

## 法律多元主义的概念困境：涵义、成因与理论影响

赵英男

**内容提要：**法律多元主义指的是某个社会群体拥有不止一种规范其社会行为的有效法律体系。作为一种事实，法律多元主义现象无所不在。在相关研究中，学者们大多将法律多元主义视为无可争议、理所当然的概念，却忽略了它所遭遇的困境：一方面，法律不止是国家法，还包括其他社会规范；另一方面，法律与其他社会规范的界限不明，导致法律概念过于宽泛。这一困境是任何法律多元主义理论都面临的深层概念难题，有观点因此悲观地认为应当放弃对于法律的界定。这种困境与悲观论断的根源，在于学者忽略了法律本身是一个民间概念。民间概念植根于各种各样的历史与现实语境，无法用精确的语言加以表述。但这并不意味着法律不可界定，而是指不存在有关法律的普遍必然主张。把握法律的民间概念特征，有助于我们走出法律多元主义研究的理论困境，也有助于我们反思一般法理学中有关法律性质的本质必然主张的合理性。

**关键词：**法律多元主义 法律概念 规范秩序 民间概念 一般法理学

赵英男，中国政法大学比较法学研究院博士后研究人员。

### 一 引言

法律多元主义指的是某个社会群体拥有不止一种规范其社会行为的有效法律。它是一种社会事实，是遍及社会生活方方面面的法律现象。<sup>〔1〕</sup> 有关法律多元主义的研究可谓如火如荼。无论是法社会学、法人类学、法律社会研究，还是法哲学抑或比较法，无不关注这一主题。<sup>〔2〕</sup> 这一领域非常重要的学者莎利·恩格尔·梅丽(Sally Engle Merry)指出，“法律多元主义是将法律/社会关系再概念化的一个核心主题。”<sup>〔3〕</sup> 另一位学者回顾近年来的研究时认为，“法律多元主义已成为国际法和比较法学界的

〔1〕 See John Griffiths, What is Legal Pluralism?, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 38 (1986).

〔2〕 参见张钧：《法律多元理论及其在中国的新发展》，《法学评论》2010年第4期，第3页。

〔3〕 Sally Engle Merry, Legal Pluralism, 22 *Law & Society Review* 869, 869 (1988).

标配”。〔4〕有关法律多元主义的讨论,涵盖了法律多元现象的成因、历史流变以及现实影响等诸多方面。在非常繁荣的研究背后,却鲜有学者对法律多元主义这个概念本身展开考察,人们仿佛认为它无可争议、理所当然。〔5〕但它其实自诞生起就包含着内在矛盾。比如,梅丽指出,法律多元主义就是“通过宽泛地界定法律体系来涵盖国家所支持的法院和法官体系,以及非法律的规范秩序形态”。〔6〕一个显而易见的问题是,“法律体系”为何会包含“非法律的规范秩序形态”?

这个问题很少得到关注,是因为有关法律多元现象的研究主要以社会学和人类学进路为主,重在描述现实中真正发挥作用的社会规范,而界定法律主要是法学家的的工作。但随着法律多元主义研究的日渐成熟,这一领域的重要学者开始关注法律多元主义概念本身,并发现了它所包含的内在矛盾:一方面,法律不止是国家法,还包括其他社会规范;另一方面,法律与其他社会规范的界限不明,导致法律概念过于宽泛。如梅丽所言,法律多元主义学者仿佛就是在描述生活本身,而非法律。〔7〕

面对这一困境,在已有研究中呈现出两种应对态度。一种观点认为,既然“法律”可以包含国家立法之外的社会秩序,我们为什么一定要坚持“法律多元主义”这个概念,而非使用“规范/规则多元主义”这一能够避免误解的表述呢?〔8〕或者说我们其实没有必要区分法律和其他社会规范,因为法律在根本上是无法界定的。〔9〕

另一种观点认为,我们有必要区分法律与其他社会规范。首先,法律和社会规范并非一一对应。其次,人们对待法律和其他社会规范秩序的态度和情感有很大差异。法律更能体现共同体成员对特定行为的评价性态度。比如,哈特指出,奠定法律有效性基础的承认规则不仅意味着群体内成员具有某种一致性行为,而且意味着成员对该行为具有反思性批判态度。〔10〕这表明法律具有其他社会规范秩序并不具备的特征。

本文将会指出,强调区分法律与其他社会规范的学者们虽然提出了不同方案,但始终没能提出清晰的界定标准。这使得他们的法律多元主义学说由于难以界定“法律”概念而陷入困境。围绕这一困境,本文将讨论如下问题:具有代表性的法律多元主义理论如何呈现出概念困境?该困境的成因是什么?这个概念困境的存在又对法律多元主义理论乃至一般法理学有何影响?

## 二 法律多元主义的概念困境

### (一)何为法律多元主义

法律多元主义这个概念是相对晚近的事物。它最早出现在20世纪60年代,在70年

〔4〕 Catherine Valcke, Three Perils of Legal Pluralism, in S. P. Donlan & L. H. Urscheler eds., *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Scientific Perspectives*, Ashgate, 2015, p. 123.

〔5〕 See Brian Tamanaha, The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism, 20 *Journal of Law and Society* 192, 192 (1993).

〔6〕 Sally Engle Merry, Legal Pluralism, 22 *Law & Society Review* 869, 869 (1988).

〔7〕 See Sally Engle Merry, Legal Pluralism, 22 *Law & Society Review* 869, 878 (1988).

〔8〕 参见彭小龙:《规范多元的法治协同:基于构成性视角的观察》,《中国法学》2021年第5期,第161页。

〔9〕 See Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization, and Emancipation*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2020, p. 70.

〔10〕 See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2012, pp. 101–102.

