

# 地方性法规民事司法适用规则研究

汪 君\*

**摘 要** 地方性法规的民事司法适用存在“遵照执行”和“存而不用”两种误区。地方性法规在民事裁判中应处“参照”地位。法官必须将地方性法规纳为找法对象,但应经判断和审查后,再决定是否适用。所谓判断,是指通过自上而下找法后,对地方性法规是否与个案事实达成涵摄的判断。涵摄达成的理由,包括民法内和民法外两种。民事裁判文书应载明案件是否属于地方性法规适用的效力范围,并区分执行性地方性法规和创制性地方性法规以相应说明理由。法官还应充分检索并说明上位法的有关情况,并注意上位法尤其是民事法律中对规范位阶的限制。所谓审查,是指以规范秩序统一性为标准,对地方性法规裁判说理依据资格的审查。这种审查,宜限定为对地方性法规条文内容的审查,重点审查其是否与上位法的具体条文或制度抵触。民事裁判文书应直接载明审查过程和审查结果。对于与上位法相抵触的地方性法规,应避免对其效力做出评价,仅指出其不宜作为裁判说理依据即可。

**关键词** 民法渊源 地方性法规 法律冲突 裁判依据 司法审查

对于民事裁判能否引用地方性法规,最高人民法院在《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(以下简称《裁判文书引用规定》)第4条作出了规定:“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。”最高人民法院在阐释该条时指出,“‘应当适用’即隐含了法官适用法律的审查和判断,但如何适用法律,人民法院应当结合案件情况,并根据有关法律的规定进行”。〔1〕可见,地方性法规的民事司法适用具有条件性,法官仅能适用“应当适用”的地方性

\* 中南财经政法大学法学院副教授。本文系2022年度湖北省教育厅哲学社会科学基金项目“《民法典》时代行政规范性文件私法适用研究”(项目编号:22G031)的阶段性研究成果。

〔1〕 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。

法规。但是,法官要如何审查和判断,又应当根据哪些“有关法律规定”进行,尚未有明确指引。

实际上,民事裁判如何适用地方性法规,是一个严肃且敏感的问题。如著名的“河南洛阳种子案”。该案虽是合同纠纷,但因法官在判决书中指出地方性法规因与法律相冲突而自然无效,导致地方人大的强烈反对并引起理论和实务的高度关注。<sup>〔2〕</sup>此外,我国是单一制国家,中央统一立法和地方立法之间的权限分配、监督制约以及司法适用,向来是公法学界关注的重要议题,但私法学界却鲜有涉及。再者,从立法权限来看,有的地方性法规是为执行行政法规,并且多涉及城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等公法管理类事项。在我国立法贯彻公私法二分的背景下,法官在民事裁判过程中,又必须妥善处理民事法律尤其是《民法典》和地方性法规之间的选择适用、冲突协调、理念融合等问题。可见,研究地方性法规的民事司法适用规则,具有重要意义。鉴此,本文将在考察民事司法实践基础上,探讨地方性法规民事司法适用的应然机理,并以提高裁判实效为导向,进一步明确地方性法规的民事司法适用规则。

## 一、地方性法规民事司法适用的实践考察

在“中国裁判文书网”上,以“地方性法规”为关键词在裁判文书的“理由”部分进行检索,可检索到16160多份民事裁判文书。<sup>〔3〕</sup>此外,早有学者就地方性法规的民事司法适用进行了较为深入的大样本分析。<sup>〔4〕</sup>这为我们考察民事裁判适用地方性法规的情况奠定了基础。本部分将重点考察民事裁判文书中适用或不予适用地方性法规的理由,以明确民事裁判对“应当适用”地方性法规的审查和判断情况,反思现有地方性法规民事司法适用规则的问题所在。

### (一)适用地方性法规的情况概述

整体而言,民事裁判援引地方性法规的情形十分常见,较多判决将地方性法规作为裁判说理依据。<sup>〔5〕</sup>考察发现,下列地方性法规在特定的民事纠纷中,具有较为明显的适用频次:—

---

〔2〕 该案争议焦点之一,是应根据地方性法规《河南省农作物种子管理条例》,按照政府指导价而非市场价确定违约责任。洛阳市中院的法官在判决书中指出,《河南省农作物种子管理条例》作为位阶较低的地方性法规,其相关规定因与种子法相冲突自然无效。河南省人大常委会会议研究认为,洛阳市中院“超出了人民法院的审判权,其实质是对地方性法规的违法审查”,进而要求洛阳市人大常委会“对直接责任人员和主管领导作出处理”。参见李敬欣、蔡建华:“洛阳中院竟否定地方性法规——河南省人大要求洛阳人大行使监督权,纠正该院错误行为”,《山东人大工作》2004年第1期,第51、59页。

〔3〕 检索日期:2023年4月24日。

〔4〕 参见周圣、张琦:“司法审判中地方性法规适用实证研究——基于上海市176件地方性法规裁判文书援引情况的分析”,《中国应用法学》2018年第3期,第88—107页;李红军、徐瑶:“地方立法的司法态度——基于18个较大的市地方性法规判决书引用现状的实证分析”,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第59—68页。

〔5〕 早在2012年,重庆市第三中级人民法院的一项司法调研已经发现这一现象,这也与笔者的考察情况一致。参见李强、龚海南、陈立洋:“以司法职能助推地方民主法治建设——重庆市第三中级人民法院适用地方性法规情况的调研报告”,《法律适用》2012年第2期,第100—103页。

是道路交通安全类的地方性法规。案件类型多为机动车交通事故责任纠纷以及由此引发的保险合同纠纷。适用的条款较为集中,主要是关于在非机动车驾驶人、行人有过错时,机动车一方和非机动车驾驶人、行人之间责任如何分配的规定。<sup>〔6〕</sup>以及关于交通事故死亡赔偿金的计算标准的条款。<sup>〔7〕</sup>二是以公路管理和保护、河道管理等城乡建设管理为内容的地方性法规。其多为涉生命权、健康权、身体权纠纷类民事裁判文书援引的对象。援引的条款主要是关于管理责任主体及其监管职责的规定,目的是判定相关职能主体的侵权责任是否成立。<sup>〔8〕</sup>三是为执行劳动法和社会保险法的地方性法规。此类地方性法规在劳动争议纠纷中的适用较为常见。援引的条款多与用人单位支付的竞业限制补偿金的最低标准、<sup>〔9〕</sup>社保缴纳地及缴纳标准<sup>〔10〕</sup>等相关。四是其他类型的地方性法规。如依据地方安全生产条例,计算生产单位需要向死者家属支付的死亡赔偿金数额;<sup>〔11〕</sup>根据地方房屋租赁条例,判定公有居住房屋租赁户名变更登记效力;<sup>〔12〕</sup>参照地方城镇供热条例,确定供用热力合同中供热管道和锈蚀阀门的维修、维护义务主体<sup>〔13〕</sup>等。

## (二)适用地方性法规的主要理由

实践中,部分民事裁判文书未说明适用理由而直接援引地方性法规。如在“刘运财、母洪波机动车交通事故责任纠纷案”<sup>〔14〕</sup>中,法院直接援引《四川省〈中华人民共和国道路交通安全法〉实施办法》第52条中,关于不同责任情形下的具体赔偿责任比例的规定,来判定损害赔偿数额。但为何应当适用该地方性法规,却未有阐明。

与之相对,不少裁判文书在援引地方性法规时会载明理由。较为典型的理由是:<sup>〔15〕</sup>第

〔6〕 如张某、杨某1、杨某2机动车交通事故责任纠纷案,湖南省岳阳市中级人民法院民事判决书,(2021)湘06民终152号等。

〔7〕 如武利民、孙红波等与中国人民财产保险股份有限公司南和支公司保险纠纷案,河北省邢台市中级人民法院民事判决书,(2016)冀05民终156号等。

〔8〕 如江苏省徐州市中级人民法院民事判决书,(2021)苏03民终2529号;云南省楚雄彝族自治州中级人民法院民事判决书,(2020)云23民终960号;浙江省湖州市中级人民法院民事判决书,(2016)浙05民终629号等。

