

法制统一原则下变通立法的限度与审查进路

朱姗姗*

内容提要：变通立法是破除体制机制障碍、推动高质量发展的重要制度工具。变通程度是其中的核心问题，它不仅决定变通立法突破既有法律规范的范围，也直接影响改革创新与法制统一之间的平衡。通过对变通立法进行类型化分析，其偏离法制统一原则所可能引发的风险得以更加具体地呈现。通常而言，程序性内容的变通对法制统一的冲击相对较小，而权利义务内容的变通则可能带来更高的法制风险，二者之间风险呈现梯度结构，但这一结构并非静态，而是呈现动态变化的特征。因此，有必要在准确把握法制统一原则意涵的基础上，厘清变通立法容许偏离的空间。应通过引入比例原则、针对不同风险设定分阶审查强度，并融入全过程人民民主制度，构建出一套切实可行的审查路径，最终实现改革创新与法制统一的平衡。

关键词：变通立法 法制统一原则 比例原则 立法监督

一、问题的提出

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十五个五年规划纲要》提出，推动“十五五”时期经济社会发展，要发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用。然而，法律的稳定性与社会发展之间存在着不可避免的内生张力。有些现行法律规范的滞后性导致其难以回应新兴的社会需求，从而容易产生社会发展的制度性障碍。“变通立法”正是为破解这一法治难题、实现深层次改革目标而设的关键工具之一。

目前，我国具有变通性的法规有四种，即民族自治条例和单行条例、经济特区法规、海南自由贸易港法规、浦东新区法规。从目的看，这四类又可分为两大类。第一大类变通立法，通过授

* 朱姗姗，东南大学人权研究院、法学院副研究员。

本文为国家社会科学基金重大专项“行政执法裁量权基准和标准跨区域衔接研究”（24ZDA067）的阶段性成果。

予民族自治地方变通权，以民族区域自治条例和单行条例进行事务变通。^{〔1〕} 第二大类变通立法，授予对应省市级立法机关在经济特区、浦东新区、海南自由贸易港三地行使变通立法权，帮助实现“大胆试、大胆闯、自主改”，发挥全面深化改革和扩大开放试验田的作用。本文将以第二大类变通立法为研究对象。这类变通立法在实践中较为积极，涉及政治、经济、社会、文化和生态各个领域，呈现出的问题也更多样。

社会主义法制因统一而有尊严，因有尊严而有权威。^{〔2〕} 当前，尚缺乏对“变通”的内涵界定，也未制定普遍性的变通立法权规范，通过变通立法创造法制统一的例外状态引发学者的担忧。有的担心其可能助长授权改革试点的滥用，造成地方无序竞争；^{〔3〕} 有的担心如果超过必要限度，可能助长下位法对上位法的冲突，从而导致法律体系内部紊乱；^{〔4〕} 甚至有的认为可能导致地域性立法特权。^{〔5〕} 变通立法作为一种被授权的“例外”，其必然偏离法制统一这一宪法基本原则，关键是在多大程度上可以偏离法制统一原则，偏离法制统一原则的边界在哪里。

《全国人民代表大会常务委员会关于授权上海市人民代表大会及其常务委员会制定浦东新区法规的决定》第1—2条、《海南自由贸易港法》第10条以及全国人民代表大会及其常务委员会通过的一系列关于授权经济特区制定法规规章实施的决定都要求符合“宪法与法律基本原则”，然而“基本原则”的内涵具有巨大的解释空间，这使得变通立法边界模糊。^{〔6〕} 虽然《立法法》第109条规定变通立法主体在备案时应提交“变通说明”，^{〔7〕} 此举意在将“变通了哪条法律”“为什么要变”“依据何在”予以明确，但是通过检索发现有相当比例的“说明”仅以“制度创新”含糊概括，未能清晰界定具体的变通内容，导致变通立法与先行先试、细化型立法难以区分，仍需依赖审查者进一步甄别。为此，本文拟通过对变通立法进行类型化分析，结合法制统一原则的内在法理，确定变通立法的限度，构建一套可行的变通立法审查机制。

二、变通立法类型化与风险梯度

经济特区、浦东新区、海南自由贸易港三地变通立法在制度来源、变通对象、实施程序及监督机制等方面具有一定共性，使得样本间具有类型化考察的可能性。

（一）变通立法的二元类型化

根据笔者检索国家法律法规数据库进行的统计，截至2026年5月3日共出台79部变通立

〔1〕 参见徐爽：《变通立法的“变”与“通”——基于74件民族自治地方变通立法文件的实证分析》，载《政法论坛》2021年第4期，第165页。

〔2〕 参见贺海仁：《中国法治的结构转型及其内在挑战》，载《河北法学》2021年第8期，第10页。

〔3〕 参见秦小建：《授权改革试点应首先遵循法律保留原则》，载《法学》2023年第7期，第48页。

〔4〕 参见彭浩：《授权地方改革试点决定的性质与功能探析》，载《法制与社会发展》2018年第1期，第28页。

〔5〕 参见王建学：《国家纵向治理现代化中的立法变通授权》，载《地方立法研究》2023年第2期，第6—7页。

〔6〕 参见熊林曼：《宪法性法律的界定与功能——一个实质宪法视角下的比较考察》，载《法学评论》2024年第6期，第76页。

〔7〕 通过对国家法律法规数据库进行检索可以发现，截至2026年5月4日，浦东新区提交创新变通立法说明21份，海南自由贸易港提交创新变通立法说明55份，经济特区提交创新变通立法说明112份。

法，其中海南自由贸易港法规 13 部、浦东新区法规 18 部、经济特区法规 48 部。根据变通内容的不同，可进一步分为程序性变通立法与权利义务变通立法，其中程序性变通立法共 39 部、权利义务变通立法共 55 部，^{〔8〕} 权利义务变通立法显著多于程序性变通立法。一般来说，权利义务变通立法对法制统一的破坏风险要高于程序性变通立法，但是从数据中不难看出，地方对高风险的权利义务变通立法有着更为强烈的需求。

