

 中国社会科学院青年学者文库

胡 绳/主编

论法的成长

——来自中国南方山地法律民族志的诠释

张冠梓/著

社会科学文献出版社

论法的成长

——来自中国南方山地法律民族志的诠释

● 张冠梓 著

中国社会科学院青年学者文库

社会科学文献出版社

图书在版编目(CIP)数据

论法的成长:来自中国南方山地法律民族志的诠释/张冠梓著. —北京:社会科学文献出版社,2000.4

(中国社会科学院青年学者文库)

ISBN 7-80149-293-5

I. 论… II. 张… III. 少数民族-法制史-研究-中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 01827 号

·中国社会科学院青年学者文库·

论法的成长

——来自中国南方山地法律民族志的诠释



著 者: 张冠梓

责任编辑: 斯 哲 魏 军

责任校对: 同 文 飞 音

责任印制: 同 非

出版发行: 社会科学文献出版社

(北京建国门内大街5号 电话 65139963 邮编 100732)

网址: <http://www.ssdph.com.cn>

经 销: 新华书店总店北京发行所

排 版: 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷: 北京人民文学印刷厂

开 本: 850×1168 毫米 1/32 开

印 张: 20.5

字 数: 521 千字

版 次: 2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-80149-293-5/D·037

定价: 37.00 元

版权所有 翻印必究

·中国社会科学院青年学者文库·

编辑委员会

主 任	胡 绳			
副 主 任	汝 信			
编 委	王仁湘	王逸舟	王缉思	白 钢
	刘欣如	汪同三	沈家煊	李 扬
	李培林	陈佳贵	张晓山	张蕴岭
	杨 义	郑成思	卓新平	赵一凡
	郝时远	彭 卫	景天魁	
执行编委	王 正	刘白驹	刘迎秋	朱渊寿
	何秉孟	李正乐	杜晓山	周志宽
	周明俊	金 泓	章绍武	黄浩涛
	黄燕生	谢寿光	蔡文兰	
秘 书 长	蔡文兰			
副 秘 书 长	朱渊寿	黄燕生		

出版说明

一、本丛书选收中国社会科学院青年学者的优秀学术理论著作，旨在扶植青年，繁荣学术。

二、选题范围为中国社会科学院的各个学科门类，著作范围不限，惟以学术水平和社会效益为标准。

三、国家重点课题、中华社会科学基金课题、青年社会科学基金课题、中国社会科学院重点研究课题及青年科研基金课题的成果是本丛书选收的重点。

四、入选著作的作者年龄均不超过 39 岁。

五、本丛书由“中国社会科学院出版基金”资助出版。

·中国社会科学院青年学者文库·

总 序

中国社会科学院拥有一支朝气蓬勃的青年研究队伍，他们多数是毕业于本院研究生院和全国许多著名大学的博士生、硕士生，有的曾出国求学。他们接受过严格的专业训练，基础知识扎实，目光敏锐，视野开阔。目前，在经济学、哲学、宗教学、社会学、法学、国际问题、文学、语言学、史学等主要学科领域，正在有越来越多的青年研究人员承担起重要的研究工作。他们中间有的已经崭露头角，有的已经成为博士生导师、学术带头人，在学科建设和发展中起着重要的作用。

在社会转型时期，社会主义市场经济既为社会科学提供了机遇，同时，研究事业也面临着诸多困难和新问题。其中一个亟待解决的困难就是学术著作出版难的问题。社会科学研究主要是通过论著的形式作用于社会，出版问题得不到解决，研究成果就难以产生其应有的社会效应，研究人员的劳动价值也就得不到社会的承认。目前，学术著作出版难已经成了一个困扰研究人员的普遍的社会现象。名家的著作尚且难出版，青年人的就更难了，对青年科研人员来说，学术成果能否被社会所接受比物质生活待遇好坏似乎更为重要。因此，如何解决好这个问题，是关系到科研队伍的稳定和研究事业后继有人，兴旺发达的根本问题。值得庆幸的是，在这样的情况下，社会科学院仍然有相当一部分青年学者兢兢业业，埋头苦干，致力于学科建设和研究事业，在比较艰苦的科研环境和条件下不断做出成绩，这是令人钦佩和感人至深的。从他们身上，不仅能看到可贵的爱国情操和献身事业的精

