

# “宪法与民法论”在经济秩序中所面临的课题

濑川信久\* 著  
其木提\*\* 译

---

## 目次

- 一、引言
- 二、宪法规范与私法规范之间的关系
  - (一) 问题之构造
  - (二) 民法学者的认识
- 三、经济秩序中的自由之特性
  - (一) 民事诉讼中的经济活动自由之限制
  - (二) 消费者法及投资者法中的自由
- 四、结语

**关键词** 经济活动自由 私法规范的合宪性 消费者保护 规制放松

---

## 一、引言

20 世纪 90 年代以后,出现了很多有关宪法与民法关系的研究论述,<sup>[1]</sup>但因其研究背景及研

---

\* 日本早稻田大学大学院法务研究科教授、法学博士。本文是作者为上海交通大学凯原法学院院刊《交大法学》(SJTU Law Review)撰稿论文。本文翻译已获作者授权。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线】

\*\* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

[1] 参见「特集 憲法と民法」『法学セミナー』646 号 12 頁(2008 年)以下诸研究文献,尤其是 17 页山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義」一文。但须强调的是,山本敬三所探讨的是人格权益宪法保护问题,而非经济自由之保护问题。

究方法复杂多样,故很难全面概括其内容。本研究的目的在于,从经济秩序和经济活动自由角度,探讨宪法与民法的关系及其所面临的课题。

从经济秩序角度而言,近年来有关宪法与民法关系的研究论述,主要是以20世纪80年代的判例为背景的。具体地说,二战以后,宪法学主要是通过比较精神自由和人身自由,对限制经济活动自由问题进行了研究。相关判例主要有:农地法第20条合宪判决、土地租赁法第4条第1款合宪判决、征收征用、行政处分、经济活动自由限制规范合宪判决(如西阵领带事件);〔2〕除此以外,还涉及限制使用贮水池或河流、课税处分等问题(如奈良县贮水池条例事件、名取川采砂事件)。这些案件的焦点在于行政行为及其所依法令的合宪性问题,因此其合宪性判断并未涉及民法乃至私法规范(民法以及商法、公司法、海商法、劳动法、消费者合同法等特别法)。然而,自上世纪80年代以来,在私法领域相继出现了限制经济活动自由之私法规范是否违宪的判例,如最高裁判所昭和55(1980)年11月5日判决(被撞船只所有权人不服限制加害船只所有权人责任之裁定提起上诉案)、〔3〕最高裁判所昭和62(1987)年4月22日判决(森林法共有森林分割限制违宪判决)、〔4〕最高裁判所平成14(2002)年2月13日判决(证券交易法内幕交易禁止规定合宪判决)、〔5〕最高裁判所平成15(2003)年4月18日判决(证券交易法禁止提供利益行为之规定合宪判决)、〔6〕最高裁判所平成18(2006)年11月27日判决(消费者合同法第9条合宪判决)、〔7〕最高裁判所平成21(2009)年4月23日判决(建筑物区分所有权法第70条建筑物重建须经各建筑物超过半数以上业主同意之规定合宪判决),〔8〕均涉及民法或者民法之特别法规定的合宪性问题。

纵观上述宪法诉讼,我们不难发现,这些案件涉及全球经济一体化所引起的规制放松问题。而且,较之上述农地法第20条合宪判决、征收征用合宪判决,这些案件所涉及的问题领域发生了很大变化,主要集中在消费或投资交易领域。这就意味着,对于经济活动自由的限制,并非政府依法直接规制的产业政策问题,只能通过引导经营者间接规制经济活动。有鉴于此,本文拟通过梳理私法与宪法规范的逻辑构造,考察经济活动自由之演变,就宪法与民法之间的关系及其所面临的课题谈一些自己的看法。

---

〔2〕 参见最判平成2年2月6日訴務月報36卷12号2242頁。原告以立法机关修改茧丝价格安定法有违宪法,属于国家赔偿法规定的违法行为为由提起了损害赔偿诉讼。最高裁判所判决:除非立法机关超越其裁量权,且其规制措施明显不合理,否则该立法行为不违反宪法,也不构成国家赔偿法规定的违法行为。——译者注

〔3〕 参见民集34卷6号765頁。

〔4〕 参见民集41卷3号408頁。1951年修改的日本森林法第186条规定,共有森林持份额不足二分之一的共有人不享有民法所规定的分割请求权。本案原告认为森林法这一条规定违反了宪法规定的保护财产权规范。最高裁判所判决:(1)财产权除了其内在的制约之外,还受到立法机关为社会全体利益而施加的规制和制约。(2)审查限制财产权的法律条款,应考虑该项限制财产权的立法目的是否符合公共福利,即使立法目的符合公共福利,还得考虑其限制手段是否缺乏必要性或合理性。(3)森林法第186条规定旨在防止森林的零碎化、维持森林经营的稳定、增进森林的持续保养和森林生产力,该目的并不违反公共福利的要求。(4)森林法第186条所限制的现物分割并不会导致森林的零碎化,故否定二分之一以下份额的共有人的分割请求权缺乏合理性和必要性,立法者的相关判断已超出其合理裁量范围,违反宪法第29条规定,应为无效。——译者注

〔5〕 参见民集56卷2号331頁。

〔6〕 参见民集57卷4号366頁。

〔7〕 参见判例時報1958号61頁。

〔8〕 参见判例時報2045号116頁。

## 二、宪法规范与私法规范之间的关系

### (一) 问题之构造

当民事权利受到限制或侵害时，除了私法规范以外，还涉及宪法规定的基本权规范。也就是说，在审理限制或侵害权利的民事案件时，私法规范有规定的，首先应适用包括民法典第90条公序良俗原则、第709条过错责任原则在内的民法规范，判断是否容许限制或侵害民事权利的行为。若依据私法规范就可以认定限制或侵害民事权利行为具有违法性，则无须援用宪法规范。例如，根据限制利息法之立法宗旨，可以认定超过利息上限部分的返还请求权，依据婚姻法理论可以判定事实婚配偶一方享有损害赔偿请求权时，就无须以宪法规范作为判断依据。

