東亜ペイント事件・最二小判昭61・7・14判時1198号149頁、就業規則の不利益変更に関し、秋北バス事件・最大判昭43・12・25民集22巻13号3459頁）。つまり、労働契約法理は、一方でそのなかに労働者雇用安定化機能を組み込みつつも他方で使用者裁量権容認機能を承認したのであり、いわば両者はギブ・アンド・テイクないしトレード・オフの関係に立っていた。敷衍すれば、労働者はクビにはならない代わりに使用者が行う業務命令や人事異動や労働条件の不利益変更には原則として従いなさい（即ち、原則として使用者のいうことは聞きなさい）という構図がみられたといえる³⁾。これは労働者は共同体のメンバーの一員として定年まで雇用を維持しつつ職務等に関して企業内で多様な経験を積んでいくということが原則になるという企業コミュニティの性格に合致ないし適合したルールであり、昭和の高度経済成長期に形成されて以降、法実務や企業実務の基礎をなしていた。したがって、各種の選抜の場面において使用者は原則として大きな裁量を有することを法的に承認され、かかる裁量の前では労働者は極めて例外的にしか異議申立てを行うことができなかった。

また、採用は、企業にとってはまさに共同体のメンバーを選抜する（メンバーシップを付与する）ことを意味し、したがって（ある意味で共同体の死命を制する）重要事項故に厳格かつ慎重に行われたが、その判断については企業に大きな採用の自由（裁量）が認められた（三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁⁴⁾）。その根拠として挙げられたのが憲法22条1項の規定する職業選択の自由に内包される営業の自由と憲法29条が保障する財産権からなる企業の経済活動の自由である。そして、先に触れた労働契約法理における使用者裁量権容認機能が承認される根拠も同

様に使用者の経済活動の自由に存すると考えてよい。

3 選抜の裁量をめぐる制限

以上みたように使用者は企業運営にあたり各種の場面において労働者を選抜する大きな裁量を有するとはいえ、使用者は労働者に比して社会的経済的に大きな力を有しており（したがって、企業は社会的権力といってよく）、これに対しては労働者保護の観点から一定の制約ないし制限が必要となる。そこで、採用に関しては、法律により最低年齢規制（労働基準法56条1項）や性・障害・年齢による差別禁止（男女雇用機会均等法5条・7条、障害者雇用促進法34条、労働施策総合推進法9条）がなされている。採用後の各種選抜については、国籍・信条・社会的身分を理由とする差別禁止（労働基準法3条）、性・障害による差別禁止（男女雇用機会均等法6条、障害者雇用促進法35条）がみられる。基本的に憲法14条が保障する法の下の平等をはじめとする平等原則が規制原理となっているといえる。また、採用後の各種選抜にあたっては使用者が裁量権を逸脱・濫用した場合においては権利濫用となるのであり、極めて例外的であり狭い余地しか存しないとはいえ一応は法的制約に服したといえる。

ただ、法的制限ではないが、ここで注目しておかなければならないのは「平等」という観点である。企業における労働者の各種人事の基礎をなす人事考課・査定については使用者が大きな裁量を有するとはいえ、日本的雇用慣行のもとでは年功的処遇が基調となっており、その意味で労働者にとって一定「平等」となっていたともいえる。また、ルーティン人事と称される配転についても使用者が大きな裁量を有し労働者にとってはいわば日常茶飯事となっていたが、これも見方を変えれば従業員はみんな「平等」に定期的に異動することが原則であり、いわばそれが一律「公平」な人事処遇となっているともいえた。そして、昇進に関しては、わが国の企業においては「遅い選抜」が特徴となっていた。確かにどのポストに誰を就けるかについては使用者が大きな裁量を有するものの、昇進自体は入社後の遅い時期にまで引き延

ばされるとともに、昇進にあたっては年功や入社年次が考慮され、高度経済成長期においては、例えば課長昇進は同期一斉に行うというような企業も多くみられたのである。定年制についても労働者各人の属性や能力にかかわらず一律年齢のみで退職となるという点で「平等」な制度となっていると評価できよう。このように企業コミュニティにおいては、これまでは「平等」（ないしは「公平」ということが事実上重視されてきたといえる。しかし、いまだ必ずしも使用者は「公正」に裁量権を行使したり人事処遇を行ったりすべきであるという発想は存しなかったように思われる。

III 変化とその諸要因

1 変化の予兆——公正評価義務をめぐる問題

1990年代に入って従来の年功的処遇（年功賃金ないし職能給制度の年功的運用）に代わって年俸制に代表される成果主義賃金制度（成果主義人事制度）が企業において徐々に普及するようになる。バブルがはじけて経済が長期にわたって停滞するとともに、インターネットや情報通信技術の発展などにも支えられて経済のIT化・グローバル化が進展し世界規模で経済競争が拡大・激化することで企業は厳しい経済の荒波にさらされるようになった。このような状況下、ホワイトカラーも生産性を向上させ一定の具体的成果を上げることが求められるようになり、加えて企業は団塊の世代の中高年を数多く抱えコスト高となる従来の年功型の賃金処遇を維持できなくなってきた。そこで多くの企業で広範に目標管理制度が導入され、それとリンクする形で年俸制に代表される成果主義賃金制度が急速に普及してきた。つまり、従来のように勤続年数や年齢に応じて処遇するのではなく、顕在化した能力や成果に応じて個人ごとに賃金額が大きく変動するシステムが注目されたのである（賃金の個別化）。人事における能力主義の到来ともいえる。

さて、従来のわが国の賃金体系は職能資格制度と結びついた職能給が主流をなしていた。これは

労働者の潜在的能力の重視を建前とするが、実際には年齢や勤続年数が増加すれば能力も増加するとして年功制的に運用されてきた（賃金処遇の集団主義的傾向）。とはいっても、使用者は、年功的処遇を基調としつつ、やはり同期入社のもの間でも、①潜在的職業能力、②業績、③情意（やる気や協調性など）を評価項目とする人事考課・査定を行い賃金に格差を設けるのが通例であった。この場合、特に①、③の項目が重視された（ちなみに、そのなかでもとりわけ③の項目が大きな比重を占めていたが、これは基準自体が極めて曖昧であり客観性を欠いていたといえる）。このような使用者の人事考課・査定権は、使用者が労働契約の締結に基づき契約内容として取得する一方的裁量権であって、これに対する法的コントロールのあり方は、使用者に人事考課・査定に関する広範な裁量権を承認しつつ、例外的な場合にのみ考課・査定権の権利濫用を理由として労働者に不法行為に基づく損害賠償請求を認めるというものであった（門司信用金庫事件・福岡地小倉支判昭53・9・28労判313号57頁、安田信託銀行事件・東京地判昭60・3・14労判451号27頁）。

