

今日人类学民族学论丛

Anthropology and Ethnology Today Series

国际人类学民族学联合会第十六届大会文集

Book Series of the 16th World Congress of IUAES

黄忠彩 总编

Editor-in-Chief Huang Zhongcai

文化多元与法律多元

WENHUA DUOYUAN YU FALÜ DUOYUAN

张冠梓◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

今日人类学民族学论丛

Anthropology and Ethnology Today Series

国际人类学民族学联合会第十六届大会文集

Book Series of the 16th World Congress of IUAES

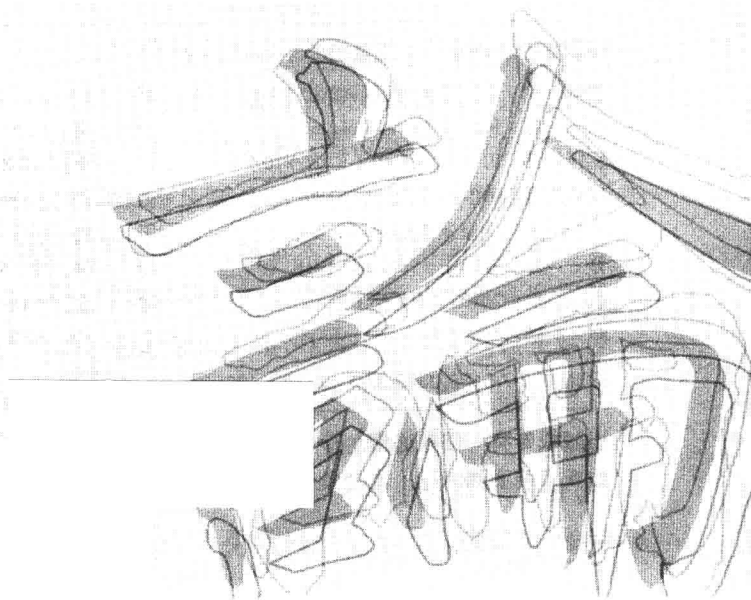
黄忠彩 总编

Editor-in-Chief Huang Zhongcai

文化多元与法律多元

WENHUA DUOYUAN YU FALÜ DUOYUAN

张冠梓◎主编



责任编辑：纪萍萍

图书在版编目 (CIP) 数据

文化多元与法律多元 / 张冠梓主编. —北京：知识产权出版社，2012. 1

ISBN 978-7-5130-0822-8

I. ①文… II. ①张… III. ①法律-研究-世界
IV. ①D911. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 191155 号

文化多元与法律多元

张冠梓 主编

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8130

印 刷：北京富生印刷厂

开 本：720mm × 960mm 1/16

版 次：2012 年 1 月第 1 版

字 数：360 千字

邮 编：100088

邮 箱：hjb@cnipr.com

传 真：010-82000860 转 8240

责编邮箱：jpp99@126.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：22.75

印 次：2012 年 1 月第 1 次印刷

定 价：65.00 元

ISBN 978-7-5130-0822-8/D · 1318 (10356)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

总 序

2003年7月，中国获得了“国际人类学与民族学联合会第16届大会”的举办权，经过六年的筹备，这次大会于2009年7月27日至31日在中国昆明召开。

国际人类学与民族学联合会（IUAES）成立于1948年8月23日。实际上，也正是在这一天，国际人类学与民族学联合会和国际人类学与民族学世界大会（ICAES）合并到了一起。后者（ICAES）始于1865年，是众多人类学会议的产物，1934年正式创立。到1968年，这两个组织完成了法律上的合并。

