

 | 谢晖法学论著系列

# 民间法的视野

谢晖 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



| 谢晖法学论著系列

# 民间法的视野

谢晖  
著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民间法的视野 / 谢晖著. —北京:法律出版社,  
2016.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9478 - 6

I. ①民… II. ①谢… III. ①习惯法—中国—文集  
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 094315 号

民间法的视野

谢 晖 著

责任编辑 周丽君  
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨昆玲

印刷 固安华明印业有限公司

印张 24.5 字数 380 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9478 - 6

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 发现并提升日常生活中的法（代序）

这部书所收入的,是我近四年来在民间法研究方面的几篇文章,也是我继《大、小传统的沟通理性》后,第二部以民间法为专门研究对象的学术文集。

一种学术兴趣的养成,每每基于一种偶然。我之于民间法研究的坚持,就是如此。除了打小受乡村社会规范生活的耳濡目染外,工作以后的如下经历,则更有直接影响。

1986年,在宁夏大学工作不久的我,曾两次受学校委托,到宁夏南部山区调研。一次是代表学校跟踪调研该校毕业生在南部山区地区的工作状况。记得我那组由当时在学校后勤任职的一位五十岁左右的先生带队(姓甚名谁,如今没有任何印象),组员就叶南(现定居加拿大)和我两人。我们一行到了固原,就分手行动了。我的任务主要是完成最偏远的两个县——必须翻越六盘山的隆德县和泾河的发源地——泾源县的相关调研。我们所调研的所在,是我国回族集中居住最稠密的地区之一。而我在调研中所关注的,不只是学校交给的任务,更是刚刚迈入工作岗位的一位年轻人,以饱满的热情对“外面世界”里人们精彩纷呈的生活交往方式、秩序规范内容的格外好奇。另一次是和我的同事毛洪峰(现在宁夏总工会工作)带领当时政教系学生赴宁夏南部山区调研。特别是在西吉县调研时,既听取了时任县委书记周生贤(现在全国政协资环委工作)多次所做的该县的相关介绍和说明,也与同学们一起跋山涉水、走村串户,在

农家深度访谈,在田间地头认真观察。尤其是遇到纠纷时,当地乡村地区无论由政府出面、阿訇出面,还是乡村长老出面处理纠纷的特殊方式和机制,一直萦绕我心头,成为我关注并感兴趣于民间法问题的重要经验基础。

此后不久,20世纪90年代初,我参与了两项重要的学术活动。一项是由宁夏区党委宣传部理论处处长哈坚先生领衔的“中国民族自治地区教育问题研究”,项目好像由中宣部和国家民委直接投资,是两部门组织的民族区域自治系列研究丛书项目中的一种。借由这一项目,我们一行的调研足迹深入到东北、京津、内蒙古、云贵、“两广”、宁夏等地的少数民族自治地区。调研中,不仅对那里的风土民情有所领略,而且更加加深了我从小在山村生活时,业已蒙发的种种民间交往的规则意识。与此同时,我们一行四人中,除我之外,其他3位皆为回族同胞,他们的言谈举止、生活方式以及价值取向,不禁勾起了我进一步了解回民族规范生活的强烈愿望。另一项是在恩师吴家麟先生领衔下,由我执笔申报的“回族法文化研究”课题获教育部立项。此后,汤翠芳老师带领教研室同人们不但深入穆斯林传统十分浓厚的甘肃临夏调研,而且在1992年年初,我和汤老师先后深入嘉兴、杭州、福州、泉州等我国穆斯林传统比较悠久的沿海地区,在更广泛的区域和视角调研回族法文化。特别是和刘凯(吴家麟先生的女婿,现在福州做律师)结伴在泉州的调研,更让我满满地收获了一个多元文化杂集的景致,也令我对秩序究竟是如何形成的这一问题有了更为开阔的理解。

