

民族法学评论

主 编

吴大华

执行主编

徐晓光

第2卷
(2002)

华夏文化艺术出版社

民族法学评论

第三卷
(2007)

中国政法大学民族法学研究中心

民族法学评论

Comments on Science of National law

第2卷

主 编 吴大华

执行主编 徐晓光

华夏文化艺术出版社

2002年12月

責任編輯：陳家服

責任校對：蘭元富

責任印制：陳小明

翻
印
必
究



版
權
所
有

書 名：民族法學評論

主 編：吳大華

執行主編：徐曉光

出版發行：華夏文化藝術出版社

(香港九龍官塘恒安街明輝大廈2樓后座33號)

印 刷：華夏文化藝術出版社印刷廠

版 次：2002年12月香港第一版第一次印刷

規 格：大32開(140×202mm)412千字

國際書號：ISBN 962-8700-97-9

定 價：100.00元

《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	周宝峰	宋才发
陈立鹏			

编 辑

张琪亚
兰元富
文新宇
姚知兵

英文翻译

杨泰黔
江光伦

主 编 导 白

《民族法学评论》2000 年秋出版第 1 卷,以《贵州民族学院学报》特刊的形式出版,由于当时经费和人力有限及编辑经验不足,存在不尽完善之处。但《民族法学评论》创刊以后,在学术界引起了强烈的反响,得到了很多学者的肯定。“民族法学在线”网对刊物进行全面登录,美国的法律网也对刊物进行过介绍。国内的民族法学以及相关学科的学者都鼓励我们将刊物继续办下去。

两年多来,中国民族法学的研究进一步深入,学科队伍不断壮大,新人不断涌现,新成果不断问世,应该说这和《民族法学评论》的影响和作用是有关系的。带着学者们的厚望和发展民族法学的情怀,在贵州民族学院院长吴大华的倡议和支持下我们又决定出版《民族法学评论》第 2 卷,此次得到香港华夏文化艺术出版社的支持,并将长期合作出版该刊物,这就为从事民族法学研究的学者提供了发表新成果的园地和向外扩展的窗口,我们编辑者能以此为中华民族法学的繁荣尽一点绵薄之力,感到由衷的高兴,希望学界同行踊跃赐稿,一如即往地支持我们的工作。

本期的“学科前瞻”收入吴大华和张晓辉两位教授的论文,吴大华、卢斌的《论法律的移植与本土化》中指出:中国近代化法制进程,其实就是借鉴、吸收、移植外来法律文化并加以本土化的过程,实现建立社会主义法治国家的目标,需要我们正确处理好移植外来法律文化与中国传统法律文化中的积极因素和实现中的相关问题;张晓辉的《中国大陆民族法学研究的现状与前瞻》一文对民族法学的历史发展进程进行了回顾和总结,并对今后的学科建设、研究方向等问题进行预见性的前瞻,对在 21 世纪民族法学研究提出了新思路,具有很大的启发性。

本期的“主题论坛”集中探讨少数民族习惯法问题。载有高其才、黄卫、章礼强、夏新华、王奇才、孔玲、焦正俊、龙大轩、颜小华、文新宇等撰写的9篇文章,覆盖了民族习惯法研究的很多问题。有总体论述,也有各民族特例。众所周知,我国少数民族习惯法内容丰富,几乎在各少数民族社会都不同程度地存在着,并实际发挥着很大作用。由于研究阶段所限,以前对各民族习惯法样态介绍较多,而对与习惯法相关的理论分析及习惯法与国家法的衔接与融合问题涉及较少,这次重点提出这个问题并进行初步的讨论,希望学者们能更多地关注和深入研究。

“理论探索”收有张文山、徐晓光、胡启勇、金笛四位学者的论文,讨论民族地区自治权、民族法制史、民族法律文化的一些问题。张文山教授的“自治权钩沉”,从自治权的起源、发展、引入及理论演变的轨迹钩沉细末,试图从本源上理解自治权的法律性质问题。徐晓光的论文结合撰写《中国少数民族法制史》中遇到的问题,论述了少数民族法制史研究的方法。金笛的论文对清代西南地区少数民族的立法及社会作用进行初步的探讨。胡启勇的论文界定了少数民族法律文化的内涵和特点,分析了民族传统法律文化与现代法律文化的落差以及造成这种落差的社会因素,进而探索研究少数民族法律文化的基本路径。

