

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 13020101150321

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

毕节地区彝族婚姻习惯法与我国婚姻法的
冲突与平衡

A Research on the Conflict and Balance between the
Customary Law of Marriage of Yi Nationality and Marriage
Law in Bijie Region

吴涛

指导教师姓名: 宋方青教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2013年4月

论文答辩时间: 2013年 月

学位授予日期: 2013年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2013年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日:

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

近年来，法学界对少数民族习惯法的研究日益升温。这其中，彝族的婚姻习惯法又有着其独特的魅力和意义，它是彝族社会运行状况和伦理道德强化的符号，也是民族法律制度的重要组成部分。它显现着彝族人民的婚姻观念和文化内涵，凝聚和反映着这个民族传承、演变的历史进程。因此，研究彝族的婚姻习惯法，是发掘其民族文化和精神的有效途径。事实上，只有深入的发掘和理解，才能寻找到彝族婚姻习惯法和国家制定法之间的契合点，以期促进社会和谐运行和良性发展。

当前学界对彝族文化的研究主要集中在四川的大小凉山地区，而对于同样拥有璀璨文明的毕节地区彝族文化，目前还鲜有学者涉足。大量的彝文原始文献尚未找到知音，反倒有诸多社会学学者就服饰、舞蹈、语言文字等文化因子对毕节地区彝族文明进行了深入的探讨。目前学界对于习惯法对彝族婚姻的影响关注度比较高，但总体上保持一致，普遍认为落后的同族内婚、等级内婚等违反《婚姻法》关于婚姻自由、禁止近亲结婚的原则。同时，学界也关注到彝族婚姻习惯法中积极的一面，如姨表不婚、家支外婚等。

本文通过实地走访调查和查阅相关文献原始材料，结合相关法理学的知识，总结出毕节地区彝族婚姻习惯法的原则和主要内容，并对其现代化转型的现状进行分析和解读，引发对法的演进、法的运行、习惯法与国家制定法的有效融合等命题的认识和深思。具体而言，本文在体例上由引言、正文和结语组成。引言主要是对毕节地区彝族文化做简明扼要的介绍；正文第一部分介绍毕节地区彝族婚姻习惯法的基本原则；第二部分介绍毕节地区彝族婚姻习惯法与我国《婚姻法》的冲突与平衡；第三部分介绍毕节地区彝族婚姻习惯法的现代化转型的意义，以期深入探求毕节地区彝族婚姻习惯法和国家《婚姻法》实现价值契合的有效路径。

关键词：彝族；婚姻习惯法；现代化转型

ABSTRACT

In recent years, the legal community rises more enthusiasm on studying customary law of ethnic groups. Including these research, marriage of Yi people is the hottest for its unique charm and significance. It is a symbol of Yi people's social functioning and morality strengthening it is also an important part of national legal system. Not only emerging Yi people's cultural intension and conception of marriage, but also its particular tradition and history. Therefore it is an effective means in researching Yi people's customary of marriage to seek its culture and spirit. As a matter of fact, only by excavating and analyzing could find a channel in osculating Yi people's customary law of marriage and Marriage Law. In the hope of promoting social harmony and benign development.

The current academic research focuses on the culture of Yi people in Sichuan daxiao liang mountain regions. But as another splendid civilization region of Yi people, Bijie has not enough been said, a mount of Yi people's original documents have not find a faithful friend. Conversely, sociologists' research is fruitful in clothing, dancing and language. etc in this area. The community pays more attention to the marriage principle presently, but rarely has diverse views on the whole, it is generally recognized that unenlightened endogamous marriage and hierarchal endogamy have violated Marriage Law on liberty of marriage and consanguineous marriage forbidden. At the same time, the community has also focuses on the affirmative aspects of it, such as parallel cousin unmarriage, family outside marriage.

