

罗洪洋 著

侗族习惯法研究



贵州人民出版社

侗族习惯法研究

罗洪洋 著

贵州人民出版社

责任编辑:廖小安

装帧设计:唐锡璋

技术设计:唐锡璋

图书在版编目(CIP)数据

侗族习惯法研究/罗洪洋著. —贵阳:贵州人民出版社, 2002. 9

ISBN 7-221-05966-7

I. 侗... II. 罗... III. ①侗族—习惯法—研究—中国②侗族—少数民族风俗习惯—研究—中国 IV.

①D922.154②K892.372

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 067366 号

侗族习惯法研究

罗洪洋 著

出版发行 贵州人民出版社

社 址 贵阳市中华北路 289 号

印 刷 贵州省侗学会印刷厂印刷

开 本 850×1168 毫米 1/32

印 张 6.375 印张

字 数 150 千字

印 数 1060 册

版次印次 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-221-05966-7/D·268

定 价 16.00 元

引 言

作为一名生于贵州、长于贵州的侗家子弟，最近这些年，有一个问题时常在我的头脑中出现：一个侗族知识分子，应该为和能为我们这个历史悠久、具有深厚文化底蕴的民族做些什么？什么是我对侗族的贡献？的确，侗族已经有了令人骄傲并引人注目的文化——侗族大歌已经搬上了中央电视台，并引起了不小的轰动，音乐界称之为“人类的仙音”；侗族的鼓楼、风雨桥已吸引了不少中外来客关注的目光等等。但是，总的说来，侗族的优秀文化还不是那么的广为人知，对于大多数中国人而言，侗族文化对他们仍然是遥远而陌生的。特别是在云南读博士期间，将我们这个民族与云南的纳西族相比，应该说，我们有并不逊色于纳西族的优秀文化，纳西族有“纳西古乐”，而我们有“侗族大歌”；纳西族有小桥流水的丽江古城，而我们有原汁原味的侗家村寨和鼓楼、风雨桥，……总之，纳西族有的东西，侗族并不逊色于它。但是，联想起一年四季如潮水一般涌到丽江古城的中外游客，比较起已经在中外学界引起广泛关注的“东巴文化”热，以及其对当地经济和社会文化的巨大推动，不能说，尽管我们也有非常优秀的文化，但是，外界对我们的优秀文化了解得还是太少了！至少，在知识经济时代，我们所做的吸引的“眼球”还不够多！作为一个侗族知识分子，使本族的优秀文化能为更多的

人知道，应该是自己的责任。

1999年，云南大学开始招收民族法学方向的第一批博士研究生，这也是全国第一个民族法学方向的博士点，很幸运，我成了这个点最早的2名博士生之一。读书期间，我总算找到了我能够而且应该做的事：为什么我不把侗族优秀的法律文化加以整理并宣传呢？于是，从2000年起，我开始系统地接触侗族的习惯法文化。眼前这本在各方面都谈不上成熟的作品就是这段时间努力的结果。

本书力图用文化人类学、社会学、哲学、史学等多学科的视角来研究侗族习惯法。第一章“法”和“习惯法”的定义探析，主要介绍法学、人类学等学派有关“法”和“习惯法”的定义以及由此引发的思考；第二章侗族习惯法的产生，主要介绍最早的侗族习惯法——婚姻习惯法的产生过程；第三章侗族习惯法的变迁，用人类学的变迁理论，探讨侗族习惯法的变迁过程；第四章护林习惯法主要介绍曾经在侗族经济中占有重要地位的林业的有关习惯法规；第五章侗族法典——《侗款》系统地介绍侗族用汉字记录的成文法典《侗款》的内容；第六章“萨”崇拜与传传统习惯法，探讨侗族的“萨神崇拜”及其与习惯法的关系；第七章侗族习惯法的淡出与复苏，则介绍了侗族习惯法在新中国的命运。附录一是我发表在《贵州民族研究》2000年第2期的一篇文章，因为与本书有逻辑上的联系，因而将之作为附录；附录二是笔者在黎平作民族调查期间，搜集到的一部分侗族的村规民约，有助于了解今天的侗族习惯法的情况。