しかし、このような法的コントロールのあり方では90年代にはじまる新たな状況に対応できなくなってきた。成果主義賃金、特に年俸制の場合は労働者が上げた成果や業績によって賃金額が大きく（そして、シビアに）アップ・ダウンすることになるため、賃金決定の前提となる使用者の人事考課・査定は「公正」に行われる必要がある。また、評価をめぐってこれまで通り使用者が大きな裁量を有するのでは、合意と交渉に基礎を置く目標管理制度にも合致しない。そこで、学説は、使用者が年俸制を採用する以上、その前提として使用者は信義則上労働者の能力を公正に評価すべき公正評価義務を負うと説くようになった。その具体的内容としては、客観的で明確な評価基準の策定・公表、公正な評価（評価基準への当てはめ）、評価の根拠となる資料・情報の提示と説明、労使で評価が食い違った場合の紛争処理システムの整備などを挙げることができる。これにより、従来、使用者の裁量「権」と考えられてきたものを「義務」に転換することで裁量の幅を大きく縮減

し人事考課・査定に一定の法的コントロールを加えることが可能となるのである。ここでは労働者各人に能力や業績に差異があり、それに基づいて個人ごとに年俸額（処遇）が大きく異なり得ることを前提に、（したがって、平等ないし公平な処遇ではなく）あくまで「公正」さが求められる。年俸制なり目標管理制度なり公正評価義務をめぐってのキーワードは、客観性、透明性、納得性であり、もはや従来のように使用者の裁量に対し労働者が納得せず不満であっても我慢せざるを得ない（我慢しなければならない）し、その根拠や説明を求めることもできないという状況が改められる必要が生じたのである。これにより現在では「公正」が広く注目されいわば雇用をめぐるトレンドとなったといえる。

なお、目標管理制度や資料・情報の提供、説明の必要性ということを見ると評価にあたり「能力」を問題とする場合、評価をめぐる労使のオープンな話し合いが可能となるためには一定の手続が必要とされ重要となる点に留意する必要がある。評価を合意によって決する場合のみならず、たとえ最終的に使用者が一定の裁量ないし決定権を有する場合でも、評価をめぐり適正な手続を行うことが透明性の確保や労働者の納得につながり「公正」に資することになるといえよう。また、ことが「公正」にかかわる以上、本項で述べたことは、考課・査定や評価に限られずに、（それを前提ないし基礎になされる）昇進・昇格や人事一般に関して選抜が問題となるような場合においても基本的に同様に妥当するのではないかと考えられる⁵⁾。

2 日本の雇用慣行と企業コミュニティの変容

企業コミュニティの契約ルールである労働契約法理の基礎をなす日本の雇用慣行は昭和の高度経済成長期に形成され完成をみたものであるが、1990年代以降現在に至るまで、日本の雇用慣行およびそれを取り巻く社会経済環境は大きく変化してきた。特に、キャッチアップ型経済からフロントランナー型経済への移行、情報化・AI化とサービス経済化、経済のグローバル化と不透明化・長期停滞、経済競争の激化などの経済的変化

を踏まえ、労働力の流動化の進展や非正規労働者の増加（ないしは雇用の柔軟化）と終身雇用の縮小ないし崩壊、年功的処遇の後退と成果主義・能力主義の進展、労働条件の個別化、専門職化ないしスペシャリスト化の強化、職務に関するメンバーシップ型からジョブ型への転換、勤務形態や雇用形態の多様化・複雑化など雇用システムにも変化がみられる。特に、日本の雇用慣行の変化は労働契約法理にも変容をもたらす可能性を有しており、また、変化にともなって転職や職種・賃金決定をめぐって労働者の能力が問題となり賃金・労働条件の決定には個別合意（労働契約）が重視されるという動きが生じたが、これは使用者が大きな裁量を持つという状況を改める方向に作用することになる（したがって、労働者が納得のいく形でできる限り合意を尊重し「公正」に諸問題を決することが重要となろう）。

以上の影響は企業コミュニティに対しても重大な変容をもたらすものである。しかも、高度経済成長期においては男性正社員が企業コミュニティの一員として労働を行いその賃金で家族を養いつつ配偶者である妻が家事・育児等の家庭責任を担うとの（性別役割分担の）基本構図が社会において広く一般的にみられ、それを前提に労働者は家族帯同の転居をとまなう転勤を含め広範な配転・人事異動に服したのであるが、現在では、男女共同参画の掛け声のもと男女雇用平等と女性の職場進出が進み夫婦共稼ぎ（共働き）が当たり前であり、家庭責任も男女が夫婦で分担して負うことが当然となっている。このような状況においては労働者は企業内で広範に配転など人事異動を繰り返し（それにとまなう家族も転居・転校など生活スタイルを変え）その選抜につき使用者が大きな裁量を有するという人事のあり方や法理も時代にそぐわなくなっている。私生活重視の傾向やワーク・ライフ・バランスの理念の尊重（労働契約法3条3項）もかかる方向を後押しする。また、企業は現在男性正社員ばかりではなく、女性、外国人、高齢者、障害者、非正規従業員など多様な構成員を抱えつつあり、かかる多様化は職種・雇用形態・雇用期間・（賃金・労働時間などの）労働条件等について各人それぞれ（各人各様）であ

るという事態をもたらし、やはりそれに応じて使用者の裁量の縮減と個別合意の役割の重視が問題となる。その際、構成員の処遇をめぐっては（依然として憲法14条や実定法上の平等規定・差別禁止規定を遵守すべきことは当然であるとしても）もはや（一般的なあるいは共同体的な意味での）「平等」ではなく「公正」さが焦点となろう。そして、企業コミュニティはかつては外部に閉ざされたいわば閉鎖的な共同体であったが、企業が大きな社会的存在になる（したがって、影響力も大きくなる）とともにその社会的責任が重要視され、企業がそのなかに存在している市民社会との接合や風通し（したがって、市民社会のルールや常識に従い社会の信頼を裏切らないことと一定の透明性を確保すること）も求められるようになってきている（そうすると、必然的にコミュニティ内部の風通しのよさや透明性も問題となろう）。コンプライアンス（法令遵守）やCSRが問題とされる。男女共同参画や女性活躍推進や障害者雇用をはじめそれにはとまらない各種の企業情報の開示も一般に重視される傾向にある。これもオープンでフェアな企業運営・企業活動がなされているのか、言い換えれば社会に開かれた企業が社会において「公正」な活動を行っているかの一一般の関心の表れであるといつてよい⁶⁾。

3 憲法27条1項の要請

既に述べたように、労働契約のルールである労働契約法理においては解雇権濫用法理を核とする労働者雇用安定化機能と採用・人事・業務命令・労働条件の決定・変更に関する使用者裁量権容認機能がトレード・オフの関係に立っている。では使用者裁量権容認機能が縮減すれば、それとの関係で解雇権濫用法理が緩められ雇用保障も縮減すべきこととなるのであろうか。そうではないであろう。実際にはあまり言及されることはないのだが、解雇権濫用法理は憲法27条1項の労働権保障を民法1条3項（現在では労働契約法16条）を用いて私人間に間接適用することを意味する。通常、労働者は労働権を行使する場を私企業に求めそこにおいて長期にわたり継続してワーキングライフを展開する。それゆえ、労働権保障の観点か

