

少数民族习惯法的 “合法化”路径

—— 刑法视域下的思考



顾梁莎 著

中国社会科学出版社

少数民族习惯法的 “合法化”路径

—— 刑法视域下的思考



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

少数民族习惯法的“合法化”路径：刑法视域下的思考 / 顾梁莎著. —北京：中国社会科学出版社，2017. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9821 - 6

I. ①少… II. ①顾… III. ①刑法 - 研究 - 中国②少数民族 - 习惯法 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04②D922. 154

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 019699 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 石春梅
责任印制 李寡寡

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2017 年 10 月第 1 版
印 次 2017 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 16. 25
插 页 2
字 数 241 千字
定 价 68.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话：010 - 84083683
版权所有 侵权必究

目 录

引言	(1)
第一章 少数民族习惯法的界定	(4)
第一节 国内外对习惯法的研究	(4)
一 国外对习惯法的基本研究观点	(5)
二 国内对习惯法的研究	(9)
第二节 习惯法的界定	(10)
一 习惯法的范畴	(10)
二 习惯法的特征	(14)
三 习惯法的本质	(15)
第三节 少数民族习惯法的界定	(17)
一 少数民族习惯法的概念	(17)
二 少数民族习惯法的特征	(19)
第二章 刑法视野中少数民族习惯法存在的必要性	(22)
第一节 刑法现代化与少数民族习惯法的冲突	(22)
一 刑法现代化及其标准	(22)
二 价值标准与少数民族习惯法	(24)
三 制度标准与少数民族习惯法	(27)
四 效益标准与少数民族习惯法	(29)
五 刑事制定法与少数民族习惯法	(30)
第二节 刑法视野中少数民族习惯法存在的必要性	(31)
一 少数民族习惯法的价值考量	(32)
二 少数民族习惯法进入刑事立法的必要性	(34)

三 少数民族习惯法进入刑事司法的必要性	(35)
第三章 刑事司法实践中少数民族习惯法的生命力	(42)
第一节 刑事司法实践中少数民族婚姻习惯法的生命力	(43)
一 少数民族婚姻习惯法的内容	(43)
二 刑事司法实践中少数民族婚姻习惯法的影响力	(49)
第二节 刑事司法实践中少数民族精神信仰领域习惯法的 生命力	(55)
一 少数民族精神信仰领域的习惯法——禁忌习惯法	(55)
二 刑事司法实践中少数民族精神信仰领域习惯法的 影响力	(57)
第三节 刑事司法实践中少数民族生产领域习惯法的 生命力	(61)
一 少数民族生产领域的习惯法	(61)
二 刑事司法实践中少数民族生产领域习惯法的影响力 ...	(64)
第四节 刑事司法实践中少数民族纠纷处置领域习惯法的 生命力	(66)
一 少数民族纠纷处置领域的习惯法	(66)
二 刑事司法实践中少数民族纠纷处置领域习惯法的 影响力	(73)
第五节 刑事司法实践中少数民族习惯法与刑事制定法 关系的反思	(80)
第四章 罪刑法定原则与少数民族习惯法	(83)
第一节 罪刑法定原则的历史发展与深度解读	(84)
一 罪刑法定原则的产生	(84)
二 罪刑法定原则的思想渊源	(87)
三 罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面	(100)
第二节 中国语境下的罪刑法定原则	(116)
一 罪刑法定原则在中国的百年发展历程	(116)
二 对中国罪刑法定原则的解析	(119)
第三节 罪刑法定原则与少数民族习惯法的冲突	(124)

