



LEGAL ANTHROPOLOGY

REVIEW

法律人类学论丛

(第3辑)

主 编 / 吴大华



法律人类学论丛

(第3辑)

LEGAL ANTHROPOLOGY

主 编 / 吴大华



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

法律人类学论丛. 第3辑/吴大华主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5097 - 8168 - 5

I. ①法… II. ①吴… III. ①法学 - 人类学 - 文集
IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 232304 号

法律人类学论丛 (第3辑)

主 编 / 吴大华

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 丁 凡

责任编辑 / 丁 凡

出 版 / 社会科学文献出版社·皮书出版分社 (010) 59367127

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 23.75 字 数: 392 千字

版 次 / 2015 年 10 月第 1 版 2015 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 8168 - 5

定 价 / 79.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

《法律人类学论丛》编委会

编委会主任 吴大华

编委会委员 (以拼音顺序排列)

戴小明	多 杰	高其才	龚战梅	韩敏霞
虎有泽	雷振杨	李宝奇	李 鸣	李远龙
刘云飞	娜仁图雅	任 强	唐孝辉	田钊平
潘志成	王 飞	王启梁	王允武	王佐龙
文新宇	吴东镐	熊文钊	杨方泉	易 军
张晓辉	周相卿			

本 卷 主 编 吴大华

副 主 编 潘志成 王 飞

编 辑 文新宇 黄孝慧

序

吴大华

中国人类学民族学研究会副会长

法律人类学专业委员会主任委员

法律人类学是一门运用人类学的理论与方法对法律问题进行解释和研究的学科。它处于法律学与人类学的交汇点，是一门交叉性的分支学科。作为19世纪中后期产生并发展起来的一门边缘学科，法人类学是传统法学和传统人类学的扩张与“互渗”，要求不同文化间相互理解与尊重，对法律进行动态性的研究，认同法律多元，认同非国家法律，要求运用国家法律与非国家法律寻求纠纷解决以维护社会秩序。

20世纪90年代以来，西方后现代法学思潮逐渐被引介到中国，这种思潮认为存在着多种可供选择和互不等同的概念体系或假设体系，在各自体系里都可以解释世界，因为不存在权威性的客观的选择方法；它主张视角的多元性、多面化，倡导一种多元主义的方法论，允许各种法律理解的存在。受此影响，矢志于民族习惯法、民间法调查研究的学者和学术群体日渐增多。正是在这样的背景下，法律人类学在中国逐渐得以传播。经过三十多年的发展，中国的法律人类学研究从无到有，得以蓬勃发展起来。研究的领域从最初的少数民族习惯法拓展到民间法、乡村社会治理等诸多领域。研究的范式上，从以规则、制度为中心的研究范式逐渐转向了以纠纷、过程为中心的范式，从关注特定条件下法律制度的发展与现状转向了更为关注现实社会中的法律现象和法律问题。总之，近三十年来，中国的法律人类学研究在诸多方面都取得了令人瞩目的成绩。当然，存在的不足与问题也是明显的，例如法律人类学在中国尚未形成明确的学科体系，在理论层面的贡献尚较欠缺，有影响力学术成果之数量仍显不足，在国际法律人类学界尚缺学术地位。

为了进一步推动中国的法律人类学发展，促进法律人类学研究经验的交流，不断繁荣中国的法律人类学研究，加强对外交流，在中国人类学民族学研究会和国家民委、民政部的支持指导下，国内热心于法律人类学研究的一批学者于2010年成立了中国人类学民族学研究会法律人类学专业委员会，并从当年开始每年举办一次法律人类学高级论坛，到2014年底已陆续举办了四期论坛。2015年10月将在贵州民族大学举办第五期论坛。为了更好地推进法律人类学的研究，法律人类学专业委员会决定出版《法律人类学论丛》（年刊），以此作为国内法律人类学研究与交流的学术阵地。《法律人类学论丛》第1、2卷已分别由中央民族大学出版社、法律出版社于2013、2014年出版发行。《法律人类学论丛》从第3辑起，将纳入社会科学文献出版社“社会科学研究辑刊系列”，由社会科学文献出版社出版。

