

基本权利限制法律保留的中国方案

张 翔

【摘 要】基本权利限制须遵循法律保留原则,在我国理论和实务上已形成共识。但是,如何基于我国宪法各基本权利条款的差异化规定,对法律保留做分层化构造,学界尚无共识。“单纯法律保留—加重法律保留—无法律保留”的分层构造方案,无法简单照搬于我国宪法的独特文本。我国《宪法》第51条作为基本权利限制的概括性条款,排除了“无法律保留”阶层存在的可能性。而“单纯—加重”的两层结构,在我国宪法文本下,同时存在于人身自由、财产权、通信权等权利的内部。应当以我国宪法基本权利章的独特结构和各基本权利条款的具体规定为基础,特别是考量独特的“示例性规定”,构建中国的基本权利限制法律保留的分层方案。在此总体框架下,亦可具体厘清各项基本权利的法律保留类型。同一基本权利下同时存在单纯法律保留和加重法律保留的,尤须详细甄别,厘清边界。此种基本权利限制法律保留的整体和个别方案,将有助于在具体生活情境下对基本权利进行差异化保护。

【关键词】单纯法律保留;加重法律保留;无法律保留;概括性条款;示例性规定

【作者简介】张翔,北京大学法学院教授(北京 100871)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2023.6.80~90

【基金项目】国家社科基金重大项目(23ZDA074)“国家治理现代化背景下保证宪法全面实施制度体系研究”。

中国当下的宪法理论与实务,对于基本权利限制须遵循法律保留原则,即国家公权力对基本权利的限制必须“依照法律”(全国人大及其常委会制定的法律,也被称为“形式法律”或者“狭义法律”),已经形成共识。但是,针对我国宪法对于不同基本权利在限制上的不同规定,如何作出法律保留上的分层化、差异化构造,我国宪法学界还缺乏共识。在比较法上,以单纯法律保留、加重法律保留、无法律保留、宪法保留等为语词表征,已有相当成熟的体系化理论可资参考。但是,我国现行宪法基本权利章的独特结构,以及各基本权利条款的独特规范语句,决定了任何基于他国宪法文本而形成的理论方案都无法被简单移植。本文尝试在《中华人民共和国宪法》这一权威文本下展开基本权利限制法律保留的分层构造,以宪法的文本表述与文本结构、制宪原意、《立

法法》等宪法实施的实践为主要素材,参考宪法学界既有的讨论与学术积累,提出能够有效回应实践需求的中国方案。

一、基本权利限制法律保留原则的确立

学界在讨论基本权利限制问题时,往往会回溯到法国1789年《人权宣言》中的相关规定。^①而《人权宣言》也被认为是基本权利限制的法律保留原则的源头。《人权宣言》第4条规定:“自由是指能从事一切无害于他人的行为;因此,每一个人行使其自然权利,只以保证社会上其他成员能享有相同的权利为限制。此等限制只能以法律决定之”;第5条规定:“法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍……”其意旨,在于强调“天赋”之人权本无限制,只有为了公益(社会中他人的权利)方可例外地被限制。何以“只能以法律”限

制?《人权宣言》第6条规定:“法律是公意的表达。每一个公民皆有权亲自或由其代表去参与法律的制定……”^②也就是说,法律是由人民自己制定,或者由人民的代表制定的,因而法律的限制等于是人民的自我限制。立法机关作为人民的代表机关,自然不会粗暴对待人民的权利,从而得到宪法的信任而得以“法律”的形式来限制基本权利。应该说,从源头上看,将基本权利限制与“法律”关联起来,乃是强调对基本权利的高度保障。

中国的立宪史,从这一法律移植源头开始,经历了“法律限制主义—宪法保障主义—法律保留原则”的多重波折。^③1954年宪法对于基本权利的规定贯彻了一种“宪法保障主义”立场,表现为并不对基本权利作限制性规定。这一做法,也为1975年宪法和1978年宪法所延续。但我国现行宪法,却明确采纳了更为务实的“基本权利可受限制”的观念,这突出体现为彭真在关于《宪法》修改草案的报告中对《宪法》第51条基本权利的概括性条款的理由说明:“世界上从来不存在什么绝对的、不受任何限制的自由和权利。”^④同时,各项基本权利条款中,也出现了“依照法律规定剥夺政治权利的除外”“禁止非法拘禁”“禁止非法搜查”的规定,有的还规定了特定的限制手段、特定的限制理由、主体、程序等。应该说,现行宪法的不同表述,从不同侧面表达了基本权利可被限制的意思。

但是,对如何实现基本权利“不得被任意限制”的权利保障目标,1982年宪法起草过程中的讨论并不充分。在学理上,基本权利条款中的“依照法律”“禁止非法”等表述,是否应当被解释为“仅得以法律限制”(也就是只有全国人大及其常委会制定的形式法律)?这在宪法起草当时亦不明确。基本权利限制法律保留原则的最终确立,有两个决定性因素:其一是《立法法》;其二是学理和实务上的宪法解释。

2000年《立法法》是我国确立基本权利限制法律保留原则的关键节点。2000年《立法法》第8条明确规定“下列事项只能制定法律”,立法说明的表述是“根据宪法规定,总结实践经验,草案着重对只能由全国人大及其常委会立法的事项作了进一步明