代和 80 年代逐渐成为社会科学的重要研究对象。这个词的出现,催生了许多我们现在习以为常却在当时颇为新颖的概念,比如原住民法、民族法以及民间法等等。<sup>[11]</sup> 这些“衍生”自法律多元主义的概念具有不同程度的含混性,因为后者本身是一个看似清晰实则含混的概念。首先,法律是一个意义模糊甚至本质可争议的概念。如哈特所言,“法律是什么”是长久以来困扰法学家的一个问题。他所开创的现代法理学传统,特别是分析法理学进路,在相当程度上就是对法律概念的探究,但迄今并不存在令人满意的共识。其次,多元主义这个概念的无所不包加剧了这种含混性。多元指的就是“不止一个”,它可以指代任何两个或两个以上的事物,可以运用于任何层面。比如,我们可以用法律多元主义指代一个共同体中传统习俗与国家法的互动,也可以用它说明一个国家内国家法和民间法的关系,还可以用它表述国际公约和国内法之间的复杂关系。最后,不同学者基于各自学科背景与理论资源对此概念的运用,使得它的含义更加含混。

但概念的含混并不影响从整体上把握法律多元主义。因为人们在使用概念时虽然有诸多分歧,但支持法律多元主义立场的学者无疑都具有同样的理论前提共识,即反对国家法一元论或法律中心主义。这种一元论认为,法律完全由国家垄断,一个国家内的法律构成一个层级分明的严密体系。约翰·格里菲斯(John Griffiths)如此概括该立场:

法律是且应是国家法,对所有人来说都是一致的……法律是一种由规范命题构成的排他性的、体系化的和统一的层级命令,可以被自上而下地理解为源自主权者的命令(博丹、霍布斯、奥斯丁),也可以被自下而上地理解为它的效力演绎自总是更具一般性的规范,直到我们回溯至某种终极规范(群)(凯尔森、哈特)。<sup>[12]</sup>

借由格里菲斯的归纳,不难看到国家法一元论与一般法理学的相关主张类似。比如,拉兹在其得到广泛接受的有关法律体系的定义中指出,“只有当一个制度化的体系在某些方面是一个社会中能够存在的最为重要的制度化体系时,我们才将之视为法律体系。”<sup>[13]</sup> 一个法律体系就是“一个在特定社会中主张具有最高权威的指引和裁判体系,并因此在它具有实效的地方,也享有这种实际的权威”。<sup>[14]</sup> 这种紧密关系为当下一般法理学研究从法律多元主义概念困境中吸取经验教训埋下了伏笔。

法律多元主义研究大体上历经了三代学者的发展。第一代学者活跃于 20 世纪 80 年代之前,以马林诺夫斯基、埃利希、格兰特、波斯皮西尔、穆尔为代表,主要关注原始社会或殖民地以及后殖民地法律秩序的研究。这些学者并没有明确关注“法律多元主义”这个概念,但他们讨论的原住民法与国家法的互动以及法律移植等主题,无疑属于该领域的核心议题。第二代学者活跃于 20 世纪 80 年代至 90 年代,以格里菲斯和梅丽为代表,侧重

[11] See Marc Galanter, Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law, 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1, 1 (1981).

[12] John Griffiths, What is Legal Pluralism?, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 3 (1986).

[13] Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, p. 116.

[14] Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, p. 43.

于发达资本主义社会中法律体系的多元主义特征。第三代学者活跃于 20 世纪 90 年代至今,以托伊布纳、桑托斯、保罗·伯曼以及拉夫·迈克尔斯为代表,关注全球化背景下法律的碎片化或法律在不同时空层次与社会结构中的呈现样态。

在法律多元主义研究几十年的发展中,许多学者试图将社会科学的研究发现同一般法理学的问题意识和既有观点联系起来。他们认为有关不同法律样态的社会学、人类学研究,可以为法理学中“法律是什么”这个问题提供更好的回答。<sup>[15]</sup>正是在这一理论努力中,法律多元主义概念成为这些学者需要处理的问题。

## (二) 法律多元主义的概念困境

大体来看,法律多元主义隶属于社会科学中社会法律研究阵营。在法律多元主义研究兴起之前,社会法律研究主要关注社会与法律作为两种不同实体的因果互动。<sup>[16]</sup>法律多元主义则突破了这一框架,认为法律与社会不是两种不同的实体,而是在同一场域空间内彼此相互影响的两种秩序。因此,法律多元主义者关注的核心问题是,一个社会如何在没有国家的条件下维持基本秩序,抑或不具有西方法律特征的社会规范,如何能够发挥法律作用或被承认为法律。

马林诺夫斯基有关原始社会规范秩序的研究以及埃利希有关“活法”的研究,皆属此列。马林诺夫斯基指出,法律规则之所以不同于其他规则,是因为它们被视为一个人的义务以及另一个人提出的正当主张。法律并不存在于“中央权威、法典、法院和警察”手中,而是存在于“一系列彼此相连的义务中,存在于它们构成相互服务的锁链,一种长期的、涉及广泛利益与活动的给予和索取的体系之中”。<sup>[17]</sup>埃利希也指出“活法就是没有(被立法者或法院)在法律命题中设立,但却支配生活本身的法律”。<sup>[18]</sup>

这种对于法律更为宽泛的界定,无疑推动了整个法律多元主义研究。但一些学者逐渐发现这不无问题。比如,穆尔指出,“马林诺夫斯基提出的法律观念是如此宽泛,以至于实际上它与一切社会关系的义务属性难以区分。”<sup>[19]</sup>西蒙·罗伯茨认为,“尽管马林诺夫斯基这里使用的术语是‘法律’,但他似乎在太过宽泛的意义上使用它,以至于包含了一切形态的社会控制。”<sup>[20]</sup>伊安·沙佩拉指出,“除了个别例外……法学家和社会学家不愿接受他宽泛的法律观念。”<sup>[21]</sup>

这种反思不只针对马林诺夫斯基。许多法律多元主义者都提出了类似的担忧。格里菲斯指出,“若想构成描述性法律多元主义理论的充分基础,就需要补充有关‘法律’的观念。”<sup>[22]</sup>马克·格兰特也坦言自己的民间法概念无法与一系列制度背景中具体的社会

[15] See Cormac Mac Amhlaigh, Does Legal Theory Have a Pluralism Problem?, in Paul Schiff Berman ed., *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, pp. 267–299.

[16] See Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001, pp. 2, 11–56.

[17] Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Littlefield Adams, 1985, pp. 14, 76.

[18] Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Routledge, 2002, p. 493.

[19] Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Routledge & Kegan Paul Books, 1978, p. 220.

[20] Simon Roberts, Law and the Study of Social Control in Small-Scale Societies, 39 *Modern Law Review* 663, 674 (1976).

[21] Ian Schapera, Malinowski's Theories of Law, in Raymond Firth ed., *Man and Culture: An Evaluation of the Work of Malinowski*, Routledge, 1957, p. 151.

[22] John Griffiths, What Is Legal Pluralism?, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 37 (1986).

