

南湖法学文库



On the Constitutional Foundation of
—— Freedom of Contract ——

契约自由的宪法基础研究

江登琴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



南湖法学文库

契约自由的宪法基础研究

江登玲 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

契约自由的宪法基础研究/江登琴著. —北京:北京大学出版社, 2011. 5
(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18747 - 0

I. ①契… II. ①江… III. ①宪法 - 法的理论 - 研究 ②契约法 - 研究 IV. ①D911.01 ②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 055899 号

书 名: 契约自由的宪法基础研究

著作责任者: 江登琴 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18747 - 0/D · 2831

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 16.75 印张 240 千字

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神,中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,作出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积攒了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南

学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研习,甘于寂寞,同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍为中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5到6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新作出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2010年12月1日

序

宪法与民法关系在中国的发展经过了“1949 年以前的陌生阶段”、“1949—1985 年的母子阶段”后进入到 20 世纪 90 年代后的“分化”阶段。1978 年改革开放以来,特别是 1982 年宪法颁布实施后,由于传统上高度集中的计划经济体制逐渐被社会主义市场经济体制所替代,社会个体被压抑了几十年的自主性得到释放,在潜意识上要求合理地划分公私领域、国家与社会领域,保障个人私域成为内在的权利诉求。在这种背景下,法学界,尤其是民法学界,有学者重新提出公法与私法的划分。在公法与私法划分的价值重新得到肯定之后,民法学者努力寻求弘扬私权,论证私法(民法)的自主地位,并试图使民法与宪法保持一定的“距离”,同时出现了一种越来越刻意地追求所谓纯粹的民法价值的现象,对宪法在民法领域的价值保持不必要的警戒。部分民法学者提出了“民法优位论”和“宪法民法同位论”等学术主张。2000 年以后法理学者和宪法学者也开始关注宪法与民法关系问题的研究,并通过各种学术讨论会探讨宪法中的民法问题、民法中的宪法问题,力求建立平等学术对话的平台。而宪法与契约自由是民法与宪法关系中争论最大、学术脉

络最复杂的难题,虽然学术界做了一些研究,但总体上体系化的成果并不多见,许多研究领域仍属于空白。

由于受传统民法学理论的影响,一谈及“契约自由”,人们自然把它理解为民法的一个基本原则,属于民法学的研究范畴,但对契约自由背后与内涵中的宪政价值则缺乏必要的学术思考与关注。从本质上而言,契约自由的保护与限制、契约自由与国家管制的关系以及契约自由实现的重要内容,不能仅仅局限于民法学体系内部,需要在整个法律体系中进行全面综合的研究。江登琴博士的专著《契约自由的宪法基础研究》,即是打破了这种学科专业研究限制,另辟蹊径,从宪法学的角度研究契约自由,不仅拓展了研究领域,同时为未来研究这一课题提供了有益的研究视角与基础。因此,从选题和研究思路上看,该书的出版是有意义的。

作者在本书中从价值、规范与知识体系的角度,论证了契约自由是宪法的价值内核之一,认为契约自由作为自由的一种具体表现形式,关乎人性的尊严,是宪法的人权价值在民法领域的具体化,赋予契约自由浓厚的人文色彩与社会共同体意识。在两者知识体系中,作者在坚持宪法价值的学术立场的同时,也保持着适度的知识开放性,认为契约自由不仅是一项民法原则,在本质上是宪法所保障的权利和自由,契约自由的实现有赖于宪法作为基础的支持与保障。作者得出的学术判断基于系统的学术梳理和规范价值的客观立场,对在我国目前公法与私法二元划分的格局中,合理地厘清契约自由的价值,明确契约自由实现的宪法基础,具有一定的新意。

