

労働者のプライバシーと使用者の 質問権の限界

ドイツにおける判断枠組みを中心に

倉 田 原 志

目 次

はじめに

第1章 使用者の質問権に関する基本原則

第1節 相互の利益

第2節 調整の原則

第2章 「うそをつく権利 (Recht zur Lüge)」をめぐって

第1節 「うそをつく権利」の意義

第2節 「うそをつく権利」の限界

おわりに

はじめに

使用者は採用の際に、労働者にどのような質問でもすることが可能なのか、労働者の人権の保障という観点から許されない質問はないのか、本稿はこの問題を扱う。

この問題は、日本では三菱樹脂事件でまさしく問われたものである。最高裁は、この三菱樹脂事件判決において¹⁾、思想・信条にかかわることは質問してはならないとした高裁判決²⁾を否定し、契約の自由から使用者には、思想・信条を質問することが許される、さらに、調査することも許されるとした。この三菱樹脂事件最高裁判決は、人権の私人間効力について、間接適用説を定式化し採用したのものとして有名なものであるが、この点は実は傍論であり³⁾、使用者の契約の自由にもとづく質問権の制限の可否が

争点であったといえるのである。この判決については、その射程を限定する議論⁴⁾や、行政の通達において質問事項を限定する動き⁵⁾も見られるが、この判決は、判例としては有効なものとして存続している。そこで、本稿では、この問題を検討するための前提作業として、使用者の質問権について、長年議論が蓄積されているドイツでの論議を追ってみることとする⁶⁾。ただ、ドイツでの論議も多岐にわたり、最近では妊娠しているかどうかや、重度障害者であるかどうかという質問が許されるかなどについて理論の新たな展開がみられるところであるが⁷⁾、本稿では、考察の手始めとして、議論の前提となる二つのこと、つまり、使用者の質問権の制限に関して展開されてきた基本原則（第1章）と、許されない質問に対して正しく答えなかった場合どうなるか、換言すれば「うそをつく権利」とよばれる権利をめぐる議論（第2章）という議論の基本的枠組みを扱うこととしたい。

第1章 使用者の質問権に関する基本原則

現在のドイツでは、学説および連邦労働裁判所、連邦憲法裁判所は、労働者の基本権、特に人格権を考慮して使用者の情報に対する要求、つまり質問権に限界を設定している、とされる⁸⁾。そこで、本章では、どのような基本権が問題となるか、また、その上でどのような調整がなされているかについてみることにしたい。

第1節 相互の利益

採用段階において使用者が労働者に質問することによって情報を収集しようとする、労働者の権利と抵触する可能性があり、使用者と労働者の権利が対立することになる。そこでこの採用段階における使用者の質問をめぐる、労働者・使用者それぞれどのような権利・利益が問題となりうるかについて確認してみる。

まず、使用者の権利としては、基本法2条1項および12条に根拠づけら

れる契約締結の自由、また、基本法14条が保障する財産権があげられる⁹⁾。これらは、人事に関するリスクを減らすこと、賃金に対応する労働を確保すること、従業員の配置等について見通しをもつことを可能とすることと表現される¹⁰⁾¹¹⁾。これらは、使用者が、潜在的な契約当事者として、契約締結前に自分にとって決定的な意味をもつ情報を集める権利を有するという意味で情報の自由という概念のもとでも論じられ、使用者が決定する際に考慮してよいことは、探知してもよいということではなければならない、とされる¹²⁾。なお、同様に労働者にも、将来の使用者から、応募している職場に関連して、対応する情報収集の自由が存在する¹³⁾。

この情報の自由については、情報は正しい判断のための前提であり、私的自治の不可欠の前提であること、必要な情報にアクセスできなければ、判断者の利益を最適に確保することができないこと、その他にも、情報が不足することは、使用者だけの不利益だけではなく、職場に最も適切な応募者についてもらうことが採用交渉の目的であるから、応募している労働者の不利益にもなることが指摘され、より多くのデータの獲得は、より多くの正義を意味する、とさえ言われる¹⁴⁾。

一方、労働者の権利としては、基本法1条1項の保障する人間の尊厳、1条1項とむすびついた2条1項による一般的人格権の保障、その内容としての私的領域の保護や情報自己決定権、基本法3条3項による差別禁止、基本法6条の婚姻・家族の保護、基本法12条の職業の自由¹⁵⁾などがあげられる¹⁶⁾。これらは、具体的な利益として、プライバシーの保護、労働生活への統合、すなわち、職場を獲得し、それを維持することであるといわれることもある¹⁷⁾。

では、これらの権利の対立はどのように調整されるのであろうか。一つの方法は、使用者の採用決定の正当性・合理性を裁判所が全面的にコントロールすることである。しかし、一般に、使用者の採用決定は自由であることが出発点とされ、次のように言われる¹⁸⁾。つまり、使用者の採用決定を憲法、法律、集团的協定が法的に拘束することはまれで、この採用決定

は、特別の差別禁止に違反してはならないが、原則として全体として合理的に正当化される必要はなく、使用者がその判断のために、労働者の専門的・人物的能力、これまでの職業上の経歴における業績、健康状態、特に以前の病気の期間、重度障害、妊娠中かどうか、政治上・労働組合上の立場、場合によっては前科などを考慮したかどうかは通常は審査されないままである。また、採用に際して、応募者が基本法3条3項・9条の禁止に反して差別されたと主張する場合は、民法611a条の特別の場合は別として、原則としてこの応募者が証明責任を負い、採用決定の際に考慮されてはならない事項についての包括的なカタログは、使用者の採用決定の有効性をはかる方向では展開されていない。それは、採用決定の際に使用者を導く動機は、最終的には確定できないので、法秩序は、採用決定の際に、使用者が、特定の理由を考慮することを禁止することを有効には果たしえないからである。もし、そうしようとすれば、法秩序は、使用者に採用決定を正当化することを強制しなければならないだろうし、解雇に正当事由を求めるのと同じように¹⁹⁾、法的に包括的にそれを拘束する必要があるだろうが、そのことによって採用という行為が大きくさまたげられ、遅らせられることになるだけであり、また、ポストがふえるわけでもないから、労働者も利用しないだろう、といわれるのである。

