

论基本权利干预中的法律保留与宪法保留

王 锴^{*}

内容提要 基本权利干预的法律保留自产生以来,经历了个别化、空心化、相对化的过程,并导致了基本权利干预的宪法保留的出现。目前虽然对宪法保留的范围和方式存在理论争议,但并非无法化解。基本权利的干预保留在我国实践中面临着保留范围、保留主体和保留程度的难题。在保留范围上,应当从我国宪法文本出发,对不同种类的基本权利实行不同层级的保留。在保留主体上,应当区分职权保留和行为保留,从而解决规章、地方性法规、国务院的决定命令能否保留基本权利干预行为的问题。在保留程度上,应当恪守干预保留的核心是干预行为保留,从而明确干预要有上位法依据是指要有具体的行为依据。构建我国基本权利干预的保留体系,要在区分形成保留和干预保留、单纯法律保留和特殊法律保留、绝对法律保留和相对法律保留的基础上,理顺法律保留和宪法保留的关系,使其在保障公民基本权利方面形成合力,并最终为健全保证宪法全面实施的制度体系贡献力量。

关键词 基本权利干预 法律保留 宪法保留 形成保留 个别干预
DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.05.015

目 次

- 一、基本权利干预的法律保留之缘起与面临的挑战
- 二、基本权利干预的宪法保留之内涵及其相关争议
- 三、基本权利干预保留所面临的实践问题及其解决路径
- 四、我国基本权利干预的保留体系之构建
- 五、结语

^{*} 中国人民大学法学院教授。本文系 2024 年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“健全保证宪法全面实施制度体系中的合宪性审查问题研究”(项目批准号:24SFB1007)的阶段性成果。

通常而言,基本权利干预(Grundrechtseingriff)是指国家的行为介入了基本权利的保护范围,并对基本权利所保护的法益产生了不利影响。^①干预基本权利的行为需要以法律为基础或者依据,这被称为基本权利干预的法律保留原则。^②虽然“法律保留”是个外来语,^③但已经成为我国立法和司法实践中被广泛承认的一项法律原则。立法上,《立法法》第11条(现行《立法法》修改之前为第8条)通常被视为法律保留条款,^④也就是保留给全国人大及其常委会的法律来进行规定的事项,其中就涉及对人身自由、政治权利等基本权利的干预。司法实践中,最高人民法院在“浙商金汇信托股份有限公司诉浙江三联集团有限公司金融借款合同纠纷案”民事再审判决书中曾指出,“在建工程抵押权作为《中华人民共和国物权法》所规定的民事权利,属于《中华人民共和国立法法》第八条第八项所规定的法律保留事项,其民事权利的内容不因任何他人的不当限制或错误理解而减损”^⑤。此外,在一些政策文件中,也有法律保留的明确表述。比如,2012年教育部发布的《全面推进依法治校实施纲要》指出,章程及学校的其他规章制度要遵循法律保留原则;2015年《中共国土资源部党组关于全面推进法治国土建设的意见》也规定,法律保留事项不得写入行政法规草案和部门规章。但是,由于法律保留原则横跨宪法与行政法两个领域,^⑥其思想基础涉及基本权利保护、依法行政、立法权划分等诸多问题,因而其内涵经常陷入众说纷纭、晦暗不清之中。

近年来,随着合宪性审查、备案审查工作的深入推进,审查机关已经开始运用法律保留原则作为判断那些涉及公民基本权利的规范性文件是否合宪合法的标准。比如,2017年在针对《某省人口与计划生育条例》关于夫妻产假护理假期间工资福利待遇的规定的审查意见中,审查机关曾指出,“根据立法法第八条的规定,有关独生子女父母养老补助和产假、护理假待遇等规定,不属于国家法律保留事项,属于地方自主立法范畴”^⑦。《全国人大常委会法工委关于2019年备案审查工作情况的报告》也指出,“有的地方性法规规定,公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录。经审查认为,该规定不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神;对公民通信自由和通信秘密保护的例外只能是在特定情形下由法律作出规定,有关地方性法规所

① Vgl. Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, 2003, S.136-137.

② 过去通常把干预保留(Eingriffsvorbehalt)译为侵害保留或侵益保留,本文之所以没有采取这种译法,原因在于:首先,“干预”是个中性词,干预是否属于侵害要经过宪法上的正当化条件的检验,比如本质内涵保障、比例原则等。正当的干预就是限制,而不正当的干预才构成侵害或侵犯。其次,与侵益保留相对的是授益保留,但授益保留属于形成保留,和干预保留不在一个层面上。

③ 参见刘志鑫:《从法律保留到法律先定》,载《中外法学》2022年第6期,第1639页;王贵松:《行政活动法律保留的结构变迁》,载《中国法学》2021年第1期,第136-137页。

④ 参见应松年:《〈立法法〉关于法律保留原则的规定》,载《行政法学研究》2000年第3期,第13页。

⑤ 最高人民法院(2018)最高法民再19号民事判决书。

⑥ 其他公法乃至私法领域中也有体现。Vgl. Volker Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, 1977; Victor David Jouannaud, Der Gesetzesvorbehalt im Privatrecht: eine nach Rechtsfunktionen differenzierende Betrachtung, 2024.

⑦ 全国人大常委会法工委法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版,第57页。

作的规定已超越立法权限”。然而由于对法律保留原则本身理解的差异,上述审查意见都引发了一些争论,^⑧并且随着宪法保留理论的兴起,上述争论愈演愈烈^⑨。鉴于此,本文拟在国内外相关研究的基础上,对于基本权利干预中法律保留和宪法保留的关系以及实践中基本权利干预保留所遇到的问题,尤其是如何构建我国基本权利干预的保留体系进行深入探讨,以期助力于相关研究的不断深入。

一、基本权利干预的法律保留之缘起与面临的挑战

(一) 干预保留的缘起及其个别化

众所周知,法律保留诞生于德国立宪君主制时期议会与君主的斗争过程,为了约束君主所掌握的行政权,议会要求在某些事项上须事先获得议会的同意,这种同意体现为议会制定的法律的授权。但问题在于,行政机关到底哪些事项需要获得议会的同意。因此,当奥托·迈耶首次对法律保留的概念进行论述时,^⑩他就指出,“法律是司法活动不可或缺的基础。没有哪个判决是不以法条为依据的,无法律即无刑罚。行政活动(Verwaltungstätigkeit)则不是如此依赖(法律)。因此,合宪的法律只是对一些特别重要的事情,使其成为国家活动(Staatstätigkeit)的必要条件。对于剩下的事情来说,执行权则是自由的。它依据它自身的力量,而非依据法律。我们将那些在特定事项上存在的、排除了行政自主活动的,称之为法律保留”^⑪。那么,什么是特别重要的事情呢?他接着指出:“几部宪法草案对法律保留作了不同的描述。经典的形式是列举所谓的基本权利或者自由权,公民据此享有的人身自由、财产的神圣不可侵犯以及其他权利被明示的或者默示的保留所保障,也就是对它们的干预要通过法律或者基于法定的理由来进行。”^⑫可见,奥托·迈耶认为法律保留的范围可能随着宪法而变动,但最基本的或者大家有所共识的就是对基本权利的干预,这或许就是最早的干预保留思想。

干预保留的集中体现是1850年的普鲁士宪法。^⑬该宪法的权利条款中很多都包含

⑧ 对于限制社会权是否需要法律保留的问题,参见刘艺:《论退休制度中法律保留原则的适用——以最高人民检察院第167号指导性案例为例》,载《行政法学研究》2024年第3期,第26-41页。对于如何理解现行宪法第40条通信自由和通信秘密的法律保留,参见张翔主编:《通信权的理论与实务——以“交警查手机”备审案例为开端》,中国民主法制出版社2025年版。

⑨ 参见莫纪宏:《新立法法视角下宪法保留原则的特征及其规范功能》,载《政法论坛》2023年第5期,第63-72页;张峰振:《论宪法保留》,载《政法论坛》2018年第4期,第35-44页;蒋清华:《基本权利宪法保留的规范与价值》,载《政治与法律》2011年第3期,第60-68页。

⑩ 学界公认是奥托·迈耶首次提出了法律保留的概念。Vgl. Henning Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S.47.

⑪ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 1969, S.69-70.

⑫ Otto Mayer (Fn. 11), S.70.

⑬ 学者Seiler指出,在普鲁士宪法之前,南德意志的很多邦国的宪法就规定了法律保留,比如1818年的巴登大公国宪法、1819年的符腾堡王国宪法、1820年的黑森大公国宪法、1831年的萨克森王国宪法,这些宪法的规定又都是受到法国1789年《人权宣言》的影响。该宣言第4条规定,每个人自然权利的行使,只以保证社会上其他成员能享有同样的权利为限制。这些限制只能通过法律加以确定。Vgl. Christian Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S.43-46.

