

论少数民族习惯法与我国刑法的冲突及对策

熊 征

(西北师范大学 外国语学院,甘肃 兰州 730070)

【摘要】中国少数民族众多,各民族在发展过程中都形成了与自身相适应的乡土性、生活性和稳定性极强的习惯法,这些习惯法与我国现行刑法产生了一系列的矛盾和冲突,在两种社会调控机制将长期并存的情况下,如何调适刑法和少数民族习惯法的冲突,增强民族地区刑事司法的可操作性就成了一个亟待解决的问题。

【关键词】少数民族;习惯法;冲突;对策

【中图分类号】D922.15 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2008)01-0075-04

一 少数民族习惯法的涵义及特征

法律是由国家制定或认可,以规定权利和义务为内容,具有国家强制性和普遍约束力的行为规范。而少数民族习惯法不属于国家制定法范畴,其在制定程序、适用范围、约束力、实现方式等诸多方面都与后者有明显的区别。

1 少数民族习惯法是习惯法的重要组成部分,目前,我国对习惯法的解释和定义主要有以下几种

(1)“习惯法是指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯,是法的渊源之一。”^[1]

(2)“所谓习惯法就是在阶级社会以前,符合着社会全体成员的要求,为社会全体成员所制定,所认可的一种历史形成的习惯约束力量。它没有用文字规定下来,它是对社会成员一视同仁而没有偏向,它为社会全体成员遵守着。”^[2]

(3)“习惯法(customary law)这一术语被用来意指那些已成为具有法律性质的规则或安排的习惯,尽管它们尚未得到立法机关或司法机关的正式颁布。”^[3]

综上所述,少数民族习惯法可以定义为:少数民族地区以乡规民约的形式约定并逐步形成的一种规定人们权利义务,处理民间民刑纠纷的行为规范。历史上,在国家分裂时期各少数民族地区,和国家统一时期中央集权无法顾及的边远少数民族地区,民族习惯法成为当地的社会控制手段,与人们的生活息息相关,可见其深远的影响力。在传统的熟人社会里,其价值远大于国家法,在现代社会里,其作用也不能完全否定,在一定区域和特定时期,运用多种社会控制手段实现社会秩序,是降低社会控制成本和构建和谐社会的必然要求。这是因为“国家法在任何社会都不是法律的唯一或全部,而只是整个法律秩序中的一部分,在国家法之外,还有各种各样其他类型的法律,它们不但填补

了国家法遗留的空隙,甚至构成国家法的基础。”^[4]

2 一般而言,民族习惯法具有以下几个特点

(1)民族性。少数民族的风俗习惯是伴随该民族产生、发育、成长的过程而形成的,具有民族性。民族习惯法的民族性特征,主要是指习惯法的形成是由民族内部成员共同完成的,并为民族地区的绝大多数民族成员所遵循,带有强烈的民族文化特色。

(2)群体性。国家制定法在阶级社会中的本质是它的阶级性。在阶级社会的少数民族习惯法,有的有阶级性,但更多的是它的群体性。主要表现在:民族、村寨和家族的整体利益高于个体成员的利益,个体与群体休戚相关,荣辱与共。主要目的在于维持本民族社会的秩序与安定,保障群体的统一与和谐。解放前,特别在古代,由于少数民族所处的自然和社会环境,民族的个体成员首先是不敢离开群体,也不愿离开集体。把开除村寨籍、族籍视为最重的习惯法处罚。^[5]

(3)具体性。这是民族习惯法和国家制定法的抽象性和概括性相区别的一个重要方面。少数民族地区的习惯法具有具体、直观等特点,比如侗族《约法歌》规定:“偷了圆角黄牯,盗走扁角水牛,并杀死卖掉的,要处以一处葬、一坑埋的死刑;对挖池塘,钻箱撬柜,盗楼上谷米,偷地下金银者,处以游乡示众,赶走他乡……。”可以看出,《约法歌》规定的犯罪对象,如圆角黄牯、扁角水牛、楼上谷米等都是与民族成员的生活息息相关的生活和生产资料。这些直观的条文,取材于具体经验,因而也具有较弱的约束力。

