



自清末修律以来的一百多年间，大量西方法治观念、法律制度被移植到中国，使中国逐步建立起统一的现代国家法律制度。但是，国家法与传统习惯法的冲突仍然顽强存在而并未完全消失，尽管在大部分地区国家法能够“战胜”习惯法，但在一些地方，国家法与习惯法并存发挥作用甚至国家法的有效性不如习惯法（尤其是少数民族习惯法）。作为少数民族习惯法之一，位于中国西南地区的彝族习惯法（彝族主要分布在云南、贵州及四川三省交界处，其中以四川大小凉山为核心）自民国时期以来一直受到学者的关注。

所谓少数民族习惯法，根据《牛津法律大辞典》中对习惯法的定义可理解为：“人们公认并被认为具有法律约束力的一些习惯、惯例和通行的做法。”即凡具有法律约束力的风俗习惯均可被认为是习惯法。吴大华将其进一步定义为：“民族内部或民族之间为了维护社会秩序，调整、处理人们的相互关系，由社会成员共同确认的，适用于一定区域的行为规范。”本文以上述界定为基础，对建国以来学术界关于彝族习惯法的研究及其意义作一述评，主要涉及刑事、婚姻家庭与继承、纠纷与案件解决的习惯法，等等。

一、彝族习惯法的现代意义

建国初期，国家及四川省等一些有关研究机构组织的几次对彝族聚居地情况的调研，基本弄清楚了其传统习惯法的组成、使用情况等，也从那时起学术界开始了对彝族习惯法是否具有现代意义的讨论。

学术界很多从阶级分析的观点出发，简单否定彝族习惯法的现代意义，认为它是“奴隶主意志的体现，维护的是奴隶主阶级的根本利益”。刘广安具体指出它的作用：第一，严格维护奴隶主的最高等级地位，确保奴隶社会等级秩序的不可变更性；第二，严格维护奴隶主的财产所有权和掠夺权；第三，严格维护奴隶制的社会基础——家支制度。有的学者还认为彝族习惯法与现代法制水火不容，是制约彝族社会发展的沉重桎梏，是“特殊的历史条件下的产物，作为一种残存的社会制度，到了民主改革时期，已经是腐朽不堪，不堪一击”。

林耀华先生则以他多年研究凉山彝族的经验，对此作了较为客观的分析，认为不能简单地把彝族习惯法看作是奴隶社会的上层建筑。它是“千百年来凉山彝区社会文化的积淀物”。后来的学者也大都以此为思想基础进行研究，看到了彝族传统法律文化中既有消极因素，也有适应社会发展要求的积极因素，指出，如果把习惯法一律看成是奴隶制的糟

粕、革命的对象，因而全盘否定，无法说明当前凉山彝族社会80%的民事案件是由家支精英出面用习惯法裁决的现象。并且，“正是通过习惯法，一些新的思想才渗透到现行的立法体系中，从而创立新的民族法规”。海乃拉莫总结彝族习惯法有“五性”，即完整性、全民性、永久性、灵活性、民族性、逻辑性，“从法律的权威性和效力性等方面来看，都可以与古代其他早期奴隶制国家的成文法相媲美”。

孙伶俐进一步指出了彝族法文化的合理内核：第一，广泛的民众基础及心理认同；第二，朴素原始的民主平等观念；第三，重视和解和宽容精神；第四，注重宣教、妇孺皆知。童正容、陈昌文则通过对乐山市峨边彝族自治县黑竹沟镇下属的一个彝族聚居村落西河村的实地考察，证明了按照传统习惯法生活的民众生活满意度非常高，他们的生活状态甚至是现代社会城市人所向往的。

上述研究趋势表明，学者们逐渐抛弃了以往以阶级分析方法对彝族习惯法加以简单否定的做法，而以一种更加客观的眼光来看待它，越来越重视发掘其积极意义，这是值得肯定的。但学术界对其关注度还显然不够高，现有研究主要是对习惯法规范的整理和堆砌，而较忽视与习惯法规范相关的其它制度环境，且研究的材料多为建国初期的几次调研，近年来习惯法在当地的实际适用情况及其效果没有缺乏进一步调查研究。这就产生了三方面的问题：

第一，特定时期匆忙的调查，调查者的法律理念过分强调阶级性，被调查对象各说一套，这使得调查无法具体深入，所取得的材料不够客观，很容易使对习惯法的研究结论也不够客观。

