

“法律多元”的诞生及其制度背景

杨静哲

引言

本文旨在为理解法律多元论提供一种历史基础,内容主要涉及的是西方法律多元的产生与演变的历史。我们试图以宽泛的概念与观念标准从古代、中古时代与现代早期的历史中寻找“法律多元”及其观念。就此任务,需要指出以下几点:

第一,我们无意提供一幅连续的、完整的关于法律多元与法律多元论的历史描述。任何为当下法律、制度或者思想寻求源头的尝试或多或少都会把一种似乎不证自明的连续性置入叙述本身,^①无论语词之运用,或是概念之建构,词语与概念本身的含义在不同的历史和社会语境中都会出现断裂。

第二,我们无意以当今之评判标准强加于过去之事物。鉴于语词与概念之含义的断裂,在具体语境中来探讨其含义是较为适当的做法。当今法律多元论是现代社会的产物,且是晚近才形成的概念,此前历史上的法律多元观念可能为当今法律多元论提供了某些思想上的资源,这些片段可能是一贯的,也可能是断裂的。法律多元较之法律多元论出现得更早,古代法律多元、中古法律多元与现代法律多元三者之间既有关联又有根本性的差异。我们既要探寻不同语境中的各种法律多元之间的、各种法律多元论之间的关联,也要探寻其根本性断裂,以及关联和断裂之缘由,而非将当今之主流界说强加于以往论说。

第三,我们试图利用制度史、思想史、比较法以及社会理论等资源,

^① [葡]叶士朋:《欧洲法学导论》,吕平义译,中国政法大学出版社1998年版,第4~5页。

进行一种片段式的和语境中的考察,这种考察不应被视为一种纯粹的历史考证。这种考察势必在一定程度上会化约所涉及的历史、问题、争论以及概念的复杂性,而且在内容上必然也会有所取舍,然而,此种化约与取舍的目的在于,提炼法律多元与法律多元论的核心要素,为日后分析现代法律多元论之起源与发展提供制度与观念的历史背景。

第四,本文无意以某种统一的标准来界定“法律”、“法律多元”以及“法律多元论”的概念。在不同的语境中,“法律”一词承载着不同的意涵,它有可能显现出规则、制度与体系的一面,也有可能表现出秩序、文化与传统的一面,因此,关于法律多元与法律多元论之界说随着法律之意涵的变化也会呈现出不同的形态。我们意在展现不同重要历史阶段的法律多元与法律多元论的要素和形态,为分析当今法律多元论之形成提供历史脉络中的线索。

一、古代“法律多元”

(一)“分割法律多元”

公元前13世纪至公元11世纪之间,犹太法、中国法、大陆法、印度法、伊斯兰法以及普通法,这些对当今世界法律产生不同程度影响的法律文明或法律传统相继诞生。有学者认为,在这些主要法律文明或传统出现之前,一种更原始的、纯粹的“原生法”(传统)已经存在,它关乎“生活之道”,“信仰之网”,“人与自然”以及“法律与宇宙”。^①世界主要的法律传统在某种程度上都可以被认为是由原生法“演化”而来,因此,它们无疑都具有一定的原生法性质。

随着社会之演化,人与人之间的联合从简单变为复杂,婚姻、继承、财产等问题,以及与宗教、伦理和习俗混合的“法律”也逐步复杂化:一部分法律传统保持相对的“自生自发”状态,保留着更多的原生法性质,而另一部分在战争或经济等(偶然或必然)因素的刺激下,演变成为治

^① 参见[加]帕德里克·格伦:《世界法律传统》(第3版),李立红等译,北京大学出版社2007年版,第65~83页。

理大规模城邦或帝国的“征服法”。在世界范围内,从法律与法律思想的历史演进来看,“原生法”以犹太法和印度法为代表,“征服法”以大陆法、普通法、伊斯兰法以及中国法为典型。

在社会演进不同步、时空“分割”的时代,所谓的西方法律传统或者西方法观念还未形成,原生法(包括具有原生性质的各个法律传统)与征服法之间的共存与竞争呈现出一种多元状态,大陆法传统和更晚出现的普通法传统,不过是处于分割状态的众多法律传统的一部分。关于西方法律传统之形成,有学者认为教会法与教皇革命是其中的决定性因素,也有学者强调古希腊的智慧与古罗马法的重要性,还有学者以分类之武断而否认该传统之存在。^①就我们的主题而言,西方法律传统作为对当今世界影响最大的法律文明之集合,对于我们较为完整地认识和分析法律多元在西方历史中的产生与演变是有益的,但我们采用这一观念的前提是:认真对待其内部异质性并将其置于情境中来讨论,而非将其视为内部同质统一的普适传统。^②根据伯尔曼的说法,西方法律传统形成于西方中古时代,那么在此之前,由其内部的异质性因素所形成的“法律离散”或许可以被视为西方最早的“法律多元”。

在欧洲文明史与思想史学者眼中,古代希腊是一切思想和文明的发源地,然而法学家对于古希腊的态度似乎更复杂一些:残存于古代文学作品或其他经典著作中的“法片段”无疑是法律思想史学者的宝藏,但早期法律制度史学者却难以满足此类“想象”。他们认为,由希腊法律思想在西方法律文明中的显著地位不能当然地推导出,希腊法在法

① 关于西方法律传统的讨论,参见 William Chester Jordan, “The Crisis of the Western Legal Tradition”, 83 *Mich. L. Rev.*, pp. 670 - 716, 1985; Harold J. Berman, “The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future”, 60 *La. L. Rev.*, pp. 739 - 763, 2000。较晚近的讨论参见 David B. Goldman, *Globalisation and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority*, New York: Cambridge University Press, 2007; H. Patrick Glenn, “A Western Legal Tradition?”, 49 *Supreme Court Law Review*, 2010, pp. 601 - 619。

② 参见 Glenn H. P. A Western Legal Tradition. *Supreme Court Law Review* (49), 2010, pp. 601 - 619。

律史上也占据同样的地位。尽管晚近学者试图为希腊法/雅典法正名,并且引起一系列争论,^①但“古希腊的贡献集中于思想或智慧,制度方面的贡献应归功于古罗马”这一观念已经普遍为法学研究者所接受。^②这些争论本身并非我们的关注点,由于史料缺乏、语言困难以及研究者偏好等因素,争论往往无果而终,但在相关的讨论中我们可以确定的是以下几点:

第一,古代希腊由氏族一部落社会逐步演变为城邦,适用于相对单一民族的、凌驾于诸氏族与部落的习惯法或民族法(Volksrecht)逐渐形成;^③第二,政体由王制走向贵族共和制与民主共和制,法律不仅体现于各部落的习惯、习俗之中,而且以当权者(王、执政官,民众大会等)之命令的形式出现;第三,随着领土、人口和经济规模的增长,调整婚姻、继承、财产关系的法律和一些程序性法律已经出现,但法律的制度化程度相对较低;第四,法律与祭祀、宗教和习俗不分,司法与立法不分,“城邦的法律是礼仪和祷辞的总集……法律规定都散见于祭礼、葬礼、敬祖礼之中”,各个城邦都有各自的宗教和法律,法律是神圣的,是不可改变的,是宗教信仰的结果。^④

我们可以推断,希腊法(作为诸法之集合的总体概念)的内部至少存在两类异质性因素:(1)氏族或部落各自拥有的较为原始的习惯法;(2)凌驾于各个部落的,且仅仅适用于各邦“公民”的城邦法。前者更接近原生法,而后者更接近征服法。在征服法出现之前,各氏族部落的习惯法处于一种原始的、分散的多元状态。但在征服法出现之后,各种城

① See Michael Gagarin and David Cohen ed., *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, New York: Cambridge University Press, 2005, Chap. 1, 4.

② [英]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第4~5页。

③ 参见[德]恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,中共中央马恩列斯著作编译局,人民出版社1999年版,第101~113页。

④ [法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利与政制研究》,谭立铸译,华东师范大学出版社2006年版,第174~177页。

邦法与习惯法之间形成了一种“分割法律多元”。

在西方古典学学者眼中,这些推论可能仅仅是现代人想象的古代法律世界,在他们看来,我们必须回到古代文学作品、历史著作与学术著作中,才能触及西方法律与法律思想的真正源头。^①毋庸置疑,古典学研究对于理解古代至近代政治哲学和法学理论甚为重要,其在文本传承与注疏,思想脉络之梳理,原初概念之探寻等方面的贡献是无可替代的。就法律思想而言,古希腊的思想家们主要探讨的是以城邦为核心的问题,如城邦的起源与治理,城邦政体与法律之性质,人性与美德,秩序与正义等问题。在柏拉图看来,法律/正义的功能在于使人们各司其职,维持城邦的日常秩序,而亚里士多德认为,法律还兼具规制与教化的功能,即培养人们的美德。^②这类关于根本性问题的哲学式的或伦理学式的探讨(以及亚里士多德的经验性论著),对于整个西方政治哲学、法学,甚至晚近社会理论的发展和演进都至关重要,但执着于“历史真相”的法律史学家则专注于“历史中的希腊法”,就此而言,古代著作能为他们所提供的资源可能十分有限。

与我们的主题密切相关的问题是,古希腊思想家的经典著作,尤其是涉及法律的部分,是否包含某种法律多元观念?首先,古希腊思想家的思考重心始终在城邦本身或者城邦之内诸要素之间的关系,而且城邦法仅仅是适用于城邦公民的法律。这些著作中很少涉及调整诸城邦法之间的关系,或者城邦法与习惯法之间关系的论说。其次,频繁为学者们引用的古希腊悲剧《安提戈涅》,其揭示的冲突似乎表现为不同层级法律渊源、法律义务之间的冲突,但其意义更多体现于伦理层面,而非某种“法律”的多元。这类作品的提问方式显然是有益的,但它几乎没有提供任何解决冲突的出路。最后,虽然希腊诸城邦在一定程度上

^① 程志敏:《古典法律论——从赫西俄德到荷马史诗》,华东师范大学出版社2013年版,第6~19页。

^② [英]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第20~23页。

具备“法治”的特质^①,但在古希腊思想家笔下,法律的城邦治理功能(包括教化功能)与宗教、伦理以及政令高度混合,无论“法律”的具体含义与表现形式为何,这种从属性决定了其在城邦之治中的地位,而关于法律本身的思考并未展开。

由此可见,在古希腊思想家那里,关于“法律”本身的思考还未形成,而相当于“法律”的诸事物在社会中履行着一种综合职能,其在社会治理中的重要性具有从属性。可以说,古希腊并没有形成像古罗马法学家那样的世俗职业阶层,而且有关法律的各种实践与秩序仍缺乏相对的独立性,在此语境下,关于法律或者法律秩序的“多元”思想与观念难以形成。

(二)“征服法律多元”

公元前4世纪左右,希腊诸城邦衰落,并屡屡为外族征服,至公元前2世纪中期,日渐强盛的罗马成为希腊的征服者。这一过程往往被人们诠释为“相互征服”:罗马在军事和政治上征服了希腊,希腊在文化上征服了罗马。该观点意在凸显希腊的思想与文化对于罗马的持久影响,但在罗马的法学家与哲学家之间,这种影响存在一定差异。

古罗马哲学家在相当程度上继承了古希腊思想家的遗愿,延续了古典著作中的主题;罗马法学家虽然学习希腊人的论辩术与修辞学,借鉴亚里士多德与斯多葛学派的哲学(尤其在自然法理论方面),但其“工作重心”始终在于法律实务。换言之,希腊思想和文化的持久影响可能体现于罗马的某些法律思想,但这并不意味着,罗马法完全是希腊法的延续。因而有学者认为,罗马人在法律制度和法学理论方面的贡献是独一无二的。^②从另一个角度来看,这种影响的(相对)差异反映出古代罗马的哲学家与法学家之间的初始分工(不过,这种分工还不是十分明确,西塞罗即是例外)。罗马法学家通常出身显贵,担任一些重要官职

^① [英]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第24~25页。

^② 同上,第45~47页。

(如执政官、皇帝的法律顾问、司法官员等),他们专注于法律理论和法律实务,并且形成了世俗的职业法学家阶层。

罗马的崛起伴随着大规模的战争、殖民以及贸易往来,同时人口和城邦数量剧增,城邦规模也随之扩大。在军事征服,贸易需求以及职业法学家阶层的共同作用下,罗马法被塑造成影响力最为持久的一种征服法。在对内治理与对外扩张方面,罗马法较之希腊法所调整的关系更为复杂,范围也更为广阔。如梅特兰所言:“一座小镇的法律最后变成了普天之下的法。”^①与希腊法相比,罗马法因其更强的征服法性质,帝国统治之需要,以及罗马法学家的特殊贡献,表现出希腊法未曾拥有的统一性。