秩序模式相区分。<sup>[23]</sup> 梅丽非常著名地质疑,如果法律多元主义按照这种方式界定法律,那么在何时我们不再谈论法律而是发现自己完全在描述社会生活?<sup>[24]</sup> 在梅丽发出此叹的十年后,伍德曼在回顾法律多元主义理论争议时指出,法律多元主义者无法在法律与非法律的社会规范秩序之间作出明确区分。<sup>[25]</sup> 几乎同时,托伊布纳也认为,一个非常古老的问题就是如何将非国家法同道德、社会以及习惯性规范区分开。<sup>[26]</sup> 有关这个问题的思考一直延续到今天。桑托斯认为,“法律场域是诸多在地方、民族国家以及全球时空范围内运作的不同合法性的聚合,这使得界定它们界限的工作越来越困难。”<sup>[27]</sup>

由此可见,法律多元主义的概念困境也即如何界定法律抑或如何区分社会规范中法律与非法律部分,是困扰许多法律多元主义研究者的难题。为了走出这一困境,许多学者以不同方式重新界定法律多元主义的意涵,这些理论努力虽然不乏成效却都难以令人满意。其中颇具代表性的是第二代学者中的格里菲斯,以及第三代学者中的托伊布纳和桑托斯。

### 三 走出概念困境的理论尝试

#### (一) 格里菲斯的方案

格里菲斯发表于1986年的《什么是法律多元主义?》一文,使得法律多元主义概念风靡学界,并成为该领域中引用率最高的经典文献。如这篇文章题目所示,格里菲斯的论述重心是界定法律多元主义概念。在他看来,当时已有的法律多元主义概念往往混淆了两种情形:一种情形是弱立场的法律多元主义,指的是一个社会中虽然存在不同于国家法的法律形态,但这些非国家法的存在取决于得到国家权威的承认;另一种情形是强立场的法律多元主义,指的是一个社会中国家法和非国家法并存,且后者并不依赖国家的承认而存在。梅丽将这两种立场分别称为古典法律多元主义立场和新法律多元主义立场。

格里菲斯认为,弱立场并非真正的法律多元主义,因为它依旧预设了国家法一元论。当时既有的法律多元主义研究中,许多法学家的著作都围绕弱立场展开,因此误解了法律多元主义。他想要界定的是强立场的法律多元主义,试图提出一种能够识别国家法,也能够识别出不依赖国家承认的非国家法的判准。<sup>[28]</sup> 他为此依次考察了当时颇有影响力的几种学说,最后选择穆尔的“半自治社会域”作为自己的理论基础。半自治社会域指的是一个内部能够生成规则、习俗以及符号,但同时也受到隶属于外部更大环境的规则与决定

[23] See Marc Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1, 17-18 (1981).

[24] See Sally Engle Merry, *Legal Pluralism*, 22 *Law & Society Review* 869, 878 (1988).

[25] See Gordon Woodman, *Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism*, 42 *Journal of Legal Pluralism* 21, 21 (1998).

[26] See Gunther Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in Tuori, Bankowski & Uusitalo eds., *Law and Power*, Deborah Charles, 1997, p. 126.

[27] Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization, and Emancipation*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2020, p. 99.

[28] See John Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 8 (1986).

影响的社会场域。格里菲斯认为这个学说捕捉住社会场域内各种规范相互影响的状态:国家法并不是直接对个人产生影响,而是透过重重社会规范的中介才抵达个体,在社会规范构成的语境下发挥作用。这是穆尔之前的学说所忽略的。不过,在格里菲斯看来,穆尔的观点也有局限性,这就是她还是回到了国家法一元论的立场,认为半自治社会域中的法律只是由立法者制定的规范。格里菲斯指出,抛开这种国家法立场,完全可以将法律界定为半自治社会域中的自我规制。法律多元主义相应地也就是指各种各样的半自治社会域中源自自我规制的种种规范秩序。<sup>[29]</sup>

格里菲斯的观点至今仍极具影响力,但却暴露出我们所分析的问题:它有助于识别国家法之外的法律形态,却无法将法律与其他社会规范秩序区分开。如果我们按照格里菲斯的观点将社会场域内生成的任何规范都视为法律,那么,一场体育赛事的比赛规则、医院病房的探视规则等等,都属于法律。这显然导致了涵盖过度问题。同时,也并非所有法律都具有自我规制或社会控制属性。他的理论又出现了涵盖不足的问题。<sup>[30]</sup>

格里菲斯其实是误用了穆尔的理论。穆尔有意不将半自治社会域中的所有规范秩序都称为法律。<sup>[31]</sup>他在回顾法律人类学研究时隐晦地批评了格里菲斯,认为应当放弃将法律多元主义等同于各种各样社会控制形态的观点。<sup>[32]</sup>格里菲斯也逐渐认识到自己理论的内在困难。后来,他认为法律概念是不可界定的,因此应当放弃“法律多元主义”,转而使用规范多元主义或多元主义社会控制等概念。<sup>[33]</sup>至此,格里菲斯的方案彻底失败了。

这一方案之所以失败,是因为它罹患涵盖过度 and 涵盖不足的缺陷,导致我们一方面将不该被视为法律的社会规范视为法律,另一方面又没有将一些该被视为法律的社会规范视为法律。出现这种缺陷的根源在于格里菲斯的本质主义立场。他将社会控制功能视为法律的本质属性,并据此构建法律理论。这使得他在意识到法律发挥自我规制或社会控制的功能时,却忽略了功能等价物或功能替代物的存在——同一种功能可以由不同事物来实现。法律无疑发挥着规制功能,但一些同样发挥该功能的社会规范作为法律的功能等价物,并不必然属于法律。同时,这种本质主义使得格里菲斯忽略了法律的其他功能。他只是通过自我规制或社会控制这个功能来界定法律,忽略了社会生活中法律的多样性。

## (二)托伊布纳的方案

不同于格里菲斯,托伊布纳和桑托斯属于法律多元主义的第三代学者,因为他们都关

[29] See John Griffiths, What Is Legal Pluralism?, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, 39 (1986).

[30] See Brian Tamanaha, *Legal Pluralism Explained*, Oxford University Press, 2021, pp. 197–201.

[31] See Brian Tamanaha, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, 30 *Sydney Law Review* 375, 394 (2008).

[32] See Sally Falk Moore, Centuries Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949–1999, in Sally Falk Moore ed., *Law and Anthropology: A Reader*, Wiley-Blackwell, 2004, p. 357.

