

# 判例評論

平成16年11月1日  
第549号

退去強制手続の構造と取消訴訟(上)  
——東京地判平成一五年九月一九日(判時一八三六号四六頁)を契機に………直理 格…164  
最新判例批評

八三 一 宅建業法六四条の二により宅地建物業保証協会として指定された  
社団法人が宅建業者の入会申込みを拒否したことが不法行為にあ  
るとされた事例  
二 社団法人の社員資格を定めた定款施行規則が公序良俗に反し、か  
つ、定款に定められた事項とも実質的に異なるとして無効とされた  
事例(東京高判15・7・31) ……後藤 元伸…173

八四 自賠法七二条に基づく填補金請求権における支払基準及び遅延損害金  
請求の可否(①大阪高判15・9・30、②神戸地判15・10・16) ……齋藤 修…176

八五 テレビ放送による名誉毀損の判断基準と真実の証明  
——テレビ朝日ダイオキシン報道訴訟上告審判決(最一判15・10・16)  
八六 一 各相続人への審判の告知の日が異なる場合における遺産の分割の  
審判に対する即時抗告期間  
二 即時抗告期間経過後にされた遺産の分割の審判に対する即時抗告  
が適法とされた事例(最一決15・11・13) ……長谷部由起子…185

八七 農業協同組合が退任した理事に対して提起する訴えについての組合の  
代表理事の代表権の有無(最三判15・12・16) ……畠田 公明…191

八八 一 火災保険契約の申込者が同契約に附帯して地震保険契約を締結す  
るか否かの意思決定をするに当たり保険会社側からの地震保険の内  
容等に関する情報の提供や説明に不十分な点があったとしても慰謝  
料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価すべき特段の事情が存  
するものとはいえないとされた事例(最三判15・12・9) ……黒木 松男…196

八九 税理士が依頼者に賠償すべき損害が消費税法に定める税制選択に必要  
な届出書の提出を怠ったという過誤により生じたものである場合にお  
ける税理士職業賠償責任保険約款の免責条項の適用の有無(最二判  
15・7・18) ……山下 典孝…201

九〇 国鉄改革法に規定する法律関係の下では、JR各社の設立委員及びこ  
れら各社は、労組法七条にいう「使用者」としての責任を負わないと  
された例／雇入れの拒否は、特段の事情がない限り、同条一号にいう  
不利取扱いは当たらず、本件においても右特段の事情は認められ  
ないとされた例  
——JR不採用(北海道)事件(①最一判15・12・22、②最一判15・  
12・22) ……小嵐 典明…204

12・22) ……小嵐 典明…204

九〇 国鉄改革法に規定する法律関

係の下では、JR各社の設立委員及びこれら各社は、労組法七条にいう「使用者」としての責任を負わないとされた例／雇入れの拒否は、特段の事情がない限り、同条一号にいう不利的取扱いには当たらず、本件においても右特段の事情は認められないとされた例

——JR不採用（北海道）事件

大阪大学 教授 小 嶋 典 明

① 各不当労働行為救済命令取消請求事件、最高裁判所第一三〇九六号、平15・12・22一小法廷判決、上告棄却、判例時報一八四七号一〇頁、民集五七卷一一号二二三五頁

② 労働委員会救済命令取消請求事件、最高裁判所第一二六号、平15・12・22一小法廷判決、上告棄却、判例時報一八四七号一五頁

【事実】 一 当事者等

本件における上告人は中央労働委員会（中労委）であり、被上告人は北海道旅客鉄道株式会社（JR北海道）及び日本鉄道貨物株式会社（JR貨物）である。①・②両事件に共通。また、本件においては、①事件の上告補助参加人として国鉄労働組合（国労）が、②事件の上告補助参加人として全国動力車労働組合（現全日本建設交通一般労働組合全国鉄道本部、全動労）が、それぞれ訴訟に参加している。

本件は、国鉄の分割民営化に当たって、これらの上告補助参加人組合に所属する組合員が被上告人会社によって採用されなかったことが不当労働行為に該当するか否かが争われた事件であるが、日本国鉄改組法（昭和六一年法律第八七号、国鉄改組法、以下「改革法」ともいう）の解釈がその重要な争点となった。

## 二 国鉄改革法の概要

改革法は、国鉄の経営が破綻したことを受け、経営形態の抜本的改革に関する基本的事項を定めることを目的としていた（一条）が、具体的には六条及び八条において、国鉄が経営する旅客鉄道事業及び貨物鉄道事業を旅客鉄道会社六社と貨物鉄道会社一社に、それぞれ「引き継がせる」旨を規定するとともに、一五条において、国鉄がこれらの承継法人（以下「JR各社」ともいう）に事業の引継ぎを行ったときは、国鉄を国鉄清算事業団（事業団）に「移行させ、承継法人に承継されない資産、債務等を処理するための業務等を行わせるほか、臨時に、その職員の再就職の促進を図るための業務を行わせる」ことを定めていた。

