

东 陆 法 律 文 库



主 编
徐中起
张锡盛
张晓辉

少数民族习惯法 研究

云南大学出版社

少数民族习惯法研究

主 编：徐中起 张锡盛 张晓辉

撰稿人：（以姓氏笔画为序）

牟 军 田成友 杨云鹏
张锡盛 张晓辉 徐中起

云南大学出版社

责任编辑 张丽华
封面设计 张继荣
责任校对 何传玉

少数民族习惯法研究

徐中起 张锡盛 张晓辉 主编

云南大学出版社出版发行

云南教育印刷厂印装

开本：850×1168毫米 1/32 印张：8.75 字数：219千

1998年5月第1版 1998年5月第1次印刷

印数：0001—1000

ISBN 7-81025-879-6/D·104

定价：16.00元

目 录

民族法研究的理论意义 (序)	徐中起 (1)
----------------	---------

第一编 习惯法与现实社会

所有权制度及其主体的行为方式

——云南民族学材料的考察报告	张锡盛 (11)
----------------	----------

传统文化与少数民族地区的刑事法律制度	张锡盛 (21)
--------------------	----------

传统习惯法与《婚姻法》的冲突

——云南少数民族婚姻家庭问题研究	张锡盛 (38)
------------------	----------

对接：国家制定法与民族习惯法的二元论	田成友 (50)
--------------------	----------

第二编 傣族习惯法研究

云南西部傣族法规初探	张晓辉 徐中起 张锡盛 (67)
------------	------------------

云南德宏傣族的封建法律	张锡盛 徐中起 张晓辉 (81)
-------------	------------------

论傣族原始禁忌的起源及社会功能	张晓辉 (93)
-----------------	----------

傣族早期法律初探	张晓辉 (101)
----------	-----------

第三编 佤族习惯法研究

西盟佤族习惯法初探	张锡盛 (117)
-----------	-----------

西盟佤族的习惯法与宗教	张锡盛 (133)
-------------	-----------

所有权制度与岳宋佤族传统分配制度面临 的新问题	张锡盛 (144)
佤族习惯法中的神明裁判	张锡盛 (153)

第四编 哈尼族习惯法研究

勐海哈尼族婚姻家庭习惯法的历史考察	张锡盛 (163)
论哈尼族的习惯法及其文化价值	张晓辉 卢保和 (182)

第五编 纳西族习惯法研究

纳西族先民的法意识刍议	杨云鹏 (197)
浅论纳西族先民的债权观	杨云鹏 (207)

第六编 少数民族法律史研究

南诏国法律制度研究	张晓辉 (219)
近代西藏地方司法制度简述	牟 军 (239)
试论吐蕃的刑事法律制度	牟 军 (250)

附 录

云南民族法律文化学术研究的回顾与展望	张锡盛 (260)
--------------------------	-----------

民族法研究的理论意义

(序)

徐中起

研究民族法是一项很有意义的理论工作。中国是一个多民族的国家，56个民族在长期的发展过程中形成了既互相交融，又各有特色的传统文化，其中当然也包括法律。我们如果不研究这些内容丰富的民族法，就很难写出一部能概括各民族历史的中国法律演进史，也难以丰富法的基本理论，完善对法律的总体认识。这项研究对现实的法制建设也有着一定的理论意义。概括地说，这项工作对了解内涵极为丰富的中国法律传统，建立有中国特色的中国民族法学是十分重要的。

—

中国是多民族共同缔造的统一国家，中华民族系指汉族和国内的各少数民族。因此，中国历史也应该是各民族相互交融的历史，但是我们的历史研究过多地偏重于对汉族的研究。著名史学家蔡尚思说：“现今研究中国各专门史，也不好以汉族为范围了，以汉族为范围的中国各专门史，不可能是整个的或比较完全的中国各专门史，如要认真地说，至多也只是汉民族的专门史，凡有冠以‘中国’二字的，都是以汉民族为限的，如中国文字学史只是汉民族文字学史，中国文学史只是汉民族文学史，中国艺术史只是汉民族艺术史，中国史学史只是汉民族史学史，中国哲学史只是汉民族哲学史，中国医学史只是汉民族医学史，其他均以此类推。”^①蔡尚思先生这段话大致上是符合中国各专门史研究状况的。从中国法律史的情况看，其主要的线索是历代中原王朝的法

