

社會科學論叢 2007年 4月
第一卷第一期 163-184頁

大陸學界回族法律文化之研究評述*

**A Critical Review of the Mainland China's
Literature regarding the Legal Culture of the
“Hui”ethnic minority**

蘭州大學研究生院法學碩士 張寧

Ning Chang
Master in Law Lanzhou University

* 感謝編輯委員會匿名送審的兩位專家對論文修改提出的寶貴建議！感謝複審專家的
審查！感謝國立政治大學社會科學學院社會科學論叢編委會的老師們的辛勤工作！



大陸學界回族法律文化之研究評述

張寧
蘭州大學研究生院法學碩士

中 文 摘 要

本文的研究目的，在於對大陸學界現階段回族法律文化上的研究成果進行總體介紹與回顧，並提出作者的批評與觀點。在回顧相關文獻後，作者認為回族伊斯蘭傳統法律文化議題雖已引起一些關注，但研究成果仍不算豐富，甚至可說尚在起步階段。學者僅論及回族法律文化的部分內容，或者並未意識到其所討論為「法文化」問題。因此總體來看，跨學科研究和系統考察的成果還不多見。其次，作者同時探討回族法律文化的研究取向、說明回族伊斯蘭傳統法律文化研究的重要性，並針對回族伊斯蘭傳統法律文化的研究內容與研究方法進行了詳細的介紹。

關鍵字：回族、傳統法律文化、法社會學、法人類學、伊斯蘭教。



壹、前言

近年在大陸法學和民族學研究中，關於少數民族法文化的研究成為相當活躍的領域。少數民族法文化進入法學和民族學研究的視野，一方面，是由於大陸法治進程的推進和法學研究視野的拓展，廣大少數民族地區的法制建設、法文化狀況等問題受到關注；另一方面，與近10多年來法學理論研究中民間法、習慣法、法律多元性等法社會學、法人類學的理論與方法逐步受到重視有密切關係。

但是，在過去的較長時期裡，關於少數民族法文化的研究曾處於沈寂狀態。究其原因，從法學角度看，大陸法理學在改革開放前受前蘇聯法學的影響，長期沿用前蘇聯的模式，認為法不過是國家和政治的附屬物，強調法僅僅是統治階級意志的體現，突出法是統治階級專政的手段，突出法的懲戒、制裁、限制等方面的功能和屬性。在這樣的理論框架裡，法理學的研究僅講法的階級性，忽視法的社會性；僅講法的時代性，否認法的繼承性。因此，對民間法、習慣法乃至一般風俗習慣的研究向來不予重視，尤其對深受宗教法影響的一些少數民族的法文化長期無人問津。在大陸流行的法理學教科書往往對於民間規範、民族習慣法、教法系統等排除在論述物件之外；有關中國傳統法文化研究的論著大都極少涉及少數民族法文化方面的內容。從民族學角度看，民族學領域在民族傳統文化的研究中，對民族法文化不夠重視的狀況也具有一定普遍性。在涉及少數民族文化論著中，「法文化」的條目往往付之闕如。例如，有關民族文化的條目大致包括文學、藝術、哲學、道德、宗教、習俗、科技等方面，但缺乏對民族社會控制起重要作用的「法文化」的論述。

上述狀況，實際上體現出大陸社會科學領域曾經延續的理論侷限性和方法單一性的特徵。這種情況在改革開放以來，尤其是近10多年來正在發生一系列變化。從法學方面來看，一批中青年學者的不懈努力已展



示了富有影響的新成果，開拓了法社會學（*sociology of law*）這一新的研究領域，主要表現在一方面大量翻譯介紹了西方國家的法學研究成果，尤其是有關法人類學、法社會學著作的譯介，拓展了研究視野，豐富了研究方法，產生了積極影響；另一方面，學者們注重本土法文化的研究，不僅僅關注國家法這一層面和單純的國家行為，而是將國家與「鄉土社會」作為自己關注的雙重物件，注重法的社會性，重視研究法的社會功能和社會效益，強調法與民族傳統文化模式及其心理結構的關係，關注鄉土社會的秩序、公正與權威，關注民間秩序規範與法律的互動與互補。這無疑將法學研究的範式推入了一個嶄新境地。隨著「民間法」等概念的提出，運用法社會學、法人類學（*anthropology of law*；或稱法民族學）理論與方法對民間法、習慣法、少數民族法文化等方面的研究，成為法學研究中一個引人注目的領域。¹法社會學、法人類學的視角和民間法的概念構成了目前學術界研究方法依據和理論支點。

具體到在當前少數民族法文化的研究中，有關回族伊斯蘭傳統法文化的研究雖然已引起一定關注，但與滿族、藏族等其他少數民族法文化研究的活躍狀況相對照，則仍顯薄弱，甚至可以說處於起步階段。研究者或僅僅論及回族法文化的部分內容，如回族伊斯蘭習慣法；或在談及伊斯蘭教義、教法問題時涉及回族法文化的某些方面，但多數論者並未意識到其所論為法文化問題。總體來看，運用法社會學、法民族學視角，對回族伊斯蘭傳統法文化進行跨學科研究和系統考察的成果尚不多見。本論文所論述的回族伊斯蘭法律文化主要指在中國歷史和現實中，回族主要聚居的西北地區與西南的雲南部分地區深受伊斯蘭教法影響的穆斯林地區。

1. 這方面主要著作可參見蘇力（1996）；梁治平（1996）；高其才（1995、2003）；謝暉、陳今釗主編（2002、2003、2004）；田成有（2002）。



