

规范性文件合法性审查的逻辑顺序

袁 勇

(河南师范大学 法学院,河南 新乡 453007)

摘 要:无论在备案审查中还是在附带审查中,规范性文件的合法性审查皆面临着以何种逻辑顺序进行审查的难题。个别审查机关已尝试突破,但理论研究者还未给予直接关注。在规范性文件合法性审查的诸类型中,整体审查与部分审查、有效性审查与兼容性审查、抽象审查与具体审查、形式审查与实质审查之间,在法理上存在一定的先后关系。根据被审对象的特点、审查内容的特性,及其在法律逻辑与法律论证中的层次,规范性文件合法性审查的逻辑顺序应当是:先整体审查后部分审查,先规范有效性审查后规范兼容性审查,先抽象的形式审查后具体的实质审查。只有按此顺序审查才有可能做到审查工作不重复、审查内容无遗漏。如果在审查过程中颠倒而行,不但会造成审查工作不全,还会导致先得审查结论被后来审查结论否定的情况。规范性文件的合法性审查应按前列逻辑顺序渐进而为。

关键词:规范性文件;合法性审查;规范有效性;规范兼容性;审查顺序

作者简介:袁勇(1978—),男,河南商丘人,法学博士,河南师范大学法学院副教授,意大利博洛尼亚大学访问学者,主要从事法哲学与法理学、宪法学与行政法学研究。

基金项目:国家社科基金项目(15BFX014);国家留学基金资助项目

中图分类号:D922.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-2359(2019)01-0041-06 **收稿日期:**2017-11-19

引言

我国现行法规定了以备案审查、附带审查为主要形式的规范性文件审查制度。根据《立法法》《各级人大常委会监督法》《行政诉讼法》等法的规定,县级以上的人大及其常委会、县级以上人民政府,以及各级人民法院,皆有权审查规范性文件的合法性。各类审查机关及相应审查面临的共有问题包括但不限于审查基准、审查方法、审查进程等。本文拟解决的问题是:审查者应当遵循什么样的逻辑顺序才能无重复、无遗漏且不可逆地完成审查进程?个别规范性文件合法性审查机关,如成都市人民政府法制办公室为了提高审查的质量与效率,率先制定了多达 74 项的规范性文件合法性审查共用标准体系,其中按逻辑顺序编排了制定主体审查标准、制定程序审查标准,以及文件规定事项等审查标准^①。因相关研究还不健全,这套标准虽然初步编排了各类审查标准的适用流程,但它仍需要理论分析论证,仍需要深化优化。

学者们在某种意义上已经注意到审查顺序但未阐明其在规范合法性审查中的重要性。他们在论及合宪性审查基准时,多引介美国的三重审查基准(合理性审查、中度审查与严格审查基准)与德国比例原则之上的三层审查基准(明显性、可支持性与强烈内容审查基准)^②。前列审查基准三分的理论基础是涉案基本权利的不同,或者说,它们是根据基本权利的不同类型划分的,并未涉及更不足以作为合宪性审查的逻辑顺序。

^① 参见马利民、简华:《成都率先探索推行行政规范性文件合法性审查标准体系》,《法制日报》,2016 年 8 月 22 日。

^② 参见李云霖:《论人大监督规范性文件之审查基准》,《政治与法律》,2014 年第 12 期;何永红:《基本权利限制的宪法审查——以审查基准及其类型化为焦点》,法律出版社,2007 年,第 157—177 页。

近年来,有学者在探讨行政规范性文件的合法性审查基准时,主张引入美国谢弗朗案中的两步骤审查法:一是国会的立法意图清楚的则执行国会的意图;二是立法意图缺失或模糊的则看行政机关对法律的解释是否合理可行^①。该两步法一则仅限于对行政立法性文件的审查,二则对立法意图的审查仅是规范性文件合法性审查的一个小部分,所以此两步法并不足以作为规范性文件合法性审查的顺序。还有人提出,合法性审查的多维结构由合宪性审查、合法性审查与合规性审查构成^②。此种分层无关单个规范性文件合法性审查的逻辑顺序,更未涉及单个规范性文件合法性审查的层次,也不足以作为规范性文件合法性审查的逻辑顺序。就此来看,仍有必要研究规范性文件合法性审查的逻辑顺序。

