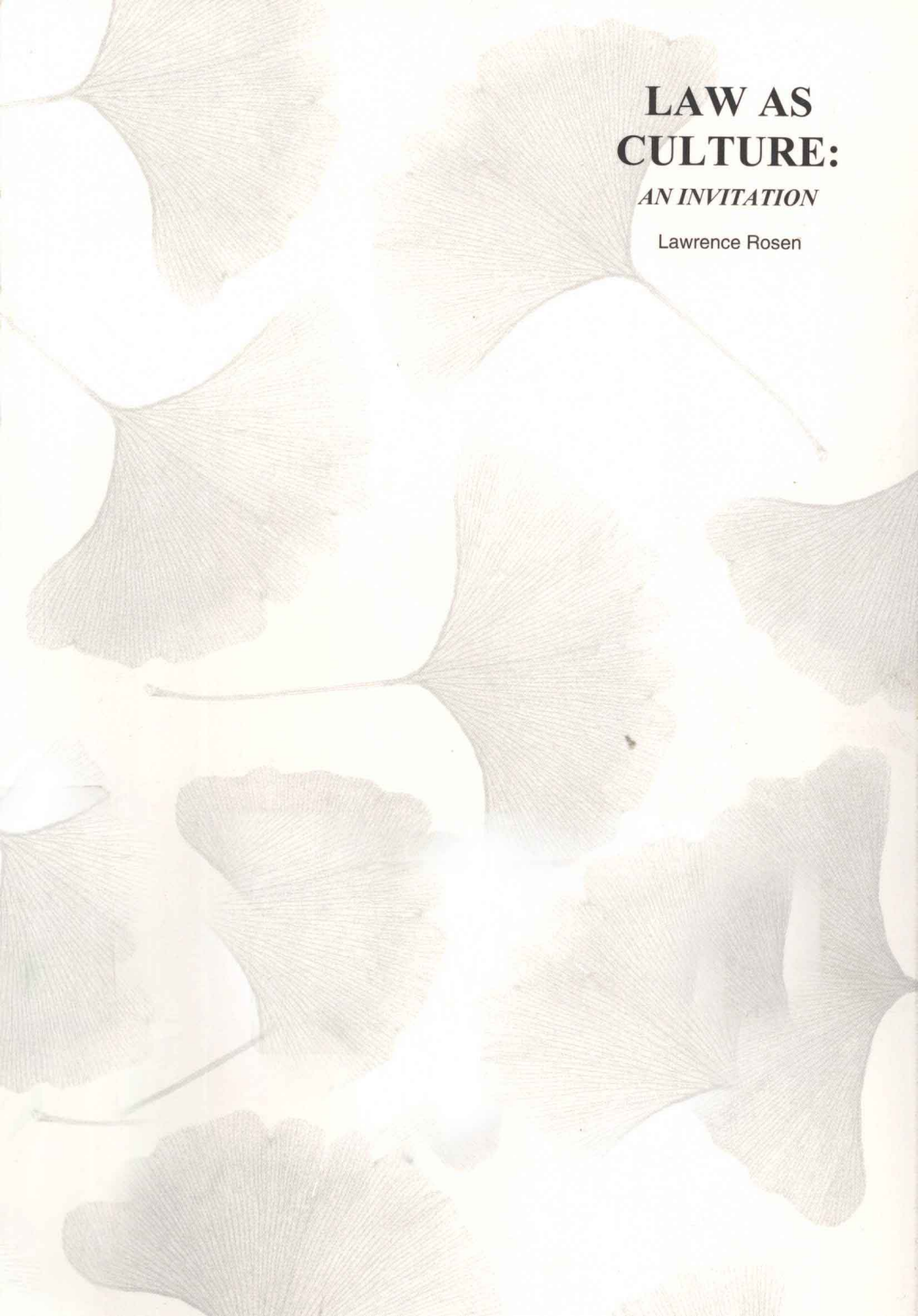


The background of the entire page is a repeating pattern of ginkgo leaves. The leaves are a light, muted green color and are arranged in a way that they overlap and fill the space. They have a characteristic fan shape with a pointed apex and a finely serrated margin. The veins of the leaves are clearly visible, radiating from the base to the tip.