1. 程序性变通立法

程序性变通立法改变了上位法有关实现权利义务的程序性内容，虽然与细化型立法很相似，但是两者间存在本质不同。中央立法由于遵循“宜粗不宜细”的立法思路，倾向于制定框架性规定，以此为地方根据自身实际情况进行立法预留空间，由此发展出了细化型立法。细化型立法是对上位法的原则性规范的具体化，旨在实现可执行性，并未突破上位法。^{〔9〕} 例如，《上海市浦东新区城市管理领域非现场执法规定》第 13 条规定的“……浦东新区城管执法部门可以采用电子邮件、短信、互联网应用程序等信息化方式送达行政处罚决定书等相关法律文书”，看似增设了《行政处罚法》第 61 条有关程序实现的方式，但是实际上只是对“行政机关可以采用传真、电子邮件等方式”中“等”的具体落实与细化，完全符合同类解释规则，与上位法已列举的方式（传真、电子邮件）具有同质性。^{〔10〕} 与之不同，程序性变通立法的核心特征在于对上位法设定的程序性事项进行重塑乃至替代。此类变通立法创设了一套与国家通用规则相平行的、以效率和便利为导向的地方性程序规则，形成了程序事项的“例外”。比如，海南自由贸易港立法中涉及的“极简审批”系列规定，在博鳌乐城、洋浦等地推行“规划代立项”“区域评估代单个项目评估”等流程再造，大幅压缩行政审批流程。

在程序性变通立法中还有一类特别的变通立法，这类变通立法触及的是国家治理体系中纵向事权的配置，将国家法律明确规定由更高行政层级（如国务院部委、省级人民政府）行使的特定管理和审批权限下放至地方市、区一级政府。例如，《珠海经济特区科技创新促进条例》第 70 条中设立“市级科技奖”，直接突破《国家科学技术奖励条例》（2020 年修订）第 36 条规定“只有省级和计划单列市有权设立一项科技奖”的“主体限制”。这一变通将原属于省部级的“科技奖励设定权”下放至特区政府层面，是对纵向行政事权的突破。

2. 权利义务变通立法

权利义务变通立法是对上位法中有关权利义务内容予以变通，涉及的是实质性规范要素。例如，《上海市浦东新区建立高水平知识产权保护制度若干规定》第 11 条、第 12 条将《专利法》第 71 条规定的 1~5 倍惩罚性赔偿提高至 10 倍，将法定赔偿上限由 500 万元翻倍至 1000 万元。这意味着行政主体的权力得以扩张，同时行政相对人的权利被限缩，义务被加重，直接改变了上位法中的法律后果要素。该变通立法还变通了民事诉讼中“谁主张，谁举证”的举证责任规则，知识产权被侵权人仅需承担证明侵权方获利或自身损失的举证责任，在尽力举证后，法院可责令

〔8〕 由于部分立法文本兼具程序与实体双重变通内容，故分类计数之和大于立法总数。

〔9〕 参见刘志坚：《浅议创制性地方立法》，载《人大研究》2001 年第 8 期，第 19 页。

〔10〕 参见俞小海：《刑法同类解释规则：一个方法论上的确立》，载《厦门大学法律评论》第 2 卷，厦门大学出版社 2023 年版，第 19 页。

侵权人提供账簿，如其拒不提供，则可采信权利人的主张。该变通根本改变了上位法中关于权利主体间的举证责任配置。再例如，《上海市浦东新区促进无驾驶人智能网联汽车创新应用规定》第29条突破了《道路交通安全法》中以自然人驾驶行为为基础的过错责任，重构一套二元责任体系：一方面要求，由车辆“所有人”或“管理人”承担严格的运行和赔偿责任，以保障交通效率与受害人权益；另一方面，则根据产品侵权逻辑，允许向自动驾驶系统的开发者或制造商追究最终的过错责任，对上位法权利义务内容进行实质性变更。需要特别澄清的是，引用上述变通立法条款，意在将其作为分析的样本，绝非肯定、承认其合宪性、合法性。事实上，正是这类变通条款引发了对法制统一原则的挑战。

（二）变通强度与法制统一风险的梯度结构

尽管可以将变通立法根据内容分为两类，并据此区分出不同类型变通立法对法制统一原则冲击的风险，权利义务变通立法相对于程序性变通立法风险更高，但是两者引发的风险不是固定不变，而是会随着变通对象在规范结构中的重要性变化的，呈现出一种梯度结构。

首先，在程序性变通立法中低强度风险表现为，如果变通是对办事流程、准入方式和行政供给路径的优化，而不直接改变权利义务结构，或者对权利义务产生积极的影响，则对法制统一原则的冲击较小。例如，《海南自由贸易港实施市场准入承诺即入制管理规定》，强调在符合条件的领域，以书面承诺和备案替代部分传统许可审批。^{〔11〕}这类规则的核心是维护经济活动中的公平竞争与市场秩序，变通的目的在于降低制度运行成本、提升市场进入效率，重点是“简政放权”，给予市场更大调节空间，对法制统一的影响主要表现为地方实施方式差异，属于相对可容忍的低强度风险。

其次，介于程序与实体权利义务之间，这类变通虽然在形式上仍表现为程序调整，但实际上已经开始触及程序保障结构，从而影响权利实现机会的均衡分配，对法制统一具有中等冲击风险。例如，《深圳经济特区生态环境保护条例》第56条变通了《水法》第34条和《水污染防治法》第19条规定的污水入河排放口设置审批要求，将“审批”调整为“备案”，并对污水入河排放口对水功能区影响轻微或者环境影响评价文件中已经进行论证的，简化或者豁免论证报告。从表面看，这一调整仅为程序简化，但实际上，这类规则的核心利益是环境保护和公共健康，变通管理方式，收缩政府的管理职能，可能导致懒政进而引发生态风险。

