

初民的法律

●法的动态比较研究

[美] E·A·霍贝尔著

周 勇译 罗致平校



初民的法律

● 法的动态比较研究



(京) 新登字030号

责任编辑: 黄 华

责任校对: 周 勇

封面设计: 朱 虹

版式设计: 王丹丹

初 民 的 法 律

——法的动态比较研究

CHUMIN DE FALÜ

〔美〕E·A·霍贝尔著

周 勇译 罗致平校

*

中国社会科学出版社 出版
发 行

总 经 销

北京景山学校印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 14印张 2插页 357千字

1993年8月第1版 1993年9月第1次印刷

印数1—2000册

ISBN 7-5004-1256-8/D·106 定价:12.00元

●「美」E·A·霍贝尔著●周 勇译 罗致平校●



中国社会科学出版社



Edmund Hoel

—

内 容 提 要

本书从当前尚存于美洲、亚洲、非洲和南太平洋群岛等不同地理环境内的前文字社会中，撷取出分属狩猎、园耕、游牧、农耕等不同经济文化类型的七个原始民族的代表，在详实可信的田野调查报告的基础上，对原始法进行了富有创意和兴味的探讨。同时，本书还就人类学家研究初民社会法律的视角、方法和对法律文化发展的趋势作了全面的阐述。

献 给

卡尔·N·卢埃林和马克思·雷丁

校者前言

罗致平

周勇同志翻译的《初民的法律》一书，译文流畅，可读性强，是很值得认真阅读的佳作。该书的原作者霍贝尔教授是美国当代著名的人类学家，原始法研究的权威，他的这本大作在学术界被其同行们誉为“对原始法进行总检讨的最佳作品”。自1954年由哈佛大学出版社以英文版问世之后，一直印行不衰。1968年该书被译成德文出版；1973年又被译成意大利文发行；1984年日文版刊行，其译者千叶正士和中村孚美两位教授将书易名为《法人类学的基础理论》。因此，以下我想把法人类学的历史发展及其研究的视角概略叙说一番。

19世纪，有些令人兴奋的术语象征着法人类学的诞生。首先是“比较法学”（comparative jurisprudence），其次是“法律古生物学”（paléontologie juridique），最后是“法律考古学”（archéologie juridique）。法律民族学（ethnologie juridique）这一术语只有到了1890年才正式出现在波斯特（Post）《民族（学）法律学大纲》中，对于欧陆学者所称的法民族学，英美学者则习惯上称为法人类学。

19世纪中期，出现了一批对法进行人类学研究的先驱学者。其中较为著名者有瑞士的巴霍芬，英国的麦克伦南、梅因和美国的摩尔根。

1861年是法人类学发展史上的一个关键时期，在这一年，斯图加特和伦敦同时出版了巴霍芬的巨著《母权论——根据古代世

界的宗教和法权本质对古代世界的妇女统治的研究》，开始了亲属民族学的研究。巴氏的这部著作，以其成功地对埃斯库罗斯根据古希腊的神话所编排的诸神对奥列斯特弑母一案的审判所作的诠释而给人们留下了深刻的印象。案件的情节大致是：克丽达妮斯特拉为了她的情人亚格斯都士，杀死了她刚从特洛伊战场上归来的丈夫亚加米农，而她和亚加米农所生的儿子奥列斯特又杀死了自己的母亲以报杀父之仇。为此，他受到母权制凶恶的维护者依理逆司神的追究，因为按照母权制，杀母是滔天的罪孽。雅典娜主持了该案的审理。在法庭上，奥列斯特为自己辩护说：克丽达妮斯特拉既杀了自己的丈夫，同时又杀了他的父亲，犯了两重罪。为什么要追究他，而不追究罪行更为严重的她呢？依理逆司神的回答是：她跟她所杀死的男人没有血缘亲属关系。雅典娜将此案提交给她的陪审员阿雷奥帕格的法官们投票表决，其结果主张宣告无罪与有罪的票数相等。这时，雅典娜以审判长的资格给奥列斯特投了一票，宣告他无罪，于是，父权制战胜了母权制。^①

