

立法方法论探析

姜孝贤 宋方青

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361005)

摘 要:立法方法论是立法法理学的重要组成部分,以增进立法过程的合理性程度、提高立法质量为目标。立法方法论的理性建构应当在“立法的环境”下来把握,并以对立法的法律属性和政治属性的准确分析为前提。“立法的环境”具有双维性:外在环境对应于法律行动者,即立法行动之成果所力图调整的对象;内在环境对应于政治行动者,即立法行动的实施者。完整的立法方法论应当是双维多层次的,既包括针对法律行动者的法律教义性维度,也包括针对政治行动者的政治性层面。立法方法论研究的开展对于型塑立法者职业共同体、约束政治立法者的恣意性、恢复立法的尊严具有十分重要的作用。

关键词:立法方法论;立法法理学;立法的环境

中图分类号: D901 **文献标识码:** A **文章编号:** 0438-0460(2016)03-0038-08

一、问题之提出

从方法论的视角看,当前法理学研究进路可以概括为概念主义和自然主义两种。其中,概念分析进路因其教义本性所预设的法制主义(legalism)将立法问题悬置为一个“事实问题”,不管这种“事实问题”本身是哈特式的作为社会事实的“承认规则”^[1]、凯尔森式的作为先验事实的“基本规范”^[2]抑或自然法学所坚持的作为理性事实的“道德律令”,从而发展出一套以裁判理论为核心的司法法理学。与此相对,自然化法理学则反对先验概念分析与直观方法在法律理论中的作用,并主张对法律规范的经验研究。由于建立在经验研究基础上的“预测”所暗示的“应当”具有盖然性,在规范性力量上存有先天缺陷,因而自然主义研究进路必然也以面向既定事实的“裁判”为核心。^[3]诚如德沃金所言:自哈特以来,法理学一直为审判理论所主导,^[4]并被视为“裁判的总则部分,是任何法律决定的无声前言”。^[5]

法理学对立法理论的忽视由来已久。现代以来,霍布斯首先将实证法和政治权力从宗教法中抽离出来,并将其道德意义抽空,进而法律变成了政治统治的一种组织手段。^[6]在这一背景下,法学的独立革命需要在两条战线上作战,既要从政治中分离出来,也要与道德分道扬镳。这一任务最终由实证主义法学完成,一方面,法律与政治的分离使得法律理论具有法制主义的(legalistic)属性;另一方面,法律与道德的分离使得法律理论呈现实证主义的(positivistic)特征。^[7]在实证主义法

收稿日期:2016-01-12

基金项目:国家社科基金项目“我国地方立法权配置的理论与实践研究”(13BFX024)

作者简介:姜孝贤,男,山东莱西人,厦门大学法学院助理教授;宋方青,女,山西平顺人,厦门大学法学院教授、博士生导师,福建省人文社科基地厦门大学立法研究中心主任。

学那里,立法机关则被视为一个“黑箱”。^[8]并且,正是其法制主义属性使得一项规则成为一项法律的原因被还原为实证主义式的“颁布的事实”。法制主义将立法活动本身变成了政治问题,并认为立法者没有明确的证成义务,即便现实中有相应的证成活动,也没有完美的封闭体系可资参照。^[9]这样一来,立法及其理论被排除在法律理论研究之外,立法方法论亦被忽视。正如考夫曼曾宣称的那样:“至今传统的方法学说,一直仅研究从法律中获得具体法律判决的过程。立法方法,即用来得到正确的法律的方法,过去和现在只字未提。”^[10]

实际上,如同法官一样,立法者也在遵守着相应的规范,只不过这些规范是宪法性的。诺尔(Noll)便认为:为了避免使法律成为政治力量冲突的偶然产物,立法过程需要遵循相应的原则与方法,以使得法律更加客观。^[11]在立法法理学中,有两条进路能够对作为政治运作过程的立法进行原理化约束:一是进行知识论的批判,即在实践哲学的框架下对法律与政治的关系进行重新探讨,使得立法成为法律理论研究的对象或主题,并在此基础上探寻立法者的义务以及立法的原则,进而使得立法活动本身更具客观性、合理性。二是从方法论入手,提议拟定规范性内容的有条理的方式,并发展出相应的实践工具以使得这一方法进路的不同步骤与阶段更顺畅。^[12]本质上,知识论批判与方法论建构是一枚硬币的两面。知识论批判主要致力于指出人们观念中的不当之处,并提出新的知识主张;方法论建构则是在新的知识主张的引导下,建构相应的方法来保障相应目标实现。一般而言,任何知识论批判的成果如果不能落实到方法论建构上,其批判的现实意义便会大打折扣。并且,立法法理学或者一般的立法理论,要成为独立的学科,就必须有自己的公认的、可辨识的方法论,否则就不能主张获得智识尊重。当前,立法法理学研究在知识论批判层面已取得较为丰硕的成果,方法论研究则亟需补强。

