

民间法文丛 谢 晖◎主编

徐晓光◎著

原生的法

黔东南苗族侗族地区的
法人类学调查

中国政法大学出版社

原生的法

徐晓光◎著

黔东南苗族侗族地区的
法人类学调查

文丛 谢 晖◎主编

中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目（CIP）数据

原生的法：黔东南苗族侗族地区的法人类学调查 / 徐晓光著. —北京：中国政法大学出版社，2009.12

ISBN 978-7-5620-3591-6

I. 原... II. 徐... III. 法学：人类学 - 调查研究 - 黔东南苗族侗族自治州
IV. D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第226598号

- 书 名 原生的法：黔东南苗族侗族地区的法人类学调查
YUANSHENG DE FA: QIANDONGNAN MIAOZU DONGZU DIQU DE FARENLEIXUE DIAOCHA
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230 32开本 11.25印张 300千字
- 版 本 2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3591-6/D·3551
- 定 价 28.00元

- 声 明 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



总 序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI 来源集刊”。此外，自 2005 年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



目 录

总 序	1
绪 论	1
第一章 “法岩”与“埋岩”	24
第一节 无文字社会状态下的一种“立法”活动——黔桂边界苗族地区作为“先例”的埋岩 / 24	
一、“埋岩”的一般情况 / 25	
二、“埋岩”的范围 / 29	
三、“埋岩”的类型 / 32	
四、“埋岩”是一种“判例” / 41	
第二节 “石头法”的嬗变——黔湘桂侗族地区从“款石”、“法岩”到“石碑法”的立法活动 / 46	

一、“款石”：着重打击“贼盗”的基本法律 / 47	
二、“法石”：作为“判例”的岩规系统 / 52	
三、“石碑法”：不同渠道法律的载体 / 55	
第二章 诵唱与口头传承	63
第一节 歌唱与纠纷的解决——黔东南苗族口承习惯法中的诉讼 与裁定 / 63	
一、苗族“理词”及其整理情况 / 63	
二、“理词”体现诉讼案件的解决程序 / 67	
三、口承诉讼文化的特点 / 76	
第二节 古歌——黔东南苗族口承习惯法的一种表现形式 / 78	
一、法文化研究视野下的苗族古歌分类 / 79	
二、古歌传递习惯法的历史信息 / 81	
三、古歌与其他口传作品在习惯法传承中的关系 / 87	
第三节 看谁更胜一“筹”——苗族口承法状态下的纠纷解决与 程序设定 / 92	
一、“筹”与诉讼程序设定 / 92	
二、从一则家庭纠纷看理师裁定过程 / 96	
三、苗族传统诉讼程序设定的文化内涵 / 101	
第四节 款词与讲款——兼论黔湘桂边区侗族社会的口头“普 法”形式 / 107	
一、款词及其分类 / 107	
二、约法款及其讲款 / 110	
三、款词体现习惯法基本特征 / 112	
四、讲款的过程和特点 / 116	
五、款词自身的特征及讲款的社会效果 / 120	
第三章 文化场域与文化符号	124
第一节 鼓楼——侗族习惯法规范订立与实施的文化场域 / 124	
一、鼓楼的初始样态与功能 / 125	
二、作为民主议事和制定“约法款”的场所 / 126	

三、乡老处理民事纠纷，当众评判是非，裁夺断案的场所 / 129	
第二节 芭茅草与草标——苗族口承习惯法中的文化符号 / 133	
一、“议榔”立法中自然领袖的权力符号 / 133	
二、禁忌与所有权保护的法文化符号系统 / 135	
三、理老解决纠纷时作为划定是非的计算符号 / 138	
第四章 “活法”与处罚法.....	140
第一节 从苗族“罚3个100”看习惯法在村寨社会的功能 / 140	
一、什么是“罚3个100” / 140	
二、“罚3个100”的原因分析 / 144	
三、“罚3个100”的法文化解释 / 150	
四、“罚3个100”的社会功能分析 / 153	
第二节 “涉牛”案件引发的纠纷及其解决途径——以黔东南雷山县两个乡镇为调查对象 / 156	
一、“涉牛”案件频发的原因 / 157	
二、“涉牛”案件及纠纷解决结果 / 159	
三、在国家法与民族习惯法的冲突中选择解决途径 / 166	
第三节 冲突与调适——苗族婚姻习惯规则与国家法实施状况的调查 / 172	
一、“抢婚”与强奸行为 / 172	
二、民间法与国家法对强奸行为的二次处罚 / 175	
三、结婚不登记、离婚不办理手续与重婚 / 176	
四、结婚不登记引起的财产纠纷 / 178	
五、婚姻习惯法规则下的早婚问题 / 181	
六、其他问题 / 182	
七、苗族婚姻习惯规则与国家法之间的调适 / 183	
第四节 为“蛊女”鸣冤——黔东南苗族“蛊”现象的法人类学寻脉 / 187	
一、信蛊现象的存在 / 187	
二、“蛊女”多才貌出众者 / 189	

