· 部门法哲学研究 ·

行政规范性文件的司法审查标准：梳理、评析及改进

袁 勇*

摘 要：现有的行政规范性文件的司法审查标准系从经验中总结出的行政规范性文件的五种不合法情形。因为缺失理论基础、缺乏严格论证，“五情形标准”分类混乱不清、涵义模糊不明，已不顺应司法审查工作的实用性要求。根据言语行为理论和意向性理论等原理，可厘定行政规范性文件的司法审查的对象、依据及两者的契合处，并由此界定行政规范性文件的司法审查的本质。通过上述努力，现有的司法审查标准可转化为立规意向事态实例标准——如果立规事实整体上是/不是四类相连锁的立规规范的强制性意向事态的完整实例，那么，由它所构成的行政规范性文件合法/不合法。“五情形标准”可随之被重构为四类相连锁的标准，即立规地位标准、立规意向标准、立规程序标准与立规实体标准。按照前述标准，在个案中，仅需五步就能建构具体的行政规范性文件的司法审查标准。

关键词：行政规范性文件；司法审查；立规规范；意向事态；审查标准

引 言

2014年修订的《行政诉讼法》其第53、64条规定了法院在行政诉讼中附带审查规章以下的行政规范性文件（以下简称规范性文件）的制度，即规范性文件的司法审查制度。经过多年的实践，特别是在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1号）（以下简称《解释》）公布后，相关审查规则已经较为健全，审查案例也与日俱增。^①然而，尽管法院既可以参考现行《立法法》所列明的情形进行判断，也可

* 河南师范大学法学院副教授。

本文受惠于马驰、陈坤、雷磊等学友的意见，得益于匿名评审专家与编辑部的修改建议。

① 2019年5月21日上午9时26分，笔者在中国裁判文书网上按“全文检索：规范性文件+案件类型（行政案件）”进行检索，该网站的网页显示了61900个涉及规范性文件的行政案件。

以依据《解释》第148条所列明的情形进行审查，但是，学者们仍然不断从审查内容、^② 审查对象^③以及审查依据^④等方面探讨规范性文件的司法审查标准。甚至有学者认为，由于现有的规范性文件的司法审查标准在类型上并不完整，在不少案件中，甚至无明确的审查标准可用，所以，审查标准的残缺已成为实务中的难题，确立完备的审查标准是完善规范性文件的司法审查机制的当务之急。^⑤

通过梳理法律规定、行政案例与学术文献可以发现，现有的司法审查标准可被概称为“五情形标准”。^⑥ 五情形是指《立法法》第96、97条等规定的^⑦以及《解释》第148条明确列举的超越权限、违背法定程序、违反上位法规定、无依据损益以及抵触上位法的情形。“五情形标准”作为法律标准，应当具备四种基本特性：本质性、严整性、充要性和实用性。其中，标准的本质性是指审查标准是根据审查对象所具有的本质属性所界定的，标准的严整性是指各标准应当是联合穷尽、相互排斥的关系，^⑧ 标准的充要性是指标准既是必需的又是足够的，标准的实用性是指标准既完整精确又简明易用，而非残缺、晦暗、难以适用。经分析可以发现，“五情形标准”并不具备上述四种特性。

“五情形标准”只是对规范性文件不合法情形的抽象类型化，而且仅是对部分不合法情形的类型化。以超越权限的情形为例，学者们既未揭示出超越权限的情形的成因是什么，更未界定超越权限的情形的本质是什么。非但如此，他们还没有断定“五情形标准”是否是规范性文件的司法审查的充分且必要的标准。是故，虽然“五情形标准”源于我国法学研究与实践经验的经年积累，且确实发挥了某种判断作用，但是，这些标准并非严格意义上的法律标准。

据此，本文在部分肯定“五情形标准”的前提下，拟根据言语行为理论和意向性理论等原理，论证规范性文件的司法审查的依据、对象及本质，并在此基础上，把“五情形标准”改进成更严整、实用的“四联锁标准”。下面分三部分展开论证。

一、是何标准？

关于审查标准的分类，至今尚无定论。若要评析并改进现有的审查标准，就需要先确定它们是什么。本部分的内容即梳理各类审查标准，所采取的思路是：先梳理法律规定的审查标准，再归纳审查案例中运用的审查标准，最后总结学界主张的审查标准。

-
- ② 参见程琥《新〈行政诉讼法〉中规范性文件附带审查制度研究》，《法律适用》2015年第7期，第93页；王红卫、廖希飞《行政诉讼中规范性文件附带审查制度研究》，《行政法学研究》2015年第6期，第33-35页。
- ③ 参见王留一《论行政规范性文件司法审查标准体系的建构》，《政治与法律》2017年第9期，第138-152页；孙首灿《论行政规范性文件的司法审查标准》，《清华法学》2017年第2期，第140页。
- ④ 参见俞祺《行政规则的司法审查强度——基于法律效力的区分》，法律出版社2018年版，第32-59页。
- ⑤ 参见余军、张文《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》，《法学研究》2016年第2期，第60页。
- ⑥ 或许有人认为，现有的规范性文件的司法审查标准少于或多于五个，此处的“五情形标准”仅是本文梳理出来的结果。
- ⑦ 参见黄金荣《“规范性文件”的法律界定及其效力》，《法学》2014年第7期，第10页。
- ⑧ 参见〔日〕末木刚博等《逻辑学——知识的基础》，孙中原、王凤琴译，中国人民大学出版社1984年版，第25页。

（一）法律规定的审查标准

现行法列举了广义的规范性文件的五类不合法情形：一是《立法法》第96条第1项与《监督法》第30条第1项规定的广义的规范性文件超越权限的情形；二是《立法法》第96条第2项规定的立法性文件违反上位法规定的情形；三是《立法法》第96条第5项规定的立法性文件违背法定程序的情形；四是《监督法》第30条第1项规定的非立法性的决议、决定或命令无依据减损权益或增加义务的情形；五是《宪法》第5条第3款、《立法法》第87、97、99条以及《监督法》第30条第2项规定的广义的规范性文件同上位法相抵触的情形。由于具有这些情形的文件就是不合法的文件，因此，前列情形在规范性文件的司法审查中能起到某种评判参照的作用，通常被当作规范性文件的司法审查标准。在《解释》出台前，前列情形也是法院在规范性文件的司法审查中直接参照的审查标准。

2018年颁布的《解释》的第148条明文规定了在规范性文件的司法审查中可直接被作为裁判依据的审查标准。该条第1款指明，法院可以从规范性文件的制定机关是否超越权限、是否违反法定程序以及行政行为所依据的相关条款是否合法等方面对规范性文件进行司法审查。该条第2款明确列举了规范性文件的五类不合法的情形，一是超越制定机关的法定职权或者超越立法性文件的授权范围的，二是与立法性文件等上位法的规定相抵触的，三是没有立法性文件依据，违法增加公民、法人和其他组织的义务或者减损公民、法人和其他组织的合法权益的，四是未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反制定程序的，五是其他违反立法性文件规定的情形的。对比前两组审查标准可以发现，现行法律规定的不合法情形与《解释》所规定的不合法情形是相同的，它们可被简称为超越权限的情形、违反上位法规定的情形、违背法定程序的情形、无依据损益的情形、相抵触的情形。为了表述方便，可将与此五类情形对应的审查标准概称为“五情形标准”。

