

《 論 説 》

ドイツにおける憲法上の日曜日および祝日の保護に関する予備的考察

ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条の法的性格と、日曜日・祝日保護の法制度

武市 周作

はじめに

1. 日曜日・祝日に関する法律上の規律
 - 1.1. 連邦閉店法
 - 1.2. 州閉店法
 - 1.3. 祝日法
 - 1.4. 労働時間法
 - 1.5. その他
2. 憲法上の日曜日・祝日の保護
 - 2.1. 基本法140条およびヴァイマル憲法139条
 - 2.2. 日曜日・祝日の保護の歴史的展開
 - 2.3. ヴァイマル憲法139条の目的
 - 2.4. ヴァイマル憲法139条の法的性格

おわりに

はじめに

ドイツでは日曜日や祝日に店が閉まっているため咄嗟の買い物に困るが、駅やガソリンスタンドに行けばキオスクが開いている——広く知られたこのドイツの事情は、以前は連邦閉店法により、そして2006年連邦制改革以降⁽¹⁾はバイエルンを除くすべての州の開店法によるものである⁽²⁾。

日曜日・祝日に限らず、平日についても閉店時間はあったが、今日では24時

(1) とりわけ第一次連邦制改革後の開店に関する規律について、Schmitz (2008), S.18ff.

間営業のスーパーマーケットもみられる。本稿執筆中に筆者が滞在しているマールブルク⁽³⁾の大手スーパーマーケットの一つは、月～金曜日7時から23時まで、土曜日は8時から22時まで開店しているが、日曜日と祝日は閉店している。他方で、2018年7月6日（金曜日）から8日（日曜日）に開催された市の祭（Stadtfest）のときには、最終日の日曜日には「特別に」スーパーマーケット等の店舗が開店された。また、ガソリンスタンドにはコンビニエンスストアのような小規模店舗が付設している例も少なくなく、そこは日曜日・祝日も含めて24時間開店していることが多い。商品数は限られるが、相応に売上があるという指摘もある⁽⁴⁾。

この日曜日・祝日の閉店は、それぞれの店舗が売上や客足に応じて決定しているわけではなく、連邦閉店法（Ladenschlussgesetz）の時代から続く、ドイツの法文化ともいえる。しかし、この閉店法も時代の変化に応じて改正され、閉店時間は徐々に緩和されてきた。2006年から閉店に関する立法は州の権限に移行し、バイエルンを除くすべての州が「開店法（Ladenöffnungsgesetz）」を制

(2) バイエルン議会は、開店時間が多くの人の様々な利益に関わり、そのルールについても州内で多様な意見があるため、他の州とは異なって、拡張することについて慎重に検討するとして（Bayerischer Landtag LT-Drucks. 15/6761 vom 9.11.2006）。その後も議会において度々開店時間の延長や州開店法の制定について議論がなされているが、成立をみていない。

なお、例えば他のEU加盟国においても日曜日・祝日保護や労働者保護の観点から、日曜日の閉店や開店時間の制限を加える規律があるケースがみられるが、日曜日・祝日の保護を憲法上の地位に置いている例はない（Morlok (2018), Art.139 WRV Rn.6f.）。なお、日曜日・祝日の開店禁止に関するEU法との関連については、Mosbacher (2007), S.365ff. EUには、例えば児童労働の保護等特別なものを除いて、日曜日保護に関する一般的な規律をする権限はないとされている。Ehlers (2018), Art.140 Art.139 WRV Rn.4; Baeck/Deutsch (2014), § 9 Rn.2; Mosbacher (2007), S.384.

(3) マールブルクの人口規模は、ヘッセンにおいては8番目で、2017年9月30日現在の人口は75,376人。大学市（Universitätsstadt）であり、「ゲッティンゲンには大学があるが、マールブルクは大学である」という表現は、この街を实によく表現している。Hessisches Statistisches Landesamt, Die Bevölkerung in Hessen am 30.09.2017.

(4) ガソリンスタンド付設の店舗売り上げについて、例えば Scope Ratings GmbH, Branchenstudie Tankstellenmarkt Deutschland 2017, April 2018 参照 (https://www.bft.de/files/9615/2572/8783/Scope_Ratings_Tankstellenstudie_2017_MIGUe-Versand.pdf)。以下、Webサイトについてはすべて2018年10月10日参照。

定している。州毎に細かい点で規定は異なるが、共通して日曜日・祝日に店舗を閉店することを原則としている。他方で、土曜日を含む平日は24時間開店することを認める州も少なくない。

そして、この閉店法の「憲法上の根拠規定」となるのが、基本法140条であり、これによりヴァイマル憲法139条は基本法の構成部分（Bestandteil）となる。「労働の休み」と「精神的高揚」のために日曜日・祝日を保護するこの規律も、例外を許さないわけではなく、実際に法律による具体化の中で柔軟な判断もされている。地域によっては、その原則と例外の関係も形骸化しているように受け止められる場合もあろう。

グローバリゼーションや ICT の急速な進化によって、労働形態や労働環境は大きく変わり、それに伴い労働時間や休日に対する社会の考え方も変わりうる。ICT の発展により e コマースの利用が急増する中で、来客を見込める日曜日・祝日に開店できないことは小売店にとっては大きな損失となるおそれもある⁽⁵⁾。さらに、シェンゲン域内の移動の自由が認められているため、国境近くの住人はドイツの店舗が閉まっているならば、隣国の店舗に買い物に行くことも容易である。日曜日・祝日の礼拝等の宗教活動についてみても、ドイツ人の姿勢は大きく変化している。ドイツのキリスト教徒（福音主義、カトリック、その他を含む）は57%程度であるが、信者の数は近年減少を続け、日曜日に礼拝のために教会に足を運ぶ信者も10人に1人とも報じられている⁽⁶⁾。20世紀以降、日曜日の商業化は進み続け、連邦閉店法の改正などの経済政策を振り返っても、従来の日曜日の意味は相対化していると評価できるが、これに対して

(5) ドイツでもインターネット販売（E-Commerce（B2C））の売上は近年飛躍的に増加しており、585億ユーロ（7兆6千億円）に達しているという報告もある。Handelsblatt, E-Commerce: Online-Handel wächst zweistellig (<https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/e-commerce-online-handel-waechst-zweistellig/20873690.html>)

(6) EKD, EKD-Statistik: Demografischer Wandel macht Kirche weiter zu schaffen (<https://www.ekd.de/ekd-statistik-2018-36432.htm>); ZDF.de, Kardinal Woelki über Kirche "Unser ganzer Laden wirkt ein wenig überaltert" (<https://www.zdf.de/nachrichten/heute/kirchen-austritte-vor-schwierigem-anpassungsprozess-100.html>)

「日曜日の危機」や「日曜日・祝日保護の意味の危機」などという批判もある⁽⁷⁾。

このような社会の変化に応じて閉店・開店に関する規律はどこまで変化しうるのか。例外規定は従来から置かれてきたものの、それを拡張していくことに限界はないか。これらを考えるためには、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条の意義・目的・内容を把握しなければならない。

以下では、日曜日・祝日に関わる法制度について、主に連邦閉店法と州の開店法を中心に整理し、ヴァイマル憲法139条の内容とその問題点について、学説に基づいて考察していく。閉店法に関する連邦憲法裁判所判例は、(特殊事例ながらも)連邦閉店法以前の1952年からあり、連邦閉店法時代を経て、州開店法時代の今日まで重要なものがいくつもみられるが、本稿では考察することはできなかった。ドイツでの日曜日・祝日に関する議論は、日本においても一労働環境の改善、労働者の保護の視点にとどまらず一示唆を得られるものと考え⁽⁸⁾。

1. 日曜日・祝日に関する法律上の規律

1.1. 連邦閉店法

ヴァイマル憲法139条の検討に入る前に、現状の日曜日・祝日に関するドイツの法制度について簡単に整理しておきたい。

第一次連邦制改革を経た今日、連邦閉店法が直接適用されるのはバイエルンのみであるが、州の開店法の多くは連邦閉店法の規定に基づいている。

(1) 第一次連邦制改革

州に閉店時間に関する立法権限が認められるようになったのは2006年のこと

(7) Unruh (2018), Art.139 WRV, Rn.4.

