

宪法中的国策及其对立法权的指引

陈 征*

摘 要 国策已经成为多国宪法中除基本权利和国家组织规定以外的“第三种结构”。国策存在于实定法中并具有规范效力,具有任务关联性、抽象性、公共利益关联性、全局性、长期性等特征。宪法规定的国策往往高度依赖于立法形成。国策对立法权所发挥的作用,与其说是约束效力,不如说是指引效力。从国策规定中无法导出公民的主观请求权。国策可以在消极面向和积极面向上发挥效力,两个面向均涉及将国策同对立原则进行权衡,应适用权衡法则并可同时适用实践调和理论。国策的实现存在于“可能性保留”中,不包含在任何情况下均必须由立法实现的核心领域,同时也未绝对禁止立法实现程度的倒退。合理的审查标准和审查强度可以在发挥国策效力的同时对立法决策空间给予充分尊重。当国策与基本权利冲突时,前者无法直接限缩后者的保护范围,也无法直接使立法限制行为正当化。无论是解决国策与基本权利的冲突还是解决不同国策之间的冲突,均需在规范层面探寻具体的权衡依据、思路和方法。

关键词 国策 基本权利 立法权 可能性保留

与西方国家的宪法主要建立在“个人—国家”的对抗模式中不同,新兴民族国家的立宪行为往往伴随着民族独立、在复杂的国际环境中发展和复兴等目标。^{〔1〕}在这些新兴国家,人民并非片面地对国家保持警惕,而是同时对国家具有某种期待,制宪者在承认公民个人具有独立性的同时,还意识到公民权利往往需要依靠国家来实现,因此宪法在结构和内容上都体现出有别于传统西方宪法的特色。与此相应,在宪法中凸显国策成为部分新兴国家宪法的重要标志,我国宪法更是通过规定大量的国策为国家行为指明方向。本文探讨的对象正是我国宪法中的国策规定,至于应如何理解政治语境中的“国策”,本文并不展开论述。

* 中国政法大学法学院教授。本文获中国政法大学科研创新项目资助(项目编号:22ZFG82005),系“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目”的阶段性研究成果。

〔1〕 参见余湘青:《宪法基本国策研究》,中国政法大学出版社2015年版,第2页。

虽然大量的国策规定已经成为我国宪法的一个重要特征,但学术界仍然经常出现质疑国策入宪的声音。有学者认为,国策具有弱规范性特征,国策入宪会损害宪法的规范性和权威性。^{〔2〕} 本文将通过对国策的概念、特征和效力的阐述回应此类质疑。一些学者虽然并未明确反对国策入宪,但对其规范效力的发挥也存在质疑,认为在国策和基本权利之间,甚至在不同的国策之间经常存在紧张关系,宪法规定的国策越多,对基本权利的保障就越少,对立法决策空间的限制就越多。^{〔3〕} 诚然,宪法包含的国策越多,政治争论就越容易转化为宪法争论。从理论上讲,诸多国策的共同作用确实会影响公民基本权利的行使,同时会限缩立法决策空间,甚至可能导致立法者陷入对各种价值和法益的“权衡漩涡”,进而给宪法作为框架秩序带来挑战。如何化解这些源自宪法规范自身的理论难题,则是本文探讨的又一重要内容,具体涉及对立法是否违反国策规定进行合宪性审查的标准和强度,以及国策与其他宪法规范的冲突和解决途径。考虑到我国宪法关于国策的规定所占比例较大,在推进合宪性审查工作的大背景下,对上述问题的分析尤为必要。

一、国策的概念、特征和效力

(一) 国策的概念

法律与政策的关系是法学研究不容回避的问题。政策是指一定阶级、政党、国家或者其他社会主体,为达成一定目的,依据自己的长远目标并结合当前情况或历史条件而制定的实际行动准则。^{〔4〕} 宪法中的政策性规定通常不涉及特定阶级、政党和社会组织的政策,而主要体现为国家的实际行动准则,即属于国家政策,简称国策,有学者称其为“方针”或“政策指导原则”。^{〔5〕} 作为一部社会主义宪法,我国宪法的一个重要特色就是规定了诸多国策。这类规定往往带有“保护”“保障”“维护”“鼓励”“促进”“发展”“推行”“培育”“致力于”“努力”等字眼。将国策写入具有最高法律效力的宪法是政策法律化的最高表现形式。^{〔6〕}

随着公民的共同需求和个性化期待均日益增加,一些西方国家为了更为有效地应对高度复杂的现代社会及其变迁,也逐渐开始将国策写入宪法。虽然西方国家宪法仍然以限制国家权力为首要目标并以组织法为主导特色,旨在通过规范国家组织和运作程序来保障基本权利,但国策已经被视为基本权利条款和国家组织规定以外的“第三种结构”。^{〔7〕} 正如学者郑贤君所述,无论是在国外还是我国,国策入宪与宪法文本结构变迁是一种伴生现象,它是国家和社

〔2〕 参见张义清:“基本国策的宪法效力研究”,《社会主义研究》2008年第6期,第51页。

〔3〕 参见王锴、刘彝昊:“宪法总纲条款的性质与效力”,《法学论坛》2018年第3期,第33页。

〔4〕 参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1999年版,第216页。

〔5〕 参见郑贤君:“论国家政策入宪与总纲的法律属性”,载《宪政与行政法治评论》(第一卷),中国人民大学出版社2004年版,第206—207页。

〔6〕 同上注,第208页。

〔7〕 参见殷啸虎:“对我国宪法政策性条款功能与效力的思考”,《政治与法律》2019年第8期,第18页。

会关系变化与宪法理念变迁的必然结果。^{〔8〕}以德国为例,最近数十年,德国《基本法》中的国策逐渐增多,德国宪法学界将宪法中的国策规定称为“国家目标规定”(Staatszielbestimmung)。1983年,德国内政部和司法部成立的“国家目标和立法委托”专家委员会在总结报告中对国家目标规定进行了定义:国家目标规定是具有法律约束效力的宪法规范,要求国家持续性地注意或执行某些特定任务,勾勒出国家活动的特定纲领,并借此成为包括解释法律和法规在内的国家一切活动的方针或指示。^{〔9〕}此后,德国学者卡尔-彼得·索莫曼(Karl-Peter Sommermann)在教授资格论文中专门讨论了国家目标规定,认为国家目标规定是具有法律约束力的规范,课以国家权力追求特定目标的义务,却未赋予公民主观请求权。^{〔10〕}

与此类似,我国学者普遍认为宪法中的国策涉及国家、社会和公民的最基本问题,是给国家整体发展指明基本方向的宪法规范,包含了对未来社会生活的政治期待。^{〔11〕}这类规范给全部行使国家权力的机关都课以相应义务,同时是全国上下共同努力的目标。^{〔12〕}国策具有很大的弹性和开放性,旨在适应社会的不断变迁和促进多元社会中合意的形成。通过简短的文字,国策把公共生活基本目标的共同性、多样性和对立性集中呈现出来。正如学者王锴所言,国策在宪法中的出现,是法的安定性因应现代社会高度复杂性的必然结果。^{〔13〕}这类社会共识性规范有助于维护国家的统一与民族的融合,促进国家认同的实现,进而成为国家存续和发展的重要推动力。^{〔14〕}对于人民而言,国策是监督和评价政府活动的标尺,人民可以借助这些在宪法中预设的目标更好地判断政府的施政方向是否正确,在必要时督促政府纠正偏差。^{〔15〕}

(二) 国策的特征

如果将国策的概念进行分解,其应当包含若干要素特征:实定法属性、规范效力、任务关联性、抽象性、公共利益关联性、全局性和长期性。借助这些特征,可以将国策与“国家目的”“纲领性规定”“国家结构原则”“国家机关职权规定”“基本权利的客观价值秩序”等诸多相邻概念区别开来。

1. 实定法属性

国策是被写入宪法的实定法规范,涉及国家法学和宪法学,而非一般国家学甚至自然法意义上的规范,这是其与“国家目的”这两个概念之间的最大区别。国家目的超越了实定法的范

〔8〕 参见郑贤君,见前注〔5〕,第207—208页。

〔9〕 Bundesministerium des Inneren/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983.

