

刑法与 民族习惯法的 互动关系研究

◎苏永生 著



科学出版社

刑法与民族习惯法的 互动关系研究

苏永生 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书是一部特色鲜明、分析透彻、理论与现实紧密结合的刑法学著作。综合运用规范分析、社会调查、材料分析、比较分析、文化分析等研究方法,从刑法学研究方法、罪刑法定原则、犯罪本质理论、刑事立法、刑事司法模式、刑法适用解释等方面,对刑法与民族习惯法的互动关系进行深入细致的分析研究。本书本着“小地方,大论题”的基本立场,指出只有在刑法与民族习惯法之间建立良性互动机制,才能使我国民族地区的刑事法治走上健康的发展道路;进而认为,只有在刑法学研究中引入文化人类学的视角,才能使刑法理论真正具有生命力。

本书坚持“从经验到理论”的方法论原则,以民族习惯法的现实活力为基础对刑法基本理论问题进行反思与重构,是民族地区刑事司法工作者的重要参考书,同时也对从事民族地区刑事司法领域研究的学者具有重要的参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

刑法与民族习惯法的互动关系研究/苏永生著. --北京:科学出版社,2012.6
ISBN 978-7-03-034408-3

I. ①刑… II. ①苏… III. ①刑法-关系-少数民族-习惯法-研究-中国 IV. ①D924.04 ②D922.154

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 104871 号

责任编辑:闫 陶 黄承佳 / 责任校对:鲁 素
责任印制:彭 超 / 封面设计:苏 波

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

武汉市青壹印务有限公司印刷

科学出版社编务公司排版制作

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2012 年 4 月第 一 版 开本: B5 (720 × 1000)

2012 年 4 月第一次印刷 印张: 12 3/4

字数: 257 000

定价: 45.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

目 录

导言	1
一、问题的提出	1
二、研究方法	2
三、论证思路	3
第一章 刑法与民族习惯法在刑法学研究方法上的互动关系	5
一、刑法与民族习惯法互动关系下的规范分析方法	5
二、社会学方法在研究刑法与民族习惯法互动关系中的运用	14
三、经济学方法在研究刑法与民族习惯法互动关系中的运用	22
四、文化学方法在研究刑法与民族习惯法互动关系中的运用	26
五、本章小结	33
第二章 刑法与民族习惯法在罪刑法定原则上的互动关系	34
一、罪刑法定原则的中国本土化及其与民族习惯法	34
二、形式的罪刑法定与民族习惯法	41
三、实质的罪刑法定与民族习惯法	47
四、罪刑法定原则下民族习惯法的合理定位	53
五、本章小结	61
第三章 刑法与民族习惯法在犯罪本质理论上的互动关系	62
一、刑法与民族习惯法互动关系下对我国犯罪本质理论的审视	62
二、规范违反说之于刑法与民族习惯法的互动关系	72
三、刑法与民族习惯法互动关系下规范违反说的具体展开	82
四、本章小结	91
第四章 刑法与民族习惯法在刑事立法上的互动关系	92
一、制定刑法的变通或补充规定的基本依据	92
二、刑法的变通或补充规定的法律性质及立法原则	101
三、制定刑法的变通或补充规定的具体构想	111
四、本章小结	120

第五章 刑法与民族习惯法在刑事司法模式上的互动关系	122
一、刑法与民族习惯法互动关系视野下对传统刑事司法的审视	122
二、刑法与民族习惯法互动关系视野下的刑事和解	134
三、刑法与民族习惯法互动关系视野下的刑事司法模式选择	143
四、本章小结	150
第六章 刑法与民族习惯法在刑法解释上的互动关系	151
一、刑法与民族习惯法互动关系下的刑法解释目标	151
二、刑法与民族习惯法互动关系下的刑法解释限度	160
三、刑法与民族习惯法互动关系下刑法解释方法的具体运用	169
四、本章小结	179
附录 国家刑事制定法对少数民族刑事习惯法的渗透与整合	181
一、少数民族刑事习惯法的地位与活力	181
二、对少数民族刑事习惯法的应有态度	186
三、刑事和解：渗透与整合少数民族刑事习惯法的有效途径	194
四、结论：来自“赔命价”的重要启示	198

导 言

一、问题的提出

一直以来，追求刑法的现代性是我国刑法发展的主要甚至是唯一的目标。在这一刑法的发展过程中，我国的法文化传统几乎被视为落后的东西而搁置起来了，作为少数民族法文化传统的重要组成部分的民族习惯法也遭到了前所未有的批判与否定，成为一种被放逐的知识传统。