そこで、採用をコントロールするかわりに情報収集の制限、つまり、質問権の制限が採用されることになる。この質問権の制限については、判例は学説の精力的な援助のもとで、どの観点が採用決定の際に使用者に考慮に入れられ、何が入れられてはならないのかについて、かなり明確な考え方を展開させてきており、判例は、採用決定の一段階前、すなわち、使用者の情報収集に焦点をあて、情報収集を制限しようとしているのである、とされる²⁰⁾²¹⁾。

第2節 調整の原則

では、この質問権の制限はどのようになされるのであろうか。すでに実

定法では、連邦平等法(Bundesgleichstellungsgesetz)7条2項が許されない質問のカatalogを列挙し、民法611a条が性別を理由とする不利益扱いを禁止しており、重度障害者であることに関して社会法典9編81条2項、さらに連邦データ保護法なども関係してくるが²²⁾、すべての問題をカバーするわけではないので、前述のように、それ以外の問題については、判例と学説によって、労働者の人格権や私的領域の保護に第一次的に焦点をあて、さらに、他の基本権にも引き合いにだして使用者の質問権に限界が設定されているのである²³⁾。その際、質問事項は絶対的質問禁止事項と相対的質問禁止事項にわけることができ²⁴⁾、前者は原則として質問をしてはならない事項であり、後者の相対的禁止事項とは、質問が完全に排除されるわけではなく、使用者の利益と衡量がなされることになるものである²⁵⁾。以下、この区分にしたがって、いくつかの例をあげつつ整理を試みる。

まず、絶対的質問禁止事項は、憲法上の差別禁止を考慮して設定されるもので、いわば基本法3条3項と9条3項の要請による質問権の制限である。基本法3条3項は、何人も、性別・血統・種族・言語・故郷・門地・信仰・宗教的見解・政治的見解(以下、「3条3項列挙事由」とよぶ)を理由として、不利益を受けてはならないことを定める。また、9条3項は、団結権を制限・妨害することを無効としており、このことで使用者も労働組合所属を理由として労働者を不利益扱いすることが禁じられる。ただ、すでにみたように、使用者の契約の自由の保障からすると、これらの規定からただちに、使用者は、応募者に対して、採用するかどうかの決定を合理的に正当化しなければならないということにはならないし、また、3条3項列挙事由や労働組合所属が不採用の判断にとって決定的ではなかったことを示さなければならないということにはならないが、これらのデータの収集とその利用が禁じられる。3条3項によって、性別と言語については若干の議論の余地があるものの、血統、人種、故郷、門地、信条、宗教的および政治的見解についての質問ならびに9条3項によって組合所属についての質問をしてはならないことになる。この限りで、これらのデータに

については使用者の質問権についての議論は不要であるともいえる²⁶⁾。

同時に、これらの差別禁止は、以下の基本権条項と関係していることが次のように指摘される²⁷⁾。

まず、良心・信条の自由ならびに宗教的・世界観的告白の自由を保障する基本法4条1項である。基本法3条3項の差別禁止は、この基本権の保障を側面から保護し、採用決定の領域でまさにこれを現実化する、とされる²⁸⁾。ただ、兵役と非軍事役務に関する質問については争いがある。たしかに、基本法4条3項の良心的兵役拒否の保障は、兵役を拒否しそのかわりに非軍事役務をすることを憲法上保障する。この自由は、応募者が兵役か非軍事役務のどちらにつきたいか、あるいはすでについたかどうかに向けられた質問を排除する。しかし、応募者が兵役か非軍事役務にすでについたかどうか、あるいは、まだつかなければならないかどうかについての使用者の質問は、別の次元にあるという見解がみられる。というのは、その際、問題となっているのは兵役に対する応募者の態度、つまり良心の探求ではなく、ただ使用者が近い将来に、兵役か非軍事役務によって応募者が不在になることを考慮しなければならないからであるともいえるからである。一般的には、この質問が許されるかは、応募者が、使用者が間近の兵役義務を採用決定に消極的に影響を及ぼす危険からも保護されるかどうかにかかっている、とされる²⁹⁾。

次に、政治的見解の保護には、基本法5条1項で保障された意見表明の自由、基本法8条1項の集会の自由および9条1項の結社の自由が根拠となり、政治的意見表明および活動に関する使用者の質問権の制限は、これらの憲法上の保障を背景にしても判断されなければならない、とされる³⁰⁾。ただ、これらの基本権に関して例外が存在する。それは、一定の思想・信条が経営の前提となっている、いわゆる傾向経営における採用の場合である。基本法3条3項は、傾向経営においては労働者がその企業が前提とする思想・信条へ忠誠を要求されることと矛盾しない、つまり、それに違反する意見表明と活動は、経営が前提とする思想・信条に関連する仕事を遂

行する適性を欠くことになるのである。教会、政党、労働組合および出版社のような傾向経営は、差別禁止に違反することなく、特別に傾向にそって応募者の採否を決定することができることになる。その際、使用者の側が、ワイマール憲法136条以下とむすびついた基本法140条〔宗教および宗教団体〕、基本法9条3項、基本法5条1項2文〔プレス（自由）〕にもとづく固有の憲法上の立場に依拠することができる、とされる³¹⁾。

