

Post-doctoral Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.6

中国社会科学院 法学博士后论丛

第六卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

Post-doctoral Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.6

中国社会科学院 法学博士后论丛

第六卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国社会科学院 [法学博士后论丛] · 第六卷 / 中国社会科学院法学博士后流动站主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9129 - 3

I. ①中… II. ①中… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 185631 号

出版策划 任 明
特邀编辑 成 树
责任校对 韩天炜
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 9 月第 1 版

印 次 2010 年 9 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 34.75

插 页 2

字 数 658 千字

定 价 70.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果，展现博士后研究人员的学术风采和水平，优化学术资源，我们决定编辑出版《中国社会科学院法学博士后论丛》，并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书，本论丛计划从2003年起，在已出站博士后的研究报告中，精选出符合论丛出版质量要求的研究报告，编辑出版一至若干卷。本论丛的编辑规范，执行的是由北京图书馆学位论文收藏中心和全国博士后管理委员会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此规则为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告，是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上，重新编写的一篇约5万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此，它不是简单地对原研究报告的浓缩，而是在原研究报告基础上的再创造成果。

博士后论丛是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究

所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望来自各方面的批评、评论和建议。

中国社会科学院法学博士后流动站

2003 年 12 月

/ 目 录 /

1	民主立法的若干问题研究 ——我国地方人大的视角/何 军
65	论人的尊严 ——法学视角下人的尊严理论的 诠释/韩德强
131	公共领域的当代发展取向及其公民文化孕育功能/马长山
155	侗族传统法律文化研究 ——以款约为中心/粟 丹
207	刑法因果关系的法哲学思考/刘 召
273	刑事裁判共识及其基本原理/彭海青
337	死刑裁量标准论/吴光侠
397	死刑复核中应当坚持的法治理念/徐留成
469	案件事实认定方法研究/郭 华
521	线人侦查初步研究/程 雷

/CONTENTS/

1	On Democratic Legislation in China ——Take Local People's Congress for Instance/He jun
65	On Human Dignity ——An Interpretation of Human Dignity Theories from a Legal Perspective/Han De-qiang
131	Development Tropism of Contemporary Public Sphere and its Germinating Function to Civil Culture/Ma Chang-shan
155	Traditional legal culture of Dong minority —— A study on the Kuan clauses/Su Dan
207	The Legal Philosophy Research On The Relations Of Criminal Law Causation/Liu Zhao
273	On Consensus of Criminal Rulings and its Basic Theory/Peng Hai-qing
337	Research on the Adjudicative Criterion of Death Penalty/Wu Guang-xia
397	Legal Ideas that Should be Insisted in Death Penalty Review/Xu Liu-cheng
469	On the Approaches to the Ascertainment of the Fact of a Case/Guo Hua
521	Research on Informers Investigation/Cheng Lei

· 中国社会科学院 [法学博士后论丛] ·

民主立法的若干问题研究

——我国地方人大的视角

On Democratic Legislation in China
——Take Local People's Congress for Instance

博士后姓名 何 军

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研 究 方 向 法学理论

博士毕业学校、导师 中国人民大学 周淑真

博 士 后 合 作 导 师 李 林

研究工作起始时间 2007 年 9 月

研究工作期满时间 2009 年 9 月

作者简介

何军（1974—），男，安徽省巢湖市人，1997年安徽阜阳师范学院政法系思想政治教育专业本科毕业，1997—2000年云南大学公共管理学院政治学理论专业硕士研究生，师从纳麒教授，毕业论文为《当前中国农民的政治参与》，毕业后到中共安徽省委党校任教。2003—2006年中国人民大学国际关系学院中外政治制度专业博士生，在周淑真教授指导下开始政党学方面的学习和研究，博士毕业论文题为《英国保守党研究》。2007—2009年中国社会科学院法学所法理学专业博士后，师从李林教授。博士后出站报告题目为《民主立法的若干问题研究——以北京市人大为视角》。2009年10月去新加坡访学。2006年7月以来在中共北京市委党校政治学教研部任教。目前主要研究方向为：中国民主与法治建设、西方政党政治。发表学术论文10余篇，其中关于中国政治参与、西方政党方面的论文学术影响比较大。

民主立法的若干问题研究

——我国地方人大的视角

何 军

内容摘要：在我国民主政治和法治国家的建设过程中，近年来，党和国家提出要大力推进民主立法工作，各级立法机关也都从许多方面进行了民主立法的实践探索。学术界也对民主立法问题给予了高度的关注。报告在对国内外民主立法的理论和实践发展作简要分析的基础上，对北京市人大民主立法工作中的一些做法与实践探索进行调研和介绍，运用基本理论假设，对我国民主立法的实践进行分析；试图搭建起我国民主立法理论体系的基本架构；同时，针对我国民主立法实践中存在的障碍性因素、需要完善之处，提出具有可操作性的对策性建议和未来发展构想。