然而，近年来我国民族地区的刑事法治发展表明，一味地强调刑法对民族习惯法的压制，显然是行不通的。实践中，刑法与民族习惯法的关系主要表现为三种情况：一是民族习惯法被纳入了国家的司法程序。虽然罪刑法定原则被解释为排斥习惯法的适用，但在现实生活中，作为最能体现民族地区民意的民族习惯法，却时刻“笼罩”在刑法的周围，并不时地对其运行施加各种影响。为此，生活在一定文化传统中的司法人员也不得不在刑法与民族习惯法之间作出妥协，即刑事判决往往是在民族习惯法的影响下形成的一种“模糊的法律产品”。二是民族习惯法在处理刑事冲突上与刑法各行其是。一方面，对发生在民族地区的刑事案件，司法机关一味地强调适用刑法；另一方面，民族习惯法在刑事司法程序之外仍然在适用，致使民族地区的犯罪人除了要承受刑法的处罚之外，还要承受民族习惯法的制裁，“双重处罚”难以避免。这种情况在民族地区的故意杀人、故意伤害、故意伤害致人死亡、过失致人死亡等案件的处理上表现得尤为突出。三是民族习惯法致使刑法无法适用。例如，在有些民族地区，由于受特殊文化传统的影响，民族习惯法上认可的行为往往构成刑法上的犯罪，如重婚、奸淫幼女、强制猥亵、侮辱妇女等。在这种情况下，民族习惯法的运作往往致使刑法无法适用。再如，在有些民族地区，对打死小偷的行为被认为是正当的，而当司法部门扣押犯罪嫌疑人时，当地群众往往采取集体行动，对司法部门进行围攻，致使司法机关无法追究杀人者的刑事责任。

刑法与民族习惯法的现实关系表明，只有在刑法与民族习惯法之间建立有效地联系时，才能使我国民族地区的刑事法治走上良性发展道路。为此，必须在刑法与民族习惯法之间建立有效互动机制。

二、研究方法

本书以“从经验到理论”的方法论为指导,采用社会调查法、材料分析法、比较分析法、文化分析法等研究方法,对刑法与民族习惯法的互动关系展开研究。

首先,为了获得第一手材料,笔者从2004年8月开始,在青海省果洛、玉树、黄南、海南、海北等藏族自治州各级法院、检察院、公安部门以及基层组织进行广泛的调查研究。主要从事以下调研活动:一是在青海藏族聚居区各公检法部门收集了近10年来处理的刑事案件的第一手材料,如起诉书、判决书、裁定书等;二是对直接参与刑事案件处理的司法人员以及主管审判的各级法院的负责人进行了较为广泛而深入的访谈,获得了司法部门对待藏族习惯法的一般态度;三是在基层组织(如村委会)收集了相当数量的处理刑事案件的第一手材料,如调解协议,并对相关人员进行访谈;四是对部分刑事案件的受害人及其家属进行了访谈,对国家刑法与民族习惯法在处理刑事案件中的作用得到了大致的了解。调查研究发现,在青海藏族聚居区,国家刑法和藏族习惯法在刑事冲突解决中的作用自20世纪90年代以来发生了如下变化:第一,在20世纪90年代,由于国家施行“严打”刑事政策,运用藏族习惯法处理刑事冲突的情况相对较少;进入21世纪以来,在构建社会主义和谐社会语境下,藏族习惯法有所复兴,并在刑事冲突的解决中发挥着越来越重要的作用。第二,藏族习惯法在城镇和牧区(乡村)的情况有所不同。越是靠近城镇,藏族习惯法在处理刑事案件中的适用率越低;相反,越是偏远,藏族习惯法的适用率就越高。同时也发现,基层组织和寺院等民间组织也往往运用藏族习惯法处理故意伤害、故意杀人等刑事冲突。

其次,为了使论证更具有说服力,笔者对近年来有关民族习惯法方面所发表的论著进行了广泛地收集和整理。通过对这些论著的分析研究发现,各少数民族习惯法在刑事冲突解决中大致表现出以下特点:第一,从20世纪80年代以来,少数民族习惯法在刑事冲突的解决中大都经历了从适用较少到适用较多的过程。这种情况在藏族习惯法和彝族习惯法中表现得尤为突出。第二,在有些情况下,民族习惯法被纳入国家司法程序,刑事冲突的解决是刑法与民族习惯法共同作用的结果。第三,在有些情况下,民族习惯法与刑法在刑事冲突解决中各行其是,犯罪人不仅受到刑法的惩罚,同时也受到民族习惯法的制裁。在这种情况下,受害人及其家属往往关注的是习惯法的处理结果,而刑法处理结果似乎与其没有多大关系。第四,在有些情况下,民族习惯法对刑法的适用构成障碍,主要表现为民族习惯法认为具有正当性而刑法认为是犯罪的情况。

