

法律保留的中国方案：“本质重要性”标准的引入及应用

李忠夏^{*}

内容提要：法律保留原则的适用方式在历史中不断变迁，但始终保留了实现法治国和民主控制的双重功能。于法治国的实现而言，法律保留最初旨在保障自由和财产，现其功能已扩展至对整个基本权利体系的保障；于民主控制而言，法律保留强调行政权乃至所有国家公权力的行使原则上都要受到民主立法的约束与控制。法律保留本质上涉及立法与其他国家机构之间的权限分配，不能简单地将法律保留视为一种形式原则，认为凡是国家公权力的行使或对基本权利的限制，均必须符合法律保留的要求。法律保留的适用需要借助实质的判断标准，即“本质重要性”标准。在我国，法律保留不仅涉及立法与行政之间的权限分配，还涉及全国人大及其常委会的决定/决议与立法、立法与监察、法律与地方性法规之间的权限分配。在围绕这些权限分配进行判断时，尤其需要融入实质化的标准，突破法律保留完全形式化、受民主原则支配的一面，从而将法治国原则的逻辑融入进来，借助基本权利的阶层化构造，形成法律保留的中国方案。

关键词：法律保留 基本权利 法治国 依法律行政 合宪性审查

引言

法律保留是在宪法和法律文本基础上经学术加工而成的原则，^{〔1〕}其并非大陆法系独有，普通法系国家也有发挥类似功能的原则。^{〔2〕}在君主制向民主制转型的时代背景下，行政权能否受到议会立法的民主控制，是判断一个国家是否民主法治国的重要标准。就此而言，法律保留原则在行政法领域有较大发展是顺理成章的，但这并不意味着法律保留仅是一项行政法原

^{*} 中国人民大学法学院教授。

本文系国家社科基金重点项目“基本权利的社会调控属性研究”（24AFX002）和中国人民大学科学研究基金项目重大项目“宪法学方法论：中国宪法学自主知识体系的构建”（23XNL003）的阶段性成果。

〔1〕 法律保留的术语没有明确出现在各国宪法文本之中，但很多国家的宪法和法律中都有“通过法律”或“基于法律”等表述。例如，德国基本法第8条第2款规定，“露天集会得通过法律或者基于法律加以限制”，迁徙自由、财产权、通信秘密等条款中也有类似规定。

〔2〕 参见杨晓楠：《法律保留原则的普通法映像》，《浙江社会科学》2023年第9期，第37页以下。

则。^{〔3〕}虽然研究法律保留原则的集大成者是行政法学者奥托·迈耶,^{〔4〕}但在奥托·迈耶提出依法律行政原则之前,^{〔5〕}法律保留原则已被用来处理立法与行政、法律与行政法规之间的权限分配问题,^{〔6〕}且包含了对所有国家公权力的行使进行民主控制的意涵。一言以蔽之,法律保留不仅仅是行政法上的原则,更是基础的宪法原则。

作为宪法原则,法律保留不仅要在基本权利领域得到适用,也要在整个国家公权力领域适用。何种国家公权力的行使以及对基本权利的何种限制需要符合法律保留的要求,很难仅借助形式化的标准加以讨论,而是必须深入到国家权力配置结构之中进行实质性判断。中国有着独特的国家权力配置结构,在中国适用法律保留,需要处理更为复杂的权限分配问题。具体而言,在我国,全国人大和全国人大常委会是立法权的行使主体,其他国家机构均由其产生、对其负责、受其监督,立法与行政等其他国家权力的关系,相较于其他国家具有特殊性。在立法之外,全国人大和全国人大常委会还有权发布各种重要的决定或决议,何种事项可以由决定或决议来规定,何种事项必须由法律来规定,何种事项可以由行政或其他国家机构自行规定等,都需要在宪法层面给予回应。此外,2018年修宪之后,监察权成为我国国家权力的一种,是否应将法律保留的适用范围扩展到监察领域,成为一个现实问题。在基本权利限制方面,中国是否有必要建构全面法律保留的制度,即对基本权利的任何限制均必须通过法律或者基于法律,也存有疑问。简单的形式化标准显然难以应对如此复杂的权限配置问题,必须突破法律保留形式化的一面,寻求实质性的判准。

学界以往将法律保留视作形式化的原则,这一误解是行政应全面受民主立法控制思维的产物,其忽视了法律保留原则在宪法整体框架中的定位,也深刻影响了法律保留原则在中国的适用和发展。本文试图追溯法律保留的发展史,从历史变迁当中发现法律保留作为宪法原则的本质,论证法律保留原则并不仅仅是形式化的审查原则,而是需要结合实质化标准即本质重要性标准发挥作用;在此基础上,结合中国独特的宪制背景和国家权力配置结构,探讨本质重要性标准的引入及应用,进而形成法律保留的中国方案。

一、历史变迁中法律保留原则的宪法本质

早期的法律保留原则主要解决如何界定“法律”(区分形式法律和实质法律),^{〔7〕}以及如何确定法律和行政法规各自功能领域的问题。该问题是君主立宪模式下特有的问题,其实质是代表君主的行政命令权和表征人民参与的立法权之间如何界分。^{〔8〕}法律保留的发展过程中隐含着民主和法治国的双重逻辑,法律保留的产生、发展和演进,是这双重逻辑相互交织、共

〔3〕 在西方宪法的语境下,国家权力仅有立法权、行政权、司法权三种形态。立法属于创制法律的活动,自然没有适用法律保留原则的空间。司法的职能在于“依法裁判”,尽管司法裁判可能涉及法律续造和漏洞填补,但适用法律保留的必要性并不显著。在行政领域中,行政权的行使存在相当大的裁量空间,且行政事务错综复杂,是否应将某些权限保留给行政机关,并使其成为行政的固有领域,这是需要讨论的问题。

〔4〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1924, S. 70; D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzesmäßigkeitsprinzips, 2. Aufl., 1968, S. 102 ff.

〔5〕 参见王贵松:《依法律行政原理的移植与嬗变》,《法学研究》2015年第2期,第82页。

〔6〕 Vgl. E. -W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 210 ff.

〔7〕 关于形式法律和实质法律的双重法律概念,参见上引 Böckenförde 书,第226页。

〔8〕 参见前引〔4〕, Jesch 书,第141页。

同作用的结果。〔9〕在德国,法律保留原则的诞生源于政治民主化的要求。1848年的法兰克福宪法强调民主参与,在该时期,重要性标准对于界定“什么是法律”(尤其在法律与行政法规相区别的意义上)发挥了重要作用,〔10〕并成为法律保留的判断标准,〔11〕法律保留中的民主逻辑与法治国逻辑具有相通性。从民主逻辑来看,法律保留要求行政权的行使原则上要以通过民主方式制定出来的法律为基础,故法律保留解决的是行政权要不要受民主约束的问题。从法治国逻辑来看,法律保留旨在重点保障公民的自由和财产,解决的是何种行政权应受立法控制的问题。由此,法律保留原则与“自由—财产公式”联系到一起,仅限在侵害保留层面得到适用。〔12〕法律保留原则与法律的法规创造力原则互为支撑。〔13〕法规性是界分形式法律与实质法律的标准,即只有与自由或财产相关的、符合抽象性和普遍性标准的、能够创设法规的规定,才被视作实质意义上的法律,否则就仅仅构成形式意义上的法律。在上述观念的影响下,实质法律可以以行政法规的形式呈现出来。“依法律行政”在立宪君主制时期一度变为“依法规行政”,〔14〕即凡是具有法规创造性的行政法规,都是实质意义上的法律,即便其不具有法律的形式外观。实质法律与形式法律的界分,在立宪君主制背景下为独立的行政法规制定权提供了辩护理由。〔15〕这反映了该时期表征君主权力的行政权与表征人民参与权力的立法权之间的博弈,为君主权力和行政权力保留了一定的自主空间。

