

论民间法研究的两种学术视野及其区别

谢 晖

(北京理工大学 法学院,北京 100081)

摘 要:民间法研究有两种不同的视野,一是社会—人类学视野,其基本特点是把民间法作为社会事实的有机组成部分予以学理总结和提升;二是法学视野,其基本特点是把民间法作为一种制度事实予以学理总结和提升。民间法研究的社会学视野和法学视野,在研究的出发点、对象、方法及制度功能上都有明显区别。我国当下民间法研究的发展方向,既要坚持其社会—人类学视野的研究,更要推进、拓展并提升其法学视野的研究。

关键词:民间法;社会—人类学;法学;社会实证;规范实证;社会事实;制度事实

中图分类号: D90 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-1971(2012)02-0030-11

民间法研究,一方面得到国内学界的空前关注,另一方面,也遭到学界、特别是法学界的不少诟病。这既反映了我国法制建设在历经多年反复后反顾自身、在内部寻求法律和法制不足的补救机制,也表达了在一个严重缺乏现代法律精神的国度,回眸自身、反顾内部,并反转为法制建设的资源时,人们内心势必产生的一些隐忧。这些,在一定意义上,都是功能性甚至价值性的考量。但无论如何,相关研究正在进行中,如何根据既有的研究情况,在梳理相关研究之学术视野的同时,关注不同视野间的差异及功能、价值,并进一步推进相关研究,是本文拟求索的主要内容。笔者通过梳理认为,社会—人类学视野和法学视野,构成民间法研究的两个主要学术方向,因之也带来这一研究在多方面的差异。

一、民间法研究的社会—人类学视野

社会—人类学是以人类社会为研究对象的学术领域,是对人类社会所做的理性的学术总结以及从事这种总结的研究方法之提升。“无论社会学的分支学科是什么,社会学都致力于研究社会。

只有社会学把社会当做一个整体来看待,而不是把它的知识限制在制度化了的单一社会维度内……因此,社会学家是把法律置于社会背景中进行考察”^[17];“法社会学必须是而且始终是社会学”^[13]。这些结论为揭示社会学视角的民间法研究提供了重要参照。在社会学视野,民间法始终从属于社会,是一种社会事实,因而有关民间法的研究,理应是社会研究的组成部分,而不能脱离社会,单独理出所谓民间法研究来。

对这一观点,我们仍然可以站在反思和批判的立场对待之,那就是即便致力于人类社会的社会学,除了一般社会学或者理论社会学之外,还有侧重于社会学其他分支领域(对象)的研究。尽管这些领域(对象)置诸更宏阔的视野,不过是社会这个经验事实的一部分,但是社会学在社会某个分支领域的研究,一旦形成一种定型的学术,就有其独特的对象和场域,有其言说的重点和内容,因此,“法社会学必须是而且始终是社会学”这样的结论,就多少有些大而无当。以研究法律这种社会现象,或者以研究民间法这种社会现象为对象和内容的法社会学,即使说其是社会学,是否也可以同时说其是法学呢?规范尽管是社会现象,

但规范自身构成一种较为独立的社会现象,规范对社会的从属性,不是以规范为研究对象的法社会学就必然从属于社会学的理由;规范对社会的相对独立性,更可能构成以规范为研究对象的法社会学对法学的从属性。或许这种多侧面的反思、批评、关照和处理,更切近于法社会学自身的特征,也更能表达从社会学视角对民间法的研究。

从社会学视角对法和法律的研究,既可以立基于研究国家法作为社会构造因素的社会影响和功能,也可以立基于民间法作为社会构造因素的社会影响和功能。前者更侧重于“行动中的法”,即国家法的实际运行和遵守;后者更侧重于“活法”,即民间法的活动效应。

“行动中的法”,是庞德法社会学所使用的概念分析工具:“如果我们认真观察,书本上的法和行动中的法之间的差别,即其目的在于调整人与人之间关系的规则和那些实际上调整着他们的规则之间的差别很明显。在今天,这种差别在法律理论和司法行政之间不仅经常真实地存在,而且还相当深刻。”^[2]所以,“对庞德来讲有效的法只有一个判断标准,这就是规则必须是由政治社会中的合法权威制定的。但是并非所有这样的规则都算做法”^[3]。而埃里希的“活法”,则是另一种法社会学的概念分析工具,它是指:“活法不是法条中确定的法,而是支配生活本身的法。这种法的认识来源首先是现代的法律文件,其次是对生活、商业、习惯和惯例以及所有联合体的切身观察,这些事项可能是法律所认可的,也可能是法律所忽视和疏忽的,甚至是法律所反对的。”^[4]⁵⁴⁵在埃里希看来,“大量的法直接以社会关系自发秩序的形式产生于社会本身,例如婚姻、家庭、财产、合同、继承,以及大多类似的社会秩序,它们从没有包含在法律规定之内”^[5]。由此足见两种不同的法社会学分析工具对法社会学、尤其对民间法研究的社会学视野可能的影响。

民间法的法社会学路向,主要取自“活法”的概念工具和分析思路。尽管从前述埃里希对“活法”的界定中,不难看出其并不排除“活法”对国家法的关注——国家法是“活法”所首先关注的内容,然而“活法”概念本身更关切的是国家法律关注不够或者不能、但在人们的日常生活中又不可避免的规范内容。这种规范和包括国家法在内的所有规范一样,是构造社会的规范要素。一种社会制度,尤其一个社会组织体的构造,至少有五

个要素,即规范要素、主体要素、观念要素、行为要素和反馈要素。在这五个要素中,规范要素是基本前提。没有规范要素,即便有其他要素,也构不成一种组织化的社会事实,从而也无法形成井然有序的社会组织体。所以,在这个意义上,社会学研究的核心内容,应当是规范以及在规范规制下的主体行为。民间法研究的社会学视野,其本质就是把民间法这种社会规范代入社会学的原理和方法中,以寻求社会组织 and 交往的意向性。

人类交往的意向性,总是围绕着一一定的规则进行的,即使两人间纯粹的私人交往,也存在着以规则为前提的交往意向性问题。因为从本质上讲,所谓个体、私人,只有组装在或者结构在组织化的社会体系中时,才凸显其价值,抛开了社会组织体系,这些概念就有些无的放矢了。问题是,组织化的社会体系总是有规则作为前提的。所以,把个体组装或结构在组织化的社会体系中,其本质就是按照一定的社会规范进行结构的过程。前文所谓的主体交往的意向性,所表达的也就是这层意思。

