

## 【邹渊】习惯法与少数民族习惯法

作者：[邹渊](#) | [中国民俗学网](#) 发布日期：2010-09-07 | 点击数：2099

内容提要：习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威确立的、具有强制性和习惯性的行为规范的总和。文章归纳了学术界关于习惯法的几种观点，并对我国少数民族习惯法的特征、意义和作用进行了分析。

关键词：习惯法；少数民族

### 一、习惯法是准法规范

#### 1. 习惯法概念

习惯法作为一类社会规范不仅中国有，而且在世界各地广泛存在。那么，什么是习惯法呢？我们认为：习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威确立的、具有强制性和习惯性的行为规范的总和。习惯法既非纯粹的道德规范，也不是完全的法律规范。而是介于道德和法律之间的准法规范。

首先，习惯法不属于国家制定法。它不是由国家制定的，也不由国家强制力保障实施，不体现国家的意志。而是由一定的社会组织，凭借民间习惯而形成的权威，在一定范围的群体中俗定（自然形成）或约定的，共同拥护共同遵守的行为规范。这种民间的权威是指，如宗祠的权力和威望、头人寨老集团的权力和威望、家族或村落会议的权力和威望、宗教的权力和威望等等。习惯法是在这些权威主持下共同约定的，或是长期自然形成后，由这些权威力量长期不间断地维系的。由于这些权威是历史习惯形成

的，有的则是公众认可的，习惯法的内容有相当部分体现了该组织或地域成员的共同利益，有的还是共同约定的，因而一般能被自觉遵守。同时，习惯法虽然在古代都不是成文的，但后来既有不成文的习惯法，也有成文的习惯法。特别是现代的习惯法一般都是成文法，并以文字、口头和行为三种方式传播、继承。因此，与习惯法对称的概念，不是成文法，而是制定法。即习惯法是非制定法。如果习惯法规范被国家认可为制定法，该习惯法规范就具有双重身份，既是制定法，也是非制定法。但这种情况很少，现代法律绝大多数都是国家制定的成文法。总之，习惯法是非制定法，不具有制定法特有的如由国家制定、反映国家意志、由国家强制力保障实施等明显特征。换言之，习惯法不具有法律必备的国家意志性。

其次，习惯法虽然不属于制定法，但却具有类似法的某些重要特征。第一，法有权威性，习惯法也有权威性。习惯法的权威是一种社会权威。这种权威从社会效果和覆盖面来看往往不亚于制定法。这是社会外在力量与守法者内在力量结合的一种权威，是与人们内心信念相一致的权威。习惯法与制定法的区别，不是有无权威的区别，而是权威来源和方式的区别。制定法的权威来源于国家政权，习惯法的权威来源于民间传统。第二，法有规范性，习惯法也有规范性。习惯法是根据社会政治、经济、文化某方面的需要，从习惯传统中筛选出来的行为规范。习惯法是对习惯的提炼。它不是孤立、零散的习惯现象或观念，而是某部分人必须普遍遵守的行为规则。侗族的习惯法自称“款条”，贵州苗族习惯法叫“苗例”，仡佬族习惯法叫“会款”，还有广西瑶族“石牌律”，青海土族的“插牌”等。其规范性都很明显。第三，法有强制性，习惯法也有强制性。习惯法的强制性体现在它的惩戒规范上。此种惩戒颇具民族和地方特色，种类差异大，没有专门的执行处罚的机构。这是它与制定法强制性的区别。但是，习惯法的处罚有靠社会权威维系的执行程序和方法，并能做到违法必究，执法必严。这种严格的强制执法手段，又是它与道德的主要差异。彝族奴隶社会习惯法中对犯杀人罪者的处罚分为勒令自杀与他人行刑两类，勒令自杀包括吊死、服毒、剖腹、投水、跳岩五种。他人行刑包括勒死、吊打死、捆石沉水、滚岩、刀枪杀、烧死、活埋、捆投深洞等。（1）云南景颇族解放前处于由原始社会向阶级社会过渡阶段，其习惯法（“通德拉”）的强制手段又很不相同，一般不施行死刑、徒刑和体罚，主要惩罚方式是赔偿、

