

第一章 土家族习惯法导论

少数民族习惯法作为不同于国家制定法的另一种社会规范的文化传统，是法学和法文化学研究的基本对象，尤其是文化人类学、法学人类学研究的重要内容。随着全球多元文化研究的兴起，民族习惯法的研究尤显重要。在我国，从法学的角度对各民族的文化和传统进行研究正方兴未艾，而对某一民族的习惯法进行实地调查研究则尚处于尝试阶段。

一、习惯法概念的界定

习惯法，是维持和调整某一社会组织或群体及成员之间关系的习惯约束力量，是由该组织或群体的成员出于维护生产和生活需要而约定俗成，适用一定区域的带有强制性的行为规范。习惯法的强制性可以由政治权力实施，但更多的是由一定的区域的社会人群默认的社会约束力来实施，后者或因国家认可和未明确表示不认可而合法，或因社会授权而合法。目前，我国法史学界对法的研究主要集中于国家制定法上，研究方法也局限于对成文法典的注释或剖析。然而，国家制定法只是人们法律生活中的一部分，有时甚至只占一小部分。“国家法在任何社会里都不是惟一

的和全部的法律，无论其作用多么重要，它们只能是整个法律秩序的一个部分，在国家法之外、之下，还有各种各样其他类型的法律，它们不但填补国家法遗留的空隙，甚至构成国家法的基础当然，也正因为其非官方性，这部分法律往往与国家法不尽一致，乃至互相抵牾，但这并不妨碍它们成为一个社会法律秩序中真实和重要的部分。”“法律社会学家们发现，即使是在当代最发达的国家，国家法也不是惟一的法律，在所谓正式的法律之外还存在大量的非正式法律”^①法只有在现实生活中渗透于广大民众衣食住行时才具有生命力。法不仅仅体现为一种规范，还蕴含着人们对安身立命的人生追求，对生存、生活、发展的价值渴望“法网恢恢，疏而不漏”，这不是单靠国家制定法所能做到的，在国家制定法的影响力无法波及的地区或虽有波及但人们仍是依照祖祖辈辈形成的习惯乡俗生活的地区，人们对法的理解与渴望恐怕不只是抽象的国家颁布的写在纸上的条文，而更看重的是在此情此景中应该怎么做和不应该怎么做的成功经验和惯例。法国著名思想家卢梭在其名著《社会契约论》中指出，除了根本法、公民法和刑事法之外，还存在着第四种法，而且是最重要的法。“这种法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的内心里；它形成了国家的真正宪法；它每天都在获得新的力量；当其他的法律衰老或消亡的时候，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。我们说的就是风尚、习俗，而尤其是舆论：……个别的规章……只不过是穹窿顶上的拱梁，而惟有慢慢诞生的风尚才最后构成那个穹窿顶上的不可动摇的拱心石”^②。这里指的就是习惯法

