

当代中国民事诉讼 思潮探究

Research on
Thoughts Trend Concerning
Civil Procedure in
Contemporary China

韩波·著

华中·元照 中青年法律科学文库

华中 元照 中青年法律科学文库

当代中国民事诉讼 思潮探究

Research on
Thoughts Trend Concerning
Civil Procedure in
Contemporary China

韩波·著



图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国民事诉讼思潮探究/韩波著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2015. 7
ISBN 978-7-5680-1108-2

I. ①当… II. ①韩… III. ①民事诉讼—研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 179485 号



当代中国民事诉讼思潮探究

韩波 著

策划编辑: 王京图

责任编辑: 王京图

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321913

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 15

字 数: 210 千字

版 次: 2015 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 48.00 元



华中师大

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400—6679—118, 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

教育部人文社会
科学研究青年基金项目

【“当代民事诉讼思潮研究”（11YJC820032）】资助

自序

这本书的写作起始于2011年教育部课题“当代民事诉讼思潮研究”的申报与获批。这是一个自选课题题目。既为自选课题就意味着这里边包含着 I 特别感兴趣、特别想通过研究获得解答的问题。在这本书写作的最后一年，我在加拿大蒙特利尔大学访学。蒙特利尔市所在的加拿大魁北克省在历史上曾经是法国的殖民地。恰如其英语、法语交融运用的双语交流体系，魁北克省的民法典与民事诉讼程序至今仍保留着民法法系传统。在这里，向东可遥想大西洋彼岸的欧洲大陆；向南，透过迷蒙的千岛湖、声雷阵阵的尼亚加拉大瀑布，可“近窥”美利坚合众国。在这样的氛围里、在这样一个普通法传统与民法法系传统的交汇点上，观察民事诉讼的运行方式、揣摩民事诉讼运行的正义“图景”，较益于视阈的开放、思路的贯通。

当代中国，是一个“经济奇迹”的代名词。直观地比较，我国市政建设、公共交通系统、医疗系统、教育系统的建筑与硬件设施，已经展现出新兴经济体的恢弘气势；当代中国，在海外华人眼中，是朝气蓬勃的代名词，不少华人常常感喟自己已侨居或移民的国家在经济上的步履蹒跚。我国经济、文化的快速发展，对法律制度、尤其是诉讼法律制度完善提出更高的要求。想象中的西方法律制度要么给描绘得过于美好，以至于不趋近之简直就是一种罪过；或者想象中的西方法律制度给勾勒得过于丑陋，以至于不远离之就是一种罪过。当我们发现，真正的西方法律制度并非某些人想象的那样完美，也并非另一些人想象的那么丑恶，这就有必要克服制度分析上对西方制度的“未知—美化”或者“未

知一丑化”的偏狭认知；同时也凸显在制度理论基础方面，从自身出发寻找解决之道则更显其作为思维路径的重要性。

这本书就是以我国学者在当代中国语境中破解民事诉讼法哲理命题的学说、观点为研究对象的，但又不是通常的综述性作品。在对诸民事诉讼哲理命题言说的回溯与辩驳之余，笔者亦在寻求星星点点的“突破”或观点的新颖性。这可能也是读者在阅读此书时迫切想了解的内容。故此，将本书中笔者自认为有几分新意的观点摘录如下：

（一）关于民事审判的正当性：民事审判的正当性及其正当性与既判力之间复杂的互动关联，需要置于程序环境、程序结构、程序技术的中国语境中加以解析。完全否定法论证学构成是卢曼程序正当化理论应用于民事诉讼的一个“瓶颈”。以正当实体标准为前提的程序正当化进路是更容易获得可接受性的正当化进路。另一方面，法律系统自成一体但并非绝对封闭，作为一个超循环系统，它与生活世界既有关联也不乏互动。不过，在其互动方式上应该结合案件类型在平等对待的基础上有所区别。所谓平等对待，即恪守程序正义的基本准则。有所区别主要体现在理由说明上，可以根据案情将民事案件分为通常案件、疑难案件（法律无明确规定的案件）。对于通常案件应采法律论证学进行法律解释与适用；疑难案件，就有必要在法律适用中适当借助社科法学的方法。

