

「大學附設醫院民營化之員工權益保障」裁定

德國聯邦憲法法院第一庭2011年1月25日裁定

- 1 RvR 1741/09 -

詹鎮榮 譯

要目

裁判主文

理由

- A. 憲法訴願之標的
 - I. 事實及爭點
 - II. 民法對於勞工異議權之增訂
 - III. 系爭裁判見解
 - IV. 憲法訴願人之主張
 - V. 相關機關團體之意見
 - VI. 相關文書卷宗之呈送
- B. 憲法訴願有理由
 - I. 訴願之程序標的侵害基本法第12條第1項保障之職業自由
 - II. 不違反基本法第101條第1項第2句之法定法官原則
- C. 裁判效力及相關機關之配合作為
- D. 費用之返還

關鍵詞

民營化(Privatisierung)
營造物法人(Die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts)
勞工之企業移轉異議權(Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer gegen den Betriebsübergang)
職業選擇自由(Grundrecht auf freie Berufswahl)
工作場所選擇自由(Grundrecht auf die freie Wahl des Arbeitsplatzes)
法定法官請求權(Anspruch auf den gesetzlichen Richter)
職位存續保障(Bestandsschutz des Arbeitsplatzes)
勞動契約解除之保護(Schutz vor der Kündigung des Arbeitsvertrages)

裁判主文

關於因民營化（Gießen 暨

Marburg大學醫院）而依法變更雇主時，維繫勞工權益之必要性。

聯邦憲法法院
— 1 RvR 1741/09 —
以人民之名

就M女士

— 訴訟代理人：Wolter & Kunze 律師，Knesebeckstraße 76, 10623 Berlin —

1.先位聲明不服

a)聯邦勞動法院2008年12月18日判決 – 8 AZR 692/07 –，

b)黑森邦勞動法院2007年7月25日判決 – 2 Sa 641/07 –，

2.備位聲明不服

之憲法訴願程序，聯邦憲法法院—第一庭—在

副院長 Kirchhof, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing, Paulus法官之參與下，於2011年1月25日裁定如下：

1.2005年6月16日制定之Gießen暨Marburg大學醫院設置條例（黑森邦法令公報第一卷，頁432）第3條第1項第1句及第3句規定，依本裁定理由所陳，與基本法第12條第1項規定相牴觸。

2.立法者至遲應於2011年12月31日前制定出新的規定。

3.聯邦勞動法院2008年12月18日判決 – 8 AZR 692/07 – 及黑森邦勞動法院2007年7月25日判決 – 2 Sa 641/07 – 侵害憲法訴願人受基本法第

12條第1項保障之基本權，判決應予廢棄，發回黑森邦勞動法院。訴訟程序於新法律規定制定出之前，應予中止。

4.德意志聯邦共和國及黑森邦應各自分擔憲法訴願人必要支出之一半。

理 由

A.憲法訴願之標的

憲法訴願指摘邦勞動法院及聯邦勞動法院之判決。根據該等判決，憲法訴願人所提起之確認其與原審被告—亦即黑森邦—間勞動關係存在訴訟，遭到駁回。

憲法訴願間接地對2005年6月16日制定之黑森邦Gießen暨Marburg大學醫院設置條例（UK-Gesetz）（GVBl I S. 432；以下簡稱大學醫院設置條例）聲明不服。該條例規定，「Gießen大學醫院」及「Marburg大學醫院」兩所具權利能力之公營造物，合併成新設之公營造物「Gießen暨Marburg大學醫院」。該條例更進一步授權新設營造物得根據法規命令而民營化。此等民營化於2006年初，業已啟動。

I.事實及爭點

1.在黑森邦，大學醫院原僅以不具權利能力之營造物機構形式，作為大學公法社團之構成部分而經營之（最新規定尚可參見1995年3月28日修

正之黑森邦大學法〈GVBl I S. 325〉第33條第1項）。

2. Frankfurt、Gießen及Marburg大學醫院係根據2000年6月26日制定，2001年1月1日生效之黑森邦大學醫院法（GVBl I S. 344）（以下簡稱大學醫院法），以具權利能力之公營造物組織型態設立（大學醫院法第1條第1項）。

根據大學醫院法第22條第1項規定，所有在2001年1月1日前業已成立僱用關係之前大學醫院職員，仍持續為邦工作。大學醫院法第22條第1項第2句規定，此等職員於本法生效日起，視為調職至大學工作。因此而得以繼續為邦工作之非學術勞工及實習生，根據大學醫院法第22條第2項第1句規定，負有在大學醫院服勞務之義務。具公務員身分之非學術職員則於本法2001年1月1日生效日起，轉任至大學醫院服職務（大學醫院法第22條第2項第2句）。本法對於學術人員，則採取相反之規定。就此，大學醫院法第22條第3項規定，學術人員仍留在大學裡工作；但本法第5條第2項所規定之活動屬其任務範疇者，則負有於大學醫院中執行職務之義務。

縱然如此，大學醫院法第22條第7項賦予在大學醫院內工作之邦職員，得移轉至大學醫院服務之可能性。然而，移轉並非由本法自為強行規定。此外，職員若不服個案中所約定之

移轉者，得「提出異議」（widersprechen）。在此情形下，基於邦之要求，職員應有償地繼續在大學醫院中工作（大學醫院法第22條第7項第2句及第3句）。

3. 嗣後，黑森邦有鑑於大學醫院之經濟困窘，遂決議Gießen大學醫院及Marburg大學醫院合併成一所大學醫院，並隨即推行民營化。

a) 從而，Gießen暨Marburg大學醫院設置條例遂予以公布，並於2005年7月1日生效（大學醫院設置條例第6條第1項）。

大學醫院設置條例第1條第3項第1句規定，原先各自獨立之Gießen及Marburg大學醫院的權利、義務及權限，透過概括權利繼受（Gesamtrechtsnachfolge）之方式，移轉至新設立之公營造物Gießen暨Marburg大學醫院。

第1條

Gießen暨Marburg大學醫院之設立

第1項：座落於Gießen之Justus-Liebig大學的附設醫院（Gießen大學醫院）以及座落於Marburg之Philipps大學的附設醫院（Marburg大學醫院）合併成一具有權利能力之公營造物，分別設置於Gießen及Marburg兩地。

第2項：營造物命名為「Gießen暨Marburg大學醫院」，擁有自己之印

信，並得自訂章程。

第3項：Gießen及Marburg大學醫院原本各自之權利、義務及權限，透過概括權利繼受之方式，移轉至新設立之公營造物Gießen暨Marburg大學醫院。原Gießen及Marburg大學醫院所擁有截至2004年12月31日為止之營運資產，依照有審計人員在確認欄中簽署之結算書帳面值，由Gießen暨Marburg大學醫院自2004年12月31日／2005年1月1日起繼受之。