また、改革法二三条は、JR各社の成立時における職員の採用手続について、次のように規定していた。「1」承継法人の設立委員は、国鉄を通じ、その職員に対し、各承継法人の職員の労働条件及び採用基準を提示して、職員の募集を行う（二項）。「2」国鉄は、これを受け、承継法人別に、その職員となる意思を表示した者の中から、前記採用基準に従い、その職員となるべき者を選定し、その名簿（採用候補者名簿）を作成して設立委員に提出する（三項）。「3」採用候補者名簿に記載された国鉄の職員のうち、設立委員から採用する旨の通知を受けた者であつて、昭和六二年四月一日に国鉄の職員であるものは、承継法人の成立時（同日）に、当該承継法人の職員として採用される（三項）。「4」職員の採用について、承継法人の設立委員がした行為は、当該承継法人がした行為とする（五項）。

## 三 本件における事実経過

昭和六一年一月二日、運輸大臣は、改革法に併せて制定された「旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律（昭和六一年法律第八八号）附則二条に基づき、JR各社の共通設立委員及び会社ごとの設立委員を任命。同月一日、JR各社合同の第一回設立委員会において、国鉄在職中の勤務状況からみて、当該会社の業務にふさわしい者であること（勤務

状況については、職務に対する知識技能及び適性、日常の勤務に関する実績等を国鉄における既存の資料に基づき、総合的かつ公正に判断すること）等が、各社共通の採用基準として定められ、労働条件とともに国鉄に提示された。

同月一六日、運輸大臣は、改革法一九条に基づき閣議決定を経て定められた基本計画の中で、国鉄職員のうち承継法人の職員となる者の総数を二万五〇〇〇人（うちJR北海道は一万三〇〇〇人、JR貨物は一万二五〇〇人）と決定。同月二四日、国鉄が上記採用基準に該当しないことが明白な者を除く職員約二万四〇〇〇人に対し、承継法人の職員となる意思を確認するため、意思確認書の用紙を配布したところ、最終的には国鉄職員二万七六〇〇人が確認書を提出し（うち承継法人への採用希望者は二万九三三〇〇人、国鉄は、これをもとに承継法人ごとに採用候補者を選定し、採用候補者名簿を作成することとなった）。

昭和六二年二月六日、国鉄はこうして作成された採用候補者名簿を設立委員会に提出。同月一二日、JR各社合同の第三回設立委員会において、名簿に記載された者全員を承継法人の職員に採用することが決定されたが、本件組合員はその中に含まれていなかった。

同年四月一日、JR各社の発足と同時に行われた職員の採用（四月採用）において、右の採用決定者は予定通りその職員となったが、JR各社に採用決定をみなかった国鉄職員は、同日以降、事業団の職員となり、「日本国鉄退職希望職員及び日本国鉄清算事業団職員」の再就職の促進に関する特別措置法（昭和六一年法律第九一號、特措法）のもとで、同法が失効するまでの三年間にその再就職が図られることとなった。なお、その後、被上告人JR北海道は、募集対象者を北海道地区に勤務する事業団の職員とし、採用予定人員を約二八〇人、採用予定日を昭和六二年六月一日、採用基準を国鉄及び事業団在職中の勤務状況からみて同被上告人の業務にふさわしい者とする職員の追加採用（六月採用）を行ったが、本件組合員に採用された者はいなかった。

これに対して、上告補助参加人組合は、右の四月採用及び六月採用に際して所属組合員が採用されなかったのは不当労働行為に当たるとして、北海道地方労働委員会に対し、救済を申し立てたところ、同委員会は、平成元年一月（①事件）及び同年三月（②事件）に、

本件組合員を被上告人会社の設立時に採用されたものとして取り扱うこと等を命じる救済命令を発した。

これを受けて、被上告人会社が上告人中労委に対し、初審命令を不服として再審査を申し立てたところ、上告人は、平成五年一月（①事件）及び同六年一月（②事件）に、不利益取扱いを受けた組合員の具体的特定はできないが、少なくとも本件組合員のの一部については不当労働行為の成立が認められるとして、初審命令を変更した上で、職員採用に関する選考をやり直し、その結果、採用すべきものと判定した者については、これを採用したものと取り扱うこと等を命じる一部救済命令を発した。

本件は、被上告人会社が、この上告人による命令のうち、再審査の申立てを棄却して救済を命じた部分の取消しを求めた事件である。

## 四 原審の判断（要旨）

以下にみるように、本件不採用が不当労働行為に当たらないという結論においては原審の判断に違いはなかったが、その理由付けは①事件と②事件とは大きく異なっていた。

①事件（東京高判平12・12・14労働判例八〇一七号）

イ 設立委員は、国鉄において作成した名簿に記載された者の中からさらに選別して採用者を決定する権限は有するが、名簿に記載されなかった国鉄職員についてこれを承継法人の職員に採用する権限はなかった。国鉄による採用候補者の選定及び名簿の作成は、専ら国鉄の権限と責任に委ねられたものであり、国鉄が、設立委員の権限に属する採用候補者の選定及び名簿の作成行為を補助ないし代行しているものと解することはできない。