（二）关于民事诉讼的人性假设：基于人性有善有恶、善必制恶的可验证结论，将人性与特定情景的法律现象相关联，从伦理、心理两个面向来分析制度设计与人的伦理、心理常态的吻合度可以推测其可行性，亦可分析制度设计对人的伦理、心理干预以及对其行为选择取向的持久影响，并以此推断可能产生的正负两方面的社会效应。纵观法治国家对于法官审判权的设置状况，可以印证人性有善有恶、善必制恶的伦理人性观与理性适应性为主、理性局限性为次的心理人性观。正因为伦理意义上法官以善为主，在心理层面法官以理性适应性为主，所以各法治国家都推崇法官独立行使审判权的诉讼原则。法官遴选制度确保只有同时代人中德智优越者才可以行使审判权。这构成法官被信赖的人性

基础。法官作为人难以完全摆脱的人性恶的伦理“短板”、理性的局限以及非理性的心理作用、权力情境中自我膨胀型人性异化的倾向使得对审判权异化的必要防御成为合理设置审判权的基础性要素。通过程序（对抗制诉讼程序、法官弹劾程序）、权利（当事人诉讼权利）、责任（法官责任）来制约审判权的规范应成为法治国家民事诉讼中与审判独立原则并驾齐驱的“标准配置”。

如果在存在合作基础的纯获益情境，竞争心理都会自然发挥作用，那么，在以对立关系为基础的利益争逐的诉讼情境，竞争或曰对抗心理就具有更强烈的“天然性”。在尊重个体利益的市场经济条件下，法律全方位保护个体利益，私权神圣的口号深入人心，维护和争取个体利益在道德上是得到善的判断的。能使此种道德上善的判断与心理上的满意机制保持一致的只能是充分的竞争与对抗行为。反之，削减对抗，意味着削减满意，意味着对维护和争取个体利益给予道德上的恶的判断，并进而与捍卫私权的法秩序相冲突。以对立关系为基础的利益争逐的诉讼情境中，合作意味着不恶意行使权利、不恶意延滞程序。此情境中的合作，如果处理失当很可能成为当事人对法官纠纷解决意图的“配合”。只有对抗充分的条件下，合作及相应契约的达成才具有正当性。

（三）关于民事诉讼的本质：对于民事诉讼这样多方行动者参与，在特定环境中发生组织、行动者围绕法律制度形成互动关系的复杂活动，场域是一个恰当的可概括它的范畴。民事诉讼的本质是法院理性回应当事人主动讼争行为的分配争议民事法益的场域。在通常案件中，也就是大多数案件中，当事人的讼争与法院的裁判指向的是发生争议的民事权利。在疑难案件，也就是法律依据不明确的案件中，发生的争议的不仅仅是现实的利益还有其后的价值取向分歧。进而言之，民事诉讼这个场域的特定主题是对民事权利的分配、是确定争议利益背后的价值分歧并分配争议利益。在这个意义上，判断权、裁量权仅仅是民事审判权的形式；民事审判权的实质是分配权，是对争议法益的分配权。

民事诉讼的本质特征是当事人的主动讼争与法院的理性回应。在肯

定形式合理性的优先价值的前提下弥合形式合理性与实质合理性的间隙乃至矛盾是当代民事诉讼需要破解的命题。在理性的实践层面,反馈理性也应得到充分关注,以降低审判错误的成本并使“错案”能及时得到纠正;同时,沟通理性形态的反馈理性也应得到重视,毕竟民事权益的争执中包含着以利益衡量为基础的各种各样的沟通机会,应该为当事人提供通过协商、沟通获得权威性解决结果的机会。对法院行为方式的“理性”限定、对审判行为内容的“回应”限定,是为了更妥当、更充分地保障当事人在民事诉讼中应有的有效参与者地位。

当事人启动、积极参与的行为模式可以将学者们总结的对抗、自主、交涉、合意等民事诉讼基本形式及衍生形式特征全部容纳其间。此外,在民事诉讼中诉权与审判权形成相生相克、共存互济的关系。审判权行使需理性回应当事人诉求的应然要求将审判职能纳入理性轨道,当事人欲取得理想的回应结果,明智之举就是依循法定程序要求、理性进行诉讼行为。

