



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

论文精粹

蒋清华：基本权利宪法保留的规范与价值

发表于：2011-04-09 22:12 点击：292

关键词：基本权利/宪法保留/法律保留/宪法/人权保障

内容提要：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，但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。

笔者曾对基本权利的宪法保留现象作了初步阐述，所谓基本权利的宪法保留，是相对于法律保留的一种基本权利的规范与保障方式，它是指对于人和公民的基本权利之确认及限制，直接由宪法作出明确、具体的规定，以防止立法侵害，从而使基本权利直接受到宪法的保障。例如南斯拉夫宪法（1992）第21条：“人的生命是不可侵害的。对由联盟法律规定的刑事案件，不得规定死刑。”当今世界共有113部宪法典或多或少地对基本权利设置了宪法保留，约占各国宪法总数的79%，这说明基本权利的宪法保留是一个较为普遍的宪法现象。[1]本文将对这一普遍且重要的宪法现象的规范、价值等问题作进一步的探讨。

一、基本权利的宪法保留规范与相关规范辨析

对基本权利的宪法保留规范与相关规范进行辨析，目的在于准确识别宪法保留，这对于宪法实践意义重大。笔者认为，把握的要点有二：一是宪法保留规定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，例如“不得设立死刑”、“法官须在二十四小时内对被捕者是否实行拘留作出说明理由的裁决”；二是它必须限制立法权（尽管有时也同时限制了行政权 and 司法权），此乃宪法保留与法律保留的本质区别。

（一）宪法对基本权利的概括限制不是宪法保留

宪法对基本权利的具体限制是相对的宪法保留，具体而言是指宪法对某项基本权利的限制范围、程序等事项设有具体、详细的（而非抽象、笼统的）规定，致使立法机关以及其他国家机关不能再对该项权利的行使施加更多限制，也可称为权利限制的保留。[2]宪法对权利的限制，除了具体限制，还有概括限制（或称原则性限制）。宪法对权利的概括限制有两种情形：一是对所有权利予以总的原则性的限制，例如我国宪法第51条：“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。”二是对某项权利予以原则性的限制，例如德国基本法（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。”上述两种概括限制无疑不是宪法保留。

有学者把宪法对权利的概括限制解释为“制宪者在宪法中明示限制基本权利的界限，其目的是约束立法者在制定法律时尊重基本权利的价值，依法[疑为印刷错误，应为“依宪”——笔者注]正确行使立法裁量权”。[3]这是用心良苦的智慧解释。不过，笔者认为，即便这种规定可用于约束立法者，其用以约束的标准——诸如“国家利益”、“社会利益”、“道德准则”——都是颇为抽象、笼统的术语，其内涵（即权利可以限制的具体范围）仍须法律来确定，所以实际上只是一种未言明的法律保留。此外，由于宪法对权利的概括限制蕴含着权利的内在界限，[4]那么也该将它与宪法保留区别开来。

（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”（1946）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”），韩国宪法（1987）第32条第2款（“国民的一切自由和权利，只有在需要保障国家安全、维持秩序及维护公共福利的情况下，由法律进行限制。即使在法律限制的情况下，仍不得损害自由和权利的基本内容”）之类的规定，是否属于宪法保留，人们意见不一。例如，台湾地区“司法院大法官会议”第395、505、514、532、570等号解释，以及台湾地区学者管欧等认为民国宪法第23条为法律保留[5]，台湾地区前“法务部长”陈定南先生[6]、前“司法院大法官”林纪东教授则认为是宪法保留[7]。

上述立宪例不同于宪法对权利的概括限制或具体限制，它是权利限制的宪法界限（也称为权利限制之限制），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）”[8]，当代学者称之为“加重法律保留”、“资格要件的公益保留”[9]。权利限制的宪法界限在文字上并非绝对的、具体的，诸如上述立宪例中的“社会秩序”、“公共福利”等词汇的内涵不易确定，从而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的一种。

（三）基本权利的修宪限制不是宪法保留

在施米特看来，基本权利的保障机制有三：一是针对修宪机关，二是针对立法机关，三是针对其他国家机关尤其是行政机关。[10]这三种机制分别对应的就是权利的修宪限制、宪法保留与法律保留。

一些宪法对修宪内容作了限制，如不得修改政体，不得修改国家结构形式，还有的规定不得修改有关基本权利的规定。例如罗马尼亚宪法（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，也同样是允许的。”当今世界主流宪法学说认为，宪法中的基本权利规范体现了立宪主义的根本精神，是宪法产生与存在的基础，应当禁止修改。[11]

