

这是关于争议过程的研究，主要是以两个茨瓦纳(Tswana)首领汲取的人种志为基础。我们主要关注的是理解这些过程的逻辑，特别是他们所处的社会文化秩序的方位。但是，这种人种志也提供了一个重新评估已经建立起来的、基于法律人类学发展的理论范例。更加宽泛地讲，它讨论了社会文化系统和日常生活属性之间关系的实质问题，而争议只是其中的一部分。我们的分析将我们引入这样的结论：自相矛盾的是，当被冠以“法律人类学”的领域可能对学科产生最重要理论重要性的详细的洞察力时，它是否能够成为一个单独的研究领域都可能成疑。

法律人类学^①的发展带上了两个显著的趋势的标记，而这两个趋势同这里的分析有关。第一个趋势，正如特文宁(Twining, 1964: 34-35; 也见 Moore, 1970: 270)注意到的，是“不同作者们目的、方法和重点的巨大差异性”。在比较了六位主要的非洲人类志学者的研究

^① 在这个阶段，我们使用传统意义上的“法律人类学”，但是仅仅处于便利的考虑；我们在此所做的实质性的保留在后面的讨论中会变得更加明显。

后,他继续写道:

毫不夸张地说,如果这些书是写相同的部落,每本书可能仍然会作出一定的贡献;当然,如果你准备仅仅依赖这些书而对蒂瓦(Tiv),巴罗策(Barotse),苏库玛(Sukma)和茨瓦纳等部落进行比较研究,马上你就会清楚地发现从所提供的信息中寻找一个真实的基础基本上是不可能的。

- 4 尽管是许多有影响力的作者,如格鲁克曼(Gluckman, 1955a, 1965),波斯佩西尔(Pospisil, 1971),哈姆内特(Hamnett, 1975, 1977)等试图相信被这些基本概念,如“司法体系”“法律”和“法律机构”涵盖的现象被清楚地限制,并且跨文化界限的比较。

第二个趋势是,尽管更加分散,是与第一个趋势联系在一起的。这个趋势自己在争议周期性的出现之中,对法律人类学的研究正确对象而言通常是荒芜的且不具有生产力的。这种争论已经发生在抽象的广泛而且多元层次的抽象上。在它们最特定的方面,他们已经提出了这样的问题,比如,是否是规则或者程序要求事先的分析注意;在更加一般的层次上,它们已经注意到这样的问题,是否所有社会都有法律;在最为稀少的领域,它们寻找建立起社会秩序自身的属性。初一看,这些争论似乎构成了一系列的不相干的和大多数没有关联的具有不同重要性的事件,但是,它们事实上是紧密相连的。事实上,我们建议它们实际上是一个核心问题的不同方面,可以追溯到这个学科的核心,即西方的法律安排是否可能为跨文化分析目的提供一个基准,并且,在适用上,以及在什么程度上,英国法或美国法应当限制比较法律理论的内容和范围。当然,这个问题在社会科学(经济人类学中“实质主义-形式主义”的争论代表了这样明显的类似情况)的其他地方有呼

声,并且在认识论上的适用是得到认可的,同时也是复杂的。^①

这些广泛的趋势尽管经常被注意到,但还未曾被充分地说明。我们相信它们在法律人类学中是一个两个相反方法的集合,可以被称为“以规则为中心的”和“程序”范式。尽管它们分别处在相对应的理论假设的基础上,它们之间的范式对立还未被充分认识。^② 为了将我们的讨论置于这样的场景,并且认清其中一些我们关心的主题,我们就以简要地考虑开始互为竞争的立场。

概念性基础

5

法律人类学中对以规则为中心的(rule-centered)和程序性的范式(processual paradigm)之间,以及它们所具有的假设的反对也在社会学的“规范的(normative)”和“解释的(interpretative)”方法之间的分裂中产生回响。事实上,一些学者,比如,达伦多夫(Dahrendorf, 1959)、吉登斯(Giddens, 1979)已经建议说,一个类似的反对在西方社会理论的整个框架内是明显的。最本质的是,以规则为中心的范式是建立在以规则规范的社会生活的概念和以作为遵从已经建立的规范戒律的产品的正常行为的概念基础之上的。结果是,争议获得了一个病理学上的特性;它发出了一个异常行为,一个功能丧失,一个社会的控制机构实质上是被设计来纠正这些的。与这种关于秩序的观点相

