

法律是什么:基于日常生活世界的 现象学社会学解释

吕 鹏

(中国社会科学院,北京 100732)

摘 要 本文考察了在现实人的日常生活世界中,个体对于“法律”一词的解释过程和意义沟通模式。个体在实践的过程中“权宜性”地对“法律”进行解释,但法律观念上的碎片并不必然导致现实秩序上的混乱,人们通过日常会话完全可以达到不同法律观之间的沟通,从而在人们之间建构和维持法律有着真正的本质的“感觉”。社会科学工作者需化解精英话语与大众话语在“法律”一词解释上的对立,从而为法治建设做出自己的理论贡献。

关键词 现象学社会学;法律;观念获得;意义沟通

一 导论

党的十九大报告作出了“我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”的重要判断,而“坚持全面依法治国”是化解日益多样化的各类社会矛盾的利器。问题是,在个体层面,作为一个具体的个人,是否只能拥有一种法律观?如果他(她)在不同的情境下对“法律”一词进行不同的解释,那么这一过程是如何实现的?在社会层面,多元的法律观导致的是一种冲突

还是妥协?如果是冲突,法治中关于公平世界的信念如何可能?如果是妥协,不同的意义之间是如何达致沟通的?

对“法律是什么?”这个问题的不同回答不仅是法律多元主义兴起的重要标志,而且使得“法律”作为一个词汇本身的能指与所指成为学术界关注的焦点。法律一词具有多种可能的内涵与外延,持不同法律观^①的人在面对法律“事件”时将采取不同的行为,但这并未影响到人们之间的沟通和相互理解,人们依然在不同的意义上“和平地”谈论着关于法律的种种话

作者简介:吕鹏,男,博士,中国社会科学院社会学研究所、中国社会科学院-上海市人民政府上海研究院副研究员。

基金项目:国家社会科学基金重大项目“新社会阶层的社会流动与社会政治态度研究”(项目编号:17ZDA111)。

^①法律观不仅仅是关于法律是什么的问题,但对这一问题的不同回答很可能导致不同的法律观。在本文中,笔者在模糊的层面上使用这个概念,主要强调的是对“法律”一词的意义取向。另外,笔者也不加区分的使用“法律”与“法”这两个名词。

题,甚至在一向被认为是“习惯法”发挥重要作用的农村,农民对法律认识的混乱和在具体实践上的清晰之间的悖论,都是不容否认的事实^①。这似乎与理论上的逻辑有所矛盾,因为按照传统的理解,法律有一个固定不变的本质;即使按照新近流行的观点,我们现在可以接受由于不同个体对法律的意义解释不同而导致的法律多元,单个个体怎么可以同时拥有不同的法律观呢?如果个体对于法律的意义解释是不确定的、模糊的,那么个体如何用法律观来“指导”自己的行动呢?如果个体的法律解释是如此之混乱,群体内部和群体之间如何能够达到沟通从而在一个有着基本共识的意义世界中推进法治建设呢?对这些疑问的解释,成为本文的问题意识和分析起点。

关注“现实的人的日常生活世界”中法律运行的实际过程、法治的成长空间等话题,以解决中国现时法治理论与实践所表明“忽视现实的人的具体生活场景”的共同缺点,这几年来已成为法学界的热点。然而本文更加关注不同情境下人们的主观的意义建构过程和赋予自己行动的意义。“现实的人的日常生活世界”,是指构成人的日常活动的全过程背景条件与资源条件的所有因素及其组合方式的总体。它包括自然性的物质世界、社会的物质世界、人与社会共有的文化世界以及由人与人、人与群体、人与社会的各方面的关系所构成的网络与结构空间,即关系世界。当这四部分在过去、现在与未来的时间链条中以现在(现在时形态)的时间维度而共存时,便成为“现实的人的日常生活世界”^②。需要强调的是,日常生活世界有其自身的特殊性,这种特殊性表现在,尤其不能将其等

同于“社会世界”而只能将其作为后者的一个部分^③。

本文以现象学社会学(phenomenological sociology)作为最重要的理论资源。现象学社会学关注的重点是行动者通过哪些方式,将感觉材料转变成各种类型化(typification)的图像来解释社会世界;并就此进一步考察了个体怎样理解关于社会世界的感觉材料,怎样把这些材料作为社会现象分拨给不同的范畴。更重要的是,现象学社会学致力于分析这些范畴是否为社会成员所共有;并且,如果是这样,那么就要分析它们是如何得以被共享的^④。这也构成了本文的基本分析框架:第一部分我们将揭示个体的法律观念是如何获得的,第二部分将用一个谈话分析的实例分析不同意义之间的沟通过程,文章的最后将探讨本文的结论对法治建设的可能启示。