(8) 重要な先行業績として、倉田原志(2010)が挙げられる。ただし、倉田論文は、「月曜日から土曜日の閉店時間に関する問題と取り上げること」とするとしている点で、日曜日・祝日保護を考察の中心とした本稿とは議論が異なる。

であり、州によって閉店時間が異なるようになったのは、それほど昔のことではない。元々州は原則的立法権を有しており、基本法が連邦に権限を与えていない限りは、州が立法権を有する（基本法70条1項）。しかし、基本法71条ないし74条で規律された連邦の専属的立法権限（*Ausschließliche Bundesgesetzgebung*）や競合的立法権限（*Konkurrierende Bundesgesetzgebung*）は極めて広範にわたり、また、基本法75条は連邦に大綱的立法権限（*Rahmengesetzgebung*）も認めていたため、州が立法しうる範囲は限られていた。この状況にメスが入られたのが、2006年8月28日の基本法改正によるいわゆる第一次連邦制改革である。競合的立法権限として連邦に認められた権限をいくつか排除することで、州に当該分野の立法権限が認められることになった⁽⁹⁾。閉店に関する規律については、基本法74条1項11号の「経済法（鉱業、工業、エネルギー管理、手工業、営業、銀行・証券取引所制度、私法上の保険制度）」に「ただし閉店時間、飲食店、興行、見本市、展示会及び市場に関する法を除く（ohne das Recht des Ladenschlusses…）」と加えられ、いわば消極的に連邦の競合的立法権限から除かれることになった。このように閉店に関する立法権限が州に移行されたことによって、各州が開店法を制定することになる。なお、競合的立法権限に関する改正によって閉店に関する法のほかに、飲食店法（*Gaststättenrecht*）、行刑（*Strafvollzug*）、ゲームセンター（*Spielhalle*）、集会法（*Versammlungsrecht*）、プレス法（*Presserecht*）、ホーム法（*Heimrecht*）が州に立法権限が認められる対象となった⁽¹⁰⁾。

なお、基本法72条2項は、連邦の競合的立法権限の範囲について、「連邦が74条1項…11号〔閉店時間等に関する規律を除いた〕…の領域において、立法権を有するのは、連邦領域における等価的な生活関係をつくり出し、または国家全体の利益のための法的もしくは経済的統一を維持するために、連邦法律に

(9) 第一次連邦制改革では、連邦と州の立法権限の再配分のほか、連邦法律に関する州の同意法律の割合を減少させることも含まれている。第一次連邦制改革については、Häde (2011); Hofmann (2008); Schmitz (2008); Mosbacher (2007), S.207ff.; Schmidt-Jortzig (2005). 邦語文献として、服部 (2008)、同 (2007)、同 (2006) を挙げておく。

よる規律を必要とする場合であり、かつその限りにおいてである」としている（2006年改正前は、「74条1項…領域において」の部分が規定されていない）。なお、連邦憲法裁判所は、2004年の判決（BVerfGE 111, 10）において、連邦閉店法がこの必要性条項の要件を満たしていないと判断した⁽¹¹⁾。この判決は、連邦閉店法の土曜日の閉店時間が問題となったものであるが、連邦による閉店法規律について大きな転換点となったことは指摘しておきたい⁽¹²⁾。

また、基本法125a条1項は、「連邦法として制定されていたが、74条1項の改正によって、…もはや連邦法として制定されることができない法は、引き続き連邦法として効力を有する」と規律している。現在でも連邦閉店法自体は効力をもっており、閉店に関する州法律を持たないバイエルンでは、この連邦法が適用されている。

（2）連邦閉店法における閉店時間

連邦閉店法における閉店時間規律の前身である営業令（Gewerbeordnung⁽¹³⁾）まで遡れば、平日の閉店時間については「5時までと21時から」とされてい

(10) Hofmann (2008), S.834. なお、基本法74条1項12号で、「経営体組織、労働保護および職業紹介を含む労働法…」は連邦の競合的立法権限に含まれており、閉店時間に関する権限が州に移行され、また州がそれに応じて閉店法を制定した今日においても、連邦閉店法の労働者保護の規律が連邦全体に及ぶかどうかの問題は議論があるところである。これについては、Mosbacher (2007), S.244ff. が、連邦閉店法の各条文の性質を踏まえて、今日もなお適用され、これらの条文について州が法律によって規律することは形式的に憲法違反となると指摘する。なお、連邦憲法裁判所判例として、BVerfGE 138, 261を参照。ただし本稿ではこれについて扱う余裕はない。

(11) BVerfGE 111, 10 (28). この事件では、1996年改正法の下で閉店時間であった土曜日と日曜日に開店したデパート経営者が、閉店規定が消費者保護や競争保護の観点から、さらに労働者保護の点からも適的なのではないとして憲法異議を申し立てた。その中でとりわけこの必要性条項について検討し、閉店法改正のための資料での言及がないことや、例外規律について州に広範に権限付与していることなどを踏まえて、「閉店法の連邦上の規律は、連邦領域における等価値の生活関係の形成にとっても、また国家全体の利益における法的・経済的統一性にとっても必要なものではない。」と断じている。

(12) とりわけMosbacher (2007), S.207. さらにHäde (2011); Schmitz (2008); Thiele (2006) も参照。第一次連邦制改革に関する邦語文献としては、服部 (2006)、同 (2007)、同 (2008)。

た⁽¹⁴⁾。この当時は、もっぱら労働者の保護の観点からの規律であった⁽¹⁵⁾。1919年にヴァイマル憲法139条が規定されてからは、閉店時間が「7時までおよび19時から」に拡大される⁽¹⁶⁾。このときに日曜日・祝日の閉店も原則として禁止され、この規律が、1956年に連邦閉店法が制定されるまで継続される。1956年11月28日に（西ドイツで）連邦閉店法が制定された当時は⁽¹⁷⁾、平日の「7時までおよび18時30分から」、土曜日の「14時から」、月の最初の土曜日のみ「18時から」が閉店時間とされていた。その後、現行法まで21回の改正を経てきたが、閉店時間に関わる大きな改正として、クリスマス前の4日間の土曜日の開店（18時まで）の導入（1960年）、木曜日のみ20時30分からの閉店時間とする「長い木曜日（Lange Donnerstag）」（1989年）、平日の閉店時間を「6時までおよび20時から」に、土曜日の閉店時間を「16時から」に変更した（1996年）ものである。現行の閉店時間は2003年に改正されたものである。

現行の連邦閉店法は、3条で一般的な閉店時間として、①日曜日および祝日、②月曜日から土曜日の6時までおよび20時から、③12月24日が平日の場合に6時までおよび14時から、を挙げる。と同時に、いくつもの例外規定をもつ。主に業種による例外と商品による例外に分けられ、さらに市（Markt）や見本市（Messe）等の行事をきっかけとした最大年間4日間の日曜・祝日の開店（14条）と、12月24日が日曜日だった場合の例外的開店（15条）がある⁽¹⁸⁾。

(13) 営業令は通常法律であるが、営業法ではなく、営業令の訳語を当てるのが通例であるのでそれに従う。これについては、赤坂（2015）86頁。

(14) 連邦閉店法の制定過程については、Mosbacher（2007）、S.68f.