律。从三皇五帝到清朝，对少数民族法律史和他们的法律文化研究甚少，当然也不能说一点都没有涉及。从一些有代表性的中国法律史专家的著作看，涉及少数民族法律史的主要有两个方面：一是对汉民族形成以前的中国法律史研究。杨鸿烈先生研究中国法制史从殷开始。^②蔡枢衡先生说中国法律始于五帝，^③在张晋藩先生主编的《中国法制史》中，中国法律起源于夏。从夏商到春秋战国，中国大地上生息着不同的民族，如传说中的黄帝族、炎帝族、南方的蛮族等，经过长时期的迁移和融合，至秦汉，才形成了汉族。^④如果这个观点成立，那么凡研究秦汉以前的中国法律史，都不是研究纯汉族的法律史，而是研究多民族的中国法律史。须指出，对秦汉以前的法律史研究，还是以中原为主，而且也并未把这个阶段的法律史作为多种民族的法制史来看，甚至很多学者尚没有这样的一种意图。二是对汉以后的一些以少数民族为主建立的朝代的法律的研究，如后魏、北齐、后周、辽、金、元、清。其中也提到以汉文化为核心的法律对其他民族法律的同化。杨鸿烈先生在研究后魏的法律时说：“后魏是中国历史上第一次以外来的鲜卑民族统治中国北部人民，他们原始的司法情形，确不脱野蛮幼稚的状态，如《魏书·刑法志》所说的‘置四部大人坐王庭，决辞讼，以言约束，刻契记事，无囹圄考讯之法，诸犯罪者皆临时处遣之’……但是他们历代的君主却异常努力要同化于汉人，所以编纂法典的事业，前后竟有九次以上”。^⑤从总体上讲，中国法律史的研究，无论是制度史，还是思想史，均是以中原为中心的研究，没有专门去研究其他民族的法律史，诸如生活在西北、西南的少数民族的法律，所以我们说中国法律史研究是汉民族法律史研究未尝不可以。汉族是中国的主要民族，以其为法律史的核心来研究，是符合史实的，但撇开少数民族的法律，毕竟是不全面的。今天我们研究民族法及其历史，可起到丰富中国法律史研究，还历史本来面目的作用。

法学基础理论，法理学等理论学科是法学的基本学科，到目前为止，还有一些问题尚未有比较清楚的说明。从不成文法到成文法的演进即是其中一例。文字是用来记述法律的，但文字不是从来就有的，口耳相传的不成文法是怎样进化为文字记述的法律呢？因为史料的缺乏，在回答问题时，很多著作只是作概括的说明，或者做一些从概念到概念的推导或采取回避的办法。例如，在《法学基础理论》这本教材中有一个专章“法的起源”，就没有回答由不成文法向成文法过渡这样一个问题。^⑥又如《法理学》这本大学用书中在“法的演进过程”一章中，也仅只是提到不成文法向成文法过渡，而无任何事例。^⑦如果我们有一些实例来说明，就会使这些学科变得更为丰富和完善，就不至于使法科学生在学习这样一些问题时为不能形成一条法律形成发展的清晰线索而苦恼。应当说明，西方的法律人类学对原始社会的法律现象有过专门的研究，但那毕竟不是对中国原始社会的研究。

研究民族法学，尤其是在云南研究民族习惯法，或许可以使包括由不成文法向成文法过渡的一些法学理论问题得到进一步的说明。云南有25个少数民族，经济文化发展水平各异，他们所保留下来的一些习惯法乃至成文法可起到活化石的作用。西双版纳保留下来的一些傣族法规，^⑧是文字记录的法律文件，其中有大量的法律规范，这些法律规范有一个特点，即不能肯定是政权机关颁布的，而且其中有相当数量的类似传说的文字，这种法律可以初步断定为是相互誊抄流传于民间的法律，随着研究的深入，如果能断定这些法规属民间对习惯法的记载，则可以成为一个法律从不成文法到成文法的例子。在很多少数民族中，都有一些口耳相传的习惯法，还未形成文字，属不成文法。这些口耳相传的习

惯法就是成文法产生以前的法律形式。^⑨云南著名史学家马曜（白族），通过西双版纳傣族土地所有权制度和西周井田制的比较研究，用当代可以获取的资料，弥补了研究西周井田制遇到的史料难以采集的不足，对这种特殊的土地占有形态作深入的研究，其成果在史学界产生了较大影响。^⑩此类例子很多，不一一而论。民族习惯法研究，将从很多方面丰富法学基础理论和法理学，也会丰富刑法、民法、诉讼法的理论。

三

研究民族法的理论意义不仅仅是丰富法学各个学科的理论，而且这种研究将创立一个全新的学科——民族法学。

在国外，一些学者将人类学研究方法应用于法律现象的研究，创立了法律人类学（Anthropology of Law）。英国著名法学家梅恩的代表作《古代法》是一部影响较大的法律史专著。^⑪在这部著作中，梅恩对早期的习惯法向成文法过渡等问题作了研究。虽然梅恩主要是根据史料对以罗马法为主的古代法进行研究，运用的主要是历史的和逻辑的方法，但是他所研究的问题以及他对古代法的观点对后来的法律人类学产生了广泛的影响。到本世纪，一些西方国家的学者，把法学的方法和人类学的方法结合起来，通过对一些现存的原始社会的调查研究，创立了法律人类学。法律人类学的目的在于从一个新的角度去认识和说明法律这样一种社会现象。正如著名法律人类学专家霍贝尔在他的名著《原始人的法》中所说：“两千年来，西方人的智力一直受到对法的研究的挑战。怎么可能更广泛地谈及这个问题呢？由于对法的一面之解回避了对法的总体认识，我们事实上对法的性质和功能的理解极为贫乏。法涉及面极广，其根须和枝叶已伸展到社会的每一个缝隙，造成对法的总体研究的困难。结果，与自然地产生法的社会根

