

# 営業譲渡の際の譲渡先による譲渡元労働者の新規採用拒否が不当労働行為にあたる例

—— 中労委（青山会） 事件・東京地裁平成一三年四月一二日判決（労働判例八〇五号五一頁） ——

山川 和義

（中労委命令平一・二・二七別冊中央労働時報一二一九号七二頁、神奈川地労委命令平八・七・三一労働判例七一七号一四〇頁）

## 〈事実〉

### 一 当事者等

原告X（地労委被申立人、再審査申立人）は、訴外JからJの経営する病院（J病院、施設等を譲り受け、新たに病院を開設して（X病院）経営しているものである。本件営業譲渡に際して採用されなかった訴外AおよびBはJ病院の看護科職員だったものであり、J病院の労働組合である補助参加人Z組合（地

労委申立人、再審査被申立人）の組合員であった（組合員はAとBのみだった）。Xが他に経営する病院にはZ組合と上部団体を同じくするS組合があった。

### 二 本件営業譲渡の内容

本件譲渡契約書の内容は、JはXに、土地建物に関する権利およびJ病院に存する病院運営に必要な一切の什器・備品を譲

渡し、期日にこれらを現状のまま引き渡すというものであった。また、J、X間で交わされた覚書には、患者を引き継ぎ、継続的に業務を行う旨が定められていた。実際に入院患者は、一部の退院者を除いてそのままX病院に引き継がれ、病院業務は中断せずに継続している。

### 三 Xにおける職員の採用および募集の状況とAらの対応

J、X間の本件覚書には、J病院職員の雇用関係については、「Jは従業員に対し、本覚書締結までに解雇予告を行うものとする。なお、Jの従業員をXにおいて雇用するか否かはXの専権事項であって、Jは一切関与しないものとする。」と定められていた。Jはこれに従って、「J病院の全職員に対し解雇予告をし、Aらを除く全職員に対してXへの採用を希望するか打診した。Xは、右結果に基づきJの各職員に対し採用面接を行った。

Xは、J病院看護科職員については、右面接で採用を希望し条件面で折り合いのついた者全員を採用した。また、Xは採用を希望しなかった者にも、後にX病院に就職するよう説得し、本件営業譲渡前後には求人広告により看護職員等を募集した。

Jでは診療報酬の不正請求などの不祥事があったが、それらに

かかわった職員もXに採用されている。

AらはXに採用されることを希望し、再三雇用継続・採用を要求していたが、Xは、特に理由を示さずに、右内容の書面の受領および面会を拒否した。なお、Xの常務である訴外Kは、「A、Bに関しては相対的な問題としては面接の対象にもならないという判断である」旨述べている。

### 四 XおよびJにおける組合との関係

JとZ組合、およびXとS組合はそれぞれ対立状況にあり、XはZ組合およびS組合が上部団体を同じくしていたことを知っており、K常務は、XにはZ組合との団体交渉義務は一切ない旨述べている。またXがX病院開設にともなって送付したあいさつ状に、「告発のみに終始し、何ら生産的運動をなしえなかった東京労働組合（XおよびSの上部団体）も……消え去りました」と記載されていた。

### 五 本件取消請求までの経緯

Z組合は、XがAらのみを採用しなかったことは、組合員たることを理由とする不利益取扱いであると同時に、Z組合への支配介入であるとして、神奈川県労委に救済を申し立てた。こ

れに対してXは、不当労働行為は、①使用者と被用者との関係が成立した後における使用者の行為を対象とするものであるから、労組法七条各号は採用差別には適用がない、②仮に雇入れに労組法七条の適用があるとしても、適用されるのは、同条一号本文後段の黄犬契約に限られると主張して争った。地労委は、まず、労組法七条一号本文前段において、「採用」が不利益取扱いにあたるかは明文で規定されていないが、同号本文後段において、雇用条件につき一定の制限がなされていることから、採用に関しても、不当労働行為救済制度が適用されることとした。そして、「不当労働行為の救済制度が労働者の団結権を保障し、団結権の侵害に対する救済を目的としていることからすれば、組合活動を理由に採用しないという形で団結権の侵害が行われる場合に、これを看過する理由は見いだし難く、「採用の自由も労働者の団結権を侵害する形で行使されることまでをも容認するものではない」として、採用拒否にも労組法七条一号本文前段の適用があるとした。その上で、「事実」二および三（地労委では覚書の内容について疎明なし）から、J病院およびX病院は、施設、患者など事業体として継続性を有しているため、Xは「J病院に在籍する職員をそのまま使用することによって、事業を継続することを前提としていた」と解され、

