

迎接国际人类学与民族学世界大会

民间法与法律多元主义研究委员会

国际人类学与民族学联合会民间法和法律多元主义委员会(Commission on Folk Law and Legal Pluralism)是一个国际性的法律学者组织,于1978年由国际人类学与民族学联合会创立,并附属于国际法学协会之下。委员会在成立29年之后,已发展成为一个颇具影响力的国际性组织。分布在世界范围内的会员反映了其对当今所有国家,尤其是对那些有着大量土著人口、少数民族或宗教的国家中存在的法律多元主义现象的日益密切的关注。

委员会的主要目的在于“促进关于民间法和法律多元主义的认识和理解,聚焦于因民间法和国家法律的相互作用而带来的理论与实践上的问题”。在这一背

景之下,民间法被理解为基于任何特殊的地理区域,或在某一特殊人群之上的标准化实践。基于这种理解,近年来,委员会将其研究领域拓展到了对“地方法律、国家法律和国际法律及新近定义的跨国法律(包括墨卡托法或国际商团的法律实践)之间的相互作用”的研究。委员会的活动还包括针对全球化背景下,因不同类型法律而引发的问题,提出合理的、建设性的解决方案。

委员会现在的主要活动是:出版《时事通讯》;组织国际性论坛;对世界各地工作小组的发起和鼓励。

委员会主席:安妮·格里菲斯(Anne Griffiths)教授,苏格兰爱丁堡大学

中国法人人类学前瞻

□ 吴大华

中国拥有法人人类学发展的独特而丰富的民族资源,这是海外法人人类学发展无法比拟的先天优势。早在上世纪20年代,中国学者便开始利用田野工作方法研究社会问题,严景耀是这个方面的典型代表。他在上世纪20年代后期和30年代初期,通过田野工作方法研究违法犯罪与社会变迁的关系。从1927年夏天开始,严景耀到监狱当一名志愿犯人,和囚犯一起住在号子里“参与观察”,通过访谈收集案例,深入到囚徒的家中了解背景资料,完成了一系列论著。上世纪五六十年代,国家组织的少数民族社会历史大调查也曾采用民族志方法对少数民族进行调查,涉及少数民族“法”的相关内容。然而,之后很长一段时间直至今天,法人人类学的田野调查方法被多数学者淡忘,法人人类学也成为一门冷僻之学。

在笔者看来,中国的法人人类学具有广阔的发展前景。从法治发展历史来看,法治最初是强调形式法治,发展到一定阶段便开始重视实质法治。要求“法”不应拘泥于静态的法律条文,而应用动态的观点看待法律,把法治改革与中国的社会现实、经济社会发展结合起来。法人人类学的出路在哪?这是当前研究法人人类学的学者应当经常思考的一个问题。笔者认为,法人人类学应当在实证法与自然法之间求得均衡,即寻求活的法—社会的治理规则。这是法人人类学发展的必由之路。中国的法人人类学要形成独特风格、独立学派,应当从以下几个方面着手,注重不同研究方法或思维的训练与运用。

第一,重视都市法人人类学的研究。法人人类学既往的研究多限制在初民的法律、习惯法等方面,对于现代都市的“法”缺乏研究。在中国,伴随城市化进程的加快,如何以人类学的视角发

掘城市生活的规则、秩序并将之改进为“法”,实现城市的良治与善治,是我们今后要解决的一个重要课题。

第二,重视民族习惯法的研究。中国拥有56个民族,这是一个极为丰富的民族资源。少数民族多聚居在西部地区,人文生态保存得基本完好。长期以来,我国学者在民族习惯法研究上获得了一定的进展,对少数民族的法律规范有着较为深入的研究。国家对统一的政策与法律在民族地区的实施与适用非常关注,并对从事民族政策、民族法律研究的专家学者倾力扶持。这是民族习惯法研究的良好机遇,也是法人人类学可以实现突破的一个关键领域。

第三,关注田野调查方法的运用。法人人类学习惯于比较研究,习惯于整体化地看世界,习惯于在动态的过程中把握法的实质及其发展,关注法律行为及其相互之间的变化过程,关注“活的法”。注重以参与观察为特征的田野调查方法是法人人类学的一个基本特征。田野调查不能走过场,不应“按图索骥”——拿着结论寻找有利的数据与案例,而应当拟定调查提纲,选择采访方式与技巧,最大限度地克服先入为主的“主观因素”,获取第一手资料并通过科学分析获得结论。