(15) 後述のように営業令は、1994年の労働時間法の改正と共に閉店時間に関する条文が「移行」され、削除された。

(16) 1919年に制定された労働者のための労働時間令（Arbeitszeit-Verordnung für Angestellte/AngestAZVO）でこの12時間が閉店時間とされた。その後、ナチス期の1934年に、労働時間令（Arbeitszeitordnung）が制定され、これが戦後の連邦閉店法制定まで、ライヒ（連邦）全体に及ぶ閉店規律となる。

(17) 戦後すぐにいくつかの州では閉店命令を制定しており、連邦レベルでは労働時間令22条が適用されていた。連邦憲法裁判所が、開店を制限するプレーメンとバーデンの法律を無効とするケースもあった（BVerfGE 1,283）。これについては、Mosbacher（2007）、S.68参照。

なお、閉店時間に禁止されるのは「客との営業的取引」を伴う開店であり、商品の展示や店員不在の展示会も含めた宣伝や、商品の試用・試着などは広告の段階に過ぎず、具体的な価格交渉や売買の準備、売買の申込と承諾による契約締結、店舗内外での支払いや商品の受け渡しなどの契約実現などは禁止されることになる⁽¹⁹⁾。平日には、閉店時間に滞在する客に対する販売等は認められるが、日曜日・祝日については、0時（土曜日の24時）には閉店されていなければならない、清掃作業や閉店作業を含めた営業は許されていない。

以上の連邦閉店法の規律は、例外規定も含めて、州の開店法に広く受け継がれている。

1.2. 州開店法

州の開店法は、規定や内容について若干の違いがみられるが、日曜日・祝日の原則的な開店禁止は共通している。「閉店」法ではなく、「開店」法とされたのは、前者が閉店を原則として、閉店時間における開店は原則として禁止され、その例外として開店できるルールを定めているのに対して、州の開店法は「開店時間」を定め、この時間内の開店を積極的に定めているところからくるものとする指摘がある⁽²⁰⁾。

平日（月曜日から土曜日）の開店時間については、大きく3類型に区別することができる。

(18) 例えば、業種による例外として、薬局は、3条の開店時間にかかわらず、日曜日も含めてすべての日に、医薬品、看護用品等の提供について開店することができ（4条）、キオスクでの雑誌・新聞は日曜日・祝日の11時から13時まで開店が認められ、ガソリンスタンドや旅客駅や空港内の店舗は、それぞれと旅行に必要な商品等について、日曜日・祝日にかかわらず24時間開店することができる（6-9条。ただし後二者では、12月24日は17時まで）。また、これに例外に加えて、12条では、製品による例外として、牛乳や乳製品、パン類、生鮮果実、生花、新聞等の販売について、閉店時間にもかかわらず回転することを認めうるが規定されている。

(19) Mosbacher (2007), S.73. Neumann (2008), S.14f.

(20) Mosbacher (2007), S.72.

①開店時間を0時から24時として24時間営業を可能にする

バーデン＝ヴュルテンベルク、ベルリン、ブランデンブルク、ブレーメン、ハンブルク、ヘッセン、ニーダーザクセン、ノルトライン＝ヴェストファーレン、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン

②月曜日から金曜日は24時間の開店を認めるが、土曜日の開店時間を短くする

土曜日のみ6時から22時まで…メクレンブルク＝フォアポンメルン

土曜日のみ0時から20時まで…ザクセン＝アンハルト、テューリンゲン

③平日にも閉店時間を置く

6時から22時…ラインラント＝プファルツ、ザクセン

6時から20時…ザール、バイエルン（連邦閉店法3条1項による）

※12月24日については、0-14時までの開店を認める州と、6-14時までの州に分かれる。また、12月24日が日曜日である場合には、ラインラント＝プファルツのように規律がない州もあるが、多くは平日である場合よりも短いながらも開店を認めている。

開店法の例外規定はもちろん州によって様々であるが、概ね連邦閉店法と類似のものが置かれている。

ヘッセンの開店法を用いて整理すれば、平日は0時から24時まで、つまり24時間、小売店舗を客に対する販売のために開店することができるのに対して、日曜日と祝日、聖木曜日（聖金曜日の前日）、12月24日（平日の場合は14時から閉店）、12月31日（平日の場合は14時から閉店）は閉店しなければならない。

ヘッセン開店法における例外は、例えば、ガソリンスタンドでは、自動車等の燃料販売や自動車部品、旅行用品（Reisebedarf）の販売が24時間認められている⁽²¹⁾。ガソリンスタンドとしての機能に沿った商品に限定しているが、自動車に関わる製品の他にも、パンや飲食料品、日用品も幅広く揃えられている。

また、国際空港内の販売店舗も、日曜日・祝日を含めて、24時間営業が認められている。キオスクや、パン屋、生花店、農家の直売所等は、それぞれが主として扱う商品の販売のために6時間の開店に限定される。また、営業令上認められたメッセ等の行事で、消費者との取引のための商品が扱われない場合や、ヘッセン開店法以外の法規によって許された余暇施設や娯楽施設、催事場や美術館・博物館等についても、日曜日の開店は認められている。

1.3. 祝日法

祝日に関する立法は原則として州の権限であり、どの州も祝日法をもつ。ただし、10月3日のドイツ統一の日（Tag der Deutschen Einheit）のみ、例外的に、1990年の統一条約の中で連邦全体に及ぶ法律上の祝日として確定された（統一条約2条2項）。

州によって法律上認められた祝日の数は異なり、最も少ない州でドイツ統一の日を含めて9日（ベルリン）、最も多い州（バイエルン、バーデン＝ヴュルテンベルク、ザールラント）で13日（地域によっては14日）である。

ヘッセン州の祝日法を例に概観する。法律上の祝日は、「労働の休みと精神的な高揚の日」として保護され、定められた日の0時から24時までその保護は及ぶ（5条）。法律上の祝日には、連邦法あるいは州法によっては特別に認められていない限りで、外での静穏を損なうことになる労働が禁止される（6条）。ただしこの禁止は、郵便や交通機関、ガソリンスタンドや駐車場等、延期し得ない家内労働や農業、健康・所有物等の重大な損害を回避するための延期し得ない労働、翌日に開催される市のために必要な労働等には適用されない（6条1項ないし3項）。また、家の中や庭での営業には当たらない軽作業は、礼拝

(21) ガソリンスタンドで販売するのに相応な商品、すなわち、カー・バイク用品に加えて自動車・バイク等での移動・旅行に必要な商品を置くことが認められており、アルコール飲料を含む飲料、パン類、菓子類から、控えめながら日用品も置かれ、さながらコンビニエンスストアのようである。例えば、SZ.de, Die Tankstelle entwickelt sich zum Supermarkt (<https://www.sueddeutsche.de/news/wirtschaft/verbraucher-die-tankstelle-entwickelt-sich-zum-supermarkt-dpa.urn-newsml-dpa-com-200901-01-170303-99-515936>) を参照。

を直接阻害しない限りで認められ（6条4項）、レンタルビデオ店や図書館は13時まで開店できる（6条5項）。労働には該当しなくても、法律上認められた祝日の4時から12時まででは、ダンスパーティーや芸術・学問・成人教育・政治等が主たる目的となっていない行事、礼拝を直接阻害するあらゆるその他行事は禁止されている（第一礼拝の保護。7条）。これらの禁止は、それぞれの祝日の性格で範囲が異なる場合がある（9条以下）。なお、法律上認められた祝日でなくても、労働者が教会または宗教共同体での礼拝への参加を希望する場合には、雇用者は業務上の必要性和対立しない限りで機会を与えなければならないことも定めている（4条）。

祝日法の主たる目的は、あくまで「静穏の日」としての祝日の性格にふさわしくない活動を禁止することであり、次項の労働時間法のような労働者保護のための規律とは異なる。

1.4. 労働時間法

日曜日・祝日の労働禁止については営業令（次項参照）において規律されてきたが、1994年に労働時間法に引き継がれることになった⁽²²⁾。労働時間法（Arbeitszeitgesetz）は、1条の目的規定において、労働者の安全と健康保護（1項）に加えて、日曜日および国家が認める祝日を労働の休みおよび労働者の精神的高揚の日として保護することである」としている（2項）。第3章において日曜日・祝日の休みについて詳細に定めを置いている。9条は、「労働者は、日曜日および法律上の祝日には、0時から24時まで働いてはならない。」と規定する。シフト制の操業や職業的自動車運転手等は例外・特別ルールが認められている（同条2・3項）。また、日曜日・祝日にも許される活動として、休日当番、救急活動、治安・秩序維持、病院等における処置や介護、ホテル等での滞在者への対応、音楽・演劇・映画上映・舞台上演等、宗教共同体の行事での非営利活動、スポーツ施設や余暇・保養施設、美術館・博物館や学術

(22) Baeck/Deutsch (2014), Einführung Rn.19.

