

羌族 习惯法

俞荣根 主编

重庆出版社

序 一

古道多吉

在中国历史上，羌族是一个十分活跃的民族，在中华民族形成的历史上，起过十分重要的作用。费孝通先生对此曾作过这样的概括：“羌人在中华民族形成过程中起的作用似乎和汉人刚好相反。汉族是以接纳为主而日益壮大，羌族却以供应为主，壮大了别的民族。很多民族（包括汉族在内）从羌人中得到血液。”根据大量的神话传说和相关的文献记载可知，羌族的历史源远流长，《说文·羊部》云：“羌，西戎牧羊人。”早在五六千年前的神话传说时代，羌族就活跃于祖国的西北高原，以牧羊为业，过着逐水草而栖的游牧生活，我国第一个国家——“夏”朝建立后，羌族成为夏国的主要部民，与当时的唐虞两个联盟部落共同形成“夏族”，“夏族”进而演为“华夏族”。

这样一个历史悠久的民族，其传统文化必然蕴藏着丰富的人类智慧。但限于羌族虽有本族语言却没有本族文字，难以将这些宝贵遗产文字化、固定化，口耳相传的文化遗产方式，易使固有的文化遗产如涓流冲沙一样慢慢流失。因此，对羌族传统文化进行调查、研究，具有抢救遗产的积极意义。俞荣根教授主持编写的《羌族习惯法》是在田野调查和实地考察的基础上，经数年研究得来的。上篇“羌族习惯法研究”，对羌族的

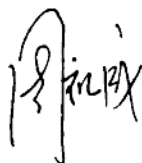
历史、经济、文化背景、刑事、民事、婚姻、家庭、财产、继承、乡规民约、宗教、土司制度等方面的习惯法内容，以及羌族习惯法与国家制定法的关系进行了全面深入研究，为在我国统一的法制体系下，正确对待历史上的习惯法提供了有益借鉴；下篇“羌族习惯法调查”，编辑了该书作者在实际调查中得来的有关羌族习惯法的原始资料，供有志者共享。这部 50 余万字的著作，填补了羌族文化史上的一个空白，对羌族同胞是一份珍贵而诚挚的礼物，对民族学、民俗学、文化人类学的理论研究具有重要的参考价值。

值得一提的是，为了完成这部著作，俞荣根教授带领 13 名调查人员，深入羌族聚居区调查，并进行了数年的研究，这部著作是他们心血的结晶。

在今天，仍有许多像俞荣根这样的同志，为了弘扬中华民族的传统文化，不计较个人得失，默默地奉献，我感到很欣慰。

1999 年 12 月

序 二



羌族是中华民族大家庭中古老的一员，早在五六千年前的“神话传说”时代，其足迹已活跃于祖国的西北地区，著名的历史人物如炎帝神农氏、蚩尤、大禹、启等，在血缘上皆与羌族有密切关系，史称“炎帝神农氏姜姓”，姜即是古代羌族中一支较为先进的部落，司马迁在《史记》中也说：“禹生于西羌。”可见羌族的历史源远流长。约在秦、汉后，羌族方成为国家的正式臣民，随日月推演，在西北的羌族逐渐融入汉族或其他民族之中，惟迁居岷江上游的羌民艰难地生存下来，顽强地壮大起来，时至今日，羌族人口已发展到 20 余万人，主要分布在四川省阿坝藏族羌族自治州的汶川县、茂县、理县、松潘县、黑水县和绵阳市的北川、平武等县。

羌族是一个古老的民族，同时也是一个伟大的民族，在中华民族的人民革命斗争中作出了应有的贡献。鸦片战争时期，勇猛的羌族儿女组成“屯兵”远赴广东、浙江、福建沿海地区抗击英国帝国主义的侵略。1936 年春天到秋天，红军长征路过羌族地区，广大羌民踊跃参加红军，各地纷纷成立乡镇、村寨一级苏维埃政权，理县、茂县成立了县一级苏维埃政权，许多村寨还建立了群众自卫武装，展开轰轰烈烈的土地革命运动，有力支持了中国工农红军的政治和军事斗争。许多羌族人