二、立法的属性与立法方法

英文“method”一词由希腊语 演变出来,字面意思是“到-途经”,即在给定的前提下,为达到一个目的而采取的行动、手段或方式。^[13]方法论则是指证成“特定研究方法相对于一个研究领域是适宜的”之基本原理,^[14]是关于方法的原理化、体系化的学说。方法论之于理论的意义,犹如语法之于语言,是全部规则的原理化框架。通过这种框架或结构,特定的知识或者意志材料才能得到根本认定和判断,并被归整为一个单位来把握。没有这种固定的方法及其理论,我们只会面临一种一些特殊情形的混乱状态。^[15]因此,虽然立法法理学主张自身的多学科属性,进而可运用多学科的方法,但在立法法理学提供一套方法论框架之前,其他学科的具体方法便无法被有组织地运用。

由于方法关涉的是如何能够充分认识某个客体的方式,^[16]因而方法及其理论化要以对特定客体独特属性的准确把握为前提。就立法方法而言,需要以立法的理论属性与实践属性作为前提。关于理论属性,考夫曼概括得十分准确,即立法是将法律理念与未来可能的生活事实进行相互调整。^[17]关于实践属性,沃尔德伦则给予了恰当界定,即立法是一种通过特定明确的正式程序来致力于法律制定(修改、撤销)的实践。^[18]理论属性可视为立法的法律(教义)属性,实践属性则可当作立法的政治属性。从法律属性来看,立法具有未来性和实验性。从政治属性来看,立法则具有目的性和程序性。结合立法的这些属性,我们认为立法方法具有以下几个特征:

首先,立法方法具有目的性。方法作为实现既定目标的手段、途径或者方式,为相关知识主张的论证服务,具有较强的实用性质。目的之于方法而言不仅是范导性的,同时也是构成性的。就立法方法而言,其与相关知识论标准相辅相成,目的均在于提高立法过程的合理性程度以及立法结果的质量,并需要一个立法合理性标准和立法质量的判别标准作为参照指引。此外,就具体运用而言,立法者的推理也具有目的性,即通过选择有效的手段来处理好特定的社会问题。因此,甚至可

以说,在法学方法中,主要不是形式逻辑的方法,而是一种目的论的方法。^[19]

其次,立法方法具有实验性。就单个案件整体来说,裁判方法一般情况下只会运用一次。而立法方法则可不断循环,其根本原因就在于立法面向未来的属性。立法的未来性暗示着规范性内容与它们在真实世界中的效果之间关系的重要性。由于未来的本质是一种可能性,充满各种变化,因而评估之于立法实践就是不可缺少的一部分,并导向了一种动态的、实验性的立法概念。正是在这一意义上,立法方法可以被循环启动,具有社会实验的特质,除非该项立法被废止。

再次,立法方法具有阶段性。作为一种创制法律的过程,立法必然体现为一系列的步骤或阶段。一般而言,立法包括如下几个步骤:对即将通过立法行动予以解决的问题进行分析与定义,确立或者澄清立法目标,可以用来解决问题的手段的检验与选择,规范性内容的起草、正式通过、实施、后评估、根据后评估结果进行修正。^[20]当然,立法方法的这种阶段性是一种理论上的阶段性,并不一定完全与现实的立法阶段相符,并且由于法案不同,具体的阶段也会有所差异。

最后,立法方法具有多学科性。立法方法论本身包括道义论、功利论、德性论等多种研究进路,不同类型的社会问题也需要不同的立法方法及其综合运用。例如,对金融类立法而言经济分析方法可能更为适切,而对于刑事类立法则道义分析可能会占主导。因此,立法方法不能仅限于法学学科内部,而应当是多学科性的,因为方法论虽然是一个理论问题,但其操作本身却不是一个知识问题,而是一个选择问题。^[21]