作为一个侗族习惯法研究的后来者，笔者由于知识积累的有限性，加之不通侗语，这些都客观上决定了这部作品有许多不足之处，望法学界和侗学界各位同仁批评指正。

目 录

引 言	(1)
第一章 “法”和“习惯法”的定义探析	(1)
第一节 “法”定义的知识考古学	(1)
第二节 “习惯法”的定义探析	(25)
第二章 侗族习惯法的产生	(31)
第一节 侗族最早的习惯法——侗族婚姻习惯法	(32)
第二节 分配习惯法	(36)
第三章 侗族习惯法的变迁	(39)
第一节 婚姻习惯法的变迁	(39)
第二节 财产习惯法的变迁	(46)
第四章 护林习惯法	(49)
第一节 侗族育林概况	(49)
第二节 所有制安排	(54)
第三节 人工林业与侗族习惯法	(64)
第五章 侗族法典——《侗款》	(69)
第一节 侗款的产生	(69)
第二节 侗族的款组织	(74)
第三节 《侗款》的功能和与国家法的关系	(83)
第四节 《侗款》内容的全面检视	(94)

第六章	“萨”崇拜与传统习惯法	(107)
第一节	侗族的“萨”崇拜	(107)
第二节	“萨”的功能	(110)
第三节	“萨”信仰对侗款的影响	(114)
第七章	侗族习惯法的淡出与复苏	(120)
第一节	侗族习惯法的淡出	(120)
第二节	习惯法的复苏——现代“村规民约”	(130)
附录一	贵州少数民族习惯法对现代法和 “法治”的启示	(145)
附录二	(黎平县) 侗族村规民约选	(153)
参考文献		(177)
后 记		(180)

第一章 “法”和“习惯法”的定义探析

第一节 “法”定义的知识考古学

什么是法律？法律是与国家联系在一起的，法律是国家的伴生物，先有国家，后有法律，法律是随着国家的产生而产生的。

传统法学普遍认为：法律是统治阶级意志的体现，而这种意志是由社会物质生活条件决定的，法出自国家，法与国家、与阶级社会相联系，法的目的是维护统治阶级的利益。这个定义来源于马克思的《共产党宣言》：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”马克思有关资产阶级法的定义，对中国法学界产生了广泛的影响，如我国著名法理学家张文显主编的“九五”规划高等学校法学教材《法理学》将法的定义概括为：“法是指由国家专门机关创制的、以权利义务为调整机制并通过国家强制力保证的调整行为关系的规范，它是意志与规律的结合，是阶级统治和社会管理的手段，它应当是通过利益调整从而实现社会正义的工具。”^①

^①张文显主编《法理学》，法律出版社1997年版，第49页。

著名法理学家沈宗灵主编的《法学基础理论》认为，“法是阶级对立社会统治阶级意志的体现，……法所体现的统治阶级意志的内容由其物质生活条件所决定。”^①李龙主编的《法理学》也认为：“法所体现的是统治阶级的‘阶级意志’，即统治阶级的整体意志，而不是个别统治者的任性……法所体现的统治阶级意志，不是统治阶级意志的全部，而是其中上为国家意志的那部分意志……法只能体现统治阶级的意志，而不可能体现被统治阶级的意志……”。^②

马克思阐述资本主义法律特征，即法是资产阶级国家意志的产物被法学界视为经典推而广之，并将之绝对化。认为法律就是统治阶级的意志的体现，如此，奴隶制国家的法律是代表奴隶主阶级的意志，封建制国家的法律代表地主阶级的意志，资本主义国家的法律代表资产阶级的意志，社会主义国家的法律当然也就只能是无产阶级意志的体现。这种结论产生了两种后果。

