

# 藏族“赔命价”习惯法运作之基础及其批判

淡乐蓉

(青海民族大学 法学院, 青海 西宁 810007)

**摘要:**长期固定不变的藏族社会组织结构(尤其是部落组织)、政教合一的政治制度和藏传佛教的宗教文化决定了藏区社会秩序的控制和维持方式,它们在藏区社会控制中表现出极其有效的勾连关系,是藏族“赔命价”习惯法的基因,决定着“赔命价”习惯法产生、发展和变化的命运。自社会主义民主改革以来,“赔命价”习惯法立基的政治制度和社会制度已经发生了根本性的变化,但高寒地区艰难的农牧业生产生活方式和靠天养畜的脆弱生存环境,仍然使得部落这种人类早期社会的基层组织在国家制定法确立的基层组织之外发挥着类似现代社会保险制度的功能,并且它仍将长期存在,因而与此相联系的“赔命价”习惯法的纠纷解决方式就凸显出其无可替代的作用和地位,“赔命价”习惯法将长期存在,抑或变换形式存在。

**关键词:**赔命价;习惯法;藏族社会;藏传佛教;政教合一

中图分类号:D927

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2014)04-0001-12

藏族“赔命价”习惯法与其说是藏族古代社会针对杀人和伤害案件的一种裁判规则,毋宁说是一种行为规则,因为其在运作过程中更多外显的是双方当事人的“复仇与赔偿”“赔与赎”“付出和接受”等行为方式。因此,运用法社会学关于社会行为的理论和方法对其进行研究,即可一探其内部结构,并实现对其历史合理性和现实合理性的认识和批判。

## 一、藏族“赔命价”习惯法运作之社会基础

马克斯·韦伯通过对行为之合理性的社会学研究,说明社会行为与社会关系和正当秩序之间存在着极为密切的联系。他把合理性分为价值合理性和工具合理性,并以此作为分析和理解社会行为和社会关系的基本概念。<sup>[1]28-59</sup>韦伯首先将社会行为划分为四种类型:“(一)工具合理性行为,这种行为取决于对周遭客体和他人行为的期待,这些期待被行为者当作达到自己合理追求和计算目标的‘条件’或‘手段’; (二)价值合理性行为,即是为某些意识到的伦理的、审美的、宗教的或行为的其他形式的价值本身的信念所决定的行为,它与成功的希望无关; (三)情感行为(尤其是情绪化的行为),是由行为者的特殊情感和感觉状态决定的行为; (四)传统行为,由根深蒂固的习惯所决定的行为。”<sup>①</sup>这四种类型的行为并非是单一性地表现于一种行为当中,它可以是四种行为类型同时寓于同一个行为当中,只是其所占的比例程度不同而已。一般情况下,一个行为中工具合理性在社会进化和变迁中易于扩张,从而与价值合理性之间构成了一种紧张与对立的关系。韦伯还指出:“如果而且只要社会行为取向的基础,是理性(价值理性或目的

收稿日期:2013-10-07

基金项目:国家社会科学基金项目“青海藏区‘赔命价’习惯法研究”(10XFX004)

作者简介:淡乐蓉(1965-),女,四川乐山人,青海民族大学法学院教授,法学博士。

① Weber, M: Economy and Society vol. I, p. 24-25 ed. by G. Roth and C. Wittich University of California Press 1968. 转引自《合理性》,曹卫东译,上海世纪集团,2005年版第22页。

理性)驱动的利益平衡,或者理性驱动的利益联系,这时的社会关系,就应当称为‘社会’。社会的典型基础,是(但不仅仅是)参与者同意的理性协议。这样,在理性场合,社会成员的行为将(1)价值理性地以自己对义务的信仰为指南,(2)目的理性地以对协约伙伴忠诚性的预期为指南。”<sup>[1]70</sup>换言之,价值合理性行为关注宗教信仰、荣誉、个人忠诚、责任等非理性追求的实现,而工具合理性行为有意识地依靠计算和根据地预测、理性地选择手段以达到既定的目的,两者都有合理性存在,但后者所表现出的理性色彩更为显著。其次,他认为:“行为者以其意向为指南而相互发生的社会行为,构成了社会关系”<sup>①</sup>。在韦伯的理论中现代化的过程就是合理化的过程,尽管他更多强调的是工具合理性行为的重要性。在哲学认识论中,休谟的“事实——价值”二元划分论被学界所质疑,但马克斯·韦伯仍然坚持认为工具合理性就是排除价值判断或价值中立的行为,依此理论,亦可认为藏族“赔命价”习惯法工具合理性表现十足。在韦伯的合理性理论中,工具合理性对于不同事实之间的因果关系判断具有事实的性质,它主要被归结为手段和秩序的可计算性,是一种客观合理性。“理性”一般被韦伯用来表示存在一种一般性规则或原则的约束,这种理性的法律是“可以为人类的智力所把握”,是“建立在对意义的逻辑解释的基础上的”<sup>②</sup>。德国学者哈贝马斯也在研究合理性时指出:“无论何时,我们一旦使用‘合理的(rational)’这种说法,也就在合理性和知识之间建立起了一种紧密的联系。”<sup>[2]</sup>根据社会理论,哈贝马斯认为,社会化就是合理化,合理化也就是现代化。社会的合理化和现代化是与社会的世俗化紧密相连的,进而言之,社会合理化、现代化的过程也就是社会世俗化的过程。世俗化即解神秘化,也就是以理性的世界观取代宗教神学的神秘世界观。<sup>[3]</sup>在合理性问题上,韦伯和哈贝马斯都做出过巨大贡献,但两人的合理性理论既有联系又有区别。在韦伯所论述的合理性理论中,他依据形式性和理性的两条标准对法律进行了知识类型的区分。他认为根据形式性标准,即一种法律制度是否“使用内在于这种法律制度之中的决策标准”,法律可以分为形式法和实质法;而根据理性标准,即一种法律制度是否“按照一种统一的决策标准来处理所有类似案件”,法律又可以分为理性法和非理性法。结合这两种标准,就必然产生分别对应于克里斯玛型的天启的法律、僧侣或教士控制的法律体系、“家族制的司法体系”以及现代西方社会特有的法律,<sup>③</sup>即四种类型的法律:形式非理性法、实质非理性法、形式理性法以及实质理性法。循着韦伯和哈贝马斯的理论和观点,对藏族“赔命价”习惯法也可以进行合理性分析。藏族“赔命价”习惯法自吐蕃时期到藏区民主改革前,其工具合理性与价值合理性在特定的社会关系(无论是社会组织关系、社会政治关系和社会文化关系)中都表现出目标一致、社会预期较为统一而且被一定的社会组织施以一定的强制,因而其矛盾和冲突始终能够控制在一定的范围内不会导致秩序的混乱。但是,在当下的转型社会的藏区,国家法与藏族“赔命价”习惯法之间在外显的立法条文、法律理念和司法制度上存在巨大差异,这导致了人们对该项社会行为的合理性因素的重新审视。对藏族“赔命价”习惯法运作的社会关系,尤其是对其根植的社会组织基础、社会政治制度基础和社会文化基础等三方面进行分析和研究,不仅可以更清晰地论证其历史的合理性,而且对该规则在当下藏区社会的恢复适用也有重要实践意义。在藏族社会,氏族和部落是其基本的社会组织 and 结构要素,在藏族民众长期法律生活实践活动中产生的藏族“赔命价”习惯法,刻写着部落的规制和要求,因此可以说藏族“赔命价”习惯法运作之社会基础为藏族氏族和部落组织。任何人首先是一个氏族和部落社会组织的人,他隶属于这个组织,受这个组织的规则约束,脱离这种组织而生存的人在藏族社会中是不存在的。