(4)稳定性。民族习惯法是在民族成员生产、生活的实践中逐步产生并形成的,使本民族文化传统和民俗风情的直接体现和具体反映。潜移默化,代代相传,这些习惯法就成为了民族心理认同的一个重要因素,因此产生了较大的稳定性。

收稿日期:2007-11-20

作者简介:熊 征(1980-),男,湖南省湘乡市,讲师,硕士,研究方向:法律英语及法律翻译教学。

5. 敏感性。少数民族的习惯法是群体性的社会现象,是民族成员集体智慧的结果,凝聚了民族情感,展现了民族特征,具有较强的敏感性。在民族间的交往中,各民族彼此交流、相互沟通的重要形式;在本民族成员交往中,它既是约定俗成的行为规范,又是凝聚力量的纽带。如同风俗习惯,各民族人民对本民族的习惯法都有深厚的感情,任何不尊重民族习惯法的言行,都容易伤害民族感情,破坏民族团结。

少数民族习惯法作为民族地区解决矛盾、增加团结、促进生产的主要手段,已深入人心,成为一种世代相传的文化因素,影响和熏陶着民族成员的思想观念和社会生活方式。因此,在国家法制统一进程中,必然存在着民族习惯法和国家制定法的冲突和调适问题。

二 民族习惯法与刑法的冲突及对策

1 冲突

我国的刑法主要是根据汉族地区社会的基本情况制定的,无法详尽涉及少数民族地区的具体经济文化状况。多年来,民族习惯法一直是民族地区解决刑事案件的主要价值标准,而随着民族地区社会事务的不断发展及其与外界联系和融合的不断加强,刑法典的权威性和普遍适用性也是毋庸置疑的。目前,民族习惯法与我国刑法规范的冲突和矛盾主要表现在:

(1) 罪与非罪的标准不尽相同

这一点主要是源于不同的价值标准。首先,在婚姻家庭领域,习惯法认可的重婚、抢婚、“阿注婚”、公房制等行为和现象依据刑法典的规定,就有可能被判处重婚罪、强奸罪、聚众淫乱罪等。如云南省屏边苗族自治县在每年三月的对歌中都有抢婚的习俗;有的少数民族男女一旦有了婚约,男方不管女方是否同意就强行抢亲,强行同居;有些民族如拉祜族、哈尼族、傣族等广泛延续早婚传统,女孩13岁就举行成人礼,此后男子与其发生性行为或结婚都是习俗所允许的,不会受到社会的谴责和干预;^[6]其次,在杀人、伤害等侵犯人身权利领域,民族习惯法一般规定,在本族内部、本族与外族的械斗中,杀死对方的人不构成犯罪。在佤族习惯法中,佤族人猎头祭就被认为是合法的,杀人也无罪;佤族剽牛时,乱刀之中误杀(伤)人,死者倒霉,操刀者无罪。而故意(过失)杀人、故意伤害在行为在刑法典中都具有详细的犯罪构成,属于重大犯罪,很少作为无罪处理。再次,在生产生活领域,一些少数民族如云南省的景颇族、布朗族、哈尼族、基诺

族、独龙族等10余个民族仍然袭毁林开荒、刀耕火种的原始生产方式,这种原始耕作方法常常会对国家的森林资源造成破坏^[7],并极有可能触犯滥伐林木罪、放火罪等刑法条文。有的少数民族如贵州省从江、黎平、榕江等地的苗族、侗族男青年几乎全年都佩带枪支作为一种装饰品,还有东北地区的一些民族因狩猎等原因而经常配备土枪甚至土炮,这些行为都有可能违反刑法的相关禁止性规定。

