

论基本权利限制的明确性要求

王 锴*

摘 要:明确性要求是基本权利限制的正当化条件之一。明确性要求来自法治原则中的法安定性原则,对它的界定需要从正反两方面来进行。明确性要求要具备可预见性、不能涵盖过广和能够通过解释或者判例来确定3个要件。根据法律保留程度的不同,明确性要求分为一般明确性要求和特殊明确性要求。明确性要求所要消除的不明确主要是针对主观的不明确,即立法者意图的不明确。对于基本权利限制而言,法律所规定的限制基本权利的目的不明确,会造成执法机关在执行时的困惑或者选择性执法,并导致法律解释的困难。因此,只要立法者意图明确,即使法律语句存在客观的不明确,包括使用不确定法律概念和概括性条款,仍然可以通过法律解释或者案例群等方法予以确定,并不违反明确性要求。

关键词:基本权利限制 明确性要求 不确定法律概念 概括性条款

《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第7条第2款规定:“法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性。”2023年提交全国人大常委会初次审议的《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)》[以下简称《治安管理处罚法(修订草案)》]第34条规定:“有下列行为之一的,处5日以上10日以下拘留或者1000元以上3000元以下罚款;情节较重的,处10日以上15日以下拘留,可以并处5000元以下罚款:(1)在公共场所从事有损纪念英雄烈士环境和氛围的活动的;(2)在公共场所或者强制他人在公共场所穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志的;(3)制作、传播、宣扬、散布有损中华民族精神、伤害中华民族感情的物品或者言论的。”该规定在征求意见时,很多人认为其中“有损中华民族精神、伤害中华民族感情”的表述不够明确,在罚与不罚之间界限模糊,如对外国动漫人物的角色扮演、穿着外国民族服饰等是否属于应受行政处罚行为难以判定,易使处罚范围扩大化。^①由于对违反治安管理的行为进行行政处罚属于对公民基本权利的限制,这就引发了基本权利限制的明确性要达到何种程度的讨论。

* 北京航空航天大学法学院教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(19VHJ015)

① 参见赵宏:《关于修订〈治安管理处罚法〉的几个问题》, <https://www.163.com/dy/article/IDVHO8GI0530W1MT.html>, 2023-09-06。

明确性要求是基本权利限制的正当化条件之一,^①但我国宪法学界对该问题的研究并不多,也未能提供体系化的分析思路。^② 本文拟在比较国内外已有做法的基础上,引入语言学研究的成果,对基本权利限制中明确性要求的界定方法、判断标准以及例外等进行系统分析。

一、明确性要求的内涵

明确性要求的理论基础是法治国原则下的法律安定性原则。^③ 法律安定性原则主要是对立法者提出的要求,因为清晰的立法使得民众可以具体认识其法律服从义务和法律状态,从而指引其行为。^④

(一)正面界定

明确性与清晰性不同,清晰性侧重于立法语言(包括概念、句子、段落)的条理清楚和一目了然,并不涉及内容的宽窄或详略。而明确性侧重于内容,具体包括:^⑤

第一,具备可行性。因为任何法律规定终究是要贯彻实施的,所以法律规定的可行性是充分明确性的重要标志。例如,德国联邦宪法法院曾经认为,《帝国鉴定法实施条例》中所使用的“实际状态”和“价值关系”概念缺乏可行的区分要素而不符合明确性要求。^⑥

第二,免于恣意。亦即法律规定是否会产生不公平的后果。明确性意味着法律规定的刚性,目的是确保法律的平等适用,做到相同情况相同处理。在实践中,这一要件也被称为选择性执法标准,如果因法条涵盖过广赋予主管机关选择性执法的机会,那么有权机关就可以宣告其违反明确性要求。

第三,具备可预见性。对此,德国联邦宪法法院曾指出,法律规定必须要让任何人能够预见到何种行为会导致何种刑罚,从而相应地调整自己的行为。法治国原则要求个人必须清楚地了解行政机关将在何种程度上干预其权利。^⑦ 可预见性有所谓主观可预见性和客观可预见性之

^① Vgl. Andreas von Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S.170-178.

^② 参见欧爱民:《法律明确性原则宪法适用的技术方案》,《法制与社会发展》2008年第1期;韩永红:《法明确性原则与宪法关系的研究》,法律出版社2013年版;饶龙飞、叶国平:《论法律明确性原则:依据、标准和地位——基于违宪审查角度的解读》,《贵州警官职业学院学报》2016年第5期;胡超:《法律明确性原则的地位与功能——基于基本权利限制合宪性审查的视角》,《研究生法学》2017年第5期;翟国强:《刑法明确性原则的宪法控制——基于比较法视角的分析》,《北京工业大学学报》(社会科学版)2017年第6期。

^③ Vgl. Tristan Barczak, Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot, in: Klaus Stern/Helge Sodan/Markus Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band III, 2. Aufl., C.H.Beck, München, 2022, S.850.

^④ Vgl. Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122, S.184.

^⑤ Vgl. Roland Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen: Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S.28.

^⑥ Vgl. Roland Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen: Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S.92.

^⑦ Vgl. Roland Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen: Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S.96.

分,前者是指法律规定要能够为不具备法律专业知识的普通人所预见,后者是指能够为法律专家所预见。对此,德国联邦宪法法院认为不能一概而论,要区分情况分析。如果一个法律规定是直接对公民生效(如许可或者给付),那么就要以普通人所能预见为前提,如此才能激发民众去遵守。反之,如果一个法律规定并非直接对公民生效,而是对国家机关提出的要求(如授权干预的规定),那么就要以专业人士的可预见为前提。^①

第四,法院的可适用性。根据德国联邦宪法法院的观点,如果一个法律规范因不确定性而导致法院无法适用,那么它就是违宪的。例如,《德国护照法》规定的“基于其他重大事由可以拒绝颁发护照”在实践中就导致对于护照颁发部门的裁量根本无法审查的后果,因而是违宪的。^② 所谓法院不可适用是指法院即使通过具有共识性的解释方法或者依据可遵循的判例仍然无法确定其内涵。^③ 例如,根据《黑森州宪法》第 78 条第 2 项的规定,造成选举无效的原因包括影响选举结果的行为违反公序良俗。对此,在 2001 年德国黑森林选举审查判决中,德国联邦宪法法院认为,通过一般法律解释方法并根据相关事实关联,公序良俗的内容可以确定且实务上也有为数众多的影响选举结果的行为方式和样态可资参照,故不违反法律明确性要求。^④

