

“得依法律限制之”：《临时约法》 基本权利条款源流考

饶传平*

摘要 《临时约法》与晚清的《钦定宪法大纲》不同，将基本权利一章置于国家机构之前，以宣示人民对于政府的前提性与根本性。但《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的规定，却为政府立法侵蚀宪法基本权利提供了借口。《临时约法》第十五条的规定，在法例上，可追溯到日本明治宪法第二十九条“在法律范围内”和普鲁士宪法第二十七条“非依法律不得设之”的规定；在思想上，源于清末民初国情论下的自由观。经过民国三十多年的立宪论争，《临时约法》第十五条“得依法律限制之”被1947年《中华民国宪法》第二十三条“不得以法律限制之”取代。这对现行《中华人民共和国宪法》第五十一条等条款的修改与完善，不无借鉴意义。

关键词 《临时约法》 基本权利 得依法律限制之 宪法保障主义 法律保障主义

引 论

晚清立宪运动兴起之后，清廷于1908年8月27日颁布了《钦定宪法大纲》。但《钦定宪法大纲》体系简略，大多系抄袭日本明治宪法而来。^{〔1〕}1912年3月11日，南京临时政府颁布《中华民国临时约法》（下文简称《临时约法》）。《临时约法》虽系称“临时”、“约法”，^{〔2〕}却体系

* 华中科技大学法学院副教授。本文得到中央高校基本科研业务费资助。

〔1〕 根据韩大元的研究，与日本明治宪法相同和相似的条款加在一起，占《钦定宪法大纲》全部内容的91.3%。参见韩大元：“论日本明治宪法对《钦定宪法大纲》的影响——为《钦定宪法大纲》颁布100周年而作”，《政法论坛》2009年第3期。

〔2〕 《临时约法》之系称“临时”，乃因南京临时政府的临时性质；系称“约法”，乃有待组建正式国会议决正式的中华民国宪法。

完备,分“总纲”、“人民”、“参议院”、“临时大总统、副总统”、“国务员”、“法院”、“附则”七章。从体例和章名可见,《临时约法》已基本齐备现代宪法的荦荦大端,不啻为一部形式完整的宪法。

以往的《临时约法》研究主要集中在统治机构的设置上,认为革命派为限制即将出任大总统的袁世凯的权力,对政体设计临时改弦易辙,由总统制变为内阁制,表现出“因人设法”的工具主义倾向。关于大总统和国务总理权力划分的规定,涉及《临时约法》第三章及之后各章节,确为《临时约法》非常瞩目的内容。但在法理上,居此之前的“人民”一章,在宪法学上实有其更为重要的研究价值。本文试对《临时约法》第二章“人民”的内容及其在法例与思想上的源流问题展开研究,以就教于方家。

宪法的基本权利(fundamental rights)或基本权,又称基本人权(fundamental human rights)或人权(human rights)。〔3〕什么是宪法的基本权利?它来自何处?又有哪些类型?不同的理论有不同的回答。〔4〕德国宪法学者施米特的《宪法学说》令人信服地系统性阐明了“法治国—民主宪法”的模型,对宪法基本权利的分类详尽而清晰,成为权威表述而为后世宪法学者所沿用。〔5〕施米特《宪法学说》成书于1920年代,他的基本权利分类理论系由评述1849年法兰克福宪法、1850年普鲁士宪法等19世纪德国宪法与1919年德国魏玛宪法发展而来,这与本文所分析的《临时约法》基本权利条款有密切的联系,即《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的规定,与日本明治宪法第二十九条“在法律范围内”和普鲁士宪法第二十七条“非依法律不得设之”的规定有法例上的渊源关系。职是之故,本文对《临时约法》基本权利的讨论,将根据施米特对基本权利的分类而展开。〔6〕

〔3〕在日本,“基本人权”与“人权”系被相互交换地使用。在德国,称基本法所保障的基本权利为“基本权”。参见(日)阿部照哉、田池政章、初宿正典、户松秀典编著:《宪法》(下册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,页32—33。有学者试图纠正学界对“人权”与“基本权利”两个概念的混用,依据德国基本法指出两者之间的区别:人权是指先于或外于国家的权利,而基本权利是指宪法上规定的权利,即指出相对于“基本权利”的法定性,“人权”概念具有更多的外在性与道德性。参见张龔:“论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景”,《法学家》2010年第6期。笔者以为,“人权”概念进入《德国基本法》第一条第二款的条文中,这本身就说明了“人权”已并非外在于国家的权利,或仅仅是道德性的权利,它在德国基本法中也具有相当坚实的法定性。有鉴于此,本文在使用“基本权利”概念时,系指具体的宪法条文而言;在更为一般的意义上,仍会使用“人权”的概念。

〔4〕基于自然法与实定法的理论,有“前国家的权利/后国家的权利”之分类;基于个人在国家中之地位的考察,德国学者耶律内克提出“人的权利/市民的权利”之类型;基于人权历史发展之动态的观点,日本学者宫泽俊义将人权分为不受法的规律之“自由”、宪法上受保障的“自由权”、积极受益的“社会权”、主动受益的“国务请求权”和“参政权”四类。阿部照哉等,见前注〔3〕,页34—41。

〔5〕阿部照哉等,见前注〔3〕,页38—39。

〔6〕由于曾得到纳粹高层的重用,施米特在政治上备受争议。但事实上,魏玛时期的施米特是反纳粹的。本文同意这样一个观点:抛开政治立场不论,施米特是一个富有远见的宪法学家。参见刘擎:“施米特的幽灵”,《二十一世纪》网络版2006年6月号总第51期。

施米特将基本权利划分为个人主义的自由权(liberty)、民主性质的公民权(political rights,也称公民的政治权利,或民主权、参政权)和国家对个人积极给付的社会权(social and economic rights,也称社会经济权利)三类,^{〔7〕}并进一步将自由权划分为“孤立个人的自由权”和“与他人有联系的自由权”两种。所谓“孤立个人的自由权”,是指个体拥有先于国家、凌驾于国家之上、与国家相对峙的权利,因而是真正的、绝对的基本权利,它们并非“依照法律”予以保障,其内容并非自来法律;相反,任何法律干预都属于例外情况,而且属于原则上受限制的、可预测的、受一般规定制约的例外情况。“孤立个人的自由权”包括人身自由(尤其是免于任意逮捕的自由)、住宅不受侵犯、通信秘密和私有财产权,以及宗教自由和良心自由。所谓“与他人有联系的自由权”,之所以被视为基本权利,是因为蕴含着社会的认可,而不再处于私人领域,它们就失去了绝对的保护,有制定规则和规范的必要性。“与他人有联系的自由权”包括发表意见的自由(言论自由和出版自由)、崇拜自由、集会自由、社团自由和结社自由。^{〔8〕}

对于公民权,施米特认为它完全不同于自由权,它的预设前提不是置身于国家之外的“自由”状态中的自由个体,而是生活在国家中的公民。有鉴于此,这些权利本质上具有政治的性质,它们是政治身份权,实施范围仅限于国家内部,仅涉及对国家生活的一定程度的参与,因而不能原则上不受限制。公民权包括:法律面前人人平等、请愿权、平等选举权和投票权、按照才能而被遴选担任公职的平等机会。^{〔9〕}

