

# 中国宪法上基本权利限制的形式要件

陈楚风\*

**内容提要：**中国宪法上有多项基本权利属于无保留的基本权利，即相应的基本权利条文中既无明确的法律保留附款，也无明确的宪法保留附款。针对此类基本权利的限制应当适用何种形式要件，学理层面存在适用法律保留、适用宪法保留、保留否弃三种理论观点。中国宪法未明文规定基本权利限制的形式要件，目的在于促进基本权利保障程度的最大化。保留否弃的观点背离了基本权利保障程度最大化的规范目的。宪法保留虽在理念上契合这一规范目的，但从比较法上看，其内涵在实践中往往发生蜕变，以致失去基本权利限制形式要件的意义，因而亦不可行。适用法律保留不仅有利于充分保障基本权利，也能得到民主与法治原则、功能适当理论以及宪法第33条第4款的支持。

**关键词：**基本权利 法律保留 宪法保留 无保留基本权利

宪法上的基本权利具有可限制性，基本权利限制涉及限制的形式要件问题。公法学上颇具影响力的法律保留理论认为，对基本权利的限制必须通过法律进行或以法律为根据。<sup>〔1〕</sup>该理论源自德国，在中国亦产生了较为深远的影响，不少学者主张对中国宪法上基本权利的限制应实行法律保留。<sup>〔2〕</sup>然而，我国现行宪法中并没有概括性的基本权利法律保留规定，仅个别地针对私有财产的征收征用、选举权与被选举权的剥夺、人身自由、住宅权、通信自由与通信秘密等基本权利事项规定了法律保留；言论、宗教信仰等方面的自由，人格尊严，科研文化活动自由等多项基本权利，均属于无保留的基本权利。<sup>〔3〕</sup>立法法第8条、第9条

\* 清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 本文讨论的“法律保留”是指宪法上基本权利限制的合宪要件，与德文上的“Gesetzesvorbehalt”或陈新民所称“宪法意义的法律保留”大致相当（参见陈新民：《行政法学总论》，2000年自版，第68页以下；Maunz/Dürig/Grzeszick, 88. EL August 2019, GG Art. 20 VI. Rn. 76）。行政法上的法律保留原理，不同于法律的法规创造力原理，前者适用于行政机关的具体行政行为，后者适用于行政机关的一般性规范制定（参见王贵松：《行政活动法律保留的结构变迁》，《中国法学》2021年第1期，第125页）。本文讨论的宪法意义上的法律保留，既针对行政立法也针对具体行政行为，不与“法律的法规创造力”作严格区分。

〔2〕 参见胡锦涛、韩大元：《中国宪法》，法律出版社2007年版，第202页以下；张翔：《基本权利的规范建构》，法律出版社2017年版，第128页；林来梵：《宪法学讲义》，清华大学出版社2018年版，第350页。

〔3〕 德文中的“vorbehaltlose Grundrechte”可直译为“无保留的基本权利”，其中的“无保留”实为“无法律保留”的简写。若一项基本权利不附带任何法律保留规定，就称其为“无保留的基本权利”（Vgl. Kathrin Misera-Lang, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 1. Aufl., 1999, S. 44）。本文使用“无保留”，指代基本权利条款中既不附带明确的法律保留规定，也不附带明确的宪法保留规定，并将其同“无法律保留”的表述作严格区分。

及一些其他法律,<sup>[4]</sup>虽针对特定基本权利或基本权利的特定限制方式规定了法律保留,但并未覆盖所有基本权利。对于无保留的基本权利能否实行法律保留,限制此类基本权利应当遵循何种形式要件,仍待解答。本文将在探究宪法设定无保留基本权利之规范目的的基础上,对保留与否、适用宪法保留、适用法律保留三种理论观点的目的性与可行性进行分析,尝试证立我国宪法上的基本权利限制应当适用法律保留。

## 一、宪法设定无保留基本权利的规范目的

自清末《钦定宪法大纲》以来,近代中国的诸部宪法、宪法性文件或宪法草案中,对于基本权利的限制大多采“法律限制主义”,即有明确的法律保留规定。<sup>[5]</sup>然而,纵观中华人民共和国的四部宪法,从来“只有对公民基本权利的授予性规定,少有对公民权利的限制性规定”。<sup>[6]</sup>宪法中没有概括性的法律保留条款。除针对人身自由、通信自由与通信秘密等个别基本权利专门设定了法律保留外,大多基本权利条款也并无法律保留附款,基本权利限制的形式要件处于空缺状态。考察中华人民共和国宪法的制定和修改过程可以发现,制宪者对于基本权利限制的形式要件有过一定考虑,曾多次有人提出在基本权利条款中附加法律保留规定的意见,但相关意见最终未被采纳。<sup>[7]</sup>基本权利限制形式要件的空缺,难谓出于制宪者的疏忽,而更应被视为制宪者的有意选择。

### (一) 设定无保留基本权利的宪法史考察

#### 1. 基本权利保障程度最大化的意图

制宪者不在宪法条文中规定对基本权利的限制,主要意图在于令基本权利的保障程度最大化、限制最小化。1848年法国宪法中,人身、新闻出版、言论、结社、集会、教育和宗教等自由,在被宣布为“绝对权利”的同时,也附带有若干条件。对此,马克思指出,在资产阶级的统治下,宪法“在一般词句中标榜自由,在附带条件中废除自由”;由于资产阶级对自由设立了“根据合理理由”的种种障碍,宪法上的自由与权利“在日常的现实中的存在被彻底消灭”。<sup>[8]</sup>同马克思的这一看法一脉相承,社会主义国家视权利的保留和例外为资产阶级控制和削减自由的手段,强调社会主义宪法下公民的基本权利不应受保留条款的束缚。<sup>[9]</sup>1946年政治协商会议第九次大会上,吴玉章提出:“宪法应保障人民权利,不应限制人民权利,但是‘五五宪草’关于人民权利大都规定‘非依法律不得限制’字样,换言之,即是普通法可

[4] 例如,行政处罚法第10条规定,限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定;行政强制法第9条、第10条规定,行政强制措施原则上由法律设定,且限制公民人身自由、冻结存款、汇款等行政强制措施只能由法律设定;刑法第3条规定了罪刑法定原则;民法典第117条规定,征收、征用不动产或动产必须依照法律规定的程序和权限。

[5] 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页以下。

[6] 汪进元、陈兵:《权利限制的立宪模式之比较》,《法学评论》2005年第5期,第13页。

[7] 参见韩大元:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第129页以下;许崇德:《中华人民共和国宪法史》下卷,福建人民出版社2005年版,第379页以下。

[8] [德]马克思:《路易·波拿巴的雾月十八日》,载《马克思恩格斯全集》第8卷,人民出版社1961年版,第134页以下。

[9] 参见[苏]特拉伊宁等编:《苏联国家法教程》上册,彭健华译,大东书局1950年版,第162页以下;[苏]列文:《苏联国家法概论》,杨旭译,人民出版社1951年版,第160页以下;李步云:《论宪法》,社会科学文献出版社2013年版,第254页以下;前引[7],许崇德书,第492页。

以限制人民权利，这是不妥当的。”<sup>[10]</sup>这种主张法律（而不仅是“法令与条例”）不应限制人民权利的观点，与马克思主义观点及传统社会主义国家宪法的规定具有一致性。

