

黎族传统社会 习惯法研究

陈秋云 等著

Study on the Customunity Law
of Li Ethnic Minority



海南大学法学文丛

法律出版社

本书为海南省重点学科建设项目（编号XKXM0851-01）
资助课题结项成果

黎族传统社会 习惯法研究

Study on the Customary Law
of Li Ethnic Minority

陈秋云 等著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

黎族传统社会习惯法研究 / 陈秋云等著. —北京:
法律出版社, 2011. 3
(海南大学法学文丛. 海南经济特区法制研究)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1753 - 2

I. ①黎… II. ①陈… III. ①黎族—习惯法—研究—
海南省 IV. ①D927. 660. 215. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 013025 号

黎族传统社会习惯法研究

陈秋云等 著

责任编辑 木 易
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.5 字数 253 千

版本 2011 年 4 月第 1 版

印次 2011 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张宇东

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/010-63939659

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 - 5118 - 1753 - 2

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

丛书编辑委员会

编委会主任：王崇敏

编委会委员：谭 兵 王崇敏 徐 民 邹立刚
李建华 彭真明 李荣珍 叶英萍
宁清同 陈秋云 宋 强 毛卫民
童伟华 王 琦 刘云亮

总 序

“海南经济特区法制研究”丛书是海南省重点学科建设项目课题《特区法制与公共管理研究》的子课题——《海南省岛屿经济法律规制研究》的最终成果之一。2007年8月,在原海南大学和原华南热带农业大学合并成立新海南大学后,海南省政府资助海南大学设立海南省重点学科建设项目课题——《特区法制与公共管理研究》,目的在于推动海南大学的学科建设、促进海南特区法制建设的加速发展。

海南是我国最大的经济特区,其建设、发展过程就是市场经济、民主法制逐步建立和完善的过程。二十年来,海南经济特区通过特区立法权的行使不断进行体制、机制创新,使海南成为中国改革开放和探索新经济体制的试验田,为国家全方位、多层次、宽领域的对外开放以及融入经济全球化的探索提供了宝贵的经验。海南大学法学院是海南特区最重要的法学研究和法学人才的培养基地,其中民商法、诉讼法是海南省省级重点学科,学院设有“特区法制研究所”,因而成为海南经济特区法制建设、体制、机制创新研究的重要阵地。

海南大学法学院自成立以来,一直走在海南特区法制建设的最前沿,为海南特区法制建设的理论和实践做了很多开拓性的工作,有代表性的成果如下:在海南设立洋浦经济开发区的谋划初期,海南大学法学院的首任院长王俊岩教授作为特邀专家就全程参与了洋浦经济开发区的论证,所提出的洋浦开发区的法律定位、开发模式、具体制度设计在当时引发了党内外较为激烈的争论,但最终证明是正确的并被采纳,为

洋浦经济开发区建设作出了突出贡献;1988年在讨论制定《海南经济特区土地使用权有偿出让转让规定》的过程中,海南大学法学院提出了以下建议被采纳:国有土地使用权有偿出让、出租同时进行,允许集体土地使用权有偿出让、转让,以及规定有偿转让国有土地使用权或以国有土地使用权作为联营条件的,除地价款和上交的税、费外,在该幅土地投入的开发建设资金应达到土地使用权出让合同规定的建设投资总额的25%以上,当时在全国处于领先地位;1992年由谢怀栻教授主持、海大法学院徐民老师起草的《海南经济特区股份有限公司条例》开拓了私营企业、外商独资企业、自然人参与公司发起设立的新局面,使得公司这一市场主体能够与国有企业平等地在海南获得发展,这在当时全国范围内都有先进性,对当时的股份制改革起到了规范和保障的作用;近年来,在海南红树林保护、海防林保护等立法过程中,都采纳了海南大学法学院院长王崇敏教授和邓增甲教授、梁亚荣教授等提出很多有益建议;王崇敏教授还主持了《海南知识产权保护纲要》的起草工作。这些工作为海南特区的法制建设贡献了自己的应有力量。