问题是作为社会构造要素的规范本身具有多元性,举凡法律、道德、宗教、习惯、纪律、契约,乃至语言、文字、模式化的行为等,都是人们交往的规范基础。^①社会学研究的重要内容之一,就是通过对这些规范的梳理、解剖,并借以进一步对人们交往行为的方式和意向予以把握。民间法研究的社会学视野,正是在这个意义上对理解社会组织、主体交往具有前提性的意义,从而成为社会学不可或缺的研究内容。与此同时,因为民间法也构成所谓法律多元^②体系中的重要一元,进而构成主体交往行为中意向性选择的重要规范依凭。因此,社会学视角的民间法研究,尽管是社会学所不可或缺的重要组成部分,但也可看做法学在社会学方向的伸展。这一伸展和借助“行动中的法”这一概念工具,与专门研究国家法律的社会运作机理的情形相较,其法学的属性略显“次级”,正如它作为法,本身是一种“次级法”一般。但这并不妨碍社会学视野的民间法研究具有法学属性这一判断——只要民间法能够成为“次级法”,能够作为司法的法律渊源,能够在诉讼和非诉讼纠纷处理中发挥作用,那么,对民间法的研究,也就必然具有法学的属性——即使社会学视野的民间法研究,把民间法仅仅看做社会事实。

在论述社会学视野的民间法研究时,不得不提及人类学视野的民间法研究。众所周知,人类

^①有关语言和文字的规范性问题,参见谢晖《法哲学讲演录》,广西师范大学出版社2007年版,第9页。

^②关于“法律(法)多元”的具体论述,参见[日]千叶正士《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,中国政法大学出版社1997年版,第1页;严存生《法的一体和多元》,商务印书馆2008年版,第1页。

学有两大分支,即人种学(体质人类学)和文化(社会)人类学。人类学视野的民间法研究,自然不能归类于人种学的范畴,它只能属于文化(社会)人类学范畴。在没有经过严格的社会学和人类学训练的学者眼中,对社会学和人类学的分界并不是很明晰。事实上,这两门学科之间也确实存在着分界不严的问题。但可以肯定,文化人类学更侧重于从源头和个案出发,对人类在规范引导下的交往行为进行白描性的调查、研究和总结。归纳这种科学方法,对人类学而言至关重要。社会学虽也关注个案,不排除运用白描,但它更关注当下的社会交往行为,而未必是它的源头问题。在方法上,无论归纳,还是演绎,都在其运用之列。

与之相应,法人类学是这样的一种学问:“人类学对法的研究完全是行为主义的和经验主义的,从其研究中我们认识到:一切人类的法律都存驻于人的行为之中。它必须通过对人与人之间的交互行为以及各种自然力对它们的影响进行客观而认真的观察来加以辨明。”^{[6]5}它包括“三种研究方法,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”^{[6]31}。

可见,(规范的)经验原则、描述手法、个案探讨,构成法人类学的基本研讨策略。这些策略的前提,乃是前述对法的基本预设:“一切人类的法律都存驻于人的行为之中。”正因为是经验的、描述的和个案的,因此人类学向度的法律研究,包括民间法研究,并不倾向于得出一般性的结论,而只是通过描述指出一种基本事实。霍贝尔在《初民的法律》中所作的研究,就是以初民社会七个原始部落的法为研究对象的。尽管这种以落后地区和民族为样本所进行的研究,起初目的不过是为了满足殖民主义者对所谓落后地区和民族统治的需要^[7],但只要人世间存在着先进与落后,存在着文化多元以及法律多元,那么,法律人类学视角的法律(包括民间法)研究,就不但必要,而且可能;其不但描述事实,而且也预示价值。

值得一提的是,人类学视野的法,更多的时候还倚重于民间法。这既和人类学的经验研究相呼

应——它要求尽量摒弃预设的法的框架(尽管预设有时候在人类学研究中也不可避免),而寻求生活实践中法的样式,也和人类学所保有的文化—法律多元立场息息相关。正因为人类学视野中,民间法成为更受关注的研究对象,因此人类学视野的民间法研究比社会学视野的民间法研究显得更加纯粹,也更加珍贵。但也应厘清的是:人类学研究民间法和社会学研究民间法,既存在着对象上的交叉,也存在着对象上的分工。在交叉方面,譬如对习惯法,人类学和社会学都可涉足其间。在分工方面,譬如对民族习惯法、地方习惯法等更适宜于从人类学视角作研究;而对于宗教规范、社团纪律、社区规范、乡规民约、官方非正式经验等,更适宜社会学视角的探讨。在这里,可进一步看出社会学视角的民间法研究和人类学视角的民间法研究之间的联系和区别。^①

如上对社会—人类学视野中民间法研究问题的陈述,说明相关研究既具有社会—人类学的属性,也在一定意义上具有法学的属性。在学科属性上,可谓较典型的交叉学科;在学科功用上,不仅作用于立法视角的法律治理,而且作用于日常秩序的维系和构建。这和下文要论述的法学视野的民间法研究,不论在学科属性还是学科功用上,都有明显区别。

二、民间法研究的法学视野

法学视野的民间法研究,缘起于秩序构造和纠纷解决中,以及国家法供应不足的情形。在人类学术史上,曾存在一种典型的法律浪漫主义思潮,即通过法律解决人世间一切的社会交往及其秩序问题。《管子·任法》中所谓“君臣上下贵贱皆从法”的古人理想,已经包含了这种对法律的浪漫主义理想,而“商鞅变法”所坚持的“法治主义”理路,在中国古代史上演绎了一出法律浪漫主义的活剧。近代以来,这种在社会交往和秩序建构中唯法为尚的理想,令法律人甚至现代公民产生深信不疑的法律浪漫情怀:法律“是使人类行为服从规则之治的事业……”^[8]使人类行为服从规则之治,也意味着与行为相应的主体服从规则之治。在这个意义上,法律和法治,不仅关乎行为的规则治理,也关乎主体的规则依从,在一定意义上,它使人变成法律人、或者规范人。人的组织性生存,庶几可谓法律性生存。

然而,实践逻辑和理想设定之间,其差距何止

^①在我国目前,社会学视野或者接近这一视野的民间法研究较多,有些甚至就是社会学家直接担纲,其社会学的意味不言自明。而人类学视角的民间法研究,尽管也有一些民族学家和人类学家参与(如中山大学人类学系对贵州清水江契约的研究),但其研究方法、关注的内容以及研究结论,往往离开了对民间法自身的阐释。法学界站在人类学立场研究民间法问题者越来越多,其中,徐晓光和张冠梓两人的研究更符合人类学要求。参见徐晓光《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》,中国政法大学出版社2010年版;张冠梓《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的论释》,社会科学文献出版社2000年版。

以道理计。现代法律作为文字的考量,怎敌形形色色的事实世界和主体复杂的交往世界?“言有尽而意无穷”是文字规范面对人们的交往事实时经常出现的尴尬。但这种尴尬一旦运用到社会交往和纠纷解决的实践中,更面临具体问题得不到解决的惶惑。法律的浪漫主义理想在此遇到了钉子,于是,寻求进一步完善法律理想的方案,并充分体现法律作为实用理性的面向,是弥补法律缝隙的必要选择。其中民间法的研究,也是在这里获得了法律以及法学本身的需要和支持。

