

# 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 —

松 井 良 和

- I はじめに
- II 職場選択の自由と労働関係の移転に対する異議申立権
- III 連邦憲法裁判所二〇一一年一月二五日決定
- IV おわりに

## I はじめに

我が国では会社分割時に、労働契約承継法三条が承継事業に主として従事する労働者の労働契約の承継について定めている。他方、労働者の承継拒否権<sup>(1)</sup>については定められておらず、「承継される不利益」からの保護が問題になっている。この点、日本 I B M 事件<sup>(2)</sup>で最高裁は、商法等改正法附則五条の協議が全く行われなかった場合、又は協議が行われたものの、その際の会社からの説明や協議の内容が著しく不十分であるため、上記協議を求めた趣旨に反する

ドイツにおける組織再編時の異議申立権の規範的根拠（松井）

ことが明らかな場合には、承継の効力を争うことができると判示した。

しかし承継の効力を争うことができるとしたものの、同事件において最高裁が労働者の承継拒否権を肯定しているわけではない。したがって、「基本的人権の侵害について答えておらず、大きな問題があるといわざるをえない」との指摘がある。<sup>(3)</sup>同事件地裁判決では、憲法二二条一項にいう労働者の職業選択の自由と言及し、「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」と述べるものの、労働契約承継法との関係では、「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る」とした。こうした裁判所の捉え方は、職業選択の自由をあまりに狭く解するものと思われる。

この点、労働契約の承継と憲法に関してすでに、労働者の使用者選択の自由が労働契約承継法の解釈・適用にいかなる意味をもちうるかについて検討されている。<sup>(5)</sup>筆者も、労働関係の移転に関し、解釈論あるいは立法論を検討する際には、労働者の職業選択の自由、使用者選択の自由をより考慮したものであるべきと考ええる。そこで、本稿では労働契約の承継とこれに対する承継拒否権について我が国での議論の進展を期待し、ドイツにおける現在の議論を紹介する。

ドイツにおいては、民法六一三a条がその一項一文に労働関係の移転を定めるとともに、労働者の職場選択の自由、人間の尊厳、一般的人格権を考慮して、労働関係の移転に対する異議申立権を認めている。労働関係の移転と職業の自由をめぐる議論は決着済みであるようにみえるが、現在でもなお、労働関係の移転と職業の自由が問題になる場面は存在している。具体的には、公法人の組織再編や法律に基づく民営化等、民法六一三a条の適用要件を満たさない

事案が該当する。本稿では、労働関係の移転と職業の自由が問題となる場面として、これらの事案を取り上げる。

こうした場面に着目して検討を行うことにつき、問題の対象が限定的であり、また、公的部門の特殊性、公勤務被用者に特有の利益も検討に際して影響を及ぼすことが懸念される。本稿ではこれらの問題があることを認識しながら、職業の自由をめぐる現在のドイツの議論を紹介することに主眼を置き、日本での議論の端緒となることを目的とした。

以下では、Ⅱで、職業の自由の意味と異議申立権に関する議論を整理したうえで、現在、職業の自由と異議申立権が問題となる法律による労働関係の移転の場面を紹介する。次にⅢにおいて、近年の連邦憲法裁判所の決定を紹介し、現段階のドイツ法の議論を整理する。これらの検討により、職業の自由と異議申立権をめぐるドイツでの議論の到達点を示すことにしたい。

## Ⅱ 職場選択の自由と労働関係の移転に対する異議申立権

### 1 基本法一二条における職場選択の自由の位置

まず、労働関係の移転に対する異議申立権を検討するに当たり、基本法一二条一項に定められた職場選択の自由 (Freie Wahl des Arbeitsplatzes) の意味について確認しておきたい。ドイツ基本法一二条一項は、「すべてのドイツ人は、職業・職場及び職業教育の場を自由に選択する権利を有する。職業の遂行は法律によって、または法律の根拠によって規制することができる。」と定め、<sup>(6)</sup> 職業活動を選択する自由とその遂行を全般的に保障している。<sup>(7)</sup> 本稿で主な検討

ドイツにおける組織再編時の異議申立権の規範的根拠 (松井)

対象とする職場選択の自由に関しては、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<sup>(8)</sup>。特に労働者にとっては雇用可能性の維持、具体的な契約当事者の選択、労働契約関係の存続が問題になるとされ<sup>(9)</sup>、従属的雇用においては契約当事者の選択、すなわち使用者を自ら選択する自由が認められる<sup>(10)</sup>。

このように、基本法一二条一項は職業選択の自由と併せて、自らが選択した職業を遂行する場面全般を保障するものとなっている。これらに対する侵害があつた場合、違憲審査としていわゆる三段階審査に即し、保護領域にあるか、侵害があるか、侵害が正当化されるかを審査し、憲法違反を判断することになる<sup>(11)</sup>。こうした審査の三段階目に当たる侵害の正当化に関して、連邦憲法裁判所は薬局判決において、職業選択と職業遂行を分けて捉えている。

薬剤師であつた憲法異議申立人が行政当局に求めた薬局の営業許可が不許可処分とされたことが職業の自由に対する侵害に当たるとして問題になつた薬局判決<sup>(12)</sup>において、連邦憲法裁判所は、行政当局の不許可処分は、憲法異議申立人の基本法一二条一項に基づく基本権を侵害しているので取り消し、バイエルン薬事法三条一項は無効と判断した。その際、基本法一二条一項は、現代の分業社会では特に重要な分野における市民の自由を保障している、すなわち個人に各自がもつとも適すると信じる活動を職業とする権利を保障するものだとした。また、職業とはあらゆる種類の職業を含むとし、基本法一二条一項は、自律的に遂行される職業と従属的に遂行される職業を区別していないとする。職業選択と職業遂行は、複合的概念であるが、職業の遂行と職業選択の規制権限は同じ強度のものではなく、職業遂行の自由は、合理的な公共の福祉の考慮により合目的であるとみなされる限り、制限できるとした。さらに、職業選

択の自由は、特に重要な共同体の利益の保護のためにどうしても必要とされる場合にしか制限できないこと、そして、職業選択の自由の制限手段として許可条件を定める場合には主観的条件と客観的な条件とを区別しなければならないことに言及している。すなわち、連邦憲法裁判所は、設けられる規制は職業選択の自由に内在する最小限度の制約という「段階」を踏まなければならないことを述べている。