国际人类学与民族学联合会既是国际社会科学理事会（ISSC，The International Social Science Council）的成员，也是国际哲学与人文科学研究理事会（ICPHS，The International Council for Philosophy and Humanistic Studies）的成员，同时还是国际科学联合会理事会（ICSU，The International Council of Scientific Unions）的成员。国际人类学与民族学联合会的宗旨是促进世界各国学者之间的沟通和联系，推动人类知识进步，促进自然与文化、不同文化之间的和谐共处。国际人类学与民族学联合会在《当代人类学》（Current Anthropology）杂志（1979）上，曾发表过一项对未来世界人类学的声明草案：“从人类利益的角度看，人类学的研究范围包括这样一些当代世界的主要事件，比如，环境管理问题，逐步减少不平等和重组世界秩序的压力，民族国家的未来，民族多元化和国民社会的未来，以及制度在协调具有人类基本的、衍生的生物驱动和心理驱动两者关系中所充当的角色和发挥的职能等。”国际人类学与民族学联合会的会员遍布50多个国家和地区，它设有27个专业委员会，涉及民族、宗教、老龄化、妇女儿童、移民、环境保护、疫病防治、体质、语言等国际社会关注的一系列热点问题。

在中国昆明举行的国际人类学与民族学联合会第16届大会，主题是：“人类、发展与文化多样性”，世界各国的人类学民族学学者发表论文4000

多篇，涉及文化多样性研究、民族文化研究、民族关系与民族认同研究、宗教研究、老年人与老龄化研究、艾滋病人类学、考古人类学、儿童与青少年研究、传播人类学、发展和经济人类学、企业人类学、环境人类学、食品与营养人类学、性别研究、全球化研究、历史人类学、人文生态学、人权研究、土著知识与可持续发展、法律多元化、语言人类学、数学人类学、移民人类学、医学人类学和流行病、博物馆和文化遗产、游牧民族研究、体质与分子人类学、影视人类学、心理人类学、体育人类学、理论人类学、旅游人类学、都市人类学、紧急人类学等 30 多个专业领域或分支学科。

作为国际人类学与民族学联合会第 16 届大会的组织者，中国人类学民族学研究会决定编辑和出版“今日人类学民族学论丛”，按照不同的专业领域或分支学科，分别出版不同主题的论文集，如都市人类学、历史人类学、发展和经济人类学、企业人类学、环境人类学、医学人类学和流行病、博物馆和文化遗产、游牧民族研究、体质与分子人类学、影视人类学、理论人类学、旅游人类学等，全世界的人类学与民族学同仁们能够共同分享在中国举办本届人类学民族学世界大会的优秀学术成果。

中国人类学民族学研究会常务副主席 周明甫

中国人类学民族学研究会秘书长 黄忠彩

2009 年 7 月 14 日

目 录

略论中国的法律多元与文化多元	张冠梓 (1)
法律全球化影响下的中国法的发展方向	孙耀刚 (16)
法律多元理论对民族自治地方和谐社会构建的可能贡献及其局限	王允武 (22)
历史文化的视野下的巴楚民族文化圈	曾代伟 (33)
国家法与民间法在构建乡土社会和谐中的协调与互动 ——以法律多元的文化背景为视角	吴大华 王 飞 (45)
民族法律文化视角下当代中国的“法律多元”	李 剑 (60)
加拿大多元文化主义政策和立法进程	郭友旭 (82)
古代北方游牧民族法制与蒙古法制历史渊源考	那仁朝格图 (100)
当代中国拉祜族族称族源习惯法文化由来与发展研究	屈 野 (116)
西双版纳傣族互助习惯法探析	刘 华 (158)
曼刚寨傣族土地习惯法研究	郑齐猛 (167)
民间法：一种少数民族地区犯罪控制的乡土力量 ——以云南宁蒗跑马坪乡彝族社区民间禁毒个案为样本 ...	刘 希 (187)
神鬼信仰及其身后的惩罚性社会控制机制 ——以云南民族传统社会为例	洪 涵 (200)
我国社会转型背景下的社会控制与利益平衡	李婉琳 (209)
多民族社会中的宗教、法律多元与秩序 ——基于法律民族志的比较研究	王启梁 (225)
乐与社会控制 ——基于法律人类学的视角	张剑源 (250)
坝村的电线纠纷与内生秩序变迁	易 军 (263)
无形财产权家族的新成员 ——传统文化产权制度初探	田 艳 (274)