再次，较高强度变通体现为程序性变通中的管理权限的重新配置，即地方立法或配套制度安排不直接改变个人权利义务，却改变上位法原先按照行政层级所设定的权力实施结构。以排污许可管理为例，国务院《排污许可管理条例》第3条第2款规定监督管理权归“设区的市级以上”的生态环境主管部门，而《海南经济特区排污许可管理条例》第4条则将其变通下放至“县级以上”。此种制度安排在维持企业排污合规义务不变的前提下，通过执法权力的层级下沉，实现地方治理格局的重新配置。此类变通立法所变通的并非一般性的实施技术问题，而是触及权力的纵向配置结构，因而可能削弱法律实施主体的统一性，并进一步诱发不同地区在监管尺度、责任承

〔11〕 参见《我省有关部门解读〈海南自由贸易港实施市场准入承诺即入制管理规定〉你承诺我相信 你违反我严惩》，载海南日报2022年12月3日，https://news.hndaily.cn/html/2022-12/03/content_58469_15568965.htm，2026年3月7日访问。

担和执法标准上的分化。

最后，最高强度变通则是实体性变通，即直接变通上位法的权利义务、法律后果等。此类变通包括缩小上位法规定的权利主体的范围、限制或者剥夺上位法规定的权利、扩大权利主体获得权利的范围，也包括增加设定义务的条件、扩大上位法规定的义务或者义务主体范围，^{〔12〕}还包括对法律后果的种类、权限范围等进行调整，比如扩大或者限缩法律后果。^{〔13〕}浦东新区知识产权立法就是典型例子，上海市知识产权局发布的典型案例亦显示，浦东法院已据此作出接近千万元的惩罚性赔偿判决。^{〔14〕}与程序优化或权限承接不同，这类变通直接改变上位法既定的责任后果幅度，已经不再是制度实施路径的差异，而是对统一民事责任规则本身的突破。此时，地方规则所形成的已不是“地方性便捷安排”，而是“同一侵权行为在不同区域适用不同责任强度”的格局，引发破坏法制统一的风险也更大。

三、法制统一原则下变通立法的限度

在法制统一原则的框架之下，所谓变通立法的限度，是被限定的合法“偏离区”，即在不削弱全国法律体系整体一致性与规范协调性的前提下，立法机关基于特定授权，为实现制度试验与改革创新的目标，对上位法进行变通的容许空间。

（一）法制统一原则的内涵

法制统一原则的内涵决定了变通立法的空间。从文义出发，有观点将“统一”理解为三层递进结构。其一，一切法律规范都不得与宪法相抵触，体现了宪法的根本法地位；其二，下位法不得与上位法相抵触，这是维护法律规范体系层级秩序的基本要求；其三，同位阶的法律规范之间不得相互抵触，这是确保规范适用一致性的必要条件。其认为“统一”表现为形式性和层级上的“统一”。^{〔15〕}还有观点进一步将“统一”与立法权限结合起来，主张严格遵循立法权限并贯彻“不抵触”原则，凸显出法制统一原则的核心在于防止立法权的越权行使和冲突性运作。^{〔16〕}这两种观点共同强调了统一的秩序维度，即“不与上位法相抵触”。然而，这种单从文义与形式出发对法制统一的认识，面对变通立法现象时，容易机械地推导出“创新即违背统一”的结论，这就无法解释变通立法现象，容易陷入“良性违宪”的窠臼。^{〔17〕}

法制统一原则的真正意义绝非仅仅停留在形式上的层级一致性，而是要在我国的立法实践中结合我国的国情辩证地认识。统一并非排斥差异，而是通过差异实现更高层次的整体性。《宪法》第5条确立的“统一”不是单纯的形式一致，而是一种通过差异化、创造性实践不断调适和发展

〔12〕 参见俞祺：《重复、细化还是创制：中国地方立法与上位法关系考察》，载《政治与法律》2017年第9期，第72页。

〔13〕 参见梁鹰：《2019年备案审查工作情况报告述评》，载《中国法律评论》2020年第1期，第25页。

〔14〕 参见《上海知识产权法院知识产权司法保护状况（2023年）》，<https://www.hshfy.sh.cn/css/2024/04/28/202404281016335187693.pdf>，2026年3月6日访问。

〔15〕 参见乔晓阳：《全国人大常委会法制讲座讲稿摘登：完善我国立法体制 维护国家法制统一》，载《人大工作通讯》1998年第21期，第12页。

〔16〕 参见张春生：《立法要坚持社会主义法制的统一》，载《人大工作通讯》1994年第4期，第14-15页。

〔17〕 参见黄明涛：《重访改革历程：作为宪法变迁的“社会主义市场经济”》，载《华东政法大学学报》2023年第6期，第27页。

的“统一”。从国家主权视角看，如果将立法权视为国家的一项权能，那么立法权是全国人大及其常委会专属的一项专有权力。^{〔18〕}自改革开放以来，我国逐步打破了中央高度集权的“央地关系模式”，中央不断向地方“放权”，立法主体不断增加，“统一”的主要目的在于保护秩序。^{〔19〕}与之不同的是改革，改革的主要功能是塑造秩序。在保护秩序与塑造秩序之间进行平衡，其本身并非法制统一，而是以法制统一为根本准则和最终归宿的动态调适过程，它允许为了探索更优秩序而产生暂时和局部的“不统一”，但最终又通过整合导向一个更高水平的法制“再统一”。^{〔20〕}

只有坚持用辩证的视角来认识法制统一原则，才能准确把握其内涵。习近平总书记强调“做到改革和法治相统一，重大改革于法有据，及时把改革成果上升为法律制度”^{〔21〕}。这意味着，法制统一既要为改革预留空间，又要及时规范和吸收改革的合理成果。因此，我们应秉持发展的眼光来看待“统一”与“不统一”的辩证关系，即局部的、暂时的“不统一”，可能恰恰是通往更高水平“统一”的必经之路。^{〔22〕}法制统一原则承认“现实性是一种异质的连续性”^{〔23〕}，承认单一的、抽象的全国性法律无法完全合理地调整快速发展和高度复杂的特殊区域（具体事物）。^{〔24〕}这也可以解释为何近来立法工作越来越强调支持地方结合实际“创造性开展立法工作，突出地方特色，解决实际问题”。作为工具，“变通”是“法制统一”原则对现实复杂性的一种应对。