大學醫院設置條例第3條第1項規定原任職於兩所大學附設醫院內非學術職員之法律上身分歸屬，條文如下：

第3條 職員

第1項：原本在Gießen大學醫院及Marburg大學醫院從事疾病照顧及辦理行政，而與黑森邦仍存有勞動或實習關係之非學術職員，自本條例生效之日起，由Gießen大學及Marburg大學調職至Gießen暨Marburg大學醫院，並且轉而為營造物工作。原本在Gießen大學醫院及Marburg大學醫院為營造物機構工作之職員，自本條例生效之日起，成為Gießen暨Marburg大學醫院之職員。Gießen暨Marburg大學醫院與第1句及第2句所稱之勞工成立勞動及實習關係上之權利及義務。非學術職員原先即已轉調至Gießen大學醫院及Marburg大學醫院中服職

務，並具有公務員關係者，自本條例生效之日起，轉任至Gießen暨Marburg大學醫院服務。

據此，原先分別於兩所大學醫院內從事疾病照顧及行政工作之非學術職員，亦即邦的勞工或是實習生，乃由Gießen大學醫院及Marburg大學醫院「轉任至Gießen暨Marburg大學醫院，並為營造物而工作」。憲法訴願人亦屬此等身分組群中之一員。同樣地，原本即是隸屬於兩所大學醫院職員，為營造物機構工作之勞工，也成為Gießen暨Marburg大學醫院之職員。對此兩組群之人員而言，根據大學醫院設置條例第3條第1項第3句規定，Gießen暨Marburg大學醫院（直接依法律）進入勞動及實習關係之權利、義務中。

大學醫院設置條例第5條第1句中，含有授權邦政府制定法規命令之規定。據此，邦政府係被授權以法規命令之方式，將已依法設立之公營造物Gießen暨Marburg大學醫院改組成有限公司、股份有限公司，或是股份兩合公司法律形式之資本公司型態。此等組織型態上之轉換，應根據1994年10月28日制定之權利主體轉換法（-UmwG -, BGBl I S. 3210, 1995 I S. 428; 2003年6月12日最後修正，BGBl I S. 838 <842>）第301條至第304條規定為之。大學醫院設置條例第5條第2句規定：「權利主體轉換法第五章第

一節之規定，不適用於透過法規命令所為之形式改變。」同條第3句復規定，形式改變之細節，亦即公司、資本及公司契約或章程，由授權發布之法規命令定之。

2005年7月初，Gießen暨Marburg大學醫院通知非學術職員，自2005年7月1日起，其作為新的雇主，根據Gießen暨Marburg大學醫院設置條例之規定，加入與職員間所發生之原有勞動關係權利義務之中。

b)黑森邦政府根據大學醫院設置條例第5條之授權，於2005年12月1日訂定命令，將Gießen暨Marburg大學醫院轉換成有限公司（Gießen暨Marburg大學醫院轉換有限公司辦法—UK-UmwVO—, GVBl I S. 792）。該辦法第2條規定，基於現有僱傭、勞動及實習契約所生之權利義務，於組織形式改變後依舊維持，不生民法第613a條第1項意義下之企業移轉問題。組織形式之改變，自2006年1月2日起於商業登記簿上登記生效（Gießen暨Marburg大學醫院轉換有限公司辦法第1條第1項第2句）。

透過新設Gießen暨Marburg大學醫院有限公司（UGM-GmbH）之公司契約，邦保留了各種同意權及資訊權。根據公司契約第13條第1項規定，事業之法律形式、名稱、事務所、設備、目的及任務、設立資本額、邦持股比例及所享有權利等事項，僅有

在邦同意之前提下，始得以修正或增補之。同契約第14條規定，在股東或公司破產，或是無支付能力之情形下，邦可收回所持有公司資本比例之要件。

邦出售Gießen暨Marburg大學醫院有限公司95%股份予R股份有限公司，並於2006年2月1日生效。該公司負有義務，於2010年12月31日前，對醫院兩個所在地之投資總額，須達3億6千7百萬歐元。而且，承諾於此期限屆至之前，不會基於營運之理由進行裁員。而邦之義務，則是將R股份有限公司所支付之1億2百萬歐元買賣價金，存入旨在為促進Gießen及Marburg兩所大學醫學發展所設立之基金中。

II.民法對於勞工異議權之增訂

立法者藉由2002年3月23日修正、2002年4月1日生效（BGBl I S. 1163）之海員法及其他法律的機會，於民法第613a條第6項規定，受民法第613a條第1項第1句所稱意定企業移轉波及之勞工，得因不服其勞動關係移轉至新雇主而提出異議。條文規定如下：

勞工對於勞動關係之移轉，得於第5項所稱通知到達後一個月內，以書面提出異議。異議得向原來之雇主，或是新持有人為之。

聯邦政府於民法第613a條第6項修正草案之立法理由中，連結聯邦勞

動法院早年於意定企業移轉相關裁判中所提出之著名的憲法思維（BT Drucks 14/7760, S. 20），略以：

新增訂之民法第613a條第6項規定，勞工不服其勞動關係從企業出售人移轉至企業承買人時，享有提出異議之權利。勞工異議權之肯定成為聯邦勞動法院之一貫裁判見解，已逾25年（1974年10月2日判決－5 AZR 504/73），而自1992年以降，亦受歐洲法院所承認（1992年12月16日判決－verb. Rs. C-132/91, 138/91, 139/91）。倘勞工負有義務為非其所自選之雇主工作，則將有侵害其人性尊嚴、人格自由發展權，以及自由選擇工作場所之權（基本法第1條、第2條及第12條）之虞（聯邦勞動法院1993年4月22日判決－2 AZR 50/92；歐洲法院1992年12月16日判決，a.a.O. Rdn. 32）。由此，吾人尤其更可導出異議權。

III. 系爭裁判見解

憲法訴願人自1985年起在Marburg大學附設教學醫院中擔任看護人員或護理人員，屬於受雇於邦之從事非學術工作勞工。其不服2005年7月間所收到之通知，謂其勞動關係先移轉至Gießen暨Marburg大學醫院公營造物法人，嗣再移轉至Gießen暨Marburg大學醫院有限公司，遂提出異議。

隨即，憲法訴願人以黑森邦為被

告提起訴訟，請求確認其與邦之間的勞動關係，即使在2005年6月30日後依舊存在。此訴訟於勞動法院獲得勝訴。邦提起事實審上訴後，邦勞動法院駁回原審之訴。

針對憲法訴願人所提起之法律審上訴，聯邦勞動法院認為無理由：

憲法訴願人與邦之間的勞動關係已不再存在。根據法律規定，其已移轉至「Gießen暨Marburg大學醫院」公營造物法人。憲法訴願人之異議權，既無法從Gießen暨Marburg大學醫院設置條例，亦無法從其他法律規定中導出。

Gießen暨Marburg大學醫院設置條例並未規定勞工之異議權。依其文義，此顯然地既不賦予，亦不排除。然而，透過法律解釋，卻可得出法律並不賦予受移轉波及之勞工異議權。Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第3句之條文文字「公營造物法人加入勞動關係之權利義務中」，大體上與民法第613a條第1項第1句後段之規定相符。反之，邦立法者並不採取與民法第613a條第6項相同之法條文字表述。即使是根據法律體系，對於形成權應為積極之規範，亦同。根據Gießen暨Marburg大學醫院設置條例之規範意義及目的，亦可得出反對給予異議權之意旨。根據Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第1條第1項與第3項以及第3條第1項

