



# 地方立法抵触标准的反思与判定

刘雁鹏

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**[摘要]** 《立法法》中规定下位法不得与上位法相抵触, 该规定是指导立法的重要原则, 但是学界对于抵触的标准并没有讨论清楚。目前学界关于抵触的界定有三种观点: 观点一, 超出立法权限即构成抵触; 观点二, 与上位法具体规定相违背即为抵触; 观点三, 与上位法的立法精神和原则相违背即构成抵触。学界主流对前两种观点的认可值得质疑, 政治、经济、文化、社会四个领域的立法实践, 证明观点三才是抵触的真正标准。逐条列举抵触情形判定是否抵触的方法, 存在例外情况, 且难免挂一漏万, 不宜作为判定抵触的方法应被否定, 最佳方法是通过立法精神和目的来判定地方立法是否抵触。

**[关键词]** 地方立法; 抵触; 标准

**[中图分类号]** D901 **[文章编号]** 1002-3054 (2017) 03-0031-09

**[文献标识码]** A **[DOI]** 10.13262/j.bjsshkxy.bjshkx.170304

《立法法》修改将拥有立法权的城市从原有的 49 个较大的市扩张至所有设区的市, 中国地方立法开启了新时代, 全国所有设区的市今后均可以通过立法的方式来管理城市和社会。但对于地方立法的核心问题——抵触的标准和判定, 学界至今仍没有讨论清楚, 以至于地方在立法过程中要么畏首畏尾, 不敢发挥地方的主动性和积极性, 要么忽略上位法的规定, 我行我素, 突破上位法的界限。研究清楚抵触一词的标准, 对于完善中国立法体制, 推进地方立法的有序发展具有积极意义。

对于抵触标准, 目前学界有三种观点:<sup>[1]</sup> 观点一, 地方立法的创制必须有上位法的立法

依据, 凡是超出宪法、法律、行政法规和上位阶地方性法规内容范围的, 则构成相抵触;<sup>[2] [P156]</sup> 观点二, 地方立法既不得与上位法的精神和原则抵触, 也不得与上位法的具体规定相抵触;<sup>[3] [P379]</sup> 观点三, 不抵触的意思是不与上位法的精神和基本原则相违背。<sup>[4]</sup> 上述观点存在若干问题, 通过梳理和回应这些问题, 能够对抵触的标准有更清晰的认识。

## 一、抵触标准的反思

1. 问题一: 没有上位法依据就是抵触?  
《立法法》第 72 条规定了省、自治区、直

**[收稿日期]** 2016-11-18

**[作者简介]** 刘雁鹏 (1988-), 男, 山西晋城人, 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

**[基金项目]** 2015 年司法部国家法治与法学理论研究项目 (15SFB2007)

辖市、设区的市在不与上位法相抵触的前提下，可以制定地方性法规。该规定涉及到抵触问题，其考察的前提是地方立法存在上位法。地方立法的上位法可以分为两种：一种是明显存在的上位法，如《青岛市学前教育条例》的上位法是《教育法》，该教育条例第1条中明文指出“根据《教育法》，结合本市实际情况，制定本条例”，这种情况很容易考察是否与上位法相抵触；另外一种是在隐藏存在的上位法，如《无锡市刑事被害人特困救助条例》就没有明确的上位法，而是依照《宪法》及相关法律法规，结合本市实际情况制定该条例，对于此条例，其上位法依据在《宪法》第45条之中。<sup>[5]</sup>刑事被害人特困救助属于公民在特殊情况下的社会救济，符合宪法的基本精神。最为极端的是有些地方立法确实找不到上位法，无论是明显的上位法还是隐藏存在的上位法。如《青岛市旅游条例》（2010）在制定之时并不存在明显或者隐藏的上位法。<sup>[6]</sup>那么在不存在上位法的情况下，地方立法该如何处理？《立法法》第73条规定了地方可以根据实际情况和实际需要，先行制定地方性法规，在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效。这就说明，在此之前，即便没有上位法的依据，仍可以就某一方面的内容制定地方性法规，当且仅当事后法律作出与下位法相反的规定之时，下位法才有可能被认定为抵触。那么在此之前，地方在中央立法未涉及之处制定地方性法规，在没有上位法的情况下不能被认定为抵触。此外，从一般的理解来看，抵触一词需要至少两个主体，在仅有地方立法的情况下不存在被抵触对象。