确”,^⑤其措辞是法律保留原则的经典表述,并且明确说明是“根据宪法规定”。该条中列举的“政治权利的剥夺”“人身自由的限制”和“非国有财产的征收”,都属于基本权利限制事项。权威解读认为,这些规定是对宪法中基本权利条款的落实:“政治权利的剥夺”来源于《宪法》第34条(选举权和被选举权)、第35条(言论自由)和第41条(批评建议权)。^⑥“人身自由的限制”来源于《宪法》第37条(人身自由)、第38条(人格尊严)、第39条(住宅权)和第40条(通信权)。^⑦“对非国有财产的征收”来源于《宪法》第13条的规定。^⑧也就是说,立法机关作为“第一释宪者”,自觉将宪法中的“依照法律”“禁止非法”等理解为了“只能制定法律”,也就是法律保留。在术语上,权威解读并没有使用“法律保留”这一舶来色彩较重的词汇,而是使用了“全国人大及其常委会专属立法权”的术语,但此“专属”立法权的来源被认为首先是“宪法明确规定了应当由法律规定的事项”,^⑨因此其内涵与法律保留并无二致。

在《立法法》实践先行的背景下,宪法学界也展开了对基本权利限制法律保留的学理建构和规范阐释。林来梵基于比较法上的概括,认为基本权利的保障分为三种类型:法律不得对基本权利加以任意限制(绝对保障模式);法律可对基本权利加以直接有效的限制(相对保障模式);宪法在允许法律限制基本权利的同时保证具有实效性的违宪审查制度。^⑩并认为,由于我国立宪者与立法者在事实上或观念上的同一性,人们普遍信任全国人大及其常委会制定的法律不会剥夺、侵犯公民的基本权利,因此我国采取的是相对保障模式。^⑪而“相对保障模式”又表现为两种方式:“其一是宪法权利的具体内容和保障方法均由法律加以规定;其二是对宪法权利的限制须通过普通法律”。^⑫该第二种理解,已非常接近“基本权利限制仅得由法律规定”的法律保留原则的含义。笔者亦论证,基本权利的限制只有满足法律保留的要求方合宪,并将法律保留作为基本权利限制的合宪性审查的形式标准。^⑬笔者还尝试论证我国宪法基本权利条款的表述包含了法律保留的意涵:基本权利条款中的“依照法律”“禁止非法”等措辞,

“都应当做狭义的解释,也就是仅指‘形式意义的法律’,也就是全国人大及全国人大常委会制定的法律”。^⑭基本权利限制须遵循法律保留原则,已成为当下中国宪法理论上的共识。^⑮

在宪法实践上,基本权利限制须遵循法律保留原则的规范性学理,已被实务界普遍接受。例如,在近年的备案审查中,多次出现了基于法律保留原则的审查意见。在此举两例:其一是关于“交警查手机”是否抵触《宪法》第40条通信权的法律保障,权威机构给出的并非实质合宪性的理由,而是形式合宪性理由:“地方性法规无权就涉及公民通信自由和通信秘密的事项作出规定”。^⑯其二是关于“强制亲子鉴定”的审查意见,全国人大常委会法工委认为“地方性法规不宜规定强制性亲子鉴定的内容,也不应对此设定相应的行政处罚、处分、处理措施”。^⑰这两个备案审查意见,实际上都是认为地方性法规对基本权利作出限制性规定有违法律保留原则。这说明,法律保留原则已经成为备案审查实践中的明确审查标准。

二、作为典范的“单纯法律保留——加重法律保留——无法律保留”分层构造

如前所述,我国宪法的理论与实践都已经接受了基本权利限制的法律保留原则。但是,我国《宪法》第二章的各基本权利条款,有的规定了“依照法律”“禁止非法”,有的还规定了典型或者特定的限制方式,或者限制的特殊要求(主体、目的、程序等),有的则完全没有限制性规定;在各项基本权利条款之外,《宪法》还以第51条作为概括性限制条款。针对这些差异化规定,如何建构基本权利限制法律保留的分层结构,学理上尚未形成共识。

在此议题上,我国学者多以德国的“单纯法律保留——加重法律保留——无法律保留”的三层构造作为比较法上的参照对象,并尝试进行移植和改造。为方便讨论,对此三层构造方案简单介绍。(1)单纯法律保留(einfache Gesetzvorbehalt,也译为简单法律保留、一般法律保留),是指某些基本权利仅得“由法律或者基于法律”限制,但宪法未对限制作出更多特殊要求。(2)加重法律保留(qualifizierte Ge-

setzvorbehalt,也译为特殊法律保留),是指对某些基本权利的限制不仅要由法律规定或者基于法律规定,还必须符合宪法规定的特定要求,包括特定条件、特定目的或者特定手段。最为典型的是《德国基本法》第11条第2款对迁徙自由的限制性规定:“由于缺乏足够的生活基础,将给社会公共利益带来特别负担时,或联邦或州的生存或自由民主的基本秩序面临危险时,为处理传染病危险、自然灾害和特别重大事故时,或为保护青少年以防堕落或预防犯罪活动有必要时,可通过法律或依据法律对迁徙自由权予以限制”。(3)无法律保留(ohne Gesetzvorbehalt),是指基本权利条款中没有关于限制的规定。^⑱如果仅从文义看,“无保留意味着无限制”。^⑲但事实上不可能存在绝对不受限制的基本权利。因而,德国宪法学又发展出“内在限制说”,该说认为,无法律保留的基本权利在与宪法同样保障的其他价值发生冲突时,就可能受到限制。^⑳在此意义上,也可以认为无法律保留是一种“宪法保留”,也就是说,宪法并不信任立法者而允许其限制这些权利,立法者只能在宪法内部去寻找限制这些基本权利的理由。“单纯法律保留——加重法律保留——无法律保留”从保障强度上呈现出从低到高的阶层性。对加重法律保留的基本权利限制,在符合“由法律或者基于法律”这一形式标准之外,还需要符合宪法规定的其他特殊要求,因而保障强度高于单纯法律保留;而无法律保留的基本权利的限制理由,只能来自宪法自身,而非立法者的其他考量,因此保障强度又高于加重法律保留。

