

民间法文丛 谢 晖◎主编

淡乐蓉◎著

藏族『赔命价』习惯法研究



中国政法大学出版社

藏族『赔命价』习惯法研究

淡乐蓉◎著

民间法文丛 谢 晖◎主编



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

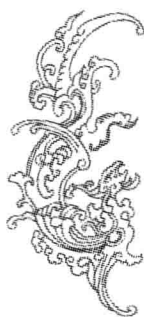
图书在版编目（C I P）数据

藏族“赔命价”习惯法研究/淡乐蓉著. —北京:中国政法大学出版社,
2014. 5
ISBN 978-7-5620-5426-9

I. ①藏… II. ①淡… III. ①藏族—习惯法—研究—中国 IV. ①
D922. 154

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第107081号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.375
字 数	252 千字
版 次	2014 年 5 月第 1 版
印 次	2014 年 5 月第 1 次印刷
定 价	34.00 元



总序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、“社会事实决定法律”一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也

罢，经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则，等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持

的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI来源集刊”。此外，自2005年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士学位论文基础上修改而成。

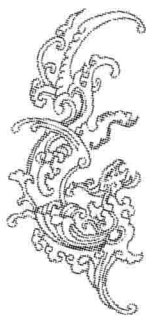
自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者在查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



第二辑说明

自从“民间法文丛”第一辑九部作品问世以来，得到了学界较好的反响，于是，我们又着手编辑第二辑。编入第二辑的作品，除了原定于第一辑准备出版的谢晖的《大、小传统的沟通理性》外，还有王林敏的《民间习惯的司法识别》、张晓萍的《民间法的司法运用》、刘昕杰的《民法典如何实现：民国新繁县司法实践中的权利与习惯（1935~1949）》、谈萧的《中国商会治理规则变迁研究》、韦志明的《习惯权利论》以及尚海涛的《民国时期华北地区农业雇用习惯规范研究》等六部作品。在这六部作品中，王林敏、张晓萍和刘昕杰的三部作品，侧重于民间习惯与司法实践之间的关联研究；谈萧和尚海涛的作品，侧重于不同行业习惯法问题的研究；韦志明的作品则侧重于习惯权利这样一个重要的习惯法

范畴问题的研究。这六部作品，都立基于他们的博士学位论文。材料丰富、观点新颖、论证扎实是其共同特点。期待本辑作品的出版，能进一步丰富和推进我国民间法问题的研究。

谢 晖

2010年12月29日于北京





第三辑说明

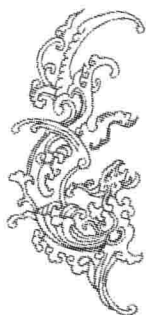
转眼间，“民间法文丛”前两辑已大体出齐，将要推出的第三辑，共有五部作品。唐峰的《纠纷和解研究》一书，是目前我所看到的国内学者对相关问题最系统的研究，特别是作者长期参与纠纷和解工作的经验，使该书既有理论深度，又有操作启迪。淡乐蓉的《藏族“赔命价”习惯法研究》一书，则是我在相关研究领域内所看到的第一部中文博士学位论文。“赔命价”作为藏区解决命案纠纷的重要制度，一直受人关注。作为一位长期生活、工作在藏区的藏族同胞，相信作者对该问题的观点和见解，更有参考价值。陈文华的《民间规则在民事纠纷解决中的适用》一书，聚焦于民间规则在民事纠纷解决中的运用。尽管在行政纠纷，甚至轻微刑事纠纷中，民间规则都有适用的可能，但民间规则的主要适

用场域，还是在解决民事纠纷中。这一客观情势也决定了该选题的研究价值。上述三部作品，都是诸位作者在其博士学位论文基础上修改定稿的。姜世波、王彬合著的《习惯规则的形成机制及其查明研究》，对习惯规则的两个重要问题——作为交往行为规则的形成机制和作为习惯法运用时的查明场域、查明方式等，做出了较为系统的探索，对习惯规则如何进一步升华为习惯法，从而运用于司法提供了一系列可资参考的见解。程泽时的《清水江文书之法意初探》一书，对黔东南清水江流域存留达数百年之久的契约及其他文书进行了较为全面的梳理，并对其中展现的组织、观念、管理、词讼、司法、立法、法理等问题做出了颇有见解的思考。

