

从异域到本土： 中国法律人类学本土研究的现状与发展

赵旭东 张 洁

内容提要 法律人类学就是运用人类学的视角去研究“他者”文化的法律规则的研究。本文通过梳理国外法律人类学的相关文献,认为法律人类学作为一门分支学科,经历了学科互参与发现的初始时期、法律民族志田野方法确立的奠基时期、以及经历四次范式转移的成熟发展时期,并呈现出法律人类学发展的趋势与特点。20世纪后期以来,中国的法律人类学经过几次研究范式的转移和议程的跳跃,逐步产生出一些具有独特视角和议题的法律人类学的民族志,这几个民族志分别从人情与互惠的视角、作为社会控制的视角、作为一种地方知识文化的法律逐步发展走向成熟。如今的法律人类学学科充满勃勃生机,并且有更多多学科融合发展的空间。

关键词 法律人类学 发展简史 研究范式

赵旭东,中国人民大学人类学研究所教授 100872

中国人民大学社会学理论与方法研究中心兼职研究员 100872

张 洁,中国人民大学人类学研究所博士研究生 100872

法律人类学就是运用人类学的视角去研究“他者”文化中的法律规则的研究。20世纪20年代以后,中国的法律人类学通过引介西方法律人类学的理论与方法,结合本土的研究实践,历经几次研究范式的转移和议程的跳跃,逐步产生出一些优秀的法律民族志的著作和成果,并成为一门较为完善的分支学科。本文通过对西方法律人类学的理论和方法的梳理和归纳,借此说明在西方学理影响下的中国本土研究实践的现状,并对其进行论述与展望。

一、国外法律人类学理论简史

法律人类学的形成标志,学者们看法不一,一般认为是以英国人类学家马林诺夫斯基(BK. Mailinowski)的《原始社会的犯罪与习俗》(1927),也有人认为是19世纪60年代梅因(Maine,H.S)的《古

本论文写作得到教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“乡村社会重建与治理创新研究”(项目批准号:16JJD840015)经费支持。

代法》(1861),更有人认为是1954年霍贝尔(Adamson E.Hoebel)有关原始人的教科书《原始人的法》(1954)的出版标志着这一学科的真正确立^[1]。在此发展过程中,孟德斯鸠、巴霍芬、梅因、马林诺斯基等学者为法律人类学的发展留下了足迹。法律人类学的发展进程可以归纳为萌芽时期、成熟时期以及发展时期,各个时期转向各异。

1. 萌芽时期:从整体观、比较法到田野民族志

法律人类学的萌芽时期以孟德斯鸠的《论法的精神》(1748)一书为标志,孟德斯鸠将法律的形成基础与自然环境、宗教政治结构以及人群的生活方式联系起来,应用跨文化比较法及整体论的观点,为学科发展奠定思想基础。19世纪末,法律人类学以梅因的《古代法》^[2](1861)为标志迈入了雏形时期,这一时期以巴霍芬(J.J.Bachofen)的《母权论》(1861),摩尔根(Lewis H.Morgan)《古代社会》(1877)、《人类家族的血缘制度和亲属制度》(1871)以及恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》(1884)等经典民族志著作作为代表,这些著作都是关注初民社会的法律的比较研究。20世纪20年代,英国功能主义大师马林诺夫斯基的《原始社会的习俗与犯罪》(1926)^[3]确立了法律人类学的田野民族志方法,标志着法律人类学进入到了奠基时期。美国人类学家文森特(Joan Vincent)曾经指出,法律人类学成为人类学的一个重要分支,其地位是在1940年到1950年开始的^[4]。

2. 成熟时期:从规则到过程

法律人类学从40年代开始进入成熟时期,历经40年代的寻找规则阶段、50年代对审判和政治事件过程的描述阶段、60年代关注文化系统的纠纷调解阶段、70年代关注维持社会秩序的规则制度的描述和分析阶段、80年代的范式交汇和转移阶段等五大阶段^[5]。20世纪40年代以前,法律人类学从关注研究“原始人”的习俗与法律开始转向关注对审判和政治事件过程的描述,以英国人类学家格卢克曼(Max Cluckman)的《司法程序》(1955)、美国人类学家博汉南(Paul Bohannan)《正义审判》(1957)以及波斯皮斯尔(Leo Pospisil)(1958)等人的经典研究为代表,他们试图从对现象的描述中归纳出具有权威效力、切实可行的法律规则^[6]。博汉南提倡用本地人自己的语言进行研究的观点,而格卢克曼则认为博汉南的研究方法有点过于谨慎,这种方法会对分析结果造成障碍^[7],由此引发了法律人类学领域的“格卢克曼与博汉南之争”。20世纪60年代,纳德尔(Laura Nader)组织召开了法律人类学的两次重要会议,议题是有关“作为一种文化系统的纠纷的调节”(Nader, 1965; 1969),认为法律不仅仅是视为规则系统,而且是一种文化体系^[8]。马林诺夫斯基关注社会控制如何通过社会制度联系得以维持,拉德克里夫-布朗(Radcliffe Brown)认为研究纠纷的目的在于发现规则。自此,法律人类学的研究重点从关注规则到关注过程上来。20世纪70年代,法律人类学研究范式从关注规则与制度的描述和分析转向关注对争端行为的描述与分析,代表人物是纳德尔及其弟子(Nader & Todd, 1978)。20世纪80年代,卡马拉夫(John Comaroff)和西蒙·罗伯茨(Simon Roberts, 1981)在《规则与过程:在一种非洲文化下的争端的逻辑》(1981)指出,法律人类学有两种范式,一种是“以规则为中心的范式”,另一种是“过程的范式”^[9],

[1][4][5][6][8]赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第1页,第1页,第1页,第2页,第2页。

[2]《古代法》通过关于雅利安民族不同直系的研究将古代法律制度加以比较,并提出了法律的早期发展史。参见 Maine, H.S., 1861, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London: John Murray.

[3]Mailinowski, Bronislaw, 1926, *crime and Custom in Savage Society*. Routledge & KeganPaul, LTD.