The paper summarizes Yi people's customary of marriage on principle and main contents by visiting and investigating as well as consulting literatures, and to undertake a situation analysis and study on its modernization transformation. Triggering on the evolution of the law, operation of law, and a effective

integration between customary law and national law of the propositional knowledge. Particularly, this paper includes foreword, body and peroration. In the introduction part, an attempt is made to present a rapid survey of the subject; secondly, Yi nationality's customary law concerning marriage and the State marriage laws conflict and balance; thirdly, the modernization significance of marriage and customary law of Yi people in Bijie area, all of the above is to find a way to make Marriage Law and the customary law scumbled.

Key words: Yi people; customary law; modernization transport

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

| | |
|---------------------------------------|-----------|
| 引 言..... | 1 |
| 第一章 彝族婚姻习惯法概述 | 3 |
| 第一节 国内外关于少数民族习惯法研究综述 | 3 |
| 一、国外关于少数民族习惯法研究的历史及现状 | 3 |
| 二、国内研究现状 | 6 |
| 第二节 毕节地区彝族婚姻习惯法概述 | 9 |
| 第三节 毕节地区彝族婚姻习惯法的主要内容 | 15 |
| 第二章 彝族婚姻习惯法与婚姻法的冲突与平衡 | 28 |
| 第一节 彝族婚姻习惯法与婚姻法的冲突 | 28 |
| 一、我国《婚姻法》的原则相冲突 | 28 |
| 二、在缔结与解除婚姻关系的实质要件方面存在的冲突 | 29 |
| 第二节 彝族婚姻习惯法与婚姻法的协调 | 30 |
| 一、进行协调的必要性 | 31 |
| 二、进行协调的可能性 | 33 |
| 第三章 毕节地区彝族婚姻习惯法的现代化转型及意义 | 36 |
| 第一节 毕节地区彝族婚姻习惯法的现代化转型的表现 | 36 |
| 第二节 毕节地区彝族婚姻习惯法现代化转型的意义 | 37 |
| 结 语..... | 40 |
| 参 考 文 献 | 42 |
| 致 谢..... | 44 |

CONTENTS

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Foreword..... | 1 |
| Chapter 1 Overview on the Marriage Customary of Yi Nationality | 3 |
| Subchapter 1 Overview on the Customary Law of the Ethnic Minorities | 3 |
| Section1 The History and Current Status of Customary Law on Ethnic Minorities in Foreign Countries..... | 3 |
| Section2 Domestic Research Situation | 6 |
| Subchapter 2 The Marriage Customary of Yi minority in Bijie Region | 9 |
| Subchapter 3 The Main Content of Marriage Customary of Yi Minority in Bijie Region | 15 |
| Chapter 2 The Conflict and Balance of Yi Nationality's Customary Law Concerning Marriage and Marriage Laws..... | 28 |
| Subchapter 1 Yi People's Marital Conflicts Between Customary Law and Marriage Law | 28 |
| Section1 The Conflict with the Principles of the Law on Marriage... .. | 28 |
| Section2 Concluded with the Dissolution of the Marriage of Substantive Elements of Conflict | 29 |
| Subchapter 2 Coordination of Yi Nationality's Customary Marriage and Marriage Laws | 30 |
| Section1 The Need for Coordination | 31 |
| Section2 The Possibilities for Coordination | 33 |
| Chapter 3 Modernization and its Significance in Bijie Region of Yi Nationality's Customary Marriage | |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| | 36 |
| Subchapter 1 The Customary Marriage's Modernization of Yi Nationality in Biejie Region | 36 |
| Subchapter 2 The Customary Marriage Meaning of Modernization of Yi Nationality in Biejie Region..... | 37 |
| Epilogue | 40 |
| Bibliography | 42 |
| Acknowledgments | 44 |

厦门大学博硕士学位论文摘要

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引言

彝族是一个具有悠久历史和灿烂文化的古老民族，现主要居住在我国西南黔、滇、川、桂四省的高寒山区，人口近 800 万，仅次于壮、满、回、苗、维，位居全国少数民族人口数的第六位。彝族是我国历史上最古老的少数民族之一，其先民远古时期便生活在今陕西一带。漫长的历史变迁中，其逐渐分成了“武、乍，糯、侯、布、默”六个支系，即后世所称的“六组”。西汉末年，“默”支系的首领勿阿纳开始带领部族由滇东北向黔西北迁徙，到东汉光武年间，建立了以今贵州省大方县为中心，以彝族为主体，由多民族共同组成的彝族奴隶制国家“慕俄格”王国。

