

'2000

法学新问题探论

'2000 Faxue Xinwenti
Tanlun

华东政法学院
法律系 编

SHANGHAI
SHEHUI
KEXUEYUAN
CHUBANSHE

上海社会科学院出版社

法学新问题探索系列丛书之四

'2000法学新问题探论

华东政法学院法律系编

WENTI TANLUN

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

'2000年法学新问题探论/华东政法学院法律系编著.

上海:上海社会科学院出版社,2000.12

(华东政法学院法律新问题丛书;4)

ISBN 7-80618-769-3

I. 2... II. 华... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 52716 号

'2000年法学新问题探论

华东政法学院法律系编

责任编辑:周 河

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

(上海淮海中路622弄7号 电话53062622 邮编200020)

经 销:新华书店上海发行所

印 刷:上海社会科学院印刷厂印刷

开 本:850×1168毫米 1/32开

印 张:19

字 数:480千字

版 次:2000年10月第1版 2000年10月第1次印刷

印 数:1-1200

ISBN 7-80618-769-3/D·208

定价:35元

序

1996年我系决定每年推出一本万字论文集,专门发表本系教师最新的法学研究成果。至今已出版了《法学新问题探索》、《法学新问题研究》和《跨世纪法学问题探研》等三部“法学新问题探索系列丛书”。在千禧之年,我们又隆重推出系列丛书之四,定名为《'2000法学新问题探论》。

作为华东政法学院最大的一个系,法律系的全体教师承担着日益繁重的教学任务的同时,始终不忘加强科学研究、提高自己的科研水平和科研能力。我们的系列丛书不仅收集了本系教师的最新科研成果,而且还为本系教师与法学界的交流提供了舞台。前三本系列丛书出版后,社会各界给予了较高的评价。对此,大家既感到欣慰,又深深觉得尚有许多不足之处需要努力改进。

新世纪的到来,对我们法学教育理论研究工作提出了新的更高的要求,依法治国是我国的基本治国方略,而在实现依法治国过程中,必然会面临许许多多理论和实践问题,这就需要我们每个法学界的同仁齐心协力去研究和探索,为贯彻实施依法治国的方略而贡献自己的一份热和一份光。

系列丛书之四《'2000法学新问题探论》是跨入新世纪后,我系第一次推出的法学论文学术专著。书中我们立足于新世纪法学新问题探索,着眼于理论与实践结合的深化。所收论文既有宏观理论研究又有微观问题探

研,且涉及到法学领域的方方面面,文中不乏有一些真知灼见。当然文中的观点和看法,均是作者个人的见解,仅仅是一种学术研究成果的展示,不能也不应该说什么权威论说。文中的观点如与现行法律规定和政策不一致的,均应以现行法律规定和政策为准。

本书的出版一再得到院领导的大力支持。在论文的审定和编辑工作中,我系的资深教授陈鹏生、何勤华、苏惠渔、彭万林、俞子清、胡锡庆、胡土贵、张贤钰、金友成、张善恭等都提出了宝贵的意见和建议。我系的刘星老师一如既往地为本书的出版提供了极大的帮助。上海社会科学院出版社的周河先生不辞辛劳、全力以赴地促成了本书出版。在此,谨向他们表示衷心的感谢!

由于撰稿时间仓促,文中不妥不周之处在所难免,望各位同仁、专家赐教指正。

华东政法学院法律系

2000.5

目 录

序	/1
---------	----

法理篇

•论行为法学	顾亚潞/1
•论法律行为制度	张 驰/13
•关于“法”的思考 ——透视中国传统法律观	殷啸虎/35
•论权利的生成、实现及保障	王敏慧/53
•论一般人格权	李锡鹤/62
•试析法律规范与法律条文的关系	胡春明/80
•法律文本的解释形式	苏晓宏/92
•法律移植的实践价值	汤琳俊/103
•法官素质问题研究	丁以升/118
•反腐败的宪法学思考	王月明/131

民法(经济法)篇

•近代民法典的原则和精神及其在现代社会的挑战 ...	高富平/144
•论我国合同法的新发展	彭万林/166
•欧美产品责任法理论演变探究 ...	盛雷鸣 关 峰 李 霖/179
•不完全竞争与罪刑设立	孙万怀/202
•商业秘密私法上救济之比较	戴永盛/220