关键词：民主立法 民主 法治 宪政 权利 利益 正义

宪政是法治国家和政治文明发展的目标，宪政是“良法”之治，什么样的法律才能被称为“良法”？国内外学者大多认为：“良法”至少是那些在内容上保障人民权利，并在立法程序上充分体现民主、反映民意的法律。

在现代民主体制下，无论是西方国家宣称的“主权在民”、“人民主权”还是中国宪法规定的国家的“一切权力属于人民”，在宪法和法律的文本，及其背后所支撑的法律理念和政治哲学上，国家立法权的最终所有者都是人民和公民全体；同时，又在宪法和法律中规定立法权的实际行使者则是经由人民（公民或选民）通过民主程序进行授权而形成的立法机关。法律是国家意志的体现，立法是国家意志形成和表达的过程，立法活动应该是人民（公民）实现民主权利，体现、汇集与整合民意的过程。因此，民主立法是衡量一国法治进程和民主政治发展状况的一个重要标准和标志。

在我国，民主立法不仅对于提高立法质量，充分实现公民民主权利，提升

公民法律意识具有重要意义；同时，也是推进我国社会主义政治文明和民主法治建设，构建社会主义和谐社会的重要内容。民主立法是当前我国立法实践中正在积极推动的一项重要工作，也是学术研究的一个热点。中华人民共和国自成立以来，从中央到地方各级立法机关尤其是人民代表大会及其常务委员会在立法活动中，绝大多数时候能在总体上体现、保障、维护和增进最广大人民群众的根本利益。但是，也应当看到，我国的立法在历史上曾走过较大的弯路，违反了基本的民主原则，法律从立法程序到法律内容都同人民群众的根本利益曾发生过严重的背离和对立；在当前，还存在进一步从理论和实践上不断发展和完善的必要与空间。也就是说，在我国民主立法的理论和具体实践上，还有许多问题需要不断探索和研究。

一、立法与民主立法

在现代国家和现代社会，立法应当坚持民主原则，是各国立法的共同之处，而绝不是一个新主题。国家生活和社会生活应当实现民主化，经过二百多年的历史发展，不仅是人们早已普遍认同的常识，并且也以制度形式，在这个世界的越来越广大的空间范围内得以呈现，尽管民主作为一种国家制度在不同性质的国家和社会，其实现形式也有很大不同。

（一）人民、民主与立法

虽然遭遇众多困难，也从没有缺少来自各方的批评，但是，一个难以否认的事实是：当今时代的大多数国家，无论是宪法、法律还是政府文件、官员的报告、演说中，几百年来一些学者们所极力推崇的人民主权或主权在民学中被不厌其烦地重申着；“民主”一词在社会上也大行其道，几乎所有的政府都宣称：国家主权，包括立法权，都属于人民，政府的组成和运作建基于“人民（公民）的同意”，政府的权力（包括立法权）来源于公民权力的适度、有期限的让渡。其实，就是在那些宣称国王的世俗统治权来自上帝的神权的中世纪欧洲国家，宣称专制君主权力来自神灵的中国封建朝代，以及近现代的极权政府，它们中相当一部分也表示统治者是爱民的，甚至说是为公众利益或国家利益服务的。所以，萨托利说：“希腊的暴君曾（他这样声明）为了民众的利益而统治。开明专制一旦开明起来，也为了被统治者的利益进行统治。今天的民主派虽然嘲笑家长作风，但他们不会否认，家长作风也是一种仁爱的表现，它确实关注蒙恩者的集体利益。总之，自柏拉图以来，我们不断听到为了什么、为了被统治者及其利益而进行的统治。但这毫无例外全是有利于独揽大权者的说辞。不是人民的统治，因为人民并不充分知道如何认识他们真正的利

益；而是不管人民如何，为了人民的利益而对人民的统治——这是一切专制政府、一切要为自己寻找理由的（*ex defectu tituli*）政权的标准辩辞。”这些都只是许诺的民主，而不是现实的民主。^①

民主，在不断受到批评的同时，又不断被仿冒假冒。就是那些赞成民主的人，他们在认为“民主是个好东西”甚至是“民主是个不坏的东西”的基础上有着某种共识的同时，相互之间在涉及民主的许多具体问题也存在着严重的分歧，如：谁是人民？民主能确有所指吗？人民作为主权的最终所有者，如何行使权利，享有平等充分的民主，进行公正合理的立法，主张权利，维护利益？……——世界各国的政治实践千差万别，学者们的学术讨论也争执不休。