① 关于这个认知的最近(一般)的理论文章,见克里克(Crick, 1976)。因为问题最终是关于比较社会学的特定属性,任何数量的相关文章都可以被引用。

② 对这个一般化的显著例外是劳拉·纳德(Laura Nader)。在对这个领域所做的概述中(1965),她注意到了一种兴趣的断裂,那种对那些研究“冲突解决”的学者和对那些关心“法律程序”和“司法过程”的学者所做的划分。这个区分,将来会更加清楚,更加广泛地对应于我们自己的区分。在稍后的同英韦松合著的(1973)文章里,她作了进一步的探究,尽管是用不太清楚的术语。

关的是偶发性的假设,其可以追溯到很久以前的政治学,^①在没有中央化的机构时社会不会有效地连接在一起,而这些机构制定规则,确保与它们一致。当然,相反的观点将人设想为利己的存在,认为他与其他同类合作的意愿是一种利己的表示。当规则不能被用来实现这样的利益时,他们会尽可能地被无视,暗示着个体主要被其他人的行为限制,其他人又被置于关系和互惠分享网络之中。这个分析的推论是寻找社会过程中秩序的多元性,而对机构的管制应该少于对日常生活中的活生生的人的关注。接着是程序范式视争议为正常和必不可少的,而不是病态的或丧失功能性的。

以规则为中心的范式

在法律人类考古学中,正如这个学科的一般理论那样,相互对立观点的核心总是与拉德克里夫-布朗(Radcliffe-Brown)和马林诺夫斯基(Malinowski)的著作联系在一起的。但是在以规则为中心范式的传统中的学术研究至少可以追溯到梅因(Main)《古代法》的那个时
6 候。梅因自己是个律师,他的主要兴趣在于英国法律制度的起源,而这个问题已经出现了数量相当可观的理论。受到当代进化论的影响,他试图从异国文化中找到视角,而这似乎代表了早期的发展阶段。他智识上的偏好就这样不含糊地以“法律为中心”,并且它们被特定地用于对他自己社会法律机制的理解。

后来的以规则为中心范式的学者已经维持了这个与法理学之间的联系,而这个联系已经在许多重要方面影响了这些学者。首先,当其他文化在被作为主体(而不是仅仅作为西方法律史的简单附属而

^① 这在霍布斯的《利维坦》中也能找到。

被)研究的时候,社会学理论家们毫不犹豫地视“法律”为一个自然类别的现象,一个他们主体被适当分割的探究之地;^①例如,拉德克里夫-布朗(Radcliffe-Brown, 1952: 195, 198 - 199)在她提出的“社会的生理机能”中视法律为一个不连续的和特殊的因素。第二,一些人类学者视法律为一种主权、规则、法庭和执行机构等事项的方式紧密地反映了那个时期英美法律理论中主导性的不可避免的实证主义的取向。这种影响在对法律进行定义的工作和对实证研究的性质进行的研究中都是明显的。拉德克里夫-布朗在将法律定义为“通过系统地适用政治构造社会的力量的社会控制”时,清楚地追随美国法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound)。类似的,埃文斯-普里夏德(Evans-Pritchard, 1940: 162)确定了这样一种情况,即,在其中有一些“司法裁量的权力”和“执行裁量权力”(比较 Fallers, 1969: 13 - 17)。两者都承认这样的定义在人类志的场景中是缺少关联性的,并且如果法律被这样定义,一些社会可能根本没有法律(Radcliffe-Brown, 1952: 212; Evans-Pritchard, 1940)。但是,其他作者不太愿意接受这个说法,并且为了找到统一的定义发展出了大量著作。

对这些著作进行详细的研究不能实现任何目的;两个例子足以揭示以规则为中心的范式所依赖的一些重要假设,并且可以说明它对法学概念的依赖。一个是波斯佩西尔(Pospisil, 1971: 39 - 96)提供的例子,他的观点是法律应当被视为是“从法律决定中提炼出来的原则”,并且建议任何此类决定要求有四个特性以便能够被认定为“法”:权威、普遍适用的意图、义务和惩戒。另外一个例子来自霍贝尔(Hoebel, 1954: 28),他主张:

① 适用于这个领域研究的特殊标签——比如,“初级法”也肯定了这个。

出于工作的目的,法律可以被这样的术语定义:如果一个社会规则的怠慢或违反经常由拥有社会认可的优势的個人或者集团而为之,或者是威胁性的或者是事实上的使用武力,那么这个社会规则就是法律的。

这两个定义,与西方法学理论有差别,将法律直接与权威性的社会控制相联系,这很难适用于多元的社会——无论是有或者没有中央化的政府安排——法律人类学学者们经常研究的对象。此外,它们包括了一些不言而喻的假定,而这些假定经常出现在这个范式的学者呈现的人类志的研究成果中。夏培拉(Schapera)经典的《茨瓦纳人法律和传统手册》一书,比如,包括了有记录规则的丰富具体的清单,以同那些在西方制度里找得到的规则紧密对应的类别呈现出来;整个研究暗示了这些规范性的陈述同法律规范一样有相同的特点,反映在它们构成了司法机构用来决定争议结果的规则中。^① 相同的,波斯佩西尔(Pospisil, 1958a)将“卡宝库(Kapauku)法律”呈现为规则的类别,尽管他把这些规则定性为土著的规则。然而,在将法律定义为“从司法决定中提取的原则”的时候,波斯佩西尔坚持说,这些规则是以类似于在英国法律体系中比较形式主义的方式运行的。为了维持这样的特性,卡宝库中干预争议的“大人物”被要求符合一个比较严格的司法模式。^②

① 重要的是强调夏培拉的目的是制造一本手册,而这本手册可以被殖民政府和它的官员在管理茨瓦纳和法院的时候使用,有必要提醒的是,正如他自己说的那样,他关心的是茨瓦纳法律的“法条”而不是“精神”(1938: x)。但是,他的实际目的不是自己解释为什么茨瓦纳的材料需要被用来投射到一个从其他制度延伸而来的框架当中。

② 从波斯佩西尔自己的案例数据和类似于巴布亚(Papuan)社群的一些研究判断,很难逃离这样的结论,这个分类更大程度上是因为他预设的关于法律属性的想法,而不是卡宝库争端解决程序的现实。波斯佩西尔已经强烈地责备了那些不曾试图将从其他社会取得相似的数据放进一个法律模式的学者。一个例子是他批评古利佛在《邻居和网络》一书(1971)中对恩登德利(Ndendeuli)的态度。

但是,把在以规则为中心的范式中研究的学者描述成不可避免地最多是找寻把非西方体系的社会控制放入一个西方法学理论提供的概念框架也是错误的。在格鲁克曼的著作《巴罗茨人的司法程序》(*The Judicial Process among Barotse*, 1955)和法勒斯(Fallers)的著作《没有先例的法》(*Law without Precedent*, 1969)中,作者作出了比较精到的努力,把卢齐(Lozi)和索加(Soga)* 的司法机构同普通法和大陆法的制度做比较,在众多的制度之间建立相同点和差别。此外,这些作者无一假设在规则和这类结果之间的机械关系,而这个关系弥漫于比较陈旧的研究当中。格鲁克曼尽管对土著的规范秩序在争议决定过程中的重要性予以刻画,但特别强调卢齐规则的灵活属性,并且展示了这些规则不同程度的一般性,而这些一般性为法官在作出决定时提供了相当大的空间(1955a: 第六章)。然而,他们两位一致主张法律规则可以同他们研究的社会里其他类型的规则区分开来,并且“法律”必须最多被视为一种不可更加缩小的现象种类(比较 Hamnett, 1975; 1977: 7-8)。

以规则为中心的范式^①研究从几个方面得到了批判。其中最著名的可能是格鲁克曼-博哈南(Bohannan)辩论^②产生的结果,讨论了分

* 译者注:东非一个部落,Lloyd Fallers 曾有所提及。

① 纳德(Nader)和英韦松(Yngvesson, 1973: 889)列举了一些研究的例子,根据他们的标准,这些研究成果属于这个范式:霍贝尔(1940, 1954),格鲁克曼(1955a, 1955b),博哈南(1969),波斯佩西尔(1958b, 1969),夏培拉(1938, 1969),理查德森(1940)。摩尔(1970)和纳德(1965)提供了更加完整的这个研究领域的历史回顾。