〔9〕 上海朝阳永续基金销售有限公司与夏某劳动争议案,江苏省扬州市中级人民法院民事判决书,(2019)苏10民终1758号。

〔10〕 杭芳与广州市华才人力资源顾问有限公司从化分公司、宝洁(中国)营销有限公司经济补偿金纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院民事判决书,(2018)苏02民终4053号。

〔11〕 张娟花、张友庆、吴妹妹、国网湖南省电力公司道县供电分公司、道县梅花镇燕子窝采石场与何生喜触电人身损害责任纠纷上诉案,湖南省永州市中级人民法院民事判决书,(2017)湘11民终1889号。

〔12〕 张佩珊与林一华房屋租赁合同纠纷案,上海市虹口区人民法院民事判决书,(2015)虹民三(民)初字第1316号。

〔13〕 呼伦贝尔安泰热电有限责任公司牙克石热电厂、牙克石市天成小区业主委员会供用电合同纠纷案,内蒙古自治区高级人民法院民事裁定书,(2021)内民申2180号。

〔14〕 四川省宜宾市中级人民法院民事判决书,(2021)川15民终777号。

〔15〕 需要说明的是,裁判文书中载明的适用地方性法规的理由往往并不单一,可能是本段列举的五项理由的排列组合。

一,地方性法规在所辖行政区域内施行。如“中国人民财产保险股份有限公司固原市原州支公司与王安国保险合同纠纷案”〔16〕中,针对上诉人不应适用《宁夏回族自治区道路交通安全条例》的主张,法院指出该条例“属于依法制定的地方性法规,在本行政区域内具有法律效力”。第二,案涉事项在上位法中未有规定,而地方性法规有规定。如在“陆群、毕节市水电加油站股东资格确认纠纷案”〔17〕中,法院指出:“我国法律、行政法规对股份合作制企业并无明确规定,本案可参照适用部门规章和地方性法规。”法院最终根据《贵州省股份合作企业条例》的有关规定作出判决。第三,地方性法规是为了执行上位法,或是对上位法的细化。如在“刘志新、绵阳市公共交通集团有限责任公司城市公交运输合同纠纷案”〔18〕中,再审法院适用《四川省〈中华人民共和国残疾人保障法〉实施办法》的关键原因,即是对《残疾人保障法》中关于残疾人免费乘坐公共交通工具的规定作了进一步的细化。第四,地方性法规并不抵触或违反上位法。如在“田芳与刘春鹏扬州新奥燃气有限公司生命权健康权身体权纠纷案”〔19〕中,二审法院指出:“对建筑区划内业主专有部分以外的燃气设施与户内燃气设施的界定问题上,相关法律、行政法规并未作出明确规定,《江苏省燃气管理条例》系为执行法律、行政法规而作出的具体化,并无违反上位法的情况,故原审法院法律适用并无不当。”实际上是在前述第二、第三两项理由基础上,加了“不违反上位法”这项理由。第五,适用地方性法规具有正面社会效果。如在“梁敏华与中国太平洋财产保险股份有限公司广州市番禺支公司财产保险合同纠纷案”〔20〕中,《广东省道路交通安全条例》第47条规定交通事故死亡人员身份无法确认的,其死亡赔偿金交由道路交通事故社会救助基金管理机构代为保存。法院指出该地方性法规在不违反上位法规定的情况下,理应成为处理道路交通事故案件的重要依据,还明确:“判定侵权人在将赔偿款自愿交由该中心代为保存后,有权向保险公司进行索赔,也有利于纠纷的及时了结和社会关系的稳定,并使赔偿权利人出现时能够及时获得赔偿金,保护潜在‘无名死者’近亲属的权益。”这明显是考虑了适用地方性法规的正面社会效果。

### (三) 不予适用地方性法规的主要理由

一是地方性法规不应作为认定合同无效的依据。这是民事裁判中不予适用地方性法规较为典型的情形。原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条明确:“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”因此,包括最高人民法院在内的法院便援引该司法解释,认为不应将地方性法规作为否定合同效力的依据。〔21〕

二是地方性法规规定事项与案件事实或争议焦点缺乏关联性。如前所述,地方性法规中关于城乡建设管理职责的规定,会成为判定侵权责任的直接依据,但也有法院并未采取此种裁

〔16〕 宁夏回族自治区固原市中级人民法院民事判决书,(2014)固民终字第417号。

〔17〕 贵州省毕节市中级人民法院民事判决书,(2019)黔05民终5184号。

〔18〕 四川省高级人民法院民事判决书,(2020)川民再342号。

〔19〕 江苏省扬州市中级人民法院民事判决书,(2013)扬民终字第1098号。

〔20〕 广东省广州市中级人民法院民事判决书,(2015)穗中法金民终字第71号。

〔21〕 参见朱庆育:“《合同法》第52条第4项评注”,《法学家》2016年第3期,第155页。

判思路。如在“刘丙成、卞素真等与苏州市吴江区盛泽镇人民政府等生命权健康权身体权纠纷案”<sup>〔22〕</sup>中,路人因故落入市内河边作为景观建设构成的水池,后经抢救无效死亡,其亲属在起诉时将区政府列为被告之一。要求区政府承担侵权责任的理由,是根据地方性法规的相关规定,水利部门对河口两侧各5至10米负有法定的管理职责。法院经审理后认为,该地方性法规“系以河道使用、保护中产生的公法上的权力义务关系为调整对象”“本案系因河道边缘的不当构筑物引起溺水事件所致民事侵权纠纷,与河道本身的利用、管理、保护并无直接的关系”。据此,法院最终驳回要求区政府承担侵权责任的请求。

三是地方性法规与上位法,尤其是与法律或行政法规不一致或相抵触。如在“牡丹江华威供热有限责任公司、宋义合同纠纷案”<sup>〔23〕</sup>中,《黑龙江省城市供热条例》(2018年)第45条规定,“供热单位未向用户公示《供热许可证》的,用户可以拒绝交纳热费……”,热用户以供热单位未取得《供热许可证》为由拒交供热费。法院认为,“当法律规定与地方性法规规定相抵触时,法律的效力高于地方性法规”,根据《民法典》中关于合同成立(第490条)和违约责任(第577条)的有关规定,热用户已接受供热服务,应当交纳供热费用。“王仁千、国网甘肃省电力公司庆阳供电公司财产损害赔偿纠纷案”<sup>〔24〕</sup>也是在地方性法规与行政法规不一致时,法院选择适用了行政法规:根据《电力供应与使用条例》第39条,用户逾期未交付电费超过30日经催交仍未交付的,可停止供电。但本案中供电企业在用户逾期11日时即中止供电。供电企业辩称,根据《甘肃省供用电条例》(2006年)第25条,用户未按约定交清电费,情节严重或者拒不改正的,在书面告知24小时后可依法中止供电。法院认为,根据《立法法》的规定,行政法规的效力高于地方性法规,且综观原告欠费事实,尚达不到情节严重或者拒不改正,故不予采纳供电公司的主张。

#### (四)基于现有实践的启示与疑问

首先,历史地看,人民法院适用地方性法规的司法环境有较大变化。上世纪末本世纪初,部分涉及地方性法规司法适用的案件,因地方人大对人民法院未适用或未合理适用地方性法规提出了反对意见,引起了广泛关注。如1998年甘肃省酒泉市中级人民法院在终审判决中,认为地方性法规超出上位法设定行政处罚,不能作为实施行政处罚的依据。随后甘肃省人大专门召开主任会议,指出该判决“直接损害了地方性法规的严肃性”“影响了社会主义法制的统一”,<sup>〔25〕</sup>认定“这是一起全国罕见的审判机关在审判中的严重违法司法事件”。<sup>〔26〕</sup>但近年的

〔22〕 江苏省苏州市中级人民法院民事判决书,(2016)苏05民终3352号。

〔23〕 黑龙江省牡丹江市阳明区人民法院民事裁定书,(2022)黑1003民申5号。

〔24〕 甘肃省庆阳市中级人民法院民事判决书,(2014)庆中民终字第593号。

〔25〕 王宏:“法院岂可非议地方性法规——甘肃高院撤销一起酒泉中院错误判决”,《人大建设》2001年第1期,第35页。

〔26〕 同上注。加上“河南洛阳种子案”,类似案件,还可参见自南、凡夫:“法规大还是法院大?——关于沁阳市法院否定地方性法规效力的调查与思考”,《人大建设》1998年第6期,第3—4页;郑国华、黄祖明:“谁可以对地方性法规合法性进行认定?——福建省人大常委会依法督促纠正三明市中级人民法院的一件不当批复”,《人民论坛》1999年第7期,第5页。