[33] See John Griffiths, The Ideal of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology, in Michael Freeman ed., *Law and Sociology*, Oxford University Press, 2006, pp. 63–64.

注全球化背景下的法律多元主义。其实近年来在这一主题上颇有贡献的学者还包括保罗·伯曼和拉尔夫·迈克尔斯。但前者并不关心法律概念的问题,认为法律无需界定;<sup>[34]</sup>后者虽然倡导关系性法概念,认为某种社会规范要成为法律要得到其他法律秩序的承认,<sup>[35]</sup>但更关注不同国家或规范秩序之间冲突的解决。<sup>[36]</sup>可以说他们都不强调对法律和其他社会规范的区分,因此本文不予讨论。

回到托伊布纳和桑托斯,将他们视为全球化背景下的法律多元主义者,这一标签虽然会得到他们本人认可,却在法律多元主义领域内部存在争议。这主要体现在两个方面。一方面如威廉·推宁(William Twining)所言,全球化(globalization)是一个不合适的概念。任何社会现象都只是特定区域范围内的现象,它可能在非常广泛的区域中出现,却不足以具有全球普遍性。<sup>[37]</sup>另一方面,如塔玛纳哈所说,我们需要区分法律现象的多样(diversity)与多元(plurality)。在全球层面,人类社会中毫无疑问存在着形态各异的法律体系与制度,各国的制定法与司法实践彼此不同,但这只是法律现象的多样性。它指的是截然不同的法律体系与文化,比如,大陆法系与普通法系并不构成法律多元而只构成法律多样。法律多元则指的是大致相同的事物之间存在诸多差异和变奏,比如,欧盟各成员国处理国内法与欧盟法之间关系的方式虽然不尽相同,但它们都共享着大陆法系传统这一基本框架。从这个角度来说,全球法律多元主义这个概念并无必要。但由于它在过去 30 年间极具影响力,我们不妨暂且使用这个概念。

托伊布纳同样认为法律多元主义的一个根本理论困难在于如何界定法律。他指出,“探究将社会规范与法律规范区分开的标准,已经被证明是没有希望的”;<sup>[38]</sup>“研究下述两个事物迷失了方向:(1)在新法律多元主义中什么是‘法律’,以及(2)社会与法律相互关系的确切概念是什么”。<sup>[39]</sup>他希望借助系统论来解决法律多元主义的概念困境。基于这个考虑,托伊布纳将法律视为一种独立界定自己边界的自组织过程:法律多元主义不再被界定为给定社会场域内的一系列彼此冲突的社会规范,而是彼此不同的沟通过程所构成的多重性,这些过程依据合法/非法符码来观察社会行动。<sup>[40]</sup>

简单说,托伊布纳认为法律就是在日常生活言语交流中被我们称为“合法或非法”的事物。这显然与格里菲斯倚重的本质主义不同,是一种过程或关系主义视角。托伊布纳认为格里菲斯对法律功能的理解太过单一。他批评道,法律多元主义为什么仅仅应当通

[34] See Paul Schiff Berman, *The New Legal Pluralism*, 5 *Annual Review of Law and Social Science* 225, 228 (2009).

[35] See Ralf Michaels, *Law and Recognition - Towards a Relational Concept of Law*, in Nicole Roughan, Andrew Halpin eds., *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017, pp. 90 - 116.

[36] See Ralf Michaels, *Global Legal Pluralism and Conflicts of Laws*, in Paul Schiff Berman ed., *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, p. 629.

[37] See William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009, p. 18.

[38] Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in Gunther Teubner ed., *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997, p. 11.

[39] Gunther Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in K. Tuori, Z. Bankowski & J. Uusitalo eds., *Law and Power*, Deborah Charles, 1997, p. 126.

[40] See Gunther Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, K. Tuori, Z. Bankowski & J. Uusitalo eds., *Law and Power*, Deborah Charles, 1997, p. 128.

过社会控制这个功能而非冲突解决这个功能得到界定呢?为什么协调行为、权力累积抑或私人规制这些功能无法被用来界定法律多元主义?<sup>[41]</sup>相较于格里菲斯对法律多元主义的界定,托伊布纳的观点不仅提供了界定法律的新标准,而且避免了根据单一功能界定法律的狭隘。但问题在于,托伊布纳的定义依旧存在困难。以塔玛纳哈所举的一个例子来阐明这一点。<sup>[42]</sup>

比如,有两个人在讨论股票的内部交易:

甲:明天收购消息公布后,这只股票股价会翻倍,我们现在买入可以狠狠赚一笔。

乙:没错,我们是可赚一笔,但这是违法的。

甲:当然这是违法的,但我们被抓到的风险很小。

乙:虽然风险很小,但违法是不对的,这种行为不道德。

我们可以根据托伊布纳的定义来分析内部交易是否属于法律规制的行为。甲的第一次发言纯粹将内部交易视为一种经济活动,第二次发言先将该行为界定为法律范畴,但又将该行为归属为经济活动。乙的第一次发言认为内部交易隶属法律范畴,第二次发言认为它隶属道德范畴。在这个十分简短的对话中,甲和乙似乎从法律、道德、经济三个角度界定了该行为,且对该行为的属性始终没有达成共识。塔玛纳哈因此认为,托伊布纳的理论解释力有限。<sup>[43]</sup>

这个批评虽然有道理,但却没有把握住问题的根源。托伊布纳学说的真正问题在于两个方面。首先,该例表明我们并没有根据同一套符码来看待同一个事物;其次,这体现出托伊布纳的学说至少无法在法律、道德和经济范畴之间划定清晰界限。这表明依据托伊布纳的立场,我们无法确定一种行为是否属于法律调整的行为,进而也就无法清晰区分法律和其他社会规范。建立在这个基础上的法律多元主义学说,自然也无法令人满意。

### (三) 桑托斯的方案

桑托斯认为法律多元主义是后现代法律学说的核心概念,“我们的法律生活由一系列彼此不同的法律秩序交织互动构成,也即由交互合法性构成”。<sup>[44]</sup>如果说托伊布纳从语言角度界定法律而没有关注影响法律的物质性力量,<sup>[45]</sup>桑托斯对法律的界定则尤为关注这些因素。他认为法律是“特定群体中一套被认为可以在法庭得到裁决的规制性程序和规范性标准,会引发和终止纠纷,并通过与暴力威胁相耦合的论证性话语来

[41] See Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in Gunther Teubner ed., *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997, p. 13.