1. 人民与民主：理想与现实

表面看起来，人民同“民主”的关系要比其同“立法”的关系要“近”些。但是，在西方，同人民（*the people*）一样，民主（*democracy*）一词也被用得极端混乱。民主的起初含义和基本含义是人民对国家或政府权力的行使或参与，也即人民的统治或称民治。达尔指出：“正是希腊人——很可能是雅典人——创造了民主（*democracy* 或 *demokratia*）一词，这一词语来源于希腊语 *demos*（即人民）和希腊语 *kratos*（即统治）这两个词的组合。”^② 戴维·赫尔德也指出：“‘民主’一词起源于古希腊，16世纪由法语的 *demoeratie* 引入英语。‘民主’（*democracy*）由 *demokratia* 演变而来，其基本含义为 *demos*（人民）和 *kratos*（统治）。民主是一种既区别于君主制又区别于贵族制的政府形式，在这种政府形式中，人民实行统治。”^③ 科恩认为：“民主即民治。这是大多数词典所采用的，而且很可能是普遍都能接受的定义，这一定义与 *democracy* 这个词的词源也相符。这个词源于希腊语，其词根为 *demos*，人民，*kratein*，治理。”科恩给民主下的定义是：“民主是一种社会管理体制，在该体制中社会成员大体上能直接或间接地参与或可以参与影响全体成员的决策。”^④

英文“民主”一词的词源是古希腊文 *Demokratia*，*demos* 指“人民”、*kratia* 指“权力”或“统治”，合起来指“人民的权力”或“多数人的统治”。就其字面的意思而言就是由人民当家做主，凡属人民自己的事情，人民拥有最终

① [美] 乔万尼·萨托利著，冯克利、阎克文译：《民主新论》，东方出版社1998年12月第2版，第538页。

② [美] 罗伯特·达尔著，李柏光、林猛译：《论民主》（*On Democracy*），商务印书馆出版，1999年11月第一版，第14页。

③ [英] 戴维·赫尔德著，燕继荣等译：《民主的模式》（最新修订版），中央编译出版社2008年12月，“导论”，第1页。

④ [美] 科恩著，聂崇信、朱秀贤译：《论民主》，商务印书馆1988年版，第10页。

的决定权。实际上,“在民主漫长的历史中它有着非常不同的意思和内涵,即使今天在不同的社会和经济体制下对它的理解也存在着很大的差异”。^①除了民主的概念或定义外,笔者在这里列举出若干围绕民主和人民展开的主要争议性话题。

(1) 人民能够直接统治吗?

对这个问题,亚里士多德、柏拉图和西塞罗等人给予了非常明确的否定性答案。“民主意味着人民统治或多数人统治但因为多数人也是穷人,故民主经常被意指穷人统治或是暴民统治。亚里士多德清楚地提到这一点。他不认为一个富裕的大多数所统治的城邦能正确地称为民主政体”,那只是一种他极力推崇的寡头政体,亚里士多德认为民主指政府由占多数的穷人统治,而这种政体他并不欣赏。^②我们现在认为,古雅典实行的是奴隶主民主制,它通过一整套政治制度保证公民的制度化参与。但是,平民化甚至穷人化的民主政治也绝不是柏拉图心中的理想国,他认为民主政治“看起来是一种使人乐意的无政府状态的花哨的管理形式。”^③民众容易为煽动家所操控。西塞罗认为,在民主政体中,拥有权力的民众通常不知节制,滥用自由,迫害忠良,缺乏羞耻感,吹毛求疵,无视法律,酿成无政府主义,最终招来僭主。^④1789年法国大革命后掌权的雅各宾派实行恐怖高压政治,让人眼见了民主的巨大力量失控后的灾难性后果。一时间,民主成为“暴民政治”的代名词。此后,英国学者柏克在总结法国大革命的时候说,凡是在人民权威绝对不受限制的地方,人民便会对自己的权力产生一种无穷大的自信。在公共活动中,舆论的作用是与滥用权力的人数成反比,人民的直接民主与直接统治——这么一种所谓“完美的民主制就是世界上最无耻的东西。因为它是最无耻的,所以它也是——肆无忌惮的。”^⑤

《反暴君论》(1579年)的作者(待考)明确地论及将最终权力交付民众手中这一问题,但是他在提到民众时说它是“多头怪兽”,意指容易发生分歧,并且其力量非常难以控制。^⑥

