

法的结构规范化研究

汪全胜 等著

FA DE JIEGOU GUIFANHUA YANJIU



中国政法大学出版社

法的结构规范化研究

FA DE JIEGOU GUIFANHUA YANJIU

汪全胜 等著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法的结构规范化研究/汪全胜等著. — 北京:中国政法大学出版社, 2015. 7
ISBN 978-7-5620-6174-8

I. ①法… II. ①汪… III. ①法律—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第166059号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	36.75
字 数	560 千字
版 次	2015 年 7 月第 1 版
印 次	2015 年 7 月第 1 次印刷
定 价	88.00 元

国家社科基金项目结题成果
项目批准号：11BFX003

重视法律文本的结构研究（代序）

法律结构或法的结构有多重意义的理解。有学者从法律体系角度考察，认为法的结构是构成一个国家法律体系的不同法律部门。^{〔1〕}多数学者仍然从立法学角度来理解法的结构或法律结构。周旺生认为，法的结构通常包括三个方面要件：一是法的名称。二是法的内容。法的内容包括规范性内容和非规范性内容，规范性内容就是法律规范，非规范性内容就是立法目的、立法根据、法的适用范围等。三是表现法的内容的符号。^{〔2〕}李培传认为，法律结构是指法律、法规应当具备的各个组成部分及法律条文之间从形式到内容应当按照其内在规律要求做出科学合理的排列、组合和联结的形式。这种结构分为法的形式结构与法的实质结构。法的形式结构是指法律、法规应当具备的形式要件，按照其内在规律要求做出合理、科学的排列、组合和联结的形式，一般包括法的名称，法的制定机关和通过、公布、施行日期的载明，法律序言、目录和附件（附录），法律正文等；法律实质结构是指法律规范按照其所规范调整对象的自身规律要求，在其内容上做出科学、合理的排列、组合和联结的形式，包括立法宗旨（目的）、适用范围、法的主管机关的设定、行为规则、法律用语含义解释条款、解释机关、废止条款等。^{〔3〕}毕可志认为，法的结构分为外部结构和内部结构。法的外部结构包括法的名称、制定时间、制定机关、目录、正文、附件或附录以及发布令等；法的内部结构包括立法目的、名词术语的界定、解释机关、施行日期、废止条款等，其中最主要的是法律规范。^{〔4〕}曹海晶也认为法的结构分为外部结构与内部结构，但他所讲的内部结构是指法的规则、原则和概念等法的要素的组合与排列，法的

〔1〕 朱景文：《比较法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第115页。

〔2〕 周旺生：《立法学》，北京大学出版社2006年版，第494页。

〔3〕 李培传：《论立法》，中国法制出版社2004年版，第282~354页。

〔4〕 参见汤唯等：《地方立法民主化与科学化构想》，北京大学出版社2002年版，第267~283页。

外部结构则包括法的外部形态（法的形式）、法的内容框架（涉及法的名称、序言、本文、附则、目录、附录、索引等）以及结构层次（通常是指法的卷、编、章、节、条、款、项、目）。〔1〕

笔者在本书中也是从立法学的角度来界定法的结构的，即法律文本的结构。从我国现行规范的法律文本〔2〕来看，法的结构包括法的名称、法的题注、法的目录、法的序言、法的正文、法的附录这些内容，但法的正文还可以分为法的总则、法的分则、法的附则三个部分。其中，法的总则结构从其内容与形式结合的角度来看，包括立法根据条款、立法目的条款、法的原则条款、法的效力条款、法的主管部门条款以及法的定义条款等；法的分则结构从其内容与形式结合的角度来看，包括权利条款、义务条款、奖励性条款、行政许可条款、行政强制条款、法律责任条款、救济条款、授权立法条款、准用性规定条款等；法的附则结构从其内容与形式结合的角度来看，包括法的解释权条款、法的过渡条款、法的生效条款、法的废止条款。当然，这里要说明，因为制定主体的不同、法所调整的对象不同、法的效力等级不同、法的性质不同等，法的结构就会产生这样的状况：并不是所有的法律文本都具有以上规范结构，也不是所有的法律文本结构都具备以上列举的条款。在一些法律文本中，可以有部分结构缺失，可以没有一些条款，但没有或缺失并不妨碍法律文本的规范性与权威性。在此，本书的研究，是选择了较为常见的、具有代表性的条款来研究的。在此，本书的目的也是考察法律文本的一般性的结构，拟从典型性条款的完善设计出发来整体提高我国的立法技术。

