



当代中国 的刑事习惯法

高其才 主编



中国政法大学出版社

習慣法論叢

当代中国的 刑事习惯法

主编 高其才

执行主编 罗昶



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

当代中国的刑事习惯法/高其才主编. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 10

ISBN 978-7-5620-7054-2

I. ①当… II. ①高… III. ①习惯法—研究—中国—现代 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 240154 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm × 980mm 1/16
印 张	19.75
字 数	280 千字
版 次	2016 年 10 月第 1 版
印 次	2016 年 10 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

习惯法是在人类长期社会生活中自然形成的一种行为规范，它源于各民族生存发展的需要，对于人类法制文明意义甚大。哲人亚里士多德说过，积习所成的不成文法比成文法实际上更有权威，所涉及的事情也更为重要。毋庸多言，在传统人类社会，习惯法内容涵盖甚广，各民族缔造了灿烂的习惯法文化。而制定法的出现只是一种渐进的成就，道德与法律的分离更是后起。

在古希腊文中，“ethos”（居留习性）和“nomos”（风俗律法）均有风俗之义。nomos 乃诸神所定，且是 ethos 的准绳，不可随意更改。“ethos”（习俗）本来含义是“居留”“住所”，“ethos”（习俗）就是人行为的某种“居留”和人在其中活动的“场景”（秩序），这种风俗习惯的沿袭产生伦理德行，“ethos”（习俗）也就演化为“ethi-kee”（伦理）。nomos 本来仅指习俗，雅典民主政制兴起，nomos 涵义才扩及人定的法律。而自然（physis）与习俗（nomos）的比较，则是西方法哲学的永恒主题。

法律不是、起码不主要是国家制定法。直到中世纪的西方思想家仍然认为，法律本质上是传统和习惯，而不是不断进行的立法创新，而国家制定法实在是对习惯法的扰动，不可轻易为之。

习惯法会成为问题，源于人类社会的现代性转折以及法律现代性的相应兴起。这个历史进程肇始于西方，法脱离了古典自然法界

定良善政治秩序的作用，成为保障市民社会财产权与维持市场经济均衡运转的实证法（positive law），而国家仅等同于市民社会之伦理环节。尤其是因为现代民族国家的兴起，它需要并且创生出了国家法（制定法）、固守主权者命令的实证法学、现代教育体制、学科分类体系及科层制分工等等这一整套架构来维系民族国家的运转。而这都表明现代社会的运转必须依赖法实证主义。

目光转移到中国，在古代汉语中，习惯是指在长时期里逐渐养成的、一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚。习惯为逐渐养成而不易改变的行为和积久养成的生活方式，现在泛指一地的风俗、社会习俗、道德传统等。中国语境中的习惯含有“长期”“习俗”等语意。习惯法以习惯为核心，以风尚为基础，与伦理密切相关。

传统的礼乐文明就是乡土中国的风习自发演进而来，进而由切实的情理生出高蹈的义理。在中国法律传统的“天理—国法—人情”架构中，人情风习有其应有的位置。天理、国法与人情的圆融无碍是传统中国历代法典正当性所在，也是传统中国社会普通民众信奉的法意识。如何在具体问题中，妥帖地调适情理法、礼与俗，正是中国法传统思索与实践的核心问题。

而传统法律在近代的大变动引发了社会的大断裂、大冲突。百年来中国法律现代化动作多、成效少，法律始终没有契合中国人民的生活。中国法律文明花果飘零，失却了制度和理论支撑的传统中国文明作为一种习俗残留下来。为了让人们信奉这套舶来的法制，服从至上的国家（阶级）意志，民主、法治、人权之类的言说驳斥这种习俗，新生活运动、普法运动之类的全民运动力图改造这种习俗。只是时至今日，依然逃脱不了“法律自法律，社会自社会”（瞿同祖语）的尴尬。因为法律不是自动运行的机器，作为一套社会控制的行为规则体系，它需要相应的制度支撑。

现实的逻辑是，作为生活之子的习惯法的生命力异常旺盛。在当今中国社会时空条件下的法律实践当中，习惯法作为独立于国家制定法之外，依靠某种社会权威的、具有一定程度强制性和习惯性的行为规范，实际上成为了解决当代现实问题的鲜活创造，显示了它与法律移植背景下国家制定法不同的命运。因为当代中国习惯法

作为一种活的法律秩序，显示了与其所处社会的相互契合，有其独立的存在意义和独特的功能价值。

因此无论我们对中国的法治现代化持何种立场，都必须认真对待习惯法。习惯法为国家制定法之母，一方面要充分认识到习惯法在秩序建构、纠纷解决、社会共识达成过程中的积极意义，充分发挥其作用。另一方面，在国家制定法中心的前提下，必须妥善处理与现行制定法有冲突的习惯法中的非良性因素，促使习惯法与制定法在现代化互动进程中逐渐融合，解决不同地区、不同民族之间的习惯法冲突问题，并使国家制定法更具有效力基础。这是国家法中心主义的习惯法研究也必须解决的重要问题之一。

