

# 地方立法抵触上位法的判定方法 及其价值取向

沈广明\*

**摘要** 判定地方立法是否抵触上位法的核心是价值判断。实践中,有权机关进行相关判定时运用的价值判断方法是原则权衡,法制统一、有效治理、权利保护是权衡考虑的三个重要原则。不同有权机关由于自身职权、立场等差异,在权衡时有不同的价值取向偏好。就法制统一与有效治理原则的一般权重而言,基于国家治理之立场,在坚守法制统一原则的三条底线之基础上,宜赋予有效治理原则更大权重。有权机关在抵触判定时依次经过以下四个步骤可得出抵触与否之结论:事实判断、法制统一原则的三条底线判断、有效治理与法制统一原则之权衡、权利保护与有效治理(或法制统一)之权衡。

**关键词** 地方立法 抵触 法制统一 有效治理 原则权衡

## 一、问题的提出

“不抵触”是地方立法的一项基本原则,宪法法律对此亦有明确要求。<sup>〔1〕</sup>然而,实践中立法机关以及法院等法律适用机关对某一地方立法是否抵触<sup>〔2〕</sup>上位法的问题常常存在分歧。譬如,苏万淮诉甘肃省兰州市人力资源和社会保障局案(以下简称苏万淮案)涉及《甘肃省实施

\* 杭州师范大学沈钧儒法学院讲师。本文系国家社会科学基金青年项目“政府合同管理立法研究”(项目编号:18CFX025)和“浙江省竞争性一流学科——法学”(项目编号:4025C52219020)的阶段性成果。

〔1〕 例如,《立法法》第72条第1款规定:“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会……在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。”

〔2〕 与抵触相近的概念还有不一致、违反、违背、冲突等,本文采实用主义立场,即如果某一地方立法与上位法在具体表述上不同,有权机关对此作出了否定性评价,那么此时地方立法就与上位法相抵触。

《工伤保险条例》办法》第5条第2款〔3〕与《工伤保险条例》第17条第3款〔4〕是否抵触的问题。最高人民法院(以下简称最高院)认为:“省直事业单位工伤保险管理工作规定由甘肃省人社厅负责,出发点是为在省社会保险经办机构参加社会保险的单位和职工在工伤认定、待遇支付等方面带来便利,据此甘肃省人民政府以地方政府规章的法治化形式将省直事业单位工伤保险管理职权保留在甘肃省人社厅并无不妥。”〔5〕全国人大常委会法工委于2019年12月公布的备案审查典型案例中也有该案,但却认为《甘肃省工伤保险实施办法》第4条第2款〔6〕中“有关工伤保险事务的规定与上位法不一致”,审查机关还与规章制定机关进行了沟通指正。〔7〕

这种实务分歧在理论层面被转化为地方立法抵触上位法的判定标准之争,受到了学界的广泛关注。目前学界已有较多研究成果,但仍有很大争议。总的来看,已有成果所采的研究路径主要有两种。一是规则类型化研究,即通过逻辑演绎等方式将法律规范进行分类并提炼不同类型规范的抵触判定标准。例如,胡建森将法律规范分为裁量、拘束规范与排他性、可容性规范等,提出了同类抵触、异类抵触等判定标准;〔8〕程庆栋将法律规范分为权利、义务、职权、职责等规则类型,认为不同类型规范应分别适用统一性标准、最低限度标准等;〔9〕孙波、姚国建等将其分为授益、损益规范进行分类讨论;〔10〕俞祺根据自主性、执行性和先行性立法的三分法,确定不同的抵触认定标准。〔11〕二是原则化研究,如谢立斌、刘雁鹏等认为应当以地方立法是否与上位法的立法目的或精神相冲突判断是否抵触;〔12〕陈吉利认为应用“通行之法理

〔3〕《甘肃省实施〈工伤保险条例〉办法》第5条第2款规定:“在省社会保险经办机构参加城镇职工基本医疗保险的用人单位,其工伤保险工作由省社会保险行政部门管理,经办业务由省社会保险经办机构承办。”该办法后被2019年7月25日通过的《甘肃省工伤保险实施办法》取代,旧法第5条第2款内容与新法第4条第2款基本相同。

〔4〕《工伤保险条例》第17条第3款规定:“按照本条第一款规定应当由省级社会保险行政部门进行工伤认定的事项,根据属地原则由用人单位所在地的设区的市级社会保险行政部门办理。”

〔5〕苏万淮诉甘肃省兰州市人力资源和社会保障局确认案,最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申2165号。

〔6〕《甘肃省工伤保险实施办法》第4条第2款规定:“在省社会保险经办机构参加城镇职工基本医疗保险的用人单位,跨地区、生产流动性较大行业的用人单位,其工伤保险工作由省社会保险行政部门管理,工伤保险事务由省社会保险经办机构办理。”

〔7〕参见全国人大常委会法工委:《备案审查典型案例》,载微信公号“中国宪治网”,2019年12月14日上传。

〔8〕参见胡建森:“法律规范之间抵触标准研究”,《中国法学》2016年第3期,第20页。

〔9〕参见程庆栋:“执行性立法‘抵触’的判定标准及其应用方法”,《华东政法大学学报》2017年第5期,第185—187页。

〔10〕参见孙波:“地方立法‘不抵触’原则探析——兼论日本‘法律先占’理论”,《政治与法律》2013年第6期,第131页;姚国建:“论地方性法规制定中的‘不抵触原则’——一个规范主义视角的解读”,《中国宪法年刊》2011年第00期,第74—75页。

〔11〕参见俞祺:“论与上位法相抵触”,《法学家》2021年第5期,第66—69页。

〔12〕参见谢立斌:“地方立法与中央立法相抵触情形的认定”,《中州学刊》2012年第3期,第96页;刘雁鹏:“地方立法抵触标准的反思与判定”,《北京社会科学》2017年第3期,第36—37页。

或整个法体系的价值”进行判断；<sup>〔13〕</sup>周辉则认为上下位法相抵触的判断标准包括：是否损害法制统一，是否有悖限制权力、保障权利精神等。<sup>〔14〕</sup>

总的来看，已有研究为厘清抵触判定标准提供了许多富有创造力的洞见，但还存在以下问题：第一，通过类型化研究所得出的规则抵触判定标准虽然在形式上可以做到条分缕析，但在实际运用中不可避免地存在诸多例外，缺乏足够的实用性。例如，程庆栋就意识到其提出的统一性与最低限度标准在特定情形下存在冲突；<sup>〔15〕</sup>孙波认为，对于授益或损益事项，国家法有时用统一标准，有时用最低标准等，并不确定。<sup>〔16〕</sup>第二，原则化研究所提的抵触标准大多泛泛地表述为是否与上位法立法目的相冲突或是否损害法制统一等，但并没有进一步解释何谓与上位法目的相冲突或损害法制统一等，标准本身较为模糊，也未提出与之配套的判定方法论。第三，大多数学者在讨论抵触判断标准时，往往基于自身价值判断来构建抵触标准，未对现实分歧作出直接有效的回应，对立法实践的指导作用相对有限。

因此，为了提升对现实问题的回应性，本文拟主要从全国人大常委会法工委、最高院等有权机关在履职过程中作出的具有法律效力或指导意义的抵触判定案例切入，归纳实务机关所运用的抵触判定方法，深入分析抵触判定中不同主体之间的价值取向冲突问题，并尝试对抵触判定方法的完善提出见解，以期对实务工作有所裨益。

