

民事裁判援引规章及 行政规范性文件的审查义务

汪 君*

内容提要：民事裁判中法官援引规章或行政规范性文件作为说理依据时，需对规章或行政规范性文件的合法有效进行审查。此种审查的实质，是法官在找法过程中以规范秩序统一性为标准，对规章或行政规范性文件之说理依据资格的判断。其与专门审查抽象行政行为合法性的司法审查在制度属性、审查目的、主动程度、处理方式等方面存在不同。民事裁判中对规章或行政规范性文件的审查，可以借鉴行政审判领域权威且成文的审查标准，但应在明确规章和行政规范性文件各自审查范围的基础上，适用不同的审查标准。对规章的审查宜以条文内容为限，对行政规范性文件的审查应从制定权限、条文内容、制定程序三方面进行。民事裁判文书对于审查结果的呈现，尤其是对规章或行政规范性文件合法与否的评价，应较行政裁判更为谦抑。

关键词：裁判依据 说理依据 司法审查 民法渊源 民行协作

根据最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》（以下简称“裁判文书引用规定”）第4条至第6条，在民事裁判文书中，对于规章和行政规范性文件，虽不得直接引用，但“根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据”；行政裁判文书可以直接引用规章，行政规范性文件经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理依据。公法学者指出，所谓“经审查认定为合法有效”具有司法审查属性。^{〔1〕}也有法官主张，民事诉讼是对行政规范性文件进行司法审查的另一领域。^{〔2〕}但是，审理民事案件的法官并无审查行政行为的职权。即便在行政诉讼领域，也只存在针对行政规范性文件的

* 中南财经政法大学法学院讲师。

本文系2018年中国法学会民法学研究会青年学者研究项目“行政规范性文件民事司法适用基础问题研究”（2018MFXH007）的研究成果，同时受中央高校基本科研业务费专项资金（2722021EK036）资助。

〔1〕该观点认为，2014年修订的行政诉讼法第53条并非行政规范性文件司法审查权之滥觞，2009年的“裁判文书引用规定”第6条即已创设了人民法院对行政规范性文件的司法审查权。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42页以下。

〔2〕参见陈依卓宁、王志伟：《行政规范性文件司法审查的另一领域——民事诉讼》，《法律适用》2017年第8期，第72页。

附带审查，而无针对规章的附带审查。因此，能否将“经审查认定为合法有效”简单等同于司法审查，尚存疑问。“经审查认定为合法有效”的制度意蕴及其义务内容，亟待学理上的澄清。

从我国民事司法实践来看，规章和行政规范性文件对民事裁判有重要影响。《最高人民法院公报》收录的民事判例，已有相当数量适用了规章。^{〔3〕}作为国家政策载体的行政规范性文件，也是重要的民法渊源。^{〔4〕}在合同效力判断领域，已有学者注意到，人民法院在依据规章或行政规范性文件否定合同效力前，应先审查规章或行政规范性文件是否合法有效。^{〔5〕}但是，此种审查应当如何开展，审查结果又应如何呈现，立法及司法解释中均无明确规定。鉴此，本文拟通过探究民事裁判语境中“经审查认定为合法有效”的逻辑机理，对“经审查认定为合法有效”的具体义务内容进行阐释，尝试构建公私法相通、切实可行的审查规则，以进一步提高民事裁判实效。为行文简洁，下文结合具体语境，将“经审查认定为合法有效”简称为“合法有效审查”。

一、民事裁判中“合法有效审查”的逻辑机理

“经审查认定为合法有效”的表述并非由“裁判文书引用规定”最早使用。最高人民法院曾在2004年《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（以下简称“审理行政案件纪要”）中明确提到，适用规章和行政规范性文件时，应先审查、判断二者是否合法有效。^{〔6〕}行政诉讼法中确立的附带审查制度，同样是以行政规范性文件的合法性为审查对象。或可在考察行政审判领域相关制度及实践的基础上，结合相关法理，发掘民事裁判中“合法有效审查”的逻辑机理。

（一）“合法有效审查”的实践溯源

仅根据文义的相似性并不能断定“裁判文书引用规定”第6条直接来源于“审理行政案件纪要”，但最高人民法院发布“裁判文书引用规定”的用意，正是统一我国裁判文书中规范性法律文件的引用规则。该规定发布前，涉及人民法院裁判文书如何引用规范性法律文件的规定，散见于行政诉讼法及其司法解释和个别司法批复或司法文件中。“裁判文书引用规定”的起草，正是着眼于对这些已有规定的进一步明确和统一。^{〔7〕}基于这一背景，行政裁判对于规章和行政规范性文件的引用实践及相关制度沿革，无疑是厘清“经审查认定为合法有效”这一规定由来的重要线索。

从“裁判文书引用规定”第5条和第6条的规定来看，在行政裁判文书中，规章可以作为裁判依据直接引用。但是，学界对于规章的规范属性一直存在争议。在2000年立法法的起草过程中，有观点认为规章不是“法”，不应由立法法调整；^{〔8〕}也有观点认为，从实证角度

〔3〕 参见于立深：《行政规章的民事法源地位及问题》，《当代法学》2005年第4期，第17页。

〔4〕 参见汪君：《行政规范性文件之民事司法适用》，《法学家》2020年第1期，第105页以下。

〔5〕 参见朱庆育：《〈合同法〉第52条第5项评注》，《法学家》2016年第3期，第155页以下。

〔6〕 “审理行政案件纪要”第一部分“关于行政案件的审判依据”指出，“在参照规章时，应当对规章的规定是否合法有效进行判断”，“人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的，在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力”。

〔7〕 参见吴兆祥：《〈关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2009年第23期，第30页。

〔8〕 参见乔晓阳主编：《立法法讲话》，中国民主法制出版社2000年版，第27页。

说规章是法律,从价值层面看规章不属于法律。〔9〕与此相对,另有学者提出,如果否认规章的法律属性及诉讼价值,将造成法理概念的矛盾与混淆,导致具体行政行为与司法行为之间出现断层。〔10〕立法法最终将规章纳入了调整范围,但在表述调整范围条款时,有意对法律、行政法规等规范性文件,同国务院部门规章和地方政府规章进行了区别对待。〔11〕在中国特色社会主义法律体系形成之后,仍有相关讨论认为,中国特色社会主义法律体系并不包括规章等规范性文件。〔12〕对规章规范属性的认定,关系到行政裁判依据范围的确定。1989年行政诉讼法制定之时,法案的起草者认为,虽然规章的制定有宪法和法律依据,行政机关也有权依据规章行使职权,但规章的地位和效力与法律、法规不完全相同,有的规章还存在一些问题。基于对正反两方意见的考量,立法者最终选择的方案是,对符合法律、行政法规规定的规章,人民法院要参照,对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章,人民法院可以有灵活处理的余地。〔13〕此种方案在行政诉讼法的历次修改中都得到了保留。从最高人民法院的立场上看,2000年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称2000年“行诉法解释”)第62条第2款规定,人民法院可以引用合法有效的规章,其中便隐含着人民法院在参照规章时有对其合法性进行判断的义务。2004年“审理行政案件纪要”则直接指出:在参照规章时,应当对规章的规定是否合法有效进行判断。人民法院在案件审理过程中,以规章的合法有效作为参照的前提,既考虑到了规章的特殊规范属性,又满足了行政裁判的客观需求,不仅有利于保护行政相对人的合法权益,还较好地兼顾了司法的谦抑性与行政机关的尊严感。〔14〕这是相关制度实践得以在行政审判领域长期延续的重要原因。