（二）审查案例中运用的审查标准

“五情形标准”深深地影响了法院对规范性文件的司法审查。例如，在《最高人民法院公报》于2015年5月1日之前刊载的裁判文书中，有如下关于审查标准的表述：“内容与法律和行政法规相抵触的规章”；“同上位法‘规定的退学条件相抵触，应属无效’”；“无权对《盐业管理条例》作出解释，且该复函亦未对外公布，故对外不具有法律效力”；“《会议纪要》中有关在规划区免征规费的规定，超越了法定职权。该项决定的内容缺乏法律、法规依据，且与前述国家有关部委的多个规定相抵触，依法应予以撤销”；“可参考高等学校不违反上位法且已经正式公布的校纪校规”；“规范的内容不得与……法律法规相抵触。行政机关……不能在有关法律法规规定之外创设新的权力来限制或剥夺行政相对人的合法权利”。^⑨另外，最高人民法院发布的第5号指导性案例载明：地方政府规章违反《行政许可法》的禁

^⑨ 最高人民法院办公厅：《任建国不服劳动教养复查决定案》，《最高人民法院公报》1993年第3期，第112页；最高人民法院办公厅：《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》，《最高人民法院公报》1999年第4期，第142页；最高人民法院办公厅：《丰祥公司诉上海市盐务局行政强制措施案》，《最高人民法院公报》2003年第1期，第36页；最高人民法院办公厅：《吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案》，《最高人民法院公报》2003年第4期，第36页；最高人民法院办公厅：《甘露不服暨南大学开除学籍决定案》，《最高人民法院公报》2012年第7期，第38页；最高人民法院办公厅：《陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案》，《最高人民法院公报》2014年第8期，第42页。

令所设定的新行政许可不合法，违反《行政处罚法》的禁令所设定的行政处罚不合法。^⑩

在规范性文件的司法审查制度实施后的 2015 年 9 月，在安徽华源医药股份有限公司诉国家工商行政管理总局商标局商标行政纠纷案（以下简称华源公司案）中，北京知识产权法院从四个方面——制定主体是否合法、制定主体是否超越权限、文件内容是否合法以及制定程序是否合法——审查了被诉的《新增服务商标的通知》。该案判决书载明：判断制定主体是否合法，关键在于审查所涉事项是否属于制定主体的主管范围；判断制定主体是否越权，关键在于审查制定主体是否行使了他方的法定权限；判断文件内容是否合法，应当从其具体规定是否符合上位法、是否符合法律的基本原则、是否有事实根据以及制定目的是否正当等角度进行审查。华源公司案被认为是“规范性文件附带审查第一案”。^⑪

2018 年 10 月 30 日，最高人民法院行政审判庭在规范性文件的司法审查典型案例中指出，有的法院已经能够在审查中“围绕该规范性文件与法律法规的规定是否存在冲突，制定主体、制定目的、制定过程是否符合规范，是否明显违法等情形进行审查”。^⑫ 其中，被应用到的情形标准有“不符合上位法依据”，“内容并不与《治安管理处罚法》第三十九条之规定相抵触”，“违反法律法规规章及上级行政机关的规范性文件的规定”，“与相关法律法规规章并不抵触”，与《妇女权益保障法》等“上位法规定精神不符”，以及“并未违反上位法的规定”。^⑬

上述规范性文件的司法审查案例所运用的标准虽然具体表述有别，但都可以被纳入“五情形标准”之中。华源公司案载明的四个审查方面不但未突破“五情形标准”，而且强调要从四个方面入手，判断有无超越权限、违反上位法规定、违背法定程序、无依据损益以及相抵触的五种情形。虽然有学者从 538 个案例中归纳出了多类审查标准，包括制定主体身份和权限的合法性、制定程序（听证、批准、备案与公布）环节的合法性、规范性文件与其他相

^⑩ 参见最高人民法院指导性案例 5 号：鲁潍（福建）盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案，最高人民法院 2012 年 4 月 9 日发布。

^⑪ 参见北京知识产权法院（2015）京知行初字第 177 号行政判决书。有学者认为，该案“第一次提出合法性构成要件为主体、权限、内容和程序四项”。参见朱芒《规范性文件的合法性要件——首例附带性司法审查判决书评析》，《法学》2016 年第 11 期，第 151-160 页。

^⑫ 最高人民法院发布 9 起行政诉讼附带审查规范性文件典型案例之六：上海苏华物业管理有限公司诉上海市住房和城乡建设管理委员会物业服务资质行政许可案。https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551939.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问。

^⑬ 最高人民法院发布 9 起行政诉讼附带审查规范性文件典型案例之六：上海苏华物业管理有限公司诉上海市住房和城乡建设管理委员会物业服务资质行政许可案，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551939.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问；最高人民法院发布 9 起行政诉讼附带审查规范性文件典型案例之一：徐云英诉山东省五莲县社会医疗保险事业处不予报销医疗费用案，http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-10/31/content_145053.htm?div=-1, 2019 年 8 月 14 日访问；方才女诉浙江省淳安县公安局治安管理行政处罚案，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551932.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问；袁西北诉江西省于都县人民政府物价行政征收案，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551936.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问；大昌三昶（上海）商贸有限公司诉北京市丰台区食品药品监督管理局行政处罚案，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551931.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问；郑晓琴诉浙江省温岭市人民政府土地行政批准案，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551934.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问；孙桂花诉原浙江省环境保护厅环保行政许可案，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3551938.shtml, 2019 年 8 月 14 日访问。

同位阶的文件内容的一致性以及规范性文件与上位法内容的非抵触性等^⑭。但是，这些标准显然都能被归入“五情形标准”之中。

（三）学界主张的审查标准

立法者、审查者与法学学者均是法律职业共同体的成员。他们在“五情形标准”的形成、适用与解释过程中常常相互影响。究竟是立法者采纳了学者们的建议^⑮，还是学者们在解释立法者的决定并总结审查者的标准，对此难有定论。但是，可以断定的是，大多数的行政诉讼法学的研究者并未突破“五情形标准”所构成的范式。^⑯换言之，大多数学者都承认至少不反对规范性文件的司法审查标准就是“五情形标准”。当然，不排除有小部分富有反思精神与重构能力的学者提出了若干新的主张。下面，笔者将从审查内容（规范性文件合/不合法）、审查对象（规范性文件）与审查依据（相应的法律）三方面进行梳理和介绍。

第一类，根据审查内容确定审查标准。有学者或许是受到了行政法学的行政行为合法要件论（行政行为合法的要件是行政行为的主体合法、权限合法、内容合法、程序合法与形式合法）的影响，他们主张规范性文件的司法审查标准就是规范性文件的制定主体的合法性、制定权限的合法性、文件内容的合法性以及制定程序的合法性。^⑰诸如此类的观点，并未突破“五情形标准”的范式，反而比“五情形标准”更笼统。毕竟，称上述四个方面的合法性是规范性文件的司法审查的四大方面，或许更为准确。^⑱