らは（終身雇用制や長期雇用システムも考慮に入れ）従来は専ら雇用保障（濫用的解雇からの保護）が問題となってきたのだが、近年においては、それのみを考えるのでは狭いのではないか（つまり、不十分ではないか）と考えられるようになってきた。成果主義賃金、特に年俸制のもとにおいては労働者の顕在化した能力が年俸額を具体的に左右することになるが、成果や業績を生み出す労働者の能力はいわば労働者の財産であることになる。そして（たとえ成果主義賃金システムが採られてはいなくても、一般的にいつ）かかる労働能力はいうまでもなく労働者が労働を行うことの基礎をなすものであり、労働権に直結するのである。したがって、使用者は労働者の雇用の安定を図ることのみならず（加えて）信義則上労働者の能力を尊重配慮することが求められよう。そうすると、今後は、（そして、特に成果主義賃金が問題となる場合には）、労働受領義務（労働者からみれば就労請求権）、（セクハラ・パワハラ防止にとどまらず広く労働者が能力発揮できるような職場環境を整えるべき）職場環境配慮義務、（能力が発揮できるような職に就けるといふ）適職付与義務、職業能力開発協力義務などが信義則を媒介として使用者の義務として導き出されるべきであろう。このなかで特に注目すべきが労働受領義務と適職付与義務である。労働者の労働権を私人間でも尊重配慮するためには労働者をその能力にふさわしいあるいは能力を発揮することができる職に選抜して就け実際に働かせなければならない。確かに、使用者は人事配置（配属や配転）につき一定の裁量（人事権）を有することは否定できない。しかし、それをめぐる選抜は労働者の労働権保障の観点から制約を受けざるを得ないのである。いわば企業の経済活動の自由と労働者の労働権の適切な均衡を図ることが問題となるのであり、その際の判断の基礎となるのが労働者の能力を「公正」に評価し尊重したのかということになる。そして、単なる人事配置のみならず昇進・昇格についても使用者の裁量が大きく働くとはいえ労働者の能力評価（人事考課・査定）を一定程度基礎とするものであり、基本的に同様に考えるべきであろう⁷⁾。

また、近年、憲法27条1項の保障する権利を

労働権としてではなくより広い視点からキャリア権と捉えようとする発想が強くなってきている。転職の増加（労働力の流動化）傾向などを踏まえると、現代においては一企業における雇用の保障よりも（トータルでみた）職の保障が労働者にとって重要となることから、憲法27条1項は労働者の生涯におけるキャリアの展開を支えサポートする権利であると捉え直すのである。かかる発想によれば転職や自営等も含め広く職業生活全般を視野に入れて問題を考察することになるが、とにかく労働者がある企業で労働している場合にはその企業で実際にキャリアを形成・展開していくことが保障されねばならないことになる⁸⁾。キャリアを磨くことは職業能力・経験を磨くことでもある。そうすると労働能力の尊重に関して述べたことが基本的に同様に妥当し、それを補強する。実際、実定法においてもかかる方向性が示されるに至っている。2018年に改正され労働政策の基本方針を示す雇用対策法が名称変更された労働施策総合推進法は同法の基本理念を提示する3条1項において「労働者は、その職業生活の設計が適切に行われ、並びにその設計に即した能力の開発及び向上並びに転職に当たつての円滑な再就職の促進その他の措置が効果的に実施されることにより、職業生活の全期間を通じて、その職業の安定が図られるように配慮されるものとする。」と規定してキャリア権的発想の重要性を説いており、これを受けてその2項は「労働者は、職務の内容及び職務に必要な能力、経験その他の職務遂行上必要な事項（以下この項において「能力等」という。）の内容が明らかにされ、並びにこれらに即した評価方法により能力等を公正に評価され、当該評価に基づく処遇を受けることその他の適切な処遇を確保するための措置が効果的に実施されることにより、その職業の安定が図られるように配慮されるものとする。」と規定して労働者の能力評価や処遇が「公正」になされるべきことを掲げている点が注目される。確かに、これらの規定はあくまで基本理念を宣言するにすぎずどこまで実効性を有するかは明確ではないが、実定法に規定されたことの意味は大きく、その趣旨ないし精神が（権利濫用の禁止、信義則、公序良俗違反、ある

いは不法行為などの一般条項を通じて)能力評価や人事措置をめぐる選抜等の場面で考慮・斟酌され法的に機能することは十分にあり得るところである。

なお、以上で述べた「公正」ということは、能力評価や人事配置、あるいは昇進・昇格をめぐる選抜の制約原理となるのみならず、採用をめぐっても制約原理として作用しうるのはないか。労働者が労働権ないしキャリア権を行使しようとするれば、通常、まずとりあえずは私企業に職を求めなければならない。企業により採用され入社するというプロセスを経ることによって労働者の権利が実際に行使され憲法 27 条 1 項が具体化するのである。とすると、募集・採用には、単に企業が経済活動の自由に基づいて誰にコミュニティのメンバーシップを付与するかを決するという側面のみならず、労働者に労働権ないしキャリア権を具体的に行使する(即ち、権利を実効化する)場(あるいは端緒ないしきっかけ)を付与するという側面も存することになる。そうすると採用にあたっては企業には労働者の職業能力や労働権・キャリア権に対する尊重配慮が求められ、それを踏まえた選抜がなされることが要請されるといえよう。

4 信義則の要請

従来は契約が成立すれば当事者間に権利義務が発生するが、成立前には発生しないと考えられていた。しかし、ひとたび契約交渉が開始されれば契約締結前であっても当事者間に信義則が適用され、交渉相手の信頼を裏切らないようにすることが問題となる。例えば、契約締結直前に契約締結が確実であると思われる段階にあるにもかかわらず契約を締結しなかった場合に契約締結上の過失の法理に基づき信義則に反するとして契約交渉の相手方に損害賠償を行わなければならないとされたケースがそうである(マンション分譲交渉破棄事件・最三小判昭 59・9・18 集民 142 号 311 頁)。労働法の領域においても契約締結前に信義則が妥当するケースが存しており、内定直前の内々定取消しが信義則違反を構成するとされた例(コーセーアールイー(第1)事件・福岡高判平 23・2・16 労経速 2101 号 32 頁、コーセーアールイー(第2)事

件・福岡高判平 23・3・10 労判 1020 号 82 頁)がみられるが、ここで注目すべきは採用(選抜)過程における労働者の真実告知義務をめぐる議論である⁹⁾。例えば、メッセ事件・東京地判平 22・11・10 労判 1019 号 13 頁は「雇用関係は、労働力の給付を中核としながらも、労働者と使用者との相互の信頼関係に基礎を置く継続的な契約関係であるといえることからすると、使用者が、雇用契約の締結に先立ち、雇用しようとする労働者に対し、その労働力評価に直接関わる事項や、これに加え、企業秩序の維持に関係する事項について必要かつ合理的な範囲内で申告を求めた場合には、労働者は、信義則上、真実を告知すべき義務を負うものというべきである」と、また、KPI ソリューションズ事件・東京地判平 27・6・2 労経速 2257 号 3 頁は「企業において、使用者は、労働者を雇用して、個々の労働者の能力を適切に把握し、その適性等を勘案して労働力を適切に配置した上で、業務上の目標達成を図るところ、この労使関係は、相互の信頼関係を基礎とする継続的契約関係であるから、使用者は、労働力の評価に直接関わる事項や企業秩序の維持に関係する事項について必要かつ合理的な範囲で申告を求め、あるいは確認をすることが認められ、これに対し、労働者は、使用者による全人格的判断の一資料である自己の経歴等について虚偽の事実を述べたり、真実を秘匿してその判断を誤らせることがないように留意すべき信義則上の義務を負うものと解するのが相当である」とそれぞれ判示している。

