

张晋藩先生指导的法学博士论文粹编 (2002-2010)

青 蓝 集

续 编



主编/陈煜



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

张晋藩先生指导的法学博士论文粹编 (2002-2010)

青 蓝 集

续 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

青蓝集:续编:张晋藩教授指导的法律史学博士论文粹编/陈煜编. —北京:法律出版社,2010.9
ISBN 978-7-5118-1200-1

I. ①青… II. ①陈… III. ①法学史—文集 IV.
①D909-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第176993号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×1092毫米 1/16

印张/36.25 字数/803千

版本/2010年9月第1版

印次/2010年9月第1次印刷

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 978-7-5118-1200-1

定价:98.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

今年是我们的导师张晋藩先生从教六十周年暨 80 寿诞。为志纪念,我们把这九年来(2002~2010)先生指导过的博士(包括论文博士)论文与博士后出站报告汇总起来,从中或是将全文压缩,或是从中撷取精华章节,或是根据原文重构成文,编成这样一本集子,名之为《青蓝集》(续编)。“青蓝”者,取青出于蓝而胜于蓝之意,此名乃十年之前,师母林中女士为先生指导之 1987 至 2001 届法学博士论文粹编所题之名,寓先生对于学生的殷殷之望;“续编”者,取接续十年前粹编之意,当时学兄李鸣主此事,收有论文 34 篇,经岁月之洗练,足证此中篇什,大多堪为法史学术之精品。此次萧规曹随,续上前编,从中亦可见法律史学术薪火之传。

我们编此文集,并非仅为庆祝寿辰而师门自娱,更不是胪列作品以自矜其能,而自有其学术上的价值。先生法史学问淹博,著述等身,在各个领域内都进行了开拓,先生自云其毕生所事,可谓“筚路蓝缕,但开风气不为先”,是故培养学生,也秉此志,有教无类,绝无“汉学壁垒”,是以学生选题丰富,举凡各断代法史、制度通史、比较法史、法文化史,有兴趣者皆可研究。先生欣然倾力指导,而无指定命题、拘泥一格之缚。如此自由之思想,体现到学生的论文中,则呈现“百花齐放”之格局。故通过此编,我们可明治法史者,贵在心灵自由,唯能自由,方得创造,学术才会弃迂腐而呈“会通”之相。

又学问之道,贵在醇厚,有师承,有家法。先生之学贵博亦贵专,博者已如上述;专者,则在清代法制史一途。说起来先生精研清史,乃有一特定的历史机缘。“文革”后期,先生被发配至一清史研究所资料室劳动,在外为扰攘之世,而此种却寂静悠然,先生遂乘此机缘,静心读书五年,多为清史,其清代法制史根基,很大程度上得益于此。以后先生的一脉学思,多由清代法制衍生开去。这自然也感召学生以清代法制为研究之第一选择。是以我们看此编论文,41 篇中竟有 25 篇清代题材,若将之单独辑起,几构成一巨帙之“清代法制史”,所以从是编中,我们亦可真切地感受学术之薪火流传。

再有学术的风貌品格往往直接得于其师,即使治学范围不断外延和拓展,但内在精神却有一以贯之之处。即使我们回看十年前的论文粹编,再结合此续编从头读来,我想一普通读者也定会有某种感动,一年又一年,月月年年,人一茬又一茬,文一篇又一篇,写什么也许已被遗忘,必不能忘者,乃是一颗颗对法律史的缱绻之心。此便为“多”中之“一”。

最后,尚余一私愿。学问本寂寞之事,也唯有耐得住寂寞者方能成大学问。但人总有害怕寂寞之时,此时,需得放眼四顾,求其友声,见有人正做着与己相类之事,心下释然,益信吾道不孤,览此续编若如是想,则编者求仁得仁又有何怨?

编者

2010 年 7 月 7 日

编纂说明

1. 本书按毕业时的“届”为单位,收入了自 2002 届至 2010 届张晋藩先生指导的博士、论文博士、博士后的论文或出站报告中的文章辑录或缩编。每个作者条目下又按“作者简介”、“论文摘要”、“论文撷粹”(“论文缩编”)这三个部分来组织内容。与原《青蓝集》在顺序上有异。

2. 本书以博士论文、博士后出站报告通过答辩或者完成的时间来安排编纂顺序。

3. 收入本书的部分论文已经出版,但本书在编纂时大都援用原论文中的相关内容,对部分作者的文章做了少量的改动,但不影响原作的立意与主旨。

4. 因篇幅所限,本书所辑各作者的文章,不足以展现原博士论文或博士后出站报告的整体思想内容,但是不妨碍展示各作者的精思与个性特点。所辑录的部分即使不是论文或出站报告中最精彩的,也堪称是最具代表性或独创性的内容。

