



贵州民族学院学术文库

GUIZHOU MINZUXUEYUAN XUESHUWENKU

# 法人类学 理论问题研究

FARENLEIXUE  
LILUN WENTI YANJIU

周相卿 © 著

民族出版社



贵州民族学院学术文库

# 法人人类学 理论问题研究

周相卿 © 著

 民族出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法人类学理论问题研究/周相卿著. —北京: 民族出版社, 2009.7

(贵州民族学院学术文库)

ISBN 978 - 7 - 105 - 10188 - 7

I . 法… II . 周… III . 法学: 人类学 IV . D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 120591 号

## 法人类学理论问题研究

---

著 者: 周相卿

策划编辑: 倩 男

责任编辑: 邵慧敏

封面设计: 晓玉工作室

出版发行: 民族出版社

社 址: 北京市和平里北街 14 号 邮编: 100013

电 话: 010-58130038 (编辑室)

010-58130515

010-64228001 (传 真)

010-64211734 (发行部)

<http://www.mzchs.com>

投稿邮箱: [gongqianlan@sina.com](mailto:gongqianlan@sina.com)

印 刷: 迪鑫印刷厂

经 销: 各地新华书店

版 次: 2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月北京第 1 次印刷

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 172 千字

印 张: 7.125

定 价: 22.00 元

ISBN 978 - 7 - 105 - 10188 - 7/D·1606 (汉 256)

---

该书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换

本书获 2008 年度贵州民族学院学术著作出版基金资助

## 贵州民族学院学术文库编委会

主任：高万能 吴大华

副主任：刘胜康（常务） 唐建荣 郁钟铭 杨昌儒 吴晓萍

委员：金明仲 何 彪 徐晓光 王芳恒 杨正万  
任达森 张艾清 白明政 龙耀宏 范元祝  
贺又宁 龙 潜 王建山 岑燕坤 喻野平  
洪震声 谢 兵 肖唐金 郭 頌 倪绍勇  
龚 锐 石开忠 王 林 吴有富 贺华中  
韦宗林 周相卿 汪文学

办公室主任：金明仲（兼）

工作人员：柳远超 柳 斌 童 健 刘超祥 黄 静

# 目 录

- 第一章 绪 论 / 1
  - 第一节 西方法人类学研究的特征 / 1
  - 第二节 西方法人类学研究史简介 / 5
  - 第三节 西方的研究对我国的启示 / 11
  
- 第二章 中国法人人类学的历史及未来趋势 / 13
  - 第一节 古典进化论学派对我国法学研究的影响 / 13
  - 第二节 20世纪90年代后中国法人人类学的发展 / 24
  - 第三节 未来中国的法人人类学研究 / 35
  
- 第三章 中国少数民族习惯法的概念探析 / 43
  - 第一节 西方学术界关于习惯法的基本观点 / 43
  - 第二节 我国学术界的观点 / 53
  - 第三节 少数民族习惯法的含义 / 58
  
- 第四章 文化模式与少数民族习惯法规范 / 63
  - 第一节 习惯法规范是文化模式的有机组成部分 / 63
  - 第二节 习惯法规范传承并发挥作用的原理 / 67
  - 第三节 从文化模式角度审视村规民约 / 71

<b>第五章 少数民族习惯法的结构功能分析</b>	<b>/75</b>
第一节 结构功能主义思想的历史渊源	/76
第二节 结构功能主义方法的运用	/80
<b>第六章 文化相对主义视角的少数民族习惯法</b>	<b>/88</b>
第一节 文化相对主义的基本原理	/88
第二节 少数民族习惯法的价值	/91
第三节 文化相对主义的相对性	/98
<b>第七章 少数民族习惯法田野调查</b>	<b>/101</b>
第一节 文化人类学田野工作的含义与地位	/102
第二节 科学的田野调查方法的形成	/106
第三节 少数民族习惯法田野调查的准备与实施	/111
<b>第八章 少数民族习惯法与国家法的关系</b>	<b>/116</b>
第一节 法律多元	/117
第二节 少数民族习惯法与国家法的冲突	/119
第三节 少数民族习惯法对国家法的补充	/124
第四节 少数民族习惯法与国家法的协调	/127
第五节 国家法的渗人与少数民族习惯法的变迁	/133
<b>第九章 雷公山地区苗族习惯法渊源的实证分析</b>	<b>/138</b>
第一节 政治历史背景和主要调查经过	/138
第二节 议榔立法	/142
第三节 祖先流传下来的规范	/148
第四节 村规民约	/151
第五节 宗教禁忌	/161