目前对习惯法的解释和定义，主要有以下几种：

第一种观点认为，“所谓习惯法就是在阶级社会以前，符合着社会全体成员的要求，为社会全体成员所‘制定’、所认可的

一种历史形成的习惯约束力量，它没有用文字规定下来，它对社会成员一视同仁而没有偏向，它为社会全体成员遵守着”。^③“鄂伦春人在长期的原始共产主义生活中，很自然地形成了一整套的传统习惯，也就是我们所说的不成文的习惯法他们世代代即依据这些来维持社会秩序和调整社会成员之间的关系”^④。佤族社会仍然依靠长期的历史形成的习惯和传统，来调整人们之间的各种关系，维持社会的秩序。佤族没有文字，这些传统习惯和道德规范，没有用文字固定或记录下来，所以也可称为‘习惯法’。^⑤英国学者哈特兰德在《原始法》专著中也说：“原始法实际上是部落习惯的总称。”^⑥社会学家、人类学家多倾向于这种观点。《牛津法律大辞典》也说：“当一些习惯、惯例和通行的做法在相当一部分地区已经确定，被人们所公认并被视为具有法律约束力，像建立在成文的立法规则之上一样时，它们就理所当然可称为习惯法。……习惯法至今仍在世界上广泛存在。”^⑦美国哈佛大学法学院罗伯特·昂格尔教授认为，习惯法是“反复出现的，个人和群体之间相互作用的法律”^⑧英国法制史学者梅因曾说过，“在人类初生时代，不可能想象会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度，它只是一种惯行。”^⑨当代西方法社会学学者，是把习惯规则与社会结构、社会冲突并列为研究法律起源的三个视角萨拜因也曾认为平德尔（Pinder，公元前518年—438年，希腊诗人）的诗说得对：“惯例和习俗是一切的主宰。”^⑩著名的美国人类学者霍贝尔在对爱斯基摩人、菲律宾吕宋岛的伊富高人、北美印第安的科曼契人、凯欧瓦人和晒延人、南太平洋特罗布里恩岛人、美洲阿散蒂人原始部族的原始法考察后得出结论说，在无文字的人类社会中称之为原始法律，实质上也是一些原始社会的习惯规则。霍贝尔在其《原始人的法》一书中说：“在任何社会里，无论是原始社会还是文明社会，法律存在的必备条件是社会授权的当权者合法

的使用物质强制。^⑪换言之，法律的存在不一定以国家的产生为前提，只要有某种能实施物质强制的社会授权的权力者或权力机构即可。照此逻辑，法存在于社会发展的各个阶段，既包括国家认可或由国家制定的各种成文法和非成文法，也包括经过某种社会授权的组织或群体制度或约定俗成的诸如家规族约、村寨民约、帮约教规、行业规范等以成文或不成文形式表现出的法律规范，前者多为制定法，后者都是习惯法。

第二种观点认为，习惯法“指经国家承认，具有法律效力的社会习惯”^⑫，‘一国之风尚礼俗，为法律所承认，不必有条文之制定者，谓之习惯法。’^⑬“统治阶级对有利于本阶级统治的习惯，通过国家机关加以确认，并赋予法律效力的，叫习惯法。”^⑭“习惯法，指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯，是法的渊源之一。习惯是在社会生活中长期实践而形成的为人们共同遵守的行为规则。在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质，它是氏族社会全体成员共同意志的体现，如禁止氏族内结婚、氏族成员互相帮助、共同防御一切危险和侵袭以及血族复仇等，都是为了维护其生存而自然形成的共同行为规则。它是靠传统的力量、人们内心的信念和氏族长的威信来维持的。阶级社会中存在的习惯也不都具有法的意义，很多属于道德规范。习惯成为法的渊源，必须具备一定的条件：相当长时期以来确为人们惯于遵循的事实，其内容有比较明确的规范性，现行法没有关于该项行为的规定，且与现行法基本原则没有抵触，需经国家认可并由国家强制力保证其实施。”^⑮习惯法是“‘不成文法’的一种，指国家认可并赋予法律效力的习惯。习惯分为成文习惯（记载于文书的习惯）和不成文习惯（没有文字记载的习惯）。。习惯法在奴隶社会和封建社会法的渊源中占重要地位在资本主义社会中，习惯法的作用日益减弱，成文法在法的渊源中逐渐占主导地位，但在民商法方面不少仍依习惯。在社会主义法中，习惯不是法的主要

渊源^{①⑥}，习惯法是国家认可的制定法的组成部分。“不成文法是指由国家认可其具有法律效力的法律，又称习惯法。”^{①⑦}这是部分法学家的观点。他们否认有未被国家认可的习惯法规范存在，认为只存在正式法律渊源上的习惯法。它大大缩小了习惯法的范围，将会使我们忽略许多有特殊意义的习惯法研究对象，也与习惯法广泛存在的现实不符。