[7]张冠梓:《绪言》,《法律人类学:名家与名著》,〔济南〕山东人民出版社2011年版,第14页。

[9]John L.Comaroff and simonRoberts, *Rules and Processes: The cultural Logic of Disputation an African context*, Chicag: The University of Chicago Press, 1981.

“以规则为中心的范式”是将法律程序看成履行社会规则的手段，而“以过程为中心的范式”则关注事件的冲突过程和程序，将问题置于在整体社会文化背景下加以考察，但是此种互动论后来因为其过于功利主义、未能将人看成有道德和文化的人而遭受质疑^[1]。80年代后期，卡马拉夫和罗伯茨(Comaroff & Roberts, 1981)注重研究纠纷的文化意义，阐释在特定文化结构语境下的法律纠纷案例，这与卡马拉夫和罗伯茨强调的将法律研究放置于意义为中心的整体文化背景下遥相呼应。但是，这种将法律纠纷置于在“文化的意义之网”的研究范式也有其缺点，这种范式由于忽视法律案件本身与本土之外的包含容纳关系而容易陷入到一种“坐井观天”的文化解释误区。

3. 发展时期：从制度与社会到文化与权力

20世纪80年代中后期，学者们开始关注制度和社会行动之间的关系，将历史与政治的视角引入人类学的民族志写作中，代表人物是沃尔夫(Eric Wolf)。沃尔夫更加关注世界之中的法律与世界市场发展的历史与理论，将法律视作一种“意义的结果”。此外，斯尼德(Snyder, 1981)在《人类学：纠纷与法律》(1981)提出了对法律人类学的发展预期，指出法律人类学“不仅要关注解释社会行动与文化仪式上，而且也要把握作为特殊的历史与经济状态的社会过程”^[2]。80年代的法律人类学的还关注“历史和权力”的讨论。以1985年举行的“民族-历史模式与法律的演进”会议为标志，会议论文集编撰为《法律研究中的历史与权力》(1989)一书，会议组织者斯达(June Starr)和科利尔(Jane F. Collier)对法律人类学的研究取向给予重新定位，内容是不问纠纷的过程和解决的方式，而是转而关注个体和群体如何利用法律达成目的^[3]。此时，法律人类学就是沿着两条线索进行范式的转变，一是从原来将法律视为冲突转向将法律看成一种权力和手段，开始关心权力的分配过程；二是从关注地方的冲突到关注到更大范围内的个体与群体的冲突问题上来。《法律研究中的历史与权力》全书分为四个部分，每个部分各有侧重，其主旨就是强调不要再把法律当成一个孤立的研究目标，而是将观念层次和行为层次结合起来。

基于此，法律人类学历经半个世纪的四次研究视角上的转型。从将法律看成是一种社会控制的规则到关注法律审判案件的过程，然后转向关注案件、纠纷发生的冲突再到将法律视为一种“不对称的权力”，最后到将法律视作一种文化。法律人类学的理论范式是在关注规则和过程、历史与文化、时间与空间、地方和世界的二元关系中进行不断的反思和重建。中国的法律人类学正是通过对西方人类学理论的吸收、借鉴和学习而逐步发展，形成一门具有中国特色的法律人类学分支学科，研究在不同的社会文化中的司法审判、纠纷调解等具体事宜，这是法律人类学的研究议题与学术方向，具有重要的研究价值和意义。

二、中国法律人类学的几种研究取向

在中国的语境中，法律人类学的民族志文本应运而生，通过对不同社会文化背景下的法律规则与案例纠纷进行阐释，法律人类学出现了一些不同的研究取向和研究视角，这几个视角分别是作为社会控制和纠纷调解的法律、作为人情和互惠的法律，作为习惯法和民间法的法律研究以及作为地方知识的法律研究。

1. 视角一：作为社会控制的法律研究

法律，可以比喻为“一纸契约文书”或是维护“弱者的武器”。作为一纸契约文书，法律通过调解纠

[1][3]赵旭东：《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》，北京大学出版社2011年版，第3页，第6页。

[2]Snyder, Francis G. 1981, "Anthropology, Dispute Process and Law: A Critical Introduction", Vol8, No 2, Winter. p.164.

纷,化解矛盾而起到社会控制的作用;作为“弱者的武器”,法律保障“法律面前人人平等”。因此,法律的功能就是社会控制、纠纷调解、审判案件、维持秩序。

首先,法律通过对人、物、神进行社会控制而发挥作用。法律要处理社会中人与人、人与物、人与神三要素的关系,这三对关系均与时空观念紧密联系。在人与人的关系中,费孝通的《生育制度》(1981)诠释了人的生育观作为一种种族绵延的需求受到社会的观念的支配与控制,生育行为受制于时间的控制^[1];在人与神关系中,以神话的仪式、祖先崇拜等方式通过对时间的控制建构了一种社会整体之中的结构性的权威关系;在人与物关系中,人与人的关系通过物的流动、空间区隔、所属权的人员流转等方面来进行控制。例如,杨念群(1999)对北京城区的生死空间控制的研究显示,对人的生死控制是通过一定的空间的控制来实现^[2]。此外,杨念群在《“再造”病人——中西医冲突下的空间政治(1832-1895)》(2006)一书中认为美国人兰安生(John B. Grant)于20世纪20年代之时在北京建立的“卫生示范区”改革和破坏了原有的生死控制形式和传统观念,“兰安生”模式通过对空间控制突破传统的生死观念和时空观念,“吉祥姥姥”和“阴阳先生”这两种掌管“生死”的“仪式专家”被现代医学的“医生”取代之后,社会秩序进行重组、阴阳两界的中介角色转变,社会关系重新再生产,重新安排生死与社会结构的互动格局^[3]。《“再造”病人》^[4]一书从历史学的视角介绍了现代西方医学体系怎样通过空间的侵占和国家化、细胞化过程的渗透,一步步将中医隐退到没有国家化力量的格局和紧张关系中,实现了人类疾病治疗的又一场社会空间的位移,诠释了“医学”和“巫术”之间的冲突转换关系,在这个意义上,该书就是诠释对人与物关系的社会控制的最好注解,通过空间的位移和渗透重塑社会秩序,也可以作为诠释社会空间控制的政治民族志文献之一。