巴霍芬的这部著作是首先撇开对人类原始社会状态的空谈，运用古代经典著作中的许多证据，来进行其对人类早期社会制度的研究的。沿着这条路径往前，很快就出版了麦克伦南的《原始婚姻》（1865年）^②和摩尔根的《人类家族的血缘制度和亲属制度》（1871年）。但是，在这批先驱学者中，只有梅因的《古代法》（1861年）及其《早期制度史》（1875年）、《早期法律和习惯》（1883年）等一系列对人类古代社会法律的探讨和他对人类法律制度进化的研究，才为后来的法人类学奠定了坚实的基础。因此，有学者认为，是梅因真正创立了法律人类学。^③

由此可见，法律人类学历史发展的第一个阶段，主要是由一批对原始法以及人类法律制度史有兴趣的学者运用古代的文献材

① 参见《马克思恩格斯选集》，第4卷，第6—7页。

② 这是一部以古代及近代的许多民族的材料来探讨抢劫婚起源的著作。

③ N·卢兰：《法律人类学》，法文版，第49页。

料和近代对一些异民族情况的零散记载来进行研究的。当梅因在19世纪中期着眼于探究人类早期法律制度的问题并取得卓越的成就时，真正的对法的人类学研究的热潮尚未兴起。而当这种研究在19世纪末20世纪初形成一股潮流之后，这枚火炬转到了德国的波斯特、科勒，荷兰的胡尔赫罗涅和英国的马林诺夫斯基等人手中。他们对殖民地初民社会法律的田野调查和民族志的记载与比较研究，开创了法律人类学发展史上的一个新时期。

德国是法律民族学的诞生地，其创始者为巴阿福氏。波斯特和科勒是这一学科在德国的杰出代表。据莫斯在《民族志教科书》（1989年）一书中介绍，波斯特的主要著述有《原始时代的两性公社和婚姻的成立》（1875年）、《非洲法律学》（1887年）、《法律的基础及其发展史要点》、《民族（人种）法律学概论》（1894—1895）等。科勒是第一个在大学里讲授这一学科的教授，其著作有《婚姻史前史》、《法律学导论》（1902年）以及多篇论文。波斯特和科勒致力于对德国海外殖民地土著民法律的研究，发起了大型的问卷调查运动。直至今日，科勒主编的比较法杂志上的许多论文仍然具有重要的法人类学上的价值。

荷兰的阿达特学派也是这个时期的产物，其成就集中体现在对印度尼西亚土著民习惯法的发现和研究上。胡尔赫罗涅通过对印尼亚齐社会的田野调查，在用于指称习惯的“阿达特”（adat）一词中增添了“法”或“权利”的含义，创制了（adat recht）“习惯法”这一专门术语，从而将印尼土著民的习惯法与宗教法和王侯之法区别开来。他对印尼特有的法文化的揭示，使欧洲人摆脱了西方法的一些固有观念，并激发了他们通过法律研究东方文化的兴趣。胡氏的工作，实为法人类学领域中实地调查研究的先驱。

在这一时期，对后来法人类学的发展有重大影响的还有马林诺夫斯基通过对特罗布里恩德岛的详细考察而著的《蛮野社会的犯罪与习俗》（1926年）一书。尽管其人类学研究的同行们对于

他所阐述的原始法的许多问题意见纷呈，但在此之后，由人类学家所写的人类学著作中，均已一改以往对原始法文化的忽略，而加上了以“法律”为题的一个小节，并进行或多或少的阐述。

从上个世纪末到本世纪的第二次世界大战以前，法人类学研究的蓬勃发展有一个重大的国际政治背景，就是它是与殖民统治的需要相联系的。从对这门学科重视研究的国家来看，多是西方殖民国家，从研究的对象来看，也多是其海外殖民地的土著民的法律生活。正因为如此，一次大战和二次大战之后，随着殖民地民族国家的独立和殖民政治的瓦解，法民族学或法人类学的研究在上述欧洲国家都呈现出不同程度的衰落的趋势。

但是，作为一门系统的科学知识，它不会在其诞生后不到100年的日子里就此夭折。事实证明，对法的人类学研究，不仅因其富有特色的研究视角极大地丰富了对法的认识，而且在当今世界新的历史条件下，有其别的学科研究难以替代的现实功用。

人类学家对法的研究视角我们可作以下粗略的概括：

1. 整体的、联系的观点。人类学家具有致力于研究文化简单的小型社会的传统，他们通常处于总体地考察和领会所研究的社会中的地位。他们将各种文化现象看成是一个相互联系、交互作用的整体。法律作为人类文化的一个方面，自然也不能与其他社会现象割裂开来进行研究。关于这一思想的提出，当首推法国的启蒙思想家孟德斯鸠（1689—1755年）。

