

少数民族地区

习俗与法律的调适

以云南省金平苗族瑶族傣族
自治县为中心的案例研究

方慧 主编



中国社会科学出版社

D922.154

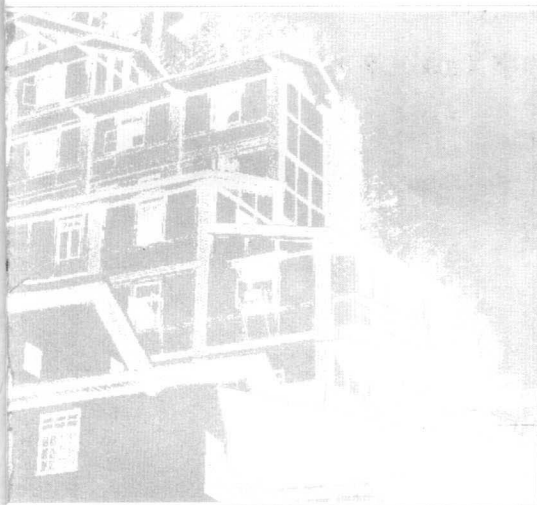
5

少数民族地区

习俗与法律的调适

以云南省金平苗族瑶族傣族
自治县为中心的案例分析研究

方慧 主编



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

少数民族地区习俗与法律的调适：以云南省金平苗族瑶族傣族自治县为中心的案例研究/方慧主编. —北京：中国社会科学出版社，2006.4

ISBN 7-5004-5587-9

I. 少… II. 方… III. 少数民族风俗习惯 - 关系 - 法律 - 研究 - 中国 IV. D922.154

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 032695 号

出版策划 任 明
责任编辑 安 雨
责任校对 石春梅
封面设计 弓禾碧
技术编辑 张汉林

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2006 年 4 月第 1 版

印 次 2006 年 4 月第 1 次印刷

开 本 850 × 1168 1/32

印 张 13.25

插 页 2

字 数 342 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

《少数民族地区习俗与法律的调适》

编 委 会

主 编 方 慧

副主编 曹文武

课题组成员 胡兴东 王启梁 王 鑫
欧剑菲 马绍红 许慧明

少数民族地区习俗与法律调适研究

课题组人员名单

- 主持人** 方 慧 云南大学法学院博士、教授、博士生导师
曹文武 金平县政法委副书记
- 成 员** 胡兴东 云南大学法学院法学博士、云南大学法学院
讲师、硕士生导师
王启梁 云南大学法学院法学博士、讲师
王 鑫 云南大学法学院法学硕士、云南大学法学院
讲师
欧剑菲 云南大学法学院法学硕士、云南财贸学院教
师
马绍红 云南大学法学院法学硕士、云南警官学院教
师
许慧明 云南大学法学院法学硕士、扬州市人民政府
公职律师

前 言

金平苗族瑶族傣族自治县是云南省红河哈尼族彝族自治州的一个县，境内居住着八个民族（苗、瑶、傣、哈尼、彝、拉祜、壮、汉）和未定族系的芒人。金平地处云南南部边境，与越南接壤。由于历史的原因，受山地交通不便等因素的制约，外界对金平的情况了解不多。2001年3月，云南省民族伦理学学会年会在金平召开，我作为理事前往开会。到了金平，凭着民族学工作者特有的敏感，我意识到金平是少有的保存原生态民族文化较多，进行民族调查和民族研究工作极好的地方。作为民族法学的研究者，我更关注的是这个多民族地区国家法律的实施情况和各少数民族中的法制状况。在金平，我有幸认识了当时的金平县县长张睿同志和金平县政法委副书记曹文武同志，就我关心的问题向他们请教。在交谈中得知，我们关注的少数民族地区习俗与国家法律的调适问题，也是他们在工作中经常碰到并十分关注的问题。他们迫切希望在工作中遇到的这些问题得到妥善解决，并能得到学者的帮助，而我们也非常希望在国家法与民间法关系的研究中能在少数民族地区找到翔实可靠的案例。应该说，双方的目标是一致的，都是希望找到妥善调适少数民族地区习俗与国家法律的途径，使金平地区的民族法制工作得到长足进步，金平这个多民族地区具有和谐的社会氛围，为金平经济的迅速腾飞创造条件。在开会期间，双方达成初步意向性协议：由云南大学法学院和金平县政法委组成课题组，共同对这个问题进行研究。回昆后，我向法学院领导作了汇报，得到法学院领导的大力支持，决定在金平县建立云南大学法学院民族法学调查基地，组织研究生

