

# 改革型地方立法变通机制的 反思与重构

王建学\*

---

**内容提要：**在过去四十多年的改革与法治实践中，改革型地方立法变通机制发挥了重要的先行试验作用。随着此种立法变通机制的不断发展，其与国家法制统一原则之间的张力有可能进一步加剧。改革型地方立法变通受到法制统一、平等和单一制等宪法原则的约束。宪法原则具有适用上的弹性，只有在宪法权衡中才能对变通机制予以准确评价。比例原则是反思和重构改革型地方立法变通机制的重要支点。改革型地方立法变通机制应服务于改革之目的，并在手段上保持适当性、必要性与均衡性。在全面依法治国的新时代，必须在比例权衡中增加法制统一的分量。按照习近平法治思想中重大改革于法有据的要求，应对改革型地方立法变通增设必要限制，并协同各种改革授权机制的功能，促进改革与法治的良性互动。

**关键词：**法制统一 立法变通 地方立法 比例原则

---

## 一、问题的提出

现行1982年宪法第5条明确规定，“国家维护社会主义法制的统一和尊严”，但在过去四十多年的法治实践中，为实现改革的目的，国家不断授予特定地方以立法变通权，形成了具有中国特色的改革型地方立法变通机制。早在1981年，全国人大常委会就授权广东省和福建省的人大及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规。<sup>〔1〕</sup>1988年全国人大又授权海南省人大及其常委会制定海南经济特区法规。<sup>〔2〕</sup>20世纪90年代开始，立法变通权进一步下沉到市级。1992年至1996年，全国人大及其常委会陆续授权深圳市、厦门市、汕头市和珠海市人

---

\* 天津大学法学院教授。

本文系国家社科基金重大项目“国家纵向治理体系现代化和法治化若干重大问题研究”（20&ZD159）的阶段性成果。

〔1〕 参见《关于授权广东省、福建省人民代表大会及其常务委员会制定所属经济特区的各项单行经济法规的决议》（1981年11月26日第五届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过）。

〔2〕 参见《关于建立海南经济特区的决议》（1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过）。

大及其常委会制定经济特区法规。<sup>〔3〕</sup>与普通地方性法规不同,经济特区法规依授权可以根据地方具体情况和实际需要,变通法律和行政法规的具体规定。经济特区立法变通的前提,是遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,但变通必然导致法体系在纵向和横向上的差异。对于此种变通立法,早在20世纪90年代初就有学者提出质疑,认为“特区立法有离开全国统一立法而独自发展的情形,我国某些经济发达地区的立法也有自行发展的情形,这些都是不应该的”。<sup>〔4〕</sup>

五大经济特区的格局形成并稳固后,经济特区变通立法也进一步制度化。2000年立法法第65条正式确认了经济特区法规的法律地位,第81条第2款明确了经济特区法规的变通规定在特区范围内有优先适用的效力。<sup>〔5〕</sup>以此为基础,经济特区法规既是个人和组织的行为准则,也可作为司法裁判依据,其“普遍性的司法适用早已是不争的事实”。<sup>〔6〕</sup>实践中,经济特区法规推动了当地社会经济发展,为促进全国改革开放立下了汗马功劳,但其引发的理论争议几乎从未中断。不乏学者认为经济特区法规的变通性“严重破坏”了国家法制统一,建议在修改立法法时“废止经济特区授权立法变通权的规定”。<sup>〔7〕</sup>

经济特区立法变通权的正当性尚存质疑,全面深化改革的步伐又催生了新的地方立法变通形式。2021年6月10日,全国人大常委会表决通过了海南自由贸易港法,该法第10条授权海南省人大及其常委会制定海南自贸港法规。同日,全国人大常委会还以决定的形式专门授权上海市人大及其常委会制定浦东新区法规。<sup>〔8〕</sup>未来,全国人大常委会还有可能针对共同富裕示范区等作出新的授权。<sup>〔9〕</sup>从实践角度出发,2021年的两项授权,虽然都在草案说明中提出其以遵循国家法制统一为前提,但这并不能消解立法变通与法制统一之间的张力。随着立法变通机制的不断发展,其与国家法制统一之间的张力还会进一步加剧。有必要结合当下实践,在一般意义上认真思考改革、立法变通与法制统一之间的关系,明确全国人大及其常委会能够在多大范围内基于改革目的作出授权,以使特定地方在法制统一的约束下建立起服务于改革目的

〔3〕 参见《关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》(1992年7月1日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十六次会议通过)、《关于授权厦门市人民代表大会及其常务委员会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》(1994年3月22日第八届全国人民代表大会第二次会议通过)、《关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常务委员会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定》(1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过)。

〔4〕 谢怀斌:《是统一立法还是地方分散立法》,《中国法学》1993年第5期,第26页。

〔5〕 2000年立法法第65条规定在第四章“地方性法规、自治条例和单行条例、规章”中,经济特区法规应属于授权性地方立法;第81条共规定了两种变通立法的优先适用效力,除经济特区法规外,还规定了自治条例和单行条例的效力(第1款)。2015年修改立法法后,上述第65条和第81条的内容未发生变化,条文序号相应变更为第74条和第90条。虽然立法法未作规定,经济特区所在地的市根据全国人大及其常委会的授权,也有权制定经济特区政府规章。经济特区规章的变通性派生自经济特区法规的变通性,本文仅讨论后者,但结论同样适用于前者。

〔6〕 参见屠凯:《司法判决中的经济特区法规与法制统一》,《当代法学》2017年第2期,第26页。

〔7〕 参见庞凌:《关于经济特区授权立法变通权规定的思考》,《学习与探索》2015年第1期,第77页。

〔8〕 参见《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》(2021年6月10日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过)。

〔9〕 2021年5月20日发布的《中共中央、国务院关于支持浙江高质量发展建设共同富裕示范区的意见》明确指出:“有关改革政策措施凡涉及调整现行法律或行政法规的,按法定程序经全国人大常委会或国务院统一授权后实施。”目前,浙江省人大常委会正在“梳理示范区建设涉及需要调整适用的法律、行政法规清单,探索建立与全国人大相关委员会的协作机制,积极争取全国人大常委会、国务院授权,为共同富裕体制机制创新释放更大的制度空间和法律空间”(参见梁黎明:《浙江省人民代表大会常务委员会工作报告——2022年1月19日在浙江省第十三届人民代表大会第六次会议上》,《浙江日报》2022年1月25日第5版)。

的特殊制度安排。有鉴于此,本文先对国内外几类典型的立法变通机制进行对比分析,以揭示我国改革型地方立法变通的要素与内在特征,然后阐明国家法制统一在宪法中的规范内涵,论证地方立法变通作为促进改革的手段,必须受法制统一原则约束,最后建立一种基于比例原则的分析框架,探讨改革型地方立法变通机制的完善方案。

## 二、改革型地方立法变通的比较分析

经济特区法规已被纳入立法法的调整范围并不断宪制化,但改革型地方立法变通作为一个整体,还没有在宪法层面得到过完整诠释。改革型地方立法变通源于全国人大及其常委会基于改革目的而作出的授权,它既不同于我国宪法中的民族自治地方立法变通,也不同于其他单一制国家中的地方立法变通,其构成要素和内在特征可以通过比较得到揭示。

### (一) 改革型地方立法变通的构成要素

从经济特区法规到海南自贸港法规和浦东新区法规,全国人大及其常委会共作出七次立法变通授权。在时间分布上,各次具体授权几乎都发生在改革关键期。关于制定经济特区法规的五次授权,集中发生在改革开放初期的探索阶段,而关于制定海南自贸港法规和浦东新区法规的授权,则是以全面深化改革为背景。在地域分布上,七次授权的对象全部集中在作为改革开放前沿的东南沿海地区,其中海南省获得了两次立法变通授权。尽管获得授权的立法主体涵盖省市两级,能够实际变通立法的区域,却只有海南省,深圳、厦门、汕头、珠海四市和上海浦东新区。