在19世纪下半叶开启的君民共治时代,议会制民主的功能尚无法完全发挥,法治国的逻辑为法律保留的适用提供了正当性基础。法治国的理念是立宪转型过程中君主与议会之间独特关系的产物,其既能维护正在形成的议会权力,又可维系君主的权力,且能使二者保持平衡。法律保留原则与“自由—财产公式”相结合,要求所有侵害(干预)自由或财产的行政权都必须遵循法律保留原则,这既维护了个体自由,又为自由或财产限制领域之外的行政权行使赋予了一定的自由度。总之,在法治国逻辑下,法律保留原则适应了君民共治时代的权力结构,缓解了君主和议会的紧张关系并使二者保持着微妙的平衡。随着德国政治民主化的深入发展,尤其是进入魏玛宪法和德国基本法时期后,法律实证主义得到了发展,法律保留的形态和功能也随之变化。该时期,法律保留原则更多强调对行政权乃至整个国家权力的民主控制,是“不可中断的民主正当性链条”的重要组成。〔16〕从法治国的逻辑转向民主逻辑后,法律保留原则的应用领域不再局限于传统的干预/侵害保留。〔17〕有学者提出了“全面保留”的观点,〔18〕即所有行政权的行使均需符合法律保留的要求,即便是给付行政也同样如此。借此,

〔9〕 Vgl. F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V., 2007, S. 202 ff.

〔10〕 重要性标准与德国联邦宪法法院所采用的“本质重要性理论”(国内学者多将其翻译为“重要性理论”)之间虽有承继关系,但有本质不同。前者主要涉及立法与行政的关系,解决的是何种行政事务必须有法律基础这一问题;后者解决的是议会保留的范围问题。参见上引 Ossenbühl 文,第 202 页。

〔11〕 Vgl. Jürgen Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 46.

〔12〕 参见前引〔6〕, Böckenförde 书,第 271 页。

〔13〕 参见王贵松:《论法律的法规创造力》,《中国法学》2017 年第 1 期,第 109 页以下。

〔14〕 参见前引〔9〕, Ossenbühl 文,第 190 页。中国对相关原理的继受,也经历过从“依法律行政”到“依法规行政”的转型。参见前引〔5〕,王贵松文,第 87 页。

〔15〕 参见前引〔6〕, Böckenförde 书,第 152 页。

〔16〕 德国联邦宪法法院对于“不可中断的民主正当性链条”的论述,参见 BVerfGE 77, 1 (40)。

〔17〕 关于侵害保留的扩张,参见前引〔9〕, Ossenbühl 文,第 197 页。关于侵害保留的产生与变迁,参见前引〔4〕, Jesch 书,第 102 页。

〔18〕 参见前引〔9〕, Ossenbühl 文,第 194 页。

在行政法领域，法律保留原则的功能就从保障自由和财产转向对行政权的全方位民主控制，法律保留原则由此成为一种限制国家公权力行使的形式原则，其要求所有国家公权力的行使，均必须由形式意义上的法律加以规定或得到法律授权。

在上述逻辑转型背后起决定作用的，是时代变换中权力结构的变化。法律保留在法治国的逻辑下带有一定的妥协性，而这种妥协性在君主制覆灭后已不复存在。在民主的逻辑下，虽然实质法律的概念不断发展演进，^{〔19〕}但实质意义上的法律不再可以通过行政法规、命令等形式呈现，而是必须以形式法律为基础。^{〔20〕}如此一来，法律保留中的“法律”也仅指形式意义上的法律。^{〔21〕}区分形式法律与实质法律，只在学理概念的澄清方面还能发挥一点作用，在其他方面的意义就不大了。此前与“自由—财产公式”相结合的法律保留，由此扩展为基本权利限制中的法律保留，“自由—财产公式”也被基本权利的话语体系所取代。^{〔22〕}民主逻辑强调对行政权的民主控制，法律保留原则也由此得到进一步强化，但其难以适应如给付行政、柔性行政、助推等新型行政的发展。因此，为了适应社会复杂性的需要，当下法律保留原则的制度逻辑又需要适度向法治国逻辑回归，即不能要求国家公权力方方面面的行使均必须满足法律保留的要求，而只有在涉及基本权利干预等重大问题时，才需要适用法律保留。^{〔23〕}于是，在行政法领域，需要发展出一种实质性的标准去判断何种国家权力的行使必须满足法律保留的要求，即行政法中的法律保留原则应由一种完全形式化的原则，变为形式要求与实质标准相结合的原则，此种变化集中体现为“本质重要性理论”的引入。在判断何谓“本质重要性”时，基本权利成为重要的线索，^{〔24〕}行政法中的法律保留原则与基本权利限制中的法律保留原则成为一个问题的两个侧面：行政权的行使如果触及基本权利，则需符合法律保留原则；对基本权利的限制原则上均应符合法律保留原则。当然，这里仍然存在进一步判断的空间。具体而言，既要借助“本质重要性”标准判断何种国家公权力的行使必须符合法律保留的要求，又要借助“本质重要性”标准判断国家公权力的行使是否必须满足议会保留的要求，^{〔25〕}凡涉及对于基本权利而言本质重要的部分，必须由法律决定，不得向行政授权。

法律保留原则的适用方式在历史中不断变迁，但万变不离其宗，即始终保留了实现法治国和民主控制的双重功能：对基本权利的保护和对国家公权力的限制。于法治国的实现而言，法律保留最初旨在保障自由和财产，现已扩展至对整个基本权利体系的保障；于民主控制而言，法律保留强调行政权乃至所有国家公权力的行使原则上都要受到民主立法的约束与控制。学界以往在分析法律保留相关问题时，多将上述两个视角割裂开来，但在现代社会，如果将法律保留作为一项宪法原则加以研究，就必须将这两个视角结合起来，以把握法律保留的宪法本质，既要恪守法律保留原则控制国家公权力的功能面向，也要在国家公权力行使的某些方面适当放松法律保留的要求，以助于实现行政所追求的效率目标。

〔19〕 参见前引〔4〕，Jesch书，第10页以下。

〔20〕 参见前引〔6〕，Böckenförde书，第225页。

〔21〕 Vgl. H. Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1992, S. 239.

〔22〕 参见前引〔4〕，Jesch书，第117页。

〔23〕 法治国原则对议会权力的限定，参见前引〔4〕，Jesch书，第24页。

〔24〕 基本权利干预不仅要符合法律保留的要求，还需在内容上符合比例原则。只有合乎比例原则的法律（或法律授权的行政法规），才经得起合宪性检验。Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, 24. Aufl., 2008, S. 62 f.