三、典范方案的移植难题

上述“单纯法律保留——加重法律保留——无法律保留”的分层化、差异化方案,为处理宪法中不同基本权利的规定。并形成可操作性教义学方案提供了重要启发和思考方向,因而具有很强的可借鉴性。因此,很多学者建议进行尝试性借鉴。例如,赵宏认为,可尝试挖掘我国宪法中各项基本权利条款中的特殊限制,建构类似德国的基本权利分层保障系统。^㉑胡玉鸿延续德国的思路,认为中国宪法中的基本权利存在“级差”结构,适用无法律保留的基本

权利相较于适用法律保留的基本权利而言级别更高。^②而王锴则认为此三层结构大体可以适用于中国宪法,并结合中国宪法文本建构了具体的方案:选举权和被选举权、人身自由和住宅权中均有“依照法律”和“禁止非法”的表述,可视为单纯法律保留;私有财产的征收征用、通信权的规定在要求公权力限制的基础上,还提出了具体的宪法要求,可视为加重法律保留;宪法中其他无法律保留附款的基本权利可处理为宪法保留,主要包括言论自由、宗教信仰自由、人格尊严和文化活动自由。笔者亦曾主张在我国宪法下建构宪法保留和法律保留的不同层次。^③

然而,包括笔者在内的宪法学者,在之前借鉴德国法律保留的分层构造的时候,或多或少都忽略了我国宪法文本与《联邦德国基本法》(以下简称为《德国基本法》)文本的明显差异。具体说来,我国现行《宪法》与德国基本法在基本权利的法律限制规定上,存在若干不容忽视的显著差异。这些差异,构成了我国宪法移植德国法的难题。

(一)概括性限制条款的有无

我国《宪法》第51条是一个基本权利限制的概括性条款。这一点,无论是从文义解释、体系解释还是历史解释来看,都是毫无疑问的。^④然而,《德国基本法》中并没有概括性限制条款,而这是德国基本权利限制法律保留分层化构造,特别是“无法律保留”阶层存在的独特宪法文本基础。德国基本法是建立在对魏玛宪法反思的基础上的:魏玛宪法文本肯定了法律对基本权利的普遍限制,这是导致实践中基本权利被相对化乃至任意践踏的根源。在此认识基础上,德国基本法的起草者删去了草案中基本权利概括限制的条款。^⑤由于不存在概况性限制条款,如果某基本权利条款中又无限制性规定,该条款就构成所谓无法律保留的基本权利。

德国基本法文本没有规定概括性限制条款,而在实践层面,德国联邦宪法法院也坚决拒绝适用概括性限制条款。这突出体现在对德国基本法第2条第1款的解释上。该款规定:“人人享有人格自由发展的权利,只要不侵害他人权利,不违反合宪性法秩序与道德法则”。该条的前半句“人人享有人格自由

发展的权利”很早就被解释为“一般行为自由”,被认为是“兜底基本权利”,也就是概括式的权利条款。当个人无法主张其他单项基本权利的时候,都可能去主张基本法第2条第1款的“一般行为自由”。但与此对应,联邦宪法法院并不认为该条的后半句是概括性限制条款,也就是,决不允许用“不侵害他人权利,不违反合宪性法秩序与道德法则”去限制除“一般行为自由”之外的任何其他基本权利。例如,针对艺术自由这一无法律保留基本权利,宪法法院在梅菲斯特案中,明确拒绝援引《德国基本法》第2条第1款来进行限制。^⑥又如,针对同为无法律保留权利的宗教信仰自由,德国联邦宪法法院再次申明:“认为信仰自由受到他人的权利、合宪性秩序和道德法则的限制的观点不符合联邦宪法法院一贯奉行的第2条第1款的辅助性与其他基本权利的特殊性之间的观点”,^⑦也就是认为宗教信仰自由是特殊法(*lex specialis*),不受第2条第1款这个一般法条款的限制。

德国的无法律保留阶层的存在,是以宪法未对某些基本权利作限制性规定为文本基础的,其文义应首先被理解为“无保留等于无限制”。^⑧而我国《宪法》则通过第51条,概括性地否定了无限制权利的存在。如前所述,《宪法》第51条作为概括性限制条款是以“世界上从来不存在什么绝对的、不受任何限制的自由和权利”为认识基础的,^⑨其表述“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”的文义,也清晰表明了权利的可限制性。从体系解释看,《宪法》第51条位于《宪法》第二章列举的基本权利条款之后,公民义务条款之前,也体现了对前文列举的基本权利的概括性限制的规范意涵。也就是,如果前文中没有规定对某些基本权利的限制,则其限制可在此条中寻找。因此,第51条作为概括性限制条款的存在,实际上否定了移植无法律保留基本权利阶层的必要性和可能性,而移植指向无法律保留的基本权利的“内在限制说”就更无必要。

(二)规定方式的差异

我国宪法各单项基本权利的规定方式,也迥异于德国基本法。不同于德国基本法可以在文本上非

常清楚地区分单纯法律保留(“由法律或者基于法律”)和加重法律保留(“特定要求+由法律或者基于法律”),我国宪法中的基本权利条款多表现为一种“依照法律+典型限制方式”的规定方式。最为典型的是《宪法》第34条的选举权和被选举权,其限制条款为“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”。在“依照法律”这一表征法律保留的字眼之外,又出现了“剥夺政治权利”这种特定的限制手段。很多学者将此条看作“单纯法律保留”。但是,单纯法律保留的规定方式应当是前述的“得由法律或者基于法律限制”或者“非依法律不得限制”等,也就是,仅一般性地规定可以依法限制权利,而不规定任何特定的限制手段。因此,第34条的“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”不应当被等同于单纯法律保留。除第34条外,第13条的“依照法律”+“征收、征用”,第37条第3款的“禁止非法”+“拘禁”;第39条的“禁止非法”+“搜查、侵入”,等等,都是这种“依照法律”+“典型限制方式”的规定方式。