Multilingual China through Human Rights Lenses

**— Comparative Analysis of Laws on Language Rights for Minorities
in China from International Human Rights Law Perspective**

..... HU Yuanqiong (286)

略论中国的法律多元与文化多元

张冠梓*

法律多元主义这一理论,是近些年来国内外学者在分析法律现象与法律问题时常使用的工具和视角。但是,用它来分析像中国这样一个既在总体上与其他文明(主要是西方文明)有着实质不同,在其内部的各个民族之间又存在重要差异的法律现象,则是一个异常复杂而具有挑战性的工作。与民族学、人类学界已经注意到的关于中华民族^①多元一体格局的概括有联系,却又明显有所不同的是,法律多元作为中华民族传统法律文化的重要特征,其内涵更加丰富、复杂而深刻。可以说,用已有的法律多元主义的多重视角和模式来研究中国及其所属的各民族的传统法律文化,可以深入了解中国各个民族、同一民族的各个分支的法律文化的复杂多样的特征,也可以深入了解中华法系的总体特征,进而在了解法治化历史和文化背景的基础上,阐释和预知中国法律现代化的发展和未来。

一、关于法律与文化的多元主义

法律多元主义的观点,是出于对法律帝国主义观点、法律一元论的质疑与反抗而提出来的。^②也就是说,法律多元主义是与法律中心(一元)主义

* 张冠梓(1966—),男,汉族,山东省苍山县人。现为中国社会科学院青年人文社会科学研究中心主任,研究员,法学博士。E-mail: zhanggz@263.net。

① “中华民族”这一家喻户晓的称谓,实际上只有一百余年的历史,其创始人是梁启超。此前,中国人基本上没有现代的民族观念,甚至连“民族”一词也没有过,习惯上所说“华夏”、“汉人”、“唐人”、“炎黄子孙”,外国人称中国为“大秦”、“震旦”、“支那”等,都不是现代意义上的民族国家的称谓。本文以“中华民族”为题,主要是从两方面考虑,一是强调中华民族的法律文化在总体上与西方法律文化的区别,二是强调中华民族属下的五十六个民族之间的法律文化的联系与区别。

② 以往的理论往往都强调法的一元性。自古以来,从古希腊的道德到现代国家的权力,都强调法律和权力的一元特征。

(或叫国家主义、集权主义)相对应的一个概念,意味着法律不可能只有一个中心。任何社会都包含着多元性的法律秩序,这一由法律人类学家最先倡导的主张,正越来越多地被法学家所接受和采纳。从一般意义上说,只要社会是多元的、社会规则是多元的,法律就是多元的,因为法律说到底就是一种社会规则。事实上,不光法律人类学家持此主张,庞德、昂格尔、塞尔兹尼克、千叶正士、韦伯、哈贝马斯等都秉持这种观点。但究竟什么是法律多元,则众说纷纭。^①一般认为,多种法律在统一时期并存于同一社会体中的法律现象,便是法律多元。谈到法律多元,不能不注意到其身后的文化多元问题,而这是从民族学、人类学的角度谈论法律多元问题尤其必需的。法律文化作为一种文化形式,也是一个历史的连续过程,是人们长期实践中无意识产生的,是在日常生活的需求中、自发自然的经验中点滴积累起来的。^②文化作为人类生存的特有方式,既有统一性,又有多多样性,而人类就生活在这种多样性中。^③这就决定了与文化有关的法律也必然具有多元特质。千叶正士将多元的法文化定义为“以法的统一性原理加以统合的各种官方法、非官方法、固有法、移植法、法律规则、法律原理等组合的整体,以及国内的各种法、国家法、世界法等多元结构,及其文化特征”。^④

