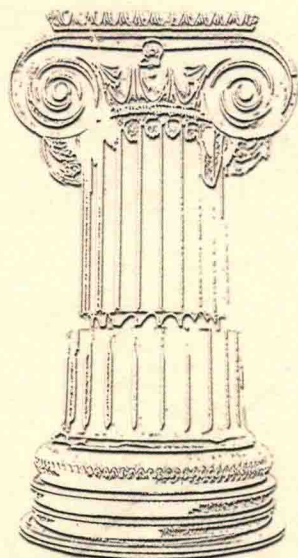


*A Study on
Western Behavioral Legal
Science*



西方行为法学研究

——以行为法学的中国化为视角

张德森 何跃军 著

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

西方行为法学研究

——以行为法学的中国化为视角

张德森 何跃军 著

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

西方行为法学研究 : 以行为法学的中国化为视角 / 张德森, 何跃军著. — 济南 : 山东人民出版社, 2015.3

ISBN 978-7-209-08842-8

I. ①西… II. ①张… ②何… III. ①行为科学-法学-研究-西方国家 IV. ①D90-05

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第038827号

责任编辑: 麻素光

西方行为法学研究——以行为法学的中国化为视角

张德森 何跃军 著

山东出版传媒股份有限公司

山东人民出版社出版发行

社址: 济南市经九路胜利大街39号 邮编: 250001

网址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

济南继东彩艺印刷有限公司印装

规格 16开 (169mm × 239mm)

印张 14.5

字数 220千字

版次 2015年3月第1版

印次 2015年3月第1次

ISBN 978-7-209-08842-8

定价 29.00元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0531)88516611

目 录

导 论	1
第一章 西方行为法学理论渊源	16
第一节 行为科学	16
第二节 行为经济学	25
第三节 行为心理学	32
本章小结	35
第二章 西方行为法学的研究对象与方法	36
第一节 西方行为法学研究对象	36
第二节 西方行为法学研究方法	41
本章小结	48
第三章 西方行为法学主要学说述评	49
第一节 布莱克学说述评	49
第二节 舒伯特学说述评	72
本章小结	79
第四章 西方行为法学基本评价与发展道路	81
第一节 西方行为法学与传统法学	81
第二节 基本评价与发展道路	89
第三节 发展示例:行为法学与管理学	93
本章小结	102

第五章 西方行为法学与法律行为研究	104
第一节 法律行为基础理论研究	104
第二节 法律行为可计算性原理	113
第三节 法律行为激励机制	119
第四节 司法行为学	125
本章小结	137
第六章 西方行为法学与部门法研究	140
第一节 行为法学与经济法研究	140
第二节 行为法学与经济法律行为	145
第三节 行为法学与经济违法行为	151
第四节 行为经济法学的构想	157
本章小结	162
第七章 西方行为法学与法律控制研究	165
第一节 行为法学与社区矫正制度	165
第二节 行为法学与高校学生管理行为	176
本章小结	187
第八章 西方行为法学与中国问题	189
第一节 行为法学与中国法律体系	189
第二节 行为法学与中国和谐社会	196
本章小结	207
附录 西方行为法学研究的缘起、发展与评价	208
参考文献	220
后记	228

1988年1月,“中国行为法学”这面旗帜在北京升起,标志着我国法学研究的传统格局被打破,一种新的研究思路脱颖而出,揭开了我国法学研究史上别开生面的一页。此后近27年发展时间,“中国行为法学”这面旗帜虽然一直飘扬,但其色彩似乎“不那么鲜艳”,多少失去了其最初带来的学术期待与美好想象。西方行为法学研究及其在中国的具体化,遇到了发展上的难题,如何才能突破瓶颈获得学术进展与实践转化,成为摆在当前国内行为法学研究者面前一道现实且迫切的重大课题。

