

国家社会科学基金规划课题

“贵州少数民族习惯法调查与研究”最终成果

INVESTIGATION AND RESEARCH ON  
GUIZHOU MINORITIES CUSTOMARY LAW

# 贵州少数民族习惯法调查与研究

◎ 邹渊 等著

中央民族大学出版社  
China Minzu University Press

Investigation and Research on  
Guizhou Minorities Customary Law

# 贵州少数民族习惯法调查与研究

◎ 邹渊 等著

中央民族大学出版社  
China Minzu University Press

## 图书在版编目 (CIP) 数据

贵州少数民族习惯法调查与研究/邹渊等著. —北京: 中央民族大学出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5660 - 0835 - 0

I. ①贵… II. ①邹… III. ①少数民族—习惯法—调查研究—贵州省 IV. ①D927. 732. 154

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 222452 号

## 贵州少数民族习惯法调查与研究

---

作 者 邹 渊 等

责任编辑 舒 松

封面设计 布拉格

出 版 者 中央民族大学出版社

北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编: 100081

电话: 68472815(发行部) 传真: 68932751(发行部)

68932218(总编室) 68932447(办公室)

发 行 者 全国各地新华书店

印 刷 厂 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 787×1092 (毫米) 1/16 印张: 31. 25

字 数 460 千字

版 次 2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5660 - 0835 - 0

定 价 88. 00 元

---

版权所有 翻印必究

# 前 言

## (贵州少数民族习惯法调查与研究课题简介)

贵州少数民族习惯法调查与研究课题是1992年由国家社科规划办批准立项的国家社科基金“八五”课题，课题全称为《贵州少数民族习惯法调查研究——我国少数民族立法系列研究之一》，项目批准号为：“92 BFX 004号。”22年前，不但在贵州，就是在全国而言，把民族习惯法列为国家社科课题的，这是唯一的一个。对该课题的研究，填补了贵州少数民族习惯法研究的空白，培育和凝聚了一批研究力量，提出“习惯法是准法规范”的理论观点，使贵州成为全国习惯法研究流派的又一研究中心。结题以后至今从未全部公开发表过，只有部分内容曾经零星发表。国内包括台湾地区的学者曾经多次致函索要，其研究成果的结论也已经载入有关教材<sup>①</sup>。20多年来，各地对习惯法和民族习惯法的研究有了长足的发展与进步，同时也证实和检验了课题调研成果的生命力，此次全文发表课题满足学术界共享研究成果的需要，希望它能起到对我国民族习惯法研究借鉴和助推的作用。

下面对本课题的概貌作一简介：

新中国成立半个世纪以来，学术界对我国少数民族的历史、文化、经济、科技、艺术等均有引人瞩目的成就，唯独对少数民族的法制研究甚少，对少数民族习惯法的研究尤显不够，仅在1990年和1995年有这方面

---

<sup>①</sup> 朱景文教授著：《法社会学》（21世纪法学系列教材），中国人民大学出版社2007年一版及2012年二版。

的两本著作出版。而在贵州，则是无人问津的一片空白。但习惯法又一直在少数民族中有重大影响，是民族法制建设不容忽视的重要理论和实践问题。展开对少数民族习惯法的调查与研究，对于我国的民族立法；对于少数民族地区的执法与司法。正确处理法制统一与民族特点的关系；对于少数民族地区的法制宣传教育，乃至精神文明建设，均具有重要意义。反过来民族习惯法的研究成果，又将在理论上丰富与发展我国的习惯法学、民族法学、法制史学、法哲学和民族文化学。为此，本课题受国家社科规划基金资助，1992年获准列入“中华社会科学基金课题”。从1993年至1997年进行了五年多的调查与研究。

