

贵州民族学院民族法学研究所
贵州民族学院法制与民族地区发展研究中心

联合主办

民族法学评论

主 编 吴大华
执行主编 周相卿
副 主 编 潘志成



第5卷 2007年

华夏文化艺术出版社

贵州民族学院民族法学研究所
贵州民族学院法制与民族地区发展研究中心

联合主办

第5卷(2007年)

民族法学评论

主 编 吴大华

执行主编 周相卿

副 主 编 潘志成

华夏文化艺术出版社

《民族法学评论》学术委员会

毛公宁 铁木尔 敖俊德 周礼成 吴大华 吴宗金 张晓辉

王允武 邹 渊 徐晓光 周 勇 周 星 张冠梓 田成友

石开忠 刘胜康 王 平 戴小明 徐中起 周相卿 宋才发

陈立鹏 牟 军 方 慧 杨正万 张艾清 王国勇 潘善斌

韩敏霞

本 卷 编 辑 兰元富 潘志成 郭 婧

英 文 翻 译 何 霞 郭 婧

编辑部信箱 panzhicheng9933@hotmail.com

第5卷

卷首语

-
- 1 民族习惯法研究与法治的本土资源(代序)/吴大华 (1)

民族法学者访谈

-
- 2 “人类学与法”访谈录/徐杰舜 (6)

域外法人类学

-
- 3 日本法人类学及民族法学研究的历史与现状/徐晓光 (24)

民族法学理论与方法

-
- 4 现代民族法制与民族法学评点(提要)/吴宗金 (37)
- 5 民族法学与社会法学的学科关系:以实证路向为视角/马雁 (41)
- 6 民族法学研究的法律社会学视野/刘云飞 (52)
- 7 我国民族法学研究与少数民族习惯法研究概述/汪涌 (64)
- 8 民族法学与民族学、法学的关系/杨军 (73)
- 9 从书斋的冥想中出走
——人类学田野调查方法在法学研究中的运用浅述/王启梁 (81)
- 10 法律移植与法律本土化成因研究
——一种从法律人类学视角的构建/胡兴东 (95)

习惯法研究

-
- 11 侗族法文化的人类学考察研究/吴大华、石开忠 (119)
- 12 仡佬族社会法文化考察/潘志成 (132)
- 13 贵州省松桃县苗族婚姻习惯法探究/胡敏、杨云深 (168)

-
- 14 西南少数民族族群组织与制度化的社会控制/郭 亮 (176)
- 15 广西毛南族婚姻习惯法研究/张 璐 (189)

当代民族法制研究专题

- 16 中国少数民族人权保障与少数民族犯罪问题分析/吴大华 (200)
- 17 西部开发中的民族关系与法制建设研究/马玉祥 (210)
- 18 民族自治地方变通立法权若干问题研究/王允武、田钊平 (224)
- 19 促进民族区域自治法制建设的思考/努妮莎 (237)
- 20 论刑法在民族自治地方变通的实践与完善/韦玉成 (247)
- 21 试述建立以法律调节为核心的民族关系调节体系的必然性/赵胜男 (257)
- 22 民族法制在新时期的发展/刘华 (263)
- 23 关于加强民族法制建设的思考/余云疆 (270)
- 24 我国民族自治地方自治权行使的几点思考/彭艳 (278)
- 25 试论西北城市少数民族法律援助/朱晓艳、虎有泽 (284)
- 26 少数民族农村社区资源整合与新农村建设/余翠娥 (292)

书海撷萃

- 27 《少数民族乡村治理中的本土资源问题研究》序/吴大华 (300)
- 28 民族法理论探讨与实证研究的结合
——评《民族法律文化散论》/周相卿 (304)
- 29 制度·思想·器物
——评《民族法律文化散论》/兰元富 (307)
- 30 谱系、方法论和哲学思考
——罗伯特·罗兰的《法律人类学》简评/刘云飞 (310)
- 31 清水江流域林业经济法制的人类学与社会学解读
——《清水江流域林业经济法制的历史回溯》评介/谢全发 (313)

