



贵州民族学院学术文库

GUIZHOU MINZUXUEYUAN XUESHUWENKU

西南民族传统法文化的 历史与现状考察

XINAN MINZU CHUANTONGFAWENHUADE
LISHI YU XIANZHUANG KAOCHA

潘志成◎著

民族出版社



贵州民族学院学术文库

西南民族传统法文化的 历史与现状考察

潘志成 © 著

 民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

西南民族传统法文化的历史与现状考察/潘志成著. —北京:
民族出版社, 2010.6

(贵州民族学院学术文库)

ISBN 978 - 7 - 105 - 11003 - 2

I. ①西… II. ①潘… III. ①少数民族—法律—文化—
研究—西南地区 IV. ①D927.702.15

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 125057 号

西南民族传统法文化的历史与现状考察

著 者: 潘志成

策划编辑: 倩 男

责任编辑: 尹 俊

封面设计: 晓玉工作室

出版发行: 民族出版社

社 址: 北京市和平里北街 14 号 邮编: 100013

电 话: 010-58130038 (编辑室)

010-64228001 (传真)

010-64211734 (发行部)

网 址: <http://www.mzcbs.com>

投稿邮箱: gongqianlan@sina.com

印 刷: 迪鑫印刷厂

经 销: 各地新华书店

版 次: 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月北京第 1 次印刷

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 280 千字

印 张: 10

定 价: 32.00 元

ISBN 978 - 7 - 105 - 11003 - 2/D·2012 (汉 288)

该书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换

本书获 2009 年度贵州民族学院学术著作出版基金资助

贵州民族学院学术文库编委会

主 任： 高万能 吴大华

副主任： 刘胜康（常务） 唐建荣 郁钟铭 杨昌儒 吴晓萍

委 员：	金明仲	何 彪	徐晓光	王芳恒	杨正万
	任达森	张艾清	白明政	龙耀宏	范元祝
	贺又宁	龙 潜	王建山	岑燕坤	喻野平
	洪震声	谢 兵	肖唐金	郭 颂	倪绍勇
	龚 锐	石开忠	王 林	吴有富	贺华中
	韦宗林	周相卿	汪文学		

办公室主任：金明仲（兼）

工作人员： 柳远超 柳 斌 童 健 刘超祥 黄 静

目 录

导 言 /1

第一章 社会的组织结构 /17

第一节 亲属群体 /17

第二节 地缘社会组织 /41

第二章 婚姻及生育 /62

第一节 婚姻规则 /63

第二节 生育及人口的控制 /83

第三章 财 产 /101

第一节 财产所有原则 /101

第二节 田土与耕作 /113

第三节 财产继承与分配 /122

第四章 交换与贸易 /137

第一节 原始交换的产生与种类 /137

第二节 市场及其规则 /146

第三节 贸易及商人团体 /152

第五章 秩序、规则与惩罚 /156

西南民族传统法文化的历史与现状考察

第一节 社会秩序与族群维系 /157

第二节 宗教的影响 /165

第三节 犯罪观念 /178

第四节 犯罪行为之种种 /187

第六章 纠纷解决 /205

第一节 民间的纠纷解决者 /205

第二节 纠纷解决的模式与原则 /215

第七章 变迁及现状 /232

第一节 中央政权的调控及西南民族 传统法文化的变迁 /232

第二节 多元化的法律生活现状 /247

第八章 回应与调适：传统法文化背景下的 当代法治建设 /253

第一节 民族地方立法的完善 /254

第二节 传统权威作用的发挥 /266

第九章 传承与维系：现代化语境下传统法文化的发展 /278

第一节 现代化视野下少数民族传统法文化的发展 /279

第二节 法文化现代化与民族法文化的发展 /284

第三节 少数民族法文化现代化的途径 /296

后 记 /303

导 言

伴随着新世纪的来临，世界正处在一个从未有过的大冲撞、大变动、大调适和大融合的过程之中，各个国家各个民族都面临着社会转型和文化转型的巨大挑战。中国在新世纪的和平崛起特别需要中国文化的精神支撑，需要我们深入反思、审视自己，反思和审视自己的历史和人性，反思和审视我们的精神文化。