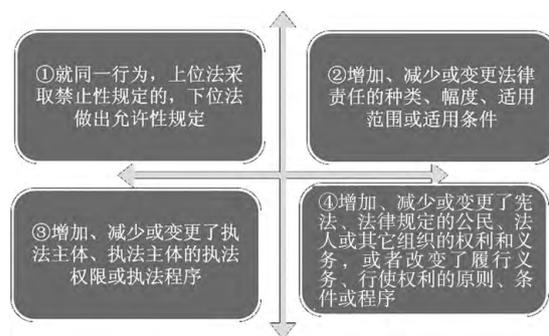
### 2. 问题二：不一致就一定是抵触？

下位法规定与上位法不一致是普遍现象。之所以如此，一则为了让上位法的规定更具有可操作性，二则为了适应当地的具体情况。

如有些学者提出，“从国家的立法本意来看，并不是将地方性法规局限于上位法既有规定，而是在不抵触的原则下突出地方特色”，<sup>[7]</sup>所以下位法的规定与上位法不一致并不一定就构成抵触。最为典型的例子就是目的性扩张，如《大连市法律援助条例》对《法律援助条例》的援助范围进行了扩张，将工伤、环境污染、食品药品安全等造成的人身伤害都列入了法律援助的范围，因为两者的目的和功能相同，都是为了更好地让弱势群体获得法律援助，因此不能算作抵触。在分析和考虑是否抵触时应当引入规范冲突和功能主义思考，<sup>[8]</sup>（P227-247）若下位法的目的是为了地实现上位法的精神，其功能是为了更好地贯彻上位法的实质要求，则不能认定为抵触。例如，青岛市制定的《青岛市城市房屋拆迁管理条例》在赔偿标准上与上位法不同，但是更加符合上位法的精神，更加有利于被拆迁户，这种下位法虽然与上位法规定不一致，但也不应被认为是抵触。

### 3. 问题三：违反上位法的具体规定就是抵触？

违反上位法的具体规定是较为极端的情况。在与上位法不一致的情况下不一定属于抵触，那么违反是否属于抵触呢？学者总结违反上位法具体规定的若干情况，认为具备以下几种情形就构成抵触：<sup>[9]</sup>



上述总结虽然道出了抵触的一些具体情

况,但每一种情况都存在例外。就④而言,若下位法相对于上位法增加了公民的权利范围和幅度是否算是抵触?如关于义务教育的法律规定免除义务教育阶段的学杂费,而某市教育条例规定,本市除了学杂费之外,教材费也由政府免费提供,这是否是对上位法的抵触?这里的规定明显增加了义务教育阶段学生的权益,应当被认为是有效的。就③而言,下位法相对于上位法增加了执法主体的义务和责任,执法标准可能会更加严格,如中央对食品添加剂的规定是1-5,即1-5的添加剂都被认为是合法的,而地方规定为了市民的身体健康和食品安全,执行的是更加严格的标准,规定1-3属于合法,4和5属于非法添加剂。原本在全国范围内合法的添加剂到了地方就属于非法,那么地方立法是否构成对上位法的抵触?程序更加合理、高效、便民,那么是否就算是抵触?再如,一般行政处罚款要求到银行支付,假设某地方立法规定可以通过微信或支付宝转账支付并只需出具网上收据,这样做更加便民,但是不是对上位法的抵触?就②而言,若地方立法将党规党纪中的条款引入作为机关工作人员的法律责任,明显扩大了责任的范围和适用条件,是否构成抵触?如地方在预防职务犯罪条例中将与“他人通奸”作为处分的条件之一,其规定没有上位法的依据,而是依照党规党纪的规定,明显扩大的法律责任和适用条件,是否构成对上位法的抵触?就①而言,中国宪法和法律中规定经济特区法规和民族自治条例都有变通法律和行政法规的权力。在中国法律体系中有大量的特区法规和自治条例与上位法相左,但特区法规和自治条例依然有效,难道这些规定也构成抵触?综上所述,违反上位法的具体规定亦不一定构成抵触。