## 二、抵触判定中原则权衡方法论的应用与展开

### （一）从规则提炼到原则权衡

如前所述，部分学者试图通过规则类型化总结出逻辑自洽又具实用性的抵触判定标准的探索并不成功。事实上，实务机关也做过此种尝试，但难言有效：最高院曾印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法〔2004〕96号，以下简称《纪要》），将抵触情形或标准归纳为十余种类型。有学者指出此列举法有“只见树木不见森林”之嫌，且缺乏标准上的同一性。<sup>〔17〕</sup>事实上，这种试图通过规则类型化提炼同一性抵触判定标准的方法之所以行不通，是因为实务中法院、行政机关、全国人大常委会法工委等立法性质的机关在适用法律时，所采抵触判定标准会随个案实际情况的变化而变化，且具有一定的裁量空间，并不存在唯一正确的答案。

根据罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）的原则权衡理论，法律规范有规则与原则之分，规则属于“确定性命令”，适用方式是涵摄；原则是一种特殊规范，属于“最佳化命令”，需在具体场景中通过与其他相对立的原则进行权衡后“以尽可能高的程度被实现”。<sup>〔18〕</sup>原则权衡的结果

〔13〕 陈吉利：“法律抵触判定原理的反思和重构”，《行政法学研究》2014年第3期，第64—65页。

〔14〕 参见周辉：“法律规范抵触的标准”，《国家检察官学院学报》2016年第6期，第87—89页。

〔15〕 参见程庆栋，见前注〔9〕，第187页。

〔16〕 参见孙波，见前注〔10〕，第131—132页。

〔17〕 胡建森，见前注〔8〕，第11页。

〔18〕 （德）罗伯特·阿列克西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，商务印书馆2015年版，第76—77页。

是产生一个解决个案争议的新的法律规则。反过来说,“任何一个法律规则,都可以看作两个或两个以上发生冲突的法律原则衡量的结果。”<sup>[19]</sup>申言之,实定法中的法律规则以“全有或者全无”的方式进行适用,如果某一法规范中的构成要件与个案情形相契合,那么该规范的法效果便发生在个案中;否则便不适用,不存在商量的余地。然而,由于立法者并非全知全能,其有限的理性必然导致立法的不完美,因此法律规则所具有的排他性仅仅是弱排他性,现实中规则适用不可避免地存在例外;而现实世界纷繁复杂,总会有一些现行法所不及的法律漏洞存在。因此,法官等法律适用者如果在个案中发现适用某一法律规则将会导致明显的非正义或者存在法律漏洞,就会有意或无意地挖掘、归纳可能影响案件结果的多个法律原则,并根据实际情况判断个案中所涉及的各项法律原则间的对立或统一关系及其主次地位,通过原则权衡的方式创造出契合个案的法律规则,进而作出符合实际的裁判。这一过程实际上就是法律续造,其方式是原则权衡。需要说明的是,尽管阿列克西的原则权衡理论以法规范的二元界分为起点,主要围绕宪法权利及其规范展开;但其亦指出,利益、命令、职责、权利请求等之间的冲突同样可适用原则权衡,原则一词与上述概念之间的区别仅仅是术语上(terminological)的。<sup>[20]</sup>即疑难法律争议往往表现为不同原则之间的冲突与竞争,该理论在本文语境下亦具备适用的可行性。

本文所讨论的抵触判定标准同样涉及原则权衡。实践中有权机关作出抵触判定实际上可分为两步,第一步是对照上下位法相关规定,判断其表述是否有实质上的不一致而非形式上、轻微的不一致,前者是指地方立法改变上位法设定的权利义务、政府机关的机构设置等,后者是指地方立法仅对上位法作了同义词替换、语句重新排列组合等。如果出现了实质上的不一致,则进入第二步:判断能否允许下位法不一致表述的存在。前者是事实判断,后者属于价值判断。<sup>[21]</sup>观察抵触判定“两步法”后可发现,事实判断相对简单,只要看下位法的用语用词是否基本与上位法一致。而价值判断作为一种带有主体偏好的评价性判断,更容易有争议,不同有权机关是否容许表述不同于上位法的地方立法存在,往往有分歧。因而,抵触判定的核心是价值判断。既然是价值判断,那么有权机关进行抵触判定实际上就像法官裁判存在法律漏洞或规则冲突的疑难案件一般,挖掘个案中法律事实或规则冲突背后可能左右抵触判定结果的多个法律原则,并结合具体案情权衡这些法律原则间的对立或统一关系、主次地位,最后根据原则权衡的结果作出是否抵触之判断。因此,原则权衡是有关机关作出抵触判定时实际运用的价值判断方法。

[19] 余军:“原则权衡:‘超越宪法计划的未列举权利’之论证方法”,《法律方法与法律思维》2016年第00期,第22页。

[20] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian River, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 51.

[21] “事实判断是一般的认知活动,其目的在于确定某种客观存在,因而这是一个是与不是的问题……价值判断不同于事实判断,它是带有主体偏好的评价性判断。”陈兴良:“刑法教义学中的价值判断”,《清华法学》2022年第6期,第6页。

## (二) 抵触判定中法律原则的展开

那么,有权机关在原则权衡时会考虑哪些法律原则?从全国人大常委会法工委、最高院等作出的相关答复或判决看,法制统一、权利保护、有效治理原则是其在抵触判定中主要考虑的三个法律原则。

### 1. 法制统一原则

法制统一原则来源于《宪法》第5条,<sup>[22]</sup>它是有权主体判断地方立法是否与上位法相抵触时需考虑的核心原则。实务工作者深知法制统一对地方立法的重要意义,如乔晓阳曾指出:“地方立法要守住维护法制统一的底线。”<sup>[23]</sup>然而,一旦面临某一地方立法是否违背法制统一的具体问题,实务界却未有统一认识。梳理案例后发现,法制统一原则至少在以下三个方面发挥作用,相较于其它两个原则,具备明显的优势地位:

(1) 政治上确保国家的主权统一与不可分割。国家之所以不断强调法制统一,一个非常重要的原因是法制统一系国家确保政治上主权统一的必备条件,只有各地方遵守同一套法律制度,服从同一个法制权威,国家才算统一。因此,国家决不允许地方立法中存在损害国家主权统一的法律规则。例如,某地方曾向全国人大常委会法工委请示:目前国家法律及有关文件规定,各地一律不得自行制作和使用地方旗、徽,但没有明确规定不准设定市歌或县歌;那么,自治地方在修改自治条例时能否设置县歌?对此后者答复:“1997年《中共中央办公厅、国务院办公厅关于禁止自行制作和使用地方旗、徽的通知》指出:‘我国的国旗、国徽代表着国家主权的统一和不可分割。自行制作和使用市旗、市徽,不符合我国国情,是不妥当的。’‘各地一律不得自行制作和使用地方旗、徽。’这一通知精神同样适用于县歌,自治地方的自治条例不应规定县歌。”<sup>[24]</sup>

(2) 经济上保障统一市场的建立与维护。除确保国家主权的不可分割,法制统一还包含了在经济上维护统一市场的作用。以经济建设为中心是党和国家现阶段的基本路线,而经济发展的一项重要前提是消除地方贸易壁垒,形成全国统一大市场。顾昂然就曾指出,立法工作“必须维护法制的统一。为什么要特别强调这个问题呢……我们要建立社会主义市场经济体制,搞市场经济就要建立统一、开放、竞争、有序的市场,如果一个地方一个样,一个部门一个样,怎么形成统一、开放、竞争、有序的市场呢?!所以法制统一,是建立市场经济的需要。”<sup>[25]</sup> 最高院曾对名噪一时的“河南种子案”作出司法答复,确认了《河南省农作物种子管理条例》第36条中“种子的收购和销售必须严格执行省内统一价格,不得随意提价”的规定与《种子法》中有关种子价格由市场调节的规定相抵触。之所以判定河南省的规定抵触上位法,主要就是因

[22] 该条第2、3款规定:“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”