课题由11个子课题组成，分为民族习惯法的基本理论与贵州各少数民族习惯法两大部分。子课题之一是《贵州少数民族习惯法概论》，其中研究了民族习惯法的概念、特征、内容、历史作用与现实意义，以作为全课题的理论指导。由此确定了调查研究对象、范围、重点与方法。该《概论》研究成果先后在1996年首届大学民族法师资培训班教材《民族法学讲座》（民族出版社1997年版）和《贵州民族研究》《贵州法学》等杂志上发表，又被中国人民大学全国报刊资料复印中心全文转载。

子课题之二至之十一具体分析研究了贵州10个少数民族的习惯法，即：贵州苗族习惯法、贵州彝族习惯法、贵州侗族习惯法、贵州土家族习惯法、贵州布依族习惯法、贵州瑶族习惯法、贵州水族习惯法、贵州仡佬族习惯法、贵州白族习惯法和贵州仫佬族习惯法。对上述民族的社会组织习惯法、生产习惯法、民事习惯法、婚姻习惯法、刑事习惯法、诉讼习惯法等进行了较广泛的调查和较深入的研究。揭示了这些少数民族习惯法的内容，分析了它们的作用与利弊，总结了它们产生发展的规律，分析了它们的历史与现实意义。上述10个少数民族人口据1990年人口普查共有1023万，占贵州全省少数民族人口1124.23万人的90%。而贵州少数民族人口又占全省总人口的34.71%，其少数民族人口数居全国少数民族人口第4位，民族个数居全国第3位。由此可见本课题调研覆盖面之宽，具有较广泛的代表性。

本课题在以下几方面取得了一定突破，显示出其鲜明特色：

(1) 关于习惯法的性质与概念。区别于认为习惯法是国家“制定法”

和习惯法是风俗习惯的“伦理规则”的主张，独树一帜地提出“习惯法是准法规范”的理论。此观点在司法部和国家民委于1996年举办的全国首届民族法师资培训班上宣讲并在出版物上公开发表后，受到学术界重视，使贵州成为习惯法研究流派的又一中心。

(2) 根据贵州少数民族的实际，首次总结了民族习惯法在一些重要方面的规律。一是关于早期民族习惯法产生的原因：①氏族生存繁衍和社会秩序安宁的需要；②社会向阶级社会过渡时期调整经济关系的需要；③氏族部落征战的需要。二是关于习惯法延续的原因：①多元权威；②地方割据；③鞭长莫及；④法制疏漏；⑤鄙法观念。三是民族习惯法发展的轨迹：从宗族走向民族、从神意走向人意、从治盗走向治安、从口头走向书面，从体治走向心治、从人治走向法治。四是民族习惯法的特征：民族性、群体性、具体性、自发性、乡土性、地域性和惩戒性。

(3) 发掘、抢救了贵州某些少数民族习惯法中一些珍贵的法文化遗产。如彝族的《夜郎君法规》，侗族《款书》中的“六面阴六面阳六面威”，瑶族的《石牌律》、《油锅组织》，水族与土家族的《禁约碑》、《家谱》，白族的信息“大鼓”和“神主、神筒、神台”，这些贵州独特的法文化宝库，有的是第一次被发现，有的是第一次从法文化角度进行研究而重新发出异彩。

(4) 探讨了传统法文化的现代化问题。提出应区别良性习惯法与非良性习惯法，研究了民族习惯法与现代法制的关系，习惯法与乡规民约的关系。在正确而适当地借鉴与发挥少数民族习惯法的作用方面提出了若干建议：关于加强民族法制建设提出，现代法律应该和必须从良性习惯法中吸取营养，充分利用法制传统的本土资源，尤其是少数民族自治地方的自治立法和“变通法”应从中得到启示；以良性习惯法作为国家制定法执法的补充，填补某些法制空间，发挥“风俗的统治”的力量，因为在一个传统和惯例使人们的行为在很大程度上都可预期的社会中，强制力可降低到最低程度，自觉性则可提高到很高程度；研究和正确运用民族习惯法，以利于在民族地区司法工作中贯彻执行“两少、从宽”（“少捕少杀，在处理上一般要从宽”）等政策，并使之制度化与规范化。少数民族地区的某些特殊情况将会在相当长的时期，不同程度地存在，因而对少数民族公民的特