“基于法律规定的情形和方式”或者“按照规定的标准”的字眼。这些规定也影响了日本明治宪法和我国清末的《钦定宪法大纲》。^⑭比如,《钦定宪法大纲》附录“臣民的权利义务”第2条规定:“臣民于法律范围以内,所有言论、著作、出版及集会、结社等事,均准其自由。”但是,这种在立宪君主时代非常“先进”的干预保留后来却遭受了激烈的批判。这种批判主要在于,基本权利和法律到底哪个优先?也就是说,如果允许法律来干预所有的基本权利,相当于基本权利就完全掌握在立法机关手中。那么,基本权利以及规定基本权利的宪法还如何约束立法机关?因此,法律干预基本权利与基本权利约束法律两者之间是有矛盾的。所以,“二战”后制定的德国基本法放弃了普遍的干预保留的模式,而改成了个别的干预保留。也就是说,有些基本权利干预实行法律保留,而有些基本权利干预不实行法律保留。当然,这种不实行法律保留的基本权利(Vorbehaltlose Grundrechte)往往是更为重要的基本权利,比如人的尊严、宗教信仰自由、学术自由、艺术自由等。^⑮对普遍的法律保留的反思在我国历史上也存在,比如对于1936年“五五宪草”中人民权利自由的各条都采用的“非依法律不得停止或限制”的表述,章友江就批评,“这种规定等于说宪法中所规定的人民权利不是最后的或最高的,还要受法律的注释后才有真正的意义,因此宪法上条文完全是空虚的”^⑯。张友渔也说,“把限制人民自由权利的大权,无条件地授给立法机关,是万万不可的”^⑰。从普遍的法律保留到个别的法律保留的转变,其中发挥关键作用的是宪法对法律的约束力的增强。也就是说,“二战”前由于缺少实效性的合宪性审查制度,宪法高于法律只停留在纸面上,当时基本权利的保障主要依靠法律而非宪法,而且由于议会的民主正当性高于代表君主的行政权,因此通过具有民意基础的法律来干预基本权利相比君主或者行政机关恣意干预人民权利显然是一种进步。但问题是,进入人民主权时代,议会行使的法律制定权本身也是一种国家权力,也要受到法的约束,当然这里的法不可能是议会自己制定的法律(否则无异于议会自己立法来约束自己),而是比议会法律具有更高民主正当性的宪法。正是基于对过分依赖法律来干预基本权利导致基本权利效力空转的担心,^⑱导致了干预保留的个别化。

(二) 干预概念的扩大给干预保留带来的冲击

传统上认为,干预保留的式微缘于给付行政的出现,也就是说,随着新的行政活动形

^⑭ 参见肖传国:《近代西方文化与日本明治宪法:从英法思想向普鲁士·德意志思想的演变》,社会科学文献出版社2007年版;崔学森:《清廷制宪与明治日本》,中国社会科学出版社2020年版。

^⑮ Vgl. Sebastian Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, 2006, S.14-64.

^⑯ 张翔:《从法律限制主义、宪法保障主义到法律保留原则——关于基本权利限制的宪法史考察》,载《浙江社会科学》2023年第9期,第32页。

^⑰ 前注^⑯,张翔文,第33页。

^⑱ 一些学者之所以不把法律保留视为干预基本权利的方式,是因为把干预理解为只有行政机关才能做出。对此,奥托·迈耶区分了普遍的干预和个别的干预,他认为,法律规定的权利限制是普遍的干预,是针对不特定人的,由于行政机关执行了法律的规定,才使得干预变成了针对特定人的干预。Vgl. Victor David Jouannaud (Fn. 6), S.52.

式的出现,仅仅针对干预基本权利的行政行为进行法律保留已经不够了,还要对那些授益行政行为实行法律保留,因为授益应当由享有预算权的议会来决定。^{①⑨}但问题是,这种认识混淆了干预保留与形成保留。形成保留和干预保留本来就是两回事,不能认为形成保留出现了,就意味着干预保留的解释力不足了。基本权利的形成保留是指基本权利的保护范围由法律来规定,当然,并非所有的基本权利的保护范围都需要法律形成,其主要针对一些依赖国家或法律来行使的基本权利,比如财产权、婚姻家庭、参政权、社会权、程序权等。^{②⑩}以和给付行政最密切的社会权为例,公民不能仅仅凭借宪法上的社会权规定就要求国家进行给付,因为宪法并没有规定具体给付的量,到底给付多少仍然需要法律来细化,社会权离开法律的规定是无法行使的。因此,法律规定给付多少就是对社会权保护范围的形成,依照法律的规定进行给付就属于社会权的形成保留。然而,基本权利的干预保留是指法律对基本权利保护范围的限缩,如果把形成比喻为吹气球的过程,那么干预就是在气球形成后对其进行人为的挤压,只不过这种人为是通过立法来完成的。所以,社会权也有干预保留的问题。比如《全国人大常委会法工委关于 2024 年备案审查工作情况的报告》中披露的“有的地方政府规范性文件规定,因犯罪受刑事处罚人员不得享受最低生活保障政策”,就属于对犯罪人员的物质帮助权进行干预。该规范性文件并非在规定给付多少,而是对特定主体原本可以享受的给付进行限缩。因此,在给付行政出现之后,干预保留仍然存在,对给付本身也有干预的可能。所以,用给付行政来证明干预保留的式微是搞错了问题的方向。

导致干预保留式微的真正原因在于干预概念的扩大。传统的干预概念着眼于干预的形式,即只有通过法律上的、命令式的、带意思表示并直接对公民基本权利产生影响的行为方属之。但现代的干预概念则是着眼于干预的结果,即无论国家机关采取何种形式的行为,只要给公民的基本权利带来不利后果的行为都属于干预。^{②⑪}这其中最大的变化就是将那些事实性的或者间接影响公民权利的行为纳入了干预的范畴。然而,如果对事实行为以及通过其他媒介才产生不利影响的行为也实行法律保留,立法机关根本无法预见到哪些行为会带来事实上的不利影响或者间接地产生不利影响,这无异于强立法机关之所难。比如,德国 2002 年的“乙二醇案”和“奥修案”都涉及联邦政府的信息行为对当事人造成的事实性干预。在前一个案件中,政府部门向社会公开了含有乙二醇(一种防冻剂)的葡萄酒名单,但是葡萄酒的生产厂家认为这给他们在市场上的竞争地位带来了不利;在后一个案件中,政府部门在答复议会质询时用“青年教派”“心理教派”来描述一个称之为奥修运动的冥想团体,该团体认为这是对教派的贬低,损害了他们的宗教信仰自由。按照扩大的干预概念,既然给当事人造成了不利后果,那就属于干

^{①⑨} 参见翁岳生主编:《行政法》(上),元照出版有限公司 2020 年版,第 207 页。

^{②⑩} 参见王锴:《论立法在基本权利形成中的作用与限制——兼谈“公有制”的立法形成》,载《法治研究》2017 年第 1 期,第 99 页。

^{②⑪} Vgl. Franz-Joseph Peine, Der Grundrechtseingriff, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, 2009, S.94-99.

预。但是这样的干预能要求事先获得法律的授权吗?一方面,如果行政机关连作出事实行为都要获得法律的授权,那等于行政机关什么事也做不了,无法想象行政机关的工作人员跟相对人说句话、递个东西都要有法律的授权。另一方面,行为会产生哪些潜在的、间接的不利影响,并不在行政机关能够控制的范围内,此时用法律去规范行政机关的行为没有意义。最终,德国联邦宪法法院认为这两个案件中行政机关的信息行为不需要获得法律的特别授权,它本身就蕴含在政府的职权中。^{②②}虽然干预概念扩大到了事实的、间接的干预,但问题在于,对于事实的、间接的干预实行法律保留是不现实和不可能的,这就意味着干预保留的“空心化”。

(三) 法律内涵的变化使得干预保留相对化

干预保留是指将基本权利干预保留给法律来首先作出规定,它实际上解释了法律保留中的“保留”,亦即保留什么。但法律保留中还有一个重要问题——谁来保留,亦即法律保留中的“法律”是什么。在奥托·迈耶生活的时代,法律有形式意义的法律和实质意义的法律之分。形式意义的法律就是最高代议机关(在联邦制下还包括邦一级的代议机关)按照立法程序制定的法律,而实质意义的法律是指包含了法条(Rechtssatz)的文件。如果说形式意义的法律侧重于制定主体和程序,而实质意义的法律则着眼于内容。按照当时的观点,所谓法条就是影响人民的自由和财产的规范陈述。当然,迈耶本人并不认为形式意义的法律和实质意义的法律是相互排斥的,^{②③}所以他把法律保留的范围界定为干预保留实际上也符合实质意义的法律的要求。但是他也承认,形式意义的法律可以将它的法条创造力(Rechtssatzschaffende Kraft)委托给其他机构。^{②④}后来,法条的内涵开始朝着抽象、一般的规范陈述的方向发展,^{②⑤}同时,君主制向共和制的转变导致行政机关制定的行政法规也获得了一定的民主正当性。因此,到了魏玛宪法时期,施米特就提出了通过法律来保留和基于法律规定的理由来保留两种模式。^{②⑥}其中,后者不是由法律亲自规定,而是法律授权行政法规来规定,因为行政法规虽然不是形式意义上的法律,但它的抽象性、一般性仍然具备实质意义的法律的特征,这种由实质意义的法律来进行保留就是所谓的法条保留(Rechtssatzvorbehalt)。^{②⑦}由此可见,由于法律概念的二元化,使得法律保留也分成了形式意义的法律保留和实质意义的法律保留。形式意义的法律保留,即由法律亲自规定(德国称之为国会保留,我国称之为绝对法律保留);实质意义

^{②②} Vgl. Christian Burkiczak, Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes, in: Sigrid Emmenegger und Ariane Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Band 2, 2011, S.141-144.