〔10〕 Karl-Peter Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 5.

〔11〕 参见郑贤君,见前注〔5〕,第208页。

〔12〕 参见莫纪宏主编:《宪法学》,社会科学文献出版社2004年版,第215页。

〔13〕 王锴等,见前注〔3〕,第34页。

〔14〕 参见余湘青,见前注〔1〕,第88页。

〔15〕 参见张义清,见前注〔2〕,第52页。

畴,探寻的是国家存在的意义和正当性,发挥着限制国家活动的作用,^[16]甚至会涉及整个宪法秩序的正当性。在实定法秩序中,宪法要求的行为,立法者理应作为;宪法禁止的行为,立法者不得作为;而既不被宪法要求又不被宪法禁止的行为,则落入立法决策空间,合宪性审查主体不得干预这一空间。然而国家目的学说却认为,立法者实施的各种行为均需要依照国家存在的原始目的进行正当性论证。在现代法治国家中,由于自然法不得威胁实定法秩序,因此当前关于国家目的的讨论已不常见。

2. 规范效力

宪法规定的国策具有规范效力。一方面,宪法文本具有使国策发挥效力的意愿。我国《宪法》序言最后一个自然段明确指出本宪法具有最高法律效力,而《宪法》序言又是具有规范效力的宪法文本的重要组成部分,毕竟《宪法》是作为整体在全国人大被庄严通过的,整体上具有最高法律效力,^[17]因此无论是序言中的国策还是正文中的国策,均具有最高法律效力。另一方面,宪法文本具有使国策发挥效力的可能。我国宪法中的国策规定在语言表达上具有一定的规范性特征,在此不得对规范的明确性提出过高要求,毕竟具有未来指向特征的宪法规范往往均蕴含着某种不确定性,无论是国策还是其他规定。就国策而言,通过历史解释、目的解释、体系解释等解释方法完全可以探寻出特定的规范内涵并通过立法予以形成。

是否具有规范效力是国策与纲领性规定的本质区别。虽然纲领性规定同样为立法活动指明了方向,但规定本身并无规范属性和实际效力,立法者不仅可以不作为,而且可以背离纲领性规定指引的方向。与此不同,既然国策具有规范效力,那么合宪性审查主体可以直接适用这些国策规定对立法进行审查。

3. 任务关联性

国策必然与国家任务紧密关联,任务关联性是国策与国家结构原则最本质的区别。国家结构原则通常不包含实质性的任务,而主要涉及完成任务的组织和程序,例如民主原则就属于典型的国家结构原则。国策为国家活动指明方向,是制宪者对未来设想的描述,涉及应该做什么的问题,而国家结构原则赋予国家特定的组织形式,是影响国家组织的基本价值决定,是为国策服务的;国策是动态的,而国家结构原则至少在特定时间段内是静态的。当然这并不意味着二者无法在同一规定中共存。举例来讲,法治国原则包含实质法治国原则和形式法治国原则,前者属于国策,后者则应当与民主原则一起被归入国家结构原则中。^[18]我国《宪法》第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”其中,工人阶级领导、工农联盟为基础和人民民主专政均属于国家结构原则,而社会主义制度则同时涉及国家结构原则和国策,作

[16] Joachim Schwind, *Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verfassungsrecht*, 2008, S. 184.

[17] 许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第771页。

[18] 参见王锴等,见前注[3],第29页。

为中国特色社会主义最本质特征的“党的领导”属于前者，而维护社会公平正义、保护弱势群体利益等则属于后者。

除了区分国策与国家结构原则，是否具有任务关联性还是区分国策与国家机关职权规定的重要依据。后者赋予特定国家机关某些职权，涉及包括央地关系在内的国家机关之间的权限划分，其本身并不创设目标和任务，只是在现有的目标和任务之间分配权限。如果说国策规定给国家活动指明了方向，那么职权规定则为国策规定明确了具体的实施主体资格。从理论上讲，国策规定是职权规定存在的前提，先有目标和任务，才可能进行权限分配。例如《宪法》第14条第3款和第22条规定了改善人民文化生活和发 展文化事业的国策，而第89条规定了由国务院领导和管理文化工作，前者属于国策规定，后者仅为职权规定，无法仅通过这一职权规定课以国务院行为义务。

4. 抽象性

德国学者康拉德·黑塞(Konrad Hesse)指出：“如果宪法试图将各种历史变迁情形下的问题都解决了的话，那它就必须内容上保持‘向时代开放’。”〔19〕宪法条文往往具有抽象性特征，而国策的抽象性通常体现的更为明显，这类规定均以开放的、有待形成和调和的“原则性规范”形式出现。原则与规则具有明显的区别：规则属于典型的条件式结构规范，体现为“如果—则”的模式，当存在条件性构成要件时，必然产生一个明确的法律后果；而原则却明显具有更为开放的结构，属于典型的结果式结构规范，通常仅明确一个目标并要求在可能的范围内最优化实现该目标，并不规定实现目标的具体途径和方法。〔20〕

虽然基本权利同样属于原则性规范，但国策的抽象和开放程度可能会远超基本权利。一般而言，可以相对清晰地界定基本权利的规制领域并从中导出相对明确的国家义务，立法者只需对基本权利进行“具体化”；而国策只是描述了制宪者期待的某种状态，其实现通常依赖于立法作为中介加以“形成”。对于德国《基本法》中社会国这一国家目标，联邦宪法法院指出：从社会国这一具有高度具体化形成必要性和可能性的原则中，通常不可能导出特定的形成和决定，并将其作为宪法要求；社会国原则并非宪法命令，而是一个方针，为立法者持续性地明确一个特定方向。〔21〕基于国策的这一特征，与其说国策对于立法者具有约束效力，不如说其旨在指引立法者朝着制宪者指明的方向和勾勒的状态前进。可见在发挥效力的方式上，国策与基本权利存在差别，但以此否定国策入宪的正当性或者国策的规范效力并不合理。

一些德国学者基于抽象程度的不同将国家目标与国家任务作出了区分，认为国家任务比国家目标更为具体，国家目标由不同的国家任务组成。〔22〕然而若将二者视为不同性质的规范，单纯依靠这一具有过渡性质的划分标准并不具备合理性。不同性质规范之间的区别应当

〔19〕 (德)康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第21页。

〔20〕 阿列克西将法律规范划分为原则和规则，而德沃金则将其划分为政策、原则和规则。但正如王锴、刘彝昊所述，德沃金与阿列克西的观点并无本质区别。参见王锴等，见前注〔3〕，第31页。

〔21〕 BVerfGE 52, 283 (298).

〔22〕 Vgl. Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977, S. 44 ff.

更多体现为“质”的不同,而非“量”的差别。更何况国家任务的抽象度在达到何种程度时应转化为国家目标,持这一观点的学者无法给出明确答案。在我国,《宪法》序言第七自然段将“集中力量进行社会主义现代化建设”这一抽象的国策称为“国家的根本任务”,这充分说明基于抽象程度区分国策与国家任务并不符合我国宪法。

抽象程度的不同未必影响国策的性质,国策之间经常存在包含与被包含的关系。^[23] 举例来讲,社会主义制度的规定包含国策成分,该国策极为抽象,包含了若干其他国策,第14条第4款关于社会保障制度的规定便是其中之一,社会主义原则的内涵可以在很大程度上从被其涵盖的国策中探寻出来,从而指引立法者对社会主义原则的内涵进行填充和形成。然而这些被社会主义原则涵盖的规定无法穷尽其内涵,社会主义原则具有更广阔的范围和更大的开放性。正因为此,其更容易随着社会的发展不断得到丰富和完善。社会主义原则是其他相关国策的母国策,属于一般国策规定,被其涵盖的国策为子国策,属于特别国策规定。通常来讲,应当优先适用更为具体的特别国策规定。

5. 公共利益关联性

落实国策的受益者并非某一特定个体或群体,而是不特定的公众甚至全体人民,这是其与客观价值秩序面向上发挥作用的基本权利最本质的区别。基本权利的客观价值秩序属性从传统的防御权功能中扩展而来,其保护的仍然是个体权利,具有直接的个体关联性,而国策则具备公共利益关联性,不涉及公共利益的规定必然不是国策。从理论上讲,基本权利的客观价值秩序可能通过再主观化产生公民的主观请求权,而国策却仅作为客观规范发挥作用,不可能导出公民的主观请求权。^[24]

