

进入隐秘与获得整体： 法律人类学的认识论

王启梁

内容提要 法律人类学是一种观察视角和研究方法,是反思和创新法律理论的社会科学进路之一。此种进路主张在法律与社会之间建立起关于秩序融贯性的思考,其贡献主要是提供出一种关于法律和法治的认识论。法律具有“双重建构性”,即法律是建构的结果,同时又是一种建构性的工具。法律人类学强调深入观察法律实践,高度警惕法律的建构性可能产生的暗面,在法律实践-法律教义-法律理论-社会实际几者之间获得一种整体性观察和反思性理解,发展出合适的、能够理解中国自身的法律理论,在智识上促进法律理论与法律实践、法律教义与社会实际之间的融贯。

关键词 双重建构性 法律实践 整体性 认识论 融贯

王启梁,云南大学法学院教授 650504

在当前的中国,法律理论与法律实践的分离、法律教义与社会实际的紧张普遍存在。这表征了法治建设及法律理论的危机,而这种危机有其认识论的根源。法律人类学“是关于秩序规范的研究”^[1],这种研究要求超越对法治、法律实践的规范性评价,要求把法律和生活世界、规范和社会重新统合起来观察和认识。其不仅关注合法/非法、应然/实然之类的问题,更着重于解释法律教义与社会实际的鸿沟、法律理论与法律实践之间的分离如何发生、为何发生等问题。其问题意识指向的是法律与社会之间、理论解释与实践之间的融贯性问题。这种研究强调研究者要能够在法律实践-法律教义-法理理论-社会实际之间往复移动,进行整体性的观察和反思。此种进路有可能做出的贡献不仅是具体观点,更重要的是一种关于法律、法治的认识论。这种认识论事实上包含了法律的教义分析与社会科学(政治学、社会学、人类学等)之间的整合而不是排斥^[2]。

本文为国家社会科学基金项目“基层执法的困境与对策研究”(批准号:13BFX034)阶段性成果。

[1]侯猛、朱晓阳等:《对话朱晓阳:法学遇上人类学》,苏力主编:《法律和社会科学》第15卷第1辑,〔北京〕法律出版社2016年版,第293页。

[2]限于篇幅,本文只集中论述法律人类学对法律、法治的认识论问题,而不过多涉及法教义学与社科法学的关系和合作问题。在此仅重申一个基本立场:“社科法学和法教义学之间有着不同的问题意识、理论抱负和研究路径,这种差

也因此,本文旨在阐述法律人类学对当代中国的法律研究可能做出的认识论上的贡献,即进入生活世界洞察法律实践的隐秘,并获得对法律实践的整体性观察和把握,在法律与社会之间建立起关于秩序融贯性的思考,建构具有文化自觉的法律理论。

一、作为法律理论发展进路的法律人类学

一般认为,法律人类学是法学与人类学研究科际整合的结果,那么为什么发生这种跨学科融合?法律是对社会关系的制度化建构,法学的核心就是研究法规范和法体系的构成、性质、意义、运行及其影响。而“人类学常常声称自己是一门包揽一切的学科,它以人类(anthropos)作为它的研究对象,科学、哲学、历史、神学、古典研究,甚至法学,全都被涉及了,以便为解释人类的全部复杂性提供线索。在研究人类社会时,我们既探寻自己,也研究别人。自我与他人、个人与群体的辩证关系,构成了人类学的核心。”^[1]由此来看,自我、人与他人、人与自然的关系尤其是后二者无疑构成了人类学与法律所共同要处理的最为核心的问题^[2]。故而,法学与人类学发生交汇似乎理所当然。

再从法律人类学的产生和发展来看,参与其中的研究者主要来自法律或人类学学科或者具有交叉学科的背景。法律学者通过人类学获得了关于法律的某些洞见,而人类学者透过法律研究则发展了对文化与社会观点。因此,被称为法律人类学的作品有着不同的学科倾向:一类是通过人类学的法律研究,一类则是透过法律的人类学研究。可以说,法律研究者和人类学者都从对方那里获得养分。

本文不打算讨论法律研究能为人类学做出什么贡献,而着重指出通过人类学研究法律的进路对法律理论的发展有着独特的价值:第一,从历史上看,在西方国家,20世纪后半期以来人们对法律产生了全面的怀疑。这种怀疑既是对制度、教义、逻辑方法、能力的怀疑,也是正统法律理论的危机。法学家们因此不断寻求新的理论和分析方法。法律及法律制度的人类学分析在这样的背景下提供了一个有力的批评视角^[3]。第二,法律人类学之所以能够对法律研究有所贡献,根源于人类学的进路有助于深刻揭示和把握法律与社会的关系。正如著名法律人类学家梅丽指出的:“法律和社会间的关系是相互建构的,法律和社会互相塑造和定义。在法律和社会能被区分开的各自领域里,法律体系定义了社会关系和权力系统,而社会决定了法律体系运作的方式。”^[4]这种在法律和社会之间建立起关系的观点是一种非常必要的面对现实的理论态度,也是创新和发展理论的基础。