一、研究背景与意义

1. 研究背景

作为不同于传统法学流派的一个新的学术流派,西方行为法学从其被引进中国后,就被寄予了较高的学术期待与学术想象。行为法学研究“在法学研究中引进行为科学和社会学、心理学、社会心理学、人类文化学等一些有益的概念范畴和原理模式,并由此在传统法学的基础上建构了一个新的学科,开拓了一个新的领域……这种现象应被看作是繁荣法学的一个标志”。^①学者们甚至希望通过中国行为法学的研究工作能够以法律行为的进步直接促进中国民主法

^① 谢邦宇等:《行为法学》,法律出版社1993年版,“自序”第1页。

治进步。

行为法学承载此种学术理想是可以理解的,因为彼时的中国,正处在一个“破旧迎新”的重要时期,改革开放已经在一定程度上获得了重视和实现,但人们的思想还没有真正获得解放,依然处于社会体制的限制中,社会中依然存在旧的计划体制,依然存在诸多不利于改革开放的思想和观点。而当时法学正处于恢复重建阶段,所有有关法学的学术支流都能够获得重视,这就构成当时能够接受西方行为法学这样一种不同于传统法学的学术流派的重要历史条件。因为,行为法学直接带来的是对传统法学的突破,正符合当时“破旧迎新”的需要。

必须指出的是,西方行为法学即便是在西方,也不具有如同传统法学那样深厚的根基与发展历史,其所获得的重视程度也远不如传统法学。而在法学根基更加薄弱的中国,想让西方行为法学研究能够不断深化并且不断转化为促进中国法治建设的重要理论指引,无疑更加困难。这一点,从当下中国行为法学的实质影响力就可以看出。在当下中国,行为法学的发展比较缓慢。迄今为止,在国内,除了1993年法律出版社出版的谢邦宇等所著的《行为法学》,黎国智、马宝善主编的《行为法学在中国的崛起》,以及直到2008年吕世伦主编的丛书《西方法学思想与流派》中收入由胡震与韩秀桃所著的《行为主义法学》之外,尚没有发现其他新的专著对西方行为法学进行专门介绍,也没有一本专著对西方行为法学的中国化作深入研究。^①虽然在国内一些有关西方法学流派与思想、西方法社会学介绍的书籍中能够找到西方行为法学的影子,但这些影子,都局限在介绍层面,缺乏专门深入研究,缺乏有影响力的研究成果。

上述研究背景,构成了本项目申报2009年中国行为法学会部级重点课题“西方行为法学研究”的重要学术背景。

理论研究的迟滞往往会导致实务工作缺乏指引。行为法学理论研究在中国的滞后,也带来了一些现实问题,如有关立法行为、司法行为、执法行为、守法行为等法律行为实践出现了较为混乱的场景,立法不作为、立法乱作为、司法行为失范、执法行为失范、守法行为难以产生等等现象层出不穷,导致我国民主法

^① 董成林的《系统科学与法律行为》(湖北人民出版社2006年版)是从系统科学角度讨论法律行为的,在方法论上有一定的启发意义。

治建设过程也随之出现不少问题。这构成了本课题研究的现实背景。

2. 研究意义

本课题研究的主要意义体现在两个方面:一是从理论上推进当下中国对西方行为法学研究的纵深发展,二是从实践上推动西方行为法学研究成果的中国化,通过将西方行为法学研究成果与中国具体问题相结合,探讨中国问题的解决路径。

(1)理论意义:推进中国行为法学理论研究的纵深发展。本课题的理论意义主要体现在以下方面:其一,本课题系统分析和把握西方行为法学基本理论和基本内容,从学术上丰富中国对西方行为法学的理论认识;其二,本课题从方法论上为法学的进一步发展提供理论资源和方法基础;其三,本课题可以为部门法学研究行为法学和行为法学的部门化提供理论基础;其四,本课题为西方行为法学研究成果的中国化提供智识贡献。

(2)实践意义:推动西方行为法学研究成果的中国化。本课题的实践意义主要体现在以下方面:其一,通过本课题研究,丰富实践对法律行为的认识,提升法律行为的实践品质;其二,本课题研究立足于法治实践,努力分析各种法律行为,为法律真正发挥作用创造条件,推动行为法学的实践应用,为中国法治建设和社会改造提供实践支持;其三,本课题研究立足于社会行为,以法行为作为主导线索,全面考察市场经济运行过程中发生的各种行为,有助于健全市场经济的发展,有助于提升法治的实践品格。

