

# 德国周日 与节日法律保护之评述\*

张 慰

**摘 要：**周日和节日的历史渊源在德国与基督教信仰有着极密切的联系，这赋予了周日和节日宗教语境下的特殊含义。在美国法中这属于 Blue Law(蓝色规范)的特殊领域，在德国《基本法》中用来规范周日和节日问题的是 Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV(第 140 条之魏玛宪法第 139 条)。这一条款正是通过对魏玛宪法中归属于宗教事务项下的一揽子条款的整体接受才最终进入到《基本法》之中；而且周日和节日保护的宪法目标也清楚表明了其所具有的宗教(或文化)和社会的双重含义。以此宪法规定为基础，德国联邦和州在一般法层面上具体形塑出了对周日、节日进行法律保护的整体框架。

**关 键 词：**周日及节日法律保护； 宗教自由； 国家保护义务； 限制正当性

**作者简介：**南京大学 法学院 中德法学研究所 讲师 南京 210023

**中图分类号：**D951.6

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2017)02-0069-12

---

\* 本文是南京大学文科青年基金项目的阶段性成果，是国家社会科学基金资助项目“司法实践中法律与政治关系研究”的阶段性成果(编号:16BFX003)。

## 一、问题缘起：在传统与现代之间的周日与节日

随着德国将商店营业时间规定的制定权下放到各州，周日作为休息日的传统首先在商业领域受到了挑战。比如，2006年柏林就通过立法允许商店一年之中最多可以在十个星期日里开门营业，其中还包括了降临节主日<sup>①</sup>。柏林地区的教会对此进行了严厉的批评，并强调周日不可取代的“文化与社会价值”。为了坚决捍卫“周日的宁静”，他们最终向联邦宪法法院递交了诉讼状。联邦宪法法院于2009年12月1日做出了最新的裁决：德国宪法从1919年起便明确规定了周日应该是停止工作、“升华灵魂”的日子。为了充分保障周日的这一特殊宪法地位，就不能简单地以增加商业销售等理由解除对周日营业的禁止。故而法院认为，柏林地区允许四个降临节主日营业的规定是违反宪法的。<sup>②</sup>

作为欧洲文明的“外来者”，当我们在德国的日常生活由于星期日、节日的商店关门而陷于不便时，周日和节日方面的特殊规则已然成为影响社会生活的客观存在。但受限于对德国周日、节日法律规范及其体系的无知，我们此时的思考常常踟躇于眼见的现实与头脑中世俗化国家宗教中立原则相互对立的困惑之中。在德国，这种以宗教信仰为背景的传统节假日制度与以商业及娱乐为标志的现代生活之间也正面临着强烈的冲突，而在宪法国家之中这一现实矛盾被最终转化成了对德国周日和节日法律规范进行合宪性解释与理解的问题，即继续维持其中宗教因素的宪法正当性论证。

在最近十几年中国也逐渐恢复了一些传统节日来作为法定节日，但它们却逐渐失去了其本来面目——春节、中秋、端午节是否仅仅意味着购物、旅游、聚餐的法定时间与机会？对德国周日、节日法律规范体系及其价值秩序的介绍，在一定意义上指向的恰是一个也正日益受到重视的中国问题。

## 二、历史追溯：德国周日、节日法律保护的传统

在人类的各个时代，周日、节日以及对周日、节日的规范性保护形塑了所有文化中的一个社会历史恒量。最初，正是从宗教角度出发，人们才认识到：人不是手段而是目的，工作不是人唯一的内容和最高的目的。因此，在周日和节日休息表面上是为了做礼拜的需要，但在本质上却是与人的尊严有关。

追溯历史，调整星期日休息问题的第一个法律规范出现在公元321年康斯坦

<sup>①</sup> Adventssonntag, 圣诞节前的四个星期日。

<sup>②</sup> 可参见 BVerfG, Urt. V 1. 12. 2009—1 BvR 2857/07 u. 1 BvR 2858/07 = NVwE 2010, S. 570.

丁大帝的敕令之中；<sup>①</sup>而节日立法的源头则可以追溯到公元 5 世纪。但是在德国，直到 19 世纪晚期在 1891 年颁布的《工商业管理条例》(GewO) 中才第一次以劳动保护规范的形式承认了周日和节日作为休息日的法律地位。<sup>②</sup>基于与基督教信仰的密切关系，在德国的宪法层面，周日、节日是以宗教相关事务的内容被纳入到了规范之中：在魏玛宪法的草案中，最初并未涉及周日和节日的宪法保护。经由德国新教会委员会(Deutscher Evangelischer Kirchenausschuss)的提案，激进和保守政治力量相互博弈，各方利益平衡的最终结果体现在了由魏玛国民议会(Weimarer Nationalversammlung)通过的魏玛宪法的第 139 条之中。德国进入了国家社会主义时期之后，希特勒政权在意识形态层面加强了对节日的全面操控。到制定《基本法》的立法协商时，各方的利益在现有表述中均得到了较好满足，因此并未引发过多的注意或异议。立法委员会最终直接把魏玛宪法中的周日、节日条款移植进了《基本法》之中——Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV 成为了《基本法》中直接调整周日和节日问题的宪法规范。<sup>③</sup>