第二类，根据审查对象确定审查标准。有学者借鉴了日本的行政规则理论，把规范性文件分成解释基准与裁量基准两类，并将二者的审查标准分为两个层次。其一，在权限审查层面，解释基准的审查标准是权利义务标准，凡是创设或改变私人的权利义务的，即构成越权；裁量基准的审查标准是约束力标准，凡是行政机关声称具有法律约束力的，即构成越权。其二，在合法性审查层面，行政法律、法规和规章的共同审查标准是：超越职权、违反法定程序、内容与上位法不一致。^⑲还有学者主张，应当引入美国用以区分立法性规则与非立法性规则的“法律效果测试”标准，并把它作为司法审查的前置标准。由于立法性文件与非立法性文件的审查标准不同，所以，只有对二者进行区分，才能判断两类文件在制定权限、制定程序、文件内容等方面合法与否。^⑳笔者并不反对根据规范性文件的性质细分其审查标准，前引审查标准也确实增加了审查的可操作性，但它们同样没有突破“五情形标准”的范式。

第三类，根据审查依据确定审查标准。有学者提出了规范性文件的“内容合法性”的概

^⑭ 参见陈运生《行政规范性文件的司法审查标准——基于538份裁判文书的实证分析》，《浙江社会科学》2018年第2期，第47-54页。

^⑮ 《立法法》（2000）颁布前的学术观点，参见苗连营《论地方立法工作中“不抵触”标准的认定》，《法学家》1996年第3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。

^⑯ 参见[美]托马斯·库恩《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第9-10页。

^⑰ 参见注②，程琥文；注②，王红卫、廖希飞文。

^⑱ 参见《法规规章备案条例》（2002）第10条；北京知识产权法院（2015）京知行初字第177号行政判决书。

^⑲ 参见注③，王留一文。

^⑳ 参见注③，孙首灿文。

念，根据内容合法性标准的来源相对于法律体系的开放性程度，可把内容合法性标准分成三类。其一，封闭的内容合法性标准，此标准仅限于从制定法规范体系中直接找到的依据。其二，半开放的内容合法性标准，此标准指出自制定法规范体系内的规则、原则、目的或精神。其三，开放的内容合法性标准，此标准不仅来自制定法规范体系内，还出自各种道德原则和价值理念。^① 由于这种进路所导向的司法审查的强度基准并非本文根据审查对象与审查依据所划分的审查标准，因此，下文不再论及。

综上，现行法规定的规范性文件的司法审查标准可被概称为“五情形标准”。法院在实践中进行司法审查所运用的也是“五情形标准”。学者们从审查内容、审查对象与审查依据层面提出的各种审查标准，尽管其中确有增强司法审查可操作性的观点，且在结构层次上同“五情形标准”有别，但在概念上仍然未突破“五情形标准”的范式。总之，我国现有的规范性文件的司法审查标准可被概称为“五情形标准”。

二、有何误差？

笔者也认为，“五情形标准”不是健全的规范性文件的司法审查标准。本部分将从分类、涵义、基础及论证等方面评析现有的司法审查标准。

（一）分类混乱不清

“五情形标准”虽然在表面上能并列，但实则不然。例如，因为被超越的权限规定通常是上位法规定，被违背的程序规定通常也是上位法规定，所以，这两种情形都是违反上位法规定的情形。又如，立规主体无法定依据减损法律主体的权益或增加其义务的情形也是立规主体超越自己概括的或特定的立规管辖权限的情形，这样，无依据损益的情形同超越权限的情形也有重合之处。再如，相冲突的法律规范中的劣势规范（例如同上位法相冲突的下位法规范）^② 也违反了不得同上位法相冲突的规定。据此可得出以下结论，即“五情形标准”可被归结成一个标准：违反上位法规定。

与此同时，有学者认为，相抵触的情形是指下位法规定违背了上位法的规则、原则、目的和精神等，包括超出立法权限、违反上位法规定以及违背上位立法的精神和原则等。^③ 根据此观点，相抵触的情形相当于下位法不符合上位法。^④ 而所谓规范性文件不合法，就是指规范性文件在权限、程序以及内容等层面同上位法的规则或原则相抵触。^⑤ 照此界定，规范性文件不合法就是规范性文件抵触上位法的规定。由此可得出结论：超越权限、违反规定、违背程序以及无依据损益不能同抵触相并列，而只能是抵触的下位概念。亦有学者认为，法

^① 参见注④，第150-180页。

^② 参见孔祥俊《法律规范的选择与适用》（《法律方法论》第一卷），人民法院出版社2006年版，第153-154页；袁勇《法律规范冲突研究》，中国社会科学出版社2016年版，第116-119页。

^③ 参见注⑤，苗连营文；注⑤，李步云、汪永清书；张春生主编《〈中华人民共和国立法法〉释义》，法律出版社2000年版，第249页；章剑生《依法审判中的“行政法规”——以〈行政诉讼法〉第52条第1句为分析对象》，《华东政法大学学报》2012年第2期，第130页；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18-21页。

^④ 参见《关于审理行政案件适用法律规范若干问题座谈会纪要》（法〔2004〕9号）第六段。

^⑤ 参见李成《行政规范性文件附带审查进路的司法建构》，《法学家》2018年第2期，第61页。

的违反情形与法的抵触情形是全然不同的情形，前者是指低阶法规定不符合作为高阶法规定的立法性规定的情形，后者是指初显有效、内容同域、事项同类且适用条件重合的同阶法规定因规定的内容、态度、语义或行为模式不兼容，而不能被共同实现的情形。^{②⑥} 尽管学者们的观点不尽相同，但有一点是可以确定的，即究竟有多少不合法情形，目前还难以确定，更不用说划分各情形之间的层级关系了。

（二）涵义模糊不明

“五情形标准”中的五种情形之所以混乱不清，是因为表示五种情形的关键词语的涵义模糊不明。例如，“超越权限”中的“权限”、“违反上位法规定”中的“违反”以及“违背法定程序”中的“违背”和“程序”都不是不言自明的日常术语，而是具有特殊涵义的法律术语，它们很难被轻易界定清楚。试问，权限、行政权限、行政主体资格和行政管辖权限的各自涵义是什么？如果行政权限包含行政主体资格，那么，为什么不少人仍认为，应当既审查制定主体的合法与否，又审查制定权限的合法与否？再者，哪些上位法规定能被违反？“违反”究竟是什么意思？“违反”同“抵触”究竟是全异关系，还是包含关系？要想解答上述问题，就必须界定“权限”、“主体资格”、“违反”以及“抵触”等概念的涵义。正是因为“五情形标准”中的关键概念尚未界定清楚，所以，“五情形标准”才经常被错解和滥用。