一 罪刑法定原则的思想渊源与少数民族习惯法的冲突	(124)
二 罪刑法定原则的形式侧面与少数民族习惯法的冲突	(126)
第四节 罪刑法定原则与少数民族习惯法的契合	(132)
一 罪刑法定原则的实质侧面与少数民族习惯法的关系	(132)
二 罪刑法定原则的出罪功能和少数民族习惯法的契合	(136)
第五章 少数民族习惯法进入刑事立法的途径	(138)
第一节 制定刑法的变通或补充规定的必要性及依据	(139)
一 制定刑法的变通或补充规定的必要性分析	(139)
二 制定刑法的变通或补充规定的依据	(147)
第二节 刑法变通或补充规定缺失的原因分析	(152)
一 理论界对《刑法》授权省及自治区人民代表大会制定变通规定的合宪性质疑	(153)
二 历史的惯性和认识上的误区	(157)
三 对于刑法变通的效力存在较大的理论争议	(158)
四 理论研究的薄弱与欠缺	(159)
第三节 制定刑法变通或补充规定的具体构想	(160)
一 制定刑法变通或者补充规定的主体	(160)
二 刑法的变通或补充规定的法律性质与立法原则	(166)
三 刑法的变通或补充规定的内容	(172)
四 刑法变通或补充规定的适用范围	(186)
第六章 少数民族习惯法进入刑事司法的途径	(189)
第一节 少数民族习惯法在定罪环节的作用发挥	(189)
一 违法性判断的参照	(190)
二 有责性判断的参照	(201)
第二节 少数民族习惯法在量刑环节的机能释放	(206)
一 少数民族习惯法在量刑环节发挥重要作用的直接原因	(206)

二	少数民族习惯法在量刑环节发挥重要作用的深层原因	(210)
三	酌定量刑情节：少数民族习惯法认可的正当化行为	(218)
第三节	少数民族地区刑事和解制度的进一步完善	(218)
一	刑事和解制度在国外及我国的产生和发展	(219)
二	少数民族纠纷处置领域习惯法的思想基础与刑事和解制度的契合	(230)
三	少数民族纠纷处置领域习惯法调解刑事纠纷的现实案例	(236)
四	少数民族地区刑事和解制度的进一步完善——引入少数民族纠纷处置领域的习惯法	(241)
参考文献		(246)
后记		(256)

引 言

随着我国刑法现代化思潮的不断推进，少数民族习惯法受到了极大的排斥。之所以出现这样的情况，是因为在刑法现代化思潮中，罪刑法定原则已成为最不可动摇的根本，刑法的形式理性得到了前所未有的强调，而从这一原则出发，必然会得出排斥少数民族习惯法的基本推论。这就导致了少数民族习惯法所蕴含的诸多可能的贡献与价值被刑法理论界忽视和放弃。这种排斥少数民族习惯法的态度也必然在知识和意识上对立法者产生压迫和导引，从而延伸和映射到制定法对于少数民族习惯法的基本立场之上，使其在刑事制定法上也受到了相当的贬抑。少数民族习惯法可能具有的理论机能、智力资源与现实能量，无法进入立法者的视域，以至于构成整个立法过程的盲区。然而，罪刑法定原则不仅仅具有形式的侧面，还具有实质的侧面。现代刑法理论一般认为，罪刑法定原则的实质侧面包括明确性原则、禁止处罚不当罚的行为以及禁止不均衡的、残虐的刑罚。与形式罪刑法定下少数民族习惯法的地位相比，在实质罪刑法定下，少数民族习惯法的地位是否会有所不同，这是我们需要进一步考虑的。

我们还应当注意到，少数民族习惯法在理论探讨与刑事立法中的地位，并不必然等于它在司法实践中的真实地位。少数民族习惯法是各少数民族在长期的生产实践和生活过程中逐渐形成的，体现本民族成员意志和利益，并由他们共同认可的社会力量保障实施的行为规范的总和。它是少数民族生活地区中的“活法”，用以维护本民族内部秩序，促进民族地区安定和发展。在少数民族地区，虽然刑法现代化一开始就具有强烈的改造民族习惯法的冲动，而且为此可谓费尽周折，但少数民族习惯法作为一种“活法”，并没有因为国家刑法的大

