

# 比较法的功能主义原则：危机与出路

雷安军

(宜宾学院法学院, 四川宜宾, 644000)

**摘要：**比较法研究中的功能主义原则是二十世纪比较法研究的方法论基础，该原则来自社会学的功能主义理论。比较法的学术传统借用了社会学的功能主义原则，但却从未对其进行深入的探讨。这导致比较法研究中的功能主义原则缺乏坚实的理论基础，从而受到了许多学者的批评。比较法研究中的功能主义原则面临着巨大的危机，主要体现在缺少对功能概念的界定，未能提出一套观察功能的方法，过分关注相似性，忽视了文化语境以及对功能等值物进行评价时缺少合理的标准。功能主义原则应克服上述问题，并为之进行重构，方能找到出路，继续发挥其在比较法研究中的重要作用。

**关键词：**茨威格特；克茨；比较法研究；功能主义原则；社会学的功能主义理论

**中图分类号：**DF07

**文献标识码：**A

**文章编号：**1672-3104(2014)01-0104-04

自茨威格特和克茨的名著《比较法总论》被翻译为中文起，比较法的功能主义原则就为我国比较法学界所重视。然而，我国学界对功能主义原则的理论基础、存在的缺陷等问题缺乏深入的探讨。事实上，从世界范围来看，比较法的功能主义原则受到了多种思潮的挑战。总结各种思潮对比较法功能主义原则的挑战，概括其理论缺陷，并为重构功能主义原则提出建议，是我国比较法学者亟待完成的工作。唯有此，学者们才能更好地认识和利用功能主义原则。

## 一、比较法功能主义原则所面临的批评

比较法的功能主义原则在20世纪一度成为比较法学的主流范式。然而，比较法的功能主义存在着自身的理论缺陷。因此，在20世纪后半叶，比较法的功能主义原则受到多种理论的挑战。许多学者尤其是以法律文化学者、后现代法学学者为代表，对比较法的功能主义原则进行了严厉的批判。

法律文化学者认为，法律不仅仅是一种解决社会问题或满足社会需要的工具。法律还是一种文化现象。法律是一种表达或传递意义的符号，将人们对世界、正义、秩序、社会等问题的看法、情感、态度、理想、信仰表达或传递出来。<sup>[1](197)</sup>法律文化学者的这种观点

受到人类学的显著影响。人类学家吉尔兹认为，文化是意义之网，“比较法研究在于文化译释(culture translation)，依据某种法律认识所特有的行为框架、预设和成见来明确阐释另一种法律认识所特有的行为框架、预设和成见的努力，而不是对制度分类的某种运作……”<sup>[2](130)</sup>吉尔兹支持法律的阐释观，认为法律乃是一种赋予特定地方的特定事物的特定意义的方式。这样，那些崇高的、凶险的，或仅仅是权宜的方法才会具有特定的意义，简而言之，重要的是意义，而非功能。<sup>[2](145-146)</sup>由此，比较法研究不能停留在对功能差异的关注上，而要进一步阐释法律的文化意义。功能主义原则试图将法律制度的功能从不同法律体系中抽出来，放在一起加以比较。这在法律文化学者看来是难以做到的，因为每个法律体系都是各种决定性因素之特定结合的独特产物。法律因文化的不同而不同，因为每种文化都有其独特的法律，而反之亦然，每种法律都有其独特的文化。每个法律体系都有其独特的个性。<sup>[3]</sup>

后现代主义集中批判功能主义原则的“类似推定”。在这个类似推定的前提下，功能主义原则宣称或暗含了普遍主义的观念。此外，功能主义原则还主张了客观性和中立性。<sup>[1](199)</sup>弗兰克伯格对比较法的中立的、客观的立场进行了猛烈的批判。与之类似，范·胡克(Van Hoecke)等说，茨威格特所主张的功能方法是针

收稿日期：2013-06-24；修回日期：2013-07-15

基金项目：教育部人文社会科学研究项目《比较法研究中功能主义原则的缺陷及其克服》(10XJC820002)

作者简介：雷安军(1978-)，男，四川广汉人，四川宜宾学院副教授，法学博士，主要研究方向：比较法学和法律史学。

对现实的法律上中立的方法，这种方法是可能做到的方法。(因为)法律之外，没有“法律的现实”。<sup>[4]</sup>

关于这一点，柯伦的批判观点是：“类似推定”的前提是危险的。它使得研究者拒绝探索问题表面之下的法律体系中有时不相容的差别。即便对于纯粹属于功能主义的研究对象问题的研究，如实际条约的起草、国际法律的协调以及对其他国家法律解决办法的理解，也会由于忽略不同法律体系中不相容的特征而受到损害。<sup>[1](200)</sup>其他学者从不同的立场对功能主义原则提出了自己的批评意见。如大木雅夫在《比较法》中指出，比较法研究不能仅仅采用功能主义的方法，而应当采用多种研究方法。<sup>[5]</sup>彼得斯和施文克的《超越后现代主义的比较法》揭示后现代主义者所认为的功能主义掩盖和抹杀了个性。<sup>[6]</sup>奥赫绪的《比较法的方法》认为，功能主义方法的一个假定是整个人类社会存在共同的需要，而各个具体的社会都以类似的方法去满足这些需求。这个假定仅仅是个假设，功能性的方法低估了差异性。<sup>[7]</sup>

