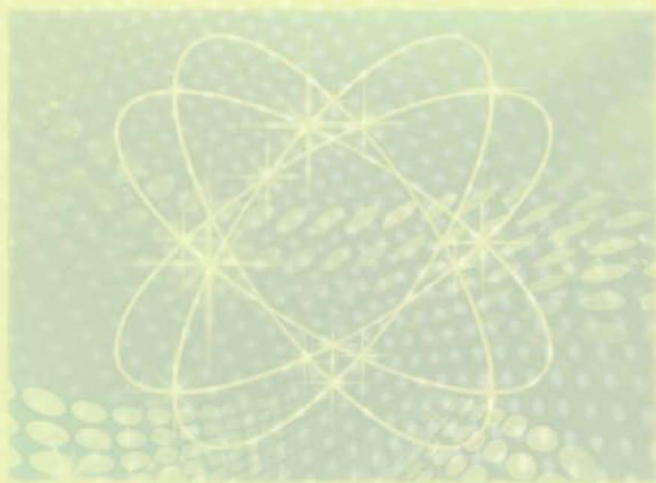


法言法语谈

—地方立法技术随笔

赵建纲◎著



陕西出版集团
陕西人民出版社

FAYAN FAYU TAN

DIFANG LIFA JISHU SUIBI

赵建纲 © 著

法言法语谈

——地方立法技术随笔

图书在版编目(CIP)数据

法言法语谈:地方立法技术随笔 / 赵建纲著. —
西安:陕西人民出版社, 2012

ISBN 978-7-224-10149-2

I. ①法… II. ①赵… III. ①地方法规—立法—中国—文集 IV. ①D927-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 058453 号

法言法语谈

——地方立法技术随笔

作 者 赵建纲

出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社
(西安北大街 147 号 邮编:710003)

印 刷 陕西汇丰印务有限公司

开 本 890mm×1240 大 32 开 8.5 印张

字 数 167 千字

版 次 2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-224-10149-2

定 价 17.00 元

目 录



说法名	1
谈法律规范	7
谈非法律规范	19
谈适用范围的表述	25
法律责任谈(上)	38
法律责任谈(下)	45
谈行政处罚的设定	49
谈条旨	58
立法常用词的使用规范	61
谈“以上”、“以下”、“等” 的字结构、除外结构和但书	73
“应当”还是“必须”	80
谈数	85
	95

说文断句话标点	102
道是无情却有情	
——立法语言风格(上):	
平实、中性、客观	107
删繁就简三秋树	
——立法语言风格(下):	
简约、精确、概括	111
谈法的结构	116
谈法的立、改、废技术	122
谈立法公文的写作	130
谈法的刊登	135
谈法规报批	147
谈法律体系结构	155
谈法规汇编	160
附录:	
陕西省地方立法技术规范	164
立法技术规范概说	196
我国立法体制和中国特色社会主义法律体系的形成	226
后记	267

说法名



人有人名，法有法名。外国法素有以人名命法的传统，如迄今所知最早的成文法《乌尔纳姆法典》（乌尔纳姆为古时两河流域的西亚乌尔第三王朝的创始者）、迄今完整保存最早一部成文法《汉谟拉比法典》（汉谟拉比为古巴比伦第三代国王）、以严酷著称的雅典第一部成文法《德拉古法》（德拉古为当时一名执政官）、第一部完备的奴隶制成文法《查士丁尼法典》（东罗马帝国皇帝查士丁尼下令编纂）都以人名命名。1807年、1852年法国国会两次把《法国民法典》命名为《拿破仑法典》。中国古代帝王与西方君主同样贵为至尊，但中国历史上除夏、商用第一位帝王名命名《禹刑》、《汤刑》外（均已失传），周以后各朝不以帝王名



讳命法，而把法与国联系起来，如《周礼》、《秦律》、《汉律》、《唐律》、《宋刑统》、《大明律》、《大清律例》等，也有以年号命名，如隋《开皇律》、《大业律》。

美国一些有名的法还一法两名，有正式法名，还有以议员名字命名的“俗名”，如《外国人登记法》又称《史密斯法》，《劳资关系法》又称《塔夫脱—哈特莱法》。臭名昭著的《麦卡锡法》正式法名为《国内安全法》。美国没有经历封建社会，用议员名字命名法，以示对立法提案者的尊重和敬意。如反垄断立法有 1890 年的《谢尔曼反托拉斯法》、1914 年的《克莱顿法》、1950 年的《塞勒—凯佛维尔反兼并法》、1976 年的《哈特—司各特—鲁迪南反托拉斯改进法》等。美国实行三权分立政体，政府可以提出立法建议，但立法案由议员提出，一些影响较大的法，通常谁提出就俗称谁的法，对提案者是一种荣耀，但法律人格化的名称常常让人一头雾水，不得要领。