第二，研究过于重视具体规范本身而忽视规范背后的东西，这样继续的研究是否还有太大价值值得商榷。我们应当做到既要“知规范然”，又要“知规范之所以然”。

第三，缺乏对彝区当下习惯法实际适用情况的具体调研，研究材料还多为上世纪中叶所取得。法律研究须具备时效性与实用性，不明确习惯法在当下的实际作用空间，就无法讨论它现实的积极作用与消极因素，再去争论它是否有现代意义就无异于纸上谈兵了。

因此，笔者认为，针对这几方面问题，进一步研究需要具备的是客观的心态与实地深入的调研。

二、彝族习惯法在解决纠纷中的作用

彝族传统习惯法在处理现实纠纷问题上的作用是学术界讨论的热点，其中观点褒贬不一。杨玲、袁春兰对近年来民间使用习惯法解决纠纷的情况作了详细介绍，指出习惯法在彝族现代生活中不可忽视的作用。

但传统观点大多否定习惯法在解决纠纷时的积极作用，如刘俊哲认为，尽管调解纠纷的审判者德古和苏易是自发产生出来的，也是熟谙习惯法，懂道理明是非的正直之人，但他们同家支头人和奴隶主贵族一样，代表的是奴隶主阶级和家支的利益，而且很多时候“根据一些事物的偶然现象来判断是否有罪，既不科学，又不公正”。孙伶俐也认为，

家支用习惯法干预了正常的司法实践活动，在解决纠纷时往往出现以强凌弱、以众欺寡的现象，甚至误导或纵容违法犯罪行为。

林耀华先生对此作了较为客观的分析，他认为在实行家庭联产承包和政社分治以后，家支活动再度活跃起来的现象有其合理性，习惯法在解决纠纷问题中既有违法的一面，也有合法的一面，并分别作了论述。许多学者也更多地看到了彝族习惯法在解决现实纠纷中的积极意义，郭金云、姜晓萍、衡霞在研究中指出了德古在地方政策的制定、地方纠纷的处理、地方事务的协调过程中不可低估的权威性和参与性，如果对他们进行角色、职能、资质、组织等方面的“再造”，就能让他们成为协调民族纠纷和矛盾、维护民族地区稳定和发展、服务社会主义建设的民间权威。冯敏在其后来研究中也大致同意这一观点，并和武精忠一同在文章中指出，按习惯法调解家支内部和与外家支之间的民事纠纷，使大量的民事纠纷得以平息，维护了农村社会的稳定。许多学者还指出了纠纷调解者德古、苏易等在处理纠纷时的公正性——习惯对他们的权力有限制，他们也能够自觉地做到公正不阿，不收受任何贿赂，对原告一视同仁。且若在现代纠纷解决中适当吸收这些民间调解者，能够很好地解决现实社会中广泛存在的“二次审判”现象。海乃拉莫对彝族习惯法在这一方面的作用评价更高，认为它在程序方面内容详细、判案公正、分析严明、逻辑性强、概念清晰、判断准确。此外，他还在文章中提到了彝族解决纠纷中的一个奇特方式：赔偿命金，即通过赔钱的方式补偿杀人罪行。陈金全、孙伶俐也在研究中提到了关于赔偿命金的问题。张明泽、严文强甚至在研究中指出，被大多学者一致否认的“复仇”制度“往往在一定程度上成为纠纷得以解决的契机”。

此问题是学术界讨论的热点，对它的讨论不仅涉及到彝族习惯法的现代适用，也涉及到近年来民事诉讼法学界的热门话题——ADR

（Alternative Dispute Resolution：代替性纠纷解决方式，或称非诉讼纠纷解决方式）。

这样的讨论应该是非常有意义的。广大彝区交通不便，经济欠发达。发生纠纷的当事人需要考虑其诉讼效益，即解决纠纷过程所付出的代价是否小于纠纷解决后所得利益。假使答案为否，法律又不给予当事人除了诉讼以外的别的能够充分体现公平正义的纠纷解决机制，那么社会中将会滞留大量未决纠纷甚至产生纠纷升级化的后果，不利于社会的和谐发展。所以，笔者认为，不适合把所有纠纷都交由法院处理，甚至一些在非彝区应交由法院处理的纠纷都可考虑纳入传统的民间解决机制。法谚有云“迟到的正义非正义”，“延迟的权利保护等于拒绝权利保护”，如果能够借鉴当地传统的做法，让一部分程度不很严重、解决较易的纠纷从法院诉讼机制分流至民间解决机制，既符合当地民众的传统心理诉求，又能在一定程度上节约诉讼成本，更好地体现民事纠纷解决的效率性原则。如何建构将彝族的一些解决纠纷的习惯法纳入到ADR的范围，将是很有意义的研究尝试。