使用者性に関する基準（朝日放送事件最高裁判決参照）に照らして本件をみると、改革法上、国鉄と設立委員はそれぞれ別個独立の主体と位置づけられているところ、国鉄の右権限は改革法により特に付与されたものであり、しかも設立委員が国鉄の同権限に規制を及ぼし又は指揮監督することを許容する規定がないことからすれば、設立委員が国鉄における採用候補者の具体的選定及びこれに基づく名簿作成過程を、現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にはなかつたといふべきであるから、設立委員をもって不当労働行為責任が帰属する使用者と認めることはできない。

そうすると、本件四月採用に關して国鉄の行った採用候補者の選定及び名簿作成の過程に不当労働行為に該当する行為があったとしても、その行為に關する労働組法七条の使用行為としての責任は、これを行った国鉄又は清算事業団が負うべきものであって、被控訴人らの設立委員、ひいては被控訴人らがその責任を負うこととはないといわざるを得ない。

なお、一般論として、不当労働行為の責任主体である使用者には、「近い将来において労働契約を締結する可能性のある者」も含まれるとする考え方もあり得るが、本件においては、従前の国鉄とその職員の間には存在した労働契約関係を承継法人に当然引き継ぐという方式は採用されていないこと、設立委員において名簿に登載された者について採否を決する余地はあったものの、名簿に登載されなかった者については、その採否を決する余地すらなかったことなどからみて、国鉄による前記候補者の選定及び名簿の作成に關して、設立委員、ひいては被控訴人らが、「近い将来において労働契約を締結する可能性のある者」にあたることを認めることはできない。

ロ 企業は、契約締結の自由を有し、労働者の雇用に当たり、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（三菱樹脂事件最高裁判決参照）ことからすると、雇入れの段階においては、雇い入れた後の段階と異なり、企業者の自由が広く認められるものであり、採用希望者の地位及び利益との権衡の下にその自由が制限されるという場面ではなく、雇入れの拒否については労働組法七条一号本文前段の不利取扱いに係る不当労働行為が成立する余地はない。

本件の場合、承継法人の職員の採用は、改革法二三条に基づいて設立委員において行われる新規採用であるうえ、同採用手続は憲法及び労働組法に抵触するものとは解されず、また、右採用に關して法律その他による特別の制限も存在しないということができるから、右採用手続に關して労働組法七条一号本文前段の不利取扱いに係る不当労働行為が成立する余地はなく、本件四月採用及び六月採用に關してかかる不当労働行為の成立を前提とする中労委及び参加人らの主張は採用できない。

②事件（東京高判平14・10・24労働判例八四一号二

九頁）

イ 改革法に定める承継法人の設立と職員の採用手続を前提とすると、国鉄は、被控訴人ら承継法人の設立委員が提示した採用の基準に従って、被控訴人ら承継法人のために採用候補者の選別をする事務を委ねられていたにすぎず、設立委員、ひいては被控訴人らが雇用契約の一方当事者であり、労働組合法七条にいわゆる「使用者」であることはいうまでもない。そして、採用手続の過程において不当労働行為があったときは、被控訴人らは、当該不当労働行為に具体的に關与したか否かにかかわらず、不当労働行為責任を免れないものと解するのが相当である。

また、確かに、企業には、法律その他による特別の制限がない限り、採用の自由が保障されるというべきであるから、職員を採用するに当たって、採用希望者の過去の職歴中の組合活動歴を採否をめぐり考慮事由の一つとして斟酌し、この者を採用しなかったとしても、それだけでは直ちに不当労働行為に当たるとはいえないが、いかに採用の自由があるといっても、特定の労働組合を弱体化させ、あるいは不当に支配介入する不当労働行為の意思をもってされた採用拒否が不当労働行為に当たらないとはいえないし、採用の形態によつては、営業譲渡の際の譲受会社による不採用や季節労働者の再採用拒否のように不当労働行為法の観点からみれば、解雇や雇止めとみるべきものがあり、企業が特定の労働組合の排除を目的として営業譲渡を行い、譲受会社において、当該特定の労働組合の組合員の採用を拒否したような場合には、同号本文前段の不利取扱いに当たるとは明らかである。

そして、本件の四月不採用及び六月不採用は、国鉄の事業を引き継ぐ被控訴人らが国鉄の職員であった本件組合員を採用しなかったというものであり、しかも、職員の採用対象者は国鉄又は国鉄が移行した清算事業団の職員に限られ、外部採用は予定されていなかったことに鑑みると、国鉄の事業を引き継ぐ被控訴人ら承継法人が設立された経緯、本件組合員が採用されなかった経緯等の具体的な事情の如何にかかわらず、被控訴人らの職員の採用が新規採用であり、企業には採用の自由があることのみを根拠として、本件組合員の採用がおよそ同号本文前段の不利取扱いには当たらず、したがって、同法三号の支配介入にも当たらないと解することも相当ではない。