我国法名有一个基本范式，前面要表明国名或者地方名，中间是规范的事项，后面要表明是法律还是条例、规定、办法，即：行政区域名称 + 法的主题(规范事项)+ 法的类别名称，再附加题注。

法名中表明行政区域名称，反映了法的层级和适用范围。法的层级分为中央和地方，中央一级立法机关分为全国人大及其常委会、国务院、中央军委，地方立法机关分为省级、较大市(包括省会市、国务院批准的较大市)的人大

及其常委会和自治州、自治县的人大。法的层级在法的范围和类别名称中都可以反映出来,全国人大及其常委会制定的法律都有“中华人民共和国”国名;国务院实施法律的行政法规、多数涉及外国人的行政法规有国名,如《中华人民共和国食品安全法实施条例》、《中华人民共和国专利法实施细则》、《中华人民共和国知识产权海关保护条例》、《中华人民共和国公司登记条例》、《中华人民共和国中外合作办学条例》。但多数行政法规没有国名,如《专利代理条例》、《婚姻登记条例》、《宗教事务条例》。地方性法规首先要表明地域名,没有地域名,容易与行政法规混淆,如《延安革命遗址保护条例》,只看法名不知是行政法规还是地方性法规。制定这个条例时,认为不冠“陕西省”,没人质疑延安在陕西的观点占上风。2008年制定华山风景名胜区保护条例时,草案名称中仍没有“陕西省”,华山在陕西也没人质疑。照此推理,渭河污染防治条例、秦始皇陵保护条例、汉江丹江污染防治条例、秦岭生态环境保护条例都不用冠“陕西省”之名,因为同样没人质疑这些也在陕西或者主要在陕西。殊不知,法名冠地名不仅仅表明所属地方,还表明法的层级,是“国”字号还是“地”字号。修改华山风景名胜区保护条例草案时,按我省立法技术规范加上了“陕西省”。

法的主题是法所规范的事项,集中体现法的基本内容,一般用一个名词性词组表述,要直白、凝练、概括。法的



类别名称有法、条例、规定、办法、规则、细则。法指法律，“××法”指的是全国人大及其常委会制定的调整某方面社会关系具有普遍约束力的社会行为规范。国务院、中央军委和有立法权的地方人大及其常委会制定的法规称条例、规定、办法、规则、细则。中央军委制定的军事法规在武装力量内部执行，地方和军队都要执行的，国务院、中央军委联合制定。法的题注是法名的附属部分，表明该法由哪个机关、哪年哪月哪日通过，哪年哪月哪日修订或修正，批准的法规还要注明批准机关和时间，最后用括号括起来，其作用相当于法的身份说明。

地方性法规类别名称的运用，从立法实践看，创制性立法一般为条例，内容单一且条文较少的为规定；实施性立法为办法，程序性立法为规则或细则。国务院规定，部门规章和地方政府规章不能称“条例”。但“规定、办法、规则、细则”使用没有严格限制。规章或部门规范性文件常常忽略名称下的题注，媒体往往又泛称为法规，混淆了法的层级。学者们认为，法规名称种类应当简化和统一，以便从名称上体现法的层级。地方立法实践中，名称选择上应尽量统一在“条例”和“办法”上。

有人认为，法律、法规名称都是倒装句式，如《水污染防治法》、《妇女权益保障法》、《民办教育促进法》、《清洁生产促进法》，都是宾语在前，动词谓语在后，不合中国人说话的语序。这主要是将宾语提前有强调的意思，其次也

未尝没有外来法律文化特别是日本影响的因素。当年慈禧太后曾派人到欧美考察立宪，但中国人学西洋不如学东洋来得快，日本采纳大陆法系，旧中国也采纳大陆法系。日文中借用了许多汉字（1981年日本公布的当用汉字有1945个），中国人学日本也采取拿来主义，“共产主义”、“社会主义”、“共产党”、“干部”、“图书馆”、“汽车”、“火车”、“自行车”等许多现代词汇，古汉语中没有，都是从日文中的汉字组合直接拿过来或稍作改动用起来的。日语陈述句宾语在前，动词谓语在后。中国人讲保护环境，日本人讲环境保护；中国人讲防御灾害，日本人讲灾害防御。我国古文和现代文都常见这种语序，也不是日本独有的，《史记》、《捕蛇者说》就是宾语提前。《法言法语谈》可谓《谈法言法语》，也是将宾语提前。