貳、大陸學界回族伊斯蘭傳統法律文化研究回顧

檢索文獻可得：山東大學法學院謝暉（1994）的「回族法文化研究概說」一文，是最先提出回族法文化研究這一問題的，該文界定了「回族法文化」的概念，並概括描述和勾勒了回族法文化的研究物件、範圍及研究方法，回族法文化源和流等問題。但是，該文並未就具體內容展開分析。顯然，該文的意義主要在於其首倡性。此後，關於這一問題的研究成果陸續有所展現。其中以楊經德、王東平的成果比較集中。楊經德主要以「回族伊斯蘭習慣法」為題展開研究，發表「回族伊斯蘭習慣法的功能」、「伊斯蘭法與伊斯蘭教法關係辨析」、「伊斯蘭法中國本土化與回族伊斯蘭習慣法的形成」等文章，上述成果主要就回族法文化中的制度文化部分作了深入論述，並強調了伊斯蘭法對回族的重要影響，無疑把握了回族法文化的核心內容（楊經德，2003a、2003b、2003c）。但是，以「習慣法」來概括回族法規範部分似不夠確切，而代之以較為通行而寬泛的「民間法」較為妥當。

大致來看，民間法能夠包含習慣法。民間法主要指出自社會的、具有地方性特徵的各種內控性規範，包括家法族規、鄉規民約、宗教法規、行業規章、民間習慣規範等，而習慣法與民間法概念雖有重合之處，但所謂習慣法，是指在一定範圍內由於傳統或心理默契等原因形成的、存在於主體行為或心理之外的具有一定之外在強制力的、以主體行為或心理模式所反映並表現出來的行為規範（謝暉、陳今釗，2004）。可見，習慣法的特點，傾向於其形成過程的自發性和表現形式的不成文性。回族伊斯蘭民間法的構成比較複雜，其中有回族歷史發展中吸收漢族等民族習俗或自發形成的習慣法的內容，但主要部分是宗教法（伊斯蘭教法）。宗教法應視為具有獨立地位的民間法的一部分，將其歸類於習慣法似有不妥。

北京師範大學的王東平以中國穆斯林社會法制問題研究物件，重點



探討了歷史上回疆地區的法律文化。主要成果有「清代回疆的司法制度」、「清代回疆地區法律典章的研究與注釋」、「清代回疆經濟政策與法規研究」、「清代回疆法律文化芻論」（王東平，1997、1998、1999a、1999b），上述研究成果反映了清代天山以南的維吾爾族居住地區多元法律文化格局及其運行狀況，清政府的因俗而治、維吾爾族舊有習慣法的影響、尤其是伊斯蘭教法在維吾爾族社會的深刻影響等問題，都得到較為清晰、深刻的論述。中國伊斯蘭文化大致可劃分為回族等內地伊斯蘭文化和維吾爾族等新疆伊斯蘭文化兩大系統。二者之間各有個性特色，但共同性也是明顯的。從伊斯蘭教（Islamism）的影響而言，回疆法律文化的研究對探討回族法文化具有相應的參考價值。

王東平在上述研究的基礎上，對回族傳統法文化的有關問題也進行了探討，發表了「大清律例回族法律條文研究」、「清朝法制史回族法辨誤」、「元代關涉回回立法初探」、「明清時期的漢文譯著及回族穆斯林宗教法律文化的傳佈」、「元代回回人的宗教制度與伊斯蘭教法」等論文，主要從兩方面展開論述：一方面，通過探討元、清政府民族立法中針對回族及其先民的立法情況，使回族社會運行秩序的特殊性在中央政權的法制體系中得到體現；另一方面，通過考察伊斯蘭教法的傳播及其本土化，展現伊斯蘭教法對回族傳統法文化的實際影響狀況（王東平，2000、2001a、2001b、2001c、2002）。

除上述外，還有一些研究者發表了一些成果，主要有：「伊斯蘭教法及其與回族道德的關係」論述了伊斯蘭教法是伊斯蘭教規定的法律體系的統稱，其內容包括義務、民事、商事、刑事、宗教公產、審判程式等。在產生、發展的過程中，伊斯蘭教法形成獨特的體系和法則理論，在形式和內容上皆不同於世俗和其他宗教法規。回族道德與伊斯蘭教法都起著調節回族穆斯林之間的關係準則的作用，但二者有一定的區別（梁向民，1998）。「明清時期回族哈乃斐教法的本土化」及「蒙元時期的穆斯林與伊斯蘭教法」分別論述了中國穆斯林素稱自己屬伊斯蘭教



遜尼派哈乃斐教法派別（哈寶玉，2002、2003）。從明代開始，哈乃斐教法從「法」的範疇走向「俗」的領域，具有中國本土的特點。清代蘇非派產生後，教法從「一元」演變為「多元」，成為一種「內行外明」的禮儀制度，中國蘇非派穆斯林遵行的教法是融蘇非主張、本土習俗和哈乃斐教法為一體的一個「綜合體」；以及元代是中國歷史上民族大融合時期，生活在多元文化社會背景下的穆斯林如何調適與社會、國君之間的關係，這是其生存、發展的首要問題。本文以伊斯蘭教法為切入點，探討蒙元時期穆斯林與主流社會的良性互動和伊斯蘭教法與國法（國君）之間錯綜複雜的關係。

華熱·多傑（1999）所著「伊斯蘭教法對青海穆斯林社會生活的影響」一文在介紹了伊斯蘭法在青海穆斯林社會的傳播情況之後，深入分析了它對青海穆斯林個人生活、婚姻家庭生活和社會生活三大領域的影響。最後認為，穆斯林傳統法觀念化了的伊斯蘭法與社會主義法作為兩種在性質上根本不同的法律制度，在調整人類生活方面既有衝突，也有連接點。只要樹立正確的觀念，就能轉消極因素為積極因素，並為現實社會服務。「伊斯蘭教法對回族道德觀及習慣法的影響」一文，認為伊斯蘭教法作為一種法文化，對整個穆斯林世界有著重要的影響。回族作為信仰伊斯蘭教的民族，其社會生活的各個方面無不滲透和體現著伊斯蘭法文化的精神實質。伊斯蘭教法不僅在回族道德觀的形成和建設中發揮著重要作用，而且對回族習慣法的形成產生了重要影響（馬志俊，2001）。