①② Max Weber, *Economy and Society*, 2 vols, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, Berkeley: University of California Press, reissue, 1978. vol. II, p. 665-976. 转引自郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社,2006年版第113页。

③ Max Weber, *Economy and Society*, 2 vols, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, Berkeley: University of California Press, reissue, 1978. vol. II, p. 761. 转引自郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社,2006年版第115页。

在松赞干布的先祖止贡赞普时期,藏族社会已经进入相对发达的部落联盟阶段,松赞干布将吐蕃划分为以军事组织为主的被称为“五茹”(卫茹、约茹、叶茹、如拉、苏毗茹)的5大行政区、18个地方势力范围和61个豪奴千户。至此开始,部落长期保留,虽然在吐蕃王朝之后又历经历代中央王朝的长期统治,但囿于从中央到地方的各级政府都对藏区采取羁縻政策,加之地理和历史等原因,部落组织到1959年民主改革前仍然对藏族社会成员的行为方式产生着重大的影响。在这样的社会小群体中,生发于其内部的规则具有相当持久的生命力。从英国学者哈耶克的“内部规则”的法律观分析,藏族“赔命价”习惯法是适用于藏族部落社会的自生自发的秩序,该内部规则的生成和发展以及持续的运用,具有历史和现实的合理性,但也充分暴露出其致命的弱点,需要进行批判。依照哈耶克的内部规则和外部规则理论,可以将藏族“赔命价”习惯法视为藏族社会的内部规则,而将国家法视为外部规则,两者之间的矛盾和冲突是可以调和的,因为它们必须通过消弭冲突实现共同追求的秩序。根据韦伯的法律类型学划分,藏族“赔命价”习惯法主要表现为实质理性法的类型。藏族“赔命价”习惯法表现出的追求个人对氏族、部落的忠诚,对藏传佛教信仰的虔诚以及对英雄的荣誉的珍视等都说明了藏族民众对价值合理性的追求,虽然其中也不乏工具合理性中计算得失、支付命价款额、防范对方复仇或违背和解协议等内容,但比较两种合理性,藏族“赔命价”习惯法在对前者的追求方面表现得更为强烈。正如涂尔干所指出的:“通过那些用来规定处于各种关系中人的正常或被希望的行为的制度,就一定能描述社会结构。一个特定地区的社会生活的结构特点,是由处于制度关系中的个人所有那些代代相传的配置所组成的,而通过总体上构成社会生活的行动和相互行动可以发现该社会的制度关系。”<sup>[4]</sup>藏族“赔命价”习惯法所反映的藏族社会的组织结构和人等制度,说明了“法律的终极原因是社会的福利。未达到其目标的法律规则不可能永久性地证明其存在是合理的。”<sup>[5]</sup>它通过该习惯法表达了对藏区社会各等级对合理性(一种预期)社会关系的目标追求。社会主义民主改革前的藏族“赔命价”习惯法的适用在当时既具备了形式上的合理性,又同时具备实质上的合理性,同时由于藏区不同区域的大小政权都对此予以认可和执行,因此其消除了冲突和矛盾。藏族“赔命价”习惯法在当下转型中国社会中的恢复适用,也可以运用哈耶克的理论来予以分析和说明。哈耶克指出:“近来,我们不仅看到了组织思维的强劲复活之势,而且也看到了人们对市场秩序之运作的理解或认识的衰减趋向;情势之所以变得如此,其间的一个原因就在于有越来越多的社会成员都变成了大组织的成员,因而他们的视域也就被局限在了这类组织的内部结构所要求的层面上。”<sup>[6]233-234</sup>藏族“赔命价”习惯法在藏区民间的恢复适用,也是其长时间与国家制定法进行博弈、较量的结果,经过多次试错的经验积累,现在基本发展演变为国家法对当事人在杀人或伤害刑事案件中民事诉讼部分的调解协商过程不管不顾的权力缺席状态,在判决书中对高额的死亡赔偿金和精神抚慰金予以认可,并以此作为减轻加害人刑责的依据。根据调研,藏族“赔命价”习惯法实际上在民间社会更加有效和有力。近90%的纠纷是通过这种形式解决的,而且由此还在藏族社会民间形成和产生了一些仲裁人或调解人。国家法之合理性主要表现为工具合理性,它并不关注人生和社会的目的,更多地排除非理性因素的影响,以程序、手段和目的来决定处理案件,因此就发生了合理性的分裂,导致不能在体制内实现行为合理性追求的一方,必然采取法律规避行为,致使内部规则和外部规则的冲突和裂痕愈加严重甚至对立。藏族“赔命价”习惯法与国家法之间的冲突和紧张关系之处理难点在于:它涉入了国家必须介入的有关严重的刑事犯罪和影响广泛的经济纠纷和社区纠纷,而这些是国家法社会控制的重点领域。

从博弈论中“囚徒困境”的理论分析模型出发,藏族“赔命价”习惯法在当下中国转型社会的适用显然是一种合乎时机的选择。因为,自上而下的政府推进式的法治模式产生了极大的负面影响,其中“对法律的蔑视和对法律玩世不恭的态度一直是由对当代有时被称为法律形式主义的反叛激起的。”<sup>[7]47</sup>尽管“新的法学不是凭空的创造。虽然它是对过去的有意识地反动(常常以某种更早的过去为名),但也是对先前存在的制度和思想的再创造。”<sup>[7]59</sup>而藏族氏族和部落组织成为其最为有力的社会组织基础,因为团体责

任使人们在现代化过程中对价值合理性亦产生了深刻的迷恋。正如马克斯·韦伯所指出的“在个别场合内,平均状况下或者在纯粹模式里,如果只要社会行为取向的基础,是参与者主观感受到的(感情的或传统的)共同属于一个整体的感觉,这时的社会关系,就应当称为‘共同体’”。<sup>[1]65</sup>而“社会关系可以根据传统的或者表现为章程的秩序,对其参与者造成下述后果:(1)每个参与者的特定行为方式被归属为全体参与者(普遍连带关系的成员)的责任,或者(2)某些参与者(“代表”)的行为被归属为其他参与者(“被代表者”)的责任。此时,后者既能获得机会,也须承担后果。”<sup>[1]75</sup>“一种社会关系(共同或社会)可以成为普遍连带关系,也可以成为代理关系。至于它究竟成为哪种关系的条件,我们只能一般地指出,社会行为的目的指向暴力斗争或者指向和平交换的程度,是最重要的决定因素。”<sup>[1]75</sup>同时一个团体的秩序的形成,也必须有所依靠,正如“一个社会的订立为章程的秩序,可以经由(1)自由的契约或(2)强制和服从而产生。一个团体内的统治权力,可以要求成为能够强制推行新秩序的正当权力。现行统治权的强制力量,在一定程度、方式和前提条件下得到服从的实际可能性,应当称为团体的宪法。根据有效的秩序,前条件中除了各种各样其他条件外,尤其包括了听取团体参与者中某些集团或小部分人的咨询或者取得他们同意的条件。”<sup>[1]82</sup>在藏族社会部落中上述社会关系以及与此相关联的秩序都与此相符合,所以,部落和氏族是藏族“赔命价”习惯法的社会组织基础,如果没有这个社会组织基础,“赔命价”习惯法也难以保持如此之久的效力。藏族社会中部落和家族作为基本的社会组织在藏族“赔命价”习惯法的运作中是最为重要的社会组织条件。同时在藏区所进行的实证调研中发现,在较为发达的城市地区,适用藏族“赔命价”习惯法的人就少一些,越是靠近牧区乡间藏族“赔命价”习惯法就越为有效,由此也说明城市化进程中传统社会组织的作用在衰落而人的个体化日益明显。

