

试论中国少数民族习惯法的价值

刘艺工 高志宏

摘要: 少数民族习惯法作为习惯法的一种,在广大少数民族地区普遍存在,是“活的法律”。少数民族习惯法在维持社会秩序、培养社会角色、传承民族文化等方面都有重要价值。在法制现代化的过程中,应充分利用少数民族习惯法这一“法律资源”。

关键词: 价值, 特点, 习惯法, 中国少数民族

一、中国少数民族习惯法的存在及特点

习惯法是历史上形成的通行于某一特定地区的以习惯为基础发展起来的具有约束力的规则。¹中国少数民族习惯法作为习惯法的一种是我国广大少数民族在千百年来生产生活实践中逐渐形成,世代相袭,不断发展并为本民族成员所信守的一种行为规范。习惯法在今天我国少数民族的生活中仍有重大影响。民族习惯法的名称在不同的少数民族中有不同的称谓,比如,彝族称为节忽儿(节忽也)、尔比尔吉、介外;侗族称为款约、约法款、会款;苗族称为议榔、榔规、规约、和款、民法、苗例、理话;瑶族称为科令、规条,佤族称为阿瓦里等等。但总体来看,我国中国少数民族习惯法具有以下特点:

第一,从性质上看,中国少数民族习惯法具有深厚的民族性和地域性。少数民族习惯法是各少数民族受地理环境、宗教道德、政治经济、风俗习惯等影响等所形成的一种法文化圈。这种法文化是少数民族在生存、发展的漫长过程中逐渐形成并不断新陈代谢的,是少数民族的历史及其所处时代的产物,并在发展和总结过程中,与处于同一社会形态之下的其他民族法文化圈互相借鉴、沿革损益。它记录着本民族的社会政治法律制度,贯注着民族思想情感,体现民族文化心理素质,渗透着民族的宗教信仰,是本民族人民在一定社会历史发展阶段精神和物质生活的集中体现,具有显著的民族特色。“十里不同风,百里不同俗”,说的就是这个道理。正如我国学者王启梁指出的那样,习惯法作为一种传统,历经文化长河的洗礼,早已深入到这些地区人们的思想意识及行为中,成为了他们心理意识的一部分,适应了它们的经济关系、人文模式。因此,生长在这种文化环境中的人们都在自觉不自觉地遵守着它。习惯法已成为这些特殊地区、特殊人群的“标准法律规范”。²

第二,从内容上看,一方面,中国少数民族习惯法中保留着某些原始民主的残余。如民主选举,如在调节纠纷中发挥头人的作用,如在少数民族长期通行的神明裁判。也体现了一种原始民主性。³另一方面,少数民族习惯法内容丰富,几乎涉及生产生活的各个方面,其中有关罪与刑罚、婚姻家庭和财产方面的制度是习惯法调整的主要内容。

第三,从形式上看,一方面,习惯法大多与宗教和传统道德有关,它们有相互渗透的现象;而且常常诸法合体,民刑不分、实体法和程序法不分。另一方面,习惯法以不成文法为原则,以成为法(如土地的典当、租赁、买卖、分家、债务等契约、成文的乡规民约和族谱族规等)为例外。