5. 为统一编辑的需要,本书在编纂时,对原作者的书写格式及相关体例进行了一定的调整。

目 录

序 / 1

编纂说明 / 1

2002 届

高其才:《中国少数民族习惯法研究》/ 3

徐忠明:《包公故事——一个考察中国法律文化的视角》/ 17

周 健:《中国军事法的传统与近代转型》/ 27

王立艳:《民国西藏法制研究》/ 39

顾 元:《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法相比较》/ 50

2003 届

周少元:《〈钦定大清刑律〉研究》/ 67

蒋传光:《中国古代社会控制模式的历史考察——一个法社会学的研究》/ 81

张晓蓓:《清代婚姻制度研究》/ 93

李显冬:《从〈大清律例〉到〈民法典〉的转型——兼论中国古代民法的开放性法律规范体系》/ 109

党江舟:《中国讼师文化——古代律师现象解读》/ 127

2004 届

相自成:《中国残疾人保护法律问题史论》/ 143

焦润明:《梁启超法律思想综论》/ 158

2005 届

郭 明:《中国监狱学史研究——清末以来的中国监狱学术述论》/ 175

李小标:《身份与财产——谱系继替下的清代承继法律文化》/ 184

杨 帆:《德治图景下中国传统司法文化研究》/ 192

陈小葵:《王权主义与中国社会——古代公法文化研究》/ 203

2006 届

李 力:《“隶臣妾”身份再研究》/ 219

田成有:《乡土社会中的民间法》/ 231

陈红太:《中国刑律儒家化的标准问题研究》/ 242

- 翁有为:《从专员区公署制到地区行署制的法制考察》/ 255
 杜文忠:《宪政与近代中国社会——近代中国宪政化问题研究》/ 271
 汪庆红:《监察与制衡——古代中国与中古英国权力控制模式比较研究》/ 283
 焦利:《清代监察法研究》/ 296
 尚春霞:《清代赋税法律制度研究(1644~1840年)》/ 307
 叶晓川:《清代科举法律文化研究》/ 321

2007 届

- 张小堂:《清朝对外贸易法制研究》/ 339
 高学强:《服制视野下的清代法律》/ 356
 明辉:《传统中国侵权行为的法律对待——以清代法律为背景》/ 370
 陈煜:《清末新政中的修订法律馆》/ 382

2008 届

- 胡震:《清代地方法规研究——以“省例”为中心》/ 397
 李艳君:《从冕宁县档案看清代民事诉讼制度》/ 412
 李仪:《清代法律职业者的法律知识与法律实践》/ 432
 贾晖:《简论中国近代个人财产权的宪法保护》/ 447

2009 届

- 袁家超:《清代契约法制研究》/ 465
 张翊:《清代上控制度研究》/ 478
 许光县:《清代物权法律研究》/ 491

2010 届

- 杨强:《论清代前期蒙古族行政组织制度的变迁》/ 507
 宋国华:《清代辑捕制度研究》/ 521
 龙宪华:《清代清水江下游苗疆地区法律文书研究(1693~1911)》/ 534
 江兆涛:《清末变法修律中的习惯调查——中国法制现代化中的本土化自觉》/ 545
 李群:《清代漕运制度研究》/ 558
 编后记 / 571

2002 届

高其才:《中国少数民族习惯法研究》

【作者简介】

高其才,男,汉族,1964年9月出生,浙江省慈溪市人。清华大学法学院教授,法学博士。1985年7月在重庆西南政法学院(现西南政法大学)获法学学士学位;1993年8月在武汉大学获法学硕士学位;2002年5月在中国政法大学获法学博士学位,指导教师为张晋藩教授。1985年7月至1997年11月,在武汉中南政法学院(现中南财经政法大学)法律系工作;1997年12月至今,在清华大学法律系、法学院任教。主要从事法理学、法社会学的教学和研究工作。著有《法理学》、《中国习惯法论(修订版)》、《中国少数民族习惯法研究》、《瑶族习惯法》、《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》等。

【论文摘要】

在当代中国的法治建设中,我们既要广泛借鉴、吸取外国的法治理论和成功经验,更要了解我国国情,总结固有的、本土的法的资源,从自己的历史和现实中汲取营养,奠定发展的基础。而习惯法无疑是不可回避的方面。

我国法学界虽然对少数民族习惯法有了一定的重视,研究有了一定的进展,但总的来看还比较薄弱。本文试图在掌握比较丰富的材料的基础上,通过实证描述和分析,对中国少数民族习惯法作出较为全面的探讨。

