

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 12920070153504

UDC _____

厦 门 大 学

博 士 学 位 论 文

立 法 论 证 研 究

Research on Legislative Argumentation

李 晓 辉

指导教师姓名: 葛 洪 义 教 授

专 业 名 称: 法 学 理 论

论文提交日期: 2012 年 月

论文答辩时间: 2012 年 月

学位授予日期: 2012 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2012 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

无论西方国家还是我国，在立法理论和立法实践中，都对“立法论证”一词有所提及和使用，但还鲜有学者对其概念内涵做出系统阐述。实际上，立法与论证本具有天然联系，立法论证则是通过立法程序赋予法律以正当性的一个重要保障。基于此，在挖掘立法论证概念的内涵基础上，建构一个能够贯穿立法过程始终的立法论证理论体系就成为本文写作的初衷与主旨。为此，本文在导论部分首先介绍了研究背景，即对立法视角的法学理论进行回顾，并进而指出当前的法学理论研究的基本态度，应该从“以司法为中心”向“以立法为导向”转变。其次，导论亦论述了立法和论证基于共同的言语属性而具有的天然联系，这正是本文展开研究的起始点。导论的最后部分，集中讨论了立法论证研究在确保法律正当性方面的现实意义。在正文中，本文于第一章明确提出了立法论证的概念内涵和其所蕴含的三个维度。以此立法论证概念内涵为基础，本文第二章、第三章、第四章分别从立法论证的目的、立法论证的形式、立法论证的规则与程序三个方面切入，尝试描摹出一个以围绕立法论证为核心建构的立法实践图景。总之，本文写作的核心目的，就是通过立法论证概念的提出以及建构一个立法论证理论体系，来为立法理论研究提供一个新视角，从而深化人们对立法本身的认识。

关键词：立法； 论证； 立法论证

ABSTRACT

Whether in China or in western countries, there is such word as ‘legislative argumentation’ which is mentioned and used both in the legislative theory and legislative practice. But there is few scholars trying to systematically elucidate the implication of its concept. In fact, there is a natural relationship between legislation and argumentation, and legislative argumentation provides a guarantee of legitimacy to the law through the legislative procedure. For this, on the basis of deeply exploring the implication of the concept of the legislative argumentation, this dissertation intents to focus on building a theory system of legislative argumentation which shall run through the whole legislative process. As a result, this dissertation in its introduction will firstly look back the legal theory research from the legislative angel of view, and point out that the current research on legal theory shall change attitude from the center of the judicature to the guide of the legislation. Introduction will also discuss the natural relationship between the legislation and argumentation on the basis of the common language attributes they share, which constitutes the starting point of this dissertation. Lastly, the introduction will discuss the realistic meaning of this dissertation in the aspect that how legislative argumentation ensures the law legitimacy. Next, in the first chapter, this dissertation will explicitly raise the implication of the concept of legislative argumentation and its three dimensions of explanation. Afterwards, this dissertation will go on trying to depict a prospect of legislative practice which is built around the core of legislative argumentation from three aspects, that is, the purpose of legislative argumentation, the form of legislative argumentation, and the rules and procedures of legislative argumentation. These three aspects will respectively make up of the second, third chapter, and fourth chapter of this dissertation. On all accounts, by putting forward the concept of legislative argumentation and

building the theory system of legislative argumentation, this dissertation intensively aims to providing a brand-new research perspective to legislative theory, thereby, deepening the understanding to legislation itself.

Key words: Legislation; Argumentation; Legislative argumentation

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

导 论	1
第一节 立法视角的法学理论	1
第二节 立法与论证的关系	10
第三节 立法论证的研究意义	16
第四节 本文的基本结构与写作目的	20
第一章 立法论证的概念	23
第一节 立法论证的含义	23
一、语言哲学背景下的论证概念	23
二、立法论证含义的界定及与法律论证的关系	34
第二节 立法论证概念的三个维度	41
一、民主政治维度中的立法论证	41
二、追寻“正确”维度中的立法论证	43
三、程序规则维度中的立法论证	44
第三节 我国立法论证含义上的特殊性	46
第二章 立法论证的目的	53
第一节 立法论证的博弈目的	53
第二节 立法论证的整合目的	59
第三节 立法论证的科学目的	66
第四节 立法论证的民主目的	72
第五节 立法论证与我国的立法民主	80
第三章 立法论证的形式	87
第一节 立法准备过程中的论证——起草论证	88
第二节 立法确定过程中的论证	95