ロ しかしながら、他方、国鉄の分割民営化においては、国鉄とは別個の被控訴人ら承継法人が設立され、各承継法人が新たに職員を採用するという制度が改革法によつて採用されたもので、国鉄が被控訴人ら承継法人のために行った採用候補者の選別も、承継法人の職員の新規採用を実施するために行われたものであるから、国鉄による採用候補者の選別が不当労働行為に当たるとかを判断するに当たっても、一般的な職員の新規採用の場合と同様の観点から検討されるべき側面があることは否定できないところ、企業には、一定の制約の下での採用の自由が保障されていることに鑑みると、国鉄による採用候補者の選別や、それに基づく被控訴人ら承継法人の職員の採否の決定に当たり、採用希望者が承継法人の職員としてふさわしい者か否かという観点からの相当程度の裁量が認められるべきである。

以上の観点から考えた場合、国鉄の分割民営化そのものに一貫して反対して、違法な争議行為やワッペン着用闘争等の職場規律に反する行為を繰り返して、分割民営化後をも想定して国鉄当局が提案した一現場協議に關する協約の改定、余剩人員調整対策、労使共同宣言の締結、広域異動の募集、企業人教育にことごとく反対するなどの本件組合員の行為は、国鉄再建のために、国鉄を分割民営化し、職場規律等を確立するとともに、民間企業並みの生産性や効率性を実現することが必要であるという国鉄改革の方針に相反し、いわば国是として国鉄の再建を担われた承継法人の職場の秩序や規律を乱し、再建の妨げとなるものといわざるを得ず、このような行動をとってきた職員は、国鉄改革に賛成し、これを積極的に受け入れようとした職員と比較して、たとえ業務知識、技能、経歴、実績等の面においては遜色のない評価を受け、又は受けるべきであったとしても、承継法人の職員としてふさわしい者か否かという観点からは、劣位に評価されたとしてもやむを得ないものといわざるを得ない。

このような点に鑑みると、限られた採用定員を前提に承継法人の職員の採用候補者の選別を委ねられた国鉄が、採用候補者の選別をした際、処分歴、昇給昇格歴、業務知識、技能、業務処理能力といった点に加え、違法な争議行為やワッペン着用闘争等の職場規律に反する行動を繰り返して、職員に企業人としての自覚と行動力を身につけさせることを目的として行われた企業

人教育の実施にも反対してこれに参加しなかつたことなど国鉄の分割民営化に強硬に反対する立場からの一連の行動が相当程度の重きをもつて考慮された職員管理調査に依拠したことは、国鉄の再建という当時の特別な状況下における労働者の団結権の保障と企業の採用の自由との調和点として、不当労働行為に当たるとはいえず、そのような状況下においては、本件組合員を含む特定の採用希望者を採用候補者に選別しなかつた国鉄に不当労働行為意思があつたとも認められない。かくして、本件における四月不採用及び六月不採用は、本件組合員が全動労に所属していること自体を理由とし、あるいは本件組合員が全動労組合員として労働組合の正当な行為をしたことの故をもつてなされたものとはいえず、これをもつて労働組合法七条一号本文前段の不利益取扱いは同条三号の支配介入に当たるとはいえない。

### 【判旨】 一 多数意見（上告棄却）

イ 改革法は、所定の採用手続によらない限り承継法人設立時にその職員として採用される余地はないこととし、その採用手続の各段階における国鉄と設立委員の権限については、これを明確に分離して規定しており、設立委員自身が不当労働行為を行った場合は別として、専ら国鉄が採用候補者の選定及び採用候補者名簿の作成に当たり組合差別をしたという場合には、労働組合法七条の適用上、専ら国鉄、次いで事業団にその責任を負わせることとしたものと解さざるを得ず、このような改革法の規定する法律関係の下においては、設立委員ひいては承継法人が同条にいう「使用者」として不当労働行為の責任を負うものではないと解するのが相当である。

本件における四月採用の場合、設立委員自身が不当労働行為を行ったとはいえず、設立委員ひいては被上告人らが同条にいう「使用者」として不当労働行為の責任を負うものではないとすべきである。

ロ 企業者は、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用するに当たり、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、原則として自由これを決定することができる（三菱樹脂事件最高裁判決参照）。そして、労働組合法七条一号本文は、雇入れにおける差別的取扱いがその前段に定める不利益取扱いに含まれる旨を明示的に規定しておらず、雇入れの段階と雇入れ後の段階とに区別を設けたものと解される。そうすると、雇入れの拒否は、それが従前の雇用契約関係における不利益な取扱いにほかならないとして不当労働行為の成立を肯定することができるときに当たるとの特段の事情がない限り、同条一号本文にいう不利益取扱いに当たらないと解するのが相当である。

本件六月採用は、既に被上告人J R北海道が設立された後において、同被上告人が採用の条件、人員等を決定して行ったものであり、同被上告人が雇入れについて有する広い範囲の自由に基づいてした新規の採用というべきであつて、その採用拒否について上記特段の事情があるといふことはできない。したがつて、六月採用における採用拒否は、労働組合法七条一号本文にいう不利益扱い（②事件の場合、同条三号の支配介入を含む）に当たらないといふべきである。

