

# “宪法人类学”的创意与构想

陈云生\*

**[内容摘要]** 人在本质上是一种“社会人”，个人的生活深受其生于斯长于斯的民族、种族、文化集团等人类社会群体的影响。宪法只有基于这样的体认，才能全面地体现人类的价值观，宪法人类学就是基于这个全新的视角而建构的。

**[关键词]** 民族 种族 文化集团 宪法人类学

宪法作为科学研究的对象，在研究范围的归类上，通常被自然地分为三个学科群，即“一般宪法学”（包括“宪法学原理”、“宪法概论”、“宪法通论”等）、“国别宪法学”、“比较宪法学”。在这三个学科群中，“一般宪法学”和“国别宪法学”受到宪法学术界较大的关注，研究成果最为丰富，“比较宪法学”的研究也日益受到重视。宪法学的研究还涉及到其他方方面面的知识，如宪法规范、宪法职能、宪法效力、宪法文化、宪法哲学等等，但目前宪法学术界对这些还没有给予必要的重视，真正有价值的成果更是鲜见。随着时代的发展和科学的进步，不断地发展出新的科学门类，特别是各种综合学科、交叉学科、边缘学科、前沿学科如雨后春笋般涌现。这种科学发展的新潮流势将推动科学研究向纵深领域的发展，宪法学也不例外。况且，由于宪法在性质上与广泛的社会和国家事务相联系，更是为宪法学创立出各种综合的、交叉的、边缘的、前沿的学科分支开拓了广阔的领地和空间。本文就是为此而作。

## 一、对宪法和宪政以个人权利为本位的哲学基础的反思

应当指出，建构近、现代宪法和宪政的哲学基础，本身就是一个十分复杂和庞大的思想和理论体系。这里拟就这个哲学体系中最有影响的一个方面，即自然法思想在建构近、现代宪法和宪政体制中的地位和作用作一概要的分析。这样做应当是有充分理由的，因为中外学术界已经公认，自然法思想建构了近、现代宪法和宪政的最坚实的哲学基础。

自然法学派的诞生是欧洲中世纪一系列深刻的社会变革、思想解放、民族国家的兴起乃至科学进步的产物。在社会方面，一种新兴的社会势力——资本主义在封建主义的壁垒中产生并逐渐发展起来，新兴的资产阶级代表新的生产力和社会发展方向开始登上社会的舞

\* 陈云生，中国社会科学院法学研究所教授、博士生导师。

台,为了摆脱封建主义的压迫和束缚,自由发展资本主义,他们发动了反抗封建主义及其制度的斗争。在经济领域,他们强烈地反对和攻击封闭的、落后的封建经济制度及其伴生的农奴制和行会制。在政治领域反对封建贵族及其特权。在这一斗争中,世俗的、个人主义的和自由主义的力量得到了显著的发展,这就为自然法学派的产生奠定了必要的社会基础。

在意识形态和哲学思想领域,当时已经兴起了一场影响深远的思想解放运动。随着宗教改革以及随之而来的基督教世界的分裂,产生了对上帝的旨意以及私人道德新的观念和多种可供选择的价值标准。此外,更具影响的,是新兴资产阶级自己发起的著名的文艺复兴运动。这一运动自14世纪至16世纪持续近三个世纪之久。它的主导思想就是资产阶级的人文主义。针对中世纪神学以神为中心,贬低人的地位和价值等观念,人文主义者提出尊重“人性”、“人的尊严”、人的“自由意志”等要求,反映了新兴资产阶级要求获得“个性解放”的愿望。这是人类历史上一次重大的思想解放运动,直接为紧接着兴起的资产阶级启蒙运动及自然法学派的诞生奠定了思想基础。

在封建僧侣等级制度的根基已经动摇的基础上,独立的民族国家大批兴起,于是新产生的权力政治、统治者与被统治者之间的关系、国家与国家之间的关系等问题,需要用新的理论给予说明和提出普遍适用的基本调整原则。这种理论需要也是自然法学派产生的一个社会动因。

此外,当时的自然科学也处在快速发展时期,并逐渐形成了自由的理论探讨风气。此科学风所及,也相应地引导了人们对社会和道德现象原有的理论、观念重新进行评价。自然法学就是这种重新评价的产物。自然法学派及其自然法就是适应新兴资产阶级上述社会、经济、政治、思想的需要和要求,在吸收古希腊、古罗马以及中世纪神学体系中的自然法因素的基础上产生和发展起来的。

自然法的核心价值观念就是主张和倡导人的“自然权利”,认为人人生而自由、平等,享有自然(上帝或造物主)赋予的不可剥夺和侵犯的“天赋人权”。这种自然权利扩大到每个人都有对其财产、人格、自由及安全享有不可剥夺和侵犯的权利,不仅是个人,就是政府也不能剥夺和侵犯。在这种以个人权利为本位的价值观念的指导下,相应地又发展出“有限政府”、“三权分立”、“权力监督”等政治观念与体制,等等。

一个婴儿呱呱落地,便被确信具有与生俱来的“自然的”或“天赋”的权利,本质上说来,这是一个具有典型的形而上特点的观念或学说,是根本无法用事实加以验证或检验的。从这一方面来看,这也是“自然权利”学说或观念在18、19世纪以后逐步走向衰落,自然法学派也被继起的先验主义法学派、历史法学派、分析法学派、社会连带主义法学派、规范法学派、结构功能法学派等所取代的根本原因之一。但是,自然法学派适应时代的需要和历史发展的潮流所确立和弘扬的“自然权利”的观念,至少在西方的政治、宪政和法律发展史上确立了永久的价值体系和基础。“自然权利”观念或学说不一定正确,甚至可以说肯定不正确,但它是在特定的历史情景中产生和发展起来的,是应历史之运而生的,从而得到了那个时代几代人的善意的理解、欢迎和接受及大规模的实践。在这一漫长的思想解放、意识积淀和为之付出代价甚至流血牺牲的实践之后,“自然权利”的观念或学说最终深入人心,成为社会普遍适用的法治原则、立宪主义精髓、政治活动和行为最高的价值目标或最终的归宿、政府组织和存在的唯一理由及约束政府权力不被滥用的核心精神依据;而与此同时,有关权

利、自由的观念及行为在全社会普及开来,成为被全社会一体承认和接受的道德规范和行为准则。所有上述这一切,经过漫长的造势、积淀、耳濡目染和潜移默化的过程,在当代终于造就一个遍及全世界的伟大人权运动和权利昌明的时代。

应当指出,近、现代西方的宪法和宪政从其萌芽时期起始,其间经历建立、巩固、调整、强化等过程,至今仍处在盛行和发达的阶段,未见任何衰退的迹象。与飞速发展、迅疾变幻的经济、技术、科学的时代相比,宪法和宪政的发展却显得迟缓得多。但这种反差并不表明作为政治和法律体制的宪法和宪政已经显得老旧而跟不上时代的步伐。事实上,这可能是当代社会各方面,特别是经济、科学、技术飞速发展所需要的。试想看看,当代社会各方面的飞速发展和变化的迅猛,对社会原有结构和传统的冲击是如此之大,以致使广泛的公众在社会心理上难以接受和适应,使他们对瞬息万变的变化感到迷茫,对前程的把握和选择无所适从。在这种情况下,如果以宪法和宪政为核心和主导的政治格局和法律秩序也随着变来变去,毫无稳定可言,那世界会变成什么样子?人们又何以把握和适从?幸亏当代的宪法和宪政还处在稳健的发展时期并保持稳定的态势,才使我们的世界没有变得那么糟糕和那么可怕,也才使人们在日益浮躁的社会心态中能够保持一点冷静来看待我们自己以及我们所处的时代和周围的世界。由此可见,稳定的宪法和宪政已经成为当代社会迅疾变化世界的稳定器。从这个意义上来说,宪法和宪政的稍嫌滞后的发展和变化,实在不应当被认为是一个缺点,而应当被认为是一个优点。

然而,时代总是在不断地发展,事物也总是要连续地变迁。作为政治、法律机制中的核心和主导结构的宪法和宪政也不例外。宪法和宪政也要随着时代的发展而发展,也要随着变化了的情势,特别是要随着经济全球化、区域集团化的发展趋势而做出反应和调整,这已经成为当前宪法学发展的一个热门研究课题。当然,这不是本文所要研究的范围,故不再对此进行深入讨论。但是,本主题却要求我们对以个人为本的宪法和宪政体制以及该体制所赖以构成的哲学基础所应做出的调整 and 变化,作出适当的说明。