正是基于对法律人类学的这种价值的认识,笔者认为,比较适宜的态度是把法律人类学作为一种观察视角和研究方法,基本上将其视作反思和创新法律理论的社会科学进路之一,而不是将其理解

异并非谁取代谁的问题,合作和交融应该成为未来的主流。我们在此重申,只有当中国的法学研究、学说和理论呈现了多元格局,我们才有机会对法律问题、法治进行更多角度、更为全面和深入的解读。”王启梁、张剑源主编:《法律的经验研究:方法与运用》(修订版),北京大学出版社2016年版,“修订本序”,第1页。

[1][英]菲奥纳·鲍伊:《宗教人类学导论》,金泽译,〔北京〕中国人民大学出版社2004年版,第1页。

[2]李亦园先生曾引罗素名言:“人类自古以来有三个敌人其一是自然,其二是他人,其三是自我”;并以此来说明文化的内涵,人类创造文化正是应对这三个“敌人”。这其实是说人类生活始终要解决三对关系:自我(自己与内心)、自我与他人的关系、人类与自然的关系。李亦园:《人类的视野》,上海文艺出版社1997年版,第101页。

[3][美]丹尼斯·帕森特编:《布莱克维尔法哲学和法律理论指南》,汪庆华等译,上海人民出版社2013年版,第401页。需要注意的是,对法律实践的怀疑以及传统法学的冲击在“法律—社会研究”的标签下形成了诸多理论流派和研究进路,法律人类学是其中一种,社会学、经济学、心理学等与法学的交叉研究也均有大量成果出现。参见[英]奥斯汀·萨拉特:《导论片段化中的活力:后现实主义法律与社会研究的视角》,载[美]奥斯汀·萨拉特主编:《布莱克维尔法律与社会指南》,高鸿钧等译,北京大学出版社2011年版,第1-12页。

[4][美]萨利·安格爾·梅丽:《诉讼的话语——生活在美国社会底层人民的法律意识》,郭星华等译,北京大学出版社2007年版,“中文版序言”第2页。

为一个学科^[1]，这样才能避免因学科化分类而带来的僵化或学科归属困境^[2]。对于此种通过人类学研究法律的进路，重要的是把握住人类学的那些对法律研究具有重要价值或启发的根本性的理论立场和视角。

二、法律的双重建构性及其暗面

基于本文所要讨论的出发点是如何认识以及在一定程度改善法律理论与实践的分离、法律教义与社会实际的紧张，而这需要发现认识论上的根源。因此在这里将只集中讨论一个被忽视了的问题：法律的“双重建构性”，即法律是建构的结果，同时是一种建构性的工具。在今天，正是法律所具有的强大建构能力导致了法律理论与实践、法律教义与社会实际的巨大张力。

法律从一开始就具有建构性的特征，但发展到今天这样具备有极强的建构能力则经历了不同的历史时期以及角色的变化。这种变化根本上是法律的角色和作用经历了从反映、契合社会的“镜子”到变革社会的“剪刀”的巨大转身^[3]，是国家全面和深入运用法律进行统治的结果。在法理学中，关于法律的作用和功能的论述，大多建立在法律具有建构社会的能力和特性的基础上^[4]。但是，对于法律的这种建构能力人们却缺乏必要的反思和警惕。

在法学中，法律是规范、制度，是应该以及可能如何行为的指南，是对社会关系、行为的一种定义方式。面对已经长期存在的法律，我常常认为其理所当然。但是，如果我们研读这些立法的过程史料或者观察一下最新的立法就会发现，立法是对客观事实进行重新建构以使之可以被规制或裁判。其核心特征是把客观事实从庞杂的社会联系中抽离出来、分类化和概念化，并形成有关规范-事实的法条和法教义。被我们称之为法律事实、由法律来规范和评判的东西在法律产生前本身并不存在。所谓合法/非法其实是法律建构的结果，曾经理所当然的行为可能在某一阶段变成非法，而今日大众义愤的恶行也可能在未来某时、某些法律条件下成为合法的。可以说，法律使国家对社会存在形式和人们生活样式的想象得以制度化地表达。法律不仅是建构的产物，同时是一种建构的工具和力量。一个重要的例证是新中国建立之初开展的民族调查和民族识别。基于新中国对于各民族关系和地位的政治构想，在民族学知识的帮助下，最终经过法律的构建使具有不同历史、文化和政治地位的各民族群体在法律上获得了平等的身份。这种对各个群体在法律上的身份构建对于中国的政治和谐和边疆安定具有重要的意义和影响。

