武漢大學學報【哲学社会科学版】
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Philosophy & Social Sciences)
第 64 卷 第 3 期 2011 年 5 月
Vol. 64. No. 3 May 2011. 011～015

基本权利宪法保留的规范与价值

蒋清华

摘　要：基本权利的宪法保留规范是通过限制立法权来保障人权的立宪技术，它不同于宪法对基本权利的概括限制规范、基本权利限制的宪法界限规范和基本权利的修宪限制规范。各国宪法设置宪法保留较多的是生命权、拒绝人体试验的权利、新闻出版自由、财产权、刑事被告人权利等。其价值诉求在于权利神圣、权利先在、宪政民主以及宪法是法。宪法保留作为一种事前保障，比单纯法律保留和加重法律保留更有利于人权保障，但它只是基本权利保障的开端。

关键词：基本权利；宪法保留；法律保留；宪法；人权保障

一、基本权利的宪法保留规范与相关规范辨析

辨析的目的在于准确识别宪法保留规范，这对于宪法实践意义十分重要。分辨要点有二：其一，宪法保留限制的是立法权（尽管有时也同时限制了行政权和司法权），这是宪法保留区别于法律保留的本质所在；其二，宪法保留规范在文字上是绝对的或者具体的，没有留下可以变更或裁量的空间（如“不得规定死刑”），这是其实现限制立法权的功能所依赖的手段。

（一）宪法对基本权利的概括限制不是宪法保留

宪法对基本权利的限制，总的来说可分为两种：具体限制与概括限制（或称原则性限制）。具体限制是指宪法对某项权利的范围、条件、程序设有具体而详细的规定，致使立法机关和其他国家机关不能再对该项权利的行使施加更多限制。笔者认为，这是相对的宪法保留，也可称为权利限制的保留，与前南斯拉夫宪法第 21 条所设置的绝对的宪法保留形成鲜明对比①，典型立宪例有如危地马拉宪法（1985）第 18 条第 1 款：“下列情况不得处以死刑：1. 罪行是推断出来的；2. 妇女；3. 超过六十岁；4. 政治犯和与政治罪有关的普通犯；5. 以不处死刑为条件而同意引渡的犯人。”

概括限制有两种情形：一是对所有权利予以总的原则性限制，如我国宪法第 51 条：“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。”二是对某项权利予以原则性限制，如德国基本法（1949）第 2 条第 1 款：“人人都有自由发展其个性的权利，但不得侵犯他人的权利或触犯宪法秩序或道德准则。”可见，概括限制规范用以约束立法者的标准（如“社会利益”、“道德准则”）都是颇为抽象、笼统的，其内涵（即权利可被限制的具体范围）仍须法律来确定，因而概括限制实际上是一种未言明的法律保留，而非宪法保留。

---

①邓联繁、蒋清华：《论基本权利的宪法保留》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2009 年第 6 期，第 109 页。

(二)基本权利限制的宪法界限不是宪法保留

单纯法律保留(如“言论自由非依法律不得限制”)与宪法保留(如“国会不得制定剥夺言论自由的法律”)之间的区别显而易见,但对于“中华民国宪法”第 23 条(“以上各条列举之自由权利,除为防止妨碍他人自由、避免紧急危难、维持社会秩序、或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之”)这类规范是否属于宪法保留,人们意见不一。

上述立宪例不是宪法对权利的限制,而是权利限制的限制(也称为权利限制的宪法界限),即宪法在授权立法机关限制某些权利的同时,也规定了限制的条件或者说界限。民国时期学者称之为“部分的法律保障主义(部分的法律限制原则)”①,当代学者称之为“加重法律保留”、“资格要件的公益保留”②。权利限制的宪法界限在文字上(如“社会秩序”、“公共福利”)并非绝对的、具体的,限制标准的内涵不易确定,依然存在着立法权可以施展拳脚的空间,故其本质仍为法律保留。

