

博學篤行
厚德重法



西南政法大学 法学学术文库

巴楚民族文化圈研究

——以法律文化的视角

曾代伟/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学学术文库



西南政法大学

巴楚民族文化圈研究

——以法律文化的视角

曾代伟/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

巴楚民族文化圈研究:以法律文化的视角 / 曾代伟主
编. —北京:法律出版社, 2008. 9
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8583 - 5

I. 巴… II. 曾… III. 民族地区—法律—文化—研究—
中国 IV. D922. 154

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 122425 号

© 法律出版社·中国

巴楚民族文化圈研究
——以法律文化的视角

曾代伟 主编

责任编辑 王旭坤 林 喆
装帧设计 贾丹丹

开本/ A5

版本/ 2008 年 9 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/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 15.75 字数/ 401 千

印次/ 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶 松

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8583 - 5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪论 / 1

- 一、本课题研究始末 / 1
- 二、本课题基本概念的界定 / 8
- 三、课题研究的意义与创新 / 13

第一部分 巴楚民族文化圈的形成和演变

第一章 巴楚民族文化圈的形成和演变 / 21

- 一、巴楚民族文化圈区域范围及自然环境 / 23
- 二、巴楚文化圈区域文明溯源 / 25
- 三、巴楚民族文化圈形成探原(先秦至三国时期) / 34
- 四、巴楚民族文化圈的演变(两晋南北朝至

民国) / 41

第二章 巴楚民族文化圈的特征 / 76

一、巴楚民族文化圈独特的地域性 / 77

二、巴楚文化圈各民族文化的同源性 / 81

三、巴楚文化圈各民族文化演变的趋同性 / 86

第二部分 巴楚文化圈民族法文化研究

第三章 巴楚文化圈民族法文化概论 / 91

一、巴楚民族法文化是中华传统法律文化的主源之一 / 93

二、巴楚民族法文化的特点 / 99

三、巴楚文化圈民族传统法文化的转型与现代化 / 100

第四章 《蛮夷律》考略 / 104

一、一桩涉及《蛮夷律》的疑难案件 / 105

二、《蛮夷律》内容辨析 / 107

三、《蛮夷律》适用对象和范围蠡测 / 112

四、“毋忧案”是一桩冤案 / 119

第五章 “溪州铜柱”铭文的法文化解读 / 125

一、“溪州之战”与溪州铜柱 / 126

- 二、溪州铜柱铭文的内容 / 133
- 三、溪州铜柱誓约的法律效力 / 137
- 四、溪州铜柱的影响 / 139

第六章 巴楚文化圈的乡规民约与习惯法 / 144

- 一、乡规民约形成的民族文化基础 / 147
- 二、乡规民约调整的基本范围 / 164
- 三、乡规民约的特点 / 171
- 四、乡规民约的功能 / 182
- 五、乡规民约的作用 / 204
- 六、巴楚文化圈乡规民约的时代变迁 / 211

第七章 巴楚文化圈的财产关系与商事 习惯法 / 214

- 一、财产关系与习惯法 / 215
- 二、债权关系与习惯法 / 226
- 三、商事活动与习惯法 / 242

第八章 巴楚文化圈婚姻家庭关系与 习惯法 / 256

- 一、婚姻的基本原则 / 257
- 二、婚姻禁忌与习惯法 / 261
- 三、中原文化对婚姻习俗的浸润 / 273
- 四、婚姻成立的程序 / 278
- 五、再婚与习惯法 / 284

