



云南大学法学院·明法文库

多民族社会中的 法律与文化

张晓辉 著

会泽百家 至公天下

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



云南大学法学院·明法文库

多民族社会中的 法律与文化

张晓辉 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

多民族社会中的法律与文化 / 张晓辉著. —北京:
法律出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2680 - 0

I. ①多… II. ①张… III. ①多民族国家—法律—研究
②多民族国家—法律—关系—民族文化—研究 IV.
①D911②G03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 215368 号

多民族社会中的法律与文化

张晓辉 著

责任编辑 高 山

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.375 字数 272 千

版本 2011 年 11 月第 1 版

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2680 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

自1989年开始从事民族法学研究至今已有22个年头,我也从青年步入老年,一生中最旺盛的一段生命时光就这样奉献给了我所热爱的学术事业,回想起来难免有许多感慨。

我的一生有几次重大的转折,这几次转折对我的
人生道路和人生追求有着深刻的影响。第一次转折
发生在1972年,这年冬天,17岁的我没有走上山下乡
当知青的必由之路,而是参军入伍,成为炮兵部队的一
名士兵。五年多的军队生活对我来说是脱胎换骨般
的洗礼,除了军事技术之外,种菜、养猪、伐木、烧炭、
插秧、割稻等各种农家活计和与各形各色的人和
睦相处的做人之道都是在部队学会的。来自五湖四
海的战友和驻地附近的老乡,让我品尝了生活的艰
辛和希望,知晓了社会的黑暗和光明。可以说,是军
队为我奠定了舍己为人的牺牲观念、勇往直前的勇
气、百折不挠的精神和对自己能力确信无疑的信心,
这些品格是我一生做人做事的基础。

1978年4月,从部队复员后,第二个转折便接踵

而至。我被分配到昆明市公安局预审处工作,主要工作是担任审讯时的记录员,并参与了当时昆明市一些重大案件的侦查工作。尽管从事公安工作的时间不长,但一个个案件中扑朔迷离的案情、错综复杂的社会关系、若隐若现的证据链条、斗智斗勇的审讯技巧和深奥难懂的刑法理论都让我着迷和兴奋,它们开启了我对法律的最初认识,使我从一名热爱文学的青年转变为向往成为法学家的年轻警察。1979年5月,经单位同意我参加了高考,以高分考入我梦寐以求的北京大学法律系。在北大的学生生活是我最难忘的时光,四年中,我如饥似渴地学习,每天的学习时间达12小时以上,在主修法学的基础上,涉猎了哲学、历史学、经济学、社会学等学科的知识,利用北大可以随意进入的课堂和图书馆,充分地享受着听课、阅读和讨论的学习乐趣。同时,由于浸润在北大自由空气中,也把“独立之人格,自由之精神”当做了自己的人生信条之一加以追求而终始不渝。1983年7月,本科毕业后,我考入中国政法大学刑法专业攻读硕士学位,历时3年仍然苦读不止,奋力打造自己的法学专业基础。在北京求学7年,影响我最深的是我的老师和同学。北大法律系的杨春洗老师、张文老师、储槐植老师、杨敦先老师、朱启超老师、王国枢老师,中国政法大学的曹子丹老师、宁汉林老师、梁华仁老师都是对我的学习和生活有很多悉心指导与帮助的恩师,尽管毕业后我远在边疆工作,但常常能听到他们关切的询问和得到他们真心的帮助。在本科和研究生期间结识的同学是我在北京得到的财富,几十年过去了,小学、中学的同学虽然同在一个城市,但大多都已经成为陌生的路人,只有远隔千里万里的大学同学和研究生同学,却由于志同道合、情同手足的关系而成为我经常念想和联系的人。

1986年7月,我学成回乡,任教于云南大学法律系,开始了以法学教学和研究为职业的人生。尽管我的授课颇得学生和同事的赞扬,但我面临着一个难题:曾经在本科和研究生期间都有论文发表的我,回到