由宪法来确定对周日和节日的法律保护，这是德国宪法的创举。在欧盟成员国中，与之相对应的保护一般都仅仅停留在普通法律的层面上。<sup>④</sup>从魏玛宪法开始直到相关条款最终被整合进《基本法》，Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV 所具有的宪法法律特征使得它在德国周日和节日法律保护问题上始终保持着核心条款的地位与作用。

### 三、规范现状：德国周日、节日保护的渊源

要讨论德国周日和节日的法律保障首先要面对的就是在德国法律体系中周日和节日的规范基础。这里要区分两个层面：一个是宪法和一般法，另一个则是联邦

<sup>①</sup> 最开始，周日工作是常例，它只会因为做礼拜而被中断。在敕令中对周日工作的禁止主要是针对手工业、商业和法庭活动，农业生产被排除在外。基于康斯坦丁大帝融合不同信仰的宗教政策方针，敕令把周日规定为一般休息日，是出于对太阳的崇拜(Verehrungswürdiger Tag der Sonne)而并不是出于基督教的特殊事务性。其实从源头上说“放弃工作”并不属于基督教周日庆祝的不可缺少的含义，最初基督徒并没有追随犹太教徒和他们的安息日(Sabbat)的要求。具体可参见 Axel Freiherr von Campenhausen (Hrsg.), *Tag der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung*, Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 2010, S. 7.

<sup>②</sup> Peter Unruh, *Religionsverfassungsrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden: Verlag Nomos, 2009, S. 299.

<sup>③</sup> Axel Freiherr von Campenhausen, in Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 4. Auflage, Band 3, München: Verlag Franz Vahlen, 1999, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV, Rn. 2f. 自魏玛共和国以来周日条款在宪法上就不是作为方针条款(Programmsatz)而是作为直接有效的法律产生效力。具体可参见 Stefan Koriath, in Maunz/ Dürig u. a. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz (Loseblattsammlung)*, München: Verlag C. H. Beck, Stand von 2003, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV, Rn. 9 mwN.

<sup>④</sup> Martin Morlok, in Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2. Auflage, Band III, Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2008, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV, Rn. 6. 其中比较特别的是国庆日，一般而言它相对于其他节日享有宪法文化意义上比较高的地位。

和州。当然,两者间也存在着相互交叉的部分。

### (一) 宪法渊源

#### 1. 《基本法》

德国《基本法》中的 Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV 是直接规范周日、节日问题的宪法条款,位于宪法中国家教会法的部分。其原文是:“Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt.”(周日和国家承认的节日继续作为休息和心灵提升的日子而受到法律的保护。)

宪法是一国的根本法与最高法,确立了公共生活领域的基本价值秩序。具体而言,《基本法》保障条款中的“周日和法定节日”“休息”与“心灵提升”确定了周日和法定节日规范的根本原则及基本目的。宪法的限制使得所有与之不一致的立法目标都要承担起符合比例原则的正当性之证立要求。

#### 2. 各州宪法

虽然传统上周日、节日法律一直位于德国宪法中的国家教会法部分,但是出于非宗教的世俗理由,它也出现在了社会和经济权利部分,有的甚至还会出现在宪法的基础规范层面。比如在州宪法的层面,关于周日和节日的保护规范就主要存在四种不同类型:汉堡、下萨克森州以及石勒苏益格-荷尔斯泰因州的州宪法中对此问题并无特别的规定;在萨克森州、萨克森-安哈特州、图林根州、梅克伦堡-前波莫瑞州的州宪法中直接提及了相应的宪法条款;巴登-符腾堡州、巴伐利亚州、黑森州、萨尔州、北莱茵-威斯特法伦州、莱茵兰-法尔茨州的宪法依据宪法条款制定了更具体的特殊保障;<sup>①</sup>而在柏林、不来梅和勃兰登堡州的宪法中,周日和节日的目的仅被确定为是工作休息。

面对州宪法规范与《基本法》规范间的分歧,目前学界代表性的观点是:与《基本法》相比,州宪法中被削减掉的法律保护应该要通过一个合乎联邦宪法的解释而被扩展到“心灵提升”(seelische Erhebung)的要素之上,即使这样的解释可能会导致对州宪法原文的超越。通说还认为,那些与《基本法》上的规定不一致的州宪法条文本质上就是无效的。<sup>②</sup>因此无论是在柏林、不来梅、勃兰登堡州还是第一种州宪法类型中的那些北部联邦州,真正生效的条款实际上依旧还是《基本法》上的 Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 比如北威州的宪法中第 25 条明确规定了“Tag der Gottesverehrung, der seelischen Erhebung, der körperlichen Erholung und der Arbeitsruhe”,由于它与 Art. 139 WRV 并不矛盾,只是对其的细化而已,故不存在违宪的嫌疑。

<sup>②</sup> Art. 31 GG 原文是“Bundesrecht bricht Landesrecht”,规范了联邦法律的优先权问题。

<sup>③</sup> Peter Unruh, *Religionsverfassungsrecht*, S. 301.