（二）变通立法的边界

变通立法是否合于法制统一原则不在于变通程度的大小，而在于其是否在规范目的上严格受限于中央所设定的国家改革使命。变通立法权并非地方固有立法权，而是基于全国人大常委会授权而产生的制度性例外，其存在依附于中央授权，其目的受授权目标拘束，其内容受授权范围限定，其持续性亦受中央制度安排调控。换言之，它是在统一原则之下，为实现特定国家战略任务而暂时开启的“窗口”。正因其本质属于例外机制，其必须严格遵循授权依据并符合授权目的，一旦脱离授权目的或突破授权边界，即不再属于法律允许的例外，而是对法制统一原则的破坏。因此，变通立法首先受到“授权目的拘束原则”的限制。

审视国家整体改革布局，《中共中央 国务院关于支持浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的意见》明确指出，要“支持浦东新区高水平改革开放、打造社会主义现代化建设引领区”，并鼓励其成为“更高水平改革开放的开路先锋、全面建设社会主义现代化国家的排头兵”。由此可见，中央赋予浦东“开路先锋”和“引领区”的战略定位，构成了其在法制统一原则下进行变通的正当性来源。同理，海南自由贸易港作为“引领新时代对外开放的重要门户”，其使命是建立国际最高水平的开放政策体系，这决定了其变通立法的空间必须足以支撑其对接高标准国际经贸规则的需要；而以深圳为代表的经济特区，作为“中国特色社会主义先行示

〔18〕 参见蔡定剑：《立法权与立法权限》，载《法学研究》1993年第5期，第4页。

〔19〕 参见李云霖：《全国人大及其常委会立法授权的类型与价值》，载《政治与法律》2024年第8期，第85页。

〔20〕 参见葛洪义：《作为方法论的“地方法制”》，载《中国法学》2016年第4期，第117页。

〔21〕 习近平：《论坚持全面深化改革》，中央文献出版社2018年版，第64页。

〔22〕 参见陈柏峰：《在进一步全面深化改革中坚持全面依法治国——党的二十届三中全会〈决定〉的法治要义》，载《现代法学》2025年第1期，第13页。

〔23〕 〔德〕海德格尔：《现象学与先验的价值哲学》，载《海德格尔文集：论哲学的规定》，孙周兴、高松译，商务印书馆2015年版，第184页。

〔24〕 参见罗培新：《论地方立法与上位法“不抵触”原则》，载《法学》2024年第6期，第15页。

范区”，其变通立法的正当性则源于为全国法治改革探明方向的“先遣队”责任。总的来说，各改革区域的制度使命存在明显差异，正因战略定位与制度任务不同，各地变通立法所涉领域与变通空间亦存在差异。但是无论哪种变通立法首先在立法目的和实际效果上都必须服务于各自改革使命。概言之，改革使命构成变通立法进入合宪性审查的前提性门槛。变通只有在规范目的上直接指向国家战略任务的实现时，才符合法制统一原则；反之，若变通与所设定的改革目标不符，即便只是轻微变通，也是对法制统一原则的违反。

符合目的后才可能进行变通内容是否符合授权范围的讨论。现行《立法法》第11条具体列举了只能制定法律的事项；第12条规定了有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项属于法律绝对保留事项，并禁止立法机关进行授权和转让。在《立法法》确立的“绝对保留—相对保留”格局下，^[25]凡属绝对保留事项，立法权不得被授出或转让，地方变通立法无涉其间，属于变通立法绝对不可触碰的底线。例如，“诉讼和仲裁制度”属于只能制定法律的事项，这意味着关于诉讼的主体资格、受案范围及职权配置等要素的立法权高度集中于全国人大及其常委会。《珠海经济特区无障碍城市建设条例》第47条新增“无障碍环境建设”这一公益诉讼类型，以及《深圳经济特区无障碍城市建设条例》第61条直接赋予“群团组织公益诉讼权”，都是对诉讼制度的突破，有触碰法律保留“红线”的嫌疑。对于相对保留事项，虽然可以通过中央的特别授权下放，允许地方进行变通探索，但这必须以“授权明确性”为前提。^[26]

（三）变通立法的底线

坚守变通立法底线同样至关重要，变通之所以能够存在，是因为其仍然运行于统一秩序之内，一旦突破底线界限，这种例外将不再是统一原则内部的受控偏离，而是对统一原则的破坏。

从权利保障角度看，国家承认个体为权利主体的最低条件就是确保其宪法和法律赋予的基本权利不被剥夺。如果允许地方以“改革”“试点”为名，随意变通涉及公民基本权利的法律规定，那么宪法庄严承诺的权利清单就会被架空。基本权的本质内容是确保权利核心不丧失的要素，它是国家权力不可触及的核心领域。换言之，一项基本权利即便可以依法加以限制，也不得以任何形式剥夺公民行使该权利的可能性。^[27]基本权利本质理论构成了对变通立法权力的“限制之限制”。

首先，变通立法绝不能触碰“人的主体性”底线。如果国家措施使个人不再作为“目的本身”的权利主体，而仅被当作实现国家目的的“工具或客体”，就侵犯了基本权利的本质内容。自第二次世界大战以来，“人的尊严”已成为国际社会公认的最高法律伦理规范，并在法律体系中居于基础性地位，即具有先在性、基础性、永久性。^[28]我国于2004年将“国家尊重和保障人权”载入宪法，标志着人权正式由一个政治概念转化为具备鲜明规范属性的宪法原则。^[29]这要