王制时期,罗马通过战争、殖民和联盟的形式逐步壮大,从分散的部落发展成较大城邦和城邦联盟,但它没有试图建立统一的政府、司法机构和宗教,此时,罗马还处于从“野蛮”向“文明”过渡的阶段,但就法律的构成与功能而言,罗马法与希腊法相类似,法律与伦理、宗教、习俗密不可分,“诸法”亦处于某种分割的多元状态。共和初期,平民与贵族之间矛盾的激化促成《十二表法》的确立,一种较为统一的、成文的、公开的立法形式出现于罗马人的世界。随着所治城邦数量与规模的扩大,外邦人大量涌入,政体、官制和赋予公民权政策都发生根本性变化^②,法律关系、法的渊源以及司法管辖权较之初期更为复杂。^③法学家阶层的形成在一定程度上推动了“法律的世俗化”,他们通过法学理论试图将复杂多元的法律现实统一于罗马法之下。帝国时期,皇帝发起“法典化运动”的同时,法学家也得到空前的重用。最终,以自然法为理念,以私法为核心,以理性为根基的罗马法体系初步形成。罗马法研究者通常将从罗马城建立到优士丁尼法典化完成作为罗马法体系的形

① [英]梅特兰:《国家、信托与法人》,樊安译,北京大学出版社2008年版,第3页。

② 参见[意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》(修订版),黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第108~110页。

③ 关于罗马政制的总体性研究,参见[意]弗朗切斯科·德·马尔蒂诺:《罗马政制史》(第1卷),薛军译,北京大学出版社2000年版。

成阶段,在其关于罗马法体系或者罗马法精神的研究中,一种不断被强化的统一性贯穿于“形成”、“继受”和“复兴”各个阶段。但在我们看来,这种统一性始终是一种外在统一性,我们所关注的是其内在多元性。^① 这种多元性主要体现在三个方面:

第一,立法权威的多元。罗马法的渊源包括法律、平民议会决议、元老院决议、国王谕令、裁判官告示、法学家学说以及习惯,它们在大体上可被归为法律与法学家学说两类。^② 在罗马历史的不同阶段,这些法源的具体形式、效力等级以及适用范围会因政体与官制的变化而有所不同,历经变化的法源本身具有多样性。更为重要的是,多样的法源并非出于单一的权威,而是来源于多元的立法权威。与此密切相关的是,尽管职业法学家阶层在一定程度上推动了当时的“法的世俗化”,但我们应当谨记,罗马时期的“法”始终混合于宗教与伦理,其宗教性与伦理性亦是产生多元立法权威的重要因素。

第二,法律制度的多元。随着罗马征服的疆域扩大,罗马法也被输入到其行省自治市与殖民地,这些地区的政体、官制和法律制度基本上仿照帝国的建制。^③ 但是,在与外邦人的交往中,尤其在贸易领域,帝国的法律制度并非“通行无阻”,它们通常都需要“变通适用”,在特定的领域中,甚至可能“让位于”地方性的习惯法。在人口规模、地理环境与地方习惯各不相同的行省自治市或殖民地里,行省城市之间是“平行的”和“等级开放的”^④,各个行省还分别为元首和元老院所管理,实践中的法律制度与罗马帝国法律制度远非一种同构关系,而是多元并存的

^① 参见 K Tuori, “Legal Pluralism and the Roman Empires”, in *Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World* Edited by J. W. Cairns and P. J. du Plessis, Edinburgh: Edinburgh University Press, pp. 39 - 52.

^② 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:《罗马法体系的典型特征》,张礼洪译,载《法学》2006年第12期。

^③ 参见[意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》(修订版),黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第155~172页。

^④ 殷光达:《罗马帝国早期行省城市等级制度及其特征》,载《求是学刊》1993年第3期。

关系。

第三,司法(管辖)权的多元。罗马共和时期,司法权主要在执政官手中,而裁判官或司法官(Praetors)主要是辅助性质的;帝国时期的最高权力集中于皇帝之手,受到重用的法学家可能出任司法官员。总体而言,裁判官或司法官员听命于执政官或皇帝,罗马的司法权在本质上是其治权的延伸。^①众所周知,罗马的行政权、立法权与司法权之间没有严格区分,而需要着重强调的是,各种司法(管辖)权之间亦没有严格区分,它们在现实中是共存的与重叠的^②,就此而言,古罗马的司法管辖权亦是多元的。

对外而言,罗马法作为一种典型的征服法,其统一性体现于其自然法理念、私法体系以及理性根基之中;对内而言,罗马法的多元性体现于,立法权威多元、法律制度多元以及司法(管辖)权多元之中。统一性是执政者之欲、法学家之责、以及贸易往来之需,这种统一性首先是当时特定阶层的一种意愿,其次是在后人的罗马法研究中被逐步建构而出;罗马法的多元性是其实践中的真实样态。从罗马法传统的历史变迁来看,这种统一性与多元性并不矛盾,它们在一定程度上也是辩证统一的。^③

罗马法学家的务实态度直接影响着法律思想的实用性倾向,较之希腊的法律思想,罗马法关涉更多的世俗事务,但关于“法律”本身的思考依旧没有脱离其历史语境,在罗马皇帝与法学家的视野里,法律与可被称为法律的事物在观念上始终是以统一性原则为基础(基督教精神在其中具有重要作用),复杂抽象的罗马法体系亦是以统一性为基础,在总体社会—政治结构和权力分化之前,法律多元观念无从谈起。

① [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第117~118页。

② [英]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第41页。

③ [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

从法律传统的视角来看,罗马法是大陆法的根基,同时也是西方法律传统的核心要素。随着罗马法精神发扬光大,罗马法的内在多元性与外在统一性在大陆法以及更大范围的西方法律传统中得到延续。值得注意的是,假如从当今全球化的视角来看,罗马法的“欧洲征服”可谓是最早的法律全球化形式,就此而言,其内在多元性与外在统一性似乎已经反映出当今法律全球化过程中的两个方向上的趋势:异质与同质,多元与统一。

二、中古的“法律多元”及其观念

(一)多元的社会—政治结构

帝国晚期的三大历史事件——东西罗马分立,基督教被奉为正统,日耳曼人的入侵^①,使罗马世界产生了根本性的变化。首先,帝国分立既是疆域统一性的丧失,也是政治权力的分裂,皇帝手中的权力逐步分化,原有的社会—政治结构被打破,罗马法的至高权威也因此开始衰落。其次,基督教的兴起和繁盛表明,以人类为中心的罗马社会逐渐转向以信仰/事物为中心的社会,对人征服自然之能力极其乐观的态度被一种对人类的悲观态度所代替^②,教会一度承担起维持社会统一性的责任,一种新的至高权威和法律出现。最后,入侵的日耳曼人打碎了原本完整的中央集权,各种世俗力量蠢蠢欲动,其结果是权力的多中心化和等级化。最终,以西欧为核心的西方世界开始从古代走向中古。

古代的社会—政治结构最初由分散的部落或部落联盟构成,“政权”集中于军事/部落首领,此结构延续至王制时代;此后,希腊文明创造出由执政官、元老院与平民议会构成的以城邦为核心和限度的“政制”,新的社会—政治结构为罗马人所承袭,但罗马人的征服逐渐打破城邦之界限,创造出至高的帝国权威,“政权”为皇帝独揽。如前所述,

^① [英] J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第76~77页。

^② Grossi P., *A History of European Law*, Trans. by Laurence Hooper, Chichester, West Sussex: Wiley - Blackwell, 2010, pp. 2 - 3.

