

当代法学名著译丛

原著 唐纳德 J. 布莱克

翻译 唐 越 苏 力



法律的 运作行为

中国政法大学出版社

PDG

图书在版编目(CIP)数据

法律的运作行为/(美)布莱克著;唐越,苏力译.
北京:中国政法大学出版社,2002.12
ISBN 7-5620-1301-2

I. 法... II. ①布...②唐...③苏... III. 法律—研究
IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 105019 号

* * * * *

书 名 法律的运作行为
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 8.375
字 数 195 千字
版 本 2004 年 1 月修订版 2004 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-1301-2/D·1253
印 数 0 001-5 000
定 价 20.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

PDG

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知

IV 总序

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

本丛书的翻译和出版得到了日本国冈松庆久家族基金的赞助，特此铭记，以表谢意！

季卫东 张志铭 贺卫方 谨识



法律变化的定量分析和预测（代译序）

季卫东

本书在 1976 年出版之后，立即引起了强烈的反响。对布莱克的理论和方法存在着截然相反的评价：拥护者认为他把迪尔凯姆（Emile Durkheim）的相伴变异法（method of concomitant variations）等认识论和方法论运用得游刃有余，为法的科学研究做出了最卓越的贡献，可跻身学术泰斗之列；责难者认为他只不过把常识体系化了，关于法的运作的那些一般命题根本无法证伪（但也有人提供实例说明布莱克的命题是可以证伪的），因而它们不是无谓的就是虚幻的。尽管争议如此尖锐，在目前法社会学的许多文献目录中，《法律的运作行为》仍被视为必读经典之一，与梅因（Henry Maine）的《古代法》、埃尔利希（Eugen Ehrlich）的《法社会学的基本原理》旗鼓相当。

一、法的科学与法的技术 ——方法论之争

60 年代中期，当布莱克还只是密执安大学的一名研究生时，他就参加了关于大都市地带犯罪和法律实施的一项大型调查项

II 法律变化的定量分析和预测（代译序）

目，在其中承担警察行为的研究部分。不言而喻，这段经历对他的学术观点的形成产生了实质性影响。从 1970 年起，他先后执教于耶鲁和哈佛，现在是弗吉尼亚大学教授。除了本书之外，他的主要著作还包括《警察的行为方式》（1980 年）、两卷本编著《社会控制的一般理论》（1984 年）及《社会学的正义》（1989 年）。在这二十年中，可以说布莱克始终在坚持不懈地追求着一个可望而不可及的目标——像研究自然现象那样研究法律现象，提供一整套用以分析、解释和预测法律变化的客观普遍的方法和理论。

在《法律的运作行为》这本书中，作者试图建立一个超越时间和空间的、“放之四海而皆准”的命题体系，用以在定量分析的层次上说明贯穿于“社会宇宙”（social space）之中的法的运行轨迹。就好像牛顿在果园里悟出的万有引力法则，既可以说明苹果落地，又可以描述皓月升天，布莱克雄心勃勃地也想用他的那套命题来覆盖法与社会的林林总总——从两个青年的山盟海誓到整个地球的息讼宁人。他在 1972 年发表的一篇论文中曾明确指出：“我们需要这样一种理论，它不仅适用于美国法，也适用于纳粹法，不仅适用于颇费猜详的传统的中国法，也适用于殖民地法和革命法”。为此，只好把个人原子化、平均化，把行为抽象为一连串的函数关系。在他的理论中，既没有精打细算的“合理人”、追求快乐的“功利人”、驯服能干的“组织人”、禁欲无私的“道德人”等人性假设，也没有关于法的价值、目的、效果、发展前景的政策前提；实然与应然被严格区分，客观的、价值中性的实证主义立场自始至终得到固守。布莱克认为，对法的真正科学的研究必须恪守三条基本原理：（1）科学只分析现象而不探究本质；（2）科学的观念应该是具体的、可以与经验相参照的；（3）价值判断不能求诸于经验世界。据此推而论之，规范性的研



