

“复规范性”从何谈起

法律全球化的知识挑战

托马斯·杜斐*

摘要 如何面对法律全球化的知识挑战,已成为全世界所有法律人的知识共业。法律全球化不仅迫使我们发现本国法律的局限,更展现出更大尺度的法律交流的真实图景,一个急需被认真对待、被细致描述、被再规范化以重构法学范式的知识前提。“复规范性”的认知概念的提出,试图克服欧洲中心主义的法学范式,促进跨区域、跨文化、跨学科的对话与知识生产。法律全球化对法律实务、法学教育与法学研究的深刻影响,这是提出“复规范性”的现实语境;“法律多元主义”概念的使用缺陷,那正是“复规范性”所试图超越的认知语境;讨论“复规范性”概念本身,如何作为法律史学的研究工具,如何从人类行为学角度进行跨文化观察与对话,这种对话正是全球化时代重构法学范式的知识前提。

关键词 法律全球化 法律多元主义 复规范性 人类行为学 全球法律史

世界已经悄然进入新的时代,过去二十年,法律实务、法律教育与法学研究都共同经历了跨国化的渐变。跨国法律不断快速扩散,法学知识生产的本国体制亦让步于跨国框架。以本国制定法为基础的法律体制与法学范式,遭遇了越来越多的全球化挑战。我们似乎应该重新反思 19、20 世纪那场塑造民族国家的时代语境,反思既往语境中各国法律发生在大致同一时

* 德国马克斯·普朗克欧洲法律史学研究所(MPIeR)所长。感谢李富鹏博士花费在翻译上的大量精力。通过讨论,我深知这是另一场跨文化的转译实践。本文改编于我的两篇文章,一篇是“法律与法学的跨国化:知识与制度挑战”(Transnationalization of Law and Legal Scholarship: Intellectual and Institutional Challenges),另一篇是“何谓复规范性:引言”(Was ist Multinormativität? — Einführende Bemerkungen)。其中,“复规范性”(Multinormativity)是马普所的一个研究主题。关于此主题的最新研究,请参考马普所的开源期刊 *Rechtsgeschichte — Legal History* 在 2017 年第 25 卷的论文专题。

期的所谓近代化,以及这场法律近代化所奠定的知识传统与实践,反思我们设想法律的方式、组织法学教育的方式,乃至构建法学范式的方式。因此,法律全球化不仅迫使我们看见本国法律的失灵,更展现出更大尺度的法律交流的真实图景,一个急需被认真对待、被细致描述、被再规范化以重构法学范式的知识前提。

这场知识挑战,抑或是知识诱惑,显然非常严峻,尤其对于经受严格教义学训练的德国人。法律全球化意味着欧洲中心主义的自我克服,从法律秩序的知识主导者变成跨区域、跨文化、跨学科对话的参与者,作为知识对话的一方,应该如何敞开自我、理解彼此。法律全球化也同样意味着超越近代的大尺度观察,当欧洲不再成为进步与理想的高峰,亦即理解他者的认知屏障,我们才能抛弃前见,发现规范秩序如何生成。因此,我们需要一个恰当而克制的概念,排除前见,促成对话。目前,我们认为“复规范性”(Multinormativity)或许是一个值得尝试的选择。一方面,这个认知性概念将普遍带有欧洲痕迹的“法”概念,稀释为一般性的“规范性”(Normativity),为此我们甚至排除了偏重理哲感的“规则”(Norm)或带有制定法意味的“规则”(Rule)。另一方面,我们加入“多样化”(Multi-)的范围,承认各种各样规范性的共存、交流,乃至竞争、融合与共生,并延伸于规范性的情境与形态,尤其是那些深刻影响着法学知识、思维与行为的前提。

关于本文的结构,所谓“复规范性”从何谈起,我们不妨首先讨论法律全球化对法律实务、法学教育与法学研究的深刻影响,这是提出“复规范性”的现实语境。其次,我将触及“法律多元主义”概念的使用缺陷,那些正是“复规范性”所试图超越的认知语境。最后,我将讨论“复规范性”概念本身,如何将其作为法律史学的研究工具,如何从人类行为学(Praxeology)角度进行跨文化观察与对话,而这种对话正是全球化时代重构法学范式的知识前提。

一、法律全球化的知识挑战

科学史已经显示,知识生产的制度性框架——知识基础(knowledge infrastructures),即我们组织、积累知识的方式,我们为此所使用的媒介——在多大程度上塑造了科学研究的结果。适用于科学的,亦适用于法律。对于法律史学者而言,所谓“前现代”与“后现代”之间似乎存在着一些显著的相似:媒介革命的影响;立法者的多样性(multiplicity);广阔交流空间的开放;跟随着商人、传教士及其媒介,规范之全球传播成为可能——所有这一切,都可以被转译为今日之现实。^[1] 我们同样可以看到,一种新的通用语言的势不可挡,曾经的拉丁语,今日之英语,其影响了法学研究的形成与转型。为了关注法律体系与研究体制之当下转型,并顾及知识生产条件与结果的相互依赖,我们必须反思这些巨大变化,即时髦话语所概括的“全球化”与“数字化”。那些制度既生产着法律,又设计出主导法学研究之高等教育与研究体制,而其本身

[1] Michael Stolleis, Vormodernes und postmodernes Recht, Merkur, Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 62 (2008), 425-429.

