

规范内容合法性的不同面向及其适用限度

——兼论规范性文件合法性审查的不同层次

俞 祺

(北京大学法学院,北京100871)

摘 要: 在法律理论中,内容合法性是识别规范合法性的关键概念,对于引导司法裁判具有重要作用。基于学理分析和对相关判例的总结,内容合法性可以根据其判准相对于法律体系的开放程度区分为开放的内容合法性、封闭的内容合法性和半开放的内容合法性。此三种不同的内容合法性分别适用于极端不正义领域、法律保留领域和上位法依据不明确领域中法律决定之合法性判断。通过对内容合法性种类与适用范围的梳理,可以有效引导法院区分规范性文件合法性审查的不同层次。

关键词: 内容合法性;合法性;法律保留;整体性法律理论;规范性文件

中图分类号: D912.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1673-3851(2016)01-0064-08 **引用页码:** 020303

一、内容合法性的概念及其适用中的含混性

2014年修订的《行政诉讼法》第64条规定:“人民法院在审理行政案件中,经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。”本规定正式确认了法院对于规章以外的规范性文件具有附带审查权,且审查的内容为规范性文件的合法性,那么此处的合法性应作何理解?

在谈论规范的合法性来源时,通常存在两种进路。其一诉诸规范的来源、形式或者实效等外部特征。一如凯尔森所认为的,一个法概念主要有两个构成要素:第一,某特定主体以某种特定的方式制定;第二,规范所具有的最低实效性。^[1]在此,不论是制定主体、制定程序还是由社会实效所反映出来的可接受度均反映了规范所具有的某种权威性特征,故我们可称之为规范合法性判断的权威性进路。

除此以外,认定规范具有合法性还可能存在一

种进路,即着手于规范内容的正确与否,凡是正确的规范则具有合法性,不正确的没有合法性。此处,对于合法性的判定不再基于外部形式特征,而是根据其本身的内容,我们将这种进路称为内容合法性进路。^①

权威性判断进路和内容合法性判断进路之间存在一种内在的紧张关系。因为作为合法性产生的不同原因,当适用于同一规范时,它们将在某些情况下不可避免地产生冲突。比如立法机关依照立法程序制定的规范被认为在内容上违背了宪法,此时,必须有一项规则指引司法裁判者在两种不同的规范合法性来源之间作出选择,并舍弃另一个。每每此时,朴素的正义感和对真理的追求往往将最后的判断导向内容合法性向度一边,以内容的合法性为最后的依归。这么做不仅使内心产生一种正义实现的快感,同时,更加重要的是,在裁判中实现了一种正确性宣称。于每一份司法判决中,裁判者都需要实现一种

^① 本文在此并未将“内容合法性”简单地与“形式合法性”相对应,而是将其与“权威性”相对应。因为在中文法律术语中,“形式合法性”常常对应于“实质合法性”,指代因严格符合上位法条文而产生的合法性(“实质合法性”不限于符合上位法条文,而往往含有某种程度上的自然法意蕴)。故而“形式合法性”这一概念无法完全将内容的因素排除出去,对其的使用容易造成本文在概念上的混乱。

“正确性宣称”,此为合法性论证的必然逻辑。^①[2,18-19,21]没有提出正确性宣称的司法判决本身的合法性将会产生问题,我们难以想象这种荒谬的情形,即某个法官在判决理由中声称他所依据的法律条文是错误的,但基于条文的权威性,他必须适用它。由此可见,在个案的实际判断中,内容合法性作为最终的判准是规范合法性的根本性来源,权威性进路难以与之对抗。

因此,本文所探讨的“内容合法性”舍弃了合法性判断中的权威性因素,仅仅从规范内容的角度出发,指规范因内容符合上位法条文、法律原则或精神、社会正义观念等而具有的合法性。可以发现,内容合法性这一概念中包含有不同的层次,分别对应了“法”的不同内涵。在面对不同的法律渊源时,法官的适用策略会有所不同。对于清晰的上位法条文(如车辆限速标准),法官可以不加反思直接适用;对于具有概括性、原则性的法律条文(比如保护公共利益),法官需要对其概念在具体语境中进行阐发和解释,相应增加了论证的负担;而若需要将社会正义观念(比如公平公正)引入合法性判断,法官将需要承担极大的论证负担,说明涉案行为或规范是对通行社会观念的严重背离。

在对规范性文件的审查中,对于不同的规范性文件事实上有必要区分不同的情况。某一些规范性文件必须有上位法的明确依据,另一些规范性文件在没有上位法明确依据的情况下法院可以通过对于抽象法律概念或者原则的解释来进行合法性判断,而对于还有一些规范性文件而言,法院甚至需要越出现有法律规范的框架来判断其合法性。