二 解释法律:一种观念获得过程

“法律”本身有没有本质?这本身就是一个很热闹的话题。苏力认为,“法律”仅仅由于使用的方便而具有“家族相似”,它们并非指的是同一个东西;“法律”可能指的是法典、家庭法、习惯法、法官创造的法等等;它们仅仅有共同的名称而已,并没有一个共同的、不变的本质,法律的“本质”实际上是由使用者加入“法律”这一对象的。因此,应当抛弃人为虚构的“本质”,将语词从形而上学带入日常生活之中^⑤。刘星也指出:“法律话语不单是一种出字成文的法学论说,更是一种在法律生活中自然环流于各类社会角色的思维与行为里的意识形态之潜流,或曰‘知识状态’。”中国的法律话语原本就是

①郑永流等:《农民法律意识的现实变迁——对湖北省农民法律意识调查的总体分析》,载李楯编:《法律社会学》,中国政法大学出版社1999年版,第472页。

②姚建宗:《生活的场景与法治的向度》,《吉林大学社会科学学报》2000年第1期。本文借用这个界定,是因为它与下面的分析有相同之处,即都强调了作为“属人的世界”的生活世界,是一种多重现实(multiple reality)、包含了思维自身在内的存在。

③吕炳强:《社会世界的底蕴》,《社会学研究》2001年第2、3期。

④[澳]马尔科姆·沃特斯:《现代社会学理论》,华夏出版社2000年版,第9、35页。

⑤强世功:《法律的本质:一个虚构的神话》,《法学》1998年第1期。另一篇非常符合本文旨趣的文章,可参见苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,《中国社会科学》1997年第4期。

多元化的而非一元化的。“中国的法律语境是独特的,人们使用‘法’字也是多变的,‘家法’、‘宗法’、‘族法’、‘习惯法’……等等,无一不是时常出现在人们的言谈话语之中,硬给‘法律’一词定个内涵,说它只是国家法律的别名,似乎是种过时的本质主义;‘法律’这字儿,像其他各个字儿一样,有个语境的问题,在不同地方总会有个不同的意思,对它‘宽宏大量’一些,便可使我们看到更多的‘语词用法’,以及语词用法背后的观念企图,从而,更加丰富多彩地观察众多中国人心目中的‘中国法律’的现实”^①。

但这些都还不够。因为这仅仅是揭示了现象而没有展现这些现象之所以可能的过程、技术、(非)逻辑和机制。在本文中我们将个体对“法律”一词的解释过程看作一种社会行为,将其表述为“法律观念的获得过程”,并“将对象由静态的结构转向由若干事件所构成的动态过程,并将过程看作是一种独立的解释变项或解释源泉”^②。

对这一过程的一项传统解释来自于帕森斯(Talcott Parsons)的“规则内化”模式。这一理论认为,个体的观念的获得过程就是将事先外在于行动者的行为规范(norm)内化为自身的行为规范的过程。在传统知识社会学、社会化理论中都有类似的论述,我们不妨将它们统称为“反映论”;它的核心在于将规则的内化建立在一种主客二元对立的预设上。而常人方法学则对帕森斯的理论做出了超越,在同意科学知识是反映外部世界真实结构的镜子的同时,并不认为这些知识是作为对外部世界的反映而建立

起来的。知识不是直接来源于对世界的经验感受,而被认为是源于意识中积极的建设性的能力。不是对世界的经验产生知识,而是意识创造世界,而后去感受这个世界。在这个假设的基础上,常人方法学提出了“意义的权宜性获得”的假设,以具体揭示这一过程中的技术。常人方法学关于行动的权宜性的论述指出:行动者并非按照事先规定的规则进行实践活动,而是根据局部的情况,尤其是场景条件,依赖自身“永无止境”的努力完成的,常人方法学的“始祖”加芬克尔(Harold Garfinkel)将之表述为:社会中的秩序“是一个永无止境的、正在进行的、权宜性的成就”^③。

