

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号 13620111150160

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

论立法权威

On the Authority of Legislation

柯宇航

指导教师姓名: 宋方青教授

专业名称: 法学理论

论文提交日期: 2014年4月

论文答辩时间: 2014年 月

学位授予日期: 2014年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2014年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（）课题（组）的研究成果，获得（）课题（组）经费或实验室的资助，在（）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

“民意审判”现象昭示了当下中国法律权威的危机，对于该问题，国内学者多着眼于法官或者审判，试图告诉法官如何作出好的判决或者维护司法的权威，却忽视立法问题。法律不仅需要社会公众的服从，更需要社会公众的内心认同，立法权威是法律权威的重要组成部分，同样地，它包含了公众对立法的外在遵守，也包含了公众对立法的内心认同，立法权威需要合法性的证成。对于立法权威的合法性来源，自然主义者诸如西塞罗、洛克和德沃金认为其取决于立法结果是否合乎某种自然法，实证主义者比如哈特、拉兹、凯尔森认为其来自于立法行为本身，以哈贝马斯为代表的程序主义者则将合法性诉诸一定的程序，通过平等广泛的商谈得出值得认同的“共识”。在价值多元的当今社会，人们既还在追求着终极价值，又再也无法找到一个可以为所有人所认同的终极价值，因而，将哈贝马斯的法律商谈理论作为立法权威的合法性证成进路，相对于其他两种理论进路，显然更为可取，即立法权威之树立需要走立法商谈之路。参照立法商谈的要求，我国立法实践存在立法参与主体的有限性、立法“商谈”对象的局限性、立法审议缺少论辩性、立法参与主体商谈能力不足等诸多问题。为解决上述问题，首先，要确立商谈的立法指导思想；其次，应当保障全体公民平等而且普遍的立法参与权；然后，需要建立健全诸如立法信息公开制度、立法听证制度、立法辩论制度、立法后评估制度等一系列相关的立法程序；最后，还需要加强公民教育，培养公民意识。立法走上商谈之路，立法权威才真正获得正当性，社会公众才能真正形成对立法、法律的认同。

关键词：立法权威；合法性；立法商谈

ABSTRACT

The phenomenon of public judgment has demonstrated the crisis of the authority of law in present China. With the problem, the domestic scholars mostly focus on the judge or the trial, and attempt to tell the judge how to make a good sentence or how to protect the judicial authority, while ignore the authority of legislation. Law requires the public's observing, but also the inner identity of them. The authority of legislation is a very important component of the authority of law. Similarly, it requires both the obedience and inner acceptance of the public as well. The authority of legislation is in need of the proof of its legitimacy. Concerning this matter, the naturalists such as Cicero, John Locke, Dworkin believe that the legitimacy depends on whether the legislative results conform to the natural law or not; the positivists mentioned like Hart, Raz, Kelson think that the legitimacy comes from the legislative action itself. However, proceduralists represented by Habermas thinks that the legitimacy comes from one kind of certain procedures, which means that a recognized consensus can be reached through an equal and general discourse. Max Weber says that since the Enlightenment, human beings have experienced the disenchantment of the world and thus any kind of absolute value has no longer existed in people's mind. In this current multi-value society, on the one hand, people are still seeking for the ultimate value; on the other hand, there exists no kind of value which can be accepted by everyone. Consequently, compared with the viewpoint of naturalists or positivists to solve the crisis of legitimacy, Habermas's discourse theory of law is obviously the best option to prove the legitimacy of the authority of legislation. According to requirements of the deliberation theory, there exist quite a number of problems in domestic legislative practicing, such as the finity of the participants, the limitation of the objects, the shortage of argumental deliberation, the inadequacy of the

legislative subject's ability to negotiate in legislation, and so on. It's difficult but crucial to solve these problems. First of all, the legislative discourse theory should be introduced as a theoretical guidance, because the advanced idea can bring about good practice and satisfactory result. Secondly, it's necessary to ensure the right of all Chinese citizens to participate in the legislative process. Then, the relevant legislative procedures in legislation should be established and improved, which include the public mechanism of legislative information, the legislative hearing, the legislative argument, and the evaluation after legislation. In the end, it is also vital to strengthen our legislative education of the entire citizens and to cultivate their ability of negotiation in legislation. Only when the development of legislative discourse is on the right track can the authority of legislation obtain its corresponding legitimacy. Moreover, both the legislation and the law can thus ultimately win the inner acceptance of the public.