六、离婚与习惯法 / 287

七、家庭制度与习惯法 / 288

第九章 巴楚文化圈的刑事法律与习惯法 / 291

一、巴楚文化圈刑事法律规范的演变 / 292

二、土司政权的刑事法律规范 / 294

三、乡规民约中的刑事习惯法 / 303

四、家法族规中的刑事习惯法 / 327

第十章 巴楚文化圈自然资源与环境保护
习惯法 / 352

一、巴楚文化圈的生态环境与自然资源 / 352

二、自然资源保护与习惯法 / 354

三、生产活动与资源环境保护习惯法 / 360

四、自然崇拜：自然资源与环境保护习惯法的
渊源 / 364

第十一章 巴楚文化圈纠纷解决机制与
习惯法 / 368

一、纠纷的类型与实体规范 / 370

二、乡土社会的纠纷解决者 / 382

三、纠纷解决的模式 / 403

四、纠纷解决的目标和作用 / 410

五、纠纷解决机制与社会控制 / 414

第三部分 巴楚文化圈民族法文化的现代 转型

第十二章 巴楚文化圈民族习惯法的命运 / 423

- 一、巴楚文化圈民族习惯法的传承 / 423
- 二、1949 年以后巴楚文化圈民族习惯法的
命运 / 428
- 三、巴楚文化圈民族习惯法发展前景的思考 / 445

第十三章 巴楚文化圈民族区域自治立法 研究 / 449

- 一、巴楚文化圈民族区域自治制度的实施 / 450
- 二、巴楚文化圈民族立法的主要成就 / 454
- 三、巴楚文化圈民族立法存在的问题 / 456
- 四、完善民族区域自治立法的思考 / 460

第十四章 巴楚文化圈民族法文化与和谐 社会的构建 / 465

- 一、民族法文化在构建和谐社会中的重要价值 / 466
- 二、体现和谐的巴楚文化圈民族法文化 / 472
- 三、巴楚文化圈民族法文化对构建和谐社会的
现实意义 / 482

后记 / 495

绪 论

一、本课题研究始末

法律文化是人类法律实践活动及其成果的总称,包括法律思想、法律规范、法律设施等。民族法文化作为法律文化的重要组成部分,是西南政法大学依托地处西南的地域条件,在科研方面起步早、基础厚、力量强、成果多、影响大,且独具特色的研究方向。早在 20 世纪 80 年代,在已故的著名学者杨怀英教授主持下,深入西南民族地区开展田野调查,出版了《滇西南少数民族婚姻与家庭研究》^{〔1〕}《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》^{〔2〕}等著作,社会影响巨大。1992 年,法律系成立了以黄名述教授为主任、曾代伟为副主任的“民族法学研究室”。

〔1〕 杨怀英、赵勇山等著,法律出版社 1988 年版。

〔2〕 杨怀英、黄名述著,四川民族出版社 1994 年版。

1999年12月,学校决定由曾代伟教授牵头组建“西南政法大学西南民族法文化研究中心”,申报教育部人文社会科学重点研究基地。此次申报虽然未能成功,但整合了全校热心民族文化研究的力量,激发了研究的兴趣和热情。此后,一批关于羌族、彝族、土家族、藏族、蒙古族和历史上的女真族、契丹族法律文化项目申报成功,成果陆续出版、发表、获奖,在学术界造成较大的声势和影响,逐步形成成为西南政法大学的一个优势明显、特色突出、稳定的研究方向。2004年学校批准进一步整合校内外力量,重新组建新的西南民族法文化研究中心。现新基地已拥有3个博士点、4个硕士点,并与渝鄂湘黔地区民族事务工作部门和研究机构建立了广泛联系。2006年12月经重庆市人民政府批准,西南民族法文化研究中心成为重庆市人文社会科学重点研究基地。