〔25〕 参见上引Pieroth等书，第61页。

二、中国宪制中的法律保留：引入实质标准的必要性

法律保留的民主控制功能和法治国实现功能并非割裂的存在，而是互为补充。认识到这一点，对于现时期的中国而言尤具现实意义。在中国，要探讨法律保留的适用，需先厘清两方面问题：一是法律保留观念在中国是如何发展演进的，以及中国为什么需要法律保留；二是在中国的宪制背景下，法律保留具备何种独特性，以及中国需要什么样的法律保留。

（一）中国法律保留观念的源流与变迁

中国近代已有法律保留的观念。例如，1912年的《中华民国临时约法》中有“人民之身体，非依法律，不得逮捕、拘禁、审问、处罚”“人民之家宅，非依法律，不得侵入或搜索”等规定，其后的宪法性文件中也有“非依法律，不得……”“于法律范围内，有……自由”“依法律规定，有……权”等表述。至于哪些基本权利可“依法律”限制，不同的宪法性文件有不同规定。《中华民国临时约法》第15条规定，“本章所载民之权利，有认为增进公益、维持治安或非常紧急必要时，得依法律限制之”。其后的宪法性文件则针对大多数的基本权利规定“非依法律，不受侵犯”。1947年的《中华民国宪法》只对人身自由规定了特殊的加重法律保留，对其他基本权利均未作法律保留的要求，其第23条还明确规定，“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”。总的来看，在当时的观念中，法律保留并未被视作对基本权利限制的形式限制或强化基本权利保护的一种措施，而是被视为可能导致基本权利内核被法律任意掏空的制度工具。

在中华人民共和国成立之后，人们普遍接受的理念是，基本权利都要受到限制。例如，彭真说，“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……因此宪法修改草案规定：‘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’”。〔26〕肖蔚云认为，“世界上从来没有绝对的自由。权利和自由是相对的，而不是绝对的，是有限的，而不是毫无限制的”。〔27〕不过，关于基本权利究竟应当如何限制，当时并未形成成熟的理论体系。虽然“依照法律”加以限制与概括性的内容限制二者得到了区分，但它们又经常被混同在一起。〔28〕在当时，“依照法律”往往被认为是基本权利加以限制的方式，而不是对基本权利的限制课以形式要求的保护工具，这就导致可“依照法律”加以限制的基本权利受保护程度往往相对较低。例如，在1954年宪法制定过程中，曾有人提到，“前几条也有依照法律字样，讨论中有人提出过‘依照法律’如何解释”。钱端升回应说，“对劳动者个体所有制和资本家所有制，是‘依照法律’的规定来保护的。前几年保护的范围可能大一些，后几年保护的范围可能小一些。对公民生活资料，是完全保护的，可能不要‘依照法律’字样，对公民财产的继承权，是有限制地保护的，要有‘依照法律’字样。我的意见，原第12条和原第13条还是不对调，这4条的次序就是：完全保护

〔26〕 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——一九九〇年）》，人民出版社1991年版，第443页。

〔27〕 肖蔚云：《我国现行宪法的诞生》，北京大学出版社1986年版，第55页。

〔28〕 已有学者对此进行了考证，参见陈楚凤：《中国宪法上基本权利限制的形式要件》，《法学研究》2021年第5期，第132页。

的，有限制地保护的，对所有权的限制，禁止用私有财产破坏公共利益，这样比较好”。〔29〕在讨论“住宅不受侵犯”条款时，田家英说，“有人认为，‘不受侵犯’太绝对了，主张加上可以依法搜查”。〔30〕纵观当时的讨论，“国家依照法律保护”的表述，实际上指的就是有限制的保护。〔31〕在1982年宪法修改时，吴家麟曾建议，“在宪法中也不应多处说‘依法’如何如何，说‘依法’首先要依宪法。只说‘依法’如何如何，实际上是给普通法律以无限的权力”。〔32〕正因为存在这种担心，在当时的讨论中，出现了通过内容上的总体限制取代“依照法律”这种形式要求的主张。〔33〕

在上述背景下，法律保留在中国的适用遭遇到了以下难题：其一，宪法文本中规定的“依照法律……”“禁止非法……”“依法……”等表述应如何协调，以及这些表述如何与学理层面的法律保留观念协调一致；其二，宪法第51条的规定是否应被视为“概括性的法律保留条款”，〔34〕中国宪法上是否存在“无法律保留之基本权利”；其三，如何避免实践中可能出现的“依照法律”对基本权利加以任意限制的问题；其四，能否以有无法律保留作为标准，对宪法中的基本权利进行位阶排序。除此之外，在行政法领域适用法律保留同样面临若干疑难问题。例如，是否一切行政事项（包括给付行政）均应适用法律保留原则。监察权入宪之后，类似的疑问在监察法领域也同样存在。

（二）国家权力配置结构中的法律保留及实质标准的引入

法律保留主要在国家权力配置结构中发挥作用，以处理立法权与其他国家权力的关系。中国的国家权力配置结构与西方不同，在中国适用法律保留所要解决的问题相较于西方具有特殊性，这种特殊性具体体现在以下方面。

其一，人大制度的特殊性。在我国，统一行使国家权力的机关是全国人大和地方人大，立法与行政的关系、立法与监察的关系等经典的法律保留问题，并不能在一种权力分立的语境下获得解释，而必须深入到中国独特的人大制度当中加以分析。西方历史上，法律保留曾在君主制时代起到强化议会民主权力的作用，又曾在君主制向民主制过渡过程中起到维系君主权力的作用。法律保留的功能究竟是强化立法权还是限定立法权，端赖于特定的历史情势和政治现实。中国也存在某种特定的政治现实，即全国人大及其常委会既是最高国家权力机关，又是立法权的行使主体。全国人大及其常委会的决定、决议与立法权，以及全国人大及其常委会与行政机关、监察机关之间的关系问题，本质上都涉及法律保留。虽然全国人大及其常委会的决定或决议与立法同出一门，但二者性质有所不同。在某种程度上，决定或决议的作出，为行政权及其他国家公权力的行使提供了法律保留之外的另一种民主正当性基础。上述政治现实为理解立法与行政及其他国家权力（尤其监察权）的关系提供了另一重视角，虽然其与法律保留处理君主与立法之间关系的原初历史情境大相径庭，但逻辑有相通之处。

全国人大及其常委会牵引着国家机构运行的方方面面。国家权力的行使始终绕不开全国人大及其常委会的授权和同意，这具体涉及决定保留和法律保留两个方面。不过，国家机构的活

〔29〕 韩大元：《1954年宪法制定过程》，法律出版社2022年版，第319页。

〔30〕 同上书，第351页。

〔31〕 同上书，第356页。

〔32〕 吴家麟的批评与吴玉章对“五五宪草”的批评如出一辙，都是担心通过法律即可限制基本权利，会导致基本权利的内核被掏空。参见许崇德：《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。