在前面的对近、现代宪法和宪政所赖以建构的哲学基础——自然法思想中的自然权利观念和学说的简括追述和分析中,已经明确地表明了个人主义、个人的权利和自由,以及由此引申开来的个人的志向、价值、福祉、安全等价值观念,确实构成了近、现代宪法和宪政所由以建立和发展的最高原则和终极目的。正是这种最高的原则和终极的目的给予近现代的政治、法律结构及其行为,特别是西方的政治、法律结构及其行为的合法性和合理性以最根本的支持。笔者认为,只有充分地认识了这一点,才能真正称得上理解和把握了近现代宪法和宪政的原则、精神和实质。

对宪法和宪政赖以建构的个人主义、自由主义的哲学基础的功过是非作出全面的分析、判断和反思,不是本文的任务。这里只想指出,以个人的权利和自由为核心内容的个人主义,以及由此而建构的近、现代以个人为本位的宪法和宪政,已经不再适应当代人类发展的需要了。即使我们继续承认过去和当代的“个人本位主义”还有保留和存在下去的根据和必要,其内容和范围也应当而且必须予以增加和扩大。许多民族国家乃至世界性的政治格局都提出了这方面的迫切变革和调整的需要。

许多民族国家乃至世界性的政治格局中的一个有关“人”方面的显著变化,提升了人类的民族共同体、种族共同体和文化共同体的政治、经济和社会的地位,提升了解决和调整民

族、种族、文化集团问题及民族、种族、文化集团互相关系的重要性,这正是本文所要尝试进行的一些基础性的或背景性的研究,且现时的严峻形势足以能给予上述论点以有力的支持。只要我们打开电视、收音机,翻开报纸、杂志,差不多每天都有关于一些民族国家、世界某些热点地区的民族、种族、文化集团的矛盾、纷争、动乱、仇杀、战争,以及某些宗教极端主义的恐怖活动和某些反恐怖活动等消息的报道。再向过去的十年左右时间看,由于民族矛盾、纷争、战乱、仇杀而导致国家解体也不是绝无仅有,原苏联和前南斯拉夫就是显著的两例。而在20世纪90年代中发生的非洲一些国家的部族大屠杀,其血淋淋的场景至今令人触目惊心。至于由大国主导的对巴尔干地区和中东地区的国际干预的不公正性、无效性以及潜在的负面影响,更是在国际范围内引起关注、忧虑和质疑。所有这一切都现实地、急切地表明:作为“个人本位主义”的宪法和宪政没有真正发挥宪法和宪政本应承担的调整民族、种族和文化集团各自之间相互关系的职能。至少在西方的宪法和宪政发展史上,长期以来把自己的主要关注点都投注在个人的权利的保障和实现方面,而忽略了对以人类的民族、种族和文化为共同体的人类群体权利和利益的保障和实现方面,以致我们不得不面对这样一个严峻的也是痛苦的现实,即以个人权利为本位的西方宪法和宪政在保障和促进个人权利、自由、利益方面取得辉煌和骄人的成就的同时,在民族、种族、文化集团的各自相互关系的宪法和宪政调整方面遭遇了严重的挫折,甚至是失败。在存在许多民族、种族和文化集团的国家中,其公民个人在权利和自由等方面所享受的好处,却被陷入麻烦不断的民族、种族、文化集团各自之间的矛盾、纷争、动乱、仇杀、战争所造成的破坏和牺牲所减少和抵消。这是世界范围内的,特别是西方宪法和宪政长期以来忽视或轻视调整民族、种族、文化集团各自之间相互关系所造成的必然结果,是势之使然,势所必然。

应当说明的是,我们并不是一个完全的悲观主义者以不可救药的消极态度和眼光来看待当代宪法和宪政在调整民族关系、种族关系和文化集团关系方面的疏漏与失败。事实上,即使在西方世界,许多国家的宪法和宪政早已注意或正在致力于调整上述三个方面的各自之间的关系,在一些国家还取得了显著的成就,如在加拿大、澳大利亚、新西兰等国实行的多元文化主义的新型的民族、种族政策和法制。至于在我国,自中华人民共和国建国以来,解决民族问题、调整民族关系一直作为国家的一项基本国策,并且成为宪法和宪政的主要原则和内容的一个重要方面。民族区域自治制度的制定与实施,在保障国家的统一、民族的团结、社会的安定与稳定、中华民族各项事业的发展与进步、各族人民群众生活的提高与改善等方面,更是取得了令世人瞩目的业绩与成就。

正反两方面的经验和教训清楚地向我们表明:在体现“个人本位主义”的宪法和宪政上不仅不应当忽略,而且还应特别注重调整以民族、种族和文化为集团的权利、自由、利益和各自之间的相互关系,并且显得格外急迫和重要!重视则国家强,社会安和民族、种族、文化集团兴;忽视或轻视就会出现国家衰(亡)、社会乱和民族、种族、文化集团败(弱)的局面。从世界性的,特别是西方的宪法、宪政的格局上看,应当是我们对以个人利益为本位或哲学基础进行认真的反思的时候了。在重视而不是舍弃以个人主义为原则和哲学基础的同时,把更多的注意力投注在调整民族关系、种族关系和文化集团关系方面,在保持传统的基础上,对当代以及未来的宪法和宪政进行重大调整和重构,或许是时代的要求和需要,宪法和宪政理论者应当对此先行觉悟,并有所作为。

## 二、“宪法人类学”创立的必要性

从前面分析的一系列背景性知识,我们可以得到以下关于建立“宪法人类学”必要性的某些启示。

首先,从人类的民族共同体和种族共同体的历史久远性和结构复杂性来看,我们对民族和种族现象的认识还远不深刻,许多没有被解析和认识之谜尚须破解;由于历史和观念等方面的原因,形成于人们头脑中的虚幻、谬误、偏执、狭隘之见须待正本清源或纠正;更不待说,人类对民族历史命运的把握还远远没有实现由非理性向理性的转变,即使是那些傲视他国的超级大国的政治家们,从他们的所作所为也不难看出,他们对民族问题的认识,还远远谈不上理性认识的层次。人类在这方面进步速度之慢,实在令人惊异,诚可谓“路漫漫其修远兮”!可见,从总体上看,无论是西方的文化人类学,还是中国的民族学对人类民族和种族的研究,不仅没有结束,还有广阔的发展前景。

其次,从文化人类学发展起来的理论体系方面看,至今已发展和建构起来的 15 种理论,以及其他的理论体系,包括“哲学人类学”、“政治人类学”等等,都表明我们人类自身早已和正在做出努力,试图更准确、更深刻地认识民族和种族现象;而中国的民族学尽管涉猎的领域比起西方的文化人类学更狭窄,起步也相对晚得多,但是也在试图扩展研究的领域,并为此正在尝试和建立民族法学的新学科和引入新的方法论。这种学科发展的历史和现状同样给予我们这样的启示,即人们已经和正在做出努力以求对民族和种族现象进行更多的认识和研究。这种历史和现状同样表明,我们人类对自己的民族和种族现象的认识和探究还远远没有结束,需要我们在现在和今后做出更大的努力。

谈及“宪法人类学”的必要性,我们还应当说明一下该学科与以往的文化人类学学科,特别是民族法学或法人人类学的关系问题。从西方的文化人类学总体来看,在已经发展和建构起来的 15 种理论中,并没有明确地发展出我们称之为“宪法人类学”的理论体系或流派。当然,我们这样说,并不是想要对西方人文学界在这方面的学术发展予以全盘的否定。事实上,西方的许多人文大家都在从法律的立场研究民族或种族现象方面做出过或大或小的贡献。光是把法律的制定、实行与民族精神、民族意志和民族历史、民族社会联系起来的学者,就大有人在,其中最著名的当属法国的孟德斯鸠。他在名著《论法的精神》中就曾多次论及法律与民族气质、民族精神和民族文化、社会的关系问题。但无论是西方的人类学界还是法学界,都没有刻意地发展出“宪法人类学”的学科,也没有出现“无心插柳柳成荫”的事实结果。这就是说,“宪法人类学”在西方的文化人类学或法学中还是一个须待填补的空白,至少是一个须待明意导入和加强的学科或学术领域。