三、“蛊女”现象的社会心理分析 / 192	
四、“蛊女”的境遇及习俗与法的冲突 / 195	
第五章 生产与生计法	200
第一节 黔东南苗族村寨“田边地角”的土地纠纷及其解决途径 / 200	
一、传统习惯法中的“田边地角” / 202	
二、目前村规民约对“田边地角”的规定 / 206	
三、“田边地角”的土地纠纷及其解决 / 209	
第二节 苗族侗族水火利用与灾害预防习惯规范调查 / 214	
一、水利方面的规范 / 215	
二、火灾防范的习惯规则 / 222	
三、“喊寨”与“扫寨” / 225	
第三节 苗族侗族传统林业保护习惯法规范及与国家法的契合 / 231	
一、苗族侗族传统林业法规范 / 232	
二、20 世纪 90 年代以前“乡规民约”对林业保护的规定 / 240	
三、新订村规民约的相关规定及与国家法律的契合 / 245	
第六章 “范本”与村规民约	250
第一节 新型“村规民约”的性质及范本 / 250	
一、新型“村规民约”的性质 / 250	
二、新型“村规民约”范本展示 / 252	
第二节 国家法在新型村规民约中的体现 / 261	
一、国家法与村规民约的关系 / 261	
二、国家法在村规民约中的体现形式 / 262	
三、国家法在现代村规民约中的扩展趋势 / 265	
第三节 新型村规民约继承传统习惯法的内容 / 266	
一、延续传统社会组织自然领袖的作用 / 266	
二、民事习惯法的继承 / 267	
三、社会治安及刑事习惯法规范的继承 / 270	

四、自然资源保护与利用规则的继承 / 272	
五、火灾防范习惯法规则的继承 / 274	
六、对林业保护习惯规则的继承 / 275	
七、传统习惯法中的处罚手段和方式的继承 / 277	
第七章 契约文书与林业法	280
第一节 明清时期对黔东南的皇木征派与林业经济环境形成 / 280	
一、明清时期的皇木征派 / 280	
二、清朝黔东南林区林业契约的出现 / 283	
第二节 锦屏契约、文书中的社会与法律问题分析 / 287	
一、共有制及房族股份制 / 288	
二、林业纠纷与民间“最终裁定” / 295	
三、国家法与民间习惯法的互动 / 299	
第三节 清代锦屏林业开发中国家法与民族习惯法的互动 / 305	
一、锦屏林业经济与法秩序 / 306	
二、习惯法与国家法 / 308	
三、“管业”与“权利” / 308	
第四节 锦屏林区村寨内部纠纷解决机制及与国家司法的衔接 ——《清水江文书》的一个侧面解读 / 311	
一、二元诉讼机制并存 / 312	
二、“清白字”等是民间纠纷准备“经官”的凭据 / 316	
三、民间纠纷解决机制的调整范围 / 319	
第五节 集体林权制度改革背景下林权纠纷及其解决途径——对 黔东南东部八个林业县的调查 / 329	
一、林权纠纷产生的原因 / 330	
二、林权纠纷的类型 / 334	
三、林权纠纷解决途径 / 341	
后 记	346



绪 论

一

黔东南苗族侗族自治州，位于云贵高原东南部，东邻湖南，南接广西，北与本省遵义、铜仁地区相连。黔东南地区历史文化悠久，春秋以前，黔东南称“南蛮”、“荆蛮”之地，属楚国的黔中地夜郎国。秦置黔中郡，汉改为武陵郡。明代“改土归流”，隶属贵州布政司，清代中期“开辟苗疆”，设“新辟苗疆六厅”。1935年，设镇远行政督察区。1956年7月23日，建立黔东南苗族侗族自治州，辖凯里、麻江、黎平、施秉、镇远、岑巩、三穗、天柱、锦屏、剑河、台江、雷山、榕江、从江、丹寨、黄平16个县市，州府驻地为凯里市。现有国土面积30 037平方公里。