[42] 这个例子改编自 Brian Tamanaha, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, 27 *Journal of Law and Society* 296, 309 (2000)。

[43] See Brian Tamanaha, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, 27 *Journal of Law and Society* 296, 310 (2000)。

[44] Boaventura de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading, Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 *Journal of Law and Society* 279, 297 (1987)。

[45] See Brian Tamanaha, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, 27 *Journal of Law and Society* 296, 310 (2000)。



解决纠纷”<sup>[46]</sup>

桑托斯识别出包含在世界体系中的六种社会关系结构丛,这些结构丛之间的相互影响构成了全球范围内法律形态的多元化。这六种结构分别为(1)家事法,即与家庭关系有关的规则、规范性标准以及纠纷解决机制;(2)生产法,即工厂、公司的法律,与日常生活中工薪劳工关系相关的规制与规范性标准;(3)交换法,即市场法则、贸易习惯、约束生产者之间以及生产者和消费者之间的规则与规范性标准;(4)共同体法,即共同体内处于支配地位或服从地位的群体所诉诸的规则;(5)领域或国家法,即现代社会中最重要的法律规则;(6)体系法,即民族国家之中以及国家间一切关系的总体规则和规范性标准。<sup>[47]</sup>

在这个意义上,桑托斯实际上是将社会世界“司法化”了,他识别出来的六种社会关系结构丛几乎涵盖了社会生活的方方面面,法律因此无法与其他社会秩序相区别。隐含在这一思路背后的,是桑托斯的一种本质主义法律观:将法律的某种单一功能视为法律的本质属性,进而围绕此属性构建法律理论。这就会走入和格里菲斯一样的困境。因此,塔玛纳哈认为桑托斯的上述观点与格里菲斯的几乎别无二致:两者都具有本质主义取向,只是桑托斯更强调法律是制度化的规范实施(程序),而格里菲斯则强调法律是社会规范秩序本身。<sup>[48]</sup>

桑托斯自己也意识到了这个问题。他通过理论修补淡化了自己的本质主义立场。他在自己有关法律的定义中补充了三种结构性要素。第一种是修辞性要素,即法律程序可以被视为一种语言沟通。第二种是科层制要素,即法律中的制度性结构,包括规制性程序和规范性标准以及法院和立法机构发挥作用的方式。第三种是暴力性要素,即国家实施法律、规制行为的手段。<sup>[49]</sup>现代法律是各种各样法律制度与结构的复合体。法律部类不同,其中占据主导地位的因素也不同。比如,刑法中暴力性要素占据主导地位,但行政法中是科层制要素优先,家事法中则又是修辞性要素更为重要。

同时,桑托斯还补充了考察这三种要素之间关系的框架。他认为,在不同社会情境中这三种要素之间大体上存在着三种关系:第一种关系是共变,指的是在不同法律领域中这些结构性要素之间的变量关系。比如,在国际法中,科层制要素和暴力性要素程度较低,但修辞性要素较高;在国内法中,科层制要素和暴力性要素程度较高,修辞性要素较低。第二种关系是地缘政治联合,指的是在特定法律领域中这三种结构性要素的内在分配。这些要素的不同分配形式产生出不同的支配类型,有些支配类型侧重于说服,但有些则侧

[46] Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization, and Emancipation*, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge University Press, 2020, p. 107. 桑托斯的这一定义最早在本书第一版提出,两者并没有差别,参见 Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Cambridge University Press, 1995, p. 429.

[47] See Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Cambridge University Press, 1995, pp. 429 – 436.

[48] See Brian Tamanaha, A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism, 27 *Journal of Law and Society* 296, 302 (2000).

[49] See Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization, and Emancipation*, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge University Press, 2020, p. 107.

重于暴力强制。第三种关系是结构性互嵌,指的是这三种要素如何相互关联与再生产。<sup>[50]</sup> 比如,桑托斯认为在历史早期,人类的知识和文化都是口耳相传的,修辞性要素在法律以及各种知识中占据支配性地位;但随着文字的出现,修辞性要素的重要性在不断降低,科层制要素开始发挥越来越重要的作用。

通过以上复杂的分析框架,桑托斯认为自己克服了本质主义的不足:法律不是由单一功能界定,而是取决于不同要素的排列组合。这同样体现出一种关系主义的色彩。但问题的关键在于,桑托斯依旧没有为区分法律和其他社会规范秩序提供明确的标准。他将一切社会规范秩序都视为法律。在某种意义上,这是桑托斯有意为之的,因为他认为面对全球化时代复杂的法律样态,需要足够宽泛的概念来理解它们。但这显然与桑托斯自己的理论初衷不符。它似乎颇为反讽地表明,桑托斯经过几十年的理论努力,最终结论是法律由于无所不在而无法甚至没必要加以界定。

主张放弃界定法律或采纳“规范多元主义”概念的学者恰恰是这么认为的。他们认为无论法律多元主义还是规范多元主义都不过是对特定研究领域的概称,关注的是不同规范之间的互动关系,纠结法律的概念实在没有必要。对此本文有两点回应。首先,如引言所说,有关法律多元主义概念的去留问题,的确存在不同的研究路径,主张放弃界定法律的学者有之,但也有持续关注这一问题的学者。这体现出不同的研究偏好。其次,从理论层面看,这种认为法律不可界定甚至无需界定的观点与格里菲斯、托伊布纳以及桑托斯的学说的困境具有相同原因或前提:它们都认为界定法律就意味着提出有关法律的普遍必然主张。但这个前提其实是无法得到辩护的。

#### 四 法律多元主义概念困境的成因

通览以上三种代表性学说,它们都坚持从事界定法律的理论工作,但却都无法清晰地法律与其他社会规范加以区分。这个概念困境成为这些学说的共同特征。塔玛纳哈指出,每种有关法律和法律多元主义的理论解释,都会因无法将法律同其他社会规范秩序分开而遭遇失败。对此,他进行了颇具影响力的探索。他认为,法律概念之所以难以界定,其根源在于大部分学者都采纳了本质主义的思路。<sup>[51]</sup> 这种思路会导致理论家对法律的定义涵盖过度或涵盖不足。

但通过本文对三种代表性学说的简要评述,我们会发现塔玛纳哈的分析并不十分准确。格里菲斯的学说无疑是一种本质主义进路。桑托斯的早期学说也有这一特征,但随着他对自己理论的修正,本质主义色彩大大减弱。此外,托伊布纳的理论通过语言符码来定义法律,显然并非本质主义立场。可是它们都面临着概念困境,无法有效区分法律和其他社会规范秩序。这意味着法律多元主义概念难以界定的根源并非如塔玛纳哈所说源自

[50] See Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization, and Emancipation*, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge University Press, 2020, pp. 109 – 111.

