

林来梵：“法律保留”的诱惑 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9E_97_E6_9D_A5_E6_A2_B5__c122_486164.htm 在当下我国法律界，包括法学圈中，连一些法学理论修养颇高的人(比如法理学者)，均把“法无禁止即自由”的说法视为理解权利的不二法门，甚至是法理圭臬。比如评判女大学生是否在大学毕业时拍摄“露腿照”留念的权利，或者问“乞讨权”可否是宪法上的一个权利，这些同行就会不假思索地答曰，法无禁止即自由。诚然，“法无禁止即自由”几乎是西方传统法律世界中的一条谚语，与“法无授权即禁止”一样，其理论上的有效性自不待言。然而，细想一下便会发现，这类原则在现实中也有可能导致人们产生出这样两种观念：一，法若有禁止即无自由；二，要禁止自由就必须通过法。如此一来，“法无禁止即自由”的原则，最终就难以逃脱“播下龙种却收获跳蚤”的宿命了。因为，通过立法机关的立法来禁止或限制自由，毕竟乃是相当容易的事。德国的历史就证明了这一点。在19世纪后半期，法律实证主义在这个国家取得了支配地位，在这种思潮的影响下，法已经被等同于立法机关所制定出来的那种形式意义上的法律，为此，“法治”也被理解为主要是实现“依(照)法(律)行政”，这就是“形式法治国”的核心内涵。近代德国行政法学大师奥托·迈耶(Otto Mayer)就是一位持有“形式法治国”观念的重要代表，他正是在形式法治国的意义上界定了“依法行政”的概念，认为其可概括为三点内涵，其中之一便是“法律保留”原则，主要指的是如果行政权要限制公民的基本权利或者使其承担某种基本义务

，必须有法律上的明确规定作为依据。德国人的这种理论表述对于这个时代我们中国的一般人来说也许比较复杂。其实，所谓的“形式法治”，或其中的“依法行政”，其本来的宗旨还是在于制约行政权力对个人权利的肆意侵犯，而为了实现这个目的，他们便构想了“法律保留”这个概念和制度，力图把基本权利的内容和范围尽量“保留”在立法机关所制定的法律上，也就是说只容许通过国家立法机关的法律才能对基本权利作出限制，以此严防行政权力直接地、任意地对其作出限制。而在基本权利的保障中，法律保留则又具体表现为两种方式：其一是基本权利的具体内容和保障方法由普通法律加以具体规定，这在德国被称为“规范保留” (Regelungsvorbehalt)；其二则是对基本权利的限制必须通过普通法律，这在德国被称为“限制保留” (Beschrnkungsvorbehalt)。这一整套观念和制度后来被日本以及民国时期的我国等大陆法系国家所引进，当今我国法学界所主张的“依法行政”的概念，其实也可以追溯到这个源头。但诚如日本当代著名公法学家芦部信喜所指出的那样，即使确立了“依法行政”的原理，“法律保留”也会不断地失去了其本来的意义，甚至还有可能改变了它的初衷。应该说，这种看法乃是一种相当敏锐的洞见。吾人可想而知，根据“规范保留”的方式，即使在宪法上规定了某些基本权利，但却必须依赖于普通法律对其加以具体化才能得到真实的保障，而一旦立法机关对某个基本权利的保障不作立法上的具体规定，即有意无意地处于某种立法不作为的状态之中，那么，这种基本权利就只能束之宪法的“高阁”；而即使立法机关采取了相应的立法作为，但根据“限制保留”方式，

其所制定出来的法律也可以任意削减和限缩宪法上所规定的基本权利的应有内容。德国以及其他许多国家的人权史，就恰恰遗憾地明证了这一点。本来法律保留所欲确立的是只能依照法律才能限制基本权利的机制，但最终却转化为只要通过法律就能限制基本权利的结局。其间，虽然法学家们用心良苦地建构出“形式法治国”、“法律保留”、“依法行政”等一整套法律观念或实定制度去“锁定”行政机关这个目标，力避其任意限制或禁止自由权利，据此确立了“法无禁止即自由”的原则，但行政机关本身就可以在一定程度上影响甚至完全控制议会的立法。比如，当年的俾斯麦宪法上就明文规定，作为行政机关最高首脑的皇帝也是立法机关的一部分，与议会共同行使立法权。而到了现代，正如施米特(Carl Schmitt)在《现代议会主义的精神史地位》(在我国新近被译为《当今议会制的思想史状况》)一书中所曾感慨的那样，传统的代议制民主则已完全走向了颓势。时至当今，各个西方民主国家的民意代表机关也都毫无例外地形同“橡皮图章”，因为90%以上的法律草案均由行政机关提出，议会只能小打小闹，小修小改，再加之委任立法的扩大，行政机关就更是在实际上享受着“立法的盛宴”了。由此可见，“法无禁止即自由”可能只是相对于那种不通过法律就可以禁止自由权利的非法治状态来说是一种进步观念而已，实不足以奉为圭臬。而在当下我国，由于近代德国的那种“法律保留”制度尚未全部得以确立，法律体系中的主要品种乃是行政机关的行政法规和政府规章，为此，“法无禁止即自由”的原则就更是一个陷阱，而且还是一个充满诱惑的陷阱。（作者系浙江大学法学院教授）

100Test 下载频道开通，各类考

试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com