二、研究现状

西方行为法学(Behavioral Jurisprudence),也称行为主义法学(Behavioristic Jurisprudence)或法律行为主义(Legal Behaviorism),它是借助一般行为科学的理论和方法来研究法律行为特别是司法行为。广义的国家和公民的规范性法律行为包括警察行为、诉讼行为、审判行为等,其中主要是法官的审判行为。西方行为法学的主要研究方法是行为科学方法、动态研究和定量分析方法,目的在于通过这种研究,发现法律行为的规律,解释和预测并进而控制人们的法律行为,以形成一种理想的法律秩序并维护社会的稳定。西方行为法学是西方晚

近出现的法学流派之一,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年代才形成并提出一套别具一格的理论。

行为法学在美国极为发达。尽管它没有自然法学派和分析主义法学派那样大的势力,不过其曾经对西方以及日本法学研究起到了重要影响作用。

1. 国外研究现状

(1)西方行为法学研究的主要内容。参考有关文献和国内学者的总结,西方行为法学研究的主要内容有以下四个方面:

其一,司法政策制定论。该理论强调把司法政策制定过程分为信息输入过程、信息转换过程、信息输出过程、反馈过程。司法政策的制定是司法人员依照自己的价值观念对案件的客观事实进行分析,然后适用法律规范达到具体的判决或法律规范。

其二,结构功能主义的法律社会控制理论。该理论着重从数量关系和函数关系来分析法律的结构和功能,主张法律价值的虚无主义。认为社会中的各阶级或各集团都承担一定的社会功能,法律是社会控制的主要工具。

其三,计算机审判过程论。该理论将法官的行为方式理解为或等同于与环境相关联的信息交换关系,表现为与环境间的输入和输出的数量关系。认为社会中的法律关系和法官的审判过程均可还原为电子计算机的计算过程。审判活动受制于法官的个性和法律意识。

其四,法律运作行为理论。该理论强调法律(特指国家对公民的社会控制,如立法、诉讼和审判等行为)数量和样式的变化,即法律的运作行为(可简称“法律的运行”)。法律运作行为理论的主题是法律变化的定量分析和预测,即关于法律和社会生活各方面的关系的理论。布莱克认为:法律有它自己的数量和样式,法律的数量和样式随着社会生活各个方面(包括分层、形态、文化、组织和社会控制)的变化而变化。法律的运作行为与社会生活是函数关系,社会生活是自变量,法律是因变量。

(2)行为法学研究代表人物及著作。行为法学的研究发源地和兴盛地是在美国,主要代表人物与著作见表1。

表 1 西方行为法学主要代表人物与著作

姓名	简介	时间	著作
格伦登·舒伯特 (Glendon Schubert, 1918 - 2006)	20 世纪中期美国政治学家与行为法学家	1958 年	《作为政治行为的司法决策研究》
		1959 年	《司法行为的量的分析》
		1961 年	《司法行为:理论与研究,司法政策制定和法院的政治角色》
		1965 年	《法院的政治功能:司法政策的制定》、《最高法官的法律思维、态度和意识形态》
		1967 年	《行为主义法理学》
唐纳德·布莱克(Donald Black,1941 -)	美国著名法学家,行为主义法学和法社会学家	1972 年	《法社会学的范围》
		1976 年	《法律的运作行为》
		1980 年	《警察的行为方式》
		1984 年	《社会控制的一般理论》
		1989 年	《社会学视野中的司法》
劳勒(R. Lawlor)	美国法学家,行为主义法学代表人物之一	1962 年	《计算机能做什么:司法判决的分析和预测》
达勒斯基(D. Danelski)	美国法学家,行为主义法学代表人物之一	1969 年	《比较司法行为》