行政规范性文件不属于立法法的调整范围,但从理论上讲,行政规范性文件也具有法律规范的抽象性,其“假定、处理、制裁”的内部构造,使其具备了成为裁判说理“大前提”的条件。我国宪法和各类行政组织法明确规定了国务院和地方人民政府发布决定和命令的权力,奠定了行政规范性文件得以存在的宪法和法律基础。〔15〕以行政规范性文件作为行政管理的依据,还具有填补立法空白、促进法律的实施、为行政立法积累实践经验的积极意义。〔16〕在1989年行政诉讼法中,行政规范性文件并非审理行政案件时可以参照的对象。但是,2000年“行诉法解释”明确指出可以援引合法有效的行政规范性文件。“审理行政案件纪要”进一步说明了此举的理由:行政规范性文件虽然不是正式的法律渊源,对人民法院也不具有法律规范上的约束力,但行政机关往往将有关部门为指导法律执行或者实施行政措施而作出的具体应用解释和制定的其他规范性文件作为具体行政行为的直接依据。正是出于这种考虑,最高人民法院才在这份纪要中指出,如果人民法院经审查认为行政规范性文件合法、有效并合理、适当,在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力。〔17〕

〔9〕 参见笑侠:《论新一代行政法治》,《外国法译评》1996年第2期,第66页。

〔10〕 参见沈荣华:《关于地方政府规章的若干思考》,《中国法学》2000年第1期,第76页。

〔11〕 立法法第2条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。”

〔12〕 参见陈斯喜:《如何区分法律规范与非法律规范》,《中国人大》2012年第20期,第51页。

〔13〕 参见王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》,《最高人民法院公报》1989年第2期,第311页。

〔14〕 参见侯孟君:《行政法治发展过程中的参照规章》,《行政与法》2018年第6期,第70页。

〔15〕 参见王东伟:《法治理念下规范性文件的法院审查研究》,《时代法学》2015年第3期,第116页。

〔16〕 参见蔡小雪:《国务院下属部门规范性文件的法律效力判断与适用》,《人民司法》2008年第4期,第7页。

〔17〕 参见“审理行政案件纪要”第一部分“关于行政案件的审判依据”的内容。

法官在制作民事裁判文书时，也有援引规章或行政规范性文件进行裁判说理的现实需要。在我国民事立法逐步完善的过程中，民事裁判在许多场合下需要借助行政规范定分止争。^{〔18〕}即便在民法典中，也规定了法人设立、不动产登记、农村集体经济组织财产公布等事项应遵守行政法规规定，为基于行政法规而制定的规章介入民事司法提供了空间。民法典第1222条更明确规定，医疗机构违反规章中的诊疗规范的，推定为有过错。至于行政规范性文件，其往往是各类国家政策的载体，在民法通则施行前，法官在审理民事案件时就可依政策裁判。^{〔19〕}尽管民法总则取消了国家政策的民法渊源地位，体现着国家政策的行政规范性文件，仍可通过各种途径影响民事案件的审理。^{〔20〕}然而，正如学者所指出的，法官在利用国家政策进行裁判时，存在缺少配套规范、依据混乱、说理困难等问题，规章和行政规范性文件介入民事司法的路径亟待规范。^{〔21〕}在此意义上，民事裁判与行政裁判遭遇到了同样的问题，即需要权衡审判实践的客观需要与规章、行政规范性文件的特殊规范属性。围绕规章和行政规范性文件在行政裁判中的援引适用，虽在理论层面仍有争议，但最高人民法院已根据我国立法和行政管理的实际情况，形成了先判断是否合法有效、再决定能否适用的机制安排。此种机制安排及其考量因素，最终基于最高人民法院统一我国裁判文书中规范性法律文件引用规则的现实需要，得以进入“裁判文书引用规定”，并同步适用于民事裁判。

“裁判文书引用规定”对于规章和行政规范性文件在民事裁判中的引用方式进行了规范。该规定的第4条罗列了我国民事裁判文书可以直接引用的裁判依据，其中并不包括规章与行政规范性文件。但是，人民法院在制作裁判文书时除了需要引用规范性文件作为裁判依据，往往也需要引用相应的说理依据。^{〔22〕}正是考虑到这一点，“裁判文书引用规定”第6条进一步规定，不能作为裁判依据引用的规范性法律文件，在符合特定条件时，可以作为说理依据引用。对说理依据和裁判依据的区分，为规章和行政规范性文件介入司法裁判提供了形式依托，既对规章和行政规范性文件的援引提出了限制性要求，也明确了民事裁判中“合法有效审查”的前提条件，即法官欲将规章或行政规范性文件作为说理依据。尽管“裁判文书引用规定”只解决人民法院制作裁判文书时如何引用法律依据的问题，不解决如何适用法律的问题，^{〔23〕}其仍在一定程度上对规章和行政规范性文件介入民事司法的路径进行了规范。

（二）“合法有效审查”的学理本质

行政裁判对规章和行政规范性文件的特殊考量及相关实践，之所以能通过“裁判文书引用规定”同步到民事裁判中，除了因为民事裁判与行政裁判在适用规章或行政规范性文件时面临相同的现实问题，还因为二者在规范性法律文件的引用方面存在相通机理。此种机理，正是洞悉“合法有效审查”实质的关键。