全文由绪论、第一章至第六章组成。

绪论部分主要分析了习惯法的概念,对少数民族习惯法进行了界定。在此基础上,探讨和说明了少数民族习惯法在中华法系中的重要地位,并分析了研究少数民族习惯法的意义。

第一章中国少数民族习惯法的产生、发展。本章主要讨论少数民族习惯法的产生过程,分析少数民族习惯法的发展、演变的轨迹,并就少数民族习惯法与禁忌、图腾崇拜的关系进行了探讨。

第二章中国少数民族习惯法的内容(上)。本章着重描述和分析社会组织与头领习惯法如壮族的寨老制、苗族的议榔制等;婚姻习惯法,包括婚姻成立、婚姻缔结程序、夫妻关系、离婚等;家庭及继承习惯法,如家族、家庭、父母子女关系,财产继承等;以及丧葬、宗教信仰及社会交往习惯法。

第三章中国少数民族习惯法的内容(中)。本章主要讨论农业生产、狩猎组织与生产、猎获物分配、渔业生产与渔产品分配、采集等生产及分配习惯法;一般财产所有权、山林土地所有占有使用权、牧场草场占有权、渔场占有使用权等所有权习惯法;土地买卖、土地典当、租佃、雇佣、借贷、商品交换等债权习惯法。

第四章中国少数民族习惯法的内容(下)。本章主要分析故意杀人的处罚、伤害的处罚、偷盗的处罚等刑事习惯法;调解处理审理习惯法,包括调解、处理、审理、神判、械斗等。

第五章中国少数民族习惯法的性质、特征、功能。文章认为中国少数民族习惯法具有民族性、地域性、强制性、稳定性的特点,提出少数民族习惯法在建立维持社会秩序、满足个人需要、培养社会角色等方面具有重要意义,少数民族习惯法文化由习惯法观念、习惯法意识、习惯法规范、习惯法行为、习惯法的实物形态等构成。

第六章中国少数民族习惯法的现实表现。本章主要通过一些个案从社会组织、刑事、婚姻、社会生活等方面描述和分析了我国少数民族习惯法的现实表现,并从经济、地理环境、观念、国家法等角度研究了少数民族习惯法具有现实影响的原因,在此基础上着重讨论了少数民族习惯法与国家制定法的关系。文章认为应该理性认识少数民族习惯法与国家制定法的一致与冲突,正确对待少数民族习惯法的精华和存在的问题,从立法、司法、执法等方面处理好国家制定法与少数民族习惯法的关系。

【论文撷粹】

论中国少数民族习惯法与国家制定法的关系

中国少数民族习惯法是十分复杂的社会文化现象,对各个民族的历史进程有重大影响。特别是经过了历次民主改革、社会主义教育,习惯法仍在各民族社会生活中发挥着巨大的作用,在许多情况下替代了国家制定法,这是值得我们深思并慎重对待的。

一、中国历史上的少数民族习惯法与国家制定法

在探讨我国应如何处理社会主义法律与少数民族习惯法的关系之前,回顾一下中国历史上各朝各代的国家制定法与少数民族习惯法的关系无疑是有价值的。

秦朝是我国历史上第一个以华夏族为主体的,包括东夷、西戎、南蛮和百越各民族在内的统一的多民族封建国家。《秦律》中设有专门的关于少数民族的规定,对少数民族地区的管理相当重视。《后汉书》记载:“及秦惠王并巴中,以巴氏为蛮夷君长,世尚秦女。其民爵比不更”,“杀人者得以钱赎刑”。^①这实际上是让少数民族自己管理自己,确认少数民族习惯法的效力。

汉朝对于西南各边远民族,采用在中央王朝的统治下,让少数民族根据本民族的特点实行“自治”的制度,“修其教不易其俗,齐其政不易其宜”,^②可见这是给少数民族习惯法以某种地位,承认习惯法在民族地区的适用。不少官员也注意尊重少数民族习惯法,如后汉时期成功处理羌族与汉族关系的邓训,他主张临羌官长必须注意了解羌民的习惯法和土俗风情,关心羌人疾苦,他认为“原诸胡所以难得意者,皆恩信不厚耳”,换言之,即地方官吏不能考虑羌民历来已久的习俗,难以为羌众所信服。按照羌族习惯法,男子以战死为吉,“羌胡俗耻病死”,每每病入膏肓,就用刀自杀了断,对这

① 《后汉书·南蛮西南夷列传》。

② 《礼记·王制》。

种受其习惯法观念支配的自残自杀的古怪行径,邓训一方面尊重其风俗,另一方面巧妙地用药物疗病之法改变其落后观念,“训闻有困疾者,辄拘持缚束,不与兵刃,使医药疗之,愈者非一,小大莫不感悦。”^①

