

西南民族地区治理体系和
治理能力现代化研究丛书



MINZU XIGUANFA
ZAI XINAN MINZU DIQU
SIFA SHENPANZHONG DE
SHIYONG YANJIU

民族习惯法 在西南民族地区 司法审判中的适用研究

周世中 等 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

2014年度国家社会科学基金重大项目

《全面推进依法治国与促进西南民族地区治理体系和治理能力现代化研究》

(14ZDC026) 阶段性成果

2010年度国家社会科学基金一般项目

《民族习惯法在民族地区司法审判中的适用研究》

(10BFX017) 最终成果

西南民族地区治理体系和
治理能力现代化研究丛书

民族习惯法 在西南民族地区 司法审判中的适用研究

MINZU XIGUANFA ZAI XINAN MINZU DIQU
SIFA SHENPANZHONG DE SHIYONG YANJIU

周世中 等 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民族习惯法在西南民族地区司法审判中的适用研究:
以黔桂云川的侗苗彝藏族习惯法为例 / 周世中等著. —
北京:法律出版社,2015.8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8260 - 8

I. ①民… II. ①周… III. ①少数民族—习惯法—关
系—审判—研究—西南地区 IV. ①D927.502.154
②D927.50.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 179564 号

民族习惯法在西南民族地区司法审
判中的适用研究

周世中 等著

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 刘伟俊
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 8.375 字数 260 千

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8260 - 8

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

对于治理体系和治理能力现代化问题的研究,民族学、公共管理学、经济学、政治学和法学等主要社会科学都涉及,以行政管理学、政治学为最,民族学次之,经济学和法学相对而言将之列于为学科的边缘研究领域。公共管理学对政府治理的理念、体制和方式的研究成果最为丰硕,以俞可平、薛晓源、何增科、林尚立等为主要代表的政治学界、公共管理学在 20 世纪 90 年代中期将治理理论引进中国学界并运用于理论研究(1996,俞可平,治理与善治),首先发起对政府管理理念的批判性研究,随后根据中国行政体制改革的实践需要,重点转移到中国行政管理体制的研究和政府管理方式的研究,代表性的研究成果有《新兴现代化国家行政改革研究》(1999,国家行政学院出版社)、《西方国家行政改革述评》(1998,国家行政学院出版社)、《政府治理体系创新》(杨冠琼,2000,经济管理出版社)、《信息社会的政府治理》(顾丽梅,天津人民出版社,2003)、《制度变迁与行政发展》(江美塘,天津人民出版社,2004),这个阶段的研究成果主要集中于三个方面:一是对中国政府的管理观进行治理理念的转换和批判;二是对中国行政管理体制的改造性解析和制度设计;三是对西方国家行政改革以及改革的理论依据进行研究,如新公共管理运动、新公共服务理论、治理理论以及前瞻性理论等。进入 21 世纪以后,公共管理学界对政府管理的理论和实践的研究向纵深方向发展:一是对地方政府治理的研究加强,包括对民族地方政府治理的研究也开始活跃(沈荣华,1999),(谢庆奎,1998);二是对国内政府治理模式进行多角度的研究,如企业型政府(孙学玉)、责任政府(蒋劲松)、资源型政府(孟继民)、公共服务型政府(李军鹏)、前瞻性政府(句华)等政府模式的建构性研究。经济学界对政府治理的研究偏向于运用经济学的原理和方法来研究政府的治理绩效和治理技术。法学界关注政府管理变革与法治的关系比较早的是石佑启,其著作《论公共行政与行政法学