## 二、藏族“赔命价”习惯法运作之政治基础

藏族“赔命价”习惯法自公元 7 世纪吐蕃赞普时期萌芽至上个世纪 50 年代藏区社会主义民主改革前为止从制度层面上被废止,其在藏区保持了千年断续不变的有效性,其在当下转型社会时期的藏区又恢复适用,有学者将其原因归结为“宗教干预司法”,<sup>[8]</sup>然而通过对相关历史文献的研读、分析并结合田野调查后可以认定这种观点是特定的法律意识形态化认识论下的观点产物,是对规定和影响藏族“赔命价”习惯法运作生发机制的概念化误识,是一种封闭性法意识形态论和国家主义法律解释观下的必然结论。藏族传统“赔命价”习惯法的运作和有效性保持的主要原因在于自元朝萨迦派统治西藏时开始的政教合一制度,它是藏族“赔命价”习惯法在藏区社会千年运作之政治基础。

关于政教合一的制度,恩格斯曾指出:“在新教国家里,国王就是 Summus episcopus(总主教),他把教会和国家的最高权力集于一身,这种国家形式的最终目的是黑格尔所说的政教合一。……现在君主集一切权力(人间的和天上的)于己身,他这位人间上帝,就标志着宗教国家的登峰造极。”<sup>[9]</sup>在政教合一的政治制度之下,社会的控制规范也自然是神权政治理论下的产物,藏族“赔命价”习惯法也不例外,它一方面是藏传佛教的道德规范要求,另一方面又表现为世俗君主的命令,从精神心理到外在行动都必须受其制约。所以,藏族社会适用藏族“赔命价”习惯法,对藏族民众来讲,不仅是完成和实践宗教信仰的行为,而且也是履行遵守王法的义务。这从噶玛政权的《十六法》对法律进行的教法、王法和自法的三种分类中可以清晰地展现出来。藏区社会政教合一的制度并不是自始就有的,它也经历了一个从政教分离到政教合一的发展过程。吐蕃赞普时期自松赞干布起开始抑苯扶佛,历经赤德祖赞、赤松德赞到热巴巾崇佛抑苯,佛教僧侣的政治地位和经济地位节节攀升,从王室的宗教顾问逐渐演变为王室的政治顾问,从政府拨付生活费用到“七户养僧制度”的建立,都为僧侣从政埋下了历史和制度上的伏笔。东嘎·洛桑赤列认为:“西藏的政教合一制度并非突然出现的现象,而是在一定的历史条件下出现的有非常深刻的社会基础和

阶级根源的历史现象。”<sup>[10]</sup>政教合一制度使藏传佛教上层僧侣“拿起铃铛是僧人,放下铃铛是官人”,所以在藏区社会具有较高的地位和威信。加之藏区社会寺院就是一所学校,只有僧侣才了解知识、学习文化,所以崇尚文化和知识的藏族民众对僧侣阶层极为尊重。黄奋生认为:“西藏的政治制度,从元朝的萨迦、明朝的帕主,均以法王兼领政治,建立了卫藏政教合一的政权。清初格鲁派第五世达赖虽以法王兼摄政治,而统治权操在世俗藏王和硕特蒙古统治者手里。公元1721年(清康熙六十年),在藏设立四噶伦制处理行政,阿尔布巴事件以后政治实权操于藏王手中,达赖不多过问。公元1750年(清乾隆十五年),取消世俗藏王制度,政务直接统于达赖。分由四噶伦秉承处理,政教合一实质加强。公元1793年(清乾隆五十八年),颁行了“藏内善后章程”,规定达赖在与驻藏大臣平等地位关系上(实际受驻藏大臣的监督指挥)总摄政教两权,政务由其属下噶伦分理。西藏的政教合一制度,由此进一步巩固起来。”<sup>[11]265</sup>“以达赖为首的西藏地方政权是政教合一的形式,宗教统治着政治。”<sup>[11]277</sup>上述历史回溯,说明自11世纪萨迦派归附元朝政权建立政教合一的制度到20世纪50年代藏区社会主义民主改革之前,在近千年的历史发展过程中,藏传佛教是藏族社会民众的精神归依和信仰对象,藏区意识形态领域内的一切产出和输入都与之密不可分,因而藏族社会对“佛、法、僧”三宝的崇敬和尊奉,自然将藏传佛教信仰和对其规则的坚守一并纳入藏族信徒的规则生活里去,因而必然对人们的社会行为也起着无可替代的重要规范作用。

在法社会学领域中,哈耶克对部落社会权威和领袖的研究理论和观点有助于说明和诠释藏族“赔命价”习惯法运作过程中对政治制度的依赖。<sup>[6]246</sup>在吐蕃时期,依靠引入印度佛教文化和教义,以对抗和夺取执掌苯波教教权的贵族侵夺的至高社会控制权力是包括松赞干布在内的王室的目的,依靠熟悉和了解印度佛教文化理念和精髓的僧侣阶层并借助文化革命实现政治上夺权斗争的胜利,则必然在胜利之后肯定、确认其功勋和成就,就当然要赋予其政治和经济上的参与权力和尊荣地位,这也是无可置疑的历史事实。