希望《法律人类学论丛》辑刊的创办，能够推动以下几方面的工作：

一是进一步推动国内学术界对国外法律人类学理论及研究成果的译介。

二是推动中国法律人类学理论和研究方法的创新。目前国内法律人类学的研究在一定程度上还只是用中国的资料验证西方的理论，中国的法律人类学研究对此应当予以反思，回应中国的时代使命，创造出更为贴切中国现状的理论和方法。

三是促进法律民族志成果的研究。我国有着法律人类学发展的独特而丰富的民族资源，但尚缺乏能与阿尔弗雷德·拉德克利夫-布朗的《安达曼岛人》、埃文斯·普理查德的《努尔人》等相比肩的法律民族志精品成果。特别是在法律现代化的背景下，我们也同样面临着现代法律文化与中国各民族传统法律文化之间的冲突与调适问题，而法律民族志的研究能够更好地帮助我们认识自身。

四是促进法律人类学研究的视角更多地关注现实社会中的法律现象与法律问题，研究民间的“活法律”如何适应法律现代化和全球化的进程，探讨“活法律”背景下乡村社会、民族地区的治理问题，从而推动我国的法治建设和社会建设。

五是推动法律人类学研究内容的进一步丰富，从民族地区、乡村社会走向汉族地区、城市社会，运用法律人类学的方法研究一切非正式规则甚至是

国家法律的运行实践，以寻求社会治理中的“活法”。

愿《法律人类学论丛》在学界同好倾力支持之下，能做出更多有价值的思考和探索。

是为序！

2015年9月3日

目 录 Contents

第一篇 理论探讨

- 我们是否需要法律人类学? [英] 西蒙·罗伯茨 王伟臣译 / 3
- 民间法与国家制定法互动关系的法社会学思考 严存生 / 11
- 论习惯法与国家法的关系
- 一个方法论的视角 李 可 / 27
- “讲件”与纠纷的解决
- 瑶族习惯法半口承环境下的程序安排与符号设定 徐晓光 / 38
- 乡土社会的治理
- 以法治文化建构为视角 邢 亮 郑继汤 / 49
- 关于加强我国民族法学研究的几点思考
- 纪念《民族区域自治法》颁布实施 30 周年
- 王训田 / 53

第二篇 制度研究

- 新立法法实施与建立完备的民族法律法规体系研究 张殿军 / 65

新时期民族区域自治地方民族自治权力研究	张 丽 / 80
论民族区域自治法中的协商民主条款	郑 毅 / 87
民族区域自治权利配置与国家治理研究	王 飞 / 98
城市小区业主自治中的“囚徒困境”问题研究	席 婷 / 109
人民法庭组织体制论	
——基于云南省 M 人民法庭的实证分析	徐 清 / 122
清代边疆民族地区的特殊审级制度	张 可 / 152
苗疆法律治理探析	
——从清代“苗例”说起	杨戴云 / 161

第三篇 田野调查

少数民族法律意识探究

——以甘肃阿克塞哈萨克族自治县为个案	虎有泽 / 179
贵州榕江县乐里镇本里村“社会法庭”调查	王义飞 胡月军 / 190
权威变迁、权力表达与纠纷解决	
——乡村社会的法律信任与乡村法治	易 军 / 202
民族地区外来传统知识开发中的法律问题研究	
——以玛咖为例	田 艳 胡 曼 / 219
当代侗族村寨火灾原因分析	
——以贵州省黔东南侗族村寨为例	郭 婧 / 233

第四篇 民族地区治理研究

国家治理现代化背景下的民族自治地方

社会治理	王允武 王 杰 / 253
甘肃少数民族地区法治现状与反思	
——以甘肃省肃南裕固族自治县为例	虎有泽 程 荣 / 267
论国家法治视野下的少数民族地区法治建设	龚卫东 / 272
善待与扬弃：凉山彝族习惯法	张邦铺 / 282

传统法资源的利用与苗族地区法制现代化	文新宇 / 294
中国民族国家建设与藏区赔命价的现代化	王林敏 / 312
民族地区生态治理领域中习惯法运用初探	龚得君 / 327
为什么是乡土法杰	
——乡村纠纷解决担纲者的主体条件和地位分析	魏小强 / 343
武陵山区传统村落保护的探索与思考	吴纪树 吴大华 / 361