[51] See Brian Tamanaha, *Legal Pluralism Explained*, Oxford University Press, 2021, pp. 200 – 202.

理论家的本质主义立场,那么,这种困境的成因是什么?

这就涉及到如何理解“概念”这种理论工具。法学家不直接从事法律实践,而是通过各种各样的概念来理解法律、社会以及我们自身。法学家将概念理解为真实社会生活的一种表征,借助对概念的理解,我们能够把握其所指代的社会事实。在这个意义上,哈特强调:“对语词敏锐的意识使得我们对现象的感知变得敏锐。”<sup>[52]</sup>拉兹也认为,借助对法律概念的理解,我们能够实现对自身更好的理解,因为概念是哲学创制,是世界和指代世界的语词之间的中介。我们谈论法律的概念,实际上是谈论我们的法律概念。<sup>[53]</sup>这意味着我们对概念的理解总是从自己的经验出发。如果对任何概念的理解都是依据自己的经验,那么对法律的界定同样也是如此。各种各样界定法律概念和法律多元现象的学说,就可以被视为基于我们个人经验的理论抽象。经验是个人的,理论则往往要求提出具有普遍性的主张。此时难以避免的问题是,将个人化的经验加以理论抽象后,无法具有普遍性。

这一观点也符合语言哲学的基本立场。语言哲学的核心问题是有关意义以及指称的确定,它大致可以被分为两种对立的立场。一种是弗雷格为代表的立场,认为概念的涵义(我们在心灵中对概念的理解)决定了概念的指称(概念与外在世界对象之间的关联)。比如对于同一个金星,在早上我们称为“晨星”,在晚上我们称为“暮星”。我们对于“晨星”“暮星”的理解就是源自经验。另一种是后期维特根斯坦为代表的立场,认为我们对概念的使用(概念的外延)决定了概念的意义,我们日常生活中对于语言的使用是一种语言游戏,我们在社会交往中习得了概念的用法,进而确定了概念的意义。这两种立场虽然观点不同,但都将意义同经验联系起来,以经验主义为底色。如果我们对任何概念的理解都是依据自己的经验,那么我们对法律或法律多元主义的界定,同样也是如此。各种各样界定法律概念和法律多元现象的学说,就可以被视为基于我们个人经验的一种理论抽象。经验是个人的,理论则往往要求提出具有普遍性的主张。此时难以避免的一个问题就是,将个人化的经验加以理论抽象后,无法具有普遍性。

这种个殊性与普遍性的矛盾或不匹配,植根于“法律”是一种民间概念而非严格的学术概念这一事实。学术概念服务于学者的研究活动,其含义来自学者的界定,往往是单义且精确的,比如物理学中有关“力”的界定,又如几何学中对于“圆”的定义。但民间概念则并非如此。民间概念是我们日常生活中使用的自然语言中的概念,它生成于各种各样不同的历史与现实语境。我们可以大致知晓一个民间概念的意义,但却无法用精确的语言来界定它。比如,我们可以精确地界定什么是“重力”,但却无法精确地界定什么是“道德”。不过虽然无法精确界定“道德”,却并不妨碍我们在日常生活中遵循道德或讨论与道德相关的行为与现象。从这个角度来说,“法律”这个概念同样也是如此。我们在日常生活中时时会遇到它,却无法令所有人满意地精确定义它。这便是造成各种各样法律概

[52] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2012, p. vi.

[53] See Joseph Raz, Can There Be A Theory of Law? in M. P. Golding & W. A. Edmundson eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2005, pp. 324, 331.

念和法律多元主义理论难以令人满意的根源。只要我们提出一种法律理论,就会发现这样的尴尬:一些我们认为应当属于法律的社会规范,根据该理论不属于法律;另一些我们认为不属于法律的社会规范,根据该理论却属于法律。这种困境可以说内在于理论研究,只要我们提出一种界定法律的理论就无法避免这一问题。

格里菲斯、托伊布纳等学者并没有注意到“法律”是一种民间概念,仍旧希望像界定学术概念一样为之提出普遍和必然的主张。这显然是缘木求鱼。主张放弃法律概念的学者,虽然与之立场相反,其实也认同界定法律就是提出有关法律的普遍必然主张。只不过他们比较悲观,认为既然提出普遍必然主张是不可能的,界定法律也就是不可能或不必要的。但是问题的关键在于,界定法律等同于提出有关法律的普遍必然主张吗?

如果我们认同法律是一个民间概念,就会发现答案并不是在坚持或放弃法律概念中二选一,而是有第三条道路备选。这条折衷道路就是不奢求在界定法律时提出有关法律的普遍必然主张,而是更为务实地关注社会成员在日常生活中将哪些规范视为法律,从人们对法律的使用来界定法律。这是一种反本质主义的立场,强调法律不是某种具有本质必然属性的事物,而是我们通过言语、态度、行为等交往实践建构的事物。并不存在单一的法概念,也不存在有关法律的普遍必然主张,只有各种各样的法概念以及基于使用者自身视角的法概念。这一结论不仅影响了法律多元主义理论,而且影响了一般法理学。

## 五 法律多元主义概念困境的理论影响

法律多元主义概念困境主要体现为,许多坚持界定法律或法律多元主义的学者无法清晰区分法律与其他社会规范。这个理论困境源自法律概念本身是一种“民间概念”,其意义取决于人们日常生活使用或看待法律这种现象的方式。不同的群体使用或看待法律的方式不同,对法律的理解自然也千差万别。并不存在单一的法概念,也不存在有关法律的普遍必然主张,只有各种各样的法概念以及基于使用者视角的法概念。

对于试图综合法律多元主义研究与法理学的学者来说,这就带来了双重理论影响。首先,我们如何看待法律多元主义的概念困境?是否需要像一些学者所说放弃对法律的界定?其次,如何理解当代一般法理学特别是分析法学强调从法律的本质必然属性出发界定法律的观点?