这种因缘巧合,一直让我保有对民间法研究的兴趣。2000年初冬,我被推举为山东省法理学研究会的会长。在换届会议上,我宣布在我担任该职务期间,创办分别自事实视角、规范视角和价值视角研究法学的三种以书代刊的学术刊物。经一年多的筹备,三刊同时于2002年在山东人民出版社出版。这就是《民间法》、《法律方法》和《人权研究》。没想到三刊创刊后,皆获学界和读者的好评。也是因《民间法》编辑出版之故,2004年,当青海民族大学法学院马文孝书记(现在青海省纪委工作)和王佐龙教授(现在海东市检察院工作)二位赴山东大学,寻求继续和山东大学法学院、山东大学威海分校法学院合作之际,提出能否在该校举办一次全国民间法、民族习惯法研究方面的学术会议时,我愉快地答应了。经过紧张地筹备,会议于第2年夏天在美丽的“夏都”西宁举办。自兹迄今,这个系列的会议和《民间法》一样,一直坚持举办,并且我也因之

结交、吸引和团结了无数钟情于该领域的学者。也因此,《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》、《原生态民族文化学刊》等刊物约我主持定期或不定期的相关栏目,并编辑出版了规模达20部的“民间法文丛”(中国政法大学出版社)和到目前为止主要收录了民间法研究成果、已出版了9部的“法意文丛”(厦门大学出版社)。如今,我可以自豪地说,在这个研究领域,《民间法》这份刊物和“全国民间法/民族习惯法”这个系列的学术会议,或许是其绕不开的话题。

这样的经历,以及这些小小的成就,不仅延续着我既有的兴趣,而且生发出我必须推进这一研究领域的种种压力和责任来。关注我学术研究的同人、学子或许知道,一直以来,我的主要论著集中在法理学、法哲学领域和法律方法领域,对和法社会学、法人类学(我更倾向于对这两个学科做两分的处理,不赞同法人类学是法社会学一支的看法)息息相关的民间法研究,兴趣归兴趣,但真正着墨并不多。其中根本缘由,不在于兴趣,而在于研究手段。众所周知,民间法研究更需要田野调研和社会实证,需要对研究对象持之以恒、坚持不懈的感受、关注和观察。但对我,甚至对绝大多数法学学者而言,这恰恰是最为稀缺的。所以,下笔如神的那种境界,在这个领域就很难见诸纸头。一部真正建立在实证基础上的民间法或者法人类学研究作品,于我而言,仍在体验、调研和观察的路上。好在民间法的研究,也许不止一个路数,它也许并不排斥规范分析的研究和哲理思辨的研究。正是抱着这个心态,也由于我的社会实证的功力还很不够,故我近年来尝试着把民间法研究切入我较为熟悉的领域和方法中,这就是对民间法与法律方法、民间法与法哲学的结合研究。换言之,我目前所从事的,就是对民间法一般理论问题的研究。

2014年和2015年,在第十届、第十一届“全国民间法/民族习惯法”研讨会上,我国“70后”法理学界的“常青树”,恩师严存生先生两次郑重其事地告诉我:民间法研究能推进到今天这个地步,是很不容易,但如果缺乏基础理论的支持,就不可能走得更远。对此,我很是认同,也很是惶惑。尽管作为一个研究领域,是需要无数学者鼎力合作的事业,也是需要数代学者星火相继的事业,因此绝非任何一位个人的专属,但既然浸淫该领域这么多年,则如何提升其学术品位,我不能不予考虑。这也是在实证研究尚不足以支持我的前见所想展开的民间法研究的时候,我迫不得已的一种选择。本书所收录的文字,就是基于这一思考所撰写的,起名为《民间法的视野》,在一定程度上能够表达我对民间法理论研