理论研究的不足必然会妨碍或误导实际的司法审查工作。例如，《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》（法〔2004〕第96号）（以下简称《纪要》）第六段把下位法不符合上位法的情形、下位法违反上位法的情形和下位法抵触上位法的情形视为相同情形。有学者认为，依照《纪要》中的“下位法不符合上位法的判断和适用”规则，可以具体判断法规定是否相“抵触”。^{②⑦} 这显然是将下位法规定不符合上位法规定视为“下位法抵触上位法”。然而，《纪要》根本没有、也无法区分法的“不符合”、“违反”与“抵触”的不同之处。^{②⑧} 再如，在“吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案”中，法官面对同一规定，先认定其属于超越权限的情形，又认定其属于缺乏法定依据的情形，最后又强调其同国家有关部委的多个规定相抵触。^{②⑨} 这表明，“超越权限”、“无法定依据”与“抵触”的涵义模糊不明，以至于它们竟然被用来描述司法实务中的同一个现象。

（三）缺失理论基础

“五情形标准”中的关键概念之所以涵义模糊不明是因为，不论是立法者、审查者，还是法学学者，均要么止步于“五情形标准”，要么把立规主体、立规权限、立规程序及立规内容的合法性当成审查标准，而极少探讨“五情形标准”的理论基础。只有少数学者对此进行了探讨和研究，如有的学者借鉴芬兰哲学家赖特界定的高阶规范与低阶规范的概念，把冲

^{②⑥} 参见袁勇《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页。

^{②⑦} 参见注②，章剑生文。

^{②⑧} 参见注②，胡建森文，第12页。

^{②⑨} 参见最高人民法院办公厅《吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案》，《最高人民法院公报》2003年第4期，第36页。

突意义上的抵触情形从规范合法性审查领域排斥到规范兼容性审查领域。^⑩

或许有人会反驳说，行政行为合法要件论（主体、权限、内容与程序等）可以被作为规范性文件的司法审查的四大方面（主体、权限、内容与程序）的理论根据。然而，行政行为合法要件论本身也是缺失理论基础的。即使个别学者根据法律规范的逻辑结构，重构了行政行为的合法要件^⑪，其观点仍未建立在健全的理论基础之上，尤其是未根据规范的类型来区分行政行为的构成性要件与调整性要件。

正是因为缺失必要的理论基础，上述的五种情形才只能是对规范性文件不合法表象的概括。换言之，“五情形标准”只是人们直觉经验的总结和积累。这点从《纪要》的出台背景及内容中可以看到。这份专门规定审理行政案件适用法律规范问题的司法文件是与会人员在总结审判经验、结合《立法法》等法律规定的基础上，就普遍性的法律规范适用问题所达成的共识，是当时法律适用经验的结晶。对比《解释》第148条与《纪要》第六段可以发现，《纪要》中的判断和适用规则比《解释》所列举的“五情形标准”更详细。这意味着，《解释》所列举的标准并无多大进步，人们尚未确定健全的规范性文件的司法审查标准。

（四）缺乏严格论证

综上所述，“五情形标准”是在缺失理论基础的情况下，通过概括规范性文件不合法的表面现象和归结规范性文件不合法的裁判经验而形成的审查标准。对“五情形标准”的中肯评价可能是：虽然“五情形标准”的确反映了规范性文件的司法审查标准的某些固有方面，但是，这些标准既缺失理论基础，又缺乏严格论证。

首先，“五情形标准”的制定者与认可者并未严格划分五种情形。逻辑学对分类有严格的要求，即各类必须同属一族，且各类之间是相互排斥与联合穷尽的关系。从《纪要》载明的背景以及“五情形标准”在案例中的运用情况来看，上述五种情形只是法官们总结罗列出的规范性文件不合法的情形。由于经验往往是人们主观性的认知结果，因此，不同的经验总结者常常可能持有不同的观点。这或许能解释，为什么既有人主张规范性文件的司法审查标准只有违反上位法规定，又有人主张规范性文件的司法审查标准只有抵触上位法规定，还有人主张规范性文件的司法审查标准共有两类，即异位法相抵触与同位法不一致。^⑫这足可表明，我们至今仍没有一套公认的规范性文件的司法审查标准的学说。

其次，“五情形标准”是未经必要性与充分性论证的标准。“五情形标准”作为法律标准，必须是司法审查工作的必要且充分的标准。而现有的关于规范性文件的司法审查标准的理论既未阐明是什么法律因素构成了“五情形标准”，也未对“五情形标准”进行必要性的论证。一方面，既然无依据损益的情形属于超越权限的情形，而超越权限的情形又属于违反上位法规定的情形，那么，前两种情形就不能同违反上位法规定的情形并列成为必要的司法审查标准。而目前三者均属于“五情形标准”中的一个，这足以表明，既有理论并未对“五情形标准”进行必要性的论证，并因此造成了标准分类上的混乱。另一方面，既有理论

^⑩ 参见注⑩，第140-144页；袁勇《论作为规范合法性审查标的的不法规范》，《浙江社会科学》2018年第2期，第55-61页。

^⑪ 参见何海波《行政行为的合法要件——兼议行政行为司法审查根据的重构》，《中国法学》2009年第4期，第59-72页。

^⑫ 参见注⑤，第45-54页。

也没有对“五情形标准”进行充分性的论证。从现有文献中，既找不到关于单个审查标准的充分性的论证，又找不到关于“五情形标准”整体的充分性的论证。

最后，“五情形标准”忽略了司法审查标准应有的实用性。因为法学理论研究相对滞后，而社会变化却异常迅速，因此，在很长一段时期内，我国实行的是“宜粗不宜细”的立法方针。或许是受到历史惯性的牵制，现有的“五情形标准”相对比较粗陋，制定者使用涵义高度不确定的粗糙概念（如违反）来表述五种情形中的关键要素。这便导致审查者只能采用归类的思维方式，通过把被审查的规范性文件的情形同法定的五种情形相类比，来确定被审查的文件是否合法。直白地说，“五情形标准”就像五个大筐，被审查的文件沾上哪个筐的边，审查者就将其装在哪个筐里，而由于筐的形状并不确定，因此，还会出现被审查的文件既可被装入某一筐中也可不被装入该筐中的情况。即便在理论上，类型归入是一种法律适用方法^{③③}，但这种方法也缺乏演绎推理方法的精确性。更何况，“五情形标准”并未穷尽不合法的情形，并不是可供归入的完整类型。在实践中，五种情形的涵义重复冗杂，审查者只能凭直觉应用前述方法，而不能依据精确的前提进行严谨的推理。如果说在过去，相对粗陋的“五情形标准”有其存在与适用的社会背景，那么，在如今全面推进依法治国的时代，为了完善规范性文件的司法审查机制^{③④}，规范性文件的司法审查标准就应当是精确、完整、可操作的标准，而不是模糊、残缺、不中用的标准。

总之，现有的“五情形标准”系对规范性文件的不合法情形的经验性总结，其不仅存在分类混乱不清、涵义模糊不明的严重误差，而且不具备法律标准应有的本质性、严整性、充要性、实用性特征。如今，它们已经很难满足司法审查工作对审查标准的实用性要求。改进“五情形标准”成为必要之举。

三、如何改进？

改进“五情形标准”需要同时兼顾两个方面：一是引入基础理论，二是严格分析论证。下面的论证思路是，运用被引入的基础理论来论证立规规范的类型、立规行为的要件以及规范性文件的司法审查的本质，并据此来重构审查标准的内涵，重分审查标准的外延（即类型），进而论证新标准的充要性，验证新标准的实用性。