三、当前立法方法论的研究进路

当前,欧美国家立法方法论的研究进路较为成熟的主要有两支:一是在法学之内开展的立法方法论的研究,该研究进路具有法律教义学的特征,以考夫曼的类型思维进路为代表;另外一种进路则超越了法学的界限,主张建立具有多学科性的立法模型,以温特根斯为代表。

(一) 类型思维进路

类型思维是针对抽象概念思维而提出的,其倡导者是德国法哲学家考夫曼。在传统的形式逻辑中,抽象概念是通过定义来把握的,即通过列举全部要素得以清晰界定,^[22]借以形成抽象概念,并通过非此即彼的方式将某一事实“涵摄”于该抽象概念之下。相反,类型则是一种次序概念、功能性概念或意义概念,是一种意义关联。类型并非固定不变的事物,而是会随着生活事实而变化(尽管法律文字始终不变),即随着生活本身而变化。^[23]在具体推理时,类型思维以一种或多或少的程度方式,将具体事实“归类”于类型之下。就二者的关系而言,抽象概念是完美的类型,类型则是具体化了的概念。考夫曼用康德式的语言论述到“概念没有类型是空洞的,而类型没有概念则是盲目的。”^[24]然而,完全将类型概念化是不可能达到的,因而在具体的法律实践过程中,我们使用的应当是类型思维。在考夫曼看来,类型思维不是一种形式逻辑思维,但也不是非逻辑的、不精密的、紊乱的思维,而是一种先在于(形式)逻辑思维的本质性思维或前逻辑思维(vor-logisches Denken),是从“事物的本性”产生的类推思维或先天判断,正是由于这种先天判断,逻辑判断才得以可能。^[25]

从方法论的角度来看,类型是生活事实(现实的或可能的)与法律规范/法律理念之间联系的中介。相应的,法律现实化(立法与裁判)的过程本质上是存在(Sollen)与当为(Sein)相互符合的过程。符合需要一个能同时代表特殊与普遍、事实与规范的构造物,即一致的“第三者(Tertium)”存在,以作为存在与当为之间的桥梁,这一桥梁便是“意义”或“事物的本性”。它不仅存在于法律中,也同时存在于生活事实中。“事物的本性”可被视为一个方法论场域(Ort),存在与当为在其中遭遇并互相符合,具有共时性的双向结构。在具体推理形式上,类型推理则是演绎与归纳的综合运

用。就法律发现(裁判)而言,由于涵摄(演绎)的前提一开始并不明确,因而需要借助归纳这一建构行为来予以确定。一方面,通过对案件的解释,一个具体化了的“行为构成”从法律中产生,变成符合存在;另一方面,通过对法律的“建构”,一个类型化了的“事实行为”从单个案件中形成,变成符合规范。在此基础上,借助“事物的本性”或“意义”(法之意义)这一方法论中介,将前述行为构成与事实行为相互符合。如果二者可以相互符合,则特定法律规范就能够适用,并据此作出判决。反之,该法律规范则不能被适用。

立法方法类似于法律发现或裁判的方法,也是一种存在与当为对应、同化的过程。不同之处在于,法律发现或裁判是将法律规范与真实的生活事实加以调整,立法则是将法律理念与未来可能的生活事实进行相互符合,^[26]因而要将上述法律发现的过程“掉过个”。^[27]一方面,法律理念向着素材开放,并在“素材规定性”中得以现实化。此时,法律理念需要在生活事实的指引下来进行演绎,具体化出一个“形式性原则”,变成符合存在。另一方面,在“理念规定性”的作用下,通过对生活事实进行归纳,抽象出一个“构成要件”,变成符合理念。^[28]借助“事物之本性”这一方法论中介,立法者把理念化的生活事实与具体化的理念相互符合,构造出一个用概念表达的行为规范,并规定一个法律效果,进而形成一个法律规范。由此可见,考夫曼的立法方法论实际上是一种法律规范的构造术,并聚焦于立法思维方式这一层面,具有理论(教义)的规范意义,但面对如下实践问题缺乏充分的指导性:其一,特定问题是否可以通过法律进行调整,即立法的限度问题;其二,如果特定问题需要法律来进行调整,那么法律本身的规范性密度如何合理确定,即调整手段的选取问题。相反,这些实践性问题在立法模型进路那里得到了相应的处理。