黔东南地势西高东低，海拔最高2179米，最低137米，境内

沟壑纵横，山峦延绵，重崖叠峰，雷公山、云台山、佛顶山、弄相山原始森林生态保存完好，清水江、舞阳河和都柳江三大河流纵贯全州。黔东南自治州境内群山叠翠，林木葱茏，有“杉乡”、“林海”之称，是全国重点林区之一，也是贵州省的主要用材林基地，全省10个林业重点县中有8个在黔东南。明清时期，黔东南是天然林广布之地，杉、松和种类繁多的阔叶林，排山塞谷，遮天蔽日。清乾隆十四年（1749年）《黔南识略》记载：“郡内自清江以下至茅坪二百里，两岸翼云承日，无隙土，无漏荫，栋梁木角之材，靡不具备。”民国时期，境内清水江、都柳江流域林木繁茂，二三十米高的杉树随处可见。解放初期，这里仍是群山皆绿，茫茫林海，云重烟接。解放后随着工农业生产发展和人口的增长，商品材、民用材、薪炭材不断加大，森林资源因过量砍伐而逐渐减少。1985年，全州林地面积减至71.89万公顷，森林覆盖率降至26.7%，活立木蓄积量仅4789万立方米。20世纪90年代，大力进行人工造林和封山育林，同时推广节柴灶、以煤代柴等措施，森林资源逐年增加。2006年，全州森林地面积增至190万公顷，森林覆盖率增至62.78%，活立木蓄积量增至1.1亿立方米。

黔东南州人口427.30万，少数民族人口占全州人口总数的80.7%，为341.4万，聚居着苗、侗、汉、布依、水、瑶、壮、土家等33个民族。黔东南州是我国30个自治州中总人口和少数民族人口最多的自治州，其中苗族人口178.43万人，占全州总人口的41.37%，^{〔1〕}占全国苗族总人口的19%，侗族134.2万人，占全国侗族总人口的45.8%，是全国苗族侗族原生文化的中心。由于历史及地域原因，黔东南州长期处于相对封闭状态，原生民族人文生态系统保存比较完整。在历史的发展长河中，各民族原生的文化种类繁多，异彩纷呈，尤以苗族侗族丰富多彩的原生民族文化而自豪和

〔1〕 <http://www.qdn.gov.cn/zjqdn/zjqdn-index.htm>.

骄傲，这里有全国最大的苗寨雷山西江，全国最大的侗寨黎平肇兴，有世界上最古老的情人节台江姊妹节，有世界上独木龙舟的发祥地台江施洞，有粗犷奔放的苗族祭祀狂欢舞蹈反排木鼓舞，有“行云流水”的苗族飞歌，有“天籁之音”的侗族大歌，有由杉树演变而来的古老侗族的鼓楼，有记载镌刻历史的精美而斑斓的苗族服饰，有流淌千百年的“以歌养心、以舞养身、以酒养神”的老百姓的普通生活，能够满足人们在文化上追求多样性与娱乐性的消费心理需求。独具特色、原汁原味的民族民间节日文化、民族服饰文化、民族饮食文化、民族婚俗文化、民族歌舞文化都是千百年历史的沉淀，黔东南尚存魏晋遗风、唐代发型、宋朝服饰、明清建筑，被誉为“世界上最大的民族博物馆”、“人类疲惫心灵的最后家园”、“人类保存的最古老的歌谣”，是世界乡土文化保护基金会授予的全球18个生态文化保护圈之一（亚洲有两个，另一个是我国西藏），还是联合国教科文组织推荐的世界十大“返璞归真，回归自然”旅游目的地首选地之一。^{〔1〕}