起法名时，一是法规中既有调整行政管理关系的内容，又有调整市场主体之间关系的内容，法规名称中不宜冠“管理”，避免以偏赅全，行政管理色彩过重。二是创制性地方性法规一般用“条例”，实施性立法一般用“实施《××法》办法”，不同类别名称的地方性法规效力是等同的，地方性法规尽可能简化名称类别。三是名称中一律不用“暂行”、“试行”这类表示立法成熟度的措辞。“暂行”侧重时间因素，“试行”侧重条件因素，“暂行”时间多长？“试行”范围多大？没个准头，影响法规实施的权威性和严肃性。改革开放初期，“暂行”法、“试行”法较多，20世纪80年代，我



省多数法规都是这类法，带有明显的试探性，90年代就少多了。成熟的立法，不成熟的不立法，成熟几条写几条，情况变了再增加、再修改，与写不写“暂行”、“试行”没有关系，有的“暂行”法、“试行”法十多年不变，“暂行”、“试行”失去意义。

修改地方性法规时涉及法名时，一是同一事项地方立法在先，国家立法在后，地方性法规要根据国家立法修改，但基本框架不变的，不要另起炉灶，不要将原来“条例”改为“实施《××法》办法”，应保留地方立法的原创性和延续性。二是修改法规时，名称可适当修改，如主题略作增删，加上“管理”或去掉“管理”，如我省文物保护管理条例，根据新修订的文物保护法，去掉“管理”二字就行了，不需对原来的法规作废止处理。

谈法律规范



法律规范是一个法学术语，指法确立的社会行为规则，规定人们应该怎样、可以怎样、禁止怎样和违禁怎么样。法律规范的逻辑结构，包含假定、处理和制裁三部分。假定指规范适用的条件，处理指具体行为模式和规则，制裁指违法承担的责任。如：“机动车行经人行横道时，应当减速行驶；遇行人正在通过人行横道，应当停车让行。”（道路交通安全法第四十七条）“机动车行经人行横道时”、“遇行人正在通过人行横道”就是假定，“应当减速行驶”、“应当停车让行”就是处理，“机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规关于道路通行规定的，处警告或者二十元以上二百元以下罚款。”（道路交通安全法第九十条）就是制



裁。可见，规范是内容，条文是形式，有时分条规定，不完全等同。

法律规范的逻辑结构不能概括所有的法，比如宪法就没有制裁，这就出现了违法有制裁，违宪无制裁的现象。宪政性法律一般也没有制裁，比如监督法规定，“一府两院”应当在人大常委会会议十日前提交专项工作报告，人大常委会应当公布专项工作报告的审议意见。政府没有按规定提交专项工作报告，人大也没有按规定公布审议意见，没有就没有，谁也不承担责任，这类法律执行得好不好，取决于主要负责人的党性和对宪法、法律的忠诚。宪法是立国的总章程，是一切立法的根本依据，我们往往重视它的宣示意义，忽视它的约束力，从法律规范的角度研究，宪法及宪政性法律，如果有违宪的制裁，更有利宪法及宪政性法律的执行。

法律规范按性质可分为授权性规范、义务性规范、禁止性规范；按刚性程度可分为强制性规范、任意性规范；按确定程度可分为确定性规范、委任性规范、援用性规范。其中，按性质分类的授权性规范、义务性规范、禁止性规范，是法律、法规的主体部分。此外，按照不同标准，还可以分为公法法律规范与私法法律规范、固有法律规范与继受法律规范、原则法律规范与例外法律规范、普通法律规范与特殊法律规范、国际法律规范与国内法律规范等等。下面简析地方立法常用的几种规范。

一、授权性规范

授权性规范是指赋予公民、法人及其他组织权利和国家机关权力的规定，一般在权利或权力的主体之后使用“可以……”、“有权……”、“有……权利”、“不受……侵犯”、“不受……干涉”的句式表述。严格说，公民、法人的基本权利和国家机关的权力都由法律授予，地方立法很大程度上是细化或执行权的划分。设定授权性规范，一是不得损害国家利益和公共利益；二是有利于实现宪法、法律赋予公民、法人及其他组织权利和国家机关权力；三是兼顾各方面的利益，有利于协调社会关系；四是公民、法人和其他组织权利的规定应当具体明确，上位法对权利未作限制的，地方立法不得作限制性规定。