附录一：台江县反排寨当代苗族习惯法民族志 /164

附录二：者述村布依族习惯法民族志 /192

后 记 /224

# 第一章 绪 论

在文化人类学特别是政治人类学研究过程中，与法相关的文化现象是无法回避的重要内容之一，所以法人类学是伴随着文化人类学的产生而产生的。在我国法学界，对有些现代法人类学的原理和概念问题还存在很多认识上的误区和比较大的分歧意见，特别是法社会学与法人类学的区别、传统上的民族法学与法人类学的区别、法人类学在我国的研究对象以及原始法或习惯法的概念等问题需要深入地进行探讨。批判地吸收西方法人类学的研究经验和成果无疑是十分必要的。

## 第一节 西方法人类学研究的特征

### 一、法人类学研究的特征

研究法人类学的特征，首先要考虑其传统。从文化人类学的传统看，这门学科的研究有区别于其他学科研究的自身特点。在研究的内容上，文化人类学研究的是不同于研究者所在社会的他者的文化。文化人类学产生于西方，开始时研究的地点主要是亚洲、非洲的殖民地、不发达地区的岛屿以及国内的少数民族地方。“长期以来人们一直认为人类学的使命就在于



研究制度的原始形态，而对其高级、发达形态的研究则属于别的学科。”<sup>①</sup>也就是说，一般情况下是研究社会结构构成相对于研究者所在社会而言比较简单的社会。在研究的方法上，开始主要是使用殖民者、旅行家还有传教士等写的亲身经历及资料进行归纳、理论分析或推理。进入 20 世纪以后，田野调查的方法成熟，对他者的文化研究是否以田野调查为基础成了文化人类学研究的标志之一。

文化人类学中的文化包括法文化，通过文化人类学的特征就可以引出法人人类学的特征。首先，法人人类学的法不是研究者所在的主流社会的法，而是他者的法。其次，由于研究对象的原因，一般情况下，这种法并没有形成为发达的法律体系。这也是法人人类学区别于比较法学的特征。再次，法人人类学研究的法与当地的整体文化模式一致，具有地方性特征。正是因为其地方性特征明显，不采用田野调查的方法就不能真正地掌握。

## 二、法社会学和法人人类学的区别

法社会学和法人人类学是容易模糊的两个概念。既然文化人类学来源于西方，要清楚二者的区别就必然需要追溯到美国和欧洲。由于政治、经济和军事等方面的原因，在 20 世纪，美国是文化人类学研究最为发达的国家，“20 世纪 50 年代美国经济的繁荣导致了社会学和人类学的分离、全新的人类学系的诞

---

<sup>①</sup> [美] 克立尔：《北美社会人类学分支学科的兴起与衰落》，载 [美] 古塔、弗格森编：《人类学的定位——田野科学的界限与基础》，骆建建、袁同凯、郭力新译，125 页，北京，华夏出版社，2005。

生以及既有学科的扩展。”<sup>①</sup> 社会学和文化人类学的分离也就必然引发法社会学和法人人类学的分离。

在研究的方法上，美国的著名人类学家墨菲讲到：“参与性观察的优越性之一是，通过采访可以得到一个民族的规范和价值，然后从观察他们的所作所为来检查他们是否遵从这些观念。以问题表作为原始资料来源的社会科学家则做不到这一点；尽管他们的论述具有数学上的确信度，但调查研究的结果常常不可靠。”<sup>②</sup> 在一般的情况下，社会学的研究方法与文化人类学的研究方法是有区别的，但这种研究方法上的区别不是绝对的。美国法理学家博登海默认为法社会学“所从事的工作是对各种影响实在法之制定的社会力量进行研究和描述。它所关注的并不是分析国家制定的法律规则，而是分析导致制定这些法律规则的各种社会因素”。<sup>③</sup> 这种社会因素，完全可以包括民间习惯法问题。法社会学完全可以采用文化人类学的田野调查方法。