第三种观点认为，习惯法是民间有强制性的准法律规范。周勇教授认为：“习惯法是依据一定的社会权威而存在，并被保证在违反时对强制执行或对违反者予以责罚的行为规范的总和。”^{①⑧}田成有教授认为：“习惯法是独立于国家之外的，人们在生产和生活中根据事实和经验，依据某种社会权威和组织确立的具有一定强制性的、人们共信共行的行为规则。”^{①⑨}高其才教授写道：“习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具有一定强制性的行为规范的总和”^{②⑩}

我们认为，习惯法是一定区域的特定人群在其长期的生产、生活过程中，自然形成或逐渐养成的一些为其成员所默认、遵守并具有约束力的行为方式和生活准则，如以禁忌、规矩、规则、碑文、规约等形式体现的社会规范的总称习惯法不是国家制定法，但却是国家制定法的来源之一，在社会生活中，与国家制定法共同发挥着作用。法律运用的实践清楚表明，违背习惯的法律不仅很难推行，而且有可能成为一堆废纸。美国著名法学家博登海默也精辟指出：“在早期习惯法的实施过程中，大众的观点、惯例和实践同官方解释者的活动，始终是相互影响的。对于早期社会生活中的基本法律模式，甚至连权力极大的统治者都不可能加以干涉”^{②⑪}在人类初生时代，不可以想象会有任何种类的立法机关，甚至于一个明确的立法者，法律还没有达到习惯的程度

只是一种惯行。正是得力于这种惯行或气氛，保证了原始社会的和谐和有条不紊，保证“在大多数情况下，历来的习俗都把一

切调整好了”^②霍贝尔在他的《原始人的法》一书中对北极地带的爱斯基摩人等原始部落的原始法进行了研究，认为“法律是无法从全部人类行为方式中截然分开来的”，“在尚无文字的人类文化中，我们称之为原始法律，如果在刚跨进文明门槛的古代社会，就称之为古代法律；在发达的文明结构中，我们称之为法律”^③大量资料表明，习惯在经过自发到自觉的不断总结积累发展为习惯法之后，已成为调控早期人类社会人与自然、人与社会、人与人关系的普遍的一般的行为规范，客观上在发挥着法的功能

二、土家族习惯法的内容

在土家族习惯法中，内容很多，有图腾禁忌、生活禁忌、生产禁忌、乡规民约、宗教仪式和规矩、生产劳动规矩、生活方式规矩等等

土家族的习惯法内容丰富，涉及面广，对维护本民族利益，调整民族间的各种关系，加强民族内部、民族间的团结与稳定起着重要作用。如“选举制度”，为了处理本民族的内部、外部事务，调解、解决民族成员间、民族间的纠纷与争执，需要选出一个或几个头人或首领来主管决断是非曲直以维护既定的秩序，从而产生了“选举制度”。根据习惯法的规定，选举法有两种形式：民主选举制和首领世袭制。民主选举制是全族成员共同推选有能力、有威信、深为大家信赖的人担任自己首领，如公认年长正直的或德高望重的老人为首领，虽然老人年老体弱，但地位举足轻重，受人尊敬，为大家所信服。通过民主选举出的首领一般不脱离生产劳动，也没有特权，他们的权威不是靠自己的地位，而是靠自己的才能、为大家服务的效果和在群众中的威信而建立的。如果他们滥用特权，专横跋扈，人们可以进行弹劾，改选他人。这种民主选举制是全族成员共同意愿和共同利益的体现，固

而所产生的首领和法则是建立在真正民主原则基础之上的。后来，由于利益的驱使，一些地方的土家族宗族、村寨中出现首领世袭制，尤其是在土司制度下，大小首领均为世袭，他们平时便注重培养儿子的才能，以为继承作准备，一旦父亡，全族成员即无条件地推举其子为首领，享有世袭特权。

