

民间法理论的多价思维模式

——评帕特里克·格伦的《世界法律传统》

汪 潇*

摘要:多价思维模式是方法论意义上研究原生法律传统不可或缺的研究方法,民间法理论在某种程度上是应用多价思维模式对原生法律传统进行改造的结果。格伦的《世界法律传统》不仅给出了多价思维的定义,阐述了多价思维模式的理论基础,更以世界上各个主要法律传统为例,具体呈现了多价思维模式在具体法律传统中的运用,从而为描述多价思维模式下的原生法律传统提供了深刻的理论背景与事实材料。尽管如此,将多价思维模式应用在当下国内民间法研究中,也需要调整理论和现实之间的关系,以推动民间法理论的进步。

关键词:民间法;多价思维模式;原生法律传统

民间法作为与国家法相对应的概念,包含了非国家法层面的各种民间社会规范,可以说是在国家与社会二分的基础上,民间法与国家法共同组成了二元性的规范结构。民间法理论必然要在国家法与民间法的二元结构背景下,超越作为素材的民间社会规范本身,一方面要对不同类型的民间社会规范进行描述性的考察,对特定地域民间法的规范形态进行规范与事实相互印证的阐明;另一方面更要对特定场景下国家法与民间法对立或契合的关系进行建构性的批判。由此可见,民间法理论实际上是在国家法与民间法二元结构的背景下,应用多价思维模式,对民间社会规范作出的反思。

加拿大著名比较法学家帕特里克·格伦将多价思维模式建立在完全不同于以往的理论基础上,并将其应用在不同的法律传统中,提出了法律多元论的主张。法律多元论与多价思维模式的关系是研究结论与研究方法的关系,是里与表的关系,二者密不可分。他力图表明多价思维不仅是后来学者的理论化思考,更是在具体法律传统中曾经使用、正在使用或者可能使用的思维模式,“对某特定传统的反对无可避免地反对该传统所主张的东西,因此,即使反对它,这种反对仍然被该传统所定义。传统的支持者将以该传统的用语来争辩,而传统的反对者则必须拒绝这些用语并说明理由。”^①在格伦看来,多价思维模式不仅是停留在纸面上的论证和未来的愿景,更是一种被传统所印证的事实,任何法律传统本质上都是开放的并且可以展开对话的,封闭、不可对话和截然对立不是法律

* 汪潇,山东大学法学院法学理论专业硕士研究生。

① 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:20.

系统的特点,因而不同法律传统间的调和也是可能的,且不会损害任何一种其他的法律传统。正如国内学者所说:“包括民间法在内的各类规范机制的功能是经常互相交叉渗透、共同作用的,它们分别从不同角度表明了人们对社会提出管理模式的不同要求。”^①格伦应用多价思维对原生法律传统的考察,将表明原生法律传统一方面固然存在独有的特性,另一方面与其他法律传统也有广泛的交集,这给我们的民间法理论带来重要的智识资源。

一、多价思维模式的定义及理论基础

(一)多价思维模式的定义

多价思维模式意味着承认差异,同时接纳他者,认识到价值的多元性和角度的多维性,是对非此即彼的二价思维模式的扬弃。作为著名的比较法学家,格伦将多价思维的研究方法贯穿在他的著作当中,他力图摆脱西方中心主义的思维,来研究世界上各个主要法律传统,特别是原生法律传统。格伦将多价思维模式定义为一种被称为多元价值的思维方式,并认为多元价值与二元价值(二价)是相对立的,因为“亚传统既无所谓对,也无所谓错,而只是在众多(不一致的)、不同的角度上是对的”^②。二价思维模式“预示着不同的、独立的概念之间有着清楚的界限,当界限一旦建立,需要防止对界限的模糊和混淆”^③,由此可以看出,二价思维建立在形式逻辑的起点即矛盾律或者叫排中律上,将二价思维应用在法律领域意味着除了国家法以外的其他形式的规范都不具有合法性,必须在得到国家法认可之后,方能转化为具有合法形式的规范。二价思维模式,是不承认中间地带的,非此即彼,非黑即白,国家法与非国家法的其他规范之间不是相互配合、和谐共存的关系,而是前者必然对后者的取代和消灭,以原生法律传统为代表的民间法在此思维模式下是一个不成立的伪概念。换句话说,应用二价思维去看待法律,是将人的理性推至极致,不承认来自传统的法律的有效性,将历史生成的法律传统特别是原生法律传统作为一种事实加以整理,拒绝认可这些传统的规范性。而一旦跳出二价思维的桎梏,应用多价思维和逻辑和去看待法律,打破决然的界限,承认存在中间地带的可能,那么国家法和非国家法的其他规范形式便可能在同一个场域交汇,不同的法律传统相互开放,存在着沟通,传统内部不同倾向的分支相互竞争,在众多的角度上,任何维度的规范都具有价值,在这种思维模式下,以原生法律传统为代表的民间法这一概念才具有意义。