### 二 少数反対意見（破棄差戻し）

イ 改革法二三条に定める採用手続の各段階における作業は、各々独立の意味を持つものではなく、すべて設立委員の提示する採用の基準に従つた承継法人の職員採用に向けられた一連の一体的なものであつて、同条において国鉄と設立委員の権限が定められていることを理由に、その効果も分断されたものと解するのは、あまりにも形式論にすぎるといわざるを得ない。

改革法の国会審議において、法案を所管する運輸大臣は、国鉄と設立委員の関係について、国鉄は設立委員の採用事務を補助する者で、民法上の準委任に近いものである旨を繰り返し答弁し、さらに、国鉄は設立委員の補助者であるから、国鉄の組合と団体交渉をする立場には

ないと説明しているのであつて、国会の法案審議における大臣の答弁は、立法者意思として法解釈に際して重く評価しなければならぬ。また、大臣の発言を受けて、当時、国鉄が承継法人の職員採用に関しての団体交渉に応じなかつた経緯も考慮すべきである。

このように改革法は、承継法人の職員採用（四月採用）について国鉄に設立委員の補助的なものとして権限を付与したものと解すべきであるから、採用手続過程において国鉄に不当労働行為があつたときは、設立委員ひいては承継法人が労働組合法七条の「使用者」として不当労働行為責任を負ふことは免れない。

ロ 雇主は、労働者を採用するに当たり、どのような者を採用するか、いかなる条件で採用するか、について採用の自由を有するが、営業譲渡とか新会社を設立して旧会社の主たる資産を譲り受け、労働者を承継するといったような、雇主が労働者の従前の雇用関係と密接な関係があると認められるような事情がある場合には、採用の自由が制限されることもある。

本件六月採用は、被上告人J R北海道が、設立直後に追加採用として、募集対象者を北海道地区に勤務する事業団の職員に限定して行ったものであり、同被上告人は、事業団移行前の上記職員と国鉄との雇用関係とこのような密接な関係を有していた以上、六月採用において労働者採用の自由について制限を受けるものといふべきである。したがつて、六月採用が新規の採用であることを理由として、その採用拒否が労働組合法七条一号本文にいう不利益取扱いに当たらないと断することはできない。

（なお、以上の判断は、イとロのいずれについても、②事件における原審の判断と共通するが、②事件の原審は、全動労を脱退して分割民営化を支持する他組合に加入した者の全員が承継法人等に採用された機関区もある等の上告人の主張する事実の有無を確定しておらず、仮にこのような事実が認められるとすれば、全動労組合員として同じように国鉄の分割民営化に強硬に反対する立

場から一連の行動をしていた者であっても、全動労を脱退した者は、採用候補者名簿に記載されたこととなるなどとして、①事件と同様、原判決を破棄し、これを原審に差し戻すべきであるとした。)

【評釈】 判旨(多数意見)の結論に賛成。しかし、その理由付けには疑問がある。

一 国鉄改革とは何だったのか

分割民営化前夜、国鉄の経営は破綻に瀕していた。

東海道新幹線が開通した昭和三十九年に初の単年度赤字(三〇〇億円)を記録した国鉄は、昭和五五年度以降、「毎年一兆円を超す赤字を出し続けることになり、負債は雪ダルマ式に膨れ上がる。…国鉄最後の年度となった昭和六一年度末の数字で見ると、一日約六三億円の赤字を出し続ける事業体で、長期累積債務が二五兆一〇〇億円に上っていた。その頃の国鉄の年間運賃収入は三兆二〇〇億円ほどだったから、なんとその七・八カ年分を借金として溜め込んだことになる」(田中一昭「道路の民営化」(WAC) 平成一六年「二四九頁」)。

「いまのままでは、国鉄は完全に破綻してしまふ。新幹線と山手線くらいは残るかもしれないが」(松田昌士「民営化」(JR東日本「生産」) 平成一四年「六六頁」)。当時の国鉄は、そこまで追い込まれていた。

このように破滅的な状況にあった国鉄を救うためには、余剰人員の大規模な整理が当然のことながら必要となる。昭和六〇年七月に国鉄再建監理委員会が中曽根首相に提出した最終答申「国鉄改革に関する意見」(鉄道)の未来を拓くために「では、当時約二七万六〇〇〇人いた職員(の適正規模が約一八万三〇〇〇人とされ、両者の差に当たる約九万三〇〇〇人が余剰人員とされた)。

こうしたなか、国鉄が本格的な余剰人員対策としてまず実施したものに、昭和六一年三月から募集が開始された広域異動がある(以下、本節における引用は、断りなく「当時」北海道や九州では職員がたぐさん余っていて、本州

には少ないという状況があった。また、同じ本州内部でも、職員が余っているところと、東京、大阪のように業務量が増大しているところがあった(頁八三)。広域異動は「そうした職員数の地域的なアンバランスを新会社が発足する前にできる限り調整するために」(同)行われたのである。

これに続いて、二万人を目標にした希望退職者の募集が行われ、「最終的には約四万人の応募があった」(頁八三)。他方、政府機関や市町村などの公的部門に応募する職員もあり、「当時の国鉄は、去るも地獄、残るも地獄と言われたのだが、『それで鉄道が救えるのなら、私は喜んで他の道に行きましょう』と言って、自ら進んで他の公的部門に転出して行く人も多かった」(頁八四)という。