[25] 参见李忠夏：《法律保留的中国方案：“本质重要性”标准的引入及应用》，载《法学研究》2025年第2期，第25页。

[26] 参见秦小建：《全国人大常委会授权的宪法定位及合宪性展开》，载《中国法学》2023年第1期，第165页。

[27] 参见王锴：《论基本权利的本质内涵保障——以终身监禁为例》，载《法学》2024年第9期，第53页。

[28] 参见胡玉鸿：《人的尊严的法律属性辨析》，载《中国社会科学》2016年第5期，第103-104页。

[29] 参见鲁广锦：《历史视域中的人权：中国的道路与贡献》，载《红旗文稿》2021年第1期，第11页。

求无论在何种情境下,个体的人格地位与基本权利均不得被侵犯。^[30]无论浦东新区、海南自由贸易港或经济特区承担何种宏大的国家战略使命,都不能在立法变通中将公民降格为实现经济目标的单纯“客体”或工具,必须坚守“人的尊严”这一宪法核心价值。

其次,变通立法绝不能触碰权利“同一性标准”。所谓“同一性标准”,是德国基本权利本质内容理论中用于判断权利是否在限制中被结构性消解的重要标准,其核心意涵并不在于限制程度的轻重,而在于限制措施是否导致该权利在规范意义上发生“质变”,以至于不再构成原初意义上的同一项权利。学理上通常从权利的三项结构要素判断其是否保持同一性:其一,权利是否仍保有最低的现实可行使性;其二,权利是否仍能发挥其典型的规范功能;其三,权利是否仍与人格自主或社会参与形成必要的制度关联。这里的最低可行使性是指制度设计不得在结构上排除权利行使的可能性。如果立法过度设置实现条件,那么权利即使保留但已退化成为一种象征性承诺。权利的典型功能是指基本权利所保护的特定利益。例如,防御权的核心功能在于对抗国家权力,如果变通使防御权不再能够对国家形成任何实质约束,那么该权利就不再是原初意义上的同一权利。

四、法制统一原则下变通立法的审查进路

立法监督是指享有立法监督权的特定主体在法定权限内,依照法定程序,对立法的过程及结果进行审查和监控的活动。^[31]对变通立法的监督可以通过合宪性审查与合法性审查两条路径协同实现。^[32]就合法性审查与合宪性审查的关系而言,两者不存在先后关系,而是具有不同的功能指向。前者侧重对立法权限、程序及条文抵触进行规范性的比对;后者则以宪法解释为核心,判断规范内容是否违背宪法所确立的文本、原则、精神,所以并不存在“先合法、后合宪”的审查层级逻辑。^[33]但是,在我国宪法并不直接作为下位法“可诉之上位法”的制度背景下,审查机关原则上不宜轻易跳过法律规范而径直援引宪法条款作出合宪性判断,因为如果舍弃中间层级的法律规范而直接诉诸抽象的宪法,便会削弱宪法通过立法体系实现具体化、细节化和可操作化的功能。^[34]换言之,当合法性审查即可确认违法时,通常足以否定该规范的效力,无须再上升到合宪性层面,^[35]就此形成了所谓的“先合法、后合宪”的审查层级观感。但是具体到变通立法,由于具有可以突破上位法的特殊性,使得上述基于审慎考虑形成的审查逻辑失效,形成了合宪性审查与合法性审查应该并行的双轨结构。需要进一步注意,双轨审查结构解决的只是变通立法应依据何种规范进行审查的问题,并未回答在承认变通立法可以偏离法制统一原则的前提下,如何判断其是否逾越容许边界的问题,就此需要以法制统一原则为依据,运用比例原则的审查方

[30] 参见胡玉鸿:《个人的独特性与人的尊严之证成》,载《法学评论》2021年第2期,第41页。

[31] 参见周叶中、秦前红主编:《宪法实施与地方立法》,湖北人民出版社2017年版,第55页。

[32] 参见莫纪宏:《论经济特区法规的“区外适用”效力》,载《中外法学》2023年第6期,第1427页。

[33] 参见郑贤君:《先合法性后合宪性审查之理论误区》,载《财经法学》2024年第3期,第162页。

[34] 参见童之伟:《“法无授权不可为”的宪法学展开》,载《中外法学》2018年第3期,第571页。

[35] 参见秦前红:《人大主导立法不能过于理想化》,载《人大研究》2017年第2期,第33页。

法对其进行穿透式审查。

（一）比例原则的穿透式适用

运用比例原则对变通立法进行审查，其核心在于通过对变通目的之正当性与偏离手段之适度性的综合衡量，判断该项立法是否仍处于宪法、法律及行政法规所容纳的变通空间之内，从而防止地方立法裁量权的恣意扩张。作为一种审查方法，比例原则最关键的功能，不在于简单确认规范是否抵触上位法，而在于为不同法律规范价值之间的利益衡量提供一套结构化的判断框架。所以要在变通立法审查中引入比例原则，根本原因就在于，变通立法本身并不是单纯的规则适用问题，而是围绕多元价值进行取舍的制度安排，其审查判断天然依赖于价值之间的衡量。

对变通立法的审查，可以分为事实判断与价值判断两个层面。所谓事实判断，是指通过上下位法对照，识别二者之间是否存在实质性不一致。这里的“实质性不一致”，并非指文字表述、体系结构或规范排列上的一般差异，而是指下位法实际上改变了上位法所设定的公民核心权利义务、国家机关职权边界或者组织权力配置，只有当下位法已经突破了单纯的技术性调整，而对规范内容本身作出了具有实质意义的改动时，才有必要进入下一阶段。