① [英] 安东尼·阿伯拉斯特著,孙荣飞、段保良、文雅译:《民主》(第三版),吉林人民出版社2005年5月版,第4页。

② 同上书,第5页。

③ [古希腊] 柏拉图著,郭斌、张竹明译:《理想国》,商务印书馆1986年,第333页。

④ [古罗马] 西塞罗著,苏力、沈叔平译:《国家篇 法律篇》,商务印书馆1999年版第51—52页。

⑤ [英] 柏克著,何兆武等译:《法国革命论》,商务印书馆2003年版,第125—126页。

⑥ [英] 安东尼·阿伯拉斯特著,孙荣飞、段保良、文雅译:《民主》(第三版),吉林人民出版社2005年5月版,第41页。

撇开人民（或公民）的内涵和外延不说，如果把对民主理解严格限定为“人民的统治”，那么，就如近代法国启蒙学者卢梭所说的：“就民主制这个词的严格意义而言，真正的民主制从来就没有过，而且永远也不会有。我们不能想象人民无休止地开大会来讨论公共事务，并且我们也很容易看出，人民若是因此而建立起来各种机构，就不会不引起行政形式的转变。”^①因而在现代社会要想建立直接民主制是不可能的，这样代议制民主有其存在的合理性。

代议制民主是不得已而为之的民主，是无奈的民主，不是理想的民主，不是民主的最终形式。其弊端也明显：“人民选举了官吏议员以后，便不能再过问，也就是西方学者所谓：选举一结束，专制即开始。人民只有在投票的时候才是主权者，投票完毕又成为奴隶。”^②

（2）人民中多数人的统治：多大比例的多数人？

那么，如果把对民主的理解扩展为“人民中的多数人的统治”呢？民主似乎又遇到了困难，多大的比例才（或就）可以被称为“多数”呢？英国当代学者安东尼·阿伯拉斯特以英国为例进行了阐述，他说：“在西方，关于民主的一个共同观念是，它意味着‘政府为人民所有’，或者至少是由民选代表所有——因为不管对还是错，普遍的观念是，在现代的大型国家，人民不可能亲自统治。”不过，认为“人民”中往往存在派别，故政府可能代表的不是全体人民而最多是人民的大多数。鉴此，我们不得不重新定义民主。实践中民主意味着政府为大多数选民的代表所有。但是，通常被（特别是被英国人）视为民主国家的不列颠连这样一个标准都不符合。自从成人选举权普及以来，除了联合政府时期^③，没有一个英国政府以纯粹多数票当选过。^④在像不列颠这样的选举体制下，或者在两个以上的党派分享选票的情况下，一个政府往往是由最大少数派选上台的，政府也只是代表了最大少数派。政府支持率可能不会

① [法] 卢梭著，何兆武译：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年第 3 版，第 84 页。

② 转引自罗传贤：《行政程序法基础理论》，台北：五南图书出版公司 1993 年版，第 185 页。

③ 指第一次世界大战、第二次世界大战等时期组建的英国多党联合政府。——引者注

④ 根据笔者对英国议会下议院大选结果的统计归纳，1900 年至 2005 年的英国议会下议院选举结果中，出现了 3 次一党得票率高于 50% 的情况，均是保守党获得的，年份和得票率分别为 1900 年：51.5%，1931 年：55.0%，1935 年：53.7%。但是如果考虑到英国历次大选的投票率从来没有超过 90% 来看，实际投票支持该党的选民占全体选民的比例不超过 50%。

资料来源：1918—2001 年数据：UK Election Statistics；1918—2004，Social & General Statistics Section，House of Commons Library，（<http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2004/rp04-061.pdf>）；1900—1918 年和 2005 年的数据：UK General Elections since 1832，（<http://www.psr.keele.ac.uk/area/uk/edates.htm>）。

<http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/Pliberal.htm>。参见何军：《英国保守党研究》，博士论文，中国人民大学，2006 年 7 月。

超过40%，这使得参与选举的剩余60%的投票者和那些并没有投票的人受到了非他们所选择的政府的统治。这样看来，我们已远离了最初的简单观念。^①

政治哲学家久利在《多数人暴政》中举了一个例子，美国学校里新年舞会演奏的曲目，都是由学生投票决定；如果一个中学9/10的学生是白人，其余的是黑人，那么在其新年舞会上演奏的，就不应该全部是白人舞曲；占绝大多数的白人学生，不应该在投票时只考虑自己的爱好，这才是白人学生出于自己利益最大化的理性选择。^②

现代社会是多元社会，一个人可以在这个事项上属于少数派，但另一个事项上则属于多数派，所以权益不会受到很大压抑。但也可能存在某个少数人群体，始终处于少数派地位，这就要求多数派充分考虑他们的利益和意愿，久利提出一个“轮流原则”（principle of taking turns）。多数派多获得一些权益，或次序靠前；少数派少获得一些权益，或次序靠后；这一原则要优于赢者通吃原则，更符合自我治理、公平、协商、妥协和利益一致性等现代政治的核心理念。