6. 全局性

国策属于具有全局性的规范,并非局限于某一地区,通常适用于整个国家。即使表面看来某些国策主要针对特定的地区,其对整个国家也具有重要意义。此外,国策针对全部国家权力而非某一特定国家机关或国家权力。例如《宪法》第29条第1款的规定仅涉及武装力量,虽然属于宪法中的政策性规定,但却不属于国策。

7. 长期性

较之于法律层面的政策性规定,宪法国策规定往往涉及更加长期和稳定的政策。随着经济、社会和文化框架条件的变迁,同一国策目标可能会对立法者不断提出新的要求。为了实现制宪者所期待的状态,立法者在必要的情况下需要不断采取相应措施。对于生态文明这类典型的持久性目标,永远不可能在某一特定的时间点认定立法者最终实现了这一目标;而对于祖国统一这类国策目标,完全可以认定在某一时间点最终得以实现,甚至可能一次性达成目

[23] 不同观点参见宁凯惠:“我国宪法序言的价值构造:特质与趋向”,《政治与法律》2019年第6期,第70—71页。

[24] 在德国,社会国原则与人的尊严相关联可以导出获取最低生存保障的请求权。但该请求权只局限于最低权利诉求,与完整的基本权利不可同日而语。在我国,虽然从国策规定中无法导出主观请求权,但立法者在落实国策时可以选择赋予公民主观权利,这属于立法者的形成自由。

标。但即使是后者,在实现制宪者所期待的状态后,维护这一状态仍然是一个长期的目标。

国策蕴含着长期的目标,甚至可能勾勒出一种永远无法被认为能够最终达成的状态,而这并不等于制宪者提出了不切实际的设想。国策指引立法者不断朝着制宪者期待的状态努力,恰体现了国策不同于其他宪法规范的特征,不应反而以此认定国策入宪会影响宪法权威。无论维护和平还是保护生态环境,制宪者甚至每一位公民均不可能期待国家在某一时间点彻底实现目标,而是能够接受现实中存在的某种不完美。^[25]

(三)我国宪法文本中的国策规定

1. 宪法序言和总纲中的国策

依据国策的概念和特征纵览我国宪法文本可以发现,我国《宪法》中的国策规定主要存在于序言和总纲当中。我国《宪法》在序言中阐明了祖国统一、民族、外交等国策。“总纲”部分除了关于社会主义制度的规定,还包含了民族(第4条)、法治(第5条)、经济(第6—8、11—12、14—15条)、自然资源(第9条)、教育(第19、23—24条)、科技(第20条)、医疗卫生(第21条)、文化(第22条)、人口(第25条)、环境(第26条)、社会(第28条)、国防(第29条)等各领域的诸多国策。

2. “公民的基本权利和义务”章不存在国策

不难发现,“公民的基本权利和义务”章同样存在符合国策概念和特征的规定。例如第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,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。”第46条第2款规定:“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”然而这些规定存在于基本权利条款的社会权面向之中,是对落入社会权保障范围事项的列举和强调,属于基本权利条款的组成部分,不应被视为宪法中的国策规定。

我国《宪法》第51条规定:“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。”该条款是否蕴含了维护国家、社会和集体的利益这一国策?第51条存在于基本权利和基本义务的规定之间,本质上是公民行使基本权利的一般界限规定。某些基本权利中还存在特别界限规定,例如第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。”在界限规定上,所谓的“特别”,不仅体现为针对特定的基本权利,而且特别界限实际上已被一般界限所涵盖,即对国家、社会和集体利益以及其他公民的合法的自由和权利的保护包含了对社会秩序、公民身体健康和国家教育制度的保护,在公民行使宗教自由时,除了与行使其他基本权利一样不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利,还尤其不得破坏社会秩序、损害公民身体健康和妨碍国家教育制度。经过人权条款的辐射,以义务式表述形式呈现在宪法文本中的一般和特别界限规定更多体现出权利本位的理念,本质上发挥着限缩立法者目的设定余地的作用,即立法者只得基于保护这些列举的法益才可以限制公民的基

[25] Daniel Hahn, Staatszielbestimmungen im integrierten Bundesstaat: Normative Bedeutung und Divergenzen, 2010, S. 64.

本权利,在此与第13条第3款出现的“国家为了公共利益的需要”所发挥的作用类似。而至于立法者在具体情况下是否以及何时保护和实现这些法益则完全不受该条款的影响。与此不同,虽然国策同样应对立法者决定是否以及何时作为的自由给予必要的尊重,但其并非对立法者的这些决定毫无影响,国策持续指引立法者朝着特定的方向前进,立法者需要将国策目标纳入立法考量并随时负有关注义务。因此,第51条中的维护“国家的、社会的、集体的利益”并非国策规定。

3. 不存在未列举国策

国策具有实定法属性,但实定法规定并不必然意味着被宪法或法律明示。众所周知,我国《宪法》第33条的“人权条款”是未列举基本权利条款,所有未被宪法明示的基本权利均可能落入人权条款的范畴,而这些未列举基本权利同样具有实定法属性。那么在国策领域,是否可能存在未列举国策?答案是否定的。宪法的一个基本思想是:公民行使基本权利不需要提供任何理由,而国家限制基本权利则必须经过正当性论证。公民行使基本权利具有天然正当性,而整个基本权利体系又具有开放性,为了适应社会和科技的发展,基本权利体系的保护范围扩展至未明文列举的领域完全符合制宪目的。与此不同,国策并不具备天然正当性,落实国策一方面会为基本权利的实现提供政策保障,而另一方面又往往会导致国家权力的扩张,进而限制公民的基本权利。当落实国策的法律对基本权利构成限制时,同样应当经过正当性论证,这一论证责任不得被免除甚至倒置(详见下文)。因此,国策体系并不像基本权利体系那样具备开放性,宪法中的国策仅局限于明文列举的范围。

(四) 国策效力的消极面向和积极面向

与基本权利和国家组织规定发挥效力的方式不同,国策旨在指引立法者朝着制宪者确定的方向和期待的状态前进。在发挥这一指引效力时,国策的功能可分为消极面向和积极面向:消极面向禁止立法不正当地采取有损于国策目标实现的措施,毕竟宪法要求国家保护和促进的价值,必然首先禁止国家不正当的损害;而积极面向则要求立法积极促进国策目标的实现。可见,国策并非在任何情况下均导致国家权力的扩张,至少在消极面向上可以同时发挥限制国家权力的作用。

众所周知,作为与国策同为具有原则属性的宪法规范,基本权利的功能体系主要包含三个面向,即防御权、保护义务和给付义务。防御权功能主要要求国家不作为,而保护义务和给付义务均主要要求国家积极作为。其中,保护义务要求国家保护公民权利不受第三人侵害,而给付义务则要求国家为公民真正实现基本权利创造客观条件,主要是物质方面的条件。在履行保护义务时,宪法要求立法者满足禁止保护不足原则的要求,在多数情况下至少应提供最低限度的保护方案。^[26]而在给付义务问题上,宪法并未提出这一要求,毕竟履行给付义务需要大量公共财政支持,要求在任何情况下对任何一项基本权利均至少在最低限度上履行该义务既不合理也不现实。例如当公民不具备实现科研自由的物质条件时,宪法并不会给国家设定某

[26] 参见陈征:“宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证”,《法学研究》2021年第4期,第60页。

一最低给付门槛。给付义务的绝对实现仅局限于满足公民最基本生活所需,进而确保其过上有尊严的生活。那么国策的积极面向是否同样有必要再分为保护国策目标的实现不被某一公民个体或特定群体妨害(保护义务)和为国策目标的实现创造客观条件(给付义务)这两个面向?