前往金平进行课题调查。

2002年课题正式启动，云南大学法学院的教师和研究生先后四次前往金平进行实地调查。调查工作得到了金平县政府、金平县人大、金平县政法委、金平县法院、检察院、公安局、林业局、环保局、档案馆、妇联等有关单位的大力支持；同时也得到了所到乡、村的各级干部和各族群众的热情帮助，使调查工作得以顺利进行。我们围绕少数民族地区习俗与法律的调适问题的主题，从与各族人民生活息息相关的民间纠纷解决、村规民约、农村法治秩序建构、婚姻家庭、拐卖妇女、生态环境保护、刑事纠纷等方方面面进行考察。个案涉及哈尼、傣、苗、瑶、彝、拉祜等多个民族，从苗族村寨到傣家竹楼；从瑶村的地头到苦聪人的高山住所；从哈尼族的火塘边到彝族的山寨都留下了调查者的足迹。我们通过对有关单位和当事人的访谈、查阅有关档案材料、典型个案的实地调查等方式，收集到了大量的第一手资料。特别值得一提的是，金平县政法委副书记曹文武同志（哈尼族）在繁忙的工作之余也参加了课题组调查的策划和组织工作，并根据自己多年来在工作中的亲身体会，撰写了有关论文，参加课题的研究工作。我们对所收集到的资料进行了认真的梳理和分析，并进行理论上的提升，写出系列单篇文章。有的研究生根据在金平收集到的个案撰写出硕士论文，得到有关专家的一致好评。后来又对论文进行了反复的核实修改，由主编统稿后交给金平县有关部门审查、通过，形成现在的书稿。以上便是这个课题从策划到完成的大致过程。

近年来，随着依法治国的推进和国家民主法制进程的加快，国家法与民间法（或称为习惯法）的关系问题日益引人注目，成为法理学界研究的热点问题之一。在我国，调整基层社会秩序的行为规则，除了国家法外，各地的民间法是否存在，并且在多大程度上发挥作用？国家法与民间法两者的关系如何？是否能相

容，或者进行调适？这是学者们关注和讨论的问题，也是具有很强现实意义的课题。由于我国地域辽阔，民族众多，各地、各民族的民间法有较大差异，它们既有相同的一面，又有各自的特点，很难一概而论。同时，对这个问题的讨论不能是纯理论的，而是应该有各个地区、各个民族中不同类型的案例进行分析研究。我们做这个课题的目的之一，就是想给全国法理学界关注的热点问题提供丰富翔实的多民族地区田野调查的典型案例。我们相信，这些鲜活的案例能为学者们的研究工作提供更加广阔的视野和空间，同时，我们的调查工作在这方面的研究方法中独辟蹊径，有助于研究的深入。金平县是云南省的一个多民族自治县，民族众多，善良勤劳的各族人民在历史的进程中创造了各具特色的民族文化，其中也包括调整各种社会关系的习惯法。由于历史上诸多原因，金平又是一个经济发展滞后地区，如何推进金平的依法治理工作和民主法制进程，营造和谐的社会环境，为金平发挥后发优势，尽快改变金平的滞后状况创造条件，这是摆在金平县领导和群众面前的一个现实问题，而在这个问题中，如何正确处理各民族的习俗和国家法律之间的关系又是十分重要的一环。因此，我们做这个课题的目的之二，就是希望通过我们的调查和研究，对金平这一方面的情况作一个较为全面的了解，并在此基础上提出我们的看法和对策，供有关部门参考，为金平社会的和谐发展和经济的腾飞尽我们的绵薄之力。

通过四年的调查和研究，我们认为：在金平县各族群众的日常生活中，除了国家法律之外，各民族的习惯法也在一定范围、一定程度上存在和继续起作用。可以说，习惯法在各少数民族的基层社会控制、民间纠纷的解决、婚姻家庭问题的处理、生态环境的保护等诸方面都不同程度地发挥着作用，这已是一个不争的事实，而习惯法和国家法之间的关系，既不完全相容，也不完全冲突，情况比较复杂，需要作具体的调查和分析。总的看来，各