## (二) 一般法渊源

宪法为一般法确定了基本标准,依据《基本法》上立法权能的规定,联邦和州分别行使各自在一般法上的立法权。<sup>①</sup>本文此处所能涉及到的只是对周日和节日保护而言最重要的一些法律规范:

### 1. 《节日法》(Feiertagsrecht)

由于周日的基督教背景与特定含义,在一定程度上,周日可被视为是一种特殊的宗教节日,《节日法》就成为了有关周日、节日法律规定的基础。原则上这是属于各州的权能,因而各州运用它们所拥有的《节日法》<sup>②</sup>的立法权能制定了大量有关周日和节日法律条款,这其中就包含了对在周日和节日公开进行与休息日特征相矛盾的“公开的和可被察觉行为”的概况性禁止条款。

在此立法事项之上,州立法权能的例外是依据事实关系或者事实特征只有联邦才适合采取相应立法行为的情形。<sup>③</sup>比如,依据《统一协议》(Einigungsstellenverordnung)中的第2条第2款,把10月3日的“德国统一日”确定为法定节日。

### 2. 《商店开门法》(Ladenöffnungsgesetze)

2006年之前,联邦依据《基本法》第74第1款第11项的规定统一制定了《商店关门法》(Ladenschlussgesetz)<sup>④</sup>。

2006年第一阶段的联邦化改革(Föderalismusreform)后,随着《基本法》第74第1款第11项<sup>⑤</sup>的修改,相关立法权从联邦转移到了各州。<sup>⑥</sup>此后,除了巴伐利亚

<sup>①</sup> 这里主要涉及到 § 70, 71, 72, 73, 74 等条款。

<sup>②</sup> 德国在1918年前节日问题属于州的事务,但依据1919年的魏玛宪法尤其是在1933年后,由柏林中央(das Reich)攫取和利用了权能。在《基本法》中因为它不是明确属于联邦的立法事项,依据 Art. 70 Abs. 1 则属于州的立法权限范围。具体可参见 Gesetz über einen allgemeinen Feiertag 17. 4. 1919, RGBl. S. 393f. 以及 27. 2. 1934, RGBl. I. S. 129.

<sup>③</sup> 这属于不成文的立法权能(ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen),主要包括了 Kompetenz kraft Sachzusammenhang(事务相关性), Annexkompetenz(事务附属性)和 Kompetenz kraft Natur der Sache(事务特征)三种情况。而关于“统一日”的确定就属于依据事务特征必须由联邦进行立法的领域。

<sup>④</sup> 可简称为 LadSchlG。

<sup>⑤</sup> Art. 74. Abs. 1 Nr. 11 GG: Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: 11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte. (《基本法》第74条第1款第11项:联邦与各州的竞争性立法事项涉及到如下领域:11. 有关(矿业、工业、能源经济、手工业、贸易、商业、银行与证券交易、私法保险制度)的经济法,但其中不包括有关商店关门、餐厅、赌场、个人展览、展会和市场的法律。)

<sup>⑥</sup> 商店关门(Ladenschluss)事项原本属于《基本法》Art. 74 条所规范的联邦和州的竞争性(共有)立法权能,经由联邦改革被明确地从 Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 中所规定的经济权利(das Recht der Wirtschaft)中排除后(BGBl. I S. 2034; BT-Drucks. 16/ 813),依据 Art. 70 现属于州专有的立法权能。

州以外,其他各州相继制定了《商店开门法》<sup>①</sup>,规范了商店在周日和节日开门的类型和范围等问题。巴伐利亚州则是在联邦《商店关门法》的基础上制定了补充性的《巴伐利亚州商店关门规范》(Bayerische Ladenschlussverordnung)。<sup>②</sup>

原有的联邦《商店关门法》和现有各州制定的商店关门法之间的效力关系由《基本法》第125a条第1款加以规范,即在各州未做出相关立法前其仍可作为联邦法律继续发生法律效力。