再说,中国最近十几年发展出来的“民族法学”,尽管与我们称之为“宪法人类学”的学科颇相近,都是从法律的立场来研究人类的民族问题和现象的学科,有许多方面包括学科内容、结构和方法论等方面确实很难把它们截然分开。至于二者之间的差别,我们没有进行过深入分析和论证(这不难理解,毕竟“宪法人类学”只是我们现在才刚刚提出的),很难提出令人信服的理由。这里只能大致地提出一些极为粗疏的看法。概括起来,“民族法学”主要是传统的民族学术界一部分学者倡议创立和发展起来的新学科,它在本质上是对民族法律的诠释,尽管一些学者已经做出一些努力,试图使其理论化、系统化,但至少在目前,仍表

现出缺乏浓厚的理论色彩和严密的体系。是否可以这么说,“先天的不足”导致目前民族法学“发育不良”的现状。而我们所倡议创立的“宪法人类学”则无论在研究的领域还是在广度上将更广阔一些,更不只限于中国的民族法律体系。它将着重探讨法律与民族、种族、文化集团现象的内在联系,诸如民族、种族、文化集团及其社会、国家的发展;民族法律制度的个性与普遍性的关系;法律的一体化、趋同化与民族的融合、同化的关系;法律文化、心理、观念与民族文化、心理、观念之间的互动关系,等等。很显然,这些都是法律与民族、种族、文化集团内在相关的深层次问题,与目前中国的民族法学在研究的领域和层次上是不尽相同的。或曰:宪法人类学也不能排除研究制度层面上的问题,而“民族法学”也可以引申到价值层面上的问题。这当然无可非议,但至少到目前,民族法学尚没有向这方面发展的明显迹象。我们在直观上,仍觉得“民族法学”仍较明显地滞留在制度层面上,而我们寄希望于“宪法人类学”的,不仅要既广且深地拓展其研究领域,而且要在价值层面上有更大的作为。理由很简单,我们认为只有价值层面上的研究,才能引导我们正确地认识民族和种族、文化集团的现象和本质。

前面是从学科的建设立场对“宪法人类学”的创立的必要性进行的分析。其实,从更广阔的时代和世界背景上看,创立和发展“宪法人类学”不仅成为必要,而且还很迫切。当代区域集团化和全球一体化的发展图景及其对当代民族、种族、文化集团观念和相互关系的影响,都是促成当代人们对民族、种族、文化集团宽容和理解的时代和世界背景。但是,从研究的立场上看,这种影响还是浅层次上的,更深刻的影响,或许还表现在如下几方面。

无人能否认,当代全球一体化的发展大潮,信息、知识、技术的爆炸式发展,传播媒介的日益广泛和快捷,是怎样以令人难以预料的力量和速度改变着这个世界,改变人类的社会,直到改变人类自身。近些年来,有不少有识之士或学者担心,人类基因的破译和重组最终会改变人类自身。我们这一代以及接下来的两三代,可能是地球有人以来最后的人类,因为以后经基因改造或重组的“人类”将是与我们现在的人类意义完全不同的“人类”。依照当代基因科学的发展,这种预测绝不当只是视为危言耸听的妄语。无论如何,谁也无法准确地预料人类将以怎样的速度改变着自己的社会、生存环境和自身。

在当今世界令人眼花缭乱的迅疾变革中,民族、种族、文化集团的世界当不会被置之度外而成为一个风雨不能飘零到的“荒漠或孤岛”。事实上,民族与种族间或文化集团间宽容与和解的世界性思潮的发展,以及民族间与种族间或不同的文化集团间通婚的现象越来越普遍,都已表明这飞速变化着的世界,已经和正在深刻地影响着人类的民族共同体、种族共同体和文化集团共同体。学术界长期以来认为,民族现象和民族问题以及文化集团问题是长期存在的,一直延至遥不可测的未来。现在看来,倒是我们应当反思这样的固定之见了。因为先前的认定是建立在以往的世界变化节律相对缓慢的基础之上的,而以现在的世界变化节律之快的立场看来,这种有关民族、种族以及文化集团现象和问题的长期性观点正在受到挑战。人们不无理由地预测,以现在的世界一体化的飞速进展,正在更广泛、更深刻的范围和程度上消弭着民族间、种族间,文化集团间历史上形成的差别与个性,在日益频繁的交往中受普遍价值的导向和共同标准及规则的约束,而加速他们之间的接近、趋同、融汇和同化。这样看来,从民族、种族、文化集团现象和问题的长期性的绝对意义上来说,可能在时间的延续性方面,较之以往的评估和认定会大大加以缩短。换句话说,民族、种族、文化集团现

象和问题或许不会延至人类社会遥不可及的未来。倘使这种情况果真会出现的话,一个合乎逻辑的发展结果是:人类关于民族学的理论肯定不如关于人类学、文化学的理论发展的前景广阔和长远。因为民族差别缩短了、消弭了,随之有关解决民族问题和调节民族关系的理论与学说就渐渐失去作用,以至成为不必要的了;而与此同时,人类最终要以某种共同体形式或文化载体的形式继续存在和发展下去,新的有关调整人类共同体形式或文化载体的形式的理论与学说仍然成为必要和需要。正是基于这种认识,我们有理由相信,各种形式的人类学或文化学理论与学说将会不断地被创立和发展起来。我们所创意的“宪法人类学”,就是适应这种发展趋势和需要才提出来的。最后还需要再强调一下,我们的这种分析和创意决没有否定民族现象和问题的长期性的意思,也没有贬低民族学学科在当代的极为重要的理论与实践意义的意思,更没有用所谓的人类学或文化学完全取代民族学的企图。我在这里只是想强调说明:在当代飞速变化的世情、族情中。从历史性的绝对意义上来说,民族现象和问题的长期性,也许并不像原来人们想象的那样遥不可及;而人类会以某种或某些的人类共同体形式或文化载体的形式的存在,将会永远地存在下去,直至人类自身的终结。从这个意义上来说,关于对人类自身认识和调整其关系的各种人类学的或文化学的理论与学说,具有无限的发展前景,其中可能就包括我们这里所倡议创立的“宪法人类学”。

关于创立和发展“宪法人类学”的必要性,如果只谈及当代世界性的民族、种族、文化集团思潮的发展趋势和世情、族情发展变化之疾速的实践需要,显然是不够的。因为“宪法人类学”是从法律的立场解析人类包括民族、种族、文化集团在内的共同体现象,探讨法律对人类的各种共同体的影响,并且还对人类各种共同体的关系调整及长远的发展提供一条法律的、法治的途径。如此看来,从法律的立场来研究和探讨人类各种共同体的现象和问题,不仅具有重要的理论意义,而且具有重要的实践意义。

关于法律、法治作为社会调整器的特点,以及法律、法治对当代及后来的人类社会,包括国际社会和各国国内社会的重要性,包括学术界在内的方方面面的有识之士,已经做过长期的、难以计数的论证和阐释,这里已无重复的必要。这里只想突出地强调一下,在当代及今后的人类社会,法律和法制对人类的国际社会、国内社会、各种形式的人类共同体、人类共同事务所作出或即将作出的越来越重要的定向、规范、调整等作用,无论怎么强调都不过分。把法律学与人类学结合起来,从法律、法治的立场来探讨、解析和调整人类社会、人类共同体、人类共同事务,不仅具有重大的理论与实践意义,而且具有广阔的学术前景和魅力,值得现在及今后有志于此的学人之为奋斗终身。

最后,我还想再说明一下创意中的“宪法人类学”与在中国学术界已经创立的“民族法学”的关系问题。在关于一般的文化人类学与民族学的关系问题以及法人类学问题,我们在前面已经做过说明或即将作出说明;同时我们也对中国民族法学创立和发展的一般情况,已经对民族法学取得的成就与存在的不足,做过概括和评述。在其中,特别是在评述民族法学的不足之中,我们已经暗示了其存在着先天的弱点,即它是适应现时的民族政策、法律诠释、贯彻执行的需要应运而生的,而它的理论色彩,至少在目前仍嫌轻淡。而这种状况,可以通过我们所倡议创立的“宪法人类学”加以改变。这是因为:首先,“宪法人类学”是在认真总结和分析“民族法学”的基础上提出来的,具有较强的针对性和目的性。针对当前“民族法学”存在的不足而有目的地加以改善和充实,在拟议中的“宪法人类学”的新学科中可能