なお、質問権の制限の際には、人格権あるいは応募者の親密領域の保護が第一次的に問題になるというのが学説において支配的な見解であるが³²⁾、そうとはいえないとする次のような見解がある³³⁾。それによれば、上述の憲法上の保障すべてが広い意味での人格の保護に役立つという意味であれば別であるが、上述の基本権保護に照らせば、そのように理解するのは無意味であり、質問権の制限によって追求される固有の関心も適切には把握されないだろう、というのである。この立場からすると、組合所属についての質問は、それが労働者の一般的人格権を侵害するという理由から禁じられるのではなく、使用者が採用決定において組合に敵対的な採用を理由とするか、労働協約条件に拘束されるかどうかを知りたいだけからであろうと、採用に消極的な影響を与えうる心配があるからであり、これは組合所属を理由とする応募者の不利益扱い、したがって団結の自由の侵害にいたるからであると説明される。そうすると、採用の後には、労働者は、労働協約で定められた労働条件を請求する場合には遅くとも、その協約への拘束の前提として自らの組合所属を示さなければならない、という立場となる。さらに、同様のことは、その他の差別禁止の事由にも妥当し、応募者の以前の政治活動についての使用者の質問の禁止によって、その人格権あるいは私的領域が保護されるのではなく、委ねられた仕事の種類には関係がないにもかかわらず採用に際して労働者に負担を課すのであるから、

傾向経営の場合は別として その政治的見解およびその意見表明の自由（基本法5条1項）を効果的に保護するために、使用者には、政治的見解あるいは活動について、採用決定の際に情報を得ることが拒否されるの

である、と主張される。これは、人格権の保護領域に関わる問題でもあるが、それぞれの質問内容について関係する基本権は異なりうるのであるから、注目すべき視点と思われる。

以上が、いわば絶対的質問禁止事項と性格づけられるものであり、原則として使用者の契約の自由との衡量の対象とはならない事項である。では、相対的質問禁止事項とよばれるものについてはどうだろうか。これは、前述の基本法3条3項、9条3項の差別禁止のなかに含まれていない応募者のその他の憲法上の権利に関する質問であり、使用者の質問権から完全に排除される必要はなく、この応募者に関する基本権の意味は、使用者の情報との自由と関係づけられ、衡量されなければならない、とされるものである³⁴⁾。

いくつか例をあげると、まず、婚姻と家族の保護についての基本法6条1項があげられる。使用者が結婚している応募者を、婚姻・家族状況を考慮すれば、結婚していない応募者よりも移動性が少ないとみなすという理由だけで採用を拒否することは、基本法6条1項とあいりれるかということが問題となるのである³⁵⁾。この場合、使用者の契約の自由は、同様に人格の自由な発展を求める権利の表出として強調され、両方の基本権の効力範囲の調整が問題である、とされる。使用者は労働契約の中に独身条項をもうけ、家族関係についての質問によって、労働者ないしは応募者が転勤などの移動性の要求に対応できない危険を避けようとするのだろうが、家族がいるにもかかわらず、その労働契約上の義務を履行する用意があり、そのような状態にある労働者も、労働関係から排除することになる質問、あるいは、採用を困難にするか危険にさらす作用をもつ質問をすることは、比例原則をみたさない、つまり、家族をもっている応募者は移動性が少ないという単なる危険を理由として採用を拒否することによって、使用者は自らの契約の自由を比例原則に反して行使することになり、そのことで、家族関係・家族計画についての使用者の質問権の制限を正当化することができる、と主張される³⁶⁾。

また、基本法12条の職業の自由についても使用者の利益との衡量がなされ、使用者の質問権に限界が設定されている。特に、副業に関する質問が問題となり、使用者が、採用決定の際に、労働者の別の仕事を禁止しようと試みたり、応募者の後の副業の危険を対応する質問によって確かめようと試みたりする限りにおいて、同様に、契約の自由と職業の自由(基本法12条1項)とのあいだの基本権の衝突が解決されなければならない、とされるのである。労働者は基本法12条の価値決定によれば副業を禁止されず、労働者は契約で約束している仕事だけを請求されうるとすれば、応募者に対して現在行っている、あるいは将来計画している副業についての質問は許されないことになる³⁷⁾。

さらに、労働者の一般的人格権の特別のあらわれとしての、基本法1条1項とむすびついた2条1項に根拠づけられる、いわゆる情報自己決定権も、相対的質問禁止事項を基礎づける。それ以外の基本権によって使用者の質問権が排除されえない場合には、使用者の質問権の限界が、この情報自己決定権によって設定される、とされる³⁸⁾。この情報自己決定権は、連邦憲法裁判所の国勢調査判決によって定式化されたものであり³⁹⁾、自分の情報をいつ、いかなる限界内においてうち明けるかについて、原則として自ら決定する権利である。ただ、この情報自己決定権は無制限に保障されるわけではなく、優越する公共の利益によって制限されうるものであり、その制限は比例原則をみたまなければならないとされる⁴⁰⁾。したがって、市民からすると公権力に対して情報を開示する義務が限定されるが、この開示義務の限定は、私法領域においても影響を及ぼし、連邦労働裁判所は、それに応じて、労働関係の範囲内でも、人格権の保護および私的データの引渡について決定する労働者の権利について考慮している⁴¹⁾。たしかに、連邦労働裁判所の判決においては、主として引渡の際の制限が問題とされ、特にデータ収集が問題とされているわけではないが、連邦労働裁判所は、明文でデータの収集も含んでいる連邦憲法裁判所の定式を完全に受け入れており、データ収集を一般的人格権の保護領域から除外するべき理由はな

いことは明白であろう、といわれる⁴²⁾。連邦労働裁判所は、すでに1957年12月5日の判決⁴³⁾で使用者の質問権の制限を個人領域（Individualsphäre）の必要な保護に依拠させ、その後、個人領域の不可侵性とならんで、人格権の保護領域をもあげ⁴⁴⁾、そうすることで労働者の一般的人格権に依拠することが、広く支持されているとされる⁴⁵⁾。この情報自己決定権からは、応募者との採用交渉との関係では、合理的な採用決定に適合し、必要なデータが収集・利用されなければならないということが導かれている⁴⁶⁾。