首先，法律既然是统治阶级的意志的体现，法律只不过是维护统治阶级利益，实现其政治目的工具，法律工具化也就成了必然。

当然，法律工具化与我们根深蒂固的封建传统文化的影响也是分不开的。中国几千年的文化中，法律从来也只是一种工具，法律的渊源来源于君主的意志，所谓“法自君出”，法即所谓的“帝王之具”、“王者之器”，是用于“绳愚警顽”的。如《唐律疏议》认为，法的目的在于：“佐天子，兴利除害，诛异禁邪，匡国内以尊天子”。中国传统政治文化强调的是要维护君主的至高无上性，而不是法律的至高无上性，如《管子·明法解》认为：“凡为主而不得其法令，废法而恣群臣，威严已废，

^①沈宗灵主编《法学基础理论》，北京大学出版社1994年第二版，第29～30页。

^②李龙主编《法理学》，武汉大学出版社1996年版，第21～22页。

权势已夺，令不得出，群臣弗为用，百姓弗为使，境内之众不制，则国非其国，而民非其民。”君主在中国传统中具有对臣民生杀予夺的权力，君主的权力是不受任何法律制约的，君主对臣民可以“生之、杀之、富之、贵之、贫之、贱之”。^①君主和臣民之间不存在着法律上的权利义务关系，“制群臣，擅生杀，主之分也；悬令仰制，臣之分也。威势尊显，主之分也；卑贱畏敬，臣之分也”^②。如果一定要用法律上的权利义务关系来概括的话，也可以这样解释：在法律上，君主只享受权利，而不承担任何义务；而臣民则只承担义务，对君主而言，作为臣民的是没有任何权利可言的。

中国古代，对“法”这个字的解释一直沿用东汉许慎《说文解字》的说法：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”之所以偏旁为“水”，是因为法律如水那样公平；而之所以有“廌”，因为“廌”是传说中古代的一种独角兽，生性正直，古代用它进行“神明裁判”，见到不公平的人，会用角去顶，因此有了“去”。按照许慎的解释，中国的法律从远古开始似乎就与公正紧密相连。事实上，在中国法律史方面稍有常识的人，对许慎的解释是很难满意的，因为，长期以来，中国传统法律的主要职能与其说是维护正义，不如说是维护封建帝王统治，镇压任何反抗的工具，它根本就是一种“束民之具”，其功能在于“绳愚警顽”。“法，刑也”，“刑，法也”，在中国传统社会，法即是刑，刑即是法，是对中国传统法律功能的最准确的注解。

其次，既然法是统治阶级的意志，是阶级社会的产物，法只能产生在国家和阶级社会产生之后，法也就只能是国家的附属物。由此得出的结论只能是：国家产生之前，不存在法律，也就

①《管子·明法解》

②《管子·明法解》

是原始社会是不可能有什么法律的，国家之外，也无所谓法律。这样，习惯法和少数民族习惯法也就不被国家所承认，国家立法时，没有把习惯法作为考虑的因素，其作用完全被忽视。新中国成立后，在民间广泛起作用的各种习惯法包括少数民族习惯法都成了四旧和封建残余，成为应当被扫除的东西，同时，强调法律的国家意志性又完全忽视了各种习惯法资源起作用 and 存在的可能性。

法律的产生依附于国家，法律与国家不可分离，这种观点除了马克思之外，也是西方大多数法学家所广泛认同的。

在法学界有重大影响的西方古典自然法学派提出了一种设想，他们认为，在国家和政府产生之前，人类存在着一种自然状态，在这种自然状态中，人人平等，但是，由于人性的原因，人们必然为了各自的利益产生种种争夺和冤冤相报的仇杀，而在自然状态中，没有法律和规则能够制止这种仇杀和战争，为了避免这种灾难，人类最终选择了每个人都放弃一部分自然权利，并将这部分放弃的权利委托给一个机构，而由这个机构制定相应的具有约束力和强制力的规则，这种规则就是法律。英国著名思想家，古典自然法学派的代表人物之一的霍布斯认为，自然法产生的前提是在文明国家之前存在一切人反对一切人的战争状态（War of everyone against everyone）。人是生而平等的，但人的体力和智力有强弱高低之分，由于自然资源的稀缺性，当人们都渴望得到某一样东西时，这种愿望是很难实现的。这样就会产生人与人的对立和斗争，为了达到自己的目的，人们总是企图控制他人，这种情况必然产生一切人反对一切人的战争。由于缺乏共同的权力制止这种战争状态，由于人们对死亡的畏惧和对安宁生活的向往，同样由于人们希望自己辛勤劳动的成果不至于被掠夺，于是人们选择坐下来，理性地提出和平的条款，并在这些条款的基础上签订协定，这些条款就是自然