人民法院为作出裁判而寻找法律依据的过程，乃司法意义上的找法或法律发现的过程。^{〔24〕}

〔18〕 参见前引〔3〕，于立深文，第15页以下。

〔19〕 参见张红：《论国家政策作为民法法源》，《中国社会科学》2015年第12期，第136页。

〔20〕 参见齐恩平：《国家政策的民法法源论》，《天津师范大学学报（社会科学版）》2018年第2期，第12页。

〔21〕 参见前引〔19〕，张红文，第133页。

〔22〕 参见前引〔7〕，吴兆祥文，第33页。

〔23〕 同上文，第30页。

〔24〕 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2017年版，第54页；余德厚、程立武：《法官如何“找法”：法律发现的失范与规制》，《法律适用》2016年第3期，第78页。

卡尔·恩吉施将找法的过程形象地比喻为“在大前提与生活事实之间来回顾盼”，^[25]即将作为大前提的法律规范和作为小前提的案件事实进行反复比对，最终寻找到与案件事实具有最密切联系的规范，从而形成裁判结论。^[26]在找法的要求方面，魏德士指出：“应检验得到认定的事实是否满足相关规范的事实构成。这种检验被称为涵摄。”^[27]苏永钦将找法的标准界定为找到与个案事实最接近的规范，^[28]所谓“最接近”亦是就案件事实和规范之间是否达成涵摄而言。法律渊源是法官找法的场域，法律渊源条款即找法条款。例如，民法典第10条便是指导民事司法活动的找法条款，其规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”所谓法官依照法律处理民事纠纷，实质就是法官据其职权找法，以其心证获得与案件事实最接近的规范，从而完成裁判说理。找法是司法过程的本质要求。行政诉讼法虽不像民法一样格外强调法律渊源及找法条款在裁判中的地位，但在诉讼程序中，人民法院同样需要“根据案件事实，对众多的规范性文件进行判断，并选择适用与本案事实最为相关的规范性文件”。^[29]此种判断和选择适用，即法官找法并就案件事实与规范的涵摄形成内心确信的过程。^[30]

找法需要遵循一定的规则，并在特定范围内进行。“如果没有一个普遍的规范，‘自由的法官的法律发现’将不是法律发现，而只是恣意行为。”^[31]作为找法范围的法律渊源，有正式法源和非正式法源之分。正式法源“可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到”，非正式法源则为正义标准、公共政策、习惯法等未在正式法律文件中得到明文体现的具有法律意义的资料。司法判决应当优先适用正式法源。^[32]正式法源的司法适用，同样需要考虑先后顺位。在成文法国家，找法遵循制定法优先的原则。只有在制定法渊源体系中找不到所需规范时，才能在非制定法渊源体系中找法。^[33]正是基于此种法理，民法典第10条构建了法律优先于习惯的找法顺位。这里的“法律”，显然应作广义理解，即不限于全国人大及其常委会制定的法律。至于其范围究竟如何，民法中并无相关规定。“裁判文书引用规定”第4条和第6条在司法应用的意义上释明了“法律”的范围，其同民法典第10条结合在一起，形成了民事裁判找法的顺位和结构，为法官在民事裁判过程中“找制定法”提供了更加明确的指引。

找到可以与个案事实建立涵摄关系的制定法，并非找法活动的终点。法官在作出裁判前，还需以规范秩序统一性为标准，判断所找之法的适格性。一国的法律是在宪法的基础上通过渐次授权和逻辑演绎的形式逐级创设出来的，最终构成金字塔型的法律规范等级体系，并形成法律秩序的统一体。^[34]无论这套法律秩序在形式上如何划分，必须将法律秩序作为价值评价的

[25] [德] 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2014年版，第72页以下。

[26] 参见王利明：《裁判方法的基本问题》，《中国法学教育研究》2013年第2期，第30页。

[27] [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第286页。

[28] 参见苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第16页。

[29] 周汉华：《规范性文件在〈行政诉讼法〉修改中的定位》，《法学》2014年第8期，第45页。

[30] 行政诉讼法中也有类似于民法典第10条的找法条款，如行政诉讼法第63条规定，人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据，并可参照规章。

[31] [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第99页。

[32] 参见[美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2017年版，第431页以下。

[33] 参见彭中礼：《法律渊源论》，方志出版社2014年版，第200页以下。

[34] 参见[奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年版，第173页以下。

整体来适用。^[35] 所有的具体规范都是法律秩序整体的组成部分，内部矛盾的法律秩序将损害“统一的法律标准的要求，并因此损害法律平等的要求”。^[36] 能够适用于司法裁判的制定法，应当是契合规范秩序统一性的制定法，这种统一性在形式上体现为上下位规范间从一般到具体的位阶和延续，在内容上体现为上下位规范间的服从和一致。我国立法法明确了从法律到规章的各级规范性文件的制定依据和权限，并在“适用与备案审查”一章规定了“宪法至上”“上位法高于下位法”“特别法优于一般法”等法律适用原则，即是对规范秩序统一性要求及其判断标准的制度表达。

判断找法结果是否契合规范秩序统一性标准，是法律适用的必经环节。理论上讲，其判断对象不限于规章和行政规范性文件，法律、行政法规同样可能违反规范秩序统一性。但是，从“裁判文书引用规定”及司法实践来看，仅当找法结果为规章或行政规范性文件时，才需进行“合法有效审查”。这是因为，倘若人民法院可对法律、行政法规进行审查并宣告其违法或无效，对于立法成本而言损耗极大。^[37] 并且，立法法中已经专门设置了备案审查制度，法官应尊重立法与司法的权限划分。^[38] 规章和行政规范性文件的法律属性特殊，立法法已将行政规范性文件排除在了法律规范之外，当前需要通过多种途径加强对规章和行政规范性文件的监督也已成共识。“裁判文书引用规定”正是基于规章和行政规范性文件的特殊规范属性，借鉴行政审判领域的成熟实践，设置了“合法有效审查”环节。一言以蔽之，此种审查的实质，乃是法官在找法过程中认定规章或行政规范性文件可能与案件事实达成涵摄后，以规范秩序统一性为标准，判断其裁判说理依据资格的活动。

（三）“合法有效审查”与司法审查的区别

最高人民法院于2012年发布指导案例5号时，在裁判要点中明确指出：地方政府规章违反法律规定设定许可、处罚的，人民法院在行政审判中不予适用。^[39] 行政法学界有观点认为，人民法院对规章进行审查后决定不予适用，具有间接宣布规章无效的效果，因此该案拓展了人民法院对规章的司法审查权。^[40] 也有学者主张，审查后的不予适用仅发生个案效果，且法官不作出撤销或改变的决定，因而这种审查是一种消极的司法审查。^[41] 但是，对找法结果是否契合规范秩序统一性的检视，是法律适用的必经环节。在发生冲突的法律规范之间，根据法定规则进行选择，属于人民法院固有的法律适用权。^[42] 就此而言，“裁判文书引用规定”中的“合法有效审查”并非司法审查，两种审查之间存在明显差异，具体包括以下几方面。

