



华夏英才基金

CHINA TALENT FUND

资助图书

DF35X/8

西部社会

民族法律文化研究

王佐龙 著



XiBuSheHui

MinZuFaLüWenHuaYanJiu

◆ 中国民主法制出版社

青海省社会科学规划办立项课题

西部社会民族法律文化研究

王佐龙 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

西部社会民族法律文化研究/王佐龙/著

- 北京:中国民主法制出版社,2006.12

ISBN7-80078-954-3

I. 西… II. 王… III. 民族法律-文化-研究 IV. D621-

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 135208 号

西部社会民族法律文化研究

出版发行	中国民主法制出版社
社 址	100054 北京市丰台区玉林里7号
印 刷	北京登峰印刷厂
装 订	北京登峰印刷厂
经 销	新华书店经销
印 张	11.6 字数 300 千字
版 次	2006 年 12 月第一版
印 次	2006 年 12 月第一次印刷
本册定价	28.00 元

(图书如有印、装错误由印刷厂负责退换)

版权所有,翻印必究

前 言

西部民族地区具有非常丰富的民族法律文化资源。作为一个深爱着这块土地的西部人,探究、挖掘和梳理这些宝贵的法文化资源,是我多年的理想。现在终于有了这样一个机会,也算是对西部社会的法治做的一点贡献。

西部社会的民族法律文化显现着西部民众的法律立场和方法,表达了他们对规则、秩序的本土化理解。正如梁治平先生所言,“法律文化”首先是一种立场和方法。作为一种文化现象,法律被认为是人生活于其中的人造世界的一个部分,它不但能够被用来解决“问题”,同时也可以传达意义。由此,把法律简单归结为解决纠纷的手段和技术就是不可取的了。法律也是符号,它在任何时候都体现价值,都与目的相关。^① 法律文化概念的提出就是为了克服仅仅对法律作现实性的、功能性的研究,避免对法律只作社会学的研究,从而将法学的研究推向更为广阔、更为纵深的境界。西部民族地区的法律资源丰富,形态各异。如从体系的维度来分析,主要表现为一种心理惯性、制度意向,或者说是一些散乱的思想、理论,而它们只有在转化为“文化”时,才可对法治发挥强大的导引意义。民族法律文化是内在的、隐性的、精神性的存在,对其梳理、挖掘的目的,就是要

^① 梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1994年版,(序言)第4页。

使这些散乱的、不系统的、良莠不齐的思想、理论能够转化为系统的法律文化,成为民族地区法治强大的文化心理和精神支撑。^①

孟德斯鸠和萨维尼早就认为,法是因民族而异、因经济文化类型而异的,是“民族精神”的产物和一部分。民族法律文化就是各民族的“民族精神”,包括民族的法律智慧、法律观念、法律规范及显现法律意蕴的实物形态等,这就是卢梭在《社会契约论》中认为的最重要的那种法,即民族法律文化。他认为:“这种法律既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民的内心里;它形成了国家真正的宪法;他每天都在获得新的力量;当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创制精神,而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。我说的就是风尚、习俗,而尤其是舆论……。”^②“风尚”、“习俗”、“舆论”即为民族法律文化的主要表现形式。“因为法律首先产生于习俗和人民的信仰”,^③这一特点在西部社会法律文化的形成及当代运行中有广泛的反映。作为文化意义上的法,在西部社会主要是指“习俗”、“风尚”及具有社会监督意义的“舆论”。他们既是西部民族法律文化的渊源,也是其表现形式,更是西部民族法律文化的载体。

当代中国处于现代文明的构建时期,以西方文化为主导价值的法治作为人类制度文明的象征,在中国的秩序谱系中倍受推崇,这种城市文明在中国的城市实现了对应性的嫁接后,自然影响到了中国法治文明建设的具体路径,使得中国法治决策权的拥有者们有意无意地站在城市人的立场,去解读和推行只有他们拥有话语权的法治。

