

● 龍大軒 著

鄉土秩序與民間法律

羌族習慣法探析



華夏文化藝術出版社
貳零零壹 香港

鄉土秩序與民間法律

——羌族習慣法探析

龍大軒 著

華夏文化藝術出版社

2001年·香港

圖書在版編目 (CIP) 數據

鄉土秩序與民間法律－羌族習慣法探析 / 龍大軒著.

香港: 華夏文化藝術出版社, 2001.5

ISBN 962-8700-46-4

I . 鄉… II . 龍… III . 羌族習慣法－鄉土秩序研究－

[港]華文 (2001) 第 46 號

責任編輯: 蘭元富

責任印製: 楊昌國

責任校對: 何紅

封面設計: 楊鵠

翻
印
必
究



版
權
所
有

出版發行: 華夏文化藝術出版社

社 址: 香港九龍官塘恒安街明輝大廈 2 樓後座 33 號

印 刷: 華夏文化藝術出版社印刷廠

版 次: 2001 年 5 月第 1 版第 1 次印刷

印 數: 0,001-3,000

開 本: 850 × 1168 1/32 印張: 12 字數: 345 千

國際書號: ISBN 962-8700-46-4

定 價: 港幣: 68.00 元 人民幣: 38.00 元

前 言(代序)

1994年7、8月間，我有幸得隨西南政法學院組織的“羌族習慣法”調查隊深入川西羌族聚居區作田野調查。此前，囿于“法”的傳統理論，自己對習慣法的認識膚淺而幼稚，甚至對此種研究的必要性和可行性尚疑慮重重。但是，幾近一月的實地考查，我既為羌人的天放、質樸所感動，更為羌區和諧、寧靜的人文境觀而驚嘆！在這遠離都市文明的山林間，良善的鄉間秩序是什麼力量造就的呢？是國家法律？還是其它什麼？抑或二者兼具呢？執迷于釋解這一疑問，哪怕得出個自以為是、或自我陶醉的答案也罷，我加緊了對調查資料的整理、分析以及相應的理論補充。

考諸歷史，取之現狀，國家法乃屬“精英文化”系統의 “大傳統”範疇，它在偏塞羌區的運用是有限的。高山環抱、江河阻隔、民族各別、文化异流，羌人與國法作正式、全面接觸的機會不多，在本世紀五十年代以前尤顯突出，他們難以蔭被國法文化的福音，缺少對國家正式法律的情感體驗，反而對本族傳統的習俗、慣例情有獨鐘。在這里，人們對富足、祥和的追求，對公平、正義的渴望，雖然也適時借助國法來實現這些價值追求，但更多時候則是通過自身固有規範體系調整來得到滿足，正如恩格斯在《家庭、私有制和國家的起源》中所說：“在大多數情況下，歷來的習俗就把一切調整好了”^①。這些以習俗、慣例為核心的規範體系，通常可以表現出強制性特點，以營造穩定的社區秩序，它沒有國法體系的經典與規範，亦無復國法體系的宏偉和浩大，但在社區調控功能上，却异曲同工，有時甚至優于因照顧統一性而失却靈活性的國家法。如果

① 《馬克思恩格斯選集》第4卷，第92-93頁，人民出版社1972年5月版。

說，法只能是國家制定認可并以國家強制力保障實施的行為規範的話，那麼，羌村的這一些被當地人稱為“老規矩”的地方性知識，雖然在某些方面與國家法律具有同樣的作用、意義，但因其生長於民間、運營於鄉野而缺乏“國家意志性”，不得不被排斥在“法”的門牆之外，固守此種觀點來看羌村社會，這裡豈不是個“無法無天”的世界？我所看到的羌寨境像，以勝于雄辯的客觀真實撼動了自己心智中既有的法觀念，要對鄉土社會的權威、秩序作出合乎情理的解釋，惟有將這些看似土俗粗陋却又務實利功的規範性知識理解為“法”的另一種類，這便是法人類學所論證的民間法、習慣法，是一套民間非制度性的知識系統，隸歸于“小傳統”的文化範疇，正好與代表精英文化的國家制定法構成對應關係。我欲通過探析“羌族習慣法”這樣的小問題，以求證“鄉土秩序與民間法律”之密不可分的大問題，圖收知微觀著的學術效果，這種由微觀而宏觀的研究，要借助理論指導但不能單靠理論來構建，雖需要邏輯構思却不能僅憑邏輯推論出來，對此的探索與思考，與其說是著書立說以奢求思想建樹，毋寧說是撰寫一部來自羌人熱土的田野實證報告，因為它是活生生的。