从更广泛的角度认识，习惯法是中国固有法文化的重要内容，体现了中华民族的内在精神。习惯法是一种社会现象、一种社会规范，更是一种社会文化，是中国人的意识形态所创造的精神财富。作为中国文化的一个组成部分，习惯法是中国人生活的反映、实践的记录、历史的积淀、现实的表达，是中国人对生存方式、法生活的需要和愿望的表达，是中国人认识自然、思考自己、理解社会的结晶。习惯法是民族特质的体现，也是传统传承的主要方式。

我们认为，习惯法研究应以现代中国法治建设为中心，习惯法的描述与解释并重，域内习惯法与域外习惯法研究并举，当代习惯法研究与习惯法的历史研究共存，处理好乡土习惯法与城市习惯法、传统习惯法与现代习惯法、地方习惯法与全球习惯法之间的关系。以中国社会现代发展和法律现代性为主轴，一切以揭示习惯法背后特有族群的法律文化、法律意识为鹄的，进而阐发习惯法的内生性及其当代适应性。

本习惯法论丛以当代中国习惯法为研究对象，重点探讨1949年以来尤其是现实有效的当代中国社会的习惯法，旨在全面总结我国学界学者和实务专家的当代中国习惯法调查和研究成果，交流当代中国习惯法研究的心得，思考当代中国习惯法研究的推进，进一步提高当代中国习惯法研究的学术水准。

当代中国习惯法研究需要重视学术积累，进行长期调查，持续

专门研究，不断拓宽研究领域。只有具有寂静的心态、宽广的视野、专注的立场、踏实的学风，当代中国习惯法的研究成果才可能越来越有学术影响力，在中国社会的理性发展中发挥积极的作用。

高其才

2010年7月2日

前言
PREFACE

作为古老的社会规范，刑事习惯法在中国社会一直存在、长期存在。如唐朝樊绰所著的记载南诏史事的史书《蛮书》就记载了云南地区刑事习惯法对通奸者的处罚：“嫁娶之夕，私夫悉来相送。既嫁，有犯男子，格杀无罪，妇人亦死。或有强家富室，责盗财赎命者，则迁徙丽水瘴地，终弃之，不得再合。”

刑事习惯法的内容丰富，包括认定条件、处罚程序、责任形式、例外处理等规范，涉及侵犯财产、人身等个体、群体利益行为的处理，包括违反公共利益的行为、侵犯人身权利的行为、侵犯财产的行为等，主要为有关偷盗行为、奸淫行为、危害社会秩序行为等的认定、处罚和执行规范。我国少数民族地区的刑事习惯法规范更为全面、完整。

刑事习惯法包括实体规范和程序规范两方面，为复合性规范，具有混合性、共生性、整体性的特点。刑事习惯法既涉及具体权利义务的规定，也涉及程序安排、执行环节等规范。刑事习惯法的处罚方式有罚款等财产罚、“喊寨”等精神罚、殴打等身体罚，而且往往多种方式混合并罚。刑事习惯法广泛使用罚款这一处罚方式；由于缺乏条件，通常没有自由刑；根据受害对象具体情况的不同，刑事习惯法的具体处罚和实施也有所不同。

在生成方式上，刑事习惯法具有内生性。刑事习惯法的立法者、

创法者并非是某一特定的国家机关，而是处于特定社会时空中的民众。刑事习惯法的生成是自生自发于日常社会生活之中，受到生产条件、生活状态、历史传统的影响，在生产、生活过程中“俗成”的。在某种状况下，刑事习惯法也有“约定”即一定范围的社区民众有意识的议定而生的，但这一立法方式为次要方式。刑事习惯法表征着民众的自发性、创造性。

刑事习惯法涉及秩序维护与自由保障问题。刑事习惯法具有突出的秩序维持价值，在处罚违法行为、维护社会秩序、保障民众权益、维护社区安宁、实现社会控制方面具有明显作用。刑事习惯法也可能侵害个人自由、损害个体人格。

刑事习惯法具有处罚、威慑、教育、预防等广泛的功能。在维护传统道德观念、传承固有文化方面也有一定的意义。

作为一种地方性知识，刑事习惯法具有一定的地域色彩。刑事习惯法对本管辖地区内的成员具有有效性，其效力范围仅及于一定的村落、地区或民族。由于生产方式、生活方式的差异，以及地理环境、气候状况、人口数量、经济发展等因素的不同，各地刑事习惯法的规范内涵、执行方式等各有特点。刑事习惯法涉及地方特殊与国家统一问题，关系到规范的本土性与统一性问题。