笔者认为,根据规范性文件合法性审查的项目内容及其在法律上的逻辑关系,审查者首先应当进行规范性文件的整体合法性审查,而在文件整体合法的前提下再进行文件构成部分合法性的审查;其次在部分合法性审查的层面,应当先进行规范个体的有效性审查,而后在其合法有效的前提下再进行规范的兼容性审查;最后,根据规范有效性审查与兼容性审查的难易程度等特性,应当先进行抽象的形式合法性审查,而后再进行具体的实质合法性审查。

一、先整体审查后部分审查

规范性文件的整体合法性审查是指依法审查规范性文件在整体上是否合法。例如,《黑龙江省母婴保健条例》(2013)共由8章57条组成。根据《立法法》第96条、《各级人大常委会监督法》第30条之规定,全国人大常委会在审查《黑龙江省母婴保健条例》时,尽管比较明显但也应当在流程中确认黑龙江省人大常委会是否有资格、有权限制定该条例,而后再查看该条例的制定程序与文件形式是否合法。规范性文件整体合法性审查的详细项目即是关于制定资格、制定权限、制度程序与文件形式的合法性审查。其中,制定资格是指制定主体在法律上所具有的制定规范性文件的概括地位,例如设区的市人大及其常委会以外的社会组织无资格制定地方性法规;制定权限则是指有规范性文件制定资格的主体无制定特定规范性文件的权力,例如设区的市人大及其常委会有地方性法规制定资格,但无权力就《立法法》限定的城乡建设与管理、文化保护与环境保护等以外的事项制定规范性文件;制定程序即《立法法》及相关法规定的起草、公开征求意见、审议、表决、公布等等规范性文件制发程序;文件形式即规范性文件的用名、令号、印签等表现形式,例如只有全国人大及其常委会制定的规范性文件才能称为“法”、国务院各部门及地方人民政府制定的规章不得称“条例”、正式公布的规范性文件必须有制定机关编发的令号并有制定机关的印签等。

规范性文件的部分合法性审查是指依法审查规范性文件的构成部分是否合法。规范性文件由概念、规则、原则、技术性规定等构成,其主体构成部分是规则与原则,即规范。其他构成部分需要结合规范才能发挥指引与评价功能。因此,规范性文件的部分合法性审查主要是规范合法性审查。例如,《黑龙江省母婴保健条例》的第8条规定:“准备结婚的男女双方,应当接受婚前医学检查和婚前健康教育,凭婚前医学检查证明,到婚姻登记机关办理结婚登记。”学界简称之为“强制婚检规定”,并认为该规定与国务院的《婚姻登记条例》相冲突。因为国务院在条例中废除了原《婚姻登记管理条例》中的强制婚检规定,其态度是否定强制婚检^③(以下简称之为“婚检规范案”)。审查者对前两部规范性文件的相关规定的审查,即是与整体合法性审查相对而言的部分合法性审查。

无制定资格或制定权限、不按法定程序制定,以及文件形式不合法的规范性文件,通常不具备法律上的效力,或称为无效的规范性文件。审查机关应当从整体上撤销这种整体上违法无效的规范性文件^④。原因在于,制定主体若无资格、权限,或其制定行为不符合法定程序,则其制定行为将因不符合法定条件而不具备法律效力。相应地,规范性文件作为该不合法行为的制定结果则在整体上不合法。在此意义上,规范性文件整体不合法则决定其构成部分均不合法,即规范性文件在整体上无效。构成该无效文件的规则与原则等构成部分也随之一概无效,但反之则不然。作为规范性文件构成部分的某些规定无效的,并不会导致其他规定

^① 参见孙首灿:《论行政规范性文件的司法审查标准》,《清华法学》,2017年第2期;高秦伟:《政策形成与司法审查——美国谢弗林案之启示》,《浙江学刊》,2006年第6期。

