

行为法学

张善恭
著

上海人民出版社

行为法学

张善恭 著

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行为法学/张善恭著. —上海:上海人民出版社,
2015

ISBN 978-7-208-12935-1

I. ①行… II. ①张… III. ①行为科学-法学 IV.
①D90-05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 080733 号

责任编辑 何元龙

封面装帧 甘晓培



行为法学

张善恭 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 26 插页 4 字数 397,000

2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12935-1/D·2668

定价 65.00 元

本书的出版，得到了上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目“高水平特色法学学科建设与人才培养工程”（085工程）的支持。

序

张善恭教授的《行为法学》马上就要付梓印刷了,希望由我做一个序,以资引荐。我欣然应允。

张善恭教授在我校是德高望重的前辈,退休前是我校的立法研究所所长,港澳台法研究所常务副所长,讲课很受学生欢迎,科研能力很强。1984年就开设“立法学”课程(全国率先),1991年因“在律师业务、法学教学、法学研究几方面能有机结合并都做出突出成绩”,获上海市优秀律师提名奖。退休后曾连续三届担任华东政法大学老教授协会常务副会长,现已年过八旬但仍热衷公益,是学校党委特聘的党风廉政监督员。上海市老教授协会高级法律专家咨询站站长。2014年又被上海市退(离)休高级专家协会评为老有所为先进个人,并聘为上海市退(离)休高级专家协会的法律顾问。

在2012年底中国行为法学会年会上,好几个理事在议论中形成一个共识:学会发展了,但似乎还应充实本学科的基础理论建设。让人惊喜的是,2013年张善恭教授老当益壮、勇立潮头主动担当起撰写这本《行为法学》的重任,还给我发来了这本书的编写大纲征求我的意见。华政的老教授心系法治、不辍法耕,我非常高兴。经过来回的联系与协调,在校友上海开放大学芦琦教授、我校行政法魏琼教授的热心支持下,又经我校科研处韩强副处长的精心安排,上海人民出版社副总编辑曹培雷、编辑何元龙的辛勤编辑,今天这本凝结张老师心血的宏篇大作即将问世,甚感欣慰。

张善恭教授这本《行为法学》分总论和分论两大部分。“总论”部分较为系统地介绍了“行为法学”的基本概念、基本知识和基本理论,其中的“行为篇”、“规范篇”中,有不少内容是填补了行为法学基本理论的空白。对于提

高社会“规范意识”,形成“讲规矩”风尚有现实意义。“分论”应该分门别类地系统论述的行为主体过于宽泛,而该书的“分论”以点带面,仅选社会最高层次的法行为主体——执政党、政府作为研究对象,把它们的执政、治国、行政的涉法行为,以建设现代化法治国家为坐标,从应然和实然两个维度,以行为法学的视角进行较为系统的评述,还提出了不少建议。而如何依法治国建设现代法治国家,从战略目标和相应的顶层设计,到一系列举措,都是行为法学当前应重点关注、着力研究并为之服务的方向,张善恭教授这本《行为法学》起了很好的带头作用。汉·王充《论衡》中说“知屋漏者在宇下,知政失者在草野,知经误者在诸子”,确如作者其人。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2015年2月15日

前 言

中国行为法学会建立之初,会长谢邦宇教授非常重视行为法学学科的理论体系建设,亲自撰写、编著出版了不少专门论著,当时北京、华东、中南、西南、西北等政法学院的院长都是学会的副会长,学会理事中各法律院校中从事传统法学教学、科研的老师也占很大比例,所以,起初的几届学会的年会上,关于到底什么是行为法学,它和传统法学的区别联系,行为法学的研究价值都是热门话题。而且越辩越明,这是学会发展史上非常重要基础理论建设阶段。

之后的几任会长都颇有建树,理事新老交替有序。现在学会重视理论联系实际,从三届《法律实施论坛》的研究成果看,既对执政、治国的理念、方略有指导性的论证,又对如何“让法律在实施中更具尊严”有很多理论层面的总结。当前,以习近平为总书记的党中央领导集体更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用,提出了法治中国的愿景。实践的需要是最大的推动力,行为法学会的发展进入了一个重要的历史机遇期。