殊刑事责任原则，也会在现阶段长期适用，以现代价值观分析的良性习惯法，对自觉维护法制有巨大作用，是民族地区进行法制宣传教育的一笔精神财富，其中蕴藏的朴素而积极的思想，如平等民主观念，崇尚勇敢、勤劳、自由的观念，民族自治观念，集体主义观念，团结友爱互助观念，尊重传统和敬老的观念，尊师重教培育家族后继人才的观念等等，都对今天少数民族地区的法制建设和精神文明建设有积极影响，应该重视这笔精神财富的的发掘、整理和运用。

本课题的价值与意义是：

(1) 填补了贵州民族习惯法研究的空白，发掘、抢救了贵州少数民族珍贵的法文化遗产，丰富了习惯法资料，深化了对习惯法的研究。有些民族如贵州水族人口占全国水族的 93.23%，唯一的一个水族自治县在贵州。贵州布依族人口占全国布依族的 97.37%，在贵州有两个自治州和两个自治县。贵州仡佬族人口占全国仡佬族的 98.29%，贵州苗族和侗族的人口也分别占全国该民族人口的 49.84% 和 55.7%，因此本课题的研究成果，在某些方面也填补了我国对民族习惯法研究的空白。

(2) 发掘、整理、认识少数民族习惯法，研究掌握其规律，区别良与不良习惯法，取其精华，弃其糟粕，对在民族地区加强法制与精神文明建设具有重要意义。民族习惯法是少数民族群众自我管理、教育、约束的好形式，对我国的民族立法和在民族地区的执法、司法与守法，都有现实的积极作用。

(3) 拓宽我国法制史的研究范畴，丰富中国法制史的内容，使中国法制史成为中华各民族共同的法制发展史，使中华法系成为包括中华各民族法制在内的法系。

(4) 民族法学作为法学的一个部门正方兴未艾，课题对于建设中国特色的社会主义民族法学的体例与内容具有一定的理论价值。

(5) 本研究成果从法文化的角度充实了我国民族文化化学的内容，使法文化在民族文化化学中占有一席应有的地位。

本课题的部分研究成果已经陆续公开发表，其中邹渊教授写的《少数民族习惯法的基本问题》1997年7月发表于民族出版社出版的《民族法学讲座》，《论习惯法的概念》发表于《贵州法学》1997年第4期，《习惯法

与少数民族习惯法》发表于《贵州民族研究》1997年第4期并被中国人民大学报刊复印资料全文转载。黄海的专著《瑶山研究》1997年11月由贵州人民出版社出版。李廷贵教授写的《再论苗族习惯法的历史地位及其作用》发表于《贵州民族学院学报》1998年第3期。但课题研究成果尚未系统发表，计划出版研究专著，但缺乏出版资助而无法出版。

时任课题组成员及其分工如下：

一、课题组组长：邹渊，贵州民族学院法律系法学教授，法律系系主任，中国法学会理事，贵州法学会副会长。承担课题设计、指导，组织课题调查与审查，具体承担本课题总论《贵州少数民族习惯法概论》及分论之一《贵州彝族习惯法》两部分的调查与研究，系该两部分文稿的执笔人。

