

刑事法律论丛

Series of Criminal Law

杜宇 / 著

重拾一种被放逐 的知识传统

刑法视域中“习惯法”的初步考察

Rethinking Some Kind of Outlying Knowledge

Preliminary Research on the "Customary Law" in Criminology



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书获上海市哲学社会科学规划基金资助

重拾一种被放逐 的知识传统

刑法视域中“习惯法”的初步考察

Rethinking Some Kind of Outlying Knowledge
Preliminary Research on the "Customary Law" in Criminology

杜宇 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

重拾一种被放逐的知识传统:刑法视域中“习惯法”的初步考察/杜宇著. —北京:北京大学出版社, 2005. 12

(刑事法律论丛)

ISBN 7 - 301 - 10401 - 4

I. 重… II. 杜… III. 习惯法 - 研究 - 中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 156638 号

书 名: 重拾一种被放逐的知识传统——刑法视域中“习惯法”的初步考察

著作责任者: 杜 宇 著

责任编辑: 陈新旺

标准书号: ISBN 7 - 301 - 10401 - 4/D · 1416

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 18.25 印张 278 千字

2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

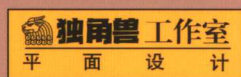
未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

作者简介

杜宇 男，1976年生，湖南长沙人。2004年毕业于北京大学法学院，获法学博士学位。现为复旦大学法学院讲师。先后参与多项教育部、司法部课题及广东省“九五”重大课题。主持上海市哲学社会科学规划项目、复旦大学文科科研推进项目等两项课题。曾先后在《复旦大学学报》、《中外法学》、《法学评论》、《法律科学》、《法制与社会发展》、《现代法学》、《法商研究》、《南京大学法律评论》、《刑事法评论》、《公法研究》、《中山大学法律评论》等期刊发表论文三十余篇，有多篇论文被《中国社会科学文摘》、《人大复印资料》摘引。主要著作有：《十问死刑》（合著，北京大学出版社2006年待版）；《刑法学案例教程》（合著，中国法制出版社2003年版）。

责任编辑 陈新旺



《刑事法律论丛》编委会

总顾问
高铭暄 陈光中

主 任
朱孝清

副主任
张智辉

编 委
赵秉志 陈卫东 陈兴良 汪建成
樊崇义 陈忠林 龙宗智 陈泽宪

序

陈兴良*

顷接杜宇来电,邀我为其博士论文《重拾一种被放逐的知识传统——刑法视域中“习惯法”的初步考察》作序。再读杜宇发给我的博士论文电子版,虽然有些不适应,但还是重新唤起了我对杜宇构造的习惯法的理论境域的向往。根据传统的建立在罪刑法定主义基础之上的刑事法治理论,习惯法是被排斥的,因而习惯法知识也是被“放逐”的。杜宇的博士论文力图在罪刑法定与习惯法之间进行某种沟通,消除其间的紧张关系,这一学术努力是难能可贵的。说老实话,当初我听说杜宇以刑事习惯法为博士论文选题的时候,吃惊不小。这意味着杜宇将在一条崎岖的学术之路上前行,并且,非有十分功力难以见到道路尽头的曙光。但我对杜宇还是有所期待的。尽管这是一个我所见到过的刑法专业最难的博士论文选题,但相信杜宇在刑事习惯法这一学术处女地上的耕耘定会有所收获。当我读到杜宇的博士论文的时候,我的这一期待并没有落空。杜宇独辟蹊径的研究打开了一片别有洞天的学术空间,这是对杜宇学术能力的最好明证。

对于杜宇在刑事习惯法方面的学术兴趣,我是一个旁观者。杜宇与博士论文同名的第一篇关于刑事习惯法的论文就发表在我所主编的《刑事法评论》第12卷(中国政法大学出版社2003年版)。现在看来,这篇论文基本上是杜宇博士论文的一个梗概,后来在博士论文中得以展开的核心观点在该文中已经定型。

刑事习惯法这一特定视域的界定,为我们重新审视刑法,乃至重

* 北京大学法学院教授,博士生导师。北京大学法学院副院长,中国法学会刑法学研究会副会长,中国犯罪学研究会副会长。

新审视整个法提供了某种契机。制定法与习惯法的二元区分,是为基本法理所承认的。但两者与历史之间形成一种反向关系:越是古老的社会,习惯法越是强大而制定法越是微弱,越是现代的社会,制定法越是壮大而习惯法越是衰落。如果说,习惯法在现代社会的民事法中中还有一席之地,那么,习惯法在现代社会的刑事法中则几乎遭受被放逐的命运。杜宇特别喜欢选用现在已经很少使用的“放逐”一词,来形容习惯法在现代刑法中的命运,确实是意味深长的,从中反映出一种无奈,一种被迫以及一种同情。在博士论文中,杜宇引用了孟德斯鸠一段法之社会历史地理决定论的名言以说明习惯法的起源:

“法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系,和土地的质量、形势与面积有关系;和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系;和居民的家教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。最后,法律和法律之间也有关系,法律和它们的渊源,和立法者的目的,以及和作为法律建立的基础的事物的秩序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律。”^①

孟德斯鸠确实为我们客观实在地考察法律提供了一种视角,尤其是在这段话中论及法律与习惯的关系,即法律应当与习惯相适应。但是,孟德斯鸠又绝对不是一个习惯法论者,恰恰相反,他是一个制定法的至上主义者。正是孟德斯鸠首先提出了罪刑法定的思想并进行了论证。他指出:在共和国里,政制的性质要求法官以法律的文字为依据,否则在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中,就有可能对法律作有害于该公民的解释了。^②因此,孟德斯鸠否认法官有解释法律的权利,这一观点在其追随者贝卡里亚那里发挥到极致。贝卡里亚指出:刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者。严格遵守刑法文字所遇到的麻烦,不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改,力求准确,并

① 参见〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第7页。

② 同上书,第76页。

且阻止人们进行致命的自由解释,而这正是擅断和徇私的源泉。当一部法典业已厘定,就应逐字遵守,法官唯一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。^①在这种制定法与成文法至上的观念支配下,习惯法之被放逐是必然后果。以孟德斯鸠、贝卡里亚为代表的刑事古典学派之所以成为坚定的制定法主义者,是具有其历史原因的。在中世纪,盛行罪刑擅断,公民生活在恐怖之中。正是为了以立法权限制司法权,保障公民个人的权利与自由,刑事古典学派才极度张扬制定法之限制功能,并力主罪刑法定主义。罪刑法定正是与成文法相联系的,因而在这一奠基于制定法之上的罪刑法定主义的语境中,习惯法是被排斥的。这样一种罪刑法定主义,确实体现了其“深刻的片面”。

此后,随着绝对罪刑法定主义向相对罪刑法定主义的演变,尤其是解释论的发达、开放的构成要件的设置,都为罪刑法定容纳习惯法提供了一定的理论空间。当然,在此应对“排斥习惯法”——这一罪刑法定主义的派生原则作出科学的界定。我认为,罪刑法定之排斥习惯法,是指不得以习惯法作为入罪的根据。基于罪刑法定的理念,对一个公民定罪,在任何情况下都必须遵循成文法。然而,以习惯法作为出罪根据,罪刑法定是并不排斥的。换言之,习惯法在吸纳某些社会道德观念,消解成文法的僵硬性,使一个案件的处理更加合乎情理方面所起的作用,主要是一种出罪功能,这是不可否认的。我将习惯法的这一作用命名为“消解作用”。此种作用是有利于被告人的,因而在这一意义上的习惯法并不为罪刑法定所排斥。例如,德国学者耶赛克虽然承认罪刑法定原则对于习惯法的排除性,但其含义为:任何人不得仅仅根据习惯法受处罚。并且,对行为人有利的习惯法,例如建立新的合法化事由,则是允许的。^②日本学者大塚仁是在法源意义上理解罪刑法定之排斥习惯法这一原则的,他指出:习惯法和条理不能成为直接的法源,作为罪刑法定主义派生原则的排除习惯刑法,即是此义。既然刑罚法规的法源以狭义的法律为原则,习惯和条理就当然不能成为法源。同时,

