

法社会学文库·研究前沿 文库主编 季卫东

秩序与争议 ——法律人类学导论

Order and Dispute

**An Introduction
to Legal Anthropology**

西蒙·罗伯茨 著

沈伟 张铮 译



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

法社会学文库·研究前沿 文库主编 季卫东

九江学院图书馆



1555651

1612777

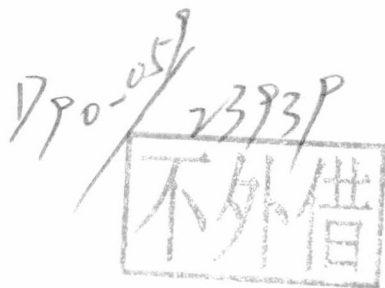
秩序与争议 ——法律人类学导论

Order and Dispute

An Introduction to Legal Anthropology

西蒙·罗伯茨 著

沈伟 张铮 译



内 容 提 要

本书是一部以“争议解决机制”为切面的法律人类学导论性质的著作,沿袭作者本人的一贯研究主张,即从当地人的文化脉络中去理解当地人的法律现象。单以视角论,这部作品就已把自己与其他同类主题的作品区分开来。

有关法律人类学的研究兴起于19世纪的欧洲。发展至今,很多中国学者也已经开始关注并挖掘中国本土的法律人类学主题,并已经有了一些关于少数民族群落或社群法律和社会关系的研究成果。本书采用的“实证研究”和“田野调查”方法、争议解决的切入点选择、关注地方性的进路、社群经济活动对争议解决方式的法经济学思考等,都会对国内同行的地方化研究有所启发和帮助。

First published 1979

Copyright © Simon Roberts, 1979 All rights reserved

上海市版权局著作权合同登记号:图字:09-2010-776

图书在版编目(CIP)数据

秩序与争议:法律人类学导论/(英)西蒙·罗伯茨著;
沈伟,张铮译.—上海:上海交通大学出版社,2012
(法社会学文库:研究前沿系列)
ISBN 978-7-313-08943-4

I. ①秩… II. ①罗… ②沈… ③张… III. ①法学—
人类学 IV. ①D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第193909号

秩序与争议

——法律人类学导论

[英]西蒙·罗伯茨 著

沈 伟 张 铮 译

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路951号 邮政编码200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:12.25 字数:158千字

2012年10月第1版 2012年10月第1次印刷

ISBN 978-7-313-08943-4/D 定价:28.00元

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0512-52219025

总序

处于巨变中的社会,在新旧交替之际,思想与实践之间势必产生活泼的互动。与此同时,合法与变法激烈冲突、解构与建构逶迤并行,人们不得不加强反思理性,从而超越法律解释的雕虫小技去理解和把握制度。尤其是移植域外规范体系或者创新治理模式的场合,系统与环境的关系不是自然发生和逐步进化而成,而是具有很大的人为性、主观性,因而法律的实效和正当化将会成为焦点问题。为了避免方凿圆枘之讥,必须在一定的社会情境中认真观察、分析以及改进制度的设计和操作。从这样的角度来看,当代中国的法律人不仅需要掌握法律专业知识和技能,还应该把环绕法律制度的社会关系和相互作用的过程也纳入视野之中。随着法治国家建设的进展,职业法律家的作

用越来越重要、越来越多样化,对整个社会结构和功能的科学认识也就因而得到越来越多的强调。

实际上,自从人类进入 20 世纪以来,科学技术、交通、信息的发达和经济全球化导致社会发展的速度不断加快,各种现象更加复杂多变,各种疆界也更加模糊化、流动化,决策的风险性随之大幅度增加了。21 世纪初叶爆发的连环恐怖事件、世界金融危机以及围绕战略性资源的局部战争,标志着五百年来的资本主义文明、两百年来由民族国家构成的主权体制和国际法秩序以及一百年来“大量生产、大量消费”的经济发展模式,正在面临严峻的挑战和批判,要求我们摆脱既有的思维方式来考虑制度创新和理论创新。这就提出了培养富有远见卓识的法律人才以及为这类人才提供用武之地的任务。一般而言,卓越法律人才的基本素质就是要能够洞察涉及法律运作的社会条件,在更广阔的经济、政治、历史、文化的涵义脉络里妥善解决法律问题。在某种意义上也可以说,对社会以及各种人际关系的洞察力以及复合型知识构成乃是今后各国法学教育的一项重要指标,也是在全球化时代从事法律职业的基本素质要件。