[23] 乔晓阳:“地方立法要守住维护法制统一的底线——在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话”,《中国人大》2015年第21期,第10页。

[24] 全国人大常委会法制工作委员会办公室编:《法律询问答复选编》,中国民主法制出版社2017年版,第27—28页。

[25] 顾昂然:《新中国改革开放三十年的立法见证》,法律出版社2008年版,第73页。

为其阻碍了统一市场的建立,有违法制统一原则。

(3)立法技术上须遵循最基本的统一立法规则。法制统一还要求地方立法必须遵循《宪法》《立法法》等法律中明确的统一立法规则,此要求是法制统一原则在立法中落实的前提。它主要涉及以下要求:第一,地方立法不得超越《立法法》等规定的立法权限,像中央专属立法权、设区的市立法权等。例如某省人大法制委曾向全国人大常委会法工委询问,能否在不违背《刑法》和《治安处罚条例》的情况下制定省惩治偷盗条例。对此,后者答复:“凡关于法律条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由全国人大常委会进行解释或加以规定……制定惩治偷盗条例实际是对刑法、治安处罚条例的补充和解释,不宜由地方性法规规定。”〔26〕第二,对于裁量规则,〔27〕地方立法的相关规定必须在上位法明确的范围或幅度内。因为既然上位法设置了相应范围或幅度,就可推定上位法明确的范围或幅度能够有效应对不同地方在法律适用时所面临的差异性,地方立法可根据当地实际对上位法确立的范围或幅度作适当“剪裁”:可以在上位法的幅度内提高下限或者降低上限,但不得降低下限或者提高上限,否则视为抵触。〔28〕

除以上三个方面外,实务机关对何谓法制统一还存在很大争议,在许多抵触判定的具体问题上仍莫衷一是。

## 2. 权利保护原则

权利保护原则的规范依据是宪法中的基本权利条款,地方立法无正当理由不得限缩个体(相对于国家的公民、法人或其他组织)的权利,也不得扩大其义务。权利保护原则系“限制公权力,保护公民、法人或其他组织权利”这一法治国家基本精神的规范体现。权利保护也是原则权衡中需要考虑的一项重要原则。学界普遍认为地方立法限制公民权利或扩大义务的,与上位法相抵触。〔29〕实务机关也持相同观点。〔30〕此外还有三个问题尚需关注:

(1)权利扩大是否构成抵触?地方立法限缩公民、法人或其他组织权利的,一般应判定为抵触;但扩大权利的,是否抵触?对此,学界主流观点认为应适用最低限度标准,地方立法提高上位法设定的限度,扩大公民等权利,不会抵触上位法。〔31〕最高院有不同理解,《纪要》第2条第1项规定:下位法违反上位法立法目的扩大公民、法人或其他组织权利及权利主体范围,也被视为与上位法相抵触。即地方立法扩大公民等权利的,也可能抵触上位法。但其难点在于该如何理解违反上位法立法目的,这似乎又回到了本文的起点。下文将用原则权衡的方法对此作进一步讨论。

〔26〕 全国人大常委会法制工作委员会办公室编,见前注〔24〕,第1页。

〔27〕 裁量规则是指那些构成要件或者法律后果存在可供法律适用者自由选择的事项、幅度等的法律规则。例如,《海洋环境保护法》第84条规定:“违反本法规定进行海洋石油勘探开发活动……处二万元以上二十万元以下的罚款。”

〔28〕 参见《法律法规询问与答复》,中国法制出版社2006年版,第116—117页。

〔29〕 参见孙波,见前注〔10〕,第131页。

〔30〕 参见孙永赋诉本溪市明山区人民政府案,最高人民法院行政裁定书,(2016)最高法行申35号。

〔31〕 参见姚国建,见前注〔10〕,第74页;程庆栋,见前注〔9〕,第187页。

(2)义务限缩是否构成抵触?地方立法扩大公民等义务的,一般应判定为抵触;但限缩义务的,是否抵触?对此学界尚有争议。一种观点认为应采统一性标准,即地方立法既不能增加,也不能减少公民义务;<sup>[32]</sup>也有观点认为地方立法减少义务的,其效果等同于授益,可采最低标准,不与上位法抵触。<sup>[33]</sup>实践中,大多数有权机关认为应当适用统一性标准。《纪要》第2条第1项规定:“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”的,与上位法相抵触。相关案例也能够佐证此观点。<sup>[34]</sup>从理论上讲,上位法就某一事项对公民等课以义务,往往是出于公共利益的需要。例如,行政机关对街头斗殴者实施行政拘留,目的在于维护公共秩序。如果地方立法限缩了该义务,则很可能减损上位法所欲保护的法益。需要说明的是,虽然限缩公民等义务的做法与赋予其权利很相近,但仍不能将两者相等同。因为所谓权利是指法律所保护的利益,而义务则是国家依法课以公民等的不利益,两者性质完全相反。我们无法从义务限缩中推导出权利的赋予,限缩义务的做法本身就是一种与立法目的相悖的不利益。因此,地方立法限缩公民等义务的,不在权利保护原则的范畴之内。

(3)公民个体与企业等组织的权利发生冲突时如何处理?除了公民个体外,企业等组织也在权利保护的范围内。由于组织的权利不涉及人身权这一重要权利,因而从理论上讲,当公民人身权与企业等组织的权利发生冲突时,前者通常优先于后者。譬如,有学者借镜“法律先占”理论认为,地方立法为保护公民人身健康和生命安全而限制相关社会组织(如食品药品企业等)的权利,不构成抵触。<sup>[35]</sup>但从实践中看,这并不是简单的公民个体与企业等组织之间的权利冲突,此处的公民、企业更多的是某一地方不特定多数公民或企业等组织,地方立法限制企业等组织的权利是为了保护当地不特定多数公民的人身权,体现的是权利保护和有效治理二原则与法制统一原则之间的冲突。下文“法律位阶的差异”部分将进一步阐释,此处不再赘述。

### 3.有效治理原则

有效治理一般是指国家在不同领域或属地管理中解决经济社会等各方面实际问题的有效性,它重视中央政府进行整体国家治理的水平,但更强调地方政府(尤其是基层政府)解决实际问题的能力。<sup>[36]</sup>因为“地方”有实在的地域与人口,存在可被治理的对象,“中央”则更多的是一种抽象的政权观念。而国家治理本质上是对人的治理,更确切地说是某一地域上的人的治理。从国家治理的场域看,治理难题最先出现于地方,治理措施最终也必须落实到地方,因

[32] 参见周辉,见前注[14],第90页。

[33] 参见孙波,见前注[10],第131页。

[34] 例如,对于地方立法能否对农村居民非法占用土地建住宅的行为规定不拆除而只处以罚款或征收超面积占地使用费的问题,全国人大常委会法工委认为,《土地管理法》规定的是“责令退还非法占用的土地,限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋”,地方立法不能作出不一致的规定。全国人大常委会法制工作委员会办公室编,见前注[24],第37—38页。

[35] 参见孙波,见前注[10],第131—132页。

[36] 参见周雪光:《中国国家治理的制度逻辑》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第19页。

而相较于强调维护一统体制的法制统一,有效治理原则带有明显的实用主义导向,更关注地方解决实际问题的质量与效率。当然,地方治理结果的高质量与治理过程的高效率之实现有赖于一个前提:地方政府机构设置合理,管理程序科学,<sup>[37]</sup>即地方治理机制的科学化配置。总之,有效治理原则的精神内核是实事求是,它不沉溺于对“一统体制”的迷恋,而是采取一种偏向工具主义的社会治理策略,主要关注点是法律的规制和便利功能。<sup>[38]</sup>地方立法作为地方治理的重要手段之一,同样强调有效治理原则,它也是原则权衡时需考虑的一项重要原则。有效治理原则主要包括以下三要素:

(1)地方治理机制的科学化配置。地方治理机制的科学化配置强调的是地方政府机构的合理设置、管理程序的科学安排。在抵触判定问题上,实务机关认为,如果地方立法对上位法所规定的政府机构及其运行程序作了适当调整,以满足地方治理的需要,那么即使其与上位法不一致,也不宜轻易以违反法制统一原则为由判定为抵触。例如在苏万淮案中,案涉规章之所以规定省直事业单位工伤保险管理工作由省级而非上位法规定的市级机构负责,“是为在省社会保险经办机构参加社会保险的单位和职工在工伤认定、待遇支付等方面带来便利”,符合地方治理机制的科学化配置之精神,最高院认为地方立法作出的机构调整并无不妥。

(2)地方治理结果的高质量。地方治理的质量是指地方政府解决实际问题的能力或水平,也是作为治理手段之一的地方立法所追求的主要目的。如果某一地方立法能够实现有效治理,那么即使其与上位法不一致,也可因目的正当性而免受否定的价值判断。例如在龚志雄诉涟源市工伤保险管理局案(以下简称龚志雄案)中,法院认为:“《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》(湖南省人民政府令第310号)第38条……形式上看是在法律、行政法规之外增设了用人单位的支付义务,有碍于职工获得及时的补偿”,但“上述规定是在我省相当多的用人单位不遵守职业病防治法规定,导致不少根本不符合参保条件、依法不能纳入工伤保险范围的人进入了工伤保险,工伤保险基金存在严重安全隐患的背景下出台的。通过规定此种情形下的‘工伤保险待遇由用人单位支付’,不仅符合保险制度的基本原则,确保工伤保险基金的安全,而且可据此促使用人单位严格执行职业病防治法的相关规定……自2014年来该条款在我省已经普遍适用。”<sup>[39]</sup>质言之,湖南省办法在法律法规之外增设用人单位的支付义务是事实,但该规定有效解决了保险基金流失这一地方治理问题,保护了湖南省广大公民的公共利益,符合有效治理原则。

(3)地方治理过程的高效率。地方治理的效率是指地方政府解决实际问题的速度。法谚有云:“迟来的正义非正义。”地方治理的效率在很大程度上决定了其质量。如果某一地方立法为提升治理效率,作出了有别于上位法的规定,且该规定未明显与法制统一、权利保护原则相悖,则实务机关通常不作抵触认定。例如,某省物业管理条例规定,在危及房屋使用人的人身财产安全的紧急情况下,专项维修资金可由业委会等主体直接申请使用;而上位法《物业管理条例》规定专项维修资金的使用受“双三分之二”业主同意的前置条件约束。对此,全国人大常

[37] 参见俞可平:《论国家治理现代化》,社会科学文献出版社2015年版,第31页。

[38] 参见(英)马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第85页。

[39] 龚志雄诉涟源市工伤保险管理局案,湖南省高级人民法院行政判决书,(2017)湘行再62号。



委会法工委在征求国务院法制办等意见后认为,上位法虽对专项维修资金的使用作了规定,但未明确紧急情况下的资金使用问题;且该省条例可提高专项维修资金的使用效益,有一定的积极意义,不构成抵触。<sup>[40]</sup>

### (三) 抵触判定三原则之间的逻辑联系

从理论上说,法制统一、有效治理、权利保护三原则本质上体现的是中央(国家整体)、地方(局部)、个体(公民、法人或其他组织)这三个不同但又有密切逻辑关联的主体所代表的法益。一方面,作为一个超大规模国家,中央与地方的张力关系一直是我国国家治理中的一个核心议题。有学者将这种中央统辖权与地方治理权的紧张和不兼容概括为“一统体制与有效治理之间的内在矛盾”。<sup>[41]</sup>这一矛盾同样体现在作为国家治理重要一环的立法问题上。法制统一原则实质上就是一统体制理念在立法层面的直接反映。本文所涉的法制统一与有效治理原则之间的张力实为央地之间的法益冲突。抵触判定中有权机关对法制统一与有效治理原则的权衡需要放到国家治理的宏观背景下审慎考量。

另一方面,公民、法人或其他组织作为个体,在民众权利意识不断觉醒的当下,逐渐成为一种至少可在法律形式层面与中央、地方进行博弈的力量。这一转变与我国经济社会的发展密切相关。如若在古代中国,这一犄角之势可能难以成立;但在受到域外个体主义思想深刻影响、社会主义民主法治建设日益完善的当下中国,公民等权利意识高涨,越来越敢于、善于通过法律途径争取自身合法权益。一个直观的例子是,1999年全国行政复议申请数量为32170件,行政应诉案件数量为57395件;而到了2018年,全国行政复议申请数量为211058件,行政应诉案件数量为211354件,分别为二十年前案件数的6.56倍和3.68倍。<sup>[42]</sup>基于权利保护的需要,公民对规范性文件合法性审查的强烈呼声坚实而有力地推动了规范性文件备案审查、行政诉讼中规范性文件附带审查等建立与完善,而规范性文件审查的一项重要内容就是上下位法之间的抵触判定问题。因而,面向公民、法人或其他组织的权利保护原则业已成为抵触判定中一项不可或缺的重要原则。

此外,法制统一、有效治理、权利保护三原则之间存在着宏观与微观的有机联系,体现着公共利益与私人利益两类不同法益的张力。在一般意义上,法制统一、有效治理属于宏观原则,权利保护则是微观原则。但在抵触判定的个案场域下,三原则可处于同一微观维度,由有权机关进行利益衡量。前两原则又体现着公共利益这一法益类型,其中法制统一原则代表的是国家整体的公共利益,而有效治理原则侧重的是某一地方不特定群体的公共利益;权利保护原则则体现作为个体的私人利益。类似“电车难题”,如没有特定场景,很难说私人利益一定要对公共

[40] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版,第62—64页。

[41] 周雪光,见前注[36],第19页。

[42] 《1999年全国行政复议、行政应诉案件统计数据表格》,载国家司法部官网,[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgkknr/fdzgknrtjxx/201402/t20140225\\_350025.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgkknr/fdzgknrtjxx/201402/t20140225_350025.html),最后访问日期:2022年12月25日;《2018年全国行政复议和行政应诉案件统计数据》,载国家司法部官网,[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgkknr/fdzgknrtjxx/202103/t20210331\\_350048.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgkknr/fdzgknrtjxx/202103/t20210331_350048.html),最后访问日期:2022年12月25日。

利益妥协,地方层面的公共利益一定要向国家整体的公共利益妥协。对以上三种不同类型法益之间的权衡必须结合个案进行。从这个角度看,某一地方立法是否与上位法相抵触这一问题,从来没有也不可能有一正正确的答案。

总之,抵触三原则之间存在着紧密的逻辑联系,且在法益层面可以穷尽。当然,三原则不是在所有场景下都会出现,或者相互对立。若同时有多个法律原则,则需要妥善权衡不同原则之间的主次地位、相互支撑或对立关系。

### 三、抵触判定中不同主体之间的价值取向张力

如上所述,抵触判定的核心是价值判断。实务机关由于自身立场、机构职能、看待问题视角等不同,其价值取向很可能存在差异,对同一案件得出不同认定结果。那么,需进一步追问的是:抵触判定的有权机关主要有哪几种类型?其价值偏好分别是什么?