^② 参见贺海仁:《我国合法性审查制度的规范研究》,《新疆师范大学学报》(哲学社会科学版),2015年第3期。

^③ 参见胡锦光:《婚检规定宜引入合宪性审查》,《法学》,2005年第9期。

^④ 参见郝永伟:《人大规范性文件备案审查若干问题探析》,《人大研究》,2011年第2期。

的无效,更不会导致其所在规范性文件的整体无效。就此而言,被审文件整体上不合法则无审查其构成部分合法性的必要,但被审文件的构成部分合法或不合法在逻辑上均不能决定其整体上是否合法,所以整体上合法的规范性文件仍需进行部分合法性审查^①。例如,前文的《黑龙江省母婴保健条例》在整体上虽然合法,但其个别条款仍有可能被认定为不合法。是故,审查者应当先审查规范性文件的整体合法性而后再视情况审查其构成部分的合法性。若先审查规范性文件构成部分的合法性则不能确定文件的整体合法性,逻辑上还需反过来再审查规范性文件整体合法性的情况,否则将遗漏合法性审查的重要层面;如果被审文件在整体上不合法,则此前所做的部分合法性审查工作就会归于徒劳。

二、先规范有效性审查后规范兼容性审查

前文界定的规范性文件整体合法性审查是一种被审文件的整体有效性审查^②。具体而言,无资格或无权限主体制定的规范性文件,或者制定主体有资格、有权限但制定程序不合法、形式不合法的规范性文件,也应认定为无效;只有制定主体有资格、有权限且按法定程序制定并符合法定形式的规范性文件则是合法有效的规范性文件。根据《立法法》第96条与97条、《法规规章备案条例》第10条的规定,规范性文件部分合法性审查的对象可再细分成两个层面:一是被审规范性文件中的规范个体的有效性,即审查制定主体是否有权制定;二是被审文件中的规范与其他规范的兼容性,即审查初显合法的规范同其他规范是否相抵触或不一致^③。笔者曾论证,法的违反情形是低阶法规定直接或间接不符合作为高阶法规定的立法性规定;法的抵触情形,是初显有效、内容同域、事项同类且适用条件重合的同层阶法规范,因规定的内容、态度、语义或行为模式不兼容而导致其不能被共同实现^④。简而言之,规范个体的有效性审查是查看被审规范是否符合相应的立法性规定;规范兼容性审查则是查看被审规范能否同其他规范皆能共同实现。但人们并未明确意识到规范性文件的部分合法性审查,其主体部分(即规范合法性审查)能够且应当分成有效性审查与兼容性审查两个层次。

例如,《立法法》第96条与第97条、《法规规章备案条例》第10条,以及最高人民法院《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)第6段,列举了超越权限的、违背法定程序的、违反上位法规定的、同其他规定相冲突的不合法情形,但未厘清前列情形究竟分属何种逻辑层次。我国行政法学通说认为,行政行为的合法要件包括主体合法、权限合法、程序合法、内容合法与形式合法。受其影响,所谓的规范性文件附带审查第一案判决^⑤,即“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”初审判决指明,规范性文件的规定是否合法应当从四个方面着重进行审查:制定机关是否为制定规范性文件的合法主体、规定是否超越法定权限、规定在内容上是否合法、规定在制定时是否履行了法定程序或者遵循了正当程序的要求^⑥。由是观之,人们并未注意到行政规范性文件的主体合法性、权限合法性与程序合法性实质上是一种有效性审查。

例如,《道路交通安全法》(2003年通过,2011年修订)第13条规定有两条规范,可以分别记为N1:申请核发机动车检验合格标志的,必须提供机动车行驶证与第三者责任强制保险单等;N2:任何单位不得附加

① 根据《行政诉讼法》第53条第1款的规定,法院附带审查的是“行政行为所依据……的规范性文件”。有学者认为,法院根据该款规定只应对规范性文件具有争议的部分内容进行审查,而非审查规范性文件的整体合法性。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。