其一，制度属性不同。在我国当前的法制框架内，有明确法律依据的、针对抽象行政行为作出的司法审查，仅有2014年行政诉讼法第53条首次明确的针对行政规范性文件的附带审查。法官在找法过程中对规章或行政规范性文件进行的“合法有效审查”，仅是最高人民法院

[35] 参见前引〔27〕，魏德士书，第121页。

[36] 同上书，第316页。

[37] 参见江必新、梁风云：《行政诉讼法理论与实务》，法律出版社2016年版，第1483页。

[38] 最高人民法院在解释“裁判文书引用规定”第7条时也指出，若规范性法律文件之间存在冲突，按照立法法的有关规定无法选择适用时，应依立法法向有关机关提请裁决。参见前引〔7〕，吴兆祥文，第33页。

[39] 参见鲁潍（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，《人民法院报》2012年4月14日第4版。

[40] 参见章剑生：《行政诉讼中规章的“不予适用”》，《浙江社会科学》2013年第2期，第73页以下。

[41] 参见马得华：《论“不予适用”：一种消极的司法审查》，《环球法律评论》2016年第4期，第57页。

[42] 参见孔祥俊：《论法官在法律规范冲突中的选择适用权》，《法律适用》2004年第4期，第5页。

通过司法解释进行的“自我赋权”，^[43]是裁判说理机制而非基本法律制度。

其二，审查目的不同。裁判说理过程中的“合法有效审查”，目的是判断规章或行政规范性文件作为裁判说理依据的资格。司法审查则是为了在司法程序中就行政规范性文件的合法性得出确定性的司法结论。

其三，主动程度不同。只要法官欲援引规章或行政规范性文件为裁判说理依据，就必须先经审查认定其合法有效。针对行政规范性文件的司法审查，只有在公民、法人或者其他组织在对行政行为提起诉讼时，一并提出审查请求的，人民法院才可进行附带审查。

其四，处理方式不同。最高人民法院案例指导工作办公室在解读指导案例5号时指出，人民法院无权撤销、改变不符合上位法的规章，也不宜在判决书中宣告其无效，而应直接依据上位法认定行政行为合法性。^[44]“审理行政案件纪要”也仅提到可以在裁判理由部分对行政规范性文件是否合法、有效进行评述。^[45]因此，对于经审查后不能认定为合法有效的规章及行政规范性文件，人民法院的处理方式只是不将二者作为裁判说理依据。就司法审查而言，若行政规范性文件在附带审查程序中被认定为不合法，人民法院除需阐明裁判理由外，还有权向制定机关提出修改、废止乃至立即停止执行该行政规范性文件的司法建议。^[46]人民法院在判定行政规范性文件不合法后，还有义务向上级人民法院乃至最高人民法院报备。^[47]

综上，民事裁判中对于规章或行政规范性文件的“合法有效审查”，是最高人民法院为满足裁判文书的说理需要，基于对规章、行政规范性文件特殊规范属性的考虑，参考行政审判领域的相关实践，而形成的规范性法律文件引用规则。此种审查，是法官以规范秩序统一性为标准，对找法后获得的规章或行政规范性文件说理资格的判断。从制度属性、审查目的、主动程度、处理方式等方面来看，为满足裁判说理需要而进行的“合法有效审查”与司法审查存在实质区别。

二、民事裁判中“合法有效审查”的义务内容及履行情况

根据“裁判文书引用规定”，“合法有效审查”是民事法官在援引规章或行政规范性文件进行裁判说理时必须履行的义务。为准确理解并落实该项义务规定，还需结合其他相关制度和法理，厘清其具体义务内容，并检视此项义务在当前民事司法实践中的履行情况。

（一）“合法有效审查”的义务内容

从“合法有效审查”的逻辑机理出发，结合我国裁判文书释法说理的有关要求，“合法有效审查”的义务内容，应当包括先审后引、充分审查两个方面。

首先，法官在援引规章或行政规范性文件作为说理依据时，需先对二者进行审查，并在裁判文书中针对审查情况进行适当说理。法官在审理民事案件时，可能遇到与案件相关的规章或行政规范性文件。是否在裁判文书中援引规章或行政规范性文件作为说理依据，要由法官

[43] 参见前引〔1〕，余军等文，第58页。

[44] 参见最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例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〉的理解与参照》，耿宝建、姚宝华执笔，《人民司法》2012年第15期，第51页。

[45] 参见“审理行政案件纪要”第一部分“关于行政案件的审判依据”的内容。

[46] 参见2018年《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》（以下简称2018年“行诉法解释”）第149条。

[47] 参见2018年“行诉法解释”第150条。

“根据审理案件的需要”即根据找法的需要加以判断。一旦法官认为有必要援引，就必须履行审查义务，判断其是否合法有效。至于相关审查过程及审查结果是否需在裁判文书中予以呈现，“裁判文书引用规定”未有明示。在行政审判领域，“审理行政案件纪要”中提到，适用行政规范性文件时，人民法院可以在裁判理由中对其是否合法、有效、合理或适当进行评述。这里使用的是“可以”而非“应当”，似乎意味着人民法院在援引行政规范性文件时，并无义务在裁判理由中对其合法性进行评述。但是，学理上通常认为，司法裁判在性质上是法律推理或法律论证的过程。为规范裁判和提高释法说理质量，实现依法裁判和个案正义的统一，提高判决的可接受性，有必要对释法说理提出严格的要求。^[48]无论法官适用行政规范性文件认定行政行为的合法性，还是以行政规范性文件违法为由否定行政行为的效力，都有义务作出充分说明，否则将构成裁判说理论证上的瑕疵。^[49]此外，最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称“释法说理意见”）第2条也明确提出：“要释明法理，说明裁判所依据的法律规范以及适用法律规范的理由。”从我国裁判文书说理改革的理论要求和制度趋势来看，无论行政裁判还是民事裁判，法官均应在裁判文书中适当呈现其对规章或行政规范性文件的审查情况，阐明其引用或不引用的理由。