(二)反面排除

德国联邦宪法法院在认定法律不明确时,通常采取非常严格的标准。例如,德国某培育马匹的私人团体的章程将培育目标界定为:培育纯种的、适合的、表现出色的热血马,它能够富有活力地、善于利用空间地、灵活地运动,它的气质、特性和驯服性适宜于任何方式的骑行。德国联邦宪法法院认为,上述章程规定缺乏足够的明确性。因为它给个别决定的作出留下了十分宽泛的填充空间,但是并没有提供具体的判断标准。^⑤

美国法院在审查限制第一修正案的权利时,也会用模糊和宽泛的标准来判断其合宪性。所谓“模糊”是指,如果一个理性人无法明确区分何种言论是被禁止的和被允许的,那么就构成模糊。^⑥ 例如,在“寇兰德诉劳森案”^⑦中,法院宣布加利福尼亚州的《游荡法》违宪,原因是一个惩罚性的法律必须用带有充分确定性的语言来界定犯罪行为,从而让普通人能够了解什么行为是被禁止的,同时避免任意和歧视性的执法行为。有时,模糊性的法律还损害公平。因为如果用模糊性的语言,就无法提供关于什么行为是被禁止的清晰的告知,而不知者不为罪,在这种情况下进行制裁是不公平的。模糊的语言还会产生选择性执法的风险,美国奥康纳法官曾经指出,法律模糊的问题不在于实际的告知,而是立法者必须建立一个规范政府强制力的最低护栏。如果立法

^① Vgl. Roland Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen: Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S.97.

^② Vgl. Roland Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen: Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S.103—104.

^③ Vgl. Roberto Bartone, Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, in: Hartmut Rensen und Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts—erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, De Gruyter Recht, Berlin, 2009, S. 315.

^④ Vgl. BVerfGE 103,135f.

^⑤ Vgl. BVerfGE 88,380f.

^⑥ See Erwin Chemerinsky, The First Amendment, Wolters Kluwer, 2019, p.135.

^⑦ See Kolender v. Lawson, 461 U.S. 352(1983).

者没有建立这样的最低护栏,那么就等于允许警察、检察官、法官按照其个人偏好执法。^①

所谓“宽泛”是指,如果一个法律实际上规制的言论比宪法所允许规制的更多,那就构成宽泛。例如,在“谢德诉伊弗雷姆山镇案”^②中,市镇的法令禁止所有的现场表演,这就构成宽泛。同时,宽泛必须是实际的。例如,在“布罗德里克案”^③中,原告认为俄克拉何马州的一部法律违宪,因为它禁止政府雇员举办政治活动,原告认为该法律过于宽泛,如衣服上带有政治意涵的纽扣或者用政治性的车尾贴纸装饰是否也要被禁止。但是,美国联邦最高法院认为,一个法律是否宽泛不能仅看表面,而要看它是否属于“实际上宽泛”,即通过个案分析发现是否存在制裁的事实。^④有时,实际上宽泛还要求提供证据来证明该法律被运用到禁止合宪言论的实际次数。例如,在“休斯敦市诉希尔案”^⑤中,一个法令禁止打断警察执行公务的行为。某人被判有罪,因为他在警察逮捕他的朋友时大喊从而转移警察的注意力。法院认为该法令违宪,原因是按照该法令将制裁很多受宪法保护的言论,违反该法令的行为每天都在发生,但是警察仅仅选择其中的一部分人逮捕,这就构成实际上宽泛。相反,如果法院认为该法律只是适用于很少的情形,将不会构成宽泛。例如,在“纽约诉费伯案”^⑥中,一部州法律禁止儿童色情表演,尽管它可能包含一些具有严肃文学性、科学性或者教育意义的作品。但是法院认为,这种例外与该法律所要打击的范围相比是微乎其微的,因此该法律合宪。^⑦

关于宽泛和模糊的关系,学者认为两者部分重合但并不等同。这是因为,有时候宽泛的并不一定模糊。例如,在“洛杉矶机场管理委员会诉犹太耶稣团体案”^⑧中,洛杉矶机场管理委员会发布一个决定,禁止个人或者团体在机场的核心候机区从事任何跟第一修正案有关的活动。被告是一个非营利的宗教团体,其福音部的负责人在机场核心候机区向行人发放免费的宗教资料时被机场保安阻止。该案中,行政机关的决定禁止了一切受到第一修正案保护的行为,甚至包括说话、阅读或者穿着抗议性的衣服,范围不能不说宽泛,但它并不模糊。反过来,模糊的有时不一定宽泛。假设洛杉矶机场管理委员会禁止的是所有不受第一修正案保护的言论,那么这显然是模糊的,因为一个理性人看到该条文时无法知道到底什么被禁止了,但其并不宽泛,因为其没有超出法律能够规制的范围。当然,一个法律规范也有可能既宽泛也模糊。例如,在“科茨诉辛辛那提案”^⑨中,一部法令规定,3个人以上聚集在人行道上做出令行人讨厌的行为将受到刑罚。法院认为该法令是违宪的,理由是:一方面,它是模糊的,因为它没有提供确定的标准;另一方面,它也是宽泛的,因为它授权制裁受宪法保护的行为。^⑩

(三)小结

① See Erwin Chemerinsky, *The First Amendment*, Wolters Kluwer, 2019, p.136.

② See *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61(1981).

③ See *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601(1973).

④ See Erwin Chemerinsky, *The First Amendment*, Wolters Kluwer, 2019, p.141.

⑤ See *City of Houston v. Hill*, 482 U.S. 451(1987).

⑥ See *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

⑦ See Erwin Chemerinsky, *The First Amendment*, Wolters Kluwer, 2019, p.142.

⑧ See *Airport Comm'rs v. Jews for Jesus*, 482 U.S. 569(1987).

⑨ See *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611(1971).

⑩ See Erwin Chemerinsky, *The First Amendment*, Wolters Kluwer, 2019, p.147.