美国行为法学研究的盛况也直接影响了日本法学家,日本法学界对行为法学的吸收主要体现在表 2。

表 2 日本行为法学代表人物与著作

川岛武宜	《法社会学和法律学》,载《法社会学讲座》第 3 卷,1972 - 1973 年,《作为科学的法律学及其发展》(岩波书店 1987 年版)
宫原守男	《计量法学和审判》,载《理论法学的课题》,1971 年
沙村里	《现代社会学与马克思主义》(汐文社,1967 年日文版)

(3)西方行为法学研究的主要特点。总体而言,依据其研究内容、研究方法和研究难度,可将西方行为法学的主要特点概括如下:

特点一,重点研究现实生活中的具体法律行为,特别是审判行为。从研究内容而言,西方行为法学重点研究人们在现实生活中的具体法律行为,对法官的审判行为尤为重视,尤其是对其中的法官自由心证行为,法官在案件审理过程中外界因素影响下的行为等。人们的法律行为、司法过程及司法行为是行为法学的关注重点,这部分的主要内容有:布莱克的法律行为理论、舒伯特的司法政策制定论和司法行为论以及计算机审判过程论。

特点二,强调运用和吸收行为科学理论等多学科的研究方法与成果。从研究方法而言,西方行为法学更多采用其他社会科学的研究方法,注重吸收和借鉴其他社会科学研究成果,尤其是心理学行为主义和政治学行为主义,从而从一开始就具有了综合和交叉的视野,能够从更加广阔的视野去寻找行为法学的基础。而这一点正是国内行为法学研究的不足之处。

特点三,重视运用自然科学的语言表达方式来描述法律现象与法律行为。从研究难度而言,西方行为法学在自然科学取得的巨大成就影响下,极为热切地想要在法学领域获得同样的成就,因而西方行为法学研究者对运用自然科学研究方法具有强烈的热情,并且偏好用自然科学的语言表达方式来表述法律现象和法律行为,如符号、模型、公式、定理、图表等。对于行为法学的研究成果,如果没有一定的数学基础,要把握行为法学的核心内容,是有一定难度的。

(4)西方行为法学研究现状评价。实际上,对西方行为法学研究现状的评价是在与传统法学研究现状对比的基础上获得的。因此,以下现状评价基本上是在建立在我们对传统法学与西方行为法学有所对比的基础上的。我们认为,对于西方行为法学的研究现状,可以从两个方面进行评价:一是其研究价值与作用,二是其研究局限与误区。

首先是西方行为法学的研究价值与作用。这一方面的评价可以从研究内容、研究方法与研究意义进行。在研究内容上,西方行为法学专门从法律行为的角度研究法学问题,开拓并丰富了法学的研究领域;在研究方法上,西方行为法学更加关注通过实证方法,尤其是定量分析方法,为法学领域运用实证方法与定量分析方法提供了一个经典样本;在研究意义上,西方行为法学在诸多方

面加深了人们对法学和法治建设的认识,为法学理论和法治建设提供了有益的贡献。

其次是西方行为法学的研究局限与误区。这一方面的评价同样可以从研究内容、研究方法和研究意义上进行分析。因为,往往在某一方面研究非常精细的学问,会很容易忽视其他方面的研究,有时甚至可能因为研究的过于精细导致研究成果令人难以理解和接受。西方行为法学在研究内容上十分注重法律行为,对法律行为的研究过于细致,就导致了人们难以理解学者所解析的法律行为,从而使得这种研究的社会接受性不强;西方行为法学在研究方法上对定量分析十分强调,但也正因为这种对定量分析方法的强调,使得诸多对定量分析方法不熟悉的学者难以参与此种研究,同时也忽视了定性分析方法在法学中的具体运用;西方行为法学在价值取向上宣称中立,但这种中立实际上是很难达成的。因此,我们认为西方行为法学的各种理论并不完全具有真理性,或者不是大写的真理,而仅仅具有真理的某些属性。

应当指出的是,西方行为法学特别是布莱克的法律运行理论,其理论前提是把法律看作一种行为而不是规范,这些理论本身是研究“实然”的法律现象的,即探讨作为国家适用法律之现实行为的法律变化的“规律”,这与马克思主义法学把法律看作一种规范,主要研究“应然”之法律是有很大不同的,因而在研究时必须把握西方行为法学的语境。