会找到更适宜的载体。其效果可能要比在存在先天不足和研究范围偏窄的“民族法学”的基础上自我完善会更好。其次,从学科设计的总体和学术发展需要上看,既然长久以来学术界就已经创立和发展出“文化人类学”、“政治人类学”、“哲学人类学”、“法律人类学”等等学科。那么,现在提出创立“宪法人人类学”,不仅在学科地位上与已经站住了脚跟的同类别、同性质的学科相匹配,在形式上显得更规范一些,而且在内容上也为人类学的发展拓展了新领域、新视角,或许填补了人类学的一项学科空白。再次,正如刚刚分析过的那样,在当代全球一体化和普行法治的世界性大潮中,“宪法人人类学”兼顾了当代两股并行的世界大潮,并为此推波助澜,具有无限广阔的学术发展前景。还需指出,“宪法人人类学”并非是与“法律人类学”完全异类的学科。事实上,它们之间有着紧密的关系,前者可以视为后者的完善与发展。在当前的情况下,让两者并行存在和发展,也是可以接受和乐观其成的选择。

鉴于以上考虑,我们提议创立和发展“宪法人人类学”的新学科,是有根据和理由的。

### 三、“宪法人人类学”创立的可能性

至少可以从三个方面来分析这种可能性。

#### (一)关于民族、种族、文化集团的宪法手段和宪政安排

不言而喻,作为一个新学科的创立,除了有明确的研究对象以外,还必须具备相应的知识积累作为新学科创立的基础。这种情况同样适用于“宪法人人类学”的创立。尽管我们在前面已经指出,迄今为止从宪法和宪政的总体上说,对于民族、种族、文化集团的事项特别是它们之间的相互关系的规范和调整还处于薄弱和不力的状态,但这并不是说,宪法和宪政在这方面的规范和调整全是一片空白。事实上,在这方面早已实行了一些宪法手段,并作出了一些宪政安排,只不过从本主题研究的立场上看,显得薄弱和不力罢了。

还应说明的是,可能是西方学术界由于在民族、种族、文化集团的概念理解和表达上的歧义,有可能是由西方文化背景所决定,更可能是纯粹是出于表达上的便利,西方学术界过去和现在广泛而流行地使用“少数人集团”的概念。究竟如何界定“少数人集团”?学术界包括政治界、法律界、文化界对这样一个没有严格政治的、法律的和文化的意义的概念,当然可以按照自己的兴趣和需要加以界定和使用。不过,在接近我们主题研究的意义上,有人做过如下的定义:“在一个民族国家中,没有掌握该国家政治机器的任何一个种族的、部落的、语言的、宗教的、种姓的和民族的集团。”<sup>[1]</sup>不管学术界对“少数人集团”的概念和范围的界定或限制存在多大歧义,至少包括少数民族、少数种族和少数文化集团。为了适应许多国家的宪法规定以及宪法学术界的上述习惯,本部分也将沿用“少数人集团”的概念。

1. 关于少数人集团(民族、种族、文化集团)调整的宪法手段。首先应当指出,在宪法诞生以后的一、二百年期间,宪法上不仅没有对少数人集团作出必要的保护性规定,甚至没有出现禁止、防范对少数人集团歧视的条款。个中的一个重要原因,就是当时西方主流社会对少数人集团的认识和态度还处在极端的非理性误区,占统治地位的多数人集团通过对少数人集团的歧视、排斥、压迫、征服乃至灭绝,来攫取和获得本集团的最大利益,正是他们所刻

[1] [英]克萊爾·帕雷:《宪法与少数人集团》,刘兴武译,中国社会科学院民族研究所世界民族研究室1981年印,第1页。

意追求的。在这样的社会背景下,宪法自然不会出现约束、控制占统治地位的多数人集团自身对少数人集团加以歧视的内容和条款。

随着社会的发展和时代的进步,人们关于多数人集团与少数人集团之间的相互关系的认识渐渐趋向理性。即使那些持极端的民族主义、种族主义和宗教主义等的统治集团,也逐渐认识到他们所施行的歧视、压迫、征服、灭绝等政策和行为必然会遭到少数人集团的强烈反抗,这种反抗的激烈与持久,最终反过来会威胁、削弱多数人集团的统治秩序和根本的利益。在这种情况下,适当地改变、调整少数人集团的地位、权利和利益,就变成了时代的呼唤和要求。通过宪法手段来调整多数人集团和少数人集团之间的关系,规范多数人集团对少数人集团的政治、法律、经济、社会等行为也就应运而生了。

还有一个方面也不应忽略,那就是某些国家和社会的多数人集团并没有,至少没有完全放弃对少数人集团的偏见和歧视性态度。但时代的进步和形势的发展迫使他们不得不改变过去奉行的那些歧视性政策或赤裸裸的暴力行为,而是通过某种温和的或强制的方法,把多数人集团的价值观以及政治、经济和文化等方面的准则强加给少数人集团,希图用此种方式达到使少数人集团的特点逐步得到削弱,以至最后丧失的最终目的。不待说,持有此种目的和态度的多数人集团,最终都倾向并乐于采用宪法手段实现他们的目的。因为,作为国家根本大法的宪法,不仅能使占统治地位的多数人集团的同化行为具有根本上的合法性,而且还会使其同化行为可能在很大的程度上避免遭到少数人集团激烈对抗的危险。这也是为什么宪法越来越多地被用作处理少数人集团问题和调整多数人集团与少数人集团相互关系的手段的另一方面的原因。

由于世界各国在国情方面的巨大差异,决定了各国利用宪法处理少数人集团和调整多数人集团与少数人集团的相互关系方面的手段,绝没有一个标准的或一成不变的模式。尽管各国情形殊异,但还是有规律可循的。综合起来,世界各国在处理少数人集团和调整多数人集团与少数人集团之间的关系的宪法手段方面,大体上有以下三种。

第一,温和的同化手段。“温和的”同化手段也可以称为“非对抗的”或“非强制的”同化手段。该手段的最终目标是要消除各集团之间,无论是多数人集团还是少数人集团之间,以及个人与个人之间的在待遇上的差别。为此,通常在宪法和法律上采取对任何人的无差别待遇,使每个人在宪法和法律上享受正式的平等地位,人的权利源于作为国家公民的个人地位,而非源自个人是出身于多数人集团还是少数人集团。这种无差别的待遇,体现在宪法和法律上,就是平等原则。在平等原则下,人人都享有无差别的待遇。综合各国宪法,关于保障公民权利平等,防止歧视的规定,大体上体现在三个方面。一是在宪法中设专章规定公民的基本权利(和基本义务),个别如美国宪法也称“人权法案”。其中一一列举公民所享受的政治、经济、社会、文化、人身等一系列权利和自由。在相关的条款中往往都标明“在法律面前人人平等”,或不分民族、种族、性别、出身、受教育程度等前提条件,保证平等,禁止歧视。二是在宪法中设立反对歧视的特别条款。这些条款依托宪法的最高法律地位和法律效力,使一切违背有关规定的法律、其他规范性法律文件,以及行政命令、措施等因“违宪”而归于无效。有些宪法则规定“禁止歧视”为一般的宪法和法制原则,为国家相关的反歧视立法奠定立法基础。三是对针对某些与少数人集团相关的宪法条文的修改、一般性立法或法律修改规定特别的宪法保护。对相关的宪法条文的修改,通常规定特别的程序,如要求超过

2/3以上的多数票通过;要求进行或强制进行全民复决或公民投票;在联邦国家还通常要求经多数或绝对多数的成员邦(州)的同意。对于一些有关少数人集团的特殊性立法,除了规定由多数票通过以外,还规定一些特殊的程序,如规定由一特设机构在最后通过立法之前,对其进行仔细研究并作出报告,并规定允许有一段时间的推延,以便一旦特设机构提出相反意见,可以重新提交立法机关,再行审议后再作表决。

