

论中国民法学研究中的功能主义范式

申 晨

【摘 要】民法学研究中存在形式主义与功能主义的模式界分,二者的分立在我国已有定见。从形式主义向功能主义的演进是民法学发展中范式转换的典例。功能主义范式研究模型中包含“尺度”“要素”“计算方法”三个基本组成部分。根据历史源头和模型复杂度的差异,我国的功能主义民法学研究存在分别以客观目的解释、利益衡量和成本收益分析为代表的三个不同阶层的开展进路。在我国民法学中,功能主义范式主要应用于补充传统法释义学下的解释论、构建经典法典体系以外的规范以及填补“反身性”法律漏洞三种领域。功能主义范式的崛起将导致“分析”思维和“衡量”思维的强化,并要求论证方法向“高信息论证”转型。其不会挤压法释义学的存在空间,而会逐渐形成本土化的民法学话语体系。目前,尚不存在构建功能主义学术共同体的必要。

【关键词】功能主义;形式主义;中国民法学;范式转换

【作者简介】申晨,武汉大学法学院特聘副研究员。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2023.5.146~166

【基金项目】本文系中国法学会2022年度部级法学研究课题“民法典编纂中的功能主义民法学”(CLS2022C34)的阶段性成果。

习近平总书记指出,要“从我国革命、建设、改革的实践中探索适合自己的法治道路,同时借鉴国外法治有益成果”。^①法学研究的发展道路亦应回应这一要求。我国民法学在晚近四十余年的发展中,积累了丰富的学术智识和经验,其研究道路的演进既符合一般学术规律,又富有民族性。尤其是以《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的编纂为里程碑,大量民法研究成果体现出突破“拿来主义”、关注规范效果和强调衡量式论证的新特征。那么,如何在中国式的话语体系下揭示这一学术史的发展脉络?上述的研究模式创新又会如何影响中国民法学未来的发展?本文拟以对本土资料的梳理和提炼为基础,借助科学史研究中常用的“范式”理论,以“功能主义范式”作为对该创新模式的称谓,对其进行分析和探讨。

一、作为民法学研究范式的功能主义

(一)两种法学研究的开展模式

考察学术史可知,关于社会科学中的价值判断

研究,存在两种经典模式。第一种模式首先设置先验的价值依据,以此作为判断的大前提,再对议题所涉的社会事实作学术化表达,将其作为小前提,最后通过演绎推理得出价值判断。第二种模式则不设置先验的价值依据,仅根据议题性质,提供价值测量之尺度,再将议题所涉的社会事实进行分化剖析,代入尺度中予以衡量和评价,以此得出判断结论。就二者在研究思路上的区别而言,第一种模式中的学者面临的首要之问是“是什么”,即议题所涉的社会事实能否被定性、涵摄至既有的概念基础中,进而以此为依据作出“是”或“非”的判断;第二种模式中的学者面临的首要之问是“为了什么”,即议题所涉的社会事实在评价体系的尺度——通常被表述为某种社会目标的实现——上有多少推进,继而在比较中得到“更好”或“更差”的评价。在这个维度上,二者的区别常常表现为本体性研究与工具性研究的区分。就研究方法上的区别而言,第一种模式采用演绎推理中的三段论推理方法,是典型的形式逻辑方法;第

二种模式采用“分析综合法”,即首先对议题事实进行分化剖析,以一定的标准进行计量,再综合汇总、比较和评价。在这个维度上,二者的区别常常表现为定性研究与定量研究的区分。

上述两种模式在法学研究中均有所反映。^②有国外学者将这两种模式称为“共识”(consensus)模式与“工具主义”(instrumentalism)模式,^③指出前者的特征是规范以先验共识作为基础,后者则关注规范的工具性意义。以民法学研究为例,以对法律文本的抽象涵摄和逻辑推导为基本方法的法释义学研究往往采用第一种模式;而以“效率”为评判标尺、以对规范效果的优劣比较为方法的法经济学研究则采用第二种模式。

就法学研究的实效而言,两种模式各擅胜场。第一种模式的特点在于:其一,借助形式逻辑,论者可以得出具有确定性的判断结论;其二,借助作为推理大前提的理论或共识,立法者可以实现法律规范的抽象化目标。由此,在该模式下形成的研究结论具有两大优势:第一,在确定结论的指导下,规范解释、司法判决的稳定性提高,社会民众对规范实施的效果预期更为稳定,此即法的安定性优势;第二,借助理论抽象形成的规范更加简化、易得,便于传播、学习和在裁判中复制,有利于降低法律实施的社会成本,此即法的传承性优势。第一种模式也相应地存在两大劣势:第一,作为推理大前提的理论或共识具有先验性,其正当性无法在推理过程中被检验,其内容也不能随社会背景、时代特征而变通,从而具有机械化的倾向;第二,在对社会事实的抽象转化中,论者可能为适应僵化的先验“概念”而忽略对价值判断具有实质影响的事实细节,动摇结论的正当性。

第二种模式的特点在于,其需要尽可能地在既定的价值尺度之下,以学术语言“还原”社会事实的各种细节要素,并依据一定的权衡方法作综合计算。从而,其优势在于:第一,由于没有先验的价值判断基础,故研究所依据的衡量尺度可以随着社会变迁而随时变化,研究形成的结论具有灵活性和时代性;第二,在对事实细节的“还原”中,规范内容将

被彻底地具体化、个案化,这更有利于实质正义的实现。然而,这一模式的劣势在于:第一,该模式对议题衡量尺度、价值要素和综合计算方法的选择,均具有相当程度的不确定性,这将损害规范的安定性;第二,对社会事实的分化剖析和对价值要素的综合计算,均具有一定的难度,难以被司法实践大量复制,这将不利于方法的低成本运用和推广。

(二)称谓选择:“形式主义”与“功能主义”

对于上述两种法学研究模式的区分,我国民法学者已有清晰的认识,只不过在具体的汉语称谓上尚未达成一致。例如,前述“共识”模式与“工具主义”模式的对应称谓,并未在民法学界得以推广。德国民法学在方法论层面形成的“概念法学”与“评价法学”的对立,^④与上述两种法学研究模式的区分有内在共通性,但由于这一对概念的汉语表述对立性不强,因此未被我国民法学者自觉使用。近年来,我国部分学者以“法教义学”与“社科法学”的表述形成方法论层面的对话,^⑤前者立足于法律规范的逻辑演绎,后者关注法律的社会实效,与上述两种研究模式的区分有类似之处。然而,“社科法学”的关注点不拘于法律规范,“法教义学”的内涵也在随时代发展而不断变化,^⑥因此,如果以这两个概念表征上述法学研究模式的区分,就会限缩“法教义学”与“社科法学”的指称对象。此外,还有学者基于“从各种素材中提取规范”的视角,将我国当前实质存在的、由上述第一种模式向第二种模式过渡的路径命名为“法学实证主义道路”。^⑦然而,由于“实证”一词在中国语境下多有歧义,所以该称谓也并未被学界广泛接受。

恰如其分的称谓,有利于学术共识的形成和结论的推广。选取称谓的标准应尽量满足两项要求:其一,称谓的语义应当能直观指代其所要表达的涵义,且不发生歧义;其二,称谓在特定语境中已经形成定见,具有推广的基础。据此,本文主张以“形式主义”与“功能主义”指代上述两种法学研究模式,理由如下:

首先,“形式主义”与“功能主义”在汉语中的语

义与上述两种法学研究模式的内涵契合,且不会发生明显歧义。“形式主义”中的“形式”,对应第一种模式的研究方法,即形式逻辑演绎。“功能”一词在汉语中有“为实现特定目的所具有的效用”的涵义,这一涵义基本对应了第二种研究模式的工具论视角。此外,相较于前述一些称谓,“形式”与“功能”在指代两种模式时,既不会发生语义交叉,也不会扩大语义范围。

其次,“形式主义”与“功能主义”在汉语民法学研究的语境下,已经形成了与其表达内容相契合的定见。“形式”与“功能”在汉语中属于常见词汇,且所指向的语义与日常语义偏差不大,更易使以汉语为母语者理解。因此,尽管我国法学理论尚未对“形式主义”与“功能主义”的对应作明确总结,但仍有学者自发运用这一组对应称谓阐述观点。^⑧而在《民法典》编纂过程中,对于动产担保规则的修订,学者们普遍使用“形式主义”与“功能主义”的对应来阐释立法变革理由,^⑨这也使得这对称谓在汉语民法学研究中更加具有推广基础,^⑩并在学界形成了以“功能主义”指称《民法典》解释方法的观点。^⑪