第一篇

理论探讨

我们是否需要法律人类学？

〔英〕西蒙·罗伯茨* 王伟臣译**

摘要：对比“法律”传统，与其并肩发展而来的，我们可以发现一条明显的分界线，这种研究肇始于马林诺夫斯基，从他开始，整个关注的重心发生了转移，从对规则和制度的分析，转向研究人们之间的互动关系。马林诺夫斯基之后，一些人类学家开始以一种完全自觉的方式研究社会秩序和纠纷解决，常常并不讨论“法律”。有埃文斯·普里查德（Evans-Pritchard）、特纳（Turner）、贝利（Bailey）、格利佛（Gulliver），以及后来的拉帕波特（Rappaport）。这些学者在对秩序的研究中关注点各有不同，但是他们无一例外地都没有受到西方法学的影响。对于他们而言，纠纷不是病态，而是正常和不可避免的。他们也研究规则，但是这些规则被看作人们用来援引的一种资源以及对于结果可能产生重要影响的一种标准。

关键词：人类学 法律人类学 民俗体系

* 西蒙·罗伯茨，伦敦政治经济学院法律系教授，英国著名法律人类学家。本文原刊载于《大不列颠和爱尔兰皇家人类学研究会简报》1978年第25期，第4、6~7页。（“Do We Need an Anthropology of Law?” *RAIN*, 1978, No. 25, pp. 4, 6-7）。这篇法律人类学史上著名的小论文似乎有点“标题党”之嫌，因为西蒙·罗伯茨的意图并非在于取消法律人类学，而是呼吁该领域的学者突破西方法学的樊篱，使法律人类学更为名副其实。罗伯茨作为一名接受过法学训练、供职于法学院的法学研究者，能够对受困于西方法律自我表述中的人类学家做出此种倒戈式的提醒，实属不易。不过，罗伯茨的担忧在当时并非未雨绸缪，英美法律人类学确实遭遇了范式瓶颈，加上与“他者”在传统关系上的断裂，此后30多年，不断衰败。尽管罗伯茨的警告未能奏效，但是他在文章中所提出的“转换视角与宽泛研究”，无论在当时、今天甚至以后对于我们理解法律都甚为有益。此外，罗伯茨在文章中还对传统法律人类学的研究成果进行了列举式的划分，这对于我们进一步厘清西方法律人类学的学术谱系有着十分重要的参考意义。

** 王伟臣，法学博士，上海外国语大学法学院讲师，中国法学会比较法学研究会理事，主要研究方向为法律人类学、比较法律文化。

人类学家最初涉足法律问题时主要关心的是，社会是通过什么方法整合在一起的，纠纷如何解决以及如何应对变化。然而，尽管取得了一些让人印象深刻的成就，但是该领域的研究一直以来总是不断进行着毫无必要却又耗费精力的争论，比如关于定义、研究框架、分析体系的建构等问题。当今大多数英国人类学家对人类学的这一分支领域似乎已经失去兴趣了。

究竟是什么导致了我们的壮志未成？我认为其中一个重要原因是由于我们将“法律”从普通的社会范畴中抽取出来，进行了隔离式的研究，所以再也不应该有所谓的“法律”的人类学了！学科创始人在最初瓜分研究领域时为社会的某个部分错误地贴上了“法律”的标签，造成的后果就是妨碍了我们去理解关于秩序——这个更大更为重要的问题。

在进一步探讨以前，需要澄清两个问题。第一，并不是说某些社会不存在作为民俗体系（Folk Category）^①的“法律”——很明显这是存在的，而我怀疑的是对其进行此种分类于我们的研究而言有何意义？第二，这不是一个简单的关于研究范围的问题。绝大多数学者都同意人类学的研究领域有必要进行细化分类，但是本文的观点是，无论怎么勾画人类学的地图，都很难找到一块领地可以被贴上“法律”的标签。