辽国时,辽对本族人运用契丹习惯法,对汉人则用唐律。辽圣宗时法律规定:“契丹人及汉人相殴致死,其法轻重不一。”^②西夏、金的法律都以本民族习惯法为基础。

宋朝统治者认识到少数民族地区“大抵人物犷悍,风俗荒怪,不可尽以中国教法绳治,故羁縻之而已”,^③让少数民族按他们的习惯法来处理内部事务。如对羌人“惟顺其性而教之功利,因其俗而严以刑赏”。^④又如《宋史·蛮夷列传一》载,淳化二年(991年),“富州向万通杀皮师胜父子七人,取五脏及首以祀魔鬼,朝廷以其远俗,令勿问”。对少数民族间的纠纷,宋王朝实行“和断”政策。边吏对纠纷的双方“遵守条制,依理平决”,^⑤加以劝谕、调解,使事态平息,而不用武力或者国家制定法来解决。例如,南丹州蛮酋莫延甚与永乐州玉氏为仇,岁相攻,乾道三年(1167年),“与玉氏战败,告急于帅司,帅司遣官为和解”。^⑥又如,西北“唐龙镇羌族与其叔璘不叶,召契丹破之,来依府州”,“其族人怀正又与璘互相仇劫,侧近帐族不宁,诏遣使召而盟之,依本俗法和断”。^⑦

在元代,成吉思汗帝国作为国家机构及各种社会关系的基础、具有头等重要作用的是习惯法(札撒或大札撒)。从成吉思汗的言语中,就可以知道习惯法的重要性:“此后的众多国王儿孙、在国王手下的贵族、勇士、伯克等,倘忽略《札撒》,则将动摇甚至断送国家。”临终时,成吉思汗还告诫其子:“我之后,汝等必不能改变《札撒》。”^⑧以后,元朝纂成了新的法典,民族的习惯法依据该法典仍然维持了效力。

明代的各级官府注意利用少数民族习惯法进行民族地区的治理。如明朝末期西藏巴汗政权以习惯法为基础编定了《十六法》以调整藏区的社会关系,中央政府对此持默许态度。明宣宗时期,陈敏任茂州知州,处理羌民中的刑事案件时,能充分考虑羌族习惯法对羌民法行为的影响,“黑虎寨番掠近境,为官军所获。敏从其俗,与誓而遣之”,^⑨明朝黑虎一带羌民,亦农亦牧,尚未完全脱离古羌游牧的生活方式,水草枯竭时则四出游牧就食,这种行为为其习惯法所认可,故陈敏没有按国法以抢劫罪名惩治黑虎寨民,而是按羌民的习惯规则将其放走。明王朝不仅在个案处理上体现了对羌族习惯法的重视,更重要的是对羌族一些习惯法制度也以国家法的形式予以认可。羌族继承制度与汉族的继承制度不同,诸如爵位等身份性继承,汉法原则是嫡子继承,庶出的儿子和女儿都没有继承权,然按羌法之制,爵位兄终弟及,甚至女儿、女婿、族属、外甥都可以继承,“洪武二十七年(1394年),命土官无子,许弟承袭。三十年(1397年),令

① 《后汉书·邓训传》。

② 《辽史·刑法志》。

③ 《文献通考·四裔七》引《桂海虞衡志》。

④ 《西夏书事》卷十六。

⑤ 《续资治通鉴长编》卷五七,真宗景德元年八月。

⑥ 《文献通考·四裔七》引《桂海虞衡志》。

⑦ 《宋史·外国七·党项》。

⑧ 引自[俄]贝勒津:“成吉思汗的《札撒》”,载《蒙古史研究参考资料》第十八辑。

⑨ 《明史·陈敏传》。

土官无子弟而婿为夷信服者,令婿袭,或许其妻袭”,^①“其子弟、族属、妻女,若婿及甥之袭替,胥从其俗”,^②唯明朝中央政府在认可羌族这一习惯法制度时附有必要的限制条件,即土司官长要将其职位继承人的姓名、简况事先呈报中央政府,以便朝廷统一掌握。

清朝制定了大量的调整民族关系、处理少数民族地区事务的法规,无论在数量上还是在内容上都超过了以往任何一个朝代,达到中国历代民族立法的最高峰。除了《大清律》的有关规定外,还有《回例》、《番律》、《蒙古律例》、《苗律》、《番律条款》、《钦定西藏章程》、《理藩院则例》等专门法律。《大清律例》规定,“苗疆”地区“其一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照‘苗例’归结,不必绳以官法,以滋扰累”,^③这里的“苗例”即为习惯法。类似这样用国家法律形式承认习惯法,在《回疆则例》、《蒙古律例》、《理藩院则例》都有所载明,尤以“以罚代刑”、“科罚牲畜”、“入誓”为典型。清朝一方面通过立法废止了少数民族习惯法中不利于其统治的一些内容,另一方面则逐渐限制少数民族习惯法的适用范围。清朝在坚持国家法制统一的前提下,因地制宜地制定和实施边疆各少数民族区域的法律措施(包括承认其部分习惯法),成功地调整了中央和地方以及各民族间的关系。^④

