

湘潭大学法学院 湘潭大学宪政文化研究中心主办



潇湘宪政论丛

(第一卷)

胡肖华 李伯超 主编

湘潭大学 出版社

湖南大学图书馆 湖南大学档案馆 湖南大学档案馆



湖南光政论从

（第一卷）

湖南大学图书馆 湖南大学档案馆

湖南大学图书馆

湘潭大学法学院 湘潭大学宪政文化研究中心主办

潇湘宪政论丛

(第一卷)

主编 胡肖华

李伯超

湘潭大学 出版社

图书在版编目(CIP)数据

潇湘宪政论丛. 第1卷/ 胡肖华, 李伯超主编. —湘潭:
湘潭大学出版社, 2007. 11
ISBN 978-7-81128-018-0

I. 潇… II. ①胡…②李… III. 宪法-中国-文集
IV. D921.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 183106 号

潇湘宪政论丛(第一卷)

胡肖华 李伯超 主编

责任编辑: 饶娣清

封面设计: 胡 瑶

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0732-8298966 邮编: 411105

网 址: <http://web.xtu.edu.cn:8080/pub/>

印 刷: 湖南新华印刷集团邵阳有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787×1092 1/16

印 张: 21

字 数: 368 千字

版 次: 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

印 数: 1-1000

书 号: ISBN 978-7-81128-018-0

定 价: 42.00 元

(版权所有 严禁翻印)

宪政之花,正在草丛中绽放

(代序)

众所周知,“宪政”这一普适价值,曾经是近代中国有识之士共同追求的美好理想——因为一个国家的繁荣强大起源于宪政“软”实力。然而,在中国近代史上,“宪政时刻”总是姗姗来迟甚或遥不可及,更毋奢谈像宪政成熟国家那样长久造福于民众。但同时我们也应看到,历史的车轮已驶入21世纪。经过百年的挫折与奋斗,中华民族从未如此近距离地接近宪政,一个不争的事实是——在中国960万平方公里的广袤大地上,一簇簇宪政之花正含苞待放。

2006年10月,河南省郑州市十二届人大常委会第二十四次会议,市政府有关负责人作了《〈关于解决城乡弱势群体看病难、看病贵问题〉代表议案办理情况的汇报》。出人意料的是,该报告经表决未获通过。原因在于人大代表认为办理情况汇报太虚,与广大市民的“只要政府重视,没有解决不了的问题”的心理预期相差太大。

2006年6月,湖北省荆州市第三届人大常委会第八次会议听取和审议了市政府关于优化经济发展环境等工作情况报告,但在最终表决时,有关优化经济发展环境的报告未获通过。

2006年12月,甘肃省金昌市人大常委会否决了金昌市公安局交警的工作报告……

此类例子不胜枚举,这尽管并非表明宪政理想在中国法治土壤中的制度化、规范化,但至少意味着这些宪法现象已逐渐从过去的新闻热点演变成政治生活的常态^①,中国的宪政之花,开始在草丛中萌生并绽放!

但不容乐观的是,在当今中国现实中,违宪行为仍不乏其例。如我国宪法第

^① 在全国范围内,这样的事例还有很多。新疆维吾尔自治区昌吉市第六届人大常委会第二十次会议否决了昌吉市政府关于2004年财政决算和2005年上半年财政预算执行情况的报告,理由是昌吉市政府财政支出超过了人大批准的财政预算。2001年12月28日,广西壮族自治区河池市十二届人大常委会第二十次会议,否决了市政府所作的关于整治网吧的工作报告。

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”。然而，前段媒体广泛披露：深圳市福田区公安分局将在“打非扫黄”活动中抓获的 167 人游街示众并在众人围观下直接宣布违法者姓名和籍贯，这种行为，严重侵害了宪法所保护的公民人格尊严。