^① 对此的系统分析,详见刘进田、李少伟:《法律文化导论》,中国政法大学出版社2005年版前言。

^② [法]卢梭:《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第73页。

^③ [德]萨维尼:《论立法和法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第1页。

但至今我们依然生活在“乡土中国”，以农耕、农牧等为经济基础的民族文化对很多区域的生活秩序具有普遍的指引和制导，很多区域依然是在按照固有的习惯法、家族法等“本土资源”维持常态的生活。这意味着我们在对西方的法律价值体系作出积极“回应”的同时，要有足够的信心和勇气，去构建适合于本土的民族法律文化体系。这种思考是本书的基本动因。

二

习惯法民间法是西部民族法律文化的最主要表现形式。凯尔森认为，习惯法“起源于一个被一般的遵守的行为，在那里行为人并不有意识的旨在创造法律，但是他们一定认为他们的行为是符合有拘束力的规范的而不是任意选择的事情”。^① 习惯法是西部民族法律文化的首要载体，其承载着民族法律文化的历史与将来，表达着民族习惯法的形成规律与人们对规范的心态。因此，习惯法自然就成了本书的主要分析工具。由于习惯法源于一种心理认同和行为惯性，当人们“开始普遍而持续的遵守某些被认为具有法律强制力的惯例和习惯时，习惯法便产生了”。^② 这种习惯法产生的逐渐性、渗透性规律暗示，受其影响的民众的法律心理也因形成的渗透性而具有难以改变的特征。这种资源的作用机理在于它形成于西部地区民族生活的实践中，并能够以其特有的有效性和经济性维护着民族地区的内部秩序和民族的整体利益。

当然“法是理性的一种表现”。“只有能够受理性考验的法才能够坚持下来，只有被经验或被经验考验过的理性宣言才能成为法的

① [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社2000年版，第129-130页。

② [美]博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第371页。

永久部分。”^①因此本书肯定习惯法为代表的非正式制度,认同其有效性和经济性,主张在现代社会的秩序结构中予以应有地位,并非是主张国家正式制度就完全依照非正式制度,或把非正式制度就完全照搬为国家正式制度,因为以习惯法为代表的非正式制度毕竟是非理性的经验。而是认为,国家法的制定和推广必须要分析研究民间非正式制度的有效运行的逻辑及其所承载的文化对其有效性的影响,即民间制度靠什么发挥效力,民众为什么认为其有效并遵守它。这种逻辑应成为国家法构建合理的社会秩序结构的参照,国家的主流法律文化应对此表现出足够的宽容和理解。这种胸怀可使我们准确把握中国的边远社会区域和文化边缘地带需要什么样的法及法治,建立在这种价值观上的法治也会因具有深厚的民情基础而可能变得更为有效。

三

西部社会是以乡土性为主要文化特征的,因此本书分析视域的相当一部分是以乡土文化浓厚的农村社会为对象的。西部农村社会处于中原汉族文化与边远民族文化的交汇地带,具有特殊的地理区位,对其法律文化的分析,就具有能够同时窥知两种文化的基本知识及多元文化交汇现象的价值。由于地缘原因,西部农村的法文化观中,代表城市精英阶层的先进法律理念、代表农村传统社会的保守性法律意识与代表落后少数民族的原始规范文化交织一体。因此对西部农村社会法律文化的研究,完全可以作为先进的城市精英法治理念经过合法的改良或变通而进入落后民族地区的缓冲地或试验田,客观讲,从落后民族地区对现代法治知识掌握的现状而言,这种尝试是必要的。这种思路在书中关于乡村社会的解纷文化研究、民间法