从东汉至清初的一千多年间，今贵州毕节地区归彝族世袭统治，在这块土地上，勤劳的彝族人民创造了灿烂的本族文明。《大定府志》记载：“自汉后主建兴三年至康熙三十七年，凡千四百七十四年世长，彝人受命于中朝，为蛮长，为罗殿王，为姚州刺史，为顺元宣抚使，为贵州宣抚使，号凡六更，而于其国……”从公元一世纪到十七世纪，彝人政权在黔西北延续了一千七百多年。他们为黔西北高原的开化、开发做出了卓越的贡献，并在实践中创造了灿烂的彝族文化，留存至今的丰富彝学文典，使毕节地区成为继四川大小凉山地区之外中国彝文化研究的另一个重要阵地。当地保存完好，真实反映当时彝族社会生活原貌的原始记载，无疑为研究毕节地区彝族习惯法提供了丰富的第一手材料。同时，由于交通不便导致的长期封闭和“土司制度”的存在，毕节地区彝族的婚姻家庭习惯法又具有区别于其他彝族聚居区的特点。本文试图通过实地考察，以走访当地彝族乡民和查阅材料相结合的方式，再现如今彝族人民在婚姻习惯法上的独特个性，以期寻求到一条与国家婚姻法相契合的路径，达到保护彝族人民的风俗习惯的同时，亦不与国家相关法律法规相冲突。

《牛津法律大辞典》中，习惯法被定义为：“人们公认并视为具有法律约束力的一些习惯、惯例和通行的做法”。即具有法律约束力的风俗习

惯均可被认为是习惯法。有学者将其进一步界定为：“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，适合于一定区域的行为规范，它的实质是惩处破坏社会秩序的行为的法则。”^①。毕节地区彝族的婚姻习惯法产生并发展于其独特的历史演进、社会环境中，是彝族社会形态、价值观念、共同意识的集中表现和浓缩反映。通过对毕节地区彝族婚姻习惯法的原则、内容及其现代化转型的事实进行解读和分析，对我们进一步完善当代法律制度，总结和反思国家法治进程中的多元化思路提供借鉴和方向。

^① 吴大华，论民族习惯法的渊源、价值与传承—以苗族、侗族习惯法为例[J].民族研究,2005.（6）:12.

第一章 彝族婚姻习惯法概述

第一节 国内外关于少数民族习惯法研究综述

一、国外关于少数民族习惯法研究的历史及现状

从某种意义上来说，国外法学界研究习惯法的历史及所取得的成果主要体现在法人人类学领域。法人人类学的萌芽最早可以追溯到 18 世纪，在孟德斯鸠挑战古典自然法学派理论（*natural law of the classical*）的论著中我们可以找到这一例证。孟氏提出了影响法律基础的一些他称之为“相对的、偶然的关系”的因素，这些因素包括气候条件、地理环境、宗教信仰以及特定国家的政治结构等。所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。^①显而易见，孟氏的理论极大地挑战了信奉绝对的、普适的法律原则的古典自然法学观点，从而为法人人类学关于不同文化群体间法律的比较研究、法在群体内部的整体研究，以及法的动态研究等奠定了可能性和思想准备。因而后来的许多法人人类学家将孟氏视为法律制度变迁之父和法人人类学的思想先驱。^②而 19 世纪的德国历史法学派著名代表人物萨维尼（Savigny）更是把孟氏的这种关于法律相对性的理论往前推了一大步。萨氏认为，法律深深植根于特定民族历史之中，取决于民族精神和民族意识，并将法律视为社会存在整体中的一部分，因此也为法人人类学从不同民族文化间的角度出发探讨人类早期的法律制度在不同文明个体中的地位和作用，从事动态性的研究提供了理论支持。可以说，萨维尼和孟德斯鸠一起，奠定了法人人类学萌芽的基础。总体上，早期人类学家的兴趣在于探究原始社会法律、法律史及法律制度，对财产占有和继承、谋杀、渎神、乱伦及通奸给予了极大的关注。如梅因（Maine）认为，应当通过研究躲藏在法典后面的法律现象去探析社会的历史和法律的源起，他于 1861 年发表的《古代法》，毫无疑问是影响最大的早期法律人类学的

^①[法]孟德斯鸠. 论法的精神[M].北京:商务印书馆,1959, 7-8.