不过,虽然内容合法性具有不同的层次,但是就当下而言,在实践上对于内容合法性的判断标准的运用并没有进行必要的区分。以对于规范性文件的审查而论,部分判决止步于对于明确上位法依据的考察,若没有找到清晰的上位法依据,则也不再进行更深入的反思,径直判断该文件合法。而另有部分判决则大胆地以自己对于法律的理解替代行政机关的解释,甚至直接运用公平正义等社会观念作出判决,其中有时存有司法替代行政之嫌。因此,对内容合法性判断标准的分析与归类将有助于为司法裁判提供更为清晰的理论指引,为法院积极行使审查权或者保持谦抑提供必要的行为标准。当然,这一论断的成立首先需要依赖对内容合法性判准不同层次的界定。

在目前的法理学讨论中,对于法律和道德之间

的关联与分离探讨较为丰富,^②非实证主义的学者大多主张法律的合法性来源除了权威性维度之外,尚有内容合法性维度,^[2]但是,对于究竟何为“内容合法性”似乎着墨不多。本文接下来将首先研究不同层次的内容合法性判准,然后分别探讨不同的内容合法性判准各自所适合的范围,以期厘清规范内容合法性判断的系谱。在此基础之上,本文将试图重新建构司法对于规范性文件审查的不同层次。

二、不同的内容合法性

内容合法性的实质事实上在于内容的“正确性”。“正确”一词的含义极为复杂,适用范围极广,正当、正义、恰当、合理等词语中均含有“正确”这一含义。《现代汉语词典》将正确解释为“符合事实、规律、道理或某种公认的标准。”在英语中,与内容合法性相关的概念为“right”或“correct”。根据《牛津高阶词典》,right一词在内容合法性方面主要有三种含义:a)符合事实(agree with the facts);b)适恰(should be or was planned to be);c)道德上正确或可接受(be morally good and acceptable)。而correct一词在此方面的核心含义有两个:a)符合事实、无错误(in accordance with the facts and has no mistakes);b)行为符合某种社会规则或其他规则(in accordance with social or other rules)。

通过对以上含义的归纳梳理,我们可以非常清楚地发现,“正确”这一概念的各项释义中,谓语基本上都是“符合”,所不同的仅仅只是“符合”的对象。因此,所谓正确即是符合某种标准,而内容合法性之所以有不同,也正是因为不同的内容合法性所立基的标准各不相同,换句话说,也即所“合”之“法”各有不同。根据这一认识,我们即获得了区分不同内容合法性的方法,并可以依此划定不同层次的内容合法性。

本文作者认为,在研究处于法律体系中的规范的内容合法性时,可以根据内容合法性判准相对于法律体系的开放性程度将法律规范的内容合法性区分为开放的内容合法性、半开放的内容合法性和封

^① “正确性宣称”这一概念来源于阿列克西的正确性论据。正确性论据主张:个别的法律规范、法律判决以及整个法律体系都必然提出正确性宣称。没有明示或默示提出正确性宣称的规范体系就不是法律体系。

^② 该问题实质上涉及本文正确性效力判准与权威性效力判准之间的关系,认为法律中包含着道德就意味着承认对于规范的效力需要从内容的角度界定。

闭的内容合法性。^①

(一)开放的内容合法性

所谓开放的内容合法性即指规范内容合法性的判准不仅来自于规范体系内部,同时还包括规范体系外部的各项道德原则和价值理念。这有些类似于古典自然法的表述,柏拉图的“美德”^[3]、斯多亚学派的“理性”^[4]、格劳修斯等的“科学”^[5]皆属于超越实定法律体系之上的自然理念。这些理念的实质内容随着历史的发展有所变更。价值多元主义虽然打消了独断论式的自然法理念,但这一思考的方式却从未消逝。直至当代的法学理论和司法判决中,我们仍然可以找到开放的合法性所存在的事例。

在现今的非实证主义阵营中,如阿列克西等学者坚定地支持法律体系面对道德领域开放,法律规范与道德规范必然联结:“在疑难案件中,法官需要决定什么是应该做的,因此需要考量相关的原则,而这些原则将和某种道德相连。可以说,诉诸原则的法官在内容上是根据道德的理由,在形式上是根据法律的理由来做出判决。”^[2]在阿列克西看来,此处与法律联结的道德可以具有广泛的内容,只需要满足一种最低的可证成性即可。^[2]当然,从他的角度来说,在法律论证的过程中被引用的道德原则即具有法律的属性,可以被作为法律看待。不过,就法律体系落成时的情状而言,这些道德内容并没有被必然地纳入,而有可能是随着社会变迁后来产生的新道德规范。因此,阿列克西的理论作为一种开放性的内容合法性进路应无疑义。