薬局判決では、職業遂行の自由と職業選択の自由に関して、同じ強度で規制されるものではなく、職業遂行の自由は合理的な公共の福祉を考慮して合目的である場合には制限可能であると述べている。他方、職業選択の自由に対する制限はより厳格に解され重要な共同体の利益保護のために不可欠な場合にしか制限できないとしている。そして同事件ではいわゆる「段階説」<sup>(13)</sup>を採っている。段階説 (Stufenlehre) とは、職業の自由への侵害は、比例相当地でなければならず、その際、侵害の理由がより重要であればあるほど、職業の自由はより制限されるとする考え方である。<sup>(14)</sup>

連邦憲法裁判所一九九一年四月二四日判決<sup>(15)</sup>においても、「基本法一二条一項は、職業の自由な選択と共に職場の自由な選択を保障している」と述べ、「職場選択の場合、具体的な活動可能性又は特定の労働関係に対する判断が対象となる。このことに対応して、職場の自由な選択という基本権が対象にするのはまず、選択された職業における個人の、具体的な雇用可能性の判断と把握される。従属的被用者の場合、これには特に、不可欠な条件、特に労働市場への参入を含む、契約当事者の選択も含まれる。」として、前述した職場選択の自由の意味について言及している。そのうえで、「客観的な許可制限が職業選択の自由を侵害するように、ある規制が類似の効果によって職場の自由な選択を侵害する場合、重要な公共の利益を保護するため、比例相当性の原則を維持して認められる。」<sup>(16)</sup>当該規制は、当

該規制が目的とする公共の福祉と侵害の程度を一般的に考量しても適切なものである。」とされている。

また、連邦労働裁判所もこうした連邦憲法裁判所の考え方に従っている。後述する事件において連邦労働裁判所は職場選択の自由への侵害に対して、公共の福祉と侵害の程度を考量して侵害が正当化されるか否かを検討し、比例相当性の原則に即して判断している。以下では、職場選択の自由に関して示された連邦憲法裁判所の法的思考方法をもとにして、労働関係の移転に対する異議申立権の意味について検討を行う。

## 2 労働関係の承継における異議申立権の法的基礎づけ

連邦労働裁判所が労働関係の移転に対する異議申立権を認めたのは、一九七四年一〇月二日の判決である。<sup>(16)</sup> 当時、明文の定めはなかったものの同事件で連邦労働裁判所は、民法六一三a条の解釈によって異議申立権を認めている。民法六一三a条の施行によって労働者の意思に反して労働関係が移転することで、労働者の法的地位が悪くなる可能性を指摘し、「こうした推定は、職業選択の自由を保障する基本法一二条、基本法一条を考慮しても憂慮すべきものである。自らの職場を自由に選択できるという労働者の権利は、どの使用者と労働関係を築こうとするかについての決定も含んでいる。」ことを述べ、事業の一部譲渡の場合において労働者の異議申立権を肯定した。

その後の判決においても、連邦労働裁判所は労働関係の移転に対する異議申立権を認めながら、強制的な債務者変更の禁止（民法四一五条一項一文の類推）、意思に反する労働者の「売買」の禁止（基本法一条、二条）、職場選択の自由（基本法一二条）、労務提供の一身専属的な性格等を根拠に<sup>(17)</sup>してきた。異議申立権の行使により、労働関係の移転という法的効果が妨げられ、事業の譲渡人と労働者との労働関係は存続することになる。

なお、連邦労働裁判所において判例法上認められた異議申立権に関し、Katsikas 事件<sup>(18)</sup>において欧州司法裁判所は、現指令の前身である欧州共同体指令七七／一八七は、「労働契約または労働関係の移転に異議を申し立て、指令が保障する保護を放棄することを労働者に妨げているわけではない」とし、積極的に異議申立権の存在を認めるわけではないものの、その存在を容認する立場をとっている。

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、二〇〇一年、民法六一三 a 条六項に「五項の情報提供が行われて一か月以内に、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。」として明文化されたが、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。<sup>(19)</sup>

二〇〇一年の法改正により民法六一三 a 条六項が明文化された後も、連邦労働裁判所は、十分な情報提供が行われなかった場合の労働関係の移転に関して、「異議申立権は、労働者が他の使用者を強制されること、時宜を失した情報提供により強制されることを妨げるもの」<sup>(20)</sup>であり、異議申立権の行使の根拠に職場選択の自由を引き合いに出している。そのうえで、使用者が労働者に対して情報提供をする際には異議申立権を行使した場合に生じる法的効果についても情報を提供しなければならないと述べている。

## 3 法律に基づく労働関係の移転

以上のように、連邦労働裁判所の判例法理が、民法六一三 a 条六項に明文化されたことにより、同条は事業所有者変更時の労働関係の存続保護と併せて、職場選択の自由に配慮した規定となった。ところが、異議申立権が認められた現在でも労働関係の移転と職場選択の自由が問題となる場面が存在する。その場面というのは、公的部門間の組織再編や法律に基づいて民営化が行われるという場合である。前者の公的部門の組織再編においては、欧州共同体指令二〇〇一／二三が「経済的な活動を遂行する私法上の法人又は公法上の法人」に適用が認められるものの、行政組織間の組織再編には同指令の適用が無いとされているため、民法六一三 a 条の解釈においてもこの場合には同条の適用は否定される。また、後者の法律に基づいて民営化が行われるという事案では、同条一項一文に定める「法律行為による」との要件を満たさず、同条の適用がない。<sup>(21)</sup>

この「法律行為による」という要件が課されていることにつき、連邦労働裁判所の一九七八年九月六日の判決<sup>(22)</sup>では、民法六一三 a 条を適用するためには法律行為による法的根拠がなければならないとされ、州法によって公法人の組織変更が行われるという場合には同条の適用はなく、民法六一三 a 条は類推適用できるものではないと述べられている。しかし、このように、民法六一三 a 条一項一文が「法律行為による」という要件を課していることに關して、連邦労働裁判所は、「この目的は、法律に基づく包括承継または当該規定の適用によるその他の高権的行為の場合を排除することにあり」と述べるものの、これ以上の理由を述べているわけではない。<sup>(23)</sup>

