

契约自由之宪法保护的德国经验^{*}

付 瑶

【提 要】契约自由在德国是受到宪法保护的 personal 权利。德国宪法中的社会国家原则、法治国家原则和比例原则是宪法的基本秩序,是对任何单独的宪法条款进行解释的时候必须参照和对应的总的原则。社会国家原则要求契约自由的行使不能与大众福利相违背。法治国家原则、比例原则是对政府治安权的宪法限制,也是司法审查权的宪法基石。在德国宪法中,契约自由的宪法保护有坚实的基础,有宪法文本作为依据,同时与宪法基本精神一脉相承。

【关键词】契约自由 宪法保护 德国宪法

【中图分类号】DF2 【文献标识码】A 【文章编号】1000-2952(2012)04-0055-05

一、德国民法语境之下的 契约自由

契约自由是德国民法的基本原则之一。^①在德国民法的语境下,所谓的契约自由是指公民个人通过签订契约对个人生活进行管理的权利。具体来说,契约自由包括缔结契约的自由、选择契约对象即当事人的自由、确定契约内容和契约形式的自由、终止契约的自由。契约自由是个人自治原则的最重要表现形式之一。个人可以按照自由意愿和个人喜好来决定和管理自己的个人事务,个人仅对自己的决定负责,而产生的结果对自己有约束力。从另一个角度来说,契约自由意味着个人不受外界的干涉,主要是来自政府(立法和行政部门)的干涉。契约自由概念的产生和发展与对政府干涉的禁止和控制密不可分。随着社会的发展,契约自由受到的合理性限制越来越多。在德国民法中契约自由并非绝对,要受到明文的法律限制。比如,德国民法典中规定了对非法契约的一般性禁止(BGB 134)和对契约不得破坏道德规范的规定(BGB 138)。^②

契约自由在德国已经得到普遍的承认,并成为早期和垄断资本主义时期经济发展的特殊工具。^③市场竞争和契约自由带来的不仅仅是经济的发展,还不

可避免地产生了大规模的童工雇佣、超长的工作时间、奴役制的工作条件、低于最低生活标准的工资水平以及工资的非现金支付等等问题。^④从19世纪中叶之前的普鲁士时代国家已经开始注意到了这些问题,并且已经开始对契约自由进行了种种限制性规定。^⑤因此,有学者认为“衡量契约自由首先是民法,而不是宪法的任务”。^⑥

二、契约自由作为宪法基本权利

契约自由的概念源于私法领域,是宪法法律与民法

^{*} 本文得到教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“中华法制文明的传承与创新”资助,项目批准号10JZD0028。

① 德国民法的基本原则包括公民私有财产权不受限制、契约自由以及过失责任。

② <http://www.rechtswoerterbuch.de/recht/v/vertragsfreiheit>. 10-03-10.

③④⑤ Baeuerle, Michael. Vertragsfreiheit und Grundgesetz (2001), pp. 115, 115, 115.

⑥ Huber, Hans. Die Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin Walter De Gruyter & Co. (1966), p. 19.

之间的连接点。^① 契约自由作为宪法权利得到保护始于19世纪末的美国。当时的美国联邦最高法院通过对宪法第14和第5修正案法律正当程序条款的解读将契约自由引入宪法保护的领域。^② 此后四十年间(1897年~1937年),契约自由成为美国联邦宪法保护的个人基本权利之一。而这短时期则被称为美国最高法院历史上著名的“洛克纳时代”。^③ 在“洛克纳时代”的宪法语境之下,契约自由主要指的是劳动和雇佣契约的双方(即雇主和工人之间)就劳动条件、工作时间和劳动报酬等方面的内容订立契约条款、签订雇佣契约的自由权利;契约双方拒绝订立契约的自由(在这个方面雇主与工人有平等的权利);从事合法商业活动或从事合法职业的自由。除非在法律明确规定的特殊情况之下,这些自由权利一般不受政府干涉。