清朝基本法典《大清律例》直接规定南方各民族严重犯罪依国家法律处罚,以保证国家法制的统一和改土归流工作的顺利进行。《大清律例》前后增纂了十条左右的条例,都是雍乾年间改土归流过程中,根据有关督抚将军条奏而纂入的。这些规定加强了中央政府对南方各少数民族严重破坏清朝统治和社会秩序的重案大案的直接司法管辖。但对一般的刑事案件和民事纠纷,则本着尊重民族习惯的原则,由民族地方按民族习惯法处理。“若苗与苗非聚众而自相杀伤偷盗,苗人愿照苗例守结者,免其相验解审”,“一切(苗人)自相诉讼之事,俱照苗例完结,不治之官法”。^⑤以此来稳定南方各少数民族的社会秩序,减少民族法制建设中的阻力。

值得注意的是,中国后期的政府注重通过地方制度建设对少数民族地方特别是南方少数民族地区的治理,因地制宜、因俗而治,在唐宋时期国家官府实行羁縻州峒制,元明清时期表现为土司制,官府通过头人分而治理地方。

国民党统治时期,也比较注意尊重并融洽各民族的宗教和风俗习惯。国民党政府颁布的《中华民国训政时期约法》和《中华民国宪法》规定,中华民国人民不分宗教,在法律上一律平等。并对各民族的社会风俗习惯采取尊重、改良、融洽的政策。如在《关于加强国内各民族及宗教间之融洽团结,以达成抗战胜利建国成功目的之施政纲领案》中指出:“尊重各民族之宗教信仰及优良社会的习惯,协调各民族之情感,以建立国族统一之文化。”在《确定边区建设方针并切实进行案》中规定:“对于各该地人民

① 《大明会典》卷一百零六。

② 《明史·职官》。

③ 《大清律例·断方狱·断罪不当》雍正三年定例。

④ 有关这方面的情况可参见下列文章:郑秦:“清朝统治边疆少数民族区域的法律措施”,载《民族研究》1988年第2期;陈光国、陆晓光:“清朝对青海蒙藏民族的行政军事诉讼立法初探”,载《青海民院学报》1991年第2期;陈光国:“民主改革前西藏法律规范述要”,载《中国社会科学》1987年第6期;杨选第等:“清朝对蒙古地区实行法制统治的几个问题”,载《内蒙古师大学报》(哲学社会科学版)1991年第2期。

⑤ 《清高宗实录》卷一三九。

之社会风俗,亦应采取渐进的改良”,“对于各地风俗习惯之记载,须和平诚恳,不可有动人恶感之文字。在可能范围内,必须以新旧思想之融洽为宣传要点”。^①不过在具体的实施过程中存在较大的问题。

国民党统治时期,整个川、藏、青的藏族地区的刑事诉讼案件,依旧是根据清代前就存在的习惯法进行审讯和判决的;民事诉讼案件,也是根据各地原有的习惯法进行调解的。青海在马步芳集团统治时期,整个东部农业区和部分牧业区,虽然根据统治者的需要和利益,实施了包括宪法、民法、刑法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法在内的国民党政府“六法”,但是一因藏汉语言各异,诉讼辩论较难;二因当事人不明诉讼程序,不敢随便提起诉讼,因而“六法”在藏区没有全面贯彻实施,藏区仍按习惯法办案。在西藏地区,广大农牧民只对格、言、式以及与传统宗教教育有关的习惯法比较熟悉,一般对全国颁行的法律不甚了解。至于当时政府司法、执法机关的工作人员,手中虽有国家法律的手抄本或翻译本,但大都系辗转抄录而来,内容含混不清甚至有不少错误。所以,在执法司法实践中,主审人员并不都是依照国家法律,而是依照藏区习惯法听讼折狱。^②

由此可见,中国历史上的各个朝代都是十分重视少数民族习惯法的,制定法律时在坚持国家法制统一的原则下,承认习惯法的一定效力,这是值得我们总结借鉴的。

同时,少数民族习惯法特别是后期的习惯法也往往需要国家官府的认可。通过由官府的批准、核准、同意或默许,使民族习惯法具有双重效力,从而其权威更能得到保障。

实际上,少数民族习惯法在具体执行中,一般也注意与官府的关系,往往是不报官府,自己处理。在他们的观念中,一旦报告官府,因官府受贿,一桩公案往往不了了之,没有达到惩罚坏人的目的,法的功能就实现不了。^③