这些对功能主义原则的批评引起了功能主义在比较法研究中地位的变化。甚至有学者认为：“最近的几十年，功能主义已经在一般社会科学和与法律研究有关的次领域中失去了地盘。它先前的主导地位被下面两者所取代：一方面是理性选择或对人类行为的经济分析理论；另一方面是一系列的方法，这些方法以不同的方式强调法律不能被理解为一个产品或者其他社会现象的一个原因，它同样是一个意义的系统，一种建设社会实践的方式，一个半独立的领域，既离开又与社会生活的其他部分不可分。”<sup>[8]</sup>

## 二、比较法功能主义原则所存在的危机

比较法功能主义所面临的批评揭示其存在着巨大的危机。这体现在四大问题上：

### (一) 未能对功能本身进行界定和深入的研究

从比较法的学术史来看，学者们未能对功能的概念进行界定，更没有提出一套观察功能的方法。与之相反，社会学学者对功能的概念和观察功能的方法提出了很多观点。例如日本社会学学者富永健一认为功能是对系统的要素和子系统的活动和作用所赋予的意义。只有放在帮助系统实现适应环境的背景下，活动和作用才能称之为功能。功能研究要关注目的，因为“功能是对现象的一种意义赋予，这种意义赋予是与目的论的解释相联系的”。<sup>[9]</sup>

社会学界的学者们不是将功能作为一个简单的概念来适用，而是对其进行了深入的研究和准确的界定。除了富永健一对功能的定义之外，社会学家默顿将功能定义为“有助于既定系统的适应或调整的可观察的结果。”<sup>[10]</sup>功能分为正常功能、反常功能、显性功能、隐性功能等。在明确了功能的概念后，默顿为如何研究功能提出了一系列程序、概念与路线。默顿提出的功能分析范式包括10个方面：功能归属事项，即选择分析对象；主观意向(动机、目的)与态度、信仰及行为等客观后果的区分；客观后果(功能、反功能)。我们所观察到的后果就是功能。功能又分为正功能和反功能，前者有助于一个系统的适应与顺应，后者减弱其适应与顺应。对于同时产生正功能和反功能的后果，我们所面临的一个重要的难题就是确立评估种种后果的准则。此外，学者们还要区分显性功能与隐性功能，前者是指后果与目标一致时的功能；后者是指两者不一致时的功能。功能所助益之单位的概念。对不同的单位，功能的意义也不同。这些单位从大到小分为文化系统、较大是社会系统、次团体和处于不同地位的个人(这蕴含着心理功能、团体功能、社会功能、文化功能等概念)。功能需求(需要、前提)。功能分析或明或暗都会有体系的功能需求概念。

履行功能机制。功能分析需要对履行某一特定功能的机制作一“具体而详尽”说明。功能选择。学者需要考虑功能选择、对象或替代功能问题。结构限制或结构脉络。社会结构由多种要素组成，这些要素之间相互依赖。这限制了功能的选择或变迁的可能性。

动态与变迁。反功能包含了强制、紧张、压力等。这提供了一条途径去研究动态与变迁。功能分析的效度。分析程序必须最接近实验逻辑。<sup>①</sup>功能分析的意识形态所蕴含的问题。功能论研究者提出的特定功能分析与特定假设可能具有明显的意识形态色彩。

比较法学者从未对功能进行定义。阅读比较法众多的学术著作，我们只能概括得出“功能是法律制度对社会需要的满足”这一简单的陈述。对于如何观察功能，茨威格特和克茨并没有提出详细的步骤。意大利比较法学者卡佩莱蒂曾经提出过六阶段的研究法：在不同的国家中，找出共同的社会需要或社会问题；研究针对这些社会问题或社会需要所采取的法律解决办法；对不同国家所采取的法律解决办法的相同性或相异性的理由进行探索性研究；第三步的延续，发现可能趋势；对各种法律解决办法进行评估，评价标准是特定解决办法满足社会需要、解决社会问题的效能；从社会存在与需要的角度，研究既有的解决办法的实际影响、某些领域的发展趋势，

并预测未来的发展。<sup>[11]</sup>与社会学的功能主义研究法相比,这个六阶段的研究方法还存在诸如功能概念不清、如何寻找功能观察点、如何研究法律解决办法等问题。