第四,关注处理纠纷的典型案例分析。上世纪60年代后期,法人人类学从研究原始法、部落法的模式转换成研究纠纷及其解决的方式,人们将研究国家法律定式化的规则演变为研究纠纷及其解决与处理的“过程”。美国人类学者霍贝尔阐释了法人人类学的3种研究路径:一是在当地人中间总结出规则,得到理论性的线索;二是观察当地人的行动,得到描述性的线索;三是研究争执、纠纷等事件的方法。关于处理纠纷的典型案例分析正是我们开拓新的法人人类学研究疆域的新工具。

(作者单位:贵州民族学院)

就人类学的观点来看,法只是我们文化的一个方面——即用一个有组织的社会的力量来规范个人和团体的行为,并对违反既定的社会规范行为予以禁止、补救和惩罚。

——霍贝尔

分支学科纵览:法人人类学

法人人类学(legal anthropology & anthropology of law),是运用人类学的理论和方法对法律问题进行解释和研究的学科。她处于法学与人类学的交汇,是一门交叉性的分支学科。作为19世纪中后期产生并发展起来的一门边缘学科,法人人类学是传统法学和传统人类学的扩张和“互渗”,要求不同文化间相互理解与尊重,对法律进行动态性的研究,认同法律多元,认同非国家法,要求运用国家法律与非国家法律寻求纠纷解决以维护社会秩序。

法人人类学是如何起源的?一般认为,法学和人类学在拓展各自学科、挑战本学科的屏障和壁垒时,形成了视角互补的关系。最早的法人人类学研究始于19世纪60年代。瑞士法学家巴霍芬(J·J·Bachofen)的《母权论》(1861)、英国学者亨利·梅因(Henry Maine)的《古代法》(1861)、美国人类学家摩尔根(Lewis H·Morgan)的《古代社会》(1877)以及恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》(1884)被列为法人人类学的第一批经典文献。但是,这些文献只能视为初期的雏形的法人人类学,作为一个学科的真正法人人类学并未形成。1926年,马林诺夫斯基(Bronislaw Malinowski)出版《原始社会的犯罪与习俗》一

书,是法人人类学在理论上成熟的重要标志。该书直至今在仍然是研究部落社会中社会控制的经典著作之一。

自马林诺夫斯基的《原始社会的犯罪与习俗》开始,法人人类学研究才在学界获得真正独立的地位。马林诺夫斯基通过对特洛布里恩岛人的社会经济活动的考察,指出土著人为了维持良好的声望而自觉地履行义务,也就是说,当地的社会控制在人们的互惠义务中得以实现。那么,对于没有成文法的社会,我们只要对社会关系加以充分的研究,就足以解释其法律的内容和运作。在马林诺夫斯基的著作中,我们可以清晰地发现,他把法律规范的边界扩展为包括正式和非正式的规则和限制。

一门学科的成熟与其独立的研究对象或者方法论有着极大的关系。法人人类学要求在长期的田野工作的基础上观察“法”现象,完成理论证明。我们说马林诺夫斯基是法人人类学研究的先驱,正是基于他对法人人类学的独创性贡献,他在研究中选择特定的社区,长期观测、体验当地的生活,形成对当地“法”的客观认识。这正是法人人类学的起源。同一时期,英国学者拉德克利夫—布朗(A·R·Radcliff—Brown)通过研究纠纷来发现观

的原因,人们头脑中还存在谬误、狭隘之见;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。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,而且还有广阔的发展前景。

其次,从文化人类学方面看,至今已发展和建构起来的15种理论,以及其他的理论体系,都表明人类自身试图更准确、更深刻地认识民族和种族现象;中国的民族学尽管涉猎的领域比起西方的文化人类学狭窄,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新的民族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,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作出更大的努力。

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,“宪法人类学”在西

法人人类学的起源与发展

□ 吴大华

方,是法人人类学在理论上成熟的重要标志。该书直至今在仍然是研究部落社会中社会控制的经典著作之一。

自马林诺夫斯基的《原始社会的犯罪与习俗》开始,法人人类学研究才在学界获得真正独立的地位。马林诺夫斯基通过对特洛布里恩岛人的社会经济活动的考察,指出土著人为了维持良好的声望而自觉地履行义务,也就是说,当地的社会控制在人们的互惠义务中得以实现。那么,对于没有成文法的社会,我们只要对社会关系加以充分的研究,就足以解释其法律的内容和运作。在马林诺夫斯基的著作中,我们可以清晰地发现,他把法律规范的边界扩展为包括正式和非正式的规则和限制。