这里值得一提的是,“功能主义”一词的语源和影响范围并不局限于汉语民法学研究。“功能主义”的一个语源,是社会学理论中的“结构功能主义”(structural functionalism)。^⑫这一理论主张社会是具有一定结构的系统,其组成部分以有序形式对社会整体发生相应功能。法律规范是社会整体系统的组成部分之一,故在这一理论下,法学研究能够观察到法律规范内容与社会系统的互动作用。“功能主义”的另一个语源,是自二十世纪七十年代以来比较法研究中形成的“功能性”(Funktionalität)原则这一基本方法。^⑬此方法主张,对于异域法律,只有具有类似社会功能的立法才有比较的意义。该方法在我国亦为学者所广泛接受,^⑭并直接在民法学的具体研究中发生了影响。^⑮在汉语语义和外来理论的双重作用下,我国学者在宪法、^⑯刑法、^⑰经济法、^⑱行政法等诸多部门法研究领域开始自发使用“功能主义”这一称谓。^⑲虽然其具体所指可能略有差异,但总体上未跳

出这样的范畴性涵义,即法律规范的形成和解释不能仅依托规范的初始内容和相应的逻辑推导,还需关注规范的社会效果,以不断调整规范的实质内容。由此可知,当前在汉语法学研究语境下传播的“功能主义”一词的核心内涵是稳定且被广泛接受的。

(三)范式理论下的形式主义和功能主义

自二十世纪六十年代库恩提出“范式(paradigms)理论”以来,以“范式”一词指代对法学研究中的某种变革的相关研究,在我国法学界屡见不鲜。^⑳所谓范式,是指以被研究者所公认的范例(包括定律、理论、应用、仪器等)为连贯的科学研究活动提供确定的模型,进而规定一个研究领域的合理问题和方法。^㉑在我国法学界,有学者提出,范式是法学研究中一种全新的理解系统和理论框架,为学术活动提供新的平台和方法,是学科独立的“必要条件”和“成熟标志”。^㉒前文所述的形式主义和功能主义,无疑各指向了法学研究中的一种独立且公认的研究模型。我们是否可以借助范式理论,将两个研究模型之间的承继与竞争理解为一种学术史上的范式转换呢?

按照库恩的定义,科学研究中的范式需满足两项特征:其一,其是与传统科研活动形成竞争的一种模式;其二,其能无限制地为后续实践者提供研究问题。^㉓也就是说,在“研究模式”的语义之外,范式应当具有全面性和历史性地变革研究活动的内涵。从这一理解出发,本文试以作为我国民法主要继受来源的欧洲大陆民法的发展史为观察对象,进行考察。

基于唯物史观,法律规范的内容首先来自主体在社会交往中获得的、基于特定生产力条件形成的行为反馈。随着这一反馈的反复出现,行为内容逐渐沉淀为习俗或惯例,成为法律的起源,^㉔并在一定的社会组织中最终形成法律。^㉕由习惯向法律的转化过程,是强制组织成员遵守规范的过程,这一过程要求具有社会话语权的权威对规范内容予以背书。在古代社会,这一权威或为纯粹的政治权威,如颁布律令的国家,或为在政治权威支持下的意识形态权威,如形成教义性法律的教会。然而,政治权威

的反复更迭和意识形态权威的去神圣化,使得上述法律背后的权威并不能长久维持。因此,一些知识分子开始寻求通过对一种特殊认知程序的构建,^⑧形成脱离现实政治因素的智力权威,从而为法律规范的内容提供更为稳定的背书,此即发源于中世纪欧洲大陆的法学研究。

智力权威的观点必须具有确定性、共识性和提炼性。因此,寻求某种先验理念作为逻辑前提,再通过一定的逻辑推导规则形成结论,就成了法学研究初期具有竞争力的路径。于是,在这一历史时期,形式主义成为法学研究的主流范式。在形式主义范式下,先验理念的选择,在最大程度上决定了智力权威的形成效果。因此,在欧洲大陆民法学的发展中,为提升学说的公信力,在对先验理论的选择中,注释法学派选择了罗马法经典,古典自然法学派选择了“理性”,历史法学派选择了“民族精神”,^⑨甚至有少数学者选择了自然科学。^⑩总体来看,这些先验理念在特定时期均完成了相应的历史使命,并在相继的批判迭代中,不断加强了对形式主义法学研究的权威性。

在近代民法学发展的同时,基于生产力的发展,由资产阶级革命确立起的新的民事法律规范体系也在逐步形成。于是,在新兴政治权威的支持下,法学研究形成的智力权威主导了民事法律规范的整合,此即欧洲大陆轰轰烈烈的法典化运动。而这一现实的立法活动,又反过来加强了形式主义民法学研究:已经学术化并发生(或即将发生)法律效力的规范内容,本身成为形成和解释后续法律最重要的逻辑前提,并被赋予了先验属性。在自然法学和分析实证主义法学的论争中,学者们追求的是,一旦明确“法”是什么,法学即成为一种机械的技术研究,其剩余工作“就可以由全部下属的人力来继续进行”。^⑪作为先验题材的实证法及其理论的丰富性,也使得有观点认为,以既有法律概念的推演即可完成全部法律规范的构建。至此,形式主义民法学达到了其巅峰形态,即概念法学。^⑫

然而,法律终究反映的是社会生产关系,其内容

需要随着时代变迁,在主体的社会实践反馈中不断得到调整。因此,无论民法学研究选择的先验理念为何,其均无法完全适应生产关系的变化,进而会形成两难局面:要么为维系当前的理念体系而刻意忽略社会实践的变化;要么另起炉灶,重新归纳出一个先验理念,即便这一标准也注定短命。而以“教化”的实在法规范作为先验前提,不仅不会改变上述局面,还会由于实在法规范的刚性使矛盾更加突出。因此,至十九世纪后半叶,学者们逐渐开始反思形式主义民法学的弊端,指出以逻辑与概念构建法律脱离实际生活,^⑬认为法学无法如自然科学那样达成绝对客观性。^⑭

形式主义民法学的最大矛盾在于,其为了获得形成智力权威所需的公信力,选择依托于某个封闭的逻辑前提,但逻辑前提的封闭性使其无法适应社会生活的演进。进入二十世纪,德国民法学研究试图从概念法学演进到利益法学。^⑮利益法学的特征是以“目的”或“利益”取代法学概念作为规范内容的判断标准。“目的”或“利益”本身具有主观性和概括性。^⑯利益法学是功能主义民法学的最初形态,其之所以能够破解形式主义民法学的矛盾,是因为其以“目的”或“利益”这样的开放性逻辑前提代替了形式主义民法学中的封闭性逻辑前提。“目的”或“利益”在特定语境下具有一定的价值指向,经解释后已足以凝结社会成员的共识,其价值内涵却由于涵义的复杂性而具有了时代包容性。由此,民法学研究围绕“目的”或“利益”这样的价值尺度展开,既获得了一定的学术公信力,维持了法学研究形成的智力权威,又避免了陷入完全的相对主义,保留了法学研究的独立价值。当然,这种保持开放性的逻辑前提也带来了相应的逻辑漏洞和运用成本,这就是前述的功能主义法学的研究劣势。在20世纪后半叶,利益法学进一步演进为评价法学,并吸收了新的个案分析方法。^⑰德国民法学彻底进入了“评价法学的时代”。^⑱

由对学术史的梳理可知,形式主义与功能主义均是兼具变革全面性和历史性的科研模式,是民法

学研究的典型范式。首先,就变革的全面性而言,形式主义民法学结合了先验理念和形式逻辑,在法学研究诞生之初,为科研活动贡献了稳定的问题意识和研究方法,并开创了与依托于习俗、惯例或政治权威的旧方法截然不同的法律规范构建方法。借助形式主义民法学,欧洲大陆国家形成了以民法典为代表的、广泛涵盖市民社会法律调整需求的规范体系,在特定的历史时期完成了对民法学研究的“大一统”。其后出现的功能主义民法学则针对形式主义民法学存在的天然局限,采用了完全不同的研究前提、思路和方法,完全适用于分析形式主义民法学影响下形成的规范体系。因此,围绕任一法律规范,功能主义民法学都可以开放出与形式主义民法学研究对象相同但视角、路径完全不同的研究问题。^⑤

其次,就变革的历史性而言,在民法学研究诞生之初,形式主义民法学基于其论断的确定性和直观性,成为更具竞争力的研究模式,在对先验理念进行反复诘问后,其研究结论的论证效力也逐渐加强。形式主义民法学证明了法学研究并非学者们智力贡献的“昙花一现”,而是能够稳定提供法律供给的规范构建平台。因此,形式主义范式是民法学研究走向成熟的标志性范式,具有学术史层面的开创意义。而形式主义民法学向功能主义民法学的发展,同样有其历史必然性。形式主义的先验前提终究会触碰其封闭的逻辑边界。此时,学者们会在既有规范中重新提炼出不具有明确先验性但足以凝聚一定价值共识的开放性逻辑前提,以此为形式主义民法学“松绑”。基于这一必然历史进程形成的民法学研究模式,就是功能主义民法学。上述历史过程不独发生在欧洲大陆法系国家。在英美法系国家,“遵循先例”本身就是一种典型的形式主义推理模式。而当判例形成的规范内容逐渐刚性化时,法官和学者们就会转向规范的社会效果,^⑥以功能主义的视角重构某些规范的内容。