“实然”法律之要求与“应然”法律现象之“规律”之间,即便是在表层内容上也绝对不是完全重合的,它们大部分是一致的,如布莱克的许多“定理”反映了人们在司法过程中对自由裁量或量刑情节的运用,但在许多方面二者是有距离甚至相反的。比方说,布莱克的许多“定理”与“法律面前人人平等”等原则要求就不一致。但无论如何,西方行为法学包括布莱克的理论对于客观分析法律现象、反省法律实践是有积极意义的,至少其研究方法是这样。

2. 国内研究现状

(1) 中国行为法学研究的主要内容。

其一,对西方行为法学基本内容、基础理论、基本方法的介绍和评价,此是基础性工作,从1988年即已开始,持续到目前已经20多年,为中国学者认识和把握西方行为法学提供了最基础的理论资源;

其二,将行为法学的基本理论与部门法学知识相结合,以行为法学为工具具体分析部门法律行为的特征和规律,如犯罪行为、民事行为、商事行为、行政行为等等,丰富了部门法学对法律行为的认知,提升了部门法学的理论和实践品质;

其三,对西方行为法学在中国的发展进行预测,并对行为法学的中国化提出看法,试图借助西方行为法学的力量进行中国社会的改造。

(2)中国行为法学研究主要成果。

表 3 中国行为法学研究主要成果(专著部分)

作者	著作	出版社
谢邦宇等	《行为法学》	法律出版社 1993 年版
黎国智、马宝善主编	《行为法学在中国的崛起》	法律出版社 1993 年版
何士青	《行为的法律调整》	红旗出版社 1999 年版
黎国智、马宝善主编	《犯罪行为控制论》	中国检察出版社 2002 年版
黎国智、马宝善主编	《市场经济与行为法学》	中国政法大学出版社 1996 年版
吕世伦主编	《现代西方法学流派》	中国大百科全书出版社 2000 年版
董成林	《系统科学与法律行为》	湖北人民出版社 2006 年版
胡震,韩秀桃	《行为主义法学》	法律出版社 2008 年版

(3)中国行为法学研究的特点。

其一,在研究重点上,与西方行为法学研究的重点即具体场景中的人们的法律行为与法官行为相比,中国行为法学目前主要研究人类宏观社会行为中的法律行为,其中以公民的法律行为为代表,而对于立法行为、司法行为、行政行为的研究还比较少,研究处于初级阶段。

其二,在理论上,中国行为法学的理论基础依然是马克思主义,它以马克思主义的方法论和世界观为基础,这从中国行为法学的研究成果中可以获得体现,中国学者试图实现西方行为法学研究的中国化。而西方行为法学研究的理论基础在于西方行为科学所取得的一系列重要成就。

其三,在本质目标上,中国行为法学试图通过行为法学研究来繁荣社会主义法学研究,为推动有中国特色社会主义法治提供知识贡献。西方行为法学研

究的目标在于预测和调控法律行为,从而实现社会的法律控制。

其四,相比较而言,中国行为法学研究大多不同于西方行为法学研究中的采取自然科学方法,而是更多地将研究方法侧重于定量方法和定性方法的结合,并且在研究过程中,以定量研究为辅,以定性分析为主,虽然对于行为科学的方法(如观察法、调查法、实验法、实证法等等)也有应用,但中国行为法学研究对这些研究方法的运用尚不熟练,因此成果也较为有限。^①与此同时,中国行为法学的研究也重视法学的价值研究。

因而,在中国行为法学的含义与西方行为法学的含义是有所差异的,它是指以法律行为或法行为为研究对象,运用行为科学的原理和方法研究宏观社会行为中人的法律行为及其规律的法学方法论与法学思潮的总称。

(4)中国行为法学研究的发展。中国行为法学尽管经历了20多年的研究历程,也取得了一些成果,但是这些成果相对而言还比较稚嫩,缺乏有效的理论体系和系统的组织。研究行为法学的意义不言自明,但是如何才能进行有效的研究却是需要进行长期探索和求证的,西方行为法学的研究及其中国化,我们只能求证而不能限定,必须在对西方行为法学的研究取得现实突破的基础上才能获得中国化的成果。因此,西方行为法学的研究大有可为。