### (一) 对法律多元主义研究的反思

有关法律多元主义概念的研究,一直以来存在着放弃和坚持界定法律概念这两种观点。放弃界定法律概念的观点认为“法律多元主义”这个概念也可以被替换为“规则/规范多元主义”,没必要区分法律和其他社会规范的界限。但坚持界定法律概念的观点认为“法律多元主义”概念具有实质意涵,法律并不完全等同于社会规范。此时会有如下两难:如果坚持界定法律,如前所述,任何一种法律理论都难以令人满意;如果放弃界定法律,将法律等同于其他社会规范,其实是错失了法律的独特性。将法律视为民间概念有助

于我们摆脱这个困境。

首先,法律是民间概念,我们就没必要提出有关法律的普遍必然主张。<sup>[54]</sup> 这是因为法律和法律多元主义是一种事实,任何一种详尽明确的定义都是对我们有关法律和法律多元主义直觉经验的理论抽象,都是不完美的。无论将法律界定为半自治社会域中的规范(格里菲斯)、社会交往中以“合法/非法”为符码的话语(托伊布纳),还是规制性程序或标准(桑托斯),我们在现实生活中都会找到这些理论的反例。法律是一种民间概念。这就要求我们不是提出抽象的法律定义,而是描述特定社会中法律的具体形态与内容。这种对于法律概念的研究,不是理论抽象,而是对人们有关法律的态度和行为的“转述”或“报告”。并不会出现导致法律和其他社会规范无法区分的问题。

其次,法律是民间概念,我们就没有必要放弃界定法律。我们可以将法律理解为一个社会中被其成员贴上“法律”标签的事物,也即通过人们使用、言说、看待法律的方式来理解法律。这是一种实用主义思路,强调实践后果分析法,主张概念的意义取决于它给我们行动带来的后果。<sup>[55]</sup> 这也是一种建构主义思路,强调人的目的性活动对法律的塑造。如约翰·塞尔所说,我们在探究法律现象时,需要寻找到一个特定社会中具有“法律”地位并实现“法律”功能的事物。<sup>[56]</sup> 因此,法律是我们用来实现自身目的的一种手段。从法律对日常生活的影响以及我们赋予它的价值或功能来说,法律并非不可界定或无需界定。

简言之,我们在界定法律概念时,不是将法律还原或抽象为特定场域内的规范或具有某种符码的话语,而是通过经验观察,看特定社会中的成员给哪些事物贴上了法律这个“标签”。<sup>[57]</sup> 当然,这种重视法律具有民间概念特征的思路在实践操作中也会有一些困难。<sup>[58]</sup> 不过它却对我们的理论研究有一定启发。它使得我们在界定法律与法律多元主义时,关注重点从概念的属性转向了概念对于我们实际生活的影响或发挥的功能。这种理论特点也契合法律多元主义研究的宗旨,也即“无论我们谈论法律多元主义还是其他任何多元主义,都是表述我们想要考察的多重性的一种方式”。<sup>[59]</sup>

## (二)对一般法理学的启发

法律多元主义的概念困境源自法律是民间概念但我们却希望提出有关法律的普遍必然主张。当下分析法学范式主导下的一般法理学研究与之如出一辙。一般法理学是对法律本身展开的研究,建立在如下信念之上,即法律是一种可以在所有社会中发现的

[54] See Brian Tamanaha, *The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence*, 82 *The Modern Law Review* 159, 178 (2019).

[55] See Susan Haack, *The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theory*, 95 *Washington University Law Review* 1049, 1049-1082 (2018).

[56] See John Searle, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010, p. 99. 塞尔的构成性规则为:通过宣告任何满足条件 p 的 x, x 在 C 情境中都具有 Y 的地位且完成功能 F。

[57] See Brian Tamanaha, *Legal Pluralism Explained*, Oxford University Press, 2021, p. 175.

[58] See Brian Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 73-77.

[59] Brian Tamanaha, *The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence*, 82 *The Modern Law Review* 159, 179 (2019).

社会制度,呈现出系列相似的核心特征。奥斯丁认为,一般法理学指的是阐明法律体系所共有的原则、概念和差异的科学。哈特认为,一般法理学意味着它不依附于任何特殊法律体系或文化。他们倾向于认为,如果可以确定法律的本质必然属性,就可以确立一般法理学。

因此,分析法学家通过探究法律的本质必然属性来理解法律与法律的概念。拉兹指出,构建法理论就是构建有关法律性质的理论,而法律性质就是法律之为法律所必然具有的属性。<sup>[60]</sup> 科尔曼认为,“法理学的描述性工作就是识别我们法律概念的本质或必然特征”;<sup>[61]</sup> 迪克森认为,“只有必然为真的命题才能解释法律的属性”。<sup>[62]</sup> 通过探究法律的本质必然属性也即把握法律之为法律所必然具有的特征,分析法学家试图提出一种解释一切法律现象的法理论。这种思路与法律多元主义研究中坚持界定法律概念的学者非常类似,都将法律理论视为有关法律普遍且必然的主张。他们在界定法律时,预设了如下观点:(1)法律是一种单一的现象;并且能够通过(2)一系列本质必然属性得到界定;进而构成(3)有关法律的一般性理论。

但法律概念是一种民间概念。人们出于不同目的以不同方式使用法律,法律在社会生活中发挥着各种各样的功能,具有各种各样的形态。法律多元主义的研究成果表明,法律不可能是一种单一的现象。依据本文的分析,我们在界定法律时,不可能也不需要提出普遍且必然的主张。否则,就会导致涵盖过度的问题。最具代表性的一个例子,就是夏皮罗将一切法律现象都还原为社会规划。但这种界定并不成功。比如,他说:“美国高尔夫协会……就跨越了法律和非法律两个范畴……它在某种意义上像法律体系。”他甚至认为犯罪团伙的帮规也是法律:“如果犯罪组织呈现出解决复杂道德问题的样子,它也是符合条件的法律体系。”<sup>[63]</sup>

近年来,这一问题得到越来越多学者的关注。甚至拉兹都对从本质必然属性出发将法律视为单一现象的一般法理学理论有所保留。他指出:“现在看来,排他性地关注国家法,自始至终都没有道理,在今天尤甚。”<sup>[64]</sup> 近来两本著作的标题也体现了这一点。一本著作是《法律的诸种概念》,强调既不存在单一的法律概念,又不存在一系列可以界定法律概念的本质必然属性。<sup>[65]</sup> 另一部著作是《求索多元主义法学》,编者指出当下的法律理论研究是以国家法为主的研究,忽略了法律多元性。<sup>[66]</sup> 更能表明这一趋势的,就是以推宁、科特瑞尔和塔玛纳哈为代表的学者对一般法理学的重新阐发。他们认为

[60] See Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 17.