1982年11月26日，彭真在第五届全国人民代表大会第五次会议上作《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》时指出：“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。”<sup>[11]</sup>只不过，在承认基本权利可受限制的基础上，他亦主张宪法上对基本权利的限制应最小化，对基本权利的保障程度应最大化，并将权利限制少视为社会主义宪法民主真实性的表现及其相对于资本主义宪法的优越性的表现。1982年宪法颁行后，彭真曾在多个场合表达这一观点：中国宪法规定了我国公民享有广泛的、真实的自由和权利，限制只有一条，就是“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”。这种民主的广泛性是资产阶级民主所无法比拟的。<sup>[12]</sup>

无论中华人民共和国成立前还是成立后，我们的制宪者都始终对宪法中限制权利和自由的附带条款抱有警惕，并致力于实现宪法中的基本权利保障程度最大化、限制最小化。不在宪法中宣明对权利的具体限制，而将具体限制交由法律规定，属于一种带有隐蔽性的限制，被认为可能导致“宪法一手承认人民的基本权利，法律另一手便剥夺人民的基本权利”，<sup>[13]</sup>不符合社会主义宪法中公民权利与自由的广泛性、真实性。

## 2. 宪法非规范性与基本权利非对抗性的观念

当下学界普遍认为，宪法是一种以国家权力为主要约束对象的法规范。“规范”对事实具有监督作用，“当事实违背法律规范对行为模式的设定，那么这种事实状态就应该被纠正”。<sup>[14]</sup>然而，在过去很长一段时间里，我国主流宪法观并不重视宪法的规范属性，而更看重宪法的“事实性”与“纲领性”。<sup>[15]</sup>所谓宪法的事实性，即宪法文本被认为是对客观社会事实的反映和确认。具体到我国宪法，宪法文本被认为是对中国新民主主义革命和社会主义革命所取得的成果、所已经确立的社会制度的反映和确认。有的宪法学教材将“阶级力量对比的反映”“民主制度的法律化”视作宪法的本质特征，<sup>[16]</sup>就是此种观念的体现。宪法的纲领性，是指宪法除了记录当下已经确定的事实外，还写入了当前尚未实施但未来将要实施的政策和制度。无论宪法的事实性还是纲领性，都不强调宪法作为法规范对事实的监督与纠正作用。

在基本权利领域，宪法非规范性的观念反映为基本权利的非对抗性观念。从立宪主义的视角看，基本权利是一种用来对抗国家侵犯的主观性公权利。基本权利规范假定公民的基本权利和自由与国家机关的权力行使之间，可能存在某种紧张与冲突。立法机关制定的法律或国家机关的特定公权力行为可能越过其边界，对公民受宪法保护的基本权利造成侵害。因而，需要通过合宪性审查等制度措施约束国家权力，实现对公民基本权利的保障。然而，1954年宪法下

[10] 《吴玉章同志发言提出宪法的原则》，《新华日报》1946年1月20日第2版。

[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—一九九零）》，人民出版社1991年版，第443页。

[12] 彭真至少在三个不同场合表达过这一观点。参见彭真：《进一步实施宪法，严格按照宪法办事》，载上引彭真文选，第484页以下；彭真：《关于社会主义精神文明建设指导思想的几个问题》，载上引彭真文选，第577页；《彭真年谱（1902—1997）》第5卷，中央文献出版社2012年版，第390页。

[13] 沈寿文：《宪法保留：对基本自由权利限制的限制原则》，《北方法学》2010年第3期，第21页。

[14] 周林刚：《宪法概念的变革——从〈共同纲领〉到“五四宪法”》，《法制与社会发展》2013年第6期，第40页。

[15] 有关宪法事实性与纲领性观念的思想史梳理，参见翟国强：《中国共产党的宪法观念史——超越事实的变迁》，《法学评论》2016年第1期，第151页以下。

[16] 参见许崇德、胡锦涛光主编：《宪法》，中国人民大学出版社2018年版，第9页。

公民的基本权利被视为非对抗性的，即不具备对抗国家的功能。<sup>〔17〕</sup>在基本权利限制的问题上，当时的制宪者作出了公共利益绝对优位的阐释，即个人权利在公共利益面前随时可被限制、禁止或“变通”。<sup>〔18〕</sup>当时的学者也只在实证法意义上的合法性范畴内解释基本权利，认为公民基本权利并非先于国家和宪法存在，而是国家赋予的，国家政权对基本权利有决定性作用。<sup>〔19〕</sup>基于这种非对抗性的基本权利观念，原则上不受国家干预的个人领域并不存在，这与法律保留原理产生的思想背景截然不同。<sup>〔20〕</sup>故而，要求对基本权利的干预必须有立法机关决定之依据、必须以法律的形式慎重进行，就是不必要的。

### 3. 以概括限制条款替代法律保留条款的初步构想

在1982年宪法的制定过程中，曾有人提出以概括限制条款替代法律保留条款的初步构想。1981年2月，宪法修改委员会秘书处第十一次会议对“公民基本权利和义务（草稿）”进行了讨论并作了如下说明：“言论、出版、集会等政治自由前面不宜加‘依照法律’的限制词，关键在于制定具体法规，来保证公民正确地行使，防止滥用。而且，既然有了一条总的不得滥用权利的规定，这里可以不写。”<sup>〔21〕</sup>至于“不宜加”的具体理由是什么，会上没有作出明确的解释。1981年4月，宪法修改委员会对重新修改的宪法草案作出了说明。针对在“言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”前加上“依照法律”的建议，说明中称“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’”。<sup>〔22〕</sup>

上述两段史料似乎表明，在制宪者看来，“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”这种基本权利概括限制条款，与基本权利必须依照法律而享有的规定，在功能上是等同的，有了前者就无需后者。但是，这种功能上的等同，既可能指在功能上具体地等同，即概括限制条款中已包含了基本权利可受法律限制的含义，制宪者尝试以显在的概括限制条款囊括隐含的法律限制规范；也可能是指两者在功能上大致相当，即它们是两种不同类型的基本权利限制条款，但都能发挥基本权利限制的作用，制宪者尝试以宪法上概括限制的模式取代以法律限制的模式。由于制宪者对此未作进一步解释，其真实意图难以通过考察制宪史而获知。从目前的理论认知和实践情况看，制宪者以概括限制条款取代法律保留条款的构想很难取得理想效果。因为，概括限制条款只能为基本权利的限制提供限制目的，既不能否定下位法具体化权利限制的必要，也无法对基本权利限制的形式要件提供确切的指引。基本权利限制是否必须依照法律，仍是一个有待解释的问题。

#### （二）现行宪法设定无保留基本权利的规范目的

法解释的最终目标乃探求法在今日法秩序中的规范性意义。只有同时考虑“历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法”，<sup>〔23〕</sup>才能达到这一目的。改革开放以来，我国的宪法观念发生了深刻的变化，宪法不再被单纯看作“记录簿”或“指南书”，宪法的法规范属性不

〔17〕 参见陈楚风：《遗忘抑或无视？——五四宪法违宪审查制度缺失原因探析》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》第10卷，中国检察出版社2016年版，第154页。

〔18〕 参见刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告》，《人民日报》1954年9月16日第3版。