笔者认为，进一步的研究应当再深入彝区，切实弄清楚这种纠纷解决机制在当下的实际适用情况，解决效果、利弊以及德古、苏易在当下民众心理的地位。此外，再进一步讨论这种机制如何能与现代国家法律

接轨，实行创造性转化，德古、苏易的现代化“再造”，以及它是否对非彝区也有借鉴作用等问题。

三、彝族习惯法在净化社会环境中的影响

关于彝族习惯法在净化社会环境中是起着积极作用还是消极作用，学术界的观点也有不同。

一些学者指出了彝族传统习惯法中一些与现代社会价值观念不符的地方，他们从研究彝族犯罪现象出发，指出习惯法中家支制度对犯罪现象的消极作用，具体表现为：为维护家支利益不惜自身一切；保护家支成员的庇护心理；盲从介入家支械斗；同态复仇。

但也有越来越多的学者看到了彝族习惯法对抑制社会不良现象的积极意义，他们更多地用客观的态度来看待它。比如在抑制奸淫未成年幼女行为方面，习惯法严厉禁止奸淫未成年幼女，违者将处以极为严厉的刑罚，并受到道德上的严厉谴责，因此彝族地区这一类案件极为罕见。也有学者关注到了利用习惯法在禁毒方面的作用，云南省禁毒委员会的网站上就曾有关于利用彝族习惯法禁毒的报道。庄孔韶、杨洪林、富晓星对某彝族地区于1999年、2004年两次自发利用习惯法进行禁毒的现象作了深入研究，并作了可行性分析。陈金全也于2006年9月18日在中国人民大学的演讲中提到了彝族习惯法在禁毒中起到的积极作用。

还有学者还看到了彝族习惯法中治罪的独特地方，认为其维护了社会的和谐。徐漫指出，赔罪为主刑罚为辅是凉山彝族法律文化中一个突出特点，体现了彝族习惯法的重要原则——宽容，“宽容最基本的含义就是‘爱人’，即重视人的生命”。此外，习惯法（只存在于解放前，现已消失。）改造和处置罪犯是将他们置于宽松、和谐的环境中：第一，除政治犯外，惩治犯人不用监狱、刑具等设施，也不用专门人员武装强制改造，而是把罪犯置于社会舆论的监督之中；其次，处置罪犯的手段非常特别，如死刑犯不用他人武装强制执行，而使犯人自觉自愿地在规定刑期内自己执行，并可选择死亡方式。

关于此问题的讨论，在当下来说应当是有相当意义的。

第一，搞清楚习惯法对彝族社会风气的不良影响，特别是对犯罪现象的促进、纵容作用，有利于科学、有力地引导民众、降低犯罪率，并用法律的武器打击犯罪、保护人民，在有法可依的前提下正确处理好各类关系。

第二，运用习惯法禁毒，是一个很值得关注的话题。从全国范围来看，毒品问题屡禁不绝，地处“金三角”地区与中国内陆交通必经之地的彝区此问题显得更是严重。倘若果真如一些学者们所言，某些彝区利用传统习惯法禁毒并取得一定效果，那将很有积极意义。因为仅靠现在通行的做法强制禁毒难免陷入“头疼医头，脚疼医脚”的窘境，习惯法在一定程度上反映了产生毒品问题背后更深层次的社会问题，且符合当地民众的心理诉求。但当前在这方面的研究还是比较少，学术界、政府以及社会公益组织都有必要对此作进一步的研究，可以在当地搞试点，并

更多地参考当地民众、公安司法机关人员、政府专职人员的意见。

第三，在当下世界“轻刑化”趋势的潮流下，彝族传统习惯法中赔罪为主刑罚为辅的宽容原则甚至对全国性的刑事立法都有着积极的借鉴作用，有必要更进一步挖掘其科学、合理的因素。

四、彝族习惯法在婚姻家庭、继承方面的影响

学术界对习惯法在彝族婚姻家庭方面的影响关注度很高，论述很多，但都分歧不大，认为落后的婚姻观念——同族内婚、等级内婚、包办买卖婚、指腹为婚或娃娃亲、姑舅表优先婚、转房等，严重违反了《婚姻法》有关婚姻自由、禁止近亲结婚的原则，严重侵犯了妇女的基本权利，是应当坚决取缔的。如曲木尔布认为，彝族传统婚姻形态具有封闭性、强制性、金钱性以及不完整性，相对于今天婚姻观念来说，是凌驾于婚姻个体之上的扭曲性婚姻。排除一些可取因素以外，它压抑了婚姻的自然本性，阻挠了社会的发展进程，为社会主义条件下的婚姻改革留下了许多不利因素。冯敏也认为这些“陈规陋习不仅不符合社会主义精神文明，也不利于人口素质的提高，而且从婚姻开始，就给家庭致富设下了障碍”。