源缺乏联系的孤立现象的来龙去脉多半被切断了。当我们能够充分认识法的性质，认识法的运行方式，认识法最实在的运行方式，认识人们对法的期望和恐惧之时，这种错误必将得到纠正”。^⑧霍贝尔认为法律人类学的目的是通过对较小的、有着单纯文化的社会群体的研究，提出研究法的性质和功能的范例，再通过与复杂的文明社会的比较，最终完善对法的认识。波斯彼雪尔循着这种思路对原始法和现代法作了比较研究。进一步对法的形式、特征、变化等问题作了阐述。^⑨以上分析表明以美国为代表的法律人类学是法学和人类学的交叉学科，其目的是力图使对法的研究成为一种实证科学，由于法律人类学在研究对象、方法和目的方面的特点，其自身也成为有一个有特色的独立的学科。

我国民族法研究与法律人类学有相同的方面。民族法研究的重要内容之一是被称作人类学意义上的“活化石”的原始社会的“法”，也要进行一种民族的法和其他法的比较研究，在方法上，也比较注重法律人类学的以田野调查为主的实证方法。但是，二者也有不同的方面。民族法研究的不仅仅是原始社会的“法”，它还要研究从原始社会到现在的演进，以期向人们更清楚地展现法的发展过程这一历史链条的每一个环节。从研究范围看，除了研究包括禁忌、习俗、成文法以及它们的文化背景外，更重要的一个方面，它还要研究具有中国特色的民族区域自治法律制度，以及研究中国法律在少数民族地区的实施。这三个方面的研究构成了民族法研究的主要内容，表明了民族法的研究范围，也表明了它与法律人类学在范围、对象、目的和性质上的区别，还表明了它不仅有理论意义，而且有实践意义。就民族法学的文化学功能而言，也不完全同于法律人类学。中华民族多元一体的历史与现实，决定了民族法研究不是比较文化背景截然不同的法，而是比较你中有我，我中有你的不同民族的法，^⑩其目的是认识、总结和扬弃中华各民族共同创造和共同拥有的中华民族的法律文化传统。中

华民族有五千年的文明史，文化积淀极深，传说、文物、典籍浩如烟海，这决定了民族法学必须注重史料，注重历史的方法。这也是民族法学在方法上的一个重要特点。

近年来，国内一些学者开始研究民族法，形成了一批研究成果。这些成果涉及到民族区域法律制度、^①中国法律在少数民族地区的实施、^②民族法律文化^③等方面的内容，有专著，也有论文，还有综合性的民族法论著。^④1994年3月，云南大学法律系和台湾东吴大学法律系在昆明共同举行民族法理论研讨会，揭开了海峡两岸学者共同携手研究中国民族法的新页。可以说有中国特色的民族法学的建立已是指日可待。目前在国外，尚无民族法学这样一个学科，可以这样说，民族法学的建成，不仅将丰富中国的法学，而且必将在世界法学之林占有一席之地。

注 释

①蔡尚思《中国各民族的血统与文化》、《文汇报》1984年4月9日第三版。

②杨鸿烈《中国法律发达史》上册，商务印书馆1930年版，第14页。

③蔡枢衡《中国刑法史》，广西人民出版社1985年版，序言第2页。

④葛伯赞主编《中国史纲要》第一册，人民出版社1979年版，第59页。

⑤杨鸿烈《中国法律发达史》上册，商务印书馆1930年版，第245页。

⑥孙国华主编《法学基础理论》，法律出版社1982年版，第31—44页。

⑦李肇伟《法理学》1979年版。

⑧见张晓辉、徐中起、张锡盛《云南西部傣族法规初探》、《中外法学》，1991年第一期。

⑨宋恩常《云南少数民族研究文集》，云南人民出版社1986年版，第544—545页。

⑩马曜、缪鸾和《从西双版纳看西周》、《学术研究》，1963年第1、3、5期。

⑪梅恩，H.J.S《古代法》，商务印书馆1959年版。

⑫译自 E·亚当森·霍贝尔 (E. Adamson. Hoebel) 所著《原始人的法》(The Law of Primitive Man) 的序言, 纽约, Atheneum、1972 年版, (该书曾于 1954 年由哈佛大学出版社出版)。