当私法规范容许限制或侵害权利的行为时，权利人往往会援用宪法规定的基本权规范。权利人援用宪法规范的方法主要有二：①私法规范的解释适用应考虑宪法规范；②限制权利之私法规范违宪无效。①之情形，涉及解释适用私法规范是否应考虑宪法规范，即宪法规范是否具有私法上的效力问题，如耶和華见证人剑道事件。<sup>〔9〕</sup> ②之情形，涉及私法规范是否因违宪而无效，即法令违宪性问题，如学杂费返还请求权事件。<sup>〔10〕</sup>

采用何种方法维护权利，取决于权利人的诉讼请求。当权利人所依据的私法规范系契约自由、所有权绝对等民法规定的一般条款时，多属于①之宪法能否适用于个人之间法律关系的问题。因为，一般条款的适用范围较广，很难认定该条款违宪无效，同时在解释适用一般条款时往往也会透过该一般条款考虑宪法规范。在民法中，适用范围最为广泛的一般条款，主要是民法典第1条公共福利、诚实信用、禁止权利滥用原则，第2条个人尊严与两性实质平等原则，第90条公序良俗原则，第709条“权利和法律保护之利益”原则。所谓间接适用，就是通过这些一般条款体现宪法规范之宗旨。但是，在适用私法之特别法时，则多涉及②之违宪无效问题。因为，特别法的适用范围有限，即使宣告该规范违宪无效，其影响范围不大，同时由于特别法的适用范围有限，很难依据一般条款考虑是否适用宪法规范。

### (二) 民法学者的认识

民法学者关于宪法规范的认识论，经历了如下三个阶段：

#### 1. 二战以前

在民法起草人中，富井政章否认公法与私法的区分意义，<sup>〔11〕</sup>故未论及宪法与民法之间的关系。梅谦次郎区分公法与私法，主张权力说乃至统治关系说，“公法是关于国家及其组织机构以其资格

〔9〕 参见最判平成8年3月8日民集50卷3号469页。原告系耶和華见证人，因信仰上的原因，拒绝参加其就读公立专科学校所开设的必修科目——剑道训练课程，故未得到体育课学分，同时还受到了留级及退学处分。最高裁判所判决认为，公立高等专科学校对于因宗教信仰拒绝参加武士道课程的学生未采取相应替代课程的做法具有违法性。——译者注

〔10〕 参见最判平成18年11月27日判例時報1958号61页。原告考入被告某大学，在签订教育合同时，特别约定学生即使退学杂费不予返还。此后不久，原告办理退学手续，并以学杂费不予返还之特别约定无效为由，请求被告返还不当得利。一审、二审判决认为，入学费以外的学杂费不予返还之特别约定，因违反消费者合同法第9条第1款规定而无效，被告负有返还学杂费的义务。被告不服，以消费者合同法第2条、第9条规定违反宪法第29条规定（财产权保障）为由提出上诉。最高裁判所判决：消费者合同法第9条规定不违反宪法第29条规定，驳回上诉。——译者注

〔11〕 富井政章认为公法私法区分论只不过是罗马法以及继受罗马法的国家在学理上的分类而已。参见富井政章『民法原論 第一卷』（有斐閣・1903年）17-24页。

行为时的法律规范;私法是规定相同或者不同国籍的人民或者以人民资格行为的国家之间关系的法律规范。”<sup>[12]</sup>也就是说,宪法与民法是不同层次的法律规范,二者调整对象不同。同时,梅谦次郎认为,“宪法是关于主权所在及其基本原则的法律规范”,但在学理上,“宪法第二章‘臣民之权利义务’之规定,实际上并非宪法性规定……既包括私法规范,也包括行政法规规范……只是在立法根据上可谓之为宪法规定。”<sup>[13]</sup>也就是说,宪法中的“臣民权利义务”之规定并非宪法规范,事实上是民法规范,因此民法与宪法的适用并不发生竞合现象。此后至二战前,民法学者未论及民法与宪法之间的关系问题。例如,鳩山秀夫以及我妻荣认为,民法属于私法,私法调整个人之间的关系,公法是调整国家与个人之间关系的法律规范,但均未论及宪法与民法之间的关系,<sup>[14]</sup>末弘严太郎甚至没有提及公法私法区分论。<sup>[15]</sup>

## 2. 二战以后

### (1) 转变与分歧

二战以后,随着新宪法的颁布实施及民法典的修改,民法学关于宪法与民法之间关系的认识论发生了重大变化。例如,我妻荣认为,①新宪法第24条规定的“个人尊严与两性实质平等之理念……不仅贯穿于民法典前两编(婚姻家庭编和继承编)……基于该理念也修改了民法典前三编中的相关规定。与此同时,①民法典还开篇宣告了适用于民法全编的公共福利与诚实信用以及个人尊严与两性实质平等这两大原理。”<sup>[16]</sup>所以,①“对于民法典有关基本人权之事项(宪法第14-29条、第81条),即使依据法律规范,也不得对此加以限制。”<sup>[17]</sup>换言之,依我妻荣之见解,①民法解释应考虑宪法规范,①违反宪法的民法规范无效。<sup>[18]</sup>

由上可见,“随着现行宪法的颁布实施,特别是在与现行宪法相抵触的问题领域,民法学者的认识发生了重大变化。”<sup>[19]</sup>其主要内容可以概括为以下三个方面:<sup>[20]</sup>