このように最大限の努力を払って余剰人員対策を進めてもなお、依然として「国鉄改革時に、新会社に新規採用されない職員が相当数出ることとは避けられそうになかった。そうした職員に対しては、国鉄の清算法人である国鉄清算事業団において職業訓練なども行いながら再就職対策を講ずることになっていたが、現実問題として国鉄清算事業団に行くと考えている職員がいるとは思えない。この問題をどう処理するかは、非常に頭の痛い問題であった」(頁八五)。そして、「この難題を解決するために考え出されたのが、国鉄改革法第二三条のいわゆる『新規採用方式』であった」(同)のである。

思うに、一〇万人近い余剰人員の整理(雇用対策)を短期間で行うことは、誰が考えても生やさしいことではない。たしかに、JRが発足をみた昭和六二年四月一日時点で、旧国鉄職員のうち約二万三七〇〇〇人が国鉄清算事業団に行くことになったが、その中には本来業務要員約二五〇〇〇人、公的部門等採用内定者約一万二二〇〇〇人が含まれており、これらの者を除けば、このときに再就職先が決まっていなかった者は約七六〇〇〇人とどまっ(以上、労働省編「昭和六二年版資料労働運動」(動史)「労務行政研究所」五三四頁による)。

そこには、政府や国鉄自身の努力もあったが、職員や

労働組合の協力も大きかった。そうした努力や協力がなければ、清算事業団で再就職先を探さなければならなかった者は、右の何倍にも増えていたに違いない。

このように余剰人員対策に協力を惜しまなかった労働組合がある一方で、非協力を貫いた組合もあった。その違いが組合員の運命を分けたともいえる。特措法の失効に伴い、事業団が平成二年四月一日付けをもって最終的に解雇した者の数は、再就職内定者を含め一〇四七人。「地域別では北海道五二一人、九州四八八人、本州・四国三七七人、組合別では国労が九六六人と九割以上を占め、その他全動労六四人、動労千葉九人などであった」(労働省編「平成二年版資料労働運動」(史)「労務行政研究所」五一八頁)。

他方、国鉄改革の場合、「少なくとも管理局長以上の人間は、原則として新会社に移らず、全員が退職することになった。分割民営化に対する立場がどうであったにせよ、国鉄が経営破綻しておよそ八万人の職員が職場を去らなければならなかったことは、厳然たる事実であったから、その責任はやはり重く受け止めるべきであった」(頁九〇)。その結果、「年齢で言えば、原則的には五〇代以上は全部リタイア」(頁九〇)することになる。

「これだけ多くの経営陣、幹部職員がきちんと責任をとった」(頁九〇)。改革は、おそらく前例をみない。そして、最高裁はつまるところ、それ以上の責任をとることを国鉄の承継法人である被告会社には求めなかったのである。

## 二 仮定の議論に基づいた判決

逃げを打った最高裁。たしかに、本判決(多数意見)にはそういわれても仕方がない一面がある。本件不採用が不当労働行為に該当するか否か、というより本質的な問題への回答を避けたからである。「JR各社は、その成立の時の職員採用について、専ら国鉄が採用候補者の選定及び採用候補者名簿の作成に当たり組合差別をしたという場合に、労働組合法七条にいう『使用者』として不当労働行為の責任を負うものではない。ネット上で

公開された判決要旨の第一点にはこう書かれていたが、これを読んで「逃げたな」という印象を持った者は少なくなかったように思う。

しかし、「国鉄が採用候補者の選定及び採用候補者名簿の作成に当たり組合差別をした」というのは、あくまでも仮定の話でしかない。にもかかわらず、判決がこのことをあたかも当然の前提であるかのように論理を展開したことは、判決の読み手に一定の先入観を与えたといえる。また、①事件の最高裁判決を収録した民集が、判示事項の第一点を「JR各社の成立の時の職員の採用について専ら日本国有鉄道が組合差別をした場合におけるJR各社の設立委員ひいてはJR各社の労働組合法七条にいう使用者としての責任」としたことは、明らかにミスリーディングであった。つまり、ここでは、国鉄による組合差別がもはや仮定の話を通り越して、既定事実となってしまったからである。

なるほど、判決理由には「仮に」という表現が「か所ではあるが用いられており、判決文をよく読めば、それが仮定の議論であることはわかる。また、訴訟の当事者ではなく、既に過去の存在となった国鉄や事業団に責任を押しつけても実害はない。そう裁判官が考えたとしても、一概には責められない。それが累を他に及ぼさない、判決の影響を最小限の範囲にとどめることのできる方法でもあったからである。

では、仮に「国鉄が採用候補者の選定及び採用候補者名簿の作成に当たり組合差別をした」といえるような事実があった場合、JR各社に労働組合法七条にいう「使用者」としての責任を問うことはできないのだろうか。理論的に考えれば、その回答は「否」である。少数意見も述べるように、改革法二三条を根拠としてその責任を否定することは「あまりにも形式論にすぎない」。国鉄は設立委員の採用事務を補助する者であること、改革法の国会審議において、運輸大臣が繰り返し答弁していたという経緯も軽視すべきではない。また、新会社設立後の六月採用においても、その募集対象者は北海道地区に勤