真実告知義務は、通常、入社後に経歴詐称をめぐる問題とされることが多いのであるが、本稿のテーマとの関係では次の 4 点に留意することが重要である。即ち、①労働契約の締結過程においても信義則が支配し、労使双方を規律すること(したがって、労使の相互信頼が要請されること)、②労働者の真実告知義務の対象は、単なる経歴にとどまらず、労働力評価に関する事項に及ぶこと、③労働力評価をめぐる必要かつ合理的な範囲での申告やその適切な把握ということが求められること、④真実告知義務違反の場合には(入社後に企業秩序違反を理由として)懲戒処

分の可能性が生じることである。そこで、以上の点を使用者に当てはめれば、次のような帰結を導き出すことが可能ではないか。必要かつ合理的な範囲でなされた労働者の労働能力に関する事項の適切な把握は人事配置等をめぐる企業秩序にかかわる事柄であって、労働者が信義則に基づいて真実告知義務を負うことに対応して、使用者は労働者の信頼に応えてその能力を「公正」に評価する義務を負う。となると、確かに使用者は採用の自由を有するとはいえ、それは無制限なもの（まったくの自由裁量）ではなく、採用にあたり候補者のなかから誰を選抜するかは一定の客観的な（あるいは合理的な）能力評価を踏まえたうえで「公正」に行うことが求められよう。このような考えは「自分の能力が公正に評価されれば採用してもらえるだろう」との労働者の信頼や期待に即したものであって、それを尊重することにつながる。したがって、使用者は信義則に基づき公正な能力評価のみならずそれに基づいて公正に採用を行うことも要請されることになるといえ、これを「公正採用義務」と観念することができるのではない。そして、3でみたように、憲法の労働権保障がこれを後押しし、補強すると考えられる。

ちなみに、以上の理は、何も労働契約締結過程に限られるわけではないであろう。入社後も適切に労働力評価が行われることは重要であって、それに基づいて適正に企業内で労働者の組織付け（人事・配置）が行われ継続的契約関係が展開されることは労働者の信頼のみならず企業秩序にとっても重要であることから、人事や配置、あるいは昇進などの各種場面で「公正」な選抜が行われたかが問題となる。そして、その場合に「公正」さを欠くことになれば信義則違反を構成するものといえよう。

IV 「公正」の観点からの選抜に対する コントロール

1 基本的視点

Ⅲで検討したことをまとめると次のようになる。経済状況等が変化するにもなって年俸制に

代表される成果主義・能力主義的人事制度が企業で普及するとともに、日本的雇用慣行や企業コミュニティの変容といった各種の要因により企業にはその活動や人事労務管理において「公正」さが求められるようになってきた。特に、人事労務管理にあたっては労働者の「能力」を尊重配慮することが「公正」さに資することになる。また、労働者の能力やキャリアの尊重は憲法27条1項や労働施策総合推進法の要請であるとともに信義則によっても使用者に義務付けられることになり、各種選抜をめぐっては採用後の人事・配置のみならず、採用それ自体の公正さも問題となる。

しかし、他方、使用者＝企業は、憲法規定（22条1項、29条）に裏付けられた経済活動の自由を有しており、したがって経営責任を負う使用者が各種の選抜をめぐり裁量を有する（有すべき）ことになる点も否定できない。要は、従来、広範なものと考えられていた使用者の裁量の枠が「公正」という観点から一定の制限を受け縮減することになるのであり、しかも権限行使にあたり「公正」を追求することが企業経営にとっても合理的であると考えられる。そこで、「裁量」と「公正」の適切あるいは適正な均衡（これは憲法規定に支えられた経済活動の自由の保障と労働権保障の均衡ないし調整であるともいうことができよう）が重要となり、その均衡点をどこに求めるのか、そして、各種の選抜において均衡が崩れ「公正」さが損なわれた場合に、いかなる法的問題が生じ、労働者はいかなる救済を得ることができるのかを明らかにすることが重要となる。

なお、使用者の裁量に関してここで一点補足しておく。現在では企業の多くは会社の形式をとっており、そのまた多くが株式会社となっている。株式会社においては実際には取締役によって人事労務管理を含めて企業運営がなされるが、取締役と会社との関係は委任関係であって取締役は業務執行にあたり委任契約に由来する善管注意義務を負う（民法644条）とともに会社法上法令遵守を含む忠実義務を負う（同法355条）。確かに、取締役には経営判断原則が妥当し任務遂行にあたり一定の裁量が認められるが、（情報収集・調査・検討、意思決定の内容を含め）その裁量はあくまで合理

的になされなければならず（著しく不合理であってはならず）、法令にも従わなければならない¹⁰⁾。本稿でこれまで検討してきたことからすると、取締役が採用や人事労務管理に際し企業が活性化し厳しい経済情勢に対応していくために労働者の能力を「公正」に評価し尊重することが経営判断上合理的となるが、またそれは憲法、実定法、信義則といった法令が求めるところでもある。そうすると、採用や人事労務に関して最終権限を有し、その基本方針を立て、あるいは人事制度を構築するにあたり、取締役は各種選抜が「公正」に行われるよう義務づけられることになり、「公正」を欠くような事態となれば取締役には会社や第三者に対して義務違反に基づく損害賠償責任が生じよう（会社法 423 条、429 条）。かかる場合、株主代表訴訟による責任追及の可能性もある。このように企業（使用者）の労働者との関係においてのみならず、会社と取締役との関係という形においても選抜をめぐる裁量が制限されコントロール・統制を受ける点に留意すべきである。

以下では、選抜が重要となる局面を取り出し、順に検討を加えることにしよう。

2 採用

採用¹¹⁾をめぐるのは、前掲・三菱樹脂事件・最大判は企業の経済活動の自由から採用の自由を導き出したが、それはあくまで「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」なのであって、まったくの留保なしではなかった。そうすると、現在においては、Ⅲで述べてきたような諸点が「特別の制限」として作用するといえるのではないか。採用の自由は、具体的に、①雇入れ人数決定、②募集方法、③選択、④契約締結、⑤調査の各自由を内容とする¹²⁾が、「公正」の観点からは③、④、⑤の裁量が縮減し、Ⅲ4で既述したように信義則に基づく公正採用義務による規制を受けることになろう。

確かに、多くの（複数の）応募者の中から最終的に誰を選抜する（採用する）かについては使用者の裁量が尊重される。しかし、企業活動・運営にとってふさわしい者を選抜するためにはその能力を有する者を選び出すための方針や基準が必要