- 房屋买卖中的优先购买权····· 黄武双/239
- 无锡日报社与中国足协名誉侵权案若干法律问题思考·····
····· 王俊民/255

刑法篇

- 论罪名的确定与使用····· 杨兴培/269
- 金融犯罪时空论····· 夏吉先/287
- 我国正当防卫问题研究····· 游 伟/301
- 论家庭暴力及其法律思考····· 张贤钰/313
- 论贝卡里亚刑法思想····· 何 萍/327

行政法篇

- 行政主体论要····· 杨 寅/338
- 市场经济与依法行政····· 张心泉/353

诉讼篇

- 审前准备程序研究····· 武胜建 房保国 沈 强/366
- 论民事举证时限制度····· 牟道媛/388
- 我国民事诉讼调解制度的反思与完善····· 姚 远/400
- 我国回避制度若干问题探讨····· 邵 军 房保国/413
- 试论刑事诉讼中的当庭宣判····· 叶 青/432
- 行政诉讼观念与行政诉讼立法····· 沈福俊/443
- 论利害关系人提起行政诉讼的理论依据····· 薛 珍/458
- 强化执行力度的若干对策思考····· 孙剑明 陆林根 奚强华/473

法制史篇

- 魏晋时期多元化法学世界观评述····· 何勤华/486
- 明朝俸禄制度探究····· 赵元信/503

- 邹容、陈天华民主与法律思想 徐永康/517
- 新上海第一年法制评述 王立民/531
- “孝”的观念与法律文化 张德强/546
- 俄罗斯期检察机关的沿革 张寿民/559

法律文书篇

- 以审判方式改革为契机 加强司法文书学科建设 ... 潘庆云/572
- 举证、质证、认证在民事判决书中的体现 李 琴/587

法 理 篇

论行为法学

顾亚潞

一、行为科学与行为法学

行为科学兴起于 20 世纪 30~40 年代,至 50 年代正式确立其科学地位。1949 年,在美国芝加哥举行的一次跨学科学术研讨会上首次提出了行为科学的概念。到了 1953 年,美国把以人的行为为主要研究对象的综合性新学科命名为行为科学。从历史上看,注意对人的行为的研究方法可以追溯到 20 世纪 20 年代。当时荷兰科学家就对动物行为进行详细的分析,提出了一门研究动物行为的学科,被称为行为学;以后,英美科学家相继开展了对人类行为的研究。影响较大的是心理行为主义学派,该学派从客观主义立场出发,研究人的行为和环境的关系,建立刺激和人的行为的模

式。美国实用主义哲学家杜威认为,所谓生活、行动、实践都是指人作为生物有机体适应环境的行为;环境对有机体产生刺激,有机体对这种刺激作出反应,即适应环境,这就是行为。刺激——反应是作为人的经验的基本含义¹。以上这些学派和哲学思潮的出现,为行为科学的兴起奠定了基础。

行为科学的崛起与西方主要资本主义国家的经济发展存在密切联系,也反映了资本主义生产社会化发展的客观规律。近代大工业的迅速发展,给企业管理的学科带来很大变化。行为科学在企业管理中注重人的行为研究,强调尽可能调动人的积极性,激发人的动机为实现企业的目标服务。行为科学要求企业管理者以人的行为为研究中心和对象,重视群体在企业生产中的作用,鼓励职工参与企业的管理活动。由于行为科学在企业管理领域取得卓有成效的成就,很快就在其他科学领域发展和传播开来。行为科学的理论和方法影响到医学、行政学、法学、经济学等学科,形成了行为医学、行为法学、行为经济学等一系列学科。

行为法学的兴起是与行为科学的发展不可分的,由于行为科学的深入发展,行为法学就应运而生。行为法学最早出现在美国,美国一些法学家运用心理与行为分析的方法研究法律现象。美国现实主义法学家弗兰克、卢埃林运用心理行为主义的理论和方法,对法律进行分析,得出法就是法官对具体案件的判决,法官的判决就是法官的行为,而法官的行为就是法官对外部各种刺激的综合反应的结论。因此不必关心法官是否遵循法律规则去进行判决,只要关心和注意法官对外部各种刺激会作出如何的反应,这种反应的结果就是法律²。由于法官对外部各种刺激的反应具有决定性作用,那么,要想知道什么是法律,就必须去预测法官对外部各种刺激有何反应。在刺激——反应之间存在一系列的中介变量。要准确地预测法律,就必须研究法官的个人性格,调查法官的个人经历,了解法官以往作出的判决。只有如此,才能准确地把握法