(四) 关于民事诉讼目的群的结构:在本质意义上,民事诉讼的功能由内在功能、社会功能、正当化功能构成。权利义务确定与发现真实功能是民事诉讼的内在功能,秩序维持、纠纷解决、权利保障三种功能是民事诉讼的社会功能,程序保障具有正当化的功能。以秩序维持、纠纷解决等功能为中心的目的构造将形成内在功能与社会功能冲突构造;当民事诉讼目的构造以程序保障目的为基准,交融于该目的,则会形成内在功能与社会功能协调型功能构造。此构造既具有对诉讼实践的牵引性,也具有对现实变革的灵活变通性与回应性;它是实现各种功能性目的过程中冲突与摩擦成本最小的构造;在此构造中,民事诉讼将产生程序正当化功能,并使与社会预期存在一定差距的民事诉讼内在功能的运行状态得以为社会所接受,民事诉讼的公信力将得以提升。

(五) 关于民事诉讼的形式:民事诉讼的形式可分为民事诉讼的模式结构(结构形式)与结案形式。在我国的权力依赖文化语境中,在我国民事诉讼中当事人权利构造远未达到完整、真实、充分的“当为”状

态前，偏执于强化法官权力构造、不能从根本上正视完善当事人权利构造的持续性需求，无论在诉讼文化的改良还是诉讼实际运行的层面都难称明智之策。完整、真实、充分的当事人权利构造是当事人积极参与的基本条件，也是法官得以理性回应的应有基础。法官的理性回应的基本方式是通过司法技艺理性的回应。2012年民事诉讼法修法与2015年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的出台，在维护当事人权利方面进行了诸多努力，在程序的合理化方面有诸多进步，当事人权利构造日渐完整。不过，无论从以当事人权利构造为中心的诉讼行为的良性循环、当事人权利构造对法官权力构造的有效制约层面，还是从判决与调解关系的合理化的层面看，在新修《民事诉讼法》与新司法解释的基础上仍有谋求进步的空间。

在民事诉讼的结构形式方面，事实发现中倚重当事人及其律师还是倚重法院（法官）是衡量民事诉讼是否进入当事人权利构造为中心的诉讼行为良性循环、当事人权利构造是否对法官权力构造形成有效制约的关键。以调查令制度在新民事诉讼法解释的“缺位”为例，即可见我国民事诉讼结构形式的理性调适尚未完成。在民事诉讼的结案方式方面，诉讼调解涉及诉讼中法官的司法技艺理性与当事人沟通理性的相互关系。面向民事利益公平再分配的民事诉讼本质，司法技艺理性与沟通理性的应用应当有明确的参与主体、案件范围、程序区分。十余年来，我国最高法院对于调解的基本态度是倡导与完善，并未充分考虑判决与调解结案方式及相应程序的分离。从结案形式正当化、结案形式趋近民事诉讼本质的视角观之，调审分离是符合审判逻辑的选择。

（六）关于民事诉讼中塑造诚信行为方式的路径：在民事诉讼中塑造诚信行为方式是极为必要的，但是，需要注意，我国民事诉讼会不会因为对诉讼诚信问题的急切关注而忽视了真正对我国民事诉讼具有结构性意义的职权规范化、授权当事人、诉讼契约功能充分释放三大“作业”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中确立的真实陈述规则、书证提出命令规则、虚假与串通诉讼制裁规

则、不履行执行义务制裁规则，并未消除笔者的担忧：首先，诚信原则的实施必要成了促进职权强化的理由，上述规则不同程度上强化了询问权、责令权、制裁权等法院或法官职权；第二，诚信行为模式的建构并没有与当事人的权利增长同步发生；第三，诚信行为模式的建构并没有与诉讼契约功能充分释放同步发生。恰如笔者在撰写《错觉抑或幻象：民事诉讼法诚信原则再省思》一文时担忧的那样，对民事诉讼中非诚信现象严重性的急切关注、诚信义务的原则化，将民事诉讼规则解释过程置于当事人不可信的角色假设前提之下，职权强化成为必然的路径选择。职权强化导致法官中立程度低、司法资源消耗大、程序满意度低的负面效果则被置于脑后。民事诉讼中非诚信现象的根源在于：法官是认知状态上的有限理性人、法官职权过于强大而当事人的权利不能制约法官的职权、善意当事人的权利配置又无法与诚信缺失的当事人展开平等的竞技性对抗。强化促进诉讼诚信的职权可能对矫正诉讼非诚信行为产生一定效果，但付出的代价可能是民事诉讼的结构性失调。