第一,新宪法对民法理论的影响。新宪法对民法理论的影响,主要有二:其一,新宪法规定了诸多与个人权利义务相关的规范。旧宪法的规定大部分与国家机关有关,且其第二章“臣民权利义务”之规定,仅有15个条文,其中还包括与个人之间权利义务关系不相关的国籍、公务员、兵役、纳税、接受审判权等条款。有关个人之间权利义务关系的居住和迁徙自由、住宅不可侵犯、宗教信仰自由、通信自由、所有权、言论自由、结社自由等规定,除了宗教信仰自由以外,法律对此又有诸

[12] 富井政章『民法総則』(有斐閣・1904年)145頁、148頁。

[13] 富井政章『民法総則』(有斐閣・1904年)150頁。

[14] 参见鳩山秀夫『日本民法総論』(岩波書店・1923年)1頁,我妻荣『民法講義Ⅰ』(岩波書店・1933年)1頁。

[15] 参见秀末弘嚴太郎『民法講話上卷』(岩波書店・1926年)。

[16] 参见我妻荣『民法講義Ⅰ』(岩波書店・1951年)「第二章 民法の法源」[10の5]。

[17] 参见我妻荣『民法講義Ⅰ』(岩波書店・1951年)「第二章 民法の法源」[12]。

[18] 二战后初期,也有不少学者主张民法规范之解释应体现宪法理念。例如,于保不二雄认为,民法典第1条之2规定体现了宪法规定的价值理念。参见于保不二雄『民法総則講義』(有信堂・1951年)15頁、19頁。再如,胜本正晃在论述作为“私法判断之指导理念”的a.公共福祉之尊重(民法第1条第1款第3款、第90条)、b.诚实信用原则(民法第2条)、c.两性平等原则(民法第1条之2)、d.私有财产权之保护时,列举了宪法第29条、第12条、第13条以及第29条规定。参见勝本正晃『新民法総則』(創文社・1952年)2頁。

[19] 参见山本敬三「公序良俗の再構成をめぐって」『判例タイムズ』1177号9頁(2005年)。

[20] 以下内容是十九世纪宪法所体现的价值中立性、议会中心主义、私法自治之社会国家二元论,向二战后宪法所体现的人权保护、违宪审查制、国家介入私法自治领域论的发展变化过程(参见樋口陽一『国法学』(有斐閣・2000年初版)116-132頁),在民法领域中的体现。

多限制。由此可知，宪法与民法之间的关系并不是很密切。与之相比，新宪法规定了很多关于个人之间权利义务的规范，特别是新宪法第 13 条规定的个人尊严与幸福追求权涉及社会生活各个方面，从而使民法与宪法规范发生了竞合现象。当然，依民法第 1 条、第 1 条之 3 规定，民法所调整对象仍然是个人之间的法律关系，但自宪法规定个人之间的权利义务规范以后，宪法与民法之间即形成了上位法与下位法的关系。其二，新宪法肯定司法拥有法令审查权，承认民法乃至私法规范的违宪性。也就是说，旧宪法否定司法拥有法令审查权，解决基本权冲突的审查权，由立法机关行使。<sup>[21]</sup> 新宪法则规定司法拥有违宪审查权，从而在宪法和民法之间形成了宪法为上位法，民法为下位法的观念。

第二，新宪法对部分社会秩序的影响。上世纪 20 年代至 30 年代，末弘严太郎提出法源论及“社会学”，主张以部分社会自治性规则对抗国家法秩序（多元论 pluralism），部分社会规范独立于国家立法和裁判之外，国家法秩序应依其法律政策决定是否采用部分社会规范。但在当时的战时体制下，包括末弘严太郎本人在内对这种多元论也持消极的态度。<sup>[22]</sup> 然而，在新宪法下，由于宪法价值理念贯彻于民法调整的法律关系，这必然会影响到部分社会规范的形成和发展。换言之，部分社会规范被纳入以宪法为最高点的国家法秩序中，民法的法源论从习惯法转向了宪法论。

第三，新民法第 1 条之 2 规定的“两性实质平等”和“个人尊严”原则体现了新宪法的价值理念。也就是说，新宪法第 13 条规定以个人尊严与幸福追求权作为其保护人权的主要内容，新民法第 1 条之 2 规定以“个人尊严”作为民法解释之标准（但其适用范围不限于婚姻家庭规范）。内容极为丰富的宪法第 13 条规定，具有规范个人之间的权利义务关系的可能性，民法第 1 条之 2 规定，具有透过“个人尊严”这一宪法理念限制民法解释论的功能。

当然，在上述民法学的演变过程中，也存在严格区分民法规范与宪法规范，反对在民法中考虑宪法理念的观点。例如，川岛武宜认为民法主要是调整财产流转关系的法律规范，作为调整资本主义市场经济的法律规范，适于其调整的社会，应当是能够自我完善的市民社会。<sup>[23]</sup> 换言之，川岛武宜认为应以市场秩序取代包括新宪法第 22 条关于婚姻家庭关系在内的法律规范。

## （2）停滞

虽然学说意见不一，但新宪法事实上改变了民法在国家法中的定位，给予了民法学新的发展空间。然而，民法学的发展变化是缓慢的。如前文所述，包括我妻荣在内，有不少学者认为，<sup>①</sup>新宪法具有最高法律效力，违反宪法的民法规范无效；<sup>②</sup>民法解释应以民法典第 1 条之 2 规定为前提体现宪法理念。不过，这些主张并未关注宪法规范能否直接适用于民事纠纷的问题。这或许是因为，这些观点将民法调整对象限于个人之间的权利义务关系，故未深入思考宪法与民法之间的关

[21] 山本敬三认为，国家不能无视杀人、放火、盗窃、暴力等侵害个人基本权利的行为……国家负有保护基本权不受他人侵害之义务。参见山本敬三「公序良俗の再構成をめぐって」『判例タイムズ』1177 号 14 頁（2005 年）。但历史证明，法律对盗窃、暴行、放火的防范措施，委任于立法机关，并非私法审查所及基本权之内容。