[1]如何定位法律人类学直接关系到我们如何运用和发展它。然而何为法律人类学却有着各种各样的定义。例如人类学家赵旭东指出“法律人类学，顾名思义，就是对于异文化的法与社会关系的研究。它强调非西方法律的法的表达，而排斥以西方法律的概念和逻辑去厘定异文化中法律的有无。在这个意义上，非西方法律传统的法律知识可以构成对于西方法律传统中的核心概念的适用性的一种评判。”（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。）另一类定义则主要从学科关系着眼：“法律人类学是跨越人类学与法学，科际整合下的一门学问……”（林端：《儒家伦理与法律文化》，[北京]中国政法大学出版社2002年版，第19页。）第三类定义则偏重于法律研究对人类学的运用和研究特点出发：“法律人类学运用文化人类学的理论和方法研究各种法律制度。在法律分析中，法律人类学的核心在于把法律当作一种与文化环境、参与行动者、语言、历史、其发挥影响的社会传统等不可分割的现象来加以研究。”（[美]丹尼斯·帕森特编：《布莱克维尔法哲学和法律理论指南》，汪庆华等译，上海人民出版社2013年版，第401页。）在对法律人类学进行定义时，还有一种倾向是把法律人类学学科化，将其大致分为“学科萌芽、形成和不断发展”阶段，或者将其作为人类学或法学的分支学科进行讨论和对待。参见张冠梓：《多向度的法：与当代法律人类学家对话》，[北京]法律出版社2012年版，第2页。

[2]参见王伟臣：《法律人类学的身份困境——英美与荷兰两条路径的对比》，[北京]《法学家》2013年第5期。

[3]参见王启梁：《迈向深嵌在社会与文化中的法律》，[北京]中国法制出版社2010年版，第258-275页。

[4]参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，[北京]法律出版社2003年版，第40-47页。

如果要进一步厘清法律的双重建构性特征及其可能带来的后果,需要回到格尔茨的一系列人类学见解:

在这儿、在那儿、或是任何地方的“法律”都是想象真情的一种独特方式……

法律,与英国上院议长修辞中那种密码式的矫饰有所歧异,乃是一种地方性知识;这种地方性不仅指地方、时间、阶级与各种问题而言,并且指情调而言——事情发生经过自有地方特性并与当地人对事物之想像能力相联系。我一向称之为法律意识者便正是这种特性与想像的结合以及就事件讲述的故事,而这些事件是将原则形象化的……

如果法律因地区之别、时间之别、人之群体之别而有所不同,它所看见的便同样也有所不同……^[1]

格尔茨的观点指出了法律具有主观的维度,说到底是对“真实”进行想象的一种方式。法律对世界的建构正是依赖于地方性生活的现实与当地人的世界观结合所产生的“想象”来进行。法律既是对世界的看法的一种表达,更是社会或国家对真实世界的重新建构。赫拉利所言“为了改变现有由想象建构出的秩序,就得先用想象构建出另一套秩序”^[2],可谓一言中的。

然而,法律的这种建构性却是矛盾的结合体:压制/解放、限制/自由、赋予/剥夺、整合/分化……人类生活的美好与暗面的形成都可能集中体现在法律及其实践上。笔者在此主要讨论法律建构所带来的暗面。来自不同领域的研究都表明,无论是非正式的法还是国家的正式法,都有其暗面。我们所熟知的一个事实是:“第三帝国”的罪行都是在法律建构的“合法”的名义下进行的。在更具体的领域里,从近代早期西欧的巫术迫害研究中可以发现,社会对巫术的观念通过正式法律的建构,使巫术最终通过程序、证据规则被指控和审判。而自17世纪中期开始巫术审判的衰落则得益于中央对地方司法的控制,以及知识阶层对巫术的知识和态度的转变^[3]。可以说,巫术迫害及其消灭都是依赖于对有关巫术的观点的法律建构及其实践的结果。对于法律的这种建构性,美国有一部温馨但宣扬宗教的电影《34街的奇迹》给了我们更大的想象力——如果相信上帝存在,法庭就能证明上帝存在^[4]。笔者本人的研究也发现,一个村庄依据其社会想象对某些特殊的人群进行规范性建构,形成“琵琶鬼”的事实,进而对这些人实施社会惩罚^[5]。民间生活中存在的不公、压制往往来自于当地人依据地方生活和世界观所构建的民间规范、法意识。而在更大的尺度上,一种不公的“世界体系”的建立^[6],不仅源于西方大国的资本优势,无疑还“得益于”西方国家纯熟地运用法律、法治话语构建起有利于展开掠夺的国际贸易、政治规则^[7]。这正是国际法的暗面。