再次,比较研究是本书重点运用的一种研究方法,它主要运用于刑法规范与

民族习惯法规范之间的比较分析。通过比较研究发现：第一，在秩序的形成上，刑法在很大程度上型构的是一种人造秩序，而民族习惯法所型构的是一种自然秩序。第二，在价值导向上，刑法是以形式合理性为价值导向的，而民族习惯法是以实质合理性为价值导向的。第三，在司法理念上，刑法遵循的是报应理念，而民族习惯法遵循的是恢复理念。第四，在刑法的适用解释上，刑法注重形式解释，而民族习惯法注重实质解释，主要表现为文化解释。同时，通过比较研究还发现，民族习惯法之所以仍然具有较强的生命力，主要还在于在有些情况下它在民族地区刑事冲突的解决上比刑法更具有效益性。

最后，为了获得对民族习惯法的深度理解，本书采用了文化分析法。与刑法规范的建构性特征不同，民族习惯法毋宁说是一种自生自发的规范。民族习惯法与型构它的社会文化条件之间具有密切关系，在很大程度上可以说，民族习惯法既是民族文化的集中体现，其本身也是民族文化的重要组成部分。因而，民族习惯法不仅仅是功能性的，而且在一定程度上表达着人们的信仰和情感。通过文化分析研究发现：第一，民族习惯法之所以与刑法并行不悖，是因为刑法所体现的文化价值取向与民族法文化所体现的价值取向之间有着重大差异。第二，当刑法比民族习惯法更具有功能性时，人们之所以依然选择民族习惯法而不选择刑法来解决刑事冲突，是因为民族习惯法更符合人们的文化传统。第三，宗教性是我国少数民族习惯法的重要特征之一，人们之所以选择民族习惯法而不选择刑法，是因为民族习惯法表达着人们的信仰，是人们宗教生活的重要表现形式。

三、论 证 思 路

从刑法与民族习惯法的互动关系来看，我国的刑法理论确实存在一些问题，以至于在我国民族地区的刑事法治实践中难以展开，因而值得反思。本书正是通过对我国刑法理论的反思，对刑法与民族习惯法之互动关系进行分析研究。具体论证思路如下：第一，通过对我国刑法学研究方法的反思，指出为了建立刑法与民族习惯法的互动关系，应当超越盛行已久的规范分析方法，把社会学方法、经济学方法以及文化学方法等社会科学研究方法引入刑法学研究中。第二，通过对罪刑法定原则中国语境的反思，指出罪刑法定原则与民族习惯法并非不可调和。第三，通过对我国犯罪本质理论的反思，指出在刑法与民族习惯法的互动关系下应当提倡规范违反说，并通过对犯罪成立理论的重新梳理加以贯彻。第四，通过对我国刑事立法的反思，揭示在我国民族自治地方制定刑法的变通或补充规定的基本依据、立法原则和法律性质，并对刑法的变通或补充规定的基本内容进行构想。第五，通过对我国传统刑事司法模式的反思，提出在刑法与民族习惯法的互

动关系下应重视刑事和解的积极作用，并建立相应的刑事和解制度。第六，通过对刑法解释理论的分析，提出在刑法与民族习惯法的互动关系下应当建立客观的实质解释论，并通过文理解释、体系解释、沿革解释、目的解释以及比较解释等刑法解释方法予以具体展开。

第一章 刑法与民族习惯法在刑法学研究方法上的互动关系

自古迄今，人类认识对象世界的途径主要有三种：一是强调“万物归一”的神学取向；二是强调“格物致知”的科学取向；三是强调“对话商谈”的诠释学取向。这三种人类认识对象世界的途径构成了三种并不相同的态度取向和方法选择，但它们相互之间并不是一种断裂的关系，而是在人类认知过程中前后承递和相互衔接的。^①人们对法律的认识大体上也经过了这样一个过程。到目前为止，从实然角度来看，虽然这三种认知方法在法学研究中得到了一定程度的交互使用，但人们倚重的依然是“格物致知”的科学取向，而“万物归一”的神学取向和“对话商谈”的诠释学取向在很大程度上被忽视了。刑法学研究中规范分析方法的过分依赖就是这种情况的集中反映。然而，从刑法与民族习惯法的互动关系来看，仅仅诉诸于规范分析的研究方法，显然会使刑法对民族习惯法构成排斥态度。而把包括社会学方法、经济学方法、文化学方法等在内的社会科学的研究方法运用到刑法学研究中，似乎为刑法与民族习惯法的互动关系提供了有效途径。

