



当代中国 少数民族习惯法

高其才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA





当代中国 少数民族习惯法

高其才 / 主编
张剑源 罗昶 / 执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当代中国少数民族习惯法 / 高其才主编. —北京:
法律出版社, 2010. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1451 - 7

I. ①当… II. ①高… III. ①少数民族—习惯法—研
究—中国—现代 IV. ①D922. 154

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 217026 号

当代中国少数民族习惯法

高其才 主编

责任编辑 董 飞

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720×960 毫米 1/16

版本 2011 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.25 字数 281 千

印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1451 - 7

定价:44.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

习惯法是人类长期社会生活中自然形成的一套行为规范,它源于各民族生存发展的需要,对于人类法制文明意义甚大。哲人亚里士多德说过,积习所成的不成文法比成文法实际上还更有权威,所涉及的事情也更为重要。毋庸多言,在传统人类社会,习惯法内容涵盖甚广,各民族缔造了灿烂的习惯法文化。而制定法的出现只是一种渐进的成就,道德与法律的分离更是后起。

在古希腊文中,“ethos”(居留习性)和“nomos”(风俗律法)均有风俗之义。nomos 乃诸神所定,且是 ethos 的准绳,不可随意更改。“ethos”(习俗)的本来含义是“居留”、“住所”,“ethos”(习俗)就是人行为的某种“居留”和人在其中活动的“场景”(秩序),这种风俗习惯的沿袭产生伦理德行,“ethos”(习俗)也就演化为“ethikee”(伦理)。nomos 本来仅指习俗,雅典民主政制兴起,nomos 的含义才扩及人定的法律。而自然(physis)与习俗(nomos)的比较,则是西方法哲学的永恒主题。

法律不是、起码不主要是国家制定法。直到中世纪的西方思想家仍然认为,法律本质上是传统和

习惯,而不是不断进行的立法创新,而国家制定法实在是对习惯法的扰动,不可轻易为之。

习惯法会成为问题,源于人类社会的现代性转折以及法律现代性的相应兴起。这个历史进程肇始于西方,法脱离了古典自然法界定良善政治秩序的作用,成为保障市民社会财产权与维持市场经济均衡运转的实证法(positive law),而国家仅等同于市民社会之伦理环节。尤其是因为现代民族国家的兴起,它需要并且创生出了国家法(制定法)、固守主权者命令的实证法学、现代教育体制、学科分类体系及科层制分工等这一整套架构来维系民族国家的运转。而这都表明现代社会的运转必须依赖法实证主义。

目光转移到中国,在古代汉语中,习惯是指在长时期里逐渐养成的、一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚。习惯为逐渐养成而不易改变的行为和积久养成的生活方式,现在泛指一地的风俗、社会习俗、道德传统等。中国语境中的习惯含有“长期”、“习俗”等语意。习惯法以习惯为核心,以风尚为基础,与伦理密切相关。

传统的礼乐文明就是从乡土中国的风习自发演进而来,进而由切实的情理生发出高蹈的义理。在中国法律传统的天理—国法—人情架构中,人情风习有其应有的位置。天理、国法与人情的圆融无碍是传统中国历代法典正当性之所在,也是传统中国社会普通民众信奉的法意识。如何在具体问题中,妥帖地调适情与法、礼与俗,正是中国法传统思索与实践的核心问题。

而传统法律在近代的大变动引发了社会的大断裂、大冲突。百年来中国法律现代化动作多、成效少,法律始终没有契合中国人民的生活。中国法律文明花果飘零,失却了制度和理论支撑的传统中国文明作为一种习俗残留下来。为了让人们信奉这套舶来的法制,服从至上的国家(阶级)意志,民主、法治、人权之类的言说驳斥这种习俗,新生活运动、普法运动之类的全民运动力图改造这种习俗。只是时至今日,依然逃脱不了“法律自法律,社会自社会”(瞿同祖语)的尴尬。因为法律不是自动运行的机器,作为一套社会控制的行为规则体系,它

需要相应的制度支撑。

现实的逻辑是,作为生活之子的习惯法的生命力异常旺盛。在当今中国社会时空条件下的法律实践当中,习惯法作为独立于国家制定法之外,依靠某种社会权威、具有一定程度强制性和习惯性的行为规范,实际上成了解决当代现实问题的鲜活创造,显示了它与法律移植背景下国家制定法不同的命运。因为当代中国习惯法作为一种活的法律秩序,显示了与所处社会的相互契合,有其独立的存在意义和独特的功能价值。

因此无论我们对中国的法治现代化持何种立场,都必须认真对待习惯法。习惯法为国家制定法之母,一方面要充分认识到习惯法在秩序建构、纠纷解决、社会共识达成过程中的积极意义,充分发挥其作用;另一方面,在国家制定法中心的前提下,必须妥善处理与现行制定法有冲突的习惯法中的非良性因素,促使习惯法与制定法在现代化互动进程中逐渐融合,解决不同地区、不同民族之间的习惯法冲突问题,并使国家制定法更具有效力基础。这是国家法中心主义的习惯法研究也必须解决的重要问题之一。