范式转换》(2002,北京大学出版社)有较大影响,《政府治理变革与公法发展》(钟瑞添、欧仁山、黄竹胜等,人民出版社,2007)、《公共行政与服务行政下的中国行政法结构性变革》(张弘,法律出版社,2009)、《当代公共管理与宪政关系研究》(俞敏江,中国社会科学出版社,2009),对政府治理与法制的关系也进行了专门的研究。另一方面,对依法行政、法治政府建设的原理性研究成果相对比较集中,莫于川的《依法治国与依法行政法治化》(1996),比较早地提出依法行政法治化的理论构想,而沈荣华则在1998年就出版了《现代法治政府研究》的专著,比较早地提出了建设法治政府的主张。2004年以后,对依法治国、法制政府建设的研究成为法学界的热门话题,相关的研究成果比较多,代表性的研究成果有《法治政府的基本原理》(张树义,2006,中国政法大学出版社)、《法治政府的制度逻辑与理性建构》(江必新,2013),这些研究成果对法治政府建设的理论问题进行了比较深入的研究,但是对法治政府的具体问题研究相对比较一般,对民族地方法治政府的建设基本上没有涉及。

民族法学界对民族地区法制建设的研究成果比较丰富,也比较早,但是主要集中在对民族政策、自治法、民族习惯法以及民族地方立法等方面,2004年国务院《关于全面推进依法行政实施纲要》颁布以前,专门从民族区域的角度来研究民族地方政府治理以及民族地方法治政府建设的理论成果相对比较薄弱。近几年,随着国务院《关于加强法治政府建设的意见》(2010)的贯彻落实,法学界对法治政府建设的理论问题和实践机制的研究成果比较丰硕,但是对民族地方法治政府建设的研究仍然处于被忽视的状态。

整体上看,法学界对政府治理变革引发的法治政府建设的理论研究仍处于初步的探究阶段,对民族地区政府治理与法治化之间的理论逻辑关系、对民族地方法治政府建设的问题仍然没有引起高度重视,虽然经验性的、注释式的法治政府研究成果比较多,但是严肃地深入开展民族事务政府治理体系法治化的研究成果还处于薄弱状态。

我们选择以西南民族地区的治理体系和治理能力为研究对象。中国的国土宽阔,民族众多,以全国为一盘棋进行研究固然重要。但是,这很有难度。我们地处西南边疆,选择以西南边疆地区为研究对象,主要以广西、云南、贵州、四川等少数民族聚居地为研究对象,这就使我们的研究区域从全国变为西南民族地区,对这一地区的治理体系和治理能力展开研究,就

有了进一步探讨、发展和突破的空间,也能发挥我们民族研究的优势。

西南民族地区的治理体系和治理能力研究相对于已有研究成果来说,具有独到的学术价值:一是将国家治理体系关注的国家问题推向民族事务问题,推进了治理体系研究的深度。二是将西南少数民族地区治理体系的民族性研究作为治理理论的新内容。三是这一课题对于法学和政治学来说,找到了新的研究之题,依法治理民族事务,依法治理西南民族地区,开辟了新的研究领域。

西南民族地区的治理体系和治理能力研究也有重要的实践意义。第一,这一研究对处理西南民族地区边疆安全问题有重要的作用。西南民族地区是国家的一个重要边疆地区。与国家的华东地区和华东地区不同。这一地区处于国家的南疆,紧连东盟诸国。西南地区,作为祖国的南大门,起着护国卫国的重要作用。西南边疆面临着许多跨国问题,如跨国政治,中国——东盟诸国的政治交往;跨国经济,中国——东盟自由贸易区;跨国婚姻,族群、家庭之间的活动;跨国犯罪,边境地区的走私、贩毒。这些问题的特殊性决定了我们在治理西南民族地区时,有许多特殊性,这些特殊性需要我們进行研究。我们不能照搬照抄国家的治理体系,要探索和形成一套适合西南民族地区,有利于处理边疆安全稳定问题的治理体系。第二,这一研究对处理西南民族地区的民族团结和谐问题也是至关重要的。西南民族地区是中国重要的民族聚居区。壮族、苗族、瑶族、侗族、彝族、藏族等国家的主要少数民族聚居在此。少数民族的发展面临着许多的问题,政治上的自治问题与平等问题,经济上的落后问题,教育上的不平等,民族利益、民族矛盾和民族纠纷的解决问题。这些问题都是我们在治理西南民族地区时面临的现实问题。我们必须正视这些民族问题,在治理这一地区的政治、经济、文化、教育、社会发展等领域的问题时,必须考虑少数民族的利益,从民族性出发,建立合理、科学的民族治理体系,这也是我们这一选题的重要价值。第三,这一研究可提高西南民族地区少数民族的治理能力。西南民族地区的少数民族相对于东部和中部发达地区的汉族来说,受教育的程度低,治理能力也相对低下,提高少数民族的治理能力显得尤为重要,加强对少数民族治理能力的研究,了解少数民族治理能力的现状,有针对性地加强对少数民族的培养和教育,提高他们的治理能力,具有重要的现实意义。

