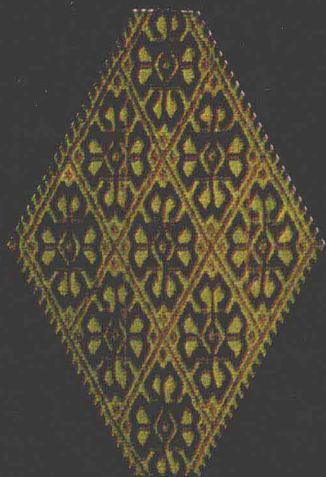


法人類學基礎



湯淺道男
(日)小池正行 編 著
大塚 滋

徐曉光
周相卿 譯
吳大華 監 譯

華夏文化藝術出版社

法人類學基礎

(日)湯淺道男

(日)小池正行 編著

(日)大塚 滋

徐曉光
周相卿 譯

吳大華 監譯

華夏文化藝術出版社

責任編輯：蘭元富
責任校對：何 江
責任印制：楊昌國
封面設計：楊 鵬

翻
印
必
究



版
權
所
有

書 名：法人類學基礎

著 者：湯淺道男 小池正行 大塚滋

譯 者：徐曉光 周相卿

出版發行：華夏文化藝術出版社

(香港九龍官塘恒安街明輝大廈 2 樓后座 33 號)

印 刷：華夏文化出版社印刷廠

版 次：2001 年香港第一版第一次印刷

規 格：大 32 開(140×203mm)232 面,20 千字

國際書號：ISBN962-8700-19-7

定 價：港幣 55 元 人民幣 25 元

譯者小序

這本《法人類學基礎》是日本成文堂出版的“亞細亞法叢書”之16。該書是為慶祝日本著名的法人類學家千葉正士先生70歲生日而出版的紀念文集。每一章的作者都是活躍于日本法人類學界的學者。千葉正士先生用法人類學的理論專門研究日本等非西歐、北美國家問題的著作《法律多元—從日本法律文化邁向一般理論》(強世功等譯,中國政法大學出版社1997年版),目前國內已有譯本,是從英文原著中翻譯成中文的。翻譯日文的法人類學著作目前國內還沒有。1999年初,我們冒昧地給成文堂去函,希望能將這本書的中文翻譯版權給予我們,不久就收到回信,信中說:“為中日兩國的友好和文化的交流”,將版權無償地贈予我們。對此表示由衷的感謝。

法律人類學在中國是年輕的學問。在一年多的翻譯過程中,我們是邊學邊翻,力求做到忠實于原著,但由于我們翻譯的經驗不足,且學識有限,所以以“錯誤在所難免”的態度,懇請法人類學界、民族學界的同仁批評、指正。

全書由貴州民族學院法律系周相卿副教授翻譯其中的凡例、序言、總論中的1、2章、第一部中的1、2、3章及附錄1,其餘的部分均由徐曉光教授翻譯,又經過兩位譯者相互間的認真校對和查閱有關的資料。貴州民族學院法律系講師蘭元富對譯稿進行了細致的校對,在此表示感謝。本書在翻譯和出版過程中得到了原貴州民族學院副院長、現貴州省教育廳副廳長吳大華教授的諸多幫助和支持,特表示敬意。

徐曉光

凡 例

1、本書是一本論文集，每篇怎樣論述及文獻的選擇都委托于執筆人，但因全書有一個共同的主題，編輯者在整體上做了最低程度的調整。

2、這種調整主要是在文獻的表記和引用的方式上，基本上按照社會科學，特別是人類學和社會學通用的方式。即圖書、論文，在各章中用作者的名字（某些場合用書名）的羅馬字母的順序（同一人名出現多次時，按出版年的順序；同一年多次出現時，附加 a. b. c）來標記。在正文的注中引用時只標出姓和年，定期的刊物不做表記，圖書在表示“卷”時用沒有括號的數字，另外，“號”中使用加括號的數字，均在“：”符號后寫明頁數。