一、《临时约法》的基本权利条款： 从“得以法律限制之”到“得依法律限制之”

武昌起义后,各省脱离清廷而独立,纷纷制定具有宪法性质的约法或章程、政纲,其中尤以宋教仁起草的《中华民国鄂州临时约法草案》(本文简称《鄂州约法》)为最早。除《鄂州约法》外,还有《广西军政府临时约法》、《浙江军政府临时约法》(本文简称《浙江约法》)、《江西省临时约法》等。这些省的临时约法无论在立法体例和具体内容上均大同小异,一般都包括总纲、人民、都督、政务委员(政务司)、议会、法院(法司)、附则(补则)等七章内容。

《中华民国临时约法》的文本,来源于各省临时约法的制定。这一点,我们可以从《临时约法》与《鄂州约法》、《广西军政府临时约法》、《浙江军政府临时约法》、《江西省临时约法》等章节体例的比较上看出来。具体到基本权利的条款,为更好地比较,笔者将具有代表性的《鄂州约

〔7〕 (德)卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,页175—176。因社会权作为宪法权利是《临时约法》之后的历史,为《临时约法》中所没有,故本文对社会权存而不论。

〔8〕 同上注,页175—177。

〔9〕 同上注,页180—181。

法》、《浙江约法》与《临时约法》第二章“人民”中的条文列表如下：

表一 《鄂州约法》、《浙江约法》、《临时宪法》中的基本权利条款

《鄂州约法》第二章〔10〕	《浙江约法》第二章〔11〕	《临时约法》第二章〔12〕	
第四条 凡具有鄂州政府法定之资格者，皆为鄂州人民	第四条 凡立于本军政府之统治权下之人民，一律平等	第五条 中华民国人民，一律平等，无种族、阶级、宗教之区别。	
第五条 人民一律平等			
第六条 人民自由言论著作刊行并集会结社	第五条 人民得享有下列各项之自由： 一、人民之身体，非依法律所定，不得逮捕、审问、处罚 二、人民之家宅，非依法律，不得侵入、搜索 三、人民有保有财产之自由 四、言论、著作、集会结社之自由 五、书信秘密之自由 六、迁徙住居之自由 七、信教之自由	第六条 人民得享有下列之自由权： 一、人民之身体，非依法律，不得逮捕、拘禁、审问、处罚； 二、人民之家宅，非依法律，不得侵入或搜索； 三、人民有保有财产及营业之自由； 四、人民有言论、著作、刊行及集会、结社之自由； 五、人民有书信秘密之自由； 六、人民有居住迁徙之自由； 七、人民有信教之自由。	
第七条 人民自由通讯不得侵其秘密			
第八条 人民自由信教。			
第九条 人民自由居住迁徙			
第十条 人民自由保有财产			
第十一条 人民自由营业			
第十二条 人民自由保有身体，非依法律所定，不得逮捕审问处罚			
第十三条 人民自由保有家宅，非依法律不得侵入搜索			
第十五条 人民得陈请于议会	第六条 人民有呈请于议会之权	第七条 人民有请愿于议会之权	
第十四条 人民得诉讼于法司，求其审判，其对于行政官署所为违法损害权利之行为，则诉讼于行政审判院	第七条 人民有诉讼于行政审判院之权	第八条 人民有陈诉于行政官署之权。	
		第九条 人民有诉讼于法院，受其审判之权	
第十六条 人民得陈诉于行政官署	第八条 人民对于官吏违法损害权利之行为，有陈诉于行政审判院之权	第十条 人民对于官吏违法损害权利之行为，有陈诉于平政院之权	

〔10〕 《鄂州约法》条文转引自辛亥革命武昌起义纪念馆等合编：《湖北军政府文献资料汇编》，武汉大学出版社1986年版，页40。

〔11〕 《浙江约法》条文转引自中国史学会编：《辛亥革命》（七），上海人民出版社1957年版，页143—144。

〔12〕 《临时约法》条文转引自中国史学会编，见前注〔11〕，页30—31。

第十七条 人民有应任官考试之权	第九条 人民有应任官考试之权	第十一条 人民有应任官考试之权
第十八条 人民有选举投票及被投票选举之权	第十条 人民有选举及被选举之权	第十二条 人民有选举及被选举权
第十九条 人民依法律有纳税之义务	第十一条 人民依法律,有纳税之义务	第十三条 人民依法律有纳税之义务
第二十条 人民依法律有当兵之义务	第十二条 人民依法律,有服兵之义务	第十四条 人民依法律有服兵役之义务
第二十一条 本章所载人民之权利,于有认为增进公益、维持公安之必要,或非常紧急必要时,得以法律限制之	第十三条 本章所载人民之权利,于有认为增进公益,维持治安,或非常紧急必要时,得依法律限制之	第十五条 本章所载人民之权利,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

通过上表我们看到,《鄂州约法》、《浙江约法》、《临时约法》三者的基本权利条款极具相似性。比如,三者章名相同,且均在总则之后,居于第二章的位置,所列举自由权利的项目也大致相同。尤其是,在最后一均规定了对上列各项自由、权利的“兜底限制”条款。

我们再看三者的差异性。具体表现为:

首先,最明显的一点,是《浙江约法》将《鄂州约法》第六至十三条的各项自由权合并为一条,总括为“人民得享有下列各项之自由”的表述,并在顺序上做了调整,将人身、家宅、财产自由置于言论著作刊行并集会结社、通讯、居住迁徙等项之前,将信教自由项置于最后。《临时约法》继承了《浙江约法》的处理方式,除了一些字词调整外,仅在财产自由中增加了营业自由。

其次,《浙江约法》将《鄂州约法》第十四、十五两条顺序颠倒,将“陈请于议会”的权利置于“获得诉讼和审判”的权利之前,并将“陈请”改为“呈请”。《临时约法》继承了《浙江约法》的处理,并将“呈请”改为“请愿”。

再次,对于获得公正审判的权利,《临时约法》将《鄂州约法》的第十四、十六两条进一步区分为“陈诉与行政官署”、“诉讼于法院”、“陈诉于平政院”三种。

最后,在各自本章中居于最后位置的“兜底限制”条款,《浙江约法》第十三条将《鄂州约法》第二十一条中的“得以”改为“得依”。《临时约法》则与《浙江约法》几乎完全相同。

从以上诸点的相似性和差异性中可以看出,《浙江约法》对《鄂州约法》的基本权利条款有相当的发展与完善,而《临时约法》与《浙江约法》相比,无论是条文数目、排列顺序还是句型措辞,则有极大的相似性。可以说,除了少量的字词调整,两者几乎是一致的。由此,我们可以清晰看见从《鄂州约法》→《浙江约法》→《临时约法》的发展过程。

综上,我们看到,在《临时约法》第二章第五条至第十四条中,对施米特分类中的两类自由权和公民权规定的比较详尽。在“孤立个人的自由权”中,人身(身体)自由与住宅(家宅)自由条款的句型与措辞为“非依法律,不得……”;财产权、通信秘密与信教自由条款的句型与措辞为“人民有……”。在“与他人有联系的自由权”中,规定了言论、著作、刊行、机会、结社权,其句