律。这种以心理学行为主义为基础的美国现代主义法学派构成了行为法学的理论渊源之一。行为法学另一个理论渊源是政治学行为主义。这种理论认为,所谓政治主要指政治主体的行为,例如,对政治主体的选择、政治主体的宣传、政治主体的竞选、政治主体对政治的各种反应等。因此,要研究政治行为,首先要研究政治主体的行为,特别是从个体的政治行为出发,由个体的政治行为来了解各种政治现象和动机。该理论在研究方法上注重准确的分析和客观的观察,采用行为科学以及社会学、心理学、生物学和统计学的方法,通过对政治行为的分析或实验得出结论。

政治学行为主义在欧美法学流派中影响很大,其代表人物有舒伯特、布莱克等,代表性著作有《行为主义法理学》(1976年)、《法律行为》(1967年)等。他们认为:法律并非是分析法学派所指的规则;也不是自然法学派所描述的抽象的理性、正义,法律就是人们的种种行为,人们的法律行为就是具体的法律,例如:立法机关的立法行为,行政机关的执法行为,司法机关的诉讼行为,通过政府对社会的控制行为等。既然法律就是人的行为,因此,法理学的任务就是研究法律行为。法学家要站在客观的立场上,采用观察分析的方法,对国家的立法行为、政府的执法行为、法院的司法行为、企业和个人的守法行为进行观察和分析。在对法律行为进行观察和分析时,要严格按照科学的精神进行。所谓科学的精神仅仅在于观察和了解法律行为,认识法律行为的现象。所以,该学派认为行为法学不应该研究法的本质,更不应该提出法学改革的方案,因为科学的精神只能整理具体的经验,而无法进入正义、公平、理性、价值等抽象的领域。根据这些观点,行为主义法学派反对研究法的本质、法的价值、法的原则、法的思想,主张把“理论的法律”和“行动中的法律”区别开来,防止人们把这两种不同的法律相比较,避免了人们所说的“行动中的法律”和“理论的法律”不一致,从而排斥了法律的价值判断。同时,行为主义法学注重研究

法律行为模式,构造了“法的社会控制模式”、“法的纠纷模式”和“法的变量定理”。他们认为法的社会控制效果取决于个人之间的相互期待行为的顺应程度。为了保证相互期待行为的顺应,就有必要设立法的纠纷模式,当社会陷入不平衡状态,造成法律秩序的紊乱现象时,需要向结构中注入必要的功能,从而使社会恢复平衡,法律秩序得以保持正常。“法的变量定理”,是指法作为一种调控社会的手段,涉及到社会生活中若干可变的方面。例如,社会分层、社会结构、社会组织和社会控制,归纳出法律行为的运行若干定理:一是,法随社会分层成正比的变化。一个社会分层越多,它具有的法律规则就越多。二是,法随社会等级成正比的变化。在其他条件不变的情况下,社会等级越高,法律就越多,反之亦然。三是,法与社会结构差异呈曲线状。在缺乏分工和交换的地方,法比较少,在分工明确、交换频繁和人们相互依赖的地方,法比较多。四是,法随社会组织化成正比的变化。社会组织越发展、越复杂、越多样化,法就越多。五是,法随其他社会控制成反比的变化。其他社会控制强化的地方,法相对弱化;反之亦然。

在西方,行为主义法学的发展有其积极的意义。首先,它拓宽了法学的研究范围,使法学的研究重心从法规、判例、原则转向到法律的现实,摒弃了传统法学中教条主义和注释方法。其次,它引进了自然科学的研究方法,采用定量分析方法研究法学,使法学和自然科学紧密结合,更具有科学性。最后,它有助于全面认识法的内容和形式。例如,在法与社会分层、法与文化、法与社会控制等方面的研究,无疑涉及到法的基本理论³。当然,行为主义法学也有一定的局限性,它过分注重研究具体的法律行为,而忽视了法的本质、法的价值等;过分强调法的定量分析,而忽视了法的定性分析;片面地追求法的价值的中立,试图把所有的法律行为都模式化、数量化,这就使其不可避免地走向机械论,违背了法的科学性的要求。

在我国,对行为科学引起关注和研究始于 80 年代初。随着社会主义经济体制改革的深入进行,市场经济体制的确立,在经济学领域中引进了以行为科学为基础的现代企业管理模式和理论,促进了行为科学理论的应用和普及。在此背景下,行为科学理论逐渐向其他学科拓展,出现了行为医学、行为法学等新兴学科。80 年代的中期,我国法学理论领域的研究相对落后,法学界要求繁荣和发展法学基本理论,于是,提出了各种学说和观点。行为法学作为一种新兴的理论也被提出,经过法学家的不懈努力,行为法学的学科地位最终得到确立和承认⁴。