笔者认为这一划分并无必要,理由有三点。第一,虽然在规范层面,基本权利和国策之间并无抽象的位阶差别,但二者是目的与手段的关系,存在性质上的区别。基于权利本位的理念,在基本权利领域,对于防御权应适用比例原则,而对于保护义务则应适用禁止保护不足原则。而在国策领域,无论是在消极面向还是积极面向上,宪法均仅要求立法者对相互对立的原则进行权衡,不应设定其他的界限和门槛。换言之,无论是国策的“保护义务”还是“给付义务”,均不存在某种最低实现要求,二者在审查标准上趋同。更何况较之于基本权利,国策往往更为抽象,更依赖于立法的形成,设定某一最低实现要求也很难具备可操作性。第二,基本权利具有个体关联性,而国策具有公共利益关联性,较之于保护基本权利,履行对国策的“保护义务”往往会耗费更多的公共财政。从财政角度来讲,如果说基本权利的保护义务和给付义务存在极大差别,那么这一差别在国策领域则很大程度上不存在。下文将二者合并作为积极面向加以讨论。

对于消极面向,或许有人会提出疑问:既然国策在很大程度上依赖于立法形成,那么在立法尚未予以形成的情况下,如何判断某项法律规范是否有损于国策目标的实现?如果这一质疑成立,那么在立法积极作为之前,国策无法在消极面向上直接适用,而在立法积极作为之后,这一问题又将从宪法层面降至法律层面,涉及可能违背国策的法律与落实国策的法律之间的关系。照此,消极面向无论如何都不具备存在的可能。然而国策高度依赖于立法形成并不会导致其无法在消极面向上发挥效力,国策并未具体规定立法者应做什么,并不等于国策完全无法指明立法者不应做什么,例如生态文明的国策并未明确要求立法者应采取哪些手段,但却可以确定破坏生态环境的法律必然有损于该国策目标的实现。即使是判断立法是否有损于实现社会主义这一最具开放性的国策目标,也并非在任何情况下均无法操作。虽然通常无法清晰准确地界定这类极度抽象的国策规制领域的外延,但借助对社会主义这一抽象概念历史内涵的分析可以认定,若立法明显威胁到或损害了必然落入该国策规制领域内的宪法价值,例如在市场分配的基础上制定了进一步加大贫富差异的法律,则可以认定该法律与社会主义这一国策目标背道而驰。

我国台湾地区学者许育典认为,在国策的效力问题上,应当将消极面向和积极面向区别对待,与消极面向不同,立法若未积极形成国策的内涵,并不直接构成违宪。^[27]首先需要说明的是,立法者未积极形成国策本来就不必然意味着违反宪法。与基本权利一样,国策是具有原则属性的规范。即便在基本权利的保护义务领域,宪法也未绝对禁止立法者完全不作为,例如当来自第三人的威胁遥不可及或者微不足道时,禁止保护不足原则的下限可以达至允许立法

[27] 参见许育典:《宪法》,元照出版有限公司2011年版,第447页。

者不采取任何保护措施,^[28]而给付义务则更未绝对要求立法者在任何情况下均积极作为。既然基本权利都未绝对禁止立法者完全不作为,那么国策则更应如此。立法不作为是否违反国策取决于正当性论证的结果,主要取决于对立原则的应实现程度(详见下文)。即使将许育典的观点理解为国策的实际效力仅局限于消极面向,在积极面向上并无规范效力,该观点也不具备合理性。在基本权利领域,防御权作为首要功能发挥作用,保护义务和给付义务均由其衍生而来,而在国策领域,要求立法积极作为才是制宪者将这类条款写入宪法的初衷,要求立法消极不作为只是顺带被包含于其中,只认定国策在消极面向上才具有规范效力明显不符合制宪者的意图。

二、国策的审查标准和强度

在确定国策在两个面向上对立法发挥指引效力后,应探讨如何认定立法是否违反国策,这涉及适用国策对立法进行审查的标准和强度。德国学者罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)将作为框架秩序的宪法给立法者留出的余地称为结构余地(struktureller Spielraum),结构余地为宪法框架的真实边界。除了结构余地,还存在认识余地(Erkenntnis-spielraum),认识余地并非存在于宪法框架中,而是来源于对宪法框架认识能力的局限性。当对客观存在的框架边界到底在哪里存在争议时,则产生认识余地。^[29]若以立法者而非合宪性审查主体的认知为准,则立法者在结构余地之外还享有认识余地。可见,认识余地涉及立法机关与合宪性审查主体的关系。认识余地可能来源于经验性前提,也可能来源于规范性前提。^[30]若对事实认定和预测决定存在争议,则涉及经验上的认识余地(empirischer Erkenntnis-spielraum);当对宪法中某一原则的内涵或重要性存在争议时,则涉及规范上的认识余地(normativer Erkenntnis-spielraum)。^[31]国策的审查标准主要涉及实体法层面的结构余地,而审查强度则主要涉及功能法层面的认识余地。

(一)审查标准的建构

1. 消极面向

在消极面向上,立法有损于国策目标的实现并不必然导致违宪,而只是引发合宪性审查的前提条件。若立法与国策指引的方向背道而驰,则意味着立法所要实现的目标与国策存在冲突,立法最终是否违反宪法应取决于对立法目标与国策这两项对立原则的权衡结果,若应优先考虑前者,则有损于国策目标实现的立法可以被正当化,反之则违反国策。需要强调的是,在此并不考虑立法者是否具有相应的主观意愿,只要立法在客观上有损于国策目标的实现,就应

[28] 参见陈征,见前注[26],第68页。

[29] Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht- Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2001), S. 27.

[30] Vgl. Alexy (Fn. 29), S. 27.

[31] 参见陈征:“论比例原则对立法权的约束及其界限”,《中国法学》2020年第3期,第153页。

接受正当性审查。

如上文所述,国策与基本权利具有本质区别,审查立法者是否侵害基本权利应适用比例原则,而审查立法者的积极作为是否违反国策并不存在类似于比例原则的模板式审查标准。在认定立法有损于国策目标的实现后,直接进入将立法目标与国策进行权衡的环节,较之于适用比例原则,该审查结果具有更为明显的个案依赖性。

若立法目标同样是被宪法要求的,例如立法目标是保障和实现公民的基本权利,则该目标与国策之间的冲突属于宪法层面的原则冲突。若立法目标完全由立法者自己创设,并非宪法的要求,则在权衡时应当适度增加国策的权重。对于后一种情形,不得简单认为立法者创设的不具有宪法位阶的目标必然应当让位于具有宪法位阶的国策,正如在基本权利领域,假设不存在《宪法》第 51 条的规定,从理论上讲,纯粹由立法者创设的目标同样可以成为限制基本权利的理由,且该法律完全可能最终通过比例原则的审查。

对于具体的权衡过程,黑塞曾提出“实践调和”(praktische Konkordanz)理论,该理论主要适用于加入权衡的双方均为宪法原则的情况。依据该理论,对于受到宪法保护的法益,必须按照使所有法益都能够得以实践的原则来配置,不得草率地进行利益权衡或者抽象的价值权衡,原则上不得整体优先考虑某一方的法益而完全不顾另一方,即不得使一方法益成为另一方的牺牲品,而应将冲突的法益进行最优化的平衡,从而实现一种和谐的状态。^[32]阿列克西认为,若规则之间存在冲突且不存在相应的例外规定,那么解决冲突的方法只有删除一个规则;如果原则之间产生冲突,不得普遍认定其中一项原则应优先适用,哪一项原则应优先适用取决于具体个案中的权衡结果,在此应适用“权衡法则”(Abwägungsgesetz),该法则要求对一项原则的非满足或损害程度越大,则满足另一项原则的重要性就应越大,^[33]此时相互冲突的原则均不失效并继续作为法律秩序的一部分发挥效力。与实践调和理论不同,权衡法则并非仅针对加入权衡的双方均为宪法原则的情况,而是包含了一切原则冲突的情形。而宪法原则之间的权衡,则应综合运用实践调和理论和权衡法则。既然宪法并非一个完结和封闭的体系,而是具有明显的开放性特征,那么在适用实践调和理论和权衡法则时,合宪性审查主体不仅不得将目光局限于某一项规范本身,而且不得仅在某个点对彼此对立的价值和法益进行权衡,而应在整个宪法秩序和规范整体中对存在紧张关系的各项原则进行理性权衡。