型与措辞为“人民有……”。在公民权条款中,规定了平等权、请愿权、获得公正审判权、任官权、选举权与被选举权,其句型与措辞为“人民有……”。

从这些句型和措辞看,《临时约法》将自由权统一规定在一个条文中,说明制定者已经能比较准确地区分自由权和公民权的类型。而且,《临时约法》特别强调了人身自由与住宅自由的重要性,用了“非依法律,不得……”的措辞,以强调国家在干预这两项权利是受限制的、可预测的,也即国家的干预必须有法律作依据。另外,《临时约法》第二章所列的基本权利,从整体上看比1908年清廷颁布的《钦定宪法大纲》齐全、完整、严谨得多,这些都具有明显的进步性。

对《临时约法》基本权利条款最大的争议集中在第十五条“得依法律限制之”的规定上。上文已指出,《浙江约法》已经将《鄂州约法》中的“得以法律限制之”改为“得依法律限制之”。从“以”到“依”,涵义已有所改变。在有“增进公益”、“维持治安”、“非常紧急”必要时,“得以法律限制之”的措辞,可以理解为“可以通过制定法律来限制这些权利”,其语义重点在强调“可以通过立法来限制”权利;而“得依法律限制之”的措辞,则是认为“要限制这些权利,得有法律依据”,其语义重点是要强调限制权利“须有法律依据”。一字之差,表明《浙江约法》和《临时约法》的制定者已经非常清楚地意识到了“以”与“依”所强调的法律涵义的不同。

以上是“得以法律限制之”和“得依法律限制之”两种措辞在法律含义上的不同之处。两种措辞在法律涵义上的相同之处,则都是要强调对自由与权利的限制性。也即,国家认为在“增进公益”、“维持治安”、“非常紧急”必要时,可以制定法律限制所有的自由与权利。

二、时人对《临时约法》基本权利条款的批评:以章士钊、李剑农为例

《临时约法》甫一出台,章士钊就在《民立报》上提出了尖锐的批评。章士钊的批评首先指向《临时约法》基本权利保障法的缺失。他援引美国学者柏哲士的观点,认为宪法必备之条件有七,而关于人民自由者有三:(一)划定自由之范围,(二)保证自由,(三)遇紧急时限制自由。章士钊认为,《临时约法》具备了一与三,还缺少“何以保证所划之自由”。他分析道:

约法曰:“人民之身体,非依法律不得逮捕、拘禁、审问、处罚。”倘有人不依法律逮捕、拘禁、审问、处罚人,则如之何?以此质之约法,约法不能答也。果不能答,约法不为虚文乎?

基于此,章士钊提出借鉴英国的“出廷状”制度:

无论何时,有违法侵害人身之事件发生,无论何人皆得向相当法院呈请出廷状,法院不得不诺,不诺,则与以相当之罚是也。出廷状者乃法院所发之命令状,命令侵害者于一定期限内,率被侵害者出廷,陈述理由,并受审判也。^[13]

章士钊的批评直指要害,对民国制宪史有极大影响。从1913年“天坛宪草”开始,民国宪法(或宪法草案)中即加上了人身自由的保障条款,此一条款经“民八宪草”、1923年《中华民国宪法》、“五五宪草”,至1946年通过的《中华民国宪法》而达到非常完善的规定。

章士钊对晚清、民初《报律》与言论自由的评论,与他对《临时约法》基本权利条款的批评也直接相关。1908年3月,《大清报律》正式颁布,其目的是想通过报律来限制报馆言论。该律

[13] 行严:“临时约法与人民自由权”,《民立报》1912年3月12日。

参考日本、奥地利、俄国的相关法律,较清廷之前颁布的《报章应守规则》、《报馆暂行条规》,加宽禁载范围、提高保押费、改事后检查为事前检查、加重处罚等,使之更为严苛。^[14]

章士钊《言论自由与报律》一文对《大清报律》展开了透彻的批评。他引用戴雪对言论自由的定义,认为言论自由不受国家检阅,不受法律干涉,乃英国宪法的一大原则,以此证明报律“检稿”、“抵押费”规定之不当,并集中攻击《大清报律》第七条“每号报纸应于发行日补送该管官署、本省督抚及民政部各一份存查”及第四条“发行人应于呈时分别附缴保押费”规定之荒谬。他说:

……夫言论自由者,私权也,非公权也。人人可以自由与人通信,即可以将其信件或类似之物刊布行世,非两事也。今政府没收个人之私权,至于如是,则过此以往,倘政府颁发恣淫之律,则无论男女皆当以前一夜床第之事呈报政府(由第七条推出),自非不能人者,皆当课以淫具保押费(第四条),无可疑也。……^[15]

对此类荒谬规定,章士钊将其来源追溯日本法上:

凡人论事,最易为近例所欺,日本有新闻条例,为论者最近之引针。而迩来国人于法律事宜,动征引他国以自解,而所谓他国者,乃似只一日本。以为日本所有者,吾国当亦有之,而根本上之怀疑,乃至无从梦想。嘻!此膏肓之病也。今请正告国人曰:世固有第一等法制国,其中乃不审报律为何物者,望国人幸能追步之。如或以西方法理不必适用于东方,则以报律言,记者颇亟欲闻不能适用之故。^[16]

最后,章士钊总结道,送报存查及缴纳保押费,乃锄除言论自由之刀斧也。吾人不欲言论自由则已,欲则不容有此律。^[17]

民国创立,南京临时政府内务部颁布了“报律”三章:(一)发行及编辑人,须向内务部注册,或就近向地方高级官厅呈明,兹部注册;(二)著论有犯共和国体者,停版外,发行及编辑人坐罪;(三)污毁个人名誉当更正,否则科罚。对于此三章“报律”,当时舆论主要集中在“内务部侵权”、“报律内容之失当”两点上。章氏再撰《论报律》一文,一反时论之常见,指出“内务部即握有定报律之权矣,报律之内容即甚当矣,……民国是否当容报律发生是也”,直接提出了“取消报律”鲜明主张。他再次引用英美法律家的观点说:

出版自由非他,乃出版无预求特许之必要是也,必出版后有违法事件发生,始依法处理。

英吉利法律者,自由之法律也。自由者,则特许之实也。特许两字在英法实无用处。如人欲出版则出版而已,无他手续也。至出版后如或违法,须受法庭审判,则亦与他种违法事件等耳,非于出版独异也。

美利坚之宪法未尝与中央政府以操纵言论、出版各自由之权,以此之故,美利坚此种自由极其完全。中央政府对于言论界,绝不得以何种形式施其干涉。^[18]

[14] “本馆接警部颁发报律九条专电”,《申报》1906年10月21日。“宪政编查馆考核报律内容”,《申报》1908年3月23日。

[15] 秋桐:“言论自由与报律”,《帝国日报》1911年1月11日、12日连载。

[16] 同上注。

[17] 同上注。

[18] 行严:“论报律”,《民立报》1912年3月6日。

李剑农于1919年在《太平洋》杂志上发表的《宪法上的言论出版自由权》一文，则将矛头直指《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的规定，认为这是束缚言论自由的铁链。他说：