（七）关于民事公益诉讼：公益诉讼缘何而生？端赖当代社会进入了企业、其他组织可利用自身的市场位置、社会位置，通过对公共资源的使用权而据有对公共利益支配权的状态。公共利益的“主人”就是社会公众，不论其以分散的还是集合的形式存在。公益诉讼是社会公众在争取公共利益支配权、话语权的一种努力；公益诉讼是社会公众试图重归公共利益“主人”身份的一种努力。为此，它需要公众参与的途径；为此，它需要社会保障权的权利形式。质言之，公益诉讼的本质是通过法院进行的公共利益确认与再分配的场域。

公民参与公益诉讼制度已经是一项跨越法律传统界限、跨越社会发展阶段的制度。其内在合理性是，公众参与不仅是公众成就感、幸福感的源泉之一，不仅是社会凝聚力的源泉之一，也是应对复杂、高风险社会的基本“选项”。这不仅是公共治理方式的理性“应答”，也是人的全面发展的内在需要；当代社会的问题，不是参与“过热”，而是弥漫全球的公共事务“参与冷漠症”。公益诉讼是社会与侵害公共利益的不法

企业的一局“博弈”。按照对于不法企业干预力度由弱到强的次序，目前公益诉讼模式依次是单纯行为制止模式、行为制止与罚没不当收益结合模式、行为制止与损害赔偿结合模式。我国公益诉讼正在面临选择障碍。就我国经济快速增长、社会发展滞后经济发展、法治逻辑与市场逻辑结合度不高、市场投机心理较为普遍、生态环境持续恶化、食品安全令人堪忧的现实情况看，行为制止与损害赔偿结合模式是应选模式。行为制止与损害赔偿结合模式不仅产生强有力的彻底的公益维护行动，也在形成具有持续性的公益维护行动环境。在我国现有制度框架内，跟行为制止与损害赔偿结合模式相一致的程序组合逻辑就是重叠吸纳。具体而言，就是要将人数不确定代表人诉讼中具有公益维护功能的案件吸纳为公益诉讼并适用公益诉讼的特有程序规定（如证明责任倒置）。

最新司法解释确立的公益诉讼新规则在符合公益诉讼特点的起诉条件、管辖制度便利性、在法律框架内明确公益诉讼主体方面取得很大进步，但是，在管辖权下移的正当性、参加权利的差别待遇、公益诉讼中和解与调解的允当性以及公益诉讼与行政处理程序关系方面仍值得慎重考量。

以诉、诉权、诉讼标的、证明责任、既判力为基点的民事诉讼诉讼理论体系是解释民事诉讼行为、分析民事诉讼案件的基本理论工具。除此之外，也有必要探究诸如民事诉讼中的正当性、民事诉讼的本质与形式、目的、人性假设等民事诉讼法哲理命题，以拓宽、疏浚民事诉讼社会关联度视角的思考。上述观点即为近年来笔者对民事诉讼法哲理进行探究的结论。这既是学者们既往研究的延续，也是未来探究向前攀越的一级台阶。民事诉讼法的修改、民事诉讼司法解释的出台、立案登记制的推行使我国民事诉讼踏上新里程。更深沉的法哲理层面的自省，意味着新里程上民事诉讼参与者更高的满意度、更美好的未来。

韩波

2015年8月

目 录

第一章	民事审判正当性	1
一、	程序主义正当性范式的“一体”与“分化”	1
二、	民事审判的正当性	15
三、	民事审判正当性的中国问题	17
第二章	民事诉讼人性论	31
一、	人性辩证	32
二、	人性恶系法治前提论质疑	50
三、	性命境论与人性分析的情境范式	54
四、	民事诉讼人性分析范式的“归一”与“分离”	56
五、	路西法效应与权力情境中的法官人性	59
六、	竞争优势效应与利益争夺情境中的当事人人性	62
第三章	民事诉讼本质论	64
一、	纠纷解决本质说	64
二、	对抗—自主本质说	68
三、	交涉—合意本质说	71
四、	民事诉讼本质是分配争议民事法益的场域	75
五、	理性回应与主动讼争的本质特征	80
第四章	民事诉讼目的论	98
一、	任务启引的中国民事诉讼目的论探讨	99
二、	在价值追求与功能实现之间的民事诉讼目的构造	103
三、	现代性意义的民事诉讼功能	109