(二) 立法模型进路

20世纪欧陆部分学者已经开始努力将立法纳入科学探求的范围,并以控制论为基础,通过立法模型来促进立法过程的理性化。立法模型的要素是由立法主要阶段或者关键节点构成,这些构成性的要素之间要能相互关联成一个结构性框架,具有普遍的适用性。诺尔是立法模型的早期倡导者,在《立法理论》一书中,诺尔创建了自己的立法模型,包括如下几个要素:问题激发(Problemimpulse)、问题界定(Problemdefinition)、目标设计(Entwurf von Zielvorstellungen)、事实分析(Tatsachenanalyse)、立法的事实性与规范性约束(Faktische und Normative Bindungen der Gesetzgebung)、方案设计(Entwurf von Alternativen)、草案批判(Kritik der Entwürfe)、后续监控(Nachkontrolle)、修改(Korrektur)。^[29]在诺尔论述的基础上,结合相关国家的实践,当代立法法理学的代表人物温特根斯创建了自己的立法模型。概括而言,温特根斯的立法模型以作为原理的自由为基础,以立法的环境为背景,以从自由中演绎出来的四个原则为主线,将立法过程实际阶段模型化后,概括如下:

1. 相关事实查明。当一个社会问题出现时,立法者就必须与事实打交道。对于事实,立法者并不是简单地追问发生了什么,而是要将这些事实本身放置于社会互动的背景下进行考虑,找出那些与社会互动失败具有相关性的事实。因为在立法法理学的语境下,法律是社会互动失败的替代物,对自由的任何外在限制必须遵循可替代性原则,即社会冲突或自由自身的诸观念间的冲突并不是必然通过裁判或者立法来进行解决。法律并不必然是实现自由的最佳手段,立法有其自身的限度,这是“作为距离的自由”的内在要求。^[30]换言之,法律并非先天地被用来组建自由,即与他者保持一定的距离。只有在社会互动失败,即主体之间的距离太小以致他们不能依据自由自身的观念(conceptions of freedom)来行动时,法律才登场。^[31]因此,问题的关键并非在于事实本身,而是事实之于特定社会互动的因果性。相应的事实查明必须指出哪些事实对于立法者将要实施的外在限制是相关的,以及获得这些事实的途径,包括听证、专家咨询、域外考察等。

2. 问题形成。事实状态如果被认定为是有问题的(problematic),是因为其不利于自由的实现或者说损害了自由。根据作为原理的自由,任何根据关于自由的观念(conceptions about freedom)

来对自由自身的观念进行的限制均需要证成。并且,温特根斯将立法法理学视为道德或者正义的元理论,是法律使得道德成为可能,而不是相反。因此,任何实质性的道德理论或者正义原则都不能被纳入外在限制的理由之中,相应的,诸如价值、目标、目的等问题不需要在事实查明中去证成。相反,这些证成属于广义上伦理学的领域,它们的执行是以“政治的环境”为条件的,政治共识会将其转会为政策,留待变成法律。

3. 手段权衡。立法法理学中的规范性密度原则要求外在限制必须进行论证,而惩罚需要特别的论证,因为它们涉及对自由的双重限制。如果要使用一种惩罚,那么论证的过程就包括对较弱的规范性方式的一种超越。在所有手段中,“规则+惩罚(RS)”是规范性密度最大化的技术,从作为原理的自由角度来看最不具优先性。相反,规范性密度较低的调整手段更应受到重视,包括替代性纠纷解决机制、契约(covenant)、自我规制性的行为守则、激励机制(如税收)、执照和资格证书等。手段权衡的逻辑主要表现为:首先尊重社会互动的作用——社会互动失败时的法律介入——依据不同情形采取事前规制与事后责任介入模式——优先选择规范性密度低的法律规范。

4. 前瞻。即将未来环境纳入考量,而不仅仅是前评估。立法所具有的面向未来的性质,使得其具有实验性。实践中,前瞻在之前的三个阶段都存在。当然,基于立法者的有限理性,这里的前瞻只是就合理可预见的部分而言的。在前瞻时,要充分考虑立法可能带来的正面影响及负面影响,并进行综合考量。