力推行而退出历史舞台。出于对我国少数民族政策的考虑,少数民族地区的刑事司法实践既要做到维护国家法制的统一,又要顾及各少数民族的不同特点,这就意味着留给了当地司法机关一个可以灵活处置的空间。这样一个空间的大小范围,一方面依赖于国家正式法律制度自我收缩和控制的程度,另一方面则取决于少数民族习惯法本身的力量及其施加给正式法律制度的压力。而在少数民族地区,习惯法仍然在某些领域相当顽固地坚守着自己的阵地。可以说,这些领域是传统少数民族习惯法保留得最为完整同时也是正式法律最难征服的领地,少数民族习惯法仍然有着很强的生命力。民族地区的刑事司法实践中不乏运用少数民族习惯法处理刑事案件的实例,主要存在下列两种情况:第一种情况,少数民族习惯法和国家刑法共同发挥作用。例如根据一些少数民族古老的“赔命价”习惯法的有关规定,在发生杀人案件后,受害方家属可以向致害人及其家属索要一定的金钱和财物,而一旦满足了受害家属的经济要求,事情便算了结。这就使刑事犯罪人在杀人之后,既要受到国家刑事法律的制裁,同时也要受到经济方面的损失。国家刑法和民族习惯法上的双重惩罚就成为这些民族地区处理凶杀案件的通行方式,它受到当地民众舆论的支持。第二种情况,适用少数民族习惯法而不再适用国家刑法。例如很多少数民族广泛延续着早婚的传统,女子不满14周岁就按照当地婚姻习惯法结婚的情况较为普遍。伴随着早婚的情况,与不满14周岁的幼女发生性行为,极有可能触犯刑法中的强奸罪。针对这类案件,少数民族地区的法院往往会以犯罪情节轻微为由,而免于刑事处罚。针对少数民族地区普遍的早婚情况,真正进入法院予以司法裁判的这类案件数量非常少。当地公安机关和检察机关面对这些案件,除非造成了恶劣后果,否则往往会尊重当地婚姻习惯法,不立案侦查,而是以教育为主,辅以行政处罚,将案件予以妥善化解。面对少数民族习惯法强大的生命力和影响力,当地司法操作人员在处理具体的案件时,会考虑灵活地运用少数民族习惯法,以达到化解纠纷的目的,同时缓解当地少数民族习惯法对案件审理带来的压力。但是因为缺少这方面的正式制度安排,基层司法人员在进行刑事司法操作时只能遮遮掩掩,小心翼翼地行走

在正式规则与非正式规则的边缘。

针对这些情况，在构建和谐社会的时代背景下，研究少数民族习惯法的基本理论问题，阐释刑法视野中少数民族习惯法存在的必要性，探讨少数民族习惯法进入刑事立法和刑事司法的正式渠道与方式，对于少数民族地区的刑事法治建设具有必要性和重要意义。

第一章

少数民族习惯法的界定

习惯法的界定是我们研究少数民族习惯法的前提。习惯法这一概念最早是由西方学者提出的，在近代西方法学、民族学等传入中国后，这一概念逐渐被我国学术界接纳和采用。本章探讨少数民族习惯法概念问题是要界定一种少数民族地区存在的既不同于国家法，又不同于一般社会习惯的行为规范，以便于在学术研究和在法律实践中引起人们对这种社会现象的重视。

第一节 国内外对习惯法的研究

世界各地最初的法律大都源于习惯法，最初的国家制定法也是对习惯法内容的记载。恩格斯曾指出，人类社会最初的法就是习惯法，然后才出现国家制定法。他将此过程表述为：“在社会发展的某个很早的阶段，产生了这样一种需要：把每天重复着的产品生产、分配和交换用一个共同规则约束起来，借以使个人服从生产和交换的共同条件。这个规则首先表现为习惯，不久便成了法律。随着法律的产生，就必然产生以维护法律为职责的机关——公共权力即国家。随着社会的进一步发展，法律进一步发展为或多或少的广泛的立法。”^①从这个论述中，可以看到，法的产生、发展经历了从习惯到习惯法，再到国家制定法的渐进式的发展过程。因而，法学家们在考察法的起源时，首先都会从原始部落的习惯出发，用这些习惯说明法制的起源，进而