“法人类学·法社会学园地”中有周珏、王鑫、周相卿、田成有、赵晓红等撰写的几篇论文,除一篇分析法人类学的基本范畴外,其它都以法人类学、法社会学的方法,分别讨论了法律全球化与地方性;国家法与民间法在宗族关系上的嬗变与调适和中国农村村民自治及农村基层政权建设等问题。

“专题研究”中重点登载有关民族法学界以前没有或很少研究的问题。吴海丽的论文在考察明朝贵州开发过程中引起的各种冲突基础上,指出朝廷采取法律措施与政治策略并用的解决办法。20世纪50年代中国共产党在藏区宗教工作中的实践,以前研究的比较少,杨健吾的论文对这一时期党在藏区工作的步骤和历史经验进行阐发。此外,杨全照先生对鲜为人知的远古少数民族地区原始统计

计量法及记录行为作了详细探讨。兰元富、邹渊、李来孺、李榛分别对民族自治地方的刑事立法、《少数民族教育条例》的调整范围、民族自治地方的单行条件的制定、贯彻和落实《人口与计划生育法》提出学术建议和研究结果。

“个案分析”，收入林淳、王军社会调查报告，从贵州一些地区还存在“宰鸡头”这一神明裁判现象出发，在德江县煎茶镇松溪村进行实地调查，说明该现象存在并分析其原因。本文在方法运用、调查细致程度和理论分析方面还需酌量。

“研究随笔”，载原江《他者的尊严》一文，探讨了少数人权利的国际保护问题，指出少数人权利在任何国家、任何情况下都应受到尊重，少数人权利的国际保护正是实现所有人的和平共处、共同发展的终极目标。

“学术争鸣”栏目载李长城《强化国家权力就能迅速推进农村的法治建设吗？》，对北京大学朱苏力教授《送法下乡》一书中的一些观点提出质疑，认为农村的一些个别案例，不能说明农村实际的法律状况，进而提出在今日的农村，国家的权力虽有所收缩，但并没有弱化。强化国家权力实现法治的实质是将一种外部规则强加于农村社会。外部规则不可能完全替代农村社会的内部规则。农村法律的现代化必须以经济、社会的发展为依托。李永贵《论民族地区法律制度的短缺及改进》一文，从对云南省金平县平安寨的调查，发现少数民族村寨社会具有严重制度缺失情况，探讨了缺失的原因，并提出弥补的建议。

“书评”栏目载有林淳、安可、李宝昌三篇书评，对法律史学者徐晓光近年出版的《藏族法制史》和《中国少数民族法制史》进行了介绍和评论。

最后的“民族法文献”，魏忠教授介绍了贵州省东南部的一些县份保留至今的林业契约资料。据我们了解，清水江流域的剑河、锦屏、天柱等县从清朝到民国由于林木的皇家征派和商品流通，在苗族和侗族中林木买卖、林地租佃、租种现象非常普遍，缔结的各种契约数量极多，一部分保留至今，是少数民族习惯法受汉族法律影响的珍

贵的实物资料,需要进一步加以整理和挖掘。

本卷的封二、封三介绍了贵州民族学院民族法学研究所的研究人员近年来出版的新成果。

“昨夜邻家乞薪火,晓窗分与读书灯。”由于我们编辑水平有限,以上栏目设置不一定很科学,随着民族法学研究的深入,我们会不断提高编辑水平、使栏目创设得更合理,并打造出一些“品牌”栏目,以回报学界同仁对我们的厚望。

编 者

2002年12月11日

Comments On Science of National Law

Vol. II (2002)