神，还能看到社会科学研究事业乃至社会主义中国的希望。有这样的精神风貌，相信他们必将能够成为跨世纪的栋梁之才。

出版《中国社会科学院青年学者文库》既是基于学术研究事业的考虑，也是为了实实在在地帮助青年学者，解决他们学术成果出版难的问题。通过丛书的编辑出版，一方面让青年学者辛勤所得能够得到社会的承认，另一方面让他们的成果接受社会和实践的检验和学界的评判，以利于提高他们的水平，促使他们尽快成才。繁荣学术，扶植青年，我想这是编辑《文库》的两个最重要的宗旨吧。

至于《文库》能不能起到这个作用，有没有好的社会效果，就取决于大家的努力和合作了。若干年后再来看这件事情，也许就清楚了。

胡 绳

一九九四年一月三十日

解放数十年来，中国学术界虽进行过多次民族调查，所获资料丰富，但对这一课题仍缺少研究。本书作者选此课题，十分重要。……作者在观点方面，以马克思历史唯物主义与法哲学为指导进行研究。所用方法是把中国传统研究方法与西方的文化人类学研究方法相结合进行的。参考的资料很广泛，其中包括了中国古代有关的历史文献，尤其是解放以来历年进行的民族社会历史调查报告，还有近年出版的民族学研究成果。对国内外历史学、人类学和法学的新著等也多有参考。这些对于本书作者的宏观与微观研究都有极大的助益。

——张传玺

(北京大学历史学系教授)

本书采用西方法人类学对于法及其演变的观点和方法，依据本世纪上半叶中国南方山地民族的资料，逐一分析南方各山地民族的内部社会和外部社会，以及这种内外社会所包涵的诸如生态环境、经济方式、政治制度、宗教形态、文化传统等方面的社会和文化因素，以此寻求法的起源和演变的普遍原因。从个案分析中，得出一般的结论。这种探讨是成功的，是一部很有开拓性的学术论作。

——李贵连

(北京大学法学院教授)

张冠梓同志撰写的《论法的成长》一书，是一部有重要学术价值和现实意义的力作。长期以来，中国学界对少数民族法律文化缺乏系统深入的研究，依据南方山地的法律民族志资料探讨法的起源、演进等重大理论问题的论述尚处于初试阶段，且十分局限和粗浅，这部论著以开拓研究的精神，从多个层次和角度对这一被忽视的领域进行了阐发，提出了许多给人以启迪的创见，是一部运用法人人类学研究法的起源和演进、富有扎实理据和理论色彩的优秀论作。

——杨一凡

(中国社会科学院法学研究所研究员)

目 录

绪 论	1
第一章 概念、材料与方法	11
第一节 关于法的释义	11
第二节 关于法的进化的解释	29
第三节 材料运用与方法问题	50
第二章 经济文化类型与法的自然演进	64
第一节 通过经济文化类型观察固有法的意义	64
第二节 俗成习惯法：以独龙、布朗、佤等族为例	68
第三节 约定习惯法：以凉山彝族为例	82
第四节 准成文习惯法：以大瑶山瑶族为例	100
第五节 初阶成文法：以西双版纳傣族为例	121
第三章 经济形态与法的变迁	145
第一节 社会生产发展水平与固有法的变迁	145
第二节 群体内的经济协作与分工：权威的形成及其 法律职能的专门化	172
第三节 群体间的社会分工与商品交换：权利与义务 意识的培养及其普遍化	191
第四节 经济事件与经济行为在南方山地民族固有法 中的体现	230

第四章 制度文化与法的变迁 ·····	271
第一节 无国家社会的政治：群体内部的秩序安排·····	271
第二节 调解与武装冲突：群体之间的纠纷解决·····	315
第三节 南方山地民族的多元主义法律传统·····	327
第四节 族际互动与法的制度性演化·····	351
第五节 民族区域自治法：多元法律的现实例证·····	366
第五章 法律成长过程中的宗教性因素 ·····	396
第一节 自发宗教：南方山地民族固有法的起源与 精神基础·····	396
第二节 禁忌：类同于法律属性的初级社会控制形态·····	453
第三节 神判：神灵意志下的法律行为·····	469
第四节 外来宗教的传播与法的因变·····	496
第六章 从民间传承系统看法的演变 ·····	514
第一节 社会价值：观念的传播与法的跃迁·····	514
第二节 习惯：民俗在法律演进中的角色意义·····	530
第三节 石碑·铜鼓·印玺：从民间传承的象征符号 系统所见法的变迁·····	542
第七章 从南方山地民族的传统法律文化诠释法的 一种成长模式 ·····	554
第一节 法律成长诸因素及其作用模式·····	554
第二节 静态观察：南方山地民族法律文化的 结构特征·····	567
第三节 动态观察：南方山地民族法的逻辑演化·····	592
第八章 简要的结论：法的成长——一个文化上的命题 ·····	603
附录一 主要参考文献 ·····	617
附录二 重要术语索引 ·····	625
后 记 ·····	642