纵观上述正反两面的认定,笔者认为,正面界定和反面排除或许可以结合。一方面,正面界定中的可行性与法院的可适用性追求的目标是相同的,应可归为一类;另一方面,避免恣意与反面排除中的“宽泛”所追求的是同一个目的,即避免将合法行为作为违法行为进行打击,而可预见性与反面排除中的模糊也是一体两面。由此,可将明确性要求归结为 3 个要件:(1)具有可预见性。根据英国哲学家维特根斯坦“意义即用法”的观点,语词的意义与语词的使用和目的相连接,语词的意义就是它在语言中的用法。^①因此,所谓可预见性的关键就是人们对该语词的用法相对固定,不能因分歧太大而导致无所适从。例如,关于《治安管理处罚法(修订草案)》第 34 条中的“中华民族的精神”“中华民族的感情”,前者目前并无统一的界定,^②后者过于主观,且无人能够代表中华民族的感情,导致难以判断。(2)不能涵盖过广,让人难以把握合法行为与违法行为的边界,从而将合法行为纳入打击的范围。例如,《土耳其刑法》第 301 条曾规定“侮辱土耳其魂罪”。2008 年《土耳其刑法》修改时将第 301 条改为“侮辱土耳其民族罪”。欧洲人权法院在 2011 年“阿尔图格·塔纳尔·阿克坎诉土耳其案”^③中指出,无论是旧法的“土耳其魂”或新法的“土耳其民族”,都因涵盖过广而过于模糊,依土耳其本国案例观之,几乎任何冒犯、扰乱社会主流价值的政治言论,都很容易成为检察官调查、起诉的对象,虽然土耳其政府表明已竭尽全力限缩该条的适用,但是政治情势的改变可能改变司法部门的解释态度,从而开启恣意起诉的大门。(3)能够通过解释或者判例来确定。如果立法有多种解释的可能,但立法者又没有给出明确的指示时,即无法根据被规范的生活事实的性质回溯到规范的目的,那么可以认为该立法缺乏解释的可能性。^④同时,涉及该条文的既有判决缺乏一致性时,也可以认为该条文缺乏明确性。例如,2005 年,全国人大常委会法律工作委员会法规备案审查室在审查《投机倒把行政处罚暂行条例》时曾指出,“多年来,‘投机倒把’的内涵一直随着国家政策的变化而变化,范围时大时小,具有不确定性。初步查找到《暂行条例》制定前国家颁布的 10 个有关‘投机倒把’的政策、法令和司法解释,其中有些规定了‘投机倒把’概念。……从上述规定看,各个时期对‘投机倒把’界定的具体内容都不完全相同,造成公民对这一概念理解不清,继续使用这一概念来界定违法行为,容易引起公众对处罚的误解和守法认识的混乱”。^⑤

二、一般明确性要求与特殊明确性要求

因明确性是对立法机关提出的要求,故基本权利限制的明确性要求与法律保留密切相关。

① 参见[美]凯利·迪恩·乔利编:《维特根斯坦:关键概念》,张晓川译,重庆大学出版社 2021 年版,第 93 页。

② 例如,1998 年《中央宣传部、国家教委、民政部、文化部、国家文物局、共青团中央关于加强革命文物工作的意见》指出,革命文物是中华民族的精神财富;2015 年《中共中央关于繁荣发展社会主义文艺的意见》指出,中华优秀传统文化是中华民族的精神命脉;2017 年《中央精神文明建设指导委员会关于深化群众性精神文明创建活动的指导意见》指出,爱国主义是中华民族精神的核心,爱国主义精神是中华民族的精神基因;2020 年《中国法治建设年度报告》指出,中华法系凝聚了中华民族的精神和智慧。

③ See Altug Taner Akcam v. Turkey, App. No. 27520/07, 85—94.

④ Vgl. Hinnerk Wißmann, Generalklauseln: Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, S.168.

⑤ 全国人大常委会法制工作委员会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 14~15 页。

也就是说,如果是实行法律保留的基本权利,那么法律在限制它的时候就须满足形式正当性条件和实质正当性条件。其中,明确性要求属于形式正当性的条件之一。^①

(一)一般明确性要求

1.不同的明确性程度

明确性并非对所有情形都有着一样的要求,而是存在程度的差别:对于限制基本权利的事项,应适用较严格的明确性要求。同时,对基本权利的干预越严重,明确性要求就越严格。^②反之,对于授益性事项或者涉及繁琐事实以及有适应社会经济情势变迁的必要的,则可以适用比较宽松的明确性要求。

德国联邦宪法法院曾将明确性和规范清晰性作为国家干预通信自由的核心标准,在保护信息自决权时,干预的动机、目的和界限必须限于特定的领域且精确和清晰。^③干预须能根据所调整的生活关系的性质并结合规范目的加以确定。^④这是因为法律语句不同于其他语句,其不仅是理性的活动,而且也是意志行为。^⑤一般的语句只是准确地反映被定义对象的性质,而法律语句的目的并非仅仅在于获得对定义的认识,更重要的是确定语言的用法。立法者要明确在具体的个案中如何理解概念以及澄清该概念在未来如何以被定义的内涵来使用。准确地说,法律语句不是在确定事实,人们不能质疑该定义是否为真,而只能判定该定义对于目的是否恰当。^⑥因此,立法目的对于法律语句具有决定性的意义。英国法理学家哈特所举“禁止在公园中使用车辆”的例子就是一个很好的说明。从文义上看,消防车肯定属于机动车,但显然不能禁止消防车进入公园救火。因为立法者规定该条文只是为了禁止那些会对在公园中休闲的人们安全构成威胁的机动车,而消防车恰恰是为了保护人们的安全,故不在此列。^⑦

学者从语言学的角度对该问题作了进一步阐述。语言可以分为自然语言和非自然语言,自然语言是指一些自然符号,如森林上空有烟雾,它可能来自森林火灾,但也有可能是附近旅馆的炊烟。烟雾的自然含义是确定的,因为它取决于因果关系。而非自然语言是一种意图现象,它的内涵取决于说话者或者作者交流的意图,如某人夜晚开车停在一个十字路口,对面的车向他闪烁车灯,其意图有可能是提醒他车灯不亮,也有可能只是对方觉得好玩。^⑧语义意思是通常在使用该符号时的习惯性内涵,也可以称之为词典意思,它考虑的是平均人而非特定人。语义意思只是为了方便沟通。一方面,它给予说话者一系列能够被听众所理解的符号,为听众理解说话者的意图提供了基础;另一方面,说话者在使用这些符号时,并不受限于符号的语义意思,只要他们确信存在足够的背景线索去传递他们的意图即可。例如,“热”这个词可以被用在一碟菜冷了的情况

① 其他的形式正当性条件还包括个案法律禁止、援引要求、禁止溯及既往等。

② Vgl. BVerfGE 86, 311.

③ Vgl. BVerfGE 110, 53.

④ Vgl. BVerfGE 49, 181.

⑤ Vgl. Nikolaos Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht: Eine bedeutungstheoretische Untersuchung, Nomos, Baden—Baden, 2022, S.273.

⑥ Vgl. Nikolaos Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht: Eine bedeutungstheoretische Untersuchung, Nomos, Baden—Baden, 2022, S.274.

⑦ 参见[英]哈特:《法律的概念》(第3版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第191~193页。

⑧ See Ralf Poscher, An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective, in Geert Keil and Ralf Poscher eds., Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives, Oxford University Press, 2016, pp.67—68.