当今中国的宪政建设正处在风口浪尖。“逆水行舟，不进则退”，这是一条铁律。湘潭大学法学院作为湖南省乃至全国法学研究的基地之一，理应义无反顾地为中国宪政大厦的构建尽绵薄之力。基于此种考量，我们把法学院教师这些年来在宪法基础理论、宪政史、宪法诉讼、行政法以及公法学其他领域的研究成果和精选的部分优秀硕士论文结集出版并结合湖湘文化的历史脉络命名为《潇湘宪政论丛》，以展示我们作为一个学术团队在宪政建设理论方面所做的积极努力。

最后，我还想要说的是，本套书的出版首先当由衷感谢湘潭大学出版社社长章育良教授、责任编辑饶娣清女士以及黎毅先生的鼎力支持与帮助。同时，我的硕士研究生徐靖同学在其毕业奔赴北京大学攻读博士学位的前夕为该套书的第一、二卷的收集、整理和校对也付出了辛勤的劳动，在此一并表示感谢！

胡育华

2007 年 8 月于湘潭大学

目 录

论公民基本权利限制的正当性与限制原则	胡肖华,徐靖(1)
宪政四题	李伯超(16)
近代资本主义宪政与宽容及其启示	尹华容(30)
立宪主义语境下对我国宪法权利属性的考问	欧爱民(65)
宪法实施保障的当下语境	倪洪涛(86)
税的宪政思考与纳税人权利的保障	刘 丽(92)
论建立我国知情权保护制度	伍光强(101)
刑事司法权力关系流变现象的宪政分析	夏亚非(138)
我国行政诉讼视野下的司法权与行政权的关系	黄先雄(176)
论我国建立行政判例制度的可行性	许清清(208)
紧急状态立法刍论	宫 平(241)
论行政法上的信赖保护原则	钟头朱(285)

论公民基本权利限制的正当性与限制原则

胡肖华* 徐靖**

引言：人权·宪政

人权,即人之所以为人所应当享有的基本权利;宪政,即以宪法为前提,以民主政治为基石,以法治为基本原则,以限制政府权力为核心内容,以保障公民基本权利为目的的政治制度或统治模式^①;人权与宪政紧密相连。“今天,作为许多国家宪法一部分的‘权利法案’,被恰当地描述成这些国家公民基本权利的清单。”^②宪政以人权为首要目标和终极价值,人权以宪政为最佳实现路径;宪政是人权的天然屏障,人权是宪政的必然归宿。被马克思誉为人类历史上“第一个人权宣言”的1776年美国《独立宣言》开篇即称:“人人生而平等,他们都从他们的‘造物者’那边被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福权。为了保障这些权利,人类才在他们之间建立政府。”1789年法国《人权宣言》亦宣称:“人生来是而且始终是自由平等的;一切政治组合的目的在于维护人的天赋的和不可侵犯的权利。”宪政对人权的保护通常表现为权力对权利的积极关照,然而权力对权利的消极限制亦是宪政运行的常态。权力何以要限制权利,权力如何限制权利才称得上合法、合宪?权利限制与权利保障之间的界限如何划分?这既是每一个以民主、法治为权力行使准则的宪政国家亟待解决的瓶颈难题,也是每一位以国家公权为基本研究对象的宪法学者必须关注的学科焦点。在此,笔者欲以公民基本权利限