在2012年学会的年会结束时,听到几位新理事在议论“到底什么是行为法学”,由此,我感到作为一个独立学科的全国性学会,在研究成员的队伍、研究领域有了较大拓展之后,似乎还应该注意夯实本学科的基础理论建设。在和学会副会长、华东政法大学何勤华校长,上海开放大学芦琦教授,华东政法大学魏琼教授一起返沪时,途中聊起此事,大家赞同我的看法,何勤华校长鼓励我写本介绍行为法学基础理论的书。

2013年初,我先拟了一个编写提纲、试写了几章发给何勤华和芦琦,得到了他们的认同后就开始撰写。期间何勤华校长多次关心写作的进展,具体指示校科研处在编辑、出版方面为本书的出版做好安排,芦琦教授还专门

来我家对初稿作深入讨论,魏琼教授还书面提出了修改意见,在2013年末的学会年会上,他们对本书的初稿都作了基本的肯定。

本著的绪论主要说明为什么我们熟悉的“法学”在最新的科学分类中,竟然归类于我们很不熟悉的“行为科学”之中,以及“行为法学”研究的对象和方法。第二编“行为编”、第三编“规范编”的四章,是以“行为”为中介,从行为的内在结构、机制和外部环境的互动中,说明行为规范以至法律规范及其体系状态形成的必然性和诸多特点,同时叙述了行为法学的基本知识、基本概念和基本理论,是权充行为法学的“总论”;从第四编“法行为专论”起共十一章是行为法学的“分论”。

作为“分论”本应该对人的“涉法行为”分门别类地系统研究、论述,但碍于篇幅更限于能力而未能普遍涉及,本著的“分论”仅以执政党、国家、政府作为社会的最顶层阶位的行为主体,在执政、治国,若干重要“法行为”的应然和实然状态,从行为法学的角度进行了粗浅的评述。

以上是对撰写本著的缘由、本著体系的简介。

作者

目 录

序 / 1

前言 / 1

第一编 绪论

第一章 行为科学概述 / 3

第二章 行为法学的研究对象及方法 / 19

第二编 行为编

第三章 行为、法行为概述 / 43

第四章 行为的可行界限及社会调整 / 72

第三编 规范编

第五章 行为规范 / 93

第六章 社会的行为规范体系 / 116

第四编 法行为专论

第七章 适应社会基本矛盾运动推进社会发展 / 141

第八章 人民当家作主 / 157

第九章 人民当家理财 / 184

第十章 节制行政成本 / 203

第十一章	依法治国 / 218
第十二章	依法行政 / 241
第十三章	立法行为 / 261
第十四章	司法行为 / 303
第十五章	百年大计，教育为本 / 340
第十六章	社会法律意识的培育 / 356
第十七章	社会治理方式的现代化 / 381

参考资料	/ 407
------	-------

后记	/ 409
----	-------

第一编 绪 论

第一章 行为科学概述

本章提要:行为,是行为人能动地作用于客观世界的外在表现。有史以来人类在改造自然、推进社会进步的活动中所形成的各种格局和态势,所取得的和将要取得的一切教训、成就,都是“事在人为”。它既被动地受制约又能动地作用于外界的状态,都有值得加以研究的广阔领域。

一、行为与行为科学

(一) 行为之研究

行为,顾名思义,是指人的言行举止,是行为人能动地作用于客观世界的外在表现。人类从石器、火的发现与使用开始,不断改进工具,生产力不断提高,把人类的生产方式从原始的渔猎、畜牧、农业、手工业以至发展到机器制造、电力应用的现代化的高度。这个发展过程同时推动人类社会,经历了原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会等多种社会形态的变化历程。

马克思主义认为,“人的本质不是单个人所固有的抽象物,在其现实性上,它是一切社会关系的总和”,而“全部社会生活在本质上是实践的”。^①这就揭示了人作为行为主体,通过能动性的发挥和交往性的行为构建了社会生活,社会并非个体在数量上的叠加,而是由人的行为的实践性与能动性在相互关联的过程中产生的。

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第56—60页。

以“行为”为中介,我们可以揭示政治、法律制度作为社会关系的某种结果和社会互动的重要形式,它同人类能动性具有密切关联。政治、法律制度本身就是人类实践的结果。政治制度塑造了行动者的意图,是人类政治实践的结构模式,有助于引导行动者更好地发挥能动性,也构成了对于人的行动乃至能动性产生约束或引导作用的背景性因素,从长远看还会对政治、法律的构建产生明显的影响。