在“洛克纳时代”,美国联邦最高法院涉及契约自由宪法权利保护的主要判决大多数是对州和联邦经济立法的司法审查。州和联邦政府试图通过此类经济法案对经济活动进行规制。而实际的效果是,雇主一方的权利往往受到限制,而受雇佣的利益得到了法律的保护。法院对契约自由宪法权利的承认和保护就意味着对受到宪法挑战的州或联邦立法采取较为严格的审查方式。因此,契约自由的宪法保护从一开始就饱受争议与诟病。这种争议不仅来自州或联邦立法机构和政府,同时也经常在医院内部造成分歧。联邦最高法院九位大法官在这段时间内经常出现5比4的极端分裂的投票结果。

围绕契约自由宪法保护产生的争议主要源于最高法院对于宪法文本中没有明文规定的一项经济权利的宪法保护。如果契约自由可以通过最高法院大法官对宪法某些条文的解读进入宪法保护领域,那么是否意味着其它许多宪法没有明文保护的个人的权利也同样有机会得到宪法保护?事实上,在“洛克纳时代”的许多联邦最高法院的大法官——尤其是那些经常在涉及契约自由宪法保护判决中投下反对票的大法官——虽然承认契约自由的宪法地位,但是对宪法条文被宽泛解读的趋势忧心忡忡。

美国联邦最高法院对契约自由的宪法保护并非绝对。1905年的洛克纳案是契约自由理论正式走上最高法院舞台的开始。多数派大法官在意见书中正式承认契约自由作为宪法保护的基本权利的地位,同时承认契约自由并非绝对,可以受到治安权的限制。前提是州或联邦立法机构对治安权的正当行使。契约自由作为宪法权利并没有宪法文本的明文授权,而州与联邦政府的治安权也并非与生俱来。契约自由与治安权之间本质上是“权利”与“权力”的角力。在这场角力中,联邦最高法院通过对联邦宪法的解释扮演着重要的角色。“洛克纳时代”结束之后,契约自由作为宪法权利逐渐淡出宪法舞

台。联邦最高法院开始把视线从经济权利领域转向个人公民权利的保护,进而发展出了一系列新的宪政理论。

三、德国宪法对契约自由权利的保护

契约自由的宪法保护并非美国联邦最高法院的专利。德国联邦宪法法院对契约自由的宪法保护可以追溯到1919年的魏玛宪法。^④ 与美国联邦最高法院在“洛克纳时代”依靠宪法解释将契约自由引入宪法保护的做法不同,1919年的魏玛宪法在第152条中明确提及了契约自由的原则。秉承魏玛宪法的传统,1949年的德国基本法,即德国宪法,也对契约自由权利进行了保护。但是这种保护并非在宪法文本中明文规定的,而是从德国宪法第2条第1款保护的“一般行为自由”中引申出来的。除了第2条第1款之外,德国宪法中的第9条、第12条和14条也被认为与契约自由原则关系密切。有了魏玛宪法文本的明文规定作为基础,加上后来德国联邦宪法法院根据基本法条文做出的宪法判决,契约自由的宪法保护在德国没有遇到像美国那么多的争议和诟病。与美国联邦最高法院在“洛克纳时代”发展出的契约自由理论类似,德国联邦宪法法院也是通过1957年和1958年的两个标志性的判决,正式确立了契约自由在德国基本法上的地位。

1. 1957年埃尔菲斯判决(护照案)

埃尔菲斯是原北莱茵-威斯特法伦州州议员。由于反对西德政府的涉及国防和两德统一方面的政策,政府拒绝为他签发出境护照。他认为政府的做法违反了宪法第2条第1款的有关规定,是对自己“发展个性的自由权利”的剥夺,要求判定政府行为所依据的1952年的《护照法》违宪无效。德国联邦宪法法院驳回了上诉人的请求,认为1952年的《护照法》没有违反宪法,其

① Huber, Hans. Die Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin Walter De Gruyter & Co. (1966), p. 1. 在这本书中作者认为宪法法律与私法通过许多连接点相互连通,就像人体的不同部位的关节一样。有的是旋转连接,有的是铰链连接,有的是球体连接,有的则是平底连接。