在本文的第三部分我们将结合一个话语分析的实例,来具体展示这种秩序中的个体对“法律”一词的解释过程和技术^④。我们现在要做的,是将日常时间划分为“日常生活时间”和“事件时间”两类^⑤,在日常生活时间里,关于“法是什么”从来没有被认为是一个问题。因此,“法应该是什么”的问题也无从谈起了;只有一旦进入到涉及法律关系、法律行为的“事件时间”(如法律纠纷),个体才需要对法律进行解释,以争得符合自身利益的结果。也就是说,若非在“有事”时,即使是“法律人”也不会总问自己:法律是什么?在常识的世界里,这是一个不需要反思的问题。日常生活时间中对这个问题的回答似乎是想当然的。或者,形象一点地说,日常生活场景中的“法律”作为一个概念,只是以幽灵的姿态暧昧而虚幻地漂浮着。

这一论述意味着什么呢?这意味着行动者

①刘星:《法律的隐喻》,中山大学出版社1999年版,第34、66页。

②孙立平:《“过程—事件”分析与当代中国国家——农民关系的实践形态》,载《清华社会学评论》特辑,鹭江出版社2000年版,第1-19页。

③转引自李猛:《常人方法学四十年:1954—1994》,《国外社会学》1997年第2期。

④与本文相关的一项经验研究,可参见强世功:《“法律”是如何实践的》和赵晓力:《关系/事件、行动策略和法律的叙事》,载王铭铭、王斯福主编:《乡土社会的秩序、公正与权威》,中国政法大学出版社1997年版,第488-540页,尤其是第514、528页。但对于本文来说,这两篇论文有两个缺陷,一是与笔者的旨趣不同,他们的兴趣点在于揭示权力技术而不是观念获得、意义沟通,二是作者借用李猛的硕士论文中理论观点的痕迹过于明显,而李猛的那篇文章本身并不太成熟。

⑤赵力涛:《家族与村庄政治:河北某村家族现象研究》,北京大学1998年硕士学位论文。

在赋予其行动以意义的过程中,对行为的意义赋予是在行为之后。现象学社会学大师许茨^①将其表述为“反思性注视”:反思性注视拣出了一个已经逝去的生活经验,并且把它建构成有意义的。那么,这怎么能体现出“权宜性”呢?反思的存在不恰恰意味着某种先在的“规则”的存在吗?而这和帕森斯又有什么区别呢?事实上,现象学社会学从来没有否认过事先经验的储存,但这种“库存知识”的“激活”却是权宜性的。这涉及到一个时间的有限性和事件的等级制。个体在日常生活实践中的一个重要特点,是实践总面临着一种时间上的约束和紧迫性,他不可能总是像社会科学研究者从事研究那样“反复琢磨”、“三思而后行”;这意味着面对任何实践所包含的无穷多的可能性,社会成员必须在有限的时间内确定意义、采取行动。所以,社会成员必须遵循一种事件等级制,这种等级制决定了实践无限丰富的可能性中被注意的部分^②。表现在对“法律”进行解释时,“法律”一词不仅在能指上是任意的,而且在所指上也是偶然的。任意和偶然,都是权宜性的具体形式。当然,笔者无意否认在历史上和现在,由于人们各自持有的法律观念、法律原则等的不同而导致的冲突。但一方面日常生活中并不总是充斥着冲突,尤其在人们的主观感受上,我们选择的角度不是“秩序是如何以及秩序如何可能”,而是“秩序感如何可能”;另一方面,冲突往往发生在“有事”的时候,从这个意义上说,虽然日常生活时间是平静的,事件时间是激烈的,但恰恰是事件时间能够帮助我们理解日常生活时间中观念的获得过程。将生活时间划分为事件时间和日常生活时间,不仅没有造成分裂,反而便于理解现实生活中社会成员的合法信念并不是一个

“共享结构”,而是一种“家族相似”的连续统。

也许还有人会问,难道个体关于“法律”的意义建构完全是主观的吗?这不是犯了“主观唯意识论”的“错误”了吗?我们从不否认作为社会现实的规则是客观存在的,个体对于规则的解释永远是一种“相对的绝对”而不是“绝对的相对”;但客观存在的规则不是先在于行动者的教条,而是行动可理解性和可说明性的根源,它使得行动者对行动的描述、说明成为可能。你必须能够承认秩序的存在,但又不能让它的决定论理论性质支配你的头脑。价值的内化不是问题的全部,个体必须以建构的方式“行动”。意义的一致性并不仅仅是在文化系统之内有条不紊的排列序号,还要求它能对事件进行合乎日常生活逻辑的解释。从这个意义上来说,可以把“法律观念的获得”看成一个知识社会学的问题,而笔者对这一问题的回答显然与社会建构论在旨趣上是有共通之处的^③,即这是一个“外在的内在化和内在的外在化”相结合的过程。

三 不同法律观的沟通

不同的人之间是如何进行沟通的呢?