从更广泛的角度认识,习惯法是中国固有法文化的重要内容,体现了中华民族的内在精神。习惯法是一种社会现象、一种社会规范,更是一种社会文化,是中国人的意识形态所创造的精神财富。作为中国文化的一个组成部分,习惯法是中国人生活的反映、实践的记录、历史的积淀、现实的表达,是中国人对生存方式、法生活的需要和愿望的表达,是中国人认识自然、思考自己、理解社会的结晶。习惯法是民族特质的体现,也是传统传承的主要方式。

我们认为,习惯法研究应以现代中国法治建设为中心,习惯法的描述与解释并重,域内习惯法与域外习惯法研究并举,当代习惯法研究与习惯法的历史研究共存,处理好乡土习惯法与城市习惯法、传统习惯法与现代习惯法、地方习惯法与全球习惯法之间的关系。以中国社会现代发展和法律现代性为主轴,一切以揭示习惯法背后特有族群的法律文化、法律意识为目的,进而阐发习惯法的内生性及其当代适

应性。

本习惯法论丛以当代中国习惯法为研究对象,重点探讨1949年以来尤其是现实有效的当代中国社会的习惯法,旨在全面总结我国学界学者和实务专家的当代中国习惯法调查和研究成果,交流当代中国习惯法研究的心得,思考当代中国习惯法研究的推进,进一步提高当代中国习惯法研究的学术水准。

当代中国习惯法研究需要重视学术积累,进行长期调查,持续专门研究,不断拓宽研究领域。只有具有寂静的心态、宽广的视野、专注的立场、踏实的学风,当代中国习惯法的研究成果才可能越来越有学术影响力,在中国社会的理性发展中发挥积极的功能。