报复和驱逐出寨。驱逐出寨是对罪大恶极而又屡教不改的人施行的最高惩罚。

再次，习惯法的习惯性是它的显著特色。这种习惯性主要表现在：习惯法的形成是由习惯演变升华而来，习惯法的内容和形式带有民族、地方乡土固有的特色，习惯法的实施有赖于传统习惯的作用。瑶族的民谣有：“石碑（习惯法）大过天”，彝族民谣说：“山林有清泉，彝家有尔比（习惯法）。说话一条线，尔比是银针。”（2）习惯法与当地当时人们的生产方式、生活习惯、意识形态有密切的关系。草原是蒙古族人民的经济生命线，在我国蒙古族中向来有关于使用牧场的习惯法，谁先占用牧场，牧场就归谁使用。（3）同样的道理，居住在林区的群众，有保护利用树林、确定林权的习惯法。缺水地区，特别注重用水灌溉的习惯法。习惯法有的源远流长，世代相传，有的公众认可，视为神圣。这种传统的力量和意志，个人的权威是很难使它改变的。

## 2. 当前学术界关于习惯法概念的观点

对于什么是习惯法，众说纷纭。不同的提法有十余种，大致可归纳为三种观点。

第一种观点，认为习惯法是国家认可的制定法的组成部分。“习惯法，指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯，是法的渊源之一”。（4）“不成文法是指由国家认可其具有法律效力的法律，又称习惯法”。（5）这是部分法学家的观点。他们否认有未被国家认可的习惯法规范存在，认为只存在正式法律渊源意义上的习惯法。它大大缩小了习惯法的范围，将会使我们忽略许多有特殊意义的习惯法研究对象。也与习惯法广泛存在的现实不符。所以，我们不赞成这种观点。

第二种观点，认为习惯法就是传统的道德习惯。“鄂伦春人在长期的原始共产主义生活中，很自然地形成了一整套的传统习惯，也就是我们所说的不成文的习惯法”。（6）“佉族社会仍然依靠长期的历史形成的习惯和传统，来调整人们之间的各种关系，维持社会的秩序。佉族没有文字，这些传统习惯和道德规范，没有用文字固定或记录下来，所以也可称为‘习惯法’”（7）。英国学者哈特兰德在《原始法》专著中也说：“原始法实际上是部落习惯的总体。”（8）社会学家、人类学家多倾向这种观点。但他们把一般的习惯视为习惯法，扩大了习惯法范围，又降低了习惯法作为准法规范的规格。我们也不赞成这种观点。

美国人类学家霍贝尔在其《原始人的法》中批评说：“照字义解释，这意味着陶器制造术、钻木取火术、训练小孩子大小便的方法以及另外的人们的全部习惯都是法律。”说这是一个“荒唐的主张”。（9）

第三种观点，认为习惯法是民间有强制性的准法规范。周勇认为：“习惯法是依据一定的社会权威而存在，并被保证在违反时对强制执行或对违反者予以责罚的行为规范的总和。”（10）田成有认为：“习惯法是独立于国家之外的，人们在生产和生活中根据事实和经验，依据某种社会权威和组织确立的具有一定强制性的、人们共信共行的行为规则。”（11）高其才写道：“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”。（12）这也是我们的主张。

综观上述三种观点，第一种混淆了习惯法与法，尤其是与制定法的区别，它缩小了习惯法的范围。第二种混淆了习惯法与习惯的区别，又扩大了习惯法的范围。它们都不能让我们正确地认识和区别习惯法。第三种观点才是符合事实的正确观点。

### 3. 与理解习惯法概念相关的几个认识问题

第一个问题，怎样理解准法规范。

习惯法是准法规范，但什么是准法规范呢？准法规范是在某些重要方面具有类似法的特征，起到类似法的作用的规范。“准”字的本意是许可、依照。引申意是比照，表示可看作某类事物，或和某类事物差不多的意思。

在法学术语中有不少带有“准”字头的概念。例如，在婚姻法中，把类似自然血亲的拟制血亲称为准血亲。在民法中，英美法等国家对合伙人的分类中有一种称为准合伙人。有的国家把知识产权或者矿产权、渔业权称为准物权。其实它们并不是物权，只是具有物权的某些法律特征。在国际法中，把一些在处理国际关系时不亲自承担责任的区域性团体称为准成员国。在国际私法中，把解决一国内不同法域间私法冲突的法，称为准国际私法。它们在解决不同法域私法的冲突方面，其作用是相同的。但是，国际私法解决的是不同国家私法的冲突，准国际私法解决的是一国之内的私法冲突，它们又有本质的区别。在行政法中，把类似行政行为的行政通知、行政确认、行政证明和行政管理，称为准行政行为。它们本身不是完全的行