其次，法官在援引规章或行政规范性文件作为说理依据时，有对二者进行充分审查的义务。规章或行政规范性文件是否合法有效，关系到二者是否具备作为裁判说理依据的资格。法官必须进行充分审查并在裁判文书中适当载明审查过程与结果，才能对规章或行政规范性文件的合法有效形成内心确信，并完成其裁判说理义务。从“裁判文书引用规定”明确“合法有效审查”义务的现实动因出发，法官也应进行充分审查，以防止规章或行政规范性文件的不当援引甚至滥用。但是，评价法官是否履行了充分审查义务的前提，是有明确的审查范围和审查标准。民事裁判中的“合法有效审查”，应在何种范围内进行并适用何种审查标准，目前制度上还没有权威、明确的规范指引。相较而言，在行政审判领域，针对规章或行政规范性文件的相关审查标准已日趋明确并渐成体系。在最高人民法院指导案例5号中，是否与上位法相抵触被作为能否参照规章的判断标准。^[50]实践中，除了对条文内容的审查外，对规章是否合法有效的判断已然涉及制定权限和制定程序是否合法。^[51]针对行政诉讼法上的附带审查制度，2018年“行诉法解释”第148条第1款指出，对行政规范性文件的审查可以从制定机关是否超越权限或者违反法定程序等方面进行，该条第2款还列出了四项具体的审查标准，体现了行政诉讼法全面审查行政行为合法性的基本原则。^[52]

（二）“合法有效审查”义务的履行情况

根据笔者在中国裁判文书网上的检索阅读情况看，“裁判文书引用规定”发布之后，依然有部分人民法院未能按照“裁判文书引用规定”的要求规范援引规章或行政规范性文件。例如，在孙宪莹等与上海浦东发展银行股份有限公司济南分行储蓄存款合同纠纷案中，人民法院

[48] 参见雷磊：《从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的解读与反思》，《法学》2019年第1期，第173页以下。

[49] 参见前引〔1〕，余军等文，第45页。

[50] 参见前引〔40〕，章剑生文，第73页。

[51] 参见前引〔14〕，侯孟君文，第70页以下。

[52] 参见最高人民法院行政审判庭：《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第695页以下。

将部门规章《中国人民银行关于执行〈储蓄管理条例〉的若干规定》作为裁判依据而非说理依据引用；^[53]在邯郸市志涛木材加工有限公司与郭坚的、马计平劳动争议纠纷案中，人民法院将行政规范性文件《关于确立劳动关系有关事项的通知》作为裁判依据而非说理依据引用。^[54]在此类案件中，规章或行政规范性文件未能在裁判文书的“理由”部分出现，“合法有效审查”自然也就无从谈起。

根据释法说理的要求，法官在援引规章或行政规范性文件作为说理依据前，不仅需要对其是否合法有效进行审查，还应在裁判文书中对审查情况进行适当说明。从实践情况看，有的法官虽已认识到应当援引合法有效的规章或行政规范性文件，但针对“审查”情况的说理仍显不足。例如，在李金龙与陈大修等民间借贷纠纷案中，法官在裁判文书中写道：“国家外汇管理局、海关总署《携带外币现钞出入境管理暂行办法》系部门规范性文件，合法有效，可作为本案说理的依据。”^[55]这种说理方式，仅能呈现“合法有效”的结论，却未能体现“审查”的过程。再如，在广东东明股份有限公司与卢小美劳动争议纠纷案中，上诉人主张《韶关市城镇职工基本医疗保险实施办法》“创制企业义务的行为，未获得相应的上位法授权，本身也无职权为之，应属于不合法的规范性文件”。对此，二审法院未作具体回应，仅指出该行政规范性文件根据韶关地区当时的医疗保险制度的实际情况制定，可以适用。^[56]本案中，当事人已经针对行政规范性文件的合法性提出质疑，裁判文书中却未见相关说理，难谓妥当。

也有不少民事裁判文书载明了援引规章或行政规范性文件的理由，这些理由多种多样，例如：（1）与民事法律不冲突。在贵州中凯瑞房地产开发有限公司与贵州中锐达商业投资管理有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案中，最高人民法院认为行政规范性文件《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》关于明确违约金数额的规定与合同法的规定并不冲突，可以在说理部分援引。^[57]（2）不与高位阶的法律法规或政策相抵触。在宁波万博通信设备有限公司与柯善琼劳动争议纠纷案中，二审法院以“并未与其他更高效力层次的法律法规或社会保险政策相抵触”回应上诉人对于行政规范性文件合法性的质疑。^[58]（3）现行法律法规阙如。在萍乡乐升房地产开发有限公司与刘仕翔房屋买卖合同纠纷案中，案件争议焦点是房地产企业是否有权收取水电配套开通费、测量费等。二审法院指出，上诉人是否有权收取此类费用，目前并无相应法律、行政法规、地方性法规等予以规定，引用案涉行政规范性文件作为处理依据并无不当。^[59]（4）符合上位法的立法目的。在新疆天正圆建筑安装工程有限公司与桑仁德等工伤保险待遇纠纷案中，人民法院认为，行政规范性文件《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》旨在解决建筑施工企业安全管理制度不落实、工伤保险参保覆盖率低、工伤待遇落实难等问题，适用该行政规范性文件符合《工伤保险条例》保护农民工权益的立法本意。^[60]虽然这些裁判文书均载明了援引规章或行政规范性文件的理由，但结合案情来看，有的理由是为了说明规章或行政规范性文件是否“合法有效”，有的则

[53] 参见山东省济南市历城区人民法院（2021）鲁0112民初6547号民事判决书。

[54] 参见河北省邯郸市肥乡区人民法院（2019）冀0407民初1839号民事判决书。

[55] 参见福建省宁德市中级人民法院（2017）闽09民申37号民事裁定书。

[56] 参见广东省韶关市中级人民法院（2015）韶中法民一终字第163号民事判决书。

[57] 参见最高人民法院（2019）最高法民申308号民事裁定书。

[58] 参见浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬民一终字第193号民事判决书。

[59] 参见江西省萍乡市中级人民法院（2017）赣03民终5号民事判决书。

[60] 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2020）新民申843号民事裁定书。

是为了说明是否存在“审理案件的需要”。

初步考察的结果表明，“合法有效审查”义务在民事裁判中还有待进一步落实，主要表现为法官对于审查情况的说理还需加强。由于最高人民法院尚未针对“合法有效审查”提供具体的审查范围和审查标准，法官在个案中是否已尽充分审查的义务，目前难以判断。为进一步规范民事裁判文书对于规章和行政规范性文件的引用和裁判说理，有必要结合“合法有效审查”的逻辑机理，以提高裁判说理实效为导向，构建现实可行的审查规则。

三、民事裁判中“合法有效审查”的落实进路

“合法有效审查”义务的落实，是规范规章和行政规范性文件民事司法适用的关键。从该义务的履行情况看，当前亟需就审查范围、审查标准和审查结果的呈现，为民事法官提供较为明确的指引。此外，在人民法院系统内部探索构建相关审查配套机制，对于提高民事裁判中“合法有效审查”的实效，也具有重要意义。