究的一些主张和见解。特别是“法律的民间叙事”、“族群—地方性知识”、“主体中国的规范基础”、“民间法作为宪制的共和基础”、“文明秩序中的民间法”、“民间法结构于正式法的机制”、“流浪权”等概念和命题的提出与论证,不仅让我保有发现、研习民间法的兴趣,而且让我有了进一步推开这一研究、提升其学术品位的理论切入点和信心。

感谢法律出版社和周丽君编辑一如既往地对我的扶持和帮助,把本书列为“谢晖法学论著系列”之一。本书所收录的13篇论文,分别在13家刊物发表。感谢王人博、孙国栋、路士勋、孙培福、刘颖、康敬奎、王虹霞、周文升、王雅林、张莲英、吴平、史玉成、辛春霞、董服明、林野、马莉、王宏宇等各位主编、编辑的抬爱,能让这些作品及时问世。也感谢这些论文的读者们这些年来对我的鼓励、鞭策和期待。这些文章写就并发表前,绝大多数篇章曾请尚海涛博士做过技术处理,在此并志谢忱!

是为序。

陇右天水学士 谢 晖  
于2016年2月15日

# 目录

---

- 发现并提升日常生活中的法(代序) / 1
- 法(律)人类学的视野与困境 / 1
- 一、田野的写真与描述的遗漏 / 2
  - 二、生活的规范与规范的预设 / 7
  - 三、他者的本真与自己的前见 / 12
  - 四、个别性差异与一般性提升 / 18
- 法人类学视角的法:静态与动态 / 25
- 一、法人类学需要法的概念吗? / 25
  - 二、法人类学的法概念之梳理 / 31
  - 三、法人类学与其他法学流派法概念之比较 / 40
  - 四、法人类学的法概念:静态与动态 / 47
- 民间法研究的两种学术视野及其区别 / 57
- 一、民间法研究的社会—人类学视野 / 57
  - 二、民间法研究的法学视野 / 62
  - 三、民间法研究的社会——人类学视野和法学视野的区分 / 67
  - 四、从两种不同视野反思我国的民间法研究 / 74
- 法律的民间叙事 / 79
- 一、法律的官方叙事之理论和实践困境 / 80
  - 二、法律的民间叙事立场 / 86
  - 三、民间法、官方法与法律的民间叙事 / 95
  - 四、法律民间叙事的方式 / 105
  - 五、法律民间叙事的本源与法律文化再造 / 114
  - 六、法律民间叙事的社会功能 / 124
- 主体中国、民间法与法治 / 136
- 一、我们拿什么建设法治——从主体中国的视角看 / 136



- 二、作为日常生活之规范的民间法与法治 / 142
- 三、法律如何对待日常生活及其规范(民间法) / 147
- 四、如何寻求法治的民间法支援? / 152
- 民间法结构于正式秩序的方式 / 159**
  - 一、主体自治、权利表达(运用)和权利推定的结构进路 / 160
  - 二、国家立法认可或授权的结构进路 / 166
  - 三、地方立法或者变通的结构进路 / 171
  - 四、法律渊源与法律执行(适用)的结构进路 / 177
  - 五、公共交往与契约合作的结构进路 / 184
- 民间法作为宪制的共和基础 / 191**
  - 一、共和:宪制的共和与共和的宪制 / 192
  - 二、民间法与共和的多元文化基础 / 199
  - 三、民间法与共和的多元规则基础 / 206
  - 四、民间法与共和的多元主体基础 / 213
  - 五、民间法、多元对话与宪制视角的国际共和 / 220
- 族群—地方知识、区域自治与国家统一 / 227**
  - 从法律的“普适性知识”和“地方性知识”说开去
  - 一、法律一元论和多元论之争 / 228
  - 二、何谓族群—地方性知识? / 233
  - 三、族群性知识、地方性知识的分裂交错与民族区域自治的难题 / 239
  - 四、族群—地方性知识、地方自治与国家统一 / 246
- 公有产权、单位产权与民间法 / 257**
  - 一、公有产权与产权代理 / 258
  - 二、从公有产权的代理到单位产权 / 263
  - 三、单位产权:经由国家法衍生的民间法 / 268
  - 四、民间法:产权参与和股份产权 / 276
- 论新型权利与习惯 / 283**
  - 一、权利、新型权利与习惯 / 284
  - 二、从两个例证看新型权利的习惯基础 / 291
  - 三、基于不同习惯的新型权利类型及其生成 / 297
  - 四、新型权利生成过程中的习惯救济——权利推定 / 304

