



LEGAL ANTHROPOLOGY

REVIEW

法律人类学论丛

(第5辑)

主 编 / 吴大华



法律人类学论丛

(第5辑)

LEGAL ANTHROPOLOGY
REVIEW

主 编 / 吴大华



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

法律人类学论丛. 第5辑 / 吴大华主编. -- 北京 :
社会科学文献出版社, 2017.9

ISBN 978-7-5201-0571-2

I. ①法… II. ①吴… III. ①法学-人类学-文集
IV. ①D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第063414号

法律人类学论丛(第5辑)

主 编 / 吴大华

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 邓泳红 陈 颖

责任编辑 / 陈 颖 王丽丽 王 煦

出 版 / 社会科学文献出版社·皮书出版分社(010)59367127

地址: 北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16


印 张: 30.75 字 数: 490千字

版 次 / 2017年9月第1版 2017年9月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-0571-2

定 价 / 89.00元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

本书得到 2017 年度“贵州省哲学社会科学创新工程”（编号：CXTD05）资助

《法律人类学论丛》编委会

编委会主任 吴大华

编委会委员 (以拼音顺序排列)

戴小明	多杰	高其才	龚战梅	黄元姍
韩敏霞	虎有泽	郭婧	牟军	雷振扬
李宝奇	李鸣	李远龙	刘云飞	娜仁图雅
任强	唐孝辉	田钊平	潘志成	潘红祥
王飞	王启梁	王允武	王佐龙	文新宇
吴东镐	熊文钊	杨方泉	易军	张晓辉
张殿军	周相卿			

本卷主编 吴大华

副主编 潘志成 王飞

执行副主编 文新宇

编辑 黄孝慧 黄俐

序

吴大华

中国人类学民族学研究会副会长

法律人类学专业委员会主任委员

法律人类学是一门运用人类学的理论与方法对法律问题进行解释和研究的学科。它处于法律学与人类学的交汇点，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，法人类学是传统法学和传统人类学的扩张与“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，认同非国家法律，要求运用国家法律与非国家法律寻求纠纷的解决以维护社会秩序。

20 世纪 90 年代以来，西方后现代法学思潮逐渐被引介到中国，这种思潮认为存在着多种可供选择和互不等同的概念体系或假设体系，在各自体系里都可以解释世界，因为不存在权威性的客观的选择方法；它主张视角的多元性、多样化，倡导一种多元主义的方法论，允许各种法律理解的存在。受此影响，矢志于民族习惯法、民间法调查研究的学者和学术群体日渐增多。正是在这样的背景下，法律人类学在中国逐渐得以传播。经过三十多年的发展，中国的法律人类学研究从无到有，得以蓬勃发展起来。研究的领域从最初的少数民族习惯法拓展到民间法、乡村社会治理等诸多领域。在研究的范式上，从以规则、制度为中心的研究范式逐渐转向了以纠纷、过程为中心的范式，从关注特定条件下法律制度的发展与现状转向了更为关注现实社会中的法律现象和法律问题。总之，近三十年来，中国的法律人类学研究在诸多方面取得了令人瞩目的成绩。当然，存在的不足与问题也是明显的，例如法律人类学在中国尚未形成明确的学科体系，在理论层面的贡献较欠缺，有影响力的学术成果之数量仍显不足，在国际法律人类学界尚缺学术地位。

为了进一步推动中国的法律人类学发展，促进法律人类学研究经验的交

流，不断繁荣中国的法律人类学研究，加强对外交流，在中国人类学民族学研究会和国家民委、民政部的支持指导下，国内热心于法律人类学研究的一批学者于2011年成立了中国人类学民族学研究会法律人类学专业委员会，并从当年开始每年举办一次法律人类学高级论坛，到2016年底已陆续举办了六期论坛。为了更好地推进法律人类学的研究，法律人类学专业委员会决定出版《法律人类学论丛》（集刊），以此为会刊，作为国内法律人类学研究与交流的学术阵地。《法律人类学论丛》第1~4卷已分别由中央民族大学出版社、民族出版社、社会科学文献出版社于2013~2016年出版发行。

希望《法律人类学论丛》（集刊）的创办，能够推动以下几方面的工作。

一是进一步推动国内学术界对国外法律人类学理论及研究成果的译介。

二是推动中国法律人类学理论和研究方法的创新。目前国内法律人类学的研究在一定程度上还只是用中国的资料验证西方的理论，中国的法律人类学研究对此应当予以反思，回应中国的时代使命，创造出更为贴切中国现状的理论和方法。