研究机构简介

- 32 贵州民族学院法制与民族地区发展研究中心 (324)

Vol. V (2007)

On Science of National Law**Contents****Preface**

Study on Ethnic Customary Law and Local Resources of Legal

System (Preface) / *Wu Da-hua*

(1)

Interview with Ethnic Law Scholar

Anthropology and Law——Interview with Xu Xiaoguang, A Legal Anthropology

Scholar / *Xu Jie-shun*

(6)

Legal Anthropology out of Our Country

History and Current Situations of Japanese Legal Anthropology and Ethnic

Law Study / *Xu Xiao-guang*

(24)

Theory and Method on Ethnic Law

Summary to the Comments on Modern Ethnic Legal System and Ethnic

Law / *Wu Zong-jin*

(37)

Discipline Relationship of Ethnic Law and Social Law: take empirical way

as view-angle / *Ma Yan*

(41)

-
- Legal Sociology Views from Ethnic Law Study / *Liu Yun-fei* (52)
- Summary of Ethnic Law Study and Study of Minority Customary Law
in China / *Wang Yong* (64)
- Relationship between Ethnic Law and Ethnology and
Jurisprudence / *Yang Jun* (73)
- To Go out from Meditation of Book-room——Brief Discussion on
Application of Field Investigation Method of Anthropology within
Jurisprudence Study / *Wang Qi-liang* (81)
- Study on Causes of Law Transplantation and its Localization——A kind of
construction of views from legal anthropology / *Hu Xin-dong* (95)

Study on Customary Law

- Study and Survey of Anthropology on Legal Culture in Dong
Nationality / *Wu Da-hua Shi Kai-zhong* (119)
- Study and Survey of Social Law in Gelao Natinoality / *Pan Zhi-cheng* (132)
- Investigation into Marriage Customary Law in Miao Nationality of Songtao County
of Guizhou Province / *Hu Min Yang Yun-shen* (168)
- Ethnic Group Organization and Systemized Social Control in Southwest
Minorities / *Guo Liang* (176)
- Study on Marriage Customary Law in Maonan Natinality / *Zhang Lu* (187)

Special Topics on Contemporary Ethnic Legal System

- Analysis on Human Rights Safeguarding of Minorities and Criminal Problem
of Minorities in China / *Wu Da-hua* (200)

-
- Study on Ethnic Relationship and Legal System Construction in the West
Development / *Ma Yu-xiang* (210)
- Studies on Problems about Accommodation Legislation Power in Autonomous
Regions of Nationalities / *Wang Yun-wu and Tian Fan-ping* (224)
- Thoughts of Promoting Legal Construction of National Autonomy / *NuNi-sha*
(237)
- Discussion on Accommodation Practice and Improvement of Criminal Law in
National Autonomy / *Wei Yuc-heng* (247)
- Preliminary Discussion on Necessity of Establishing Adjustment System of Ethnic
Relationship by Taking Legal Adjustment as Core Southeast of Guizhou
province / *Zhao Sheng-nan* (257)
- Development of Ethnic Legal System in New Period by / *Liu Hua* (263)
- Thoughts on Strengthening Ethnic Legal System Construction / *Yu Yun-jiang*
(270)
- Thoughts on Exercise of Autonomous Power in the Regional Autonomy of Ethnic
Minorities in China / *Peng Yan* (278)
- On Assisting Minorities Law in Northwest City / *Zhu Xiaoyan Hu You-ze*
(284)
- Resources Integration and Construction of New Country in Country Community
of Minorities / *Yu Cuie* (292)

Book gathering

Preface to the Research on Local Resources of Country-Governance in

Minorities / *Wu Da-hua* (300)

Combination of Probing into Ethnic Law Theory and Empirical

Study / *Zhou Xiang-qin* (304)

Systems, Thoughts and Utensils——Comments on Discussion on Ethnic Legal

Culture / *Lan Yuan-fu* (307)

Classification, Method Theory and Philosophy Thoughts——Review on Robert

Roland in the Brief Review of Legal Anthropology / *Liu Yun-fei* (310)