则经历着根本变革,已经影响到我们在社会中组织正义的方式。^{〔2〕}我认为,这个过程为所谓的法学“基础研究”(Grundlagendisziplinen)提供了重大机遇。对于这是一个宏大命题,我只能以德国视角,触及三个方面。

(一)跨国法律

如我们所知,西方法律体系——或许目前所有的法律体系——由19、20世纪之本国既往语境所塑造。不只是我们的法律,还包括我们的知识传统与实践,我们设想法律的方式、组织法律教育与行政的方式,也都源自这一时期。自此以降,在1850到2000之间,便发生了邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy)所谓的“法律与法学思想的三次全球化”。^{〔3〕}18世纪以来,出于法律与法学思想之全球化所导致的特定情景,大量国家的法律文化与法律体系逐渐形成,有些方面近似,其他方面则差别显著。同样地,19世纪后期以来,我们面对着一个充满活力的领域——国际法,其研究高度专业化,大量“边缘学者”(如 Arnulf Becker Lorca)参与复制生产。目前,这场变化已遭到严厉批判,被称为殖民主义产品:即便在欧洲帝国消亡以后,国际法仍保持着非对称的权力结构。最终,在20世纪最后阶段,我们观察到超国家法律(supranational law)的出现,如欧共体。因此,在21世纪开端,我们似乎具备了某些共享的法律语法与语汇,其在全球大量地区,建立起本国的、国际的与超国家的法律。

今日,在生活的诸多领域,国家法律与本国法律已经被新的政策、规范框架与司法造法(judicial lawmaking)所取代,其经常产生于英美的法律实践。新的非政府规则(non-governmental norms)与裁决机构大量涌现,互联网、经济、体育与娱乐业等领域尤为明显,其都由非国家规范(non-state normativity)所规制。通常,这种非国家或半国家法律,跨越一个以上的司法管辖,因而被称为“跨国法”或“全球法”。^{〔4〕}如果法律空间最终由共同体所能触及之范围来界定,那么90年代以来伴随跨国法律的增长,交流领域的革命便不再令人惊讶;较之国际法与本国法,这一领域更加流动、更具活力。

这个过程的影响与关涉,绝不局限于欧洲、工业国家或法律合作密切的空间。相反,由于所谓发展中新兴国家加入到全球经济,或以生产制造方式,或作为自然资源提供者,这些国家的人口已经受到大量规则与实践的约束,而这些规则与实践之合法性(legitimate)既不来自该地区或本国,也非国际,而是完全由非国家参与者所设计。正是在这些区域,放松规制(deregulation)的破坏性(destructive)潜力最具生命力。针对市场力量集聚的潜在防卫,控制机制,以及基于本国法律体系的法律保护,经常陷于失效——对于民众而言,有时这会产生严重影

〔2〕 Thomas Duve, “German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives”, *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 22, 2014, pp.16–48.

〔3〕 Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850 – 2000”, in David Trubek and Alvaro Santos (ed.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.19–73.

〔4〕 Peer Zumbansen, “Transnational Law, Evolving”, in Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp.898–925.

响。因此,特别是在全球南方(Global South),大量讨论涉及跨国法律及其潜力与风险。由于法律的出口与进口,跨国法律之创造及其相关服务,一个可营利的市场已经在过去几十年突然出现。^{〔5〕}尤其是美国的大学、出版社与其他法律职业人,都在谈论着这个市场,周旋忙碌其间。总而言之,近二十年来,我们已经亲历了跨国法律的蓬勃生长。人们可能发问,我们是否已经掌握了与跨国法律相匹配的跨国法学研究?对于学术研究在法律体系内实现其诸多功能而言,这个问题似乎十分重要。

(二)高等教育与研究体制的改革

高等教育与研究体制之重要改革同样发生于这一时期,对此我将给予简要评论。法律的跨国化代表了法学研究之重要转型,而高等教育与研究体制的跨国化则同样重要。法学研究两者兼属:一部分是法律体系,一部分属于学术体制。过去二十年,我们的文化与社会之全球化、数字化与经济化,不仅影响了法律,也导致了知识生产之跨国结构的形成,如社会科学、人文学科与法学。反观德国,我们可以发现,过去二十五年以来,德国的研究政策不仅要应对重新统一的挑战,还要面对不断增长的研究与基金之全球市场的出现。2005年,德国联邦政府予以回应,决定开展所谓的“卓越计划”(excellence initiative);这项计划的目标是推进高水平研究,使德国大学与研究机构更具国际竞争力。此后,新的研究基础被创造并资助,其主要用于培育交叉学科、国际性研究,并依赖于充满竞争机制的基金分配。直到当下,法学院并没受到这个趋势的影响。但是,事情正在发生改变,他们的参与一定会在未来有所增进。

国际化是在竞争中取胜的关键要素,德国校长会议(HRK)于数年前宣布,德国大学必须转型为国际机构。2012年,德国研究基金会(DFG)发表了对法学研究的建议,明确鼓励大学促进法律领域的国际化。^{〔6〕}同样的国际化政策,资源分配之竞争机制,也出现于跨国层面。^{〔7〕}2006年,欧洲研究委员会(ERC)成立。2011年,“科学欧洲”(Science Europe)建立,它是欧洲研究基金组织(RFO)与研究执行组织(RPO)的联合会,目前包含来自27个国家的50个研究所,每年代理大约300亿欧元的研究基金。这两个机构都意味着加强所谓的“欧洲研究领域”,建立欧洲科学共同体。因此,过去25年,尤其是过去15年,已经被持续增长的国

〔5〕 Ulrich Sieber, “Legal Order in a Global World—The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms”, in Armin von Bogdandy and Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, 14, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp.1—49.

〔6〕 DFG 报告,参见 *Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*; Drs. 2558—12 vom 9.11.2012, accessed: February 2, 2016. *Wissenschaftsrat, Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems*; Drs. 3228—13 vom 12.07.2013, accessed: February 2, 2016.

〔7〕 *Rudolf Stichweh, Globalisierung der Wissenschaft und die Region Europa*, in: *Rudolf Stichweh* (Hrsg.), *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*, 2000, S.103—129. *Rudolf Stichweh, Genese des globalen Wissenschaftssystems, Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie* 9, *Theorie* 9(2003), 3—26.

际化、学术部门的经济化所塑造。德国的法学院尚未被直接波及,却即将感受到不断增加的压力。〔8〕

通过竞争机制分配研究基金的趋势,给予跨学科、国际性研究以特权——知识生产条件的改变,这对学术研究之结果并非没有影响。相反,即使在法律领域,尽管有其本国烙印,我们仍可以观察到学术话语的持续英语化(anglicization),无论语言表达、还是概念术语。跨学科研究,从其他认知群体(epistemic communities)转移理论与方法,变得愈发频繁。这导致学科边界持续出现孔隙(porosity)。甚至在德国,以及其他科学共同体,我们可清晰看到那些冠以“法律与……”的学科在不断增长,其连接了法律研究与其他知识领域。显然,面对这一过程,反应各不相同。一些法学研究者捍卫着法学教育与研究之本国模式的价值;其他人则大声疾呼,要求更多国际化。以我的理解,我们不该忽视国际语境中正在消失的本国学术共同体的重要性。但是,德国法学尤其面临着严肃挑战,由于其极端专注教义学的一致性,这将带来更加复杂的体系而难于交流。

(三) 跨国法学研究

回溯过去,由于欧洲与北大西洋在 19 世纪及 20 世纪初期的霸权,我们可以发现世界已经具备一些法律交流的经历。近来,跨国法律之著作与教学的增长,似乎指出了同样方向。高等教育与研究体制的跨国化,同样表明我们正走向某种跨国法律学术的共同体。跨国法律领域包含了教学、杂志,以及大量的企业活动。但是,这难道就意味着我们已经具有了跨国法学研究吗?