(四)中国民法学研究范式演进的基本脉络

中国民法学自1978年以来所经历的历史阶段在某种程度上是上述学术史的重演。在发展初期,我

国民法学研究的主要论证依据是“自由”“平等”“公平”等私法理念,以及伦理道德和社会主义意识形态理念。^⑦这种以抽象理念涵摄构建规范正当性的路径,具有早期形式主义民法学的特征。随着规范体系扩大和细化需求的增加,自20世纪80年代中期开始,民法学开始大量引入和借鉴国外规范和学说,并一度以比较法经验作为直接的立法正当性依据。这一阶段类似欧洲大陆的注释法学时代,即以成型法律文本作为形式逻辑的先验前提,对比较法资料的运用在某种意义上属于“拿来主义”的。^⑧例如,这一阶段我国民事立法的重要成果《合同法》,即是在总体架构借鉴大陆法系的债法体系、部分制度借鉴英美法系制度(如违约制度)的基础上制定的,多数规范都能在比较法上找到直接渊源。^⑨

进入21世纪,《物权法》《侵权责任法》的制定回应了更多反映国情的立法需求,^⑩学者们也开始重视从“照着讲”到“接着讲”,^⑪强调民事法律规范的本土性和民族性。这一阶段与欧洲大陆的历史法学时代有一定的共通性,只是学界在强调民事立法的“中国特色”时,^⑫并未抽象出“民族精神”这样的先验理念,而是基于我国知识界固有的实用主义传统,开始转向关注法律规范的社会功能。例如,《侵权责任法》中对于归责原则体系的创新,就是立足于对侵权法规范社会功能的反思作出的。^⑬

与此同时,自20世纪90年代中期以来,国外功能主义民法学的研究成果陆续被介绍到国内,为上述转型需求提供了丰富的智识给养。学者们在面临超出形式逻辑适用范围的论证任务时,开始有意识地寻找功能主义的论证资源,从而使我国产生了功能主义民法学的萌芽。在这一阶段,诞生了一些运用功能主义的学术成果。例如,在《合同法》立法过程中,有学者基于经济功能的视角论证合同法中鼓励交易原则、^⑭诚实信用原则的正当性;^⑮在《物权法》立法过程中,有学者以供需关系为视角阐述物权法的立法模式,^⑯以交易成本理论论述物权公示制度的功能;^⑰在《侵权责任法》立法过程中,有学者提出以评价法学作为侵权法的基本方法,^⑱运用经济分析

解释侵权法规规范,^⑩为公平责任等立法创新提供正当性基础;^⑪等等。由此,功能主义逐渐在形式主义主导的立法进程中,发挥辅助论证的作用。

自2010年我国实质具备完整的民法规范体系,到2020年《民法典》颁布,这一过程既是民法规范进一步完善整合的过程,也是实在法规范不断强化其正当性和权威性的过程。在这一时期,我国民法学界最为强调的是对法释义学的应用,^⑫其中主要的研究资源被运用到对实在法规范文本的解释上。这一阶段基本对应了法典化国家在完成法典化前后主要以规范本身为逻辑前提开展研究的阶段。然而,随着形式主义民法学达到逻辑边界,其局限性也逐渐展现。由此,伴随着法释义学内涵的扩张,以客观目的的解释为代表的功能主义法学方法被广泛运用于规范解释论研究中。利益衡量、比例原则、成本收益分析等以功能主义为内核的研究方法也相继涌现。类比德国概念法学向利益法学的演进,我国的功能主义民法学无疑已经展开了对形式主义民法学的承继与竞争。而在《民法典》这一立法里程碑之后,由形式主义迈向功能主义的历史进程也将继续发展。

二、功能主义在中国民法学中的开展进路

(一)功能主义的研究模型

功能主义对民法规范内容的研究秉持工具论的视角,通过对规范在社会系统中所起的作用的衡量计算,在量化比较中达成对规范的价值正当性的论证。为获取学术公信力,理想的功能主义研究模型应包含三个基本组成部分:

第一是“尺度”,即规范功能应在何种基本维度上被评价。如前所述,“尺度”在功能主义法学中的作用,在于其能够扮演开放性逻辑前提的角色,为后续的研讨提供认知基础,避免学术讨论的彻底相对化。因此,“尺度”一方面应当具有广泛的共识性,另一方面应当具有宽泛的价值内涵。从功能主义民法学的发展经验看,充当这一角色的往往是“目的”“利益”“社会效果”“效率”等概念。因为“功能”一词具有“为实现特定目的所具有的效用”这一汉语语义,所以“目的”“功能”“效果”等概念具有内在的语义共

通性。

第二是“要素”,即在所研讨的规范内容中,在特定“尺度”之下的值得评价的对象。例如,如果以“利益”为“尺度”,则法律关系中存在哪些需要考量的利益?如果以“效率”为“尺度”,则效率计算中的成本和收益分别是什么?“要素”是在特定功能主义模型下,对社会事实的学术化剖析将事实细节“抽象”至特定功能主义模型中的结果。

第三是“计算方法”,即对“要素”进行汇总、比较和评价的方法。“要素”是对纷繁复杂的社会事实的“抽象”,而关于不同“要素”之间如何比较、是否具有不同的权重地位、应当与最终结论间建立何种函数关系等问题,显然并无定论。论者欲达成有说服力的论证,需给出有效的计算方法方案。

当然,在研究实践中,功能主义民法学未必会按照上述的完整模型展开,这主要是由范式自身的逻辑漏洞和运用成本决定的:首先,现实社会的高度复杂性和“尺度”本身的开放性,决定了功能主义模型中的“要素”无法被穷尽。因此,即使在最理想的情况下,论者也只能做到在其当时的认知条件和水平之下,尽量对“要素”进行列举。其次,“要素”是对并不处在同一价值层面的社会事实的学理抽象。在多数情形下,关于在“要素”与“要素”之间如何进行加权计算和比较的问题,并无直观认知,故论者欲形成精确的“计算方法”,就需要进行相应的社会调查、假设和验证。并且,法学研究的特征决定了很难通过反复实验的方式大量获取数据,以支撑对“计算方法”的检验。在追求精确度的道路上,功能主义民法学的调研成本将呈几何级上升。

在上述限制下,实践中的功能主义民法学往往采用更为简化的研究模型,仅以在特定语境下达成足够的论证效力为目标。总体来看,功能主义民法学的开展进路可以被区分为三个阶层。一阶的功能主义在特定“尺度”下指出在先理论未考量的“要素”,并强调该“要素”在价值判断中所处的优先地位。这一模型虽然省略了列举“要素”和汇总计算的环节,但突出单一“要素”的重要性,暗含了该“要素”

在衡量中胜出的潜在意义。二阶的功能主义尽量列举规范内容可能涉及的“要素”，并通过相对简单的“计算方法”对其进行汇总和衡量。这一模型由于关注了更多的“要素”，故相较于前一种模型，其论证展开更为充分。三阶的功能主义，则在二阶的基础上，进一步完善“计算方法”，通过更加精确的函数建模明确如何对“要素”进行评价和计算。

(二)中国民法学中的几类功能主义研究进路

基于实用主义的知识传统，功能主义的“影子”始终伴随着我国民法学的发展。进入21世纪以来，随着我国民事法律规范体系的成熟，形式主义民法学的内在矛盾日趋暴露，越来越多的学者开始自发转向功能主义进路。我国民法学发展有后发优势，可以借鉴二十世纪国外功能主义法学发展的既有成果，这就形成了我国民法学多途径、快节奏的功能主义演进局面。总体来看，我国民法学形成了三类功能主义研究进路。

1. 客观目的解释、法政策学和法功能论

客观目的解释区别于以立法者主观目的为限的解释，其以法律文本所应具备的客观立法目的为依据解释法律，要求解释者模拟立法者的立场，再次形成法律思想。^⑤这里考虑的“目的”，已经不是某种在先存在的依据，而是解释者在法律文本之外考量的、认为规范应达成的社会目标。例如，耶林强调目的解释的意图在于摆脱规范文本的形式逻辑束缚，以开放性和注重社会效果的视角重新解释法律。^⑥由此可见，客观目的解释已经进入了功能主义法学的领域。在20世纪90年代，目的解释理论即已被引入我国民法学并产生广泛影响。^⑦我国学者理解的目的是指客观目的解释，强调在法律文本外探究立法所应达到的社会目标。^⑧该解释方法一经推广，即成为我国民法学研究的一项基本进路。^⑨