^②张冠梓.法人人类学的理论、方法及其流变[J]. 国外社会科学, 2003. (5): 26.

传世巨著。可以说,从 19 世纪 60 年代起,法人人类学得到了全面的发展,相关的著作纷纷问世。除了《古代法》,梅因的《东西方村落共同体》、《惯例的早期历史演进》、《早期制度史》、《早期法律与习惯》,瑞士法学家巴霍芬(Bachofen)的《母权制》、英国学者麦克伦南(McLennan)的《原始婚姻》、斯宾塞(Spencer)的《社会学研究》、美国进化论者摩尔根(Morgan)的《古代社会》及恩格斯的《家庭、私有制与国家的起源》等都是这一阶段的作品。

如果说早期的法人人类学者注重古代或原始社会的法律史及法律制度的研究,从而推进了法人人类学的向前发展,那么英国著名的功能主义人类学家马林诺夫斯基(Malinowski)则强调通过观察和考虑人们的日常行为,以及这些行为背后的文化因素,进而探析法律与人类之间的互动关系。他历经三年在特罗布里恩德岛进行田野调查并于 1926 年发表的《原始社会的犯罪与习俗》对法人人类学的发展及习惯法的研究具有划时代的意义,他开启的这种用田野调查、民族志记载和比较研究的方法来探讨原始社会法律制度的研究进路使得法人人类学在 20 世纪初有了新的发展。自马氏开始,法人人类学家纷纷开展广泛的田野调查,实地参与到当地的法律实践中去。而到了 20 世纪 40 年代初,法人人类学开始关注对法律案件的研究。美国学者霍贝尔(Hoebel)和卢埃林(Llewellyn)合著的《切因纳人的习俗:原始法理学中的冲突案例法》成为这种倾向的标志,霍氏于 1954 年发表的《原始人的法》就更是把这种转向体现得淋漓尽致。他指出,法律之所以有意义,就在于它是基于该文化所特有的基本假设,要理解法律,就必须理解这些基本的文化假设。由于不同文化对法律术语的理解是不同的,所以,在人类学研究法律的过程中,一直伴随着这样的问题,就是如何对法律进行定义的问题。^①霍氏尤其推崇案例方法,极力主张研究事故、争端、冤情和纠纷的实例,考察它们的性质及其发生的原因和过程,如果可能的话,还要考察动机和结果。

从 70 年代开始,法人人类学的研究在理论深度、研究方法、问题等方面都有了进一步的发展。法人人类学较为集中的议题是探讨法的规则与过程、

^①张冠梓.法人人类学的理论、方法及其流变[J].国外社会科学,2003,(5):28.

法律多元主义和法的政治经济等问题。^①此后，法人类学家们开始关注纠纷的解决程序，主张把权力放在其中去考察，强调规范的重要性。而关于法的本质、法的概念、法的渊源则仍然是学者们继续争论不休的主题。如格尔茨（Geertz）提出法律是一种“地方性知识”，波斯皮士尔（Pospisil）、菲茨帕特里克（Fitzpatrick）和千叶正士等人的“法律多元主义”理论等。

如上所言，对习惯法的研究，就国外而言，主要体现在法人类学领域。同时，也有一些学者从历史学、民族学、社会学等角度对习惯法进行阐释。如美国学者昂格尔、埃尔曼都认为存在着习惯法，不过二者对待习惯法的态度迥异，前者将法律分为习惯法、官僚法和法律秩序三种，而后者在他的著作《比较法律文化》中提出了“习惯让位”的观点。法国的布律尔则提出了与埃尔曼大相径庭的观点：“在广泛的含义中，习惯法在暗中制定新的法律，犹如植物和动物还未出生时的潜在生命，它是法律规则的生命力，它的应用范围是无限的，可以毫不夸张地说，它是法律的惟一渊源。”