「試析回族恪守伊斯蘭教的婚姻習俗」一文，則對回族的婚姻習俗與伊斯蘭教之間的關係進行了一些論述，試圖證明伊斯蘭教在穆斯林婚姻關係中的巨大影響力（張昀、馬斌，2001）。「婚俗的闡釋性分析：一個回族村的法人類學觀察」認為婚姻是人類生活的基本方面。對一個民族婚俗的法律人類學觀察有助於更真實真切地體會到一個民族的特性。本文試圖通過對一個回族村的婚俗描述，以及少許其他回族村習俗



的對比，進行一個受到宗教教義、地方習俗、國家法律等交叉滲透的民族婚俗的簡單分析（馬平，2003）。「簡析回族地區鄉規民約的幾個問題」及「回族習慣法探究」論述了回族習慣法是在長期歷史發展過程中自然形成的、被回族穆斯林共同遵守的行為規則的總和。伊斯蘭教經典對回族習慣法的形成起了主導作用，同時又吸收了漢族習慣法中的某些成分，使回族習慣法內容十分廣泛，涉及婚姻、財產繼承、喪葬、飲食、服飾等方面。如何正確對待回族習慣法、協調好國家制定法與其之間的關係，直接影響到回族地區生活發展和社會穩定。並具體對寧夏回族地區的鄉規民約問題進行了學理分析（劉淑媛，1997、2000）。

「試析乾隆朝關涉回族的特別法令」一文認為乾隆時，中國當代民族的分布格局已基本奠定。回族「大分散、小聚居」，人口衆多，在清代社會經濟生活中占有舉足輕重的地位。為強化對回族的統治，乾隆朝根據政治形勢的變化以及回族的某些特點，通過諭旨、判例等形式產生了為數較多的處理回族犯案的特別法令。其內容涉及回族政治、經濟、文化、宗教、婚姻制度諸多方面。靈活性大、效力高、處刑重、針對性強。這些特別法令，充分地反映了乾隆君臣「以法治回」時「刑用重典」的基本精神。暴露了統治者在「盛世」光環下仍然實行民族歧視和民族壓迫的本質（李丕祺，1999a）。「雍、乾時期處理回族事務的法律原則」認為為加強對回族人民的控制，雍正、乾隆兩朝都比較注意用法律手段處理回族事務。根據本朝實際及回族特點，統治者確立了「因俗而治」、「以治衆者治回民」、「刑用重典」的法律原則。在這些原則指導下，通過諭旨的形式頒發了為數衆多的法令，並在實踐中取得了一定效果（李丕祺，1999b）。

「回族穆斯林的風俗習慣與刑法的協調保護」以為回族穆斯林的風俗習慣與信奉伊斯蘭教有密切關係。文章認為，運用刑法協調、保護回族穆斯林的風俗習慣，要劃清宗教信仰自由與邪教組織的界限、與政治問題的界限、與民族問題的界限、與封建迷信的界限，區分罪與非罪、



此罪與彼罪。對侵犯少數民族風俗習慣情節嚴重的應予以刑事追究（王銀，2001）。「回族禁忌的社會功能探析」一文論述了「禁忌」是回族風俗習慣的一種。長期以來回族對禁忌習俗的保留，充分體現了回族強烈的民族意識與共同的民族情感。從回族的飲食和社會行為兩方面的禁忌探討了其社會功能（馬紅豔，2001）。「回族禁忌習俗及其社會功能」則認為回族禁忌習俗是回族文化的重要組成部分。回族禁忌主要來源於回族先民文化、伊斯蘭文化，並受到其他民族文化的影響。回族禁忌具有制約人的行為，增強民族凝聚力和親和力，維護和規範家庭、社會生活秩序的功能（馮迎福，2004）。

「回族群體心理與我國民事經濟法律的相互作用」、以及「回族習俗與回族地區法制建設」兩篇文章則提出回族習俗是回族人民在長期的生產生活過程中自發形成的，是回民族區別於其他民族的標幟（馬慧娟等，2000；王宏纓、鄭家奎，2001）。王宏纓與鄭家奎（2001）的文章敘述了回族習俗的形成及其主要內容，分析了它們的特質與功能以及回族習俗與國家法律之間的一致之處與差異，旨在探討自治法規即自治條例與單行條例在溝通二者之間關係中的地位和回族習俗法規化問題；「回族地區法制建設的現實思路」一文也以為伊斯蘭教在回族的形成過程中有著重要的作用，影響著回族的思想、習慣；回族習俗有著其獨特的內涵；分析回族習俗的精神精髓，利用回族習俗的優點，發現習俗與法律的共性，促進習俗與法律的有效揉和，是回族地區法制建設的永恒思路（王宏纓、鄭家奎，2003）。

「民族法制建設中的宗教性因素」一文則提出在歷史上，宗教曾經與國家政治、法律交織在一起，是社會控制的重要力量。在當代中國，各種宗教在許多少數民族的社會生活中仍然具有深刻影響，因而在民族法制建設中，一方面要正確認識宗教與法律的關係，強調法律的權威性，大力培養公民的現代法律意識；另一方面，要正確貫徹黨的民族宗教政策，保護宗教信仰自由，加強和完善對宗教事務的法律化管理，積



極引導宗教與社會主義社會相適應，促進民族法制建設的發展等（馬克林，2003）。上述論文涉及多方面內容，包括伊斯蘭教法對回族婚姻、家庭及社會生活其他方面的影響、歷代政府涉及回族的法律規定、回族法文化的功能、回族社會法制現代化、宗教在民族法制建設中的影響等方面。