从刑事习惯法角度，就侵害法益而言，其不仅仅为直接当事人的财产权、人身权，还包括整个社区的安宁权、安全权，因此侵害的法益为复合法益。故社区成员往往共同参与处罚、追究责任，以恢复社会秩序。刑事习惯法的实效来源于乡民的团结和自觉参与。刑事习惯法具有团体本位特点，会表现出某种程度的民主色彩。

相比于国家刑法的注重形式理性，刑事习惯法更具有实质理性的特点。刑事习惯法内容较简单、规范较粗糙、涵义较模糊，主要着眼于已经发生行为的处罚和解决，更突出结果的合理性和公平性，因而具有明显的实质理性的色彩。刑事习惯法在可预测性和确定性方面有其自身的不足。

刑事习惯法涉及私与公、群体与政府、社会与国家的关系问题。刑事习惯法关系到行为是由民众还是由国家来进行定性、是由民众还是由国家来进行处理、是社会自治还是国家管治等问题，还关系到

社会与国家的分工、分权的治理边界问题。刑事习惯法体现了社区、群体、社会维护自身权益的要求和力量，可以表现出一定程度的与政府、国家的分权和对抗色彩。刑事习惯法在保障社区民众的私权、限制国家的刑罚权、促进社会与国家的互动与平衡方面具有一定的意义。

刑事习惯法在我国现实生活中具有普遍的表现，呈现出了很强的社会效力，有着深厚的社会文化心理和现实条件。刑事习惯法因民众存在着共同的法利益、分享着共同的法感情、拥有着固有的法思维而有着牢固的现实基础，难以被国家法律以强制的方式直接取代或消解。

在民众的日常生活中，国家法律意义上的刑事生活和刑法解决占有一定的地位。同时，他们往往遵循惯性，对许多行为更倾向于按照刑事习惯法进行处理，或自忍，或调解，或责罚，或个体处理，或群体处理，进行各种形式的私力救济。民众多浸染在刑事习惯法的世界中。

刑事习惯法与我国《刑法》《治安管理处罚法》等国家法律、法规的关系较为复杂。在处罚范围方面，刑事习惯法与国家法律既有相同之处，又有相异之处。如偷盗、抢劫、纵火、强奸、杀人等行为均为刑事习惯法和国家法律所不容。而有些行为（如通奸行为），国家法律不以为罪，而在刑事习惯法中可能为违法行为；而刑事习惯法中不以为系违法行为的，国家法律中却可能为违法犯罪行为，如有的少数民族地区的早婚现象可能涉及国家《刑法》中的“奸淫幼女罪”。地方习惯法中“打小偷”是乡民义务，而在国家法律中却可能成为侵害人身类违法犯罪行为。在处罚方式方面，刑事习惯法与国家法律也可能存在抵触之处。刑事习惯法多适用人格尊严罚、名誉罚，这可能触犯国家法律。此外，刑事习惯法还在一定程度上起着弥补国家刑事制定法的功能，为国家刑事制定法的发展和完善提供基础。

习惯法非为当代中国刑事法律的正式法律渊源。根据罪刑法定主义，制定法为当代中国刑事法律唯一的正式法律渊源，这意味着该原则排斥或者禁止习惯法在刑法领域内的适用。不过，学界也普

遍承认习惯法作为我国刑法的非正式法源，在构成要件符合性、违法性和有责性的判断中可以起到解释作用，在量刑环节可以排除或减轻行为人刑事责任，进而有助于发挥刑法的法益保护和人权保障机能。

不过，需要注意的是，我国《刑法》第90条规定：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”这表明民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法的基本原则制定的变通或补充规定，也可谓刑法的正式法律渊源，但这种规定只在特定地域适用，没有普遍效力。

从某种角度上看，刑事习惯法会与国家的刑事案件争夺管辖空间，对国家刑罚权及刑事司法权的专属性造成挑战，对国家刑事司法公信力产生某些影响，干扰国家刑事司法活动。不过，从法律的社会效果出发，我国的行政机关、司法机关在实践中较为重视刑事习惯法，通过“被害人过错”“社会民愤”“危害后果”等角度参考刑事习惯法的某些内容。对于从有利于保障被告人人权方面考量，法官应更积极考虑、参照刑事习惯法的有关规范，宜以刑事习惯法上之正当性来排除行为之实质违法性。在国家刑事和解制度、刑事被害人国家补偿制度、社区矫正制度等制度的建立和完善过程中，刑事习惯法的某些理念、规范具有一定的借鉴意义。从节约司法成本角度，刑事习惯法也能够提供一定的经验。