在藏族“赔命价”习惯法中除了规定保护赞普、王室成员、贵族、头人、千百户等世俗社会上层统治集团成员之外,同时还规定对藏传佛教上中层僧侣权贵集团成员也给予同等的保护和待遇。在《十六法》中规定的三等九级杀人命价赔偿表中,寺院的堪布(寺院的主持人)为上中等级,其命价价值金三百至四百两;扎仓(僧院)的活佛、比丘(出家后受过具足戒的僧人)为上下等级,其命价价值金二百两;寺院扎仓之执事和掌堂师为中上等级,其命价价值金一百四十至一百五十两,各扎仓之老僧命价价值金八十两;各小寺院的僧人属中中等级,命价价值金五十两、六十两、七十两多种。<sup>[12]1-80</sup>从上述司法等级保护的相关规定可以发现,藏族社会结构中,僧人的社会地位极高,即使是一个小寺院的普通僧人也被列为等级制中的中中等级,由此说明僧侣阶层因其在藏族社会的科层制中占据着不同的等级,因而受到与世俗权贵同等的司法保护和优待。至清王朝时期建立起的以达赖为核心的噶厦政府和班禅的堪布会议厅委员会实际上都是政教合一的地方政权,此外在藏传佛教僧侣社会中也建构起了相当于一个与世俗社会中的科层制的等级体系。<sup>[13]</sup>在西藏和平解放前,寺院是三大领主之一,占有了西藏全部耕地的1/3左右,还拥有几十万人口的农奴。实际上藏传佛教寺院的上层僧侣集团与世俗的农奴主权贵并无两样,都是藏族旧社会的统治集团的成员,只不过他们披上了袈裟而已。根据藏传佛教教义,僧人备受礼遇和尊崇,在藏区民间有“喇嘛高于部落,日月高于山巅”“高僧当众作决断,官是法王也难变”等谚语,对等级地位较高的僧侣在断决纠纷案件中的作用予以肯定,也表现了其对社会俗务的价值评判和解决能力的认可;同时也有“金鹅(指喇嘛、善知识、上等人)不得用网擒,毒蛇(指具有法术的巫师)勿须赶下坡”等谚语,对僧侣集团成员在遭遇讼事纠纷时也不得将其视为普通人看待,必须体现司法程序上的特殊礼遇和保护。此外《十六法》还通过“盗窃追偿律”“亲属离异律”的相关规定,对其财产权利进行保护。“盗窃追偿律”规定:“偷三宝者赔偿八十倍”,而“三宝”(佛、法、僧),主要就是指盗窃喇嘛、僧迦的财物以及佛殿之献供物,就必须予以重惩;在“亲属离异律”中规定:家中兄弟分家析产,若有为尼者,要给他们留下厨具、份地或者送去食物,留

下缎质披肩等物,同样对僧人也要明智地分给财产。<sup>[12]1-80</sup>通过对《十六法》从整体上考察,可知藏族“赔命价”习惯法等藏族旧时代的法律,对僧侣集团和成员无论从人身还是财产方面都给予了高于一般俗人的特别保护,充分体现了作为以佛教教义为核心的藏传佛教政教合一制度对其社会统治的共同执掌集团及其成员的社会政治、经济和文化权利以及司法特权毫无二致的一体保护的史实。也正是因为这个原因,藏族历史上当藏传佛教势力膨胀权倾一时,几乎藏区每家都有人出家,使得社会劳动力大量锐减,这说明出家作为僧侣已成当时人们摆脱初始卑微身份上升成为具有较高社会身份的等级成员的途经之一。

综上所述,由于僧侣阶层是藏区社会控制的权力来源的另一终端,因此在藏族“赔命价”习惯法适用过程中,请僧侣调解纠纷、决断权利和义务之争就是顺理成章的事情了。哈耶克对部落规则的研究理论很能说明僧侣集团在藏区社会推行以藏传佛教教义为核心的包括藏族“赔命价”习惯法在内的规则的意图。<sup>[6]252</sup>通过藏族社会政教合一的制度,僧侣们不仅如同世俗权贵一样对社会施加管理和控制,同时还因其特有的神权外衣的迷惑,不经意地实施了社会管理上的文化渗透和熏染,并通过将宗教道德规范与部落道德规范、社会正义三者相混淆,模糊其区别,含混地整体推销给藏区民众,从而为其身份等级制度的确立和巩固服务。由此,藏族社会政教合一的制度,是适用藏族“赔命价”习惯法的不可或缺的政治制度基础。

### 三、藏族“赔命价”习惯法运作之宗教文化基础

藏族“赔命价”习惯法本身就是吐蕃赞普时期依据佛教十善法<sup>①</sup>宗教道德原则为核心制定的成文习惯法规则,因此在研究藏族“赔命价”习惯法的适用中无法也不可能回避藏族社会的法律与藏族社会的宗教的关系问题。正如张辛南所揭示的:“欲明了西藏之文化、政治及人民生活之状况,非对喇嘛教有一种详确之解剖不为攻。”<sup>②</sup>

藏传佛教不仅是生发藏族“赔命价”习惯法规则的宗教文化理论土壤,同时也是藏族“赔命价”习惯法得以运作的宗教文化基础。王辅仁认为:“吐蕃王朝扶植佛教的原因,主要是企图利用发展佛教,解决统治阶级内部王室和贵族之间的矛盾。当时王室主张和唐朝和盟,以巩固自己的集权统治,而贵族权臣则主张通过战争取得实际利益。佛教宣传的反对战争,主张和平的教义,对赞普系统有利,也可以说王室主和的理论基础是佛教,并且利用这面旗帜来巩固自己的权力。另一方面王室发展佛教也是为了对付敌对阶级,由于这时吐蕃奴隶制社会的全盛阶段已经过去,阶级矛盾,特别是对立阶级之间的矛盾更趋尖锐,奴隶反抗斗争的事件也逐渐增多,在这样的社会背景下,佛教必然成为王室用来对付被统治阶级的一个工具。”<sup>[14]37</sup>实际上,在松赞干布统治之前的藏地,本土原始的苯波教教义和仪轨发挥着社会控制规范的作用,“苯”“仲”“德乌”等苯波教教义规范着藏族社会成员的行为方式,然而掌握苯波教教权的贵族权倾朝野,左右着王朝的命运,而残存着原始部落制色彩的苯波教平等观念却无力给权力争夺战中处于劣势地位的吐蕃王室提供支撑其政治权力和地位的理论支持,因此选择引入暗含王权至上和等级制观念的印度佛教文化亦是当时吐蕃王室进行文化革命和制度变迁的必然选择。随后,从公元 7 世纪松赞干布时期到 13 世纪萨迦地方政权建立为止,藏族“赔命价”习惯法的生成演变轨迹不仅说明了藏族在保持其苯波教本土文化主体性的同时,历经与异质的印度佛教文化之间的冲突、博弈和融合,最终兼容并蓄地融合了印度佛教文化中的优秀成分,创新生成了独特的藏传佛教文化;同时也说明了从对苯波教残酷的血祭仪

① 十善法:主要规定了“十戒”,包括“身三”,即不杀、不盗、不淫;“口四”,即不两舌、不恶口、不妄言、不绮语;“意三”,即不贪、不嗔、不痴。见尕藏加:《雪域的宗教》,宗教文化出版社,2003 年版第 205 页。

② 张辛南:《西藏喇嘛教》,转引自王尧等著:《中国藏学史(1949 年前)》,民族出版社、清华大学出版社,2003 年版 175 页。

轨的否定和抛弃到对苯波教原始宗教道德和教义的相应改造,从自然崇拜中的血祭规则转变为佛教的杀生禁忌规则,逐渐演变成藏传佛教宗教道德规范,再由宗教道德规范嬗变为藏地世俗成文习惯法规范,反映出在藏族社会中人类法律和规则的演变进程中文化的决定作用和意义。藏族“赔命价”习惯法正是这个过程中宗教和法律融合的产物,实施和适用藏族“赔命价”习惯法不仅表现出对同一民族的文化认同,而且表达了对宗教道德规范的信仰式的坚守和践行,而否定藏族“赔命价”习惯法的效力,则表明否定藏传佛教的文化意义,特别是表现和反映出对藏传佛教道德规范和教义的背叛和悖逆,因此,藏区民众在从精神上恪守藏族宗教信仰的同时又从外在行为中表达对宗教信仰的坚守,因此遵守藏族“赔命价”习惯法就成为极其重要的宗教信仰行为和意思表示。“西藏佛教之所以对藏族社会有那么深重的影响,很重要的一点就是它有经济后盾,有政府给它支持,而且它还直接地参加到政治、经济的事务中去。”<sup>[14]39</sup>所以体现和反映藏传佛教精神实质的藏族“赔命价”习惯法至今影响着藏族社会的法律生活实践、行为方式和解纷方法。