^① 参见〔意〕贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第12、13页。

^② 参见〔德〕耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第164、165页。

大塚仁也指出:习惯和条理在刑法上并非毫无意义。关于构成要件的理解和违法性的判断根据等,不少情形下应根据习惯和条理。例如,关于构成要件的解释,《日本刑法》第123条妨害水利罪中的水利权一般是由习惯法所承认的,第218条保护责任者遗弃罪中的保护责任也可以说是以习惯和条理为根据的。关于违法性,也往往从条理上的观点承认广范围的超法规的阻却事由。另外,虽然形式上没有采取废除的程序,但是已经完全不适合今日社会的法规,往往在习惯法上解释为废除了其适用。这被称为习惯法的废除效力(*derogierende Kraft; desuetude*)。^①当然,对于这一点意大利学者帕多瓦尼似乎是反对的,他认为:根据法律渊源效力等级原则,即使在免除犯罪(或排除刑事责任)方面,习惯法也不能成为刑法的渊源。因为免除犯罪的规定,实际上是不适用犯罪规范的规定,而任何犯罪规范的适用范围,都只有同等级的法律才能规定限制。当然,帕多瓦尼也认为,当法律明确规定习惯是犯罪构成要件之一时,它也可以发挥补充性法律(*secundum legem*)的作用。^②我认为,在刑法解释中,尤其是对一些关涉社会伦理观念的概念的解释,例如猥亵、淫秽等,习惯因素当然是要考虑的,这个意义上习惯法的作用是中性的,它对于罪刑法定原则具有某种补充功能。而在某些特殊情况或者特殊区域,习惯法的出罪功能也是应当承认的,这与成文法之作为法源的一般原理并不矛盾。因为法源是就入罪根据而言的,并不包括出罪根据。在这个意义上,我是赞同大塚仁教授观点的。以往论及罪刑法定排斥习惯法之派生原则,往往存在简单化倾向,没有区分作为出罪根据的习惯法与作为入罪根据的习惯法。对于习惯法在刑法解释中的功能也缺乏深入分析。这些都是由于过于迷信罪刑法定而出现的后果。杜宇的博士论文使我们从罪刑法定这一“元叙事”的遮蔽中解脱出来,将学术眼光投向习惯法,这一解蔽作用是值得充分肯定的。

我最为欣赏的,还是杜宇在论文中透过个案所展示出来的制定法与习惯法之间的一种互动关系。他指出:

① 参见〔日〕大塚仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第67页。

② 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理(注评版)》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第23页。

“尽管习惯法对于刑事制定法的实施具有深刻影响,但并不等于制定法便完全不发挥作用。制定法在受到习惯法的置换或扭曲之际,习惯法本身也受到制定法的挤压和反作用。”

杜宇使用“扭曲”、“挤压”这样一些形象的话语,生动地刻画了制定法与习惯法的互动性。整篇论文,杜宇都在为改变习惯法的被放逐的地位而努力,可以说是刑事习惯法的一篇翻案文章。当然,杜宇是睿智而清醒的,他虽然竭力推荐习惯法,但也清楚地意识到,这绝不意味着习惯法知识和秩序便具有自足的优越性,更不意味着刑事制定法便应该完全让位于习惯法。在此基础上,杜宇进而指出:

“本文的真正目的毋宁是,试图揭示出在国家的、现代的和唯理主义的立场下被长期遮蔽的一些东西,破除对“排斥习惯法”原则的一味尊宠和极度痴迷。因而,本文的研究首先是颠覆性的,至少也是挑战性的。当然,文章的意旨并不止于此点。应该说,我的更高目标在于,在近距离观察理论与实践的基础上,在凸显理论叙述与实践操作之间巨大的悖反与断裂关系的前提下,进一步重新思考和估价刑事制定法与习惯法的关系定位。唯其如此,本文就不仅是一种颠覆性的研究,而且更是一种建构性的研究。”

此言可谓本文的点睛之笔。杜宇的学术追求或者形象一点说是学术野心跃然纸上。我亦为之叫好!不仅仅是刑事制定法与习惯法,而且是一般意义上的制定法与习惯法之间的定性,都是值得反思的课题。杜宇在本文中引用的哈耶克关于自发秩序的论断,这也正是我近来反复思考与关注的一个问题。在市场经济中,存在一种自发的经济秩序,我们的法律只能顺应并且维护这种秩序,并且限制其消极作用。例如对不正当竞争及垄断的禁止即是如此。同样,在市民社会中,也存在一种自发的社会秩序,它是法治的基础。哈耶克引用博兰尼关于自生自发形成的“多元中心秩序”(a polycentric order)的命题:

“当社会的秩序是通过允许人们根据他们自发的意图进行互动的方式——仅受制于平等一致适用于人人的法律——而实现的时

候,我们便有了一种自生自发的社会秩序的系统。”^①

在此基础上,哈耶克阐述了其对立法的见解:

“从这个意义上讲,立法者的任务并不是建立某种特定的秩序,而只是创造一些条件,在这些条件下,一个有序的安排得以自生自发地型构起来并得以不断地重构。”^②

这里描述自生自发秩序的“型构”与“重构”这两个词,当然是译者邓正来先生独具特色的表达,其实我以为称为“形成”与“复制”也许更为贴切。自发的社会秩序是自动生成的,并且可以复制的,其中存在一种规律。法律不能违抗这一规律,只能遵从这一规律。当然,这种自发的社会秩序也并非是自然法学家所虚构的自然状态下的自然秩序,它是以法律为支点的。例如,这种自发的社会秩序的原动力是具有独立自主性的公民,而公民的自由与权利恰恰是由法律加以保障的,至于公民依据个人主动性而行动,这并非法律所能安排。这种自发的社会秩序是与人为控制的秩序相对应的,而后者往往与专制相联系。只有自发的社会秩序才是法治之本。基于对这一自发的社会秩序的向往,可以减少我们对于制定法的依赖与迷恋。当然,这些话题似乎已经超出了杜宇博士论文的研究范围。