开放的内容合法性的判准不一定仅仅只是法律体系外的道德或社会思想,还有可能是对社会效果的考量。在泸州遗赠案中,虽然一审法院在判决书中适用了《民法通则》中的公序良俗原则,但是该院负责民事审判的副院长在回答记者提问时谈到:“如果我们按照《继承法》的规定,支持了原告张学英的诉讼主张,那么也就滋长了‘第三者’、‘包二奶’等不良社会风气,而违背了法律要体现公平、公正的精神。”^②显而易见,这是一种在考量了社会效果之后的判决,而非如其表面所示的依据原则进行裁判。这一对社会效果的考量虽然有《婚姻法》上的部分原则作为支撑,但是在继承法的具体领域中,立法者并未试图将“二奶”不得作为合法继承人这样的规则纳入法律体系。本案法官在此处的考量基于法外因素,属于一种基于开放性内容合法性判准的判决。

综上,在开放的内容合法性之下,司法裁判者可能以一般正义理念、社会流行思潮、判决的社会效果

等作为识别规范内容合法性的依据。除此之外,诸如成本收益分析、客观科学规律亦有可能进入开放内容合法性判断的工具箱中,不过鉴于其与前述三种标准存在的近似性,本文不再赘述。

(二)封闭的内容合法性

所谓封闭的内容合法性即指规范内容合法性的判准在其所属的法律体系当中可以直接找到,同时也只能来自现存规范体系。规范的内容合法性可以通过逻辑涵射推理得出。封闭的内容合法性相较开放的内容合法性而言恰好处于谱系的另一端,在这种内容合法性判准中,不存在任何的法外因素,唯一的判准即是立法者的意志。

完全依照封闭的内容合法性进行判断的法律体系类似于凯尔森所说的静态法律体系。在静态法律体系当中,法官所需要进行的仅仅只是从一般到特殊的三段论推理,以严密的逻辑搭建起内容合法性识别的框架。

封闭的内容合法性最符合法治的理想,因为在这其中,司法裁判者的裁量权已经基本收缩至零,每一个法律上的决定都间接地由立法者做出。这在表面上看起来似乎不符合现实,因为即便没有太多的实务经验,绝大多数法律人仅从日常接触的有限的案件以及对法律本身的观察中就能体会到法律体系充满了各式漏洞,立法者不可能作出所有的具体决定。不过这些并不妨碍封闭的内容合法性存在着具体的理论对应。被视为行政法学基础与支柱之一的

^① 在普通法系的司法适用过程中,同样存在理据不同的判准。美国康奈尔大学 Summers 教授在其颇有影响力的论文“Two types of substantive reasons: The core of a theory of common law justification”中指出了普通法系法官在裁判时所运用的推理判准来源,其中的部分类别包括 goal reasons(A goal reason derives its force from the fact that, at the time it is given, the decision it supports can be predicted to have effects that serve a good social goal); Rightness Reasons(a rightness reason draws its force from the way in which the decision accords with a sociomoral norm of rightness as applied to a party's actions or to a state of affairs resulting from those actions); Authority reasons(Common-law authority reasons consist primarily of appeals to precedent. In addition, judges sometimes appeal to statutes and regulations by analogy, and to restatements, treatises, and other "authorities")。这三个类别在某种程度上也同样基于判断理据(reasons)的开放性程度,从一般社会目标到一般法律原则,再到司法先例,司法推理所依据的理由的开放性程度不断下降。参见:Summers R S. Two types of substantive reasons: The core of a theory of common-law justification[J]. Cornell L. Rev., 1977, 63: 707.

^② 参见:王甘霖.“社会公德”首成判案依据“第三者”为何不能继承遗产[EB/OL]. [2014-06-12]. <http://www.people.com.cn/GB/shehui/46/20011102/596406.html>.

法律保留原则形成了对于封闭内容合法性的良好解说。^①

法律保留原则是指行政行为必须有法律依据,也即行政机关只有在法律有明确规定的情况下才能作出积极的行政行为。该原则的要求比时常与之相提并论的法律优先原则^②更严格。优先原则只是(消极地)禁止违反现行法律,而保留原则是(积极地)要求行政活动具有法律依据。在法律出现缺位时,优先原则并不禁止行政活动,而保留原则排除任何行政活动。^{③[8,11]}这种“无法律则无行政”的精神完全契合于封闭内容合法性中内容合法性判准仅直接来自于法律体系内部的需要。尤其值得注意的是,法律保留中所指的法律乃是狭义的法律。如在德国,法律仅指制定法,并不包含正义理念、不成文的习惯法等广义上的法。^{④[12]}可见,封闭的内容合法性这种似乎存在于理想天国中的合法性判断进路在行政法学理论中切实存在着,并且作为一种现代法治精神的体现被广为接受。