連邦労働裁判所は法律に基づき民営化や公法人の組織再編が行われる場合には、民法六一三 a 条の適用を否定す

るものの、他方で、行政組織間の協定に基づき事業手段の移転が行われる場合には同条の適用を認めることがある。一九九五年九月七日の判決において<sup>(24)</sup>、Potsdam 建築専門学校が第一次学校改革法に基づき、別の運営主体によって運営されることになり、専門大学として継続されなくなったという場合に、別の運営主体への動産の引き渡しにつき行政組織間の協定が結ばれていた点について、連邦労働裁判所は「法律行為は、公法上の行政間の協定でもよい」とし、この協定により「学校存続のために必要な本質的な事業手段である、不動産、建物、動産を承継した」点が重要であるとして、同条の適用を肯定する結論を導き出している。

このように、公法人の組織再編や民営化の場合には法律に基づいて行われることがあるが、一部の場合を除き同条の適用が否定されることになる。こうした場面において、労働者の職場選択の自由が問題となる。以下では、連邦労働裁判所が職場選択の自由について言及した事案について紹介をし、これまでの連邦労働裁判所の見解に言及する。

#### 4 法律に基づく労働関係の移転と職場選択の自由

以下では、労働関係の移転と職場選択の自由について連邦労働裁判所の二つの事件を紹介するが、事案に従い、基本法一二条一項を考慮しつつ、民営化及びこれに伴う労働関係の移転について定めた法律を解釈することを通じて、異議申立権を導き出す判決が存在する。

連邦労働裁判所二〇〇一年一月二五日の判決では<sup>(25)</sup>、州が水泳事業法に基づき、水泳事業を独立営造物法人化し、労働者の労働関係がベルリン州から同施設に移転したことが問題となった。連邦労働裁判所は、「水泳事業法一三条一項は、民法六一三 a 条一項一文と同じように、新事業所有者への労働関係の移転を定める」ことを述べ、民法六一三

a条と異なる解釈を正当化するものではないとし、同法のもとでは「民法六一三a条一文と同様に解釈される。労働者が移転に異議を申し立てない場合に限って、労働関係は移転する」とした。そして、同事件では基本法一二条一項にも言及されており、「職場選択の自由（基本法一二条一項一文）は、労働関係の移転によって限定的なものとして保障される」とし、異議申立権を行使した結果、当該労働者は配置転換や社会的選択の対象となると述べている。

そして、州が州から法人格が完全に独立した独立営造物法人を設立し、当該法人に職員の労働関係を移転するといふ場合、公法上の主体の変更が生じているものの、異議申立権を州法で排除することは、連邦法に違反しないとし、基本法一二条一項に関しても、「確かに、基本法一二条一項一文は、選択された職場を維持する労働者の権利も保障している」が、こうした自由は侵害されていないと判断している。

また、二〇〇六年三月二日の判決ではより詳細に法律に基づく労働関係の移転と基本法一二条一項について言及している。同判決において問題となった「ベルリンオペラ基金」<sup>(26)</sup>を設立するための法律では、異議申立権を予定しておらず、排除していると連邦労働裁判所は述べたうえで、基本法一二条との関係を次のように判示した。

基本法一二条一項につき、「他の使用者の労働関係の移転についての規制は、基本法一二条一項によって保障される職場の自由な選択の保護領域にある」こと、「基金法九条に基づく法律で定められた原告の労働関係の移転は、職場選択の自由という原告の基本権を侵害している」ことに言及しつつ、「被告州との労働関係を終了させ、新使用者が原告の契約当事者になったことに侵害が認められる」としている。しかし、侵害の正当化に関して、法による労働関係の移転は、「職業遂行の自由」への侵害に関わるものであり、その侵害は、「公共の福祉という合理的理由によって正当化され、比例相当である場合に、憲法に適合する」との判断枠組みを示した。そのうえで、同事件では「文

化的な意味がベルリンにだけあるのではなく、首都のあるその場所に訪れる場合、州を越えた文化生活、文化的多様性、ドイツの文化的なアイデンティティーにとって重要な意味のある、伝統的なオペラハウスが問題となっている」こと、労働関係の移転はオペラハウスの存続にとって必要不可欠であったこと等から、「総括として、労働者の法的地位への侵害は、オペラハウスの機能可能性の維持という被告州の利益に対するものよりも小さい」として、労働者の基本権の侵害は正当化されると述べている。また、連邦労働裁判所は、かつての「使用者は公法上の自治体であったが、現在は公法上の基金である。労働者の観点では単に、法形式が変わったに過ぎない。」ことも考慮し、侵害の正当化を認めている。

このように、連邦労働裁判所は公法人の組織再編について定めた法律の中に、民法六一三a条に沿う内容が定められており、異議申立権が明確に排除されていない場合には、労働者は異議申立権を行使することが可能であるという解釈をとる。他方、法律上、異議申立権が明確に排除されている場合には、異議申立権を行使することは認められず、労働者の職場選択の自由の侵害が問題となるが、公共の利益を理由として侵害は正当化されると解釈している。

しかし、近年、こうした従来の連邦労働裁判所の見解とは異なる見解が連邦憲法裁判所に示されている。以下では、連邦憲法裁判所の二〇一一年一月二五日の決定を検討し、現在の職場選択の自由に係る議論を整理する。

Ⅲ 連邦憲法裁判所二〇一一年一月二五日決定<sup>(27)</sup>

## 1 事実の概要

憲法異議申立人（「X」）は、一九八五年一月一日以降、M大学病院の現業労働者としてヘッセン州（「Y」）に雇用された。Yは、法人格のない公法上の施設としてM大学病院、G大学病院、F大学病院を運営していたところ、二〇〇〇年六月二六日のY大学病院に関する法律によって（以下「二〇〇〇年大学病院法」）、二〇〇一年一月一日をもって、各大学病院を独立営造物法人とした。同大学病院法二二条一項及び二二条二項によると、二〇〇一年一月一日以前に労働関係が成立した非研究従事者の被用者は、州の勤務にとどまるものの大学病院に配置され、大学病院で労務を提供する義務があった。