回到杜宇的博士论文上来。我以为,知识的广博与语言的华美是两个鲜明的特色,也是本文引人入胜的地方。在博士论文中,杜宇论及地方性知识、自发秩序等这样一些时下流行的话题,尤其是如同杜宇所言,本文采用了政治国家与市民社会、形式理性与实质理性、精英话语与大众话语、外部规则与内部规则、法律教义学有效性与社会学有效性等五组分析框架,提供了厘定制定法与习惯法关系的五个具体维度,这就是社会背景、精神理念、话语表达、规范属性和法律效果。至于表述之流畅和语言之俏丽,都是读者可以感受到的。博士论文是杜宇在北大法学院博士生阶段三年学习的总结,从文末所附参考文献那209本中英文长长的书单中,我们可以想见杜宇是如何从中汲取知识并化解

^① 参见[英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第200页。

^② 同上书,第201页。

为自己的见识,从而写出一篇令人刮目相看的博士论文。可以说,杜宇的博士论文,正是北大法学院刑法专业博士生培养的一个典范,其学术追求也正是北大法学院刑法专业的学术追求。一言以蔽之,杜宇的博士论文是刑事习惯法这一领域后人难以超越的一座奥林匹克学术主峰。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2005年12月19日

CONTENTS 目 录

导论:问题、范畴、沿革与进路	1
(一) 问题	1
(二) 范畴	2
1. 习惯法与习惯	3
2. 习惯法与制定法	7
3. 习惯法与民间法	9
4. 习惯法之界定	11
(三) 沿革	11
1. 习惯法的起源与早期调控	12
2. 民事领域中习惯法的近现代展开	14
3. 刑事领域中习惯法的近现代展开	16
4. 合流与分化:习惯法沿革的比较观察	18
(四) 进路	21

一、当代刑法理论中的习惯法:一种被放逐的 知识形态	25
(一) 罪刑法定主义框架中的习惯法	25
1. 现实理论基础与习惯法	26
2. 形式罪刑法定与习惯法	28
3. 实质罪刑法定与习惯法	28
4. 相对罪刑法定与习惯法	32
5. 新近的动向	34

CONTENTS 目 录

(二) 刑事制定法视域中的习惯法	35
1. 研究方法	35
2. 检索结果	37
3. 阐释分析	39
4. 效度强化	42
(三) 刑法现代化语境中的习惯法	44
1. 刑法现代化及其标准	44
2. 价值标准与习惯法	46
3. 制度标准与习惯法	49
4. 效益标准与习惯法	52
二、当代刑法实践中的习惯法:一种真实而有力的存在	54
(一) 地方习惯法的生机	56
1. 背景	56
2. 组织	58
3. 表达	60
4. 实践	63
(二) 民族习惯法的活力	82
1. 背景	82
2. 组织	84
3. 表达	86
4. 实践	91

CONTENTS 目 录

(三) 习惯法实践的类型化整理	121
1. 习惯法的作用领域	121
2. 习惯法的作用阶段	124
3. 习惯法的作用方式	124
4. 习惯法的作用方向	127
(四) 背反与断裂:理论与实践的比较观察	128

三、刑事制定法与习惯法关系的再思辨:多元 理论框架下的交错考量	133
(一) 政治国家与市民社会	134
1. 学理脉络	134
2. 关系格局	137
3. 理论启示	138
(二) 形式理性与实质理性	141
1. 分析工具	141
2. 合理性之变迁	142
3. 合理性之冲突	145
4. 合理性之整合	148
(三) 精英话语与大众话语	150
1. 话语类型	150
2. 话语压迫	153
3. 话语开禁	155
(四) 外部规则与内部规则	157
1. 知识前提	157

CONTENTS 目 录

2. 理性思辨	161
(五) 法律教义学有效性和社会学有效性	167
1. 三个维度	167
2. 类型联系	169
3. 效果补足	170
四、习惯法的功能释放：刑法视域下的重新 挖掘与梳理	175
(一) 习惯法的机能释放与罪刑法定 主义框架	175
(二) 间接法源	178
1. 习惯法进入立法的必要性	179
2. 习惯法进入立法的可能性	181
3. 刑事和解制度的建构	185
(三) 构成要件解释源	190
1. 解释策略与习惯法	190
2. 解释方法与习惯法	193
3. 类型化解释与习惯法	196
(四) 违法性判断的参照	203
1. 收缩的实质违法性与习惯法	203
2. 社会相当性与习惯法	205
3. 社会危害性与习惯法	210
4. 作为超法规违法阻却事由的习惯法	215