我认为,我们还不具备这种学术。跨国法与全球法的强势挺进,特别是 1990 年代以来,培训、法律咨询与出版等领域的市场发展,并不必然意味着“跨国法律研究”的形成。仅仅的对象性参与,决不生成科学本身。对欧洲法及其历史的观察,或许可以更为清晰地证明此点:同样地,如同跨国法律领域,企业家与政治因素最初占据着舞台,然而本国法律学者,长期以来只是将欧洲法转译入他们自己的参照系,由此将其本国化。即便今日,很多观察者发现,我们距离共享之方法、概念与原则所构成的通用集合(common set),亦即真正的欧洲法学研究所必备的要素,仍十分遥远。

对于欧洲法学研究的这种评论或许略显消极,因为跨国(或全球)法学研究所产生的制度与认知挑战,在范围上则更为巨大。反观欧洲个案之历史,我们可以看到持续数个世纪的对话、高密度的交流互动、近似的法律语法与语汇的形成,以及由身份认同所支持的“欧洲的欧洲化”进程。一旦放入世界尺度,某些情况却并非如此,即使存在 19、20 世纪的“全球化”。此外,在欧洲个案中,我们可以利用稳固的制度性框架,政治、经济与法律整合的大环境。并且,我们

〔8〕 Thomas Duve, Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft, in: Dieter Grimm, Alexandrad Kemmerer and Christoph Möllers (Hrsg.), Rechtswege. Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung, 2015, S.167—195.

正在创造学术研究的欧洲空间,共同的话题、方法、实践与基础设施都产生于此。这一切在跨国法学研究中并不存在。^[9]

最初条件已然困难重重,任务本身亦并不轻松:理智地讲,跨国法律科学要求我们的意愿与能力,至少要从我们自己的分类、方法与原则之中解放我们自己——为了获得启发。换言之,这意味着一场巨大的认知挑战(epistemic challenge)。它必须向一个超越欧洲语境的更高维度敞开,向规范性的其他概念敞开,向法律与法律科学的其他内部结构敞开。进而,在特定环境下,让极其多样的法律文化彼此对话。^[10]我们将必须面对,我们是否真的确实具备一个共同或共享的基础,当我们向来自其他法律文化的同仁谈及法律的基础概念。^[11]举例而言,思考一下“法治”与“宪法”,当我们使用这些术语时,美国、德国或中国的学者真的意指同一个事物吗?或者,当我们讨论中国在2014年将12月4日作为其“国家宪法日”,难道我们并不需要超过法学家能力范围的文化背景吗?比如,儒家文化。来自世界其他地区的同事都在强调其自我传统,以及对于传统的自我解释。

正如我们所见,跨国法学研究必然指向法律领域向其他学科的开放,它需要非常不同于传统西方法律概念所能提供的知识体系。^[12]在与非法律学科的密切接触中,它需要关于基本主题的高强度对话,比如,法律的概念、历史牵连的重构,以及将交流纳入本国特殊现实的不同转译。我们必须整合宗教学、哲学、社会学科——略举数例。作为不同知识类型的中介者,区域研究将更为重要。在此语境下,前述之高等教育与研究体制的跨国化,为跨国法学研究创造了一些必要前提。

二、“法律多元主义”的纷繁与缺陷

面对法律全球化的浪潮,我们需要一个恰当而克制的概念,排除前见,促进对话。“法律多元主义”(legal pluralism)无疑最有代表性,这个概念源自不同学科、不同话语共同体。它具有丰富启发性,促进了人类学、社会学与规范科学的大繁荣,同时也带来了语义的含混与不确定。各种话语体系导致了概念使用的一词多义(Polysemie)。因此,“法律多元主义”缺失的并非是敏锐的思考,而是一个被普遍接受且具有说服力的定义。对此,我将系统勾勒“法律多元主义”概念的纷繁图景与使用缺陷,这正是提出“复规范性”这个替代性选择的知识语境。

[9] Thomas Duve, “European Legal History – Concepts, Methods, Challenges”, in Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp.3–25.

[10] Helge Wendt, Jürgen Renn, “Knowledge and Science in Current Discussions of Globalization”, in Jürgen Renn (ed.), *The Globalization of Knowledge in History*, Edition Open Access, 2012, pp.45–72.

[11] Stefan Kadelbac / Klaus Günther, Recht ohne Staat?, in: *Stefan Kadelbach and Klaus Günther* (Hrsg.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, 2011, S.9–48.

[12] 参见 William Twining, *General Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

(一) 法律多元主义的纷繁图景

1996年,贡塔·托依布纳(Gunther Teubner)的德文论文“全球的布科维纳:跨国法律多元主义的浮现”发表于《法律史杂志》。同年,英文版相继出版。^[13] 经由新兴规范、跨国网络与决策力量,托依布纳关于全球化竞技场内部新型规范秩序的思考,很快提升为法学与规范科学的参照标准。这些思考皆来自跨国法律正在加速生产的感受,其产生于80年代后期、90年代早期之世界政治、经济、媒体与意识形态等条件。多元种族与多元文化的布科维纳其实由来已久,如今似乎整个世界都将如此变化。自此,“法律多元主义”便经常具有跨国与全球的内涵。^[14] 关于“没有国家的法律”(Recht ohne Staat)的辩论,对于某些人而言,起初还颇具异域色彩,如今却逐渐获得德国法学的强烈关注,特别是在跨国法律与跨国法学的语境中。^[15] 相关专著与文集对“法律多元主义”已经进行了反思性、历史化与系统化的梳理。^[16]