2. 积极面向

与消极面向类似,积极面向同样涉及对国策和与其对立的原则进行权衡,即上文阐述的适用实践调和理论和权衡法则的一般审查标准。在权衡过程中,积极面向与消极面向会存在一些差异。下文首先就积极面向的一般审查标准展开分析。此外,虽然国策在积极面向上不应要求立法者采取某种最低限度的行为,立法者的决策空间不仅包括如何实现目标,而且还可能

[32] 黑塞,见前注[19],第 49—50 页。

[33] Alexy (Fn. 29), S. 19. 这一权衡法则被称为“实体上的权衡法则”。此外,阿列克西认为还存在“认知上的权衡法则”,即对基本权利介入强度越大,对介入前提的确定性要求就越高。Alexy (Fn. 29), S. 28. 前者涉及审查标准,后者涉及审查强度。

包括何时实现目标,但基于与消极面向的本质区别,国策的积极面向应当附加一些审查标准。下文同时将就此问题展开探讨。

(1)一般审查标准

表面看来,积极面向给立法者留出的决策空间应比消极面向更多,毕竟后者要求国家不作为,不作为的方式只有一种,而前者要求国家积极作为,作为的方式多种多样。然而事实并非如此,两个面向在此是否存在不同应取决于审查对象。如果说消极面向上的审查对象为立法者的特定作为,那么积极面向上的审查对象则是立法者的特定不作为,而非多种多样的作为。换言之,两个面向的审查对象均具有特定性,给立法者留出的决策空间并未因此而有所不同。事实上,如果立法不作为或者不充分作为有助于维护某一项原则,那么必然意味着在该原则与所涉及的国策之间存在冲突,立法不(充分)作为是否违反国策同样应取决于对二者权衡的结果,因此上文阐述的实践调和理论和权衡法则同样适用于此。

在消极面向上,立法者可能实现的是自己创设的目标,即并非被宪法要求实现的目标,因此消极面向可能涉及国策与非宪法层级法益的权衡。与此不同,在积极面向上,立法实现国策目标必然导致公共财政的支出,财政支出又涉及纳税人的私有财产权,因此私有财产权的规定构成对财政支出的约束。这意味着即使立法实现国策并未与宪法层级的其他法益产生冲突,也至少应顾及私有财产权,换言之,积极面向必然涉及具有宪法层级的原则之间的权衡。财政宪法中蕴含了“可能性保留”(Vorbehalt des Möglichen)原则,该原则最初专指财政可能性保留,要求立法者在实现某一项宪法原则甚至行政者在执行某一项法律规则时,应当对引发的公共财政负担予以考量。当出现财政上“不可能”的情形时,某一项原则未实现或某一项规则未执行并不违反宪法或法律。^[34]在此,财政上的“不可能”指的是“相对不可能”,而非“绝对不可能”,毕竟国家可以通过举借债务等手段将“绝对不可能”变为“相对不可能”。^[35]在今天,可能性保留原则超越了财政宪法领域,具体包括法律上的可能和事实上的可能。在判断实现某一项原则是否具有法律上的可能性时,需要考量与之对立的原则并进行理性的权衡;而在判断是否具有事实上的可能性时,需要考量科学、技术等各方面的局限性对于实现某一原则的影响。由于财政可能性涉及财政领域的宪法原则,故应被视为法律上的可能性而非事实上的可能性。^[36]健康的公共财政对于国策的实现极为重要,国家财力越有限,负债越多,宪法对立法者实现国策的要求就越低。

由于几乎每一项国策的落实均会增加财政负担,有学者担心立法者会以不具备财政可能性为由大范围摆脱宪法的约束,进而使宪法规范相对化并威胁宪法权威。^[37]事实上,这一观点或是忽视了财政宪法的原则同样是宪法原则,财政上的不可能属于法律上的不可能,或是建

[34] Vgl. Horst Kratzmann, Verschuldungsverbot und Grundrechtsinterpretation, 2000, S. 135; Josef Isensee, Aussprache, VVDStRL 42 (1984), S. 269.

[35] 在国家实施举借债务行为的那一刻,便已经达到了“可能性”的边界,否则将不存在“不可能”。参见陈征:“国家举借债务的宪法界限”,《政治与法律》2020年第10期,第75页。

[36] 陈征:“宪法基本权利的中国特色”,《荆楚法学》2023年第3期,第98页。

[37] Vgl. Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 32 Aufl., 2016, Rn. 114.

立在国策等具有原则属性的规范在任何情况下均应完全实现的假设之上,混淆了原则和规则的区别,忽视了原则之间往往会存在冲突且本身具有相对性的特征。

与在消极面向上并不考虑立法者是否具有与国策目标背道而驰的主观意愿类似,在积极面向上,立法者的不作为或不充分作为是否具有维护某一项与国策对立的原则的主观意愿同样不影响权衡结果。此外,在权衡之前应当首先审查存在哪些相关法律规范,哪怕该规范的目的并非落实国策,只要其客观上可能发挥促进国策目标实现的作用,在审查时也应当予以考量。当存在其他配套法律时,则应对整体立法方案的效果进行综合考量。

(2) 国策不存在必须实现的核心领域

有学者提出,立法不作为不得涉及国策的核心领域,否则应直接被认定为违宪。^[38] 这一观点不具备合理性,理由主要有两点。

第一,正如上文所述,宪法基本权利体系蕴含着一个基本思想:公民的基本权利虽有边界,但公民在行使基本权利时并不负有正当性论证义务,而国家限制公民的基本权利却必须经过正当性审查。正因为此,宪法才要求国家限制基本权利必须符合法律保留、比例原则等宪法原则。若认为国策存在立法者必须实现的“核”,则明显混淆了基本权利和国策的性质。立法者对国策的形成往往构成对基本权利的限制,若国策存在“核”,则不仅意味着立法者为了实现这个“核”而限制基本权利根本无需进行正当性论证,而且等于宪法要求立法者必须对基本权利作出某种程度的限制,这明显颠覆了基本权利原理。即使在基本权利领域,无论是在防御权、保护义务还是给付义务功能中,宪法均未绝对禁止基本权利的零实现,国策则更应如此。^[39] 换言之,对于国策的积极面向,立法者不应只能决定如何“形成”,而无法决定是否“形成”。

第二,绝大部分国策与基本权利的抽象程度不同,对基本权利的规制领域相对容易界定,立法者主要负责对基本权利“具体化”,仅在设计保护方案等少数情况下才涉及立法“形成”,基本权利可能存在所谓的“核心领域”。而国策往往高度依赖于立法的形成,在多数情况下无法对国策的核心领域进行界定,以是否涉及核心领域为审查标准具有明显的不确定性。

(3) 国策并未绝对禁止实现程度的倒退

既然国策要求立法者形成制宪者期待的某一状态,那么若立法实现国策目标的程度倒退,是否必然违反宪法? 在笔者看来,国策并未绝对禁止立法实现程度倒退。首先,判断是否构成“倒退”是一项非常复杂的任务,无论是对当前的立法现状还是社会现状进行评估均极为困难,评估立法现状并不局限于分析和判断某一部法律的效果,而应对各种相关法律规范的整体效果进行考量,评估社会现状又不得不考虑客观环境的不断变化。此外,国策属于原则性规范,原则是优化要求,但要求优化并不等于在任何时间点都绝对禁止恶化,其实现程度取决于当下

[38] 有德国学者针对国家目标规定提出这一建议。Vgl. Clemens C. Hillmer, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz, insbesondere auf die Forschungsfreiheit, 2000, S. 188.