[61] Jules Coleman, Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis, 4 *Legal Theory* 381, 381-425 (1998).

[62] Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing Company, 2001, p. 18.

[63] Scott Shapiro, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 224, 424.

[64] Joseph Raz, Why the State?, in Nicole Roughan & Andrew Halpin eds., *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017, p. 161.

[65] See S. P. Donlan & L. H. Urschler eds., *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Scientific Perspectives*, Ashgate, 2015.

[66] See Nicole Roughan & Andrew Halpin eds., *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017.

一般法理学指的是横跨两个及以上的法律传统、文化、发展阶段与司法管辖权的法律理论研究。<sup>[67]</sup> 它所关注的是提出一种可以解释多种多样法律现象的理论框架,而非将这些多元法律现象还原为某种单一的本质必然属性。<sup>[68]</sup>

这种研究趋势的出现,说明一种综合法律多元主义研究与一般法理学理论的立场正在形成。在这个趋势下,许多学者就一般法理学的理论框架或方法提出了不同构想。比如,科特瑞尔认为法理学应当是一种不断打补丁的“百衲衣”,运用各种各样的研究视角和理论资源,服务于法官和律师的实践;推宁认为法理学是一个杂货铺,它涉及从各个方向理解法律现象,辐辏出一幅完整的图景;塔玛纳哈则认为法律实证主义的理论框架有潜力成为解释多元法律现象的基础等等。可以说,全新范式下一般法理学研究取得了丰富的成果。但与此同时,我们也应当牢记推宁有关一般法理学的总体判断:一般法理学作为一种理论工作是可能的,也是有价值的,但我们或许无法最终获得一种解释一切法律现象的理论。<sup>[69]</sup> 这呼应着我们在分析法律多元主义概念困境时所得出的结论。

## 六 结 论

法律多元主义研究是法理学、比较法、社会学、人类学等多学科交叉的领域。随着研究的深入,许多法律多元主义者不再满足于描述和分析现实世界多种多样的法律形态,而是开始关注法律与法律多元主义概念的界定。约翰·格里菲斯、桑托斯、托伊布纳为代表的学者试图提出一种理论框架,在清晰区分法律与其他社会规范的同时,又能够识别出国家法之外的多种法律类型。但他们的学说却未能实现这一理论目的。不少学者因此认为,我们应当放弃对法律以及法律多元主义概念的界定。

但本文通过分析格里菲斯、托伊布纳以及桑托斯的学说,指出法律多元主义概念困境的根源在于学者们界定法律时,试图提出有关法律的普遍必然主张,忽略了法律概念是一种民间概念。澄清法律多元主义概念困境及其成因具有重要的理论影响。首先,就法律多元主义研究而言,重视法律概念所具有的民间概念特征,可以在坚持和放弃界定法概念的选择中,采取折衷的“第三条道路”:强调法律概念是可界定的且是有必要界定的,但承认无法提出有关法律概念的普遍必然主张。其次,就一般法理学研究而言,重视法律概念所具有的民间概念特征,对当下分析法学范式主导的强调探究法律本质必然属性的研究提出了严肃质疑。这启发我们转变一般法理学的研究范式,吸收法律多元主义研究的经验与教训。

法律多元主义是一种事实。在我国日益走进世界中心的历史时刻,重新审思法律多元主义理论框架,在元理论层面剖析法律多元主义概念及理论的困境,对于我们深入把握世界法治的多元性、了解域外法治、运用涉外法律,无疑具有重要的理论和实践价值。

[67] See William Twining, *Jurist in Context: A Memoir*, Cambridge University Press, 2019, p. 244.

[68] See Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001, p. 1.

[69] See William Twining, *Jurist in Context: A Memoir*, Cambridge University Press, 2019, p. 245.

---

---

[ **Abstract** ] Legal pluralism is a social fact that one social group has two or more sets of valid laws to regulate its members' social behaviors. It is a common legal phenomenon widespread in our social life. As the research on legal pluralism matures, many scholars in this field come to concentrate on the concept of legal pluralism itself. It is an issue of importance because the questions of what could be understood as law in empirical studies and how we understand the multiple legal orders in one society largely depend on how we answer the question of what law is. Inspired by this problem consciousness, leading scholars in this field such as John Griffiths and Sally Engle Merry discovered one paradox underlying the concept of legal pluralism. They came to realize that they had been trapped in a dilemma: on the one hand, law refers to not only state law, but also other kinds of social norms; but on the other hand, the boundary between non-state laws and other social norms is not clear, as a result of which the concept of law becomes too broad to be useful. John Griffiths, Boaventura de Sousa Santos and Guenther Teubner, among others, try to provide a theoretical framework that they claim could make a clear distinction between law and other social norms while at the same time discern other types of law besides state law. But all of them have failed to achieve what they have promised. Thus, many scholars insist that we should give up defining law, abandon the concept of legal pluralism, and accept the concept of normative pluralism instead. However, this essay argues that the dilemma of legal pluralism originates from the fact that when scholars try to define what law is, they tend to provide a universal and necessary claim, ignoring law as a folk concept. Folk concepts are embedded in various historical and actual contexts and cannot be expressed clearly by language. Bringing this point to light has double theoretical significance. First, with respect to legal pluralism scholarship, to focus on the law as a folk concept means to confirm that it is possible and necessary to define the concept of law, but not possible to make universal and necessary claims about law. Second, with respect to general jurisprudence, focusing on the law as a folk concept would pose serious challenges to the prevailing analytical approach that stresses the exploration of the essential and necessary nature of the concept of law. This reminds us to reflect on the established theories of legal pluralism and to explore a new approach to general jurisprudence. In the historical period in which China become increasingly involved with the international community, reconsidering the theoretical framework of legal pluralism and analyzing its deep dilemma at the meta-theoretical level would be of great theoretical and practical significance for us to have a thorough comprehension of foreign laws and rule of law in general in this world.

---

---

(责任编辑:田 夫)