これらの相対的質問禁止事項に関する質問権の限界についてまとめると、連邦労働裁判所と通説は、情報自己決定権に関してすでに述べたことと重なるが、判断基準を労働関係と合理的関連があるかどうかということに求めている。つまり、連邦労働裁判所は⁴⁷⁾、質問権を使用者に、設定されるべき労働関係に関連して、質問の答えに根拠のある、正当な、保護に値する利益がある限りにおいて認め、この利益は、人格権の保護および個人的領域の不可侵性を保持するという労働者の利益が、その背後に隠れるほど強いものでなければならないとしている。また、このような正当な利益は、通常は、質問の答が当該職場とそこでの仕事自体にとって意味をもつ場合にのみ存在するとみなされるべきである、とされる⁴⁸⁾⁴⁹⁾。このことから、連邦労働裁判所の判決によって、この対立する利益の衡量から質問権に関する次の二つの限界づけが形成されている、といわれる⁵⁰⁾。第一に、質問の答は、労働を遂行する能力の判断にとって重大なものでなければならない。第二に、私的領域への不釣り合いな介入にあたる場合は、職場と関係することも質問されてはならない、というものである⁵¹⁾。つまり、労働との関連性の存在と比例原則の遵守ということができる⁵²⁾。

第2章 「うそをつく権利（Recht zur Lüge）」をめぐる

以上、使用者の質問を制限する法理の基本的枠組みをみてきたが、使用

者の質問権について検討するにあたって、もう一つの前提となる問題として、使用者が質問権の限界をこえた質問、すなわち、質問してはならないことを質問した場合、どのようになるかという問題がある。たしかに、労働者はその質問に対して答えないことも可能であるが、答えないこと自体が不利に扱われる原因ともなりうる⁵³⁾。そこで、不正確あるいは不十分な答えをすることが許されるか、つまり、いわゆる「うそをつく権利」があるかどうかについて論じられている。そこで、以下では、この「うそをつく権利」の意義と限界についてみてみたい。

第1節 「うそをつく権利」の意義

「うそをつく権利」があるかどうかの議論の前提として、そもそも、労働者には使用者の質問に正しく答える義務、つまり、開示義務(Offenbarungspflicht)があるかがまず問われなければならない。開示義務がなければ、「うそをつく権利」は当然のごとく肯定されることになるといえるからである。この開示義務については、その内容が統一されて用いられていないことが指摘されているが⁵⁴⁾、応募者は、許される質問に対しても答えることを拒否することができるものの、応募者が答えるのであれば、正しい答えを要求されるという意味においては少なくとも開示義務が存在し、この義務は、契約交渉の段階においても、使用者の質問がなされたかどうかにかかわらず契約目的の達成のために存在する、とされる⁵⁵⁾。この労働者の開示義務の違反の効果として、許された質問に労働者が正しく答えなかった場合には、取消、解雇、場合によっては労働者が損害賠償義務をおう可能性がある⁵⁶⁾。

しかし、使用者が応募者の契約関係に客観的に関連性が認められないデータと、さらに使用者に認められる利益をこえたデータを要求した場合は、状況は異なる。支配的な見解によれば、その際には応募者は、答えを拒否できるだけでなく、むしろそれを超えて、許されない質問に正しく答えないことで、回答を拒否すれば生じるかもしれない不利な影響を防止

することが許されるとされ、「うそをつく権利」の存在が承認されている⁵⁷⁾。

そこで次に、この「うそをつく権利」は、どのような法的効果をもたらすかが問題となるが、主として、民法123条⁵⁸⁾にもとづく取消権が排除されることがあげられている。連邦労働裁判所の確立した判例によれば、使用者の質問が許されない場合には、労働者の正しくない答が民法123条の意味での詐欺とみなされないこととなる⁵⁹⁾。逆に言うと、許された質問に対するうその答えだけが、使用者に労働関係を取り消す権利を与えるのである。しかし、許されない質問の際にも、たしかに、正しくない答えによって使用者は欺かれるとは言えるので、この場合、詐欺の悪意（Arglist）がなくなるというべきであると考えられるという見解もある⁶⁰⁾。第1章でみたように、労働者が状況を明らかにする必要がない場合には、使用者の利益は法的には保護に値しないといえるのである。また、使用者からの損害賠償請求権も排除され、解雇理由にもならないといわれている⁶¹⁾。

ただ、この「うそをつく権利」をめぐっては、いくつかの議論がみられる。その一つは、この言葉が用語として正確とはいえないとするものである。たとえば、「うそをつく権利」と呼ばれれば、連邦労働裁判所の判決⁶²⁾の意図はもはや正しく把握されないであろう、というのは、連邦労働裁判所にとっては、許されない質問への正しくない答えに対して、民法123条の意味での詐欺として応募者に責任を負わせるのではなく、このことでたまたま成立した労働関係を取消の方法で解消することだけが問題であるからであるとする見解である⁶³⁾。また、原則として「うそをつく権利」は存在しないが、それは事実上存在しているという見解⁶⁴⁾、同様に、原則として「うそをつく権利」は存在しないが、許されない質問に正しく答えれば、通常は就職できないという、労働関係に入る前の特別の利益状況が考慮されなければならず、許されない質問に正しく答えなくても使用者によって労働契約を取り消されないことを認めることができる、とする見解もある⁶⁵⁾。なお、妊娠しているかとこれから非軍事役務につくかどうか

かに関して「うそをつく権利」の存在を否定し、使用者の取消権はなくならないとする見解もある。そこでは、労働契約の対象が労働の給付であることが強調され、これらの事項だけに限定されない論理だと思われる⁶⁶⁾。

第2節 「うそをつく権利」の限界

上述のとおり、「うそをつく権利」という呼び方には疑問を呈する見解があり、また、そもそもその存在を否定する見解もないわけではないが、労働者にとっては、採用過程において、使用者の許されない質問に正しく答えなかったということを理由として、契約が成立した後に、その契約を取り消されないということについては広範な一致がみられるといえる。たしかに、このことのもつ意味は大きいものであるが、それより先にすすんで、使用者に質問自体を禁じることはできないのであろうか、あるいは、質問したことで使用者には損害賠償義務が発生することにはならないのであろうか。また、使用者が質問してはならない質問から得た情報を利用することは許されるのであろうか。もし、使用者の取消権が排除されるだけであれば、この制度は労働者の「うそをつく勇気」だけに依存するという評価⁶⁷⁾も可能であるからである。そこで、以下では、これらの可能性についてみたい。