在确认存在实质性不一致之后，审查的重心便转入价值判断层面，即判断这种不一致是否应该被容许。^{〔36〕}变通立法所涉及的事项广泛，因此审查重点不能停留于形式上的规范比对，而必须深入到规范背后所体现的原则与价值之中。^{〔37〕}价值内蕴于原则，并通过规则加以具体化，对规则偏离的判断，归根到底是对规则背后价值秩序的判断。对变通立法的审查本质就在于判断，地方立法为实现某一具有改革性的目标而对法制统一原则造成的限制，是否能够获得充分的正当化。在这一审查语境下，审查者所面对的并非一方绝对正当、另一方当然让步的关系，而是两种均受宪法、法律肯定、承认的价值之间的冲突。一方面是法秩序统一、稳定与可预期性的要求，另一方面是改革试验、制度创新与现实回应的需要，正因为二者都具有合法性、正当性，所以审查不能以简单的优先顺位加以处理，而必须借助比例原则，在具体法律与事实条件下对二者进行协调。比例原则的意义，正在于它并非作为一个与其他原则并列竞争的实体原则，而是作为一种后设性的审查框架，为不同原则之间的冲突提供可操作的判断标准。

在方法结构上，比例原则通常由适当性、必要性和狭义比例性三个子原则构成。它们分别对应变通立法审查中的不同问题。首先，适当性要求审查该项变通是否确有助于实现其所主张的改革目标或公共目的，亦即该手段与目的之间是否存在合理关联。其次，必要性要求审查者进一步追问：在实现同一目标的前提下，是否存在对法制统一原则损害更小的替代方案。就此而言，变通立法权作为一种经特别授权而产生的例外性立法权，只有在一般地方立法权不足以实现规范目标时，才具有启动的正当性。如果某项改革目标完全可以在一般地方立法权限内通过实施性立法、细化性立法或政策协调方式等实现，则无须动用变通立法权。简言之，海南自由贸易港法规、浦东新区法规以及经济特区法规中的“变通”，应当是一种“必要时方可为之”的模式。^{〔38〕}可见，适当性与必要性原则所承担的，就是在事实可能性维度上的检验——该项变通是否真实必

〔36〕 参见陈兴良：《刑法教义学中的价值判断》，载《清华法学》2022年第6期，第6页。

〔37〕 See Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16 Ratio Juris 433 (2003).

〔38〕 参见姚建龙、俞海涛：《论浦东新区法规：以变通权为中心》，载《华东政法大学学报》2023年第3期，第87页。

要、是否已经穷尽一般立法权框架下的制度可能性。

与此相对，狭义比例性所处理的则是法律可能性维度上的优化，即在确认该项变通具有一定目的正当性且无更温和替代手段之后，进一步判断其所追求的利益，是否足以正当化其对法制统一原则所造成的损害。这一阶段的核心，不是在问“能不能变通”，而是要问变通到何种程度仍属可接受的适当。根据阿列克西的权衡定律，对某一原则的不满足程度越高，正当化该限制的对抗性原则的重要性就必须越高。^{〔39〕}因此，在变通立法的权衡审查中，审查者至少需要完成三个层次的判断：其一，确定该项变通对法制统一原则造成了多大程度的损害；其二，确定该项变通所欲实现的特定需求或公共目的具有多大的重要性；其三，判断这一需求的重要性是否足以正当化对法制统一原则的相应损害。只有在这种损害与收益之间仍保持基本均衡时，才能认为该项变通仍处于可容许的空间之内。

由此可见，比例原则在变通立法审查中通过“不一致识别—目的与手段审查—利益权衡控制”方法的层层递进，将变通立法放置于具体情境下，将其转化为可被识别、拆解的审查对象。

（二）依类别设定差异化审查密度

如果说比例原则所解决的是变通立法“应如何审查”的方法问题，审查密度所回答的则是“应以何种强度审查”的层次问题。即便置于同一比例原则的框架下，若采取不同的审查强度，亦可能推导出截然不同的审查结论。^{〔40〕}在此情形下，审查机关不能机械适用单一强度的审查方式，而应根据不同类型变通立法对法制统一原则的突破程度、风险强度及其所涉事项的重要性，设置差异化的审查密度。作为比例原则适用的强度标尺，差异化审查旨在通过灵活调节介入深度，在保障改革空间与维护法秩序统一之间，建立起一种动态且精细的监督结构。^{〔41〕}

1. 权利义务变通立法的审查密度

第一类权利义务变通立法，以基本权利的防御属性为切入点，若地方变通立法试图通过增设行政许可、加重行政处罚或设定强制性义务等手段对以禁止公权力不当干预为核心的防御权进行限缩，例如对财产权、营业自由的限制，将带来严重冲击国家法制统一原则的风险。对此类变通立法必须适用严格审查，即高密度审查。以浦东新区知识产权保护规定中提高惩罚性赔偿倍数和法定赔偿上限的变通为例，公权力对基本权利干预强度的升级，必然要求更高的正当性理由。在适用比例原则审查该变通条款时，罚款的增加直接触发了“狭义比例原则”（均衡性）的考量，即加重的财产剥夺程度，是否与相对人违法行为的严重程度相均衡。审查机关不能仅仅因其具有“激励创新”的目的，便径直认可其正当性。公权力对基本权利干预强度的升级，干预强度越大，对正当性理由的要求就越高。审查机关必须进行严格的“必要性”（最小损害）检验，审慎评估在不突破国家统一法定处罚规则的前提下，是否存在精细化执法、信用惩戒等对财产权及法制统一干预更小的替代方案。在严格审查的法益衡量“天平”上，一端是对知识产权的强化保护与

〔39〕 See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 115.