三类变通性法规的构成要素对比

	制定主体	立法权来源	变通前提	事项范围	关于备案和说明的要求
经济特区法规	广东省、福建省、海南省、深圳市、厦门市、汕头市、珠海市的人大及其常委会	立法法、全国人大及其常委会的授权决定	遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则	经济事项	需备案并说明变通的情况
海南自贸港法规	海南省人大及其常委会	海南自由贸易港法		贸易、投资事项及相关管理活动	需备案并说明变通的情况和理由;涉及法律或行政法规的保留事项时,需批准后生效
浦东新区法规	上海市人大及其常委会	全国人大常委会的授权决定		未限定事项范围	需备案并说明变通的情况

七次立法授权对三类变通性法规提出了基本相同的要求,但在具体细节上又存在差异(如上表所示)。第一,在名称上,经济特区法规以允许变通的立法事项(经济)来进行命名,仍可视为一般性的法的渊源形态。例如,全国人大常委会对广东省和福建省的首次授权,使用的名称就是“单行经济法规”。此种法源形态的一般性,可与行政法规相比。海南自贸港法规和浦东新区法规是以地名命名的法源形态,全国人大常委会的相应授权也更具特定性、个别性和排他性。第二,在立法权来源上,海南自贸港法规和浦东新区法规的制定权,分别由海南自由贸易港法和全国人大常委会的授权决定赋予,而经济特区法规的制定权还得到了作为宪法相

关法的立法法的一般性确认,该“确认性规定具有宪制性地位”。〔10〕第三,上述法规的变通前提,均是遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则。早期广东省、福建省、海南省所获授权,还提到要根据“法令、政策规定的原则”,可以认为这些差异性表述已由2000年立法法所统一。第四,经济特区法规的调整事项虽未受明确限定,但从立法授权的目的出发,其立法“应是经济方面的,不包括政治制度、司法制度等方面”。〔11〕并且,1981年全国人大常委会对广东省、福建省的授权决定,已通过其名称中的“单行经济法规”体现了授权立法的事项范围。根据海南自由贸易港法,海南自贸港法规的调整事项明确限于“贸易、投资及相关管理活动”,而浦东新区法规的调整事项则未受明确限定。第五,海南自贸港法规若涉及依法应当制定法律或者行政法规的事项,应当分别报全国人大常委会或者国务院批准后生效,其他几类法规均为颁布即生效。三类变通性法规均应备案,且应在备案时说明对法律或行政法规作出变通的情况。稍有区别的是,海南自贸港法规报送备案时,除应说明变通的情况,还应说明变通的理由。浦东新区法规报送备案时,除应说明对法律、行政法规作出变通规定的情况,还需说明对部门规章作出变通规定的情况。

#### (二) 立法法中两种立法变通机制之比较

我国立法法规定的地方立法变通机制,只有经济特区立法和民族自治地方立法。这二者都受法制统一原则的约束,规范属性却有不同。前者源自全国人大及其常委会为促进改革而作出的授权,后者则是宪法为民族区域自治创设的制度保障,“主要是为了保证民族区域自治机关行使自治权,体现的是宪法规定的‘各民族一律平等’原则”。〔12〕前者的合宪性具有可辩驳性,后者的合宪性不证自明。正如学者所言:“宪法的正当性、最高性与根本性不是源于自我宣示,而是基于一次政治决断。”〔13〕从本质上讲,宪法条款作为制宪者政治决断的体现,在正当性上不可质疑。民族自治地方自治条例和单行条例的变通性,均源于制宪决断,其背后有着对历史、政治、社会等方面因素的慎重考虑。

首先,必须从宪法所规定的民族关系出发来理解民族自治地方的立法变通。国家在宪法上有义务维护和发展“平等团结互助和谐”的民族关系,宪法在语言表述上刻意将“平等”二字置于首位,以强调其前提性和基础性地位。〔14〕但是,就现实而言,民族自治地方大多存在特殊的风俗习惯,社会经济发展水平相对滞后,且因地处偏远而缺少发展机遇。因此,制宪者要求国家正视各民族在发展条件上的不平等,采取各种措施“消除民族间事实上的不平等,实现各民族的共同繁荣”。〔15〕宪法赋予民族自治地方的立法变通权,内含着民族平等的价值诉求,体现了对少数民族文化习惯的尊重,是必要的地域性制度纠偏。此种立法变通权虽然是民族自治地方才能享有的特权,与机会平等的要求存在形式上的抵牾,却是实现结果平等所必需。易言之,其旨在通过立法机会的不平等来实现发展条件的平等。

其次,民族自治地方的立法变通具有稳固的社会历史基础。民族区域自治是我国的基本政

〔10〕 参见王建学、张明:《海南自贸港法规的规范属性、基本功能与制度发展——以〈宪法〉和〈立法法〉为分析视角》,《经贸法律评论》2021年第4期,第4页。

〔11〕 参见乔晓阳:《完善我国立法体制,维护国家法制统一》,《人大工作通讯》1998年第21期,第15页。

〔12〕 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2015年版,第244页。

〔13〕 刘茂林、仪喜峰:《宪法是组织共同体的规则》,《法学评论》2007年第5期,第22页。

〔14〕 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第153页。

〔15〕 参见许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,中国法制出版社2004年版,第32页。

治制度，自治变通立法是其重要内容。“‘变通’的涵义早在‘五四宪法’制定之初就已被深深嵌入了我国宪法。”<sup>〔16〕</sup>享有民族自治地方立法权的区域几乎遍及全国，尤其集中于西部欠发达地区。民族自治地方体量较为庞大，截至目前，全国共有5个自治区、30个自治州和120个自治县（旗）。依宪法第116条，这些民族自治地方“依照当地民族的政治、经济和文化的特点”，广泛行使着立法权。民族自治地方的立法变通具有长期性、稳固性和基础性，是我国社会主义法律体系的重要组成部分，不仅被写入宪法、民族区域自治法和立法法，也被其他的法律或行政法规所确认。<sup>〔17〕</sup>民族自治地方的立法变通具有改革型地方立法变通无法企及的宪法地位。由于民族自治地方体量庞大且立法调整事项广泛，宪法对民族自治地方立法权的行使设置了更为严格的要求。自治条例和单行条例的制定主体只能是民族自治地方的人民代表大会而不包括人大常委会，自治条例和单行条例不仅需要备案，还需经批准方能生效。

### （三）比较宪法中的地方立法变通

特区、新区、自贸区、自贸港等特殊经济区域在世界上广泛存在，俄罗斯、哈萨克斯坦、菲律宾、印度、越南、缅甸、墨西哥、南非等国还专门制定了特殊经济区域法，但这些地方性区域既不是正式的行政区域，也不享有地方立法权或立法变通权，通常只是施行国际贸易方面的优惠政策，以吸引投资并促进发展。<sup>〔18〕</sup>那么，各国宪法中是否存在地方立法变通机制？经统计和分析世界上主要国家的宪法文本，<sup>〔19〕</sup>可以发现以下三种地域性立法变通形式。

第一，为应对紧急状态，各国宪法均允许临时和例外地采取中止或变通法律的措施。这类类似于，我国的全国人大常委会或国务院根据宪法第67条或第89条决定部分地区进入紧急状态。进入紧急状态的目的，是消除重大突发事件的威胁并尽快恢复正常状态，其在本质上是临时性（尽可能短）的极端例外，而与改革主题无关。

第二，法国1958年宪法第73条最初规定，海外领地可依当地特殊情况，就立法制度及行政组织采行因地制宜之措施。虽然法国海外领地突破了法国的单一制传统，但只有如此才能实现海外领地与本土的统一。经过四十多年的宪法实践，法国海外领地的统一问题已得到解决。因此，法国通过2003年的一项宪法性法律弱化了海外领地的特殊性。<sup>〔20〕</sup>法国1958年宪法第73条的内容相应修改为：法律和行政法规在海外省和海外大区当然适用，但可以参酌海外地方团体的特殊性质和制约而加以变通。变通规定可以由法律和行政法规作出，亦可由海外地方团体在其权限范围内制定，但不得涉及国籍、公民权、公共自由之保障、个人的地位和能力、司法组织、刑法等。以海外省和海外大区的自治性立法变通取代海外领地的高度自治，既能保

〔16〕 郑毅：《论民族自治地方变通权条款的规范结构》，《政治与法律》2017年第2期，第68页。

〔17〕 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》，《政法论坛》2021年第4期，第173页。

〔18〕 参见陈文灿、金晓斌主编：《中国经济特区研究》，复旦大学出版社1996年版，第2页以下；The World Bank Group, *Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, Washington, DC: FIAS, 2008, pp. 3-10.