《论法的精神》是孟氏的代表作。其之所以不论述法律而论述法的精神，按照他本人的说明，就是他认为实在法“应当与国家的自然状态、冷、热、温的气候有关，和土质、位置、面积有关；和农、猎、牧各种居民的生活方式有关。同时也应当与政治制度所容忍的自由程度有关；与居民的宗教信仰、爱好、财产多寡、人数、贸易、习俗、礼仪有关。最后，各种法律之间互相关联，和它们的渊源、立法者的目的有关，与它们所据以制定的事

物的秩序有关。应当从这些角度来研究法律。这就是我在本书里所要进行的研究。我将研究所有这些关系，这些关系的总和就是‘法的精神’”。^①由此可见，孟德斯鸠所寻求的是解释法律的因果律，是研究人类社会的法律与那些可能影响或决定这些法律的诸因素之间的各种因果关系。

在文化人类学诸家学派中，功能学派对于这种观点倡导尤力，它也是本书的作者霍贝尔先生观察分析问题的一个重要方法。

2.比较研究的观点。由于文化人类学家所要寻求的是人类共通的行为法则，因此他们研究的一个重要方法，就是把无论是原始的还是文明的一切人类社会中撮取得来的材料进行比较分析。这种研究，使得人类学家对法的把握扩大至存在于不同的时间和空间的各種人类社会，从而使得以经验为依据和跨文化比较研究的法律科学的确立成为可能。所以，我们可以说，法人类学致力于人类原始法文化的研究并不是仅仅由于其学科范围的局限和历史的传统，而是有其方法论上的考虑，法人类学研究的对象是全人类的各个不同时空中存在的人类共同体的法文化。

仅就比较研究的方法而言，也有新旧之分。旧的比较方法，是仅将从世界各地收集来的各种表面上相近似的现象罗列在一起。它最多只能提出问题，而并不能解决问题。新的比较方法，则强调先找出各种不同的法律规则所赖以确立的基本的文化前提假定，然后再考察为实现这一基本假定不同的文化中所运用的各种手段以及法律与其他相关手段的关系和所起的作用。在《初民的法律》一书中，我们可以看到霍贝尔教授运用这种方法进行尝试时的得和失。

3.历史的、进化的观点。进化论学派是人类学历史上最古老的学派，法人类学的一批先驱学者都无一例外地属于这一学派。他们的兴趣所在，就是探究人类早期社会制度的情况，而在研究

^① 孟德斯鸠：《论法的精神》，第1章，第3节。

至今尚存的无文字社会的法律时，人类学家们多认为它与人类史前社会的状况有着某种相似之处。他们在研究人类社会的法律时，注重其发展进程的研究，因此，历史的、进化的观点也是法人类学研究的一个主要的视角。

追根溯源，我们又回到了孟德斯鸠的学说上来。孟氏认为，法律作为文化的一部分，是随着广泛的文化倾向或立法者的思想而变迁的。在当时，他的这一论断一反自然法的教义和静止的、普遍的法的概念，具有重大的影响。他并且提出社会可以从一种类型急速变化为另一种类型的进化观点，而法律也会因此而变化，这种变化，是与人类不同的谋生方式相联系的。孟氏指出：

“一个从事商业与航海的民族比一个只满足于耕种土地的民族所需要的法典，范围要广得多。从事农业的民族比那些以牧畜为生的民族所需要的法典，内容要多得多。从事牧畜的民族比以狩猎为生的民族所需要的法典，内容那就更多了。”^①由此，我们可以说，孟氏也是法律变迁思想之父。孟德斯鸠所提出的这些重要理论，使得人类学家们都公推他为法人类学思想的奠基人。

在这一方面，值得一提的还有英国的政治学权威霍布浩思（1864—1929年）。霍氏自称其学说是社会自由主义，所著《合理之善》与《社会正义论》二书颇能代表其立场。最足以表明其法人类学观点的是他和惠勒、金斯堡合著的《初民的物质文化与社会制度》一书。