その後、二〇〇四年一月三〇日の「大学病院医師の研究・学問助成の構造に関する勧告」において、YはG大学病院の赤字を補填する必要が生じ、二〇〇四年には、G大学病院に必要な投資は約二億ユーロと見積もられた。そのためYの首相は、G大学とM大学の両病院の将来の安定化に関する政策綱領を公布した。経営状況を永続的に改善するために、両病院を合併し民営化することとし、二〇〇五年六月一六日、二〇〇五年七月一日に施行される「G・M大学病院設立についての法律」がY議会で可決された（以下、「二〇〇五年大学病院法」）。そして、二〇〇五年大学病院法三条に基づき、二〇〇五年七月一日をもってG・M大学病院は新使用者として労働関係上の権利及び義務に入ることが非研究従事者である従業員に伝えられた。<sup>(28)</sup>

二〇〇五年八月二日、G 大学病院並びに M 大学病院の一三八名の被用者は憲法異議申立をして、二〇〇五年大学病院法を失効させる仮の命令を求めたが、連邦憲法裁判所はこの申立を却下した。<sup>(29)</sup>

二〇〇五年二月一日、Y 政府は、二〇〇五年大学病院法五条に基づき、G・M 大学病院を有限責任会社へと組織変更するとの規則を出した（大学病院組織変更規則）。同規則の二条は、現行の労働契約上の権利及び義務は、形態変更により影響を受けず、また、民法六一三条一文にいう事業移転は生じていないとされた。この形態変更は、二〇〇六年一月二日の登記簿への登録によって効力を持った（大学病院組織変更規則一条二文）。

二〇〇六年一月、G 大学病院と M 大学病院の従業員の多数は、独立営造物法人「G・M 大学病院」への労働関係の移転に異議を申し立てた。従業員の多数は、その間に行われた有限会社への移転に対する異議申立も予め行った。なお X らは二〇〇五年一月一日以降、M 大学病院にあるポストで労働していた。さらに、二〇〇六年二月一日をもって、Y は、大学病院 G・M 有限会社の会社持ち分の九五%を *Public* 株式会社に売却した。

X らは、独立営造物法人から私法上の使用者への労働関係の移転は、人間の尊厳（基本法一条一項）に抵触し、一般的人格権（基本法二条一項）に反し、また職業の自由の内容に含まれる自由な使用者選択権も侵害している、指令二〇〇一/二三にも矛盾する等と主張し、労働関係は二〇〇五年七月一日以降も Y との間で存続することの確認を求めた。これに対し、Y は訴えの棄却を求めた。この訴えに対し、労働裁判所は X らの訴えを認め<sup>(30)</sup>たが、訴えの棄却を求める Y の控訴をラント労働裁判所は認め<sup>(31)</sup>た。連邦労働裁判所も、ラント労働裁判所の判決に従い、X の上告を棄却<sup>(32)</sup>した。そこで、X らは、二〇〇八年二月一八日の連邦労働裁判所の判決及び二〇〇七年七月二五日のヘッセン州ラント労働裁判所の判決の破棄を求めて憲法異議を申し立てた。

## 2 決定要旨

憲法異議申立を認めるには理由がある。ラント労働裁判所と連邦労働裁判所の判決並びに二〇〇五年大学病院法三項一文及び三文は、基本法一二条一項における職場の自由な選択という憲法異議申立人の基本権を侵害するものである。

## (1) 保護領域について

「基本法一二条一項一文は、自由な職業選択と共に、自由な職場選択も保障している。従属的な被用者の場合、契約当事者の選択も含まれる。このことは公勤務におけるポストについても同様に当てはまる。」

## (2) 基本権の侵害について

「本件において、二〇〇五年大学病院法三条一項一文及び三文の規制に基づき、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。二〇〇五年大学病院法三条一項一文及び三文によると……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。従って、当該労働者は自らが選択した使用者を奪われている。」

「さらに、施設勤務における雇用関係の移転は、企図された民営化との関係においてみるべきである。民営化によっ

て、基本法一二条一項の侵害は特に大きいものとなる。使用者の変更を伴う法律は、次の段階として民間の投資者への持ち分の売却という政策的な目的を可能にするために、形式的民営化（二〇〇五年大学病院法五条）を予定している。法律制定の時点で、後の、民間の病院事業者への州の会社持ち分を全て譲渡することによる実質的民営化も企図されていた。大学病院へ移転することを通じて、結局のところ異議申立人は州の勤務からだけでなく、公勤務からも離れるといった一連のプロセスが実施された。」

### (3) 侵害の正当化

「二〇〇五年大学病院法三条一項一文及び三文により生じる職業の自由という基本権への侵害は、憲法上正当化されない。」

（二〇〇五年大学病院）法は、「大学病院の民営化の実施を目的とする。……医学部の学問の自由が保障されている場合には、州は大学の組織権限の枠内で、大学病院を民営化してもよい。民営化自体が州の組織権限の正当な行使であることは、むしろ労働契約への侵害を正当化するものではない。」

「州の立法者が、使用者として民営化の決定を容易にするために、労働者の私的自治を制限するという事実は、当該規制を不当なものにする。」二〇〇五年大学病院法三条一項一文及び三文は、異議申立人が選択したのではない使用者を法律によって強制するものだが、即時解約によって労働契約上拘束されたくない企業のために労働しなければならぬことから法的に保護されている。「しかし、新使用者を法律で定めることよりも、これに伴って旧使用者を失うことの方がより深刻である。」

州の立法者が意図的に選択しなかつた労働関係の自動移転に対する異議申立は、旧使用者との労働関係を存続させるものである。「当該事業において雇用の必要が失われた場合、経営上の理由による解雇が問題になるが、解雇制限一条の法律上の要求をクリアしなければならない。特に、当該企業において、他の雇用可能性が存在してはならない（解雇制限法二条二項）。解雇制限法一条の規制に基づき、異議申立をする労働者は、かつて配置されていた事業又は事業の一部が他の企業へ譲渡されたにもかかわらず、旧使用者との労働関係を失わないことは容易である。」労働者が異議申立権の行使によつて旧契約当事者との労働関係の存続を少なくとも一時的に維持することは、客観的に合理的であるように思われる。

民法六一三a条六項によつて自由な職場選択の権利を保障することは、本質的には労働者の基本権によつて基礎づけられるものである。同項の規定が憲法上必要であることを意味するものではないが、「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営化の事案に当てはまる。……二〇〇五年大学病院法三条一文及び三文に定められた（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、基本法二二条一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の制限は相当性を超えていることになる。」