究本来就是非科学的；正义、自然法、天赋人权无法通过经验证实，因而不应该成为科学研究的对象；科学既没有而且也不可能认识和评价法律效果。这就是作者的方法论的核心。

布莱克是这样导入“行为”这个概念的：一切都在行为，所以社会生活也在行为。人们也许会感到奇怪——这该不是在“轻罗小扇扑流萤”时顿悟禅机的偈语吧？其实，他的关于行为的定义包含着两个变量：一个是某事物或多或少的数量变化，另一个是某事物在数量变化上独特的风格。由此可见，布莱克的法行为学与行为法学（behavioral jurisprudence）以及计量法学（jurimetrics）是有所区别的，特别是在研究对象上大异其趣。布莱克理论着力于宏观；而行为法学和计量法学着力于微观，即应用心理学和统计学的原理和技术来分析个人的守法行为和司法行为，根据经验资料预测法律实施的效果和审判结果。两者之间当然也有共性，这就是在理性主义的方法论前提上的一致性。在验证和应用布莱克命题的具体研究中，类似的相同之处则更多。例如，一位加拿大学者通过法的运作行为的多变量解析证实了布莱克的命题，而他对调查对象的行为的分析方法与行为法学的方法并没有什么实质性的不同。一位美国学者则把布莱克命题扩张到非国家性社会控制的领域；但要注意，这么一来就涉及到行为的主观评价和法的效果的比较等问题，与布莱克的近乎自虐的方法论要求之间多少有些抵牾。

为了使法成为可以进行数学性处理的一项变量，布莱克界定的法的概念是狭义的，即：“法是政府对社会的控制”。这个定义有三层意思。首先，法是一种社会控制；其次，只有统治机关对公民的社会控制才可称之为法；第三，社会控制的本质是对越轨行为的定义和处理。作者所列举的法律现象包括：立法、诉讼、逮捕、行政处分、判决、刑罚、损害赔偿等等。然而，依照法学

体系或者公理体系。

在反规范性这一点上，布莱克与伯克利学派（Berkeley Perspective）乃至威斯康辛大学“法与行为科学”研究所的成员之间存在着激烈的争论。布莱克对现有的法社会学理论的批判集中在把科学与政策混为一谈的问题上。他认为，应用性研究固然可以为法制改革提供一些根据，但是从学术的角度来看，这种策论式、技术主义的研究中潜伏着使某种意识形态甚至个人信条披上科学的外衣而招摇过市的危险。这么说当然不是想否定应用研究的意义，而是要强调：法的技术的特性取决于法的纯粹科学的特性，就好比机械工程学的进步有赖于基础理论物理学的发达一样；因此，必须在充分研究法的纯粹科学的基础上妥当地从事应用性作业，决不能以杀鸡取卵或揠苗助长的方式追求实用的法律技术。非常有趣的是，当布莱克抱怨法社会学者们过份注重法的“应然”问题的时候，德国的著名的法社会学理论家卢曼（Niklas Luhmann）却对法社会学学者一直在法的边缘现象上做文章而回避法的“应然”这个老大难问题的倾向表示不满。由此亦可见人们在进行判断时要保持价值中立是多么困难！伯克利学派的重要成员诺内特（Philippe Nonet）对布莱克的主张给予了凌厉的反驳。他认为，拒价值判断于千里之外的实证主义立场的实质，意味着在法学研究中宁要无知也不要偏见；但是实际上“偏见”（即利益、同情、感觉力、兴趣等）具有促进思考的能量，在无视一切价值的场合知识不可能得到充分的发展。

布莱克的方法论的思想渊源，从社会科学方面可以追溯到韦伯（Max Weber），从法律学方面可以追溯到凯尔森（Hans Kelsen）。在盛行实用主义法学的美国，这种法的纯粹科学的主张颇有些反潮流的气概，因而也难免曲高和寡的寂寥。最近，布莱克试图通过对诉讼的社会结构的分析把他的抽象思维体系与司法

知学

PDG

化与文化发达的程度成正比。不过，传统中国文化提供了一个反证：由于那里存在着强烈的非法化和反法化的价值观，文化越发达则伦理礼乐越昌盛，同时息讼去刑、疏法简政的愿望也就越强。烈。(4) 组织体现了社会的集体性方面或者说进行集体行为的能力，集体之间的协调需要政府的规则和管理职能。所以布莱克认为组织化与法制化也是成正比的。但是塞尔兹尼克（Philip Selznick）的研究揭示了当代社会的一种不容忽视的客观趋势：国家的主权已经相对化，而大企业等私人组织在社会控制中发挥着日益重要的作用。如果从狭义上把法理解为政府的社会控制，那么法未必总是随着组织的扩张而增长。布莱克意识到了这个问题，所以紧接着提示了不同控制方式的竞赛关系的命题。(5) 社会控制标志着社会生活的规范性，而法与其他社会控制方式之间的消长成反比。比如家长制的式微导致青少年法的繁荣、官治的手段一旦失灵自治的呼声就格外响亮等。

布莱克对法也进行了定性的类型化，大体分为刑罚的、赔偿的、治疗的、调解的四种，又把每一形态都转换成普遍变量。这样一个非变量推演出复数的普遍变量之后，法的变化不仅可以在总体规模上把握，而且可以从不同风格的交替上把握：法与社会的关系不仅可以从空间组合上表述，而且可以从时间序列上表述。为了确定在社会中法的位置和发展方向，作者还设定了一组具有负极——无法状态——的坐标轴：一种是公社型的无政府状态（communal anarchy），例如家庭、村落和野营地，以亲密无间的友爱性、你我不分的同质性和朝夕相处的安定性为特征；另一种是情势型的无政府状态（situational anarchy），由不同国度的人群之间因疏远、多样、变化而产生。需要说明的是，后一种状态的设想与法人类学关于异民族杂处而相互之间不能沟通时法制化不可避免的观点大相径庭。对法进行诸如此类的量化处理有什么