司法实践中,人民法院不予适用地方性法规的情形较为常见,甚至直接指出地方性法规抵触上位法,却未遇到地方人大的公开反对。这与全面依法治国背景下,法官依法独立行使审判权的体制机制完善密切相关。此外,《民法典》出台、地方立法权限扩大、全过程人民民主在地方立法中的践行融入等,也为我们反思和重构地方性法规的民事司法适用规则奠定了新时代基础。

其次,民事司法中,法官不予适用地方性法规的情形较为常见,不禁令人对地方性法规对民事裁判的约束样态产生疑惑。虽然涉及特定事项的地方性法规在特定纠纷类型中有一定的适用频次,但相关判决并非均会适用地方性法规。实证研究也表明,地方性法规在民事裁判中的适用比例较低,不少生效判决也有存而不用、在找法过程中遗漏地方性法规的情形。<sup>[27]</sup>但是,最高人民法院指出:“人民法院在处理符合地方性法规调整的事项且在地方性法规适用的效力范围的案件,应当适用地方性法规,而不是参照。”<sup>[28]</sup>如此,是否符合上述条件的地方性法规,均应在民事裁判中适用?所谓“审查和判断”的对象,是否就是对地方性法规调整事项和效力范围的判断?果真如此,前述未适用地方性法规的案件,均属于法律适用错误。可见,必须明确地方性法规在民事裁判中的定位,并进一步探析“审查和判断”的实质内涵,以奠定地方性法规民事司法适用的逻辑机理。

最后,民事裁判在援引地方性法规时的理由阐释,尤其是对审查和判断地方性法规情况的说明,依然需要明确、统一的指引。根据《裁判文书引用规定》和最高人民法院的释义,民事裁判援引地方性法规的前提,是其经过审查和判断后被认定为“应当适用”。实践中,部分裁判文书未说明理由便直接援引地方性法规,或者虽然说明了理由但是一笔带过,仅指出依法制定的地方性法规,在本行政区域内具有法律效力。部分裁判文书则较为详尽,既指出《裁判文书引用规定》第4条明确的地方性法规引用规则,又强调在上位法无相关规定情况下,地方性法规对上位法进行细化、符合上位法规定,故而应当适用。从释法说理效果来看,后者显然提供了更加令人信服的理由。但是,法官应当从哪些方面对地方性法规进行审查和判断,又应该如何在裁判文书中体现,则不得而知。因此,有必要基于地方性法规民事司法适用的逻辑机理,明确“审查和判断”的操作要点。

## 二、地方性法规民事司法适用的机理阐释

考察司法实践,可以发现地方性法规在民事裁判中的定位不甚清晰,“审查和判断”的实质内涵也有待明确。本部分将以地方性法规司法适用的相关争议为线索,结合司法裁判尤其是民事司法裁判的一般法理,明晰地方性法规民事司法适用的应然机理。

### (一)地方性法规在民事裁判中的应然定位

#### 1. “参照”与“依据”定位的争议回顾

上世纪末至本世纪初,若法官因地方性法规违反上位法而不予适用,可能得到权力机关的

[27] 参见周圣等,见前注[4],第90—92页。

[28] 吴兆祥,见前注[1],第32页。

高度关注甚至猛烈抨击。其关键理由,是权力机关认为人民法院在处理本行政区域内的案件时,必须适用地方性法规。如1996年“滕州市城关镇黄山桥村村民委员会诉张宏亮承包协议纠纷案”,涉及到个人能否开办市场的问题。虽然《山东省城乡集贸市场管理条例》明确个人可投资建设集贸市场,但滕州市人民法院以国家工商局颁布的《商品交易市场登记管理办法规定》中规定的开办市场的主体中没有个人为理由,做出了与地方性法规规定不一致的判决。山东省人大常委会和山东省人大内务司法委员会在听取关于此案的汇报后,认为滕州市人民法院无视地方性法规的做法“是完全错误的”,因为“地方性法规是国家法律体系的重要组成部分,地方国家权力机关有权力保证其在本行政区域内得到实施,应当维护其严肃性和权威性,维护我国法制的统一”。〔29〕1997年“桑长福诉沁阳市工商行政管理局行政处罚案”中,在法院认为地方性法规设定的行政处罚超出法律的范围而不予适用时,河南省人大常委会同样指出,案涉地方性法规“在本省区域内具有法律效力,本省各级行政机关、司法机关均应遵照执行”,甚至认为沁阳市人民法院的做法“对我国的人民代表大会制度缺乏正确的认识”。〔30〕

针对权力机关的观点,学界表达了不同看法,认为地方性法规在司法裁判中应处于“参照”地位。首先,学者考察宪法和组织法,指出法院不适用地方性法规就破坏了法制统一、违背了人民代表大会制度的观点并不成立。因为地方权力机关对地方法院的监督,仅是对后者是否执行法律的监督,不包括是否执行地方权力机关意志的监督。若要求人民法院必须适用地方性法规,地方法院将沦为地方权力机关的执行机关,也会侵犯宪法赋予人民法院的独立审判权。〔31〕其次,学者基于最高人民法院的指导性文件和司法实践,更进一步提出,地方性法规实际上并不是人民法院的审判依据。虽然1989年制定的《行政诉讼法》第52条明确审理行政案件可以将地方性法规作为依据,但是最高人民法院在1993年发布的《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定的复函》中明确,“地方性法规的规定与法律和行政法规的规定不一致的,应当执行法律和行政法规的规定”。如此便动摇了地方性法规的审判依据地位。民事裁判中,最高人民法院在1999年发布的《全国民事案件审判质量工作座谈会纪要》(以下简称《民事案件审判纪要》)将适用地方性法规的情形分为“应当适用或参照”“可以适用或参照”“不能适用或参照”三种。实际上也已经间接否定了地方性法规的民事审判依据地位。〔32〕至此,学界倾向于:地方性法规在司法裁判中仅处于“参照”的地位,而非“依据”。

到了2009年,最高人民法院为统一司法裁判中规范性法律文件的引用规则,发布了《裁判文书引用规定》,其第4条明确地方性法规可以作为裁判依据直接援引。同时,最高人民法院回应了理论界和实务界关于地方性法规能否在民事裁判文书中引用的争议,指出“地方性法规

〔29〕 王辉、杨明:“地方性法规的权威不容置疑——山东省高级人民法院依法撤销一起无视地方性法规的判决”,《人大研究》1990年第4期,第36—37页。

〔30〕 自南等,见前注〔26〕,第3—4页。

〔31〕 参见刘松山:“人民法院的审判依据”,《政法论坛》2006年第4期,第30页。

〔32〕 参见崔文俊:“人民法院审理案件适用地方性法规问题的探讨”,《天津商学院学报》2007年第4期,第63—64页。

作为立法法规定的立法形式之一,有其法定的调整事项和适用范围,人民法院在处理符合地方性法规调整的事项且在地方性法规适用的效力范围内的案件,应当适用地方性法规,而不是参照”。〔33〕至此,最高人民法院似乎否定了学界的“参照说”。但是,《裁判文书引用规定》在强调人民法院应当适用地方性法规的同时,依旧保留了法官对地方性法规进行审查和判断的权力。近年来,依然有学者基于司法实践主张地方性法规的效力实际上仅仅停留在参照层面。〔34〕在此基础上,还有观点认为法院在司法裁判中有权审查并不予适用与上位法相抵触的地方性法规。〔35〕可见,地方性法规在民事裁判中的定位依然存在争议。