为什么要重视法律文本结构的研究呢？这与我国现阶段立法工作重心的转移密切相关。随着我国社会主义法律体系基本形成，中国未来的立法工作主要面临的将不是新法的制定，而是大量法律法规的废、改。也就是说，立法主要工作将从过去的制度设计向现在的制度完善转移。立法制度的完善则更多地表现为立法技术的完善，而立法制度、立法技术的完善则是通过法的具体结构（特别是法律条款）表现与展示出来的。因此，从立法学学科来讲，随着实践中立法工作重心

〔1〕 参见曹海晶：《中外立法制度比较》，商务印书馆2004年版，第306～314页。

〔2〕 规范的法律文本也就是《立法法》规定的标准文本，如《立法法》第58条第3款规定“在（全国人大）常务委员会公报上刊登的法律文本为标准文本”，第79条第2款规定“在（地方人大）常务委员会公报上刊登的地方性法规、自治条例和单行条例文本为标准文本”，第71条第2款规定“在国务院公报上刊登的行政法规文本为标准文本”，第86条第3款规定“在国务院公报或者部门公报和地方人民政府公报上刊登的规章文本为标准文本”。

的转移，立法学理论的研究也应有个转变，即从过去的立法原理、立法制度方面的研究转向立法技术的研究。

目前国内学术界（特别是立法学界）关于立法技术的研究成果很少，关于法律条款的研究更少。法律文本是由具体的法律条款组成的，它是法律原则、法律规则、法律概念承载的形式，不仅涉及法案的结构编制技术，也涉及法案的语言表达技术。对法律文本中各具体条款的研究将会是我国立法技术研究的重点内容或任务。法的结构规范化研究，是意图将立法技术的研究落实到具体条款上，或者通过具体条款的研究来提升我国的立法技术。该成果还只能算是一个阶段性研究的总结（还很不全面），我们希望能得到学术界（特别是立法学界）、实务界（特别是立法实践部门）各位同仁的指正，以促进我们进一步开展法律文本的结构研究。

重视法律文本的结构研究（代序） 1

I 法律文本正文之前置篇

第一章 法的名称规范化 5

- 一、法的名称界定及我国现行法名称的结构形式 5
- 二、现行中国法的名称规范化的不足及缺陷 9
- 三、我国法的名称规范化的必要性及价值 13
- 四、法的名称规范化的构成要素 15
- 五、我国法的名称规范化设置的立法构想 18

第二章 法的题注设置 21

- 一、法律文本中题注设置的类型 21
- 二、法律文本中题注设置的内容 23
- 三、法律文本中题注设置的价值 26
- 四、法律文本题注设置规范化的构想 29

第三章 法的目录设置 35

- 一、法的目录范畴界定 35
- 二、法律文本中“法的目录”设置的功用 36
- 三、法律文本中“法的目录”设置的依据 38
- 四、现行法律文本中关于“法的目录”设置规范化的不足及缺陷 40
- 五、法的目录设置规范化的几点构想 42

第四章 法的序言设置 45

- 一、法律文本中“法的序言”的内容 45

- 二、法律文本中“法的序言”的价值与意义 47
- 三、法律文本中“法的序言”的法律效力 49
- 四、关于完善设置法律文本中“法的序言”的几点设想 51

II 法律文本正文之总则篇

第一章 法的总则述论 57

- 一、法的总则概念的界定 57
- 二、法的总则的设计原则 60
- 三、法的总则规范结构的缺陷与不足 63
- 四、法的总则的规范结构设想 70
- 五、法的总则的语言表达技术 88

第二章 立法根据条款设置 92

- 一、立法根据范畴的界定 92
- 二、“立法根据”条款在法律文本中的地位及价值 95
- 三、立法根据条款设定的基础或依据 98
- 四、现行立法根据条款设定技术存在的问题及其完善 102

第三章 立法目的条款设置 106

- 一、立法目的及其条款的界定 106
- 二、立法目的条款在法律文本中的地位 108
- 三、法律文本中立法目的条款设定的功能 110
- 四、现行法律文本中立法目的条款设定规范化的不足及缺陷 113
- 五、法律文本中立法目的条款设定规范化的构想 115

第四章 法的原则条款设置 118

- 一、法的原则范畴及法的原则条款 118
- 二、法的原则条款设置的价值与功能 120
- 三、法的原则条款的设置依据 123
- 四、法的原则条款的司法适用 126
- 五、法的原则条款规范化设置的完善 128

