

# 论作为规范合法性审查标的的不法规范\*

□ 袁 勇

**内容提要** 规范性文件合法性审查的基本内容是规范合法性审查。规范合法性审查的标的是不法规范,即应当被改变、撤销或不予适用的非法规范。据其概念构造及形成原因等方面的不同,不法规范可分成个体类的不法规范与冲突中的不法规范。前者是不符合立法规范且符合非法规范制裁条件的规范个体,包括违反上位法规定、超越权限与违背法定程序而制定的规范;后者是相冲突规范中应当被制裁的初显合法的劣势规范,包括同上位法规范相抵触的下位法规范等。因判断这两类不法规范的基准、方式与方法有别,而且消除二者效力的方式也不同,规范合法性审查可分成两类:一类是以个体类的不法规范为标的的规范有效性审查;另一类是以冲突中的不法规范为标的的规范兼容性审查。

**关键词** 不法规范 规范冲突 规范合法性审查

作者袁勇,河南师范大学法学院副教授,法学博士。(河南新乡 453007)

DOI:10.14167/j.zjss.2018.02.008

## 引 言

我国现行《立法法》、《法规规章备案条例》、《行政复议法》,以及《行政诉讼法》等法律法规,规定了以备案审查与附带审查为主的规范性文件合法性审查制度。根据法律由法律规范等要素构成的法理通说,规范性文件的基本内容是各类规范。据此可认为,规范性文件的合法性审查主要是审查文件内含规范的合法性,此类审查可称为规范合法性审查。该审查作为一种法制化的实践活动,不可能无一定的审查目标或审查标的。问题是:规范合法性审查的审查标的是什么?或者说,它应当发现并制裁的对象是什么?

从“规范合法性审查”的语义来看,此类审查的任务是判断各类规范的合法性、审查的结果是断定被审规范合法或非法。鉴于大多数规范性文件中的大部分规范通常是合法规范,规范合法性审查的目的显然不是为了确认大多数规范均合

法,而是为了查处其中可能存在的少数非法规范。是故,规范合法性审查的目标是针对被审文件内可能存在的非法规范。那么,非法规范作为规范合法性审查标的究竟是什么样的规范?

笔者基于凯尔森界定的不法(delict)概念主张,作为规范合法性审查标的的非法规范可称为不法规范。这是一种审查机关应当依法制裁的非法规范,其外延可分成两种基本类型:个体类的不法规范与冲突中的不法规范。前者是审查机关应当制裁的非法规范个体(包括无效的规范个体与违法的规范个体);后者是相冲突的规范中应当被有权机关依法制裁的非法一方(包括内在必然冲突中的不法规范与外在偶然冲突中的不法规范)。尽管个体类的不法规范与冲突中的不法规范均是非法规范,但二者在概念构造、形成原因等方面存在实质差异。

本文界分不法规范并非为了纯粹的概念分析。在实践方面,拟澄清人们在审查实务中对规范

\* 本文是国家社科基金项目“我国法治体系建构下的行政规范性文件司法适用实证研究”(15BFX014)的阶段性成果。本研究同时获得清华大学国家治理研究院研究项目支持。

合法性审查标的的混乱认识,以便明确规范合法性审查的任务和目标;在理论方面,拟确定规范合法性审查的研究方向,以便为探究该类审查的基准、方法与进路等奠定理论基础。

### 一、不法规范的界定

“不法”(delict)在凯尔森的规范理论中具有重要地位,是凯尔森法律制裁论的主要概念之一。据其论断,不法是一种与强制性规范所规定的行为相反的作为或不作为,可称为不法行为;不法行为是内在于法律规定的事实,而非“非法”、“违法”等词语所表述的外在于法的否定面,即与法规所描述事态相矛盾、相反的事实;不法行为是适用相应制裁的充分条件。制裁则是法律规定的强制行为,仅当法律秩序把同强制性规范所规定的行为相反的行为规定为制裁的适用条件,它们才具有不法行为的特征;作为制裁适用条件的作为或不作为是法律特别规定的事实;简而言之,不法行为是一种个人行为,实施该行为的个人或相关人须承担法定的制裁作为其行为的后果。