規定，本法之立法目的乃在於使 Gießen 及 Marburg 兩所大學醫院整合成單一體，並且在不變動人事及其他設備現況之情形下，改組成一新設立之公營造物法人。勞工用以對抗其勞動關係移轉之異議權，與此立法目的相違。從而，類推適用民法第 613a 條第 6 項規定，亦被排除。邦立法係有意地不願賦予受到勞動關係移轉至「Gießen 暨 Marburg 大學醫院」公營造物法人波及之勞工異議權。對於此等立法上之決定，司法不得忽視之。

不賦予異議權，並不違反民法第 613a 條第 6 項之規定。依法採取概括權利繼受方式所為之企業移轉，係被排除於民法第 613a 條第 6 項之事物上適用範圍之外。

Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例亦不違反權利主體轉換法（Umwandlungsgesetz）之規定，尤其是並不抵觸該法第 168 條規定。蓋透過該條例，兩個先前各自獨立之具權利能力公營造物法人，結合成一個公營造物法人。此種結合之方式，權利主體轉換法並未加以規範之。根據聯邦法律，從公職務範疇所生之勞動關係，僅能依照權利主體轉換法第 168 條規定移轉至私經濟領域之見解，並不正確。即便是人們主張，Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例之制定，僅有階段性邦民營化計畫中之第一個法律行為受到規範而已，故勞工無法

援引權利主體轉換法第 168 條，也因無法援引該條例第 324 條連結民法第 613a 條第 6 項之規定，亦同。蓋權利主體轉換法本身，係規定轉換成公法社團及公營造物法人形式之可能性（第五章第六節，第 301 條以下規定）。根據權利主體轉換法第 324 條之文義，其對於本案所採行之轉換形式，本無適用之餘地。

勞動關係之移轉及未賦予異議權，皆不違憲。

憲法訴願人之職業自由基本權（基本法第 12 條第 1 項），並未受到侵害。根據 Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例第 3 條第 1 項規定，原本為被告——亦即邦——工作之勞工，其勞動關係被強迫移轉至新設立之具權利能力公營造物，而且該條例並未賦予其異議權，雖可視為是侵害勞工自由選擇工作場所之基本權。然而，強制規範使得因勞動關係所生之權利義務繼續存在，但卻由新設立之公營造物取代邦之地位，而成為雇主。因此，職業執行自由係受到侵害。縱然如此，勞動關係之移轉及未賦予異議權卻可透過公益之合理事由而被正當化。

黑森邦政府之民營化決定，以及用以促其實現，由邦立法者所制定之 Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例，係以保障重大公益為目的。兩所大學醫院結合成一所公營造物法人，以及規劃進而將所有人移轉至私人醫院

經營，旨在促使兩所醫院得以獲得保留，以確保人民可以就近受到醫療照顧，並且保障兩所大學在大學醫學領域內之教學及研究。凡此，皆涉及到重大公益。

為了維持足以使結合成公營造物法人之兩所大學醫院存續及具營運能力所需之人事上條件，Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條之規定，以及不賦予非學術人員異議權，係屬適宜的，也是有必要的。維持兩所大學醫院營運能力之目標，並無法透過可能可使非學術人員負擔較輕之其他手段達成。

在是否賦予異議權時，吾人應考量到異議權有可能被受波及之勞工廣泛行使。沒有工作經驗豐富之人事，既會危及到持續性之疾病照顧，亦會使大學醫院之研究及教學恐有受負面影響之虞。就此而言，在支持勞工有異議權之邦，或是觀之於法蘭克福大學醫院，並無法提供，或是僅能提供少數適合之工作機會。此必然會導致此等工作機會之維繫受到危及。

邦並不認為，透過人事派遣（Personalgestaltung）之途徑，讓勞工得以在大學醫院中工作，是一種較為和緩之手段。必要性原則僅要求在相同之體系內，採取較為緩和之手段而已。然而，在所期待之民營化背景下，將人事派遣至有限公司係意味著體系變遷。人事派遣模式雖使得數百個

勞動關係得以存續，但依舊存在無法對派遣勞工為直接影響之風險，例如未來之大學醫院私人經營者可能無法命勞工為相當之工作給付。

較之於對勞工職業執行自由之侵害強度而言，立法目的之考量彰顯出是合宜的。

對勞工而言，受保護之職業場所選擇自由可能涉及到的是其對於作為雇主之具體契約當事人所為之選擇。契約當事人之人的意義及勞動關係中人之連結，亦—非強制性的—揭示出民法第613條第2句之解釋規則。據此，工作給付請求權於有疑義時，不得轉讓。然而，此要素於公職務法中，僅具次要意義。一方面，勞工即使根據Gießen暨Marburg大學醫院設置條例規定移轉勞動關係之後，依舊保留在公職務體系之中；為數眾多之勞工在其中乃依科層組織結構而從事工作。先前之雇主「邦」為公法上之地域社團法人，而現在之雇主「Gießen暨Marburg大學醫院」，則是公營造物法人。從而，勞動關係中人之連結，並未因此而被觸及。嗣後之組織形式變革，以及接續之公司股份出售，僅是擦過邊緣而已。在此情形下，後步驟包含雇主之更換。在法律行為範疇內，既不視為是企業之移轉，亦無法導出異議權。

透過Gießen暨Marburg大學醫院設置條例，除契約當事人變更外，並

未有任何其他勞動契約上改變之法律規範。同條例第3條第1項第3句更確保，基於勞動契約所生之所有權利義務維持不變。因此，吾人難覓明顯之論據，以之認為透過規劃中且最終獲得實踐之民營化，間接勞動條件事後遭到變更。即使整體民營化方案被導入，目前亦看不出存有任何疑慮，認為以R股份有限公司為雇主時，將使勞工必須面對較之於邦為雇主時為多之破產債務。

即便是歐盟法，亦不反對勞動關係可強制移轉。

由於大學醫院既非透過契約，亦非藉由合併，更非以其他類型之法律行為或高權之行政決定轉型為公營造物，故2001/23/EG之企業轉換指令（Betriebsübergangsrichtlinie）並不適用。此外，該指令是否可跳脫其文義，而適用於企業轉換係基於法規範所為之其他事實狀況，在此可無庸置喙。換言之，2001/23/EG指令並不要求賦予民法第613a條第6項意義下之異議權。雖然根據歐盟法之規定，勞工於選擇其雇主時，必須是自由的，而且不得被課以為非其所選擇之雇主工作之義務。然而，此等情形如何反應在勞動關係中，則屬各成員國自行規範之事項。基此，德國勞工在更換雇主而無異議可能性之情形下，於存有重大事由時，得主張民法第626條第1項所規定之例外解約權，即滿足歐盟法

之要求。

IV. 憲法訴願人之主張

透過憲法訴願，訴願人指摘其「受基本法第12條第1項連結第1條第1項（人性尊嚴），以及第2條第1項（一般人格權）所保障之自由選擇工作場所或是保有工作場所」基本權，及其受基本法第101條第1項第2句保障之類似基本權性質的法定法官權（Recht auf den gesetzlichen Richter），遭受到侵害。