罗马帝国内部实际上是多元并存的结构,行省自治市与殖民区的相对自治即为例证,但这种内部的多元异质性因素隐没于强大的中央集权,罗马社会—政治结构在外部总体上趋向于统一。

至中古时代,分裂的罗马帝国衰落,帝国内部的多元异质性因素得以彰显,但其无法自我维持稳定。日耳曼征服者与基督教教会竞相恢复以往的社会统一性。于日耳曼人而言,立法方面的罗马化与部落习俗法的法典化被视为维护民族融合与社会统一性的例证;^①于教会而言,基督教神学的统一性原则不仅是精神世界的最高原则,也被视为维系教会与世俗国家之统一性的最高标准。^②然而,无论是教皇专制还是帝国专制,它们都无法长久维持社会—政治结构的统一性,我们所看到的是教会与世俗国家之间的持续不断的斗争,罗马帝国晚期的“多元并存的社会结构”在此斗争中逐渐演变为教权与王权斗争之下的多元竞争结构。

(二) 多元法律体系与法律秩序

与古代罗马法的内部多元性不同,“法律多元”在中古的复杂社会—政治结构中呈现出两种形态:(1)罗马法、日耳曼法与教会法三种体系的多元;(2)共同法秩序、诸世俗法秩序与普通法秩序的多元。

1. 多元法律体系

中古时代之初,罗马法虽不再被封为经典,但其对整个欧洲大陆的影响仍在继续。^③日耳曼人掌权之后,伦巴第王国、法兰克帝国先后颁布一系列法令,继而开始对部落习俗的法典化,日耳曼的民众习惯法的地位日益提高。就立法模式而言,日耳曼传统主要是民众立法,如法兰

① [英]梅特兰:《国家、信托与法人》,樊安译,北京大学出版社2008年版,第9~15页。

② Gierke O, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: The University Press, 1922, pp. 9 - 20.

③ [英]保罗·维诺格拉多夫:《中世纪欧洲的罗马法》,钟云龙译,中国政法大学出版社2010年版;苏彦新:《罗马法在中世纪西欧大陆的影响》,载《外国法译评》1997年第4期。

克人的《萨利克法典》(*Lex Salica*),但出于社会治理、民族融合以及权力集中的需要,日耳曼人实施了立法的罗马化。^①自此,民众的立法权被削弱,立法模式由自下而上转变为自上而下,日耳曼人的帝国专制复活了罗马法中一切有利于“中央集权”的原则。罗马法之所以能够继续被接受,是因为其固有的普遍性符合帝国之所需,更重要的是罗马法为帝国的绝对最高权力提供了合理性。^②与帝国实力相当的教会最初由罗马法保证其特权,在发布“禁令”(禁止学习罗马法)之前,它不仅承认罗马法,而且将罗马法作为教会法体系的补充。^③12世纪左右,欧洲法学的兴起与商品经济的发展促使罗马法获得复兴,欧洲的罗马法继受开始,一直弥漫于欧洲大陆的罗马法“幽灵”在更为广阔的世界中得到“新生”。

与潜移默化的罗马法精神不同,中古时代重要的精神力量是教会所代表的基督教精神。教会法形成于4世纪初,以罗马皇帝对主教之裁判权的确认为标志。起初,教会法从属于世俗法,只适用于特定阶层,影响世俗事务的范围十分有限。公元10世纪之后,世俗帝国崩塌,西欧陷入诸国混战,教会势力崛起,至公元13世纪教会法体系发展到达顶峰。^④由教会所形成的法律秩序产生于教会建立初期,而教会法体系则是在诸多复杂因素的作用下形成的。伯尔曼认为,格列高利七世及其后的教皇改革使教会法体系形成核心动力,因为通过改革,教会才能摆脱世俗国家的控制,从而提高宗教生活品质,教皇借助更为体系化的教会法才能达到这一目的;此外,他还将教会法体系视为第一个西方

① [英]甄克斯:《中世纪的政治和法律》,屈文生、任海涛译,中国政法大学出版社2010年版,第12~13页。

② [英]梅特兰:《国家、信托与法人》,樊安译,北京大学出版社2008年版,第96~97页。

③ 参见彭小瑜:《教会法研究》,商务印书馆2003年版,第38页;[英]梅特兰:《国家、信托与法人》,樊安译,北京大学出版社2008年版,第268~269页。

④ 参见Walter Ulmann, *Law and Politics in the Middle Ages*, New York: Cornell University, 1975, Chap. 4, 5; [德]弗朗茨·维亚尔克:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,三联书店2006年版,第4章。

近代法律体系。^①

一种相反的观点认为,尽管格列高利七世的改革为教会法的创新和体系化起到一定铺垫作用,但晚近研究成果表明,“克吕尼改革”主要是根据教会法来强化教皇的权力,而重视教会法本身就是改革修士们的分内之事。其对新旧法令的体系化,不是为了摆脱世俗控制或者压制世俗势力,而是强化教皇对整个教会的最高领导权。^②

在我们看来,中古教会法体系化的原因可以分为内外两方面因素。就内部而言,虽然教会法生长于罗马法之下,而后受到日耳曼法的影响,吸收和借鉴罗马法、日耳曼法的理念、概念或者制度,但其从未被彻底罗马化或日耳曼化,这说明以基督教教义为核心的教会法有其自身的发展逻辑。在教会法中关于教会与国家之关系的表述中可以发现,强化教皇在教会中的权力(而非教皇在世俗世界的权力)是教会法体系化的内部因素。^③然而,教会法对于世俗事务的影响(摆脱控制或者试图压制),主要是中古多元社会—政治结构及其中的权力关系所导致的结果,这对于教会法体系化而言是一种外部因素。