其二、法律通过“习俗的力量”和“礼治”秩序来解决纠纷。法律具有“地方性”和“本土性”,法律通过“习俗的力量”来调节纠纷、化解矛盾,进而维护社会秩序。对于纠纷解决方式的研究在西方民族志作品中也不鲜见,例如,埃文斯-理查德(Evans-Pritchard)的《努尔人》就说明作为无国家、非政府的社会如何通过宗族制度、年龄组制度、政治制度来解决在努尔社会的矛盾、纠纷与冲突的;特纳(Victor Turner)描述了纠纷解决的几种方式,赞许行为、无休止的争吵、巫术和魔法,更有直接的人际暴力比如“以牙还牙,以眼还眼”等方式。此外,还有“超自然代理人的方式”,以及惩罚形式的流放等多种纠纷调解方式。由此可见,西方法律民族志当中关于纠纷的解决方式的研究关注到“习俗的力量”,社会通过强大的文化习俗从而形成一个庞大的组织,通过制定规则进行社会控制。

此外,国内研究也关注到这种“习俗的力量”。中国是一个礼治社会,费孝通在《乡土中国》中提出了“无讼”^[5]的特点,指出了在乡土社会中,矛盾和纠纷的化解方法不是仰赖“打官司”,而是“私下了结”。讼师就是“作刀笔吏”的律师的前身,他是“挑拨离间”的人,在文化变迁过程中,讼师后来转变成成为律师;在乡土社会中,讼师是很没有地位的,因为乡土社会依靠的是“礼治”而非“法治”。费孝通认为,“礼治”就是对传统的服膺,礼治和法治都要依靠“人”来进行治理,没有人,有礼无人守,有法而不可执行。礼治秩序和法治秩序的区别在人和国家的互动关系上,赵旭东(2011)认为礼治是“人的一种自我修行”^[6],法治强调用契约和制度对大众的行为进行约束和控制,具有普遍约束力,并强制执行。

[1][5]费孝通:《乡土中国生育制度》,北京大学出版社1998年版,第11-14页,第74页。

[2]杨念群:《“兰安生模式与民国初年北京生死控制空间的转换”》,载[北京]《社会学研究》1999年第4期。

[3][4]杨念群:《“再造”病人——中西医冲突下的空间政治(1832-1895)》,[北京]中国人民大学出版社2006年版,第136-137页,第136-137页。

[6]赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第156页。

苏力(1996)认为“法治”依靠有形的国家权力,“礼治”依靠传统习俗^[1];除了礼治秩序以外,乡土社会还通过“绅权”发挥纠纷调解作用^[2]。《皇权与绅权》^[3](1988)一书中,费孝通认为“绅权”与“皇权”相对,乡绅要比百姓更多的过问国事,处理日常事务,成为权力所有者;在这个意义上,国家的权力并没有直接的进入乡村基层,而是通过“乡绅”这一个阶层将国家权力“上传下达”到基层乡土社会的。杜赞奇(1988)认为,在国家和社会的权力关系中,晚清政府有两种经纪,一种是赢利型经纪,一种是保护型经纪,乡绅在后者中发挥着重要的作用^[4]。在1949年以后,这种以皇权”和“绅权”来称呼国家权力关系的格局用另外一种称谓来代替了,那就是“村干部”,这种身份建构了民间基层的“多元权威格局”^[5]。赵旭东在《乡土社会的权威多元与纠纷解决》(1998)中通过对华北李村的田野调查发现,乡村精英有三个层次,它们分别是掌管村政管理的“村干部”,当地的“企业家”以及民间信仰的权威精英,这三种权威分别构成了“村落权力格局的三个方面”^[6]。

此外,国内研究中通过民间习俗的力量进行纠纷调解和案件审判的文献还有徐平的《论调解》(1984)、严景耀的《中国的犯罪问题与社会变迁的关系》(1986)、梁治平《乡土社会中的法律与秩序》(1997)、苏力《法制及其本土资源》(1996)、朱晓阳的《法律与人类学:中国读本》(2008)等,这些文献的共同之处是在研究中充分意识到本土的文化和习俗在矛盾处理和纠纷解决过程中的机制和作用,法律作为一种社会控制的手段,在处理矛盾和纠纷的同时,要遵循礼治秩序和文化习俗。

2. 视角二:从人情互惠的视角研究法律

中国的乡土社会是以亲缘关系远近、血缘关系纽带为基础建构起来的人情社会,其解决矛盾、处理纠纷的方式和手段与西方法治社会从根本上存在不同。随着乡土社会中的法治现代化进程的加剧,法律人类学研究开始关注到由于互惠观念和人情因素所引发的问题上来,这些问题意识的思考路径为:第一,乡民的公正观和正义观是怎样在互惠的原则上来相互调适、处理纠纷的,即公正观念在人情的多寡和血缘关系的亲疏远近的基础上是怎样被改变的;第二,在国家和社会的互动关系上,国家权力如何通过渗透到地方民间并与互惠原则进行交换,互惠原则又是如何被逐步瓦解的。基于以上的问题意识,中西方的法律人类学民族志中均有提及:莫斯(Marcel Mauss)的《礼物》中提出了“互惠原则”以及“整体的社会事实”等观念,列维-斯特劳斯(Claude Levi-Strauss)也在结构主义原则上讨论互惠,马林诺夫斯基在《原始社会的犯罪与习俗》(1926)一书中则强调了互惠原则在社区关系中的约束力作用。