Editor – In – Chief Wu Dahua

Executive Editor – In – Chief Xu Xiaoguang

Contents

Introduction

Subject Prospect

Wu Dahua, Lu Bing Comment on Laws' Transferring and Localization

Zhang Xiaohui Present Situation and Prospect of researches on National Law in the Mainland

Theme Forum

Gao Qicai Brief Comment on Common Law of Minority Peoples in Modern China

Huang Wei Comment on Common Law of China's Minority Peoples and its Fusion with State Laws

Zhang Liqing Folkways and Civil Law

Xia Xinhua Wang Qicai On "Combined Terns" in Jingzhou, Hunan Province

——Also on Relationship Between State Law and National Common Law

Jiao Zhengjun Comparison Between Dong Common Law and Miao Common Law

Long Daxuan On Cultural Confusianization of Qiang Common Law

Yong Xiaohua Features of Patriarchal Clan System of the Uygur Marriage Forms

Wen Xinyu Cultural Annotation of Miao Common Law

——From the Power of Natural Leaders of Miao Social Organizations in Xijiang, Southeast Guizhou

Theoretical Probe

Zhang Wenshan Exploration of Autonomy

Xu Xiaoguang Ideology of Research on History of National Legal System of China's Minority Peoples

Hu Qiyong On Culture of National Law of Minority Peoples in Linguistic Environment of Modernization of Legal System

Field of Legal Anthropology and Legal Sociology

Zhou Jue, Wang Xin On Basic Category of Anthropology

Zhou Xiangqing Legal Globalization and Localization in the Field of Anthropologic Vision

Tian Chengyou Changes and Adjustment of State Law in Religious Relation With Local Law

Zhao Xiaohong Villagers' Autonomy and Grass - Roots Power Building in Rural Areas

Special Topic Research

Wu Haili Legal Measures and political Strategies of Central Government of the Ming Dynasty in Dealing with Social Conflict Accidents in Guizhou

Lan Yuanfu Thoughts on Problems of Criminal Legislation in National Autonomous Areas

Zhou Yuan Comment on The Regulation Range of *Ethnic Minorities' Educational rules*

Li Lairu Comparison on Two Specific Regulations in Xi Shuang Banna and Li Jiang, Yunnan Province

Li Zheng *Population and Family Planning Law* Should be Carried Out in Western China

Yang Jianwu On practice of the party's Religious Work in Tibetan

Districts in 1950s

Yang Quanzhao On Original Statistics, Calculation and Recorded Behaviours in China's Ethnic Minorities' Areas

Case Analysis

Wang Jun Case Analysis of "Killing Chicken Head"

Research Jottings

Yuan Jiang Others' Pignity

——On International Protection of the Rights of Minority

Academic Contending

Li Changcheng Can Strengthening State Power Promote Legal Construction in Rural Areas?

——Question "Sending Law To Rural Areas" by Su Li

Book Review

Lin Cun Comment on "A History of Legal System on Tibetan Minority"

An Ke On the Source of National Centralization Law of Ethnic Minorities

Li Baochang Chief Research Achievements on Ethnic Legislative History of China

——Thoughts on Reading *Legislative History of Chinese Ethnic Minorities*

Document of Minorities Law

Wei Zhong Unique Contract Documents of Guizhou Miao People Cover 2 and Cover 3

Exhibits of New Researches on National Law in Guizhou Ethnic Institute

Yang Feng Cover Designer

目次

○主 编 导 白

○学 科 前 瞻

- 论法律的移植与本土化 吴大华 卢 斌(1)
中国大陆民族法学研究的现状与前瞻 张晓辉(13)

○主 题 论 坛

- 简论当代中国的少数民族习惯法 高其才(27)
试论我国少数民族习惯法及其与国家法的融合 黄 卫(44)
民俗与民法 章礼强(52)
论湖南靖州的“合款”
——兼论国家法与民族习惯法的关系
..... 夏新华 王奇才(60)
“赔命价”试析 孔 玲(70)
侗族习惯法与苗族习惯法的比较 焦正俊(76)
论羌族习惯法文化的儒家化 龙大轩(87)
试论维吾尔族婚姻形态的宗法性 颜小华(103)
苗族习惯法的文化诠释
——从黔东南西江苗族社会组织自然领袖的
权力问题入手 文新宇(113)