〔19〕 笔者以变通、调整、减损、暂停、中止、试验等作为关键词，对世界上主要国家的宪法文本进行了检索，并基于检索结果进行实质分析。统计样本主要源自孙谦、韩大元主编：《世界各国宪法》，中国检察出版社2012年版。为了解各国宪法文本的最新变化，笔者还通过Heinonline数据库进行了补充检索，检索时间为2022年2月26日。

〔20〕 该宪法性法律第3条、第5条、第9条的修正对象依次是法国1958年宪法正文的第37-1条、第72条第4款、第73条。V. Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, in JORF n°75 du 29 mars 2003.

证全国性法律适应特定地方的极端特殊情形，也提高了“整个国家的法律同质性”。<sup>[21]</sup>此种立法变通机制，实质上介于我国民族区域自治和特别行政区高度自治之间。

第三，法国1958年宪法在2003年修改后明确规定，国家和各级地方可以为推进改革试点而临时变通法律的一般规定。其中，第37-1条规定，法律和行政法规得为实现特定目标于有限期间内包含试验性规定；第72条第4款规定，一切地方团体均可依照组织法规定的条件，为实现特定改革目的，而在确定期限内试验性地变通法律或行政法规。实际上，基于改革试验或试点的立法变通此前在法国已经存在多年，其在目标、期限、评估、条件和程序等方面都受到严格限制。2003年修宪将该制度完全宪法化，“在充分发挥地方试验各种益处的同时，也有效消除了其各种弊端”。<sup>[22]</sup>

综上，我国的改革型地方立法变通机制，是基于改革试验目的而创设的，在宪法地位上与我民族自治地方的立法变通不能相提并论。在域外，只有法国的试验性地方立法变通与之相近。如果将紧急状态排除在外，在世界范围内罕有宪法允许特定国家机关作出变通法律的授权。那么，我国宪法为何允许特定国家机关以改革之名作出立法变通授权，改革型地方立法变通又应在何种意义和程度上受到宪法的约束？在辨明改革型地方立法变通的内在特征后，有必要继续分析作为其总约束的法制统一原则的内涵，厘清立法变通与法制统一的关系。

### 三、法制统一作为立法变通的总约束

我国1982年宪法首次写入“法制统一”。“在宪法中专条规定法制问题，这是新宪法的重要特点之一”，<sup>[23]</sup>其标志着我国在改革开放后逐渐走上了法治道路，因而具有特别重要的意义。然而，法制统一在宪法上的内涵尚未得到系统诠释，其与改革型地方立法变通的关系也有待进一步辨析。

#### （一）法制统一的内涵及其变迁

学界通常基于制宪原意和字面表述，认为1982年宪法第5条“是根据全国人民的意见，并总结过去我们不重视法制的教训而写的”，其在内容上包括法制统一、法制尊严、禁止抵触、普遍守法、违法必究和反特权几个方面。<sup>[24]</sup>1982年宪法制定时，该条各款的次序安排是，首款对“国家维护社会主义法制的统一和尊严”进行一般宣告，其余各款从禁止抵触、守法和反特权等方面对“法制统一”予以展开。“法制的统一和尊严”是整条的重心，也是需要国家维护的对象。其中，“统一”和“尊严”各有侧重，“法制的统一性，在于它必须毫无例外地适用于全国的一切地区、一切部门、一切单位和一切个人”，“法制的尊严，则表现在它的不可侵犯性”。<sup>[25]</sup>“统一”和“尊严”又密不可分、互为一体，“唯其统一，才有尊严；保持尊严，也即维护了法制的统一”。<sup>[26]</sup>

[21] Mélin-Soucramanien Ferdinand, *Les Collectivités Territoriales Régies par l' Article 73*, in les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, no. 35, avril 2012, p. 25.

[22] 王建学、朱福惠：《法国地方试验的法律控制及其启示》，《中国行政管理》2013年第7期，第89页。

[23] 吴杰、廉希圣、魏定仁编著：《中华人民共和国宪法释义》，法律出版社1984年版，第18页。

[24] 参见肖蔚云：《我国现行宪法的诞生》，北京大学出版社1986年版，第107页。

[25] 王礼明、崔敏：《试论法制的统一和尊严》，《社会科学》1982年第6期，第1页。

[26] 许崇德：《学而言宪》，法律出版社2000年版，第89页。

作为1982年宪法颁布时期的经典概念,我国的“社会主义法制”,就是我国“法律和制度的总称”,包括立法、执法、司法、守法等几个方面。<sup>[27]</sup>其中,立法是首要环节,法制统一首先要求立法统一,然后才谈得上法律的统一实施。1979年地方组织法为使法制因地制宜而首创地方立法权,1982年宪法进一步确认了立法权的分散配置,这就需要通过法制统一条款来保证中央立法与地方立法的协调。从制宪背景看,中央立法与地方立法的并存,本身代表着统一性与灵活性的结合。但是,地方立法不得抵触或随意变通中央立法,否则将超出统一性所能容忍的范围。地方立法同中央立法相抵触,既会在纵向上导致法制层级矛盾,也会在横向上损害地域法制统一。法制统一特别强调法制不分地域的适用性,“任何地方都决不允许存在不受国家统一约束的‘独立王国’”。<sup>[28]</sup>这一要求与宪法第5条的最后两款形成呼应,即任何地方的国家机关或社会团体等都必须遵守宪法和法律,对其损害法制统一的行为必须予以追究。

关于法制统一的内涵,既有研究仍然留有诸多盲点。其一,在1982年宪法颁布前,全国人大常委会的首次立法变通授权已经作出,此举是否构成对法制统一的挑战?其二,宪法仅明确规定了民族自治地方的立法变通权,是否容许立法者设置其他的立法变通形式?其三,宪法第5条中的反特权条款是否排斥特定区域的特殊立法安排?特定区域的立法变通权是否属于特权?对于上述问题,学界尚未充分探讨,相关研究几乎停留在20世纪80年代的条文解说阶段。个中原因或许在于,1999年宪法修正案增加了“依法治国”条款作为新的第5条第1款,标志着“法治”在宪法文本上的正式出现。这一修宪亮点在某种程度上遮蔽了法制统一条款的重要性。

关于修改后的宪法第5条的内涵,学界有单一结构说和复合结构说两种代表性观点。前者认为,“第1款规定了依法治国的基本方略,第2至5款则对依法治国的各项要求作出规定”。<sup>[29]</sup>后者认为,第5条是“对法治国家原则和宪法监督制度的规定”,其前两款分别宣告了法治原则和法制统一原则,后三款则“确立了违宪审查的依据,它与宪法序言最后一段构成我国宪法监督制度”。<sup>[30]</sup>笔者认为,法治原则是法制统一原则的整体升华,并不楔入后者从而造成后者内涵裂变。目前的宪法第5条同时容纳着法治原则与法制统一原则,且这两项原则兼有主次和包含关系。法治原则包含着一系列实体价值和形式要求,法制统一原则是从属于法治原则的形式底线。没有法制统一,法治也无从谈起。即使不言法治,法制仍然可以要求禁止抵触、普遍守法、违法必究和反特权,宪法第5条的第3款至第5款仍为法制统一原则的构成要素。