宪法修改应当有所限制的首要理由在于区分制宪权与修宪权。修宪权为制宪权所创、低于制宪权，受制宪权制约。修宪限制的制宪对象是修宪权，宪法保留的限制对象是立法权，限制对象截然不同，故修宪限制与宪法保留有着本质区别。

二、各国宪法都保留了哪些权利

通过对宪法文本的进一步考察，[12]笔者发现各国宪法予以宪法保留的权利都是自由权，以及有关保障制度；对于社会权，则无设立宪法保留的情况。故所谓基本权利的宪法保留，其实就是基本权利中的自由权的宪法保留。

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（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。[13]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，很多宪法规定，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以形成相对保留的，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

制宪者设置基本权利的宪法保留的价值诉求何在？依笔者浅识，暂且举其荦荦大端如下：

（一）权利神圣

基本权利的宪法保留规范首先闪烁着权利神圣的光芒。它强调人的某些自由权绝对不可剥夺；有的自由权若需限制，也只能给予最小限度的限制。宪法是张扬权利神圣观念的最高法律文件，其具体制度之一就是利用宪法保留来约束立法权。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。[14]历史上，古典自然法学派的智者率先提出了自然权利及其不可让渡的学说。按照洛克的社会契约论，人们加入政治社会时所放弃的只是根据自然法的裁判权和处罚权，生命、自由和财产权并未让渡。[15]就连认为社会契约的“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体”的卢梭，也不得不讨论“主权利力的界限”，他说：“我们承认，每个人由于社会公约而转让出去的自己的一切权力、财富、自由，仅仅是全部之中其用途对于集体有重要关系的那部分”。[16]1776年6月12日美国《弗吉尼亚权利法案》第1条宣告：“一切人生而同等自由、独立，并享有某些天赋权利，这些权利在他们进入社会的状态时，是不能用任何契约对之加以剥夺的；这些权利就是享有生命和自由，取得财产和占有财产的手段，以及对幸福和安全的追求与获得。”[17]在Savings and Loan Association v. Topeka（储蓄信贷公司诉托皮卡）一案中，美国最高法院指出：“在任何自由的政府下，人民都拥有……一些不受国家控制的权力。”[18]尽管人们在究竟哪些权利不可让渡的问题上见仁见智，但某些基本的自由权不可让渡的思想代代相传，成为宪法学的基本原理之一。“个人的某些权利是如此基本，因而不应受到公共权力的侵犯，即使是以法律的形式。”[19]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；还有些自由权尽管因公益需要而得予限制，但由于这些权利太过重要，只能给予最小限度的限制，所以不能授权未来的法律去规定如何限制，而要在宪法中就确定下来、规定清楚，以使人民免受立法专横之害——这在宪法中就是对某些自由权的限制予以保留（相对保留）。相反，若不承认有些权利乃国家不得侵犯或不得多加限制，宪法保留制度就无容身之地。

（二）权利先在

基本权利的宪法保留规范蕴含着权利先于宪法和法律的理念。宪法不是国家赋予人民权利之法，而是人民授予国家权力之法。宪法规定基本权利的涵义不是赋予人民若干权利，而是给政府划出一块雷池禁区。戴雪曾言：“个人的权利与其为宪法运行的结果，毋宁称为宪法成立的根据。”[20]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。”[21]法律乃国家权力所生，既然权利先于宪法、先于国家，当然也就先于法律。不仅英美法学家，我国法学家也认为权利先于宪法、法律，例如张友渔先生指出：人身、言论、出版、信仰等“自由权利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。只要是在民主政权之下，人民就当然享有这种自由权利，法律只不过是承认既存的事实，决不是凭空创出自由权利，而赋予人民”。[22]肖蔚云先生也说：“权利先于宪法，法律最早的功用就是认可权利。”[23]因为权利先于宪法，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“剩余权利条款”（一种默示的宪法保留[24]）来保障未被列举的权利。因为权利先于法律，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和权利限制的保留。[25]相反，若认为权利乃宪法所赐，则不可能承认人民的剩余权利。若认为权利乃法律所赋，宪法就没有必要禁止立法剥夺或进一步限制权利。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