② 这个争论吸引了大量的注意,并且从1950晚期至少持续到1969年。作者立场的代表性的抗辩在博哈南的第二版的 *Justice and Judgment among the Tiv* (1968)和格鲁克曼的 *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)* (1967),尽管每本书也提出了其他的观点(比如,Bohannan, 1969)。摩尔(1969, 1970)已经对这个争论做了概述,是最受欢迎的。纳德(1969: 5)在她的法律文化和社会温纳-格伦(Wenner-Gren)大会上的发言中对此作了最后的总结。同参加那次会议的许多与会者那样,我们相信争论一开始就在一个错误的问题上作了断定,结果是,我们对争论也不做预演。

析模型的差异。一些作者(比如, Bohannan, 1957; van Velsen, 1969)已经试图展示为什么假设英美法律的语言、概念和制度种类被用来分析那些在其他制度里发现的法律是不可行的。首先, 简单地说, 在其他文化里那些类别的可比性可能根本就不存在, 即使有, 它们的社会学方面的重要性在那个语境里可能相当不同。在任何情况下, 它们的可适用性一直要求实证演示, 以便于它们在逻辑上不会被作为先验提升到一个比较分析工具的高度。其次, 正如范·弗尔森(van Velsen, 1969: 137)已经指出的那样, 那些以规则为中心的比较主义者已经使用的概念基于的是“一个对他们自己法律体系的欠佳理解”。在这个范式里的早期作品深深地依赖对英美法律体系安排的幼稚解读, 这当然是对的, 其假设了规则和争议解决过程中没有问题的关系。然而, 这个批评也不能全部适用于所有后期的研究。比如, 法勒斯汲取了李维(Levi, 1949)和哈特(Hart, 1951)著作中精深的法理学理论, 在解释索加司法推理中熟练地运用了这些理论。第三, 但是, 也有主张认为, 法人类学学者们所运用的西方模型已经成了民间而不是分析上的工具, 根据这类民间类型而进行的人种志描述本质上是武断的组织, 包含了严重的实用主义的危险。这不仅仅会导致潜在重要课题的消失(比较 Gulliver, 1969b: 17)而且会产生扭曲的问题和误解的答案(Nader and Yngvesson, 1973: 886, 896 - 897)。很有可能这个说服了埃文斯-普理夏德(Evans-Pritchard, 1940)——他一度用正规的英国法术语定义法律, 并且得出结论, 严格地说, 从法律框架的角度看, 努尔(Nuer)人没有法律, 因此摒弃可供参考的法律框架, 而根据分割的谱系寻找努尔人社会秩序的逻辑。

相似的批评也针对更加特定的范式内认知的规范立场和方法。我们(Comaroff and Roberts, 1977a)已经在其他论述中展示了规则所具有的特定性和价值在一个系统里可能非常不同; 从实证立场看, 这

些规则不能被同等地视为同种的“法律的规则”(rules of law)。^①即使在那种人们可以轻而易举谈论法律事件,而又明显有与“法律”差不多的对应术语的社会中,^②没有一个分立的法律规则的类别,在功能和概念上与其他类别的规则或者“为了法律上的目的而特别组织的规则”(Bohannan, 1957: 58)茨瓦纳的个案——经常和巴罗策(Barotse)一起被用来作为小规模法律体系的例子,同我们自己社会的法律概念基础有很大的相似性——在这个方面有启发意义。在茨瓦纳社会里发现的规则,也就是 mekgwa le melao ya Setswana,构成了一个没有区分的指令系统,从礼貌行为的标准到违反会有极度严重后果的规则。我们在第三章会审视这个系统;这里认识到与争端解决程序有关的这些规则从未被区分或分割就够了。这样 Mekgwa le melao 就不构成 10 一个特定的像格鲁克曼主张的在巴罗策社群里找到的法典,巴罗策人广义地适用相同的术语来描述他们规范系统。^③但是,即使我们能够确定这样的系统同法律规则有某种相似性,这也是一个可以争论的内容,即以规则为中心的范式还没有为这方面最实质的问题,即说明不同种类的规则和争端解决程序之间系统性的关系,提供一个有说服力的解答。事实上,格鲁克曼(1955a: 95);克里奇(Krige, 1939: 114 -