羌族是我國多民族大家庭中古老的一員，文化傳統淵遠流長，習慣法資源十分豐富。早在四、五千年前的“傳說時代”，羌人已是馳聘縱橫在西北高原的強者，一部分與黃帝、東夷部落融為“夏”國子民，另一部分依然過着游牧生活，公元前四——三世紀陸續向西南遷徙，定居于岷江上游的高山峽谷地帶，發展為今天的羌人，主要分布在四川省阿壩藏族羌族自治州的汶川縣、理縣、茂縣、松潘縣、黑水縣以及綿陽市的北川、平武等縣，有人口二十余萬。自從盤古開天地，三皇五帝到如今，羌人歷史古今一貫，溶鑄了該民族一脈相承的文化傳統，反過來，豐富、堅韌的文化底蘊又成為羌族生存、壯大的精神支撐，目前，羌族民居“羌寨”被世界教科文組織“世界自然遺產和文化遺產委員會”批准列入“世界自然遺產和文

化遺產名錄”，羌文化自成體系并能獨立于世的特殊價值得到高度肯定，習慣法正是其間維系該民族走過數千年艱苦里程最重要的文化寶典。然而，在“現代性社會”中，隨着知識現代化，特別是信息傳播的高速、高效和全方位發展，各民族間的地理距離和文化距離被迅速接近；“邊緣文化”、“民間非正式文化”被“中心文化”、“國家正式文化”吸納、化同甚至瓦解，羌族只有本族語言（屬藏語系藏緬語族羌語支），但無本族文字，靠口耳相聞方式傳承的習慣法資源，正在這一強大的文化整合運動過程中逐漸滅失，因而，研究羌族習慣法，實具有文化搶救的歷史意義。

本書側重對羌族習慣法的歷史形態和現實形態進行微觀考證，借助田野口碑資料、神話傳說史詩與漢文典籍互補互證的研究方法，力求客觀真實地描繪習慣法的早期淵源、主要內容、外載形式及其古今流變等，在此基礎上，再對習慣法與國家法的關係，習慣法文化與政治、經濟、軍事、宗教、道德、倫理的關係，習慣法文化與官方正統文化的關係等問題作力所能及的理論研析，以把握羌族習慣法及其文化特質演變發展的內在規律，預測其未來走向。需要申明的是，我無意也無能架構一套研究民族習慣法的工具理論和思維模式，但求通過單一民族的探索討論，對研究其他少數民族習慣法有所啟示，也為研究國家與社會、都市與鄉村、官方與民間、制度性與非制度性、正式與非正式等兩種不同文化的互動提供實證材料，拓展法學研究的視野。

透過羌族習慣法這一小小的學術之窗，或許還能為當今的法治系統工程找到一個新的視點。我國是多民族的統一國家，又是個農業大國，農業人口比例占總人口 85% 以上，城市與農村之間、漢族地區與少數民族聚居區之間，有着不同程度的經濟、文化差異，雖然這種種差異正在逐漸縮小，但絕無一夜間消失殆盡的道理，故落后區域存在與羌族習慣法類似的地方性知識系統，在所難免。無視它的存在，不僅在理論上容易導致人們長久停滯于對國

家制定法的單一研究途徑上,而且在法律實踐中,很可能會使制定出來的法律難以符合地方的民情土俗而終究難以貫徹實施。“法只是社會需要的產物”,^① 習慣法固然有個性強而共性弱的特點,但當此時此地的藝藝衆生尚需要它時,習慣法便有了滋生的土壤、運行的空間和存續的必要,它就是民間的法律,它造就了鄉土社會的秩序格局,不宜全以陳舊、落后蓋棺定論。國家法固然重要,當它不能整體涵蓋各地客觀實際時,人們對它的需求就不會變得主動、迫切;當人們真的需要它而又得不到它的調節保護時,亦不過是飄浮空中的心靈祈願罷了。因而,正視習慣法的存在進而研究之,研究其與國家法如何交融碰撞,如何排斥吸納,最終將習慣法中的合理因素導入國家法制的統一軌道,可以裨助法制建設的全面展開和深入落實,對民族地區法制建設更具有直接的現實指導意義。

謹以為願,亦以為序!