^{②③} Vgl. Philipp Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz: Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, 2017, S.62-63.

^{②④} Vgl. Victor David Jouannaud (Fn. 6), S.52.

^{②⑤} Vgl. Christian Seiler (Fn. 13), S.59.

^{②⑥} Vgl. Tobias Mast, Die kompetenzielle Bedeutung der Grundrechtsschranken, AöR 148, S.158.

^{②⑦} Vgl. Jürgen Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur Wesentlichkeitstheorie und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht, 1986, S.31.

的法律保留,即法律授权行政法规来规定(德国称之为法条保留,我国称之为相对法律保留)。在此背景下,由法律授权行政法规去干预基本权利也成为可能。

国会保留(Parlamentsvorbehalt)一方面规定了必须由最高代议机关亲自规定的事项,另一方面也允许最高代议机关通过形式意义的法律之外的决定决议来进行规定。因此,有学者指出,国会保留的重点是由国会来作决定,而不在于采用何种形式作决定。^{②⑧}所以,在国会保留之下,首先要解决哪些问题应当由国会亲自决定,然后再解决哪些问题应当由形式意义的法律来规定。就基本权利干预来说,德国和我国在绝对法律保留上的范围是不同的。在德国,绝对法律保留的范围是按照干预基本权利的强度来决定。也就是说,只有那些严重的干预才需要国会保留,不太严重的干预则可以授权行政机关。^{②⑨}比如在对受教育权的干预中,转学和退学就属于严重的干预。^{③⑩}而在我国,绝对法律保留的范围是按照基本权利的种类来划分。根据《立法法》第12条,对政治权利和人身自由的干预不能授权国务院制定行政法规,原因是这些权利属于“公民的十分重要的权利”^{③⑪}。反之,干预这些权利之外的其他基本权利(如财产权),则可以授权行政法规来进行。可见,无论是德国还是我国,允许行政法规去保留某些基本权利干预的态度是一样的。那么,基本权利干预能否由法律之外的决定决议来保留?这要从决定决议与法律的制定程序上的差别来考虑。决议决定和法律虽然都是全国人大及其常委会来制定,但在程序上存在不同,比如是否经过三读审议、是否由国家主席签署并公布等,而这些程序上的差异会影响到某个事项是否适合由该种形式来规定。因为程序有时会影响到实体的结果。对于基本权利干预而言,不适合由决定决议来进行保留。^{③⑫}因为自2015以来的大部分决定决议未在通过前向社会公开征求意见,^{③⑬}而在没有征求民众意见的情况下去干预其基本权利,这本身就不符合对基本权利干预实行法律保留的目的。可以说,从绝对只能由法律来保留基本权利干预到可以授权行政法规来保留基本权利干预,这意味着干预保留的相对化。

(四)从干预保留到重要性理论

正是因为干预保留出现了个别化、空心化、相对化的现象,所以才有了重要性理论的提出。重要性理论不再强调只要涉及基本权利干预就要实行法律保留,而是采取了一种比较弹性的处理方法,即所谓重要的事项才保留给法律规定。至于什么是重要的事项,则需要联系具体的个案情境来判断。正如学者 Busch 所指出的,和基本权利相关不能是涉及基本权利的任何方式,否则就不存在和基本权利无关的领域了。^{③⑭}目前,重要性理论

^{②⑧} Vgl. Bernhard Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S.67.

^{②⑨} Vgl. Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Aufl.2007, S.207.

^{③⑩} Vgl. Jürgen Staupe (Fn. 27), S.130.

^{③⑪} 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2015年版,第60页。

^{③⑫} 参见王锴:《全国人大常委会〈备案审查决定〉的法律性质》,载《环球法律评论》2024年第4期,第30页。

^{③⑬} 参见江辉:《论全国人大及其常委会以决定方式行使立法权》,载《环球法律评论》2023年第1期,第97页。

^{③⑭} Vgl. Bernhard Busch (Fn. 28), S.44.

从正反两方面来界定法律保留的范围:^{③⑤}首先看和哪些基本权利相关。如果是宪法规定的不需要实行法律保留的基本权利干预,则没有法律保留的必要。其次看是否在立法机关的能力范围内。即使是宪法明确规定实行法律保留的基本权利干预,也要看立法机关对于这种干预能否预见到相关的后果。^{③⑥}

当然,有人可能担心,如果对于事实性的或者间接的干预不实行法律保留,是否意味着行政机关可以任意进行这些干预,甚至用事实性的或者间接的干预来代替其他干预,从而逃避法律的约束?这种担心是不必要的。首先,事实性或者间接的干预不需要法律保留只是意味着它们不会成为立法干预的形式,但仍然构成行政干预。干预是指所有公权力活动给公民基本权利带来的不利影响,这里的公权力包括立法权、行政权和司法权。^{③⑦}法律保留属于立法干预,因为一种干预行为存在法律依据的话,那就意味着法律允许这种干预,这种干预就是立法机关首先规定的,行政机关只是对立法的执行而已。所以,如果一种干预行为存在法律保留,那么此时真正要控制或者审查的是法律中有关干预的规定,这才是干预的“源头”。而一种干预行为如果没有实行法律保留,那就意味着这种干预不是来自法律的规定,而是行政机关自己创设和实施的,这属于行政干预的范畴,此时直接对行政行为进行审查即可。其次,事实性的或者间接的干预即使没有法律保留,也并不意味着它们不受法律的控制。一方面,可以通过对事实行为的行政诉讼或者对第三人公权的保护来进行救济;^{③⑧}另一方面,事实性的或者间接的干预不实行法律保留,只是意味着不需要审查它们的授权依据,但它们仍然要符合其他的合法性要件,比如干预的事实是否清楚、证据是否充分,是否符合比例原则等。

二、基本权利干预的宪法保留之内涵及其相关争议

诚如前述,为了防止普遍的法律保留通过干预将基本权利的内涵掏空,“二战”后德国基本法采取了个别的法律保留的做法。这一做法的核心就是有些基本权利的干预实行法律保留,而有些基本权利的干预不实行法律保留。但是,不实行法律保留并不意味着这些权利不受干预或者不受限制,^{③⑨}只是干预或限制的方式与其他基本权利不同,这种干预方式就是宪法保留,也被称为宪法固有限制(Verfassungsimmanente Schranken),

^{③⑤} Vgl. Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Voßkuhle/Eifert/Möller (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl. 2022, S. 814-815.

^{③⑥} Vgl. Jan Henrik Klement, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbar: Argumente gegen zu viel Rücksicht auf den Gesetzgeber, DÖV 58 (2005), S. 511.

^{③⑦} Vgl. Georg Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, 2009, S. 343.

^{③⑧} 参见王贵松:《事实行为的行政诉讼》,载《中外法学》2025年第1期,第105-123页; Andreas Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991.

^{③⑨} Vgl. Hans-Jürgen Papier, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, 2009, S. 367.