〔19〕 参见李光灿：《我国公民的基本权利与义务》，人民出版社1956年版，第2页。

〔20〕 有关法律保留原理产生的思想背景，参见 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl., 1970, § 13 S. 149 f.; Maunz/Dürig/Grzeszick, 88. EL August 2019, GG Art. 20 VI. Rn. 77。

〔21〕 参见前引〔7〕，许崇德书，第380页。

〔22〕 同上书，第418页。

〔23〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第199页。

断凸显。1982年宪法序言明确了宪法“是国家的根本法，具有最高的法律效力”，其正文第5条规定，“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”。2004年的宪法修正案，更将“国家尊重和保障人权”写入宪法。人权概念作为宪法原则，对一切公共权力与社会生活领域具有约束力，其作为国家价值观，具有确立国家活动的基本目标的意义。<sup>[24]</sup>在此背景下，基本权利非规范性的观念已然消退。

制宪者设定无保留基本权利的背后交织着“基本权利保障程度最大化”和“宪法非规范性与基本权利非对抗性”两种观念。现今，后一观念已然淡去，前者便成为唯一可与现行宪法整体相协调的主观规范目的。从体系解释的角度看，追求基本权利保障程度的最大化，也与现行宪法中的人权保障原则在价值取向上一致。对无保留基本权利的解释，应尽可能符合这一目的。制宪者力图在社会主义宪法中使基本权利的保障程度得以最大化，为此排斥了资产阶级宪法中常见的法律保留条款。然而，对于基本权利的限制须遵循何种形式才能达成该目的，制宪者并没有作出明确的决断。1982年宪法的制定过程中，以概括限制条款替代法律保留条款的构想也不甚清晰，未能解答基本权利限制是否必须依照法律的问题。

### （三）对“保留否弃”之否弃

在基本权利限制的形式要件问题上，基本权利条款无保留附款有可能被理解为保留否弃，即不需要法律上的依据，行政机关可合宪地对这些基本权利予以限制甚至剥夺。从表面上看，此种观点似乎能得到现行立法法的支持。立法法第8条、第9条中，基本权利的绝对保留事项仅包括政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚，相对保留事项仅包括对非国有财产的征收。这似乎意味着，公民的政治权利（适用“剥夺”以外的限制措施时）、宗教信仰自由、平等权、社会经济权、文化教育权等基本权利，都“被排除在法律保留事项之外”，“无法得到法律保留原则的保障”。<sup>[25]</sup>

然而，此种解读属于“以下位法为基础解释上位法”，即“对宪法的合法律性解释”。其背后的逻辑是，先将立法法上对法律保留事项的列举视为“明示其一则排除其余”的完全列举，然后借助立法法上对法律保留范围的界定，解释宪法上基本权利法律保留的范围，最后得出结论认为，立法法已经穷尽了我国宪法秩序下所有基本权利事项的法律保留规定。此种解释方法的问题在于，若毫不怀疑地肯认立法者的法规范形成优先权及其形成结果的正确性，其实是以下位法为据逆推作为上位法的宪法规范的含义，既有损宪法的至上权威，又违背了法律位阶制度，甚至会导致合宪性审查失去意义。<sup>[26]</sup>从我国现行法律体系的整体来看，立法法实际上也并未穷尽法律保留事项。立法法第8条对相对保留事项的规定设有兜底条款，并非完全列举；第9条对绝对保留事项的规定在文义上是完全列举，但也有其他法律就第9条所列事项之外的事项规定了法律保留。<sup>[27]</sup>此种现象，要么可以解释为，立法法所列举的绝对保留事项本身就是

[24] 参见韩大元：《宪法文本中“人权条款”的规范分析》，《法学家》2004年第4期，第9页以下。

[25] 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社2005年版，第197页；温耀原：《〈立法法〉修正下法律保留原则研究》，《西北师大学报（社会科学版）》2015年第3期，第142页。

[26] 在该问题上，也有学者提出过不同观点。柳建龙认为，关于“对宪法的合法律性解释”的妥当性的批评是“夸大其辞”的（参见柳建龙：《合宪性解释原则的本相与争论》，《清华法学》2011年第1期，第120页以下）。然而，其提出的前三个理由，仅是说明了成熟法治国家的一些解释规则和制度安排可以控制该解释方法带来的风险，并未证成该解释方法本身的妥当性，其提出的第四个理由亦不能适用于本文所论及的情形。

[27] 例如，行政强制法第10条规定，行政强制措施中的“冻结存款、汇款”只能由法律设定。

不完全的；要么可以解释为，即便立法法所列举的绝对保留事项是完全的，立法法作为一部法律，其效力也不高于立法机关制定的其他法律，不能禁止其他法律——更不用说宪法——设定其他法律保留事项。两种解释都否定了立法法已穷尽所有基本权利事项的法律保留。

保留否弃的理解使基本权利无法得到立法机关充分的保护，明显背离了“基本权利保障程度最大化”的规范目的，因而不可取。除保留否弃外，无保留的基本权利尚有可能被理解为实行宪法保留或实行法律保留，下文将对这两种理论观点进行辨析。

## 二、基本权利宪法保留之辨析

宪法保留是指对于某些具有高度重要性的基本权利和国家制度事项，仅允许宪法自身调整，而禁止法律及其他下位法加以调整。具体到基本权利领域，宪法保留主要是禁止法律及其他下位法剥夺或限制基本权利。<sup>[28]</sup>有学者主张，中国宪法上的基本权利存在一种“级差”结构，即无保留附款的基本权利由宪法自身宣示，相较于可受法律限制的基本权利而言级别更高，法律对这些基本权利只能作保护性规定，不能作限制性规定。<sup>[29]</sup>为辨明此种主张的合理性，有必要对宪法保留的理念及其在实践中的运作有充分的认识。

### （一）权利保障直接化、宪法化的理念

宪法上基本权利的法律保留具有两面性。它既授权立法者限制基本权利，具有基本权利限制的意义；又规定基本权利的限制只能依据法律，具有基本权利保障或基本权利“限制之限制”的意义。<sup>[30]</sup>正是针对法律保留限制基本权利的一面，“二战”后有学者对法律保留进行了反思与批判。

早在魏玛宪法时代，德国就有学者指出，法律保留规定使基本权利仅具有“法律上的效力”，而未得到具备“宪法上的效力”的保护。<sup>[31]</sup>“二战”之后，法律保留规定又受到德国学者的进一步批判。<sup>[32]</sup>但是，德国并未因此抛弃基本权利的法律保留，而是试图改进这一原理。瓦尔特·耶利内克在1946年给出了一种方案，即首先要求基本权利的法律限制必须属于例外情形，其次对可以限制基本权利的法律提出品格上的要求，具体包括：（1）限制基本权利的法律必须由人民制定，且必须具有一般性，不能针对个案，也不包括紧急状态法令；（2）对基本权利的限制必须在法律中明文规定，不能从一般性的授权条款中解释出来；（3）法律必须明确基本权利干预的条件和限度，不能将其交由行政法令决定。<sup>[33]</sup>1949年通过的德国基本

[28] 对此，学界基本达成了共识。参见前引〔13〕，沈寿文文，第24页；蒋清华：《基本权利宪法保留的规范与价值》，《政治与法律》2011年第3期，第60页；前引〔2〕，张翔书，第129页；莫纪宏：《论宪法保留原则在合宪性审查中的应用》，《法治现代化研究》2018年第5期，第13页。但也有少数学者认为，宪法保留指的是或至少包含了“规定基本权利仅在宪法自身所规定的某种必要情形下，方可由立法机关以法律施加限制”的意思。参见张峰振：《论宪法保留》，《政法论坛》2018年第4期，第41页；秦小建：《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》，《政治与法律》2020年第7期，第90页。后一种理解下的宪法保留，其实无异于德国法上的“加重法律保留”或“特别法律保留”。

[29] 参见胡玉鸿：《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。

[30] 参见前引〔2〕，张翔书，第128页以下。

[31] Vgl. Richard Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Band II, 1. Aufl., 1932, § 76 S. 221.

