

ENTSTEHUNG UND WANDEL RECHTLICHER TRADITIONEN

herausgegeben von
WOLFGANG FIKENTSCHER, HERBERT FRANKE
UND OSKAR KÖHLER

unter Mitarbeit von
MICHEL ALLIOT, BOULOGNE/PARIS
KARL BÜNGER, BONN
RAOUL C. VAN CAENEGEM, GENT
HELMUT COING, FRANKFURT A.M.
J. DUNCAN M. DERRETT, LONDON
ZE'EV W. FALK, JERUSALEM
WOLFGANG FIKENTSCHER, MÜNCHEN
HERBERT FRANKE, MÜNCHEN
WOLFGANG HELCK, HAMBURG
P. E. DE JOSSELIN DE JONG, LEIDEN
ERNST KLINGMÜLLER, KÖLN
OSKAR KÖHLER, FREIBURG I. BR.
JOACHIM KRECHER, MÜNSTER I. W.
BENJAMIN NELSON †, NEW YORK (USA)
ALBRECHT NOTH, BONN
TALCOTT PARSONS †, CAMBRIDGE (USA)
PETER E. PIELER, WIEN
LEOPOLD POSPIŠIL, NEW HAVEN (USA)
GUNTRAM RAHN, MÜNCHEN
RÜDIGER SCHOTT, MÜNSTER I. W.
HEINRICH VON STIETENCRON, TÜBINGEN
EKKEHARD VÖLKL, REGENSBURG
FRANZ WIEACKER, GÖTTINGEN
HANS JULIUS WOLFF, FREIBURG I. BR.

Redaktion
WOLFGANG FIKENTSCHER

VERLAG KARL ALBER FREIBURG/MÜNCHEN

INHALT

<i>W. Fikentscher, H. Franke, O. Köhler, Über Aufgaben und Möglichkeiten einer historischen Rechtsanthropologie . . .</i>	15
1. Recht als historisch-anthropologischer Gegenstand	15
2. Die Vorbereitung der Publikation mit Bezug auf diese Aufgabenstellung	20
3. Zur Gliederung der Publikation	23
4. Zur Thematik der Konferenz: Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen	24
4.1 „Entstehung von Recht“	25
4.2 „Wandel von Recht“	26
4.3 „Rechtliche Traditionen“	27
5. Regelatbestände („Topoi“) der historisch-vergleichenden Rechtsanthropologie	28
5.1 Recht und Regelverhalten	28
5.2 Recht und normierter Gebrauch (custom, morals)	30
5.3 Recht und Religion	30
5.4 Recht und Professionalisierung	30
5.5 Recht und Kodifizierung	30
5.6 Recht und Gleichheit, Recht und Sachgerechtigkeit	31
5.7 Das Kernsubstrat des Rechts	31
5.8 Entlastung von Recht	32
6. In den Referaten häufig wiederkehrende Zusammenhänge, Durchblicke und Vergleiche	33
6.1 Zeit – Verfahren – Personenbegriff im Recht – subjektives Recht – Rechtsträgerschaft	33
6.2 Entscheidung – Konsens – Vertrag – Treu und Glauben – juristische Person	34
6.3 Recht und Gerechtigkeit – Das Erkenntnisproblem des Rechts	35
6.4 Recht – Herrschaft – Gleichheit vor dem Recht – Korruption – Immunität	35
6.5 Recht und Denken – Recht und Sprache – Recht und Handeln	36
7. Recht in seinen Beziehungen zu anderen Lebensbereichen	37
7.1 Recht und Kosmos	37
7.2 Recht und Naturwissenschaft	41