格伦并非是最早应用多价思维模式来研究法律的学者,早在古希腊智者学派那里就

① 于语和,威阳阳.国家法与民间法互动之反思[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2005(1).

② 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:401.

③ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:402.

以哲学上的怀疑主义和相对主义打破了对恒定道德标准的信奉,近代历史学家维柯则提出文化多元论的观点,他认为:“由于任何一种文化都有产生的特定条件:特殊的时间、地点和方式,因而每一个民族、部落和氏族都有自己的宗教、语言、婚礼、土地制度、名称、武器、政府和法律。”^①美国著名人类学家吉尔兹提出“地方性知识”的概念,将法律定义为“一种赋予特定地方的特定事务的特定意义的方式”^②。在吉尔兹看来,法律作为一种地方性知识,必须根植于特定的文化背景之中,法律因此是多元性的。格伦同样继承了文化多元主义和法律多元主义的观点,但是格伦的独特贡献是将多价思维模式的定义与对法律传统的理解紧密联系在一起,将多价思维模式建立在完全不同的理论基础上,并且在具体法律传统特别是原生法律传统中进行呈现,使得多价思维模式既是研究方法,同时也是被呈现的研究结论。

(二)多价思维模式的理论基础

1. 作为信息的传统

在格伦看来,之所以能用多价思维来解释不同的法律传统,根本原因就在于传统本质上是一种信息交流的产物,“行为或者决定一旦作出,如果不能转化成可交流的信息,将永远的消逝”^③。信息的交流必然涉及人们对信息的选取、加工和删减,因为“不同的理解水平、对现有资源的不同解释以及不同的观点,都会以这种或那种的方式共同导致对传统的当前因素作出不同的表述”^④。因此,从历时性角度上看,传统必然是变动不居的,没有固定不变的传统,人们对传统的评判,对信息的选取无时无刻不在发生。从共时性的层面看,随着现代信息传播技术的发展和人员流动的频繁,传统之间的交流也是不可避免地,引起某种传统变动的信息不仅可能是来自传统内部,也可能是来自外部的其他传统。

用信息来定义传统,一方面意味着对传统的处理是无法避免的,所以理性主义不可避免的是具体法律传统的一部分,情境传统不可能得到原封不动的遵循,即使是对传统最严格的遵循也涉及对信息的选择;另一方面也预示着对传统的处理本身也有成为传统而被遵循。所以,吊诡的是,以理性的构建去全然否定传统的权威,这种构建也将会被后人解释为传统。正如格伦所说:“如果理性因此是所有情境传统中或多或少隐藏着的一个部分,那么情境则是理性走向自立的努力中必不可少的伴侣”。^⑤传统作为信息交流的产物,既非全然理性的构建,也非全然情境的生成,人的理性和历史的经验相互交融,形成了动态的传统,传统处于变化的过程之中。

① 维柯.新科学[M].朱光潜,译.北京:商务印书馆,1989:350.

② 梁治平.法律的文化解释[M].上海:三联书店,1998:145.

③ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:15.

④ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:16.

⑤ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:21.

因而不断进行历时性和共时性信息交流的、情境和理性相互交融的、处于动态变化中的传统本身就是多维的,包含了多元的价值和因素,无法用二价思维模式去对传统作出非此即彼、非黑即白的矛盾律式的判断,只能应用多价思维模式才能对传统作出看似模糊实则贴近其本质的判断。