一、委员会审议论证.....	95
二、大会审议论证——立法辩论.....	102
第三节 我国立法论证的形式	105
一、专家论证.....	106
二、专门委员会审议论证.....	110
三、常务委员会审议论证.....	112
四、代表团与小组讨论.....	115
五、我国立法论证形式的特点.....	116
第四章 立法论证的规则与程序	122
第一节 论证的一般规则与程序	122
第二节 立法论证的规则与程序	137
一、基本逻辑规则.....	138
二、法律解释规则.....	140
三、经验论证规则.....	141
四、理性判断规则.....	143
第三节 我国立法程序对立法论证规则的探索	144
一、我国现行立法程序对立法论证规则的体现与不足.....	145
二、我国未来立法程序完善立法论证规则的努力方向.....	151
结 语	155
参考文献	157

CONTENTS

Introduction.....	1
Subchapter 1 Legal Theory in Legislative Angle of View	1
Subchapter 2 Relationship Between Legislation and Argumentation	10
Subchapter 3 Significance of the Research on Legislative Argumentation.....	16
Subchapter 4 Structure and Writing Purpose of this Dissertation	20
Chapter 1 Notion of Legislative Argumentation	23
Subchapter 1 Implication of Legislative Argumentation	23
Section 1 Notion of Argumentation under the Background of Philosophy of Language.....	23
Section 2 Legislative Argumentation and Legal Argumentation	34
Subchapter 2 Three Dimensions in the Notion of Legislative Argumentation .	41
Section 1 Legislative Argumentation in the Dimension of Democratic Politics	41
Section 2 Legislative Argumentation in the Dimension of the Pursuit of Rightness.....	43
Section 3 Legislative Argumentation in the Dimension of the Procedure Rule	44
Subchapter 3 Particularity of the Notion of Legislative Argumentation China 	46
Chapter 2 Purpose of Legislative Argumentation.....	53
Subchapter 1 Game Playing Purpose of Legislative Argumentation.....	53
Subchapter 2 Integrating Purpose of Legislative Argumentation	59
Subchapter 3 Scientific Purpose of Legislative Argumentation	66
Subchapter 4 Democratic Purpose of Legislative Argumentation.....	72
Subchapter 5 Legislative Argumentation and Legislative Democracy China ..	80

Chapter 3	Forms of Legislative Argumentation.....	87
Subchapter 1	Argumentation in Legislative Preparatory Stage——Drafting Argumentation.....	88
Subchapter 2	Argumentation in Legislative Validation Stage	95
Section 1	Committee Consideration Argumentation	95
Section 2	Meeting Consideration Argumentation——Legislative Debate	102
Subchapter 3	Forms of legislative argumentation China.....	105
Section 1	Experts Argumentation	106
Section 2	Special Committee Consideration Argumentation	110
Section 3	Standing Committee Consideration Argumentation.....	112
Section 4	Delegation and Group Discussion	115
Section 5	Features of Legislative Argumentation China	116
Chapter 4	Rules and Procedures of Legislative Argumentation ..	122
Subchapter 1	General Rules and Procedures of Argumentation	122
Subchapter 2	Rules and Procedure of Legislative Argumentation	137
Section 1	Basic Logical Rule.....	138
Section 2	Legal Interpretation Rule	140
Section 3	Experiential Argumentation Rule	141
Section 4	Rational Judgment Rule.....	143
Subchapter 3	Exploration to Rules of Legislative Argumentation in China’s Legislative Procedures	144
Section1	Manifestation of Rules of Legislative Argumentation in China’s Current Legislative Procedures and its Inadequacy.....	145
Section 2	Prospect of improving Rules of Legislative Argumentation in China’s future Legislative Procedures.....	145
Conclusion	155
Bibliography	157

导 论

“与哲学上对法院话题喋喋不休相比，我们对立法的沉默越发显得震耳欲聋。”

——杰里米·沃尔德伦^①

第一节 立法视角的法学理论

人类认识自身理性能力的努力从未停止过。刻在古希腊德尔菲神庙中的那句铭文——“认识你自己”——就是人为自己设定的一个玄奥目标。其中，人类能不能为自己立法就是判断人是否拥有理性认识能力的一个重要体现。然而，法律或者来自于某种神圣之物，或者源于国家权力，一直是一个困扰西方学者的话题。也正是围绕这一话题所展开的研究逐渐丰富了法学的内容，使法学成为一门具有自己独特属性的“科学”门类。

