

《論 說》

労働者の基本権としての職業の自由

一 職業の自由の保障に照らした 出向命令権の根拠に関する考察

松 井 良 和

I. はじめに

憲法22条1項は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」と定めている。同項において明文で保障されているのは、職業選択の自由であるが、後述するように、判例及び通説の見解によると同項の保障は、職業遂行の自由、そして営業の自由を含むと解されている。職業選択の自由をはじめとするこれらの自由は、多くの基本書によると、自由な経済活動を行うために保障したものとして、経済的自由権にカテゴライズされている⁽¹⁾。

しかし近年、職業選択の自由の人格に関わる側面に着目し、精神的自由とともに、「人格的」権利としての意義を有すると解する見解が主張されている⁽²⁾。本稿においても職業選択の自由が労働者の人格に関わる権利を保障していることに着目し、経済的自由の側面だけではなく、精神的自由、そして人格的な権利としての側面に光を当てることにしたい。

ところで、労働法学において職業選択の自由の内容それ自体についてはこれまで、あまり議論の対象にならなかったように思われる。裁判例において労働者の職業選択の自由が問題になる論点がいくつか存在するものの、職業選択の自由が持つ意味について具体的に論じられることはあまりなかったように思われる。労働法学においてはむしろ、職業選択の自由は労働者の権利というよりも、営業の自由という経済的自由を

保障した、使用者の権利、自由として議論されることが過去には多かった⁽³⁾。

このように、労働法学においても憲法22条1項はあまり議論の対象とされてこなかったと思われるが、労働者にとって自らの職業を自由に選択することは、使用者との間で労働関係を形成するための出発点であり、また、自ら選択した職業を遂行することは労働者の基本的で重要な権利であると捉えられる。職業選択の自由、職業遂行の自由が労働者の権利として認識されてこなかった原因としては、これらの権利の経済的側面が重視されてきたことによるものと考えられる。

しかし、リモートワークやクラウドワークに代表される時間と場所に拘束されない新しい働き方が登場してきている今日において、労働者の権利、自由を再構成するために改めて職業選択の自由、職業遂行の自由の持つ意味が問われている。

そこで本稿では、職業選択の自由、職業遂行の自由が個人の精神的自由、人格的な権利に関わるものであるとの理解に立ち、労働者の基本的権利を保障したものであるとして位置付けることを第一の目的にしたい。そして、憲法22条1項で保障される自由は労働者の基本権を保障したものと位置付けた上で、労働法の個別論点に関する検討を行う。

本稿において労働法の個別論点として取り上げるのは、使用者の出向命令権の法的根拠である。日本において出向は、企業の人事管理の手段として広く用いられてきた。そして日本では、出向は人事管理の1つとして幅広く用いられてきたことを考慮し、裁判所は使用者の出向命令権の根拠について、就業規則や労働協約等の規定に基づく包括的同意で足りるとする立場を採ってきた。

しかし、純粹持株会社の解禁後にみられる企業のグループ化の進展に伴い、使用者の出向命令権の法的根拠について再検討する必要性が生じているように思われる。というのも、企業グループ内において現在、事業会社から純粹持株会社、事業会社間の出向が常態化している状況にある。

従来は、会社内での事業所間の配転が多く行われていたものの、事業部門の分社化、独立の結果、配転が出向に転化し、会社間の移動が活発化している⁽⁴⁾。

企業グループ内の出向が常態化し、今後一層活発化することが予想されるが、近時の調査によると、労働組合は事業会社ごとに結成され、労使関係を構築していることが多く、企業グループ内の会社間の出向に対して、労働者が不利益を被ることなく、十分に対応が可能か懸念される場所である。

本稿では以上の問題意識に基づき、憲法22条1項で保障される諸権利は労働者の基本権を保障したものであるとの前提に基づき、出向命令権の根拠について検討する。そして、憲法22条1項で保障される、職業選択の自由をはじめとする様々な自由の意味について確認する際、ドイツの議論を参照する。ドイツにおいては、基本法12条に職業選択の自由、職業遂行の自由、職場選択の自由が保障されており（以下ではこれらの自由を総称して「職業の自由」と呼ぶ）、特に、職場選択の自由は使用者選択の自由を保障していると解されてきた。

ドイツにおいても職業の自由は労働者の基本権としての認識は薄かったが、近年、職業の自由を労働者の基本権として捉え直す議論が展開されつつある。本稿においてはドイツの議論を参考にしながら、職業の自由の持つ意味について明らかにしていくことにしたい。

以下ではまず、我が国の憲法学、労働法学において憲法22条1項がいかに議論されてきたかを概観した後、ドイツ法の議論を参考にしながら職業の自由の意味について確認をする。その上で、職業の自由の持つ意味に照らして、使用者の出向命令権の根拠について検討することにした。

II. 日本における職業の自由をめぐる議論

1. 憲法学の理解

憲法22条1項は、職業選択の自由を保障し「自己の従事する職業を決定する自由を意味する」と説明される⁽⁵⁾。そして、職業選択の自由とともに、憲法22条1項は、自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち、職業遂行の自由を保障していると理解されている⁽⁶⁾。職業選択の自由とともに職業遂行の自由が保障されているのは、「遂行する自由を伴わない選択の自由はほとんど無意味である」ことによる⁽⁷⁾。

そして、憲法22条1項はさらに営業の自由を保障していると理解されている。こうして、憲法22条1項は、職業選択の自由、職業遂行の自由、そして営業の自由を保障していることになるが、これらの自由のそれぞれの関係性については必ずしも十分に明らかではない。

「憲法22条1項の保障する職業選択の自由は……自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち営業の自由もそれに含まれる。」として、職業遂行の自由と営業の自由を同一視する見解⁽⁸⁾もある一方、「職業が営利を目的として行われる場合、それは営業と呼ばれるが、職業選択(遂行)の自由は営業の自由を含むとされる」と説明する見解もみられる⁽⁹⁾。

こうした説明の違いが生じる原因の1つとして、職業遂行の自由を営業の自由を同一視する見解においては、経済的自由としての側面に着目しているためだと考えられ、学説において、職業遂行の自由の経済的側面に着目するものが多くある。しかし近年は、職業の人格的側面に着目する見解も登場してきている。

その見解によると、「営業の自由の場合は、経済活動の自由としての性格が強いが、営利を目的としない職業の場合には、自己の生き方としての性格が強くなり、問題を精神的活動の自由(自己決定権、学問の自由、政治活動の自由等)の側面で捉えるべき場合が多くなろう⁽¹⁰⁾」との指摘があり、職業によっては経済的自由としての側面だけではなく、精神的自由としての側面が強くなることも示唆されている。

このように、近時の憲法学説においては、職業選択の自由、そして職業遂行の自由に精神的な側面があること認識されつつある。ある学説によると、職業選択の自由の精神的自由としての側面について、「職業選択の自由は、個人の生活にとっての経済的基礎を支える、『経済的』な『権利』にとどまるものではな^く、「個人の自己実現を達成するための不可欠の権利であるという点で、精神的自由とともに、『人格的』な権利としての意義を有する」と述べられている⁽¹¹⁾。

