

家庭法与民法知识谱系的分立

刘征峰^{*}

内容提要：作为一种独立的范式，家庭法是被人为创造的。此范式意义上家庭法的生成与民法科学的发展如影随形。民法的科学化从一开始就具有明显的财产法指向，家庭法实际上被排除在外。虽然家庭法的权威性来源经历了从专制的自然伦理秩序到由人权和基本权利所构成的客观价值秩序的转变，但其言说方式的形而上特征依然存在，由此区别于民法科学中那种建立在体系融贯性基础之上的论证。在此过程中，以比例原则为核心的价值体系思维方法被引入家庭法。现代家庭法将其科学性诉求转向了形而下的经验主义，表现出对社会科学的高度依赖。这一伽利略传统的科学化进路与民法所秉持的希腊传统科学化进路存在明显的区分，形成了民法思辨实证主义和家庭法经验实证主义的分立。无论是在形而上还是形而下层面，家庭法都呈现出了明显的开放性特征，与外部知识体系存在高度的牵连。家庭法与民法知识谱系上的分立决定了民法典中财产法与家庭法“法律构造艺术”上的分裂。我国家庭法的知识转型已经初露端倪，但步伐明显慢于民法。

关键词：知识谱系 民法 家庭法 科学 人权 范式

引 论

在 20 世纪，大陆法系民法所经历的重大变革并非发生在被民法学者所青睐的财产法领域。无论是采用学说汇纂体系的德国、奥地利或者希腊，还是采用法学阶梯模式的法国、西班牙或者意大利，民法的改革重心都毫无例外地放置到了家庭法领域。这或许是一件极其容易让人忽视又同时令人惊讶的事。以德国为例，仅在 1957 年至 2009 年间，德国民法典中的家庭法部分就经历了 22 次重大修订。^{〔1〕}很明显，家庭法的修订频率远远高于德国民法典的其他部分。这种高频度的修订亦使得法学家对于家庭法能否按照民法的方式进行科学化产生了怀疑。因为，从某种意义上来看，家庭法已经屈从于价值判断，而鲜有逻辑判

* 中南财经政法大学讲师。

本文系国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编撰与社会主义市场经济法律制度的完善”（14ZDC018）的阶段成果。

〔1〕 参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《德国家庭法》，王葆苜译，法律出版社 2010 年版，第 4 页以下。

断的存在余地。这在实定法层面表现为家庭法立法技术与民法渐行渐远。家庭法学者被扣上了“概念”和“逻辑”虚无主义的帽子。他们被指责过分关注法所服务的目的和价值，而忽视法秩序的内生结构。在家庭法领域，对于目的和价值的关注确实远远超过对于实现这些目的和价值的手段关注。讨论保护儿童或者男女平权绝对是这个时代的流行话语。但是局限于这样的讨论极易使我们的家庭法学家陷入悲观情绪之中，无法在知识所构成的意义之网中立足。本文所要努力尝试的，恰好是我们目前所雪藏的问题——家庭法的范式是如何形成的。其核心问题在于与民法的科学化相比，家庭法是如何进行论证和言说的。不厘清这一问题，家庭法势必面临一种难堪的境遇。

虽然家庭法学者不可能使用一种教义的学说去阻挡社会或者政治的压力，但这并不表明家庭法不存在科学性问题。马克斯·韦伯提出：“对有意义的人类行为的终极要素所做的任何有思想的探索，都首先是与目的和手段这两个范畴密切相关的。具体地说，我们希求某种东西，要么是由于它自己的价值，要么是把它看作服务于最终希求的东西的手段。首先，手段对于给定的目的的适当性问题，是绝对可以进行科学考察的。”〔2〕从这一角度来看，家庭法也存在为实现给定目的之手段的考察问题。但目前我国家庭法领域的研究弥漫着一股吊诡的情绪，即用价值去证明手段的合理性。亦即，只要某项制度设计在目的上是正当的，那么它本身即具有合理性。例如，学者们在论证婚后所得共有制的合理性时，时常将重心放在了其目的之上，主张婚后所得共同制的目的是为了实现在夫妻双方的实质平等。他们很难注意到这样一个事实，即实现夫妻双方实质平等目的之手段并非绝对指向婚后所得共同制。这实际上指向韦伯所讨论的科学性考察的第二个方面——手段之间的权衡。我们必须要考虑“就预料中将出现的对其他价值的损害而言，达到希求目的的‘代价’是什么”。〔3〕纯价值导向的研究使得这种技术性论证付之阙如。

虽然早在上世纪末就有学者尖锐地指出了当时中国家庭法学“基础性研究匮乏，法政策和立法论泛滥”之弊病，〔4〕但时至今日，家庭法学界对这一问题仍然缺乏洗削更革的自觉性。本文意图从范式考古的视角切入，从形而上和形而下两个视角考察家庭法的言说方式及其与民法知识谱系的分立。揭示“家庭法学者曾经及当下在做什么”，既是家庭法立足于知识意义之网的前提，也是强化共识和增进身份认同并最终推动中国家庭法学知识转型的基础。

一、分立传统的形成

（一）从人法到家庭法：家庭法独立范式的生成

“将与家庭相关的婚姻、父母子女关系、监护等放在家庭法的大类下进行聚合处理被认为是19世纪潘德克吞法学派的杰作。”〔5〕潘德克吞体系在很大程度上吸收了自然法学派

〔2〕〔德〕马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，李秋零、田薇译，中国人民大学出版社1999年版，第3页。

〔3〕同上书，第3页。

〔4〕参见马忆南：《二十世纪之中国婚姻家庭法学》，《中外法学》1998年第2期，第97页。类似的反思性论文如许莉、毛亚敏：《婚姻法研究中的方法论问题》，《浙江学刊》2012年第5期，第210页以下。

〔5〕Peter de Cruz, *Family Law, Sex and Society: A Comparative Study of Family Law*, New York: Routledge, 2010, p. 3.

的体系结构之优点。特别是在处理家庭法在民法典中的布局时，潘德克吞体系深受普芬道夫“个人—集体”思维进路的影响。“沿着‘个人—夫妇—家庭—国家—国际社会’的顺序递进”被认为是最符合自然理性之要求的。^{〔6〕}作为历史法学派创始人之一的胡果在自然法学派分类方法的基础上，在其于1789年编著的对现行法进行研究的教科书《当代罗马法学阶梯》（*Institutionen des heutigen römischen Rechts*）中提出了当代民法的体系结构：物权法、债权法、家庭法、继承法和诉讼法。他将家庭法与财产法的区分誉为最为重要的一项法学教义。^{〔7〕}不过遗憾的是，他在后来放弃了这一分类，而又复归法学阶梯体系。这一改变之理由在于“让读者从较为熟悉的既有基础成果所采用的结构出发更为重要”。^{〔8〕}这种被胡果所放弃的体系却被他的同事海瑟所利用，形成六编制的民法体系：总则—物权法—债务法—物的和人的权利法（家庭法）—继承法—恢复原状法。^{〔9〕}

萨维尼不仅继承了海瑟的此种分类体系，而且对家庭法和财产法二分之理由进行了详尽的分析，为家庭法独立范式的形成贡献了最为重要的学理基础。“从19世纪开始，尤其是伴随着在萨维尼影响之下的德国法律学说在全世界的传播，家庭法逐渐以独立法律论题的面貌出现。”^{〔10〕}这种现象在比较法上被称为“家庭法例外主义”（*family law exceptionalism*）。^{〔11〕}在萨维尼眼里，家庭关系的对象不是个人的具体行为，而是整体的人，具有必然性和持续性，因而只有部分属于法的领域。^{〔12〕}在萨维尼之前，德国哲学家黑格尔提出了类似的洞见——“在家庭中，人们的情绪就是意识到自己是在这种统一中，即在自在自为地存在的实质中的个体性，从而使自己在其中不是一个独立的人，而成为一个成员”；“个人根据家庭统一体所享有的权利，首先是他在这一统一体中的生活，只有在家庭开始解体，而原来的家庭成员在情绪上和实际上开始成为独立的人的时候，才以权利（作为特定单一性的抽象环节）的形式出现”。^{〔13〕}萨维尼在继承和批判黑格尔观点的基础上，通过详细的比较分析，进一步指出了家庭关系总体上的伦理自然性。^{〔14〕}

潘得克吞法学派对于家庭法的认识在实定法上不仅影响了德国民法典及继受德国法体例的日本民法典、土耳其民法典、希腊民法典，而且影响到了并不属于德国法族的意大利民法典和荷兰民法典。我国学界在讨论民法与家庭法的关系时，其核心观点实际上仍然没有超越萨维尼的论述。质言之，主张我国家庭法保持独立性或者相对独立性的学者所持的

〔6〕〔日〕赤松秀岳：《十九世纪德国私法学的实像》，成文堂1995年版，第266页，转引自陈华彬：《潘德克吞体系的形成与发展》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2007年第4期，第32页。

〔7〕Vgl. Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privat-Rechts*, Berlin 1819, S. 31 ff.