② 尽管在理论上规范性文件与规范性文件之间在整体上有可能产生是否兼容的问题,但这种情形在规范性文件合法性审查实践中极难出现,故本文暂且不论。

③ 规范个体的有效性审查显然是一种典型的合法性审查,规范不兼容性审查则不尽然。尽管学界将规范不兼容之规范抵触普遍列入合法性审查,但鲜见有人阐明其原因。原因在于,被审规范同其他规范不兼容是被现行法所禁止的。例如,现行《立法法》第87条规定,任何法规定皆不得抵触宪法。该法第96条与97条规定,有权机关应当改变或撤销(即部分或全部废除)对同一事项规定不一致的规章、应当改变或撤销同上位法相抵触的下位法规定;其中蕴含法规范不得相抵触、应当相兼容的意义。被审规范同其他规范不兼容属于规范个体初显合法但其集合不合法的情形。根据《立法法》第五章的规定,有权机关消除规范不兼容情形的方式是根据上位法优于下位法、新法优于旧法、特别法优于一般法、变通法优于被变通法等规则废除规范不兼容关系中的一方。该规范就是由于同其他规范不兼容而被废除的不合法规范。这意味着,即要存在规范不兼容,其中就有一方最终应当被认定为不合法规范。

④ 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。

⑤ 参见北京知识产权法院(2015)京知行初字第177号行政判决书。

⑥ 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。

N1 规定以外的条件。但公安部《机动车登记规定》(2004)第 34 条第 3 款规定了一条规范,可表述为 N3:申请核发机动车检验合格标志的,必须提供机动车行驶证和第三者责任强制保险单,并处理完道路交通安全违法行为和交通事故等^①。在该“车检规范案”中,N3 与 N1 皆是初显有效的、处于同一层阶、规定同类事项的性质相同的必须规范,但 N3 规定的规范内容或者说要求的条件多出 N1 两项,在主张适用 N1 的情况下 N3 规定的多余条件——处理完道路交通安全违法行为和交通事故——将得不到实现;在此意义上,N3 与 N1 冲突或者说不兼容。而 N2 则是禁止车检条件事项的立法性规定,因 N3 规定的条件多于 N1,所以 N3 不符合 N1 的禁止性规定,但 N3 与 N2 的关系并不同于 N3 与 N1 的相抵触关系,而是一种法的违反情形^②。

根据凯尔森关于规范冲突各方皆是有效规范的观点,在进行规范合法性审查时,应当先审查规范个体的有效性而后再审查规范的兼容性。凯尔森在《规范的一般理论》中提出:“当我们认为有规范冲突时,相冲突的各方规范均必须是有效的;否则将不会有规范冲突。”^③该观点可理解为,相冲突规范中的一方或双方的效力尽管可能被废除,但只有初显有效的规范才有可能相冲突,无效的规范在实定法中不会同其他规范冲突。是故,在审查诸如 N3 与 N1 之类的规范兼容性时,必须先审查认定被审规范是否合法有效,在确认其合法有效之后才应当审查它与其他规范的兼容性,否则将得不出可靠的审查结论。例如,N3 在语义上与 N1 不兼容。但因为 N3 违反 N2 的禁止性规定应当被认定为违法无效,所以 N3 最终不能被认定为合法有效的规范。根据凯尔森的观点,它作为无效的规范在实定法中不会与 N1 产生有效的冲突。如果将两种审查顺序反过来,即先审查认定 N3 同 N1 不兼容,而后再审查认定 N3 违反 N2,由于 N2 终将被认定成违法无效而不可能同其他规范冲突,那么此前所得出的 N3 同 N1 不兼容的结论将被否定、此前所做的 N3 同 N1 的兼容性审查工作也将归于徒劳。由此可见,先规范有效性审查后规范兼容性审查的顺序不可逆。