笔者之前借鉴王锴的研究,认为这种规定是一种“示例性规定”,认为宪法只是“例举”了针对某单项基本权利的一种或者几种典型的限制方式,但通常不意味着该基本权利不能被用来防御其他方式的限制。^③例如,《宪法》第13条第3款只规定了“征收和征用”这两种对财产权的限制方式,但并不意味着诸如“房屋租金管制”“机动车限行”等并非征收征用的限制就不受宪法财产权的规制。^④也就是说,我国宪法对于各项自由权限制性规定的模式是:只举出个别典型限制方式,而并不简单排除其他的限制方式。即典型限制之外的限制方式,仍然受到各项自由权条款的规制。此种规定方式,固然不应被简单看作单纯法律保留,但也不是加重法律保留。这是因为,加重法律保留中的“特定要求”(包括特定条件、特定目的或者特定手段等)是具有排他性的,立法者仅得以此种条件、此种目的或此种手段对该当基本权利作出立法限制。但如上所述,我国宪法的这种“示例性规定”却并不当然具有排他性。因此,这种基本权利条款的规定方式与德国基本法迥然不同,直接套用德国式的“单纯法律保留”和“加重法律

保留”类型,难免方枘圆凿。^⑤

(三)极具独特性的《宪法》第38条

我国《宪法》第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。后半句的限制性规定方式是:“禁止用任何方法”+“侮辱、诽谤和诬告陷害”,与前述的几种规定方式都不同。“这条规定表明,国家不得以任何方式(包括制定法律)剥夺和限制公民的人格尊严……其他各基本权利有可能通过制定法律来限制,而‘人格尊严’则除非国家发动修宪,否则不会受到任何限制。所以,这一条款可称为‘宪法保留’事项”。^⑥但笔者经反思后认为,这一解释既不符合文义,也忽视了人格尊严广阔的规范领域和复杂的实践状况,应予否定。原因有二:其一是“禁止用任何方法”只是用来限定“侮辱、诽谤和诬告陷害”,并不意味着人格尊严不受任何限制。换言之,固然不能对个人进行侮辱、诽谤和诬告陷害,但并非不可以以其他方式限制人格尊严。笔者原来的解释是错误的文义解释。其二是人格尊严的保护范围和规范领域广阔,必然伴随着多样的受限情形。人格尊严是1982年《宪法》新增加的基本权利,所针对的是特定时期曾所发生的各种肆意侮辱他人人格、摧残公民精神的野蛮行径,其绝对化表述是基于惨痛的历史教训。但在现代社会,人格自由发展所涉及的生活场景越来越多样,关联的要素和条件越来越复杂。宪法人格尊严条款的保障事项在扩张,而可能的限制情形也在增加。这一点在当代的人格权保护和个人信息保护领域体现得尤为明显。例如,《民法典》第999条“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”,第1025条“行为人为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为,影响他人名誉的,不承担民事责任”,都涉及对人格尊严的限制,但并非“侮辱、诽谤和诬告陷害”情形。再如,我国《个人信息保护法》将《宪法》第38条视为立法基础,^⑦因而《个人信息保护法》对个人信息权的限制实际上就是对宪法中人格尊严的限制。如《个人信息保护法》规定,国家机关可以根据法定职责收集和处理个人信息。也

就是说,《宪法》第38条的人格尊严虽然未附带法律保留的规定,但在我国立法实践中仍受到法律限制。在此意义上,认为“人格尊严条款是宪法保留条款”“一切可能对人格尊严的限制都违宪”的观点,是不符合生活事实的迂腐观点。

虽然旧的解释方案被否定,但新的方案建构仍然困难。《宪法》第38条人格尊严条款使用“禁止用任何方法”,而非其他条款中的“禁止非法”,虽然不能被解释为是“宪法保留”,但仍然体现了强烈的人格保护意图,如果简单作为法律保留的规制范围,应该说有违制宪者的明确期待。在此,把人格尊严条款纳入“单纯法律保留—加重法律保留—无法律保留”的任何一个层次,似乎都存在解释上的困难。

四、概括性法律保留条款与“单纯—加重”的两层结构

在认识到中国宪法文本中基本权利限制规定与德国基本法规定方式的差异后,我国学者进行了修正和改造性尝试,努力建构中国的基本权利限制法律保留的分层化方案。陈鹏认为我国宪法中存在无法律保留的基本权利,并将众多条款纳入这一类型。但他并没有忽视《宪法》第51条概括性条款,而是认为其可以覆盖无法律保留的基本权利。然而,如果按照这样理解,无法律保留与单纯法律保留不就没有区别了吗?陈鹏进一步认为,基于无法律保留基本权利的保障水平应当高于单纯法律保留的基本权利,因此,可以通过将第51条的覆盖范围仅限于无法律保留的基本权利,并对第51条严格限缩解释:将“损害国家利益”限缩理解为“利用自由和权利进行反革命活动”,将“其他公民的合法的自由和权利”限缩理解为“他人的基本权利”。^⑤但此种建构过度限缩解读第51条的文义,解释方法合理性存疑。而且,基于他人权利而为基本权利限制,也是单纯法律保留中常见的情形,此种建构似乎也不足以实现无法律保留条款保障程度更高的目标。杜强强建构了迄今为止我国宪法下最为复杂的法律保留分层方案。他将《宪法》第38条处理为宪法保留,而认为其他无法律保留的基本权利适用法律保留。但又认为与单纯法律保留不同,这些基本权利的法律限制必须基