**流浪权初探 / 312**

——几类不同文明视角下的比较

一、农耕文明的流浪观及作为制度强控的流浪 / 312

二、游牧文明的流浪观及流浪权的制度可能 / 318

三、商贸文明的流浪观及对流浪权的制度规范 / 324

**流浪权再探 / 332**

——一份学理上的检讨

一、流浪权的内涵和外延 / 332

二、流浪权作为自然权利 / 339

三、流浪权作为习惯权利 / 344

四、流浪权应否、能否法定化? / 350

**流浪权三探 / 356**

——立足于流浪权及其相关义务的探讨

一、流浪权的两个基本面向——精神权利与生活权利 / 356

二、与生活流浪权相关的流浪义务 / 363

三、与精神流浪权相关的流浪义务 / 369

四、从义务视角再证流浪权的精神—生活交互性 / 375

## 法（律）人类学的视野与困境

近代以来，西方中心主义的文化推销，经由殖民政策和规则输出，也形成了西方中心主义的制序格局。因之，全球秩序的宏大构想，就从西方中心立场上发扬开去。但毕竟世界是多族群多文化的存在，人们的交往行为，未必全然可借西方立场的秩序观和制序方法即可成就，特别是殖民政策越往外推，就越遇到来自不同于西方中心主义的“异文化”的抵触，这激发了西方有识之士，站在他者的立场，利用“客观的”方式记录和介绍“异文化”中纠纷解决机制、交往行为规则的欲望和行动。不论其目的是更好地给西方世界提供驾驭天下、统领八荒的“治安策”，还是为了更好地保护“异文化”的存在，促使多元文化的竞争和交流，但这种研究领域和研究方法，却阴差阳错地催生了一门学科——法人类学——的产生。从梅因有关“古代法”话题的展开，<sup>①</sup>到霍贝尔对初民社会纠纷及其处理机制——法律的描述，<sup>②</sup>法人类学是所有人类学研究中十分显赫的家族。这种情形，兼之民族国家争取国族独立、主权独立和制度独立的冲动所催生的法律民族精神说，更促动了人们寻求不同族群、不同社群规范生活的欲望，于是，法人类学的研究，在广义上更形蓬勃。但是，对法人类学的一些基础性观念站在反思立场上予以探究，发现其优势和不足，仍是相

① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版。

② [美]霍贝尔：《初民的法律——法的动态比较研究》，周勇译，中国社会科学出版社1993年版。

关研究应面对的问题。本文即以此为主题,对法人类学研究的几个基础性概念进行反思。

### 一、田野的写真与描述的遗漏

法人类学被视为只有借助田野调查,方能进入研究家视野的智识活动。在这个意义上,它与考古学秉有了类似的方法。不过考古学的田野调查,却主要把眼睛向后盯,以往的历史遗存是其田野作业的主要对象。而法人类学却主要把眼睛盯在当下,一定社群、族群或村落中人们当下的规范生活和交往行为,才是其刻意调查的内容和对象。

在卢埃林和霍贝尔看来,法人类学研究的方法主要有三种:第一种“是设想和寻求认为恰当引导和控制人类行为的各种‘规则’……第二种是描述性的,它与实践相联系,它探讨实际发生的行为所依据的模式;第三种方法是研究一些是非瓜葛、争执冤屈和麻烦事,查究因何发生争议和如何解决,除此之外,第三种研究方法还调查——如果可能发现的话——问题发生的内在动机和处理后的结果。”<sup>①</sup>