（一）审查范围与审查标准

鉴于“合法有效审查”在民事裁判和行政裁判中的机理相通，为统一法制、确保司法公正、提高审查效率，民事裁判中的“合法有效审查”能够也应当借鉴行政裁判中的既有标准。尽管行政诉讼法中的附带审查与“合法有效审查”的性质不同，但就行政规范性文件的合法性判断而言，民事裁判仍然可以借鉴附带审查制度中积累的成熟标准。因民事法官与行政法官术业各有专攻，为防止审查标准不一而出现“同案不同判”现象，行政审判领域既有的权威且成文的审查标准应当成为借鉴的首选。不过，在借鉴过程中，对于规章和行政规范性文件的审查范围应予区别，原因在于：在行政裁判中，规章是裁判依据，而行政规范性文件仅是说理依据。二者因规范属性不同，对行政裁判的约束程度也不同。民事裁判虽然将二者均视为说理依据，但在确定审查标准时应当留意并尊重行政裁判中的区别对待。此外，行政裁判中对规章的审查力度要明显弱于对行政规范性文件的审查力度，且对前者的审查标准的种类也不如后者丰富，故民事裁判在对规章进行审查时也宜有所保留。

1. 对规章的审查宜以条文内容为限

相较行政规范性文件的合法性审查，行政诉讼法及其司法解释对于判断规章是否合法有效的指引相对不足。最高人民法院指导案例5号提出的规章合法性判断标准，是从规章的条文内容上考察其是否与上位法相抵触，而相关学术探讨则主张，应从制定权限、条文内容、制定程序三方面对规章是否合法有效进行判断。^{〔61〕} 尽管司法实践中已有人民法院从制定权限和制定程序入手对规章的合法有效进行判断，^{〔62〕} 但本文以为，民事裁判在审查规章是否合法有效时，不宜进行全方面的审查，而应以对条文内容的审查为限。

其一，规章是行政机关基于宪法并根据法律法规授权行使行政职权的重要途径。虽然立法法及行政诉讼法均将规章视为特殊的法律规范，并将其与行政法规区别对待，但并未完全否定规章的规范属性及其司法适用的积极意义。“裁判文书引用规定”明确的规范性法律文件引用

〔61〕 参见付国华、李向阳：《规章在行政审判中的参照适用》，《人民司法》2011年第24期，第52页以下。

〔62〕 参见前引〔14〕，侯孟君文，第71页。

规则, 仅是司法机关公布的裁判说理机制, 而非法律制度。根据“裁判文书引用规定”展开的“合法有效审查”, 应体现出对行政权的尊重。其二, 即便在行政诉讼中, 对规章进行合法性判断的权威标准仍是以条文内容是否合法为限。无论“审理行政案件纪要”列举的用来判断规章合法性的下位法不符合上位法的具体情形, 还是最高人民法院指导案例5号中明确的“相抵触”标准, 均未主张对规章的制定权限和程序进行审查。其三, 对规章的过度审查, 有可能增加民事裁判在漏洞填补和说理方面的成本。在我国先行先试的法治实践中, 规章往往在保险、证券、银行等新兴业态多发领域, 先于民事基本法律对新型民事权益作出规定, 构成民法典第126条中的“法律规定的其他民事权利和利益”。^[63]倘若此类规章因未通过“合法有效审查”而丧失说理依据资格, 民事法官只能寻求在涵摄效果上较弱的漏洞填补方式。从规章作为民法渊源的实效来看, 其能通过重新定义民法的概念、民事行为和民事责任的构成要件, 实现行政法对民法的规范效应。^[64]民事司法对规章的过度废用, 既有在社会管理事项上越俎代庖之嫌, 还可能因同类案件选择的漏洞填补路径不同而造成“同案不同判”。

在具体标准上, 最高人民法院指导案例5号确定的“相抵触”标准应为核心标准。最高人民法院案例指导工作办公室在释义该案的理解与适用时指出, “人民法院在适用规章时, 首先应当对规章的相关规定是否合法有效、是否与上位法一致进行审查判断”。^[65]“审理行政案件纪要”则列举了多达十种下位法违反或抵触上位法的具体情形, 包括下位法缩小上位法规定的权利主体范围、下位法限制或者剥夺上位法规定的权利、下位法扩大行政主体或其职权范围、下位法增设或者限缩上位法规定的适用条件等, 这些标准可资民事裁判借鉴。但是, 有两个问题值得关注: 其一, “审理行政案件纪要”是以类型化思维列举了下位法不符合上位法的情形, 此种列举或许无法涵盖现实中可能遇到的所有情形。民事法官能否在上述情形之外对规章是否抵触上位法进行自由裁量? 其二, 立法机关对1989年行政诉讼法(草案)进行说明时指出, 对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章, 人民法院可以有灵活处理的余地。^[66]民事裁判中对于规章不符合上位法的判断, 是否也需考虑法律、行政法规的原则与精神? 本文以为, 与限定规章合法性审查范围的理由一样, 同时也为提高民事裁判中“合法有效审查”的统一性和可操作性, 民事裁判针对规章合法性的审查, 暂时不宜由民事法官在成文标准之外自由裁量, 也不宜将上位法的基本原则或精神作为“相抵触”的判断基准。

此外, “相抵触”标准是立法法所确定的上位法高于下位法这一法律适用原则的体现, 立法法确立的其他几项法律适用原则, 如新法优于旧法、特别法优于一般法等, 也可以作为规章合法有效的判断标准。“审理行政案件纪要”还结合行政审判实践, 对这些法律适用原则进行了细化,^[67]这些细化后的标准也可供民事裁判参考借鉴。

2. 对行政规范性文件的审查应尽量全面

行政法学界主张针对行政规范性文件的合法性审查应从制定权限、条文内容和制定程序三

[63] 参见申惠文:《论〈民法总则〉中的行政权》,《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》2018年第6期,第47页。

[64] 参见前引[3],于立深文,第22页以下。

[65] 前引[44],最高人民法院案例指导工作办公室文,第50页。

[66] 参见前引[13],王汉斌文,第311页。

[67] 详见“审理行政案件纪要”第二部分“关于法律规范冲突的适用规则”中的第(一)项“下位法不符合上位法的判断和适用”、第(二)项“特别规定与一般规定的适用关系”,以及第三部分“关于新旧法律规范的适用规则”。