5. 回顾或反思。主要运用融贯性原则和暂时性原则来对立法进行后评估。其中,融贯性原则要求从法律体系整体角度去论证外在限制,暂时性原则则给法律制度中注入了时间维度,认为对外在限制的论证是一个持续不断的过程,外在限制必须与变化的情势保持同步。在对立法进行后评估时,需要重新进行事实查明,并对问题形成进行重新界定。

6. 修改。由于立法者本身的有限理性以及生活事实的变迁,立法修改与废止在所难免。立法修改时,应当遵循如下三个基本要求:首先,如果发现严重的错误要及时修改或者废止,例如违宪的问题;其次,要定期对立法进行后评估,包括评估立法目标立法手段的适宜性等;最后,立法修改不能过于频繁,而是要注意保持法的安定性。

四、“立法的环境”与立法方法论

“立法的环境”是立法法理学的两个轴心之一。在这里,“环境”不是单指社会世界中的事实,而指的是一组条件,这些条件使得立法既是必要的,也是可能的。^[32]“立法的环境”是立法的生成性环境,也是任何立法理论必须恪守的参照系。由于方法的选取要以其将要适用之对象的属性作为参照,因而立法方法也必须在“立法的环境”下进行选择。

(一) 立法的环境

“立法的环境”思想遵循的是罗尔斯对“正义的环境”解读思路。罗尔斯本人关于正义环境的理论又来源于休谟和哈特。在休谟看来,正义之所以是必要的,是因为一组社会事实,即资源稀缺、人的有限仁慈、人需要外在产品以维持基本需求等。^[33]哈特则延续霍布斯和休谟的观点,强调自然条件之于法律和道德之间的关联,这些自然条件包括:人的脆弱性、近乎平等、有限的利他主义、有限的资源以及有限的理解和意志的力量。正是这些自然事实使得道德或者法律成为可能的和必要的,这些自然事实也是“自然法的最小内容”,它们是法律体系存在的先在条件。^[34]

在罗尔斯看来,社会是一种为了互利而进行的合作性冒险,冲突和利益认同是其典型标志。之所以有利益认同是因为社会合作可以使所有人的生活更好,而之所以有利益冲突则是由于人们会对他们合作的成果如何分配发生分歧,每个人都想获得更大的份额。因此就需要一些原则来做出

大家都会同意的具体社会安排,这就是正义扮演的角色。而使得正义必要与可能的上述背景条件,即为正义的环境。^[35]罗尔斯将正义的环境分成两个方面:一是客观的环境,这与哈特和休谟的相关学说相符,包括人的身体及精神能力的相似性、易受攻击性、资源的稀缺性等;二是主观的环境,关涉的是合作主体,其中最重要的是每个人都有着不同的生活计划,彼此间漠不关心,从而就可利用的自然和社会资源持有冲突的主张。罗尔斯所强调的这两个方面的条件,不能被单纯理解为现实世界中的条件,因为现实中我们并不一定对彼此漠不关心。毋宁说,这些条件是那些使得正义可能和必要的理论条件。如果没有这些条件,那么社会合作就可以是必然的,而非可能的和必要的。正义之所以为人们所诉求,是因为阻碍性的正义之环境的存在。既然人类社会的特征是由“正义的环境”所刻画的,那我们的制度设计就要认真对待这些环境。

“立法的环境”也分为主观和客观两个方面。其中,客观的立法环境与休谟、哈特及罗尔斯等人的思想一致。主观的立法环境就是沃尔德伦所指的“政治的环境”,即在某一群体的成员中,对某一问题感到需要一个共同框架、共同决定或行动进程,即使他们对框架、决定和行动应该是什么存在分歧。^[36]沃尔德伦将这一环境追溯到康德关于道德分歧的假设。^[37]在他看来,政治是法律深嵌其中的环境,是立法的运作场域。这意味着,我们必须认真对待“政治的环境”,否则立法就不能被恰当地理解。“政治的环境”包含两个相互依存的方面:一是如果人们不偏好共同决定,那么分歧便不重要;二是如果连关于共同决定应当是什么的分歧的可能性都没有,那么共同决定的需要便不会引发我们所知的政治问题。^[38]分歧之于“政治的环境”的重要性恰如稀缺性之于“正义的环境”的必然性,正是“分歧的事实”与“共同合作的需要”这两个条件,使政治得以可能并且必要。