Interpretations of Anthropology and Sociology of Forestry Economy Legal System

in Qinghuijiang River Area / *Xie Quan-fa* (313)

Brief Introduction of Research Organization

Research Centre for Legal System and Development of Minority Nationality

Regions (324)

卷首语

●民族习惯法研究与法治的本土资源(代序)

伴随着新世纪的来临,世界正处在一个从未有过的大冲撞、大变动、大调适和大融合的过程之中,各个国家各个民族都面临着社会转型和文化转型的挑战。无论在过去有着多么伟大的传统,对之加以改进、转变是重要是,甚至是十分关键的。在这样的历史背景下,如何审视自己的传统,成为法学等社会科学领域中一个无法回避的话题。令人扼腕的是,近代以降,学界在比较中西文化特别是中西法律文化时,对我们的传统多持否定的态度,甚至对于中国的传统文化绝少有深入的研究,仅仅用外国的观点和语言,去审视和讨论中国的司法和法学。^①有人说,“整个二十世纪中国知识界,从极左到极右,都醉心于这种那种西方思想,整部中国现代思想史,就是朝西的‘梦游记’。”^②这话虽有点极端,但确有事实根据。一百多年的近现代中国法律的发展史似乎就是一部学习西法、用西法改变自己的历史,在法学界醉心于西方可以说是主流。甚至有人认为清末沈家本“法理派”同张之洞、劳乃宣“礼教派”之间的斗争一直延续至今,持此看法者以“法理派”继承者自居,而将“本土资源”论者视为“礼教派”(国情派)的演变^③,这里姑且不论这种比附是否恰当,而现实的问题是要建立一个适合中国的公

①张伟仁:《中国传统的司法和法学》,载《现代法学》2006年第5期。

②赵毅衡:《对岸的诱惑·自序》,知识出版社,2003年,第5页。

③参阅陈亚平:《情·礼·法:礼治秩序》,载《读书》2002年1期。

正、合理的法律体系。

有人厌烦“本土资源”一词,但“本土资源”毕竟是真实的事实。作为中华民族数千年法律生活的历史积淀,传统是我们无法割断的历史,并不是我们不去理会、刻意遗忘甚至绝然摒弃,传统它就会自动消失的。事实上,在很多国家,虽然现代化的最初动力多是来自反传统的精英,但是不久以后,他们就试图将传统社会中的某些方面或象征恢复起来。无论我们认为传统与现代性的区别有多大,现代化的成功要在很大程度上受益于传统背景中的某些因素^④。其实,无论东方西方,民主法治都面临现实的巨大挑战,如信仰危机、道德低迷、制度缺失、司法腐败等等全球性的问题。当然,由于中国缺乏民主法治传统,加之经济、科技的差距,法治建设的问题会更多也更特殊一些,这就迫切地需要我们回到自己的文化中去汲取营养。

作为中国的法律人,我们的目光必须永远关注我们生长的这片土地,深入反思、审视自己,反思和审视自己的历史和人性,首先就需要认识和了解自己的家底,要善于总结和重视我们自己创造的经验。这其中,当然要包括我们少数民族所创造的智慧和经验。

任何一个群体要能生存,必须具有一套能使它延续的规定——人们出生后,必须根据某些原则结合到群体中去。如何确立群体的成员资格、社会地位、经济关系、权力运作、婚姻规范以及有限度地捍卫生命和财产,这些都需要有一套系统的知识和技术。对于少数民族群体中的这种规定,学术界常常称之为“习惯法”。有些少数民族的习惯法迄今已有数千年的悠久历史,随着民族社会及其文化的历史变迁,这些习惯法历经沧桑,演化蜕变,逐渐形成了较为完善、系统的习惯法体系。民族习惯法细致而庞杂的规则,有的已被时代所淘汰,有的至今仍然鲜活地存在着,为维护民族地区的稳定与秩序发挥着不可替代地作用。对于这样一套智慧和知识,我们研究民族法学的学者理所应当给予充分的关注。可喜的是,国内学术界已有相当部分的学者开始致力于各少数民族习惯法的调查、整理和研究工作,成绩斐然,涌现出一大批优秀的学术成果。