三、先抽象的形式审查后具体的实质审查

除整体合法性审查与部分合法性审查、规范有效性审查与规范兼容性审查之外,规范性文件合法性审查的常见分类有备案审查与附带审查、主动审查与被动审查^④、抽象审查与具体审查、形式审查与实质审查,等等。主动审查与被动审查属于法定的审查方式、备案审查与附带审查则是法定的不同审查制度,它们并无逻辑上的逻辑顺序可言。通常认为,规范性文件的抽象审查是脱离案例的审查;具体审查则是结合个案进行的审查^⑤。笔者认为,抽象审查是脱离具体案件对规范在语义与逻辑层面的审查;具体审查则是结合具体案情既对规范语义又对规范效果在语用层面的审查。前两种审查均有可能在备案审查与附带审查中出现,即备案审查机关有可能基于具体个案进行具体审查,司法机关也可以置案情于不顾而进行抽象审查。之所以这样说是因为,无论备案审查机关还是仅能进行附带审查的司法机关,它们在审查规范性文件的整体合法性时,均能在脱离具体案件的情况下从制定资格、制定权限、制定程序与文件形式四个方面进行审查。非但如此,它们在审查规范个体的有效性时,也能仅基于制定主体的具体权限,以及被审规范的行为模式(必须模式、禁止模式、准许模式、无须模式与任意模式)、适用条件与规范内容来抽象审查其合法性^⑥。例如在车检规范案中,N3 规定的行为模式(必须模式)符合车检规定的强制性要求,但其规范内容却超出了 N2 的限定范围,所以 N3 违反了 N2 的强制性规定。除此之外,在规范兼容性审查中,任何审查机关也都可以脱离具体个案抽象审查被审规范的兼容性。例如,在婚检规范案中,国务院的规范态度是无须做婚前医学检查,《婚姻登记条例》中隐含的婚检规范即“无须做婚前医学检查”;而《黑龙江省母婴保障条例》却规定的是“必须做婚前医学检查”。前两条规范的适用条件(申请婚姻登记)与规范内容“做婚前医学检查”皆相同,但二者规范模

① 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)。

② 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。

③ Hans Kelsen, General Theory of Norms, Translated by Michael Hartne, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 213.

④ 参见林来梵:《中国的“违宪审查”:特色及生成实态——从三个有关用语的变化策略来看》,《浙江社会科学》,2010 年第 5 期。

⑤ 参见[德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆,2007 年,第 512 页。

⑥ 规范逻辑学者认为,条件规范的基本要件有三个:规范前件、规范模态与规范内容,用符号表示即 $q \rightarrow Op$ (“ $\rightarrow$ ”表示“如果……那么……”),也可记作 $O(q \rightarrow p)$,读作:如果 q,那么当 p。其中 q 指规范前件或称为适用条件、O 代表广义的规范模态、p 即规范模态限定的规范内容。See Pablo E. Navarro & Jorge L. Rodríguez, Deontic logic and Legal System, New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 122—127.

态的语义——“无须”与“必须”相矛盾^①，这导致它俩的规范语义也相矛盾，二者因此必然不兼容。

虽然抽象合法性审查以规范语义与规范逻辑为基础可以得出确定性高、可驳度低的审查结论，但因立法者的有限理性、人类语言表意的模糊性，以及社会利益的复杂多变，规范性文件的内容在语义上往往具有很高的不确定性与可辩驳性^②，审查者在很多案件中必须结合具体案情进行具体审查才能得出审查结论，否则将因确定不了被审规范的意义指的是什么而无从判断其合法性。例如，在“方才女诉淳安县公安局消防行政处罚行政争议案”^③中，原告认为浙江省公安厅《关于解决消防监督执法工作若干问题的批复》（2014）第5条^④对“其他供社会公众活动的场所”的解释不符合《治安管理处罚法》第39条的规定。法院结合案情认定，供居住的出租房物理上将毗邻的多幢、多间或多套房屋集中用于向不特定多数人出租，而且承租人具有较高的流动性；此类房屋的经营管理者理应承担更高的消防安全管理责任；故前个批复的解释并不违背《治安管理处罚法》第39条的规定。对于“社会公众活动场所”这一不确定概念，法院无从在语义上对其进行抽象审查，只能对其进行具体审查。