在中国法律人类学的研究语境中,更多的是注意到了互惠机制对于经济交换、人情往来、权力关系改变等方面的运作和影响。首先,中国的乡土社会是熟人社会,其交换的基础是信誉,通过信誉观念建立公平观念。费孝通在《乡土中国》一书提出“在血缘社会中,商业是不能存在的”^[7],概括了乡土社会的交换原则——“熟人之间讲信誉,陌生人之间讲交换”。因而,信誉观念直接影响了当地人的公平理念,公平观念建立在既有的地方习俗的平衡是否被打破的基础上。例如,梁治平在《清代习惯法:社会与国家》(1996)中通过对清代习惯法的考察,说明了习俗对维持地方公平观念的重要性,一旦习俗打破或者习俗受到国家权力干预时,不公平随即显现^[8]。基于此,互惠原则作为乡土社会中人际关

[1]苏力:《法制及其本土资源》,[北京]中国政法大学出版社1996年版。

[2]赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第159页。

[3]吴晗、费孝通:《皇权与绅权》,天津人民出版社1988年版。

[4]杜赞奇:《文化、权力与国家——1900—1942年的华北农村》,[南京]江苏人民出版社。

[5][6]赵旭东:《乡土社会中的权威多元与纠纷解决——一个华北村落的法律人类学考察》,北京大学1998年博士论文。

[7]费孝通:“血缘与地缘”,载《乡土中国生育制度》,北京大学出版社1998年版,第74页。

[8]梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,[北京]中国政法大学出版社1996年版,第55—56页。

系建构的核心原则,其背后所形成的正义观念也随之也演变成一种“差序正义”^[1]的观念,表现为费孝通所讲的“攀关系,讲交情”。其次,乡土社会的互惠机制在国家的权力在渗透到乡村基层社会中与权力资源不断发生交换,权力成为一种借由人情来进行回馈的资源^[2]。闫云翔在《礼物的流动》^[3](1996)一书中通过对东北夏家村的送礼礼单的描述,说明了村民给干部送礼不要回馈这种现象的背后就是得到当地干部的“照顾”。由此可见,礼物交换一旦渗透国家权力因素,国家权力本身成为回馈和交换的资源。此外,通过人情、面子以及互惠往来的视角研究国家权力和关系进行互动和交换的文献还有王铭铭的《历史、人情与互惠——闽南两村户主与福利的民间模式》(1996)^[4],黄光国的《人情与面子:中国人的权力游戏》^[5]等专著。第三,人类学学者也从个人层面转移到国家层面,关注代表国家权力的税收是如何在整体层面上改变乡土社会中的互惠交换原则的。比如,杜赞奇的《文化、权力与国家——1900-1942年的华北农村》^[6](1988)一书介绍了代表国家权力的税收制度是如何改变了乡土社会的互惠关系的,国家的税收从农民那里抽税款,农民上税的同时得不到等价的回馈,村民的不公平观念出现,从而导致国家与个人关系出现危机,互惠关系也随之瓦解。此外,赵旭东在《枝杈社会与乡土社会的文化转型》(2015)一文中用“循环社会”^[7]来延伸和阐释费孝通的“乡土社会”概念,强调了传统乡土社会的人际关系的周期性循环的特征,文章通过范庄龙牌会的香油钱的经济循环说明了马林诺夫斯基在《西太平洋航海者》所阐述的“库拉”循环的意义,这种循环和互惠的为特征的礼俗社会与文化转型背景下“枝杈社会”^[8]形成对比。在文化转型背景下的今天,对于研究地方社会的法律习俗研究中也有现实意义。

综上所述,中国的法律人类学研究逐步从人情、面子、国家权力三个维度结合互惠机制展开研究。目前在乡村基层的法律的实践中,人情、面子或者情理都是文化互惠观下的一种权力和资源的交换,这种交换的背后可能会有实践法律的不公正,但从社会文化的意义上则是对整体论的最好阐释。

3. 视角三:出现了习惯法与民间法研究的本土实践

法律人类学是对一个“他者”文化中的法律习俗、法律意识和公正观念的研究。近些年,我国法律人类学的学者们通过沿袭既有的西方法律人类学传统的概念、理论和方法,应用人类学的整体观和功能论的视角,对我国少数民族地区的习惯法以及中国汉人村落社会的民间法展开研究,并且在这些方面取得了一些成果。

[1]“差序正义”的概念由赵旭东提出,指的是“对一个人的所作所为所作出的评价时,所依据的是对方与自己的关系的远近以及给自己带来的好处或者便利的多少”,参见赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第166页。

[2]赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第128页。

[3]Yan,yunxiang,1996, *The Flow of Gifts: Reciprocity and Social Networks in a Chinese Village*.Stanford: Stanford University Press.

[4]王铭铭:《历史、人情与互惠——闽南两村户主与福利的民间模式》,载庄英章和潘英海主编:《台湾与福建社会文化研究论文集(三)》,[台北]中央研究院民族学研究所1996年版,第61-107页。

[5]黄光国:《人情与面子:中国人的权力游戏》,载杨国枢主编:《中国人的心理》,[台北]桂冠图书公司1988年版。

[6]杜赞奇:《文化、权力与国家——1900-1942年的华北农村》,[南京]江苏人民出版社。

[7]赵旭东在《枝杈社会与乡土社会的文化转型》中用了“循环社会”这个概念,“我之所以不用‘乡土社会’这个概念而改用循环社会,是想使其外延所有扩展,并以此曲对照在今天日益突出地体现出一种节外生枝的枝杈社会的特点。在传统社会中,由于构成的社会以及文化诸要素具有可以自我周期性循环的特征而改用‘循环社会’这个词可以准确的描述以及对对应当下越来越不能够实现自我循环的社会,即所命名的‘枝杈社会’”。参见赵旭东:“枝杈社会与乡土社会的文化转型”,载[济南]《民俗研究》2015年第4期。