三是促进法律民族志成果的研究。我国有着法律人类学发展的独特而丰富的民族资源，但尚缺乏能与阿尔弗雷德·拉德克利夫-布朗的《安达曼岛人》、埃文斯·普理查德的《努尔人》等相比肩的法律民族志精品成果。特别是在法律现代化的背景下，我们也同样面临着现代法律文化与我们各民族传统法律文化之间的冲突与调适问题，而法律民族志的研究能够更好地帮助我们认识自身。

四是促进法律人类学研究的视角更多地关注现实社会中的法律现象与法律问题，研究民间的“活法律”如何适应法律现代化和全球化的进程，探讨“活法律”背景下乡村社会、民族地区的治理问题，从而推动我国的法治建设和社会建设。

五是推动法律人类学研究内容的进一步丰富，从民族地区、乡村社会走向汉族地区、城市社会，运用法律人类学的方法研究一切非正式规则甚至是国家法律的运行实践，以寻求社会治理中的“活法”。

愿《法律人类学论丛》（集刊）在学界同好倾力支持之下，能做出更多有价值的思考与探索。

是为序！

2016年12月30日

Preface

WU Dahua

*Vice President of the Society for Research on
Chinese Anthropology and Ethnology*

Chairman of the Professional Committee of Legal Anthropology

Legal anthropology is a discipline that uses the theory and method of anthropology to explain and study the legal issues. It is in the intersection of law and anthropology and is a branch of cross discipline. As a frontier discipline emerging and developing during the mid 19th century or later, legal anthropology is the expansion and mutual penetration between traditional law and traditional anthropology, calling for the mutual understanding and respect from different cultures. It carries on dynamic study of law, identifies with multiple cultures and national laws, requiring the common application of national laws and informal rules as settlement mechanism of disputes in order to maintain social orders.

Since the 1990s, Post – modern legal ideological trend has been introduced from the west, which claims there are multiple choices and different conceptual systems or hypothesis systems explaining the world existing in their own systems because there exists no an authoritative and objective choosing way. The ideological trend asserts multiplicity and variety of perspective and advocates a kind of methodological theory of pluralism, allowing the existence of various understanding of law. Under these influences, the number of scholars and academic groups committed to the investigation and research of national customary law as well as folk law grows gradually. It is in the background that legal anthropology in China is gradually spread. Through more than 30 years' development, the research into legal anthropology in China starts from scratch and flourishes. The research fields expand from

initial minorities' customary law to folk law, rural social governance and so on. Its Research Paradigm gradually changes from the Paradigm of research on rule and system as its centers to the Paradigm of research on dispute and process as its centers, from valuing the status and development of legal system under specific condition to valuing more legal phenomena and legal problems in real society. In brief, in recent 30 years, legal anthropology in China has made sparking progress in many aspects. Of course, it is obvious that there exists deficiency and problem. For example, definite disciplinary system in legal anthropology in China has not formed. There are not enough theoretical contributions and there are less academic findings in legal anthropology, making it have no internationally academic position.

In order to further promote the development of legal anthropology in China, promote communication in studying experience in legal anthropology, gradually flourish study of legal anthropology in China and intensify communication with the outer theoretical world, Under the guidance and support of the Society for Research on Chinese Anthropology and Ethnology, National Ethnic Affairs Committee and Ministry of Civil Affairs, a group of scholars in China who are enthusiastic about the study of legal anthropology established Professional Committee of Legal Anthropology affiliated to the Society for Research on Chinese Anthropology and Ethnology in 2011 and decided that from that year on it would annually held an advanced forum on Legal Anthropology. By the end of 2016, it has successively held six - phase forums. In order to better promote the study of legal anthropology, Professional Committee of Legal Anthropology decided to publish "Legal Anthropology Review" (yearly) as an academic platform of domestic research and communication of legal anthropology. The first volume, the second volume the third volume and the fourth volume of "Legal Anthropology Review" have been respectively published by Minzu University of China Press in 2013, Law Press in 2014, Social Science Literature Press in 2015 and Social Science Literature Press in 2016.

We established "Legal Anthropology Review" (Journal) with the hope of promoting the following tasks:

The first is to urge Chinese academic world to research into overseas legal anthropological theories and translate some of their excellent academic works into

Chinese works.