こうした学説の理解に関して裁判所は、小売市場事件判決⁽¹²⁾において、「憲法22条1項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる」として、憲法22条1項が個人の経済活動として営業の自由を保障していると述べた。

他方、薬事法事件判決⁽¹³⁾において裁判所は、「憲法22条1項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」として、職業が持っている人格的側面に着目をしている。

これらの判例及び学説にみられるように、職業選択の自由、職業遂行の自由、そして営業の自由は経済的活動としての側面がある以外に、精神的活動としての側面や個人の人格的価値としての側面が認められている。このように、憲法22条1項が保障する自由には様々な側面があることが認められながらも、それぞれの自由の関係性については未だ統一的な見解は存在せず、論者によって様々である。

2. 営業の自由論争

以上のように、憲法学において、「職業は、人の生計の維持に関わる社会・経済活動であると同時に、個人がその人格の展開を図る主要な場であり、経済活動の自由だけではなく、人の人格価値ないし精神生活と緊密な関係を有する」と理解される一方⁽¹⁴⁾、学説の多くではなお、職業選択の自由、そして職業遂行の自由は経済的自由権の1つだと解されている。また、前述のように、職業遂行の自由を営業の自由を同義の意味で用いる学説も見られるが、両者を同義と見る点に疑問を感じる。

この疑問を解消するための鍵になるものとして、ここではかつて岡田与好教授の主張から展開された「営業の自由論争」に触れたい。同教授は、「『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけではなく、何よりも、営業の『独占(monopolies)』と『制限(restraints of trade)』からの自由であり、……人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』(public Policy)として追求されたもの」だと主張し⁽¹⁵⁾、当時の憲法学の通説的見解を批判した。

営業の自由を職業選択の自由とは別の公序だと理解する岡田教授の主張に対して、憲法学から多くの批判が寄せられた⁽¹⁶⁾。今日の基本書においても営業の自由論争に関する記述を見ることができる。また、岡田教授の見解が憲法学に与えた影響を見て取ることもできるが⁽¹⁷⁾、営業の自由も人権であること⁽¹⁸⁾、また、解釈論的には、『営業』も『職業』の1つとして、『営業の自由』は国家との関係における自由権として観念される⁽¹⁹⁾と説明され、通説的な見解を覆すには至らなかった⁽²⁰⁾。

同教授の主張を端緒とする営業の自由論争は、憲法学の通説的見解を覆すには至らなかったにしろ、今日においても参考にすべき点がある。その1つが、岡田教授が職業選択の自由と営業の自由とを分けた点である。岡田教授は、「法人企業が国家の規制から自由に(我俣勝手に)ふるまい、個人の自由を抑圧することを、『基本的人権』の名のもとに擁護する結果になりかねない」ことに警鐘を鳴らすことに主眼を置いた⁽²¹⁾。

同教授は職業選択の自由は個人の基本的人権として構成するのに対して、営業の自由は主に「法人企業の自由」であると捉えた点は、職業選択の自由を労働者個人の権利として捉えるための大きなヒントになりうると考える。従来、職業選択の自由、職業遂行の自由、そして営業の自由をめぐるこれまでの議論では、個人と法人の自由とを混在して理解している点に問題がある。個人と法人とでは自ずと、保障される権利の内容等が異なると考えられることから、憲法22条1項を理解する際には、個人と法人の自由を分けて論じる必要があるのではないかと思われる。

この点、学説においても、「個人の自営業は人格的側面と営利活動としての側面が密接に結びついている場合も多い。そこで、個人の営利事業は「職業」の自由に含まれているとした上で、「営業の自由」は企業の営利事業の自由として観念」するという見解も示されている⁽²²⁾。

こうして、個人と法人を分けて議論したとしてもなお、職業の自由に関する理解に不十分な点が残る。というのも、職業選択の自由や職業遂行の自由を個人の基本的人権として捉えたとしても、会社から独立して自律的に就労する者と、企業システムの中に包摂され使用者の指揮命令の下、労務を提供する労働者とでは、重なる部分は多くあるとしても、保障される権利の内容に違いが生じると考えられる。会社から独立した自営業者にとっての職業選択の自由とは主に、開業や廃業の自由が中心的であると考えられるのに対し、使用者の指揮命令の下で労務を提供する労働者にとってまず、重要な意味を持つのは自由に使用者を選択する自由、すなわち、使用者選択の自由である。

以上述べてきたように、憲法学においても個人の自由としての職業選択の自由、法人の自由としての営業の自由と整理する見解もあるが、さらに、労働法的考察をする上では、自律的に就労する自営業者としての自由と、従属的労働に従事する労働者としての自由とを分けて論じる必要がある。

3. 労働法学の理解

前述の薬事法事件判決では、職業と人格の関係について指摘されているものの、憲法22条1項に関するこれまでの判例では、労働者個人の権利という側面で議論はされてこなかった⁽²³⁾。憲法学において憲法22条1項を労働者の基本権として捉えることは少なかったように思われるが、労働法学においても、憲法22条1項が取り上げられることは、それほど多くなかった。労働法学においても、憲法22条1項で保障されていると考えられている、職業選択の自由、職業遂行の自由、営業の自由は、労働法の個別論点に関して、裁判例の中で断片的に論じられてきたに過ぎなかった。

労働者の職業選択の自由が問題になるものとしてまず挙げられるのが、退職後の競業禁止義務との関係である。退職後の競業禁止義務に関するリーディングケースとなる、フォセコ・ジャパン・リミテッド事件⁽²⁴⁾において裁判所は、「被用者に対し、退職後特定の職業につくことを禁ずるいわゆる競業禁止の特約は経済的弱者である被用者から生計の道を奪い、その生存をおびやかす虞れがあると同時に被用者の職業選択の自由を制限し、又競争の制限による不当な独占の発生する虞れ等を伴う」と述べている。

同事件以降の判決においても、退職後の労働者の競業禁止義務に関して、職業選択の自由の制限となることから、同義務を定めた特約や契約条項を限定的に解釈している。例えば、アメリカン・ライフ・インシュランス・カンパニー事件⁽²⁵⁾では、「一般に、労働者には職業選択の自由が保障されている(憲法22条1項)ことから、使用者と労働者の間に、労働者の退職後の競業についてこれを避止すべき義務を定める合意があったとしても、使用者の正当な利益の保護を目的とすること、労働者の退職前の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲、使用者による代償措置の有無等の諸事情を考慮し、その合意が合理性を欠き、労働者の職業選択の自由を不当に害するものであると判断される場合には、公

序良俗に反するものとして無効となると裁判所は述べた。

次に労働者の職業選択の自由が問題になりうる場面として挙げられるのが、会社分割時の労働契約承継の問題である。日本アイ・ビー・エム(会社分割)事件の地裁判決において、原告側は、憲法22条1項に基づく承継拒否権の存在を主張していたところ、裁判所は、「憲法22条1項の職業選択の自由には、個人が自ら営業主として又は他の営業主のもとで従業員として職業に従事することを妨げられない自由をいい、これには、従業員の使用者選択の自由も含まれる」と述べた。