〔8〕Wolfram Müller-Freienfels, *The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, 28 *Journal of Family History* 37 (2003).

〔9〕Vgl. Georg Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg 1807, S. 1 ff.

〔10〕Janet Halley & Kerry Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 *The American Journal of Comparative Law* 753 (2010).

〔11〕See Fernanda G. Nicola, *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, 58 *The American Journal of Comparative Law* 777-810 (2010).

〔12〕参见〔德〕萨维尼：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第265页以下。

〔13〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第175页以下。

〔14〕前引〔12〕，萨维尼书，第269页以下。

核心观点仍然是家庭关系的伦理性。^[15] 需要澄清的是，这种伦理性实际上并不足以证成家庭法应当在实定法上独立于民法典，而只能凸显家庭法应当超越以法国民法典为代表的分散处理模式。

（二）被民法科学化进程所排斥的家庭法

作为独立范畴，由于作为理想图式的家庭世界和财产世界的根本性差异，在民法的科学化过程中，家庭法始终以一种独善其身的姿态存在。易言之，民法的科学化具有明显的财产法指向。建立在“孤立的、抽象的、自治的个人”这一人类图像之上的财产法进行了“数学化”的改造，迈向了实证主义的巅峰。以效仿数学为方向的民法科学化带有鲜明的理性主义色彩和世界主义精神。与此相对，“在萨维尼以降的古典法律思维中，家庭法被认为是大众的、政治化的、宗教化的、与文化相关的并且具备特殊性的法律部门，从而具有显著的民族性”。^[16] 这事实上造成了民法的一种分裂，即财产法是理性法的产物，而家庭法则是民族精神的产物。这尤其表现为人的形象在民法中的分裂。我们通常所描述的民法中的人的形象只限于财产法，而没有扩张至家庭法。事实上，人们在褒扬梅因爵士从“身份到契约”的历史进步论断后，很容易产生这样的误解——整个法律都转向了个人主义。拉德布鲁赫对此种误解进行了警示：“法律在其一切部门中均将目标定向于个人主义的、理智主义的人之（形象）类型，只有在法律制度的冷僻的一角，渗透着义务、承载着义务的权利这一古老的父权（家长）制思想作为一个有限的此存（Dasein）还在苟延残喘：例如在家庭法中”。^[17]

即使是专业化的法学家群体也很容易遗忘处于法律制度冷僻一角的家庭法。当然这种遗忘具有两个层面的含义。第一个层面是一种有意识的偏见。家庭法缺乏技术性建构，从而缺乏讨论的价值，法学家们对同处于民法皮囊之下的家庭法往往视而不见。这背后的原因在于家庭关系“是不宜于抽象化和概念化的一种关系”，^[18] 法学家在家庭法中很难体会到财产法教义学这一智力游戏所带来的智识上的愉悦。第二个层面是一种无意识的遗忘，在无意识中将民法等同于财产法。^[19] 有意识的偏见或者无意识的遗忘共同造成了家庭法在民法教义学中的边缘化地位。家庭法被民法的科学化运动所排斥的事实并不表明家庭法本身意义的丧失，而只是表明家庭法因其高度的外部牵连性不宜进行一种纯粹理性化的分析和建构。这种外部牵连主要指向本地化的政治、伦理、道德、宗教信仰、风俗。“这种本地主义无疑使家庭法难以与债法的万民法雄心并驾齐驱。”^[20] 与经过科学化洗礼的民法相比，

[15] 持独立说的代表性论文如巫若枝：《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》，《法制与社会发展》2009年第4期，第67页以下；持相对独立说的代表性论文如夏吟兰：《论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性》，《法学论坛》2014年第4期，第5页以下。

[16] Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850 - 1968*, 36 *Suffolk University Law Review* 646 (2003).

[17] [德] 拉德布鲁赫：《法律上的人》，载 [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2009年版，第147页。

[18] [日] 我妻荣、有泉亨：《亲属法》，远腾浩补订，夏玉芝译，工商出版社1996年版，第6页。

[19] 国内部分学者在以民法为题的讨论中，通常将情景设定在财产法中，但却未能在副标题中予以限制。例如谢鸿飞的《现代民法中的“人”》（《北大法律评论》2000年第3卷第2辑，第128页以下），实际上主要讨论的是财产法中的人的形象。梁慧星先生的《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》（《中外法学》1997年第2期，第19页以下），所讨论的实际上也是财产法的演进。此类现象，不一而足。

[20] Maria Rosaria Marella, *Critical Family Law*, 19 *Journal of Gender, Social Policy & The Law* 727 (2011).

家庭法在“地方性知识”面向上的特征更为突出。这一特征决定了其言说方式上的特殊性，也决定了其知识体系上的开放性。家庭法并不意图建构一种封闭的体系，而是根据外部牵连性因素的调整实现自身的有机成长。

二、形而上的言说：从自然伦理秩序到客观价值秩序

（一）家庭法权威来源的祛魅

1. 自然伦理秩序的决定性：无历史的理性还是历史的偏见

“法律科学主张法律必须被证成。”^[21]在财产法中，法律规范的权威来源于法律教义学所提供的融贯性证成。亦即，财产法的合理性通常来源于教义。与此相反，家庭法的价值主导性决定了其权威不可能来自教义。事实上，价值主导性本身规定了家庭法的非教义性。家庭法的权威来源于“存在”。照此观点，我们无需证成家庭法的合理性，因为它在诞生之初就被仅仅界定为对自然生活秩序的单纯映射。因而，它不可能成为民法中“不为时间、情形和地点所左右的一种单纯的法律数学”。^[22]在民法科学化运动中的那些法学家对于家庭法的论述无一避免地落入自然伦理秩序的窠臼，而无论他们归属于自然法学派、历史法学派抑或潘德克吞法学派。亦即，无论民法是否达到实证主义的巅峰，在家庭法中起决定性作用的始终是“自然的理性”而非“技艺的理性”。在对于家庭法的形成产生过重要影响的普芬道夫眼里，“夫妇义务、亲子义务和主仆义务（此时主仆关系仍然保留在家庭法的范畴内）均产生于女人自然服从于男人的父系家庭小型联合体”。^[23]在费希特看来，作为家庭基础的“婚姻决不像国家那样仅仅是一种法律的结合，而是一种自然的和道德的结合”。^[24]无论是普芬道夫还是费希特对家庭的自然法论述，都充斥了让人鄙夷的罗马法影子——父权制和女性的屈从地位。费希特对女性屈从地位的描述——“未婚妇女受父母支配，已婚妇女受男人支配”，^[25]与盖尤斯在《法学阶梯》中的论述——“女性即便达到了成熟年龄，由于其心灵的轻浮，均应受到监护”，^[26]如出一辙。在亲子关系领域，“孩子在和父母的关系中根本就没有独立的自由，孩子不可能摆脱父母，而且为了公正地对待父母，他们也不可能有自己的意志，父母有权无限制地支配自己的孩子”。^[27]古典自然法学派中充斥着类似的观点，在此不赘。

然而，这些观点的真正问题在于“将作为一套实在的权威律令体系的法律与某个法学家对法律应当是怎样的观点混淆在一起，而他的观点来自于当时的社会和法律制度并受到其先见或偏见或多或少的影晌”。^[28]之所以会出现这一混淆，是由家庭法的双面特征所决

[21] [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、徐丽丽译，法律出版社2011年版，第11页。