的な館内閲覧制図書館、放送やニュースのための取材活動、営業令に定められた見本市や市等の催し物、傷みやすい生鮮商品の輸送、エネルギー・水道事業、ゴミ・汚染水処理、農業や畜産施設での動物の世話など広範に定められている。

1.5. その他

日曜日・祝日の閉店規律は、ビスマルクによる1869年の（北ドイツ連邦）営業令（Gewerbeordnung）に遡る⁽²³⁾。また、ヴィルヘルム2世統治下のドイツ帝国において1895年の改正によって、日曜日・祝日にも許可される労働について詳細な規定が置かれ、これが小さな改正を経ながらも1994年まで効力をもつことになる。1994年の労働時間法5条の改正によって、これらの規定（105a～105j条）は削除されたが、55e条に日曜日・祝日の保護規定が残されている。これは、移動式販売（Reisegewerbe）について、自営であれば日曜日・祝日に商品を販売することが認める例外的な規定である。これも日曜日・祝日の保護と同時に労働者保護を目的とした規定である⁽²⁴⁾。

他にも、民法典193条や行政手続法31条3項における日曜日・祝日に徒過する期日に関する規律も日曜日・祝日の保護が目的とされる⁽²⁵⁾。さらに、道路交通法30条3項におけるトラックの日曜日通行の禁止に関する規律も、環境保護目的に加えて、騒音や排気ガスの減少は静穏な日としての日曜日・祝日を保護することにも繋がり、また、休日の過ごし方は様々であるが、トラックの通行禁止によって渋滞のない往来を期待することができ、日曜日・祝日の保護の役割を果たしている⁽²⁶⁾。

(23) 平日の閉店時間に関する最初の規律は、1900年6月30日の営業令改正である（RGBl. 1900, S.321）。そこでは「夜の9時から翌朝5時までは、営業としての取引のために開店した販売店舗は閉店されなければならない。閉店時に店舗にいた客に対応することは許される。」と規定されており、とりわけ第2文は連邦閉店法3条3文と全く同一である。

(24) Rossi (2018), GewO § 55e Rn.1.

(25) Fervers (2018), BeckOKG BGB § 193 Rn.1; Michler (2018), BeckOK VwVfG, § 31 Rn.41-45.

2. 憲法上の日曜日・祝日の保護

2.1. 基本法140条およびヴァイマル憲法139条

以上、「日曜日・祝日の保護」を規律した法律を概観してきたが、この「日曜日・祝日保護」は、上でも触れたようにヴァイマル憲法139条に遡り、これが基本法140条によって基本法の構成部分とされている。日曜日・祝日に関わるヴァイマル憲法139条と合わせて規定をみておく。

基本法140条 1919年8月11日のドイツ国憲法（ヴァイマル憲法）136条、137条、138条、139条および第141条の規定は、この基本法の構成部分とする。

ヴァイマル憲法139条 日曜日および国家によって承認された祝日は、労働の休み（Arbeitsruhe）および精神的高揚（seelische Erhebung）の日として、法律で保障される。

教会条項をヴァイマル憲法からそのまま基本法の一部とすることについては、「憲法の妥協の産物」といわれるが、委員会でも本会議でも議論されたのは138条だけであり、139条は議論もなく他の条項と一緒に組み込まれることとなった⁽²⁷⁾。

基本法140条は、経過規定・終末規定（第11章）に置かれているが、それはこの規定が編入したヴァイマル憲法の教会条項が、基本法の他の条項より低いランクにあることを意味しない。あくまでも「完全に有効な憲法（vollgültiges Verfassungsrecht）」である⁽²⁸⁾。

(26) 道路交通規則（StVO）30条の日曜日・祝日の通行禁止規定については、Hufen（2014），S.83ff; Mosbacher（2007），S.107.

(27) Unruh（2018），Art.139 Rn.2f; Mosbacher（2007），S.54ff; 山本（2018），402頁以下。「憲法の妥協の産物」は、連邦憲法裁判所判決においてもみられる（BVerfGE 19, 206）。さらに、Häberle（2006），S.72ff. 参照。

なお、多くの州の憲法で、日曜日・祝日保護規定が置かれている。ヴァイマル憲法139条に似た規定が置かれる例もあるが、日曜日と国家によって承認された祝日を「神を敬うこと（Gottesverehrung）、精神的高揚、身体的回復および労働の休みとの日として承認され、法律によって保護される」（ノルトライン＝ヴェストファーレン州憲法25条1項）や「宗教的高揚（die religiöse Erbauung）、精神的高揚および労働の休みの日」（ラインラント＝プファルツ州憲法47条、ザールラント州憲法41条）と宗教的側面を明示する例もみられる⁽²⁹⁾。後にみるように「精神的高揚」が世俗的にも宗教的にも捉えられることからすれば、より明確に宗教的な意味を規定することにも意味がある。

2.2. 日曜日・祝日の保護の歴史的展開

日曜日を休日とする歴史は実に古い⁽³⁰⁾。1週間を7日間とするリズム自体は古代にまで遡ることができる。宗教的淵源については興味深くはあるが、本稿では踏み込んで考察することはできない。ともあれ、旧約聖書における安息日が土曜日であったのに対して、キリストの復活を記念した日曜日が特別の意味をもつことになる⁽³¹⁾。国家による日曜日保護法の最初の例は、ローマ皇帝コンスタンティヌス1世による321年のものである。そこで既に日曜日を労働の休みの日として定めていた。ただし当初は、都市部では休まなければならなかったものの、地方部では農業等を継続することは許されていた。この日曜日休みの規定はユスティニアヌス法典編纂によってローマ法の一部となる。中世に

(28) Jarass/Pieroth (2018), Art.140 Rn.1; Hufen (2014), S.93. 連邦憲法裁判所も同旨である（BVerfGE 125, 39 (79)）。宗教の自由を保障する基本法4条との関係でも、学説・判例は、混合体として機能し、優劣の関係にはないとしている（BVerfGE 19,206; 19,226）。これについては、Mosbacher (2007), S.88. 基本法140条におけるヴァイマル憲法教会条項の編入については、山本（2018）403頁以下。

(29) Richardi/Annuß (1999), S.20.

(30) 以下の歴史的展開については、Mosbacher (2007), 1 Teil による包括的な考察を参照・要約した。さらに、Morlok (2018), WRV Art.139 Rn.1も参照。

(31) ユダヤ教にとってSabbatはまさに「安息」の日であるのに対して、キリスト教にとっての日曜日は礼拝の日といえる。これについては、Mosbacher (2007), S.32.