90年代初期,人们已经能够在更长的传统上展开研究。对很多人而言,这个传统开始于70年代。^[17] 那些年,法律人类学家不断投身于非国家法(nicht-staatliches Recht)及其与国家法(staatliches Recht)之关系的研究,尤其是在1969年建立的法律多元主义委员会(Commission on Legal Pluralism)的工作框架下。无论当初,还是当下,他们并非主要关注跨国现象本身,而是在意欧洲扩张及之后的殖民化过程之中,第一次全球化所引发的细微可见的后果,尤其在非洲与亚洲。去殖民化的过程使这些后果愈发显见,而这些年来政治与智识的觉醒则赋予分析以力量。人们谈及民间法(Folk Law)、非官方法(Unofficial Law)与习惯法(Customary Law)。在托依布纳发表其论文十年之前,约翰·格里夫斯(John Griffiths)在其论文“何谓法律多元主义?”中已经能够确立某种程度的共识。他将“法律多元主义”定义为“在超过单一法律秩序的社会场域(social field)中的某种存在”,换言之,“在任何社会场域中,行为都不只在一个法律秩序中发生”。^[18] 两年后,法律人类学家萨利·安格尔·梅丽(Sally Falk Moore)

[13] Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: Rechtshistorisches Journal 15, 1996, S. 253-255.

[14] 参见 Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, No. 30, 2008, pp.375-411. Ralf Michaels, “Global Legal Pluralism”, *Annual Review of Law and Social Science*, No.5, 2009, pp.243-262. Kadelbach/Günther (Fn.11), S.9-48. Ralf Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, 2015, S.49ff.

[15] 更早时期的研究可参见 Lars Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013. Michael Grünberger, *Transnationales Recht als responsiver Rechtspluralismus*, *Der Staat* 55, 2016, S.117-133. Graf-Peter Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, 2014.

[16] Seinecke的专著有三篇作品涉及这个问题, Ralf Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, 2015. 亦可参见收录于该书中的 Kuntz 的相关书评。

[17] Sally Falk Moore, “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law & Society Review*, No. 7, 1973, pp.719-746.

[18] John Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, No. 24, 1986, p.1.

Engle Merry)给出了类似而更加详实的分析。^{〔19〕}可见,最重要的是,以盎格鲁萨克逊的话语权,对源自法律人类学的法律多元主义的理解已然确立,并由此导致了一系列规范性建议,例如对不同的规范性模式进行分类,而这种理解与法律之政策性要求之间的相互关系也同样并不少见。^{〔20〕}

同样在70年代,欧洲大陆的(法律)史学研究中第一次出现了明确提出不同历史构造中的“法律多元主义”或“法学多元主义”(juridischer Pluralismus)的论文。^{〔21〕}毫无惊讶,因为法律史对这种现象早已准备好了充沛的观念素材。在针对《法律的多重躯体》的书评中,^{〔22〕}法律史学者彼得·奥斯特曼(Peter Oestmann)将这种法律多样化(Rechtsvielfalt)称为欧洲法律史的连接元素。^{〔23〕}这符合普遍的感知,并尤其值得注目,因为它正是针对帝国与殖民之欧洲以外的法律体制(Rechtsregimen)的研究。正是在这种研究中,从2000年开始,“法律多元主义”概念在英美世界,经历了一场真切的历史编纂上的蓬勃发展。与此同时,历史学家发现“法律多元主义”几乎无所不在——无论早期近代的大西洋与太平洋、奥斯曼帝国,还是亚洲。一些研究帝国的历史学家惊奇地揉搓双眼,他们几十年来的不少探索发现,原来具有明显的划时代的新意:重叠的司法权(Jurisdiktionen),错综复杂又保持开放的管辖权(Zuständigkeiten),以及由此合成的司法实践,形成了一种连续协商妥协的现象,却又不是出于理念世界(Ideenhimmel)之秩序状态(Verfassungsordnung)的凝聚,“这正是法律多元主义之学术繁荣的时代”。^{〔24〕}

与此同时,一定程度上能够作为参考标准的研究范式,在辩论之中逐渐形成,其所涉及到的作品主要来自英美世界。起初,持怀疑态度的塔玛纳哈(Brian Z. Tamanaha)站在了这场运

〔19〕 Sally Engle Merry, “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, No. 5, 1988, pp.869—896.

〔20〕 Werner Menski, “Plural Worlds of Law and the Search for Living Law”, in Werner Gephart(ed.), *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2012, pp.71—88. 此外, Twining 的作品描绘了从这种法律多元主义的软事实向全球法律多元主义的转变,并涉及意义偏移(Bedeutungsverschiebungen)问题。参见 William Twining, “Legal Pluralism 101”, in Brian Z. Tamanaha, Caroline Mary Sage, Michael J. V. Woolcock (ed.), *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp.112—128.

〔21〕 参见 John Gillissen, *Le Pluralisme Juridique*, 1972.

〔22〕 参见 Seán Patrick Donlan, Dirk Heirbaut (ed.), *The Laws’ Many Bodies: Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c1600—1900*, Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

〔23〕 参见 Peter Oestmann, *Gemeines Recht und Rechtseinheit. Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit*, in: Eva Schumann (Hrsg.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, 17. Symposium der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”, 2015, S.1—50.

〔24〕 Paul Schiff Berman, “Review of ‘Legal Pluralism and Empire, 1500—1850’, by Lauren Benton and Richard J. Ross”, *Law and History Review*, No.33, 2015, pp.1005—1007. 相关评论参见 Lauren Benton, Richard J. Ross (ed.), *Legal Pluralism and Empires, 1500—1850*, New York: New York University Press, 2013.