二、课题组的其他成员：

1. 贵州民族学院：

代院长李廷贵（贵州省苗学会会长）。

法律系吴大华、毛为民、韦宗林、吴志刚。

2. 西南政法大学徐晓光。

3. 中央民族大学邓敏文、吴宗金。

4. 贵州民族出版社周国茂（贵州省布依学会副秘书长）。

5. 贵州省民族研究所陈国安（贵州省民族学会副会长兼秘书长）、李平凡、韩荣培、黄海、唐合亮。

6. 《贵州民族研究》杂志社覃敏笑。

7. 贵州大学法律系吴保卫。

三、各分课题分工情况

1. 《少数民族习惯法概论》：邹渊。

2. 《贵州苗族习惯法》：徐晓光、李廷贵、吴大华、韦宗林。

3. 《贵州彝族习惯法》：邹渊、吴志刚、毛为民、吴保卫。

4. 《贵州侗族习惯法》：吴大华、邓敏文、吴宗金。

5. 《贵州土家族习惯法》：陈国安。

6. 《贵州布依族习惯法》：周国茂。

7. 《贵州瑶族习惯法》：黄海。



8. 《贵州水族习惯法》：韩荣培。
9. 《贵州仡佬族习惯法》：覃敏笑。
10. 《贵州白族习惯法》：李平凡。
11. 《贵州仡佬族习惯法》：唐合亮。

《贵州少数民族习惯法调查与研究》课题主持人  
贵州民族大学法学院教授 邹渊 谨识

二〇一四年八月二十日

# 国家社会科学基金规划课题 “贵州少数民族习惯法调查与研究”最终成果

## 课题组负责人 邹 渊

男，1935年生，汉族，四川成都市人。贵州民族大学教授，贵州大学硕士研究生导师。贵州省仲裁法研究会会长，贵州省民法学经济法学研究会、宪法学法理学研究会顾问。曾任贵州民族大学法律系系主任，中国法学会第三届理事，贵州省法学会副会长，贵州省行政法学会副总干事、法理学宪法学研究会副会长、贵州省人大立法咨询专家，贵州省人民政府行政复议委员会委员。主持或参与承担国家社科课题三项、贵州省社科课题、省长基金课题、司法部课题、中国法学会课题、贵州省教育厅课题、贵州省民委课题等10余项。主持或参与地方立法的调研、起草或立法后评估6项。出版著作《教育执法全书》、《新编法学概论》、《中国房地产经营法制管理》、《中国市场经济法制管理》等34部，发表文章60余篇。

## 课题组成员（以姓氏笔画为序）

韦宗林 毛为民 邓敏文 李平凡 李廷贵 吴大华  
吴志刚 吴宗金 吴保卫 陈国安 周国茂 徐晓光  
唐合亮 黄 海 韩荣培 覃敏笑

# 第一章 少数民族习惯法概论

## 一、习惯法的概念、分类和产生

### (一) 习惯法的概念

#### 1. 我们对习惯法概念的主张

习惯法作为一类社会规范不仅中国有，而且在世界各地广泛存在。非洲的大部分地区是服从习惯法的。在印度尼西亚等许多亚洲国家，在宗教法盛行的国家，习惯法对国家法制至今有重要影响。那么，什么是习惯法呢？我们认为：习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威确立的，具有强制性和习惯性的行为规范的总和。习惯法既不是纯粹的道德规范，也不是完全的法律规范，而是介于道德和法律之间的准法规范。

首先，习惯法不属于国家制定法。它不是由国家制定的，也不由国家强制力保障实施，不体现国家的意志。而是由一定的社会组织，凭借民间习惯而形成的权威，在一定范围的群体中俗定（自然形成）或约定的，共同拥护共同遵守的行为规范。这种民间的权威是指，如宗祠的权力和威望、头人寨老集团的权力和威望、家族或村落会议的权力和威望、宗教的权力和威望等等。习惯法是在这些权威主持下共同约定的，或者是长期自然形成后（俗成），由这些权威力量长期不间断地维系的。由于这些权威是历史习惯形成的；有的则是公众认可的，习惯法的内容有相当一部分体