[22] 参见濑川信久「末広厳太郎の民法解釈と法理論」六本・吉田編『末広厳太郎と日本の法社会学』（東京大学出版会・2007 年）219 頁。关于二战前后的社会变化，参见樋口陽一『国法学』（有斐閣・2000 年初版）131 頁。

[23] 参见川岛武宜『民法総則』（有斐閣・1965 年）6 頁。但川岛武宜『民法講義 第一卷 序説』（岩波書店・1951 年）、『民法 I』（有斐閣・1960 年），未论及民法与宪法的关系问题，也未对民法第 1 条之 2 进行阐释。舟桥淳一也认为，民法是调整商品交换关系的法律规范，以所有权绝对和契约自由为原则，但民法典第 1 条规定的意义在于废除亲属编、继承编中的封建制度，宣示民主主义理想。参见舟桥淳一『民法総則』（弘文堂・1954 年）1 頁、13 頁。

系问题。事实上,我妻荣所考虑的也只是受宪法保护的民事权利,<sup>[24]</sup>而且是以20世纪50年代的宫泽俊义等宪法学者主张的无效说为理论基础的。<sup>[25]</sup>

至20世纪90年代,民法学关于宪法与民法关系的认识论基本上没有发生变化。相反,与二战后初期的学说相比,反而有很多学者就宪法对民法解释学的影响持消极态度。<sup>[26]</sup>也就是说,在这一时期,学说基本上赞同前述①④之内容,<sup>[27]</sup>但也有学者根本未论及宪法与民法之间的关系,<sup>[28]</sup>甚至有学者认为,在民法解释中应限制适用宪法规范(即①之问题)。例如,我妻荣认为“在新法(民法)中,抽象性、一般性规定较多,故对其进行解释时,应遵循民法第1条之2规定的精神。”<sup>[29]</sup>但仍有不少学者主张,民法第1条之2规定仅适用于婚姻家庭关系和继承法律关系。<sup>[30]</sup>

本文认为,民法学之所以采间接适用说,不强调宪法规定的价值理念,主要是因为受到了当时的通说(即民法是调整商品交换关系的法律规范)的影响。这一结论,从区分财产法与婚姻家庭法,将民法第1条之2规定的适用范围限于婚姻家庭和继承法律关系这一主张中可以得到印证。

20世纪60年代,出现了三菱树脂事件、<sup>[31]</sup>昭和女子大学事件、<sup>[32]</sup>日中旅行社事件,<sup>[33]</sup>并引发

[24] 参见我妻荣「民主主義の私法原理」『民法研究Ⅰ』(有斐閣・1966年)41頁,同「新憲法と基本的人権」『民法研究Ⅷ』(有斐閣・1970年)172頁、246頁。

[25] 参见君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社・2008年)66頁。

[26] 参见山本敬三「憲法と民法」『法学セミナー』646号19頁(2008年)。

[27] 例如,星野英一在列举二战后民法亲属编和继承编修改情况的基础上,认为宪法为上位法,其他法律属于下位法。法律与宪法相抵触者,应优先适用宪法规范。违反宪法之民法规范无效,因此民法解释不得违反宪法所体现的价值理念。参见星野英一『民法概論Ⅰ』(良書普及会・1971年)17頁、26頁、27頁,四宮和夫『民法総則』(弘文堂・1972年)23頁。

[28] 参见柚木馨『改訂民法 上卷』(青林書院新社・1964年),松阪佐一『民法提要 総則』(有斐閣・1974年第三版)。

[29] 参见我妻荣『新訂民法講義Ⅰ』(有斐閣・1965年)[22の2]。

[30] 参见幾代通『民法総則』(有斐閣・1969年)12頁,鈴木祿弥『民法総則講義』(創文社・1984年)244頁。

[31] 参见最判昭和48年12月12日民集27卷11号1536頁。原告在上大学期间参加了被告三菱公司的录用考试并获得通过,第二年大学毕业后参加了三个月的试用期,但试用期即将届满时,被告以原告在申请材料及面试过程中隐匿其曾参加学生政治运动之事实为由,拒绝录用原告。原告不服,诉请法院确认原被告之间的劳动契约关系。一、二审法院判决,被告拒绝录用原告的行为,不仅侵害了原告基于宪法第14条、第19条享有的思想、信仰自由,也符合民法第90条违反公序良俗的法律行为无效之规定,故被告解除契约的法律行为无效。最高裁判所则判决原告败诉;宪法第14条、第19条规定规制国家及公共团体与个人之间的关系,不能直接或类推适用于个人之间的法律关系。侵害个人基本自由与平等行为,超过社会所容许的限度时,应依据侵权行为法及民法第1条、第90条规定加以判断。企业决定是否录用具有特定思想、信条的劳动者的做法不能当然宣布为违法行为。——译者注

[32] 参见最判昭和49年7月19日民集28卷5号790頁。因参加政治团体而违反大学“生活指南”的学生受到学校退学处分后,诉请法院确认其学生地位。最高裁判所援引三菱树脂事件判决;宪法第19条、第21条、第23条保障自由权等基本权之规定专门规制国家及公共团体与个人之间关系,并不当然适用乃至类推适用于个人之间的法律关系。本案被告行为不违法。——译者注

[33] 参见大阪地判昭和44年12月26日判例時報599号90頁。原告受雇于被告日中旅行社关西营业所。1965年,日中友好协会代表团访华期间,与中日友好协会发表了支持“文化大革命”、谴责日本共产党的共同声明。对此,日中友好协会内部意见分歧,赞成派组建了日中友好协会正统本部。被告大部分雇员加入了日中友好协会正统本部,并要求原告(日本共产党员)也加入该部,但遭到原告拒绝。为此,被告以经营不善、关闭关西营业所为由,解除了与原告之间的劳动关系。原告不服,以被告的行为违反宪法第14条、劳动法第3条、民法第90条公序良俗原则为由提起了诉讼。最高裁判所判决认为,以政治信念不同为由解除劳动关系的行为,违反宪法第14条、劳动法第3条、民法第90条规定,应属无效。——译者注