（《临时约法》）第六条第四项，算是承认我们的言论自由了；第十五条就是束缚那种自由的铁链铁锁，就是给政府“摧残那种自由”的自由权。因为“增进公益”，维持治安，“非常紧急”，“必要”这些名词，都没有一定的界说；遇着恶劣政府，就可以任意伸缩；助他们为恶的言论出版物，随便乱说，都不受干涉；反对他们为恶的，他们就可以借“维持治安”等种种名词，来压迫你；洪宪时代是如此，现在也是如此。

李剑农以袁世凯时代的《报纸条例》为例，指出所谓“得依法律限制之”的法律，也是随便可以制定的；依照那种条例，约法第六条所载的言论出版自由权，就根本取消了。即使《报纸条例》算不得法律，他以《戒严法》、《出版法》为例，指出这些法律中的“非常事变”、“混淆政体”、“妨害治安”、“败坏风俗”等条款纷纷成了横暴武人剥夺人民自由的利器。他指出：

总而言之，政府有了《出版法》这种利器，我们的言论出版自由权，就只有一个空名。但是这种利器，是谁给他的呢？是约法给他的。我们说他剥夺约法上的人民自由权；他就说：他是依照约法而行；依照约法上所说“人民权利，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”的条文而行；现在所依以限制的法律，就是《出版法》。我们还有什么话说？

对于《临时约法》第十五条的立法原由，李剑农提出了两种解释：

一是受了日本宪法的影响。李剑农分析道，《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的规定，是从日本宪法第二十九条“日本臣民在法律范围内，有著作印行言论及集会结社之自由”的规定抄袭而来。日本宪法第二十九条，又是从普鲁士宪法变换来的。普鲁士宪法第二十七条说：“凡普鲁士臣民，有以言论著作刊行及图画自由发表其意思之权，不得设刊行物检阅之其他刊行自由之制限，非依法律不得设之。”依照普鲁士宪法条文，虽说可由议会制定法律限制刊行的自由，但议会不能设刊物检阅之法，法律干涉的范围，就比较狭小。日本宪法以“在法律范围内”六个字包括一切，什么法律，都可以制定；法律范围扩张到什么地步，所谓言论刊行各种自由的范围，就缩小到甚么地步。第十五条比起日本宪法第二十九条，《临时约法》好像对自由与权利的限制范围要狭小些，因为有“增进公益”、“维持治安”、“非常紧急”、“必要”等前提。但实际上，这些名词却是政府的最好利器。《临时约法》为什么受日本宪法影响呢？李剑农进一步指出，南京临时政府参议院的议员，大多数是日本留学界的产物。他们念得最熟的，就是日本宪法。又听得一般的口头禅说，“所谓自由，是自由于法律范围之内”；又听得人说什么“宪法要有弹性”；所以就造成这种“有弹性”，“以法律摧残自由”的条文，给恶劣政府一种自由应用的武器。^{〔19〕}

二是把议会信托过甚了，把“法律”两字看得太神圣了。李剑农说，宪法的性质，从一方面说，是保障人民的权利；从另一方面说，是限制政府的行动范围。狭义的政府是行政部，广义的政府就包括立法、行政、司法三部。近世议会政治的现象，司法虽然独立，立法行政两部，常常是关联一气的；行政部较强的，立法部就成为了他的宰制品。立法部较强的，行政就成为了他的宰制品，无论什么法律，（除开宪法）大都是由行政立法两部的合力制定。假若一党派得势，不

〔19〕 剑农：“宪法上的言论出版自由权”，《太平洋》第2卷第1号，1919年11月。

良恶,无论什么法律,都可制定;别一党派得势,不问良恶,无论什么法律,都可推翻。把人民万不可丧失的言论出版自由权委托于这种机关所制定的法律,实在是非常危险的。南京临时政府的参议院,就没有见到此层。他们以为法律由议会制定,议会是代表人民的,断不至制定什么法律,来侵害人民的正当自由;政府(狭义)纵然想为恶,断不敢超出法律范围以外。岂知他们所信托的法律,就是恶劣政府(广义)的武器,可以由他们任意改造,任意应用。〔20〕

李剑农主张将来的宪法“应该以美国为师资,不要再把日本式的自由权写在宪法上才好”,“不如老老实实的把美国做我们的先例,在宪法上明明白白的说出来:人民言论出版之自由,不得制定何种法律以侵减之。”〔21〕

三、《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的法理分析

对于个人是否拥有国家所不能干涉的自由与权利;宪法规定的基本权利是否可受法律限制的问题,在理论上有宪法保障主义和法律保障主义之别。宪法保障主义不许于宪法规定以外,另以法律限制人民的自由与权利,法律保障主义则开放议会对自由与权利的立法限制。〔22〕

最明显的宪法保障主义立法例,是美国宪法第一修正案的规定:“国会不得制定关于下列事项的法律:确立国教或禁止信教自由;剥夺言论自由或出版自由;或剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利。”〔23〕从“国会不得制定……”的字面含义上看,美国宪法第一修正案对所列举的自由与权利提供了近似绝对的保障,〔24〕它将防范基本权利被侵害的矛头直接指向了“国家”。

和英国、法国更趋向于议会政治不一样,美国权利法案(即前十条宪法修正案,其中有大量的“不得……”之措辞)所保护的自由与权利,被视为不受所有机关和所有政治权威的侵害。这

〔20〕 同上注。在民初制定《鄂州约法》、《浙江约法》、《临时约法》的时代,中国宪法的具体知识主要来源于日本,这也可以从其起草人的留学背景中清晰看出来。《鄂州约法》的起草人宋教仁、《浙江约法》的起草人褚辅成、《临时约法》的起草人景耀月、张一鹏、吕志伊、马君武等人,都是清一色的留日背景。据笔者的阅读与观察,清末民初中国宪法领域的学术与思想,大致经历了以下两个阶段:晚清阶段,主要通过日本学习西方的宪法知识和理论,以梁启超和留日学生为主力;1910年代开始,一些留学欧美的学者开始回国,利用在宪法发源地的所学,批判清末民初的制宪,从源头上介绍欧美宪法的基本制度、原理与最新发展,成为1920年代初期中国制宪运动的新生力量。这方面首先是由章士钊钤其流,接着是张君勱、李剑农、周鲠生等扬其波,而在1920年代中后期则由王世杰的《比较宪法》一书综其绪,该书也成为中国宪法学公认的奠基之作。

〔21〕 同上注。

〔22〕 张知本:《宪法论》,殷啸虎、李莉勘校,中国方正出版社2004年版,页97。该书系由上海法学编译社于1933年首版。

〔23〕 美国宪法修正案条文,转引自李道揆:《美国政府和美国政治》(下册),商务印书馆2004年版,页787—788。

〔24〕 之所以说是“近似”,是由于在美国的司法实践中,对第一修正案“国会不得制定……”的规定,并不采取简单的字面解释。换言之,美国最高法院反驳了试图对第一修正案采取字面解释的“绝对主义者”立场,而适用著名的“明确的和现实的危险”的标准,这一标准实际上是在言论自由原则和其他原则之间进行权衡。这种权衡应遵循根据案件的所有具体情势而不断变化这一要旨。换言之,不能将限制言论自由的例外情形视为规则,并在很大程度上作为确定的定义适用。否则,这些规则就很可能吞没言论自由原则。参见(英)艾伦:《法律、自由与正义——英国宪政的法律基础》,成协中、江簪译,法律出版社2006年版,页195—198。