上述作品的出版，和前两辑作品一起已经形成了一定规模。期待以后能收到从规范学和人类学两个视角更深入地研究民间法问题的作品。

谢 晖

2011年11月21日于西安



内容摘要

本书致力于对藏族传统法律文化中的标志性符号——藏族“赔命价”习惯法之历史传承、实践发展与司法适用进行学理分析和法社会学阐释，尝试通过笔者的主体性理解和诠释，对该习惯法制度进行根源追究、文本解读、意义探求和现象分析的研究。通过研究，论证和描述该制度的生成根源、基本特征和与此相联系的社会组织结构形式的独特性，以达致对藏族“赔命价”习惯法现象以及藏区社会民众与此相勾连的法律行为的认识和理解，分析和论证其合理性和合法性成分，阐释其现实存在之价值和意义，并结合国家现行法律文本以及近年来的漏洞补充规定，设想通过相关制度之建构和创新，实现其与国家法大小传统之间的沟通和互动，以利和谐藏区目标的实现。

本书除导论和结语外，正文共分为七部分。第一章主要论证说明藏族“赔命价”习惯法是人类特定社会发展阶段中法律民族志中的普适性规则。主要是通过对中西方法律制度中藏族“赔命价”习惯法与日耳曼民族“赎罪金”制度的比较研究，历史地说明在人类历史发展进程中，世界上不同国家或民族在面对众多相同或类似的社会问题时，所适用的均是同质性的法律制度，揭示“赔命价”习惯法抑或“赎罪金”制度并非是唯一适用于藏民族或日耳曼民族社会的金钱赔偿制度；对这类同质性法律制度的特定概念、制度语境和社会基础的深度挖掘和具体阐释，均有助于拓宽和加深对人类的本性的认识，同时一方面证明它们是法律民族志中的普适性规则，另一方面也以雄辩的史实说明尽管存在着时空的阻隔和场域的差异，但在特定的社会 and 时代，人类的价值选择、制度建构以及法律认同无论于古代抑或现代人类社会而言均是整体的、连续的和相通的。

第二章主要对藏族“赔命价”习惯法的起源和生成脉络进行纵向性历史考察。为了尽可能地消除对不同法律文化的求同功能的比较研究进路中可能蕴含的排斥差异和消除多元的危险，本章重点运用历史文献学的理论及方法，着力挖掘和凸显藏族“赔命价”习惯法不同于日耳曼民族“赎罪金”制度的异质性，首次纵向深入地对藏族“赔命价”习惯法的起源和生成脉络进行谱系学考察，通过对藏族社会历史演进史予以分期，整体展现了自赞普时期到民主改革前1300年来藏族“赔命价”习惯法的历史嬗变轨迹，说明吐蕃赞普时期引入印度佛教与西藏本土宗教苯波教之间的冲突、博弈、斗争直至融合孕育生成藏传佛教的过程，也正是藏族“赔命价”习惯法萌芽、形成、确立、定型和发展的重要时期，千

百年来的断续适用和曲折历程，既有文化的进化因素，更是社会发展的必然规律使然；特别是发现了赞普王权和苯波教教权之间的博弈和斗争是直接导致自吐蕃以来藏族社会政治、经济和文化发生重大变迁的主要原因，而藏族“赔命价”习惯法是引领这场千年斗争史的标志性法律符号。

第三章从理论上剖析藏族“赔命价”习惯法的特征和属性。主要运用法社会学的理论和方法，对藏族“赔命价”习惯法行为的具体构成要素进行微观描述和理论诠释，指出其独特的行为特征和其中所包含的重要原则，揭示和反映在藏族社会法律的初始状态下社会的分层和等级制度、藏族原始部落社会所固有的责任体系和原则以及别具特点的盟誓制度，说明该习惯法是藏区社会控制和秩序形成的重要的制度性建构，同时通过对学界众多的“赔命价”习惯法定义进行学术梳理，厘清其内涵和外延，提出新的概念，从而更新对其特征和属性的认识。

第四章对现当代藏族“赔命价”习惯法适用之法社会行为现象以及现实案例进行实证分析。主要通过对社会主义民主改革以来，自20世纪50年代起至21世纪初，当下的藏区适用藏族“赔命价”习惯法的典型案例进行实证分析和法理阐释，说明藏族“赔命价”习惯法从未在历史上退出藏区社会纠纷解决的场域，它长期与国家法之间保持着一种冲突和互动的关系，于20世纪50年代至80年代、80年代至21世纪之初、21世纪初的10年三个分期中表现出不同的适用特点，其与国家法之间的冲突和紧张关系，亦随着国家法律制度的建立和嬗变的规律，或表现出适用上的正当，或被抑制，或于国家法的阴影下私下适用等不同的运作方式，随着国家法在立法上的漏洞补充、相关制度的建构和司法实践中的法