まず、許されない質問に対する防御請求権はあるのかという問題である。つまり、使用者が許されない質問をしないようにできる何らかの方法はあるかという問題である。判例は、上述のようにこれまで質問権に関する問題の解決を取消のレベルに限定しているので、判例によれば、労働者は原則として、使用者の質問に反対して直接に行動することはできないことになる、つまり、応募者は使用者の許されない質問によって、民法611a条の特別の基準を除いて 防御請求権の結果をもった権利は侵害されない、したがって、使用者が質問権の限界を超えても、「許されない」質問について語ることはできるが、「違法」な質問については語ることはできない、これは、使用者の質問は、それ自体として応募者の権利に介入する

ものではないからである、とされる⁶⁸⁾。つまり、質問したこと自体を理由として、たとえば人格権侵害として損害賠償義務を発生させることはないとするのである。その理由として、私生活への配慮を求める労働者の人格権の侵害は、労働者が答えることによって私生活にアクセスされてはじめて発生し、答えるかどうかは、労働者の自由な判断によるものであることが理由としてあげられる⁶⁹⁾。しかし、人格権は、民法823条1項の「その他の権利」であるから、損害賠償請求権がこの民法823条1項に根拠づけられるので、人格権にもとづく損害賠償請求権を認める見解が存在する⁷⁰⁾。ただ、問題とされる個人領域の保護は、使用者に取消を認めないことによって達成されると反論がなされ⁷¹⁾、人格権の侵害を理由とする損害賠償を認めないのが有力のようである。

それでは同じ損害賠償でも、信頼の侵害としての損害賠償の可能性はないだろうか。一般的な収集禁止として理解される質問権の限界が超えられた場合には、これは配慮義務違反となって、損害賠償請求権が考えられるということが主張されているが⁷²⁾、これについては、たしかに、契約交渉にもとづき成立する契約前の信頼関係から、応募者の利益を尊重する義務、許されない質問に直面させない義務、使用者が採用決定の際に配慮すべきではないデータを公表させない義務を使用者に対して導出することは可能であるが、その実現可能性の点から反論がなされている。つまり、この損害賠償義務の前提は、損害の証明であり、この許されない質問がなければその応募者が職を得ていたことを証明しなければならないが、この証明はほとんど不可能であろうというものである⁷³⁾⁷⁴⁾⁷⁵⁾。

ただ、名誉侵害にあたる場合は事情は異なる、とされる。つまり、使用者の質問が許されなかつただけではなく、その形態ないしは内容からして名誉侵害にあたる場合には、質問が応募者の人格権の侵害とみなされることには疑いはなく、応募者には、不作為請求権が生じるとされる⁷⁶⁾。

では、応募者が質問への答を拒否したり、あるいは使用者の判断に影響を与える不利益なデータを正しく示したりすれば、そのことを理由として、

その応募者を採用しなかったといえる可能性があることから、採用請求権はないだろうか。これについては、応募者がもっともよい資格をもっている場合でも、使用者は、採用決定を民法611a条の特別の事例は別として、平等取扱い原則に拘束されることなく、また、決定を合理的に正当化することも強制されないので、使用者が許されないデータを収集したことへの対応としての採用請求権は考慮されえない、とされる⁷⁷⁾。

そこで、他の方法として、使用者が情報を得たとしてもその利用禁止を定めることによって、質問権に関する判例を徹底したものとすることについて議論がなされている。質問権の制限の際には、採用決定の際に特定のデータをもちこませないことが問題であるが、これは、対応する質問を許されないものとして示すことによって、制限的に到達されるだけである。使用者がその質問権の範囲を守らず、応募者が自分の「うそをつく権利」を通じてその質問を回避しない場合には、使用者に許されないやり方で獲得したデータの利用を禁じることは、質問権についての判例の基本思想にかなうものであろう。この見解については、たしかに学説においては、さまざまに論じはじめられているが⁷⁸⁾、判決においては、まだ採用されていない⁷⁹⁾。その理由として指摘されるのは、実際の適用可能性である。つまり、使用者が自分の採用決定を理由づける必要がなく、その理由づけが審査されえない限り、利用禁止違反に何の法的結論も結びつけられないだろう、とされるのである。さらに重要なこととして指摘されるのは、実際には、使用者には、すでに知ってしまった知識を除去し、意思形成の際に排除することは全く不可能であることである。したがって、学説における利用禁止という見解はこれまでたいへん慎重にのみ表明され、それが議論に値するとみなされるが⁸⁰⁾、実際にはほとんど意味をもたない、とされる⁸¹⁾。実際にも、現行法には、利用禁止はみられず、また、利用禁止までは要求しないのが通説といえる。この問題は、使用者の質問権の制限ではなく契約締結の自由の制限と位置づけられ、近年のもっとも重要な争点に属するという評価もみられる⁸²⁾⁸³⁾⁸⁴⁾。