1. 邦勞動法院及聯邦勞動法院之判決在否定其享有反對勞動關係法定移轉之異議權範圍內，係侵害其受基本法第12條第1項連結第1條第1項及第2條第1項保障之基本權。

在對Gießen暨Marburg大學醫院設置條例作合憲解釋時，必須肯定憲法訴願人享有異議權。此種合憲性解釋之結果，是可能的。從法條文義中，無法探知是否有異議權之規範。聯邦勞動法院係基於體系、歷史及合目的性之解釋，而主觀認為應排除異議權。然而，此等論點中沒有任何一個是容許僅能導出唯一之結論。毋寧，包含有異議權之解釋結果，係屬有可能的。

聯邦勞動法院誤解基本法第12條第1項之保護範圍，認為勞動關係之法定移轉，係侵害職業執行之自由，而非職業選擇自由。實則，維繫所選擇之職業，亦屬職業選擇自由之範疇

。同理，此亦應適用於工作場所之選擇上。維持已選定之契約當事人，亦應受工作場所選擇之保障。

侵害職業自由之處，在於視為是單一進程之大學醫院民營化，而非僅是其第一階段，將大學醫院移轉至新設之公營造物法人而已。相對於此，聯邦勞動法院則僅形式觀察，認為嗣後之形式改變及接續之多數股份的出售，並不涉及到勞動關係。此等思維脈絡，並不符合民營化在經濟上之意義，及其對社會之影響結果。原本為邦工作之非學術性勞工於各階段之進程結束後，將重新身處於私經濟營運之集團子組織中，而無任何時點可提出異議。

相對人認為，本案未必會對勞工造成職業自由之侵害。恐將引發受波及勞工大量反對其勞動關係之移轉，進而使大學醫院中之其他工作滯怠之說詞，並無法證立該規定不賦予異議權的必要性。如果該種論調成立，將導致基本權之行使被歸類為是危害公益之一種風險。基本法第12條第1項所保障之異議權，不得因其可能被利用而完全被剝奪。此外，提出異議之勞工，主要並非在於反對更換雇主，而是在於反對經常會伴隨而來的勞動條件的惡化。由於工作仍一如往常地進行，故難謂提出異議之勞工會使其其他工作受到阻礙。

不賦予勞工異議權而侵害職業自

由，是不應容許的（unzumutbar）。

契約當事人之自由選擇亦屬基本法第2條第1項所保障私法自治之要素，此從勞工角度而言應被列入考慮。此外，就企業移轉案之部分，早期由裁判所發展出，嗣後已明定於民法第613a條第6項中之異議權，乃是源自於人性尊嚴（基本法第1條第1項）。可能解雇之指示，實質上是無權的，而且從威脅失業之觀點來看，更是諷刺。以人性尊嚴為取向之勞動關係的形成，必須賦予勞工勞動關係內之權利。而從雇主角度，具衡量重要性之法益，則必須是源自於法律實質規定（Gesetzesmateriale）。然而，該法並未有任何排除異議權之規範。從而，非學術職員大量離職及危及醫療照顧之擔憂，僅是聯邦勞動法院之單純臆測而已。其結論是，勞工受基本權保障之高位階利益與非源自於法律實質規定之有利於邦的考量之間係屬對立。

聯邦勞動法院對於更換雇主具可預測性之思考，導致法院係將其預測建構在受波及勞工之擔憂、疑慮、保留及主觀特權基礎上。相對於此，異議權應該是用以確保勞工得自由決定其欲與何雇主維繫勞動關係之用。

倘不如此，而是將不同雇主的勞動條件彼此作一客觀化之比較，則聯邦勞動法院所採行之方法將無法認同。法院僅將個別之因素加以對比而已

，但卻忽視了整體觀察典型特徵時，及在民營化趨勢下應被加以確認之要件。當然，解雇保護法及協約法既適用於與私法上之雇主所成立之勞動關係，亦適用於與黑森邦所成立之勞動關係。然而，事實上兩者間存有重大差異。私經濟中之工作場所，所彰顯的是高度之現實不安定性。

2. 聯邦勞動法院是否違反訴願人根據基本法第101條第1項第2句所享有之法定法官權利，與歐洲共同體契約第234條第3項（現為歐盟契約第267條第3項）規定之義務是否相違，法院並未就兩造所爭執之法律問題向歐洲法院提出聲請，請求其釋疑2001/23/EG指令是否亦適用於勞動關係之法定移轉上，以及勞工異議權是否可從歐盟法中推導而出。

聯邦勞動法院以顯然無法令人信服之方式，誤認其聲請義務。在歐洲法院截至目前為止之裁判中，對於指令是否應適用於依法律所為企業之移轉，以及勞工異議權是否屬歐盟法上之要求等問題，尚未有所置喙。已為裁判者，毋寧僅是各成員國內國法上之異議權，並不牴觸指令。歐盟法之正確適用，不應是顯然地使理性懷疑之空間都不留存。聯邦勞動法院關於指令適用範圍之見解，係與歐洲法院之裁判不符。吾人亦不應排除，歐洲法院對其裁判為如下具體化之可能性：亦即賦予勞工異議權，在歐盟法上

有其必要性。

V. 相關機關團體之意見

黑森邦政府、雇主聯盟聯邦協會及德國工會聯盟對憲法訴願各表示其意見。

1. 黑森邦政府主張憲法訴願無理由。

黑森邦政府認為，假使立法者作出反對勞動關係移轉之決定，則因企業因素所為之解雇將是不可避免的。立法者已履行其由基本法第12條第1句所導出之保護工作場所的義務。然而，法律不可能履行立法者之憲法上義務時，又會同時侵害基本權。在保留原有雇主之觀點下，無論如何會涉及到職業執行自由。當憲法訴願人要求享有異議權時，其係逸出Gießen暨Marburg大學醫院設置條例所為工作場所保護之規範範疇外，更請求其享有選擇是否接受此等保護，或是維持仍為邦工作之權利。在不可避免之因企業因素所為解雇之背景下，立法者即可採取異議權並無法保護勞工之出發點。姑不論此，異議權本身亦會對雇主之職業執行自由帶來侵害。倘若個別勞工皆享有維持其與國家曾經成立之勞動關係的請求權，則將是採取其相對於國家而言，享有支配自由之本質觀點。

即便是接受對職業自由之侵害，Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項規定，因有公益之充分事

由，故仍具憲法上之正當性。邦透過此條例，業已廣泛地踐行了其由基本法第12條第1項所導出之保護義務。藉此，新設立之公營造物法人加入非學術職員勞動關係權利義務之中，而邦於必要時承接保證人地位；甚且，截至2010年12月31日前，不得行使因企業因素所為之解雇。

邦立法者追尋大學醫院改組之目標，俾使重大公益得被併入考量，亦即民眾之健康基本照顧；公職務之專業能力；具現代化的、有效率的，並依循法治國指標而為之行政的確保，以及邦財政能力之維繫。該規範對於改善大學醫院之經濟狀況，保障勞工免於失業，以及維持大學醫院之功能運作，係屬適宜的。如果認為侵害較小之手段——例如人力派遣——是不妥當的，此恐會引發重大之法律風險。蓋在人力派遣之情形，所有之任務仍保留在公部門，亦即人事高權及與此相連結之任務及風險。若此，則民營化方案將無從落實。