作为中国的法律人，我们的目光必须永远关注我们生长的这片土地，首先就需要认识和了解自己的家底，要善于总结和重视我们自己创造的经验。^①当然，笔者在此并非是要否认学习西方先进法律文化的必要性。向西方学习，这是近代百年的主流，也是当代中国得以发展的前提和基础，我们在向西方学习的道路上还要继续走下去，这几乎是包括笔者在内的每一位国人的共识。但问题是，我们在向西方学习的同时是否就完全没有必要回过头来关注一下我们自身的传统，看看我们自己有什么，我们又缺什么。我想，谁都不会（当然，也不能）否认这种做法的必要性吧，我们总不至于一味埋头拉车、不管抬头看路吧！正是基于此，笔者以为关注自身的传统法律文化应当

^① 张伟仁辑、陈金全注：《先秦政法理论》，序言二：《原创文化与先秦政法理论》，6页，北京，人民出版社，2006。

与学习西方先进的法律文化具有同等重要的作用，两者并行不悖，不可偏废。笔者这里所说的“我们”，无疑也包括我国西南民族地区的少数民族，其创造的法文化的精神财产当然也是我们尤需关注的内容之一。

本书所指“西南民族地区”，既是地域上的“西南”，亦是文化上的“西南”，大体上包括了西藏自治区、云南省、贵州省、广西壮族自治区、四川省民族自治地方和重庆市民族自治地方，面积达 250 万余平方公里，这里是我国少数民族成分最多、人口最多的地区。全国 56 个民族，几乎都有成员在这里繁衍、生息，其中世代定居在这里的有藏、门巴、珞巴、羌、彝、白、哈尼、傣、傈僳、佤、拉祜、纳西、景颇、布朗、阿昌、普米、怒、德昂、独龙、基诺、苗、布依、侗、水、仡佬、壮、瑶、毛南、京、土家、回、满、蒙古、汉等 30 几个民族以及尚未有确切归属的莽人、克木人等。

对于相当部分不了解少数民族社会的法学家或司法官员而言，少数民族的传统法文化依然是一个充斥着奇风异俗且颇有吸引力的话题，甚至在某种语境下是落后、迷信、野蛮习俗的代名词，至于其价值和生存状态则视而不见、听而不闻。事实上，任何一个群体要能生存，必须具有一套能使它延续的规定。即便是在没有文献记载的上古时代，也并非如先秦诸子描述的那种“刑政不用而治，甲兵不起而王”^①、“无制令而民

① 高亨：《商君书注释》，136 页，北京，中华书局，1974。

从”^①的状态。相反，初民社会中确实存在着—类具有约束性的规则，它控制着社会生活的大部分，确立经济关系、权力运作、婚姻规范以及有限度地捍卫生命和财产等等。这些规则虽然并未书写在文本中，甚或没有用字句道出，但却是真实存在、清晰明确的。我国西南地区的少数民族大多具有数千年的悠久历史与文化，不少民族参与了远古华夏民族融突和合的形成过程，特别是中华法系的生长与发展，各少数民族都作出了重要贡献。由于种种原因，西南少数民族大多数都没有自己成文的律典，但是他们都有历史悠久、内容丰富的传统法文化，其中很多内容还存活在人们的法律生活之中，继续发挥着调整社会秩序的作用。笔者在田野工作中接触过、感受过生动活泼、富有生命力的少数民族传统法文化，认为它确实是中华法苑中的奇葩，值得我们去观赏、欣赏、赞赏，它也需要我们去认识、去了解、去研究。

1956年，著名历史学家范文澜先生在《介绍一篇待字闺中的稿件》一文中，高度评价刘尧汉同志的《由奴隶制向封建制过渡的一个典型实例》未刊稿，把田野调查获取的资料形象地称作“山野妙龄女郎”，他说：“我们研究古代社会发展的历史，总喜欢在画像上和《书经》、《诗经》等等中国的名门老太婆或者希腊、罗马等等外国的贵族老太婆打交道，对眼前还活着的山野妙龄女郎就未免有些目不邪视，冷淡无情。事实上和死了的老太婆打交道，很难得出新的结果，而和妙龄女郎打交道却可以从诸佛菩萨的种种清规戒律里解脱出来，前途大有可为。”^②笔者在大学学习期间有缘结识陈金全教授并一直在他的门下学习法律史，他始终认为法律归根到底是人创造的，如果