下,只要说话者在适当的环境下带着正确的反讽语调。语义意思和说话者的意思呈现出辩证的关系,一方面,语义意思是由说话者意思的大量叠加形成的,就好像做了某种意思的民意调查;另一方面,特定的说话者依赖语义意思去表达其意图,但是说话者不能随意使用语义意思。此时,带着语义意思的符号就像一个工具,但是任何工具都受限於它们能够实现的功能。例如,钳子可以用来拔钉子,但不能用来修剪。某人说我想要一大杯水,听众可能觉得模糊,因为不知道他的意图到底多少算作大。如果此时菜单上写着大杯 500 毫升、小杯 300 毫升,那么在这种语境下就可以理解他的意图,并不会觉得模糊。当然,如果他的意图只是想要 50 毫升水,那么此时他说“一大杯水”也会让人不明就里。^① 因此,如果我们无法通过语义或者其他语境材料来确定说话者的意图,那么才是真正的不明确。

语言学研究的启发性在于,不明确可以分为说话者意图的不明确(主观不明确)和语词意义的不明确(客观不明确)。后者又可以分为语义不明确和语用不明确。^② 语义不明确包括两种情况:(1)多义性。例如,英语中的“bank”既有河岸的意思,又有银行的意思。但是多义性可以通过语境来确定,如当事人讲“把钱存进 bank”,那就排除了河岸的意思。^③ (2)不精确性,即语义本身没有提供充足信息或者缺少有用的具体细节,如“几乎”“也许”“大概”“猜测”等词语,但这种语义的不精确本质上仍是说话者的意图不明确导致的,也就是说,只有说话者拿不准的时候才会使用这些不精确的表述。语用不明确是指,无论一个语词的语义多么清晰,总有一些边缘情形不确定是否可以归属于该语词的语义之下。例如,水果、蔬菜的概念是比较清晰的,但是小西红柿(圣女果)到底属于水果还是蔬菜,就令人感到困惑。学者指出,这种语用不明确是无法避免的。原因在于:(1)世界本身是一个连续体,而我们使用的概念却是彼此分离的,也就意味着我们要用一个个独立的概念去“切割”世界,这必然导致概念与概念之间衔接的困难。(2)人本身的感知能力是有限的。就像红色和橙色到底是一种颜色还是两种颜色,那些波长上的细微差别,人可能根本就感知不到。(3)有时人缺乏追求精确性的实践理由,如当人们用“一堆谷物”这种不精确的表述时,可能意味着他们此时根本不在乎谷物的数量到底是多少,但如果人们要对谷物进行交易时,肯定就会用使用公斤或者升等更为精确的表述。(4)有时语用不明确是因缺乏共识而导致的。例如,人们之所以对于什么样的政体属于民主政体存在观点上的分歧,可能是因为人们对于什么是民主本身没有共识。(5)开放结构也会导致语用不明确。因为总有新的或者无法预料的情形出现,从而产生边缘情形。^④

区分主观不明确与客观不明确的意義在于,客观不明确是无法消除的,这也可以解释为什么会有不确定法律概念的存在。既然客观不明确无法消除,当然也不是明确性要求所要规制的对象,否则明确性要求就变成了一个客观上无法实现的空谈。因此,明确性要求或者法学上所要消除的不明确主要是针对主观不明确即说话者意图的不明确。这也跟法律语句作为非自然语言和

① See Ralf Poscher, An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective, in Geert Keil and Ralf Poscher eds., *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford University Press, 2016, pp.68—70.

② 参见[英]蒂莫西·A.O.恩迪科特:《法律中的模糊性》,程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第43页。

③ See Ralf Poscher, Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation, in Perter M. Tiersma and Lawrence M. Solan eds., *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford University Press, 2012, p.129.

④ See Ralf Poscher, Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation, in Perter M. Tiersma and Lawrence M. Solan eds., *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford University Press, 2012, pp.139—140.

立法者意图的载体有关。即使法律中存在不确定法律概念或者概括性条款,但只要立法者的意图是明确的,我们就可以通过解释的方法确定其内涵。例如,警察让旁观者和事故现场的证人站到附近,“附近”这个词看似是模糊的,因为没有给出精确的距离,但是如果我们了解警察这样说的意图是想还原当时的事故场景,那么“附近”就不是模糊的,而是指跟当时事故发生时的距离相同的距离。因此,重要的不是词语本身是否模糊,而是在于说话者的意图能否被确定。对于基本权利限制来说,说话者的意图就是法律限制基本权利的目的。法律限制基本权利的目的不仅要合宪(即具备目的正当性),而且这种目的要通过法律语句的表达为执行机关所清楚地接收到,即执行机关不能对限制目的产生困惑。产生这种困惑的主要原因是,从法律语句的表述中看不出来限制的目的,也找不到相关的背景资料作为辅助,从而无法通过法律解释予以明确。从《治安管理处罚法(修订草案)》第34条的规定来看,无论是“在公共场所或者强制他人在公共场所穿着、佩戴有损中华民族精神、伤害中华民族感情的服饰、标志”还是“制作、传播、宣扬、散布有损中华民族精神、伤害中华民族感情的物品或者言论”,诸如此类的表述之所以被认为不够明确,是因为从目前的表述中看不出来限制这些行为的真实目的。

2. 指示条款的问题

正如学者所指出的,由于明确性要求有程度的差别,因此其真正目的是排除那些不能忍受的不明确,包括空洞的公式、泛泛的条款以及内容没有边界的不明确。^① 不能忍受的不明确在我国法律中主要体现为大量存在的“依照国家有关规定”“依照有关规定”等指示性条款。^② 这些条款虽然经常与程序有关,但是也有一部分涉及公民的实体权利甚至与基本权利限制有关。例如,《中华人民共和国人民警察法》第16条规定:“公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施。”《中华人民共和国进出口商品检验法》第37条规定:“商检机构和其他检验机构依照本法的规定实施检验和办理检验鉴定业务,依照国家有关规定收取费用。”一般来说,技术侦察措施会限制公民的通信自由、通信秘密以及隐私权等,收费会限制公民的财产权,但是作为权利限制依据的“国家有关规定”到底是指哪些规定,存在较大的不确定性。一方面,这些规定的范围太大,既有可能是立法,也有可能是非立法性的其他规范性文件;有可能是公开的,也有可能是不公开的;制定主体有可能是国家机关,也有可能是国有的企事业单位或者社会团体,其内涵比“依照治安管理处罚法的有关规定”或者“依照国务院的有关规定”等更为不确定。另一方面,这些规定是否已经出台,也不明确。由于我国尚缺乏对立法不作为的救济手段,因此一旦有关规定尚未出台,上述指示性条款将成为具文。20世纪50年代,《德国药房停止设置法》曾规定,新药房是否允许设立应符合各州相关法律规定。但哪些法律规定属于“相关”,各州的执法机关见解不一,因此联邦宪法法院宣告该规定违反法律明确性要求。^③

(二) 特殊明确性要求

基本权利限制除了一般的明确性要求外,还包括授权明确性这一特别要求。

1. 授权明确性的判断标准

^① Vgl. Nikolaos Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht: Eine bedeutungstheoretische Untersuchung, Nomos, Baden-Baden, 2022, S.387.