3、本書制作《法人類學基礎文獻表》，在各章的文獻表中引用時，加 * 號以標明。

4、附《法人類學發展史年表》。因是學術界最初的嘗試，難免有研究不充分之處，但希望成為今后研究的基礎。

序 言

本書為紀念把確立我國法人類學作為目標，集中精力開展研究活動的千葉正士博士七十大壽，編輯到現在為止，深深蒙受博士學恩的基礎法學和人類學研究者們的論文集，俯瞰今日日本的法人類學研究現狀，展望今后法人類學的課題。在另一方面，對廣大的有志于學習法人類學的人們而言，本書編輯成具有引導作用的入門書。

在千葉博士臨近七十大壽的時候，三名編輯者商量紀念論文集一事，是在1989年的年底。因為在那時，按我國的通例形式舉辦紀念會，被千葉博士謝絕是肯定的，因此，文集兼為祝賀博士的七十大壽是理所當然的。就博士確立目標的法人類學的現狀，以我們的報告書的形式編集成概述書。因此，在了解博士的同時，也可得到珍貴的啟發。

從本書的策劃到出版發行的兩年多時間，的確是世界上未見的動蕩歲月。推倒柏林牆和緊接着的德國統一，蘇聯解體，蘇聯共產黨解散及社會主義制度在蘇聯消失等。那種動蕩不僅僅限于政治事件，那是具有從內部解體既成的學問和思想的力量。不僅意味着斯大林主義舊模式的破產，也是以近代歐美社會和其文化的發展為原動力的啟蒙主義、合理主義易于崩潰的危機。

市民法學和以自由、平等、博愛作為指導理念的人權思想，都起源于法國革命，準備法國革命的是啟蒙主義。這是以人是理性的存在者這種大前提，和歷史是從野蠻到文明不斷進化的過程，這種西歐近代人樂天的獨斷的歷史意識相結合的精神態度。從那時起，文明人是萬物的主人，自然也好，社會也好，甚至人類的天性和性格都能因技術開發和教育等有目的、有意識地加以改造，不如說是產生的傲慢精神態度。

并且，近代の思想和學問の思考框架，即合理主義也或多或少地在啟蒙主義的地平綫以內。斯大林主義舊模式的崩潰所代表的現代思想的混亂，正是意味着啟蒙主義立足的世界觀的崩潰。人的意識，如弗洛伊德說明的那樣，既不是理性的，也不是合理的。人在理性地存在以前，是淒情地存在着的。知識人限于，不從作為絕對化、普遍化、特殊的西歐近代社會表現形態的價值體系的思考框架中解放出來。現在全球性的思想危機，大概僅僅是產生對赤裸裸的暴力也不抵抗的冷淡和價值虛無主義。

在此，人類學對現代所具有的思想意義大概是明確了。沒有傳播西歐近代的文化、制度的民族，或者沒有被其充分地包容的民族の宗教、習慣、制度，在被套入合理主義思考框架の人們的意識中，大概是一看就感覺是非合理的。可是，其非合理性流淌的，是與西歐異質の合理性認識，這種認識，正是人類學應該加以特書的成果。那正是在現在的動蕩期，重新研究人類社會及制度的全部內容，被認為給予不透明的二十世紀思想上的方向性，成為有力的武器。人以他人の認識為媒介認識自己、指導自己。同樣，社會集團和其文化也以與異質の遭遇冲突為契機，認識自己，使自己發展。所謂文化，被認為正是這樣的傳達過程。因此，為了明確近代學問の意義和界限，研究非西歐各民族の文化和制度，顯得重要了。

把這種文化觀點引入法學的是千葉正士博士，關於其人品和學問，因為附錄中安德熱耶·柯伊德盧副教授（華沙大學）的文章中有了概要的說明，這裡簡單地介紹博士の經歷和業績。

博士 1919 年誕生在黑田姓家。47 年在東北大學の研究生院學習時成為養子，改為千葉姓。1949 年在新設の東京都立大學人文學部任講師，講授法哲學。83 年在東京都立大學以教授職位退休後，轉往東海大學，講授法社會學，現在作為法學部の教授而活躍着。

作為學術界的活動，他是日本法哲學會理事，而主要舞臺還是日本法社會學會，擔任事務局長和理事長。同時在很多國內外學

會兼職，特別是在國際法社會學會，70 年成為委員，在 1975 年成功地組織了在日本的年度大會，是應該大書特書的。更進一步，在 1989 年設立的奧尼臺伊法社會學國際研究所，被聘請做開所紀念演講，同時被推薦為名譽會員。國際法人類學會 81 年正式成立以來，作為代表亞洲的理事。