法学视野的民间法研究,可分为规范分析和纠纷解决两个面向。规范分析面向,在一定意义上可谓典型的法学面向。法学尽管有完全不同的分支,如从价值视角出发的自然(价值)法学,从社会实证出发的社会法学,从效用出发的经济分析法学,从规范现实出发的现实主义法学等等,但公认为纯粹以法律为研究对象的规范分析法学(分析实证主义法学),才真正解决了法律内部的问题,而其他法学大体都站在法律外部立场寻求法律的问题意识和解决方案。除了规范分析法学和法律现实主义之外,其他法学流派尽管可以为法律本身的研究提供一些反思路向,但不能直入法律自身的问题中心。甚至在一定意义上,这些法学流派是实在法的解构因素,而不是其结构方式——尽管对实在法的进一步完善而言,这种解构的分析也必不可少。

这样,就只有规范分析法学才能充分发掘法律自身的内在精神,提供一种“依照法律”的思考路向。规范法学的基本思路就是面对实在法,以及包含实在法在内的制度事实。这些制度事实(正式制度之事实)一般包括三类,即法律规范、民(商)事契约和司法裁决。法律规范是对其调整范围内所有公民皆有效的制度事实,民(商)事契约和司法裁决,仅仅是对具体法律关系的当事人人才有效的制度事实,前者是后二者的规范框架,后者是前者的实践形态,但它们都构成规范内部研究的对象。这就是规范分析法学的一般对象。

对规范分析法学及其在法学体系中地位的剖析,旨在进一步说明法学视野中民间法的研究能否在规范分析的视界获得认同。严格说来,民间法不是规范分析意义上的法律,即民间法这一概念已经溢出了规范分析之对象——制度事实,民间法自身只是一种非正式制度事实。不论一个国家在正式法律上如何对待民间法——或者排斥其作为法源,或者授权其作为法源,或者被认为与实在法凿枘不投,或者被赋予作为实在法的有效补充……民间法都是国家实在法之外的存在,因此把民间法纳入规范分析的视野中,显然有些牵强。

即便在“法官造法”天经地义的英美法系国

家,虽然法官对习惯等民间法的采纳不成问题,但在法理学上,习惯等民间法仍无关紧要。只有当习惯作为法官裁决案件的根据,并据之裁决了案件,从而形成由习惯所生的判例法时,才真正成为实在法,从而也成为规范分析所研讨的对象。规范分析法学的奠基人奥斯丁指出:“习惯法作为实际存在的由人制定的法,其基础是这样的:法院参考了预先存在的习惯,然后进行司法立法。在这里,当习惯没有成为司法判决根据的时候,而且,当习惯没有以主权者个人或群体所设定的法律制裁为后盾的时候,习惯,也不过仅仅是被统治者舆论所确立的规则,这种规则的制裁性,或者强制性,仅仅具有道德上的意义。但是……当习惯成为法院判决的理由的时候,并且,当习惯是以主权者个人或群体所设定的法律制裁作为后盾的时候,这种习惯,的确就是实际存在的由人制定的法律规则。”^[9] 奥斯丁的结论,既表明在分析法学的立场上,习惯等民间法并不构成规范分析的对象,成为法学所专研的内容;又表明只有把习惯通过司法运用转化为判例法,即使其成为“法律规则”的时候,习惯(法)才获得了被纳入规范分析视野的价值。按照奥斯丁的逻辑继续推进,则一方面,在英美法系国家,没有被司法所援用,并进而成为判例法的习惯等民间法,就不能作为规范分析的对象;另一方面,在强调成文法的大陆法系国家,即便法律授权习惯等民间法以法律渊源的地位,也不能成为规范分析的对象。既然如此,本文为什么还要把民间法纳入规范分析的视野,进而它能否被纳入规范分析的视野?

事实上,决定民间法成为规范分析对象的,绝不仅仅是国家所赋予的强制性,而是习惯本身对主体权利义务的分配性,以及由此导致的习惯对主体交往行为的规范性和主体对这种规范的接受性。如果站在这样的立场而不是过分强调国家强制性的作用,那么,毫无疑问,民间法理应是规范分析的对象。这样,笔者事实上对规范分析的对象就作出了变通处理,把符合上述条件的民间法也纳入规范分析的视野中,从而使民间法研究更多地趋向于法学视野,而不是社会—人类学视野^[10]。

法学视野中的民间法研究,在强调规范分析面向的同时,更应强调纠纷解决面向,甚至其规范分析面向也是为纠纷解决作准备的。众所周知,人类制定法律的目的,一是为了解决日常交往秩序的安排,二是当日常秩序陷于紊乱时提供法律的救济。法律对日常生活秩序的安排,因为和人们日常交往行为息息相关,反倒太过日常,所以人们日用而不知,习焉而不查。因此,在法学研究中,除了一般的原理性结论,人们也不会予以特别

关注。民间法对于人们日常秩序的组织 and 安排,也是如此:太过日常,反倒平常。

但法律对纠纷的解决则不同,因为它所针对的是特殊问题,是日常秩序的例外。而对社会纠纷的解决,则表现着法律、法官对社会纠纷的驾驭、控制和处理,从中更能够看出法律的独特功能、法官处理纠纷的高超艺术手法等等。所以,这是最能够激发法学者探索的内容。法学视野中的民间法研究,最关注的问题也应在此。

在现代法学上,人们把纠纷解决分为正式解决(司法)和替代解决两个方面。司法是现代国家解决纠纷的最权威的方式。但是,司法对纠纷的解决,也有简单纠纷、复杂纠纷和疑难纠纷之别。借用卡多佐的话说,简单纠纷不过是“对事实如何适用法律规则的案件”^{[11]102},这样的案件往往“堆积成山,令人乏味”。那么,不令人乏味的是什么样的案件呢?它是能充分发挥法官创造性,并进而引出“法官造法”的那些疑难案件和复杂案件。因为在这样的案件中,法官“必须竭尽智力、鼓足勇气,走向这条路或者那条路,祈祷他选择的不是埋伏、沼泽和黑暗,而是安全、光明和开阔的坦途”^[12]。经过了这样一个过程,意味着对法官而言:“一些曾经为自己的时代服务过的原则死亡了,而一些新的原则诞生了。”^{[11]105}卡多佐向人们描绘了一幅法官在疑难案件处理中的挑战及其乐趣。但应予以说明的是,所谓疑难案件,往往是在既定法律不明或者缺漏的情形下产生的,尽管也存在一些即使既定法律明确,但因为其偏离社会进化的现实,而在法官适用于案件事实时,凿枘不投,从而法官不得不另起炉灶、寻求判准的疑难案件,但更多的疑难案件,来自前述情形。不论法律不明,或者法律缺漏,都会迫使法官寻求可替代的规则或方案,于是,民间法作为现成的主体交往行为的日常规范,就可能近水楼台地成为法官首先援引的纠纷解决的裁判规范,或者成为法官构造裁判规范的优先材料。可见,在纠纷解决层面的民间法研究,更针对着疑难案件和复杂案件的解决。法学对相关解决方案的研究,每每涉及法官对民间规范的援引、运用和态度。换言之,这是法官、法学者寻求民间法进入司法,在司法中使其成为正式制度内容的关键场域。