LAW AS CULTURE:

AN INVITATION

Lawrence Rosen

法律与文化

一位法律人类学家的邀请

[美] 劳伦斯·罗森 著

彭艳崇 译
周世清 校订



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律与文化:一位法律人类学家的邀请 / (美)罗森(Rosen, L.)著;彭艳崇译. —北京:法律出版社, 2010.9

书名原文:Law as Culture:An Invitation

ISBN 978-7-5118-1155-4

I. ①法… II. ①罗…②彭… III. ①法律—关系—文化—研究 IV. ①D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第168738号

法律与文化:

一位法律人类学家的邀请

[美]劳伦斯·罗森 著

彭艳崇 译

编辑统筹 大众出版分社

策划编辑 柯恒

责任编辑 周洋

装帧设计 乔智炜

©法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制 沙磊

开本 A5

印张 6

字数 115千

版本 2011年4月第1版

印次 2011年4月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-1155-4

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

如果你在考虑某件与其他事物紧密联系的事物时,能够排除这种联系的干扰而专注于事物本身,那么你就具有了一种法律思维。

——托马斯·鲍威尔

像托马斯·鲍威尔(Thomas Powell)一样,如果你仅仅由于些许的不自在而忽略了那些将法律和生活联结在一起的诸多事物,那么你会发现自己的法律思维——而且不仅仅是法律思维——已恰好成为本书批评的对象。因为,正是从那些联结二者的事物中——不仅仅是法律以外的一些事物,而是法律以外的一切事物——你可能会发现,这个简短邀请的出发点就在于视法律为文化。作为一个人类学者和法律学者谈及这些话题,我当然能够容许自己置身于两个学科所特有的自负之中:对于人类学者而言,从绿色黏菌的第一

次微动到最高法院判决的神化,所有的事情都是多多益善;对于法律学者来说,如果你受益于法律教育,就不存在什么完全不能理解的神秘问题。当这两种自负结合在一起的时候,就有可能提醒人们察觉那些可以揭示并丰富二者见解的诸多联系,而不致愧对读者。

因此,本研究试图引导读者将法律看成是由文化构成的,而文化(从一定意义上说)是由法律构成的。确实,这样将意味着,由于法律是如此深深地嵌入每种文化的特质,如果我们仅仅将法律作为一种单独的领域而从文化中切分出来,并且直到后来才开始注意它的文化关联,就会曲解法律与文化两者的本质。如果人们仅仅将宗教看成“终极价值”,而不是将其作为理解和指引日常生活的具体设计;如果人们仅仅将经济学看成关于实现目的之手段的理性计算,而不是人们表达事物归属意义时的人际关系;抑或将法律仅仅看成有关调整争端的规则,而不是一种社会及其成员预想其自身及彼此联系的范畴——简而言之,如果人们将生活及其联结割裂开来,而不曾通过文化本质一体化的视角将它们重新联结起来,那么,我们对于“世界如何构成”这一问题的仓促理解甚或固执己见将会使我们放弃从更大的范围来理解世界。法律确实是一个极好的故事库;然而,它更是我们能够借以理解下列问题的无尽源泉:在特定的情景下,我们如何开始讲述这些关于我们自身的故事,我们如何逐一讲述由这些故事建构起来的真实。

因此,生活和法律的相互作用并不是抽象的,它们存在于日常经验的具体形式之中。即便在本书相对简短的篇幅内,我们也仍有可能通过种种例证说明,对于二者之间联系的探寻,是绝对必要的。我们的例证必然会在许多场合屡次出现,但是对于这些例证的整理