[22] 蒂堡语，转引自[德] 格尔德·克萊因海尔、扬·施罗德主编：《九百年来德意志及欧洲法学家》，许兰译，法律出版社2005年版，第429页。

[23] [德] 塞缪尔·普芬道夫：《人和公民的自然法义务》，鞠成伟译，商务印书馆2010年版，第21页。

[24] [德] 费希特：《自然法权基础》，谢地坤、程志民译，商务印书馆2004年版，第302页。

[25] 同上书，第317页。

[26] [古罗马] 盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第56页。

[27] 前引[24]，费希特书，第365页以下。

[28] [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第1卷，余履雪译，法律出版社2007年版，第36页。

定的。家庭法来源于包含了必然性的“自然理性”，然而这种所谓的“自然理性”却又是受本地化的风俗、宗教和道德所支配的。职是之故，支配家庭法的自然法在这种意义上不可能是永恒法。这种缺陷实际上埋下了家庭法在后来动荡不安的伏笔。准确地说，所谓支配家庭关系的自然秩序不过是为风俗、宗教或者道德观念披上了神圣的面纱。这种神圣性成功阻挡了技术化的法律对于家庭生活的入侵。格尔克·贝塞勒在与罗马法学家的论争中将家庭法作为例证，来说明民众在法律方面仍然具有创造力。在他看来，民众法“更为重要、更有价值，因为它是从大众生活的自然基础中发展起来的，视野更开阔”，而“罗马法的继受则是德意志民族的不幸”。^[29] 家庭法实际上是民法科学化运动之后民众法的保留地。它确实如贝塞勒所言，是从大众生活的自然基础中发展起来的。但当时的法学家们对家庭法的讨论并没有直接指向民众的经验，而是首先进行了一种伪装。这种伪装建立在家庭关系的自然性之上。然而，承认家庭关系属于一种自然关系并不等同于承认家庭关系中存在以普遍永恒法形式存在的自然法。如果我们将自然伦理秩序作为一种先验的概念，那么这些自然法学家所处时代的风俗、道德、伦理和宗教等理念的流变本身即可否定这种先验性。现代主义或是从哲学理性出发，或是从实证经验出发。从表象上来看，在家庭法诞生之初，其权威性来源于形而上的理性，而非形而下的经验，但其实质却为历史性的偏见。“当这些自然法原则在过去被提出时，它们根本不具有特别的普遍性倾向，恰恰相反，毋宁说它们是偶然的，经常和对各种形式的压迫和从属的正当化有关（比如说，所谓女性、人种或种族、社会经济阶级以及如此等等所具有的‘自然’的次等地位）”；“换句话说，自然法的诉求往往将特定的历史信念和偏见普遍化”。^[30] 在家庭法中，“那种绝对的、一般性的且超历史的”^[31] 自然法实际上是建立在那个时代的历史偏见之上的。

就德国民法典而言，那个时代的历史偏见建立在这样的家庭图景之上——家长制以及男女之间的不平等。这样的图景被烙上了伦理性与自然状态的印记。这就不难理解为什么“对妻子法律行为能力的限制直到1900年仍被视为是自然的”。^[32] 法典所塑造的“德意志家父”和“德意志家母”形象完全不同于财产法中那种抽象和孤立的形象。“德意志家父”和“德意志家母”的内容是由当时的家庭伦理所规定的。“家庭伦理将私法中那些抽象自由进行了收缩。”^[33] 家庭不再是个人意志和私人自治的场所，相反家庭是伦理的实体。家庭法不过是准确地描述这一伦理实体，而不是去建构。法律技术在家庭法中处于微弱地位。“婚姻的伦理性不仅被视作立法的基础，也是解释法律和夫妻确立相互行为规范的基础。”^[34] 这样，伦理、生活和法律实现了统一，法律的技术化所隐含的个人主义前提在此无处安身。既然这种伦理观是一种偏见而非真理，基于人们观念的变化对其进行修正不仅是可行的而

[29] 前引[22]，克莱因海尔等主编书，第56页。

[30] [意]登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，李日章等译，新星出版社2008年版，第9页。

[31] [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义译，法律出版社2004年版，第33页。

[32] 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史：论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第103页。

[33] Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (Leipzig 1852), Neudruck Aalen 1968, Teil II/1, S. 202, 143 (145), 转引自上引克尼佩尔书，第106页。

[34] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV, Familienrecht, Berlin und Leipzig, 1888, S. 104.

且也是必然的。“德国民法典第五编的大幅度修改根本上可以归因为人们观念的调整。”〔35〕

虽然自然法学家意图从各种角度解释这种伦理秩序的合理性,例如,费希特将欲求作为演绎的出发点,而普芬道夫则从上帝的安排出发对家庭的自然秩序进行讨论,但这些论证始终无法摆脱“先验”的本质,它们只不过为“那个时代资产阶级的保守性和宗法观念”〔36〕披上了一层对抗法律实证主义运动的铠甲。那个时代家庭法所依赖的伦理秩序并没有超越稟赋知识的范畴。“稟赋知识(Knowledge Through Connaturality)是一种产生于理智,但是又不是通过概念性联系和证明而得到的知识。”〔37〕稟赋知识的产生实际上隐含了这种伦理秩序的专制性。在韦伯所称的“近代主智主义一般性的怀疑精神”〔38〕的冲击下,“在历史主义和法实证主义的批判下”,〔39〕专制的伦理丧失信用是不可避免的。绝不能产生这样的误解——伦理的专制只针对处于家长制权利之下的妇女或者子女。与此相反,伦理的专制针对所有的家庭成员。斗胆违抗这种伦理专制的人,即使其是家父,按照密尔的描述,“将丧失其财产并待在疯人院中”。〔40〕

2. 旧秩序的崩溃与客观价值秩序的确立

当人们带着普遍的怀疑主义精神去质疑作为家庭法效力来源的自然法时,自然法的绝对性和永恒性迈入了尼采所言的“偶像的黄昏”状态——“根本没有什么道德事实”。〔41〕尼采批判了那种虚构的叙述方式,而这种叙述方式恰恰是自然法学说的一项基本特征。无论是霍布斯的“每个人反对每个人的战争”〔42〕还是洛克的“人们受理性支配生活在一起,不存在拥有对他们进行裁判的权力的人世间的共同尊长,他们正是处在自然状态中”,〔43〕抑或是罗尔斯对“无知之幕”〔44〕的假设,都无法逃避这种虚构人类原初状态的路径。在家庭法中,这种原初状态在洛克的描述中极为形象。洛克将更大力量律——“任何社会都为其内的更大的力量所统治”应用于对家庭的分析。〔45〕他论证了丈夫对于家庭的支配权的来源——“因为男子更为能干和强健”。〔46〕与洛克直率的表述相比,在其他自然法学家那里,诸如丈夫对于家庭权的支配的权威性论证往往是更为模糊的,例如上帝的恣意或者理性的要求。遗憾的是,学者对于家庭法的讨论在很长一段时间内一直未能经历韦伯所言的“祛

〔35〕 Nigel Foster & Satish Sule, *German Legal Systems and Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 516.

〔36〕 [德] 罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 莱塞:《德国国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第208页。

〔37〕 [法] 雅克·马里旦:《自然法:理论与实践的反思》,〔加拿大〕威廉·斯威特编,鞠成伟译,中国法制出版社2009年版,第1页。

〔38〕 [德] 马克斯·韦伯:《法律社会学:非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第314页。

〔39〕 同上书,第331页。

〔40〕 [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,法律出版社2012年版,第110页。

〔41〕 [德] 尼采:《偶像的黄昏:或怎样用锤子从事哲学》,李超杰译,商务印书馆2009年版,第51页。

〔42〕 [英] 霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎亭弼译,商务印书馆1985年版,第94页。

〔43〕 [英] 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1996年版,第14页。洛克对于自然状态的描述建立在反对霍布斯假设的基础上。