云南后却鲜有成果在公开刊物上发表。虽然当年学术期刊少是一个原因,但云南地处边疆,信息不畅可能是更重要的原因。正在我苦恼之时,云南大学重新定位了学校的发展方向,要立足地方,为云南的政治、经济、文化的发展服务。文科的民族研究受到重视,以往与民族研究无关的法学等学科也被鼓励研究少数民族地区的社会发展问题。于是我接触到了民族问题、边疆问题和发展滞后的地方问题,开始转变研究方向,全身心投入对云南少数民族地区法律问题的研究。这是我的第三次转折。当时,在法学研究中,法律的起源是一个未解的理论之谜,而云南少数民族在1949年以前的社会状况又被称为“历史的活化石”,所以,在法学与民族学的结合上,我和我的同事徐中起、张锡盛等人选定少数民族习惯法作为最初的研究课题。凭借云南省法学会提供的1000元经费,我们一行5人分两次对德宏傣族景颇族自治州和西双版纳傣族自治州进行了30天的考察,之后形成的几篇关于傣族习惯法的论文参加了1990年在昆明举行的国际泰学研讨会。一位澳大利亚国立大学的教授在评价这次会议的论文中把我撰写的论文称为“用进化论对傣族法律的研究”。直到我去英国接触了更多的西方人类学理论后,我才明白这并不是一个褒义的评价。在对少数民族法律问题的研究中,我通过阅读、参与讨论和田野调查积累了研究所需的民族学和历史学知识,以至于我的同学和同乡刘广安博士看了我的“南诏国法律制度研究”一文后说:“你现在做的研究越来越靠近我了。”在从事民族地区法律研究的过程中,我得到云南大学很多良师益友的提携和帮助。例如,张文勋先生、林超民先生、杨寿川先生、秦家华先生、李子贤先生等都是云南大学的名师,为了云南大学民族研究的发展,他们无私地为我申报课题、发表文章、参加会议铺路搭桥,使我很快跻身于云南大学边疆民族文化研究的骨干教师队伍中。我的领导和工作搭档徐中起教授和郭邦彪教授,为我分担了许多行政工作,使我能够有更多的时间投入研究

工作。

1993年我通过了国家举办的出国人员英语水平考试(EPT),获得到英国做访问学者的机会。在选择学校时,尽管牛津、剑桥和伦敦城市大学都表示愿意接受我的申请,但还是苏格兰阿伯丁大学法学院的麦克考迈克(G. MacComack)教授热情洋溢的信函打动了我,阿伯丁大学同意聘任我为法学院的客座教授(Visiting Professor)。1994年1月,我来到阿伯丁大学,开始了为期一年的留学生活。成立于1495年的阿伯丁大学是英国最古老的四所大学之一,坐落在美丽的海滨城市阿伯丁,老阿伯丁城(Old Aberdeen City)就是阿伯丁大学的校园。麦克考迈克教授的法律人类学课程和阿伯丁大学图书馆的藏书为我打开了法律人类学的知识之门,而阿伯丁大学法学院为我提供的配置齐全的私人办公室和1500英镑的生活补助(相当于国内提供的半年出国生活费),为我在阿伯丁的工作和生活创造了很好的条件。1995年1月我按期回国,带回来的一批法律人类学的资料,使我很快为研究生开设了法律人类学的课程,并尝试着用人类学的理论和方法研究少数民族的法律问题,从而开始了我的第四次转折——从民族法学转向法律人类学。这个转折很快有了成绩。1996年10月我被评聘为教授,次年在留美回国的人类学家王筑生博士的提携和邀请下,我参加了王筑生教授领衔申报的民族学二级学科博士学位授权点工作,作为四个研究方向之一的民族法学学术带头人(其他三个方向的学术带头人分别是王筑生、陈庆德、高发元教授)。1998年该博士学位授权点获批,我便成了博士生导师,并于1999年开始招收博士生。可惜的是,王筑生教授因为在田野调查中劳累过度,英年早逝,用他的知识和生命为云南大学民族学学科的发展留下了一座重要的里程碑。2000年,在时任校党委书记的高发元教授的推动下,学校集中全校文科优势申报民族学一级学科博士学位授权点,并组成由王文光教授和我为主、次答辩人,何明教授和马京

教授为成员的答辩组赴京接受国务院学位委员会大法学学科组的面试。我们四人不辱使命,云南大学民族学学科的建设成绩和文光兄的答辩说服了评委,云南大学顺利地获得了文科第一个一级学科博士学位授权点。2002年,受益于一级学科博士点可以自主设立不受学科目录限制的新专业的政策,民族法学专业通过了国务院学位委员会的备案审查,得到独立的二级学科博士学位授权点和硕士学位授权点,并于2003年开始招收博士生和硕士生,法律人类学也成为该学位授权点的研究方向之一。

从英国回来后,我的研究风格有了明显的变化,在宏观上,我关注民族文化与法律的关系;在微观上,我着力研究少数民族村寨民间法的变迁与作用。尽管对人类学的理论和方法运用还不熟练,但我确实感受到了法律人类学视角带来的学术魅力。在此期间,我的好朋友周勇教授为我引荐了来自挪威奥斯陆大学的李莎(Lisa)教授和玛丽雅(L. Malia)教授,在她们和周勇的努力下,云南大学法学院与挪威奥斯陆大学开展了持续十余年的关于中国民族区域自治制度项目的研究。通过这个项目,我和我的同事、学生学习到了新的人权理论和研究方法,获得了较充足的研究经费和较广阔的学术交流平台,从而为云南大学的民族法学研究锻炼了队伍,赢得了声誉。