可能的解释主要有两种。一是有一种主导的一元法律观,这一点在日常生活中的可能性已经被我们排除了。正如前文所述,个体不仅可能由于感知的角度不同而对法律的意义解释形成不同的“单向度”的“偏见”,而且更有可能在“直觉”的基础上获得全面的“庸见”。这种“直觉”和“庸见”表现为多元观念在日常实践活动中的“权宜性获得”,它甚至被认为是中国人的一大文化特征^④。从这个意义上说,虽然常人方法学是“舶来”的理论,但应用到中国尤其亲切:不同当事人在“法律”能指与所指上

① Alfred Schutz, 海内外许多研究者按照英文发音将其译为舒茨。按照霍桂桓先生的说法,以该语词的德语发音翻译成“许茨”似乎更加合理,本文采用了这一译法。见霍桂桓:“中译者后记”,载[德]阿尔弗雷德·许茨:《社会实在问题》,华夏出版社2001年版,第488页。

② 李猛:《日常生活中的权力技术——迈向一种关系/事件的社会学分析》,北京大学1996年硕士学位论文,第30、37页。

③ 关于社会建构论与知识社会学、常人方法学的关系,可参见苏国勋:《社会学与社会建构论》,载《国外社会科学》2002年第1期,第4-13页;[美]伯格、卢克曼:《社会实体的建构》,巨流图书公司1991年版。

④ 林语堂:《中国人》,学林出版社1994年版,第101-117页。

的模糊性依然没有大的改观。原因可能是多方面的,但汉语思维自身的特点尤其值得注意。有学者通过对语言模式的分析指出:汉语系统区别于其他语言的特征,在于活跃于该系统中的阴阳耦合运动,它既可以吸收西方语言的句法规范和等级二元结构,又可以在保留自身特质的同时将二者纳入一种新的阴阳耦合运动;同样,以汉语为母语的中国人的思维/审美方式,也是一种阴阳耦合型的非西方模式,它的兼容性和开放性在于它能够吸收任何西方的知识,在保留本土传统的同时,将两者纳入新的双向运动,这一过程不会完结^①。其他的研究也证实了汉语思维的这一特征,如有学者指出,中国社会的建构方式是“结构上的复制与放大、内涵上的宏观与微观不分、思维上的非二元对立倾向、社会规范上的可推论性”,我们从不奇怪从“格物致知”推延出“修身齐家治国平天下”,也知道诸如“法”、“礼”这样的概念既是具体的,也是抽象的。也就是说,“无论是在建构的方式上,还是在解释社会的方法论上,儒家都给我们造就了一个连续统的社会”^②。这样我们也就不难理解为什么经历了那么长时间的“法律现代化”运动,我们在日常生活场景中还在对“法律是什么”这样的“基本问题”支支吾吾了,因为无论是“传统的”还是“引进的”意义,都被溶解了;人们在权宜性解释时根本不会有分裂或矛盾的感觉。

二是在沟通中达成了某种一致,用现象学社会学的话说,叫主体间性的理解。“自然科学那标准化了的时间和空间,并不是人们在日常生活中所利用的时空位置的各种类型化的基

础。的确,反过来说才是正确的;我们在这个世界中存在的首要基础存在于主观的时间和空间之中。但是,这只是故事的一半。虽然个体从他自己的视角出发限定他的世界,但他却是一种社会实在,植根于一种主体间际的实在之中”^③。这其实是一个“老问题”,有关的理论层出不穷,法学界也已经有了诸多的成果^④。然而与一般意义上的解释学以及符号互动论不同,现象学社会学的贡献,就在于它把注意力放在了日常生活场景中的行动者如何通过建构意义的技术(即常人方法,ethno method),从而制造出一种共同现实的感觉。也就是说,常人方法学“强调互动过程,强调建构情境印象的人际技术的运用,强调行动者一致同意的感知的重要性”^⑤。所以,笔者在此不想讨论宏大的关于东西方世界的法律意义的沟通^⑥,而只想从个体之间的对话入手,揭示行动者如何创造了一种共享的主观世界以及这种创造对于维持社会秩序有什么意义。在这里,常人方法学最常见和最有影响的研究形式,就是“谈话分析”(conversational analysis),而“谈话分析”使用的最核心的概念则是“索引性表达”。常人方法学用“索引性”(indexicality)来表示一项行动或表达的意义必须投入其他行动或表达的意义才能够得到理解——这就如同我们“索引”图书一样——而后者本身也具有索引性。这样,任何一个看似孤立的行动和表达都是一个“无穷无尽的索引链”上的一环,永远达不到一个不受索引性困扰的基础,中国的俗语“话中有话”也有这个意思。当然,事件在实际中的联系并不是无穷无尽的,个体总会把一些事件排除在索引

