

民族法律文化散论

吴文华 著



On Legal Culture
of Ethnic Minorities



法律出版社

民族法律文化散论

On Legal Culture of Ethnic Minorities

吴大华 著

 民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

民族法律文化散论 / 吴太华著. - 北京: 民族出版社,
2004. 7
ISBN 7-105-06416-1

I. 民… II. 吴… III. 民族事务 - 法律 - 研究 -
中国 IV. D922.154

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 066267 号

民族出版社出版发行

(北京市和平里北街 14 号 邮编 100013)

<http://www.e56.cn>

北京绿冬青文化传播有限公司微机照排 北京通鑫印刷厂印刷

各地新华书店经销

2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月北京第 1 次印刷

开本: 880×1230 毫米 1/32 印张: 16.75 字数: 420 千字

印数: 0001-1500 册 定价: 28.00 元

该书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换

总编室电话: (010) 64212794 发行部电话: (010) 64211734



作者简介

吴大华，侗族，1963年出生，湖南新晃人，西南政法大学法学硕士，中国人民大学法学博士，中国社会科学院法学研究所博士后，现任贵州民族学院院长、教授、硕士研究生导师；兼任教育部本科教学水平评估专家组成员、中国法学会理事、中国犯罪学研究会常务理事、中国民族法学研究会常务理事、中国西部开发法律研究会常务理事、中国民族学会副会长等。“全国50名杰出专业技术人才”，教育部第四届“高校优秀青年教师奖”，全国第三届“十大杰出中青年法学家”，贵州省十大优秀中青年科技人才，国务院特贴专家，贵州省省管专家。出版有《民族法学通论》等专著6部；合著《新刑法罪名通论》等29部；主编《民族法学讲座》等21部。在《中国法学》等刊物发表学术论（译）文200余篇；主持《西部大开发法律制度建设研究》等国家级课题5项，主持《依法治省方略研究》等省部级课题7项。

目 录

上篇 民族法律文化研究

民族法律文化散论	(3)
中国少数民族习惯法概述	(13)
中国少数民族习惯法的历史功能与现实意义	(36)
刍议民族民间法	(46)
神判与法律器物文化	(56)
苗族习惯法的传承与社会功能	(68)
苗族习惯法中的刑事法律制度	(82)
苗族习惯法中的民事法律制度	(95)
苗族习惯法中的婚姻家庭制度	(105)
侗族习惯法概述	(124)
侗族习惯法中的罚则研究	(140)
少数民族习惯法规范与生态环境保护	(165)

中篇 民族法学与民族法制建设研究

民族法·民族法学刍议	(179)
试论民族法学的研究对象、方法和任务	(187)
中国民族法学:历史、现状与展望	(196)
中国民族法制建设50年的回顾与前瞻	(209)
民族区域自治法修改的根据和方向	(223)
民族法观念更新与《民族区域自治法》的修改	(235)

民族区域自治法修改与完善的几个问题	(245)
贯彻执行《民族区域自治法》应注意的几个问题	(255)
少数民族地区市场经济体制与法制建设同步	
协调的思考	(262)
少数民族地区经济立法刍议	(273)
经济体制转轨与民族立法	(280)
少数民族人事法律制度	(284)
论少数民族政法干部的培养	(300)
依据少数民族特点变通补充法律制度	(307)
民族风俗习惯法律制度的基本问题	(333)
论我国诉讼制度中实行民族语言文字的原则	(362)
民族纠纷的处理	(371)
民族婚姻与民族婚姻立法	(386)
民族教育立法刍议	(400)
因“民族”制宜普法	(410)
邓小平同志的民族法制思想初探	(412)
贵州民族法学研究综述	(426)

下篇 民族刑法研究

中国“两少一宽”刑事政策与刑法对少数民族	
的特殊保护	(435)
重视和加强少数民族地区犯罪控制的研究	(449)
少数民族地区犯罪控制	(460)
中国新刑法典对少数民族权利的保障	(480)
谈谈煽动民族歧视、民族仇恨罪	(486)
试论少数民族罪犯的改造工作	(493)
论国际刑法中的种族犯罪	(508)
后 记	(524)

Contents

Part I Research on legal culture of ethnic minorities

<i>A sketch of ethnic minority legal culture</i>	(3)
<i>An introduction to Chinese customary law of ethnic minorities</i>	(13)
<i>The historical functions and realistic implications of Chinese customary law of ethnic minorities</i>	(36)
<i>The local law in the ethnic minority autonomous areas</i> ...	(46)
<i>God's judge and the culture of legal utensils</i>	(56)
<i>The heredity and social function of the Miao People's customary law</i>	(68)
<i>The criminal legal system in Miao People's customary law</i>	(82)
<i>The civil legal system in Miao People's customary law</i>	(95)
<i>The family legal system in Miao People's customary law</i>	(105)
<i>An introduction to Dong People's customary law</i>	(124)
<i>The penalty provisions in Dong People's customary law</i>	(140)
<i>The provisions about the ecological environment protection in the customary law of ethnic minorities</i>	(165)