政行为，但它对另一类行政行为的生效起着准备、辅助作用。在诉讼法中，英国的行政法庭被称为准法庭。它们具有专门法院性质，但又隶属于各种行政机关，只管辖特定种类的行政诉讼，并非严格意义上的司法机关。此外，还有所谓准送达、准质权、准国徽等等。

准法规范与上述许多概念一样，其主要特点是它的双重性。一方面，准法规范与法律规范有原则区别；另一方面，准法规范又有类似法的重要特征。在一定范围内产生了法律一样的社会效果，在某些人群中起到法的指引、评价、教育、预测和强制作用。有时还局部弥补了某些法的不足。总之，准法类似法但不是标准的法。有的把它叫做超国家法，亚国家法。（13）有的称做“混和法”或“半法律规范”。（14）

其次，准法规范的另一个特点，是它的中间性和某种过渡性。以习惯法来说，习惯法是处于习惯规范与法律规范之间的独立的第三种规范。有的习惯法规范按照统治者的需要，还有可能被国家权力机关认可，过渡为法律规范，但不是所有的准法规范都必然会过渡为法律规范，绝大多数习惯法始终保持着自己的稳定和独立状态，能够过渡的仅是很小一部分。这一小部分之所以会被过渡，正因为准法规范具有双重性和中间性的特点。

第二个问题，准法规范与法律规范的区别。

我们认为，准法规范与法律规范的主要区别是：（1）制定规范的主体不同。准法规范不由国家制定，由民间制定或认可；法律规范由国家权力机关制定或认可。（2）规范反映的意志不完全相同。准法规范有的反映某一地域或人群中统治阶级或阶层的意志。如：在四川凉山彝族的习惯法中，曲诺（奴隶）的命价钱只值黑彝（奴隶主）命价钱的四分之一。（15）但更多的是反映维护社会秩序，保一方平安，促一地发展的某类群体意志。少数民族大多社会发展进程缓慢，“社会结构简单，贫富悬殊不很大，阶级对立不很显著，习惯法对贫富、长幼、社会地位不同者，均一视同仁，体现了广大民众的意志”。（16）苗族头人“榔头”“丛头”与群众，侗族头人“款首”与“款众”都一样，没有任何特权。京族习惯法甚至规定，头人或其家属违例，要加倍惩处。（17）而法律规范在阶级对立社会，只反映统治阶级意志。（3）保证规范实施的强制性质不同。准法规范与法律规范都以一定强制手段为后盾。但是，准法规范的强制是非国家

的强制，执法由头人首领执行。法律规范的强制是国家强制，由专门的国家专政机关执行。（4）规范适用的范围不同。准法规范只能对局部地域的局部人群生效，范围狭窄。法律规范，全国要一体遵循。执法、司法统一，是法制的生命。即使在民族区域自治地方需要变通执行国家法律，也要遵守变通规则。（5）规范的表现形式不同。准法规范的表现形式灵活多样，有的有文字记载，但多数是口头制定的，并以口头相传，比较原始和粗糙。文字记载有公约、碑文、家谱、家训等多种方式。口头相传也有头人说“法”、布摩（彝族经师）讲“经”、案例相传、处罚示众等多种方法。法律规范绝大多数是制定法。制定法都是成文法，它是采用规范的立法形式，制定严谨、精炼、准确的行为规范。

第三个问题，为什么把习惯法称为准法规范。

尽管准法规范与法律规范有许多的不同，但我们仍然把习惯法称为准法规范，是因为习惯法与法之间有着更多的相似或一致。研究习惯法对于深入了解法的过去、现在和未来，有重要的意义。

首先，习惯法曾是人类社会最初的法。恩格斯说：“古雅典和古罗马这两种立法，都是纯粹由于经济强制，作为习惯法而自发地产生的。”（18）习惯法（准法）产生在国家诞生之前，在国家产生以后也是最早的国家立法的内容。“在大多数国家，法律都是源自习惯。这一类的习惯之所以与其他习惯不同，是因为它是得到正式表达的，并被正式机构强制实施的。人们并不认为它是由人们所事先制定好的行为规则。它之所以是法律，是由于它已成为人们生活方式中的一个组成部分，而且从无法追溯的远古时期起，就是如此。当它第一次被正式宣布为法律时，它并不是被‘制造’出来，而是被‘发现’出来。”（19）一些论著已经论证了“习惯又发展为习惯法即最早的法律”的过程。（20）英国的梅因、德国的科莱尔等著名的法学家们“从原始部落的习惯出发，用这些习惯说明法制的起源，进而全神贯注地考察近代文明中最先进民族的法制，无不惊叹备至。”（21）世界各地最初产生的法律大都是习惯法，最早的制定法也是以往习惯法的记载。如古巴比伦在公元前18世纪的《汉穆拉比法典》。我国古代中原地区的“礼”的习惯规范，曾是西周、春秋贵族政权中法的一种渊源。《周礼》、《礼记》等也可以说是我国早期汉族习惯法汇编。