现了该组织或地域成员的共同利益；有的还是共同约定的。因而一般能被自觉遵守。同时，习惯法虽然起初都不是成文的，但后来既有不成文的习惯法，也有成文的习惯法。特别是现代的习惯法一般都是成文法，并以文字、口头和行为三种方式传播、继承。因此，与习惯法对称的概念，不是成文法，而是制定法，即习惯法是非制定法。此处要说明的是，制定法有两种造法形式，一种是国家制定成文法；另一种是国家认可习惯法。如果习惯法规范被国家认可为制定法（如，我国1950年《婚姻法》，除禁止直系血亲同胞兄弟姊妹、同父异母或同母异父兄弟姊妹结婚外，对“其他五代以内的旁系血亲间禁止结婚，从习惯”），那么，此时该习惯法规范，就由准法规范上升为完全的法律规范。该习惯法规范就具有双重身份，既是制定法，也是非制定法。但这种情况很少，现代法律绝大多数都是国家制定的成文法。总之，习惯法是非制定法，不具有制定法特有的如由国家制定、反映国家意志、由国家强制力保障实施等明显特征。换言之，习惯法不具有制定法必备的国家意志性。

其次，习惯法虽然不属于制定法，但具有类似制定法的某些重要特征。所以，无论是中国或外国，持各种观点的学者，法学家或社会学家，立法者或执法者，官员或百姓，都把它称之为“法”，只是在“法”之上再冠以“习惯”的限制词。第一，法有权威性，习惯法也有权威性。习惯法的权威是一种社会权威，已如上述。这种权威从社会效果和覆盖面来看，往往不亚于制定法，在一定的范围内甚至更“灵”。这是社会外在力量与守法者内在力量结合的一种权威，是与人们内心信念相一致的权威，习惯法与制定法的区别，不是有无权威区别，而是权威来源和方式的区别。制定法的权威来源于公家性质的国家政权，习惯法的权威来源于私家性质的民间传统。第二，法有规范性，习惯法也有规范性。规范是指准则、标准，它为人们行为提供了一个模式或方向。因而是能普遍适用的，反复同一适用的、稳定适用的。习惯法是根据社会政治、经济、文化某方面的需要，从习惯传统中筛选出来的行为规范。习惯法是对习惯的提炼。它不是孤立、零散的习惯现象或观念，而是某部分人必须普遍遵守的行为规则。侗族的习惯法就自称“款条”，贵州苗族习惯法叫《苗例》，仡佬族习惯法叫“会款”，还有广西瑶族的“石牌律”，青海土族的“插牌”等。其规范性都很明显。第三，法有强制性，习惯法也有强制性，习惯法的强

制性体现在它的惩戒规范上。此种惩戒颇具民族和地方特色，种类差异大，没有专门的执行处罚的机构。这是它与制定法强制性的区别。但是，习惯法的处罚有靠社会权威维系的执行程序和方法，并能做到违法必究，执法必严。这种严格的强制执行手段，又是它与道德的主要差异。凉山彝族奴隶社会习惯法中对犯杀人罪者的处罚分为勒令自杀与他人行刑两类，勒令自杀包括吊死、服毒、剖腹、投水、跳岩五种。他人行刑包括勒死、吊打致死、捆石沉水、滚岩、刀枪杀、烧死、活埋、捆投深洞等。<sup>①</sup>云南景颇族新中国成立前多数处于由原始社会向阶级社会过渡阶段，其习惯法（“通德拉”）的强制手段又很不相同，一般不施行死刑、徒刑和体罚，主要惩罚方式是赔偿、报复和驱逐出寨。驱逐出寨是对罪大恶极而又屡教不改的人施行的最高惩罚。