Part II Science of ethnic law and ethnic legal construction

<i>An introduction to ethnic law and science of ethnic law</i>	(179)
<i>The targets, methodology and task of science of ethnic law</i>	(187)
<i>Science of ethnic law in China: history, the present and prospect</i>	(196)
<i>The prospect of ethnic legal construction and its past 50 years in China</i>	(209)
<i>The basis and direction of amending the law of regional ethnic minority autonomy</i>	(223)
<i>The renewal conception of the ethnic law and the amendment of the law of regional ethnic minority autonomy</i>	(235)
<i>Issue on the amendment and improvement of the law of regional ethnic minority autonomy</i>	(245)
<i>Issues on implementing the law of regional ethnic minority autonomy</i>	(255)
<i>Research on market-oriented economy corresponding with legal construction in the ethnic minority autonomous areas</i> ...	(262)
<i>Discussion on the economy legislation in the ethnic minority autonomous areas</i>	(273)
<i>The transformation of economy structure and the ethnic legislation</i>	(280)
<i>The personnel legal system in the ethnic minority autonomous areas</i>	(284)
<i>Discussion on the cultivation of ethnic legal officials</i>	(300)
<i>Adapting and completing the legal system according to the ethnic minority characteristics</i>	(307)

<i>Fundamentals of the ethnic customary legal system</i>	(333)
<i>Discussion on the principle of using ethnic language in China proceeding</i>	(362)
<i>Legal means of dissolving the ethnic conflict</i>	(371)
<i>Ethnic minority marriage and its legislation</i>	(386)
<i>The legislation of ethnic minority education</i>	(400)
<i>Promulgating the law according to the ethnic minorities</i>	(410)
<i>Exploration of Deng Xiaoping's ideas of ethnic legal construction</i>	(412)
<i>A review on science of ethnic law in Province Guizhou</i> ...	(426)

Part III Research on the ethnic criminal law

<i>The "two less one loose" criminal policy in China and special protection on the ethnic minorities in the criminal law</i> ...	(435)
<i>Strengthening the research of crime control in ethnic minority autonomous areas</i>	(449)
<i>Crime control in ethnic minority autonomous areas</i>	(460)
<i>The protection given to the ethnic minorities' right by the new criminal law of China</i>	(480)
<i>Discussion on the crimes of inciting ethnic discrimination and hatred</i>	(486)
<i>Discussion on the reformation of ethnic minorities criminals</i>	(493)
<i>Discussion on the ethnic crimes in the international criminal law</i>	(508)



Part I
Research on Legal Culture of Ethnic Minorities

**上
篇**

民族法律文化研究



民族法律文化散论

我国有 55 个少数民族,很多民族历史上都曾创造出丰富灿烂的民族法律文化,对中华法系的形成和发展做出过巨大的贡献。本文从法律文化的一般分类,即制度文化、思想文化、器物文化三个方面探讨民族法律文化的构成、特点和内容等问题。

一、民族法律制度文化

所谓民族法律制度文化,是指历史上少数民族在中原或民族地方建立的政权以及地域性组织经过立法程序制定或确认,凝聚的法律、法规为其表现形式的制定法与习惯法。一般来说,中原王朝的法律是国家的制定法,而民族地方政权或地域性组织法规多是习惯法的汇总。

1. 民族法律制度文化非常丰富

以前的法律史研究对“王朝法制”的研究比较多,一谈制度文化就是秦汉律、唐宋律、明清律,而对少数民族地方政权和地域组织的制度文化的研究很不够。随着近些年来民族古籍的抢救、整理和挖掘,很多民族历史上的典章制度被整理或翻译出来。如西夏第五代皇帝仁宗天盛年间(1149 年—1169 年),朝廷组织 18 位王公、御史、大臣和四名汉文博士翻译,“参照诸新旧律典,勘定种种不明、不妥、不适之处”,编成《天盛年改旧新定律令》。这部诸法合体的法典共 20 卷、1463 条,近 20 万字。既吸收了中原法律



制度的重要内容,又以其特有的体例体现出游牧民族鲜明的法律特色。且体系完整、规范严密,堪与唐宋律相比。^①

敦煌吐蕃写卷文书中存有“吐蕃三律”:P. t. 1071《狩猎伤人赔偿律》(全卷),P. t. 1073《纵犬伤人赔偿律》(残卷),P. t. 1075《盗窃追偿律》(残卷)。“三律”共2万多字,既学习了唐朝的法律形式,又充分体现了吐蕃社会的特点,如规定赔命价、血价、复仇、发誓作证、神明裁判等内容。^②