了合同关系是否适用宪法的争论(为此 1963 年日本公法学会还专门召开了研讨会)。此后,又出现了日产汽车退休年龄差别制度事件,<sup>[34]</sup>但或许是因为这些案件涉及的是雇佣合同和劳动合同关系问题,并未引起民法学者的关注。

### 3. 20 世纪 90 年代以后

即使在今天,大多数教材也很少阐述民法与宪法之间的关系问题。<sup>[35]</sup>不过,自 20 世纪 90 年代以来,在民法解释学中出现了积极主张宪法价值理念的观点。<sup>[36]</sup>其主要内容可以概括为以下两个方面:

其一,民法学中的新观念。20 世纪 90 年代以后,民法学中出现了一些新的观点,如山本敬三提出了“基本权保护义务论”,大村敦志主张“大公共性、小公共性”,吉田克己主张“社会构成原理之民法”。这些观点不仅称谓不同,其理论根据亦有不同。姑且不论其称谓及理由之不同,较之迄今为止的民法学,其最大特点在于,重新审视新宪法与民法之间的关系,<sup>[37]</sup>以“个人尊严”为民法规范之核心内容,否定财产法与婚姻家庭法之区分论。正如广中俊雄所述:“当今社会,国民应受尊重(宪法第 13 条),民法解释应以个人尊严为宗旨(民法第 2 条)。在此法制下,忽视人格权之重要性,坚持区分财产法与婚姻家庭法之见解难以成立。”<sup>[38]</sup>换言之,民法并非仅仅是有关商品交换关系的法律规范,而是调整更为广泛的社会关系的基本法——广中俊雄称之为“基本秩序之实体法基准”,即以①资本主义生产关系为基础,②权力分立为基调的民主主义国家,③个人尊严为要素的的市民社会之基本法。<sup>[39]</sup>

其二,以宪法为根据的人格权论。自 20 世纪 80 年代起,出现了很多以宪法上的人格权为依据的个人之间的宪法诉讼,相关宪法规范,透过上述②③之民法认识论,引起了民法学界的广泛关注。<sup>[40]</sup>

[34] 参见最判昭和 55 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 30 页。日产汽车公司就业规则规定,男性与女性之退休年龄相差 5 岁。诉讼之初,男性为 55 岁,女性 50 岁;诉讼中改男性为 60 岁,女性为 55 岁。最高裁判所判决:仅以女性为唯一理由而推导出差别结果,属于仅因性别原因而为不合理之差别,依照民法第 90 条规定,参照宪法第 14 条法律面前一律平等,民法第 1 条诚实信用原则,应属违反公序良俗的法律行为,因而无效。——译者注

[35] 例如,北川善太郎、山田卓生等未论及宪法与民法的关系。参见北川善太郎『民法総則』(有斐閣・1993 年),山田卓生等『民法 I』(Sシリーズ)(有斐閣・1996 年)。近江幸治、加藤雅信等,虽然对新宪法制定后的民法修改有所论述,但在民法解释学层面上未论及民法与宪法之间的关系。参见近江幸治『民法講義 民法総則』(成文堂・2008 年第四版)18 页,加藤雅信『民法総則』(有斐閣・2002 年初版)44 页。

[36] 参见山本敬三『現代社会におけるリベラリズムと私の自治(1)(2)』『法学論叢』133 卷 4 号 5 号(1993 年),「特集 民法と憲法」『法学教室』171 号(1994 年),「シンポジウム・憲法と民法」『法理時報』76 卷 2 号(2004 年)诸研究论文及吉田克己、山本敬三、大村敦志、长谷川晃、戒能通厚、广渡清吾、樋口阳一教授的发言,潮見佳男『民法総則講義』(有斐閣・2005 年),水林彪『近代民法の本源的な性格』『民法研究 5』(信山社・2005 年)。

[37] 继我妻荣之见解,广中俊雄就宪法与民法之间的关系概括如下:“宪法是国家根本大法,具有最高的法律效力(宪法第 98 条第 1 款),也是民事立法的依据。在依历史解释方法不能确定法律规范的内容,或者虽然可以确定但其适用将导致不当结果时,应根据客观解释方法进行解释。于客观解释,最为重要的是民法第 1 条规定,其意义在于排除历史解释,以客观解释方法适应社会需求。参见广中俊雄『民法綱要 第一卷』(創文社・2006 年)47 页、62 页、66 页。

[38] 广中俊雄『民法綱要 第一卷』(創文社・2006 年)83-84 页。

[39] 参见广中俊雄『民法綱要 第一卷』(創文社・2006 年)1 页、85 页(广中俊雄参考了樋口陽一『国法学』(有斐閣・2000 年初版)125 页所引用的德国学说)。

[40] 广中俊雄强调以权力分立为基调,以 20 世纪 60 年代形成的市民社会为前提,规定个人尊严的新宪法的重要性。参见广中俊雄『民法綱要 第一卷』(創文社・2006 年)1 页。不过,本文认为,宪法诉讼主要集中在 20 世纪 80 年代,如法定婚龄平等化、再婚禁止期间的合理化、夫妻姓氏选择制度、契约自由、性别歧视、拒绝向外国人出租、性骚扰、家庭暴力等诉讼。参见吉田克己『憲法と民法——問題の位相と構造』『法律時報』76 卷 2 号 52 页(2004 年)。

### 三、经济秩序中的自由之特性

上文探讨的是关于民事纠纷适用宪法规范时的逻辑构造问题。从其适用对象来看,我们不难发现,宪法规范与私法规范均适用于经济活动自由问题。因此,下文将从经济活动自由限制这一角度探讨宪法规范与民法规范之间的关系。当然,宪法学有关经济活动自由的论述较多,但限于篇幅,本文仅从民法学角度分析经济活动自由问题。