随着改革向纵深发展,特区在政策方面的优势逐渐减弱,而世界经济一体化进程加快,使海南面临国内外市场强有力的竞争,需要大力创新与迎接挑战。近年来,随着博鳌论坛的设立、航权的开放、落地签证的开放、生态省建设目标的提出、洋浦成为全国第四个保税港,国际旅游岛建设的实施、海南农垦改革的启动、南海合作开发的提出、海南与台湾、香港、泛珠江流域地区的经济合作以及东南亚区域经济合作的加强等,加上党中央和国务院十分重视海南的发展,为海南的进一步开发带来了机遇。胡锦涛总书记在2008年博鳌论坛发表主旨演讲,要求海南更好地发挥改革开放排头兵的作用,要探索构建具有海南特色的经济结构和充满活力的体制机制;李克强副总理在海南省和经济特区建立二十周年庆祝大会上致辞,指出海南要在改革重点领域、关键环节突

破方面为全国提供新经验。种种迹象表明,海南正面临新一轮的改革热潮,海南应充分利用其独特的地缘优势和特色资源,谋划构建有海南特色的特区体制、机制,迎接机遇与挑战。

面对海南特区的新一轮改革,海南大学法学院一如既往地海南特区法制建设出谋划策,所承担的“海南经济特区法制研究”课题的六个子课题:《南海合作与开发法律问题研究》、《海南岛屿经济法律规制研究》、《保税港区法律问题研究》、《基于民商法基本原理的产业振兴法研究》、《海南少数民族与法制和谐》、《海南省未成年人犯罪人文区位分析》,关注的都是海南特区体制、法制建设的热点、前沿问题,努力为海南特区的立法、执法提供理论支撑和实践对策支持。希望作为《海南经济特区法制研究》最终成果之一的“海南经济特区法制研究”丛书的出版,能为繁荣特区法制建设理论研究、为海南特区法制建设实践略尽绵薄之力。

海南大学法学院院长

王崇敏

2009年4月于海大东坡湖畔

目 录

绪论 1

- 一、对中国少数民族习惯法的认识 1
- 二、对黎族习惯法的认识 3
- 三、对材料的介绍与认识 5
- 四、对黎族习惯法研究的方法论的认识 6

第一章 海南黎族习惯法的基本价值探析 8

- 一、习惯法生成与价值互动的一般路径 9
- 二、黎族习惯法基本价值的内涵 21
- 三、几点启示 42
- 小结 49

第二章 特殊的团体本位：海南黎族传统社会组织与首领习惯法分析 51

- 一、中央政府权力技术的运用——海南黎族传统社会组织与首领习惯法的正当性依据 54
- 二、海南黎族传统社会组织习惯法 64
- 三、海南黎族传统社会首领习惯法 79
- 四、黎族传统社会组织与首领习惯法的启示 96

第三章 传统黎族社会惩罚权 102

- 一、传统黎族社会惩罚权概述 103
- 二、传统黎族惩罚机制的构成 115
- 三、黎族习惯法规制的惩罚机制现代化探究 126
- 小结 141

第四章 黎族传统社会婚姻家庭习惯法研究 142

- 一、倡导婚姻自主,禁绝血缘内婚 143
- 二、亲权向母系倾斜,投靠丰富收养规则 173
- 三、文脸、身价体现女性尊崇地位 186

第五章 黎族传统社会规制物权与债权的习惯法 199

- 一、黎族传统社会物权习惯法研究 200
- 二、黎族传统社会债权习惯法研究 209

第六章 海南黎族传统继承制度初探 228

- 一、黎族传统继承制度的特点:析产与继承并存 228
- 二、黎族传统继承制度的基本内容 230
- 三、黎族传统继承制度的内涵:人口繁衍 235

第七章 黎族传统纠纷解决机制研究 239

- 一、黎族传统社会中的纠纷类型 244
- 二、黎族传统社会纠纷调处的一般程序规范 262

三、黎族传统纠纷解决机制中的参与者 275

四、黎族传统社会纠纷解决的特殊方式 290

小结 300

参考文献 304

后记 325

绪 论

对海南黎族习惯法的研究已经进行了两年多的时间了。2008年海南大学法学院理论法学教研室承担海南省重点学科建设课题《少数民族与法制和谐》(项目编号: xkxm0851—01)任务后,由学科带头人陈秋云教授牵头,组织教研室部分老师与硕士研究生到海南省中部五指山地区进行了深入黎族腹地的两次社会调研活动,取得了丰富的第一手研究资料,逐渐形成了对黎族习惯法的认识。