2. 作为身份的传统

信息交流的性质决定了处于不同传统中的个体一旦接触就会改变定义自身身份的信息基础,“身份源于跟外界的接触;身份正是通过或明或暗的对抗构筑起来”^①。雅各布斯指出:“只有当被观察的东西相对于观察者而显示出自己的时候,也就是说,只有当某个自己观察并非再次只是他自己的某些东西时,其观察才能带来比该已经存在者的复写或者按该存在者的方式加以扩大的东西更多的东西,没有一面镜子映照出他自己的颜色。”^②在格伦看来,传统之间的交流即使是最激烈的对抗,也存在着包容的可能,因为归属于不同传统的个体会因为传统之间的交流,获得扩大的信息基础。因此格伦认为“世界上没有从根本上不同的、完全不可调和的社会身份”,因为“每一种身份均由传统构成,而所有的传统都包含着其他传统的成分”。^③通过传统获得的身份,由于传统之间的交流,使得身份乃以建立的信息基础处在不断的变化之中,传统的基本成分可能会替换,人们甚至可以脱离一种传统从而进入另一种传统。所以我们不可以忽视任何一种传统,不同种类的传统从根本上相互依存,构成了我们定义自身的信息基础,格伦用“概念的摸彩桶”这一经典比喻来说明传统的不确定性和开放性,个体的身份也是出于动态的变化中的。对这样的身份,用二价思维作出界限分明的界定是不可能的,只有用多价思维去看待不同的传统,承认不同传统的价值,才能重新定义个体的身份。

综上,正是将传统定义为信息交流的产物,将个体身份的获取看作传统交流的结果,才能拒绝西方中心主义的思维,在研究具体法律传统特别是原生法律传统时采取包容性的态度,应用多价思维模式在不同的角度进行研究不同的法律传统,认识到法律传统本身就是多元的。

二、多价思维模式在具体法律传统中的呈现

只有结合具体法律传统才能赋予方法论意义上的多价思维模式以现实的质感,才能证明格伦的法律多元论有坚实的基础。除了原生法律传统以外,格伦在其著作中详细探讨世界上六种主要的法律传统,在此,笔者选取最具有代表性、影响最为深远且与中国密切相关的三种法律传统即大陆法传统、普通法传统和东亚法律传统作为素材,用以表明多价思维模式或者说法律多元论不仅是后来学者的主张,更是众多法律传统所具有的特

① 帕特里克·格伦,《世界法律传统》[M],李立红,等译,北京:北京大学出版社,2009:35。

② 京特·雅各布斯,《规范·人格体·社会——法哲学前思》[M],冯军,译,北京:法律出版社,2001:3。

③ 帕特里克·格伦,《世界法律传统》[M],李立红,等译,北京:北京大学出版社,2009:40。

征。格伦认为所有人都生活在可交流的传统之中,传统之间具有可比性,各个主要法律传统在内部都包含着若干相似的亚传统,在外部都共享着若干相似的横向传统,在呈现不同法律传统时论述这些传统,证明传统之间的可交流,也是应用多价思维模式的重要方式。

(一)大陆法传统

大陆法传统以其成文法典的形式、对人们理性构建的推崇而著称,法律被视为可被人为创造的产物,概念的定义取决于人们理性的认知。当今每个践行大陆法传统的国家似乎都在跟自身过去的传统诀别,更遑论外部的陌生法律传统,传统被压低到事实的地位,多价思维在这种情形下似乎是无法应用的,看起来只有以国家法的标准进行二价思维的批判。可在格伦看来,即使是最强调理性构建的大陆法传统毕竟也是一种传统,也是在内外信息交流的过程中逐渐形成的传统,也要在传统中对异于自身的传统作出回应,多价思维藏匿在大陆法传统的形成和表达之中。

从大陆法传统形成的角度来看,罗马法发挥了重要的作用,其他的传统的存在包括基督教的法律传统、欧洲原生民族的法律传统、希腊哲学传统等等也是发挥了不可替代的作用。虽然大陆法具有重视理性构建、讲求实证、追求变革的特点,但作为大陆法传统萌芽的罗马法在创建初始却没有正式的法律渊源,格伦认为“罗马法传统并不是从所谓的立法中产生的,更不是法典化”,因为“涉及民众的法律必须是从所有民众都以某种形式参与、并因其过程的参与性而具备合法性的制度中产生的”^①。不管是财产制度、合同制度还是继承等等都是民众长期实践的产物,绝非概念先行。欧洲原生民族的法律传统在经历漫长中世纪的统治期以后,随着文艺复兴罗马法的“重新发现”,也深刻影响到了大陆法传统制度的构建,即使原生法律的地位不再,但是罗马法通过对原生法律的吸收和转化,将各地习惯成文化(例如《巴黎习惯法》),“习惯将不再从它所表达的任何事物的有效性获得其合法性来源,而是从将它转化为习惯的人们所赋予的隐含性内容获得其合法性来源。”^②而基督教法律传统和希腊哲学传统赋予人的理性以构建法律的能力,得以应用逻辑思维去清晰地创立法典。由此我们可以发现,大陆法传统现今表现为成文法典的形式和理性构建的内容,却无法掩盖属于不同传统的信息交流以形成大陆法传统的事实。

从大陆法传统自身对于其他传统的回应来看,虽然大陆法传统将以理性、实证的精神,将国家法的作用推至极致,可在格伦看来,大陆法传统对于其他的传统保持着一种“可支配的开放性”,“如果大陆法传统是理性和系统性的,那么只需要引入其他的观念或

^① 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:145.