在民法学中,经济活动自由主要涉及以下两个方面的内容:

#### (一) 民事诉讼中的经济活动自由之限制

限制经济活动自由是否违宪,其审查标准经历了一个曲折的发展过程。<sup>[41]</sup> 起初,最高裁判所在审查限制财产权的行为时,通过比较精神自由与经济活动自由,以“公共福祉”这一抽象概念作为使其正当化的标准。这一判断标准,不仅体现在政府依法收购农地,限制个人财产权的场合,在民事诉讼中也采用了该判断标准。<sup>[42]</sup> 此后,在要求明确审查标准的呼声下,最高裁判所在零售业市场许可制合宪判决、<sup>[43]</sup> 药事法距离限制违宪判决中,<sup>[44]</sup> 引入了“规制目的二分论”这一严格审查标准,即根据规制目的为消极目的抑或积极目的,对经济活动自由的规制分为两类:一是以实施社会经济政策为目的的积极规制,一是以维持社会公共秩序为目的的消极规制。对于立法规制措施采取“合理性审查标准”,对于享有广泛立法裁量权的行为则采用“明白性审查标准”。<sup>[45]</sup> 不过,此

[41] 关于违宪审查标准的发展变化,参见柴田保幸「森林法判決の最高裁調査官解説」223頁以下、卷美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」『ジュリスト』1356号33頁以下(2008年)。

[42] 参见最判昭和35年2月10日民集14卷2号137頁(农地法第20条拒绝农地承租权更新行政许可规定合宪判决)、最判昭和37年6月6日民集16卷7号1265頁(土地租赁法第4条第1款出租人对于承租人继续使用土地有异议时须有正当事由之规定合宪判决)、最判昭和35年6月15日民集14卷8号1376頁(罹灾都市借地借家临时处理法第2条房屋承租人有权请求土地所有人和土地承租人设定或让与土地承租权之规定合宪判决)、前掲最判昭和55年11月5日民集34卷6号765頁。

[43] 参见最判昭和47年11月22日民集26卷9号86頁。日本《零售业调整特别措施法》第3条第1款规定,开设零售业市场施行许可制,被告大阪市据此要求零售业市场之间要保持一定距离,本案原告则以该限制违宪无效为由,提起了诉讼。最高裁判所判决认为,宪法将积极实现社会经济政策预定为国家职责,个人经济活动自由与精神自由是不同的,作为实施社会经济政策的一个手段,宪法允许对其采取合理的规制措施。根据规制目的不同,对经济活动的规制可以分成两类,一是以维持社会公共安全和秩序为目的的消极规制,一是以实施社会经济政策为目的的积极规制。在社会经济领域,关于规制措施的必要性与规制手段的合理性,只有在立法机关超出其裁量权,其规制措施明显不合理且不明确时,才能判定其违宪。零售业市场许可制旨在维持市场秩序,谋求社会经济的协调发展,具有一定合理性且其规制方法透明,故该法及其施行令所规定的零售业市场许可规制不违反宪法。——译者注

[44] 参见最判昭和50年4月30日民集29卷4号572頁。日本药事法规定,药店的设立若无适当距离间隔,行政当局有权拒绝当事人设立药店许可的要求。本案原告主张,该法规定侵犯了其宪法第22条规定的职业选择自由。最高法院判决:对于职业选择自由之限制,法律应根据其具体的限制目的、必要性、限制内容,受限制职业之性质、受限制的程度,进行比较考虑后慎重决定;药店开设距离限制属于为防止国民生命和健康而采取的消极性规制措施;本案行政机关所主张的,药店乱设引起部分药店经营不稳定,助长不良医药品的供应或医药品乱用危险的理由不足以满足上述必要性及合理性要求,故该法律有关条款违反宪法22条的规定,应属无效。——译者注

[45] 参见中村睦男『憲法判例百選』〔第5版〕(有斐閣・2007年)205頁,前田徹生『憲法判例百選』〔第5版〕(有斐閣・2007年)211頁。



后，日本最高裁判所在审理公共澡堂距离限制、酒类经营许可证制度是否违宪案件中，并未严格依照上述审查标准体系进行判断。而且，最高裁判所在前述森林法共有森林分割限制违宪判决中，一方面依积极规制论，另一方面又运用了消极规制论。总之，现行判例并未积极采纳规制目的二分论，事实上采用的是特别立法裁量论。<sup>[46]</sup>

在上述判例的演变过程中，有关个人之间法律关系的宪法诉讼占据了重要地位。<sup>[47]</sup> 首先，动摇规制目的二分论的森林法共有森林分割限制违宪判决系个人之间法律关系的诉讼，其后对规制目的二分论持否定消极态度的证券法内幕交易限制合宪判决也属于个人之间法律关系的诉讼。当然，有关个人之间法律关系的宪法诉讼，在森林法共有森林分割限制违宪判决以前也是存在的。<sup>[48]</sup> 但由于这些案件涉及征收征用问题，当事人一方处于优势地位，且以当时的“公共福祉”为依据，其私法特性并未显现出来。然而，以经营许可证是否合宪案为契机，并采纳规制目的二分论这一审查标准后，就应明确区分对个人权利限制的审查标准与对依经营许可证进行限制时的审查标准。但最高裁判所自森林法共有森林分割限制违宪判决以后，在西阵领带事件、香烟零售许可事件、<sup>[49]</sup>农作物互助会入会权事件中，<sup>[50]</sup>引用零售业市场许可制合宪判决，对积极规制仍然适用的是“明白性审查标准”。<sup>[51]</sup>