Keywords: the authority of legislation; legitimacy; legislative discourse

目 录

引 言	1
第一章 立法权威释义	3
第一节 权威的概念	3
一、词源.....	3
二、规范性概念与描述性概念.....	3
三、作为描述性概念的权威概念.....	4
四、作为规范性概念的权威概念.....	6
第二节 立法权威的概念	8
一、立法的概念.....	8
二、立法权威的基本界定.....	9
三、立法权威的具体体现.....	10
第三节 立法权威与法律权威的概念辨析.....	10
一、法律权威的概念.....	10
二、立法权威与法律权威的关系.....	11
第二章 立法权威的合法性分析.....	13
第一节 几种主要的合法性进路	13
一、自然主义的合法性理论.....	13
二、实证主义的合法性理论.....	14
三、程序主义的合法性理论.....	15
第二节 立法权威的合法性进路：程序主义.....	17
第三节 商谈理论的立法运用：立法商谈.....	19
一、立法商谈具有普遍性的特征.....	19
二、立法商谈具有平等性的特征.....	20
三、立法商谈具有论证性的特征.....	20

第三章 中国问题与解决	21
第一节 商谈理论视角下我国立法检视	21
一、立法参与主体的有限性.....	21
二、立法“商谈”对象的局限性.....	22
三、立法审议缺乏论辩性.....	23
四、立法参与者商谈能力不足.....	24
第二节 立法权威的树立：立法商谈之路	25
一、确立商谈的立法理念.....	25
二、保障公民平等且广泛的立法参与权.....	26
三、建立健全相关立法程序.....	27
四、加强公民教育.....	35
结 语	37
参考文献	38
致 谢	43

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 Paraphrase of the Authority of Legislation	3
Subchapter 1 The Concept of Authority.....	3
Section 1 Origin of the Word.....	3
Section 2 Normative Concept and Descriptive Concept.....	3
Section 3 Authority as a Descriptive Concept	4
Section 4 Authority as a Normative Concept	6
Subchapter 2 The Concept of the Authority of Legislation	8
Section 1 The Concept of Legislation.....	8
Section 2 The Definition of the Authority of Legislation.....	9
Section 3 The Representations of the Authority of Legislation.....	10
Subchapter 3 Discrimination of the Concept of the Authority of Legislation and the Concept of the Authority of Law	10
Section 1 The Concept of the Authority of Law	10
Section 2 The Relationship between the Authority of Legislation and the Authority of Law.....	11
Chapter 2 The Analysis of the Legitimacy of the Authority of Lsgislation	13
Subchapter 1 The Main Kinds of the access of Legitimacy	13
Section 1 Naturalistic Theory of Legitimacy.....	13
Section 2 Positivist Theory of Legitimacy.....	14
Section 3 Proceduralist Theory of Legitimacy	15
Subchapter 2 Access of the Legitimacy of the Authority of Legislation:	

Proceduralism	17
Subchapter 3 The Application of Discourse Theory in Legislation: Legislative Discourse	19
Section 1 Legislative Discourse Is Endowed with Universality	19
Section 2 Legislative Discourse Is Endowed with Equality	20
Section 3 Legislative Discourse Is Endowed with Demonstrativeness	20
Chapter 3 Chinese Problems and Solutions	21
Subchapter 1 Problems of Chinese Legislation from the Perspective of Legislative Discourse	21
Section 1 The Finiteness of Subject in Legislation	21
Section 2 The Limitation of Object in “Legislative Discourse”	22
Section 3 The Lack of Deliberativeness in Legislative Review.....	23
Section 4 The Shortness of Subjects’ Capacity in Discourse	24
Subchapter 2 The Establishment of the Authority of Legislation: the way of Legislative Discourse	25
Section 1 Establishment of Legislative Discourse Idea.....	25
Section 2 Protection of the Right of Citizens to Participate in Legislation	26
Section 3 Institutions and Perfections of these Related Legislative Procedures .	27
Section 4 Reinforcement of Citizenship Education	35
Conclusion	37
Bibliography	38
Acknowledgements	43