## (二) 法制统一、平等和单一制

全国人大及其常委会创制地方立法变通权的行为,必然整体落入法制统一条款的调整范围,并在某种程度上与法制统一原则构成矛盾关系。要对此种立法变通机制作出规范评价,准确理解其与法制统一之间的关系,还需要分析法制统一条款与其他相关宪法条款的内在关联。

首先,法制统一关联着地方立法依据和撤销权条款。宪法第5条第3款中“都不得同宪法相抵触”的表述,旨在确立宪法自身的至上性。宪法第100条进一步要求地方性法规“不同宪法、法律、行政法规相抵触”,由此否定了地方性法规抵触法律和行政法规、背离全国统一

[27] 参见王德祥、徐炳:《〈中华人民共和国宪法〉注释》,群众出版社1984年版,第25页。

[28] 前引[25],王礼明等文,第1页。

[29] 前引[15],许安标等书,第36页。

[30] 前引[14],蔡定剑书,第182页。

法制的合法性与正当性。地方立法抵触全国性立法，是地方形成“独立王国”的第一步。如发生抵触却未撤销相关立法，就会导致法律体系中出现本不应出现的纵向矛盾和横向差别。这种矛盾和差别会对法制的统一和尊严造成破坏。如不消除或避免这种矛盾和差别，“宪法的最高权威也将在地方立法的侵袭下逐渐消融”。<sup>[31]</sup>为保证禁止抵触的实体要求得到遵守，宪法第67条第8项规定全国人大常委会有关撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规。由此，禁止抵触的实体要求又与法规备案审查程序关联到一起。

其次，法制统一必然排斥地方特权，因而关联着平等原则。学界通常将宪法第5条尾款的反特权要求纳入平等权的规范体系。<sup>[32]</sup>平等具有地域之维，意味着国家有义务不分地域平等待人，也“必然衍生出国家平等对待各地方单位的义务”。<sup>[33]</sup>只有各地方均匀分布在以国家为中心的圆周上，个人与国家之间的法律距离，才不会因地域不同而存在差别。质言之，地方并不总是国家的同质部分，其也有可能与个人一道处于国家的相对面，应从权利平等的角度研究央地关系，关注中央如何通过制度设计更有效地保障各地公民的平等权利。国家将立法变通权赋予特定地方，会构成对其他地方的差别对待，更会导致不同地方的公民在权利义务上存在差异。因此，有必要正视平等原则与法制统一的本质关联，将平等原则内含的公民平等与地方平等一同纳入法制统一的范畴。

最后，法制统一和平等还关联着单一制原则。我国是单一制国家，“统一性”在国家的宪法内涵中占据核心地位。目前学界较多从政治角度诠释单一制，而对其法律本质关注不够。单一制国家的经典法学定义是，“一个单一的政治意志施加于公民全体从而使全体公民在所有领域服从于相同法律的国家”。<sup>[34]</sup>据此，单一制的本质特征在于法律规则的同质性，以及以此为基础而形成的公民在法律上的同质性。单一制天然排斥地域上的法律多样性和差异性。当地域性法制差异达到特定程度，尤其是形成区域壁垒时，单一制本身就会被复合制取代。“中国政体的特点，是法制统一，所有法律必须服从宪法，地方立法不能与法律冲突，这是中国稳定发展、国家统一、民族团结的重要保证。”<sup>[35]</sup>在此意义上，辨析地方立法变通问题时，不能抛开国家结构形式的视角。

法制统一关联着众多宪法条款，是建构国家、地方与个人之间多维关系的重要准据。立法变通问题除涉及法制统一外，还涉及基本权利和国家结构等宪法议题。基于法制统一来评判地方立法变通，其重要性和复杂性可见一斑。法制统一、平等和单一制三大原则都是我国宪法的构成性要素，它们的重合理应具有加权效果。鉴于这三者在宪法上紧密相关，也可认为广义上的法制统一，兼含平等和单一制两项内容。

### （三）法制统一作为原则性条款

法制统一与立法变通具有内在的紧张关系。从本质上讲，变通是一种经过授权的直接抵触。抵触通常是指“下位法的规定违背了上位法的原则和条文”，“违反上位法条文者”为直

[31] 黄仕红：《地方立法合宪性审查制度研究》，《学习与实践》2012年第4期，第48页。

[32] 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，第110页。

[33] 参见王建学：《论地方性法规制定权的平等分配》，《当代法学》2017年第2期，第4页；胡玉鸿：《地方立法权平等与地方立法制度的再改革》，载葛洪义主编：《地方法制评论》第6卷，华南理工大学出版社2021年版，第15页。

[34] Bernard Chantebout, *Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2007, p. 56.

[35] 《中国政体的特点是法制统一——李鹏委员长对“地方人大贯彻立法法工作会议”的重要指示》，《中国人大》2002年第1期，第4页。



接抵触，“违反上位法的立法目的、基本原则和精神的”为间接抵触。<sup>[36]</sup>学界提出损害说的理论根据正在于此。损害说认为，全国人大及其常委会授权某些地方在特定情形下变通法律或行政法规的具体规定，不仅放弃了对法制统一的维护职责（如监督和撤销），也违反了对法制统一最基本的消极尊重义务。笔者认为，该说在法学认识论和方法论上忽视了以下三点。

首先，法制统一作为一个原则性条款，在规范构造上集重要性、抽象性和弹性于一身。它是一个复合性的原则集合，源于并从属于法治原则，且与平等原则和单一制原则相交叠，本身又由禁止抵触、普遍守法、违法必究、反特权等具体原则所填充。正如德沃金所说：“原则具有规则所没有的深度——分量和重要性。”<sup>[37]</sup>但是，原则性条款又是缺乏明确构成要件的抽象条款，其在适用上具有弹性和程度差别，必然会围绕核心价值形成“一个区别性的规则体系”。<sup>[38]</sup>作为阿列克西所说的最佳化命令，法制统一原则虽应尽可能得到实现，但若遭遇竞争性的宪法原则、任务或目标，其应尽可能得到实现的范围就会收缩。

其次，宪法中确实存在与法制统一相竞争的原则、任务和目标。例如，为实现国家统一而设立特别行政区制度，为解决民族问题而规定民族区域自治，这些制度安排都与法制统一存在不同程度的张力。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。改革开放是宪法确立的基本国策，“它是国家发展的方向性指针，由宪法所规范的国家权力负有义务去实践这些重要的宪法决定”。<sup>[39]</sup>国家当然可以采取促进改革，即使这些措施未被明确写入宪法。

最后，适用法制统一原则的典型方式是权衡。“判断某规范是否违背一个明确的规则与判断其是否违背一个模糊的目的或精神所使用的法律方法并不相同。前者是一个逻辑推理问题，而后者则是一个价值权衡问题。”<sup>[40]</sup>损害说混淆了原则与规则，并在此错误前提下使用了错误的法律方法。如果忽视权衡的必要性，则任何变通授权（即使由宪法本身作出）都会丧失合宪的空间。改革型地方立法变通机制处在法制统一原则和改革国策的张力中，必须经过宪法权衡之后才能具体判定其合宪与否，而不能如损害说那样忽视法制统一的规范构造，草率得出变通立法违宪之结论。

#### 四、立法变通与法制统一的宪法权衡

比例原则是宪法权衡的重要支点。要在立法变通与法制统一之间进行权衡，还须将改革国策纳入考量视野，既要分析立法变通（手段）能在多大程度上促进改革国策（目标），也要分析为改革之目的而对法制统一（干涉对象）造成的“限制”，是否在必要和均衡的范围内。

##### （一）立法变通手段的适当性考量

改革具有复杂性，对于大国来说更是牵一发而动全身。改革所建立的新机制往往具有效果未知性。在特定区域内变通旧机制并试行新机制，是在方法上更科学、在政治上更稳妥的改革路径。地方立法变通承载着极为重要的改革试验功能，它“使人们能够在将某一机制推广之

[36] 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18页。

[37] [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第47页。

[38] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. by Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 60.