比照凯尔森关于不法行为的观点,不法规范可以界定为符合法律规定的改变、撤销或不予适用等制裁条件的规范。改变、撤销或不予适用是有关机关制裁不法规范的制裁行为。例如闯红灯作为一种法律上定性的事实,是道路交通行政处罚的适用条件,因此是一个不法行为;下位法规定应做婚前医学检查与上位法规定的免做婚前医学检查相冲突,此种规范为《立法法》所禁止,同上位法相冲突的下位法规范(应做婚前医学检查)成为《立法法》第97条规定的改变或撤销的适用条件,因此可谓是一个不法规范。

通过比较前两个不法情形可知,违反强制性立法规范、符合法定改变或撤销条件的、应当被有关机关依法制裁的规范,可以界定成不法规范。具体理由如下:其一,不法行为是同强制性行为规范规定的行为相反的行为,不法规范是同强制性立法规范规定的应有规范相反的规范,二者皆是强制性规范所规定的应然情形的对立面。例如,闯红灯同禁止闯红灯所规定的行为相反;与上位法相冲突的规范,同下位法不得同上位法相抵触的规范规定的情形相反。其二,不法行为是法律特别规定的制度事实,不法规范同样也是既定法律秩序

构成的制度事实,二者在概念上同属于法律事实。其三,二者都是法律特别规定的应当被制裁(如处罚与撤销等)的不法制度事实,均是相应制裁的适用条件。具体而言,不法行为是处罚等法律制裁的适用条件,不法规范是改变或撤销等制裁方式的适用条件。其四,生成二者的逻辑结构相同,同处于“强制性规范——不法制度事实——制裁规范”的概念结构之中。

运用前述观点审视我国法律体系可知,我国现行法业已将不法规范列为制裁对象,并且已经规定了不法规范制裁制度。因为《立法法》及相关法中规定了大量强制性立法规范。例如,《立法法》第4条规定,立法应当依照法定的权限和程序、维护法制统一;该法第8条、第87条等规定,未依照法定权限和程序创立的规范是非法规范。诸如此类的立法规范是关于规范制定行为及其所制定规范应当遵从或符合的强制性规范。其次,根据《立法法》第96条与第97条的规定,有权机关应当改变或撤销有下列情形中的法律规范:超越权限的、违反上位法规定的、违背法定程序的、同上位法相抵触的。《立法法》第96条与第97条的规定是典型的非法规范制裁规定。最后,根据《立法法》及相关规范性文件合法性审查的规定,规范性文件制定机关应当自行修改或废除非法规范、有权机关应当改变或撤销下位非法规范,司法机关不得适用非法规范。诸如此类的规定构成了不法规范制裁制度。

### 二、立法不当情形中的不法规范

尽管不法规范制裁制度已是我国规范合法性审查制度的重要组成部分,规范合法性审查的标的在理论上也应当定性为不法规范,但人们并未厘清应当被制裁的不法规范作为规范合法性审查的标的究竟是什么样的规范。《立法法》第96条与第97条规定的立法不当情形包括超越权限的、违反上位法规定的、违背法定程序的,以及同上位法相抵触的;其中,前三种情形通常被认为是规范违法情形。当下,多数研究者将规范违法情形与规范抵触情形相混同;某些规范性文件(如《河南省地方立法条例》[(2016)第65条])把越权制定的与违反上位法的情形并列规范相抵触的下属情形;审查者在实践中则普遍把规范违法情形(超越权限的、违反上位法规定的、违背法定程序的)当

作规范抵触情形。不过,有人在《法的违反情形与抵触情形之界分》一文,论证了法的违反情形与法的抵触情形是不同概念,二者的外延并无交集。尽管该文阐述了规范合法性审查处理的规范非法情形包括法的违反情形与抵触情形,但该文并未详细界定前列情形中的规范何以成为被制裁的对象。换言之,该文虽然涉及但并未论证不法规范的概念。下文基于立法规范的概念、通过剖析常见的四种立法不当情形,进一步阐明不法规范的存在情形。