(三)半开放的内容合法性

最后一种内容合法性介于封闭的内容合法性和开放的内容合法性之间,故称之为半开放的内容合法性(或“半封闭的内容合法性”)。在这种内容合法性项下,规范合法性的判准并不一定直接来自于法律体系中明确的上位规则,但也绝不是法律体系外的某种准则。此种内容合法性的判断依据属于法律体系内部,但隐藏与规范之间或规范之后,可以是融贯于体系的某项原则,也可以是条文背后所具有的目的。

实践中法官的态度较少处于开放与封闭这两个极端,而在大多数情况下落于两极之间的某点,有时显得开放一些,而有时则更为保守。若内容合法性判准从开放到封闭的转变是一个连续变化的系谱,那么占据其中主要部分的即是这种半开放的内容合法性。这也决定了半开放的内容合法性与开放的内容合法性和封闭的内容合法性之间所存在的紧密联系。一方面,半开放的内容合法性中具有开放的要素,因为作为其内容合法性判准的法律原则等与道德或者其他的价值理念之间存在亲缘关系;另一方面,半开放的内容合法性中也具有封闭的要素,因为其内容合法性判准也不能脱离法律体系的框架。这一特点将导致半开放的内容合法性在与其余两者相交的位置上将不可避免地产生一定的模糊性。不过这种模糊性的存在并不影响半开放内容合法性判准的独立性。就像具有“空缺结构”的语词仍然具有中

心意义和典型所指那样,^{⑤[6]}半开放的内容合法性判准在其适用的中心地带具有不可置疑的显著性。

半开放的内容合法性最重要的支持来自美国学者罗纳德·德沃金的整体性法律理论。在整体性法律理论当中,处于中心地位的是建基于整体法律实践传统之上的原则。在这其中,原则作为一种不同于规则的,以权衡的方式进行适用的判准,具有更高的抽象性和更广泛的适用度。它可以有效地润滑僵化的规则,并填补可能存在的空缺结构。同时,这种原则的获取需要依赖于对既往法律实践的整体性诠释,以使其结论达至最佳。^[7,16-17]

与阿列克西不同,德沃金虽然诉诸于原则,但是他的原则并非与任意内容的道德相关,而仅仅与获得既往法律实践支持的道德相勾连。因此,这是一种立足于法律体系内部的但却具有相当灵活度的内容合法性判准。既往的法律实践通过形成“先见”的方式影响如今的司法裁判者^[13]这种法律人共同体的“先见”形成了法律体系的客观性。^{⑥[7]}

于这种客观性的制约之下,在整体法律实践的

① 在美国行政法上,谢弗朗判断的第一步(Chevron Step One)也体现了封闭正确性的要求。参见:Chevron U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)。另外,刑法中的“罪刑法定”原则同样也是一种封闭正确性的体现,本文受论证主题所限将不予讨论。

② 法律优先原则要求行政行为不得与法律相抵触。

③ 从起源上来说,法律保留原则起源于19世纪的“干涉行政”,是19世纪作为宪政工具而发展起来的一项重要原则。其最初的意义或称经典意义是指行政机关如果要对私人的财产和自由进行干预,必须得到议会所制定的法律的明确授权,否则就构成违法。

④ 基本法第20条第3项,区别法律及法。所谓“法律”,不仅指制定法,亦包括一切由制定法所衍生之成文规定(包括法规命令、自治规章),即一切制定之法。所谓“法”,包括具有法律确信之不成文之习惯法规范,以及在社会上通行之正义原则。行政权在“法律优位”方面,不仅应尊重制定法,并且应尊重“法”。在“法律保留”方面,加负担之行为仅能依制定法之授权,而不得依不成文法或通行之正义观念为之。

⑤ 语词的中心含义和边缘地带如下例所示:当我们设计任何车辆禁止带进公园的规则时,这种情境中使用的语言确定了任何事物要进入该规则范围都必须满足的必要条件,某些肯定是在该规则范围内的明确事例可能已出现在我们的心中。它们是典型,是清晰的情况(如轿车、公共汽车、摩托车);在这一步我们的立法目的是明确的,因为我们已作出了肯定的选择。我们初步解决了无论如何要排除这些东西,以此为代价来维护公园的平静。在另一方面,当我们把维护公园平静的一般目的与我们最初没有想到、或许不可能拟想的情况(如电动汽车玩具)相连时,我们的目的是不确定的。

⑥ 法官是在社会之内而非远离社会思考法律;总体的知识领域以及反映和维护这种知识的普通语言,对法官个性形成了实际上的限制,对法官的想象力形成了概念上的限制。参见:范进学. 德沃金视野中的法律:走向整体性法律解释之路[J]. 山东社会科学, 2006(7): 21-25.