在回族傳統法文化的內涵中，伊斯蘭教法的影響具有突出的表現。伊斯蘭教法是源遠流長的伊斯蘭文化的基礎，具有博大而豐富的內涵，不瞭解伊斯蘭教法就無法理解伊斯蘭教及其文化。因此，對伊斯蘭教法的研究是伊斯蘭教研究的重要領域，這方面的成果也是回族法文化研究中不可或缺的參考文獻。吳雲貴是長期研究伊斯蘭教法的著名學者，於上世紀80年代翻譯了英國法學家庫爾森的《伊斯蘭教法律史》一書（庫爾森著，吳雲貴譯，1986），並著有《伊斯蘭教法概略》、《當代伊斯蘭教法》等著作（吳雲貴，1993、2003），主要從宗教學角度系統研究論述了伊斯蘭教法的歷史、理論、現實等各個層面的問題，是大陸學術界研究伊斯蘭教法的開拓性成果和主要著作。

高鴻鈞（2004）也以研究伊斯蘭法而著稱，其代表作為《伊斯蘭法：傳統與現代化》，該書系統研究了伊斯蘭法的歷史與現狀，內容涉及伊斯蘭法的產生、發展、主要淵源、特點、法學及法學家的作用，以及現代改革等。其突出特徵在於全方位、多層次、立體式的研究視角與方法。該書從法律史的視角考察了伊斯蘭法的基本內容，從比較法的視角概括了伊斯蘭法的主要特點，從法理學的視角分析了伊斯蘭法的理論與實踐，尤其關注當代伊斯蘭法的最新動向。

馬明良的《伊斯蘭文化新論》一書，從文化學的角度研究伊斯蘭教，認為伊斯蘭文化是一個以宗教文化為主導的大文化體系，包括法文化在內的各個層面之間都是互相聯繫、互相支撐的。該書強調了伊斯蘭法文化在整個文化中的重要地位，並從伊斯蘭法文化的形成、基本內容、主要特點等方面進行了探討（馬明良，1997）。上述論著的共同特點是分別



從宗教學、法學、文化學的角度探討了伊斯蘭教法的基本理論問題，都是側重於伊斯蘭國家的情況進行論述的，並未更多涉及回族等非伊斯蘭國家的穆斯林群體與伊斯蘭教法關係的問題。但這些成果對研究回族傳統法文化方面的仍具有重要參考價值。伊斯蘭文化是共性與個性的統一，伊斯蘭法文化的一般理論在不同的民族、國家都會不可避免地與當地文化發生衝突與調適，從而實現本土化。因此，從作為共性的伊斯蘭教法的認識出發，來探討它回族伊斯蘭法文化中的影響，將有助於認識回族伊斯蘭法文化的獨特表現。

上述表明，關於回族伊斯蘭法文化的研究已有一定成果，尤其從伊斯蘭教法對回族民間法的制度層面的影響以及回族社會法制現代化等問題都有所涉及，這為該課題的進一步研究奠定了良好基礎。但仍存在不足之處及薄弱環節。主要表現為這些成果還比較分散，不足以系統反映回族伊斯蘭傳統法文化的全貌。尤其是對屬於觀念層次的內容很少涉及到。究其原因，一方面，回族伊斯蘭法文化研究尚處於起步階段；另一方面，與研究中的認識與方法的不足不無關係。一些研究雖然以回族法文化為研究物件，但並未意識到其所論為法文化問題。因此，將屬於回族「法」範疇的規約大多納入習俗、道德規範的範疇予以探討，從而缺乏由深層和表層要素構成的法文化結構體系所涵蓋的全面性內容。

事實上，從法的生長歷程看，在傳統社會，法與宗教禁忌、習俗、道德、行政等方面的規範往往交織在一起。邊沁把它們在性質上的相同之處概括為一種「約束力」，認為：「自然的、政治的、道德的和宗教的，只要屬於其中每一種來源的快樂和痛苦能夠產生束縛任何法律或行為規則的力量，它們就全都可稱為約束力。」以此說明它們對人類行為和社會秩序的有效性（邊沁著，時殷弘譯，2000：81-84）。日本近代著名法學家穗積陳重認為，法律在形成和發展過程中，經歷了從「無形法」到「成形法」的嬗變，他揭示了法律發展中基於人種、民性、地勢、政體等因素而與宗教、道德、禁忌、輿論等規範之間具有「普遍的



通素之存在」的規律與特徵（穗積陳重，黃尊三等譯，1997：4-7）。

法律史的研究表明，法律作為社會控制的首要力量是從近代開始的，因而人們用現代法的標準去套用古代社會，則因為無法嚴格區別民間社會的法與其他社會規範，從而在研究中往往忽略法文化的視角。於是，在民族文化研究中，關於法心理、法意識、法思想、法行為等法文化深層和表層結構的諸多方面則無法進入研究的視野，而這些方面，恰恰是民族法文化結構中複雜而獨特的部分。例如，在中國古代法領域，法的思想觀念與制度狀況並非同質性的渾然一體，在法觀念上，不同的階級、階層和各民族之間，人們的法律思想觀念往往具有差別性和獨特性，並進而影響各自的法行為的選擇。因此，忽略了對法觀念、法思想等方面的研究，勢必難以真正反映回族伊斯蘭傳統法文化的整體面貌。

總之，包括回族伊斯蘭法文化在內的民族法文化學術研究總體尚處於初始階段，但因歷史學、民族學、社會學、宗教學等學科已積累了許多資料和研究成果，並不同程度地涉及這一領域，從而對以後的研究提供了一定的基礎。