しかし、裁判所は続けて、「分割会社の労働者は、会社分割の際に設立会社等への労働契約の承継を拒否する自由としては、退社の自由が認められるにとどまり、分割会社への残留が認められる意味での承継拒否権があると解することはできない」とした。同事件地裁判決において、労働者の職業選択の自由、そして使用者選択の自由が問題となったが、高裁、最高裁では5条協議及び7条措置といった手続違反の効果が主たる論点となり、憲法論が展開されることはなかった。

これらの他、労働者の職業選択の自由が関わる問題として、兼業・副業に関する規制が挙げられることがある。そもそも、労働時間以外の時間をどのように利用するかは労働者の自由であることから、自己の労働力を利用する自由も職業選択の自由によって保障されていると考えられている⁽²⁶⁾。このことから、裁判所においても、本業に支障を生じさせるような態様での兼業が禁止されると就業規則における兼業禁止規定を限定的に解釈している⁽²⁷⁾。

使用者側の自由としては採用の自由、営業の自由、そして会社解散の自由が問題になることがある。会社の営業の自由として問題になるものの1つが採用の自由である。三菱樹脂事件⁽²⁸⁾において裁判所は、「企業者は……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あたり、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」、「思想、信条を理由とする雇入れの許否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らかであり、その他これを公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできない」として、使用者の広範な自由を認めた。

また、ストライキをはじめとする争議行為は、使用者の営業の自由を侵害する可能性を含むことから、使用者の営業の自由に関しては、団体行動との関係で訴訟が提起されている。例えば、使用者の周囲において、演説を行い、シュプレヒコールを挙げるなどの情宣活動の差し止めを使用者が請求した事件⁽²⁹⁾において、裁判所は、法人も人権の帰属主体としての地位が認められ、営業の自由の帰属主体であることを認めた上で、営業の自由が侵害された場合には不法行為の基づく損害賠償請求をすることが可能であるとした。

さらに、会社解散の自由については「憲法22条1項は、職業選択の自由の一環として企業廃止の自由を保障していると解されるのであって、企業の存続を強制することはできない。憲法28条が保障する団結権は、企業が存続することを前提とするものであって、企業廃止の自由を制約するものではないと解するのが相当である。また、会社の解散決議の内容が法令に違反していなくても、その目的、動機が不当である場合にこれを無効とする法的根拠は存しない。したがって、たとえ労働組合を排除するという不当な目的動機で会社の解散決議がされたとしてもその内容が法令に違反しない限りその決議は有効であるというべき」だとした⁽³⁰⁾。

4. これまでの議論の概況と日本法に欠けている視点

裁判例において、職業選択の自由が問題になったのは、退職後の競争禁止義務、兼業・副業の問題、会社分割時の労働契約承継の問題等が挙げられる。また、使用者の自由に関する問題として、採用の自由、営業の自由、会社解散の自由が挙げられる。

このように、労働法学においても、労働者の権利、自由として職業選択の自由が論じられてきたが、その具体的意味については必ずしも明らかにされてこなかった。裁判例において、職業選択の自由の意味について言及したものとしては、日本アイ・ビー・エム事件の地裁判決が挙げられる。同事件地裁判決において裁判所は、職業選択の自由の一環として、「個人が自ら営業主として又は他の営業主のもとで従業員として職業に従事することを妨げられない自由」を意味する、労働者の使用者選択の自由が保障されていることを認めた。しかし、企業組織再編時の労働契約承継との関係では、使用者選択の自由は退社の自由が認められるに過ぎないとして、極めて限定的に使用者選択の自由を認めている。

このように、労働法学において、特に労働者側の職業選択の自由の意味に関して、裁判例においてあまり議論されることはなく、職業選択の自由の意味について論じたものも、その保障する内容をあまりに限定的に解している状況である。

また学説においても、職業選択の自由について議論されることはほとんどない。例えば、「憲法においては、基本的人権の一種である経済的自由権として、財産権(29条)、居住・移転の自由(22条)と並んで、職業選択の自由(同条)が保障されており、これには労働者にとっての事故の職業や就職先企業を選択する自由が含まれている⁽³¹⁾」、あるいは、「労働者の職業選択の自由(22条1項)は、とりわけ退職後の協業禁止の限界という形で問題とされる⁽³²⁾」など、多くの基本書では短い記述にとどまっている。

しかし、労働者が自由に、自らが望む職業を選択し、使用者を選択することは、使用者との労働関係を形成するための出発点であり、また、自ら選択した職業を遂行することは、労働関係が展開していく上でも重要な意味を持つと考えられる。職業選択の自由、職業遂行の自由、そして使用者を選択する自由は労働関係の上で重要である。

特に、テレワークやリモートワーク、クラウドワークといった時間と

場所に拘束されない働き方が登場し、労働者が自らの働き方を選択できる今日において、職業選択の自由をはじめとする、憲法22条1項によって保障される職業の自由の意味を豊富化していくことが重要な視点になりうると思う。というのも、自律的に就労する者も、職業の自由の保障の範囲内に含まれると考えられるためである。特に、労働者個人の権利、自由としてこれらの自由を捉えることが求められる。

職業の自由の内容を豊富化していく作業を進めていくとして、憲法学においても職業の自由を労働者個人の権利として捉える視点はまだ希薄である。そのため、職業の自由の内容を豊富化していくために参考になるものとして、以下ではドイツ法における議論を手がかりにすることにしたい。

Ⅲ. ドイツにおける職業の自由をめぐる議論

1. 基本法12条1項の規定

ドイツ基本法12条1項は、「すべての国民は、職業、職場、養成所を自由に選択する権利を有する。職業遂行は、法律により又は法律の根拠に基づき定められる。」として、職業選択の自由、職業遂行の自由、そして職場選択の自由を保障している。そして、これらの自由を包括して、職業の自由と呼ばれることがある。基本法12条は、自らに適していると考える活動を職業と捉え、生活の基礎をなす権利を個人に保障するものである⁽³³⁾。

ドイツ法においてもこれまで、職業の自由は労働者「個人」の権利を保障する意義についてはあまり議論されてこなかったという⁽³⁴⁾。しかし近年において、職業の自由を労働者個人の権利として捉える議論が展開されつつある。その契機となったのは、2007年12月に調印されたりスボン条約により、欧州基本権憲章に法的拘束力が付与されたことによる⁽³⁵⁾。