### 3 同決定の意義

#### (1) 事案の特性と特徴

本件では、二〇〇〇年大学病院法及び二〇〇五年大学病院法によって各民営化措置が行われており、二〇〇五年大学病院法三条の中で、研究に従事していない被用者の労働関係の移転が定められ、異議申立権が認められていなかった事案である。このように、州が定めた民営化に関する法律の中に、労働関係の移転のみを定め、異議申立権を排除することは、前述の連邦労働裁判所の裁判例にも見られた点である。そして、州が運営する病院を民営化する際、こうした措置を採ることは珍しくない<sup>(33)</sup>。本件において特徴的なのは、州が運営する病院につき、独立営造物法人化、有限会社化、株式会社化を経て、民間企業への株式売却を通じ、ほぼ完全な形での実質的民営化 (Materielle Privatisierung) に至っている点である。こうした実質的民営化が行われるのは、ドイツでは稀であるとされており<sup>(34)</sup>、ここに事案的な特殊性があると考えられる。特に本件の場合には、複数の段階の民営化を実施する際、当初より「実質的民営化」が企図されていた点<sup>(35)</sup>が特徴にある。連邦憲法裁判所も、形式的民営化を経て最終的に実質的民営化に移行した点に、労働者の不利益性が大きいことを認めている。学説においても、他の民営化類型とは異なり、実質的民営化の場合には労働者の不利益性が大きいことを指摘している。すなわち、労働者が被る不利益は「法律で定められた事業移転の事案において、形式的民営化が行われるか又は実質的民営化が行われるかによって異なる」ことが指摘<sup>(36)</sup>されている。

また、法理の特徴としては、侵害の捉え方が連邦労働裁判所と異なっている点がある。本決定でも、三段階審査に

ドイツにおける組織再編時の異議申立権の規範的根拠 (松井)

即して基本権侵害の有無を判断している。過去の連邦労働裁判所の判決においても、労働関係の移転に関する規制も基本法一二条の保護領域にあることは認められてきたのは前述した通りである。しかし、連邦労働裁判所が「新使用者を強制されること」に基本権侵害があるとしているのに対して、連邦憲法裁判所は新使用者を強制されることではなく、労働者自身が選択した旧使用者を奪われる、喪失することに侵害があると述べている。この点は、侵害の正当化の判断にも影響を及ぼしていると考えられ、詳細については後述する。連邦労働裁判所は、州の有する公的利益から、労働者の基本権への侵害は正当化されるとこれまで述べてきた。他方、連邦憲法裁判所はこうした州の公的利益は憶測でしかないと述べている。また、侵害との関係でも、労働者自身が選択した旧使用者を喪失することに侵害があるとしているため、この侵害は異議申立権行使によって一時的にでも旧使用者との関係を維持することが重要であるとしている。したがって、異議申立権もしくはこれに代わる措置が認められない場合、すなわち、労働者の選択により公勤務に継続して雇用されるような権利を認めない場合、基本法一二条に違反することになる。<sup>37)</sup>

こうした判断は、従来の連邦労働裁判所のものとは大きく異なる。前述のように、従来の連邦労働裁判所の判決では法律により民営化が行われるという場合、当該法律の中に労働関係の移転のみを定め、異議申立権を認めないことも基本法一二条一項に違反するものではないとされていた。しかし、本決定では異議申立権もしくはこれに代わる措置を認めないことは労働者の職場選択の自由に違反すると判断されているため、民営化の実務に与える影響も大きいものとなった。

(2) 連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の判断の相違

連邦憲法裁判所が示した見解と、連邦労働裁判所の見解は結論においても理由においても大きく異なる。連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の見解を比較する際、保護領域に関して連邦憲法裁判所は、職業の自由と共に職場選択の自由が基本法一二条で保障されているとし（従属労働の場合には契約当事者選択の自由）、この保障は公勤務被用者にも当てはまると述べている。この点、連邦労働裁判所も、「個人の自由に委ねられた職場を得ることを妨げる、特定の職場を受け入れることを強制する又は職場の任務を求める国家の措置は、自由な職場選択という基本権侵害を意味する。従つて他の使用者への労働関係についての規制は、基本法一二条一項によつて保障される職場選択の自由の保護領域にある。」としており、公勤務被用者の労働関係も保護領域にあることを認めている。

両者の見解に違いが生じるのは侵害及び正当化の点である。まず、侵害に関して、連邦労働裁判所は、基本法一二条一項において保障された自由な職場選択は、「自らが選択していない使用者を強制されることになることから保護するもの」とし、自らが選択したものではない使用者を労働者に強制する点に侵害があるとみるのに対して、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所は新所有者を強制されるのではなく、労働者が、「自らが選択した使用者を奪われる」点に侵害があるとする。連邦憲法裁判所は、当該労働者が新所有者を強制されるのではなく、自らが選択した使用者を失うことになる点にあることを強調して<sup>(38)</sup>おり、両者の見解の相違は大きいといえる。

二つ目に、連邦憲法裁判所は、病院に勤務する労働者が公勤務から離れてしまう不利益性の評価である。この点、学説では、民営化の問題の本質は、「民営化に関わつて移行する労働関係が公勤務にとどまるかまたは公勤務から排除されるかどうか」<sup>(39)</sup>であるとの指摘や、民営化が初めから企図され、結局はヘッセン州からだけでなく、公勤務からも離れ

る点に侵害があることが要点であったとの指摘がある。<sup>(40)</sup>このようにドイツの学説では、民営化が行われても、労働者が公勤務にとどまるか否かが肝要であり、実質的民営化によって公勤務から離れる労働者の不利益を考慮している。<sup>(41)</sup>

三つ目に、正当化に関する評価の点でも連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の見解は異なっている。連邦労働裁判所は、「ヘッセン州政府の民営化の決定は、重要な公共の利益を保護するという目的を有」し、「市民の医療と同時に両大学の高度医療部門の研究と学問を保護することに資するものである。その際、重要な公共性に関わるもの」であり、労働者に異議申立権を認めると、「大部分の労働者によって行使される危険」を強調する。連邦労働裁判所は、公共性を保護するという立法者の目的は適切と判断し、<sup>(42)</sup>また、即時解約によって、異議申立権を認めなくても新使用者を強制されることを労働者は回避できるとみる。