は、日曜労働の禁止が厳格化され、違反者に対して刑罰が科されることも計画され、また、禁止される活動も徐々に拡張していった。中世には、市や定期的開催される見本市と、日曜日・祝日の密接な関係も築かれ、これが今日の閉店法・開店法における市や見本市のための開店を認める特例に繋がっている。なお、労働の休みが義務づけられた祝日は司教区によってまちまちであった。他方で、世俗の祝日もみられ、収穫祭 (Erntefeste) や年の市 (Jahrmärkte)、見本市がそれに該当する。中世には国家によって承認された祝日はまだ始まっていない⁽³²⁾。

宗教改革の影響は日曜日・祝日にも及び、ルターにとっては、日曜日は特別な宗教的意味のある日ではなく、慣行としての休みとしての日曜日が維持されることとなる。ドイツにおける福音主義教会では祝日は大きく減少した⁽³³⁾。今日、各州の祝日数が違うことは上述したが、これは各州の住民の多くが所属する教派の違いに由来する。

時代は下り19世紀に入ると産業化が始まり、労働環境は劇的に変化することになる。これに伴い日曜日労働も広がり、日曜日が主たる商売の日になった。もちろん教会側からは禁止されていることになっているが、厳格に守られているとはいえなかった。小売商と卸売商、商人法が適用される商人と適用されない露天商・行商人などの区別も始まる⁽³⁴⁾。また移動型販売と店舗型販売も区別され、今日も法規制は異なっており、日曜日・祝日の開店禁止も扱いが異なるのは上でみたとおりである。

1850年のプロイセン憲法の下で、「国家制度」の下での教会規定は置かれるものの⁽³⁵⁾、日曜日・祝日の憲法上の保護規定そのものではなく、それが国家制度の概念に含まれるかは評価が分かれる。ただし、いずれにしても、ヴァイマル

(32) 以上、Mosbacher (2007), S.28-38.

(33) 以上、Mosbacher (2007), S.38-42.

(34) 以上、Mosbacher (2007), S.43-45.

(35) プロイセン憲法14条「キリスト教は、12条において保障された宗教の自由にかかわらず、宗教活動と関連する国家制度に基礎を置く。」

ドイツにおける憲法上の日曜日および祝日の保護に関する予備的考察〔武市 周作〕

憲法の教会条項の由来は、プロイセン憲法の中に見出すことができる⁽³⁶⁾。一部上述したが、この時代以降、他の州法も含めて、主に労働法上の個人の保護規定として、通常法律において日曜日保護が規律されるようになる。

ヴァイマル憲法が国家と教会の関係を新たに規律する中で、憲法上の日曜日・祝日の保護規定は生まれた。139条は、第2編の「国民の基本権および基本義務」に置かれている。フーゲー・プロイス草案では、日曜日保護規定は盛り込まれていなかったが、教会からの要請・干渉もあり、他方で、社会民主主義からは労働者保護強化の思惑もあり、「価値の妥協」として139条が生まれることになる⁽³⁷⁾。このように日曜日・祝日保護の宗教的淵源は否定し得ず、またキリスト教からの要請もあったものの、労働者保護の契機も見逃すことはできない。

以上、日曜日・祝日の保護の歴史的展開をみてくると、各時代に生まれた制度や規律が今日の閉店法・開店法に繋がっていることが分かる。

2.3. ヴァイマル憲法139条の目的

(1) 宗教的目的

歴史的経緯でもみたように、ヴァイマル憲法139条は、「日曜日の神聖化による保護の承認に関する教会からの宗教政策に関する要求の結果」であり、国家宗教法の一部を形成している⁽³⁸⁾。同じく教会条項であるヴァイマル137条と相俟って、日曜日・祝日における教会や宗教共同体による礼拝等は基本法上保護される。他方で、日曜日・祝日を休みにすることで、個人もまた教会等の礼拝に参加することができるようになる。礼拝の実施それ自体、それに信者個人を参加させることが伴うからである。これらの保護は、国家の宗教的・世界観的

(36) 以上、Mosbacher (2007), S.45-48.

(37) 以上、Mosbacher (2007), S.54-61. なお、東ドイツ憲法は、6条で「日曜日、祝日および5月1日は、労働の休みの日であり、法律の保護を受ける。」と規定されていた。計画経済の下、開店・閉店、労働時間等について規律されていたが、東ドイツ時代に閉店法それ自体はなかった。

(38) Koriath (2018), WRV Art.139 Rn.1.

中立性の原則を破ることになるようにもみえるが、「国家の中立性は、日曜日がキリスト教の祝日に由来するものであることも、同時に、キリスト教の礼拝を保護することも阻害しない⁽³⁹⁾」。

この宗教的側面は、とりわけ「精神的高揚」の目的と結びつく。ただし、条文自体はヴァイマル憲法そのままの形で受け継がれたとしても、当時築かれた国家と教会の関係が、現在のドイツ基本法にそのまま受け継がれるかどうかは自明ではない。いずれにしても現在の基本法の下でも国家の宗教的・世界観的中立性が求められる限りで、ヴァイマル憲法139条と基本法の規定の間に対立・緊張関係が生じうる⁽⁴⁰⁾。歴史的にみれば、日曜日・祝日における礼拝や宗教活動によって（信者たる）国民に精神的高揚がもたらされると考えられるが、他方で「精神的高揚」を世俗的に理解すれば、自由や文化を享受することを意味することになり、次項の社会政策的あるいは文化的側面に近づく⁽⁴¹⁾。

（2）社会政策的・文化的目的

ヴァイマル憲法139条における「労働の休み」という目的は、社会政策的であり、非宗教的（säkular）である。「労働の休み」の労働者保護としての性質を強調すれば、この目的は社会国家原理（基本法21条1項、28条1項）との関連性が際立つ。また、労働を休むことによって、身体的回復や精神的高揚がもたらされる（労働の休みと精神的高揚の「内的相互関連性」⁽⁴²⁾）が、さらに労働以外の活動に参加したり、社会との関わりを形成したりすることも可能となる。日本国憲法も、勤労の権利を規定する27条で、「就業時間、休息」等に関する規律を立法に委ね、労働者を保護する立法の制定を国家に義務づける発想

(39) Koriath (2018), WRV Art.139 Rn.1

(40) ドイツにおける宗教的中立性については、Koriath (2018), GG Art. 140 Rn. 31. 邦語文献として、山本 (2018)、棟久 (2015)、棟久 (2014)、三宅 (2013)。

(41) 今日、もはや日曜日に宗教性を求めるのは困難であり、余暇の一日であると指摘する見解もある。Vgl. Häberle (2006), S.60f.

(42) Häberle (2006), S.75. Vgl. Koriath (2018), WRV Art.139 Rn.2.

(43) 木下・只野 (2015) 27条IV。

はあるものの⁽⁴³⁾、日曜日・祝日の休みを求めているわけではない⁽⁴⁴⁾。対して、ドイツ基本法における「日曜日保護」の重要な点は、画一的にあるいは強制的に日曜日に労働を休ませることである。すなわち、週に1度、定期的に訪れる労働の休み（あるいは労働を休まされること）によって個々人が生活リズムを作り、身体的・精神的な健康を保つことが可能となり、また、社会構成員のほとんどが同じ休みの日を迎えることで「社会全体の時間的なシンクロ⁽⁴⁵⁾」がもたらされるのである。

この社会の時間的シンクロは、婚姻・家族生活、近所づきあいや組合などの団体、友人関係や集会、学問・芸術・宗教などに資する⁽⁴⁶⁾。これらはそれぞれ基本法で保障された基本権の行使にも該当し、日曜日・祝日の保護はこのような基本権促進的に機能する。ただし、保護の内容次第では、これらの基本権と緊張関係をもたらしおそれもある（これらについては後述2.4(2)）。

日曜日・祝日を立憲国家における文化的アイデンティティーのメルクマールであるとする見解もある（文化的側面）⁽⁴⁷⁾。また、この文化的側面と同様、日曜日・祝日は、単に個人の余暇として保護されるだけでなく、社会の共同生活や国家の秩序の基本要素であることを強調する見解もある⁽⁴⁸⁾。とはいえ、今日、世俗化が進み、非キリスト教の国民が増える中で日曜日・祝日のような役割を持ちうるかどうか、また、それを憲法上の目的とし、法的にそのような機能をもたせるかどうかについては議論があろう。このような文化的側面は

(44) 労働基準法35条も、「使用者は、労働者に対して、毎週少なくとも一回の休日を与えなければならない。」と定めるに過ぎない。ただし、他方で、国民の祝日に関する法律3条は「〔国民の祝日〕は、休日とする。」と定めているが、開店禁止が求められているわけではない。ただし、行政機関の休日に関する法律は、「第1条 次の各号に掲げる日は、行政機関の休日とし、行政機関の職務は、原則として行わないものとする。」として、「一 日曜日及び土曜日 二 国民の祝日に関する法律（昭和23年法律第178号）に規定する休日 三 12月29日から翌年の1月3日までの日（前号に掲げる日を除く。）」を挙げている。

(45) Morlok (2018), Art.139 WRV Rn.11. Vgl.Koriath (2018), Art.139 Rn.2.