採用拒否によるAらの不利益は大きいとする。これに加え、「事実」四から、本件採用拒否はAらが組合員たることを理由とする不利益取扱いであり、労組法七条一号本文前段および三号にあたる不当労働行為であるとして、Aらの採用命令および採用されたはずのときからの賃金支払いなどを命じた（神奈川地労委命令平成八年七月三十一日労判七一七号、一四〇頁）。

これに対し、Xは、Aらの採用拒否の理由（Aについては、昭和五三年頃の逮捕歴など、Bについては、Xの経営する他の病院勤務時の業務ミスなど）を新たに主張して、中労委（本件被告Y）に再審査を申し立てた。Yは、本件覚書から、XはJ病院の職員の雇用関係を承継しないとしたが、採用の実態から、XはAらを除くJ病院の職員をまず採用するという方針があったとし、そのうえで、Xの主張するAらの採用拒否の理由はその理由としては薄弱であるため、地労委命令は相当であるとして、再審査請求を棄却した（中労委命令平成一一年二月一七日別冊中労時二一九号七二頁）。

Xが本件命令の取消を請求。

### 〈判旨〉 請求棄却

一 本件採用の性質

〔事実〕二より、J、X間の本件病院の譲渡は商法上の営業譲渡に類似するものといえるが、この場合に、「譲渡人と被用者との間の雇用関係を譲受人が承継するかどうかは、譲渡にあたり、当事者の合意により決すべき事柄」と解される。本件覚書および採用の実態から、Xによる採用は新規採用と認めるのが相当である。

二 採用拒否への労組法七条一号本文前段および三号の適用の有無

(一) 労組法七条一号本文前段について

労組法七条一号本文前段が雇入れに適用されるかは、「企業に認められた採用の自由の保障と、不当労働行為制度が目的とする労働者の団結権の保障とを比較勘案して」決するほかない。

まず、昭和四八年最高裁判決(三菱樹脂事件・最判昭和四八・一一・二二民集二七卷一一号一五三六頁)にいうように、「企業における雇傭関係が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いことからして」、異なる思想、信条を持つ労使の間では、相互の信頼関係が維持されないとおそれがあるため、「合理的な企業活動を行うという見地から、思

想、信条が異なることを理由に採用しないとすることも許されるということが出来る。」それに対して、「企業者の採用の自由と労働者の団結権保障との比較考量の場合には……労働者の団結権が使用者の労働力に関する取引の自由を制限する違法な行為として禁圧されてきた過去の歴史に鑑み、憲法上、労働者保護のためその団結権を保障することとしていること(憲法二八条)からすれば、企業者に採用の自由があるからといって、労働者の団結権を侵害することが許されるとは考え難い。」また、労組法七条一号本文前段が採用について適用されないとする

と、労働者が労働組合の結成、加入および活動を躊躇する事態が生じうるが、それは適当でないため、「雇入れについても労組法七条一号本文前段が適用されると解するほうが、労働者の団結権を保障した憲法の趣旨にかなうものといえる。」また「労働者の団結権保障の趣旨に鑑みれば……企業者としては、労働者が労働組合の組合員であること等を理解しつつ、それを前提として相互信頼関係を形成すべきであり、「この点を理由に、労組法七条一号本文前段が雇入れの場合に適用されないとすることはできない。」

また、労組法は現に雇用されていない労働者もその対象として、労組法七条一号本文後段が雇用条件について規制

するからといって、前段が雇用関係にない労働者に適用されないとはいえないこと、旧労組法制定時から組合員たることを理由とする採用拒否はできないという認識があったこと、わが国労組法が範をとったアメリカにおいて、採用に不当労働行為の適用があるとしていないこと（タフト・ハートレー法八条（a）（3））から、それを定めないうわが国労組法がこれを除外したとはいえないことなどから、「雇入れについても、労組法七条一号本文前段の適用がある」。また同号は、採用の自由にとり、法律による特別の制限にあたると解され、労基法三条の解釈について、雇入れ前後にわけて採用の自由の規律範囲を異なるべきと示したにとどまる昭和四八年最高裁判決に抵触しない。