4. 问题四:超出了自身立法权限和范围就是抵触?

有些观点认为,“违反了立法法关于立法

权限的规定,越权立法”属于抵触。<sup>[10] (P42-47)</sup>该观点有一前提,即中央与地方立法权限之分是清晰明确的。但事实上,中央与地方立法权限划分并不是那么清晰,无法将是否超出立法权限作为抵触的认定标准。

(1) 中央立法权限不明确。《立法法》第8条规定了中央专属立法权限范围,这些事项涉及到公民的基本权利、国家的基本制度,只能由法律规定。除此之外,哪些领域需要制定法律,哪些方面需要制定行政法规都没有具体的规定。有些问题并不涉及全国但仍然是中央立法,如《长江三峡水利枢纽安全保卫条例》,而有些内容虽然是全国性问题但中央尚未有统一立法,如城市养犬问题一般由城市立法解决。

(2) 地方立法权限不清晰。《立法法》第72条第2款规定了设区的市的立法权限范围,但是对省级人大及常委会的立法权限范围并没有明确规定。除了中央专属立法权之外,省级人大及其常委会仍然有广阔的立法空间,有些甚至可能在中央立法之前。如关于民间融资的问题浙江省就走在前列,在2013年就制定了《温州市民间融资管理条例》。即便是设区的市,除了“城乡建设与管理”“环境保护”“历史文化保护”这三个领域之外,法律中还规定了一个“等”,这个“等”显然囊括了一些尚未列举的属于地方事务的内容。

(3) 中央与地方立法权限混乱。很多地方染指了本应由中央专属的立法事项,造成了中央与地方立法权限出现混乱,导致很多违背《立法法》第8条之规定的内容出现。如青岛市制定了《青岛市收容教育卖淫嫖娼人员的规定》、大同市出台了《大同市收容教育卖淫嫖娼人员暂行规定》等与收容教育有关的地方立法,这些地方性法规中有不经过司法审判就限制人身自由长达两年的规定。

可以说,中央与地方之间的立法权限是不

清晰的,仍然有广阔的共享范围;对于共享范围内的立法空间,地方可以先行立法进行处理。地方立法除了明显侵犯中央专属立法权之外,不存在超出自己立法权限一说,因此,对于超出立法权限即是抵触应当改为:侵犯中央专属立法权限即是抵触。

## 二、抵触标准的实践例证

根据上述,可以初步得出以下结论:①没有上位法依据不构成抵触;②与上位法规定不一致也不一定构成抵触;③违反上位法的规定同样不一定构成抵触;④超出立法权限并不一定构成抵触,但侵犯中央专属立法权一定构成抵触。如此,则地方立法与上位法抵触的标准就是前文提到的观点三:不抵触的意思是不与上位法的精神和基本原则相抵触。若如此理解,是否会破坏中国法制统一,造成国家法制混乱无序呢?答案是否定的。事实上,中国立法实践中有大量的鲜活例证,证明实践中践行的抵触标准并不是与具体条文相违背,更不是超出立法权限。这些例证覆盖了政治、经济、社会、文化等诸多方面的立法。