一门学科的成熟与其独立的研究对象或者方法论有着极大的关系。法人人类学要求在长期的田野工作的基础上观察“法”现象,完成理论证明。我们说马林诺夫斯基是法人人类学研究的先驱,正是基于他对法人人类学的独创性贡献,他在研究中选择特定的社区,长期观测、体验当地的生活,形成对当地“法”的客观认识。这正是法人人类学的起源。同一时期,英国学者拉德克利夫—布朗(A·R·Radcliff—Brown)通过研究纠纷来发现观

创立“宪法人类学”之必要性

□ 陈云生

方的文化人类学或法学中还一个亟待填补的空白,至少是一个须待明意导入和加强的学科或学术领域。

其三,中国最近十几年发展起来的“民族法学”,尽管与我们所称的“宪法人类学”的学科颇为相近,都是从法律的立场来研究人类的民族问题和现象的学科,但是二者仍有较大差别。概括而言,“民族法学”在本质上是对民族法律的诠释和释义;“宪法人类学”则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、趋向化与民族的融合、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。

从更广阔的时代和世界背景看,当代区域集团化和全球一体化的发展图景,以及其对当代民族、种族、文化集团观念和相互关系的影响,都是促成人们对民族、种族、文化集团宽容和理解的时代和世界背景。我们有理由相信,有关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将会不断地被创立,具有无限的发展前景,其中可能就能包括“宪法人类学”。

“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

则。他认为,规则通过作为第三方的政治权威的强制力来维持社会秩序。法律是在政治组织化的社会中通过制度性地运用强制力而实现的社会控制。这种思路为他和他的继承者们继续法人人类学的研究路径奠定了基础。

马林诺夫斯基之后,民族志方法成为法人人类学的核心方法,相应的成果被称作法律民族志。整体地贯彻并把握对象的民族志是理解的有效工具,它可以通过建构当前的背景去理解法律的历史。而以纠纷解决机制为目标的法人人类学方法更强调了“法”的功能与作用。这种研究范式的基本假设是能够处理和解决纠纷的规则即“法”,这种调节社会生活的规则无处不在、无处不有,是任何一个社会维持基本秩序的必须,这样便为研究不同社会中的社会控制形式提供了同一的分析工具和可比较的视角。最初的纠纷解决强调的是结构—功能主义视角,但最近的研究更侧重利用行动选择模式来研究地方法律,注重过程分析。这种过程分析更为强调个人的尊严和价值,而非“法”的权威与作用,更关注当事人如何利用法律来达到自己的目的,关注当事人争夺的政治和经济利益,关注不同当事人如何影响纠纷的处理结果。

发展到今天,法人人类学似乎已经初具架构。基本的共识是采用人类学方法,尤其是民族志方法研究

法律的学科,就是法人人类学。在学科内容上,法人人类学主要包括:(1)法律文化的比较研究。主要是从法律文化的差异上分析鉴别东西方法律文化、不同种族的法律文化的差异与独立价值,寻求法律文化沟通的渠道,发现两者共同的元素,为法律移植与借鉴、为文化之间的沟通和尊重提供理解的基础和改革的前提。(2)民族法学。主要是通过分析民族历史、传统、心理以及经济社会发展与民族地区秩序、规则的联系,研究与各民族相关的习惯、习俗在民族地区维持秩序的功能与作用,以及如何适应法律现代化和全球化的过程改革法律。(3)法律的人类学研究。我们过去在研究初民的法律时多采用人类学的方法,有点近似于“考古发掘”,但现在我们从现代的城市与农村中同样会发现存在于国家法之外的非正式规则,这需要我们采用人类学的方法进行研究,以发现国家法的不足而以民间法予以补强。

必须承认,无论是法律文化的比较研究还是法律的人类学研究,抑或民族法学研究,都不是绝对划分的,它们之间存在交叉,它们也并没有穷尽法人人类学的研究领域,同时它们与法社会学、法文化学会存在一定的交叉。作为一个开放性的理论体系,法人人类学将不断融入新的研究成果,探索新的理论疆域。

(作者单位:贵州民族学院)