动的顶峰,保尔·伯曼(Paul Schiff Berman)与劳伦·本顿(Lauren Benton)紧挨着本文开头引用过的梅丽(Sally Engle Merry)与格里夫斯(John Griffiths),此时已成为引用率最高的作者。他们的想法固然存在部分差异,他们的经验领域与学科上的认知偏好(Erkenntnisinteressen)则非常不同。其中,有些人目前已经修正或补充了之前的思考:格里夫斯提议以“规范多元主义”(normative pluralism)替代“法律”,尽管是出于社会学的用法;塔玛纳哈提出了极具影响力的区分不同规范领域的建议;本顿则表达了她对“司法多元主义”(jurisdictional pluralism)的理解,并承认其尚不足以恰当分析,诸如早期近代之道德神学(Moraltheologie)等现象;而伯曼则一再果断地涉足规范性维度。^[25] 这个概念服务于人类学、(法律)历史学与法律理论,而“法律多元主义的言辞(languages)”已然大量存在。

欧洲大陆,尤其是德语法学之辩论所呈现出的某种特殊性(specificum),应该在此有所涉及。其中,20世纪早期关于法律理论的思想仍硕果累累。这一时期的部分作品目前已不再流行,比如桑蒂·罗曼诺(Santi Romano)的《定理》(Theoreme)。其中,那些针对所谓的“近代司法专制主义”(juristischer Absolutismus)的作品,提出了关于规范性的另一种构思(Gegenentwürfe),涉及到具体的生活秩序及其法律生产,却无法被自由主义的法典体系与法律秩序所恰当论述。这幅也许略显夸张的近代法律的图像,仍经常决定着我们的感知——尤其是那些阐述,其产生于这场针对抽象自由主义体系之能力的怀疑气氛,例如弗朗兹·维亚克(Franz Wieacker)的作品。但是,这些阐述也刚好表明,关于“法律多样化”(Rechtsvielfalt)命题,一些欧洲大陆的法学讨论在何种程度上被以“法律秩序的统一”之法学思维的基本原则,及其对此思维的反抗所共同塑造。顾及到我们法律体系的未来,尤其鉴于多样性的挑战,关于不同类型的法学思维的历史讨论,或许存在着某种破坏力,又或许是我们所理解的潜在力量。一个重要参照点目前仍是欧根·埃利希(Eugen Ehrlich)的《法社会学基本原理》。^[26] 埃利希同凯尔森(Hans Kelsen)一样,生活在哈布斯堡之多民族国家,却给出了完全不同的答案。同一年,埃利希得出了法律秩序之层级结构(Stufenbau)的学说。^[27] 从《法社会学基本原理》中,托依布纳不仅发现埃利希关于法律多样化的社会学阐述至今仍充满力量,令人印象深刻。并且,托依布纳的作品从全球角度对其进行了相应拓展。以埃利希为参照也有助于将法律体系的自我观察纳入更广阔的历史范围。于是,托依布纳将埃利希的这句名言“法

[25] 参考 John Griffiths, “The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology”, in Michael Freeman(ed.), *Law and Sociology*, Oxford: Oxford University Press, 2006. Brian Z. Tamanaha, supra note 14, pp.375-411. Lauren Benton, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Lauren Benton, Richard J. Ross (ed.), supra note 24. Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Reprint, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

[26] 参见 Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

[27] 亦可见 Klaus Lüderssen 的导言,收录于 Hans Kelsen, Eugen Ehrlich (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*, 2003.

律发展的重点在我们的时代,就像所有时代一样,其既不在立法,也不在司法,而处于社会本身”,放在了论文的开篇处。

(二)法律多元主义的使用缺陷

在进一步阐释“复规范性”之前,有必要补充说明“法律多元主义”概念的使用缺陷。^[28]这个概念被诟病的原因在于,早期十余年所勾勒之概念特征源自不同学科、不同话语共同体,而其使用又在如此不确定之下涉及了多种多样的实用语境(理论、方法与假设),以至于人们怀疑其启发力量(heuristische Kraft)。治理话语、规制话语与碎片话语,各有其自身语汇,并导致概念的一词多义(Polysemie)。^[29]缺失的并非是敏锐的思考,而是一个被普遍接受且具有说服力的定义。由于讨论之边际弥漫、分支纵横,对于不少缺乏法律理论素养的概念使用者而言,经常会顺手使用概念的某个“简易”版本。因而,这个概念已无法实现更加清晰的观察,而历史学方法的价值却正在于此。

概念的模糊底色,产生了相当负面的影响。此概念的两个部分,“法律”与“多元主义”,诱唆法律史戴上了法律至上的窄化视角。这重视角诱骗着领悟力与观看方式(Sichtweise),无论如何绝大部分法律史研究有理由从中解放自我。不仅“法律”导致了“法律”的中心地位,它将“非法”(Nicht-Recht)形态编制为一个非对称的部分,它定义了可能性的空间。只要人们一瞥“前现代”或尝试开拓全球史视角,就会发觉这个空间过于狭窄。^[30]并且,“多元主义”并没有引发对一些现象的关注,诸如法律与非正式规范、非法律规范之间的互动。同样地,对于大量并不关注法律机制(Rechtssystemen),而主要针对司法管辖(Jurisdiktionenn)的法律史案件,“法律多元主义”的概念同样未能正当体现。因此,戴维(Matias Dewey)与米格斯(Daniel Míguez)的研究已指出,“法律多元主义”正在转化为一个“规范”的多元主义或“司法管辖”的多元主义,以弥补概念使用的不当之处。同样,奥利弗·兰普希乌斯(Oliver Lepsius)明确提出“规范多元主义”,并直陈质疑:一直以来,我们的思维总是默然依赖着制定法(Gesetz)模式,将其作为一个大规模法典化之法秩序的标准规范(Normalnorm)。这使得我们对很多方面置

[28] 对概念的一般批评,参见 Brian Z. Tamanaha, supra note 14, pp.375-411, 尤其是 390 页以下之“深层概念困惑”。William Twining, supra note 20, pp.112-128. Lauren Benton, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, supra note 25. Lauren Benton, Richard J. Ross (ed.), supra note 24. Paul Schiff Berman, supra note 25. Catherine Valcke, “Three Perils of Legal Pluralism”, in Donlan, Seán Patrick, Lukas Heckendorn Urscheler (ed.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, Farnham: Ashgate Publishing, 2014, pp.123-135. Seán Patrick Donlan, Dirk Heirbaut (ed.), supra note 22, S.15ff.

[29] 关于法律多元主义的语汇问题,参见 Martti Koskenniemi, “The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, Vol.70, No.1, 2007, p.22.

[30] 从法律史学视角,将法律多元主义作为一种规范多元主义的子概念的相关论证,请参见 John Griffiths, supra note 25. William Twining, “Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, No.3, 2010, pp.473-517.