即依据宪法去干预某些基本权利。因此,理解基本权利干预的宪法保留,首先要确定哪些基本权利实行宪法保留;其次要确定如何依据宪法干预这些权利。

(一) 基本权利干预的宪法保留范围

基本权利干预的宪法保留是指宪法对于某些权利没有规定“依照法律”或者“禁止非法”予以限制的字眼,对于这些权利的限制实际上是直接依据宪法来完成的。从我国现行宪法来看,没有明确规定法律保留的基本权利主要有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由(第35条)、宗教信仰自由(第36条)、人格尊严(第38条)、文化活动自由(第47条)。那么,这些权利为什么不实行法律保留呢?有学者曾通过挖掘修宪历史揭示了修宪者对于普遍的法律保留的态度。在1981年2月11日召开的宪法修改委员会秘书处会议上,曾由专人介绍了关于宪法草稿的一些意见,其中有人针对表达自由条款提出意见,认为言论、出版、集会等自由前面不宜加“依照法律”的限制词,既然有了一条总的不得滥用权利的规定,这里可以不写。最终《宪法》第37条并未采用“依照法律”这样的限制性表述,也未增加其他限制性规定。^{④①}此外,在1981年1月3日举行的修宪座谈会上,吴家麟教授提出,“在宪法中不应多处说‘依法’如何如何,说‘依法’首先要依宪法”^{④②},否则便是给普通法律以无限的权力^{④③}。从理论上讲,之所以存在无法律保留的基本权利,一方面是因为这些权利比较靠近人格的核心,比如人格尊严、宗教信仰自由、学术自由、艺术自由等,它们关注人的内在发展,与社会的关联度低,不太容易与他人的权利或公共利益发生冲突,^{④④}故宪法不授权法律对其进行普遍的干预;另一方面是因为有些基本权利的行使有反多数的倾向,比如言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由,如果通过代表多数人意志的法律来干预,容易产生扼杀效应。

对于我国宪法上是否存在宪法保留或者无法律保留的基本权利,目前学界的争议在于:(1)我国《宪法》第51条构成了基本权利的概括限制条款,也就是说,即使宪法没有授权法律去干预的基本权利也要受到《宪法》第51条的限制。^{④⑤}笔者认为,《宪法》第51条并不构成反对无法律保留的基本权利存在的理由。原因在于:首先,诚如前述,无法律保留的基本权利并不意味着其不受限制,它和有法律保留的基本权利之间只是受限制的方式不同而已。因为从我国《宪法》第51条的表述看,其只是规定了限制基本权利的两大理由(实际上也只有这两个理由),即公共利益和其他公民的合法权益,但无法仅凭该条款就去限制公民的基本权利。现实中基于人的社会性和资源的稀缺性,行使基本权利很少存在不会“损害”公共利益或其他公民的合法权益的情况,比如有人在公共道路上举行集会游行示威,必然给其他公民的行动自由以及道路两侧商户的营业自由乃至公共交通秩序造成“损害”,但能否说,因为“不得损害”,所以就要限制其举行集会

④① 参见陈鹏:《中国宪法上基本权利法律保留的生成与构造》,载《中国社会科学》2023年第12期,第131-132页。

④② 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372页。

④③ 参见前注④①,陈鹏文,第132页。

④④ Vgl. Kathrin Misera-Lang, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 1999, S.63-66.

④⑤ 参见张翔:《基本权利限制法律保留的中国方案》,载《法律科学》2023年第6期,第83-84页。

游行示威?是否要限制以及如何限制,必须是在公共利益或其他公民的合法权益与集会游行示威自由之间进行权衡后才能明确。所以,《宪法》第51条只是表明基本权利是可受限制的,但无法作为具体如何限制的依据。其次,即使把《宪法》第51条视为概括性限制条款,也不可能在有更为具体的限制条款的情况下去适用第51条,否则具体的限制条款就没有意义了。基本权利干预的宪法保留仍然属于具体的限制条款,比如《宪法》第38条规定的“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”,该条作为宪法对言论自由的限制(当然并非唯一的限制),显然比依据抽象且笼统的公共利益和其他公民的合法权益去限制言论自由更有说服力。(2)有人或许从《宪法》第51条规定的“不得损害……其他公民的合法的自由和权利”中的“合法的自由和权利”,推导出基本权利应当是受普遍的法律保留的。但笔者认为,这里的“合法”是用来证明限制或干预基本权利的正当性的。也就是说,只有当对方合法地行使其自由和权利时,才能作为限制或干预另一方基本权利的理由。比如,记者为了牟取私利进行不实报道,却要求被报道人要“容忍”,这种违法的“新闻自由”不能作为限制名誉权的理由。因此,《宪法》第51条中的“合法”是指限制的理由是合法、正当的,而非合法地予以限制之意。从根本上说,它是解决限制的理由,而非如何限制。

(二) 基本权利干预的宪法保留方式

基本权利干预的宪法保留与法律保留的区别在于:(1)法律保留中,法律或者法律授权的行政法规对于干预的事由享有形成权,也就是说,《宪法》第51条只规定了抽象的干预事由,但具体的干预事由,比如基于何种公共利益或保护哪个合法权益,是由立法机关来决定的。(2)法律保留是由法律亲自作出干预或者由法律授权行政法规作出干预,但无论哪一种,都属于普遍的立法干预。因为法律和行政法规都是抽象的、一般的,它们所规定的干预会影响不特定人的基本权利。正如德国联邦宪法法院在“联邦紧急制动案I”中所指出的,为了防止新冠病毒的传播,德国联邦议会出台了《在发生影响全国的传染病情况下保护居民的第四号法律》,其中授权行政法规规定“如果某个县或某个直属于州的城市每10万居民7日新增新冠病毒感染人数连续3日超过100的临界值,就可以从次日起在该地适用以下措施,包括从22时到次日5时,禁止在住宅、旅舍等地之外逗留”^{④5}。这个行政法规一旦公布,就相当于给全国公民的行动自由按了“暂停键”。这与在具体个案中干预特定人的基本权利是不同的。相比之下,宪法保留的本质,一方面是当无法律保留的基本权利与宪法上规定的其他基本权利或者宪法法益发生冲突时才能予以干预,另一方面是让合宪性审查机关在具体的个案中根据宪法的价值秩序和考虑到基本价值体系的统一性来进行干预。^{④6}因此,基本权利干预的宪法保留一方面保证了干预的事由和标准是宪法亲自规定的,立法机关对此并无置喙的余地;另一方面保证

^{④5} 姚子骅:《联邦宪法法院对防疫立法的审查——“联邦紧急制动案I”评介》,载胡锦涛光主编:《备案审查研究》2022年第2辑,中国民主法制出版社2022年版,第218-219页。

^{④6} Vgl. Hans-Jürgen Papier (Fn. 39), S.372-373.

了这种干预只能个案地进行,其类似于“一事一议”,而并非如法律保留般普遍地开展,从而使得无法律保留的基本权利受到干预的条件更严、频度更低。

对于宪法保留方式的批评主要在于:(1)有学者提出质疑,如果认为人格尊严是宪法保留的基本权利,那么如何理解我国《民法典》《个人信息保护法》等法律中规定的对于公民人格权的诸多限制?^{④7}这可能涉及对于“保留”一词的理解。诚如有学者所指出的,保留是首先规定(先定)的意思,并非指其他法一概不能规定。^{④8}也就是说,宪法保留是指由宪法首先规定,其他法不能在宪法没有规定的时候进行规定,但可以在宪法规定了以后对宪法的规定进行具体化。^{④9}因此,《民法典》《个人信息保护法》等法律中当然可以规定对公民人格尊严的限制,但这些限制都属于对宪法规定的人格尊严的限制的细化。从宪法保留的角度,人格尊严虽然属于无法律保留的基本权利,但会和其他基本权利,比如出版自由、申诉控告检举权等发生冲突,此时就有可能出现为了保护一方的出版自由或申诉控告检举权,而限制另一方的名誉权、个人信息权的情形。因此,《民法典》《个人信息保护法》不过是对宪法规定的限制的细化。这和如果对个人尊严实行法律保留,法律可以自主设定限制人格尊严的事由是有本质区别的。(2)有学者认为,宪法保留属于对基本权利的内在限制,承认了基本权利干预的宪法保留就等于承认了内在限制。^{⑤0}但实际上,宪法保留及其所代表的宪法固有限制并非内在限制,而属于对基本权利的外在限制。内在限制是指基本权利的保护范围存在一个界限,它是解决一个行为要不要受基本权利保护的问题。外在限制则是指在基本权利的保护范围形成之后,由于外在力量的作用导致其限缩。它是解决一个受基本权利保护的行为为何在一些情况下仍然要受限或让步的问题。比如,我国《宪法》第36条第3款规定“国家保护正常的宗教活动”,据此,公民不能针对邪教主张宗教信仰自由,因为邪教不在宗教信仰自由的保护范围内。这是对宗教信仰自由的内在限制。但是,宗教信仰自由的宪法保留不是界定宗教信仰自由的保护范围,而是说一个正常的宗教活动在和其他基本权利或者宪法法益发生冲突的情况下如何处理的问题。比如,被征召人员以信仰佛教、不得杀生为由拒绝服兵役,和宪法上的服兵役义务发生冲突后,是否要限制其宗教信仰自由。宪法保留和法律保留均属于对处于基本权利保护范围内的行为进行干预或限制,而不是在讨论该行为是否应受基本权利保护。(3)有观点认为,我国现行宪法是价值充盈的,规定了大量

④7 参见前注④4,张翔文,第85-86页。

④8 参见前注③,刘志鑫文,第1649-1650页。

④9 这一理解也可以得到现行法律的支持。比如行政法上就区分设定与具体规定。根据《行政处罚法》第11条,行政法规不能设定限制人身自由的处罚,但对于法律已经设定好的限制人身自由的处罚,行政法规就可以作出具体规定,只不过不能违背法律设定的应予处罚的行为、种类和幅度。