本文认为，对个人之间权利的限制，与依据营业许可制度对经济活动自由进行的限制是不同的，其区别主要有二：

其一，较之营业许可制度对经济活动自由的限制，个人权利的实现有赖于法律制度。也就是说，若无营业许可制度，权利人即享有从事其经营活动的自由；国家立法取消相关限制措施，权利人即可恢复其自由。但就个人权利或自由而言，即使废除有关限制个人权利或自由的法律规范，权利人的权利并不会自动恢复。例如，在废除森林法规定的持有二分之一以下份额的共有人不享有分割请求权这一条款时，共有人之所以可以行使权利，是因为民法规定了分割请求权及其行使要件和法律效果。再如，大学等教育机构之所以主张消费者合同法第9条第1款规定违宪无效，是因为在该规定因违宪而无效时，教育机构可以根据民法规定享有受领学费之权利。也就是说，废

[46] 参见前田徹生『憲法判例百選』〔第5版〕(有斐閣・2007年)210頁，松本哲治『憲法判例百選』〔第5版〕(有斐閣・2007年)215頁。

[47] 在民事诉讼中，财产权或经济活动自由之合宪性成为争论焦点的案件，主要有：前掲最判昭和35年2月10日判決(农地法第20条规定合宪判决)、最判昭和37年6月6日判決(土地租赁法第4条第1款规定合宪判决)、最判昭和35年6月15日判決(罹灾都市借地借家临时处理法第2条规定合宪判决)、最判昭和55年11月5日判決、最判昭和62年4月22日判決(森林法共有森林分割限制违宪判决)、最判平成14年2月13日判決(证券法内幕交易限制合宪判决)、最判平成15年4月18日判決(证券交易法提供利益行为禁止之规定)、最判平成18年11月27日判決(消费者合同法第9条规定合宪判决)、最判平成21年4月23日判決(建筑物区分所有权法第70条规定合宪判决)。

[48] 参见前掲最判昭和35年2月10日判決、最判昭和37年6月6日判決、最判昭和35年6月15日判決。

[49] 参见最判平成5年6月25日判例時報1475号59頁。原告申请经营香烟零售，但被告财务局根据烟草业法规定的许可制度做出了不予许可的决定。为此，原告以烟草业法规定的经营许可制度违反宪法为由，诉请法院撤销被告的决定。最高裁判所判决：烟草业法及其实施细则所采许可制度不违反宪法，驳回原告诉讼请求。——译者注

[50] 参见最判平成17年4月26日判例タイムズ1898号54頁(农业灾害补偿法第87条农民当然取得农业互助会会员资格之规定合宪判决)。

[51] 参见中村睦男『憲法判例百選』〔第5版〕(有斐閣・2007年)205頁。

除相关限制后,权利人所能享受之“自由”有赖于私法规范。

其二,在民事诉讼中,判断限制权利之私法规范的合宪性和合理性时,往往与无该私法规范时所产生的法律效果相比较,这意味着民事权利规范是审查基本权限制是否违宪的底线。<sup>[52]</sup> 近来,有学者强调应区分自然权利与法定权利,并对后者主张适用基本权内容形成论。本文认为,个人之间法律关系的宪法诉讼是基本权内容形成论的重要组成部分。基本权内容形成论之首倡者小山刚教授在探讨森林法共有森林分割限制违宪判决时,也列举了婚姻自由、契约自由、财产权、继承权等诸多民事权利。<sup>[53]</sup>

## (二) 消费者法及投资者法中的自由

法定权利中的“自由”,其本质不同于宪法上的“自由”。限于篇幅,以下仅以消费者或投资者的权利为研究对象,探讨“自由”之含义。<sup>[54]</sup>

消费者私法的问题范畴可以分为以下五个方面:A. 安全性问题,如《产品责任法》规定的产品安全问题;B. 质量和效用问题,如《住宅质量确保促进法》规定的房屋质量问题;C. 交易形态、缔约过程不当问题,如《特定商事交易法》、《消费者合同法》中的相关规范;D. 消费者信用问题,如《贷款业法》、《分期付款买卖法》中的相关规范;E. 投资交易问题,如《金融产品买卖法》规定的金融产品销售问题。

日本消费者保护法经历了一个曲折的发展过程。上世纪40年代后期,出现了A之安全性和B之品质效用问题。之所以出现此类问题,其社会背景如下:①大量生产、大量销售机制导致市场扩大,②技术革新扩大了经营者与消费者之间存在的信息及知识上的差距。20世纪60年代至80年代中期,C之不正当交易和D之消费者信用,如高利贷、信用卡欺诈,引起了消费者超出其实际需要的交易行为。导致该问题发生的社会背景是:③经营者通过其市场策略刺激大众消费欲望,④社会整体剩余资金的增加,提高了消费者信用。20世纪80年代中期以后,主要是E之投资交易损害问题,也是⑤社会剩余资金向消费者回流的结果。在这里,适合性原则使经营者承担了关注消费者个人具体情况的义务,④及⑤之内容使消费者法也体现出了金融法的性质。

消费者和投资者保护问题的重点,随着从A之安全性和B之品质效用向C之缔约过程及交易形态、D之消费者信用以及E之投资交易发展,法律规范也发生了相应的变化。具体地说,在A之安全性与B之品质和效用问题领域中,重要的是,i 修理或更换缺陷车辆请求权等标的物给付请求权,ii 消费者损害赔偿请求权;在C之缔约过程及交易形态、D之消费者信用以及E之投资交易中,重要的是,ii 之消费者损害赔偿请求权,iii 无条件撤销权、消费者契约法规定的撤销权等消费者摆脱合同束缚的权利,iv 超过法定利息上限部分无效、加重责任条款无效等部分无效

[52] 但对民法规定(如非婚生子女的继承份额之规定)进行违宪审查时,由于民法本身不能成为违宪判断标准,故以民法作为违宪审查标准只不过是一种形式而已,即使在“法定自由”的场合,违宪审查的基础须依据宪法理论。