^① 《马克思恩格斯选集》（第3卷），人民出版社1995年版，第211页。

考察近代文明中最先进民族的法制。^①

一 国外对习惯法的基本研究观点

国外对习惯法的研究比较早,成果也比较丰富,这些成果对国内习惯法的研究产生了深远的影响。因此,有必要对国内外习惯法研究的历史和发展进行回顾和梳理。从国外学者对习惯法的研究历史和研究成果来看,他们都认为习惯法是人类社会客观和普遍存在的行为规则,在社会生活中有着重要地位和作用。

(一) 自然法学的观点

从起源于古希腊,一直延续至今的自然法学基本原理的角度看,代表正义理想的规则就是法。如果国家制定或认可的法律不符合正义的理想,而民间规范符合这一标准,那么这种民间规范也就应该是法。另外,从文化多元主义的角度看,官方的文化可能与地方性的文化多元并存,地方的社会规范如果与地方的文化一致,具备法的特性,也就是法。虽然我们较难从一些现存的资料中找出著名的自然法学家从法律多元视角根据自然法学原理对习惯法问题的直接论述内容,但是从自然法学的基本原理可以推论出习惯法存在的可能性。

(二) 分析法学的观点

分析法学创始人奥斯丁认为,法的要素包括以下三个方面:“第一,我们所说的准确意义上的法,是一种命令。自然,作为一个命令,每一个我们所说的准确意义上的法,来自一个具体实在的渊源,或者产生于具体实在的制定者。换句话说,这里所提到的制定者,是一个具体实在的具有理性的个人,或者,一个具体实在的具有理性的群体;第二,我们所说的准确意义上的制裁,是一个依附于命令的实际的不利后果;第三,我们所说的准确意义上的义务,假定了一个使其存在的命令。”也就是说具备了主权者、命令和制裁三个要素就是法律。这里的主权者并不仅仅是指国家,命令也就不仅仅是指国家命

^① [法] 勒内·达维达:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第10页。

令。他认为有以下情况：“有些规则，是由生活于消极状态的人制定的。所谓‘消极状态’，是指自然状态，或者无政府状态。这里的意思是说，制定者没有处于管理或统治的状态，或者，在任何政治社会中，制定者既不是最高统治者，也不是臣民。”^①从上述的论述，我们可以发现，一些非国家制定或认可的习惯法完全可以满足奥斯丁关于法的三要素条件。

（三）法社会学的观点

法社会学将关注的重点放在了法律的实际运作这一具体内容之上，而民间存在的习惯法体系必然影响到国家法的实施，因而习惯法问题必然会进入法社会学研究的视野之中。作为法社会学创始人之一的埃利希认为：“人类团体的内部秩序从其产生之初到现在，一直是法律的基本形式。法律命题不仅在较晚的时期才出现，而且大部分也是从人类团体的内部秩序中发展而来。”这是说习惯法从人类社会的内部秩序产生以后，一直是法律的表现形式。他还指出，这种习惯法在国家产生以前就与社会同时存在，而且与之相应的立法和司法也比国家出现要早。“法律史已经证明，立法和执法在其发展之初都是在国家范围以外的。司法并不来自国家，而在国家存在以前就存在了。”^②

德国的马克斯·韦伯在《经济与社会》一书中分析了习惯对于法形成的意义，以及惯例、习俗和法之间模糊的过渡界限。韦伯认为，作为习惯法的适用，是“为了实现一种不是依据章程而是仅仅依据默契而适用的准则，将会使用一种强制机器”；在他看来，这种“强制机器”意味着有至少比较固定的随时准备着彻底地执行法的强制的特殊任务的人，即使这个强制仅仅采用“心理的”手段。^③

① [英] 约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，第155—158页。

② 吕世伦：《现代西方法学流派》，中国大百科全书出版社2000年版，第316—320页。

③ [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》，杭聪编译，商务印书馆1997年版，第355—368页。