以“行为”为中介,我们更加关注政治、法律制度如何影响人和人的群体的行为。政治、法律制度对个体或集体的行为本身具有约束作用。作为规则的政治、法律制度能够限制个体或集体行动者的行为方式。具体而言,制度性规则通过限制可选行为方案的范围、约束人们的交往模式、塑造利益相关者的激励结构。

以行为作为“中介”可以观察历史和前瞻未来,人的行为之所以“为”与“不为”,之所以“如此作为”其中就有历史经验的积累;人的行为取向、需求层次,则反映出对未来的憧憬和向往,这是人的能动作用内在的趋势,由此推动了人类历史的发展。

以行为作为“中介”观察世界可以发现,一方面,人们的具有意志的行为,通过发挥能动性而将目的加诸客观世界和社会生活;另一方面,人们行为的能动性和实践能力还是受到生产方式及社会交往的限制,即归根到底受到现实的物质生活条件的制约。

总而言之,行为所涉及的主观和客观方面,以及它既被动地受制约又能动地作用于外界的状态,都有值得加以研究的广阔领域。

(二) 现代科学技术体系的现状和趋势

人类的“行”和“知”的辩证运动不但推动了人类历史的前进,也造就了各门各类的学科的产生和科学的发展。各门各类的学科都是人类践行经验的总结。

当代,以科学革命为先导,高新技术的微电子信息技术革命、生物科学、生物工程技术、人体科学(医学)、生命科学、行为科学等学科为主导,带动各种科学技术飞速发展。人类社会正在逐渐形成一个互相联系、难以分割的“世界社会形态”,不同的政治制度、经济发展状况、意识形态、种族、文化的各个国家,要想发展,都面临着机遇和挑战。各国之间既相互依存又有矛盾

和斗争,各国之间的地缘政治、经贸往来、资源开发、外交,乃至军事方面的博弈无不以综合国力为基础。而能抓住机遇求得发展的关键还在于“科技”、“智力”和“人才”,最终还在于“科技”、“智力”和“人才”综合形成的人的行为能力。

面对这个正在形成的“世界社会形态”,著名学者钱学森在1986年就说:“如果下一个世纪科学技术在一个国家中不居领先地位,它的整个经济活动、国际地位就很难保住。”^①

以上所述的这一切,无论是沧桑巨变的过去,还是风光无限的未来,以行为科学的视角可以这样来概述:有史以来人类在改造自然、推进社会进步的活动中所形成的各种格局和态势,所取得的和将要取得的一切教训、成就,都是“事在人为”。而且行为之可研究的领域必将向更新、更广、更深的领域拓展。

(三) 行为科学在现代科学分类体系中的独立地位

人类在改造自然、推进社会进步的践行和认知的辩证运动中推进了科学发展,并由此促成了科学体系发生激烈变化、学科出现高度分化和高度综合的趋势,导致不少边缘、分支学科成为相对独立的科学门类,也推动了科学门类的重新组合。在现代科学的发展进程中,不但传统的自然科学和社会科学相互渗透,而且整个科学与哲学也将更会相互交融、相辅而行。这是现代科学技术体系的现状和趋势。

虽然客观世界本来是一个普遍联系的整体。各门科学所研究的对象其实都是统一的、同一的,即整个客观世界(包括自然、社会和人),这是各门科学技术知识相互渗透、相互借鉴、相互统一的客观基础。如不分门别类地深入加以研究,就不可能有近代科学如此广度、深度的进步,所以不少边缘、分支学科成为相对独立的科学门类是必然的;但是,客观世界又是彼此关联的整体,在改造客观世界解决具体实际的科学技术问题时,又需要把各门学科有用的东西一起综合运用才能解决,而且越是复杂的大问题,越是如此。这种分析和综合不断地辩证运动,推动着现代科学技术体系的发展。严密结

^① 黄枬森:《钱学森大成智慧学简论》,《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2011年第6期。