谈到法律多元的具体内涵,不同的学者有着不同的视角和理解。从比较法的角度看,法律多元不但是一种普遍的法律现象,而且它本身也是“多元”的,造成这一现象的原因,在于各种规范状态的多样性和规范秩序内极大的变化。非国家法变化的多样性与复杂性决定了难以用一个简单的概念来界定与国家法不同的规范秩序。国家法与非国家法的关系是一个极为复杂的互动过程。既有法律选择的问题,又有法律之间的冲突问题;既有国家法对非国家法的吸收、承认和影响,也有非国家法对国家法的影响。而且,关于研究范畴,有的法律人类学家还对法律作了前国家法和后国家法、国家法和

① James M. Donovan 在他所著的“Legal Anthropology: An Introduction”(Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2008)一书中,曾对这一问题议论有一个简短而精到的论述。

② 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第166页。

③ [法] 埃尔:《文化概念》,康新文、晓文译,上海人民出版社1988年版,第9页。

④ [日] 千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功译,中国政法大学出版社1997年版,第246页。

非国家法等诸多视角的划分。但总的来说，以上说法不外乎分为两类，一类是国家法、统治法、官方法，另一类则是民俗法、民众法、从属法、非官方法与本地法^①。国家法在任何社会里都不是唯一的和全部的法律，无论其作用多么重要，也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，它们不但填补了国家法遗留的空隙，甚至构成国家法的基础。^②

近些年来，越来越多的中国学者也拿起了法律多元主义这一工具来分析中国的法律现象、法律问题甚至法律文化。朱苏力的“本土资源论”，张文显的关于“权利本位”的观点，梁治平关于“民间法”的主张，罗豪才的“软法律”（soft law），以及有的学者所说的“混合法”、“斜向法”、“固有法”、“法律移植”等，都是在这方面进行的探讨。笔者看来，以法律多元视角看待中国传统法律文化，其意义亦不可小觑。可以说，中国古代乃至近代以来的法律多元格局就呈现为一种多元复合的统一结构，不妨作这种描述：它既是杂多的，又是统一的；既是自生自发的，又是受到控制的；既有横向的展开，也有纵向的联系；既是各个分别发展的，又是互相关联和互相影响的。这些彼此对立的方面，一方面包含了造成动荡的因素，另一方面也蕴涵了解决社会问题的创造性力量。正是因为同时存在着这些不同的方面，也正是通过这些不同方面持续不断的相互作用，帝国秩序才可能在长时期的变化当中保持结构的平衡。

回顾中国近代历史不难发现，自19世纪中叶以来，由于外国（主要是西方国家）法律制度的被引进或强加，曾经兴起过各式各样的制度性改革，中国的法律制度在形式上存在着各种外来法律制度和规则的烙印。无论英美法、大陆法、苏联法，还是日本法，都对中国法律有或多或少、或这样或那样的影响。而即使在所谓的中国传统法律文化中，也绝不是“铁板一块”。

① 现在学术界很多学者使用“习惯法”的概念。民间法固然与习惯法在内涵和外延上都不完全一致，但差别多是从发生学意义上而言的，民间法是指生发于乡土民间，相对国家专门机关制定的法律而言的，尤其是作为国家法的对称，无国家法则无民间法之可言；而习惯法则是指由习惯、惯例而渐成有约束力的规范，其大多也是生发于民间，即使并非必然，其与制定法对称，但早在制定法形成之前已有习惯法存在。