第二,强制手段。利用宪法作为对待少数人集团的强制手段由来已久,而且延宕至今。有的通过直接或间接地制造难以忍受的生活条件,驱逐少数人集团,直至采取各种使种族灭绝的行为来消灭他们,这是最具残酷性的强制手段;有些采取极端偏激的歧视态度对待少数人集团,通过各种措施使多数人集团牢牢地控制国家的政治机器,使他们占有绝对的支配地位,与此同时,也为多数人集团的成员谋取比少数人集团成员更多的权利和各方面的利益;还有的多数人集团虽未采取如上的极端做法和态度,但利用本集团的语言文字作为官方的语言文字或教学用语用文,或者只为多数人集团信仰的宗教提供支持和保护,或者只保护、发扬多数人集团的传统、文化象征等措施或政策,来实现对少数人集团实际上的强制同化。这种同化具有相当的隐蔽性,甚至连少数人集团自己也不易发觉,但它在实质上也是一种强制同化。

宪法上的强制手段具有多项的选择性,特别是在多数人集团具有绝对的支配和优势地位的情况下,由于他们较少顾忌而可以肆无忌惮地采取极端偏激的态度和行动。但总的说来,宪法毕竟是文明的产物,在许多情况下,多数人集团还是愿意以合宪、合法的途径来达到其对少数人集团实施强制的目的。这在政治、经济、文化、司法等领域都有表现。

首先是政治领域的强制。主要是通过对选举的操纵,使少数人集团被排斥在国家的政治生活之外。在宪法上最适于也是最常见的手段,就是规定不平等的选举权,通过设立公民资格、经济收入、教育水平、财产限制、职业限制、出身限制、纳税要求、居住年限等限制性条件,使在这方面具有弱势地位的少数人集团的成员丧失选举权,从而从根本上将他们排除在国家政治社会之外。在选举方面,程序性的限制也是一个可资利用的手段。如通过某些严格的规定,使少数人集团难以或根本无法进行选民登记,也可以通过重新划分选区、在根据人口变化而进行的调整上、在更改选举制度上,人为地制造困难,使少数人集团的成员即使获得了选举权,也无法实现实际上的参选或被选举。在人类的宪法史上,利用宪法限制少数人集团的选举权曾在世界范围内被广泛地利用,给人类的宪政文明重重地涂上了一个污点。

其次是经济领域的强制。利用宪法达到使多数人集团在经济上处于有利的地位,或者使少数人集团在经济上处于不利的地位,也是一个曾被广泛利用的有效而又便宜的手段。通过宪法形式把经济上的好处固定下来的做法中,最为常见的,是对土地所有权和使用权加以限制。许多资本主义移民国家的移民集团为了达到永久霸占移民国的土地的目的,为当地土著人规定设立“保留地”,名为对土著人的保护,实则使移民所强占的土地合法化;还有国家规定禁止“外来人”拥有土地,而“外来人”的适用范围可延至第二代或第三代的移民子女。经济上的强制还表现在执业和贸易执照或进出口许可、工程承包、雇佣、职业、财政和税收政策等方面,对多数人集团实行直接或间接的有利政策,或者使少数人集团直接或间接地处于不利的地位。

再次是文化领域的强制。文化上的特点是区分多数人集团和少数人集团的重要标志,文化对于民族、种族和文化集团的影响是如此之深,以致在许许多多民族、多种族、多文化集团

的国家,语言、文字、教育、文化习俗和传统等,通常都成为极为敏感乃至爆炸性的问题。多数人集团也经常利用宪法手段达到其张扬文化特点的目的,或者使少数人集团的文化特点直接地或间接地被削弱。

在宪法上通常都要规定一种官方语言。由于官方语言通常都是教育系统的教学用语、办公用语、企业和事业用语,能够熟练地掌握和使用官方语言,就能在就业、受教育和社会、经济交往中取得优势地位和各种便利、好处;而少数人集团尽管有自己的语言文字,其使用也可能没有受到限制,但终因缺乏通用之便,而被迫或不情愿地使用通用的官方语言,特别是被迫或不情愿地让后代去接受官方语言的教育。在许多多语言文字的国家,少数人集团往往把这种情况视为一种文化上的强制,因而心怀不满直至进行反抗。更有一些国家因语言文字的纷争而导致动乱。最突出的例子发生在加拿大,法裔魁北克人因不满联邦政府的语言政策,曾在20世纪80、90年代掀起魁北省独立运动,制造了两次有惊无险的联邦宪法危机,在魁北省举行的两次公民投票中,只以极其微弱的多数才勉强维持住联邦的统一而没有分裂成为两个国家。

在教育方面,宪法上规定的教育制度尽管在名义上是国家或国民教育制度,但往往有利于多数人集团,而不利少数人集团。即使在多种教育制度并存,或允许少数人集团举办本集团独立的教育事业,其能否得到国家的财政支持或者能得到多少财政支持,也都具有很大的随意性。一旦少数人集团感到自己的教育事业的发展受到限制,他们很自然地认为自己受到多数人集团或国家的歧视。一旦这种情势发生,教育问题往往酿成激烈对抗的焦点。

在文化习俗和传统方面,全国性的节日、风俗、庆典、服饰、传统等,可能只能反映多数人集团的传统。少数人集团的上述文化习俗和传统由于没有取得宪法地位而可能受到冷落。而少数人集团通常对此都很敏感,他们往往把自己的文化习俗和传统没有得到应有的尊重与歧视行为联系起来,因而产生不满情绪,造成少数人集团与多数人集团之间的隔阂与矛盾,直至酿成激烈的冲突。

此外,在宗教信仰方面,更是少数人集团极为敏感的问题。任何在宪法上对宗教的不慎之举都可能招致少数人集团的强烈对抗,酿成大规模的仇杀甚至战乱。当今世界上一些地区因宗教而起的破坏、动乱、恐怖活动、仇杀、战争等祸患,是危害有关国家安定和世界和平的重要根源和因素。

最后是司法领域的强制。国家在本质上是一个暴力的机器。不管国家多么卖力地标榜其民主根基的深厚,也不管国家的政治精英以及广大民众表现出多么博大的政治宽容和政治妥协精神,一旦情势需要,作为最后的强制机制,国家会毫不犹豫地诉诸暴力或以暴力相威胁。军队、警察、法庭、监狱等就是国家最重要的暴力工具。

在西方早期发展起来的资本主义国家和后来的帝国主义列强所从事的长达几个世纪的移民和殖民过程中,对移民国家的原住民、土著人实行了有计划的、大规模的征服、强制奴役、屠杀,直至种族或民族灭绝的政策,把国家的暴力强制用到极至。直至今日,在西方一些移民国家,对少数人集团,特别是对黑色移民集团、黄色移民集团、当地土著人集团仍然存在程度不同的歧视现象和歧视心理。在这样的社会歧视氛围中,即使在政治上、经济上的强制得到相当程度上和范围上的控制,在司法上的强制却有较为明显的表现。主要体现在司法不公、司法歧视、滥施暴力,以及对少数人集团的犯罪嫌疑人和在押的服刑人员实行种种的

酷刑和其他残忍、不人道的待遇或处罚的行为等方面。在一些西方国家,由于上述的现象和行为而引起的大规模社会骚乱乃至社会动荡等事件或事态时有发生,就是存在程度和范围不同的对少数人集团的司法不公和司法歧视等现象和行为的必然结果。尽早和最大限度地减少和消除针对少数人集团的司法强制,是当代国际社会和一些多民族、多种族国家的进步的政治势力和力量,特别是世界性的和一些国家的人权运动所努力实现的价值目标。

第三,多元手段。利用宪法在价值取向上的多向性和内容的广泛包容性来处理少数人集团的问题和调整多数人集团与少数人集团之间的关系,是当代宪法的重要内容和主要的发展趋势之一。一般说来,多元手段同温和的同化手段和强制性手段主要的区别在于:多元手段是在目前以及未来不可预期的长时期内,承认、尊重、保护、促进少数人集团的特点和合法的、或许还有额外补偿的权利和利益。在实行多元手段的国家和社会中,除了极少数国家和社会在利用承认、尊重、保护、促进的外在结构或体制以掩盖其把少数人集团限制在低下的地位上之外,绝对多数的国家和社会都抱着良好的意愿,企图通过建立一个宽容的多元国家和社会,不但有给少数人集团以全面参与国家和社会各项生活的机会和制度性安排,而且抱着保护少数人集团的愿望,在国家和社会中设立专门的少数人集团的机构,以国家赋予的独立的职能和权力,集中而且专门从事保护和促进少数人集团的权利和利益。从世界性的全局上看,多元的宪法手段不仅构成当代宪法的重要内容,而且也代表了当代少数人集团的问题解决和相关关系调整的进步方向。作为制度性安排,宪法的多元手段在目前大体上已经发展出如下的较为成熟的做法:即联邦制、自治制、多元文化主义、下放行政权、重组地方政府、设立民族开发机构,等等。