〔44〕 [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第131页。

〔45〕 [美] 列奥·斯特莱塞、约瑟夫·克罗波西主编:《政治哲学史》,李洪润等译,法律出版社2009年版,第499页。

〔46〕 前引〔43〕,洛克书,第50页。

魅”（disenchantment）过程。^[47]现实的变化（特别是家庭结构的调整、男女双方社会经济地位的变化以及人们观念的调整）不可避免地会给迷恋于传统的家庭法施加层层改革压力。然而，家庭伦理专制绝不会轻易地妥协。这点从德国、我国台湾地区和日本家庭法改革的缓慢进程中可以得到印证。“德国家庭法的改革从一开始就充满犹豫和保守，导致德国宪法法院不得不多次介入，敦促立法者实现宪法之规定。”^[48]就夫妻关系而言，虽然德国基本法设定了改革期限——所有与男女平等原则相抵触的规定必须在1953年3月31日之前进行修改，但是德国联邦政府提交的民法典修正案遭到了以教会为代表的保守势力的强烈反对，认为这会破坏自然的婚姻秩序。^[49]保守势力的强烈反对最终导致草案的流产，进而产生了在1953年3月31日至1957年6月18日（《民法领域的男女平权法》通过）期间法律的真空怪象——家庭法中的部分条款因与基本法第3条相冲突而无效，却又没有新的法律及时替补。德国法院在此期间发挥了重要的作用，通过解释基本法来确立相关的规则。比如，法院判例在此期间实际上将分别财产制作为法定夫妻财产制。与德国相比，我国台湾地区家庭法的彻底改革则是在21世纪才完成。日本在这方面的改革实际上更为曲折缓慢。从最初穗积八束提出“民法出而忠孝亡”的呼喊而导致旧民法流产，到2013年日本最高法院最终宣布民法中歧视非婚生子女的继承条文无效，再到2015年在裁定禁婚期违宪的同时仍然裁定民法第750条关于夫妻同姓的规定符合宪法，对反映旧伦理秩序的家庭法规则的废止并不如想象的那般顺利。^[50]这些事实表明，旧有伦理秩序顽强地对抗着建立在抽象人格独立之上的平等诉求。

然而，这种崩溃的趋势是不可避免的。一方面，资本主义社会的持续发展，为家庭法所依赖的自然伦理秩序的崩溃创造了条件。这是因为自然伦理秩序所预设的家制，已经不适合当下社会的发展。“如此经常被修修补补的、被定义为伦理规范的自然关系的纽带现在已经断裂，而该纽带的存在部分——家庭成员生存的相互依赖和家长制决定的、法律加以保障的强权和暴力关系——业已解体。”^[51]虽然存在一些例外和差异，但总体而言，工业革命和城市化在全球范围内推动了家庭结构的方向性趋同。工业化和城市化所带来的流动性、个人成就观以及分工的专业化导致了延展型家庭权威的衰退。^[52]当作为自然伦理秩序载体的延展型家庭结构本身已经解体时，自然伦理专制本身也面临解体的命运。

另一方面，自然法的现代性表达——宪法中的基本权利和人权公约中的人权——对家庭伦理专制予以致命的一击。无论是德国、日本还是我国台湾地区，家庭法在规范意义上的

[47] See Max Weber, *Max Weber's Complete Writings on Academic and Political Vocations*, trans., Gordon C. Wells., New York: Algora Publishing, 2008, p. 35.

[48] [德]迪特尔·施瓦布：《20世纪德国婚姻家庭法改革综述》，王葆苜译，载《家事法研究》2012年卷，社会科学文献出版社2012年版，第360页。

[49] Vgl. Ingrid Langer, Die Mohrinnen hatten ihre Schuldigkeit getan... Staatlich-moralische Aufrüstung der Familien, in: Dieter Bänsch (Hrsg.), Die fünfziger Jahre. Beiträge zu Politik und Kultur, Tübingen 1985, S. 115.

[50] 平成24年（夕）第984号，第985号遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件，平成25年9月4日最高裁判所大法廷決定；平成26年（才）第1023号損害賠償請求事件，平成27年12月16日最高裁判所大法廷判決；平成25年（才）第1079号損害賠償請求事件，平成27年12月16日最高裁判所大法廷判決。

[51] 前引[32]，克尼佩尔书，第118页。

[52] See William J. Goode, *World Revolution and Family Patterns*, New York: Free Press, 1963, pp. 369 - 370.

改革动力均直接来源于宪法。例如，宪法确立了男女平等的原则，宪法要求保护儿童的利益。这样，宪法不仅仅是具有宣示作用的文本，相反它可能对家庭法的改革产生实际影响。德国家庭法的改革历程完全印证了这样的结论。在德国近半个世纪的家庭法平等性改革中，德国宪法法院多次通过判决的方式推动德国民法典家庭编的修改。^[53]与此类似，人权公约对于瓦解家庭的伦理专制亦产生了重大的作用。一个显著的证据是，所有的联合国会员国均签署了《儿童权利公约》。这一公约对缔约国内国家家庭法的改革产生了明显的影响。从学者对我国司法判决的实证考察来看，与家庭相关的宪法第49条成为公民基本权利和义务一章援引频率最高的条款。^[54]因为在家庭法所依赖的自然伦理秩序解体之后，人权和基本权利作为新的价值秩序来源塑造了家庭法。在我国，现行家庭法的框架基本上是由宪法和我国加入的相关人权公约所组成的价值秩序所决定的。

（二）人权和基本权利框架下的论证模式

1. 人权和基本权利在权威来源上的形而上特征

在旧有的家庭自然伦理秩序全面崩溃之后，家庭法并没有转向民法，以教义科学的权威替代形而上的自然法，而是转向了人权和基本权利。这样，家庭法的权威从一种形而上转向了另一种形而上，不过这种转换是具有颠覆性的。人权和基本权利站在旧有家庭自然伦理的对立面，试图通过一种形而上反对另一种形而上。但从形式上看，这种斗争表现为权利与义务之间的斗争。在古典自然法学家那里，无论是普芬道夫还是多玛，均将义务作为体系论证的出发点。而人权和基本权利则是从孤立的个人出发，对个人享有的基本自由范畴进行界定。^[55]正如德国哲学家、社会学家哈贝马斯所言，“人权具有两面性，它既是道德范畴，又是法律范畴……但是，作为法律规范，人权保护的只是特定法律共同体中的单个成员”。^[56]虽然宪法和人权公约也保护家庭（如德国基本法第6条、《欧洲人权公约》第8条），但是这种意义上的家庭权利绝不是德国民法典中“那种超个人主义的机体之下的家庭权利”。^[57]相反，它们都是从个人的角度并且是从受益者的角度^[58]出发来理解家庭的。因而，这种内在的根本性视角对立是人们将基本权利和人权作为反抗旧有家庭法所塑造的伦理秩序的武器的根本原因。

值得注意的是，依赖于个人主义的人权和基本权利并不是经验科学的成果，相反，它们同自然法一样，都是形而上的。对于人权的认识可以分为两种截然相反的观点，一种观

[53] Siehe z. B. BVerfGE 3, 225 (247); BGBl. 1959 I S. 633; BVerfGE 84, 9 (25); BVerfGE 127, 132 ff.

[54] 参见冯健鹏：《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决文书的实证研究》，《法学研究》2017年第3期，第50页。值得注意的是，我国法院在审理婚姻家庭纠纷案件时，已经出现了直接援引相关国际公约作为说理依据的情况。如罗某、谢某与陈某监护权纠纷案，（2015）沪一中少民初字第56号民事判决书；张某甲与张某乙抚养费纠纷案，（2016）沪0112民初18286号民事判决书。

[55] 现代人权不仅包含消极自由这一层面的含义，而且包含了积极自由的含义。对两种自由的讨论，参见[英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第186页以下。例如，《欧洲人权公约》第8条不仅要求国家不得侵害家庭生活，而且要求国家积极保护家庭生活。See e. g. Glaser v. the United Kingdom, no. 32346/96, § 63, 19 September 2000. 与婚姻、家庭相关的基本权利同样包含了类似的双层含义。参见[德]康拉德·黑塞：《德国联邦宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第359页。

[56] [德]哈贝马斯：《论人权的合法性》，载[德]哈贝马斯：《后民族结构》，曹卫东译，上海人民出版社2002年版，第138页。

[57] 前引[40]，拉德布鲁赫书，第68页。

[58] 参见[美]约翰·菲尼斯：《自然法和自然权利》，董娇娇等译，中国政法大学出版社2005年版，第165页。

点意图证明人权的普遍性，而另一种观点意图表明人权不过是西方的意识形态。^[59] 但无论作何种理解，人权都无法摆脱自然法那种“禀赋”的知识的痕迹。在家庭法中，人权和基本权利逐渐替代了自然法原则在家庭法中的地位，并提供了一种客观的价值秩序。例如，德国联邦宪法法院通过解释基本法第6条发展出了家庭法的一系列基本原则：“一夫一妻原则、婚姻自由原则、规定结婚障碍时的谦抑原则、婚姻在原则上不得解除、离婚和分居后，夫妻在抚养、供养和财产划分等方面的平等原则。”^[60] 但只要人们塑造价值体系，无论是基本权利还是人权，都无法摆脱与自然法的某种联系。^[61] 不同的是，“人权融合了自然法的超然性和实证法的确定性，因而在理论和实证层面都具备优势”。^[62] 当然，人们试图为人权和基本权利的超然性寻找基础的尝试一直都未止步，将其诉诸于“共同善”、“民主”或者“商谈”之类的根源。但到目前为止，人权或者基本权利仍然未能摆脱形而上的色彩。因而，依赖于此种人权和基本权利的家庭法不可能迈向前文所言的民法实证科学。