第四,从司法上看,其一,各民族普遍沿用和保留着“神明裁判”的审判方式,并且将神判作为最高的审判和最后的裁决。藏文史书藏族传统的神判方式形形色色,各种各样,按

其形式归纳，主要可分为对神起誓、检验受伤程度和掷骰、抓阄、卜卦等三大类。⁴其二，“以罚代刑”是很显著的一个特点，就是用处罚财产代替刑罚的执行。如在有些人少数民族聚居区保留着“赔命价”的习俗，也即杀人犯或者他的亲属向受害人及其亲属偿付一定财产，以补偿受害家庭的经济和身心的损失。在社会经济极不发达的时期，剥夺理亏者、犯罪者的财富甚至是仅有的生产资料、生活资料的确是一种极大的惩罚。其三，习惯法注重调解。各民族普遍重视运用“调解”来解决纠纷。历史上，调解在各民族习惯法中是司法方面的一个必经阶段。所谓调解，是指本民族或民族之间因土地、债务、婚姻纠纷，财产继承等而有民族的社会组织或头人出面反复调停，明辨是非，解决纠纷的一种传统方法。调解的社会作用归根结蒂是使既定的社会秩序得以稳固。调解的目的在于最大限度地化解纠纷，消除矛盾。调解的指导思想是传统的道德和家族的训示，其作用有时比法律大得多，能在更广泛的领域内对社会关系进行调节。其四，习惯法的实施，除了依靠社会授权的权力者或权力机构的物质强制之外，更重要的是依靠个人的内心信念、社会舆论的力量、领导的威信等非物质化的强制力量。这种既依赖物质条件，又离不开舆论力量，兼容道德与法的双重性质的特点，使习惯法既不同于不需要任何物质强制的习惯，又不同于完全依赖物质强制的成文法。⁵

二、中国少数民族习惯法的价值

几千年来，少数民族习惯法经过不断的发展完善，已经形成了包括社会组织与头领习惯法、刑事习惯法、婚姻家庭继承习惯法、所有权债权习惯法、丧葬宗教信仰即社会交往习惯法、调解处理审理习惯法在内的涉及少数民族地区社会生活的各个领域各个方面的少数民族习惯法体系。对个人而言，可以说，每个人从一出生就受到本民族习惯法的强烈熏陶、感染和影响，思想上打上深深的习惯法的烙印。对民族而言，少数民族习惯法在维持社会秩序、满足个人要求、培养社会角色、传递民族文化等方面起了重要的作用。⁶在漫长的中国社会发展的历史长河中，也曾经有过朝廷王法与民族约法相互援用的现象。⁷

从法律的角度来看，法是多元的多层次的，也即两种或多种的法律制度在同一社会中并存的状态。它产生和存在于不同的社会发展阶段，表现出不同的形式、特征，它包含着不同的种类，既有国家制定和认可的各种成文法，又有经过某种社会民间授权的组织和群体制定和约定俗成的村规民约、家规族法等习惯法。法的这种多元化理论告诉我们，法从根本上讲是一个广泛而深远的概念，它渊源于人类的生活，有着不同的体系，在每个不同的社会系统以不同的表现形式发挥着同样的作用，既规范社会秩序，有调整社会关系，从而满足诸如家庭、民族、社区和政治联盟这这样一些社会单元的生产、分配和交换的需要。⁸少数民族习惯法的存在本身就是中国法律多元现状的一个构成要素，而少数民族的习惯法及法文化传统的存在，更是中国文化多元和法律多元的重要基础和基本特征。⁹萨维尼甚至认为，法的基础就是习惯法，法的最好来源不是立法，而是习惯，只有在人民中活着的法才是唯一合理的法，习惯是最有生命力的，其地位远远超过立法，只有习惯法最容易达到法律规范的固定性和明确性，它是体现民族意识的最高的法律。

同时，习惯法作为民间法的一种特殊形式，包含的内容很广，规定很细，弥补了国家法律比较抽象的、比较原则的不足，是中国法制现代化中的一种重要的“本土资源”，在处理问题时更具“有效性”和“经济性”，即习惯法这种自生秩序方式同法治方式相比在某种程度上不仅效率较高而且成本较低。如少数民族习惯法注重运用调解手段来解决纠纷不仅可以迅速化解矛盾，节约了诉讼费用。各少数民族对本民族的传统习惯法在心理上、精神上、观念上具有强烈的亲切感和认同感，容易被本民族的成员所接受，有利于本民族成员间的团结。这也正是习惯法之所以能在少数民族地区沿袭下来并发挥重要影响的原因所在。并且，“只要人类不息，只要社会的其他条件还会发生变化，就将不断地产生新的习惯，并将作为国家制定法以及其他政令运作的一个永远无法挣脱的背景性制约因素而对制定法的效果产生各种影响。”¹⁰