（二）同条三号について

組合員たることを理由とする採用における不利益取扱いは、「労働組合の結成そのものを妨害する結果となり、また、労働組合の組織、活動の弱体化を招くことになるから」、支配介入として、「労組法七条三号本文前段の不当労働行為にもあたることがある」。

三 本件不採用の不当労働行為性について

（一）本件採用拒否とその理由について

〈事実〉三によれば、Xは看護科職員については、勤務条件の折り合いのついた希望者をまず採用するという方針をとったが、Aらには右方針を適用せずに採用を拒否したといえる。

〈事実〉五でXの主張する採用拒否の理由は、すでに一七年前のもので特に問題視されるものでないことなどにより、本件採用拒否には「到底合理的な理由はうかがえないというほかにい」。

（二）不当労働行為性について

〈判旨〉三（一）、〈事実〉一、三および四から、Xによる不採用は、Z組合に所属し、正当な組合活動を行っていたことを理由とするAらに対する不利益取扱いにあたり、また、組合員がAらのみであるZ組合に対する支配介入にあたるため、「XがしたA及びBの本件不採用は、労組法七条一号本文前段、同条三号本文前段に該当し、不当労働行為に当たるといふべきである」。

四 採用命令等について

本件命令は、「上記の認定、判断に照らせば、これが労働委員会に与えられた裁量権の行使の範囲を超え、または著しく不合理であつて濫用にわたるとは認められない。」

〔評釈〕結論賛成、判旨の一部（営業譲渡について）に若干の疑問がある。

一 はじめに

本件は、病院の営業譲渡に際して譲渡先での採用拒否が不当労働行為にあたるかが争われた事例である。本件の特徴は、営業譲渡先における譲渡元の職員の採用が新規採用とされ、新規採用にも労組法七条一号本文前段が適用されることを、行政訴訟の段階ではじめて認めた点にある。二で述べるように、これまで多くの学説および労委命令によれば、新規採用にも労組法七条一号本文前段は適用されると解されてきたが、行政訴訟の段階ではその問題は留保されてきた。しかしながら、J R 東日本ほか（採用差別）事件<sup>(1)</sup>で、新規採用に労組法七条一号本文前段は適用されず、採用段階では同号後段のみが適用されると判断されており、それとの対比で本件は重要である。<sup>(2)</sup>

以下では、新規採用拒否と労組法七条一号本文前段の関係（二）、新規採用における採用命令と労働委員会の裁量権の問題（三）、最後に営業譲渡（四）について検討を行う。

## 二 新規採用拒否と労組法七条一号本文前段

労組法七条一号本文前段には、「解雇し、その他の不利益取扱い」とのみ規定され、採用拒否については明文で規定されていないことから、「労働者が組合員であること、労働組合に加入し、若しくはこれを結成しようとしたこと若しくは労働組合の正当な行為をしたこと」を理由とする採用拒否が、同号にいう不利益取扱いにあたるかについて議論があった<sup>(3)</sup>。学説には、わが国労組法にはアメリカ法と異なり採用につき明文規定がないこと、および採用の自由を広く認めようとすることなどを理由に、採用拒否が不利益取扱いにあたることに消極的なものもあつた<sup>(4)</sup>。しかしながら、学説の多くは、将来的な組合活動をも抑圧する採用拒否が不利益取扱いにあたらなるとされることは、労組法七条一号本文後段にある黄犬契約の禁止（これは組合活動を採用後、すなわち将来的にのみ抑圧する）よりも重大な団結権の侵害をもたらすことなどから、労組法七条一号本文前段の採用拒否への適用を積極的に認めている<sup>(5)</sup>。また労委命令においても、これと同様の理由から積極的に解されている<sup>(6)</sup>。しかしながら、行政訴訟の段階では、この問題は団結権の保護と採用の自由がどこで調和するかという問題であり、またわが国労働組合の実体がアメリカにおけるクラフト・ユニオンとは