第五次转折实际上与学术无关,但却深深地影响到了我的学术事业和日常生活。2004年,我似乎到了事业的顶峰:我承担着来自国家社科基金项目、云南省教育厅社科基金项目、学校211工程项目、挪威奥斯陆大学合作项目、云南省楚雄州司法局项目,手握着100多万元科研经费;在担任法学院副院长的同时,还身兼云南省法学会副会长、云南省政府和昆明市政府法律顾问、云南省检察院和昆明市检察院专家咨询委员会委员、云南大学学术委员会和学位委员会委员等职务。为了完成来自方方面面的工作,从2004年年末开始,我只好把睡觉的时间

拿来工作,每天只有3~4个小时的睡眠。长期劳累和睡眠不足,终于使我一直为之骄傲的强健身体彻底垮了。2004年5月25日一个星期六的下午,我的双腿出现麻木,当天晚上肚脐以下的肢体失去知觉,在有知觉和无知觉的交界处出现令人窒息的疼痛。为了不影响家人的休息,我强忍疼痛直到第二天才去医院就医,结果被确诊为急性脊髓炎,并耽误了最佳的抢救时间,导致高位截瘫。在我患病之后,我的妻子毅然抛开她的事业和工作,强忍身患严重类风湿关节炎和双侧股骨头坏死带来的每日无穷尽的病痛,带着我辗转北京、深圳等地四处寻医。妻子坚强、忍耐、舍己、不屈的精神和行动成为我温暖而牢固的靠山,帮助我重拾生的信念;而妻子时常鼓励我的一句话:“办法总比困难多”,则让我有了直面人生的智慧和勇气。在患病期间,我得到云南大学领导和同事的关怀,更得到无数亲朋好友的无私的帮助。昆明海关的邱刚毅副关长数年来一直关心我的治疗,在我患病初期,便为我介绍了黄敬斌大夫,黄大夫持续一年多每天风雨无阻地为我和我的妻子治疗,其精湛的医术终于使我疾病得以有效控制,并使我妻子奇迹般地从轮椅上站立起来并能行走自如。北大法律系1979级3班的老同学和我教过的云大法学院的学生们为我慷慨解囊,帮助我度过了在外地治病面临的经济困难。在北京、深圳等地的同学、朋友时常来探望,为我排解寂寞;家乡的老友和兄妹,以及我的博士生数次千里迢迢赶到深圳,为我带来家乡的特产和美食。妹妹张晓莉特意从美国赶回来看望我,并和家人数年来一直为我追踪着国外治疗脊髓损伤的最新动态。这一切都让我和妻子感动不已,难以忘怀。

如今,尽管我终日以轮椅为伴,但却自诩为一个可以与19世纪“摇椅上的人类学家”相媲美的法人类学家。我的脑袋和双手正常如初,仍然可以思考、读书、讲课、写作,做力所能及的事。对法律人类学研究,我从田野转向理论,试图在退休之前为我的学术生涯画上一个不是太

圆满的句号。要说至今为止我的学术贡献,实际上十分渺小,充其量只有如下几点:其一,从禁忌—习惯—法律的变迁中,发现了以鬼神信念为基础的祭祀活动和公共权力机构是重要的介质,并以田野调查获得的材料进行了论证;其二,发现了法律在少数民族地区的差异性,从文化多元的视角解释了多民族地区法律实施过程中国家法与民族文化的冲突与协调;其三,将法律人类学的理论和方法运用于少数民族法律问题的研究,取得了一些属于具有法学背景的法律人类学的成果,为民族法学的发展开启了一个新的领域。

承蒙我的学生张永和博士和王启梁博士的热心帮助,使我有机会审视我的学术历程,并以上述文字回顾我的人生,感谢在各个时期帮助和关心我的师长、同学、朋友和学生。

写完这篇自序的日子刚好是我和妻子的结婚纪念日,我希望将这本书献给我心随情依、患难与共的妻子陈华林和儿子张哲青。正是在他们的支持和鼓励下,我才能数十年不间断地从事学术研究,积累下本书的文字。