[8]赵旭东:《枝杈社会与乡土社会的文化转型》,载[济南]《民俗研究》2015年第4期。

我国少数民族习惯法和民间法研究分为几个不同类别,有的是针对少数民族地区或者汉族村落社区的综合性文化研究,有的是针对某一个特定的民族的习惯法的专题研究。梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(1996)从国家和社会的二元互动框架中阐述了清代的习惯法在处理纠纷、调解矛盾中的作用,提出了“秩序的多元化”概念。研究表明,习惯法能够成为习惯的重要原因来自乡民公平观念,但是要在习俗原则不被冒犯的情形下,习俗才有意义,一旦习俗原则受到外来权力的干扰,不公平就会凸显^[1]。日本学者滋贺秀三在《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》(1998)以中国法文化的“情理法三位一体”的特点为例说明了中国法律文化对纠纷处理和诉讼审判的影响,采用了跨文化比较的方法和视野。黄宗智试图超越梁治平的二元框架,提出了在国家和社会之外的“第三领域”的分析框架,但是这种创新思想被梁治平以及彭慕兰等人批评,认为黄宗智所说的在清代的官僚和民间之间有一个“半官半民”的中间地带,是官员调解和民间调解的中间地带,但是不能够脱离国家和社会的二元结构框架^[2]。赵旭东在《权力与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》^[3](2003)著作中从国家和社会关系的二元框架中提出了“权威多元”和“法律多元”的概念。他们的共同点都是从国家和社会的二元关系互动的框架下提出民间法对于纠纷和矛盾解决的处理办法。

此外,针对一个民族地区的专题性研究著作有徐晓光、吴大华著《苗族习惯法研究》(2000)、俞荣根主编《羌族习惯法》(2000)、董建辉的《畲族习惯法及其历史变迁——以福建罗源八井村为例》^[4](2005),张济民著《藏族部落习惯法研究》、张晓辉主编《彝族法律文化研究》(2005)等少数民族习惯法的研究著作。这些著作都是对当地的习惯法的审判过程、纠纷调解、习惯法律条文进行了系统而详实的研究。

然而,我国近年来的少数民族习惯法和民间法研究取得进展的同时也暴露出一些问题。进展在于阐述了地方文化特色,分析了地方文化和权威政治的关系,将地方权力关系置于文化的整体框架下考察,发展了多维的研究视角包括历史文化的视角、社会人类学的视角、族群互动、文化变迁的视角。拓展了多种调研方法,包括文物和文献的分析方法、少数民族语言分析方法和民族器物中的文献考证等方法;阐释了不同地方社会文化中的法律纠纷,在理论和研究方法上均取得一定的成果。然而,我国的习惯法和民间法研究还存在不足。

不足一:重视经验材料的分析而忽视研究背后的意义并由此造成中西方学术对话上的鸿沟。赵旭东在《少数民族习惯法的当代定位及其意义》一文中认为,对习惯法的研究要避免造成“他者的垄断”,目前少数民族习惯法的研究没有关注到研究“背后的东西”而仅仅将其视作经验的研究材料而造成了一种“认识和对话上的鸿沟”。如何消弭鸿沟?赵旭东认为在研究中要关注到现代化进程不断渗透到传统习惯法中的过程及其在此过程中不断衍生出来的新问题^[5]。由此,应该重新思索习惯法的定位问题。

不足二:将习惯法仅仅看作自成一体且封闭的“传统习惯”而未重视习惯法在当地生活中的流变问题。在中国少数民族传统习惯法的研究中,我国法学人类学家在深入少数民族地区的实地考察中

[1]梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,[北京]中国政法大学出版社1996年版,第55-56页。

[2]张佩国:《乡村纠纷中国家法和民间法的互动——法律史和法律人类学的相关研究述评》,载[广州]《开放时代》2005年第2期。

[3]赵旭东:《权威与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》,天津古籍出版社2003年版,第7页。

[4]董建辉:《畲族习惯法及其历史变迁——以福建罗源八井村为例》,载《畲族文化研究(下)》,[北京]民族出版社2003年版。

[5]赵旭东:《少数民族习惯法的当代定位及其意义》,载高其才主编:《当代少数民族习惯法》,[北京]法律出版社,第16页。

关注到了本地传统习惯法的社会控制作用,比如羌族传统的释比文化传承文化、凉山彝族的家支观念、瑶族的神判案件,这些研究反映了当地的风土人情的同时,也真正关注到了习惯法的文化传承和文化保护问题。但是,在此过程中习惯法在当今国家介入和市场经济影响下是否始终如旧?习惯法在多大程度上被现代法律文化冲击?赵旭东、罗涛(2011)通过对凉山彝族社会中的家支和德古这一法律秩序的调解人进行观察,关注到彝族人本身的历史传承性和本地流变性,他们的家支文化在规训他们自身的行为规范和相应的权力义务的同时,彝族人本身作为历史的承载者与行动者主体也在对国家的法律制度进行着改造^[1]。因此,赵旭东认为“习惯法的作用,应当回到当地生活之中成为活法”^[2],关注到传统习惯法植根于本土而且深受本土影响的当代流变问题。

不足三:重视少数民族地区的本地习惯法研究,轻视国家法和民间法之间的关系分析研究。中国法律人类学的本地化实践大多数是基于少数民族地区的习惯法研究,较少关注于汉族地区的民间村落的宗法制度、乡规民约,国家法和民间法之间的关系分析研究。在习惯法和国家法的关系上,赵旭东认为“习惯法不是为国家制定的。国家需要宪法,而社区才需要习惯法”^[3],进一步强调通过社区研究法和整体观进行习惯法研究的重要性。在习惯法和国家法的关系研究上,赵旭东(2011)指出了二者的区别,“国家法是外在的,习惯法是生成于民间的;国家法是国家机构由上而下颁布实施的法律体系,民间法则则是人们生活在社会中的事实与经验”^[4]。然而,国家法和习惯法又是相互渗透的关系。虽然少数民族习惯法本身自成其类而又具有内生性秩序,但是不能忽略的是学者们需要留意习惯法和国家法在历史互动和族群互动中内外互渗关系和相互调适的机制。事实上,彝族自治以来,中央王朝的律法与彝族地区的习惯法之间相互影响和制约就一直存在,期间的相互消长形成了彝族现行的纠纷解决机制^[5]。