(46) Koriath (2018), Art.1; Häberle (2006), S.54ff.

(47) 日曜日については、Häberle (2006)、祝日については、Häberle (1987), S.52ff.

(48) Richardi/Annub (1999), S.20.

日曜日・祝日の保護という法的な規律の「反射や効果」ではあれども、そしてそのことは基本権を促進するという意味で重要ではあるが、「法的な条件」とするのは困難であるとする見解が妥当である⁽⁴⁹⁾。

（3）両目的の関連性

労働者は、休みの日に、宗教的活動をする場合もあれば、世俗的活動をする場合もある。個々人がどのように過ごすかは本人の意思に委ねられており、たしかに個人が礼拝等に参加すれば宗教的目的と調和的に達成されることになろうが、参加しなかったからといって宗教的目的が阻害されるとは考えられない。休みになにをするか、それによってどのような精神的高揚を得られるかは、個人の意思に基づく。「労働の休み」と「精神的高揚」には、機能・構造の違いがあり、国家が開店を禁止することによって労働者を休ませることはできるが、精神的高揚についてはあくまでもその外的条件や可能性・選択肢を整えることしかできない⁽⁵⁰⁾という指摘は重要である。両目的はあくまでも対等な関係にあり、どちらかが優先されるわけではないし、労働の休みが宗教活動の行使に主として照準を合わせているわけではない。精神的高揚は、宗教的活動によってのみ得られるわけではなく、身体的あるいは精神的に回復したり、平日とは異なる気持ちになったりすることでも得られるものである。宗教的であれ世俗的であれ、活動をするだけでなく、「なにもしない」をすることもまた精神的高揚に資するのである⁽⁵¹⁾。

他方で、両者の間には緊張関係が生じることもある。すなわち、労働を休むことで精神的高揚を期待することができるが、今日では、精神的高揚を得るための企業、余暇・レジャー産業が求められ、国民の労働の休みがもう一方の国民の労働を強いるという構造が生じる⁽⁵²⁾。いわゆる「日曜日のための労働

(49) Hufen (2014), S.98f.

(50) Häberle (2006), S.77.

(51) Hufen (2014), S.96ff.

(52) Häberle (1987), S.75f.

(Arbeit für Sonntag)」である。これにはホテル・旅館業や、ガソリンスタンドなどの交通や移動に関わる業種が含まれる⁽⁵³⁾。また、「日曜日とは関係のない労働 (Sonntag trotz Sonntag)」もある。治安業務や医療業務などがこれに該当する。また、工場の経済的あるいは技術的理由から日曜日・祝日も操業することを認めることもこれに分類される。両者は、制度的にはどちらも日曜日・祝日労働の例外として規律されている⁽⁵⁴⁾。これらの範囲を過度に拡張すれば、日曜日・祝日保護の意義が損なわれるおそれがある。個々の業種がこれらに含まれるかどうかは、経済や技術の発展、社会・文化の変化に応じて、個々に判断していかざるを得ない。

2.4. ヴァイマル憲法139条の法的性格

(1) 制度的保障

通説・判例は、ヴァイマル憲法139条は、制度的保障 (institutionelle Garantie) と捉える⁽⁵⁵⁾。国家は、ヴァイマル憲法139条に規定された目的に拘束されながらも、日曜日・祝日保護のための内容形成義務を負うことになる⁽⁵⁶⁾。日曜日・祝日の保護の歴史的展開については上で簡潔に触れたが、既に日曜日・祝日の労働禁止は100年を超える歴史をもった「制度」であることは間違いない。しかし、この制度を変更することが禁止される核心には何が含まれるか、また核心に該当する制度については変更が絶対的に禁止されるのかについては、他の制度的保障条項と同様に問題となる。いずれにしても、立法者には、日曜日・祝日保護 (制度) の内容形成の自由が認められるが、それは無制

(53) 「日曜日のための労働」、「日曜日とは関係のない労働」については、Mosbacher (2004), S.139ff.

(54) それぞれについては、Morlok (2018), Art.139 WRV Rn.30f; Häberle (2006), S.74ff. ヘーベルレは、「労働の休み」と「精神的高揚」が相互に関連性のない例外を「真正の例外」、(他者の精神的の高揚のための労働の休みの例外という意味で) 関連性のある例外を「不真正の例外」としている (Häberle (2006), S.77)。

(55) Morlok (2018), Art.139 WRV Rn.11ff; Hufen (2014), S.100ff.; Mosbacher (2007), S.92ff.; Dietlein (2003), S.135ff; Schneiders (1996), S.199ff. 批判的見解として、Korioth (2018), WRV Art. 139 Rn.20.

(56) Morlok (2018), Art.139 WRV Rn.16.

限ではなく、条文の意義・目的を空疎にし、その制度保障を無に帰するようなことのないようにしなければならない。その内容を必要かつ十分に画定することはおよそ困難であるし、妥当であるともいえない。ここでは、最小限核心に該当する具体的な要素を挙げて記述する見解を確認することにしたい⁽⁵⁷⁾。

①国家によって承認された祝日の適切な最低日数：ヴァイマル憲法139条は、「Feiertage」と複数形で規定しているため、少なくとも複数の祝日を置くことが想定されていると理解しうる。ただし、1919年当時に想定された祝日を、基本法の下でもそのまま維持しなければならないわけではない。これについては次の②とも繋がる。

②宗教上の祝日と国家の承認による祝日の適切な最低日数：「精神的高揚」という文言自体は宗教的に中立な表現であるが、先にもみたように、本条項と宗教的性格をまったく切り離すことは難しい。従来から法律上の祝日とされてきた祝日はキリスト教の祝日と重なるが、それらの日をすべて廃して別の日を祝日とすることは憲法上可能か⁽⁵⁸⁾。ヴァイマル憲法139条が、他の条項、とりわけ個人や教会・宗教団体の宗教の自由との関係で調整が必要であることも切り離して考えることはできない。ラントに権限がある限りで、各州の住民が所属する宗派の割合で決めることがありうる一つの対応であり、実際に各州で祝日の数が異なるのもそれと関連している。しかし、宗教的あるいは文化的に多様性が求められ、また現実は無視することのできないほどに「非キリスト教の国民」が増えている今日、説得力ある祝日の選択について検討の余地がある⁽⁵⁹⁾。

③日曜日の設定：労働の休み、精神的高揚という目的のためであったとしても、日曜日とは異なる不定の日曜日を置くようなことは許されない⁽⁶⁰⁾。

④週7日制：日曜日自体が週7日制を前提としている限りで、これも制度の核心に該当すると考えうるであろう。

(57) 以下、制度的保障の内容①～⑥については、Mosbacher (2007), S.95ff.

(58) Vgl. Hufen (2014), S.107ff.