他方、連邦憲法裁判所は、異議申立権を排除した民営化が実現しないのは連邦労働裁判所の判断は推論に過ぎないとする一方、即時解約によって労働者が新使用者を強制されることを回避できるが、「旧使用者を失うこと」の不利益性が深刻であると述べている。異議申立権を行使することで旧使用者から経営上の理由による解雇がなされる場合でも、解雇制限法の要件を充足するものでなければならぬから、旧使用者との関係を一時的であれ維持することは合理的であると判断している。また連邦憲法裁判所は、州が立法者でありかつ旧使用者であるという二重の役割に着目している。この点を考慮して、立法者として異議申立権を排除して、使用者としての契約上の義務から逃れることは認められないとも述べている。

このように、連邦労働裁判所はヘッセン州が行った民営化は、「重要な公共性」を有するとして正当化しているのに対し、連邦憲法裁判所は、公共の利益が脅かされるのは推論に過ぎないとしている。公共目的と労働者の基本権保

護に関しては、「民営化が労働関係を解消させたり、内容的にかなり悪化させることになる点に、明確な限界がある」<sup>(43)</sup>とし、実質的民営化に伴って労働者が公勤務から離れ、従来の労働協約が適用されなくなる結果、労働条件の低下がもたらされるといような場合に、基本権侵害の正当性は認められないものと考えられる。

(3) 同決定後の議論―復職権と異議申立権の相違

本決定は従来の連邦労働裁判所の見解とは大きく異なるものであり、民営化の実務にも大きな影響を及ぼすものと考えられる。本決定において違憲と判断された二〇〇五年大学病院法三条一項一文及び三文につき、「立法者は遅くとも二〇一一年一月三十一日までに新たに規制を設ける義務がある」と命じていたところ、ヘッセン州では同項一文及び三文を削除し、「州勤務への復職権」を設けた。<sup>(44)</sup>すなわち、法改正に際して、「……二項により州勤務に復職する権利がある。」州は、一項により復職を求める被用者を州の勤務に受け入れる。復職の請求は、同法の施行後三か月以内に書面で、学術省大臣に対して表明する。」ことが明文で定められている。

こうした労働者の復職権については、異議申立権に代わる代替措置として、「連邦憲法裁判所は、明確に異議申立権の代わりに復職権を保障する可能性に言及している。復職権は通常、自由な職場選択という当該労働者の基本権を保障することに調和する。」<sup>(45)</sup>とされ、異議申立権に代わる措置の一つとして認められている。

同決定後、この復職権に関する連邦労働裁判所の判決がすでに登場しており、「立法者は民営化の際、労働者の意思に沿わない使用者変更がある場合に、自由な職場選択という労働者の基本権を保護しなければならない。このために、様々な規制方法があり、例えば、異議申立権や復職権がある」とされている。しかし、「復職権の法的効果につ

いて、民法六一三a条に対応した異議申立権と全く同じ調整をする立法者の義務はない」としており、異議申立権と復職権では法的効果が異なることを許容するような判断をしている。実際、同事件において復職権の行使により、「被告と原告との労働関係は、二〇〇八年七月一日に初めて根拠づけられたものである。」と連邦労働裁判所は述べており、復職権の行使は、労働関係の移転という効果を妨げ、旧使用者との労働関係の存続を維持する異議申立権行使とは異なる効果を生じるものになっている。連邦憲法裁判所では、公勤務にとどまることを保障する措置を定めることを要求しているため、必ずしも異議申立権を要するとはしていない。しかし、異議申立権と復職権とは、労働関係の成立時点や勤続年数の点で大きく異なる結果をもたらす。異議申立権と復職権との効果の相違に関しては、まだ連邦労働裁判所の判決も少ない状況にあるため、今後の課題としたい。

#### IV おわりに

本稿では、異議申立権の存否をめぐり、職場選択の自由との関係をみてきた。連邦労働裁判所は従来、労働関係の移転のみを法律で定め、異議申立権を排除する場合、新使用者を強制されること、職業遂行の自由に対する侵害があると述べてきた。しかし、連邦憲法裁判所は二〇一一年一月二五日の決定において、「職業遂行の自由」への侵害かどうかは特に言及しないまま、労働者が選択した旧使用者を失うことに侵害があると捉えた。侵害の正当化に関して、連邦労働裁判所は公共の福祉による合理的理由によって正当化されるかという段階説に即して比例相当である」と判断しているのに対し、連邦憲法裁判所は公的施設の存続・維持という公的利益によって侵害を正当化されるもの

ではないと述べている。

特に、侵害の点に關し注意すべき点として、連邦憲法裁判所は、實質的民営化に伴い労働者が公勤務から完全に離れることから侵害がより大きくなると述べているため、實質的民営化が行われ、労働者が公勤務から完全に離れることが正当化の判断にも影響していると考えられる。すなわち、組織再編や民営化が行われた場合にも州や自治体が生用者として存在する、あるいは何らかの形でコントロールを及ぼし続ける場合には別の結論が導かれるように思われる。<sup>(47)</sup> 實質的民営化の事案に同決定の射程は限定されるとも考えられるが、連邦憲法裁判所が言及した点については我が国にも示唆を得られる点が多くあるように思われる。

特に、連邦憲法裁判所が述べたところによると、自らが選択したのではない新使用者を強制されることによる不利益を回避するために、労働者が労働契約を即時解約するだけでは不十分であり、異議申立権行使により旧使用者との間で一時的にでも労働関係を維持する労働者の利益を認めている。連邦憲法裁判所が述べるように、旧使用者を失うことに基本権の侵害があると捉えるならば、日本IBM事件地裁判決が述べるような労働者には「退社の自由」が認められているに過ぎないとする理解では不十分であると思われる。

すでに学説において指摘されるように、企業の競争力を高める等の「会社分割制度の目的」を持ち出すだけでは基本権侵害を正当化するには不十分であり、法制度の解釈論、立法論を考えるにあたっては、職場選択の自由、使用者選択の自由を踏まえて組織再編と労働関係の移転について検討する必要がある。<sup>(48)</sup> 近年、我が国の憲法論でもドイツにおける三段階審査が注目されているが、<sup>(49)</sup> 職場選択の自由との関係で日本の労働契約承継法のありようを、再度検討する余地があると思われる。