であって、あらかじめ内部においてある程度客観的な形でかかる方針や基準を策定しそれに基づく採用システムを構築するとともに、応募者を適正にそのような方針や基準に当てはめ公正に選抜を行わなければならない。特に、ジョブ型雇用や職種限定雇用などの場合にはその職務や職種にふさわしい能力を有する者を適切かつ公正に選抜することがより一層強く求められる。このレベルにおいて社会通念上「公正」さが損なわれているとか恣意的であると認められるような場合（換言すれば、これは裁量権の逸脱・濫用の場合といえる）には、まずは取締役の会社に対する責任が問題となるろう。

これは公正採用義務の要請であるといえるが、（基準を明確にして公表することが望ましいものの）採用をめぐる実際には（ある程度方針は示されることはあっても）具体的な「基準」までは公表されていないことが多く、この場合、応募者はそれを明確な形でうかがい知ることはできない。しかし、応募者は、（これまでの採用実績や示された方針などに照らして）公正な採用手続がなされるであろうとの期待、そしてそれを踏まえて（実際に能力が存するならば）自己が採用されるのではないかと期待（ないし信頼）を有しているといえよう。かかる期待にもかかわらず採用されなかった場合、応募者は選抜が「公正」に行われなかったのではないかと疑念を抱くようになるが、かかるケースにおいては応募者が期待権侵害（あるいは公正採用義務違反）を理由とする損害賠償請求を行うことが問題となり得る。

次に、使用者による応募者の調査の自由であるが、「公正」さの観点からは、そして現代におけるプライバシー保護の重要性に鑑みれば、調査は労働者の職業能力・適性に限られるべきであろう¹³⁾。

そして、契約締結の自由であるが、ひとたび選抜されれば応募者にとっては労働契約の締結に至るとの期待は極めて大きく、したがって、公正に選抜されたにもかかわらず使用者側の理由により労働契約の締結に至らなかった場合には、契約自由の原則からすれば締結強制まではできないとしても、応募者は正面から公正採用義務違反を理由

として使用者に対して責任追及（損害賠償請求）が可能といえよう。

3 配置（配属）

採用した労働者のなかから誰をどの部署に配属（配置）するかについても使用者に裁量が認められるといえることができる¹⁴⁾が、裁量権の行使はかつてのようにまったく自由になされるというのではなく、日本の雇用慣行を基礎とする企業コミュニティが変容するとともに能力主義が唱道される現代にあつては、そして成果主義人事制度を採つていようとしまいと厳格な評価制度と目標管理制度が広範に普及してきていることを考えると、使用者は労働者の能力や適性を「公正」に判断して尊重配慮し労働者の配属選抜にあつては、それにふさわしい（そして、能力が発揮できるような）部署に配属する信義則上の義務を負うというべきであろう（適職付与義務ないし適材適所の原則）。また、それは労働者が能力を発揮できる快適な職場環境で働くことをも意味し、職場環境配慮義務の要請でもある。労働者の財産ともいべき労働能力に配慮するならばその能力アップやキャリア形成にも配慮すべきである。そして、その際には労働者に対する希望の聞き取りや適性・能力をめぐるヒアリング・配属面談等の手続を尽くすことも公正な選抜（「公正」を担保すること）につながることになる（これも信義則上の要請といえよう）。

なお、近年注目され普及の度を増しているジョブ型雇用や職種限定雇用の場合には、合意により職務ないし職種が限定されていることから、選抜をめぐる使用者の裁量はあくまで合意の範囲内に縮減され、その範囲内で適職付与義務を負うというべきである（ちなみに、合意の結果、使用者にまったく裁量の余地が存しない場合にはもはや選抜や適材適所の原則が問題とならないことはいうまでもない）。

4 配 転

配転¹⁵⁾はルーティン人事（定期異動）も含め社内人事異動としてこれまで多くの企業で広く日常茶飯事に行われてきた。さて、周知のように、使

用者の配転命令権の法的根拠をめぐっては包括的合意説と労働契約説の対立がみられるところである。しかし、いずれにせよ、わが国の雇用社会の現状からすれば、採用時に勤務場所や職種・職務の限定がなく、通常、就業規則に一般的な（広範な）配転条項が規定されており、また配転が日常茶飯事であるといった企業慣行も存していることから、使用者は広範な配転命令権を有し、例外的に権利濫用に該当する「特段の事情」の存する場合を除き裁量的にこれを行行使し対象となる労働者を選抜することができると考えられてきた。そして、①必要性の存しない場合、②必要性が存しても不当な動機・目的をもってなされた場合、③必要性が存しても労働者に通常甘受すべき程度を著しく越える不利益を負わせる場合には権利濫用と判断されるが、特に③はよほどのことがない限り認められず、労働者にとって極めて厳しい基準となっている。反面、使用者側の必要性は「右の業務上の必要性についても、当該転勤先への異動が余人をもつては容易に替え難いといった高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性の存在を肯定すべきである」とされた（東亜ペイント事件・最二小判昭61・7・14判時1198号149頁¹⁶⁾）。これは勤務場所の変更である転勤に関する判示であるが、かかる最高裁判決は配転をめぐるリーディングケースと位置づけられており、職種や職務の変更などその他配転一般にも妥当するものと考えられている。

従来、判例の説くところは使用者の必要性の存在を緩く（広く）認めるものであつて、配転をめぐる広範な裁量を示すものとして受け止められてきた。しかし、子細に検討すれば、そこにおいて言及されている企業の合理的運営に関する例はいずれも労働者の労働能力（その尊重・有効活用・開発、したがってキャリア形成のサポート）や適正配置と無関係ではなく、しかも企業（業務）運営はあくまで能率よく円滑になされる「合理的」なものでなければならぬのである。そうすると、使用者の裁量もかつて考えられていたように必ず

しも広範なものではなく円滑かつ効率的で適切な企業経営が確保され厳しい経済情勢に対応すべく労働者の能力を「公正」に評価して配転の候補者を選抜すべきこととなり、そのような選抜が行われなかった場合には配転命令権の濫用（労働契約法3条5項）と判断される可能性がでてくるといえよう。したがって、配置（配属）で述べたのと同様の方向性が配転についても妥当しよう。実際、近年、裁判例において、労働者のキャリア形成の期待に配慮せず能力・技術・経験を活かすことのできない配転命令が権利濫用と判断される傾向がみられるようになってきている（X社事件・東京地判平22・2・8労経速2067号21頁、安藤運輸事件・名古屋高判令3・1・20労判1240号5頁）。特に、X社事件では権利濫用と判断するに際して、以上と併せて労働者の「理解を求める等の実質的な手続を履践する」ことがなかった点も重視されているが、これは、配転をめぐる適正手続が行われることが信義則上求められ、かかる手続の履践が選抜の「公正」を担保することにつながることを意味するともいえよう。また、配転をめぐる制約法理としては権利濫用のみならず適職付与義務の観点からのアプローチも問題となろう。ちなみに、勤務地の変更である転勤については（特に単身赴任となるようなケースにおいては）更にワーク・ライフ・バランス理念の尊重の要請から労働者の不利益等に関して配慮を行うことも「公正」さの観点から必要となろう（単身赴任の場合に使用者が配慮義務を負うことを説くものとして、帝国臓器事件・東京地判平5・9・29労判636号19頁、同事件・東京高判平8・5・29労判694号29頁、併せて、同事件・最二小判平11・9・17労判768号16頁も参照）。ただ、かかる配慮を行おうとすればどうしても家庭・家族の事情など労働者の私生活（プライバシー）に踏み込まざるを得なくなる。したがって、両者は一定の緊張関係をはらんでおり、配慮とプライバシーの適切な均衡が求められることになる点にも留意すべきである。