[32] Vgl. Walter Jellinek, Grundrechte und Gesetzesvorbehalt, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1. Jahrg., H. 1 (Juli 1946), S. 4.

[33] 同上文，第5页以下。

法及其后的德国宪法实践，在基本权利法律保留的问题上大体遵循了上述方案。

日本宪法学者对待基本权利法律保留的态度与德国学者有所不同。明治宪法明确规定了基本权利的法律保留，法律保留原理在当时也受到学界的普遍接纳。<sup>[34]</sup>“二战”后，日本公法学界对法律保留概念的评价呈现两极化：行政法学界对法律保留仍持正面态度，并将其视为行政法的基本原则之一；宪法学界则有颇多学者对法律保留持批判态度，认为法律保留将人权保障限缩在法律层面，虽对行政权有所防范，但不能禁止立法权对人权的侵害。<sup>[35]</sup>进一步地，宫泽俊义提出了基本权利保障方式之区分的学说，从比较法的角度将基本权利保障方式二分为“绝对保障型（宪法保障型）”与“相对保障型（法律保障型）”。<sup>[36]</sup>芦部信喜在其基础上补充了“折中型”。所谓绝对保障型，是指人权受宪法本身保障，不得单纯地通过法律施加限制或规定例外，若要对其施加内在于该人权的限制之外的限制，则必须修改宪法。美国宪法为采取此种保障方式之典例。相对保障型是指人权虽受宪法保护，但允许法律对其进行限制，基本权利实行法律保留。魏玛宪法为采取此种保障方式之典例。折中型介于前二者之间，即原则上采取绝对保障型规定但兼含相对保障型规定，以德国基本法为典例。<sup>[37]</sup>1946年日本宪法第11条、第97条规定，基本人权“不能受到妨碍”且“不可侵犯”，该宪法具体的基本权利条款中，亦不附带法律保留的规定。日本学者据此认为，“二战”前该国宪法中基本权利的法律保留已遭到否定，<sup>[38]</sup>1946年日本宪法对基本人权采取的是近似于美国式的绝对保障主义，基本人权具有拘束立法权的效力，是根据法律甚至根据宪法修改都不能侵犯的权利。<sup>[39]</sup>

中国宪法学者如林来梵等，对日本的法律保留批判学说以及权利保障模式区分学说有所继受。<sup>[40]</sup>林来梵进一步地将权利保障模式的区分与合宪性审查的有无相结合，认为绝对保障型与折中型的另一特征，是在实践中存在具备实效性的合宪性审查制度，相对保障型则相反。他认为，从各国宪法的发展历程看，基本权利的保障经历了“单纯依赖法律保护，但未得到全面保护”（未得到充分实施的相对保障型）、“得到法律全面保护，即实行全面的法律保留”（相对保障型）、“由宪法自身保护”（绝对保障型）三个阶段。<sup>[41]</sup>该学说强调法律保留制度允许立法权限制基本权利的一面，对基本权利的法律保留总体上持负面态度，认为法律保留导致了基本权利保障的相对性，无益于基本权利保障，或仅对基本权利保障有阶段性意义。若按照这种观点，宪法保留是优越于法律保留的权利保障原理，在解释论上应尽可能将我国现行宪法中的基本权利解释为实行宪法保留而非法律保留，在立法论上应以将基本权利的宪法保留明确载入宪法，对基本权利实行“绝对保障模式”为最终目标。然而，对宪法保留的理解与认识不能仅停留在理念层面，还须结合宪法实践考察其运作机理。

## （二）宪法保留内涵在实际运作中的蜕变

从比较法的角度观察，基本权利的宪法保留主要有两种实践模式。第一种模式具体体现为

[34] 参见王贵松：《法治主义在日本的继受与展开》，《交大法学》2014年第4期，第51页。

[35] 参见〔日〕芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，清华大学出版社2018年版，第15页。

[36] 参见〔日〕宫泽俊义：《宪法II：法律学全集（4）》，有斐阁1959年版，第110页以下。

[37] 参见〔日〕芦部信喜：《宪法学II：人权总论》，有斐阁1994年版，第179页以下。

[38] 参见〔日〕宫泽俊义：《日本国宪法精解》，董璠译，中国民主法制出版社1990年版，第159页。

[39] 参见前引〔37〕，芦部信喜书，第185页以下。

[40] 参见林来梵：《“法律保留”的诱惑》，《法制日报》2007年6月17日第14版；林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，商务印书馆2017年版，第103页以下。

[41] 参见前引〔2〕，林来梵书，第336页以下。

美国宪法中的“立法限制禁止”规定。美国宪法第一修正案规定：“国会不准制定有关下列事项的法律：确立国教或禁止信仰自由；限制言论自由或出版自由；或限制人民和平集会及向政府请愿的权利。”从文义上看，该条款绝对地禁止了美国国会立法对若干种权利的限制。然而，从美国法院对该条款的理解与运用看，并不能轻易认为第一修正案对这些权利实行了彻底的宪法保留，以及国会的立法限制被绝对地禁止。

以言论自由为例，美国联邦最高法院发展出了双阶理论，将言论区分为高价值言论与低价值言论，并根据此种区分对限制言论的行为进行不同严格程度的审查。<sup>[42]</sup>双阶理论的提出和运用，无异于通过司法的形式形成了言论自由权的保障范围，<sup>[43]</sup>将部分言论排除出了言论自由权的保障范围，或对其实行较低程度的保护，允许立法机关对其进行不同程度的限制。美国联邦最高法院亦针对言论自由发展出若干种合宪性审查基准，如禁止事前限制基准、明确性原则、针对言论内容的“明显而立即危险”基准、针对商业性言论的“四步分析”基准、针对象征性言论的奥布莱恩基准等。<sup>[44]</sup>这些审查基准，大体上均指向对言论自由的限制目的、限制手段，或目的与手段间关联性的审查。例如，“明显而立即危险”基准，审查的是限制言论的目的是否为阻止具备盖然性、迫切性、重大性之危害，以及限制言论的手段是否具有必要性。<sup>[45]</sup>上述基准大致相当于大陆法系基本权利限制的目的正当性审查与比例原则审查在不同言论种类中的细化，<sup>[46]</sup>属于对基本权利限制的实质性审查。无论哪一基准，都并未绝对地禁止国会立法对言论自由的限制，而是对国会合宪地立法限制言论自由设定了若干实质要件。