(三)基本权利的修宪限制不是宪法保留

一般来说,基本权利的保障机制有三:一是针对修宪机关的修宪限制,二是针对立法机关的宪法保留,三是针对其他国家机关尤其是行政机关的法律保留。鉴于基本权利体现着立宪主义的根本精神,一些宪法明文禁止修改有关基本权利的规定,如罗马尼亚宪法(1991)第 148 条第 2 款:“任何可能造成剥夺公民权利和自由或破坏权利与自由的保障条件的[宪法]修改,也同样是不允许的。”修宪限制的首要理由在于区分制宪权与修宪权。修宪限制针对的是修宪权,宪法保留针对的是立法权,对象不同,故修宪限制与宪法保留有着本质区别。

二、各国宪法主要保留的基本权利

基本权利分为自由权、受助权(受益权)与平等权三大类③。通过对宪法文本的进一步考察,笔者发现各国宪法予以宪法保留的权利主要是自由权及其相关保障制度,对平等权的保留非常稀少,对受益权(如社会权)则无设立宪法保留之例。

1.生命权。有 26 部宪法保留了生命权,即废除死刑。其中,有 15 部宪法规定了死刑的绝对废除;6 部宪法规定对政治犯不得适用死刑;4 部宪法规定废除死刑,但战争时期执行军事刑法时除外;比利时宪法(1831)第 13 条废除了民事死刑。另外,墨西哥宪法(1917)第 22 条不仅规定禁止对政治犯处以死刑,还规定了可以设置死刑的八种犯罪。

2.拒绝人体试验的权利。拒绝人体试验既涉及尊严权,又关乎生命健康权。有 17 部宪法规定了未经本人同意,禁止对其进行医药或科学试验。这项权利也是《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条所确认的。

3.新闻出版自由。有 36 部宪法规定了不得对新闻出版设立事先审查、批准制度。这不仅是针对行政权,立法权也受约束,即在制定新闻出版法时,不得设立事先审批制度。

4.财产权。有 18 部宪法规定了不得设立没收财产的刑罚。其中,6 部宪法明确规定不得设立全部没收财产的刑罚。另外,有 5 部宪法规定不得对政治犯设立没收财产的刑罚。

5.刑事被告人权利与刑事正当程序。综观各国宪法,刑事被告人权利与刑事正当程序是被设置宪法保留最多的。共有 91 部宪法规定了不得被迫自证其罪、有权拒绝指证亲属、禁止酷刑或不人道刑罚、罪刑法定、无罪推定、一罪不二罚等内容;其中,33 部宪法只涉及这方面的宪法保留,而没有保留其他权利。罪刑法定、无罪推定等“正当程序”常被认为针对的是行政权和司法权,其实一旦写入宪法,就首先是一种立法原则,意味着立法机关制定刑法、刑事诉讼法时不得有如下规定:类推制度、重法溯及既往、“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”、“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”等等。

各国宪法所明示保留的权利,比较少见的有:不得褫夺公民权(5 部)、私人集会无须事先批准

①平　心:《中国民主宪政运动史》,载《民国丛书(第二编·23)》,上海书店(据进化书局 1946 年版影印),第 376、378 页。
②陈新民:《德国公法学基础理论》下册,山东人民出版社 2001 年,第 350～351 页。
③邓联繁:《基本权利学理分类的意义与方法研究》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2008 年第 4 期,第 528 页。

(6 部)、结社无须事先批准(6 部)、信仰自由(3 部)、获得司法救济的权利(3 部)，等。

以上是在日常状态下的宪法保留情况。有 34 部宪法还规定了在国家进入紧急状态、战争状态等非常时期之中，某些基本权利并不因非常状态而予克减，这种规定可称之为非常状态下的宪法保留。这些权利一般是生命权、拒绝人体试验的权利、思想与良心自由、刑事被告人权利与刑事正当程序等。相反，在非常状态下可以克减的权利一般是人身自由、言论自由、集会游行自由、迁徙自由、通信秘密、住宅不受侵犯等。亚美尼亚宪法(1995)第 45 条规定的非常状态下保留的一系列权利中，还包括宪法未列举的剩余权利。另外，乌克兰宪法(1996)等 4 部宪法规定，平等权在非常状态下也不得克减。