正如《中国大百科全书·法学》所说：“奴隶制时期法的渊源，最初主要表现为习惯法。其中部分习惯法后来逐渐制定为成文法。”

其次，习惯法是今天仍在起作用的“活的法”、“行动中的法”。无论是老习惯法还是新的习惯法，它们至今仍在民间有一定的特殊影响，调整着特定范围的社会关系。习惯法模仿法的符号，比照法的构成，产生法的功效，更贴近普通生活。在现实生活里，人们除了生活在由法制构成的显法律秩序中以外，还往往同时生活在另一种由传统礼仪、习俗、习惯法、政策等构成的隐法律秩序之中。习惯法所体现的传统是不可能被割断的，它对现实的法和法制社会，不是起积极的作用，就是产生消极的影响。因此，我们建设现代的法制，创造法律文化的现代化，不应该也不可能通过割断传统的途径得以实现。

最后，习惯法在某种意义上将取代法而成为无法的“大同社会”的行为规范。卢梭曾把法律区分为政治法、民法、刑法和风尚风俗四种。第四种法就是习惯法。1762年他在其《社会契约论》中预言说，当其他法律衰老或消亡时，习惯法可以复活并取代那些法律。（22）“马克思列宁主义的思想是建设一个不复有法、人与人之间的关系将只根据习惯来处理的社会。所以，今天习惯虽被摒弃，而在将来达到用不着法的社会状态时，却要它起头等的重要作用。”“只有考虑到将来的共产主义社会时代才能懂得这个提法：到那时法将消亡，将只剩下社会主义集体中的生活规则来指导人们的行为。”（23）

第四个问题，当我们把习惯法从道德伦理中区别开来以后怎样理解习惯法与道德的区别。

习惯法与道德的区别是：（1）习惯法具有比道德更高的权威性，这种权威往往落实在某种权威组织上。（2）习惯法具有道德通常不具备的强制性。不道德的行为会被批评、谴责，一般不会受到处罚。违反习惯法规范必然要受到惩处。习惯法规范主要表现在行为上，道德主要表现在观念意识上。（3）习惯法具有比道德更明显的规范性。（4）在习惯法规范中，惩戒处罚是不可缺少的组成部分，而在道德规范中既有禁止的规范更有倡导的规范。而且在习惯法禁止性的规范中，惩戒处罚是必不可少的组成部分。

需要指出的是，许多史籍、采风的资料和著作，往往是在风俗习惯篇章中来谈习惯法，把习惯与习惯法搅在一起。实际上，传统的习惯多属于道德的范畴。因此，上述习惯法与道德的区别，也是习惯法与习惯的区别。

第五个问题，习惯法是不是只有过去才有。应该说，习惯法不仅古代有，现在也有。当前广泛存在于农村的乡规民约，就是现代的习惯法。这当然指的是有规范性和罚则的乡规民约。这样，我们对习惯法的研究可以在更广的背景上展开，对完善现代法制建设更有现实意义。

#### 4. 习惯法的分类

我们可以从不同的角度对习惯法进行分类。依范围来分类，可以分为：以民族相区别的民族习惯法；以族权为基础的宗族家族习惯法；以绅权为基础的村落地方习惯法；以行会权为基础的行会组织习惯法；与工作行业特点相关的行业职业习惯法；以神权为基础的宗教寺院习惯法；调整秘密社会内部关系的秘密团体习惯法；调整国际关系的国际惯例习惯法等。依时间区分，可分为：早期习惯法；中期习惯法；晚期习惯法；古代习惯法；近代习惯法；现代习惯法。依地域区分，可分为：各行政区域的习惯法；南方习惯法与北方习惯法，山区习惯法与海岛习惯法等。依内容区分，可分为：军事习惯法、婚姻习惯法、继承习惯法、刑事习惯法、航海习惯法、交易习惯法、社会组织与头领习惯法等。