民族习惯法中的一部分以及各民族的传统美德和村规民约，和国家法的精神是一致的，这些习惯法可以作为法治的地方资源充分发挥作用，将这些习惯法进一步纳入地方治理体系，在民族地区建立起以国家法为主导，符合地方实际的、混合的多法源的开放的地方法律体系。^①当然，不可否认，还有一部分习惯法的内容与国家法有矛盾之处，这种情况可以考虑民族地区的具体情况，根据国家有关法律的规定作一定的变通，在法律允许范围内灵活处理，另外一部分习惯法是与国家法相冲突的，在这种情况下，当然要依国家法办事，但也要考虑到少数民族地区的具体情况，在法律允许的范围内尽量处理得妥善一些，一些与法律相冲突的习惯，也要向少数民族群众讲清道理，做好思想工作，引导他们自觉地对这些习俗进行改革。当然，少数民族地区习俗与法律的调适研究是一个重大课题，远不是我们这个课题能完全解决的问题，我们只希望通过我们的工作能抛砖引玉，使更多的人来关注这个问题。

由于这个问题既是具有重大现实意义，又是学术性很强的课题，因此我们这个课题的研究方法力图走出纯学术研究的象牙塔，采取与当地的司法部门共同研究的新模式。我们在金平与政法委、法院、检察院、公安局和乡镇主管司法的干部、派出所和基层司法所人员进行了广泛的交流，使相互间加深了理解，使我们受益匪浅，他们的看法、感受，以及对具体个案的处理给了我们很大启发。在三年的调查中，我们也与当地各族群众建立了深厚的感情，课题组成员也力所能及地协助当地进行普法教育，双方都感到这次合作非常愉快。这种新的研究模式的探索，也是这个课题的收获之一。

① 夏勇：《基层依法治理与民间法》，载于王洛林主编《后发地区的发展路径选择——云南藏区案例研究》，经济管理出版社2002年版，第249页。

光阴荏苒，转眼间三年过去了，参加课题的研究生们已经走上了新的工作岗位，原金平县县长张睿同志也已调离金平。我们这个课题组克服了各种困难，终于向金平人民交上了我们的答卷，结题之时，我们再次衷心感谢中共金平县委、金平县政府、金平县人大、金平县法院、检察院、公安局、档案馆、环保局、林业局、妇联、方志办等单位和我们前往调查的各级乡政府、派出所、司法服务所和村民小组的大力协助和各族人民的热情支持，没有他们，我们的课题是难以完成的。同时也要感谢云南大学法学院的领导对这个课题的关心和支持，在学院财政困难的情况下拨出经费，支持调查。至于我们的这份答卷是否合格，还要请金平县的领导和各族群众审查、评论。由于我们的水平和各方面条件的限制，在课题中如有不妥和谬误之处，还希望得到大家的批评、指正。

方 慧

2005.2.24 于云南大学法学院

目 录

前 言	方 慧 (1)
一、少数民族农村法治秩序建构的路径选择	王启梁 (1)
二、少数民族农村民间纠纷解决制度	王 鑫 (57)
三、少数民族地区的村规民约	欧剑菲 (135)
四、少数民族地区生态环境保护法律问题	许慧明 (213)
五、少数民族地区刑事案件中的司法 选择	方 慧、胡兴东 (294)
六、国家法律、民族习俗与婚姻家庭刑事 纠纷的解决	马绍红 (321)
七、国家法与哈尼族民族习俗的冲突与调适	曹文武 (349)
八、动态的统一：国家法与民间法关系之思考	胡兴东 (361)
九、少数民族地区的拐卖妇女问题现状及其 社会控制	王启梁 (374)
十、检察机关在少数民族地区执法过程中 遇到的几个问题	曹文武 (406)

一、少数民族农村法治秩序 建构的路径选择

——来自一个金平瑶族社区的田野调查个案

(一) 问题的提出和田野调查地点

1. 问题的提出

从我国法制建设的历史来看，自清末以降从未停止过以法律移植为主的建构路径，^①从现实而言，我国的法治现在走的是“政府推进型”道路。^②无论是法律移植还是政府推进型的法治道路，都有一个共同点，即强调法治主要依靠建构制度的途径实现。应当说，面对现代化的压力和振兴民族的迫切愿望，我们选择法律移植和政府推进的法治建构路线是现实的一种需要。但是法律移植和政府推进的法治建构路线存在一个很大的问题：一种有别于中国传统知识的东西如何为中国社会所接受并吸纳？如何适应中国的国情？这成为引起法学界争论的一个问题。1996年