法政策学是指通过法律制度设计解决社会问题，为立法者提供决策方案的研究进路。法政策学主张跳出既有规范，从公共决策实施的社会效果角度出发重构规范内容，这是典型的功能主义研究进路。其思路与客观目的解释不谋而合：二者均以规

范功效作为研判的立足点，区别仅在于，后者试图从规范内部破解文本逻辑的束缚，前者则借助“政策”这一法律以外的规范。^⑩在我国，政策基于其宏观导向性，具有抽象地指导规范形成的政治效果，甚至被认为是民法的法源之一。^⑪我国学者常常自觉将“政策”作为论证的重要依据，^⑫借助政策实施效果这一媒介，达成对价值判断的证成。^⑬

法功能论是指从法律在社会系统所欲达成的功能的角度分析其应然的规范内容的研究进路。^⑭因此，“社会功能”是法功能论中规范研究的依托。法功能论在我国民法学研究中，一直被作为经典法教义学的重要补充，其在释义方法间发生矛盾冲突无法自解时，被学者广泛使用。^⑮

客观目的解释、法政策学和法功能论，分别以“立法目的”“政策效果”“社会功能”作为功能主义模型中的“尺度”，借助对特定“目的”“效果”“功能”——特定“要素”——的强调，指出在既有规范或对其的解释中存在的价值缺失，并暗含了其所强调的“要素”在综合衡量中具有优越性的结论。客观目的解释、法政策学和法功能论采用的是一阶的功能主义模型，在我国民法学研究中起步较早，是已经被广泛接纳的、与形式主义充分交融的民法学研究方法。

2. 利益衡量与比例原则

利益衡量是在法律问题研讨中，通过对议题所涉及的各种利益作汇总衡量，得出价值判断结论的研究方法。这里的利益包括个人利益、公共利益和社会利益。^⑯利益衡量理论滥觞于功利主义法学，^⑰伴随德国利益法学的崛起而兴盛，并在日本民法学界得到进一步发展。^⑱20世纪90年代，该研究方法被介绍到我国。^⑲学者们意识到该方法在解决疑难案件、填补法律漏洞方面的重要作用，^⑳并在广泛运用的基础上，不断探讨和更新该方法的运用要点。^㉑近年来，利益衡量已经成了我国民事司法乃至立法中的一般方法，^㉒甚至在运用范围上过度扩张。^㉓

比例原则通过考察法律强制目的与手段之间是否具有合比例的关系，来检验规范内容的正当性。

比例原则最初来源于宪法学、行政法学领域。但由于该理论提供了一种固定化、逻辑化的规范正当性检验流程,因此在解决私法层面的自由与法律强制的冲突问题时,也被广泛应用。在2010年以后,我国民法学界出现了一批以比例原则作为论证方法的研究成果,^③有学者开始构建在民法中具有普适意义的比例原则理论。^④

利益衡量与比例原则显然均属于功能主义民法学研究范式。利益衡量选取的“尺度”是“利益”,是“规范目的”或“规范效果”在主体视角下的抽象表述,兼具开放性和共识性。比例原则的“尺度”则是“目的—手段”关系,处在“目的”—“功能”—“效果”的语义链条中。利益衡量通过铺陈各项利益“要素”,再以对不同规范方案所涉利益的叠加对比作为“计算方法”,得出判断结论。^⑤比例原则将手段实施中所涉的各种成本和收益作为“要素”,通过计算成本总和与收益总和所形成的比例是否能够与立法目的形成适当性、必要性、均衡性的关系,作出正当性判断。^⑥不过,尽管利益衡量也强调不同利益的位阶和其在特定议题中的权重问题,^⑦比例原则在解释“合比例”标准时也尽量在向经济学中的效率模型靠拢,^⑧但总体而言,上述两种进路中的“计算方法”并未追求精确的数学结果,^⑨更接近于二阶的功能主义模型。

3. 成本收益分析与动态系统论

成本收益分析是20世纪60年代兴起于美国的法学研究方法,^⑩主张通过经济分析的方法,计算规范方案中所涉的成本和收益,以满足经济学中的效率标准为目标,^⑪对规范内容的合理性作出判断。成本收益分析是典型的功能主义研究进路,其“尺度”是“效率”,“要素”是规范的各项成本和收益,“计算方法”是经济学意义上的数学模型。20世纪90年代,成本收益分析随其他民法学前沿方法一道被介绍到我国。^⑫在2010年以后,其被应用在特定领域,引发了较高的呼声。^⑬近年来,随着比例原则理论的广泛运用,同以成本、收益作为分析“要素”的成本收益分析重新受到重视。^⑭有学者以研究模型的精确性不足为理由展开

了对比例原则扩大适用的批判。^⑮

动态系统论于20世纪50年代由奥地利学者提出,^⑯是随着欧洲法律一体化进程被进一步推崇的理论。^⑰该理论主张在规范研究中引入要素,通过与要素的数量和强度相对应的协调作用,动态论证规范的正当性。动态系统论于2000年后被介绍到我国,^⑱随即在立法和法律解释中,尤其是在侵权法、人格权法领域产生了较大影响。^⑲有学者认为,我国民法学对动态系统论的运用,侧重于强调要件的动态互补而非要素的动态互补,^⑳且并未建立要素与结论间确定的函数关系。甚至有学者直言,动态系统论本质上即是利益衡量。^㉑因此应认为,我国民法学对动态系统论的应用仍处于探索阶段。

成本收益分析与动态系统论在“计算方法”上关注“要素”间的精确权重,采用函数模型加强论证,是三阶的功能主义模型。对其实际运用的效果还有待考察。随着功能主义模型的强化,对其运用成本的质疑也逐渐涌现:法经济学研究本身不可以是“不经济的”。

由上述梳理可知,功能主义民法学在我国的发展,与世界潮流的时间节点和发展规律基本一致,均经历了从简单到复杂、从辅助到独立、不断扩大其运用领域和所占据的学术资源的过程。只不过基于后发优势,这一过程在我国被浓缩在近三十年的时间内,并呈现出多条齐头并进的发展线索。目前,我国民法学者对一阶功能主义模型的运用已十分普遍,对二阶功能主义模型的运用也走向成熟,正在积极探索对三阶功能主义模型的运用。

三、功能主义在中国民法学中的应用领域

理论上,功能主义可以应用于对民法领域一切规范的研究。然而,从实践经验看,功能主义往往并不会全面取代形式主义民法学。在国外早期的范式转换实践中,由于对形式主义民法学的过度批判,功能主义的发展走向了另一个极端。盛行于20世纪初的德国的自由法运动,主张完全脱离制定法形成规范内容,即为著例。^㉒并且,当形式主义路径下形成的法律解释具有高度共识性时,再以功能主义路

径对其进行重复研究,可能造成学术资源的浪费。我国民法学中功能主义的应用也遵循了上述规律。学者们普遍承认功能主义的应用价值,但并不主张以功能主义为基石重建规范体系。综合来看,功能主义在中国民法学中的应用,主要集中在三个领域。

(一)对形式主义法释义学解释论的补充

形式主义民法学下的法释义学将实在法规范作为先验前提,通过对规范文本实施程式化的、以文本的客观要素为依托的解释,明确规范的实质内容。作为当前主流的民法学研究方法,其具有可言说、可交流、可检验、^⑧可复制的方法论优势。然而,其在适用中也可能面临阻碍,主要表现在:第一,规范的语义、逻辑范围有其边界,可能无法涵盖所欲解决的问题;第二,依托不同客观要素(如文义、逻辑体系)的解释路径可能得出彼此矛盾的结论;第三,在某些情形下,释义结论可能会与实质正义观念相悖。此时,我国学者往往会运用一阶功能主义模型,补足形式主义法释义学下的解释论结论。

例如,我国《合同法》第114条(《民法典》第585条)规定了约定违约金制度。如果采形式主义法释义学对该条进行释义,则不难认为,约定违约金系属违约损害赔偿的一种特殊形式^⑨。基于文义解释,该条第一款、第二款均明确将违约金与“违约造成的损失”挂钩;基于体系解释,该条位于《合同法》的“违约责任”一章之下。依这一释义,约定违约金的金额不得高于违约造成的实际损害,当事人接受违约金后也不得要求违约方继续履行约定,否则将导致“额外得利”的问题。^⑩然而,这种将约定违约金视为预定的违约损害赔偿的理解,与交易实践并不相符:当事人在约定违约金时,显然不可能精确预见违约造成的损失;且从交易习惯看,约定违约金的目的往往在于担保合同的履行,而非预定损害赔偿。^⑪由此,2015年前后,我国有多位学者分别独立地采用了功能主义范式,^⑫从违约金的社会功能角度展开论述,强调违约金应当具备赔偿性和惩罚性的双重属性,并根据这一功能定位,提出了针对违约金规范的类型化或衡量化的解释方案。上述研究成果最终实质