2. 客观价值秩序之下家庭法的思维方式

基本权利和人权既要求国家不应预设家庭的标准生活形态，也要求国家在特定的情况下积极干涉家庭，以保护个人的基本权利和人权。禁止家庭暴力、婚内强奸和虐待儿童都是国家介入传统私人领域的极好例证。无论是儿童还是妇女，家庭的暴力再也无法阻止人权和基本权利对于他们的保护。“家庭的隐私再也不被认为是正当化社会对于殴打妻子和虐待儿童视而不见的理由。”^[63] 人权和基本权利所提供的保护所针对的对象是无差别的，这与财产法中那种抽象的人存在高度契合之处。与此相对，“建立在古典法律思维背景之上的不干涉原则认为基于平等利他主义的家庭空间将被司法介入所破坏，因为司法的介入意味着不得不使用与市场法中相互冲突的利己主义精神紧密联系的法律工具”。^[64] 伴随着“平等原则的贯彻和对子女权利的重视，传统的以父为主导的家庭结构日趋瓦解，代之以平等伴侣型的家庭结构，而妇女和子女权利的提高，又导致家庭成员之间的纠纷更多的以法律争议的形式出现，并提交到法院。所以妇女和子女的解放，在一定程度上以家庭关系的法律化为前提”。^[65] 家庭关系的法律化尤其表现为家庭关系的权利化。家庭关系逐渐融入了以“主观权利为核心的现代法律秩序”。^[66] 权利话语的优势在于，“其概念中包含了对主体有权为某种行为的尊重；权利使得主体的道德行动（exercise agency）成为可能；权利是主体为了获得承认而进行斗争的工具；权利使得压力集团、游说集团、群众运动的直接或者间接的行动合法，特别是对于那些处于不利地位或者边缘化的群体来说；权利还提供了

[59] 前引 [56]，哈贝马斯文，第138页以下。

[60] 前引 [1]，施瓦布书，第9页。

[61] See Jean Porter, *From Natural Law to Human Rights: Or, Why Rights Talk Matters*, 14 *Journal of Law and Religion* 77 (1999-2000).

[62] 陈林林：《从自然法到自然权利——历史视野中的西方人权》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2003年第2期，第86页。

[63] Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 *University Michigan Journal of Law Reform* 835 (1984-1985).

[64] Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in David M. Trubek & Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 34.

[65] 参见前引 [1]，施瓦布书，第3页。

[66] 前引 [56]，哈贝马斯文，第134页。

理性讨论的框架”。〔67〕家庭法融入权利世界表现为对那种“人人各得其所”（*suum cuique tribuere*）的专制伦理秩序的脱离，即对身份法特性的背离。申言之，“如果把现今的夫妻、父母子女和亲属关系仍然称作‘身分关系’，是不确切的”。〔68〕妇女和儿童（实际上也包括家父）从专制伦理的束缚之下解放的过程实际上是用主观权利反抗旧有秩序的过程。人权和基本权利将神圣的家庭法伦理秩序瓦解，并将权利的意义注入家庭法。

如果真如卡纳里斯所言，“基本权利的直接适用会导致合适性、比例性和必要性等原则的适用”，那么这恰好从反面表达了以基本权利和人权为基础的思维模式之特征。适当性、比例性和必要性原则是此种思维模式的基础性分析手段。比例原则已经逐渐发展为宪法、行政法乃至人权法的一项基本原则。它的基本内涵在于确定目的和手段之间的一种均衡状态。在宪法和行政法中，它主要是用以判断以保护公共利益为目的而侵犯个人权利和利益的公法行为之合理性问题。〔69〕弗卢梅对于“基本权利架空法律行为”的警告的依据来源于这样一种担忧，私人的行为不应当受比例原则的制约。如果我们将私法的特定性界定为“占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定”，〔70〕那么比例原则的适用无疑将破坏私法的此项特性，因为比例原则的适用将导致权利的相对化。

与传统民法（财产法）对于比例原则所持的谨慎态度不同，家庭法对于比例原则的适用则持一种积极开放的态度。特别是作为最为宽松形式的比例原则的“利益平衡”原则，〔71〕在家庭法中产生了重要的影响。例如，欧洲人权法院一再重申，成员国政府（广义政府，含立法、司法及行政分支）在处理家庭相关的问题时，利益平衡是一项基本的原则。〔72〕当我们说“欧洲人权法院通过《欧洲人权公约》演绎出了一整套家庭法典”时，利益平衡的论证方法在这其中扮演了极为关键的作用。〔73〕虽然人权和基本权利推动了家庭法融入主观权利世界，但又引入了利益平衡机制以遏制极端个人主义的权利滥用现象，特别是保护在家庭中处于弱势的儿童的利益。在家庭法中，利益平衡原则的适用表明家庭成员的主观权利不是绝对的，必须同时考虑其他家庭成员的权利和利益，也必须考虑社会利益和公共利益。即使家庭关系经历了一场以权利为框架的法律化改造，其与债法和物法之间的区别仍然是极为明显的。尤其是在对内关系上，个人化的家庭成员权利往往具有相对性，或者说既是权利又是义务。这种相对性进一步推动了家庭法、宪法和人权公约论证结构的趋同。

比例原则和利益平衡原则在家庭法中的普遍性适用，导致了家庭法从立法中心主义向裁判中心主义的转变。而这恰好是传统民法教义体系所反对的。传统民法教义学对于法官是持一种谨慎乃至不信任的态度的。通过稳定性的知识体系来实现对法官的约束被认为是

〔67〕 See Michael Freeman, *Why It Remains Important to Take Children's Right Seriously*, 15 *International Journal of Children's Right* 5 (2007).

〔68〕 前引〔18〕，我妻荣等书，第2页。

〔69〕 参见范剑虹：《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2000年第5期，第98页。

〔70〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第7页。

〔71〕 Shazia Choudhry & Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 33.

〔72〕 See e. g. Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 169, ECHR 2000 - VIII, and P. , C. and S. v. the United Kingdom, no. 56547/00, § 117, ECHR 2002 - VI.

〔73〕 [荷] 玛莎·安托斯卡娅：《比较家庭法：与时俱进？》，王淇译，载 [英] 埃辛·奥赫绪、[意] 戴维·奈尔肯编：《比较法新论》，马银剑、鲁楠等译，清华大学出版社2012年版，第275页。

教义学的一项重要功能。^[74] 比例原则和利益平衡原则更加关注个案的正义，而并不意图建立起确定的规则体系，因而也并不具备“教义学”所秉持的那种法的安定性和可预期性。利益平衡是一种原则性的思维，而传统民法教义学则追求一种“规则思维”，二者之间的分歧十分明显。

三、家庭法的科学性诉求：形而下的经验性论证

（一）论证范式的经验主义转型

现代家庭法的科学性诉求表现为其经验主义转向。这种转向不仅发生在学术研究领域，而且主导了整个立法、行政（准确地说是社会福利机构）和司法机构的行为模式。现在，不仅没有人否认家庭法既已发生的这种经验主义转向，而且多数人认为这种转向是进步的。建立在经验主义之上的社会科学为家庭法提供了更为充分的论证。