民的优秀儿女踊跃参加红军，在长征中，在抗日战争和解放战争中，浴血奋战，甚至光荣牺牲，为中华民族的解放事业立下了不可磨灭的功勋。

解放后，羌族人民优秀的文化传统和光荣的革命传统，受到了党和政府的重视，也引起了学术界的关注，四川省政府曾多次组织力量对羌族的社会历史文化进行调查研究，国内外学者亦先后到羌区作实地考察，但是，从习惯法的角度对羌族进行调查研究的这还是第一次。四年前的夏天，西南政法学院法学研究所所长俞荣根教授（现重庆社会科学院院长）率一支十余人组成的调查队在有关部门的支持下，不辞辛劳，不畏艰险，深入到山峦重叠的羌寨山村，实地调查。凡近一月时间，调查队满载风尘也满载收获而归，取得了数以千万言计的第一手资料。他们通过几年的雕琢，终于写出 50 余万字的专著，我作为她的第一个读者，可谓喜悦多多，亦复感慨多多。喜的是此书为世人更多地了解羌族提供了一个绝好的窗口，叹的是作者们为此书付出的酸甜苦辣难为人知，在众多人以追逐经济利益为其目的的商品大潮中，这种走出书斋、深入实际的学术态度是难能可贵的。我赞美这种精神！

谨此为序。

1999 年 12 月

前 言

俞荣根

少数民族习惯法作为不同于国家制定法的另一种文化现象和知识传统，是法学和法文化研究的基本对象，尤其是文化人类学、法律人类学研究的重要内容。随着全球多元文化研究的兴起，使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。我国西南地区的最大区位优势和地区特色之一，是众多少数民族济济一堂。我们生活工作于斯，又以法文化的学习和研究为职志，瑰丽多姿而又略带神秘的西南地区少数民族习惯法自然成为我们关注的热点，而羌族习惯法由于其自身的特点则成了我们调研的首试对象。

(一)

历史上，我国的许多少数民族并未建立过国家，或虽曾经建立过割据的甚至独立的国家但为时短暂，并早已消失，因此，若固守国家与法的理论模式，以国家作为法的产生前提就必然会把这些民族排除在法律史乃至法学研究的视野之外，更

遑论民族习惯法研究了。法律人类学对法则有不同的理解。《原始人的法》一书的作者 E·霍贝尔说：“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。”^① 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定或约定俗成的诸如家规族法、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来的法律规范。前者多为制定法，后者都是习惯法。关于习惯法，迄今尚无公认的统一定义。《牛津法律大辞典》则说：“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。”^② 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模式”，因此也是一种自发形成的相互作用的法律。^③ 当然，还应加上前引 E·霍贝尔的说法。凡此种种，都是属于法律人类学的话语系统，与我们通常所接受的关于法的知识系统有所不同。在我们所接受的国家与法的理论和历史的知识系统里，对习惯法是这样下定义的：“指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯，……在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质，……阶级社会中存在的习惯也不都

① [美] E·霍贝尔，《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年版，第 5 页。

② 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社，1988 年第 1 版，第 236 页。

③ 见《现代社会中的法律》，中国政法大学出版社，1994 年第 1 版，第 43 页。

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：①相当长时期以来确有人人们惯于遵行的事实；②其内容比较明确的规范性；③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；④需经国家认可并由国家强制力保证其实施。”^① 依此界定，能够确认为习惯法的习惯比法律人类学所理解的习惯法在外延上要小得多。不妨说，这是一种狭义的理解，而法律人类学则属于一种广义的习惯法定义。