从宪法学角度研究契约自由需要研究视角和路径的合理转换,否则也会陷入历史与现实、价值与事实之间的矛盾。围绕两者关系所出现的学术争议并不是两个学科之争,而是宪法规定的基本权利在民事领域如何实现的问题。作者从宪法立场出发,充分尊重不同学科知识体系的自主性,对契约自由的保护限制进行分析,这种跨学科、综合的研究视角是非常重要的。其实,在博士生论文写作阶段,作者面临过知识体系自主性与宪法价值之间的冲突或者困惑。为了解决难题,作者花很多时间收集资料,系统地进行学术梳理,力求为学术论证提供有说服力的依据。比如,作者在开篇即对我国

研究宪法与契约自由的现实背景、国外宪法与契约自由研究的成果及其趋势、国内进行相关研究的研究进展以及发展方向等问题,都进行了系统地介绍。这不仅是对前人研究成果和前沿状况的全面总结和回顾,而且也是作者进行学术研究的基础。

一篇好的博士学位论文要围绕一个命题展开,不能面面俱到。宪法与契约关系涉及的问题比较多,如果仅从宏观上进行研究,很难保证研究的深度。本书作者以宪法学的学术立场,从国家与公民之间的关系入手,分析研究契约自由的宪法基础问题。这是贯穿始终的学术命题,既保持研究主题的具体性,也保证学术论证的深度。作者认为,从宪法学的角度探讨契约自由,重点并不在于宪法是否拘束私人之间契约关系的问题,而是在坚持宪法规范国家与公民之间关系这一基本前提下,探讨契约自由的行使对于公民基本权利的意义及影响、为实现契约自由国家所应履行的保护义务以及在此基础上对保护义务及其界限的判断——违宪审查等根本性的问题。作者在分析框架中,摆脱了传统的认识宪法与契约自由关系的非此即彼的观点,提出尽管现代社会的发展使得宪法对于契约自由的影响越来越大,契约自由无法摆脱宪法价值的影响而独立实现,但宪法对于契约自由的影响在国家与公民之间关系的传统宪法理论之下,仍然是“潜在而缓慢的”。同时,作者也明确提出,强调宪法价值并不妨碍契约自由的实现,而有利于在宪政背景下充分实现契约自由的价值。

作者在本书中,始终秉持问题意识,关注中国现实,并试图以法学理论来认识分析当前的问题。在对契约自由的保护与限制进行了理论分析的基础上,作者也密切关注了当前出现的小区规约、代孕契约——这些较为新兴且需加以规制的契约,并进行了一定的分析探讨,从而为现代城市建设、生殖技术的发展以及信息社会对契约自由的影响提供了类型化分析的视角。

探讨契约自由的宪法基础,在本质上会涉及到宪法与民法之间关系这一问题。因此,探讨这一学术命题有难度的,尽管作者做了学术努力,但也留下了还没有解决的学术问题,需要在知识积累的基础上进一步思考与研究。如本书对宪法与民法相互关系演变的研究过于单项化,在一定程度上

削弱了论证的效果和结论的说服力,还需从制定法秩序与习惯法规则之间的衔接与协调等方面进行深入探讨。同时,书中对民法学中契约自由的研究成果借鉴较多,值得肯定,但对于经济法学、劳动法学等相关学科中关于新类型契约形式、契约的自我限制和约束、契约规制的理论基础等研究成果的借鉴吸收则有所不够。另外,比较分析是本书作者关注的问题和研究方法,作者不仅参照了日本、德国、美国对契约自由和基本权利保护的相关理论,并通过案例对契约自由的宪法解释予以分析。但作者没有充分关注判例的典型性和相关国家最新理论发展动态,在资料的选择方面由于采用一些二手资料,其理论命题的准确把握方面仍存在一些不足。希望作者在将来的进一步研究中予以关注和完善。

江登琴在攻读博士学位期间便对研究宪法与契约自由表现出浓厚的兴趣,以此为主题拟定了她的博士研读计划,并根据研究方向,刻苦钻研学术,追求学术理想。经过三年的系统的学习与研究,顺利地完成了博士学位论文。论文的评阅和答辩教授对她的论文给予了较高的评价。现在她的著作付梓,作为她的指导老师,我感到由衷的高兴,特为序。期待她在今后的学术研究中继续努力,更上一层楼。