在人类发展的漫长过程中,宗教也曾作为一种重要的社会控制规范出现,它与法律共享仪式、传统、权威和普遍性四种要素<sup>[15]</sup>,藏族“赔命价”习惯法贯穿着藏传佛教的宗教精神,参与藏族“赔命价”习惯法运作的所有当事人对其相关行为的正当性都是完全依照藏传佛教的教义和十戒精神来诠释的;藏族“赔命价”习惯法的适用实际上就是藏传佛教规范的适用和实践,这不仅解决了世俗的纠纷和矛盾,同时也实现了对世俗政治事务和宗教事务的双项事务的调整和管理;由于政教合一的政治制度,藏传佛教僧侣人员特别是上层人士不仅履行了宗教神职职能,而且也是世俗法律的实施者,他们在执法过程中将神明裁判一并带入诉讼程序中,使审判和裁决程序神秘化。<sup>①</sup>藏传佛教的宗教精神以及在这种宗教中累积起来的传统,对藏族民众的行为规范、行为模式和法律观的型塑力量是极其巨大的,致使藏族“赔命价”习惯法虽然早已被国家法从制度层面废止和禁止,但在宗教信仰自由的政策和法定权利下,又不经意地复活了,成为了民间“活法”,这使得我们不得不反观其与国家制定法之间矛盾、冲突和紧张的关系了,特别是要对型塑这两种不同法律文化的深层因素进行分析。

根据“个人是一定文化的产物,又是该文化的创造者之一。源自不同文化环境的人对同一事物的见解往往有很大的差异”的认识<sup>[16]</sup>,人们对实施和运作藏族“赔命价”习惯法的种种不理解,是民族之间长期的文化阻隔造成的。将宗教视为落后和反文明的观点起源于中世纪后期的文艺复兴时代,资产阶级文化运动倡导以人为本的人文精神,反对和批判神权政治和等级制度,反对人身依附和精神束缚,它是资产阶级反封建斗争在思想和文化领域中的具体表现和反映,开启了否定特权、解放思想的先河。对于我国来讲,对宗教的认识和批判是随着西学东渐和马克思宗教观的传播和推广的进程实现的,但很长的时间里,尤其是在20世纪60—70年代末,宗教几乎在社会民众的眼界中消失了,这与我国长期将宗教视为精神“鸦片”的观念有关,应该说这是对马克思宗教观的误读,也是我国文化大革命左倾认识论下的产物。

认识藏族“赔命价”习惯法所依赖或依据的藏传佛教文化基础,可以在哈贝马斯关于宗教问题的辩证关系中找到答案。宗教可以成为话语伦理的伙伴,给予其在话语政治中以平等地位。“宗教并未像表面上那样被清除和抛弃,而是内化于社会之中;宗教致使社会产生。宗教所保有和保护的规范力量转而通过交往行为产生了效用。”<sup>②</sup>民国时期的学者冷亮曾指出:“西藏人民因受佛教之洗礼,信灵魂不灭之说、轮回因果之报,抱出世主义,重未来,轻现实,重精神之修养,轻物质之享受,故其经济欲望甚低。”<sup>[17]</sup>其实在藏区,因为信奉藏传佛教,尽管通过藏族“赔命价”习惯法的适用获得赔偿,当事人也并不以此为乐,因

① 藏族部落社会采取的神明裁判法主要有油锅捞斧、沸汤摸石、抓取灼铁、抛羊粪蛋、滚糌粑丸、起誓赌咒等方法。见张济民主编:《寻根理枝——藏族部落习惯法通论》,青海人民出版社,2002年版第378-379页。

② Eduardo Mendieta, “Modernity’s Religion: Habermas and Linguisticisation of the Sacred,” in Lewis Edwin Hahn, ed., Perspectives Habermas, Chicago: Open Court, 2000, p. 134. 转引自铁省林:《哈贝马斯宗教哲学思想研究》,山东大学出版社,2009年版第19页。

为根据格鲁派大师宗喀巴“缘起性空”的理论诠释,“赔命价”的藏语构词即为“取得命价并不能变富,支付命价也不能变穷”,他提出缘起性空是藏传佛教教义的“心要”,并从哲学的角度,论述缘起与性空和有无的关系。所谓“缘起”,即“待缘而起”,“如果不是从缘起而生,任何事物都是无,”<sup>①</sup>而“性空”是“自性空”的略写,即一切事物均是无自性的,因此,性空即是缘起。<sup>②</sup>藏族普通民众虽然难以达到对这番深奥的宗教哲理的尽数理解,但法律生活实践中发生过这样的案例:

青海贵德县森多乡 1994 年发生一起杀人案,被告将自家的牛羊折合人民币拾多万元,赔偿了被害家属。而被害家属将拾多万元的财物,用以念经外,将剩余的全部奉献给了一十多家寺院,自己却未留分文。<sup>[18]</sup>

当然,极为虔敬的信徒才会采取此种做法,但这说明藏传佛教作为藏族社会最主要的社会意识形态,它所提供的关于社会、人生和道德的说教,构成了藏族文化的灵魂,决定着人们的世界观和人生观。根据传统,藏族将法律分为佛法、王法和自法三个体系。佛法就是佛教戒律、寺院教规;王法指习惯法、成文法等世俗法律;自法,实际上指社会成员自我约束的道德规范。17 世纪西藏颁行的噶玛·丹迥汪波的《十六法典》,其绪论中引用了“和睦四瑞”的故事,认为自法就是像故事中的动物一样友善互助,遵守自法的功德就如同这四种动物所居之地一样吉祥如意。“和睦四瑞”的原型是佛本生故事,它旨在宣扬佛教因果报应理论。“和睦四瑞”的故事说:从前,有一个地方,年年风调雨顺,牛羊肥壮,五谷丰登,居民友好相处,显得特别吉祥。一个智者注意到这与众不同的现象,便对此地周围进行认真考察。考察后得知,附近山谷之中有大象、猴子、山鸡和兔子四个动物一起生活。它们之间互相帮助,关系十分融洽。每遇河流,大象驮着其他三个动物过河,猴子上树采摘各种果实供给集体食用,兔子和山鸡分别发挥各自善于奔跑和飞行的特长,为这个集体的生存做出贡献。为了对这种友好关系予以推崇,在藏区的寺院以及其他场所的壁画上都绘有“和睦四瑞图”<sup>③</sup>,希望人们能够积极效仿。但它主要还是要说明藏族自法追求的至高价值是和睦、安定,在此和睦和安定的秩序的追求也就是藏民族对社会秩序和正义的追求。与“和睦四瑞图”相关的还有描述藏族关于纠纷解决原则的《猴鸟的故事》<sup>④</sup>,也表现了藏民族对法律和秩序的独特认识和看法。《猴鸟的故事》描写不同种类的动物之间由于争夺领地而引发的矛盾,这种矛盾的本质是争夺食物资源。从故事发展的过程和结局看,在这种冲突中,双方都是平等的主体,解决冲突的办法主要靠实力对比,可能还有其他因素。冲突的结果只有简单的胜负之分,充其量也只是利益分配发生变化,而对主体本身没有过分的伤害。作为一个寓言故事,《猴鸟的故事》其所暗喻的是藏区屡见不鲜且对人民生活和社会稳定危害至深的草场纠纷,同时也说明宗教领袖是调解草场纠纷的能手,调解的结局必定是各得其所、息事宁人。由于藏民族道德思想的核心是重义轻利,注重个体道德修养与宗教教理和宗教道德相结合,使人们一心向佛、失去个性,加之有些人沉迷于宗教生活,追求来世,因而听任宗教道德律令的摆布,更多的命价最后都是作为宗教奉献之用。

