

## [冉瑞燕]论少数民族习惯法对政府行政行为的影响

作者：[冉瑞燕](#) | [中国民俗学网](#) 发布日期：2010-12-13 | 点击数：318

内容提要：少数民族习惯法作为一种文化仍然普遍存在，在部分地区表现出极强的生命力，并对政府行政行为产生影响，其主要表现为：一是从功能上分担了很大一部分行政行为，二是从内容上影响政府行政行为的法律效力，三是从观念上影响行政行为的形成，从而构成少数民族习惯法与政府行政行为的交融、不和谐与冲突。要调适这种冲突，必须吸纳习惯法的合理因子，确立习惯法的法律地位；关注少数民族民生，提供简捷可靠的法律服务，培植现代法律文化；加强对公务员的教育和监督，坚决查处公务员的特权乱法和行政不作为；在政府行政行为中应尽量扩大少数民族人士的参与，吸取民智，实现政府行为与民间认同的和谐，引导习惯法思维向良性发展，减少习惯法对政府行政行为的抵触和负效应。

关键词：少数民族习惯法；政府行政行为；调适

中图分类号：D922.1 文献标识码：A 文章编号：1672-433X(2006)04-0080-05

近年来，研究少数民族习惯法的著作和文章很多，对习惯法与国家法的关系探讨不少，然而却未见探讨其与政府行政行为的关系。笔者以此抛砖引玉，就教于同仁。

### 一、少数民族习惯法的基本特点与现实表现

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，是“活的法律”。其内容极其丰富，包括：

社会组织及其首领规范，婚姻与家庭规范，生产与分配规范，财产所有与继承规范，债权规范，刑事规范，调解处理审理规范，丧葬、宗教信仰及社会交往规范 [1] 220—227。

少数民族习惯法最显著的特点：一是成文法少不成文法多。对社会关系的调整更多依赖习惯、惯例、禁忌、道德规范，是一种活法，行为中的法，人们心目中的法。二是民族性、区域性。各少数民族因生活环境不同，社会发育不同，习惯法表现出很大的民族性和区域差别性，是各少数民族人民特有的心理意识反映，是各民族传统文化的重要组成部分，是民族特征的重要方面。三是强制性。习惯法不仅依靠人们的内心强制，自觉遵守，而且有来自于外部物质力量的强制，习惯法一般都有严厉的惩处规范和执法手段，人们对习惯法都有一个明确的预期，一般人根本不敢以身试法。四是稳定性。少数民族习惯法是各族人民长期的生产生活的总结积累和经验提炼，它一经形成就具有相对的独立性，表现出极强的生命力，它是少数民族灵魂深处的一种价值取向。

少数民族习惯法作为一种制度经过民主改革和社会主义教育已经消灭，但是作为一种文化在广大少数民族地区仍然普遍存在，表现出极强的生命力。其现实表现：一是少数地区习惯法社会组织还在小范围长期单独存在，并发挥作用，特别是 20 世纪 80 年代农村实行家庭联产承包后。如，贵州榕江县某水族寨子 20 世纪 80 年代恢复寨老制至今。四川凉山彝族家支组织的生命力亦相当顽强，家支调解纠纷的决定具有很大的约束力，人们普遍遵守。但大部分民族地区习惯法的社会组织已不单独存在，有的依附于当地基层社会政治组织——村委会和党支部，村委会干部、村支书就是事实上的族长寨老，有的则成为只处理族内公务和纠纷的比较松散的临时组织。土家族地区的宗族组织或明或暗或完整或缺损的存在即是典型 [2] 79。二是少数民族习惯法规范往往借乡规民约、村规民约、族规族约为载体，既融入现代国家法律内容，反映时代新要求，又反映习惯法传统内容和要求。如，大瑶山的《团结公约》，苗族村寨的“榔规”，土家族地区的“族训”与村规民约等等。三是少数民族习惯法最主要的还是以一种文化、以一种观念、以一种思维模式存在于各少数民族人民的心中，时时刻刻影响人们的行为，决定他们的价值取向。如，青海藏区的赔命价，赔血价；彝族地区的索赔人命金；云南永宁纳西族摩梭人的“阿注”