西南民族地区的治理体系和治理能力研究主要有以下五个方面的

问题:

1. 西南民族地区治理体系中的民族法和民族习惯法研究。主要研究:第一,民族地方法治建设与推进民族地区治理体系和治理能力的现代化研究,寻求实现民族事务治理体系和治理能力现代化的方法与路径。第二,民族地区自治法与西南民族法治体系建设研究。重点论证民族地区自治法(自治条例)的立法必要性和可行性。第三,单行条例与西南民族法治体系建设。重点研究民族地区单行法(单行条例)的立法的主体、必要性和可行性。第四,民族习惯法与西南民族法治体系建设的研究。重点研究开启民族习惯法在纠纷解决和司法裁判中合法合理适用的途径,论证其作为裁判依据的正当性。

2. 依法行政与西南民族地区政府治理体系法治化研究。主要研究:第一,分析和研究民族地方法治政府所需求的政府体制、治理理念和治理方式的建设路径。第二,分析论证中央与民族地方关系的法治化是解决民族问题、实现民族地方政府治理法治化的根本出路。第三,研究民族地方政策体系和行政决策在民族地方政府治理中的地位、作用和不足,探究稳定性、长期性民族政策法治化和行政决策法治化具体对策。第四,研究民族地方政府在民族事务管理过程中存在的制度问题和工作程序问题,提出民族事务管理法治化的制度和程序建设方案。第五,分析民族地方政府治理公共安全问题中落实一案三制和实施《突发事件应对法》面临的困境,论证应急管理机制法治化是解决民族地方公共突发事件的有效途径。

3. 西南民族地区生态环境市场治理法律制度研究。主要研究:第一,市场主体与西南民族地区生态环境治理体系与治理能力现代化的基本理论。重点研究生态环境治理类型的主要理论、生态环境治理现代化的趋势及合同社会化的等基础理论。第二,市场主体参与西南民族地区生态环境治理体系与治理能力现代化建设的具体方式。重点研究污染第三方治理、环境民事合同和环境行政合同的理论与实践。第三,市场主体参与西南民族地区生态环境治理体系与治理能力现代化建设的法制保障。重点研究政府、社会对环境合同的监督以及对环保企业技术、知识产权保护的重大理论和实践。

4. 西南民族地区社会组织治理现代化研究。主要研究:第一,研究解决如何促进社会组织在西南民族地区治理体系与治理能力现代化当中的作用。第二,研究社会组织在西南民族地区治理体系和治理能力现代化过

程中的政治参与作用、经济发展作用、社会服务作用。第三,分析和归纳西南民族地区社会组织与治理体系和治理能力现代化的创新实践和经验总结。第四,研究优化西南民族地区社会组织与治理体系和治理能力现代化的体制机制,并最终凝练出社会组织与民族地区治理体系和治理能力现代化的模式。

5. 党的领导与西南民族地区治理能力现代化研究。主要研究:第一,研究党在西南民族地区治理体系中的地位和作用。第二,研究党在西南民族地区依法执政的要求和源动力。重点研究党在西南民族地区依法执政的共性及其在当地的特性。研究利益关系作为党在西南民族地区依法执政的源动力的表现。第三,研究对党的规定、政策如何加以规制。重点研究在西南民族地区,如何切合当地实际情况对党的规定、政策进行良好规制。第四,研究党的民族政策在民族地区发展中的作用及其完善。重点是研究党的民族政策的优化和完善,并在法治化的轨道上加以保障、落实。