教会法对于世俗事务之影响范围的变化,既反映出教会实力的变动,也反映出教会法体系的“自我克制”属性的变动,尤其需要强调的是,这种变化反映出教会法与罗马法、日耳曼法之间关系的变动。作为一种法律体系,教会法本是在特定范围内适用于特定阶层的法律,当教会/教皇在世俗世界中的权力扩大时,教会法体系的“自制力”随之下降,其干涉世俗事务的范围更广,其结果是教会法体系吸收了更多的世俗法因素。由此可知,教会法作为中古时代最重要的法律体系之一,始终是处于教会与世俗王国之间的权力关系中,教会法虽有其自身相对封闭的逻辑,但始终处于与罗马法、日耳曼法的多元互动之中。

① 参见[美]伯尔曼《法律与革命:西方法律传统的形成》(第1卷)(中文修订版),贺卫方、高鸿钧等译,法律出版社2008年版,第81~114、195~198页。

② 彭小瑜:《教会法研究》,商务印书馆2003年版,第22~25页。

③ 彭小瑜:《中世纪西欧教会法对教会与国家关系的理解和规范》,载《历史研究》2002年第2期。

在中古的多元社会—政治结构中,日耳曼人的王国、帝国及其衍生的各种世俗势力所占据的地位与教会势力相当。日耳曼法起源于日耳曼部落习俗,在日耳曼人从罗马人中夺取西欧王权之后,民众习惯法被帝国皇帝“法典化”,之后日耳曼法一度被“罗马化”,并在中古中期之后分化于诸王国之间。与此同时,作为中古时代最强大的两支力量——世俗王国与教会之间的斗争与联合深深影响着日耳曼法与教会法之间的关系。经过罗马法与教会法的“洗礼”,日耳曼法在形式上似乎脱离了所谓“蛮族法”的凌乱分散状态,但其内容仍旧是以习惯法与法令为主的某种汇编。

罗马法体系以属地法原则为基础,属人法原则为例外,而日耳曼法的情形正好相反,其传统最突出的特征是其属人法原则,在征服罗马法之后,这一原则在很多法律事务中都遇到问题,在商贸领域表现得尤其突出。为统治与商贸之需,日耳曼人制定了专门适用于罗马人的法典,如《西哥特罗马法典》和《勃艮第罗马法典》,以解决原则之间的冲突。不过有学者认为,这并不意味着日耳曼法已经进入新阶段,而是直至所谓《法令集》出现之时,日耳曼法才真正开始“政治立法”的新时代。^①

然而,无论是日耳曼的“法典”还是“法令集”,凡是汇集成册,并且在一定程度上被体系化的日耳曼法,都深深烙上了罗马法的印记。^②如上文所述,中古的日耳曼掌权者为了实现社会统一和权力集中,不得不借助罗马法与教会法的统一性原则,但在我们看来,形式上的统一难以掩盖其内容上的异质性、地方性、团体性和民族特性。这些特质充分体现于中古末期德意志地区以《萨克森宝鉴》为代表的诸法书之中,^③同时它们还影响到盎格鲁—撒克逊、法兰克等逐渐形成的民族,封建时代诸地方性法律秩序的共存亦可算作例证。每当日耳曼王国或者帝国的

① [英]甄克斯:《中世纪的政治和法律》,屈文生、任海涛译,中国政法大学出版社2010年版,第8、9页。

② 同上,第9、10页。

③ 陈惠馨:《日耳曼法制史》,中国政法大学出版社2011年版,第171~187页。

王权崩塌之际,在表面统一的王国/帝国之内,诸异质性因素迅速崛起,而这正是日耳曼法的特殊生命力所在。如此,日耳曼法不仅与罗马法一道型塑着大陆法传统,而且对普通法传统也有重要影响。^①从近代法律史的演变来看,日耳曼法既是整个近代西方法律传统的内在异质性因素的源泉,同时也为近代习惯法理论提供了强有力的支撑。中古时代的日耳曼法或许难以被称为体系,但从其特质与历史贡献来看,它完全具备一种独特法律“体系”的地位。

总体而言,由罗马法、教会法与日耳曼法之共存所形成的多元样态是中古时代法律体系的显著特征,三种法律体系既相互依赖又相互独立,即相互竞争又相互吸收和借鉴。这种“法律多元”首先是中古时代社会—政治结构之反映,同时也是历史与现实冲撞之结果,世俗与宗教势力斗争之表现。

2. 多元法律秩序

尽管中古时代的法律体系是多元的,寻求法律统一性的力量依然十分强大,法律的统一化主要基于两方面原因:一是政治方面的因素,即重建帝国及其统一性之需要;二是宗教方面的因素,即基督教世界对于帝国、宗教、法律之统一性要求。这种统一化趋势形成了由罗马法与教会法为主导的中古“共同法秩序”。^②

然而,从法律秩序的角度来看,在由历史、政治和宗教等因素所形成的共同法秩序之下,尤其在中古封建割据阶段,世俗世界的诸法律秩

^① 参见[英]范·卡内冈 R. C.:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 137 ~ 141 页;李秀清:《日耳曼法研究》,商务印书馆 2005 年版,第 506 ~ 507 页。

^② 参见[葡]叶士朋:《欧洲法学导论》,吕平义、苏健译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 2 章;苏彦新:《欧洲中世纪共同法的形成》,载《比较法研究》2011 年第 3 期;苏彦新:《中世纪的共同法基础:罗马法与教会法》,载高鸿钧编:《清华法治理论》(第 14 辑),清华大学出版社 2011 年版;李中原:《中世纪罗马法的变迁与共同法的形成》,载《北大法律评论》2005 年第 7 期。

序呈现出显著的多元性或多元化趋势。^① 在欧洲大陆,“世俗法秩序”主要由封建法秩序、庄园法秩序、商法秩序、城市法秩序以及王室法秩序构成,其多元性主要表现在以下几个方面:第一,从法律关系角度来看,构成诸世俗法秩序的法律关系是多元的,如封建法秩序涉及的是与土地密切相关的领主与封臣之间的关系,庄园法秩序涉及的是与农业密切相关的领主与农民之间的关系,商法秩序主要涉及商业关系等;第二,从法律渊源角度来看,为了调整不同性质的法律关系,维护诸世俗法秩序的法律渊源也是多元的。在不同的秩序下,具体适用的法律可能来源于作为共同法的罗马法与教会法,可能来源于日耳曼习惯法或者国王立法,也可能来源于行业习惯等;第三,从司法管辖/裁判权角度来看,在封建割据阶段,由于诸王权的并存以及诸法律关系分殊的原因,在每一种法秩序中,几乎都存在着相对独立的司法管辖权以及“法院”,例如,封建领主裁判权、庄园领主司法、“商事法院”、王室法院。^②