[39] 陈玉山：《论国家根本任务的宪法地位》，《清华法学》2012年第5期，第85页。

[40] 俞祺：《论与上位法相抵触》，《法学家》2021年第5期，第58页。

前有机会去改善它，或者是在它被证明为没有效率或不妥当时抛弃它”，而试验又具有政治上的功能，“它通过对改革措施有效性的证明，消除了制度变化给人们带来的恐惧和不安，从而使一项制度改革更容易被大众所接受”。<sup>〔41〕</sup> 经济特区、海南自贸港和浦东新区都是改革开放的试验田，这些地方的立法变通是实现改革试验功能的有效手段。

从目的与手段的关联性来看，改革型地方立法变通能够发挥以下功能，从而证成其自身的适当性。一是试错功能，即在较小地域范围内尝试新的法律机制和措施，通过试验不同方案并不断修正错误，以积累可复制的成功经验，为全国改革开放提供最优方案。二是示范功能，即直接证明改革试验中新机制的科学性和有效性、间接证明改革开放国策的正确性，以消除人们对于改革的担忧、怀疑或不安，为新机制的推广乃至全国的改革开放提供政治支持。三是窗口功能，即过渡和缓冲整个国家与世界的接轨进程，将改革措施对既有社会经济秩序的冲击降到最小，以确保改革开放的稳定性。过去的四十余年间，全国人大及其常委会作出的七次立法变通授权和据其制定的三类变通性法规，都发挥着上述功能，只不过不同时期的立法变通在功能上有不同侧重。

改革开放之初，我国经济极度落后，改革开放面临着较大的现实阻碍。经济特区及其立法实践与改革开放的成败密切关联在一起，在一定程度上承载着政治正当化功能。作为改革开放的总设计师，邓小平同志多次就经济特区建设强调地方试验和全国稳定的重要性，并在肯定特区成绩的基础上，宣告建设特区决策和改革开放决策的正确性。<sup>〔42〕</sup> 这也为1993年修宪正式确立改革开放国策奠定了实践基础。经济特区法规既要对内为特区试验提供法律制度，也要通过立法的稳定预期功能，对外提升投资者的信心。改革型地方立法变通的早期作用，主要是通过示范来消除改革疑虑，通过缓冲来维持发展稳定。

现今，中国经济已经同世界接轨并且进入全面深化改革的历史阶段。特别是党的十八届三中全会以来，改革已由局部探索、破冰突围，向系统集成、全面深化转变。国家改革对试验田的功能期待也有所不同。习近平总书记在方法论的高度上指出：“创办经济特区是我国改革开放的重要方法论，是经过实践检验推进改革开放行之有效的办法。先行先试是经济特区的一项重要职责，目的是探索改革开放的实现路径和实现形式，为全国改革开放探路开路。”<sup>〔43〕</sup> 同样，“浦东要在改革系统集成协同高效上率先试、出经验”。<sup>〔44〕</sup> 新时期改革型地方立法变通应聚焦科学试验功能，为全国改革提供可复制的成功经验。从立法机制上讲，应当突出试验的科学属性和系统集成，通过科学评估有效提炼成功经验，衔接中央立法并及时向全国推广经验。

## （二）立法变通手段的必要性考量

必要性原则的作用是，防止立法变通对法制统一的“限制”超出必要范围。如果存在两类对改革国策具有相同或类似促进作用的变通措施，国家应从中选择对法制统一“限制”较轻者。在我国以往的理论研究和实践中，立法变通授权极少从必要性角度得到审视，这是出现

〔41〕 [法] 安德烈·鲁：《宪法中的国家改革与试验》，王建学译，载张崇胜主编：《南开法律评论》第15辑，中国检察出版社2021年版，第136页。

〔42〕 邓小平曾指出，特区要“坚决地试”；“稳定压倒一切”；建设特区的决策“不仅是正确的，而且是成功的。所有的怀疑都可以消除了”。参见《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第239页以下。

〔43〕 习近平：《在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上的讲话》（2018年4月13日），《人民日报》2018年4月14日第2版。

〔44〕 习近平：《在浦东开发开放30周年庆祝大会上的讲话》（2020年11月12日），《人民日报》2020年11月13日第2版。

过度授权现象的重要原因。

首先,改革型地方立法变通的内在构成有欠合理。在三类变通性法规中,浦东新区法规与经济特区法规比较类似,二者都不能涉及法律和行政法规保留事项,都需备案并说明变通情况,无需说明变通的理由,也无需经批准后生效。关于制定浦东新区法规的授权,在政治上彰显了国家对浦东新区的重视,却导致了变通形式的多样化、特定化和个别化,<sup>[45]</sup>其必要性从法制统一的角度来看是存疑的。所谓“如无必要,勿增实体”,全国人大常委会对上海市的授权,完全可以沿用对经济特区的授权形式。海南自贸港法规的变通力度最大,其可以涉及法律和行政法规的保留事项,这是自贸港改革的需要。但是,海南自贸港法规与海南经济特区法规在立法事项上存在一定重合(非法律和行政法规保留事项)。从维护法制统一的角度看,对于这些重合事项的二次授权似不必要。

其次,立法变通权的行使缺乏必要监督,权力有被滥用的可能。制定经济特区法规的立法实践,至少在以下方面值得检讨。其一,随着全国各地改革开放的跟进,经济特区法规逐渐丧失创新性,存在盲目照抄有关法律、行政法规、规章或其他地方立法的情况,“特区的授权立法权力存在的必要性也大打折扣”。<sup>[46]</sup>其二,在权限方面与普通地方立法相混淆,特别是2015年以来,个别经济特区为逃避普通地方立法的事项限制和批准程序,就普通立法事项制定经济特区法规,“偏离特区法规制度初衷和核心功能”。<sup>[47]</sup>其三,一些变通内容“为追逐利益而忽视公平”,<sup>[48]</sup>违背基本法律原则,但由于监督主体多元、监督力量分散,备案审查没有起到实质性的监督作用,<sup>[49]</sup>也尚未出现变通规定被监督主体撤销的情况。<sup>[50]</sup>

最后,授权本身未通过日落条款对变通性法规予以限制。基于促进改革的目的,地方上的变通立法应旨在试验新的改革举措,提炼可复制的成功经验并向全国推广。若缺少日落条款,则不利于督促试验者及时向全国输送经验,有背离改革初衷之虞。并且,不同地区间的法律规则长期存在差异,也不符合比例原则的要求。<sup>[51]</sup>在过去的四十多年中,经济特区的立法实践

[45] 中央立法机关通常不得基于地域差别而针对特定地方制定个别性法律,其也应尽可能避免以特定地名来命名法的渊源。参见王建学:《海南自由贸易港法制定思路的学理阐释》,《天津大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第320页。

[46] 徐平主编:《人大职权研究》,法律出版社2017年版,第54页。

[47] 参见林彦:《经济特区立法再审视》,《中国法律评论》2019年第5期,第180页。另据笔者统计,自2015年立法法修改至2021年底,深圳、厦门、珠海、汕头四市的新立法规中,经济特区法规和普通法规的数量比依次为33:1、27:3、20:1和21:1;经济特区法规所调整的大多是普通地方立法事项,甚至有以新的特区法规代替旧的普通法规的现象,如珠海市就以《珠海经济特区排水管理条例》取代了原有的《珠海市排水条例》。