## 2. 参照适用地方性法规的定位证成

实际上,《裁判文书引用规定》明确地方性法规可以作为民事裁判依据,并不意味着对“参照说”的完全否定。最高人民法院指出,《裁判文书引用规定》“只解决法律引用的问题,不解决法律适用问题”。如何适用法律,人民法院应当结合案件情况,并根据有关法律规定进行。〔36〕《裁判文书引用规定》中所谓的“依据”,指裁判文书可以援引的规范性法律文件,不同于法律适用层面的“依据”。后者强调人民法院在司法裁判时,必须适用该规范,不能拒绝适用,〔37〕代表了法律适用层面的约束效力。根据最高人民法院的多件司法答复,当地方性法规与法律、行政法规冲突或不一致时,法院应当选择适用法律、行政法规。〔38〕所以,在司法实践中,地方性法规并不具有“依据”那样必须适用的约束效力。实际上,1989年《行政诉讼法》起草之时,立法者也面临着“规章是否可以作为法院审理行政案件的依据”的争议。在考虑了正反两方面的意见后,草案最终规定法院在审理行政案件时,参照规章。并解释到:“对符合法律、行政法规规定的规章,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,法院可以有灵活处理的余地。”〔39〕2012年,最高人民法院在解读指导性案例时进一步强调:“所谓参照规章,是指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;只有那些符合上位法规定、合法有效的规章,人民法院才可以参照适用。”〔40〕根据理论上通行的解释,“参照”意味着规章从总体上对法院无绝对拘束力,实质上赋

〔33〕 吴兆祥,见前注〔1〕,第32页。

〔34〕 参见谢晖:“从‘可以适用习惯’论地方性法规的司法效力”,《法律科学》2018年第6期,第76页。

〔35〕 参见马得华:“‘反多数难题’在中国:法院有权审查地方性法规吗”,《政治与法律》2016年第10期,第132—133页。

〔36〕 参见吴兆祥,见前注〔1〕,第30页。

〔37〕 参见应松年:《当代中国行政法(下卷)》,中国方正出版社2005年版,第1804页。

〔38〕 参见孔祥俊:《法律解释与适用方法》,中国法制出版社2017年版,第563—565页。

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

〔40〕 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50页。

予了法院对规章的选择适用权。<sup>〔41〕</sup>可见,参照适用的本质,是法官对规范性法律文件有选择适用的空间。对比之下,我们也发现,审判实践的发展已经突破了地方性法规的“依据”地位,将其改造成了类似规章的“参照”地位。<sup>〔42〕</sup>同样,《民事案件审判纪要》区分了从“应当适用或者参照”到“可以适用或者参照”再到“不能适用或者参照”的情形,在赋予法官选择适用权的基础上,也奠定了地方性法规在民事裁判中的“参照”地位。需要注意的是,参照适用地方性法规,并不意味着法官的选择适用权完全不受约束。所谓参照,是先参酌,再考量,之后决定是否适用。<sup>〔43〕</sup>人民法院在适用地方性法规前,必须考虑或评价该地方性法规,未经考虑或评价,不得直接适用或拒绝适用该地方性法规。<sup>〔44〕</sup>体现在《裁判文书引用规定》中,就是法官必须先对地方性法规进行审查和判断,再决定是否应当适用。因此,在法律适用层面,地方性法规在民事裁判中应当处于“参照”地位:一方面,地方性法规是民事裁判的重要依据,法官在司法裁判时必须将其纳入考量范围。另一方面,法官也有审查和判断地方性法规的权力和义务,对于应当适用的地方性法规,法官不得拒绝适用;对于不符合应当适用条件的,法官有权不予适用。

参照适用地方性法规,除了契合法教义学上的解释规则,还符合地方性法规的法制意义和立法期待。历史表明,在我国幅员辽阔、社会经济发展不平衡的背景下,赋予地方立法权,对于发挥地方的主动性、创造性,促进地方经济发展、社会进步和加快改革进程起了很大作用。<sup>〔45〕</sup>同时,对于那些处于改革时期、中央立法尚未制定而留有“空白”的事项,地方性法规又可以发挥先行先试的优势,为国家统一立法积累经验。<sup>〔46〕</sup>正是基于地方性法规的法制意义和积极作用,《宪法》和《立法法》才确立并构建地方立法制度。作为中国特色社会主义法律体系的组成部分,地方性法规理应得到司法机关的尊重,成为重要的裁判说理依据。但是,这不意味着法官必须无条件适用地方性法规:第一,如前文所言,人民法院是国家的审判机关,而非地方权力机关的执行机关,要求人民法院必须适用地方性法规,与宪法对人民法院独立行使审判权的职能定位不符。第二,《立法法》第80条和第81条严格限定了地方性法规的制定权限,框定了地方性法规发生法律效力区域范围和事项范围,由此决定了地方性法规司法适用的条件性。这也是为何最高人民法院对于“符合地方性法规调整的事项且在地方性法规适用的效力范围内的案件”,才强调应当适用地方性法规。第三,必须认识到,我国的地方立法一直存在越权立法、抵触上位法的情形。<sup>〔47〕</sup>在赋予设区的市以立法权后,市级立法更凸显出了立法权滥用等

〔41〕 参见付国华、李向阳:“与上位法冲突的规章不得参照适用”,载《人民法院报》2011年12月8日,第006版。

〔42〕 参见刘志刚:“地方性法规在司法审判中所处的地位及适用”,《法治研究》2017年第2期,第111页。

〔43〕 参见刘金洪、纪长胜:“在强制与任意之间:‘参照’之于司法裁判”,载贺荣主编:《深化司法改革与行政审判实践研究——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集(下)》,人民法院出版社2017年版,第1657页。

〔44〕 参见崔文俊,见前注〔32〕,第66页。

〔45〕 参见《立法法实施问答》编写组编:《立法法实施问答》,人民法院出版社2000年,第81页。

〔46〕 参见乔晓阳:《中华人民共和国立法法讲话》,中国民主法治出版社2007年,第241页。

〔47〕 同上注,第243页。

问题。<sup>〔48〕</sup>我国目前的地方立法监督缺乏专门的立法监督机构与必要的监督程序、监督标准,进而在某种程度上导致了地方立法违反上位法、立法放水等问题。<sup>〔49〕</sup>倘若司法机关遵照执行地方性法规,将使行政决策的负面效应通过司法裁判在社会经济层面扩散、放大。先审查判断再决定是否适用的“参照”模式,既照应了地方性法规的价值和地位,又能顾及其法律适用的条件性和潜在危害,体现司法裁判对立法期待的辩证回应,并发挥司法机关对地方立法的补充监督作用。

参照适用地方性法规,也是公私法融合背景下民法渊源体系开放性的应然之意。《民法典》第10条前段明确:“处理民事纠纷,应当依照法律。”在位阶上,结合《裁判文书引用规定》,该条中的“法律”除全国人大及其常委会制定的狭义法律外,还包括法律以下的行政法规、地方性法规、规章、行政规范性文件等。<sup>〔50〕</sup>在内容上,《民法典》内外融贯的立法技术和公私法融合的立法理念使得更为广泛的法律规范能够介入到民事司法。这突出体现在三个方面。第一,对于溢出《民法典》容量的事项,大量的引致条款为《民法典》和其他法律法规之间提供了接口。所谓引致条款,是指本身没有独立的规范内涵或解释规则的意义,而是直接引致到某一具体规范,由法官根据所引致的具体规范的内容去确定具体法律效果的条款。<sup>〔51〕</sup>如《民法典》规定法人的成立(第58条)、不动产统一登记的细节(第210条)、特殊合同的批准(第502条)、医疗机构过错推定(第1222条)等事项,可以直接依照法律、行政法规的有关规定。当地方性法规构成对这些法律、行政法规的细化时,自然可成为民事裁判说理依据。第二,《民法典》中转介条款的设置,也为其他制定法介入民事司法构建了桥梁。所谓转介条款,是指设定转介媒介及相关法律后果,借由转介媒介连接其他法律规范的民法内部规范。《民法典》第153条、第240条、第1165条,即是典型的转介条款,代表着整个法律体系对法律行为、事实行为、私有财产的限制和规范。转介条款的设置,实现了私法和行政法的内部接轨,将公法规定直接引入私法内部。<sup>〔52〕</sup>当地方性法规包含了合同管制、民事权益保护、所有权限制等内容时,同样可以借助这些转介条款介入民事司法。第三,除了借助引致条款和转介条款,在公私法协作的背景下,公法规范还具有通过概念涵摄介入民事司法的一般正当性。公私法之间的互相渗透和影响是社会发展过程中的必然现象。<sup>〔53〕</sup>《民法典》的实施离不开公权力的介入,<sup>〔54〕</sup>行政法通过