与此同时,在不列颠出现了近代西方法律传统的另一股重要力量,即普通法传统。最初,英格兰的法律以民间法或地方习惯为主,受到教会法的影响,但对罗马法了解甚少。^③ 在1066年诺曼征服之后,在一些“偶然”因素的作用下,英格兰的法律秩序表现出明显不同于大陆法的特征^④,即一种以司法为中心,判例法与法官法为主要法源,注重程序、经验与实用的“普通法秩序”。^⑤ 普通法秩序虽有其特殊性,但在欧洲大学兴起与学者(尤其是赴欧陆学习罗马法与教会法的学者)交流频繁的

① 参见[葡]叶士朋:《欧洲法学导论》,吕平义译,中国政法大学出版社1998年版,第83~90页。

② 本文着眼于点与伯尔曼正好相反,即侧重诸法秩序之间的差异性,而非趋同性。参见[美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》(第1卷)(中文修订版),贺卫方、高鸿钧等译,法律出版社2008年版,第8~14章。

③ 参见[英]梅特兰:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版,第1~6页。

④ 参见[英]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版,第4章“英国法与欧洲大陆法”。

⑤ 参见高鸿钧:《英国法的特征》(上、中、下),载《比较法研究》2012年第3、4、5期。

状况下,仍受到共同法秩序的影响。此外,在封建制度为斯佩尔曼、赖特等人引入英格兰之后,普通法秩序亦分享了诸世俗法秩序的某些属性。

由此可见,中古时代整个西欧的法律秩序由共同法秩序,诸世俗法律秩序以及较为特殊的普通法秩序构成。在特定领域中三种法律秩序相互之间可能是竞争关系,也可能是互动关系。如果说共同法秩序代表着中古西欧法律秩序的统一性,那么诸世俗法秩序与普通法秩序则更多反映的是法律秩序的多元性。

在分析过中古时代的多元法律体系与多元法律秩序之后,我们可以更好地检视西方法律传统问题。在伯尔曼看来,由教会政治体与世俗政治体之区分所产生的“法律多元”,即“同一社会内部各种司法管辖权和各种法律秩序的共存和竞争”是中古时代形成的西方法律传统最突出的特征。而16世纪至18世纪多次“危机”使“法律多元”这一特征被严重削弱。^①显然,伯尔曼的“法律多元”着眼于共同的法律秩序所包含的诸法律体系或者诸司法管辖权的多元性,但他忽视了秩序意义上的西方法律传统的多元性,因而将秩序本身作为“共同的”。此外,伯尔曼的“综合性法的社会理论”构想实际上是以某种现代的、同一的标准来衡量中古的法律文明,就“法律多元”而言,这种构想导致他只见共同秩序内部的多元性,而无视法律秩序本身的多元性。

由此看来,无论从法律秩序还是法律体系的角度来看,西方法律传统不仅仅是西方法律的一些共同特征,更重要的,它应当被视为内部异质的、多元的、诸法律传统之集合。

(三)“法律多元”观念的萌芽

众所周知,基督教哲学在中古时代思想领域占据主导地位。而同样重要的事实是,这一时期的哲学、神学、法学以及政治理论始终是相互建构的。在基督教世界,统一性原则(即宇宙的构成性原则首先是统

^① [美]伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》(第1卷)(中文修订版),贺卫方、高鸿钧等译,法律出版社2008年版,第9~10、35~36页。

一性)是一切事物的最高原则;上帝是绝对的“一”(oneness),先于且高于世界的多元性,而且是一切存在唯一来源和目标;一切的“多”都起源于“一”,而“一”包含着“多”。^① 同样,在人类的社会秩序中,一切多元性必然与占据统治地位的统一性的目标与对象,渊源与规范相关;一切秩序都存在于统一性与多元性的等级关系中。概言之,中古基督教世纪的统一性精神可以被归结为:“一个人类共同体,一个目的,一种法律,一个政府,一个普世的教会。”^②

很明显,这里涉及中古的自然法观念,而这一阶段的自然法观念既非早期教会学者对古代自然法观念的继承(斯多葛学派的遗产),也非《罗马法大全》中的自然法理念,而是经院哲学家创造出的一套哲学—伦理—法律体系。上帝、神圣理性、永不可变的存在以及全能的意志,即是最高级的“一”,而神圣律法由自然的道德律以及指引人类的自然法构成。^③ 经院哲学时代的自然法沉浸于浓厚的道德哲学氛围之中,这与罗马法中符合自然、本性以及与现实生活密切相关的自然法截然不同。在圣·奥古斯丁、格拉蒂安以及托马斯·阿奎那的学说中,自然法更大程度上是伦理的根基。^④ 如此一来,教会、国家与法律的最终权威都统一于绝对的“一”,而只有当教会与国家分离为两种独立的秩序时,我们试图找寻的“法律多元”的观念才有可能出现。

自13世纪开始,公法学说逐渐脱离“法和国家的哲学理论”,职业法学家为实证的公法科学和世俗政治提供了有力的法学概念。在中古时代的公法学说中,教会与国家之间的关系经历过“教会至上论”、“教

① Gierke, O., *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: The University Press, 1922, p. 9.

② Gierke, O., *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: The University Press, 1922, pp. 10 - 11.

③ [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,三联书店2007年版,第32~35页。

④ 参见登特列夫:《自然法:法律哲学导论》,李日章等译,新星出版社2008年版,第34~52页。

皇双剑论”以及所谓的“新双剑论”。^①以神权政治论为基调的中古公法学说总体上都将统一性原则视为最高原则,但此时,在法国出现了不同的声音。巴黎的约翰(John of Paris)认为:“人类的‘一’不需要在唯一的国家中找到其表现,相反,国家的多元性与人类的世俗权力的性质是一致的。”在基尔克看来,这一论断预示着中古的政治理论已经出现最初的民族国家构想,即一种“局部团体的理论”(theory of partial group),该理论的出现所产生的结果是,统一性既不是绝对的,也不是排他的,只不过是有机的人类社会结构的支撑。^②

中古时代的“法律多元”的观念潜藏于这种“去绝对统一性的”、“去中心化的”政治理论中,政治权力的分化和不完整性使最高权威的统一性受到质疑,那么,法律的统一性同样受到重创。更重要的是,在最高的普遍权威与作为个体的人之间存在着诸多中间组织或团体,即由村庄、城市、教区、民族/王国以及帝国构成的封建结构。^③正是关于中间团体的政治理论或学说,蕴含着“法律多元”的观念,而这种“多元”很大程度上是一种法律秩序的多元论,而非法律体系的多元论。

三、现代早期“法律多元”及其观念

在世界史上,现代早期或早期现代(early modern)一般指16世纪至18世纪之间的一段历史。^④这段历史既是欧洲崛起的历史,同时也是中西方相遇的历史;这段历史既被称为“反抗与革命的年代”,也被称为

① 参见 Gierke O., *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: The University Press, 1922, pp. 2-3, 12-14; Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1957.