1946年日本宪法虽未如美国宪法一般直接规定立法限制之禁止，但据日本学者的解释，其采取的也是美国式的绝对保障主义，要求法律不得侵犯基本人权。<sup>[47]</sup>然而，该宪法亦不认为基本人权是全然不受限制的，其第12条、第13条即规定了“公共福利”对基本人权的制约。至于公共福利在何种意义上构成对基本人权的制约，日本宪法学上存在不同的学说。外在制约说将公共福利理解为外在于基本人权的、可以对人权加以一般性限制的原理。1946年日本宪法施行初期，日本最高裁判所判例多运用此学说，以“某法律虽限制人权，但其目的系为实现公共福祉”为由判定案涉立法合宪。<sup>[48]</sup>这一现象引起了学者的警惕，因为该说轻易认可通过法律限制人权，可能导致明治宪法中的基本权利法律保留的复活。进而，宫泽俊义等学者提出内在制约说，认为公共福利对人权的限制并非适用于一切基本人权，而仅适用于日本宪法在个别具体人权条款中规定的受公共福利限制的情形，其他基本人权则不受外在的、抽象的、政策性的公共福利的限制，仅受逻辑上内在于该权利自身的“内在制约”。<sup>[49]</sup>然而，即便是内在制约说亦是通过对限制基本权利的实质性事由加以限缩，来防范立法机关侵害基本权

[42] 参见何永红：《基本权利限制的宪法审查——以审查基准及其类型化为焦点》，法律出版社2009年版，第126页以下。

[43] 所谓形成保障范围，可以理解为确定何种行为落入某基本权利条款的保障范围之内，具有受到该基本权利条款保护的初步可能性。参见陈鹏：《论立法对基本权利的多元效应》，《法律科学》2016年第6期，第20页以下。

[44] 参见前引[42]，何永红书，第127页以下。

[45] 同上书，第128页以下。

[46] 有关审查基准与比例原则审查的相似之处，参见前引[35]，芦部信喜书，第79页以下。

[47] 参见前引[37]，芦部信喜书，第185页以下。

[48] 参见前引[38]，宫泽俊义书，第174页以下。

[49] 例如，不可侵害他人生命与健康、不可侵害他人人性尊严、与他人权利冲突时的相互调整等。有关外在制约说与内在制约说的论证，以及“内在与外在二元制约说”“一元内在制约说”等具体观点，参见前引[35]，芦部信喜书，第74页以下；[日]阿部照哉等编著：《宪法》下册，周宗宪译，中国政法大学出版社2006年版，第67页以下。

利的危险，并未彻底排除通过法律这一形式限制基本权利的可能。若将法律保留准确地理解为“只有通过法律才能限制”，则无论外在制约说还是内在制约说，均未彻底否定法律保留。

基本权利宪法保留的另一种模式，是德国基本法中的“无法律保留基本权利”。不同于魏玛宪法对基本权利普遍地采取简单法律保留，德国基本法采取了“区分式保留”，对各项基本权利的法律保留作了差异化处理。对于实行简单法律保留的基本权利，宪法上仅规定该项权利“可通过或根据法律限制之”，立法者的裁量空间较大；对于实行特别法律保留的基本权利，则仅在符合宪法上限定的条件、目的或方式时，法律才可以对其进行限制，立法者的裁量空间有所限缩。另有一类基本权利，在宪法条文中不附带法律保留的规定。<sup>[50]</sup> 有论者认为，此种无法律保留的基本权利即属于一种宪法保留。<sup>[51]</sup>

德国联邦宪法法院指出，无法律保留的权利并非无限制的权利。<sup>[52]</sup> 基本法不在某些基本权利条款中规定法律保留，目的并非完全排除对这些权利的限制，而在于强调这些权利在基本法的基本权利部分中处于特别突出的地位，以使这些基本权利受到限制的可能性降到最低。<sup>[53]</sup> 德国联邦宪法法院的通行立场是从“宪法整体性”的观念出发，认为无法律保留的基本权利仍应当受到“宪法内在限制”的制约。<sup>[54]</sup> 根据该说，此类权利仅在与第三人的基本权利或者具有宪法位阶的法益发生冲突时，方可例外地受限制；<sup>[55]</sup> 此种冲突应依照实践调和原则来解决，即在个案中对相冲突的法益进行衡量，力图令所有法益都得到最妥帖的平衡。<sup>[56]</sup>

对于无法律保留基本权利，立法机关仍然负有解决其与其他宪法法益冲突的首要责任。<sup>[57]</sup> 德国联邦宪法法院指出，基于法治和民主原则的要求，无法律保留基本权利的限制仍必须有立法机关的法律依据，不能由行政机关径行实施。<sup>[58]</sup> 质言之，在德国法中，附带简单法律保留的基本权利、附带特别法律保留的基本权利、无法律保留基本权利三者的区别在于：对于附带简单法律保留的基本权利，立法者可自行决定基于何种公共利益目的而限制；对于附带特别法律保留的基本权利，立法者在限制条件、目的、方式的选择上受到明示的限制，即必须符合该基本权利条文本身提出的要求；对于无法律保留的基本权利，立法者在限制目的的选择上受到默示的限制，即只能基于与该基本权利发生冲突的“第三人基本权利或其他具有宪法位阶的法益”而限制。可见，德国法上对无法律保留的基本权利，同样是在限制的实质性理由上予以高度限缩，类似于将其作为一种限制条件未被宪法明示的特别法律保留，在此基础上再附加

[50] 参见陈新民：《论宪法人民基本权利的限制》，载氏著《德国公法学基础理论》上卷，法律出版社2010年版，第391页以下。

[51] 参见王锴：《调取查阅通话（讯）记录中的基本权利保护》，《政治与法律》2020年第8期，第112页。

[52] BVerfGE 30, 173, 193.

[53] Maunz/Dürig/Herzog, 88. EL August 2019, GG Art. 4 Rn. 150.

[54] See Chrisrian Bumke & Andreas Voßkuhle, *German Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 56.

[55] BVerfGE 28, 243, 261.

[56] Vgl. Markus Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen*, 1. Aufl., 1999, S. 25; Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, 1. Aufl., 2006, S. 220 f.; Walter Schmidt, *Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte*, *Archiv des Öffentlichen Rechts* 106 (1981), S. 498; 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》，载张志铭主编：《师大法学》2017年第2辑，法律出版社2018年版，第87页以下。叙述相同限制原理而不采“宪法内在限制”（*verfassungsimmanente Schranken*）概念的，参见[德] Klaus Stern：《基本权利及其限制》，林三钦、张银盛译，载[德] Peter Badura、Horst Dreier编：《德国联邦宪法法院五十周年纪念论文集》下册，苏永钦等译，台湾联经出版事业股份有限公司2010年版，第22页。

[57] 参见前引[54]，Bumke等书，第57页。

[58] BVerfGE 83, 130, 142.