虽然以上引文中未出现田野调查的字样,但无论交往规则的发现,行为依据的描述还是争议案例的整理,都不仅需要书面的资料予以佐证,更需要田野调查的方法搜集资料、归类整理并阐发其内在规定。特别对那些不擅长、不习惯借助文字方式,描述和保留其规范约定、交往行为、纠纷处理以及日常生活的社群、族群、村落的民众而言,研究者只有借助田野调查和亲身投入,作为“田野世界”中和一般匹夫匹妇同食、同说、同交往的一员,才可能克服“异文化”的猜忌、怀疑、防范和其他种种不信任,进入“异文化”的中心地带,以一个观察者的身份或者以深入者的身份,观察“异文化”的种种世象。这样,既可以克服局内人“只缘身在此山中”的遮蔽和“百姓日用而不知”的蒙昧,也可以克服局外人“想象异邦”的迷惑和“坐而论道”的玄虚。

所以,法律人类学研究的主体,理应介于局内人和局外人之间,从而既是“异文化”中交往行为和规范的知情人,也是“异文化”中生活方式和理念的有心观察者。对于局外人而言,要获得局内人的观察效果,甚至比局内人更好、更巧地描述局内人的生活、交往和规则,就会不可避免地把脚步踏入田野、踏进局内人的世界。但又既不能因此而“局内人化”,从而最终“泯然众人矣”;也不能“去局内化”,从而凌空蹈虚,俯视

<sup>①</sup> [美]霍贝尔:《初民的法律——法的动态比较研究》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第31页。

人间;下车伊始,咿哩哇啦。对田野的深入和关注,不仅是普通人类学的“硬作业”,作为人类学的重要分支,自然也是法律人类学不能回避的“硬作业”。

例如,梅因对“古代法”的研究,就是奠基于他在“海外”任职的时候,对英国本土法律以外的法律之观察、了解基础上的;同样,摩尔根的《古代社会》研究,直接基于他对易洛魁人研究的经验。在研究过程中,“他屡次访问印第安人居留地,观察他们的生活方式,探询他们的风俗习惯,研究他们的组织机构。他和印第安人建立了深厚的感情,并于1847年被易洛魁人中的塞内卡部鹰氏族收养为其成员,这是印第安人对友好的外族人的一种优礼”。<sup>①</sup>而霍贝尔的研究,更是深入到“异文化”的田野世界。他的如下描述,可谓经验之谈:

你的印第安合作者已经从你的问话之中认识到了当初对他来说是很无意义的事;他已经从事实材料之外看到了事物的内涵;他已经了解了你所要把握的宗旨,并且因为他不是一个教授或社会科学家,他只简单地对此抱有他的见解,他以非正式的术语概括表达了他的想法,而这个概括表达的想法却是你必须在书中详加阐述的。<sup>②</sup>

如果没有深入的田野调查,没有既设法把自己置入所要研究的对象之中,又竭力以局外人的距离感和新鲜感观察“异文化”中人们规范生活的志向和实践,就不可能如摩尔根那样一生迷恋于印第安人的生活,并由易洛魁人的生活组织进入到对人类一般进化系统的深入研究,也就不可能有霍贝尔那样深入地对不同初民部落的法律所进行的深描。

这样的例证,我们也可以在千叶正士那里得到印证。作为具有国际影响的法学家,千叶一直寻求通过对法律多元的寻求,找到迈向一般理论的阶梯。其成名作《法律多元》一书,尽管涉及东西不少国家的法律文化,但仍对其母国的法律文化论述尤深。所以,该书的副标题也起名为“从日本法律文化迈向一般理论”。<sup>③</sup>之所以如此,也与千叶对日本自身的法律文化、“田野”生活更为熟悉紧密相关。并且在这里,可以发现法