なお、以上のような裁量のレベルにとどまらず、公正で合理的な企業運営を心がけるのであれば、ある程度基準や手続が明確となった配転をめぐる合理的な人事制度をあらかじめ構築しその適

正な運用を図ることが望ましい（あるいは可能な限り実施すべきである）といえよう。また、労働者の納得や自己決定、能力・適性・意欲などを尊重するのであれば公正に運用され選抜がなされる社内公募制や社内FA制などを設け工夫することも考慮されてよい。

5 出 向

社外人事異動である出向¹⁷⁾は、人材育成型・人材援助型・中高年処遇型・高齢者排出型・雇用調整型・グループ内人事異動型などのさまざまなタイプがあり、現在、企業においては多様な目的でいわば日常茶飯事に実施されている。出向は労務提供先が変更されるため（そして、労働契約の基本要素の重大な変更にあたるため）労働者の同意（承諾）が必要とされる（民法625条1項）が、近年の裁判例は、就業規則等に一般的に出向を命じる規定が存しており、かつ出向にあたり労働条件の手当がなされているか出向が企業グループ内でなされているような場合には労働者の同意を認める傾向にある（限定包括的同意説¹⁸⁾）。したがって、あらかじめ事前に使用者が出向命令権を有するケースがあり、かかる場合、出向命令権の行使はある程度裁量的になされるとはいうものの権利濫用法理に服し法的にチェックを受けることになる。現在では、出向命令権の濫用をめぐるのは労働契約法14条が規定しているが、それは確立された判例法理の確認（法定化）であると解されており、したがって権利濫用法理の判断基準を具体的に知るためにはそのリーディングケースである新日本製鐵（日鐵運輸第2）事件・最二小判平15・4・18労判847号14頁¹⁹⁾をみておかなければならない。そこにおいて最高裁は権利濫用を判断するための要素として①出向の必要性、②労働者の被る不利益、③人選基準の合理性・人選の妥当性、④手続の相当性の4つを挙げ考慮している。基本は①と②の比較衡量となるだろうが、ここでは③と④に注目したい。

既に述べたように出向は多様な目的で実施されており、その目的に応じてそれにふさわしい労働者を選抜することが合理的となり、また、企業経営の見地から企業の合理的運営や厳しい経済競争

に立ち向かう必要があるということを考えると、使用者に一定の裁量が認められるとしてもここでもやはり目的に即した能力・適性・条件に合致した基準を設けそれを適正に当てはめて公正な選抜がなされることが求められよう。適正配置や適職付与、あるいは労働者の能力・キャリアの尊重配慮の観点からの要請も働く。また、出向は労務提供先が別企業になるという点で労働者の納得を獲得する必要が存するとともに公正さを期する（担保する）ことが必須となるという意味で手続も重要となる。

6 人事考課・査定、昇進・昇格

人事考課・査定²⁰⁾については基本的にⅢ1で成果主義賃金（年俸制）をめぐる公正評価義務について述べたことが妥当でしょう。そして、いまだ成果主義人事のもとに置かれていない労働者についても厳しく（シビアに）評価がなされる傾向が企業において広くみられることを踏まえると、今後は人事考課・査定一般について使用者に大きな裁量を認めずに「公正」な評価が担保されるように同様の方向で考えるべきであろう。また、昇格²¹⁾については、やはりこれまで使用者の裁量が一定程度認められると考えられてきた（マナック事件・広島高判平13・5・23労判811号21頁²²⁾）。しかし、後に述べる昇進とは異なり、多くの企業においては（職能資格制度を採用することによって）一定の基準が存するのが通例であったし、自己の能力が公正に評価された結果が適切な昇格につながるのと労働者の期待を尊重すれば、たとえ相対評価であって格付けに一定の枠（定数）が存する場合でも、選抜にあたっては能力評価に基づいて「公正」になされる必要がある。以上については、評価権の濫用や不法行為による処理（チェック・コントロール）が可能であるだけではなく、公正評価義務は労働契約上の義務であることから義務違反の場合には債務不履行を構成し一定の場合においては労働者には使用者に履行請求を行うことが認められよう（使用者に対して再評価を求めたり、客観的な基準が存する場合には一定の評価や格付けを有する地位にあることの確認や昇格請求が可能となろう²³⁾）。また、労働者の能力を

公正に評価しそれを有効に活用することが企業（企業運営や企業経営）にとって合理的であることから、できる限り使用者はあらかじめ合理的な昇格制度を構築しておくことが求められる（あるいは望ましくベターである）といえ、したがって諸般の事情からしかるべき制度を構築すべきであると考えられるにもかかわらず制度不構築の場合には取締役の任務懈怠の責任が生じる可能性も存しよう。

以上に対し、企業内での地位ないし職位の上昇を意味する昇進²⁴⁾については、まさに経済活動の自由を有し企業運営に責任を持つ使用者に大きな裁量が留保される。したがって、昇進をめぐるのはあらかじめ一定の基準を設けるなど客観的な昇進制度を構築することは困難であるといえる。しかし、何ら方向性もなしに恣意的に昇進がなされることにも問題がある。実際、企業には不透明で厳しい経済情勢や経営環境を踏まえそれに打ち勝ち難局を乗り切るため適切・妥当な方向に企業を導いて積極的に経営やマネジメントを行う能力と行動力を有する人物を選抜することが求められており、また管理職層や経営陣にそのような人物を選抜して登用し人材の有効活用を図ることが企業運営上合理的となる。したがって、現在においては、かつてのように（企業コミュニティに根付いていた）平等主義に基づく遅い選抜や同期入社同時選抜（年功による選抜）など（の慣行）は影をひそめて、上位のポストをめぐる「適材適所」の原則の観点から早期選抜や抜擢人事が盛んとなっている。要は、昇進をめぐるのは「平等」や「公平」といった側面が後退するとともに、労働者の経営手腕や能力を重視してそれを適正に評価し「公正」に行われる傾向（トレンド）が強まってきたのである。かつての昇進をめぐる慣行が崩れても昇進は「公正」であるからこそ労働者も納得することになる。そうすると、確かに、①労働者は昇進をめぐるのは使用者の裁量のもとに置かれ明らかに恣意的な取り扱いや差別等がみられるような例外的な場合を除いては選抜の不当性を争うことはできないといえる（ちなみに、その例外的な場合には、公序良俗違反、権利濫用、期待権侵害などを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求が

なされよう)。しかし、②実際に実務上は昇進をめぐる人事権限と責任を最終的に有しているのは取締役レベルであり、かかる取締役が「適材適所」の原則を踏まえ「公正」さを欠き、したがって合理性を欠くような選抜を行った（その結果、人材の有効活用がなされなかった）と判断される場合には善管注意義務に反し会社に損害を与えたこととなる。したがって、かかる場合には人事等の権限と責任を有する取締役は任務懈怠の損害賠償責任を負うと考えられる（会社法423条）。このように、大きな裁量的行為であると解される昇進をめぐっても依然として②のレベルで制限がかかるのであり、法的なチェックがなされ得るのである。