Inhalt

7.3	Recht als „Privileg“	44
7.4	Recht und Spiel	44
8.	Absolute Gerechtigkeit – eine Utopie?	47

TEIL I THEORETISCHE UND METHODISCHE GRUNDFRAGEN EINER RECHTSANTHROPOLOGISCHEN WISSENSCHAFT

<i>W. Fikentscher, Synepeik und eine synepeische Definition des Rechts</i>		53
1.	Das Problem	53
1.1	Ein Beispiel	53
1.2	Der Zweck der Synepeik	57
1.3	Ein Vergleich mit dem Kritischen Rationalismus und der Bezug zum modernen philosophischen Empirismus	58
2.	Synepeische Fragestellungen	61
2.1	Synepeische Zusammenhänge	61
2.2	Das Problem der „Offenheit“ von Rechtssystemen	63
2.3	Nahbereich, Individualität und Menschenrechte	66
2.4	Neue Internationale Wirtschaftsordnung	69
2.5	Vorläufiges Ergebnis	71
3.	Denkarten	71
3.1	Ein Vorschlag	71
3.2	Die Dichotomie fragmentiert – organisiert	73
3.3	Der Begriff der Anarchie als Beispiel	76
3.4	Schichtenvermischung von Fragmentierung und Organisation in gegebenen Gesellschaften	83
4.	Synepeik, eine Metatheorie	85
4.1	Das Denken über das Denken von anderen: Die „Anführungszeichenmethode“	85
4.2	Die doppelte Aufgabe des Systems	87
4.3	Treu und Glauben als Metatheorie	88
4.4	Weitere mögliche Gegenstände metatheoretischer Untersuchung in synepeischer Weise	89
4.5	Zusammenfassung	94
5.	Synepeik im Recht	94
5.1	Eine synepeische Aufgabe im Recht: Seine Definition	94
5.2	Rechtsdefinitionen	96
5.3	Ein Versuch, Rechtsdefinitionen zu systematisieren	98
5.4	Vergleichende Theorien	101
5.5	Kritik der vier Kriterien	104

Inhalt

5.6 Anforderungen an eine synepeische Definition von Recht . . .	111
5.7 Recht als (synepeisches) Sollen	115
5.8 Zusammenfassung	118
Literatur	119
<i>P. E. de Josselin de Jong, Gewohnheit, Recht und</i>	
<i>Gewohnheitsrecht</i>	121
Literatur	140
<i>B. Nelson (†), Tradition und Innovation in Recht und Gesell-</i>	
<i>schaft: Vergleichende historische und kulturwissenschaftliche</i>	
<i>Perspektiven. Eine Arbeit im Entstehen</i>	143
1. Wer braucht rechtliche Traditionen?	143
2. Paradoxa des Wachstums von Recht in „stationären“ und	
„fortschreitenden Gesellschaften“	149
3. Needhams Herausforderung und Max Webers Antwort:	
Kulturabhängige Muster	154
<i>M. Alliot, Über die Arten des „Rechts-Transfers“</i>	161
1. Bestandsaufnahme von Fällen des Rechts-Transfers . . .	161
1.1 Das Gesetzbuch des Hammurabi im Alten Orient	162
1.2 Der Austausch von Gesetzen zwischen griechischen Städten .	162
1.3 Die Übernahme des <i>ius gentium</i> in das römische Recht . . .	164
1.4 Die Verbreitung des römischen Rechts im Römischen Reich .	165
1.5 Die Ausbreitung des islamischen Rechts	166
1.6 Die Übernahme von Verbriefungen (<i>chartae</i>) und Gewohn-	
heiten (<i>coutumes</i>)	167
1.7 Die Übernahme des römischen Rechts in Europa	168
1.8 Die Übernahme der napoleonischen <i>Codices</i> im 19. Jahr-	
hundert	169
1.9 Das Recht europäischer Prägung in den ehemaligen europä-	
ischen Kolonien	171
2. Die Bedeutung des Rechts-Transfers	173
2.1 Die primitiven Gesellschaften und das Recht	174
2.2 Entwicklungswege des Rechts	194
2.3 Die modernen Gesellschaften	205
3. Die Dynamik von Rechts-Transfer	211
3.1 Die Zerstörung des übertragenen Rechts	211
3.2 Die Zerstörung der Gesellschaft	214
3.3 Das neue Recht	225
Literatur	228