2.德國雇主聯盟聯邦協會同樣認為憲法訴願無理由，反之，德國工會聯盟則主張其有理由。

VI.相關文書卷宗之呈送

原審程序之程序檔案、Gießen暨Marburg大學醫院有限公司公司契約、Gießen暨Marburg大學醫院有限公司部分業務股權買賣及讓渡契約，以及根據大學附設醫院法第25a條所為

之委託私法組織形式大學醫院行使公權力契約，皆已呈送與聯邦憲法法院。

B.憲法訴願有理由

本件憲法訴願合法且有理由。邦勞動法院及聯邦勞動法院之裁判，以及間接涉及之黑森邦 Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例第3條第1項第1句與第3句之規定，侵害訴願人受基本法第12條第1項所保障之自由選擇工作場所基本權（I）。反之，訴願人基於基本法第101條第1項第2句所源出之法定法官請求權，並不因系爭之聯邦勞動法院裁判而遭受到侵害（II）。

I.訴願之程序標的侵害基本法第12條第1項保障之職業自由

透過黑森邦 Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句所規定，並且經邦勞動法院及聯邦勞動法院確認之將勞動關係由邦移轉至 Gießen 暨 Marburg 大學醫院，侵害基本法第12條第1項保障之訴願人職業自由。

1.基本法第12條第1項第1句除職業選擇自由外，尚保障工作場所之選擇自由（vgl. BVerfGE 84, 133 <146 f.>; 85, 360 <372 f.>; 96, 152 <163>; 96, 205 <210 f.>; 98, 365 <385>）。對於不具獨立性之職員而言，契約當事人之選擇，亦屬之（vgl. BVerfGE 84, 133 <146 f.>; Kühling, ArbuR 1994, S.

126 <128>）。同樣地，此亦適用於公職務領域中之工作場所（vgl. BVerfGE 84, 133 <146 f.>）。從而，當立法者透過更換雇主之方式，規範上重塑原有之勞動關係時，儘管國家擁有組織權，仍涉及到基本法第12條第1項所規定之基本權利。

除基本法第12條第1項外，在契約自由之觀點下，同法第2條第1項並無法作為審查基準。雖然，契約自由作為私法自治之內涵，係透過基本法第2條第1項之一般行動自由基本權而獲保障（vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 74, 129 <151 f.>）。從而，當直接以法律或是透過法律之規定，無須經同意即可為契約當事人之變更者，則原則上已涉及到契約自由（vgl. BVerfGE 114, 1 <34>）。然而，當法律規定正好涉及到職業活動領域內之契約自由——例如本案之雇主的法定變更，而該職業活動復受基本法第12條第1項之特別保障時，則相對於其他自由權而言僅屬補充性質之一般行為自由，即被排除於作為審查基準之外（vgl. BVerfGE 68, 193 <223 f.>; 77, 84 <118>; 95, 173 <188>; 116, 202 <221>）。

2.是以，由大學醫院以及嗣後之私人雇主取代邦而接手擔任雇主之地位，致使訴願人必須在勞動契約上受其拘束，確實已觸及到訴願人之職業自由。透過Gießen暨Marburg大學醫

院設置條例第3條第1項第1句及第3句規定，以法律直接為另一雇主之指定，係侵害了自由選擇工作場所之權利。

a)工作場所自由選擇權既不是被理解為自己所選工作場所之提供請求權，亦非是對於已選擇工作場所之存續保障，更不是給予直接保障，以對抗因私人支配權行使所導致之工作場所喪失。其原則上僅賦予國家一保護義務，正視勞工受基本法第12條第1項所保障之已行使的工作場所選擇利益。對於該保護義務，國家尤其應在解雇法中予以落實（vgl. BVerfGE 84, 133 <146 f.>; 85, 360 <372 f.>; 92, 140 <150>; 97, 169 <175>）。

在立法者容許得無須經勞工之同意，透過法律行為而更換雇主之範圍內，立法者乃負有一保護義務，不僅應注意到勞工即使是在更換雇主之情形，仍維持其工作場所之利益，而且亦應關注到勞工對於契約當事人人選的私法自治上決定權。故例如將民法第613a條之規定，納入一併考量。是以一方面，雖然企業已移轉，但工作職位之續存受到了確保。另一方面，根據民法第613a條第6項規定，勞工被賦予對勞動關係之移轉提出異議之可能性。透過異議，勞工保有了原有之契約當事人，但是當企業移轉後，原有雇主不再有其提供勞務給付之需求時，亦須承擔因企業因素而被解雇

之風險。對此，民法第613a條第6項乃對聯邦勞動法院之穩定裁判見解預為規範，亦即於意定企業移轉之情形，勞工應享有異議權；即使無法律明定，亦然（vgl. BAG, Urteil vom 2. Oktober 1974 – 5 AZR 504/73 –, AP BGB §613a Nr. 1 ; Urteil vom 30. Oktober 1986 – 2 AZR 101/85 –, AP BGB §613a Nr. 55）。基此所成立之異議權，在根據權利主體轉換法第168條所為民營化轉換之關聯性下所作之企業移轉，亦受到肯認（vgl. BAG, Urteil vom 25. Mai 2000 – 8 AZR 416/99 –, AP BGB §613a Nr. 209）。

b)不同於以私法行為方式為企業之移轉，立法者於本案係直接透過法律，侵害工作場所選擇自由。藉由Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句與第3句之規定，大學醫院作為營造物法人，逕行成為訴願人之雇主。

在此，侵害行為係指依據法律直接執行之從邦職務移到大學醫院服務的調職處分。蓋藉此，訴願人在未經其同意之情形下，被轉調至其他非自己所選之雇主處工作。

此種侵害，並不會因訴願人被迫轉換至一個非由其自由所選擇之新的雇主而消失。當大學醫院根據Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句與第3句規定取得雇主地位時，此同時意味著，作為原本雇主的

邦，係直接根據法律而從勞動契約中退出。基此，原本於大學醫院內工作之勞工乃受到拘束。換言之，受波及勞工原來所選擇之雇主，已被排除掉。

此外，將工作關係移轉入營造物之職務，應與已規劃之民營化作連結觀察。藉此，基本法第12條第1項之侵害將包含著特別之份量。貫徹替換雇主之法律，視為是形式民營化的更進一步（大學醫院設置條例第5條），俾使出售股權予私人投資者之政策目標得以實現。事實上，於該法律議決時，也已同時規劃了實質民營化，計畫將邦嗣後所擁有之公司股份，幾近全數出售予私人之醫院經營者（vgl. LTBrucks 16/3758, S. 1）。藉由調職至大學醫院之措施，開啟民營化之進程。訴願人最後不僅只是被排除於邦職務之外，更是整個被排除於公職務之外。

c)此等侵害並無法透過對大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句作合憲解釋，賦予相當於民法第613a條第6項規定之異議權或是返回權（Rückkehrrecht），以為有利於非學術勞工之衡平。無論如何，規範之文義並未明文賦予勞工此等權利。聯邦勞動法院於系爭案件中，已作出可令人理解地表達，並在結論上可表認同地指出，對大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句規定作出給予異議權