从文化的角度来看，国家法与习惯法属于两个不同的文化范畴。“前者属于大传统的精英文化，后者属于“小传统”的民间文化。”¹¹习惯法文化是植根于各民族长期形成的文化传统，有些学者称之为少数民族“法俗文化”¹²。作为一种法文化传统，是指“涉及有关法或法律制度的认知、思想、知识、观念及行为方式。”¹³中国有很多少数民族社会，向来都处在“自治”或“半自治”状态。各少数民族人民在观察、思考和总结历史生活不断的自我调整、自我约束并有意识创造了本民族的特有的相对独立的规范制度。可以说，习惯法是民族文化的源头，体现着民族精神，有学者甚至说：“少数民族习惯法是民族文化的集大成者，是民族文化的主要载体，实际上是个民族的‘百科全书’”。¹⁴尤其是对于我们这样一个格外注重传统、延续传统的民族来说，习惯法对中国文化的影响甚至超越了成文法。

从社会的角度来看，民族习惯法千百年来通过口耳相传、书本记录、碑刻等方式为当地民众广为传承、接受，其内容涉及到生产生活的各个方面，人们的衣食住行、婚丧嫁娶等，无不遵守本民族的习惯法。少数民族习惯法通过规范的规定和执行，告诉本民族成员应当怎样行为和不当怎样行为，而在所有成员中树立一个判断、衡量他人和自身行为标准和模式，起到法律所特有的指引作用、评价作用、预测作用和教育作用，进而强化他们的社会角色意识。它在一定时期和一定范围内丰富或弥补了国家制定法控制机制的不足，成为一种有效的补救手段和协调方式，它的合理运用是国家制定法的“延伸”部分和重要的支持系统，是民族地区基本聚合力的体现。它同当代农村的乡规民约相互渗透，并与国家制定法一道，共同规范各少数民族社会生产生活，在维护民族共同利益、维护本民族社会秩序、促进民族地区的安宁和发展、传递民族文化等方面起着积极作用。

当然，少数民族习惯法是自发制定、形成的一种原始法律，因此还有许多不科学、不完善的地方，还带有不少历史上遗留下来的糟粕，还存在一定的消极作用和消极因素，第一，法律制度和执行手段比较落后，突出的如对神明力量的信奉、法律制度的粗略不完善、裁决方法的不科学和执行手段的野蛮落后等。第二，有血亲复仇的遗风存在。¹⁵第二，有些习惯法是以迷信为基础的，没有科学依据。如在处理纠纷时，有时采用“神判”的做法，就是人们在生产力水平低下的状况时落后意识和宗教迷信活动，带有浓厚的宗教迷信色彩。第四，有些习惯法的内容已经过时落后于时代或者与国家的法制有明显的冲突和对抗，不利于国家法则的完整和统一。

三、少数民族习惯法的利用

目前，中国面临的两大任务是实现现代化和西部大开发，其中西部大开发，促进西部发展是实现现代化的应有之义。现代化是一个内涵丰富的概念，法治现代化是一个重要的方面。其实，自鸦片战争以后，随着西方文化的涌入，传统的正常运行的行为模式和社会秩序轨迹被打断，中国就自觉或不自觉的开始了法治现代化的进程。但从清末开始的中西法文化的冲突和较量，很大一部分是以毁弃固有的法律传统为代价，以移植西方的法律文明为捷径，民族习惯法面临着重大冲击和瓦解。传统的中华法系被认为是“封建性的”，长期遭受排斥，民族习惯法的地位逐渐走向衰落。习惯法不仅不构成我国法的渊源，而且习惯法的有效范围或作用在逐渐缩小，未经认可的习惯法没有法律效力。“立法越来越成为单纯的国家行为，非国家的组织、团体不得染指法律的制定，法律的民俗基础被极度忽视，甚至以立法改造乃至摧毁民俗的情况也时有发生，一些通行数百年，乃至上千年的民俗再不家严肃论证和立法辩论的情况下一纸法令加以禁止。”¹⁶。并且，在法律改革开放的过程中我们更多的形成了大陆法系国家的传统，相信法律是一种理性的社会生活秩序的基础，“只把国家法典和正式法律法规体系理解为‘法’，而不承认非正式的规则、惯例和习俗等在某些局部、场景或条件下也不可能是‘法’，它倾向于维持国家法制的统一性，这也是构建和形塑一个现代国家所必须的。”¹⁷并完全寄托于国家制定法来解决问题，认为只要制定出完善周密清楚的法律，把一切社会关系都置于法律的调整之下，构造出健全的法律体系，就能规范、奠定社会秩序。