还应予以关注的是,即使在司法这种正式的纠纷解决方案中,面对法律规定明晰的简单案件,当事人倘若同意借助民间法调解解决相关纠纷,法官也

经常会乐观其成。因为这可以明显地节约成本,并收获案结事了积极效果。这也决定了法学在正式纠纷解决(司法)层面关注民间法的必要与可能。

纠纷的替代解决方案,乃是指在司法之外,人们寻求纠纷解决的方式,在我国诸如人民调解、仲裁、信访、行政调解等都可归类于纠纷的替代解决方案。除此之外,私力救济也可以在广义上被纳入纠纷的替代解决方案中。事实上,在这些替代性纠纷解决方案中,除了一些程序性规定之外,在实体上所适用的规范主要是民间法,所以,纠纷解决面向的民间法研究,在涉及替代性纠纷解决问题时更为常见和多见。不过,对替代性纠纷解决中民间法运用的研究,已不具有典型的法学意义,而宁可认为是介乎社会学和法学之间的学问。

综上所述,法学视野的民间法研究,既可以在规范分析面向上展开,也可以在纠纷解决面向上展开。法学视野的民间法研究,虽然和社会—人类学视野的民间法研究并非井水不犯河水的关系,但它们之间确实存在诸多不同。

三、民间法研究的社会—人类学视野和法学视野的区分

如上对民间法研究的社会—人类学视野和法学视野的论述,旨在进一步说明这两种研究路向的不同学术旨趣和实践价值,并借以进一步证明,对同一种社会现象,站在不同的研究视角,会获得完全相异的成果,取得不同的实践效果。这两种不同路向的民间法研究,其区别表现在四个方面:首先,两者的出发点不同。

社会—人类学视野的民间法研究侧重于事实关注;而法学视野的民间法研究侧重于价值关注。事实和价值是人们观察、认识事物的两种不同向度。把事实和价值进行二分,来观察我们面对的世界,这是自休谟以来所形成的一种重要认识方法,^①也被人们称为“休谟法则”。尽管这种认识方法可能蕴涵着割裂二者的问题,但对我们在这里剖析民间法研究的社会—人类学视野和法学视野的区分,还是具有启迪意义的。

社会—人类学视野的民间法研究,所采用的基本方法是通过描述民间法这一社会事实,得出人们在社会交往中的行为模式或行动方式。尽管对这些民间法形态及其导致的行为模式,不同的学者也会作出相异的评价,但这些评价没有预设的取舍标准,只有作者通过对不同民间规范的描

^①在《人性论》中,休谟强调对“是”与“不是”、“应该”与“不应该”这种不同的关系应“谨慎从事”,“留神提防”对它们的混淆。因为后一对关系能否从前一对关系中推导出来,着实可疑。“恶和德的区别不是单单建立在对象的关系上,也不是被理性所查知的。”参见[英]休谟《人性论》(下册),关文运译,商务印书馆1980年版,509页~510页。

述和研究,得出不同的类型化的结论。正如霍贝尔通过对爱斯基摩人等七个原始部落社会之法的研究,得出了初民社会有不同类型的法一样。即便社会—人类学视角的民间法研究要获得一般性的结论,也必须通过个案研究,并建立在相关事实归纳的基础上。缺少事实支撑的有关民间法的一般性结论,不可能获得社会—人类学上的意义。

所以,社会—人类学视野的民间法研究,即使关注价值问题,也是建立在事实上,并由事实所推导出来的价值,而不是抛开了事实所支撑的价值。其必然逻辑是由事实宰制价值,而不是由价值阉割事实。这种对事实的切身关注,使得社会—人类学视野的民间法研究,更具有某种科学的性质。“有一份材料说一份话,有十份材料说十份话,没有材料不说话”,是其所必须坚持的“科学”原则。否则,就丧失了相关研究的意义。

法学视野的民间法研究,也关注民间法存在的社会事实,但无论如何,只要存在和民间法相对应的国家实在法,对民间法的研究,就必须按照国家实在法的原则、精神甚至具体规则去打量 and 裁减。当民间法的内容公然违背国家法的原则、精神时,这种民间法既不能在规范分析意义上获得正当性,也不能在纠纷解决事实上被司法所援引、被替代性纠纷解决方式所青睐,于是,其在纠纷解决中能够作用的空间,主要局限于私力救济的范围。而对私力救济的研究,本来就介乎社会—人类学与法学之间的,很难说是纯正的法学问题。

可见,法学研究视野中的民间法,在关注民间法事实的前提下,还特别关注民间法的价值取向,并且这种价值取向的基本根据和标准,是国家实在法。这就决定了:一方面,在对民间法进行规范分析时,研究者会自觉不自觉地拿国家法的规范、可诉、权利义务的分配、强制等属性来裁取民间法。凡是不符合这些与法律属性相当或者接近的民间法,就无法进入法学意义上的学术视野。与此同时,人们对民间法在规范分析意义上的关注,在成文法国家,还需要法律对民间法效力和作用的授权。在法律没授权,或者法律明令民间法不能作为法律渊源的情形下,即使有学者研究民间法,也很难被纳入规范分析的视野。这不无表现着国家法的价值宗旨对民间法的规范分析所具有的前提规范性。另一方面,对民间法从纠纷解决的视角分析和研究,照样存在着国家法价值宗旨对民间法研究的裁制作用。因为民间法要进入司法裁判,被法官援引为裁判规范,或者作为法官构造裁判规范的材料,必须得到国家实在法的允诺。倘若实在法不予以允诺,法官援引之,或者据之构造裁判规范,就缺乏价值根据和权威前提,也就意

味着民间法不能被引入司法,甚至也不能被引入其他替代性纠纷解决中。既然如此,对民间法在纠纷解决意义上进行规范分析的可能就被打断,学者无法在个案意义上获取民间法的规范功能。当然,倘若国家法授予民间法法律渊源的地位,相应地在司法中援引之,或者据之构造裁判规范,便顺理成章。法学视角的民间法研究,也就具有材料基础和逻辑前提。