以上のように、判例および支配的な学説によれば、「うそをつく権利」の効果としては、使用者の取消権の排除のレベルで処理がなされることが維持されているのである。

おわりに

以上、使用者の質問権の限界設定のための基準と、使用者がその質問権の限界をこえた質問をした場合に、労働者は正しく答えないことが許されるかということをめぐる議論を概観してきた。使用者の質問権の制限という方法は、解雇の際のように、使用者の決定の正当性を裁判所が審査するというのではなく、使用者の契約の自由に配慮して、使用者による労働者からの情報収集を限界づけることに焦点が当てられているものである。その際、基本権の保障が基準となり、まずは基本法3条3項が示す差別禁止事項については原則として質問できないとされ、それ以外の基本権については、使用者の契約の自由との利益衡量が行われ、一定の制限が課されるという構造になっている。その質問が許されるか許されないかについては、議論が続けられ、争いのあるものもあるが、理論的には、許される質問と許されない質問とを区別することが可能なのである。そこで、許される質問に対して労働者が正しく答えなければ、使用者から労働契約を取り消すことが可能となるが、許されない質問に対して労働者が正しく答えなくても、これは使用者の取消権を根拠づけるものではないとされている。これが「うそをつく権利」とよばれるものであり、果たして適切な用語法なのかという疑問は出されているものの、使用者の取消権が排除されるというその法的効果の点では一般に承認されているものといえる。たしかに、許されない質問に対して沈黙することも可能であるが、沈黙すること自体が不利益に扱われる結果を招くことも多いことから、正しくないことを答えることが正当化されるのである。さらにすすんで、許されない事項について使用者が質問すること自体を禁止することができないかが議論されてい

るものの、一般には認められておらず、また、使用者が本来であれば得られない情報を得た場合にその情報の利用を妨げることができないかについても議論されているが、それもできないと一般には考えられている。これらの議論は、正しく答えないことは、いくら許されない質問に対してであれ、良心の呵責を感じるのが普通であろうから、使用者の質問自体を禁止できないかという考慮を背景とするものである。

本稿では、質問権の制限についての総論にあたることだけを扱ったので、個々の質問項目について、さらに最近の議論の展開について、また集团的レベルでの議論、立法論などについては、触れることができなかった。これらの点については、今後の課題とさせていただきたい。

- 1) 最大判昭48年12月12日民集27巻11号1536頁。
- 2) 東京高判昭43年6月12日判時523号19頁。そこでは、労働者が「秘匿し、虚偽の申告をした」と使用者が主張する事実は、労働者の「政治的思想、信条に関係のあることは明らかであるから、これを入社の際秘匿することは許されるべきであり、従って、これを秘匿し、虚偽の申告をしたからといって、詐欺にも該当しない」、また、「通常の商事会社においては」「その入社の際、応募者にその政治的思想、信条に関係のある事項を申告させることは、公序良俗に反し、許されず、応募者がこれを秘匿しても、不利益を課し得ないものと解すべきである」と判示している。
- 3) 棟居快行「人権の私人間効力(三菱樹脂事件)」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例〔第二版〕』(1996年、有斐閣)18頁。
- 4) 菅野和夫『労働法〔第七版〕』(2005年、弘文堂)120頁は、三菱樹脂事件判決は、「企業経営に関する高度の判断力や指導力を必要とされるという点で世界観が職業的関連性を有していた幹部要員の採用事案における判旨と理解すべきである」とし、幹部要員として採用される人に対してのみ、思想・信条を質問してもよいという趣旨と解釈する。
- 5) 山田省三「雇用関係と労働者のプライバシー」日本労働法学会編講座21世紀の労働法第6巻『労働者の人格と平等』(2000年、有斐閣)61頁以下、砂押以久子「情報化社会における労働者の個人情報とプライバシー」日本労働法学会誌105号(2005年)48頁以下参照。
- 6) なお、ドイツでもワイマール時代の労働法の教科書(たとえば、Kaskel, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1932; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 3-5. Aufl., 1932)には、この争点は書き留められていないとされる。なお、フランスの労働法の教科書にも、使用者の質問権への言及がなく(たとえば、Lyon-Caen/Pelisseier/Supiot, Droit du travail, 19. Aufl., 1999.)、使用者が応募者に、頭に思い浮かぶことを何でも質問してよいわけではないことは国際的・歴史的にみても自明のことではない、といわれる(Thüsing/Limbrich, Das Fragerecht des Arbeitgebers, BB 2002, S. 1146)。これまでにドイツでの議論を紹介したものとして、西谷敏『ゆとり社会の条件』(1992年、労働旬報社)42頁以下、日本労

働研究機構『労働者の個人情報保護と雇用・労働情報へのアクセスに関する国際比較研究』調査報告書 No. 55（2003年、日本労働研究機構）216頁以下〔緒方桂子執筆〕などがある。

- 7) Thüsing/Limbrich, a. a. O. (註6), S. 1146.
- 8) Ebenda.
- 9) Moritz, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen?, NZA 1987, S. 332.
- 10) Ebenda.
- 11) 基本権の私人間効力をどのように理論構成するかについては、さしあたりここでは、連邦憲法裁判所がリユート判決（BVerfGE 7,198）で示した、基本権の内容は、客観的規範として私法を含む法の全領域に妥当するという立場にしたがうこととし、私人間効力の一般論についての検討は別の機会にさせていただきたい。ドイツでの議論状況を示す最近の研究書として、たとえば三並敬克『私人間における人権保障の理論』（2005年、法律文化社）がある。
- 12) Buchner, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., 2000, § 41 Rn. 10.
- 13) 使用者に対する労働者の質問権の制限については、Boemke, Fragerecht des Arbeitnehmers nach Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband?, NZA 2004, S. 142ff. が検討している。
- 14) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 9.
- 15) Raab, Das Fragerecht des Arbeitgebers nach schwebenden Strafverfahren und die Unschuldsumutung des Bewerbers, RdA 1995, S. 37ff.
- 16) その他、労働権の侵害という観点から論じられることもある。たとえば、Leipold, Einstellungsfragebogen und das Recht auf Arbeit, AuR 1971, S. 161. しかし、この観点から議論することにはあまり支持者はいないようである。この観点からの議論に対する批判として、Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 32.
- 17) Moritz, a. a. O. (註9), S. 332.
- 18) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 1f.
- 19) 解雇制限法1条によれば、解雇が社会的に正当化されな場合には無効だとされている。
- 20) その際、労働者自身への質問、採用アンケートの利用といった形態でのデータの収集が問題とされているが、さらに、このデータ収集は、労働者への質問をこえて、情報獲得に第三者が関与する場合にも問題となる。たとえば、以前の使用者、同僚、官庁への質問、探偵の依頼である。この場合にも、質問権に関して展開されてきた考え方が重要となるとされる（Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 3）。この問題は三菱樹脂事件最高裁判決に照らせば、日本でも重要だと考えられるが、別の機会に検討させていただきたい。
- 21) ただ、このとき、使用者が許されない方法で、あるいは他の法的には許される方法で獲得した情報の利用が、使用者に自由な採用決定が認められている限り、禁止されえないことが問題とされている（Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 4）。そこで、こうした情報の利用を禁止できないかということが議論されているが、それについては第2章第2節で触れる。
- 22) Vgl. Braun, Fragerecht und Auskunftspflicht, MDR 2004, S. 65.
- 23) Vgl. Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2004, § 611 BGB, Rn. 331.

