



LEGAL ANTHROPOLOGY

REVIEW

法律人类学论丛

(第4辑)

主 编 / 吴大华



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



法律人类学论丛

(第4辑)

LEGAL ANTHROPOLOGY
REVIEW

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4辑 / 吴大华主编. -- 北京:
社会科学文献出版社, 2016.5
ISBN 978-7-5097-8913-1

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 (2016) 第 056919 号

法律人类学论丛 (第4辑)

主 编 / 吴大华

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 丁 凡

责任编辑 / 丁 凡 李 闯

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 59367018

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: 390 千字

版 次 / 2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-8913-1

定 价 / 79.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 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	郭 婧	黄元珊	雷振扬	李宝奇
李 鸣	李远龙	刘云飞	娜仁图雅	潘弘祥
潘志成	任 强	唐孝辉	田钊平	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	张殿军
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会点，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，有影响力的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2015年底已陆续举办五期论坛。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》（集刊），以此为会刊，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、3卷已分别由中央民族大学出版社、民族出版社、社会科学文献出版社于2013年、2014年、2015年出版发行。

希望《法律人类学论丛》集刊的创办，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我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

驯服还是杀掉这匹人头马?

——关于法律人类学身份的几点思考

……………〔德〕弗朗兹·冯·本达-贝克曼著 王伟臣 张译元 译 / 3

法律人类学研究的现状和展望：2010～2014 …………… 罗 涛 / 33

民族区域自治：实践、不足与完善 …………… 王允武 / 62

论习惯法的概念 …………… 蓝寿荣 何雪峰 / 80

少数民族习惯法的法治价值与发展引导探究 …………… 王 飞 / 107

试论民间歌曲法律保护及侵权量化问题 …………… 周特古斯 / 114

一种新的认知框架：民族村寨文化保护与传承的法人类学探究

——以武陵山特困连片地区为例 …………… 彭清燕 / 124

第二篇 田野调查

碑刻：研究地方社会发展史不可或缺的历史文献 …………… 张子刚 / 139

“大美在野”

- 金秀大瑶山习惯法调查 高其才 / 148
- 中越边界跨境非法婚姻存在的问题及对策建议
- 以云南马关县金厂镇的跨境婚姻为例 王训田 / 154
- 景宁畲族自治县自治立法调查及对策研究 黄元姍 / 164
- 清水江苗族龙舟竞渡中的社会规则及礼物互惠 徐晓光 / 174

第三篇 纠纷解决机制研究

- 贵州生态文明建设领域中环境纠纷多元解决机制探析
..... 郑泽发 高进权 / 187
- 论基层纠纷中的国家法错位及其局限
- 以乡民纠纷的逻辑分析为起点 桑 田 / 199

第四篇 地区治理研究

- 论少数民族双语法律人才在“一带一路”战略中的作用 尕永强 / 217
- 中国农村治理中的村规民约 杨志芳 / 227
- 国家治理现代化视阈下多民族地区社会治理
- 法治化体系探析 李小红 张 帆 / 238
- 民族地区非物质文化遗产保护的法治路径 张艳华 / 249
- 贵州民族民间文化知识产权保护问题研究
- 民间文学艺术表达的传承与发展 肖 瑶 / 261
- 解放初期的贵州民族区域自治和民族司法工作 张 可 / 273

第五篇 侗族法人类学专题研究

- 论自治法治——从一个侗族个案谈起 朱 俊 / 289

侗族地区“酒符号”与“纠纷解决”的结构性解读	黄孝慧 吴大华 / 302
侗款款词的社会文化学研究	张琪亚 梁宏信 何 飞 王小艳 / 310
侗族生态环境习惯法对当代侗族地区经济社会发展的启示	
——以黔东南从江侗族地区为例	郭 婧 / 338
贵州三穗侗族“款文化”保护与发展的初步调研与思考	吴大华 / 355

附 录

以法律人类学视野关注“一带一路”战略下的民族法治建设	
——第五届法律人类学高级论坛综述	曹杨欣柳 / 363

第一篇

理论探讨

驯服还是杀掉这匹人头马？

——关于法律人类学身份的几点思考

〔德〕弗朗兹·冯·本达-贝克曼 著^{*}

王伟臣 张译元 译^{**}

摘要：本文旨在探讨所谓的“法人类学”或“法律人类学”这门学科是如何在人类学和法学的学科限制中发展起来的。文章首先讨论了这门学科的历史发展过程及其不同分支，同时也对人类学家、法学家、法社会学家之间的异同进行了比较分析。最后，从认知和规范的视角来审视“法律人类学”的产生及其变化过程，因而本文也是一次法律人类学的实践作品。

