

法学文库 主编 何勤华

法律人类学的困境

格卢克曼与博安南之争

王伟臣 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律人类学的困境:格卢克曼与博安南之争/王伟
臣著.—北京:商务印书馆,2013

(法学文库)

ISBN 978-7-100-10214-8

I.①法… II.①王… III.①法学—人类学—研
究 IV.①D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第188819号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书获得2013年“上海高校青年教师培养资
助计划”、上海市人文社科基地华东政法大学
外国法与比较法研究院项目(基地编号:
SJ0709)以及国家重点学科华东政法大学法律
史学科建设项目(学科代码:030102)的资助

法学文库

Fǎlǜ Rénlèixué de Kùnjìng

法律人类学的困境
格卢克曼与博安南之争

王伟臣 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

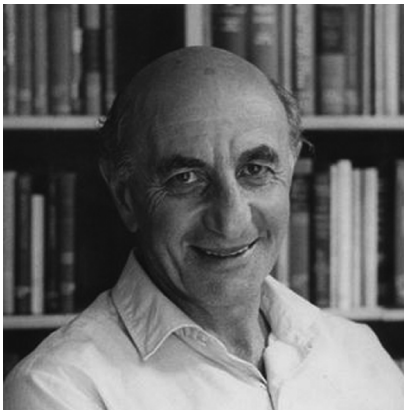
印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-10214-8

20 年 月第 版 开本 × 1/

20 年 月北京第 次印刷 印张

定价: 元



马克斯·赫尔曼·格卢克曼
(1911—1975)



保罗·詹姆斯·博安南
(1920—2007)

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者”。并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

2 法律人类学的困境

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何勤华

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as on *Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named “Jurisprudential Library”.

Actually, several sets of “library” on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of “Juris-

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s(1613—1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude(1876—1944) in *Jiu Chao Lü Kao (Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties)*. Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendents”. According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu (Notes on Knowledge Accumulated Day by Day)*.

Mr.Gu’s words includes the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy: originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirement of choosing subjects, my opinion can be articulated like this: I .All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II .The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III .All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV .The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they can

provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by its originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History
East China University of Politics and Law, Shanghai, P.R.C.

May 1st, 2004

目 录

导 论	1
一、书名释义	1
二、本书的结构安排	6
第一章 为何争论	10
第一节 为何出现于英美	10
一、作为“他者”的殖民地	10
二、殖民巨头的资助	14
三、殖民统治的需要与田野调查	18
第二节 为何是 20 世纪 50 年代	29
一、重要作品的简要回顾	30
二、20 世纪 50 年代的知识背景	41
第三节 为何是格卢克曼和博安南	51
一、博安南为何要反思	51
二、博安南为何批评格卢克曼	56
三、争论的开始：蓄谋、意外还是仓促	67
第二章 争论什么	70
第一节 解读方法与顺序	70
一、解读方法	70

2 法律人类学的困境

二、解读顺序	70
第二节 法律民族志	72
一、格卢克曼:《司法程序》(1955年)	72
二、博安南:《正义审判》(1957年)	85
第三节 针对性著述	104
一、博安南:“人类学的理论”(1959年)	104
二、格卢克曼:“巴罗策法学的专业词汇”(1959年)	110
三、格卢克曼:“非洲法学”(1961年)	116
四、格卢克曼:“非洲自然正义”(1964年)	120
五、格卢克曼:《巴罗策的法学观念》(1965年)	122
六、格卢克曼:“分散社会法律中的理性与责任”(1965年)	132
七、格卢克曼:《部落社会的政治、法律和仪式》(1965年)	134
八、博安南:“法律的不同领域”(1965年)	136
九、格卢克曼:《司法程序》(第二版,1967年)	141
十、博安南:“书评:巴罗策的法学观念”(1967年)	145
十一、博安南:“法律和法律制度”(1968年)	153
十二、博安南:《正义审判》(第二版,1968年)	155
第四节 奥地利会议	158
一、格卢克曼:“部落法比较研究中的概念”(1969年)	159
二、博安南:“法律人类学的民族志与比较”(1969年)	164
第五节 再版与反思	174
一、格卢克曼:《巴罗策的法学观念》(第二版,1972年)	174
二、格卢克曼:《司法程序》(第三版,1973年)	176
三、博安南:“关于《正义与审判》出版以来的一些思考”(1980年)	178
四、博安南:《正义审判》(第三版,1989年)	180