一、刑法与民族习惯法互动关系下的规范分析方法

就当下中国刑法学的研究而言，规范分析方法无疑占据支配地位。这一方面是因为规范分析方法被认为是法学特有的研究方法^②；另一方面是因为，一直以来，人们大都已经习惯了这种研究方法，特别是在像刑法学这种规范法学色彩极为浓厚的法学学科中显得有过之而无不及。然而，规范分析方法到底有哪些特征？其功能表现在哪些方面？存在依据是什么？在刑法与民族习惯法的互动关系中具有什么样的局限性？这是本章首先要解决的问题。

（一）规范分析方法的基本功能

我国学者指出，我国当下的法学研究主要有四种范式，即除了大部分学者所坚持的“法条主义”范式之外，还包括苏力教授所采用的“本土资源论”范式、

① 谢晖：《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》，商务印书馆，2003年，第2-4页。

② 谢晖：论规范分析方法，《中国法学》，2009年，第2期。

梁治平先生所采用的“法律文化论”范式和张文显教授等所采用的“权利本位论”范式。^①除了“法条主义”范式之外，其他三种范式在一定程度上都是对“法条主义”的超越，都试图为中国法律的发展寻求各自的理想图景。这表明，在法学(特别是法理学)研究上，人们已经习惯于运用法条主义研究方法之外的方法对法律现象进行研究。但在刑法学研究领域，情况却有所不同。除少数学者试图从哲学的角度对刑法学的发展作出贡献之外，“法条主义”范式仍然占据绝对的支配地位。^②从字面意思来看，“法条主义”这一概念强调对法律规范的载体——法条进行分析，而实质上学者们所分析的并非法律条文，而是蕴涵于法律条文之中的法律规范——虽然对法律规范的解释离不开条文用语。因而，与其把这种方法称为“法条主义”，还不如称为“规范分析主义”更恰当；而且，这里所说的规范，并非在刑法理论上持规范违反说的学者所主张的“规范”，而是指法律规范，具体到刑法领域，就是指刑法规范。

就刑法学研究而言，所谓规范分析方法，是指对刑法规范进行注释和说明的方法。在我国刑法学研究中，规范分析方法可谓由来已久。从历史上看，规范分析方法缘起于我国古代的律学。这种方法强调仅对刑法规范进行注释性研究，以利于刑法的贯彻实施，任何超越刑法规范的研究都被认为是不合乎规范的，因而是被禁止的。自近代以来，我国刑法的发展发生了转型，转向以大陆法系国家的刑法理论为支撑的刑法模式。而在大陆法系传统中，成文法的至上性是其重要特征之一；而且，成文法的至上性在很大程度上被认为是立法的至上性，同时意味着不允许对立法者所制定的法律提出质疑。正是在这种思维模式影响下，规范分析方法在我国得到了延续。

在刑法学研究中，规范分析方法之所以被强调，还与罪刑法定原则之间有着非常紧密的联系。建立法治国家是我国当下所追求的重要政治目标，而罪刑法定原则被认为是法治在刑法领域的集中体现。“可以说，罪刑法定是刑事法治的内在精神。如果说，在刑法中选一个关键词，那么非罪刑法定莫属。”^③因而，刑事法治的实现必然倚重于罪刑法定原则。自近代以来，罪刑法定原则被奉为刑法中的“铁则”，先后经过了绝对罪刑法定主义到相对罪刑法定主义的发展历程。在绝对罪刑法定主义时代，刑法解释是被禁止的。如贝卡里亚指出：“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。”“‘法律的精神需要探寻’，再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理，等于放弃了提

① 邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆，2006年，第39-43页。

② 不可否认的是，罪刑法定原则在我国刑法立法中得以确立之后，刑法的人保障机能得到了强调，在这种情况下，“权利本位论”范式在刑法学研究中得到了一定的提升。

③ 陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社，2010年，第29页。

坝,让位给汹涌的歧见。”^①19世纪中叶以来,随着刑事实证学派的崛起,绝对罪刑法定主义有所松动,但罪刑法定本身并没有被否定;相反,第二次世界大战以后,作为通过限制国家权力进而保障人权的重要法治原则,罪刑法定原则更得到了加强。不同的是,此时的罪刑法定已发展为允许法官对法律进行严格解释的相对罪刑法定主义。但无论是绝对罪刑法定主义还是相对罪刑法定主义,通过刑法限制国家司法权的本旨没有丝毫松动。如果说在绝对罪刑法定主义时代,通过禁止对刑法的解释从形式上来限制国家司法权的话,那么,在相对罪刑法定主义时代,则通过确立明确性原则从实质上限制了国家的司法权。为此,明确性原则成为罪刑法定原则实质侧面的重要表现。