---

① [美]摩尔根:《古代社会》(上册,《摩尔根传略》),杨东莼等译,商务印书馆1977年版,第1页。

② [美]霍贝尔:《初民的法律——法的动态比较研究》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第3页。

③ 参见[日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版。

人类学的研究,已经跳出了“异文化”研究的窠臼,而由本土学者站在人类学视角,研究本土的规范问题。

其实这样的研究,在中国人类学者、民族学者对本土乡情问题、民族问题的研究中,已经得到凸显。其中费孝通对“乡土中国”、“江村经济”等的研究中,<sup>①</sup>不仅被人类学界、社会学界多所引证,而且被法学界尤为看中。特别是其所提出的差序格局的见解,成为法学家破解中国社会固有秩序、规则及其特征的一把钥匙,至今为法学界所乐道。<sup>②</sup>

法人类学研究主体的这一变化是重要的,它使相关研究似乎逃脱了局外人对“异文化”的审视,而纯粹以局内人的立场,站在另一种视角来审视自己的文化。这种情形,是否意味着再无须专门的田野作业、事实描述,而只需要学者们根据自身的日常体验、感受和思考就可以进入法人类学的世界?尽管不排除这种可能:一位长期生活在某村落、某族群或某社群的人,能够更好地对自身的生活场景和规范交往进行描述、总结和阐发,<sup>③</sup>但必须正视的是,一位长期生活在该场景中,无法不带着情感的因素观察、理解和描述自身的生活场景的人,可能会让人类学的研究在逃出“异文化”之境、其主体也由外人转向“自家人”之时,出现另一种让人意想不到的结果,那就是虽然深情,但可能失真。

那么,这是否意味着一个生活在共同体内的成员,就不适宜对自己共同体的日常生活和规范交往发表意见?就无法带着外人的眼光观察、分析和描述自己共同体的日常生活和规范交往?回答自然是否定的。这是因为在今天这样一个独特的时代,在都市生活作为人们生活主旋律的背景下,在大传统借助高超的技术手段更加全面地对社会进行控制的前提下,在主体交流、知识交流和意识交流日渐频繁的大潮下,一方面,城里人、大传统熏陶更多的人看到乡下人或小传统,其实就是以一种“外人”的心态来看待。反之亦然,乡下人、受小传统熏陶更多的人看待城里

---

① 费孝通:《乡土中国》,上海人民出版社2006年版;《江村经济》,上海人民出版社2006年版。

② 其中郝铁川就以该理论为根据,阐述中国权利的差序格局。参见郝铁川:“权利实现的差序格局”,载《中国社会科学》2002年第2期。

③ 如最近出版的或发表的由藏族学者所写的有关藏族习惯法(古代法)的研究,彝族学者所写的有关彝族习惯法的研究等,都表明他们在法人类学研究方面具有得天独厚的优势。参见多杰:《藏族古代法新论》,中国政法大学出版社2010年版;牛绿华:《藏族盟誓研究》,中国社会科学出版社2011年版;李剑:“本地人视角下的习惯法规范与纠纷——以凉山彝族为例”,载《甘肃政法学院学报》2011年第5期等。

人或大传统,自然也是以一种“外人”的心态来对待。另一方面,知识的交流让凡是走出故乡“田野”,拥有新型知识见识的所有人可能都变成其固有生活场景下的“外人”。他们尽管怀有故乡遗留的文化基因,但他们不再纯粹以“自家人”立场观察自家,而不可避免地利用外面习得的知识、见识,并以“外人”的视野重新打量自己所生活的场景,以及这一场景的变迁。<sup>①</sup> 所以,或者由身处不同环境的“自家人”以外人立场观察、分析和描述另一环境中的规范生活,或者由“自家人”携着外人立场、观点和方法观察、分析和描述“自家人”固有的交往规范,并非对法人类学研究主体的僭越,反之,它超越了法人人类学原初仅仅钟情于“异文化”的情形,而开发出“本土法人人类学”的话题。