在我们的研究方法和习惯上，往往一开始就急于并重于弄清研究对象的概念，研究者们常常为此而争得不可开交。其实，学术史上的不少研究甚至许多学科的对象常常是难以界定得一清二楚的，而这并不妨碍研究本身。对一个事物的认识和再认识总是一个渐进的多元的过程，在没有穷尽之前，所有的结论都是阶段性的。人们对习惯法的认识也将是这样。所以，我们完全可以在进行研究之时大致地确立一个研究对象的范围，形成一种意见作为自己这一研究群体的共识，以步调一致地开展这种研究。这就算是一种约定吧。对于习惯法，我们这个研究群体是这样约定的：习惯法是维持和调整某一社会组织或群体及其成员之间关系的习惯约束力量的总和，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。习惯法的强制可以由国家实施，但更多的是由一定的组织或群众公认的社会权力来实施，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。我们的约定倾向于对习惯法作广义的理解。我们认为，如其失之于窄，宁可失之于宽。

^① 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社，1984年版，第87页。

在我们的记忆所及的时空里，我国法史学界对法的研究似主要集中且停留于国家制定法上，研究方法也局限于对成文法典的注释或剖析。这固然是必须且重要的，但又是不足的。因为它忽视了一个极为重要的事实，那就是，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。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，对富足、祥和、有序的价值渴望。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曾经指出，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……只不过是穹隆顶上不可动摇的拱心石。”^①毫无疑问，卢梭说的就是习惯法。为此我们的研究必须拓宽领域。在我国，法文化学、法律人类学、法社会学正是这样应运而生的。习惯法研究，尤其是民族习惯法研究只是它们的一个分支学科。

① 卢梭：《社会契约论》，商务印书馆，1980年修订第2版，第73页。

(二)

羌族，与汉族同为炎黄子孙，一样古老悠久，数千年的历史熔铸了它独特的民俗文化，习惯法资源十分丰富。要全面深入地研究羌族习惯法，必须准确把握该民族的历史和现状。而这，仅仅靠书本，靠第二三手材料是远远不够的，只有通过实际调查才有希望。

1994年7、8月间，我们组成了一支为数13人的《羌族习惯法》调查队，深入羌族聚居区，走访了一府（四川省阿坝藏族羌族自治州州府马尔康）四县（理县、汶川县、茂县、北川县），6个羌族聚居乡，33个羌村，41个羌寨，召开中小型座谈会8次，探访羌族家庭271户，重点专访90人，对象有全国人大代表、全国政协委员、教师、干部、端公及其他各行业的羌民，取得图书文献资料80余册，计数千万字，原始碑刻资料9份，原始契约35份，查阅档案170多卷，复印档案资料60余万字，整理原始资料卡片1171份，计40余万字。在调查过程中，我们在惊叹羌族民俗保存得如此完好的同时也深感痛惜，因为羌族虽有本族语言（羌族同藏语系藏缅语族羌语支）却没有本族文字，而历史上能认能写汉字的人十分稀少，其民族习惯主要靠人们口诵心记，无法将之文字化，这就使得丰富的习惯法内容在口耳相传的过程中逐渐消失。所以，从某种程度上说，我们的调查还具有一定的资料抢救意义。