① 何宁：《淮南子集释》，215页，北京，中华书局，1998。

② 范文澜：《介绍一篇待字闺中的稿件》，载《光明日报》，1956年5月24日。

一部法律史看不见民众的作用及其价值，如果法律史记载的几乎只是官方话语而没有民众的声音，那么这样的法律史只能是想象的法律史。因此，他倡导走人类学的路，深入民族民间社会，采风问俗，以求能对当前法律史学的研究有所补益。近年来，笔者有幸一直跟随陈老师在大西南的崇山峻岭、溪流深谷之间从事少数民族传统法文化的田野调查，虽然其间有书斋中的学者无法体味的艰难险阻，亦有因自身学识之有无法达致目标的苦闷、彷徨和无奈，但遭遇“山野妙龄女郎”的那份惊喜和“山野妙龄女郎”散发的青春魅力岂又是局外人能窥知的。

二

什么是“法文化”，这本身就是很难界定清楚的概念^①，大

① 苏联大多数学者认为法文化是内容广泛的社会现象，表明法律生活程度的标志，并集中抓住法律思想和法律意识及其指导下的法律实践。美国学者从1969年劳伦斯·里法曼的文章才明确使用“法律文化”一词，认为法文化涉及人们关于法律制度的知识、看法和行为方式。我国学术界对法文化的研究据说始于1985年孙国华的《法学基础理论》中“法律文化”一节，是法律文化研究的前奏，他认为：“法律文化是人们调整社会关系的智慧、知识和经验的结晶，反映了历史积累起来的有价值的法律思想和有关法的制定、法的适用等的法律技术，反映了法律调整所达到的水平。”1992年，刘作翔教授在《法律文化论》中认为：“法律文化不同于文学、艺术、美学等类型的文化，法律文化是一种用来调整社会关系和社会生活的调整性文化，它承担着特定的政治使命和政治目的。”刘教授进一步认为，法律文化的内涵不仅包括了在人类实践经验中产生的法律规范、法律制度、法律组织机构以及设施等，还包括了体现和渗透在法律实践的活动和环节之中的法律意识形态（刘作翔：《法律文化论》，103页，西安，陕西人民出版社，1992）。张文显教授则认为，“法律文化是由法律认知、法律情感和评价三种要素所组成的，当他们仅仅存在于人们意识中时，就是所谓的观念模式，当他们表现于群体的现实活动中时，就是所谓的行为模式”（张文显主编：《马克思主义法理学——理论与方法论》，287页，长春，吉林大学出版社，1993）。此后，武树臣教授在1994年出版的《中国传统法律文化》一书中是这样界定“法文化”

体说来是关于法的制度文化、物质文化和观念文化的综合体。西南少数民族传统法文化的内容非常丰富，关乎社会生活的各个领域和各个方面。笔者使用的“传统法文化”，对于我们所要探讨的问题来说是一个非常灵活而宽泛的概念。英国著名人类学家埃文思-普里查德称自己在关于努尔人的民族志时使用的“法”这一概念，就是“在一种看来是对努尔人进行描述时最为合适的意义上而言的，而不是在法律程序或法律制度的意义上而言的”^①。应该说，笔者在这里使用的“传统法文化”在很大程度上承袭了埃文思-普里查德的这一做法，也就是说笔者所要描述和分析的乃是存在于民族社会内部确有约束力的规则，而不受某种既定明确定义的羁绊。