这样的列举可以有无限多,但我们如果只是认识到法律的建构会带来暗面还远远不够,还需要去思考这种暗面尤其是具有强势话语权的西方法律和法治模式对于今天的世界和中国具有何种影响。

前述表明,地方性知识可以完全不同,对秩序的印象可以有天地之别,各个地方和国家的法律因

[1][美]克里福德·格尔茨:《地方性知识——阐释人类学论文集》,王海龙、张家瑄译,〔北京〕中央编译出版社2000年版,第242、273、230页。

[2][以色列]尤瓦尔·赫拉利:《人类简史:从动物到上帝》,林俊宏译,〔北京〕中信出版社2014年版,第115页。

[3]陆宏宏:《近代早期西欧的巫术与巫术迫害》,〔上海〕复旦大学出版社2009年版,第5、235-268页。

[4]影评可见〔美〕保罗·博格曼、迈克尔·艾斯默:《影像中的正义:从电影故事看美国法律文化》,朱靖江译,〔海口〕海南出版社2003年版,438-444页。

[5]王启梁:《迈向深嵌在社会与文化中的法律》,〔北京〕中国法制出版社2010年版,第146-150页。

[6]高宣扬:《当代社会理论》(下),〔北京〕中国人民大学出版社1985-1013页。

[7]参见〔美〕乌戈·马太、劳拉·纳德:《西方的掠夺:当法治非法时》,苟海莹译,〔北京〕社会科学文献出版社2012年版。

此可以完全不同^[1]，并不存在绝对正确的法律。例如就今天的法学界所普遍奉为圭臬的法律-事实的界分，格尔茨在比较研究中清晰地表明这是西方国家的一种“地方性知识”，法律-事实的区分并不是所有地区和国家的法律传统，两者在一些法律体系中是合一的^[2]。西方国家的法律是他们建构秩序的方式，而不是理所当然或必定的真理。然而，源自西方的法律所体现出的建构性在世界范围内引发了一系列问题，其中包括对中国的影响。

从国际层面看，法律作为一种想象和建构的工具，引发了“西方的掠夺”等严重后果。络德睦极为精彩和重要的研究已经指出，在东方主义的知识论基础上，“美国将其政治价值视为具有典范意义”，“美国的政治价值具有独特的普世性。同时，在西方世界的东方主义话语来看，传统中国的法律价值本身就值得怀疑，甚至内在便是反法的。由此，基于这种判断进行推演，美国法律价值具有独特的普世性，而中国的法律价值则表现出普世的独特性……”^[3]结合《法律东方主义》的其他论述，可以看出以美国为首的西方强国内在秉持的“法律东方主义”观念在根本上是运用自身的观念和制度构建出非西方国家的“他者”形象。针对中国，中国被构建为一个“无法的”、人治社会。这种东方主义的建构，在政治上导致了将“美国确立为人权的全球执行人，而将中国视作人权的主要‘施害人’”，在经济领域还引发了“中国对其建构自身政治秩序之自由的异乎寻常的放弃”^[4]。可以说，“法律东方主义”话语最大的害处便是制造了对中国极为不利的“合法性”危机。另一部由法学家马太和法律人类学家纳德完成、旨在批判以美国为中心的西方国家借助法律在世界范围内的展开掠夺的作品《西方的掠夺》开篇即指出：“法律成为西方世界征服与掠夺辩护、管理和授权的工具，从而导致巨大的全球不平等。”^[5]在该书中，作者继承了萨义德的东方主义批判^[6]。西方世界把非西方社会“他者化”为无能者、法治缺失之类的形象，继而“使用法治无非是为跨国企业的主宰铺平道路……法治被帝国主义用于掠夺并为其正名。”^[7]无论是《法律东方主义》还是《西方的掠夺》都有力地揭示了西方法律、法治借助于片段化、歪曲的“他者”形象建构，确立西方法治的普世性话语并进行政治输出，继而实现对其他国家的支配、掠夺。这甚至导致了一些第三世界国家的“法律自我东方主义”，全面复制西方国家的法律。这正是西方法律及其法治在全球层面制造的暗面。