### 3. 其它法律规范

与周日和节日问题相关的法律规范还会涉及到各个具体的生活领域,相关保护性的条款主要散见于《工商业管理法》(Gewerberecht)(例如§55e Gewo),《劳动保护法》(Arbeitsschutzrecht),《道路交通安全法》(Straßenverkehrsrecht)(例如§30 Abs. 3 StVO)和相关的程序法(Verfahrensrecht)(例如§222 ZPO, §43 Abs. 2 StPO)等之中。<sup>③</sup>依据《基本法》第73条的规定,这些事项一般属于联邦的立法权能。

在所有相关的一般法律规范中,《节日法》由于其宽泛的适用范围作为一般法承担起了“兜底”作用(Auffangfunktion)。比如,其中规定了在周日和节日的“行为禁止”(Handlungsverbot),而《工商业管理条例》(Gewerbeordnung)中的“工作禁止”(Beschäftigungsverbot)和《商店关门法》中的“经营禁止”(Betriebsverbot)等都只是其下位概念。<sup>④</sup>

### 4. 宗教宪法契约(Religionsverfassungsrechtliche Verträge)

在德国法的体系之中,必须特别注意的还有“符合宪法的宗教契约”。这里使用的是描述性的概念“Religionsverfassungsrechtliche Verträge”,而在以前的文献中主流的表达形式则是“Staatskirchenverträge”。“Staatskirchenverträge”以前常常被当作“政教条约”(Konkordate)以及国家与其他宗教团体间的教会合同(Kirchenverträge)的上位概念。但这一概念的使用受到了学者的强烈批评,认为在《基本法》的框架内再使用其已经是不合适的了,应通过“符合宪法的宗教契约”来加以替代,具体原因如下:相关契约的缔结早就不再仅仅局限于国家和基督教教

<sup>①</sup> Ladenschlussgesetz 和 Ladenöffnungsgesetze 表示的是同一个事项,只是强调的重心有所不同而已,对后者来说商店关门不再是规范的重点。

<sup>②</sup> Wolfgang Mosbacher, *Sonntagsschutz und Ladenschluss. Der Verfassungsrechtliche Rahm für den Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen und seine subjektiv-rechtliche Dimension*, Berlin, Verlag Duncker & Humblot, 2007, S. 231ff.

<sup>③</sup> Andreas Mattner, *Sonn- und Feiertagsrecht*, 2. Auflage, Köln: Verlag Carl Heymanns, 1991, S. 91ff.

<sup>④</sup> Andreas Mattner, „Sonntagsruhe im Spiegel des Grundgesetzes und der Feiertagsgesetze der Länder“, *NJW* 1988, Heft 36, S. 2207—2212, hier S. 2210. 这里还需要注意的是,很多诸如“纯服务行为”这样的情况并不被包含在一般的商店关门时间内。

会之间,缔约主体已经囊括了其他的宗教团体。在一个世俗化以及宗教、世界观上中立的宪法国家之中,新的概念为以后其他宗教团体进入这个契约化的制度建构保留了通道。并且这个概念还强调了介于国家和宗教团体间的契约与其他契约形式所具有的不同的法律特征。当然对于它的法律地位一直存在不同的观点和争论,现有通说一般把其视为(州)一般法。<sup>①</sup>

周日和节日也是许多宗教宪法契约的调整对象。比如在 StKiV-HH 的第 19 条第 2 句中就明确以范例的形式规定:保障对周日、国家承认的节日以及教会节日的法律保护。<sup>②</sup>周日和节日保护传统上并不是符合宪法的宗教契约所要规范的对象,因为教会认为联邦和州宪法已经提供了足够的法律保障。但是随着国家在周日和节日保护问题上的态度和立场的转变,对其的宪法保障有被逐步掏空的嫌疑。为了防止这个危险,在新近签订的符合宪法的宗教契约中一般都规定了有利于周日和节日保护的条款。

### (三)国际法渊源

《基本法》中关于国际法法律规则的两个最重要的条款:《基本法》第 25 条规定德国认可国际法的基本原则;另外《基本法》第 59 条第 2 款第 1 句规定联邦立法机关有权参与国际法条约的缔结。德国是联邦制国家,依据惯例,缔结国际条约的权限由联邦享有,各州仅在有限范围内享有独立缔结条约的权力。国际法条约只能通过特殊的法律适用令才能进入德国的法律秩序,而不能像国际习惯法和一般法律原则那样经由一个普遍性的法律适用令而赋予国际法基本原则在德国国内的法律效力。<sup>③</sup>

周日和节日问题在国际法上的渊源主要体现在《欧洲社会宪章》的第 2 条第 2 项(Europäische Sozialcharte v. 18. 10. 1961. Art. 2 Nr. 2)以及《经济、社会和文化权利公约》的第 7 条(Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 19. 12. 1966. Art. 7 lit. d)之中。<sup>④</sup>不过,基于“辅助原则”(Subsidiaritätsprinzip)<sup>⑤</sup>,欧盟并没有为欧洲确定统一的社会休息日,因此,如何实施周日和节日保护的权能仍然归属于欧盟各个成员国。并且根据欧洲法院的最新

<sup>①</sup> 细节可参见 Peter Unruh, *Religionsverfassungsrecht*, S. 207f.