“社会科学方法为洞察各类问题提供了传统法律（规范分析）之外的全新视角，在许多情况下，经验性的研究和交叉法律科学方法的使用显得必不可少。”^[75] 这种论证范式上的经验主义转型并非偏安于西方发达国家，而是呈现出一种普遍化的倾向。在拉丁美洲，家庭法的社会学研究方法已经成为一种范式，因而学者们的研究在结构上呈现出高度的相似性。^[76] 在中国，由朱苏力、强世功等人所倡导的“社科法学”对家庭法的研究同样产生了极大的影响。^[77] 这些学者对家庭法的实际运行的观察和分析很明显地受到韦伯的理解社会学和费孝通人类学研究进路的影响。现在，很少家庭法学者会采用纯规范性的方法进行研究，交叉学科的研究方法影响力与日俱增。尤其是，社会学、心理学和经济学的研究成果都对家庭法的研究产生了重要的影响。一个显著的例子是，学者们在讨论离婚法的改革时，总是倾向于援引当下社会的离婚数据，特别是离婚的方式、年龄构成、教育水平、收入水平等指标。获取相关统计和调研数据已经逐渐成为家庭法学者开展离婚法研究的必备步骤。即使是在比较家庭法领域，学者们的分析重心也从单一的规范比较转向了同时关注规范和其背后的家庭生活现状的新视角。学者们逐渐认识到，忽略特定法域家庭生活的数据背景而仅作规范上的比较的意义是极为有限的，其对于意图进行的法律移植同样不能提供有效

[74] 参见 [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2013 年版，第 285 页。

[75] Eva Ryrstedt, *Understanding Family Law*, in *Fifteen Years with the Norma Research Programme Anniversary Volume*, Ann Numhauser-Henning & Mia Rönmar (eds.), *Faculty of Law*, Lund University, 2010, pp. 91 - 92.

[76] Isabel C. Jarmillo, *The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Canonical Family Law Treatises of Latin America*, 58 *The American Journal of Comparative Law* 852 (2010).

[77] 在朱苏力主编的《法律和社会科学》（集刊）中，学者们发表了大量的从社会科学尤其是社会学角度来观察家庭法在社会生活中实际运行的论文，如第 9 卷“《婚姻法司法解释（三）》批评”专题中的 6 篇论文。第 11 卷中的“私人生活和法律”专题亦包含了数篇与家庭法相关的论文。其中，李湘宁、徐书鸣的《离婚纠纷中的情感、财产与“正义”》和贺欣、吴贵亨的《司法调解对家庭暴力的删除》二文堪称此类分析的典范。分别参见苏力主编：《法律和社会科学》第 9 卷，法律出版社 2012 年版，第 258 页以下；苏力主编，汪庆华执行主编：《法律和社会科学》第 11 卷，法律出版社 2013 年版，第 1 页以下。此外，强世功在 2011 年发表的《司法能动下的中国家庭——从最高人民法院关于〈婚姻法〉的司法解释谈起》（《文化纵横》2011 年第 1 期，第 22 页以下）一文对后来的此类研究开创了一种范式。该文对家产制解体、契约制婚姻等现象的分析处处弥漫了“费孝通”式的研究偏好。

的论证。他们认识到了比较法研究中超越“作为规则之法”的重要性，“也就是说，如欲真正理解法律，必须将其置于一个宏观的历史、社会—经济、心理以及意识形态的语境之下”。^[78]

在家庭法领域，学者对家庭规范层面的分析和论证再也无法脱离社会经验性事实，并且学者乐于将规范上的变革及其需求归结为社会经济状况的变化。这方面的典型做法是将家庭法、家庭结构和社会经济（特别是工业化）状况的变化结合在一起进行研究。这种研究往往建立在这样一种普遍认同之上——“全球范围内的家庭结构和家庭法在过去两百年间朝着同样的方向演进，家庭结构和家庭法的演进与工业化和接踵而至的个人生存物质条件的变化存在关联性”。^[79]将家庭法的变迁归结为经济状况的变化很容易让人联想到经济决定论。在过去一百多年间，对经济决定论的批判可谓层出不穷。但是在家庭法领域，经济决定论的观点似乎愈发有市场。特别是波斯纳所代表的法律经济分析学派将其触角从传统的财产法领域拓展到了在过去被认为浸染了伦理属性的家庭生活领域。在波斯纳看来，“家庭经济分析是建立在这样一种观念基础上的：家庭不仅是社会中的一个消费单元，而且更重要的是一个生产单位”。^[80]从这一视角来看，家庭关系也可以被置于“成本—收益”的框架内进行分析。

事实上，在经济学领域，学者们已经开始关注过去被长期忽视的家庭领域（很大原因是由于家庭的利他主义）。“经济学对家庭的研究不仅仅局限于家庭的物资生活内容，而且包含家庭生活的各个方面。”^[81]法经济学方法在家庭中的应用毫无疑问地受到了经济学领域既有家庭研究成果的影响。即使是传统法哲学家，如拉德布鲁赫，也注意到了家庭背后的社会经济状况的变化。他深刻地指出了“资本主义将由房屋、院落、家庭成员组成的生产团体强行地打碎了”这一历史事实，“家庭失去了它的形式，变成了一种纯粹家庭成员之间的关系……家庭被个人主义式地溶解为家庭元素，这种发展在经济上也是合理的。”^[82]大体而言，家庭法学者对于经济视角经验性素材的依赖表现为三个方面：首先，从外在角度来看，家庭作为面向市场的生产单位呈现出解体的趋势，家庭在诸多方面呈现出去功能化趋势；其次，男女两性的社会经济状况对于家庭法本身（特别是对配偶间平等原则的理解）产生了重要影响；最后，从内在角度来看，家庭内部的关系已经不再是伦理的实体，货币关系逐渐渗入。一个典型的表现是，家务劳动的时间在离婚法中被用来证明财产分配比例的合理性。学界关于婚内侵权所产生的赔偿应当进行分配豁免的讨论，亦反映了货币关系侵入家庭的长期趋势。

学者们通过成本—收益的法经济学分析路径将家庭法的研究带入了一个宏观的视角。这

[78] [比] 马克·范·胡克、马克·沃林顿：《法律文化、法律范式与法律学说：迈向一种新的比较法研究模式》，载 [比] 马克·范·胡克主编：《比较法的认识论与方法论》，魏磊杰、朱志昊译，法律出版社2012年版，第93页以下。

[79] William J. Goode, *Family Changes over The Long Term: A Sociological Commentary*, 28 *Journal of Family History* 15 (2003).

[80] [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203页。

[81] [美] 加里·斯坦利·贝克尔：《家庭论》，王献生、王宇译，商务印书馆2010年版，第4页。我国学者较少有从经济学视角对家庭法进行分析。作为例外，我国香港地区学者郁光华借用经济学中的有效信号和有效分离理论对我国婚姻法的改革进行了创新性的分析，不过影响力甚微。参见郁光华：《从经济学视角看中国的婚姻法改革》，《北大法律评论》2007年第2辑，第412页以下。

[82] [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2013年版，第171页。

种分析包含了社会控制论的思想，即将家庭法视为社会控制的手段。亦即，通过对“社会—家庭现象”的成本—收益分析，将家庭法的改革作为降低成本的手段。换言之，这种研究是讨论家庭法的效率问题。例如，评价现行离婚法的效率必然会涉及到相关的成本分析。“社会科学研究表明了高离婚率产生了巨大的和长期的公共和私人成本：高离婚率所引发的私人成本主要是对数以百万计的成人和儿童的身体、心理、感情和经济利益产生了严重的负面影响：公共成本则包含对医疗系统形成的负担、不断增长的福利开销、更高的犯罪率、更低的高中毕业率以及更高的刑事司法成本。”〔83〕在这种分析视角中，离婚法改革的动因不是离婚法本身体系的不融洽，而是离婚法的低效。它尤其关注离婚法所创造的激励结构是否与法律所预设的目标相背离。不过这种分析路径引发了激烈的争论。在以德沃金等人为代表新自然法学派眼里，婚姻家庭是注重情感治理的法律领域，将效率等同于正义是值得怀疑的。〔84〕