### 1. 政治领域立法实践

此处涉及到立法机构权限问题。根据宪法及法律,有些机构是没有立法权的,但由于时代发展的需求却实施了立法活动。最鲜活的例证便是全国人大常委会。1978年《宪法》规定全国人大常委会会有解释宪法和法律、制定法令的权力。此处人大常委会只能够制定法令,不能制定法律。直到1982年12月《宪法》修改时才将其改为全国人大常委会制定法律的权力。然而就在1979年及1982年10月(此时82《宪法》尚未修改),全国人大常委会制定了诸如《环境保护法》及《民事诉讼法》这样的法律。此时的全国人大常委会明显超出了自身的立法权限,但是实践中并没有因为人大常

委会越权而认为这两部法律存在抵触的情况,更没有因为人大常委会无权立法而判定这些法律无效。同样,在地方立法中也存在大量的超前立法,存在超越自身立法权限的嫌疑,但仍然不被认为是抵触,反而被中央立法所吸收,成为优秀经验的典型。如重庆市在1987年(此时重庆市仍然是较大市)就制定了《重庆市行政诉讼暂行规定》,这是全国首例民告官的诉讼规定,为制定全国的行政诉讼法积累了经验。再如1985年广州市率先制定经济合同管理规定以处理合同问题,1990年上海出台《证券交易所管理办法》等。这些规定所涉及领域无一不是应当由中央立法,但在特殊时代下,这些地方立法创新为解决当时改革过程中的难题提供了规范,同时也为中央立法提供了样本和借鉴。

### 2. 经济领域立法实践

中国经济高速发展的30年也是法制爆发的30年,但法律制定和修改的速度往往滞后于经济发展,因此在经济领域经常会出现先实践后修法的例子。如1983年中共中央发布《关于印发农村经济政策的若干问题的通知》(以下简称《通知》),全国农村开始推行包干到户。而1982年的《宪法》并未承认家庭承包制,到了1993年修宪时才承认家庭承包制。如此说来,《通知》的内容与当时的宪法是相抵触的,1983年至1993年期间的所有家庭承包制尝试都是违宪的。另外一个典型例证发生在上海。2013年9月,由上海市工商局发布的《关于中国(上海)自由贸易试验区内企业登记管理的规定》取消了有限责任公司、一人有限责任公司、股份有限公司的最低注册资本。而这与当时《公司法》中关于注册资本的规定显然是相违背的。但在上海自贸区践行的这一规定并没有被认为抵触了上位法,反而于2013年10月在国务院常委会议上作为经验推广至全国。2013年12月28日,全国人大常委会通过

修订《公司法》确认了上述规定的合法性。在经济领域中的例证充分说明，即便某些文件规定与宪法及法律不一致，但事后若改革成功，也会通过修改宪法和法律捋顺法律体系，确认规定的合法性，而非因抵触而被废止。

### 3. 文化领域立法实践

由于文化领域并不属于中央专属立法，而且中国各地域各民族之间文化差异较大，各个地方的文化产业、文化保护、文化扶持等方面的内容不可能由中央统一规定，故中央赋予了地方更为宽松的立法空间，由此产生了一些地方立法与中央立法不一致的例子。如《文物保护法》第24条规定：国有不可移动文物不得转让、抵押。但在实践中由于部分文物的维护费用巨大，已经超出了当地政府所能够承受的范围，故作出了变通规定。《苏州市古建筑保护条例》第15条规定，鼓励国内外组织和个人购买或租用古建筑。该规定明显与上位法相冲突，但是考虑到每年数额庞大的维修费用，苏州市不得不出卖苏绣创始人沈涛故居“绣园”、唐寅故居“桃坞别院”、精美白花木雕的“唢德园”等古宅，并特意立法以确定购买的合法性。<sup>[11]</sup>《文物保护法》的立法精神是为了加强文物的保护，苏州市的变通规定表面上与上位法规定不一致，然而实质上是通过出卖或租赁强化了文物的保护，符合上位法的立法精神。