参照国家机关权力分工的不同,我们可以将抵触判定的有权主体分为立法、行政、司法机关三类。在一般情况下,这三类机关分别更倾向于对法制统一、有效治理、权利保护原则的维护。需要强调的是,这种价值取向偏好是就一般意义而言的,它由不同机关自身的立场、机构职能等差异而产生,并可以从实践中获得印证;鉴于现实世界的复杂性,自然也存在偏离这种价值偏好的情况,<sup>[43]</sup>但从整体上看,该论点基本可以成立。此外,除了三分法,我们也可以按照国家机关行政级别的不同进行二分:如中央国家机关更青睐法制统一原则,地方国家机关则更青睐有效治理原则等。然而,本文写作目的是在指出实践中不同机关价值取向偏好的基础上,试图以规范主义立场促成有权机关在抵触判定上价值取向的统一。分类标准的差异并不会对本文的立论产生解构性影响。故考虑到篇幅限制,下文仅就三分法展开讨论。

#### (一) 强调法制统一的立法机关

全国以及各地方人大常委会是有权对地方立法进行监督的机关。一方面,全国人大常委会将进行立法监督及抵触判定的途径主要有两种。一是当地方立法机关难以判定某一立法是否与上位法相抵触而向其询问,全国人大常委会——确切地说是法工委等工作机构对具体问题进行答复。有学者梳理全国人大常委会作出的系列询问答复后发现,全国人大常委会在判定地方立法是否抵触上位法时通常更强调维护中央立法权威,对地方立法的审查较为严格,<sup>[44]</sup>其背后注重的价值取向便是对法制统一的维护。二是规范性文件的备案审查。2019年全国人大常委会通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》第3条列举了五项立法目的,<sup>[45]</sup>其中有三项(即“保证党中央令行禁止”“保障宪法法律实施”“维护国家法制统一”)均可以看作是对

[43] 如在龚志雄案中,法院作出不抵触认定的主要理由就是湖南省相关办法有助于地方实现有效治理。

[44] 参见林彦:“中央地方立法权限划分——以询问答复为中心的考察”,载中国政法大学中德法学院主编:《立法权限划分——中德比较》,中国政法大学出版社2015年版,第1—29页。

[45] 该法第3条规定:“全国人大常委会依照宪法、法律开展备案审查工作,保证党中央令行禁止,保障宪法法律实施,保护公民合法权益,维护国家法制统一,促进制定机关提高法规、司法解释制定水平。”

法制统一原则的强调。备案审查实践亦有此倾向。例如在苏万淮案中,最高院认为案涉规章不与上位法相抵触,但全国人大常委会法工委却并不认同。<sup>[46]</sup>背后的原因可能在于,全国人大常委会法工委作为最高国家权力机关常设机关的工作机构,出于维护法制统一,确保中央法律令行禁止的需要,更加注重对上位法,特别是对中央立法的权威维护,因而其抵触判定要求更为严格。

另一方面,各地方人大常委会虽不隶属于全国人大常委会,也不受后者的直接领导,但一般认为,全国人大常委会对各地方开展备案审查工作有“示范、指导、支持的职责。”<sup>[47]</sup>绝大多数有关备案审查的地方性法规也将法制统一原则作为主要立法目的。<sup>[48]</sup>再加上双方在实践中业已形成常态化的询问答复、案例交流等机制,因而有理由认为,全国人大常委会对法制统一原则的偏好很可能对各地方人大常委会的抵触判定产生实质性影响,在原则权衡中赋予法制统一更大权重。

## (二)注重有效治理的行政机关

行政机关一般是立法监督的对象,如省、市级地方政府规章通常由同级地方人大常委会进行备案审查。但实践中,公安机关等行政机关依法<sup>[49]</sup>也可以成为规范性文件的审查主体,有权进行抵触认定。此外,全国及各地方人大常委会在进行备案审查时,也会就案涉规范性文件是否抵触上位法而征求相关行政机关的意见并适当予以采纳,使行政机关的抵触判定产生事实上的法律效力。

就价值取向而言,行政机关可以说是有效治理原则最忠实拥护者。作为社会治理最重要的主体之一,行政机关在抵触判定中的态度更加务实,看重的是地方立法解决实际问题的能力。如能有效解决治理难题,即便某一地方立法与上位法不一致,存在可能折损法制统一或权利保护原则的风险,行政机关往往也不会轻易认定抵触。苏万淮案甚至出现了这样的情况:甘肃省人大常委会法工委已将案涉规章认定为抵触上位法并告知了制定机关甘肃省人民政府,但后者仍未对此作出实质性修改。<sup>[50]</sup>尽管我们无法直接得知甘肃省人民政府不予修改的原因,但可根据兰州市人社局的答辩意见<sup>[51]</sup>管中窥豹:该规章之所以将省直事业单位工伤保险管理工作交由省级而非上位法规定的市级机构负责,目的是为了行政管理的便利,更快捷地解决而不是制造问题,即如果用人单位是在省级机构参保,其费用收缴、档案管理等事项均由省级机构

[46] 确切地说,该案中的备案审查机关是甘肃省人大常委会法工委,但全国人大常委会法工委将其作为典型案例予以公布,可见后者很大程度上认同前者的判断。

[47] 参见梁鹰:“2019年备案审查工作情况报告述评”,《中国法律评论》2020年第1期,第28页。

[48] 参见《上海市人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》第3条等。

[49] 参见《公安部关于印发〈公安机关规范性文件备案审查办法〉的通知》(公通字〔2014〕19号)。

[50] 笔者检索后发现,甘肃省人民政府只是于2019年用新法《甘肃省工伤保险实施办法》取代了旧法《甘肃省实施〈工伤保险条例〉办法》(甘肃省人民政府令第88号),案涉规定没有实质变化。

[51] 兰州市人社局称:“该办法规定省直事业单位工伤保险管理工作由甘肃省人社厅负责,出发点是为在省社会保险经办机构参加社会保险的单位和职工在工伤认定、待遇支付等方面带来便利,并未增加申请人的义务或减损其权利。”见前注〔5〕。

负责,那么后续工伤保险管理工作由熟悉具体业务的省级机构办理更加科学合理;若将该事权赋予市级机构,其还需向具体经办前期业务的省级机构获取帮助。这背后体现的是行政机关在规则制定时的实用主义风格以及对有效治理的价值追求,可能也是甘肃省政府未予修改案涉规范的缘由,尽管存在违反法制统一原则的瑕疵。

### (三)关注权利保护的司法机关

保护公民、法人或其他组织的合法权益是三大诉讼法共同强调的规范意涵。公正司法也是全面依法治国新十六字方针的重要组成部分,突出司法为民以及权利保护的价值取向。在审判中,法院会不可避免地遇到地方立法与上位法不一致的情况,此时就需要进行抵触判断。当然,法院的主要职权是针对个案择优适用法律,而不是评判哪部法律更加合宪合法。这种选择性法律适用的效力仅及于个案,不会对争议法律的效力产生一般性影响,不存在法院越权的问题。在抵触判定实践中,法院通常更关注对当事人权利的保护。例如在赵延令等诉西安市新城区人民政府案中,法院认为《西安市国有土地上房屋征收与补偿办法》第40条取消了《国有土地上房屋征收与补偿条例》有关作出房屋征收补偿决定的前置报请程序,“系在法规设定的作出补偿决定职责范围内进一步强化了征收机关责任,进一步强化了对行政相对人权利保障的体现,并非对上位法的抵触和突破”。<sup>[52]</sup>

## 四、抵触判定中的价值取向统合

尽管抵触判定的结论因不同机关价值取向的差异而具有一定的开放性,但存在不意味着正确。抵触判定的价值取向应当尽量统一,才能给予地方立法机关以合理预期,使其更好地把握立法尺度。那么,从国家治理、社会治理的终极立场看,有权机关在原则权衡中更适宜采何种态度,或者说应如何确定三原则之间的一般主次关系?实践中,如果地方立法与上位法不一致,基本都涉及有效治理与法制统一原则之间的冲突,但不一定涉及权利保护原则,因为并非所有地方立法条款都与公民的权利义务相关。因而,问题的关键就在于厘清一般情形下法制统一与有效治理原则之间的权重关系。对此,笔者拟从“不抵触”条款及法制统一的规范意涵切入,尝试回答这一问题。