诸如此类的具体审查相对于抽象审查而言，能更加切实、具体地确定被审规范的意义与效果，但是不能将具体审查等同于实质审查；相应地，也不能将抽象审查等同于形式审查。参考阿蒂亚与萨默斯关于法律推理中形式依据与实质依据的分类，规范性文件的合法性审查的形式依据是一种预设存在的有效法律规定或其他有效的、权威的法律依据；其实质依据是一种道德的、经济的、政治的、习俗的、制度的或其他的社会因素^⑤。根据审查依据的不同，规范合法性审查可分为根据形式依据作出的形式合法审查、根据实质依据进行的实质合法性审查。例如，在婚检规范案中，国务院取消强制婚检的原因是它增加行为人的负担与成本，招致登记机关寻租，并且因检查走过场而预防新生儿缺陷的作用有限。尽管国务院有前述实质理由，但不少人仍主张有必要通过强制婚检来提高新生儿人口质量。再如，在车检规范案中，因N3明显违反N2的规定，最高人民法院答复下级法院应当拒用N3而选择适用上位法规定。但公安部于2008年将《机动车登记规定》第34条第3款修改成：“申请检验合格标志之前，机动车所有人应当将涉及该车的道路交通安全违法行为和交通事故处理完毕。”修改后的规定虽有违法增加前置性行政许可之嫌，但在语义上却不再明显违反道路交通安全法规定的N2。新规定出现后未见审查其合法性的案件。即使有人提起审查，审查机关也应当考虑公安机关的管理需要，即在申请检验合格证环节促使车主按期处理道路交通安全违法行为和交通事故。个中的公安道路行政管理效率问题不应被审查机关完全忽略。

以上分析表明，规范合法性审查往往要求审查者逾越法条规定的语义射程、突破法定的形式范围而进入实质审查的领域。在不少情况下，审查机关还需要结合具体个案来实质审查规范性文件的合法性。仅仅通过机械地解释法条、抽象地进行形式审查，并不一定总能得出适当的审查结论。通过对车检规范案与婚检规范案相关背景要素的分析亦可知，抽象审查基本上是根据形式依据进行的审查，而实质审查则是在具体个案情景中对实质对象进行的审查。因为抽象审查与形式审查、具体审查与实质审查密切相关、难解难分，前四类规范性文件合法性审查的类型可整合二分成抽象的形式合法性审查与具体的实质合法性审查。根据前列审查类型的特性可知，无论是备案审查还是行政复议与行政诉讼中的附带审查，均应当先进行抽象的形式合法性审查而后再进行具体的实质合法性审查。主要理由有两个。

其一，契合法律解释方法的一般位序。学者们在法律解释方法的数目上认识不一，对各法律解释方法的位序也无定论。但各家均公认，语义解释是法律解释的起点，语义解释所得规范的效力高于其他解释。但在语义缺失或模糊而解释不出单一规范，或者在语义解释的结论明显不当等情形下，还需采用体系解释、客观

^① 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), p.470.

^② See Giovanni Sartor, Normative Conflicts in Legal Reasoning, *Artificial Intelligence and Law* 1, pp.209—235.

^③ 参见(2015)杭淳行初字第18号行政判决书。

^④ 居住出租房屋同时设置10个以上(含)出租床位用于出租，且租赁期限在3个月以内的，或者集中设置出租床位出租的，该居住出租房屋可以视为《治安管理处罚法》第39条规定的“其他供社会公众活动的场所”，该房屋出租人(含转租人)可以视为第39条规定的“供社会公众活动的场所的经营管理人员”。

^⑤ [英]P.S.阿蒂亚，[美]R.S.萨默斯：《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏，陈林林，王笑红译，中国政法大学出版社，2005年，第1—10页。