The second is to innovate Chinese legal anthropological creativity of theory and method. Presently, at some extent the study in domestic legal anthropology is still to test western theory by Chinese documentary. Aiming at this, we need to retrospect and think into the deep, responding to times' needs and creating more reasonable and scientific theories and methods suitable for Chinese social reality.

The third is to promote the study of Legal National histories. In China, there are so abundant and unique national resources for the development of Legal Anthropology, but there are less highly influential great researching works like legal national histories. However, there is a lack of legal ethnography of high quality comparable to these works like "the Andaman Islanders" by Alfred · Radcliffe · Brown, "Noor" by Evans · Pritchard and so on. Especially in the context of legal modernization, we are also faced with the problem of conflict and adjustment between the modern legal cultures and the traditional legal cultures of our country, under the background the study of legal ethnography can better help us to understand ourselves.

The fourth is to promote the research of legal anthropology to pay more attention to legal phenomenon and legal issues in the real society, to study how to adapt to the process of legal modernization and globalization and to explore the governance of rural society and ethnic areas under the background of "living law", thus promoting legal rule and social construction in our country.

The fifth is to make the research contents in Legal Anthropology more plentiful from the national regions and rural society to the Han nationality region and urban society, It applies basic anthropological methods to study all informal rules and even operation practice of national laws to seeking for the real "living laws" in the process of social governance.

It is hoped that "Legal Anthropology Review" can make out more valuable thinking and exploration under the studious supports of academic colleagues.

Above is the preface!

目 录 Contents

第一篇 理论探讨

- 论民族问题法治化的必然性 李占荣 唐 勇 / 3
- 国家奖学金评定中民考民、民考汉大学生平等权保障研究 潘红祥 / 19
- 论作为人权的习惯权利 谢 晖 / 37
- 城镇化背景下少数民族流动人口城市融入政策法制建构研究
..... 王 飞 / 73
- 新型城镇化建设背景下传统村落保护发展的法治化问题探析
..... 文永辉 文新宇 / 83
- 田野调查在法人类学研究中的运用 黄孝慧 黄 俐 / 100

第二篇 民族法治建设

- 民族立法现状调查及对策研究
——基于浙江省的实证分析 黄元姍 朱宗侠 / 119
- 城镇化建设中少数民族餐饮业“行规”对民族法治建设的影响
..... 昝永强 / 132

论民间调解的乡土逻辑及其政策建议

——甘肃省天水市五个乡村调解个案的调查思考

..... 蓝寿荣 武睿彬 / 140

2012 年以来民族自治地区依法行政的进展 胡长兵 / 158

第三篇 民族地区基层治理

新型城镇化进程中西南民族地区乡村治理的法治化困境

——基于独山县基长镇的调研与思考 王莺桦 吴大华 / 175

乡镇司法所纠纷解决的实践与表达

——以滇中桂乡司法所为例的分析 牟 军 牛文欢 / 197

法治化治理

——乡村司法理论之反思与重构 张 青 / 214

“明白书”现象的法律人类学思考

——基于贵州省雷山县、丹寨县苗族基层社会治理的分析

..... 徐晓光 徐 斌 张丽琴 / 239

乡村治理视域中的国家法与民族习惯法

——以西部民族地区为例 文新宇 / 256

法人类学视角下当代中国伊斯兰教“口唤”制度研究

——以甘宁青民族地区为例 马 敬 / 274

封闭与开放：贵州清水江苗疆社会转型之历史经验 程泽时 / 290

第四篇 制度文化

清代、民国时期昆明市民社会日常法律生活

——以云南省博物馆馆藏昆明契约文书为中心 杨志芳 / 309

论利用非物质文化遗产的知情同意和惠益分享原则 张艳华 / 325

黔中地区乡规民约碑刻调查及其历史文化内涵 文新宇 杨友森 / 338

第五篇 其他研究

少数民族文化与少数民族地区司法审判	张永和 / 355
少数民族文化与少数民族司法干部培养	朱林方 / 373
少数民族权利保障的原则与模式	
——基于 1991 ~ 2014 年 15 部“人权白皮书”的分析	王敏璇 / 385
现代化危机与少数民族文化权利应对	朱 俊 / 402
民族地区留守儿童权益保障研究	
——以云南省普洱市为例	和 跃 / 416
大学违规现象的法人类学思考	杜敏菊 / 428
新型城镇化下农户宅基地使用权益的实现路径	刘经靖 孙海洲 / 442