④[以] S. 艾森斯塔德:《传统、变革与现代化——对中国经验的反思》,见谢立中、孙立平主编:《二十世纪西方现代化理论文选》,上海:上海三联书店 2002 年版,第 1088—1089 页。

但是,我们的努力不应止于此,任何学术的研究都应源自于实践又服务于实践。民族法学、民族习惯法的研究应当为西部大开发和民族地区法制建设的实践服务,并在这个整体环境中提高认识的水平和科学性。这样的任务要求我们不能从简单的所谓“风俗”、“器物”意义上理解各个少数民族的传统,而要能够在“形而上”的层次上理解其传统、把握其传统,进而探索出一条通向现代性的道路。也就是说,作为民族法学特别是民族习惯法的研究者,时代赋予我们的使命并不仅仅是探索习惯法的历史、记录其遗存。传统并不是僵死的,而是有生命的,是肇始于过去,融透于现在,直达未来的,民族习惯法的研究者和传承者更为重要的使命是发掘传统习惯法的当代价值和意蕴,因势利导,吐故纳新,使习惯法能够为当代民族地区的法制建设和经济、社会的健康发展服务。

对一个民族和国家来说,历史和传统是不能抹掉的印记,更是不能被中断或被抛弃的标志。如果不带有偏见,我们可以发现传统文化中凝聚着人类共同的精神追求,凝聚着有利于人类发展的巨大智慧,因此在现实中我们不难寻找到传统法律文化与现代法律文明的契合点,也不难发现传统法律文化对我们的积极影响。^⑤社会主义法制的建设必须是建立在批判地继承人类历史上一切优良法律制度的基础上,我们更应当重视和研究我国社会中已有的和改革以来正出现和形成的一些规范,而不是简单地以西方的话语表达和标准来否认我们自己的传统。少数民族的传统法文化和汉族传统法文化一起在几千年的发展中交相辉映、相同影响,共同形成了中华法系和“多元一体”的传统法文化。要发展少数民族地区社会主义法制,继承和借鉴少数民族习惯法的智慧就是题中应有之意,其价值不可轻视,逐步完善有中国特色的社会主义法律体系特别是民商事立法可以从中获得丰富的、鲜活的本土资源。通过扬弃,民族习惯法是可以与当代法律共存并为社会发展做出贡献的,例如云南省宁蒗县彝族聚居区的彝族人利用传统家支的力量对族内的吸毒人员实施强制戒毒,四川省凉山彝族自治州基层法院将一些民事纠纷交由民间的“德古”进行调解,更多地方的少数

^⑤曾宪义:《从传统中寻找力量》,载《法律文化研究》,中国人民大学出版社2000年版,第1页。

民族群众用传统的习惯法保护森林、水源和生态环境。事实证明,这些做法既节省了司法资源,又能收到国家法律所难以达到的效果。少数民族习惯法中那些劝善惩恶、禁偷治抢、保护山林和农业生产、保护公益事业、组织生产和分配、调解婚姻家庭等方面的内容,只需加以改进完善,仍然可以发挥有效作用。而这一切,尤需我们从事民族法学研究的学者格外用力。这将是—个恢宏繁复的工作,也是一份至为艰巨且任重道远的事业。

如何冷静审视民族习惯法的发展出路,无疑更值得我们关注。放眼世界,不同文化形态相互渗透、交融,预示人类文化将在一个新的层面超越当前所面临的分裂和冲突,一次空前的文化整合呼之欲出。今日的西南地区少数民族社会也不例外,随着封闭状态的终结,民族社会与外界的联系日益密切,其社会成员的价值观、文化观正在不断地发生着新的变革。这一方面对民族文化包括民族习惯法文化的发展构成了强大的压力,另一方面也为民族文化的发展提供了难得的机遇。因为它开拓了人们的文化视野,能够用一种全新的目光环顾世界,审视自身的民族文化。并且通过比较,加深了对本民族文化的认识,以便采取相应对策推进民族文化的发展。民族习惯法在这一大趋势中必须适应国家统一法制和商品经济、民主政治等新的因素,不断作出自我调整,从而才能在民族社会的变革中发挥积极作用。拒绝变迁也就意味着习惯法的停滞、衰亡、消失。