異なるため、アメリカ法において採用拒否が明文によって不利益取扱いにあたるとされているからといって、わが国でそれと同一に論ずることはできないことなどから、労組法七条一号本文前段が採用拒否に適用されるかは議論の余地があるとして、結論が留保されてきた。<sup>(7)</sup>

この問題を正面から判断したものとして、前掲J R東日本ほか事件がある。この事件では国鉄改革法により定められた承継法人への採用手続は新規採用とされ、三菱樹脂事件最高裁判決が引用され、次のような論理構成で採用拒否には労組法七条一号本文前段の適用がないとされた。まず、①採用は、法律その他による特別の制限のない限り、原則として自由に決定でき、思想・信条を理由に採用を拒否することも許される。②そして、労基法三条が、解雇などの労働条件について信条による差別的取扱いを禁止していることは、「法が、企業者の雇傭の自由について雇入れの段階と雇入れ後の段階との間に区別を設け、前者については企業者の自由を広く認める反面、後者については、当該労働者の既得の地位と利益を重視して、その保護のために、一定の限度で企業者の解雇の自由を制約を課すべきであるとする態度をとっていることを示すものといえる」。そして、「その趣旨にかんがみれば、労働組合法七条についても、

同条が労働契約締結前の段階と締結後の段階とを区別し、前者については、『労働者が労働組合に加入せず、もしくは労働組合から脱退することを雇用条件とすること（一号）だけが不当労働行為を構成するもの……と解するのが相当である』とされている。すなわち、前掲J R東日本ほか事件では、三菱樹脂事件判決において、採用の自由は（思想・信条の自由との関係ではあるが）雇入れ前後で保護される程度が異なるとされているところから、その趣旨に鑑みれば、労組法七条の団結権の保障についても同様に解され、労組法七条一号本文後段のみが雇入れ前について規制するという論理が採用されている。<sup>(9)</sup>

これに対しては、労組法は憲法二八条に基づく法律であり、労組法上の労働者には失業者および求職者が含まれることから、このような差をつける理由が全くない、民事事案たる三菱樹脂事件判決の論理を、事実上の不利益取扱いを問題とする不当労働行為の行政救済事案に当てはめることは不適當である、<sup>(11)</sup>生活の糧を得る道を閉ざされるという意味で、解雇と同様の不利益を労働者に被らせる採用拒否が例示されていないからといって、不利益取扱いにあたらぬと解する理由はどこにもない、<sup>(12)</sup>そして、労働組合の組織・団結擁護、および団交助成を目的とする労組法が、企業外組合を保護対象外とするとは考えら

れないとして、労組法七条は三菱樹脂事件にいうところの「法律その他の制限」にあたり、採用拒否にも適用されるなどの批判がある。これらの批判をみると、J R東日本ほか事件の立場は、採用の自由と思想・信条の自由の関係を規律する論理が、思想・信条の自由と団結権の保障の違いを無視し、かつ採用の自由と団結権との関係をまったく考慮せずに、形式的に当てはめられた点に問題があるといえる。

以上を踏まえると、(判旨)二(一)において、労組法七条一号本文前段が採用拒否に適用されるかについて、「企業に認められた採用の自由の保障と、不当労働行為制度が目的とする労働者の団結権の保障とを比較勘案して」決すると述べる点は妥当である。また、労働者の団結が使用者の労働力に関する取引の自由を制限する違法な行為として禁圧されてきたという歴史に鑑みて、団結権が憲法上保障されることとなったことから、採用拒否にも労組法七条一号本文前段の適用があり、その限りでの採用の自由の制限も許される(この意味で労組法七条一号本文前段は、三菱樹脂事件にいう法律その他の制限にあたる)とする判旨は妥当であるといえる。両当事者が対等の立場で労働条件について交渉し合意するということが、労働関係においては、労働者が団結したうえでなければ実現しえないこと