基础之上所进行的建构性诠释实际上是一种原则回溯和类推的方法。关于这一点,从其《法律帝国》中所举麦克洛林(McLoughlin)案可见一斑。^[7]正如有学者概括的那样,德沃金在看待一个案例时,舍弃了详细的个别细部内容之分殊不同,将之化为某种较大类型的事态中的一种案例……把每一个案子都化成一个较高抽象度的类型。^[14]所以,在整体性法律理论当中,内容合法性的判准就是存在于整体法律实践中的抽象的原则或者精神。

整体性的法律理论通过寻求与整体法律实践相互融贯的原则来处理封闭内容合法性判准所不能解决的问题,同时,又没有逸出法律体系的边界。从司法的角度来看,这应当说是一种较为适宜的综合性理论。然而这一理论是否在一切实条件下均有其适用性,是否可以作为一般司法裁判理论的终结,仍然需要进一步的考察。

三、诸内容合法性的适用范围

上文所论及的三种内容合法性层次不同,相应的内容合法性判准也有所不同。它们在现实的司法活动中均有具体的情形对应,因此没有必要为它们排定一个孰优孰劣的次序,事实上也不存在这样绝对的次序。我们所应当努力的方向是厘定每一种内容合法性较为合适的适用范围,从而明确在不同情况下内容合法性判断所需要适用的标准。需要特别说明的是,内容合法性的适用范围和内容合法性判准的适用范围虽然具有很紧密的联系,但并不完全一致。如后文将要谈到的,作为封闭内容合法性判准的法律明确规定也可以在半开放内容合法性项下适用,并且是半开放内容合法性判准适用的前提之一。

(一)开放内容合法性的适用范围

显然,开放的内容合法性属于一种对于内容合法性最为强烈的追求,其主张不论何时何地均需要根据一种正义的价值理念进行判断,与此同时并不太多考虑法的安定性的需要。这一理论进路显然弊端甚多。首先,若在每一个个案中都试图实现这种开放的内容合法性,则法律体系势必将会处于动荡之中。立法者所立之法完全需要通过司法者的再次检验,实际的立法权已经转移到法官手中,这与民主法治的理论不相符合。其次,在一种开放的内容合法性中,诸种价值处于一个相互竞争的状态之下,可能给予怀有野心者以可乘之机,使其通过价值外表的包装,将某种邪恶的法律理论冠冕堂皇地变成

社会的判准。整个社会也会因为基本价值观的混乱与冲突而失序。再次,法官的论证负担将被显著增加,他们不能单纯地引用既成的法律条文,而必须自己仔细地探究条文是否符合某种正义的理念。显然,如此做法在诉讼活动中将是不经济的。

不过不可否认的是,开放的内容合法性如今依然有其存在的必要,其意义就在于可以作为整个社会最后的安全线。当法律的内容出现极端不正义的情形,或者法律的规定显然违背科学定理,或者法律规定将导致极其恶劣的社会效果时,开放的内容合法性将最终出场,作为社会的安全阀,校正法律。通过二战后对纳粹战犯的审判,自然法开始有了一定程度的复兴。这一轮自然法理念的回归试图平衡法的安定性与正义之间的关系,“最低限度的正义”乃是他们所共同持有的立场。其中著名的如拉德布鲁赫在《法律的不法与超法律的法》中所提出的“拉德布鲁赫公式”——通常情况下法的安定性应居于首位,即便法律不善也不能动摇安定性,但如果安定性与正义的冲突达到了“不能容忍”的程度,法律已经沦为“非正当法”,法律就必须向正义屈服。^{①[22-23]}受拉德布鲁赫公式影响,现当代持有开放内容合法性理念的法律学者必须要设置一个最低标准,将严重违背正义理念的法律决定排除出去。如阿列克西在其内容合法性宣称中设置一个可证成性宣称的前提。^[2,20]

当然,在一个宪政秩序基本建立起来的社会中,能出现这种极端状况的情形也较为罕见。这也决定了开放内容合法性判准适用的情形将会十分有限。这种极其严格的限制很有必要,因为相较于一般的正义原则而言,法的安定性是一个更值得追求的目标。具体到对于规范性文件的审查上,唯有当规范性文件的内容出现对于社会通行价值观念的严重背离时,法院方才能使用开放的判准来进行合法性

^① 对拉德布鲁赫公式的讨论始于“告密者案”的判决,该案中被告决定摆脱她的丈夫——一个长期服役的德国士兵,丈夫在探亲期间向她表达了对希特勒的不满。1944年,被告向当局告发了丈夫的言论,并出庭作证,军事法庭根据纳粹政府1934年和1938年发布的两部法令,判定该士兵犯有发表煽动性言论罪和危害帝国国防力量罪,处以死刑。战后,被告和军事法庭的法官被交付审判,检察官根据1871年《德国刑法典》第239条,起诉二人犯有非法剥夺他人自由罪。1949年班贝格地区上诉法院在二审中判定涉案法官无罪,但被告罪名成立,因为她通过自由选择,利用纳粹法律导致了丈夫的死亡和监禁,而这些法律“违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感”。参见:柯岚,告密、良心自由与现代合法性的困境[J],法律科学:西北政法大学学报,2009(6):3-13.