云南西双版纳傣族地区,封建领主制社会主要有两个法规:一是《西双版纳傣族封建社会民刑法规》,^③共2万字,183条,有章、有条、有款,是清朝到民国时期在西双版纳车里宣慰司署所辖的12个大勐和若干小勐适用的法律;二是《西双版纳傣族封建法规和礼仪规程》^④,搜集了西双版纳地区解放前通行的法规、道德戒条、礼节仪式,是近代到民主改革前适用于一个勐的法规。两者均反映西双版纳封建社会的法律实际。另外在西南少数民族中,侗族的“侗款”、水族的“水书”、苗族的“苗例”、贵州彝族的“夜郎君法典”,这些都是历史上各民族聚集地区实际使用的法规,足见少数民族法律制度文化的丰富。

2. 少数民族法律渊源的多样性

少数民族法律渊源来自多方面:一是中原王朝对少数民族的立法,在西周时期中央政权就对四周的各少数民族制定了“修其

① 详见史金波、聂鸿音、白滨译注:《西夏天盛律令》,载《中国珍稀法律典籍集成》中编第五册,科学出版社,1994年版。

② 详见《吐蕃律例文献》,载《敦煌吐蕃文献选》,第7~36页,四川民族出版社,1983年版。

③ 《民族问题五种丛书》,云南省编辑委员会和云南民族学院民族研究所整理发表(单行本),1971年11月。

④ 《傣族社会历史调查》(西双版纳之三),第26~45页,云南民族出版社,1983年版。

教不易其俗,齐其政不易其宜”^①的民族统治原则。《秦简》中的《属邦律》是中央政权最早对少数民族制定的法律。唐朝以“令”和“式”的形式对民族立法。《新唐书·地理志》说:对各民族“虽贡赋版籍,多不上户部,皆州都督、都户所领,著于令式”。宋朝民族关系非常复杂,宋廷多以“指挥”的形式作为解决民族关系问题的法律,并形成了一些民族立法的原则。有些地方官为处理与邻近少数民族的关系,也订立了一些“条约”,如范仲淹为陕西宣抚使时,曾“犒赏诸羌,阅其人马,立为条约”^②,既保证了国家对羌族的法律管辖,又尊重了他们牲畜罚的习惯。元明清时期中央对少数民族统治进一步加强,本着“各有风俗,制法不同”的原则,采取相应的立法措施。特别是清朝,几乎对每个民族地区都订立了专门法规,如《蒙古律例》、《回疆则例》等。《理藩院则例》则是针对所有少数民族的综合性法规。

二是少数民族地方政权制定的法规,这是民族法律的重要渊源,它们在民族地方政权管辖区域内实际施行的法律,与当时的王朝法律并立。如蒙古成吉思汗时期的《大札撒》,北元时期的《阿勒坦汗法典》、《卫拉特法典》,西藏松赞干布时期的《法律二十条》等等。

三是一直生活在某一地方但未曾建立过独立政权民族的传统村寨组织订立的习惯法规范,如苗族的“苗例”、广西瑶族的“石碑律”、贵州彝族的“夜郎君法典”等,在这些民族中有时可能不知道中央的法律是何物,习惯法才是实实在在调整人们日常行为的法律。

3. 各少数民族文化的长期融合

中国各民族法律制度、法律意识的长期融合才形成“中华法

① 《周礼·王制》。

② 《宋史·范仲淹传》。



系”。在中国法律产生初期,苗族、羌族曾作出过贡献。苗族在舜禹时期发展比夏族快,已经有了所谓“三苗国”。《尚书·吕刑》说:“苗民弗用灵,制以刑。惟作‘五虐之刑’,曰法。爰始淫为‘劓’、‘刵’、‘椽’、‘黥’。”夏族在征服苗族的过程中学习了苗族的刑法,改造成为墨、劓、剕、宫、大辟五种奴隶制时代的刑罚。说明在中国法律初创的过程中,苗族和夏族一道都作出过巨大的贡献。历史上,入主中原的少数民族,建立政权后制定的法典,如北朝的《北魏律》、《北齐律》,金朝的《泰和律》,元朝的《元典章》等,各民族特有的法律文化已有机地融入王朝的法制中,丰富了中华法系的内容。各民族法律具体制度上的融合就更多了,如吐蕃,以“告身”制度规定官僚们的等级身份,内地法律从南北朝时就已使用这种制度,唐朝时更加定型和完善。吐蕃分田有“口分田”、“永业田”的规定,这显然是学习了唐朝的田制。在分田方法上,吐蕃统治下的敦煌地区,使用“畦、亩、突”^①计田单位,“畦”与“突”是吐蕃的田制,而“亩”是内地的田制单位。这种“唐蕃混合”计田制度,充分说明各民族间法律文化的融合。