を考慮すると、団結している労働者を労働関係から完全に排除しようような採用の自由は認められるべきでないからである。また、失業率が上昇している中で、今後中途採用も増加すると考えられるが、このような状況において、採用拒否に労組法七条一号本文前段の適用がないとされるのであれば、前会社で組合員となり、組合活動を行っていた労働者は中途採用されにくくなり、労働者はそれを回避するために、労働組合への加入をやむなく断念せざるをえないという状況が生じうる。このような中途採用の拒否は団結権の不当な侵害となり妥当ではない。したがって、労組法七条一号本文前段は採用拒否にも適用されるとする判旨は妥当であるといえる。

### 三 採用命令と労働委員会の裁量権

救済命令を発するにつき、労働委員会は広範な裁量権を与えられているが、それには救済命令制度の趣旨・目的により一定の限度が存在する<sup>(15)</sup>。また、右裁量権も使用者の人事権を制約するような場合には、右救済制度の目的と人事権との比較衡量から合理的限界があるとされている<sup>(16)</sup>。

人事権の例を念頭におくと、採用命令の可否については、まず採用の自由との比較衡量が必要となる。ところで、行政救済



における不当労働行為の成否判断では、使用者の反組合的行為が労組法七条各号に違反するかのみが問題とされるため、新規採用とされている本件採用拒否がどのような事実関係のもとでなされたのが明らかにされなければならない。その意味で本件採用が新規採用という形式でなされたかについての判断は、不当労働行為の成否の判断において重要ではない。採用の形態には、①採用前に労使間に全く関係のない場合、たとえば新卒採用のような純然たる新規採用と、②そうでない採用（有期契約の更新、定年後嘱託再雇用および営業譲渡における雇用の承継など）とがある。<sup>(18)</sup>②の場合は、当該労使間の事実関係をふまえたうえで、採用命令が裁量を逸脱するかが判断されることになる。他方で、①の純粹な新規採用の場合は、使用者が採用の自由に基づき自由に採用基準を設定できることを考慮すると、組合差別を理由に採用拒否された労働者が、それが採用基準とされない場合に採用されたかどうかは必ずしも明らかでない場合が多いと考えられる。こうした場合には、一般的に労働委員会は、組合差別を採用基準としてはならないことを命じたうえで、採用手続のやり直しを命じるのが限度であり、不当な契約締結の強制、すなわち採用の自由の不当な制約となりうる採用命令は命じられないともいえる。<sup>(19)</sup>

本件は事実関係から②に分類できる。②のような事例では、例えば嘱託雇用がありうる旨定める規則があること、採用希望者がほぼ全員雇用されていること、そして特に採用拒否の理由が主張立証されていないことなどが総合勘案されて不当労働行為が認定され、採用が命じられている。<sup>(20)</sup>本件では、これらと同様に、希望者全員が採用されたという事実が認められることにより、使用者には採用拒否の合理的理由の立証が必要とされ、それがなされていないことから本件採用拒否は不当労働行為とされ、採用命令が認められている。すなわち、Xは採用を希望するJ病院の職員をまず採用するという方針であることが推認されていること、およびXはそれ以外にも求人広告を出していることから、X病院では職員が不足していたと考えられるため、Aらが組合員でなかったら、まずまちがいなく採用されていたと考えられる。したがって、Aらに対する救済として、XにAらの採用を命ずることは妥当である。また、すでに述べたように、不当労働行為の成否の判断については、使用者の行為が不当労働行為にあたるかのみが問題となるものであり、また労働委員会には救済命令につき広範な裁量が認められている。このことから、労働契約上の地位や使用者の再雇用義務などの権利・義務関係に基づいて不当労働行為の成否の判断がな

されるものではないといえる。<sup>(21)</sup>このため、X、J間において、J病院の職員の利用関係を承継する旨の合意がなされていないくても、労働委員会が採用を命じることはその裁量の範囲内であるといえる。以上のことから、使用者から本件採用拒否の合理的理由が立証されない以上、この意味からも採用命令を認める判旨は妥当であらう。

