

*Jurisprudence for a Free Society*

*Studies in Law, Science and Policy*

# 自由社会 之 法学理论

法律、科学和政策的研究

Harold D. Lasswell

[美] 哈罗德·D·拉斯韦尔

著

Myres S. McDougal

[美] 迈尔斯·S·麦克道格尔

王贵国 总审校

上

法律出版社

*Jurisprudence for a Free Society*  
*Studies in Law, Science and Policy*

---

# 自由社会 之 法学理论

法律、科学和政策的研究

---

Harold D. Lasswell

[美]哈罗德·D·拉斯韦尔

著

Myres S. McDougal

[美]迈尔斯·S·麦克道格尔

王贵国 总审校

上

法律出版社

Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy

By Harold D. Lasswell, Myres S. McDougal

©1992 New Haven Press, New Haven

*Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy* was

originally published in English in 1992. This translation is published by  
arrangement with New Haven Press.

英文原著出版于1992年。此中文版的出版得到了原著作权人New Haven Press  
的正式授权。

著作权合同登记号

图字：01-2013-4741

总 审 校：王贵国

副总审校：王 超 王 楠

审 校：陈 磊 关文伟 沈 伟 王 超  
王贵国 王 楠 杨 帆 郑业鹭

译 者：曹 晴 陈 兵 董 皓 高鹏程  
高华超 谷 冉 关文伟 慕子怡  
覃华平 涂 识 王 超 王 楠  
王书成 严 蓉 郑婷婷 郑业鹭

## 中文版序

许多当代法的理论都最终源自于某个单一的视角。哈特看到奥斯汀关于法是政治上级命令的观点无法解释法的权威因素,故将余生工作都致力于该缺失。凯尔森看到历史主义者关于法的概念无法满足正步入现代化的多种族帝国(先前是奥匈帝国)中的决策者的需求,故创设“纯粹法学”来超越他们。埃利希通过对合作实体及其他非国家实体中显现的自发性的内部合作协议的观察,形成了其社会学法律概念。

促使哈罗德·拉斯韦尔与一位法学家合作,来共同创制一套政策导向的关于法的理论的一个关键原因,是其意识到政治科学学术日渐不实,从而亟需采用多元社会科学研究方法(他被公认为精通许多此研究方法)来澄清政策,以确保民主管制得以生存。对他在这一探索中的合作者迈尔斯·S. 麦克道格尔而言,合作之诱因系其对法律现实主义缺陷的体认。作为一个耶鲁法学院的学生,麦克道格尔最初是一个法律现实主义者,然“二战”期间在为美国政府的服务中,他经历了超乎寻常的改变人生的历程,从而有机会去验证、反思并最终抛弃了法律现实主义。

现实主义守护神之一的霍姆斯曾经说过,“法律实践之要义就是预测法院实际上会如何做”。法律现实主义者证明了对法院未来判决的预测永远无法仅依文本(所谓黑体字法)作出。现实主义者仓促地从不同角度寻找一个飘忽不定的文本因素,作为提供预测未来的

钥匙。尚在“二战”期间，拉斯韦尔和麦克道格尔就在华盛顿合著了对以后产生巨大影响的文章——《法律教育与公共政策》（Legal Education and Public Policy）。这为他们政策导向的法学理论奠定了基础。

尽管拉斯韦尔和麦克道格尔以及他们的学生们所建立的纽黑文学派源自于美国法律现实主义，但它却在六个基本方面否定了现实主义。

第一，现实主义者追随霍姆斯大法官，致力于寻求一条预测如何进行决策的途径。在此方面，现实主义者仍然囿于实证主义之实质被动性，即限于法学家的角色来预测其他人将做什么。拉斯韦尔和麦克道格尔则认为，法学理论使命的一个关键部分，并非简单地去预测，而是去积极帮助决策者进行决策，其方法包括帮助他们澄清目标、提供成功之道的信息、分析不同选择的后果，等等。

第二，在他们对法院及其适用法律的高度关注中，现实主义者忽视了决策中的所有组成部分——立法之前、立法当中、法律终止、法律评估——在法院及其他机构适用法律之前和其后的部分。但作为政治学家的拉斯韦尔和作为政府前律师的麦克道格尔认为，这些其他功能是理解和成功实践法律不可或缺的部分。