判断。

(二) 封闭内容合法性的适用范围

封闭内容合法性主张规范内容合法性判断的依据仅仅来自于法律体系内部,仅以有明确规定的法律条文作为判准。事实上,法律条文的明确规定是一切司法活动都需要遵循的基准,即使是半开放内容合法性的支持者也不会否认在一般情形下,若有法律明确规定者应该首先依照法律规定。从表面看来,封闭的内容合法性的适用范围似乎较为清晰,因为实定法是一个外延确定的概念;我们可以说,凡是法律抵达的地方就是内容合法性覆盖的地方。这种内容合法性最为简单、明确,然而,鉴于法律体系中普遍存在的语义的模糊、价值的冲突、规定的空白等情形,这一类的内容合法性并非总能够毫无疑问地获得。假如封闭的内容合法性可以在法律实践的所有领域适用,那自然最为符合法治的理想;但若这一理想无法实现,那么探讨封闭内容合法性应然的适用范围则将成为一个不可回避的理论问题。

在规范性文件审查的领域中,封闭内容合法性通过法律保留原则而得以广泛适用,但是长期以来法律保留的范围始终处于争议之中。由于行政机关需要时刻跟进社会的发展变化,所以,行政领域的管制措施灵活多变。而立法机关限于时间、精力和专业等多方面的限制,定然无法为所有的行政活动及时创造出全部的上位法依据。如果法律保留的领域过大,则行政机关必须等待迟缓的立法机关做出决定之后再行动,那样将会严重损害行政效能,并进而损害公共利益。但另一方面,法律又不能过多地放弃自己应该保留的部分,否则,普通公民的权利将有受行政专制损害之虞。

行政法学上至今对于法律保留的范围莫衷一是,有关的理论至少包括:第一,侵害保留说,即凡行政权侵入公民私领域时应当保留;第二,给付保留说,即国家为给付行政应受法律保留限制;第三,全部保留说,即所有行政活动均需法律保留;第四,权力保留说,即凡运用行政权力的行为皆需保留。^[15]目前为止有关法律保留范围的探讨中的侵害保留说与给付保留说由于都仅强调了行政活动的一个方面而被抛弃;而全面保留则要求类似行政指导等非权力性行为也需要接受保留,显得过于宽泛,不符合实际。权力保留说在此之中显得较为合理,然而从德国宪法法院所提出的“重要性理论”来看,似乎要求所有的权力行使行为均接受法律保留依然令法院难以承受,故不得不以重要性为由继续区分下去。^①

本文作者认为,法律保留原则范围在理论上争论不休的原因恰恰在于过大的保留范围在实践中的失败。行政机关日常各项监管措施大多涉及到公民权利义务的调整,如果要求行政机关一切行为等待立法决定之后再实施无疑会给现代政府治理带来灾难。^②^[24-26]因此,正如重要性理论所提出的那样,有必要将法律保留原则所代表的封闭内容合法性限制在一个有限的范围之中。就中国的情况,此处不妨依照《立法法》第8条的规定,^③以法律相对保留事项作为封闭内容合法性的边界,超越该边界的规范依旧遵守法律优先原则的要求,但不再受法律保留原则的约束,其内容合法性问题将通过其他方式再行判定。

(三) 半开放内容合法性的适用范围

如前文所述,开放的内容合法性仅适用于极端不正义或极端不合理的情况,封闭的内容合法性仅适用于法律相对保留的重要事项。排除这两种情况后其他规范的内容合法性则应当交由半开放的内容合法性判准进行判断。从理论上来说,运用原则、目的或立法精神总能够为任何疑难案件导出判决,在民事领域,这一点无疑是成立的。但若我们将目光转移到行政领域中,有关情形将会产生些许变化,原来的结论是否必然成立还需打上问号。

行政领域与普通民事领域所区别之处在于行政权乃是国家权力的重要一环,行政机关具有相关领域的专业性且专司行政权,司法机关理应对此有所尊重。根据民主法治理论的要求,司法机关应当做的只是根据立法机关的意志制约行政机关,而不是根据自己的理解限制行政机关。所以与民事领域不同,进行行政裁判的法官在建构性解释方面的权力应受限制。他们不能随意地回溯到抽象原则或进行

^① 根据德国学者毛雷尔的描述,法律保留原则在德国从侵害保留扩展到所有领域的保留,最终根据联邦宪法法院的判决定位于重要性事项保留理论,即根据规则对共同体和个人的分量、意义、基础性、深远性及强度等,决定是否保留。