^① 转引自刘作翔:《迈向民主与法治的国度》,山东人民出版社1999年版,(自序)第4页。

与国家法的关系等部分中有所体现。

西部农牧区是一个在经济文化上被边缘化的区域,这使他们更多的是按照自己的内生的秩序逻辑进行交往和生活。在他们的秩序逻辑中,“情理”对生活和交往具有基础意义。^①“情理”以人情、面子、关系为要素,在熟人社会中,人情是人们交往的中介;面子是“人从社会成就而拥有的声望,是社会对人看得见的成就的承认”;有了人情和面子,就有了以自己为中心的关系网络,即费孝通先生所讲的“差序格局”。^②在“情理”的影响下,人们的生活与交往具有相对封闭性、稳定性,法律因“情理”考量而体现为一种真正的“地方性知识”。^③正因为对“情理”关注,使他们具有了共同的生存方式、行为模式、风俗习惯,滋生了共同的知识传统、特殊交往团体的内聚力和向心力及对交往共同体规则的信仰。这种格局一方面固化了他们交往共同体的封闭性,另一方面也造就了他们交往共同体的稳定性。因此一个充满情理、人性、善良和追求和谐交往的模式是其生存的需要,这就是为什么在少数民族的民间文学、纠纷解决、生态观念等领域的法文化心理中总是弥漫着深切的人性思索、善良宣扬、和谐追求和情理与法度博弈的原因。这种与现代法治追求终极目的相耦合的现象很值得我们深思,说明传统知识的价值是不应被忽略的。就我国的法治策略而言,众所周知,法治被认为是一种源自西方的制度文明,是至今为止人类最信奉、认为最成功的社会治理模式和统治经

① 所以哈耶克讲:“我们几乎不能认为是选择了情理,毋宁说,是这些情理自然地约束着我们,它们选择了我们。它们使我们得以生存。”哈耶克:《不幸的观念》,东方出版社1991年版,第12-13页。

② 费孝通:《乡土中国》,三联书店1985年版,第42页。

③ 吉尔兹认为:“法律就是地方性知识,地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题,而且也指特色,即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。”吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,在梁治平主编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第126页。

验,这种经验理应在法治贫弱的边缘地区得到推广。但当法治运动在作为国家权力的边缘区域的民族地区大规模推行时,却发现有效性极不理想,规避和违反国家法的现象具有普遍性。其根源主要是因为当作为人类制度文明的法治被借鉴到中国作为统治方略时,由于缺乏对传统知识等本土制度资源的深入研究,对民族法律心理、法律意识等民族法律文化把握不足,致使国家法治高高在上,不能与民情形成有效对接,这必然使国家法因缺少“底气”使法治成为无源之水。

四

按照张冠梓先生的观点,分析法的形成与演进的方法,就必须要以经济文化类型为考察背景。

孟德斯鸠是较早、较全面地考察法律形成与社会文化背景间关系的学者。他认为:“法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系;和土地的质量、形势和面积有关系;和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系,和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适当。”^①法律与经济文化背景间的关系表明了法律形成的时空性,而一个民族对法的需求则往往与人类不同的谋生方式相联系。“一个从事商业与航海的民族比一个只满足于耕种土地的民族所需要的法典,范围要广得多。从事农业的民族比那些以牧畜为生的民族,内容要多得多。从事牧畜的民族比以狩猎为生的民族所需要的法典,内容那就更多了。”^②孟德斯鸠关于法律制度变迁的这些思想为后人寻求法的起源与进化,寻求法律现象与文化现象的必然联系与和谐提供了思考的线索。面对少数民族的法律文化的丰富特色,不难感受到生

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1987版,第7页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1987版,第284页

态环境、生存方式、文化传统注入其中的或大或小、或直接或间接的明显影响。正是这些文化个体的构成因素之和,即经济文化类型,确定了各个族群法的多少、程度、物质、发展方向等。^① 正如沿海渔业是京族凭海岛而有的经济特征,有关渔业方面的习惯法便构成了该族传统法律的重要内容,鄂伦春关于狩猎分配的细致规定是其习惯法的核心一样,西部的民族法也有同样的特点,作为农耕经济文化类型的土族习惯法中,就多有保护青苗、耕地的规定;作为牧业经济文化类型的藏、蒙习惯法,受其游牧生产环境和经济条件所决定,就含有丰富的保护草原牧场、禁止荒火、保护牲畜及保护野生动物的规定。