## 二、我国少数民族习惯法的概念特征与作用

### 1. 我国少数民族习惯法的概念

少数民族习惯法是我国习惯法的重要组成部分。它是独立于国家制定法之外，依据少数民族或民族地区的社会组织的权威而俗成（自然形成）或约定的，主要调整该少数民族内部社会关系，具有强制性和习惯性的行为规则的总和。在我国少数民族中对于本民族的习惯法，有众多不同的称谓。例如：《苗例》、《理词》、《理诰》、《榔规》、《规约》、《会款》、《款约》、《石碑》、《插牌》、《民法》、《古

法》、《章程》、《料条》、《阿佤理》、《乡条侗理》等等。在我国较早使用“习惯法”一词的学术论著见之于1910年张亮采编著的《中国风俗史·序例》。

## 2. 我国少数民族习惯法的特征

(1) 民族性。少数民族习惯法的民族性特征，一是指少数民族习惯法代表和维护少数民族利益；二是指少数民族习惯法是民族特有心理、意识的反映；三是指少数民族习惯法是伴随着各民族的形成、发展而逐渐形成、发展的；四是指民族的成员一生都受到本民族习惯文化强烈的熏陶和感染，对本民族习惯法深信不疑，矢志遵从，感到亲切。各族的习惯法只在本民族内部生效，带有民族文化的特色，打上了本民族的烙印。

(2) 群体性。这是少数民族习惯法不同于国家制定法的明显之处。国家制定法在阶级社会中的本质是它的阶级性。在阶级社会的少数民族习惯法，有的有阶级性，但更多的是它的群体性。形成少数民族习惯法群体性的原因，一是少数民族大多世居在偏僻地带，自然条件恶劣，经济和生产手段往往落后，其经济实力要更多依赖群体。二是解放前少数民族在多数情况下，整个民族受到汉族统治阶级的欺压歧视，受到汉族中央政权的统治。险恶的社会政治环境，促使少数民族内部群体凝聚力的合成。三是少数民族习惯法在形成发展中所具有的上述民族文化、习俗、心理的因素。因此，在少数民族习惯法中体现出来的是：民族、村寨和家族的整体利益高于个体成员的利益，个体与群体休戚相关，荣辱与共。主要目的在于维持本民族社会的秩序与安定，保障群体的统一与和谐。解放前，特别在古代，由于少数民族所处的自然和社会环境，民族的个体成员首先是不敢离开群体，也不愿离开集体。把开除村寨籍、族籍视为最重的习惯法处罚。

(3) 具体性。少数民族习惯法具体性的特征，一是指表述的具体性。其表达方式往往采用比拟的方法，借助直观具体的形象，取材于具体经验，与民族成员的生活贴切。例如，苗族“议榔词”有：“一年由一人主持议榔，一秋由一人主持说理。你有直线呀，你有墨线呀，哪个存心不善嘛，哪个不遵守我们的议榔，哪个不服从我们的理约，你就直线衡量，你就墨线测验。”为了说明苗族习惯法效力的稳定持久。“议榔

词”又说：“议榔在石头才不会移动，议榔在石柱才不会腐朽。”二是指民族成员对本民族习惯法认识理解掌握的具体性。这种具体性是来源于参加议定、修改、讲述、解释、聆听、执行习惯法活动的亲身感受。他们亲身体会过饮酒宣誓、齐声拥和的神圣；亲耳聆听过头人族长对饱含血泪判例的宣讲；亲眼目睹了对违反习惯法者的各种处罚。民族成员的习惯法知识，是从这些具体的事件中获得，十分生动具体，且与他们的生活同步，潜移默化，代代相传，所以，比较巩固。三是指少数民族习惯法调整本民族社会关系的形象性，它反映出少数民族的智慧。例如瑶族、黎族夫妻离婚时，按照习惯法男女双方共拉白布或黑布，然后从中剪断各持一半，即表示离婚生效。贵州黎平县侗族的离婚习惯法，由女方用刀剖开一节竹筒，男女双方各持一半为凭。拉祜族的军事通讯习惯法是在竹片上插上三根鸡毛，带上一块火炭，表示火烧眉毛要立即救援。（24）

（4）自发性。少数民族习惯法的自发性，一是指习惯法产生的习惯性，这是它与制定法不同的又一重要特征。习惯法是千百年来自然形成或约定的。源于民族生存发展自身的需要，不是外部力量的干预。二是指习惯法没有如制定法那样严格的制定程序和文字表现形式。有的保留在传说中，有的保存在理词、歌谣中，有的反映在石刻碑文里。三是指习惯法的传播主要通过口头、行为和心里，代代相传。当然，习惯法在解放前有时也被统治阶级所利用，并因此而有某种阶级色彩。