明确性原则要求刑罚法规的内容必须明确,必须让国民容易理解。^②其中,“明确”意味着规则的意义是确定的,即具有正常智识的人能够理解规则的意义,并依据规则选择自己的行为,同时这种行为选择不会超出行为人对自己行为的结果预测而招致预想之外的后果。^③这同时也表明,明确性原则为防止国家刑罚权的滥用构筑了堤坝。正是在这种意义上,刑法的解释也受到了严格限制,文义解释往往被奉为刑法解释的第一种方法,在文义解释不能揭示刑法的基本含义时,才能求助于其他解释;而且,文义解释对其他刑法解释方法构成了明显的制约。^④罪刑法定原则的这一旨趣对刑法学的研究方法可谓构成了极大限制,即刑法学的研究是一种规范性研究,应当在刑法规范的框架内进行解释性研究。

无解释则无法律,法律在解释中生存,在解释中发展。刑法解释的必要性表现在以下几个方面:首先,刑法内容由文字表述,以普通用语为基础,这就决定了需要解释。其次,作为法律规范,刑法应力求简短,具有抽象性。为了克服刑法规范的抽象性,必须对刑法进行解释。再次,刑法本身不可避免地存在缺陷,有的是文字表述的缺陷,有的是立法原意的缺陷,要克服刑法的缺陷,就得对刑法进行解释。最后,刑法具有相对稳定性,但同时又必须适应保护法益的需要。要使稳定的刑法适应不断发展变化的社会生活,就得依赖解释。^⑤可见,不管刑法解释的必要性多么复杂,刑法解释的直接目的只有一个,即正确适用刑法。这不但是刑法本身的要求,也是立法者制定刑法的直接目的,同时也是刑法学的重要任务。以对正确适用刑法而提供指导为重要旨趣的刑法学,当然首先应当解决如何将刑法解释好这一首要问题。因此,对刑法的规范分析属于对刑法最基本的分析,规范分析方法也就成为刑法学研究的最基本的方法,诚如我国学者所言:“没

① [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,第12-13页。

② [日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥,王昭武译,中国人民大学出版社,2007年,第40页。

③ 李洁:《论罪刑法定的实现》,清华大学出版社,2006年,第78页。

④ 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社,2011年,第88页。

⑤ 张明楷:《刑法原理》,商务印书馆,2011年,第13-14页。

有刑法解释学就没有发达的刑法学。一个国家的刑法学如果落后,主要原因就在于没有解释好刑法。”^①

可见,规范分析方法的基本功能就在于如何将立法者的立法意图以及刑法文本的真实意思传达给法官和一般社会民众,使其按照立法者的立法意图和刑法文本的真实含义来适用和遵守刑法。规范研究的使命是通过注释刑法来为司法服务,故属于司法研究学。^②从这个意义上来说,规范分析方法是具有依附性的一种方法,它既依附于立法者,也依附于刑法规范。任何超越立法者的立法意图、超越刑法规范真实含义的解释都是不被允许的刑法解释。正如我国学者所指出,经由这种有关法律或法律规则的国家解释活动(法条主义)而为中国全面开展的立法工作或者法律修正工作提供了条理化和系统化的手段。的确,在中国法律/法制建设过程中,中国法律职业的需求、中国立法的需求,乃至于普法的需求,都为“法条主义”在中国的繁荣创建了极好的条件;与此同时,“法条主义”的繁荣也为中国法律职业的形成、为中国立法的展开以及为普法工作的落实等活动提供了技术上的可能性,因为正是“法条主义”的努力,才使得法律有了作为一种专门化的技术和知识的可能性。^③在这种情况下,文义解释当然是刑法解释的首要选择,规范分析方法也就当然成为了刑法学研究的重要方法。