### 4. 社会领域立法实践

很多领域的立法实践是为了适应社会生活中出现的各种问题而产生的，并不受上位法的约束和限制。如《物权法》第73条规定：建筑区划内的道路、绿地以及其他公共场所、公用设施属于业主共有。而2016年2月国务院发布了《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》，提出“已建成的住宅小区和单位大院要逐步打开，实现内部道路公共化”，该规定将原本属于业主共有的内部道路公有

化，与《物权法》的规定明显不符。但该规定的出台是为了缓解日益拥堵的城市交通，也确实是治堵为数不多的良方之一，故而没有因为与《物权法》相违背而被废止。相同的例证还有劳动教养制度以及收容教育制度，并没有因为这两个制度与《宪法》《立法法》相违背而自动无效。

## 三、地方立法抵触的判定

以上所列举的例证只是中国立法实践中极少的一部分，在中国的法规体系中，存在大量与上位法具体规定不一致的情况，甚至是超出立法权限的情况。这种现象的出现再次说明，法规体系本身实际上并不是一个逻辑严谨、完美无缺的自治体系，无论是同级立法之间还是上下级之间，“立法打架”现象在实践中比比皆是。一个科学的理论必然符合客观实际，若坚持认为缺少上位法的支持便构成抵触，则地方立法会固步自封，大量地方经验无法通过法治途径解决，中央立法也会损失大量的立法经验。若坚持认为抵触是与上位法的具体规定不一致，将导致立法与实践脱节，使地方立法的实效大打折扣。若坚持认为抵触是与上位法的立法精神与原则不一致，还可以从理论上构建一套完整的抵触判定体系，在激发地方立法活力的同时规范地方立法。

### 1. 对列举式方法的否定

最高人民法院在回应地方各级法院的请示过程中，梳理了地方立法与上位法抵触的情形，<sup>[12]</sup> P507 并希望通过与列举情况进行比对来判定地方立法是否抵触。部分学者根据最高人民法院的司法解释构建了判断抵触的方法，<sup>[13]</sup> 而学者构建的抵触标准同样以列举为主，而且内容上更加详细，体系上更加复杂。笔者认为这种列举情形的方式不宜作为判定抵触的方法，原因如下。

(1) 抵触情形不免存在例外。诚如最高人民法院的总结,罗列了很多地方立法与上位法抵触的情形,但所罗列之情形皆存在例外情况。以全国各大城市的限行、限购为例,此举限制了购买机动车的主体范围,限制了部分车主的财产使用权,同时限购、限行还增加了城市管理部门的部分权力,如对违法出售机动车、违法购买机动车、违规出行的处罚权。但是这些举措的依据仍然被认为是合法,可见通过列举式的方式罗列抵触的标准并不可靠。

(2) 列举难以穷尽所有情况。在最高人民法院研究的基础上,有学者从各个角度分析抵触的情形,归纳了17种情况,<sup>[14]</sup>(P101-102)但是该作者承认仍然没有能够穷尽所有的情况,需要在实践中不断补充。可见若沿着该思路继续研究,只会令判定依据越来越多,方法越来越复杂。这种繁杂的判定方法并不是最佳的选择。

## 2. 通过立法精神判定抵触

除了列举式判定方式之外,还有立法精神判定的模式,即通过判定地方立法与上位法的立法精神是否一致来判定是否抵触。在判定过程中一般遵循如下步骤:首先,若地方立法与上位法内容重复,则不发生抵触;其次,若地方立法内容与上位法内容不一致,要判定立法内容是否有利于上位法立法目的的实现,是否符合上位法的立法精神和原则,若更能使上位法的立法目的得以实现,符合上位法的立法精神和原则,则不构成抵触;最后,若在判定中发现下位法与上位法的立法精神不一致,如在安全生产领域的地方性立法不利于安全生产,在食品卫生方面的立法不利于食品安全等,则应当判定为抵触。<sup>[15]</sup>对于一般的地方立法的判定,上述方法完全够用,但需要指出的是,若出现以下复杂情况,则上述步骤应当适当改变。