（5）乡土性。一方水土育一方风情。少数民族习惯法紧扣乡土生产生活、婚丧嫁娶、人际关系，以符合地方传统的简便而又易于操作的行为模式或规范去引导人们做什么，怎样做。具有农业社会中特有的乡土气息和感性色彩。制定法则强调法制在全国的统一，具有理性的色彩。

（6）地域性。少数民族习惯法不但一般是在本民族内部通行，而且在本民族内部也有一定的生效范围。不同地区的同一民族习惯法，有的是相似的，但往往并不相同，所谓“十里不同风，百里不同俗。”这与农村居住环境的封闭、保守特点有关。内蒙古阿拉善旗的蒙古族“台吉”（贵族）实行的是长子继承制。黑龙江省杜尔伯特自治县的蒙古族“台吉”却实行的是幼子继承制。国家的法律则必须全国一体遵循，因地域不同而各行其事是背离法制原则的。

(7) 惩戒性。对此前面已有论述。

### 3. 我国少数民族习惯法的历史作用。

(1) 裁判作用。习惯法肯定善行，否定恶行，判明是非。在习惯上，一般的纠纷冲突都交由习惯法来明晰是非，从而解决矛盾，增加团结，促进生产。

(2) 教育作用。习惯法寓理于法，贴近生活，深入人心。少数民族议定、宣讲、执行习惯法活动，已成为一种习惯法文化，熏陶、教育着一代代的民族成员。如苗族的大议榔活动、侗族的款组织活动。款首每年“讲款”，教育民族成员重视习惯法，增强团结，遵守规则。做事要合理，行为要端正。

(3) 调节作用。习惯法倡导善行，排通障碍，制止恶行，从而起到了国家法律或单纯的道德所不能起到的调节作用。这种调节作用主要表现在以下方面：它组织管理生产，防止和惩处破坏生产的违规犯罪；加强社会治安，惩治坏人坏事；维护婚姻自由，调解婚姻家庭纠纷；保护集体和私人财产，协调民族之间的矛盾。

### 4. 我国少数民族习惯法的现实意义。

少数民族习惯法对少数民族的生存和繁衍，对促进少数民族的社会和经济发展，对调解社会的矛盾，巩固民族团结，使民族成员安居乐业，保持和发扬民族传统道德等多方面，都起了不可低估的作用。而且，至今仍有现实意义。

#### 第一，对我国精神文明建设方面的意义

少数民族习惯法丰富了社会主义精神文明建设的内容。它是少数民族群众自己管理自己，自己教育自己，自己约束自己的好形式、好传统。不可讳言，习惯法中也不乏落后、封闭、迷信的东西。习惯法应区分为优良习惯法和不良习惯法。今天在建设社会主义精神文明中，优良习惯法将会继续发挥它对精神文明的促进作用。同时，通过改革、教育，不良习惯法将逐渐被自觉地淘汰、抛弃。而且，少数民族还会适应新的时代需要，发展新的习惯法。例如广西金秀《大瑶山团结公约》就是对古老石牌制的借用。贵州台江

县巫脚乡的《新议榔条款》，以落实计划生育、保护森林土地、维护生存为内容。它们都促进了社会主义经济和社会主义文明。

## 第二，对我国法制建设方面的意义

①在立法方面。首先，有的习惯法，如共同分水、维护治安、保护山林、处理相邻关系、兴办教育、尊师重教、维护民族团结、爱护环境、拥军优属等，它们代表了民族的利益，又符合国家利益和社会公共利益。这部分习惯法将长期存在，它与国家制定法一道，通过“风俗的统治”，发挥着干预生活、调节人际关系的功能。而且将在条件成熟时，有的会被认可为法律规范，上升成为制定法。对优良习惯法要维护、提炼和融合。现代法律应该并且必须从优良习惯法中吸取有益的营养。中国社会主义立法，固然要学习国外先进的经验，但它的土壤在中国。要符合中国社会主义现代化的需要，充分利用法制传统上的本土资源。

“真心能得到有效贯彻执行的法律，恰恰是那些与通行的习惯惯例相一致或相近的规定；一个只靠国家强制力才能贯彻下去的法律，即使理论上再公正，也肯定失败。”（25）一个外国学者说过：“在一个传统和惯例使人们的行为在很大程度上都可预期的社会中，强制力可降低到最低限度。”（26）目前我们在这方面的研究发掘工作还做得很不够，今后应在这方面多为立法部门当参谋。