正是基于上述认识,我们必须在法学院的课程设置和教学方法中重视学科交叉,重视关于规范现象的经验科学研究和实证分析,重视把社会学、经济学、政治学、心理学、统计学、人类学、行为科学、比较文化学、医学等其他领域的知识导入法学的交流平台,以便从更加多样性的视角来把握和解决日益复杂化、综合化的法律问题。也正是基于上述认识,上海交通大学法学院在 2009 年设立了对法与社会进行经验科学研究的机构,策划和组织了法社会学重要文献的翻译和出版工作,打造出这套“法社会文库”。它既属于研究和教育的基础设施建设的范畴,也构成中国与海外进行深层次沟通、加强相互间理解的重要学术平台,这也是我们近期工作的着力点。

法社会学文库将分为两个系列发行。一个是“思想坐标”系列,主要收集著名法社会学家的代表性著作或者经典性论文汇编。

遴选的标准是人选学者必须在“法与社会”研究运动中做出过重大贡献,产生过较大的国际影响,被公认为某一国度、某一领域的翘楚或者某一学术流派、某一知识潮流的先驱者。换言之,“思想坐标”系列是以著名人物为经,以独创学说为纬而构成的,显示法社会学研究的原点、主要范式以及谱系。另一个系列是“研究前沿”,主要按照新兴研究范式、代表性研究方向、重大问题进行整理和选择,在特定主题之下遴选最主要的复数学者及其论稿结成文集。我们希望这个系列的作品能成为不同领域的研究向导和必读参考文献。也就是说,在这里,所谓“研究前沿”是问题导向的,能提供各个主要研究领域发展的路线图,能揭示学科交叉和资源重组的基本线索。

与法解释学相比较,法社会学显然还是一个很年轻的学科。尽管在 19 世纪后期,已经有些欧洲学者开始探索法与社会之间的关系,但作为独立的专攻对象得以确立和体系化则是 20 世纪初的事情。“法与社会”研究范式在美国、欧洲以及日本形成气候更晚些,要等到第二次世界大战结束之后。然而就在这大约一百年的期间,关于法律现象的社会科学研究一路高歌猛进,新的理论、新的发展方向层出不穷,并且对法律的思想 and 实践产生了深刻的影响。可是对于法与社会之间究竟存在怎么样的关系和相互作用,人类的认识其实还是很有限的。从总体上看,经验科学的研究仍然处于初级阶段。方兴未艾、可开拓的空间无限,这正是从事法社会学的魅力之所在、意义之所在。如果这套译丛能激起读者进一步钻研的兴趣,并导致我国学者的系列研究成果也陆续推出,进而形成具有鲜明特色的新学派、新范式,那我们的目的就完全达到了。

是为序。

中文 版 序

能够看到《秩序与争议》一书的中文版同中国学者和读者见面,我深感荣幸。此时,回顾1979年——三十多年以前——写就的这本著作,我仍对这本书最初的文本感到满意。我在那时试图从考古学中汲取养料,并以社会学的方法研究法律的思路在今天仍然重要。我希望我的中国同行能够赞同我的方法和进路。首先,我主张我们应当从活动者的角度入手。我们应该渴望像社会成员那样理解一个社会的结构——正如马林诺夫斯基(Malinowski)所指出的那样,我们应该努力了解他们对他们世界的领悟。其次,以外部人的视角,我们可以做出一个分析性的评价,对较宽广领域的比较性研究做出贡献。狭隘地看,指出那时占主流的西方法学理论的局限性和种族中心主义的特性,在结果上来说是正确的,这种特性总体