①王宾:《汉语思维/审美问题的语言学探究》,《中国社会科学季刊》1997年秋季卷,第84、98页。

②翟学伟:《中国人行动的逻辑》,社会科学文献出版社2001年版,第34-47、56-58页。

③[美]莫里斯·纳坦森:“序论”,载[德]阿尔弗雷德·许茨:《社会实在问题》,华夏出版社2001年版,第25页。

④可参见梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社2000年版。另外,其他关于意义的沟通方面的理论,如哈贝马斯的“沟通行动理论”,尽管也属于现象学运动的一个部分,但限于篇幅以及考虑它与本文许茨等人理论的衔接不再于本文中做进一步的讨论和比较。

⑤[美]乔纳森·特纳:《社会学理论的结构》(下),华夏出版社2001年版,第86页。

⑥这项有意义的工作成果,可参见王健:《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》,中国政法大学出版社2001年版。

性之外,否则任何的意义都无法达至,这涉及另一个重要的问题,本文对此不做讨论。

常人方法学家青睐“谈话分析”并不是什么新鲜事,自哲学的语言学转向以来,通过语言探讨社会的研究层出不穷。但常人方法学关注的是日常生活实践中的普通人维持谈话进行的各种技术,以及谈话活动的情境。在这方面,常人方法学尤其强调经验研究,而且将一问一答似的“成对方式”作为谈话分析的基本单位^①。为了便于理解,笔者也举一个例子。

A:你觉得《人口与计划生育法》对你们工作有啥意义?

B:过去啊,我们说计划生育是基本国策,农民问我们,那你根据的是哪条王法啊?我们找不出来。现在有了(依据)。

A:那以后工作应当轻松多了。

B:那未必。关键是执法。

A:是不是“锯树牵牛、房倒屋塌”啊?

B:那绝对没有,主要是罚款。

A:咋罚呀?

B:乡里有规定,超生一胎罚款9800元。超生二胎加倍。

A:这么贵!合法吗?

B:咋不合法!?上头就这么规定的。

A:那是行政法规,不是法律。

B:……(叹气)那过去没法啊!……得了,我告诉你,权就是法,法就是权,哪管你什么法不法。

2002年9月1日《人口与计划生育法》正式实施,该法的颁布和实施改变了我国计划生育政策“无法可依”的局面,因为过去计划生育依据的是《计划生育管理条例》这样的“法规”^②。笔者在东北某乡村做了课题为“乡村计划生育实践中的权力技术与意义认同”的经验研究,关于《人口与计划生育法》对乡村计划生育工作的意义,笔者与乡政府干部有这样的一段对话(左边为实际谈话内容,右边为我们试图对谈话情境的事后解释;A为访谈者。B为访谈对象):

访谈者定义情境:提问的目的是了解国家法可能发挥的作用。

顺应了A的意图,“王法”指国家法,而过去依据的《条例》不是“法”。(对“法”的第一次解释)

有法可依,有利于做群众的思想工作。

注意,“执法”中的“法”指向开始变化。“从严执法”以前一直是乡村干部不假思索的口头禅。(对“法”的第二次解释)

许多地方所谓执法的方式。访谈者无疑也受到了对象的影响。

《人口与计划生育法》已将罚款改为社会抚养费。但我们访谈时,该法并未实施,其实没有法律效力。故B的隐喻是:“罚款是执法”。

希望了解罚款的依据。

罚款的依据是行政规定。

执行行政规定怎么能叫“执法”呢?

执行行政规定怎么就不能叫“执法”呢?