各国宪法对基本权利设定具体限制而形成相对保留的，基本上都是对刑事诉讼中人身自由的保障。有的详细规定了拘留或逮捕的决定机关和执行机关、所需要的手续、时间上的限制、告知理由、准予抗辩、必须通知当事人的亲属或好友等，如德国基本法(1949)第 104 条第 3 款；有的只规定了决定机关、时间限制、说明理由，如冰岛宪法(1944)第 65 条第 1 款；还有的则仅规定了决定机关和执行机关，如我国现行宪法第 37 条第 2 款。另外，意大利宪法(1947)第 21 条第 4 款、马耳他宪法(1961)第 42 节第 4 条对于查封报刊规定了具体限制，如应于查封后 24 小时内报告管辖法庭。

三、基本权利宪法保留的价值诉求

（一）权利神圣

哈耶克指出，对立法权的限制，就意味着承认人的不可让渡的权利，承认不可侵犯的人权①。这是一种权利神圣的观念。按照洛克的社会契约论，人们加入政治社会时并未让渡生命、自由和财产权。虽然立法权是最高权力，但“它对于人民的生命和财产不是、并且也不可能是绝对地专断的。”②卢梭认为缔结社会契约要全部转让一切权利，但也不得不指出，人人都可以任意处置公共约定所留给自己的财富和自由③。某些基本权利不可让渡的思想代代相传、绵延不绝，如今已成为宪法学的基本原理之一。订立社会契约时人民不愿让渡的权利，就是组建国家后政府不得剥夺的权利——这在宪法中就是对某些自由权予以绝对保留；还有些自由权因公益等需要而得限制，但由于它们太过重要，只能给予最少的限制，所以不能授权法律去规定如何限制，而要在宪法中规定清楚——这便是权利限制的保留(相对保留)。相反，若不认为某些权利神圣不可侵犯，宪法保留就无从谈起。

（二）权利先在

亨金教授说：“个人权利先于宪法，先于政府的建立而存在。……宪法并不赋予权利，它只是保护个人事先存在并保留的权利。”④张友渔先生指出：人身、言论、出版、信仰等“固然不是什么天赋人权，但却是民主政权树立的同时就存在的东西。……法律只不过是承认既存的事实，决不是凭空创出自由权利”⑤。这就是权利先于宪法和法律的观念。权利先于宪法，所以宪法对于权利的列举就只是强调和保障；而列举总是有限的，故又设置一种默示的宪法保留(即“剩余权利条款”)来保障未列举的权利⑥。权利先于法律，为了避免法律剥夺或过分限制某些权利，就要在宪法中设置明示的绝对保留或相对保留。既然权利是“民主政权树立的同时就存在的东西”，因此“必须在记述和巩固民主政权的国家基本法即宪法中确定它的范围，给予它以保障，并规定法律限制它的具体条件。否则，尊重和保障人民的自由权利，还不是一句空话?”⑦如果说“权利神圣”只是人权保障的道德理由，“权利先在”则是人权保障的逻辑理由。

（三）宪政民主

“宪政理论否认民主制度是防止专制的最佳选择”，“为了保护人类的价值和尊严，最有效的方法不

①哈耶克：《通往奴役之路》，中国社会科学出版社 1997 年，第 84 页。
②洛克：《政府论》下篇，商务印书馆 1964 年，第 84 页。
③卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年，第 41 页。
④路易斯·亨金：《权利的时代》，知识出版社 1997 年，第 188 页。
⑤张友渔：《论人民的自由权利》(1944)，载张友渔著《宪政论丛》上册，群众出版社 1986 年，第 179 页。
⑥《论基本权利的宪法保留》，第 109 页。
⑦《论人民的自由权利》(1944)，第 180 页。