种人权观的基本旨意在于反对绝对的民主和绝对的议会至上,保护个人不受国家的侵犯。不仅不受政府官员的侵犯,甚至不受多数人、不受民选代表(立法)的侵犯,即使他们出于为公共谋福利的善良愿望亦如此。〔25〕

正是在这个意义上,张佛泉认为,英文“Bill of Rights”不能译作“人权法案”或“权利法案”。因为从“Bill of Rights”一词的起源看,无论称“Bill”还是称“宣言”,它和普通的立法都是大不相同的:它原是“先于”正式法律系统的,并原是法律系统以外的(extra-legal)。及至转入政治范围,“Bill of Rights”便成了全法律系统的总起点。为了保证这些权利,国与政府方在人间树立起来。因此,“Bill of Rights”可说比宪法正身还重要,它代表宪法之具体目的。〔26〕

《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的规定,其立法例来源于日本和德国,采用了法律保障主义,而非宪法保障主义。这为《戒严法》、《出版法》等议会立法、甚至如《报纸条例》等行政立法剥夺宪法规定的人民自由与权利打开了方便之门。

传统德国的国法学以法的实证主义否定自然法理论,强调臣民(国民)对国家所负公法上的责任义务,强调自然的自由于法律范围内被容许,也即强调权利的法定性或法律赋予性。李剑农把《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的渊源追溯到日本(明治)宪法第二十九条的“在法律范围内”和普鲁士宪法第二十七条中的“非依法律不得设之”,是识见之论。前文已言,《临时约法》系由《鄂州约法》、《浙江约法》发展而来。《鄂州约法》的起草者宋教仁,起草、审议通过《浙江约法》的浙江临时议会议长褚辅成(旋即任浙江省参议会议长)等议员,《临时约法》的起草员景耀月、吕志尹、马君武等,均为清末著名的留日人士。

但李剑农把普鲁士宪法第二十七条中的“非依法律不得设之”和日本(明治)宪法第二十九条“在法律范围内”、《临时约法》第十五条“得依法律限制之”等措辞等量齐观的批评,表明他或许并未明了施米特所指出的、在德国法中古老、自明的“以法律为根据”与“通过法律”的区分。对受保障的自由领域的侵犯必须“以法律为依据”,这里的法律须按“国民法治国”的法律概念即“普遍性的法律”,也即法律必须具备某些特定的品质:正当、理性、公正等来理解,而不是国王或立法机关颁布的任何一项采取法律形式的个别法令即“形式意义上的法律”。在这里,“以法律为依据”强调的是对自由与权利的侵犯必须以法律为“依据”,而不是通过法律就“可以”。这涉及德国宪法学中的“法律保留”原则,即基本权利要受到法律保留原则的限制问题。法律保留原则的起因,不是为了更多地限制人民的基本权利,而是为了人民的基本权利能够受到更大的保障。它是国会权力受到宪法信任的表现,并藉此来防止人民权利之遭到行政权及司法权非法之侵犯。〔27〕

施米特指出了一种常见的对法律保留原则的误解,即:人民似乎相信,只要宪法没有明文禁止,就可以通过法律或特别法律对以基本权利的形式获得保障的自由领域实行一切干预。

〔25〕 (美)路易斯·亨金:“导论”,载(美)罗森塔尔编:《宪政与权利:美国宪法的域外影响》,郑戈等译,三联书店1996年版,页5。

〔26〕 张佛泉:《自由与权利:宪政的中国言说》,清华大学出版社2010年版,页420-421。

〔27〕 转引自陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,页369。对基本权利进行限制所应遵循的原则,除了法律保留原则外,还有比例原则,见陈新民,页347-404。

施米特认为,这种误解是因为法治国的法律概念没有得到正确的认识。^[28]

退而言之,即使一个中国学者果真明了“以法律为根据”中正当、理性、公正的“普遍性”法律概念,但是当他身处国家分裂、军人乱法的北洋政府时,清晰的理论之于混乱的政象,又能如之何?同样,对李剑农提出矫枉过正般“言论出版的自由,就是要绝对的”的呼吁,我们又怎能不报以同情的理解,而不必苛责他不能区分“以法律为根据”限制“孤立个人的自由权”和“与他人相联系的自由权”之间存在差异了。^[29]

四、《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的思想根源

从制度层面看,《钦定宪法大纲》一味地强调“君上大权”不受限制、“臣民权利”须严格限制,且将之置于“附录”的位置上,这是一个明显的特点。《临时约法》较之《钦定宪法大纲》则有显著不同,这些不同不只是体现为国体从君主立宪到民主共和的转变、政府权力分立制衡制度的确立,更体现在对人民权利的尊严宣告上,且将之堂堂正正地放到了参议院、大总统、国务员诸章之前,以显示人民权利之于国家机构的前提性与根本性。当然,如章士钊、李剑农所批评的那样,《临时约法》对基本权利的保护仍存在过严的、不当的法律限制。这一点也体现在同一时期的诸多私拟宪草以及“天坛宪草”、“袁记约法”上。^[30]此种强调对基本权利有法律限制的必要之倾向,有李剑农所指出的受日、德宪法例的影响,也与清末民初危机情势下强调个人服从群体的时代思潮直接相关,因为从根本上说,人权的观念与制度实是一时代一国家有关个人与国家关系的集中体现。下面,试以严复等清末民初思想家对自由的理解为例,简析《临时约法》第十五条“得依法律限制之”思想的时代背景。

在写作《论世变之亟》、《原强》的时代,严复的自由观念里明显带有“天赋人权”的色彩。但到1904年严复翻译孟德斯鸠的《法意》时,他开始严厉批评卢梭的“天赋人权”说。^[31]民国后,由于卢梭《民约论》风行,革命学说炽热,为“药社会之迷信”,严复于1914年写作了《民约平议》一文,严厉抨击“天然之自由平等”为“绝物”,指责卢梭之说“悬意虚造”而“误人”。^[32]严复对“天赋人权”学说从信从到批判的转折,在严复的思想演变中有重要意义,这说明他抛弃了“绝对自由”的观念,形成了“相对自由”的观念。

[28] 施米特,见前注[7],页187-188。

[29] 施米特认为,“孤立个人的自由权”是真正绝对的基本权利;“与他人有联系的自由权”因其涉及他人,因而就有制定规则和规范的必要性,而不能绝对化。见前注[7],页175-180。

[30] 比如,梁启超宪草第十七条“但为公益起见,得依法律所定,便宜处分”的规定;“袁记约法”“人民”章“非依法律”、“于法律范围内”、“依法律所定”的规定;“天坛宪草”“国民”章“非依法律,不受”、“依法律有”的规定,等。值得注意的是,李庆芳宪草第十一条的规定稍有不同,它将《临时约法》第十五条“本章所载人民之权利,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”规定中并列式的“或”改为条件式的“因”,这对法律限制基本权利提出了更严格的要求。但从大方向上看,这些规定在对基本权利限制的立法思想和规范逻辑上,与《临时约法》其实是大同小异、一脉相承的。以上所引宪法草案的条文规定,参见夏新华、胡旭晟、刘鄂等整理:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版,页252、329、443、471-472。