二、正确对待少数民族习惯法

我们应该看到,习惯法在当今少数民族地区具有影响并发挥作用,广大少数民族群众具有浓厚的习惯法观念、习惯法意识,这是一个不容置疑的客观存在,对此我们绝不能视而不见、听而不闻,回避和掩盖这一社会事实是不正确、不科学的。尽管民主改革以来,少数民族地区包括法文化在内的社会文化有了较大的变迁。但种种自然的、

① 吴宗金等主编:《中国民族立法理论与实践》,中国民主法制出版社1998年版,第119页。

② 陈光国:“藏族习惯法在刑事案件中的作用探讨”,载《民族学研究》(第10辑),民族出版社1991年版,第216页。

事实上,民国初年的最高审判机关大理院十分重视习惯法。在审判时,大量的民间习惯法,颇能发挥拾遗补阙、调和新旧的“过虑”与“导正”作用。详细请见黄源盛:“民初大理院关于民事习惯判例之研究”,载《政法大学评论》第63期(2000年6月)。

③ 如清同治三年(公元1864年)黎平府塘安寨发生一起偷盗案。案犯为本寨有钱有势的陆怀根,此案如何处理,为民众所关心和期待的大事。此案主审人是为人正直、秉公行事的陆旋公。他和其他寨老商议,认为对陆怀根这类案犯,如果送官责究,他可用银钱行贿,可大事化小,小事化了。如果在乡里重罚,他一定不服,要向官府申诉,反倒把案子往权钱里磨,不如在乡里做一件明轻暗重有永久性警戒的事为好。因此,最后判决陆怀根除退还失主的银两外,罚他修一具大瓢井,井高四尺八,用一个巨大的六方体石柱托顶石瓢,水从左右两面流出,人们来挑水,只要在瓢井前一站,把水桶对准水流,一分钟即可满挑,异常方便。井前修三条石凳,九个石墩,让人们前来挑水或乘凉休息时坐坐。参见石开忠:“侗族习惯法的文本及其内容、语言特点”,载《贵州民族学院学报》(哲学社会科学版)2000年第1期。

经济的、历史的、现实的、观念的因素的制约,习惯法仍广泛存在,潜在或公开地发挥效力,^①我们只有正视这一客观事实,才能正确对待少数民族习惯法,处理好少数民族习惯法与国家制定法的相互关系,进行民主法治建设。

少数民族习惯法有其积极的因素。各民族的习惯法体现了浓厚的集体主义色彩,强调集体利益高于一切,民族和家族的共同利益高于一切,服从和维持共同利益是每一个民族成员的最高义务和神圣职责,为了共同利益而勇敢献身的精神是高贵的品质;少数民族习惯法在肯定和鼓励团结友爱、一人有难八方扶助的互助方面非常突出,引导民族成员“出入相友、守望相助、疾病相扶、困难相帮”,习惯法要求民族成员把帮助别人视为自己的义务,也把接受别人帮助看成是一种权利,把个人和群体融为一体,以增加群体、民族的凝聚力;少数民族习惯法提倡、鼓励尊老爱幼、礼貌谦虚、热心公益、负责认真的生活态度,引导社会成员注意自身的社会形象,维护社会公共秩序;少数民族习惯法主要通过说服教育发挥影响,注意内在的可接受性;在加强联系、促进交流、增进沟通方面,少数民族习惯法也较为重视。^②

当然,少数民族习惯法也有突出问题,也存在消极的方面乃至糟粕的东西。大多数少数民族的习惯法表现出封闭、排外倾向,往往存在狭隘的民族习惯法观念,习惯法只能对本民族成员有效,超越本民族范围就失去效力,因而就出现民族内部和民族外部双重标准,从而引起民族之间的纠纷;由于少数民族习惯法基本上以团体为本位,强化民族、团体对个人的管理和约束,对个人的要求、需要、利益重视不足,在一定程度上压抑了民族成员的个性;在分配方面,少数民族习惯法主要表现为绝对平均主义倾向,阻碍了民族成员生产积极性的提高,不利于生产的发展和经济的增长;绝大多数民族的习惯法较为保障传统的农业、牧业,轻视乃至鄙视商业,对小农经济导致的重乡守土、安贫知足、因循守旧、墨守成规、听天由命等观念持肯定态度。^③