这种变迁即是对国家统一法制的吸纳,又是对本民族固有习惯法的整合。因而,民族习惯法必须因势利导,吐故纳新。唯此,才是真正的走上自觉发展的道路。传统文化的吸纳与发展的出路在于时代需要与民族社会实践的交汇点上。最首要的问题就是必须确立民族习惯法的当代价值与意蕴,这样才能实现其与国家法律、经济社会发展的合理接轨。民族习惯法中明显与时代进步相悖的落后因素必须被剔除。其次,民族社会完全可以通过向其他文化学习,直接吸纳其他文化成果,通过消化,形成极具个性的民族文化,使民族文化在文化激荡中更具活力,更富个性。如果过于强调文化的传统性,也易滋长狭隘的文化民族主义情绪,无异于文化自闭。事实上,少数民族习惯法从一开始就不可避免地要受到汉文化和其他少数民族习惯法的辐射和覆盖。我们考察的少数民族习惯法,早已不再是纯粹意义的少数民族文化了,而是已经涵化、变迁了的习惯法,但这并不影响其

在民族社会中的地位和作用。锐意进取,不断创新,是对文化传承者的必要素质要求。只会解经注典,惟恐越雷池一步者,是无法在当今的环境下保证少数民族习惯法生存和发展的。

《民族法学评论》的创设,正是我们为有志于此的学界中人提供的—个智慧展现和思想撞击的平台,其宗旨自然是为了繁荣民族法学的教学和研究,为现实中的法治提供历史的借鉴和理论的依据,以期看到我们思想界、学术界在荆棘与鲜花并见的求索道路上更进一步。但无论如何,本刊毕竟还只是一种探索,我们真诚地希望有更多的学界中人把目光投向我们生活的这片土地,关心这片土地上生活的各族人民,尊重他们的文化传统,以严谨求实的学风,研究探索民族法学的理论和实务问题,共同为民族法学的发展和我国民族地区的法制建设做出我们应有的贡献!

是为序。

贵州民族学院院长、教授、法学博士后
云南大学民族法学专业博士生导师

吴大华

2007年8月14日

民族法学者访谈

●“人类学与法”访谈录

徐杰舜

徐杰舜:徐教授,非常高兴在你就任凯里学院副院长前对你进行一次法人类学的访谈,我们认识已经有十年了吧,经常得到你的关照,我特别的觉得你的法人类学做得特别好,比如苗族的习惯法这一块就做得不错,这是你是作为法学博士,能用人类学的方法能够研究,进入到民族习惯法,这是法学界和人类学学界公认的,在我们谈到有关法人类学问题的之前,先请徐教授介绍一下你的生命史。请先说下你是哪里的人?

徐晓光:我是辽宁人。

徐杰舜:辽宁哪里的?

徐晓光:辽宁盘锦人,

徐杰舜:那你不就是和张作霖是老乡了吗?

徐晓光:对,张作霖。他的出生地解放前属于海城,解放后成立盘锦垦区后,这块地儿划归盘锦。

徐杰舜:小学、中学都在那里读的?

徐晓光:在这里读完小学、中学之后,到营口日报社工作,1978年考进大学。当时我的爱好是历史和中国文化,1978年,刚刚恢复高考的时候,估

作者简介:徐杰舜(1943-),广西民族大学人类学研究所教授,广西民族大学学报编辑部主任,执行主编,兼汉民族研究中心主任,中央民族大学博士生导师。

本文是云南大学博士研究生王飞根据徐杰舜教授对徐晓光教授的访谈录音整理。

计自己考分不会太高,在最后自愿就报了一个外语专业,那年机会比较好。分数不高,但考进了吉林大学,

徐杰舜:是日语专业吗?