我们在废除落后、反动、野蛮的旧法时，在潜意识的深处将民族习惯法视为落后的甚至阻碍对抗现代法律实施羁绊，因而甚至包含许多积极因素的民族习惯法就不加分析地被抛弃了。

我们认为，在中国法治现代化的进程中，不仅会发生英美法系和大陆法系的碰撞，还会发生民族习惯法与国家制定法的碰撞，这种碰撞不仅表现法律制度层面上而且表现在法律观念层面上。民族习惯法与大陆法系的传统相似，信仰理性主义；国家制定法与英美法系的传统相似，崇奉经验主义。现代化法治建设应是立足于本土化之上的国际化，不仅要学习西方的先进经验，还要继承民族传统中的文化精华，更应该立足于本国的客观实际，与这种客观实际相适应的包括历史和现实的传统才是中华民族赖以生存的文化之根，如果仅以西方的“法治模式”来批判中国的法律传统，如果仅以西人的法治精神来指斥国人的“人治”、“礼治”、“德治”传统，如果仅以西方法律的价值尺度来责备民族法制意识低下，如果刻意的去模仿别人甚至照抄照搬而缺少对现实国情的反思对历史传统继承改造，那么，很可能在现代法制秩序尚未建立起来之前既有的秩序先被破坏了，“法治”将丧失其运营施行的群众基础和人文土壤。¹⁸我们如果“只以‘糟粕/精华’或‘原始/现代’的二分法去评判少数民族社会的习惯法或法文化传统，那就可能犯过于简单化的错误。少数民族地区或社会中无论哪种形态的法文化传统，也无论其历史多么悠久或多么‘原始’，其有关‘法’的理念和逻辑于我们的或者国家法制的多么不同，既然他们依然在相当程度上活生生的在各族群社会生活里实际发挥着作用，与其人民的现实生活密切相关；既然各族群的法文化传统之间实际存在着各种复杂的关联……”¹⁹那么，它们就可以也应该中国法制建设重要的“本土资源”。所以，我们过去乃至现在那种强化国家制定法的功能，轻视民族习惯法的作用的做法，有可能毁坏维系传统的生长机制和发展能力。实际上，少数民族习惯法中蕴藏着大量的有利于少数民族现代化发展的因素，问题是我们如何因势利导、积极利用。

西部大开发是考虑到西部的政治因素、经济因素、边疆因素等所做出的战略决策，力图实现西部地区快速发展，促进各民族的共同繁荣。多民族是西部的基本特点之一，所以，少数民族习惯法在实施西部大开发战略中，也面临着重新构建，新构建的少数民族习惯法应该能够为西部大开发提供制度保障。文化有继承性，也有时代性。没有现代化意味着国家的衰败，现代化是每一个民族繁荣昌盛的必由之路；同时，没有民族化则意味着民族的消亡，每一个繁荣昌盛的民族都应保留着自己优秀的传统文化。并且，任何一个多民族国家都有主流法文化和非主流法文化的存在。在中国以成文法为特征的主流法文化的存在是整个国家凝聚力的必然要求，但是，以习惯法为代表的非主流法文化在由落后愚昧到科学文明的一个流变过程中，逐步实现了从自有走向自为、由粗略到精细、由不甚合理到基本合理、由松散零散到严谨严密的演变过程。我国是一个多民族统一的国家，其法制建设与少数民族社会独特的以习惯法为核心的法文化传统之间的关系极其复杂。在国际的大环境下，如何处理好民族法文化的本土化（法文化的基础）、民族法文化的多元化（法文化本土化的必然结果）、民族法文化的国际化（法文化发展的大趋势）三者之间的关系，如何协调少数民族习惯法文化与国家制定法文化之间的冲突，是我们需要认真思考的问题。