[31] 严复:《〈法意〉按语》,王栻编:《严复集》(第四册),中华书局1986年版,页986。

[32] 严复:《〈民约〉平议》,王栻编:《严复集》(第二册),中华书局1986年版,页337、338、340。

进入 20 世纪,严复所谈的自由形成了两组互相对立的概念,即“小己自由”和“国群自由”,“政界自由”和“政府管治”。小己自由与国群自由的对立性,主要体现在国家对外争独立、争富强的过程中,小己自由应服从国群自由;政界自由与政府管治的对立性,体现在政府对内治权的广狭,正与民众自由之多寡成反比。

1904 年出版的《法意》是严复翻译孟德斯鸠的作品,但其中的“按语”,却是严复自己的思想。^[33] 在这些按语里,严复说,法律所论者非小己之自由,乃国群之自由。^[34] 严复所指称的“国群自由”,为“祛异族之侵横,求有立于天地之间”的自由,此种国群自由,实为国家自由。而他所称之“小己自由”,则是与对外而言之国家自由相区别的对内之个人自由。此种个人自由,也即个人对内反抗“暴君之压制,贵族之侵陵”的自由。严复认为,在中国受到异族侵陵的情势下,小己自由和国群自由是相互对立的。此时,中国所急需解决的,是人人应群策群力,与闻国事,致力于对外向列强争国群自由也即国家自由,而非对内向政府争小己自由也即个人自由。^[35]

有研究表明,1905 年前后严复思想的来源相当复杂,他的政治思想并非只有自由主义这个单一的来源,至少非自由主义者的西莱等英国思想家对严复也有深刻影响。比如,《政治讲义》中的思想就直接来自西莱的《政治科学导论》一书。而西莱就不主张个人自由至上,他重视的是集体利益和个人价值的均衡,甚至不认为自由是普遍的价值。^[36] 《政治讲义》将自由分为三义:一为国之独立自主不受强大者牵掣干涉为自由;二以政府之对国民有责任者为自由;三以限制政府之治权为自由。严氏认为第三类自由和第二类自由往往并见,并将第三类自由称为政界自由。^[37]

与小己自由和国群自由在外来势力侵略的危急情势下构成对立关系一样,严复所区分的政界自由和政府管治也构成对立关系,这是由于,他坚信政府治权的广狭,正与民众自由之多寡成反比,政治家的事业,就是要在两者之间进行平衡。^[38] 应如何平衡政界自由和政府管治之间的关系呢? 严复认为,应根据天演论的原理,“视其国所处天时地势民质何如”,就是根据国情时势的需要,进行平衡。^[39] 严复以不同时代、不同国家对宗教自由、言论自由管制的宽严不同,来论证政界自由的相对性,他说,“政府权界,与所处之时地为对待”、“不能答以十分死

[33] 需要指出,要特别注意严复的思想和严复翻译的思想之间的区别。我们不能想当然地将严复翻译作品的思想直接等同于严复的思想。

[34] 此处,严译的国群自由自然是指“法律的自由”。参见孟德斯鸠:《孟德斯鸠法意》(二),严复译,商务印书馆中华民国二十年版,第十一卷,第二页。笔者将张雁深译《论法的精神》和严译《法意》进行比对,可判断严复所称之国群自由,实为张译之政治自由。参见(法)孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1997 年版,页 154。

[35] 孟德斯鸠:《孟德斯鸠法意》(三),严复译,商务印书馆中华民国二十年版,第十七卷,第四、五页。

[36] 戚学民:“严复《政治讲义》本文溯源”,《历史研究》2004 年第 2 期。

[37] 严复:《政治讲义》,王栻编:《严复集》(第五册),中华书局 1986 年版,页 1289—1290。

[38] 同上注,页 1279。

[39] 同上注,页 1290。

语”、“不得立为死法”。〔40〕从此数语中,政界自由的相对性已表露无遗。不仅如此,严复甚至将“国家治权轻重,因之自由多寡,常与国之外患内忧,比例而立”定为公例。〔41〕

此一公例,我们可以总结为严复国情论下的自由观。严复说:“制无美恶,期于适时;便无迟速,要在当可。”〔42〕既然制度需要应因国情,那么专制即使属于“危制”,也有它所适应的时代。〔43〕由此看出,严复在对待个人与群体的关系上,明显地要求个人在危机情势下服从群体利益。这一点,从他1914年《民约平议》对卢梭“天赋人权”论的严厉批评中也可可见一斑,在该文中,他断言,在危机情势下,应“人人减损自由,而以立国善群为职志”。〔44〕

不仅严复的自由观中富有国情论色彩,与严复同样受到西方思想熏陶的改革派思想家何启、胡礼垣也是如此。何启、胡礼垣曾与张之洞掀起了近代中国第一场主权与人权的论战。张之洞说“盖惟国权能御敌国,民权断不能御敌国”,〔45〕何启、胡礼垣则说“人人有权,其国必兴;人人无权,其国必废”。〔46〕他们对人人是否有“自主之权”持截然相反的观点,但他们对“自主之权”的论证逻辑,却都是从国家兴废的角度出发。中国能否强盛、能否抵御列强,成了人权有无的理由。对当时的中国人来讲,国家主权的正当性似乎是不证自明的,而个人人权则取决于是否对国家主权的维护有作用。这种从国家兴废的角度去论证人权正当性的思维,将人权功利化、工具化,使人权永远匍匐于国权之下。

与严复同为清末民初思想巨子的梁启超,也强调国家以法律作为整齐驳杂个人、追求群利(遂而可能钳制个人自由)的工具。梁启超对自由及其限制的认识,有学者认为可分三个时期:第一时期,在1898—1902年间,梁启超倾向强调自由的一面,指称自由即强权,即个人权力之运作与扩大,其界限定于权力相峙的结果。第二时期,从1902年以降,梁启超笃信个人自由的理念开始动摇,开始强调限制多于自由,对自由添加了良知、法律和利群的要求。第三时期,到了1906年前后,于清廷似乎愿意立宪的情况下,梁启超更进一步强调对自由进行限制的重要性。〔47〕

实际上,无论是梁启超还是严复,以及何启、胡礼垣,他们的思想都深受中国传统的影响,

〔40〕 同上注,页1293—1298。

〔41〕 同上注,页1305。

〔42〕 严复:《宪法大义》,王栻编:《严复集》(第二册),中华书局1986年版,页240。

〔43〕 严复,见前注〔37〕,页1305—1306。

〔44〕 严复,见前注〔32〕,页333。

〔45〕 苑书义、孙华峰、李秉新主编:《张之洞全集》(第十二册),《劝学篇·正权第六》,河北人民出版社1998年版,页9723。

〔46〕 何启、胡礼垣:《劝学篇书后》,《新政真诠:何启、胡礼垣集》,郑大华点校,辽宁人民出版社1994年版,页419。

〔47〕 杨贞德:“自由与限制——梁启超思想中的个人、礼与法”,《台大历史学报》第34期,2004年12月。在个人与国家之间,梁启超强调国家以法律作为整齐驳杂个人、追求群利(遂而可能钳制个人自由)的工具。由此,我们便不难理解,他在民初拟定的宪法草案“人民”一章中,几乎在每项基本权利里都加以“依法律(令)所定”、“于法律范围内”的限制。梁启超宪草详见《民国经世文编·法律一》,台湾文海出版社1969年版。