<sup>②</sup> Stefan Koriath, in *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV, Rn. 18 mwN.

<sup>③</sup> 具体可参见 Stefanie Schmahl,《〈基本法〉与国际法》,《中德宪法论坛 2014》,北京:社会科学文献出版社,2014 年,第 207—211 页,这里第 207 页。

<sup>④</sup> 同注<sup>②</sup>, S. 245.

<sup>⑤</sup> 欧盟采取了“辅助”概念,其意义与德国的联邦分权的理解是一致的,辅助原则的本义与天主教社会学说一致,主张只要个体或各个小社会团体有能力就应由他们来完成任务,大型社团或国家不应干涉,除非当个体或与社会团体不能解决问题时。这一原则运用到欧盟则意味着,当各成员国不能足够承担某项任务且只有欧盟才能更好地完成这一任务时欧盟才能参与。

判决,各国基于周日和节日保护而限制售卖的规范并不违反欧洲法中有关货物贸易自由的规定。<sup>①</sup>

#### 四、规范内涵:传统与现代间的周日和节日保障

学界通说以及联邦宪法法院的判决均表明,德国宪法中的周日和法定节日条款具有“制度性保障”的规范地位,从而对国家的立法、司法、行政产生直接的约束效力。依据宪法教义学,宪法规范的内容主要包含了主客观两个面向:其一,在客观法上主要是“周日和法定节日”以及“休息”和“心灵提升”的具体规范内涵;其二,在主观权利方面则有关于是否赋予了主观权利及其具体权利人。通说认为,周日和节日保障应被视为是宗教自由实施的外部条件并以此支持和补充宗教活动自由。<sup>②</sup>在此意义下,周日和节日保障就与《基本法》上的基本权利的权利主体理论有了直接的联系。宗教自由对人的保护范围内包括了所有的自然人,宗教团体鉴于周日和节日保护的宗教维度也就成为了适格的权利人。

虽然对周日和节日保护条款能否在宪法法律层面解释出主观权利的特征尚存在争论,但这并不会影响到对相关宪法规范在事的保护范围上的认识。<sup>③</sup>周日和节日的法律制度是社会共同生活和国家秩序的基本要素。<sup>④</sup>其保护对象是一周的时间节奏以及法律认可的节日,但对周日和节日的保护不是对个人生活的安排而是对抽象利益的保障,故而其中还包含着对立法者的立法委托:周日和节日的制度保障要求作为制度的周日和节日不能落空或者成为无,而一般法也正是受到这一宪法规范所确立的价值秩序的约束,并以法律的形式来具体化对周日、节日制度的宪法保障。

在对宪法所确认的“休息日”和“心灵提升日”核心内涵的具体化上,“休息”是指相对于行动的静止。因此各州周日和节日的法律中一般都包含了对“工作”的禁止。<sup>⑤</sup>所有州的《商店开门法》都包含了销售点在周日和节日必须保持关门的原则

<sup>①</sup> Martin Morlok, in *Grundgesetz Kommentar*, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV, Rn. 5 mwN. EuGHE 1989,3851(3888f.).

<sup>②</sup> Karl-Hermann Kästner, „Verfassungsbeschwerde vom 10. November 2007“, in Axel Freiherr. von Campenhausen (Hrsg.), *Tag der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung*, Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 2010, S. 11-80, hier S. 20f. 在关于宗教团体“耶和华见证人”(Zeuge Jehovas)要求承认其公法人(Körperschaft des öffentlichen Rechts)的法律地位的判决中联邦宪法法院指出:“对魏玛宪法中的教会条款(Kirchenartikel)的保障在功能上是为了宗教自由基本权利的需求和实现。”

<sup>③</sup> 当然还是要保护核心领域和形成领域的区分,立法者有一定的形成空间选择某种制度作为保障的方式,并且法院是可以对其进行审查的。

<sup>④</sup> Reinhard Richardi, „Sonn- und Feiertagsschutz im Arbeitsleben“, in Krautscheidt, Joseph and Marré, Heiner and Hierold, Alfred E. (Hrsg.), *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Band 24, (1990), Münster: Verlag Aschendorff, S. 117-154, hier 117ff.