引言

近些年以来，我国的社会舆论对于法律的关注度越来越高，越来越多的诉讼案件出现在公众的视野之中，并引发公众关于法律、关于司法裁判的大量讨论，法律、法院、国家公权力一次又一次被推向舆论的风口浪尖，典型如“许霆案”、“药家鑫案”、“李昌奎案”等等。这些案件之所以引起公众的广泛讨论，首先当然是由于传媒技术的发展，尤其是以微博为代表的自媒体的发展，“再没了‘天高皇帝远’”，^①案件信息（既包括相关诉讼信息，也包括当事人个人信息，既包括真实的信息，也包括虚假的信息）得以迅速在人群中扩散，这为社会舆论参与讨论案件提供客观技术条件。然而，热门案件的频繁出现还有一个很重要的原因是社会公众法律意识的提高以及政治参与愿望的高涨。改革开放以来，中国的一系列政治经济改革后，人民的物质和文化生活水平有了很大的提高，特别是随着我国教育事业的发展，公民的法律知识越来越多，法律意识越来越强，越来越多的人有强烈的意愿对一些法律问题发表自己的意见。社会公众对热点案件的讨论越来越多，这样一来往往形成强大的舆论力量，进而对法院的审判活动产生重大的影响，此所谓“民意审判”问题。

学术界对该问题的讨论也很热烈，成果颇丰，综合看来，学者普遍从司法的角度，讨论法官在面对法律与民意时所应有的态度和方法。典型观点比如：“法院忠诚于法律，在法律解释和法律适用上诚心正意，不屈法，不妄断，以维护法治的尊严。”^②再比如另一个观点认为如今的民意审判是“民粹主义司法”的基本形式，其“强化了实质公正这种非理性司法观，导致程序公正的应然司法观在我国落地生根、开花结果变得更加艰难。”^③从现有的观点来看，绝大多数学者认为该问题反映了当下中国法律权威的

^① 王启梁.法律世界观紊乱时代的司法、民意和政治[J].法学家,2012,(3):24.

^② 贺卫方.司法如何获得国民的信赖——评孙伟铭案判决[J].西部法学评论,2010,(3): 4.

^③ 刘练军.民粹主义司法[J].法律科学,2013,(1):24.

缺失，人们对于司法的不信任，应当维护司法和法律的权威，面对民意的时候，法官的具体态度与做法应当是：在尊重成文法的前提下，运用一定的法律解释方法，裁判案件。

从司法的角度讲，该观点应当是较为妥当的。然而笔者却认为该观点无法从根本上解决我国当下的问题，当下中国发生的司法难题不是我们的法官不会运用法律解释的方法进行审判（法律解释的理论未引入中国之前，我们的法官其实已经在运用解释理论裁判案件），而是民意与法律的矛盾，甚至是民众对法律本身的公平与正义的质疑。而民众对司法的质疑，对裁判的不满仅仅是该矛盾的一个方面，因为除了司法者之外，法律还有一个很重要的一个代表，那就是立法者。“如果认为立法者偏私的情况下有公正的法官，那简直是愚蠢不切实际的幻想！既然法律是自私自利的，那么大公无私的判决还有什么意义呢？”^①“民意审判”反映的是民意对于影响法律的渴望，然而从法律的一般逻辑上讲，民意进入法律的最好时机应当是在立法这一环节之中。立法者也应当为当下中国的法律权威危机负起责任，而学术界目前的研究现状多着眼于司法，着眼于法官，对法律文本抱定被动接受的态度，对立法的要求似乎太少。因此，解决“民意审判”问题，可能最根本的途径应当是从立法入手，树立或者说维护法律权威，也不应当仅仅着眼于司法权威，更重要的是探讨立法权威的问题。

^① 马克思恩格斯全集(第一卷)[M].北京:人民出版社,1995.178.