不足四:在研究方法上,重视经验材料的收集,重视关注当前仪式场景,忽略日常生活场景和现实生活中的个体交流。学者们研究少数民族习惯法更多的记住关注历史神话、民间叙事,注重历史的文本分析包括谱系家谱的分析、文物文献的搜集、口述史的访谈,而较少关注现实村落的纠纷本身以及涉及纠纷与事件的“当事人”本身的个人生活和心理活动的考察,将“本地人”置于到遥远的“他者”世界中,在时间上没有实现与研究对象的“同时共代”,研究者与被研究者没有互为“主体间性”,同时也没有真正的达到在研究上的整体性的理解层次。所谓整体性的关照,不仅仅是在浅层分析资料上获取的价值感和完整性,而且是在深层理解意义层次上的全面关照。赵旭东强调研究中要“到现场去,对场景进行描述,进而理解事件背后的真正含义”^[6]。因为,研究者所看到的仪式性场景与日常生活的场景可能完全不同,因此,习惯法研究中需要达到整体性的理解层次,上述提醒是有必要的。

4. 视角四:作为地方知识的法律研究

格尔兹在《地方性知识》^[7](1983)提倡了“地方性知识”的概念,这使得法律作为一种地方的“文化实存”(cultural reality)而成为学者们的研究对象。在中国的语境中,最早将法律作为一种地方文化知

[1][4]赵旭东、罗涛:《整体性理解当代少数民族习惯法——围绕彝族的文化观念而展开的法律人类学讨论》,载高其才主编:《当代少数民族习惯法》,[北京]法律出版社2011年版,第76页,第81页。

[2][3][6]赵旭东:《少数民族习惯法的当代定位及其意义》,载高其才主编:《当代少数民族习惯法》,[北京]法律出版社2011年版,第17页,第17页,第17页。

[5]王明雯:《凉山彝族习惯法与国家法的断裂与成因分析》,载《昆明》《法制与社会》2008年第4期。

[7]《地方性知识》一书是《文化的解释》的姐妹篇,有两篇文章论及法律人类学的知识问题。一篇提名《从本土的观点来看:人类学理解的本质》;另一篇为《地方性知识,从比较的观点看事实与法律》,在这两篇文章中集中体现了法律作为一种地方的法律知识和文化的论述。参见:Geertz,Clifford,1983,Local Knowledge:Further Essays in Interpretive Anthropology.BasicBooks,Inc.

识的学者是梁治平,其著作为《法律的文化解释》^[1](1994)。梁治平(1997)认为,法律作为一种知识系统集中表现在“送法下乡”或者“送法上门”的国家举措中来,使得民间接纳一整套国家的法律观念,展示的就是国家的一套法律知识系统^[2]。其后,学者开始关注法律作为一种知识在法治进程中的转变和学科融合,梁治平在《法治过程中的知识转变》(1998)年一文中强调关注法律和多学科的共同话题^[3]。苏力(1998)强调法律作为知识系统的作用,并强调国家权力在不断渗透到乡村基层过程中是很困难的,这是因为乡村基层有自己的地方知识而使得国家权力无法嵌入,因此,国家权力和民间需求结构是两套不同的知识系统^[4]。从法律人类学的视角,研究地方文化之中的法律,将法律视作地方的一种“本地知识”而加以研究,必须采用人类学的田野调查和参与观察的方法,将地方的法律放到社会文化的整体框架中加以比较、调查研究和深度阐释。可见,研究法律作为一种地方的知识,必然要引入跨文化的研究方法进行研究,比较不同地区文化的地方法律,因而法律人类学在其后会“法律多元”、“法律意识”、“地方性秩序”等概念。

此外,国内学者近年来开始关注了“法律多元”这一议题。“法律多元”的实质就是“文化多元”,法律作为一种文化也是多元的。基于此,“法律多元”的分析框架需要将法律作为一种“地方性知识”在同一个社会文化中加以比较研究。格尔兹在《地方性知识:从比较的观点看事实和法律》^[5]中应用跨文化的比较的方法和人类学的阐释民族志方法,通过对三个地区(伊斯兰、印度、马来西亚)的不同文化语境下的法律意识和法律观念进行跨文化的比较和描述,进而诠释它的阐释主义人类学与法律多元主义的文化观。自20世纪70年代到80年代以后,这种对同一个社会领域的不同文化,多元文化的法律研究遂成为法人类学者们关注的焦点。张佩国提出了“地方性秩序”^[6]的概念与“法律多元”的概念异曲同工,赵旭东认为法律多元更多与“法律多元主义”^[7]联系起来。另外,法律多元也与族群互动有关,赵旭东(2011)从族群互动的视角分析了族群自成一体的封闭性在贸易、战争、人口迁移或者在传播技术和交通工具等外在影响之下发生了变化,族群关系借助吸引力或者抵抗力发生了不同的接触由此带来族群边界的消解,进而形成不同族群间多样的法律规范和风俗习惯,导致法律多元的纠纷解决机制^[8]。

三、范式、技术与方法

一门学科的发展离不开研究方法上的范式的跳跃和议程的转移。人类学的研究范式有三种:一是社区研究的范式,二是弗里德曼的宗族研究范式,三是施坚雅的区域市场模型理论范式。社区研究范式采取整体论的观点,通过对中国某个乡村的深度研究获得当地有关纠纷和调节冲突的调查案例,这种方法最早是弗思(Raymond Firth)在1938年提出“显微式的社会研究”方法,费孝通在1996年的

[1]梁治平:《法律的文化解释》,[北京]商务印书馆1994年版,第62-63页。

[2]梁治平:《乡土社会中的法律与秩序》,载王铭铭、王斯福主编《乡土社会的秩序、公正与权威》,[北京]中国政法大学出版社1997年版。

[3]梁治平:《法治过程中的知识转变》,载[北京]《读书》1998年第1期。

[4]苏力:《为什么“送法上门”?》,载[北京]《社会学研究》1998年第2期。

[5]Geert, Clifford, 1983, Local knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. Basic Books, Inc. p.183.