性地影响了《民法典》立法者对该规范的理解。^⑬

(二)构建经典法典体系以外的规范

我国当前的民事法律规范体系具有较强的继受色彩,整体接受了大陆法系制定民法典的国家的法典体系框架。这一经典法典体系有其相对固定的调整领域,如债法和物权法。而在经典法典体系以外,由于在先理论的建构不足,形式主义范式的运用可能面临障碍,功能主义范式在这些领域即有了用武之地。经典法典体系以外的民法领域主要包括两类:其一是具有高度本土化特征的领域,如我国基于土地公有制形成的土地用益物权制度以及与社会伦理风俗高度相关的婚姻家庭制度,等等。例如,针对农地经营性流转、^⑭土地承包经营权继承、^⑮婚姻无效认定、^⑯未成年人监护等议题,^⑰我国学界已形成了比较典型的功能主义研究成果。其二是基于生产力发展,原经典法典体系无法包含的领域,如新型社会风险引发的侵权责任认定、互联网技术发展形成的关于信息客体的法律关系等领域。其中,学界围绕信息客体法律关系立法方案的研讨,较为明显地体现了形式主义与功能主义的对立。

除知识产权和少数人格权外,经典法典体系中的民事法律关系涉及的客体主要为有体物。随着互联网技术的发展,大量以信息为客体的社会关系涌现,并要求立法予以回应。信息客体法律关系的蓬勃发展恰逢我国《民法典》的编纂时期,围绕该问题形成了两种不同的立法方案。形式主义路径下的方案通过概念涵摄或类比的方法,将信息客体先“打包”到既有的“民事权利”概念中,再依据其独有特性在核心概念周围不断补足必要规范。例如,对于个人信息法律关系,这类方案主张首先确立“个人信息权”这一民事权利,^⑱对于网络虚拟财产等数据财产,主张对其类比适用物权规则。^⑲形式主义立法方案的初衷,一是通过“权利”概念强调信息客体法律关系受法律保护;二是借用既有规范尽快弥补规范空白。然而,在论理过程中,由于借用了在先概念,学者可能不自觉地“权利”概念的其他内涵(如绝对排他权)带入了价值判断,但这未必与信息客体的自

身特征相容。由此,一些学者循功能主义路径,提出在《民法典》中搁置对这类法律关系的定性,通过观察现实功能需求,将具体规范的建构交由后续的特别法完成。例如,有学者主张将对个人信息法律关系的研究放在“个人信息保护”的宽泛范畴下,^⑩将个人信息先定位为一种民事利益,^⑪再通过考量社会效果来确定具体保护规则。又如,对于网络虚拟财产,这类方案主张放弃权利定性的进路,转而根据网络服务的功能属性,确定对用户与网络运营商的具体权利义务分配。^⑫

(三)填补“反身性”法律漏洞

实在法规范在设立之初有其既定的调整目的,但规范一经订立,其自身也成为社会事实的一环。当事人即可反过来利用该规范,达成其在立法原旨以外的行为目的。这种“反身性”地利用立法原旨的行为,系典型的法律漏洞问题。形式主义法学基于其既定的逻辑前提,实难对这些行为作出规范评价。合理的解决路径只能是跳出规范之外的功能主义。此处列举我国民法学研究中两项较为典型的例子:

其一是我国民法学者最早自觉提出和运用功能主义的著例——对“知假买假”案的评析。^⑬“知假买假”是指当事人明知经营者提供的商品存在欺诈情形,而利用《消费者权益保护法》第55条规定的惩罚性赔偿寻求超出商品售价的赔偿以借此谋利的行为。如果秉持形式主义立场,则论者要么基于行为要件的完整性认定“知假买假”者可以根据该规范求偿,要么对该规范中的“欺诈”“消费者”等概念作限缩解释,以排除“知假买假”者的求偿权。然而,这些解释往往会导致规范体系的矛盾。^⑭事实上,“知假买假”者扭曲利用了《消费者权益保护法》通过惩罚性赔偿威慑和制裁售卖假货的行为的立法原旨,来达到其自身的在上述目的以外的谋利目的,但由于其行为要件完全符合规范要求,故客观上也能达成规范所要达到的规制效果。由此,一个更有说服力的论证进路是从功能主义的视角出发,对规范目的与行为目的间的偏差作一种衡量化的考察,预测在

不同情境下规范实施与否的相应社会效果,从而对“知假买假”行为作出评价。司法实践倾向于功能主义的论证方案。^⑮

其二是我国民法学界开始群体性地接受和推广“功能主义”称谓的著例——关于非典型担保的立法变革。非典型担保是指在法定的担保形式外,通过其他交易形式达成协议,但交易目的是为债务提供担保的行为。实践中常见的非典型担保包括让与担保、所有权保留、融资租赁、保理、买卖型担保等。^⑯非典型担保往往利用合同法上的意思自治原则,其形式上符合买卖、租赁等合同行为的特征,却并不意图达成买卖、租赁等交易目的,只是借助这些合同行为中的某些便利担保权利实现的交易构造,以达成设立担保的实际意图。由于我国《物权法》明确采用物权法定原则,故关于这种通过非法定形式设立担保的行为是否具有担保效力,以及这类担保与其他担保物权之间的优先顺位关系为何的问题,都是《民法典》编纂中的立法争议问题。在相关讨论中,我国一些学者明确持功能主义视角,从保障中小企业融资、优化营商环境等社会功能的角度出发,指出应赋予非典型担保同等担保效力。^⑰从《民法典》的立法结果看,立法者无疑接纳了这一观点。^⑱

四、功能主义对中国民法学发展的影响

(一)对民法学思维方法的影响

由于潜在的研究问题范围被法典化带来的体系效应大量压缩,因此可以预见,我国民法学研究将进入以疑难问题研究为普遍主题的时代。前已述及,在针对一项规范上的疑难问题时,形式主义民法学面临的首要之问是“是什么”,而功能主义民法学面临的首要之问是“为了什么”。问题问法的差别,决定了二者迥异的思维方法。因此,功能主义将使民法学思维方法发生重大变化。

在形式主义民法学时代,学者们对疑难问题的解答,常常采用的是一种“定性”思维模式,即采用形式逻辑中的涵摄或类比方法,将疑难问题“定性”到某个既有规范中,进而用对既有规范的解释结论对疑难问题作出解答。在这一过程中,涵摄方法用于

判定疑难问题中的关键社会事实与某个既有规范中的事实要件是否具有同一性;类比方法则可以基于关键社会事实与既有规范中的事实要件具有相似性实施类推适用。然而,这类方法不可避免地会遭受质疑:关键社会事实既然游离于既有规范体系之外,涵摄的正当性何来?类比逻辑的结论本就具有或然性,如何能够确保价值判断的正确性?由此可见,“定性”思维只是应对疑难问题的一种权宜之策。

在《民法典》颁布后,“定性”思维的局限性在学术研讨中被进一步放大。此时,学者们即使意图通过对既有法律规范的续造或漏洞填补解决疑难问题,也应转向秉持功能主义的方法。具体而言,首先,应在某一“尺度”下,采用将关键社会事实予以细化剖析的方式,提取其中实质影响价值判断的“要素”;其次,应将这些“要素”与从所欲续造或者填补的既有规范中剖析出的“要素”进行对照比较,明确关键社会事实与既有规范中的事实要件的异同和差距;最后,应通过对要件前提的细化、法律后果的量化等技术手段对既有规范进行精细调整,从规范效果上反映关键社会事实对规范体系带来的已然变化。

在上述过程中,存在两个重要的思维方法。一是“分析”思维。其区别于“定性”思维的自上而下的方法、依赖先验规范解决问题的方法,转而采用自下而上的方法,先将关键社会事实“打散”为基础性的、影响价值判断的要素,再通过综合计算得出规范层面的判断结论。二是“衡量”思维。这种方法只在基础要素层面对关键社会事实与既有规范中的事实要件进行直接比较,并且采用“天平加码”式的价值评估方法,兼顾不同要素间的互补或互斥关系。由此,针对疑难问题最终得出的解答,并非对既有规范在适用上的“是”或“非”的选择,而是建立在既有规范基础上的渐进式的变化结论,并通常表现为对规范适用前提的类型化处理或对裁量标准的精细化处理。“分析”思维和“衡量”思维的引入,将极大地提升民法学中疑难问题的研讨质量和水平,也会在很大程度上重塑民法学者的思维习惯。