作 者

二〇〇〇年十一月

① [美].E.霍貝爾:《原始人的法》第6頁,貴州人民出版社,1992年8月版。

目 錄

前言(代序)

第一章 概念、工具和方法

第一節 習慣法界說	3
第二節 工具和方法	11

第二章 羌族習慣法探源

第一節 歷史與現狀	25
第二節 習慣法溯源	44

第三章 命盜·婚姻·生活勞作習慣與習慣法

——透視習慣法的實體內容

第一節 命盜	72
第二節 婚姻	87
第三節 生活勞作習慣與習慣法	116

第四章 人·神·法

——透視習慣法的程序內容

第一節 人與法	143
第二節 神與法	156
第三節 程序性習慣法的演變	174

第五章 羌族民約與習慣法

第一節	概述·····	187
第二節	羌族民約的特點·····	199
第三節	羌族民約的產生途徑·····	211
第四節	羌族民約的作用分析·····	217

第六章 羌族習慣法的文化個性及其儒家化

第一節	羌族習慣法的社會文化背景·····	229
第二節	羌族習慣法的文化個性·····	231
第三節	羌族習慣法文化的儒家化·····	254

第七章 羌族習慣法與國家制定法

第一節	采衛時代(即先秦時期)·····	279
第二節	郡縣時代(即漢魏六朝時期)·····	282
第三節	羈縻時代(即唐宋時期)·····	290
第四節	土司時代(即元明清時期)·····	293
第五節	改土歸流時代(廿世紀五十年代前)·····	298

第八章 清末羌區法律實踐專考

第一節	民間秩序與法律多元·····	306
第二節	法律運行與文化互動·····	311
第三節	剖開中國法律傳統的歷史切面·····	323

第九章 鄉土秩序與民間法律

第一節	習慣法構成了羌族的民間法文化傳統·····	332
第二節	習慣法與現代法制的融合與衝突·····	334

第三節 “法治”在民間的困惑	341
第四節 現代社會中鄉土秩序的構建	348

附錄：

1. 蒲溪神山行(一次調查紀行)	353
2. 《理縣蒲溪鄉鄉規民約》	356
3. 《汶川縣龍溪鄉垮坡村村規民約》	364
4. 《汶川縣龍溪鄉俄布村村規民約》	367

后 記

第一章

概念、工具和方法

一、習慣法界說

二、工具和方法

第一節 習慣法界說

搞清習慣法的定義，是研究羌族習慣法的基點。

但是，長期以來，理論界和司法實踐中以國家論法的思維定式，限制了人們對法作廣義的思考。歷史上，我國許多少數民族都未曾建立過國家，或雖建有國家却稍縱即逝，若固守國家與法的理論模式，堅持以國家的產生作為法產生的前提，那麼，研究少數民族習慣法便失去了理論依據而變得“無枝可依”，這無論對矢志此種研究的工作者，還是對有着异彩紛呈的習慣法文化的各少數民族，都是不公平的。為此，著者更傾向對“法”作較為寬泛的理解，霍貝爾在其《原始人的法》中說：“在任何社會里，無論是原始社會還是文明社會，法律存在的必要條件是社會授權的當權者合法地使用物質強制。”又說，“這樣的社會規範就是法律，即如果對它置之不理或違反時，照例就會受到擁有社會承認的、可以這樣行為的特權人物或集團，以運用物質力量相威脅或事實上加以運用。”^①換言之，法律的存在不一定以國家產生為前提，只要有某種實施物質強制的權力人或權力團體即可，這種權力來源于社會公眾的授與。贊成這種觀點，會使我們關於“法”的思維空間陡然變得開闊。縱向觀察，法存在于無階級社會的適時階段和階級社會的不同時期。十九世紀末到二十世紀中期，法人類學研究的最大成果就是打破了“法律是文明人才有的東西”的傳統觀念，“法人類學最大的發現，就是一切人類社會都有其法律制度”^②。橫向考察，法不僅包括國家訂立的強制實施的制定法，也包括在民間約定俗成的或社會公眾授權的權力團體制定的習慣法。法人類學、法社會學、法文化學等新興學科的誕生和發展，使法學研究的視角得以拓寬，習