西南民族法文化研究中心主任、本项目主持人曾代伟教授,自20世纪80年代以来,基于西部少数民族自治地方法制建设的需要,借助学校地处西南多民族地区的条件,受费孝通先生关于中华民族“多元一体”发展格局论断的启发,学术定位侧重于民族法文化研究。在历史文化视野下,对拓跋魏、女真金和蒙元等少数民族占主导地位的国家政权法制,做过一些梳理和辨析,撰写了学术专著《金律研究》〔1〕《金元法制丛考》及一系列论文,在博士、硕士研究生和本科教学中讲授民族法文化专题课程。其研究认为,中国传统法律文化植根于具有发展原始农业的良好条件的黄河流域,在漫长的历史进程中形成了具有浓郁的农业文明色彩的法律文化机制。在绵延数千年的行程中,中国传统法律文化不断吸纳和融汇各民族法律文化的精华,形成了自身独特的法律品格,铸就了人类历史上法律文化之林独具风格的法律系统——“中华法系”。它以自己固有的制度规范和价值取向,体现着独特的民族法律心理和经验。

〔1〕 台湾地区五南出版公司1995年版。

中国少数民族法律文化作为中国传统法律文化的重要渊源和有机组成部分,是中国历史上各少数民族在长期的社会生活实践中累积而成的。由于生活环境、风俗习惯、文化发展、经济状况、历史传统的差异,形成了具有不同特色的民族法律文化。由于地域文化和社会发展阶段的不同,少数民族法律文化和华夏族法律文化之间呈现出明显的差别。但随着民族之间的接触、迁徙和交流,各少数民族族群不断向华夏族输入新的血液,部分华夏族人口也融入了各少数民族族群。各民族法律文化相互吸收,经过一定规模的融合,产生了少数民族法律文化的趋同特征,同时少数民族法律文化和中原华夏法律文化也产生了相互包容的密切关系。长期以来,大一统的中央王朝的主流法律文化与各少数民族地区法律文化长期并存。在中央王朝大一统的法制秩序中,少数民族习惯法在各局部地区发挥着各自的作用;中央王朝也根据统治的需要,通过各种形式的立法对少数民族地区重大法律关系进行调整,实施司法管辖。各少数民族法律文化受中原王朝法律的影响,在本民族、本地区社会生活实践的催化下,从中原主流法律文化中吸纳养分,使自身不断得到进化。随着各民族之间交往和融汇的频繁,各少数民族愈来愈广泛地融入国家政治、经济、法律、文化生活,少数民族法律文化因子也愈来愈深入地融入中华传统法律文化之中。

在民族交融的过程中,少数民族传统法观念虽然受到华夏“正统”法思想的冲击和融汇,但仍然顽强地固守自己的领地。尤其是以少数民族居于主导地位的政权,凭借本民族在国家政权中占据统治地位的优势条件,对国家立法建制以至整个社会生活发挥影响,使这些政权的法制呈现出多元化的色彩。正是这些富于多元化特色的法律文化的融入,为儒家思想束缚下步履蹒跚的中国传统法律文化不断注入鲜活的因素,才使中国古代立法建制创造出世人瞩目的辉煌;正是由于长期以来,包括汉族在内的各民族法律文化的相互学习、相互交流、相互融合、相互促进,

才使中华法系具有如此巨大的魅力而跻身世界著名法系之列。

近年来,曾代伟教授等课题组成员尤其关注区域法文化和民族法文化研究。中国历史上各少数民族,在长期的社会生活实践中累积而成的具有多元特色的民族文化,虽然受到源远流长的华夏儒家文化的冲击和融汇,但仍然顽强地固守自己的传统,成为特定地区社会生活中的主流文化,在一些区域形成独具特色的民族文化圈,诸如北方游牧民族文化圈、西域民族文化圈、西南边疆民族文化圈、南方百越民族文化圈等。^{〔1〕}作为区域文化研究独特的研究对象,这些主要分布于边疆的民族文化圈,已为学术界所关注。然而,位于我国中部内陆腹地渝湘鄂黔毗邻地区的巴楚民族文化圈,迄今仍被人们所忽略。这是中国唯一完全处于华夏族“包围”的具有独特文化传统的民族文化圈。从文化因子的构成来看,当今的土家族、苗族文化,与巴楚文化有着直接的亲缘关系。巴楚文化是一种古老又具有活力的区域性民族文化。其源远流长的发展历程和独特的文化传统,理应跻身中国区域性民族文化圈之列。