2 关于少数人集团(民族、种族、文化集团)调整的宪政安排。作为少数人集团的宪政安排,本身就是一个极其庞杂的体系,具有丰富的内容。主要体现在以下一些方面。

第一,选择和确认对少数人集团的政策。宪法在任何情况下最忌频繁修改或变动,频繁地修改或变动最容易使人丧失安全感和稳定感,从而很可能从根本上丧失对宪法和宪政的信心。保持对少数人集团的政策相对独立性,可以在实际运作中作出局部的补充和调整,这不仅使有关的政策和制度本身得到完善和发展,而且也保护了宪法的稳定性和权威,使其不至于在频繁的修改和变动中受到损害,不仅不受到损害,而且归根结底就是对宪法和宪政本身的补充、完善和发展。

在人类的宪政史上,在制定宪法之前就已经选择和确认对少数人集团的政策的国家当不在少数。例如在加拿大,早在20世纪60年代初期,加拿大政府为了消解法裔加拿大人强烈要求实现魁北克独立的政治危机,开始推行双语制,即承认法语同英语一样成为官方语言。1963年皮尔森政府任内还建立了“双语与二元文化皇家委员会”,专门负责推行双语和二元文化政策。这一政策虽然相对缓和了魁北克的危机,却又引发了其他移民集团和其他民族的不满,认为推行双语和二元文化政策使他们受到冷落,担心会沦为二等公民,因而为加拿大又埋下了更大的政治危机的隐患。为了避免这种情况出现,“双语与二元文化皇家委员会”被迫发布了一份专门报告,建议实行“多种语言和多元文化政策”。当时的特鲁多政府采纳了这一建议,于1971年10月8日正式宣布联邦政府实行“多元文化主义政策”。到了1981年加拿大制定宪法时,多元文化主义政策被正式载入宪法,成为宪法性的民族政策和制度。不过,作为国家政策形态的多元文化主义在上升为宪法规范以后,仍然保持了相

对的独立性,并在实践中不断得到充实和发展。

中国的民族区域自治政策也是在宪法制定之前就已经被选择并确定下来的。在中国共产党领导中国新民主主义革命的过程中,曾对中国的民族政策的选择进行了长期的探索,并提出过多种可供选择的方案,包括联邦制和民族自决。但到了抗日战争胜利前后,根据马克思主义的民族思想和中国的国情、族情的实际情况,以及在革命根据地局部地实行民族区域自治的经验,最终选择和确定了将民族区域自治作为解决中国民族问题的基本政策。在中华人民共和国建立前夕,由当时起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》作了规定;在1954年制定新中国第一部正式的宪法时,又正式地把民族区域自治载入宪法,确认为国家基本的民族政策和民族制度。不过,民族区域自治作为中国共产党和国家的基本民族政策,仍然保持了相对的独立性。

第二,针对少数人集团问题进行立法。这方面主要包括专门性立法,其中包括前述的加拿大的《多元文化主义法》,中国的《民族区域自治法》,俄罗斯的《民族文化自治法》,等等;边缘性立法。所谓边缘性立法,是指专门性立法以外的立法。其中包括禁止歧视性的或允许歧视性的法律、法规或相关规定;对少数人集团的选举权和被选举权作出专门的或特殊规定的选举法;对少数人集团作出优惠的或不利的经济型立法;对少数人集团作出有利的或歧视性规定的文化性立法,等等。

第三,设立专门的结构。无论出于什么样的目的和动机,也无论执行什么样的政策,国家的统治者或管理者通常都要设立各种专门的机构,用以处理与少数人集团有关的各项事务。这些专门机构大致可以分为确立性的、协调性的、咨询性的、研究型的机构。

第四,设立专项资金。这类资金大致可以分为出于对历史上歧视性政策所造成的后果的反省而设立的补偿性资金,如美国在“肯定性行动”中对土著居民拨出的特别教育计划、特别技术援助、特别贷款的款项;此外还有用于各项事业建设所需的专项资金。

第五,进行平等、反歧视教育。这类教育既包括利用国家的政治活动、重大节日的庆典、文学艺术、大众传媒、社会公益等等场合和机会进行的“软”宣传、教育,又包括利用国民教育体制等机构和制度等进行的“硬”教育。

从以上介绍和分析不难看出,宪法和宪政已经对主要包括民族、种族、文化集团在内的少数人集团的有关事项作出了一些规定和制度性安排,这些无疑应当成为“宪法人类学”学科创立和建构的知识基础。

## (二)关于人类学的产生与发展过程中对人的社会性关注的增强

自从古希腊哲学家苏格拉底首先提出,后来又雕刻在古希腊神庙上的那个“人啊!认识你自己罢!”的哲学命题之后,就在西方揭开了人类自我探索的序幕;而在我们这块东方古老的土地上,孔子等大师早在两千多年前创立的儒家学派,贯穿着“诚心、正意、修身、齐家、治国、平天下”的一整套的先后或同时开启的对人类自身的探索历程,尽管在后来的历史进程中以不同的方式走入歧途,迷失了方向,但人类通过观念反思、思想解放和相应的社会变革,最终有先有后地又回到了对人自身进行深入探索的轨道上来。在西方,经几代学者的努力,终于在自然科学和社会(人文)科学领域建立起恢弘的“人类学大厦”。

在西方,最初的人类学是专门研究人类体质和体型发展规律的科学,称为“体质人类学”。由于体质、体型属于生物学的范畴,所以最初将人类学归属自然科学。但人类终究不

是一般性的动物,体质、体型对人类固然重要,但人类作为在本质上属于“社会动物”、“文化动物”或“政治动物”,研究有关人类的社会、文化和政治的结构、行为及其发展规律,会来得更加重要和紧迫。因此,西方的人类学家不可能或实际上根本不想把人类学的研究范围固守在人类的体质和体型方面。人类自身社会、文化和政治方面的日渐显现的重要性,促使越来越多的人类学家把自己的研究旨趣转向人类的社会、文化和政治等方面,于是人类学已不再单纯属于自然科学,而是跨越到社会或人文科学领域了。现在,人类学可以视为兼容自然与社会(人文)的综合学科,也可以视为自然科学或社会(人文)科学的边缘学科。

在当代的欧洲大陆,如德、法、原苏联和现在的俄罗斯,仍然把人类学专指为体质人类学。可能是为了避免混乱或学科区分上的便利,最近二三十年来,西方学者在研究人类的社会、文化、政治、法律、哲学等方面的问题时,更愿意称之为“社会人类学”、“文化人类学”、“政治人类学”、“法律人类学”、“哲学人类学”等等。除了后三者专门研究人类的政治现象、法律现象和哲学问题以外,前两者则不仅仅研究人类的社会或文化现象,研究的领域出现泛化或扩大化的倾向,以至包容了除人类体质、体型以外的所有的人文领域,包括“政治人类学”、“法律人类学”和“哲学人类学”。从这种宽泛的学科意义上来说,我们所称之为“民族学”的学科也包括其内。不过,在一些场合,“文化人类学”或“社会人类学”如果是以民族问题为研究对象,就等同于“民族学”。在西方迄今为止,还没有明确地认定“民族学”这一学科。最后,还有一点需要指出,西方的“社会人类学”与“文化人类学”从来没有明显的区分,或实际上根本就没有差别。在当代,“文化人类学”的学科冠名更为经常和普遍。

人类学从“体质”向“社会”或“文化”的转变应当被视为重大的科学成果。人类学对人的社会性的持久关注及其不断增强,势必将扩展到对人类根本的政治性和社会性命运的宪法关怀。这当然也为“宪法人类学”的创立和建构打下了学科性基础。