② 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第35页。

由于传统中国社会里国家法的调整范围的有限性，以及历史上民众不习惯于直接诉诸官府寻求法律手段解决纠纷，而是采用大家熟悉的“规则”——家法族规、乡规民约，甚至种种“关系”里大量存在的游戏规则等，中国人在长期的社会生活中，形成了实际上存在的“非国家法”——尽管它往往以国家法为“底线”，总是受到国家法的影响。谈到中华民族及所属各民族的法律文化的多元特征，容易使人想起人类学家费孝通先生关于中华民族的多元一体格局的著名概括。^①“由于中国地域广大，民族众多，历史上形成了许多有地方特点、民族特点的规范性秩序。这一切都使中国的法律多元问题普遍而深刻。”^②中华民族传统法律文化的多元性本身具有多重意义。相对于人们确定不疑的、作为社会唯一真正的法——国家法，还存在着非国家法，譬如在各种意义上使用的各种民间法、非官方法、前国家法、习惯法等，存在着固定法和移植法、本土法和继受法、统治法和从属法的事实上的并存。同时，由于不同法律文化的存在，因交流而发生的冲突、矛盾和融合，必然蕴涵着产生新的法律体系及其多元特征的契机。如果再对中国传统法律文化作瓜分豆剖的话，从法律的地位来看，可有国家法与民间法之分；从法律的历史发展来看，可有国家法与前国家法之分；从法律效力来看，可有统治法与从属法之分；从法的文化渊源来看，可有固有法与外来法之分；从法律的结构来看，可有观念、规范、行为等之分。这些不同的角度在不同的民族、不同的历史时期，往往有各自不同的突出的显现，而且往往是错综复杂地纠缠在一起的。

需要说明的是，倘若将法律多元与文化联系起来考虑，还应当交代一下与之有关联的概念——民族法。在中华民族及其所属的各民族的双重层面上

① 这一概括的主要论点有三：其一，中华民族是 56 个民族相互依存不可分割的整体，在这个整体中对于民族的认同是多层次和多元性的，在多元性格局中，包括汉族在内的 56 个民族是基层，中华民族是高层。其二，多元一体的格局是一个从分散的多元到结合一体的过程，由于汉族在这个过程中发挥的核心性凝聚作用，使分散的多元变为了一体的多元。因此，这个一体不再是汉族而成了中华民族，一个高层次认同的民族。其三，这个高层次的认同并不等于一定要取代或排斥低层次的认同，不同层次可以并存不悖，甚至在不同层次的认同基础上可以各自发展原有的特点，形成多语言多文化的整体。所以高层次的民族可以说实质上是既一体又多元的复合体，其间存在着相对立的内部矛盾，是差异的一致，通过消长变化以适应于多变不息的内外部条件，而获得这共同体的生存和发展。参见费孝通：《中华民族多元一体格局》（修订本），中央民族大学出版社 1999 年版，第 13 页。

② 赵震江：《法律社会学》，北京大学出版社 1998 年版，第 372 页。

来谈论“民族法”，自然也包括汉民族在内。早在秦汉帝国形成之始，甚至还可以向前追溯，中央政权即对边疆多民族聚居或杂居地区，实行特殊的管理办法，设置道、属邦等相应的机构和官职，“因俗而治”。随后的唐宋羁縻制度，明清土司之制，就是这类特殊政策和规则的制度化发展。这些制度有利于不同法律制度、法律文化的保存和传承。当然，这些边疆民族本身在社会组织、经济发展以及宗教、礼俗诸方面也有相当大的不同，把那些生长于其中的形态各异的法律不加分别地视为民间法的一部分显然是不恰当的。因此，民间法中这一方面所关涉的实际只是各民族内部那些直接由社会习俗以及在村寨组织中产生的法律。事实上，也正是这部分法律构成了这些民族的传统法律的主要形式和特征，因为直到20世纪中叶，这些民族中的多数仍生活在生产方式较为原始、社会分化程度较低和组织相对简单的社会之中，支配和规范他们的是与之相适应的习惯和习惯法。甚至，直至当下，也很难说以习惯为主题的习惯法在一些民族地区仅仅是一种残留。事实上，许多学者也注意到了一些民族地区习惯法的“死灰复燃”现象。