職場選択の自由は、選択した職業での具体的な雇用可能性を得る又は

労働関係の存続を維持するあるいは放棄することを決定する際、ポストを得ることを妨げる、特定の職場を維持すること又は放棄することを強制する国家の措置から個人を保護するものと説明される⁽³⁶⁾。職業選択の自由という職業とは、一定程度継続して、生活の基礎を形成し、維持するための活動だと理解されている⁽³⁷⁾。そして、自ら選択した職業を遂行のために、職業遂行の自由が保障されている。また、ドイツ法では明文で職場選択の自由が保障されている。職場とは、職業上の労働を行うためのもので、具体的な活動可能性ならびに具体的な労働関係のある場所をいうと説明される⁽³⁸⁾。

職場選択の自由に関しては、事業移転時の労働関係の自動移転に対する異議申立権の規範的根拠になっている。後述するように、ドイツ民法613a条では、事業移転時の労働関係の自動移転を定めているところ、連邦労働裁判所は譲渡人から譲受人への労働関係の自動移転に対する異議申立権を認めてきた。

なお、職業の自由は、従属的な労働、非従属的な働き方の両方を含むと解されているが⁽³⁹⁾、従属的労働において重要な意味を持つのは、使用者選択の自由である。後述する連邦憲法裁判所の決定⁽⁴⁰⁾によると、基本法12条1項は職業選択の自由とともに職場選択の自由を保障しており、その一環として契約当事者を選択する自由があることを認めてきた。

2. 連邦労働裁判所の見解

連邦労働裁判所において、職業の自由が問題になったのは、事業の移転に伴う労働関係の承継とその拒否をめぐる事例である。ドイツ民法613条は役務提供の一身専属性について定めているのに対し、同条の例外として、民法613a条は、「事業又は事業の一部が法律行為によって他の所有者に移転される場合、他の所有者は移転の時点で生じる権利及び義務に入る」と定め、事業移転時の労働関係の移転について定めている。

民法613a条に基づき、事業移転時に労働関係が自動的に譲受人へ移

転することについて、同条の制定当初から議論されてきたのが、労働関係の自動移転に対する異議申立権である。連邦労働裁判所は、かつての判決において、労働者の意思に反する第三者への労働関係の移転は不可能であり、労働者を新所有者の事業に拘束することは、「労働者の人間の尊厳」に対する違反であったことに言及した。そして、民法613a条の施行前と比べて、労働者の法的地位が悪化するとの推定は、職場選択の自由を保障する基本法12条との関係でも考慮すべき点であると述べた。自らの職場を自由に選択することができる労働者の権利は、どの使用者と労働関係を築くかを決定する自由を含んでおり、労働関係の人的要素は問題の外に置かれてはならないという。

これらのことに言及しながら、連邦労働裁判所は民法613a条の立法趣旨として、「立法者は、労働関係の存続保護という理由から、事業又は事業の一部の譲受人に、そこで雇用されていた労働者との労働関係を継続する義務を負わせ、同時に、承諾することを強要されず、労働者の同意も不要である。立法者によって期待され、拡張された存続保護は、使用者の側での契約自由の制限を要求した。」こと等を述べ、事業の一部移転の場合に労働者の異議申立権を認めている。

こうして判例法上、肯定されてきた労働関係の移転に対する異議申立権は、2001年、民法613a条が改正された際、6項に明文化された。民法613a条6項は、「5項の情報提供が行われて1か月以内に、労働者は労働関係の移転に書面で異議を申し立てることが出来る。異議申立は旧使用者又は新所有者に対して行うことが出来る。」と定められている。その立法理由には、「異議申立権は特に、労働者が自由に選択したのではない使用者のために労働する義務を課される場合に、人間の尊厳、人格を自由に発展させる権利、職場選択の自由の権利と調和的ではないことから生じる。」とされ、法律上明文化することによって、法的明確性と法的安定性に資することが挙げられている⁽⁴¹⁾。

労働関係の自動移転という法的効果が、労働者が自ら選択した職業の

遂行を保障することに求められる一方、異議申立権については人間の尊厳、人格権の他、基本法12条1項にいう職場選択の自由に求められている。

連邦労働裁判所もこの職場選択の自由の意味について言及し、「基本法12条1項1文で保障される職場選択の自由は、具体的な雇用についての決定とともに、ポストを維持し、放棄する個別労働者の意思も保障している。他の使用者への労働関係の移転についての規整は、基本法12条1項により保障される職場選択の自由の保護範囲に当たる。立法者も、民法613a条による異議申立権の根拠について、職場選択の自由を引き合いに出し、労働者が自由に選択したのではない使用者に労働する義務を労働者に課す場合は、基本法12条1項に調和しないと考えた」と述べている⁽⁴²⁾。

このように、職場選択の自由の保障、その一環として認められる使用者選択の自由の保障の観点からは、労働者が自由に選択したのではない使用者に対して労働する義務を課されず、自らが選択したのではない使用者に労務を提供することを強制された場合には、職場選択の自由を侵害することになる。

3. 連邦憲法裁判所の見解⁽⁴³⁾

連邦労働裁判所が、労働者が自由に選択したのではない使用者に対して労働する義務を課される点に職場選択の自由、そして使用者選択の自由への侵害があるのに対し、連邦憲法裁判所はこれとは異なる見解を示した。

連邦憲法裁判所2011年1月25日の決定⁽⁴⁴⁾では、公立病院の民営化により民間の株式会社への、職員の労働関係の移転が問題になった⁽⁴⁵⁾。職員らは独立営造物法人への労働関係の移転に対して異議を申し立て、独立営造物法人への労働関係の移転は、人間の尊厳(基本法1条1項)や一般的人格権(基本法2条1項)、そして職業の自由の一内容である使用者

選択権を侵害していると主張して、労働関係が州との間で存続することを求めた。労働裁判所は職員らの訴えを認めたものの⁽⁴⁶⁾、ラント労働裁判所⁽⁴⁷⁾及び連邦労働裁判所⁽⁴⁸⁾は職員らの訴えを認めなかったため、職員らはこれらの裁判所の破棄を求めて憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所はまず、基本法12条1項は職業選択の自由とともに職場選択の自由を保障し、その一環として契約当事者を選択する自由があること、そして、この自由は公勤務においても当てはまることを認めた。基本権の侵害に関して、州に代わって「大学病院が憲法異議申立人の使用者になることによって、立法者は自由な職場選択を侵害している。」「この侵害は、異議申立人が、自らが自由に選択したのではない新使用者を強制された点にあるのではない。2005年大学病院法3条1項1文及び3文によると……このことは同時に、州が旧使用者として、法律によってかつて病院に従事していた労働者に関わる労働契約を解消したことを意味する。したがって、当該労働者は自らが選択した使用者を奪われている。」のだと述べた。

侵害の正当化に関しても、職員らの労働関係を移転させなければ大学病院を存続することはできないということは推論に過ぎず、大学病院を存続させるという公共の福祉の観点から、基本権の侵害は正当されるものではないと述べた。そして、「原則として、労働者の意思なくして行われる使用者変更の場合に自由な職場選択という労働者の基本権を保障しなければならない。このことは、使用者の変更が法律により、公的使用者での雇用から私的使用者の下での雇用となる場合、又は - 本件と同様に - 企図されており明確に予見される民营化の場合に当てはまる。……2005年大学病院法3条1文及び3文に定められた(労働関係の)移行が、州との労働関係の存続を主張する可能性を認めない点で、基本法12条1項により保障された、選択された契約当事者の維持という当該労働者の利益を非相対的に制限していることになる。」と結論付けた。