① 沈宗灵先生曾说：“法律移植的含义相当于我国通常所说的借鉴和吸收等，有时似乎又比借鉴等词有更多的意义，但它们之间并无重大的差别。与移植、借鉴、吸收相类似的词还有引进、模仿等。与法律移植相对应的词是法律的‘接受’。”沈宗灵：《略论法律移植》，载《法理学与比较法学论集》（上册），北京大学出版社、广东高等教育出版社2000年版，第578—582页。

② 所谓“政府推进型法治”是指政府是法治运动的领导者和主要推动者，法治主要是在政府的目标指导下设计形成的，主要借助和利用政府所掌握的本土政治资源完成，是人为设计出来和建构出来的。蒋立山：《中国法治道路初探》，载《中外法学》1998年第3期，第17—28页；第4期，第21—33页。

北京大学的苏力教授出版了一本名为《法治及其本土资源》的书,^① 迅速成为少见的学术畅销书,随之而起的是一场激烈的争论和论辩。^② 在这场甚至带有人身攻击的论辩中,除开各种误读,抛开一些无聊的谩骂,有一个问题值得我们考虑,即中国法治应当走建构型法治道路还是社会演进型道路?^③ 或者还有超越二者的法治道路可以选择?近几年,围绕农村和少数民族地区法治建设问题的研究日渐深入,越来越引起各方面的重视,法学者、人类学/民族学者加入了对问题的讨论,取得了一些成果。^④ 一时间国家法/民间法、制定法/习惯法、移植法/固有法、法律

① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

② 参见马作武《中国古代“法治”质论——兼驳法治的本土资源说》,载《法学评论》1999年第1期;赵英敏:《对〈中国古代“法治”质论〉的几点质疑》,载《法学评论》1999年第5期;杨昂:《对一个“坐而论道”者的质疑》,载《法学评论》2000年第2期;劳东燕:《也谈本土资源与法律多元》,载《华东政法学院学报》2000年第3期;江帆:《法治的本土化与现代化之间》,载《比较法研究》1998年第2期;谢晖:《法治保守主义思潮评析——与苏力先生对话》,载《法学研究》1997年第6期;徐忠明:《解读本土资源与中国法治建设——苏力〈法治及其本土资源〉读后》,载《中外法学》2000年第2期。

③ 社会演进型论者认为法治主要是社会生活(与政府相对应的“民间”社会生活)中自然形成和演变出来的,是社会自发形成的产物。蒋立山:《中国法治道路初探》,载《中外法学》1998年第3期,第17—28页;第4期,第21—33页。在西方,此种观点的代表人物是英国的著名经济学家、法学家弗利德里希·冯·哈耶克。

④ 近几年少数人类学者和民族法研究者对少数民族传统法文化在现代社会中的价值、与法治现代化的关系进行了探讨,形成了一些很有价值的成果。如北大的周星先生对彝族社会和贵州进行调查后对少数民族习惯法和国家法的关系进行了探讨,认为两者是可以协调和良性互动的。周星:《民俗、习惯法与法制——以凉山彝族社会的调查为基础》,载乔健、李沛良、马戎主编《社会科学的应用与中国现代化》,北京大学出版社1999年版;《习惯法与少数民族社会》,载《云南民族学院学报》2000年第1期。云南大学的张晓辉先生等就国家法在少数民族地区的实施作了专门的研究,认为国家法在少数民族地区的实施必须从少数民族社会的实际情况出发。张晓辉主编:《中国法律在少数民族地区的实施》,云南大学出版社1994年版。法学界、人类学界部分学者对农村的法治建设日益重视,从乡土社会的秩序、公证、权威