如上论述无不表明:在研究的出发点上,社会—人类学视野的民间法研究和法学视野的民间法研究明显不同。前者侧重于民间法的事实,在一定意义上强调价值无涉;而后者不得不关注价值——以国家实在法所认可的价值来裁制民间法,析取其研究对象——尽管规范分析法学也强调价值无涉,甚至主张排他性的规范实证^[13]。

其次,两者的研究对象不同。

社会—人类学视野的民间法研究,更关注作为社会事实的民间法;而法学视野的民间法研究,更关注作为制度事实的民间法。社会事实和制度事实,严格说起来是一种包含关系,制度事实只是社会事实的一部分,社会事实中一定包含有制度事实。但问题在于一旦制度事实从社会事实中分离出来,那么,它就是一种相对独立性的存在,它自身需要通过学术梳理,形成一门以它为研究对象的独特学科。这就导致虽然社会—人类学视野和法学视野的民间法研究,在一般意义上都以民间法为研究对象,但着眼于具体分析,则民间法自身在不同语境下角色的转换,会决定上述两种视野的民间法研究在对象上也有不同。

民间法首先是一种社会事实。如前所述,规范是社会秩序构造的逻辑前提,是人类组织性生存的约定条件。因此,规范成为社会事实之重要的、必要的组成部分。对社会及其构造而言,真可谓没有规矩,不能成方圆。所以,必须把规范置诸社会事实中,规范及其作用才是整体的、系统的和有效率的。民间法研究的社会—人类学路向,就是把规范当做社会事实的一部分,在社会事实的语境中关注民间法,安排民间法研究的思路 and 语用效果。这样,在社会—人类学视野中,民间法就不是什么孤立的存在、分隔的事件,而必须是和其他社会事实相关联、相呼应时才具有活动性和社会效益的事实。显然,这提供了一种观察和研究民间法的广阔视野,尽管这一视野在方位上看是外在的而非内在的,但它通过这种外在的参照,为人们更进一步地理解民间法在社会事实、社会秩序和有组织交往中的作用,提供了可以比较的条件,这可让人们跳出规范自身的褊狭视野,在社会事实的高山之巅,观察和分辨民间法的分布、运

用、效力,以及它与社会事实的整体性关联。

所以,社会—人类学视野的民间法研究,尽管研究的一般对象也是民间法,但就其角色而言,扮演的是社会事实,是作为社会事实的民间法,而不是作为制度事实的民间法。可见,同一个对象,因为其角色或语境的不同,在学术研究中会成为不同学科的对象。

法学对民间法的研究,基于民间法作为一种制度事实这一角色和语境。众所周知,制度事实这样的概念,来自制度经济学家的创造。制度经济学家们把人类的制度分为正式制度和非正式制度两种。正式制度是经由国家或者社会正式组织所形成的制度类型,诸如法律、章程、契约、司法裁判等;而非正式制度是在人们长期的交往活动中形成,并被相关的交往主体所接受和认可的制度类型,例如风俗习惯、道德理念、价值观以及意识形态等。正如诺斯指出:“制度是一系列被制定出来的规则,守法程序和行为的道德伦理规范……”^{[14]225-226}在制度中,“宪法是基本法则,它的制定是用以界定国家的产权和控制的基本结构。与执行法相比,它显得难以修改。执行法包括成文法、习惯法和自愿性契约,它在宪法框架内界定交换条件。行为规范是合乎宪法和执行法的行为准则。所以,一个封建社会的庄园主的习惯就是一套宪法规则,同时也包括了一些执行法令和行为规范准则”^{[14]227}。可见,在诺斯的笔下,习惯等民间法是一种重要的制度事实。弗里德曼在结构意义上得出自己的法律制度结论:“有各种次要制度,大部分被公认为是法律制度的一部分。它们的共同点在于都是制度,以规范或规则运行,与国家相连,或有一个至少和国家行为相类似的权力结构。”“实际运作中的法律制度是一个结构、实体和文化相互作用的复杂有机体。”^[15]

但以上观点仍没有为本文就制度事实提供一个较为清晰的结论。笔者认为,从广义上讲,制度事实就是以规范为前提而产生的和规范相呼应的一切社会事实。这一制度事实,庶几和社会事实同义。从狭义上讲,制度事实仅指在国家实在法规下所生成的主体的交往关系。其中法律规范、法律契约(合同)和司法裁判三种制度事实尤其值得关注。因为它们是用最正式的人类交际工具——文字所表达的,所以更具典型性、正式性。

按照这样的结论,民间法似乎难以纳入狭义的制度事实中。但在法官造法的判例法体系下,在赋予民间法以法律渊源的成文法国家,民间法都可能通过司法裁判的方式,进入正式制度视野中。法学视野的民间法研究,理应关注这种通过司法得来的制度事实。因为如此一来,民间法事

实上借助司法,被纳入正式制度中,成为前述狭义上的制度事实。这种制度事实为民间法的规范研究提供了可能,也能把民间法的研究置诸法律内部,产生类似法律内部视角的民间法研究效果。这正是法学视野的民间法研究在对象上不同于社会—人类学视野的民间法研究之所在。

再次,两者的研究方法不同。

社会—人类学视野的民间法研究,更关注社会实证,而法学视野的民间法研究更关注规范实证。实证方法是自经验主义哲学产生、特别是培根的归纳逻辑法则被普遍认可和运用以来,学术研究的一般方法。这种方法与近现代商业主义、功利主义和实用主义紧密结合,进一步推动了实证方法的广泛运用。但是,实证方法在不同学科中有完全不同的内容。如在哲学上,讲究逻辑实证,在伦理学上,追求价值实证,在社会—人类学上,提倡社会实证,在法学上,奉行规范实证等。所以,把实证方法仅仅等同于社会实证或者数字实证的看法和做法,笔者认为欠妥当的。

如此说来,民间法研究的社会—人类学视野和法学视野都关注实证研究,那么,在方法上关注它们间的区别还有什么意义?事实上,这一区分的意义是重要的,诚如众所周知的那样,一门学科的独立存在,其衡量标准端在两途:一是研究对象的独立存在,二是研究方法。前文已经探讨了民间法研究之两种学术视野在对象上的差别,这里只有进一步说明两者在研究方法上的差异,才能更进一步地判断民间法研究之两种学术视野的不同。

社会—人类学视野的民间法研究,与该学科自身的特点相吻合,所特别关注的是社会实证方法。社会实证方法的特点在于关注交往行为中人们的行为模式和动态实践。这一点在社会学和人类学上具有相类似的地方。在表述方式上,社会—人类学的研究方法,虽不排除宏大的理论建构,但更流行具体的白描方法。通过白描,在叙事的过程中,理清事物的来龙去脉。从一定意义上讲,社会实证方法是一种更加趋近于科学的方法。既有的研究事实证明,在社会科学诸领域中,除了经济学之外,社会—人类学的实证方法是最趋近科学的,因为它直接关注的是社会事实本身。