<sup>⑤</sup> 同上。



性规定(例如 § 3 Abs. 2 Nr. 1 LOeff ZG-SH),但同时也都允许了大量的例外,比如,特定区域的主管机关被授权可以出于特殊理由批准在一定数量限制下的周日和节日商店开门营业,一般而言,一年四个以内可以进行买卖的周日(比如 § 5 SFTG-SH)被认为是合比例的。<sup>①</sup>又如,直接服务于休养的设施在周日和节日可以运营,餐饮业的营业亦属同理(参见 § 4 Abs. 1 Nr. 4 SFTG-SH),等等。<sup>②</sup>这些例外的正当性与周日和节日宪法保障的另一个保护目标——“心灵提升日”有关。在周日和宗教节日做礼拜是基督教意义上的“心灵提升”,但这个概念实际所支持的是所有在心理和生理平衡的意义上有益于让个人从日常职业工作中得到恢复的行为,也就是指为了维持个体完整性而进行的所有个人的自我更新行为。

一般的宪法基本权利理论中,以“禁止过度和不足”(Über- und Untermaßverbot)<sup>③</sup>为标准来确定国家在一般法上的立法限制,周日和节日的宪法“制度保障”则进一步具体化了限制的核心内容。例如,通过法律取消节日和“七天一周”的制度或者颠倒在节日和周日时“休息为惯例工作为例外的关系”(Regel-Ausnahmen-Verhältnis von Ruhe und Arbeit)都是不被允许的。“例外”类的规定并不当然的构成对立法者的形成和保护义务的违反,它需要宪法法律正当性的证明过程,即立法者有公正合理的有效形成法律的义务,它的自主空间应该受到 Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV 中确立的目标程式的限制。<sup>④</sup>

周日和节日最初确是基于宗教方面的利益与考虑而被作为宗教事务的一部分被规定在了宪法之中,但无法回避的是,在社会国家的概念出现后,节日和周日保障实际上还承载了更多社会层面的意义。随着宗教的日益多元化、社会的世俗化与商业化以及大众业余行为的变化,德国《基本法》中基于基督教传统的节日和周日保障条款不断面临挑战,现实问题集中表现在要求放松或解除对周日的工作禁

<sup>①</sup> 一般来说,市镇管理机关(Gemeindeverwaltungen)可以对四个普通周日解除营业的管制,在勃兰登堡则是6个,在柏林最多是8个。并且具体的开门时间一般被限制在主礼拜(Hauptgottesdienst)时间外的5至6小时之内。

<sup>②</sup> BVerwGE 90, 337(348), 或者是 BVerwGE 79, 118 (126f.)。联邦行政法院判决涉及的“晒黑工作室”(Bräunungsstudio)属于其中之一,但二手车市场则不属于,这里涉及到的是特殊形式的二手车市场——经营者为私人在周日提供场地作为二手车市场,私人按每天15马克交纳租用停靠其有出卖意愿的车辆的场地费用并不再收取任何的入场费用。这个活动通过报纸广告和告示牌进行宣传。

<sup>③</sup> 国家不得采取不足以达到保护目的的保护手段(不足禁止),同时国家在选择干预手段时则负有“禁止过度”的义务。立法机关在制定一般法时,如果涉及协调两个冲突的法益间的关系,那么对其中一个的保护对另一个就意味着是干预,因此国家在采取保护措施时必须受到“禁止不足”和“禁止过度”的双重拘束。两者间的关系具体可参见 Chien-liang, Lee, „Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot?“, in Rainer Grote, Ines Härtel, Karl-Eberhard Hain u. a. (Hrsg.), *Die Ordnung der Freiheit, FS für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2007, S. 303f.

<sup>④</sup> Martin Morlok, in *Grundgesetz Kommentar*, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV, Rn. 21.

止之上。比如文首提及的柏林《节日法》中允许商店一年之中最多可以在十个星期日里开门营业的规定等。这些挑战出现的主要原因在于：一方面，经济技术上的发展要求保持不间断的工作；另一方面，定位于业余时间的服务行业对周日工作的例外性要求不断增加。

由于现实中不断增多的违法行为、公众的热烈讨论、经济上的竞争压力、例外性规定以及在欧盟层面下法律修改的可能性等，法律条文所依赖的社会现实的框架性前提的改变对相关立法及司法实践也产生了重大的影响。新近司法判例在对《基本法》中与 Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV 同处于“宗教事务”(Religions-sache)标题下的 Art. 140 i. V. m. Art. 137 WRV 进行解释时，其宗教意义很大程度就已经被社会和文化视角的意义所替换。在相关宪法诉讼中 Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV 虽然仍是教会提起诉讼的主要法律依据，<sup>①</sup>但周日和节日作为反思日和休息日的意义正面临不断被相对化的挑战。<sup>②</sup>