于宪法内部的价值和权利。最终建构了多阶层的法律保留方案——宪法保留、宪法直接限制、法律保留、概括限制。^⑥杜强强方案存在的问题是:(1)将《宪法》第38条人格尊严视为宪法保留,意味着法律不得对其进行限制,但这一方案与生活事实和法律实践脱节。(2)将无法律保留纳入单纯法律保留,但又将法律限制的实质理由限制于宪法内部。这意味着法律也可对无法律保留基本权利进行限制,从形式上与单纯法律保留无异。而且,由于我国《宪法》第51条规定了宽泛的限制理由,而宪法其他条款还可能提供更多的限制理由,因而将实质性限制的理由限定在宪法内部,并不会如愿提升无法律保留条款的保障强度。^⑦由此,区分无法律保留与单纯法律保留就没有实质意义。(3)“宪法直接限制”实际上与加重法律保留无异,都是宪法预先设定了法律限制基本权利的特殊要求,因此二者也无区分的必要,可将其视为加重法律保留。陈楚风认为宪法保留在我国宪法文本中实质上已蜕变为法律保留,因此没有必要移植宪法保留阶层,我国基本权利的形式限制仅存在“单纯法律保留—加重法律保留”两个层次。^⑧笔者亦基本认同这一方案。但笔者认为,还需要对《宪法》第51条的性质,以及我国宪法文本何以能容纳此“单纯—加重”的两层结构予以进一步说明,并在此基础上,特别针对我国《宪法》基本权利条款的“示范性规定”方式和第38条的独特表述展开进一步的建构。

(一)《宪法》第51条作为“概括性法律保留条款”

我国《宪法》第51条是“概括性限制条款”,但该条文是否属“概括性的法律保留条款”?之所以有此疑问,原因在于,《宪法》第51条的表述“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”中并无表征法律保留意涵的“依照法律”“禁止非法”等字眼,而“合法”二字也是被用来修饰其他公民的自由和权利,而非用来规范对基本权利的限制。从文义解释看,第51条只是给出了概括性限制的实质理由,没有给出概括性限制是否应基于法律这个形式标准。此问题在前述的德国法律保留理论中同样存在。德国法上同样要回答,对于无保留的

基本权利的限制,是否需要法律基础。答案是肯定的,如果要对无保留的基本权利进行限制,那么也必须基于形式法律。“这来源于对有法律的保留的基本权利的当然推论(erst-recht-Schluss):如果有法律的保留的基本权利(仅)允许通过立法者限制,那么这必须‘当然’适用于更受保护的无保留基本权利。对它们的要求无论如何不能低于对其他基本权利的。”^⑨

相比德国方案要借助“当然解释”,我国《宪法》第51条中法律保留的含义,可以直接从基于制宪材料的历史解释中得出。这里依据的制宪史材料是宪法起草中关于言论自由条款的讨论。我国《宪法》第35条的表述是“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”,并无限制性规定,更无法律保留的规定。但在宪法起草讨论过程中,也有人建议在该条中像其他条文那样增加“依照法律”的表述。但胡乔木对《宪法》草案修改稿的说明中指出:“有人建议在言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由前面加上‘依照法律’。因为这一章已经有专门的条文做了总的限制了,因此这里没有必要再加‘依照法律’了”。^⑩这里的“专门的条文”“总的限制”,指的就是《宪法》第51条。这就说明,第51条中虽然没有“依照法律”的字眼,但制宪者却认为可以据此对第35条的权利“依照法律”限制。因此,第51条是内在包含了法律保留的含义的。同时,由于其是概括性限制条款,这意味着一切对基本权利的限制都必须符合“依照法律”的要求。在此意义上,《宪法》第51条不仅是“概括性限制条款”,而且是“概括性的法律保留条款”。由此,我国宪法上的各项基本权利的限制普遍适用法律保留原则。这也进一步排除了无法律保留阶层。

(二)“单纯—加重”作为单项基本权利的内部结构

从我国宪法基本权利条款的规定看,确实存在单纯法律保留和加重法律保留两种类型。但应当注意的是:我国宪法中的单纯法律保留和加重法律保留,会存在于同一基本权利条文之内。最为典型的是《宪法》第37条人身自由条款。该条第2款对于“逮捕”这种严重干预人身自由的措施,规定了加重

法律保留,提出了“非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行”的特殊要求;第三款则是单纯法律保留,语词表征是仅规定“禁止非法”和“(禁止)以其他方式非法”。也就是说,宪法区分了人身自由的不同生活领域:在刑事司法程序的未决羁押阶段,仅允许“逮捕”这一强制措施存在,并且要符合宪法的特定要求;在其他的可能干预人身自由的领域,则允许法律基于公共利益等理由作出限制。前者属于加重法律保留,而后者属于单纯法律保留。此外,我国《宪法》第40条规定了通信自由和通信秘密。如果仅从该条第2句对于“通信检查”的规定看,属于加重法律保留。然而,“通信检查”实际上并非指向通信自由,而是指向通信秘密,因而对通信自由的干预应属单纯法律保留事项。