国家一体化进程中的边疆民族地区治理。正如全球化一样,国家一体化也是不可改变和规避的大趋势,尽管全球化和国家一体化有可能出现前所未有的“大碰撞”,但总的趋势是大融合和大联合。西南民族地区是边疆,具有资源丰富、民族众多、人口结构复杂、战略地位重要、生态安全形势严峻等特征,对整个国家的发展、稳定和安全具有重要的影响。因此,如何把边疆治理好,把边疆民族地区的农村治理好,这是一个具有全局性意义的问题,也是国家治理的一个重要方面。

基于以上分析,我们组织高校的教师和研究人員,撰写和出版《西南民族地区治理体系和治理能力现代化研究》丛书,力图在坚持法治统一的前提下,法治的统一性和多样性的关系,重点突出法治的地方性、区域性和民族性,完善西南民族地区的治理体系,提高少数民族的治理能力。

目 录

导论 / 1

- 一、研究背景 / 1
- 二、研究现状 / 6
- 三、研究内容 / 9
- 四、研究意义 / 10
- 五、基本思路和研究方法 / 13

第一章 民族习惯法司法适用研究的理论和范畴 / 16

- 一、民族习惯法司法适用研究的理论 / 16
- 二、民族习惯法司法适用研究的范畴 / 21

第二章 民族习惯法进入司法审判的主要规则 / 32

- 一、禁忌习惯法 / 32
- 二、社会组织习惯法 / 34
- 三、生产习惯法 / 36
- 四、婚姻家庭习惯法 / 38

第三章 民族习惯法司法适用的价值考量 / 44

- 一、法律漏洞——民族习惯法进入司法审判的必要条件 / 44
- 二、定分止争——民族习惯法进入司法审判的直接目标 / 46
- 三、自由裁量——民族习惯法进入司法裁判的形式要件 / 49
- 四、经验适用——民族习惯法进入司法审判的实质条件 / 51
- 五、法治秩序——民族习惯法进入司法审判的延伸目标 / 53
- 六、公平正义——民族习惯法进入司法审判的终极目标 / 55