制宪虽然是个政治决断的过程，其中不可避免包含历史因素与主观意志的参与，但作为制宪结果的宪法文本绝不是政治势力和资本力量随意摆布的玩偶，人权为核心的价值体系理念才是现代大多数国家宪法的根本法背景。进而，正确地解释和权衡宪法才能为社会发展提供足够审慎的思想资源。作为“宪法守护者”的联邦宪法法院正是在此意义之下，通过宪法判决将有关周日和节日的宪法规范所蕴含的根本价值判断和认知加以同步化、规范化。这些都揭示出，德国的“周日和节日危机”从本质上来说是那些表现为宗教传统的相关制度在意义和价值上的宪法危机。<sup>③</sup>

## 五、规范价值：在规范基础上的价值秩序

(一)在奉行宗教和世界观中立原则的德国，国家在周日和节日保障问题上实际上仍然保持着作为教会辩护人(advocatus ecclesiae)的地位。<sup>④</sup>这是因为1919年魏玛宪法里被认可的内容不能被取消，那么依据国民议会的意志，国家就要保护周

<sup>①</sup> 联邦宪法法院在周日和节日保护问题上重要且具有代表性的判例分别是 BVerfG GewArch. 1988, 188-Videothek; BVerfGE 87, 363 (393f.)-Sonntagsbackverbot; BVerfG NJW 1995, 3378(3379)-Buss-und Betttag, 最新的相关判例是联邦宪法法院针对2006年11月14日颁布的 BerlLadOeffG 于2009年12月1日所做出的判决。

<sup>②</sup> Frank Stollmann, *Der Sonn- und Feiertagsschutz nach dem Grundgesetz*, Stuttgart: Verlag Richard Boorberg, 2004, S. 66, bzw. Peter Unruh, „Die Kirchen und der Sonntagsschutz“, *ZevKR* 52 (2007), S. 1-29, hier S. 1ff.

<sup>③</sup> Peter Häberle, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2006, S. 93.

<sup>④</sup> Axel Freiherr von Campenhausen, in *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 140 GG/ Art. 139 WRV Rn. 7.

日和被承认的教会节日并且用国家的权力工具维持其外部的神圣性。在此意义下，国家与教会在宪法内部的分离以及宗教中立原则并未被严格执行。<sup>①</sup>

但另一方面，作为宗教中立的国家对周日和节日的保障并不服务于特定的宗教信仰，而是被当作公民的个人事务来处理，因而特定的宗教团体对特定周日和节日权利的形成并不享有主观权利，但是相应的请求权可以从宗教自由权利（《基本法》第4条）中推导出。作为宗教中立的国家还有平等对待所有宗教信仰的义务。《基本法》和州宪法并未强制宗教中立国家进行世俗化论证，进而割裂其与基督教传统的关系。国家的节日立法定位于基督教传统并不意味着侵害平等义务，因为包括了节日和周日制度的基督教传统的许多重要部分都被视为是公共制度和政治文化的组成部分，大多数德国人更是从基督教的学说中获取他们合乎伦理的行为标准，也就是说，当节日问题与占多数的人口所熟悉的传统节日相关联时，这里依据的只是事实标准，因此那些基于规范而被给出的理由或确定的目标虽然与神学观念一致却并不会与宗教中立原则发生冲突。宪法以周日和节日的制度保障了宗教和文化的遗产，立法者不仅不可抛弃基督教传统而且还有通过具体规范保护周日和节日的任务。而对宗教相关事务的考虑则主要还是要通过宗教自由的一般保护来加以实现。

（二）《基本法》中，周日、节日的保障目标至少是由两个部分组成：一方面，周日和节日保护可以被理解为社会国原则所打下的烙印，与其相联系的有关休息的规定不仅能使个人从中得到身心恢复，还能使个人与家庭、朋友等的共同接触及活动真正成为可能；另一方面，周日和节日出于历史原因而形成了与宗教自由的基本权利间的紧密联系，因此可以被用来照顾各自的宗教虔诚。但周日、节日只是提供实施宗教活动时间上的可能性，却并不以保障宗教活动为目的。周日和节日不仅意味着不工作，更代表着在周日和节日要创造一个普遍的休息氛围。

因此，涉及节日和周日的立法实际上是对不同的宪法法益做出衡量的结果。周日和节日制度中，有关休息的规定所提供的身心修复（*physische und psychische Regeration*）的可能性有助于保证“身体完整性”（*körperliche Unversehrtheit*）——第2条第2款；“不工作”使人们有能力和时间在宗教团体中进行宗教活动——第4条第1款、第2款；而“时间的同步化”使共同从事某一行为成为可能，这有助于形成传统的以家庭为主的社会形式——第6条第1款；并且使其他社团的活动和结社成为可能——第8条和第9条；鉴于“自由的时间的自为目的性”（*Selbstzweck-*

<sup>①</sup> Alexander Hollerbach, „Freiheit kirchlichen Wirkens“, in Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI, Heidelberg: Verlag C. F. Müller, 2001, § 140 Rn. 62.