^② 据统计,我国目前有197部法律中存在指示性条款的规定。

^③ Vgl. BVerfGE 5, 33.

授权明确性基于相对法律保留而产生,《立法法》第 11 条虽然规定了若干法律保留的事项,但是其第 12 条也规定,本法第 11 条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。这就使得一些限制基本权利的事项,只要不属于绝对法律保留(不可授权)事项的,也可以授权行政法规来规定,如《立法法》第 11 条第 7 项规定的“对非国有财产的征收、征用”等。同时,为了防止法律的制定机关通过授权逃避自身的立法义务,《立法法》第 13 条第 1 款规定,授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等。这被称为授权明确性要求。

关于授权明确性,德国法要求对于授权性的行政法规,法律的制定机关必须单独授权,不能一揽子、概括式授权,而且授权必须明确授权的内容、目的和范围。这被称为授权三要素。当然,《立法法》规定的授权明确性须具备的要素比目的、内容、范围要多,还要加上授权期限和授权原则,可以称之为授权五要素。包括:(1)授权目的,是指授权机关对其他机关作出立法授权的宗旨。^①例如,1985 年《六届全国人大三次会议关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》(以下简称《1985 年授权决定》)明确规定这一授权是“为了保障经济体制改革和对外开放的顺利进行”。(2)授权事项(内容)和范围,两者看似没有区别,但实际上,内容跟事项有关,而范围是指界限。例如,1966 年《德国负担平衡法》的授权条款为,代理他人参与在负担平衡署及其下设委员会所进行的程序应得到许可,并缴纳规费。许可要件和规费的缴纳,另以行政法规规定。德国联邦宪法法院认为,该条只是规定了授权的内容——规定许可要件和如何缴纳规费,但授权的范围不够明确。立法者听任行政机关自由决定代理人的各种主客观资格条件,但这种自由决定权的界限何在,从授权条款本身以及《德国负担平衡法》的其他条文中均无任何线索可循。^②当然,授权内容不明确的现象也是客观存在的。全国人大常委会法工委官方编写的《立法法》释义就曾指出,在 1985 年《授权决定》中,哪些事项属于“有关经济体制改革和对外开放方面的问题”,并不明确。^③(3)授权期限。由于我国授权性行政法规通常是规定试验性、先行性的事项,故一般有授权期限的要求,即在授权期限届满后授权性行政法规就自动失效,如果还需要继续授权的,由被授权机关提出,然后由授权机关决定。但是《立法法》只是规定了最长授权期限为 5 年,具体授权多长时间,由授权决定自己规定。(4)授权原则,是指被授权机关行使被授予的权力时必须遵循的准则。^④例如,1985 年《授权决定》就指出,国务院必要时可以根据宪法,在同有关法律和全国人大及其常委会有关决定的基本原则不相抵触的前提下制定暂行规定或条例。其中的“不抵触”原则就是授权原则。

至于明确的程度,德国联邦宪法法院曾经指出,要让公民从授权法中能够足够明确地预见

^① 参见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 65 页。

^② Vgl. BVerfGE 19, 376.

^③ 参见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 65~66 页。

^④ 参见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 66 页。

到,在何种情形下、以何种意图来使用授权,并且被授权发布的法规具有何种可能的内容。^①这被称为“可预见性公式”。例如。在1951年“第二次行政区划调整法判决”中,案涉法律的授权条款为“为执行本法所需的行政法规由联邦内政部长定之”。^②德国联邦宪法法院认为,该法调整的是一个异乎寻常的行政区划调整程序,在整个调整过程中随时可能出现许多无法预见的疑难问题,而授权条款仅授权行政机关制定所有施行本法所需的行政法规,令人无法预见行政机关究竟将如何使用该项授权,显然在授权的明确性上有所欠缺。也就是说,立法机关必须考虑究竟本法的哪些条款有制定施行细则的必要,以及施行细则究竟应朝何种方向、在何种范围内予以规定。因此,德国联邦宪法法院最终认定该授权条款违宪且无效。^③

同时,法律的制定机关必须亲自阐明授权的界限以及法规要实现的目标和采取的手段。这被称为“自我决定公式”。但是,在1958年“价格管制法判决”中,德国联邦宪法法院对这一公式有所缓和。《德国价格管制法》第2条第1款规定,价格管制主管机关得颁布行政法规、措施来确定或许可除工资外的各种货品和给付的价格、租金、规费和其他对价,以维持物价水准。从表面上看,本条规定似乎不够明确,但德国联邦宪法法院认为,授权的内容、目的和范围并非必须明确规定在法律条文内,如果联系授权条款与其他法条以及法律整体的目的等彼此之间的意义关联,能够从法律的整体上找出授权的内容、目的和范围,即可视为满足授权明确性的要求。其中最主要的判断标准就是立法者的客观目的,必要时也可以参考立法理由。本案中,德国联邦宪法法院通过综合考量,发现立法者要求被授权的行政机关所应实现的方针是维护物价水准,因此行政机关只能采取为防止危害及严重扰乱整体物价水平所必要的措施。^④然而,从后续的发展来看,德国联邦宪法法院并未完全放弃自我决定公式。实际上,到底是应当由立法机关亲自规定还是可以从解释中得出,取决于不同的司法审查强度。如果采取从严审查,就要求立法机关必须亲自规定。如果采取宽松的审查,立法机关就可以不必亲自规定而允许解释。例如,在德国1962年的一份判决中,德国联邦宪法法院认为干预公民基本权利的法律,尤其是其中涉及刑罚的授权条款,对于明确性的要求必须从严审查。立法者必须清楚无误地表明授权刑事制裁的内容、目的和范围,且必须达到让公民直接从授权本身而非从根据授权所制定的行政法规,即可预见刑罚要件和刑罚种类的程度。^⑤

此外,为了让立法能够适应社会关系的变化,在立法中使用不确定法律概念和概括性条款是不可避免的。但是,这些不确定的法律概念和概括性条款的内涵必须能够通过长期的判决积累被澄清和通过法言法语被确定。^⑥这就要求立法提供哪一种方针应得到实现的线索,这被称为“方针公式”。^⑦所谓方针实际上是指授权目的。因为无论是授权内容还是授权范围,都受到授

① Vgl. BVerfGE 29, 210.