婚等等。

## 二、少数民族习惯法对政府行政行为的影响

少数民族习惯法不仅存在，而且对政府行政行为产生广泛的影响，主要表现为以下三个方面。

(一) 少数民族习惯法从功能上分担了很大一部分政府行政行为。

1. 社会秩序的维护。社会秩序的维护本是政府的基本职责，是政府行政行为的基本内容，然而少数民族大多数居住偏远而分散，政府往往鞭长莫及。少数民族习惯法着眼于集体成员秩序和利益的维护，通过预防盗贼、处罚盗窃，保护财产所有权。对影响农业、牧业、渔业行为的禁止，对违反者的处罚，实现对农业、牧业、渔业的保护。对杀人、伤害、盗窃抢劫、强奸的处罚和制裁，保护公民的人身安全和财产安全。对“游方”、“跳月”、“串姑娘”、“放寮”、“公房”、“女儿会”等的肯定，保护青年交往和恋爱的自由。通过对社会成员关系、债权债务关系、继承关系的调整和规范，实现社会秩序和谐维持社会秩序 [1] 229。这就是为什么以前不少民族地区远离政府其社会秩序井然，道路不拾遗，夜不闭户。即便今天少数民族习惯法组织大多不存在，但是只要习惯法文化未被破坏，其民风纯朴、热情好客、心地善良、秩序井然仍然是现代城市所无法企及的。在一些地处边远的少数民族地区，生产力发展水平还很落后，生活水平也相对低下，但我们在田野调查时了解到，在这些村寨里，却基本上没有盗窃、抢劫、杀人一类有悖于社会秩序和群体安定的事件，即使有也数量极少，社会相对稳定。原因就是村民们共同默认和遵守的习惯法、道德规范和民间信仰在规范着人们的思想和行为，使小至村寨、大至民族地区和国家的凝聚力得到加强，从而对社会的稳定和发展都起着积极的整合与促进作用。甚至今天政府无法解决的问题，交给习惯法组织也能收到意想不到的效果。例如，关于戒毒问题，世界各地戒毒后复吸率徘徊在 80%—90% 之间，中国更高，约为 99%，戒毒成功率仅为 1%，但是，据中国人民大学庄孔韶教授调查，云南省宁蒗县跑马坪乡沙力坪村，借古老的习惯法以及信仰仪式的力量与毒品抗

衡，在“虎日”这天举行盟誓大会，1999年，参加“虎日”仪式盟誓的吸毒者戒毒成功率为64%；2002年，参加“虎日”仪式的16人，至2003年6月只有2人复吸，其余14人都已融入正常生活，戒毒成功率为87% [3]。习惯法对社会秩序的维护力量由此可见一斑。

2. 福利行政的承担。赡养老人、救助孤寡、发展教育、疾病防治、为特困人口提供最低生活保障，从现代服务行政角度看是政府的一般职责。然而，我国由于种种原因不可能都由政府承担。不少民族地区现在虽然对孤、寡、残等完全无生活自理能力的人实行了五保供养制度，对特困家庭实行最低生活保障政策，但是民族地区的政府财政收入不敷出，结果是很多地方虽有政策，却无财政供款能力，使最低生活保障制度在某些地方成为空话 [4]。民族地区的农村养老问题，事实上政府今天没有履行也没能力履行。承担这一职责的是家庭和家族，没有谁会认为这是政府职责。原因是我国很多少数民族习惯法中有赡养老人、救助孤寡、扶贫济困、生产生活互帮互助的内容。如，土家族自古有以孝为上、生产生活互助的习惯法 [5]，过去的族谱家规中都有“出入相友，守望相助，疾病相扶”的规定。1968年12月5日《人民日报》刊发《深受贫下中农欢迎的合作医疗制度》的调查报告，介绍湖北长阳县乐园公社的合作医疗，引起毛泽东主席的批示，这实际上就是习惯法中互助规范在起作用。这种互助行为至今在土家族地区仍是人们行为的规范。一人有难、八方帮忙，是人际交往的基本准则，哪家有喜事、丧事需要帮忙都会不请自到，即使两家平时有矛盾也不例外，这是笔者从小至今40年的切身感受。彝族地区自实行生产责任制后，家支成员在婚丧和天灾人祸及生产劳动上的互助习惯法又重新发生效力，1983年凉山美姑县牛牛坝公社海来家支有成员发生火灾，房屋粮食被烧光，家支成员按互助习惯法相助，不到一个月就帮助受灾家庭盖起了新房子，使其重新安居乐业。今天如果政府能够把这些习惯法行为进行引导和提升、扶持，发掘它在形成共同体精神上的价值，它就可以升华为一种健全的地区福利政策，从而对福利行政行为起到最大的填补与完善作用。

3. 保护生活和生态环境。这也是政府的一般职责，然而，相对于政府其他职责，这却是我国政府认识最晚，履行得最不力，从而效果不尽如人意 [6]。1958年大跃进中大办钢铁的乱砍滥伐和今天的一些地方政府以牺牲环境发展经济都是明证。与之相反，我国很多少数民族很早就习惯法中规定了保护环境的