## (二) 过分关注制度的相似性

茨威格特和克茨将功能主义原则定位于发现不同法律制度中类似或相同的解决办法。世界上所有发达的法律秩序,在法律方面同样的需要往往是以同样的或者十分类似的方法来满足。这简直可以说是一条“类似的推定”,即一条关于实际解决办法类似性的推定。<sup>[12](55)</sup>但从世界法律体系来看,这种相似性的假定是难以成立的。由于法律制度与法律规范是一定环境的产物。因此,任何比较法的研究都要考察所有的情况,这包括文化、经济、司法以及超司法等。由此,人们就会发现,大致相同的问题在相似的社会中可能有不同的解决办法;反之,在相似的社会里,通过不相同的途径可以得到相同的解决办法。<sup>[13]</sup>

功能主义的坚定捍卫者胡萨就认为,茨威格特和克茨最大可能的疑点不是他们比较法中的功能主义版本(来自拉贝尔的版本),而是没必要集中在相似性上。功能主义原则要在比较法研究中发挥更好的作用,就不仅要关注相似性,还要关注差异性。<sup>[4]</sup>事实上,对于同样的社会需求,不同法律体系可能采用不同的法律手段,实现的结果可能是相同的,也可能是不相同的。例如,在宪法领域,政治领袖的产生可以采用竞争性政党这一手段来实现,也可以采取一党垄断这一手段来实现。两者都满足了产生政治领袖这一社会需求,但结果可能不相同:与一党垄断相比,竞争性政党可能会产生更多优秀的领袖。由于过分关注相似性,比较法功能主义原则就无法比较差异比较大的法律体系中的法律制度。

## (三) 功能主义原则忽视了文化语境

功能主义原则集中关注针对社会问题的解决办法,忽视了法律中体现象征与价值的内容。功能主义原则则与法律文化研究结合起来,既研究针对具体问题的法律解决办法,也研究仅具有象征与价值意义的法律制度。例如,宪法序言通常不解决具体的问题,如果囿于功能主义原则,宪法序言是不能进行比较研究的。但宪法具有重要的象征意义,体现了宪法的价值追求。宪法中的许多具体制度都因宪法序言而设。如果比较法学者仅仅关注宪法制度的比较,则会漏掉宪法的象征和价值,忽略宪法的文化语境。这样,比较法学者对宪法制度的比较也就不准确了。

(四) 功能主义原则在对功能等值物进行评价时缺少合理的标准

功能主义原则意在寻找不同法律体系对同样或类

似的社会问题提出的解决办法中的功能等值物,并对之进行评价。茨威格特和克茨认为功能主义能够为评价不同法律制度提供一个客观的评价标准。这个客观的评价标准就是功能上的优劣,即“对于我们所调查的种种法律秩序解决问题的办法,我们必须从各国法律秩序的一切体系性的概念中解放出来,摆脱它们的纯属本国的教条的外壳,最后独一无二地从功能的角度,从满足各自法律需要的角度进行观察。”<sup>[12](63)</sup>但希尔认为:“在实践中,比较法不能提供一个客观的评价标准,比较法所使用的方式在很大程度上取决于比较法学者所选择的目的。”<sup>[1](255)</sup>

在对解决办法进行评价时,功能主义原则所依据的是“满足社会需要、解决社会问题的效能”标准。这个标准是以效益的最大化作为评价指标,因而是个功利标准。功能主义原则忽视了道义标准,这是需要加以完善的地方。

## 三、出路:重构比较法中的功能主义原则

在未来的比较法研究中,功能主义原则要占据一席之地就应对上述四方面的问题认真考虑,并对功能主义原则进行重构,寻找走出危机的出路。具体说来,首先,功能主义比较法学者应当对不同法律制度的相似性和差异性进行同等的关注,应在有限层次上使用“功能等值物”的假设。其次,功能主义比较法学者在对法律制度的功能进行研究时,应关注其文化语境。离开了文化语境,法律制度的功能就难以被准确的认识。

再次,功能主义比较法学者应当对功能进行界定,并对如何认识功能提出可操作性的方法。功能主义比较法研究的对象是法律制度。借鉴社会学的方法,我们可以形成比较法的功能概念和观察功能的操作性方法。比较法研究中的功能是法律制度有助于法律制度所属的社会系统适应的可以观察的结果。观察功能的方法包括:确立不同社会中遇到的同样或类似的社会问题或社会需要。研究针对这些社会问题或社会需要所设置的法律的(或者法律之外的)制度。由于制度是主体将规则加以运用的实践活动,故应研究:法律制度的主体(主体的主观意向)、法律规则、制度中的行为模式、行为效果。研究上述制度影响了哪些群体。研究上述制度在该社会中是否有功能上对等或替代的制度。研究上述制度的正功能、负功能、显性功能和隐性功能。对不同社会针对同一法律问题的解决办法进行评价,评价标准应是多元的。