4. ドイツ法の到達点

基本法12条は、職業選択の自由、職業遂行の自由、職場選択の自由を保障しており、従属的な労働関係においては、使用者選択の自由が保障されている。基本法12条と並んで職業の自由は今日、欧州基本権憲章15条⁽⁴⁹⁾によって規範的に根拠付けられることとなる⁽⁵⁰⁾。欧州基本権憲章の基礎づけによって、職業の自由は労働者の基本権としての意味を持つと認識されつつある。

ドイツ基本法12条1項で保障されている職業の自由、特に職場選択の自由は使用者選択の自由を含むと解されている。そして、連邦労働裁判所は、労働者が自由に選択したのではない使用者に対して労働する義務を労働者に課す場合に、使用者選択の自由への侵害があると解してきた。こうした連邦労働裁判所の見解に対して、連邦憲法裁判所は、労働者が自ら選択した使用者を失う点に権利の侵害があると理解している。

連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の理解を参考にするならば、職場選択の自由の一環として保障される使用者選択の自由は、労働者が自ら選択した使用者を失い、自由に選択したのではない使用者に対して労働する義務を労働者に課した場合に侵害が認められることになる。労働者の意思なくして行われる使用者変更の場合、労働者の自由な職場選択という基本権が保障されなければならないと理解されている。

使用者選択の自由が保障された観点からすると、承諾、同意がなければ、労働者は自ら望まない使用者の下で労務を提供する義務は存在しないことになる。このことをドイツ民法613条は確認しているとみることもできる。

こうした職業の自由の保障の意味、特に使用者選択の自由の保障の意味については我が国においても参考にできる部分が多くある。以下では、ドイツ法の議論を参考にしながら日本法の問題、特に使用者が行う出向命令権の根拠に関して、職業の自由が持つ意味に即して検討を行うことにしたい。

IV. 日本法への示唆

1. 出向命令に関する判例の理解

出向とは一般的に、労働者が自己の雇用先の企業に在籍したまま、他の企業の従業員となって長期間に渡って他企業のために業務に従事することをいう。日本では、①子会社・関連会社への経営・技術指導、②従業員の能力開発・キャリア形成、③雇用調整、④中高年齢者の処遇などの目的のため、出向は活発に行われてきた⁽⁵¹⁾。

出向命令権の要件に関しては、配転命令権の場合と同様、就業規則や労働協約等に出向命令を命じる旨の包括的規定を置くことが第1に挙げられる。そして、出向命令権が包括的規定等により根拠づけられる場合でも、労働契約法14条によれば、「当該出向の命令が、その必要性、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして」、権利の濫用に当たった場合には無効となる。なお、同条においては出向の定義は置かれていない⁽⁵²⁾。

以上のような出向命令権の要件に関し、裁判所も出向に関する条項が存在することを前提としているように思われる。新日本製鐵〔日鐵運輸第2〕事件⁽⁵³⁾では、就業規則の中に「会社は従業員に対し業務上の必要によって社外勤務をさせることがある。」との規定が設けられていること、労働協約にも同種の規定が存在すること、出向期間、出向中の社員の地位、賃金、退職金、各種の出向手当、昇格・昇給等の査定その他処遇等に関して出向労働者の利益に配慮した詳細な規定が設けられていることを考慮して、使用者は労働者に対して、個別的同意なしに出向命令を発令することができる判断した。

また、川崎製鉄事件⁽⁵⁴⁾において裁判所は、就業規則や労働協約において、業務上の必要があるときには出向を命ずることができる旨の規定があること、これを受けて細則を定めた出向協定が存在し、しかも過去十数年にわたって相当数の従業員らが出向命令に服しており、さらに労働者らの属する労働組合による出向了承の機関決定もが存在する場合に

は、出向を命ずることが当該労働者との関係において、人事権の濫用に当たると見うる事情がない限り、出向命令は法律上の正当性を具備する有効なものというべきだと判断されている。

さらに新日本製鐵〔三島光産〕事件⁽⁵⁵⁾では、「出向（在籍出向）においては、出向者と出向元会社との間の労働契約は維持されているものの、労務提供の相手方が変わり、労働条件や生活関係等に不利益が生じる可能性があるので、出向を命じるためには、これらの点の配慮を要し、当該労働者の承諾その他これを法律上正当付ける特段の根拠が必要である」と裁判所は述べた。その上で、就業規則において、業務上の必要性があり、従業員を社外勤務させることがある旨定められていること、社外勤務協定によれば、出向者の処遇等については、被控訴人の従業員と比べて特に不利益を受けないよう配慮されていること等を考慮し、出向の必要性があり、出向者に労働条件や生活環境の上で格別の不利益がなく、適切な人選が行われるなど合理的な方法で行われる限り、出向者の個別具体的な同意がなくても従業員に対し出向を命じることを法律上正当化する特段の根拠があると認めるのが相当とされている。

これらの事例に見られるように、使用者が出向命令を命じるに際して裁判所は、就業規則等の根拠規定が存在することで足りるとする包括的同意説の立場にある。ただし、就業規則や労働協約等の出向規程が存在する場合にも、労働条件や生活環境の面で出向者が不利益を被らないなどを配慮した詳細な規定が設けられていることが必要だと、裁判例において解されている。

2. 出向命令に関する学説

労働契約法14条においても、「出向を命ずることができる場合」について言及しているが、同条は出向命令権の根拠について述べていない。この点に関してかつてから問題にされてきたのは、民法625条1項との関係である。民法625条1項は、「使用者は、労働者の承諾を得なければ、

その権利を第三者に譲り渡すことができない」と定めており、同規定は出向にも適用があると解されてきた。そのため同条に従えば、出向についても労働者の承諾が必要となる⁽⁵⁶⁾。

民法625条1項の規定により、使用者が出向を命じるには同意を要するものの、判例と同様、使用者が出向命令を発するには就業規則や労働協約等の根拠規定を置けば足りるとする見解が主張されてきた。ただし、学説においては、出向は労務提供の相手方の変更を伴うことから、企業内の人事異動である配転の場合とは異なる制約に服すると解している。具体的には、密接な関連会社間の日常的な出向であって、出向先での賃金・労働条件、出向の期間、復帰の仕方等が出向規定等によって労働者の利益に配慮して整備され、当該職場で労働者が通常の人事異動の手段として受容していることを要すると考えられている⁽⁵⁷⁾。

こうした具体的合意説が主張される一方、かつてから主張されてきたのは個別的同意説である。同説は、民法625条1項の規定に基づき、使用者の出向命令には労働者の合意・承諾が必要であると理解してきた⁽⁵⁸⁾。今日においても、個別的同意説は学説において有力に主張されている見解となっている⁽⁵⁹⁾。