第三章 为何结束	187
第一节 结束的时间和标志	187
一、结束的时间:1969年	188
二、结束的标志:过程论转向	197
第二节 陷入僵局与范式转移	207
一、陷入僵局	208
二、范式转移	217
第三节 “法学家派”和“非法学家派”	227
一、问题缘起	227
二、追根溯源	233
三、何为学派	239
第四章 什么困境	244
第一节 认识论困境	244
一、怎样理解他者的法律	244
二、定位:认识论之回顾	251
三、对比:宗教人类学引发的合理性之争	258
第二节 方法论困境	263
一、怎样表达他者的法律	263
二、定位:方法论之梳理	269
三、对比:经济人类学的实质与形式之争	276
第三节 学科身份困境	280
一、交叉还是分支	280
二、定位:人类学与法学之关系	289
三、对比:荷兰的法律人类学	301

4 法律人类学的困境

第五章 本体论的反思与困境	309
一、打破西方法律的高等性	311
二、人类学促成的反思	312
三、永远无法摆脱自我	313
参考文献	315
后记	332

导 论

一、书名释义

(一) 格卢克曼和博安南是谁

马克斯·赫尔曼·格卢克曼(Max Herman Gluckman^①),男,1911年1月26日出生于南非约翰内斯堡,1975年4月13日病逝于耶路撒冷,英国人类学家,著名的人类学曼彻斯特学派的创始人。^② 保罗·詹姆斯·博安南(Paul James Bohannan),男,1920年3月5日出生于美国内布拉斯加州林肯市,2007年7月13日在加利福尼亚州洛杉矶去世,美国人类学家,1979年曾担任美国人类学协会(American Anthropological Association)主席。^③ 在本书中,笔者还将结合争论的具体内容对他们

^① 关于英文名“Gluckman”,国内很多学者将其译为“格拉克曼”,但是按照《英语姓名译名手册》(商务印书馆2004年版),其中译名应为“格卢克曼”。考虑到此人的作品至今未见中文译本,中文学术界也尚无专门研究此人的学术专著,所以“格卢克曼”并非是一个约定俗成的译法,因而本书以《英语姓名译名手册》的译法为准。

^② 关于格卢克曼的生平,英文资料请参见:Raymond Firth,“Max Gluckman,1911—1975”,*Proceedings of the British Academy*, Vol.61,1975, pp.478-496; P. H. Gulliver ed.,*Cross-Examinations Essay in Memory of Max Gluckman*, E. J. Brill-Leiden, 1978; Richard Brown,“Passages in the Life of a White Anthropologist:Max Gluckman in Northern Rhodesia”,*Journal of African History*, Vol.20,1979, pp.525-541; Max Gluckman, at http://en.wikipedia.org/wiki/Max_Gluckman, Oct.1,2011。中文资料请参见夏希原:“马克斯·格拉克曼的社会人类学”,中央民族大学硕士学位论文,2010年。

^③ 相比于格卢克曼,关于博安南的生平资料并不丰富。2007年博安南去世时,仅有当地的《洛杉矶时报》和他的退休高校南加州大学的官方网站刊登了两篇讣告性的新闻介绍,而且其中的一些信息也并不准确,它们都把博安南获得硕士学位与博士学位的时间弄混了。而

的生平和学术背景进行详细的介绍。

(二) 什么争论

1955年,格卢克曼出版了他的首部法律民族志——《北罗得西亚巴罗策人的司法程序》(以下简称为《司法程序》),^①试图证明非洲本土的巴罗策习惯法与西方法律相比共性大于差异。虽然由于社会政治经济背景的不同它们的外在表现有所差异,但是基本的法律逻辑却是一致的。两年之后,博安南提出相反观点,在他所出版的《提夫人的正义与审判》(以下简称为《正义审判》)^②中认为,尼日利亚提夫人的“法律”与英美法相比存在着较大差异,所以他强调要从当地人的视角来理解当地人的法律,主张放弃英美法律范畴,大量使用该族人自用的术语。他区分“民俗体系”(folk system)与“分析体系”(analytical system)^③:西方法学固然发达,但它仍然是一种“民俗体系”,如果无视这一点,而把它当作“分析体系”来运用,势必导致对研究对象的曲解,从而陷入我族中心主义(ethnocentrism),将矛头直指格卢克曼。^④格卢克曼随即

在英文学术期刊中至今没有一篇关于他的纪念性论文。维基百科的介绍也比较简略。参见: Pamela J. Johnson, “Pioneering Anthropologist was Authority on the Tiv Tribe”, at <http://dornsife.usc.edu/news/stories/378/pioneering-anthropologist-was-authority-on-the-tiv-tribe/>, Oct. 1, 2011; Thomas H. Maugh, “Paul Bohannon, 87; USC Anthropologist Researched Nigerian Culture and American Divorce”, at <http://www.latimes.com/news/science/la-me-bohannon2aug02,1,1578759.story?coll=la-news-science>, Oct. 1, 2011; Paul Bohannon, at http://en.wikipedia.org/wiki/Paul_Bohannon, Oct. 1, 2011.

① Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955.

② Paul Bohannon, *Justice and Judgment among the Tiv*, Oxford University Press, 1957.

③ 1988年,台湾大学的林端教授率先将“folk system”和“analytical system”分别译为“土著的体系”和“分析的体系”。五年之后,梁治平教授同样把“analytical system”译为“分析体系”,但是却把“folk system”译为“民俗体系”。考虑到博安南的“folk System”同样可以指代英国本土的法律制度,所以本书采纳后者的译法。参见林端:《儒家伦理与法律文化:社会学观点的探索》,中国政法大学出版社2002年版,第28—29页;梁治平:“法律的文化解释”,梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1998年版,第21页。

④ 参见梁治平:“法律的文化解释”,梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1998年版,第21页。

进行了反击,博安南也不甘示弱,双方你来我往,争论得不可开交。1966年在奥地利召开的“法律人类学”会议上,两人将这场笔墨官司升级为唇枪舌剑的当面论辩,借由此次会议及其论文集的影响使争论达到高潮。^①会议结束之后,双方也没有停战的意向。甚至1989年博安南在《正义审判》第三版的序言中仍然念念不忘地再度批评了已经过世14年之久的格卢克曼。

格卢克曼在1955年出版《司法程序》之时并没有预见到会发生这样一场争论,所以争论的发起者应为博安南。那么在“某某与某某之争”的表述中,两人在先后顺序上应当怎样排列?按照英美学者的使用习惯,除了少数几篇将博安南置前之外,^②大多数的英语文献都是采取“Gluckman-Bohannan debate/controversy”的表达顺序,即“格卢克曼与博安南之争”。本书遵照这种表述模式,并在下文中将其简略为“格博之争”。

(三) 什么语境

法律人类学作为一项学术研究或一门学科,在不同国家,其称谓、定义、研究范围、学科定位(分支还是交叉,甚至是否具有学科资格)、研究人员的职业背景(法学还是人类学)都各不相同。比如称谓,按照台湾大学林端教授的介绍,英语的“法律人类学”(Legal Anthropology 或 Anthropology of Law 或 Law and Anthropology)的概念在德国、法国、意大

① Max Gluckman, “Concepts in the Comparative Study of Tribal Law”, in Laura Nader ed., *Law in Culture and Society*, Aldine Publish, 1969, pp.349-373; Paul Bohannan, “Ethnography and Comparison in Legal Anthropology”, in Laura Nader ed., *Law in Culture and Society*, Aldine Publish, 1969, pp.401-418.

② Francis G. Snyder, “Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction”, *British Journal of Law & Society*, Vol.8, 1981, p.157; Norbert Rouland, *Legal Anthropology*, translated by Philippe G. Planel, The Athlone Press, 1994, p.144; Chris Fuller, “Legal Anthropology, Legal Pluralism and Legal Thought”, *Anthropology Today*, Vol.10, 1994, p.9.以及 Saltman Mickael, *The Kipsigis: A Case Study in Changing Customary Law*, Transaction Publishers, 1977, p.2(互换使用)。

4 法律人类学的困境

利等欧陆国家通常被称为“法律民族学”，德文是“Rechtsethnologie”与“Ethnologie Rechtsforschung”；意大利文是“Ethnologia Giuridica”；法文是“Ethnologie Juridique”。^① 但是，除此之外，德语和法语中也同样有“法律人类学”(Rechtsanthropologie, Anthropologie Juridique)的说法。^②

早年，英美学者所撰写的关于法律人类学的介绍以及学术史的文章，^③均是直接称为“法律人类学”或“法律民族志”，但是讨论的范围都仅限于英美领域，^④似乎认为其他国家没有类似的研究。^⑤ 而实际上，荷兰的法律人类学一直在欧洲居于领先地位，1940年以前在研究规

① 参见林端：《儒家伦理与法律文化：社会学观点的探索》，中国政法大学出版社2002年版，第20页。

② Hanser Peter, “New Perspective for the Anthropology of Law: A Short Report on the First German-French Symposium”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 28, 1989, p.187.