中国人民大学法学院教授 韩大元
2011年1月

目 录

导 论 / 1

第 1 章 契约自由基本范畴研究 / 24

- 1.1 基本范畴之一：“契约” / 24
- 1.2 基本范畴之二：“自由” / 38
- 1.3 基本范畴之三：“契约自由” / 48

第 2 章 契约自由与宪法的历史变迁 / 54

- 2.1 从近代到现代：民法与契约自由历史变迁的纵向分析 / 54
- 2.2 从近代到现代：契约自由历史变迁的横向比较 / 61
- 2.3 从近代到现代：契约自由与宪法的变迁 / 72

第3章 契约自由与基本权利 / 82

- 3.1 现代宪法中的契约自由 / 82
- 3.2 民法与宪法的关系 / 95
- 3.3 契约自由与基本权利的关系 / 105

第4章 契约自由与国家的保护义务(一) / 119

- 4.1 契约自由与立法机关的保护义务 / 120
- 4.2 契约自由与司法机关的保护义务 / 144
- 4.3 违宪审查机关保护契约自由的基本理论 / 147

第5章 契约自由与国家的保护义务(二) / 170

- 5.1 契约自由立法的违宪审查实践:以美国“契约义务”条款为例 / 170
- 5.2 契约自由司法的违宪审查实践:以德国宪法诉愿制度为例 / 192

第6章 当代契约自由与宪法的发展 / 204

- 6.1 保护与限制:20世纪契约自由的发展 / 204
- 6.2 小荷初露? ——21世纪契约自由的发展 / 213
- 6.3 山雨欲来? ——宪法影响下的契约自由 / 223
- 6.4 契约自由与宪法关系在我国的课题 / 229

主要参考文献 / 241

后 记 / 256

导 论

“契约自由的宪法基础研究”，从本书题目上便不难看出，这是从宪法的角度对“契约自由”进行思考与分析。对于这个被传统视为民法基本原则的问题，从宪法学角度进行研究的正当性、必要性与可能性何在？这不仅需要对其在民法中的地位、功能及内容有整体把握，而且也需深谙从宪法学角度与从民法学角度在研究视角、研究重点上的差异与统一。站在民法学角度之外的考察与思考，固然可以因角度的转换克服“不识庐山真面，只缘身在此山”所带来的诸多困惑，但也由此会因欠缺民法体系内的深入研究而导致“自说自话”的“一家之言”。当然，契约自由在民法体系内如何发展与完善，也并非本书研究的本意与重点。从宪法的角度，阐述契约自由对于公民基本权利的意义及影响，考察为实现契约自由国家所应履行的保护义务以及在此基础上违宪审查实践中对保护义务及其界限的判断，则是本书的核心与关键。这一研究的展开，则以对我国当前研究契约自由与宪法、国外研究契约自由与宪法的成果的全面梳理与分析为基础。

一、我国研究契约自由与宪法的现实背景：“冷却”与“热烈”的交织

我国研究契约自由与宪法的背景,一方面因研究主题所致要对民法学领域中研究契约自由的成果做一全面的梳理,另一方面受研究视角影响也需对宪法学领域中对相关问题的研究进行系统的考察。而在进行这一梳理考察的过程中,却发现两个领域中所呈现的完全不同的景象,这主要表现为一组“冷却”与“热烈”的鲜明对比:“冷却”的是,基于当前民事立法及实践中的问题,较之民法学者对物权、侵权等相关问题的高度关注,对契约自由的理论研究随着契约自由立法及其实践的日臻成熟,已不再是其关注与研究的重点;“热烈”的是,基于社会发展与现实需求,明确民法与宪法的功能分工与合作、实现民法倡导的私法自治与宪法作用的协调,真正发挥宪法“最高法”的效力与影响,宪法学者的研究方兴未艾。