② 1897年的奥尔盖耶案中,佩卡姆大法官第一次对宪法第14修正案正当程序条款中的“自由”进行了解释。

③ “洛克纳时代”始于1897年的“奥尔盖耶诉路易斯安那州案”(165 U.S. 578),最高法院在此案中第一次使用宪法第14修正案的正当程序条款保护契约自由,宣布州法违宪。1937年的“西滨旅馆案”(West Coast Hotel Co. v. Parrish)标志着洛克纳时代的终结,最高法院认定最低工资的法案并不违反宪法正当程序条款。

④ 即 Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, RGBL. S. 1383, 也称作 WRV。

关于“必须对危害国家内外安全的护照申请人拒绝发放护照”^①的规定是符合宪法的。

宪法法院认为宪法保护的个性的自由发展不能仅仅局限在发展个人性格这个中心领域，因为（个性发展）基本上仅仅关系到个人作为精神和道德个体的核心范围，这个核心范围过于狭隘。宪法法院的大法官认为宪法文本之所以采用“个性自由发展”这样的措辞主要是考虑到宪法文本的语言而不是对法律问题的考量结果。关于这一条款的最初提议的版本是“每个人都有做自己想要做的事情的自由”。^②德国宪法文本的第一部分类似一个基本权利的列举，而第2条第1款对“个性发展自由”的保护通过宪法法院的解释已经事实上具备了无所不包的潜力和可能。也就是说政府对公民的任何立法负担都可能因为违反此条款而成为对公民宪法基本权利的侵犯。德国宪法法院对宪法第2条第1款的宽泛解读不免让我们联想到美国最高法院在“洛克纳时代”对宪法第5和第14修正案中保护的“自由”的扩大解释。在“洛克纳时代”最高法院的大法官也是从宪法修正案保护的“自由”出发，认为契约自由也包含在宪法保护的“自由”范围之内。如果说美国联邦最高法院对于契约自由的宪法保护开始于1897年的奥尔盖耶案，那么1957年的埃尔菲斯案则预示着契约自由也将成为德国宪法保护的自由权利。

2. 1958年“价格法案”判决^③

1958年德国宪法法院的“价格法案”判决从实质上开始了对契约自由的宪法保护与限制。这个判决维持了始于1948年的过渡性价格调控立法的合宪性，同时认可了下级州法院和联邦行政法院对契约自由宪法保护的观点，即宪法第2条第1款所保护的“一般行为自由”包括对契约自由的保护（包括限制）。

德国联邦宪法法院在“价格法案”判决中维持了受到宪法挑战的过渡性价格管制立法，但是同时承认契约自由是受宪法第2条第1款保护的个人的基本自由权利。宪法法院也指出定价自由即使不算是契约自由的核心，也是契约自由的实质方面之一。对契约自由的限制严格控制宪法明确提及的那些限制条件的范围之内。宪法法院同时也承认，对价格的控制和规范性立法涉及到了契约自由的实质内容（如果不是核心内容的话），“定价权利毫无疑问是契约自由的一个实质内容，（失去了定价权）契约自由也就失去了意义。”

宪法法院同时指出，宪法第2条第1款所保护的个人的自由权利并不意味着个人自治完全不受干涉，而是需要政府积极的保护作为前提。这个观点听上去并不陌生。在1937年的西滨旅馆案^④中，美国联邦最高法院的大法官休斯表达了类似的想法，认为契约自由并非绝对。在德国宪法判决中，契约自由并非个人的自然权

利，而是政府保护之下才能享有的自由，是必须通过立法者之手才产生的基本权利。

四、契约自由与德国宪法原则

1. 社会国家原则

德国宪法第20条列举了一系列宪法基本原则，明确指出这个国家的一些基础性特点。与宪法第1条对个人尊严的保护条款一样，宪法第20条规定的这些国家基本原则同时受到宪法第79条第3款的保护，不得以任何方式（包括宪法修正案）做出任何修改。宪法第20条第1款宣布德意志联邦共和国是一个“民主的和社会的联邦国家”，国家的全部权力来自于人民。因此，宪法第20条也被认为是德国宪法社会国家原则的来源。对基本原则条款不得更改的保证显然是吸取了魏玛宪法在此方面的教训。社会国家的原则作为宪法基本原则的地位稳定而不可动摇。虽然从宪法法院的判决历史来看，社会国家的条款本身没能成为司法审查的独立基础，但是这一原则和其他宪法权利保护条款的合作从未间断，对契约自由权利的保护问题上亦是如此。