[48] 参见黄喆:《论深圳经济特区立法的成果、不足及完善》,《江汉大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第101页。

[49] 参见宋方青:《中国经济特区授权立法中法规冲突现象之评析》,《法学》2000年第1期,第12页。

[50] 海南自贸港法规制定权和上海浦东新区法规制定权创立不久,实践中的问题还有待进一步观察。截至2022年2月底,海南省人大常委会共制定13件自贸港法规,另在海南自由贸易港颁行前通过行使经济特区立法权制定了2件与自贸港相关的法规,这些法规涉及经济、贸易、投资等领域;上海市人大常委会共制定6件浦东新区法规,涉及经济和科技创新等领域。全国人大常委会法工委2021年备案审查工作报告公布了报送备案的各类法规数据,其中有经济特区法规40件,但未提及海南自贸港法规和上海浦东新区法规的数量。特别是,2021年12月1日通过的《海南自由贸易港征收征用条例》涉及法律保留事项,但暂无迹象表明其已提交全国人大常委会批准或审查。

[51] 改革型地方立法变通的存在期间,必须是一段既不能过长也不能过短的合理期间。该期间过长会违反必要性原则,过短则无法检验试验内容的有效性并难以提炼成功经验,可能背离改革试验的初衷,有违适当性原则。参见王建学:《授权地方改革试点决定应遵循比例原则》,《法学》2017年第5期,第45页。

已经暴露出种种问题，又因缺少日落条款和定期评估推广制度，经济特区的立法变通权已有沦为地域性立法特权的趋势。未来的改革型地方立法变通授权，有必要汲取经济特区法规的实践教训，引入日落条款等限制机制，以确保立法变通切实服务于改革目标。

### （三）改革国策与法制统一的均衡

均衡性原则的适用，旨在防止为达成很小的改革目标而过度变通（显失均衡）。适用均衡性原则的权衡，必须在立法变通个案中进行。在权衡前，还需要明确改革国策和法制统一原则各自的抽象分量。<sup>[52]</sup>

改革开放是宪法确立的基本国策。相比于计划生育等基本国策，改革开放的地位更为核心和重要。现行宪法本身就是“为认可和推动改革而制定”的“改革宪法”。<sup>[53]</sup>改革开放还与基本权利的实现具有正向关联，它事关人民的生活水平能否提高，关系到人民据以改善生活的法律制度能否改良。改革开放在权衡公式中与法制统一具有可通约性。改革开放在权衡公式中的权重，需要结合历史语境来确定。四十多年以来，改革开放的重要性始终如一，只不过，人们对其重要性的认知角度有所变化。在改革开放初期的探索阶段，改革事关现代化事业和社会主义事业的前途命运，“不改革开放……只能是死路一条”。<sup>[54]</sup>进入21世纪后，特别是党的十八届三中全会以来，需要站在新时代的高度理解和推进全面深化改革。改革开放是决定当代中国命运的关键一招，也是决定实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的关键一招。<sup>[55]</sup>

法制统一的重要性则经过了递增的历史过程。从形式上看，先有法制才能谈法制统一。改革开放初期，我国法制尚不完备。再加上，改革具有迫切性，法制统一的重要性自然也就让位于改革。但是，随着我国立法工作不断推进，中国特色社会主义法律体系已于2010年形成，“涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全”，<sup>[56]</sup>维护法制统一的重要性日益显现。法制在形式日益完备的同时也被注入越来越多的实质价值。1999年“法治”入宪，夯实了法制统一的规范基础。2004年“人权”入宪，使人权、平等、公正等实质法治价值具有越来越重的分量。实质法治价值的提升，反过来对法律在形式上的一致性提出了更高要求，因为形式一致性使法治天然具有“遏制公权力的专横和保障个人自由的功能”。<sup>[57]</sup>党的十八届四中全会在全面推进依法治国的高度上强调法制统一性，重大改革于法有据是习近平法治思想的重要观点。党的十九届五中全会提出要解决地域不平衡问题，“充分保障平等发展权利”，“健全区域协调发展体制机制”。<sup>[58]</sup>由此，在进行宪法权衡时，需要加重法制统一的抽象分量，并将其与平等原则，特别是区域实质平等相结合。

经过四十多年的社会变迁和宪法发展，“中国社会呈现出改革与法治‘双轮驱动’的新局

[52] “抽象分量”表达的是“一种在论证所发生的特定政治框架内相冲突之原则的分量的变量”。参见雷磊：《为权衡理论辩护》，《政法论丛》2018年第2期，第30页；刘权：《均衡性原则的具体化》，《法学家》2017年第2期，第21页。

[53] 参见高全喜：《革命、改革与宪制：“八二宪法”及其演进逻辑》，《中外法学》2012年第5期，第908页。

[54] 前引〔42〕，《邓小平文选》第3卷，第370页。

[55] 参见习近平：《在庆祝改革开放40周年大会上的讲话》（2018年12月18日），《人民日报》2018年12月19日第2版。

[56] 吴邦国：《吴邦国论人大工作》，人民出版社2017年版，第549页。

[57] 张翔：《形式法治与法教义学》，《法学研究》2012年第6期，第7页。

[58] 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》（2020年10月29日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过），《人民日报》2020年11月4日第1版。

面”,<sup>[59]</sup>改革与法制统一的抽象分量,也由前重后轻转变为平分秋色,必须在法治轨道上推进改革。实践中,基于改革目的而进行立法变通,必须非常审慎,以免打破权衡公式中的均衡。

## 五、改革型地方立法变通机制的重构

改革型地方立法变通不能始终延续改革初期的粗放模式,而要围绕试验功能进行适当调适、增设必要限制。改革型地方立法变通机制的重构,可以采取局部修正的方式,但从长远来看,应基于地域平等理念作出根本变革,并从整体上与其他改革授权机制相互协同。

### (一) 改革型地方立法变通机制的局部修正

我国现行法律制度中存在多种改革授权机制,有的改革授权机制与改革型地方立法变通机制具有类似功能。2015年的立法法为“实现立法和改革决策相衔接”,<sup>[60]</sup>增加了有关地方改革试点授权机制的规定(第13条)。据此,全国人大及其常委会可以根据改革发展的需要,决定就行政管理等领域的特定事项,授权部分地方在一定期限内暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。目前,学界仅注意到,“暂时调整或暂时停止适用法律的部分规定”,在效果和被授权主体等细节上有别于授权立法变通,<sup>[61]</sup>而忽视了其也具有改革之目的,也可以采取创造地域性法制变通的手段。地方改革试点的授权由国家主导,改革型地方立法变通则是源于国家概括授权的地方自主试验,但这种形式差异不应遮蔽二者的手段相似性和目的相同性。

立法法对地方改革试点授权设定了明确的目的要求,即为满足改革发展的需要,且在事项、时间、空间、对象等方面作出了限定。这些限定本身体现出了完整的比例考量,因而地方改革试点授权机制并不存在合宪性疑问。<sup>[62]</sup>当然,实践中的具体授权若超出立法法第13条的要素限定,则不排除其有“失范”或“僭越”全国人大职权等违法可能。<sup>[63]</sup>从比例权衡的角度来看,立法法第13条的授权机制本身具有三方面优点:(1)具有临时性和时程可控性;(2)属于针对特定改革事项进行的具体授权,而非概括授权,能有效避免相关授权在实施过程中被滥用;(3)实施过程中需要形成效果评估报告,这有助于在授权届满前及时总结试点经验和教训,并将可复制的成功经验向全国推广。