所以,不同经济文化类型的确定性的变迁与该族群的法的确定性与变迁,必然存在彼此间的呼应和一致性。正如萨维尼所说:“有文字记载的历史初期,法律如同一个民族所特有的语言、生活方式和素质一样,就具有一种固定的性质。这种现象不是分离地存在着,而是一个民族特有的机能和习性,在本质上不可分割地联系在一起,具有我们看得到的明显的属性。”^②

在西部社会,经济文化类型对法律文化的影响非常深刻,直接造就了各具特点的少数民族法律文化。

例如,在藏族法律文化中,经济文化的需求直接决定着其内容。

藏族是以畜牧业为主要生存方式的,因此藏族历史上诸多发达的部落法主要是围绕着保护畜牧业来构建的,如军事法的功能首先是要保障各部落夺取更大的生存空间。各部落间夺地掠财,或因争夺草场猎场而导致部落迁移,或因部落迁移导致夺地战争,都需依赖强大的军事力量。特别是部落为了寻求更好生存空间的大迁徙中,

① 张冠梓:《论法的成长》,社会科学文献出版社2002年版,第65页。

② [德]萨维尼:《论当代实质和法理学的使命》,《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第526页。

要向其他部落借用草场或直接争夺草场,这单靠家庭和数户亲族的力量是难以完成的。军事制度的其次功能时就是保护长途商队的物资运输和与外界的生活必需品的规模交换,同时部落间的财产纠纷,离开了部落的对外抗争的群体力量,也会没有保障。以牲畜为形式的财富,常有畜群散失、被盗和被掠夺的危险,没有部落的内部秩序和强力对外的群体武力就没有牲畜的安全保障。

藏族的所有权制度也主要是以草场、牲畜的占有、经营与管理为中心的。如在草场管理中就对火灾防御及纵火者的处罚标准、越界放牧的处罚标准、帐圈迁移的时间、地点、范围及迟延的处罚标准、草场调整的方法等作了非常详尽的规定。其占有制度中占有的对象主要是牲畜,牲畜也就成了区分阶级地位的主要标准和依据,统治者就是牲畜的绝对拥有者。

甚至可以断言,整个藏族传统法律文化中,包括契约制度、婚姻家庭制度、刑律中的赔命价血价制度等,都是以草场、牲畜为核心的制度展开,正是这种独特的生存空间、生存方式、财产类型及宗教文化造就了与其相契合的法律制度。

又如,土族是一个在地域与经济文化上历经变迁的社会,所以,土族习惯法文化的形成与经济文化的形成相一致,具有极强的变迁性。

首先,土族早期法所具有典型的草原法^①特征,就与他们的经济类型与生存空间有关,因为土族先民的最早驻牧于祖国东北的大兴安岭内外,后来他们赶着羊群南下阴山,再到贺兰山,最后插帐于祁连山南北,落脚于黄河、湟水、浩门河、庄浪河及隆务河沿岸。^②

其次,土族从游牧向定居的生存环境与方式的变迁,促成了土族习惯法从草原法类型向牧耕类法的变迁。在落脚黄河流域以后,特

① 关于草原法理论的形成、内容及特征,将在本章的相关部分详述。

② 郝苏民主编:《甘青特有民族文化形态研究》,民族出版社1999年版,第54页。

别是到了明朝,把土族首领辖区的土地、草场、森林及水源划归他们领其所部耕种,准其世官其地,世有其土,世耕其地,世为其民,这就是土族地区的土司制度。土司制度以定居、世代农耕为特征。尽管此时畜牧业依然是土族的重要生存依靠和经济形式,但代表汉族经济文化特征的耕作业已占据了其经济文化的较大比重,这种经济文化类型的变迁对法的变迁的影响是必然的,也因此,土族的习惯法具有典型的牧业与农耕多元法文化相交错的特征。具体而言,土族社会的制度资源包括早期的草原法遗迹、土司时期的以土地为中心的土地权属、租赁、交换和房屋买卖典借的地方法律与明清时期制定的《十六法》、《青海番夷成例》、《西宁番子治罪条例》、《理藩院则例》、《蕃例条款》等正式法。这种制度格局显然是经济文化类型变化交替时期经济文化类型界限不清时期在法文化中的典型表现。