当然，按照对法律多元的一般理解，涉及民族地区的法律文化现象并不能都被视为法律的多元问题，因为很多民族的法律现象并没有形成较为明确的制度体系，缺乏规范性和程序上的确定性，与其他的制度体系相比，也未见得有自己的特色。有的也许只是非完整意义上的“法”，如宗教的戒律、家训和家箴、禁忌以及各式各样的神意裁判等。因此，我们在这里说的法律多元，有时所指的也许只是其多元特征或多元倾向。这也是为什么有的学者认为，流行于学术界的“民族法”是一个令人费解的概念，认为中国历史上从来没有“民族法”，有的只是各个民族的法律或习惯法。当我们由民间法中辨识出所谓“民族的”方面时，所针对的是在历史中形成的中华帝国版图之内生活着的诸多民族，各有其历史、文化、风俗习惯、社会制度，而且，尽管有统一的国家背景以及民族之间的长期交往和相互影响，这种社会生活的多样性始终存在着，它们构成了民间法乃至一般法律史上多元景观的一个重要背景。^①

① 梁治平：“中国法律史上的民间法——兼论中国古代法律的多元格局”，载《在边缘处思考》，法律出版社2003年版，第2-3页。

二、国家法与民间法：法律地位的维度

如果按照法律多元主义的观点，将法律理解为一种根植于社会与人们具体的生活方式紧密相连的规范性秩序，那么中国民族地区的法律首先或者说至少有两种基本形式：一是国家制定法（简称国家法），即由国家的专门机构依一定的程序制定并由国家强制力保证实施的强制性规范；二是民间法，即人们在长期的生活与劳作中逐渐形成的为社会所接受的一套规范，国内一些学者也常常称之为习惯法。

（一）中国历史上的国家法与民间法

国家法和民间法都被用来分配人们之间的权利义务，调整 and 解决他们之间的利益冲突，以及与国家和政府的关系，都对中国社会，包括少数民族地区社会的有序发展，起到了不可或缺的作用。可以说，中国古代无论在政治管理体制、还是在法律制度上的这种多元特征，贯穿于中国自有法以来的法律发展的始终，遍及大至整个中华民族、小至国内各个民族乃至各个分支、各个生活区域的法律文化之中。中华法系的特征集中表现在它的多元建构上，即多种法律制度、规范共存于民族地区的每一个社会领域之中。在中国的乡土社会，一种由农业文明沿袭下来的乡规民约、风俗习惯、伦理道德等组成的民间法事实上规范着乡土的社会关系。乡村百姓一般不去打官司，大部分纠纷是根据风俗和地方上的意见通过国家法以外的途径解决的。费孝通认为中国基层社会是“乡土社会”，实行礼治秩序。勒内·达维德说：“中国一般是在不用法的情况下生活的。”[●]“中国人解决争端首先必须考虑‘情’，其次是‘礼’，最后是‘理’，只有最后才诉诸法。”[●]在国家制定法和各民族的民间法律多元、并行而且互动中，各个层次的法律渊源在现实生活中既有主次相宜、互彰互益的情况，也有相互冲突的事例。

● [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年版，第487页。

● 同上书，第486页。

（二）国家法与民间法的区别：以家法族规为例

民间法可以有很多形式，由于中国古代社会的特点是家国同构——不少学者认为，家是国的缩影，国是家的放大，家与国分别代表了中国传统社会组织的“两极”和两种最重要的形式，所以家法族规基本上反映了民间法的特点，抑或说，家法族规可以说是民间法的一种重要的表现形式。以家法族规与国家法的区别为例。以订立者来说，国家法是由国家的立法机构所订立，而家法通常由家长订立，族规则由族中的尊长，或者由族众直至宗族的“议会”之类的机构来订立。以适用范围来说，国法的适用范围为整个国家，而家法只在本家庭内部生效，族规只在本宗族内部生效，最多只能扩大到少数有关人士。以形式来说，国家法是在全国统一的法条式的成文法，而家法族规则千姿百态，在数以万计的此种规范中很难找到完全相同的两份。以效力来说，国家法有极高的权威，而家法族规的权威低于国家法，特别在一些尊长无钱又无势的宗族里，家法族规就没什么权威，有些甚至从订立时起就一直是一纸空文而已。^①