在土家族地区，其习惯法确立了财产关系的若干规定。。一是确认了财产所有权关系。财产包括全族的公共财产和本族成员的私有财产。习惯法严格维护本族的土地、牧场、森林、河流、猎区等公共财产不受侵犯，同时也保护本族成员的私有财产不受他人侵犯。偷盗是最常见的侵犯财产所有权的行为，对盗窃财物者，视情节轻重进行处理，一般是加倍赔偿，对屡教不改者则加重处罚。二是确认了财产的继承关系。对财产的继承是由该民族的社会经济形态婚姻家庭制度决定的，绝大多数民族奉行男子继承家产，女子无继承权，使家产始终保持父子一方。。即便男子继承，土家族又有不同于汉族的处理方法，习惯法规定为幼子继承制，并且过继儿子享有同等的继承权。三是确定了债权债务关系和借贷关系。随着私有制和商品交换关系的进一步发展，土地买卖、第三人保证、租佃、雇佣、借贷有了发展，并用契约的形式来确立债权债务关系，如果债务人到期不还，债权人有权采取相应措施来保护自己的合法权益，或赶猪牵羊，或拆房下瓦借用的东西受到损坏，必须照价赔偿

土家族人婚姻家庭关系方面的习惯法是一个非常重要的内容，其影响也特别深自由恋爱和一夫一妻制是其基本内容。土家族习惯法，在婚姻关系方面规定了一夫一妻制，并禁止有妻再娶行为；在通婚范围方面认可了在不同历史时期规定不同，有群婚、血缘婚、氏族外对偶婚等不同形式，确认了姑表婚、收继婚、转求婚、换亲婚的合法性；在婚姻程序方面规定了恋爱自由制度和订婚、结婚的程序；在婚姻效力方面规定了婚后新娘宗族

亲属关系，夫妻平等关系、夫妻财产共有与特有关系；在家庭成员方面规定了成员组成与家庭分立、成员平等与家长权利、扶养与敬老关系等；在家庭财产方面规定了分家、析产、继承的程序与效力。

从现今我们搜集到的武陵山区土家族习惯法的资料看，习惯法是在一定区域的特定人群中长期形成共同遵守，具有相当约束力的行为方式与惯例，有的是由群众共同制定的条例，有的是祖辈流传下来的，也有不言而喻、自然形成的。生活在武陵山区的土家族人民，对古代山地资源的使用是谁先来占有就归谁，并以留下打结草标为记号，后来者则另觅山地，这是先来后到的原则，先来者优先，后来者不能抢占先来者的所得。这是土家族人民习惯遵守的，也就是占有、使用山地的习惯法。由于土家族人民习惯地遵守着，就成了一种习惯法。正如恩格斯所说：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来变成了法律^④”。而土家族人关于对偷盗的防治与惩罚办法，则是后来由集体议定的。自远古以来，武陵山区土家族村寨，民风淳朴，昼夜不闭户，路不拾遗，后来出现了偷窃盗取的事，日趋严重后，原先没有防止、惩治偷盗的习惯法，这时在群众的要求下，头人或首领便召集群众会议，共同讨论拟订出防止偷盗、惩治偷盗犯的条例。法律总是与一定的社会形态相适应的，一个社会处于什么样的历史发展阶段，就有什么样的法律。社会形态决定着法律的形式和内容。土家族习惯法受所在地域的居住环境、生存条件、生产状况、生活方式的制约和影响，是土家族人们在长期生产、生活等社会活动中总结、积累而成的，经过世世代代的继承、发展而成为本民族的社会规范，它一经形成便在较长时间内调整本民族的社会关系，并具有相对独立性，尤其是民

族习惯法的核心内容和基本精神，是其民族文化的重要组成部分，习惯法观念又是民族意识民族心理的重要方面，因而又具有稳定性。一个民族的习惯法实际上是该民族人们的“百科全书”，内容包罗万象，涉及到社会生活的各个领域、各个方面。因此，习惯法是民族文化的载体，习惯法世代相传的过程也就是民族文化保存、继承、传递的过程。