博士在研究方面所關心的是，用廣泛的社會科學方法研究法，具體的在於法哲學、法社會學、法人類學三領域的交叉研究。當初在《人類的法》（丁子屋書店 1949）和《法學的對象》（文京書院 1950）確立了這個目標以後，從實證和理論兩方面推進研究，在“標準文獻表”中舉出了主要業績。前半期是把小學校的學區和神社的祭祀作為主要對象的日本村落研究。1965—1966 年在霍貝爾、勞斯兩教授所在的明尼蘇達大學留學以後，改變了方向。其問題就等於從世界看亞洲的日本，其方法被法人類學採用。這以後，作為個人追趕世界性主題的同時，在國內的不用說，多次組織了與外國學者們的共同研究，如列舉出的成果那樣。

千葉博士特別是在包含亞洲法的非西歐法研究這一點上，得到國際學術界很高的評價。在國內，他常常極有耐性地鼓勵我們後續的研究者。本書的所有執筆者，毫無疑問從心裡對博士懷有感激之情。因此，雖然事務繁忙，誰也沒有缺少，接受了撰稿任務。編輯們非常高興。但是，如開頭述敘的那樣，為了考慮題目或由於其他的原因，未要求撰稿的還不少。我們和諸位一起，祝賀千葉博士的七十大壽獻上這本書。

最後，對各位執筆者，及理解本書在研究亞洲法上的意義而接受出版的成文堂，表示真誠的感謝之意。

1992 年 5 月

編輯委員 湯淺道男
小池正行
大塚滋

目 錄

譯者小序

凡例

序言

總論 法人類學的成立與展開

第一章 法人類學基礎…………… 奧山甚一(2)

第二章 法人類學的現狀與課題…………… 北構太郎(10)

第一部 作為基礎法學的法人類學

第一章 法思想史與法人類學…………… 小池正行(25)

第二章 法史學與法人類學…………… 森 毅(35)

第三章 比較法學與法人類學…………… 鈴木輝二(45)

第四章 法社會學與法人類學…………… 宮澤節生(57)

第五章 法符號學與法人類學…………… 北村隆憲(66)

第六章 法人類學與法哲學…………… 大塚 滋(75)

第二部 固有法文化的各種樣態

第一章 都市祭祀中的規則與自由…………… 和崎春日(83)

第二章 緬甸的傳統法

——上座部佛教傳統法探微…………… 奧平龍二(91)

第三章 拉瓦法

——泰國山地民族的固有法…………… 前田精士(102)

第四章 村長對糾紛的處理

——斯里蘭卡的新巴拉農村…………… 奧山甚一(114)

第五章	斯里蘭卡的新巴拉佛教法與國家	杉本良男(119)
第六章	哈奴諾·曼仰的糾紛處理法	
	——菲律賓,民都洛島的固有法 ...	宮本 勝(126)
第七章	巴布亞·新幾內亞的糾紛處理法 ...	成田弘成(133)
第八章	奇嘎法	
	——非洲·班茨系農耕民的固有法	
		大森元吉(140)

第三部 多元法體制下的法文化

第一章	阿伊奴固有法與日本法政策	北構太郎(149)
第二章	社會主義法中的越南傳統法	鮎京正訓(158)
第三章	泰國法的近代化	
	——關於婚姻法	飯田順三(165)
第四章	沙堤殺人事件和反沙堤法	
	——印度法的潛在勢力	安田信之(173)
第五章	印地安法和美國憲法	上田傳明(181)
第六章	因紐特法與加拿大憲法	上田傳明(187)
第七章	墨西哥的固有法,近代法,現代法	
	——關於土地所有制	長谷川成海(194)
第八章	澳大利亞原居民法與國家政策	金城秀樹(203)
第九章	現代伊斯蘭法	湯淺道男(211)
第十章	中東歐法文化	
	——歷史中多元性的形成	鈴木輝二(219)

附 錄

- 1、從海外看千葉正士教授的學問和人品
..... 安德熱耶·柯伊德盧(波蘭)(230)
- 2、法人類學發展史年表(略)
- 3、法人類學基礎文獻表(略)