② 与我国的行政法规只能由国务院制定不同,德国的行政法规可以由联邦政府、联邦部长、州政府来制定。参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第337页。

③ Vgl. BVerfGE 1, 60.

④ Vgl. BVerfGE 8, 307—314.

⑤ Vgl. BVerfGE 14, 185.

⑥ Vgl. BVerfGE 54, 114.

⑦ Vgl. Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Voßkuhle/Eifert/Möller (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 2022, S.832—833.

权目的的影响。例如,在 1956 年《德国战俘补偿法》判决中,《德国战俘补偿法》授权条款规定“补偿请求权要件、贷款要件、数额、期限和担保以及给予津贴的细节规定,由联邦政府经联邦参议院同意后以行政法规予以规定”。德国联邦宪法法院认为,该案的授权条款有多种不同的解释可能,行政机关究竟应如何规定,从条文中根本无法辨识。此外,联邦政府的行政法规应追求何种目的,也无从确定。因为立法者所要求联邦政府达成的方针,既没有在法律中表明,也无法从法律规定的内容中推导出来,故德国联邦宪法法院宣告该授权条款违宪。^①

2. 我国立法的授权明确性分析

第一,授权决定的明确性。在我国立法实践中,符合《立法法》第 12 条规定的授权制定行政法规的情形,目前主要有:(1)1984 年《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》(以下简称《1984 年授权决定》)规定:“第六届全国人民代表大会常务委员会第七次会议根据国务院的建议,决定授权国务院在实施国营企业利改税和改革工商税制的过程中,拟定有关税收条例,以草案形式发布试行,再根据试行的经验加以修订,提请全国人民代表大会常务委员会审议。国务院发布试行的以上税收条例草案,不适用于中外合资经营企业和外资企业。”(2)《1985 年授权决定》规定:“为了保障经济体制改革和对外开放工作的顺利进行,第六届全国人民代表大会第三次会议决定:授权国务院对于有关经济体制改革和对外开放方面的问题,必要时可以根据宪法,在同有关法律和全国人民代表大会及其常务委员会的有关决定的基本原则不相抵触的前提下,制定暂行规定或者条例,颁布实施,并报全国人民代表大会常务委员会备案。经过实践检验,条件成熟时由全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定法律。”(3)2021 年《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在部分地区开展房地产税改革试点工作的决定》(以下简称《2021 年授权决定》)第 2 条规定:“国务院制定房地产税试点具体办法。”或许是由于前两个授权决定早于 2000 年《立法法》出台的缘故,因此在授权明确性上有所欠缺。《1984 年授权决定》虽然规定了授权范围(国务院当时发布试行的以上税收条例草案,不适用于中外合资经营企业和外资企业),但是缺少授权目的的规定。《1985 年授权决定》虽然规定了授权目的,但是授权内容不明确。相较而言,《2021 年授权决定》无论是在授权目的(为积极稳妥推进房地产税立法与改革,引导住房合理消费和土地资源节约集约利用,促进房地产市场平稳健康发展)、事项(试点地区的房地产税征税对象为居住用和非居住用等各类房地产)、范围(不包括依法拥有的农村宅基地及其上住宅。土地使用权人、房屋所有权人为房地产税的纳税人)、期限(本决定授权的试点期限为 5 年,自国务院试点办法印发之日起算),还是原则(国务院按照积极稳妥的原则)上都比较齐全。

第二,法条授权的明确性。实践中,除了专门的授权决定之外,还存在大量通过法条授权的形式。例如,《中华人民共和国疫苗管理法》第 56 条规定:“预防接种异常反应补偿范围、标准、程序由国务院规定。”《中华人民共和国公路法》第 36 条第 1 款规定:“国家采用依法征税的办法筹集公路养护资金,具体实施办法和步骤由国务院规定。”法条授权的明确性也日益引起学者的关注。^② 由于过去理论和实务界将授权立法限定在专门的授权决定上,从而容易将法条授权归入执行性立法的范畴。但是,法条授权与执行性立法仍然存在区别。执行性立法是对上位法的细

^① Vgl. BVerfGE 5, 77.

^② 参见王克稳:《法条授权行政立法的规范化》,《法学研究》2024 年第 5 期。

化,是以上位法已经有规定为前提的,下位法发挥的空间有限。而法条授权中,上位法要么没有规定,要么规定得很少很简略,下位法的形成空间很大,因此才涉及授权明确性所欲防止的上位法逃避自身立法义务的问题。这类似于美国法上的禁止授权原则,该原则要求美国国会不得通过授权放弃自身的立法权,从而破坏权力分立体制。当然,禁止授权原则并非如字面意思所示完全禁止一切授权立法,而只是在可以进行的授权与不能进行的授权之间划定界限,该界限一般表现为:(1)国会只能授权行政机关去填补细节;^①(2)国会授权行政机关制定调整私人行为的规则的前提,必须是该规则的适用依赖行政机关的事实查明,如法律之所以规定检查人员在他认为必要且合适时检查矿山,是因为对于多久要对特定矿山检查一次的特定事实由具备必要实务知识的行政官员作出决定是必要的;^②(3)国会授权时必须形成充分确定的标准,从而准确地帮助国会、法院以及公众去判断国会的方针是否得到遵守。^③前两个界限实际上是一个意思,即国会不能把政策决定权让渡给行政机关,因为政策决定需要在冲突的价值之间进行选择,而这应当由代表不同选民利益的国会来作出决策。第三个界限也被称为“可理解性原则”或“明确性原则”,它要求能够从立法目的以及立法机关指示行政机关实现该目的的方式中判断立法机关所期望的结果能否得到实现。例如,美国联邦最高法院在否定《国家工业复兴法》的授权条款时,理由就是国会没有规定以何种方式来实现制定公平竞争准则的目的,也未能对可允许规定的性质加以界定,并且没有规定如何遵循这些准则。^④相比之下,尽管《立法法》对授权决定的明确性有明文要求,但是目前法条授权的明确性仍处于立法空白状态,从而在某种程度上留下授权明确性的漏洞。鉴于通过授权决定来授权国务院制定行政法规自2000年《立法法》出台之后就已经很少被使用,^⑤应当类推适用授权决定的明确性来规范法条授权的明确性,从而填补这一法律漏洞。