内容。例如，世居在青藏高原的藏民族自古就形成了保护自然和生态的习惯法。他们一般不捕杀野生动物。这种习惯法在今天青藏高原的藏族仍有很大影响，许多藏族有“放生”的习惯。积极保护牲畜和野生动物、保护大自然，在藏族民间已经成了一种自觉行动，可可西里保护区保护藏羚羊的志愿者大多是藏族同胞。在草原保护方面，“轮牧”是千百年来不变的非正式制度，也是藏族保护草场，促进牧业良性发展的习惯法。因此，藏族地区很多地方的人和自然距离很近，人和自然相处得也非常和谐。在贵州省都匀市凯口镇，三个布依族村寨从清代到民国直至今天的村规民约，都有严禁盗砍林木、禁止乱砍滥伐、防止山林火灾，保护森林资源的规定[7]。土家族习惯法中有封山育林公约，保护水井公约。侗族的风水林，羌族的神林，傣族的神山等禁忌都很好地保护了自然环境，保存了生物资源的原始性、多样性，填补了政府环境行政行为的不足，为我们的子孙后代留下了一笔珍贵的自然资源。今天我国很多自然保护区位于民族地区不是没有原因的，人称香格里拉的康巴藏区稻城亚丁自然保护区、得荣县境内的下拥自然保护区，动物、植物的种类和数量之多、保持原始状态之完好，许多地方都无法与之相比的，而这些地方正是当年被人称为神山而一直保护的禁区。

## （二）少数民族习惯法行为从内容上影响行政行为的法律效力。

行政行为的法律效力取决于其合法性和社会的认知性。然而，现实中行政行为法律上的合法却很多时候得不到少数民族公民的承认，少数民族公民符合习惯法的行为又为国家法行为所禁止，出现行政行为与民间行为的矛盾与冲突。如，事实婚姻与登记结婚，很多少数民族认为结婚必须举办仪式，不认可登记结婚的法律效力，只登记没举办仪式的不算结婚。而一旦举行了仪式但没有登记，如果男方对女方强行性行为被公安机关认定为强奸，实在是为很多少数民族无法理解。对盗窃者的人身进行殴打、捆绑、游行示众和按习惯法罚款而受到治安处罚，让少数民族无法接受。习惯法行为对行政行为的法律效力在一定程度上起到了衰减作用，政府在做出很多行为时不得不考虑习惯法的影响[2] 165。事实上，政府个别行政行为甚至如不按习惯法办事就没法执行。如，云南文山州府所在地文山县的攀枝花镇红旗办事处旧平坝上寨壮族自然村，自20世纪80年代初实行家庭联产承包责任制后，在旧平坝上寨就出现了一种选任村干部的特

有方式——“抽签”。这种村干部的选任方式每年举行一次，从1982年起到2000年已进行过近20次。1994年该寨子由政府主持按村委会试行法的要求和规定进行了旧平坝上寨历史上第一次民主选举的尝试，结果以失败告终。1998年举行了又一次“海选”，这次选举在上级有关部门的主持和监督下依村委会组织法的规定程序进行，然而当选举结果公布后三名被选中的村民又是与1994年一样坚决拒任村委会干部，虽经有关主管部门多次说服、挽留仍不能奏效。最终结果是选举失败。于是全村人又恢复了原样——抽签选出了既定的新一届村委会。旧平坝上寨村这种抽签选村官的做法一直通行至今，不仅村民们已将其视为全寨人的习惯法，上级主管部门也在无奈中默认了这一习惯法[8]。由此可见习惯法行为对行政行为的冲击。