社会国家的原则在德国宪法历史上并没有先例，作为总的宪法原则第一次出现在1949年的基本法中。所谓的社会国家原则意味着一个国家不仅要调整个人与个人之间的关系和保护个体免受政府侵犯，还应该能够为了促进公共福利对个人提供积极性的保护。^⑤世界上大多数成文宪法都有类似的宣誓。例如美国宪法序言中对一般性福利的促进，法国宪法中对公共教育体系和公共救济体系的规定。1919年魏玛宪法中也有类似的条款。但是大多数这样的条款都因为没有具体实施的宪法明文规定而无法保证其效力。也就是说这些所谓的“社会权利”在宪法实施中已经不属于实质性的宪法权利了。这些权利仅仅是纲领性的原则，其执行和具体范围依靠具体的立法法案。^⑥

与下面将要提到的法治国家原则相比，社会国家原

① Paßgesetzes vom 4. März 1952.

② Currie, David P. The Constitution of the Federal Republic of Germany, p. 316.

③ BverfGE 8, 274.

④ West Coast Hotel Co. v. Parrish 300 U. S. 379 (1937).

⑤ Currie, David P. The Constitution of the Federal Republic of Germany, p. 21. 参见 Baron de Montesquieu, Spirit of Laws, bk. XXIII, ch. XXVI, at 514 (Thomas Nugent ed. 1900) (first published in 1748), 孟德斯鸠认为国家要对每个公民负责，为他们提供一定的生活条件，适当的营养，方便的衣服，以及一种健康的生活。

⑥ Constitution tit. Ier. France 1791. 还可以对比德国宪法第6条第4款和魏玛宪法第119条的规定。

则还没有单独被用来推翻立法法案或政府行为。但是,这并不意味着社会国家的宪法原则已经成为一纸空文。首先,这个条款规定了立法机构和行政机构有责任去积极促进公众福利。其次,法院一般不支持个人以社会国家原则为由挑战立法法案的合宪性,但是在判决中仍然会依赖社会国家原则维持限制个人自由的法案。社会国家原则与契约自由保护之间关系紧密。契约自由是受到德国宪法明确保护的个人的基本权利。但是所谓的契约自由并非独立的基本权利或者功能。契约自由保护可以包括不同的基本权利的保护和不同的基本权利功能的实现。^①而这些基本权利的保护和基本权利功能的实现都要首先以社会国家原则作为前提。

2. 法治国家原则

德国宪法语境之下的法治国家原则具体体现在宪法第20条第3款的规定中:“立法应遵循宪法秩序,行政和司法应遵守正式法律和其他法律规范。”^②但是,法治国家的原则所包含的内容应该不仅仅局限在这一个条款的规定中。也有宪法评论人士认为德国宪法的法治国家原则实际上是包括了对立法和行政的司法审查权。这也就意味着即使立法和行政行为没有违反具体的宪法条款,也会以违反法治国家原则而宣布违宪无效。与上面提到的社会国家原则相比,德国宪法中的法治国家原则的效力更强,甚至可以单独成为推翻立法法案的理由。

宪法第20条第1款中还规定,国家权力的行使必须通过选举和投票进行,必须通过特别的机构包括立法、行政和司法机关来行使;立法机构必须在宪法秩序之内行使立法权,其他机构必须遵守法律和法规(或者法律和正义)。^③有学者认为宪法第20条作为一个整体体现了宪法的法治原则。但是联邦宪法法院在1970年的一个判决中明确否认了这样的说法。^④