⑤「日曜日・祝日の労働の休み」と「平日の労働」の原則的な関係：日曜日・祝日の労働の休みが原則であることを覆すような例外規律は、制度的保障の核心を侵害することになる。

⑥日曜日・祝日の平日的性格からの解放：休日とするだけでなく、精神的高揚に資するためには、労働をする平日と日曜日・祝日とが異なる性格をもつことが求められる⁽⁶¹⁾。

これらの核心領域に触れれば直ちに侵害となり、139条違反が導かれるかは争いがある。制度的保障の核心領域である限り、それに含まれる内容については保障の絶対性を求めるべきところ、現実には、量的に判断しうる最低日数や週7日制などは別にしても、原則例外関係に違反していないか、平日的性格となっていないかといった質的な判断については、比例的に判断せざるを得ない。なお、連邦憲法裁判所は核心部分につき絶対的保障を謳うが、どこまで厳格に適用され、比例性の判断や利益衡量がなされていないかは議論の余地がある⁽⁶²⁾。他方で、周縁部分については、広い立法裁量が認められ、経済的・文化的・社会的な理由から日曜日・祝日の保護に関する措置を検討することにな

(59) この非キリスト教の国民（州民）について、ハンブルクがイスラム教の諸団体と締結した「自由ハンザ都市ハンブルクとトルコ・イスラム宗教施設連合ハンブルク連盟、ハンブルク・イスラム共同体会議およびイスラム文化センター連盟との協定（Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, dem DITIB-Landesverband Hamburg, SCHURA — Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren）」は重要な意味がある。協定第3条では、イスラムの祝日について、イード・アル＝アドハー（Opferfest）、イード・アル＝フィトル（Ramadanfest）、アーシューラー（Aschura）を、イスラム教徒のための祝日法3条の権利と共に、ハンブルク祝日法における教会の祝日であることを認めている。イスラム教共同体とハンブルクは、イード・アル＝アドハーとイード・アル＝フィトルに一日中執り行われる催事を、礼拝活動と同等のものであることについて合意している。協定の締結については、ハンブルクのサイト Seit 2007 laufende Verhandlungen über Verträge mit islamischen Verbände und Alevitischer Gemeinde erfolgreich abgeschlossen (<https://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/3551764/2012-08-14-sk-vertrag/>) を参照。

(60) 以上、④～⑥について、Mosbacher (2007), S.96.

(61) Morlok/Heinig (2001), S.851.

(62) とりわけヴァイマル憲法139条における制度的保障について、BVerfGE 111, 10 [50].

る。ただし、規律目的に反するような内容形成は認められないし、実効的で相当性のある保護を実現することが求められ（過少保護の禁止）、さらに技術的な発展や社会の変化に伴って相当性や必要性について改善義務も課される⁽⁶³⁾。

以上のような客観法的内容に加えて、同条項に主観的権利としての性格を認められるか。とりわけ閉店時間が緩和されていくことや、日曜日の開店を認めること、更には現在国家によって承認されている祝日を減少させることなどによって、特定の宗教・世界観に立った個人や団体の主観的権利が侵害されるという問題が提起される⁽⁶⁴⁾。筆者は、客観的性格に加えて、主観的権利性を認めることを妥当と考えるが、その構成要件や限界について他の基本権条項と関連させて検討を要する。

(2) 他の基本権との関係

日曜日に労働を休むことは、ヴァイマル憲法139条のみならず他の基本権を促進する機能をもつ⁽⁶⁵⁾。宗教的目的については上述した通りで、日曜日・祝日を休みとすることで、教会や宗教共同体は宗教活動を行うことができ、個人はそれに参加することが可能となる。これは基本法4条1項および2項で保障された宗教の自由にとって重要な意味をもつ。また、1週間に一度のリズムで労働を休むことは、身体的・精神的回復をもたらし、これは基本法2条2項の身体の不可侵の権利に資する。国民の多くが同じ日に休むことによって、家族と過ごすことができ、また集会やデモ、様々なサークルなどの共同体の活動に関わることが可能となると考えられるが、これは基本法6条1項の家族の特別な保護に関連するし、集会の自由（同8条）、結社の自由（同9条）を促す。さらには、日曜日に労働生活をいわば強制的に中断させることによって「労働生

(63) Mosbacher (2007), S.101ff.

(64) 主観的権利性については、Morlok (2018), Art.139 WRV Rn.17ff.; Hufen (2014), S.121ff.; Mosbacher (2007), S.294ff.; Morlok/Heinig (2001), S.848ff.

(65) 他の基本権との関連についてはとりわけ、Morlok (2018), WRV Art.139 Rn.10; Hufen (2014), S.159ff.; Häberle (2006), S.65ff.

活および経済的共生の客体」から個人を解放させるという点で、人間の尊厳（同1条）とも結びつく⁽⁶⁶⁾。ヘッセン憲法30条1項が、労働条件について「労働者による健康、尊厳、家族生活および文化的な欲求を保障するように」作られなければならないと規定するのも、これと同じである⁽⁶⁷⁾。

以上のように、日曜日・祝日の保護を法律において具体化するにあたって、それが他の基本権保障を促進し、実効的にする作用をもつことが期待されるが、他方で、その内容によっては、当該基本権保障を損なうおそれもある。また、国家はこれらの基本権を保護する義務を負っており、調整が図られなければならない。さらに、他の基本権規定との基本権競合も生じる可能性がある⁽⁶⁸⁾。ヴァイマル憲法139条と関わる全ての基本権について、それぞれの側面を考察することは本稿では不可能なため、基本法4条1項および2項（宗教活動の自由）を例に考察する。

上でみたように、労働の休みによって、宗教団体あるいは個人は宗教活動を行い、それに参加することが可能となる。では、日曜日・祝日の労働を緩和したり、労働禁止を廃止したりすることで、基本法4条1項および2項は制限されていると考えるか。たしかに労働の休みによって宗教活動に参加することができたとしても、ヴァイマル憲法139条自体は宗教活動の「外的な条件」を整えているに過ぎない。したがって、防御権としての基本法4条1項および2項が「制限」されているとは考えられない⁽⁶⁹⁾。

「防御権としての」と留保を付けたのは、基本法4条1項および2項の保護義務違反については別に考えられるからである。基本法4条1項および2項か

(66) Hufen (2014), S.197ff; Häberle (2006), S.66f.

(67) Häberle (2006), S.66.

(68) ヴァイマル憲法139条と他の基本権の競合に関しては、Hufen (2014), S.160f. 本稿では4条のみにしか言及できなかったが、Hufen (2014), S.175ff. では、関連する規定の保護領域、保護委託について詳細に考察する。

(69) Hufen (2014), S.175f.

(70) 保護義務の導出自体の議論はここでは検討しない。なお、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）参照。

らも国家の保護義務が導かれること自体については通説・判例ともに大きな争いはない⁽⁷⁰⁾。日曜日・祝日保護の内容形成が、基本法4条1項および2項を保護するという点で十分ではなくまた適切ではない場合には、その立法（不作為も含む）は基本法4条1項および2項違反となりうる⁽⁷¹⁾。アドヴェント日曜日の開店を認めたベルリン開店法に関する連邦憲法裁判所判例では、まさにこの点が問題となった⁽⁷²⁾。そこでは、連邦憲法裁判所は、「ヴァイマル憲法139条から導かれた保護委託が、基本法4条1項および2項による基本権保障の保護機能を作動させ」、「ヴァイマル憲法139条から導かれる日曜日および祝日の保護の最低要件を下回った場合には、基本法4条1項および2項から導かれる保護義務の侵害が認められる」とした⁽⁷³⁾。はたして日曜日の閉店緩和が、異議申立人である宗教共同体の宗教活動に現実的に影響を及ぼすかは疑問の余地がある。ここではむしろ、アドヴェント日曜日という特殊性から判断したようにも思われる。ただし、連邦憲法裁判所は、すべてのアドヴェント日曜日の開店を認めたことを基本法違反としたものの、許される具体的な日数については明示せず、州の判断に委ねている⁽⁷⁴⁾。