考诸浩繁的史籍，借助今人的研究成果，我们发现羌族在远古时代的历史舞台上，已经扮演了极为重要的角色，大约在五六千年前，古羌活跃于祖国的西北地区，过着“所居无常，

依随水草”^①的游牧生活，大名鼎鼎的神农氏炎帝就是羌族中姜姓部落的领袖，他的部落较早进入了农耕社会，“神农之世，男耕而食，妇织而衣”^②，羌族在当时应该是先进民族。羌族与当时黄河流域的黄帝部落且战且合，至大禹时代，“禹兴于西羌”^③，羌族尤为兴盛，到禹的儿子启建立夏朝时，羌族与黄帝部落等融合为“夏族”，这就是华夏族的前身。当时没进入中原的羌族，即是商周时代的羌人。整个先秦时期，古羌主要分布在河西走廊之南，岷、洮二州之西，其活动中心在青海东部的“河曲”，即黄河九曲及其以西以北各地，也就是《后汉书·西羌传》记载的“西羌……滨于赐支，至乎河首，脩地千里”。秦霸西戎之后，西北地区的少数民族均受到强大秦国的遏制。公元前384年，秦献公即位，兵出渭河上游，羌民畏秦之威，一部分开始南迁。羌族由此分流，史书中有越嶲羌（獐牛种）、广汉羌（白马种）、武都羌（参狼种）之类的记载。^④留在西北的羌族经秦汉魏晋以迄隋唐，逐渐与汉族融合，惟党项羌一支在唐宋时期强盛起来，于公元1038～1227年建立西夏政权。西夏灭亡后，北方羌族便鲜有记载。南迁诸羌历尽千辛万苦，大约在公元前3世纪末期即秦末汉初之时定居于岷江上游的高山峡谷地带。^⑤这里的羌族历汉魏六朝的郡县统治、清宋的“羁縻”统治、元明清的土司统治，清代的改

① 《后汉书·西羌传》。

② 《商君书·画策》。

③ 《史记·六国年表》卷十五。

④ 《后汉书·西羌传》。

⑤ 据宕昌县志载，公元307年，羌族首领梁勤曾在今之甘肃陇南地区宕昌县境内建立割据政权——宕昌国，历时259年，至北周而终。历史上，宕昌隶属武都郡。此建宕昌国之羌族或即南迁诸羌之一支，或许正是武都羌。而定居于岷江上游之羌族大概就是广汉羌了，当地亦有白马羌的说法。可见，羌族南迁情况及其在西北地区的活动史还有待进一步研究。

土归流，饱经战乱的创伤和民族分离的痛苦，顽强地生存下来。本世纪 50 年代以来，羌族人民在中华民族大家庭中得以安居乐业，现今已发展到 20 多万人，主要分布在四川省阿坝州的汶川县、茂县、理县、松潘县、黑水县以及绵阳市的北川县、平武县等地。这是我国最大最为集中的惟一的羌族聚居区。

羌族悠久的历史在其习惯法中有明显的反映，生活在西北地区的古羌以游牧为主，其早期习惯法带有血亲复仇的显著特征：约在秦汉之后，迁居西南的羌族以农耕为主，农耕文化使之容易接受汉儒文化的影响，从而使其习惯法表现出浓郁的宗法伦理性。羌族习惯法是羌民族千百年来在生产生活实践中逐渐形成，不断积淀、世代相袭、共同信守，并由家庭、宗族、村寨、原始宗教、土司等群体和组织用强制力加以维护的行为规范，它对于维系羌族的民族生存和社会经济秩序，调整羌民的权利义务关系，促进社会发展，传承民族文化起着重要作用。羌族习惯法的产生发展不但与羌民族的文明和社会进步相同步，而且与其民族文化的个性特点相一致。从内容上看，最先出现的多为婚姻、军事领域的习惯法。古羌人骁勇善战，“男子兵死有名，且以为吉；病终谓之劣，又以为不祥。”^① 其军事方面的习惯法充分体现了鼓励羌民以战为荣的民族个性。继婚姻、军事之后，其习惯法逐渐发展到社会活动的各个方面，涉及社会政治及其组织方式、土司制度、刑事、财产、继承、诉讼、宗教等等。这些习惯法主要靠口耳相传，少量见诸石刻碑文、文书契约，历代正史杂史及笔记小说中也有零星记载。我们的研究，正是要将这林林总总的相关资料进行归纳总结，以揭示羌族习惯法的全貌并探寻其内在特质。

① 袁宏：《后汉纪》卷九。

(三)