第三，在其对法的关注中，同实证主义者一样，现实主义者忽视了政治和法律的斗争是为了什么：生命的机会或“价值”。现实主义者没有系统的方法来标明并研究随着时间推移价值的产生和分配。拉斯韦尔和麦克道格尔则创造了一种识别并追踪产生和分配（他们称之为“形成和分享”）全人类所追求的各种期待的方法。

第四，在对法律构成的关注中，现实主义者并没有足够关注环境因素对决策的持续影响，尤其是在决策中权力的作用。规范法理论一般均忽视了后者的变化也是决定性的变化。作为一个政治学家，拉斯韦尔在合作之时已清楚认识到决策中权力的作用。麦克道格尔在他们合作时也早已从其对牛津实证主义的早期迷恋中恢复，其政府工作经历增强了他对权威决策的信奉，但提炼了他对权力易变之相关性的评定。

第五，在其对法律构成的关注中，现实主义者（除卡尔·卢埃林外）均没有认识到对构成自身的维持或调整亦是每个决策的一部分，“构成和结构”（如政治学家谓之的）是一个正在进行中的构建过程的产物，而权

威和权力则在其中运行。在他们合作的早期,拉斯韦尔和麦克道格尔开始发展其构建过程和公共秩序的概念来修补这种缺陷。

第六,由于其仅对美国密切关注,现实主义者忽视了不可避免的全球维数对本土决策显而易见的影响和作用。几乎在“全球化”成为法学和政治学流行语的半个世纪之前,拉斯韦尔的《世界政治与个人不安全性》(*World Politics and Personal Insecurity*)就为在个人精神层面解释每个决策的全球维数奠定了基础。

拉斯韦尔和麦克道格尔法律哲学的哥白尼式革命,在于不再使规则作为决策机制,而是使人类不同程度地成为选择者或决策者。但这也不是一个自由论者或放任主义的方式,因为他们致力于构建一套能够建立并维系自由社会的法的理论,所以他们并没有满足于某些所谓“理性选择”理论;依靠这些理论分裂了的个人,带着贪欲的极度兴奋的本能冲动,在那只伟大的“看不见的手”最终能为任何问题找出最佳答案的具满足感的假设下,能够不懈地追寻他们各自不同的私利。大萧条和“二战”证明了这并不现实。拉斯韦尔和麦克道格尔的抱负总是宽广的和放大的,并总是负责地针对关涉公共利益的社群决策。正如麦克道格尔在其与拉斯韦尔合著的最后正式陈述中所写的:

关于法律最有用的概念是将其理解为一个权威的 and 控制的决策过程。作为此过程一部分的负责的法学家、顾问或决策者的职责,是确定一个适当的观察立场、澄清社群目标、识别并完成智识工作,这将使他或她能帮助那些需要法律或政策建议的人澄清目标,以及以符合最广泛社群共同利益的方式执行之。<sup>[1]</sup>

你将注意到他们对范畴和概念的关注。如果法律不是一套规则,而是一个社群的决策过程,且其目标在于增强这一过程之运转以及人们的参与,从而有助于建立人类尊严之公共秩序,则他们所能创造或修改的概念工具将异常重要。他们接受了康德关于认识范畴之中心性的观念,并

---

[1] 参见 Harold D. Lasswell & Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society* (1997), 学生版序言,第5页。

有意识地设计威廉·莫里森所说的“为确定的目标特意并务实选择”范畴。<sup>〔2〕</sup>构建了自己的范畴后，他们便将大量时间投入到理解并评论现代范畴，这是因为他们所确信的范畴对法学理论的有效执行是有决定作用的。对该学派持批评意见的人甚至该学派的有些学生认为，对“脚手架”的明确表述和修改是过分的，同时对每一问题都如此当然也是不必要的。拉斯韦尔和麦克道格尔则确信这是不过分和必要的。

让我作为旁观者说几句话。作为学生，我依然可以栩栩如生地回忆起《法律、科学与政策》课程里的一堂讲座；这门课拉斯韦尔和麦克道格尔在耶鲁共同教授了数十载。有个学生对他和拉斯韦尔描述的一个趋势做了一个非常臆断的陈述。麦克道格尔就只是问他：“你是谁？”他并非指“你的名字是什么”或“谁授权你的”；而且这也绝对不是一个笛卡儿式练习的邀请，即通过深思熟虑来减缓对自身存在的焦虑，并促使你跳过“你们”当中的那个人参与其中的相关问题。拉斯韦尔和麦克道格尔运用科学哲学认识到，在你大量个性中即刻占主导地位的自身，在那个时刻可能与你作为其他自身在感知和评价方面的不同；同时，自我意识和观察的一致性对其他智识任务的成功都是决定性的前提。对外国学生和少数派学生而言，在耶鲁课堂上聆听不装腔作势的讲解者的美国观点，从讲台到听众席滔滔不绝地做似乎“客观的”阐述，这个“你是谁”的问题很有意义。的确，听教授们讲解并理解该问题值得欣慰。然而，构建并一贯地在整个智识运行中维系某个观察立场，尤其是澄清一个有助于辨明并实现共同利益（即“人类之更大社群的公民利益”）的立场，并非易事。

