

区域刑事法治的 经验与逻辑

QUYU XINGSHI FAZHI DE
JINGYAN YU LUOJI

苏永生◎著



人 民 大 学 出 版 社

D924.04
148

013059863

区域刑事法治的 经验与逻辑

QUYU XINGSHI FAZHI DE
JINGYAN YU LUOJI

苏永生◎著



北航

C1665987

D924.04
148

人民大学出版社

责任编辑:李椒元

装帧设计:卓 墨

责任校对:余 倩

图书在版编目(CIP)数据

区域刑事法治的经验与逻辑 / 苏永生著.

-北京:人民出版社,2013.6

ISBN 978-7-01-011935-9

I. ①区… II. ①苏… III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 067663 号

区域刑事法治的经验与逻辑

QUYU XINGSHI FAZHI DE JINGYAN YU LUOJI

苏永生 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京市文林印务有限公司印刷 新华书店经销

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:10

字数:226 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-011935-9 定价:24.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

目 录

导 论	1
一、问题的提出	1
二、研究意义	3
三、论证思路与基本框架	5

第一篇 区域刑事法治的域外经验

第一章 英美法系国家的区域刑事法治	9
一、英美法系国家刑事法治的形成及基本特色	9
(一)刑事法治的形成	9
(二)刑事法治的基本特色	17
二、英美法系国家区域刑事法治的基本表现	30
(一)刑事法制的区域性	30
(二)刑事司法的区域性	34
三、英美法系国家实行区域刑事法治的基本理由	37
(一)政治学解释	37
(二)文化人类学解释	38
(三)哲学解释	40
四、本章小结	43
第二章 大陆法系国家的区域刑事法治	45

2 区域刑事法治的经验与逻辑

一、大陆法系国家刑事法治的形成及基本特色	45
(一)刑事法治的形成	45
(二)刑事法治的基本特色	52
二、大陆法系国家区域刑事法治的基本表现	67
(一)刑事法制的区域性	67
(二)刑事司法的区域性	73
三、大陆法系国家实行区域刑事法治的基本理由	85
(一)政治学解释	85
(二)文化人类学解释	86
四、本章小结	91

第二篇 中国区域刑事法制/治的表达方式

第三章 中国区域刑事法制/治的正式表达	95
一、古代中国区域刑事法制的正式表达	95
(一)奴隶制时期的区域刑事法制	95
(二)封建制时期的区域刑事法制	96
(三)民族习惯法的历史表现	108
(四)中国古代区域刑事法制形成的原因	116
二、当代中国区域刑事法治的正式表达	121
(一)内地的刑事法律制度	121
(二)香港的刑事法律制度	131
(三)澳门的刑事法律制度	134
(四)港、澳地区刑事法律制度形成的原因	139
三、本章小结	146
第四章 中国区域刑事法治的非正式表达	148

一、自治地方区域刑事司法的基本样态	148
(一)民族习惯法在命案和血案处理中的运用	148
(二)民族习惯法在婚姻家庭领域的活力	152
(三)民族习惯法在精神信仰领域的作用	154
(四)民族习惯法在纠纷解决领域的生机	156
二、正确对待民族习惯法	159
(一)正确认识民族习惯法与刑事制定法冲突的 原因	159
(二)正确认识民族习惯法的基本功能	162
(三)对待民族习惯法的应有态度	164
三、自治地方区域刑事司法形成的原因	166
(一)历史文化解释	166
(二)社会学解释	175
四、本章小结	183

第三篇 自治地方区域刑事法治的建构

第五章 自治地方的刑事立法问题	187
一、《刑法》第 90 条的合法性基础	187
(一)法律层面的分析	187
(二)刑事政策层面的分析	194
二、《刑法》第 90 条被虚置的原因	199
(一)刑法性质认识上的偏差	200
(二)压制理念的盛行	205
(三)文化人类学视角的匮乏	208
三、《刑法》第 90 条的证成	211

4 区域刑事法治的经验与逻辑

(一) 刑事政策刑法化	211
(二) 刑法合宪性的具体展开	215
(三) 正确认识刑法的性质	222
(四) 转换刑法理念	226
(五) 转变刑法理论的视角	228
四、本章小结	236
第六章 民族自治地方的刑事司法问题	237
一、民族自治地方和解习惯法及其与刑事司法的 关系	237
(一) 和解习惯法的历史与现状	237
(二) 和解的运行	248
(三) 和解与刑事司法的关系	254
(四) 和解与刑事司法冲突的原因	261
二、民族自治地方刑事司法模式的选择	265
(一) 现代刑事司法的局限	265
(二) 互动性刑事司法模式的确立	282
三、民族自治地方刑事和解制度的建构	289
(一) 刑事和解制度的功能向度	289
(二) 刑事和解制度的具体建构	292
四、本章小结	295
参考文献	297