一、对中国少数民族习惯法的认识

中国少数民族习惯法是与国家制定法相对应的一个概念,其存在和发展的正当性依据是国家的认可。中国幅员辽阔、民族众多,在信息技术不发达的情况下,国家制定法很难全面触及和深入各民族的具体生活之中。因此,历史上,中国一直沿袭了“因俗制宜”的民族治理基本方略。在此基础上,在不违背国家制定法的基本原则的前提下,对支配各少数民族生活的习惯法的认可便成为顺势之物。因各民族的文化发展程度不一,少数民族的习惯法存在方式有着较大差异,一些民族有自己的文字,有成文法;但也有一些民族没有文字,其习惯法只能被口耳相传。尽管两者存在方式有别,但无碍它们作为被国家认可的习惯法而具有相同的法律效力。

少数民族习惯法内容繁多,但彼此之间又差异明显,各民族遵循着自己的一套习惯体系。影响少数民族习惯法内容的因素较多,如社会组织模式不同、文明开化程度有别、生活方式迥异等,但作用于习惯法内容最明显的却是组织技术问题。组织技术主要表现在以下两个方面:一是宏观的社会治理模式;二是具体的纠纷解决程序性设置。在宏观的社会治理模式上,以藏族、蒙古族、满族、壮族等为代表的社会化程度较高的少数民族,他们统治集团的力量较强,社会治理模式较为成熟,组织技术较高,其反映在习惯法内容上就是调整公权力方面的习惯法较发达,如惩罚制度较为丰富;以黎族等为代表的居住分散、社会化程度较低的少数民族,他们统治集团的力量较弱,社会治理模式不太成熟,组织技术偏低,其反映在习惯法内容上就是侧重对婚姻家庭等社会关系的调整。在具体的纠纷解决程序性设置上,组织技术较高的民族往往会运用首领的权威性来定分止争;组织技术较低的民族一般运用比较原始的方式(如神明裁判)加以解决。少数民族习惯法内容上的差异,丰富了文化的多样性,形成了法的多元价值。

少数民族面临最大的、最迫切的问题就是人口增殖,民族的繁衍和扩充便成为一切事务的核心。因此,一些少数民族习惯法与汉共具有特质——珍惜生命、尊重生者利益,重视人口繁育。在婚姻家庭方面,少数民族妇女在家庭中的地位和社会中的地位比较高,有的甚至高于男性,这有利于人口的繁育。在身份制度方面,少数民族的“投靠”制度、“舅权”制度,有利于保存生命,让个体对社会作出更大的贡献。在纠纷解决方面,以“赔命价”、“械斗”制度为代表,充分体现了少数民族注重避免矛盾扩大化,重视保存民族自身的实力的观念。

应该看到,中国历来是一个统一的多民族国家,中国法制史也是中国各民族法制发展的历史。中国少数民族习惯法是中国传统法制的重要组成部分,对建设中华民族的法律传统作出了巨大贡献。中国少数

民族习惯法在本民族长期的生产生活实践中生成,有着鲜明的民族特色,并且历代传承,成为调整各民族社会生活的“瑰宝”。在构建社会主义和谐社会的新时期,受“法的大一统”思潮压制已久的民族习惯法又焕发了生机。曹建明在任最高人民法院副院长时就曾指出:“一些法院将民间的善良风俗引入裁判过程,这是对司法视野下民俗习惯应用的积极探索,是对提高司法公信、促进社会和谐的有益尝试。同时,它对法官适用法律的能力提出了更高的要求,法官将善良的风俗习惯引入审判实践,是建立在法官对法律全面、系统、准确理解的基础上,是通过适用善良的民俗习惯弥补法律出现的空白和不足。”^①由此可见,民族习惯法是中国法的固有部分,它很好地补充了国家制定法的不足,对国家统一和民族稳定有着不可忽视的作用。在进行民族习惯法研究中,切勿将其与国家法对立起来认识,也不能将之视为域外法。