總 論

法人類學的成立與展開

第一章

法人類學的基礎

奧山 甚一

一、法人類學的意義和初期的研究

法人類學是采用人類學或者民族學的方法來研究法律。

從民族學角度研究法，以及法學工作者從民族學中攝取內容，在人類學研究的初期，就是一個人們感興趣的事情。1861年，梅因著的《古代法》（* Maine 1961）中，研究了羅馬法、希臘法、希伯萊法等，提出了“從身份到契約”的法的進化模式，給予法學界很大的影響。還有，摩爾根研究易洛魁人的《古代社會》（* Morgan 1877）中，發揮了摩爾根作為法學家的特長，從家族制度進化的角度，留下了親屬法研究的深深足跡。另外，在18世紀后期的德國，誕生了波斯托和柯勒的民族比較法學。這是吸收民族學的調查結果，構想從原始社會開始的包含印度、日爾曼諸民族比較法學的《世界法史》。可是，這個時期的法人類學受到進化論的影響，以法的進化為重點（* 千葉 1969:47—74）。

後來，隨着民族學和人類學脫離進化論，轉變為功能結構主義研究，法人類學的內容也開始發生變化。關於其原因和轉化的過程，這裡簡略地概括地論述權威性學者的理論及研究方法。

二、原始法的功能結構分析

功能主義及結構主義始於1922年出版的拉德克利夫·布朗的《安達曼群島上的居民》（Radcliffe - Brown 1922）和同年馬林諾夫斯基的《西太平洋的航海者》（Malinowski 1922）。這兩部著作的共同之處是，放棄了根據推測重構人類歷史的做法，採用參與觀察法進行實地調查，以及研究構成社會和文化諸要素的有機聯系時，重

要的不是起源而是采用研究在某一點上各個要素的聯系的方法。這種脫離進化論的研究方法，給予法人類學很大的影響，從關心法的進化轉變為關心在各民族、社會和文化中法有什麼樣的功能這一點上。時至今日，馬林諾夫斯基和拉德克利夫·布朗的影響力還是非常大的。對他們來說，不是法怎樣進化的問題，而是法在該社會文化中的結構功能問題。

1、馬林諾夫斯基的法理論

馬林諾夫斯基在法人類學上的主要貢獻是《原始社會的犯罪與風俗》(1926)，為霍爾波《波利尼西亞的法和秩序》(1934)一書寫的長篇序言(全部為 * 馬林諾夫斯基 1967 所收)，晚年的書評(Malinowski 1942)也非常重要。

馬林諾夫斯基的功能主義的基本出發點是，人在社會上把文化作為手段加以利用，滿足生理的和心理的各種欲望，從而說明文化的諸要素使個人的欲望和社會秩序調和，達到均衡化。他講的法，規定對人有約束力的義務，有強制力，與沒有強制力的習慣是有區別的。可是，他講的這個強制力，不是由權力規定的，而是構成規則的特殊組織化的體系。這個體系的最重要原理是互相之間的有機聯系(reciprocity, 千葉 1969:91)。

在《原始社會的犯罪與風俗》中，馬林諾夫斯基的觀點與當時占支配地位的，關於原始社會的人們被氏族的規範所包圍，自發地服從這種約束的原始法觀念相反。強調違反社會規範的事情理所當然地可能存在，與現代社會是一樣的。作為例子，舉出了實際發生的違反族外婚的婚姻實例。述明了這個事件的結局是，違反者中的男子招致自殺的結果。而且還指出嚴格的法 and 似乎要推翻法的習慣同時存在的情形。指明了法不是首尾一致的理論體系，是矛盾的諸原理的融合體，理想的行為模式和承認從個人生理、心理品質中產生的欲望的法習慣同時存在(同書:91-3)。

還有，關於民事法律，把其看成是因具有權利、義務的約束關係而成立，是互相交織的公開的特殊社會結構支持着的規範。他

舉了很多例子，如：內地部落和沿海部落之間的蔬菜和魚的交換；捕魚伙伴之間的協同配合；在宗教行為上，妻子在丈夫死后服喪；在婚姻關係上，結婚女子的兄弟作為其保護者，對其子女行使家長權，供給其家庭相當的食物等。關於刑事法律，列舉了違反族外婚、殺人、通奸、侮辱地位高的人、喧嘩等，對這些行為採取嘲笑、適用同態復仇原則、賠償金、復仇等刑罰（奧山 1981:168-9）