第五章 法的效力条款设置 130

- 一、法的效力及法的效力维度的界定 130

二、法的效力条款设置的基本样态	132
三、法的效力条款设置在法的总则中的地位及意义	135
四、现行法的效力条款设置规范化的不足及缺陷	137
五、关于完善我国现行法的总则中法的效力条款规范化的几点设想	139
第六章 法的主管部门条款设置	142
一、“法的主管部门”的性质	142
二、法的主管部门设置的意旨	144
三、法的主管部门设定的依据	146
四、“法的主管部门”设定的实施困境	149
五、“法的主管部门”设置技术的完善	153
第七章 法的定义条款设置	157
一、法律文本中“定义条款”设置的必要性	157
二、法律文本中的“定义条款”设置的类型	160
三、“定义条款”在法律文本中的位置	163
四、现行法律文本中“定义条款”规范化方面存在的问题与不足	165
五、我国法律文本“定义条款”规范化设置的几点构想	168

III 法律文本正文之分则篇

第一章 法的分则述论	176
一、法的分则范畴的界说	176
二、法的分则的形式	177
三、法的分则的内容构造	179
四、法的分则结构的逻辑	191
五、法的分则在法律文本中的地位	195
六、法的分则的司法适用	199
七、法律文本中法的分则设置技术存在的不足与缺陷	204
八、法的分则设置技术的完善	208
第二章 权利性条款设置	211
一、权利性条款范畴的界定及类型	211
二、权利性条款在法律文本中的地位和意义	218

三、我国法律文本中的权利性条款的识别标志	220
四、我国法律文本中的权利性条款的问题剖析	224
五、我国法律文本中权利性条款设置的规范化进路	234
第三章 义务条款设置	245
一、法律义务与法律义务条款范畴的界定	246
二、法律义务条款的识别及其类型	250
三、我国法律义务立法之不足	255
四、法律义务条款规范设置的原则	264
五、法律义务条款规范设置的规则	270
第四章 奖励性条款设置	286
一、奖励性条款与奖励性规范的关系	286
二、奖励性条款在法律文本中的价值	288
三、奖励性条款在法律文本结构中的位置	290
四、奖励性条款的可操作性结构	293
五、奖励性条款设置技术的缺陷与不足	296
六、奖励性条款设置完善的几点构想	298
第五章 行政许可条款设置	301
一、行政许可及行政许可条款的界定	301
二、法律文本中行政许可事项的设置	303
三、法律文本中行政许可实施主体的设置	307
四、法律文本中行政许可种类或方式的设置	310
五、法律文本中行政许可条件或标准的设置	317
六、法律文本中行政许可实施程序的设置	320
七、法律文本中行政许可条款设置存在的不足及缺陷	326
八、法律文本中行政许可条款设置技术完善的建议措施	332
第六章 行政强制条款设置	336
一、行政强制及行政强制条款	336
二、法律文本中行政强制条款设立的基础与依据	338
三、法律文本中行政强制种类与方式的设置	341
四、法律文本中关于行政强制程序的设置	346
五、法律文本中关于行政强制主体的设置	349

六、法律文本中行政强制条款设置技术存在的不足及其完善措施	352
第七章 法律责任条款设置	358
一、法律责任条款的概念与类型	358
二、法律责任条款设置的现状与问题	365
三、法律责任条款的设置理念与原则	376
四、法律责任条款的设置依据与规则	387
五、法律责任条款设置的衔接	395
六、结语	405
第八章 救济条款设置	407
一、法律救济与法律救济条款	407
二、法律文本中法律救济条款的地位	409
三、法律文本中法律救济方式的设置	414
四、法律文本中法律救济程序的设置	421
五、法律文本中法律救济条款设置存在的问题及对策措施	425
第九章 授权立法条款设置	431
一、授权立法条款中设置的授权主体	431
二、授权立法条款中设置的被授权主体	434
三、授权立法条款设置的授权立法事项	436
四、授权立法条款在法律文本中的位置	438
五、法律文本中授权立法条款设置技术的完善	440
第十章 准用性规定条款设置	443
一、准用性规定条款及其性质	443
二、法律文本中准用性规定条款设置的目的与意旨	446
三、法律文本中准用性规定条款中法律规范的识别	449
四、法律文本中准用性规定条款援引的法律效力	454
五、法律文本中准用性规定条款设置技术的完善	456