⑬里波尔德·波斯皮雪尔 (Leopold. Pospisl), 《Athropology of Law: A Comparative Theory》(法律人类学: 一种比较理论, Harper and Row. Publishers, Inc 1971 年版)。

⑭费孝通等著《中华民族多元一体格局》, 中央民族学院出版社 1989 年版。

⑮史筠《民族法制研究》, 北京大学出版社, 1986 年版。陈云生主编、松花穆林、徐至善等副主编《民族区域自治法精义》, 人民出版社 1991 年版。

⑯张晓辉主编、张锡盛、陈云东副主编《中国法律在少数民族地区的实施》, 云南大学出版社 1994 年版。

⑰张晓辉《民族法律文化初探》,《现代法学》1993 年第四期。

⑱王天玺《民族法概论》, 云南人民出版社 1988 年版。

(原载《思想战线》1994 年第 4 期)

第一編

习惯法与现实社会

所有权制度及其主体的行为方式

——云南民族学材料的考察报告

张锡盛

党的十一届三中全会以来，进行了农村经济体制的改革，从而使农村的经济形势发生了巨大的变化，使农业生产十余年来获得了持续而稳定的发展。然而农业生产责任制，尤其是土地包干到户的责任制在云南少数民族地区的实施，却出现了不同的效果。在回族、白族和傣族等部分少数民族地区，由于实行了土地包干到户的责任制，其农业生产和全国其他地区的农村一样，取得了显著的成绩。而在独龙、拉祜、佤、怒、傈僳、景颇等民族地区，就普遍的情况而言，实行土地承包到户责任制的效果却要差一些。他们当中的一些落后的部分甚至还出现了“一大二公”时期未曾出现的倒退现象。1988年11月11日《云南日报》以“承包到户遇难题，不解难题难致富——绿春县半坡乡傈僳拉祜族不善家庭经营生产滑坡”为题，报道的该村承包后导致生产滑坡的情况就属此种类型。在承包前实行集体化生产时，该村拉祜族已经开始从原始的“刀耕火种”向传统农业过渡，从1972年开始逐年开田种植稻谷，至70年代末，全村已开田近百亩。人均产粮也逐年有所提高。“实行土地承包到户后，全村辛辛苦苦开垦出的近百亩良田一度被丢荒，不少人又搬进深山老林”。后经地方党委和政府四处寻找，多方动员，才陆续出林定居。但原有的田始终未能栽完，到1988年仍有55亩田荒芜。导致水田丢荒闲置的原因，并非劳动力转入其他产业，也非粮食生产过剩。“未种田的人家并没有搞其他产业”，而人均产粮1987年仅391斤。^①

与新确立的所有权制度紧密相联的是商品经济的发展。随着土地承包到户使用之后，农民对土地的出产品就有了收益权和处

分权。农户在商品经济中作为民事法律关系的主体，其作用也随之增大。它不仅要对土地进行投入和经营，而且要对产品进行销售。因此，就经济而言，家庭已不再像“大锅饭”时期仅为消费和人口再生产的单位，其职能已扩大为维持生产和再生产的基本单位了。这就与商品经济发生了紧密的联系。引起人们注意的是，全国一般农村和云南部分少数民族地区在新的所有权制度适应商品经济这一点上，并没有太大的困难，他们都在商品经济的洪流中经受住了锻炼，有的还成为专营商业的能人。但是在上述不能适应新的所有权制度的一些少数民族当中，则往往缺乏此种能力而处于被动的地位，甚至连以户为单位经营土地所要求的诸如购买农药、化肥，销售农副产品的经商能力都较为缺乏。云南德宏傣族景颇族自治州近年来，由于在实行农业生产责任制的同时发挥了对外开放发展边境贸易的优势，不但农业生产连年丰收，而且商品经济得到了前所未有的发展，一些农户也因此而走上了经商的道路。但从民族个体商户的发展情况看，民族与民族之间却存在着巨大的差距。对外开放以来，德宏州工商管理部门对发展民族工商业极为重视，积极派员深入基层走村串寨，启发动员各少数民族群众办理执照，经营商业。在此背景之下，几年来该州少数民族个体商人队伍发展迅速。1983年，全州少数民族工商户为454户，从业人员581人，到1986年发展为2236户，从业人员2998人。然而到了1988年，少数民族工商户和从业人员却呈下降趋势，工商户为1316户，从业人员为1645人。与此同时，汉族个体工商户和从业人员却呈上升趋势，工商户增长了16.4%，从业人员增长32%。1986年少数民族个体工商户占全州个体工商户总数的31.8%，到1988年仅为14.9%。而在少数民族个体工商户当中，傣族个体商人队伍相当稳定；被淘汰的大多是解放前尚处于原始社会末期的景颇、傈僳、德昂等民族的个体商户，淘汰率高达60%以上。^②