TEIL II
ENTSTEHUNG UND WANDEL
RECHTLICHER TRADITIONEN
IN EINZELNEN KULTUREN UND EPOCHEN

<i>L. Pospišil, Recht contra Moral: Eine Lösung für das Problem des australischen Acht-Klassen-Heirats-Systems</i>	235
Vorbemerkung	235
1. Die australischen Heiratssysteme und ihre Regelung	240
2. Schlußfolgerung	261
Literatur	262
<i>R. Schott, Triviales und Transzendentes: Einige Aspekte afrikanischer Rechtstraditionen unter besonderer Berücksichtigung der Bulsa in Nord-Ghana</i>	265
Vorbemerkung	265
1. Die Lebenden und die Toten	270
2. Die Erde und der Himmel	280
3. Wandlungen im traditionellen „Rechtssystem“ während der Kolonialzeit und nach der Unabhängigkeit	293
4. Schluß	296
Literatur	298
<i>W. Helck, Wesen, Entstehung und Entwicklung altägyptischen „Rechts“</i>	303
Vorbemerkung	303
1. Was bedeutet „Ma ^c at“?	305
2. Wer ist der „Herr der Ma ^c at“?	308
3. Was sind „Gesetze“?	309
4. Der „oberste Richter“ und die sechs „großen Häuser“	312
5. Der Wandel am Ende des „Alten Reiches“	314
6. Diktatur und Bürokratie im „Mittleren Reich“	315
7. Umdeutung und Krise der „Ma ^c at“ im „Neuen Reich“	318
8. Die Klasse der Priester	322
9. Die Wiederkehr des Chaos	323
Literatur	324
<i>J. Kreher, Das Rechtsleben und die Auffassung vom Recht in Babylonien</i>	325
Vorbemerkung	325
1. Babylonisches „Recht“?	328

Inhalt

2.	Quellen für die Darstellung des Rechtslebens	329
3.	Quellen für die Frage nach dem Hintergrund des babylonischen Rechts	332
4.	Einige Daten des babylonischen Rechtslebens	334
4.1	Bereiche des Rechts	334
4.2	Wichtige Seiten des materiellen Rechts: Frau, Sklave, Eigentum	335
4.3	Vertragsschließung vor Gericht	337
4.4	Mittel der Vertragssicherung	337
4.5	Rechtsstreit	339
4.6	Richter	341
4.7	Mittel der Rechtsfindung	342
4.8	Sekundäre Anwendung rechtlicher Formen	343
4.9	Urkunde	344
5.	Das Wesen des Rechts nach babylonischer Auffassung	346
5.1	Gerechtigkeit, Urteil	346
5.2	Unrecht	349
5.3	Gott und König	350
5.4	Zusammenfassung	351
	Literatur	352
	<i>Z. W. Falk, Werte und Ziele im jüdischen Recht</i>	<i>355</i>
	Literatur	372
	<i>E. Klingmüller, Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen im islamischen Recht</i>	<i>375</i>
	Vorbemerkung	375
1.	Islam und Recht	378
2.	Der Koran als Rechtsquelle	381
3.	Verfestigung des Rechts nach dem Tode des Propheten	383
4.	Islamisiertes Staatsrecht	385
5.	Fortschreitende Kanonisierung des geltenden Rechts	387
6.	Die Tradition als rechtlicher Orientierungspunkt	393
7.	Integration unter den Abbasiden	394
8.	Die klassischen Rechtsschulen	395
9.	Zur Kanonisierung des Rechtsstoffes	397
10.	Rechtsquellen	399
11.	Typische Grundformen	402
12.	Geltungsbereich	404
13.	Die Zweispurigkeit in der Rechtspflege	405
14.	Die staatlichen Mazalim-Gerichte	406
15.	Das angewandte Recht	408
16.	Der Übergang zur Neuzeit	410