^② 帕特里克·格伦.对“习惯”的俘获、重构和排斥[M]//魏治勋,译.谢晖,等.民间法:第12卷.厦门:厦门大学出版社,2013.

概念,一切都可以被混合在一起”^①。现代欧洲联合的趋势也印证了这一点,欧盟的成立和一系列超越民族—国家的条约和机构的建立,带来一系列对身份定义的改变,身份将介于欧洲的和本地的之间,更大范围的联合和统一将带来不同传统的进一步交流与融合,人们定义自我的传统在格伦看来进一步扩大了,更多的本地传统具有定义身份的价值。因此,大陆法传统也是可以应用多价思维去包容不同的法律传统,尽管以一种理性的表现形式。

(二)普通法传统

相比较大陆法传统,普通法传统在其形成和内容上都深深受到不同类型法律传统的影响,对于外部传统更加具有包容性。普通法传统也重视人为理性对法律的构建,但这种构建更多体现在程序而非实体方面,“用现代语言来说,普通法就是一种程序法;不管存在着什么实体法,最终都被其掩盖,用梅因的话则是,‘隐藏’在它的‘缝隙’之中”^②。普通法传统可以说应用多价思维模式最典型的法律传统。

从普通法传统形成的角度来看,普通法形成的环境就处于不同法律传统的包围之中。正如格伦所说:“当诺曼人怀着对土地的期待而启程横渡海峡时,当时的法律甚至更多,其中包括伊斯兰法。不列颠岛早已有原生法律,后来又有罗马法,再后来又是原生法律,此时的基督教会法律对市民生活的影响正在持续上升”^③。为了应对原生法律传统,普通法表现为“隐藏的法律”,这意味着普通法传统中的实体内容必须表现为程序法的形式,在欧洲大陆法兴起并不断取得对原生法律传统胜利的阶段,普通法却建立了令状^④制度,采用陪审团进行实体性判决的方式,用程序法的形式包容了“本地的智慧”。基督教的法律传统中教会法的统一体系,给普通法传统在巡回法庭的设立和统一法律机构上以启发,建立隶属于王室的独立法庭,这使得普通法传统区别于其他法律传统。普通法传统中负责普通法教学的律师会馆属于教会,也在一定程度上受到伊斯兰法律传统中法律学校属于清真寺的做法的影响。因此,普通法的形成或主动或被动都受到不同法律传统的影响。

从普通法传统对于其他传统的回应来看,普通法传统在其制度运作上表现为对内部的本地性社群传统的包容,在其制度变革上表现为对外部的复杂传统的借鉴。就对本地性社群传统的包容而言,由于普通的法院并没有主张对大部分事项的管辖权,建立令状制度,也只是“将普通法的管辖范围仅限于那些获得王室核准的案件”,“其他的事情则可以通过古老且总是管用的习惯手段来进行救济”^⑤。因此在格伦看来,英国的普通法只是

① 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:186.

② 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:262.

③ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:255.

④ 令状在形式上,是国王向王室官员所作的一种指示,以表明司法行政官应当做什么以推进争议的调查。它可以命令司法行政官要求被告出庭和答辩;扣押财产,除非被告提出正当理由以继续保有该财产;选任陪审团等等。

⑤ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:267.