二、对黎族习惯法的认识

黎族是我国岭南民族之一,源于古代百越的一支。现在主要聚居在海南岛地区,是海南岛的原著民。根据2000年第五次全国人口普查统计,黎族人口数为120多万。黎族人有自己的语言——黎语,但没有文字,同时黎族各地区方言不同,黎族分为哈、杞、润、赛、美孚五个方言区。黎族历史悠久,黎族人民长期生活在五指山腹地的中心地区,这里层峦叠嶂、交通极为不便,与外界联系甚少。传统黎族社会生产力水平极为低下,基本采用刀耕火种的生产方式,社会组织主要有“合亩”和“峒”两种。黎族人民在自己长期的生产生活实践中,形成了自己独具特色的习惯法,以维护本民族秩序、促进本民族的安定团结和繁衍传承。这种习惯法,按照法社会学和法人类学的观点,是一种社会中的

^① 曹建明:“和谐司法视野下民俗习惯的运用”,载《人民法院报》2007年8月30日。

法,是一种“活法”,是一种地方性知识,并且具有强制性,因而称之为“法”,并因中央政府的认可而具有正当性依据。

黎族习惯法具有一种天然的和谐理念,有着自身特有的价值定位,主要包含了团体本位、秩序、诚信、女性地位崇高四个基本价值。这些基本价值蕴涵于黎族习惯法的内容之中:第一,黎族习惯法规范了社会组织与首领的形成机制、权利义务运行模式,彰显了团体本位的价值;第二,黎族习惯法规范了惩罚机制,对惩罚主体、类型、方式有着明晰规定,确立了救济为主的惩罚原则;第三,黎族习惯法规范了婚姻家庭运行方式,彰显了女性地位崇高的理念;第四,黎族习惯法规范了民商事活动,确立了重信守诺的原则;第五,黎族习惯法规范了纠纷解决机制,彰显了秩序至上的价值。

在黎族的习惯法中,有一些非常有特色的制度,值得我们去进一步地研究和探讨。比如调整民商事社会关系的“刻木为信”制度,体现了黎族人民社会生活中的诚信理念。“投靠”制度导致人身关系的变化,黎族人民没有汉族的宗法观念,在生活困难的条件下,黎人可以投靠黎族社会的首领(亩头、峒长)获得荫庇,这是黎族人民的一种生存法则。黎族社会中的械斗制度,是黎族社会颇具特色的纠纷解决制度,黎族社会没有统一的首领,更没有覆盖全民族的层级设置的权力机构,两个独立的社会组织体峒与峒之间的纠纷无法通过上级权力来节制,如果任由纠纷发展下去将无限放大,因此需发展一套阻隔的制度,这就是械斗,通过械斗了结矛盾,最终确定双方的权利义务。械斗自身是一个程序设置,而不简单的是一场集体非理性行为,其程序中更多的是促进问题和平解决的程序设置。首领问责制,也是黎族社会的特色的社会制度,黎族社会的首领职权与当今社会政府的职能相类似,黎族对首领要求严格,如果首领不能履行好职责,就将会被问责。首领的问责方式就是罢免,虽然问责力度非常大,但过程很人性化。

黎族习惯法是中国少数民族习惯法的一个重要部分。因黎族少有其他民族干扰,封闭性强,自身的文化内核延续性较好,黎族习惯法有着特有的发掘和研究价值。然而,新的时期让黎族习惯法面临着许多新的问题,原本规范传统社会的一些习惯法因与国家制度法的基本原则相冲突,逐渐被废弃;随着其自身社会的发展和转型,一些传统习惯法正逐渐消失。发掘和保护黎族传统习惯法便成为了一个十分紧迫的课题。必须认识到,黎族习惯法是黎族人的生活经验累积的成果。对黎族习惯法的发掘和保护必须以黎族人民的福祉为宗旨,以黎族人民的意愿为根据,不可强行消灭所谓的“落后文化”,也不可强行要求维持现状,应以自生自发、适当引导的策略为宜。

三、对材料的介绍与认识

当前,对于少数民族文化的保护的呼声比较高。法学界,对少数民族习惯法的发现和整理正在有步骤地进行,学者们对彝族、瑶族、羌族、苗族、仡佬族等少数民族的习惯法有了很深研究,取得了相当不错的成绩。因黎族生存的环境影响,对黎族习惯法的研究还是一个全新的领域。前人虽对黎族的生活环境、人文特点有相关记叙,但这些主要是从历史学、社会学、民族学、民俗学角度展开的。从法学的角度,对黎族习惯进行系统的发掘、归纳和整理,本书尚属首次。