(二)对民法学论证方法的影响

在当代德国法理学研究中,对法律论证的重视早已超出对法律推导的重视,^⑩对法律论证的研究已经居于支配地位。^⑪我国民法学者虽然尚未系统检视论证方法的使用流变过程,但是这种方法转向已经在由形式主义向功能主义的演进中逐渐显现。

法律论证的主要实现途径有二,即逻辑与修辞。^⑫在我国形式主义民法学发展初期,学者们常常采用的论证方法可以概括为“权威论证”。例如,由于某国这样立法,所以我国也应这样立法;因为某权威学者这样认为,所以就应该这样认为;等等。这一论证方法系通过如下途径获得论证效力:第一,在逻辑层面,采用形式演绎方法,将所需论证的观点涵摄至某一权威观点中;第二,在修辞层面,利用特定情境中受众对比较法、权威学者等观点来源的信赖。然而,这种论证方法的漏洞也很明显:第一,在逻辑层面,作为推理大前提的权威观点并没有被验证,小前提与大前提间的涵摄关系也没有被解释清楚;第二,在修辞层面,受众对权威的偏信并不可靠。事实上,这种论证仅可能存在于信息相对闭塞的历史时期,论者系利用其与受众间的信息不对称达成论证目标。

其后,随着比较法和权威理论在我国民法学界的广泛传播,尤其是在我国已经建立起民事法律规范体系之后,与形式主义民法学的成熟对应,我国民法学的论证方法进入了“释义学论证”时代。这一论证方法的特点在于:第一,在逻辑层面,依托实在法文本这一更为稳定的逻辑前提,综合运用演绎、归纳、设证、类比等方法,同时借用学说、判例等相关性逻辑材料进行补充支撑;第二,在修辞层面,注重利用文本文义的共识性,并借助了受众对于实在法和学术共同体形成的法律解释学的信心。然而,形式主义民法学的逻辑边界,决定了“释义学论证”的发展局限。

进入功能主义民法学时代后,尤其是在功能主义模型逐渐复杂化后,论者的论证方法也发生了变化。在逻辑层面,功能主义的底层逻辑是数学计

算。这种逻辑方法的论证效力虽然很强,但会受到法学问题自身特征的局限:第一,“要素”无法被穷尽枚举;第二,“要素”对社会事实的还原不彻底;第三,“计算方法”不可能客观精确。因此,在修辞层面,功能主义尚需依赖下述途径达成论证效力:第一,通过对“要素”的创新性引入,使论证接近穷尽枚举;第二,通过客观数据增强“要素”对社会事实的还原度;第三,通过对“计算方法”主观共识的强化,降低学者们对非精确计算的不信任。上述途径对论者提出的共性要求在于,需要论者尽可能地从现实社会搜集更多的信息,并对信息进行有目的性的有序化处理。因此,本文将这种论证方法概括为“高信息论证”。

从形式主义到功能主义的范式演进,暗含了法学论证方法的逐渐复杂化和其信息含量的逐渐提高。随着功能主义民法学的演进,不论是法教义学还是社科法学,其论证方法都会进一步向“高信息论证”的方向发展。与之相对,借助单一权威论据或信息不对称实施的论证,将逐渐丧失论证效力。

(三)对民法学研究版图的影响

近年来,我国民法学的发展隐隐凸显出两大板块的对立,即法释义学(或称“法教义学”)与社科法学的对立。^⑩二者的实质分歧在于,进行规范研究时的立足点是规范本身还是规范效果。随着功能主义的崛起,法释义学在我国民法学研究版图中的空间是否会被社科法学进一步压缩?

本文认为,功能主义的崛起并不等同于规范文本研究向规范效果研究的全面转换。或者说,至少在可预见的年限内,我国民法学中的规范文本研究比重仍会压倒规范效果研究。笔者持这一观点的理由在于:首先,我国民法学基于后发优势,将国外民法学数百年的演进过程浓缩在了四十余年的历程之中。在快速继受既有规范的背景下,我国的民事法律规范体系将不可避免地遗漏一些在域外民法演进过程中出现过但未被本土化地表达的规范信息。由此,尽管法典化已经完成,但是对法典规范的细化和隐性空白的填充仍是我国民法学研究的重要任务。

其次,我国民事立法素有“宜粗不宜细”的传统,^⑪旨在通过规范弹性维持法律权威性与变通性的平衡。这反过来即意味着,立法者对民法学者有持续期待,希望学者们通过后续的规范文本研究,逐渐固化或细化规范中的弹性内容。最后,法学研究的基本范畴仍然是规范研究,而过分强调规范效果的研究视角,容易使得法学研究出现社会学化的倾向。这可能使研究成果逐渐偏离立法和司法实践前沿,造成法学研究的社会效益的下降。我国知识界的实用主义传统将可能会抑制这种倾向的发生。

功能主义对民法学研究版图的实质影响在于,通过对两大板块的渗透,进一步消除知识隔阂,寻求方法共识。如前所述,我国功能主义民法学在发展的初期阶段通过与形式主义的协作达成论证效力。加之没有过重的形式主义历史包袱,我国的法释义学本就不排斥功能主义的视角。因此,功能主义范式的影响将表现为法释义学的发展转型,而非式微消亡。而在未来的民法学研究中,法释义学与社科法学仍然具有在功能主义的大方向下,进一步相互合作、相互支撑的前景。

(四)对民法学话语体系的影响

我国当前民事法律规范体系的建立,具有高度的继受法特征。在对外国法制的路径依赖下,我国的民法学研究也不可避免地受到继受来源法的话语影响,具体而言,主要受可上溯至罗马法的、当前以德国法为代表的“潘德克顿”(Pandekten)话语体系的影响。这一话语体系以法律概念和基于形式逻辑的规范体系为内核,核心特征是:先验地确立民法的基本体系,在体系内部,通过对行为构成和法律后果的概念的描述,实现规范建构,即使出现新的规范,也倾向于对既有概念进行补充释义或改造,以补足体系的漏洞。

“潘德克顿”话语体系由于其与形式主义民法学的互生关系,在法典化完成后,其影响力将被削弱。以德国法为例,评价法学带来的新的话语体系,即蕴含着对“潘德克顿”话语体系的解构倾向。然而,评价法学也并未脱离“潘德克顿”话语体系的哲学基

础,即上承古希腊形而上学和中世纪神学下至德国古典哲学的哲学基本盘。即便使用“利益”或“价值”这样的开放性前提概念,评价法学仍将面临关于“利益”或“价值”到底是什么的追问。

客观而言,“潘德克顿”话语体系对我国民法学的发展有所助益,其帮助我国快速建立起了完整的民法学系统,并仍将长期发挥作用。然而,在功能主义范式流行的浪潮中,中国民法学已经出现了构建自主话语体系的需求。这种需求,一方面基于“潘德克顿”话语体系与功能主义民法学的非适配性而产生,另一方面也是由我国社会自身的哲学和传统文化决定的。自古代以来,我国社会对法律即持一种实用主义立场,认为法律是社会治理的工具,并不具备形而上学或神学教义的意义。因此,即使近现代以来我国对西方法律规范进行了体系化继受,其核心原因也仅在于体系化继受具有高效性,而非对体系本身的先验性认同。在我国知识分子习惯持有的治理式认知视角下,民法学者即使接受的是“潘德克顿”话语体系,也会自主地、惯性地依循工具主义路径,关注民法规范的社会效果,从而产生功能主义的话语表达冲动,并在同样具有功能主义背景的法社会学或法经济学话语体系的加持下,形成一种具有本土化特征的话语表达方式。近年来,我国民法学研究中广泛流行的“规范功能”“利益衡量”“后果考量”“合比例”“成本”等表述,正是这一表达趋势的反映。换言之,功能主义民法学的勃兴,正在推动形成一种具有中国特色的法律论证话语体系。

(五)对民法学学术共同体的影响

在学科发展中,基于某核心理念形成学术共同体,是学术史中的普遍现象。合理的学术共同体构建,对于强化研究力量、规范研究方法、分享学术资源有很大帮助。在功能主义范式出现后,是否有必要基于其核心理念,形成相应的学术共同体呢?本文认为并无必要。理由有二:

第一,功能主义具有非标准化的发展需求。学术共同体的一项主要使命,在于建立标准化的研究方法和研究流程。然而,功能主义的开展进路多元,

不同研究模型的组成、流程、繁复程度各不相同。从必要性上看,针对不同的研讨问题,功能主义欲达成论证效力所需投入的论证资源是不同的,并无必要为了达成某种学术规范性而特意“小题大做”。从可能性上看,标准的功能主义论证模型仅存于理想之中,受制于人类的智力和精力限制,对功能主义的一切研究规定标准化模型并不现实。例如,如果以数据实证研究为核心构建学术共同体,就会面临关于数据采集、数据分析是否有标准化要求和流程的质疑,^⑩而标准产生的成本,又会反过来阻碍达标研究成果的产生。