温特根斯主张,立法的环境的本质要素就是有限合理性(bounded rationality)这一概念,体现在两个层次上:一是外生约束所导致的有限合理性,对应的是法律行动者,这些行动者是立法行动之成果所力图协调的对象;二是内生约束导致的有限合理性,对应于政治行动者,这些行动者是立法行动的实施者。温特根斯认为,合理性必须克服其概念本身的认识论障碍(epistemological obstacle)进行语境化的解释。所谓的认识论障碍是指,在一个理论中,当一个概念的原初解释潜能开始产生相反的效果时,这个概念就变成一个障碍,也就是概念的防卫性功能。^[39]在立法法理学中,合理性概念就是这样一个认识论障碍,因为传统以法官为中心的法律理论以具有完美合理性的立法者为预设。但是,如果立法者具有完美的合理性,那么立法理论也就变得不必要了。克服这一障碍的途径就是要对合理性进行语境化的解释,进而坚持有限合理性概念,而理性的有限性要求立法者必须对自己的立法活动进行证成,这使得立法法理学得以可能并且必要。总之,“立法的环境”暗示着人的合理性必然是语境化的、有限的合理性,而不是抽象的、无限的合理性,理性的有限性才是立法的根本性环境。

(二) 立法方法论的框架

根据“立法的环境”,立法方法论可分为两个层次:第一个层次针对的是法律行动者,应当采取“问题解决”式的方法论路径。该层次的问题可以概括为三个方面:1. 明确要解决的是什么问题以及该问题是否属于法律调整的范围;2. 如果该问题属于法律调整的范围,那么要解决社会问题需要规定什么样的行为法则;3. 这些法律规则必须具有经验可行性。根据这种进路,问题总是向我们呈现出诸多的要素,这些元素可以分为本质性的和本质性以外的(extra essentialia),我们要收集的就是本质性的要素。在法律理念或基本原则的引导下将问题的本质性要素抽取出来,形成一个抽象化的“行为模式”。同时,法律理念也在事实的吸引下具体化为一个“具体的法律原则”,然后将二者进行相互符合。但是,无论是问题要素类型化、抽象化,还是法律理念具体化、现实化,都依赖于主体对行动中本质性要素的准确把握。然而,现实中的立法者对本质性要素的把握却往往存有偏差,在对要素进行加减的过程中,相应的具体化或者类型化过程就存在过度或不及的问题,从而造

成相应的判断失误。这便将我们引向第二个层次,政治行动者要对第一个层次所得到的法律性建议作进一步的证成。

在“立法的环境”下,立法者是有限理性的,因而我们的目标不是获得最佳的立法,而是正当的、令人满意的立法。立法的正当性借助正当化过程获得,并且该种正当性不是绝对的有无概念,而是一个程度概念。有限性意味着我们实现不了最完美的立法,因而就需要不断地对现行立法的质量进行评估和改进。^[40]因此,在第二个层次,最重要的实际上就是对立法的评估。评估分为前评估与后评估,二者存有不同。不同之处体现在评估标准的知识论基础上,具体而言:前评估是前瞻性的,因而具有很强的盖然性特征,其结果仅仅具有预测性和建议性。后评估则是后溯性的,主要是就法案施行的实际效果进行分析,因而具有较强的客观性与真实性。前评估侧重的是其正当性、合法性和可行性三个方面。后评估与前评估在评估方法与步骤上类似,但侧重点在于法案施行效果的评估,即法案的实施是否实现了既定的立法目的。

五、结论

当代国家正处在一个“立法国(legislation - state)”的时代,但却面临着立法膨胀与立法紧缩并存的困境,即国家成文立法的数量呈现指数性的增长,但立法的质量却越来越低。^[41]造成这种困境的原因既包括立法在实践中因各种坏名声而被贬低,也包括立法这一问题域理论化程度的不足,这也是立法法理学提出的直接背景。

立法是一项兼具法律性与政治性的实践。其中,法律实践预设了共识(agreement),政治实践则预设了分歧(disagreement)。相应的,立法者不仅仅是一个做决定的政治行动者,同时也是一个遵循规则的法律行动者,并与立法的内在环境与外在环境相对应。由于“立法的环境”是立法得以可能的条件,因而完整的立法理论应当将立法者的这两种角色同时纳入考量。毋庸置疑,作为知识论批判之镜像的立法方法论,对于约束立法的政治恣意性、增进过程及其结果的立法合理化程度、提高法质量、型塑立法者职业共同体以及重塑立法的尊严均具有十分重要的作用。

注释:

[1][34]哈特《法律的概念》,许佳馨、李冠宜译,北京:法律出版社,2006年,第104、180-183页。

[2]凯尔森《粹法理论》,张书友译,北京:中国法制出版社,2008年,第18-19、79、417页。

[3]LEITER, BRIAN. *Naturalizing Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 183-183.