坚持严格的“法条主义”立场

可能是唤起了过去教育体制的灌输的关于法律是什么的“库存知识”,觉得法规确实与法律不同(对“法”的第三次解释)。但实践中的“法”可没有那么教条:什么是法不重要,因为只要有权,什么都可以叫做法。(对“法”的第四次解释)

^①常人方法学的“谈话分析”不仅倍受争议、流派众多,而且越来越强调形式化的改写技术。笔者认为这使得它有偏离“社会学味道”的危险,所以我还是选择了一个非形式化的例子。另外,笔者所举的例子本身及其发生的背景并不重要,因为在这样一篇文章中任何的举例都是挂一漏万的,关键是通过这个个案,希望能揭示出观念的权宜性获得、意义的索引性表达的过程,这才是写作的目的所在。

^②我们姑且先将法律界定为“国家立法机关制定并认可的,由强制力保证实施的行为规范”,将行政机关制定的行为规范界定为“法规”。原国家计划生育委员会主任张维庆表示,该法的出台,“首次以国家法律的形式确立了计划生育基本国策的地位,结束了长期以来主要依靠政策和地方法规开展人口与计划生育工作的历史”。见《计划生育罚款被取消 违规生育者要缴纳社会抚养费》,载《中国青年报》2002年1月30日。这是很“正统”的表述,我们假定并坚持,作为访谈者的我们持有这样的法律观。我们主要观察访谈对象是如何不断变化他对“法律”的不同解释的。

从这个简单的对话中我们能得到什么呢?我们不仅证实了前面所说的对于“法律”一词的解释是一个权宜性的过程,而且可以体会到其中的“情境”对于意义沟通的重要作用以及在此过程中的“索引性表达”。“情境”不是一个静态的结构,而是一个在互动中进行意义创造的、需要不断习得的过程。意义是被互动的行动者在情境中创造出来的。因为“共同的理解实际上导致了解释工作的一种‘内在的’时间过程,所以它必然具有一种操作结构”^①。如前所述,主体间的不理解也常有发生,但一方面这恰恰说明了情境在意义沟通中的重要作用,因为在现象学社会学看来,“主体间性理解”理解失败的原因,只能是“索引性表达”链条上某一环节的断裂,他们也通过实验证明了这一点;另一方面,这个问题多少又被悬置了,因为“秩序的冲突”作为一个事实,在现象学社会学看来并不重要,现象学社会学关注的是个体作为中介去抽象地把握世界的基本过程和技巧。也就是说,人们认为自己与其他人都相同的体验着共同的世界,并在此基础上行事;这样,局部的索引性就有可能扩大到跨局部的索引联系,从日常生活中的微小实践扩大为社会运动,从而使得社会建构成为可能。

四 学术人的反思及贡献

法学界已经意识到法学学人与其他学人、法学学人与“普通百姓”在一起时那种难以言传的隔阂^②。这种现象其实也并不奇怪。许茨就认为生活世界只是现实的一级区域,而从事社会科学研究的人生活在意义的次级领域。生活

世界的构造类型是建立在主观意义上的,因而被称为“初阶构造”(first order constructs),但是提供客观意义的社会科学的各种类型是以这些初阶构造为基础的,属于“二阶构造”(second order constructs)。加芬克尔也区分了日常推理与社会科学推理,揭示了两种理性之间的不相容性^③。尽管他们在“客观知识”与“主观知识”之间转化的可能性上存在差异,但这无疑启示我们,作为社会科学学者的法学家在看待日常生活中的行动者时,应该换一种“视角”。而本土化研究更是表明,中国人的日常社会建构、思维模式、行动逻辑有着与西方社会巨大的差别——所以,毋宁说本文的研究是一种“地方性知识”之上的本土研究,因为同样的对话也许在不同的时空中会有截然不同的理解。同时,对“日常生活场景”的强调从某种意义上忽视了从事法学研究、受过法学训练的“法律人”的意义建构过程。所以,“二阶构造”与“初阶构造”之间、“二阶构造”内部的沟通就成了建构法治社会所必须解释的理论问题。

法学界关于“习惯法”与“国家法”的讨论已经有好些年头了。然而站在不同的立场上,关于为什么有些习惯可以被“加冕”为“法”的争论似乎谁也说服不了谁,因为他们关于“法律是什么”的预设本身就不相同^④。理解这场争论的一种可能进路,就是从“现实人的日常生活场景”入手,去考察当代中国“老百姓”是如何解释“法律是什么”的问题的,从而得出“新的法律常识”。然而正如本文所揭示的那样,人们在法律观念获得上的“权宜性”和意义沟通上的“索引性”,将这—个已知的困难变成了一个更