在地区和国家层面，法律作为统治的工具全面进入、延伸至社会的各个方面。国家法律从一开始就具有超越时空的特性，而这种特性在现代性生长的过程中更加显著。法律同时还具备了建构一种超越时空的秩序的力量和雄心。法律成为现代国家对社会进行全面改造、塑造新的生产生活秩序，重新结构化社会的基本力量。对此，很难用好或不好、必要或不必要这种意识形态化的方式进行评价，而只能进行具体分析。但是，国家法律的这种建构性会有其暗面则是确定无疑。国家也会歪曲、扭曲地把社会进行“他者”形象的建构。对于中国来讲，从清末以降，在法律建构的道路上我们始终处于劣势或者说是存在一种自主性和主体性的薄弱。一个经典“困惑”是费孝通先生在《乡土中国》中清楚展现的民国时期国家法律对和奸行为非罪化建构引发了乡间秩序和观念的混乱^[8]。对于此类问题，按照

[1]笔者在另一篇文章中从分类观念的角度论述了这一问题，参见王启梁：《迈向深嵌在社会与文化中的法律》，〔北京〕中国法制出版社2010年版，第131-154页。

[2][美]克里福德·格尔茨：《地方性知识——阐释人类学论文集》，王海龙、张家瑄译，〔北京〕中央编译出版社2000年版，第242-273页。

[3][4][美]络德睦：《法律东方主义》，魏磊杰译，〔北京〕中国政法大学出版社2016年版，第9页，第9、206页。

[5][7][美]乌戈·马太、劳拉·纳德：《西方的掠夺：当法治非法时》，苟海莹译，〔北京〕社会科学文献出版社2012年版，第1页，第20页。

[6]参见[美]爱德华·W.萨义德：《东方学》，王宇根译，〔北京〕生活·读书·三联书店2007年版。

[8]费孝通：《乡土中国生育制度》，北京大学出版社1998年版，第58页。

格尔茨的观点,理解法律间的关系、“法律多元”问题时不能仅仅停留在规范层面(如国家法/本地法)的比较,而要着眼于当地人的“法意识”(legal sensibility)^[1]。所谓多元法律间的冲突根本上是法意识的冲突,法律教义与社会实际的紧张往往也是法意识的问题。费孝通展现了模仿、移植甚至抄袭外国法所建立的法治与本土社会法意识和法律实践之间的鸿沟,法律建构起的片段性的规范-事实与整体性的基层实践和世界观之间的脱节。但是,费孝通式的困惑,其重点并不在合法/非法的问题上,而是在理论上和解决方案上如何解释、面对法律及其教义“格式化”社会实际及其观念所带来的秩序上的不融贯问题。可以说以法律移植为主要方式建构法治的国家都面临这种“国家法成为外来法”的危险^[2]。在国家治理中,运用法律建构一种普遍秩序与避免对社会的过度侵入始终需要保持平衡。过度或不注重实际的法律建构必定会严重脱离传统,伤害社会内生秩序生发的机理,根本上来讲会带来规范秩序上的不融贯,导致生活世界的紊乱。法律对生活世界的全面殖民化,是导致法律教义与民众法意识之间的紧张、法律理论与实际的分离的重要原因。

三、获得法律实践的整体性认识

除了要认识到法律可能带来人们所不希望看到的暗面,我们也需要去发现、解释和反思出现的问题。我们需要意识到,法律有如皮影戏,我们从幕布上看到了表演,然而对幕布背后的情形,例如谁在操纵皮影、牵动皮影的是哪根线、剧本从何而来等等,往往知之甚少。同样,即使是最日常的法律实践,其背后也可能有着不为人知的隐情和逻辑。法律实践即是法律的隐秘所在,暗面往往躲藏其中。也因此,法律的暗面、问题只能在法律实践中被发现。例如马太和纳德指出的,美国法治的暗面躲在了法治的外衣下,“都隐藏在目前远非理想的公平分配实践下”^[3],只有进入跨国组织攻城略地的实践中才能被揭示。而费孝通的困扰则源于法律在乡间的具体实践。因此,进入法律实践并有效地观察和解释法律实践就成为发展有效的法律理论的关键性问题。