* 湘潭大学法学院院长、教授、法学博士、博士生导师。

** 湘潭大学法学院宪法学与行政法专业2004级硕士研究生。

本文原发表于《法学评论》2005年第6期。

① 胡肖华主编:《宪法学》,湖南人民出版社、湖南大学出版社2003年版,第31页。

② [英]A·J·M·米尔恩著:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第198页。

制为切入点,运用法哲学等基本原理多层面地考究该领域权力运行的正当性根源及其所必须遵循的基本原则。

一 逻辑起点:公民基本权利·基本人权

(一)公民基本权利=明示基本权利+推定基本权利

公民基本权利是指宪法所保护的公民应当享有的合法权利或利益,它表明权利主体在权利体系中的重要地位,赋予公民实施某一行为的可能性,并构成公民维系自身政治、经济、文化地位所必须的权利基础。不少学者认为,公民基本权利即宪法所明文列举或确认的权利,不在宪法文本规定之中或未为宪法明示的权利不是公民基本权利^①。但事实上,立宪过程中,除了那些被统治者认为不符合本阶级利益而不予确认或受客观条件限制不能确认的权利外,还存在着某些公民基本权利应被宪法确认但实际为宪法所漏列的情形,由此就使得宪法权利推定成为必要。宪政经验亦表明,在欠缺权利普遍原则和权利推定原则的立宪模式中,国家权力的膨胀必将导致公民权利的极度流失或消减。因此,笔者认为,公民基本权利不仅包括明示基本权利,还包括推定基本权利。

1. 明示基本权利:文本权利的宣告

作为一国公民,理应享有该国宪法明文列举的各项基本权利。如我国公民根据现行宪法第二章规定,享有下列基本权利:平等权,选举权与被选举权,言论、出版、集会、结社、游行、示威自由,批评、建议、申诉、控告、检举权,请求国家赔偿权,人身自由,人格尊严,宗教信仰自由,住宅安全,通信秘密与通信自由,劳动权,休息权,受教育权,获得物质帮助权,私有财产权等。在立宪主义国家中,明示基本权利主要通过个体权利、他人义务、政府义务三重规定得以确立,并由人民主权、基本人权、权力制约等宪法原则予以保障。应当说,明示基本权利体系于强化公民法治观念,提升政府责任意识发挥了不容抹煞的重要作用,是一国宪政实践不可或缺的制度性规范。

^① 如有学者认为:“基本权利是指由宪法确认的以国家强制力保障实施的个人在社会的政治、经济和文化等方面不可缺少的权利。”(参见周伟:《宪法基本权利司法救济研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第1页。)

2. 推定基本权利:现实权利的隐藏

权利推定“大多表现为法律解释上的推论或推拟,从而将那些由法律予以确认的明示权利所隐含(或暗示)的权利揭示出来。这种在立法中虽未明确授权,而在法律上可视为具有授权意图的权利……为默示权利,通过一定法律程序(如法律解释和新的立法)对默示权利予以确认,就使其具有了明确的法律地位,并可与明示权利一样得到法律的保护。”^①宪法权利推定首先即表现为宪法权利的发现或宪法权利体系的扩充。任何立宪者均不可能将人们应当享有的基本权利一一列举,且依据宪法精神、宪政理念发现、拾掇公民基本权利乃现代民主法治国家的基本义务。因此,公民基本权利不应仅限于宪法的文本宣告,为宪法暗示或隐藏的权利亦属于公民基本权利范畴。在违宪审查机制比较完善的国家,推定基本权利大多通过宪法判例得以实证化。如1973年美国“多伊诉韦德案”,Blackman法官即认为,个人具有宪法所保护的隐私权,“隐私权的广泛性足以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的权利”,尽管宪法没有明文提到“隐私权”,但无论是权利法案提供的特定保障,还是第9条、第14条修正案所确认的“人民保留的权利”和未经正当法律程序不可剥夺的个人“自由”都隐含着隐私权的宪法保护^②,个人隐私属于基本权利或法定自由范畴^③。在中国,违宪审查机制的阙如及现行法律监督机制的疲软,使得我们不可能在本土求得此方面的真实案例,但并不能据此否认推定基本权利的真实存在。根据现行宪法“人权条款”及公民基本权利的相关规定^④,笔者认为,我国公民至少应享有以下推定基本权利,即自由权^⑤、隐私权和诉权。

(二)公民基本权利≠基本人权

如前所述,公民基本权利包括明示基本权利和推定基本权利两大领域,但人权作为人依其自然属性和社会属性所应享有的权利,根据其内容、地位、价值与功能上的差异可分为基本人权与非基本人权。基本人权具有绝对性与母体性;非基本