〔33〕 同上书，第418页。

〔34〕 参见张翔：《基本权利限制法律保留的中国方案》，《法律科学》2023年第6期，第86页。

动何时必须由法律规定或授权,何时可以由决定来授权,目前尚未有定论。针对全国人大及其常委会的决定和决议,在中华人民共和国制宪和修宪历史上曾经有过专门讨论。1954年宪法第31条第4项规定全国人大常委会有“制定法令”之权。1982年的宪法修改草案讨论稿第55条第2款曾明确了全国人大和全国人大常委会通过的“决定和决议”的性质,即“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会通过的除了法律以外的决定、决议统称法令,法令具有同法律同等的约束力”。胡乔木曾在对上述宪法修改草案讨论稿加以说明时指出,“凡是全国人大、全国人大常委会通过的,在一定期限内有效的命令、决议和其他文件,统称法令。法令具有同法律同等的约束力。法律是长时期的。法令,比方说,通过一九八二年度的计划或者通过一九八二年的预算的决议,就是一种法令,它有法律效力,但是这种法律效力是有一定限期的”。^[35]全国人大及其常委会可以就临时性的、试点性的事项作出决定或者决议,但对于决定或决议所能调整的事项范围,宪法和法律未予明确,由此衍生出决定或决议的宪法边界问题。在某种程度上,决定或决议保留的范围决定了法律保留的范围。

其二,地方立法的特殊性。法律与地方性法规之间的关系,中央与地方的立法权分配等,也有适用法律保留的空间。中国并非典型意义上的单一制国家,而是在单一制内融合了地方民主的安排。地方性法规是地方民主立法的外在表现形式。在中国或许还存在地方性法规保留的空间,即独立于法律的自主立法空间,这一问题又同中央与地方的立法权限划分密切相关。^[36]由此产生的问题是,在基本权利的形成和限制领域,地方在自身权限的空间内制定地方性法规,是否必须以法律为基础。

其三,行政保留的特殊性。行政权在中国是否拥有独立于立法的自主权限空间,是在中国的国家权力配置结构中适用法律保留所必须面对的问题。如果存在行政自主保留的空间,则法律保留的空间就会受到压缩。在我国,行政的固有领域处在一个不断限缩的过程中。在改革开放之初,大量领域存在立法空白,而改革带来的经济社会持续快速发展,又需要行政及时作出富有效率的决策,以灵活应对层出不穷的新情况和新问题。在此背景下,行政法规先行的情况十分常见。这种带有试验性的做法,最终被规定在立法法第12条中,以授权立法的制度形式固定下来。随着立法的日趋完善,“重大改革于法有据”的要求被不断强调,法律保留原则日渐成为行政法领域的核心原则之一。但是,基于改革中行政先行的传统,立法与行政的关系在中国始终具有特殊性。

在行政法领域,关于法律保留的争论焦点在于,是否所有的行政行为均需获得法律授权。围绕该问题,目前已有侵害保留说、全面保留说、权力保留说、重要事项保留说等不同立场。^[37]全面保留说以民主原则为基础,主张所有行政行为的作出都必须通过法律或者基于法律。该说如今已受到较多质疑,因为人们越来越认识到,行政具有一种独立的民主合法性,这种民主合法性支配着“行政自我担责的核心领域”。^[38]正如德国联邦宪法法院指出的,从民主原则中推导出“无所不包的议会保留”是错误的。^[39]德国对于行政之法律保留的认识以德国的国家

[35] 《胡乔木文集》第2卷,人民出版社2012年版,第534页。

[36] 参见俞祺:《央地关系中的法律保留》,《中国法学》2023年第2期,第189页以下;王贵松:《地方性法规制定权限的界定方式》,《法学》2024年第3期,第32页以下。

[37] 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130页以下。

[38] BVerfGE 67, 100 (139); F. Ossenbühl, Gedanken zur demokratischen Legitimation der Verwaltung, in: FS für Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 103 ff.

[39] BVerfGE 49, 89 (124 ff.); 68, 1 (87); 98, 218 (252).

权力配置结构为底色，固然不适用于中国，但相关结论在中国同样成立。在中国的人大制度下，行政权要对国家最高权力负责并受最高权力的监督，这相当于在程序上设置了一层民主合法性的要求，因而，行政的法律保留对于实现不可中断的民主正当性链条而言，并非唯一选择。^{〔40〕}不仅如此，全国人大及其常委会还可以通过决定、决议向行政授权，这等于在法律保留之外另设了一条通往民主正当性的路径。

综上，中国的宪制体制下，存在着由决定保留、法律保留、行政/监察保留、地方性法规保留等构成的多层次的保留体系，要准确适用法律保留，需要厘清决定保留与法律保留、绝对法律保留（“通过法律”）与相对法律保留（“基于法律”）、法律保留与行政/监察保留、法律保留与地方性法规保留这四重关系；而要厘清这些关系，还需深入到我国国家权力配置内部，考察中央与地方立法权限的分配问题、立法与行政的关系问题、立法与监察的关系问题，以及作为最高国家权力机关的全国人大及其常委会在决定、决议和立法方面的权限分配问题。对于这些复杂关系，单一的形式标准很难界定清楚。例如，立法法第11条详细列举了只能制定法律的事项，^{〔41〕}但这是否意味着这些事项的方方面面都只能通过制定法律来调整？在这些事项之外，是否就不存在绝对法律保留的适用空间？要回答这些问题，必须引入“本质重要性”这样的实质性判断标准。此外，法律保留原则在理论上有“通过法律”的议会保留与“基于法律”的法律授权两种指向，对于这二者如何界分，实证法上并无明确答案，也只能结合“本质重要性”标准来作具体判断。^{〔42〕}

（三）基本权利限制中的法律保留

在基本权利限制领域适用法律保留，核心争议在于，是否一切针对基本权利的限制均需符合法律保留原则。在德国，针对基本权利限制的法律保留要求可划分为三个层次：（1）凡涉及对基本权利的限制，均需符合法律保留的要求；（2）符合重要性标准的，必须满足议会保留的要求，即由立法者自行决定；（3）本质内容保留，即基本权利限制即使满足法律保留的形式要求，也不得对基本权利的核心和本质内容构成限制。我国宪法和法律并未规定基本权利限制必须符合法律保留的要求，除了法律之外，哪些层级的规范性文件可以对基本权利设定限制，法律之外的规范性文件可以在哪些方面对基本权利设定限制等，都有待理论澄清。

从文本上看，我国宪法对基本权利的限制有以下方式：（1）形式限制。形式限制通过“依照法律……”“禁止非法……”“合法的……”等表述来体现。如前所述，形式限制在我国1954年宪法制定之时并未被视作法律保留原则的规范表达。（2）内容限制。宪法第36条第3款规定的“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”，以及第51条通过概括性限制条款所规定的“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”，都属于对基本权利内容方面的限制。（3）保护性规定。保护性规定包括形成基本权利受保护内容的规定和禁止侵犯基本权利的规定两种类型。形成基本权利受保护内容的规定，要求国家通过立法提供具体的保护措施以积极履行基本权利保护义务。例如，宪法第42条第2款规定，“国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基

〔40〕 杜强强认为，“由全国人大产生的国家机关，无论全国人大常委会还是国务院，均具有直接的民主正当性”。参见杜强强：《论我国宪法上的议行复合结构》，《法学研究》2023年第4期，第48页。

〔41〕 立法法第11条通常被视为典型的法律保留条款，其措辞被认为“是法律保留原则的经典表述”（前引〔34〕，张翔文，第81页），但该条款应是非典型的法律保留条款，其在形式上类似于德国的“议会保留”。