“生活世界本来就是分不清的,在农村里,法律问题、政治问题、宗教问题都纠缠在一起”^[4],而法律则要对这种融为一体的现实生活世界依据某种独特的想象进行抽离、建构和体系化。法律对社会的这种建构最终会表现为一个个具体的法律概念、法律关系,并以一种体系化的形式呈现出来。也只有这样,国家依赖法律对社会进行描述和重新结构化才成为可能,同时才能展开一种普遍秩序的建构。但与此同时,这种建构存在着过度抽离和“格式化”社会的风险。我们关于法律问题的理论洞见之所以出现各种偏差,往往是源于运用片段性的法律教义或法律理论来切割具有联系性、延伸性的法律实践,或者是按照法律的格式来评判实践。这在根子上是缺乏一种对法律、法律实践的整体性观察。如果要获得适宜的见解,不仅需要注意到法律体系的内部关系、逻辑问题,还要能够在一定程度上把握两个问题:一是对法律和社会的关系的掌握是否恰当,二是对法律实践的理论解释是否切中要害。这两个问题都指向整体论。

在另一篇阐述田野研究与建构有效的、实践性的法律理论关系的文章中,笔者强调法律研究中法

[1][美]克里福德·格尔茨:《地方性知识——阐释人类学论文集》,王海龙、张家瑄译,[北京]中央编译出版社2000年版,第237页。

[2]参见王启梁:《迈向深嵌在社会与文化中的法律》,[北京]中国法制出版社2010年版,第258-275页。

[3][美]乌戈·马太、劳拉·纳德:《西方的掠夺:当法治非法时》,苟海莹译,[北京]社会科学文献出版社2012年版,第1页。

[4]侯猛、朱晓阳等:《对话朱晓阳:法学遇上人类学》,苏力主编:《法律和社会科学》第15卷第1辑,[北京]法律出版社2016年版,第294页。

律和社会的关系：

虽然我们不可能达到彻底的对整体的理解,但是把研究对象置于一个大的社会背景和历史、文化脉络中加以理解是完全可能的。这种整体论如果运用到法律研究领域,重在解释和解决法律与外部的关系问题,重在“事理”的揭示和阐释。意味着研究者要把法律置于一个更大的生活场景中加以考察,辨析法律与社会、文化、政治的关系,继而认识和理解法律以及法律行动的社会意义。^[1]

之所以强调认识和把握法律需要在法律与社会之间建立联系,获得一种整体性的考察,恰如梅丽所指:“围绕法律体系的是更大的社会系统,法律体系只是其中的一部分。社会系统为法律提供了行使权威的形式,施加影响的标准以及它享有的对公民的合法性。”^[2]在前述拙文中笔者较深入地讨论了这一整体论视角,在本文中则主要讨论对法律实践的整体性解释问题。

如何观察和解释法律实践,涉及到如何理解和定义法律实践的性质。长期以来,法学领域普遍习惯于采用应然/实然、规范/事实、合法/非法或者比较法的模式来审视法律问题和法律实践。这种认识论的核心是裁判模式的规范性评价。如此来认识、观察法律实践诚然十分必要,但是,一方面如前所述,法律是一种建构的结果,并不必然正确;另一方面,此种观察和认识所获得的关于法律实践的真值是不够的。因为,此种认识还忽略了一个基本的问题:通过事件、行为和过程来表现的法律实践往往只是表象,是幕布上的皮影戏,并非用合法/非法可以完全解释表象背后的逻辑和机理并获得事情的全貌。而这对于反思法律和法治建设是远远不够的。或者说用一种“操作技术的知识”去理解作为现象的法律实践本身就不妥当^[3]。例如用一种裁判的眼光去解释著名的李昌奎案件发生、演变的逻辑,将无从下手^[4];如果不把制度、环境和塑造守法动机的因素结合起来考察,用裁判的眼光将不可能理解最基层的违法与守法是如何发生的^[5]。我们还需要进一步看到,法律实践是一种在法律、资源及其他客观要素之下人们展开的行动,它不仅是一种现象的呈现,它同时具有主观维度。这就是为什么格尔茨要回到世界观、生活形式之类的眼光下,提出从“法意识”或“法律感”来理解当地人的法律秩序、法律实践^[6]。格尔茨之所以提出“深描”,也在于需要获得对当地人的法意识、世界观的把握^[7]。例如,如果我们用法律教义来解释以下这些案例可能会不得要领:

在一个著名的农民诉诸法庭、运用DNA技术解决耕牛归属纠纷的案例中,法律精英完全误读了这一事件。虽然事情最终是通过现代司法解决,然而当事人的行动逻辑根本就是活脱脱的乡土“法意识”,与现代国家标榜的法治精神没有多少关系。国家司法在此时只是实现当事人基于乡村生活的道德目标的工具^[8]。出现误读,根子就出在没有进入法律实践的隐秘,更没有获得一种整体性的理解,武