设置宪法保留就是对立法权不信任，要限制立法权。杰斐逊1798年3月15日给麦迪逊写信说：“立法机关的暴政在当前是最难对付的，而且将长期如此。”[26]近现代国家的立法机关皆为代议制民意机关，所定法律，都是民主的产物。所以，怀疑立法权，就是怀疑民主。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，即众所周知的“多数的暴政”；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，专横也就在所难免。[27]宪法、宪政是以民主为基础的，它并不反对民主，更不会取消民主，但要克服民主的缺陷，修正和完善民主，从而形成以充分保障人权为目的、以宪法制度为修正手段的宪政民主。墨菲教授说：“宪政理论家们会拒绝一个侵犯人类尊严的法律的合法性，即使这个法律是由一个立法机关通过正当的程序以压倒多数通过的，即使这个立法机关是经过自由选举，经过充分公开的论辩而产生的”。[28]因此，“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”。[29]宪政民主防止和化解上述危险的基本方法就是分权制衡（这是间接的方法）与宪法保留（这是直接的方法）。相反，在对民主毫不怀疑、对立法权绝对信任的国度，基本权利的宪法保留就无存在之必要。

（四）宪法是法

由于宪法的内容涉及政治权力的授予与配置，故人们常谈其政治性，而忽略其法律性；由于宪法具有最高效力，

敌人常谈其根本性，而忽略其直接性。然而，宪法不是政治文件，而是法律；“宪法首先是法，其次才是根本法”[30]。既然宪法是法，这就决定了宪法规范应当具有法律规范的一系列基本特征，其中非常重要的就是确定性和可预测性；与此紧密关联的是，宪法是法，也就意味着宪法条文不该全都依赖于普通法律予以具体化，绝大多数宪法条文都能够直接适用[31]。基本权利的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，既使立法机关可以十分清楚地知道自己权力的界限，又使公民能够非常容易地预测自己权利的范围。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；它不仅对立法机关，而且对行政、司法机关都具有直接的规范性和指引性。相反，若仅把宪法视为宣言、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；若仅把宪法视为根本法，认为“宪法是根本法，而且仅仅是根本法”[32]，宪法“只能规定立法原则，而不能代替普通立法”[33]，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的思想基础。

四、基本权利宪法保留的作用和局限

施米特曾指出，基本权利是绝对的，原则上不受限制，干涉和限制只是例外，而且这种例外是可预见的、可按前提和内容加以预测和控制的。[34]那么，能为人们提供确切预测和最高控制的，就是宪法保留规范。可见，基本权利宪法保留的作用就在于以最高法规范对人权提供最大限度的事先保障。

具体而言，宪法保留不仅比单纯法律保留更能保障人权，而且比加重法律保留更能保障人权。

（一）比单纯法律保留更能保障人权

学者们指出：“作为实现宪政主义的重要工具，法律保留对于基本人权的保障、立法权与行政权之间良好宪法秩序的确立，具有重大意义。”[35]“坚持法律保留原则是合理限制公民权利之保证”，“只有坚持了法律保留原则，才能从本源上防范对公民基本权利的侵害，从而做到合理地限制公民权利。因为，根据民主原则要求，只有民选机关才能对重大问题，特别是涉及公民基本权利的问题作出决定”，“特别是在当前各国行政权力及司法权力都极度膨胀的情形下，强调立法机关及其立法权的权威和地位，显然对制约其他公权力的滥用，并防止公权力可能产生的对公民权利的侵犯具有重要的现实意义”，所以，“凡涉及公民基本权利事项应适用法律保留原则。”[36]上述观点无疑具有合理性，法律保留对于行政权的制约效果是举世公认的。不过，充分人权保障，仅有法律保留仍嫌不够。

张友渔先生曾说：“有些国家，虽然在宪法上，也曾明白宣布保障人民自由权利的原则，但却附加了所谓‘非依法律不得限制’，‘依法律得限制’或‘在法律范围内享有’，‘依法律的规定享有’等条件。这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……把限制人民自由权利的大权，无条件地授给法律，授给立法机关，是万万不可的。”“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。”[37]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，权利根据宪法而直接行使并受保障，不必依赖普通法律——立法机关在人权立法方面的懈怠不作为是经常之事；也不受制于普通法律——普通法律侵噬宪法权利的例子并非凤毛麟角。

（二）比加重法律保留更能保障人权

一些制宪者认识到法律保留的局限，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”。“所谓宪法保障主义，就是在宪法上预定某等情形，于此等情形之上，法律不妨对于人民的自由权利加以某种限制。如采取宪法保障主义，则宪法一旦实行，人民即便享有自由。”[38]他认为，类似第25条之规定就是宪法的直接保障，“就是宪法直接限制那限制自由的法律。法律如果越出这限制就是违宪就是无效。”[39]从“五五宪草”第25条条看来，立法机关不能随意制定法律去限制人民的权利，限制了立法权。[40]