⑤0 参见前注④4,张翔文,第83-84页。当然这有可能是翻译的问题,有人会把“宪法固有限制”翻译为“内在限制”,但实际上,“内在限制”应表述为“Grundrechtsimmanenten Schranken”。因此,也有学者将内在限制称为保障限制(Gewährleistungsschranken),而将外在限制称为保留限制(Vorbehaltsschranken)。Vgl. Georg Hermes (Fn. 37), S.343. 关于宪法固有限制与内在限制的区别,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》,载张志铭主编:《师大学》2017年第2辑,法律出版社2018年版,第91-93页。

的国家价值、国家目标、国家任务条款,如果采取宪法保留,这些条款均可能构成对无法律保留的基本权利的限制事由。同时,还可能将宪法上没有明确列举的具体法益涵摄到《宪法》第51条的“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,并以此作为限制无法律保留的基本权利的事由,^{⑤1}这些显然会导致对无法律保留的基本权利的干预的泛滥。这一批评是深刻的,但并非无法化解。一方面,由于在宪法的价值秩序中,无法律保留的基本权利比有法律保留的基本权利更重要,^{⑤2}所以能够对其构成限制理由的宪法法益实际上并不多。根据权衡法则,权利越重要,限制权利的理由的重要性就必须越大。^{⑤3}试想一下,如果普通的公共利益都能对人格尊严进行限制,人格尊严的重要性何在?例如在“强制亲子鉴定案”中,为了查处超生的人员就强制要求亲子鉴定,计划生育能不能成为干预公民人格尊严的理由?这并不会因为计划生育是《宪法》第25条规定的内容,就要无条件地被适用。另一方面,《宪法》第51条只是表明基本权利可以受到限制,并不意味着在具体的情境中该基本权利就能受到限制。能否对无法律保留的基本权利进行限制,还需要合宪性审查机关根据个案情形进行权衡,而且这种权衡要遵守权衡的方法且经得起检验。这种通过个案权衡而非“一纸规定”进行干预的方式实际上防止了干预无法律保留的基本权利的泛滥。

将现代宪法中有关基本权利干预的条款与18、19世纪的宪法规定进行对比可以发现,一个显著的区别在于,基本权利干预的条款越来越复杂、越来越精细。18、19世纪的宪法往往用“在法律范围内行使”或者“非依法不得限制”就可以干预所有的基本权利,但是现代宪法则是针对不同的基本权利规定不同的干预,体现出干预的差别化、层级化。这反映了人权保障理念的进步。因此,总不能说,既然基本权利干预的宪法保留不容易实现,那么就应当回归到18、19世纪普遍法律保留的时代。

三、基本权利干预保留所面临的实践问题及其解决路径

我国立法中对基本权利的干预保留存在三种规定模式:(1)法律专属规定的基本权利干预。比如,《立法法》第11条规定“下列事项只能制定法律:……(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”。这种模式的特点是列举需要保留的基本权利的种类,同时禁止其他立法予以规定(授权行政法规除外)。(2)只能由法律设定的干预行为。比如,《行政处罚法》第10条第2款规定“限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定”;根据《行政强制法》第10条第2款规定,限制人身自由和冻结存款、汇款只能由法律设定。此种模式是列举需要保留的干预行为种类,但允许其他法规(行政法规、规章、地方性法规)设定其他的干预行为。比如,《行政处罚法》第12

^{⑤1} 参见陈楚风:《中国宪法上基本权利限制的形式要件》,载《法学研究》2021年第5期,第139-140页。

^{⑤2} 参见胡玉鸿:《论我国宪法中基本权利的“级差”与“殊相”》,载《法律科学》2017年第4期,第24页。

^{⑤3} 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第150页。

条第1款规定“地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚”；第13条第2款规定“尚未制定法律、行政法规的，国务院部门规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告、通报批评或者一定数额罚款的行政处罚”；第14条第2款规定，尚未制定法律、法规的，地方政府规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告、通报批评或者一定数额罚款的行政处罚。（3）没有上位法依据，行政机关的文件或行为不得减损公民权利。比如，《立法法》第91条第2款规定“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”；《优化营商环境条例》第64条规定“没有法律、法规或者国务院决定和命令依据的，行政规范性文件不得减损市场主体合法权益或者增加其义务”。这种模式的特点是将干预行为扩大到所有减损公民权利的行为，同时保留的主体不限于法律、行政法规，还包括地方性法规以及国务院的决定、命令。

上述规定模式在实践中遇到的问题分别是：（1）第一种模式中，到底哪些基本权利干预需要法律保留？《立法法》第11条只列举了干预人身自由、政治权利、财产权（非国有财产的征收征用），但是否仅限于这三种基本权利的干预？（2）第二种模式中，地方性法规、规章以及国务院的决定、命令能否设定干预基本权利的行为？因为无论是行政处罚还是行政强制措施实际上都属于干预基本权利的行为（比如通报批评会干预名誉权、查封会干预财产权）。（3）第三种模式中，上位法依据或者尚未制定上位法到底是指什么？是有一个上位法即可，还是要有上位法的具体规定？^⑤笔者将这些问题总结为保留什么、谁来保留、如何保留三类，分别对应保留范围、保留主体和保留程度，以下将逐项进行分析。

（一）保留范围

保留范围即哪些基本权利的干预需要保留。实际上，《立法法》第11条所规定的基本权利干预保留存在过大涵盖和过小涵盖两个问题。从过大涵盖问题来讲，根据宪法第35条，有些政治权利（如言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由）属于无法律保留或者宪法保留的基本权利，但《立法法》第11条却统统纳入了法律保留的范畴。从过小涵盖问题来讲，《宪法》第39条和第40条规定的住宅不受侵犯、通信自由、通信秘密的限制也要实行法律保留，但《立法法》第11条却未纳入。事实上，到底哪些基本权利干预要实行法律保留，应当由宪法来分配而不是由法律来分配。这是因为，一方面，由法律来决定法律保留的事项，相当于“自己做自己的法官”；另一方面，宪法作为最高法，法律的规定也不能和宪法相抵触。换言之，在保留范围上，应当从我国宪法文本出发，对不同种类的基本权利实行不同层级的保留。

首先，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、文化活动自由的干预不实行法律保留，而实行宪法保留。

其次，选举权和被选举权、人身自由、财产权、住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密的

^⑤ 参见胡建森主编：《法律原则研究》（上编），中国社会科学出版社2024年版，第395页。

干预实行法律保留。宪法对这些权利都规定了“依照法律”^{⑤⑤}、“受法律的保护”^{⑤⑥}或者“禁止非法”的字样。

再次,对于社会权的干预,是否要实行法律保留?笔者认为,一方面,社会权并不属于无法律保留的基本权利。诚如前述,宪法上之所以有些基本权利的干预不需要法律保留,是因为这些权利要么关注人的内在发展,与社会的关联度低,不太容易与他人的权利或公共利益发生冲突;要么该权利的行使有反多数的倾向,不太适合由代表多数人意志的法律去干预。社会权的社会关联性和普遍福利性决定了它显然不在上述这些权利之列。另一方面,我国《立法法》第11条第11项规定了法律保留的兜底条款,即“必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项”。有论者指出,对于这一兜底规定的具体所指,理论上可以归纳为两项:一是宪法明确规定应当制定法律,而立法法未列举规定适用法律保留的事项;二是其他相关法律规定的法律保留事项。^{⑤⑦}比如,《外商投资法》第24条规定的“没有法律、行政法规依据的,不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务”,实际上就是干预保留的一种表述。当然,这里的“合法权益”不限于自由权,也应当包括社会权。

复次,对于程序权(即批评、建议、申诉、控告、检举权、获得国家赔偿权)的干预,是否要实行法律保留?最高人民法院的法官曾在评析“沙某英与塔尼尔生物科技(商丘)有限公司等破产债权确认纠纷案”中指出:“诉权是法律赋予公民以司法救济解决纠纷的基本权利,是当事人启动和推动诉讼程序的基本权利,对诉权的限制应当极其慎重。根据立法法第八条的规定,对诉权的限制应属法律保留事项,司法解释无权对当事人诉权进行限制性规定。”^{⑤⑧}这一解释虽然没有指明《立法法》第8条(现为第11条)的具体条款,但笔者推测其可能是从该条第10项的“诉讼制度”中推导出来的。当然,对程序权的干预应当实行法律保留,一方面在于程序权并不具备无法律保留的理由,另一方面在于程序权也可以从前述《外商投资法》第24条所规定的干预保留中推导出来。

最后,干预宪法未列举的基本权利,比如生命权和健康权,是否要实行法律保留?由于无法律保留或者宪法保留是比法律保留更高的一种保障方式,那么,对于宪法未列举的基本权利就不适合采取无法律保留或宪法保留,否则就解释不了为什么该权利如此重

^{⑤⑤} 需要注意的是,宪法上的“依照法律”有两种内涵:一种是界定权利的保护范围,比如“依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”“依照法律规定取得赔偿的权利”;另一种是授权法律去干预权利,比如“依照法律被剥夺政治权利的人”“依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用”。