再次，习惯法的习惯性是它的显著特色，这种习惯性主要表现在：习惯法的形成是由习惯演变升华而来，习惯法的内容和形式带有民族、乡土地方惯有的特色，习惯法的实施有赖于传统习惯的动力。瑶族的民谣有：“石碑（习惯法）大过天。”<sup>②</sup>彝族的民谣说：“山林有清泉，彝家有尔比（习惯法）。说话一条线，尔比是银针。”<sup>③</sup>习惯法与当地当时人们的生产方式、生活习惯、意识形态有密切的关系。草原是蒙古族人民的经济生命线，在我国蒙古族中向来就有关于使用牧场的习惯法，谁先占用牧场归谁使用。<sup>④</sup>同样的道理，居住在林区的群众，有保护利用树林、确定林权的习惯法。缺水地区，特别注重用水灌溉的习惯法。居住在广西防城族自治县海岛上的京族，因风沙特大，庄稼周围有园芥保护，就有惩罚破坏偷砍园芥的罚款法。习惯法有的源远流长，世代相传，有的公众认可，视为神圣。这种传统的力量和意志，个人的权威是很难使它改变的。

### 2. 当前国内学术界关于习惯法概念的观点

对于什么是习惯法，在众多的调查报告、学术论文、著作乃至工具书

---

① 杨怀英、黄明述、程正宗著：《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》，四川人民出版社1994年版，第3、11、62页。

② 广西壮族自治区编：《广西瑶族社会历史调查》（第一册），广西人民出版社1984年版，第78页。

③ 范荣贵：《少数民族习惯法》，吉林教育出版社1990年版，第17、30、23、24、（5、6）（31、37）（7、8）（11、12）、9页。

④ 范荣贵：《少数民族习惯法》，吉林教育出版社1990年版，第17、30、23、24、（5、6）（31、37）（7、8）（11、12）、9页。

中，众说纷纭。不同的提法在十种以上，大致可归纳为三种观点。

第一种观点，认为习惯法是国家认可的制定法的组成部分。《中国大百科全书·法学》认为：“习惯法，指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯，是法的渊源之一。”<sup>①</sup>全国自考指定教材《法学基础理论》解释：“不成文法是指由国家认可其具有法律效力的法律，又称习惯法。”<sup>②</sup>《牛津法律大词典》说：“习惯法（Cuslomary Law）：当一些习惯、惯例和通行的做法在相当一部分地区已经确定，被人们所公认并被视为具有法律约束力，像建立在成文的立法规则之上一样时，它们就理所当然可称为习惯法。”“在大多数发达的社会中，一般的广为流传的习惯常常是法律的重要历史渊源。其中普遍实行的习惯在有的时候被公认，便会为司法上的接受、采纳，并在其后适用于其他案件而成为习惯法。”<sup>③</sup>朱愚在《试论我国的习惯法》中说：“所谓习惯法是指国家认可并赋予法律效力的习惯。”<sup>④</sup>北京大学编《法学基础理论》写道：“习惯法即渊源于习惯并由国家认可的法律。”<sup>⑤</sup>

这是部分法学家的观点。他们否认有未被国家认可的习惯法规范存在，认为只存在正式法律渊源意义上的习惯法。它大大缩小了习惯法的范围，将会使我们忽略许多有特殊意义的习惯法研究对象。也与习惯法广泛存在的现实不符，所以，我们不赞成这种观点。

第二种观点，认为习惯法就是传统的道德习惯。秋浦在《鄂伦春社会的发展》一书中说：“鄂伦春人在长期的原始共产主义生活中，很自然地形成了一整套的传统习惯，也就是我们所说的不成文的习惯法。他们世代代即依据这些来维持社会秩序和调整社会成员之间的关系。”<sup>⑥</sup>冉继周、罗之基著《西盟佉族社会形态》说，佉族社会仍然依靠长期的历史形成的习惯和传统，来调整人们之间的各种关系，维持社会的秩序。佉族没有文字，这些传统习惯和道德规范，没有用文字固定或记录下来，所以也可称