[53] 山野目章夫·小山刚「民法学からの問題提起と憲法学からの応答」『法律時報』81卷5号10頁(2009年)、小山刚「人権と制度」『岩波講座 憲法2』(岩波講座・2007年)57頁以下。

[54] 以下内容,参见瀨川信久「消費者と民法」『経済法学会年報』29号2頁以下(2008年),瀨川信久著、其木提译:《私法与消费者法——日本立法进展与面临的课题》,载渠涛主编:《中日民商法研究》第九卷,法律出版社2010年版,第53頁以下。

制度。

显而易见，上述法律规范的发展变化有违传统契约自由原则，但这种消费者的“自由”，由来于以经济社会为前提的消费者法。也就是说，民法规范是以 19 世纪的农村居民与都市商人社会为前提的，而消费者法是以二战后的经济高度增长的社会为前提的。正如法国学者 Catala 教授所述，“消费者法是法律之创造物，其肇始于二战后，生产销售的持续发展带动消费从而促进了社会的繁荣发展。只有在这样的文脉下，才能肯定其存在的合理性。”<sup>[55]</sup>由此我们可以将二战后的社会特征概括为以下几点：

第一，大量生产、大量消费，消费与经营生产活动相互依存。大量生产的市场社会，导致陌生人社会的同时，也大大强化了其相互依存关系。其中，最为重要的是，消费者与经营者之间形成的互动关系。也就是说，消费者保护法不仅有利于保护消费者，也有利于经营者，因为经营者可以通过将其所增加之成本转嫁于产品价格，从而进一步为消费者提供保护。英国大多数学者也认为，应分析比较消费者保护之成本与制度效益，论证消费者法存在的合理性。这种见解实际上就是以上述市场经济社会为基础的。

第二，产品责任、无条件撤销权及不当条款无效制度的形成。虽然消费者与经营者之间具有上述相互依存的关系，但在各个消费者与经营者之间存在着“信息、交涉力上的差异”。为了解决这一利益失衡问题，消费者法规定了产品缺陷责任、无条件撤销权以及不当条款无效等制度。然而，消费者法并未打算彻底消除这一差异，因为消费者与经营者之间的信息、交涉力上的差异，既是消费社会的缺点，同时也是消费社会的优点所在。在提供大量且多样化的产品或服务的经济社会中，这一差异不仅可以使经营者保证其产品或服务的质量和安全性以及交易的公平性，也可以节约各个消费者为此而付出的时间成本。

第三，经营者积极实施推销战略，通过授信提高消费者购买力。在二战以后的经济高速增长期，消费者法为了矫正该推销战略和授信所造成的经营者与消费者之间的差异，不仅要求消费交易应基于各个消费者的“自由意思”，还必须符合该消费者的“真正需求”，其最为典型的是信息提供义务、适合性原则、新型无条件撤销权制度。2009 年修订的《特定商交易法》也肯定了针对访问买卖中超量销售而规定的撤销权、解除权制度，这与《贷款业法》禁止超额贷款规定相同，也是为了抑止超出消费者实际需要的交易行为。从传统民法角度而言，这些规范实际上违反自己责任和契约自由原则。不过，须注意的是，强烈要求“真正需求”这一标准的是金融交易领域。在这一领域中，之所以适用“真正需求”标准，与区分单层次和多层次传销相同，或许是因为在不以实物而仅以金钱价值为标的的交易中，很难判断该交易是否符合交易者的实际需要。

第四，社会剩余资金向消费者回流，不仅体现了消费者生活的自主性和依存性，也意味着行为“自由”发生了变化。现今高水准的消费生活，不仅需要拥有不动产或者耐久资产的所有权，还需通过消费资产或接受服务才可以实现。而且，使这种高水准的消费生活变为可能的，乃是因为无产者通过社会剩余资金获取融资，有产者以存款、贷款、投资等方式保有其金融资产，并通过所得利益实现其取得财产或者提供服务的消费生活。然而，由于借款实际上是为当前所需而处分将来所得，贷款或投资须依存于他人的经营活动，因此与拥有不动产或耐久性财产者相比，将面临血本

<sup>[55]</sup> ピェール・カタラ(野澤正充訳)“民法・商法および消費者法”民法改正研究会(代表加藤雅信)《民法改正と世界の民法典》(信山社・2009年)191頁。

无归的风险。与此消费社会相比,在民法中,合同的拘束力并不考虑当事人动机以及社会背景,因为民法是以每个人在衣食住等方面能够自立的社会为前提的。法国学者 Catala 教授所谓“自由民法”之观念,或许就是以这种社会“自由”为前提的。

综上可知,在消费者或投资者保护法中,基于何种“自由”观构建法律规范,是今后宪法学与民法学所面临的共同课题。

#### 四、结语

首先,本文在分析宪法与民法的规范构造,探讨二者关系的基础上,明确了民法与宪法关系论在当今社会的研究意义。二战后的宪法不仅规范国家机关及保障基本权,还涉及个人之间的法律关系及违宪审查权问题。上世纪 90 年代的民法不仅是有关商品交换关系的规范,而且是以权力分立和人格权保护为要素的市民社会中的法律规范。

其次,本文通过概括违宪审查标准从规制目的二分论向基本权内容形成论的发展变化,分析其社会历史背景,阐述了经济活动自由问题,特别是消费者保护、投资者保护法律问题。主要内容有二:其一,国际化强化了经济活动的相互依存性,同时意味着有必要对经济活动自由提供保护。经济活动自由的规范,包括既有法律规范,也包括新法,故其合宪性判断,并非无法律限制状态下的自由问题。其二,随着全球经济一体化的扩大和渗透,违宪审查标准通过宪法对个人关系的效力,或者违宪审查权这一形式,推进了法学的发展。

上述内容足以表明,如何在经济秩序中充实自由之内涵,实乃当今宪法学和民法学所面临的共同课题。

(责任编辑:顾祝轩)