著名的法国社会学家亨利·莱维·布律尔写道：“古代习惯法还有值得研究的一点，这就是它们到现在还被活着的人们所执行，我们可以观察他们怎样执行法。另外，历史的条件使我们得以看到这些习惯法制度与高一级的法律制度接触——有时是粗暴的接触——所产生的后果。”^①历史上，羌族习惯法与国家制定法的交融与碰撞从未间断过。先秦时期，羌民族尚未成为中原政权的正式臣民，所以中原地区的国家制定法对他们的影响不大，而羌族本民族政权的法制情况已难一一考证，但有一点可以肯定，当时以游牧为主的各部落组织内部及部落之间的关系主要是靠习惯法加以调整的。秦汉以降到南北朝时期，汉族统治者在羌族聚居区推行郡县制，史称“郡县治羌”，从而引起国家制定法与羌族习惯法的冲突，有的统治者主张在羌区强制推行“汉法”，一味抹杀羌民固有的习俗，从而引起了羌民的反抗；有的统治者主张“绥御羌胡”，力求在推行“汉法”的同时照顾当地的民情土俗，得到了羌民的拥护。这一时期的统治者处理国家制定法与习惯法关系的策略摸索，为唐宋时期在羌区施行“羁縻”政策打下了基础。到元明清初期，封建统治者又在羌区实行“土司”制度。不管是“羁縻”制还是“土司”制，都有顺应羌族民俗的一面，有利于羌民对国家法制的接受，从而使国家制定法与习惯法相互交融。自清朝“改土归流”以来，中央政府在羌区相继推行抚夷、土屯制、里甲、团甲制和保甲制，统治者对羌族的控制越来越严，

^① [法] 亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，上海人民出版社，1987年版，第50页。

推行国家政策法令的措施愈来愈有力，国家制定法在羌民生活中的作用日益重要，习惯法在羌民生活中的作用有所减弱，但这并不意味着习惯法已被抛弃，而是形成了国家制定法与习惯法的双重调控的局面，二者并行不悖。一般地说，羌区重大的刑事案件往往依从国家法律处理，而民事纠纷、轻微刑事案件以及其他社会关系则多受习惯法的支配。

新中国成立以后，人民政府充分尊重羌族地区的民族自治权，当地司法部门在执行国家统一法律的前提下，充分考虑并酌情处理羌族的习惯法。资料显示，羌族习惯法与国家制定法之间的冲突日渐减弱、交融不断加强，国家法制的地位巩固，权威节节提高。不过，从文化学的角度看，羌族习惯法所代表的羌族文化与其他民族文化，包括汉族文化的差异将会是长期存在的，习惯法与国家制定法之间的文化整合也将是长期曲折的。如现行法律禁止近亲结婚、禁止早婚，但在羌族地区，近亲结婚的现象远未禁绝，早婚亦时有发生，婚姻习惯法中的消极层面严重制约着羌族人口素质的提高。又如，一些民刑案件往往由宗族内部或宗族之间按“老规矩”处理，很少有诉诸法律以求保护的。凡此种种，既反映出羌族习惯法顽强的生命力，也说明其封闭落后的一面妨碍着国家法制的一体遵行，阻碍了羌民法律意识的提高及羌族地区法治和文明的进步。研究羌族习惯法固有其法文化学、法史学、法律人类学等方面的不可替代的学术价值，然也有其不容忽视的实际意义。后者在于，遵照厉行社会主义法治的治国方略，在坚持共和国统一法律体系和保证国家司法统一的前提下，尊重羌民族自治权利，一方面帮助羌民放弃习惯法中的落后因素而自觉遵守国家法，另一方面，也要注意吸收习惯法的合理因素而将之纳入民族立法的范畴，并在法律实务工作中尊重其习惯法中不与国家法制冲突的有积极价值和中性功能的合理内容，从而使民族法制建

设更加健康地发展。

1999 年 3 月 27 日改定于北京
西郊古城八角北里旅次

上 篇

羌族习惯法研究