上对“秩序”和“统治”问题的人类学方面的研究起到了歪曲效果。

从分析的角度看,有两个截然不同的问题:社会是如何整合在一起以及社会与政府这一现象如何变化,西方政治和法学理论界经常将两者混淆,甚至在今天都会习惯性地秩序表述为一些权力技术化的成就。因此,我认为在本书写作过程中对“非国家”社会的高度关注是站得住脚的。同样,对争议过程的关注以及将重心集中在谈判上,这也是站得住脚的。这些细微的成就对现在的中国学者而言,可能明显地像是付出痛苦的努力来发明轮子!

还有一个原因可以说明,为什么我起初的重点现在仍然站得住脚。新系统论在过去几十年间有了压倒性的影响和吸引力,但它在解释社会世界时不关注人类行为者,但我仍然为我的“行为”视角,即持续关注个体的人的视角而辩护。正如我说的那样,了解任何一个社会的首要努力必须包括关注个体的活生生的人的行为及感悟,也必须关注这些行为者赋予他们行为的“意义”。

另一方面,《秩序和争议》一书的第一版当然也有不可原谅的失误。我把注意力几乎排他性地集中于非洲和美拉尼西亚,而未对东方的伟大政治体加以关注,应该说是幼稚到了应当谴责的地步。缺少对中国和印度的历史的高度关注,对人类秩序和统治模式的描述是不可能完满的。此外,《秩序和争议》一书对任何殖民地所必要的框架性的法律结构也几乎没有论及。这些失误在此后他人的著作中得到了弥补,大部分这类著作都是在时髦的标签——法律多元主义的标签下进行的。19世纪、20世纪的英国殖民地工程仅是一个更广泛现象的独特和有指导意义的范例。这些事业涉及一种大都市的法律秩序的想象和重塑,以及为本地规范性秩序有限度的存在而进行的某些安排。所有这些缺憾都应该在《秩序与争议》的以后版本中得到弥补。

最后,我想感谢沈伟和张铮两位年轻学者的努力。他们的努力使得这本著作的中文版面世成为可能。我为能够得到他们的帮助感激之至。

西蒙·罗伯茨

2011年9月9日于伦敦

译者的话

总体而言,关于法律人类学的研究,同其他部门法学或法律方法学相比,中国学者的涉猎尚不深入。马林诺夫斯基、卢埃林和胡贝尔(Hoebel)、夏培拉(Schapera)、格拉克曼(Gluckman)、特纳(Turner)、博哈南(Bohannan)和古里佛(Gulliver)等人的书籍是这个领域的经典之作,也已为中国学者所了解。

西蒙·罗伯茨的《秩序和争议——法律人类学导论》是一部以争议解决机制为切面的法律人类学导论性质的著作。单单是这个切面或视角,这部作品就把自己与其他同类主题的作品区分开来。在“法律人类学”的标签下已经形成两个迥异的学术分支:一个明确地与法律相关,另一个与“社会

中的秩序”这一更广泛的问题相关。罗伯茨的著作显然属于后一个阵营,因为这本书更加关注社会秩序,而非法律或以法律为基础的秩序。这就意味着罗伯茨的研究路径不是法律学者们熟悉的法律视角和法律分析模式。这样独特的视角和路径也意味着,尽管本书的副标题是“法律人类学导论”,但著作的内容不可能是包罗万象的全面考察,也不可能是系统地介绍法律人类学。