实践调和的要求，因而并未彻底排除以法律的形式对其加以限制的可能性。

### （三）内涵蜕变后的宪法保留不具有权利限制形式要件的意义

基于上述考察不难发现，学理上的基本权利宪法保留，在宪制实践中几乎都没有被完全、彻底地实现。无论美国、日本式的立法限制之禁止规定，抑或德国式的无法律保留基本权利规定，在实际运作中均没有绝对地排除立法限制基本权利的可能性，没有绝对地将基本权利的保障与限制保留于宪法自身。所谓实行宪法保留的基本权利，在限制的形式上已经退回到了以法律限制，表现为美国联邦最高法院允许国会立法在符合审查基准要求的情况下限制权利，日本最高裁判所允许国会立法在遵循内在限制的条件下限制权利，德国联邦宪法法院要求无法律保留基本权利的限制具备立法机关的法律依据。宪法保留的核心内涵，则已通过理论构造或宪法解释，变为了基本权利限制的实质要件，即要求立法机关仅可在满足某些特定条件（如限制的目的、手段、目的与手段间的恰当关联等）时合宪地限制这些权利。

此种现象难谓个别的、偶然的。大多数基本权利均有可能与他人权利或公共利益发生冲突，具有可限制性。然而，宪法往往只提供权利清单，不可能事无巨细地列举各项权利的内容和界限，导致客观上存在通过下位法具体形成基本权利保障范围及限制基本权利的必要。绝对排除立法涉足的基本权利宪法保留，恐怕只能在两种特定情形下实现：一是对于某些被认为绝对不应受限制的“绝对权利”，<sup>[59]</sup>由于限制的可能性和必要性被彻底否定，受法律限制的可能性自然也被排除；二是对于某些程序性基本权利，若宪法对其实现的方式已作出高度明确具体的规定，以至于法律没有必要对该项权利作出宪法文本以外的规定，立法者就没有可能合宪地以法律形式限制该项权利。<sup>[60]</sup>对于宪法中大量存在的较为抽象且具有限制必要性的基本权利而言，实行绝对的宪法保留恐怕不可行。即便宪法条文上有明确的宪法保留附款，这些规定大约亦仅具有注意规定的性质。防止宪法上的基本权利被法律限制虚化的关键，或许不在于针对基本权利规定宪法保留，而在于确保法律限制本身是有限度、受审查、可救济的。

宪法保留核心内涵在实践中的蜕变表明，将宪法保留作为基本权利限制的形式要件，一般而言并不可行。核心内涵蜕变后的宪法保留，已经不与传统的法律保留处在同一层次。后者属于基本权利限制的形式要件，前者则已转化为基本权利限制的实质要件。这种意义上的宪法保留，无法指明基本权利的限制应遵循何种形式、何种层级的法规范依据，未能完成“制（修）宪权—立法权—行政权”之间的权限分配，甚至其本身能否被称为宪法保留，都是颇值深思的。<sup>[61]</sup>当然，前述宪法保留实践中对权利限制理由的限缩和对立法机关形成自由的限制是有意义的。基本权利内在限制理论、实践调和理论等，在讨论基本权利限制的实质要件时，均颇有参考价值。但是，这些问题不宜放在权利限制形式要件的层次上加以讨论。

### （四）德国式“无法律保留基本权利”理论难以直接适用于中国

有学者认为，中国宪法与德国基本法在基本权利规范结构上具有相似性，都存在一套由

[59] 有学者认为，内心思想的自由、人的尊严、接受公正审判的权利，属于绝对不可限制的“绝对权利”。参见前引〔2〕，林来梵书，第348页以下。

[60] 此种类型的宪法保留，参见邓联繁、蒋清华：《论基本权利的宪法保留》，《湖南大学学报（社会科学版）》2009年第6期，第109页。

[61] 基本权利的法律保留，要么指只允许以法律限制基本权利（绝对法律保留、国会保留），要么指只允许行政立法在得到立法机关授权的情况下限制基本权利（相对法律保留），两者均指向权利限制的方式（形式），并未将法律规定了权利限制的实质要件称为法律保留。相对应地，似不应将宪法（明示或默示地）规定权利限制的实质要件称为宪法保留。有学者也指出，“基本权利限制的宪法界限不是宪法保留”（前引〔28〕，蒋清华文，第61页）。

“简单法律保留—特别法律保留—无法律保留”三级构成的分层法律保留体系。中国宪法上的言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由，宗教信仰自由，人格尊严不受侵犯，以及文化活动自由等无保留的基本权利，相当于德国法上无法律保留的基本权利，应实行宪法保留，接受宪法自身的限制。<sup>[62]</sup> 尽管本文认为，德国法对无法律保留基本权利的处理，并非严格意义上的宪法保留，不属于基本权利限制形式要件的范畴，此处仍有必要对该观点作适当回应。

上述类比有一定合理性，但德国对无法律保留基本权利的处理有其规范背景。从数量上看，无法律保留的基本权利在德国基本法上占少数，仅包括人的尊严，信仰与良心自由，艺术、学术与教学自由。这些基本权利往往以保护少数人的自由为目的，<sup>[63]</sup> 对于它们的限制，并不适宜由立法所代表的多数民主来决定。<sup>[64]</sup> 并且，传统理论一般认为这些基本权利具有较低的社会相关性，<sup>[65]</sup> 主要涉及内在自由，不需要或较少需要通过行为表现于外部，因而不易威胁到公共利益和他人的权利，较适合于实行宪法保留。反观中国宪法，无保留的基本权利大多属于表达自由。表达自由之行使，必然要求通过一定的表达行为将内心的精神作用公诸外部，<sup>[66]</sup> 在此过程中较易与公共利益及他人权利发生碰撞，其性质并不同于德国基本法上三类无法律保留的基本权利。

此外，由于公共利益在中国宪法与德国基本法中的规定方式不同，在中国现行宪法下对基本权利采取德国无法律保留基本权利的保障方式，未必能起相同的作用。德国基本法中规定的价值条款、目标条款相对有限，其亦未承认可以普遍地用于限制所有基本权利的具有一般性、概括性、抽象性的“公共利益”概念。<sup>[67]</sup> 在特定的基本权利限制中，公共利益要么以抽象形式规定于特定的基本权利限制中，<sup>[68]</sup> 要么以特定形式规定于特定的基本权利限制中。<sup>[69]</sup> 具有一般性的“不抵触宪法秩序或道德规范”条款，在德国联邦宪法法院看来，也仅适用于对一般行为自由的限制，不适用于对无法律保留基本权利的限制。<sup>[70]</sup> 可限制无法律保留基本权利的“具有宪法位阶的法益”，是指宪法上明确的法益而非宽泛的公共利益理由。<sup>[71]</sup> 它们是较有限且可预测的，仅包括：民主国、法治国、共和国、联邦国等宪法结构原则；环境保护等国家目标；择业自由限制等权限规定。相反，我国现行宪法是“价值充盈”的，规定有大量国家价值、国家目标、国家任务条款。若简单地采取宪法内在限制理论，这些条款均可能构成对基本权利的内在限制。此外，我国现行宪法第 51 条规定了自由与权利之行使不得损害“国家的、社会的、集体的利益”。从表述方式看，将“国家的、社会的、集体的利益”直接作为一种可普遍地限制基本权利的抽象的宪法位阶法益，或者通过将宪法上没有明确列举的具体法益涵摄于“国家的、社会的、集体的利益”中，从而使其上升为具有宪法位阶的法益，并以此

[62] 参见前引 [56]，王锴文，第 85 页以下。

[63] BVerfGE 93, 1, 24.

[64] 参见赵宏：《实质理性下的形式理性：〈德国基本法〉中基本权的规范模式》，《比较法研究》2007 年第 2 期，第 20 页。

[65] 参见前引 [56]，王锴文，第 85 页。也有学者注意到，这些权利在当代逐渐显现出更高的社会相关性，其低社会相关性的特点已相对化。参见前引 [3]，Misera-Lang 书，第 64 页以下。

[66] 参见前引 [40]，林来梵书，第 147 页。

[67] 参见赵宏：《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 155 页。

[68] 例如，德国基本法第 14 条规定，财产权之行使应同时有益于公共福利，财产之征收必须为公共福利始得为之。

[69] 例如，德国基本法第 11 条规定，迁徙自由可因防止疫病、天灾等若干情形而有必要时受到限制。

[70] Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, 88. EL August 2019, GG Art. 4 Rn. 91.