(1) 地方立法的上位法既有法律又有行政法规,法律与行政法规在具体内容上不一致。

在这种情况下,地方立法要么符合法律,要么符合行政法规,但绝对不可能既符合法律又符合行政法规。如《计量法》第30条规定行政处罚主体是县级以上地方人民政府计量行政部门,而《计量法实施细则》(行政法规)第60条规定:行政处罚由县级以上地方人民政府计量行政部门决定。罚款一万元以上的,应当报省级人民政府计量行政部门决定。在这种情况下,应当先判断上位法的立法目的。《计量法实施细则》相关规定的目的是防止地方政府滥用行政处罚权,有利于保护行政相对人的合法权利,因此不应判定为抵触,故地方立法选择任何一种模式都是合适的。若经判定认为行政法规有抵触的嫌疑,则地方立法只能保持与法律相一致,否则就构成抵触。

(2) 地方立法有多个相同位阶的上位法,且上位法之间立法目的不一致。这种情况一般遵循以下两个原则。①新法优于旧法,即当上位法存在新法和旧法的关系,下位法符合旧法的立法精神和原则,却与新法的立法精神和原则不一致时,则应当被认定为抵触。若符合新法的立法精神和原则,却与旧法立法精神不一致,则不被认为抵触。如2007年修订的《律师法》的立法目的是保障律师依法执业,因而在律师会见、阅卷等方面要求公安机关予以配合,而同时期的《刑事诉讼法》的立法目的是确保刑法准确实施、惩罚犯罪、保护人民,这两个立法目的存在冲突。2012年《刑事诉讼法》的修改使两者规范得以衔接,但2012年之前出台的地方律师管理相关规定,则应当符合《律师法》而非《刑事诉讼法》。②特别法优于一般法,当上位法之间的关系属于特别法与一般法时,若下位法的立法精神符合特别法,则不应当被认定为抵触;若下位法的立法精神符合一般法,但不符合特别法,则应当被判定为抵触。如《山西省劳动合同条例》的上位法是《劳动合同法》和《合同法》,其中

《劳动合同法》的立法目的是为了能够更好地保护劳动者的利益,《合同法》的立法目的是为了保护合同双方的利益,因此若地方立法不符合特殊法而符合一般法,可以判定为抵触。

### 3. 通过宪法原则判定抵触

除了上述情况之外,还存在一种极端的情形,即地方立法有两个相同位阶的上位法,且两个上位法无法适用新法与旧法、一般法与特殊法的判定方法。此时如何通过立法目的判定抵触呢?应当通过宪法来判定抵触。《宪法》第5条第3款规定:一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。宪法作为中国的根本法具有最高的法律效力。宪法为何具有最高法律效力呢?答案在《宪法》序言中:“宪法规定了国家的根本制度和根本任务。是国家的根本法,具有最高的法律效力。”宪法之所以是根本法,是因为其规定了国家的根本制度和根本任务。结合宪法文本,可以抽象出中国宪法的五大基本原则,即“①党的领导;②社会主义制度;③民主集中制;④现代化建设;⑤基本权利”。<sup>[16]</sup>这五条基本原则构成了宪法的精神和核心,凡是抵触归根到底都是对这五条原则的抵触。以最高人民法院对地方法院请示的批复可以看出,一些被最高人民法院判定为抵触的地方立法,如《福建省实施〈渔业法〉办法》<sup>[17]</sup>《重庆市林业行政处罚条例》<sup>[18]</sup>《河南省公路管理条例》<sup>[19]</sup>等都属于侵犯了“基本权利”这一宪法根本原则。同时还有一些例外情况,某些地方立法虽然表面上侵犯了“基本权利”这一宪法根本原则,但仍然没有被判定为抵触。这是因为宪法基本原则之间存在一定程度的冲突,即便某些地方立法触犯了其中一个宪法根本原则,但它可能符合另外一个宪法根本原则,所以没有被判定为抵触。如大城市出台的有限行、限购等地方立