方面进行。^[68] 2018年“行诉法解释”第148条规定的行政规范性文件不合法的判断标准,同样对应着制定权限、条文内容、制定程序三个方面。2018年国务院办公厅《关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》亦是以此三项作为审核范围。有鉴于此,民事裁判中针对行政规范性文件的合法性判断,也可从审查制定权限、条文内容、制定程序入手。首先,正如2018年国务院办公厅《关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》所指出的,“乱发文、出台‘奇葩’文件的现象还不同程度地存在,侵犯了公民、法人和其他组织的合法权益”。在此背景下,民事裁判应通过较为全面的审查,避免不当援引行政规范性文件,防止当事人的合法权益受到侵害。其次,在行政法领域,理论学说、行政自我规制和司法审查实践,对于行政规范性文件的审查范围已有共识,且自2014年行政诉讼法建立附带审查制度至今,已积累了多年的审查经验。民事裁判对于行政规范性文件制定权限、条文内容、制定程序的审查,可以借鉴行政审判领域成熟且成文的标准。再次,民法总则取消国家政策的民法渊源地位,本意就是减少“红头文件”对市民社会及市场经济的介入。随着民法典的施行,民事基本法律制度已臻完善。虽然民法典通过引致规定,明确部分事项需要适用行政规范,但具体的引致对象,如法人登记、宅基地管理等事项,基本上已由法律、行政法规、规章等作出明确规定。即便排除行政规范性文件的适用,仍然可以借助其上位法或民法基本原则、一般条款等完成漏洞填补及裁判说理。

2018年“行诉法解释”明确了行政规范性文件合法性审查的具体标准。近年来,地方上各类行政主体发布的、以规制行政规范性文件为目的的行政规范中,也有大量涉及合法性判断标准的规定。其一,在制定权限方面,包括是否有制定行政规范性文件的一般资格,以及所制定的行政规范性文件是否超越权限等标准。前一标准主要考察行政规范性文件的制定主体,是否属于宪法、立法法、行政组织法中规定的有权制定和发布行政规范性文件的部门或组织。目前全国已有不少地方发布了行政规范性文件制定主体清单。^[69] 后一标准主要考察行政规范性文件所涉事项是否属于制定者的职权范围。其二,在条文内容方面,除了“审理行政案件纪要”列举的下位法不符合上位法的具体情形,国务院及地方上有关行政规范性文件的管理规定中,还有更加明确且详细的判断标准,如不得违法制定含有排除或者限制公平竞争内容的措施,^[70] 不得违背上级行政机关的命令、决定,^[71] 不得超越法定职权对应由市场调节、企业和社会自律、公民自我管理的事项作出规定等。^[72] 此外,实践表明,行政裁判中对行政规范性文件内容的审查,除了具体条文上的“不抵触”,还包括法律原则和精神上的“不抵触”。^[73] 基于前述对行政规范性文件进行全面审查的三点理由,本文以为,依法治国尤其强调对行政规

[68] 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;章剑生:《论行政诉讼中规范性文件的合法性审查》,《福建行政学院学报》2016年第3期,第9页;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。

[69] 如四川省司法厅《关于公布省本级行政规范性文件制定主体清单的通知》(2020年)、青海省司法厅《关于公布省级行政规范性文件制定主体清单的通知》(2019年)、长春市司法局《关于印发行政规范性文件制定主体清单的通知》(2019年)等。

[70] 参见《浙江省行政规范性文件管理办法》(浙江省人民政府令第372号)第5条。

[71] 参见《广州市行政规范性文件管理规定》(广州市人民政府令第168号)第6条。

[72] 参见山东省人民政府办公厅《关于做好行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(鲁政办发〔2018〕23号)第一部分“严格法定职责权限”的内容。

[73] 参见前引〔68〕,李成文,第70页以下;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53页。

范性文件的严格规制,为避免公权力过度干预私法,各类基本法律中的原则及精神,应当作为判断行政规范性文件内容合法与否的依据。其三,在制定程序方面,国务院办公厅《关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》指出,行政规范性文件必须严格依照法定程序制发,重要的行政规范性文件要严格执行评估论证、公开征求意见、合法性审核、集体审议决定、向社会公开发布等程序。对于这些程序的启动条件、工作流程、操作要点等,该通知也进行了较为详细的规定。^[74]此外,各地人民政府发布的行政规范性文件管理规范,也对行政规范性文件的制发提出了程序性要求,^[75]同样可以作为行政规范性文件制定程序合法与否的判断标准。

(二) 审查结果的呈现

民事裁判中对规章和行政规范性文件进行“合法有效审查”的目的,是判断二者是否为适格的说理依据。从裁判文书释法说理的基本要求及我国裁判文书说理改革的趋势看,无论审查结果如何,人民法院都应在理由部分阐明审查经过及审查结果,以体现其履行了先审后引和充分审查的义务。此外,规章或行政规范性文件经审查认定为合法有效后,人民法院在援引时还应当遵守二者在裁判文书中的引用规则,即只能将二者作为说理依据而不能作为裁判依据引用。

首先,规章或行政规范性文件经审查认定为合法有效的,裁判文书说理部分对于审查过程及结果的呈现,可参考民事裁判中对于合同效力审查的相关做法。在合同纠纷案件的审理中,无论当事人双方争议焦点为何,法官都有义务先行审查合同效力。若合同有效,裁判文书中常作这样一段表述:“(合同)系双方当事人真实意思表示,协议内容不违反法律、行政法规的禁止性规定,合法有效。”该表述既能体现法官尽到了合同效力审查义务,又列明了审查范围和审查标准。民事法官在援引规章或行政规范性文件时可以参照上述做法,呈现其对先审后引以及充分审查义务的履行情况。需要注意的是,民事裁判对规章与行政规范性文件的审查范围不同,在表述审查结果时应有区别。若待援引的规章经审查认定为合法有效,裁判文书可表述为:“本院通过对该规章的条文内容进行审查,认为其可以作为本案裁判说理依据。”若待援引的行政规范性文件经审查认定为合法有效,可相应表述为:“本院通过对该行政规范性文件的制定权限、条文内容、制定程序进行审查,认为其可以作为本案裁判说理依据。”

其次,引用合法有效的规章或行政规范性文件作为说理依据时,需要遵循相应的说理规则。根据“裁判文书引用规定”,规章和行政规范性文件仅能作为说理依据出现在民事裁判文书的理由部分,但这只是规范引用的表层规则。其背后隐藏的规则是:作为说理依据的规章或行政规范性文件,必须同裁判依据具有某种“联系”,并通过此种“联系”介入民事司法。^[76]因此,民事裁判文书援引规章或行政规范性文件时,除应确定相应的裁判依据外,还需阐述规章或行政规范性文件与裁判依据间的联系。例如,在李帅帅诉上海通用富士冷机有限公司、上海工商信息学校人身损害赔偿纠纷案中,争议焦点之一,是实习生在加班过程中受到伤害,其所在学校是否应当承担侵权责任。人民法院审理认为,虽然行政规范性文件《教育部办公厅