- (1) この点については、同法制定の時点ですでに問題視されていた。
- (2) 最二小判平二二・七・二二労働判例一〇一〇号五頁。
- (3) 根本到「組織再編をめぐる法的問題」毛塚勝利編『事業再構築における労働法の役割』（中央経済社・二〇一三年）四五頁。
- (4) 横浜地判平一九・五・二九労働判例九四二号五頁。
- (5) 米津孝司「労働契約の承継と憲法―日本IBM事件会社分割事件が問いかけるもの（最高裁平成二二年七月二二日判決）」季刊労働法二二三号一一〇頁。
- (6) ドイツ基本法二二条一項の訳については、高橋和之編『新版世界憲法集』（岩波書店・二〇〇七年）を参考している。
- (7) Hensler/Willensen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., Köln, 2012, GG Art. 12, Rn. 5 (Curt Wolfgang Hergenroder).
- (8) Arbeitsrechts Handbuch, 14. neu Arbetete Aufl., München, 2011, § 3. Grundrecht im Arbeitsverhältnis, Rn. 44 (Rüdiger Linck).
- (9) Erfurter Kommentar, 14. Aufl., München, 2014, GG Art. 12, Rn. 7 (Otto Schmidt).
- (10) 労働者自らが使用者を選択する自由に関しては、後述する連邦労働裁判所の判決の中で言及されている。
- (11) 三段階審査につき、「要するに、三段階審査とは、基本権の保護領域↓基本権の制限↓基本権制限の正当化（形式的正当化+実質的正当化）という手順に従って、ステップ・バイ・ステップに論証を重ね、基本権侵害がないかどうかを審査する構造化された論証の作法をいう」と説明される。松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報八三巻五号（二〇一一年）三五頁。
- (12) BVerfG, Urt vom 11. 6. 1958, NJW 1958, S. 1035. 薬剤師であった憲法異議申立人が薬局を開設しようとし、行政当局に営業許可を申請したところ、行政当局は、バイエルン薬事法三条一項にいう「新たな開業は、次の場合にのみ許可される。(a) 薬局の開設が薬品の供給による国民生活の確保のために公共の利益に合致する場合、(b) 新設薬局の経済的基盤が固まつており、新設により秩序に応じた薬局営業のための諸前提がもはや保障されないほどに、隣接薬局の経済的基盤を毀損しないことが認められる場合。許可にあたっては、均衡のとれた薬品の供給確保のため、一定の場所に薬局を開く義務を課すことができる。」との要件を満たさないとして不許可処分をしたため、憲法異議申立人は基本法二二条一項及び基本法二条に違反するとして憲法異議を申し立てた事件である。同事件については、戸波江二・根森健他編集代表『ドイツの憲法判例第1版』

(信山社・一九九六年)二二三頁以下(野中俊彦執筆担当部分)を参考にしている。

- (13) 段階説に言及した近年の論文として、淡路智典「憲法上の比例原則の構造と段階説―ドイツにおける職業の自由の議論を参考として―」早稲田大学社会学研論集17号(二〇一一年)一一八頁がある。段階説に関し、①職業遂行の制限は、特定の職業に従事する人間に対して職業活動の様態を規制すること、②主観的許可条件とは、特定の職業につくために一定の資格を要求すること、③客観的許可制限とは、個人の事情とは無関係に特定の職業の人数等を定めることと整理されている。

- (14) Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, 5.Aufl., Köln, 2012, GG Art. 12, Rn. 32 (Curt Wolfgang Hergenröder).

- (15) BVerfG Urt. vom 24. 4. 1991, NZA 1991, S. 1667. 憲法異議は、ドイツ民主共和国の公勤務被用者の労働関係が特定の要件の下で停止するもしくは終了とする。一九九〇年八月三十一日のドイツを統一するドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国間の条約の規定を対象とするものである。憲法異議申立人は継続雇用を求めた。統一条約における母性保護法の解雇規定に反する規定は、基本法六条四項と基本法一二条一項に調和的ではないとする。

- (16) BAG Urt. vom 2. 10. 1974, AP Nr. 1 zu BGB 613a. 同事件は、原子力部門に設計士として雇用されていた原告が、被告とSiemens社との合併会社であるK社に原子力部門が譲渡されたことに伴う労働関係の移転に対して異議申立権の行使等を主張し、被告との労働関係の存続を求めた事案である。

- (17) BAG Urt. vom 22. 4. 1993, NZA 1994, S. 357. 同事件において、原告はコンクリート製造事業所の法律顧問として雇用されていたところ、S社に事業が譲渡されたことに伴う労働関係の移転に対して異議を申し立てた事案である。

- (18) EUGH Urt. vom 16. 12. 1992, NZA 1993, S. 169. 原告はKatsikas社が運営するレストランで雇用されていたところ、賃貸借契約によりレストラン事業を移転したところ、原告が第三者のために労働することを拒否したため、被告から解雇されたという事案において、ドイツ民法六二三a条により憲法異議申立権が認められていることを原告が主張したところ、被告が異議申立権は労働関係の自動移転を予定する指令に矛盾すると主張していた。労働裁判所は手続を停止して欧州司法裁判所に先決裁定を付託した。

- (19) BT-Drucksache 14/7760, S. 20.