芬兰哲学家冯赖特将规定规范制定与废除行为的规范称为高阶规范,受高阶规范规定的称为低阶规范;哈特则将创立或改变或其他规则的次级规则称为改变规则。在我国法学语境中,立法规范与改变规则可称为立法规范,即规定立法行为及其所规定立法内容的规范。立法规范不同于调整自然行为的初级规则,它们是规定作为制度行为的立法行为,并创立、改变或废止法规定这种制度事实的特殊规范。根据丹麦法哲学家罗斯、美国语言哲学家塞尔的观点,立法规范可分成两类:一类是构成性立法规范,即创设或构造新行为、新事实,没有此类规范就没有相应行为或事实的规范;另一类是调整性立法规范,即规定人们应当如何作为或不作为、应当实现何种目标的行为规范。构成性规范与调整性规范的性质不同;前者并不像后者那样规定行为模式,而是直接规定将“X当成Y”或者“在条件C下将X当成Y”。<sup>⑩</sup>调整性立法规范规定的则是立法行为的行为模式,以及行为的种类、范围与幅度的规定。立法规范的种类及其不同性质决定立法不当情形的构成情况。

第一,“违反法规定的”情形。规范是规范制定行为的结果。<sup>⑪</sup>实定法规范生成后则是作为一种非心理状态的、理念中的意义体而静态存在。<sup>⑫</sup>这意味着规范不会成为施动者,违反规范的只能是规范行为而非规范。构成性规范在概念上,要么被符合而有法律意义,要么不被符合而无法律效果;或者说,它们在概念上严格地讲并无被违反与否的问题,只有被符合与否的问题。所以,在严格意义上可能被规范制定行为违反的只能是调整性立法规范。其中,立法必须规范被违反的情形是立法者未实施其要求的行为,或者虽然实施了但未达到或超出了必须达到的范围、幅度或标准;立法禁止

规范被违反的情形是立法者实施了被禁止的行为;立法准许规范被违反的情形是立法者的立法行为未达到准许规范的规定。

第二,“超越权限的”情形。立法规范的主要类型是作为构成性规范的立法权限规范。权力(或权能)是一种法律所确立的、通过和依据意思表示来创设或改变法律规范(或法律效果)的能力;权力规范是确立这种能力、说明这种能力存在之前提条件的规范。<sup>⑬</sup>权力规范可分为规定何人有资格创设规范的主体资格规范,规定应遵守之程序的规范创设程序规范,以及规定被创设规范之对象、情景和主题之可能范围的规范创设实体权限的规范。<sup>⑭</sup>“超越权限的”情形所指的是有立法主体资格的立法者超越其立法实体权限的情形,表现为立法事项、立法内容等不在立法实体权限的规定之内。

第三,“违背法定程序的”情形。立法程序规则是一种构成性立法规范,它规定的是法律行为与法律事实有效创立所必须经过的方式、步骤、顺序与时限等。违背法定程序具体是指规范制定行为未以法定方式并经过法定的步骤与顺序并在法定时限内完成。立法程序规则的构成决定了未按其规定进行的规范行为将产生不了具有法律效果的规范。

第四,“相抵触”的情形。规范抵触即规范冲突,是指两条或两条以上的规范在在同一个案件中竞相要求被适用,但因其构成要件和(或)规范效果不兼容而不能被共同实现的情形。因为两条合法有效的规范竞相适用于同一个案件时产生了有你无我的不兼容,所以必须根据规范废除规则(如上位法优于下位法)将其中的一方消除之。由此可知,规范冲突情形发生在规范与规范之间,而非规范行为与规范之间。规范冲突既不是违法制定行为产生的不法结果,也不是制定行为合法但规范自身非法导致的不法结果。相反,在法律上相冲突的规范首先必须是初始合法有效的规范,无效规范在法律上不会形成冲突。<sup>⑮</sup>

综上,规范冲突中被制裁的规范根本不同于违反法规定的、超越权限的与违反法定程序的规范,它们并非独立存在的非法规范,而是依存于规范冲突的规范。在广义规范违法情形中,规范个体因被违法制定或其自身违法而成为被制裁的对象;而在规范冲突中,规范个体初显合法但因同其他规范冲突而导致其中的一方成为被制裁的对象。以上

不法规范可概括成两类:其一,因规范个体间接或直接违法而形成的个体类的不法规范;其二,规范个体初显合法但因同其他规范冲突而造成其中一方必须被制裁而形成的冲突中的不法规范。