（三）国家法与民间法的相符与互补

家法族规与国家法的种种差异，可能导致两者的冲突，却不一定引起彼此的对抗。如果调整范围有所不同，反而能使家法族规发挥补充国家法的作用。家法族规与国家法的差异是客观存在的，其中部分的差异还会导致较为激烈的冲突。不过，因家法族规的制订者们订立这些规范的根本目的是为了维持家内、族内的秩序，并使得本家庭、本宗族得以繁荣、兴盛，因而大多以尽可能地避免与国家法冲突为制订这些规范的基本方针。而在成文的家法族规问世以来，特别是在清代，从中央政府到地方官府都要利用家法族规来作为国家法的补充，中央政府对家法族规中与国家法不符的内容多取宽容态度。从历史上看，相符与互补是家法族规与国家法之间关系的主要方面，而差异与冲突则是两者关系的次要方面。在法律的最终作用力上，国家法与民

① 费成康：《中国的家法族规》，上海社会科学院出版社1998年版，第173-174页。文中的以下相关内容，较多地参考了该书，特此说明，并向作者致谢。

间法显然有所不同，民间纷争一般是在接受民间法指导下解决的，但如不能收场，最终还须提交官府裁断，体现于“民族法”中的有限“自治”，也只是中央政府权宜之策的产物，并不能用来与中央的根本政策相抗衡，^①值得注意的是，这种官府对民间秩序的倚赖以及在此基础上产生的二者之间“分工与合作”的关系，并不是通过官府对民间组织及其活动的层层批准和授权而建立起来的。从根本上说，民间组织和民间秩序是自生自发的，本无待于官府的审查和特许。事实上，只要无违于教化，无害于秩序，自发的民间组织及其活动就不会受到官府的干预，即使卷入纷争，通常也能够得到官府的认许甚至支持。

三、统治法与从属法：法律权威性的维度

统治法与从属法的关系，在很多情况下是同国家法与民间法的关系相类似的，但实际上并不完全一致。一般而言，国家法处于主导、统治地位，而民间法处于服从、被制约的地位。二者是一种等级式的格局，其核心是上与下、治与被治的关系。从法的渊源上划分的上位法与下位法，或许能反映这一视角的一个侧面。也就是说，就法律效力大小而言，效力大的为上位法，它之下生效的为下位法。比如说宪法和其他法律的关系，宪法就是上位法，因为其他法律都是依据宪法制定的，如刑法、民法就是下位法。由于历史、文化的极端复杂性，特别是中国传统社会组织的多层次性，既有中央政府、又有地方政府，既有中央政权、又有地方政权甚至独立性相对较强的异民族政权，还有存在于基层民众之中的习惯法，因此在国家法与民间法之外，还可以从统治法与从属法的角度考察全国以及各民族地区的法律文化的多元特征。

一是统治法对从属法的权威性。无论是夏夷一统，还是华夷一体、中华一体，落实在制度上，就是要求举国一体，承认皇权的至上权威和自己的藩属地位，遵从中央政府的调遣和指令。

① 清朝即针对不同情况，制定了与藏、蒙、回、苗各族有关的各种章程和条例。详见刘广安：《清代民族立法研究》第一至六章，中国政法大学出版社1993年版。

二是尊重法制的多样性,实行“因俗而治”。中央王朝对民族地区一直奉行的是汉夷两制、分而治之。汉朝明确建立的“羁縻统治”,本质上是一种间接统治方式。它作为一种原则和制度,贯穿于古代中国民族法制发展的全过程。“因俗而治”、“以夷治夷”一直是历代统治者指定和推行民族法制、政策的基本指导原则之一。特别是对于那些难以控驭或鞭长莫及的少数民族,历代王朝实行汉夷分制、分而治之的政策。元明清的民族法制赋予少数民族的民族自治权则进一步制度化、法律化。元朝为了加强对少数民族首领的驾驭与控制,创立了“蒙夷参治”之法,官有“流”、“土”之分,开始了“土司制度”。明清时期,除土司制度外,还制定、完善了盟旗制度,伯克制度,达赖、班禅和噶厦制度等,这些是分制政策的制度化、法制化。