[1]王启梁:《法学研究的“田野”——兼对法律理论有效性与实践性的反思》,〔长春〕《法制与社会发展》2017年第2期。

[2][美]萨利·安格尔·梅丽:《诉讼的话语——生活在美国社会底层人民的法律意识》,郭星华等译,北京大学出版社2007年版,“中文版序言”第2页。

[3]谢海定:《法学研究进路的分化与合作——基于社科法学与法教义学的考察》,〔武汉〕《法商研究》2014年第5期。

[4]参见王启梁:《法律世界观紊乱时代的司法、民意和政治——以李昌奎案为中心》,〔北京〕《法学家》2012年第3期。

[5]参见李娜:《守法作为一种个体性的选择——基于对建筑工人安全守法行为的实证研究》,〔昆明〕《思想战线》2015年第6期。

[6][美]克里福德·格尔茨:《地方性知识——阐释人类学论文集》,王海龙、张家瑄译,〔北京〕中央编译出版社2000年版,第238页

[7][美]克利福德·格尔茨:《文化的解释》,纳日碧力戈等译,上海人民出版社1999年版,第3-36页。

[8]王启梁、张剑源主编:《法律的经验研究:方法与运用》(修订版),北京大学出版社2016年版,第160-165页。

断地运用法治理论来片段性地解释大众的法律实践。并因此错失了发现和反思法治话语与法律实践如何、为何存在巨大差距的机会。另一个例子是易江波研究的内地基层公安如何处理涉及少数民族群众的纠纷。这项研究指出：“在来到内地城市的少数民族纠纷的化解领域，办案者‘做工作’的过程，既是基层政法的展开过程，也是当代中国的民族观以‘层累’的方式在基层与底层社会空间形成的过程。”^[1]该研究揭示了隐藏在执法实践背后的关键：执法过程成为建构基层社会的民族观、法律观、国家观的重要过程。如果作者仅仅是关注警察解决纠纷的过程和方式是否合乎法律要求，那么在理论解释上将是很大的损失。相反，只有洞悉藏在实践背后的隐秘，才有机会思考如何改善涉及民间关系的基层法律实践过程，这关乎社会团结和国家认同。类似的，陈柏峰深入地研究了在法治灰色地带的乡村混混，倘若不把法律实施、社会结构与乡村混混的主观世界结合起来，进行整体地考察，就不太可能充分解释这种法律边缘的生活群体及其生活状态是如何发生的。在面对这些法律实践的灰色领域，我们将会茫然无措^[2]。又如近期发生的雷洋案、贾敬龙案等轰动案件，在不掌握充分的信息、没有一种超越裁判模式的整体性观察和研究的情况下，出现了一些轻率的断言。

法律实践说到底是规范秩序中人及其行动的问题。我们对法律实践性质的认识不仅要超越合法/非法的模式，还需要超越客观/主观的二元对立模式，看到其具有规范-价值、行动-意识、结构-主观等维度的统一性。只有我们将法律实践中的这些维度结合起来进行考察，才能获得对事情的完整性理解，形成整体性的把握。这样才有机会洞悉法律实践的隐秘和法律的暗面，真正注意到法律教义与社会之间的差距、缩小法律理论与实际的解释性鸿沟。在阐释并运用人类学的这种整体观来观察和理解中国的法律实践方面，朱晓阳和赵旭东的一系列作品中有杰出的贡献^[3]。

四、建构具有“文化自觉”的法律理论

本文之所以讨论法律的“双重建构性”、法律的暗面以及对法律及其实践展开一种整体性的观察，是为了达到三个理想的研究视角融合：一是获得内部视角（实践者的逻辑）和外部视角（合法性评价）的结合；二是在研究者（理论观点）-实践者（基层和当地人观点）之间获得一种沟通和视域融合；三是在法律实践-法律教义-法律理论-社会实际几者之间获得一种整体性观察和反思性理解。通过这种多角度、多层次的研究和探索，我们有可能发展出合适的、能够理解中国自身的法律理论，在智识上促进法律理论与法律实践、法律教义与社会实际之间的融贯。这就需要我们确立自身的主体性。法律人类学的这种认识论所包含的观察世界的立场和方式，有助于研究者自身主体性的确立。但是，在更深层次的层面还有赖于我们的“文化自觉”，这一问题人类学的发展历程给了我们有益的启示。

人类学起源于早期的殖民统治，有不光彩的“出身”和历史。而其发展到今天之所以还有旺盛的生命力，得益于人类学者群体中出现的理论反省。在对待异文化方面，人类学界经历并持续着对西方