① 郭道晖:《论权利推定》,载《中国社会科学》1991年第4期。

② 参见美国宪法第9条修正案:“本宪法对某些权利的列举,不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利。”第14条修正案第1款:“……任何一州……不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等的法律保护。”

③ 在1972年美国的Eisenstat V. Barid案中,联邦最高法院裁定:法律限制未婚者获得避孕药具为侵犯个人隐私。“生育与否,乃实质性影响个人自身的决定,此类事务免受政府强行干预。如果隐私权有什么特定含义的话,它就是指个人的此类权利。”

④ 参见我国现行宪法第35、36、37、40、41条。

⑤ 此处的自由权应作广义理解,其不仅包括宪法明文列举的出版、结社、集会、游行、示威自由、宗教信仰自由、人身自由、通信自由,还包括思想自由、良心自由等。

人权则仅具相对性,是基本人权繁衍、派生的产物。在作为主体的人所享有的权利维度中,基本人权是一种最低限度的人格利益,是主体存在的必要前提,是整个权利体系的中轴,集中体现了人权共性,并成为人类追求的共同理想。一个不争的事实是,无论资本主义国家还是社会主义国家无不普遍遵循《联合国宪章》(1945年)所提出的保障“全人类之人权及基本自由”的宗旨以及《世界人权宣言》(1948年)所确认的一系列基本人权与自由原则,并共同谴责或制裁某些严重侵犯基本人权的行。基本人权理念的倡导,其主旨也就在于通过普及人权知识、弘扬人权精神,达到“厉行宽恕,彼此以善邻之道,和睦相处,集中力量,以维持国际和平与安全”^①的政治目的。

然而,不少学者认为,基本人权就是一国宪法所确认的公民基本权利,宪法规定之外的为非基本人权^②。对此,笔者不敢苟同。笔者认为,公民基本权利不等于基本人权。在公民基本权利体系中,既有基本人权内容,亦有非基本人权内容;基本人权既可为宪法文本列举,亦可独立存在于宪法条款之外,是否为宪法条款所列举,不影响基本人权的实然存在;但公民基本权利则不然,公民对基本权利的享有仅限于为本国宪法所确认或暗含的权利内容。具体而言,二者之界分主要在于:(1)就权利形态而言,公民基本权利是为宪法条款明文列举或隐藏的权利,是法定权利;而基本人权则是应然权利,其具有不由实在法授予也不能被实在法所剥夺或取消的价值,基本人权能否载于宪法并体现为公民基本权利的一部分取决于立宪者对权利的认知程度以及权利实现所必须的社会经济文化条件。(2)就权利主体而言,基本人权具有普遍性,而公民基本权利则应根据具体内容判定权利享有主体。如我国现行宪法列举的妇女、老人、儿童、华侨、侨眷的权利或利益就仅为相应的特定主体享有^③。(3)就权利稳定性程度而言,基本人权与人类自身相始终,在人的生命历程中永恒不变,是不容国家立法随意入侵或践踏的权利“领地”。某些权利一旦被确定为基本人权,则一般法的修改或废止、国家政权的更迭、政府制度的改革将不再对其产生影响;但公民基本权利中隶属非基本人权的部分,则会因社会经济结构的变化而为立法者所废弃、转换或取消。如妇女堕胎权、公民持有武器权、同性恋权等在某些西方国家立法中就曾有所反复,我国公民的迁徙自由权亦

① 董云虎、刘武萍编著:《世界人权公约法总览》,四川人民出版社1991年版,第928页。

② 如有学者认为:“就一国范围来说,基本人权一般是通过宪法规定的‘公民基本权利’来表现其内容的。”(参见李步云:《论人权的三种存在形态》,载《法学研究》1991年第4期。)

③ 参见我国现行宪法第49、50条。

如此^①。(4)就权利属性而言,基本人权具有绝对性,为国家所绝对保护,不容受到任何性质或形式的权力限制、剥夺或侵犯,基本人权乃国家权力介入公民基本权利必须恪守的底线所在;而公民基本权利中的非基本人权部分则仅具相对性,国家可以正当理由对之进行必要、合理限制。