并非基于企图构建某种完整而全面的人类学体系的空洞尝试。恰恰相反,本书的目标正在于:系统地思考作为文化的法律,并且在比较的过程中,从理论和现实两个方面,探索它们在所有社会的不同领域中的相互关系。此举将丰富我们对于法律的实际应用,也可能增进我们对于法哲学、法政治学以及法律在这个看似愈加相互依存的世界中所可能发挥的不同作用的理解。因此,本书意欲作为一次邀请:既是一种请求,请求人们探寻法律制度和系统成为一个整体的特定途径;又是一种激励,激励人们履践那些借助联系的观点而不断产生的其他洞见。

致 谢

在过去的三十年里,我在普林斯顿大学和哥伦比亚大学法学院担任教职,讲授法律和人类学课程。同时,我还在乔治敦大学法学院、西北大学法学院、宾夕法尼亚大学法学院和美国律师基金会担任访问学者。在美国国家人文基金会的资助下,我还曾有四次在人类学和法律夏季研讨会上指导大学教师的机会。这本书引用的许多实例和见解,直接来自于这些课程中授课和交谈的经历。对于帮助我思考法律和文化之间关系的学生和同事,我的感谢发自内心且不计其数。

这本书的手稿部分是我在剑桥大学科珀斯·克里斯蒂学院和牛津大学沃弗森学院时写就的。对于这些学院的院长和同事,我深表感激。我还要感谢卡罗尔·格林豪斯(Carol Greenhouse)教授审读了本书的早期版本,感谢加布里埃拉·德林诺凡(Gabriela Drinovan)为本书选配的插图。

本书献给伦纳德·卡普兰(Leonard V. Kaplan)和沃伦·阿彻(Warren J. Archer),就法律和生活以及二者之间为什么实际上存在关联的话题,我们之间有过无休止的对话,在此不胜感谢。

法律与文化

一位法律人类学家的邀请

目 录

插图索引 / 1

序 / 1

导言 / 1

第一章 法律和社会控制 / 11

第二章 事实的建构 / 51

第三章 理性、权力和法律 / 101

第四章 作为宇宙哲学的法律 / 129

结语 / 151

延伸阅读 / 155

名词索引 / 169

插图索引

- 版画：决斗裁判中的骑士 / 56
- 冷水神判 / 57
- 民法典及其注释 / 60
- 油画：奥托三世的审判 / 62
- 绘画：相持不下的陪审团 / 65
- 雕刻：布拉格审判法庭 / 66
- 绘画：芝加哥七君子案的陪审团 / 120
- 正义女神的形象 / 141
- 版画：戏仿蒙眼的正义女神 / 142
- 关于正义的漫画 / 143

导 言

法律意义的建构,一直是通过某种不可或缺的文化媒介才得以实现的。

——罗伯特·科弗

法律的寓言

20 世纪 50 年代,一位名叫姆达鲁巴(Muddarubba)的澳大利亚原住民用长矛刺死了一名原住民妇女,因为这位妇女用男性生殖器官的称谓辱骂了这位男子。白人法官在指示一个完全由白人组成的陪审团时说道:你可以裁决这位原住民被告无罪。可是,如果你认为,即使按照他自己部落的标准,他也不应该杀害这位妇女,那么你必须认定其谋杀罪成立。然而,尽管在我们自己的信仰看来,这种杀人的行为是不对的,但是如果你认为该男子的所作所为在其部

落的观念中是可以接受的,那么你可以认定其罪行不是谋杀,而是不太严重的过失杀人。最后,这位法官总结说,这个原住民有罪与否的判决,完全取决于你们。

在第二次世界大战后期,一位德国妇女的邻居向纳粹官员告密,说她在制造失败主义的言论。于是,这位妇女被关进了监狱,直到战争结束后才获释放。出狱后,这位妇女控告了她的邻居。她认为,被告向纳粹当局告发她,违反了在纳粹时期以前就已经存在的一项法律的规定,即允许一个人起诉另外一个人“违反善良风俗”(contra bonos mores)的行为。因此,她要求法院对她的邻居给予相应的制裁,因为邻居的告密行为使其遭受了纳粹的监禁之苦。