之解釋，將是違背邦立法者之有意識地決定。違反立法者可知之已表達意志的規範理解，亦無法透過合憲解釋之途徑而成立（vgl. BVerfGE 101, 54 <86>; 112, 164 <183>; 122, 39 <61>）。

3. 透過大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句規定所造成對職業自由基本權之侵害，不具有憲法上之正當性。

a) 系爭法律係用以落實大學醫院之民營化。毫無疑問地，邦立法者有權將大學醫院予以民營化。而且，不管是否存有包括經濟在內之特別理由，致使立法者於本案中作出如此之決定。無論如何，當醫學院之學術自由受到確保時（vgl. dazu BVerfGE 57, 70 <98 f.>; BVerfGK 12, 440 <447 f.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 11. November 2002 – 1 BvR 2145/01 –, NVwZ 2003, S. 600 <601>），則邦在其對大學組織具有管轄權之範圍內，得將大學醫院予以民營化。雖然民營化本身係屬邦組織高權之正當執行，然尚無法正當化對勞動契約之侵害。組織民營化始終只有在犧牲勞工維持其所選擇工作場所之正當利益情形下，始得以有效貫徹之說詞，並無說服力。在權利主體轉換法第168條之民營化法律規定、及早期之裁判及其他邦法之規定中業已顯示，在維繫通常適用於企業移轉

情形之勞工權益下，民營化有其可能（關於漢堡邦法中之返回權，vgl. etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. April 2010 – 1 BvL 8/08 –, juris）。黑森邦立法者於大學醫院法第22條第7項亦在原為邦服勞務之人被移轉至大學醫院工作之情形下，首次規定有異議權。

從邦立法者之觀點出發，不賦予異議權旨在使民營化得以較容易推展。盡量使更多勞工之勞動關係移轉至大學醫院，俾確保人民之醫學照顧，以及維繫兩處大學醫院之研究及教學。

b) 對於此等目標之達成，本案間接涉及之系爭規定無論如何有一部分尚可被認為是適當的，且是必要的。

縱然如此，邦即使在不賦予異議權之情形下，亦不得違反勞工之意願，強為足使民營化較為容易之工作關係的移轉，蓋在非勞工所願之契約當事人變更情形，其享有例外解約權。雖然勞工既未被賦予以民法第613a條第6項為典範之異議權，亦未被給予返回權，但勞工卻可決定支持或反對與大學醫院勞動關係之續存。因此，縱使雇主更換後勞工仍保有其工作，但根據Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句與第3句規定所為之調職及移轉命令，由於會造成自我解約及無返回希望之社會法上結果，仍會對勞工形成強大壓力。此事

實至少可證立系爭規定之性質。

基於相同理由，從立法者觀點，吾人尚可將無異議或返回可能性之勞動關係移轉，亦視為是追求經濟目標所必要的。蓋從一般權利所衍生出之勞工權的排除，使民營化無障礙之執行得以更為容易。

c)然而，邦立法者為使其民營化決定容易化而減損勞工之私法自治，使得系爭規定不具可期待性。

aa)法律對職業自由之侵害尚在於Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句規定Gießen暨Marburg大學醫院為訴願人新雇主時，則法規範之規制內涵成分是較低的。

在斟酌原處分程序及黑森邦政府所表示意見之下，就邦立法者所追求之維持大學醫院運作能力之目標而言，為了對民營化預作準備，透過立法將大學醫院納入勞動契約之權利義務中，尚不至於對受波及勞工構成不適宜之侵害。

Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句雖使訴願人直接依法律之規定，獲得一個非其自己所選擇之雇主。然而，在此範圍內，法秩序已充分考慮到基本法第12條第1項所保障之契約相對人選擇自由。其賦予受到法定更換雇主波及之勞工——根據民法第626條規定亦屬例外的——解除勞動契約權（vgl. BAG,

Urteil vom 25. Januar 2001 – 8 AZR 336/00 –, AP BGB §613a Nr. 215)。因此，勞工無須依賴如同民法第613a條第6項所規定之異議權，即受法律保護不須為其不想締結勞動契約之企業而工作。就與法定新雇主間之關係而言，不服法律規定更換雇主之異議權以及對新雇主主張無期限解約權，兩者之法律效果皆屬同一：即是新雇主從勞工之契約當事人中排除。

縱然如此，勞動關係之自我解約，除了應優先考量的營收損失外，尤其亦有負面之社會法上結果，例如第三部社會法典第144條第1項第1句及第2句第1款所規定於勞工解除工作關係之情形，不得請領失業救濟金之期限。因此，勞工乃存在保有在新雇主處工作之龐大事實上壓力——而此亦是立法者所希望的。

bb)然而，較之於新雇主之法律規定影響更為深遠者，為舊雇主之相關損失。

Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句所規定之勞動關係的移轉，導致邦從已締結勞動契約之拘束中脫離而出。於勞工有反對意見時，即可無須確保解約法上規定受到遵守。而此規定，正是從基本法第12條第1項所導出之保護義務，在立法上轉換之結果。基此，勞工之存續保障即受到廣泛之剝奪。

反之，邦立法者有意識地不賦予

—相當於民法第613a條第6項規定之—異議可能性，使得與原本雇主間之勞動關係繼續存在。倘就其營運而言，不再有工作上之需求，則基於營運原因所為之解約將可被列入考慮。但解約保護法第1條所定之法律要求，必須受到維繫。尤其，企業必須存在無其他工作安插之可能性，始得為之（解約保護法第1條第2項）。就此，於解約時，解約保護法第1條第3項之社會選擇原則（Grundsätze der Sozialauswahl）應予重視。根據同條規定，有異議之勞工可能得以不喪失其與原先雇主間之勞動關係；即使其原本所工作之企業或其一部已移轉予其他企業，亦然。勞工是否可以保留在原先雇主處持續工作，取決於個案情形而定。有效的基於營運原因所為解約及其他不利益之風險，係可大可小。因此，倘勞工可透過異議權之行使，以決定至少暫時保留住原先之契約當事人者，則客觀上多少顯示是理性的。此等風險衡量，保留予勞工為私法自治上之決定。

民法第613a條第6項私法自治所表徵出之工作場所自由選擇權的確保，既由立法者（vgl. BTDrucks 14/7760, S. 20），亦由歷來之司法裁判（vgl. BAG, Urteil vom 2. Oktober 1974 – 5 AZR 504/73 –, AP BGB §613a Nr. 1; 最新裁判例如 Urteil vom 19. Februar 2009 – 8 AZR 176/08 –, AP