若罔闻,诸如过去与当下之法律体系的显著变化过程。

这个概念的另一部分,“多元主义”(— pluralismus),同样导致了功能失调、分析偏离(Drift),这个显著特征源于冲突状态所塑造的讨论语境。在构词中,它将效力(Geltung—)与界限问题(Abgrenzungsfrage)列为首要议题,其终究受到统一范式之基础思维的影响,被引诱至毫无生机的分类之中。虽然这个概念在某种程度上正是出于对统一性系统概念的对抗,它却最终落入统一性的逻辑陷阱:关于法律多元主义的(不)可能性的激烈辩论,反而强化了统一范式。这个概念恰恰并未能够简化对秩序的理解,对秩序而言,这种根本上的相关性恰好是陌生的。但是,正是这种陌生感才是需要被理解的对象。

这个概念为现代想象所塑造,它并不是从历史经验发展而来,最多只是利用了一些历史关联,而且经常是不恰当的。此外,这一概念唤起了静态的、本质主义的联想:例如,所谓择地行诉(forum shopping)之相关联想便暗示着,法庭地点的选择好像必然和法律选择紧密关联,实际上却并非一直如此。并且,人们不再重视杂交(Hybridisierungen)、动态共存(Koexistenzen)、互动(Interaktionen)与共生关系(symbiotischen Verhältnisse);人们也不再被迫关注,在经由转化而赋予效力的大量规范中,那些功能性、构成性的嵌入(Einbettung)。在殖民主义与帝国主义的背景下,非对称的权力结构之中,合法间性(Interlegalität)以及相关的杂交(Hybridisierungen)现象已列入议事日程:从19世纪直到当下,规则供给(Regelungsangeboten)愈发流通,跨国规范秩序逐渐生长,前述现象日益受到重视。在围绕法律多元主义十余年的辩论中,弗朗兹·冯·本达—贝克曼(Franz von Benda—Beckmann)亦参与其中:法律多元主义,作为一个“自我空洞的概念”,只能“成为进一步理解或分析法律多元主义之不同的经验情境(Konstellationen)的出发点”,该种情境才是主题。“一些具体的追问,比如,如何适应某个特定的社会、国家或跨国领域,符合何种条件、情境;再如,何种规范秩序(包括其冲突规范)对于社会、经济与政治生活之构成,具有或多或少的重要性,如果人们不谈及不同法律(Rechte)的内容,便无法回答这个问题;此外,法律如何融入社会、经济与政治的权力关系、依赖关系,如何实现彼此同构(mitstrukturieren);并且,在这种情况下,参与者该如何对待法律与规范冲突。”^[31]

三、“复规范性”的认知可能

“复规范性”(Multinormativität)与“法律多元主义”的区别在哪里,或者只是后者的代名词?事实上,“复规范性”概念所针对的一系列现象,都在“法律多元主义”的范畴下有所讨论。根据“法律多元主义”的概念内核,其通常特别针对不同规范模型(modi)在同一社会空间内的

[31] Franz von Benda—Beckmann, Gefangen im Rechtspluralismus: Zum Umgang mit Normkollisionen in rechtlich pluralen sozialen Räumen, in: Matthias Kötter, Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies— und jenseits des Staates, 2009, S. 175.

共存,以及由此引申的诸问题,如分类、合法化(Legitimation)与冲突。“复规范性”也指向规范性的不同形态(Formen),而且不局限在传统上属于法源(Rechtsquellen)的范围之内,比如“习惯”(Gewohnheiten)。“复规范性”的早期用法,也主要在远离国家法的一些貌似规范的层面,例如仪式(Zeremonial)与风尚(Moden),礼仪(Ritual)、游戏规则或技术准则,这些也通常被作为“法律多元主义”的表现形式(Erscheinungsformen)而加以探讨。^[32]然而,关于规范的历史形成及其相关现象,从法律史学视角提出一个概念,将显得意味深远。它有利于释放“法律多元主义”之相关讨论的潜能,专精、拓展关于法律史的专门需求,避免“法律多元主义”概念及其使用方面的一些缺失,并将自身敞开于一个重要而广阔的层面:司法操作(Praktiken)与司法实务(Praxis)背后的规范。

(一)复规范性:法律史学的研究工具

围绕法律多元主义的兴趣,主要是情境(Konstellationen)与形态(Modalitäten),互动(Interaktionen)与动力(Dynamiken)。法律史学,作为认识论之规范科学,应该感到自身的责任,去阐明这种嵌入、交流与融合过程,以及由此产生的动力。法律史学不仅需要调动法律理论的专业知识,从事规范结构的分析,还必须对文化学与社会科学的讨论状况具备职业素养。过去二十年,人们一直密切地致力于这个领域,例如,对思维、行为、知识的前提条件,进行片段性的人类行为学(Praxeology)的分析。人类行为学的法律关系与人类行为学的历史编纂方法,二者相互补充。因而,需要一个概念,以利于彼此敞开:首先,专门的法律史学的微观分析视角,针对着规范之情境与形态,这个视角并不局限于描述规范大全(Normencorpora)及其共处(Kopräsenz)、竞争与冲突,而是将兴趣集中在每一次规范生产(Normerzeugung)行为,如何对规范性素材进行“翻译”,而这种“翻译”又经由认识论共同体的成员,发生在特别具体的条件之下;其次,对于方法而言,首先追问司法实践的前提条件,此外又必须扩及到非常广泛的规范性领域,而这个领域被习惯性地连接于“法律多元主义”。

在某种构想中,“复规范性”变为一个真正的法律史学的分析工具,这种构想既面向法律理论之前理解(Vorverständnis),又具备法律史学的功能。对此,“复规范性”的“规范”(Normativity)侧面,开辟了一个尽可能少地沾染到欧洲分类痕迹的广阔空间,以恰当描述不同的规范模式(modi),以及规范内部的动力模式:在此空间中,会自然而然地讨论概念上的差别。在法

[32] Miloš Vec, Multinormativität in der Rechtsgeschichte, in: Berlin – Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Jahrbuch der Berlin – Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften 2008, 2019, S. 155 – 166. Heinhart Steiger, Die Ordnung der Welt. Eine Völkerrechtsgeschichte des karolingischen Zeitalters (741 bis 840), 2010. 关于宪法史的文化史视角,参见 Barbara Stollberg – Rilinger (Hrsg.), Was heißt Kulturgeschichte des Politischen?, 2005. Barbara Stollberg – Rilinger, Des Kaisers alte Kleider. Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches, 2., durchgesehene und aktualisierte Auflage, 2013.