7 整理解雇

解雇において「選抜」が問題となるのは、経営悪化や不況を理由とする整理解雇²⁵⁾の場面である。これについては裁判所が形成してきた整理解雇の4要件（4要素）をクリアしないと解雇権濫用として違法無効と評価される（大村野上事件・長崎地大村支判昭50・12・24判時813号98頁、東洋酸素事件・東京高判昭54・10・29労判330号71頁²⁶⁾）。4要件（4要素）とは、①人員削減の必要性、②整理解雇回避の努力、③整理基準・人選の客観性・合理性・妥当性、④労働者・労働組合との誠実な説明・協議（手続の妥当性ないし手続的配慮）であるが、「選抜」にかかわるのは③である。労働者のなかから被解雇者を選抜するために客観的で合理的な基準を策定し、それに適正に当てはめた決定をなすことが使用者に求められるのである。つまり、「選抜」をめぐってはその基準の客観性・合理性と「選抜」それ自体（基準への当てはめ）の妥当性が吟味されることとなる。ただ、かかる吟味は必ずしもそれほど厳格なものということはできない。基準には複数のものがあり、結局、どのような基準を採用するかは基本的には（最終的には）企業（使用者）の判断（裁量）に委ねられ、それが合理的かどうかチェックされると従来考えられてきた（要は、ネガティブチェックといえる）。基準の代表例としては、勤務成績（評価）、懲戒歴、解雇の打撃の程度などがあり、場

合によってはそれらが相矛盾することもあり得る。しかし、整理解雇の事例においてはまさに企業の存続がかかっており、難局を乗り切るために必要な能力を有する労働者を残すという選択肢が合理的となりまたそれが公正さを担保することにもなろう。そうすると、たとえ整理解雇にあたりいくつかの基準を組み合わせるとしても（そして、その前提としてどのような基準を選択・採用するかについても企業の経営判断、即ち裁量に委ねられるとしても）、まず第1に「能力」基準を採用し、有能な人材によって危機に陥った経営を立て直し今後の企業運営を図るという視点が必要かつ重要となり、またそのような基準に基づいて実際に「公正」に選抜がなされなければならないといえる。したがって、当該整理解雇が権利濫用にあたるかどうかの判断に際してはこれらの点が検討されるとともに、基準や選抜に問題があれば（結局は企業の再建を十分に図らなかったことになって）やはり人事等の権限と責任を持つ取締役クラスの任務懈怠（善管注意義務違反）の責任が問われざるを得ないこととなる。

8 定年制

定年制²⁷⁾には定年退職制と定年解雇制があり、多くの企業においては前者が採用されている。いずれにせよ、とにかく定年制は労働者が一定の定年年齢到達をもって一律に企業を去るという点において「平等」かつ「公平」な制度であるといえ、定年制の適用にあたり「能力」が考慮されたり一定の選抜がなされたりする余地はない。現在は高年法8条により事業主に60歳定年が義務付けられている。また、同法9条により65歳までの高年齢者雇用確保措置（65歳定年、継続雇用制度の導入、定年の定め廃止のいずれか）を講ずることも事業主に義務付けられている。かつては事業主が継続雇用制度の導入を選択した場合、過半数代表と労使協定を締結し基準を設けた場合には事業主は誰を再雇用するかにつき「選抜」をなし得るものとされたが、2013年に高年法が改正されて基準による選抜は廃止され、以後は希望者全員継続雇用の原則が妥当することになった（ただし、2025年までは経過措置が存している）。したがっ

て、現在では職業生活からの引退にあたって「選抜」がなされることはなく、労働者には「能力」にかかわりなく一律65歳までの安定した雇用が確保されているといえることができる。ちなみに、労使協定に基づき再雇用をめぐる選抜が可能であった時期においてはそのような基準をいかなるものにするかについて高年法に規定がなく労使自治に委ねられていたが、実際には、多くの企業では能力や評価が基準とされていたように思われる。

ただ、今後は平均寿命が大幅に伸びて高齢化が加速する（それにとまって健康で勤労意欲や職業能力のある高齢者も増加する）とともに、少子化が進展することで労働力不足への対応の必要が生じ、また一定年齢でいわば強制的に職業生活から引退せしめることは年齢差別にあたるのではないかとの疑念²⁸⁾も存することから、いずれそう遠くない将来において「生涯現役社会」²⁹⁾の実現が議論の俎上にのぼり、政策論上および立法論上の重要検討課題となることが考えられる。そうすると近未来においては定年制は違法とされる可能性も出来る³⁰⁾が、その場合、企業は労働者全員を抱え込んで雇用し続けることはできず、また企業の人員リフレッシュの必要性も存することから、必然的に雇用をめぐる定年制に代わる何らかのシステムによって一定の「選抜」が行われざるを得ない。（退職勧奨に加えて希望退職者募集制度などが問題となろうが、そして、ことによれば解雇の実施というドラスティックなケースも想定されるが、とにかく）この場合、退職勧奨や退職者の募集や解雇にあたって、（例えば、一定の評価以下の者を対象者とするといった）「能力」基準を設けて（あるいは少なくとも「能力」を一つの要素として基準に組み込んで）対象者を選定するなど「能力」に基づいて「公正」な選抜を行うことが考慮されるべき重要な論点となってこよう。

V おわりに

以上、企業における募集・採用に始まり、各種の人事異動や昇進・昇格、雇用の終了をめぐるなされる「選抜」に関して時代や社会・経済状況

の変化、時代の趨勢、あるいは企業コミュニティの変容等も踏まえ、近年、注目されるようになってきた「公正」を基礎ないし基軸に据えて法的な観点から検討を加え、従来使用者が大きな裁量を有すると考えられてきた「選抜」についてその限界・コントロール・制限のあり方について考察を行ってきた。現代においては各種の「選抜」にあたってはもはや「公正」という視点を外すことはできず、それをいかに法的に根拠付け位置付けるかが焦点となるが、その際、特に重要となるのは使用者には労働者の能力やキャリアを「公正」に評価しつつ尊重配慮することが求められるとともにそのような能力やキャリアの尊重配慮は厳しい経済状況下における企業の合理的運営にも必要不可欠となるという点である。労働者の能力やキャリアは憲法27条1項の労働権と密接な関係を有していることから、各種の選抜にあたっては労働者の労働権と使用者の経済活動の自由の適切な均衡・調整を図る必要があるが、その意味で、企業はかつてのように「選抜」をめぐる大きな裁量を有するのではなく、経済活動の自由（裁量）を保持しつつもケースや場面に応じて一定の制限・制約（したがって、法的コントロール）に服することになるのである³¹⁾。