对拉斯韦尔和麦克道格尔而言，与“你是谁”这一问题同样重要的，是你怎样观察事物和你决定看什么这一问题。马克斯·韦伯和罗斯科·庞德曾设计出经济学之外的观察方法。拉斯韦尔和麦克道格尔则另辟蹊径，坚持收集和组织广泛社会过程信息的一个系统方法。更为重要的是他们还坚持最透明地设计透视镜——法学家通过此透视镜进

---

〔2〕 参见 William Morison, “Myres s. McDougal and Twentieth - Century Jurisprudence: A Comparative Essay,” 载 Michael Reisman & Burns H. Weston, *Toward World Order and Human Dignity: Essays in Honor of Myres S. McDougal* (1976), 第3页。

行观察,得以区分观点和行动、权威和控制、宪制决定和公共秩序决策,等等。

将人们希望或“渴望的事情”分为八种依经验的价值范畴,在这方面是一个被证明有效的重要工具。拉斯韦尔和麦克道格尔一旦着手这一工作,他们对精确性的超乎寻常的要求,使得他们能够在社会过程、社群过程、权力过程和宪制过程中发现构成一项决策的决定性成分。传统的法学分析则忽视了许多此决定性成分。

由于拉斯韦尔和麦克道格尔将个人置于法的中心,这个人如何决定(或进行选择)便成为他们法学理论的关键焦点。据此,他们以亚里士多德的实践形式,对决策中的关键智识任务进行识别并详加阐述。这些智识任务包括目标、趋势、条件、设想及创造供选择的方案。这是拉斯韦尔和麦克道格尔法学理论的独到之处。即使是与其同时代的法学家相比,甚至与功利主义阵营的法学家相比,他们的观点都是独一无二的。

令人吃惊的是,拉斯韦尔和麦克道格尔之法学理论最有争议的地方,是他们对法律目的及评价决策标准的坚持,即法律的目的和评判决策应以其对达致人类尊严之公共秩序的贡献程度为准绳。奇怪的是,对“人类尊严”是输入“美国”价值的工具的指控,几乎总是来自美国的学者,而这一指控激怒了他们的外国学生和合作者。在一个课堂上,我记得一位日本学生愤怒地从其座位上拍案而起称:“怎么竟有人胆敢声称是美国发明了人类尊严的概念?”

1997年5月,年届91岁高龄的麦克道格尔写下了被证明是对其事业和抱负的告别声明。他写道:

人们的最高使命是在公共秩序的适当制度中提升人类尊严。对同样以此为目标之下一代同仁,拉斯韦尔和我希望,我们著作所提供之内容和程序的原则,以及在将这些原则付诸实施的工具方面,可能被证明是有所帮助的。<sup>〔3〕</sup>

拉斯韦尔和麦克道格尔理论的根本表述被翻译成美丽的中文。其出

---

〔3〕 前注1,第6页。

现恰值一个伟大且古老文明的学生和学者们在致力于澄清并执行其所认可的人类尊严之公共秩序这一重大任务之时。这一著作将被这些学生和学者们所理解。

W. 迈克尔·赖斯曼

纽黑文, 康涅狄格

2013 年 6 月 18 日

# 目 录

## 第一部分

- 第一章 “有关”法的理论的标准 / 003
- 第二章 有关法的理论的趋势:建立及维持  
观察之立场 / 033
- 第三章 有关法的理论的趋势:研究焦点  
的分层 / 042
- 第四章 有关法的理论之趋势:法与其社群  
大背景之间的关系 / 116
- 第五章 关于法的理论的趋势:相关智识  
任务的概念 / 167
- 第六章 研究法律需要专门理论:如何为公共  
利益进行决策 / 278