#### 四 営業譲渡と労働者の承継

最後に、営業譲渡と労働者の承継について若干ふれる。(判旨)一によれば、本件病院の譲渡は商法上の営業譲渡に類似し、この場合、「譲渡人と被用者との間の雇用関係を譲受人が承継するかどうかは、譲渡にあたり、当事者の合意により決すべき事柄」とされている。もともと本件のように営業譲渡当事者間に労働者承継の合意のない場合、事実関係から右合意が推定される場合があるが、<sup>(22)</sup>本件では、承継排除の合意が認められている。しかし、このように推定された、あるいは明示された承継排除の合意を無制限に認めると、実質的に自由な解雇を認めることとなるとして、排除合意に合理的な理由を要求する立場がある。<sup>(23)</sup>営業譲渡における承継拒否が形式的に新規採用の拒否とされても、たとえば当該労働者のみが特に理由なく承継されな

いというように、個々の事例ごとの事実関係によっては労働者に対し不当解雇と同様の効果を及ぼすことも考えられる。本件で判旨が営業譲渡と雇用承継について触れるのであれば、この点も考慮すべきであろう。もともと、本件は不当労働行為の成否が争われた事例であるため、本件病院の譲渡が営業譲渡であるかどうか、本件採用が新規採用かどうかは、不当労働行為の成否の一判断要素にすぎず、それほど重要ではない。本件不当労働行為の成否は事実関係から直接判断すれば十分であり、かつその方が労使間紛争の迅速な解決が図られるともいえる。むしろ当事者が本件病院の譲渡および採用の性質を争っても、裁判所はこれを判断する必要はないと考えられる。

#### 〈注〉

- (1) 東京地判平一〇・五・二八労判七三九号四〇頁。
- (2) なお、本件の経緯の詳細については、小島周一「青山会事件判決の内容と訴訟の経緯」季刊労働者の権利二四〇号八七頁(二〇〇一年)参照。
- (3) 使用者と採用拒否された労働者の間の事実関係(たとえば、通常希望者全員が再雇用されること)から、採用拒否が実質的に解雇にあたるなどとして、不利益取扱いにあたること

- されうる。たとえば、定年後嘱託雇用拒否が不利益取扱いにあたるとされた事例として、近畿システム管理事件・最判平七・一・二一労働六九四号二二頁。臨時雇い後の正社員登用拒否の事例として、めぐみ厚生センター事件・佐賀地判昭六二・七・三一労委関係裁判例集二二巻三五五頁。
- (4) 石井照久『新版 労働法』四六五頁(弘文堂・一九七一年)、香川孝三『差別待遇』日本労働法学会編『現代労働法講座七』二二三頁(総合労働研究所・一九八二年)。もつとも、これらの説でも、季節労働や有期労働契約が反覆更新されていた場合の更新拒絶には労組法七条一号本文前段が適用されるとされている。なお、消極説に対する詳細な批判について、萬井隆令「採用拒否と不当労働行為」龍谷法学三三巻三号一八頁以下(二〇〇〇年)参照。
- (5) 森本弥之介「採用拒否・人事異動」日本労働法学会編『現代労働法講座八』六六、六七頁(総合労働研究所・一九八二年)、山口浩一郎『労働組合法 第二版』八八、八九頁(有斐閣・一九九六年)、西谷敏『労働組合法』一五五頁(有斐閣・一九九八年)など。
- (6) 毎年くり返し再雇用がなされ、当年度も再雇用を希望する季節労働者の再雇用拒否は、例年希望者全員が再雇用されてきたことから、特段の事由のない限り不利益取扱いにあたるとされた、万座硫黄事件・中労委昭二七・一〇・一五命令集七巻一八一頁。
- (7) 万座硫黄(救済命令取消請求)事件・東京地判昭二八・一・二八労民集四巻六号五四九頁。
- (8) 最判昭四八・一二・一二民集二七巻一〇号一五三六頁。
- (9) J R 東日本ほか事件と同日に東京地裁において判決が下された、J R 北海道ほか事件・東京地判平一〇・五・二八労判七三九号一五頁の控訴審・東京高判平一二・一二・一四労判八〇一号三七頁によってもこの論理は支持されている。
- (10) 佐藤昭夫「J R 採用差別の不当労働行為責任と救済命令」労旬一四三四号一六頁(一九九八年)、同『労働法学の方法』第三章所収(悠々社・一九九八年)。
- (11) 道幸哲也「J R 採用差別事件・判例評釈」判評四八二号四九頁(一九九九年)。
- (12) 萬井隆令「採用拒否と不当労働行為をめぐる法理論の展開」季刊労働者の権利二四〇号八二頁(二〇〇一年)。
- (13) 菅野和夫『労働法 第五版補正二版』六六四、六六五頁(弘文堂・二〇〇一年)。
- (14) 西谷・前掲注(5)七頁以下参照。