在藏区,由于几乎全民信教,加之藏传佛教中以活佛为中心的宗教权威的现实存在,其通过宗教禳解仪轨安慰生存者的心灵,得到信教民众的信赖,因而在超度死者、解决纠纷的方面起到了极大的作用。长

①② 宗喀巴:《缘起赞》,转引自王辅仁:《西藏佛教史略》,青海人民出版社,2005 年版第 168 页。

③ “和睦四瑞图”:在一片水草丰茂、风景秀丽的地方,有一棵硕果累累的大树,在大树旁边,有一头大象安然而立,猴子骑在大象之上,兔子坐在猴头上,山鸡蹲在兔子头顶。它表明这些动物互相尊重、和睦相处,致使地方安定、人寿年丰。

④ 《猴鸟的故事》:在扎喜孜噶地方有一座名叫更藏的大山,其根部为森林,腰部为草山,顶部为雪山。山顶有白狮群居,山腰有以松鸡为主的鸟类占据,山底有虎、豹、熊等各类野兽占有,山麓森林之一角则有许多猴类居住。长期以来,这些动物各在其居地活动,相安无事。然而,有一天一群猴子来到草山,觅食蘑菇和其他果实。鸟类得知此事,认为猴子侵犯了他们的领地,出面交涉,猴子不以为然,引起猴鸟纠纷。起初,猴鸟双方互派使者阐述各自理由,企图压倒对方,纠纷几近战争的边缘,后来,由双方派出的代表组成调停机构,促成相互妥协,纠纷得以圆满解决。



期的政教合一制度使藏传佛教活佛和封建头人在民众心中占有权威地位,长期的部落生活又强化了对这种权威和信仰的认识,致使民众对他们依藏族“赔命价”习惯法调解解决纠纷的方案言听计从。但依据拉兹关于“合法性政治权威在某种程度上必须是有效权威”的观点<sup>[19]</sup>,当下藏传佛教活佛、旧社会的头人及其后裔尽管并不是合法的政治权威,但他们在藏区社会生活中仍然具有一定的权威地位。其权威地位或来自于其在宗教界的地位,或来自于信徒们对其权威地位的认同,或来自于旧部落生活的惯性遵从等,而这些又都与藏民族的宗教信仰和社会生活有着不可分割的联系。

在全民信教的藏区,民众对藏传佛教教规、教义的认同和了解,远胜于对国家法的信任和服从,对宗教权威的遵从远胜于对国家机关尤其是司法机关的信赖,其对正当性的认识亦基于其对传统、情感、价值理性的信念以及对国家法的独特认识。因此,正如马歇尔·萨林斯所认为的:“文化是被社会(集团)的成员所掌握和共同拥有的,并且作为社会性的遗产而传给下一代的生活方式。”<sup>[20]</sup>基于藏区社会对藏传佛教宗教道德规则的合理性和正当性依赖,藏族“赔命价”习惯法在藏区民间成为了解决杀人、伤害案件的合理性规则选择。就这样,藏族“赔命价”习惯法作为一种藏族世代相传的知识和规则,得以延续千年之久。

藏族“赔命价”习惯法长期留存在藏族社会中还起因于藏族文化长期封闭滞后、缺乏创新。所谓文化创新,就是针对本民族的事迹和时代发展的需求,对自己的传统文化要素给予新的解释,或赋予新的内容,更重要的是要创造出新的文化因子,使之跟上时代的步伐。创新是一个民族进步的灵魂,是实现民族文化更新和发展的根本内驱力。对于一种文化来讲,因循守旧、缺乏创新,必然会停滞不前。随着藏族社会的政教合一制度在藏区的日趋完备,其原有的创新能力也趋于衰落。数百年来,藏区社会拘泥于佛教原旨,缺乏创新的内驱力,对社会和自身的发展不够关心。究其实质,重继承、轻创新,重宿命、轻科技的思想观念造就了藏民族听天由命、安于现状、自我陶醉的文化心态,型构了传统科学较多、新型科学偏少的不完善的藏族教育体系,影响了民族整体素质和创新能力的提高。

#### 四、当代藏族“赔命价”习惯法现象之现实批判

自上个世纪80年代开始,随着我国政治、经济和文化等领域中相对宽松政策和宽松环境的出现和形成,藏族“赔命价”习惯法在社会纠纷解决过程中得以恢复适用。其在藏区民间经历了一个因恢复宗教活动而在宗教狂热情绪影响下的藏族“赔命价”习惯法愈演愈烈,到相对冷静对待并与国家制定法之间迂回回避法,再到在国家制定法阴影下,藏区基层法院法官借助刑事附带民事诉讼过程中双方当事人协商议赔命价,并反过来替加害人申请减轻刑责的合作做法的演变过程。它的运作规律与藏族传统社会的组织基础、政治基础和文化基础相关,但其在当代藏族社会的恢复适用,仍有较多的法理学问题值得深思,特别是值得警惕和批判。藏民族大部分生活在三江源地区,保护生命的意识极其强烈。<sup>[21]</sup>当下藏族牧区社会除发生死亡案件以及因草山纠纷、邻里纠纷、婚姻纠纷等原因发生的伤害案件由政法机关主动追究外,很少诉至司法机关,多表现为民间私下依照藏族“赔命价”习惯法解决。而进入诉讼程序的伤害、杀人案件,在藏区法院司法过程中,法官们对藏区地方性知识亦有一定的认同,虽在案件判决书中并未有任何文字