- 24) Vgl. Thüsing/Limbrich, a. a. O. (註6), S. 1146.
- 25) なお, Schaub, Arbeitsrechts- Handbuch, 10. Aufl., 2002, § 26 Rn. 14ff. など, このような分類をしない文献もある。
- 26) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 12. なお, 原則として同じ評価が応募者の性別についても妥当するとされ, 性別による差別の場合には, 民法 611a 条によって, 使用者が立証責任を負うことになる。また, 言語は, 基本法 3 条 3 項によれば, 応募者の不利益扱いの理由となることは許されないが, 基本法 3 条 3 項にあげられているその他の列挙事由とは異なり, 職業遂行のための能力の前提でありうるので, 法的意味における不利益扱いは, 仕事に必要な言語知識がないことで雇われない場合には, 問題にならない, とされる (ebenda)。
- 27) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 14.
- 28) Ebenda.
- 29) Ebenda.
- 30) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 15.
- 31) Ebenda. なお, 公務員への採用に際しての憲法に敵対的な政治活動についての質問もこの例外に属するとされるが, それについては別の機会に検討したい。
- 32) Moritz, a. a. O. (註9), S. 331; Hoffmann, Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, S. 7ff.; Wiese, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, S. 273; Schaub, a. a. O. (註25), Rn. 11; Preis, a. a. O. (註23), Rn. 360; Degener, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, 1975, S. 60ff. さらに, 連邦労働裁判所の確立した判例 (AP BGB § 123 Nr. 2, 38, 40)。
- 33) Wiedemann, Zur culpa in contrahendo beim Abschluss des Arbeitsvertrages, Festschrift für Herschel, 1982, S. 466ff.; Raab, a. a. O. (註15), S. 39.
- 34) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 20. なお, この衡量においては, 抽象的になされることはできず, 個々のケースにおける具体的な状況でなされなければならない (Beck, „Fragerecht“ und „Recht zur Lüge“, 2004, S. 288) が, 本稿ではその一部しか検討することができないので, その他の具体的な衡量については, また別の機会をもちたい。
- 35) このことは, 1957年5月10日の連邦労働裁判所の判決 (AP GG Art. 6 Abs. 1 Ehe und Familie Nr. 1) が, いわゆる独身条項, つまり労働関係が結婚の場合に終了するという条項に関連して展開した考え方と関連する。連邦労働裁判所は, 秩序原則として基本法 6 条 1 項は, 私法領域において効力をもち, 拘束的な基本権規範として, 婚姻と家族の保護を私法の全領域に関しても要請するのであり, それゆえ, 使用者の契約の自由は労働者の基本権の地位と適合させなければならない, それに対応して限定されなければならない, と述べている。
- 36) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 21; Schaub, a. a. O. (註25), Rn. 19.
- 37) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 23; Raab, a. a. O. (註15), S. 37.
- 38) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 24.
- 39) BVerfGE 65, 1ff.
- 40) 拙稿「ドイツにおける労働者のプライバシー権序説」立命館法学299号(2005年)4頁

以下参照。

- 41) BAG 12. 1. 1988 AP BPersVG § 75 Nr. 23; 22. 10. 1986 AP BDSG § 23 Nr. 2.
- 42) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 26.
- 43) AP BGB § 123 Nr. 2.
- 44) 7. 6. 1984 AP BGB § 123 Nr. 26; 11. 11. 1993 AP BGB § 123 Nr. 38; 5. 10. 1995 AP BGB § 123 Nr. 40.
- 45) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 26.
- 46) 詳細については, Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 28ff.
- 47) BAG 7. 6. 1984 AP BGB § 123 Nr. 26; 11. 11. 1993 AP BGB § 123 Nr. 38; 5. 10. 1995 AP BGB § 123 Nr. 40.
- 48) Preis, a. a. O. (註23), Rn. 333.
- 49) なお, Däubler, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 1994, S. 104 は, 使用者の正当で保護に値する利益を企業の機能が損なわれる場合のみ認めるが, それは狭すぎ, 結果として誤りであるという批判がある (Thüsing/Limbach, a. a. O. (註6), S. 1150)。
- 50) Thüsing/Limbach, a. a. O. (註6), S. 1146.
- 51) これらから議論された質問事項として, 裁判所は, 前科, Stasi (旧東ドイツ秘密警察) の職員, 障害についてもっとも頻繁にとりくんだとされる。その概観として, たとえば, Preis, a. a. O. (註23), Rn. 365ff.
- 52) そこで, 本来であれば質問内容ごとに労働との関連性がどのように判断されているか, また, その際の比例性の審査を具体的に検討することが次の課題となるが, それは別の機会に譲ることとさせていただきます。
- 53) Dieterich, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2004, Art. 2 GG, Rn. 98.
- 54) たとえば, Moritz, a. a. O. (註9), S. 330 Fn. 3.
- 55) この点については, Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 164ff.
- 56) それぞれについて詳しくは, Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 178ff.
- 57) Preis, a. a. O. (註23), Rn. 334; Dieterich, a. a. O. (註53), Rn. 98; Däubler, Gläserne Belegschaften?, 4. Aufl., 2002, S. 120. なお, 裁判では, この概念は BAG, 22. 9. 1961 AP BGB § 123 Nr. 15 ではじめて用いられた, とされる (Thüsing/Limbach, a. a. O. (註6), S. 1146)。労働契約の取消と関連する法的問題については, Strick, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber, NZA 2000, S. 695ff. 参照。
- 58) 民法123条1項は, 詐欺または違法な強迫によって, 意思表示をさせられた者は, その意思表示を取り消すことができる, とする。
- 59) BAG 5. 12. 1957 AP BGB § 123 Nr. 2; 22. 9. 1961 AP BGB § 123 Nr. 15; 19. 5. 1983 AP BGB § 123 Nr. 25; 7. 6. 1984 AP BGB § 123 Nr. 26; 21. 2. 1991 AP BGB § 123 Nr. 35; 2. 5. 10. 1995 AP BGB § 123 Nr. 40. Vgl. Zöllner, Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., 1983, S. 34f.
- 60) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 193.
- 61) Moritz, a. a. O. (註9), S. 336; Hofmann, a. a. O. (註32), S. 60.
- 62) BAG 22. 9. 1961 AP BGB § 123 Nr. 15.