(接上页)这一概念的，他说：“首先，‘法律文化’是支配人类法律实践活动的价值基础，和这个价值基础被社会化的运行状态。这一层含义的‘法律文化’所涉及的主要内容有两个：一是法律实践活动的精神内核，二是这个内核的‘外化’过程或方式。其次，‘法律文化’作为客观存在物，表现为法律实践活动所取得的成果。它标志着人类实现有利于自身生存发展的特殊社会秩序的能力和对社会生活进行有目的的设计、控制、引导的水平。这一文化成果可以划为四个主要方面：法律思想，法律规范，法律设施，法律艺术（技术）。第三，‘法律文化’作为一种主观的观念形态，是与宏观、综合、系统的研究方法紧密联系的”（武树臣等：《中国传统法律文化》，32~34页，北京，北京大学出版社，1994）。武树臣教授的这一定义是将人类的法律实践活动——立法、司法、思维——视为统一的整体或过程来把握和分析的。陈晓枫教授在《中国法律文化研究》一书中则认为，法律文化是一定民族从历史传习中获得的、要求个体按特定模式进行法律实践和法律思维的指令系统。具体而言，他认为法文化在指令意义上归属观念范畴，是法律制度、法律思想和法律实施的综合，它通过评判、选择和制约作用，引导法律制度的创新和运作，影响法律思维的进行，控制法律的实施（陈晓枫：《中国法律文化研究》，17页，郑州，河南人民出版社，1993）。此外，梁治平的《法律的文化解释》则认为，中国内地的法律文化一词一开始就被滥用和庸俗化，认为法律文化不应被认为具有对象化的实体内容，而首先应是一种研究立场和方法，用文化的解释方法来研究法律才是法律文化，提出要“用法律去阐明文化，用文化去阐明法律”（梁治平：《法律的文化解释》，4~5页，北京，三联书店，1994）。

① [英]埃文思-普里查德：《努尔人》，褚建芳等译，25页，北京，华夏出版社，2002。

所谓“传统”，我们往往认为传统就是历史，就是过去。进而言之，传统法文化就是过去的人创造的可供今人继承的法律文化成果。曾宪义和马小红两位教授在《试论古代法与传统法的关系》一文中对“古代”与“传统”两者的概念作了深入的剖析，指出“传统”并非就是“过去”，他们认为：“传统并不是凝固的文化，在历史的发展中，传统不仅具有自我更新的能力，而且对现实有巨大的影响力”，具体在法的领域，传统法“是以往法的延续，是古代法与现代法连接的桥梁”。^①也就是说，“传统法文化”它并不是一个保守无变化的静止状态，其意义和价值乃是立足于当下的。按照两位教授的观点，“传统法”是人们对以往过去的法律及法文化传统的理解和解释，是一种基于现实需要的构建，这也正是研究传统法文化的目的所在。

我国是一个多民族的统一国家，各少数民族在繁衍生息中延续本民族的历史，并在历史延续的过程中形成本民族的传统法文化。这种传统文化包括本民族的价值观念、行为方式、礼仪习惯以及各种物质载体和符号系统，这是该民族以社会的方式实现历史形态中的生存和发展所必不可缺的价值要素。传统文化是民族历史的精神写照，是民族生命中的智慧之花，是民族生存与发展的内力源泉。各少数民族由于所处的生态环境、历史发展的不同，其传统文化也存在着巨大的差异，加之民族文化与政治、经济、宗教等问题有着密切的联系，关注少数民族传统文化的发展就显得特别重要，有着非同一般的意义。少数民族传统文化的内涵非常丰富，它包括了少数民族的语言、文字、文学、艺术、哲学、宗教、风俗、饮食、住宅等各个方面

^① 曾宪义、马小红：《试论古代法与传统法的关系》，载《中国法学》，2005（4）。

的内容。随着现代社会的经济发展，现代传媒、人口流动等因素对少数民族地区的影响日益增强，也使得少数民族的传统文化处于一个迅速变化的过程中。无论是理论界，还是实践部门，人们已普遍认识到挖掘、抢救、保护和利用少数民族传统文化的必要性和迫切性，各地开展了声势浩大、形式多样并且卓有成效的少数民族传统文化保护工作。但是在这种“保护运动”中，主要是对少数民族传统文学艺术、民俗风物和宗教信仰的保护，而少数民族的传统法文化往往成为最容易被人们忽略的一个内容。事实上，我国各少数民族，无论是在古代还是在近现代，都有着各自独特的法文化，这些形式多样、内容丰富的少数民族传统法文化，与汉民族的法文化共同构成了我国法文化的宝库。少数民族传统法文化的历史源远流长，时间延绵数千年，成为各民族特殊的历史遗产和宝贵的精神文化资源。自古以来，我国西南少数民族地区就是中华民族几个文化区延伸、接触和交融的地方，其法文化始终处在与其他民族的法文化不断融突和合的状态，这就必然造成该地区法律生活和法文化的绚丽多彩，其传统法文化也因此获得滋养不断转化、新生而显示出它顽强的生命力。当然这种生命力源于少数民族的生产、生活以及法律经验，但也来自民族传统法文化的深层结构以及它数千年悠久历史的底蕴、精神和智慧。我国西南少数民族地区要进一步解放思想，转变观念，拓宽视野，要看到经济的可持续发展和法制建设同少数民族传统法文化的内在关系，充分利用区域文化优势，主动而积极地去挖掘、总结和运用这种特殊的法文化遗产。