1957年的埃尔菲斯案中宪法法院明确指出与宪法秩序相符合的法律也要符合法治国家的原则。上一小节中讨论的社会国家原则本身在宪法法院的历史上从来没有成为推翻立法法案和政府行为或者不作为的理由。而与此形成鲜明反差的是法治国家原则。这个原则赋予了宪法第2条第1款更强大的效力。即使在没有特别的宪法条款禁止的情况下,法治国家原则本身也可以用来作为对个人自由的合法限制。更加重要的是德国宪法的法治国家原则之中包含了一个非常普遍的比例原则。

3. 比例原则

比例原则^⑤是德国宪法法治国家原则的内容之一,同时也是德国宪法最有特色的原则之一。这一原则可以追溯到18世纪末的《普鲁士邦法》的一个条款。^⑥在这个条款中行政机构对治安权的行使受到限制,特别是在立法和行政机构企图对个人基本权利进行干涉的情况

下。因为有了这样的历史传统和渊源,德国宪法的比例原则实质上是对立法机构和行政机构行为和权力的限制,也就是对政府所谓治安权行使的限制。这种限制在德国宪法中是被明确承认和规定的,而不仅仅依赖于司法机构对立法和行政行为做出是否合宪的判决。在美国宪法中没有与德国宪法中比例原则相对应的规定。在“洛克纳时代”联邦最高法院对经济立法进行严格的司法审查因为缺乏明确的宪法授权而带来消极后果,同时也造成司法裁决的前后不一和反复无常。随着“洛克纳时代”的结束,治安权最终在经济领域取得全胜,至此之后没有受到任何实质性的挑战。

简而言之,德国宪法的比例原则要求即使立法机构得到明确的宪法授权对个人基本权利进行干涉或者禁止,这种限制也应该是合理的。^⑦在德国宪法理论中,比例原则也被称为是“对限制的限制”。^⑧前一个限制是指宪法中对基本权利行使的限制性规定,而后一个限制则是指立法机构在对个人基本权利进行立法限制的过程中要遵守的界限。具体来说,德国宪法的比例原则包括了三个组成部分和要求:立法限制对于立法目标来说必须是适当的,立法手段对达到立法目标来说是必须的,立法手段产生的负担不能过度。^⑨其中第三个要求也被称为狭义上的比例原则。比例原则也被称为“禁止过度手段原则”,即对过分干预性立法手段和立法干涉的禁止。不论采取何种说法,比例原则都意味着立法机构和政府必须在可以选择的范围内采取最少负担的方式来达到立法和行政目标,也被称为“选择最温和的方式的原则”。^⑩

① Bäuerle, Michael. Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden (2000), p. 413.

② Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

③ 原文是“Gesetz und Recht”, Recht可以是“法规”,也可以是“正义”的意思,因此这个文本表述也可以有不同的理解,而且两种解释的内涵有很大的不同。

④ 参见 BVerfGE 30, 1. 24—25, 对于法治国家原则的讨论可以参见 Kunig, Philip. Das Rechtsstaatsprinzip 49—110 (1986) .

⑤ 比例原则也被称为 Proportionalität, Angemessenheit, 或 Zumutbarkeit.

⑥ Allgemeines Landrecht fuer die Preussischen Staaten, pt. II, tit. 17, § 10.

⑦ BVerfGE 30, 1 [20] (1970) .

⑧ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II (23. Auflage), p. 90.

⑨ BVerfGE 78, 232 [245—47] (1988) .

⑩ Currie, David P. The Constitution of the Federal Republic of Germany, p. 11.