导 论

一、问题的提出

人们一般认为,区域刑事法治是一个与联邦制的国家结构形式密切联系的问题,而且倾向于认为,区域性是英美法系国家刑事法治的特点,大陆法系国家的刑事法治不具有区域性。在美国,之所以实行区域刑事法治,确实与联邦制的国家结构形式关系密切,完全可以说,正由于实行的是联邦制的国家结构形式,才使得美国各州之间在刑事法治上出现了较大的差异。但问题是,除了国家结构形式之外,区域刑事法治有没有其他方面的理由?英国是实行单一制的国家,但如何解释英格兰和威尔士、苏格兰、北爱尔兰之间在刑事法治上的差异呢?大陆法系国家的刑事法治在很大程度上是依据统一的刑事立法而建立起来的,因为人们一般认为罪刑法定之“法”仅仅指的是国家制定的成文法,而不包括习惯法和判例法。然而,在大陆法系的法国、德国、意大利、日本等国,刑事法治真的就铁板一块,各地之间就没有丝毫差异吗?果真如此的话,如何解释德国《刑法典实施法》赋予各州在一定范围内所享有的刑事立法权?又如何解释日本的《地方自治法》明确赋予普通地方公共团体可以在其条例中设立罚则的权力?

在我国历史上,刑事法制基本上不具有统一性。一方面,中央政府针对周边少数民族制定了不同于中原地区的刑事法律,如秦

汉时期的《邦属律》，唐宋时期的“化外人相犯”条款、清朝政府制定的《大札撒》、《西宁番子治罪条例》等；另一方面，中央政府在很大程度上承认周边少数民族用自己的习惯法来解决刑事冲突。那么，致使我国历史上刑事法制不统一的原因何在？对当下我国的刑事法治建设有没有借鉴意义？我国当前的刑事法治也是不统一的。其中，明确得到中央政府承认的有三个体系，即内地、香港和澳门的刑事法治体系。对于这种不统一，人们大都从政治制度上寻求原因。从形成上看，是由于中国、英国和葡萄牙的不同政治制度所致；从延续上看，是由于“一国两制”的政治制度所致。然而，在不同国家的政治制度背后有没有更为深刻的原因？致使在内地和港澳之间实行“一国两制”的原因又是什么呢？就内地刑事法治而言，虽然刑事法律是统一的，但民族自治地方的刑事司法实践表明该地区的刑事法治又具有明显的地方特色，即刑事冲突的解决在很大程度上是刑事制定法与民族习惯法相互作用的结果。对于这种情况，过去的态度是批判与否定；近年来，随着社会主义和谐社会理念的贯彻，情况有所变化。那么，致使这种情况的原因是什么？在刑事法治建设上，民族自治地方是否应当延续历史传统继续走区域化发展道路？

我国刑法规定民族自治地方的省级立法机关可以根据当地政治、经济、文化的特点和刑法的基本原则制定刑法的变通或补充规定（旧《刑法》第80条、现行《刑法》第90条），已逾30年。而且，当前的刑事政策与宪法性法律为此提供了合法性基础。但到目前为止，《刑法》第90条的内容仍未得到贯彻落实。那么，致使《刑法》第90条被虚置的原因是什么？《刑法》第90条有没有存在的必要？如果有的话，其必要性在哪里？如何得到贯彻？20世纪90年代以来，在刑法现代化语境下，民族自治地方的习惯法受到了前所未有的批判与否定，其理由是习惯法阻碍了刑事制定法

的适用。但批判与否定并没有隔断习惯法与刑事司法的联系,习惯法依然隐而不彰地对刑事冲突的解决发挥着重要乃至决定性作用。实践中,刑事冲突的解决既是一个决定的过程,也是一个合作的过程。前者的依据是刑事制定法,后者的依据是习惯法。那么,应当如何对待民族自治地方普遍流行的合作主义?是继续批判与否定?还是建立一种能够容纳合作主义的新的刑事司法模式?如果是的话,应当如何建立?