(一) 渐趋“冷却”的话题:民法学领域内的契约自由

在我国,对“契约自由”^①的系统研究,始于我国建立发展社会主义市场经济体制的时期,并在《合同法》起草出台的前后一段时期一度达到了高潮。^②其中,围绕契约自由的演变和发展、契约自由的内涵、我国契约自由观念的发展、我国合同法中的契约自由、契约自由的法律规制等方面的问题进行了系统研究,并取得了丰硕成果。(1) 契约自由的历史演变。兴起于19世纪的契约自由有着特定的历史背景,“西方各国逐渐通过工业革命确立了市场经济体制,为交易的自由进行提供了经济基础;代议制民主政体的建立为契约自由提供了政治上的保障;人文主义的哲学思想、自由主义的经济理论和古典自然法学说为契约自由提供了理论基础。”^③而进入20世纪以来

① 在我国当前,无论是民事立法还是法学研究主要采用的是“合同自由”的表达。其中概念使用上的变化,本书第1章有集中探讨。

② 据初步统计,以我国1999年《合同法》通过前后为界(1997—2001年),围绕“合同法”相关问题进行的研究,便有196篇论文之多(这个结果是在中国期刊网上以“合同法”为关键词、以“核心期刊”为范围进行的大致检索。当然,其中也涉及“核心期刊”的认定、重复研究的排除等技术性的问题)。

③ 苏号朋:《论契约自由兴起的历史背景及其价值》,载《法律科学》1999年第5期。

规范契约自由的契约法,在规范上与哲学基础上都有了重大发展,如对当事人契约责任的加重、立法对不公平契约条款的限制、限制当事人契约责任的相对性等规范性的变化,以及从实证主义哲学向新自然法学与法律现实主义的契约哲学的转变。^① (2) 契约自由对于我国经济发展与法制建设的意义。在我国建立发展社会主义市场经济的过程中,重视契约自由在立法和实践中的运用,对与社会主义市场经济相关的法律体系特别是合同法律制度的完善,以及促进改革开放的发展都有着十分重要的意义。^② (3) 如何处理契约自由与契约正义的关系并进行相应的制度设计。在倡导契约自由的同时,也应注意放任契约自由可能带来的危害,要在构建契约自由的理论基础时进行必要的修正,包括应考虑缔约主体经济地位的相当性、契约应担负相应的社会使命以及契约关系中协同体理念的渗透。^③ 为追求契约正义对契约自由所进行的限制,并不是对契约自由的否定,只是在新的历史条件下为契约自由提供了一种新的道德评价,主要表现在诚实信用原则、强制缔约、定型化契约以及劳动契约社会化等方面。^④ 因此,在本质上契约自由和国家干预是一个问题的两个方面,我国合同法既要坚持契约自由,又要防止契约自由的无限滥用,坚持国家适度干预下的契约自由,只有这样才能使真正的契约自由精神得以实现。^⑤

之所以在这一时期对契约自由的研究如此集中,一方面是我国建立、发展市场经济的客观要求,计划经济体制向市场经济体制的转轨,为在我国倡导并实践契约自由奠定了经济基础,同时也对契约自由的进一步深入研究提出了要求;另一方面则是法律体系完善及相关立法的现实需要,经济体制的转轨需要相应立法的完善,制定一部统一的合同法则是当务之急,而制定

① 从历史变迁角度对 20 世纪契约法发展的系统梳理,可参见傅静坤所著《二十世纪契约法》(法律出版社 1997 年版)一书。

② 参见高子居:《“契约自由”与法制建设》,载《桂海论丛》1994 年第 5 期。

③ 参见卢文道:《论契约自由之流弊》,载《法学》1996 年第 12 期;胡松河、董学立:《契约自由的失衡及其矫正》,载《政法论丛》1999 年第 4 期等。

④ 参见姚新华:《契约自由论》,载《比较法研究》1997 年第 1 期。

⑤ 金健:《契约自由、国家干预与中国合同法》,载《法学评论》1998 年第 6 期。

合同法的现实需求也需要契约自由研究的理论支持。而在《合同法》制定颁布之后,民法学领域中对契约自由的研究也“悄然”发生了研究方向上的转换。较之前期对契约自由在社会经济发展与法制建设中意义的肯定、合同法中制度设计与规范表达的关注,现在的研究则更多地集中在对某一具体类型契约、契约的司法适用与解释等专门性、具体性问题的探讨上。