最后，功能主义比较法学者在评价不同法律制度时，不能仅仅根据功利的标准，将不能产生最大效益的法律制度简单地视为落后的制度。法律制度是文化的一部分。从外在方面看，文化是一种生活方式；从内在方面看，文化是人的内心世界的反映。由于人的内心世界是由理智、精神和本能组成的，所以法律文化也由三部分组成：反映理智的部分、反映本能的部分和反映精神的部分。在比较不同社会的法律制度时，对于法律文化中反映理智的部分，比较法学的研究者能够运用功能主义原则寻找功能等值物，并根据功能满足社会需要的效益(功利标准)对之进行有效的评价。由此，先进的法律制度就是产生最大效益的法律制度，反之落后的法律制度就是产生最小效益甚至负效益的法律制度。对于法律文化中反映精神的部分，比较法学的研究者不能直接运用功能主义原则进行功利评价，而应兼采道义的标准在一定的限度内运用功能主义原则进行评价。对于法律文化中反映本能的部分，比较法学的研究者无法采用功能主义原则对其进行评价。<sup>[14]</sup>

注释：

参见[美]罗伯特·金·默顿著：《论理论社会学》，何凡兴等译，华夏出版社1990年版，第137-143页。在研究具体的事项时，默顿还提出了5个描述项目，包括行为模式之参与者在社会结构中的位置；考虑其他可行的行为模式，这些行为模式由于我们所观察的既存模式而被排除了；参与者对该模式所赋予的情感与认知意义；参与某一模式的动机，必须与该模式所涉及的客观行为相区别；不为该社会成员所知觉，但与该行为模式相关联的行为规律性。

参考文献：

- [1] 李秀清，等. 20世纪比较法学[M]. 北京：商务印书馆，2006.
- [2] [美]克利福德·吉尔兹. 地方性知识：事实与法律的比较透视[C]//载梁治平. 法律的文化解释. 北京：生活·读书·新知三联书店，1994.
- [3] [德]伯恩哈德·格罗斯菲德. 比较法的力量与弱点[M]. 孙世彦，姚建宗译. 北京：清华大学出版社，2002：68.
- [4] Jaakko Husa. Farewell to functionalism or methodological tolerance? [J]. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2003, 67(3): 2.
- [5] 【日】大木雅夫. 比较法[M]. 范愉译，朱景文审校. 北京：法律出版社，1999：89.
- [6] Anne Peters, Heiner Schwenke. Comparative law beyond post-modernism [M]. 49 *INT'L & COMP. L.Q.* 800, 2000.
- [7] Esin Orucu. The methodological aspects of comparative law [M]. 8 *Eur. J.L. Reform* 29, 2006.
- [8] Rudolf B. Schlesinger. *Comparative Law (Sixth Edition)* [M]. Foundation Press, 1998: 49.
- [9] [日]富永健一. 社会学原理[M]. 严立贤，等译. 北京：社会科学文献出版社，1992：163.
- [10] [英]艾伦·斯温杰伍德. 社会学思想简史[M]. 陈玮，冯克利译. 北京：社会科学文献出版社，1988：247.
- [11] [意]毛罗·卡佩莱蒂. 比较法教学与研究：方法与目的[C]//沈宗灵，王晨光. 比较法学的新动向. 北京：北京大学出版社，1993：15-19.
- [12] [德]K·茨威格特，H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典，等译. 北京：法律出版社，2003.
- [13] [荷兰]柯基尼-亚特里道. 比较法的某些方法论方面的问题[J]. *法学译丛*, 1987(5): 17.
- [14] 雷安军. 功能主义原则的缺陷及其克服——兼论法律文化的先进与落后问题[J]. *中国政法大学学报*, 2010(5): 39.

## Functional principle in comparative law: crisis and outlet

LEI Anjun

(School of Law, Yibin University, Yibin 644000, China)

**Abstract:** Functional principle is the methodology foundation of comparative law in 20th century, which originates from functionalism of sociology. Comparative academic traditions have never profoundly researched functionalism and accepted functionalism of sociology without thinking. This fact leads to lack of theoretical foundation in comparative law so that comparative law is criticized by many scholars, especially by legal culture scholars and post-modernism scholars. There have been four problems in comparative law: lacking the concept of function and method for watch function, focusing more on similarities, ignoring cultural context and being short of reasonable standard of evaluating functional equivalence. Functional principle in comparative law should solve these problems and be reconstructed so that it can play an important role in comparative research.

**Key Words:** Zweigert; Kötz; comparative law research; functionalism principle; functionalism of sociology [编辑：苏慧]