在法律实证主义兴起以前，在西方主流的法律文化传统中，法律一词本身内含某种超越世俗世界的渊源。换句话说，法律如果不是由一个超越人的神圣立法者制定的，那也必须符合某种更高级和完善的评价标准，否则法律就不是“真正的法律”。例如，人类第一部法典汉莫拉比法典石柱的上部，就雕刻着一副汉莫拉比从主神沙玛什手中接受法典的图案。《摩西十诫》则传说是由“上帝之手指”刻于石上传给世人的。所以，在基督教统治西方的中世纪，法律一直被认为是从神的启示而来，是上帝为了拯救人类而与人签订的契约，更是人与上帝连接的媒介。除了上帝的神法，另一个人定法所必须要遵从的高级标准就是自然法。这一思想源自古希腊的斯多噶学派。在当时思想家的眼中，“自然界不仅是活的而且是有理智的（intelligent）；不仅是一个自身有灵魂或生命的巨大动物，而且是一个自身有心灵的理性动物。”^②依此，斯多噶学派也将自然概括为是一种支

^①Jeremy Waldron. *The Dignity of Legislation* [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1999: 1.

^②[英]R·G·柯林武德. 自然的观念[M]. 吴国盛 译, 北京: 华夏出版社, 1988: 4.

配性原则 (ruling principle)，它遍及整个宇宙，并被他们按泛神论的方式视之为神。^①体现这种具有普适力量、主宰世界的理性的法则就是自然法。人必须生活在与自然（理性）相协调的一致之中。因此，自然法对人定法也就具有绝对的主导作用。这一点，在之后的古罗马法学家西塞罗对自然法的定义中体现得最为清晰：

“真正的法律是与本性 (nature) 相合的正确的理性；它是普遍使用的、不变的和永恒的；它以其指令提出义务，并以其禁令来避免做坏事。此外，它并不无效地指令或禁令加于善者，尽管对坏人也不会起任何作用。试图去改变这种法律是一种罪孽，也不许试图废除它的任何部分，并且也不可能完全废除它。我们不可以元老院和人民大会的决定而免除其义务，我们也不需要从我们之外来寻找其解说者或解释者。罗马和雅典将不会有不同的法律，也不会有现在和将来不同的法律，而只有一种永恒、不变并将对一切民族和一切时代有效的法律；对我们一切人来说，将只有一位主人或统治者，这就是上帝，因为他是这种法律的创造者、宣告者和执行法官。无论谁不遵从，逃避自身并否认自己的本性，那么仅仅根据这一事实本身，他就将受到最严厉的惩罚即使是他逃脱了一般人所认为的那种惩罚。”^②

从这两种影响西方法律观的“高级法”中，我们可以发现，在西方，真正法律的制定者总是具有无比的神圣性，有着人所不能企及的至善的德性。“作为一个假设的超自然的人的存在，他是因果关系上的原初，是物质世界及包含其中的人的创造者，他是永恒的，他的理性和善都是最完美的，除了逻辑所强加于的有限性，他的权力和知识都是无限的。”^③显然，人在这样的神圣立法者面前对自我的认知是渺小而卑微的，对自己的立法能力也基本是持否定性评价的。因此，即使世俗的统治者借助执行高级法而获得了统治的权威，但其作为立法者所制定的世俗法律也只有宣称是遵从了上位的高级法才能够被服从，而非仅仅因为他们手中掌握的世俗政治权力。总之，在高级法面前，人对自己的理性立法能力是没有信心的。

^①[美]博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来 译, 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 13.

^②[古罗马]西塞罗. 国家篇 法律篇[M]. 沈叔平, 苏力 译, 北京: 商务印书馆, 1999: 101.

^③John Foster. *The Divine Lawmaker: Lectures on Induction, Laws of Nature, and the Existence of God* [M]. Oxford: Oxford University Press. 2004: 167-168.