Inhalt

17. Rückbesinnung	411
18. Reaktivierung des Islam und der Shari'a	413
 <i>A. Noth, Die Scharia, das religiöse Gesetz des Islam –</i>	
<i>Wandlungsmöglichkeiten, Anwendung und Wirkung</i>	<i>415</i>
Vorbemerkung	415
1. Grundfragen	416
2. Externe und interne Konstanten der Scharia	421
3. Wandel der Scharia	427
4. Anwendungs- und Wirkungsbereiche der Scharia	431
Literatur	436
 <i>K. Büniger, Entstehen und Wandel des Rechts in China</i>	
<i>1. Fragestellung und Methode</i>	<i>439</i>
<i>2. Periodisierung: Umbrüche im Recht und ihre äußeren Umstände</i>	<i>440</i>
<i>2.1 Die Periodisierung</i>	<i>440</i>
<i>2.2 Der Umbruch vom vorstaatlichen Recht zur staatlichen Gesetzgebung</i>	<i>441</i>
<i>2.3 Die Rezeption des europäischen Rechts</i>	<i>443</i>
<i>2.4 Die Zeit seit 1949: Die Volksrepublik</i>	<i>447</i>
<i>3. Wandel im Wesen der Rechtsordnung bis zur Rezeption: Die Rechtsarten und ihr Verhältnis zueinander</i>	<i>449</i>
<i>3.1 Das vorstaatliche Recht, insbesondere die sogenannten Riten (Li)</i>	<i>449</i>
<i>3.2 Der Geist der Gesetze</i>	<i>451</i>
<i>3.3 Teilweiser Ausgleich zwischen den zwei Rechtsarten (Das Eindringen vorstaatlicher Institutionen in die Gesetzgebung – Die vorstaatliche Ordnung in der Rolle des Naturrechts)</i>	<i>454</i>
<i>3.4 Der gesetzessfreie Raum der Gesellschaft</i>	<i>457</i>
<i>4. Einzelne Phänomene des chinesischen Rechts im Lichte der europäischen Rechtsgeschichte</i>	<i>461</i>
<i>4.1 Religiöse Implikationen im Recht</i>	<i>462</i>
<i>4.2 Die Einführung des Begriffs des subjektiven Rechts</i>	<i>465</i>
<i>4.3 Strafjustiz: Staatsmonopol und Schuldprinzip (Das staatliche Monopol der Strafe – Das Verschuldensprinzip)</i>	<i>468</i>
<i>5. Zusammenfassende Betrachtung und Thesen</i>	<i>470</i>
<i>Literatur</i>	<i>472</i>
 <i>G. Rahn, Recht und Rechtsverständnis in Japan</i>	
<i>Vorbemerkung</i>	<i>473</i>
<i>1. Entwicklung und Praxis des japanischen Rechts</i>	<i>474</i>

Inhalt

1.1	Die Entstehung der modernen Rechtsordnung	474
1.2	Die Praxis der Rechtspflege	477
2.	Soziokulturelle Faktoren des japanischen Rechtsverständnisses	479
2.1	Geistesgeschichtliche Faktoren (Shintō, Buddhismus, Konfuzianismus – Wa-Der Geist der Harmonie).	479
2.2	Soziologische Faktoren (Vertikale Gruppengesellschaft – Oyabun-kobun [Vater-Kind]-Verhältnis – Giri-Norm [Dankspflicht] – Amae-Verhalten [Liebesbedürfnis])	484
2.3	Rechtshistorische Faktoren (Bürokratisches Rechtswesen – Rudimentäres Privatrecht)	488
3.	Das japanische Rechtsverständnis	490
3.1	Das Verhältnis von Staat zu Bürger	491
3.2	Das Verhältnis von Bürger zu Bürger	492
4.	Schlußbemerkung	495
	Literatur	495

<i>J. D. M. Derrett, Das Dilemma des Rechts in der traditionellen indischen Kultur</i>	<i>497</i>
--	------------

Vorbemerkung	497
1. Ursprünge und Phasen des Rechts	502
2. Rechtliche Beziehungen und nicht-rechtliche Beziehungen	513
3. Phänomene der Rechtskultur	518
4. Anwendung des Rechts	523
5. Recht und Religion	525
6. Materielle Kultur und Recht	528
7. Schlußfolgerungen	531
Literatur	532

<i>H. von Stietencron, Zur Theorie von Ordnung und Strafe im alten Indien</i>	<i>537</i>
---	------------

Vorbemerkung	537
1. Die Begriffe dharma und ṛta	541
2. Kosmische Ordnung und weltliche Herrschaft	543
2.1 Der Verfall der Ordnung und die Funktion von Brahmanen und Herrschern	543
2.2 Strafmandat und Schutzfunktion des Königs	545
2.3 Der Beginn der Strafgesetzgebung	549
3. Die drei Funktionen von Rechtsprechung und Strafvollzug	551
Literatur	553

Inhalt

<i>H. J. Wolff, Vorgeschichte und Entstehung des Rechtsbegriffs im frühen Griechentum</i>	557
---	-----

Vorbemerkung	557
1. Der Legalismus der klassischen Polis	559
2. Die archaische Vorstufe des legalistischen Rechtsverständnisses	564
3. Von divinatorischer Rechtsfindung zum rationalen Rechtsbewußtsein	571
Literatur	577

<i>F. Wieacker, Rechtsaustrag und Rechtsvorstellung im archaischen Rom</i>	581
--	-----