一种补充性的法律,这为适用其他类型的法律特别是本地性古老的原生法律留下了充足的空间,这些原生法律根植在特定的社会和群体中,通过反映社群关系的陪审团制度进行适用。“普通法必须根据它周围的社会来表达自己。否则它将承受不被认可的风险。它必须反映所在社会的情况,以获得他们的认可并成为其一部分”。^①就对外部复杂传统的借鉴而论,普通法传统的制度变革是递增性的,在引进外部传统进行变革的时候,普通法传统还能保持其连贯性和一致性,没有出现巨大的断裂。例如在19世纪国家的、实证的、建构的大陆法传统强势影响下,实证法律思想影响普通法传统,大量的立法出现在英美等普通法国家,但是却并未动摇法官的地位和陪审团的运用。综上,我们可以看出,普通法传统对其他传统表现出了巨大包容性,多种法律传统在普通法传统中都可以找到自己的位置却不妨害普通法本身,多价思维模式的运用积极、主动地体现在普通法传统里。

(三)东亚法律传统

东亚法律传统以中国为代表,表现为儒家的教化传统,强调礼的遵循和人际关系的重要性。儒家的教化传统既非西方世俗性的实证法律传统,也非宗教启发的传统,而是一种“诉诸引导和教化而非命令和惩罚的社会和道德哲学”^②,是一种世俗性的法律传统。这种教化传统由中国产生,影响到了包括日本、朝鲜、越南在内的等等许多东亚国家。

从教化传统自身的形成和内容来说,作为教化传统核心的礼由于很大程度上取决于人际关系的,因此其范畴是模糊的,不同层次人际关系要求不同形式和内容礼的遵守,但这不妨碍遵守礼成为全社会的共识。在格伦看来,中国的教化传统“是一种多元的法律秩序,不同形式的规范相互交织其中,同时也不时发生摩擦,一方面每一种规范都承认其他规范的必要性,但它们同时也忙着在分界线上推搡争抢自己的地盘”^③。多价思维的运用体现在教化传统对内部其他传统的解释力上,儒家教化传统的原则性规定是相关的但不是等同的,例如孝在民间表现为子女对父母的恭敬和顺从,在国家层面的孝就等同于臣民对君主的忠诚,孝和忠也是彼此相关的,同一种原则性规定表现在不同层次,也具有了不同的表现形式和内容。教化传统中核心的礼就是根植于特定情势与关系,表现为丰富的类型,将家族、行会、村庄、朋友和国家等都纳入其中,对民族的、宗教的、原生的都具有解释力,“传统中国的民间社会,既不是只受国家支配的非自立存在,也不是自立于国家之外的自我完善的秩序空间,而是通过共同秩序观念与国家体制连接起来的统一体。”^④因此儒家的教化传统是以一种更高层次原则性的统一去涵盖了基于特定关系和特定情境的不同传统。“中华民族特有的综合性思维方式——‘和合’,使其在看待国家法

① 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:269.

② 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:352.

③ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:369.

④ 梁治平.清代习惯法:社会与国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996:169.

以外的规范体系时,也抱持‘和而不同’的态度。”^①但是儒家教化传统也并不是完全排斥实证法律,“出礼入法”,法律被看作是对严重违反礼的行为的重要规制手段。

从教化传统对外部传统的回应来看,主要是包括大陆法传统和普通法传统在内的西方法律传统对教化传统的影响,这种影响并未完全取代教化传统,而是与之并行,或者接受教化传统的改造,或者将教化传统的内容吸纳其中。就大陆法传统的影响而论,格伦以日本法为例,指出日本法“首先是在实际操作过程中改造(日本化)西方模式;其次是将整个正式的民法概念放置在一个非正式的日本的规范性的大背景中”^②。与之类似,近代中国的法律受西方法律传统的影响,也表现为不同规范的交融,采用儒家教化传统的制度和原则结合西方法律传统。在当时的清末修律和民国立法中,虽然采用了大陆法的立法形式,有了文本意义上的宪法、刑法和民法等等,但是这些立法大多吸收了儒家教化传统的因素,例如清末修律的民法中对家庭关系的规定很多就沿用了儒家的伦理规定,孙中山的五权宪法理念还吸收了中国古代的考试权和监察权。就普通法传统而言,在香港、新加坡、马来西亚等英国曾经实施殖民统治的地区,“尽管最瞩目的是普通法的机构(法官和出庭律师),而非普通法原则在日常事务中的普遍存在”。^③普通法传统本身对其他传统的包容和对自身的限制,也为东亚一些地区的本地法律传统留出了适用的空间。

三、多价思维模式与原生法律传统

格伦将原生法律传统定义为民间法(folk law),将受其规制的民众理解为与欧洲移民相对立的在原有土地上生活和居住的居民,原生一词形容生活在土地之中并与自然保持和谐的人们,现代理解为“原住民”或“土著民族”。格伦语境里的民间法概念虽然与当下国内学界的民间法概念在具体内涵有所差别,但在对民间法研究方法和研究视角上,还是有很多共同点。“把一种法律传统形成为原生的,就意味着要用它自身所具有而非外部所强加的各种理论来分析它”^④。原生法律传统并不含有多价思维模式的内容,但是在遭遇西方法律传统以后,原生法律传统被多价思维俘获,可以通过多价思维模式来进行表达和证成。

(一)原生法律传统的形成与特征

与其他法律传统的形成相比,在格伦看来,原生法律传统并没有一个明确的起点,“它没有明确的记载;也没有与其他法律传统的明显切割;更没有所谓的永世难忘的成

① 龙大轩. 和合:传统文化中的民间法与国家法[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2007(6).