但事实上，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！”[41]这个曾被吴经熊等先生称赞、被丘汉平等先生批判的条文，略加修改后形成了1946年“中华民国宪法”第23条。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：该宪法定于1947年12月25日起施行，可就在这一天，《勘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，1946年民国宪法第23条、1987年韩国宪法第37条第2款等加重法律保留规定，确实对立法权施加了某种程度的限制，也属用心良苦、考虑颇周的宪法制度，胜于那些只规定“非依法律不得限制”、而不规定“法律限制得以……为限”的宪法；至于在实践中，加重法律保留不能发挥预期作用，就如同宪法保留也可能沦为空文一样，其背后

有着复杂的政治、文化等原因，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，人们难以依据宪法预测基本权利的保障范围，立法机关则可借此玩弄裁量权，使人权保障受制于普通法律。陈定南先生认为，民国宪法第23条对权利给予原则上保障，但得以法律限制的权利，属宪法相对保留事项；对于相对保障的权利，人民只同意在第23条明确列举的条件下，可加限制，凡是逾越必要程度的法律由人民保留，不授予国家。[42]此言不假，然则何为“逾越必要程度”，不仅平民百姓，即便职司违宪审查者亦难把握。相比之下，宪法保留条款在内容上明确、具体，可操作性强，倘若普通法律不当当地限制了权利，根据宪法保留条款作出违宪裁决就比根据加重法律保留条款要容易得多，从而更有利于保障人权。

（三）基本权利的宪法保留不等于权利不受任何限制

基本权利的宪法保留禁止立法权限制权利，从而使权利保障的范围趋于最大化，但这并不是说宪法可以无限度地保障权利。对于那些具有内在界限的自由权，其内在界限不可能通过设置一种宪法制度来取消。早有学者指出：“宪法容许依普通法律来事后制裁犯罪者，和容许制定事先侵犯或限制人民自由权利为目的的法律，这两件事是不能混为一谈的。因为前者是剥夺一切犯罪的自由，而后者连正当的自由权利也可被剥夺，出入是异常大的。”[43]例如，不少国家的宪法禁止立法机关设立新闻出版的事先审查制度，但这项宪法保留并不意味着公民可以利用表达自由来侮辱诽谤或者诲淫诲盗。事实上，有些宪法在禁止事先审查的同时，也规定了对滥用表达自由的事后惩罚。例如危地马拉宪法（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）宪法保留仅仅是基本权利保障的开端

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。宪法保留是基本权利事前保障的一个重要环节，但只是人权保障的一个开端。仅靠基本权利的宪法保留，不足以全面、充分地保障人权。首先，如前所述，能够设置宪法保留的基本权利是为数不多的，这是因为具备高度不可限制性的权利只是少数；其次，宪法是法，但毕竟是根本法，不可能大量规定基本权利的相对保留，很多基本权利的界限仍然需要法律给予进一步的明确；第三，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，基本权利的宪法保留规范对立法权的限制就可能无法落实。可见，基本权利的宪法保留是人权保障所不可或缺的一种制度性手段，但非全部。

注：本文受中南大学2009年度人文社科基金项目资助（中大社字（2009）4号），曾提交中国法学会宪法学研究会2010年年会并入选论文集。

注释：

[1] 参见邓联繁、蒋清华：《基本权利的宪法保留初论》，《湖南大学学报》（社会科学版）2009年第6期。

[2] 例如危地马拉宪法（1985）第18条第1款即属相对保留的情形：“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。”

[3] 胡锦涛、韩大元：《中国宪法》，法律出版社2004年版，第208页。

[4] 持此观点的如：胡锦涛、韩大元：《中国宪法》，法律出版社2004年版，第207页；胡锦涛主编：《宪法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社2006年版，第272页。

[5] 参见管欧：《中华民国宪法论》，台北三民书局1987年第7次增订版，第70页。

[6] 参见陈定南：《从“法无明文 碍难照准”与“法所不禁 应予照准”谈宪法保留与法律保留原则》，未刊稿。该文电子版乃台湾地区的陈定南教育基金会慷慨惠寄，在此深表谢忱！

[7] 参见林纪东：《中华民国宪法逐条释义（一）》，台北三民书局1993年修订第7版，第339-340页。

[8] 参见平心：《中国民主宪政运动史》（“民国丛书”第二编·23），上海书店（据生活书店1940年版影印），第376、378页。

[9] 参见陈新民：《德国公法学基础理论》下册，山东人民出版社2001年版，第350-351页。

[10] [德]卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第189页。

[11] 韩大元主编：《比较宪法学》，高等教育出版社2003年版，第427页。

[12] 据以统计的资料来自姜士林等主编《世界宪法全书》（青岛出版社1997年版），董云虎、刘武萍主编《世界各国人权公约法》（四川人民出版社1994年版。非洲国家宪法出自该书）；此外，蒙古1992年宪法中译本、阿富汗2004年宪法中译本来自“中国宪政网”。一共涉及143部宪法典，大多为现行宪法。