一些学者还关注了在传统婚姻家庭观念下女性地位的问题。米国政认为，彝族传统社会是一个以男权为轴心的社会，妇女只不过是男性的附庸，家支传宗

接代的工具。妇女的社会地位极其低下，婚权实际掌握在家支长老和父兄手里，不能主宰自己的命运，道德生活上还要受男权压抑，背负更沉重的法理和道义责任。冯敏认为“婚嫁钱”严重扼制了妇女的婚姻自主权，也是使妇女在家庭中处于不平等地位的一大原因。另一些学者在研究中特别关注了彝族女童的教育问题，认为导致彝族女童入学率低，入学后流失率大、合格率低等现象的一个重要原因就是传统婚姻中的订娃娃亲、早婚等不良习俗。

然而，学者们也注意到了彝族传统婚姻习惯法中积极的方面——家支外婚、姨表不婚，还注意到了虽然已经在彝族地区进行了多年的婚改，但传统的婚姻观念在当代彝族人心中仍有着不可替代的作用，他们也在深思着如何对彝族传统婚姻习惯进行合理的现代化改革。如秋么东市指出，理念性的社会性别具有一定延续性和滞后性，传统社会中形成的社会性别意识依然左右着当代彝区男女两性的思维和行为，有必要研究可行有效的方法以促使不平等不协调的两性发展向良性方向全面发展，让彝区的两性都能在平等和谐的氛围中充分发挥自我主体作用。

马林英则看到，改革开放以来，随着社会的变迁，凉山彝族婚姻文化中的婚姻角色也由婚变潮中的被动逐渐转为主动，婚姻角色正朝着城镇与农村整体变动，突破血统、等级、民族而进行联姻，以及婚姻自主，婚变中主角被女性取而代之等悄然兴起的现代、开放的方向进行重构。她并且认为虽然这种重构还未能完全成为当前彝族婚姻生活中的主流，但它代表着进步以及未来发展的趋势。彭逢铭在研究中也有着与马林英类似的观点。而张海洋教授与胡英姿对凉山州于1960年、1964年、

1976年、1988年进行的婚改情况进行了详细分析，指出几次婚改动机虽无可指责，但有全盘否定地方民族文化的问题，具体操作有一厢情愿和脱离实际之嫌，一些不科学不实际的做法受到了当地人与环境的联合抵制。因此在婚改中应该从本地区实际情况，尊重彝族本身的文化价值、兼容能力和主体性，把移风易俗的选择权交给当地文化的主体，这样才能事半功倍。

对这方面问题研究的价值主要体现在：如何找到一种更科学有效、更符合当地民众心理的方式来进行婚姻改革，真正实现社会包括男女平等在内的人人平等，真正创建一个和谐的社会。

当下研究的主要缺憾，还是在于研究材料缺乏时效性，讨论的焦点多在其婚姻观念、婚姻形式的消极因素上，没有更多地考虑如何尊重当地文化传统，也没有更多地去考虑如何用符合当地实际情况的方式来解决。笔者认为有必要进行更深入研究、存在现代法制意义的主要几个问题为：婚嫁钱问题、社会性别问题、继承权问题等。此外，一些现有对彝族习惯法这方面问题的研究还未涉及，但已成为婚姻法学界讨论的热点话题，如登记婚与仪式婚问题、农村妇女离婚后土地承包权问题等也可以此为研究对象。因此这方面的研究很有价值，也存在很大空间。

五、彝族习惯法在环境保护方面的作用

吴大华在研究中讨论了少数民族习惯法规范在生态环境保护中的积极作用和极大的可行性。许多学者也关注到了彝族习惯法在此方面的积极作用，胡子龙发表过关于彝区利用习惯法中环境制度进行环境保护的成功例子。王庆也通过对贵州省毕节市的实践经验的研究，指出了这方面的作用。

曲比阿果指出，凉山彝区生态环境问题十分突出，用包括法律手段在内的多种手段保护、弘扬和发展优秀的民族文化已成为当务之急。彝族习惯法中的一些内容在涵养山林、保护动植物资源方面，起到了很大的作用。她还认为凉山可根据实际情况制定一些保护彝族传统文化方面的地方性法规，因为这是最直接、最有效的办法。马军则以多年对云南省禄劝彝族自治县双化乡坎邓村彝族生态、文化习俗的调查研究为例分析了这一问题，他认为在彝族习惯法中体现出的生态伦理、文化习俗与生态经济原则“密切吻合，充分体现了人与自然的和谐统一”，这些在习惯法中体现出的世代传统的自然观、农耕文化的资源观对保护生态环境起着积极的作用。