目前,中国传统法律文化研究主要集中于整体、宏观的探讨,在法律文化的视野下,对区域性民族文化圈的研究十分薄弱,而对混融性边缘次生型的区域法律文化的研究则被忽略。将巴楚民族文化圈作为中国区域文化的一种独特类型进行系统的跨学科的综合研究,拓展中国传统法文化研究及区域文化研究的新领域,迄今仍为一个罕有研究者涉足的学术角落。为此,曾代伟教授2003年提出,从传统法律文化的视角,构建“巴楚民族文化圈”。巴楚民族文化作为一种区域历史文化,其地域范围包括今重庆以东长江、嘉陵江流域,鄂西汉水和清江流域,湘西及黔东南地区。巴楚民族传统文化经历了数千年发展演变的漫长历程,迄今仍在渝湘鄂黔毗邻地区土家族、苗族等民族区域自治地方传承。对于这样

〔1〕 目前,学术界关于民族文化圈的划分及命名,尚未达成一致意见。

一个有着悠久的历史,具有混融性边缘性特征的文化区域,从法律文化的角度,构建“巴楚民族文化圈”,将其作为中国区域文化的一种独特类型进行系统研究,具有非常重要的理论意义。这有助于探讨巴楚文化圈民族习惯法的形成,及其在具体社会生活中的运作和对人们日常生产生活的影响,以及民间法与国家法之间的冲突与协调。同时,在中央西部大开发战略决策的推动下,加强对这一民族地区的研究力度和深度,也有着十分重大的现实意义。它将推动巴楚民族文化圈的跨区域经济和社会资源的整合,探寻实现民族地区法制现代化的有效路径,并促进该民族地区经济社会的全面发展。

2004年,此构想获国家社会科学基金西部项目立项:《中国区域法律文化的独特类型:渝湘鄂黔相邻地区“巴楚民族法文化圈”的演变与现代化研究》(批准号04XFX002)。本课题旨趣:首先,在历史文化的视野下,对“巴楚民族文化圈”的形成和演变脉络进行梳理,探讨巴楚民族文化的内涵和特色,探索巴楚民族文化在与华夏文化的长期碰撞和融合过程中,以至在近现代文明的冲击下的转型及现代化历程;同时,从法律文化的角度,对本区域内土家族、苗族、瑶族经济生产方式的转型及社会文化变迁的进程中有关传统文化、法律意识、生活习俗、文化认同等一系列问题的研究,充分发掘、整理和利用本地区民族传统法文化资源,探索具有不同行政隶属关系,而有着相似文化传统的多民族混居地区法制建设协调发展的模式和途径,促进民族地区法制建设协调发展,降低民族区域自治地方法律制定和实施的成本,以适应西部大开发战略的需要,促进渝湘鄂黔相邻地区经济、社会的发展。

自立项以来,课题组完成了项目框架设计,赴民族地区进行田野调查和资料搜集,在一系列阶段性研究成果的基础上完成书稿三项工作。尤其是深入少数民族山寨实地考察、调研,搜集民间传承的民族传统文化素材,是完成民族文化研究课题的“必修课程”,也是课题研究成果实