再次,土族文化的衰落与土族习惯法的衰落是同步的,其直接原因是土族与其他民族的杂居融合带来的生活环境、生存方式及人际交往的经济文化的变化。土族现主要聚居于青海互助县、民和县、大通县、同仁县及甘肃的天祝县。这些地区汉、回、藏等民族杂错居住,各民族间关系融洽。正因为土族生活于这种融洽的民族环境中,在多元文化碰撞调适进程中,自然而然地接受了其他民族的生产方式和民族文化,土族人固有的、传统文化的根底发生了动摇,邻近民族的文化源源不断地渗透到他们日常生活的方方面面,包括道德伦理、人际礼仪、思维方式、民族成份、宗教信仰等,这种影响使土族的原生文化受到很大的破坏,包括原生法文化的信仰群体变得非常狭小。比起藏族、撒拉族这些世居民族的相对封闭性,土族文化的开放交融造就了土族文化的现代性,但这种现代性并非是以土族文化而是以汉文化为核心的,是以汉文化对土族文化的同化改造为结局的,这就是为什么土族文化的现代性虽强而其原生法的约束力却越弱的原因。

再如,撒拉族法律文化同样是其特有的经济文化类型造就的,作

为撒拉族文化主要区域的青海省循化县,按自然状况划分经济类型,分为农业区、农牧过渡区和牧业区,但主要以农业为主,农耕经济基础使其相关制度具有了中国农耕文明的一般特征,即封闭、自足、互助,注重人情与和谐。从这个意义上讲,其习惯法文化与中国其他农耕文明基础上的法律文化具有一定的相似性。

首先,撒拉族社会的居住特征是聚族而居,即若干“阿格乃”组成孔木散,几个孔木散组成一个村落,这种居住格局从法律的角度而言,就是一个相对封闭、自足的居住共同体,共同体为了自身的生存利益,要求和谐相处,在婚丧嫁娶等方面负有法律上的互助义务。互助义务的结果是过分注重在共同体内的人与人、人与群体的关系,强调个体必须归属于群体,注重个人义务对群体利益的重要性,忽略个体权利与个性发展。

其次,撒拉族社会是费孝通先生认为的那种礼治的社会,但这种礼治的经济文化基础并不完全是因为其乡土性,而是宗教性,即调整撒拉族社会的规范除了作为乡土社会通用规范的礼仪、人情外,主要是宗教教义、宗教精神及作为宗教精神延伸的各种禁忌,因此,基于这样的多元文化基础,掌控着撒拉族社会的是一套宗教精神和世俗规矩相结合的多元制度。

再次,撒拉族社会出多元民族文化区域,与其他各民族交往的客观性要求他们不断地吸纳其他民族的优良文化,如在他们的解纷、交易等法律文化中,就深受藏文化的影响。^①

基于上述分析,本书非常赞同张冠梓先生以经济文化类型对传统法律文化进行分类的思维理路,并认为西部社会特有的经济文化类型对法律文化形成的影响更为直接和显著。借用张冠梓先生的分

^① 对撒拉族文化的详尽分析,可参阅郝苏民主编:《甘青特有民族文化形态研究》中的第二章:撒拉族的文化形态,民族出版社1999年版,第103页以下。

类标准^①,西部社会的民族习惯法可分为三类:藏族、蒙古族习惯法属农耕类部落成文习惯法,土族属农耕类准部落习惯法,回族、撒拉族、维吾尔族等信仰伊斯兰教民族的习惯法属农商类宗教习惯法。

五

法学研究是一门经验之学,而非纯粹的思辩之学,法学需要回应的是具体和真实的社会生活。因此本书引用和罗列了大量的实证资料和司法案例,表明了作者试图让理性的法与现实的社会经验相结合的学术立场及希望通过实证分析为西部社会的法治实践作一些理论努力的愿望,也表达了作者对西部社会法治实践的深度关怀。正是这些较丰富资料的启迪,才使本书相应理论分析的价值得以提升。也由于采用了大量的第一手资料,使著述的分析显得真实、生动,说服力较强,达成了理论思辩与社会生活的恰当回应。