绪 论

学术界曾有这样的观点，所谓历史研究就是现在与过去的永无休止的对话。法律史作为一门专门史，对法及其变迁的研究其实也是如此。从管子到沈家本、从柏拉图到昂格尔、从混沌初开的“野蛮社会”到后现代时期的文明社会，无不是以适当的方式——语言、行为或著述——表达着自己对法的理解。于是，“法”出现了成百上千种的概念，法的演变也被描绘成许许多多幅图景。究其实，乃是不同的时空背景、不同的社会条件、不同的人生感验在造就和更新着纷繁多彩的法律知识；同时，社会和社会进步的需要也在不断地激发着法与法学的成长，并一再调整着由于知识的局限、盲从、傲慢或偏见而造成的对法的认识上的片面与歪曲。至少在中国，目前法学界便强烈地感受到了这种“激发”；同时却也总是为之所困扰。譬如在实现法治的问题上，如何继承传统和怎样移植西方法律，在很大程度上恰恰因为对法的含义的理解存在着不同，而导致了不同的主张或政治行为。因此，对于诸如中国这样一个文明体的变迁而言，这既是一种机遇，也是一种挑战。

众所周知，在人类文明发展史上，法治化曾作为西方社会的重要经验之一，如同他们的物质文化、精神价值一样，在世界范围内得以广泛地传播或被借鉴。中国近代化的历程也由此被注定要走向法治之路。诚然，法治化可以为中国的经济、社会与文化的转型以及秩序重建起到重要的推动和保障作用。然而，当一些法学家热衷于“依法治国”并积极投身于构建一套宏大的法律体系与规范时，却发现自己陷入了重重困境，譬如伴随着国家制定

的法律、法规急剧增加，以及公检法机关的渐趋完备，法律的现实有效性和实际运用却呈相对下降的趋势，规避以及违反法律的现象越来越多，特别是在农村更是如此。这说明，关于建设有中国特色的社会主义法治的探索，仍有着在理论与实践方面进行极其艰巨的分析和探索的历史使命。

形成这种状况的原因，可以从多个方面加以考虑。原因之一，是由于过分迁就现实的需要使一些学者变得急功近利，从而忽略对本土资源的认真分析，草率地借鉴西方社会的“法”。而传统的条块分割、专业单一的教育模式和知识体系（譬如一些历史工作者缺乏法理学的起码知识，法学家不懂得人类学等）又使一些学者往往鲜有对作为一种文化现象的法的综合控驭与反思能力。再者，几乎已被公认的法学作为学术的幼稚及其对政治的过于依赖，也使得一种健全而相对独立的法学评判机制尚未诞生。因此，在某种意义上说，这是一个运用中国自己的知识与价值观念来解释自身的固有法尚显得十分困难、却又变得愈来愈必要的时代。

本书就是适应这种时代的产物，只是把焦距调得更远，注目于什么是法、法是如何演变的、法及其变迁的文化背景等一系列更为基本的问题，并通过 20 世纪上半叶中国南方山地民族的特殊的背景及其具体条件来加以说明。迄今为止，法学界和人类学界在这一领域的探索尚在初试阶段，或笼统地记述某个民族的习惯法的内容，或一般性地罗列、整理、汇集各个民族的习惯法，或剪裁某个民族的习惯法“条款”，以编织成研究者自己心目中已经预设好了的该民族的习惯法。自然，这些成果尽管有这样或那样的缺点，却是本文和以后从事这一领域研究所不可或缺、难以替代的资料来源和参鉴对象。不过，凭借南方山地民族丰富多彩的传统法律文化资料，使之以类相从，纵横比较，用以说明法的成长等一些理论问题，据笔者所见，前此尚属空白。本书的主要目的是论述法的成长，包括在法的成长过程中该社会内部的各种