例如,《道路交通安全法》(2003)第13条内规定有两条规范,其一记为N1:申请人提供机动车行驶证和机动车第三者责任强制保险单的,机动车安全技术检验机构应当予以检验;其二记为N2:任何单位不得附加《道路交通安全法》规定以外的条件。但公安部《机动车登记规定》(2004)第34条第3款规定有一条规范,记为N3:对提供机动车行驶证和机动车第三者责任强制保险单,但未处理完毕道路交通安全违法行为和交通事故的机动车,机动车安全技术检验机构不得给予检验。在该“车检规范案”中,<sup>④</sup>因N3附加了《道路交通安全法》规定(N1)以外的条件而违反N2的规定,审判机关决定不予适用,公安部后来也改变了该规定,N3因此是一条个体类的不法规范。另由于N3同N1规定的皆是车检事项,但因N3规定的是4条件、N1规定的是2条件,在适用N1时将不能适用N3,二者因此相冲突。由于N1是N3的上位法规范,审判机关根据上位法优于下位法的准则排除了N3的适用力,N3在法律上应当被改变或撤销,因此N3在与N1的冲突中成为冲突中的不法规范。

### 三、个体类的不法规范

个体类的不法规范是符合非法规范制裁条件的、应当被改变、撤销或不予适用的单个规范。例如在车检规范案中,N3是公安部制定的违反N2且符合《立法法》第96条所规定之制裁条件的规范。或者说,它是应当被改变、撤销或不予适用的单个不法规范。从该个案可以看到,个体类的不法规范的概念结构包含四个核心要素:“制定行为-个体规范-立法规范-制裁规范”。据此概念结构,个体类的不法规范的构成条件共有三个:

首先是法律体系中有规定规范合法条件的立法规范。判断规范合法性的依据是规定规范合法条件的立法规范。这类规范包括但不限于立法应当依照法定的权限和程序,立法应当维护法制统一、下位法规定不得同上位法相抵触、同位法规定之间应当相一致,依据授权的立法不得超越授权范围或违背授权目的,等等。

其次是断定存在非法的规范个体。规范制定行为非法或者规范个体非法皆能造成非法规范。制定行为不符合立法规范必然导致其所立规范非法。制定者无主体资格或者有主体资格但其行为超出了立法实体权限的规定,或者虽有资格且在权限之内但其行为违反了调整性立法规范的规定,或者制定行为不符合立法程序规则等,均会造成制定行为非法。另一方面,制定行为合法但规范个体仍有可能非法。规范模态所规定的行为模式与立法规范所要求的规范行为模式相对立的非法;规范行为模式合法但规范内容不符合立法规范要求的也非法。

最后是法律体系中有制裁非法规范的规定。从《立法法》、《法规规章备案条例》、《行政复议法》,以及《行政诉讼法》中,可以解释出制定机关或其上级主管机关有权改变或撤销同上位法冲突的下位法、有权消除相冲突的同位法;行政复议机关与行政审判机关有权不适用作为非法规范的规范个体。正因为非法规范个体是适用这些制裁规范的条件,个体类的非法规范才被称为个体类的不法规范。

换而言之,非法制定行为创立的非法规范与自身非法的规范个体,作为非法规范制裁规范的适用对象即成为不法规范。根据此类不法规范的形成原因、制裁情形及法律效力的不同,个体类的不法规范至少可分成三对:

第一,制定行为非法与规范自身非法的个体类的不法规范。前者是指制定行为非法导致的规范个体非法。此种不法规范的成因决定了规范个体是整体非法,而非部分非法;后者是指制定行为合法,但是其结果全部或部分非法。规范自身全部非法是指该规范规定的行为模式的性质与立法规范所要求的相对立(或者说其规范模态与立法规范所要求的相对立),导致其规范模态限定的规范内容与立法规范要求的全部不同;规范自身部分非法是指其规范模态符合立法规范的要求,但其规范模态所限定的部分内容与立法规范所要求的不同。

第二,明显非法与终局非法的个体类的不法规范。前者是指无规范创立资格或权力的主体创立的规范,或者有权者明显在其权限外创立的规范。它们根本就是不具有法律效力的规范,正常情况下得不到任何人发自内心的认可或承认。后者是指有权者创立的规范个体初步显示出合法特征,但经过严格审查却存在前一部分不法因素,因