家庭法研究的经验主义转向的另外一个重要方面表现为对于社会学中功能主义视角的接纳。同性恋、代孕以及胚胎技术等问题的出现促使家庭法反思过去家庭关系的规范性界定。以亲子关系为例，基因鉴定技术的高度发展使得法律基于传统理念的推定技术黯然失色，同时也引发了对于亲子关系认定的争论。这种争论集中表现在血缘论和社会功能论两种观点之间的交锋。按照功能主义的观点，界定亲子关系的核心在于某人与儿童之间是否事实上按照父母子女一般的生活形态在一起生活。在德国学界，与此相关的概念被称为事实上的或社会的父母身份（psychischer oder sozialer Elternschaft）。〔85〕在普通法系，与此相关的概念被称为“事实上的父母”（de facto parents）。功能主义影响下的亲子关系认定实际上将家庭功能期待之满足作为衡量标准。而这种家庭功能实际上是社会所赋予的，功能的满足实际上是家庭的社会目的之满足。功能型方法（function—based approach）的关键性特征就是检视家庭在我们社会中所实际扮演的功能。〔86〕这一方法的核心在于考察家庭成员所扮演的功能而非家庭成员形式上的地位。〔87〕例如，对于法律是否应当承认继父母特定的法律地位这样的问题，功能主义往往能提供较为充分的论证。这样的论证是建立在对继父母在日常生活中所扮演功能的深入调查之上的。〔88〕功能主义为解决代孕所生子女的法律地位等新型问题提供了一种“有利于儿童利益最大化”的基本方向。〔89〕

事实上，对于功能性家庭方法的接纳不仅仅局限于亲子关系领域，在非婚同居、同性恋婚姻等领域，它同样发挥了重要的作用，为家庭法研究提供了一种全新的视角。当然，

〔83〕 Stephen J. Bahr, *Social Science Research on Family Dissolution: What It Shows and How It Might Be of Interest to Family Law Reformers*, 4 *Journal of Law & Family Studies* 11 (2002).

〔84〕 参见罗培新：《学科交叉复合，多元共同成长》，载〔美〕尼古拉斯·L. 吉奥加卡波斯：《法律经济学的原理与方法：规范推理的基础工具》，许峰、翟新辉译，复旦大学出版社2014年版，第4页。

〔85〕 前引〔1〕，施瓦布书，第270页。

〔86〕 See Lisa Glennon, *Obligations between Adult Partners: Moving from Form to Function?*, 22 *Journal of Law, Policy and the Family* 22-60 (2008).

〔87〕 Jonathan Herring, *Family Law*, 4th ed., London: Longman, 2009, p. 3.

〔88〕 Mary Ann Mason, Sydney Harrison-Jay & Gloria Messick Svare et al., *Stepparents: De Facto Parents or Legal Strangers?*, 23 *Journal of Family Issues* 507 (2002).

〔89〕 参见彭诚信：《确定代孕子女监护人的现实法律路径——“全国首例代孕子女监护权案”评析》，《法商研究》2017年第1期，第24页以下。

社会功能视角的研究也面临诸多批评，特别是来自传统教义学学者的批评。首要问题在于，哪些功能应当被界定为家庭的核心功能？如果对家庭功能的列举较为宽泛，则势必限制法律所承认的家庭形式。如果对功能的列举过于狭窄，则势必出现拉德布鲁赫所言的“社会学中间层面的坍塌”，特别是“婚姻法和婚姻事实构成的自然性基础之间越来越直接的重叠”。^[90]功能主义本身无法准确回答法律在界定家庭关系的类型时将哪些功能作为标准。另外一个可能引发的严重问题在于，对于功能主义的贯彻可能引发多重身份现象。特别是在亲子关系法领域，功能主义路径必然会推导出多重父母的现象。^[91]但无论如何，功能性视角开启了家庭法经验性研究的新视角。

（二）立法和司法的经验主义依赖

现代家庭法立法的科学性不在于它是否经由“法学家”之手，而在于它是否存在经验性论据的支撑。作为一项普遍的方法，立法前的统计性调查成为必不可少的程式。如果不能有效掌握家庭的现状，家庭法的立法必然面临脱离实际的危险。立法理由说明书不再仅仅由形而上的说理所支配，经验性的数据已经成为家庭法修订必不可少的基础。这点与财产法存在明显的区别。财产法的修订不会去调查诸如全国合同的签订数量，也无法统计违约数量。

现代家庭法的立法是通过“承认特定利益”的方式进行的。对儿童和妇女利益的承认均构成推动家庭法修改的主要动力。此外，家庭法的立法已经不能仅仅局限于传统的私法维度，而必须协调其与其他部门法的关系。这是由于家庭法与国家的福利政策、税收政策、教育政策和就业政策等都存在密切的联系，家庭法已经不能满足于“私法范畴中”立法的传统模式。家庭法的立法构成庞德所言“社会工程”的一环。这种现象在福利国家尤为明显。稳定的婚姻和家庭在诸多方面特别是在经济方面所具有的利益是实质性的。^[92]这是国家在家庭法立法方面的经验性依据。正是基于这些经验性的实证调查，颁布“优先家庭政策”（pro-family policy）已经成为一种流行趋势。家庭法与公共家庭政策之间的连带性逐渐增强。一个典型的例子是，如果家庭法在离婚后子女抚养方面的规定之实效较差，由此可能产生的儿童贫困问题可能加重国家的福利负担，并进而导致儿童福利政策的调整。虽然家庭法的基本体系的建构是以个人利益为基础的，但是家庭法与公共政策之间的连带性促使家庭法立法不得不平衡社会利益和个人利益之间的冲突。家庭关系中个人利益和社会利益的区分^[93]使得家庭法溢出私法成为必要。将儿童抚养之类的问题重新界定为公共问题而不是简单的私人问题，是必要的。^[94]现代家庭法立法必须置身于整个社会系统之中。例如，强化父母抚养的立法不能脱离对就业和社会保障政策的全面理解。“在缺乏足够的资金修复和改善社会保障系统以确保父母有稳定、良好的工作并且社会可以弥补父母在丧失

[90] 前引 [82]，拉德布鲁赫书，第171页。

[91] Sarah H. Ramsey, *Constructing Parenthood for Stepparents: Parents by Estoppel and De Facto Parents under the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution Gender Issues in Divorce*, 8 *Duke Journal of Gender Law & Policy* 285 (2001).

[92] See Rober I. Lerman, *Economic Perspective on Marriage: Causes, Consequences, and Public Policy*, in Lloyd R. Cohen & Joshua D. Wright (eds.), *Research Handbook on the Economics of Family Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 72-95.

[93] 参见 [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第3卷，廖德宇译，法律出版社2007年版，第52页。

[94] See Mary Jane Mossman, *Child Support or Support for Children?: Re-Thinking the "Public" and "Private" in Family Law*, 46 *University of New Brunswick Law Journal* 64 (1997).

（在儿童抚养方面）能力时出现的巨大空缺时，家庭法在改变现实境况方面不太可能发挥太大的作用。”^[95] 家庭法的立法活动必须建立在一种社会子系统融合观的基础之上。

家庭法立法的经验主义转向，不仅包含在社会系统之中理解家庭法这样一层含义，而且包含了家庭法立法依据的变化。现在立法在讨论家庭的重要性时，不只是单纯描述家庭是自然的，所以是重要的，而是会分析稳定的家庭关系的社会功能。例如，立法确立父母抚养权优先性的一个重要依据来源于“社会科学论证了这样一种事实，相比其他家庭结构，由儿童生父母抚养的儿童更加幸福、健康并且更具发展潜力”。^[96] “家庭政策的制定者在了解更多有关于家庭如何运行，特别是人们如何看待法律影响家庭的行为偏好的信息之后，家庭法得到了明显的改进。”^[97] 虽然经验性的研究还存在诸多问题，但是“最近发生在家庭法领域的多数改革无一例外地受到了经验性研究的影响”。^[98] 例如，是否应当在亲子关系法中加入离婚后的共同监护原则，更多地依赖于经验科学所提供的论据。立法理由中所载明的诸如“减少父母冲突”“增进子女与父母之间的联系”“为未成年子女创造更美好的将来”之类的理由^[99] 背后，往往存在充分的社会科学尤其是心理学和精神病学的研究。^[100] 无论如何，经验科学至少提升了相关立法讨论的质量。^[101] 现在家庭法的改革通常是以前置性的专业报告为前提的，这种专业报告通常由政府机构（广义）或者政府机构委托的学术机构完成。家庭法立法的改革必须建立在经验性数据的支持上已经渐成共识。值得注意的是，经验科学对于亲子关系立法的影响比婚姻法更为明显。其中一个重要的原因在于儿童虽然被赋予权利，但却缺乏行使权利的具体能力（行为能力），因而更加依赖于法律的直接干预，而干预的正当化往往建立在经验性的数据之上。以日本为例，2011年，日本修改亲权制度，简化了停止亲权的方式。此项改革与日本虐待儿童的咨询数从20年前的1000余暴涨到现在的50000余所引发的社会改革压力不无关系。^[102]

与立法上的经验主义转向相类似，家庭领域的司法活动也发生了巨大的转向，传统说理模式已经不能够满足其科学性要求。“在历史上，法官一直试图通过使用道德来就家庭的法律问题进行裁决，而没有创设与现实中的家庭如何运行相协调的救济方式。”^[103] 从这种意义上来看，家庭司法活动不过是建立在一种模棱两可的“道德说教”之上。这种司法活动“几乎都在处理理念问题，而不是法官、律师、陪审员和当事人行为的现实问题”。^[104]

[95] Jessica Pearson, *Ten Myths About Family Law*, 27 *Family Law Quarterly* 299 (1993).