〔42〕 参见前引〔9〕，Ossenbühl文，第208页。

础上,提高劳动报酬和福利待遇”。这种保护性规定无涉基本权利的限制。禁止侵犯基本权利的规定又有“绝对禁止”和“相对禁止”两种形态。绝对禁止是指基本权利的核心内容部分绝对不容侵犯,这是对基本权利限制的限制。例如,我国宪法第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”,以及第40条规定的“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”,都属于绝对禁止。相对禁止允许一定程度地侵入基本权利,但对侵入附加了特定条件。例如,宪法第37条规定的“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体”,即属此类。该条款表达了保护基本权利的意旨,但也允许通过合法的方式实施拘禁、限制公民人身自由等。

我国宪法文本虽然规定了对基本权利的限制,但很难说存在法律保留方面的规定。有学者分析指出,宪法第51条是一个概括式的法律保留条款。^[43]其理由是,胡乔木在对1982年的宪法修改草案讨论稿进行说明时曾提到,“还有人建议在言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由前面加上‘依照法律’。因为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’了”。^[44]这里的“专门的条文”指的就是第51条。实际上,无论从第51条的文字表述,还是从修宪时的整体考量来看,该条都是针对基本权利内容的概括式限制条款,很难说是一个概括式的法律保留条款。结合修宪的总体讨论情况来看,胡乔木的上述说明其实包含两层意思:其一,这些自由需要受到一定程度的限制;其二,如果加上“依照法律”,可能会给人一种通过法律即可对基本权利随意加以限制的印象,不利于保护这些自由,因而只需作概括性限制即可。在当时的讨论中,形式限制与内容限制被混同在一起,二者的作用也被等同起来。“依照法律”的表述未被视为对基本权利限制的形式要求,反倒被认为是对基本权利进行限制的根据。正因如此,前缀写有“依照法律规定”字眼的基本权利,被认为是受保护程度较低的基本权利。^[45]就此而言,第51条更像是对基本权利限制所设定的内容方面的限制。它所要传达的意思是,公民行使权利和自由,不损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利即可,除此之外,不受额外限制,即使这种限制是“依照法律”设定的。^[46]进一步可以推知,对宪法中“无法律保留”基本权利的限制可依据第51条作出,^[47]但对它们的限制只能诉诸第51条所规定的“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”来寻求正当化理由,即使通过法律可以对这些基本权利加

[43] 关于宪法第51条的性质,一直有不同的认识。有学者将之视为中国的概括权利条款,而非概括性限制条款。参见杜强强:《概括权利条款与基本权利限制体系——对我国〈宪法〉第51条的另一种建构方案》,《人权》2023年第1期,第77页以下。

[44] 前引[32],许崇德书,第418页。

[45] 1982年宪法通过后,尤其是进入20世纪90年代后,学界和实务界逐渐意识到,宪法规定“依照法律”对基本权利加以限制,其实是要求在限制基本权利的过程中对基本权利加以保护,但即使如此,宪法第51条的内容限制与“依照法律”这种形式限制仍遵循着两种不同的逻辑。参见张翔:《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》,《浙江社会科学》2023年第9期,第35页以下。

[46] 尽管基本权利的形式限制和内容限制被混淆在一起,但内容限制实际上构成对形式限制的限定,故也可以防止“依照法律”对基本权利任意加以限制。例如,宪法“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”,意味着即使通过法律,也不得对人格尊严的核心部分造成损害。

[47] 在这些问题上,学界一直存有争议。有学者认为,言论自由等也可以通过法律加以限制(参见前引[32],许崇德书,第380页)。张翔认为,中国并不存在无法律保留的基本权利(参见前引[34],张翔文,第84页),陈鹏则持相反观点(参见陈鹏:《中国宪法上基本权利法律保留的生成与构造》,《中国社会科学》2023年第12期,第129页)。

以限制，也只能基于上述理由。

总之，我国并不存在概括式的法律保留规定。但是，这并不意味着任何形式的规范性文件都可以对基本权利加以限制。在我国的立法体系中，具备直接民主基础的规范性文件只有宪法、法律和地方性法规，在宪法之下的规范性文件中，只有法律和地方性法规才能对公民的基本权利加以限制。如果承认我国的地方性法规可以单独设定对基本权利的限制，那么基本权利限制就可以区分为三种情况：（1）只能由法律设定的基本权利限制；（2）可由法律授权设定的基本权利限制；（3）可单独由地方性法规设定的基本权利限制。实践中，特定立法事项对应于哪种情况，需结合“本质重要性”这一实质标准进行判断。第一种情况涉及两点疑难问题：其一，立法法仅规定了“对公民政治权利的剥夺”“限制人身自由的强制措施和处罚”“对非国有财产的征收、征用”这三项为必须制定法律的基本权利限制事项，由此衍生的问题是，针对这些基本权利的任何其他限制（如对私有财产设定征收、征用之外的限制），是否也都必须由全国人大及其常委会制定法律，即实行人大立法保留。其二，除立法法明确列举的必须由人大立法保留的基本权利限制外，对于其他基本权利的限制，是否也存在必须由人大立法保留的情形。在判断具体立法事项是否属于第二种和第三种情况时，需借助宪法文本中关于具体基本权利的规定加以具体分析。在宪法规定不清晰时，则需结合“本质重要性”的标准进行解释。例如，对于地方性法规是否可以单独设置对基本权利的限制，宪法文本并未作出明确规定。但是，不能因为宪法文本未使用“依照法律规定”的表述，就认为相关基本权利可以直接由地方性法规加以限制。如上文所述，从制宪和修宪讨论的情况看，如果某基本权利条款使用了“依照法律规定”或类似表述，该基本权利可能被认为是受保护程度较低的基本权利。尽管当前的宪法语境已较制宪时发生了很大变化，仍不宜简单地以是否使用了“依照法律……”等表述来判断某项基本权利可否直接由地方性法规予以限制，而是需要结合相关基本权利的重要性、受保护的程度，以及对基本权利限制的强度等作出相应解释。

三、法律保留的实质判断：本质重要性理论的应用

无论在基本权利限制领域，还是国家公权力行使领域，或是二者相结合的领域，要适用法律保留原则，均需发展出一种实质性的判断标准，即引入基本权利的视角。“凡对基本权利实现具有关键意义之规范，基本上都应自行做出”，“立法者应在多大程度上自行确定系争生活领域所必需的指导方针，主要取决于其对基本权利的关涉程度”。〔48〕

（一）法律保留的判断标准：阶层化的基本权利

阶层化的基本权利理论不是要对不同基本权利进行位阶排序，而是试图对同一项基本权利进行分层。每一项基本权利都有其核心和不可侵犯的部分，也有不那么重要的部分，在对基本权利进行限制时，需要有所区分。如果是对一项基本权利的核心或者本质内容进行限制，则对该项限制的要求自然应该更高。基本权利限制的方式也会影响法律保留的适用，如永久剥夺某项基本权利所需符合的要求，自然要高于暂时限制某项基本权利的行使，或仅对该基本权利行使的时间地点给予限制。

1. 基本权利的内容

目前很少有学者从阶层化的角度探讨基本权利的内容或者界定基本权利的保护范围，但基

〔48〕 BVerfGE 83, 130 (142 f.).