① 纳德和英韦松(1973: 896 - 897)有相似的观点,同巴顿(Barton, 1919),波斯佩西尔(1965),和其他人的著作有关,他们探究这些作者在把他们收集的规则的集合叫作“法律”的时候,依据是什么。这里的含义是清楚的:重点是田野调查者建立了这样的模式,一个给定的戒律集合具有一系列规定之法的标准,但是这样的任务还没有很好地实现。

② 哈姆内特(1977: 8),在试图为格鲁克曼的法律特殊性的观点辩护的时候,争论道,Bantu stem - lao 的“本地属性”(indigenous character)“在文学里是完全站得住脚的”:简单地说,就是“法律”。然而,哈姆内特忽视了夏培拉谨慎的观察(1938: 36, 1943a: 4),在茨瓦纳人看来,这个术语和相关术语之间的语义学和概念的界限是不清晰的(见以下第三章)。

③ 格鲁克曼的主张受到了不同的回应。摩尔接受了这样的观点(Moore, 1970),马奇(March, 1956),阿尤布(Ayoub, 1961),道格拉斯(Douglas, 1956),博哈南(比如 Bohannan, 1969)。

115),在谈及巴罗策兰地区(Barotseland)的时候,承认“即使有顾问的帮助,一个白人裁断卢齐人之间的任何复杂的问题”会是困难的事情。无论我们目前对规则和推理的理解,对法律原则或它们同司法决定之间的关系的理解处于何种状态,从卢齐人规范方面的文化和实践逻辑方面看——不要提那些在社会里未曾被深入和敏锐地描述过的规则——仍然在某种程度上还是不可穿越的。

最后,有一些其他附带的对这个范式的批判。比如,已经被指出的是(Beattie, 1957; Gulliver, 1969a: 26; Roberts, 1976: 666)特定的法律机构即使是在那些有这些机构的社会也不是拥有专属的解决争议的权力,而这种专属的权力在英国显然是由法院独享的;并且在某些系统里,第三方对于一个特定决定影响的能力可能基于一种合理性,而这种合理性由于政治因素而不是一个不可谈判的司法权威而又不同(J. L. Comaroff, 1973, 1975; Gulliver, 1969a: 34);并且,更加一般的理解是,把司法属性作为前提加进第三方干预中去可能是危险的(见原文第8页);并且,作为一种本质上是法律活动的争端解决的分析在某种语境里在政治属性方面是模糊的(见 Gulliver, 1963)。然而,以规则为中心的方法在法律人类学界和之外都有相当的影响。纳德和英韦松(1973: 884ff),以及罗伯茨(Roberts, 1976: 668)观察到,这样的影响力似乎在下降,尽管摩尔(Moore, 1970: 260)有相反的观点。目前,没有人会否认,许多当代的学者坚持使用这个范式(比如, Glodschmidt, 1967; Myburgh, 1974; Hamnett, 1975)。事实上,哈姆内特(Hamnett, 1977)在最近的一个社会考古学家协会的会议召集时,试图将这个充满矛盾的范式形式进行合法化,尽管许多参会者表达了相反的观点。

程序范式(The Processual Paradigm)

相反,程序范式的核心或阐述很少或几乎没有和法律理论有深入的联系。一般的共识是,这个范式的起源可以追溯到马林诺夫斯基的著作《原始社会的犯罪和习惯》(*Crime and Custom in Savage Society*, 1962)。在这本著作里,马林诺夫斯基试图通过分析解释在特里布里恩德(Trobriand)岛上的社群里秩序是如何维持的,在那个社会里“缺少法院和警察”。马林诺夫斯基的立场经常被讨论(比如, Schapera, 1975a),这样的立场出自马林诺夫斯基的观点(1934: lxiii):

“在这样原始的社群里,我个人相信法律应当根据功能而被定义,而不是根据形式而被定义,也就是说我们应当看到这些安排是什么,社会学的现实、文化机制,这些都为法律的执行起到作用。”