^② 在美国,体现过高法治理念的“禁止授权原则(non-delegation doctrine)”同样面临失败,该原则在司法中变得越来越宽松。

^③ 《立法法》第8条:下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)对非国有财产的征收;(七)民事基本制度;(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;(九)诉讼和仲裁制度;(十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

类比推理,也不能随意否定行政机关对于法律的解释。虽然从传统理论上说,法官作为法律的专家对于法律问题具有最后发言权,仅在部分事实问题上需要尊重行政机关的判断。但是在现实的行政领域中,法律问题和事实问题难解难分。比如在作为法律问题表现之一的不同法律原则之间的衡量中,行政专业知识和长期实践积累起来的行政经验对于进行正确的衡量来说不可或缺,惟其如此才能较为合理地平衡好不同的利益。^{①[27]}对于法官而言,他们并不一定清楚行政相对人所欲求的利益,对于如何才能保证行政效率不遭到过大损害也不了了。如果说良好行政与合法行政同样是现代行政法所追求之目标的话,那么允许法官自由运用半开放的内容合法性标准进行判定与之并不完全契合。

在本文作者看来,半开放内容合法性判准事实上与开放的内容合法性判准一样,属于一种在较为特殊的情况下,为解决疑难案件而被运用的内容合法性判准。只是相较于开放的内容合法性而言,半开放内容合法性与制定法的距离更加接近。在司法领域,假如不能从现有的制定法中获得答案,法院通常会直接求助于法律的原则与精神等半开放性判准;但是在行政法中,并非上位法依据不明确时即应当适用半开放的内容合法性。其实,半开放的内容合法性本身也存在着不同的适用层次,需要结合其他因素作进一步的区分,本文将在后一部分中继续说明。

四、内容合法性不同层次下的规范性文件审查

至此,本文已经提出了开放内容合法性、封闭内容合法性和半开放内容合法性各自的适用范围。总的说来,根据上文所提框架,司法裁判者对于各种行政规范性文件之内容合法性的判断可以包含如下几个层次:第一,封闭的内容合法性判断,即仅仅以现有法律规范的明确规定作为判断标准,比如交警对于超速的处罚。第二,当上位法缺乏规定时,法官在特定情况下可能运用融贯于整体法律实践的原则进行内容合法性判断,即半开放的内容合法性判断,比如对于正当法律程序条款在具体事例中的运用。第三,当规范内容出现极端不正义或极其荒谬的情形时,始有开放内容合法性的适用。此时法官可以根据社会通行思想、正义理念和一般常识做出判断。

不过,首先,开放内容合法性在现实中很少使用,基本上只在较为极端的情况出现时才被纳入考虑;其次,封闭内容合法性的覆盖范围十分有限,不

能被用来判断现存的许多规范,特别是许多带有政策创制性的规范性文件。因此,以法律精神、原则为基础,运用法律解释工具的半开放性判断会成为内容合法性判断的一项重要组成部分。但是,在适用半开放的内容合法性判准时,法院必须十分谨慎,并非在任何情况下法院均可以运用法律原则、精神等抽象化的标准进行判断,对于某些上位法不明的行政规则,法院甚至是“无能为力”的。这种“无能为力”在分权理论的背景之下无可厚非,因为这是司法权谨守其边界的体现。当法院不适宜运用半开放的正确性判准时,则法院就不宜再进行深入的价值权衡,不需要运用复杂的法律解释手段来进行合法性判断,仅仅只需适用不抵触上位法的原则。那么此处的问题在于,法院应当通过何种标准来判断其自身是否适宜进行较为深入的审查?

就上文论述可知,规范的合法性有两个来源,其一为实体内容合法性来源,其二为形式权威性来源。在这两种来源中,实体内容合法性只有有或无之分,而无大或小之别;但形式权威性从理论上说却可能可以有高低程度的差异。本文作者认为,此时,对于规范内容合法性的判断将诉诸法官在权威性要素指导下运用理性和实体法律原则的裁量。所谓“权威性的指导”即法官根据权威性的大小给予规则不同的尊重程度,然后在不同尊重程度之上就实体问题展开判断。对于权威性程度的大小,本文限于篇幅难以再作更深入的展开,但其判断指标至少可以包括立法授权、行政机关的专业性、规范性文件形成的过程等等因素。

综上所述,对于规范性文件的内容合法性判断应当包含如下步骤。第一,审查该规范性文件是否具有明确的上位法依据,若具有明确上位法依据,则依上位法。第二,假如没有明确的上位法依据,但其规范内容属于法律保留领域,则规范因缺乏上位法依据而违法。第三,若规范没有明确上位法依据且不属于法律保留领域,那么需要判断该规范的权威性大小。若规范权威性程度高,则司法审查强度相应减小,适用不抵触上位法即合法原则;若规范权威性程度低,则审查强度增高,法官应运用原则、抽象法律概念进行价值衡量。第四,对于最后的结论,法官需要站在一般社会通识的立场上进行再判断,若严重背离社会一般观念,则引入社会基本价值以实现最低限度的正义。