第四章 民族习惯法进入司法审判的现实基础 / 58

- 一、民族习惯法进入司法审判的自身条件 / 58
- 二、民族习惯法进入司法审判的外在条件 / 60

第五章 民族习惯法的法源分析 / 66

- 一、法源的概念 / 66

2 民族习惯法在西南民族地区司法审判中的适用研究

二、民族习惯法发源地位的历史考察 / 69

三、当前我国民族习惯法的法源地位分析 / 72

第六章 民族习惯法进入司法审判的路径与方法 / 77

一、民族习惯法进入司法审判的路径 / 77

二、民族习惯法进入司法审判的方法 / 85

第七章 四川省甘孜州藏族习惯法司法适用研究 / 89

一、甘孜州概况 / 89

二、甘孜州藏族习惯法内容 / 91

三、藏族习惯法的司法适用现状考察 / 95

四、藏族习惯法司法适用的问题 / 103

第八章 云南楚雄彝族习惯法的司法适用 / 109

一、楚雄彝族自治州概况 / 109

二、楚雄彝族习惯法的规则 / 110

三、楚雄彝族习惯法的司法适用 / 112

第九章 贵州黔东南州苗族习惯法的司法适用 / 119

一、贵州黔东南州苗族概况 / 119

二、贵州黔东南州苗族习惯法 / 120

三、苗族习惯法的司法适用 / 129

四、苗族习惯法司法适用中的问题分析 / 139

第十章 贵州从江、黎平县侗族习惯法的司法适用 / 143

一、贵州从江、黎平县侗族概况 / 143

二、从江、黎平县侗族习惯法的内容 / 144

三、侗族习惯法适用的现状及效果 / 158

第十一章 完善民族习惯法司法适用的建议 / 162

一、调整习惯法司法适用的研究方法和研究视角 / 162

二、建立民族习惯法识别、调查和整理机制 / 164

三、完善民族习惯法司法适用的程序规则与技术 / 168

四、加强民族地区法官适用习惯法的能力 / 173

五、加强对民族地区民众的教育 / 173

附件一：《民间法在司法实践中的适用现状与作用》问卷调查表 1 / 176

附件二：《民间法在司法实践中的适用现状与作用》问卷调查表 2 / 180

附件三：访谈提纲 / 183

“民间法在民事司法领域中的适用”访谈提纲(1) / 183

“民间法在刑事司法领域中的适用”访谈提纲(2) / 184

少数民族民间法在行政诉讼中的司法适用状况访谈提纲——访地方基层法院(3) / 185

“民间法在非诉讼纠纷解决中的作用”访谈提纲(4) / 188

附件四:贵州黔东南苗族侗族自治州 / 189

《民间法在司法实践中的适用现状与作用》调查问卷分析报告 / 189

附件五:云南楚雄彝族自治州、南华县以及大理白族自治州南涧县 / 205

《民间法在司法实践中的适用现状与作用》调查问卷分析报告 / 205

附件六:四川省甘孜州藏族自治州 / 221

《民间法在司法实践中的适用现状与作用》调查问卷分析报告 / 221

附件七:贵州黔东南苗族侗族自治州 / 238

《苗族民间法在非诉讼纠纷解决机制中的适用》调查问卷2分析报告 / 238

后记 / 253

图表目录

附件四:贵州黔东南苗族侗族自治州 / 189

《民间法在司法实践中的适用现状与作用》调查问卷分析报告 / 189

附件4表图:1—1 年龄 / 189

附件4表图:1—2 性别 / 190

附件4表图:1—3 民族 / 191

附件4表图:1—4 职业 / 191

附件4表图:1—5 处理习惯规则案件时如何处理与国家法的冲突 / 194

附件4表图:1—6 法官对于民间法的作用如何看待 / 194

附件4表图:1—7 调研地法院的法官在审判过程中如何引入民间法
(习惯等) / 196

附件4表图:1—8 民间规则在裁判中的地位如何 / 197

附件4表图:1—9 如果适用民间法裁判的案件,将民间法的内容写入裁判文书的情况如何 / 198

附件4表图:1—10 当事人对运用民间法裁判的案件是否满意 / 199

附件4表图:1—11 在适用民间法作出裁判后,法官是否对当事人解释作出

裁判的理由 / 200

附件4表图:1—12 在适用民间法结案后案件当事人是否上诉 / 201

附件4表图:1—13 当地民间法追究的犯罪行为的刑事责任 / 202