② Gierke O., *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: The University Press, 1922, p. 20.

③ Gierke O., *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: The University Press, 1922, p. 21.

④ 关于“现代早期”较为全面的理解,参见 Jack A. Goldstone, “The Problem of the ‘Early Modern’ World”, 41 *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 1998, pp. 249-284.

“自由与资本的年代”；它还见证了传统走向现代，“身份”走向“契约”，专制走向民主的艰难历程。正是这一段历史中的诸多重大事件为西方现代社会的政治、经济、文化模式奠定了基础。

中古末期西欧诸侯混战，封建制度面临重重危机，黑死病席卷之后欧洲人口剧减，整个欧洲经济、社会与政治格局发生了根本变化。始于15世纪的“地理大发现”成为欧洲乃至整个西方世界的转折点，大规模的自由贸易、对外扩张和殖民成为危机的突破口，资本主义世界经济体起步，作为一种社会体系的现代世界体系逐步形成。^①在宗教与文化领域，起源于13世纪的文艺复兴仍在继续，一边是彻底改变世界观的“科学革命”，另一边是以“反抗”和“立宪”为宗旨的政教改革，“人”从“神”的话语中得到解放。随后，载着“主体”与“权利”、“个体”与“自由”的“启蒙之船”开启了理性的时代。在政治与法律领域，1648年威斯特伐利亚和约结束了封建割据的“混战”，领土主权国家确立，以疆域为界的法律趋向统一化，西欧民族国家已现雏形。在等级、特权与身份被打破之后，法哲学与政治哲学必须为“新秩序如何可能”的问题提供正当性基础，正值此时，古典自由主义也作为一种破除旧世界的观念应运而生。仿佛一切新事物都在斩断自身与旧事物之间的联系，这些新生事物的某些共有属性被人们赋予现代性之名。

欧洲经济、政治、宗教、文化和法律等领域的剧变塑造出全新的社会—政治结构，（除了德意志与意大利）每个以领土为界的民族—政治—法律共同体都构成独立权力中心。中古时代的等级化的多元社会—政治机构随即被相对“平面化”，中古的诸侯之争演变为早期现代的国家之争，中古的多元法律体系与法律秩序被民族国家法秩序所代替，多中心的或者多元的近代国际法秩序形成^②，法律逐渐步入“现代社会”。

① 参见[美]沃勒斯坦：《现代世界体系》（第1卷），罗荣渠等译，高等教育出版社2004年版，第460~473页。

② 参见Surya Prakash Sinha, *Legal Polycentricity and International Law*, Durham: Carolina Academic Press, 1996.

如果将多中心的或者多元的国际法秩序视为某种超国家的“法律多元”,那么是否还存在着其他形式的“法律多元”呢?民族国家建构的过程中,为维护领土与主权的完整和统一,法律在国家内部的统一化趋势仍占主导地位,立宪体制下的法典化成为各国立法的主流模式。各国法律的统一化很大程度上是资本主义经济发展的需要,同时也是日益理性化的时代之内在要求。但我们不应忘记欧洲对外扩张和殖民的历史,早期的西班牙人与葡萄牙人,之后的英国人与法国人,他们将西方的法律带到非洲、美洲、大洋洲以及亚洲部分地区,由此,在殖民地出现了以司法管辖权、法律体系以及法律秩序的多元性为标志的“法律多元”,西方现代法律多元论很大程度上起源于殖民地“法律多元”研究。^①

在思想领域,一边是延续国家理性和主权至上的绝对国家传统,即绝对契约论的拥护者(霍布斯与普芬道夫),而另一边是以权力分立与制衡观念为基础的自由民主契约论的支持者(洛克与卢梭)。^② 尽管这些十七八世纪的思想家来自不同传统,持有不同的学说和政治主张,但以自然法为基础的国家契约学说是他们共享的出发点,超验自然法为理性法或理性自然法所取代。^③ 在理性法时代,法的原理是理性的产物,而人们在创制这些原理的过程中能够揭示出一种普遍有效的秩序。笛卡尔的观念论无疑为这一时期的自然法学说提供了“理性”基础,即理性自明与个人理性。人性、个人、主体、普遍权利、主观权利/客观法、意志、科学等关键词随即出现于各式自然法学说之中。较之中古时期那些关于具体法律关系的学说,一种抽象化的政治—法律话语逐步形

① 参见[美]劳伦·本顿:《法律与殖民文化:世界历史的法律体系(1400~1900)》,吕亚萍、周威译,清华大学出版社2005年版。

② 参见[葡]叶士朋:《欧洲法学导论》,吕平义译,中国政法大学出版社1998年版,第156页。

③ 参见[德]弗朗茨·维亚尔克:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,三联书店2006年版,第15~17章;[英]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第6~7章。

成,这种话语的抽象化也是现代社会之抽象性的重要表现。^①

然而,在抽象的政治—法律话语氛围里,法律多元观念却来源于两种相对“具体的”学说:孟德斯鸠的“观察之法”与基尔克的“自然法的团体理论”。孟德斯鸠在《为〈论法的精神〉辩护》一文中写道:“这部著作的论述对象是世界各国人们的法、习惯法和各种习俗。”^②在这部试图包罗万象的著作中,孟德斯鸠的“探究”、“比较”和“归纳”主要建基于对“人的理性”的确信和对“社会现实”的观察,而非其他思想家的以演绎推理为主要手段。他在《论法的精神》中确立了超越自己时代的新学科的原则,即社会科学的原则,^③而且他将传统法学与政治理论提升至社会理论的高度。^④孟德斯鸠通过将法置于其所生长的民情、风俗、习惯等社会环境之中,来观察不同类型社会中的社会事实,以此展现“社会中的法”的多元性。^⑤他不仅是“法律多元研究”的开创者,也是法社会学、比较法学等现代学科的先驱。