① 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社1988年版，第87页。

② 沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1988年版。

③ [英]戴维·M.沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第235-236页。

④ 《齐齐哈尔大学学报》（哲学社会科学版）1994年第1期。

⑤ 北京大学法律教研室编：《法学基础理论》1987年版，第80-90页。

⑥ 秋浦：《鄂伦春社会调查》，上海人民出版社1987年版，第202页。

为习惯法。<sup>①</sup> 英国学者哈特兰德在他的专著《原始法》中说：“原始法实际上是部落习惯的总体。”<sup>②</sup>

社会学家、人类学家多倾向这种观点。但他们把一般的习惯视为习惯法，扩大了习惯法范围，又降低了习惯法作为准法规范的规格。我们也不赞成这种观点。美国人类学家霍贝尔 1954 年在他的专著《原始人的法》中曾批评习惯就是习惯法的观点说：“照字义解释，这意味着陶器制造术、钻木取火术、训练小孩子大小便的方法以及另外的人们的全部习惯都是法律。”他说这是一个“荒唐的主张”。<sup>③</sup>

第三种观点，认为习惯法是民间有强制性的准法规范。周勇在《习惯法在中国法律体系中的历史地位》中写道：“习惯法是依据一定的社会权威而存在，并被保证在违反时对强制执行或对违反者予以责罚的行为规范的总和。”<sup>④</sup> 田成有在《中国农村习惯法初探》中写道：“习惯法是独立于国家之外的，人们在生产和生活中根据事实和经验，依据某种社会权威和组织确立的具有一定强制性的、人们共信共行的行为规范。”<sup>⑤</sup> 高其才在《论中国少数民族习惯法文化》中写道：“习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具有一定的强制性的行为规范的总和。”<sup>⑥</sup> 范宏贵在《少数民族习惯法》中写道：“习惯法是从原始社会以来各民族民间为维护社会秩序、保障社会安宁、使社会成员健康发展，调整人与人之间的关系而自然形成或社会成员集体制定的行为规则。这些行为规则依靠社会舆论、社会成员的共同信念、群众的力量以及民族的传统意识和头人的威信，甚至神明的力量来实施。”<sup>⑦</sup> 这种观点，是我们主张的观点。其理由已经在前面论述过。

综观上述三种观点，第一种混淆了习惯法与法，尤其是与制定法的区

① 冉继周、罗之基著：《西盟佤族社会形态》，云南人民出版社 1980 年版。

② [英] E. S 哈特兰德著：《原始法》伦敦 1924 年版第 5 页。转自 [美] 霍贝尔著：《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年中文版第 18 页。

③ [美] 霍贝尔著：《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年中文版，第 18 页。

④ 周勇著：《习惯法在中国法律体系中的历史地位》，载《上海社会科学院学术季刊》1991 年第 4 期。

⑤ 田成有著：《中国农村习惯法初探》，载《民俗研究》1994 年第 4 期。

⑥ 高其才著：《论中国少数民族习惯法文化》，载《中国法学》1996 年第 1 期。

⑦ 范荣贵著：《少数民族习惯法》，吉林教育出版社 1990 年版第 5 - 37 页。

别。它缩小了习惯法的范围。第二种混淆了习惯法与习惯的区别，又扩大了习惯法的范围。它们都不能让我们正确地认识和区别习惯法。第三种观点才是符合事实的正确的观点。

### 3. 与理解习惯法概念相关的几个认识问题

第一个问题：怎样理解准法规范？

我们说，习惯法是准法规范，但什么是准法规范呢？准法规范是在某些重要方面具有类似法的特征，起到类似法的作用的规范。“准”字的本意是许可，依照。引申义是比照，表示可看作某类事物或和某类事物差不多的意思。