法律学者关注社会秩序。但是,法律学者维护社会秩序的落脚点法律。这个思路(或命题)有两个预设前提。第一,所有的社会是以法律为基础的。第二,维护社会秩序最好的保证是法律和法律框架里的机制安排,比如法院和警察等执法机构。这两个前提都是以西方法律观为法理基础的,暗示着强烈的法律进化论观点(或者用罗伯茨的话说,是种族中心主义的前设)。事实上,人类有许多社会未必以法律为基础,也未必有同西方社会类似的国家或法律结构。罗伯茨的著作把关于维持秩序和处理争端的问题置于另一个背景中,即社会人类学家传统上研究的较不复杂社会的背景中进行考察。这些社会规模较小,只有相对简单的结构或组织系统,它们中只有少数有我们能够熟悉并且立即辨识的政府安排或机制,它们中的大部分根本就欠缺与我们自己最显著的控制机制所关联的集中化的国家组织。但是,这些社会并非处于野蛮的无政府状态,而是相当井然有序并且能长期稳定维系。对西方或现代观察者来说,在这些社会中观察到的常态行为有时可能是离奇的,甚至令人震惊,但不可否认的是,这些社会中的人民也能够过着相对有序和谐的社会生活。

以此为起点,罗伯茨首先讨论了法律观念或社会秩序控制机制的地方性问题,以便对这个主题和背景进行跨文化的研究。把社会秩序的控制问题置于不同的社会背景,罗伯茨接着讨论了这些西方学者经常冠以“原法律”或“前法律”标签的社会有法律吗?这些社会的法律制度与我们熟悉或认知的社会有多接近?

此外,在这些社会里秩序是如何维持的,争端通过什么方式来处理等等。博哈南的观点是:“基本上有两种纠纷解决方式:以规则管理以及战斗,法律与战争。”罗伯茨通过对若干非洲社群的考察检验了这个观点,并继而揭示了是什么因素决定了某个社会会倾向于其中的某一个选择。除了一些实证研究,罗伯茨在书的最后对法律人类学及其包含的主要命题的文献进行了有序的考察。在考察的过程中,罗伯茨将考虑过的一些主要论证联系起来。

对社会秩序问题的关注是法学界长久的主题,但却很少有共识。一些学者认为秩序依赖于对共同理解的规则的广泛认可,而另外一些学者认为秩序主要通过强力的实施才得以维持。同时,对秩序的必要性或理想的程度,以及由该问题导致的对争端的重要性的认识也存在争论:争端可以被看作社会出了问题的病态事件或症候,或者被看作社会生活的正常的和不可避免的特征。这些歧见不仅存在于法学界,也存在于社会学和人类学界。罗伯茨的著作再一次强烈地提醒我们,在“原始”社会或现代社会中,社会控制的重任很大一部分是由非法律的或法外(extra legal)机制所承担的。这个结论即使到现在,即使对西方社会抑或当代中国也是适用的,因为法律万能论并不能解决社会控制的所有问题。由此,我们在阅读罗伯茨的法律人类学著作时需要考虑的是,在当今中国,关于社会秩序的研究,特别是关于维护社会秩序的路径研究,应当不局限于法律,而是应当更多地依赖法外机制,比如社会调解、仲裁、社区和谐、宗教、信仰、集体价值观、身份认同等等。从这个意义上说,罗伯茨的著作是对法律至上主义的否定。罗伯茨著作的另外一个意义是,再次提醒我们社会秩序的地方性。引申开来,不仅仅是法律,哪怕社会机制都有强烈的地方性色彩,这个地方性不会因为全球化而消逝,相反会因为全球化所伴生的融合和“逆融合”的社会属性而强化。

4 秩序与争议

罗伯茨的著作对国内法学界或社会学界正在逐渐兴起的法人人类学研究也有帮助。中国学者已经开始挖掘中国本土的法人人类学主题,并已有了关于一些少数民族群落或社群法律和社会关系的著作。罗伯茨著作里采用的实证研究和田野调查方法、争议解决的切入点选择、关注地方性的进路、关于社群经济活动对价值和争议解决方式选择的法经济学的初步考察等,都会对国内同行的地方化研究有所启发和帮助。

沈 伟

2012 年 4 月于上海

For Marian

献给玛丽安

前言

即使马林诺夫斯基在 1934 年可能会公正地抱怨说,法律人类学已被忽视到“外行人认为难以置信而专家认为令人震惊的程度”,^[1]这种不足在相当长的时间里已经得到了许多弥补。在他完成关于这个主题的生动著作之后,卢埃林(Llewellyn)和胡贝尔(Hoebel)、夏培拉(Schapera)、格拉克曼(Gluckman)、特纳(Turner)、博哈南(Bohannon)和古利佛(Gulliver)等人的著作也已被认为是这个领域的经典。随后,又有一些较好的教科书、文集和选本出版,但其中除了一些一般人类学著作中的简短章节以及法律理论著作中关于“历史法学”的极少部分以外,尚无其他导论性质的著作。所

[1] Introduction to Hogbin, *Law and Order in Polynesia*, p. lxi.