因素如生态基础、经济方式、政治制度、宗教形态、文化传统等，该社会外部的各种因素如来自中央国家政权和异族群的政治、宗教、文化等对法的形成、演变所起的决定或影响作用；法律成长的经验性特征（以南方山地民族为例）；法律成长的逻辑性特征；以及通过上述分析得出的基本结论：法律变迁的过程是一个文化系统综合变迁的过程，实现法律现代化必须是在充分认识和依据中国自身的法律文化资源的前提下，合理地借鉴、汲取、移植西方社会的法律文化。

为此，本书首先展开了法是什么的讨论。在概括、比较了西方法学史上几大法学流派关于法的含义的诸多见解（如自然法学派的理性法、分析主义法学派的规则法、社会学法学派的“活法”）后，笔者认为法人类学家关于法既是一种“地方性知识”、又具有共同的基本属性的一些观点，不仅避免了西方传统法学各流派的西方价值中心主义倾向、或唯灵论、唯规则论等思想，而且使非西方社会的一些法律现象和西方法律一样具有了共同的属性和比较基础，因而被确立为本书认可的对法的含义的理解和谈论法的成长等问题的前提。换言之，本书对于什么是法的理解基本上依据了法人类学的相应观点，即确认是不是法的根本标准在于一种社会控制现象是否具备了法所应有的4个属性：权威、普遍适用的意图、权利与义务的关系、制裁。同时在比较、分析了西方法学家关于法律进化的各种理论的情况（如梅因的“从身份到契约的运动”理论，韦伯的4种法律类型理论，昂格尔的习惯法、官僚法和法律秩序理论等）下，认为法律的进化不单是它自身变迁的问题，而且——更重要的是——它是整个人类社会及其文化变迁的一部分，研究法的成长问题应当在考察该群体的法律现象的同时注重考察它的非法律因素；而且还认为衡量法律进化的尺度是一种社会控制现象是否和如何具有、完善了上述的4个属性，即权威化水平的提高、制裁制度的变化、权利和义务关系分化的程度等。上述一些法学家的见解只是从某个角度对法的观

察与描述，或至多是西方社会的方性经验和知识。

为了使本书的论证以及所得出的结论更具客观性，有助于读者的全面认识，笔者还对书中涉及到的一些材料与方法问题进行了特别说明。比如对所使用的实证素材进行了界定和评估，大致是以 20 世纪上半叶南方山地民族的各种类型的习惯法为分析实例，并指出这些材料所存在的长处和不足，如笔者进行的田野调查不多、二手资料又存在理论预设以致影响了资料的客观性以及可能具有的非专业性缺陷等；同时就笔者的研究手段与方法进行粗浅的检讨，如对本书中理论预设的自我评价、客位观察、专业术语对乡村术语的可能会出现的误读等。

本书的主体论述部分是以南方山地民族为具体例证而对法的成长问题展开的讨论：①根据南方山地民族不同的经济文化类型，将其分成刀耕火种民族的俗成式习惯法（以独龙、布朗、佤等族为例）、山地耕牧民族的约定式习惯法（以凉山彝族为例）、山地耕猎民族的准成文式习惯法（以大瑶山瑶族为例）、丘陵稻作民族的初阶式成文法（以西双版纳傣族为例）。通过分析生态环境、生计方式、文化传统等经济文化类型要素对各民族的固有法的决定或影响作用，以“内部取向”（internal approach）方式探求法的自然演进特征。②通过经济形态的变迁来分析法的演变，主要论述了社会生产发展水平与固有法的形成与演变，从群体内部的经济协作与分工的角度论述了权威的形成及其法律职能的规范化，从群体间的社会分工与交换论述了群体成员的权利与义务意识的培育及其分化。③通过国家政权与该地区之间、该地区族际之间的互动关系，分析了法的制度性变迁。如主要论述了中国自古以来直至当代的民族区域自治制度在该地区所表现出来的法律多元主义传统，并分别以南诏地方政权和瑶族石牌律为具体的研究个案说明之；又，通过分析具有平等关系和代偿关系的各个民族之间的文化交流，说明族际互动对一个民族固有法变迁的影响。④自发宗教（原始宗教）和外来宗教与法的起源、变迁有着