[71] BVerfGE 32, 98, 109.

为由限制法律保留规范处于空缺中的基本权利，至少在解释学上具备可能性。〔72〕

### 三、基本权利法律保留之证成

保留否弃的观点背离了基本权利保障程度最大化的规范目的，宪法保留虽在理念上契合这一规范目的，但其一旦进入实践就容易发生内涵蜕变，以致失去权利限制形式要件的意义。既然不得不以宪法以下的法规范规定基本权利的限制，则由宪法之下位阶最高的法律作出相应规定，应能为基本权利提供最为充分的保障。中国宪法上基本权利限制的形式要件，最终仍需选择传统的法律保留。

有学者主张，中国宪法上的基本权利，即便无概括性的或具体的法律保留明文规定，对其限制亦须遵循法律保留原则，国家权力不能以任意方式对其加以限制。这是因为，“从‘体系解释’的角度来看，基本权利是一个整体，各基本权利在价值上是等位的”，“不能认为对某些权利必须由法律才能进行限制，而其他的权利就可以任由其他低层级的规范性文件限制”。〔73〕笔者赞同这一立场，但对其理由存有疑虑。“各基本权利在价值上等位”本身就是一个有争议的观点，〔74〕以此为由主张对基本权利实行法律保留，理据并不充分。另一种常见思路是，参考德国学界证成法律保留的两项传统理论依据——“法治国原则”与“民主国原则”，同时发掘中国宪法上的民主主义要素（“人民民主专政”）与法治主义要素（“实行依法治国”“建设社会主义法治国家”），以证明在中国法上适用法律保留原则亦具备理论基础。〔75〕但是，此“理论基础”仅为实行法律保留的必要不充分条件，〔76〕且此种论证进路更侧重于论证行政法意义上的法律保留，而非基本权利的法律保留。因此，要证立应对中国宪法上无保留附款的基本权利实行法律保留，还需在上述思路的基础上再作两点补充论证。

其一，我国现行宪法第33条第4款规定，“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务”。该款所在条文位于“公民的基本权利和义务”一章之首，具有统领后文一切基本权利义务规范的作用。传统上对该款的解释是，其表达了马克思主义法学中的“权利与义务相一致”原则，目的在于防止出现无义务之权利与无权利之义务；或是其反映了平等的思想，属于平等权规范的一部分。〔77〕不过，该款在“权利”“义务”的表述前附加了定语，强调是“宪法和法律规定”的权利义务，且其直接位于“国家尊重和保障人权”条款之后，不妨视其为人权保障原则的延伸或人权限制与保障的具体方式。由此，对该

〔72〕 已有一些人民法院在审理有关言论自由的案件时，采取了类似的解释进路。参见浙江省温州市中级人民法院（2017）浙03行终313号行政判决书；福建省厦门市中级人民法院（2018）闽02行终112号行政判决书。

〔73〕 参见前引〔2〕，张翔书，第130页。

〔74〕 相关讨论，参见林来梵、张卓明：《论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2003年第6期，第5页以下；柳建龙：《论基本权利竞合》，《法学家》2018年第1期，第33页以下。

〔75〕 参见秦前红、叶海波：《论立法在人权保障中的地位——基于“法律保留”的视角》，《法学评论》2006年第2期，第8页以下；汪庆华：《法律保留原则、公民权利保障与八二宪法秩序》，《浙江社会科学》2014年第12期，第58页以下。

〔76〕 英美等国同样奉行民主与法治原则，但其法律制度中并无典型意义上的法律保留。参见黄舒芄：《法律保留原则在德国法秩序下的意涵与特征》，《中原财经法学》第13期（2004年12月），第22页以下；邓毅：《德国法律保留原则论析》，《行政法学研究》2006年第1期，第21页以下。

〔77〕 参见前引〔40〕，林来梵书，第119页。

款可作如下解释：公民享有宪法上规定的基本权利以及法律规定的其他权利。相应地，公民要承担的义务，以宪法与法律上规定的义务为限，权利所要受到的限制，以宪法与法律上的限制为限。至于法规、规章等下位法规范以及具体行政行为所设定的义务、限制，并非当然有效，须视其是否有宪法与法律上的依据而定。<sup>[78]</sup>

其二，功能主义学说认为，不同国家机关在组成结构与决定程序上有所差异，从而要求国家决定应由在内部结构、组成方式、功能与决定程序等各方面均最具备功能优势的机关来担当作成。<sup>[79]</sup>近年来，有学者从作为我国国家权力配置原则的民主集中制出发，通过发掘其中的“正确性”实质标准要素，对我国国家权力配置作了功能主义的解释，指出功能主义原理已广泛体现于现行宪法之中。<sup>[80]</sup>从正面看，功能主义原理要求将特定的功能配置给结构上最适于实现该功能目的的机关；从反面看，功能主义原理禁止机关的结构与其承担的功能不匹配，即“不适配之禁止”。<sup>[81]</sup>全国人大是“人民行使国家权力的机关”，亦是我国最高国家权力机关，其人员的产生和组成具有最广泛的代表性，在我国的国家机构体系中具有最强的民主正当性，最有可能集中社会上各方面的意见、体现民主协商的精神、正确反映人民的意志。立法法亦对法律的制定规定了严谨而复杂的程序，以保障法律具有充分的民主性、科学性、公开性。相较之下，国务院在宪法上的定位是执行机关、行政机关，按立法法和《行政法规制定程序条例》的规定，行政法规之制定虽具备相当程度的公开性，但制定程序已大为简化。基本权利是具有宪法位阶的重要事项，由功能主义原理的视角观之，为实现基本权利保障程度的最大化，将基本权利限制分配给最具民主正当性的全国人大及其常委会，由其通过制定法律来实现，显然更适当。综上，我国宪法上某些基本权利无保留附款的现象，应被解释为对这些基本权利同样适用法律保留；对于宪法上列举的所有基本权利，原则上均有适用法律保留的空间。

根据基本权利规范在宪法条文中表述方式的不同，我国宪法上的基本权利法律保留，也存在简单法律保留与特别法律保留的区分。其中，现行宪法第33条、第35条、第38条，以及第42条至第49条所规定的基本权利，<sup>[82]</sup>既无明确的法律保留附款也无宪法作出的专门限制，仅有权利享有或特定侵害方式禁止之规定，应视为适用简单法律保留，允许立法者选择其认为适当的公共利益理由，以法律形式限制之。第34条、第39条规定的基本权利，虽附有“依照法律”“禁止非法”的表述，但未对限制条件等作明确要求，亦应视为适用简单法律保留。第40条规定之通信自由和通信秘密较为特殊。针对“检查”这一限制方式，该条不但规定了法律保留，还提出了特定目的和程序的要求，应理解为对“检查”这一特定限制适用特别法律保留，其他的限制适用简单法律保留。<sup>[83]</sup>与之相似，第13条第3款对私有财产的征收和征用规定了法律保留以及限制的条件（补偿），应视为对征收、征用这两种特定限制方式适用特