从世界范围看,目前各国主要通过宪法或紧急状态法中的“最低人权保障”条款确定基本人权与非基本人权之间的界限划分。如《葡萄牙共和国宪法》(1982年)第19条第4项明确规定,宣布戒严不能侵犯生命权、人格完整、个人身份、个人的公民资格与公民权利、刑法的非追溯性、被告人的抗辩权及信仰自由与宗教自由。又如《哈萨克斯坦宪法》(1995年)第39条第3款规定,在任何情况下,都不得限制任何公民的下列基本权利:(1)国籍权;(2)公民不得被引渡到国外权;(3)个人作为法律主体的权利;(4)平等权;(5)生存权、人身自由权;(6)人的尊严;(7)民族、党派与民族语言权;(8)信仰自由权;(9)财产权。然而,在我国,目前既无紧急状态的专门立法,又无公民基本权利限制范围的相关宪法规则,但这并不表明我国公民基本权利可受政府权力的无度侵入;相反,根据《公民权利和政治权利国际公约》(1966年)^②及《中华人民共和国立法法》(1993年)相关规定^③,并结合前文对公民基本权利的范围界定,笔者认为,我国公民享有下列基本人权:生命权,人格尊严权,平等权,思想自由、良心自由、信仰自由,不受刑事法律的溯及既往追究权和诉权。

二 公民基本权利限制的正当性考量^④

从亚里士多德提出“人是政治性的动物”这一论断开始,“公民”与“国家”便为诸多政治学家或哲学家所关注,并形成了相对系统的国家权力与公民权利学说。

① 我国1954年宪法曾将“迁徙自由”确定为公民基本权利,但在此后的历次立宪中均被取消。

② 《公民权利和政治权利国际公约》第4条第1款在赋予缔约国克减权(即“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时,本公约缔约国得采取措施克减其在本公约所承担的义务……”)的同时,又于同条第2款规定公约所规定的所有权利中有7项不得克减。此7项权利具体包括:(1)生命权(第6条);(2)免于酷刑和不人道待遇的自由(第7条);(3)免于奴役和强迫劳动的自由(第8条);(4)免于因债务而被监禁的自由(第11条);(5)禁止刑法的溯及效力(第15条);(6)法律面前的人格权(第16条);(7)思想、良心和宗教自由(第18条)。

③ 参见《中华人民共和国立法法》第8、9条。

④ 为行文简洁,此处及以下的“公民基本权利限制”特指对公民基本权利中非基本人权部分的限制——笔者注。

如洛克认为,人们为了克服自然状态下保障自身权利存在的缺陷才成立国家或政府,而国家或政府存在的目的就在于实现人民的和平、安全和公众福利(所谓“公众福利”即公众享有的平等、自由及其他基于自然法所享有的权利),并强调“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的,是保护他们的财产。”^①因此,保障公民的各项权利与自由是国家基于社会契约所必须履行的基本义务。然而,在法理上,权利限制与权利保障相并存,为了确保基本权利的实现,必须限定基本权利范围;且对基本权利进行限制的惟一目的就是更为充分、全面地保护基本权利。在实践中,对基本权利的保障也正是通过界定基本权利范围、确保每一公民享有同等基本权利并获得同等保护予以实现。限制基本权利与保障基本权利的辩证统一关系告诉我们:保障基本权利是目的,限制基本权利是手段。如果说基于社会契约而生的国家义务是权力保障权利的理论依据,那么权力限制权利的正当性根源又何在?