尽管马林诺夫斯基在这里和别处使用了术语“法律”,清楚的是他似乎通常用这个术语包括了所有社会控制的模式。他在方法论上的特点是相当清晰的:当我们的法律机构在其他社会没有直接的对应物的时候,它们在维护社会秩序和管理冲突方面的功能必然在这些社会里有所体现,社会行使这些功能的机制的范围,无论是否是机构性质的,应当定义研究的整体。这个假设进而坚定了马林诺夫斯基为了比较解释的目的而有必要超出西方法律概念的理念,并且,当然这无论是分析的还是定义的,也将法律和秩序的问题牢固地放在了对社会控制研究更加广的框架里。摩尔(Moore, 1970: 258)已经建议说:

12 “马林诺夫斯基已经提议的法律的概念是如此之广以至于这个概念最终与对所有社会关系的义务方面的研究没有区别。几乎可以这么说,这个概念的宽度和模糊性使得马林诺夫斯基的观点区分出来或者定义任何研究领域的法律变得非常困难。法律与一般的社会控制不能区分了。”

对马林诺夫斯基的批评者们而言,特别是那些以规则为中心的劝诫,这是一个严重的缺陷。对其他人而言,这是他立场的主要特质,几位学者已经从他的原创的立场或者从这个立场的适用演变出他们的观点。这其中,也许最重要的是这样的原则,即行为主要受社会关系的本质属性(责任制、可期性及互惠性)以及人类交往活动中突发事件的限制。这样,在社会过程而不是社会机构中,秩序的研究最终有了基础。同时,马林诺夫斯基在著作中表现出来的自我坚持,认为人对于建立起来的规则以及机构化的社会安排有滥用和扭曲倾向,并且日常社会形态也已经加入了另一个有问题的因素;现在,如果这些是真实的话,我们是否真的理解了个人行为和社会形式之间的关系?

在这些问题被研究之前尽管已经有了一些时间,其中一些研究大多数是发表在 1950 年之后的,现在已经稳固地确立了现在被称为“程序”的范式。我们使用这个标签的目的是强调,随着政治人类学的重点发生了从结构和机构向程序和互动的平行转变。在各观点的学派之下,思想近似学者的方法逐渐趋同(比如,Swartz, 1966; Cohen, 1975)。事实上,对这个说理学派的学者们而言,政治和法律之间的现象界限已经被证实绝大部分是空想的。再一次,对我们而言,在此对政治人类学和法律人类学的适当性做公开的争论没有太大意义,它们仍然是处于探究的离散的研究领域——除了说这种趋同已经被视为我们自己人种志方面实质的应用。然而,更加直接的是,这种趋同对

这样的事实是可以解释的,在那些对程序范式的发展作出贡献的学者们而言,一些学者不被公认为是法人类学的学者。

我们已经勾勒出程序范式的理论基础,但是两个非常知名的人种志的研究经常被用来例证这个范式的基础性假设。科尔森(Colson)已经展示了,在汤加(Tonga)半岛,争议是如何被一个主导性的关系结构限制的。另外,在为了理解社会融合而探究关于冲突的社会学的潜力的时候,它也阐明在这样的争议过程中当事方寻找挖掘社会安排的办法。类似的,特纳(Turner, 1957)关于冲突和恩登布(Ndembu)人之间冲突的分析说明了在个人的战略性活动和他们受到限制的结构背景之间的地方性关系。他争辩到,争议的形式大部分是社会融合互相矛盾的原则之间的合作功能;这样,主要领导者的活动,成功和失败,在长期和短期来看,是通过这样的原则得到解释的。^①在这个时候,特纳把极大的重要性归结于规范性秩序和由结构性紧急状态决定的程序性结果的确认;事实上,他在他的著作《分裂和延续》(*Schism and Continuity*)一书第二版的前言中提到,在比较陈旧的结构功能主义传统和比较新的程序性方法之间,这个分析是“过渡性”的。然而,这的确标志了重点从机构到互动的转变。像科尔森一样,特纳没有直接研究“法律”的问题。事实上,纳德和英韦松(Nader and Yngvesson,