- (15) 第二鳩タクシー事件・最判昭五二・二・二三民集三一巻一  
号九三頁。
- (16) 第一小型ハイヤー事件・札幌高判昭五二・一〇・二七労判  
二九二号五九頁。
- (17) 道幸哲也『不当労働行為の行政救済法理』一〇八頁（信山  
社・一九九八年）。
- (18) 萬井・前掲注(4)四頁参照。ここでは、採用の事例として、  
①新卒採用のような純然たる新規採用、②有期契約期間満了  
後の更新、そして③営業譲渡の際に、譲渡人は労働者を解雇、  
譲受人がその中から「新規」の形で採用するものがあるとさ  
れている。しかしながら、ここにいう②および③は、いづれ  
も労使間をめぐる事実関係から採用拒否が不当労働行為にあ  
たるかが判断される類型であるため、評者はとりわけ区別し  
なくともよいと考える。
- (19) 西谷敏「国鉄改革とJ.Rの使用者責任」ジュリスト一一四  
三号九二頁（一九九八年）。もつとも、採用基準が明確であ  
り、かつ当該労働者が右基準を満たすことが明らかである場  
合には、採用命令が認められると考えられる（東京大学労働  
法研究会『注釈労働組合法（下）』一〇〇九頁（東京大学出  
版会・一九八二年））。また、右採用基準が不明確な場合でも、
- (20) そのような状況を招いたのは使用者に責任があるとして、労  
働委員会は採用命令を命じようと主張するものとして、萬  
井・前掲注(4)二九頁。
- (21) 定年後嘱託雇用拒否の事例として、横浜大栄交通事件・神  
奈川地労委昭四六・五・七命令集四四巻三六八頁、日本硝子  
事件・大阪地労委昭五〇・五・二三命令集五五巻五三八頁、  
明治書院事件・東京地労委平三・一〇・一五命令集九三巻二  
二〇頁、明和会西八王子病院事件・東京地労委平七・三・七  
命令集一〇一卷三三一頁。臨時職員から正社員としての採用  
拒否の事例として、めぐみ園事件・佐賀地労委昭五八・二・  
二四命令集七三巻一四一頁、新大阪新聞事件・大阪地労委昭  
六一・一〇・二七命令集八〇巻四五一頁、同事件・中労委昭  
六三・九・七命令集八四巻八〇四頁。営業譲渡の事例とし  
て、東京・中日新聞事件・中労委昭四七・一一・一命令集四  
八巻四二六頁。
- (22) 定年後嘱託再雇用拒否の不当労働行為性が争われた事例  
で、再雇用拒否が不当労働行為にあたる場合、使用者は労働  
契約上再雇用義務を負わなくても採用命令は命じられようと  
された、近畿システム管理事件・大阪地判平五・三・一労判  
六四三号八〇頁。

(22) 承継合意を推定した事例として、友愛会病院事件・大阪地判昭三九・九・二五民集一五卷五号九三七頁、松山市民病院事件・松山地判昭四〇・五・二六労民集一六卷三号三九四頁、よみうり事件・名古屋地判平四・九・九労判六一四号二一頁。

(23) 九州電力事件・福岡地判昭四八・一・三一労判一七二号七二頁。全部譲渡における承継排除が解雇権濫用法理を潜脱するおそれがあることから、承継排除には合理的理由が必要であるとする説として、武井寛「営業譲渡と労働関係」日本労働法学会誌九四号一一一頁（一九九九年）。また、従来の契約の自由論が現実には組合員の採用拒否を黙認し、合法化する機能を果たしてきたことから、承継排除の合意が有効とされるには、厳格な要件設定および濫用防止の枠組みの提示がなされるべきであるとするものとして、萬井・前掲注(12)八五頁。