三、研究内容与创新

1. 研究内容

本课题主要研究西方行为法学的理论基础、方法论、实践应用等,其内容框架见图1。

^① 值得一提的是,章若龙教授与谢邦宇教授共同主持了中国行为法学会重点课题《行为法学方法论》,其中,中南财经政法大学董成林先生的成果《系统科学与法律行为》第四章“耗散结构论与法律行为”曾尝试运用数学公式分析法律行为问题。参见董成林:《系统科学与法律行为》,湖北人民出版社2006年版,第133页以后。

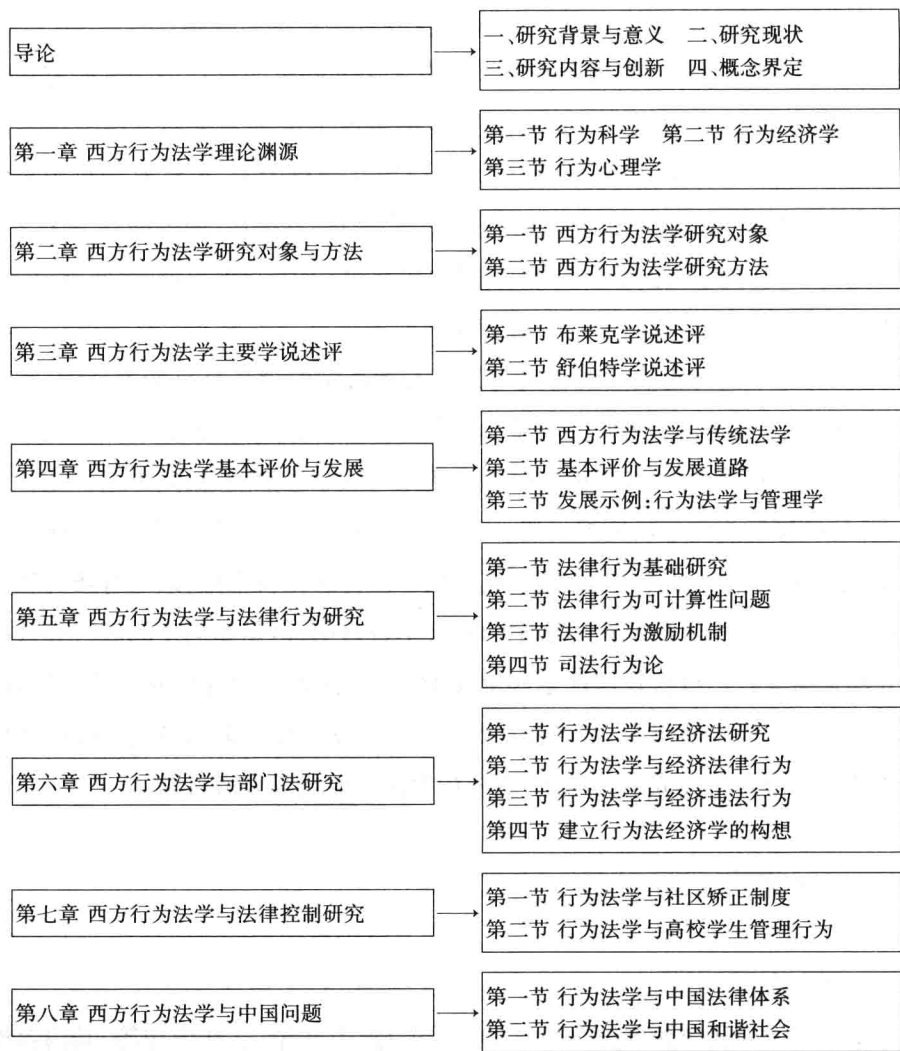


图1 本书主要内容框架

基于以上内容,本课题研究的重点集中在:①西方行为法学基本理论、基本观点和基本方法研究;②布莱克法律运作为理论行为研究;③西方行为法学基本评价与检讨;④行为法学的中国化研究。