日本著名法社会学家千叶正士明确主张习惯法的存在,认为虽然按标准法理学观点来看,国家法以外是否有应该称为法的规范还有疑问,但是客观上还是存在与国家法多元并存的规范体系,他称之为“非官方法”,并将之定义为:“非官方法是指非由官方权威正式认可而且由某个圈子的人们(无论是一个国家的人们,还是一个国家之内的人们,或是超越一个国家包括他国的人们)在实践中通过普遍的一致同意所认可的法律体系。”千叶正士还认为非官方法“包括法律社会学和法律人类学中所争论的各种各样习惯法,尽管在标准法理学看来,它们是否具有法律的性质可能是有疑问的”。^①

(四) 法人类学的观点

国外法学界系统而深入地研究习惯法的历史及所取得的成果主要体现在法人类学领域。法人类学最早对习惯法的研究可以追溯到孟德斯鸠挑战古典自然法学派理论的论著中。孟德斯鸠认为:“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;法律应该和政治制度所能容忍的自由程度有关系;和居民的宗教、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。”^②同时代的法国学者卢梭也指出:“在这三种法律之外(指政治法、民法、刑法),还需要加上一个第四种,而且是一切之中最重要的一种,这种法律是铭刻在公民的内心里,我所说的就是风尚习惯,具体规章不过是拱顶上的桥梁,而缓慢诞生的风俗习惯才是拱顶上难以撼动的基石。”^③

德国学者萨维尼认为,法律深深植根于特定民族历史之中,取决于民族精神和民族意识,并将法律视为社会存在整体中的一部分,因此也为法人类学从不同民族文化间的角度出发,探讨人类早期的法律制度在不同文明个体中的地位和作用,从事动态性的研究提供了理论

① [日] 千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第150页。

② [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),严复译,商务印书馆1982年版,第7页。

③ [法] 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第73页。

支持。萨维尼认为法主要体现为习惯法,它是最有生命力的,其地位远远超过立法,“法律首先产生于习俗和人民的信仰”,“而非法律制定者的专断意志所孕就的”。^①德国学者普赫塔进一步指出:“习惯法和民族的自然概念有着密切而必要的相互依存关系,并且也是民族在法的一方面自然活动的结果。在实际上,习惯法是否有法的效力并且根据什么理由才具有法的效力,这些是不成为问题的。习惯法的存在和有效,也就是法的存在和有效的理由。”^②他几乎把习惯法提高到了最基本的法源的地位。萨维尼、普赫塔等人甚至认为,即使在成文法时代,习惯法仍然是国家法律背后起着重要作用的因素。

英国梅因爵士的《古代法》是最早从人类学的角度研究初民社会法律的经典文献。在《古代法》中,梅因指出,法律研究不能从法典开始,而是要从法典产生之前的原始社会的法律现象开始。他断言,法律是沿着从“地美士第”时代到习惯法时代,再到法典时代的轨迹衍化的。梅因认为,“一个特定社会从其初生时代和在其原始状态就已经采用的一些惯例,一般是一些在大体上最能适合于促进其物质和道德福利的惯例;如果它们能保持其完整性,以至新的社会需要培养出新的惯行,则这个社会几乎可以肯定是向上发展的。”梅因还主要以《十二铜表法》为例,简述了从习惯法到成文法的过渡,指出习惯法应该进一步发展发展为实定的成文法典。^③

如果说早期的法人类学者注重古代或原始社会的法律史及法律制度的研究,那么英国著名的功能主义人类学家马林诺夫斯基则强调通过观察和考虑人们的日常行为,以及这些行为背后的文化因素,进而探析法律与人类之间的互动关系。马林诺夫斯基对处于原始社会阶段的民族进行田野调查时,他发现当时占支配地位的观点,即关于原始社会的人们自发地服从氏族规范的推测,并不符合现实。他发现在所