因黎族主要生存在五指山腹地,没有自己的文字,很多习惯法都是口耳相传,所以在材料运用方面,我们主要以田野调查为主,收集了大量传说、民谣、民歌、故事、碑刻资料。我们也参考了相关的文献资料:一是古代的地方志;二是古人的游记;三是民族学、民俗学、文学的研究成果;四是海南大学黎族学研究中心、海南省民族协会、海南省民宗局、海南省政协文史资料委员会等部门的文献资料。上述文献资料主要有:宋代周去非的《岭外代问》,清代张庆长的《黎杞纪闻》及清代画册

《琼州海黎图》，德国学者史图博(H. Stubel)的《海南岛民族志》，《黎族研究参政资料选集》，詹慈主编的《黎族合亩制论文集》，中南民族学院编辑组主编的《海南岛黎族社会调查》，广东省编辑组主编的《黎族社会历史调查》，海南省政协文史资料委员会主编的《海南文史资料》，王学萍主编的《中国黎族》，邢关英主编的《中国各民族原始宗教资料集：黎族卷》，海南省民族学会主编的《黎族田野调查》等。

在资料的处理上，因黎族没有自己的文字著述，我们特别注重将田野调研所得的一手资料与文献资料相互印证，特别是地方志资料。对于文献资料中的一些认识冲突（如对“文面”的不同理解），我们力求通过实证分析，尽量还原事物的本质面貌。

四、对黎族习惯法研究的方法论的认识

黎族没有文字，没有建立政权，因而也没有形成自己的法律。在对黎族习惯法研究过程中，应当肯定法人类学的既有研究成果，站在文化持有者的立场来解读黎族习惯法。具体而言，我们尽量使用黎族习惯法的特有概念，尽量还原黎族习惯法的本貌，如用“纠纷解决”而不用“诉讼制度”，用“惩罚机制”而不用“刑事法律”等；我们在面对黎族习惯法相关制度的时候，基本上从“主位”的角度去客观评价，如投靠制度、械斗制度。

研究黎族习惯法，要在既有的零散的材料中找出黎族习惯法所推崇的价值，建立黎族习惯法的价值谱系。这些价值都是隐晦的，需要通过收集大量的材料，从中予以提炼。由此便产生了两个问题：一是如何正确收集、整理、研读习惯法；二是如何从具体的案例中提炼出抽象的价值。我们认为，在对黎族习惯法的研究过程中，用自然法的思维寻求未知的习惯法的价值，用法律科学（法律实证主义）的思维去收集、整理和研读习惯法，是一套可行的方案。自然法和法律实证主义，这两

种不同的思维范式争斗了几百年,它们各有所长而又相互排斥。在黎族习惯法研究过程中,面对两个截然不同的两个难题,用两种能够互补的思维范式去解决,是我们应当予以借鉴的。

在具体的研究方法上,我们运用了田野调查与文献资料相结合的方法,运用了历史分析与实证分析相结合的方法,还运用了比较研究的方法。运用田野调查与文献资料相结合的方法,既可以更广泛地收集第一手资料,又可以消除第一手资料的瑕疵,有利于保证材料的可靠性。运用了历史分析与实证分析相结合的方法,既可以透析黎族习惯法的演变过程,又可以补充习惯法出现的历史断层现象,有利于全面把握黎族习惯法。运用比较研究的方法,寻找黎族习惯法与其他少数民族习惯法的共性和区别,有利于突出黎族习惯法的特色,更深刻地认识黎族习惯法的价值。

通过对黎族习惯法的系统研究,我们发现,黎族社会习惯法具有的和谐理念,在国家构建和谐社会的今天,仍具有巨大的现实意义和理论指导意义。我们对黎族习惯法的挖掘和整理,不仅是学术研究的需要,也是民族发展和国家建设的需要。对黎族习惯法的整理和保护,需要我们付出更多的努力和艰辛,尽可能更多的掌握一手材料,尽可能更好地借助现代法律理念展示黎族习惯法的原貌,任重而道远;同时,由于条件和能力的限制,我们的研究仅仅是一个开端。