从历史进程来看，土家族习惯法的形成、发展，是在当时中央王朝的统一法律还不完善和施及力还达不到的情况下，对国家法律的一种补充，客观上起到了维护本民族内部社会秩序的作用。我国历代中央王朝都制定、颁布过法律，都想在全国各民族地区推行实施，但由于我国幅员辽阔，许多少数民族居住在偏僻的山林、沟谷、草原和岛屿，社会结构各不相同，交通不便，与外界交往甚少，中央王朝的法律很难在各民族地区完全实施。

“而夷狄殊俗之国，辽绝异党之地，舟舆不通，人迹罕至，政教未加，流风犹微。”^②历代王朝的政治、经济、文化中心大都在北方，因此对北方少数民族的影响很大，国家法律对北方各民族实施较有力。公元7世纪中叶，伊斯兰教传入我国后，我国北方的少数民族又受到宗教教规的约束。相对来说，北方少数民族的习惯法到了近现代已较少，但西藏则自己有一套维护农奴主利益的严密而残酷的法律。相反在南方各少数民族社会中，习惯法还保持着较强的生命力。对于武陵山区的土家族人，从秦汉时期就实行了羁縻政策，即任用当地少数民族的首领为统治者，治理该民族地区，从而保持该民族地区政治、经济、文化制度不变。东汉顺帝永和元年，对武陵蛮采取“羁縻而绥抚”^③的政策，汉代以后，羁縻政策逐渐推广。在少数民族地区，“大抵人物犷悍，风俗荒怪，不可尽以中国教法绳治，故羁縻之而已。”^④宋代以后开始实行土司制度，武陵山区土家族人的社会秩序、生产生活方式

本沿袭不变。

土家族习惯法是为了维护全民族共同利益，是全民族成员共同确认和遵守的民族习惯，保存了原始社会时期所形成的行为规范和标准，因而具有民主性，这首先表现在习惯法的形成上，通常是全民族成员共同确认的准则，虽然由首领和头人决定，但须经全体成员通过。其次，在对法的实施上也是较民主的，一般来说，习惯法都体现了人人平等的原则，无论是首领还是百姓，都必须遵守本民族的习惯法，若有违犯，同样受到制裁当然，进入阶级社会以后，在土司制度下，土司成了当地的神，广大土家族人民十分敬畏，要建庙崇拜，土司与普通土家族百姓之间，也就没有平等、民主可言了，但在土司制度下也不可能适用中央王朝统一的法律规范，因其赖以生存的社会形态不同。如明朝规定土司统治地区，不能完全适用明王朝的法律，即有“不可尽绳以法”^②、“不可施以汉法”^③、“不重绳以汉法”^④之说。各土司在自己的领地内“照旧分管地方”，自行制定各自相适的地方行为规范，并由地方强制力保障实施。正如《元史·仁宗本纪》所载：“从本俗职权以行，对蛮夷土官，不改其旧，顺俗施政。”而各土司在当时的情况下，只能且必须适用旧有的习惯法作为其有本地效力的法律规范。在土家族地区，长期的社会发展所形成的习惯、惯例、禁忌、族规家训，将自己内部事务及与外部的关系处理得有条不紊，正如恩格斯说的那样，“一切问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了”^⑤。土司制度下，土司的组织机构、权利义务及其统治方式和策略在土家族地区具有一定的法律性，体现为其既包括土家族习惯法，又包括封建中央王朝成文法；土司既是中央王朝统一法制的维护者，又是土家族习惯法的执行者，以此维持既有的社会秩序。在土司制度下，土家族地区的地方法规体系，必定是以土家族习惯法为主要内容。因为，土家族习惯法是土家族特有的心理、意识的反映，是伴随着土家族的形成而逐步形成、发展的，是构成土