一个日本男子定居在美国纽约。他以前也曾多次来美国生活,对美国的法律也非常熟悉。但是,正如他对一位同事所说的,他总是很困惑,如果在公寓楼里没有一个人理睬你,你应该找哪个政府部门反映情况。

走近法律

人类的历史,始自于人类存在之前的历史。人类出现的关键特征,对于我们如何思考法律而言可能不无裨益。

20 世纪 20 年代以来,古生物学家提出了一系列惊人的发现,并从中得出一些同样惊人的结论。起初,科学家们发现了早期原始人制造和使用工具的遗迹。科学家们此前曾假设,这种行为不可能在我们成为完全意义的人之前发生。但是,随着证据的积累,有两种推断变得无可回避:首先,制造工具的能力,乃是一个较为漫长的进

化过程的组成部分——在此过程中,人们对于日常经验进行分类,并且用一些让人容易理解的符号来处理这些分类。因此,按照家族或性别组织劳动团队,抑或最终能够通过语言沟通情感和发出指令——如同制造工具一样,对于人们能够成功形成关于自身世界的概念并且使其得以有效运转而言,是至关重要的。其次,这种分类能力——“文化”概念的关键特征——实际上并不是在我们成为人类之后才发生的,而是我们在此之前就具有的能力。因此,这种文化能力的获得,通过其提供的选择优势,极大地促成了我们向智人的进化。

如下的结论具有非同寻常的意义:人类拥有建立其自身经验类别的能力,而这种在很大程度上已经取代本能的能力,在我们成为能够制造工具的动物之前就已经形成了。

就我们所关注的中心来看,文化——这种对日常经验进行分类的能力——具有几个关键要素。作为某种分类的必然结果,文化观念贯穿于我们生活的诸多领域——如经济、家族、政治和法律——将它们彼此联结在一起。此外,通过成功地整合这些看似无关的领域,对于特定文化的成员来说,集体经验不仅是符合逻辑和显而易见的,而且是内在的和自然的。这种有序感既在某种观念的层面上发挥作用,也在某种关系的层面上发挥作用。这种感觉按照常识组织我们的日常观念,根据系统且可行的原则组织我们对待他人的行为方式。因此,那些看似没有关联的特征,却是极其重要地相互关联在一起:我们的时间观念告诉我们如何理解亲属和契约;我们的因果观念纠结于我们对于所遇之人的分类;我们想象自己身体和内心状态的方式,影响了我们分配给国家和神祇的权力。简而言之,

我们建构了我们自身的经验,将迥然不同的思想和行动编织在一起,并在此过程中构造出一个有意义的世界——对于我们而言,这个世界貌似真实。

法律,就是这些文化领域的组成部分。如同祭祀场所的空间安排或者家庭内部的角色分工一样,法律可以拥有自身独特的历史、术语和职业群体。然而,即便是在这个专业程度非常集中的领域,法律也不是孤立存在的。因此,为了解文化是如何整合和运作的,人们就不得不虑及法律;而一旦虑及法律,人们则又不得不将其视为文化的组成部分。

当我们通过此种方式走近法律的时候,亦即当我们开始以联系的方式进行思考的时候,我们所提出的问题和所运用的理论也将紧密地交织在一起,并呈现在我们面前。当姆达鲁巴用刺死那位妇女的行动来回应她的言辞时,他是将这类言辞视为对其男性尊严的一种挑战——一种会让他的家族陷入困境的挑战呢?抑或,就像给一个指挥官起绰号一样,这类言辞是对部落作为整体所赖以生存的权力结构的挑战呢?对于姆达鲁巴而言,这样的言辞引发了何种世界秩序观的作用——最关键的是,妇女在他们的社会中具有怎样的地位?与此同时,我们应该通过何种方式和途径,将这些观念——他们的世界由此而构成——转换到另一种文化和法律体系之中呢?当德国妇女因其邻居过去的所作所为而向法院寻求救济时,正如他们所说的,“善良道德”应该由社会成员公认的“正义和公平”观念来评价吗?甚或,这种评价在多大程度上承载了德国法律思想史中有关人类本质和人类关系的常识性假设?当那个日本人发现自己独自置身于一个陌生的国家时,有关机构对他的问题作出何种回