① [美]E·霍貝爾：《原始人的法》第5頁，貴州人民出版社1992年8月版。

② 參見“原始法”《大英百科全書》第1037頁。

慣法的研究已不再是空穴來風。

一、種種觀點

關於習慣法，至今尚無足以統一人們認識的權威性定義，可謂百家異說，各領風騷：

美國《韋伯斯特詞典》：“習慣法是成文已久的習慣，不是成文法，因公認已久，遂致發生效力。”

英國《牛津法律大詞典》：“當一些習慣、慣例和通行的做法在相當一部分地區已經確定，被人們所公認并被視為具有法律約束力，像建立在成文的立法規則之上一樣時，它們就理所當然可稱為習慣法。……習慣法至今仍在世界上廣泛存在。”^①

美國哈佛大學法學院羅伯特·昂格爾教授認為：習慣法只是“反復出現的，個人和群體之間相互作用的模式”^②，因此也是一種自發形成的相互作用的法律。

《中國大百科全書·法學》：“習慣法指國家認可和由國家強制力保障實施的習慣。……在國家產生前的原始習慣不具備有法的性質。”^③

北京大學法律系法學理論教研室編《法學基礎理論》（新編本）認為：習慣法是“源于習慣并由國家認可的法律。”^④

孫國華教授主編的《法學基礎理論》認為：“習慣法是經國家認可并賦予國家強制力的完全意義上的法。”^⑤ 沈宗靈教授主編的高等學校文科教材《法學基礎理論》與此持相同觀點。^⑥

梁治平先生認為：“習慣乃是這樣一套地方性規範，它是在鄉

① 《牛津法律大辭典》第236頁，光明日報出版社1988年版。

② 《現代社會中的法律》第43頁，中國政法大學出版社1994年版。

③ 《中國大百科全書·法學卷》第87頁，中國大百科全書出版社1984年版。

④ 《法學基礎理論》（新編本）第37頁，北京大學出版社1984年7月版。

⑤ 孫國華主編：《法學基礎理論》第41頁，中國人民出版社1987年版。

⑥ 沈宗靈主編：《法學基礎理論》第89頁，北京大學出版社1988年版。

民長期的生活與勞作過程中逐漸形成；它被用來分配鄉民之間的權利、義務，調整和解決了他們之間的利益衝突，並且主要在一套關係網絡中被予以實施。”^①

上述種種觀點，自成其理，或者可以這樣表述，他們都緣着各自設定的研究角度，不同程度地揭示或接近了習慣法在某一方面的特質。理論研究總希望產生權威，而權威的產生又將禁錮理論的發展。一個有願從事習慣法研究的人，對這各不相同的思想主張，應抱持平和與包容的心態，不能因贊成此種觀點則批判彼種觀點，更不能為樹立自己的觀點而非議所有其他人的觀點。對一個事物的認識和再認識，總是一個漸進的多元過程，在沒有窮盡以前，所有結論都是階段性的，包括筆者對習慣法的認識。以此為鑒，在為習慣法下定義之前，我要先說兩句話：

第一，定義中吸收他們觀點之處，表明筆者贊成此種觀點，謹此致謝；

第二，定義中與他人觀點不一致處，絕無“人是其義，而非人之義”的意思，只是為自己設定一種研究習慣法的方法，以便作更深入的研究。

二、習慣法定義之我見

筆者認為，習慣法是在某一特定地區或特定群體中，因約定俗成或由公眾授權的權力團體制定的，表現為口誦或成文形式的，為眾人遵循的具有強制執行力的行為規範。為便于把握，還可將這一定義剖析得更細一些。

1、適用範圍。往往有人將習慣法理解為某一特定地區的具有法律功能的習慣規則，這種解釋亦無不可。但是，世界各地的一些少數民族，因未曾建立自己獨立的國家而無緣濡染國家制定法的