即使如此,不可否认的客观事实则是,无论在关注程度上还是在研究数量上,较之当前对物权法、侵权法相关法律问题的高度关注与深入研究,我国当前民法学领域对契约自由的研究“热潮”已渐渐消退。^①在笔者看来,导致这种研究方向的转化可能的原因有两个:一是自1999年我国《合同法》制定以来,随着合同立法的完善,合同的实践也逐渐丰富,一般性、理论性的问题已经解决,留下的只是具体条文的解释、适用及其完善的问题;二是在《合同法》制定前后,民法学者已经围绕着合同自由做了大量研究,取得了丰硕成果,再研究契约自由也难有理论上的重大创新与突破。

上述两个理由,以我国民法学领域内研究契约自由的丰硕成果与现实需求来看,是有其充分道理的。但从契约自由的本质与影响来看,作为现代社会的一项基本制度与原则,对其的研究远非穷尽,还有许多尚待研究与论证的课题。当然,这一结论则是针对整个法律体系与法学研究而言的,契约自由的研究不仅仅局限于民法学研究的视角,更需要着眼于整个法律体系内的发展,从国家权力的限制与公民权利的保障的视角予以研究。这种研究领域与视角转换的必要性与现实性,随着支持契约自由的种种社会现实因素的发展变革,也显得日益突出。

从限制国家权力与保障公民权利的视角来探讨契约自由,在我国制定《合同法》的前后一段时期在探讨契约自由与国家干预中也有所触及,但大都是以“契约自由为原则,国家干预为补充”的结论点到为止。究竟这里的“原则”与“补充”的本质区别表现在哪些方面,“补充”的内容、形式及其界

^① 在总结2006年的民法学研究概况时,已有学者明确指出:“由于过去的一年中民事立法和民法学研究的中心集中在物权法,对合同法的研究成果相对较少”。参见王利明、朱岩:《繁荣发展中的中国民法学》,载《中国法学》2007年第1期。

限在哪里,这些关乎契约自由实现的关键问题却少有提及。的确,这些问题不仅是契约自由实现的关键问题,也是宪法学研究的重要课题。值得关注的是,在我国台湾地区,无论是王泽鉴先生的民法总则、民法判例与学说^①,还是苏永钦先生针对当前公私法的变迁与接轨的考察^②,首先都以宪法的基本理论为基础展开其研究,都在一定程度上关注并认识到了宪法对民事立法与司法的影响。受苏教授指导的一名硕士则在2005年学位论文中系统探讨了“著作权法公益面向之宪法基础”,明确了著作权法的内部控制机制与宪法控制之间的关系,“无论立法者如何思考,宪法的规范都更优越地‘作用’在法律中,在宪法不可忍受的时候,法律违宪无效;在宪法可接受的范围,法律的解释也要朝‘更合宪’的方向趋进”^③,宪法对著作权法的立法与解释的影响是如此深远。

(二) 日益“热烈”的话题:宪法学领域内对民法与宪法关系的研究

民法与宪法的关系——宪法是一国法律体系内的最高法,其他法律都必须以宪法为依据,对作为调整平等主体之间民事权利与义务关系的民法^④也是如此,也必须遵循宪法的精神与基本原则,这一点亦是毫无疑问的。然而,这一主题因我国社会现实中出现的种种问题,引起了社会与学界的高度关注与热烈探讨。一方面在理论上,随着市场经济发展民法功能与意义的凸现以及市民社会与政治国家二元理念下“私法自治”的倡导,在调整对象与调整方法上迥异的民法与宪法,二者发生怎样的关联、宪法价值如何影响