[1]易江波：“做工作”：基层政治的一个本土术语，苏力主编：《法律和社会科学》第13卷第2辑，〔北京〕法律出版社2014年版，第89-115页。

[2]陈柏峰：《改革初期两湖平原的乡村江湖与社会控制》，《法律和社会科学》第六卷，〔北京〕法律出版社2010年版；陈柏峰：《乡村江湖：两湖平原“混混”研究》，〔北京〕中国政法大学出版社2011年版；王启梁：《法律能否控制“混混”》，苏力主编：《法律和社会科学》第8卷，〔北京〕法律出版社2011年版。

[3]参见朱晓阳：《罪过与惩罚：小村故事（1931-1997）》，天津古籍出版社2003年版；朱晓阳：《面向“法律的语言混乱”》，〔北京〕中央民族大学出版社2008年版；朱晓阳：《小村故事：地志与家园（2003-2009）》，北京大学出版社2011年版。在他最近出版的《地势与政治：社会文化人类学的视角》，汇集了其法律研究最重要的文章（〔北京〕社会科学文献出版社2016年版）。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；赵旭东：《权利与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》，天津古籍出版社2003年版。

中心主义、殖民统治和有关异文化研究的反思,检讨了人类学的理论建构方式。对东方主义的解构、反思和批判就是最重要的标志。在对内方面,人类学转向本土研究之后,许多作品致力于对本国政治、社会和文化的研究和反思,包括对西方国家自身的政治制度、对第三世界的新殖民统治的批判。

而在中国,费孝通先生首先提出了“文化自觉”问题:

我们为什么这样生活? 这样生活有什么意义? 这样生活会为我们带来什么后果? ……

文化自觉只是指生活在一定文化中的人对其文化有“自知之明”,明白它的来历、形成过程、所具有的特色和它发展的趋向,文化自觉不带有任何“文化回归”的意思,它不是要“复旧”,同时也不主张“全盘西化”或“全盘他化”……

文化自觉是一个艰巨的过程,首先要认识自己的文化,理解所接触到的多种文化,才有条件在这个已经在形成中的文化多元的世界里确立自己的位置……^[1]

“文化自觉”是一种觉醒,不仅对于思考和研究中国的社会和文化具有重要的价值,对于我们思考如何建构中国的法治、法律理论同样具有重要意义。

在法治与法律的问题上,文化自觉就是对我们自身的法治实践保持不断反思,在反思中更准确地探寻定位、选择道路。这种文化自觉即是理论的自觉,是作为主体的反思性。一方面,中国不可能从法治道路上退却,但是面对众说纷纭的法治言说,我们在已经睁眼看世界后,应该更加明白没有哪一种法律制度和法治模式真的那么理所当然、必然“合法”。我们有必要经常反省:什么是我们要的法治? 而我们自己又如何言说法治^[2]? 今天的中国仍然需要、仍将继续学习西方有益的理论、经验和制度,但是如果要走一条自主发展的道路,就不能不对我们的法律、法治的来源进行反思。这就是费孝通所说的不复旧、不全盘西化和全盘他化。另一方面,我们需要深入观察法律实践,警惕法律所制造的暗面。法律建构与生活世界之间应该取得基本的融贯,而不是法律对社会的生硬肢解和分裂。我们需要经常提问:法律是促成了生活世界的秩序,还是带来了意想不到的混乱? 是法律出了问题,还是社会出了问题,亦或是其他? 在此意义上,我们应该注意到人类学者的告诫:“立法者和守法者之间出现了一道深刻的裂痕,他们也不再同属于某一个共同体的存在……也许守法者文化下的人们违反了法律可谓是出于一种‘无知’,但是那个法律的知识无疑距离他们又确实是遥不可及;而立法者对于那些生活于芸芸大众之中的潜在的违法者而言有着同一样‘无知’……。”^[3]

最后,“文化自觉”对于知识阶层来讲同样重要。如果仅仅满足于书斋生活或者流连于媒体提供的世界,这对于国家和社会来讲非常危险,知识阶层将丧失其公共责任的承担能力,甚至于我们将主动沦落为自我东方主义者。理论不能解释实践,表征了知识阶层脱离其解释的对象。我们应该经常反问自己:我们对于法律、法治的知识从何而来? 我们对实践的解释又是依凭着什么? 人类学的一个有益的教导是,走出书斋,世界将扑面而来。田野就在那里,同实践者一起感同身受这个被法律统治的世界——这是确立主体性思考的第一件武器。

[责任编辑:钱继秋]

[1]参见赵旭东:《文化的表达》,〔北京〕中国人民大学出版社2009年版,第56-61页。

[2]参见顾培东:《当代中国法治话语体系的构建》,〔北京〕《法学研究》2012年第3期。

[3]赵旭东:《何以违法? ——适用中国文化转型的规则与社会》,〔石家庄〕《河北学刊》2016年第6期。