第二,功能主义具有“去中心化”的历史特征。法释义学学术共同体的形成依托是形式主义民法学的“中心化”特点,即学术研究可以围绕其先验前提——主要表现为实在法文本——这一中心展开。然而,基于控制论视角观察,^⑪从早期法律到形式主义法学,再到功能主义法学,这一流变经历了行为规范的“反馈—归纳—建构—演绎—再反馈”的实践链条。功能主义的历史使命,即在于突破“建构”环节形成的、阻碍规范随社会进化的“堡垒”,重新打通社会事实与价值判断间的反馈机制。功能主义天然具有“去中心化”的气质。并且,在功能主义的“再反馈”过程之后,法律究竟是再次走向“归纳—建构”,还是会基于社会条件的变迁(如人工智能技术的发展)而简化为单纯的“反馈”机制,目前尚未可知。因此,没有必要刻意构建功能主义的学术共同体。

五、结论

由形式主义向功能主义的范式转换,是各国民法学发展的普遍规律。这一历史趋势已经在我国民法学中逐渐显现,只是尚需研究者对其进行系统阐述。我国的功能主义民法学在20世纪90年代中叶萌芽,在2010年后逐渐扩张其版图,并且在《民法典》颁布后更加蓬勃地发展。目前,我国民法学研究中的功能主义范式,采用的是多元化的开展进路,主要被用于辅助传统法释义学方法,解决本土化、时代性法律规范的构建问题以及填补疑难案件中发现的法律漏洞。在可预见的未来,功能主义将逐渐衍

生出新的民法学话语体系,其对中国民法学未来发展的影响,并不在于挤压法教义学的空间或形成新的学术共同体,而在于改变学者们的思维习惯,并对其所采用的论证方法提出更高的信息要求。

注释:

①习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《求是》2021年第5期,第8页。

②如无特指,本文所称的“法学研究”仅指以法律规范内容为研究对象的法学研究。

③参见[美]R.M.昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第23页。

④参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第159页。

⑤参见《中国法律评论》编辑部:《法教义学与社科法学的对话》(上),《中国法律评论》2021年第4期,第72页。

⑥参见雷磊:《什么是法教义学?——基于19世纪以后德国学说史的简要考察》,《法制与社会发展》2018年第4期,第120页。

⑦参见汤文平:《论中国民法的法学实证主义道路》,《法学家》2020年第1期,第12页。

⑧参见孔祥俊:《姓名权与姓名的商品化权益及其保护——兼评“乔丹商标案”和相关司法解释》,《法学》2018年第3期,第173页;熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》,《中外法学》2017年第2期,第301页。

⑨参见王利明:《担保制度的现代化:对〈民法典〉第388条第1款的评析》,《法学家》2021年第1期,第30页;高圣平:《动产担保交易的功能主义与形式主义——中国〈民法典〉的处理模式及其影响》,《国外社会科学》2020年第4期,第4页;纪海龙:《民法典动产与权利担保制度的体系展开》,《法学家》2021年第1期,第40页。

⑩参见葛江虬:《“知假买假”:基于功能主义的评价标准构建与实践应用》,《法学家》2020年第1期,第161页;高郇梅:《网络虚拟财产保护的解释路径》,《清华法学》2021年第3期,第179页。

⑪参见许中缘:《论〈民法典〉的功能主义释意模式》,《中国法学》2021年第6期,第183页。

⑫See Tacott Parsons, *The Social System*, Routledge, 1991, pp. 1-14.

⑬参见[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典等译,中国法制出版社2018年版,第58页。

⑭参见雷安军:《比较法研究中的功能主义原则、法律文化和法律移植》,中国政法大学出版社2013年版,第168页。

⑮参见楼建波:《农户承包经营的农地流转的三权分置——一个功能主义的分析路径》,《南开学报(哲学社会科学版)》2016年第4期,第53页。

⑯参见张翔:《我国国家权力配置原则的功能主义解释》,《中外法学》2018年第2期,第281页。

⑰参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期,第126页;车浩:《体系化与功能主义:当代阶层犯罪理论的两个实践优势》,《清华法学》2017年第5期,第40页。

⑱参见冯果:《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》,《中国法学》2021年第2期,第61页。

⑲参见周佑勇:《行政裁量治理研究:一种功能主义的立场》,法律出版社2008年版,第37页。

⑳参见张文显、于宁:《当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》,《中国法学》2001年第1期,第62页;江国华:《中国宪法学的研究范式与向度》,《中国法学》2011年第1期,第77页;陈甦:《体系前研究到体系后研究的范式转型》,《法学研究》2011年第5期,第3页;焦宝乾:《逻辑与修辞:一对法学研究范式的中西考察》,《中国法学》2014年第6期,第69页;季卫东:《法律议论的社会科学研究新范式》,《中国法学》2015年第6期,第25页;蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,《中国社会科学》2021年第4期,第106页。

㉑参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》(第四版),金吾伦等译,北京大学出版社2012年版,第8页。

㉒参见张文显、于宁:《当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》,《中国法学》2001年第1期,第63-64页。

㉓参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》(第四版),金吾伦等译,北京大学出版社2012年版,第8页。

㉔参见[美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,高鸿钧等译,中国大百科全书出版社1993年版,第580页。

㉕参见《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1995年版,第100页。

㉖参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》(上),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第38页。

㉗参见[德]雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第18页。

㉘参见[美]罗杰·伯科威茨:《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的?》,田夫等译,法律出版社2011年版,第45页。

②⑨[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第8页。

③⑩参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第27页。

⑪参见[德]鲁道夫·冯·耶林:《法学的概念天国》,柯伟才、于庆生译,中国法制出版社2009年版,第1页。

⑫参见[德]尤利乌斯·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,商务印书馆2016年版,第42页。

⑬参见[德]菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第29页。

⑭参见[德]鲁道夫·冯·耶林:《法权感的产生》,王洪亮译,商务印书馆2016年版,第26页;[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2005年版,第59页。

⑮参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第159页。

⑯舒国滢:《战后德国评价法学的理论面貌》,《比较法研究》2018年第4期,第129页。

⑰例如,法经济学研究采用经济分析方法对民法规范体系作了重新解读。参见[美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第3页;张永健:《物权法之经济分析:所有权》,北京大学出版社2019年版,第2页。

⑱参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第56页;[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版,第39页。

⑲参见柳经纬:《改革开放以来民法学的理论转型——百年中国民法学之考察之二》,《中国政法大学学报》2010年第3期,第16页。

⑳参见王利明:《中国民法学七十年:回顾与展望》,《政法论坛》2020年第1期,第7页。

㉑参见柳经纬:《关于中国民法学体系构建问题的思考——百年中国民法学之考察之三》,《中国政法大学学报》2010年第4期,第25页。

㉒参见张新宝、张红:《中国民法百年变迁》,《中国社会科学》2011年第6期,第75页。

㉓参见王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第1页。

㉔参见王利明、周友军:《与改革开放同行的民法学——中国民法学30年的回顾与展望》,《吉林大学社会科学学报》2009年第1期,第85页。

㉕参见尹志强:《侵权行为法的社会功能》,《政法论坛》2007年第5期,第153页。

㉖参见王利明:《合同法的目标与鼓励交易》,《法学研究》1996年第3期,第93页。

㉗参见郑强:《合同法诚实信用原则价值研究——经济与

道德的视角》,《中国法学》1999年第4期,第86页。

㉘参见林旭霞:《关于我国物权立法选择的经济学分析》,《东南学术》2004年第6期,第151页。

㉙参见霍海红:《物权公示原则的多重视角》,《法学论坛》2004年第2期,第99页。

㉚参见廖焕国:《注意义务与大陆法系侵权法的嬗变——以注意义务功能为视点》,《法学》2006年第6期,第28页。

㉛参见周林彬、毛杰:《论侵权法在经济分析》,《法制与社会发展》2006年第1期,第98页。

㉜参见胡伟强:《〈侵权责任法〉中公平责任的适用——一个法经济学的解释》,《清华法学》2010年第5期,第94页。

㉝参见王利明:《中国民法学七十年:回顾与展望》,《政法论坛》2020年第1期,第6页。

㉞参见[德]萨维尼、格林:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,第7页。

㉟参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第66页。

㊱参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第226页。

㊲参见王利明:《法律解释学导论——以民法为视角》,法律出版社2017年版,第359页。

㊳参见雷磊:《从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的解读与反思》,《法学》2019年第1期,第180页。

㊴也因为这一点,法教义学与法政策学在某种意义上形成了对应关系。参见[德]伯恩哈特·吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑(总第6辑),法律出版社2016年版,第157页。