(2) 审判方式不同

民族习惯法中没有规定完整的审判程序,遇到疑难案件,大多采取神判法,又称“神明裁判”。所谓“神判”,是指在“寨老”、“头人”等裁判者无力判明是非的情况下,由原被告同时做一件事情,然后根据其结果来裁判。神判法在很多民族都出现过,神判的方式也多种多样,比如伸手去烧开水里取某物,如果事后手未烫伤,则无罪,反之则有罪;让嫌疑犯嚼米,以口中之米是否带血来判定偷盗与否。神判法在历史上起到过一定的解决纠纷的作用,但其弊端也是显而易见的:首先,神判的结果具有很大的偶然性,并因而可能导致是非颠倒。其次,难以服众,特别对遭“冤枉”的当事人而言,有可能进一步激化矛盾,不利于“定纷止争”。

(3) 刑罚手段不同

我国少数民族的刑罚方法主要有罚款、驱逐除名、肉刑、抄家、死刑等。我国刑法典中没有肉刑和抄家的规定,所谓的“罚款”也称为罚金。除了刑罚类别的不同,具体的执行方法也不一样,比如死刑,民族习惯法就规定有活埋、淹死、烧死、砍死、五马分尸等方式,十分残酷。不过,死刑在民族地区的运用较少见,较常见的是罚款和驱逐或除名,在民间甚至有“赔命价”的习惯,即以罚代刑,杀人案件以杀人者赔偿命金了结。这一做法显然违背了刑法的“罪刑法定”原则。

目前,在协调民族习惯法与刑法的冲突问题上,司法机关采用的主要刑事政策是“变通司法”和“两少一宽”。所谓“变通司法”,是指民族自治地方的司法机关在贯彻执行刑法的过程中,依据本民族的实际情况作出适当的变通处理,如对一些刑法规定为犯罪的行为,司法机关不作为犯罪处理;对一些较严重的但又与民族风俗习惯密切相关的犯罪行为,司法机关作从宽处理。所谓直接以“两少一宽”为依据办案,是指司法工作人员依据1984年中共中央5号文件中的有关规定办案:将少数民族犯罪分子同罪行和认罪态度最相类似的汉族犯罪分子相比较后,一般情况下对少数民族犯罪人适当从

宽处理,并且坚持少捕少杀的方针。这些规定尚属于经验阶段,内容过于笼统,人为因素较多,实际操作难度很大,办案人员不得不游走于法律的尊严和对民族习惯法的尊重之间,在民族聚居地方司法人员素质参差不齐的现实情况下难免会出现量刑畸轻畸重的现象。^[8]

2 对策

(1) 积极进行变通立法

将《宪法》规定的变通政策上升为具体可行的法律。目前,我国不少民族地方对刑事案件的处理依然大量参照当地习惯法,使用变通立法较少,直接适用刑法则少之又少。例如,我国某些民族地区至今仍公开或暗地里流传着“杀人要赔命价、伤人要赔血价,刑可以不判,但命价、血价不能不赔”的说法和做法。这种民族法与民族地区的宗教信仰互为表里,并且深深根植于民族成员的精神观念之中,其效力和认同感明显高于国家法(关于故意杀人罪的刑罚规定),造成当地司法机关办案艰难。可见,习惯法的强大阻力和人们千百年来形成的传统观念是导致冲突产生的重要原因,要改变这种现状就必须结合民族地区的具体情况,在吸收习惯法合理内容的同时,积极、稳妥地进行变通立法,以维护法律的尊严和社会的正常秩序。我国《立法法》第66条规定:“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政策、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例;自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”比如,西藏、四川等地的民族自治地方在对《婚姻法》的立法变通中,一方面明文规定实行一夫一妻制,废除多夫多妻制;另一方面又规定,对新法颁布前的多夫多妻家庭,凡愿意维持的准予维持。

(2) 尊重当事人的选择

国家法律不可能事无巨细的延伸到民族地区社会生活的每一个角落,上述的变通法规也不可能在颁布之初就产生强烈的认同感而得到普遍适用。民族习惯法作为民族文化的重要组成部分已