立法目的解释、主观立法意图解释、比较解释、合宪性解释等方法。一般而言,法律解释方法的初步优先顺序可排列如下:字义解释>体系解释>客观立法目的解释>主观立法意图解释>比较解释(“>”表示优于);在以上解释方法所得复数结论中符合宪法的解释优先^①。从中可知,抽象的形式合法性审查的起点也是且仅是规范的语义。这与法律解释方法的基础和起点完全相一致,即规范合法性审查也必须从对规范语义抽象的形式合法性审查开始。不仅如此,规范语义合法性审查的结论初步优先于其他审查所得的结论。如果越过抽象的形式合法性审查先进行具体的实质合法性审查,非但悖离人们解释、认知法律规范的一般顺序,而且其审查结论也面临着被否定的可能。据此可以认为,先抽象的形式合法性审查后具体的形式合法性审查的顺序不可逆。

其二,符合从易到难的实践准则。仅从前文分析的案例中就可看出,抽象的形式合法性审查的项目内容是制定资格、制定权限、制定程序、文件形式、规范语义、行为模式等。审查者运用语义解释法与逻辑分析法,就可以断定前列项目内容是什么,其认定过程基本上是抽象的形式判断与推理过程,具有客观确定性强、可操作程度高、容易得出审查判断结论的特性。相对而言,具体的实质合法性审查则需要结合具体个案、利用各种经验知识、考量相关目标或价值,才能在非形式逻辑的领域得出审查结论。该实质判断过程充满模糊与歧义、争议与独断,不但在实践中难以得出审查结论,即使得出也难以令人信服。例如,在婚检规范案中,简政便民与保障优生的政策目标并无孰对孰错、孰高孰低之分;无论是国务院废除强制婚检规则,还是黑龙江省人大常委会维持强制婚检规则,二者的理由皆难以让所有人完全认可。笔者认为,如果强制做婚前医学检查的主要目的是为了保障优生,那么在婚姻登记阶段强制婚检不如改成规定在孕前做医学检查后才能领取准生证。后者一方面能实现保障优生的政策目标,另一方面对公民权利的限制或减损也更少。综上,抽象的形式合法性审查比具体的实质合法性审查更容易进行。鉴于人们进行实践活动,通常都遵守从易到难的渐进准则,在审查实践中也应先进行抽象的形式合法性审查后进行具体的实质合法性审查,罔论违逆此顺序得出的结论有可能被否定、先前具体的实质合法性审查工作有可能归于徒劳。

结语

按何顺序进行规范性文件合法性审查是审查者面临的一个不可回避的重要实践课题。本文界分了规范性文件合法性的整体审查与部分审查、有效性审查与兼容性审查、抽象审查与具体审查、形式审查与实质审查,并在此基础上论证了三个不可逆的合法性审查逻辑顺序,即先整体审查后部分审查、先规范有效性审查后规范兼容性审查、先抽象的形式审查后具体的实质审查,其中的逻辑层次及内容要点可用下表直观展示:

规范性文件合法性审查的逻辑顺序								
整体审查	有效性审查		制定资格		有无制定规范性文件的一般资格	抽象审查	形式审查	
			制定权限		有无制定被审规范性文件的权限			
			制定程序		是否符合法定程序			
			文件形式		是否符合法定形式			
部分审查	有效性审查		规范个体	具体权限		有无制定被审规范的权限	抽象审查、 具体审查	形式审查、 实质审查
				行为模式		行为模式是否符合立法性规范		
				适用条件		适用条件是否符合立法性规范		
				规范内容		规范内容是否符合立法性规范		
	兼容性审查		规范集合	规范要件	规范内容	强制模态限定的规范内容是否兼容	抽象审查	形式审查
					规范语义	规范算子的语义是否兼容		
				规范效果	行为模式	行为模式的性质是否矛盾	具体审查	实质审查
					经验判断	能否共同实现		
		应然评价	应否共同实现					

毋庸讳言,以上仅揭示了规范合法性审查进程中的三种逻辑顺序。简要陈述了厘定它们的理由、提供了各审查顺序的要点内容。期望以上论点能被用于安排规范性文件合法性审查的流程,能被用来优化规范性文件合法性审查的标准体系。

[责任编辑 张家鹿]

^① 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社,1995年,第245—246页;[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆,2003年,第219—222页;舒国滢等:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社,2007年,第377—379页。