多年前,我在研究民间法问题时,得知东营市中级人民法院为了审判的实际需要,对当地农村组织结构、法律观念、传统意识、家庭结构、婚姻状况、纠纷处理意向等一系列问题做了详尽的问卷调查、分析和描述。考察报告的标题命名就是“田野的呼唤”。<sup>②</sup> 虽然这个报告大体上是一个基于法律社会学立场的考察,但也完全可以作为“本土法人人类学”研究的范本。其实质是一群生活在城市的法官,一群日常运用主要适用于城市居民的法律处理纠纷的人,在面对与法律规定相抵牾的乡村事实,特别是以习惯为代表的乡村交往事实和纠纷解决事实时,设法既照顾作为城市“异文化”的乡情,从而变通地理解和运用法律,也反顾法律,从而设法使城市对乡村的辐射、控制能够顺利前行,从而让“文明”对“落后”的长程运动——所谓现代化运动顺利推进。如果这个调查报告能够再进一步采取描述性分析,而不是抽样问卷调查分析,或许其距离法人人类学更进一步。

无独有偶,在江苏泰州,同样习惯了按照城里人规则审理案件的法官们,在面对乡民对纠纷解决的完全不同的诉求时,开始以寻求“异文化”中人们交往规范的态度,把眼睛转向乡村,转向固有的规范交往,搜

---

<sup>①</sup> 例如,我本人离家在外学习、工作已经整整30年,如今回到自己家乡,语言习惯还保留着30年前的传统。我说的很多词汇和音调,在家乡的老一辈听起来很亲切、很顺耳,但家乡的下辈人听起来反而多少有些吃力,并经常告诉我:“我们这一代已经不那样说了。”在行为习惯方面亦然。这就逼使我既作为家乡人,又作为“外人”,以在外所学的完全不同于家乡“地方性知识”的知识,来观察、思考并描述家乡的事情。

<sup>②</sup> 东营市中级人民法院课题组:“田野的呼唤——关于东营市农村问题的司法调查”,载王少南主编:《黄河口司法》(2007年第4辑),中国石油大学出版社、人民法院出版社2007年版,第111~249页。

集有关规则并创造性地运用于司法裁判活动。他们的实践证明以这些规则处理纠纷比按部就班地适用正式法,更能获得当事人的接受,并平复受损的社会关系和交往秩序<sup>①</sup>。我以为,这也是一个很具有法人类学意义的范例。尽管对这一范例,还没有更深入的法人类学视野的研究、分析和描述,但作为“本土法人类学”调查并成功运用于实践的范例,已经为后续的相关研究提供了线索和素材。

如果我们把时间再往前推,在中国法治现代化的初期,清末民初的立法者们就已经意识到要引入外来的立法,必须在有“外人眼光”的同时,还要向内寻求规范和控制社会的资源。如果把当时主权有所沦落的情形也考虑进来,可以发现对中国固有法文化和民间法文化的法人类学意义上的关注,从两种“外部立场”展开。一是清末民初为配合大规模立法需要,当局及学者以“外人”的立场,所展开的对各地民事习惯的调查研究。其结果是在全国范围内形成声势浩大的调查和卷帙浩繁的习惯规范汇编,其中集大成之作为《民事习惯调查录》<sup>②</sup>。这或许是人类立法史上最大规模地对自己国家的地方习惯或小传统的一次法人类学意义的田野调查、分析和描述。二是外族列强为了在中国寻求更稳固的统治基础,站在真正的外人视角对中国固有交往行为规范的关注。其中英国人在统治香港、威海期间,对当地固有交往规范的搜集和关注,<sup>③</sup>日本人在实际统治“满洲”期间对我国东北地方规范的搜集整理等,都很有代表性。这些调查,尽管都是为了配合殖民统治的政治需要,但其结果却阴差阳错地提供了法人类学研究的标本。