② 帕特里克·格伦. 世界法律传统[M]. 李立红, 等译. 北京:北京大学出版社, 2009: 277.

③ 帕特里克·格伦. 世界法律传统[M]. 李立红, 等译. 北京:北京大学出版社, 2009: 378.

④ 帕特里克·格伦. 世界法律传统[M]. 李立红, 等译. 北京:北京大学出版社, 2009: 65.

就。原生法律传统只是随着人类经历的增多,依靠口耳相传和主观记忆逐渐形成。”^①虽然原生法律传统没有明确的起点,又表现为各种形态,但我们可以通过对单一性的原生法律传统特征的描述,来说明它是如何形成的。原生法律传统和其他法律传统都截然不同,其他法律传统特别是非西方的法律传统中却又或多或少地含有原生法律传统的特性。

首先,原生法律传统具有法律表达上的非形式化特征。原生法律传统是口述性的,通过口耳相传的方式得到传承和保留,这种保留仅限在人类记忆力的范围。成文的原生法律是殖民者或者人类学家的记录,然而这种记录对原住民来说不具有任何的规范效力,原生法律的规范性植根在民众的日常生活实践中,通过对话和交流的方式在一个群体内部得到传播和认可,因为“事实性行为同时是规范的载体或规范存在本身”^②,在实践中的共识和信赖才是形成原生法律权威的关键。口述性特征带来的是制度构建的简易,原生法律不具有其他复杂传统下复杂权力机构的设置,例如长老会这样的机构。其次,原生法律传统具有争端解决机制的非正式特征,以法庭和正式裁判形式为代表的正式的司法机制很少出现在原生法律传统中,争端解决的机制是开放的,不存在法官和普通民众在身份上的严格区分,“法律也可以直接使用,或是通过裁判者来进行,或者由争议方自己来适用,后者被认为更加妥当”。^③而解决争端的程序也是非正式的,以一种对案件情势的裁量和利益调和的形式表现出来。原生法律传统中不存在现代法律意义上正式的法律渊源,没有成文的法典,没有理性的制度构建,只有共同分享内在于生活实践的原生法律。最后,原生法律传统内在于生活,无法成为独立的部分。在格伦看来,原生传统里的法律虽然有它自身的位置,但是与其他事物无法完全切割开来,原生法律与人们的日常生活,与周遭的自然环境,乃至宗教和宇宙观都紧密联系在一起,因此法律的地位由其他事物决定,人的理性被掩盖在对传统的遵循中。

(二)国家与原生法律传统

近代民族国家的兴起,伴随着殖民主义的推进,原本不受其他法律传统规制的原住民都被纳入国家中,“由于缺乏精确的制度性界定和排他性的资源,原生传统自身无法形成一个足以阻挡非原生信息进入的概念”。^④而民族国家的建立带来的包括大陆法传统、普通法传统在内的西方法律传统,必然会深刻影响原生法律传统的表达形式与内容。在格伦看来,源自西方传统的民族国家对原生法律传统的影响来看,可以分为两种模式,“一种是由西方列强在殖民地上建立的,并在宗主国撤离之后继续存在的国家。另一种

① 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:65.

② 魏治勋.民间法思维[M].北京:中国政法大学出版社,2010:157.

③ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:70.

④ 帕特里克·格伦.世界法律传统[M].李立红,等译.北京:北京大学出版社,2009:89.

