



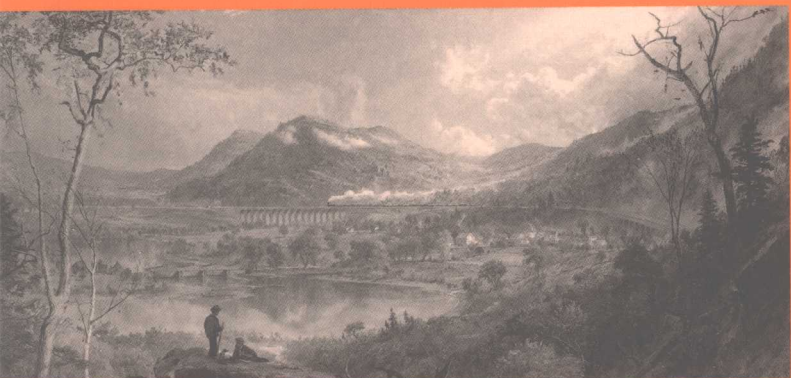
西方法学思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

行为主义法学

Behavioristic Jurisprudence



胡震 韩秀桃 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF
POLITICAL SCIENCE AND
LAW PRESS
100081 北京·中国政法大学
100081 Beijing · China University of
Political Science and Law

行为主义法学



张明楷 著



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF
POLITICAL SCIENCE AND
LAW PRESS



西方法学思潮与流派
The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

行为主义法学

Behavioralist Jurisprudence

胡震 韩秀桃 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行为主义法学/胡震,韩秀桃著. —北京:法律出版社,
2008.5

(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8438 - 8

I. 行… II. ①胡…②韩… III. 行为主义—法学—
研究—西方国家 IV. D909.1 D84 - 063

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 055451 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/林 喆

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/5.75 字数/115 千

版本/2008 年 7 月第 1 版

印次/2008 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8438 - 8

定价:14.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科学生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力相助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



绪论	1
第一章 行为主义法学概论	5
第一节 行为主义法学的概念及其理论基础	5
第二节 结构功能主义的法律社会控制论	10
第三节 “自动探测仪”的审判过程论	12
本章小结	14
第二章 行为主义法学兴起的历史背景及其理论渊源	16
第一节 行为主义法学兴起的历史背景	16
一、自然法学和分析实证主义法学与世界 法律现实不相适应	17
二、美国文化传统的特性	18
三、美国现代自然科学和社会科学的迅速 发展和互相渗透	19
第二节 行为主义法学的理论渊源	20

一、实证主义	20
二、结构功能主义	22
三、行为主义心理学	24
四、行为科学	27
五、行为主义政治学	31
本章小结	32
第三章 行为主义法学的基本理论	34
第一节 行为主义法学的研究对象与方法	34
一、行为主义法学的研究对象	34
二、行为主义法学的研究方法	37
第二节 行为主义法学关于法的认识	41
一、行为主义法学的法概念	41
二、行为主义法学的法律价值观	45
第三节 行为主义法学的纠纷解决模式	48
本章小结	51
第四章 格伦登·舒伯特的司法行为论	53
第一节 舒伯特的生平与著述	54
第二节 司法行为论	57
一、行为主义法学的基本特点	57
二、司法行为主义	58
第三节 司法政策制定论	62
第四节 最高法院大法官的司法心态研究	66
本章小结	70

第五章 唐纳德·布莱克的法行为理论 72

第一节 布莱克的生平与著述	72
第二节 布莱克与诺尼特的方法论之争	75
一、争论的起因	75
二、争论的内容	76
三、争论的影响	81
第三节 布莱克的法行为理论	82
一、法律及其类型	83
二、法律的运作行为理论	88
第四节 布莱克的案件社会学	119
一、案件社会学概述	120
二、案件社会学的内容	122
三、案件社会学的发展趋势	132
本章小结	134

第六章 川岛武宜的科学实用法学 137

第一节 川岛武宜的生平及著述	137
第二节 川岛武宜的法观念	138
第三节 传统的法律学	141
一、法律解释学、解释方法及构成	141
二、法律解释学的解释学性质	143
第四节 科学实用法学(市民的法律学)	146
一、科学实用法学的目的	146
二、科学实用法学的社会背景	148

三、科学实用法学的课题之一:影响裁判 的各种因素	149
四、科学实用法学的课题之二:影响裁判 的权利	152
五、科学实用法学与其他社会科学的关系	153
本章小结	154
结语	155

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	161
主要名词术语与代表人物索引	164
参考文献	167

绪 论



自然科学的进步往往影响甚至直接促进社会科学的发展并进而扩及法学领域。20 世纪 50 年代以后,计算机科学的发展在美国取得了突飞猛进的前进,计算统计技术的进步极大地方便了行为科学的研究,行为科学在美国的兴盛则进一步刺激了一些法学家把行为科学的理论和研究方法引入法学研究中,并从而开辟了法学研究的一个新的领域。行为主义法学的出现,某种程度上就是行为科学在法学领域中结出的一个果实。