BGB §613a Nr. 368），本質上係屬勞工之基本權。

此雖不意味著民法第613a條第6項之規定係屬憲法上所必要，但立法者基本上必須於非基於勞工自願而更換雇主之情形下，保護其自由選擇工作場所之基本權。當雇主之更換直接依法律規定，從公部門雇主移轉至私部門雇主，或是—如同本案—僅涉及到有意且可清楚預見之雇主民營化歷程的中間步驟時，亦同。倘若根據聯邦勞動法院之見解，民法第613a條規定於勞動關係之法定移轉時，既無法直接適用，亦不可類推適用（vgl. etwa BAG, Urteil vom 2. März 2006 – 8 AZR 124/05 –, AP BGB §419 Funktionsnachfolge Nr. 25），則將導出如下結論：規定移轉之立法者於如同本案情形之民營化歷程中，必須自行解決基本權之問題。此雖不意味一區域社團法人之職員移轉至公營造物或是公法上財團法人，唯有在賦予異議權之情形下始得被容許。蓋在此範圍內，立法者得考慮，於其他勞動契約上權利及義務續存之前提下，不僅使勞工保有工作，亦可使其繼續在「公職務」中服務。然而，於民營化決定之準備及轉換階段中為勞動關係之法定移轉，並不會導致基本法第12條第1項所規定之保障全然落空。由於 Gießen 暨 Marburg 大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句規定勞動關

係移轉，使得主張與邦間之勞動關係續存根本不可能時，則此將是對於受波及勞工受基本法第12條第1項保障之維持自己所選契約當事人利益的一種不合比例限制。

本案之民營化形塑種類受到憲法法院之特別審查，以認定立法者是否已正當履行其對勞工選擇工作時，保護相關權利之義務。蓋邦於民營化歷程中，扮演著雙重角色：亦即既為（原先之）雇主，亦為立法者。其直接透過法律，將自己排除於雇主地位之外，從而並免除勞動契約上之義務。因此，邦擁有不提供其他雇主之法律上可能性。立法者對雇主所為之一般之法律效果，亦即透過——有時是大量之——異議權之行使加深企業移轉之難度，正好為了讓民營化歷程更為容易，使國家雇主得以在未規定相當於民法第613a條第6項之異議權情形下逃離勞動契約。因此，根據邦立法者之想法，當勞工希望留在邦工作，而邦卻希望將勞工之勞動關係移轉予第三人時，從基本法第12條第1項所導出之勞工基本權保障，則應受到較多之退讓。將邦同時作為雇主及立法者雙重角色予以上述特權化，民營化之正當性目標並不足以支撐。

再者，較之於涉及到勞工職業選擇決定之從一私人雇主更換至另一私人雇主而言，公法雇主之損失是較大的。蓋此等決定乃是根植在公法勞動

關係典型優、缺點衡量之基礎上。

從基本法第12條第1項所保障之決定自由以觀，對於勞工保留其契約當事人之選擇自由的立法上侵犯，並不至於因所選擇之契約當事人無法提供工作機會，勞工可能須估算到基於營運因素而被解約一事而獲得正當化。原則上，基本法第12條第1項保障勞工享有自行衡量此等風險，並且依自己之預測自由作出決定之權利。同樣地，對於留在原先自由選擇雇主處繼續工作之損失，較之於在新雇主處工作會有如何不利益之問題，亦有準用之餘地。因此，與此相關之未來發展是幾乎不可預見的，而風險則是幾乎無可比較的。不同於此，否定勞工有此決定自由，取而代之由法律予以決定，應該是具適宜性及可預測性的。因為將此決定容留予勞工行使，並且於個案中必須正當化基於營運因素所為之解約，將使得直接排除勞工——以承擔所有連結之風險——決定保留邦為其雇主之權利，逾越了適宜性之基準。

藉由基本法第12條第1項所保障之勞工的私法自治，不容許立法者及法院於本案中，依其設想之較佳觀點，替勞工決定眾多可供選擇之雇主中，何者可提供較優之利益。即使是為確保Gießen暨Marburg大學醫院有限公司存立之規範，例如公司契約第14條對於開啟破產程序所規定之徵收公

公司股份可能性，亦不足以使邦終止勞動契約上義務時不賦予異議權仍被視為是適宜的。雖然，移轉後提升勞動關係之存續保障，以及減緩因新雇主加入勞動契約之權利及義務所帶來對勞工契約當事人選擇自由之侵害程度等相關措施，可能顯示為是適宜的。然而，此對同樣受基本法第12條第1項保障之勞工維持自己所選擇雇主利益，卻未有充分之對等保護。從民營化之長程開放性結果以觀，單以此種維持存續狀態之措施，並不足以正當化對私法自治的決定可能性所造成之重大限制。

綜上，邦無權自行以法律免除其勞動契約上之義務，並且於有爭議時，免卻根據一般解約保護規定，依意願終止與訴願人間勞動關係之必要性。

II. 不違反基本法第101條第1項第2句之法定法官原則

基本法第101條第1項第2句並未受到侵害。從憲法之觀點，並不存有聯邦勞動法院忽視根據阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項規定，向歐洲法院聲請先決裁判之疑義。

1. 法院為基本法第101條第1項第2句意義下之法定法官。在阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項所規定之要件下，成員國法院依職權有義務向歐洲法院起訴（vgl. BVerfGE 82, 159 <192 f.>；一貫之裁判見解）。

根據歐洲法院之裁判，當繫屬於成員國最終審法院之審理案件涉及到歐盟法問題時，該法院負有提出聲請之義務（Vorlagepflicht）。除非法院確定「被提出之問題不具裁判重要性、所涉及之歐盟法上規定曾為歐洲法院解釋之標的，或是歐盟法顯然可正確適用，不存有合理懷疑之空間」（EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – C-283/81 „C.I.L.F.I.T.“ –, Slg. 1982, S. 3415 Rn. 21）。反之，歐盟法上問題對於原審法律爭議是否具裁判重要性，係由成員國法院獨自判斷之（vgl. BVerfGE 82, 159 <194>; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, a.a.O. Rn. 10; ders., Urteil vom 27. Juni 1991 – C-348/89 „Mecanarte“ –, Slg. 1991, S. I-3277 Rn. 47）。

然而，聯邦憲法法院僅審查阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項管轄權規定之解釋及適用，於所確認之基本法思維的理性評價上，是否不再顯示為理性，並且明顯地不可支持（恣意標準；vgl. BVerfGE 82, 159 <194 f.>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06 –, NJW 2010, S. 3422 <3427>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. August 2010 – 1 BvR 1631/08 –, GRUR 2010, S. 999 <1000>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10.

November 2010 – 1 BvR 2065/10 –, juris Rn. 23)。在此，對基本法第101條第1項第2句是否構成侵害之審查，首要者並非取決於專業法院對系爭個案中具重要性之實體歐盟法所為解釋之一致性，毋寧在於根據阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項所履行聲請義務之操作可支持性（vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2010, a.a.O.; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. August 2010, a.a.O.; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. November 2010, a.a.O.）。

上述見解，係與2010年7月6日第二庭之裁定相符（參見上述）。於該裁定中，聯邦憲法法院並未從事完全之審查；毋寧僅以恣意基準，就聲請義務為可支持性之審理（Vertretbarkeitskontrolle）而已。就此範圍內，基本法第101條第1項第2句之法定法官原則，以及阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項所規定之要件的遵守，乃受到審查。而從聯邦憲法法院立場出發，此等規範之解釋則受歐洲法院之拘束（vgl. BVerfGE 73, 339 <368>; 82, 159 <193 f.>; 123, 267 <397 f.>）。