本权利的阶层化建构在实践中早已出现。例如,德国联邦宪法法院曾对职业自由进行分层处理,区分了从事职业的自由和选择职业的自由,并根据这种区分对不同限制措施的强度提出了要求。〔49〕这与美国在平等权保护领域区分适用审查基准的实践有类似之处。〔50〕

基本权利的内容依重要性程度可以区分为本质内容、核心内容和边缘内容,几乎每项基本权利都可作如此区分。对于一项基本权利而言,本质内容是其绝对不可被触碰的部分。通常认为,基本权利的本质内容在学理上难以界定,〔51〕但实践中要界定一项基本权利的本质内容仍然是有章可循的。例如,德国联邦宪法法院就曾借助排除法界定人的尊严的本质内容,指出在任何条件下刑讯逼供和奴隶制都是对人之尊严本质内容的践踏。〔52〕再如,我国宪法第38条规定“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”,该规定体现了对基本权利本质内容的法律保留。在基本权利的保护范围中,除不容触碰和限制的本质内容外,还有可受限制的领域。在该领域中,存在一个对于基本权利而言本质重要的核心领域。针对该领域的限制,需要严格符合比例原则中的必要性要求。一项基本权利的核心领域往往与该项基本权利的功能紧密联系在一起。如果对某项基本权利的限制可能导致该项基本权利的功能无从实现,就应认为该限制侵入了该项基本权利的核心领域。例如,职业自由的功能是保障每个人都能够自由选择职业,选择职业的自由即为职业自由的核心,对择业自由的保护程度要比对从业自由的保护程度更高。集会自由的功能在于使公民能够公开表达,而露天集会显然更有利于实现上述功能,露天集会就比在封闭空间内集会受保护程度更高。〔53〕核心领域之外的部分属于基本权利的边缘领域,对该领域的限制,只需受较低强度的审查,适用“合理审查基准”即可。

2. 限制的程度和方式

不同的限制手段对于基本权利的限制程度不同,应当符合要求自然也不同。我国宪法区分了“剥夺”和“限制”两种方式,规定要依照法律“剥夺政治权利”和禁止“非法剥夺和限制公民的人身自由”。宪法在规定的其他基本权利条款时,也按限制程度对限制手段作了区分。依据对基本权利限制的范围和方式,也可以对基本权利限制的宪法要求进行阶层化建构。例如,基本权利限制可以是对内容的限制,也可以是对基本权利行使时间或行使地点的限制。美国的言论自由保护对“基于内容的言论限制”和“内容中立的言论限制”予以区分,后者是仅针对言论发表的时间、地点、方式加以限制,如在竞选日当天禁止散发竞选材料。〔54〕

在法律保留层面对基本权利限制的内容、程度、范围、方式等予以考量,并非要将法律保留原则与实质审查层面的比例原则混同在一起。法律保留层面的审查所解决的问题是,可以对基本权利施加何种程度的限制,以及应由何种层级的规范性文件加以规定;实质层面的比例原则审查,则意在判断基本权利限制的实质内容是否合宪。

〔49〕这一区分来自于著名的“药房判决”。Vgl. H. P. Schneider, Berufsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V., 2013, S. 131 f.

〔50〕See E. Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies*, 3rd ed., Aspen Publishers, 2006, pp. 670–673.

〔51〕本质内容保障与“本质重要性”都涉及基本权利的本质,但前者属于不可受到限制的基本权利之内核,后者指向可受限制的领域。关于“本质内容保障”,参见 P. Lerche, Grundrechtsschranken, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V., 1992, S. 791 ff; 王锴:《论基本权利的本质内涵保障——以终身监禁为例》,《法学》2024年第9期,第50页以下。

〔52〕参见前引〔24〕, Pieroth 等书,第82页。

〔53〕Vgl. Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, S. 816 ff., S. 972 ff.

〔54〕参见前引〔50〕, Chemerinsky 书,第932页。

（二）法律保留体系的权限界定：阶层化基本权利标准的应用

1. 全国人大及其常委会的决定、决议与法律保留

决定或决议与法律保留的关系，是全国人大及其常委会作为最高国家权力机关和作为最高立法机关这双重属性内在紧张关系的体现。近些年，全国人大及其常委会频繁使用决定或决议的方式针对重大事项作出决策，如设立自贸区、开展监察体制改革等。根据某些决定，部分法律甚至可以在特定区域暂停适用。这一做法虽然有实定法上的依据，^{〔55〕}但也引发了一定争议，全国人大及其常委会的决定或决议是否有其边界，成为学界讨论的重要宪法议题之一。^{〔56〕}

根据我国宪法和法律，全国人大及其常委会首先必须在宪法第 62 条、第 67 条所规定的全国人大及其常委会的权限范围内作出决议或决定，不能任意超越其权限。^{〔57〕}并且，全国人大及其常委会的决定或决议只能是暂时性的、试验性的。从法律保留的视角来看，决定或决议可以在一定程度上突破现有法律的规定，如在一定期限和一定区域内暂停某些法律的适用，但不得介入立法法第 11 条所规定的“只能制定为法律”的事项，也不能触及基本权利的核心领域。如果涉及基本权利之核心，则只能交由立法决定。这是因为，全国人大及其常委会的决定或决议虽然与全国人大及其常委会的立法一样具有直接的民主正当性，但决定或决议的作出毕竟不像立法那样需要遵循严格审慎的立法程序。决定或决议的临时性和试验性决定了，如果任由其触及基本权利的核心，则无法建立起稳定的规范化预期，不利于对基本权利的保护。因此，决定或决议可以在基本权利行使的时间、地点、方式等方面，对基本权利施加一定程度的临时限制，但不可对基本权利的核心内容设定限制。

2. 绝对法律保留与一般法律保留

法律保留在宪法文本中通常表达为“通过法律……”或“基于法律……”，意指对基本权利的限制可以由法律自身作出或由法律授权作出，这便引出了绝对法律保留与相对法律保留的界分问题。在绝对法律保留与相对法律保留的界分上，应该严格恪守立法法第 11 条中有关绝对法律保留的规定。立法法虽然规定某些事项可以授权行政机关先行立法，但这是在特定历史时期立法尚不完全成熟的情况下采取的权宜之计。并且，立法法对授权设定了严格的条件限制。如果不考虑特殊情况，这些事项应该绝对保留给全国人大及其常委会通过制定法律的形式予以调整，而不能通过决定或决议的方式来调整，更不能由行政法规、地方性法规等规范性文件来规定。此外，立法法第 11 条虽然列举了绝对保留给立法来决定事项，但这并不意味着只有这些事项必须由立法决定。

首先，如果宪法条文规定某事项“依照法律”规定，则该事项构成立法绝对保留之事项。例如，我国宪法第 40 条规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。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。”对通信自由和通信秘密的限制即构成绝对立法保留事项，且属于加重法律保留事项。

需要说明的是，基本权利的保护与基本权利的限制处在辩证的关系之中。我国宪法文本中存在“受法律的保护”这种表述，这常被认为是法律保留的另一种表达。例如，很多学者认

〔55〕 立法法第 16 条第 1 款规定：全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就特定事项授权在规定期限和范围内暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。