从文化人类学传统看，法社会学和法人人类学的研究对象还是有区别的。以美国为视角研究海外不发达地方或者国内少数民族的法律问题就属于法人人类学的范畴。但是研究美国主流社会法的制定和实施方面的问题，就不应该属于法人人类学而应该属于法社会学。美国人类学家克立尔讲到：美国法人人类学的衰落原因之一就是由于美国法社会学研究的发展“把对法律感兴

---

① [美] 克立尔：《北美社会人类学分支学科的兴起与衰落》，载 [美] 古塔、弗格森编：《人类学的定位——田野科学的界限与基础》，骆建建、袁同凯、郭力新译，123页，北京，华夏出版社，2005。

② [美] 罗伯特·F·墨菲：《文化与社会人类学引论》，王卓君、吕乃基译，276页，北京，商务印书馆，1991。

③ [美] E·博登海默：《法理学》，邓正来译，117页，北京，中国政法大学出版社，1999。

趣的人类学家引入社会法律研究的争论，而不是人类学争论；通过把他们引入对美国社会研究而不是海外研究从而促使了法律人类学的衰落”。<sup>①</sup>这显然是说，研究美国主流社会的不是海外的法律问题，不属于法律人类学。苏力教授翻译的《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》一书同样是使用田野调查方法研究美国法律的实施与民间规范的作用问题，但作者认为无须法律的秩序普遍存在，“社会生活有很大部分都位于法律影响之外，不受法律影响；这样的证据如今日益增加，夏斯塔县的发现则是一个新的证据。尽管这种证据堆积如山，但是却还是很少有人看到法律的限度”。<sup>②</sup>这说明，作者所要证明的是一个法律实施过程中的普遍现象，而不是研究对象的地方性。这只能定性为采用了人类学田野调查方法的法律社会学研究。有一个经常被西方法学者们提到并分析的、研究美国本土非印第安人法人人类学的实例，就是格林豪斯对美国南方一个小镇中浸礼派教徒的研究，认为人们回避适用国家法律的法庭，是因为相信遵循上帝的法律，才能真正享有基督教的生活。<sup>③</sup>如果将对美国城市市区和郊区等主流社会的国家法的作用、民间权威的作用以及法律实施过程中的问题全部纳入法人人类学的研究范围，法社会学和法人人类学就难以区分了。这个研究实例之所以被学者们称为法人人类学研究，是因为除了在研究方法上采用文化人类学的田野调查方法外，依据的是宗教法而不

---

① [美] 克立尔：《北美社会人类学分支学科的兴起与衰落》，载 [美] 古塔、弗格森编：《人类学的定位——田野科学的界限与基础》，骆建建、袁同凯、郭力新译，125页，北京，华夏出版社，2005。

② [美] 罗伯特·C. 埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，5页，北京，中国政法大学出版社，2003。

③ [英] 丹尼斯·劳埃德：《法理学》，[英] 弗里曼修订，许章润译，379页，北京，法律出版社，2003。

是国家法，这种现象不是美国主流社会的普遍现象，具备地方性的特征。

## 第二节 西方法人类学研究史简介

文化人类学从产生的时候起，原始法问题就成了重要的研究内容，限于篇幅，这里仅叙述西方人类学界几个重要历史时期的主要代表人物的观点。从总体上看，研究的内容从宏观向微观发展，研究方法上随着文化人类学研究方法的成熟而成熟，由于研究对象的地方性特征特别强以及 20 世纪后文化人类学研究趋势的原因，除了原始法的概念问题外，对法的地方性特征的描述多，基本理论概括的建树相对较弱。我们这里是讲研究的历史，而不是讲学科的历史，文中后面将要提到，即使是在美国，法人类学也没有被承认为独立学科。纵观文化人类学的研究历史，有关法人类学的内容一直是文化人类学内容的重要有机组成部分。

### 一、古典进化论时期

被称为人类学之父的英国人类学家泰勒认为人类学所说的文化，应该包含知识、信仰、艺术、道德、法律、习俗和个人作为社会成员所必需的其他的能力及习惯，<sup>①</sup> 将法律纳入了文化人类学的研究范围。泰勒在其人类学名著《人类学——人及其文化研究》一书中，对复仇、神判等原始法问题进行了分析。摩尔根在《古代社会》等著作中对古代社会的氏族制度、