是西方列强在殖民地上实施永久殖民,至今仍作为宗主国附庸的国家。”^①

前一种模式以亚洲和非洲为代表,不同类型的法律传统和原生法律传统在同一个场域交汇,在亚洲,西方的法律传统和原生法律传统都被更广阔的亚洲法律传统所包容、改造,典型的例如中国在民国初年的宪法制定既有对西方法治中民主、人权因素的吸纳,也有民族融合、五族共和的主张,而以上的主张都可以看作是在儒家教化传统背景下的破旧立新。在非洲,西方殖民时期西方的法律传统并没有消除原生法律传统,而是采取一种可选择或间接控制的方式,让原生法律传统继续保持效力,而在非洲摆脱殖民,独立建立国家以后,普通法模式和大陆法模式所代表的西方法律传统与原生法律传统依然是并行的,虽然二者的沟通和交流有时也有呈现为相互的破坏。

后一种模式以美洲和大洋洲为代表,在这类永久殖民的地区,一方面原生法律传统在大规模移民迁入和法律移植的影响下还是有一定的弱化,另一方面以普通法模式和大陆法模式为代表的西方法律传统也对原生法律传统起到支持和保护的作用。“这不是一种对原生法律的完全取代,但却将原生法律置于大陆法的立法框架之内,所以在这种制度的包围之下,原生法律也就不可避免地衰落了。”^②典型的就权利话语对原生法律传统的影响,在原生法律传统下,土地是共同共有但是没有所有权的概念,虽然在美洲和大洋洲很多国家都施行了土著居民的“保留地”制度,但是保留地是被作为一种可由集体或者个人支配的所有权意义上的财产,保留地以外的土地则由新的移民或国家享有所有权,所有权的概念一方面被原住民用来保护自身,另一方面也帮助国家和新的移民来获得土地,原住民也开始运用宪法和法院来确认和要求保护原生的法律传统的地位。

(三) 多价思维模式对原生法律传统的俘获

原生法律传统在民族国家建立之前不能成为一个问题,因为原住民所接受到的信息基础仅限于他们周遭的生活环境,多价思维无法进入他们的视野。一旦国家建立起来以后,随之而来的是信息基础的改变,特定形态的原生法律传统下民众不仅能意识到西方法律传统对他们的影响,更能通过宪法、权利话语的形式了解到受到保护的不只是特定形态的原生法律传统,不同形态的原生法律传统都能受到国家法的确认和保护,这种保护呈现为将原生法律用成文形式记录下来或者用成文法进行确认、转化或改造从而成为习惯法的形式。如此,多价思维才能成功地“俘获”到原生法律传统,认识多种法律传统的价值的主体将不仅是非原生居民,也包括原住民,认识到不同类型法律传统和谐相处的必要性不仅是在国家—原生之间,也包括原生—原生之间,认识到不同法律传统相互依存,“每一种主要的、复杂的法律传统都向这个世界提供者其他传统所没有或者不能提供的东西,并且每一种传统最终将意识到这一点。”^③

① 帕特里克·格伦. 世界法律传统[M]. 李立红, 等译. 北京: 北京大学出版社, 2009: 90.

② 帕特里克·格伦. 世界法律传统[M]. 李立红, 等译. 北京: 北京大学出版社, 2009: 93.

③ 帕特里克·格伦. 世界法律传统[M]. 李立红, 等译. 北京: 北京大学出版社, 2009: 409.

四、多价思维模式在民间法研究中的应用

格伦用以研究原生法律传统的多价思维模式,让我们认识到民间法研究不仅可以是描述特定民间社会规范、还可以从论证民间社会规范和国家法的关系,不同民间社会规范的交流的角度进行。要将多价思维模式应用民间法研究中,还需要注意以下四点。

首先,要区分主观意义上的多价思维模式和客观意义上的多元法律传统。这是因为多价思维模式作为抽象理论,固然可以应用到民间社会规范上,主观上得出不同规范互相交流、彼此依存的结论。但是不少类型的民间社会规范是不能融合其他传统的规范的,例如江湖社会的规范要求明显就是与公民社会相抵触,农业文明对工业文明的规范要求也是不适应的。因此我们在进行民间法研究时,要能理解多价思维作为现代文明的一种思维,很大程度上是外在于某些法律传统和民间社会规范的,即使这些民间社会规范存在被改造、转化以适应多价思维模式的可能。主张不同民间社会规范和谐共存是我们应用多价思维模式的结论,而非前提,不能强行认为多价思维内在于所有的民间社会规范中,作出削足适履的理论判断。