此外,少数民族习惯法的内容简单,规范笼统,立法技术比较粗糙,不太重视程序;习惯法的执行任意性比较大,因人而定的情况较为普遍,且处罚往往过重。

因此,我们必须辩证地看待少数民族习惯法,全面地、完整地理解习惯法的现实状况和价值,进行科学的扬弃,继承、汲取其合理的成分。应该注意到,对少数民族习惯法的继承、改造有一个度,如果在一定限度内对其进行改造,可以使其得到发展;如果超过一定限度,就会引起规范体系的失衡,从而影响其健康发展。

正确对待少数民族习惯法,关系到少数民族地区生产发展社会安定,关系到民族地区的现代化建设和市场经济的发展,关系到社会主义法制的统一性。各民族都将习惯法视作民族文化的重要部分而珍视,有不少民族更将代代相袭的民族习惯法视为命根子。在“猴子靠树林,彝族靠家支”的情况下,如果对家支这一习惯法采取不适当的处理,就会伤害彝族人们的感情,造成社会混乱。如果不理性地按照国家法律精神和

① 少数民族习惯法的存在既有文化方面的原因(民族心理),也有经济方面的原因(法律成本),刘娟对此进行过一些分析,见“国家法与习惯法的取舍”,载《云南法学》2000年第3期。

② 参见星全成:“再论民族传统文化的基本特征”,载《青海民族研究》(社科版)2000年第3期。

③ 如土家族有谚语云:“七十二行,务农最强”,“生意买卖门前花,锄头落地养全家”,“劝郎切莫上川西,劝郎切莫下竹溪,川西虽好风波险,竹溪虽好有别离”。转引自段超:《土家族文化史》,民族出版社2000年版,第289页。

规范办事,对少数民族的习惯法观念、习惯法感情和正常的遵守习惯法的行为,总想用行政命令或其他强制手段进行种种限制和干涉,就会伤害少数民族地区广大群众的感情。

中华人民共和国以后,我们党和政府在这方面指导思想比较明确,^①做了大量工作,积累了不少经验,在对待和处理习惯法方面是有相当成绩的,但教训也是不少的。^②由于没有对少数民族习惯法进行深入的调查和研究,全面总结习惯法在社会主义时期的现实表现和影响不够,忽视少数民族群众对习惯法的深厚感情和强烈认同,没有能制定出切合实际而又清楚明白的政策界限,以致在相当长时期内将许多习惯法问题当作一个特殊阶级斗争问题来对待,错误地批判、处理了不少人,这方面的教训是深刻的,值得认真吸取。

在目前生产力水平和生产关系、社会思想文化条件下,完全消灭习惯法,彻底禁止习惯法在少数民族地区发生影响是不现实的、不可能的。习惯法作为一个历史文化现象,它的消亡有一个漫长的过程,非一朝一夕所能实现的,更不是人力所能主观决定的,有赖于生产力的极大提高、市场经济的高度发育,有赖于国家制定的权威的真正确立,有赖于社会思想文化的巨大变革。那种认为依靠行政命令或其他强制手段,可以一举消灭习惯法的认识和做法是不科学的,也十分有害的。在目前及今后相当长一个时期内,片面追求法律的先进和超前发展,无视固有法文化的强大生命力,结果反而不利于国家制定法在少数民族地区的权威和尊严,影响国家制定法在少数民族地区的效力和作用,起到负效果、负影响,“欲速而不达”,出现“法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”的状况。^③只有找准国家制定法与少数民族习惯法之间的契合点,通过长期而深入的努力,才能逐步使国家制定法在少数民族地区深入人心,在少数民族地区发挥更重要的作用。

应该看到,少数民族习惯法有其独特的作用,作为重要的内在制度,习惯法“在构建社会交往、沟通自我中心的个人和实现社会整合上的重要性早已被哲学家和社会科

① 早在新民主主义革命时期的1935年12月,毛泽东就发布了《中华苏维埃中央政府对内蒙古人民宣言》,开始阐述党对少数民族风俗习惯的主张。《宣言》指出:“我们认为内蒙古人民自己才有权利解决自己内部的一切问题,谁也没有权利用暴力去干涉内蒙古民族的生活习惯。”接着,在1936年5月25日《对回族人民的宣言》中又重申了这个主张。1938年10月党的六届六中全会报告提出:尊重各少数民族的习惯。1939年1月发布的《陕甘宁边区抗战时期施政纲领》规定:尊重蒙回民族之风俗、习惯。在关于回蒙民族问题的提纲里,除了重申上述内容外,还作了一些具体规定:在全国各重要学校专门设立的回(蒙)民族班次,要有适合回(蒙)人生活习惯的设备。此后,在党的有关重要文献中,如《中共中央北方局对晋冀豫边区目前建设的主张》(1941年4月)、《陕甘宁边区施政纲领》(1941年5月)、《论联合政府》(1945年4月)等,均有尊重少数民族风俗习惯的提法。1946年4月颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》则规定:“少数民族婚姻,在不违反本条例之规定下,得尊重其习惯。”使党少数民族风俗习惯的政策以法律形式确定下来。《共同纲领》规定:各少数民族均有保持或改革其风俗习惯的自由。1949年10月中华人民共和国成立以后,在宪法等法律中均明确规定尊重少数民族的习惯、少数民族有保持或改革其风俗习惯自由。见吴宗金等主编:《中国民族立法理论与实践》,中国民主法制出版社1998年版,第123~124页。