參、回族伊斯蘭法律文化的研究取向之討論

一、回族伊斯蘭傳統法律文化的研究意義

第一，拓展回族文化研究的領域。文化是民族差異性的重要表現，不同類型的文化，是各民族在社會實踐活動中創造和傳承的所有文明成果的總和，同時，它對各民族的社會生活發揮著能動作用。在文化的構成要素中，法律文化是不可缺少的一個方面，因為文明社會以來，在法律的發展中，國家之法一直扮演著重要的角色，人們的法律地位與法律命運往往因國籍而異。但族群之法也是國家之法的輔助形式（高鴻鈞，2003：35-43）。由於伊斯蘭文化的廣泛影響，伊斯蘭教在非伊斯蘭國家的一些民族中傳播的同時，伊斯蘭法中的許多內容也成為這些穆斯林民



族民間法的重要組成部分。回族文化是一個集宗教、世俗、精神、物質、科技於一體的多層次結構，是一個龐大的文化綜合體。在回族文化研究中，人們往往從宗教、道德、習俗等方面探討其社會規範作用，而缺乏以法律文化概念而進行的認識。因此，關於回族伊斯蘭傳統法律文化的研究，為認識回族文化提供了一個新的視角。

第二，有助於加強對中國傳統法文化多元性的認識。中華法文化是以居於正統地位的儒家法文化和中國各少數民族法文化在相互吸收和影響中形成的。中國傳統法文化在發展過程中吸收了不同少數民族法文化的內容。從制度層面看，它不僅包括以漢族為主體的中原王朝法律，也應包括中國少數民族法律在內。在大多數歷史時期，大一統的中央王朝法律與各少數民族地區法律長期並存，中央王朝根據統治需要，通過各種形式的立法對民族地區法律關係進行調整，各少數民族在受到以漢族為主的中原王朝法律影響的同時，也產生或發展著各自的民間法制度。但以往對中國傳統法文化的研究，往往將其簡化為對儒家法文化的研究，而忽略了各少數民族法文化存在和發揮影響的事實。有識之士早在80年代起就注意到這一問題。中國政法大學法律史學專家張晉藩便認為如果不瞭解少數民族法律制度，就不能瞭解我國多民族國家法律文化發展的全貌和中華法系形成的整體過程（徐曉光，2001：2）。近些年來，少數民族法文化研究的活躍，正是上述觀點付諸研究實踐的體現。張晉藩目前也正在主持中國少數民族法制通史（10卷本）國家大型科研專案。這些都反映出少數民族法文化研究正處於方興未艾的階段。

在探討中華法文化的多元性方面，回族伊斯蘭傳統法律文化的研究具有獨特意義。回族傳統法律文化作為中華法律文化體系中的法律亞文化，其重要特徵之一就是深受伊斯蘭法律文化的影響，通過透視中國傳統儒家法文化和外來的伊斯蘭法文化對回族的影響，可以瞭解中華法系和伊斯蘭法系以回族為媒介而碰撞與交融的狀況，並深入思考法文化發展運動的一般規律。因為伊斯蘭教作為世界性宗教，它在伊斯蘭國家和



非伊斯蘭國家的穆斯林中的影響力和表現狀況有很大差別。伊斯蘭教是融宗教、道德、法律於一體的律法型宗教，在古代伊斯蘭國家，伊斯蘭教法以政教合一的政權為後盾，成為治理國家的根本大法。而在非伊斯蘭國家的穆斯林社會群體中，由於伊斯蘭教不可能成為國家意識形態，教法的適用受到限制，遵守國法成為穆斯林立足的基本前提。

伊斯蘭教在中國內地的傳播與發展過程中，無論在那個層面，似乎都不存在真正原初意義上的神聖權威與行政權威結合的網路。中國伊斯蘭教從未掌握過中央政權，從未成為大多數人的意識形態，其覆蓋面有很強的地域性，多是遠離政治中心的邊緣地區。這是審視、認識和把握中國伊斯蘭教實際影響的基本出發點。但是，伊斯蘭教法的重要特點之一是民事法律部分發達，有「私人身分法」之稱，這與「重刑輕民」的中國傳統法律形成明顯對照。伊斯蘭教儘管也要求穆斯林服從世俗政權，但更強調信教者服從真主的意志，注重按教義做人，在可能的情況下，穆斯林更樂於服從教法的裁決。這些都意味著伊斯蘭教法在中國各族穆斯林中具有發揮作用和影響的空間。

第三，對探求民族法制建設中處理傳統法文化問題具有特定的個案研究價值。民族法制建設是大陸法制現代化的重要組成部分。少數民族地區社會的發展、人民生活的安定和改善與現代法制的保障有著密切的關係，而國家法律的制定和實施又與各民族的傳統法文化緊密相聯。大陸在處理民族關係方面奉行民族平等、互助、共同發展繁榮的政策，用民族區域自治的政治方式解決國家及其法制的統一，並注重照顧各少數民族政治、經濟、文化特點，賦予民族區域自治地方制定自治條例和單行條例的權利，這就使民族自治地方享有立法權和變通實施國家法律的權利。這種權利的應用要求揭示出各民族的法文化及其對當今實際生活的影響，從而正確地制定法律來規範社會行為，並促進法律的有效實施。因此，如何有效實現國家法與民族民間法之間的良性互動，是實現法制現代化和完善民族區域自治制度的重要課題。



在回族社會現代化過程中，探討傳統法律文化的結構、特徵、功能及其現實影響，對於研究回族社會發展機制，促進回族社會現代化進程具有重要的個案價值。由於各少數民族社會發展程度的多樣性所呈現出的差異，也相應在法文化演化過程中形成具有多種個案的價值。回族在長期的歷史發展過程中，雖已被納入了統一的中央政權，但由於法文化的社會效應以及回族文化的相對封閉性，回族社會內部的運作在不少方面尚多依賴於自身的社會規範。因此，這種規範就與回族的整個社會面貌樣式，一起成為回族歷史發展中的個別現象而具有個案價值。