(二)规范分析方法的基本依据

规范分析方法之所以存在,是刑法本身的要求。进而言之,如果不对刑法进行规范分析,而只是作所谓社会学的、经济学的和文化学的分析,那么刑法的权威性和合法性将会受到挑战,因为规范分析之外的刑法学研究方法,除了对刑法的适用提供指导之外,主要在于为刑法的发展提供批判性指导。因而,规范分析方法为刑法的存在提供了最基本的方法论支撑。具体而言,在刑法学研究中,规范分析方法存在的基本依据主要表现在以下几个方面:

首先,规范分析方法存在的基本依据在于刑法的规范性。刑法与其他社会规范一样,具有规范性,刑法的规范性来自于社会生活的规范性,因而刑法规范是社会规范在刑法上的反映。现代刑法理论一般认为,刑法规范既是裁判规范,同时也是行为规范。所谓裁判规范(或审判规范),即刑法规范是指示或命令司法工作人员如何裁定、判断行为是否构成犯罪、对犯罪如何追究刑事责任的一种规范。其次,刑法规范也是禁止一般人实施犯罪行为的行为规范,其所指向的对象是一

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社,2007年,第3版,第2页。

② 曾粤兴:《刑法学方法的一般理论》,人民出版社,2005年,第11页。

③ 邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆,2006年,第65-66页。

般人，它禁止一般人实施犯罪行为，给一般人提供评价行为的标准，以期一般人不实施犯罪行为。^①无论是作为裁判规范的刑法规范，还是作为行为规范的刑法规范，都表明刑法具有规范性，是用来规范人(包括司法人员)的行为的。因而，对刑法必须进行规范性研究，只有通过规范分析，才能使刑法规范得到较好地贯彻实施。

其次，规范分析方法存在的基本依据在于刑法的强制性。强制性是刑法规范与其他社会规范的共同特征，但刑法作为法的一种表现形式，其强制性与其他非法律的社会规范又有所不同，即刑法规范的强制性来自于国家，而其他非法律性的社会规范的强制性则来自国家之外的组织。^②刑法的强制性也不同于其他法律的强制性，即与其他法律的强制性相比，刑法的强制性更为强烈。一方面，刑法的法律后果主要是刑罚，而刑罚是国家最严厉的强制方法；另一方面，犯罪往往被认为是“孤立的个人反对统治关系的斗争”，因而在绝大多数情况下，犯罪人与被害人之间不得通过自行协商来解决刑事冲突。正因为如此，“刑法很早就形成了其独特的规则。例如，在权利保护方面，由于刑法以特别严厉的方式损及受法律管辖的主体利益，因此人们很早就认识了提供有效保护法律的必要性。由此，一直到今天，刑法中仍然适用各类针对科处刑罚的国家保障……而刑事诉讼法则是规定了最强程度的法律保障的诉讼法”。^③刑法规范的严厉强制性使刑法具有较为强烈的国家意志性，刑法的实施在大多数情况下是对国家意志的执行，而规范分析方法恰恰能为国家意志的执行提供有效的理论解说。

再次，规范分析方法的基本依据还在于刑法的成文性。我国学者指出，东方人的法典情结由来已久，自李唐以后形成的“唐律情结”绵亘至近代，逐渐演变成对引入的西式法典的崇奉，乃至在日、韩、中等国家形成了“民法典情结”。从唐律情结到民法典情结，究其实质不过是为名所累，求其形而忘其意。^④在刑法领域，法典化倾向表现得更为突出。历史上，追求刑法典的完美性是中国传统法律文化的基本特征之一；近代以来，在向大陆法系学习的过程中，其成文法传统被认为与中国传统文化相契合(虽然是不自觉的)而不但没有松动，反而得到了强化。以至于在当下，很多人把法治往往等同于立法，认为法制健全了，法治也就实现了。在刑法领域，人们普遍都有一种法典化的冲动，其最基本的表现就是把法典奉为至上之物、神圣之物，法学研究中不允许对法典的正当性提出质疑。在这种情况下，规范分析方法自然就成为人们研究刑法的一种思维定势。

最后，规范分析方法的基本依据还在于刑法的政治性。政治性是刑法的基本

① 张明楷：《刑法原理》，商务印书馆，2011年，第10-11页。

② [德]魏德士：《法理学》，丁晓春，吴越译，法律出版社，2005年，第30页。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社，2000年，第6页。