IV 法律文本正文之附则篇

第一章 法的附则述论 465

一、法的附则范畴的界定 466

二、法的附则的立法价值 468

三、我国法的附则制定情况存在的问题 471

四、法的附则的规范框架 474

五、完善我国法的附则结构的构造技术 484

第二章 法的解释权条款设置 498

一、法的解释与法的解释权的界定 498

二、法律文本中“法的解释权”的主体 500

三、法律文本中“法的解释权”行使的效力 502

四、法律文本中“法的解释权”行使的内容或范围 503

五、法律文本中“法的解释权”行使的程序 506

六、法律文本中“法的解释权”条款设置的不规范及其完善 508

第三章 法的“过渡条款”设置 511

一、过渡条款的界定 511

二、法律文本中设置“过渡条款”的价值和意义 513

三、法律文本中“过渡条款”的适用模式 515

四、“过渡条款”在法律文本中的位置 517

五、法律文本中“过渡条款”设置技术的完善 519

第四章 法的生效日条款设置 522

一、法的生效日条款的内涵及其设立的意义 522

二、“法的生效日”规定在法律文本中的位置 524

三、“法的生效日”条款设置的基本模式 526

四、新法的“生效日”条款与旧法的废止条款的兼容方式 528

五、法的“生效日条款”设置技术的完善 530

第五章 法的废止条款设置 532

第六章 法的附件设置 548

参考文献 560

后 记 574

I 法律文本正文之前置篇

篇首语

从我国现行的立法体制来看,我国法的外在表现形式有法律、行政法规、地方性法规、规章等。作为标准文本的法律文本,它都有一个稳定与规范的结构。我们将除法的名称、题注、目录、序言之外的法律文本结构称为法律文本之正文,而法的名称、题注、目录、序言则被称为法律文本正文之前置的内容。因此,本篇所探讨法的名称、题注、目录、序言的规范化即构成法律文本正文之前置内容的研究。

法的名称,就是法的称谓。任何一部法律、法规、规章等都有法的名称,它构成法律文本中法的正文之前不可缺少的要素。我国现行法的名称使用比较乱,没有统一的规范。我们认为,法的名称规范化的三个要素包括:①法的制定主体或效力适用范围要素;②法的调整对象要素;③法的效力等级要素。根据这种设想,我们提出了我国法的名称规范化完善的一些措施。

法的题注,主要表现两种情形:一种是在法的标题中以括号形式标注的部分,我们称之为标题题注。虽然它也是法的标题的组成部分,但是以括号形式加以标注,属于特殊题注的形式。这种标题题注在正式法律文本所占的比例是很小的,运用并不是很普遍。另一种就是位于法的名称之下,正文之上的一段标注或说明性文字,用括号标注。这种题注在我国使用比较普遍。在不同形式的法律文本中,法的题注内容有所不同。一般正式法律文本的题注内容包括了法的通过时间、通过机关、公布方式、施行日期、批准时间、修订时间、修订机关、修订过程等。法律文本中设置不同内容的题注有着不同的价值与意义,但不论是在正式法律文本中还是在非正式法律文本中,我们认为法的题注在设置内容上、表达技术上都需要完善或规范化。

法的目录是按一定次序排列的法的篇章名目。立法者在法律文本中设置法的目录可以便于人们了解法的结构框架、内在逻辑以及查找与运用。其设置的基本依据主要在于法的效力等级以及法的条款数量。在现行法律文本

中，法的目录设置存在设置依据不明确、标准不统一、详略不当等问题，立法者需在设置依据、标准等方面进一步完善其规范化的设置。

法的序言是法律文本中的一段叙述或说明性文字，一般规定立法目的或立法根据等的内容。其设置依据法的性质而定，并不是我国法律文本存在的普遍现象，但如果设置则有其一定的功能与意义，类似于法律文本中“法的总则”的设定。立法者要实现法的序言设置的规范化，就必须在立法上明确其设定的依据、规定的内容等。

但是这里我们要明确，法的名称要素是普遍存在于所有法律文本中的，但法的题注、目录、序言并不是所有的法律文本都具备的内容。不同的立法主体、不同的法律形式可能会导致这些内容的设置的不同。这里更多的是以全国人大及其常委会制定的法律为考察对象。可以说，它的标准文本更多地包含了法的题注、目录、序言等内容。