是动员民众的积极参与,而是为政府的行为设定实质性界限,换言之,即以宪法为武器来约束统治者的行为"①。宪法保留规范限制的是立法权,其背后是对民主的怀疑。虽然总的来说,民主是个好东西,但并非没有缺陷,就人权保障而言,存在两个问题:一是民主可能导致少数人的权利受侵犯,即"多数人的暴政"问题;二是民主可能导致每个人的权利都受侵犯,因为即便是通过民主程序产生的权力,一旦成为没有制衡的最高权力,专横便在所难免。理想的民主是宪政民主(constitutional democracy),它以充分保障人权为评价的标准、以宪法制度为完善的手段。宪政民主制度防止和化解单纯民主之危险的基本方法就是宪法保留(直接方法)与分权制衡(间接方法)。相反,在对民主毫不怀疑、对立法权绝对信任的国度,宪法保留无容身之地。

(四)宪法是法

宪法首先是法,其次才是根本法。既然宪法是法,那么宪法规范应当具有法律规范所具有的确定性和可预测性等重要特性;与此紧密关联的是,宪法条文不该全都依赖于普通法律予以具体化,大多数宪法条文都应具有可操作性和直接适用性。宪法保留规范乃体现宪法是法的典范,其内容之高度确定性和可预测性,既让立法机关清楚地知道自己权力的界限,又使公民能轻松预见自己权利的范围。权利限制的宪法保留规范更是明确具体,若将其单独摆出来,我们根本就难以分辨这到底是宪法条文还是普通法律条文。若仅仅把宪法视为宣言、政纲,则只会宣示权利而疏于保障,这样的宪法连法律保留都很少出现,更遑论宪法保留;若仅仅把宪法视为根本法,认为"宪法是根本法,而且仅仅是根本法"②,"只能规定立法原则,而不能代替普通立法"③,那么,权利的法律保留倒可催生出来,但宪法保留仍无立足之基。

换个角度看,上述价值诉求其实也是基本权利宪法保留规范得以产生的思想基础。在此需特别说明的是,宪法保留使权利保障范围趋于最大化,但这并不意味着宪法可以无限度地保障权利。换言之,基本权利的宪法保留不等于权利没有任何限制。无论是权利神圣的思想,还是绝对保留之规范,都与权利的内在界限(或称内在制约)是两码事。权利的内在界限是指一项权利的行使不能侵犯或损害其他权利或其他主体的权利,例如行使言论自由时不能诽谤他人。内在界限不同于公共利益、国家安全这类外在的制约,它是存在于权利自身之中的界限,是权利固有的性质,不可能通过某种宪法制度或者宪法规范得以取消。事实上,有些宪法在规定宪法保留的同时也规定了滥用权利将被追究责任,如危地马拉宪法(1985)第 35 条第 1 款规定:"以任何传播媒介传播思想均有自由,不得审查和事先批准。这一宪法权利不受法律或政府任何规定限制。使用这一自由而不尊重私人生活和道德的人得依法承担责任。"

四、基本权利宪法保留的作用和局限

(一)宪法保留优于法律保留

1.宪法保留比单纯法律保留更能保障人权。张友渔先生曾指出,有些宪法中"非依法律不得限制"、"依法律的规定享有"的规定就是"承认法律可以随时限制而且任意限制人民的自由权利,其结果,宪法的规定完全变成具文了……宪法必须规定限制人民的自由权利的具体条件,法律不能违反这种规定,去限制人民的自由权利。"④宪法保留之所以比法律保留更能保障人权,是因为在宪法保留之下,权利根据宪法而得以直接行使并受保障,不必依赖普通法律——君不见立法机关对人权立法的懈怠乃常事;也不受制于普通法律——君不见普通法律侵噬宪法权利的例子并非凤毛麟角。