個別的同意説の見解は今日においても学説において有力に支持されていると考えられるものの、労働契約法14条が制定されて以降、「文理上、個別的同意説に即した解釈は困難になったと考えられる」との指摘がある。確かに、同法の構造上、使用者に出向命令権があることを前提とした上で、権利濫用法理によって制約をかけるものとなっているが、同法が制定されて以降も、「出向を命ずることができる場合」とは、労働者の同意、承諾があった場合であるとして、個別的同意説の立場を採ること自体は解釈上可能だと考える。

3. 判例・通説の問題点

上記学説のうち、具体的条項説に立つ見解は、個別的同意説に対して、日本では出向が日常化し、人事異動の一手段になっている今日の状況にそぐわないことを指摘する。この指摘は確かに、特にグループ化が進んだ今日の企業社会に当てはまっている。

企業グループにおける労使関係の実態調査を行った最近の研究によると、企業グループ内の転籍や出向は頻繁に行われているのが現状である⁽⁶⁰⁾。そして、出向に際して、純粹持株会社が出向決定権限を持つ場合、純粹持株会者と事業会社が協議して決定する場合、事業会社間の話し合いによって決定する場合など、非常に様々な態様で出向が行われている。

特に、一部の企業グループにおいては、純粹持株会社と各事業会社との間に中間持株会社を設立し、中間持株会社がグループ内の人事を束ねるという手法を採っている⁽⁶¹⁾。中間持株会社を設立する手法を採る理由としては、企業グループの人的資源の確保と移動を集約させる点にある。中間持株会社が従業員を採用した後、中間持株会社に在籍をしたまま出向によって各事業会社に配置されることになっている。

企業グループの人事機能を担う中間持株会社に対応するのが、グループ労連である。グループ労連は、出向者の労働条件のチェックなど労連が関与する部分もあるが⁽⁶²⁾、人事機能を担う中間持株会社のカウンターパートとして団体交渉を行い、労働協約等を締結するには至っていないのが現状である。

こうした中間持株会社に人事機能を集約し、採用と配置を行わせる企業グループは、国内においてはまだ少なく、問題といえる深刻な事態は発生していない。企業グループにおいて、事業会社から純粹持株会社、事業会社間の人材交流は非常に活発に行われているのが現状に対して、労働組合としても、実際に労働条件の低下が生じる、出向者に生活上、生活上の不利益が生じないよう配慮されていると認識していることから⁽⁶³⁾、労働者側も出向が常態化していることについて危機感は薄いよ

うに思われる。このことは我が国において、労使が密にコミュニケーションを取り、両者の信頼関係が構築されてきたことを示すものといえる。

労使のコミュニケーションが円滑に行われ、信頼関係が構築されている企業グループであれば、使用者が行う出向命令についても人材の交流、人事活用手段の1つとして懸念を抱く必要はないのかもしれない。しかし、企業グループ内で行われる事業会社間の出向について、それぞれの事業会社を超えて団体交渉を行い、労働協約を締結するなど、出向命令をチェックする役割を担う存在が不在になっているのが我が国の現状である。

企業グループにおいて労働者を代表する組織としてグループ労連等が存在するが、各事業会社の労働条件に関する調査や情報交換、等を行うことが多く⁽⁶⁴⁾、労働条件等に関わって団体交渉を行うには至っておらず、労働者の立場に立って、企業グループにおける人事交流をいかに捉え、具体的なキャリアパスや労働条件に関する仕組みをいかに整備していくかが課題になっている⁽⁶⁵⁾。

労働者のキャリアパスを踏まえた出向命令のあり方について、これまでの裁判例では、就業規則や労働協約の出向規定に基づく包括的同意によって配転命令権が根拠付けられてきたが、企業のグループ化に伴う出向の常態化という自体に直面して、改めて、労働者個人の権利という観点からも、出向命令権の根拠を検討すべきである。

4. 職業の自由に照らした理解

ドイツ基本法12条1項とは異なり、憲法22条1項では職場選択の自由は明文で保障されていない。しかし、日本アイ・ビー・エム事件の一審判決において裁判所が述べるように、憲法22条1項の職業選択の自由は、「個人が自ら営業主として又は他の営業主のもとで従業員として職業に従事することを妨げられない自由」を意味し、従業員の使用者選択の自由を含むと解される。職場選択の自由について明文の規定はないも

の、憲法22条1項の解釈から使用者選択の自由を導き出すことは可能である。

そして、使用者選択の自由は具体的に、労働者が自ら選択した使用者を失うことないこと、自らが選択したのではない使用者について労務提供義務を課されないことも内容として含むと考えられる。この点で、使用者選択の自由は、憲法13条にいう個人の尊重や自己決定権によっても根拠づけられると解される。

使用者選択の自由が憲法13条と22条1項によって保障され、労働者が自ら選択した使用者を失うことはなく、自らが選択したのではない使用者について労務提供義務を課されない自由を保障されていると解した場合、労働契約との関係でこの自由を保障していると考えられるのが民法625条1項である。民法625条1項によると、使用者は労働者の承諾がなければその権利を第三者に譲渡することができない。そして、前述したように、同規定は出向にも当てはまると学説において理解されている。

判例によると、この同意は包括的同意を含み、個別的同意ではなく、就業規則や労働協約における出向規定によって出向命令権が根拠づけられると解している。具体的条項説の立場も判例と同様に、出向命令権の根拠は個別的同意であることを要せず、事前の包括的同意で良いと解し、民法625条1項は出向命令の要件を絞る意義を有しないと解する⁽⁶⁶⁾。

しかし、企業グループ内での出向が常態化する中、企業グループ内で行われる使用者の出向命令について団体交渉を行い、労働協約を締結する労働組合は不在の状況を鑑みると、労働協約や就業規則等の出向規定に基づく包括的同意によって、出向命令権が根拠づけられるとすることは労働者がキャリアに関して被る影響という点で妥当ではない。

また、憲法13条及び22条1項によって使用者選択の自由が保障されており、この自由を保障した具体的規定が民法625条1項であると解すると、自らが選択した使用者から、自らが選択したのではない使用者へ

と労務提供の相手方が変更されることになるため、民法625条1項により、労働者の個別の承諾、同意がなければ、使用者は労働者に対して出向命令を発することはできないと解される。

学説では、労働契約法14条の規定が制定されて以降、個別的同意説の立場を採ることは困難になったとの指摘もあるが、同条にいう「労働者に出向を命ずることができる場合」とは、民法625条1項の規定に即して、労働者の個別同意に基づき使用者に出向命令権が認められる場合のことをいうと考えられる。このように解して出向命令権が労働者の個別同意によって根拠づけられた上で、労働契約法14条によって出向命令の権利濫用性が判断されることになる。

5. 今後の展望

以上、出向命令権の根拠に関して、憲法22条1項を民法の規定に読み込んで解釈する可能性を示してきた。このように、憲法22条1項を労働契約に関する条文を解釈する際に用いることは他の場面でも想定される。