(一)性恶:公民基本权利限制的法哲学依据

“一切有权力的人都容易滥用权力,这是亘古不变的一条经验,有权力的人使用权力一直遇到有界限的地方才休止。”^②尽管该至理名言常被用以引证权利限制权力之合理,然而笔者认为其哲理内蕴于考究权力限制权利之正当同样适用。因为权力本身就是权利的聚合物,无论是权力的享有,还是权利的行使,从根本上说都是权力主体或权利主体的行为,都与主体的人性善恶紧密相连。

“性恶”抑或“性善”,是人类对本性问题所作出的两种对立回答。宪政作为西方文化积淀之产物,在观念层面肇始于对人性的悲观估计。人是上帝的造物,有着不可侵犯的灵魂与尊严;但人又生而有罪,有着与生俱来的罪恶潜能与堕落趋势。人是一种可上可下的“居间动物”,但其中“可上”是有限度的,人可以得救,但却永远不可能变得像神一般完美^③。因为人的堕落性是无限和随时可能的,人尽管可以在自己的努力和神的恩宠中“得救”,但不可能“神化”,所谓“完人”不啻于理想主义者的“纸上谈兵”。神至善,人至恶。人类犯罪并非是受外力所迫而结成的恶果,而是人之本性使然;且在恶之程度上,人人平等,世间既无仅具善而无恶的人,亦无仅具恶而无善的人;在人性方面,没有“圣人”与“凡夫俗子”的界分。以法治为核心的宪政民主社会即坚信:“作为人,我们都是平等的——平等的人并且具有

① [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1964年版,第77页。

② [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1982年版,第154页。

③ 《旧约全书·创世记2·3》,载《新旧约全书》,中国基督教协会印发(1994年·南京)。

平等的人性。在人性上,没有一个人比另外一个人多或少。”^①无论是权利还是权力,在本质上均可归结为利益,而“趋利避害”乃人之常情;利益驱动机制的既存以及人性欲望的难以遏止,使得权利与权力在享有者手中皆易泛滥成灾。此种道德沉沦趋势普遍存在于每个人心中,且不因地位高低、权利或权力大小而有所区别;这是现实中的人所必须面临的永恒困惑:所有的人都无一例外地在人性上具有“恶”要素且永远无法消解。然而,人又天生具有对平和友善的内在渴求,是故必须通过有效机制的创设对人之“恶”进行必要矫治,以使人类社会朝着健康有序方向发展。其中,权力对权利的正当、合理限制即为现代法治国家建构本国良性宪政秩序的必然选择。

(二)权利双重制约:公民基本权利限制的宪法学依据

众所周知,公民基本权利为宪法所保障、为国家公权所积极维护,但其地位的至高性并不意味着毋庸受到任何限制;宪政实践亦表明,基本权利的受制约性与基本权利的不受侵犯性相伴而生。恰如罗尔斯所言“限制自由的理由来自自由原则本身”^②一样,基本权利限制之正当性根基亦可从基本权利自身予以挖掘。在此,对基本权利的受制约性可从以下两方面理解:

1. 内在制约

所谓内在制约是指基本权利相互之间的制约,即一种基本权利对另一种基本权利的制约,某一主体的基本权利对另一主体基本权利的制约。如言论自由权的行使,不能构成对他人隐私权、人格尊严等的侵犯,这是言论自由作为一种权利在本质上所必然伴随的制约。应当说,凡基本人权之外的其他一切权利皆存在这种内在制约。因为权利的和平共存是构筑公正、合理权利体系的重要因素,并非所有权利均有理由绝对高于己身之外的其他一切权利,也未必所有基本权利的实现都必须以其他非基本权利的牺牲为代价。为了自身基本权利的享有,也为了他人基本权利的实现,以适当形式划定公民基本权利之合理维度,其正当性是不言而喻的。

2. 外在制约

所谓外在制约是指为实现秩序、福利及公序良俗而对基本权利所必需设定的且为宪法价值目标所容许的制约。此处的“秩序、福利及公序良俗”可统称为“公

^① [美]摩狄曼·J·阿德勒著:《六大观念:真、善、美、自由、平等、正义》,陈珠泉、杨建国译,团结出版社1989年版,第171页。

^② [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏、何包刚、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第241页。