践价值的体现。

2006年7月,曾代伟教授率课题组一行8人,深入湘西土家族苗族自治州开展田野调查活动,先后考察凤凰县山江—腊尔山等地苗族乡镇(腊尔山台地苗族民间习俗和语言遗存地、苗族民风民俗保存完好);在山江镇苗族博物馆参观并与著名苗族传统文化研究专家龙文玉(苗族,原州人民政府副州长)座谈交流;在吉首市,考察了苗族精神崇拜地——三王庙;与吉首大学人类学与民族学研究所朱兴文教授、瞿州莲博士等交流;拜访自治州人大法制委,与彭文昌主委和王承恩副主委、联工委谢茂忠主委等领导同志座谈,考察自治州民族立法状况;随后考察了一些土家族历史文化典型遗存地:永顺县王村古镇(湘西四大名镇之一、溪州铜柱所在地,又称芙蓉镇)、老司城(湘西历代土家族土司王经营了800多年的古都城遗址,蕴含着丰富的土家文化遗存)、土家族民俗博物馆等。同时,课题组成员也分别多次深入湘西土家族苗族自治州、恩施土家族苗族自治州、渝东南民族地区、贵州苗族地区等地调查访问,收集到大量民族法文化资料。在实地考察中,课题组不仅得到主管民族事务工作的领导和民族文化研究专家的指导,还同当地基层民族工作者和专业干部有深入的交流,建立了密切的学术联系。永顺县文管所原所长、土家族博物馆创办者向渊泉、县民委土家族问题专家罗士松二位老先生,给予课题组无微不至的指导和帮助,令人难以忘怀。实地调查的经历和收获,为项目的完成奠定了基础,增强了课题组成员信心和底气。

值得提出的是,在本项目实施过程中,我们还开展了高校教师人文社会科学项目研究与提高本科生科研创新能力相结合的尝试,探索出一条教师学术研究课题与大学生暑期“三下乡”社会实践服务活动相结合,以提高学生科研创新能力的路径。在教师指导下,将学术研究课题作为学生实践性教学的主要内容,使学生在社会实践服务活动中,提高专业素养和研究能力。重庆东南部5个民族自治地方(其中黔江区适用民族

自治相关政策),是三峡库区中亟须帮扶的国家级贫困区域,而民族传统文化保存良好。2005年和2006年暑期,课题组与西南政法大学行政法学院商定,选择酉阳土家族苗族自治县和石柱土家族自治县作为“三下乡”社会实践服务活动目的地,并提供必要的经费资助,拟定与课题相关的调研题目,指导学生带着问题下乡。学生们深入民族地区在宣传法律知识,弘扬法治精神,通过社会实践在法律学习和应用上有所收获的同时,还通过调查走访和实地考察,接触到丰富多彩的民族文化。他们纷纷利用搜集到的民族文化资料,撰写了近40篇具有全新视角、方法和观点的论文和调查报告。其中不乏经过深入观察思考、具有理论价值和实践意义的佳作。2003级学生殷凤坤的《渝东南少数民族地区自治条例缺失的思考》一文,入选当年重庆市大中专学生志愿者暑期“三下乡”社会实践活动优秀调查报告。上述试验不仅改变了以往暑期“三下乡”活动在实操中重形式、轻成果的现象,而且为项目研究积累了大量珍贵的第一手资料。在尊重作者知识产权的前提下,其中的研究成果也被纳入项目书稿。

作为项目研究的相关成果,课题组在重要期刊已发表的论文有:曾代伟教授的《“巴楚民族法文化圈”的演变与现代化论纲》〔1〕《〈蛮夷律〉考略》〔2〕《“溪州铜柱”铭文的法文化解读》〔3〕《论壮族的民族精神:以民族法文化视角的考察》〔4〕《历史文化视野下的巴楚民族文化圈》〔5〕等,龙大轩教授的《民族习惯法之研究方法价值》〔6〕以及袁春

〔1〕载《甘肃政法学院学报》2005年第5期。

〔2〕载《民族研究》2004年第3期。

〔3〕载《现代法学》2004年第6期及中国人民大学复印报刊资料《法理学·法史学》2005年第4期。

〔4〕载《吉首大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

〔5〕载《贵州民族研究》2007年第6期。

〔6〕载《思想战线》2004年第2期。

兰副教授完成的重庆市教委人文社科项目《渝东南土家族民商事习惯法研究》(06jwsk010),等等。

二、本课题基本概念的界定

鉴于学术界关于本课题涉及的一些基本概念尚无一致见解,我们有必要对其加以明确的界定,以避免发生概念模糊或相互冲突的情况,力求本书概念逻辑的统一性。

(一) 法律文化及其相关概念

著名人类法学家霍贝尔(E. Adamson Hoebel)指出:“一个探索者在任何领域中的工作总是从创造该领域中的语言和概念开始。”^{〔1〕}准确、全面、系统地对课题涉及的一些基本概念进行梳理和界定,并以之为分析工具建构理论体系,是人文社会科学研究中非常重要的基础工作。