### (三)法律人类学的学科优势与成就

从人类学的立场上看,法律生活应当是而且事实上是伴随人类社会生活的持久现象。而从法律学的立场上看,人类的有序的、和谐的乃至美好的社会生活同样离不开法律与法制的规范与保障。可以说,这两个学科之间构成了极亲密的亲缘关系。不管学者们特别是人类学者们在长期研究的过程中是有意还是无意,最终导致了两大学科成了“天作之合”,成就了一个全新的人类学分支——“法律人类学”的产生和发展。

“法律人类学”在产生和发展过程中,显现了明显的学科优势与成就。主要体现在:

1. 对法律现象的理解和法律本质的揭示提高到一个新的理论高度。通过法律人类学家研究大量的非西方社会的固有法,特别是所谓“野蛮社会”的原始法,使法律的内涵得到了很大的提升。法律人类学家现在普遍认为,法律并不是西方传统法学家所认为和描述的那个样子,而是应当从一个全新的、普遍适用于古今世界上一切社会的法律的基础之上,重新加以界定。作为人类社会普遍存在的法律体系,它首先是民族性的和地方性的。不论人们的文化背景有多么不同,也不管人们的观念中或信仰中有多少玄而又玄、神妙莫测的东西,法律首先就应当被注意到它是一切人类社会的控制工具。因此,法律具有明显的地方性和民俗性的特征。不仅如此,法律还具有共同的属性。法律人类学家波斯皮士尔曾经将这种法的共同属性概括为四点:即权威性、普遍适用的意图、当事人双方之间的权利与义务关系、制裁;并认为只有这四种属性同时在一定时期和一定社会范围内存在,才能构成特定的法律

体系或模式。任何单一的特征存在都不可以认为是完整的法的体系或模式。这一点显然区别于不少西方法理学家或法哲学家对法律的界定。在这些界定中,大量的都是以法律某一个或两个特点为界定的标准的。此外,在每一个法律属性的界定上也与西方的法理学——法哲学有些不同甚至极不相同的方面。例如,关于法的权威的界定,法律人类学家就不像西方法学家通常认为的那样,即认为只有主权者或国家立法机关通过正式法定程序制定出来的文件才能称为“法律”。在法律人类学家看来,法律权威不仅包括主权者或立法机关,还包括法官、法院,甚至头人、长者议事会、父亲等等,这是与人类学结合的必然反映。在这样全新的认识基础上,法律人类学认为法是从法律权威做出的决定中抽象出来的制度化的社会控制工具。这样对法律做出的界定,虽然不无争议或改进之处,但较之西方法理学——法哲学家那些总有些偏执或极端的界定,显然有了很大的改进与提高。

2 为法律多元主义提供了有力的理论支持。在传统的西方法律中心主义的框架下,以历史的全景和世界图景为基础和背景而承认多种形式、多重层次同时并存的法律多元主义,自然没有存在的余地。然而,法律多元主义毕竟是客观的存在,对于这样一个基本的事实本无争议的必要,但是,在西方一元主义对法律思想的长期垄断下,这一事实被人为地抹杀了、忽略了。而到如今,既然法律人类学已经从根本上打破了这种垄断,就必然使法律多元主义摆脱了束缚而得到解放。法律人类学通过广泛地考察和研究各种社会的法,在法律的制度与运行机制上与各种不同的文化背景、信仰和风俗、习惯密切联系起来,使每一种社会形态,不管它是原始的、发展中的,还是发达的,都会存在与自己的文化背景和社会情态相适应的固有法律形态。这些法律是如此的独具个性、彼此殊异,以致它们之间具有不可比性、不可交换性和移植性。然而,法律人类学的研究成果表明,各种法律形态之间,一如前面所指出的,还同时存在可辨识的共同属性。这些共同属性又构成了它们彼此之间的可比性、可变换性和移植性。这就使对法律进行大规模的比较研究成为可能。通过比较研究,使人类各种不同的民族、社会形态可以广泛地吸取、借鉴、移植其他民族、社会形态优秀的法律文化和法律制度,以期完善和改进自己的法律文化和法律制度。在此基础上,又使全人类大规模地提升法律文明成为可能。

3 丰富了法学的研究立场和方法。如前所述,西方传统的法理学——法哲学在研究立场和方法上存在着诸多的局限和弊端。这些局限和弊端在西方法理学——法哲学的体系内是难以甚至无法克服的。而法律人类学的兴起,在法律研究立场和方法论上对传统法律学研究是一个很大的补正和丰富。在研究立场上,它有力地克服了西方传统法学那种唯理论性、形而上、唯规则论等偏颇,从而对法律的研究站在真正科学的基点上;在研究方法上,通过田野调查、个案分析、阐释学等方法的运用,在很大程度上克服了西方传统法学中一些学派,例如自然法学派、先验唯心主义法学等缺乏技术性分析的缺陷。科学的、综合的科学研究方法的运用,对正确认识法律现象和揭示法律本质是十分必要的。〔2〕

从以上的简要总结可以看出,法律人类学是法律学中一个新兴的边缘学科或综合学科。它已经取得了显著的学术优势和成就,昭示了极有潜力的学术前景。“法律人类学”不仅构

〔2〕 关于法律人类学的介绍和分析,参见张冠梓:《法学的“另类”与法学的未来——法人类学学科发展概况》,载《中国社会科学院院报》2002年12月12日第2版。

成了我们倡议创建的“宪法人类学”这一全新宪法学分支的启迪和影响的渊源,而且其本身也可能构成了“宪法人类学”的学科基础,至少在两者之间存在着密切的关联。我们提议创立“宪法人类学”这一新的学科,不仅仅是在理论上和实践上提出了这种需要,而且在实际上已经建构了相当深厚的学科基础。这就是说,我们现在意欲创立的“宪法人类学”,不仅是必要的,也是可能的,决不是空穴来风,或是毫无根据的主观臆想!

#### 四、关于“宪法人类学”的学科构想

基于民族、种族、文化集团而欲创建的“宪法人类学”,对其可作以下构想。

1. “宪法人类学”尽管不能像“哲学人类学”那样,对包括人类民族、种族、文化集团在内的各种形式的共同体施以“终极的关怀”,但也绝不当只是停留在有关的政策、制度和法律的有形层面上,或甘愿充当现实的“奴仆”。“宪法人类学”应当从形而上或者说哲学的层面上深刻揭示宪法与包括民族、种族、文化集团在内的人类共同体之间内在相关的联系,找出他们之间是如何在相互影响和互动之下发展变化的规律。“宪法人类学”的浓重的理论色彩当以此为切入点并由之作为主要的体现。

2. 民族、种族、文化集团在内的人类共同体既是人类历史的产物,又是人类赖以存在和发展的最主要的社会结构形式。人类在这种社会结构形式中逐步创造和发展了包括语言、文字、思想、观念、价值等文化形态,其中也包括源远流长的法律体系及其文化。这是包括民族、种族、文化集团在内的人类共同体赖以生存和发展的沃土。正是这些沃土,养育和支持了人类共同体的庞大根系和繁茂的枝干。离开了社会、文化这片沃土和源泉,包括民族、种族、文化集团在内的人类共同体就变成了无本之木,无源之水。因此,人们要想真正地认识自己,要想真正地认识与自身息息相关的民族、种族、文化集团等现象,就必须深刻地挖掘和认识自身赖以存在和发展的社会及文化背景,包括法律文化背景。从社会及文化背景来探讨和研究“宪法人类学”,应当成为一条值得重视的途径和不可或缺的方面。

3. “宪法人类学”应当尽量拓展研究领域。对于任何一个真正的社会科学学科来说,其研究对象基本上都是一个复杂的事物,其所涉及的事项以及所包容的信息量、知识量也必然是庞大的。“宪法人类学”自然也不例外。

首先,从研究的范围上看,应当包括民族、种族、文化集团以及已经或即将出现的其他的较为稳固的人类共同体,如氏族、部族、国族以及其他相关的族类、种类共同体,等等,都应当作为“宪法人类学”的研究对象和范围。