在法学术语中有不少带有“准”字头的概念。例如，在婚姻法中，把类似自然血亲的拟制血亲称为准血亲。在民法中，英美法系国家对合伙人的分类中有一种称为准合伙人。准合伙人本身不是合伙人，但其行为使他人相信他是合伙人，从而使其承担合伙人的责任。有的国家把知识产权或者矿产权、渔业权称为准物权。其实它们并不是物权，只是具有物权的某些法律特征。所以，又把物权称为普通物权，把准物权称为特别物权，以兹区别。在国际法中，把一些在处理国际关系时不亲自承担责任的区域性团体称为准成员国。准成员国具有国际关系主体资格，它又不同于正式成员国。通常在表决权、代表资格方面受到一些限制。在国际私法中，把解决一国内不同法域间私法冲突的法，称为准国际私法。准国际私法和国际私法，它们在解决不同法域私法的冲突方面，其作用和性质是相同的。而且，“国际私法是从准国际私法发展而来的”<sup>①</sup>。但是，国际私法解决的是不同国家私法的冲突，准国际私法解决的是一国内的私法冲突。这两类解决私法冲突的规则又有本质的区别。在行政法中，把类似行政行为的行政通知、行政确认、行政证明和行政受理，称为准行政行为。它们本身不是完全的行政行为，但它对另一类行政行为的生效起着准备、辅助作用，或是对另一行政行为表示意见，使该行政行为生效。在诉讼法中，英国的行政法庭被称为准法庭。这种行政法庭在英国种类较多，如土地法庭、运输法庭、医疗申诉法庭等等。它们具有专门法院性质，但又隶属于各种行政机关，只管辖特定种类的行政诉讼，并非严格意义上的司法机关，才被称

<sup>①</sup> 日本国际法学会主编：《国际法辞典》，世界知识出版社1985年版，第746页。



为准法庭或准法院。此外，还有所谓准送达、准质权、准国徽等等。

准法规范与上述许多概念一样，其主要特点是它的双重性。一方面，准法规范与法律规范有原则区别；另一方面，准法规范又有类似法的重要特征，在一定范围内产生了与法律一样的社会效果，在某些人群中起到法的指引、评价、教育、预测和强制作用。有时还局部弥补了某些法的不足。总之，准法类似法，但不是标准的法。有的把它叫作超国家法、亚国家法。<sup>①</sup>有的称作“混合法”或“半法律规范”。<sup>②</sup>

其次，准法规范的另一个特点，是它的中间性和某种过渡性。以习惯法来说，习惯法是处于习惯规范与法律规范之间独立的第三种规范。有的习惯法规范按照统治者的需要，还有可能被国家权力机关认可，过渡为法律规范。但不是所有的准法规范都必然会过渡为法律规范。并不需要如此。绝大多数习惯法始终保持着自己的稳定和独立状态。能够过渡的仅是很小一部分，这一小部分之所以会被过渡，正是因为准法规范具有双重性和中间性的特点。

第二个问题：准法规范与法律规范有什么区别？

我们认为，准法规范与法律规范的主要区别是：（1）制定规范的主体不同。准法规范不由国家制定，由民间制定或认可；法律规范由国家权力机关制定或认可。（2）规范反映的意志不完全相同。准法规范有的反映某一地域或人群中统治阶级或阶层的意志，在四川凉山彝族的习惯法中，曲诺（奴隶）的命价钱只值黑彝（奴隶主）命价钱的四分之一。但更多的是反映维护社会秩序，保一方平安，促一地发展的某类群体意志。少数民族大多社会发展进程缓慢，“社会结构简单，贫富悬殊不很大，阶级对立不很显著，习惯法对贫富、长幼、社会地区不同者，均一视同仁，体现了广大民众的意志”<sup>③</sup>。苗族头人“榔头”“丛头”与群众，侗族头人“款首”与“款众”都一样，没有任何特权。京族习惯法甚至规定，头人本身或其家属子女违例，要加倍惩处。<sup>④</sup>而法律规范在阶级对立社会，只反映统治

① [法]亨利·莱维·布津尔著：《法律社会学》，上海人民出版社1987年版，第22、25页。

② 武树臣著：《中国的“混合法”——兼及中国法律系在世界的地位》，载《政治与法律》1993年第2期。

③ 范荣贵著：《少数民族习惯法》，吉林教育出版社1990年版，第5-37页。

④ 范荣贵著：《少数民族习惯法》，吉林教育出版社1990年版，第5-37页。