共利益”。公共利益原则是现代宪法权利配置所必须遵循的基本原则。根据该原则,在公共利益与个人利益的矛盾运动中,公共利益是矛盾的主要方面,居于支配地位,个人利益是矛盾的次要方面,居于受支配地位;当个人利益与公共利益在同一领域相遇时,个人利益应当服从于公共利益。早在倡导个人自由的近代,资产阶级启蒙思想家就已阐明了这一思想。如格老秀斯认为,国家为了公共利益,比财产的主人更有权支配私人财产^①;孟德斯鸠也指出,共和政体“要求人们不断的把公共利益置于个人利益之上”^②。当自由资本主义发展到垄断资本主义后,承认公共利益支配个人利益的人越来越多。如英国学者米尔恩曾言:“共同体的每个成员所负有的一项义务就是使共同体的利益优先于他的自我利益,不论两者在什么时候发生冲突都一样。”^③日本学者浦部法穗亦称,日本公认的见解和判例是“所有人权都受到公共福利的制约”^④。

公共利益何以成为限制公民基本权利的正当理由呢?经分析,笔者认为,首先,从数理学上讲,公共利益在总量上势必超过个人利益。公共利益是全体社会成员的共同利益,个人利益是单个社会成员的个体利益;个人利益与公共利益的关系就是单个社会成员的利益与有组织的全体社会成员的共同利益的关系,是个别社会成员与整个社会所有其他社会成员的利益关系;所有社会成员个人利益的总和必然大于单个社会成员的利益,个人利益只能服从于公共利益。其次,个人利益有必要且有可能服从于公共利益。社会之所以要把个人利益聚合成公共利益,其目的也就在于保障个人利益安全,调节社会成员利益占有,并最终促进个人利益增长;公共利益的发展,可供分配总量的累积,对社会成员而言只会意味着更多利益的享有;且个人利益也只有在社会秩序稳定、国家和平安全的情况下才能得以现实化。个人利益对公共利益服从之必要性与可能性的存在,即国家权力限制公民基本权利的正当性根源所在。宪政经验表明,各国宪法无不在确认公民基本权利、规定国家保障义务的同时,又以公共利益为由对公民基本权利进行必要限制。如《日本国宪法》(1947年)第12条规定:“本宪法所保障的国民自由和权利,国民必须以不断的努力保持之。此种自由和权利,国民不得滥用,并应经常负起为公共福

① [荷]格老秀斯著:《战争与和平的权利》,载黄楠森、沈宗灵主编:《西方人权学说》(上册),四川人民出版社1994年版,第34页。

② [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1982年版,第34页。

③ [英]A·J·M·米尔恩著:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第52页。

④ [日]浦部法穗:《宪法学教室》(I),武树臣译,载沈宗灵、黄楠森主编:《西方人权学说》(下册),四川人民出版社1994年版,第100页。

利而利用的责任。”我国现行宪法第51条亦规定:“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。”

三 公民基本权利限制原则

(一)主体层面:法律保留原则

1. 法律保留

法律保留是以德国为主要代表的国家所奉行的一种基本权利限制制度,该制度强调任何情况下对基本权利的限制都必须以代议机关(国会或议会)通过的法律为准。法律保留原则源于分权结构模式下的法治理念,即对民意机关的信任和行政权力的恐惧。因为国会代表直接由委派或选举产生,人民通过他们向国家上层建筑反映自己的利益或愿望,并坚信他们会理性行使权力,即便国会通过了对己身不利或有害的法律,那也是人民心甘情愿的选择;且权力的官僚化通常表现为行政权的扩张,而这正是自由与权利受到威胁的重要来源。上述思想在后来诸多法律思想家的著述中均可以找到依据,如布莱克斯通就认为:“对这个王国的自由来说非常重要的一个因素就是,必须把这种最重要的信任托付给议会的成员,他们因正直、刚毅和博学而声名显赫;因为正像伟大的财政大臣伯利勋爵的那句著名的格言所说的那样:英国永远不会被议会毁掉。”^①戴雪在描述其经典法治理论时,亦流露出对议会的无上推崇和对行政权的决然否定。他说,法治这一概念有三层含义:首先,“常规法律……享有免受专断权力影响的绝对至上性”;其次,它意味着法律面前的平等,或者“所有阶层都平等地服从于由普通法院加以适用的本国领土上的普通法律”;最后,该概念是一表达下述事实的公式:在我国的制度中,“私法原则是……通过法院和议会的行动而得到确立的,这种行动旨在确定国王及其臣民的地位”。也就是说,“宪法是本国普通法律的结果”,且“宪法……不是个人权利的来源,而是它的结果。”^②伯特曼甚至更为直接地表明,“法律保留制度能成