三

法学家、民族学家研究少数民族的传统法文化，习惯按现代法制的主要部门把它划分为民事法、刑事法乃至程序法等等。事实上，西方人类学家早就意识到这一分类的错误之处，他们纷纷提出不同的新概念来分析初民社会的法律，而绝不愿意机械地套用现代法律的术语，如布朗提出用“公法”、“私法”的二分法来代替“刑法”、“民法”^①；霍贝尔将法社会学请求权、豁免权等理论引入原始人的法律^②；功能主义人类学大师马凌诺斯基也主张从初民社会生活的内在逻辑出发去理解他们的法律和习俗，他认为，初民的法是多层次的，“除了传统的魅力（指习俗，引者注），还有些其他的规则、禁令和命令，它们也要求和拥有自己的特定的制裁手段”，种种规则在某一具体的行为上往往是纠缠在一起的，但又“因着制裁手段及与部落社会组织和部落文化的关系的不同，而各各朗然区别开来”^③。那么，就笔者这本小书所要探讨的对象——西南地区少数民族社会的传统法文化而言，它也必然是由各种不同的“朗然区别”的制度纠缠在一起的，作为研究者，我们又应如何去理清其内在逻辑呢？

要完成这一重任，面临的第一个问题是：是否可以用民

① [英] 拉德克利夫·布朗：《原始社会的结构与功能》，潘蛟等译，237页，北京，中央民族大学出版社，1999。

② [美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，48页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

③ [英] 马凌诺斯基：《初民社会的犯罪与习俗》，许章润译，39～40页，南宁，广西师范大学出版社，2003。

法、刑法或者实体法、程序法的概念来分析西南少数民族的传统法文化？这一问题尤为棘手，因为学界对能否用这些概念分析中国古代的制定法这一问题尚在争论不休，故而实难顾及（亦有不屑顾及之可能）少数民族传统法文化这一“等而下之”的层次。然而，目前法学界、民族学界研究少数民族传统法文化的著作却多默认了这一分类模式，而且国外人类学界似乎也有此做法。例如马凌诺斯基，这位英国人类学的大师，他曾抱怨说，现代人类学对于法律的研究，多集中在法律对于氏族复仇，具有犯罪性质的、旨在实施报复的妖术、乱伦、通奸、违犯禁忌或谋杀等令人毛骨悚然的案件的裁处上。很显然，他指出了人类学对初民法律关注的不足，大多数人类学家的兴趣仅局限在“犯罪”一途，而没有顾及其他领域。初民法律在马凌诺斯基看来，还应包括“调节家族成员、氏族成员和部落成员之间的人际关系，确立经济关系、权力运作与巫术的施用，以及夫妻及其各自家族的名分大义”的“一类具有约束力的规则”，而且他进一步指出，“对应于我们民法的，恰恰就是美拉尼西亚社会中的这类规则”。^①这就是说，在他的意识里，初民法律至少是可以分为民法和刑法两大部分的。

美拉尼西亚人法律生活的具体情节，我们今天已无从得知，说不准在他们的观念中，或真是有刑法、民法“朗然区别”的概念的。但是，世界是复杂的，西方人刑、民两分的观念早已有之，而古中国人有无或何时刑、民两分观念之事，尚待争论或考证。不过，中国有 55 个少数民族，其中过半都未曾建立类似国家的政权，还有生活在云贵高原的 10 余个少数民族直到 1950 年仍处于原始社会的末期，是否这 55 个少数