○理 论 探 索

- 自治权钩沉 张文山(126)
中国少数民族法制史研究的思路 徐晓光(173)
清代西南地区少数民族法制研究 金 笛(185)
法制现代化语境中的少数民族法律文化之维
..... 胡启勇(191)

○法 人 类 学 · 法 社 会 学 园 地

- 试论法人类学基本范畴 周 珏 王 鑫(201)
人类学视野中的法律全球化与地方性 周相卿(209)
国家法与民间法在宗族关系上的嬗变与调适 田成有(220)
农村村民自治与农村基层政权建设 赵晓红(232)

○专题研究

- 明代中央处理贵州社会冲突事件的法律措施
与政治策略 吴海丽(239)
- 关于民族自治地方刑事立法问题的思考 兰元富(246)
- 论《少数民族教育条例》的调整范围
——对起草《少数民族教育条例》的
立法建议 邹 渊(252)
- 云南省西双版纳和丽江两个单行条例比较 李来孺(263)
- 西南地区少数民族地区应切实贯彻
《人口与计划生育法》 李 榛(268)
- 论 20 世纪 50 年代党在藏区宗教工作的实践 杨健吾(273)
- 我国民族地区原始统计、计量法及记录行为散论
..... 杨全照(292)

○个案分析

- “宰鸡头”的个案分析 林 淳 王 军(301)

○研究随笔

- 他者的尊严
——论少数人权利的国际保护 原 江(304)

○学术争鸣

- 强化国家权力就能迅速推进农村的法治建设吗?
——质疑苏力的《送法下乡》 李长城(313)
- 论民族地区法律制度的短缺及改进
——从平安寨的制度短缺看其法律整合 李永贵(323)

○书 评

- 评《藏族法制史研究》 林 淳(333)
- 浅谈少数民族政权法制的来源
——《中国少数民族法制史》读后 安 可(337)
- 中国民族法制史研究的重要成果
——读《中国少数民族法制史》有感 李宝昌(339)

○民族法文献

- 独特的贵州苗族契约文献 魏 忠(341)

贵州民族学院民族法学研究所新成果展 封二、封三
封面设计 杨 枫

论法律的移植与本土化

吴大华 卢斌

(贵州民族学院, 贵州 贵阳 550025)

摘要:法律作为社会文化的一部分, 不同地区或国家间在一定程度上是可借鉴、吸收和移植的。中国近代法制现代化的进程, 其实就是借鉴、吸收、移植外来法律文化并加以本土化的过程, 在世界经济一体化的今天, 要实现建立社会主义法治国家的目标, 需要我们正确处理好移植外来法律文化与我国传统法律文化中的积极因素和现实中的相关问题。

关键词:法律移植 法的本土化 法制现代化

关于法律移植的讨论, 国外大约兴起于 20 世纪 70 年代, 我国在 20 世纪 80 年代开始有学者提及。2000 年 4 月全国外国法制史研究会在湘潭大学法学院举行“法的移植与法的本土化”的专题研讨会, 标志着我国对法律移植的研讨达到了一个规模, 本文试从法律的移植与本土化在近代中国法制现代化中的体现及法律移植与我们在建设社会主义法治国家中应正确处理的相关问题作一简介和探讨。