① [英]W·布莱克斯通著:《英国法评论》(W·Blackstone, Commentaries on the Laws of England)(第一卷),伦敦,1997年,第160~161页。

② [英]A·V·戴雪著:《宪法研究导论》,第198~199页。转引自[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,商务印书馆2002年版,第206页。

为宪法之制度,是国会取得权力的表现,也是国会权力受到宪法信任的表现,并借此来防止人民权力遭到第二权(行政权)及第三权(司法权)非法之侵犯。”^①

根据法律保留原则,对公民基本权利的限制只能由国家立法机关通过制定法律的形式进行。在人权保障业已成为不可逆转之历史潮流的当下,世界上大部分国家均在本国宪法典或宪法性法律中明确了法律保留原则。如《联邦德国宪法》(1949年)第2条规定:“人人都有发展其个性的权利,但不得侵犯他人的权利或触犯宪法秩序或道德准则”,“人人都享有生存权和人身不可侵犯权、个人的自由不可侵犯,只有根据法律才能侵害这些权利。”《俄罗斯联邦宪法》(1993年)第55条第3款规定:“人和公民的权利和自由,只能在捍卫宪法制度基础、他人的道德、健康、权利和合法利益、保证国防和国家安全所必需的限度内,由联邦法律予以限制。”在我国,虽未确立法律保留原则的宪法性地位,但实践表明我国正力图将其纳入法制框架。近年来加入的《公民权利和政治权利国际公约》(1966年)和《经济、社会和文化权利国际公约》(1966年)即充分蕴涵了应依法限制公民基本权利的宪政精神^②。

2. 法律保留与行政紧急权

所谓行政紧急权是指当国家处于危难时,行政机关(通常为最高国家行政机关)有权突破宪法关于权力界限的规定,发布紧急命令、采取紧急措施。紧急权的设置已成为现代各国立宪之重要内容。根据紧急权理论,国家于紧急状态期间,行政机关有权采取措施禁止或限制公民的言论自由、人身自由、迁徙自由等。但此种禁止或限制并不构成对法律保留原则的否定或与之相冲突,宪政实践表明,惟有在宪法或法律明确授权时,行政机关始有发布紧急令状之权力,且该令状发布后必须在法定期限内提交国会或议会审核批准。考察当前各国立法,主要通过以下三种方式搭建了法律保留与行政紧急权之间的衔接:一为宪法制度规定,如《巴基斯坦伊斯兰共和国宪法》(1973年)第232条第7款规定:“总统应在紧急状态宣布后的30天内召集议会并将上述公告提交联席会议审批”;二为专门紧急状态立法规定,如法国《紧急状态法》(1955年)第2条规定:“紧急状态由部长会议以法令宣布。非经法律批准,紧急状态不得超过12天”;三为一般法律中的紧急状态条款规定,如我国《反分裂国家法》(2005年)第8条第2款规定:“依照前款规定

^① [英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第355页。

^② 如《公民权利和政治权利国际公约》第22条第2款即规定:“除依法律之规定,且为民主社会维护国家安全或公共安宁、公共秩序、维护公共卫生或风化,或保障他人权利自由所必要者外,不得限制此种权利之行使。”