附件4表图:1—14 民间法在行政法领域的适用情况 / 203

附件五:云南楚雄彝族自治州、南华县以及大理白族自治州南涧县 / 205

《民间法在司法实践中的适用现状与作用》调查问卷分析报告 / 205

附件5表图:1—1 年龄 / 206

附件5表图:1—2 性别 / 207

附件5表图:1—3 文化程度 / 207

附件5表图:1—4 民族 / 208

附件5表图:1—5 职业 / 209

附件5表图:1—6 处理习惯规则案件时如何处理与国家法的冲突 / 209

附件5表图:1—7 法官对于民间法的作用如何看待(多选) / 210

附件5表图:1—8 调研地法院的法官在审判过程中如何引入民间法
(习惯等) / 211

附件5表图:1—9 民间规则在裁判中的地位如何 / 213

附件5表图:1—10 如果适用民间法裁判的案件,将民间法的内容写入裁判
文书的情况如何 / 214

附件5表图:1—11 在适用民间法作出裁判后,法官是否对当事人解释作出
裁判的理由 / 215

附件5表图:1—12 在适用民间法结案后案件当事人是否上诉 / 216

附件5表图:1—13 当事人对运用民间法裁判的案件是否满意 / 217

附件5表图:1—14 民间法在刑法领域的适用情况;当地民间法追究的犯罪
行为的刑事责任 / 218

附件5表图:1—15 民间法在民法领域的适用情况(多选) / 219

附件5表图:1—16 民间法在行政法领域的适用情况(多选) / 219

附件六:四川省甘孜州藏族自治州 / 221

《民间法在司法实践中的适用现状与作用》调查问卷分析报告 / 221

附件6表图:1—1 法官对于民间法的作用如何看待 / 224

附件七:贵州黔东南苗族侗族自治州 / 238

《苗族民间法在非诉讼纠纷解决机制中的适用》调查问卷2分析报告 / 238

附件7表图:1—1 年龄 / 238

附件7表图:1—2 性别 / 239

附件 7 表图:1—3 文化程度 / 240

附件 7 表图:1—4 民族 / 240

附件 7 表图:1—5 职业 / 241

附件 7 表图:1—6 (1) 非诉讼纠纷解决方式和诉讼解决方式被村民接受的
难易程度:村民更容易接受的解决方式 / 242

附件 7 表图:1—7(2) 非诉讼纠纷解决的方式 / 243

附件 7 表图:1—8(3) 居委会和村委会调解非诉讼纠纷的效率 / 244

附件 7 表图:1—9(4) 一般由谁来支持调解 / 245

附件 7 表图:1—10(5) 调解者如何处理民间法与国家法的冲突 / 246

附件 7 表图:1—11(6) 民间法在解决非诉讼纠纷的作用 / 247

附件 7 表图:1—12 (7) 如果适用民间法调解,是否将民间习惯的内容写入
调解书中 / 248

附件 7 表图:1—13(8) 对非诉讼纠纷解决的满意度 / 249

附件 7 表图:1—14(9) 当事人双方没有达成和解会作出的反应 / 250

附件 7 表图:1—15 (10) 在非诉讼纠纷解决的过程中,哪种社会因素的
影响最大 / 251

导 论

一、研究背景

民族习惯法在民族地区司法审判中的适用研究,是在一定的历史大背景下提出来的。这一历史背景可概括为:中国法治的进程、民族习惯法研究的复兴、司法审判实践的要求。

(一) 中国法治的进程

中国法治建设的开启可以追溯到 19 世纪中叶。1840 年鸦片战争后,中国逐渐沦为半殖民地半封建的社会,为了改变国家和民族的苦难命运,一些仁人志士试图将近代西方国家的法治模式移植到中国,以实现变法图强的梦想。新中国成立后,特别是改革开放以后,国家明确了要用法治治理国家的原则,完善法律制度,落实依法治国。法治建设的过程,是一个法制正规化、现代化的过程。在这一过程中,传统中国的社会结构逐渐解体,大一统王朝帝国制度的崩溃和宗法宗族制度的没落,从根本上动摇了传统儒家意识形态的社会建制,并带来了社会治理手段的变化,人治模式被批判,宗法家法被抛弃。在法治建设的过程中,上层重构的理性色彩弥漫左右,这种上层重构的理性诉求乃是“相信人类理性的力量是以摹写人类的心思,并转而据此设计出人类行为的完美规则,为人世生活编织恰切法网”。〔1〕