关键词：法律人类学 法律社会学 身份

一 引言

克利福德·格尔茨（Clifford Geertz）在其论文《法律和地方性知识》

* 〔德〕弗朗兹·冯·本达-贝克曼（Franz von Benda-Beckmann），马克斯·普朗克社会人类学研究所教授，著名的法律人类学家。本文原刊载于《语境中的法律国际杂志》，2008年第4期，第2号，第85~110页。本文是继2001年萨莉·福尔克·穆尔（Sally Falk Moore）的“Certainties Undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999”之后的又一篇回顾西方法律人类学学术发展脉络的综述性论文，而且对法律人类学的身份定位问题，即归属于人类学还是法学进行了深刻的讨论，并对法律人类学的未来进行了展望，是当前研究西方法律人类学说理论的一篇必读论文。为了方便读者阅读，章节序号词为译者所加。

** 王伟臣，法学博士，上海外国语大学法学院讲师，硕士生导师，主要研究方向为法律人类学、比较法律文化；张译元，上海外国语大学2015级法律硕士研究生，主要研究方向为比较法律文化。

中形容法律人类学为“人头马的学科”（centaur discipline），^①亦即它由人类学和法学混合而成。“法学与人类学这两门实用性学科都严格限于特定的领域，且在很大程度上依凭特定的技艺，所以它们之间的互动方式与其说是协调和综合，毋宁说是彼此疏远和半依半就”。^②这导致他主张“要使用一种超乎寻常的解集（disaggregative）方法来研究问题：这并非意味着盲目地把法学……与人类学结合在一起……而是要寻找出这两门学科研究进路中所存在的特有的可分析性的问题，不论它们看上去有多么的不同，也不论其表达方式有着怎样的区别”。^③笔者认为格尔茨的反思有些道理，但不能适用于所有的法律人类学研究。实际上，被视为一门专业学科的法学同研究法律的其他社会科学之间，特别是人类学和社会学之间，的确存在着诸多的似是而非和举棋不定。这更加突出了法律人类学和法律社会学及其各分支或专业领域之间的特殊关系。但是，正如上述格尔茨引文中所指出的，第三个麻烦关系就是法律人类学在广义人类学（社会、文化）中的地位问题。在笔者文章中，笔者尽量尝试将更多的关注放在这些麻烦的关系上。笔者着眼于这个人类学特殊分支的整体发展史，包括其作为“特殊专业、分支领域、分支学科或者典型标签”的地位和性质。^④

法律人类学的身份问题伴随着笔者整个的学术生涯。自1970年代早期，笔者在苏黎世人类学系经历的从法学家到人类学家的转换开始，笔者就不断地在不同的国家和学科背景中遭遇这个问题。笔者曾经感受过三个不同国家的学术文化：德国、瑞士和荷兰——加入过许多国际学术团体和

① C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, 1983, p. 169.

② C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, 1983, pp. 168 - 169.

③ C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, 1983, p. 169.

④ J. F. Collier, “The Waxing and Waning of ‘subfields’ in North American Sociocultural Anthropology”, in A. Gupta and J. Ferguson eds., *Anthropological Locations: Boundaries and Grounds of a Field Science*, University of California Press, 1997, p. 117; A. Riles, “Representing In-between: Law, Anthropology and the Rhetoric of Interdisciplinarity”, in M. Mundy ed., *Law and Anthropology*, Ashgate, 1994/2002, pp. 27 - 80.; J. Clifford, “Rearticulating Anthropology”, in D. A. Segal and S. J. Yanagisako eds., *Unwrapping the Sacred Bundle: Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005, pp. 24 - 48.

学术协会，供职过法律系、人类学系，还在一所农业大学主持过发展研究。因为工作地点的不同，笔者参与人类学研究也就有着内部和外部两个原因。^① 尽管不同的边界有所重合，同时法律人类学者的身份还阶段性地被标记为“法学家”，但笔者相对成功地在国内和国际学术圈中保持了“法律人类学家”的职业身份。因而，笔者一直敏感于不同语境中的多重学术身份的显现与隐秘。^②

最后，本文的反思并非钻牛角尖式的习作，而是一次从历时性角度研究法律人类学的实践。^③ 笔者从认知和规范的角度，在各种相关的学术领域内考察诸如“法律人类学”是如何产生并随着时间的推移而改变的问题。^④ 在本文第一部分，笔者将讨论整体的发展趋势，然后是不同国家、学术圈中的不同轨迹。本文第二部分，笔者将比较人类学家、法学家和法律社会学家之间的区别，然后讨论法律人类学和人类学之间的关系。最后，笔者将得出结论，当我们考虑广义的人类学，尤其是法律人类学时，几乎没有什么身份标识可以划定出互相排斥的分支学科。笔者没有感到不安。笔者认为，人类学和法律人类学的特征，不应该由明确的互异身份和边界标志来建构。它应该

① J. Clifford, "Rearticulating Anthropology", in D. A. Segal and S. J. Yanagisako eds., *Unwrapping the Sacred Bundle, Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005, p. 47.