### (一)“不抵触”条款的沿革与有效治理的耦合

《宪法》第5条第2、3款规定:“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”地方立法之所以不能抵触宪法、法律等上位法,系出于维护社会主义法制统一的要求。而之所以强调社会主义法制统一,是由我国实行单一制这一国家结构形式所决定的。虽然“单一制的本质特征在于法律规则的统一性”,<sup>[53]</sup>但绝不意味着地方立法须完全照搬照抄中央立法,因为即使是单一制国家,也“遵循在中央的统一领导下,

[52] 赵延令等诉西安市新城区人民政府案,陕西省高级人民法院行政判决书,(2018)陕行终379号。

[53] 王建党:“改革型地方立法变通机制的反思与重构”,《法学研究》2022年第2期,第43页。

充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”<sup>〔54〕</sup>

从宪法法律中“不抵触”条款的沿革看,自改革开放以来我国央地立法事权的纵向配置发生了显著变化,地方立法权逐步扩大,地方立法以功能主义<sup>〔55〕</sup>为导向,更加关注地方治理的有效性。具体来说,“不抵触”较早出现于1979年《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)。该法第6、27条规定,省级人大及其常委会“在和国家宪法、法律、政策、法令、政令不抵触的前提下,可以制订和颁布地方性法规”。该表述基本被1982年《宪法》第100条、2000年《立法法》第63条所沿袭。1986年《地方组织法》修改,第7、38条规定了较大的市的市人大及其常委会有权在不抵触上位法的前提下制定地方性法规。2015年《立法法》修改,第72条将制定地方性法规的主体范围从较大的市人大及其常委会扩展到设区的市人大及其常委会。2018年《宪法》修改,第100条新增第2款,在宪法层面确立了设区的市立法权,其立法前提同样是不抵触上位法。综上,从地方性法规的角度看,我国地方立法主体近年来逐步从省级人大下放至较大的市人大,再到如今设区的市人大,在央地立法事权的纵向配置上逐渐赋予地方更大权重,立法权有较为明显的下移。

而且,一个值得关注的细节是,2015年《立法法》第72条对设区的市立法权作了双重限制:一是“不抵触”,二是立法事项限于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面”。但2018年《宪法》第100条第2款并未对设区的市地方性法规的立法事项作出限制,而是与第1款省级地方性法规保持一致,仅将“不抵触”作为立法权的控制机制。对此有两种解释:一是立法技术上的省略,即在《立法法》作出明确规定的前提下,《宪法》没必要作重复规定,故而作了省略处理,对设区的市立法权的限制应与前者保持一致。二是修宪者有意为之,因为2015年《立法法》修订,数量庞大的设区的市初获立法权,立法能力与经验不足,所以需要对其立法事项作出必要限制,“避免重复立法,维护国家法制统一”;<sup>〔56〕</sup>但从之后的立法实践看,该立法事项范围已远远不能满足各地方的有效治理及立法需求,许多地方制定了不少超越三大立法事项的设区的市地方性法规,<sup>〔57〕</sup>对此也有学者呼吁对设区的市立法权限进行合理扩充,<sup>〔58〕</sup>故修宪者根据实际需要放宽了设区的市立法权的限制,仅保留了“不抵触”这一控制机制。

对此,笔者更倾向于第二种解释。从国家治理、社会治理的整体立场看,在经济增速放缓、后疫情时代的当下中国,人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的冲突愈加显现,各方面的社会矛盾纠纷频发,这些治理问题都最先发端于地方、基层;如果放任各地方的重大矛盾风险上行,将对国家治理体系形成极具破坏性的政治压力。因而社会治理问题需

〔54〕 《宪法》第3条第4款。

〔55〕 功能主义的“主要关注点是法律的规制和便利功能,并因此而注重法律的意图和目标,并采取一种工具主义的社会政策路径”。洛克林,见前注〔38〕,第85页。

〔56〕 全国人大常委会法制工作委员会国家法室:《〈中华人民共和国立法法〉释义》,法律出版社2015年版,第401页。

〔57〕 参见邓佑文:“论设区的市立法权限实践困境之破解——一个法律解释方法的视角”,《政治与法律》2019年第10期,第62页。

〔58〕 参见陈建平:“设区的市立法权限的合理扩充”,《法学》2020年第4期,第90页。

要被及时妥善地化解于地方、基层。这也是近年来党和国家提出坚持创新发展“枫桥经验”，提倡“将矛盾化解在基层”的深层次原因。质言之，当下国情对有效治理有更为迫切的需求。地方立法作为国家治理的首要环节，应充分运用宪法所赋予的解释空间，积极推进社会的有效治理。因而在抵触判定时，应尽可能赋予有效治理原则更大的权重。

## (二)如何正确理解法制统一？

正确理解法制统一在抵触判定中至关重要，因为如果作严格的文义解释，法制统一就是指地方制定的法律规则必须与上位法，尤其是与中央立法的有关语句表述基本一致或完全一致，否则就会面临抵触风险。换言之，地方立法或许只有采用同义词替换、重新排列组合上位法规则等方式才能较大限度地避免法制不统一的问题。倘若如此认定，在中央立法不完备的改革开放初期，地方尚可创制性立法避免抵触的问题。但在中央立法数量越来越多、立法事项几乎涵盖所有重要领域的当下，地方立法为避免抵触只能照搬照抄上位法，那么地方通过立法解决实际问题的目的便难以实现，地方立法也将失去独立存在的意义。

理论界对法制统一的内涵已有最基本的共识：即法制统一不是指法律规则之间不分具体情况、地方特色的机械“同一”，而是建立在尊重差异的基础上多元、有机的“统一”，强调的是整体法律秩序内在的和谐。<sup>〔59〕</sup>然而，对于具体如何理解、把握法制统一原则，学界的研究还很少。甚至有学者尖锐地指出：“我们可以发现，很少有人认真地去研究什么是法制统一，如何才能推动法制统一，更多地是以法制统一为标签，随意赋予其含义，抵制各地的制度创新。”<sup>〔60〕</sup>

事实上，统一的前提是差异，若差异不存在了，那么统一也就失去了其意义。就法制而言，我国幅员辽阔，各地方经济政治文化状况差异极大，因而试图用一套完全相同的法律制度去治理一个个千差万别的群体的做法显然不符合实事求是之精神。真正的法制统一必须建立在尊重差异化、多样化的基础上，良好的法制必须是和而不同、因地制宜的法制。

因此，本文认为可从以下两个层面把握法制统一原则：一是宜将前文所述的政治上确保国家的主权统一与不可分割、经济上保障统一市场的建立与维护、立法技术上须遵循最基本的统一立法规则等三个方面看作是法制统一原则的底线，地方立法不得违反，否则构成抵触。二是除以上三条底线外，应当认为“法制统一尽管重要，但并非唯一、排他或压倒性的原则，它必须与对立性原则、任务或目标相互竞争，从而确定其可以得到适用的范围和程度。”<sup>〔61〕</sup>从国家治理、地方治理的角度看，不宜对法制统一原则作过于严苛的解释，宜认为有效治理原则的权重一般要大于法制统一原则。

值得欣喜的是，近几年来全国人大常委会等实务机关对法制统一的理解正变得更具有包容性、灵活性。2017年以来，全国人大常委会法工委每年发布备案审查工作报告。笔者整理了历年报告中有关“法制/治统一”的表述(见表1)。经统计，相关表述共出现7次，其中：2017