四、程序保障基准的目的构造	116
第五章 民事诉讼形式论	131
一、民事诉讼的模式结构	131
二、民事诉讼的结案形式	143
三、接近本质的民事诉讼形式	155
第六章 民事诉讼法诚信论	158
一、诚信原则再界定	158
二、诚信原则与民事诉讼的基本特性	163
三、诚信原则“入法”的基本条件	165
四、诚信原则超前“入法”与民事诉讼立法的长期目标	166
五、对诉讼欺诈与背信行为应加强规则制约	168
六、新规则的进展与问题	170
第七章 民事诉讼公益论	175
一、辅助原则与公益诉讼的位序安排	176
二、第一位序的公益诉讼启动主体	178
三、第二位序的公益诉讼启动主体	181
四、第三位序的公益诉讼启动主体	183
五、2012 年修法后的学术论争	187
六、公益诉讼新规则的进展与问题	199
参考文献	212
后 记	221

第一章 民事审判正当性

关于法治，学者们从不同角度进行了界定。这些观点，见仁见智，带给我们多方位的对法治的认识与启示。从其运行层面看，法治可以理解为通过法律程序的运行获得正当性的国家治理方式。法治是与现代社会相伴而生的国家治理方式，相较而言，人治则是与传统社会相适应的国家治理方式。国家治理的现实目标是获致正当性。由是，正当性的获致范式是法哲学领域的重要命题。以国家权力的构成作为区分标准，国家治理中的法律程序可分为立法程序、行政程序与审判程序。程序主义正当性范式既是正当性理论的归结点，也是现代社会的共识所在。不过，在程序主义正当性范式下的诸种论证尚存语境困惑，仍处在争鸣状态。笔者拟从这一状态切入，在分析、论证程序主义正当性范式语境问题的基础上，梳理我国对于民事诉讼中正当性的学术观点，展开进一步的研讨与辨析。

一、程序主义正当性范式的“一体”与“分化”

（一）正当性与程序主义正当性范式

1. 国内学者的界定

如学者周濂所言，在现代性背景下，正当性（legitimacy）这个概念面临着两个方向的混淆：一是日益等同于证成性（justification）；二是渐趋模糊于合法性（legality）。正当性最初是一个政治哲学概念。亚里士多德勾勒出两个主要面向：一是政治正当性基于被统治者的意志

表达,比如信念、认可、赞同,这是主观面向;二是正当性的客观面向,它必须合乎某种外在的规范,不管这规范是自然秩序、神圣意志,还是道德上的规范。在超验的根据都已式微的时代背景下仍把“legitimacy”翻译成“合法性”,就会使其丧失道德批判的维度,就会面临“所合何法”的尴尬追问。此外,不能将正当性混同于合法性的另外原因是,在英文里另有“legality”、“lawful”等词表示“合法性”的意思,而“legitimacy”除了“合法有效”的意思外,还有“正统的”、“正确的”等多重含义,仅用合法性这个概念无法涵盖“legitimacy”的所有含义。需要特别指出的是,也不宜用“肯认性”、“认受性”去翻译“legitimacy”这个概念。因为它们过多地强调“legitimacy”的主观性的一面,却忽视了其客观性、规范性的一面。^{〔1〕}

陈征楠认为,正当性首先是法哲学、政治哲学与道德哲学之间的媒介概念;正当性也是一种关系概念,它是在描述实践主体与某种对主体行为具有影响力的规范准则之间的关系,它并不仅仅是以该种规范本身所具有的某种特征为指向,而是在强调指称,该种规范具有一种值得被人尊重和服从的应然属性。法的正当性概念是正当性概念在法学领域中的运用,以法的规范有效性为指向,表现为合理的可接受性。^{〔2〕}

唐丰鹤认为,正当性是政治权力的根基,也是法律有效性的来源,它回答的是政治社会中人们为何负有服从义务这样的基本问题,因此,正当性的问题——无论它被称为政治正当性抑或法律正当性——可以说是政治哲学、法律哲学领域的一个元问题。在实践层面,正当性是权力和法律权威的来源,从而也是它们有效运作的保障。从概念上讲,正当性是指行动、法律和政治权力有效性的基础和来源,也是行动、法律和政治权力有效性的原因和判准。^{〔3〕}