由此,我国“单纯—加重”的法律保留分层会存在于单项基本权利的内部。这与德国的法律保留分层结构非常不同。在德国基本法下,不同的基本权利分属不同的法律保留类型。德国法律保留的三层结构,是“各项基本权利之间”的“外部性的法律保留结构”。而我国宪法文本下法律保留的两层结构,则可能是“某项基本权利之内”的“内部性的法律保留结构”。换言之,在中国宪法文本下,我们不能简单地认为,“A权利是单纯法律保留的”,“B权利是加重法律保留的”,而是需要在某一项基本权利下,进一步分析:在何种范围或者条件下,该权利是单纯法律保留;在何种范围或者条件下,该权利是加重法律保留。此种进一步的精细建构,需要考量各基本权利条款中的“示例性规定”。

五、“示例性规定”下的分层构造

基于以上分析,可形成以下前提性认识:(1)第51条是基本权利的概括性限制条款,也是基本权利限制的概括性法律保留条款;(2)无法律保留基本权利的阶层,应予排除;(3)单项基本权利的内部,存在单纯法律保留/加重法律保留的分层。下面。笔者将围绕各基本权利条文,特别是其中的“示例性规定”,对我国宪法上基本权利限制法律保留的分层构造,做出体系化的描述。表示如下:

条号/权利名称/有无“示例性规定”	单纯法律保留(示例性规定)	加重法律保留(示例性规定)
第13条/财产权/√	√	√(征收征用)
第34条/选举权和被选举权/√	×	√(剥夺政治权利)
第35条/言论、出版、集会、结社、游行、示威自由/×	√	×
第36条/宗教信仰自由/×	×	√
第37条/人身自由/√	√(拘禁、搜查)	√(逮捕)
第38条/人格尊严/√	√	√(侮辱、诽谤和诬告陷害)
第39条/住宅自由/√	√(搜查、侵入)	×
第40条/通信自由和通信秘密/√	√	√(检查)
第41条/批评、建议、申诉、控告、检举权,取得赔偿权/√	√(压制、打击报复)	×
第47条/文化活动自由/×	√	×

上表并不涵盖我国宪法中的社会权条款(第42-49条)。原因在于,社会权主要要求国家积极作为,而非排除国家干预。因此,社会权的法律保留主要是形成保留或者给付保留的范畴,不在本文讨论范围。

(一)无“示例性规定”的权利

在基本权利条文中作“示例性规定”是我国宪法更为通常的做法,上述权利中没有示例性规定的,只有第35条言论、出版、集会、结社、游行、示威自由,第36条宗教信仰自由以及第47条文化活动自由。其法律保留的类型如下:

1. 第35条为单纯法律保留。第35条的条文表述为:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”,并无限制性规定,亦无法律保留字眼。但根据历史解释和体系解释,应将其作为单纯法律保留的基本权利。

2. 第36条为加重法律保留。该条第3款规定“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”,第4款规定“宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配”,此两款表述都比较原则,有多种解释的可能性。但该条第2款采用了“任何”“不得强制”“不得歧视”的表述,而非如其他条款那样简单规定“不受侵犯”,对基本权利具有较高的保障强度。因此,笔者认为,将第3、4两款解释为加重法律保留比较合理。即,只有存在宗教活动可能破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度以及受到外国势力支配等情形下,立法者方得立法对宗教自由做出限制。

3. 第47条为单纯法律保留。该条第一句规定的“公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由”,与第35条的规定方式类似,因而也应作为单纯法律保留(需要说明的是,该条第2句“国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助”,规定的是社会权意义上的文化权,亦不在本文讨论范围)。

(二)有“示例性规定”的权利

1. 第34条为加重法律保留

第34条选举权和被选举权的限制性规定是“依照法律被剥夺政治权利的除外”,出现了“示例性规定”,也就是“剥夺政治权利”。“依照法律”意味着法律保留,固无疑问。而“除外”则意味着,立法者只能以“剥夺政治权利”的手段来限制公民的选举权和被选举权。并且,此处的“剥夺政治权利”当指刑法上作为附加刑的剥夺政治权利。因而,第34条是加重法律保留的基本权利。

2. 第39、41条为单纯法律保留

在这两个法条中,尽管也出现了示例性规定,列举了对于住宅自由的典型干预形式(“搜查”“侵入”)和对申诉、控告、检举权典型的干预形式(“压制”“打击报复”),但这并不意味着住宅自由不能被用来防御除“搜查”“侵入”以外的侵犯形式,而批评权等权利也可能面对“压制”“打击报复”之外的其他干预方式。因此,这种“示例性规定”并非排他性列举,该当基本权利除了可以对抗典型干预外,还指向其他可能干预该权利的行为。因此,不能因为这两条在“禁

止非法”“依照法律”的表述之外,出现了若干典型干预的举例,就认为其不是单纯法律保留。

3. 第13、37、38、40条,既有加重法律保留,又有单纯法律保留

这些条款就属于前文所谓在同一基本权利内部存在法律保留的不同层级的基本权利条款。分述如下:(1)第13条财产权。《宪法》第13条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。这一款显然属于加重法律保留,也就是如果要征收征用,除了必须“依照法律”外,还必须符合“有征收必有补偿”的“唇齿条款”的要求。然而,实践中,除了必须有补偿的征收征用之外,还存在“房屋租金管制”“历史建筑所有权人的维护义务”“自然保护区的建设项目”“著作权的合理使用”“机动车限行”等无补偿的单纯限制。^⑧这些限制方式,则需要满足单纯法律保留的要求。(2)第37条人身自由。《宪法》第37条第3款针对的生活领域是司法程序中的未决羁押阶段,所规定的干预方式是“逮捕”。第3款对“逮捕”施加了极其严格的权力主体和程序的限制:“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”《宪法》将逮捕视为对人身自由最严重的干预方式,因此对逮捕的程序提出了严格的特殊要求,这一款属于加重法律保留,毫无疑问。第37条第3款规定的“拘禁”“搜查”等措施,对人身自由的干预强度要低于逮捕,以单纯法律保留作为形式限制条件,亦属合理。第37条示例性规定之外的干预方式,对人身自由的干预程度相当于或者低于“拘禁”“搜查”,也应适用单纯法律保留。概括言之,“逮捕”措施需要满足宪法严格的特殊要求,属于加重法律保留;而“拘禁”“搜查”式的干预措施需要满足单纯法律保留的要求。这里需要特别指出的是,由于第37条同时存在单纯法律保留和加重法律保留。因此要防止立法者以第3款为依据设置与第2款“逮捕”强度差不多的人身强制措施,从而掏空第2款的规定。^⑨(3)第38条人格尊严。第38条在列举典型的干预措施“侮辱、诽谤、诬告陷害”的同时,通过“禁止用任何方法”的表达来强调对人