〔48〕 参见段东升:“设区的市地方立法的困境与进路”,《学术交流》2021年第4期,第71页。

〔49〕 参见韩业斌:“论我国地方立法监督的困境与出路——基于备案审查制度为中心的考察”,《法学》2022年第8期,第28页。

〔50〕 《裁判文书引用规定》的意义之一,是明确了民事裁判可以援引的规范性法律文件即制定法的范围。《民法典》第10条中的“法律”,应当与《裁判文书引用规定》明确的范围一致。参见汪君:“民事裁判援引规章及行政规范性文件的审查义务”,《法学研究》2021年第5期,第147—148页。

〔51〕 参见李世成:“论社会主义法律体系形成背景下的民事审判”,《社会科学研究》2012年第5期,第92页。

〔52〕 参见方新军:“私法和行政法在解释论上的接轨”,《法学研究》2012年第4期,第34—36页。

〔53〕 参见张淑芳:“私法渗入公法的必然与边界”,《中国法学》2019年第4期,第84页。

〔54〕 参见马怀德:“民法典时代:行政法的发展与完善”,《民主法制建设》2020年第7期,第11页。

充分尊重私权、限缩行政空间、解释价值目标等方式,又以“保护者”的形象拓展了私法自治领域。<sup>〔55〕</sup> 现有民事司法实践中,大量涉及城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理的地方性法规已然介入了民事司法。<sup>〔56〕</sup> 因此,无论是在位阶或内容上,地方性法规均是重要的民法渊源,法官在司法裁判时必须将其纳为找法对象。同时,强调“参照”模式下地方性法规私法融入的条件性,又可以在公私法区隔的基础上限制地方性法规对市场经济和市民社会的过度干预,实现私法自治与公法管制间的平衡。

## (二)“审查和判断”的法理内涵

民事裁判决定是否适用地方性法规的过程,是法官找法的过程。找法,又称法律发现,是指法官在司法裁判时寻找作为裁判说理大前提的过程。<sup>〔57〕</sup> 卡尔·恩吉施和拉伦茨将找法的过程形象地比喻为“大前提与生活事实之间眼光的往返流盼”。<sup>〔58〕</sup> 即在作为大前提的法律规范和作为小前提的案件事实间来回穿梭,最终找到最密切联系的规范,从而形成裁判结论的过程。<sup>〔59〕</sup> 在找法的标准方面,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。<sup>〔60〕</sup> 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,<sup>〔61〕</sup>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。法官在适用地方性法规时的“判断”,即是对地方性法规和个案事实之间是否达成涵摄的判断。同时,法官对于这种判断具有自由裁量权。拉伦茨指出,法官在判断案件是否符合法条的构成要件时,将会受到感知、对人类行为的解释、其他社会经验、价值判断等因素的影响。<sup>〔62〕</sup> 恰如恩吉施所言,“授权得为裁量决定,无异于在法的具体化上,对追求意义实现的人格加免。于此,主观上正确的就是正确的……”<sup>〔63〕</sup> 此种主观上之正确,即是对法律规范与案件事实的价值和逻辑关系的内心确信。<sup>〔64〕</sup> 因此,民事裁判在适用地方性法规前的“判断”,是指法官就地方性法规是否与个案事实之间达成涵摄的心证,是法官行使其找法自由裁量权的过程和结果。

找到可能与个案事实构成涵摄的地方性法规,并非法官找法的终点,其仍有必要以规范秩序统一性为标准对地方性法规进行审查。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,最终构成法律规范等级体系的“金字塔”,并形成法律秩序的统一

〔55〕 参见章剑生:“作为介入和扩展私法自治领域的行政法”,《当代法学》2021年第3期,第43页。

〔56〕 参见李红军等,见前注〔4〕;周圣等,见前注〔4〕。

〔57〕 参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2017年版,第54页。

〔58〕 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第162—163页;(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—73页。

〔59〕 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。

〔60〕 参见(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。

〔61〕 参见苏永钦:“‘民法’第一条的规范意义”,载《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。

〔62〕 参见拉伦茨,见前注〔58〕,第165—174页。

〔63〕 拉伦茨,见前注〔58〕,第176页。

〔64〕 参见赵玉增、王海霞:“法律发现:法官‘找法’的路径分析”,《法律方法》2015年第2期,第88页。

体。<sup>〔65〕</sup>无论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整体来适用。<sup>〔66〕</sup>因为法官寻找的不是适用于具体案件的某个规范的答案,而是整个法律秩序的答案。<sup>〔67〕</sup>同时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,进而损害法律平等的要求。<sup>〔68〕</sup>与上位法相冲突的下位规范,因而也丧失了个案中作为裁判说理依据的资格。《立法法》在“适用与备案审查”一章明确的“宪法至上”“上位法高于下位法”的原则,即是对法律适用中这种规范秩序统一性的体现。具体到地方性法规,《宪法》第100条、《立法法》第80条和第81条明确,地方可以在不同宪法、法律、行政法规等上位法相抵触的前提下制定地方性法规,同样是对其规范秩序符合性提出的基本要求。鉴于地方性法规在立法质量上可能存在瑕疵,法官在适用地方性法规之前,有义务审查其是否符合规范秩序统一性。因此,民事裁判在参照适用地方性法规前的“审查”,是指法官根据一定标准,对地方性法规是否契合规范秩序统一性的审查,也是对地方性法规裁判说理依据资格的审查。

有观点认为,法官在司法裁判中可以对地方性法规尤其是对可能与上位法冲突的地方性法规的合法性进行审查,<sup>〔69〕</sup>甚至主张这种审查属于立法审查<sup>〔70〕</sup>或司法审查<sup>〔71〕</sup>。实际上,法官从法律适用层面对地方性法规裁判说理依据资格的审查,是一种法院固有的选择适用权,其既不同于立法审查,也不同于合法性审查或司法审查。首先,法官有找法的权力,在相互冲突的法律中选择适当的法律本是其审判工作的一部分。<sup>〔72〕</sup>根据《宪法》《立法法》所确立的原则,法官在审理案件时具有法律规范的选择适用权。<sup>〔73〕</sup>这种选择适用权属于法官对法律规范的“有思考的服从”,仍然属于法律的具体解释和适用范畴,是司法权的必要组成部分。<sup>〔74〕</sup>其次,立法审查是一项具有特殊且明确目的的审查制度,其作用在于通过对立法质量的审查及时改变或撤销存在瑕疵的立法。《立法法》第101条赋予了司法机关的立法监督权限,但监督的路径仅是“可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求”。在缺乏明确规定或授权的情形下,万不可认定司法机关具有对立法的审查权限,否则既耗费立法成本、增加司法负担,也会造成立法机关与司法机关的对立。最后,在找法过程中对裁判说理依据资

〔65〕 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—207页。

〔66〕 参见魏德士,见前注〔60〕,第121页。

〔67〕 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6页。

〔68〕 参见魏德士,见前注〔60〕,第316页。

〔69〕 参考莫纪宏:“地方性法规合宪性审查中的几个法理问题探讨”,《山西师大学报(社会科学版)》2020年第4期,第48页;刘志刚,见前注〔42〕,第110、119页。

〔70〕 参见袁明圣:“当代中国法院立法审查之现状与未来走向”,《政治与法律》2013年第11期,第112—113页。

〔71〕 参见马得华,见前注〔35〕,第133页。同时,一项针对法官的调研也表明,一部分法官认为,法院直接排除适用与上位法抵触的下位法,就是在行使司法审查权。参见彭亚楠:“‘自行判决’、‘谨慎表述’——对某中级法院法官处理法规冲突案件的实证调查”,《法学》2003年第7期,第118页。