张晓辉

2010年6月30日于昆明

目 录

自序	001
----	-----

第一编 法的起源与成长

第一章 傣族早期法律初探 003

- 一、传说中的早期社会规范 003
- 二、9 世纪至 14 世纪的早期法律 008
- 三、茫莱法典 013

第二章 傣族原始禁忌的起源及社会功能 017

- 一、傣族先民的禁忌 017
- 二、禁忌的产生、保存与传播 019
- 三、禁忌的社会功能 023

第三章 傣族早期法律初探 025

- 一、傣族法规的时空效力 025
- 二、傣族法规的渊源与类型 029
- 三、傣族法规的主要内容 032

第四章 哈尼族的习惯法及其文化价值 035

- 一、哈尼族的禁忌与习惯法 035
- 二、哈尼族习惯法的基本内容 039
- 三、哈尼族习惯法的文化价值 044

第五章 南诏国的法律制度 049

- 一、南诏时期彝族地区的社会状况 049
- 二、南诏国的法律体系 056
- 三、南诏国的官制和等级制度 061
- 四、南诏国的土地制度 065
- 五、南诏国的军法和刑、民法规 069

第二编 法律与民族文化

第六章 民族法律文化论纲 079

- 一、民族法学与民族法律文化 080
- 二、民族法律文化的研究对象 082
- 三、民族法律文化的研究方法 088

第七章 民族文化对法律实施的影响 089

- 一、中华民族文化一体性与法制统一原则 090
- 二、各民族文化的差异性对法律实施的影响 095
- 三、一体性与差异性并存格局中的法律实施 099

第八章 民族民间传统文化的法律保护 102

- 一、民族民间传统文化保护的立法现状 103
- 二、民族民间传统文化保护立法的名称和立法目的 106
- 三、民族民间传统文化保护的法律方法 109
- 四、民族民间传统文化保护的司法困境 112

第九章 傣族村寨民俗中的习惯与习惯法：民族志两则 117

- 一、葬礼中的习惯与习惯法 118
- 二、关于“鬼”的观念和禁忌 124

第三编 民间法的现代变迁与作用

第十章 少数民族民间法在现代社会中的变迁与作用 131

- 一、导论 131
- 二、少数民族民间法的渊源 133
- 三、少数民族民间法的基本内容 140
- 四、少数民族民间法的变迁 147
- 五、少数民族民间法在社会控制中的作用 158
- 六、结语 167

第十一章 民间法与村寨法治秩序的建构 169

- 导论 169
- 一、当前中国少数民族村寨民间法的地位 172
- 二、当前中国少数民族村寨民间法的作用 186
- 三、中国少数民族民间法在少数民族村寨中的不同作用模式
 及特点 207
- 结语 215

第十二章 少数民族地区农村的社会控制与法治建设 217

- 一、问题的提出与概念的阐述 217
- 二、民族村寨社会控制中的规范体系 220
- 三、民族村寨中社会控制的主要类型 223
- 四、民族村寨中社会控制的主要运作机制 225
- 五、民族村寨中社会控制的主要作用 229
- 六、结论 233

第十三章 现代仡佬族的民间法与民间纠纷解决方式 236

- 一、引言 236
- 二、仡佬族的民间法 239

三、红丰村仡佬族的民间纠纷与解决方式 246

第十四章 规范多元与中国法治建设的路径选择 252

一、规范多元的现实 253

二、民间规范与法治建设的一致性——规范多元在认识论上的解释 255

三、民间规范的价值——以民间防火规范为例 257

结语 259

第四编 民族地区的民主与法制建设

第十五章 国家法律对民族关系的调整及其实施 263

一、国家法律调整民族关系的立法原则的确立 264

二、调整民族关系的国家法律的要点 267

三、国家法律在少数民族地区的具体实施 271

四、更好地在少数民族地区实施国家法律面临的任务 276

第十六章 法律在多民族地区的实施 279

一、法律在多民族地区实施面临的问题 279

二、民族文化对法律实施的影响 281

三、民族语言文字与法律实施 284

第十七章 民族地区法制建设中的几个理论问题 289

一、民族地区法制建设的必要性 289

二、民族地区法制建设的基本内容 294

三、民族地区法制建设的特点 296

第十八章 民族自治地方在西部大开发中的法律地位 300

一、问题的提出 300

- 二、确立民族自治地方法律地位的依据 302
- 三、民族自治地方在西部大开发中的法律地位 304

第十九章 居住在西双版纳自然保护区:关于人与自然关系的 个案研究 312

引言 312

一、昆罕大寨:如何适应深山之外的环境 313

二、曼糯村:勤劳致富的老寨 316

三、曼纳览寨:靠近旅游区的寨子 319

小结 321

第五编 关于民族法学研究的学术评论

第二十章 大陆民族法学研究的现状与前瞻 325

绪论 325

一、民族法学研究的缘起 326

二、民族法学研究的进展 328

三、民族法学研究的热点 332

四、民族法学研究的前途 336

第二十一章 法律人类学视角的学术魅力 338

第二十二章 反思中国古代死刑文化的表达与实践 345

第一编 法的起源与成长