務する事業団の職員に限定されていたのであって、これを通常の新規採用と変わらないものとして、採用拒否が不利益取扱いに当たらないとするには無理がある。

だが、判決を下す裁判官の頭の中には、通常、結論がまず先にあつて、理由付けは、その後で考えることになつて（この点は、労働命令においても異ならない）。それゆえ、こうした「後知恵」にすぎない理由付けに多少無理があつたとしても、それは大きな問題ではない。本件の場合、いづれにせよ、JR各社が不当労働行為責任を負わないという結論は変えることができないし、変えるべきでもない。多数意見に与した裁判官にとつて、それは譲ることのできない一線だったのである。

また、国鉄改革法の解釈問題としてことを論じる限り、他に影響を与える心配もない。何といつても、改革法は空前にして絶後の法律だった（国鉄類似の特殊法人の経営が破綻したとしても、今や七〇〇兆円を超える膨大な借金を背負つた国に、もはや清算事業団のような組織を設置する余裕はない）からである。

さらに、雇入れの拒否についても、「それが従前の雇用契約関係における不利益な取扱いにほかならないとして不当労働行為の成立を肯定することができる場合に当たるなどの特段の事情」がある場合には、労働組合法七条一号にいう不利益取扱いに当たると多数意見は否定していない。本件の場合、たまたま六月採用については、このような特段の事情を認めなかっただけであつて、これまでの判例法理（たとえば、青山会事件<sup>11</sup>東京高判平成14・2・27労働判例八二四号一七頁を参照）をいささかも変更するつもりはない。多数意見を好意的に読めば、このようになる。

判決の影響を極力狭い範囲に限定する。本判決の狙いが、そうした意図の貫徹にあつたとすれば、それは十分に成功した。しかし、本件の場合、判決が仮定した「国鉄が採用候補者の選定及び採用候補者名簿の作成に当たり組合差別をした」といった事実も、そもそも実際にあつたといえるのであろうか。それが評者には疑問なのである。

三 不当労働行為はあつたのか

右にみたように、国鉄改革法二三条は、本判決がJR各社の不当労働行為責任を否定するに当たり、大きな役割を果たした。しかし、国鉄改革はもとより、改革法二三条も、特定の人間（特定労働組の組合員）を排除することを目的としたものではなかつた。たとえば、国鉄改革を職員局職員課長、同局次長としてリードした葛西敬之氏（現JR東海会長）は、このことを明らかにして次のように語る（海会長）。「少し長くはなるが、同氏の著書『未完の「国鉄改革」』（東洋経済新報社、平成十三年）の中から、該当部分を引用したい。「（社、平成十三年）もう一つ、我々にとつて手探り状態だったのが「職員を六社の旅客会社、一社の貨物会社に分ける」ことだった。分割民営化については、国労は反対、動労はその時点で態度保留、ないしそれまでの反対を崩していない状態だったが、賛成に転じていく気配。鉄労は賛成であつた。そのように見解を異にする労働組合を束ねつつ分割民営化を進めていき、最後に職員をいくつかの会社に分け、しかも採用定員を超える職員には過不足なく雇用対策を施すというのは、法律的に見ても実務的に見ても至難なことであつた。正直に言つて、「分けなくてはいいけない」ということだけは分かつてはいるのだが、どうやったら分けられるかは五里霧中であつた」（二六〇頁）。

この難題を見事に解決してくれたのが法務課の法律専門家であり、彼の意見は以下のようなものであつた。「分割の際の職員の各会社への配置方法は難しいです。本人の意思に反して『お前はここに行け』というのは法的に不可能です。名実ともに本人の意思に従つて分かれていく形でなければならぬ。これをやる方法はたった一つしかない。それは何か。国鉄という法人人格が清算事業団と一体であり、地域の鉄道会社をはじめとする新会社は新たに設立され、新たに必要な要員を採用して事業を行うことにしなければならぬ。そうすれば、国鉄職員は自動的に全員が清算事業団に引き継がれることになる。いったん国鉄を退職して、新しい会社に応募して、採用試験を通じて採用された者が新しい会社の社員として入っていく。つまり、本人が会社を選ぶので

す。「お前は東海、お前は東日本に行け」などと命令を下して、それが「憲法違反ではないか」と訴えられたら、命じた方が負ける。唯一の方法は、『国鉄イコール清算事業団』であり、『新しい会社は名実ともに新設の法人である』という仕組みがありません」(二六頁)。

「その結果できたのが日本国有鉄道改革法第二三条である。この改革法第二三条は、その後の分割民営化移行後、北海道と九州を中心に採用漏れになり清算事業団に行つた人間の雇用継続確認の訴えのなかで争われることになる。結果としてはすでに、裁判所で改革法第二三条の有効性が確認されている。