一、法律移植的概念、含义

在界定法律移植的概念之前, 首先让我们先来考察法律是否可

收稿日期: 2001-12-05

作者简介: 吴大华(1963-), 男, 贵州民族学院院长, 法学教授、法学博士、博士后研究人员。卢斌(1979-), 贵州民族学院法律系 99 级本科生。

移植之问题。关于法律是否可移植,早有论述。有学者认为公元前18世纪的《汉穆拉比法典》至少可称为早先的法律移植,国外有学者认为该法典是古代世界商法之源,这种商法移植的影响远未随古代的结合而终止。近代西方商法的基本概念和制度的形成有着古代罗马法的移植。法律可移植论者认为,不同文明之间的法律文化是可借鉴,取舍的,只要此国家与民族和彼国家与民族发生了关系(无论这种关系是表现为友好或是武力征服),都将会造成文化上的冲突与融合的过程。自有国家以来,几乎任何形式的法律文化都避免不了法律之间的移植问题。因为其大前提是国家民族的文化有互动的关系。该论者还从法律发展的角度出发,认为当法律产生后。法律的发展方式不是按民族自然习惯而依照自己的方式缓慢发展,而主要的方式是法律从业者们经由一系列的变革实现的,这个一系列的变革就包含了借鉴、吸收、移植别国或地区的法律文化。而问题的另一面却是这样:历史法学派的著名代表人物萨维尼就当时德意志民族是否制定统一的法典时认为:“任何国家的法律都是无需假手立法,毋宁乃经由风俗习惯,而自然形成的。法律是特定民族的特定精神的产物。可能,法律堪与语言相比,一个民族的法律,如同其语言,与其民族的特有的存在和性格有机相连。”^[1]萨氏的这一论述与孟德斯鸠“法是民族心灵的反映”如出一辙。孟德斯鸠认为法是特定地理环境下特定民族特定历史文化传统的产物,“为某一个人民而制定的法律,应该是非常适合于该国人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^[2]这一观点被美国学者罗伯特·塞德曼与其夫人安·塞德曼推演出“法律不可移植规律”,其宣称“相同的法律规则及其约束力,在不同的时间和地方,不同的物质和制度环境中,不会对不同的角色承担者引出相同的行为。”^[3]鉴古以察今,在经济全球一体化的今天,法律是否也应“一体化”,是政治家和学者们对立和争论的焦点。但多为接受在维护国家主权的前提下科学的借鉴、吸收、移植外国法律文化,认为法律的移植有其必然性和必要性。其一,人类发展的不平衡性决定了法律移植的必然性。人类发展的不平衡性导致了不同国家或地区

发展的不平行性,落后或后发达的国家和地区要赶上先进的国家和地区,就有必要移植先进国家或发达地区的某些法律,以保障和促进本国社会的发展,世界法律的发展史已经表明这是落后国家加速发展的必由之路。日本大化革新效法中国盛唐法制,使其社会制度产生大跃进,明治维新取法西洋诸国而使国力大增,从而走上近代化之路,二战后采用美国法而加速了日本法律制度的民主化改造和法制现代化的进程。近现代欧陆各国纷纷取法法国民法典,大陆法系与英美法系得以形成。其二,市场经济决定了法律移植的必要性。市场经济的客观规律和开放型、外向型的本质特征需求一国在自己市场经济法律体系和制定市场经济法律的过程中都要法律国际化,法律移植正有助于减少不同国家之间的法律抵触和冲突,降低法律适用上的成本,为长期、稳定、高效的经济技术合作创造良好的法律环境。

在考察了法律可否移植的问题之后,我们认为法律可移植己为不争的事实。近代以来,人类的交往行为逐渐地跨越了国家,在政治上出现了世界性的对话,在经济上产生了全球性的贸易,在文化上导致了跨国性的交流,法律制度文明作为人类社会文明的重要方面,世界各国的相互交流、相互借鉴、相互融合和相互移植更是不可避免的。

那末,何为法律移植?我国法理学家沈宗灵教授将其定义为“法律移植:指特定国家(或地区)的某种法律规则或制度移植到其他国家(或地区)。”这一概念包含了如下含义:

其一、法律移植是在不同国家或地区间的移植,而不是发生在本国内部。

其二、法律移植的内容包括法律规则,法律制度等法律文化,而不是仅对一般法条的照抄。

其三、法律移植不是对他国或地区法律的全盘采用,而是对其某一特定部分移植。

其四、法律移植的最终目的是要使移植来的外来法律文化融入本国法,成为本国法律文化的一部分,最终为本国人民所接受并自觉