^{⑤⑥} 有人可能担心,将“受法律的保护”理解为法律保留是否意味着将“保护”等同于“允许法律去干预”,但是,一方面,我国早期就是将法律保留理解为限制性的保护;另一方面,从官方的解释来看,“通信自由和通信秘密受法律的保护”是指国家通过立法对通信自由和通信秘密加以保护,比如通过刑法对侵犯公民通信自由权利的行为进行制裁。参见李忠夏:《法律保留的中国方案:“本质重要性”标准的引入及应用》,载《法学研究》2025年第2期,第27页;全国人大常委会办公厅研究室政治组编著:《中国宪法精释》,中国民主法制出版社1996年版,第167页。通过法律来制裁侵权人,实际上就是允许法律对侵权人的权利进行限制。

^{⑤⑦} 参见王克稳:《法条授权行政立法的规范化》,载《法学研究》2024年第5期,第39页。

^{⑤⑧} 王富博、易清清:《破产法解释(三)第8条15日期间届满的后果》,载《人民司法·案例》2022年第35期,第50-53页。

要而宪法却不列举。所以,从未列举权利的保障程度不可能高于明确列举的权利的角度看,宪法未列举的基本权利应当采取法律保留的模式。

(二) 保留主体

保留主体就是谁来规定保留事项。诚如前述,宪法、法律、行政法规都可以保留基本权利干预行为,只不过针对不同种类的基本权利的干预行为进行保留。但是,规章、地方性法规、国务院的决定命令能否保留基本权利干预行为呢?

1. 规章能否保留基本权利干预行为?

规章在我国均属于执行性立法,^⑤不具有创设或首先规定的权力,更别说到去保留干预基本权利的行为。对此,《立法法》第91条第2款和第93条第6款已经排除了规章设定减损公民权利行为的可能。然而,《行政处罚法》第13条第2款和第14条第2款却允许规章设定警告、通报批评、罚款等干预公民名誉权、财产权的处罚,这就与《立法法》的规定发生了冲突。鉴于两者都是全国人大制定的法律,这一冲突应当由全国人大常委会来裁决。但是也有观点认为两者不构成冲突,可以将《行政处罚法》视为规章设定行政处罚这种减损公民权利行为的法律依据以及将《行政处罚法》视为新的特别法而《立法法》作为旧的一般法,然后按照新法优于旧法、特别法优于一般法的原则来处理。^⑥对此,笔者认为不妥。首先,《行政处罚法》第13条第2款和第14条第2款允许规章保留,即在没有上位法的情况下,规章首先去规定对某些行为进行处罚;而《立法法》第91条第2款和第93条第6款则是实行上位法保留,即在上位法没有首先规定减损公民权利行为的情况下,规章不得首先规定减损公民权利的行为。这两者保留的范围是矛盾的,不可能调和。换句话说,即使把《行政处罚法》视为规章设定行政处罚的依据,那么,既然《行政处罚法》这个上位法都已经有了规定了,规章就只能去执行该规定,这还能称得上是规章保留吗?其次,规章属于行政立法,法律保留本来就是要用立法权去约束行政权,因此,即使是相对法律保留,行政法规也要有法律制定机关的授权决定才能去保留。而规章和法律之间并无授权决定,如果允许规章保留,无异于掏空了法律保留的内涵。再次,《行政处罚法》第13条第2款和第14条第2款并非新的规定,而是1996年《行政处罚法》制定时就已存在,相反,《立法法》第91条第2款和第93条第6款才是2015年修正时加入的新的规定,因此,即使把《行政处罚法》第13条第2款和第14条第2款视为法律保留的特别法,那也是旧的特别法,而《立法法》第91条第2款和第93条第6款是新的一般法。根据《立法法》第105条第1款,法律之间对同一事项的新的规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决。

^⑤ 根据《立法法》第91条,部门规章是执行性立法这一判断是没有疑问的。对于地方政府规章,官方释义书指出,《立法法》第93条第1款要求地方政府规章“根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规”制定,这与《立法法》第80条第1款只要求地方性法规在“在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下”制定,而无须根据上位法,显然是不同的。这反映了地方政府规章即使规定“属于本行政区域的具体行政管理事项”也要有上位法的依据。参见前注^③,全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著书,第271-273页。

^⑥ 参见许安标主编:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国民主法制出版社2021年版,第66-68页。

2. 地方性法规能否保留基本权利干预行为?

这一问题比较复杂,有学者称其为纵向法律保留。^{⑥1}因为地方性法规能够保留什么还涉及中央与地方之间的立法权划分。对此,有观点认为,《立法法》第11条规定了中央的专属立法权,自然就排除了地方立法保留的可能性。^{⑥2}但是对此也有不同意见:一是法律保留原本是用来解决议会与政府之间的横向权限划分,不是用来解决中央与地方之间的纵向权限划分。^{⑥3}二是认为地方性法规是地方民意的体现,在民主正当性上与最高代议机关的法律没有本质区别。^{⑥4}笔者认为,中央和地方的立法权划分和干预保留属于不同性质的问题,不宜混为一谈。实际上,一直以来存在“法律保留”(Gesetzesvorbehalt)与“法律的保留”(Vorbehalt des Gesetzes)的概念区分,前者专指基本权利干预的保留,后者是指除基本权利干预之外的保留事项,比如组织、预算、外交等。^{⑥5}两者并非单纯的语词不同,更为根本的是,它们讨论的保留事项是不同的。“法律保留”针对的是基本权利的干预行为,而“法律的保留”针对的是某种职权。简单地讲,前者是行为保留,后者是职权保留。后者也被称为职权法定,但它属于“法律的保留”的范畴,^{⑥6}而非“法律保留”的范畴^{⑥7}。

职权是职能和权力的复合概念,其中,职能是按照事务进行类型化,如经济职能、政治职能、军事职能等,而权力往往按照属性进行类型化,比如立法权、行政权、司法权。^{⑥8}因此,在不同性质的机关之间分权,主要是划分权力,而在同一性质的机关之间分权,主要是划分职能。所以,中央与地方的立法权划分应当属于职能划分。职能划分的核心是事项,也就是通常所讲的事权或者事务管辖权,即哪些事项应当由中央来管辖或立法,哪些事项应当由地方来管辖或立法。如果认为《立法法》第11条规定了中央立法的事项,那么,《立法法》第82条中的“地方性事务”则属于地方立法的事项。但是,基本权利干预保留中保留的是干预行为,按照迈耶的原始说法,其是一种活动。干预行为和职权的区别在于,干预行为只是行使职权的一种手段而已。例如,国家主权事项属于中央专属的立法职权,中央为了实现数据主权,可以作出干预个人数据权的行为(如限制数据出境),也可以作出非干预性的行为(如促进、规划、评估、保护等)。

因此,中央与地方的立法权划分中划分的是职权,属于“法律的保留”的问题;而干预保留中保留的是行使职权的某种手段,也就是干预行为。两者完全是不同性质的问题,无法相互包含。它享有某种职权,并不意味着它可以为了实现该种职权而不择手段,比如作出干预行为;反之,它能够作出干预行为,也并不意味着这种干预行为可以用于任

⑥1 参见俞祺:《央地关系中的法律保留》,载《中国法学》2023年第2期,第189-208页。

⑥2 参见前注③1,全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著书,第40页。

⑥3 Vgl. Franz Reimer (Fn. 35), S.808-810.

⑥4 参见王贵松:《地方性法规制定权限的界定方式》,载《法学》2024年第3期,第34页。

⑥5 Vgl. Fritz Ossenbühl (Fn. 29), S.200-201; Rieckhoff (Fn. 10), S.12-13.

⑥6 参见王锴:《论组织性法律保留》,载《中外法学》2020年第5期,第1308页。

⑥7 参见杨登峰:《行政法定原则及其法定范围》,载《中国法学》2014年第3期,第91-110页。

⑥8 参见陈明辉:《国家机构组织法中职权条款的设计》,载《政治与法律》2020年第12期,第75页。

何事项,前提是它对该事项有没有管辖权(职权)。故笔者认为,应当将干预保留从中央与地方的立法权划分中分离出去,对于地方性法规能不能设定干预行为,更应当从地方性法规的民主正当性角度考虑。《宪法》第2条第2款也规定,人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。《立法法》第93条第6款、《优化营商环境条例》第64条都已经明确将地方性法规作为减损公民权利的依据。当然,地方性法规进行干预保留的前提是在地方立法事权范围内。^⑥在2019年“交警查手机”备案审查案例中,即使认为交通违法的处理属于公安事务,而公安事务是中央和地方共享的事权,但在《立法法》第82条第2款对共享事权实行法律先占的情况下,由于《道路交通安全法》《道路交通安全法实施条例》都没有允许交警作出查阅复制当事人通讯记录的行为,故地方性法规不得首先允许这种对公民通信自由和通信秘密进行干预的行为。^⑦

3. 国务院的决定、命令能否保留基本权利干预行为?