2.宪法保留比加重法律保留更能保障人权。一些制宪者认识到单纯法律保留的局限,便采用加重法律保留的方式,甚至认为加重法律保留可以起到宪法保留的功效。民国时期著名法学家吴经熊先生曾把 1936 年"五五宪草"第 25 条("凡限制人民自由或权利之法律,以保障国家安全,避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者为限")视为"宪法保障主义",并认为"如采取宪法保障主义,则宪

①李步云:《宪法比较研究》,法律出版社 1998 年,第 126 页。
②斯大林:《关于苏联宪法草案》,载《斯大林选集》下册,人民出版社 1979 年,第 410 页。
③吴家麟:《宪法学》,群众出版社 1983 年,第 22 页。
④张友渔:《论人民的自由权利》(1944),第 180～181 页。

法一旦实行，人民即便享有自由。”[①]但加重法律保留条款在当时就遭到诸多批评。例如民国时期法学家丘汉平先生曾严厉抨击1933年6月“宪草初稿试拟稿”第38条（“本章前列各条所称限制人民自由或权利之法律，非为维持公共利益或避免紧急危难所必要者，不得制定之；其超过必要之程度者亦同”）说：“我以为《宪草》第卅八条之所谓‘维持公共利益’是漫无标准。”“照现时宪草的规定，就是宪法公布之后，中国人的权利保障仍是一个零。例如出版法、危害民国紧急治罪等等都可藉口第卅八条之理由而存在！”[②]这个条文后来发展为被吴经熊称赞的“五五宪草”第25条、最终成为1946年民国宪法第23条。历史证明，这一加重法律保留条款在相当一段时期内并未起到吴经熊曾期望的积极作用，相反却应验了丘汉平的预言——该宪法于1947年12月25日起施行，可就在这一天，《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》颁布，人民争取自由民主的活动依此条例而被严酷镇压。

公允地说，类似民国宪法第23条这种加重法律保留规范，确实对立法权施加了某种程度的限制，也算考虑颇周的制度设计；至于在实践中没有发挥预期作用，其背后有着复杂的因素，不可完全归咎于其本身。但尽管如此，与宪法保留相比，加重法律保留毕竟存在缺陷：它用以限制立法权的，是一些抽象、概括、笼统甚至模糊的词藻，公民难以据其预测权利的保障范围，立法机关则可借此玩弄裁量权，使人权保障打折扣。

可见，宪法保留以最高法规范的形式为人们提供了关于基本权利受限的确切预测和最高控制，这就是宪法保留优于法律保留之处。

（二）宪法保留具有局限性

1.宪法保留可适用权利的有限性。如前所述，能够设置宪法保留的基本权利是为数不多的，这是因为具有高度不可限制性的权利只是少数。

2.宪法保留的具体性与宪法的根本性之间存在张力。有些权利的具体限制（相对的宪法保留）要规定全面的话，就会使条文变得特别冗长，而宪法的根本法属性又是不可去除的。这时，加重法律保留规范往往更受制宪者的欢迎。

3.宪法保留只是基本权利事前保障的一个环节。基本权利保障制度可分为事前保障和事后保障。事前保障就是宪法和法律对基本权利的合理规定。但事前保障离不开事后保障的支持，如果没有健全的违宪审查制度，宪法保留规范对立法权的限制可能就无法落实。

综上，基本权利的宪法保留是人权保障的开端，是一种不可或缺、但作用有限的制度手段。

■**作者简介**：蒋清华，中南大学法学院讲师；湖南 长沙 410083。

■**基金项目**：中南大学2009年度人文社科基金项目（中大社字〔2009〕4号），中南大学2009～2010年中央高校基本科研业务费“自由探索计划”青年教师助推项目（2010QN37）。

■**责任编辑**：车　英

◆

①吴经熊：《过去立宪运动的回顾及此次制宪的意义》（1937），载吴经熊著《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年，第154页。
②丘汉平：《对于宪法初稿的几个意见》（1933），载《丘汉平法学文集》，中国政法大学出版社2004年，第307、308页。