如上论述表明,法人类学的田野作业和写真,既可以外人身份观察并对待“异文化”,也可用“自家人”身份和外人眼光观察和对待“自家规范”。不论以何种身份出现观察,其结果都是要提供一种深描的、写真的制度生活图像。有些人类学家为了写真,甚至把村落或族群生活用现代

---

<sup>①</sup> 相关举措及社会反响,参见汤建国等主编:《习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践》,人民法院出版社2008年版。

<sup>②</sup> 该书初名《民商事习惯调查报告录》(上、下册),由民国南京政府司法行政部1930年编印。大陆最新版本为《民事习惯调查报告录》(上、下册),由中国政法大学出版社1998年出版。这期间在全国分省对有关民商事习惯调查的盛况,参见睢鸿明:《清末民初民商事习惯调查之研究》,法律出版社2005年版。

<sup>③</sup> 参见苏亦工:《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》,社会科学文献出版社2002年版;张志超:“徘徊与东西方之间:英租威海卫时期的法治”,载《开放时代》2009年第2期。



录像手段记录下来,如庄韶孔的相关工作就具有典型性。<sup>①</sup>但值得一问的是,这种田野的写真和白描,即使借助现代录像录音手段,就能没有遗漏吗?不论这种遗漏是研究者的选择性遗漏,还是不经意的自然遗漏,对于以求真为宗旨的法人类学而言,都会构成挑战,对其结论的严谨性也会是一种伤害。这不得不逼使法人类学寻求对一般性问题的关注,以补救纯粹“异文化”研究的不足。前述千叶正士等所强调的“法律多元”、吉尔茨的“地方性知识”<sup>②</sup>等,都是这样的一些一般性结论。

## 二、生活的规范与规范的预设

法律人类学的研究,与法学的基本关联是无论如何,它必须以规范为轴心展开其观察、分析和研究的内容。这里的规范有两类:一类是作为大传统的国家正式法,即法人类学要观察、分析和描述国家正式法在某一社群、族群或地方运行的状况,人们的交往行为、秩序机制是否根据法律的规定和要求展开。不同的社群、族群对国家正式法的接受状况以及其背后的文化因素和社会因素。另一类是作为小传统的非正式法或者民间法。法人类学必须观察、分析和描述一定社群、族群中人们交往行为的固有规则和习惯,找到人们日常生活中“行动中的法”或者“活的法”。<sup>③</sup>前种研究,是以预设的规范为前提,展开法人类学的分析与研究;而后种研究,则更进至一定社群和族群中人们的生活本身所自然生成的规范。

规范的预设一般能够为人们的交往行为提供一定的方便,但所有的规范预设都是在冲突的社会事实和社会价值面前博弈、权衡和选择的结果,当人们选择其中某种价值面向上的规范时,也就意味着其必然抛弃或否定了另一价值面向上的规范。例如,当一个国家以法律统一性为名,而选择全国法律必须统一于中央名下,不允许地方有立法权,也不允许地方有相对独立的法律时,只照顾到了整齐、划一这样一个维度的法律需要,而抛弃了规范多元,人们的交往行为也必然多样这样一种法律需要,从而立法呈现出明显的“选择性失明”。这种“选择性失明”,固然可以维护一种价值,但与此同时,也会牺牲其他的价值。

① 据说在法学界,陈金全就曾邀请刘海年等学者,深入一些少数民族地区,并就纠纷解决问题和其头领直接进行过对话和切磋。

② 参见[美]吉尔茨:《地方性知识》,王海龙等译,中央编译出版社2000年版。

③ 众所周知,“活法”和“行动中的法”分别是埃里希和庞德所使用的两个重要概念。两者之间有很紧密的联系,但也有不容忽视的区别。关于两者的区别,参见王斐:“‘活法’与‘行动中的法’——兼论民间法研究的两条进路”,载《甘肃政法学院学报》2007年第3期。