昭和六〇年の夏に『これしかない』と法務課の専門家が喝破したものが法律となり、まさにこれなしには職員の仕事等への配置はできなかった」(二六頁)。

では、採用候補者名簿は、どのようにして作成されたのか。これについても葛西氏は次のように述べ、名簿の作成がきわめて整然と行われたことを明らかにする。

「名簿を作る際は、まず各人に対して『あなたは国鉄を退職して新しい会社に応募しますか。それとも退職しないで清算事業団に行きますか』と聞く。『退職して新しい会社に行きたい』という人には、旅客会社六社と貨物会社等のなかから、第一志望から順番をつけて書かせる。当初国鉄分割民営化の法案を作るときに、これしか職員の仕事別の配置の方法がないということで、改革法第二三条は『何もしないでいれば全員が自動的に清算事業団に行く』という構成であった。運輸省から『全員が国労の指示に従って『私は清算事業団に行きます』と言ったら、JRは人間が足りなくなつて、発足できないではないか。だからそんな制度ではだめなのだ』という反論もあった。

職員局は、『絶対にそんなことはない。必ず応募します。組合が何と言おうと応募します。心配ないですよ。しかも一社だけではなくて、第一志望から複数志望を書かせれば、結果としては第一志望で入るのか第二志望で

入るのかはわからないけれども、全国のバランスをとることができません』という見解であった。実際には、どこにも志望を出さない職員はいなかったし、現実に募集を試みると整然と応募が行われた。

そして本州三社では、ほとんど全員が採用数のなかに取まった。むしろ採用予定数を下回つた。一方北海道と九州では、それでもなおかなりの余剰人員が出てきた。

『広域異動』をあらかじめやつてできるだけ事前調整はしていたが、それだけではとても間に合わないくらいの数であった。結局、JR各社に採用されずに北海道・九州を中心に就職先未定のまま清算事業団に残つた人間が七、八千人くらい出る形になったが、全体としてみれば、雇用対策・希望退職は予想を上回る成功であったと言えらると思う。

国鉄という組織はきわめて非効率な組織であり、規律が乱れているといわれてきたが、昭和六一年一月から六二年三月までのほんのわずかな時間に全職員の希望をとり、名簿を作成し、その名簿に順位を記載して設立委員会に提出した。たつた一人の重複もなければ書き漏らしもなく、作業は短期間で整然と行われた」(三〇三頁)。

なお、前述したように希望退職者が予想を大幅に上回つたことから、「本州ではほとんど不採用者が出ないという形になった」(三〇三頁)が、これを評して、葛西氏は次のようにいう。「元来分割民営化は特定の人間を排除することを目的としたものではなく、効率化と人事権の確立、規律の正常化を目指したものであったから、選別しないで済むことは決して悪いことではなかった」(右)。

たしかに、合理的な理由を欠く差別や選別は許されるべきではない。労組法も「労働者が労働組合の組合員であること」を理由とする解雇を、明文(七条)をもって禁止する。そして、「現実にも労働組合の所属等を理由とする大規模かつ広範な採用差別(国労排除)が行われた」(①事件における上告代理)というのが上告人中労委の見解であり、それは労働委員会に共通した見方でもあった。

しかし、本当にそういえるのか、評者には大いに疑問がある。どのような労働組合に所属していようと、あるいは組合に所属していなくても、仮に本件組合員と同じことをしていれば、その結果(不採用)は変わらない。こう考えるからである。つまり、本件の場合、組合所属と不利益取扱いとの間には実質的な因果関係がなく、それゆえ不当労働行為も成立しない。このように言い換えてもよい。

会社再建に協力した者には再建後の会社における雇用を保障するが、協力を拒否した者には雇用を保障できない。経営が破綻した会社において、このようなことさえ会社が従業員にいえないとすれば、会社再建など到底かなわず、結局は従業員全員が職を失うことになる。しかし、たまたま労働組合の組合員が組合活動の一環として協力を拒否した場合には、その者に対しても、協力を惜しまなかつた者とまったく平等に雇用を保障しなければならぬ。このように「正直者が馬鹿をみる」ような考え方が労働法の常識であるとすれば、そうした常識は変えなければならぬ。

「労働組合と接するときは常に会社側が課題を先取りし、投げかけるべきである。それが経営の責任であり、役割であると考えていた。特定組合を敵視はしないが、課題に取り組み能力の差は結果として残らざるを得ない」。葛西氏はこのようにも述べる(三〇四頁)。同じことは個々の職員についてもいえるのであって、国労や全動労からの脱退を当局がこうした「能力の差」と評価しても、これを怪しむべきではない(その意味で、②事件の原審判断に対する「少数意見」の批判には疑問がある)。

以上を要するに、②事件における原審の判断を支持するというのが評者の見解であるが、このような考え方は、なお少数の域にとどまっている(たとえば、こうした「全動労・東京高裁判決をめぐって(上)」『週刊労働ニュース』平成四年二月九日号がある。なお、同教授のより詳細な見解については、下井「JR不採用事件について」『日本労働研究』四六号(平成一〇年一月)四一頁以下を参照)。このことを最後にお断りしておきたい。