法。霍布斯认为，正义意味着：必须存在某种强制力，通过某种惩罚的威胁来平等地迫使人们履约，这种惩罚将大于违约所得到的收益，而这种惩罚的强制力只有通过国家才可能。霍布斯认为，真正的法律是民法，而民法源于罗马法中的市民法(Civil Laws)，市民法是由国家制定的，因此可称为国法，国法的前提是国家的产生。而国家是拟制的人，它是众人真正的联合体。有了国家，便有了统治者与被统治者，而统治者的权力来源于人们缔结的契约，人们必然服从统治者的统治。而法律则是统治者的工具，法律不是劝告，而是命令，不是任何人对任何人的命令，而是一个人所发布的对以前许诺服从他的人们的命令，其法律的定义是：法律是国家以口头、文字或其他足够的意志标志命令其臣民的各种规则。

霍布斯将法律与国家的关系概括为：首先，法律与国家密不可分，在自然状态下没有任何法律来约束人们的行为。为了寻求和平，人们的理智发现了自然法，但自然法本身并没有强制力，于是人们在自然法的基础上自愿缔结契约，成立国家。操纵国家的是主权者，而被操纵的则是全体臣民，主权者依据法律约束全体人民。其次，法律由主权者制定，主权者是惟一的立法者，在专制国家主权者为君主一人；在民主制或贵族制国家，主权者是一个大会。主权者有权制定或废除法律，这种废除实际上不是被废除，而是被一种新的法律所取代。再次，法律是主权者意志的表示。成文法是主权者意志的规则化，习惯法通过长期使用，也可以逐渐获得法律的权威，但前提是得到主权者的认可。第四，人们建立国家后，自然法也可以成为实际的法律，自然法本身是道德规范，其内容往往与法律的内容相互包容。在国家建立后，通过主权者的命令，自然法成为实际的法律。^① 总之，霍布斯认

①〔英〕霍布斯《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版。

为，一切法律都是国家成立后，依据主权者的意志而产生的，国家是法律产生的前提条件。

古典实证主义法学的代表人物约翰·奥斯丁同样认为法律与国家密不可分。他认为，法理学的内容就是实在法，所谓严格的法律，即是政治上居上者为政治上居下者制定的法律。任何法律或规则都是命令，或者说，所谓严格的法律都是某项命令，而实在法是主权者的命令。每项实在法都是由一位主权者或一个由许多人组成的主权者机构为一个它所在的独立政治社会中的某成员或某些成员制定的，也就是，实在法的成立要依赖一个独立的政治社会即国家。习惯法要具有法律效力必须得到主权者的认可，只有当习惯法得到认可后，才是严格意义上的法也就是实在法。实在法包含三个基本的因素：即主权者、命令和制裁。^①

同时，法与国家 and 君主密不可分也是与中国传统政治文化的精神相契合的。在中国传统文化中，法乃国家之公器，草民是不能随意解释和介入的。封建法典均是由君主指定的官员起草的，而起草法律的官员一切听命于皇帝，不能和不敢有丝毫的违背。唐朝以后的历朝基本法典，颁布之后都不再变更。谈到对法律的修正，连后世皇帝都心存顾忌，所谓“祖宗之法不可变”。春秋时期的邓析，就是因为私作《竹刑》，按自己的理解解释法律，从而触怒了当朝统治者，被当局处以极刑。秦始皇“焚书坑儒”，汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”，以此思路构成的文化专制主义的统治，极大地束缚了中国人的思想，法学研究完全成了一片禁区。如果人们对法律感兴趣，惟一的渠道是学法“以吏为师”。正是由于这样一种文化背景，中国传统中有的只是对法律的经义注释，而缺乏对法律的形而上的思考和追问，更缺少对法理的探讨和对法律的批评，也就是中国传统中哪怕是最优秀的司