在研究人类社会法律进化的基本观念上，霍布浩思成了由孟德斯鸠、奥托·冯·吉尔克、尤金·埃利希和马克斯·韦伯等人所代表的思潮的后继者。同其所承继的伟大的先辈学者们一样，霍氏认为法律并不是国家社会所特有的财产，他将法律的进化分为最简单质朴的原始社会阶段、部落社会阶段、王权阶段和现代国家阶段这四个时期。在他看来，法律的发展是由于政府权威的加强和有组织的社会区域的扩大所造成的。而这种发展的趋势，

^① 孟德斯鸠：《论法的精神》，第284页。

又受到“经济规模”的发展条件的制约。在经济规模的发展方面，霍布浩思与惠勒和金斯堡等三人将人类社会分成以下几个发展阶段：即低等狩猎民阶段、高等狩猎民阶段、依附的狩猎民阶段。在这以后，又有两条可供选择的路线发展，就是游牧民的经济和农耕民的经济，依照其发展水平，他们又将前者细分为两个阶段，后者细分三个阶段。霍氏认为，法是随着这些不同经济类型的发展而发展的，但是它的变迁又不是与之联系得非常紧密，法律进化的各阶段的顺序也不是恰好完全与这些经济发展的阶段相吻合。因此，霍布浩思并没有像以往那些单线进化论者一样给法的进化勾画出一幅简单、统一而僵化的图景。

霍贝尔教授的思想显然受到了霍布浩思的影响。在一篇题为《法的发展趋势》的文章中，霍贝尔提出了他对法律进化的意见。这篇文章后来成了本书的最后一个章节。霍贝尔先生认为人类文化的发展是一种“由简单而复杂、由同质而异质”的进化过程。但是，与旧的进化论者开列一个人类社会进化的序列表并认为各个人类社会都会依照几个固定的阶段亦步亦趋地向前发展的观点不同，霍贝尔先生认为：“在法的进化过程中没有一条笔直的发展轨迹可循。作为社会进化的一个方面为法的进化……不是呈一种不偏离正轨的单线发展态势。”^①《初民的法律》一书中所着重研究的七种原始民族，虽然是从极质朴单纯的爱斯基摩狩猎民到高度复杂的阿散蒂王国前工业化社会诸发展阶段的代表例来进行选材和编排的，但是霍贝尔先生指出，读者可以仅将它们看作是一组情况不一的法律制度的代表，按照其复杂性的程度由简到繁的排列，而不含任何对其先后顺序的推断，也是完全恰当的。他认为一个社会不必亦步亦趋地经历全部生产技术发展的各个阶段，仿效可能就会带来巨大的飞跃。在谈及法的发展过程时，变化和例外的情况是如此的频繁，以致于霍贝尔先生拒绝使用“进化”（evolution）这一术语，而仅用“趋向”（trend）

^① 霍贝尔：《初民的法律》，英文版，第288页。

一词来代替。因此，研究者们将霍贝尔先生归为新进化论者。但是，上述这一切并不是说对人类社会法律的进化过程的规律性是无法概括和把握的，事实上，霍贝尔先生在评说梅因的著名的公式的同时，明确指出了法律在程序法上的变迁规律，他指出：

“在原始法的发展过程中，真正重大的转变并不是在人与人之间的关系中实体法上的从身分到契约的转变……而是在程序法上所发生的重心的重大转移，维护法律规范的责任和权利从个人及其亲属团体的手中转而由作为一个社会整体的政治机构的代表所掌管。”^①

4. 法的多元主义的观点。将法律视为国家社会才有的并且也只有国家才能订立法律的一元论观点为大多数的法学家所主张。与此相对，大多数人类学家、社会学家和哲学家们则认为从历史发展的过程来看，有前国家法和后国家法，从一个社会的横剖面上来看又有超国家法和亚国家法。人类学家致力于无国家社会初民的法律的研究，就是在这种法的多元论观点指导之下进行的。当代美国法人类学家、耶鲁大学教授波士斯皮尔的“法律层次说”便是这种观点的一个代表。

波士斯皮尔认为：法律传统地被看作是一个整体社会的财产，作为这一观点的逻辑推演，一个社会仅有一套控制其一切成员的行为的法律体系。波氏指出：这一传统的观点忽视了该社会中各种血缘的、地域的、行业的次级社会群体优先调整其成员的行为并进行社会控制的事实。在他看来，一切社会都是整齐的等级的次群体的总和，每个次群体都有其自己的法律体系，它是由该次群体的权威所作的法律裁决的原则之总体所构成的。波氏的独创性就在于他引进了“法律层次”（legal level）的概念。一个社会的法律体系形成了一套相应于其群体体系的等级，法律层次是同一类型的次群体的法律体系的总和。所有的个人一般都同时属于许多次群体，例如某个核心家庭、宗族、村落共同体等，