其次，研究少数民族习惯法，也是民族立法中“变通法”的一个重要课题。在进行民族自治变通立法的研究中，应该重视总结继承少数民族习惯法精华。

再次，有些社会问题，象社会交往、丧葬等，是少数民族习惯法所独有的。习惯法对这些领域中社会关系的调整，是对国家制定法的补充。

## ②在执法方面。

首先，法律是深层规范和本质性规范，而习惯法是浅层规范和现象性规范。它们相辅相成，各自独立发挥作用，有时又互相交叉渗透。

其次，制定法是对社会关系中的权利义务进行明确、肯定、具体的调整。但再健全的法制也无法象习惯法那样渗透到人们的衣食住行之中，表现在日常生活的各个领域。习惯法丰富和弥补了国家制定法控制

机制的不足，在执法中成为一种有效的补救手段和协同方式。能弥补国家制定法比较抽象、原则的缺陷。在农村中这种作用更为明显。贵州从江县侗族 1979 年利用“款”形式重新制定了《信地新规》16 条，社会秩序明显好转。滇西北彝族用习惯法中的“警标”保护山林，禁止放牧和砍伐，执法效果十分明显。

再次，制定法不必要也不可能调整所有的社会关系，但制定法不调整的某些“边沿地带”，会对制定法的贯彻实施有影响，这些边沿地带是由习惯法这一类“准法”调整的。例如，习惯法对小偷小摸防治得越好，防治大偷大盗的法制也会越好。

### ③在司法方面

我国宪法第 116 条规定：“民族自治地方人民代表大会有权按照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。”我国刑法也规定：民族自治地方可以“制定变通或者补充的规定”。（27）中共中央 1984 年五号文件指出：“对于少数民族中的犯罪分子，要坚持‘少捕少杀’，在处理上一般要从宽”的政策。这已成为我国少数民族地区适用刑法指导性的刑事政策。简称为“两少、一宽”。这些政策和法律的规定，确定了我国少数民族从宽的特殊刑事责任原则。（28）因为在少数民族地区自然条件差，交通闭塞，经济文化都比较落后。传统习俗与习惯法有深远影响。由此产生了一些少数民族特殊案件。对这些特殊案件，如果不加区别，生搬硬套制定法的规定，按汉族地区或普通地区一般情况处理，就可能引起不良的社会后果。因此，在少数民族聚居地方必须既坚持法制的统一性，又兼顾民族地区的特殊性。对少数民族中的犯罪分子从实际出发，实行“两少、一宽”的政策，才更有利于民族地区的法制建设，有利于民族的团结和进步。一是与某些少数民族风俗陋习、宗教思想有关的性犯罪和婚姻方面的犯罪。例如强奸、流氓、重婚和奸淫幼女。二是与某些少数民族的迷信思想、宗教派别、历史积怨、山林水源地界争端有关的侵犯人身和侵犯财产的案件。它有时会酿成规模较大的械斗，犯杀人、伤害、非法拘禁、非法搜查、抢劫、抢夺、毁坏财物等罪。一概套用刑法规定处罚，必然加深民族矛盾，怨上加怨，甚至再发事端。一般只限于追究极少数杀人、重伤、抢劫等严重犯罪的刑事责任，而对非法拘禁、非法搜查、抢夺等危害较轻的行为，不定罪处罚。还有在病疫流行时“打鬼”也会涉及到非法侵入他人住宅、毁坏财物、伤害、杀

人的罪名，也属于从宽之列。三是与某些少数民族落后的生产方式以及生活特点相关联系的案件，例如，边沿山区少数民族沿用“刀耕火种”、“毁林开荒”等落后的耕作方法，破坏森林资源，可能涉及盗伐滥伐林木罪，一般宜用教育或用行政处罚。只对个别情节非常严重的，才追究刑事责任，并从宽处罚。在条件成熟的民族自治地方，要在以往实践“两少、一宽”成功经验的基础上，认真分析研究当地少数民族习惯法，运用自治立法权，制定刑事变通执法单行条例。“一些少数民族地区落后状况在相当的时期中可能不会有根本改变，‘两少、一宽’的政策也将在相当一段时期中适用。但是，随着社会的进步，少数民族地区也会逐渐在物质文明和精神文明两个方面都会有较大的改观。在逐步变化过程中，‘两少、一宽’政策也会逐步缩小适用范围，最终达到在各民族中统一适用法律的目标。”（30）