〔59〕 参见葛洪义：“作为方法论的‘地方法制’”，《中国法学》2016年第4期，第117页；江必新：“试论社会主义法治的几个新命题”，《中国法学》2010年第10期，第74页。

〔60〕 同上注，葛洪义，第116页。

〔61〕 王建学，见前注〔53〕，第44页。

年出现1次,用语为“法制统一”;2018年出现4次,“法制统一”3次,“法治统一”1次;2019、2021年各1次,且均为“法治统一”(2020年未出现相关表述)。总的来说,全国人大常委会法工委有将“法制统一”转换为“法治统一”之趋势。从文义上看,两者较为接近,但又有微妙差别。“法制统一”强调的是上下位阶的法律制度或者说具体法条用语的一致性,如表述④可理解为:维护“法制统一”须“解决上下不一致、配套不及时、规定不到位等问题”。而“法治统一”更具包容性,强调上下位阶法律法规之间的原则、精神的内在和谐,不对法条用语的一致性作过度苛求,如表述⑦可理解为:未达到“法治统一”是指存在“不符合宪法法律规定、明显不适当等问题。”这种微妙的字词替换显然不能简单地认为是全国人大常委会法工委的无心之举,它折射出的是全国人大常委会的抵触判定尺度由严到宽的转变,对法制统一的把握有适度“松绑”之迹象。之所以产生这一转变,原因可能在于,全国人大常委会近年来开始更加关注有效治理面向。其典型表现包括:2021年备案审查工作报告就提出,开展备案审查工作的目的之一即“推进国家治理体系和治理能力现代化”;〔62〕2019、2020年备案审查工作报告中持续披露对地方立法探索创新予以支持的案例,鼓励地方立法创新发展,提高治理实效。〔63〕

表1 历年全国人大常委会法工委备案审查工作报告有关“法制/治统一”的统计表

年份	法制/治统一	具体表述
2017年	法制统一	①对规范性文件实行备案审查,是维护宪法法律尊严、保障宪法法律实施、保证国家法制统一的重要制度安排。
2018年	法制统一	②备案审查制度是保障宪法法律实施、维护国家法制统一的宪法性制度。 ③备案工作……为……维护国家法制统一发挥了重要作用。 ④依法对……规范性文件开展合宪性、合法性、适当性审查,组织开展专项清理工作,推动解决上下不一致、配套不及时、规定不到位等问题,切实维护国家法制统一。
	法治统一	⑤增强社会对备案审查工作的了解和支持,共同维护社会主义法治统一和权威。
2019年	法治统一	⑥备案审查是维护社会主义法治统一的重要制度安排。
2020年	/	/
2021年	法治统一	⑦坚持“有错必纠”,切实维护国家法治统一……对存在不符合宪法法律规定、明显不适当等问题的,督促制定机关予以改正。

〔62〕 沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202112/2606f90a45b1406e9e57ff45b42ceb1c.shtml>, 最后访问日期:2022年12月25日。

〔63〕 参见梁鹰,见前注〔47〕,第25页;梁鹰:“2020年备案审查工作情况报告述评”,《中国法律评论》2021年第2期,第176—177页。

总之本文认为,除了法制统一原则必须坚守的三条底线外,从国家治理、社会治理的终极立场看,一般情形下有权机关在原则权衡中宜赋予有效治理原则更大权重。

## 五、抵触判定方法的体系重构

根据以上分析,在地方立法是否抵触上位法的问题上,实务机关大致可遵循如下判定路径:

### (一)事实判断

判断地方立法的具体表述与上位法不一致的程度。如果只是因同义词替换、语句重新排列组合等而产生的形式上、轻微的不一致,则不构成抵触。如果已达至实质性的不一致,如改变上位法设定的权利义务、政府机关的机构设置等,则进入下一步。

### (二)法制统一原则的三条底线判断

判断地方立法是否突破法制统一原则下的三条底线:①政治上是否破坏国家的主权统一;②经济上是否保障统一市场的建立与维护;③立法技术上是否遵循最基本的统一立法规则,比如不得突破中央专属立法权等。若地方立法突破了以上任意一条底线,则构成抵触。反之,则进入下一步。

### (三)权衡有效治理与法制统一原则之间的轻重关系

如前所述,如果地方立法的具体表述与上位法不一致,基本都涉及有效治理与法制统一原则之间的冲突,但不一定涉及权利保护原则。故厘清两者的权重关系,是原则权衡的关键。对此,上文已得出初步结论,即有效治理先于法制统一。但考虑到法律位阶及立法事项性质对原则权衡结果可能产生的影响,本文拟对此作进一步分析。

#### 1.法律位阶的差异

本文所说的法律位阶的差异主要是指与地方立法相对的上位法的法律位阶之不同。实践中,地方立法有可能与同属地方立法范畴的上位法发生冲突,如设区的市地方性法规与省级地方性法规之间不一致;也可能与作为中央立法的上位法发生冲突,如省级地方性法规与全国人大常委会制定的法律或者国务院制定的行政法规之间不一致。这种法律位阶上的差异主要可能影响有权国家机关进行原则权衡时对法制统一原则宽严的把握。

在我国,中央与地方立法的功能定位有着较为明显的差别。鉴于我国地域辽阔,经济社会发展不均衡,各地人文风俗千差万别,中央立法的主要功能在于定基调,确定对各种法益进行保护的基本原则或方向,因而其制定的立法条款往往相对原则、宏观。长久以来,国家对待中央立法的一个主要方针就是“宜粗不宜细”。彭真同志就曾指出:“法律(狭义)只能解决最基本的问题,不能规定太细,太细了就难以适用全国。”<sup>[64]</sup>这种功能定位所体现的精神内核就是强调立法必须实事求是、因地制宜,才能实现有效治理。

[64] 彭真:《论新时期的社会主义民主与法制建设》,中央文献出版社1989年版,第246页。



因此,第一,如果所涉立法事项的上位法属于中央立法,有权机关在原则权衡时宜认定,有效治理的权重要大于法制统一原则,给予地方立法相对广阔的立法空间。例如,2018年全国人大常委会法工委曾收到审查建议,认为《某市食品安全条例》第29条第2款“对清理出来的超过保质期的食品和食品添加剂,提出了予以销毁或者无害化处理等进一步要求”,比食品安全法更严格,与之相冲突。然而,法工委经研究认为,“为更好地保护人民群众身体健康,地方性法规可以在食品安全法基础上作进一步细化”,〔65〕不认为抵触。此处的“更好地保护人民群众身体健康”确切地说不是出于保护公民个体的权利,而是为了保护当地不特定公众的人身健康和生命安全这一公共利益,进而促进地方的有效治理之实现。

第二,如果所涉立法事项的上位法同属地方立法,则需要细分为两种情形讨论:一是为确保某一中央立法事项的有效实施,作为上位法的地方立法已将中央立法的原则性规定进行合理细化,此时如果同属地方立法的上下位法之间规定不一致,出于减少重复细化以及促进中央立法正确统一实施的考虑,一般认为法制统一在原则权衡中占相对优势地位。二是作为上位法的地方立法没有对中央立法的相关事项进行细化,此时原则权衡的偏向与上文所述立法事项的上位法属于中央立法的情形相同。

## 2. 立法事项的不同性质

根据《立法法》第73、82条的规定,地方立法事项可分为执行性立法事项、地方性事务(自主性立法事项)、先行性立法事项等三类。按照立法当时是否具有创制性,我们可将以上立法事项分为两类:一类是执行性立法事项;另一类是创制性立法事项,它包括地方性事务和先行性立法事项,这两种事项在立法时均无上位法规定,前者是因为地方性事务不需要或在可预见的时期内不需要中央统一规定,后者是需要中央统一规定,但中央立法的时机、条件尚不成熟,地方又有实际立法需要的相关事项。〔66〕