应,对其而言才是有意义的?凭借法律所具有的概括其经历的能力,他认为法律应该怎样才能解决令人不安的孤独感?

法律是文化的组成部分,这并不是秘密。但是,对于那些因职业或环境而深陷于特定法律制度的人而言,诸如“法律”似乎是与文化生活的其他要素完全分离的观念和举动,却并不罕见。著名如曼斯菲尔德勋爵(Lord Mansfield)所说,法“纯粹自己在起作用”,而朗·富勒(Lon Fuller)则称,由于善比恶更合乎逻辑,通过普通法推理减少纠纷的结果,必然会使“那些判决止于至善”。当然,特定信仰的跟随者可能会将其法的观念想象为一种普遍真理。但是,语境是至关重要的:当我们听到法庭提及“公众的道德心”、“理性人”或者“法律的明确含义”时,当我们看到法官们纠结于亲子关系应视为自然现象还是功能现象时,或者是听到律师们辩论代孕母亲或冷冻胚胎是否应该从“所有权”的角度加以思考时,我们知道,这些概念的意义将不仅来自于法律人士的经验或法律的某些内在动力,而且来自于在众多领域已经证实的更为宽泛的假设——这些假设将法律描述为文化的组成部分。当我们在专门机构之外寻找法律时——例如,当某个同族的男性血亲通过调解解决族群内部争端的时候,或者当居民通过闲言碎语或非正式聚会来表达其社会愿景的时候——他们借以理解和整理自身关系的那些术语,也必定会被他们在诸多相关领域所使用的各种隐喻所充斥。

在上述情形中,法律与文化是如此密不可分地纠缠在一起,以至于就其全部专业能力而言,它的确最好不被简单地看做是某种处理争端或执行裁决的机制,不被孤立地看做是表述清晰的规则或权力中立的佐证,甚至不应被看做是个人价值或者崇高信仰的具体

化。相反,它应当被视为某种有序关系的框架,某种其自身依赖于其拥趸所赖以栖身的所有其他领域的井然有序。不同的社会可能会将这样或那样的制度强调为其用以构建和展示这种秩序观念的工具——无论是在巴厘岛或印度的复杂仪式中,还是在古希腊剧场的悲喜剧中,抑或在具有戏剧性的英美法审判中——无论在何种情况下,法律(从这种有序关系的意义上说)都离不开某种赋予人们以生活意义的制度环境。

法律不仅仅是(对争议的)清理,而且是(对行为的)界定。它不仅仅是(在界定何者为)正确,而且是(在界定何者为)可能。在其设定的意义框架内,法律所定义的乃是一种关涉人类行为及其意义的重要力量——形塑人类行为并赋予其含义、价值、目的和方向。当它们身陷困境的时候,我们不会将法律仅仅看做是一种使其回到正轨的策略或机制,而是将法律作为“文化中”的建构性要素——一种思维方式;正是这种思维方式与“文化中”的诸多其他现象(如伊斯兰教、佛教等)的结合,才使得人类行为及其意义摆脱困境并恢复原状。

——克利福德·格尔茨

因此,我们可以走近作为更广泛意义上的文化之组成部分的各种法律制度,来寻找它们各自解决特定的共同问题的具体方式。在这些方式中,既有通过整合“正式”机制与“非正式”机制而加以建构的社会控制方式,也有以阐明差别和保证事实和结果的认定过程符合常识为目的的事实建构方式;既有维系某一领域(如法律)所