---

<sup>①</sup> 黄淑姆、龚佩华：《文化人类学理论方法研究》，9 页，广州，广东高等教育出版社，1998。

婚姻制度和继承制度等法律问题从进化论视角进行了分析，该著作对我国法理学和婚姻法学等学科的重大影响至今尚存。

## 二、功能学派人类学家的研究

进入 20 世纪以后的结构功能学派认为法律是社会结构的一个组成部分，对社会发挥着作用。英国人类学家马林诺夫斯基根据田野调查的资料，发表了三篇关于特罗布里恩群岛原始法的文章，1926 年将三篇文章合并，完成其著名的法人人类学专著《初民社会的犯罪与习俗》，用事实证明原始社会的人们并不是如以前人们所想象的那样，自觉地服从习惯的约束，原始社会存在依靠强制力保证实施的习惯法，“法律规范，即附有确定约束力责任的规则，不过是从习俗规范中分离而出并获得自己的独立品性的”。<sup>①</sup> 认为如果没有强制力的约束，违反社会规范的事实理所当然地存在，与现代社会并没有什么两样。但马林诺夫斯基所讲的原始社会法的强制力是比较宽泛的，例如他认为：“与特定的公共礼仪相连的半商业性的贸易活动，通过特殊的心理机制，为义务的履行提供了另一种强制力，这种心理机制是：表现欲、显示慷慨大度的愿望、对于财富和积累食品的崇高敬意。”<sup>②</sup> 虽然马林诺夫斯基将法和习俗分开，认为有强制力的规范是法，没有强制力而由人们自觉遵守的规范是一般习俗，但是将这种心理的强制力因素也列入划分的条件，在实践中是很难运用的。正如西方学者批评的那样，这实际上

---

① [英] 马林诺夫斯基：《初民社会的犯罪与习俗》，见《犯罪社会与文化》，许章润、么志龙译，21 页，桂林，广西师范大学出版社，2003。

② 同①，20 页。

也是对惯例的奉守无违。<sup>①</sup>从马林诺夫斯基发表的著作内容看,也没有发现特别典型的由外部物理性强制力保证实施的案例。其对法律人类学的最大贡献就是强调原始社会也有法,说明一般习俗与法相区别的标准在于是否有强制力,在当时有重要的意义。

1922年出版的英国人类学家拉德克利夫·布朗的《安达曼群岛上居民》和马林诺夫斯基的《西太平洋的航海者》都是根据实地田野调查的材料写成的,抛弃了根据二手资料和推论重构人类文化史的研究方法。这样对于他者的法现象的研究方法也发生了变化。处于原始社会的民族一般是没有文字的,法规范往往是不成文的,田野调查可以收集大量的案例,通过对案例进行详细描述的民族志,可以使读者感悟到规范的存在。研究者如果要全面而直接地写出一个处于习惯法控制的社会规范体系可以说是不可能的事情。田野调查方法的成熟,使案例描述方法成为可能,研究者可以通过案例将他者社会的法律文化模式轮廓展示出来。

英国人类学家埃文思·普里查德20世纪初调查的苏丹奴尔人聚居地区,是没有国家的政府进行管理、也没有通过军队进行控制的地区,“埃及政府以及后来的被认为从1821年到那个世纪末控制苏丹的马赫迪信徒(Mahdist)政府并未对奴尔人进行管理,也没有通过他们在奴尔人边境上建成的河边兵营对奴尔人进行控制”。<sup>②</sup>从内部的政治制度看是一个处于原始社会时期的地方。普里查德根据在奴尔人地方进行田野调查的资料,

---

<sup>①</sup> [英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》, [英]弗里曼修订,许章润译,371页,北京,法律出版社,2003。

