

法的一般理论及其在中国的发展

雷磊

【作者简介】雷磊,中国政法大学法学院教授、博士生导师。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2020.1.5~25

本文旨在对法的一般理论的缘起及其在中国70年来的发展进行梳理和考察。所谓“法的一般理论”,亦称“一般法学说”“法理论”,指的是以基本法律概念及其一般基础(功能、原则、结构、方法)为重心的法理学研究。为避免泛泛而谈,本文将选择一个基本法律概念,即“法律关系”,以其学说的变迁为线索来透视法的一般理论在中国的继受与发展。本文的基本思路是:首先介绍法的一般理论研究在德国的起源及其在英美和苏联的扩散(第一部分),接着依次叙明苏联学说在50年代至60年代初如何被中国全面继受(第二部分)、80年代初至90年代末期中国学界的反思与突破(第三部分)、90年代末至今的开放与创新(第四部分),然后对这一发展过程中呈现出的研究规律和特点进行归纳总结(第五部分),最后予以小结。

一、法的一般理论研究的起源与扩散

(一)一般法学说在德国的起源

一般法学说作为法学研究的独立分支诞生于十九世纪中后叶的德国。虽然这一阵营学者众多、具体观点各不相同,但共同的理论姿态在于试图发展出一门位于法教义学与传统法哲学之间的法学学科。这与当时科学观念的兴起以及法学的科学化思潮是分不开的。

19世纪初,法尔克开始从学科意义上理解“一般法学说”。随后,19世纪中叶的历史法学家在罗马法中找到了法学科学化的基础,罗马法被用作确定对于一切法而言必要的一般性结构、概念和原则的渊

源。萨维尼首先对法律关系进行了系统的阐述,提出了关于法律关系的经典定义。耶林正式创造了对法的概念-结构分析,从而转向了分析法学说。耶林的学生默克尔发表于1874年的《论法哲学与“实在”法律科学及其总论之间的关系》一文标志着作为独立学科之一般法学说的创立。19世纪末、20世纪初,涌现了托恩的《法律规范与权利:一般法学说研究》(1878年),贝格鲍姆的《法学与法哲学》(1892),索姆罗的《法律基础学说》(1917年),比尔林的《法学基本概念批判》(1877/1883年)以及《法律原则学说》(1894-1917年),纳维亚斯基的《一般法学说》(1948年)等经典作品。(起源于私法的)一般法学说最终与一般国家学在集大成者凯尔森那里被合二为一。

(二)一般法学说在英美的扩散

从20世纪初开始,一般法学说吸引了法、意、西、葡等国家的众多法理学家与民法学者的关注,他们对德国的(尤其是萨维尼的)法律关系学说进行了继承和批判,产生了丰富的著述。在英美学界,受科学化、实证化的时代潮流的影响,同样诞生了诸如萨尔蒙德的《法理学》(1902年)、格雷的《法律的性质与渊源》(1909年)、霍费尔德的《司法推理中应用的基本法律概念》(1913、1917年)和考库雷克的《法律关系》(1927年第2版)等经典著作。

欧陆和英美的一般法学说在学科属性上具有这样几个特征:其一,它是一门关于实在法的规范学科;其二,它是关于法和法律科学(法教义学)的总论;其三,它的研究对象主要是基本法律概念;其四,

它是关于实在法的形式-结构研究(有别于关于法的伦理研究的传统法哲学);其五,它致力于法律知识的一般化与体系化,也即科学化。它开启了法的一般理论研究的分析传统。

(三)苏联的法的一般理论研究

在十月革命之前的俄国,同样涌现出了科尔库诺夫的《法的一般理论》(1904年)等经典作品。十月革命之后,法的一般理论迅速马克思主义化,并成为法理学研究和教学的主流。一是“法的一般理论”的名称被“国家与法的(一般)理论”所取代。相应地,在论著中大大增加了关于国家理论的篇幅。二是“国家与法的一般理论”的基本内容被定位为国家与法的产生、发展的一般规律及其功能,尤其是国家/法的历史类型学说成为重点。苏联的法的一般理论研究大体可分为三个阶段,即第一阶段(1918-1937年),代表作为斯图契卡的《论法律的革命作用与国家:法的一般理论》(1921年)和帕舒卡尼斯的《法的一般理论与马克思主义》(1924年);第二阶段(1938-1950年代初),代表为维辛斯基法学;第三阶段(1950年代中期至今)。苏联的法的一般理论研究最明显的特征,就在于以社会法理论取代了分析法理论的传统。

二、法的一般理论的全面继受(50年代至60年代初)

新中国成立后,开始全面以苏联模式为蓝本创建新中国高等法学教育。由于意识形态上的高度相似,苏联的法的一般理论(第三阶段)被全面继受。维辛斯基的《国家和法的理论问题》(1955年)、卡列娃等人的《国家和法的理论》(1957年)等作品被翻译过来。

整个50年代中后期,法律关系学说都是苏联和中国的法的一般理论研究的重点。这一时期的法的一般理论对于马克思主义的基本原理,尤其是经济基础与上层建筑间的作用与反作用关系,理解得更为透彻,对于马克思主义方法的运用也更为娴熟。(1)这一时期的学者更为全面地运用了历史唯物主义,得出了法律关系的两个特征,即社会性和法律性。进而,法律关系被认为是一种意志关系和思想(社会)关系。(2)辩证唯物主义的被运用于法律关系

的内容方面,得出了权利和义务相对应的原理与权利和义务相统一的原理。无法直接运用马克思主义方法的领域(如法律关系的客体方面)则存在较大的争议。

三、法的一般理论的反思与突破(80年代初至90年代末)