在法治建设的进程中,制度化、正规化、现代化越来越受到重视。法律要法典化、规章要制度化、手段要现代化,这似乎是学习西方法治的必然趋势。

然而,在法治建设的过程中,人们发现,中国的法律制度越西化,法治

〔1〕〔德〕萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2002 年版,中译本序言第 6 页。

的进程越理性,并不必然带来人们所希冀的意义世界与秩序家园。人们发现,在国家法取代传统温情主义、家族主义等人情义理规范时,法律实效很难从“下面”得到保障,而往往需要从“上面”强行地控制,因此,“说法律生活的近代化,绝不只意味着引进近代国家的法制进行立法”,矛盾的关键是“要把这种纸上的‘近代法典’变为我们的生活现实中的事实”。^{〔1〕}那么,在中国法治建设的进程中,是什么因素阻碍着我们完成从人治到法治的转变呢?首先,让我们看看在建设中国法治国家时所面临的几对矛盾:(1)传统与现代的(或相关继承与创新、改革、发展与稳定,甚至还有前现代、现代与后现代的交叉性矛盾);(2)权威与自治矛盾(或相关政治国家与市民社会,政府推进与自然演进,精英启蒙与民众主体,公共权力与个人权利等);(3)国际化与本土化的矛盾(或全球化与民族化、共性与个性、普遍性与特殊性)。在这些矛盾中深藏着中国社会的市场经济不发达,市民社会内在理性精神的缺乏,社会权利受到压抑这样的因素。这些因素决定了中国法治建设的地方性属性,其外在表现就是民间秩序与国家秩序的冲突。在中国的社会变革中,存在民间秩序反抗国家秩序“西化”意向和普适性“霸权”的合理动机,民间秩序依其惰性传统抵制法律理性和现代性的意识。民间秩序对国家秩序的抵制,反映了传统权利登记、义理人性以及共同体主义精神对国家推行的现代形式主义的法治理性的抗拒。

面对中国法治建设的困境与矛盾,人们逐渐从一味地强调中国法治的西化,转而关注中国传统自身的特性以及正在草根社会演生的制度事实。努力从中国社会自身主场出发理解历史真相。通过深度描写基层社会生活的复杂图景,加强对下层历史脉动的理解,逐渐扬弃在中西碰撞下的宏大事件的叙事传统,从日常生活历史细节中探索中国法治建设之路。这样,对民间自生秩序以及民间法的重视与研究便在法学研究领域逐渐拓展开来,它改变着人们对中国法之路的理解与解释。

(二)民族习惯法研究的复兴

在中国法治建设的进程中,特别是改革开放以来的三十多年中,法学界、民族学界、社会学界的学者开始聚焦民族的习惯法,对民族习惯法展开了全方位的研究。

〔1〕〔日〕川岛武宣:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1997年版,第52页。

关于民族习惯法的研究,可以从不同的学科,不同学科的范围领域等角度来评述:

从法学学科的研究状况看,学者们对少数民族习惯法的研究,可以从全国、某个区域、某个民族这样三个层面来进行考察。从已经公开出版的学术著作来看,涉及中国少数民族习惯法研究的著作有不少,这方面的代表作有:范宏贵的《少数民族习惯法》(吉林教育出版社1990年版),高其才的《中国习惯法论》(湖南出版社1995年版),宋全的《少数民族民间禁忌》(中央民族大学出版社1994年版),苏力的《法治及其本土资源》(中国政法大学出版社1996年版),梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(中国政法大学出版社1996年版),刘广安的《清代民族立法研究》(中国政法大学出版社1993年版),徐中起的《少数民族习惯法研究》(云南大学出版社1998年版),费成康主编的《中国的家法族规》(上海社会科学院出版社1998年版),吴大华的《民族法律文化散论》(民族出版社2004年版),戴小明的《民族法制问题探索》(民族出版社2002年版),徐晓光的《中国少数民族法制史》(贵州民族出版社2002年版),高其才的《中国少数民族习惯法研究》(清华大学出版社2003年版),以及谢晖、陈金钊主编的《民间法》(第1、2、3、4、5卷,山东人民出版社2002、2003、2004、2005、2006年版)。这些研究以中国的少数民族为研究对象,从中国少数民族习惯法的产生发展,中国少数民族习惯法的基本内容、特征、功能、表现形式等方面展开论述,涉及中国境内的各个少数民族,研究的范围广,讨论的问题多,取得的成果也相对多。涉及中国某个区域的民族习惯法的研究,也取得了一些成果,这方面的代表作有:方慧主编的《云南法制史》(中国社会科学出版社2005年版),《少数民族地区习俗与法律的调适》(中国社会科学出版社2006年版),张冠梓的《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的诠释》(社会科学文献出版社2000年版),张晓辉的《中国法律在少数民族地区的实施》(云南大学出版社1994年版),曾宪义的《民族地区现代化进程中的民主法制建设》(民族出版社2002年版)。这些研究,或者以某个地区如云南省,或者以某个大的区域如西南、西北、为地域范围,研究生活在这个区域内少数民族的习惯法。这种研究相对于全国来说,研究的范围有所缩小,但由于材料的局限,所出的成果相对来说比较少。涉及某一个民族的习惯法的研究成果则相对比较多一些,这方面的代表作有:邓敏文、吴浩的《没有国王的王国——侗款研究》(中国社会科学出版社1995年版),徐晓