二、回族伊斯蘭傳統法律文化的研究內容

回族伊斯蘭傳統法律文化的研究首先建立在對法律文化、回族傳統法律文化等基本概念的界定和理論分析之上。法文化是一個寬泛的概念，可從不同的角度去理解。大陸學術界近年興起的法社會學、法人類學的思路，將法文化理解為一個宏觀與微觀結合、國家與社會並重的整體性概念。法社會學的觀點認為，歷史上的法律固然是國家政治的重要組成部分，但更是人們日常行為的規範，是社會組織的依據，是民衆心態的反映。法律的存在和發展，離不開龐大的社會客體——中下層民衆，離不開日新月異的社會生活，離不開緩慢變遷的社會結構，離不開民衆對法律的逆順情結（張仁善，2001：2）。國家制定法對特定的社會組織或民族群體而言，難以構成其社會秩序規範的全部內容，家法族規、習慣法、宗教法等民間法也是對社會秩序具有約束力的規約，具有法或準法的作用。因此，對法文化的研究，如果不把視角更多地轉向民間或民族社會中下層的社會生活，轉向影響法的變化的基本社會結構和運行機制，就很難把握法的根本特徵。

回族伊斯蘭傳統法律文化是伴隨著回族的歷史而形成和不斷發展的，對它的研究需要從歷史學的角度，考察它在回族歷史進程的具體表現狀況。回族伊斯蘭傳統法律文化作為中國傳統法律文化體系中的亞文



化之一，它既是應回族社會自身發展和運行中對秩序的需求而產生的，又與中央法制體系之間處於不斷的矛盾與調適之中。從歷史的角度看，回族法文化是回族特殊社會結構及其運行機制的產物，它實際上與作為法的主體的回族社會的形成聯繫在一起，反映了回族社會的形成。同時，回族法文化的產生、起源的現實基礎，在於回族社會為生存和發展而進行的社會生產活動，同生產力水平相關，同社會關係和社會結構的變遷相關聯，也是與民族文化的形成相關的一個文化結構問題。

回族伊斯蘭傳統法律文化的研究還需要從民族學的角度，分析其結構、要素、功能及特徵等。文化是一個組織嚴密的體系，是包括物質、精神、制度、符號系統、觀念等多方面要素的結構體系，法律文化作為文化的一個方面，具有自身特有的結構體系，這是法文化研究的必要內容。文化不是一個靜態的概念，而是具有特定功能的現象。文化人類學中的功能派偏重於文化的動態和作用中的文化，認為文化根本是一種「手段上的現實」，文化賦予人類以一種生理器官以外的擴充，一種防禦保衛的甲冑，一種軀體上原有設備所完全不能達到的在空間中的移動及其速率（馬林諾夫斯基著，費孝通譯，2002：16），因此，對文化的研究應注重考察文化要素如何活動、如何集合及如何幫助人類滿族需要，從而認清文化的功能現實和文化歷程的定律（馬林諾夫斯基著，費孝通譯，2002：99）。對回族傳統法文化的研究，要在探討其結構和要素的同時，還要分析每一個要素在回族社會運行中的獨特功能。

回族伊斯蘭傳統法律文化的研究是與現實性密切相關的課題。回族伊斯蘭傳統法律文化是回族文化的重要組成部分，是回族社會源遠流長的傳統之一。傳統作為一個社會、群體的文化遺產，是人類過去創造的種種制度、信仰、價值觀念和行為方式等構成的表意象徵，它使代與代之間、一個歷史階段與另一個歷史階段之間保持了某種連續性和同一性，構成了一個社會創造與再創造自己的文化密碼，並且給人類的生存帶來了秩序和意義（希爾斯著，傅鏗、呂樂譯，1991：3）。歷史與現實



的事實反覆表明，傳統文化所蘊涵的、代代相傳的思維方式、價值觀念、行為準則，一方面具有強烈的歷史性、遺傳性；另一方面具有鮮活的現實性、變異性，往往通過各種方式在現實中發揮影響。在這種情況下，破除一種傳統，就必須同時創建一種更合時宜和環境的新傳統，而創造新傳統要比破除傳統為困難，因而傳統的生命力是不可等閒視之的。對回族伊斯蘭傳統法律文化而言，其外顯的表層部分的和內隱的深層部分的存在形式和作用，在新的社會大環境中具有不同程度的表現，對正處於現代化進程中的回族社會起著積極或消極的影響。

三、回族伊斯蘭傳統法律文化的研究方法

歷史描述的方法。主要指通過追溯制度或文化發展的不同階段，並在可能的地方找出每次變遷特有的原因和條件。在此基礎上，描述和解釋特定的組織或多個制度的複合體。回族伊斯蘭傳統法律文化是在回族形成和發展的歷程中逐漸形成的，對它進行歷史方法的研究過程，就是運用相應的歷史資料，注意考察它從產生到發展的全過程以及發生的每一個具體變化。這種方法是通過對文化的具體制度，或具體事件，或具體狀態之中暫時存在的聯繫進行說明而實施的。

比較分析的方法。對社會生活具體特點的比較，可以有利於兩種不同目的中的任何一種。在兩個或更多個社會中存在類似的文化、制度、習俗或信仰，進行比較的目的，旨在探討社會生活形式的多樣性，並以此作為對人類社會現象進行理論研究的基礎。回族伊斯蘭法律文化研究中比較方法的運用，主要是對交織於回族傳統社會的兩大法文化體系——中華法律文化和伊斯蘭法律文化的具體影響及其相互關係的比較分析。同時，還有從回族伊斯蘭傳統法律文化分別與中華法文化、伊斯蘭法文化之間，回族傳統法律文化與現代法律文化等幾組關係進行的比較，通過各種角度和內容的比較，從而形成解決相互矛盾與衝突問題的一般性看法。