表现此种意识,但往往以注重案件解决的“社会效果”为主要理由。<sup>①</sup>但是,当我们将“社会效果”进行分析时,却发现它并不是那样经得起推敲的。博登海默指出:“我们并不总是能够轻易地将社会道德模式同那些对实施法律产生影响的社会取向区别开来。如果我们把社会取向看成是民意倾向,而这些民意倾向却不能被视为是已经发展成成熟的完全确定的正义标准或固定的道德信念,那么我们便会发现,这些取向也常常影响着司法机关。”<sup>[22]467</sup>藏区基层法院法官在司法过程中,常常被某些定性并不困难的案件所困扰,而困扰的主要原因是如何在办案中体现“社会效果”。在此首先把“社会效果”转换为“社会取向”,然后再把“社会取向”转换为“民意倾向”;或者反过来把“民意倾向”转换成“社会取向”,再转换为“社会正义”,就可以发现博登海默和哈耶克关于“社会取向”和“社会正义”的相关论述对分析批判当下藏族“赔命价”习惯法的司法适用中的错误做法,有极其重要的理论支撑作用。博登海默指出:“我们应当坚持认为,社会取向如果要在裁判法律问题方面起到一种适当的作用,就应当是一种强有力的和占支配地位的趋势。如果这种取向与一种相反的趋势构成均势,又如果这种取向中所反映的社会原则正处在变动和极不确定的状态之中,那么法院就应当谨慎行事,不可轻率地将这种取向提升到一种调整司法诉讼的规则的地位。”<sup>[22]468</sup>“另外,如在公共政策的情形中一样,法院也可能会认为一种占支配地位的取向与基本的正义观念不相符合。如果法院能够拿出一个强有力的令人信服的情形来支持上述观点,那么它就有理由适用正义准则而不遵循该取向。的确,法院应当充分考虑到人们就何谓基本正义的问题所提出的各种不同见解,而不应当通过固执地墨守那些也许行将末日的正义观念而抵制社会进步。然而,在对公平正当的基本观念同社会取向进行权衡时,应当赋予司法机关以某种自由,因为尽管这些社会取向在某一特定时间可能是极为引人注目的和极为显著的,但它们实际上却有可能只是缺乏坚实理性基础的昙花一现的观点。”<sup>[22]468</sup>而在此我们把“社会取向”转换成“社会正义”,则可以通过哈耶克的论述来分析了。“一如我们所知,目的相关的小群体保持团结所依凭的某些价值仍旧被保存了下来;然而,这些价值不仅不同于那些使得为数众多的人在开放社会中和平共处成为可能的价值,而且还常常与之不相容合。一些论者认为,人们在追求大社会(亦即所有的人在其间都被视作是平等者的社会)这个新理想的同时,仍能够继续保有封闭型小群体所特有的那些理想;然而,这只能是一种幻想。一言以蔽之,任何这种尝试,都只能把大社会摧毁掉。”<sup>[6]235</sup>哈耶克上述关于社会正义的论述无疑对藏族“赔命价”习惯法适用过程中片面追求所谓

① 90年代中期某省某州司法机关向州人大常委会提出对“赔命价”问题进行立法的建议。内容如下:建州以来,在党的民族政策正确指引下,我州政治稳定、社会安定、民族团结,经济文化事业全面发展,群众生活水平有了极大提高,法制观念也有所增强。但是由于受历史遗留的封建社会习俗的影响,加之藏族农牧民群众居住分散、偏僻,交通不便,司法疏漏等原因,不少群众的法律意识仍十分淡薄,杀人、伤害案件不断发生,并呈上升趋势,案发后,藏族群众习惯于用过去的“部落习惯法”进行处理,存在着杀人案和伤害致死案赔偿“命价”的现象。由于“赔命价”是藏族群众一项传统习俗,具有深厚的群众基础,常常受到当地群众的舆论支持。如果案件被告一方不赔偿命价,不协商解决,尽管司法机关依法追究了被告人的刑事责任,被害方还是要进行报仇,发生流血事件,给农牧民群众的生产、生活秩序带来严重影响。司法机关在处理“赔命价”案件时,从执行党的“两少一宽”政策,尊重藏族群众风俗习惯,促进民族安定团结,有利于人民群众生产和生活出发,在依法追究被告人刑事责任的同时,考虑到“命价”已赔偿的实际情况,在正确定罪的基础上,在量刑上给予从轻判处,既执行了法律和党的民族政策,又达到了案件当事双方解怨息讼及稳定社会的效果。但近几年来,抓经济建设的同时,对农村牧区的法制工作没有及时跟上去,一些有害于社会风气的旧封建习俗又死灰复燃,重新抬头,“赔命价”这一习俗更是愈演愈烈,赔偿数额越来越大,有水涨船高之势,远远超出了案件被告一方家庭的经济赔偿能力,造成了倾家荡产的严重后果,有的还甚至被驱逐出村庄、部落,远走他乡。如今年3月12日发生的A县B乡C村村民甲故意伤害致死案,被告方给被害方赔偿绵羊365只、牛26头、马5匹、现金及物品10000元,总计折价达96900元,现被告方已倾家荡产,并被赶出本村,无家可归。当地干部群众反映强烈。根据法律规定,被告人应当承担民事赔偿责任,但赔偿数额巨大,造成被告方倾家荡产,将被告方家人赶出村庄,则是法律绝不允许的,它违背了法律和党的民族政策,不利于人民群众的生产和生活,影响了民族之间的团结和社会稳定,同时,也严重影响了法律的统一实施,给司法机关在依法处理此类案件时带来了很大困难,难以严格执法。因此,建议州人大常委会根据《中华人民共和国刑法》第31条之规定和我州农牧区“赔命价”的实际情况,本着对于那些维护部落制度的习惯法,必须摒弃;对于那些有利于促进民族团结进步,有利于繁荣民族地区经济文化事业的习惯法,予以吸收和保留的思想,对“赔命价”问题制定出地方性法规,把“赔命价”纳入法制化轨道,便于司法机关依法处理此类案件,以保障案件被告人的合法权益,维护我州社会稳定,促进我州各民族团结进步,加强我州法制建设。参见张济民主编:《诸说求真——藏族部落习惯法专论》,青海人民出版社,2002年版第331-332页。

的“社会效果”提出的是一种批判,他不仅认为社会正义可能被误解、滥用,甚至可能由此出现威权政府和影响大社会的形成而提出了警告。这对于转型时期中国社会的法治现代化和规范化是极其重要的警示。

藏区政法部门对藏族“赔命价”习惯法的民间适用所暗含的危机也有所认识<sup>①</sup>,主要认为藏族“赔命价”习惯法可以通过立法予以解决,随后出台了一些规定,予以禁止。<sup>②</sup>

但由于部落组织和部落道德、部落文化根深蒂固,加之规定的费用与民间藏族“赔命价”习惯法的赔偿金额差距太大,所以这些规定并未能发生显著的成效。2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)第1条规定:因生命、健康、身体遭受侵害,赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的,人民法院应予受理。但由于死亡赔偿金等费用,依照当地农牧民人均收入为依据进行计算,存在着城乡二元结构下的城市人口与农村人口在赔偿数额上的较大差别,同时其数额相对于依藏族“赔命价”习惯法的赔偿数额更少更低,因此也就难以得到藏区群众的认可、理解和支持,形同虚设,藏区法院也就一般在将藏族“赔命价”的偿付金额和对方当事人的充分的谅解视为刑事酌定从轻情节,以此减轻刑事处罚。但在实践中还应考虑反对复仇、摊派,采取退赔,考虑支付能力等问题,解决其整体的连贯性的问题,而国家制定法在这些方面仍然存在着空缺和漏洞,亟待立法或司法活动予以补充。近年来,有关恢复性司法、刑事和解等理念和量刑规范化指导制度在我国各地法院所进行的试点工作,为这些问题的较全面及整体性的解决提供了一些思路和路径。