〔72〕 参见周永坤:“论法官查找法律的权力”,《法学》2004年第4期,第118页。

〔73〕 参见最高人民法院案例指导工作办公室,见前注〔40〕,第51页。

〔74〕 参见孔祥俊,见前注〔67〕,第5页。

格的审查判断,和制度性合法性审查或司法审查,在制度属性、审查目的、主动程度、处理方式等方面存在明显不同:第一,前者是法律适用的一般原理和裁判说理机制,后者则是一项由基本法律明确规定的审查制度。第二,前者的目的是明确某一规范能否作为裁判说理依据,后者则是要对其合法性做出明确的判断。第三,前者需要法官在每一个案中主动审查意欲作为裁判说理依据的规范,后者则仅在当事人提出明确审查请求时才可对规范的合法性做附带审查。第四,前者审查的结果仅是决定能否作为裁判说理依据而已,后者若审查认定为不合法,有权向制定机关提出附答复期限的司法建议,特定情形下还需将审查结果向上级人民法院乃至最高人民法院报备。<sup>[75]</sup>

综上,地方性法规是民事裁判的“参照”而非“依据”,这体现为法官在适用地方性法规时的判断和审查过程:<sup>[76]</sup>法官在司法裁判时,有义务将地方性法规纳入找法对象,但同时也有权力根据找法的一般规则判断地方性法规是否构成与个案事实最相接近的规范,并主动审查地方性法规与我国规范等级体系的契合情况,最终决定是否适用。司法机关在找法过程中对地方性法规进行的审查,仅是认定其能否作为裁判说理依据的必经过程,乃法官的选择适用权,与立法审查、合法性审查或司法审查,具有本质区别。

### 三、地方性法规民事司法适用的规则完善

当前民事司法实践表明,法官援引地方性法规的裁判说理质量有待提高,突出表现在对“应当适用”的理由阐述上。本部分将基于前述逻辑机理,结合裁判文书撰写的一般法理和我国裁判文书释法说理改革的具体要求,明确民事裁判援引地方性法规的相关规则及说理要点。

#### (一) 民事裁判文书援引地方性法规的一般规则

《裁判文书引用规定》第1条明确了引用规范性法律文件的书写规则,第2条明确了引用多个规范法律文件的注意事项。民事裁判在援引地方性法规时,自然应遵照上述规则。此外,还应区分民事裁判援引地方性法规的不同情形,在援引位置上做不同处理:第一,区分地方性法规是作为裁判依据还是说理依据。根据最高人民法院发布的《人民法院民事裁判文书制作规范》,法官在裁判文书中可主动援引规范性法律文件对案件作出实质处理的地方,包括“理由”和“裁判依据”两处。其中“理由”始于“本院认为”,“裁判依据”则是在裁判主文之前,以“综上,依照某某法”的方式列出。地方性法规既可能作为裁判依据在“裁判依据”部分援引,也可能作为说理依据在“理由”部分援引。从裁判推理的角度看,裁判依据,是指作为裁判结论的“最终的规范基础”或者“最终的裁判规范性理由”的规范性法律文件;而说理依据,则是指作为

[75] 参见汪君,见前注[50],第149—150页。

[76] 根据找法的一般原理,法官应先对规范与个案事实间的涵摄情况作出判断,在涵摄达成的情形下,才进一步审查其是否符合规范秩序统一性。因此,“审查和判断”的具体操作顺序应当是先判断、再审查。

“最终的裁判理由的理由”的规范性法律文件。<sup>〔77〕</sup> 地方性法规是作为裁判依据还是说理依据,需要结合案件事实具体认定。如在机动车交通事故责任纠纷中,《道路交通安全法》第76条规定明确了肇事双方都有过错的,需要在交强险之外按照过错比例承担责任,这是要求非机动车方和行人承担部分责任、减轻机动车方责任的“最终的规范基础”;地方性法规对于不同过错程度的责任比例有非常明确的规定,构成裁判依据(《道路交通安全法》第76条)的理由。此时地方性法规便属于支持法官做出具体判决的说理依据,应当在“理由”部分被援引。第二,区分地方性法规是作为“认定事实之依据”还是作为“裁判之基础”。裁判文书援引规范性法律文件,可能是作为“认定事实之依据”,也可能是作为“裁判之基础”。<sup>〔78〕</sup> 前者指规范性法律文件作为裁判说理之小前提即事实认定理由,后者则指规范性法律文件作为裁判推理之大前提即裁判说理依据。当地方性法规作为“认定事实之依据”时,其便仅可在裁判文书“理由”部分被引用。比如在“临海市红脚岩渔港渔船修造有限公司与临海市红脚岩渔港投资开发有限公司海域使用权纠纷案”<sup>〔79〕</sup>中,地方性法规出台并对海域使用权分割过户作出限制,使得当事人在先签订的海上修船基地转让合同无法履行。法院依据情势变更原则判决合同解除。此时,地方性法规的条文仅是用以认定是否存在情势变更事实,作为裁判依据的则是原合同法中关于合同解除的有关条文。<sup>〔80〕</sup>

民事裁判援引地方性法规,还需要充分说明援引的理由。最高人民法院于2018年6月发布《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》),强调“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”。司法裁判在性质上是法律推理或法律论证的过程。从我国裁判文书说理改革的整体趋势和具体要求来看,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。<sup>〔81〕</sup> 从加强释法说理的角度出发,民事裁判必须将“应当适用”地方性法规的理由在裁判文书中主动呈现出来,即地方性法规构成与案件事实达成涵摄,且不违反规范秩序统一性。反思现有实践,地方性法规的民事司法适用存在说理不足的问题,需要相应完善。第一,未说明适用的理由便直接援引地方性法规及其条文。此种做法在形式上是无条件地适用地方性法规,不符合其在民事裁判中的“参照”地位,也不符合《释法说理意见》的明确要求。因此,必须强调法官在援引地方性法规前的主动说理义务。第二,对于当事人提出的适用或不适用地方性法规的主张,未给予正面回应。如在“中国人民财产保险股份有限公司城固支公司

〔77〕 参见刘树德:“‘裁判依据’与‘裁判理由’的法理之辨及其实态样态——以裁判效力为中心的考察”,《法治现代化研究》2020年第3期,第130页。

〔78〕 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111页。

〔79〕 参见宁波海事法院民事判决书,(2018)浙72民初972号。

〔80〕 实际上,在合同效力认定领域,人民法院早已意识到规范性法律文件既可能属于判断是否违反强制性规定的法律依据,也可能作为判断是否违反公序良俗的事实依据,从而适用不同的裁判路径。详见汪君:“违反规章之合同效力认定”,《荆楚法学》2023年第1期,第21—22页。

〔81〕 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。

司与付辉保险合同纠纷案”<sup>〔82〕</sup>中,上诉人认为地方性法规与最高人民法院司法解释相抵触,不应适用。二审法院未就上诉人的这一主张进行回应,而是仅指出案涉地方性法规属于正式法律渊源,根据《裁判文书引用规定》,其可以作为裁判文书的法律依据,故其适用并无不当。《释法说理意见》第 7 条指出,“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”。因此,对于当事人提出的地方性法规适用问题的主张,法官应当在裁判文书中直接回应并说明理由。第三,对适用地方性法规与否的理由说明得不够全面、充实。适用地方性法规与否的理由,包括是否与案件事实达成涵摄,以及是否契合规范秩序统一性两个方面。整体来看,司法机关在决定是否适用地方性法规时,所述理由往往字数较短,且经常无法同时涵盖涵摄关系判断和规范秩序审查两个方面。当然,主要原因可能是因为法官缺少权威、明确的指引。可见,为提高司法裁判实效,有必要进一步明确法官判断和审查的具体标准及说理要点。

## (二)“应当适用”地方性法规的判断及说理

大多数情况下,行政诉讼中的法律适用,是司法机关在行政机关“第一次法律适用”的基础上的“第二次法律适用”,解决的是行政机关在“第一次法律适用”过程中是否合法的问题。而民事诉讼不存在某一法定机关依法定职权作出具有法律效力的决定的情况,其法律适用属于“第一次法律适用”。<sup>〔83〕</sup>民事裁判中,法官需要自行寻找裁判大前提。相应地,在判断地方性法规是否与个案事实达成涵摄的问题上,民事裁判中的法官享有更大程度的自由裁量权。同时,其在援引地方性法规时也应提供更加充分的理由。