〔40〕 参见刘权：《比例原则审查基准的构建与适用》，载《现代法学》2021年第1期，第144页。

〔41〕 参见祝捷：《平等原则检视下的大陆居民在台湾地区权利保障问题——以台湾地区“司法院”“大法官解释”为对象》，载《法学评论》2015年第3期，第109页。

营商环境的优化，另一端则是对行政相对人财产权的克减，以及法制统一原则所承载的基础性宪法价值。鉴于后者分量极重，只有当改革目标构成压倒性的重大公共利益、所有“替代方案”均被穷尽且证明无效时，变通上位法才具备绝对的必要性。此外，审查者还需进一步核验该项变通是否设置了明确的动态评估机制，确保其对法制统一原则的突破始终被限定在局部、暂时且风险可控的“制度试验”之内。总之，只有同时满足上述要件，才能认定该变通立法通过了严格审查。

第二类权利义务变通立法与防御权相对，在涉及社保、教育、公共卫生等给付行政领域，变通的对象是公民的社会受益权或社会给付请求权。这类权利的核心在于公民有权要求国家提供积极的物质给付或服务保障。故而，审查此类变通立法的焦点在于地方是否充分履行了“保护义务”与“给付义务”。其一，如果是涉及受益权标准下调的变通立法，鉴于受益权的实现高度依赖地方的财政能力，立法者在此享有广泛的政策形成空间，审查者不宜进行高密度的严格审查，而须引入“禁止保护不足”原则进一步进行中度分析。审查核心是确认变通立法是否过度强调地方的特殊性，例如，《深圳经济特区社会养老保险条例》曾长期将企业职工基本养老保险缴费比例设定为14%，这低于国家统一的16%标准，其政策初衷在于降低企业制度性交易成本、稳就业。依据“禁止保护不足”的审查基准，由于深圳处于特殊的人口红利期，缴费人数远大于领薪人数，这一费率变通在特定历史时期内确能保障地方基金的收支平衡，并未在绝对水平上降低本市劳动者的养老给付，故而具备合宪性、合理性。随着养老保险迈向全国统筹，深圳的低费率变通因导致对国家基金贡献不足、破坏统一秩序，才被要求增设“过渡条款”，以逐步向国家标准靠拢并剥离地方保护性福利。其二，如果是对国家给付标准的提升，那么其实质是地方公权力主动加重自身的财政与给付负担，这类变通并未减损公民实体权利，反而增进了人权保障水平，因此无须动用严苛的比例原则，降维适用合理性审查即可。例如《厦门经济特区法律援助条例》第11条将刑事案件全部纳入援助范围，第14条将经济补偿金、赔偿金、劳务报酬以及提供劳务导致的人身损害都纳入援助范围，审查的核心是特区本级的财政能力与公共法律服务资源，是否足以实质性支撑法援范围的扩张，以及检验福利范围的扩张是否具有客观、理性的政策理据，防范在资源分配中武断地排除同等弱势主体，从而制造出新的不合理差别对待。

第三类权利义务变通立法与前两类公权力直接“干预”或“分配”不同，而是在横向私权之间进行重新配置，即赋予一方权利，可能导致另一方权利受损的情形。例如《深圳经济特区科技创新条例》第99条规定增加“同股不同权”制度，《珠海经济特区律师执业条例》第18条赋予律师办理案件“以人查房”调查特权等，这类变通容易引发横向权利“天平”的失衡，必须进行严格的比例审查。以赋予律师办理案件“以人查房”变通审查为例，首先必须审查，特区立法在为律师调查权“松绑”的同时，是否导致对不动产权利人隐私保护的严重缺位，变通是否违反个人信息保护法设定的安全底线。当实体权利的单向限缩发生时，必须通过高密度的程序保障来平衡其负面影响。因此，审查还必须确保该变通为利益受损方提供了完善的程序保障机制。这些程序应包括但不限于越权查询的异议机制、事后的知情预警机制，以及查询留痕和追责机制。如果变通只考虑赋予一方权利，却忽视受损方的维权途径，那么该变通便可能违背比例原则的均衡性要求，构成严重的法律风险。

2. 程序性变通立法的审查密度

对于程序性变通的审查，亦可根据法制统一原则引发的风险大小设定差异化的审查密度。首先，对于旨在优化办事流程、准入方式和行政供给路径的程序性变通立法，因其对法制统一的破坏风险较小，应适用宽松审查，也即低密度审查。审查是否实现了“优化”的立法目的，例如便民、提效，只要该变通具有合理的手段与目的之关联性，且未增加相对人负担，即推定其合法有效。

其次，对于已经开始触及程序保障结构的变通立法，例如缩短法定审批时限、合并听证程序、调整送达方式等，因其具有一定的法制统一破坏风险，应适用中度审查，即中密度审查。审查该变通是否实质性减损了行政相对人的核心程序性权利，包括知情权、陈述申辩权、救济权，并运用比例原则进行衡量，必须确保变通所追求的行政效率收益没有以过度牺牲正当程序为代价。如果简化程序剥夺了相对人维护自身合法权益的必要手段，则应当被否定。

最后，较高强度的变通体现为程序性变通中的管理权限的重新配置，此类变通对纵向或横向分权秩序影响巨大，应该适用严格审查，即高密度审查。审查其是否具备明确的上位法授权基础，也就是展开授权明确性审查，同时需要审查是否违反了法律保留原则与上位法的强制性或禁止性规定。权力配置的变通不能仅凭地方的效率诉求而进行自我确权，必须有严格的规范依据，且需进一步审查下级机关是否具备承接该权限的实际能力。

3. 特别关注创制型立法

创制型立法在狭义上并不属于变通立法，但仍有必要将其纳入高强度监督审查的视野。其原因在于，实践中并不排除地方立法以“制度创制”之名，实质绕开中央立法的既有规范框架，从而形成对法制统一原则的隐性冲击。倘若任由创制型立法完全游离于变通立法审查逻辑之外，便可能导致地方通过概念包装规避对其实质突破效果的监督。因此，对于创制型立法，审查者首先应判断其究竟是在规范空白范围内作补充性制度建构，还是已经对中央立法所体现的规范目的、制度结构和基本意图形成实质对抗。若属于前者，其风险主要表现为地方制度创新的边界问题，尚可依据一般立法审查规则加以处理；若属于后者，则应比照高强度变通立法启动严格审查。即便该项创制能够宣称自身服务于更高层次的国家发展目标或统一大市场建设，也仍须接受严格的比例衡量，重点审查其是否确属绝对必要、是否存在更温和替代路径，以及其可能带来的长远制度收益是否足以正当化其对当前统一法秩序所造成的损害。换言之，创制型立法并非当然不受控制，而只是不能借“创制”之名规避对其实质突破效果的高强度监督。