- (20) BAG Urt. vom 13. 7. 2006, NZA 2006, S. 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

社に賃貸借契約に基づいて病院事業が移転されたが、日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ていた。

- (21) Heinz Josef Willemsen, Arbeitsrechtliche Fragen der Privatisierung und Umstrukturierung öffentlicher Rechtssträger, Hartmut Oetker/Ulrich Preis/Volker Rieble (Herausgegeben), 50Jahre Bundesarbeitsgericht, München, 2004, S. 300.
- (22) BAG Urt. vom 6. 9. 1978, AP Nr. 13 zu BGB § 613a, Baden-Württemberg 州の学生相互扶助会について予定される法律に基づき学生相互扶助会はすべて、法人格のある独立営造物法人であるとされ、原告は同法により被告施設に採用されたが、かつては連邦職員労働協約の報酬グループIVに従って賃金を得ていたものの、報酬グループVの職員とされたため、旧使用者のもとで得ていたのと同じ労働条件及び同じ賃金で採用する義務が被告にあるとして原告に連邦職員労働協約の報酬グループIVに格付けして賃金を支払うよう求めた。
- (23) BAG Urt. vom 26. 8. 1999, NZA 2000, S. 371. 原告を雇用していた公証人が免職を求め、新たな公証人が任命された結果、公証人役場で勤務していた原告を含む六名の労働関係が解約されたため、このことは公証人役場の移転を理由として行われているので、解雇は民法六六三a条に基づき無効であると主張して、労働関係は解消されていないことを争った事案である。
- (24) BAG Urt.vom 7. 9. 1995, NZA 1996, S. 424, Brandenburg 州の第一次学校改革法の可決後、被告2が法的な運営主体へ移行する上級センターの構成部分となり、技術者専門学校校の訓練は打ち切られ、この学校は、かつての州の大学機構に言う専門大学として継続されなくなり、被告1が原告との労働関係を解約したため、解雇は解雇理由を欠き無効であり、被告2へ労働関係は移転していることを原告が求めた事案である。
- (25) BAG Urt. vom 25. 1. 2001, NZA 2001, 840.
- (26) BAG Urt. vom 2. 3. 2006, NZA 2006, S. 848. ヘルリン議会が「ヘルリンオペラ基金」についての法律を可決し、同基金がリンデン通り国立劇場、ヘルリンオペラ劇場、ヘルリン喜劇オペラ劇場を承継し、労働関係も移転することが定められていたことにつき、国立ヘルリン劇場の舞台職人であった原告が、異議申立権の行使によって労働関係は移転されていないと主張した事案である。

(27) BVerfG-Beschluss vom 25. 1. 2011, NZA 2011, 400.

(28) 同法三条一項一文では、研究に従事しない被用者が病院施設勤務に入ることが定められ、同項三文では「G・M大学病院

は一文及び二文に挙げられた労働者の労働関係及び養成関係上の権利及び義務に入る。」と定められていた。

- (29) BVerfG Beschluss vom 27. 12. 2005, 1 BvR 1725/05. 同決定について要約すると、Xらの憲法異議申立につき、連邦憲法裁判所に異議申立をする前に、専門裁判所が法律解釈をしなければならぬとして却下した。つまり、民法六一三a条の適用が認められ、Xらに異議申立権が存するか、又は二〇〇五年大学病院法の解釈によって異議申立権が認められるかについて、専門裁判所である労働裁判所がまず判断しなければならないとした。

- (30) 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六一三a条の適用はないとしつつも、労働者の異議申立権を欠く二〇〇五年大学病院法は、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。

- (31) LAG Hessen Urt. vom 25. 7. 2007, BeckRS 2009, 60157. リント労働裁判所は、二〇〇五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。

- (32) BAG Urt. vom 18. 12. 2008, BeckRS 2009, 67989.

- (33) 例えば、ハンブルク州が運営する病院を独立営造物法人化する際、公勤務への復帰を認めるか否かにつき労働者グループ間で異なる取り扱いをしたことが基本法三条一項及び二項に違反することが争われた連邦労働裁判所の決定 (BVerfG Beschluss, 13. 8. 2008 – 1 BvL 8/08) においても、独立営造物法人化に際して「ハンブルク州立病院を設立するための法律」が作られ、同法に基づき独立営造物法人化と労働関係の移転が行われていた。

- (34) 大脇成昭「民営化法理の類型論的考察―ドイツ法を中心として」法政研究第六六巻一号二九三頁。

- (35) Thomas Ueber, Anm. BB 2011, S. 2101.

- (36) Cord Meyer, Aktuelle Gestaltungsfragen beim Betriebsübergang, NZA-RR 2013, S. 225.

- (37) Hensler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., Köln, 2012, GG Art. 12, Rn. 22 (Curt Wolfgang Hergenröger).

- (38) Thomas Ueber, aaO., S. 2101.

- (39) Cord Meyer, aaO., S. 58. 確かに、「民間企業の労働者よりも公勤務の労働者の利益が抑止されるかどうかは問題」だと

ドイツにおける組織再編時の異議申立権の規範的根拠 (松井)

述べられている。

- (40) Thomas ubber, a.a.O., S. 2101.
- (41) 形式的民営化の場合、公共体との関係は維持され得るので、労働者は原則として異議申立権を認められず、例外的にも、もし労働条件がかなり悪化する場合に労働者に代替措置が提示されていないなどの場合に問題になるとの指摘がある。Cord Meyer, a.a.O., S. 61.
- (42) BAG, Urt. vom 18. 12. 2008 – 8 AZR 660/07, Rn. 51ff.
- (43) Cord Meyer, a.a.O., S. 60.
- (44) Hessischer Landtag Drucksache 18/5588.
- (45) Brois Dzida, Anm. NJW 2011, S. 1433.
- (46) BAG Urt. von 19. 10. 2011, AP zu GG Art. 12 Nr. 14f. 当事者らは疾病時の助成金について争っている。独立営造物法人化、有限責任会社への組織変更により、「旧ハンブルク州立病院」に雇用されていた原告を含む労働者の労働関係は「新ハンブルク州立病院」に移転した。「ハンブルク州立病院を設立するための法律」では、労働者の復職権について定めていた。原告は被告への復職権を行使し、新労働契約を締結した。その労働契約には、「労働関係は、……各版の州の公勤務労働協約によって定められる。」ことが定められていた。原告は、ハンブルク助成金規則に基づき歯の治療費の支払請求権があることを求めた。被告は、州の公勤務労働協約においては一九九九年四月一日以前に採用された被用者にだけ、疾病時の助成金を認めており、原告はこれに含まれないとして、訴えの棄却を求めた。
- (47) この点に関し、形式的民営化と実質的民営化が行われる場合を分けながら、労働者への影響を考慮し、労働関係の解消や内容面での悪化によって境界付けを行うことを指摘するものもある。Cord Meyer, a.a.O., S. 60.
- (48) この点を指摘するものとして根本到・前掲論文(3)。
- (49) 市川正人「最近の「三段階審査論」をめぐる」法律時報八三巻五号七頁では、「三段階審査」論の隆盛として紹介が行われている。