第一章 立法权威释义

第一节 权威的概念

一、词源

从词源意义上讲，古汉语中的“权威”一词见于《吕氏春秋·审分》：“若此则百官恫扰，少长相越，万邪并起，权威分移，不可以卒，不可以教，此亡国之风也。”^①张双棣等人对该句的翻译为：“这样，各级官吏就都恐惧骚乱，长幼失序，各种邪恶一起出现，权威分散下移，不可以善终，不可以施教，这是亡国的风气啊。”^②可见古汉语中的“权威”一词有权力和威势的意思。现代汉语中的“权威”一词对应于英语中“authority”一词，它源于拉丁文“auctoritas”，含有尊严、权力、力量的意思，主要是指人类社会在实践过程中形成的具有威望和支配作用的力量。^③

二、规范性概念与描述性概念

概念是对事物的一般性概括，它是推理过程中必不可少的步骤，是我们进行思考、批评、辩论、解释和分析的“工具”。^④概念对于任何学术研究的重要性是不言而喻的，法学自然也不例外。法律问题的争论往往最终可以归结为关于某些基本概念真正意义的争论（比如著名的“恶法是不是法”的问题）。因此，在任何领域，关于基本概念的研究始终都是该领域的重点与难点。

英国政治学家安德鲁·海伍德将政治学的概念分为规范性概念与描述性概念，由于政治学与法理学、立法学密不可分的关系，笔者认为有必要将这种分类在此介绍。所谓规范性概念往往指的是各种“价值”，或者说是一些道德规则，即那些应然存在的事物。价值或规范性概念是用来促成

^① [战国]吕不韦.吕氏春秋[M].[汉]高诱注,[清]毕沅校正,余翔标点,上海:上海古籍出版社,1996.288.

^② 张双棣等.吕氏春秋译注[M].北京:北京大学出版社,2000.537.

^③ 辞海(中)[Z],上海:上海辞书出版社,1999. 3554.

^④ [英]安德鲁·海伍德.政治学核心概念[M].吴勇译,天津:天津人民出版社,2005.4.

和限制某种行为方式的，而不是用于描述特定事件和事实的。^①显然，许多法理学概念都是承载价值的，比如自由、权利、公平、宽容等，这些都属于规范性概念。而描述性概念或称实证性概念，指的是“那些被认定为客观且能显示其存在的‘事实’”。^②比如实证法学派所指称的法律或者命令即是描述性概念而非规范性概念。

描述性概念与规范性概念的区别，其实也就是事实和价值的区别。规范性概念属于评价性问题，而描述性概念则可以被证明真伪，可以用科学检验。今天的社会科学受实证主义影响巨大，许多概念的规范性意义都被认为没有意义而在不同程度上被抛弃。然而很多情况下，政治学、法理学的基本概念是难以用规范性或者描述性进行严格区分的，事实与价值的联系总是不可切断，因而许多概念是规范性与描述性并存的。典型如法律的概念，关于法律的道德性的讨论至今依然没有停止。而本文所要讨论的权威的概念则具有类似的属性。

三、作为描述性概念的权威概念

权威在政治学、社会学、法学领域被广泛关注，在学术界既有研究中，权威经常被当作一个描述性的概念。

恩格斯认为：“权威是指把别人的意志强加于我们；另一方面，权威又是以服从为前提的。”^③恩格斯试图说明的是：权威意味着服从，正如工业社会工厂大门上写着的话：“进门者请放弃一切自治。”^④

政治哲学家科耶夫认为权威是一种社会现象，在《权威的概念》一书中，他认为：“权威属于能使其他人发生变化的人，不属于经受变化的人。”^⑤科耶夫总结历史过程中，已经存在过的（本质上不同的和不可还原的）四种权威理论：1、神学的或神权政治的理论：这种理论主要由经院哲学家制定，第一位的和绝对的权威属于上帝，所有其他（相对的）权威都是从中派生而出的；2、柏拉图的理论：（“公正的”或“合法的”）权威基于和

^① 参见[英]安德鲁·海伍德.政治学核心概念[M].吴勇译,天津:天津人民出版社,2005.5.

^② 同上。

^③ 马克思恩格斯选集(第二卷)[M].北京:人民出版社,1972. 551.

^④ 这是恩格斯套用但丁《神曲》中《地狱篇》第三歌第三节地狱大门上的题词。

^⑤ [法]亚历山大·科耶夫.权威的概念[M].姜志辉译,南京:译林出版社,2011.10.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库