现实意义呢？从思维方式的角度来看，这种分析告诉人们：法不是一盘要么全输要么全赢的博弈，法的结果可以有或多或少的变通余地；警察和法官的行为的合法性不是定量而是变量，是可以改进的。从实践的角度来看，这种分析使法变得更有操作性了：法的主体是明确的，那么它的责任也就明确了；法的结果是可选择的，那么决定者也应是可选择的。一言以蔽之，布莱克的理论试图给具有神圣色彩的法奠定真正合乎理性的基础，从外在的、客观的视角来说明统治秩序的根源。

本书提供了不少实例来加强其理论的说服力，但是并没有明确指出哪一些证据能够用以检验布莱克的命题的正确性。由于各项命题的表述方式在于确定两个变量（法的属性和社会的解释因素）之间的关联，因此对它们的验证应该采取检查各变量间的零顺序（zero-order）相互关系的技法。但是，如果这些关联取决于因果过程，那么采取用以检验其他有关变量的结构平衡系数（structural equation coefficients）的技法就更为妥当。有时作者表明只有当其他解释因素为定量时上述理论命题才能成立，但在一般场合他没有对这两种不同的技法作明确的区分。其他验证布莱克命题的经验研究大都倾向于检查偏回归系数，但有的也检查零顺序关系。而布莱克本人显然总是关注双变量关系，却忽视那些预测性变量之间的结合方式。例如，他指出帮伙和原始部落中社会分层的程度很低或趋零，同时法也微乎其微。他在后面又指出游牧帮伙和牧民缺乏劳动分工，相应地也缺乏法。然而，他没有回答分层和分工之间有什么联系、在分层变化后分工与法的关系会不会受到影响等问题。我们也无从知道文化、社会组织以及非政府的社会控制的变化是否将引起分层、分工与法的关系的变化。当然，这种弱点在研究的开拓阶段也许是难以避免的，我们可以期待作者在下一阶段构筑一个更加复杂精巧的理论模型。



布莱克在理论上已经取得的成就是不可低估的。它以最简明、最优雅的表述为认识和预测法与社会的变化关系提供了分析的框架，为有关法律制度的历史学、社会学和人类学的研究奠定了概念基础。那一整套命题甚至连极其轻微的法律现象都能加以涵盖和解释。他在有关警察行为方式的著作中以经验材料显示了自己的理论的应用性。例如：警察的行为可以左右法的量变，从根据公民报告派遣警察到犯罪认知后的正式立案和现场勘察，法在量上是递增的，其极限值是警察根据自己的权限剥夺嫌疑犯的生命。一般与警察行为有关的法属于刑罚的类型，但如果是“祸起萧墙之内”的家庭争端、或者嫌疑犯被鉴定为精神病患者、或者被害人一方要求经济赔偿，那么所涉及的法的类型也会发生变化。在社会因素与法的变化关系方面可以发现一些经验性倾向，例如警察的侦查力量的投入程度与分层的变量密切相关——被害者是个人还是企业、是白人还是黑人，案件发生地是郊外高级住宅区还是市内贫民窟，都相应地会显示出立案率和破案率的不同。这类具体事例由布莱克娓娓道来，如数家珍，有心人当会从中得到不少启迪。

三、怎样理解法律预测中的客观性问题

关于法律预测的观念可以追溯到霍姆斯（Oliver W. Holmes, Jr.）在 1896 年发表的论文《法的道路》。其中他说了这样一段名言：“法学的目的在于预测，即预测法院行使国家权力的可能性和现状。……我所说的法，不外乎有关法院实际上将做什么的预言”。现实主义法学从法官行为研究方面继承了霍姆斯的学说，进而分为两个派别：一派是以卢埃林（Karl N. Llewellyn）为代