[96] Family Research Council, *25 Pro-Family Policy Goals for the Nation*, <http://downloads.frc.org/EF/EF08H78.pdf>, last visit on October 11, 2015, p. 15.

[97] Marget F. Brinig, *Empirical Work in Family Law*, 4 *University of Illinois Law Review* 1103 (2002).

[98] 同上文，第1083页。

[99] BT-Drs. 13/4899, 62 (63).

[100] See Kirsti Kurki-Suonio, *Joint Custody as An Interpretation of the Best Interests of the Child In Critical and Comparative Perspective*, 14 *International Journal of Law, Policy and the Family* 183 - 205 (2000).

[101] See Sarah H. Ramsey & Robert F. Kelly, *Using Social Science Research in Family Analysis and Formation: Problems and Prospects*, 3 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 631 (1993 - 1994).

[102] 栗林佳代「親権の停止制度の導入と面会交流と養育費の分担の明文化」佐賀大学経済論集第46巻第1号（2013年）2頁。

[103] Barbara A. Babb, *An Interdisciplinary Approach to Family Law Jurisprudence: Application of an Ecological and Therapeutic Perspective*, 72 *Indiana Law Journal* 775 - 776 (1996 - 1997).

[104] Glendon Schubert, *Behavioral Jurisprudence*, 2 *Law & Society Review* 407 (1968).

“如果家庭法之目标已经转向维护家庭和儿童的利益，那么法官裁判所使用的方法必须要进行调整。”^[105] 在我们的世界经历了韦伯所言的除魅之后，多元理性的格局使得司法已经不能再从道德说教的论证中获得权威性。家庭法司法的专业性在过去一个世纪间得到了显著的提升。一个典型的例子是以专业性著称的家事法院和家事法庭的涌现。以日本为例，家事法院不仅有法学专家——法官，而且有其他领域特别是教育、社会、心理等领域的专家。^[106] 家庭领域的司法活动表现出了更强的行为科学依赖。“作为一种常态，以社会科学为基础的工具性和经验性的意见被用以正当化家庭法的裁判。”^[107] 这样，科学化的社会事实而不是法官的偏见占据司法推理的主要过程。我国台湾地区民法之亲属编的修改大致印证了上述判断。2013年我国台湾对其民法第1055条之1进行了修订，以强化裁判之专业化。无论是我国台湾地区的家事事件法，德国的家事事件程序法抑或我国最近进行的家事审判改革，均指向了建立在社会科学基础之上的专业化。“法官的裁决是在考量案件的诸多事实和应当适用的法律基础之上形成的，而社会科学所提供的信息在这种权衡过程中所扮演的角色日益重要。”^[108] 这种信息不仅仅局限于事实，而且实际上已经涉及到了判断。最典型的例子就是对“是否符合儿童最大利益”的判断。与此相适应的是，家庭法司法活动的角色也发生了重要的转换，从单纯的维护权利、解决争议，向一种融合传统定分止争和社会服务的综合性角色转变。家事法院、社会福利机构和其他专业性机构组成了协同性纠纷化解体系。家庭关系的法律化并不是完全指向传统的司法角色，而是指向一种中立性的支持角色（supportive neutrality）。^[109] 社会科学在中立性方面的优势恰好满足了这种角色转换所产生的需求。

由于立法、司法与学理的高度牵连，立法和司法对经验主义的高度依赖加剧了家庭法学本身的经验主义转向。由此，家庭法形成与民法相分立的两种实证主义。民法教义体系所形成的是法学内的实证体系，而现代家庭法所主张的实际上是法学外的实证体系。虽然二者都以“实证主义”为标签，但是含义完全不同。如果从科学哲学的角度出发，民法指向了亚里士多德传统，而家庭法则指向了伽利略传统。^[110]

结 论

家庭法的独立范式成型于潘得克吞的学说中，建立在家庭法与财产法理念世界的差异之上。这一理念世界的差异引致家庭法的权威性来源与言说方式完全不同于民法。家庭法背后并不存在那种“抽象的、孤立的个人”所构成的人类图像，无法采用与财产法相类似的方法进行科学化。从形而上的角度来看，家庭法的权威性来源经历了从自然伦理专制到由人权和基本权利所构成的客观价值秩序的祛魅。其在形而上层面的论证接纳了人权和基

[105] 前引 [103]，Barbara A. Babb 文，第 776 页。

[106] 张晓茹：《日本家事法院及其对我国的启示》，《比较法研究》2008 年第 3 期，第 67 页。

[107] Sarah H. Ramsey & Robert F. Kelly, *Social Science Knowledge in Family Law Cases: Judicial Gate-Keeping in the Daubert Era*, 59 *University of Miami Law Review* 1 (2004).

[108] 同上文，第 4 页。

[109] See David L. Chambers, *The “Legalization” of the Family: Toward a Policy of Supportive Neutrality*, 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 805 - 828 (1984 - 1985).

[110] 有关两种传统的解读，参见 [芬] 冯·赖特：《解释与理解》，张留华译，浙江大学出版社 2016 年版，第 2 页。

本权利框架下的进路。但深受基本权利和人权影响的家庭法继续保持了其价值上的“神圣性”，进而与以“庸俗的”“无历史的”“无性别的”“无时间的”商品世界^{〔11〕}为基础的财产法划清了界限。

从另外一个角度来看，家庭法在后来的发展中将其科学性方面的诉求转向了经验主义，造成了“专业挤入家庭法现象”。无论是从形而上还是从形而下视角来考察，家庭法从来就没有回归民法科学化所指向的那种内在视角的论证。易言之，家庭法从一开始就没有形成类似于民法的自足体系，它必须求助于外在的体系。即使民法经历了从概念法学到评价法学的修正，其与家庭法言说模式上的根本性分歧仍然存在，并由此形成二者知识谱系的持续性分立。在中国，民法和家庭法皆属舶来品，二者均经历了继受和革命的洗礼。当下，中国民法之范式逐渐摆脱了苏联的影响，逐步回归大陆法系民法的整体语境之中。与民法相比，中国家庭法知识体系的整体转型则大为逊色。家庭法的特殊性已经不能再作为我国学界固守成规的借口。

Abstract: Family law, as an independent paradigm, was invented, rather than naturally formed. In this sense, the creation of family law has been closely connected to the birth and development of the civil law science. The process of scientization of the civil law, aimed at completing a Copernican revolution through an imitation of natural science, substantially occurred in the field of patrimonial law. In a sharp contrast with the coherent discourse in civil law, family law keeps its metaphysical characteristic in argumentation, though its authoritative source has transformed from an autocratic natural ethics to an objective value system composed of basic rights and human rights. In this process, the thinking mode of this value system, which takes the principle of proportionality as the core, is introduced into family law accordingly. Meanwhile, empiric science has gradually satisfied the aspiration of scientism in family law. That is to say, social science theories have overtaken family law's reliance on other sources step by step. Nevertheless, this empiric positivism based on the Galilean tradition is distinguished from the reflective positivism of civil law built on the Grecian tradition. Close relationship with outside knowledge systems has become the most significant characteristic of family law. Consequently, it is safe to say that family law is an open system both at the metaphysical level and at the physical level. The schism of legal constructive method between family law and patrimonial law in modern civil code can trace its origins to this separation of knowledge pedigree. In China, various signs indicate that the transformation of family law theories has started, even though its pace is much slower than that of the civil law.

Key Words: genealogy of knowledge, civil law, family law, science, human rights, paradigm

〔11〕 前引〔32〕，克尼佩尔书，第111页。