当代中国的刑事习惯法呈现出某种变迁的趋势。在依法治国、全面推进社会主义法治建设的背景下，刑事习惯法的地位有一定的下降，刑事习惯法的功能有一定的限缩。不过，刑事习惯法的规范也有一定的创新、发展。总体而言，刑事习惯法在中国社会将长期存在，继续在法治国家、法治社会建设中发挥其作用。我们需要尊重刑事习惯法的客观存在，把握刑事习惯法的基本内容，分析刑事习惯法的具体功能，吸纳与扬弃并重，利用与排斥共举。

总 序	001
前 言	005

事实描述

1. 民众的刑事生活实相	高其才 / 003
一、湖南：叔媳乱伦，家法惩处，打死灭迹	003
二、河南：砍死堂兄，双方私了，村民保密	006
三、广西：小孩入室偷钱，困猪笼浸水塘	008
四、四川：儿偷父母钱，父罚儿示众	010
五、浙江：怀孕女子多次盗窃被抓，被村民 反绑在电线杆上辱骂暴打	011
2. 关于庄村刑事习惯法的杂记	颜灵雯 / 014
一、抓贼打贼	014
二、重婚断亲	017
三、强奸私了	020

四、亲家乱伦	021
五、非法集资	024
3. 农村的家庭暴力习惯法	于会有 / 026
引 言	026
一、农村家庭暴力习惯法的内容	027
二、农村家庭暴力习惯法的对待	032
简短的结语	033
4. 农村的打小偷习惯法——以福建龙岩郭村为对象的 考察	郭 樑 / 034
引 言	034
一、被打者与打人者	035
二、打小偷的形式	036
三、影响打小偷程度的因素	037
四、小偷被打之后的处理方式	040
五、当“小偷”为自己家里人的时候	041
六、打小偷习惯法的发展	042
结 语	042

规范分析

1. 刑事案件中的地方习惯法与国家制定法——以一起 奸淫幼女案为对象	高其才 / 047
一、山村发生奸淫幼女行为	048
二、受害人亲属选择习惯法解决	049
三、国家法院依照制定法判处	050
余 论	052

2. 吸纳中的刑事习惯法	刘俊旗 / 055
引 言	055
一、历史上的刑事习惯法	055
二、吸纳中的刑事习惯法	060
结 语	063
3. 农村地区刑事案件“私了”现象探究	姚韩雪 / 065
引 言	065
一、一起虐待案件“私了”引发的思考	066
二、何谓刑事案件“私了”	072
三、农村刑事案件“私了”的影响	074
四、农村刑事案件“私了”的原因	077
五、农村刑事案件“私了”的解决	082
结 语	085
4. 当代处罚通奸的习惯法研究	李 川 / 086
导 论	086
一、习惯法认定通奸的条件规范	094
二、习惯法抓获通奸者的规范	098
三、习惯法对通奸者的处罚规范	102
四、对处罚通奸的习惯法规范的思考	110
结 语	118
5. 当代惩罚小偷的习惯法探析	李亚冬 / 121
导 言	121
一、惩罚小偷习惯法之“罪”	127
二、惩罚小偷习惯法之“罚”	133
三、惩罚小偷习惯法与国家法的关系	140
结 语	146

法理思考

1. 中国藏区刑事和解问题研究——以青海藏区为

中心的调查分析	苏永生 / 151
一、研究意义、方法及进路	151
二、中国藏区刑事和解的历史与现状	155
三、中国藏区刑事和解的表现形式、基本依据及和解主持者 ...	163
四、中国藏区刑事和解与国家刑事司法的关系	169
五、中国藏区刑事和解与国家刑事司法冲突的原因分析	174
六、中国藏区刑事和解制度的功能向度及具体建构	180
结 语——刑事和解制度在中国藏区应当先行	185

2. 刑法法源视域下的习惯法——以我国 1949 年后的

刑法学教科书为主要对象	池建华 / 188
一、问题的提出	188
二、正式刑法法源与习惯法	197
三、非正式刑法法源与习惯法	214
余 论	225

学术综述

1. 当代中国法治建设中的刑事习惯法——对近三十年来

刑事习惯法研究的分析与思考	马 敬 / 235
导 言	235
一、当代中国刑事习惯法的基本问题	237
二、当代中国刑事习惯法的具体问题	243
三、当代中国刑事习惯法与刑事司法	253

四、刑事习惯法在当代中国的传承与变迁	257
五、对当代中国刑事习惯法研究的分析与思考	263
2. 当代中国刑事习惯法研究综述	李亚冬 / 270
一、当代中国刑事习惯法研究概况	270
二、刑事习惯法研究的基础性问题	279
三、刑事习惯法中的违法和处罚	286
四、刑事习惯法与国家法	292
五、刑事习惯法的变迁研究	298
后 记 /	300