比例原则要求立法机构即使得到明确的宪法授权对个人自由进行限制也必须对立法限制采取的手段进行审慎的斟酌和考虑。从严格的司法审查的角度来说这也就意味着即使立法机构得到立法授权其立法法案还是可能因为立法手段不合适而被司法机构宣布违宪。

正如美国宪法史上的“洛克纳时代”那样，德国宪法法院还是维持了大多数受到宪法挑战的立法法案的合宪性。在上文提到的两个案件，也就是1957年的埃尔菲斯案和1958年的价格法案判决中宪法法院维持了两个受到宪法挑战的立法的合宪性。在第一个案件中，宪法法院认定保卫国家安全可以成为限制颁发护照的合法理由；在第二个案件中过渡性价格立法因为特定时期的社会需要也具有合理性。但是，立法机构的很多立法和政府对个人自由的限制还是因为违反了宪法的比例原则而被宣布违宪。例如，宪法法院裁定州立法机构不能禁止提供搭车服务的中介机构的服务，^①在出庭前被监禁的嫌疑人有权使用打字机。^②上面这些被宣布违宪的立法禁止并非缺少立法授权，而是在有合理立法动机的情况下采取了过度的立法方式或措施，对个人自由造成了过度的干涉或限制。如果说德国宪法第2条第1款是德国宪法中的“实质性正当程序”条款的话，那么比例原则无疑是个人自由有力的捍卫者。

五、结语

德国现行宪法也称基本法于1949年5月23日正式生效。这部战后宪法以一个基本权利法案开始。这样的安排可能也意在强调个人权利，而避免像美国宪法那样将权利法案作为宪法修正案附加在宪法正文后面。契约自由的权利在德国受到宪法保护的同时，也在同一宪法条款中规定了对这个自由的限制。同时，德国宪法中的社会国家原则、法治国家原则、比例原则是宪法的基本秩序，是对任何单独的宪法条款进行解释的时候必须参照和对应的总的原则。对契约自由的宪法保护当然也不能例外。这

些宪法原则要求契约自由不能作为个人与生俱来的权利存在，而是在必要的情况下可以受到立法合理的干涉。

与美国宪法不同，德国宪法明确确认了司法审查权力。在德国，司法审查权力毋庸置疑，并且由专门的宪法法院来主要行使这项权力。^③也有学者认为德国宪法法院实际上享有对司法审查权的垄断地位。这种垄断地位和对立法机构立法法案的“抽象审查”^④权力也体现了司法机构对立法机构的尊重，同时增加了司法判决的合法性，有助于提高司法威信和减少不一致的司法判决几率。德国宪法第19条第4款保障了司法机构对政府行政机构行为的司法审查权，以此来保障个人宪法权利不受政府干涉和侵犯。^⑤

德国的司法审查经验似乎让人多多少少会联想到美国宪法史上的“洛克纳时代”。但是，与“洛克纳时代”不同的是，德国的宪法法院和大法官虽然行使着广泛的司法审查权力却很少对那些符合民意和时代潮流的有争议性的改革尝试进行阻拦。^⑥毕竟契约自由不应该仅是契约的自由，而应该是人的自由。也许这正是德国宪法司法审查可以给我们最有价值的经验和启示。

本文作者：中国政法大学外国语学院讲师、法学博士
责任编辑：赵 俊

① BverfGE17, 306, [313-18] (1964) .

② BverfGE35, 5, [9-11] (1973) .

③ 比较魏玛宪法时期，市级法院有权力对国会通过的立法进行合宪性审查。

④ 关于“抽象审查”的其他评论参见 Currie, David P. The Constitution of the Federal Republic of Germany, pp. 168-169.

⑤ 德国宪法第19条第4款规定：“任何人的权利如果受到公权力的侵犯，司法救济的途径对他开放。”

⑥ Currie, David P. The Constitution of the Federal Republic of Germany, p. 338.

Liberty of Contract as a Constitutional Right in German Basic Law

Fu Yao

Abstract: Liberty of Contract in Germany is an individual right guaranteed by its Constitution. The principles of social state, rule of law and proportionality form a basic constitutional order, which are regarded as overall guiding rules for interpretation of any single constitutional clause. The principle of social state emphasizes the liberty of contract cannot infringe on public welfare, while the principles of rule of law and proportionality are restrictions to policing power of the government, which are also the constitutional foundations of judicial review. In German constitutional interpretation, the constitutional protection for liberty of contract is based on constitution, which is consistent with the basic spirit of German Basic Law.

Key words: liberty of contract; constitutional protection; German constitution