三、明确性要求的例外

不明确并不代表违背法治,有学者将不明确分为“计划内的不明确”和“计划外的不明确”,颇有启发价值。计划内的不明确就是不确定,它是立法机关有意为之的不确定,包括不确定法律概念和概括性条款。主要目的是为了给适用机关留下载量空间,以便应对复杂的现实环境变化。计划外的不明确是不清晰,它属于立法机关的错误,包括漏洞、不清楚的指示以及真正的不清晰。^⑥因此,虽然不确定法律概念和概括性条款看起来不明确,但是由于属于计划内的不明确,因此不是真正的不明确,而是明确性要求的例外。

(一)不确定法律概念

^① 参见基斯·E.惠廷顿、杰森·尤利亚诺:《禁止授权原则的迷思》,宋华琳、李美郡译,载章剑生主编:《公法研究》(第19卷),浙江大学出版社2019年版,第182~183页。

^② See Douglas H. Ginsburg, Reviving the Nondelegation Principle in the US Constitution, in Peter J. Wallison and John Yoo eds., The Administrative State before the Supreme Court, The AEI Press, 2022, pp.24-25.

^③ 参见基斯·E.惠廷顿、杰森·尤利亚诺:《禁止授权原则的迷思》,宋华琳、李美郡译,载章剑生主编:《公法研究》(第19卷),浙江大学出版社2019年版,第188页。

^④ 参见谭喻:《我国授权立法的实践发展及类型分析》,《人大研究》2024年第10期。

^⑤ Vgl. Roland Geitmann, Bundesverfassungsgericht und offene Normen: Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S.48-60.

不确定法律概念并非完全的不确定,否则就违反明确性要求。实际上,不确定法律概念是指某个概念的核心明确,但其外延模糊未定。^①对此,英国学者哈特曾用核心地带和边缘地带予以说明。如遗嘱法要求遗嘱人必须在遗嘱上签名,签名的核心内涵是明确的,即亲自书写姓名的意思,但是仍然存在一些不常见的模糊情形需要考虑,例如:立遗嘱的人是否可以签自己的化名?如果他人强迫其签名,或者他只签署自己姓名的首字母(缩写),这样的签名是否有效?又如,签名出现在遗嘱的第一页而非最后一页是否有效?^②因此,确定性法律概念与不确定法律概念仅仅是概念边缘的不确定程度上的差别。^③也就是说,不确定性法律概念遇到的边缘性案件比确定性法律概念遇到的要多。因此,虽然前述的“签名”也会遇到边缘性案件,但是相对于“公共利益”要少得多。因此,“签名”虽然也具有模糊性,但是还没有达到称之为不确定法律概念的程度。

当然,不确定法律概念之所以不违背明确性要求,还因为它是立法者为了追求个案正义而故意采用的法律技术,不确定法律概念的本质是立法机关授权执法机关联系具体个案情形来确定其内涵。^④例如,立法规定“在高速公路上一律限速 120 公里/小时”抑或规定“在高速公路上以合理的速度行驶”。后者虽然不如前者确定,但是比前者更加灵活,可以防止出现“一刀切”。而具体什么是合理的速度,显然是授权执法机关在个案中作出认定。对此,有学者提出用构成要件形塑、动态体系和案例群作为具体化不确定法律概念的手段。^⑤具体而言:(1)构成要件形塑,即通过适用法律的机关来界定构成要件,从而使个案事实涵摄于不确定法律概念之下。例如,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第 13 条第 3 款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这里构成要件中的“公共利益”就属于典型的不确定法律概念。例如,在“徐井贤、黑河市人民政府二审案”^⑥中,人民法院就指出,“公共利益是指不特定的社会成员所享有的超出地方性的、明显的、受法律行政法规保护的、长远的利益。本案中,为切实改善棚户区居民的居住和生活条件,黑河市政府制定出台城区西部棚户区改造项目,该项目明显是为改变城市面貌、提高居民生活水平、改善居住环境、增加公共福祉的公益性项目,亦符合公共利益的特征”。(2)动态体系论,即不是通过给出完整的定义而是提供不同的要素,并且根据满足这些要素的数量和强度产生相应的法律后果。不确定法律概念可能满足其中某个要素但不具备其他的要素。例如,在具体化《德国民法典》第 138 条中的“善良风俗”时,有学者就列举了多种违反善良风俗的例证,像滥用权力、利用经济上的胁迫、利用自由被限制的困境等。^⑦(3)案例群,即通过一些典型的案件事实来形成案例群,从而不断地覆盖各种

① 参见吴国喆:《不确定法律概念研究》,商务印书馆 2024 年版,第 15~16 页。

② 参见吴国喆:《不确定法律概念研究》,商务印书馆 2024 年版,第 16 页。

③ Vgl. Nikolaos Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht: Eine bedeutungstheoretische Untersuchung, Nomos, Baden-Baden, 2022, S.384.

④ Vgl. Christiane Middelschulte, Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot: Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Verwendung sprachlich offener Gesetzesformulierungen, Verlag Dr. Kovach, Hamburg, 2007, S.145-146.

⑤ Vgl. Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122, S.202.

⑥ 参见黑龙江省高级人民法院(2018)黑行终 463 号行政判决书。

⑦ Vgl. Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122, S.204.

领域和情形。例如,2020年最高人民法院颁布了《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》,要求对于“缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则”的案件应当进行类案检索,即是一种案例群方法的运用。

(二)概括性条款

概括性条款是指具有不确定性、价值填充性、不可直接涵摄性以及规范结构上的兜底性特征的法律条文。^① 比较典型的概括性条款如《宪法》第51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。”该条款被称为概括性权利限制条款,从而与宪法中的具体限制条款相区分。^②

需要注意的是,概括性条款不同于法律原则和引致性条款。首先,概括性条款的不确定性在于其通过抽象概括的表述为外在价值提供接口(接收援引功能),从而授权法官在个案中予以具体化(授权功能)。它不同于法律原则,后者本身就是一种价值理念的反映。同时,法律原则的适用方式是权衡,而概括性条款虽然不能直接涵摄,但是在具体化之后仍然需要进行涵摄。其次,虽然概括性条款经常发挥兜底作用,但是并非所有兜底条款都属于概括性条款。例如,《出版管理条例》第25条第10项规定,任何出版物不得含有“法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容”。这一规定属于引致性条款,即自身不规定实质内容,而是把内容转引自其他条款上。而概括性条款虽然也带有一定的援引功能,但它不是向法内援引而是向法外援引。例如,《中华人民共和国治安管理处罚法》第81条第1款第3项规定的“人民警察在办理治安案件过程中,遇有下列情形之一的,应当回避;违反治安管理行为人、被侵害人或者其法定代理人也有权要求他们回避:……(3)与本案当事人有其他关系,可能影响案件公正处理的”中的“有其他关系”就属于这种情况。再次,概括性条款也不同于含有不确定法律概念的法律规则。因为概括性条款的特征是具有一般性,与不确定法律概念所代表的语用不明确并不完全相同。一般性是属概念的特点,一个概念在种属关系上越往上层,调整的范围就越广,其一般性就越强。但是一般性的概念不一定不明确。例如,“人”这个概念肯定具有一般性,但遇到的边缘情形并不多。因此,立法者用概括性条款只是想调整更多的情形,并不意味着放弃明确性的追求。^③