格尊严的高强度保护。但是,如前所述,不存在不受限制的权利。从历史解释和文字原意解释的角度看,宪法使用“禁止用任何方法”的强烈措辞,主要是为了防止历史上出现过的针对个人的身体与精神上的极端的强制与压迫。在人格尊严仍然可能被限制(但绝不允许“侮辱、诽谤、诬告陷害”)的理解下,这一条可以被解释为加重法律保留:尽管仍允许立法对人格尊严作出限制,但绝不能达到与“侮辱、诽谤、诬告陷害”相当的干预强度。除此以外,伴随着人格发展所涉及的生活环节和场景愈加多样,关联的要素和条件愈加复杂的现实,仍有可能对个人尊严作出限制,此种限制,则需要满足单纯法律保留的要求。(4)第40条通信自由和通信秘密。《宪法》第40条第一句“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”,可以被解释为单纯法律保留。第二句“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”,在规定“检查”这一典型干预方式之外,还通过两个“任何”的表述,设定了极高的保护强度。在《宪法》起草过程中,有全国人大常委会委员对此种严格保护提出质疑,并认为可改为“非依法律不得妨害”,但这一意见未被采纳。^⑩从40条第二句文义看,对通信的“检查”需要满足特定的主体要求(公安机关或者检察机关)、事由要求(国家安全或者追查刑事犯罪)和程序要求(法定程序)。结合历史与文义,《宪法》第40条第二句毫无疑问属于加重法律保留。但针对该条的文义过于严格、绝对,难以适应生活事实的问题,笔者在之前的研究中提出了如下的解释方案:(1)“检查”作为“示例性规定”,并不排除其他的限制方式。也就是说,通信自由和通信秘密同样可以用来对抗其他的干预措施;(2)制宪者通过两个“任何”,排除其他限制方式存在的可能,是因预见不足而产生的宪法漏洞;(3)可以将通信秘密的保护对象区分为“内容信息”和“非内容信息”,“检查”实际上只针对“内容信息”;(4)针对“内容信息”的“检查”,须符合加重法律保留的要求,而针对“非内容信息”和通信自由的其他干预,

则适用单纯法律保留。^④之前的论述较为复杂,为节约篇幅,此处不再重复。总之,通信自由和通信秘密属于既有加重法律保留,又有单纯法律保留的条款。

在上述基本权利中,教义学上最难处理的是上述同一基本权利下既有加重法律保留又有单纯法律保留的条款,也就是第13条财产权、第37条人身自由、第38条人格尊严、第40条通信自由和通信秘密。对于内在的“单纯—加重”结构,何时适用单纯法律保留,何时适用加重法律保留,就成为必须予以厘清的问题。学界对此已有研究和积累。例如,针对财产权限制,如何区分“征收”和其他的“非征收的单纯限制”,已然形成了“期待可能性理论”“特别牺牲理论”等成熟学理。^⑤对于《宪法》第37条第2款“逮捕”和第3款“非法拘禁”等其他干预措施的关系,以及第40条中单纯法律保留和加重法律保留的适用范围的界定,上文已有说明,此处不赘述。总体思路是,在存在疑问时,应倾向于适用加重法律保留,以此彰显基本权利效力最大化的价值立场,避免宪法强化保护的规范意图的落空。

结语

在基本权利限制须遵循法律保留原则的共识前提下,笔者通过考察中国现行《宪法》基本权利条款的独特结构和独特规定方式,尝试性建构了基本权利限制的法律保留的中国式分层结构。这一建构,是基本权利总论或者说基本权利一般原理层面的,但实际上有着各单项基本权利实践争议的背景。例如,基于特定的历史经验,我国《宪法》第38条和第40条分别对人格尊严和通信权给予了很高强度的保护,但在互联网和大数字时代,面对多样的通信技术、数据的政府归集、^⑥算法公共决策的适用、^⑦自动化行政等场景,就不能不考虑生活领域和生活情境的变化来设计差异化的保护方案。基本权利限制的分层构造方案,是落实此种差异化保护的重要宪法教义学基础。本文提出了中国的法律保留分层构造的整体方案,并针对各项基本权利做了初步讨论。更为精细化的方案,还需要基本权利个论层面论述的进一步展开。

注释:

①吴家麟:《论我国公民的基本权利和义务》,张友渔等著《宪法论文集》,群众出版社1982年版,第162页;肖蔚云:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第55页。

②以上译文来自王建学主编:《1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第2页。

③关于基本权利的法律限制在我国近代制宪史中的变迁,参见聂鑫:《宪法基本权利的法律限制问题——以中国近代制宪史为中心》,《中外法学》2007年第1期,第51-52、54-70页。

④彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》,载《彭真文选(一九四一—一九九〇年)》,人民出版社1991年版,第443页。

⑤顾昂然:《关于〈中华人民共和国立法法〉(草案)的说明》,《中国人大》2000年第5-6期,第31页。

⑥张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第46页。

⑦张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第47页。

⑧张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第51-52页。

⑨武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第41页。

⑩林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第94-95页。

⑪林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第97页。

⑫林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第95页。

⑬张翔:《公共利益限制基本权利的逻辑》,《法学论坛》2005年第1期,第27页;张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期,第137页。

⑭张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第60页。

⑮李恩慈、郑贤君:《由孙志刚案看宪法基本权利的限制》,《法学家》2004年第2期,第65-66页。

⑯全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》,中国民主法制出版社2020年版,第100页。

⑰沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第一号,第244-250页。

⑱Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 25. Aufl, 2009, S. 64.