千丝万缕的联系。本文论述了南方山地民族的自发宗教教义、禁忌、神判对其固有法的自然成长所具有的启迪、示范意义；同时分析了外来宗教如道教、佛教、基督教等对该地区各民族固有法的影响。^⑤除政治、宗教等因素外，文化传承和传播还有其他许多内容。本书仅从道德、象征物的意义等角度加以论述，旨在说明法的成长存在着复杂的社会环境。总之，本书分别从经济、政治、宗教、文化等几个角度、以南方山地民族的固有法为实证材料，对法的成长问题进行了较为系统的说明。

作为结论部分，本书总结式地分析了自然环境、经济、政治、宗教等因素对法的成长所起的作用及其方式。在这些因素的综合作用下，南方山地民族传统法律文化在静态上表现出来的结构特征，如在法律价值上的神意决定一切、法意伦理化、狭隘的排异倾向，法律规范上的诸法合体、内容的欠准确、司法解释的任意性、诉讼程序的不完善、刑种的粗略，以及法律体系上的多元主义特点等。同时力图由此看出，南方山地民族固有法在动态上的逻辑演变情况，如独龙、布朗、佤等刀耕火种民族习惯法的俗成特征，凉山彝族等山地耕牧民族习惯法的约定特征，大瑶山瑶族等山地耕牧民族固有法的准成文化、规则化特征，西双版纳傣族等丘陵稻作民族固有法的成文化、法典化特征。从俗成化、约定化、规则化、法典化存在不同特点的角度，反映了南方山地各民族固有法在法律渊源方面的演进特征；从阿佤理（佤族习惯法）、节威（彝族习惯法）、石碑律（瑶族习惯法）、《西双版纳封建傣族封建法规》存在差等的角度，反映了南方山地各民族固有法在法律表现形式上的演进特征；从窝朗和山官、毕摩、石碑头人、召片领及其议事和司法机构的不同特征，反映了南方山地民族固有法权威化水平的不断提高；另外，通过考察该地区各民族固有法，还可见制裁制度的演进和权利与义务的不断分化，等等。全书由此得出一般性结论：法的成长、变迁、现代化，从根本上说是一个文化变迁的过程，在合理地借鉴、汲取、移植异文

化的法律规范的同时，应首先、根本地研究、继承本土文化的优秀法律传统。

由于以中国南方山地民族的法律民族志资料来洞见法的一般演进等问题，因此分析法律与该地区的经济、社会和文化等一系列因素的互动关系便成为本书的主要内容，而所有这些经济、社会和文化因素都被传统的民族学、人类学界统称之为“文化”，于是我们对法的演进就须放在这种大的文化框架下来探索。关于文化及其结构，一直是学术界争论不休、莫衷一是的话题。在中国民族学界，对“文化”一词的解释大致为：文化是人们在体力劳动和脑力劳动过程中所创造出来的一切财富，包括物质文化和精神文化，以及人们所具有的各种生产技能、社会经验、知识、风俗习惯等。^①关于其结构，也有众多分类方法，如有二元结构说、三元结构说、四元结构说乃至多要素说等。笔者在此择取“物质文化、行为文化、制度文化、精神文化”的四分类法作为本文的观点，^②并大致作为划分本文篇章结构的依据。所谓物质文化是包括衣食住行用及劳动工具等物化的文化现象，本书的第二章及第六章第三节的内容较多地探索了法与这一层次文化的互动关系；行为文化包括人的行为模式、生活方式、生产方式、婚姻与家庭方式及各种风尚习俗、节日等，本书的第二章较多地探索了法与这一层次文化的互动关系；经济形态包括社会生产力的基本发展状况，以及有关的生产、分配、交换等内容，是影响法的变迁的极其重要的因素，本书的第三章从社会生产力的发展对一个族群固有法的影响、从一个群体内部的经济协作与分工对权威的形成及其法律职能的专门化、从群体间的社会分工与商品交

① 据法国社会心理学家 A. 莫尔的统计，在 20 世纪 70 年代，世界文献中的“文化”定义为 250 余种。可参见林耀华：《民族学通论》（修订本），第 379—384 页，中央民族大学出版社，1997。

② 郑晓云：《文化认同与文化变迁》，第 32—35 页，中国社会科学出版社，1992。