おわりに

以上、日曜日・祝日に関する制度、基本法（ヴァイマル憲法）の規定について、主に学説に基づいて、まさに予備的に考察してきた。ヴァイマル憲法139条の主観的権利性、国家の宗教的・世界観的中立性との関係、他の基本権との

(71) さらに進んで考えれば、そもそもこの保護義務違反を主張するためには保護請求権が想定されることになる。基本権保護義務論と関連する保護請求権については、Dietlein(2006); Krings(2004)。さらに、武市(2012)。

(72) BVerfGE 125, 39. 武市(2015)参照。

(73) Hufen(2014), S.185; BVerfGE 125, 39(79)。本件については、武市(2015)、三宅(2013)476頁以下。

(74) ベルリン開店法はこの判決を受けて改正され、その他特別の開店日曜日を年間で最大8日間認める規律のみを残し、隔週でアドヴェント日曜日にクリスマスマーケットとしてベルリン全域での開店を認めている。

衝突・競合、例外規定の限界など、本稿で指摘するにとどまったが、それぞれの問題点はどれも個々に考察に値するものである。とりわけヴァイマル憲法139条の主観的権利性については、これまで保護請求権を考察してきた筆者としては重要な関心事である。冒頭でも触れたように、連邦憲法裁判所が考える日曜日・祝日について、また広く閉店法・開店法に関する判例について把握しなければならず、また、本稿はドイツ法の議論にとどまっているため、日本における法制度との比較は必要である。これらは引き続きの課題である。

ヴァイマル憲法139条のような憲法上の規定をもたない（また、法律上も「国民の祝日に関する法律」をもつ限りで祝日法と同じでありながら、様々な活動を規制するような規定はもちろんない）日本においては、原則として日曜日に閉店とすることを立法化することは現実的でないかもしれない。しかし、ワーク・ライフ・バランスの重要性が説かれる中、政府が働き方改革を訴えながらも、労働時間の短縮や有給休暇・育休の取得率の向上などの課題は以前大きく残されたままであり、「憲法あるいは公法上の休日の保護」はこれらを抜本的に改善する施策を考える一つの視点となりうるのではないか。ドイツの基本法（ヴァイマル憲法）における日曜日・祝日の保護は、歴史的にみれば宗教的な背景があるものの、上述したようにその規律目的は世俗的な側面としても理解されている。これらの価値は、文化的・社会的背景の異なる日本においても享有することができよう。日本においては、休日についてはとりわけ労働法分野において考察され、様々な制度化されてきた。その成果を踏まえながら、個人の尊重を基本権保障の原則に据え、生存権・社会権規定をもつ日本国憲法においてもドイツにおける議論がわが国の休日を考える一つのきっかけとなりえ、さらに休日保護を出発点として広く労働者保護を憲法に基づいて考察することには意味があると考えられる。

引用文献

- Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus (2014), Arbeitszeitgesetz Kommentar, 3.Aufl., 2014
- Dietlein, Johannes (2003), Das Feiertagsrecht in Zeiten des religiösen Wandels, in: Stefan

Muckel (Hrsg.), FS für Wolfgang Rüdiger zum 70. Geburtstag, 2003, S.131–146

- *Dietlein*, Johannes (2005), Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005
- *Ehlers*, Dirk (2018) in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8.Aufl, Art.140 Art.139 WRV
- *Fervers*, Matthias (2018) in: Gsell, Beate (Hrsg), BeckOKG 1.7.2018, BGB § 193
- *Häberle*, Peter (1987), Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 1987
- *Häberle*, Peter (2006), Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2.Aufl., 2006
- *Häde*, Ulrich (2011), Föderalismusreform in Deutschland ? - auf dem Weg zur dritten Stufe, LKV 2011, S.97–103
- *Hofmann*, Hans (2008), Föderalismusreformen im Verfassungsstaat, DÖV 2008/20, S.833–844
- *Hufen*, Christian (2014), Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interessen bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutz, 2014
- *Jarass*, Hans-D/*Pieroth*, Bodo (2018), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 15.Aufl., 2018
- *Korloth*, Stefan (2018) in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, GG, 83. EL. April 2018
- *Krings*, Günter (2003), Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003
- *Michler*, Hans-Peter (2018) in: Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg), BeckOK VwVfG, 40.Ed. 1.7.2018
- *Morlok*, Martin (2018) in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 3.Aufl. 2018, WRV Art.139
- *Morlok*, Martin/Heinig, Hans Michael (2018), Feiertag! Freier Tag? - Die Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes als subjektives Recht im Licht des Art.139 WRV, NVwZ 2001, S.846
- *Mosbacher*, Wolfgang (2007), Sonntagsschutz und Ladenschluss, 2007
- *Neumann*, Dirk (2008), Ladenschlussrecht, 5.Aufl., 2008
- *Neumann*, Dirk (2017), Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 77. EL Oktober 2017
- *Richardi*, Reinhard/*Annuß*, Georg (1999), Sonn- und Feiertagsarbeit unter der Geltung des Arbeitszeitgesetzes, 1999
- *Rossi*, Matthias (2018) in: Pielow, Johann-Christian (Hrsg.), BeckOK GewO, 42. Ed. 1. 4. 2018

ドイツにおける憲法上の日曜日および祝日の保護に関する予備的考察〔武市 周作〕

- *Schmidt-Jortzig*, Edzard (2005), Die fehlgeschlagene Verfassungsreform, ZG 2005, S.16-28.
- *Schmitz*, Holger (2008), Die Ladenöffnung nach der Föderalismusreform, NVwZ 2008, S.18-24.
- *Schneiders*, Michael (1996), Sonntagsarbeit nach dem Arbeitszeitgesetz und tarifliche Regelung der Sonntagsarbeit, 1996
- *Thiele*, Alexander (2006), Die Neuregelung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform - ein Überblick, JA 2006, S.714-719
- *Unruh*, Peter (2018) in: von Mangoldt, Helman/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), GG, 7.Aufl., 2018
- 赤坂正浩 (2015) 「ドイツ法上の職業と営業の概念」立教法学91号 (2015) 119-142頁
- 木下智史・只野雅人編 (2015) 『新・コンメンタール憲法』(日本評論社、2015年) [27条: 倉田原志]
- 倉田原志 (2010) 「ドイツにおける閉店時間規制の緩和と基本権・覚書」立命館法学2010年5・6号 (2010) 2075-2098頁
- 武市周作 (2015) 「ドイツ憲法判例研究 (173) 日曜・祝日の保護: ベルリン・アドヴェント日曜日判決 [ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷2009.12.1判決]」自治研究91巻9号 (2015) 151-159頁
- 武市周作 (2007) 「基本権上の保護請求権に関する一考察」中央学院大学法学論叢21巻1号 (2007) 126-152頁
- 服部高宏 (2006) 「ドイツの連邦制改革—連邦の立法に関する基本法改正を中心に」書齋の窓558号 (2006) 35頁以下
- 服部高宏 (2007) 「連邦法律の制定と州の関与」法学論叢160巻3・4号 (2007) 55-83頁
- 服部高宏 (2008) 「ドイツ連邦制改革」ドイツ研究42号 (2008) 107-118頁
- 三宅雄彦 (2013) 「ドイツ国家教会法における国家の宗教的中立性: ベッカーとハイニヒの大学神学部地位論争」法学新報120巻1・2号 (2013) 455-501頁
- 棟久敬 (2015) 「信教の自由の保護範囲と国家の宗教的・世界観的中立性 (1)」一橋法学14巻1号 (2015) 165-210頁
- 棟久敬 (2014) 「基本権援助と国家の宗教的中立性」一橋法学13巻1号 (2014) 207-261頁
- 山本和弘 (2018) 「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造」早稲田法学会会誌68巻