^① 梁治平：《清代習慣法：社會與國家》第1頁，中國政法大學出版社1996年版。

福音，他們所知所想無外乎本民族的種種習慣規則，而這些民族中，有的可能附着于一方土地而不再遠徙；有的則是游牧民族，因逐水草而栖變得居無定所，他們在草原上、在戈壁灘、在荒漠中、在江河旁，悠乎而來，又悠乎而去，遷徙生活使他們告別熟悉已久的故園，却無法割舍習慣已久的舊俗，固有的習慣法仍將被帶到另一個陌生的地方，一如既往地庇護着本族的子子孫孫。如果用“特定地域”說來界定習慣法的適用範圍，勢必會把某些游牧民族排斥在習慣法的研究領域之外，因為他們今年生活于斯，明年可能已到了距此千里之遙的遠方。因此，用“特定地區”和“特定群體”這兩個概念來界定習慣法的適用範圍，前者以靜態特征而適于定居民族的特點；后者以動態特征而適用游牧民族的特點，可以幫助拓寬習慣法研究的外延，對研究那些曾經游牧而後又定居的少數民族習慣法，尤有必要。

2、形成途徑。習慣法的產生不單靠約定俗成，公衆授權的權力團體制定習慣法也是另一重要途徑。仔細觀之，約定俗成當為習慣法最初始的產生方式。任何民族在初民社會都十分古樸，社會組織非常簡單，他們以血緣氏族為單位共同對付自然界和外族這兩大敵人，以求取生存。可以想象，當某種危害氏族公共利益的行為第一次發生，他們或許會束手無策，但出于氏族利益之需，又必須想出一個哪怕是十分拙劣的辦法來加以處理；再次出現類似行為，他們或許沿引第一次的做法，或者另謀他途；再三出現這種行為，人們或者又會尋找出第三種處理辦法……。如該種行為反復出現，人們會在多種辦法中挑選，固定其中最為適中合理的，以後凡遇類似情況，皆適用此辦法進行處理，其他任何辦法唯有屈尊，并被視為非法，這即是約定俗成。恩格斯說：“在社會發展某個很早的階段，產生了這樣一種需要：把每天重複着的生產分配和交換產品的行為用一個共同規則概括起來，設法使個人服從生產和

交換的一般條件。這個規則首先表現為習慣，後來便成了法律”。^① 如“同態復仇”，在任何一個初民社會都存在過，皆用來處理人與人之間的致人死亡和致人傷殘的行為。這種辦法絕非一開始就自然天成，必定是人類祖先在日常經驗中通過選擇而后才得以確定的。

公眾授與的權力團體制定習慣法是約定俗成的高級階段。氏族向外與其他氏族之間聯成部落，部落與部落之間形成部落聯盟，部落與部落聯盟首領得以產生，他們在處理危害群體公眾利益行為的問題上，因經驗積累而逐漸變得老練，遂代表公眾意志訂立一些約束部落成員行為的行為規範，用以維護社會的安定和生產的發展，壯大部落的力量，促成氏族統一體的形成，這種規範對各部落、各氏族都是公正無私的。如苗族有頭人訂立的“榔規”，羌族有首人、老人主持制定的“議話”規約。如果說約定俗成尚屬一種自發行為，那麼權力團體制定習慣法則局部帶有理性的自覺，從而使習慣法不致顯得散漫凌亂，而慢慢走向規範化的里程。恩格斯描繪處於“軍事民主制”時代的羅馬氏族社會說：“元老院（即羅馬人的權力團體）象雅典議事會一樣，在許多事情上有決定權，有權預先討論其中比較重要的事情，尤其是新法律。這些新法律，最后由叫庫里亞大會的人民大會通過。”^② 由於部落首領在歷史分期中屬於“軍事民主制”時期，因而他們制定的法規範的原始民主性特質不改，仍然代表了公眾的意志，從而與國家制定法的階級對抗性特征區別開來。

習慣法的這兩種形成途徑與國家制定法的產生途徑完全不同。它們生於民間，與國家法可能沒有任何聯系而在特殊的空間中發揮着調節民衆權利義務的功能，也可能在適當時機與國家法發生交融碰撞或者為國家所認可而漸與國家法精神相吻合，或者

① 《馬克思恩格斯選集》第二卷，第 538—539 頁，人民出版社 1972 年 5 月版。

② 《馬克思恩格斯選集》第四卷，第 123、124 頁，人民出版社 1972 年 5 月版。