綜合歸納的方法。這一方法的前提認為，所有現象都受自然法則支配，運用某種邏輯方法來發現和證明普遍規律也當然是可能的。拉德克利夫·布朗指出歸納的本質就是形成通則，就是一個具體的事實被解釋為一般法則的一個例證（拉德克利夫·布朗著，夏建中譯，2002：6）。歸納方法在近代自然學科領域得到廣泛運用的同時，也被應用與人的精神活動，越來越多地適用於對文化或文明的現象、法律、道德、藝術語言及各種社會制度進行研究。歸納的方法是與歷史方法不同的解釋的方法，它強調一門科學不能把自己侷限在收集資料上，它必須也解釋這些資料。解釋的方法是基於這樣一種假定，即認為文化是一個整合的系統，在一個特定的共同體的生活中，文化的每一個因素都扮演一定的角色，具有特定的功能。發現這些功能就是綜合歸納方法的任務。

肆、結論

在中國各少數民族中，回族在歷史上不像滿族、蒙古族、藏族那樣，建立過穩定的政權，而是始終處於歷代政權的直接行政管理之下，因此沒有自行制定過法律。歷史上的元、明、清各朝代的統治者及民國政府都曾制訂過一些涉回法令，但它們都是以中央政權的名義制定的，這些法令是中國傳統法文化的重要方面，他們對回族傳統法文化的形式雖具有重大影響，但不能構成研究回族傳統法文化的獨立的規範物件。這也成為目前有人不承認回族法文化具有研究價值的主要依據。據文化人類學的觀點認為在文化的結構要素中，與觀念、思想等深層部分一樣，構成表層部分之一的制度是文化結構中不可缺少的要素（馬林諾夫斯基著，費孝通譯，2002：18-22）。因此，是否存在回族法的制度性規範成為回族法文化研究中的一個焦點問題。這一問題在傳統法學（概念法學、分析法學）中無法找到肯定的答案。但是，據法社會學、法人類學的觀點，法被理解為開放的、運作的規則、制度和活動，在法社會學



家看來，法的根本作用在於對社會秩序的維護與制約，除了國家機關制定的法律外，社會組織和民間權威認可的規範（諸如宗教法、習慣法、家法族規等民間法）也發揮著法的作用，而且國家法的有效性也只有在社會運行中才能得到真正的體現，那些僅僅停留在書面文字（法典、法律、法規）上，長期不對社會生活發生實際作用的規則、原則，並不能算作法，正像一台根本不起計時作用的「鐘錶」不能算作鐘錶一樣（張文顯，1999：12）。因此，對回族法文化的研究需要將民間法的概念納入其中才能深入進行下去。

回族是全民信仰伊斯蘭教的民族，傳統的回族社會在受到歷代中央政權直接管理的同時，又受伊斯蘭教的深刻影響。伊斯蘭教不僅支配著回族穆斯林的精神世界，也深刻影響著他們的世俗生活。伊斯蘭教法對回族穆斯林的法觀念、法行為以及社會生活的許多具體方面，諸如婚姻、家庭、財產繼承、經濟活動等等，都具有不容忽視的影響。因而，研究回族法文化，如不涉及伊斯蘭教法的巨大影響，便無法探索回族法文化的真諦。可以說伊斯蘭教法就是回族民間法的主要內容。需要強調的是，伊斯蘭教法與回族民間法之間並不能劃等號，因為回族所處的社會文化背景，決定了伊斯蘭教法只能在回族社會特定領域發揮作用；回族民間法除了伊斯蘭教法的內容外，還包括回族在其歷史發展過程中形成的秩序規範，以及吸收漢族等各民族民間法的內容。



參考文獻

- 王宏纓、鄭家奎，2001，「回族習俗與回族地區法制建設」，*蘭州鐵道學院學報*（社科版），第20卷第2期，4月：頁61-64。
- 王宏纓、鄭家奎，2003，「回族地區法制建設的現實思路」，*社科縱橫*，第18卷第2期，4月：頁38-40。
- 王東平，1997，「清代回疆的司法制度」，*中國邊疆史地研究*，第4期，12月：頁49-66。
- 王東平，1998，「清代回疆地區法律典章的研究與注釋」，*西北民族研究*，總第23期第2期，5月：頁93-111。
- 王東平，1999a，「清代回疆經濟政策與法規研究」，*中國邊疆史地研究*，第1期，6月：頁25-46。
- 王東平，1999b，「清代回疆法律文化芻論」，*民族研究*，第3期，5月：頁80-87。
- 王東平，2000，「大清律例回族法律條文研究」，*回族研究*，總第38期第2期，3月：頁9-13。
- 王東平，2001a，「清朝法制史回族法辨誤」，*回族研究*，總第41期第1期，1月：頁56-57。
- 王東平，2001b，「元代關涉回回立法初探」，*中央民族大學學報*（社會科學版），第28卷第6期，11月：頁41-45。
- 王東平，2001c，「明清時期的漢文譯著及回族穆斯林宗教法律文化的傳佈」，*世界宗教研究*，第2期，6月：頁49-58。
- 王東平，2002，「元代回回人的宗教制度與伊斯蘭教法」，*回族研究*，總第44期第4期，11月：頁44-50。
- 王銀，2001，「回族穆斯林的風俗習慣與刑法的協調保護」，*中南民族學院學報*（社會科學版），第21卷第3期，5月：頁22-24。
- 田成有，2002，*法律社會學的學理與運用*（北京：中國檢察出版社）。
- 希爾斯著，傅鏗、呂樂譯，1991，*論傳統*（上海：上海人民出版社）。
- 李丕祺，1999a，「試析乾隆朝關涉回族的特別法令」，*回族研究*，總第34期第2期，3月：頁16-19。
- 李丕祺，1999b，「雍、乾時期處理回族事務的法律原則」，*中南民族學院學*