埃里希通过对规则的反思,主张在裁判规范之外,还需认真对待“作为行为规则的法”。他指出:“人类行为的规则和法官据以裁决法律争议的规则可能是大不相同的两回事,因为人类确实并不总是依照适用于其纠纷裁决的规则来行为的。”^{[4]9}这种划分其实已经指明了在方法上法社会学对社会实证的依赖,对主体交往行为中“活法”的关注。霍贝尔则通过其切身体会,强调“人

类学的田野调查,通常是单调而乏味的。它是一桩耐着性子发掘一些事实材料(一些依次按部就班地查询详细情况)的工作,但有时也乐在其中”^{[6]3}。这一结论说明人类学视野中民间法的研究对于社会事实特别关注,以及为了这一关注而对社会实证方法特别青睐。上述情形都足以说明社会—人类学视野的民间法研究在方法上的相似特征。

但法学视野的民间法研究,关注的却是规范实证。规范实证事实上预设了实证研究的一种逻辑界限。这一界限强调规范先行,它所实证的的事实,就是在预设的逻辑框架下的规范事实,或者制度事实。在本质上,这种研究方法出自对法律及其规范的深信不疑,甚至某种信仰。所谓“恶法亦法”的判断,就是这种路径依赖的逻辑必然。民间法尽管不是国家实在法,但只要通过立法授权或司法引入,就变成具有实在法效力的规则,成为法学视野中民间法研究之预设内容,也成为规范实证的预设对象。

规范实证所关注的规范,除了法律规范之外,还应包括司法判例和契约文书。因此,法学视野中的民间法研究,既要关注对民间法规范的逻辑实证,也要关注以民间法为依凭的司法判例和契约。尤其在成文法国家,关注借助民间法的司法裁判更为重要。因为对这样的裁判在规范实证意义上的研究,可为典型案件的处理、复杂和疑难案件的克服提供更为精准的学理参考。规范实证的任务是从内部视角出发,对规范(制度)事实的结构、功能、相互关系、效力范围等予以学术梳理。规范实证的这些宗旨,自然也要反映在对民间法的规范实证上。所以,民间法研究在法学视野中,只有在被立法授权或司法援引后才能真正展开,才既符合前述规范实证的逻辑预设,也符合规范实证的任务和宗旨。

最后,两者研究的制度功能不同。

社会学视野的民间法研究,其制度功能在于促进国家立法;而法学视野的民间法研究,其制度功能在于改善国家司法。立法是国家实在法的源头,司法是对国家实在法的制度落实。法律制度因为立法而成设计图,因为司法而成高楼大厦。但立法和司法的资源是不同的。除了那些完全借助司法立法的国家之外,只要是成文法国家,哪怕是部分地奉行成文法的国家,也客观地存在着立法和司法在资源上的区别。

立法的资源就是社会事实,不论是国际立法

还是内国立法,不论是中央立法还是地方立法,都要根据一定时空范围内的社会事实进行。离开社会事实支撑的立法,不过是“立于沙丘的房子”。立法对社会事实的依赖,与社会—人类学视野的民间法研究对社会事实的关注,形成明显的逻辑关联。当年英国人在海外殖民地行使治权时,为什么特别关注各地土俗?①为什么他们的有些学者还通过比较研究,在理论上深入观察不同地方法律的特征?②为什么我国在清末和北洋时期的立法中,特别注重广泛地搜集、调查各地的民商事习惯?毫无疑问,其中的关键就在于寻求有效治理、有效立法的社会资源和社会事实。

所以,社会—人类学视野中的民间法研究,就是通过作为社会事实的民间法之实证、加工、整理,在制度意义上,为国家立法提供必要的学术参考和对社会事实的认识基础。任何立法,在本质上是把分散的事实统合、加工、整理为集合的规范的过程,或者说通过规范给社会事实命名的过程。准确命名的前提,是对命名对象的深刻把握,否则,命名结果就会“名不正、言不顺”,就会名实相悖、南辕北辙。因此,循事实、依事理而修法律,是一种不得不然、理所当然的立法路径。

略需指出的是,我国当下所奉行的立法上的拿来策略或移植思路,严重遏制了学界对本土国情、特别是对民间法在社会—人类学意义上的应有关注,忽略了民间法这一社会事实在国家立法上可能会扮演的角色。即便有社会—人类学视野的民间法研究,其功能也不过是在发思古之幽情或者“遗产保护”意义上展开的,而根本没有和制度建设勾连起来,从而使具有科学精神的社会—人类学视野的民间法研究,所发挥的不是科学立法的制度功能,而是心性鉴赏的艺术功能。

相比较而言,法学视野的民间法研究,在制度上的功能主要是促进国家司法。如前所述,法学及其规范实证,是设定了逻辑前提(即规范或制度事实)的实证,即使对民间法的研究,在法学视野上也贯彻着同一要求,那就是法学上对民间法的研究,需要以民间法在立法上授权、司法上援引或者至少在国家认可的替代性纠纷解决中被运用为前提。这样,法学视野中的民间法规范,事实上只有两类:一是法律授权范围内的民间法,二是被司法或其他纠纷解决所援引的民间法。在这个意义上,当事人依据民间法所订立的契约,一般也不宜纳入法学视野而研究。对此最有效的研究,还

①例如在其对我国香港和威海行使治权时,都采取了相应的措施。参见苏亦工《中法西用:中国法律传统及习惯在香港》,社会科学文献出版社2002年版;张志超《徘徊于东西方之间:英租威海卫时期的法治》,载《开放时代》2009年第2期。

②其中最典型、最有影响的相关研究应数梅因的《古代法》(沈景一译,商务印书馆1959年版)一书了。

是放在社会—人类学视角上更好。

法学视野中民间法研究的以上特点,决定了其制度功能主要是为国家司法活动提供理论依据。法律制定后,既会成为公民交往的日常依据,也会成为国家行政当局日常执法的规范根据,但这些活动都属于人们日常生活的一部分,因太过日常,反倒不会引人关注。但司法活动却是对社会冲突依法裁判的活动,即司法所处理的是日常之外的社会关系。尽管社会纠纷在人际交往中不可避免,在此意义上,它也属“日常”,但和法律及人际交往秩序的一般要求相比,它实属反常,因此对社会纠纷的司法解决,就是对反常事实的矫正和处理。这一处理必须严格依法进行。在该过程中,对民间法的援引和运用,更需严格依照法律原则和精神,在有助于法律整体价值的基础上展开。但民间法进入司法的条件究竟是什么,在程序上如何把握,在实体上如何确定,在说理上如何证明它和当下案件的相关性、正当性等,都需从法学视野的民间法研究中获取支持。法学视野中民间法的研究,如果在制度上不能为国家司法提供学理参照,则其制度功能就不能为人所称道。