<sup>②</sup> [英]埃文思-普里查德:《奴尔人》,褚建芳等译,154页,北京,华夏出版社,2002。

在1940年出版了《奴尔人》一书。虽然这部著作属于政治人类学，但是包含了很多法律人类学的内容。书中描述了部落之间没有任何共同的组织或中央管理机构，但是部落之间也有惯例，比如：部落间发生战争的时候，不能骚扰妇女和儿童，不能毁坏人居住的棚屋和圈养牲畜的牛棚，不能抓走俘虏等等，普里查德认为部落之间的这些惯例不是法律，原因是这些惯例是人们自觉遵守的，没有外部的强制力保证实施。部落成员之间是有习惯法的，这些习惯法依靠强制力保证实施。但这种强制力不同于国家的强制力。“‘酋长’是一个神圣的人物，他没有政治上的权威。事实上，奴尔人没有任何政府，他们的情形可以描述为一种有序的无政府状态。同样，如果把法律这一术语理解为由一个独立的、公正无私的权威所做出的裁判，而这个权威又有力量来使自己的决议得以实施，那么，奴尔人也没有法律。”<sup>①</sup> 强调了原始法与现代国家法的不同。这是说，如果严格套用现代国家法的强制力模式，有关的规范就不能称之为法律。但是当地的习惯法规则的实施必须有强制力，“一个人除非凭借武力或武力威胁，否则他很少得到赔偿”。<sup>②</sup> 依靠的是另外形式的强制力，“大棒和长矛是权利的保障之物。促使人们进行赔偿的主要原因是担心受伤者及其亲属可能采取暴力行动”。<sup>③</sup> 书中对习惯法强制力的描述相对于马林诺夫斯基著作中的描述更为全面，更能说明原始社会存在着需要强制力保障实施的习惯法。

---

① [英] 埃文思-普里查德：《奴尔人》，褚建芳等译，7页，北京，华夏出版社，2002。

② 同①，186页。

③ 同①，195页。

### 三、霍贝尔的《原始人的法》

美国著名的人类学家霍贝尔在1954年出版的《原始人的法》一书中，以翔实的资料对法人类学的一些核心问题进行了分析论证，特别是认为社会规范仅仅是依靠心理上的强制与惩罚作为保障还不能成为法，必须具有身体的或经济性的制裁为后盾的社会规范才具备法的特征。霍贝尔认为习惯与原始法都有规范性，都调整人与人之间的关系，而且都是人们公认的，但是习惯与原始法的区别是，法“赋予某些挑选出来的个人以物质强制适用法令的特权，假如需要的话。法律让它不断地长出牙齿可以去咬”。<sup>①</sup>

但是这种强制不一定是社会公共权威的强制。霍贝尔在其《原始人的法》一书中就描述了很多相关的案例，对北地带的爱斯基摩人、吕宋岛北部的伊富高人和平原印第安人等处于原始社会阶段的习惯法的描述，都特别强调了保障习惯法的强制力。例如根据书中描述的吕宋岛北部的伊富高人的习惯法，就有几种形式的强制力：第一，有小的权力中心或代表，对明确的事情代表全体居民行使强制性的制裁，但是与现代社会不同的是没有人被认为是首领；第二，以亲属关系为基础而不是以地域为基础组织复仇行动；第三，家族的强制力方面举出的实例是根据当地的婚姻习惯法，无论是由于死亡还是由于离婚，都要对夫或妻一方的家族支付费用，否则就要受到对方家族成员的制裁。

受害者本人或其家族行使强制力问题，是原始法或民间习

---

<sup>①</sup> [美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，245页，贵阳，贵州人民出版社，1992。



惯法与国家法相区别的重要特征。霍贝尔认为：“原始法倾向于给那些受害者以直接的权力。这样做部分是出于方便，它容易使错误者们承担法律责任，还因为原始的血缘团体有一个统一体的强烈感觉。”<sup>①</sup> 其实，这种情况下，往往是社会的公权力还没有形成，形式上公正的仲裁者还没有出现。按照西方自然法学的社会契约理论，国家及其执法权来源于公民的出让。霍贝尔还强调“法律强制的基本特征是物质力量适用上的一般社会承认”，<sup>②</sup> 这就把强盗式的暴力与习惯法的暴力区别开来了。

#### 四、研究目的的演变

西方法人类学的研究目的也在发生着变化。初期的殖民统治时期，一般是殖民当局资助或操纵的研究。通过对殖民地习惯法文化的了解，改善统治的方式方法。二战以后，在文化相对主义理念指导下，人类学家通过习惯法的描述可以说明初民社会也有应该受到尊重的法律，尽管他们的法律同西方成熟的法律体系相比尚处于发展的低级阶段。当代的法律人类学研究可以使研究者通过他者法律现象的研究反思自己的法文化。西方的学者认为：“越来越多的人认识到并且承认，通过研究较为简陋的社会的相同体制，我们对于发达西方社会的法律和社会组织，反倒懂得更多。”<sup>③</sup>

---

① [美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，245页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

② 同①，24页。

③ [英] 丹尼斯·劳埃德：《法理学》，[英] 弗里曼修订，许章润译，375页，北京，法律出版社，2003。