[6]张佩国:《乡村纠纷中国家法和民间法的互动——法律史和法律人类学的相关研究述评》,载[广州]《开放时代》2005年第2期。

[7]赵旭东认为,“法律多元”就是一个社会中存在多种的法律秩序。参见:赵旭东:《权威与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》,天津古籍出版社2003年版,第111页。

[8]赵旭东:《族群互动中的法律多元与纠纷解决》,载[上海]《社会科学》2011年第4期。

《江村经济·序言》中改称为“微型社会学”。马林诺夫斯基评价这种方法的意义在于,研究者可以在小地方中参与当地人的生活,将之纳入到相互关联的整体文化中加以考察^[1]。我国人类学家林耀华(1935)在福建“义序村”的调查,以及杨懋春(Yang, 1945)在山东“台头村”的调查,都是在这样环境下从事的实地调查研究^[2]。然而,社区研究方法遭到了英国人类学家利奇的责难,弗里德曼提出了“宗族范式”就是试图在汉学人类学的基础上开创“一个新的时代”,以便扫清社会人类学微观研究与宏观的社会历史无法结合的方法论障碍^[3]。宗族研究方法就是将研究视角关注到国家权力对整个乡村的渗透,通过具体的研究了解国家权力和民间生活的相互联系。不论是“社区研究范式”,还是弗里德曼的宗族研究范式,其共同点都认为中国人类学的研究对象是“村落”,而与此相异的观点是施坚雅的“区域市场体系”范式,他通过对四川境内的标准市场集镇的研究,提出了“区域市场模型理论”^[4],施坚雅认为村落是围绕中心地点的一个社会空间结构,这个中心地点就是“集镇”。

此外,学者引入了以个人的社会生活历史为线索来研究地方乡村社会的纠纷案例的研究范式与方法。法国年鉴派大师华拉杜里的《蒙塔尤》应用了历史民族志的方法对中世纪法国的精神世界进行描画,利用了丰富的宗教审判档案,将个人生活的精神世界展示给读者,呈现了一个“他者的精神世界”^[5]。闫云翔的《礼物的流动》以个人生活为体验的民族志研究^[6]就是此范式的一个经典民族志;黄树民的《林村的故事》以一个人物的个人生活历史为线索,叙述了他所经历的社会文化变迁过程。当然这种方法因为过度强调个人主观体验而有可能陷入到主观主义的范畴。历史观的视角被人类学界以“历史心性”、“历史感”、“历史性(historicity)”等术语所强调,遂成为中国乡村法律人类学的研究范式。此外,王铭铭对福建溪村的研究^[7],张原对贵州屯堡礼俗生活的历史感的人类学考察^[8],王明珂对羌族社会历史文化社区的考察^[9]等本土的人类学民族志也应用个人社会生活史的方法进行考察。

除了四种研究范式的进展以外,法律人类学的实地调查方法、研究视野和对学科意义的理解层次也有了更多的提升。赵旭东(2010)提出了“法律的五种面相”^[10],强调了法律民族志研究需要关照的五个维度,以此来拓展人类学对法律理解的视野和范围。中国法律民族志的具体调查方法包括田野调查法、参与观察法,个案调查和深度访谈法。中国本土的法律人类学在实际的调查过程中,要应用到文物文献搜集法、个人社会生活历程为中心的线索追溯法、观察法、深度访谈法、案例分析法、跨文化的比较方法对当地的乡村民约、地方文化习俗、法律条文进行深入仔细的比较研究,以便对乡村社

[1]Mailinowski, Bronislaw, 1926, *Crime and Custom in Savage Society*. Routledge & KeganPaul, LTD.

[2]赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第150页。

[3]赵旭东:《历史·回应·反思——由“重读〈江村经济·序言〉所想到的”》,载潘乃谷、王铭铭主编:《田野工作与文化自觉》(上),〔北京〕群言出版社1998年版。

[4]Skinner, G. William, 1964, “Marketing and Social Structure in Rural China (Part 1).” *Journal of Asian Studies* 24(1): 343.

[5]张佩国:《民族志方法对日程生活史的意义》,载吴大华主编《法律人类学研究论丛》,〔北京〕中央民族大学出版社2013年版,第20页。

[6]闫云翔:《私人生活的变革——一个中国村庄里的爱情、家庭与亲密关系, 1949—1999》,上海书店出版社2006年版,第13—14页。

[7]王铭铭:《社区历程:溪村汉人家族的个案研究》,天津人民出版社1997年版,第15页。

[8]张原:《在文明与乡野之间——贵州屯堡礼俗生活与历史感的人类学考察》,〔北京〕民族出版社2008年版,第38页。

[9]王明珂:《英雄祖先与弟兄民族——根基历史的文本与情境》,〔北京〕中华书局2009年版,第28页。

[10]赵旭东强调“法律的五种面相”对于研究中国的法律以及对于理解中国当下的法律事件是极为重要的,这五种面相分别是“法律作为一种意识形态”、“法律作为基层实践”、“法律作为一种职业”、“法律作为弱者的武器”以及“法律作为一种文化的表达”,参见赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京大学出版社2011年版,第258—266页。