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、法治途径的学科。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,有识之士已经做过长期的、难以计数的论证和阐释。在这里,笔者想着重指出的是,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,不仅具有重大的理论意义,而且具有广阔的学术前景和学术魅力,值得现在及今后有志于此的学人终生为之奋斗。

“宪法人类学”并非是“法人人类学”完全异类的学科。事实上,它们之间有着紧密的关系,前者可以视为是后者的完善与发展。在当前的情况下,让二者并行存在和发展,也是可以接受和乐观其成的选择。

(作者单位:北京师范大学法学院)

和合:传统文化中的国家法与民间法

□ 龙大轩

“和合”是中国古代关于综合性思维的代名词,喻指万物万象各有不同,却可以调和起来,但这种调和又不会使各物象改变其内在实质,仍保留其自身的不同。和合的关键在“和”(音huo)。

受和合思维的影响,中国文化的方方面面,无不留下和合的痕迹。法律文化作为传统文化中的亚文化系统,自然也受到和合思维方式的规制。在价值层面,人们认为,法律不是建构秩序的唯一之物,它与道德相对而成。法律与道德,犹如阴阳关系一般,是相辅相成的,前以禁恶,后以导善,单纯重视一种而忽略另一种,都难以发挥出更好的治理效果,理想的办法是双管齐下,形成道德、结合的伦理法传统。在规范层面,国家法与民间法并

不是非此即彼的关系,完全可以多元并存。一方面,国家法对民间法应当包容,无需采取禁绝的态度;另一方面,民间法在允许合法运行的法制环境中,亦应以国家法的精神为指导,而不是一概的对立和背离。国家法与民间法并存互动的传统法文化模式,既是受和合思维影响而产生的文化现象,又反过来体现出和合文化的价值和

精神。

国家法与家族习惯法的和合

国家法与家族习惯法的和合,是在家族中约定俗成的供家族成员遵循的行为规范的总和。或以口耳相传的形式传承,或形诸文字。家族习惯法不但得到了国家的认可,而且与国家法互补互济。首先,家族习惯法以国家法的精神为前提而订立,是国

家法在民间的进一步延伸。家规、族约是家族习惯法最典型的载体。家族习惯法的目的,在于维护宗法伦理;一是强调子女对父母尽孝的义务,膺服于父母的意志;二是强调妻子对丈夫的义务,保证丈夫在家庭中的统治地位。其次,家族习惯法与国家法是彼此贯通、同气连枝的,家族习惯法以国家法为后盾而变得更权威。

国家法与民族习惯法的和合

我国少数民族众多,大都居住在周边地区,在历史上,由于他们多未建立自己的国家,或虽有政权组织,却大都是中原汉族政权的属国,且为时短暂,因而其法文化形态通常表现为习惯法而非成文法。中国历代统治者受和合价值观的支配,对少数民族采取“和而不同”的策略。对民族习惯法,也不是一

概禁绝,而是“因俗而治”。在中华法系数千年的实践历程中,国家法与民族习惯法的关系,如同其与家族习惯法一样,也呈现互补互济的态势。

中华民族特有的综合性思维方式——和合,使其在看待国家法以外的行为规范(即民间法)时,也抱持“和而不同”的态度。民间法虽不同于国家法的知识系统,对国家统治却利弊兼多。因此,我国历史上法制实践中的行为规范体系呈现三大板块:国家法运行于国家有效控制区;家族习惯法运行于农村;民族习惯法运行于少数民族地区,其间又有交叉依赖的情形。国家法与民间法多元并存的格局,是中华法系区别于世界其它法系的一个重要特征。

(作者单位:西南政法大学)

民间法与法律多元主义专题会议名单(部分)

性别与法律多元化;对法律的地方性、国家性和跨国性探讨
应用法律人类学是否有助于改进基于法律多元化的治理
国家回应的四种方式;在法律多元文化背景下探访经济、生态、社会、政治和宗教问题

对法律、公正和道德的重新定义
文化、公正和人权:对原住民法律的法律认识
挑战和前景;对治理和全球化的跨文化分析
多元社会法律的空间、权利和抵抗
“原住民”含义的维度;特别关注亚洲地区传统和非正式的审判体制,法律多元化和人权
基于自然资源管理的财产权和社区:法律多元视角
移民聚居区的内部法律及其与都市官方法律的关系
土地所有权法规的多元视角
宗教、公司法 and 习惯法:并存于一国
中国的习惯法和法律多元化:研究与方法
法律多元化的理论和经验研究
宪法人类学:建构与展望