在書評論文中，馬林諾夫斯基說法有四種意思，第一是自然法則；第二是中立的習慣；第三是被遵守的法；第四是被破壞時，發揮機能的機構。第一稱為法則；第二是上面提出的沒有強制力的習慣（主要的飲食在日落后進行，各個季節的活動等）；第三是在刑事、民事法律中，平時平穩地過日常生活時，遵守的法律規範；可是，在第四中，如上所述，是對違法的行為給予制裁（否定的制裁）的法。第四是違反第三的法規範時，給予矯正的機制，具體表現為上面提到的賠償和復仇等（Schapera 1957:143-4 參照）。

從這一點上思考馬林諾夫斯基的法人類學貢獻，主要是打破了認為原始人對法無條件地服從的原始法觀點。還有，根據有無強制力（否定的制裁）分離開中立的習慣和法規範。把有強制力的規範看作是法。並從這一觀點的角度，觀察違反法規範時，給以什麼樣的制裁，並且記述了破壞有強制力的規範的情況，可以說是糾紛事例研究的先驅者。

2、拉德克利夫·布朗的法理論

拉德克利夫·布朗在英國人類學界是與馬林諾夫斯基並列的巨人。《安達曼群島上的居民》是他最有名的著作。對法人類學最重要的是收入塞利格曼主編的《社會科學事典》中的《原始法》和《社會的制裁》兩篇論文（全部為 * 拉德克利夫·布朗 1975 年所收），* 埃文斯·普里查德編著的《非洲的傳統政治體系》的序言（1972）及 1952 年的論文集（1975）。有關法的最初兩篇論文綜合了他對法的見解（千葉 1969:118-22）。

他將法定義為：“帶有法的制裁的社會規範是法，不具有這種

制裁的社會規範不是法。”關於法的制裁是什麼的問題，他認為，被有組織的否定性制裁確立的權威強制時，變成法的制裁。這裡講的有組織的制裁是傳統上根據組織化的必要程序的制裁。否定性的制裁是否定某行為的對應作用，典型的是刑罰。關於被確立的權威，他自己並沒有明確地闡明其含意。可是他指出，在非洲的班圖各族中，長老行使調停裁判的職能。同時又指出，阿夏蒂族中，有王的審判機構，法存在於這些社會中，主張沒有這種機構的菲律賓的伊菲革族和北美的尤盧古印第安人中没有法。從這些論文的論點來看，可以說是設想審判機構乃至與其相近的機構。在他的法定義中，社會規範、否定性的制裁和處理糾紛的機構成為法的要素。以這種特定的制裁為根據的法的定義，對這以後的法人類學有非常大的影響(奧山 1981:155-7)。

三、原始法的糾紛研究

1、霍貝爾的法理論

對美國印第安人中的法進行調查，著有被法人類學教科書稱為“超越它的書還沒有出來”(千葉 1969:195)的《原始人的法》(* Hoebel 1954, 國譯 1984)的霍貝爾，在法理論和研究方法兩方面都有非常大的成績，是現在美國人類學界的老前輩。在這部著作中，將法定義為“發生無視或違反某種社會規範的情況時，無論是恐嚇，還是實際的，都屬於物理性實力的行使。由被社會認可的持這種權力的個人或集團，對上面提出的行為有規則地發生作用，這種社會規範就是法”。他將附帶權力的實力、公共權威和規則性作為法的要素。與拉德克利夫·布朗一樣，將社會規範、否定的制裁(物理性實力的威嚇或現實的行使)、處理糾紛的組織(公共權威)包含在法的要素中(* 霍貝爾 1984:27-9)。

霍貝爾對法人類學的最大貢獻是，提倡糾紛事例研究法，並親自實行。關於這個方法，認識到解決糾紛是法的一個機能，指出了法的三個研究方法。第一是在當地人中探聽出規則，得到理論性