[13] 例如蒙古宪法（1992）第19条第2款：“在宣布紧急和战争状态时，对宪法和其他法律规定的人权、自由，只能以法律限制之。如此限制的法律不能触犯人的生存权、信誉权、信教与不信教的自由以及关于对任何人不得施以刑讯、不得采取非人道的残暴手段的法律条文。”

[14] [英]哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社1997年版，第84页。

[15] 参见[英]洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第52-54、78页。洛克还说：虽然立法权是国家的最高权力，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。”（第84页）

[16] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年第3版，第19、38页。卢梭还说：“主权权力虽然是完全绝对的、完全神圣的、完全不可侵犯的，却不会超出、也不能超出公共约定的界限；并且人人都可以任意处置这种约定所留给自己的财富和自由。”（第41页）

[17] 美国《独立宣言》声称：“人人生而平等，他们被造物主赋予了某些不可转让的（inalienable）权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。”

[18] [美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第56页。

[19] 张千帆：《宪法学导论》，法律出版社2004年版，第483页。

[20] [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第20页。

[21] [美]路易斯·亨金：《权利的时代》，信春鹰等译，知识出版社1997年版，第188页。

[22] 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年版，第179页。

[23] 肖蔚云等：《宪法学概论》，北京大学出版社2005年第2版，第183页。

[24] 参见邓联繁、蒋清华：《基本权利的宪法保留初论》，《湖南大学学报》（社会科学版）2009年第6期。

[25] 既然人民的自由权利是“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？”——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年版，第180页。

[26] 《杰斐逊集》，[美]梅利尔·D·彼得森注释编辑，刘祚昌、邓红风译，生活·读书·新知三联书店1993年版，第1063页。

[27] 此二问题，托克维尔早有论述：“如果多数不团结得象一个人似地行动，以在观点上和往往在利益上反对另一个也像一个人似地行动的所谓少数，那又叫什么多数呢？但是，如果你承认一个拥有无限权威的人可以滥用他的权力去反对他的对手，那你有什么理由不承认多数也可以这样做呢？”“当我看到任何一个权威被授予以决定一切的权利和能力时，不管人们把这个权威称做人民还是国王，或者称做民主政府还是贵族政府，或者这个权威是在君主国行使还是在共和国行使，我都要说：这是给暴政播下了种子”。——[法]托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆1988年版，第288、289页。

[28] [美]沃尔特·墨菲：《普通法、大陆法与宪政民主》，信春鹰译，载刘军宁等编：《经济民主与经济自由》，生活·读书·新知三联书店1997年版，第234-235页。

[29] 李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社1998年版，第126页。

[30] 王磊：《论宪法的概念》，《法学杂志》1999年第5期。

[31] 此所谓直接适用，非从建立宪法审判制度的意义上所言，而是从宪法条文本身具有规范之可操作性的意义所讲。

[32] [前苏联]斯大林：《关于苏联宪法草案》，《斯大林选集》下册，人民出版社1979年版，第410页。

[33] 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社1983年版，第22页。

[34] [德]卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第186页。

[35] 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。

[36] 黎军：《保障公民基本权利之法律保留原则》，《深圳大学学报》（人文社会科学版），2004年第1期。

[37] 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年版，第180-181页。

[38] 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年版，第154页。

[39] 吴经熊：《宪法中人民之权利及义务》（1934），载何勤华、李秀清主编《民国法学论文精萃（第2卷）：宪政法律篇》，法律出版社2002年版，第633页。

[40] 吴经熊：《中华民国宪法草案的特色》（1936），载吴经熊著《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第121-122页。

[41] 丘汉平：《对于宪法初稿的几个意见》（1933），《丘汉平法学文集》，洪佳期编，中国政法大学出版社2004年版，第307、308页。

[42] 陈定南：《从“法无明文 碍难照准”与“法所不禁 应予照准”谈宪法保留与法律保留原则》，未刊稿。

[43] 平心：《中国民主宪政运动史》（“民国丛书”第二编·23），上海书店（据生活书店1940年版影印），第380页。

原载于《政治与法律》2011年第3期

© 2009-2013 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址: 中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编: 130012 电话: 0431-85166329 Power by leeyc