构的科学技术体系的形成及后来的发展,反映了现代科学技术个性化和整体化的统一,再现了客观世界本来就包含的个体差别和整体联系的面貌。

我国著名科学家钱学森教授认真总结了现代科学技术发展的成就与趋势,从系统论的角度揭示了现代科学技术发展的整体状况,1985年4月,在全国首届交叉科学学术研讨会上,钱学森就提出建立起一个开放复杂的“现代科学技术体系”的主张。这个体系包括所有通过人类实践、认知所获得的全部学问,分为11个大部门:自然科学、社会科学、数学科学、系统科学、思维科学、人体科学、军事科学、行为科学、地理科学、建筑科学以及文艺理论等。^①这是人类改造客观世界的活动中不断认识,并在发展变化中形成的体系,是个活的体系,随着社会的发展、科学的进步,这个体系不仅结构还会有变化和发展,内容也必然会进一步得到充实,还会不断有新的科学部门涌现。

这种科学分类法,从各学科的横向结构上填埋了以往各门科学技术之间那种仿佛永远不可逾越的鸿沟,显示出各门科学之间原本就相互贯通、相互促进、统一而又不可分割的动态网络关系。为广开知识之源,进行大跨度的思维,敞开了绿色通道。

钱学森上述11个科学门类并列的提法,反映了现代各门类科学发展的现状,也有利于科学的全面、深入的发展,受到学术界广泛赞同。其中把行为科学作为和自然科学、社会科学等学科相并列的一个独立的学术门类的提法,显示了行为科学作为一个独立的学术门类的地位和重大的研究价值。给学术界很大的启发,对于不少从事行为科学和行为法学研究的学者来说也是很及时的鼓励。

二、行为科学的形成

(一) 行为科学的产生

1. 行为科学的产生缘起于期待提高生产效率的需要

人是社会的主体,行为科学是研究人的行为规律,以调节人与人的关系,并实现预测和控制人的行为目的的一门综合性学科。人在社会生产、生

^① 林喆编著:《行为法学导论》,北京大学出版社2013年版,第5页。

活中的主体地位是行为科学产生的条件之一。

行为科学最初形成于 19 世纪,当时欧美等国遭遇经济危机,在市场萧条的情况下,企业都期待通过提高生产效率来降低成本和提高利润以渡过危机。泰罗在他的《科学管理原理》一书中阐述了对工人生产活动进行科学管理的理论,主张应用严格的科学办法来管理企业和生产流程。企业整体组织首先应是一个有科学管理能力的组织机构。由工程技术人员精心科学设计生产流程和操作方法,工人严格地照章执行即可提高生产率。泰罗这种以科学设计生产流程和操作方法,用标准流程、劳动定额、计件工资等办法防止工人怠工,刺激工人生产积极性的办法,来规范工人在生产过程中行为的理论,受到企业的欢迎并取得了显著的效果。但是泰罗这种以科学设计生产流程和操作方法规范工人在生产过程中行为的理论,忽视了人的因素,因而,泰罗的“科学管理理论”(也统称为“泰罗制”)在提高劳动生产率方面虽然取得了显著的成绩,但藐视工人的人格尊严,仅把工人只是视作生产流程中机器中的一个零件的观点和做法,也引起了工人的不满甚至反抗、特别是工会的反对。但是泰罗的“科学管理理论”在对一个特定的范围和过程中,研究如何有导向地调控人的行为,可谓开创了行为科学研究的先河。受到学术界的肯定,并在之后成为现代管理科学的支柱之一。^①

2. 行为科学的形成和发展的几个阶段

19 世纪,泰罗的“科学管理理论”开创了行为科学研究的先河。20 世纪初,西方资本主义国家的企业面临着严峻的挑战:第一,工人觉悟逐步提高,人权观念日益增强,劳资矛盾愈加尖锐,特别是“泰罗制”的广泛推行,使工人劳动变得异常紧张、劳累、机械和乏味,整日在机器旁疲于奔命,尤其是福特公司的传送带,使工人的体力和精力消耗在单调、枯燥的重复操作之中,工人成了机器的附庸,从而引起了工人的强烈不满,“效率专家”成了工人憎恨、厌恶和泄愤的对象。^②第二,资产阶级寻求新的管理理论和方法来缓和阶级矛盾。为了平息工人们日益增长的反抗情绪,提高劳动生产率,不得不再度寻求新的管理理论和方法来缓和阶级矛盾。在这种形势之下,工人力量增强,活动范围和规模增大,需要的劳动环境不仅要满足生存,更迫切的是

① 唐子畏编著:《行为科学概论》,湖南大学出版社 1986 年版,第 7—8 页。

② 例如,卓别林主演的电影《摩登时代》就是一种比较典型的现实主义文艺批判。