㊵参见张红:《论国家政策作为民法法源》,《中国社会科学》2015年第12期,第133页。

㊶参见汪洋:《土地承包经营权继承问题研究——对现行规范的法构造阐释与法政策考量》,《清华法学》2014年第4期,第125页。

㊷参见蔡唱:《公序良俗在我国的司法适用研究》,《中国法学》2016年第6期,第248页。

㊸参见[英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》(第二版),彭小龙译,中国政法大学出版社2015年版,第74页。

㊹参见许中缘:《论〈民法典〉的功能主义释意模式》,《中国法学》2021年第6期,第186页。

㊺参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第14页。

㊻参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2005年版,第59页。

⑦参见[日]星野英一:《现代民法基本问题》,段匡、杨永庄译,上海三联书店2012年版,第424页。

⑧参见[日]加藤一郎:《民法的解释与利益衡量》,梁慧星译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1995年版,第75页。

⑨参见梁上上:《利益衡量论》(第三版),北京大学出版社2021年版,第50页。

⑩参见王利明:《民法上的利益位阶及其考量》,《法学家》2014年第1期,第79页;梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,《中国法学》2012年第4期,第73页;李国强、孙伟良:《民法冲突解决中的利益衡量——从民法方法论的进化到解释规则的形成》,《法制与社会发展》2012年第1期,第58页;蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,《法制与社会发展》2015年第1期,第141页。

⑪参见张新宝:《侵权责任法立法的利益衡量》,《中国法学》2009年第4期,第176页。

⑫参见梁上上:《利益衡量论》(第三版),北京大学出版社2021年版,第243页。

⑬参见黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,《法制与社会发展》2012年第4期,第46页;易军:《所有权自由与限制视域中的单双号限行常态化》,《法学》2015年第2期,第18页;李霞:《成年监护制度的现代转向》,《中国法学》2015年第2期,第199页;程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第76页;刘权:《权利滥用、权利边界与比例原则——从〈民法典〉第132条切入》,《法制与社会发展》2021年第3期,第39页。

⑭参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期,第143页;纪海龙:《比例原则在私法中的普适性及其例证》,《政法论坛》2016年第3期,第95页。当然,也有学者反对该观点,参见李海平:《比例原则在民法中适用的条件和路径——以民事审判实践为中心》,《法制与社会发展》2018年第5期,第167页。

⑮参见梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》,《法学研究》2002年第1期,第60页。

⑯参见刘权:《比例原则适用的争议与反思》,《比较法研究》2021年第5期,第182页。

⑰参见王利明:《民法上的利益位阶及其考量》,《法学家》2014年第1期,第79页;梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,《中国法学》2012年第4期,第77页。

⑱参见纪海龙:《比例原则在私法中的普适性及其例证》,《政法论坛》2016年第3期,第97页。

⑲参见张兰兰:《作为权衡方法的比例原则》,《法制与社会发展》2022年第3期,第199页。

⑳ See Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", The Journal of Law & Economics, Vol. 3, (Oct., 1960), pp. 1-44; Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", The Yale Law Journal, Vol. 70, No. 4(Mar., 1961), pp. 499-553.

㉑参见张永健:《物权法之经济分析:所有权》,北京大学出版社2019年版,第42页。

㉒参见冯玉军:《法经济学范式研究及其理论阐释》,《法制与社会发展》2004年第1期,第31页。

㉓参见熊琦:《著作权的法经济分析范式——兼评知识产权利益平衡理论》,《法制与社会发展》2011年第4期,第36页;郑彧:《证券市场零和博弈与监管有效性的法经济学分析》,《法制与社会发展》2011年第5期,第30页;周泽夏:《知识产权法经济分析的理论基础——基于〈知识产权法〉的经济结构的讨论》,《政法论坛》2018年第4期,第168页。

㉔参见贺剑:《绿色原则与法经济学》,《中国法学》2019年第2期,第110页。

㉕参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析——法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期,第1519页。

㉖参见[奥]瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》,李昊译,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期,第107页。

㉗参见[奥]海耳穆特·库奇奥:《损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势》,朱岩译,《法学家》2009年第3期,第1页。

㉘参见[日]山本敬三:《民法中的动态系统论》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第23卷),金桥文化出版有限公司2002年版,第172页。

㉙参见王利明:《民法典人格权编的亮点与创新》,《中国法学》2020年第4期,第5页;叶志强:《论侵权损害赔偿范围的确定》,《中外法学》2012年第1期,第155页;于飞:《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,《法学研究》2012年第4期,第57页;冉克平:《论冒名处分不动产的私法效果》,《中国法学》2015年第1期,第169页。

㉚参见解亘、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,《法学研究》2017年第2期,第48页。

㉛参见王利明:《论民法典时代的法律解释》,《荆楚法学》2021年第1期,第45页。

㉜参见[德]赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而斗争:法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2011年版,第9页。

㉝参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第971页。

㉞参见姚明斌:《违约金双重功能论》,《清华法学》2016年第5期,第135页。

㉟参见王洪亮:《违约金功能定位的反思》,《法律科学》

2014年第2期,第115页。

⑩参见韩强:《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》,《法学研究》2015年第3期,第48页。

⑪参见罗昆:《违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角》,《法商研究》2015年第5期,第100页;王洪亮:《违约金功能定位的反思》,《法律科学》2014年第2期,第115页;韩强:《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》,《法学研究》2015年第3期,第47页;姚明斌:《违约金双重功能论》,《清华法学》2016年第5期,第134页。

⑫参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第288页。

⑬参见楼建波:《农户承包经营的农地流转的三权分置——一个功能主义的分析路径》,《南开学报(哲学社会科学版)》2016年第4期,第53页。

⑭参见汪洋:《土地承包经营权继承问题研究——对现行规范的法构造阐释与法政策考量》,《清华法学》2014年第4期,第125页。

⑮参见申晨:《论婚姻无效的制度构建》,《中外法学》2019年第2期,第461页。

⑯参见刘征峰:《以比例原则为核心的未成年人国家监护制度建构》,《法律科学》2019年第2期,第117页。

⑰参见王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,《现代法学》2013年第4期,第62页;杨立新:《个人信息:法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第111条规定的“个人信息”之解读》,《法学论坛》2018年第1期,第34页;申卫星:《论个人信息权的构建及其体系化》,《比较法研究》2021年第5期,第1页。

⑱参见杨立新、王中合:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》,《国家检察官学院学报》2004年第6期,第11页;王竹:《〈物权法〉视野下的虚拟财产二分法及其法律规则》,《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2008年第5期,第32页;林旭霞:《虚拟财产权性质论》,《中国法学》2009年第1期,第95页。

⑲参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,《中国法学》2015年第3期,第38页;高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第3期,第84页。

⑳参见程啸:《民法典编纂视野下的个人信息保护》,《中国法学》2019年第4期,第26页;丁晓东:《个人信息权利的反

思与重塑——论个人信息保护的适用前提与法益基础》,《中外法学》2020年第2期,第39页。

㉑参见申晨:《虚拟财产规则的路径重构》,《法学家》2016年第1期,第84页;高郅梅:《网络虚拟财产保护的解释路径》,《清华法学》2021年第3期,第179页。

㉒参见熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》,《中外法学》2017年第2期,第301页。

㉓参见葛江虹:《“知假买假”:基于功能主义的评价标准构建与实践应用》,《法学家》2020年第1期,第162页。

㉔参见《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》(法办函[2017]181号)。

㉕参见冯洁语:《民法典视野下非典型担保合同的教义学构造——以买卖型担保为例》,《法学家》2020年第6期,第13页。

㉖参见王利明:《担保制度的现代化:对〈民法典〉第388条第1款的评析》,《法学家》2021年第1期,第30页;高圣平:《动产担保交易的功能主义与形式主义——中国〈民法典〉的处理模式及其影响》,《国外社会科学》2020年第4期,第4页;纪海龙:《民法典动产与权利担保制度的体系展开》,《法学家》2021年第1期,第40页。

㉗参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2020年特刊,第188页。

㉘参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,商务印书馆2020年版,第1页。

㉙参见[德]乌尔弗里德·诺依曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第1页。

㉚参见焦宝乾:《逻辑与修辞:一对法学研究范式的中西考察》,《中国法学》2014年第6期,第69页。

㉛参见谢海定:《法学研究进路的分化与合作——基于社科法学与法教义学的考察》,《法商研究》2014年第5期,第87页。

㉜参见王利明:《全面深化改革中的民法典编纂》,《中国法学》2015年第4期,第32页。

㉝参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第971页。

㉞参见[德]阿图尔·考夫曼:《后现代法哲学:告别演讲》,米健译,法律出版社2003年版,第1页。