而应当最终被消除。

第三,可确认无效与须明示废除的个体类的不法规范。前者是指规范制定行为或规范自身未达到、不符合立法规范的规定,因而在法律上无意义的规范个体。因此类规范个体无法律效力,因此不可能被消除,只能在事后被有权机关确认无效。后者是指规范制定行为或规范自身符合构成性立法规范的规定,但不符合调整性立法规范的规范。尽管他们初步具有法律效力,但因存在不法因素,应由有权机关以法律决定的方式明示废除其效力。

#### 四、冲突中的不法规范

冲突中的不法规范是指相冲突规范中应当被依法制裁的初显合法但处于劣势的规范。作为相冲突规范中应当被制裁的非法一方,冲突中的不法规范与个体类的不法规范的最大不同是前者作为独立的个体规范初显合法,但因同其他规范相冲突而在规范合法性审查中被判定为相冲突规范中应当被制裁的一方。例如在车检规范案中,N3同N1相冲突但因其系下位法规范而应当被作为不法规范制裁。

相较于个体类的不法规范的成因,冲突中的不法规范的成因共有三个层次:其一,同其他规范相冲突。冲突中的不法规范在概念上仅存在于规范冲突之中。其二,规范冲突在法律上被否定。在我国现行法规定的法制统一原则之下,《立法法》规定了下位法不得抵触上位法、同位法之间应当相一致等否定规范冲突的规则。规范冲突因此是应当被否定的规范关系情形。其三,相冲突规范中的一方应当被依法制裁。根据上位法优于下位法、新法优于旧法、特别法优于一般法等法律规范冲突解决准则,冲突中处于较劣势地位的下位法规范、旧法规范或一般法规范等应当制裁。这些应当被制裁的劣势规范在法律上即成了不法规范。例如在车检规范案中,N3作为不法规范仅存在其同N1的冲突之中,它属于同上位法规范N1相冲突的下位法规范,因违反了下位法不得抵触上位法的规定而成为被制裁的劣势规范。

从上可知,冲突中的不法规范有如下三个基本特点:其一,相冲突规范中的一方。冲突中的不法规范并非一个独立存在概念,而是一个以规范关系为基础的概念。换言之,冲突中的不法规范首

先必须同其他规范存在冲突关系,是相冲突规范中的一方。否则,作为合法制定行为的结果且自身也合法的规范,是没有任何理由被制裁的,即它们自身并非不法规范。其二,相冲突规范中的非法一方。任何一个健全而理性的实定法体系都禁止有权者创立出同其他规范相冲突的规范。此类禁止规范决定了规范冲突是一种非法规范关系、是应当被解除的不法规范关系。又由于实定法中相冲突规范的一方可能具有比另一方更优越的特性,比如位阶、新旧、内容详细程度等。劣势方被规定为不得与优势方冲突,并因此成为同优势规范非法冲突的一方,即违反冲突禁止规范的一方。其三,规范冲突制裁规则的适用对象。为了消除规范冲突、维护法制统一,实定法中规定有解除规范冲突的规范。同优势规范相冲突的劣势规范作为被制裁的对象,它们在概念上就成了不法规范。

冲突中的不法规范作为规范冲突中的非法一方,其特性深受规范冲突的影响。规范冲突的构成条件、表现形式、存在状态等塑造出冲突中的不法规范的不同面相。根据它们在这些方面的特点,可以将规范冲突划分成如下类别:

第一,内在必然冲突中的不法规范与外在偶然冲突中的不法规范。前者是指规范的构成要素不兼容必然导致的规范冲突中的不法规范;后者是指规范本身的结构相兼容,而因其在事实上难以实现或法律上禁止其共同实现而造成的“冲突”。<sup>⑧</sup>规范之间外在偶然的冲突在事前难以发现,并非结构与功能相一致意义上的真正规范冲突,而是一种拟定的规范冲突。但这种冲突同内在必然冲突中的非法规范一样,也是不法规范制裁规范的适用对象。

第二,抽象冲突中的不法规范与具体冲突中的不法规范。规范有一般性与个别化规范之分,也有语义层面的抽象、静态规范与语用层面的具体、动态规范之别。根据规范冲突各方是何层面的规范,冲突中的不法规范可分为抽象与具体的两类。抽象审查是从某个需要被判断的个案中脱离出来的审查;具体审查是与具体个案紧密相关,而被审查的规范是否有效又直接影响对该案判决结果的审查。<sup>⑨</sup>抽象冲突、具体冲突中的不法规范分别对应着抽象规范审查、具体规范审查发现并制裁的对象。