家族民族特征的重要方面，也是土家族民族性的突出表现。土家族的每一个成员从一出生就受到习惯法的强烈熏陶和感染。。土家族习惯法肯定善行，否定恶行，判明是非，在习惯上，一般的冲突都由习惯法来明断是非，从而解决矛盾，增强团结，促进生产；土家族习惯法寓理于法，贴近生活，深入人心，议定、宣讲、执行习惯法活动，已成为一种习惯文化，熏陶、教育着一代又一代土家族成员；土家族习惯法倡导行善，疏通障碍，制止行恶，从而起到了国家制定法或单纯的道德所起不到的调节作用。这种调节作用主要表现在以下方面：它组织管理生产，防止和惩处破坏生产的违规犯罪；加强社会治安，惩治坏人坏事；维护婚姻自由，调解婚姻家庭纠纷；保护集体和私人财产，协调民族村寨之间的关系及涉及的矛盾。

三、土家族习惯法的特征

武陵山区土家族人习惯法概括起来有以下几个方面的特征：

首先，较少成文法规，对社会关系的调整更多地依赖于习惯、惯例、族规家训、宗教、禁忌、道德规范。土家族习惯法大多是口头制定的，世代相传，少数乡规民约也是近代以来制定成文的，没有全面、详细、完整的说明。土家族习惯法是千百年来自然形成或约定俗成的，源于该民族生存发展自身的需要，不是外部力量的干预，因而没有制定法那样严格的制定程序和文字表现形式，有的保留在传说中，有的保存在歌谣中，有的反映在石刻碑文里。习惯法的传播主要通过口头、行为和心理，代代相传。

其次，没有完备的法制，许多习惯法仅偏重于对财产、婚姻家庭方面的规范。即是说，对实体问题的解决还有例可循，但谈不上采用什么样的程序来达到对实体问题的解决。对具体纠纷和

案件的审判是该民族长者、头人、土司、梯玛的一种职责，主要依靠他们“虚衷详慎”的审判，而无须做过多的程序性规定来限制对实体问题的解决，这一点与其他民族古代社会的法制一样。习惯法是民间约定俗成或社会成员集体制定的，是自发的，国家、政府承认的习惯法并不多见，一般采取默认方式，任其存在和发展。习惯法由头人或首领来执行，除群众监督外，没有设立专门的司法机构，由头人和群众临时充当司法人员。习惯法和制定法的目的和作用，都是维护社会秩序，保障社会安宁和社会健康发展，人们能正常生产劳动和生活，调整人们互相之间的关系，人们的行为必须在规定的范围之内，违反规定，就会受到谴责、制裁

第三，区域性。一为“水土育一方风情”。土家族习惯法紧扣乡土生产生活、婚丧嫁娶、人际关系，以符合当地传统、简便而又易于操作的行为模式或规范去引导人们做什么，怎么做，具有山区农业社会特有的乡土气息和感性色彩。土家族习惯法只适用于本民族地区或该民族的局部地区，超越本民族或该地区的范围，就失去其效力，不能约束其他民族和地区的成员。当然在土家族人中，相对不同区域的土家族其习惯法规范也略有不同，如清江流域的土家族人和酉水流域的土家族人的习惯法，相互之间也略有差异。

第四，集体性这是习惯法不同于国家制定法的明显之处。国家制定法在阶级社会中的本质是它的阶级性，在阶级社会中的少数民族习惯法，有的有阶级性，但更多的是它的集体性。形成土家族习惯法集体性的原因，是因为土家族人世代居住在武陵山区，地处偏僻地带，自然条件恶劣，经济和生产手段往往落后，其经济活动要更多依赖集体。如在该民族习惯法中体现出来的村寨和家族的整体利益高于个人利益，个体与集体休戚相关，荣辱与共，主要目的在于维持本民族的社会秩序与安定，保障集体的