Vorbemerkung	581
1. Das archaische Rom	584
2. Früheste Rechtskonflikte	587
3. Der Rechtsaustrag der Frühzeit	591
4. Rechtsausübung als ritualisierter Zugriff	596
5. Die Rechtsvorstellung der Frühzeit	599
6. Wege zum klassischen Rechtsbegriff: Ius. Recht als Gebotsordnung der civitas	605
Literatur	606

<i>R. C. van Caenegem, Das Recht im Mittelalter</i>	609
---	-----

1. Das mittelalterliche Recht war kein monolithisches kontinuerliches Recht	609
2. Die westliche Tradition der kulturellen Assimilation	611
3. Unterschiedliches Recht für verschiedene Gebiete, Klassen und Stände	612
4. Bedeutung des Rechts	616
5. Blüte der Rechtswissenschaft	618
6. „Princeps legibus solutus“	619
7. Das Recht: Unbewußte Entwicklung oder bewußte Schöpfung?	621
8. Gesetzgebung durch Päpste und Könige oder durch das Volk?	623
9. Die „gemeinen gelehrten Rechte“	628
10. Recht der Professoren, Richter oder Gesetzgeber?	632
11. Faktoren rechtlichen Wandels	635
12. Politische Unterstützung des römischen Rechts	637
13. Zugang des Volkes zu Recht und Gerichten	640
14. Die Sprache des Rechts	644
15. Unterdrückendes oder befreiendes Recht?	647

Inhalt

16. Machtkampf oder Ideenstreit?	649
17. Die „Rechtsstaatlichkeit“ („Rule of Law“)	655
Literatur	658

P. E. Pieler, Entstehung und Wandel rechtlicher

<i>Traditionen in Byzanz</i>	669
Vorbemerkung	669
1. Rom und Byzanz	671
2. Die byzantinische Rechtstradition und ihre literarische Entwicklung	673
2.1 Das römische Erbe	673
2.2 Die Entstehung eines Textkanons	674
2.3 Die Umformung dieses Kanons durch Iustinianos	676
2.4 Die vulgare Stufe des justinianischen Rechts	680
2.5 Die Renaissance des justinianischen Rechts und seine Gräzisierung	681
2.6 Die Spätzeit	687
3. Die rechtsgestaltenden Kräfte	689
3.1 Das Kaisertum (Novellengesetzgebung – Kodifikationen – Rechtsprechung)	689
3.2 Die Juristenarbeit am Recht (Das wissenschaftliche Schrifttum – Exoterische Literatur und sekundäre Kompilationen)	700
3.3 Die Praxis	706
3.4 Die rechtsgestaltenden Kräfte in materieller Hinsicht (Das Christentum – Hellenistische und lokale, insbesondere vorrömische Tradition – Ausländisches Recht – Soziale Interessen)	707
4. Der Wirkungsradius des byzantinischen Rechts	718
4.1 Die „häretischen“ Kirchen und der Osten	718
4.2 Die westlichen Nachfolgestaaten	719
4.3 Die Slawen	720
4.4 Die Türken und das Recht ihrer christlichen Untertanen	720
4.5 Das humanistische Europa	721
4.6 Die Balkanstaaten nach Abschüttelung der Türkenherrschaft	721
Literatur	723

E. Völkl, Die Rechtsentwicklung in Rußland und der

<i>Sowjetunion</i>	729
Vorbemerkung	729
1. Das Gewohnheitsrecht	732
2. Rechtstransfer	734
3. Kodifikationen	738
4. Legitimation; Selbstherrschaft; Kollektivhaftung	741

Inhalt

5.	Die Rechtsentwicklung in der Sowjetunion	746
5.1	Das Experiment eines Rechtsnihilismus	746
5.2	Die Rückkehr zum normativen Recht	749
5.3	„Klassenrecht“	751
	Literatur	752
 <i>H. Coing, Die Bedeutung des Rechts in der neueren</i>		
	<i>Geschichte Europas</i>	755
1.	Entwicklungsgang des Rechts in Europa im Überblick . . .	755
1.1	Epochen	755
1.2	Die Rechtskreise	760
2.	Die Entwicklung der Rechtsquellen in ihrer relativen Bedeutung	763
3.	Der rationale Charakter des Rechts	765
4.	Effektivität des modernen Rechts	769
5.	Leitende Tendenzen	773
6.	Zusammenfassung	776
	Literatur	778
 <i>T. Parsons (†), Ein Rückblick</i>		
		785
 <i>Personen- und Sachregister</i>		
		797
 <i>Über die Autoren</i>		
		815