这种认识一直延续到欧洲文艺复兴和启蒙运动，当法律的神学渊源被抽离，自然法思想背后那个基于假设的推理也遭到抨击之后，人作为一个独立主体的理性能力才真正获得释放和宣扬。这时候，由于人们逐渐意识到，人只能凭借自己的理性能力去掌管各类社会事务，法律也就越来越被彻底视为是人运用理性来体现自己（更确切地说是体现立法者）意志的结果。1804年《拿破仑法典》所开启的持续近一个多世纪的法典编纂运动，可谓是将人对自己理性立法能力的充分自信推至登峰造极的高度，其深远影响至今仍在受西方文明冲击的国度里荡存。在这场运动倡导者的理念里，“所有的法都缩减为法律，不仅法的任何其他渊源，而且法律应该服从的任何超越立法的原则均不再会被承认。”^①然而，吊诡的是，就在人代替了上帝和自然成为拥有理性能力的“神圣立法者”的同时，也意味着，人失去了立法的指导者；当人认为法律就是体现自己主体意志的产物的同时，也意味着，人失去了衡量创制正确法律的理性的、明智的意志标准。因为，曾经的“高级法”作为“与人为创造的东西的一种对立的，是与在法的领域里、特别是通过纯粹的惯例或者随意确立的法所确定的东西的一种对立。”^②这也就是说，人定法失去了一个能够对其进行价值判断的对立物。而与这样的对立物相比，人的意志的多元性和可变性就像神话中希腊莱斯伯斯岛（Lesbos）上石匠手中可以伸缩的铅尺。于是，依据什么为人定法建立一个客观的基础，并依此对其优良与否进行评判就成为一个不断引起争议的核心问题，尽管人确实解决了自身是否具有立法能力的信心问题。

对这种理性主义立法过度自信首先发难的就是德国法学家萨维尼，其所代表的历史法学派的纲领“恰恰就是寻找法的非国家的和非立法的渊源”。^③在与鼓吹效仿《法国民法典》制定《德国民法典》的海德堡大学民法教授蒂博展开论战而写就的著作中，萨维尼针锋相对地提出了自己的观点：“法律首先产生于习俗和人民的信仰（popular faith），其次乃假手于法学——职是之故，法律完全是由沉潜于内，默无言声而孜孜矻矻的伟力，

^①[葡]叶士朋. 欧洲法学史导论[M]. 吕平义 等译, 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 183.

^②[德]科殷. 法哲学[M]. 林荣远 译, 北京: 华夏出版社, 2002: 14.

^③同^①, 第192页。

而非法律制定者（a law-giver）的专断意志所孕就的。”^①基于此，萨维尼指出，法律像语言一样，是循序渐进发展的产物。而法学的使命就是通过追溯每一既定的制度直至其源头，从而发现一个根本的原理原则这一历史的方法，把法律建立在古老的权威之上。所以，过早畅谈法典编纂，盲目自大、想入非非地想去彰显法的抽象的、放之四海而皆准的普遍属性，实是“对我们思想的普适特性与原创禀赋产生虚妄的错觉。只有历史感才能保护我们祛除这一虚妄的错觉”。^②可见，萨维尼并不推崇人的理性是法律的渊源，因此，仅凭立法者的意志决定法律的内容或存废是荒谬的，更不可能使法律达至完善。不过，这并不是说，萨维尼在否认人的理性。只是他认为，人的理性所应该做的是，到本民族独特的历史发展中去寻求法律，而不能一味依据纯粹的“理性主义”来制定法律。并且，这一使命只能由法学家来完成的。所以，萨维尼意在传达的是，人拥有理性立法的能力，但在人运用理性进行立法之前需要具备一个前提，即法学家们已经具备相当高的研究能力，能够从本民族的共同历史意识和行为习惯中提炼出法律的基本概念和原则，只有这样才能赋予法律以客观的基础。

尽管人们给萨维尼贴上憎恨法国大革命平等理性主义的保守贵族的标签，其所代表的历史法学派也被认为是对当时法国大革命所激起的理性主义原则和世界主义思想的政治上的反动在法学领域的体现，^③但是，随萨维尼的上述学说而来的，却是整个法学研究上的一个重要转折。这就是，打开了探讨如何认识和制定法律的方法论之门。也就是说，尽管萨维尼当时是对理性主义者们倡导的立法持谨慎保守的立场，但是，这场争论总体上来说还是在肯认人的理性立法能力的基础上展开的。其分歧之处实质上仅仅在于，采用何种方法去认识和制定法律才算是理性的。而萨维尼的上述观点直接导致了以研究法律解释方法为内容的概念法学的出现。随后，在批判概念法学的基础上，一环套一环地相继涌现出了目的法学（耶林）、利益法学（黑克）、社会法学（庞德）等法学学派。尽管这些学派的主张

^①[德]萨维尼. 论立法与法学的当代使命[M]. 许章润 译, 北京: 中国法制出版社, 2001: 11.

^②同上, 第 85-86 页。

^③[美]博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来 译, 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 90.