近代以来,就研究方法论和基本价值观而言,西方法律和法学研究大致可以分为三个主要的派别:自然法学、实证主义法学和社会学法学。^{〔1〕}

自然法学主张一个先验的、绝对的法律价值的存在,认为该法律价值独立于现实生活中国家制定的实定法之外,并可以且应当成为检验实定法是否为真正意义上的“法”的标准。该法律价值就是正义,正义存在于人、自然

〔1〕 以英国的梅因和德国的萨维尼为代表的历史法学派曾经是西方法学史上重要派别之一,但是近代以来,随着民族国家建构的基本完成和法律体系的基本固定,历史法学派的作用日趋式微。因此,此处不再重点提及历史法学派,然而其在世界法律史上的重要作用却不可忽略。

和社会的本性之中。违反正义的法不是“法”,即我们通常所谓的“恶法非法”。因此,自然法学认为法律和道德密不可分,也不绝对区别法的实然和应然。

与自然法学相对,实证主义法学强调法的实定性,主张法分为“实然法”和“应然法”,明确宣称自己只研究前者,即只研究实际存在、作为人定规则存在的法律。它着重分析实然法的结构和概念,根据逻辑推理来确定可适用的法,认为法与道德无关或至少二者没有必然的联系。

社会法学将社会学的分析框架和理论工具引进到法学领域,主张在法和社会的互动中理解二者,在社会中理解法,在法中理解社会。它认为法在本质上并不是实证主义法学认为的国家制定法,而是一种社会秩序,一种社会立法中的秩序或人类联合的内在秩序。如此,社会法学的“法”就突破了国家的限制,法律与国家之间并没有必然的联系,法并非一定由国家机关特别是立法机关所制定和实施,在没有国家的时候和地方也存在着法律。法是由规则、原则、政策等多种复杂的要素构成,法的本身并不是单纯的一种规则。此外,要把法置于整个社会之中研究,分析各种社会的、政治的、心理的以及文化的诸因素对于法及其运作的作用和影响。

行为主义法学很难被明确地归入上述三大法学流派中的任何一个。一般情况下,行为主义法学往往被认为是社会学法学的一个旁系分支,但是其代表人物唐纳德·布莱克(Donald Black)却坚持认为自己是实证主义的忠实信徒,并且在研究中坚决主张把价值判断剔除在外。同时,布莱克对创建一种“放之四海而皆准”的法社会理论的痴迷和追求则颇类似自然法学者对先验的公平、正义等的坚信。

行为主义法学的直接法学理论渊源是以卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)和杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank)^[2]为领军人物的美国法律现实主义(American Legal Realism)。他们认为“法律只是一组事实而不是一种规则体系,亦即是一种活的制度,而不是一套规范。……法官、律师、警察、监狱官员实际上在法律事务中的所作所为,实质上就是法律本身”。^[3]正是在法律现实主义研究的基础上,20世纪50—60年代,行为主义法学开始发展于美国。和法律现实主义类似,前期的格伦登·舒伯特(Glendon Schubert)等人集中研究司法行为,特别是法官的判决行为,后期唐纳德·布莱克等人则着重于建构和提升行为主义法学的一般基本理论。

就其研究的方法论和具体主张而言,行为主义法学与实证主义法学和社会学法学瓜葛较多。第一,对于“法”的界定。行为主义法学不仅排除法的应然研究,而且不同意实证主义法学认为“法即规则”的判定,而是主张“法即行为”,认为法不是存在于规则之中,而是存在于可以观察到的行为之中。第二,法和国家的关系。行为主义法学不同意社会法学认为法和国家没有必然联系的观点,而是在法和国家之间建立了必然的联系。布莱克认为“法律是政府的社会控制”,他借用了社会法学“社会控制”的概念,却把“法”限定在政府的范围内。如此一来,既区分于马林诺夫斯基(Malinowski)等法人类学的“法”,也不同于马克斯·

[2] 杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank, 1889—1957),美国著名法学家、法官,现实主义法学的主要代表人物之一。主要代表作有:《法律和现代精神》(1930)、《初审法院:美国司法的神话和现实》(1949)。

[3] [美]埃德加·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第153页。

韦伯、庞德等理解的“法”。第三,在研究方法上,采用观察法、社会调查法、定量分析和数学模型分析等方法,这是以往任何三大法学派都没有采用的研究方法。第四,法律是一个有方向的、可以测定的变量。法律可以分为不同的类型,同时它也随着时间和空间的变化而发生数量的增减。第五,行为主义法学的研究目的是通过一个个法律命题的建构,建立一套得以科学预测法律行为的理论。