虽然基尔克的学说来自19世纪末至20世纪初,其方法和思路具有较强的现代视角,但其“重构自然法”之内容基本上还属于现代早期。基尔克的“自然法的团体理论”所关注的是,自然法哲学中的国家、社会与团体/个人三者之间的关系。^⑥在他看来,中古时代主权者与臣民二元论已有悖于现代早期国家的契约模式,而理性自然法的出现为解决

① 关于现代社会的“抽象性”,参见李猛:《论抽象社会》,载《社会学研究》1999年第1期。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,许明龙译,商务印书馆2012年版,第961页。

③ 参见[法]涂尔干:《孟德斯鸠与卢梭》,李鲁宁、赵立玮等译,上海人民出版社2003年版,第14~21、45~60页。

④ 李强等:《公共论坛:社会理论的两种传统》(第8辑),生活·读书·新知三联书店2012年版,第1~3页。

⑤ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,许明龙译,商务印书馆2012年版,第19、26章。

⑥ 关于现代社会理论与自然法哲学之间的关系,参见李猛:《“社会”的构成:自然法与现代社会理论的基础》,载《中国社会科学》2012年第10期。

这一问题提供了契机。^①他认为,自然法哲学中所包含的“社会性”因素可用一种团体理论来表达:个人构成团体,诸团体构成社会,国家作为一种特殊的团体既有其“私”的一面又有其“公”的一面,自然法团体理论包括“国家之内的团体”,“国家之上的团体”,“与国家并行的团体”三部分。^②实际上,基尔克挖掘出潜藏于理性自然法中的团体这一“中间力量”,而且从公法意义重构了个人/团体、社会与国家三者之间的关系,这一思路在19世纪末的德国社会学家和法学家那里得到延续(例如,滕尼斯与埃利希)。与中古时代的“部分团体理论”不同,现代团体理论更强调团体的独立人格,因而在法律领域,公法意义上每一个团体都是一个立法权威,而国家只是众多立法权威之一。在不同的结构中(国家之内、国家之上、与国家并行),团体法与国家法的力量对比呈现出不同样态,整个社会领域中的法律秩序是多元的。

小结

本文聚焦于西方古代至现代早期的“法律多元”及其观念,我们以一种较为宽泛的“法律”和“多元”的界定来探寻“法律多元”的产生及其制度背景。在古代,我们看到的是一幅由“分割法律多元”和“征服法律多元”构成的图景,前者与其群族分割的社会形态相符合,后者与其帝国性质相符;前者表现出较为明显的原生法与征服法所形成的多元竞争,而后者表现为征服法统一性内部的多元性。“法律多元”的观念与作为现实状况的“法律多元”并非同步关系,古代的法律混杂于宗教、伦理、政治与习俗之中,古代思想家很大程度上将“法律”归为宗教、伦理、政治范畴,关于“法律”本身的思考并未形成;而务实的世俗职业法学家主要致力于维护帝国及其法律之统一,权力的集中和治理思维的限制难以产生“法律多元”的观念。

^① Gierke O., *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Cambridge: The University Press, 1934, p. 58.

^② Gierke O., *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Cambridge: The University Press, 1934, pp. 62 - 91.

中古的“多元法律体系与法律秩序”根植于其时代的多元社会—政治结构,在特殊的权力关系的影响下,世俗的封建法及其制度固然通行于整个西欧,但罗马法与教会法仍占据某种主导地位,因而中古“法律多元”具有明显的等级性质。在文艺复兴的影响下,中古后期的各种“新思想”迸发而出,思想领域的“统一性原则”受到质疑,无论是教会还是国家,其权力的绝对统一同样受到质疑,“法律多元”的观念出现于一种多元的团体理论之中。

现代早期,整个欧洲的经济、社会与政治结构发生根本性变化,理性时代的法律逐步脱离宗教的束缚,统一的民族—国家法逐渐形成,“法律多元”则体现于多中心的国际秩序与殖民地多元管辖权之中。启蒙时代的法学理论与政治理论同构,理性自然法所主导的抽象化政治—法律话语旨在催生统一的民族国家及其法律,而“法律多元”的观念恰恰就深藏于最初的“法律的社会科学”研究和最初的政治多元论之中。

纵观古代到现代早期的这一段“法律多元”史,我们可以将其要点归纳为以下几个方面:

第一,由于“法律”一词的含混性,以及法律与宗教、道德、伦理以及政治的密切关联,所以“法律”既有可能被用来指称法律规范,也有可能被用来指称法律之外的其他社会规范;既有法律制度的含义,也有司法管辖权的意涵;既可能涉及法律渊源、规则与命令,也可能涉及法律秩序、体系与传统;既包含国家统一制定法,也包含地方习惯法。由此看来,法律一词的含混性导致“法律多元”的具体所指不够明确。

第二,“多元”一词也是不够明晰的界定,在前述历史中它可能指多元性,亦可能指多元化。前者为事物的一种属性,后者为事物的一种状态。由于“法律”的含义本身十分丰富,因而“多元”兼具“属性”与“状态”两种含义。由是观之,“多元”既可能指涉并存或者并立的静态,也可能指互动或竞争的动态。

第三,虽然“法律多元”因“法律”与“多元”的语词含混而难以界定,但我们在“历史重构”中能够发现“法律多元”的一些核心要素:法律

渊源、立法权威、司法管辖权,以及由此三者构成的法律秩序或者法律体系。由于“法律多元”形成原因的复杂性,即它可能在历史、宗教、政治和经济等多方面因素的影响下形成,因此,多样的“法律”展现出差异性巨大的“多元”样态。相对而言,渊源与制度层面的“多元”表现为一种静态的多元性,而权力、秩序与体系层面的“多元”呈现出动态的多元化趋势。

我们通过以上分析可知,西方“前现代”历史中的法律多元与法律多元论基本上处于一种“混沌”状态,这也是“前现代”或者传统社会的固有特征之一。法律与其他社会现象和社会规范没有分离,神学、哲学、法学和政治理论相互之间始终相互建构与纠缠,我们在缺乏新的理论工具的情况下,很难以一种更具体的方式来探讨法律多元论。在这段历史的最后阶段,以欧洲为中心的西方社会很大程度上只是刚刚开启现代社会之门,因此,我们将这一时期的法律多元观念称为“传统法律多元论”或许更为合适。此后的历史中,“现代法律多元论”则诞生于西方真正进入现代社会——新的经济环境、社会—政治结构、政治—法律话语,尤其是在“新学科”降生之时。^①

(作者单位:华侨大学法学院)

^① 参见杨静哲:《法律多元论:轨迹、困境与出路》,载《法律科学》2013年第2期。