根据《立法法》第12条,行政法规可以在得到法律授权的情况下对某些基本权利的干预进行保留。国务院的决定、命令和行政法规只是在制定程序上有所区别,但在效力上长期以来被视为相同。^⑧因此,立法中经常将国务院的决定、命令与行政法规并列。笔者认为,即使把国务院的决定、命令视为一种实质性的行政法规,允许其对某些基本权利的干预行为进行保留,但是也要有法律的授权,并且要符合授权明确性的要求。比如,在全国人大常委会法工委公布的备案审查工作案例(2024年第3号)中,2023年某市人大常委会对本市涉及信用惩戒的规范性文件开展专项审查。经审查发现,市住房城乡建设委印发的《某市物业服务企业和物业项目负责人信用管理办法(试行)》(以下简称《管理办法》)第22条规定,对信用等级为B级及以下的物业服务企业,可以采取在物业服务项目招投标时建议招标人注意企业信用情况,限制参加政府采购、招标投标等公共资源交易活动,并采取限制申请财政性资金项目、享受税收优惠等惩戒措施。但国务院办公厅印发的《关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长效机制的指导意见》(国办发〔2020〕49号)规定:“对失信主体采取减损权益或增加义务的惩戒措施,必须基于具体的失信行为事实,直接援引法律、法规或者党中央、国务院政策文件为依据,并实行清单制管理。”因此,审查机关最终认为,《管理办法》第22条对信用等级为B级及以下的物业服务企业设置的信用惩戒措施,没有法律、法规或者党中央、国务院政策文件的明确依据,不当限制了有关物业服务企业参加政府采购、招标投标等活动以及申请财政性资金项目等权利,涉嫌不当减损部分物业服务企业的权益,应予纠正。^⑨

^⑥ 参见前注^⑤,李忠夏文,第35页。

^⑦ 参见王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,载《政治与法律》2020年第4期,第117-118页。

^⑧ 根据学者的研究,目前的行政法规实际上脱胎于国务院的命令。参见刘志鑫:《法律保留的双重构造》,载《法律科学》2023年第6期,第99页。

^⑨ 参见《关于地方人大常委会对涉企平等保护、信用惩戒措施设置和规范性文件备案范围等规定的审查案例——备案审查工作案例2024年第3号》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202411/t20241121_441166.html, 2025年1月3日访问。

（三）保留程度

保留程度即如何判断上位法中存在干预基本权利的依据。比如,《中国人民银行法》第32条第1款规定,中国人民银行有权对金融机构以及其他单位和个人的有关行为进行检查监督。但是,该法律并未规定有关检查对象配合中国人民银行检查(如实提供文件资料、配合接受询问,不得拒绝、阻碍等)的义务,也未规定拒绝、阻碍中国人民银行检查的法律责任。那么此时,下位法如果想对拒绝或阻碍检查的行为设定处罚,能否认为存在上位法依据?实践中,一种意见认为,《中国人民银行法》已经就中国人民银行的执法检查问题作出规定,存在上位法依据;另一种意见认为,《中国人民银行法》没有要求处罚,不存在上位法依据。这就涉及对存在上位法依据的理解问题。

既然干预保留中所保留的是干预基本权利的行为,那么,所谓干预行为存在上位法的依据就是指上位法中明确对干预该基本权利的行为进行了规定。当然,这里的“明确”并非是指上位法规定的干预行为与下位法的规定必须一字不差,而是指上位法必须表达了干预某种基本权利的意思。这也使得上位法保留的干预行为必须是某种法律行为,而非事实性的或者间接性的干预。因此,德国联邦宪法法院在“乙二醇案”和“奥修案”中对行政机关的事实性干预进行审查,并不是审查其是否具有法律依据,而是审查该机关是否对该事项享有管辖权。事实行为即使不需要行为法定,也仍需要职权法定。而上述《中国人民银行法》第32条仅仅规定了中国人民银行有检查监督权,但并没有允许作出某种干预基本权利的行为,尤其是带有法律行为性质的行政处罚,故不能作为下位法设定处罚的法律依据。

四、我国基本权利干预的保留体系之构建

（一）形成保留与干预保留的区分

由于某些基本权利不仅存在干预保留,也存在形成保留,所以要构建我国基本权利的干预保留体系,首先需要对形成保留和干预保留进行区分。对此,有学者指出,可以从立法调整的目的入手,如果立法是基于内在目的,即具体化宪法的预设,那就是形成;反之,如果立法是基于外在目的,即和该预设无关,则属于干预。比如立法在规定私法自治时考虑行为能力就属于内在目的的形成,但如果立法要求缔结武器买卖合同要经过许可,那显然是基于军备控制的外在目的,就属于对私法自治的干预。^⑦这种根据调整的目的来区分形成和干预,使得调整的效果不再具有决定性意义。也就是说,无论是形成还是干预,都可能对基本权利产生不利后果。

关于形成保留与干预保留的区别,可以社会权为例作进一步阐释说明。比如,2021年某市人大常委会法工委对市政府办制定的《某市医疗救助办法》(以下简称《办法》)进行主动审查。《办法》规定:“本市户籍(见义勇为人员除外)的下列城乡居民可享受

^⑦ Vgl. Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Die Ausgestaltung von Grundrechten, JZ 77(2022), S.963.

医疗救助:……(四)第四类:纳入低保、低边的因病致贫等支出型贫困对象……”该市人大常委会法工委审查研究认为,《浙江省社会救助条例》第21条规定,“下列人员可以申请医疗救助:……(四)因患大病规定范围内的医疗费用自负部分超出家庭承受能力,导致家庭实际生活水平低于当地最低生活保障边缘家庭标准的人员”,该条例所规定的可申请医疗救助的人员范围,比《办法》规定的人员范围更加广泛、申请条件更加宽松,赋予了一部分实际生活困难但未被纳入低保、低边的人群申请医疗救助的权利。《办法》可能限缩了医疗救助范围,减损了部分公民的法定权益。^⑭该案中,文件规定了享受医疗补助的对象范围,但该范围——纳入低保、低边的因病致贫等支出型贫困对象,比上位法规定的补助对象的范围要窄,因为上位法并未要求获得医疗补助的前提是被纳入低保、低边。虽然该文件限缩了获得医疗补助的对象,但其仍然是基于宪法上对物质帮助权的前提(即是否属于年老、疾病、丧失劳动能力)的考量,故为内在目的,该文件仍然是在形成医疗补助权的保护范围内。

再比如,2020年11月,某市人大常委会法工委对市政府规范性文件《某市政府关于进一步深化殡葬改革工作的意见》(以下简称《意见》)进行了审查。《意见》规定:“凡国家机关工作人员和企事业单位干部职工和家属、民政部门管理的优抚对象亡故后不火化的,不得发给丧葬费、一次性抚恤金和遗属生活补助费。”市人大常委会法工委审查研究认为,国家机关工作人员或企事业单位职工死亡后,其家属依法获得丧葬费、困难补助费、一次性抚恤金属于合法权益。《意见》作为规范性文件,在《河南省殡葬管理办法》规定的“不得支付丧葬费和因丧事造成的困难补助费”的基础上,增加规定不得支付“一次性抚恤金”,属于超越法定权限,限制或者剥夺公民的合法权利。^⑮从表面上看,文件似乎也是在规定获得一次性抚恤金和生活补助的条件,但问题是,它并非基于社会权自身的考量来进行规定,而是从推广火化这种殡葬方式的角度来限制那些没有采取火化方式的优抚对象获得抚恤金和生活补助,推广火化这种殡葬方式显然属于和宪法社会权规定无关的外在目的,故该文件是对社会优抚权的干预,而该文件并非法律,因而审查机关最终认为其“超越法定职权,限制或者剥夺了公民的合法权利”。

由上可知,在本文开头所提及的针对《某省人口与计划生育条例》关于夫妻产假护理假期间工资福利待遇的规定的备案审查案例中,地方立法规定有关独生子女提供父母养老补助和产假、护理假等待遇,属于对物质帮助权、休息权等社会权的形成保留,并非干预保留。干预保留之所以保留给宪法和法律,是考虑到干预行为须具有民主正当性,而形成保留到底保留给谁,对于社会权而言,应当考虑该立法机关是否享有预算权,因为国家给付多少取决于预算。根据《全国人大组织法》《地方各级人大和地方各级政府组织法》《监督法》,各级人大享有预算的批准权,各级人大常委会享有预算调整的批准权,因此,形成社会权的立法既可以是法律,也可以是地方性法规(包括自治条例和单行条