高其才
2010年7月2日

目 录

总序

主题研讨

习惯法研究中的“少数民族” 翟志勇 / 003

当代中国少数民族习惯法研究的方法论反思

陈金全 / 013

少数民族习惯法的当代定位及其意义 赵旭东 / 015

当代中国少数民族习惯法与社会秩序 李 鸣 / 019

永恒意义:当代少数民族习惯法研究中的价值追求

苏 钦 / 022

当代中国少数民族习惯法研究的时代背景

汪庆华 / 024

当代中国少数民族习惯法的变迁 韩立收 / 026

当代中国少数民族习惯法与国家法的关系

张文香 / 028

当代中国少数民族习惯法与社会正义 聂 鑫 / 030

专题研究

当代中国少数民族习惯法研究的若干思考

高其才 / 035

一、兴起中的少数民族习惯法研究 / 036

二、少数民族习惯法研究与中华法系 / 039

三、少数民族习惯法研究与国家认同 / 042

四、少数民族习惯法研究与法治建设 / 044

五、少数民族习惯法研究与文化传承 / 046

六、少数民族习惯法研究与法学发展 / 047

七、少数民族习惯法研究的深入推进 / 050

当代中国少数民族习惯法文化的现状与困境

郭 亮 陈金全 / 055

一、当代少数民族习惯法文化的双重性 / 055

二、当代少数民族习惯法与国家法的紧张关系 / 058

三、“失范”与当代少数民族地区的现代法治真空 / 061

整体性理解当代少数民族习惯法

——围绕彝族的文化观念而展开的法律人类学讨论

赵旭东 罗 涛 / 064

一、引言：人观

——整体性理解当代少数民族习惯法的一种

可能 / 064

二、彝族社会阶级结构与习惯法的历史互动及其当代
转化 / 068

三、彝族社会中的家支和德古及其当代阐释 / 073

四、打冤家:理解彝族习惯法文化的枢纽 / 076

五、结论:如何整体性地理解当代少数民族

习惯法 / 080

少数民族习惯权利初探 田 艳 / 083

一、习惯权利研究现状述评 / 083

二、少数民族习惯权利的特征 / 085

三、我国当代少数民族习惯权利的现状与法律

保护 / 088

四、少数民族习惯权利的法律保护路径 / 091

当代中国少数民族宗教、习惯法与纠纷解决研究

王启梁 / 094

一、引言 / 094

二、当代中国少数民族宗教、习惯法与民间纠纷的
发生 / 096

三、当代中国少数民族宗教、习惯法与民间纠纷的
解决 / 098

四、宗教、习惯法与规范性的生活的获得 / 103

五、从价值和意义世界理解纠纷 / 104

六、结语:回到日常生活的法律与宗教研究 / 107

社会文化场景中的非正式制度

——对云南雨村白族当代养老习惯法的分析

洪 涵 / 109

一、雨村当代养老习惯法的社会基础 / 109

二、当代雨村白族的养老习惯法 / 115

三、当代雨村白族养老习惯法与国家正式制度的
连接 / 118

四、结语 / 122

当代青海藏族“赔命价”习惯法的经济成本分析

游志能 / 124

一、“赔命价”产生之初的成本分析 / 125

二、当代青海藏族地区“赔命价”的经济成本分析 / 128

三、结语 / 137

关于藏族习惯法当代发展的几个问题

刘艺工 张鹏飞 / 139

一、藏族习惯法的发展变迁 / 139

二、藏族习惯法当今演变的主要特征 / 141

三、藏族习惯法现实发展的新趋势 / 142

四、藏族习惯法未来的命运 / 146

神灵信仰下的法律行为

——试论藏族盟誓习惯法的当代传承及其功能

牛绿花 / 149

一、藏族盟誓习惯法的历史表现与基本类型 / 150

二、藏族盟誓习惯法的当代传承及现实功能 / 155

三、思考与结论 / 165

市场经济因素影响下黔东南苗族“抢婚”习惯法的变迁与冲突

——基于基层司法实践的思考 李向玉 / 167

一、苗族的“抢婚”习惯法 / 168

二、抢婚习惯法与当今苗族婚姻缔结形式 / 169

三、抢婚习惯法与当今离婚率提高间的关系 / 171

四、21 世纪“抢婚”的习惯法处理方式及苗族

自发的改革 / 176

五、对当今司法机关处理“抢婚”案件的思考 / 180

六、结语 / 184

权力领地的争夺与解纷方式的选择

——以当代凉山彝区的“坎上法庭”与“坎下法庭”为例

李 剑 / 186

一、“坎上法庭”的困境

——下放权力还是争夺权力? / 188

二、权力“领地”的划分与纠纷解决方式的选择 / 191

三、结语 / 195

从习惯法的当代变迁看国家法制的整体控制

——以傣族婚姻习惯法为例 刘 华 / 197

一、国家法律影响下的整体控制

——曼刚寨婚姻习惯法的变迁 / 198

二、国家法制对当今婚姻行为的整体控制 / 203

三、整体视野下认识习惯法与国家法律的关系 / 205

实证调查

关于当代甘肃东乡族婚姻习惯法的实证分析

刘顺峰 / 209

一、引言 / 209

二、当代甘肃东乡族婚姻习惯法的主要内容 / 210

三、当代甘肃东乡族婚姻习惯法的主要特点 / 215

四、当代甘肃东乡族婚姻习惯法与国家《婚姻法》的
冲突与调适 / 218

五、结语 / 222

论当代内蒙古牧区以“羊”为“等价物”的交易习惯

——兼论民事习惯与交易习惯之结构层次关系

戴双喜 巴音诺尔 / 224

一、传承至今的以“羊”作为“等价物”的交易

习惯 / 224

二、作为民事习惯的交易习惯 / 229

三、当代以“羊”为“等价物”交易习惯的诸法律

问题 / 235

山坳中的现实“草根”规则

——黔东南州从江县占里村人口生育观念与制度解析

徐晓光 / 242

一、“迁徙史”反映朴素人口生育观及“草根”规则的形成 / 243

形成 / 243

二、人口生育与生产资料协调发展的“草根”规则 / 246

三、配套的民间人口生育制度控制与“草根规则” / 249

四、“草根规则”以重罚手段对待人口生育问题 / 253

“石头法”的现代传承

——2010 年月亮山苗族习惯法“榔规”改革纪实

龙泽江 张和平 / 256

一、2010 年苗族榔规习俗改革的背景与发起 / 258

二、2010 年榔规改革的具体仪式 / 259

三、2010 年榔规改革的主要内容 / 262

四、结语 / 266

传承至今的瑶族神判习惯法

——以广西金秀六巷泗水一起堵路烧香诅咒事件为

考察对象 高其才 / 269

一、引言 / 269

二、神判的条件规范 / 271

- 三、神判的程序规范 / 277
- 四、神判的效力规范 / 281
- 五、神判习惯法的基础 / 288
- 六、结语 / 292

学术综述

近二十年来中国少数民族习惯法研究综述

张剑源 / 295

- 一、少数民族习惯法学术知识生产总览 / 295
 - 二、近二十年来少数民族习惯法分民族研究概况 / 299
 - 三、少数民族习惯法研究中分主题研究的情况 / 312
 - 四、少数民族习惯法在当代的转型、变迁及适用问题 / 328
 - 五、近二十年来少数民族习惯法研究的特点、趋势及问题 / 334
- 后记 / 341

主题研讨

习惯法研究中的“少数民族”

翟志勇*

习惯法无疑是少数民族习惯法研究的核心,也正因为如此,作为修饰词的“少数民族”几乎不被纳入少数民族习惯法研究中,似乎这个词及其指称的对象是不言自明的,根本无须探讨。但如果注意到这样一个现象,那么就会发现少数民族不但应该被纳入习惯法研究中,而且对于我们理解习惯法的本质及其与国家法的关系都具有重要的意义,这个现象就是:研究者所研究的习惯法与习惯法的承载者少数民族之间并非完全对应,具体来说,满族习惯法实际上根本无法以今天绝大多数满族人为对象进行研究,而只能深入到某个非常狭小的特殊地域内的特定群体中进行调查;反过来,研究者所调查和研究的习惯法对绝大多数今天的满族人已经完全不适用,甚至不为他们所知,它们被称为满族习惯法仅仅具有标本意义和历史意义,而不再具有普遍性的规范意义。这当然不是满族特有的现象,而是出现在中国绝大多数少数民族习惯法研究之中。当然,这

* 翟志勇,北京航空航天大学法学院讲师。