一 两个研究困境

为了研究的需要，我们将人类学划分出了若干分支领域。如果我们要证明“法律”也是其中之一的話，必须要确定两个前提：要么在一些社会乃至所有社会中有一种我们可以抽离出来的能够称之为“法律”的制度，以作为专门的研究；或者有一种“法律”方法用于审视这些制度（不一定归入法律），这种法律方法对人类学家而言非常重要，他们常称之为“法理学的分析模式”。一个是研究对象的问题，一个是研究方法的问题，但是在过去很长的一段时间里，这两个问题却被混同了。

① 民俗体系，最早由美国人类学家保罗·博安南（Paul Bohannan）在其1957年的专著《提夫人的正义与审判》中提出。他在书中区分“民俗体系”与“分析体系”并指出，西方方法学固然发达，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，势必导致对于研究对象的曲解，从而陷入种族中心主义。——译者注。

（一）什么是“法律”？

我们可以使用不同的方法对同一种制度进行研究。比如，判断是否与法律相关主要看其是否存在命令和控制。以此为基础，我们可以发现在所有社会中都存在法律制度以及相应的行为模式。也都可以发现或多或少的与日常社会相适应的，为大众所接受的行为规范，以及惯常公认的用于解决纠纷的沟通渠道（即使在某些社会中这种渠道表现为制度化的“争斗”）。但是把这些维系机制当作法律人类学的研究对象来处理，存在着严重的问题。

首先，它会构建出一个非常宽泛的研究范围，这还不算很严重；要命的是，这种方法使得我们不可能再去界定法律的内涵了，因为政府、政治、亲属关系和宗教都必然会涉足这一领域。这种困境在拉德克利夫-布朗（Radcliffe Brown）那里表现得非常明显，因为他把“法律”和“政治组织”画上了等号。不过，拉德克利夫-布朗当然不用为这种混淆负责，因为该学科自诞生之日起就尽可能地尝试在政府和政治中抽取出一个专属于法律的研究领域。我们通过比较斯沃兹（Swartz）、特纳（Turner）、图登（Tuden）的《政治人类学》^①（1966）和纳德（Nader）的《文化和社会中的法律》^②这两本最近由阿尔定集团出版的论文集同样可以发现这一问题，前者的8篇论文可以被收录进后者当中，而且不会有人对此感到奇怪。

既然对法律采取如此宽泛的定义会给研究带来如此之多的困难，那么我们可以转而从自身的社会中寻找解决办法。这种方法乍听起来有些道理，因为在西方社会中似乎可以很清楚地辨别出什么是法律。“法律”被视为政府的一个独立的、可以被分割的组成部分，至少从表面上看能够构建出一个有关概念和制度的分析框架。在法律规则中我们有一套独立的规范体系，它们的渊源和结构使其有别于其他类型的规则；在司法系统中我们有一套专门的以规则为裁判基础的争议解决机制。在某种程度上说，这些特点使得我们有可能将法律同其他类型的社会控制进行区分。但是，就算我们对博安南提出的“不能这样滥用我们自身民俗体系”的警告不予理会，当我们转而研究其他社会时就会发现，这种分析框架很难派上用场。

① 马克·斯沃兹、维克多·特纳、阿瑟·图登主编《政治人类学》，阿尔定交易出版社，1966。

② 劳拉·纳德主编《文化和社会中的法律》，阿尔定出版社，1969。

尽管在任何社会中都存在着一些为社会所公认的行为规范，但是我们自身的法律规则所带有的那些特性却难以复制到其他社会。不同的机构可能有着相同的争端解决方法。在很多社会中，对话都被认为是一种有效的处理纠纷的方法，第三方也经常会以某种形式加入到这个纠纷当中。但是你会发现，由第三方作为最终裁断者的那种模式其实并不多见。在我们所处的政府国家中，纠纷往往通过第三方的处理得以解决，但是我们这种模式在世界范围内却属于少数派。而且我们的法院也并没有多少特殊之处。司法活动和行政行为并无典型的区别，在同一地点、遵循同一程序处理纠纷，完全可以视为政府在行政行为之外的另一项业务。因而，即使语言、概念和制度都能同时具备，在人类学家历来所研究的社会中，从未有人发现存在着自觉可辨的制度可以被明确地标识为“法律”。