（一）重构审查标准的内涵

规范性文件的司法审查是在行政诉讼中被附带进行的关于规范性文件合法/不合法的审查。如果能确定规范性文件合法/不合法的本质涵义，那么，就能据以构造规范性文件合法/不合法的审查标准。规范性文件的司法审查的基本概念结构由且仅由三部分构成：一是审查对象，即规范性文件；二是审查依据，即广义的法律；三是审查内容，即规范性文件契合/不契合法律。因此，要界定审查内容的性质，就必需先厘定审查依据与审查对象的性质。

第一，确定审查依据。规范性文件的司法审查依据无疑是法律，但法律是一个涵义混

^{③③} 参见张志坡《法律适用的二阶构造——概念与类型的和鸣》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2019年第2期，第74-82页。

^{③④} 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

乱、歧义丛生的范畴^⑤是一个极难操作的、高度不确定的概念。由于从法律个别化理论来看，法律个别化的基本单位是单个的完整法律，而一个完整的法律就是一条规范^⑥且从法律体系的构成来看，“法律秩序是一个规范体系”^⑦“法律体系也就是法律规范的体系”^⑧因此，在我国法学语境中，“法律”通常指的也是法律规范体系。是故，规范性文件的司法审查可以被细化成“合法律规范”/“不合法律规范”的审查。

由于言语行为依赖于先在的制度化规则^⑨且立规行为是一种宣告式的言语行为，因此，必须先有设定立规行为的先在规则，特定主体才能制成规范性文件。据此可知，法律规范所设定的条件就是立规行为必备的各类要件。而设定这类条件的规范就是立规规范，具体到规范性文件的司法审查中，即设定和调整规范性文件制定行为的规范。根据心灵哲学观^⑩以及心灵哲学中的意向因果性自返指定论^⑪立规规范含有制定它的高阶立规主体的意向状态，因而，只有当依据立规规范制定规范性文件的低阶立规主体的立规行为——既在意图上又在结果上——全都契合立规规范所设定的条件时，合法的规范性文件才能得以制成。换言之，立规规范所设定的立规行为要件就是判断规范性文件合法/不合法的必要且充分条件。据此可断定，作为规范性文件司法审查依据的法律规范是且仅是立规规范。

第二，厘定审查对象。由于规范性文件的内涵要点（针对不特定相对人、针对抽象事件、被反复适用等）是被用于鉴别规范性文件而不是被用来审查规范性文件合法/不合法的，因此，需要重新厘定规范性文件的司法审查对象。众所周知，规范性文件是既有初显拘束力又有应然性内容的文件，这种文件无疑是特定立规行为的结果。规范性文件的效力与内容，无一不是由立规行为生成和决定的。

立规行为属于法律言语行为。^⑫根据言语行为构成层次论^⑬立规行为可以被细化为三类：其发语行为是制成文本的行为，其命题行为是通过文本中的语句表达出命题内容的行为（以下简称立规命题行为），其以言行事行为是通过发布文本来宣告文本为人们所应当遵从的规范性文件的的行为（以下简称以言立规行为）。其中，以言立规行为能形成规范性文件的效力，立规命题行为的命题内容能构成规范性文件的内容。从行为决定结果的角度看，以言立规行为的合法/不合法决定了规范性文件整体的合法/不合法，立规命题行为的合法/不合法

^⑤ 参见张文显《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社2001年版，第26-30页。

^⑥ 参见[英]约瑟夫·拉兹《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社2003年版，第91页。

^⑦ [奥]汉斯·凯尔森《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第124页。

^⑧ 同注^⑦，第54页。

^⑨ See J L Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 1962, pp. 16-128; John R Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969, pp. 31-40.

^⑩ 心灵哲学认为，立规行为既是一种言语行为也是一种意向。参见[美]约翰·R·塞尔《意向性：论心灵哲学》，刘叶涛译，上海人民出版社2007年版，第5-13页。

^⑪ 意向因果性自返指定（causally self-referential）是指，意向状态的满足条件必须由意向自己发挥因果性作用而生成，只有意向自身所引起的特定行为才能实现该意向，才能满足它的意向状态。其他原因所引起的特定行为，均不会实现它的意向、满足它的意向状态。See John R Searle, *Rationality in Action*, MIT Press, 2001, pp. 40-45.

^⑫ See John R Searle, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, 1979, p. 28.

^⑬ 参见注^⑫，第22-26页。

法决定了规范性文件的内容的合法/不合法。据此，规范性文件的司法审查可转化成对由以言立规行为和立规命题行为所构成的立规行为的司法审查。

立规行为显然是由立规规范构成并调整的行为。由于从一般规范与个别规范的二分来看，^④立规规范是一般规范，其设定的要件是由抽象术语表述的一般要件，而一般要件的实现是具体事实，且从事态与事实的二分来看，抽象的立规行为要件表述的只是事态，而事态的实现才是事实，^⑤因此，立规行为要件仅是表述抽象事态的一般要件。但是，由于在实际审查工作中，被审查的通常不是立规行为要件所限定的抽象事态，而是特定立规主体在制定规范性文件过程中所为的、受立规规范评价的相关特定事实，例如，立规主体有无权力地位、是否行使权力、有无公开情形以及是否遵从限定范围等，因此，立规行为要件只是司法审查的一般要件，而非司法审查的实际对象，司法审查的实际对象是各种各样的立规事实。

第三，厘定立规事实“合法律规范”/“不合法律规范”的本质。由上述论证可知，如果立规事实契合立规规范，那么，由该立规事实构成的规范性文件就是“合法律规范”的。问题在于，立规事实在什么意义上契合/不契合立规规范？要回答这个问题，需要探讨立规规范的满足条件。从言语行为与意向的满足条件来看，立规规范的满足条件就是其立规主体的意向状态的满足条件，而其立规主体的意向状态的满足条件则是由立规命题行为所表述的完整命题内容与意向状态的契合指向所共同决定的条件。^⑥以“立规主体必须公布其制作的规范性文件”这一立规公开规范为例。它的完整命题内容是“立规主体公布其制作的文件”，它表示的契合指向是世界契合语词（world-fit-to-word），这两者共同决定了这一立规公开规范的满足条件是所有立规主体在未来公布其制作的文件。再结合规范的强制性模态与非强制性模态的二分^⑦和规范的规范性部分与描述性部分的二分^⑧可知，所有立规规范的满足条件均由两个必要条件组成：一是规范设定的事态是高阶立规主体意向中的事态，二是实现该事态的立规事实是由该立规主体的意向因果性自返指定的对象。仍以上述立规公开规范为例，上述立规公开规范所设定的事态是“所有立规主体在未来公布其制作的文件”。低阶立规主体只有遵从前条，才能满足该规范中的立规命题行为所表示的意向状态。如果低阶立规主体未公开文件，或者在反对该规范的情况下，出于其他种种原因公开了自己所制定的文件，那么，这些情形都不能实现该规范中的立规命题行为所表示的意向状态，都不能满足这条规范设定的满足条件。是故，这两个必要条件共同构成一个满足立规规范的充要条件——立规意向事态。需要说明的是，高阶立规主体通过“准许”、“许可”、“可以”等非强制性模态词，在调整性规范中所表达的心理状态，只能是非强制性的心理状态。不过，这些非强制性模态词还能用于制定权力规范。因为被授予权力的主体必须按法定条件且只能在被准许的范围内行使权力，所以，如果非强制性模态词被用于制定权力规范，那么，相关立规事实