此外,法学视野的民间法研究,还须关注替代性纠纷解决中民间法的援引、运用等问题。这表明在人民调解、行政调解、经济和劳动仲裁、国际经济仲裁……中法学视野的民间法研究也有其作用场域。不过,在法学视野中,相关的民间法研究应被放在第二位,因为对替代性纠纷解决中民间法运用的研究,介乎法学和社会—人类学之间。

以上四个方面,基本表达了民间法研究的社会—人类学视野和法学视野的差异。通过这一比较,也可以更为有效地反思目前我国民间法研究的问题,并为我国民间法研究的进一步展开铺垫条件、奠定基础。

四、从两种不同视野反思我国的民间法研究

可以肯定,民间法研究是近十年来我国一个

重要的专门研究领域,它已经有了专门的学术集刊《民间法》,^①已经有了比较固定的学术会议机制,^②有了较为有效的学术研究机构,^③并且在一些刊物上,形成了较为固定的学术研究专栏。^④特别是自梁治平的《清代习惯法:社会与国家》、苏力的《法治及其本土资源》(前两书均由中国政法大学出版社1996年出版)、高其才的《中国习惯法论》(湖南人民出版社1995年版)、张冠梓的《论法的成长》(社会科学文献出版社2000年版)等著作出版以来,在民间法研究领域,包括民间法理论、习惯法、民族习惯法、替代性纠纷解决机制、民间法与司法等方面,近二十年间,出版的学术著作超过百部,发表的学术论文、调查报告以及硕士、博士论文等估计超过5000篇。^⑤这足以表明这一研究领域的蓬勃之势。

不过民间法研究毕竟和纯粹根据国家实在法构建其学术领地的部门法学完全不同,也与强调自形而上视角对法律进行观察和研究的法学理论也有距离——尽管它可以成为法学理论的一部分,但很难在法学理论中占据显赫的地位,甚至它在法学研究中的地位还赶不上在社会—人类学领域中的地位,因为民间法是人类社会生活所不可或缺,是社会日常生活的构成性因素,但它并非现代国家法律活动所不可或缺的,也并非人们法律生活中的构成性因素,而宁可认为它是人类现代法律生活的添附性因素。

民间法的这种特质,必然意味着对它的研究,主要仍是一种社会学视野的研究,而不是法学视野的研究。虽然在我国法学界聚集了一批研究民间法问题的学者,但即便是这些学者的研究,绝大多数成果不是自觉地从寻求法学和法律的问题意识,而是在社会事实视角上寻求问题意识。这正是民间法研究遭致法学界批评的重要原因之一。或者至少站在法学立场,这一研究的价值究竟是什么,得不到明确的定位。有时候,社会事实视野的研究,还会自觉不自觉地把那些和国家法明显相悖的、“落后的”、“残忍的”、“专断的”民间法拉到学

①自2002年起,该集刊已分别由山东人民出版社、济南出版社出版九卷。

②自2005年以来,中国“民间法/民族习惯法学术论坛”已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳/凯里、桂林召开了六届,第七届会议也于2011年8月在甘肃天水师范学院召开。

③如中国艺术研究院的“法律文化研究中心”,中国法学会的“中国民族法学研究会”,北京市法学会的“中国法律文化研究会”,中国人民大学法学院的“纠纷解决研究中心”,中央民族大学的“民族法学研究所”,西南政法大学的“西南民族法文化研究中心”、“法社会学与法人类学研究中心”,贵州民族学院的“民族法学研究所”,中南民族大学的“民族法制研究所”,山东大学威海分校的“民间法研究所”以及北京理工大学下设的“民间法与法律方法研究中心”等。

④如《山东大学学报》的《民间法研究》(2005年开设至今)、《甘肃政法学院学报》的《民间法/民族习惯法研究》(2006年开设至今)、《湖南公安高等专科学校学报》的《民间法》(2007年开设)、《西南政法大学学报》的《民间法文化》(2011年开设)、《原生态文化研究》的《民间法/习惯法》(2011年开设)等专栏。

⑤通过中国知网,输入“民间法”作为关键词的论文共有1059篇;输入“习惯法”作为关键词的论文共有3365篇。加之《民间法》集刊及其他报刊所刊载的相关论文,达到5000篇应不存在问题。

术台面,这就更不能为青睐法律“进步观”的法学界人士所认可。所以,民间法研究在法学学者面前,会不可避免地面临“遭白眼”的问题。

透过本文的论述,至少可表明:即便是站在社会学视野的民间法研究,通过对作为社会事实的民间法,以及根据民间法的社会运作、主体行为的挖掘和梳理,对于国家基于国民的生活事实而立法,而不是基于某种价值理想而立法,自然会提供一种学术基础和理论支持。随着经济全球化的发展,法律全球化也成为一种被人们津津乐道的问题。但是,在我看来,全球化事实上有两种:一种是压制的全球化,那就是全球统一化、一致化。近代以来,西方中心主义的文化—价值观借用宗教教化、武力征服、法律移植所要输出的,正是这种全球化。不论上述哪种手段,结局都不过是提供一种一元主义、单边主义的全球化事实,从而,西方之外,世界其他国家和民族,不是全球化的结构性因素,而是全球化的添附性因素。西方自近代以来孜孜以求的主体理论,在压制的全球化面前显得虚弱不堪、甚至荒诞不经——因为除了西方(或西方人)是主体,一切西方之外的民族、国家、自然人似乎皆是客体。以这种全球化理念来安排法律移植,必然意味着一个国家永远是其附随,结果不但不能解决自身的问题,反而会带来更多的问题。另一种是对话的全球化,它需要不同民族和国家以自治、自主和自立的身份参与全球化进程,因此,在这种全球化面前,每个国家和民族都是全球化的结构性因素,没有一个国家和民族,是全球化的添附者。显然,这种全球化需要每个国家深入自身国民生活的根底和文化的内部,寻求其生活的规范形态、价值基础、道德意识、行为模式等等,为立法奠定国家的和民族的事实基础。这必然要求学者们从社会事实出发,勘研民族的规范传统,为全球对话提供社会事实的、民族文化的前提和基础。^① 所以,在这层意义上,社会学视野的民间法研究,理应被人们、特别是被社会—人类学家、法学家关注、参与和支持,而不是冷嘲热讽。

尽管如此,笔者还是认为法学视野的民间法研究,不论从法学学术体系视角看,还是从司法及纠纷解决视角看,都值得法学家关注。因为法学的本质是“根据法律进行思考”,即有规范和价值预设的思考。具体来说,法学视野的民间法研究更值得关注、期待和推进的原因有如下几点:

首先,法治的关键在于严格依法办事。特别是公权主体的依法办事,对其他所有主体都会产

生上行下效的作用。而司法者以及社会纠纷的其他处理者所面对的是复杂的社会事实,即处于纠纷和紊乱中的社会事实,所以依赖公权的社会纠纷处理活动是否严格依法,就更是法治之关键的关键。当法律因为漏洞而需要法律发现或者法律续造、因为冲突而出现调整不能时,法官和其他纠纷处理者在民间规范中寻求资源,以补救既有法律的不足,使法律在运行中尽量显得天衣无缝,是在司法和其他纠纷处理视角塑造法治形象的重要举措。^② 所以,法学视野的民间法研究,理应为法治在运行中的完善、微调作出贡献,从而使法治不仅因为有法律而秩序井然,也因为有在纠纷解决中能借助民间法的技术微调而天衣无缝。民间法研究只要能提供这样的技术措施,对法治自然功莫大焉。

其次,如果说法律是一套原则方案和行为框架的话,那么法律的执行和运用,特别是司法及其他纠纷解决活动,乃是需要借助丝丝入扣的技术手段才能把纸上的死的规则变成“行动中的法律”的过程。“徒法不能以自行”,这是法律运行的箴言。纠纷处理者不掌握细致入微的技术手段,法律和案件事实的对接,就不可能实现严丝合缝的效果。法学视野中民间法研究的追求,就是要探索民间法运用于纠纷处理、特别是司法活动的技术手段和法律方法。如果法学视野的民间法研究不能贡献出一套把民间法运用于司法的技术方案和法律方法,那么,至少说明民间法研究在法学方面的成效还不甚突出,从而民间法对纠纷解决、特别是对司法活动的理论支持也就帮助不大。

再次,就我国民间法研究的实际情形看,人们习惯于社会学视野的研究,特别习惯于日常交往秩序视角的研究。相对而言,在纯粹法学视角的民间法研究,不论在规范分析方面还是在纠纷解决方面,都最多只能说刚刚起步。这既取决于严格法治路线在我国尚未真正落实,既有的法律缺陷尚未完全暴露,民间法对法律不足的救济并未充分显现;也取决于我国司法的创造性匮乏,在法律明显不足时,运用民间法予以救济的意识、能力以及制度根据都不能到位。这种制度事实中的问题,遏制了学者在法学视野研究的热情,也使法学者在寻求相关的规范实证材料时显得捉襟见肘。这样,法学视野的民间法研究和民间法的实践运用,特别是在司法运用之间不能相互支持、相互启发。反之,司法中即使用了民间法,但在裁判文书中也会讳莫如深;民间法研究中即使有法学视野的一些成果,对司法及其他纠纷解决而言也爱莫

^①有关两种全球化的具体论述,参见谢晖《法律全球化与法律的全球对话》,载谢晖《沟通理性与法治》,厦门大学出版社2011年版。

^②有关民间法进入司法的前提条件,参见谢晖《民间规范司法适用的前提和场域》,载《法学论坛》2011年第2期。

能助。凡此种种,都需要强化法学视野的民间法研究,并另辟蹊径,推进我国规范实证、法律方法和司法实践之间的相互影响、相互启发。

最后,谈到规范研究,正如笔者在十多年前论述的那样,它的创新,是一个需要特殊智慧的活动,也是一个艰难的过程。长期以来,我国法学落后的事实,根本未顾及对规范自身的深入研究。近十多年来,相关研究在我国虽有长足进步,但系统化的规范理论以及在它指导下的法律方法论,尚未产生。学者们的相关研究,虽然在一定程度上摆脱了对西人的亦步亦趋,但针对自身的法治实践,还没有产生足够影响纠纷解决、特别是影响司法实践的理论。至于把民间法带入到规范分析中进行系统研究,并能卓有成效地影响纠纷解决,特别是司法活动的研究成果,更因前述原因而未呈现。也可以预料,这样的成果之产出,比在国家实在法基础上寻求规范研究的创新更为艰难,因为它需要跨越国家实在法正宗的意识形态影响,并要小心翼翼地寻求被国家法接受的技术元素和逻辑力量。

综上,在我国大规模立法已初见成效、法律之有效运用成为法治建设之瓶颈的背景下,民间法研究的社会学视野,尽管需要坚持并发展,但民间法研究的法学视野,更特别值得倡导并须尽快有所突破。

参考文献:

[1][美]戴弗雷姆.法社会学讲义[M].郭星华,等,译.北京:北京大学出版社,2011.

- [2] POUND R. Law in Books and Law in Action[J]. American Law Review, 1910:44.
- [3][美]庞德.通过法律的社会控制 法律的任务[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,1984:22.
- [4][奥]埃里希.法社会学原理[M].舒国滢,译.北京:中国大百科全书出版社,2009.
- [5] M GARCIA – VILLEGAS. Comparative Sociology of Law: Legal Fields, Legal Scholarships, and Social Sciences in Europe and the United States[J]. Law and Social Inquiry, Spring, 2006.
- [6][美]霍贝尔 E A. 初民的法律[M].周勇,译.北京:中国社会科学出版社,1993.
- [7][英]拉德克利夫-布朗.社会人类学方法[M].夏建中,译.北京:华夏出版社,2002:36.
- [8][美]富勒.法律的道德性[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2005:124.
- [9][英]奥斯丁.法理学的范围[M].刘星,译.北京:中国法制出版社,2002:186.
- [10] 谢晖.论民间法研究的学术范型[J].政法论坛, 2011, (4).
- [11][美]卡多佐.司法过程的性质[M].苏力,译.北京:商务印书馆,2001.
- [12][美]卡多佐.法律的成长 法律科学的悖论[M].董炯,等,译.北京:中国法制出版社,2002:34-35.
- [13] 陈景辉.原则与法律的来源——拉兹的排他性法实证主义[J].比较法研究,2006, (4).
- [14][美]诺斯.经济史中的结构与变迁[M].陈郁,等,译.上海:上海三联书店,1995.
- [15][美]弗里德曼.法律制度[M].李琼英,等,译.北京:中国政法大学出版社,1994:18.

The Two Kinds of Academic Perspectives of Research on Folk Law and Their Differences

XIE Hui

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081, China)

Abstract: There are two different perspectives in the research on folk law. One is sociological – anthropological perspective, the basic characteristic of which is that this perspective sums up and promotes the folk law as an integral part of the society in the theoretical level. The other one is legal perspective, the basic characteristic of which is that this perspective sums up and promotes the folk law as institutional facts in the theoretical level. There are significant differences between the sociological perspective and the legal perspective of the research on folk law, which include the starting point, the object, the method and the institutional function of the folk law. The developing direction of the folk law in China not only sticks to the sociological – anthropological perspective, but also promotes, expands and upgrades the research from the legal perspective.

Key words: folk law; social – anthropology; law; social evidence; standard evidence; social fact; system fact

[责任编辑:张莲英]