第六篇 域外法律人类学

法律中的生命：劳拉·纳德和法律人类学的未来	
..... [美] 马克·古德尔 著 王伟臣 周晓程 译 / 455	

附 录

以法律人类学视野关注新型城镇化进程中的民族法治建设	
——第六届法律人类学高级论坛综述	文新宇 / 469

第一篇

理论探讨

论民族问题法治化的必然性

李占荣 唐 勇*

摘要：民族问题是我国民族研究的一种范式，即从社会总问题的视角来看待和界定民族问题，既包括民族自身的发展问题，又包括民族之间的关系问题。国际社会倾向于将民族问题转化为法律问题，并借助权利话语阐释、分析和解决民族问题。民族问题法治化涉及民族关系法制化和民族治理法治化两个基本面向，既是法治实践的内在要求，又是解决民族问题的必由之路。中国民族问题法治化在历史经验、现实条件和未来空间方面均具有可能性。

关键词：民族问题 法律属性 法治

民族是一个普遍的历史范畴，在近 200 年的时间里与阶级、国家紧密交织，构成现代国家建构和社会治理的重要主题。在历史学家梅尼克看来，“整体上的世界历史在实质上是一个宏大的特殊进程，是民族发展与普世发展之间的紧密缠绕与努力分离的进程”。^① 如何看待民族问题，采取什么样的措施应对乃至解决民族问题，成为学术研究和民族工作不容回避的命题。本文在梳理民族问题概念的基础上，尝试剖析民族问题的法律属性，并论证民族问题法治化的必要性和可能性。

一 什么是民族问题

认识和界定民族问题是解决民族问题的前提。在西文语境下，民族问

* 李占荣，男，民族学博士，法学博士后，浙江财经大学法学院院长，教授，博士生导师，浙江省法律文化研究会会长。唐勇，男，法学博士，中国应用法学研究所博士后，浙江财经大学法学院讲师。

① [德] 梅尼克：《世界主义与民族国家》，孟钟捷译，上海三联书店，2012，第 11 页。

题（national question）用来指代与民族主义（nationalism）相关联的各种事务，且常见于讨论社会主义国家的论著中。在我国民族学界，民族问题是一个争议不断的概念，而且在日常使用中存在泛化的现象。据学者考证，改革开放初期，关于“民族问题实质是阶级问题”的讨论引起三十余年来民族问题概念的广义与狭义之争。所谓广义的民族问题是指与民族这个共同体相关的社会问题，既包括民族自身的发展问题，又包括民族之间的关系问题；而狭义的民族问题则不涉及民族的内在问题，仅指民族外部的相互关系问题。^① 1992年第一次中央民族工作会议对民族问题的范围定了一个基调，“只要有民族存在，就有民族问题存在。民族问题既包括民族自身的发展，又包括民族之间，民族与阶级、国家之间等方面的关系。”^② 2005年中央民族工作会议后，中共中央、国务院颁布《关于进一步加强民族工作加快少数民族和民族地区经济社会发展的决定》（中发〔2005〕10号），对民族问题的基本理论和政策做了较为系统的梳理和概括（学界简称“十二条”），认识到“民族特点、民族差异和各民族在经济文化发展上的差距，将长期存在”，重申民族问题概念上的“两个包括”，并将当今世界民族问题的特征概括为普遍性、长期性、复杂性、国际性和重要性等五项。自此，虽然民族学界对民族问题内涵的争论一直持续，但广义的民族问题概念成为我国开展民族工作的基本立场。在现实生活中，民族问题作为一个概念在日常使用中出现泛化的现象，将不同民族成员个人之间的争议（如交通事故、合同纠纷等）上升到民族问题的高度。2014年中央民族工作会议后，中共中央、国务院印发《关于加强和改进新形势下民族工作的意见》（中发〔2014〕9号），明确“不能把涉及少数民族群众的民事和刑事问题归结为民族问题，不能把发生在民族地区的一般矛盾纠纷简单归结为民族问题”。

建立在对经典作家论述阐发的基础上，结合中共中央和国务院相关文件的表述，民族问题成为我国民族研究的一种独特范式。^③ 在这种研究范式

① 龚永辉：《关于民族问题的两重属性——三十年来民族问题概念广义、狭义之争的学理反思》，《民族研究》2010年第1期。

② 《江泽民文选》（第一卷），人民出版社，2006，第181页。

③ 周明甫：《“民族问题”何谓？何在？何治？——民族研究范式概议》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2016年第1期。