^④ 参见注^③，第40-41页。[丹麦]阿尔夫·罗斯《指令与规范》，雷磊译，中国法制出版社2013年版，第133-138页。

^⑤ 参见韩林合《分析的形而上学》，商务印书馆2013年版，第181-183页。

^⑥ 参见注^④，第10-12页；注^②，第13-14页。

^⑦ See Paul McNamara, "Deontic Logic", in Dov M Gabbay and John Woods (eds.), *Handbook of the History of Logic (Volume 7)*, Elsevier, 2005, pp. 197-207.

^⑧ See Eugenio Bulygin, "Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms", in Aulis Aarnio and Neil MacCormick (eds.), *Legal Reasoning (Vol I)*, Dartmouth Publishing Co, 1992, pp. 429-430.

就应当符合该立规权力规范。此外，由于非强制性模态词只能表达非强制性的心理状态，因此，含有非强制性模态词的规范，通常并不是司法审查的依据，除非它或它们是蕴含强制性的立规权力规范。总之，只有强制性立规规范才能成为司法审查的依据，也只有施行这类规范的立规行为及其结果才能成为经受司法审查的立规事实。

综上可知，立规事实契合立规规范的强制性意向事态就是契合立规规范。其具体涵义是：如果立规事实满足了立规规范所设定的强制性意向事态，或者说，如果立规事实使强制性意向事态变成了现实，即此种立规事实是强制性意向事态的实例，那么，该立规事实契合相关立规规范；如果既定立规事实不满足相关立规规范所设定的强制性意向事态，或者说，如果既定立规事实不能使强制性意向事态变成现实，即此种立规事实不是强制性意向事态的实例，那么，该立规事实就不契合相关立规规范。这两个方面结合起来就是立规事实契合/不契合立规规范的涵义，或者说，是立规事实契合/不契合立规规范的本质特性。

第四，界定审查标准。根据立规事实契合/不契合立规规范的强制性意向事态就是它“合法律规范”/“不合法律规范”的观点，可以把规范性文件的司法审查标准界定为：如果立规事实整体上是/不是立规规范的强制性意向事态的实例，那么，由它所构成的规范性文件合法/不合法。

逆转前三点的论证思路，可得到该司法审查标准的三层证明理由。其一，规范性文件的司法审查就是对由各类立规事实所构成的立规整体事实的司法审查，而构成立规整体事实的，就是由以言立规行为所形成的行为事实与由立规命题行为的命题内容所构成的规范性文件的语义内容。有效力且有内容的规范性文件就是由这种整体事实所构成的制度性实体。其二，立规事实是且仅是立规规范的意向事态作用下的事实。其中，立规规范的强制性意向事态是由强制性模态词所限定的、有进行合法/不合法的判断的必要性的意向事态，即从合法/不合法的角度转述的、有效力的强制性立规规范。因此，立规事实契合/不契合立规规范的强制性意向事态，就是契合/不契合强制性立规规范。其三，由于强制性立规规范是法律规范的下属类型，因此，立规事实契合/不契合强制性立规规范就是其契合/不契合法律规范的一个子集，可被称为立规事实契合/不契合法律规范。又由于法律规范是法的构成部分，因此，立规事实契合/不契合法律规范又可被称为立规事实合法/不合法。而由于完整意义上的有效力且有内容的规范性文件就是立规事实的整体，因此，立规事实整体上契合/不契合强制性立规规范，就是规范性文件合法/不合法。

（二）重分审查标准的外延

综上可知，规范性文件的司法审查标准的内涵即立规事实整体上是/不是立规规范的强制性意向事态的完整实例。该内涵由以下要素构成：立规事实、立规规范、强制性意向事态、实例以及系动词“是”和“不是”。由于立规事实同实例的指称相同，且只有在立规规范的评价下才能形成，而强制性意向事态相当于强制性立规规范，“是”和“不是”作为系动词已经不能再分，因此，只有通过划分立规规范的类型，才能划分前述审查标准的外延。在诸多关于规范分类中，较为严谨也较为精致的分类是根据规范与行为的逻辑关系所作出的构成性规范与调整性规范的二分。所谓构成性规范是指创设或构造新行为、新事实且没有此类规范就没有相应行为或事实的规范，此类规范的一般结构是“把X当成Y”或者“在

条件 C 下把 X 当成 Y”^④ 例如，全国人大及其常委会在我国宪法和法律规定的条件下是最高国家立法机关。所谓调整性规范是指规定人们应当如何作为或不作为、应当实现何种目标的规范，此类规范的一般结构是“如果 q ，那么当为 p ”^⑤（符号表示即 $q \rightarrow Op$ ，也有的记作 $T \rightarrow OR$ ），例如，机动车应当在道路右侧行驶。立规规范是关于立规行为的法律规范，按照概念间的蕴含关系，立规规范可被分成构成性立规规范与调整性立规规范。

首先是构成性立规规范。规范性文件如同 10 元面值的人民币一样，其上位范畴并非纸张等物理性实体，而是制度性实体，这种实体是本体论上主观但认识论上客观的社会实体，它们只能因人们的共同承认而存在于人类制度中。^⑥ 而构成这种人类制度的，是具有在条件 C 下 X 当成 Y 之逻辑结构的构成性规则、活动或程序。^⑦ 例如，就规范性文件而言，X 是规范性文件的物理性的载体，通常是规范性文件的表决稿，条件 C 是包括起草、审议、表决和公布等在内的外在活动以及立规主体使用立规权力的意向等主观方面。如果在表决中，表决稿 X 被通过，并被立规主体公布，那么，表决稿 X 就成了规范性文件 Y。据此，表决稿 X 成为规范性文件 Y 的构成条件包括立规主体具备相应的立规地位、立规主体具备相应的立规意向、存在相应的规范性文本如前述的表决稿以及遵循一定的立规程序。^⑧ 其中，立规地位是制成规范性文件的主体要件与使规范性文件产生效力的要件，立规意向是立规主体生成规范性文件的内容及使用立规权力地位的意向要件，规范性文本是按语言规则记载立规主体的意向内容并标识规范性文件的法律地位的物理性载体，立规程序是由一系列被算作立规事实的事件所构成的立规过程。^⑨