各有千秋，但从总体上来说，他们都是站在人的理性立场上，提倡法学研究应该要去寻找能为法律实践提供指导和评价标准的正确方法，从而深化和丰富了法学研究的视阈。

说到这里，就不得不提到另一个因探讨立法问题而对整个法学研究产生深远影响的人，这就是英国功利主义法学代表人——边沁。在他的代表作《道德与立法原理导论》一书中，边沁将一种实证的分析方法推至法学研究的核心位置。19世纪中后期，启蒙时代所孕育出的诸如“契约论”、“天赋人权”、“人民主权”等思想成果基本已是社会广泛接受的政治理念，从而也为自由资本主义经济的发展扫除了障碍。但随即而来的，却是社会贫富差距的迅速拉大，进而导致阶级矛盾激化，工人运动此起彼伏。面对此种情形，当时的人们迫切需要议会能够扩大选举，修改落后的法律。一方面维护资产阶级的既有成果，同时也要确保社会在整体利益平衡的状态下继续发展。正是在这种社会背景下，边沁提出了功利主义的立法原则，以期推动议会立法改革的步伐。与前人的思想相比，边沁的独特之处在于，他将立法原则放置在对人的苦乐进行分析的功利主义理论之上。边沁认为，“自然把人类置于两位主公——快乐与痛苦——的主宰之下。只有它们才能够指示我们应当干什么，决定我们将要干什么。是非标准，因果联系，俱由其定夺。凡我们所行、所言、所思，无不由其支配：我们所能做的力图挣脱被支配地位的每项努力，都只会昭示和肯定这一点。”^①因此，边沁为自己的功利主义所确立的任务就是，围绕哪些是“快乐”、哪些是“痛苦”展开分类和分析。而立法就是在此基础上，以“趋乐避苦”为原则来制定法律的内容。虽然边沁的功利主义立法原则对当时英国议会的立法过程并未立刻产生实质影响，但他对“苦”、“乐”的不厌其烦、详尽无遗的实证分析却为整个法学研究带来新的方法，从而直接促使立法以及法学被认为是一门当之无愧的“科学”。其意义正如哈特在整理和出版《道德与立法原理导论》时为该书撰写的导论中所言：“无论第四章里提出的用以衡量快乐之‘份额’的量度单位看来多么荒唐，无论他赋予功利‘计算’的

^①[英]边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘译, 北京: 商务印书馆, 2000: 57.

算数形式是多么可笑，它们还是预示了一种坚持不懈的现代努力：探求主观现象的量化尺度，因而也就是其‘科学’尺度。”^①而边沁之所以要将立法引向一门科学性质的研究，是因为他认为，只有对立法进行这种科学实证的分析才能对政治实体真正有所助益。“它（科学）对于立法艺术的意义，恰如解剖学对于医术的意义；区别在于，它的对象是艺术家必须与之一起工作的，而不是他必须在其上操作的。对一门科学缺乏了解而使政治实体遭到的危险，不亚于对另一门科学的无知而使自然躯体遭到的危险。”

“只有通过像数学那般严格、而且无法比拟地更为复杂和广泛的探究，才会发现那构成政治和道德科学之基础的真理。……不存在通往立法科学的国王之路和执政之门，正如不存在通往数学的国王之路和执政之门一样。”

^②实际上，边沁对立法的科学化改造的影响并不仅限于立法，而是整个法学领域。随后的英国法学家奥斯丁就从边沁的理论中提炼出“法律就是主权者命令”这一命题，开创了实证分析法学派，并从众多的法学学派中脱颖而出。这一学派所研究出的许多智识成果也是任何当代学者在对法律进行研究时都无法忽视和回避的。追溯源头，边沁对此功不可没。也正因如此，麦考利将边沁同伽利略和洛克相提并论，并称他为“使法学从莫名其妙之物变成科学的人”。^③

总之，本文在此意在指出的是，在给法学研究发展带来重要转变的这两个学说中，都是以立法为研究视角的。但遗憾的是，尽管他们为法学理论开辟出新的研究方法，但之后的法学研究并没有继续秉承对立法的关注，相反却将立法基本排除出法学研究的视阈，而转而集中于关注司法领域。这从如下几个具有代表性的法学学派对法律所下的定义中可见一斑。如，纯粹法学创始人凯尔森认为法律是一个从被社会大多数人所接受的“基本规范”中衍生出来的封闭体系；哈特将“规则”作为法律概念的核心，而法律是承认规则（主要规则）和授权规则（次要规则）的结合，并且单单经由各项规则的共同运作所产生的运作机制才是什么是法律的适当描述；

^①[英]边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘译, 北京: 商务印书馆, 2000: 24.

^②同上, 第 55、56 页。

^③同上, 导言第 6 页。

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