以上问题均值得认真思考和研究。

二、研究意义

提出区域刑事法治的概念,并对区域刑事法治的国内外实践进行研究与总结,具有重要的实践意义和理论价值。

其一,开展区域刑事法治问题的研究,是为了给我国刑事法治的发展提供经验。对国外刑事法治发展之区域性问题的研究,其目的在于总结刑事法治发展的一般规律,进而为我国刑事法治的发展提供借鉴。在英美法系国家,刑事法治在多大程度上具有区域性?除了众所周知的国家结构形式之外,致使刑事法治出现区域性特征的更深层次的原因是什么?在以刑事法制统一性而著称的大陆法系国家,刑事法治是否具有区域性特征?如果有的话,在多大程度上具有区域性?致使其刑事法治具有区域性的真正原因是什么?对这些问题的研究,显然对我国刑事法治的发展具有借鉴意义。从历史发展来看,区域性是我国刑事法制的重要特征;从现实情况来看,香港、澳门、台湾和内地的刑事法治都具有明显的地域特色。这种情况的出现,除了政治因素之外,还有没有更为深刻的原因?对这一问题的深入研究,显然对我国当下刑事法治的

发展具有重要的指导意义。

其二,开展区域刑事法治问题的研究,为反思我国刑事法治模式及刑事立法和刑事司法提供了有效视角。区域刑事法治问题实质上是一个刑事法治的发展模式问题。一方面,区域刑事法治本身就是一种刑事法治模式,即刑事法治的区域模式,与刑事法治的统一模式相对应。因而,研究区域刑事法治问题,就是对刑事法治之统一模式的反思。另一方面,区域刑事法治问题还反映出了在刑事法治建设上是坚持自上而下的压制模式还是坚持自上而下与自下而上相结合的互动模式的问题。因而,研究区域刑事法治问题,是对刑事法治之压制模式的一种检讨。区域刑事法治也是一个刑事立法和刑事司法问题。一方面,区域刑事法治蕴涵着区域刑事立法和司法模式,与统一刑事立法和司法模式相对应。因而,研究区域刑事法治问题,是对统一刑事立法和司法模式的检视。另一方面,区域刑事法治蕴涵着刑法的客观性原理,即区域刑事法治是建立在刑法的客观性基础之上的。因而,研究区域刑事法治问题,是对盛行已久的把国家强制性作为刑法之根本属性的思维方式的一种批判。

其三,开展区域刑事法治问题研究,为我国刑法知识的转型提供了有效参照。近年来,随着我国刑法学研究的深入发展,有学者提出我国的刑法知识应当沿着人文社科知识的吸收、德日刑法知识的借鉴、法治实践经验的汲取三个路向发展。其中,借鉴大陆法系刑法理论则是刑法知识转型的重心。^① 区域刑事法治问题的研

^① 参见陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》,中国人民大学出版社2012年版,第35—38页。在该书和《刑法的知识转型(方法论)》(中国人民大学出版社2012年版)一书中,陈兴良教授以德日刑法理论为参照,对我国传统刑法理论进行了极为严厉的批判,进而倡导对德日刑法知识的大面积移植。

究,实质上就是为区域刑事法治实践寻求理论支撑。在这一理论框架下,刑事法治是有区域特色的,致使刑事法治出现区域特色的原因主要在于文化差异。与此相适应,应当把文化人类学引入刑法学研究之中,并将其作为刑法学的基础性学科来看待。文化人类学既强调文化的普遍性又强调文化的相对性,因而,刑法学研究不反对借鉴和移植,但应注重自己的法律实践。文化人类学把制度分为正式制度和非正式制度,但更强调非正式制度的功能。相应地,刑法学应当把非正式制度纳入研究视野,并以此来检视正式制度。可见,在文化人类学视野中,刑法学是有国别之分的。因而,中国刑法学不能再通过大面积的移植来建立自己的理论体系,而应当走自己的路。

三、论证思路与基本框架

本书以经验研究为主要研究方法,对区域刑事法治的基本规律及其建构问题展开考察和分析。首先,通过分析英美法系和大陆法系国家刑事法治的基本特色,从中总结出区域刑事法治发展的域外经验。其次,通过分析我国区域刑事法制的历史样态和区域刑事法治的现实表达,从中总结出区域刑事法治发展的中国经验。最后,以《刑法》第90条和部分民族自治地方的刑事司法现状为中心,对民族自治地方的区域刑事法治进行了理论建构。