[39] 不同观点参见段沁:“国家目标条款的规范力——以德国宪法为借镜”,《中国法律评论》2023年第5期,第139—140页。与国策类似,基本义务同样不存在必须履行的不得被立法者触碰的“核”,参见陈征,见前注[36],第100页。

诸多法律上和事实上的可能性。国策蕴含着长期的目标,其本身具有极大的抽象性和流变性,将在某一特定时间点作出的评估作为在规范层面审查标准的构成要件并不合理。因此,国策并不要求立法在任何时期都要达到和维持某种特定的程度和水平,不应绝对禁止立法者暂时从曾经达到的某一水平上倒退,即不存在对落实国策的法律规范的存续保护。^[40]特别是在对当前的财政状况进行评估之后,立法者可以随时调整对国策的形成方案。举例来讲,在财政极为紧张的情况下,通过立法降低社会保障水平并不必然违反《宪法》第14条第4款,否则基于对“禁止倒退”的顾虑,立法者即使在完全可能的情况下也不具备提高社会保障水平的意愿,毕竟这可能意味着未来会承受极大的压力和负担。当然这并不等于立法实现国策程度的倒退完全不受宪法的约束,只意味着这一倒退并非绝对不具备宪法正当性,是否具有宪法正当性仍然取决于当前事实上特别是法律上的可能性,主要涉及与对立原则进行权衡的问题。

(4) 附加审查标准

虽然与消极面向类似,国策在积极面向上的一般审查标准主要取决于对相互对立原则的权衡结果,但考虑到两种面向的本质区别,立法者在积极面向上的决策空间至少会额外受到四个方面的限制。

第一,立法落实国策应遵循辅助性原则。依据该原则,仅当社会不愿或不能实现国策目标或者实现程度和效果不及国家亲自作为时,国家才可能作为最后责任人根据必要性进行不同程度和方式的介入。^[41]辅助性原则的宪法依据主要存在于私有财产权条款和效率原则中。国家介入需要公共财政的支出,对纳税人的财产权构成限制,若在不动用公共财政的情况下同样可以甚至可以更好地实现国策目标,动用公共财政则无正当性。此外,我国《宪法》第14条第2款和第27条第1款明确规定了效率原则,在产出相同的情况下,公共财政支出得越少则越符合效率原则。^[42]可见,虽然国策不给立法者确定实现目标的途径和手段,但辅助性原则构成对立法形成自由的一个限制。在此虽然涉及国策的积极面向,但同时蕴含了要求国家不作为。

第二,虽然国策留给立法者的决策空间可能达至允许立法者在当前完全不作为,但这并不适用于附带立法委托的国策。一般而言,制宪者将无法或不愿亲自规定的事项“委托”给立法者制定法律,例如《宪法》第15条第3款规定国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序,即属于附带立法委托的国策。这类国策至少要求立法者作为,立法者的决策空间仅局限于对实现国策目标的途径和方法的选择,并不包括对是否实现以及何时实现的选择。

第三,虽然落实国策存在于可能性保留中,但在财政有限的情况下,较之于并非由宪法明确的目标,立法和预算应适当优先考量国策目标的实现。

第四,既然国策高度依赖于立法形成,而行政机关主要负责执行法律,不得直接适用具有

[40] Hahn (Fn. 25), S. 87.

[41] 参见陈征:“公共任务与国家任务”,《学术交流》2010年第4期,第8页。

[42] 参见陈征:“简析宪法中的效率原则”,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2014年第4期,第113—114页。

极大抽象性的国策规定,那么立法必须足够具体,从极为抽象的国策中规划出实现目标的途径和方法,甚至应设定具体任务。立法者即使给行政机关留出空间,也只能是裁量和解释空间,而不得是形成空间,即不得将内涵和价值填充的任务转交给行政机关,否则行政机关将替代或补充立法者来形成国策的内涵,从而参与立法的民主合法化过程,^[43]这不仅不符合民主原则,而且违背了制宪者规定国策的初衷。

(二) 审查强度的建构

如前文所述,诸多国策的共同作用不仅会影响公民基本权利的行使,而且会在很大程度上给立法者增加权衡任务并限缩立法决策空间,进而可能威胁宪法的框架秩序特征。国策的适用不得导致宪法无法灵活应对社会变迁。除了建构涉及结构余地的审查标准,在一定程度上认可立法者享有认识余地并基于此建构审查强度,恰可以在确保国策发挥规范效力的同时维护宪法的框架秩序,进而将上述理论难题最大限度弱化。应如何构建审查强度?是否应对不同情形加以区分?下文将对此展开探讨。由于国策发挥效力的两种面向均涉及对彼此对立原则的权衡,可以将二者一并探讨。

1. 依据国策所涉及法益的重要性划分审查强度?

德国联邦宪法法院认为,所涉及的法益越重要,合宪性审查的强度就越大,反之则应更多尊重政治决断。^[44]然而,法益的重要性程度本身就应交给民主政治来判断。若合宪性审查主体对不同宪法规范的重要性作出不同判断并将其作为确定审查强度的依据,则意味着审查强度在很大程度上取决于审查者自身的价值评判,这构成对民主政治的不当干涉。

2. 依据国策所涉及的行为方式划分审查强度?

有学者将我国宪法中的国策分为倡导性国策、要求性国策和强制性国策。倡导性国策通常采用“提倡”“进行”“鼓励”“推广”“推行”等词语表述,要求性国策一般采用“举办”“安排”“实行”“提高”“加强”“改善”“改进”“完善”等词语表述,而强制性国策则多采用“建立”“健全”“禁止”等词语表述。^[45]适用这些不同类别的国策进行合宪性审查的强度是否存在差别?在笔者看来,这些规定之间的区别主要体现在国家行为方式上,而非效力或者重要性方面,对审查强度也不应该产生影响。在制宪者看来,某些国策基于其自身的特征更适合由国家通过“提倡”这一行为方式去实现,而非“实行”或“建立”,国家未实施“提倡”行为与未实施“实行”或“建立”行为在后果上并无差别,在审查立法者是否违反了倡导性国策时,立法者所享有的认识余地与审查是否违反要求性国策和强制性国策也不存在差别。

3. 依据审查内容的性质划分审查强度?

在基本权利领域,针对适用比例原则审查立法的强度,笔者曾撰文建议根据审查内容的性质将立法者的认识余地分为事实认定、预测决定和价值评判三种情形,并对其适用不同的审查

[43] 照此,无论是合国策的解释,还是当存在不确定概念或概括性条款时的以国策为导向的解释,原则上均不应适用,除非在极少数情况下有必要由行政机关或司法机关填充法律漏洞。

[44] Vgl. BVerfGE 18, 315 (331). 起源于德国联邦宪法法院的审查密度理论与此一脉相承。

[45] 参见殷啸虎,见前注[7],第19页。

强度。^[46]在事实认定方面,原则上不应认可立法者享有认识余地;在预测决定方面,应在一定程度上认可立法者享有认识余地(经验上的认识余地);在价值评判方面,应尽可能认可立法者享有认识余地(规范上的认识余地)。然而这一观点不应照搬至国策领域。表面看来,适用国策规定的合宪性审查仅涉及将相互对立的若干项原则进行权衡,即仅涉及价值评判,而不涉及事实认定和预测决定,但实际上在权衡过程中蕴含了对诸多变量的判断和考量,特别是对立法实现国策的程度和效果的考量,以及实现国策的立法对与该国策对立原则产生消极影响的判断。在这一过程中,经验上的认识余地和规范上的认识余地水乳交融,根本无法将事实认定、预测决定和价值评判进行切割。因此,与适用比例原则审查是否侵害公民的基本权利不同,适用国策进行合宪性审查无法依据审查内容的性质来区分审查强度。

4. 依据国策规定的抽象程度划分审查强度

抽象程度不同的国策在审查强度上是否应有所不同?一般而言,国策的抽象程度会影响立法者的认识余地。国策越具有开放性,对于应如何进行事实认定、预测决定,尤其是应如何形成规范内涵并赋予其何种程度的意义和价值就越具有不确定性。既然国策高度依赖于立法形成,那么国策所蕴含的各种不确定因素越多,立法者所享有的认识余地就应越多,审查的强度就应越低。照此,较之于抽象程度接近于基本权利的国策,那些规制对象的内涵和外延都极为模糊的国策给立法者留出的认识余地明显要更多。然而应当注意的是,无论在消极面向还是积极面向上均涉及国策与对立原则的权衡,国策仅作为权衡的一方发挥作用,确定审查强度还应当同时考量对立原则的抽象程度,特别是当对立原则同为国策时。通常来讲,只要有一方是极为抽象且未经立法形成的国策,就应采取低强度的审查模式;若加入权衡的一方为已经由立法予以形成的国策,另一方为抽象程度较低的国策,则可以适度提高审查强度。