2. 根據上述基準，基本法第101條第1項第2句規定並未受到侵害。

a) 為證明應有民法第613a條第6項意義下之異議權，在訴願人提出歐

盟法上義務存在之問題範圍內，聯邦勞動法院原則上並未誤判基於阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項規定所負有之聲請義務。

aa) 針對歐盟企業移轉指令2001/23/EG中所規定導出異議權之意義為何之問題，已無疑義。聯邦勞動法院亦非有意地背離歐洲法院之裁判，反之，其認為關於異議權之裁判係屬一致的，並且主要可從1992年12月16日之判決（C-132/91, C-138/91, C-139-91, Slg. 1992, S. I-6577）中獲得結論上之支撐。

bb) 最後，聯邦勞動法院於認定其是否因裁判之不完整性，而必須向歐洲法院提出聲請時，並未逾越其判斷餘地。

就結論而言，聯邦勞動法院認為針對企業移轉時勞工異議權之問題，歐洲法院已有所決定，或是雖於裁判中容有漏洞，但答案已甚為明顯之出發點，是可支持的。如同民法第613a條第6項所規定之異議權，無法回歸自歐盟法之基礎而推導出，在憲法上並無疑義。基此，聯邦勞動法院運用歐洲法院之裁判，並以可支持之方式認定結果是如此明確，以致於無須根據阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項規定提出聲請。

歐盟企業移轉指令2001/23/EG本身，如同其先前版本一般，並未包含有異議權之規定。歐洲法院也並未無

直接從該指令中，導出勞工之異議權。毋寧，在其有論及異議權問題之判決中（1992年12月16日判決－C-132/91, C-138/91 und C-139/91－, Slg. 1992, S. I-6577; 1996年3月7日判決－C-171/94 und C-172/94－, Slg. 1996, S. I-1253; 2002年1月24日判決－C-51/00－, Slg. 2002, S. I-969），僅強調歐盟企業移轉指令2001/23/EG第3條第1項所規定之企業移轉法律效果，亦即勞動關係移轉至企業取得人，係屬強制性的。歐洲法院已明白否定，指令亦包含有無意願為企業取得人工作之勞工，得繼續與移轉人維持勞動關係之目的。

雖然根據歐洲法院之見解，從歐盟法推導出異議權顯示完全是有可能的。1992年12月16日（C-132/91, C-138/91 und C-139/91, Slg. S. I-6577）及1996年3月7日之判決（C-171/94 und C-172/94, Slg. 1996, S. I-1253）指出，倘若課予受企業移轉波及之勞工，違反其意願而與受移轉人繼續維持勞動關係之義務，則將侵害到其基本權。因此，歐盟企業移轉指令2001/23/EG不能禁止勞工對勞動關係之移轉提出異議。換言之，透過勞工之基本權，歐盟企業移轉指令2001/23/EG涉及到勞工之原來強制性法律效果，顯示應受到排除。此命題於2002年1月24日之判決（C-51/00, Slg. 2002, S. I-969）中有如下之結論

：勞工「被肯定有權限」（die Befugnis zuerkannt），對勞動關係之移轉提出異議。進一步之論述，則是付之闕如。何種歐洲基本權係為所指？以及此等命題是否或是在何等之範圍內為雇主及勞工間相衝突基本權地位之衡量結果？凡此，已不只一次地被提出。

姑不問此等不明確性，從歐洲法院之裁判中，無論如何並無法導出如下結論：在關照歐盟基本權之情形下，相當於民法第613a條第6項之勞工異議權規定，應納入歐盟企業移轉指令2001/23/EG之中。聯邦勞動法院認為民法第613a條第6項所規定之異議權欠缺歐盟法上基礎之見解，根據歐洲法院之裁判並無疑義。由歐洲法院從勞工基本權，而非從指令所導出之異議權，與德國立法者於民法第613a條第6項所規定之權利，意涵並不相同。此等權利之行使，不同於民法第613a條第1項第1句所規定之法律效果，將使勞動關係保留在原來之雇主身上，亦即企業移轉人。此等訴訟上之目標，亦正是訴願人所追求。換言之，其聲請確認其與邦之間的勞動關係續存。然而，可使勞動關係續存於企業移轉人身上，而與2001/23/EG指令第3條第1款第1目規定不同之此等權利，正是歐洲法院所不要求的。毋寧，依其觀點，勞工基本權唯有在可用來決定不與企業取得人成立勞動契約

上關係，而此為企業移轉時原本會產生之效果，始有意義。與企業取得人間成立勞動關係，不能違反勞工之意願，而強迫其為之。然而，根據歐洲法院之裁判，勞工不為企業取得人工作之——歐盟法上所容許的——決定的結果，不必然是與原來雇主間之勞動關係的續存。各成員國與此相關之規定，顯然地受到忽視。當歐洲法院使用異議權之概念時，則只是在防禦權之意義下，用以對抗強制為企業取得人工作而已；其與民法第613a條第6項所不同者，並不具有請求維持與企業移轉人間勞動關係之意義。

b)在此基礎上，聯邦勞動法院就2001/23/EG指令是否適用於勞動關係法定移轉之問題，不向歐洲法院提出聲請之決定，憲法上亦無可議之處。聯邦勞動法院並未忽視歐洲法院對企業移轉指令之適用範圍，作擴張解釋之見解（參見2000年9月14日判決—C-343/98—, Slg. 2000, S. I-6659）。然而，此問題得不予深究，並視為是不具裁判重要性的。蓋無須仰賴指令之適用範圍，民法第613a條第6項意義下之異議權在歐盟法上之基礎，係受到否定的。有鑑於阿姆斯特丹歐盟契約第267條第3項所規定之聲請義務，要求所提出之問題必須是具有裁判重要性，故基本法第101條第1項第2句受到侵害之情形可獲排除。

C. 裁判效力及相關機關之配合作為

Gießen暨Marburg大學醫院設置條例第3條第1項第1句及第3句之系爭規定與基本法不相契合，並不導致規範之無效。蓋否則立法者於民營化歷程中所形塑之勞動關係移轉方案，將溯及既往地失其基礎。移轉規定之違憲性，亦不在於法律規定大學醫院介入現存勞動關係之權利義務之中，毋寧起因於對受移轉波及之勞工，欠缺可主張其與邦之間勞動契約上拘束力續存之可能性，而此可能性卻是有必要以法明定的。為確保此等請求權，以及轉換憲法法院之規制，邦立法者享有各種規範選擇性。例如賦予異議權或是返回權予在Gießen暨Marburg大學醫院有限公司內工作之勞工。

邦勞動法院及聯邦勞動法院之系爭判決應予廢棄，蓋其係根植在與基本法不相符合之不完整規範基礎上所作成。訴願人應被賦予機會，於原程序中無費用不利益地繼續追求其權益（vgl. BVerfGE 91, 186 <207>）。因此，本件應發回邦勞動法院，而不宣告僅發回至法律上訴審。蓋可能不排除的是，對於訴願人請求確認之有無理由的審查，根據法律之新規定，並不僅僅只是作法律上之衡量而已，而是也有必要為事實上之確認。

D. 費用之返還

關於必要支出費用之返還決定，依聯邦憲法法院法第34a條第2項規定為之。

法官：Kirchhof

Hohmann-Dennhardt Bryde

Gaier Eichberger

Schluckebier Masing Paulus