他们强调在互动辨证的关系中理解个人与群体、国民与国家的关系。^[48] 作为清末民初著名的思想家,严复、梁启超、何启、胡礼垣的自由观与人权观具有相当的典型性,而且具有巨大的影响力。金观涛、刘青峰运用数据统计的方法,深入研究了清末民初个人、自由、权利等关键词的出现次数、频率与含义变迁,认为清末民初中国权利观念的一个鲜明特征是群体的权利压倒个人的权利。^[49]

一时代之制度与一时代之思想之间,具有紧密的关联性。思想决定制度,而制度反映思想。在一时代之宪法条文与一时代之政治思想之间,尤为如此。在此意义上,《临时约法》强调对基本权利进行法律限制的必要性,实源于清末民初自由和权利思想中的国情论,以及群体权利压倒个人权利的观念。

六、结论:从“得依法律限制之”到“不得以法律限制之”

与晚清的《钦定宪法大纲》相比较,由《鄂州约法》、《浙江约法》演变而来的《临时约法》,较详尽地列举了人民所应享有的各项基本权利,并将“人民”一章堂堂正正地置于参议院、大总统、国务员诸章之前,显示了人民权利之于国家机构的前提性与根本性。而且,《临时约法》第一次准确区分了自由权和公民权,并强调人身自由与住宅自由的重要性。这些对素无现代自由与权利观念的中国人而言,具有深远的历史意义。但《临时约法》第十五条“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”的规定,却为《戒严法》、《出版法》等普通立法剥夺宪法规定的人民自由与权利找到了借口。深得英美宪法精髓的章士钊和李剑农,对此展开了严厉的批评。章士钊主张宪法应加上人身自由的保障条款,主张取消钳制言论自由的报律。李剑农的批评集中在《临时约法》第十五条上,认为其受到日本的不当影响,对议会太过相信,主张学习美国的宪法,不得制定何种法律侵减人民的自由与权利。

笔者以为,《临时约法》第十五条强调对基本权利进行法律限制的必要性,不仅受到日本明治宪法在法例上的影响,而且在思想上源于清末民初自由和权利思想中的国情论,以及群体权利压倒个人权利的时代思潮。基于对《临时约法》第十五条“得依法律限制之”的不断检讨,以及个人自由与权利观念的广泛传播,历经“天坛宪草”、“袁记约法”、“湖南省宪”、1923年《中华民国宪法》、“太原约法”、“训政约法”、“五五宪草”、“期成宪草”、“政协宪草”等不同时期立宪、修宪中的反复论争,它终被1947年《中华民国宪法》第二十三条的“不得以法律限制之”取代(见附表二)。1947年《中华民国宪法》第二十三条虽仍采用法律保障主义而非宪法保障主义,认可为“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”而可依法律限制

[48] 有关这一点,在严复和何启、胡礼垣方面,上文已有说明。在梁启超方面,伯伦智理的国家有机体论也进一步强化了梁启超这样的观念。参见黄克武:《一个被放弃的选择——梁启超调适思想之研究》,新星出版社2006年版,许纪霖序,页6。

[49] 金观涛、刘青峰:《观念史:中国现代重要政治术语的形成》,法律出版社2009年版,页11。

自由与权利,但其“除……外,不得以法律限制之”的句型与措辞,构成了立法技术上的“原则—例外”逻辑关联,其重点显然是要强调对自由与权利进行法律限制的例外性与严格性。^[50] 这样,从1911年《鄂州约法》的“得以”改为1912年《临时约法》的“得依”,再改为1947年《中华民国宪法》的“不得以”,从强调对基本权利进行法律限制的必要性,改为强调对自由与权利进行法律限制的例外性与严格性,可视为基本权利保护在宪法文本上的胜利,是被张君劭称之为“以人民为基础之宪法”的胜利。^[51]

只是,这种“文本上的胜利”,敌不过以国民党强权为后盾的《动员戡乱时期临时条款》的蛮横冻结,成为一纸空文。实际上,宪法的施行,应以国家存在基本限度的整合为基础。通观整个民国时期,不但没有基本限度的国家整合,更面临着极其险恶的国内国际环境。欲在这样的基础上达致宪政,无异于画饼充饥。^[52] 但宪法“文本上的胜利”仍有思想史和制度史上的意义,我们从中可以看到近代中国人权思想与制度变迁的缩影。

《临时约法》颁布已过百年,当我们重新审视它的意义、缺陷及其演变历程时,对今天应有镜鉴的价值。把目光转向《中华人民共和国宪法》第二章“公民的基本权利和义务”第五十一条的规定,“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”,其中所存在的问题,与《临时约法》的基本权利条款有近似性。它们在逻辑上都倾向于强调对基本权利的概括性限制,

[50] 参见聂鑫:“宪法基本权利的法律限制问题:以中国近代制宪史为中心”,《中外法学》2007年第1期。但该文作者一方面承认法律保障主义与宪法保障主义从理念到实效都大相径庭,另一方面又认为近代中国宪法史中基本权利保障问题的关键不在于法律保障主义与宪法保障主义的优劣是非,而在于制宪者对于基本权利法律限制的态度。笔者认为,法律保障主义与宪法保障主义的优劣其实正体现在制宪者对基本权利法律限制的态度中。如本文所述,宪法保障主义认为法律限制基本权利是例外的,所以对法律限制基本权利要作严格的限制,而法律保障主义则无这样的理念。此外,该文径直认为1947年《中华民国宪法》第二十三条的例外条款为基本权利的法律限制“开了后门”,笔者认为,这是忽视了1947年《中华民国宪法》第二十三条“除……外,不得以法律限制之”的句型与措辞,其逻辑指向是要强调法律限制的例外性与严格性。1947年《中华民国宪法》第二十三条的规定参见陈茹玄:《增订中国宪法史》,中华民国三十六年(1947年)世界书局版,附录。

[51] 张君劭:“中华民国民主宪法十讲”,参见张君劭:《宪政之道》,清华大学出版社2006年版,页139—140。需要说明的是,个人权利的保护与国家对个人权利的干预,是一个相对的、历史的范畴,不应作架空历史的、绝对化的理解。对此问题,不同国家的宪法有不同的规范模式。在美国,在权利发展时期,美国宪法构建者对于普选产生的立法机构施加于某些类型权利之上的潜在威胁感到不安,从而对自由与财产的保护使用了绝对化的修辞,规划出使少数人免受多数暴政的主要保障机制。但随着社会化运动的发展,经济与劳工立法对个人自由与财产的限制至为明显。因此,二战后宪法所确立的基本权利,很少以赋予其绝对化的解释方式出现。参见玛丽·安·格伦顿:《权利话语——穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社2006年版,页24—61。在德国,基于对二战的深刻反思,《德国基本法》对基本权利的限制,放在每一项基本权利规定中进行差异性处理,并在基本权利一章的结尾处对各个基本权利条款中所涉及的法律保留本身进行了一般性限制。此种限制模式,被称之为“对限制的限制”。参见赵宏:“限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理”,《法学家》2011年第2期。同时参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,页348—354。