从理论上讲，法律人类学的研究领域可以限定为对那些具有维系秩序、解决纠纷等明确功能的特定制度的研究，但这样做依然存有风险。首先，学者们在田野工作中急于为某些材料打上法律的烙印，这将会对整个研究过程造成严重的扭曲。或许最为典型的一个例子就是波斯比斯尔（Pospisil）试图赋予卡保库族（Kapauku）的“大人”（Bigman）以英国高等法院的属性。^①当然，还可以举出大量类似的例子。其次，就算在我们这样的社会里，某些模棱两可的东西都有可能被归为法律，所以使用土著人的分类范畴构建研究框架时一定要万分小心。西方社会法律制度的那些特征本身也需要研究，它并不是一个不言自明的能够用于分析其他社会的参考工具。

（二）“法律”视角

基于上述分析，就算我们没有为某些行为模式或制度类型贴上“法律”的标签，我们仍然能发现该领域中存在着一种特定的“法律”的研究方法，并以此为基础构建出了一个人类学的分支领域。尽管这种所谓的“法律分析模式”一直为人类学家所广泛采用，但更多的时候他们并不公开承认这一点。

我们的法律理论中有一种根深蒂固的观念，把纠纷视为一种反常的病态，而法律制度则会将其纳入正轨，清除“混乱”，正如卢埃林曾经所做的

① 利奥波德·波斯比斯尔：《巴布亚卡保库人和他们的法律》，新海文出版社，1958，第176页。

那样。这一观点是法律人类学的重要支柱之一，同时也为我们理解纠纷及其相关程序的性质带来了许多困难。尽管不同的社会科学家对于纠纷的认识并不相同，但是只有在诸如特纳的《一个非洲社会的分裂和延续》，以及曼城学派的其他作品中，人类学家才普遍认识到纠纷可以被看成是正常的，不可避免的，同时也是具有建设性的。

回顾法律和政治理论漫长的学术发展史，还有一种观点与关于纠纷的看法相类似：社会无法有效地整合，除非有一个集权式的政府发布规则并确保其有效执行。人类学家很早就被迫放弃了这种观点，但是早期关于“无领袖”（Acephalous）社会的民族志引起了大家的怀疑，这种怀疑又使得人们开始接受这种预设的观点。因而不难理解为什么这些陈旧观点依然可以存在而且很难被根除。下面的例子可以说明这个问题：如果不存在具有司法功能的第三方，纠纷解决程序必然会出现问题。科赫（Koch）在其最近的著作《贾勒莫人的战争与和平》中，就用这种视角来解释贾勒莫社会的“争斗”；还有前已提及的，波斯比斯尔对卡保库“大人”司法作用的强调，都是一丘之貉。

另一个颇有影响的法律视角则主要考察纠纷解决中规则同结果之间的关系。我们自身司法体系中有一个为官方所公认的观念（其实并不怎么成熟）：不论法官碰到什么样的案件事实，他都会坚持自己的角色，做出“正确”的判断和决定。不过，这种模式甚至对于西方的法律实践都不适用，因为我们自身体系中的法律渊源多种多样，诉讼参与者和法院都会根据各自的观点和利益寻找可以适用的法律。规则不一定意味着结果，然而一些法律人类学家却不假思索地将二者画上等号。

“权利”是人类学家使用的最为成功的一个法律概念。比如，利奇将梅因关于婚姻的看法比作权利束（Bundle of Rights），也得到了广泛的认可。但是这个概念的使用仍然要谨慎小心。再举一个例子，库珀（Kuper）使用这种观点将卡格拉格帝（Kgalagari）的婚姻描述为一种过程，其中，“权利”以承受一系列的约束为代价逐渐产生。如果我们把它仅仅当作一个研究模型来看是没有问题的，但是我的怀疑在于卡格拉格帝的规则并不能像库珀所展现的那样来进行运作；此外，这些“权利”的享有可能无需承受其他的约束。如果“权利”的概念使用得并不谨慎，那么这种分析将会使其落入一个机械、呆板的程式之中，而卡格拉格帝人的实际情况可能并非如此。