#### 参考文献:

- [1] 马克斯·韦伯. 社会学的基本概念[M]. 胡景北,译. 上海:上海世纪出版集团,2005.
- [2] 尤尔根·哈贝马斯. 交往行为理论:第1卷[M]. 曹卫东,译. 上海:上海人民出版社,2004:8.
- [3] 铁省林. 哈贝马斯宗教哲学思想研究[M]. 济南:山东大学出版社,2009:18.
- [4] 埃米尔·迪尔凯姆. 社会学方法的规制[M]. 胡伟,译. 香港:华夏出版社,1999:165.
- [5] 卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力,译. 北京:商务印书馆,2000:39.
- [6] 弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由[M]. 邓正来,等译. 北京:中国大百科全书出版社,2000.
- [7] 伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方,等译. 北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [8] 蒲文成. 参看加. 藏传佛教与青海藏区社会稳定问题研究[J]. 青海民族学院学报:社会科学版,2001(2):5-6.
- [9] 恩格斯. 普鲁士国王弗里德里希——威廉四世[M]// 马克思恩格斯全集:第2卷,北京:人民出版社,1986:537-538.

① “谈到如何有效地解决这一突出问题时,有的同志认为,目前迫在眉睫的任务,就是要加强立法,希望立法机关在加强本地区部落“习惯法”研究的基础上,根据有关法律法规,加快立法进程,争取早日制定和颁布有关这方面的法律法规,使赔‘命价’、‘血价’这一封建陋习成为过去。”参见张济民主编:《诸说求真——藏族部落习惯法专论》,青海人民出版社,2002年版第339页。

② 20世纪90年代中期某州出台了关于坚决禁止“赔命价”问题的暂行规定。该规定内容如下:“赔命价”是在封建部落制社会形成的“习惯法”,随着社会主义制度的建立和社会主义法制的健全,早已被废除。但近年来,索赔“命价”死灰复燃,且有愈演愈烈之势,严重破坏了国家法制的尊严和统一,干扰了司法机关的严肃执法,也侵犯了群众的合法权益,其恶果不仅助长了封建部落势力的重新抬头,而且给群众的生产生活带来了难以克服的困难,也诱发了其他犯罪,是当前危害我州社会稳定的一大隐患。对此,各级党政和政法部门的领导同志务必引起高度重视,绝不可熟视无睹,任其蔓延下去。为维护社会稳定和群众的合法权益,维护国家法制的尊严和统一,保障政法部门的严肃执法,现根据州办发[1995]05号文件的精神,经州委政法委员会研究,对坚决禁止“索赔命价”问题作如下通知:一、因故意杀人或故意伤害致人死亡的,被告人应支付被害人的丧葬费和抚恤费,丧葬费在二千元以内,抚恤费在一万以内掌握。二、丧葬费由公安机关负责处理,抚恤费等由审判机关根据案件性质、情节和被告人的支付能力,依照刑事附带民事诉讼的程序进行调解或判决。三、对故意杀人、故意伤害致人死亡的案件,公安司法机关要及时查处,严禁任何组织和个人参与故意杀人、故意伤害致人死亡案件的调解或强行索赔“命价”活动,违者,视其情节予以处罚直至追究法律责任。四、对无视国法,不接受公安机关裁决或人民法院判决,向被告人家庭施加各种压力或聚众使用暴力强行索取被告人家庭财物、牲畜的,对组织策划和参与者应予以处罚,构成犯罪的,要依据《刑法》有关条文,坚决严厉打击,决不放纵。五、公安、司法机关在审理故意杀人、故意伤害致人死亡的案件时,要严格执法,对未经公安、司法机关处理而双方当事人私下调解处理的绝不认可,也绝不允许以“赔命价”的方式来代替法律制裁。六、由于正当防卫、紧急避险、交通肇事或与外州省边界草山纠纷致人死亡的,不适用本规定。七、各级党委、政府和政法各部门,要在广大干部职工、农牧民群众和僧侣中广泛宣传本通知,做到家喻户晓,人人皆知,提高公民遵纪守法的自觉性,用法律维护自己和他人的合法权益。八、本规定在本州范围内有效,并从下发之日起执行。

- [10]东嘎·洛桑赤列. 论西藏的政教合一制度[M]. 陈庆英, 译. 郭和卿, 校. 拉萨: 西藏人民出版社, 1985: 78.
- [11]黄奋生. 藏族史略[M]. 北京: 民族出版社, 1985.
- [12]周润年, 喜饶尼玛. 西藏古代法典选编[M]. 北京: 中央民族大学出版社, 1994.
- [13]梅进才. 中国当代藏族寺院经济发展战略研究[M]. 兰州: 甘肃人民出版社, 2000: 50.
- [14]王辅仁. 西藏佛教史略[M]. 西宁: 青海人民出版社 2005.
- [15]伯尔曼. 法律与宗教[M]. 梁治平, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 13.
- [16]林喆. 法律思维学导论[M]. 济南: 山东人民出版社, 2000: 301.
- [17]陶长松. 藏事论文选[M]. 拉萨: 西藏人民出版社, 1985: 220.
- [18]张济民. 渊源流近——藏族部落习惯法法规及案例辑录[M]. 西宁: 青海人民出版社, 2002: 151.
- [19]约瑟夫·拉兹. 法律的权威: 法律与道德论文集[M]. 朱峰, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 7.
- [20]马歇尔·萨林斯. 文化与实践理性[M]. 赵丙祥, 译. 上海: 上海人民出版社, 2002: 268.
- [21]淡乐蓉. 三江源自然保护区生态伦理诉求和法律回应[J]. 青海社会科学, 2007(6): 166-170.
- [22]E·博登海默. 法理学 法哲学及其方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.

## Operational Basis of Tibetan Customary Law of “Compensation for Life” and Its Critique

DAN Lerong

(Law school, Qinghai University for Nationalities, Xining 810007, China)

**Abstract:** The long fixed organizational structure of Tibetan society, especially the tribal organizations, theocracy and the Buddhist culture have been affecting, controlling and maintaining Tibet's social order. They show extremely effective connection in social control, and become the genes which have formed the Tibetan customary law of “compensation for life”, determining its emergence, growth and changes, while constructing its operational basis of historical and present reasonability. Although the political and social systems—from which the customary law originated have greatly changed since Tibet's democratic reform from the late 1950's, due to the difficult alpine region agricultural and animal husbandry production and living style and the vulnerable environment, the tribes—grassroot organizations of ancient society still play the role similar to that of modern social insurance system independent of the grassroot organizations established under the state law. Correspondingly, the way of dispute resolution in Tibetan customary law of “compensation for life” highlights its irreplaceable role and status. Therefore, Tibetan customary law of “compensation for life” shall continue to exist or shall exist in different forms.

**Key words:** compensation for life; customary law; Tibetan society; Tibetan Buddhism; theocracy

(责任编辑:董兴佩)