① 读者们可能好奇,我们把特纳和科尔森的人种志方面的研究放在与格鲁克曼关于法律的研究不同的范式类别里,尤其是他们的“曼彻斯特学派”所共同的智力联系。事实上,特纳(Turner, 1957: xxxii - xxxiii)已经清楚地强调他们所分享的假设,正如格鲁克曼在许多场合强调的那样。格鲁克曼在这些观点的历史性方面的立场所具有的两元性也被库珀(Kuper, 1973: 184)注意到:“(格鲁克曼)在这个阶段的主要研究与他所激发的研究是离题的。这是他关于卢齐法的研究。”毫无疑问,现代英国大部分的关于“程序”方法的研究都是格鲁克曼范式和一般的研究著作所激发和发展的。在法人类考古学的特定界限内,他自己的研究所表达的是一个更加狭窄的方法。这个超过了我们在这里所进行研究的范围,探究格鲁克曼智识年谱的这个方面,但是重要的是这个对完全和清晰了解法人类考古学的发展是重要的。

1973: 890)认为他的研究只是一个两分法观点的确认,这个两分法是“法律程序和社会程序是不能共同存在”和他们列举了诸如贝利(Bailey, 1960)和古利佛(Gulliver, 1963)以及其他著作的例子。^①

14 这些相似的研究共享了一些特性,这些特性共同构成了这个范式的余下的因素。首先,正如我们已经注意到的,冲突被视为社会生活的地方性特征。其次,这暗示了这个冲突的社会学意味只是被一个方法所揭示,这个方法在扩展的社会程序的框架中对其进行了分析。对一个争议的充分研究要求有对这个整体社会框架的描述——这个社会的本质,管理这个社会持续的努力,以及当事人之间关系的持续历史。更为现时的深度也是必要的,如果需要对冲突有更加包容的规律(或周期)有所提炼,正如特纳(Turner, 1957)已经试图显示的那样。一旦争议不再被视为是离散的和被约束的病态事件,它们就不会从社区生活的持续发展中被清晰地割除,即使是出于启发式的目的。

第三,该相对更为宽泛的范围概念也体现出,关注的重点已不再是从法官(或判决)为出发点,而是对争议解决过程的特质和功能作出解读。因此,所谓的诉讼者的视角在描述性分析中得到了不断增强的强调。这个强调的合理性显然是充分的:因为对抗和争议仅仅代表了相关当事人交叉的介绍的一个阶段,这是他们各自的情况、目标、策略和行动,而这又决定了他们之间相互作用的性质。是否以及以何种方式使得争议进而演进为一个公共对抗经常是基于这些因素而被预测的。如果争议解决程序的形式和内容得到解释,注意力必然指向了争议者明显追求争吵的意图,他们如何得到支持,他们如何以战略努力影响事件的程序发展等。

^① 罗伯茨(Roberts, 1976: 675)也罗列了这些例子,并且做了相似的评述,并且增加了伯纳德特(Berndt, 1962),杨(Young, 1971)和科克(Koch, 1974)的一些例子。

第四,明显的是,在另外的范式因素中,土著的规则不被视为一种“法律”的前提,这种前提性是有能力以一种直接的方式决定争议的结果。已经被认可的是,这些规则本身可能成为谈判的对象,有时候可能作为一种资源被更加有利地得到运用(Comaroff, 1978)。这个事实进而重复了自明的需要,考虑这些规则和范式的文化逻辑,无论这些规则以何种方式得到表述。这也说明了重新考虑第三方干预的可行性。这样,已有的努力是研究可能的第三方角色的明确范围,以及这些角色作为裁判和调节者是如何受到更大的限制的(比如, Gulliver, 1977)。

就程序范式而言,争议解决程序绝大部分被视为一个概念化的结构体系,以便于竞争性的谈判、交易和妥协。当存在着特定的法律机构时,它们的运作已经作为这个框架里的一个因素而被分析。当然,这些活动被不同的作者们描述和理解的确切方式——无论是否应用博弈论、象征性交互动作用论或者交易分析——反映了在一个对程序模式的探索性价值的分享承诺的框架里对更加广阔的方法论的忠诚,这个承诺在过去的 20 年里已经在社会科学领域得到了不断增加的认同(比较 Gulliver, 1979)。