法,虽然这些规定侵犯了公民的财产权(“基本权利”原则),但这些举措出台目的是为了解决环境污染、治理城市拥堵等“现代化建设”过程中产生的问题,符合“现代化建设”这一宪法根本原则,因此依然不能简单地判定为抵触。引入宪法五大根本原则是判定抵触的杀手锏,地方立法若严重违背宪法五大根本原则,则应当判定为抵触。

## 四、结 论

《立法法》赋予了所有设区的市拥有立法权。可以预见,今后会出现更多地方立法与上位法规定不一致的情况,因此明确界定抵触的标准和判定方法就显得至关重要。将抵触标准确定为“与上位法的立法精神和原则不一致”能够更好地激发地方立法积极性,让地方放开手脚,破除不必要的限制,根据地方的实际需要,大胆立法,为地方的改革创新提供制度支撑。而在判定地方立法是否与上位法抵触时应当遵循以下步骤。①是否存在与上位法规定不一致的内容,若存在则要判定其是否符合上位法的立法目的,若符合则不抵触,若不符合则抵触。②若地方立法时存在多个上位法,且上位法之间存在冲突,此时应当分情况讨论:情况一,上位法既有法律又有行政法规,若行政法规符合法律的立法精神,则地方立法符合任一上位法皆可;若行政法规不符合法律的立法精神,则地方立法只能与法律保持一致,否则构成抵触;情况二,上位法之间处于相同位阶,则适用新法优于旧法、特殊法优于普通法的原则;情况三,若通过上述方法仍然无法判定,则引入宪法五大根本原则进行判定。符合宪法五大原则的不被认为抵触,若严重违背宪法五大根本原则,则应当被判定为抵触。

注释:

- [1] 孙波. 地方立法不抵触原则探析——兼论日本法律先占理论 [J]. 政治与法律, 2013 (6).
- [2] 如有的学者认为, 在中央未予以立法的事项上, 地方立法不得先行涉足。因为不抵触隐含着要有中央法律为地方依据的前提, 在这个前提下, 地方立法不得先于中央。李林. 走向宪政的立法 [M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [3] 如有的学者认为, 不抵触是指不得与宪法、法律、行政法规相冲突、相违背。一是不得与宪法、法律、行政法规的具体条文的内容相冲突、相违背 (即直接抵触); 二是不得与宪法、法律、行政法规的精神实质、基本原则相冲突、相违背 (即间接抵触)。参见周旺生. 立法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [4] 如有的学者认为, 抵触的实质是要求合乎国家法律的基本精神, 朝着发展社会主义民主, 健全社会主义法制的方向发展, 地方立法顺着这个精神和方向去补充、增添、延伸、完善, 尽管不一致, 甚至有了新的规定, 但只要是国家法律允许的、能容纳的, 从根本上来讲就不存在抵触的问题。参见沈关成. 对地方立法权的再认识 [J]. 中国法学, 1996 (1).
- [5] 中国宪法第45条规定: 公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下, 有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。
- [6] 《旅游法》于2013年颁行实施, 因此在《青岛市旅游条例》出台之时是没有上位法的。
- [7] 姚明伟, 许晓蕊. 对地方立法中不抵触问题的思考 [J]. 人大建设, 2007 (5).
- [8] 希尔使用功能主义的观点把规范冲突分成三类: 规范抵触、规范碰撞和规范竞争。规范抵触是指纯粹的义务规范的冲突, 它可以用“不可能同时遵守原则”来说明, 每个规范为了实现特定的功能, 当其中一个规范所希望的行为不能实现, 则两个规范就冲突了。规范碰撞是指, 如果一个规范影响或者阻碍另一个规范功能或目的的实现, 则产生了规范碰撞。规范竞争是指两个规范分别来自两个不同管辖权, 相互产生了竞争。参见 H. Hammer Hill. A Function Taxonomy of Normative Conflict [J]. Law and Philosophy, 1987 (2).
- [9] 苗连营. 论地方立法工作中不抵触标准的认定 [J]. 法学家, 1996 (5).
- [10] 顾建亚将超越立法权限作为抵触的判断标准之一, 参见顾建亚. 行政法律规范冲突的适用规则研究 [M]. 浙江: 浙江大学出版社, 2010.
- [11] 参见易颖, 高岩. 苏州园林的私有化道路 [N]. 南方周末, 2002-12-19.
- [12] 从审判实践中, 最高人民法院总结出下位法不符合上位法的常见情形有: ①下位法缩小上位法规定的权利主体范围, 或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利主体范围; ②下位法限制或者剥夺上位法规定的权利, 或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围; ③下位法扩大行政主体或其职权范围; ④下位法延长上位法规定的履行法定职责期限; ⑤下位法以参照、准用等方式扩大或者限缩上位法规定的义务或者义务主体的范围、性质或者条件; ⑥下位法增设或者限缩违反上位法规定的适用条件; ⑦下位法改变上位法已规定的违法行为的性质; ⑧下位法超出上位法规定的强制措施的范围、种类和方式, 以及增设或者限缩其适用条件; ⑨法规、规章或者其他规范性文件设定不符合行政许可法规定的行政许可, 或者增设违反上位法的行政许可条件; ⑩其他相抵触的情形。参见刘德权. 最高人民法院观点集成: 行政及国家赔偿卷 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2014.
- [13] 胡建淼. 法律规范之间抵触标准研究 [J]. 中国法学, 2016 (3).
- [14] 董书萍. 法律适用规则研究 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2012.
- [15] 谢立斌. 地方立法与中央立法相抵触情形的认定 [J]. 中州学刊, 2012 (5).
- [16] 宪法第1条第1款规定: 中华人民共和国是工人阶级领导的、工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。工人阶级是国家的领导阶级, 共产党是工人阶级的先锋队。因此第一大根本原则就是“党的领导”; 宪法第1条第2款规定: 社