^①张乃根《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1993年版。

法官们所能做的也就是“根据法律思考”，而压根儿就不会有“关于法律思考”。这样，中国传统中有关法律的研究最多能称得上是“律学”，而不可能存在“法学”。同样由于这样一种背景，利用法律知识代人打官司的人地位也极为低下，他们在官府的眼中地位一直十分低微，被贬为“讼棍”。精通法律而不擅长“孔孟之道”的读书人最好的出路也不过是给当官的作幕僚，也即是所谓的“刀笔吏”，利用所学法律知识帮助主官处理案件，以此混碗饭吃，但在身份上却永无出头之日。

法国社会学家涂尔干在法律定义上的贡献在于他认为前国家社会也就是他所指的机械团结的社会也存在法律，他将法律分为二类，即压制性法律和恢复性法律，这两种类别的法律分别适用于机械团结的社会和有机团结的社会。涂尔干所说机械团结社会相当于传统社会或前工业社会，起初机械团结还能够，或几乎能够独当一面，后来则逐渐失势了，有机团结渐渐跃升到了显著位置。既然人们相互维系的方式发生了改变，社会结构也不可避免地随之变化。同样，当身体内各个分子之间的亲和性发生改变的时候，身体的外形也不得不随这变化。因此如果上述论点确定无疑，那么必然会存在与两种团结相应的社会类型。在机械团结社会，整个社会的人口密度、物质密度、道德密度都处于低水平，社会有机体保持一致，集体意识和集体信仰主宰一切，缺乏个人意识，社会成员共有的思想和倾向比成员个人的思想和倾向在数量上和强度上更大。这种一致性与个性呈反比运动。社会成员一致性的团结，在群体意识完全围绕并重合于整体意识时，达到其最高。在机械团结的社会，个人的行为总是自发的、不假思索的、集体的。而有机关结社会是社会分工的产物，这种社会的工业化程度很高，社会组织高度地相互依赖。由于社会分工越来越细化，社会成员之间生活方式、活动方式不同，其共性越来越

越少，个性成分却越来越多。随着个人的独立性、个性得到发展，个人也就不再为社会的集体意识所消化，同时，也正因为个人的自主性的强化，这个社会有机体越发呈现类似于高级动物的生理连带关系，即他们身体上各个器官的个体化程度越高，功能分化越强，机体的统一性越大。因而，在有机社会中，人们之间的相互依存性远远大于机械团结的社会。

在机械团结的社会中，人们的结合是基于他们的类似性，所以，通常使他们能够结合的因素往往是机械的，如血缘、地缘、宗亲等，连接人们之间的规范纽带主要是习惯、宗教规范、道德规范等，法律在此阶段局限于刑事范围。在机械团结的社会，只能产生压制性的法律，即以刑法为主的法律，其所针对的主要是犯罪行为。尽管这类法律在各个社会中都有存在，但机械连带社会，其所占的比例最大。犯罪是一种触犯社会集体意识的行为，在传统社会中，统治权力是集体意识的象征，涂尔干认为，一种行为不是因为犯罪而触犯了集体意识，而是因为触犯了集体意识而成为犯罪。在我们要求压制犯罪的时候，我们并不是要为自己报仇，而是要为我们隐隐约约感觉的外在于并且凌驾于我们的神圣事物报仇。因而，犯罪与刑罚往往与集体意识和宗教信仰交织在一起。与压制性法律相联系，机械团结的社会，执行法律的机构几乎是全社会，在量刑的幅度上，社会越不发达，政府的力量越绝对，其刑罚也越重，压制性制裁是建立在痛苦之上的、或至少要给犯人带来一定的损失。它的目的就是要损害犯人的财产、名誉、生命和自由，或者剥夺犯人所享有的某些事物，这种制裁称为压制性制裁，刑法即是一例。