文化(Culture)。英国著名人类学家泰勒(Edward Tylor)在其1871年的著作《原始文化》中作出过一个经典性的定义:“文化,就其广泛的民族学意义来说,是包括全部的知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗以及作为社会成员的人所掌握和接受的任何其他的才能和习惯的复合体。”^{〔2〕}而在德国学者的眼中,文化(Culture)不同于文明(Civilization)。他们倾向于把文化界定于精神的层面,是宗教的、精神的和艺术的,而文明则是侧重于物质层面,是世俗的、物质的和技术的。

我们认为,文化应该是“人类在社会历史发展过程中所创造的物质财富和精神财富的总和”,^{〔3〕}是人类知识、信仰和行为的整体。它包括

〔1〕 [美]E. 霍贝尔:《原始人的法》,贵州人民出版社1992年版,第17页。

〔2〕 [英]E. 泰勒:《原始文化》,广西师范大学出版社2005年版,序言第1页。

〔3〕 《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1318页。

了语言、思想、信仰、风俗习惯、禁忌^[1]、法规、制度、工具、技术、艺术、礼仪以及其他有关成分。每一个社会群体(大到民族、国家,小至社会的亚团体,如球迷协会)皆应有其特定的文化或社会文化体系,并在某种程度上与其他社会文化体系相重叠。社会群体的文化之间的差别与其生存环境及可资利用的资源有关;与语言、风俗习惯等活动领域所固有的可行性范围,以及与工具的制造和使用有关;与社会发展的程度有关。

因此,法律文化应该是社会文化体系的重要组成部分。法律文化(Legal Culture)这一概念最早出现于1969年,由美国法学家弗里德曼(Lawrence Friedman)在《法律文化与社会发展》一文中首先使用。在弗里德曼和其他一些美国法学家的视界里,形成了一种“观念形态的法律文化观”,他们将法律文化视作一种法律观念形态。具体指社会上人们对于法律及法律现象的一系列认识、信仰、看法、态度等,并在这种观念指引下,人们所作出的行动模式。这种观点单纯局限于把法律文化视作一种人们对待法律的观念形态,而忽视了法律文化的历史背景等。因此,我们认为:法律文化,其历史渊源乃本民族长期历史之积淀的法律传统;其客观载体乃社会日常生活中的法律规范、法律设施、法律制度和法律机构;其主观基础乃人们的法律心理、法律意识和法律思想体系。这样的建构法律文化概念,有利于我们从多维角度深入认识法律文化。^[2]

文化是具有民族性的。各民族的文化因其地理环境和可利用资源的差异而具有极大的差异性。这不仅仅表现于语言、文字、饮食、服饰、生活方式诸方面,也表现在各自的风俗、习惯以及法律文化、政治文化等政治社会生活之中。所谓民族法文化,从我们上述的法律文化的概念出

[1] 禁忌(Taboo 或 Tabu)事象,具有两方面的含义,一方面指宗教或生活习俗中所禁止的不能接触、不能谈及的某些事物;另一方面指人们同意不提及或不做的某些事情。参见宋全编著:《禁忌:生存的篱笆》,中国民族摄影艺术出版社1998年版,第2页。

[2] 此定义参考了刘作翔《法律文化理论》(商务印书馆1999年版)一书第118~149页所介绍的诸多学者对法律文化的定义。