### （三）少数民族习惯法观念影响政府行政行为的形成。

习惯法观念包括原始平等观、宗亲等级观、宗教神明观、习惯法至上观等等，不仅存在于民间，而且存在于国家公务员，因此，他们在日常行为时都会自觉不自觉地遵循习惯法的一般思维模式。然而，今天的习惯法观念已不再单纯，原始的平等观念已经掺入市场经济的趋利观念，加上原有的特权和等级观念，在现代平等法律意识没有形成支配地位时，一些民族地区出现了社会行为标准价值尺度的混乱和多元。只要涉及到自己利益时，在选择行为时都选择有利于自己的观念来判断行为，导致国家公务员选择习惯法中的特权观念、等级思想，而行政相对人在面对政府管理时选择习惯法中的原始平等观念，要求平等权利，却忘记自己的义务，出现行政行为形成的混乱与无序。民族地区官员在实施处罚、许可和征收时野蛮执法，不按规则，不依程序，不听取当事人陈述和申辩，不作调查研究，习惯于长官意志。如，计生工作本是一件利国利民的大好事，可在一些民族地区，笔者调查发现，计划生育竟然成为某些地方官员敛财的工具。他们不是说服教育，而是动辄即“罚”，且名目繁多，除了征收国家规定的超生抚养费外，外加“未婚先孕费”、“孕检费”、“计划外怀孕费”、“强生费”、“学习费”、“结扎引产费”等等。为使超生罚款得以顺利征收，有些地方就采取习惯法作法，实行“联保株连”的罚款措施，一家超生，多家受罚，并组织计划生育工作“突击队”，常年进村入户，白天拆房拉物，晚上入室抓人。造成干部与老百姓关系非常紧张。有的在执法时纯粹从经济利益考虑，甚至“养违法”。而一些被管理者对自己法定义务拒不履行，

对干部的违法行为不采取国家法定救济方法，而是采取习惯法方法救济，有的地方利用宗族组织公开抗法，阻止村民向政府上交各种款项，对进村干部围、追、堵、截，使干部人身自由和人身安全受到威胁和伤害，个别甚至采取极端手段，云南石林彝族自治县路美邑乡一村民对一村官不满就将其杀害，并将“杀人告白书”张贴街头 [9]。

### 三、调适习惯法与政府行政行为冲突的思考

少数民族习惯法与政府行政行为的冲突本质是与国家法的冲突，是传统文明与现代文明的冲突，是自然经济与市场经济的冲突，是人治与法治的冲突，是社会跨跃式发展的连接不和谐。因此，调适的过程必然是一个长期的历史阶段，不可能一蹴而就。调适的方法应该是相互包容、取长补短。而不是割裂，由一方简单地取代另一方。

#### （一）吸纳习惯法的合理因子，确立政府习惯法的法律地位。

在少数民族地区，理想的法律制定与实施应当是在国家法与少数民族习惯法、政府与民间找到某种妥协和合作，以此保护社会规范体系的完整和效力。但现实是我们今天谈法治，很大一部分是以移植西方的法律文明为捷径，习惯法不仅不构成我国法的渊源，而且习惯法的有效范围和作用正在逐渐缩小，未经立法确认的习惯法没有法律效力。“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在不加严肃论证和立法辩论的情况下一纸法令加以禁止。” [10] 这种强化国家制定法的功能，轻视民族习惯法作用的做法，从现实看，在某些地方已经产生了很糟糕的后果，由于现代法治价值观尚未建立，既有的习惯法理念已被破坏，“法治”丧失了其运营施行的群众基础和人文土壤，个别民族地区城乡结合地带的一些年轻人无法无天，对违法犯罪没有丝毫的羞耻感，出现群体性、反复性违法犯罪，使政府防不胜防。

少数民族习惯法作为一种传承、积淀和整合了数千年的制度形态，被特定的社会群体所选择、吸纳、运用，并融化在各民族的思想意识和行为中，积淀为一种遗传基因，化解为一种民族心理，从而有着高度

的延续性和群体认同性。它贴近了本民族群众的日常生活，凝结本民族的心理和情感，为民族成员提供了一种行为模式和价值选择。因此，对少数民族习惯法不宜轻言否定，而应因势利导，区别对待。对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，应顺应吸收、积极利用，在条件成熟时提升为国家法；对那些无明显好或坏，而少数民族喜欢它，应听其自然，加以引导，由少数民族自治；对那些不好的，如早婚、近亲婚、非法处死，则应坚决摒弃；在一些国家法尚未涉及的领域，以习惯法来维持社会的稳妥发展和良好秩序，防止社会出现无规则的真空；对现代社会发展中出现的新问题而习惯法中没有的应通过国家法引导，以促进人们新的习惯、新的少数民族习惯法的形成，推动少数民族习惯法的不断发展。