多元、传统法文化等概念成为流行的术语。这些成果在一定程度上表明了“活法”的存在和产生的影响，也在一定程度上反映了我国建构型法治自身存在和可能存在的问题。

作为一名自幼生长在少数民族地区的法律专业学生，本人对少数民族地区的法治建设有着特殊的关心。而少数民族地区的法治建设的确也面临着诸多问题，通过少数民族地区法治建设的研究是否可能对两种法治建设思路有新的认识？今天，我们关心少数民族传统法文化时，是否仅仅关心它作为文化价值本身？如果说我们所谈论的中国法治现代化是在中国现代化这样一个大背景下展开的，那么少数民族的传统法文化是如何变迁的，它的变迁或断裂甚至消失对于现代化进程中的少数民族农村将产生什么影响？它与国家法是怎样的关系，两者的关系对于中国的法治现代化有什么意义？在中国现代化的过程中，社会转型的过渡期，法治尚未完善之时，少数民族农村乃至广大汉族农村又将怎样实现其社会本身所需的社会控制、如何建构其法治秩序呢？等等，这些都是笔者所关心的问题，却又常迷惑于书本和各种争论，这迫使我走入田野寻找答案。

2. 田野调查地平村的基本情况

本章的田野调查点平村是云南省红河哈尼族彝族自治州金平

的角度进行法律社会学/人类学的研究也较为深入，有助于认识法（国家法、民间法）在乡土社会的运作。如王铭铭、梁治平先生等的研究，参见王铭铭、王斯福主编《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版。部分学者对民间法、习惯法（历史的、现在的）的研究，探讨了法律多元、国家法与民间法关系等问题。对于理解民间法、习惯法的发生、存在、运行有很重要的价值。如田成有《乡土社会中的国家法与民间法》，载《思想战线》2001年第5期。梁治平先生的著作《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版。郑永流先生的研究《现代化的秩序依赖——国家法何为及对民间法、自然法作用评析》，载高鸿钧主编《清华法治论衡》第一辑。

苗族瑶族自治县十里村乡平村村委会（2000年11月前为村公所）下属三个自然村之一，已有近200年历史。十里村乡位于金平县境东南部距县城13公里处，1998年人口总数为17121人，其中有瑶族1337户6756人；农民人均有粮262公斤，人均纯收入356元，^① 是全省506个扶贫攻坚乡之一。平村位于十里村乡南部，是平村村公所驻地，距乡政府3.5公里。平村村公所由平村、草果山、纳木期三个自然村组成，三个自然村互距1.5公里，草果山、纳木期与越南接壤，国境线长3公里。平村共有住户267户1464人，均为瑶族，1998年人均纯收入312元。^② 平村的瑶族自称“育勉”（又作“育棉”、“吉门”），他称“红头瑶”。^③

平村处于群山之中，山川连绵起伏，村寨道路崎岖，与越南的瑶山、十二楼遥相对望。整个寨子分为四个主要聚落，其中三处分别位于三道山梁上，一处位于山坳。虽说可大致分为四个主要聚落，但寨中道路狭窄崎岖而交通纵横交错，所有住户被编织在一张繁复的交通网中，这张网同时也是人际关系、村寨信息网。

现在平村社会生活的各个领域均出现了与传统生活有别的现象。大部分人家和年轻人恪守同族通婚的传统，但是已有一些少女远嫁两广、四川、贵州的汉族；逢传统的祭祀之时，多数人家沿袭传统，却也有人家不举行或有选择地举行；有的妇女在结婚之后拔去耳尖以下的头发戴上传统的红布头饰，也有人依然保留一头青丝；遇到山体滑坡、牲畜患病等等“不正常”的事情时，

① 十里村乡政府提供。

② 平村村公所提供。

③ 参见《云南省红河哈尼族彝族自治州民族志》，云南大学出版社1989年版，第192页；《金平苗族瑶族傣族自治县志》，三联书店1994年版，第116页。

有人请“猫公”^①看卦占卜,预测吉凶,也有人不以为然;葬礼的仪式虽仍冗长繁复,但比之过去简单多了;“祭龙”祭祀仪式已十余年未举行;传统的“渡戒”^②仪式在近三四年也无人举行;村民们与越南的边贸交易频繁进行并出现了部分半职业化商人,他们奔波于平村、越南、金平县城之间进行小宗土产交易;有的年轻人尝试着外出打工……这些现象标志着平村正处于社会转型的时期,^③它的传统文化以前所未有的速度发生着变迁,有的传统习俗甚至消失了,部分传统信仰则受到了怀疑,乡土社会中的多元化特征明显增强。