官能动作用的发挥，也表现出极为有限的细微的渐趋融合的趋势，但这个过程显然是微观的和极为漫长的过程。

第五章对藏族“赔命价”习惯法运作之合理性进行分析并展开批判。运用法社会学理论和方法，对藏族“赔命价”习惯法运作之社会组织基础、政治基础和宗教文化基础进行分析和考察，说明千年以来长期固定不变的藏族社会的组织结构尤其是部落组织、政教合一的政治制度和藏传佛教的宗教文化决定并影响着藏区社会秩序的控制和维持方式，它们在藏区社会控制中表现出极其有效地勾连关系，它们是型塑藏族“赔命价”习惯法的基因，决定着其产生、发展和变化的命运，并建构起藏族“赔命价”习惯法运作的历史和现实的合理性根据。尽管在当下的藏区社会自社会主义民主改革以来，藏族“赔命价”习惯法立基的政治制度和社会制度已经发生了根本性的变化，但高寒地区艰难的农牧业生产生活方式和靠天养畜的脆弱生存环境仍然使得部落这种人类早期社会的基层组织在国家制度法确立的基层组织之外发挥着类似现代社会保险制度的功能和作用，并且它仍将长期存在，因而与此相联系的藏族“赔命价”习惯法的纠纷解决方式就凸显出其无可替代的作用和地位了，因而该习惯法亦将长期存在，抑或变换形式存在。

第六章对藏族“赔命价”习惯法在当下藏区社会之合法性及其获得途径进行分析和考察。合法性问题多与合理性和正当性理论有着千丝万缕的联系，尽管藏族“赔命价”习惯法这种立基于人类早期社会生产和生活的成文或不成文的习惯法规定，从形式到内容都与法治现代化的要求相背离，但通过对其价值合理性和工具合理性进行剖析，揭示藏族“赔命价”习惯法的工具合理性来源于藏传佛教教义和道德规范，

其与国家法的形式合理性之间构成一种外在的紧张关系，但在价值合理性方面其与国家法之间并无深刻的难以相容的矛盾和对立，在尊重和保障被害人及其家属的合法权益、恢复抑或修复被加害人破坏的社会关系、强调和解精神以及对个人、家庭以及团体荣誉的捍卫精神和构建和谐社会等目标方面甚至拥有共同的认识和追求，由此提出两者在形式合理性上的冲突，完全可以通过法的意识形态批判理论、国家相关立法的漏洞补充尤其是法官在司法实践中的能动作用的发挥使其获得合法性，对其予以整合和消弭，但其中亦要注重防范民间法律规避行为和与国家法基本精神严重不符的其他不法行为的发生，司法实践中对“社会效果”认识上的误区必须予以厘清；而藏族“赔命价”习惯法适用实践中所表现出的强调赔偿依据身份等级、遵从宗教权威和信守宗教道德规则等方面的特点，国家法则应对其予以一定程度的肯定并加以引导，以利其合理性诉求的实现，而对非合理性的要求在批判的同时表达同情的理解。

第七章探讨藏族“赔命价”习惯法与国家法的互动及其发展趋势。主要从国家法在立法和司法两个层面对藏族“赔命价”习惯法的价值合理性的有限认可和制度创新活动，使该习惯法中所包含的合理性和合法性诉求得以救济，说明该习惯法与国家法的互动和沟通亦是长期和连续的；通过分析论证藏族“赔命价”习惯法内含和彰显的正义、安全、效率、公平、秩序和功利等价值追求，其于藏区的千年适用和传习，既是藏族法律文化的承续和含量的扩大，又是我国法律多元、价值重建背景下的规范选择，它既反映了藏族古代习惯规范的回复适用，又说明古老习惯法规则蕴含的价值追求与藏族民众的经验生活向度的重叠，彰显出多元法律文化

尤其是民族地区法律文化的合理成分，是我国实现法治现代化应予关注和借鉴的可贵的法治本土资源，随着国家法与民间法的进一步相互理解和融合，藏族“赔命价”习惯法中不利于法治现代化的因素逐渐消除，但其对人类理性的核心价值追求将永久保留和坚守。

对藏族“赔命价”习惯法的研究，是对人类早期社会法律规范的起源和生成脉络进行知识考古和谱系分析，是对特定社会时期同类性质的普适性法律的发现，是现代法制与古代法制在转型时期的中国的不可避免邂逅，紧张、冲突、博弈和斗争自不待言，但在交往过程中所建立起的对行为合理性和社会合理性的对话和共识，有助于新旧制度之间达成理解，并在此基础上，实现民间法与国家法之间的良性互动和沟通，进而建构起一个多元的、合作的与和谐的社会，对此我们充满期待。