例えば、職業選択の自由は自由権的基本権として、「労働契約上の合意の自由(契約の自由)」を保障していると解されている⁽⁶⁷⁾。契約の自由の規範的根拠の1つとして、職業選択の自由が挙げられているが、今後は、憲法22条1項に関する内容の理解を深化させながら、契約自由の現代的意味を改めて問う必要があると考えられる。

この点に関して、労働法学会においても、「日本の労働法学は……判例の形成する規範に追隨的にならざるを得ず、契約論に立脚した規範論を十分に提供できていない」との問題意識から⁽⁶⁸⁾、約款論や外国法、消費者契約法等を踏まえた労働契約論が展開された。そこでは、民法学の視点から内容規制を労働契約に投影するとの視点が示された。

しかし、議論の出発点として設定すべきであったのは、憲法の諸規定を根拠に契約自由の原則の現代的意味を探り、労働契約法にいう合意原

則の意味を明確にすることであったように思われる。本稿で検討した憲法22条1項の規定からすると、労働者が自ら選択した職業の遂行を妨げる内容の労働契約の規定は許されず、その点で契約の自由は制約を受けると考えられる。この意味で、憲法22条1項で保障される職業選択の自由、職業遂行の自由は、労働契約の内容を規制する規範的根拠になりうる。

労働法学においても、憲法22条1項で保障される職業選択の自由、職業遂行の自由、そして、労働者の使用者選択の自由については、判例等において断片的に理解されるのみで、体系的に理解されることはなかったように思われる。本稿でこれまで検討してきたように、労働者の基本権を保障したものとして憲法22条1項を位置づけ、同条で保障される自由の意味を検討することによって、労働契約に関わる諸規定について新たな解釈可能性が開かれる。憲法22条1項に光を当て、労働契約に関する諸規定を解釈すること、特に労働契約法にいう諸原則の意味を明らかにすることについても今後の課題の1つと考えられる。

V. おわりに

日本の労働法学においてはこれまで、憲法22条1項で保障される権利、自由の意味について検討されることは少なかったように思われるが、同項で保障される職業選択の自由、職業遂行の自由、そして使用者選択の自由を労働者の基本権として理解した場合、新たな解釈を導くことができる可能性を本稿において示した。

本稿で検討を行ったのは出向命令権の根拠についてであるが、憲法22条1項、そして憲法13条から使用者選択の自由が保障されていることを鑑みると、民法625条1項の解釈により、使用者が出向命令を行うためにはその都度、労働者の同意を要するという個別的同意説の立場を採ることが妥当である。出向命令権の根拠に関して、個別的同意説の立場は従来から有力に主張されてきた見解であるが、憲法22条1項の解釈を民

法625条1項に反映させると、出向を命じるに当たっては労働者の個別同意を要するとの理解が導かれることになる。

本稿では出向命令権の根拠について検討を行ったが、出向命令以外の労働法の論点に関しても、憲法22条1項で保障される権利、自由の意味に即して新たな解釈や理解を示すことが可能になると思われる。その一例が合意原則の意味についてであり、憲法22条1項を含む憲法上の規範から合意原則の現代的意味を明らかにすることによって、労働契約論、そして就業規則法理の新たな理解を示す可能性もある。労働契約論、就業規則法理以外にも、これまで裁判例において問題にされてきた、競業禁止義務や企業組織再編時の労働関係の移転についても、憲法22条1項の意味をより明確にしながら、改めて検討する必要がある。

このように、これまで労働法学においてあまり注目されてこなかった憲法22条1項に光を当てることによって、多くの論点に関して新たな理解、解釈を導くことが可能になると考える。本稿ではまだ、職業の自由の意味について十分に明らかにすることができず、また、労働法の各論点についても新たな解釈の可能性を示すに過ぎなかった。これらの問題については今後の検討課題にしたい。

- (1) 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法第6版』(岩波書店、2016年)224頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)299頁など。
- (2) 渡辺康行・宍戸常寿編『憲法I基本権』(日本評論社、2018年)323頁。
- (3) 後掲三菱自樹脂事件。また、基本書においても、「憲法22条の営業の自由、憲法29条の経済的自由の保障は、労働関係の他方当事者たる使用者の権利の尊重を要請する。」との説明がある。荒木尚志『労働法第4版』(有斐閣、2020年)31頁。

- (4) 以下の企業の現状については、労働問題リサーチセンター『「純粹持株会社における労使コミュニケーションの現状と課題」に関する研究報告』(2021年)における各企業のヒアリング調査の結果を参考にしている。
- (5) 芦部信喜／高橋和之補訂・前掲書1)224頁。
- (6) 芦部信喜／高橋和之補訂・前掲書1)224頁、長谷部恭男『憲法第7版』(新生社、2019年)241頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)299、300頁など。
- (7) 長谷部恭男・前掲書2)241頁
- (8) 芦部信喜／高橋和之補訂・前掲書1)224頁、長谷部恭男・前掲書6)241頁。
- (9) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法第3版』(有斐閣、2015年)245頁。
- (10) 高橋和之・前掲書9)245頁。
- (11) 渡辺康行／宍戸常寿他・前掲書2)323頁。
- (12) 最大判昭47.11.22刑集26巻9号586頁。
- (13) 最大判昭50.4.30民集29巻4号572頁。
- (14) 佐藤幸治・前掲書6)299頁。
- (15) 岡田与好『独占と営業の自由』(木鐸社、1975年)32頁。
- (16) 今村成和『「営業の自由」と憲法及び独占禁止法—岡田与好氏の批判に答える』公正取引236号(1970年)22頁。
- (17) 小林直樹『憲法講義上新版』(東京大学出版会、1980年)512頁。
- (18) 安西文雄／卷美矢紀／宍戸常寿『憲法学読本第3版』(有斐閣、2018年)182頁。
- (19) 佐藤幸治・前掲書6)300頁。
- (20) 営業の自由には広狭2つの意義があるとし、狭義には、開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由(営業をすることの自由)があり、広義には営業をしている者が任意に、その営業活動を行い得る自由(営業活動の自由)を含むと解する。小林直樹・前掲書17)512頁。
- (21) 大沢真理『解題』岡田与好『競争と結合—資本主義的自由経済をめぐって』(蒼天社出版、2014年)3頁。
- (22) 渡辺康行／宍戸常寿他・前掲書2)323頁。
- (23) この点を指摘するものとして、倉田原志「憲法と労働法」日本労働法学会編『講座労働法の再生第1巻 労働法の基礎理論』(日本評論社、2017年)31頁。
- (24) 奈良地判昭45.10.23判例時報624号78頁。