律多元主义的辩论中,为了寻找有助于全球对话的术语,这种概念差别已经产生。^[33] 就此而言,为满足规范科学的关切,这个概念试图达成全球化研究长久以来的要求,即分析范畴之去中心主义与去欧洲化。

此外,“复规范性”的“复数”(Multi-)部分,不仅针对规范性资源。这个概念应该分析规范性的情境与形态,尤其是那些深刻影响着法学知识、思维与行为的前提,这个前提不受目的性支配,而具有规范化效果,这个前提以规范生成之司法实践本身为基础,并影响这些实践。当我们去分析那些陌生的——长久的过往与辽阔的远方——秩序时,这个层面尤其重要。^[34]

(二)复规范性:人类行为学的规范视角

那些被视为司法实践的前提,却经常为法律史学研究所忽视;那些前提具有重大意义,却只能被隐含提及,而无法被法律理论或人类行为学所阐释。^[35] 因为,规范之生产——经由立法者,判决与研究论文对规范进行具体化阐释——实现了规则引导。这些规则(Regeln)不能被简单归结为法律应用(Rechtsanwendung)的理论——倘若人们愿意,可以称其为“实践的理论”;操作性规则(Operationalisierungsregeln)仅仅是一部分,却恰好是规范生产所调整的那一部分。一旦只涉及这种“实践的理论”,人们便会轻易以法律多元主义之习惯性分析要素的框

[33] 在某种程度上,Griffiths 关于法社会学思考适用于 Tanamaha 的法律史学。John Griffiths, *supra* note 25. Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001. Brian Z. Tamanaha, *supra* note 14, pp.375-411.

[34] 关于“复规范性”在功能上区别于历史类型学的研究,强调“规范竞争”是欧洲前现代的特征,请参见 Hillard von Thiessen, Normenkonkurrenz. Handlungsspielräume, Rollen, normativer Wandel und normative Kontinuität vom späten Mittelalter bis zum Übergang zur Moderne, in: Arne Karsten, Hillard von Thiessen (Hrsg.), Normenkonkurrenz in historischer Perspektive, 2015, S.241-286. 在此语境中,关于规范竞争的规模、策略的相关研究,将广义上的“复规范性”作为司法实践。比如通过意义双关的宽容(Ambiguitätstoleranz)等方式,参见 Barbara Stollberg-Rilinger, Einleitung, in: Barbara Pietsch Andreas, Stollberg-Rilinger (Hrsg.), Konfessionelle Ambiguität - Uneindeutigkeit und Verstellung als religiöse Praxis in der Frühen Neuzeit, 2013, S.9-26. 因此,在很多方面,这个规范概念都对法律史学十分重要,参见 Christoph Möllers, Die Möglichkeit der Normen - Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, 2015.

[35] 关于历史人类行为学,请首先参考以下研究综述,Füssel, Marian, Praxeologische Perspektiven in der Frühneuzeitforschung, in: Arndt Brendecke (Hrsg.), Praktiken der Frühen Neuzeit. Akteure - Handlungen - Artefakte, 2015, S. 21 - 33. Lucas, Constantin Rieske Haasis, Historische Praxeologie. Zur Einführung, in: Lucas Haasis, Constantin Rieske (Hrsg.), Historische Praxeologie. Dimensionen vergangenen Handelns, 2015, S.60ff. 关于法律理论所涉及的基本问题,比如文本与语境的关系,人类行为学意义上的规则理解等,请进一步参考 Thomas Vesting, Rechtslehre. Ein Studienbuch, 2. Aufl., 2015. 其中,245 页以下涉及法律史学的意义与方法。另外,法律理论的“语境主义方法”(conventionalist approach)同样与法律多元主义相关,请参见 Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, *supra* note 33, p.192. 关于实证科学的法律概念,地方性法律生产与法律史学方法,尤其是隐含的知识与翻译,请参见 Thomas Duve, Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, Rechtsgeschichte - Legal History Rg 20, 2012, S.47ff.

架,将其归为第二秩序的规则。这似乎意味着,规则生产之程序的复杂性被严重低估,并且将公开承认的“涵摄模型”(Subsumtionsmodell)确立为法律史学的重建基础。显然,“法律应用”不再是曾经那种在绝对之系统化、法典化与标准化的法律秩序之中,一种毫无生机的归类方式,而恰好是规范具体化的程序,亦即(案例中)规范生产的程序,以及由此带来的创造性行为。^[36]因此,必须强调多样化的前提、条件与规则,这些都属于作为文化生产行为的规范生产——更重要在于,当我们专注于陌生的时段与空间时,我们必须重视那些我们无法直观领会的隐藏于实践中的共识与规则。恰好是,但又不只是在于,法律史分析必须强调那些在意图上无法自我支配的司法处置(Handeln)、知识(Wissen)与做法(Tun),以揭示同社会文化相关的司法行为之错综复杂,思维与交易之结构,隐含的知识,以及司法日常生活之行为模式、行为构造与重复结构。这并不涉及司法实践的规范性理论、方法论学说,而是关注司法实务(Praxis)(背后)的规范性操作(Praktiken),及其规则(Regeln)。

如果人们不承认哈特式法律概念的制度性维度,又希望获得清晰性:位于第一秩序、第二秩序之后,那个第三规范性层面被广泛讨论了二十年,汇聚了不同学科传统的人类行为学话语,发生在各种名目的标签之下,作为有意识的知识,^[37]或作为社会、政治、文化与学术等方面的做法(Praktiken)。^[38]对于规范科学的分析,围绕规范层面之意义的研究意识一直在增加,尤其因为人类行为学导向的法律理论与文化、社会分析的明显结合。因而,对法律史学而言,布鲁诺·拉图尔(Bruno Latours)关于法律制造(Fabrikation)的人类学描述,成为越来越重要的参考点,^[39]人们思考法律史的工作,愈发频繁地趋向有瑕疵的(fleck'sch)思维风格,在规范的第三维度与规范性素材的“翻译”之间,存在着紧密的关联。

事实上,这种做法(Handeln)、思维与知识之前提的一部分,同样为“(文化)翻译”所讨论。^[40]尤其,法国晚近的“惯例社会学”(Soziologie der Konventionen)的提议,在法律史的分

[36] 具体相关讨论,参见 Thomas Vesting, a.a.O., S.191ff. Thilo Kuntz, Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik, AcP 216, 2016, S.866—910.

