



当代法学名著译丛

法律的运作行为

原著 布莱克

翻译 唐越 苏力

中国政法大学出版社



国防大学 2 061 2817 1



当代法学名著译丛

法律的运作行为

原著

布莱克

美国弗吉尼亚大学法学教授



中国政法大学出版社

1994·北京

(京) 新登字185号

40527/2

法律的运作行为

Fǎlǜ De Yùnzhuò Xíngwéi

原 著 布莱克
翻 译 唐越 苏力
出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路41号 100088)
责任编辑 丁小宣 张志铭
承 印 国家统计局印刷厂
经 销 新华书店
版 次 1994年4月第1版
印 次 1994年4月第1次印刷
开 本 850×1168毫米32开
印 张 8.25
字 数 200千字
印 数 3000册
定 价 10.50元

ISBN7-5620-1301-2/D·1253

Translation of: THE BEHAVIOR OF LAW by
Donald J. Black

Translated by Tang yue & Su Li

Published by China University of Politics and
Law Press

#1 Xue Yuan Road, Beijing 100088, China

The original copyright informations as follows:

Copyright © 1978, By Academic

Press, Inc.

All Rights reserved.

Library of Congress Cataloging in Publication

Black, Donald J.

The behavior of law.

Bibliography: P.

1. Sociological jurisprudence.
2. Deviant.

behavior. I. Title.

Law 340.1'15 76-23297

ISBN 0-12-102650-7 (cloth)

ISBN 0-12-102652-3 (paper)

本译本的翻译和出版已获许可
中文版版权属当代法学名著译丛编委会

法律 的 运 作 行 为



当代法学名著译丛

“当代法学名著译丛”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

“当代法学名著译丛”编辑委员会

编 委 (以姓氏拼音为序)

程 远	高鸿钧	贺卫方	季卫东
梁治平	刘广安	齐海滨	申政武
王 晨	王亚新	王志安	夏 勇
张志铭	朱苏力		

主 编 季卫东

副 主 编 张志铭 贺卫方

丛书编辑 丁小宣 宋 军

“当代法学名著译丛”

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识界崇尚

法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到 1839 年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于 1864 年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针措施。从 1877 年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到 20 世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的灵魂，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：(1) 有代表性的理论流派的主要著述，(2) 有典型性的政法制度的精辟评介，以及 (3) 有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是 1970 年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量），不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿 1970 年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们，都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

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。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 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难即的目标——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。就好象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，布莱克的行为法学与行为法学（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，依照法学惯例应该属于法的范畴的一些要素则被他排斥在外了。例如涉及统治机关的成立和权限的组织规范、财政分配法案、授予特权和权利的法规、设定私人间权利义务关系的契约、对于公共事业和公

务活动的社会控制以及解决非争讼性问题的规则，布莱克的法的定义都不能加以涵盖。另一方面，依照法学惯例不属于法的范畴的一些要素却在他那里徘徊纠缠、挥之不去。例如，对于统治机关自身的违法行为、秘密关押、诱供刑讯及就地处决，布莱克的学说中就没有提供区别的标尺以把统治机关的这些社会控制活动判断为非法。总之，本书所展现的法的概念的核心是强制，而合意及其制度性保障的重要意义被忽略了。

当然，作者的本意并不是要在法的本质的认识上作翻案文章。他只是想对法律现象中可以量化的那一部分进行纯科学的研究，因而他最关心的是法的增减而不是法的功过。可以说，布莱克的法学思想在方法论上有两个特征：一是反历史性，一是反规范性。

在反历史性这一点上，布莱克与昂格尔（Roberto M. Unger）形成鲜明的对照。后者对法的宏观分析是以社会事实的特定历史背景为基础的，这就决定了他在解决现实与理论的矛盾时不得不借助于文化这个剩余变量（residual variable，含有一切难以说明的现象都可以用文化归因论来搪塞的意味），而要克服这种历史主义的偏向又需要导入诸如“普遍的人性”之类的规范概念。所以，昂格尔的法学理论就其逻辑本质而言，不是理性主义而是规范主义的。不过，昂格尔并不反对理性主义方法论的标准。他只是强调这些标准的运用无法超脱既定的历史条件的局限。与此迥异，布莱克的理性主义方法论是彻底而不妥协的。他通过把定性问题转化为定量问题的研究战略，排除了文化、人性及其他一切规范性前提。其结果，可以说他的命题群构成了一个自明的常识体系或者公理体系。

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实践结合起来，开辟了所谓“判例社会学”的新领域。据说这门学问所提供的社会地位、关系距离、权威性、组织与案件、诉讼当事人以及权利主张之间的函数关系的客观知识，将有助于律师和当事人进行正确的预测和选择。

二、法的运作机制的理论结构

在社会科学研究中，非变量的类型化和使之向变量转换、普遍变量的探索以及发现或创作新变量，是最基本的作业。布莱克在本书中把社会生活分为五个基本的方面——分层、形态、文化、组织和社会控制，并使之转换成了一组普遍变量，用以预测和说明法的变化。（1）分层标志着社会的纵向关系和社会资源的等级性分配。日本的年功序列制、美国的劳资关系是特定非变量，而分层化的程度则是一个普遍变量。布莱克认为分层与法的变化之间存在着连续性正相关：分层化的程度越高，法的增加量就越大。（2）形态标志着社会的横向关系和分工、亲密度、团结性等人员分布的状态，它的普遍变量是关系距离（relational distance）。布莱克认为关系距离与法的变化之间存在着曲线相关：亲朋好友内部的纠纷往往不诉诸法律，而随着关系的疏远，法的作用也相应增大，但是当人们分别属于完全不同的生活圈时，差别越大则法的影响就越小。顺便指出，他的另一篇论文“法社会学的疆界”还曾提示了影响这种曲线相关的第三变量，即民间调解等非政府的社会控制方式的有效程度。它可以表述为一个选择性相关的命题：在非政府的社会控制软弱或无效的场合，作为最后手段而诉诸审判等政府的社会控制方式是普遍的倾向。（3）文化体现了社会的象征性方面，而法具有象征的功能，因此法的变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、最优雅的表达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