这个范式也受到了两个方面的批评。可以预见的是,大多数的批评来自以规则为中心方法的支持者,因为对程序模式的承诺本身暗示着放弃程序方法的许多实质方面,或者相反;如果不是这个情况,两种方法论不会被说成两个对立的范式。^① 一个大体的批评是更加宽泛的视角缺乏学术上的严格性,因为这个视角对研究的现象没有设置清晰

^① 根据我们先前提到的在经济考古学中关于“形式主义—实质主义”可比性的争论,了解萨林斯(Sahlins, 1972: xii)的评论是有益的,其主要观点是“没有理由认为存在着‘答案介于两者之间’的学术结论”。

的概念或定义方面的限制(见 Moore, 本书原文第 11—12 页), 最后的结论是, 法人类学的亚分支对社会行为的任何被划分界限的领域不再有分析上的统一性。相反, 建立在法律不可约性原则(the notion of the irreducibility of law)基础上的以规则为中心的范式提供了舒适的界限, 已经有的努力是主张实证和逻辑基础的价值。基于非洲的证据, 哈姆内特(Hamnett, 1975: 107)在引用法勒斯的观点(Fallers, 1969)后这样表示:

一个延续的“法律性”的范围……可能被这样理解, 并且实证的法律体系可以被置于它的一边……对法勒斯而言, 事实上, 法律是一个松散的可变量, 可“多”可“少”。他在这方面通过重新把法律描述为一个特定的社会行为模型和从“社会控制”的理论荒漠里展示法律的方法……已经对法人类考古学作出了主要贡献。

16 为了避免程序范式的所谓的无定形态(amorphousness), 哈姆内特主张一个解决方法, 把法律视为一个社会行为不特定的可变的因素。然而, 我们的观点是, 这个方法没有提供一个有说服力的把我们带出“理论荒漠”的路径。这个方法只是从新主张, 暗示性的, 以规则为中心的范式的类似的假设, 并且重申了一个没有争议的认知, 即其他体系同我们的体系有明显相似性的同时而有所不同。除此之外, 这个方法没有为我们提供现成的分析方案, 以解答上面提到的范式性的批评。这个方法也没有“重申”法律作为一个社会行为特定的模式或者展示了为什么这个方法是有价值的。

在我们看来, 针对程序范式第二层次的批评是更为严厉的。这个批评包括了一个普遍的担心, 针对的是战略性谈判会导致一个简单化的人的概念, 马林诺夫斯基怀旧的观点是:

人是利己的,他只在有某种形式增加自我利益的时候会合作……当规则阻碍了自我实现的满足的时候,规则在可能或者方便的情况下则会被破坏(Kuper, 1973: 40)。

这个概念重点放弃了这样的主张,行为可能充分地通过遵守习惯规则而被理解,但是这个概念自己也有困难。正如哈姆内特(Hamnett, 1975: 7)提出的,马林诺夫斯基人种志方面的归纳著作:

特里布里恩德人,从一个被习惯规则所束缚的机器人,一下子变成了一个有着成本收益意识的功利主义、实证主义者。这第二种套路也未必比第一种套路更受欢迎。

在这个方面,争论可以继续下去,人类的动机现在归结为残忍的单因果关系的最大化原则,社会控制被视为一种战略互动的偶发现象。这个概念进而对社会秩序里的规范因素的误解和误判造成了影响:如果规则不限制和决定行为,仍然存在的问题是为什么它们还存在,并且有时候构成了精致的体系。此外,人们清楚地不会战略性的作为,以至于对已经被接受的规范和规则的任何强迫性因素的前置否认使得更加多的行为变得不清晰。

17

这个观点可以进一步得到阐释。一旦程序和利用联系起来——无论这里的利用被看作是利益的普遍化或者本土价值的追求——这是一个小的步骤以视社会文化结构为“给定”的结构,并且它与争议的关系是没有问题的。任何人类实用主义的概念就是这样的,无论这个概念是否被披上了实质主义或形式主义分析的术语,都没有解决相同的问题:在这里存在着规则和程序的系统关系?个体行为和社会经验如何与它们发生的语境发生联系?如果争议的逻辑有待最后被理