其次是调整性立规规范。在现代法律体系内，除了构成性立规规范以外，立规规范通常还包括限制立规行为的作用域的调整性规范。规范性文件是立规主体一系列的言语行为相叠加的复合结果。在现代民主法治国家，立规主体（如某省人民政府）并不能为所欲为地任意立规，其立规行为通常会受到事实上和法律上的各种限制。其中，在特定主体有权立规的前提下，法律规范限制立规行为的方式是进一步限制、调整该立规行为的作用域。根据调整性规范的逻辑结构 $q \rightarrow Op$ ，此类规范限制立规行为的作用域的基本方式是且仅是限定立规行为的行使条件 q 、行为模式 O 和（或）限定立规行为的行为对象 p 的范围、种类与幅度等。这种限制立规行为的规范是一种在构成性规范的基础上存在的调整性规范，因其调整的是立规行为作用的实体领域，所以，可称之为立规实体规范。

综上，在民主法治国家的法律体系内，必然存在四类立规规范：立规地位规范、立规意

^④ See Alf Ross, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul Ltd, 1968, p. 54; 注④, 第 33-41 页。

^⑤ See Pablo E Navarro and Jorge L Rodríguez, *Deontic Logic and Legal System*, Cambridge University Press, 2014, pp. 122-123; [德] 考夫曼《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2003 年版，第 153 页；[德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 150 页。

^⑥ 参见 [美] 约翰·R·塞尔《社会实在的建构》，李步楼译，上海人民出版社 2008 年版，第 8-13 页。

^⑦ 参见注⑥，第 96-97 页。

^⑧ 参见注⑥，第 69-107 页。

^⑨ See John R Searle & Daniel Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge University Press, 1985, pp. 87-105.

向规范、立规程序规范以及立规实体规范。^{⑤⑤} 依据上述四类立规规范，规范性文件的司法审查标准可被划分为四个次级标准：第一，如果既定的立规地位是/不是相应的立规地位规范的强制性意向事态的实例，那么，该规范性文件的立规主体的立规地位合法/不合法，此为立规地位标准；第二，如果既定的立规意向是/不是相应的立规意向规范的强制性意向事态的实例，那么，该规范性文件的立规主体的立规意向合法/不合法，此为立规意向标准；第三，如果既定的立规程序是/不是相应的立规程序规范的强制性意向事态的实例，那么，该规范性文件的立规程序合法/不合法，此为立规程序标准；第四，如果既定的立规实体是/不是相应的立规实体规范的强制性意向事态的实例，那么，该规范性文件的立规实体合法/不合法，此为立规实体标准。

根据拉兹界定的联锁性（inter-locked）规范体系的概念及某规范的存在是另一规范存在的条件这一联锁性规范体系的构成标准可知，^{⑤⑥} 立规地位规范是其余三种立规规范的主体要件，即若立规主体无立规地位，则其不能为立规行为；立规程序规范是立规意向与立规实体行为均须依照的规范，立规意向与立规实体行为构成了立规程序规范规制的内容；立规意向规范设定的是立规主体的主观意向条件，立规实体规范调整的是立规主体的外在行为领域，二者存在主客观相统一的关系。由此可知，在既定的法律规范体系中，上述四类立规规范具有内在相关性，它们构成了一种联锁性的规范体系，可被称为四类相联锁的立规规范。

由于只有将上述四类立规规范联结起来，才能设定完整的立规行为，因此，必须把上述四类立规规范同时作为规范性文件的司法审查依据，把依据它们构建的四类相联锁的审查标准同时作为规范性文件的司法审查标准，以下简称为“四联锁标准”。在司法审查中，只有当这四个标准中的四种前件全是肯定性的时，才能认定由它们共同组成的立规事实整体上合法，才能据此认定由该立规事实整体上构成的规范性文件完全合法；反之，只要“四联锁标准”的任一前件是否定性的，即可断定被审查的规范性文件不合法。据此，上文的规范性文件的审查标准可被转化为：如果既定的立规事实整体上是/不是四类相联锁的立规规范的强制性意向事态的完整实例，那么，由它们所构成的规范性文件合法/不合法，以下简称“立规意向事态实例标准”。

行文至此已可表明：超越权限的情形是立规行为违反立规实体规范所造成的情形，运用立规实体标准可对其进行判断；违背法定程序的情形是立规行为违反立规程序规范所造成的情形，运用立规程序标准可对其进行判断；无依据损益的情形既可能是违反立规地位规范所造成的情形，也可能是违反立规实体规范所造成的情形，可分别用立规地位标准或立规实体标准对其进行判断；由于违反上位法规定之上位法的指称不明，因此，需要先判断被违反的上位法规定是立规地位规范、立规意向规范、立规实体规范还是立规程序规范，再运用相应的审查标准对这种情形进行判断。至于相抵触的情形，因其被严重滥用，因此，需要先结合具体语境确定其指称，之后再运用“四联锁标准”中的若干标准对其进行判断。需要注意的是，虽然规范之间不兼容的情形也会引起对处于劣势的规范的司法审查，但这种情形同前述

^{⑤⑤} 这四类规范所设定的审查对象也称为立规主体资格、立规意图表示、立规程序与立规实体行为。参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019年第7期，第105-121页。

^{⑤⑥} See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University, 1999, pp. 112-113.

意义上的对单个规范性文件的司法审查不同，前者属于规范兼容性审查，而后者属于规范合法性审查，故在司法审查中不宜将其混为一体，应当另行处理。^{⑤7} 经过前述解释与限定可知，“四连锁标准”能取代“五情形标准”。

（三）论证审查标准的充要性

前文从内涵与外延两个方面把“五情形标准”改成了立规意向事态实例标准，从理论基础方面论证了“四连锁标准”的本质性与严整性。本部分及下部分将论证“四连锁标准”的充要性与实用性。

第一，单个审查标准的必要性论证。本文在“重分审查标准的外延”部分已经对这四个次级标准的必要性作了理论铺垫，此处再对它们的必要性进行一下强化论证。首先，立规地位标准必不可少。立规主体具备相应的立规地位是其为立规行为的首要要件，如果不运用此标准来审查立规主体是否具备相应的权力地位，那么，就不能断定被审查文件是否成立或有无生效的可能。其次，立规意向标准必不可少。所有的规范性文件都是特定的立规主体的意向内容。被审查的规范性文件是不是既定的立规主体的真实意向内容，是不是立规主体有意运用自己的立规权力发布的内容，直接决定了被审查的规范性文件能否成立、可否生效。虚假的、被强迫制定的或者立规主体未援用其权力地位制定的规范性文件均是不合法的无效文件。再次，立规程序标准必不可少。在民主法治国家，为了实行民主原则，立规制度通常包括复杂的民主参与、审议和表决规则，也就是说，规范性文件是在既定制度内，由多重“在条件C下X当成Y”的Y叠加而成。如果不依据立规程序标准来审查规范性文件制定过程中的叠加行为，那么，就无从断定被审查的文件最终能不能被当成规范性文件。最后，立规实体标准必不可少。这个标准实际上是一个涵盖面最广、使用频率最高的标准。原因在于，立规主体的权力地位情形比较单一，违反立规意向标准的情形相对较少，而立规程序通常由“行政程序规定或规则”（如《湖南省行政程序规定》）明确规定，与此三者形成强烈对比的是，立规实体规范不仅种类繁多，而且由于各上级有权机关皆可限制低阶立规主体的权限，因此，立规实体规范的总量也最大。在实践中，审查者不但必须运用立规实体标准，而且运用最多的正是这个标准。