② F. Munger, "Mapping Law and Society", in A. Sarat, M. Constable, D. Engel, V. Hans and S. Lawrence eds., *Crossing Boundaries - Traditions and Transformations in Law and Society Research*, Northwestern University Press, 1998, p. 57. C. Geertz, "Disciplines", in C. Geertz ed., *After the Fact: Two Countries, Four Decades, One Anthropologist*, Harvard University Press, 1995, pp. 106 ff.

③ A. Gupta and J. Ferguson, "Discipline and Practice: 'The Field' as Site, Method, and Location in Anthropology", in A. Gupta and J. Ferguson eds., *Anthropological Locations: Boundaries and Grounds of a Field Science*, University of California Press, 1997, pp. 1 - 46.; A. Riles, "Representing In-between: Law, Anthropology and the Rhetoric of Interdisciplinarity", in M. Mundy ed., *Law and Anthropology*, Ashgate, 1994/2002, pp. 27 - 80.; D. A. Segal and S. J. Yanagisako, eds, *Unwrapping the Sacred Bundle: Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005.

④ Legal Sociology, Legal Anthropology and Legal Pluralism from a Legal Anthropological Perspective, 1991; A. Riles, "Representing In-between: Law, Anthropology and the Rhetoric of Interdisciplinarity", in M. Mundy ed., *Law and Anthropology*, Ashgate, 1994/2002; J. Clifford, "Rearticulating Anthropology", in D. A. Segal and S. J. Yanagisako eds., *Unwrapping the Sacred Bundle, Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005.

通过一种特性的积累，从而决定法律人类学是什么，尽管它与其他学科有着许多共同的特征。

二 法律人类学的作品

法律人类学以及法律社会学、社会学或法学的范畴都是由特定的学术圈、作者和研究习惯划定的，是具有认知和规范性质的“分类性概念”^①。

（一）身份标志系统

广义的人类学与法律人类学之间有着诸多不同的特征。这些特征也可以被用来分辨法律人类学和其他法律相关学科的异同。笔者认为，其中起到“学科集合”（disciplinary ensemble）^②作用的特征包括：研究发生的地点，社会/政治组织的类型，法律的类型（规范性秩序），法律的概念化，比较取向，历史取向，实用-政治取向，专门方法论，理论假设和兴趣焦点。

（二）属性的交织（以及创建边界）：整体的发展

这些特征的交织结合（现在有人会把它称为集合体）产生并改变了不同的学术传统和法律相关流派。^③历史告诉我们，自从巴霍芬的《母权论》（1861/1948）和梅因的《古代法》（1861/1894）的出版开始，判断某一学术作品是否归属于法律人类学领域的实质标准就是可变的，而且是有语境的。它们在研究兴趣、理论焦点、方法论和专业领域等方面发生过许多重要

① L. A. Fallers, *Law without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga*, University of Chicago Press, 1969.

② J. Clifford, “Rearticulating Anthropology”, in D. A. Segal and S. J. Yanagisako eds., *Unwrapping the Sacred Bundle, Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005, pp. 37–40 ff.

③ J. Clifford, “Spatial Practices: Fieldwork, Travel and the Disciplining of Anthropology”, in A. Gupta and J. Ferguson eds., *Anthropological Locations: Boundaries and Grounds of a Field Science*. University of California Press, 1997, p. 191; J. Clifford, “Rearticulating Anthropology”, in D. A. Segal and S. J. Yanagisako eds., *Unwrapping the Sacred Bundle, Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005, pp. 24–48.

的转变。经常有人对这段历史进行回顾，而本文都是笔者自己的总结。我们可以看到一个逐渐发展的过程，即“从原始人的法到关于复杂社会法律（法律多元）的社会科学研究”，这些复杂社会包括欧洲或美国的工业社会。^① 早期他们喜欢从进化论的角度和百科全书式的视角来解释法律体系的进化，这是一段空想的学术史。而后，理论和方法论上的研究兴趣发生了很大转变。出现了一种以非比较的方式对小规模社会进行非历史的、集中的以田野调查为基础的考察研究。很长一段时间，法律人类学中美国法律现实主义以及所谓问题个案方法的魔咒，变成了对冲突和纠纷处理过程的专门研究。这样就使得它对广义社会和文化人类学的吸引力越来越低。^② 直到 1970 年代以前，这些研究多数忽视了这样一个事实：这些社会都是长期受到殖民国家以及更大范围内的经济发展的影响，而且已经成为殖民统治与经济发展的一部分。渐渐地，兴趣拓宽了。1970 年代早期，许多研究在“法律多元”的概念下讨论法律和制度的复杂性，如此之多以至于“法律多元”成为法律人类学的某种标签。从对纠纷过程中程序多元以及决策制度的研究开始，国家和国家法进入法律人类学家的视野。对二元或多元的兴趣后来超出了纠纷过程的领域，拓展到了国家法律与制度。就在同一时期，法律人类学出现了越来越多的“时间取向”，如穆尔所认为的，^③ 以个人为中心的短期行动选择的机制和长期的历史视角相结合。新马克思主义者也推动了该研究转向国家和历史的宏观视野。^④ 特是过去的 15 年间，关于法律多元的理论反思和实证研究已经扩展到跨国和国际法律、组织以及“全球化”的某些问题。我