从1980年代开始,中国法理学界开始有意将法理学与政治学相脱离,尝试使前者成为一门独立的学科。“法学基础理论”作为一个学科的名称,逐步得到法学界的认同。在结构上,至少从章节标题看已经去掉了关于国家的部分。

这一时期的中国的法的一般理论的整体框架依然是苏式的,从内容上看也只是国家与法的理论的“改良版”,仍然带有浓厚的政治意识形态的色彩和法学工具主义的兴味。但在教材之外,中国学者们的思想异常活跃、著述纷呈。研究主题被大大拓展了,研究涉入了法律关系的主体资格、法律关系的类型、法律关系的体系等方面。更重要的是,学者们在坚持马克思主义理论及其方法论的基础上,开始有意识地对苏联学说进行反思和突破。(1)对既有研究的深化或修正。学者们大体延续了前一阶段对于法律关系的定义和特征,但对特征的具体含义进行了更深入的思考。法律关系被认为是社会内容和法律形式的统一。在“法律关系仅体现国家意志还是同时体现参加者的个人意志”的问题上,观点纷呈。(2)对苏联学说的超越和创新。有学者开始独创性地在一种“动态过程”中来把握法律关系。在法律关系的内容方面,从80年代末开始出现了对中国法学界影响颇深的“权利本位论”与“义务本位论”之争。法律关系客体的类型学说取得了重大进展,形成了超越苏联法学的四分法,即“物”“人身”“精神产品”和“行为结果”。(3)试图将相关学说扩展至民法之外的其他领域,最典型的努力是将法律关系学说应用于刑法和经济法领域,但也引发了不少质疑。

四、法的一般理论的开放与创新(90年代末至今)

从90年代后期开始,“法理学”取代“法学基础理论”成为这一学科的正式称谓。《法理学》教材在内容上远远超过了传统“法的一般理论”的范围之外。法理学者的个人研究也日趋多元,法哲学研究重新在法

理学中占据了重要的位置,其他各种交叉学科的研究(如法社会学、法人类学、法经济学、法律与认知科学等)方兴未艾、层出不穷。这一时期的法的一般理论研究成果从总量看呈下降趋势,学者们也不再对某个或所有基本法律概念进行系统研究,而只关注它(们)的某些方面。但中国学者们沿着上一时期的讨论继续进行了重要创新。

重要的变化体现在两个方面:(1)积极吸纳了更多的域外法理论成果,并开始尝试在此基础上的创新。这一时期的法的一般理论研究以开放的姿态吸纳了马克思主义传统之外的其他学说,来自欧陆(主要是德国)和英美的大量作品被翻译过来,所借鉴的理论资源大大丰富了。这一时期更注意某种学说的理论史铺垫,也更注重同一学术传统内部的传承与发展,因而所做的创新自觉性更强、基础更为扎实。在法律关系的基础理论方面,法律关系学说的奠基人萨维尼的理论第一次以中文面世。在法律关系的内容方面,权利研究取得的突破性进展,这与对美国分析法学家霍菲尔德学说的引入是分不开的。(2)概念分析与逻辑分析的方法被初步运用。这主要得益于英美分析法学作品的译介、传播及其示范作用,也与分析哲学、逻辑学在哲学界的兴起及其对部分法学者的影响有关。

五、中国的法的一般理论研究的规律与特点

回顾70年来法的一般理论研究在中国继受和发展的过程,可以总结出如下规律与特点:

其一,在发展阶段上,中国的法的一般理论与中国法治实践和法学进步的历史进程休戚相关。70年来,中国法学进行了三次革命性探索、实现了三次历史性发展。第一次是新中国成立后,社会主义新法制建设拉开新纪元。第二次是十一届三中全会后,新时期恢复、健全、完善社会主义法制和实施依法治国基本方略的实践。第三次是在十八大以来,

新时代全面依法治国、建设社会主义法治国家的实践,如何以推动马克思主义法的一般理论的中国化、当代化的又一次历史性创新,是摆在中国法理学者面前的重要学术使命。

其二,在总体框架上,中国的法的一般理论研究深受“苏联学说+民法原型”模式的影响。一方面,苏联学说,尤其是维辛斯基法学曾长期支配中国法理学界。如何在坚持苏联学说合理内核的基础上,抛弃僵化教条,切除纯粹意识形态的附加物,回归真正的“法”的一般理论研究,恢复法的一般理论作为狭义法律科学(法教义学)之总论的地位,构造更为科学化/学术化的基本法律概念体系,是摆在新时代法理学者面前的一项艰巨任务。另一方面,从发生学角度看,民法学为包括法律关系在内的基本法律概念提供了最基础的理论渊源。但这样一种境况也使得学者的理论想象受制于民法的特性。如何逐步摆脱民法学的“前理解”,在顾及各个部门法自身特征的基础上,提炼和抽象出更具普适性的一般学说,是考较未来中国法理学者专业化能力的重要判准。

其三,在研究方法上,中国的法的一般理论研究从一开始采取单一进路开始显现出多种方法合力的端倪。马克思主义方法论是经过历史和实践检验的基本科学方法,不仅不能被放弃,而且要被更娴熟和准确地运用于对各个基本法律概念的宏观研究。但是在研究基本法律概念的某些具体知识点时,还要同时结合运用其他方法,尤其第分析方法。如果说历史唯物主义和辩证唯物主义研究的是法律及法律实践的根本之“道”的话,那么分析方法就是一种有助于展示法律和法学之在内复杂性的理论探究之“器”。只有“道器并举”,融合社会法理论与分析法理论,才能既把握住学科的根本,又不会丧失学科的专业性。