[74] 参见国务院办公厅《关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号)第二部分“规范制发程序,确保合法有效”。

[75] 如《湖北省行政规范性文件管理办法》(湖北省人民政府令第379号)第9条,明确了制定行政规范性文件应当遵守的七项程序。

[76] 参见前引〔19〕,张红文,第146页。

关于应对企业技工荒进一步做好中等职业学校学生实习工作的通知》不宜作为裁判的直接法律依据，但其关于“不得安排学生每天顶岗实习超过8小时；不得安排学生加班”的规定，可以“作为法院评判学校是否有过错的依据”。^[77]“可以作为法院评判学校是否有过错的依据”，便构成了行政规范性文件作为裁判依据的侵权责任法第6条第1款之间的联系。^[78]民事司法实践中，说理依据和裁判依据间的“联系”较为多样。此种“联系”应当如何确定，涉及规章和行政规范性文件民事司法适用的另一前提：根据审理案件的需要。对此，本文不作展开。

再次，法官经审查发现规章或行政规范性文件并非合法有效时，进行否定性评价需要把握好尺度。行政法学者主张，法官不宜在裁判文书中直言某规章或行政规范性文件“不合法”“违法”“无效”，而应“作出低调的阐明”，可宣布其与某某上位法“不符”，并指出不予适用，以体现司法的谦抑性品格。^[79]同样，民事裁判中的“合法有效审查”，仅是秉着找法的目的对规章或行政规范性文件说理依据资格的判断。若经审查认为二者并非合法有效，法官无需在裁判文书中明示二者或其条款违法，更不能作出撤销二者或其条款的司法结论，只需指出其不宜作为本案裁判说理依据即可。当然，法官仍有必要说明不予适用的理由，但在表述时应保持谦抑。对于规章，宜说明其在条文内容上与上位法或有关法律法规相抵触的具体理由，指出其“不宜作为本案裁判说理依据”。对于行政规范性文件，因有较为权威、成文的审查标准，法官可将有关条文或规定列出，指明行政规范性文件与审查标准的不符之处，而对于结论的表述仍以“不宜作为本案裁判说理依据”为限。

最后，人民法院还有义务在裁判文书中积极回应当事人关于规章或行政规范性文件合法与否的主张。“释法说理意见”第7条明确提出，诉讼各方对案件法律适用存有争议或者法律含义需要阐明的，法官应当逐项回应法律争议焦点并说明理由。对于当事人在诉讼程序中提出的有关应否适用规章或行政规范性文件的主张，属于对案件法律适用存有争议，人民法院需要重视，并将当事人主张事项纳入考量范围，在裁判文书的理由部分给出采纳或不采纳的理由。值得注意的是，由于民事裁判对规章的“合法有效审查”以条文内容为限，若当事人主张规章制定权限或程序不合法，法官仅需对条文内容进行审查，然后决定适用与否，但应在理由部分阐明“规章的制定权限及程序事项，不属于本院审查范围”。

（三）配套机制的构建

在对规章或行政规范性文件合法与否的判断上，人民法院的行政审判部门及行政法官更有经验与专业上的优势。提高民事裁判对规章和行政规范性文件“合法有效审查”实效的关键，是在现有审判实践基础上增强民事法官的审查能力。为此，有必要在司法系统内部有效利用和调动相关审查资源，构建行民合作、多级互动、集中公开的综合保障机制。

首先，构建行政审判和民事审判部门之间的协作机制。这有利于提高民事法官的审查效率，统一司法机关对于规章或行政规范性文件的合法性判断。具体而言，可以在法律法规和有关工作纪律规定允许的范围内，通过有效的保密机制，单就规章和行政规范性文件及其条文本身，由行政审判人员提供审查意见，然后由民事审判人员参酌。

其次，在人民法院系统内探索多级互动的指导机制。从人民法院对行政规范性文件的司法

[77] 参见李帅帅诉上海通用富士冷机有限公司、上海工商信息学校人身损害赔偿纠纷案，《最高人民法院公报》2015年第12期。

[78] 原侵权责任法第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

[79] 参见王春业：《从全国首案看行政规范性文件附带审查制度完善》，《行政法学研究》2018年第2期，第100页。

审查现状来看,基层人民法院是影响审查实效的关键环节,因而有必要发挥上级人民法院尤其是中级人民法院对基层人民法院“合法有效审查”业务的指导作用。例如,可以在避免参与个案审判、保证独立审判的前提下,由上级人民法院从审查程序、审查标准等角度,对基层人民法院进行业务指导。同样,在个案中下级人民法院可就具体的规章或行政规范性文件,提请上级人民法院提供审查意见。此外,有行政诉讼法学者建议,由最高人民法院以发布司法解释的形式提供体系化的审查标准,以避免“同案不同判”现象的发生。^[80]该建议在民事裁判领域同样适用。

最后,建立打通行民、集中公开的信息共享平台。及时公开对行政规范性文件的审查标准和审查结果,是统一审查标准、提高审查能力、避免“同案不同判”的重要前提。随着行政诉讼程序中行政规范性文件附带审查机制的完善,建立全国性的审查结果信息共享平台更显必要。^[81]未来民事诉讼也可借用此种信息平台,提高民事法官对于规章和行政规范性文件合法性判断的效率,统一行政裁判和民事裁判中的审查标准。

Abstract: In a civil judgment, when the judge invokes regulations or documents of administrative standard as the reasoning basis, he must review the legitimacy and effectiveness of such documents. The essence of this kind of review is the judge's determination of the qualification of the documents as the reasoning basis by taking the unity of normative order as the standard in the law-finding process. It differs from judicial review exclusively focused on the legitimacy of abstract administration acts in such aspects as institutional properties, purpose of review, degree of proactivity and processing mode. Authoritative written review standards in the field of administrative adjudication can be taken as the reference in civil adjudication. However, different review standards should be applied to the review of regulations or documents of administrative standard on the basis of clarifying their respective scopes. In particular, the review of regulations should be limited to specific articles, whereas the review of documents of administrative standard should be carried out in three aspects, namely the formulation authority, specific articles and the formulation procedure. The presentation of the review results in a civil judgment, especially the assessment of the legitimacy of regulations or documents of administrative standard, should be more modest and restrained than that in an administrative judgment.

Key Words: basis of judgment, reasoning basis, judicial review, source of civil law, civil-administrative collaboration

[80] 参见前引[73],陈运生文,第47页。

[81] 参见前引[68],程琥文,第94页。