〔56〕 参见江辉：《论全国人大及其常委会以决定方式行使立法权》，《环球法律评论》2023 年第 1 期，第 94 页以下。

〔57〕 参见黄明涛：《“最高国家权力机关”的权力边界》，《中国法学》2019 年第 1 期，第 104 页以下。

为, 宪法第40条对于通信自由和通信秘密的规定构成双层法律保留, 即第一句的“受法律的保护”构成单纯法律保留, 第二句构成加重法律保留。^[58] 这种观点没有认识到保护与限制的区别和联系。在立法层面对基本权利加以保护, 不可避免地要确定保护的范 围, 而从另一个角度看, 这就是对受保护范围之外的部分予以限制。例如, 宪法规定“国家保护正常的宗教活动”, 其言外之意就是, 不正常的宗教活动要受到限制。对财产、言论、人身自由、通信、住宅、个人信息的保护也都是如此。但是, 保护与限制毕竟还存在不同。立法对于基本权利的保护有形成自由, 即在保护范围之内, 立法可以对基本权利设定具体的保护措施, 如在程序、组织、制度保障等方面作出相应规定; 保护方面的内容形成, 指的是“国家对规范形塑基本权利保护范围进行确定的每个立法行为”, 该行为“不干预该基本权的实质内涵”。^[59] 限制则是明确地对基本权利的保护范围进行限定。宪法文本中的“受法律的保护”, 意在从要求立法机关积极作为以提供保护的层面强调基本权利的重要性, 同时也意在防范法律位阶之下的规范性文件对基本权利造成限制(有时以保护之名)。因此, 宪法条文中规定的“受法律的保护”并非旨在限制基本权利, 相关条款也不能成为法律保留条款。

其次, 在宪法文本之外也有绝对立法保留事项的存在空间。有些事项虽然不在立法法所列举的事项范围之内, 但如果触及基本权利的核心领域, 则同样只能由立法自行加以规定。例如, 针对集会颁行禁令会触及集会自由的核心领域, 故禁令的颁行只能由法律予以规定。

最后, 一些技术标准看起来无涉基本权利, 但在施行过程中经常与基本权利的保护发生关联, 因此, 有必要警惕技术性规定掏空基本权利的核心。例如, 我国刑法规定了“非法持有枪支罪”, 但对于“枪支”的认定, 依赖于公安部自行制定的标准。^[60] 由于人们在日常生活中可能从事买卖玩具枪、设置气枪射击气球的游戏等行为, 对于枪支的认定, 将直接影响公民的各种自由,^[61] 对于枪支的认定标准就需要由枪支管理法来作出规定, 至少法律在授权相关部门作出规定时, 应给予较为明确的指导意见。

3. 法律保留与行政、监察保留

是否所有的国家公权力行为均应符合法律保留的要求? 这一问题涉及法律保留的民主逻辑与法治国逻辑之间的差异。根据法律保留的民主逻辑, 任何国家公权力的行使均须毫无例外地具备法律基础; 根据法治国逻辑, 与公民基本权利休戚相关的国家公权力行使必须具备法律基础, 而与基本权利无涉的国家公权力行使, 并不必须具备法律基础。对于我国而言, 行政权与监察权的性质不同, 需要对这两种权力分别讨论。监察权的行使几乎都与基本权利密切相关, 且几乎都涉及对基本权利核心的干涉, 我国宪法第124条明确规定“监察委员会的组织 and 职权由法律规定”, 故监察权的行使必须符合法律保留原则, 这是毫无疑问的。

行政权的行使则相对复杂。行政事务中有不少属于无涉基本权利的内部组织事务, 也有给

[58] 关于“双层法律保留”的建构, 参见张翔:《通信权的宪法释义与审查框架——兼与杜强强、王锴、秦小建教授商榷》,《比较法研究》2021年第1期,第33页以下;彭鐸:《再论八二宪法通信权条款:原旨与变迁》,《法学评论》2023年第5期,第55页以下。

[59] 参见[德]福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第207页。

[60] 例如,《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》等都是公安部制定的相关标准。

[61] “摆摊打气球案”曾引发社会争议。参见刘艳红:《“司法无良知”抑或“刑法无底线”?——以“摆摊打气球案”入刑为视角的分析》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第75页以下。

付行政这类授益行政行为。因此，宪法只规定“国务院的组织由法律规定”。不过，行政法规是否可以直接就宪法第89条所规定的行政管理职权事项作出规定，历来有争议。^{〔62〕}实际上，行政权在一定程度上具有独立于法律的自主权限空间，这可以从宪法和立法法的规定中推导出来。但是，行政的自主权限范围，必须结合基本权利的阶层化标准才能得到清晰界定。具体而言，在行政权行使领域，应以基本权利是否会受到干涉为标准，区分哪些行政行为必须符合法律保留的要求，哪些则不必严格恪守。行政法规只有在无涉基本权利的行政管理领域，才在一定程度上有独立于法律的行政自主权限。^{〔63〕}在授益行政领域，如果不涉及平等问题，法律可仅设定一个大致框架，而将给付的具体范围和方式交由行政自行决定。

4. 法律保留与地方性法规保留：基本权利限制上的权限分配

在我国，对基本权利的限制不必一概符合法律保留原则。地方性法规具有直接的民主基础，与法律具有民主同质性。地方性法规在一定范围内独立设置对基本权利的限制，并不与法律保留的原理相冲突。地方性法规设定基本权利限制，主要涉及两方面问题：一是中央与地方立法权限的划分；二是地方性法规限制基本权利的范围和边界。对于前者而言，在地方立法权限范围之内，地方性法规当然可以设定对相应基本权利的限制。虽然我国中央与地方之间的立法权限并没有清晰界分，^{〔64〕}但仍可对“地方性事务”进行框架性界定。例如，相对于国家主权事项、基本经济制度等专属于国家立法的事项，文化、教育等事项的地方性程度更高，地方性法规在这些领域中的自主权限更大，在一定程度上可以对该领域的基本权利加以限制。在尚未制定法律、行政法规且属于地方性事务的领域，地方性法规甚至可对基本权利的核心领域设定限制。^{〔65〕}

在地方性事务之外，地方性法规对于基本权利的限制本身也要受到特定限制。例如，“行政三法”都对地方性法规的立法权限有限制性规定，^{〔66〕}这些规定往往要求地方性法规不得触及基本权利的核心领域。例如，行政强制法规定地方性法规只能设定查封场所、设施或者财物，以及扣押财物的行政强制措施。行政处罚法第12条规定地方性法规不得设定限制人身自由、吊销营业执照的行政处罚。对人身自由的限制属于立法法第11条的国家专属立法事项，即绝对法律保留事项，行政处罚法禁止地方性法规对人身自由加以限制，自然无可厚非。但是，吊销营业执照不属于国家专属立法的事项范围。行政处罚法之所以如此规定，既是为防范地方保护主义，也是因为吊销营业执照涉及的是基本权利的核心领域。近些年的备案审查实践中也有类似案例。有的地方性法规规定，开锁、公章刻制、信托寄卖、金银首饰加工、废旧金属收购等特种行业从业人员利用该行业便利进行违法活动受过行政或刑事处罚的，终身不得从事该行业。^{〔67〕}全国人大常委会法工委认为，地方性法规制定从业限制规定时，不宜规定“终身禁止”，建议制定机关予以调整。这其中的原理正在于，地方性法规设定职业禁止虽不超越