的綫索。第二是觀察當地人的行動，得到描述性的綫索。第三是研究爭執、糾紛等事件的方法。在法學中是判例研究(同書:30)。霍貝爾由于指出了第三種方法，保守地說，在程序方面變得明確了，是給予法人類學明確的方法論和研究取舍的研究方法。如后來看到的那樣，法人類學研究中，糾紛成為主流。

法人類學中的法，在霍貝爾以前，認為特定的社會規範是否是法規範，是根據權威和組織的否定性制裁的有無。可是在霍貝爾以后，不局限于社會規範，首先是觀察糾紛，探求其處理的組織，研究處理糾紛的方法，在學術界這種才是研究法的方法。

2、波斯皮盧的法屬性論

波斯皮盧對新幾內亞的卡帕庫族進行了調查，研究長老的命令(* Pospisil 1958)，是最早以《法人類學》為書名著書(* Pospisil 1971)的美國人類學家。波斯皮盧從處理糾紛的理論出發，提出了新的法理論。對他而言，法的研究範圍是糾紛和解決糾紛的裁決。首先是在研究法時，在搜集糾紛和處理糾紛事例的基礎上，區別其是有關法的裁定或是法以外的裁定。這種場合，考慮什麼樣的是法的裁定，什麼樣的是政治的裁定時，波斯皮盧把這些裁定中，具備“權威者”、“法律關係”、“普遍適用的意圖”和“制裁”四個要素的作為法的裁定(參照 Pospisil 1971:44-91, 千葉 1969:221)。

波斯皮盧認為，權威者是被社會承認的處理糾紛的人或集團。法律關係是指當事人之間具有的權利義務關係。普遍適用的意圖是不是為特別的目的而做出的決定，對將來的同一事例做出相同的決定。制裁是指否定的制裁，波斯皮盧舉出了身體的、經濟的、心理的、超自然的並且還有自救行為。列舉了身體的制裁如死刑、擊打；經濟的制裁如罰金、賠償等；心理制裁如警告、離婚、消極的抵抗等(奧山 1981:164)。

波斯皮盧的法定義與霍貝爾的理論相比，基本上没有什么變化。霍貝爾也提出了稱為處理糾紛的主體(權威者)、規範(權利義務關係)、規則性(普遍適用的意圖)及制裁作為法的標志。但有明

顯的不同點，霍貝爾把法定義為具備上面要素的規範，波斯皮盧講的不是規範，是裁定（該論文：162-5）。從這一點看，他是在認為法是解決糾紛手段的霍貝爾法理論的延伸綫上。這樣，與霍貝爾的糾紛事例研究法無關，消除了拘泥于規範的矛盾，將其徹底地采用到法中。

3、克拉克曼的部族法論

英國的人類學家克拉克曼，從非洲的調查出發，就有關糾紛和部族法的性質，接連不斷地發表了新的觀察（參照千葉 1969:228-247），在短期內就產生了非常大的影響。

首先是關於糾紛問題，看出了糾紛在實際上是社會的法和秩序并存，並倡導“宿怨關係的和平解決”（* Gluckman 1955a）問題，給以後社會科學中的糾紛理論以啟示。

限制這種糾紛的原則和程序是法。在非洲的巴羅茨族中，周密地調查了實例，評價說，靈活觀念的法完全是有組織地存在着，其固有的訴訟也是合乎邏輯地適用這些法的程序。整個法體系的發達程序可以與習慣法相匹敵（* Gluckman 1955b; * 1965a）。他更進一步強調，這種法與近代的國家法不同，與部族生活的各種因素，特別是政治、宗教的禮儀密切相關並受到其影響。所以，參考多數調查報告的結果，反對以“原始法”的概念界定這種法，並認為其孤立地存在着的作法。主張為了觀察全部部族生活的情況，采用“部族法”這一概念（* Gluckman 1965b）。

4、納德和博法那等的展開

人類學家中，受霍貝爾和克拉克曼等代表人物的影響，從這以後，象英國系的愛波斯坦（* Epstein 1974）和格列弗（* Gulliver 1979）或者美國的博法那（* Bohannan 1957;1767）、穆爾（* Moore 1978;1986）、納德（* Nader 1965;1969;1990）等那樣，使法人類學的研究深入進行。

這些研究中，首先是納德及其弟子們的處理糾紛研究引人注目。他脫離了即使是在波斯皮盧那里都存在的法成立要素的束