^① [英] 马凌诺斯基：《初民社会的犯罪与习俗》，许章润译，40 页，南宁，广西师范大学出版社，2003。

民族齐刷刷地都具有刑、民两分的观念？如果“是”，那我们只能感慨全体古中国人法律观念的“早熟”了！即便真是那样，至少还有一点是毫无疑问的，那就是他们的所谓“刑”“民”观念必不是今天的“刑”“民”观念，两者之间的差距大着呢！因此，我们说，在研究初民的法律及我国少数民族传统法文化时，“刑”“民”只能作为参照物而不能作为分析工具，正如人类学家布朗教授所说的，“把刑法和民法这种现代划分运用于原始社会造成了混乱”^①，笔者的这本小书将遵循这个原则，尽量不使用现代“刑法”、“民法”的观念来讨论问题。

在解决了这个问题之后，“如何把交织在一起的少数民族传统法文化有条理地讲清楚”这一难题又摆在了我们面前。美国人类学家辛德尼·哈特兰教授指出了困难所在，他认为在很多不发达的社会里，无论是在当地人自己看来，抑或如同社会现实本身所昭示的那样，社会中的各类规则都是混缠无别、浑然一体的。^② 马凌诺斯基也指出，虽然在不发达社会里，确实存在着种种规则，但事实上任何运用借助当今经济背景或政治论战中的语汇来描述其社会制度，都只会将人引入歧途，他认为唯一正确的途径就是根据其具体事实来描述其法律状况。^③ 而在今天的西方法人类学领域，以博安南（P. Bohannan）、罗伯茨（S. Roberts）、古利佛（P. H. Gulliver）等人为代表的“非法学家派”批评那种以西方的法律观念来解释不发达社会的法律现象的做法，主张从当地人的文化脉络中去理解当地人的法

① [英] 拉德克利夫·布朗：《原始社会的结构与功能》，潘蛟等译，237页，北京，中央民族大学出版社，1999。

② [英] 马凌诺斯基：《初民社会的犯罪与习俗》，许章润译，31页，南宁，广西师范大学出版社，2003。

③ 同②，14页。

律现象^① 这种方法，经常为人类学学者在研究某一民族、某一特定社区时所用，较为著名的如罗维的《初民社会》、费孝通的《江村经济》等等。在某种意义上，少数民族传统法文化是经上百上千年的历史沉淀下来的，它无处不在，它和民族社会乃至民族文化的范围一样大小，因此，套用罗维的话来说，少数民族传统法文化之研究倘若要完备，非得将社会的各方面加以探讨不可。就本书而言，笔者将历史上少数民族的社会生活，尤其是初民社会时期，分为以下六个方面：（1）社会的组织结构；（2）婚姻与生育；（3）财产关系；（4）交换和贸易；（5）秩序与犯罪；（6）纠纷的解决。以上这几方面的内容，相当部分已经其他研究者生花之笔为世人了解，且鉴于笔者学识之浅薄，并未能穷尽我国西南少数民族社会生活与民族文化的各个方面，在某些领域的传统法文化不可避免地被疏漏了，如宗教领域的传统法文化、环境保护领域的传统法文化等，尚希望得到学界前辈们的指点。当然，这种分类方式的缺陷也是显见的，它注重描述而分析不足，难以揭示传统法文化的实质特征与内在特性。再者，虽笔者试图“从当地人的文化脉络中去理解当地人的法律现象”，但上述分类也仅是避免了现代法律概念、分类和体例结构的使用，究其实质，仍然只是对西南少数民族传统法文化的一种主观阐释，其机械、牵强甚至谬误也是难以避免的。最后，我国西南民族的传统法文化内容驳杂，形式多样，虽然具有一定的共性和普适性，但是因少数民族具体情况的差异，不同民族甚至是同一民族的不同聚居区之间，其传统法文化的内容又明显地呈现出一定的差异，从而体现出其特殊性。因此研究者在行文中一方面以这些共性的原则为主

^① 赵旭东：《秩序、过程与文化——西方法律人类学的发展及其问题》，载《环球法律评论》，2005（5）。