- 報（社會科學版），總第98期第3期，5月：頁80-82。
- 拉德克利夫·布朗著，夏建中譯，2002，**社會人類學方法**（北京：華夏出版社）。
- 吳雲貴，1993，**伊斯蘭教法概略**（北京：中國社會科學出版社）。
- 吳雲貴，2003，**當代伊斯蘭教法**（北京：中國社會科學出版社）。
- 哈寶玉，2002，「明清時期回族哈乃斐教法的本土化」，《西北民族研究》，總第34期第3期，8月：頁96-104。
- 哈寶玉，2003，「蒙元時期的穆斯林與伊斯蘭教法」，《西北第二民族學院學報》（社會科學版），第14卷第4期，11月：頁62-66。
- 庫爾森著，吳雲貴譯，1986，**伊斯蘭教法律史**，（北京：中國社會科學出版社）。
- 徐曉光，2001，**藏族法制史研究**（北京：法律出版社）。
- 馬平，2003，「婚俗的闡釋性分析：一個回族村的法人類學觀察」，《貴州民族學院學報》（社會科學版），總第77期第1期，2月：頁64-66。
- 馬克林，2003，「民族法制建設中的宗教性因素」，《廣西民族研究》，第18卷第3期，9月：頁10-15。
- 馬志俊，2001，「伊斯蘭教法對回族道德觀及習慣法的影響」，《寧夏大學學報》（社會科學版），第23卷第1期，2月：頁95-97。
- 馬明良，1997，**伊斯蘭文化新論**（銀川：寧夏人民出版社）。
- 馬林諾夫斯基著，費孝通譯，2002，**文化論**（北京：華夏出版社）。
- 馬紅豔，2001，「回族禁忌的社會功能探析」，《青海民族研究》，第12卷第2期，4月：頁112-114。
- 馬慧娟、白群、胡曉峰、馬財華，2000，「回族群體心理與我國民事經濟法律的相互作用」，《思想戰線》，第26卷第1期，1月：頁127-130。
- 高其才，1995，**中國習慣法論**（長沙：湖南出版社）。
- 高其才，2003，**中國少數民族習慣法研究**（北京：清華大學出版社）。
- 高鴻鈞，2003，「法律成長的精神向度」，《環球法律評論》，第25卷第4期，12月：頁35-43。
- 高鴻鈞，2004，**伊斯蘭法：傳統與現代化**（修訂版）（北京：清華大學出版社）。
- 華熱·多傑。1999，「伊斯蘭教法對青海穆斯林社會生活的影響」，《青海民



- 族研究，第10卷第2期，4月：頁42-47。
- 張文顯，1999，「法律社會學的法概念」，李楯主編，法律社會學（北京：中國政法大學出版社），頁12。
- 張仁善，2001，禮·法·社會：清代法律轉型與社會變遷（天津：天津古籍出版社）。
- 張昀、馬斌，2001，「試析回族恪守伊斯蘭教的婚姻習俗」，民間文化，第19卷第2期，4月：頁16-23。
- 梁向民，1998，「伊斯蘭教法及其與回族道德的關係」，固原師專學報，總第64期第1期，2月：頁50-52。
- 梁治平，1996，清代習慣法：社會與國家（北京：中國政法大學出版社）。
- 馮迎福，2004，「回族禁忌習俗及其社會功能」，青海民族學院學報（社會科學版），第30卷第1期，1月：頁52-55。
- 楊經德，2003a，「回族伊斯蘭習慣法的功能」，回族研究，總第50期第2期，5月：頁47-53。
- 楊經德，2003b，「伊斯蘭法與伊斯蘭教法關係辨析」，雲南民族大學學報（社會科學版），第20卷第3期，5月：頁39-41。
- 楊經德，2003c，「伊斯蘭法中國本土化與回族伊斯蘭習慣法的形成」，思想戰線，第29卷第6期，11月：頁35-42。
- 劉淑媛，1997，「簡析回族地區鄉規民約的幾個問題」，寧夏社會科學，總第80期第1期，1月：頁66-69。
- 劉淑媛，2000，「回族習慣法探究」，回族研究，總第37期第1期，1月：頁38-41。
- 穗積陳重著，黃尊三、薩孟武、陶匯曾、易家鉞譯，1997，法律進化論（北京：中國政法大學出版社）。
- 謝暉，1994，「回族法文化研究概說」，寧夏社會科學，總第62期第1期，1月：頁64-70。
- 謝暉、陳今釗主編，2002，民間法（第1卷）（濟南：山東人民出版社）。
- 謝暉、陳今釗主編，2003，民間法（第2卷）（濟南：山東人民出版社）。
- 謝暉、陳今釗主編，2004，民間法（第3卷）（濟南：山東人民出版社）。
- 邊沁著，時殷弘譯，2000，道德與立法原理導論（北京：商務印書館）。
- 蘇力，1996，法治及其本土資源（北京：中國政法大學出版社）。



A Critical Review of Mainland China's Literature regarding the Legal Culture of the "Hui"ethnic minority

Ning Chang
Master in Law, Lanzhou University

Abstract

The purpose of this study is to present a review of Mainland China's literature regarding the legal culture of the Hui ethnic minority, and at the same time to present the author's comments on the subject. After considering relevant academic documents, this article finds that the Islamic traditional legal culture of the Hui has aroused as a new research subject. However, studies relevant to this subject are still insufficient. Some studies probably have yet realized that they are analyzing the Hui's legal culture, or have covered only part of it. On the whole, the literature lacks cross-field studies and systematic investigations. Moreover, this article demonstrates the importance of the study of the Hui legal culture, explores the approaches that can be used in studying this subject, and addresses the topics that should be studied and relevant research methods.

Keywords: Hui ethnic minority, traditional legal culture, sociology of law, anthropology of law, Islamism.