由于资料的欠缺和相关研究条件不具备,本课题研究的主要难点有:

其一,如何全面把握西方行为法学的全貌,并对其基本理论、基本观点和基本方法有一个正确的阐释,是本课题必须首先加以解决的困难。

其二,对西方行为法学代表人物及其观点的整理,需要在掌握大量文献和

资料的基础上进行,同时如何正确加以理解和把握也是难点之一。

其三,如何评价西方行为法学已有的研究成果,并对其进行正确的检讨,促进中国行为法学研究的深化,也是本课题必须解决的难点。

其四,西方行为法学在中国化的过程中存在什么问题,有何障碍需要清除,以及未来行为法学的发展方向、发展对策等均须在课题中加以解决。

2. 研究创新

本课题的创新之处集中在以下方面:

第一,从理论上系统整理西方行为法学的研究成果,建构一个可见的行为法学理论体系,为学术上进一步研究西方行为法学奠定基础。

第二,突破国内学者对行为法学研究限定的框架,从更加广义和综合的角度对西方行为法学进行界定、描述和评析。

第三,在详细解读和论证西方行为法学的基础上对其进行基本评价,并认真检讨西方行为法学存在的问题。

第四,提出西方行为法学的中国化问题,为行为法学在中国的进一步发展提供智识性努力。

四、概念界定

本研究涉及的常用概念是西方与行为法学两个概念。这两个概念中,西方涉及的是本课题研究的地理范围,行为法学涉及的是本课题研究的对象。

首先是西方概念的界定。一般而言,人们常从地理位置、种族肤色、文化背景和政治体制阵营划分东西方。与东方国家形成鲜明对比的是,从地理位置而言,欧美国家位于西半球可谓西方国家,从文化而言,西方国家多信奉基督教,从政治体制而言,西方国家有较为成熟的民主制度。不过,就当下世界发展形势来看,有关东西方的这种划分界限正在趋向于模糊,比如对于日本的定位,其经济实力位居世界前列,日本对自身的定位是趋近西方的,这里的西方更趋近于文化上的西方。当然,对于一些西方国家而言,无论是从地理、文化还是种族上,日本都是东方国家。本书对于西方含义的界定,也秉持以上四个标准,因为从已成为通说的标准进行界定,无疑可以减少诸多纠纷。因此本书所研究的西

方,是纯地理意义上的西方国家,而不包括日本。

其次是行为法学的概念。西方行为法学是西方晚近的一个法学学术流派,它通过吸收西方行为科学(包括行为经济学、行为心理学等)的研究成果于20世纪70年代在美国形成,20世纪80-90年代风靡西方学界,并对日本法学界有较大影响。西方行为法学于20世纪80年代传入中国,其影响力日益扩张。对于行为法学概念,主要有这样一些观点:“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,旨在通过这种研究对人们的法律行为进行预测、调整和控制,探索法律行为、法律机制和法治目标三者相互关系及其规律的一门新的独立学科。”^①“行为主义法学,研究者有时也称为行为法学,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制度,并从而控制社会,维护社会的安定状态。”^②结合上述观点,我们认为,行为法学的概念可以这样界定:行为法学指的是应用行为科学的一般原理和方法,对主体的法律行为及其背后的法律心理进行专门研究,旨在实现对法律行为的预测与调控的学科。这一概念,其基本含义并未脱离西方学界对行为法学的理解与中国学者对行为法学的界定,同时也比较符合本书所理解的行为法学的内涵。

五、中国行为法学研究的可行性、挑战与对策

行为法学研究的重要意义在今天已经不需要更多的言语进行表述了,但行为法学的研究在中国虽然开展了20多年,其影响力在今天看来仍然比较有限,这就需要我们认真地考察行为法学研究在中国的可行性,可能面临的挑战以及可行的措施。

1. 行为法学研究的可行性

① 谢邦宇等:《行为法学》,法律出版社1993年版,第31页。

② 胡震、韩秀桃:《行为主义法学》,法律出版社2008年版,第6页。