〔1〕 许纪霖等:《政治正当性的古今中西对话》,漓江出版社2013年版,第1—7页。

〔2〕 陈征楠:《法正当性问题的道德面向》,中国政法大学出版社2014年版,第23—34页。

〔3〕 唐丰鹤:《在经验和规范之间:正当性的范式转换》,法律出版社2014年版,第1页、第19页。

刘杨认为,正当性概念的主题和论域主要有两类,一类是宏大对象,包括法律的、宪法的、法治的、社会秩序的、政治的、制度的、体制的、国家的、政策的、统治的正当性;另一类是具体而微的对象,包括某一法律规范的、决策的、决定的、行为的、措施的正当性。在具体而微的对象上使用正当性概念并不是正当性的本来意旨,正当性的对象主要应集中于社会秩序的根本性制度安排。^{〔4〕}

关于正当性关涉对象,唐丰鹤归纳最为全面,认为存在正当性关涉的是行动、法律、政治权力。不过,政治权力仅指行政权力还是需要细分仍存在疑问。在大多数论者的论证中,正当性关涉的权力涵盖立法权、审判权、行政权。再则,行动可分为权力行使行动与非权力行使行动或决定性行动与非决定性行动。笔者赞同刘杨则将具体而微的对象排除在正当性关涉对象之外的观点,就行动而言,因其与权力的密切关联,正当性论阈的行动应该是指重大的决定性行动。笔者也赞同周濂从双面向角度解读正当性的思路。正当性,一方面指法律、权力、决定的社会认受性,是一个事实性的概念;另一方面则是指法律、权力、决定与终极规范的一致性,是一个规范性概念。无论法律还是权力,都要经受事实与规范两方面的验证。

2. 西方传统的正当性界定

在英文用语中,笔者认同 *Ligality* 指合法性,而 *Ligaltimacy*, *Validity* 指正当性或正统性的译法。以前的一些著述(如下文所引)中虽将 *Ligaltimacy* 译为合法性,但实际上指的是正当性。

(1) 规范进路的界定。约翰·基恩在《公共生活与晚期资本主义》中回顾了前现代的合法性理论。他认为,合法性(正当性)是建立意见一致的分配和行使权力的唯一一种非常特殊的形式。他提出,在非现代世界的情况下,对权力的要求是否有力或是否有效,既不取决于信徒们的“本性态度”,也不取决于那些掌权者的专横和神秘化的要求。相反,人们认为这些要求的有效性是从相对独立或“另一性”的客观秩序中

〔4〕 刘杨:《法律正当性观念的转变》,北京大学出版社2008年版,第10—11页。

获得的。正是这种独立的秩序，可以作为一种标准，已建立的权力世界能够根据这一标准加以评价或批判，或者可以对其臣民提出生活和义务的要求。例如，在柏拉图、亚里士多德、古罗马时代的思想家以及圣奥古斯丁有关思想中，统治者的合法性要求是否有效并非决定于群众的忠诚程度或者是根据这一要求是否符合现存的权力关系，而是根据一种设定的中性标准或原则，这种原则的客观性被看作是不受现有舆论或命令与服从关系所支配的。在后来契约论的合法性概念中，合法的权力只有在参加订立契约的个体之间达成一致意见后才能产生，于是“个人”便成为了合法性的衡量标准。^{〔5〕}申言之，中性标准可以理解作为一种终极规范，一种衡量立法、行政、司法活动的基本依据。这种终极规范一般为一定时代具有公共性的道德规范或者价值取向。

（2）经验性进路的界定。经验性的正当性或事实性的正当性明确界定发端于韦伯的经济、社会学说，韦伯认为对合法性的信仰是一个统治的可靠基础。任何统治都企图唤醒并维持对它的合法性信仰。^{〔6〕}韦伯的正当性界定中的关键词是合法性信仰。据卢曼考证，正当性这一概念来源自中世纪，一开始只是一个法律概念，和一个地方规则相关，主要用来防范非法篡权和专制。在19世纪，随着自然法的消失，它开始分解，主要是对新规则的正当化和对因不正当的权力更迭而进行的法律建构所做的批判性的拷问。今天对正当性的主流定义是：事实上存在着约束性决定赖以为基础的法律、原则或价值的普遍信念。^{〔7〕}卢曼正当性界定中的关键词是普遍信念。无论信仰还是信念，都将正当性对权力的信任、服从相关联。而信任、服从的存否是个社会事实问题。

〔5〕 胡伟：《在经验与规范之间：合法性理论的二元取向及意义》，《学术月刊》1999年12期。

〔6〕 [德] 马克思·韦伯：《经济与社会》（上卷），商务印书馆1997年版，第238—239页。

〔7〕 [德] 尼克拉斯·卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海世纪出版集团2013年版，第183页以下。