⑲〔德〕福尔克尔·埃平、〔德〕塞巴斯蒂安·伦茨、〔德〕菲利普·莱德克:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年

版,第36页。

②〔德〕福尔克尔·埃平、〔德〕塞巴斯蒂安·伦茨、〔德〕菲利普·莱德克:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第37-43页。

③赵宏:《限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理》,《法学家》2011年第2期,第165页。

④胡玉鸿:《论我国宪法中基本权利的“级差”与“殊相”》,《法律科学》2017年第4期,第24页。

⑤张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第60-61页。

⑥有学者认为该条可以被解释为概括性权利条款。参见郑贤君:《基本权利原理》,法律出版社2010年版,第120-121页;杜强强:《概括权利条款与基本权利限制体系——对我国〈宪法〉第51条的另一种建构方案》,《人权》2023年第1期,第81-85页。在笔者看来,即使存在此种可能,也绝不能否认其作为概括性限制条款的性质。

⑦王锴:《论法律保留与基本权利限制的关系——以〈刑法〉第54条的剥夺政治权利为例》,《师大法学》2017年第2辑,第85页。

⑧赵真:“梅菲斯特案”,张翔主编:《德国宪法案例选释》(第2辑“言论自由”),法律出版社2016年版,第34-35页。

⑨曾韬:“祈祷治疗案”,张翔主编:《德国宪法案例选释》(第3辑“宗教法治”),法律出版社2018年版,第35页。

⑩〔德〕福尔克尔·埃平、〔德〕塞巴斯蒂安·伦茨、〔德〕菲利普·莱德克:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第36页。

⑪彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》,载《彭真文选(一九四一—一九九〇年)》,人民出版社1991年版,第443页。

⑫张翔:《通信权的宪法释义与审查框架——兼与杜强强、王锴、秦小建教授商榷》,《比较法研究》2021年第1期,第43-44页。

⑬张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012年第9期,第101-102页。

⑭正因为“单纯法律保留”和“加重法律保留”的类型无法简单对应我国宪法文本中的基本权利条款,所以不同学者在识别上就出现了分歧。例如,王锴认为“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”是单纯法律保留,而陈鹏认为该条款是加重法律保留,也就是“第34条仅容许法律以剥夺政治权利的方式限制选举权和被选举权”。然而,以“依照法律”+“征收、征用”的方式规定的财产权,“禁止非法搜查或者非法侵入”方式规定的住宅自由,陈鹏却认为都是单纯法律保留。学者们在识别单纯法律保留和加重法律保留上的分歧与犹疑,似乎也说明,这种类型化并不能简单适用于中国宪法文本。参见王锴:《论法律保留与基本权利限制的关系——以〈刑法〉第54条的剥夺政治权利为例》,《师大法学》2017年第2辑,第85-86页。参见陈鹏:《基本权利保障中的法律保留:历史变

迁与本土建构》,《第五届中国宪法学青年论坛会议论文集》,第118页。

⑮张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第60页。

⑯江必新:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国个人信息保护法(草案)〉审议结果的报告——2021年8月17日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第6期,第1131-1133页。

⑰陈鹏:《基本权利保障中的法律保留:历史变迁与本土建构》,载《第五届中国宪法学青年论坛会议论文集》,(2022年8月22-23日),第123页。

⑱杜强强:《概括权利条款与基本权利限制体系——对我国〈宪法〉第51条的另一种建构方案》,《人权》2023年第1期,第91页。

⑲陈楚凤亦指出,中国宪法是“价值充盈”的,法律限制基本权利均能从现行宪法的文本中找到实质理由。参见陈楚凤:《中国宪法上基本权利限制的形式要件》,《法学研究》2021年第5期,第139页。刑法学者的观察也能支持这一判断,张明楷在建构与宪法关联的法益理论时指出,由于我国宪法关于保护法益的条款不胜枚举,判断某个法益是否值得刑法保护,是一个特别困难的问题。参见张明楷:《宪法与刑法的循环解释》,《法学评论》2019年第1期,第18页。

⑳陈楚凤:《中国宪法上基本权利限制的形式要件》,《法学研究》2021年第5期,第141页。

㉑〔德〕福尔克尔·埃平、〔德〕塞巴斯蒂安·伦茨、〔德〕菲利普·莱德克:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第43页。

㉒许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第667页。

㉓张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012年第9期,第101-102页。

㉔关于第37条第2款与第3款的相互关系与适用的论述,参见张翔、赖伟能:《基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例》,《法律科学》2017年第6期,第34页。

㉕许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第711页。

㉖张翔:《通信权的宪法释义与审查框架——兼与杜强强、王锴、秦小建教授商榷》,《比较法研究》2021年第1期,第114-116页。

㉗张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012年第9期,第46页。

㉘郑晓军:《反思公共数据归集》,《华东政法大学学报》2023年第2期,第53页。

㉙赵宏:《公共决策适用算法技术的规范分析与实体边界》,《比较法研究》2023年第2期,第1页。