（三）引入全过程民主参与机制

为了弥补比例原则在抽象权衡中的方法局限，并回应变通立法监督审查所要求的程序正当性，全国人大常委会对于变通立法的审查，不能仅停留于比例原则的方法推演上，而应进一步构建一种以“公共理由的提供与检验”为核心的审查机制。比例原则虽然能够规范权衡的步骤，却不足以消除价值判断中的主观性、不确定性及其说服力不足的问题。^{〔42〕}当审查者运用权衡定律或分量公式进行判断后，如果所得结论是变通立法对法制统一原则所造成的损害程度与其所追求

〔42〕 参见刘权：《比例原则》，清华大学出版社2022年版，第313页。

之特定目标的重要性大体相当，则权衡本身便无法给出明确的优先性结论。在此情形下，无论是诉诸抽象的原则排序，还是依赖审查者的经验直觉，都不足以充分化解这种审查上的僵局。

故而，变通立法的监督审查有必要引入一种以公共理由为导向的程序性补强机制，使“为什么这样判断”“为什么这样权衡”不仅对审查者自身成立，也能够对异议者保持可理解、可质疑与可回应。德国著名哲学家、社会理论家尤尔根·哈贝马斯的商谈理论为此提供了重要的规范基础。依其观点，只有那些可能获得所有受影响者在理想话语条件下理性同意的规范，方能主张其有效性。^{〔43〕}就此而言，比例原则的正当化不应停留于审查机关对价值冲突的抽象判断，而应转化为一个开放的、动态的公共理由生成过程：通过制度化吸纳受影响主体、利益相关方以及专家学者的意见，使原本封闭的权衡判断获得更加充分的事实基础与更广阔的价值视角。在我国制度语境下，全过程人民民主正可为这种程序性补强提供现实承载。其意义不在于以多数意见取代合法性或合宪性判断，而在于通过立法听证、论证协商、基层立法联系点、备案审查说明等程序机制，将公众参与、专家论证与理由公开嵌入变通立法的审查过程之中，从而将比例原则的技术理性与公共参与的程序理性结合起来，使监督审查不再局限于少数决策者的内部判断，而是在更广泛的公共理性中实现公开比较与持续论证。

当前，《立法法》关于变通说明的制度安排，已经为这一公共理由导向的审查机制提供了明确的制度入口。首先，可以通过地方立法部门与其内设的起草部门对拟变通事项进行类型化识别，形成潜在风险清单；其次，可以由立法部门就变通的必要性与合法性开展初步论证；再次，在此基础上引入公众参与机制，围绕权利影响程度、替代方案及社会可接受性收集意见，并形成专门的民意评估报告；最后，由立法机关在整合部门意见与公众反馈的基础上，对变通立法草案进行二次评估以确定最终立法文本，并形成变通说明提交审查机关。在立法审查阶段，主要应增设民主的程序性机制来完成对比例原则的实质性检验。在审查启动端，应激活宪法赋予公民的审查建议权，拓宽“自下而上”的审查触发通道；在审查审理中，应为利害关系人搭建诉求表达平台，引入对抗性听证与公开辩论程序，赋权社会参与者聚焦必要性原则，就“是否存在侵害更小的替代方案”展开积极反证；在反馈端，则应确立公开说理与答复机制，通过发布翔实的审查报告回应社会关切。

五、结 语

变通立法所考验的并非法律体系能否容纳差异，而是法治国家能否在坚守统一秩序的前提下，以规范化的方式吸纳改革所需的制度弹性。通过类型化分析可知，不同类型的变通在突破对象、偏离强度、风险外溢及其对法制统一的冲击程度上均存在显著差异。正因如此，对变通立法不能采取单一的审查模式，而应在制度层面确立“合法性审查”与“合宪性审查”并行的双轨监督结构，并在此基础上引入比例原则，构建以差异化审查密度为核心的多层次控制机制。进一步

〔43〕 参见〔德〕哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第40-44页。

而言，变通立法的高质量发展不仅有赖于审查机制等外部边界的廓清，更亟须强化立法主体内部的论证义务。当前，尽管授权规范要求立法主体对变通的依据与内容作出说明，但实践中的“变通说明”往往流于形式，反过来制约了备案审查的实际效能。为此，未来有必要深化变通说明的制度设计：一方面，细化说明的内容结构，要求立法主体对所涉上位法条款、偏离方式、替代方案及权利影响等展开具有针对性与可检验性的论证；另一方面，由有权机关出台专门的编写指引并发布典型案例，为地方立法实践提供具象化的参考基准。唯有在“授权明确、偏离有界、审查有力、说明有理”的制度框架内，变通立法方能真正实现改革创新与法治稳定间的动态平衡。

Abstract: Adaptive legislation is an important institutional tool for eliminating institutional and structural barriers and promoting high-quality development. The control over the degree of adaptation is the core issue herein; it not only determines the scope within which adaptive legislation breaks through existing legal norms, but also directly affects the balance between reform/innovation and the uniformity of the legal system. Through a typological analysis of adaptive legislation, the risks potentially triggered by its deviation from the principle of legal uniformity can be revealed more concretely. The adaptation of procedural matters has a relatively minor impact on legal uniformity, whereas the adaptation of rights and obligations may entail higher legal risks. The risks between the two manifest as a gradient structure, but this structure is not static, rather, it exhibits dynamic characteristics. Therefore, based on an accurate understanding of the connotation of the legal uniformity principle, it is necessary to clarify the permissible space for deviation in adaptive legislation. By introducing the principle of proportionality and establishing tiered review intensities tailored to different risks, a practical and feasible review pathway can be constructed, ultimately achieving a balance between reform/innovation and legal uniformity.

Key Words: adaptive legislation, principle of legal uniformity, principle of proportionality, legislative supervision

(责任编辑：刘馨宇)