另一些学者则质疑彝族习惯法对保护生态环境的作用。如王明东认为，彝族习惯法中关于生态的制度，只是在生产力、科技水平都较低的情况下对人与自然关系的朴素认识的反映，只能算直观的、朴素的概念，离现代文明所要求的规范性、系统性和确定性还有较大的距离。刘俊哲也在研究中有类似观点。

环境问题是当今社会非常热门的话题，通过法律手段保护环境是被公认的最有效、最直接的方式，也是被全世界所普遍采用的，但利用传

统习惯法保护环境的提法还显得比较新颖。环境保护需要全社会共同关注，需要广大民众的心理认同，也需要法律法规的强制性措施加以保证。彝族传统文化中有着朴素的生态观念，这种千百年来形成的观念以习惯法的形式体现出来，并在实践中长期发挥着积极有效的作用。在现代立法中，特别是制定地方性法规时，就可以更多地参考传统习惯法，一来这些习惯法经过千百年的反复适用已经证明了其积极性与有效性，二来深入社会方方面面的习惯法更容易被当地民众接受。

近年来对这方面的研究多从文化视角进行，还很少有对它是否对现代立法有借鉴作用作研究及可行性分析的，笔者认为此处还有很大空间待深入。

六、结语

综上所述，笔者认为对彝族习惯法的研究主要有以下几方面意义：

第一，一般说来，当一个制度或规则能够在历史上某一特定时期内比较长期地存在，这一制度或规则必须满足接受这一制度或规则的人们的特定需要。至少到目前为止，并没有足够的证据来证明全面禁止彝区习惯法的合理性。彝区的生产力状况还并未达到国家制定法所赖以产生并存在的地步，这又有何必要强制人们去遵守这种与自己不相关的法律呢？其实，国家立法机关也已注意到这一问题，《中华人民共和国立法法》第六十六条规定：“自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。……自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定……”作为彝族自治地区的凉山州等人民代表大会就可依照此法，参考习惯法中的有利因素，制定自治条例或单行条例对法律和行政法规的规定作出相应变通，以更好适应当地彝族的政治、经济、文化特点。具体来说，应用在此的习惯法问题主要是婚姻家庭继承问题、环保问题、禁毒问题、民事纠纷解决机制问题。

第二，彝族法律文化中的一些合理内核，如赔偿为主惩罚为辅的宽容刑罚政策、保护生态环境的规定、让德高望重的长者作为民事调解人等，可以借鉴到非彝区甚至全国性之立法。

第三，习惯法中一些明显落后的部分，如阶级制度、同态复仇、婚姻家庭继承制度中对女性的严重歧视等，欲根除之必先了解之，研究这些内容的产生原因及背景、当下民众中的心理认同、具体危害等，才能以一种更为理性、适当的方式根除之。

第四，研究习惯法对犯罪行为的促进、纵容作用，有利于科学、有力地引导民众、降低犯罪率，并用法律的武器打击犯罪。

总的来说，经过几次大的社会调查，关于彝族传统习惯法具体内容的研究已经非常细致了，但现有研究还往往仅限于此，不惜一再花重墨于简单的规范整理、堆积上，忽略了应为现阶段研究更加重视的规范背后的东西。其次，由于受过去片面阶级思想的制约，很多学者还只是看到了其中与现代社会伦理不符、应当被摒弃的部分。对于那些积极的、有利于当代彝区甚至可以借鉴到其他地区的习惯法却被很多人忽视了，

也没有引起学术界更加广泛、具体、深入的研究。再次，近年来对彝区习惯法适用的实地调研还相对缺乏，大部分材料还来自于上世纪中叶建国初期的搜集，如果再一直完全以此为基础进行研究，研究的时效性、实用性就很值得怀疑了。

总之，对于包括彝族习惯法在内的少数民族传统文化，我们应当以一种更加包容、客观的心态来看待，更多地去发现、利用那些有利于现代化发展的元素；而对于那些不利的元素，在保持坚决取缔的态度之下，要更多地从少数民族传统习惯出发，采取一种能够被他们普遍接受的方式，而不是一味地、不分好坏地消灭、铲除。（谢晶 中央民族大学法学院2005级本科生）

原文刊于：《中外法律文献研究》第二卷，北京大学出版社2008年1月版。

文档附件：

编辑： 文章来源： 三农中国

版权所有： 中国社会科学院社会学研究所
E-mail: ios@cass.org.cn

欢迎转载，请注明：转载自《中国社会学网》[<http://www.sociology.cass.cn>]