区的纠纷调解和法律案例进行更好的分析和研究。

四、问题与展望

目前,我国的法律人类学的研究在引介西方人类学的理论和方法的基础上已经卓见成效。但是,当前研究仍存不足,尚有发展空间:第一,我国少数民族习惯法的研究出现了只重视经验材料的收集而忽略日常生活的捕捉,因而未能达到深层意义的整体性的理解。法律人类学在应用文化人类学、社会人类学的研究视角和方法的同时出现了多案例、多描述、多罗列、多扎堆的研究趋势,关注现象的浅层描述和历史文化的考察,较多个案研究缺乏深刻的理论分析,欠缺对法律案件背后的社会事实的整体性的文化考察,并由此产生了在田野调查中的“只见树木,不见森林”的短视。第二,我国法人类学家研究旨趣上过多的偏爱民族地区习惯法研究而较少关注汉人村落社区的民间法律和地方信仰研究,由此出现了研究对象上的“厚此薄彼”的“扎堆”现象,因而在今后的研究中应该增强在本土研究中各个地理空间范围上的“一视同仁”。第三,法律人类学的当前研究较多关注某一行为是否合法以及由此引申出的“违法者”和“守法者”的身份界定问题而常常忽略了法律研究的实质是社会与文化的问题(即生境问题),因此要从文化、社会和个人心理三个层次加以研究达到整体性的理解。赵旭东(2016)认为,“何以违法,向来是要以情境来界定的,此时此地的违法者,到了彼时彼地,可能就是一位守法者,在看待违法的问题上,单单依赖于对个人行为的理解,无法完整地去理解法律本身。”^[1]此外,在学科旨趣的层次上,人类学是研究文化及人性的学科,法律也有两个层次的含义,一个是“社会”,另一个就是“人心”^[2]。因此,作为人类学和法律的融合学科,法律人类学研究在处理地方社会的纠纷调解、案件审判的过程研究以及界定何为“守法者”和“违法者”的身份认同研究时,不能忽略人的“心理学”机制的研究和对“人心”的关照与理解。但是,法律问题又不等同于人心问题。赵旭东(2016)认为,法律要有人心作基础,不能完全通过外化的强力去使之彻底的改变,这可能是理解规则跟人心之间关系的一个基本原则,特别是对于现代社会的基于变革的心态而言,这种规则的保护很是急需^[3]。在这个意义上,法律和心态的二元关系就是,人们守“法”就是从“人心”上真正的认可和接受法律规范,法律是遵守之人相互之间共同同意的一些规则,因此,在法律人类的调查研究中,个人生活的历史考察以及个体的行为心理和违法的动机意识研究也是非常重要的。第四,中国法律民族志著作是对西方人类学研究的直接引入,在研究“地方法律”、“地方文化”的同时必然会与西方人类学语境中的“地方性知识”的概念存在差异,在研究过程中需要加以甄别和比较,注意避免因为忽视研究背后的意义并由此造成中西方学术对话和理解上的鸿沟。在“西方”和“本土”研究的一对范畴中,一种范式是直接拿西方法理学的概念对西方社会的法律文化加以诠释,一种范式是只看本地的文化,不关注本地文化以外的社会,这两种极端在研究中需要对其加以甄别和比较,不能陷入一种“西方中心主义”或者“本土中心主义”的泥潭^[4]。第五,法律人类学的研究依然是将法律事件放置在历时的纵向维度进行考察的,时间的视角是必须加以考量的,法律人类学从关注规则的制定到关注过程本身的研究转向本身也隐含了时间概念的重要性,作为文化整体的一部分的政治和法律,也是随着时间的延伸而不断出现

[1][2][3]赵旭东:《何以违法——适用中国文化转型的规则与社会》,载〔石家庄〕《河北学刊》2016年11月,第36卷第6期。

[4]赵旭东(2005)认为,关于“纠纷的调解”强调在本地文化脉络中加以考察,这种强调纠纷的“文化意义之网”的转向会出现两种方向,一种是陷入到本地文化中心主义里面去而忽略了本土文化和外部文化的互动关系,另一种就是“酿制文化相对论为依据的民族主义情绪”,这是研究中值得警惕的可能的后果。参见赵旭东:“秩序、过程与文化——西方法律人类学的发展及其问题”,载〔北京〕《环球法律评论》2005年第5期。

变化的,比如族群互动与国家法和民间法在历史上的互相调适和渗透的机制。因此,时间的线索是不能忽视的研究视角。最后,除了国家与地方、文化与政治、历史与权力、行为与心理、民间法与习惯法等范畴的关注以外,我国本土文化社会中的法律意识在文化转型的背景下所发生的改变也值得予以关注。

总之,我国法律人类学者们对这门学科的认识不足、学理不够以及缺乏对国外法律对中国法制化进程的影响的深度认识,因此,作为一门正在蓬勃发展和具有应用价值的学科,我们需要加强对国外理论的有选择的引进和吸收,结合我国文化转型的本国国情,深入实践,到地方社会进行考察,在理论层次多引进国外译著,在实践层次进行从“场所到线索”的全方位的民族志调研研究,在学术交流上多举办国际规模的法律人类学学科圆桌会议,共享多学科视角下的法律案例,从跨学科的横剖面进行选择性的吸收和借用,兼容并包式的进行整合和吸纳,使学科研究得到进一步提升和发展。我国法律学者们在研究心态上应该稳扎稳打,静心修身,避免急躁和冒进。正如赵旭东(2016)所倡导的:“人们以容忍和足够的耐心去等待文化转型的完成及新制度规范的养成与稳固。任何急躁冒进的作为都只能使得文化转型的发生再一次的扭曲,而社会治理也变成是烫手的山芋。静观其变,或许才是政策制定者和学术研究者应有的修养与准备”^[1]。

[责任编辑:钱继秋]

From Foreign Studies to Local Studies: the Reality and the Development of Local Studies in China's Legal Anthropology

Zhao Xudong Zhang Jie

Abstract: Legal anthropology is to study legal rules in “the other” culture from the perspective of anthropology. By reviewing foreign literature in legal anthropology, the present article maintains that legal anthropology, as a subdiscipline, has undergone the initial interaction of disciplines and discoveries, the establishment of legal ethnographic field research, and the mature development of four paradigm shifts, revealing the trends and the characteristics of the development of legal anthropology. Since the late 20th century, Chinese legal anthropology, after several shifts in research paradigm and skips in subjects, has gradually generated some types of ethnography in legal anthropology with distinctive perspectives and subjects. Nowadays, the discipline of legal anthropology, full of vitality, is open to multi-disciplinary combination.

Keywords: legal anthropology; a short history of development; research paradigm

[1]赵旭东:《何以违法——适用中国文化转型的规则与社会》,载[石家庄]《河北学刊》2016年11月,第36卷第6期。