以我在此的主要目的是为新手提供一些东西,无论他们是对此问题感兴趣的外行,还是我们未来的学生。

尽管本书的副标题是“法律人类学导论”,但我必须在开头就指出这不是一部关于法律的著作。在“法律人类学”的标签下已经形成两个迥异的学术传统;一个明确地与法律相关,另一个与社会中的秩序这一更广泛的问题相关。虽然自己受过法学教育,但我对后一个阵营有深深的同情,因为对那种将本书所关注的小规模社会中的“法律”孤立出来作为一般的研究领域的企图,我怀疑其价值的有无,或者说价值有多大。本书采取的进路意味着放弃熟悉的法律视角以及分析模式,并在其他社会科学中所发展出的视角和模式中摸索前进。当然作为结果,一些论证可能在专业人士看起来流于天真和故作姿态而已。

除了研究视角问题以外,本书也无意对该领域进行包罗万象的考察。特别是我省略了多元主义与变化的重要主题,对这些小规模社会与它们现在均置身其中的更大的国家之间的关系问题未置一词。人类学家对当代西方社会法律体系的日益增长的兴趣也未在本书中体现。本书的一些读者对这些省略颇有怨言,但对这些主题的介绍可以在别的地方找到,并且如果充分处理这些主题,就只能舍弃其他我认为非常重要且应当包含在本书内的基本材料。

任何试图对法律人类学进行介绍的人,一定从我在一开始提到的学者们那里受益匪浅,也从内德(Nader)^[1]和阿贝尔(Abel)^[2]所做的主要的、综合性的尝试那里受益良多。我更直接的受益来自伊萨克·夏培拉(Isaac Schapera)的经常鼓励和专业帮助,未能说服他亲自写一本关于“法律”的书籍颇为遗憾。企鹅出版社的吉尔·诺曼(Jill Norman)从头至尾一直提供了友好的协助。

[1] “The Anthropological Study of Law”, Nader (ed.), *The Ethnography of Law*, *American Anthropologist*, special supplement to vol. 67 (1965), 3-32.

[2] “The Comparative Study of Dispute Institutions in Society”, *Law and Society Review*, vol. 8 (1973), 217-347.

本书与在伦敦政治经济学院开设的讲座共同成长,很多学生在若干年里阅读了正在准备中的初稿并加以评论。再往后,作品最后完成时,多位好友同意阅读与批评,尤其是斯图亚特·安德森(Stuart Anderson),西蒙·寇德汉姆(Simon Coldham),帕特里克·麦考斯兰(Patrick McAuslan)以及大卫·希福(David Schiff)。对他们的帮助我甚为感谢,但他们不能被认定为认同本前言后面的任何或全部内容。约翰·科马洛夫(John Comaroff)也阅读了初稿并作出了无数有益的建议,但他的贡献绝对不限于此,因为在几个项目的密切合作过程中,我们对本书所论述的许多问题进行过反复讨论。最后,没有我妻子玛丽安(Marian)的无私帮助和长久支持,根本就不会有这部作品的问世。

西蒙·罗伯茨

于布莱克西斯(Blackheath)

1978年8月14日

目 录

第一章	导论	1
第二章	为什么不是法律?	6
第三章	秩序与日常生活的连续性	16
第四章	争议	29
第五章	游牧狩猎人和采集者	57
第六章	定居和财产	74
第七章	无国家的社会	86
第八章	国家	105
第九章	争斗和对话	119
第十章	规则和权力	131
第十一章	文献中的主要理论和研究兴趣	145
参考文献		164
索引		170