会主义制度是中华人民共和国的根本制度，所以作为根本制度的“社会主义制度”成为第二大根本原则；作为中国的权力组织原则的民主集中制为第三大根本原则；宪法序言表明“国家的根本任务是，沿着中国特色社会主义道路，集中力量进行社会主义现代化建设。”因此作为根本任务的“现代化建设”属于第四大根本原则“基本权利”是宪法能成为高级法的最重要理由，因此属于第五大基本原则。参见陈端洪. 论宪法作为国家的根本法与高级法 [J]. 中外法学, 2008

(4).

[17] 《福建省实施〈渔业法〉办法》第34条在《渔业法》的基础上增加了没收渔船的规定。

[18] 《重庆市林业行政处罚条例》第22条第1款第(1)项增加了没收无运输证的林产品的规定，超出了《森林法》规定的没收范围。

[19] 《河南省公路管理条例》增加了欠缴养路费扣押车辆的规定，超出了《公路法》和《公路管理条例》规定的处罚范围。

## The Standard and Judge of Contraventions Between Local Legislation and Central Legislation

LIU Yan-peng

( Institute of Law , Chinese Academy of Social Sciences , Beijing 100720 , China)

**Abstract:** According to the stipulations of “Legislative law”, lower rank norm can not conflict with the higher rank norm, which is an important principle of legislation. However, scholars did not reach a clear and common understand on the true meaning of law contravention. They have three different views on this issue: any legislation authority overstepping by the lower rank norm is law contravention; law contravention means the lower rank norm violate the specifics of higher rank norm; law contravention means the lower rank norm violate the spirit or principle of the higher rank norm. From the perspective of politics, economy, culture and society, this article analyzes these three opinions and justifies the third one as the only right answer. It denies the way of listing comes up with a new way which uses the principle to judge law contravention.

**Keywords:** local legislation; law contravention; standard