② 应该说,新中国成立以后国家制定法的观念是逐步进入少数民族地区的,以云南宁蒗永宁的纳西族为例,1981年到1987年间县人民法院永宁法庭共收有12件离婚案件,而1988年到1996年则有35件,表明纳西族社会成员从传统习惯法的约束逐步在走向以国家法律为准绳。见和钟华:《生存和文化的选择》,云南教育出版社2000年版,第218、225页。

③ 费孝通:《乡土中国》,三联书店1986年版,第59页。

学家们所认识”。^①同时人的思想意识、观念情感是多层次的,进行社会主义现代化建设,增强民族团结,发展民族经济,要求各民族群众的法观念、法情感、法意识完全一致,全部为社会主义的法意识法观念,这是不可能也是不必要的。观念的变迁是缓慢的,观念的力量是巨大的。在坚持国家法制统一的前提下,允许少数民族群众的习惯法观念、习惯法情感和某些习惯法规范的效力的存在,对于调动一切积极因素,加强民族团结,维护祖国统一,合拍于社会发展的内在运行规律,促进少数民族地区的现代化建设,无疑是有积极意义的。

三、少数民族习惯法与国家制定法的一致与冲突

少数民族习惯法对当今民族地区的影响,既有积极的方面,也有消极的方面。少数民族习惯法在一定程度上有利于解决民间纠纷,稳定民族地区的社会秩序,加强民族团结,发展民族地区的生产和市场经济,促进民族地区的物质文明和精神文明建设。同时,少数民族习惯法也严重损害了国家法制的尊严和统一,干扰国家司法、执法机关的正常活动,给民族地区的社会秩序造成威胁和破坏。

因此,我国社会主义国家制定法与少数民族习惯法之间,既有其一致性,也不可避免地存在矛盾和冲突,并且还表现出互补性。^②

1. 少数民族习惯法与我国国家制定法的一致性

少数民族习惯法与国家制定法具有一些内在的共同性。这主要表现在少数民族习惯法所反对、不容的某些行为也为国家制定法所禁止,习惯法所提倡、鼓励、赞成的某些行为也为国家制定法所保护。

少数民族习惯法都严格禁止偷盗行为并给予各种处罚,习惯法保护村寨、家族以及家庭的财产所有权。如壮族习惯法规定,偷盗者根据偷盗物的不同除退出赃物外,并受按价赔偿、加倍赔偿、罚款、罚做公家工、开除村寨籍乃至处死的处罚。达斡尔族则对偷他人庄稼者,逐户游街认错。国家制定的宪法、刑法、民法、治安管理处罚条例等法律,也保护集体、个人的财产所有权,禁止偷盗行为,违反者由国家司法、执法机关给予各种制裁。因此这两者有着明显的一致性。其他如禁止强奸、抢劫、杀人等,少数民族习惯法的基本精神与国家制定法也相一致。

少数民族有关保护农业生产的习惯法是相当丰富的,像瑶族春秋两社“料话”时就有“过了清明节,各家不放鸡鸭猪出外;见别人的田水漏干了要帮补漏洞;牛只踹崩漏了别人的田基,要即时帮人修好”的习惯法。^③壮族也有“在牧牛羊之所,早种杂粮等物当其盛长之时,须要紧围,若遇残食点照赔还,和值时届禁关牛羊,践踏食者不可藉端罚赔”的保护生产的习惯法。^④侗族也不许偷放田水,否则就犯了轻罪。这些内容与国家制定法的基本精神是不矛盾的、相一致的。

① [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第122页。

② 关于国家制定法或国家法与习惯法的关系、区别,在王铭铭等主编的《乡土社会的秩序、公正与权威》中有多篇文章涉及,可资参考,见中国政法大学出版社1997年版。郑永流的《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》对国家法与习惯法关系进行了有价值的分析,可供参考,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第一辑),清华大学出版社2000年版,第87~103页。

③ 《广西瑶族社会历史调查》(第一册),广西民族出版社1984年版,第68页。

④ 《广西壮族社会历史调查》(第一册),广西民族出版社1984年版,第103页。