^① 事实问题和法律问题之间甚至还存在相互转化的可能性。

参考文献:

- [1] 凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995: 177, 127.
- [2] 罗伯特·阿列克西. 法概念与法合法性[M]. 王鹏翔, 译. 台北: 五南图书出版有限公司, 2013: 57, 16, 117-118, 120, 121.
- [3] 柏拉图. 理想国[M]. 郭斌和, 张竹明, 译. 北京: 商务印书馆, 1986: 109.
- [4] 列奥·施特劳斯, 约瑟夫·克罗波西. 政治哲学史[M]. 李天然, 译. 石家庄: 河北人民出版社, 1993: 186.
- [5] 乔治·萨拜因. 政治学说史[M]. 盛葵阳, 崔妙因, 译. 北京: 商务印书馆, 1990: 482.
- [6] 哈特. 法律的概念[M]. 张文显, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2003: 128.
- [7] 德沃金. 法律帝国[M]. 李冠宜, 译. 台北: 时英出版社, 2002: 87, 234, 248, 249-252.
- [8] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟, 译. 北京: 法律出版社 2000: 104, 109-110.
- [9] 罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 81, 82.
- [10] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2007: 575, 73-79.
- [11] 黄学贤. 行政法中的法律保留原则研究[J]. 中国法学, 2004(5): 45-51.
- [12] 吴万得. 论德国法律保留原则的要义[J]. 政法论坛, 2000(4): 106-113.
- [13] 王彬. 论法律解释的融贯性: 评德沃金的法律真理观[J]. 法制与社会发展, 2007(5): 84-92.
- [14] 林立. “原则立论法”与“惟一正确”的幻象[J]. 法律思维与法律方法, 2002(1): 144-168.
- [15] 蒋剑云. 论法律保留原则[J]. 行政法学研究, 2005(1): 61-68.
- [16] DWORKIN R. Law as Interpretation[J]. Tex L Rev, 1982, 60(3): 527-550.
- [17] KRESS K. Legal reasoning and coherence theories; Dworkin's rights thesis, retroactivity, and the linear order of decisions[J]. California Law Review, 1984, 72: 369-402.
- [18] ALEXY R. Law and correctness[J]. Current Legal Problems, 1998, 51(1): 205-221.
- [19] ALEXY R. On necessary relations between law and morality[J]. Ratio Juris, 1989, 2(2): 167-183.
- [20] ALEXY R. My philosophy of law: the institutionalization of reason [M] // WINTGENS L J. The Law in Philosophical Perspectives: My philosophy of Law. Dordrecht :Springer Netherlands, 1999, 23-45.
- [21] GARDNER J. How law claims, what law claims[M] // Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012: 29-45.
- [22] BIX B. Robert Alexy's Radbruch Formula and the nature of legal theory[J]. Rechtstheorie, 2006, 37: 139-149.
- [23] PAULSON S. Radbruch on unjust laws: competing earlier and later views[J]. Oxford Journal of Legal Studies, 1995, 15(3): 489-500.
- [24] DAVIS K. Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry [M]. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969: 50-51.
- [25] GARRY P. Accommodating the administrative state: the interrelationship between the Chevron and nondelegation doctrines [J]. Arizona State Law Journal, 2006, 38(4): 921.
- [26] MCCARTHY T, ROBERTS R. American Trucking Associations v. Environmental Protection Agency: in search and in support of a strong nondelegation doctrine[J]. Whittier Law Review, 2001, 23: 137.
- [27] NATHAN I. The Law and the Facts[J]. Columbia Law Review, 1922, 22(1): 1-13.

Different Dimensions of Normative Content Legitimacy and Application Limit: on Different Levels of Legitimate Review of Normative Documents

YU Qi

(Peking University Law School, Beijing 100871, China)

Abstract: In legal theory, content legitimacy is a key concept to identify normative legitimacy and it plays an important role in guiding judicial judgment. Based on academic analysis and summary of relevant cases, content legitimacy could be divided into three categories: open content legitimacy, closed content legitimacy and half-open content legitimacy according to openness of its judgment criterion relative to legal system. The three different kinds of content legitimacy are applicable to such fields as extreme injustice, legal reservation and legality judgment of legal decisions whose upper norms are not clear. By sorting the categories and application scope of the content legitimacy, courts can be guided to differentiate different levels of legitimate review on normative documents.

Key words: content legitimacy; legitimacy; legal reservation; legal theory of integrity; normative documents

(责任编辑: 任中峰)