全书分三篇共六章。第一篇是区域刑事法治的域外经验。其中,第一章考察了英美法系国家区域刑事法治的基本表现和形成原因;第二章考察了大陆法系国家区域刑事法治的基本表现和形成原因。第二篇是中国区域刑事法制/治的表达方式。其中,第三章考察了古代中国区域刑事法制的基本表现及形成原因和当代中

国区域刑事法治的基本表现及形成原因;第四章考察了民族自治地方的区域刑事司法及其形成原因。第三篇是民族自治地方区域刑事法治的建构。其中,第五章以贯彻《刑法》第90条为中心对民族自治地方的区域刑事立法从理论上进行了建构;第六章以刑事和解制度的建立为中心对民族自治地方的区域刑事司法进行了建构。第一篇和第二篇属于经验篇,第三篇属于逻辑篇。

第一篇 区域刑事法治的 域外经验

在我国,刑事法治是否具有区域性?这是一个极具挑战性的问题。因为人们往往会把刑事法治的区域化与破坏法制的统一性等同起来,甚至会与破坏国家主权的统一性联系在一起。然而,在笔者看来,这里所谓对法制统一性和国家主权统一性的破坏,只是人们的臆想,绝非事实。本篇通过考察英美法系国家与大陆法系国家刑事法治的区域性特征,探求对我国当下刑事法治发展的借鉴意义。

第一章 英美法系国家的区域刑事法治

从英美法系刑事法治的形成与发展来看,无论是英国还是美国,其刑事法治在很大程度上表现出了区域性特征。而且,刑事法治的区域性主要通过刑事立法和刑事司法表现出来。英美刑事法治的区域性特征是否反映了刑事法治的一般规律?其在刑事法治上的区域特色是否值得我国借鉴?显然是值得认真思考的问题。

一、英美法系国家刑事法治的形成及基本特色

(一) 刑事法治的形成

英美法系国家刑事法治的形成与普通法的形成之间是密不可分的,甚至可以说,普通法的形成与传播就标志着刑事法治的诞生。

英国普通法的形成时期大致是指从诺曼征服到大宪章时期。关于英国普通法形成的具体推动力量,学者们之间存在争议。英国著名法律史学家梅特兰指出:“亨利二世执政时期在我们的法律发展史上有着至关重要的意义,这一重要意义表现为中央政府大力行使权力,表现为改革是由国王发动的。……国王一直忙于设计强化法律作用的各种新制度。……英国法律在整体上被集中和统一起来了。”^①可见,在梅特兰看来,英国普通法的形成应归功

^① 转引自[英]约翰·哈德森:《英国普通法的形成——从诺曼征服到大宪章时期英格兰的法律与社会》,刘四新译,商务印书馆2006年版,第31页。

于亨利二世及其顾问大臣们的天才杰作。在此,国王及大臣们在普通法的形成过程中被认为是发挥了非常重要乃至决定性的作用。梅特兰的观点得到了大多数学者的认可,在梅特兰之后的大多数研究,都赞同梅特兰的观点,并对梅特兰关于普通法的观点加以阐释和补充。例如,根据美国著名法律史学家伯尔曼的考察,亨利二世确实具有较强的个人能力,而且这种个人能力为英国普通法的形成奠定了基础。伯尔曼指出:“事实上,为近代英国王室法律体系(英国普通法)奠定基础的是在亨利二世时期,这种法律体系的存在和发展至少延续到16和17世纪。”“安茹王朝的亨利如同他的诺曼同胞西西里的国王罗杰一样,具有符合他所处时代巨大挑战的伟人性格,包括特别适应强有力的王室法律体系发展的性格。”“亨利二世使英格兰的法律制度实现了革命——主要是通过先前的地方和封建的司法管辖权行使王室司法管辖权以及通过对地方与封建的法律所调整的刑民事务适用王室法。他继续努力,不仅创设了在王室文秘署控制下运作的王室司法系统,而且还提供了一种更为合理的法律并且组建了负责执行这种法律的机构。”^①

伯尔曼还指出,亨利对程序法和实体法实行了5项彼此联系的改革:(1)令状的司法化。旧的行政令状被“司法化”,新的令状要求被告在公正的法庭面前回答指控,而不是要求被告或地方的官吏为了原告的利益执行国王的命令。(2)设立陪审团。召集当地公众参加,以邻居宣誓调查团(a sworn inquest of neighbors)的形式裁决因对自由持有地的争议而引起的民事纠纷。(3)设立起诉

^① [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第529、538页。