在有机团结的社会，法律起着联系机体各部分功能的作用，法律的制裁带有补偿性，其目的不在于报复而在于恢复损害发生

前的状态，制裁并不一定会给犯人带来痛苦，它的目的只在于拨乱反正，即把已经变得混乱不堪的关系重新恢复到正常状态。”这种法律不是社会成员情绪性的反映，也不是由于社会成员对某种行为的厌恶性集体意识，同时也与违背人的荣誉操守没有直接关系。有机社会的法律主要表现为民法、商法、诉讼法、行政法、宪法等法，这些法律的执行必须通过专门的执行机构，表现为一种社会分工，而这些法律也必然促进社会的分工和合作。^①

在理论上将法与国家分离，并在这方面做出重大贡献的是法社会学派的学者。法社会学家、奥地利法学家埃利希认为，法律和国家并没有必然的联系，“法律发展的重心自远古以来就不在国家的活动，而在于社会本身，现在也必须从社会中寻找。”他认为，法律有两种，一种是国家法，一种是“社会秩序”本身，认为人类联合的内在秩序不仅是法律最初的形式，而且直到现在为止，还是它的基本形式。法律是社会秩序本身，就是联合的内在秩序，这种法律即是活法，它不同于由国家制定的或由法院强制执行的法律。不仅法律比国家出现为早，立法和司法也比国家出现要早，“法律史上已证明，最初，立法和执法都是在国家范围以外的。司法并不来自国家，而是根源于国家存在以前。”埃利希不仅认为活法比国家法出现为早，而且认为，即使现在国家对社会关系的作用已比以前大大扩大了，活法的作用也仍比国家法的作用为大。他说，一个人显然生活在无数法律关系中，除了少数情形外，他很自愿地履行这些关系所加予他的义务。例如履行作为父亲或子女、丈夫或妻子的义务，不干预邻居对其财产的享有，清偿自己的债务等。他们的行为是由不同的动机决定的，例如他们可能会想到，如果他们不履行义务，他们就会与亲属发生争吵，就会违反习惯，就会得到一个好争吵的人、不老实的

^①〔法〕涂尔干《社会分工论》，三联书店2000年版。

人、不负责任的人的名声。社会生活中实际上被遵守的规则是真正的活法，它一般起着防止争端的作用，而在发生争吵时，则有解决争端而不诉诸国家法律的作用。^① 埃利希的贡献在于，其将法从附属国家的地位解放出来，认为在国家产生之前，法就已经产生了，法与国家并没有必然的联系，其提出的“活法”的概念，也令人耳目一新。其理论存在的问题是，“活法”更多的是一种理论的探索，而没有实证的事例，从而也导致了说服力的有限。

正因为如此，真正在法与国家的关系方面做出重大理论突破，提出法与国家并无必然联系，法并不是国家的附属物，国家产生之前，法就已经存在，并为该结论提供实证证明并做出决定性贡献的是人类学家。人类学的创始人之一，英国学者马林诺夫斯基通过对南太平洋鸟屿特鲁布里安未开化部族的长期的人类学调查，得出了当地的未开化民族尽管没有国家，以及相应的立法机关、警察等机构，但并不缺少法律规则，这种法律规则既包括刑法，也包括民法。^②

马林诺夫斯基认为，特鲁布里安的土著居民，其社会关系由一系列的法律原则控制着。其中最重要的是母权（Mother-right）原则，就亲属而言，它规定了孩子与其母亲而且只与其母亲有血缘关系，并在道义上对其母亲负有义务。这一原则直接决定了地位、权力和尊严、财产传承、土地所有权、当地公民权和同一图腾氏族成员资格的继承。兄弟姐妹之间的地位，两性关系和他们大部分私人及公共的社会交往行为，皆由构成母权法的那部分规则确定。

^①E·EHRlich: FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW, Harvard University Press 1936.

^②本文有关马林诺夫斯基之法律观，参见〔英〕马林诺夫斯基著《原始社会的犯罪与习俗》，原江译，云南人民出版社2002年版。