行为主义法学自建立以来,从其发源地美国传播到日本、欧洲等地,引起了较大的反响。然而,20世纪90年代以后,由于自身理论发展的不足及各种社会因素的作用,其影响有所下降,但其许多观点和主张仍然具有较强的实际意义。特别是对于正处在社会转型期的当代中国来说,法律制度的建设、法律意识的发达和法学研究的推进都面临着一个重要的契机。传统的宏大理论式研究已经不能满足社会现实的需要,如何既从宏观上建立科学、民主的社会主义法制观,又从微观层面的各个具体问题入手,推动法学研究向纵深方向发展,是我们必须面对的一个问题。行为主义法学强调用新的科学技术手段对法律行为进行深入分析,强调法律的“实然”研究,强调法律与其他社会生活的关系,强调统计和定量分析的研究方法,上述这些对于中国社会,对于正走向宏大叙事时代的当代中国法学来说,都有着极大的借鉴价值和启迪意义。

第一章

行为主义法学概论



法律的生命不是逻辑,而是经验。

——[美]奥利弗·温德尔·霍姆斯

行为主义法学,是西方晚近的一个法学流派。它由一般行为科学,经过行为主义政治学的媒介,到20世纪70年代形成。行为主义法学发展于美国,20世纪80—90年代曾经席卷西方以及日本的整个法学阵地,成为最有实力的法学思潮之一。20世纪末以来,虽然它的影响力有所下降,但在美、日等国家仍然有众多的支持者。

第一节 行为主义法学的概念及其理论基础

行为科学中的“行为”(Behavior),概指人类的行为(Human Behavior),其含义是十分广泛和复杂的。它不仅包括明显的客观存在的行为,而且还包括态度、信念、期望、动机、愿望等主观行为。行为的主体既包括单个的个体,也包括重要组织、社会群体、社会阶层等群体。行为科学研究行为的目的是为了正确、合理地认识 and 了解影响人类行为的各种因素,并得以科学合理地安排人类的各种

行为。

行为主义法学,研究者有时也称行为法学。它是借助一般行为科学的理论和方法来研究法律现象的学科,具体地说,行为主义法学是研究人的法律行为,尤其是研究司法活动参与者的行为的学科。其目的在于通过这种研究,发挥法律的“社会控制”作用,帮助国家当局制定出适宜社会发展的司法政策,以期造成一种理想化的法律秩序,并从而控制社会,维护社会的安定状态。

行为主义法学的提倡者人数众多,其中以美国学者为主,兼有一些日本和欧洲大陆学者。行为主义法学的研究在美国大致经历了两个阶段:第一阶段为20世纪50—60年代,在此期间,许多法律社会学家、法律政治学家开始借助行为主义的理论和方法进行了大量的实证研究并取得了可观的研究成果。其主要代表人物和著作有格伦登·舒伯特及其《司法行为的量的分析》(1959年)、《司法政策制定》(1959年)和《最高法官的法律思想、态度和意识形态》(1956年),R. 劳勒(R. Lawlor)及其《计算机能做什么:司法判决的分析和预测》(1962年),D. 达勒斯基(D. Danelski)及其《比较司法行为》(1969年)。这一阶段研究侧重于把法律行为看做客观的研究对象,通过采用新的计算机技术、生物技术等对法律行为特别是各种司法行为进行微观的、量化的实验和分析,通过所谓“科学的、客观的”研究揭示影响和决定“行动中的法”的各种因素。舒伯特、劳勒等人的努力,完成了行为主义法学的初步建构,奠定了后期布莱克等人研究的基础。

第二阶段研究从20世纪60年代末70年代初开始,在前期研究的基础上,行为主义法学者积极致力于行为主义法学理论的创造和提升。经过第一阶段的发展,行为主义

法学已经初步建立起来,并在西方法社会学领域产生了一定的影响,但这种经验的实证研究也逐渐显现出其不足。其中最主要的一点是,它只从特定的侧面来研究具体的问题和现象,其研究结果往往是片断的、个别的,而不能很好地组成一个完整的理论体系。可以说,这个时期的行为主义法学研究处于一种相对零散和非系统的阶段,经过二十多年的研究后,需要对其个别的、零碎的成果加以总结,以形成一个较为系统和完整的理论体系。唐纳德·布莱克的工作恰恰顺应了行为主义法学发展的需要。他从行为科学的角度提出了一系列应用广泛的法社会学理论。其代表作《法律的运作行为》以简洁、清晰的表达方式综合了行为主义法学的诸多研究成果。他明确提出:“我们需要有一个理论架构,既可适用于纳粹的法律,也可适用于美国的法律,既可适用于革命和殖民地的法律,也可适用于传统中国笨拙的法律。”^{〔4〕}这个理论架构就是布莱克大力推崇的“纯粹法律社会学”(Pure Legal Sociology)。其后,行为主义法学传到日本,引起较大的反应,日本法学家沙村里、川岛武宜、宫原守男等人对其作了进一步的发挥和利用,一方面使行为主义法学的研究深入化,另一方面行为主义法学强调法学的科学性的特点也直接促进了日本的法律启蒙运动。

行为主义法学的理论基础,主要表现在以下三方面:

1. 经验实证主义

行为主义法学紧紧追随一般行为科学,强调经验地、实证地从量的角度分析和预测人的行为,反对价值判断,

〔4〕 William M. Evan 主编:《法律社会学》,郑哲民译,巨流图书公司1996年版,第56页。