^②奥地利法学家凯尔森和埃利希对习惯法也有深入的研究：凯尔森将习惯法作为与制定法并列的法律的两种基本类型之一，并认为习惯法“起源于一个被一般地遵守的行为，在那里行为人并不有意识地旨在创造法律，但他们一定认为他们的行为是符合有拘束力的规范的而不是任意选择的事情”，习惯法同样具有实在性。埃利希则提出“活法”论的观点。德国学者马克斯·韦伯在他的《经济与社会》中分析了习惯对于法形成的意义，以及惯例、习俗和法之间的过渡界限。^③哈耶克在《法律、立法与自由》一书中，对外部秩序和内部秩序进行了比较分析，在论及内部秩序时，就包括习俗、惯例在内的习惯法进行了全面的研究。由于国外的学者所能获取的关于我国法治建设的详细数据资料相当有限，因而专门针对中国的研究并不多，研究成果目前还比较少，在这方面研究得比较深入也取得了一定成果的当数日本学者寺田浩明和滋贺秀三对我国明清时期的民事及司法方面的研究^④

^①张冠梓.法人类学的理论、方法及其流变[J].国外社会科学,2003,(5):28.

^②[法]布律尔.法律社会学[M].许钧译,上海:上海人民出版社,1987.39.

^③[德]马克斯·韦伯.经济与社会[M].林荣远译,北京:商务印书馆,1997.355-368.

^④[日]滋贺秀三,寺田浩明等.明清时期的民事审判与民间契约[M].北京:法律出版社,1998.1-191.

以及高见泽磨对现代中国司法制度的研究。^①

二、国内研究现状

中国学者对于习惯法提出了各种见解，这些理解相较西方学者的理解而言，似乎更能切中中国的问题：

第一种观点是由民族法学者提出来的，即将少数民族习惯法视为“民族法”，著名的民族法学家吴宗金先生提出，依法治国建设法治国家，民族法治的实际与理论问题，需要民族法学提出正面的回答。他简洁明了地指出，民族法治应当是以民族法制为基础，民族法律制度的健全与否，将直接影响到民族法治的状态，民族法制重点是法律的规范化，民族法治重点是法律的程序化。缺乏规范与程序的机制，法治将为空谈。

这种观点的重要价值在于突出了少数民族习惯的生存论的意义，即将其视为一种整体的生活方式，而不仅是单纯的文化观点和意识形态。所谓“法治是文明的一部分，不同的法治形态是不同文明形态的体现、也是不同民族生命形态的价值选择。”^②如此，就将少数民族的习惯视为“民族的生命形态”，具体来说，存在于中华人民共和国境内，55个少数民族在服饰、饮食、居住、生产、婚姻、节庆、娱乐、礼仪等物质生活和文化生活方面，广泛流行的传统喜好、风气、习尚和禁忌等。

生存论意义上的少数民族习惯法突出的是少数民族的政治法律上的意义，由于各个民族的习惯法上的差异根源于各个民族的生活方式的根本不同，那么，在各个民族之间必然存在着差异，而且这种差异是难以消解和融合的，所谓“牵一发而动全身”，在法治变革中，我们无法消弭这种差异，因而在对于少数民族的法律治理的过程中，充其量只能选择“民族自治”的方式。实际上，这也是当代中国政治家们在民族问题上的一个总体的策略，在不同的历史阶段，中央政府为了政府统治的需要，也采取因俗而治的法律制度，维护了国家的统一和民族地区的正常生活。这部分法律制度内容也当然属于民族法制的重要部分。

^①[日]高见泽磨.现代中国的纠纷与法[M].北京:法律出版社,2003. 13—210.

^②温晓莉.亚洲现代法治论衡[M]. 21世纪的亚洲与法律发展(上卷), 南京:南京师范大学出版社,2001. 356.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库