#### ④在守法方面

习惯法是靠具体的潜移默化的传统的力量和特有方式代代相传的。良性习惯法，对于自觉维持法制的作用是巨大的，是普法中不应忽视的一环。由少数民族习惯法形成的习惯法文化，蕴藏着许多朴素的积极的思想，如平等观念，崇尚勇敢、勤劳、自由的观念，民族自治观念，集体主义意识，团结友爱互助观念，尊重传统和敬老的观念等。都对今天少数民族地区的法制建设有不容忽视的积极影响。

#### ⑤对法学理论研究的意义

习惯法的研究，对于法的起源，对于发展有中国特色的社会主义法学，对于建立中国的民族法学都有重要意义。少数民族习惯法为现代法学的研究传递远古至今的信息，提供生动、独特的研究资料。应该纠正以往只重视汉族中央法制研究，只强调学习外来法制经验，轻视习惯法，轻视各民族共同缔造了法制文化的偏颇。

但是不可否认，少数民族习惯法中也含非良性因素，有落后的一面。一是有的与现行制定法有冲突。二是习惯法中夹有神判等某些不科学的内容。三是习惯法中有些陋规不利于生产和生态保护。因此，对不良习惯法要倡导改变，坚持国家法制统一的原则，维护制定法的权威和尊严。但是，这种改变要在充分协

商、耐心教育的前提下，依靠本民族的先进人物和志士仁人，由他们率领本民族的群众自觉自愿地进行。

废旧立新的民族才是有希望的民族。

注释：

(1) (15) 杨怀英、黄名述、程正宗著《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》，四川人民出版社 1994 年出版，62 页、11 页、3 页。

(2) 《广西瑶族社会历史调查》第一册广西人民出版社 1984 年出版，78 页。

(3) (16) (17) 范荣贵著《少数民族习惯法》，吉林教育出版社 1990 年出版，17 页、23 页、24 页。

(4) 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社 1984 年版，87 页。

(5) 沈宗灵主编《法学基础理论》，北京大学出版社 1988 年出版，56 页。

(6) 秋浦著《鄂伦春社会的调查》，上海人民出版社 1987 年出版，202 页。

(7) 冉继周、罗之基著《西盟佤族社会形态》，云南人民出版社 1980 年出版，99 页。

(8) (英) E·S 哈特兰德著《原始法》，伦敦 1924 年版，第 5 页。转引自(美) 霍贝尔著《原始人的法》(贵州人民出版社 1992 年中文版) 18 页。

(9) (美) 霍贝尔著《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年中文版，18 页。

(10) 周勇著《习惯法在中国法律体系中的历史地位》，载于《上海社会科学院学术季刊》1991 年第 4 期。

(11) 田成有著《中国农村习惯法初探》，载于《民俗研究》1994 年第 4 期。

(12) 高其才著《论中国少数民族习惯法文化》，载于《中国法学》1996 年第 1 期。

(13) (法) 亨利·莱维·布津尔著《法律社会学》，上海人民出版社 1987 年版，22 页、25 页。

(14) 武树臣著《中国的“混合法”——兼及中国法系在世界的地位》，载于《政治与法律》1993年第2期。

(18) 恩格斯著《家庭·私有制和国家的起源》，见《马克思恩格斯选集》第四卷169页。

(19) (英)彼得·斯坦约翰·霍德著《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年出版，47页。

(20) 周长龄、李名著《恩格斯关于法律起源问题的经典论述新探》，载于《中国法学》1993年第4期。

(21) (23) (法)勒内·达维德著《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年出版，10页，260—261页。

(22) (法)卢梭著《社会契约论》，商务印书馆1980年版，73页。

(24) 马慧勤等编《民族知识手册》，民族出版社1988年出版，434页。

(25) (26) 苏力著《变法、法治建设及其本土资源》，载于《中外法学》1995年第1期。

(27) 1979年制定的老刑法典第80条，1997年制定的新刑法典第90条均有关于制定变通或补充规定的相同的内容。

(28) (29) 肖扬著《中国刑事政策和策略问题》，法律出版社1996年出版，262页、270页。及赵秉志著《论少数民族公民的刑事责任问题》，载于《中国法学》1988年第5期。

作者简介：邹渊，男，贵州民族学院法律系教授。

(本文原载《贵州民族研究》1997年04期，第84~93页)