## 第二部分 社会过程背景

- 第一章 作为一个整体的社会过程 / 285
- 第二章 特定的价值制度过程 / 322
- 第三章 个性:个性之动态 / 514

第四章 政治个性 / 551

第五章 政治文化 / 599

第三部分

第一章 价值的澄清 / 637

第二章 对趋势的描述 / 695

第三章 对条件的科学审视 / 763

第四章 关于未来发展的预测 / 862

第五章 政策选择的考虑 / 915

第四部分 自由社会中的决策结构

第一章 构建过程的最高原则 / 1005

第二章 规定功能 / 1026

第三章 信息功能 / 1044

第四章 推广（建议）功能 / 1060

第五章 援引功能 / 1069

第六章 适用功能 / 1081

第七章 终止功能 / 1099

第八章 评价功能 / 1104

## 第一部分



## 第一章

### “有关”法的理论的标准

#### 法理学作为“有关”法的理论

在对当今社会过程进行研究的诸多领域,学者都致力于创造出较好表达的全面学说,即“一般方向”或“概念图”,从而为研究的进行提供指引和帮助。<sup>〔1〕</sup>不同领域的不同学者自然试图通过创立这一更加有效的新理论,发挥不同智识作用或实现相关目的,但是在日益涌现的文献中,经常出现某些宽泛的目的,即(1)学者或观察者,站在自身立场上为了其目的,对所观察事件的识别;

(2)对有关研究焦点的描绘,并把特定事件作为考查对象,将其放在诸多由与其存在关联的事件组成的大背景下进行定位;

(3)对有关研究中所预设的,或者其旨在实现的,全面目标价值的假设或明确揭示;

(4)对与研究任何社会过程有关的大量智识任务的说明,包括:阐明目标、描述趋势、分析条件、预测未来

---

〔1〕 关于早期的发展,参见 O. YOUNG, SYSTEMS OF POLITICAL SCIENCE (1968); O. YOUNG, A. SYSTEMATIC APPROACH TO INTERNATIONAL POLITICS (1968); E. MEEHAN, THE THEORY AND METHOD OF POLITICAL ANALYSIS (1965); and W. MACKENZIE, POLITICS AND SOCIAL SCIENCE (1967)。

发展及寻找和评估替代性选择,以及

(5)完成有关智识任务所依赖的经济程序的发展。<sup>[2]</sup>

我们可以看出,就探寻高度概括性的解释原则方面<sup>[3]</sup>,或从传统的哲学性思考的角度而言,在句法方面或其他较不确定的方面的派生性实践中,这些新的学说所追寻的目标比传统的科学研究更加宽泛。<sup>[4]</sup>它们所追寻的正是理论的发展。该发展在所有必要的抽象层面,既足够全面又足够详细,从而以一种不可或缺的,经适当选择的以及创造性的和经济的方式,协助完成考察社会过程的相关任务。

令人遗憾的是,至少在可追溯至城市起源之初的悠久历史中,在对法的系统思考和书写方面,学者很少试图去构建达到类似高度的理论。<sup>[5]</sup>许多理论中反复出现的伟大传统学说,有时被标榜为“法理学派”。虽然

---

[2] 可从下列文献中找到有关不同建议的细节: FOREIGN POLICY DECISION MAKING (B. Snyder, W. Bruck, & B. Sapin eds. 1963); K. DEUTSCH, THE NERVES OF GOVERNMENT (1963); A. KAPLAN, THE CONDUCT OF INQUIRY (1964); VARIETIES OF POLITICAL THEORY (D. Easton ed. 1966); Kaplan, *International Systems*, 15 INT'L. ENCYC. SOC. SCI. 479 (1968); CONTENDING APPROACHES TO INTERNATIONAL POLITICS (K. Knorr & J. Rosenau eds. 1969); Eisenstadt, *The Development of Sociological Thought*, 15 INT'L. ENCYC. SOC. SCI. 23 (1968); W. RUNCIMAN, SOCIAL SCIENCE AND POLITICAL THEORY (1963); READINGS IN THE PHILOSOPHY OF THE SOCIAL SCIENCES (M. Brodbeck ed. 1968); E. NAGEL, THE STRUCTURE OF SCIENCE (1961); H. EULAU, THE BEHAVIORAL PERSUASION IN POLITICS (1963); and R. ERTON, SOCIAL THEORY AND SOCIAL STRUCTURE (1957)。

[3] Marion Levy 教授在下文中表述的关于科学调查的观点更具局限性,“Does It Matter If He's Naked?” *Bowled the Child*, in CONTENDING APPROACHES TO INTERNATIONAL POLITICS, *supra* note 2, at 87; cf. Schwartz, *A Learning Theory of Law*, 41 S. CAL. L. REV. 548 (1968)。