第三,显性冲突中的不法规范与隐性冲突中的不法规范。有些冲突中的不法规范有明显的特

征,有的则隐藏在实定法中,不易被发现。根据规范的语义内容、位阶、新旧,通过抽象规范审查就可以认定的冲突中的不法规范是显性不法规范。需要在个别案件发生后,在具体审查过程中才能发现的规范冲突中的非法一方,可称为隐性不法规范。根据“下位法优于上位法”、“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”等规则即可认定冲突中的显性不法规范,但此类规则并不适用于认定冲突中的隐性不法规范,只有基于个案才能确定冲突规范中的何方是后者。

### 五、两类不法规范的主要不同之处

个体类的与冲突中的不法规范都是不法规范,即都是符合相应制裁规范适用条件的、在规范合法性审查中都应当被制裁的非法规范。不过,尽管它们同属不法规范一族,但二者是两类不同的规范。为了更加准确地识别规范合法性审查的标的,有必要厘定它们之间的差异。

第一,概念构造明显不同。个体类的不法规范形成于“制度行为—个体规范—立法规范—不法规范制裁规范”的结构中,它们是单独存在的、不符合立法规范的非法规范个体。冲突中的不法则存在于“合法规范—规范冲突—冲突禁止规范—不法规范制裁规范”的概念结构中,它们是由于同其他规范相冲突且处于劣势地位而悖离规范冲突禁止规范的初始合法有效的规范个体。

第二,形成原因根本不同。个体类的不法规范的成因是制定规范的行为非法或者规范制定行为合法但规范自身非法,以致非法的规范个体成为不法规范制裁规范的适用对象。冲突中的不法规范的成因则是初显合法的规范同其他规范冲突且规范冲突为法制统一原则下的立法规范所禁止,并因悖离了规范冲突禁止规范而成为不法制裁规范的适用对象。

第三,初始合法性存在有无之别。个体类的不法规范的原型被创立后,只要是规范语句所表述的应然性意义,无论其是否具有法律效力,即可在规范的语义概念上被认定为是规范,然后根据相应的立法规范即可断定其合法性。冲突中的不法规范的原形在逻辑上是通过规范有效性审查的规范个体,是被推定为初始合法有效的规范个体。究其原因,个体类的不法规范的认定是规范有效

性审查阶段的工作;冲突中的不法规范的认定则是此后规范兼容性审查阶段的工作。规范效力论与规范冲突论决定了审查者在各阶段应当采取不同的审查方式。

第四,非法性评判基准各异。个体类的不法规范的评判基准是构成性立法规范(含程序规则)与调整性立法规范。冲突中的不法规范的评判基准则是法制统一原则下的下位法不得抵触上位法、同位法应当相一致等规范冲突禁止规范。因审查重点与评判基准不同,二者应当被划归为两类不同审查的对象,前者是规范有效性审查的对象,审查的结果是断定被审的规范个体是否合法有效;后者是规范兼容性审查的对象,审查的结果是断定是否存在规范冲突以及相冲突的规范中哪个是劣势方。

第五,判断方式各不相同。个体类的不法规范判断方式是根据立法规范审查规范制定行为是否合法,并在断定行为合法后审查初显合法的规范是否符合立法规范的规定;如若不符合,还须判断此不符合情形是否在不法规范制裁规范的适用范围之内。冲突中的不法规范并不能像前者一样被直接判断出。其判断工作在逻辑上有以下步骤:首先在断定被审查规范初显合法的前提下,再判断被审规范是否同其他规范相冲突;若有冲突则须判断被审规范在实定法中的优劣地位;然后判断劣势方是否悖离规范冲突禁止规范;最后查看其是否为规范制裁规范的适用对象,即是否应当被废除。

第六,判断方法有别。个体类的不法规范的基本判断方法是规范语义比对方法。冲突中的不法规范的判定至少需要三类方法:首先是规范冲突的判断方法,包括共同遵从或实现检验法和(或)语言分析与逻辑分析法;<sup>②</sup>其次是判断规范冲突是否符合冲突禁止规范适用条件的归摄法;最后才是通过规范语义比对法判断相冲突规范哪一方是处于劣势的非法规范。