[4]Ronald Dworkin, "Hart and the Concept of Law", *Harvard Law Review Forum*, Vol. 119(2006), pp. 95-103.

[5]德沃金《法律帝国》,李冠宜译,台北:时英出版社,2002年,第99页。

[6]哈贝马斯《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世俊译,上海:生活·读书·新知三联书店,2011年,第604-605页。

[7][40]Luc J. Wintgens, "The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence", in *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*, ed. Luc J. Wintgen, A. Danie Oliver - Lalana, Springer, 2013, pp. 1-31.

[8][36]沃尔德伦《法律与分歧》,王柱国译,北京:法律出版社,2009年,第45、129-130页。

[9]Lawrence M. Friedman, "On Legalistic Reasoning - A Foot Note to Weber", *Wisconsin Law Review*, 148(1966), pp. 148-171.

[10][27]考夫曼《法哲学的问题史》,载《当代法哲学和法律理论导论》,考夫曼、哈斯默尔主编,郑永流译,北京:法律出版社,2002年,第155-156、186-187页。

[11][29]Peter Noll, "Gesetzgebungslehre", *Rowohlt Taschenbuch Verlag*, 1973. S. 95, 63-193.

- [12] [20] *Evaluation of Legislation: Proceedings of the Council of Europe's Legal Co-operation and Assistance Activities* (2000-2001), Council of Europe, 2001. pp. 17-19.
- [13] 迈纳《方法论导论》王路译,上海:上海三联书店,1991年,第6、188页。
- [14] WILFRED CARR, Philosophy, "Methodology and Action Research", *Journal of Philosophy of Education*, Vol. 40, No. 4, 2006, pp. 421-433.
- [15] 施塔姆勒《正义法的理论》夏彦才译,北京:商务印书馆,2012年,第67页。
- [16] 康德《康德著作全集·第六卷》李秋零译,北京:中国人民大学出版社,2010年,第19页。
- [17] [26] 考夫曼《法律哲学》刘幸义等译,北京:法律出版社,2004年,第190页。
- [18] Jeremy Waldron, "Legislation", in *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson. John Wiley & Sons, pp. 236-247.
- [19] [23] [24] [25] [28] 考夫曼《类推与事物本质——兼论类型思维》,台北:台湾学林文化事业有限公司,1999年,第38-39、89、119、135-137、107页。
- [21] [30] [31] [32] [39] Luc J. Wintgens, *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, Ashgate Publishing 2012. P. 253, 134, 137, 293, 289.
- [22] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003年,第95页。
- [33] 休谟《人性论(下册)》关文运译,北京:商务印书馆,2012年,第536页。
- [35] John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999. pp. 109-110.
- [37] [38] Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999. p. 35, 153.
- [41] Luc J Wintgens. *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, Hart, 2002. pp. 65-79.

[责任编辑:蔡永明]

An Analysis of Legislative Methodology

JIANG Xiao-xian, SONG Fang-qing

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, Fujian)

Abstract: Legislative methodology, aimed at enhancing the degree of rationality of the legislative process and the quality of legislation, is an important part of legisprudence. Rationally structured legislative methodology should be grasped on the basis of legal and political properties of legislation, and be analyzed in the circumstances of legislation which have two dimensions: the external circumstances relative to the legal actors who are the subjects that legislation will regulate, the internal circumstances relative to the political actors who are the performer of the legislative action. As such, the legislative methodology should have two dimensions and multiple levels, including both the dogmatic dimension relative to legal actors and the political dimension relative to political actors. The research of legislative methodology will play an important role in shaping the legislative professional community, constraining the arbitrariness of legislators, and restoring the dignity of legislation.

Key Words: legislative methodology, legisprudence, circumstances of legislation