行为法学学科的诞生,是法学理论领域中从单一学科向多种学科、跨学科领域发展的结果,使行为科学的理论和方法渗透到法学理论领域,开辟了全新的研究领域,必将促进我国法学理论的繁荣和发展。

二、行为法学与法学的发展

党的十一届三中全会以来,邓小平提出了“发展社会主义民主,加强社会主义法制”的方针,为依法治国,建设社会主义法治国家明确了方向。我国的民主和法治建设举世瞩目。在立法方面,经过 20 年的努力,取得突飞猛进的飞跃,初步建立了以宪法为核心的社会主义法律体系,在社会政治、经济和其他领域已基本实现有法可依。同时,立法的质量正在不断提高,使制定的法律更便于贯彻实施和具备可操作性。在司法和执法方面,已设置了健全的司法和执法机构,建立了一整套完备的切实可行的司法和执法制度。在法律监督方面,也建立了以国家监督为中心的法律监督体系,对法律的实施进行有效的监督。在法治宣传教育方面,经过大规模的、有计划的普法教育,极大地提高了广大公民的法律意识。在依法治国,建设社会主义法治国家方面取得了空前伟大的成就。

当前,依法治国,建设社会主义法治国家的原则作为重要的治

国方略已载入宪法,成为所有国家机关、社会团体、企事业单位、公职人员和全体公民的行为准则。同时,我国法学理论的研究也有了长足进步,指导着不断发展的社会主义法治实践。然而,要使法学理论能够指导法治实践,就必须更新理论观念,消除不适应当前法治建设的传统观念和陈旧的理论对人们的影响。随着我国社会主义事业的发展,民主和法治建设的加强,我国的法学理论从来没有像今天这样繁荣,这是必须肯定的。但是,法学理论落后于法治实践,无法全面回答法治建设实践中出现的各种新问题,法学研究的指导思想不够解放,法学研究的方法还停留在对法律现象与其他社会现象的一般关系的研究水平上,没有把法学研究置于改革开放、不断变化发展的社会系统之中,离建立具有中国特色的、与社会主义法律体系相适应的法学理论体系还有相当大的距离。这就要求我们在坚持马克思主义的法学基本理论同时,要注意吸收古今中外各种法律文化中有价值的内容,把现代科学的方法论逐渐引进法学理论领域,这样才能促进法学理论和法学研究方法的发展和繁荣。

行为法学的研究对法学的发展主要表现在以下几个方面:

1. 行为法学的研究有助于依法治国方略的实施

依法治国,建设社会主义法治国家,就是在中国共产党的领导下,广大人民群众依照法律规定,通过各种途径和形式管理国家、管理经济文化事业、管理社会事务,使国家的政治生活、经济生活和社会生活纳入法制化的轨道,保障国家的长治久安和人民幸福。行为法学就是要研究依法管理的途径和形式,强调以人为本的管理思想,重视用法律规范来指引和引导人们的行为,既要注重对法律规范的研究,又要强调对社会主体的行为的调控,使法律规范和行为模式两者紧密地结合起来,达到规范实施和行为导向一致,为实现用法律管理国家、管理社会提供切实有效的途径和手段,使社会生活法制化、规范化,实现依法治国的目标。

2. 行为法学的研究有助于法学研究方法的转变

长期以来,法学作为一门社会科学,其研究方法还停留在比较分析、历史考察和注释等方面;近来,引进了一些新的系统研究的方法,如控制论、系统论和信息论。但是,由于种种原因,采用新的方法论研究法学理论的并不多见。行为法学提供了一种新的思路和视野深入研究社会主体法律行为,采取定性分析与定量分析相结合,静态的规范的研究与动态的行为研究相结合,研究社会不同层次的人们的法律需要、法律行为和动机,研究影响人们法律行为的各种心理因素,并根据研究成果对社会主体的法律行为进行引导和调控,使国家的立法决策科学化,确立法律的权威性。