书共分为十一个主题:

一、西部民族法律文化的历史纵览。主要从历史脉络分析了西部社会民族法律文化的形成及当代价值,特别分析和论证了“草原法系”的理论证成及其可能的理论价值;

二、图腾禁忌对民族社会的规范功能。通过对大量民族禁忌的梳理与分析,旨在说明禁忌对民族社会的准法功能及对国家成文法的借鉴价值;

三、西部民族法律文化的综合分析 with 特征概括。主要描述了西部民族法律文化的个性特征与构成轮廓;

四、西部社会民族法律意识的实证分析。以实证的方法主要展现了民族法律意识传统与现代的交互性特征与缘由;

五、西部少数民族文学作品中的法律文化思想。主要通过藏族、

^① 详见张冠梓:《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的诠释》,社会科学文献出版社2002年版,第67页。

土族、撒拉族民间文学作品中的法律文化分析,以彰显出少数民族蕴涵于文学作品中的法律理想主义思想;

六、西部民族法律文化中的法美学特征。主要分析了西部社会法美学的各种表现,特别分析了民族仪式对法之美的承载价值及保护作为西部社会法美学最广泛载体的民族文化的意义;

七、法文化视野中的民间法与国家法问题。通过对民间法与国家法在理论与实践上冲突的分析,旨在阐明民间法与国家法相融合的可能路径及对民间法的宽容立场;

八、关于西部乡村社会的解纷文化的系统分析。主要以民族地区的乡村社会为视点,从宏观上探讨了西部乡村社会的解纷心理、解纷选择及乡土解纷资源与国家法的冲突,来显示西部社会的解纷法律文化特征;

九、主要系统分析了西部民族地区的“私了”现象与“赔命价”习惯法制度,说明了“私了”现象存在的社会机理与制度原因;对“赔命价”习惯法制度就其存在的合理性做了理性的分析与判断;

十、西部与南方少数民族法律文化特征的初步比较。主要通过以解纷为视点的民族法律文化的比较,说明各自的法在维护社会秩序中表现出的法律文化特征;

十一、西部社会的生态法律文化。本部分以三江源的生态保护为视点,以藏族习惯法为分析工具,对民族习惯法在西部生态保护中的有效作用以实证的方式给予了较高的评价和肯定。

就作者视野而言,本书所研究的西部民族法律文化,在内容上是比较广泛、系统的,本书主张的西(北)部的民族法律文化应属“草原法律文化”、禁忌与习惯是民族区域最主要的准法规范、西(北)部的民族法律文化更具有法美学意蕴、西(北)部的解纷选择更符合制度经济学原理、民族习惯法中保护生态的意识最具有生态法律文化特征等学术思想具有一定的独到之处。

写作本书是作者近六年来田野调查、资料收集和认真思索后的

选择。目的就是采用田野考证、文献分析和分类比较的方法,对民族法律文化进行理性中肯地梳理,通过对西部民族法律文化多角度的论证,以证明其对社会的历史价值与预期价值,并对有些理论问题进行初步的解答。最终想通过对民间有效制度资源的理论整合,找出它们与国家法的互动交点,为西部社会的法制现代化提供必要的理论支持。

对西部社会的民族法律文化，我们应多一点尊重、多一点关心、多一点理解、多一点沟通，少一点冷漠、少一点无知、少一点自大、少一点阻隔！少数民族法律文化并不是无益、消极、落后、糟粕的代名词，它重视群体利益，确认团结互助，鼓励勤劳能干，肯定合理需求，保护生态环境，处理简便迅捷，注重内在接受，形式生动形象，在当代中国的法治化进程中同样有采纳、汲取、继承的价值。^①

^① 借鉴高其才先生在《中国少数民族习惯法研究》结语中的话语模式，感谢高老师的精辟感言，给了我表达对西部民族法律文化情感的话语灵感。