统一与和谐。由于土家族人所处的自然环境和社会环境，使得个体成员不敢离开集体，也不愿离开集体，因而把开除村寨籍、族籍视为最重的习惯法处罚。

第五，民主性。土家族人的习惯法是全民族成员在长期的生产、生活和社会交往中共同确认和信守的行为规范，其目的主要是维护有利于本民族整体利益的社会秩序，因此，土家族习惯法具有民主性质，是一种带有浓厚自治色彩的社会规范。其民主性在各个家族首领的推选方面表现得很明显，家族首领由辈分较高、能说会道的男性担任，或凭自己的才能、威信自然形成，或由全体成员推举产生，但均不得世袭。家族首领不脱离生产劳动，没有特权。土家族习惯法的实施，基本上体现了人人平等的原则，无论是家族首领还是普通成员，都同样受到习惯法的保护，都必须遵守习惯法，若有违反，都要受到习惯法的制裁。

第六，重视运用“调解”来解决纠纷。调解的社会作用归根结底是使既定的社会秩序得以稳固，而化干戈为玉帛，防止族人之间及各家族间无故酿成命案。调解是实现理想的社会价值观念的行之有效的方法。其力量有时比法大得多，能在更广泛的领域内对社会关系进行调节，其族规家训不仅是人们生活的准则，也是调解处理纠纷的法规。按习惯法的规定，有了纠纷双方相持不下时，由家族首领主持调解，调解时先由当事人向首领申诉，报告事情发生的原因、经过，然后由双方申诉理由，家族首领最后还参考周围群众对此事的意见，执行处罚时，由全体成员共同执行，一起参与。在土家族习惯法中，“以罚代刑”是很显著的一个特点，就是用处罚财产代替刑罚的执行在社会经济不发达时期，剥夺理亏者、犯罪者的财富甚至是仅有的生产资料、生活资料确是一种极大的惩罚。罚的数量按罪错的大小论定，这在土家族各不同的居住地规定略有不同。

第七，诉讼程序简单，宗教特征明显。土家族习惯法的司法

大权一般掌握在首领或巫师手中，它有固定的诉讼程序，受害人一般直接找首领请求明断，或诉之于众请求伸张正义。规定的刑事犯罪种类有杀人、伤害、偷盗、亵渎神灵等罪，对罪犯的处罚方法视不同情节给予死刑、逐出村寨、鞭笞（肉刑）、罚款罚物等刑罚，并普遍实行“以罚代刑”如有一方一不服，大都是请“神”判，即到白帝天王庙去吃“猫血酒”，赌咒发誓：“我若冤你，我九死九绝；你若冤我，我大发大旺”吃了“猫血酒”，庙祝打筭，分阴、阳、胜三筭，谁若被摔着胜筭，谁就是有理者；谁若被摔着阴筭，谁就是亏理者亏理者，不但要向有理者登门放鞭炮挂红彩赔礼，而且还得杀猪宰羊祭祀白帝天王，谓之“悔罪做鬼”

第八，民族性土家族习惯法的民族性特征，是指习惯法代表和维护土家族人民的利益，是土家族人民特有的心理、意识的反映，是伴随着土家族的形成、发展而逐渐形成、发展的，它对土家族的一个成员均产生强烈的熏陶和感染。本民族人对之深信不疑，矢志遵从，倍感亲切，它只在本民族内生效，带有本民族文化的特色，深深打上了本民族的烙印。当然，土家族习惯法是土家族特有的心理、意识的反映，是伴随着土家族的形成而逐步形成、发展的，是构成民族特征的重要方面，也是家族民族性的突出表现以乡规民约为例来说，土家族村寨设定的乡规民约尽管名繁多，内容多大同小异乡规民约是以村寨为单位联合或单独制定的，超过它的地理和民族范围就失去效在武陵山区的土家族人民有的一个村寨全为土家族，甚至大多是一个姓氏一个村寨，但也有很多是同一村寨有土家族居户，也有苗族、汉族居户。如果相邻两村，一个是土家族单一姓氏村寨，另一个是汉族村寨，就可以发现这两种类型的村寨制定的乡规民约就带有浓厚的不同的民族色彩，在各民族村寨毗邻而居的地区，民族色彩就显得更为突出，村寨相距很近，各自的乡规民约迥然不同