④ 苏亦工：得形忘意：从唐律情结到民法典情结，《中国社会科学》，2005年，第1期。

特征之一,一方面是因为刑法被认为是国家意志的体现,另一方面是因为人们往往将国家强制性作为法律与其他社会规范的重要区别。与其他法律相比,刑法的政治性更为明显。实践中,刑法往往被视为“刀把子”而广泛使用的现象,就是这种情况的反映。“刑法成为了我们这个社会的万能钥匙或者万金油,哪里出现社会疑难杂症,刑法就奔赴哪里去救急。”^①刑法的政治性在中国与西方有所不同。在前近代社会,无论是中国还是西方,刑法无疑都是政治的工具。但自近代以来,西方刑法逐渐从政治的工具转向控制政治的手段,而在中国这种转向至今还未完成。^②在西方,刑法的政治解释往往和自由联系在一起^③,而在我国,刑法的政治解释往往和秩序联系在一起。我国学者指出,在人类历史上,法律先后出现了两种异化:一是古代社会法的神本化;二是近代以来法的物本化。^④而在笔者看来,在我国刑法领域,刑法极力强调对秩序的维护进而表现出来的极强的压制性,是刑法异化的第三种表现形式。在这种情况下,刑法本身只能依附于政治,因而关于刑法的学说在很大程度上也只能依附于政治,规范分析方法成为刑法学的主要研究方法就是自然而然的事了。

(三) 规范分析方法的局限性

然而,从社会学、经济学和文化人类学的角度来看,规范分析方法在刑法学研究中的局限性是显而易见的;而且,从刑法与民族习惯法的互动关系来看,其局限性可谓更加突出。

首先,在规范分析主义视域中,刑法的实效性分析是缺位的。刑法的实效性对刑法权威的建立至关重要,因为人们对法律的理解往往不是来自于立法,而是来自于法律实践,因而通过刑法的实效性衡量刑法是否具有权威是人们的一贯思维方式。其中,司法机关及司法人员扮演着极为重要的角色。“不管法是多么努力把正义变为原则的制度,法也不可能缺少正义,相反,只有在正义里面,法才变得生机勃勃。在法官身上,实现抽象的正义制度和个人的正义的这种生动活泼的结合,因此,法官是法律生活占主导地位的形象。在他身上,个人的正义和制度的正义的对立,通过个人的、社会道德的决定而被克服。在他的工作中,法得到完善。”^⑤因而,对刑法的研究不但应当是规范性的,还应当将刑法在社会生活

① 劳东燕:《罪刑法定本土化的法治叙事》,北京大学出版社,2010年,第20-21页。

② 当然,这并不是说西方从近代以来就没有“刑法是政治的工具”这一思想了,德国著名刑法学家雅科布斯的“敌人刑法”理论无疑是这一思想的现代版。参见刘仁文:《敌人刑法:一个初步的清理》,《法律科学》2007年第6期。

③ [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社,2002年,第68页。

④ 何士青:《法与人:从对立到和谐》,《现代法学》,2005年,第6期。

⑤ [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社,2003年,第196页。

中的实效纳入研究范围。“法律与事实共存亡，法律并非产生于事实发生之前。谈法律而不言事实，诚属荒唐！”^①然而，在规范分析主义框架下，刑法的实效性分析显然是被忽视了。

规范分析方法与刑事古典学派之间有着天然的联系，因为“刑事古典学派采取的是一种法理分析方法，尤其是后来的规范分析，更是局限在法律，只是把犯罪当作一种法律上的行为加以研究，没有看到实施这一犯罪行为的主体——人及其社会环境”^②。对此，菲利也批判道：“实际上，古典犯罪学派认为所有的盗窃者都是‘盗窃犯’，所有的谋杀者都是‘谋杀犯’，在立法者的心目中不存在任何具体的人，只有在法官面前才重视这种具体的人。在学者及立法者面前，犯罪只是一种法官可以在其背上贴上一个刑法条文的活标本。除了刑法典所提及的例外的和少有的人类心理状况的情况之外，其他所有案件仅作为供法官从刑法典中选择某一适用于犯罪标本之条文的理由。”^③我国学者也指出，规范分析主义在把那些独立于立法机构而存在的“自生自发规则”切割掉或者统合进立法之中的前提下才有可能得到成立，而且，这种对立法所做的“方法论本质主义”设定本身，也表明了他们相信理性能够解决法律发展中所存在的各种问题。^④可见，在规范分析的刑法学研究方法中，刑法的实效性显然是不受重视的。