总之，我们在法治的现代化建设和西部大开发中，我们应挖掘各少数民族习惯法内在的魅力、潜在的价值，摒除其与现代化建设不相适宜的、落后的一面，使其向理性化、规范化、开放化、系统化方向发展。实现国家制定法与民族习惯法互补和融合的良好状态。那种过分倚重西方法律传统和我国传统法律文化中的一方面，而忽视另一方面的做法是不可取的，是有害的。

On Values of Minority's Customary Law

Abstract: As one kind of customary laws, the Chinese minority's customary law is "the living law", which exists in the vast area of Chinese minorities. The minority's customary law is important to maintain society order, to cultivate society role, and to inherit national culture. We should use the values of minority's customary law in the process of modernization.

Key words: value; characteristics; customary law; ethnic minorities of China

作者简介: 刘艺工, 1962年生, 兰州大学法律系教授, 在职博士研究生。

高志宏, 1980年生, 兰州大学法律系2002级经济法专业研究生。

¹关于习惯法的含义尚存在争议, 传统的法学理论认为, 习惯法是指“经国家认可并赋予国家强制力的完全意义上的法”。见孙国华:《法学基础理论》, 中国人民大学出版社1987年版, 第41页。或“习惯法是指国家认可并由国家强制力保证实施的习惯。”见《中国大百科全书·法学》, 中国大百科全书出版社1984年版, 第87页。我们认为, 传统习惯法的含义是从政治的角度国家的立场来界定的, 虽有其合理的一面, 但它过分强调了习惯法的阶级属性, 而忽视了法的规范属性, 忽视了客观历史存在, 有偏颇不妥之处。

²王启梁:《关于习惯法的若干问题浅议》, 《云南法学》2000年3期。

³因为接受神判的双方, 都不会受到人为的偏袒或压制, 不论其年龄、身份、财富状况如何, 在神判面前均处于绝对平等的地位。当事人和神判主持人, 心中对神灵都怀有质朴而虔诚的敬仰, 他们不是被迫的而是心甘情愿地接受神灵裁断。从客观结果上说, 每个当事人都有被判输的可能, 但这种判输机率对双方却是均等的。何峰:《论藏族传统的天断制度》, 西北民族学院学报1996年第4期。

⁴何峰:《论藏族传统的天断制度》, 《西北民族学院学报》1996年第4期。

⁵刘翠萍:《周礼与华夏民族习惯法》, 《社会科学家》, 17卷2期。

⁶杨华双:《冲突与互动——论中国古代国家制定法与民族习惯法的关系》, 《西南民族学院学报》, 总22卷第4期。

⁷吴大华:《民族法学通论》, 中国方正出版社1997年版, 第370-371页。

⁸包妹妹、陈曦:《试论习惯法》, 《前沿》, 2002年第5期。

⁹徐晓光:《中国多元法文化的历史与现实》, 《贵州民族学院学报》, 2002年第1期。

¹⁰苏力:《变法, 法治建设及其本土资源》, 《中外法学》1995年第5期。

¹¹龙大轩:《法治在民间的困惑》, 《现代法学》第23卷第5期。

¹²陈玉文:《论少数民族法俗文化》, 《内蒙古社会科学》, 1999年第1期。

¹³赵震江:《法律社会学》, 北京大学出版社, 1995年版第504页。

¹⁴高其才:《中国少数民族习惯法论纲》, 《中南民族学院学报》, 1994年第3期。

¹⁵吴大华:《民族法学通论》, 中国方正出版社1997年版, 第391-392页。

¹⁶《比较法研究》1995年第2期编后小记:《立法与风俗》

¹⁷周星:《习惯法于少数民族社会》, 《云南民族学院学报》, 第17卷第1期。

¹⁸龙大轩:《法治在民间的困惑》, 《现代法学》第23卷第5期。

¹⁹周星:《习惯法于少数民族社会》, 《云南民族学院学报》, 第17卷第1期。