〔62〕 参见前引〔13〕，王贵松文，第109页；谢立斌：《论国务院的职权立法权》，《政法论坛》2018年第6期，第101页。

〔63〕 有学者总结了行政保留中属于执行权行使的几种情形，参见前引〔9〕，Ossenbühl文，第216页。

〔64〕 参见前引〔36〕，王贵松文，第32页以下。

〔65〕 例如，2020年深圳市六届人大常委会第四十次会议通过的《深圳经济特区全面禁止食用野生动物条例》，明确规定禁止食用猫肉、狗肉，就彰显出地方特色。

〔66〕 参见前引〔36〕，王贵松文，第36页。

〔67〕 参见杜吾青：《备案审查实践中从业限制措施的合法性审查标准》，《法学》2024年第8期，第44页以下。

其权限，但会因触及基本权利的核心领域而不符合法律保留原则的要求。^{〔68〕}

余 论

法律保留本质上涉及国家机构之间的权限分配，不能简单地将法律保留视为一种形式原则，认为凡是国家公权力的行使或对基本权利的限制，均必须符合法律保留的要求。法律保留的适用需要借助实质性的判断标准，即本质重要性标准，但本质重要性标准也有其适用的边界。在同一个文本结构中，不能根据本质重要性标准区分出不同层次的法律保留，本质重要性标准只在文本规定并不明晰的情况下才有用武之地。根据本质重要性标准对基本权利进行的阶层化构造，只能在基本权利的保护范围内实现，如果某一事项无法被纳入某一基本权利的保护范围，则无法通过本质重要性标准建构出不同层次的法律保留。

有学者认为，在我国宪法第13条、第37条、第38条、第40条等条款中，同时存在加重法律保留和单纯法律保留，此即“双层法律保留”。以第40条通信权条款为例，双层法律保留的建构，实际上是将干预区分为检查和非检查两种手段，然后视对通信自由和通信秘密干预程度的不同，设定不同程度的法律保留的要求。这在某种意义上也可以视为本质重要性标准的应用，但其在宪法解释层面存在难以解决的问题：首先，宪法第40条是一个整体，而双层法律保留的建构强行将一个完整的规范拆解为第1句和第2句两个独立的规范，这种解释带有一定任意性，也明显有违语义逻辑。其次，双层法律保留的建构将内容形成性的保留与限制基本权利的单纯法律保留混同在一起，^{〔69〕}但正如前文所述，不能从“受法律保护”的表述中解读出“通过法律加以限制”的意图。^{〔70〕}

实践中，双层法律保留的建构预设了在检查之外还存在其他的干预手段，于是双层法律保留就与双重干预联系到一起。^{〔71〕}与之相应，就必然要区分哪些通信可能受检查的干预，哪些通信可能受检查之外的手段干预。为此，学者又将通信区分为非内容的通信和内容通信。^{〔72〕}这种大费周章的解释，无非是因为民事诉讼法、证券法中存在法院等机构可以调取通话（讯）记录的规定，为了避免宣告这些法律违宪，不得不采取一种相当迂回的解释路径，在宪法语义框架之内对宪法作出符合法律的解释。^{〔73〕}这些解释方案预设了通话记录属于通信，并试图在宪法第40条的范畴内对通话记录和通信进行区别对待，不仅严重背离了宪法原旨，也明显违反了语义。通信涉及双方信息的交换，而通话记录仅为个人的数据，并非与其他人交换的信息，其本质应为个人信息。就通信秘密而言，其唯一对应的干预方式就是检查，这符合通信权

〔68〕 全国人大常委会法工委认为，地方性法规不宜作出终身禁止从业的规定，但这并不意味着法律不可以作出此种规定。

〔69〕 内容形成保留与单纯法律保留的区分，参见前引〔47〕，陈鹏文，第129页。双层法律保留的建构，参见前引〔34〕，张翔文，第89页。

〔70〕 通信权双重保护论在一定程度上混淆了限制与具有内容形成性质的保护。参见屠振宇：《宪法通信权双重保护论》，《法学研究》2024年第1期，第55页以下。

〔71〕 “检查”与调取、查阅等干预手段很难区分，在现代社会中，属于传统检查范畴的秘密调取实际上已不存在，调取就是检查。宪法第40条所规定的“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”，意味着除符合特定主体要求和程序要求的检查外，其他任何形式的干预均属违宪，在检查之外不存在任何正当化的干预方式，学理上区分检查与其他形式干预的空间并不存在。

〔72〕 参见前引〔58〕，张翔文，第33页以下。

〔73〕 “符合法律的宪法解释”需要被严格限定，不能任意违反宪法的文本。参见杜强强：《符合法律的宪法解释与宪法发展》，《中国法学》2022年第1期，第119页以下。

的本质。对于通信的任何监听、监控以及调取等，都属于检查的范畴。总之，无论基于目的解释还是体系解释，都应将在通信权的保护范围之外，相应地，双层法律保留的构造、双重干预的建构、通信的二元区分等都不再必要，宪法第40条可以回归其本来的面貌，给予“检查”（以及以调取之名的检查等）更为严格的限制。具体而言，应将“通信”严格界定为（非商业性的）信息沟通与交换，将通话（讯）记录作为纯粹的个人信息来保护，排除在“通信”的保护范围之外，不再区分非内容的通信和内容通信。^[74]在这个基础上，宪法第40条可以作为单纯的加重法律保留条款，对“检查”的理解也应回归常识（不区分真正意义上的检查和非检查的调取）。^[75]

Abstract: The application of the principle of legal reservation has evolved throughout history, yet it has consistently retained its dual function of achieving the rule of law and democratic control. In terms of the rule of law, legal reservation was initially aimed at safeguarding liberty and property, but its function has now expanded to encompass the protection of the entire system of fundamental rights. In terms of democratic control, legal reservation emphasizes that the exercise of administrative power, and even all state public power, should generally be constrained and controlled by democratic legislation. Essentially, legal reservation concerns the allocation of powers between the legislature and other state institutions. We should not simply regard it as a formal principle and think that the exercise of state public power or limitations on fundamental rights must always comply with legal reservation requirements. The application of legal reservation requires a substantive judgment criterion, namely, the “essential importance” standard. In China, legal reservation involves the allocation of powers not only between legislation and administration, but also between the decisions or resolutions of the National People’s Congress and its Standing Committee and legislation, between legislation and supervision, and between laws and local regulations. When making judgments regarding these allocations of power, it is especially necessary to incorporate substantive standards to break through the overly formalized view of legal reservation which is dominated by democratic principles, and to integrate the logic of the rule of law principle, so as to develop a uniquely Chinese approach to legal reservation through the hierarchical structure of fundamental rights.

Key Words: legal reservation, fundamental rights, rule of law, administration according to law, constitutional review

[74] 参见李忠夏：《数字时代隐私权的宪法建构》，《华东政法大学学报》2021年第3期，第42页以下。

[75] 有学者提出，如不区分检查和其他干预，不进行双层法律保留的建构，对通信自由的轻微限制，如考试中禁用手机，就会因不符合宪法第40条之规定而被认定为违宪。这一担忧可通过如下解释方案得到化解：（1）考试中对通信（讯）的限制，是对基本权利行使地点和方式的限制，对手机使用的限制属于对一般行为自由的限制，而不能僵化地理解为对通信自由的限制。（2）对通信自由的理解，应与通信秘密联系在一起。在只能借助书信往来实现通信的年代，宪法规定不得任意限制通信自由，出发点就在于防范因通信秘密无法得到保障而使通信自由受到限制。宪法第40条将检查作为对通信自由和通信秘密的限制手段，也可说明制宪者是将通信自由与通信秘密联系在一起考虑的。