光的《苗族习惯法的遗留传承及其现代转型研究》(贵州人民出版社 2005 年版),黄海的《瑶麓婚牌的变迁》(贵州民族出版社 1998 年版),张声震等主编的《融水苗族埋岩古规》(广西民族出版社 1994 年版),张晓辉、方慧主编的《彝族法律文化研究》(民族出版社 2005 年版),马克林的《回族传统法文化研究》(中国社会科学出版社 2006 年版),莫金山的《瑶族石碑制》(广西民族出版社 2000 年版);这些研究以某个民族的习惯法为个案,进行考察和研究,形成对某个民族习惯法的系统的、较为全面的认识。

从民族学学科的研究状况看,不少民族学家、人类学家、民俗学家也从民族学、人类学、民俗学的角度研究了少数民族的习惯法。这方面的代表作有:张晓辉、李天元主编的《中国民族村寨调查丛书》(云南大学出版社 2004 年版),这套丛书反映了京族、羌族、土家族、仡佬族等 32 个少数民族村寨的历史、生态环境、人口、经济、社会政治、婚姻、家庭、法律、文化教育、民族风俗、宗教信仰等状况,对这些少数民族的习惯法作了详细的介绍。高发元主编的云南民族村寨调查丛书(云南大学出版社 2001 年版),这套丛书反映云南彝族、白族、傣族、壮族、苗族、傈僳族、回族、水族等 25 个少数民族村寨环境、人口、政治、经济、社会、法律、文化、教育、宗教的情况,对这些少数民族村寨的习惯法作了深入的研究。这两套丛书可以看作是从民族学角度对西南少数民族民间法个案的系统研究。除此以外,国内还出版了不少对某一个民族的历史、文化、政治、法律的研究专著,这些著作有:伍新福的《中国苗族通史》(上、下,贵州民族出版社 1999 年版),黄海的《瑶山研究》(贵州人民出版社 1997 年版),胡起望、范宏贵的《盘村瑶族》(民族出版社 1983 年版),柏果树等著的《贵州瑶族》(贵州民族出版社 1990 年版),玉时阶的《瑶族文化变迁》(民族出版社 2005 年版),冯祖贴等著的《侗族文化研究》(贵州人民出版社 1999 年版),廖君湘的《侗族传统社会过程与社会生活》(民族出版社 2005 年版),姚丽娟的《侗族地区的社会变迁》(中央民族大学出版社 2005 年版),刘黎明的《契约·神裁·打赌》(四川人民出版社 2003 年版)。这些著作分别从民族学、民俗学的角度研究了苗族、瑶族、侗族等少数民族的发展与变化,其中不少的章节都涉及了这些少数民族的习惯法,并对这些习惯法作了探索与研究。

从已公开发表的论文看,有不少学者将少数民族习惯法置于中国民间法的大背景下来展开分析和研究,这些研究的代表作有:谢晖的《当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇》(《东岳论丛》2004 年第 4 期),吴大华的