在消极面向上,加入权衡的一方是立法旨在实现的目标,该目标可能是宪法中的其他国策目标,也可能是非宪法层面的目标,但不管实现何种目标,均是已经被立法形成和具体化的原则;而加入权衡的另一方是尚未经过立法形成的国策,审查主体不得不直接适用该国策并将其加入权衡,在权衡过程中,审查主体绝对不得替代立法者去形成国策。若该国策的抽象度极高,则应选择低强度审查模式,仅当立法者的认定、预测或权衡错误一望即知,例如根本没有意识到该国策的存在或者在权衡过程中明显漠视了该国策的作用和意义且这一错误对权衡结果可能具有决定性影响时,才可认定立法者违宪。在此,举证责任应当归于合宪性审查主体。若该国策的抽象程度较低,则审查强度应适当增加,立法者应在可获取的事实基础上作出合理判断。

在积极面向上,当审查对象为立法完全未作为时,若与所涉及国策对立的原则同样为未经立法形成的国策,审查主体则应选择低强度审查模式;而若审查对象为立法未充分作为,与其对立的原则抽象程度较低,则应适度增加审查强度。

综上所述,只有国策规定的抽象程度会影响审查强度,其他因素均不应构成对审查强度的影响。

[46] 参见陈征,见前注[31],第155页。

三、国策与其他宪法规范的冲突及立法解决途径

不仅国策与基本权利之间经常存在对立关系,而且在纷繁复杂的国策之间同样可能存在张力,立法者在落实每一项具有原则属性的宪法规范时都需要在整个宪法秩序中进行诸多事实认定、预测决定和价值评判。此外,宪法各规范之间的冲突和权衡结果往往会随着经济、社会、科技等方面的发展不断变化,立法者还负有随时关注的义务。虽然通过建构国策的审查标准和审查强度可以使立法者明晰法律在何种情况下可以通过合宪性审查,但若指待更为有效地缓解立法者所面临的这些压力和困境,应尽可能探寻出一些更为具体的权衡依据、思路和方法,包括立法者需要注意的事项,从而促使立法者更合理地解决国策与基本权利的冲突以及国策之间的冲突。

(一) 国策与基本权利的冲突及立法解决途径

在国策与基本权利的冲突中,最常见的两种情形分别是基本权利的防御权功能与国策的积极面向之间的冲突,以及基本权利的保护义务与国策的消极面向之间的冲突。前者是指在立法者积极实现某一国策时限制了公民的基本权利,而后者则是指立法者采取的保护基本权利的措施有损于某一国策的实现。下文将针对这两种情形分别进行探讨。

1. 防御权与国策积极面向的冲突

虽然维护公民的基本权利是宪法的最终目的,但权利本位不等于权利优先,当国策与基本权利产生冲突时,宪法并未在国策面前普遍赋予基本权利优先性,否则落实国策的法律一旦构成对基本权利的限制,将会直接被认定为违宪,这显然不是制宪者的意图。较之于基本权利,国策的实现更多依赖于作为中介的立法加以形成,但这仅意味着国策发挥效力的方式不同于基本权利,并不意味着位阶等级天然低于基本权利。

然而国策效力的发挥不得颠覆基本权利原理。国策无法直接限缩与其冲突的基本权利的保护范围,若旨在形成国策的法律构成对公民基本权利的限制,国策无法直接使法律的限制行为正当化,否则基本权利和国策之间将不可能在实质上存在紧张关系。举例来讲,若将危害生态环境的言论直接排除出言论自由的保护范围,或者认定立法限制危害生态环境的言论必然具备正当性,则意味着绕开了对发表危害环境的言论这一自由与保护环境这一国策之间的权衡环节,直接认定该国策较之于该自由具有绝对优先性,国策在基本权利面前理应全面实现。但正如上文所述,国策和基本权利的冲突体现为原则之间的冲突,二者之间并不存在位阶差别。此外,国策的抽象程度往往很高,制宪者并未足够明晰其内涵和外延,这类规定并不适合在宪法层面直接影响基本权利的构成要件进而限缩基本权利的保护范围,也不可能使限制基本权利的正当性论证责任免除甚至倒置。因此,即便立法旨在实现某一国策目标,对立法限制基本权利的行为仍然应当适用比例原则等进行审查,这体现了权利本位思想,是基本权利原理的要求。

上述分析并不意味着国策被写入宪法不会对基本权利产生任何影响。较之于实现并非由宪法要求的目标,若立法旨在实现宪法确立的国策目标,则在与基本权利进行权衡时,应提升

该目标的权重。例如,若立法限制危害生态环境的言论,则应考虑到这一限制行为有助于实现被宪法明确规定的保护生态环境的国策,在适用比例原则进行法益权衡时,应增加对立法目标的权重;在平等权问题上,如果立法对文化产品征税的税率低于娱乐产品,或对从事艺术事业、环保事业的组织提供税收优待,那么在对这类立法差别对待行为进行正当性审查时,应考虑到这类优待措施有助于实现繁荣文化艺术和维护生态环境的国策目标,在将其与平等权所蕴含的法益进行权衡时应提高权重。

如果某一项国策在基本权利条款中再次作为权利边界被提及,那么在将该国策与该项基本权利进行权衡时,应进一步增加前者的权重。例如《宪法》第28条规定“国家维护社会秩序”这一国策,《宪法》在第36条保障公民宗教信仰自由这项基本权利中再次规定“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序……的活动”,较之于公民的宗教信仰自由,立法者应对维护社会秩序予以更多考量。

我国《宪法》第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”较之于其他基本权利,“合法的”私有财产在内涵上更多依赖于立法的形成且在外延上更多依赖于立法的界定。即便如此,国策的辐射效力也不会直接限缩财产权的保护范围。举例来讲,宪法中关于社会主义制度的国策辐射到财产权条款可以推导出财产权的社会义务,^[47]关于生态文明的国策可以辐射出财产权的生态义务,^[48]而财产权负有社会义务和生态义务仍然意味着对财产权的限制,需要适用比例原则等对其进行正当性审查,只是这类限制通常^[49]并不会像征收那样引发补偿。

2. 保护义务与国策消极面向的冲突

防御权是基本权利的首要功能,既然基本权利在防御权中的位阶都未普遍优先于国策,那么保护义务则更是如此。与防御权不同,保护义务本身往往同时蕴含着基本权利的冲突,在解决保护义务与国策消极面向的冲突时,立法者首先应当权衡基本权利的冲突,国策的作用通常仅局限于为第三人的基本权利增加权重。即使不考虑第三人的基本权利,而仅将目光局限于保护义务是否违反消极面向上的国策,也应当注意,国策同样不得颠覆基本权利原理,在此保护义务与防御权功能类似。立法者在适用权衡法则对保护义务与国策进行权衡并进行实践调和时,不得突破禁止保护不足原则对立法者的约束,国策不得使保护义务对立法者提出的这一最低保护要求降低甚至消失。此外,上文在防御权问题上针对国策增加权重的论述同样适用于保护义务。

(二) 国策之间的冲突及立法解决途径

在不同的国策之间同样可能存在紧张关系,例如发展市场经济与维护生态文明之间。在解决国策的冲突时,立法者需要在合宪性秩序中进行综合考量与权衡,包括顾及可持续发展和

[47] 参见张翔:“财产权的社会义务”,《中国社会科学》2012年第9期,第110页。

[48] 参见陈征,见前注[36],第102页。

[49] 社会义务在例外情况下也会引发类似补偿的制度,学术界称其为“调和制度”。参见陈征:“征收补偿制度与财产权社会义务调和制度”,《浙江社会科学》2019年第11期,第22页。

未来几代人的利益。那么在适用权衡法则以及进行实践调和时,是否在宪法规范层面存在某些权衡依据、思路和方法?

1. 不同国策之间存在位阶?