[52] 有关民国宪政政治未能达成的原因分析,受益于与章永乐博士的邮件讨论,特此致谢,并参见章永乐:“近代中国宪政建设中的政治吸纳/整合缺位——以1914年北洋政府制宪改革为中心”,《北大法律评论》第13卷第1辑,北京大学出版社2012年版。

而忽略了对基本权利限制的例外性和严格性。这显然与现代宪法“保护人民权利、限制政府权力”的旨意相违背,为立法者破坏或掏空宪法所规定的基本权利提供了空间与借口。^[53]在此意义上,笔者相信,本文梳理从1912年《临时约法》到1947年《中华民国宪法》基本权利条款的演变史,对于《中华人民共和国宪法》第五十一条的修改与完善,不无借鉴的意义。因此,值得将从1912年《临时约法》到1947年《中华民国宪法》基本权利条款的演变历程,作一简要的梳理,作为本文的结尾,并以此纪念《临时约法》的百年诞辰。

表二 从1912年《临时约法》到1946年《中华民国宪法》中基本权利条款措辞的变迁

宪法	类型	措辞	特点	法律涵义
临时约法 1912	自由权 I	非依法律,不得……	不得侵犯性	1. 准确区分了自由权和公民权,并将自由权统一规定在一个条文中;2. 特别强调了人身自由与住宅自由的重要性;3. 将《鄂州约法的兜底限制条款“得以法律限制之”改成“得依法律限制之”。
	自由权 II	有……	享有性	
	公民权	有……	享有性	
	……得依法律限制之		法律限制的必要性	
天坛宪草 1913	自由权	非依法律,不受……	不得侵犯性	1. 准确区分了自由权和公民权,且强调了自由权的不受侵犯性与公民权的法定性;2. 首次规定人身权的保障条款;3. 首次规定受教育的义务;4. 删除了《临时约法》的兜底限制条款。
	公民权	依法律有……	法定性	
袁记约法 1914	自由权 I	非依法律,不得……	不得侵犯性	1. 对自由权和公民权有区分,但将属于自由权I的财产权、居住权、通信秘密混同于自由权II,2. 虽然没有兜底限制条款,但同样强调所有权利的法定性。
	自由权 II	于法律范围内……	法定性	
	公民权	依法律所定,有……	法定性	
湖南省宪 1922	自由权 I	人民有…… 非依法律,不受……	不得侵犯性	1. 首次对自由权II的限制进行严格的限制;2. 首次规定自卫权。3. 首次规定救济权和教育权,并在“行政”中详细规定义务教育、劳工保护及其他社会权。4. 进一步细化了平等权和人身权的条款。5. 没有兜底限制条款,将对基本权利的限制差异化地规定在每一个条文之中。 ^[54]
	自由权 II	在不抵触刑事法典之范围内,……不受何种特别法令之限制	法律限制的例外性与严格性	
	公民权	人民有…… 人民依法律有……	法定性	
	社会权	人民有…… 政府……得……	依赖性	

[53] 已有学者对我国现行宪法第五十一条的问题进行反思,赵宏,见前注[51]。

[54] 湖南省宪对不同类型基本权利进行差异化处理,说明立法者放弃了将基本权利的限制完全交由某项概括性条款来完成的传统做法,对不同类型基本权利的属性和特征已有清晰的认知。这说明1920年代中国宪法理论和立法技术取得了巨大的成绩。相类似地,1949年的《德国基本法》将此差异化处理更进一步细化,达到了非常复杂缜密的地步。参见赵宏,见前注[51]。该文将此种差异化处理称为《德国基本法》的首创,但仅以湖南省宪为例,可见这种说法有失公允。

中华民国 宪法 1923	自由权	非依法律,不受…… 凡无背于……皆承认之	不得侵犯性	1. 准确区分了自由权和公民权;但对自由权I和自由权II的可依法律限制性作同样强调;2. 规定了人身权的保障条款;3. 首次对自由权作出概括性的承认;4. 未规定社会权条款。
	公民权	依法律有……	法定性	
太原约法 1930	自由权	非有(经)……,不得…… ……不得以法律限制之	不受侵犯性	1. 第一次出现“不得以法律限制之”的措辞,确立自由权保护的宪法保障主义;2. 在人身权的主体和内容方面作了进一步的完善。
	公民权	依法律有……	法定性	
	非依戒严法,不得停止或限制之		法律限制的例外 性欲严格性	
	社会权	国家应……	依赖性	
训政约法 1931	自由权	非依法律,不得……	不得侵犯性	1. 对人身权的保障条款规定更细致;2. 首次规定了“非依法律,不受军事审判”条款;3. 无自由权的概括性承认;4. 根据三民主义创造了新型的公民权,但规定了行使的条件和要求;5. 在“国计民生”、“国民教育”中规定了社会权;6. 明确了国民党训政体制。
	公民权	有…… 依法律有……	享有性 法定性	
	社会权	国家应……	依赖性	
五五宪草 1936	自由权	非依法律,不得限制之	非依法律不得侵犯性	1. 进一步细化人身权的保障条款;2. 去除“不受军事审判”中的“非依法律”措辞;3. 将概括性保护作为自由权和公民权的兜底条款;4. 首次对权利限制作出限定;5. 首次规定国家赔偿条款。6. 社会权规定在“国民经济”、“教育”两章中。
	公民权	有依法律……之权	法律依赖性	
	凡不妨害……均受保障 以……为限		不受侵害性 法律限制的 例外性与严格性	
	社会权	国家……,应……	依赖性	

政协宪草 1946	自由权	人民之……,应予保障 人民有……	固有性	1. 去除章名中的“义务”两字; 2. 更进一步细化人身权的保障条款;3. 去除各条中的“非依法律,不得限制之”、“依法律”措辞;4. 对权利限制的限制修改为“不得以法律限制之”(供选择);5. 有专章规定“选举”制度;6. 有概括性保护自由权和公民权的兜底条款;7. 社会权规定在“基本国策”章中。
	公民权	人民有……之权	固有性	
	凡不妨害……均受保障 除……,不得以法律限制之		不受侵害性 法律限制的 例外性与严格性	
	社会权	国家应……	依赖性	
中华民国 宪法 1947	自由权	人民之……,应予保障 人民有……	固有性	1. 又加上章名中的“义务”两字;2. 进一步完善人身权的保障条款;3. 首次在基本权利一章中规定“生存权、工作权”;4. 正式确定对权利限制的限制修改为“不得以法律限制之”;5. 完善“选举”制度,首次规定妇女当选名额;
	公民权	人民有……之权	固有性	
	凡不妨害……均受保障 除……,不得以法律限制之		不受侵害性 法律限制的 例外性与严格性	
	社会权	国家应……	依赖性	

说明:①自由权Ⅰ系指“孤立个人的自由权”,自由权Ⅱ系指“与他人有联系的自由权”。在施米特的基本权利分类中,强调了自由权Ⅰ的绝对性和自由权Ⅱ的相对性。②为体现完整性,将《临时约法》中所无、自湖南省宪开始规定的社会权条款也纳入表格。③中华民国不同时期的宪法,有不同的理论基础,并因应不同的国内外政治环境,因篇幅关系,本简表对中华民国不同时期宪法理论与源流的复杂性与多向性,无法一一作出详细分析。

(责任编辑:章永乐)