可见,使用概括性条款并不违反明确性要求。因为它仍然属于计划内的不明确,也就是说,概括性条款是立法者为了防止挂一漏万以及适应社会变化而有意采取的法律技术,它是立法机关为将来可能出现的新情况和例外情形预留空间而设计的。由于立法机关无法完全预测未来和穷尽例外,因此才不赋予其实质性内容,而是交给法院视情况而定。概括性条款的具体化主要采取案例群的方法,即通过个案的积累形成案例群,最终实现概括性条款的类型化。^④ 以《宪法》第33条第3款的“国家尊重和保障人权”这一概括性人权保障条款为例,该条款到底包含哪些权

① 参见刘亚东:《民法概括条款研究》,中国政法大学出版社2023年版,第70~73页。

② 例如,《中华人民共和国宪法》第36条第3款规定:“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”。

③ 在德国法中,与一般性相对的是个案法律禁止,与明确性要求并不相同。参见王锴:《全国人大常委会〈备案审查决定〉的法律性质》,《环球法律评论》2024年第4期。

④ 参见刘亚东:《民法概括条款研究》,中国政法大学出版社2023年版,第192~269页。

利,目前通过人民法院判决的积累,已经认定了生命权、健康权、^①生存权、发展权^②为未列举权利,从而逐步明确了该条款的内容。

适用概括性条款不仅要穷尽明确列举的例示性规定,而且要注意两者之间所具有的相似性。^③例如,2019 年,某自治区人大常委会法工委对《某自治区高级人民法院关于企业破产案件管理人指定办法》(以下简称《办法》)进行主动审查发现,《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)第 24 条第 3 款规定:“有下列情形之一的,不得担任管理人:(1)因故意犯罪受过刑事处罚;(2)曾被吊销相关专业执业证书;(3)与本案有利害关系;(4)人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。”而该《办法》第 17 条第 8 项规定,有下列情形之一的,社会中介机构不得担任管理人,社会中介机构的工作人员不得参与破产管理工作:……(8)未经受理破产案件的人民法院同意,私自发表诋毁、炒作、妄议人民法院破产案件裁判和相关决定等言论的中介机构或个人。如果要把“私自发表诋毁、炒作、妄议人民法院破产案件裁判和相关决定等言论的中介机构或个人”纳入不宜担任管理人的其他情形,必须与法律中列举的情形类似。但是,一方面,“私自发表诋毁、炒作、妄议人民法院破产案件裁判和相关决定等言论”达不到《企业破产法》第 24 条第 3 款所列举的犯罪或者吊销专业执业证书的程度;另一方面,“对如何把握炒作、妄议存在模糊的界限,有可能不当限制社会中介机构及其工作人员合理表述诉求”。^④因此,最终审查机关建议制定机关修改该条款。

四、结 语

法律明确性原则有两大功能:一是确保法律预先告知的功能,使受规范者得以预见其行为的法律后果;二是使执法有据明确的功能,避免给执法机关留下恣意、选择性执法的空间。由于基本权利限制主要采取法律保留的方式,即宪法授权法律限制基本权利,故《立法法》第 7 条第 2 款规定的法律明确性原则在基本权利限制领域就转化为对限制基本权利的法律的明确性要求。当然,由于我国的法律保留分为绝对法律保留和相对法律保留,因此明确性要求也可以针对全国人大及其常委会授权行政法规限制基本权利时授权决定的明确性,即“授权明确性”。

可喜的是,2024 年公布的《治安管理处罚法(修订草案)》二次审议稿对原一审稿中的第 34 条进行了修改。据全国人大常委会法工委主任沈春耀介绍,《治安管理处罚法(修订草案)》第 34 条中关于“有损中华民族精神”“伤害中华民族感情”等表述,主观色彩较强,理解标准不一,其含义在立法上不易界定、在执法中不易把握,执法中可能会损害公众的正当权益和正常生活。综合考虑各种因素和执法需要,此次审议的修订草案不再使用此表述。^⑤这一修改可被视为明确性

① 参见湖南省郴州市中级人民法院(2017)湘 10 民终 1249 号民事判决书。

② 参见江苏省苏州市中级人民法院(2018)苏 05 民终 6702 号民事判决书。

③ 2004 年《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》规定,以“等”“其他”等概括性用语表示的事项,均为明文列举的事项以外的事项,且其所概括的情形应为与列举事项类似的事项。

④ 全国人大常委会法制工作委员会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 171 页。

⑤ 参见《治安管理处罚法修订草案进入二审 公安机关询问查证应全程同步录音录像》,http://www.npc.gov.cn/npc/c1773/c1848/c21114/zaglcffxd/zaglcffxd003/202407/t20240710_438166.html,2024-06-26。

要求在基本权利限制领域得到适用的一个典型例证,也体现了切实保障公民基本权利的宪法精神。

Abstract: Explicitness requirement is one of the legitimizing conditions for the limitation of fundamental rights. The requirement for explicitness comes from the principle of legal stability in the rule of law, and its definition needs to be approached from both positive and negative perspectives. Explicitness requires three elements: predictability, not too broad coverage, and the ability to determine through interpretation or precedent. According to the degree of legal reservation, clarity requirements are divided into general clarity requirements and special clarity requirements. The ambiguity that explicitness attempt to eliminate is mainly aimed at subjective ambiguity, that is, the ambiguity of legislators' intentions. For the limitation of fundamental rights, the unclear purpose of restricting fundamental rights as stipulated by law can cause confusion or selective enforcement by law enforcement agencies, and lead to difficulties in legal interpretation. Therefore, as long as the intention of the legislator is clear, even if there is objective ambiguity in legal statements, including the use of uncertain legal concepts and general provisions, it can still be determined through legal interpretation or case studies, and does not violate the requirement of explicitness.

Key Words: limitation of fundamental rights, explicitness requirement, uncertain legal concepts, general provisions

责任编辑 谭冰霖