[4] 当今“语言学”方法描绘了句法方面的派生性实践,参见如 G. RYLE, THE CONCEPT OF MIND (1949)。分析的一些不足之处主要受限于“语言的”所指示的,参见 Weisstub, *The Conceptual Foundations of the Interpretation of Agreement*, 22 WORLD POLITICS 255 (1970)。

[5] 下列研究提供了一个适当的历史角度: M. LEVI, THE POLITICAL THEORY OF THE ANCIENT WORLD (1965); E. HAVELOCK, THE LIBERAL TEMPER IN GREEK POLITICS (1957); Speiser, *Cuneiform Law and the History of Civilization*, 107 PRAC. AM. PHILOSOPHICAL SOC. 536 (1963); A. BOZEMAN, POLITICS AND CULTURE IN INTERNATIONAL HISTORY (1960); J. NEEDHAM, 2 SCIENCE AND CIVILIZATION IN CHINA (1956); G. SEIDLER, THE EMERGENCE OF THE EASTERN WORLD (1968); and R. POUND, INTERPRETATION OF LEGAL HISTORY (1922)。下列文献中搜集的资料很好地体现了本章提出的法学理论固有学说关键点。W. M. REISMAN & A. SCHREIBER, JURISPRUDENCE: UNDERSTANDING AND SHAPING LAW (1987); D. LLOYD & M. FREEMAN, LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE (1985)。需要为关于法的研究提供更全面的理论,我们在这里所提出的具体批评在本书之后几章有详细记录。

依旧对研究和决策发挥重要影响,但它们却是不全面的理论,因其太过狭窄而限制了研究的焦点,并且严重局限了与其相关的智识任务。<sup>[6]</sup> 历史上的学说很少区分学术观察者和那些作为考察对象的社会过程的积极参与者的立场和目的。学者们并未创造出有利于进行跨时间和跨社群比较的法学理论,反而通常是满足于从“技术性的法的”理论的角度去构建自己的学说,其所观察的资料只不过是可疑的模糊碎片。<sup>[7]</sup> 许多仍然普遍适用的学说都是在玄奥的术语中发现权威,例如王权意志、超自然的永恒真理或是自发的律法,而不采用实证考察。这些学说通常关注的仅限于所谓的法律规则,或是十分不明确的方面,忽略了法律过程的真实运作,缺乏对实证决策或决策的总体流动的清晰聚焦。它们通常也不会区分权威和控制,而是同时模糊地参照这些法律不可或缺的要素。它们经常也不会全方位地指明有哪些已经确立的决策制定者,亦很少会清晰聚焦于某一权威决定的全面过程;该过程延伸到法律的制定和适用以维护首选的公共秩序方面。故它们亦鲜有对社会过程中那些引发权威决定的诉求的事件从价值和制度上进行系统性的分类,从而决定的理由和结果只会被当作轶事获得关注。从特性上来说,各种学说较少关注不同社群的权威和控制复杂的相互作用模式,对其进行的现实性描述就更少了。它们只是将可疑的神秘体系投射到“国内”和“国际”的利益和法律之间的相互关系之上。在大部分的学说中,所完成的智识任务是逻辑推导方面的,

---

[6] 即使在对法学理论范围的明确思考中也存在明显的局限性。参见 H. KANTOROWICZ, *THE DEFINITION OF LAW* (1958); J. MONTROSE, *THE SCOPE OF JURISPRUDENCE* (1965), reprinted from ME J. Bodenheimer, *The Province of Jurisprudence*, 46 CORN. L. Q. 1 (1960)。

[7] E. PATTERSON, *JURISPRUDENCE* 2, 3 (1953) notes, 但其并未对法的理论和有关法的理论进行区分。在下文有关观察视角的讨论中将会谈及过去承认该区分的趋势。在载于 FRANCOIS GENY AND MODERN JURISPRUDENCE (1978) Notes 103, 113 富有见地的文中, Jaro Mayda 尽管对我们描述法的理论和有关法的理论之间的区分的方式提出了批评,但却似乎仍坚持我们试图用这些文字表达的同样区分的重要性。我们所做的区分是为了不同的角色(观察者或参与者)的不同目的(教化或权力)之间的区分。有关法的理论是那些有助于在追求教化中采用有关智识任务的理论。而法的理论则是那些被决策流行参与者用来提供指导和解释的理论。偶尔也会参考同样的理论。