① F. von Benda-Beckman, “From the Law of Primitive Man to the Sociolegal Study of Complex Societies”, *Antropologi Indonesia* 8, 1989, p. 67 – 75. ; S. F. Moore, “Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949 – 1999”, *Journal of the Royal Anthropological Institute* 7, 2001, pp. 95 – 116.

② J. F. Collier, “The Waxing and Waning of ‘subfields’ in North American Socio-cultural Anthropology”, in A. Gupta and J. Ferguson eds., *Anthropological Locations: Boundaries and Grounds of a Field Science*, University of California Press, 1997, p. 130, note 4.

③ S. F. Moore, “Law and Anthropology”, in B. Siegel ed., *Biennial Review of Anthropology*, Stanford University Press, 1970, pp. 259 – 293.

④ Fitzpatrick P., *Law and State in Papua New Guinea*, Academic Press, 1980. ; Fitzpatrick P., “Law, Plurality and Underdevelopment”, in D. Sugarman ed., *Legality, Ideology and the State*, Academic Press, 1983, pp. 159 – 182. ; Snyder F. G., “Law and Development in the Light of Dependency Theory”, *Law & Society Review* 14, 1980, pp. 723 – 804. ; Hunt A., *Explorations in Law and Society*, Routledge, 1993.

们这门学科因为与社会人类学以及其他社会学科（历史学、法学、政治学、心理学）并驾齐驱，在这些学科的影响和丰富之下，我们也有了很大的发展。^①最近的一段时间还出现了法律地质学（geography of law）。

无论法律人类学的哪个研究方向比较兴盛，有一点是确定的，那就是法律人类学的研究必须坚实地以人类学研究为基础。法律人类学者已经从社会理论学家比如吉登斯（Giddens）、布迪厄（Bourdieu）、福柯（Foucault）、葛兰西（Gramsci）或者哈贝马斯（Habermas）的理论中汲取了养料。^②

（三）总体方式和不同轨迹

以上只是法律人类学发展史的一个简要介绍。然而，法律人类学过去是什么，现在又是什么，它和广义社会科学又是什么关系，不同的国家可能有不同的回答。要弄清楚这些问题笔者需要获得更多的时间和空间及资料，不过这也没有关系，笔者想着重阐述它在发展过程中的一些典型特征和差异。^③

就英美法律人类学的领域而言，英国法律人类学随着曼城学派黄金时代的结束而失势。在马克斯·格卢克曼（Max Gluckman）令人振奋的影响之下曾经蓬勃发展的对部落/乡村社会法律过程的人类学实证研究，自1970~1980年代起已经丧失它的学术地位和吸引力。尽管罗伯茨的研究^④以及他和科马罗夫的合作^⑤在他们那个时代属于凤毛麟角，但是他们讨论的一些问题却导致作

① See S. J. Yanagisako, 'Flexible Disciplinary: Beyond the Americanist Tradition', in D. A. Segal and S. J. Yanagisako eds., *Unwrapping the Sacred Bundle: Reflections on the Disciplining of Anthropology*, Duke University Press, 2005, p. 96. ; See also F. Barth, A. Gingrich, R. Parkin and S. Silverman, *One Discipline, Four Ways: British, German, French and American Anthropology*, The Halle lectures, The University of Chicago Press, 2005.

② F. Munger, "Mapping Law and Society", in A. Sarat, M. Constable, D. Engel, V. Hans and S. Lawrence eds., *Crossing Boundaries - Traditions and Transformations in Law and Society Research*, Northwestern University Press, 1998, pp. 21 - 80.

③ 巴斯等人在2005年的研究中展现了人类学在英国、德国、法国、美国的长足发展。（F. Barth, A. Gingrich, R. Parkin and S. Silverman, *One Discipline, Four Ways: British, German, French and American Anthropology*, The Halle lectures, The University of Chicago Press, 2005.）

④ S. Roberts, *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*, Penguin Books, 1979.

⑤ J. L. Comaroff and S. A. Roberts, "The Invocation of Norms in Dispute Settlement: The Tswana Case", in I. Hammett ed., *Social Anthropology of Law*, A. S. A. Monograph 14, Academic Press, 1977, pp. 77 - 112. ; J. L. Comaroff and S. A. Roberts, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, University of Chicago Press, 1981.