3. 行为法学的研究有助于法制现代化

法制现代化是指一个国家和社会随着社会的转型,从传统法制向现代法制转化的历史过程。在这个历史性的转变过程中,将使一个国家的法律整体面貌发生巨大的变化。其中,既有法律规范、法律制度和法律组织机构的现代化,又有法律价值、法律行为和法律思想观念的现代化。要实现法制现代化,就要用科学的精神借鉴和吸收一切优秀的法律文化。行为法学作为一门新兴的学科,在法学领域进行跨学科的综合研究,并通过不断的实践,总结出一套完整的、系统的、科学的法律学说,促进法制现代化的历史过程尽快实现。

综上所述,行为法学和法学的发展存在密切的联系。随着行为法学研究的深入发展,它必将对法学的发展和进步起到一定的促进作用;同时,法学的发展和进步又需要吸纳各种新思潮、新观点,为行为法学的发展创造了条件。因此,这两方面是相辅相成的,相互促进的。

三、行为法学的研究对象

行为法学的研究对象,往往涉及到行为法学学科的科学定义。

由于行为法学是一门新兴的发展中的学科,要完整地、准确地界定行为法学的研究对象有一定的难度。在法学理论界,对行为法学的研究对象的表述众说纷纭。具有代表性的观点认为:行为法学是应用行为科学的原理和方法,研究宏观社会行为中的各种法律行为以及与之相适应的法律心理现象,旨在通过这种研究来对人们的法律行为进行预测、调整和控制,探索法制行为、法律机制、法治目标三者间相互关系及其规律的一门新的独立的科学⁵。这个定义无疑是相当新颖的、颇有见地的,对于全面认识和理解行为法学的研究对象以及它在法学系统中的地位有重要的意义。但是,把行为法学界定为行为科学的原理和方法的应用显然是不够的。现在,法学理论界已经把“行为”作为法学研究的起点,因为,“行为”既是最抽象、最简单的概念,也是对利益追求的过程,同时行为又是权利义务的基本内容,法律又要调整 and 限制人的行为。因此,行为法学是以“行为”为研究对象,系统地研究法律、行为、利益、权利之间相互关系及其发展规律的科学。从这个定义出发,我们分析行为法学的研究对象还必须把握以下几个方面:

1. 行为的规范化是法形成和发展的动因

人的行为和大自然的运行不同,和动物的行为也不同,其根本区别在于人的行为是在一定目的、意志支配下的活动,是受人的思想支配而表现为外在的各种活动。其最基本的行为就是从物质资料生产和生活的行为,法的形成和发展就是对人的物质资料生产和生活行为的规范化要求。恩格斯指出:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。随着法律的产生,就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力,即国家。”⁶ 对人的行为规范化要求就是实现对人的行为的法律调整,使人的行为在法律规定的范围和界限内活动,并遵循

一定的行为标准和程序。法的形成和发展的规律性告诉我们：它是从个别性调整发展到规范性调整，即最初的法律仅仅是对个人的行为进行单个的、孤立的调整，往往带有偶然性和任意性，发展到后来法律主要是规范性调整，即从人的行为中抽象概括出共同的行为规则，使之适用于同一类行为或同一类情况。同时，法对人的行为的调整经历了从自发调整到自觉调整的过程，从一般社会调整到法律规范调整，从习惯、习惯法调整到成文法和广泛的立法调整。在这个过程中，法最初对人的行为的调整纯粹是自发的。恩格斯在分析古代雅典和罗马法律时指出：这两种立法，都是纯粹由于经济强制，作为习惯法而自发地产生的⁷。随着社会的发展，对人的行为自发的调整逐渐发展到自觉的调整，即从一般社会调整，如习惯、风俗、道德和宗教的调整混为一体分化成法律规范的调整。由此可见，不论法的形成和发展过程多么复杂，是都针对人的行为的规范化调整的结果。这充分说明了人的行为是法学研究的最重要的起点，是法律形成和发展的最初动因。

2. 行为是法律调整的直接对象，是法的价值的体现

众所周知，法律与道德、宗教的根本区别之一是法律仅调整人的行为，通过规范人的行为达到维护社会秩序，保障社会公共利益的目的，而道德和宗教不仅调整人的行为，还要调整人的内心的信仰和理念。马克思曾尖锐地指出：“对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域，因为行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西，而且因此我才受到现行法的支配。”⁸ 所以，凡是不以人的行为本身而以人的思想作为标准的法律，就是对非法行为的认可。当然，人的行为固然要受其思想意识的支配，追究人的行为的法律责任也要考虑行为人的主观意图，但是调整行为人的主观意图必须是通过人的外在行为。如果，仅有人的思想活动，没有人的外在行为，法律是无法调整的。同时，行为也是法律实现其