[37] Rainer Schützeichel, Implizites Wissen in der Soziologie. Zur Kritik des epistemischen Individualismus, in: Loehnhoff, Jens (Hrsg.), Implizites Wissen. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven, 2012, S. 108—128.

[38] 参见 Andreas Reckwitz, Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken. Eine sozialtheoretische Perspektive, Zeitschrift für Soziologie 32, 4, 2003, S.282—301. Lucas, Constantin Rieske Haasis, (Fn.35), S.13ff.

[39] 相关翻译,参见 Bruno Latour, Die Rechtsfabrik. Eine Ethnographie des Conseil d'État. Aus dem Französischen übersetzt von Claudia Brede—Konersmann, 2016.

[40] 关于复规范性,参见 Thomas Duve (Fn.35), S.47ff. 关于将翻译作为文化生产过程,参见 Lena Foljanty, Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, No.2015—09, 2015, pp.1—18.

析方面具有很大潜力。^[41] 这些“惯例”(Konventionen)被理解为一种解释性框架,由参与者来展开、操控,从而实现以行为处境(Handlungssituationen)做出评价,在行为处境中互相配合。它们涉及到认知模式(Formen),以及附随的信息格式化的模式,也被应用于规范性意图(Absicht)。它们是集体性经验的结果,并因此而触及反思。这些知识储备(Wissensbestände)被明确地划归为惯例,其顾及到规则的运行(Operationalisierung),或习俗(Institutionen)的履行(Handhabung)。这些“惯例”在具体情况下逐渐形成,并固化于网络结构(Netzwerkstrukturen)。反观法律,这些“惯例”并不是明确的辅助性规则与应用性规则(Hilfs- und Anwendungsregeln),其本身并不是可以使用的法律或由法学推演而来,例如方法论学说,而是深入观念的关于“对与错”的想象(Vorstellungen),其产生于具体的交流与认知场景(setting),并从中得以固化。

法律史学研究中,这些惯例——其差异不断变化,连同多样主题的隐性知识(tacit knowledges)——获得了独特的价值。如果人们考察这些规范秩序,其中,规范生产(Normerzeugung)并不围绕余地有限而相对贫乏的规范大全(Normencorpora),相反,偏重程序之规范生产的具体做法则占具优势,或者,法律与其他领域(如宗教)之规范生产的无差别性获得观察。相较于16世纪美洲传教语境中的本土司法,19世纪末俄国或亚洲采纳欧洲法律想象(Rechtsvorstellung)之过程,这些惯例对于在技术的不断分化中,在培训、交流与应用调整(Anwendungsregeln)所导致的标准化的法律发现(Rechtsfindung)之实践——诸如联邦德国的刑法与行政法,或许没那么重要。法(史)学研究中,人们习惯于将大量触及物质层面、人类行为学所记录的知识生产的语境,纳入“法律文化”的黑箱。实际情况,则无人知晓。不同于“实践转向”(practice turn)所引发的重要见解,规范生产能否描述出这样一种关于全球视角下法律史方法的主导性思考?针对每一种确定的(当然自身会再流动的)认识论共同体,我们能否塑造出不确定的惯例、实务形式(Praxisformen)及其隐含规范?

作为法律史学之敏锐构想,“复规范性”概念应该对此有所指引,即探讨那些在规范生产中起到作用,且多样化而差异显著的规范。因此,这个概念当然顾及法律机制(Rechtssysteme)、规范领域(Sphären)或规范大全(Normencorpora),各以其自身地位而成为规范性素材。同时,这个概念也迫使大大超越法律渊源(Rechtsquellen)范围的探索,这里的法律渊源构成了哈特之第一性规范与第二性规范意义上的传统范围。这个概念将规范生产理解为一种创造性的过程,大大超越关于“涵摄”(Subsumtion)的所有构想。这个概念应该迫使关注,那些对于规范生产十分重要的惯例、隐含知识与物质层面,关注思考、行为与知识的前提,关注那些参与决策的因素,即何种规范性素材被以何种方式激活,并融合于其他规范性要素而形成崭新的构

[41] 更多论据,参见 Rainer Diaz-Bone, Recht aus konventionentheoretischer Perspektive, in: Lisa Knoll (Hrsg.), Organisationen und Konventionen. Die Soziologie der Konventionen in der Organisationsforschung, 2015, S.115-133.

造。这个概念敦促,参与文化与社会学之人类行为学的解释方式,针对具体的法学史学研究,展开富有启发而成果丰硕的探讨。通过这样一种开放,这个概念就提供了这样一种可能性,即在规范理论上敏锐地去命名那些在“文化翻译”的分析中,也即在构建法律的分析中,需要注意的东西。这又将其联系于法律史学的其他基本问题:如果没有关于“复规范性”的反思,就不会存在法律操作的历史。如果没有法律操作的历史,就无法实现法律史学的重构,将其作为共时与历时的翻译过程。如果没有共时与历时的跨文化翻译与对话,就无法应对法律全球化的知识挑战。

Abstract: Today, how to respond to the intellectual challenges of legal globalization has become the common issue to legal scholars around the world. The aim of this paper is to provide an overview of the process of transnationalization of law and highlight the significant concept of multinormativity in order to promote the increasingly interdisciplinary and transnational dialogue on law. In this paper, I attempt to demonstrate the profound influence of legal globalization on legal practice, education and research as the background, reflect critically on the flaws in application of legal pluralism, and reveal the epistemic potential of multinormativity in building a global legal history from the perspective of praxeology.

Key Words: Legal Globalization; Legal Pluralism; Multinormativity; Praxeology; Global Legal History

(学术编辑:章永乐)

(技术编辑:范华瑶)