徐晓光:我考的是英语,后来东北的日语的教学质量很高,师资也比较多,日语的学生没有招够,就把我强制地弄去读,那时候人们习惯于服从安排,日语我也是从基本的发音开始的。当时学习也比较落后,其实我的日语真的好起来,还是后来去日本几次。所以学外语还是要到国外实际锻炼才行。

徐杰舜:大学毕业时那一年呢?

徐晓光:是1982年。

徐杰舜:毕业后到哪里工作?

徐晓光:分配到哈尔滨林业机械研究所,搞林业翻译,所以我最近写的《清水江流域林业经济法制的历史回溯》这本书是和我当时搞林业有关系。有过那段经历才可能发现清水江的林业问题。

徐杰舜:那个所是哈尔滨的吗?

徐晓光:不,是林业部的,全名叫林业部哈尔滨林业机械研究所。林业部的一个研究单位。我那个时候翻译了一些林业的小册子,陪同日本专家到大、小兴安岭去过。以后就考研究生了,是西南政法大学研究生的。

徐杰舜:也是学法的?

徐晓光:学法制史,我喜欢法制史。记得我在1982年大学毕业时就考过一次。很偶然,一次我在电线杆上贴着的吉林大学研究生招生简章,有中国法制史专业,我喜欢历史,那时法律又“吃香”,选这个专业能把两者结合起来,我就选了这个专业。当时同时报考这个专业的有徐显明,考试前我还请教过他,他就考试给我指点了一些。他考上了,我落榜了。

徐杰舜:徐显明现在是中国政法大学的校长。

徐晓光:他是很有思想的高校领导和学者,也是个讲演家,很能讲。去年我在国家教育行政学院学习时听过他讲课

徐杰舜:你是哪一年读硕士?

徐晓光:1985年读硕士。

徐杰舜:硕士读完了,又回到了大连?

徐晓光:1988 年毕业后回去了大连,工作了两年。

徐杰舜:在大连哪里工作?

徐晓光:大连经济管理学院。

徐杰舜:那你在大连很有亲人吗?

徐晓光:大连离我老家不远,大连民族学院现在有我的老师,是我读大学时的老师,后来因我太太不愿调过去,另外感觉大连的文化氛围不行,我就决定还是回西南政法学院做点学问算了。我真正下决心做学问就是从 90 年开始。

徐杰舜:那时还没读博士?

徐晓光:没读,是 1998 年读的论文博士。

徐杰舜:论文博士和普通博士有什么区别?

徐晓光:区别是不用参加入学考试,时间也少一年,由国务院学位办批准。两年中主要是专业课学习,毕业时参加了外语、政治考试,博士论文答辩通过后授予学位,没有学历,只有学位。这还得感谢张晋藩老师,当时论文博士名额不多,但他给了我一个机会。张老师的眼光深远,因为我当时就搞中国少数民族法制史。张老师始终认为少数民族法制史是中国法制史当中不可缺少的部分,实际上就是这样。他积极鼓励和支持我搞少数民族法制史的研究。

徐杰舜:好像你那时候就有一些成果了。

徐晓光:我 1988 年就写些东西,90 代初年就开始在《民族研究》等杂志上发文章,我当时是抓住中国少数民族法制史,大家看了很新鲜,如清代的喇嘛教立法等等。而且那个时候发文章不像现在要求什么权威期刊、核心期刊,每次能看到文章变成铅字,我都高兴得跳起来了,在小杂志上发文章。我都觉得跟《民族研究》是一样的,当时凯里学院学报只要给我发了,我都很高兴。那时候不讲什么关系,全是凭质量发稿。所以我觉得,一个人在研究生阶段连续发了几篇文章,有点小研究,可能会决定以后的方向。尝到甜头了,觉得自己还有一定的研究能力,可能在研究上还行,就干脆去搞研究算了。有很多研究生是没有尝到“甜头”,兴趣没有起来,毕业后就做别的了。我自己选择当老师,就是和这个有关系。

徐杰舜:那你的博士论文做的是什么?