从整体上看,对改革型地方立法变通的监督和控制,应当属于相关授权决定的必备内容。未来,可以借鉴立法法第13条,规定经济特区法规、海南自贸港法规、浦东新区法规,以及其他经授权制定的服务于改革试验的法规,拟对法律或行政法规作出变通规定的,应当:(1)进行事前可行性论证,并在提交备案时说明变通的情况和理由;(2)明确规定变通期限,且变通期限通常不得超过5年;(3)在到期前进行效果评估,有条件的地方可以进行中期评估,并及时优化和调整变通规定;(4)对于经实践证明可行的制度举措,及时向全国人大及其常委会或国务院报告,并建议对法律或行政法规的相关条款进行修改。对于经实践证明不可

[59] 王乐泉:《论改革与法治的关系》,《中国法学》2014年第6期,第20页。

[60] 参见李建国:《关于〈中华人民共和国立法法修正案〉的说明》,《人民日报》2015年3月9日第4版。

[61] 参见李德旺:《基于暂停法律适用的立法授权研究》,《现代法学》2021年第4期,第174页。

[62] 参见杨登峰:《行政改革试验授权制度的法理分析》,《中国社会科学》2018年第9期,第157页;前引〔51〕,王建学文,第49页。不过,也有学者认为立法法第13条违反宪法(参见刘志刚:《暂时停止法律实施决定的正当性分析》,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期,第54页)。

[63] 参见秦前红、刘怡达:《论法律的暂时调整和停止适用:基于规范和实践考察》,《南海法学》2019年第3期,第7页。

行的变通性规定，适时停止施行。前述限制性规定既可以由全国人大常委会以决议决定的形式作出，也可以通过法律解释的形式作出，但从长远来看，宜由立法法予以明确规定。此外，海南自贸港法规和浦东新区法规也应纳入立法法的调整范围，对于既存经济特区法规中的变通性规定，则应当限期进行评估和清理。

## （二）地域平等视角下的根本变革

针对改革型地方立法变通设置限制机制，能在较大程度上缓和立法变通与狭义的法制统一之间的张力，但不能消除平等方面的疑问。对于未获授权的区域而言，特定地域对立法变通资格的垄断是颇可质疑的。在全面依法治国的背景下，全国人大及其常委会的授权本身也应当有客观的标准、公平的理由和开放的程序，以减少授权的任意性、随机性和排他性。基于对平等原则的考量，最理想化的方案应是：所有享有地方立法权的主体，都应平等享有获得立法变通授权并进行改革试验的机会。普通地方立法权和改革型地方立法变通权的配置，都应考虑平等原则。前者已在2015年立法法修改后实现了“普惠式的重新布局”，<sup>[64]</sup>后者也不应由个别地方长期地概括垄断。在经济特区立法工作开展多年以后，全国人大常委会继续增容变通立法的主体，这在某种意义上正是走向普遍平等赋权的开端。

既然立法变通有利于地方发展，又能促进全国性改革，那就没有理由不继续增设特区新区并授予其立法变通权。只不过，享有立法变通权的主体激增，会在实践中加大维护法制统一的难度，有必要通过合理的组织程序来保证地方试点的良好秩序。在此方面，法国宪法所规定的地方试验机制值得借鉴，即所有地方都有权基于试验目的而临时变通法律或行政法规的规定，但应遵守法律规定的条件和程序。我国若采行这一重大机制，就不能仅通过修改立法法来赋予其形式正当性，而有必要修改宪法。<sup>[65]</sup>

从根本上说，只有少数东南沿海地区才享有改革型地方立法变通权的现状，与改革开放以来“东重西轻”的发展格局有关。此种发展格局的成因，除东南沿海地区具备自然优势外，更重要的是其享有国家的政策倾斜。“虽然各个经济特区在建设之初得到的优惠政策有所不同，但大体上都包括税收优惠、资金支持、政策宽松及放权于地方等方面。”<sup>[66]</sup>这种状况基本延续至今，如企业所得税基本税率为25%、个人所得税最高税率为45%的规定，在海南自贸港均变通为不超过15%（执行期限为5年）。<sup>[67]</sup>这种为吸引投资和人才而进行的变通，很难说是基于重要的改革目的。并且，该规定的施行还可能导致国家总体税收减少，形成地区间发展的虹吸效应。以特殊地域优惠来刺激发展的思路，是否符合新时代改革与法治建设的需要，自贸港对国内其他区域形成的制度壁垒，是否在法制统一的容许范围内，都是值得深思的问题。<sup>[68]</sup>

平等通常包括机会平等与实质平等。不同于资本主义宪法，社会主义宪法更注重实质平

[64] 参见郑磊：《设区的市开始立法的确定与筹备——以〈立法法〉第72条第4款为中心的分析》，《学习与探索》2016年第7期，第71页。

[65] 法国宪法委员会曾在判决（第2001-454 DC号）中指出，对法律条款进行变通的一般性机制“只能由宪法予以调整”。正是受到该判决的影响，法国在2003年修宪时增加了关于地方试验的规定。Jean-Bernard Auby, Jean-François Auby & Rozen Noguellou, *Droit des Collectivités Locales*, Paris: PUF, 2004, p. 212.

[66] 陶一桃、鲁志国等：《中国经济特区发展（1978—2018）》，社会科学文献出版社2018年版，第147页。

[67] 纳税人必须符合特定条件才能享受这些税收优惠，具体参见《海南自由贸易港享受个人所得税优惠政策高端紧缺人才清单管理暂行办法》（琼府〔2020〕41号）、《关于海南自由贸易港企业所得税优惠政策的通知》（财税〔2020〕31号）。

[68] 关于自贸区、自贸港对内壁垒的法治规制，可参见王建学：《论我国自贸区改革试验功能的法治化与科学化》，《江苏行政学院学报》2021年第1期，第125页。

等。国家既有义务维持地方间公平竞争的法制环境，也应当创造实质条件使地方实现结果平等，保证全民各地共享改革发展的成果。若由少数地方垄断立法变通资格，则有可能导致区域内的个人不平等，造成区际之间的不平等竞争。立法机会的不平等还将放大地方发展条件的不平等，从长远来看，恐不利于整个国家的均衡发展。

### （三）改革授权机制的类型与协同

无论修正还是变革，都旨在限制改革型地方立法变通授权，以优化立法变通机制并提升其运作效能。要实现根本变革，需要较长的时间进程。局部修正则相对具有现实可行性，并且其已在当前的立法制度和实践中有所体现。

第一，在立法制度的层面，2015年修改后的立法法加强了对经济特区立法的限制，要求经济特区法规在备案过程中说明变通的情况，同时也加强了对国务院先行制定行政法规的限制。根据立法法，全国人大及其常委会专属立法权范围内的事项，若尚未制定法律，可由全国人大及其常委会作出决定，授权国务院根据需要先行制定行政法规。此种授权立法机制，具有改革先行先试的目的。修改后的立法法第10条、第11条增加规定了国务院先行制定行政法规的期限、报告义务等，明确要求“被授权机关应当在授权期限届满的六个月以前，向授权机关报告授权决定实施的情况，并提出是否需要制定有关法律的意见”。这些规定对于完善改革型地方立法变通机制和地方改革试点授权机制均有参考价值。未来可以考虑通过解释立法法，将上述规定同时适用于其他改革授权机制。例如，可将立法法第10条所规定的“授权的期限不得超过五年”，同时适用于该法第13条所规定的地方改革试点授权，也可将其作为改革型地方立法变通的日落时间。