^① 霍贝尔：《初民的法律》，英文版，第329页。

因而也须服从于不同的法律体系的要求。有时，不同层次的法律体系之间是相互矛盾的。波士斯皮尔的理论既适用于现代社会，也适用于传统社会。他列举努纳缪特爱斯基摩人的例子说：努纳缪特人有四种法律层次，即队群、队群支队、大家庭和一夫多妻的核心家庭。在波氏看来，队群以上不存在任何权力能作出为人所遵守的决定，因此队群之间的关系再没有法律的领域，而只有事实的领域，它们是有关战争、复仇的规则，或者是合作的协议，例如财物或女人的交换协议。所以法律是从队群开始的。而在制裁方面，其专门化的程度是同法律层次的等级相适应的。处理婚姻和儿童教育的争端是由有限的家庭法律层次来规定的，而侵犯财产权利的不法行为如偷盗、损坏财物则是依整个家庭层次来处理的，除非此案已有先例可循；而有关狩猎、谋杀、累犯和决定放逐的案件，则由队群的头人来处理并依队群层次的法律来执行。

在法的多元主义观点方面，霍贝尔先生的贡献也是非常重要的，尽管在其之前，像奥托·冯·吉尔克、尤金·埃利希和马克斯·韦伯等已提出在一个社会中存有多种法律体系的主张，但波士斯皮尔教授指出：“直到《切依因纳人的习俗》（1941年）一书问世，一个社会中多元法律体系的观点方始形成，社会的法与次群体的法律制度的关系也才得到明确的阐述。”^①《切依因纳人的习俗》一书，是霍贝尔与卢埃林合著的一本法人类学上的经典作品。

5. 现实主义的观点。现实主义法学是本世纪上半叶诞生在美国的一个新兴的法学流派，它强调对法的研究应采取现实的态度，观察实际执行中的而不是见诸于本本之上的条文，他们认为法就是法官的判决。因此，这种研究的方法不是理念论者的，而是彻底的经验主义的。这一法学流派的主张，与人类学家长期从事田野调查进行实地观察的传统是相吻合的。具体就初民社会法

^① 波士斯皮尔：《法律人类学》，英文版，第105页，纽黑文，1974年。

律的研究而言，这种观点集中体现在案例研究的方法上。成功地运用案例分析的方法并对初民社会的法律研究取得功勋卓著的成就的，便是前述由人类学家霍贝尔教授和现实法学的创始人之一卢埃林教授携手合作所完成的《切依因纳人的习俗：原始法理学中的冲突案例法》一书。书中所收的案例材料，大部分是收集老年报告者的回忆而成，他们将各个案例看成是一个社会中特定的个人与社会群体之间所产生的需要解决的问题来处理，解决纷争是维护社会秩序的一项基本的技术性工作，法律规范也正是在这一过程中被发现。这种对法的研究的现实主义的观点，继续成为法人类学领域的主流。

通过以上对法人类学研究视角的概要介绍，我们自不难发现对法的人类学研究的意义所在，而在当今社会中，它更有以下两个方面的现实功用：

首先，在一个多民族并存国家民族法制的建设方面，为了兼顾国家法制的统一性和各民族的文化差异，有许多棘手的问题是单纯受过法学知识系统训练的人也无法解决的。本世纪中期，随着殖民地新独立国家的兴起，其国家的法制也出现了“民族化”的趋势，在这一过程中所产生的一系列问题，至今仍然为法人类学家们所关注。如何发现、理解并协调各个民族的固有法文化，是建立统一的民族国家法制的前提。因此，在加强法制建设的当今社会，翻译出版霍贝尔的名著，不仅为在我国进一步开展法人类学研究所需要，而且具有现实意义。

其次，就世界范围来看，本世纪以来最大的一个矛盾就是民族之间的冲突，它使得整个世界的局势变得动荡不安。如何达成和维护一个良好的世界秩序，比较世界各民族的法律文化，撷取其共通的法则并达成维护世界和平与秩序的共识，法人类学的研究亦能有助于我们这一理想目标的实现。