^⑭ 参见张勇主编:《规范性文件备案审查案例选编》(二),中国民主法制出版社2024年版,第338-339页。

^⑮ 参见前注^⑭,张勇主编书,第379-380页。

例、经济特区法规等)。这可能就是审查意见认为“有关独生子女父母养老补助和产假、护理假待遇等规定,不属于国家法律保留事项,属于地方自主立法范畴”的原因。

(二) 单纯法律保留与特殊法律保留、绝对法律保留与相对法律保留的区分

根据宪法对法律的要求的不同,干预保留可以分为单纯的法律保留(Einfache Gesetzesvorbehalt)和特殊的法律保留(Qualifizierte Gesetzesvorbehalt)。前者是指宪法只是允许法律去干预基本权利,但并没有对法律本身提出更多要求,实际上赋予了立法机关在干预基本权利时更多的裁量权。后者是指宪法虽然允许法律去干预基本权利,但对该法律提出了其他要求,比如我国《宪法》第40条第2句的规定“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”,就是比较典型的特殊法律保留。因为该句不仅要求检查要依照法律规定的程序进行,而且还要求该法律所规定的检查主体必须是公安机关或者检察机关,检查事由必须是因国家安全或者追查刑事犯罪的需要。目前学界对单纯法律保留和特殊法律保留的质疑主要在于:首先,我国宪法上的基本权利条款往往只列举了个别典型的干预措施,比如《宪法》第34条的规定“中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”。该条只要求“剥夺政治权利”要依照法律进行,但是干预政治权利的行为除了剥夺政治权利,还有其他的,比如拒绝发放选民证等。如果将该条视为单纯法律保留,那么其他的干预行为是否实行法律保留以及是何种法律保留呢?^{⑦⑥}其次,认为同一个基本权利中既存在单纯法律保留又存在特殊法律保留,比如对通信自由和通信秘密的检查实行特殊法律保留,而对非检查之外的其他干预行为实行单纯法律保留,意味着对同一个基本权利的干预采取了不同的保护程度,可能会削弱基本权利的保护水平。^{⑦⑦}对此,笔者认为,一方面,即使《宪法》第34条只列举了剥夺政治权利这种干预方式,也并不意味着其他的干预方式就不实行法律保留。因为无法律保留比法律保留的保障程度要高,所以不可能说,对于那些非典型的、更轻的干预方式应该采取保障程度更高的无法律保留。由此可见,它们也应当采取法律保留,只不过在采取单纯法律保留还是特殊法律保留的问题上,与那些典型的、严重的干预方式有所区别。其次,同一个基本权利中存在不同类型的法律保留在其他国家也存在。比如,德国《基本法》上的在露天集会的自由实行单纯法律保留,而在封闭空间的集会自由实行无法律保留,原因是后者的社会关联度比较低,因此要受到较少的干预。^{⑦⑧}准确地说,不是对同一个基本权利采取了不同的法律保留类型,而是对同一个基本权利的不同干预方式采取了不同的法律保留类型,这使得干预的程度与法律保留的程度能够相互对应,即越严重的干预对干预的法律的要求越高,其恰恰是提高而非削弱了基本权利的保护水平。

^{⑦⑥} 参见前注④,张翔文,第84-85页。

^{⑦⑦} 参见柳建龙:《通信自由和通信秘密的限制:困境与出路》,载《法治社会》2025年第1期,第92页。

^{⑦⑧} Vgl. Kathrin Misera-Lang (Fn. 43), S.65.

目前比较困难的是对基本权利干预中绝对法律保留和相对法律保留的区分,因为按照《立法法》第 12 条,只有政治权利、人身自由的干预实行绝对法律保留,但这解释不了为什么其他基本权利的干预就可以授权行政法规去规定。难道这两种权利比其他的权利更重要?因此,未来可以借鉴德国的做法,按照干预基本权利的强度来区分绝对法律保留和相对法律保留,既然是越严重的干预,就越应当由法律亲自来规定。这也符合了法律和行政法规在制定程序上的不同,对于越严重的干预,由制定程序更加严格的法律来规定,能够降低“误判”的风险,从而使得基本权利的保障更为周全。

(三) 法律保留与宪法保留的关系

法律保留和宪法保留并非相互排斥的关系,而是相互分工合作。对于一些重要的、更值得珍视的基本权利,由宪法亲自来保留对其的干预行为,可以防止保留给法律所产生的不稳定,毕竟修宪比修法更难。^⑨这体现了越重要的权利实行越严格的保护的精神。同时,对于一些社会关联度高、更容易与公共利益或其他公民的合法权益发生冲突的基本权利,交由法律来保留或设定其干预,以体现务实性和灵活性。然后在法律保留内部,再根据宪法对法律的要求不同,区分单纯法律保留和特殊法律保留,从而形成一个从“单纯法律保留到特殊法律保留再到宪法保留”的“上台阶”式的保留体系,这比那种“一刀切”式的普遍法律保留更为全面和周到。相应地,对基本权利的干预方式也从“自主的普遍干预到有限的普遍干预再到有限的个别干预”下台阶式地逐步缓和,将权利的重要性与干预的程度相匹配。如此形成的基本权利干预之保留体系(见图 1),方能充分体现出规定公民权利义务的的科学合理性。

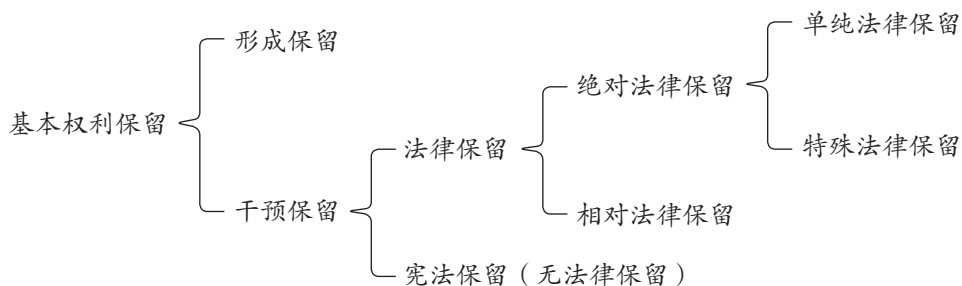


图 1 基本权利干预之保留体系图

五、结 语

基本权利干预的法律保留与宪法保留的背后分别反映了法治主义和立宪主义的理念。法治主义强调有法可依,而立宪主义则强调良法善治。站在法治主义的角度,由法

^⑨ Vgl. Christian Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, 1998, S.150-151.

律来保留或设定基本权利干预比行政机关自主决定干预对公民权利保障更为有利；而站在立宪主义的角度，由宪法来保留或设定基本权利干预比法律自主决定干预对公民权利保障更为有利。正如《法治中国建设规划（2020—2025年）》中所指出的，“全国人大及其常委会通过的法律和作出的决定决议，应当确保符合宪法规定、宪法精神”。同时，法律保留与宪法保留背后还反映了多数决民主与立宪民主之间的不同，是否所有的事项都适合多数决原则，在反映多数人意志的同时也要考虑保护少数。无论采取何种干预保留的形式，最终都是以最有利于公民权利保障为指向，从而让宪法和法律在保护公民基本权利上形成合力。习近平总书记强调，“要完善宪法相关规定直接实施工作机制”^⑩。如果说法律保留属于对宪法的间接实施机制，^⑪那么，对基本权利干预实行宪法保留则是宪法直接实施工作机制的表现之一。因此，构建更为全面的基本权利干预的保留体系将为健全保证宪法全面实施的制度体系贡献力量。

Abstract: Since its emerging, the legal reservation of fundamental rights intervention has gone through a process of individualization, hollowing out, and relativization, leading to the emergence of constitutional reservation of fundamental rights intervention. Although there is currently controversy over the scope and manner of constitutional reservation, it is not impossible to resolve. The intervention preservation of fundamental rights faces challenges in practice, including the scope, subject, and degree of reservation. In terms of the scope of reservation, different levels of reservation should be implemented for different types of fundamental rights based on the text of *China's Constitution*. In terms of retaining the subject, a distinction should be made between retaining authority and retaining behavior, in order to address the issue of whether regulations, local regulations, and decisions of the State Council can retain fundamental rights to intervene in behavior. In terms of the degree of reservation, the core of intervention reservation should be adhered to, which means that intervention should have a superior legal basis and behavioral basis. To establish a system for preserving fundamental rights intervention in China, it is necessary to distinguish between formation reservation and intervention reservation, pure legal reservation and special legal reservation, absolute legal reservation and relative legal reservation, and to clarify the relationship between legal reservation and constitutional reservation, so as to form a joint force in safeguarding citizens' fundamental rights, and ultimately contribute to the improvement of the institutional system to ensure the comprehensive implementation of the *Constitution*.

（责任编辑：刘海林）

^⑩ 习近平：《谱写新时代中国宪法实践新篇章——纪念现行宪法公布施行40周年》，载《人民日报》2022年12月20日，第1版。

^⑪ 参见王锴：《立法具体化是宪法实施的方式吗？》，载《法学论坛》2024年第1期，第21-23页。