现在的平村并不平安。自20世纪90年代始,社会治安逐渐成为严重的社会问题。几年前(1994年、1995年)抢劫频繁发生,最近两三年抢劫现象已较少。但偷盗和赌博之风愈演愈烈,足以破坏村民们的平静生活。村民们每逢瓜、豆、玉米成熟之际最担忧的就是偷盗,有些人家成熟的玉米竟成片被盗,家

① “猫公”是瑶语,其意近似汉语“道公”。

② 一般认为“渡戒”是瑶族必经的成年礼。见《红河哈尼族彝族自治州民族志》,第205页。

③ 所谓社会转型是指:“社会结构和社会运行机制从一种型式向另一种型式转变。”见朱俊强:《中国转型时期的社会犯罪与社会控制》,载《江海学刊》1997年第6期。“社会转型是一个全面、深刻的变化过程,它涉及转型区域的文化背景、传统价值的取向;涉及该区域的经济基础如资源状况及其配置、产业结构及相应的职业分化状态、人均国民生产总值的变化情况,也涉及该区域的社会结构水平如内部组织结构与组织方式,社区成员教育、文化素质,内部人际关系与道德风貌等等许许多多因素。所有这些因素及其蕴含的无数内在质料的每一细微的变化,无不昭示着从传统到现代这一巨大的社会连续体上的社会转型运动。”郑杭生主编:《当代中国农村社会转型的实证研究》,中国人民大学出版社1996年版,第3页。

引起社会转型的因素可能是政治制度的变化,也可能是经济制度的变革或是文化的变化,也可能由几个因素同时引起,总之,因素是多种多样的。就平村来说,这里讲的社会转型主要是指20世纪90年代我国实行市场经济以后,平村村民逐渐进入市场经济的浪潮,发生在社会文化、经济、政治、家庭生活等方面的变化。

禽、牲畜也常常成为被盗的对象。小偷们甚至在夜深人静之时挖开村民的房墙入内偷盗，就连村公所也曾遭到偷窃。顺手牵羊的事更是屡见不鲜，以致村民们人人担心财产被盗，每逢外出（包括劳动），家里总尽量留下一人看家。此外，赌博也引发了社会秩序的混乱。仅调查者了解过的赌博聚点就有四个。有一些村民几乎不参加劳动，以赌为业。有的村民因为赌博竟连房产、田地都出卖了，有的村民甚至出卖儿女。这些因赌博欠债、甚至倾家荡产的人对平村的社会稳定无疑构成了威胁。自 20 世纪 90 年代起，拐卖妇女的犯罪在平村也是一个严重的社会问题。如此种种治安问题表明，平村的社会控制出现了危机，^①而且这种危机已严重影响到该村经济的发展和社会的稳定，这样的局面为什么得不到控制呢？^②如果从罗斯柯·庞德提示给我们的角度去考虑，是不是作为首要的社会控制手段的国家法律出了问题，^③或者是因为人类学家视野中的“那套复杂的精密的共有知识体系”遭到严重的破坏、已经不为社区中的人们所遵从？^④也可以从我们的本土研究中提出假设——作为一个社区，^⑤一个熟人社会，秩序

① 社会控制是指：“通过社会力量使人们遵从社会规范，维持社会秩序的过程。”费孝通：《社会学概论》，天津人民出版社 1984 年版，第 181 页。

② 社会治安是一个比较能够反映社会转型期秩序问题的一个重要指标，因此本文对平村社会控制力弱的评价是以社会治安状况为参照系得出的。关于社会转型与社会秩序，研究中把社会治安作为重要指标进行研究的问题可参见郑杭生主编《当代中国农村社会转型的实证研究》，中国人民大学出版社 1996 年版，第 167—183 页。

③ 参见沈宗灵著：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 281—291 页。

④ [美] 基辛：《文化人类学》，台湾巨流图书公司 1992 年版，第 362—380 页。

⑤ 社区“一般是指集聚在一定地域范围内的社会群体和社会组织根据一套规范和制度结合而成的社会实体，是一个地域性社会生活共同体”。见陆学艺主编：《社会学》，知识出版社 1996 年版，第 210 页。社区这一概念强调了地域性特点。