授权性规范的对象分为两类：一类是国家机关，所授之权为公权，文字表述为“权力”；一类是公民、法人和其他组织，所授之权为私权，文字表述为“权利”。公权遵循“法无授权皆无权”的规则，国家立法、行政、司法机关的权力必须通过法律授权获得。国家机关对所授权力必须作为，不作为即违法，所以国家机关的权力也是职责，只是在具体执法上有一些“可以”的选择性。私权遵循“法不禁止皆自由”的规则，公民、法人和其他组织的权利不完全是法定的，可以通过授权性规范获得，也可以通过章程、合同、口



头约定获得,还可以自然获得,只要法不明文禁止,又不损害国家利益、公共利益和侵犯他人权利。公权既是权力又是责任,私权不宜笼统讲既是权利又是义务,比如公共管理权力不可放弃,公民权利许多可以放弃。法定权利由法律、法规调整,非法定权利受道德规范和公序良俗调整。立法要防止泛法化,以为社会生活中的一切事物都可以法定或者法定的权利才是正当的权利,如个人的穿着打扮、习惯爱好、思维意识等等,只能通过教育、引导、示范的方式影响,不能用立法调整,立法过多的侵入人的自然权利领域,会窒息人们的自由和社会创造的活力,而合理的法定权利和较大空间的非法定自然权利的理性运用,是激发社会发展和创造活力的基本条件。只有当一种自然权利与公共利益冲突时,才可能需要立法介入,如生育权是人类自我延续的天赋人权,但人口膨胀制约国家发展和危及民族生存质量时,就不单是个人自然权利的问题了。立法实行一胎化,限制生孩子,个人必须承担计划生育的义务,这是国情所致,不需顾及外国人说三道四,但在行政管理规定上应注意人性化,采取物质激励、健康关怀等措施,对一孩父母给予必要的抚慰。

有关国家机关、管理公共事务的组织的授权往往与行政管理体制和部门职责联系在一起。我们国家的行政管理分为属地管理、层级管理和双重管理(即块块、条条和条块结合)。地方性法规需要根据实际,对事权管理和执法责任

具体划定,对省、设区的市、县级政府或部门职责分别作出规定。部门往往对此意见分歧,一般省级机关强调层级管理,市县强调属地管理。例如,劳动监察如实行层级管理,执法部门按照对应级别对辖区内省、市、县区所属单位进行劳动违法行为检查、处罚;劳动监察如实行属地管理,执法部门可以对辖区内所有单位进行劳动违法行为检查、处罚,而不管你所属的是哪一级。计划经济是权力经济,通过纵向权力大小配置资源;市场经济是契约经济,通过横向交换流通配置资源。市场经济条件下应实行属地管理为主,层级管理为辅,日常管理和执法尽可能放权,保证行政管理和执法的效率,同时立法时应当加大对执法管理行为的约束。

二、义务性规范

义务性规范是指要求公民、法人及其他组织履行义务和国家机关履行职责的规定,一般在义务主体之后使用“应当……”、“必须……”、“有义务……”、“有……义务”、“有责任……”的句式表述。设定义务性规范,一是不能在法律之外增加公民、法人的义务;二是义务应当具体可行;三是一个条文只设定一项义务,有关联的几项可以分款或分项规定。法律规定的公民、法人和其他组织的权利,地方立法不能随意增设限制性条款,也不能在法律规定之外增设义务性条款,如法律、行政法规规定了行政许可的条件,



地方不能在此基础上再增设条件。有的法规草案规定“公民都有见义勇为的义务”、“公民都有制止违法犯罪的义务”，见义勇为、制止犯罪值得社会尊重和立法保护，但对不负有职业责任的公民而言，没有见义勇为、没有制止犯罪，不能说是违法行为。法律、法规中的义务必须履行，不履行就违法，违法就要承担法律责任，这就增加了公民的法律义务。一般来说，封建社会偏重从义务方面规范社会关系，体现了等级、臣服为核心的专制法律观；现代社会侧重从权利方面规范社会关系，体现了自由、平等为核心的民主法律观。所以，“宪法是人民权利的保障书”，而其他法律都是宪法派生出来的。

三、禁止性规范

禁止性规范是指不允许作为的规定，一般使用“禁止……”、“不得……”的句式表述。设定禁止性规范，一是针对跌破法律、法规和社会道德所容忍底线的行为；二是针对有损国家利益和公共利益的行为；三是针对有损他人合法权益的行为；四是针对违反具体行政管理秩序的行为。禁止性规范必定要有制裁措施，这就是法律责任。

四、强制性规范

强制性规范是指法的适用主体不能变更和排除的规