- 1) 三井正信『基本労働法I』（成文堂、2012年）110-111頁。
- 2) 企業共同体およびその特徴について、詳しくは、菅野和夫『新・雇用社会の法 [補訂版]』（有斐閣、2004年）2-26頁、三井正信「企業コミュニティと法政策」『日本労働研究雑誌』686号（2017年）60頁以下。また、日本の企業や雇用の特徴をメンバーシップ型とジョブ型という観点から分析・検討するものとして、濱口桂一郎『新しい労働社会』（岩波書店、2009年）、同『日本の雇用と労働法』（日本経済新聞出版社、2011年）、同『ジョブ型雇用社会とは何か』（岩波書店、2021年）。なお、社会学の観点からの企業コミュニティ論として、長谷部弘道「企業と地域の結節点としての『企業内コミュニティ』」松永伸太郎＝園田薫＝中川宗人（編著）『21世紀の産業・労働社会学』（ナカニシヤ出版、2022年）71頁以下、出口剛司『大学4年間の社会学が10時間でざっと学べる』（KADOKAWA、2022年）110頁以下。
- 3) 労働契約法理については、三井・前掲注1）書12-13頁、123頁以下。また、特に配転法理と労働契約法理の関係について詳しく論じるものとして、三井正信「配転法理をめぐる若干の検討」『広島法学』45巻1号（2021年）76頁以下。
- 4) この判決については、三井正信「採用の自由」村中孝史＝荒木尚志（編）『労働判例百選 [第10版]』（有斐閣、2022年）18-19頁。
- 5) 以上につき、従来の経緯や公正評価義務をめぐる新たな議論状況も含め、詳しくは、三井正信「労働者の能力を公正に評価

- する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か』『日本労働研究雑誌』501号(2002年)85頁以下、同『現代雇用社会と労働契約法』(成文堂, 2010年)216頁以下。なお、以上に関しては、併せて、土田道夫=山川隆一(編)『成果主義人事と労働法』(日本労働研究機構, 2003年)も参照。また、公正評価義務の前提となる成果主義賃金や年俸制については、石井保雄「成果主義・年俸制」土田道夫=山川隆一(編)『労働法の争点』(有斐閣, 2014年)88-89頁。
- 6) 企業コミュニティの近年の変化については、三井・前掲注2) 論文63頁。
 - 7) 以上の基本的視点については、毛塚勝利「賃金処遇制度の変化と労働法学の課題」日本労働法学会誌89号(1997年)5頁以下。なお、併せて、適職付与義務については、道幸哲也『職場における自立とプライヴァシー』(日本評論社, 1995年)239頁以下、職場環境配慮義務の拡大ないし再構成については、三井・前掲注5) 論文88頁。
 - 8) キャリア権については、諏訪康雄『雇用と法』(放送大学教育振興会, 1999年)253-255頁、同『雇用政策とキャリア権』(弘文堂, 2017年)。
 - 9) 実告知義務については、三井・前掲注1) 書91頁。
 - 10) 経営判断原則については、神田秀樹『会社法 第二十四版』(弘文堂, 2022年)249頁以下、菊地雄介=草間秀樹=横田尚昌=吉行幾真=菊田秀雄=黒野葉子『レクチャー会社法〔第3版〕』(法律文化社, 2022年)103頁、江頭憲治郎『株式会社法 第8版』(有斐閣, 2022年)493頁以下、中東正文=白井正和=北川徹=福島洋尚『会社法〔第2版〕』(有斐閣, 2021年)81頁以下。
 - 11) 採用および採用の自由については、有田謙司「採用の自由」土田=山川(編)・前掲注5)『労働法の争点』46-47頁。併せて、三井・前掲注4) 評釈も参照。
 - 12) 菅野和夫『労働法 第十二版』(弘文堂, 2019年)223頁以下。
 - 13) 菅野・前掲注12) 書226頁、三井・前掲注4) 評釈19頁。
 - 14) 使用者が労働者の配置を行う権限は使用者が労働契約の締結に基づき取得する指揮命令権ないし労務指揮権の一内容をなし、労働者の労働義務の内容を具体的に決定する形成権であるということができよう。
 - 15) 配転については、奥田香子「配転」土田=山川(編)・前掲注5)『労働法の争点』54-55頁、三井・前掲注3) 論文67頁以下。
 - 16) この判決については、龔敏「配転」村中=荒木(編)・前掲注4) 書126-127頁。
 - 17) 出向については、村中孝史「出向・転籍」土田=山川(編)・前掲注5)『労働法の争点』56-57頁。
 - 18) 三井・前掲注1) 書187頁。
 - 19) この判例については、細谷越史「出向」村中=荒木(編)・前掲注4) 書128-129頁。
 - 20) 人事考課・査定については、柳屋孝安「人事考課・査定」土田=山川(編)・前掲注5)『労働法の争点』86-87頁。
 - 21) 昇格については、新谷真「昇進・昇格・降格」土田=山川(編)・前掲注5)『労働法の争点』52頁。
 - 22) この判決については、阿部未央「人事考課」村中=荒木(編)・前掲注4) 書122-123頁。
 - 23) 公正評価義務の履行請求の可能性については、三井・前掲注5) 論文87頁。
 - 24) 昇進については、注21) 文献を参照。
 - 25) 整理解雇については、藤原稔弘「整理解雇」土田=山川(編)・前掲注5)『労働法の争点』78-79頁。なお、本文で念頭に置いて論じるのは整理解雇のうち企業が不況や経営危機に瀕して行う危機回避型ないし緊急避難型であるが、そうではなくあらかじめ将来を見越して行う予防型や一定の経営戦略に基づいて行う戦略型であっても本文中で述べたことが同様に基本的に妥当しよう。なお、これらの整理解雇をめぐる区分・分類ないし類型について、詳しくは、三井・前掲注1) 書249-250頁。
 - 26) 東洋酸素事件については、島田陽一「整理解雇」村中=荒木(編)・前掲注4) 書150-151頁。
 - 27) 定年制については、菅野・前掲注12) 書755頁以下、石崎由紀子「辞職・合意解約・定年制」日本労働法学会(編)『講座労働法の再生 第2巻 労働契約の理論』(日本評論社, 2017年)328-329頁。
 - 28) 柳澤武「雇用における年齢差別禁止の法理」(成文堂, 2006年)244頁以下。
 - 29) 生涯現役社会については、清家篤『エイジフリー社会を生きる』(NTT出版, 2006年)。
 - 30) 欧米の年齢差別禁止法理を紹介するものとして、櫻庭涼子「年齢差別禁止の法理」(信山社, 2008年)。
 - 31) これまで本文中で述べてきたようなことを踏まえるならば、憲法27条1項の労働権についても、キャリア権という視点を超えて、さらに現代的諸事情を踏まえつつ使用者に対する規制のあり方や職場の環境整備や働く権利を支える公正な労働条件の確保という側面も含め根本的な再検討が要請されることになるといえよう。この点については、さしあたり、三井正信「労働権の再検討と労働法システム」根本到=奥田香子=緒方桂子=米津孝司(編)『労働法と現代法の理論 西谷敏先生古稀記念論集 上』(日本評論社, 2013年)105頁以下。

みつい・まさのぶ 広島大学名誉教授。近著に『ワークルールの基礎』(成文堂, 2022年)。労働法専攻。