- 63) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 176.
- 64) Braun, a. a. O. (註22), S. 65.
- 65) Moritz, a. a. O. (註9), S. 336.
- 66) Meilicke, Recht auf Lüge beim Einstellungsgespräch?, BB 1986, S. 1288f. この見解に対しては, Colneric, Recht auf Diskriminierung beim Einstellungsgespräch?, BB 1986, S. 1573f. が直接の批判を行っている。
- 67) 角田邦重「西ドイツにおける労働者人格の保障」横井芳弘編『現代労使関係と法の変容』(1988年, 勁草書房) 399頁。
- 68) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 195.
- 69) Wiese, a. a. O. (註32), S. 301.
- 70) Wohlgemuth, Rechtliche Grenzen der Informationsgewinnung durch Arbeitgeber, BB 1980, S. 1534. また, Degener, a. a. O. (註32), S. 96 も, 判例やほとんどの学説が当該質問を「許されるか」「許されないか」という議論をしてきたことを認めつつ, 民法823条1項の意味での絶対権を侵害するものとして違法であり, 損害賠償請求権が生じるとしている。
- 71) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 195.
- 72) Wohlgemuth, a. a. O. (註70), S. 1534. そこではさらに, 排除請求権や不作為請求権が民法823条・1004条の類推として生じるとされている。
- 73) Moritz, a. a. O. (註9), S. 336. また, Schaub, a. a. O. (註25), Rn. 12 も, この請求権は実際には大きな意味はもたないであろうとする。
- 74) なお Wiedemann, a. a. O. (註33), S. 463 は, 許されないやり方で収集された情報のゆえに労働契約が成立しなかった場合には, 人格権(民法823条1項, 基本法1条・2条)の侵害を理由とし, あるいは契約締結上の過失(culpa in contrahendo)の原則により, 応募者の損害賠償請求が可能であるとする。
- 75) ただ, 権利保護システムが部分的に拡大され, 使用者の質問が性別を理由とする差別を意味する限りにおいて, 使用者の許されない質問は, 民法611a条にもとづく無過失の(Verschuldensunabhängig) 損害賠償請求を生じせしめるという見解が強く主張されている, とされている(Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 200)。
- 76) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 197.
- 77) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 198. なお, このことは, 民法611a条2項2文の明文の規定によって, 性別に固有の差別の場合にもあてはまるとされる(Ebenda)。
- 78) Moritz, a. a. O. (註9), S. 336; Wohlgemuth, a. a. O. (註70), S. 1534 Fn. 67a.
- 79) Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 201.
- 80) Wohlgemuth, a. a. O. (註70), S. 1534 Fn. 67a.
- 81) Moritz, a. a. O. (註9), S. 336 は, 使用者に, 違法な質問にもとついて獲得した答の利用の禁止も生じるが, もっとも実際にはほとんど意味がないとする。この点について, Daubler, Arbeitsrecht 2. 11. Aufl., 1998, S. 109f. は, このような情報の利用を禁止しなければ, 質問権の制限が幻想となし, 使用者は手続においても決定においても完全に自由というわけではなく, 採用については正当な理由がなければならないとする。さらにこ

のことは、質問権の制限の必然的な結果であるだけでなく、労働権の現在の具体化としての労働力の市場に適合した利用を求める権利からも生じるとする。なお、この労働権という視点からの議論については、Leipold, a. a. O. (註16), S. 166 参照。

- 82) Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2000, Rn. 633.
- 83) なお、立法論としては、応募者を許されないデータ収集からさらに保護するために、採用法のような包括的なデータ収集法を新たにつくることが必要であるという指摘もみられるが、これまでの労働法の法典化の動きの中では、現在の判例理論を変更することは提案されていないようである。なお、連邦議会の「遺伝子工学のチャンスと危険」アンケート委員会の1987年1月の報告（BT-Drucksache 10/6775）においては、使用者の質問権の法律による限定と使用者が質問権の限界を超えた場合には、刑法による処罰が要請されている、とされる。しかし、刑法による処罰の要請は、たしかに、質問権の限界を超える問題が民事法上の手段では十分に解決されえないということの結論であるが、まだ十分には議論されていないという評価がある。また、採用法のようなデータ収集法の新設は、使用者の情報の自由との関係についての原則的な議論なしでは構想されえないだろう、というのは、応募者の利益をより保護することだけが問題ではなく、むしろデータ保護と採用の自由の間のバランスと、規律の実効性に配慮されなければならないからである、という評価がみられる。Vgl. Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 203.
- 84) したがって、以上のような現在の議論を前提とすると、實際上、応募者により有利な保護は、集团的労働法のレベルで、特にアンケートに従業員代表委員会の同意を要求する経営組織法94条によってもたらされることが指摘され（Buchner, a. a. O. (註12), Rn. 205）、ドイツでの使用者の質問権の制限に関する状況の全体像の把握のためには、それをも視野にいれなければならないといえるが、これも別の機会に検討することとさせていただきます。