[78] 另有观点认为，此处的“法律”是指包括法规、规章在内的实质性法律。基于这种观点，应对宪法第33条第4款作较为传统的理解。参见韩大元、王贵松：《中国宪法文本中“法律”的涵义》，《法学》2005年第2期，第46页以下。

[79] 参见张翔：《我国国家权力配置原则的功能主义解释》，《中外法学》2018年第2期，第293页以下。

[80] 同上文，第290页以下。

[81] 参见张翔：《国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心》，《比较法研究》2018年第3期，第152页。

[82] 就宪法第38条中的“人格尊严”而言，宜仅对其蕴含的一般人格权适用简单法律保留。如再对该条款作近似德国法上“人的尊严”的解读，则“人格尊严”可能被视为不受限制的绝对权利，不存在法律保留的问题。

[83] 较详细的讨论，参见前引〔51〕，王锴文，第107页以下；张翔：《通信权的宪法释义与审查框架——兼与杜国强、王锴、秦小建教授商榷》，《比较法研究》2021年第1期，第33页以下。

别法律保留,对私有财产权的其他限制适用简单法律保留。第36条、第41条规定的宗教信仰自由与监督权,无明确的法律保留附款,而有宪法自身特别提出的限制规定。结合个别限制条款优先于概括限制条款的原理,<sup>[84]</sup>以及前文得出的各项基本权利原则上均适用法律保留的结论,应理解为宗教信仰自由与监督权的限制适用特别法律保留。立法者仅得根据第36条第3款、第4款及第41条第1款后段的特定理由,以法律形式限制这两项权利。此外,不同种类的基本权利及国家权力对基本权利的不同作用,在保留的严格程度(主要关涉是否允许立法机关授权)上或有所差别,亦可作层级化之处理。这一问题较为复杂,可另文论述。

对于这一结论,或许会有学者提出质疑。制宪者设定无保留的基本权利条款,就是为了反对资产阶级宪法中的法律保留,此处又主张适用法律保留,岂不恰好违背了设定无保留基本权利的规范目的?笔者认为,此种解释方案并不违背制宪者意志。

第一,制宪者拒绝在宪法中明确写入基本权利法律保留的规定,并不意味着其反对作为一项公法原理的法律保留本身,而是制宪者基于制宪时的理论认识和经验感受,认为宪法文本中的此类规定,会造成基本权利“只要依据法律即可限制”,甚至自由与权利被限制性法律所扼杀的后果。制宪者不是因为反对法律保留原理本身而排除法律保留条款,而是为了更好地保障人权。若在基本权利限制的形式要件问题上,实行法律保留是当前可供选择的诸种方案中既有利于人权保障又最具可行性的一种,此种解释方案就不违背制宪者意志。

第二,法律保留原理并不必然导致基本权利保障的空转。<sup>[85]</sup>宪法上的法律保留乃是一种授权立法机关对权利设定限制的能力规范,它本身并不限制基本权利,只是设定了限制权利在法律上的可能性。对基本权利设定限制的国家权力本身又是受限制的,因为此种权力来自于宪法授权,<sup>[86]</sup>故而法律保留并不意味着基本权利可任由立法机关处置。之所以会存在基本权利被法律限制所虚化的现象,与其说是由于宪法规定了法律保留,毋宁说是由于宪法未要求基本权利的限制须具备其他要件,未规定基本权利的“限制之限制”,从而使“有法律依据”变为合宪地限制基本权利的充分条件。法律保留原理本身确实仅将行政权作为防范的对象,但并未排斥以其他规范原理限制立法权,完全可以与以防范立法权为面向的其他公法原理相结合。例如,在“二战”后的德国,法律保留在实质层面上即被认为受控于“特别法律保留条款中的特定条件”、“不可剥夺的权利核心”、“比例原则和法益平衡”以及“民主立法机关的决定能力”。<sup>[87]</sup>将基本权利限制的形式要件与实质要件相结合,可较妥善地保障基本权利,防止制宪者所担忧的“宪法一手承认人民的基本权利,法律另一手剥夺人民的基本权利”现象出现。

## 结 语

法律保留是服务于形式法治的重要原理,也是基本权利的第一层保障。通过实行法律保留,干预基本权利的公权力行为在形式上受到限定,基本权利受干预的可预测性也得到强化。通过将基本权利事项保留给代议机关以法律形式决定,也能在最大程度上保证对基本权利的限制出自权利主体自身意志并经过充分的民主商谈,从而排除行政权力的恣意,促进良法善治。

[84] 参见张翔:《基本权利的体系思维》,《清华法学》2012年第4期,第34页。

[85] 参见前引[36],宫泽俊义书,第112页。

[86] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans., Julian Rivers, New York: Oxford University Press, 2002, p. 182.

[87] 同上书,第190页以下。

在我国现行宪法规范之下，相较于采保留否弃的观点或适用宪法保留的方案，对基本权利普遍地适用法律保留，最有利于达成基本权利保障程度最大化的规范目的。

法律保留的规范原理，需要以合宪性审查制度作为制度载体。法律保留审查作为客观性较强的形式性审查，较之比例原则、核心内容保障等主观性较强的实质性审查，也更适合中国合宪性审查制度刚刚起步、以抽象审查为主的现状。若基本权利的法律保留能通过合宪性审查制度得到落实，将能明确各国家机关之间的立法权限，消除当前存在的无法律依据限制公民基本权利的下位法，实现合宪性审查制度人权保障与法制统合的双重功能，进而促进中国特色社会主义法治体系的完善，促进国家治理体系与治理能力的现代化。

当然，法律保留原理仅是保障基本权利的一种法技术手段。其功能的切实发挥，有赖于立法机关秉持公民权利维护者的立场，积极地以制定法律的方式形成基本权利的保障范围，为基本权利的干预提供法律依据。法律保留原理亦仅是基本权利保障的技术手段之一而绝非全部。要形成完整、有效的基本权利保障体系，最终仍必须将法律保留这一形式性保障与比例原则、核心内容保障等实质性保障结合起来，实现“限制的限定”。若仅仅依赖于法律保留原理，而不对基本权利的法律限制本身加以限制，则仍有可能出现基本权利受到法律任意限制的情形。

---

**Abstract:** A number of fundamental rights in Chinese Constitution are guaranteed in an unreserved manner, that is, there is no explicit reservation clause on these rights either in laws or in the Constitution. There are three theoretical views on the question of what formal requirement should be applied to the restriction on these fundamental rights, that is, reservation in law, reservation in constitution, and abandonment of reservation. Chinese Constitution does not expressly provide the formal requirement of restriction on fundamental rights, so as to maximize the guarantee of these rights. The theory of abandonment of reservation is contrary to the normative purpose of maximizing the guarantee of fundamental rights. Although the theory of reservation in constitution conceptually agrees with this normative purpose, from the perspective of comparative law, its connotation often changes in practice, so that it loses the character of the formal requirement for rights restriction, and therefore is not feasible either. The theory of reservation in law is most conducive to the safeguarding of fundamental rights and it is also supported by the principles of democracy and rule of law, the theory of functional propriety, and Article 33 paragraph 4 of the Chinese Constitution.

**Key Words:** fundamental rights, reservation in law, reservation in constitution, unreserved fundamental rights

---