- (25) 東京高判平24.6.13裁判所 HP。
- (26) 土田道夫『労働契約法第2版』(有斐閣、2016年)116頁。
- (27) 例えば、平仙レース事件・浦和地判昭40.12.16労民集16巻6号1113頁。
- (28) 最大判昭48.12.12民集27巻11号1536頁。
- (29) 情宣活動禁止等請求事件・東京高判平27.1.28判例タイムズ1429号121頁。
- (30) 大森陸運他2社事件・大阪高判平15.11.13労働判例886号75頁。
- (31) 菅野和夫『労働法第12版』(弘文堂、2019年)43頁。
- (32) 西谷敏『労働法第3版』(日本評論社、2020年)26頁。
- (33) Hans D.Jarass./Martin Kment,GG Kommentar,16.Aufl.,München,Art.12 Berufsfreiheit,Rn.1(Hans D.Jarass).
- (34) Martin Henssler/Heinz Josef Willemsen/Heinz Jürgen Kalb(Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar,9.Aufl.,Köln,2020,GG Art.12,Rn.1(Curt Wolfgang Hergenröger).
- (35) 欧州基本権憲章の起草過程から法的拘束力の付与に関し、安江則子「EULisボン条約における基本権の保護—ECHRとの関係を中心に」立命館法学323号(2009年)185頁。
- (36) Günter Schaub,Arbeitsrechts Handbuch,14.neu Arbeitete Aufl.,München,2011,§3.Grundrech im Arbeitsverhältnis,Rn.44(Rüdiger Linck).
- (37) Erfurter Kommentar,21.Aufl.,München,2021,GG Art.12,Rn.7(Otto Schmidt).
- (38) Hans D.Jarass./Martin Kment,GG Kommentar,16.Aufl.,München,Art.12 Berufsfreiheit,Rn.1(Hans D.Jarass).
- (39) Hans D.Jarass./Martin Kment,GG Kommentar,16.Aufl.,München,Art.12 Berufsfreiheit,Rn.9(Hans D.Jarass).
- (40) BVerfG Beschluss vom 25.1.2011,NZA 2011,400.
- (41) BT-Drucksache 14/7760,S.20.
- (42) BAG Urt.vom 13.7.2006,NZA 2006,1269.リハビリテーション病院を運営する被告に雇用された原告は、同病院がH者に賃貸借契約に基づいて病院事業が移転されたが、H社の財産について破産手続が開始されたため、事業移転に関し情報提供が不十分であり、また事業移転の法的効果も不完全であったと主張した事件である。

- (43) 連邦憲法裁判所の決定の詳細については、松井良和「ドイツにおける組織再編時の異議申立権の規範的根拠—法律による労働関係の移転と職場選択の自由」法学新報121巻7・8号533-560頁を参照。
- (44) BVerfG Beschluss vom 25.1.2011,NZA 2011,400.
- (45) 民営化のプロセスとして、ヘッセン州は大学病院の設立に関する法律(2005年大学病院法)を議会で可決し、同法に基づいて州とは独立した法人格を有する病院(独立営造物法人)が設立され、その後、独立営造物法人となった大学病院は、有限責任会社、株式会社へと組織形態を変更し、さらに、病院の持分が別の株式会社に売却されることによって民営化が完了した。そして、職員の労働関係の移転は、独立営造物法人への組織変更時に行われていた。
- (46) ArbG Marburg,Urt.vom 16.3.2007,BeckRS 2009,67045.Marburg 労働裁判所は、本件の民営化措置が法律に基づき行われたことから民法613a条の適用はないとしつつも、労働者の異議申立権を欠く2005年大学病院法は、基本法上保障される人間の尊厳や人格権、使用者選択の自由を侵害するものであり、また、その侵害は正当化されないとして、Xの異議申立権を認めている。
- (47) LAG Hessen Urt.vom 25.7.2007,BeckRS 2009,60157. ラント労働裁判所は、2005年大学病院法は異議申立権を定めておらず、また、憲法上保護された法的地位への侵害はないとして、Xらに異議申立権は存在しないとの判断をした。
- (48) BAG Urt.vom 18.12.2008,BeckRS 2009,67989.
- (49) 欧州基本権憲章15条「何人も、労働に従事し、かつ自由に選択または引き受けた職業を続ける権利を有する。」以下、欧州基本権憲章の訳に関しては、内村國臣・小林勝「(試訳)欧州連合基本権憲章」中央学院大学法学論叢14巻1・2号(2001年)316頁を参照した。
- (50) Heinz Josef Willemsen/Klaus-Stefan Hohenstatt/Elmar Schnitker/Ulrike Schweibert/Christoph H.Seibt,Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen-Arbeitsrechtliches Handbuch,München,2011,G. Übergang von Arbeitsverhältnissen nach § 613a BGB,Rn.27(Heinz Josef Willemsen).
- (51) 菅野和夫・前掲書31)735頁。
- (52) 出向に関する定義規定が置かれなかった経緯と、定義規定を欠く点を

批判するものとして、西谷敏他編『労働基準法・労働契約法第2版』(日本評論社、2020年)413頁(緒方桂子執筆担当部分)。

- (53) 最二小判平15.4.18労働判例847号14頁。
- (54) 大阪高判平12.7.27労働判例792号70頁。
- (55) 福岡高判平12.2.16労働判例784号70頁。
- (56) 西谷敏他編・前掲書52)414頁。
- (57) 菅野和夫・前掲書31)736頁。土田道夫『労働契約法第2版』(有斐閣、2016年)436頁など。就業規則等の包括的規定以外に、出向労働者に配慮した出向規定が整備されていることを求める見解を具体的合意説という。
- (58) 和田肇「出向命令権の根拠」日本労働法学会誌63号38頁、高木紘一「配転・出向」現代講座142頁など。
- (59) 同説に立つものとして、西谷敏・前掲書32)255頁など。
- (60) 霜田菜津実「純粋持株会社の組織の概要」労働問題リサーチセンター『純粋持株会社における労使コミュニケーションの現状と課題に関する研究報告』(2021年)24、25頁。
- (61) 例えば、キリンホールディングスでは、日本の事業会社を統括する中間持株会社としてキリン社を設立し、中間持株会社が新規大卒者を一括して採用し、従業員は採用後、キリン社に在籍したまま、出向により各事業会社に配置されている。長谷川翼「純粋持株会社における人事管理」労働問題リサーチセンター『純粋持株会社における労使コミュニケーションの現状と課題に関する研究報告』(2021年)41頁。
- (62) 長谷川翼・前掲論文61)41頁。
- (63) 鬼丸朋子「主な研究成果と今後の課題」労働問題リサーチセンター『純粋持株会社における労使コミュニケーションの現状と課題に関する研究報告』(2021年)91頁。
- (64) 小林大祐「純粋持株会社を含む企業グループにおける団体交渉と労使協議」労働問題リサーチセンター『純粋持株会社における労使コミュニケーションの現状と課題に関する研究報告』(2021年)82頁
- (65) 鬼丸朋子・前掲論文63)91頁。
- (66) 菅野和夫・前掲書31)737頁。
- (67) 菅野和夫・前掲書31)44頁。
- (68) 野田進「労働契約における規範形成一本シンポジウムの趣旨」日本労働法学会誌133号(2020年)15頁。