① 王泽鉴著:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版;王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第1册至第8册),中国政法大学出版社2005年修订版等。

② 苏永钦教授近年来的研究趋向更是明显,针对当前传统公、私法之间的变化与融合,针对人权发展对民事立法与司法的影响,苏教授不余遗力地在其专著、论文中进行了系统研究。如《走向新世纪的私法自治》(中国政法大学出版社2002年版)、《民事立法与公私法的接轨》(北京大学出版社2006年版)等。

③ 刘昱劭:《著作权法公益面向之宪法基础》,台湾政治大学法律学研究所2005年硕士学位论文,“第五章 我国著作权法之合宪控制体系”,第37页。

④ 民法的表现形式有两种,一种是作为法典化形式的民法典,一种是没有单独的民法典,而是散见于相关的法律之中。我国目前便属于后者。

民法^①；另一方面在立法上，为保障财产权如何明确民法与宪法的功能分工与协作，在物权法的制定中如何发挥宪法作为“依据”的作用，这些问题也都需要进行相应的研究与探讨。^②

针对这些问题，近年来宪法学研究也给予了一定的关注，并由此呈现出理论化、专题化的态势。（1）在民法与宪法关系的理论探讨上，主要是围绕基本权利在私人之间的效力、宪法在司法实践中的运用及效力问题而展开。从宪法效力的结构与基本权利观念发生的变化看，需要肯定基本权利在私人之间关系中的效力，逐步扩大基本权利的效力范围，其理由在于基本权利的观念转变、国家权力社会化的现实、以宪法原则拘束民法原理的宪政实践、宪法裁判制度的功能发挥等方面。但在我国实践中，对基本权利介入私法领域的方式也需进行反思，更多地则是应通过概括性条款的合宪性解释，来促进宪法基本权利规范在私法领域的生效与遵行，以最大限度地保障和实现公民的基本权利。^③（2）在民法与宪法关系的立法实践上，主要是融入私有财产的保护、《物权法》的制定等具体问题之中。这在我国有其特殊的历史与时代背景。对财产权的高度关注，则是在我国2004年对现行《宪法》进行第四次修改的前后。将财产权明确载入宪法，有利于财产权保护法律体系的完善，也对民事经济的发展意义重大。而在《物权法》制定中学者的质疑与国家机关的慎重，更是将《物权法》制定中相关宪法问题摆到了学界与社会公众的面前。这在深层次上反映的是《物权法》制定的宪法依据、

① 在我国，对这一问题研究较早的可见《现代宪法学基本原理》（徐秀义、韩大元主编，中国人民大学出版社2001年版）一书中第20章对宪法学与民法学关系的专门探讨。

② 在对民法与宪法之间关系的关注与研究中，亦不乏从宪法学角度研究契约自由的论文。如中国人民大学举办的“民法学与宪法学的学术对话研讨会”中，由14篇论文汇编成册的论文集中，便有3篇（即郑贤君：《公法价值向私法领域的再渗透——基本权利水平效力与契约自由原则》；熊文钊、郭晋：《基本权利规范对契约自由的限制》以及拙文《契约自由中的基本权利保护问题》）是关于契约自由与基本权利问题的研究。参见《“民法学与宪法学的学术对话”研讨会论文集》（中国人民大学民商事法律科学研究中心、中国人民大学宪政与行政法治研究中心，2006年5月25日）。当然，对这一问题的研究，远远不及对民法与宪法的关系、财产权的保护以及物权法制定等问题的高度关注。这也是笔者在脚注中对此予以说明的原因。

③ 相关研究参见韩大元：《社会变革时期的基本权利效力问题》，载《中国法学》2002年第6期；方立新、徐钢：《论宪法在私法秩序内的意义》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2004年第6期。