在规范分析主义视域中，缺乏对刑法的实效性分析使刑法的权威性在很大程度上受损。例如，为了贯彻落实一夫一妻制度，禁止重婚是我国刑法的一贯规定，而且，重婚罪在实体法上属于非亲告罪，在诉讼法上属于公诉罪。但在我国有些少数民族地区，由于经济发展水平落后，生活在偏远的山区，结婚难以找到合适的配偶，加上受宗教信仰、传统思想观念及风俗习惯的影响，往往兄弟共妻、姐妹共夫、一夫多妻、一妻多夫等重婚现象较为普遍。^⑤笔者调查也发现，在我国西北地区的部分少数民族聚居区，由于受伊斯兰教法的影响，一夫多妻现象比较严重。^⑥这种情况显然构成了刑法上的重婚罪，理应适用刑法关于重婚罪的规定。但

① 吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社，2005年，第18页。

② 陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社，2003年，第2版，第198页。

③ [意]菲利：《实证犯罪学派》，郭建安译，中国政法大学出版社，1987年，第37-38页。

④ 邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆，2006年，第67-68页。

⑤ 张晓辉：《中国法律在少数民族地区的实施》，云南大学出版社，1994年，第183页。

⑥ 《古兰经》规定：“如果你们怕不能公平地对待孤儿，那么，你们可以择娶你们爱悦的女人，各娶两妻、三妻、四妻；如果你们恐怕不能公平地待遇她们，那么，你们只可以各娶一妻，或以你们的女奴为满足。这是更近于公平的。”——引自《古兰经》，马坚译，中国社会科学出版社，1981年，第4章，第3节。可见，伊斯兰教法对一夫多妻也不是毫无限制的，而必须要求公平对待。但在部分少数民族当中，往往忽视了这种限制。因而，所谓受伊斯兰教法的影响，实质上是受被误读的伊斯兰教法的影响。

在实践中,国家司法机关却“睁一只眼,闭一只眼”。^①这种情况的出现显然与规范分析方法的局限性有关,因为在规范分析主义框架下,一旦有重婚行为,那么刑法关于重婚罪的规定就应得到不折不扣地适用,而适用的结果给社会所带来的利弊则不是其考虑的问题。在这里,刑法的实效性分析显然是缺位的,其结果是不利于解决社会问题,与刑法“定分止争”的基本功能是背道而驰的,最终致使刑法的权威性受损。

其次,在规范分析主义视域中,刑法的效益性分析是不在场的。关于刑法的效益性,我国学者称之为刑法的经济性,是指以最少的刑法资源投入,获得最大的刑法效益。犯罪的法律后果主要是刑罚,而刑罚不仅是一种社会资源,而且这种社会资源是有限的,即具有稀缺性,因而应当有效使用。^②事实上,在笔者看来,刑法的效益性不仅包括刑罚投入与收益之间的关系,还应当包括在解决犯罪问题时,刑法给犯罪被害人及其亲属所带来的收益。将这一问题纳入刑法的效益性分析视域,是至关重要的,因为它为刑事冲突的当事人不选择国家刑法而选择民间习惯法解决冲突提供了有效的分析工具。

例如,在甘肃省庆阳市曾发生过这样一起刑事案件:某甲和某乙都是在同一工地打工的人员。一日,某甲由于受不了某乙的欺辱就顺手操起一把菜刀朝某乙的头上连砍数刀,连某乙用双手护头时的一只手的手指都砍了下来,但经在场人员的拉劝而未将某乙砍死。案发后,被害人家属并未向公安机关报案,而是连续数日在工地闹事。为了不致将事态扩大,工地负责人先后付给某乙住院治疗费达2万多元。根据笔者的调查,被害人家属之所以不报案,一个非常重要的原因就是怕报案后法院把加害人定罪判刑并投入监狱后,自己得不到应有的补偿。这实质上是一个刑法的效益性问题,具体而言,是一个在民间“私了”方式与国家刑法中哪一个对双方当事人(尤其是被害人及其家属)更有利的问题。然而,反观规范分析主义,意味着案件发生后,国家刑法关于故意杀人罪的规定要不折不扣地得到适用,而不考虑加害人及其亲属从国家刑法获利多,还是从民间“私了”获利多的问题。在此,刑法的效益性分析显然是不在场的。

在我国少数民族地区,刑法与民族习惯法之间哪一个更具效益性,是一个普

① 之所以如此,是因为强行适用国家刑法关于重婚罪的相关规定,往往会导致更为严重的社会问题。例如,在生活于我国西北地区的部分少数民族当中,由于受计划生育政策的影响,一对夫妇可以生育好几个小孩。而且据笔者调查,第一个妻子没能生下儿子也是导致重婚的重要原因。在这种情况下,如果将重婚的丈夫和妻子定罪判刑并关进监狱,那么其多个孩子的抚养问题就无法解决,进而会引发新的社会问题。

② 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆,2001年,第79-83页。