第二，在授权实践层面，全国人大常委会已尝试在授权决定中对改革型地方立法变通予以限制。关于制定海南自贸港法规的授权和关于制定浦东新区法规的授权，都要求变通性法规在备案时说明立法变通的情况，这很可能是受到了立法法（限制经济特区法规）的影响。海南自贸港法规可涉及法律和行政法规的保留事项，因而其说明义务更重，即还需说明变通理由。但是，这也引发了两个关联性问题：其一，海南自贸港法规即使未涉及保留事项，也需说明变通理由，而经济特区法规、浦东新区法规却不需要说明变通理由。未来似有必要统一要求所有的变通立法都对变通理由作出说明。其二，针对法律保留事项，原本只能授权国务院先行制定行政法规。在2000年立法法的起草过程中，立法者明确否定了授权下级人大先行立法的方案，认为仅由国务院先行制定行政法规，“有利于中央对改革的领导，也有利于法制的统一”。<sup>〔69〕</sup>如今海南自贸港法规也获得了就法律保留事项进行立法的权限，这就需要考虑在整体上协同两类法规在期限、评估、报告等要素上的制度设计。

第三，地方人大常委会在行使立法变通权时，也会在其制定的法规中写入限制性规定，即进行自我限制。例如，海南省人大常委会在2016年、2017年通过的两项经济特区法规，均自带日落条款，并规定省人民政府及其有关部门要及时总结试点工作经验，适时就暂时变通实施的情况向省人大常委会作出报告，要么进一步推广实施，要么及时恢复施行有关法律法規的规定。<sup>〔70〕</sup>

〔69〕 顾昂然：《新中国民主法制建设》，法律出版社2002年版，第252页。

〔70〕 参见《关于在海南经济特区博鳌乐城国际医疗旅游先行区等三个产业园区暂时变通实施部分法律法规规定的行政审批的决定（试行）》（2016年3月31日海南省第五届人民代表大会常务委员会第二十次会议通过）、《关于在海南经济特区暂时变通实施“五网”建设项目涉及部分法律法规规定的行政审批的决定》（2017年6月1日海南省第五届人民代表大会常务委员会第三十次会议通过）。

这些限制措施明显带有立法法第13条的痕迹。只不过，在目前的立法变通实践中，此种自我限制还只是零星存在。

从前述三个方面看，改革型地方立法变通授权、地方改革试点授权、有关国务院先行制定行政法规的授权，已有诸多相似相通之处，但三者又存在差异，且各有其盲点。这也说明，三种改革授权机制的完备性在不同程度上都有待提升，有必要从法治建设的全局出发，对其进行系统优化。过去四十多年的改革历程，彻底释放了地方的创新动能，“在全国范围内，不仅开创性的理念层出不穷，人们在最有兴趣的治理新试验进行研究和推广，而且还可以建立交叉合作关系去应对新出现的各种问题”。〔71〕局部创新在全国范围内所积累的量变，不断促成整个国家法制的质变，也助成了回应、保障和引领改革的法律体系，“试验性下位法所积累的立法经验从量变达到质变时，框架性上位法通常会有所取舍地吸收认可这些经验”。〔72〕改革授权机制的系统优化，离不开体系性思维和方法论指导。改革型地方立法变通机制、地方改革试点机制、有关国务院先行制定行政法规的授权立法机制，犹如促进改革的“三驾马车”。有必要厘清三者间的关系、打通其隔阂，明确它们在改革与法治之间的共通定位，并借助比例权衡的方法，协同三者的功能。

## 结 语

比例原则在本质上是一种限制性工具，其通过目的与手段间的权衡达到限制手段的目的，也即在目的正确的前提下，要求手段具有适当性、最小损害性与狭义合比例性。传统的三阶比例原则就是“对手段选择裁量的规范”。〔73〕改革型地方立法变通机制作为促进改革的手段，正处于这种权衡关系中。只不过，此时比例原则分析框架中的干预对象并非基本权利，而是法制统一原则。比例原则的此种适用，在规范上是可行的，因为法制统一与基本权利在性质上都是原则。〔74〕广义的法制统一所内含的平等原则，蕴含着实质法治价值，也直接关系到基本权利的保障。近年来，域外的一些国家同样面临如何限制试验性立法变通的问题，也尝试借助比例原则分析该问题，并积累了一定的经验。〔75〕

立法变通与法制统一之间的张力，在根本上是改革与法治之间的张力。改革与法治都是我国宪法的重要议题，二者既能相互促进也可能发生冲突。改革既能完善法治也可能有损于法治，法治既能保障改革也会约束改革的手段。当前，社会的进步已经不能容许改革游离在法

〔71〕 [美] 安·弗洛里妮、赖海榕、[新加坡] 陈业灵：《中国试验：从地方创新到全国改革》，冯瑾、张志超译，中央编译出版社2013年版，第207页。

〔72〕 郑磊、卢炜：《“旧”下位法的适用性——以第5号指导性案例、第13号行政审判指导案例为焦点》，《政治与法律》2014年第7期，第94页。

〔73〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，《中国法学》2014年第4期，第144页。

〔74〕 基本权利是原则，且原则是最佳化命令。参见前引〔38〕，Alexy书，第388页；雷磊：《基本权利、原则与原则权衡——读阿列克西〈基本权利论〉》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》第11卷，山东人民出版社2011年版，第390页。

〔75〕 比如，德国联邦宪法法院曾判决认为，“任何基于试验的法律变通必须在目的上是正当的；需确保变通不能过度而是符合比例，且严格与立法所追求的目的相关联”。葡萄牙宪法法院也曾判决指出，“试验性法律变通所造成的特殊负担应当在最低限度内符合比例原则”。相关分析参见 Sofia Ranchordás, *The Whys and Woes of Experimental Legislation*, 1 *The Theory and Practice of Legislation* 438 (2013)；从比较法角度对试验性立法所作的专门研究，参见 Charles-Albert Morand (dir.), *Evaluation Législative et Lois Expérimentales*, Aix-en-Provence: PU Aix-Marseille, 1993。



治之外，依宪治国已经超越良性违宪之争，形成了“必须把改革纳入宪法框架”的普遍共识。<sup>[76]</sup> 在将改革纳入宪法框架之后，改革与法治之间的张力并不会自动消解。变动和创新是改革的必要形式，而保守和安定是法律的基本美德。改革与法治之间的张力是本质性的，若不能从法学方法的高度有效化解此种张力，就很难保证改革与法治相向而行，其后果是既损害实质性法治原则，又错失改革的创新价值。随着法制之网越织越密，立法变通对于改革的现实意义会越发凸显。“改革与创新已日益成为世界主题，试验性立法不仅为试错与纠错、克服偏见与发现共识提供了平台，也为社会管理革新与技术创新创造了机遇。”<sup>[77]</sup> 立法法所规定的三种改革授权机制，都能促进改革创新和法治完善，而融贯的顶层设计将保证其功能得到更充分的发挥。

---

---

**Abstract:** The reform-oriented local legislative adaption mechanism has played an important pilot role in the past 40 years of reform and rule of law practice in China. With its continuous development, the tension between this mechanism and the principle of unity of national legal system may further intensify and needs to be effectively mitigated. Reform-oriented local legislative adaption is constrained by constitutional principles such as legal unity, equality and unitary system. As optimization requirements, constitutional principles are flexible in application. Therefore, only in the constitutional balance can the adaption mechanism be accurately evaluated. The proportionality principle is an important fulcrum in the reflections on and reconstruction of the adaption mechanism. The reform-oriented local legislative adaption mechanism should serve the reform purpose, and maintain the appropriateness, necessity and proportionality (in the narrow sense) in its means. In the new era of comprehensive law-based governance, the weight of legal unity must be increased in the balance. According to the requirement that “important reforms should be based on law”, put forward in Xi Jinping Thought on the Rule of Law, it’s necessary to impose necessary restrictions on local legislative adaption and coordinate the functions of various reform authorization mechanisms, so as to promote the positive interaction between reform and the rule of law.

**Key Words:** legal unity, legislative adaption, local legislation, proportionality principle

---

---

[76] 参见李树忠：《改革与宪法关系论》，《比较法研究》2020年第5期，第130页。

[77] 黎娟：《“试验性立法”的理论建构与实证分析——以我国〈立法法〉第13条为中心》，《政治与法律》2017年第7期，第94页。