民事裁判“应当适用”地方性法规的理由,包括民法内和民法外两种。所谓民法内的理由,是指由民事法律作为主要的裁判大前提,地方性法规作为论证主要大前提和个案事实间达成涵摄的辅助媒介的理由。此时,如前所述,地方性法规并非“最终的规范基础”,仅得作为说理依据在“理由”部分援引。民法内的理由主要包括四种。第一,在法律概念涵摄上具有一致性。指地方性法规与民事法律的条款均对某一共同法律概念的相关事项作了规定,二者因概念的一致性而形成了法律适用上的互动。这是大部分地方性法规民事司法适用的基本路径。如公共租赁房属于特殊租赁物,《民法典》“合同编”仅规定了一般租赁物的租赁规则。在公共租赁房合同纠纷中,涉及租赁户名的确认和变更问题,地方性法规《上海市房屋租赁条例》提供了明确依据,辅助《民法典》“合同编”有关条款的适用。第二,作为具体民事法律关系构成要件的成立依据。最典型的是作为侵权责任构成要件。实践中有大量地方性法规,包含管制性规定,或者设定了特定主体的职责义务,可以作为认定过错存在、权益受损、因果关系成立等的依据。前文所述与道路交通安全相关的地方性法规,即是通过此种路径介入侵权责任的认定。第三,构成民法转介条款的转介对象。除了前文提及的《民法典》内部的转介条款,其他民事法律中也有此类转介条款。如《公司法》第 147 条指出公司高管应当遵守其他法律、行政法规,对公司负有忠实义务和勤勉义务。其中“忠实义务和勤勉义务”便是转介媒介,当地方性法规的有关

〔82〕 陕西省汉中市中级人民法院民事判决书,(2016)陕 07 民终 367 号。

〔83〕 参见应松年主编:《行政诉讼法学》(第六版),中国政法大学出版社 2015 年版,第 254—255 页。

规定构成这些媒介的具象时,便可借此介入民事司法。第四,作为民事法律原则的体现。当对地方性法规的违反,构成对诚实信用、公序良俗、自愿、公平、禁止权利滥用等原则的违反,便可能产生民法上的特定法律后果,从而借助有关法律原则条款介入民事司法。所谓民法外的理由,是指基于民事法律引致条款或因民事法律漏洞存在,而直接适用民事法律之外的法律规范的理由。主要包括两类。第一,构成民事引致条款的引致对象。《民法典》中多个引致条款明确指出可以或应当适用相关“法律、行政法规”,还有多个条文采用了“国家规定”“国家有关规定”“国务院的有关规定”“国有财产管理规定”<sup>〔84〕</sup>这些引致性表述。当地方性法规构成被引致的对象,或者构成被引致的法律、行政法规的细化或补充时,便具有了介入民事司法的正当性理由。第二,构成民法漏洞填补依据。如前文案例中,因现行法律并无关于股份合作企业股份继承的规定,便借由地方性法规中的明确规定进行漏洞填补。需要注意,在这两类民法外的理由中,只有地方性法规直接构成被引致的规范,或者无其他可以作为漏洞填补的裁判依据(如行政法规、司法解释等)时,其才可以构成“最终的规范基础”作为裁判依据在“裁判依据”部分援引。

判断是否适用地方性法规并进行说理时,应当注意如下要点:第一,要判断并说明案件是否属于地方性法规适用的效力范围。最高人民法院指出,“在处理符合地方性法规调整的事项且在地方性法规适用的效力范围内的案件”,应当适用地方性法规。“符合地方性法规调整的事项”,是指地方性法规条款内容和案件事实达成涵摄;“地方性法规适用的效力范围”,则是指仅有在本行政区域内的案件,才有适用地方性法规的可能。第二,要区分不同的地方性法规类型,相应说明理由。根据《立法法》,地方性法规主要分为执行性地方性法规和创制性地方性法规。所谓执行性地方立法,是根据上位法制定的符合地方实际的具体化、可操作的执行规范;所谓创制性地方立法,是指根据地方实际需要和特殊情况,在上位法尚无规定时做出的创造性立法。<sup>〔85〕</sup>对于执行性地方立法,虽然地方性法规中的条款构成了和个案事实最接近的规范,但是其根本的效力来源是高位阶的上位法。法官需要先行指明上位法的存在,并说明上位法无法为案涉争议焦点提供明确的裁判结论,但因地方性法规作出了具体规定,可以作为本案说理依据。对于创制性地方立法,法官应对上位法无相关规定情况作出说明。正如前述“陆群毕节市水电加油站股东资格确认纠纷案”一样,法官需要先行指出“我国法律、行政法规对股份合作制企业并无明确规定”。此外,还有一类特殊的地方性立法,其在条文逻辑上不直接执行上位法中的某个具体条文或制度,而是对法律、行政法规立法精神和原则的具体化。《民事案件审判纪要》明确民事裁判可以适用此类地方性法规。严格来说,此类地方性法规并无明确上位法依据或法律授权,可以按创制性地方立法进行适用。第三,在援引地方性法规之前,必须充分检索上位法并说明有关情况。根据“上位法优于下位法”的法律适用原则,只有上位法阙如或上位法无法与案件事实达成涵摄,才能将地方性法规作为找法对象。无论是基于民法

〔84〕 参见单飞跃:“《民法典》中经济公法规范的结构、功能及其影响”,《现代法学》2022年第3期,第100页。

〔85〕 参见谢晖,见前注〔34〕,第79页。

内理由还是基于民法外理由,无论是援引执行性地方立法还是创制性地方立法,法官均应在遵照前述第二项说理要点的基础上,列明上位法有关条文或强调上位法阙如的事实,以提高释法说理的完整度。第四,注意上位法尤其是民事法律中对于规范位阶的限制。比如《民法典》第153条明确仅得以法律、行政法规的强制性规定作为判定民事行为效力的依据,此时便不得以地方性法规判定民事行为的效力。

### (三)“应当适用”地方性法规的审查及说理

早在2004年,最高人民法院发布的《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》)就明确,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。2009年的《裁判文书引用规定》将这种审查义务同步到民事裁判。民事裁判援引规章和行政规范性文件的审查义务和援引地方性法规的审查义务在性质上相同,都是在找法过程中以规范秩序统一性为标准对裁判说理依据资格的判断。<sup>[86]</sup>同时,2014年修订的《行政诉讼法》确立了对行政规范性文件的制度性司法审查,并通过司法解释规定了明确的审查范围和审查标准。这些为民事裁判对地方性法规的审查提供了参考。

#### 1. 审查的范围

考察现有实践,可以发现对抽象行政行为的审查,一般从制定权限、条文内容、制定程序三个方面进行。对于行政规范性文件的审查,学界观点、司法解释、司法实践和国务院的监督管理文件较为一致,均是从上述三个方面展开。对于规章的审查,虽然最高人民法院的指导性案例是从条文内容方面进行审查,但是学界观点和司法实践则已然涉及到制定权限和制定程序方面的审查。那么对地方性法规的审查应当从哪些方面进行?本文认为,对地方性法规的审查暂时宜限定为对其条文内容的审查。原因有三:第一,对地方性法规制定权限和制定程序是否合法的判断,明显超出了司法机关的能力。根据《立法法》,地方性法规的立法权限主要是为执行法律、行政法规,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项,以及属于地方性事务需要制定地方性法规的事项等。但是,这些事项的内涵及范围未有明确且统一的规定,学界对于“地方性事务”也处于探讨阶段。<sup>[87]</sup>关于地方性法规的制定程序,《立法法》规定了原则性事项,包括提出、审议和表决等环节。但实际上,地方性法规的制定程序要复杂得多。以《北京市制定地方性法规条例》为例,其区分了市人民代表大会和市人民代表大会常务委员会制定地方性法规的不同程序,用共计30个条款规定了法规案提出、审议、表决等环节的具体要求,涵盖法规案提出的主体、时限、审议意见印发和报告、重大问题研究、表决规则、公告等。倘若要求司法机关对这些程序全部进行审查,既可能因立法机关未全面保留相关记录而落空,也会显著增加诉讼成本。第二,从现有的权威司法实践来看,对地方性法规的审查主要局限在条文内容的审查上。虽然《民事案件审判纪要》指出,若地方性法规作出的解释超越立法权限或就全国性通用法律术语进行解释,则不可作为民事案件裁判依据。但是,笔者考察其后最高人民法院就地方性法规的司法适用问题发布的一系列批复,以及近年来的司法裁判,发现其中的关