与基本权利类似,我国宪法中的国策同样涉及经济发展、社会生活、文化教育等不同领域,这些不同领域的国策之间是否存在重要性的差别?在笔者看来,不仅基本权利之间以及基本权利与国策之间原则上不存在重要性之分,不同国策之间同样如此。宪法文本并没有依据表明某些领域更为重要,这完全属于主观价值评判。拥有不同价值观和政治倾向的人,甚至不同出身、不同职业和不同阶层的人对不同价值重要性以及对同一决定公正性的判断可能会存在很大差异,而如何平衡和解决这些差异所导致的观点与利益冲突恰应落入立法者在规范上的认识余地。^{〔50〕}若合宪性审查主体带着自身的价值评判介入这一立法决策空间,则构成对民主政治的不当干涉。

此外,所谓的倡导性、要求性和强制性国策的差别也仅存在于对国家行为方式的要求中,这些差别不仅对审查强度没有任何影响,而且不构成认定国策存在重要性等级的依据。举例来讲,国家“倡导”社会主义核心价值观的重要性并不必然低于“改善”劳动条件。

有德国学者认为通过与人的尊严的关联紧密程度可以划分国家目标的优先等级:满足人的基本生活所需的国家目标位于第一等级,维护社会整体供给能力和确保共同体经济基础的国家目标位于第二等级,确保个人自由施展的国家目标属于第三等级,维护共同生活一般秩序的国家目标则属于最后一个等级。^{〔51〕}这一等级划分在德国或许具备合理性,但我国宪法并未将人的尊严置于不可触碰的地位并赋予其最高价值位阶,在具体情形中如何对国策进行重要性认定与权衡恰是制宪者留给立法者的任务。

或许有学者认为,通过体系解释可以认定出现在宪法前边章节的国策应当优先予以考虑,例如在序言中规定的国策优先于总纲中的国策。然而宪法各部分内容和各条款的先后顺序仅体现出制宪者对宪法文本体系和结构的安排,在规范层面并不存在前文重要于后文的依据。基于历史影响,我国现行《宪法》将公民的基本权利和义务章调整至国家机构之前,但这仅反映出制宪者对公民权利与国家权力之间关系的认知产生了变化,^{〔52〕}并未改变规范的重要性程度。

虽然宪法规范之间原则上并无位阶差别,但存在个别例外情形。在基本权利领域,“特别”通常优先于“一般”,不仅指适用上的优先,还包括位阶上的优先。例如《宪法》第4条第1款、第36条第2款和第48条第1款分别规定了民族平等、信仰平等和男女平等,对这些特别平等权的保护强度应高于第33条第2款的一般平等权。^{〔53〕}这是否同样适用于国策?举例来讲,M是母国策,Z是子国策,国策A若与Z产生冲突,则必然也会与M产生冲突,较之于将A与

〔50〕 陈征,见前注〔31〕,第157页。

〔51〕 Vgl. Bull (Fn. 22), S. 219 ff.

〔52〕 许崇德,见前注〔17〕,第768页。

〔53〕 陈征:“我国宪法中的平等权”,《中共中央党校学报》2010年第5期,第89页。

M进行权衡,在将A与Z进行权衡时是否应增加Z的权重?笔者认为,与基本权利领域的“一般”和“特别”不同,国策中的“一般”与“特别”之间仅在适用优先性上存在差别,同时会基于抽象程度的不同影响审查强度,而不具有位阶差别,例如《宪法》第1条社会主义原则的位阶不应低于第14条第4款关于社会保障的规定。制宪者在被母国策所涵盖的某些领域未规定子国策并不必然意味着这些领域的重要性偏低,而是这些领域往往具有更大的开放性和不确定性,与其由制宪者在此作出进一步规定,不如将其形成的任务交给立法者。这与制宪者在规定了一般平等权的同时又规定特别平等权的目的完全不同。因此,在与其他国策进行权衡时,不应就母国策和子国策作出普遍性的差别对待。

综上所述,宪法在某种程度上蕴含着价值流变性和价值多元性,每一项国策都是这一流变和多元体系中的一部分,宪法保护的各种法益需要在统一的宪法基本价值秩序下通过民主政治予以考量。对于宪法中的国策,可以基于形式、内容等方面的视角进行分类或体系化,但原则上不应依据重要性进行分类甚至排序。

2. 法益叠加情形

上文的阐述涉及立法者在两项冲突的国策之间进行权衡。但当加入权衡的一方同时涉及若干宪法规范且在这些规范之间并非如母国策和子国策那般具有包含与被包含的关系时,是否应当增加权重?在此应当对不同情形分别加以讨论。

除了可能与基本权利产生冲突,国策还可能与基本权利相互对应,二者具有一致性,例如《宪法》第22条对应第47条的科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。毋庸置疑,这类国策可以增强对应基本权利的保护强度,即有助于促进国策目标实现的个人行为,受到宪法保护的强度增大,例如同样是发表言论,有利于维护生态环境、维护民族团结的言论应比其他言论受到更多的保护。但相关基本权利是否可以反过来提升对应国策的权重?宪法基本权利体系包含了未列举基本权利,其所包含的公民自由范围极其广泛,几乎任何国策均可以对应至少一项基本权利,例如《宪法》第21条第1款即对应公民健康权这一未列举基本权利。而至少在我国宪法中,明示基本权利的重要性并不必然高于生命权、健康权等未列举基本权利。与此相应,认定对应明示基本权利的国策比对应未列举基本权利的国策更为重要的观点并无规范依据。即使存在个别不与任何基本权利相对应的国策,其至少也会间接促进某些基本权利的实现,而认定间接促进基本权利实现的国策在重要性上弱于直接对应基本权利的国策同样不具备规范依据。因此,虽然从理论上讲,相关基本权利可以提升对应国策的权重,但当加入权衡的每一项国策均对应一项基本权利时,增加权重的实际意义将不存在。

若加入权衡的一方同时关联其他国策或基本义务规定,则应当增加权重。例如《宪法》第55条的保卫祖国、抵抗侵略以及依法服兵役义务可以提高第29条这一国防领域国策的权重。此外,如果落实某些国策可以直接促进其他国策目标的实现,例如维护市场经济制度可以促进就业,促进就业又可以在一定程度上给国家降低社会保障的负担,那么自然应在权衡时更多予以考量。这当然并不意味着各项宪法规范之间存在位阶差别,而仅意味着在个案中基于法益叠加而导致的权重增加。

四、结 语

在现代成文宪法中,虽然组织法规范往往占据更多篇幅,但作为“第三种结构”的国策同基本权利一样涉及国家活动的方向、内容与边界,其重要意义不言而喻。基于本文的分析不难发现,认为将国策写入宪法会损害宪法的规范性和权威性,认为国策的落实不利于基本权利的实现,以及认为宪法规定国策会过度限缩立法决策空间的观点,均不具备说服力。与其他宪法规范不同,高度的抽象性和开放性恰是国策的主要特征,使其发挥指引效力而非约束效力正是制宪者的意图,不得简单认为宪法发挥效力的方式局限于基本权利和国家机构规定发挥效力的方式,与之不同的效力方式均应被视为无效力或弱效力。国策虽然可能构成对基本权利的限制,但同时还可能促进基本权利的实现甚至增强基本权利受到保护的强度。合理建构审查标准和审查强度完全可以使国策在对立法活动发挥应有效力的同时充分尊重立法者的决策空间。我国《宪法》规定了诸多国策,在当前推进合宪性审查工作的背景下,宪法学界理应对国策及其对立法权的指引给予更多的关注。

Abstract: National policies exist within enacted laws and have normative effects, characterized by task relevance, abstraction, association with public interest, comprehensiveness, and long-term nature. Constitutional provisions of national policies often heavily rely on legislative formation. Rather than constraining legislative power, national policies serve as guiding principles. Citizens cannot derive subjective claims from national policy provisions. National policies can exert effects in both negative and positive dimensions. Both dimensions involve balancing national policies against opposing principles, requiring the application of balancing rules and possibly the practical concordance theory simultaneously. The realization of national policies exists within a “reservation of possibility,” which does not include a core area that must be achieved through legislation under any circumstances, nor does it absolutely prohibit regression in legislative realization. Reasonable review standards and review intensity can ensure that national policies exert their effects while fully respecting the legislative decision-making space. When national policies conflict with fundamental rights, the former cannot directly narrow the scope of the latter’s protection or directly justify legislative restrictions. Resolving conflicts between national policies and fundamental rights, as well as conflicts among different national policies, requires specific balancing criteria, approaches, and methods at the normative level.

Key Words: National Policies; Basic Rights; Legislative Power; Possibility Reservation

(责任编辑:彭 鐸)