二、民族法律思想文化

法律思想是人们对法律性质、作用、特征等问题的思考,表明自己的态度、观点和看法。与制度文化不同的是,社会上不同阶级,同一阶级中的不同阶层可能有不同的法律思想。历史上,少数民族的法律思想非常丰富,主要有以下几个方面:一是不同时期各民族统治阶级中君主、将相的法律思想,如拓跋珪、拓跋宏、松赞干布、赤松德赞、完颜雍、李元昊、成吉思汗、忽必烈、耶律楚才、康

^① 参见陈庆英:《从敦煌出土账簿文书看吐蕃王朝的经济制度》,载《藏学研究论丛》第3集。

熙、乾隆等,这些人在民族政权建立和政治统治过程中,对法的性质、作用等进行实际的思考,并将其运用于统治实践。如松赞干布在谈到法的目的时就明确地指出:“其制法的目的是为了维护王族的利益。”“如无法律则罪恶蜂起,我的子孙及尚论(贵族)等人势将沦于困难,故当制法。”^①阐明法代表统治阶级意志和利益的性质。

二是少数民族宗教上层、学者、思想家作品中的法律思想,在他们的作品中也包含着大量的法律思想精华。如敦煌古藏文文书 P. t. 1283《礼仪问答写卷》,是以兄弟问答的形式阐发对道德、法律的思考,思想博大精深,被称为藏族之“《论语》”。其中,第2问:“无论何时,国王之律令,应使百姓生命与国家社稷二者安稳,事事皆有法度为是。若与此相违,以友为敌,以王作靠山(王言代替律令),则无人不骄横,而争辩不休,无公理……岂能稳固?”^②又如,西藏噶玛噶举时期的《萨迦格言》,作者萨班·贡葛坚赞,在政治上提出施仁政、反暴虐,经济上提倡轻徭薄赋、休养生息,在法律上反对暴刑、提倡宽简,与同时期汉族思想家的思想相比毫不逊色。

三是少数民族普通百姓的法律观念、法律意识。由于少数民族统治阶级对文化知识的垄断,少数民族百姓的文化水平普遍不高。西南的一些民族历史上就没有文字,有的民族解放后才创制文字。在没有文字传承或文字传承功能不强的民族中,口承文化特别丰富,这主要通过各民族丰富的神话、诗歌、故事、格言、谚语等具有口头传载作用的形式体现出来。这些世代相承、口耳相传、常诵不断的口承文化的具体内容是少数民族人民法律观念的形成、法律意识培养的关键。在各民族中,有关法律的诗歌、格言、谚语人人能诵、张口即来,并化为人们行动准则和行为规范。比如彝

① 《松赞干布遗训》。

② 参见王尧、陈践编著:《敦煌吐蕃文书论文集》,第123页,四川民族出版社,1998年4月版。



族诗歌：“姑娘亲事成，柏树开花了，花开在舅家，泉水流不尽。”^①表明西南一些民族中盛行的“姑舅表兄弟姐妹优先婚”习俗。彝族谚语：“奴隶作恶沉水底，黑彝作恶掉路旁。”体现了彝族奴隶和统治阶级在死刑执行上的不平等。又如藏族谚语：“没有自然的法则，哪有人的法规。”^②体现了古朴的自然法思想。“执法如山的法庭中，有闻听和诉说的时间。”^③表明对百姓诉讼权利的保护。

在文字的传承功能不强的一些西南少数民族中有着独特的“普法”方式，由各民族中的知识分子“巫师”承担这项工作。比如景颇族巫师“斋瓦”在族人举行婚礼时，要向全体族员讲述《创世纪》和“洪水神话”，把人类蒙昧记忆中兄妹结婚解释为洪水余生，迫不得已而为之，是为了不使人类灭绝，由神意决定的。目的在于以祖训的方式告诉人们“同族不婚”，实行氏族外婚，倡导本族的单方面的姑舅表婚，反对姨表婚。与汉族习俗不同的是，在西南地区母系家族色彩比较浓厚的民族中，姨表兄弟姐妹属于同一氏族，他们之间的婚姻在禁止之列。

三、民族器物法律文化

在各民族长期的生产和生活中无时无刻不与器物发生联系，与法律生活紧密联系的器物就是法律器物。这些器物形成的原因、样态、功能等属于法律器物文化研究的范围。试从中原王朝法律器物文化分类，大体有以下几种：1. 承载器物文化，如古代作为法律载体的甲骨、金鼎、石碑；2. 服饰器物文化，古代司法官的服装、饰物及功能；3. 宫廷器物文化，各级衙门的布局 and 结构，如职能

① 《云南彝族歌谣集成》，第238页，云南人民出版社，1996年版。

② 《山南民间谚语集成》，第5页，云南人民出版社，1994年版。

③ 《山南民间谚语集成》，第5页，云南人民出版社，1994年版。