[86] 参见汪君,见前注[50],第144页。

[87] 参见俞祺:“论立法中的‘地方性事务’”,《法商研究》2021年第4期,第116页。

注焦点主要是解决地方性法规在内容上和上位法不一致、相冲突时的适用问题,暂时未涉及到地方性法规的制定权限或制定程序。第三,对地方性法规的全面审查,不利于司法机关审查环境的营造。虽然近年来法官审查地方性法规的司法环境有了明显改善,但是基于历史经验,乘着循序渐进的改革原则,司法机关暂时不宜对地方性法规的制定权限和制定程序作审查和评价,以免因各方面的过度关注而影响法官的审查信心。

## 2. 审查的标准

最高人民法院在1993年印发的《全国经济审判工作座谈会纪要》曾指出:“行政法规的规定与法律的规定有抵触的,应当适用法律的规定,地方性法规的规定与行政法规的规定抵触的,适用行政法规的规定。”<sup>[88]</sup>2000年制定的《立法法》,其第79条明确:“(第1款)法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。(第2款)行政法规的效力高于地方性法规、规章。”这之后,最高人民法院在一件批复中,就地方性法规与行政法规不一致时如何处理的问题,指出应根据上述第79条第2款规定的精神进行选择适用。<sup>[89]</sup>上位法优先本身即为法律适用的一般原则,法官在规范等级体系中找法的一项重要原则即是位阶原则。<sup>[90]</sup>本文认为,民事裁判在审查是否适用地方性法规时,应将地方性法规是否与上位法相抵触,作为核心审查标准。根据《民事案件审判纪要》,地方性法规是否与法律、行政法规的基本原则和精神相抵触,决定了能否参照适用地方性法规。但是,秉承“重点解决比较明显的冲突”<sup>[91]</sup>的审查原则,并为提高民事裁判审查活动的统一性和可操作性,现阶段不宜对地方性法规是否与上位法的原则、精神相抵触进行审查。即应将审查重点放在地方性法规的条文内容是否与上位法的具体条文、制度相抵触上。

民事裁判对于地方性法规是否违反上位法的判断,可以参照行政诉讼中现有的、成文的审查标准。《审理行政案件纪要》之“二、关于法律规范冲突的适用规则”中的“(一)下位法不符合上位法的判断和适用”部分,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。民事裁判在审查地方性法规时应当将其作为核心参考标准。着眼于未来对相关审查标准的扩充和统一,最高人民法院应当积极通过发布司法解释、指导性案例、公报案例等途径明确相关审查标准。在强调类案统一法律适用重要意义的背景下,最高人民法院以及地方高级人民法院,也可以积极发布成熟类案指导各地各级人民法院的审查工作。此外,构建行政审判和民事审判部门之间的协作机制、在人民法院系统内探索多级互动的指导机制、建立集中公开的信息共享平台,也是统一民事裁判中地方性法规审查标准的重要配套机制。

[88] 该文件于2013年被《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》废止。

[89] 参见《最高人民法院对人民法院在审理盐业行政案件中如何适用国务院〈食盐专营办法〉第25条规定与〈河南省盐业管理条例〉第30条第1款规定问题的答复》。

[90] 参见周永坤,见前注[72],第120页。

[91] 孔祥俊,见前注[67],第8页。

### 3. 审查后的说理

民事裁判文书应当直接对地方性法规的审查情况进行说明。如此,才能确保释法说理的质量。但是面向法官群体的实证调研表明,法官在地方性法规是否与上位法冲突的问题上采取了较为保守的态度。<sup>〔92〕</sup>受“河南洛阳种子案”这类典型案例的影响,法官们会尽量避免直接在裁判文书中大胆评判地方性法规是否与上位法冲突。要么默默选择适用,不做过多解释;要么暂不做出裁判,向有权机关请示后再行处理。<sup>〔93〕</sup>但是,避开评价地方性法规合法性而直接选择法律适用,不符合司法公开的要求;<sup>〔94〕</sup>上报有权机关既不符合司法独立原则,也是将矛盾上交、逃避责任的做法。<sup>〔95〕</sup>本质上,法官在适用地方性法规前进行的审查,是在行使宪法赋予的独立审判权。法官拒绝适用与上位法相抵触的地方性法规,是《立法法》明确的“上位法优先”的法律适用原则的应有之义。虽然《立法法》明确了在特定情况下,需要将法规适用问题提交有关机关裁决。但其前提是“不能确定如何适用”,假如法官能够认定法规冲突存在,并且能够根据规范等级确定如何适用,便不得提交有权机关裁决。<sup>〔96〕</sup>否则,便有拒绝裁判之嫌。因此,法官应当在裁判文书中直接对地方性法规与上位法的符合情况进行评判,并以此作为是否适用地方性法规的理由。

对审查情况的说明,包括审查过程和审查结果两个方面。此点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。法官在援引地方性法规时可以采用上述做法,表明其进行了审查,并向诉讼双方展示其适用或不适用地方性法规的理由。若审查后认定案涉地方性法规不抵触上位法,裁判文书可表述为:“本院通过对地方性法规的条文内容进行审查,认为其不与上位法相抵触,可以作为本案裁判说理依据。”若审查后认定案涉地方性法规抵触上位法,相关表述要保守克制,切忌对地方性法规的效力作出评价。因为法官在个案裁判中对地方性法规的审查只是对其裁判说理依据资格的判断,不是抽象地撤销地方性法规使之彻底无效,其后果只是不予适用抵触上位法的地方性法规。<sup>〔97〕</sup>此时,法官可在裁判文书中说明地方性法规在条文内容上与上位法相抵触的具体理由,进而指出其“不宜作为本案裁判说理依据”。

〔92〕 参见彭亚楠,见前注〔71〕,第114—116页。

〔93〕 参见周圣等,见前注〔4〕,第95页。

〔94〕 参见马得华,见前注〔35〕,第128页。

〔95〕 参见周永坤,见前注〔72〕,第118页。

〔96〕 参见孔祥俊,见前注〔38〕,第534页。

〔97〕 参见马得华,见前注〔35〕,第138页。

## 四、结 论

“遵照执行”或者“存而不用”的根源,是对地方性法规在民事裁判中的定位未能有清晰认识。基于宪法赋予人民法院的独立审判地位,通过对“依据”“参照”的司法意义辨析,结合当前我国地方立法实际,并贯彻公私法融合的法治机理,可以认为,在法律适用层面,地方性法规仅为民事裁判的参照。参照适用地方性法规,并不意味着法官完全不受地方性法规的约束。相反,法官在民事司法裁判过程中,必须将地方性法规纳入找法对象,先后判断并审查是否应当适用地方性法规。所谓对地方性法规的判断,是指对地方性法规是否与个案事实达成涵摄的判断;所谓对地方性法规的审查,是以规范秩序统一性为标准,对地方性法规是否为适格裁判说理依据的审查。本文在现有民事司法实践的基础上,根据民事裁判文书撰写和释法说理的基本要求,明确了法官在判断和审查地方性法规时的操作要点、具体标准、说理细节等事项,以期推动新时代我国地方性法规民事司法适用规则的不断完善。

**Abstract:** There are two misconceptions about the civil law courts' application of local regulations, namely, that the local regulations should be “followed” or that they should be “acknowledged but not applied”. Local regulations should be in the position of “reference” in civil judicial decisions. Judges must include local regulations as objects of “law finding”, but such regulations should be assessed and reviewed before deciding whether to be applied. The so-called assessment requires the judges to assess whether a local law or regulation reaches a subsumption with the facts of an individual case after a top-down law finding. The reasons for this achieved subsumption include both “civil law” and “extra-civil law”. The so-called review refers to the judges' review of the qualification of the basis of the judging and reasoning under the local regulations, based on the criterion of the uniformity of the normative order. It is appropriate to limit such review to the content of the provisions of the local regulations, focusing on whether they are in conflict with any specific provision or system of higher laws.

**Key Words:** Source of Civil Law; Local Regulations; Conflict of Laws; Judgment Basis; Judicial Review

(责任编辑:刘哲玮)