表的规则怀疑主义，另一派是以弗兰克（Jerome N. Frank）为代表的事实怀疑主义。在现实主义法学重视行为的方法论影响之下，产生了实验主义法学、行为法学和计量法学。在现实主义法学的怀疑精神的影响之下，产生了轰轰烈烈的批判法学运动，其着眼点不是个人的行为，而是社会控制系统整体。应该承认布莱克的理论沾染着现实主义法学的痕迹——站在科学的立场上对法律家所进行的规则适用和事实认定抱有怀疑的态度，把行为科学的方法扩大应用到社会控制系统整体的研究上，等等。但是也要看到两者之间存在着根本的差异，例如：现实主义法学强调从经验出发研究法的决定的产生及其效果，并根据效果来评价法的优劣，但是布莱克反对用经验来证实法的决定和评价法的效果。这种差异起因于对客观性和科学性的不同理解。现实主义法学及其变种大都以追求客观性为学术目标，认为原则上可以通过科学的认识客观地识别价值判断正确与否，因而在这里客观性与科学性是可以等量齐观的；但是布莱克的目标是追求科学性，认为科学无从识别价值判断，价值的客观性与法律现象的科学是不可同日而语的。

严格区分法的客观性和科学性的观点意味着绝对主义的社会科学方法论。它要求研究人员以“旁观者”的超然态度从外部来观察法律现象，解决“当局者迷”的问题。法律预测只有坚持这种“外在视角”，真正使法律家的实践活动对象化，其结论才具有真理性。对于布莱克而言，伯克利学派的法律“内在视角”是政策而不是科学；现实主义法学乃至行为法学尽管具有技术上的客观性、却不具有科学上的真理性。必须注意：这样一来，科学的法律预测就卓然独立于司法实务的内在需要了；由此亦可见，布莱克所说的法律预测与霍姆斯的法律预测以及韦伯的法律预测可能性有着很微妙的不同。如果布莱克坚持他的否认法学的科学

前 言

本书内容包括关于法律在整个社会领域中的变化的若干命题，这些命题的目的在于预测并解释这些变化，从而对一种科学的法律理论有所贡献。这样的理论既有实用的价值，又可应用于对其他社会生活的研究。

这些命题研究法律在许多方面的变化，它包括：不法的界定；谁报警或提起诉讼；谁胜诉；谁上诉或上诉获胜；按照什么程序管理这些人，以及——在时间和空间中——社会生活里出现了多少种法律？这些命题的引申意义还预测并解释了通常由不轨行为理论提出的许多事实。并且，经过重新表述后，它们还可以预测并解释其他种类的社会控制。最后，这些命题的进一步展开还规定了无政府状态——没有法律的社会生活——的条件，并根据现在的趋势，预测法律的未来。

可以想像这类理论本身就是很有价值的，对此我在本书里不再试图从其他方面论证这项工作的价值。然

II 前 言

而，本书内容对从事法律实务的人也可能是有意义的。例如，运用这些命题可以估算出各个案件中法律上的风险和有利条件，可以在法庭内外操纵诉讼结果，改革司法制度，或者甚至去设计一种几乎或完全没有法律的社会。但是，本书并不评判法律的变化，也不推荐任何对策。它仅仅试图把法律作为一种自然现象来理解。

本书中形成的命题还说明了一种不局限于法律研究的理论研究策略。这种策略认为：除了应当研究个人之外，社会生活本身有作为研究对象的必要。关于这一研究对象的科学应当如同早些时候的各门科学一样，在一定范围内是定量的、可预测的和普遍的。本书理论在某种程度上吸取了早期的理论传统，同时也包括其他因素，如它所特有的描述、概念和分析构架。因此可以说这里的法律理论是一个范例，而不是本书的终极关注。

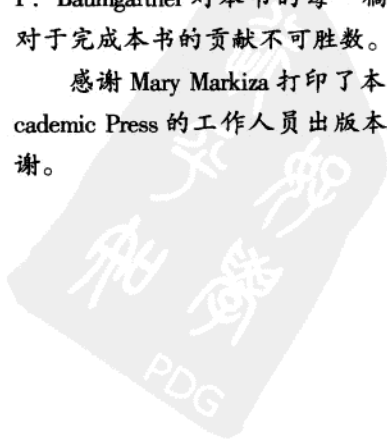


致 谢

几年来，我得到了以下几项研究培训项目的资助和其他帮助：耶鲁法学院的法律和社会科学的 Russell Sage 项目和法律现代化项目，耶鲁大学社会学系的不轨行为、社会控制和法律的项目。此外，耶鲁学院委员会授予我 1973—1974 年度的青年教员基金，使得我可以全力投入写作本书，在此谨对所有对我提供帮助的人们表达谢意。

感谢 M. P. Baumgartner, Maureen Mileski, Laura Nader, Guy E. Swanson 阅读了本书的初稿并提出了意见。M. P. Baumgartner 对本书的每一稿都提出了宝贵意见。他对于完成本书的贡献不可胜数。

感谢 Mary Markiza 打印了本书的手稿，同时也对 Academic Press 的工作人员出版本书的决定和工作表示感谢。



法律的运作行为



法律的运作行为

THE BEHAVIOR OF LAW

by Donald J. Black

Copyright © 1976, By Academic Press, Inc.

All rights reserved.