不同性质的立法事项也将影响三原则在抵触判定中的权重。一方面,执行性立法事项可以进一步细分为两类,一类是执行中央立法的地方立法事项,另一类是执行地方上位法的立法事项。这两种情形对抵触判定的影响可以参照上文有关法律位阶(央地法)差异的讨论。另一方面,对于创制性立法事项,由于它没有明确的上位法依据,因而宜认定有效治理优于法制统一原则。

总之,法律位阶及立法事项性质对原则权衡的结果影响情况如表2所示。至此,如果地方立法事项不涉及公民的权利义务,则可就得出抵触判定结论。如果涉及,则在此步骤中“胜出”的原则将进入下一步与权利保护原则进行权衡。

〔65〕 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室,见前注〔40〕,第27页。

〔66〕 也有学者认为以上三类立法事项的分类采用多重标准,笔者认为值得商榷。分歧的原因在于对三类立法事项内涵的不同理解。参见程庆栋,见前注〔9〕,第182页。

表 2 法律位阶及立法事项性质对原则权衡的影响

上位法位阶	立法事项性质	原则权重关系
中央立法	执行性立法	有效治理 > 法制统一
	创制性立法	有效治理 > 法制统一
地方上位法	上位法细化中央立法(执行性立法)	法制统一 > 有效治理
	上位法未细化中央立法(创制性立法)	有效治理 > 法制统一

#### (四) 权衡权利保护与有效治理(或法制统一)之间的轻重关系

权利保护原则有着坚实的宪法基础,保障公民基本权利是宪法实施的终极价值追求,也是社会主义法治建设的目标所在。第一,如前所述,如果地方立法限制公民权利或扩大义务,理论与实务界已形成共识,认为构成抵触。从原则权衡的角度看,其分析过程如下:①若权衡对象是有效治理原则,则权利保护优于有效治理,构成抵触;②若对象是法制统一原则,则权利保护与法制统一之间不存在竞争关系,地方立法同时违反两者,构成抵触。

第二,如果地方立法扩大公民权利:①若对象是有效治理原则,则两者并不对立,宜判定为不抵触。例如,全国人大常委会法工委 2020 年备案审查工作报告就记载了这样一则案例:有的地方性法规规定,成年人驾驶电动自行车可以搭载一名十六周岁以下的未成年人。法工委审查后认为:“行政法规虽然没有对制定电动自行车载人的规定作出明确授权,但是基于公民出行便利的需要,省级人大常委会以地方性法规形式作出探索性规定,与上位法规定的精神是一致的,应当予以支持。”<sup>[67]</sup>在此案例中,地方性法规增加了公民骑车载人的权利,同时也便利了当地公民的出行,符合有效治理的需要,因而不构成抵触。②若对象是法制统一原则,那么从上述案例可见,尽管地方性法规有关骑车载人的规定与上位法不一致,但法工委还是作出了不抵触的判断,可反推得出权利保护原则优于法制统一。

第三,地方立法限缩公民义务。该情况较为特殊,并不在权利保护原则的范畴内。且上位法课以公民义务,一般是为了行政管理或者公共利益需要(此时预设上位法合宪合法)。如果地方立法限缩公民义务,则该目标就难以实现,并不利于地方有效治理。即该地方立法同时违背了法制统一、有效治理原则,宜认定为抵触。

[67] 沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于 2020 年备案审查工作情况的报告》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/239178b5d03944c7b453ddc6bdd7c087.shtml>,最后访问日期:2022 年 12 月 25 日。

表3 权利保护与有效治理/法制统一的权重关系梳理

	需权衡的对象	权重关系	判定结果
限制公民权利或 扩大公民义务	有效治理	权利保护 > 有效治理	抵触
	法制统一	权利保护 + 有效治理	抵触
扩大公民权利	有效治理	权利保护 + 有效治理	不抵触
	法制统一	权利保护 > 法制统一	不抵触
限缩公民义务	/	法制统一 + 有效治理	抵触

综上,有关权利保护原则与有效治理(或法制统一)的权重关系的情况梳理如表3所示。至此,对于某一地方立法是否与上位法相抵触的问题,实务机关经过以上最多四个步骤的判定便可得出最终结论。

## 六、余 论

科学、合理地确定地方立法抵触上位法的判定尺度对提高立法质量、保护地方立法积极性、统一法律适用具有非常重要的现实意义。如果尺度过于宽泛,地方立法自行其是,容易破坏法制统一,甚至形成地方法制割据,最终威胁国家统一;如果过于严苛,那么地方立法的积极性便会受挫,按照“不出事逻辑”<sup>[68]</sup>制定的地方立法极可能存在大量的重复或抄袭上位法现象,将扼杀地方立法的生命力,实际上是对国家法治的最大破坏。在国家还将继续下放地方立法权,有序释放地方立法空间的大背景下,<sup>[69]</sup>这一问题的重要性愈加凸显。

抵触判定的核心是价值判断,原则权衡是有权机关进行价值判断的重要方法。本文在统合有权机关价值取向的基础上,建构了一套相对精细化的抵触判定方法。需要澄清的是,本文虽对法制统一与有效治理的权重关系作出了一般性认定,并给出了抵触判定的倾向性结论,但该结论并非不可更改。因为实践中对于某一地方立法与上位法的不一致程度、其所能实现的有效治理或权利保护的度均不可一概而论,对此需要实务机关根据具体情况调整结论。换言之,本文的贡献可能并不在于最后的结论,而在于提供了一套行之有效的抵触判定方法,以便实务工作者在面对疑难复杂的抵触判定问题时,能有清晰的“解题思路”可循。

此外,本文所提出的原则权衡的抵触判定方法,除了判断具体立法例是否与上位法相抵触,还能够有效回应地方立法中的热点问题,对地方立法的趋势和导向提供积极正确的引导。比如实践中,一些地方出于提升“立法政绩”之需要,打着“小切口、小快灵”的旗号大搞“全国第一部某某立法”等形象工程,立法主题日益边缘化、碎片化、形式化,典型的有《广州市母乳喂养促进条例》《宁波市公筷使用规定》等等。此类地方立法有一个明显特征,即其主要立法事项属

[68] 参见贺雪峰、刘岳:“基层治理中的‘不出事逻辑’”,《学术研究》2010年第6期,第32页。

[69] 参见梁鹰,见前注[47],第25页。

于私法自治领域,法律不宜干涉。更重要的是,该类立法所欲解决的问题很难说得上是当地民众急难愁盼的真问题,并不符合抵触判定中的有效治理原则之要求,因为有效治理原则强调的是地方解决实际问题的能力。因此,对于某一事项是否有必要、适合立法,实务机关可以用原则权衡的方法加以综合考虑。

---

**Abstract:** The core of determining if a local rule contradicts superior legislation is value judgment. In reality, the value judgment method used by the authority in judging whether the local legislation is in conflict with the upper-level law is principle balancing, and the three important principles that need to be considered in the balancing exercise are legal unity, effective governance and rights protection. Due to the differences of their own functions and positions, different authorities have different value preferences in principle weighing. As far as the general weight of the principle of legal unity and effective governance is concerned, from the perspective of national governance, it is advisable to give greater weight to the principle of effective governance on the basis of the three bottom lines required by the principle of legal unity. The authority can draw a conclusion about whether there is contradiction by the following four steps: the judgment of facts, the judgment of the three bottom lines of the principle of legal unity, the balance between effective governance and legal unity, and the balance between rights protection and effective governance (or legal unity).

**Key Words:** Local Rules; Contradiction; Legal Unity; Effective Governance; Principle Balancing

---

(责任编辑:彭 鐸)