①[美]哈罗德·加芬克尔:《什么是民族学方法论?》,《国外社会学》1993年第5期。

②梁治平:《法治进程中的知识转变》,《读书》1998年第1期。

③在某些标准上,在科学中也能找到加芬克尔所谓的日常理性,但任何一种在日常生活中将科学理性付诸实践的企图都将导致破坏:如果你期待每个人都应该精确界定所使用的术语的意义,日常对话就不可能进行下去。另外,试图将整个社会科学领域归结为二阶构造是危险的、化约的,在这一点上,布迪厄的“场域”概念显然具有更强的解释力,参见[法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学导引》,中央编译出版社1998年版,第132-133页。

④习惯法立场上的经典论证,见于梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第141-166页。国家法立场上的质疑,可参见田成有:《“习惯法”是法吗?——国家法立场上的审视》,引自“法律思想网”(www.law-thinker.com/detail.asp?id=982)。

大的未知的困难。如果再考虑中国法的传统、现实与未来的时间因素,就是难上加难了。

法国的一些“新社会学家”提倡的“分歧——协议研究方法”对我们有很大的启发。笔者认为这一方法不仅具有强烈的现象学社会学“韵味”(比如它重视行动者对自身行为的解释、强调对过程的语言学分析等),而且成功的引入了时间和历史的维度,非常适合于捕捉正在变化着的社会现象。“分歧是指在同质性结构限制中社会成员的不同选择,协议则是指众多选择被综合成可操作的临时性行动方案……分歧各方均在证明自己的选择(或行为)具有更大的合理性。”^①它强调将“分歧——协议”作为分析单元,让不同见解的各方同时出现在同一事件中,以揭示重组事件的全过程,而个体对自己行动的解释、再解释的演变过程即是一项协议的成长过程,用他们自己的话说“共识性协议产生于解释、社会不可能存在于解释之外”或者表述为“解释——选择——考验——协议——前例——规范”的过程。

法学界已经有了类似的尝试,如梁治平在一篇文章中把过去、现在、未来视为一体,力图在中国法历史的探究中把握它的现在与未来。他指出了中国当代法的四种历史渊源:西方的法律体系、马克思列宁主义的意识形态、古代传统、中国共产党人半个多世纪以来的历史

经验,并认为中国未来的法治实现程度取决于对法律与社会和文化脱节的现象的解决程度^②。按照笔者的理解,这就需要考察这四种力量之间的博弈。但更重要的是,在我们的理论研究和经验研究中必须打破过去那种精英话语唱独角戏的局面,让不同的声音出现在我们的舞台上。因为不同的社会角色在法律实践中对法律价值的不同追求会导致不同的后果,我们的法律生活本身就是由多重的秩序相互交叉而建构的网络时空,未来法治的实现程度取决于今天这些分歧达至的协议的程度。作为精英话语制造者的我们,对于“法律是什么”的解释,尤其需要时刻保持一种警惕,即使不能彻底突破法律现代性带来的局限性,至少可以通过一些具有自觉意识的学者的率直张扬而不至于过于尴尬^③。

我们现在看到的这一切并不仅仅是重绘法律地图的问题,而是一个就我们的思维方式本身进行思维的问题。鲍曼(Z. Bauman)说得好,在一个多元主义的后现代社会,知识分子的角色已经从立法者逐渐转变成了阐释者,伴随着绝对主义的终结和相对主义的来临,知识分子的策略不是定位于挑选出最好的社会秩序,而是在沟通的过程中如何防止意义的曲解^④。

(责任编辑:何绍辉)

①[法]伊莎白·麦港:《分歧与协议:分析社会规范变迁的一种研究路径》,《清华社会学评论》特辑,鹭江出版社2000年版,第110-132页。

②梁治平:《中国法的过去、现在与未来——一个文化的检讨》,载李楯编:《法律社会学》,中国政法大学出版社1999年版,第182-210页。

③相关的一个论述,可参见刘星:《法律解释中的大众话语与精英话语——法律现代性引出的一个问题》,载梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社2000年版,第105-141页。

④[英]齐格蒙·鲍曼:《立法者与阐释者——论现代性、后现代性与知识分子》,上海人民出版社2000年版。