第二，“四连锁标准”的整体充分性论证。据前所述，立规地位标准、立规意向标准、立规程序标准和立规实体标准都是必不可少的审查标准。但是，仅运用它们中的任何一个，都不足以断定被审查文件合法与否。换言之，它们中的每一个都是规范性文件的司法审查的必要但不充分标准。从上文的论证可知，构成“四连锁标准”的审查依据——四类相连锁的立规规范——相互联结成了一个功能完整的规范体系。由于规范性文件的司法审查归根结底是依据立规规范进行的审查，而“四连锁标准”也是根据相应的立规规范并结合特定的立规事实所构成的法律标准，因此，四类相连锁的立规规范所设定的立规行为的充分条件决定了“四连锁标准”足以用来判断被审查文件的合法与否。据此可断定，根据前四个相连锁的审查标准，就能充分审查规范性文件的整体合法与否。

（四）验证审查标准的实用性

^{⑤7} 参见注^{②⑥}，第140-144页；注^{③④}；袁勇《论作为规范合法性审查标的不法规范》，《浙江社会科学》2018年第2期，第55-61页。

有人可能会质疑：由于前文论证的立规意向事态实例标准类似于一个含有多种变量的公式，所谓的“四连锁标准”只是抽象的一般标准，因此，其并不能被直接用来判断某个规范性文件合法与否。前述立规意向事态实例标准确实不是判断某个规范性文件合法与否的具体标准，但是，立规意向事态实例标准及其细化类型——“四连锁标准”——不但能在司法审查中被直接适用，而且比“五情形标准”更精确、更易于操作。

其一，立规意向事态实例标准揭示了规范性文件合法/不合法的根本成因，即规范性文件的立规事实整体上是/不是四类相连锁的立规规范的强制性意向事态的完整实例，而“五情形标准”却并未探明五情形的成因。其二，“四连锁标准”是根据立规事实契合立规规范的本质特性，即立规事实是立规意向事态的实例，所界定的审查标准类型，而“五情形标准”并不是根据各情形的本质特点所提出的标准。据此，“四连锁标准”同“五情形标准”的根本区别在于，前者是基于司法审查要件的内在关系而被建构成的审查标准，后者是从表象经验中被总结出的抽象审查标准。

审查者在运用“四连锁标准”时，仅需六步即可得出结论。举例如下。设区市A的公安局交通管理支队B在2018年9月发布了一份《电（机）动三、四轮车限行通告》（以下简称《通告》）。《通告》的主要条款如下：第一条，“每日早7时至晚8时，禁止电（机）动三、四轮车在本市区内通行”；第二条，“违反本《通告》禁行规定的，依照道路交通安全法律法规给予处罚”；第三条，“涉及邮政、快递等民生的电（机）动三、四轮车，由其主管单位到B备案后，可以在本市区内通行”。假设甲不服B依据《通告》对其作出的行政决定，请求法院确认B的决定不合法，并诉请法院一并审查《通告》的合法与否，则法院在受理案件后，运用立规意向事态实例标准，仅需六步即可作出判断。第一，认定B制发《通告》的相关事实；第二，查找四类相连锁的立规规范，即关于B制发《通告》之立规地位、立规意向、立规程序及立规实体的规范；第三，认定相关立规规范关于B制发事实的意向事态；第四，判断B的制规事实是不是相关立规规范的强制性意向事态的实例；第五，构建具体的审查标准；第六，根据被审查的事实与审查标准，判定《通告》合法/不合法。

审查者经过前述步骤可判定三点：第一，现行法并未授予B发布《通告》来限制电（机）动三、四轮车在A市区通行的地位，故《通告》中的限行规定不合法；第二，《行政处罚法》第14条禁止B在《通告》内设定处罚，故《通告》设定的处罚规定不合法；第三，《行政许可法》第17条禁止B在《通告》内设定许可，故《通告》设定的许可规定不合法。其中，第三点结论的具体判定步骤也仅有六步：第一，B在《通告》中设定了备案，而备案是一种许可；第二，《行政许可法》第17条规定，其他规范性文件不得设定许可；第三，该规定中的立规意向事态是无“其他规范性文件”在未来设定许可；第四，《通告》是其他规范性文件，但其设定了许可，该事实是高阶立规主体禁止性意向事态的反例；第五，如果所设许可不是《行政许可法》第17条所显示的禁止性意向事态的实例，那么，该许可不合法；第六，根据第四与第五可推定，《通告》所设许可不合法。

结 语

现有的规范性文件的司法审查标准可被概称为“五情形标准”。这些标准虽然在一定程

度上能够发挥审查标准的作用，但由于其分类混乱不清、涵义模糊不明，因此，不具备法律标准应有的本质性、严整性、充要性与实用性。本文在对“五情形标准”进行梳理和评析后，进一步论证了规范性文件的司法审查的依据、对象及本质，并在此基础上，界定了一种立规意向事态实例标准——如果立规事实整体上是/不是四类相连锁的立规规范的强制性意向事态的完整实例，那么，由它所构成的规范性文件合法/不合法。立规意向事态实例标准又可被分成立规地位标准、立规意向标准、立规程序标准和立规实体标准。

由于行政法律规范门类繁多、领域广泛、数量庞大，且立规意向事态实例标准提供了构建具体审查标准的方法，因此，本文仅根据立规意向事态实例标准的内涵划分了它的四类相连锁类型，而并没有再作细分。余下的审查标准的构建工作可以由审查者或研究者自行开展。以上文的《通告》的司法审查为例，根据立规意向事态实例标准的本质涵义与构成要件，在个案中仅需四步——确定应审查的立规事实、获取相关的规范依据、析出前两者的契合处、断定被审查的事实是/不是所依据的规范的意向事态的实例——就能确定规范性文件的司法审查标准的构成要件，接下来即可构建具体的审查标准。

Abstract: The current criteria of judicial review of administrative normative documents are five kinds of illegal circumstances of normative documents summarized from experiences. Because of the lack of theoretical basis and strict argumentation, the classification of current criteria is confused and unclear, and their meaning is vague and ambiguous. So the criteria have not complied with the practical requirements of judicial review. By the theories of norms, speech acts, intentionality and other related theories, we can clarify the objects and the basis of the review, determine the fitting point of their objects and bases, and then define the essence of judicial review of normative documents. By applying the aforementioned theoretical points, the current review criteria could be rectified into a new criteria named the legislative intention instantiated criteria, which is a hypocritical proposition, that is, if the whole norm-making facts are/are not the completely instantiation of the intentional state of affairs prescribed in the four kinds of inter-locked legislative norms, then the normative documents constructed by the facts is legal/illegal. And the extension of the criteria could be classified into four, which are the criteria of norm-making power, norm-making intention, norm-making procedure, and norm-making entities. According to the aforementioned criteria, in a case, only five steps are needed to construct the criteria for judicial review of specific normative documents.

Key Words: Administrative Normative Documents; Judicial Review; Norm-making Norms; Intentional State of Affairs; Criteria of Judicial Review

[责任编辑: 郭建果]