其次,应当兼顾历史和现实两方面。从历史上来说,既然我们已经承认民族、法律都是极其古远的历史现象,这本身已经构成了一个重要的研究现象。某些古老的民族,一般都经历过兴衰的过程,有的曾经十分强大过,但如天上的流星一般,很快在历史上消亡了;而有的历经几千年的风雨而不倒,延续至今。这其中除了其他种种原因之外,是否与有关民族的法律观念和法律制度有关?如果有,其内在的联系和影响的机制又是什么?直到目前,这在中国学术界仍然是一个空白,值得认真地加以研究。

再次,各民族一般都在历史上创建了具有本民族特色的法律观念和制度,从古老的民族习惯法到现代的国家法制,不一而足。除了应当研究一个民族与自己的法律观念和法律制度是怎样的内在相关和内在相联之外,还应当探讨这样一个具有哲学意义的问题,即迄今为

止的世界上的每一个民族,从古老的民族到现代的民族,从无从立国的民族到建立自己民族国家的民族,民族与法律是否在绝对的意义上存在必然的联系?当我们不再满足于法学理论关于法律产生和发展的某些教条主义的说法以后,这方面的研究不仅能揭开法律与民族内在相关的联系之谜,而且还会为法学理论注入新的内容和活力。

最后,“宪法人类学”也应当关注和研究当代及今后的国际社会。我们在前面的研究中早已表明,全球一体化的发展潮流使世界上各民族的联系和交往也越来越密切了。在这个过程中,原有的和新生的各种错综复杂的民族关系和民族问题,需要人们以科学的态度重新审视、调节和解决。自从第二次世界大战以来,特别是最近二、三十年来,以联合国为首的国际社会、许多国家的政府和各种民主、进步势力以及各方面的有识之士,为解决世界上的一些热点、难点问题,为解决国际间特别是民族间的矛盾、冲突和战争问题,做出了巨大的努力。特别值得提出的是,以联合国为首的各种国际组织,为解决各种世界性的问题,包括为调整民族、种族、文化集团之间的关系,制定了大量的国际公约、协定和各种守则,就使国际法与民族、种族、文化集团问题紧密地结合起来了。毫无疑问,“宪法人类学”应当对此种新情况和新变化予以关注和研究。如果说,我们所倡导的“宪法人类学”与“法律人类学”有什么区别和不同的话,这当是其中显著的一点。在我们看来,就“法律人类学”原初构想和现已形成的框架,是无论如何没有包容,也很难包容这方面的研究内容。

4. “宪法人类学”应当探讨和实践把宪法学研究、民族学研究、文化人类学研究和法人类学研究等学科有机地结合起来的有效形式。“宪法人类学”,顾名思义,名称的本身就体现了把宪法学和人类学结合起来的特点。在中国以往的学术界主流,宪法学和民族学是相互独立的两大学科,除非研究内容需要互相涉及以外,一般都是各自独立进行研究,很少有意识地相互渗透。近十几年来“民族法学”的创立和发展,为这两大学科的相互结合和渗透进行了有益的探索,开辟出了一条新路。但是,正如我们曾经表明过的,“民族法学”似乎偏显了实用主义的色彩,在理论根基上先天的薄弱,似乎很难促使宪法学和民族学在深层次的理论基础有机地结合起来。而“宪法人类学”,至少在我们最初的设计上,就有意识地要建构具有突出理论色彩的、使两大学科有机地结合起来的新学科。倘能实现,不仅能把宪法学和民族学在新的理论层次上向前推进一大步,而且还能为创立和发展综合学科、交叉学科和边缘学科积累经验,闯出新路子。须知,在当代,随着知识爆炸性的发展,已经不断地增长着向着新的学术领域探索和发展的需要,交叉学科、边缘学科和综合学科因而也如雨后春笋般地大量涌现,这已经成为当代世界范围内学术领域发展和进步的一大特点和势不可挡的潮流。从这个意义上说,刻意地将宪法学和人类学包括民族学等有机地结合起来的“宪法人类学”,就属于一种综合学科、交叉学科和边缘学科。

5. “宪法人类学”应当重点关注和研究当代的民族、种族、文化集团问题和关系的政策、法律调整。当代世界上的许多民族还没有走出对自己民族的历史命运、对与其他民族关系的非理性把握的误区,特别是对待民族关系的认识和把握上更是时常发生谬误与偏差,损人利己甚至损人不利己、损人又害己的愚蠢之举,以及蛮横霸道的行为也是频频发生。这已经在相当程度上,甚至可以说在很大程度上构成了当代世界及一些多民族、多种族国家的不安定因素,成为世界和有关国家的热点、难点问题。为解决这种世界性问题和现象而倡议创立的新学科——“宪法人类学”,毫无疑问应当为此做出应有的和突出的理论贡献。倘使“宪法人类学”能够为解决当代令一

切有着人类良知的人士长期困扰的有关民族、种族、文化集团的热点和难点问题找到一条可行的、有效的宪法和宪政途径,就可以说真正体现和实现了这一新学科、综合学科的科学价值。当然,这也是对我们苦心创意和长期探索给予的最好的回报和最高的奖赏。

6 “宪法人类学”应以更开放的姿态鼓励学术创新和包容各种学术思想、流派。科学研究的全部历史一再证明,任何一项人文科学的研究都是一个漫长的历史过程,是一代又一代的学者共同劳作的过程和结果,有些人文科学研究对象虽经历千年、几千年的沧桑,但至今仍未在学术上取得共识。本研究中的主题,即宪法、法律与民族、种族、文化集团等人类共同体之间的关联就属于这类的研究对象。经验表明,任何一种人文科学的真理都是一点一点地接近而最终取得的。正如著名启蒙学者马基雅维里所指出的:“一个人永远不会发现任何问题已经彻底了结,再无争论的余地了。”<sup>[3]</sup>从这个意义上来说,“宪法人类学”更应当鼓励学人大胆解放思想,勇于学术创新,同时以更宽广的心胸包容各种学术见解和流派。只有这样,我们才能指望这一新的学科取得令人满意的进展。现时中有意无意地形成的种种学术研究的“禁区”或某些不可更易的一定之见,都会阻碍这一新学科的进步和发展,某些教条主义的束缚更是应当尽早解除。

7 “宪法人类学”应当鼓励研究者运用各种方法论进行深入的研究。正如著名天体物理学家伽利略曾经指出的,科学是在不断改变思维角度的探索中前进的。对于兼跨两大学科,涉及社会、文化、政治、法律、经济、思想、哲学等诸多学科的“宪法人类学”来说,更是需要广泛运用各种方法论,从多层面、多角度加以探索。西方的“文化人类学”、“法律人类学”等人类学学科之所以能够取得较大的成就,部分原因就是广泛运用多种方法论,从各个角度和立场进行探索的结果。而对于我们所倡导创立的“宪法人类学”,同样需要运用多种方法论进行广泛而深入的研究。舍此,便难以指望取得令人瞩目的成就。

8 不必急于建构完整、系统的理论体系,研究者可就自己感兴趣的问题先行进行研究。科学史的经验表明,许多科学理论或学说都不是以先行建构完整、系统的理论框架,然后再填补内容这种方式完成的。科学研究确实不像搞建筑,像建房屋或桥梁那样先立起框架。我们前面所介绍的“文化人类学”的好几种理论就存在这种情况,至今还没有形成完整的、系统的理论体系。“宪法人类学”也应当走这样的创立和发展历程。更何况,由一个人或一些人先关起门来造车,这种研究方法其实本身就不科学。正是基于这种考察,我们作为“宪法人类学”的首倡者,就没有刻意地去建筑某种完整的、系统的理论体系,而是就当代最有影响力的重大民族、种族政策、制度和法律,从宪政的立场上进行深入的研究。至于对“宪法人类学”的理论构想,这里只是进行了粗略的整理,提出了一些可引起联想的意见和建议,仅此而已。我们这样做,也可以说是对上述主张的一种身体力行吧!

最后还应指出,任何一个新学科的创立都是一个极其艰苦、漫长的探索、研究、积累的过程,非一朝一夕所能一蹴而就;与此同时,一个新学科的创立,也往往非一人所能完成,而是要靠学术界诸多甚至几代学者共同努力完成。鉴于“宪法人类学”诱人的和光明的学术前景,我辈业内学人为此做出哪怕是重大的付出,也应该认为是值得的。

(责任编辑:乙 正)

[3] [英]昆廷·斯金纳:《现代政治思想的基础》,段胜武译,求实出版社1989年版,第177页。