## （二）关注少数民族民生，减免税赋，提供简捷可靠的法律服务。

少数民族习惯法与政府行政行为要实现和谐对接的良性发展，根本问题是要培植现代法律文化。我国民族地区大多经济落后，人民生活困难，不少地区尚未解决温饱。国家 2005 年虽然决定取消农业税，但是如果民族地区乡镇不搞机构改革，不大幅度减少吃财政饭人员，政府伸向民间的手就无法斩断，权力寻租行为就不可能杜绝，农牧民的税负就不可能根本改变。税负不改变就不可能真正发展市场经济，没有市场经济也就不可能有现代法律文明，民族地区的习惯法文化就不可能现代化。没有习惯法文化的现代化就不可能真正化解习惯法与政府行政行为的冲突。当然，这些问题都不是一下子可以解决的。当前的首要问题是要解决国家法的尴尬。少数民族群众由于现代法律知识欠缺，获取法律服务困难多，加之诉讼成本高，费时费力，因此人们不看好国家法的作用。所以，今天为他们提供简洁可靠的法律服务至关重要。1998 年山东东明县司法局开通 148 法律服务专线，实际效果良好。民族地区可效法之，将其面向边远村寨，面向普通百姓，在增强公民的守法意识时防止民间纠纷激化，控制和减少民转刑案件，促进习惯法与国家法的协调与对接，维护民族地区的稳定，保持国家法律调控的准确、及时、权威、公正性，让人们在实际生活中相信国家法有用，逐步树立国家法律意识。当前民族地区的交通和电信事业越来越发展，这为上述措施的落实提供了条件。



（三）进一步实现普九普法，增强少数民族对现代文明的认同感和现代法律意识。

从深层次和基础性的途径来考虑，关键是必须在民族地区加强科学文化教育，增强法制宣传教育的力度。我国民族地区大多经济落后、教育文化水平低，国家法律在少数民族地区的普及以及国家司法权力对少数民族的影响有限，各民族的习惯法有着深远的影响，因而，必须加大普及九年义务教育，提高国民文化水平。在加强国家法的普及宣传教育时应具有针对性，采取能为少数民族成员接受和消化的方式，让他们深刻理解国家法的自由、公平、正义，认可国家法的适用比民族习惯法的适用更有价值，消除对国家法的恐惧感、陌生感和异己感，让其从心理上逐步接受国家法并内化为他们的生活逻辑，而不是简单的服从。

（四）加强对公务员的教育和监督，树立法的普适性、平等性观念。

依法行政在今天已是公认的政府行政行为的基本准则。法律调控的准确、及时、权威、公正通过公务员的行为体现出来的。如果公务员特权乱法和行政不作为将极大损害国家法权威，且对社会起到极坏的示范作用。公务员严格依法行政可以最大限度地发挥国家法的正义、文明、民主、自由、平等价值，对社会起到示范和引领作用，培植少数民族的现代法律意识，引导习惯法行为向良性发展，克服少数民族对传统习惯法的过分依赖。

（五）政府行为应注重程序。

政府在行政行为程序中应尽量扩大少数民族的参与，减少习惯法对政府行为的抵触和负效应。今天的政府行为是一个讲究程序、讲究行为主体与被管理者互动的行为，依法行政的应有含义是依程序行政。因此，政府行政行为时让少数民族参与既是政府的法定职责，又能极大地了解民情，沟通民意，吸取民智，做到合法与合理行政，取得少数民族的信赖和支持，实现政府行为与民间认同的和谐，减少习惯法对政府行为的抵触和负效应。

参考文献：

[1] 高其才. 中国少数民族习惯法研究 [M]. 北京：清华大学出版社，2003.

[2] 孙秋云. 社区历史与乡政村治 [M]. 北京: 民族出版社, 2001.

[3] 虎日戒毒:开掘文化的力量[EB/OL].[2005-05-28]. <http://www.54weilai.com/2004/rlx/>.

[4] 沈道权. 土家族地区农村社会保障研究 [M]. 北京: 民族出版社, 2001: 154.

[5] 冉春桃, 蓝寿荣. 土家族习惯法研究 [M]. 北京: 民族出版社, 2003: 56-65.

[6] 姜明安. 行政法与行政诉讼法(第二版) [M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2005:

125.

[7] 温佐吾, 等. 少数民族地区的村规民约与森林资源保护 [J]. 林业与社会, 2003 (5).

[8] 杨经德, 马迪. 当前少数民族地区依法治村面临的法律困惑及其对策 [J]. 云南公安高等专科学校学报, 2001 (1).

[9] 柏立诚. 云南石林一村官被杀害杀人“告白书”惊现街头 [EB/OL]. [2005-06-22]. <http://news.163.com/05/0622/15/>.

[10] 立法与风俗 [J]. 比较法研究, 1995 (2).

作者简介: 冉瑞燕 (1965-), 男 (土家族), 湖北省利川市人, 中南民族大学副教授, 主要研究行政法与民族法学。湖北武汉 430074

(本文原载《中南民族大学学报: 文社科版》2006年04期, 第80~84页)