① [德] 萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 11 页。

② [苏] 凯切江、费季金:《政治学说史》(中),巩安、李群等译,法律出版社 1960 年版,第 127—128 页。

③ [英] 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 9—12 页。

调查的社会中，有一点与现代社会一样，即社会规范由于受到外力的强迫才能够得到实施。“强制的威慑与惩罚的恐惧对于一般普通公民并无多大关系，无论他是‘野蛮人’抑或‘文明人’，同时，另一方面，它们对于社会中每一紊乱或犯罪因素来说，却又是不可或缺的。而且，每一人类文化中都存在着沉重加诸每一公民，要求他们做出巨大牺牲的诸多法律、禁忌和责任，它们根本不是因为人们的‘自发自然’，而是由于道德、情感或某些实际的缘由才被人们奉守无违的。”^①而且，在这些社会中，同样存在违反社会规范的事，而违反有强制力的规范必然要受到制裁。他把这些原始社会的规范称为原始法，从而将一般的习惯和原始法相区别。

二 国内对习惯法的研究

自20世纪90年代以来，我国法学界才开始比较系统地研究习惯法。到现在，习惯法的研究已经成为法学界日渐重要的领域，甚至一度成为研究的热点。国内对习惯法的研究总体上呈现出如下几个特点：

一是研究的重点偏重于少数民族习惯法。究其原因，恐怕是在少数民族地区民族习惯法至今仍然或多或少地发挥着作用，成为可以把握和观察到的“活法”而受到研究者的重视。同时，我国的民族区域自治制度为在少数民族地区能够变通执行国家统一的法律和政策留下了一定的制度空间，使得对少数民族习惯法研究的现实意义更加明显，因而也成为研究者较为重视的原因。

二是在少数民族习惯法的研究中偏重于对西南少数民族习惯法的研究，而造成这种现象主要有两个方面的原因。其一，西南地区少数民族众多，除了藏族和壮族人口比较多以外，其他少数民族人口较少，虽然每个少数民族人口少却各具特色，历史上这些少数民族由于生产力发展水平低、中央政权对其控制弱，因而习惯法在调整族群关系中起到了很

^① [英] 马林诺夫斯基：《初民社会的犯罪与习俗》，载 [英] 马林诺夫斯基、[美] 塞林《犯罪：社会与文化》，许章润、么志龙译，广西师范大学出版社2003年版，第10—12页。

大的作用，习惯法本土资源保留得比较完整和充分，为研究者提供了比较多的素材；而西北地区少数民族基本上是在藏传佛教和伊斯兰教两大文化圈的深厚影响之下，人口较多的少数民族，比如藏族、回族、维吾尔族、哈萨克族、蒙古族等，历史上形成了比较强大的地方政权，蒙古族甚至曾入主中原建立了全国性的政权，因而，这些民族成文法的水平比较高，虽然有比较多的习惯法资源，但仍无法与西南地区各少数民族相比。同时，人口较少的少数民族，比如裕固族、东乡族、土族等，与人口比较多的少数民族宗教文化比较接近，民族特色远不如西南各少数民族突出。其二，西北地区历史上有一些少数民族因为较为强大的地方势力，对中央政权构成了较大的威胁，中央政权（尤其是元、明、清时期）力图加强对这些地方民族政权的控制，因而，西北地区各少数民族受中央政权的影响较大，许多社会关系的调整借用或适用国家制定法的情况较多。由于这些原因也使得西北地区少数民族习惯法的资料保留得比较少，不利于研究者发掘。

三是对习惯法的研究更多地被限定在法律文化学、法律社会学的范围之内。由于习惯法常常与习惯习俗的界限难以分清，使得习惯法本身显得粗糙和不确定，这使得法学尤其是实证法学的规范分析难有用武之地，因而，研究者自然更多地使用文化学、人类学、社会学的方法来对习惯法材料进行分析。

第二节 习惯法的界定

习惯法这一概念最早是由西方学者提出的，在近代西方法学、民族学等传入中国后，这一概念逐渐被我国学术界接纳和采用。但是关于习惯法的界定，我们至今尚未见到统一的、能被广泛认同的权威性观点。

一 习惯法的范畴

（一）习惯法与习惯

习惯法是从习俗惯例中发展起来的，这一事实不言而喻。然而，