一些西方学者只好面对“残酷”的现实，尽力解决民主实践中遇到的这道数学难题，缓解人们对西方几百年来民主政治的怀疑。长于民主理论研究的美国学者萨托利认为，人民主权论意味着权力的合法性来源只能是多数人的同意与授权，并不是简单字面上的多数人 or 全体人民的统治，否则可能带来“假人民之名而行使的绝对的权力”。^③

（3）谁是人民？

历史上，拥护民主者针对到底谁才能被认为是“人民”，统治的范围是什么等诸多问题，也一直在争论；什么才算做“人民”的“统治”，人们持各种不同的概念和论据。在很长的历史时期里，人们都企图将“人民”的外延局限于某些集团：如有财产的人、白人、受过教育的人、男人、具有特殊技能和职业的人、成年白人、成年人等。有的观点就认为，“所有的人都应当参与立法、公共决策、法律应用及政府行政过程，就此而言，所有的人都应当参与统

① [英] 安东尼·阿伯拉斯特著，孙荣飞、段保良、文雅译：《民主》（第三版），吉林人民出版社2005年5月版，第5页。

② 转引自张晓群：“‘多数人暴政’在什么意义上才是真命题”，<http://mlcool.hp.infoseek.co.jp/html/2471.htm>。

③ [美] 乔万尼·萨托利著，冯克利、阎克文译：《民主新论》，东方出版社1998年12月第2版，第77页。

治。”^①“人民”、“民主”这样的一些词语，在历史上，很长时间里在大多数人看来都不是好词，也不是“好东西”。民主的政体在近代以前的几千年人类社会发展历史中也往往为学者们所贬抑，被政治家们所畏惧。柏拉图不喜欢民主政体，他认为统治者的数量不是政体区分的本质所在，“只要人们是依据他们的财富在统治，不管他们是多数还是少数，那么你拥有的是寡头政体；而在穷人统治的地方，你才拥有民主”。因此，寡头政体不仅意味着政府由少数人而且是由一些“富裕和出身高贵”的人统治着；民主指政府由占多数的穷人统治。^②意大利帕多瓦城市共和国的马西利乌斯（Marsilius 1275——1342）是人民主权理论的最早宣扬者，他认为国家是一个有机体，充足的国家生命需要农民、工匠、教士、士兵和商人。其中，国家的“庸俗”部分——工匠、农民及商人的价值不如“荣誉”部分——统治者、教士及士兵，在政治事务上也不应该与后者享有同等分量，否则就等于古代变态的“民主政治”。权力属于信仰基督教的俗人，他们就是人民。人民并不包括普通民众，不包括占人口多数的穷人。《反暴君论》一书中说：“当我们说到一切人民时，我们的意思是，只有那些掌握着来自于人民的权威的人，即所谓长官”。^③唯物主义者霍尔巴赫曾明确地给人民下了定义：“关于人民这个词，我并不是用它来指麻木不仁的老百姓……每一个靠其财产的收益过着体面生活的人以及每一个拥有土地的一家之主都应该被视为一个公民。”^④

在前面所引的安东尼·阿伯拉斯特论述英国政府赢得选民支持比例的大段文字中，他提到英国的“成人选举权普及”。英国“成人选举权普及”的标志性事件是1832年《选举改革法》的颁行。实际上英国选举权的普及有着漫长的历史发展历程，1832年《选举改革法》规定只有缴纳高额所得税的男性居民才能得到选举权。自1832年后，连续通过了1867、1884、1918年3个人民代表法，最终取消了选举财产资格的限制。选民开始不以财产所有人的资格而以国家公民的资格参加选举。1918年，30岁以上的妇女获得了选举权。1928年，21岁以上的妇女获得了选举权。^⑤可见，具有选举权，可以参与重要政治

① [英]戴维·赫尔德著，燕继荣等译：“导论”《民主的模式》（最新修订版），中央编译出版社2008年12月，第1—2页。

② [英]安东尼·阿伯拉斯特著，孙荣飞、段保良、文雅译：《民主》（第三版），吉林人民出版社2005年5月版，第52页。

③ 同上书，第41页。

④ 转引自[英]安东尼·阿伯拉斯特著，孙荣飞、段保良、文雅译：《民主》（第三版），吉林人民出版社2005年5月版，第52页。

⑤ 参见何军：《英国保守党研究》，博士论文，中国人民大学，2006年7月。