在国务院公布的第一、二批国家级非物质文化遗产名录中，全国31个省市区共有1028项，黔东南州就有39项，53个保护点，为全国名录总数的1/27，在全国地州级名列第一位，相当于一个省的人选量，黔东南州成为举世公认的非物质文化遗产大州。黔东南有省级非物质文化遗产名录124项，140个保护点；有州级非物质文化遗产名录124项，142个保护点；有县级非物质文化遗产名录659项；国家级传承人有16人，省级传承人42人。2008年9月“侗族大歌”列入国家申报世界非物质文化遗产预备名单。黔东南州是我国民族民间文化抢救、挖掘、保护和开发的重要区域。^{〔2〕}

〔1〕《香港商报》2008年9月8日，第3版。

〔2〕 粟周裕：“我州非物质文化遗产保护工作成绩显著”，载《黔东南日报》2009年2月21日，第4版。

二

黔东南地区以原始的自然生态、原生态的民族文化、原貌的历史遗存已逐渐被世人知晓，但该地区长期保留的大量的“活法”现象还未被人们了解。民族习惯法是一种地域性的知识，作为一种保守的力量，在村寨中其社会调整功能是非常强的。长期以来，我国的法学研究较侧重于对国家制定法的探讨，相对忽视了对民族法律文化的本土资源的研究，事实上，在中国社会急速发展变迁的过程中，国家制定法对民族地区调整只是一个方面，民族习惯法或习惯法规则还发挥着实际调整功能。“在西方近代以来的法学界、社会学界以及文化人类学界，尽管有分歧，但基本上都承认与国家法多元并存的民间习惯法的存在。我国的文化人类学界和民族法学界，人们公认在某些民族地方有与国家法多元并存的地方民族习惯法体系。”〔1〕不仅如此，“在社会发展变迁的过程中，国家制定法调整只是一个方面，习惯法或习惯法文化的调整功能也同样重要”〔2〕由此，一般认为习惯法的含义主要有两类：一类从只承认国家法是法的角度对其进行界定，如《中国大百科全书·法学》把习惯法定义为：“习惯法是指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯。”〔3〕再据孙国华主编的《法学基础理论》，习惯法是指国家认可并赋以国家强制力的完全意义的法。〔4〕我国的所谓正统的法学理论一般都认为习惯法是经过国家认可的、不成文的、纳入国家规范体系的

〔1〕 周相卿：“中西方关于习惯法含义的基本观点”，载《贵州大学学报》（社会科学版）2007年第6期。

〔2〕 吴大华、徐晓光主编：《民族法学评论》第2卷，华夏文化艺术出版社2002年版，第76页。

〔3〕 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第37页。

〔4〕 孙国华主编：《法学基础理论》，中国人民大学出版社1987年版，第41页。

具有法律效力的规范的总称。另一类则把习惯法归结为独立于国家法之外的另一种法。典型的如高其才的观点，他认为“习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具有一定的强制性的行为规范的总和”。〔1〕再如，梁治平认为习惯法是这一套地方性规范，它在长期的生活与劳作过程中逐渐形成；它被用来分配乡民之间的权利、义务，调整和解了他们之间的利益冲突，并且主要在一套关系网络中被予以实施。〔2〕很显然，第一类习惯法的观点认为实际上国家制定法是法，即在他们看来：法是由国家制定或认可并由国家强制力保证其实施的，反映统治阶级意志的规范的总和。它通过规定人们在相互关系中的权利和义务，确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序。凡是符合国家制定法的四个特征的，即法的规范性、国家强制性、阶级意志性和物质制约性的，就是法；反之，则不是法。显然，习惯法由于不具备这些特征而被排除在法之外。并进一步认为，不具备国家制定法特征的习惯法实质上是习惯做法的别名。

认为习惯法是法的学者则认为法的生命在于社会生活的实践，只要某种社会规范具备与国家制定法类似的特征，有着与制定法类似的功能，都可以归结于法的范畴。特别是在古代，国家在保证赋税的征收和维护地方安定之外，很少干预民间的生活秩序。“……在中国古代社会，国家法不但不是全部社会秩序的基础，甚至也不包括当时和后来其他一些社会的法律中最重要的部分。当然这并不意味着某种秩序真空的存在。社会不能容忍无序或至少不能容忍长期的无序，结果是，在国家法所不及和不足的地方，生长出另一种秩序，另一种法律。这里可先概括地称之为‘民间法’”。〔3〕这里

〔1〕 高其才：《中国习惯法论》，湖南出版社1995年版，第4页。

〔2〕 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第1页。

〔3〕 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第31~32页。