注释：

梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 32、35 页

〔法〕卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 1980 年版，第 73 页

云南调查组：《云南西盟佤族的社会经济情况和社会主义改造中的一些问题》，载《民族研究工作的跃进》，科学出版社 1958 年版，第 163 页

秋蒲：《鄂伦春社会的发展》，上海人民出版社 1978 年版，第 202 页

⑤ 冉继周、罗之基：《西盟佤族社会形态》，云南人民出版社 1980 年版，第 99 页

⑥ 〔英〕E·S·哈特兰德：《原始法》，转引自〔美〕霍贝尔著《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年版，第 18 页

⑦ 〔英〕M·沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版，第 236 页。

⑧ 〔美〕罗伯特·昂格尔著，吴玉章、周汉华译：《现代社会中的法律》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 13 页

⑨ 〔英〕梅因：《古代法》，商务印书馆 1959 年版，第 5 页

⑩ 〔美〕G·H·萨拜因：《政治学说史》，商务印书馆 1986 年版，第 44 页

⑪ 〔美〕霍贝尔：《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年版，第 5 页

⑫ 见《现代汉语词典》，商务印书馆 1978 年版

⑬ 见《辞源》，上海商务印书馆民国四年（1915 年）版

⑭ 见《辞海》，上海辞书出版社 1984 年版

⑮ 见《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 87 页

⑯ 见《法学辞典》，上海辞书出版社 1986 年版

⑰ 沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社 1988 年版，第 56

页

⑬ 周勇：《习惯法在中国法律体系中的历史地位》，《上海社会科学院学术季刊》1991年第4期。

⑭ 田成有：《中国农村习惯法初探》，《民俗研究》1994年第4期。

⑮ 高其才：《论中国少数民族习惯法文化》，《中国法学》1996年第1期

⑯ 〔美〕E·博登海默著，邓正来译：《法理学——法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第383页

⑰ 《马克思恩格斯选集》第4卷，第93页，人民出版社1972年版。

⑱ 〔美〕霍贝尔：《原始人的法》，贵州人民出版社1992年版，第4页。

⑲ 《马克思恩格斯选集》第2卷，第538、539页，人民出版社1972年版。

⑳ 《史记》卷一七《司马相如传》

㉑ 《后汉书》卷一六《南蛮西南夷传》

㉒ 《史记》卷一六《西南夷列传》

㉓ 《明史·广西土司列传一》

㉔ 《广志绎》卷四湖广条

㉕ 万历《湖广总志·兵防三》

㉖ 《马克思恩格斯选集》第4卷（上），第93页

第二章 土家族生产习惯法

家族在其长期的生产劳动中，形成了许多习惯法规范，有关
一 于狩猎、捕鱼、养牛、制酒、行船方面的，还有农业生产、
建屋等方面的，这些习惯法规范促进了土家族地区生产劳动的发展。土家族生产习惯法内容极为丰富，其中租佃、雇佣、工资、
借贷等构成债权法内容，猎物分配、产品分成、孳息物归属、自然物所有占有的公示方式等构成物权法内容

一、雇佣与雇工报酬

土家族习惯法关于雇佣的规定，主要有对雇佣的种类、期限、工资等作出规定，土家村寨俗称此类生产方式为“帮工”。

在古代，雇佣生产按期限划分，一般可分为两种：一是长期雇佣，俗称“长工”；二是临时雇佣，俗称“短工”。长工一般分为三年、五年、十年三类。男性长工主要从事农田生产，一般是日出下地，日落收工，中午“打方”，饭菜送到田头。长期受雇佣者，除父母伤病之外，一般不得请假三年长工期满，地主除支付工钱外，另给三匹土布；五年则另外给夏冬衣服一套及“西兰卡普”等，十年则再送小型农具一套。短工除地主在农忙季节