其次,应用多价思维模式要以国家和社会二分、国家法与民间社会规范二元结构作为立论基础。谢晖老师指出当下中国所面临的转型,“在很大程度上讲,其使命是为了使统揽一切的‘国家主义’有所改观,实现‘政治国家’与‘市民社会’的分野”^①。之所以能用多价思维来探讨民间社会规范,根本原因还是在于民间规范有其适用的空间,且这种空间是以国家法的克制和保障为基础的。多价思维虽然承认差异,尊重多元,应用在民间法上,表现为对不同类型民间社会规范的尊重和包容,但是这种应用是有前提基础的,那就是必须建立在国家和社会二分的基础上,不能以国家法完全取代和消除民间社会规范,也不能以地方性的“普适性”去取代国家法的地位。如果不以国家和社会二分作为立论基础,一味强调国家法对民间社会规范的消除或者以民间社会规范架空国家法,无论哪一种情形,都是以一种传统去支配另一种传统的体现,而不是以大传统去沟通小传统。多价思维模式在一种传统的支配下是无法得到完整的应用和体现,应用多价思维要以国家和社会二分、国家法与民间社会规范二元结构作为立论基础。

再次,应用多价思维模式要在辨明事实与规范的基础上进行。虽然格伦认为传统作为信息交流的产物,具有开放性,因而要求尊重每一种传统,将每一种传统都在一定程度上都视为自身的传统。但是这种事实上传统之间的信息交流并不必然会带来对其他传统的规范性认可,一种法律传统的规范性,如哈特所言,应当是一种内在面向,即“对于特定行为模式被视为共同标准,应持有反思批判的态度,而这个态度应在评论中(包括

^① 谢晖. 当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇[J]. 东岳论丛, 2004(4).

自我批判)表现出来,以及对遵从的要求,和承认这样的批判与要求是正当的”^①。因此格伦提出多价思维模式去看待不同法律传统,我们还是应当更多地从事实意义上去理解,如果将异于自身的法律传统视为规范性的,那么不是个体自身的法律传统吸纳了别的法律传统的部分内容,就是我们选择退出了自身传统,进入另一种法律传统。应用多价思维对民间法的研究也是如此,也要区分事实意义上外在于自身的民间社会规范,和内在于自身的民间社会规范。

最后,应用多价思维模式去研究民间社会规范,还要以现代法治的基本价值例如尊重公民自由、保障基本权利等等作为标准,昂格尔认为法治有两个关键性假定,第一个假定就是“最重要的权力必须集中于政府”,第二个假定是“权力能够受到规则的有效制约”^②,因此应用多价思维不能走向法治标准的相对主义和怀疑主义,承认国家法和民间社会规范、不同民间社会规范之间的可交流性,不代表民间社会规范的内容都具有正当性和合理性,对于民间社会规范中违反现代法治基本精神的因素,我们必须予以剔除,不能以多价思维的理由来包容。

结 语

格伦更新了多价思维的理论基础,并展现出了多价思维模式在不同法律传统特别是原生法律传统中的应用,多价思维模式的运用也给民间法理论带来了重要的智识资源,可我们要明白理论的愿景不代表现实的必然,多价思维模式给我们呈现的多种法律传统和谐共生、持续共存的图景在现实中可能表现相互的排斥和攻击,因此我们在应用多价思维模式进行民间法研究时,一定要以现代法治的基本价值,在区分事实和规范的基础上,面向国家和社会的二分格局,面向市民社会的构建,批判性地应用多价思维模式进行民间法理论研究,避免弱化国家法,防止以地方性的普适性取代大小传统的合理沟通,走向现代法治的反动。

The Multivalent Thinking Mode of Folk Law Theory:

On H. Patrick Glenn's *Legal Traditions of the world*

Wang Xiao

Abstract: The multivalent thinking mode is an indispensable research method to study the native legal tradition in the sense of methodology. To some extent, the folk law theory is the result of the transformation of the original legal tradition by multivalent thinking mode. Glenn's *legal traditions of the world* not only gives the definition of multivalent thinking and expounds the theoretical basis of multivalent

① 哈特. 法律的概念[M]. 许家馨, 李冠宜, 译. 北京: 法律出版社, 2011: 53.

② R. M. 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华, 译. 南京: 译林出版社, 2001: 173.

thinking mode, but also presents the application of the multivalent thinking mode in the specific legal tradition by taking the main legal traditions in the world as examples, which provides a profound theoretical background and factual material for the description of the native legal tradition. Even so, we also need adjust the relationship between the theory and reality to applicate multivalent thinking mode in the present domestic research on folk law, so that we can promote the progress of folk law theory.

Key Words: folk law; multivalent thinking mode; native legal tradition