haftigkeit von freier Zeit)从而建立起其与人性尊严(Menschenwürde)的关联——第1条第1款。所以说,周日和节日制度固然有其社会和宗教目的,但现在越来越被强调的主要的还是为了保障个人的完整性。

(三)人们常常忽略,宪法规范还会关系到宪法国家文化认同的核心内容。认同(Identität)是指,个体或集体(比如:团体、联盟、民族、国家等)为了维持对自我确定和内部稳定来说必要的、与他人存在(das Sein Anderer)相区别的本己存在(das eigene Sein)和自我感知(Selbstwahrnehmung)的确定性而进行自我识别的思想内容。<sup>①</sup>认同被作为人格的组成部分而在基本权利的意义获得了保护;认同同时也是宪政国家的效力前提。人的认同具有不同的层次,比如对性别、家庭、语群、地域等,节日则建立起了个人认同和国家认同上非常重要的一个部分。

这里首先涉及到宪法中所预设的人类图像。宪法上的人不仅仅是“理性人”更是“感性人”(homo emotio)<sup>②</sup>,周日和节日是国家融合的时刻、基本价值以及民族文化资产的一部分,<sup>③</sup>因而它们自身就从感性层面体现出了用于塑造一体性的连接和融合要素,<sup>④</sup>涉及到人民概念的最深源头并超越代际指向未来,因而周日、节日保障恰是国家文化认同中很重要的部分。

但在多元文化立场下,宪政国家的任何作为都会始终面临“主导文化”的质疑,节日问题上这样的疑问也始终存在。首先,“节日主流文化之争”的法律映射即是自我决定与父权主义的博弈,取决于解释者对文化认同的价值立场在自由主义与保守主义之间的倾向。其次,国家对不同社会成员的自我实现所形成的多样性思想与文化应予以宽容、尊重与平等对待。具体而言,节日作为文化的载体,不应被作为宣传、掩盖、空洞承诺和一致化的手段,人在合宪秩序下的最大自我实现才始终是其第一要务。第三,节日作为传统文化的遗产,其法律保障以现状保障为主,国家的保护和促进义务主要表现为对节日和周日进行的相关立法,这必须始终建立在对不同宪法法益做出合比例衡量的基础之上。

责任编辑:郑春荣

<sup>①</sup> Wolfgang Kahl, „Sprache als Kultur- und Rechtsgut“, *VVDStRL Bd. 65*, 2006, S. 386—471, hier S. 393.

<sup>②</sup> Peter Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2005, S. 18.

<sup>③</sup> Peter Häberle, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin: Verlag Duncker & Humblot 1987, S. 27.

<sup>④</sup> Günter Dürig, „Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither“, *VVDStRL Bd. 13*, 1955, S. 27—58, hier S. 27; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Auflage, Heidelberg: Verlag C. F. Müller, 1999, Rn. 6f.

**Eine Analyse zu den rechtlichen Regelungen Deutschlands  
in Bezug auf qualifizierte Zuwanderung  
Tang Meng/Li Jing**

Seit der Verabschiedung des Zuwanderungsgesetzes im Jahr 2005 wird das Rechtssystem Deutschlands bezüglich der Zuwanderung ständig verbessert. Dadurch steigt auch die Anziehungskraft Deutschlands für qualifizierte Zuwanderer. Im vorliegenden Artikel wird erstens der Versuch unternommen, eine Definition für qualifizierte Zuwanderung im deutschen Kontext zu identifizieren. Zweitens wird ein Überblick über die rechtlichen Regelungen bezüglich der qualifizierten Zuwanderung erarbeitet. Abschließend werden die Besonderheiten dieser Regelungen zusammengefasst.

**Der deutsche Sonn- und Feiertagsschutz :  
Darstellung und Analyse  
Zhang Wei**

Die historische Wurzel der Sonn- und Feiertage liegt im christlichen Glauben, der den Sonn- und Feiertagen eine besondere Bedeutung im religiösen Kontext verleiht. Im amerikanischen Recht gehört das Thema Sonn- und Feiertagsschutz zum Spezialgebiet „Blue Law“; im deutschen Grundgesetz wird es im Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV reguliert. Über diesen Artikel werden fünf der sogenannten Kirchenartikel der Weimarer Verfassung in das Grundgesetz inkorporiert. Im Grundgesetz wird das Ziel des Sonntags- und Feiertagsschutzes deutlich formuliert. Das heißt, dass die Sonn- und Feiertage eine Doppelbedeutung in Bezug auf den religiösen/kulturellen und den sozialen Aspekt haben. Basierend auf dieser Verfassungsnorm, gestalten und konkretisieren die deutschen Bundes- und Landesgesetze einen gesetzlichen Gesamtrahmen für Sonn- und Feiertagsschutz.