扎根于民族成员的心中,特别是作为一种价值观念,更是根深蒂固。因而,在民风醇厚且尚未制定变通法规的边远少数民族地区,面对一般的轻微刑事案件,当地司法机关可以在处理案件过程中适当尊重当事人的意见,尝试用非法律的手段(又称法律规避)加以解决,比如民间调解。这样就不必在法律的适用上来回斟酌,既节省了办案成本又能使当事人满意。在国家法制统一尚未最终实现之前,尊重当事人的选择不失为一个解决民族地区小型刑事冲突的有效策略。

(3) 加强法制宣传,提高司法人员刑事司法综合素质

民族学大师费孝通先生曾经说过:“法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭,重要的还得看人民怎样去应用这些设备,更进一步讲,在社会结构和思想观念上还得先有一番改革,如果在这些方面不加以改革,单把法律和法庭推行下乡,结果法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了。”^[9]民族习惯性与国家刑法相冲突的一个深刻原因就在于现象背后不同的思想观念、文化传统和人们对法律的不同认识。加强法制宣传,提升民族地区的法制观念是我国法制统一进程中的一个重要部分,也是我国法制统一能否实现的一个重要因素。只有普及法制教育才可能逐步转变民族成员的传统观念,使其认可甚至主动寻求国家制定法的救济,而不再单纯依靠宗族势力、村规民约或民族传统习俗来解决。

民族地区的司法人员是国家法律的主要宣传者和执行者,代表了国家法律的威严和形象,他们中的大多数对民族地区的文化传统都有一定的了解,能够较好的避免和消除执法过程中出现的民族间的敏感问题。但据不完全统计,在民族地区的司法系统中,政法大学本科毕业人员仅占5%左右,专科毕业占40%左右,还有大量的非法律专业人员占据着法官、检察官的位置,而这些人在办理案件时,更多的是凭自己的工作经验,而不是依靠专业法律知识。因此,当务之急是要大力加强民族司法队伍的建设,提高司法工作人员的综合法律素质,使之树立与构建和谐社会的现代司法理念和思维方式。

注释及参考文献:

[1]中国大百科全书·法学卷[Z].北京:中国大百科全书出版社,1984.第87页.

[2]云南调查组.《云南西盟卡佤族的社会经济情况和社会主义改造中的一些问题》,见《民族研究工作的跃进》[M].北京:科学出版社,1958.第163页.

[3](美)博登海默著,邓正来译.法理学:法律哲学与法律方法[M].北京:中国政法大学出版社,1999.第380页.

- [4]梁治平.清代习惯法:社会和国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996.第35页.
- [5]邹渊.习惯法与少数民族习惯法[J].贵州民族研究,1997年第4期.
- [6]张晓辉.中国法律在少数民族地区的实施[M].昆明:云南大学出版社,1994.第183页.
- [7]尹少亭.云南的刀耕火种——民族地理学的考察[J].思想战线,1990年第2期.
- [8]郑鹤瑜.论我国少数民族习惯法与刑法的冲突及其解决[J].中州学刊,2007年第2期.
- [9]费孝通.乡土中国生育制度[M].北京:北京大学出版社,1998.第58页.

Ethic Customary Law and National Criminal Law ——Conflict and Its Solution

XIONG Zheng

(School of Foreign Languages, Northwest Normal University, Lanzhou, Gansu 730070)

Abstract: There are 55 minorities in china, each of which has developed a set of Ethic Customary law suited to the local situation. The Ethic Customary law finds its deep root in the daily life of minorities, and is in sharp contrast to the national criminal law in its nature. Given that the two mechanisms are to function and coexist in the long run, it's necessary to find out the way to coordinate them and to bring convenience and efficiency to the resolve of criminal cases in ethnic minority regions.

Key words: Minority; Customary Law; Conflict; Solution

(责任编辑:李 进)