第七,规范效力的排除方式不尽相同。个体类的不法规范有明显无效类与初显合法类两种。有权机关可以直接确认前一种无效。冲突中的不法规范则无确认无效之说。所有冲突中的不法规范都是初始合法有效的规范,否则就有必要探讨它们是否同其他规范相冲突。职是之故,有权机关只能采用明示制裁的方式,即明确地改变或撤销之,才能消除初始合法的冲突中的不法规范的效力。

## 结 语

无论是个体类的不法规范,还是冲突中的不法规范,它们同不法行为一样,皆是不符合相应立法规定但符合相应制裁规范适用条件,因而应当被制裁的法律上的制度事实。参照凯尔森界定的不法概念审视我国现行法的规定可知,其中不但规定了制裁刑事不法行为、行政不法行为与民事不法行为的相应制度,同样还规定了制裁不法规范的制度。但由于理论研究不足,此种不法规范制裁制度并未被理论化,更未达到体系化。其中作为规范合法性审查标的不法规范也埋没于违反上位法规定的、超越权限的、违背法定程序的,以及相冲突的等错乱的立法不当情形之中。

本文基于凯尔森的不法概念,从前述常见的立法不当情形中提炼出不法规范的概念,并将其划分成个体类的不法规范与冲突中的不法规范两种基本类型,不但厘清了常见立法不当情形的错乱类型、简化了规范合法性审查的对象,而且在“规范个体(或规范集合)-立法规范-非法规制裁规定”的概念构造中厘清了规范合法性审查的标在法律上应当是不法规范。笔者认为,根据个体类的不法规范与冲突中的不法规范的概念构造、形成原因与基本特点,因查处它们的基准、方式与方法并不相同,规范合法性审查在逻辑上应当分成旨在查处前者的规范有效性审查与旨在查处后者的规范兼容性审查。因本文限于论证规范合法性审查的标而非其审查的基准、方式与方法等问题,这些问题有待另行研究。

## 注释:

See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, *Cambridge: Harvard University Press*, 1949, pp.51~59.

See Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, *Berkeley: University of California Press*, 1967, pp. 11~114.

See Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, *Dordrecht: D. Reidel Publishing Company*, 1986, pp.49~53.

袁勇:《法的违反情形与抵触情形之界分》,《法制与社会发展》2017年第3期,第133~144页。

苗连营:《论地方立法工作中“不抵触”标准的认定》,《法学家》1996年第5期,第39~42页;李步云、汪永清主编:

《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社1998年版,第231~234页;张春生主编:《中华人民共和国立法释义》,法律出版社2000年版,第249页;陈运生:《违宪法律无效论》,《法学研究》2007年第5期,第37~48页;翟国强:《违宪判决的形态》,《法学研究》2009年第3期,第77~93页。

有学者列举了大量规范合法性审查案例,其中多数规范违法情形被当成了规范抵触情形。参见胡建森:《法律规范之间抵触标准研究》,《中国法学》2016年第3期,第5~24页。

See Georg Henrik Von Wright, *Norm and Action: a Logic Enquiry*, *London: Routledge & Kegan Paul Ltd*, 1963, pp.189~207.

See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, third edition, *Oxford: Oxford University Press*, 2012, pp.80~81.

See Alf Ross, *Directives and Norms*, *London: Routledge and Kegan Paul Ltd*. 1968, p54; John R. Searle, *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Languages*, *London: Oxford University press*, 1969, pp.33~41.

⑪ See John R. Searle, *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*. *London: Oxford University Press*, 1969, pp.33~41.

⑫ See Hans Kelsen, *Pure theory of Law*, translated by Max Knight, *Berkeley: University of California Press*, 1967, pp.4~5; Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, the expressive concept of norms, edited by Risto Hilpinen, *New studies in Deontic Logic*, *Dordrecht: D. Reidel Publishing company*, 1981, p96; Eugenio Bulygin, *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms, law and Philosophy* 4 (1985), pp. 146~148.

⑬ See Ota Weinberger, the expressive conception of norms- An impasse for the logic of norms, *Law and Philosophy* 4 (1985), pp.178~179.