三是统治法对从属法的不断渗透和改造。国家法逐渐对各民族固有法、习惯法进行渗透与涵化^①。首先,通过对土司的承袭之制、职权规定的逐步严格化,直到实行改土归流,为国家法不断影响各民族的固有法、习惯法提供了条件,同时这一过程本身也是该地区各级政治机构的组织法的变迁历史。

四、固有法与外来法:法律文化属性的维度

法律多元主义的另一个视角是固有法(本地法)与外来法的划分,这一视角对于分析殖民地或准殖民地的法律尤其具有实际的意义。事实上,中国传统的法律文化发展史实际上是一部诸多法律文化的融合史,这种融合就地域和性质而言有两种情况:一种是中华民族内部的融合,如中原汉族地区法律文化同周边少数民族法律文化的融合;另一种是中华本土法律文化同外来法律文化的融合,如清末以来引进西方法律文化的过程。

① 涵化(Acculturation)亦即文化涵化(Cultural Acculturation),是指两种或两种以上的文化相互接触、影响、发生变迁的过程,是一种横向的文化变迁过程。通常在文化接触后,通过一段时间的相互影响,可使文化接触的双方都发生一定的变化,其结果一般有:或接受,包括自愿接受的顺涵化和被迫接受的逆涵化及对抗涵化,也包括单方面的与双方的互动;或适应,包括单方适应(文化同化)和双方适应(文化融合);或文化抗拒,包括单方面的文化抗拒和双方的文化抗拒,这意味着文化涵化的失败。

（一）固有法与外来法：一对不断变化的法律范畴

固有法产生于一个民族本土文化。固有法的“固有”，实际上是一个历史的概念，有些外来的或移植的法律，经过长时期与本地法融合，也逐渐变成了“固有法”。各个民族在长期的交往过程中，相互模仿学习生产、生活方式，形成一些共同认可的风俗习惯、礼仪、活动规则、制度，各种法文化在各民族间的冲突与融合中得到持续性整合，在构成了本民族的法律多元特征的同时，共同铸就了中华法系的法律多元特征。中华法文化，循着历史，有聚有散，但总趋势是由散走向聚，不同层面的法文化逐步走向法文化的复合体。^①

（二）各民族间法律文化的影响

汉族与各少数民族的法律文化都是中华法文化固有的一部分。但是，各个民族的法律文化又都是相对独立的法律传统，他们之间相互接触，相互交流，形成了在法律上的互相交流和互相采借的关系。居住在云南三台山的德昂族（旧称崩龙族），在未受到傣族土司制的影响之前，有本民族的村公议事会一类的原始社会组织形式，也有自己的带头人。他们借用汉语的称呼，称其为王子，即一寨之王。王子由群众公选产生，对内管理本寨的宗教、生产、民事纠纷等事务，对外代表全寨与他寨联系，如遇战争则率众抵抗，成为军事首领。明代，他们被芒市傣族土司击败、撵走，沦为芒市遮放傣族的属民，受其统治，逐渐丧失了民族独立权。傣族土司为了便于统治，也依靠德昂族的一些头人，封他们为达岗（土司所属政区的一级头人，或称总伙头）、达吉岗（村社头人，或称伙头）之类。这些人原来是德昂族村内为群众办理公共事务的人，但经土司任命之后，从政治上隶属于土司，他们就要为土司服务，为土司征收粮食及其他杂派、门户款等；同时土司也给他们一

● 关于中华法系和中国古代法律思想的特点，近代以来，持论颇多，诸如“顺天则时”、“礼法结合”、“法有等差”、“皇权至上”、“法自君出”、“家族本位”、“道法与法律不分”、“司法与行政不分”、“民刑不分”、“诸法合体”、“德刑并用”、“贵德贱刑”、“罪刑擅断”等，仁智互见。从法文化史的角度看，这些说法都是从各个侧面共同揭橥了一个中国古代混合型法文化的总体特征。