③ 比如：Laura Nader, “The Anthropological Study of Law”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 67, 1965, pp. 3-32; Klaus Fredrich Koch, “Law and Anthropology: Thoughts on Interdisciplinary Research”, *Law & Society Review*, Vol.4, 1969, pp.11-27; Sally Falk Moore, “Law and Anthropology”, *Biennial Review of Anthropology*, Vol. 6, 1969, pp. 252-300; Cox and Drever, “Some Recent Trends in the Ethnography of Law”, *Law & Society Review*, Vol.5, 1971, pp.407-415.

④ 这一点也体现在维基百科的词条解释中。作为一个可自由访问和编辑的网络百科全书，维基百科关于同一个词条在不同的语言中通常有着不同的解释。在“法律人类学”项下的英语解释中，所列明的法律人类学家全是美国学者，这也体现了一种典型的美国中心主义的学术观。参见 Legal Anthropology, at http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_anthropology, Oct.1, 2011.

⑤ 英美和欧陆法律人类学之间的交流并不理想。比如，英国学者弗朗西斯·斯奈德(Francis G. Snyder)在1981年的一篇综述性论文中指出：“直到最近，除了马林诺夫斯基(Bronislaw Malinowski)和其他一些研究之外，(英美法律人类学)对欧洲大陆的影响相对较小。”不过，他也认为，虽然英美继续忽视欧陆，但欧陆的态度已经发生了转变，“亨利·列维-布留尔(Henri Lévy-Bruhl)在1963年表示‘讲英语的国家法律的民族志仍然相对发达’。此外，维迪尔(R. Verdier)为巴黎大学1969年的法律人类学课程所列的书目中，包括了大量的当时出版的英美人类学的作品。”参见：Francis G. Snyder, “Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction”, *British Journal of Law & Society*, Vol. 8, 1981, pp. 144, 168.

模、参与人数以及学科发展的程度上至少不输于英美。^①而且,法律人类学并不仅限于英美和欧陆,以笔者有限的阅读所知,日本也有着至少100年独立的法律人类学发展史。^②最近,有的英美学者已经意识到了这个问题,比如哈佛大学荣休教授萨莉·福尔克·穆尔(Sally Falk Moore)在“革命尚未成功:法律人类学不平静的五十年(1949—1999)”一文中,“重点回顾了英美学者的作品”,并同时强调“但这绝非法律人类学的全部”,“因篇幅有限,我还遗漏了法语、荷兰语以及其他学者的研究”。^③汉语文献中,除了上面提到的林端一文对欧陆的法律民族学有所涵盖之外,其他所有以“法律人类学”、“法人类学”、“法律民族志”为标题的介绍性学术回顾的范围都仅限于英美法律人类学。^④由于笔者对除英美之外的其他国家和地区的相关研究并不了解,所以将这场争论在法律人类学的国别分类中给予精确定位是十分必要的。不过,为了表述的简洁,下文将仍然使用“人类学”和“法律人类学”的称谓,如无特指,均是在英美语境中的讨论。

(四) 什么困境

如果从1955年《司法程序》的出版算起,截止到1975年格卢克曼

① Norbert Rouland, *Legal Anthropology*, translated by Philippe G. Planel, The Athlone Press, 1994, p. 86; Franz von Benda-Beckmann, “Riding or Killing the Centaur? Reflections on the Identities of Legal Anthropology”, *International Journal of Law in Context*, Vol. 4, 2008, pp. 85-110.

② 参见徐晓光:“日本法律人类学研究的历史与现状”,《中南民族大学学报》2006年第3期。

③ Sally Falk Moore, “Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999”, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 7, 2001, p. 97.

④ 参见杨方泉:“法律人类学研究述评”,《学术研究》2003年第2期;张冠梓:“法人类学的理论方法及其流变”,《国外社会科学》2003年第5期;徐亚文、孙国东:“为法治找寻沃土——法律人类学的历史、主题与启示”,《求索》2004年第3期;高丙中、章邵增:“以法律多元为基础的民族志研究”,《中国社会科学》2005年第5期;赵旭东:“秩序、过程与文化——西方法律人类学的发展及其问题”,《环球法律评论》2005年第5期;明辉:“穿行于法律与人类学之间——西方法律人类学的历史、现状及趋势”,《比较法研究》2008年第4期。