⑭⑮ 参见[丹]阿尔夫·罗斯:《指令与规范》,雷磊译,中国法制出版社2013年7月版,第162页。

⑯ See Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Translated by Michael Hartne, *Oxford: Clarendon Press*, 1991, p213.

⑰ 参见最高人民法院《关于公安交警部门能否以交通违章行为未处理为由不予核发机动车检验合格标志问题的答复》([2007]行他字第20号)。

⑱ See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, *Boston: Kluwer Academic Publishers*, 1989, pp.418~421.

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512页。

⑳ See Ota Weinberger, *On The Meaning Of Norm Sentences, Normative Inconsistency, And Normative Entailment: A Reply To Carlos E. Alchourron And Eugenio Bulygin*, *Rechtstheorie* 15 (1984), 465~475.

责任编辑 陈亚飞

reviews their dependence, consistency and resistance. In order to avoid the phenomenon of “identical cases with different court adjudications” due to vagueness of the review standards, the future institutional improvement should focus on establishing a systematic review standard. The concrete perfecting plan can be judicial interpretation issued by the Supreme People’s Court, and the more desirable method is to amend in future revision of laws. Regardless of the methods adopted, the establishment of a unified standard of review will be of great benefit in enhancing the uniformity, fairness and acceptability of the results of judicial review of administrative normative documents.

**Key words:** administrative normative document; legality; standard of judicial review; empirical analysis

### A Study of Illicit Norms as the Object of Legality Review of Legal Norms (55)

YuanYong

(*Law School, Henan Normal University, Xinxiang 453007*)

**Abstract:** The major task of the legality review of legal norms is to detect and eliminate illicit norms, which are independent illicit norms and the illicit norms consisting in normative conflicts. The former are the illegal independent norms that should be eliminated because they are created by illegal norm-creating action or themselves violate their high order norms; the latter is one of the norms in normative conflicts that should be eliminated for it violated the norms prohibiting on normative conflicts. Those norms so called “breaching legal prescriptions”, “overstepping their authorities” and “violating the legal procedures”, all of them are independent illicit norms. Since normative conflicts are a sorts coincident relations between same order norms, but the independent illicit norms are the independent norms as a lower order norms violated their high order norms, there are several difference lies in the two kinds of illicit norms, such as they are exiting in different forms, caused by different reasons, with different prima facie legality, and should be detected in different standards, ways and methods, and should be eliminated in different ways. Because of these differences, the legality review of legal norms should be divided into two levels, that are validity review and the legality review, and each of them must take the independent illicit norms and the illicit norms consisting in normative conflicts as their objects respectively.

**Key words:** norms; delict; illicit norms; normative conflicts; the legality review of legal norms

### Financial Burden, Public Service Provision and Economic Growth Effects at the County-level in China (62)

Zhang Tongbin, Zhang Minhan

(*School of Economics, Dongbei University of Finance and Economics, Dalian 116025*)

**Abstract:** In this paper, we specify a dynamic general equilibrium model including fiscal burden, public service as well as economic growth and do some simulations. The results show that when fiscal burden is less or moderately, fiscal spending not only contributes to economic growth through stimulating consumption and investment, but also can improve the level of public service significantly. On the contrary, the high financial burden makes the marginal contribution of fiscal expenditure to public service gradually reduce which can also exert negative impacts on economic growth, and even lower the level of economic output. Furthermore, based on the data of 1966 counties in China, we specify the panel data simultaneous equation model to decompose the direct and indirect effects of financial burden on public service and economic growth. The conclusions are that with the increase of the financial burden, its impacts on economic growth and public service change from positive to negative. Finally, through dividing public services into three types of basic education, health care and social security, we also verify the conclusion that the modest financial burden can achieve both economic growth and public service aims.

**Key words:** financial burden at the county-level; public service; economic growth; panel data simultaneous equations model

### The Influence of Enterprise Basic Pension Rate on the Development of Local Private Economy (75)

Yang Yandong, Che Kaili

(*School of Politics and Public Administration, Zhejiang University of Technology, Hangzhou 310023*)

**Abstract:** Under the downward pressure on the private economy, reducing social insurance rates has become one of the major measures to reduce the cost of the enterprises. After two consecutive drop of the five