

文章编号:2095-0365(2013)01-0067-06

甘肃东乡族刑事习惯法特征变迁的实证分析

——以当代国家刑事立法进程为参照

于语和, 刘顺峰

(南开大学法学院, 天津 300071)

摘 要:甘肃东乡族刑事习惯法随着当代国家刑事立法的发展而不断发生着特征变迁。在国家刑事立法的萌芽期,东乡族刑事习惯法基本是保守的,极力排斥国家刑事法(政策);在国家刑事立法的起步期,东乡族刑事习惯法对于国家刑事法开始有所借鉴;在国家刑事立法的发展期,东乡族刑事习惯法对于国家刑事法内容的吸收达到了前所未有的程度。东乡族刑事习惯法在国家刑事立法的三个进程中实现了自“封闭与保守”渐至“契合与兼容”再至“开放与转型”的特征变迁。普法运动、经济、教育的发展、文化的不断融合是促使其发生特征变迁的主要原因。当代国家刑事立法中应进一步加大对少数民族刑事习惯法的考量。

关键词:东乡族刑事习惯法;国家刑事立法;实证分析;特征变迁;变迁原因

中图分类号:D90-059

文献标识码:A

新中国成立后的一段时间,中国的刑事立法工作一直没能完全顺利地展开,只是为了配合当时开展的一些镇反、三反、五反运动,中央政府先后在1951年和1952年颁布了《中华人民共和国惩治反革命条例》、《中华人民共和国惩治贪污条例》等单行法规,总的来看,党和国家制定的相关刑事政策是现实司法实践中一个重要的参考凭证。改革开放后,我国的刑事立法工作得到了较大发展,其中最重要的表现就是1979年《刑法典》的颁行,这为我国刑事司法工作的开展提供了权威依据。1997年新刑法典的颁布以及随之而进行的多次修正,使得我国刑事立法全面进入了一个新的不断迈向国际化的阶段。然而,在整个当代国家刑事立法的进程之中,同样起到规制族群成员行为、稳定族群秩序作用的当代少数民族刑事习惯法一方面却在牢牢固守传统,另一方面却也不断吸收着与时俱进的国家刑事法内容。

为了能对少数民族刑事习惯法在国家刑事立法进程中所呈现出的特征变迁有个实证了解,

2011年11月至2012年9月间,曾多次赴甘肃东乡族地区展开田野调查。以这些田野调查资料为基础,结合刑法学理论及实践,以当代国家刑事立法的三个阶段为时间参照,意欲能分析并总结出东乡族刑事习惯法在各个阶段中所呈现出来的特征变迁,最终期盼能为东乡族未来的刑事习惯法研究提供一个可以参照的历史样本。

一、国家刑事立法进程中的东乡族刑事习惯法特征变迁

(一)国家刑事立法萌芽期的东乡族刑事习惯法——封闭与保守

新中国成立之时,由于当时的政治、经济环境都异常复杂,如何稳定新生政权成了第一代领导集体面对的现实问题,基于当时国内反革命势力尤为猖獗,破坏活动时有发生,中央政府投入了大量精力进入镇压反革命的浪潮之中,导致包括刑事立法工作在内的各项立法都未能完全充分地开

收稿日期:2013-01-08

基金项目:国家社科基金项目(11BFX021)

作者简介:于语和(1962—),男,教授,博士生导师,研究方向:法律史、民间法。

展起来。各种各样的犯罪层出不穷,但却一直处于对犯罪分子无法可依的尴尬境地,与此相连的国家刑事法制工作也尤为混乱。

党的各项刑事政策成了此时各地司法、执法的重要依据,它在实质上充当了那个年代的“刑法典”。但是政策是不稳定的,有时候又是因地区而异的,这就导致全国不同地区执法“各自为阵”,这种状况一直持续到了1979年刑法典颁行前。

与国家司法实践无法可依的情况相对照,当时的东乡族地区的司法人员却还维持着传统着据习惯法而司法的实践逻辑,举凡关涉民事、刑事领域秩序的“违法”行为,基本都是通过东乡族习惯法来“内部”解决的。

虽然在田野调查中,没有找到那个时代关于东乡族刑事习惯法适用的档案材料,但是通过东乡族自治县锁南镇锁南村八十多岁的老干部马志祥讲述的一个真实案例,还是能够体会到那个时代的“司法”状况的。

1954年的夏天,河滩乡的马向成因为偷了堂兄马文杰家地里的洋芋,被马文杰抓到了,马文杰将马向成送到了乡政府要求对其惩罚。乡镇府干事接手此事后,首先进行了调解,希望能大事化小,但由于那个年代实在太穷了,洋芋就是一家的命,基本大家都吃不饱。马文杰坚决认为必须要惩罚马向成才公平,这也使得调解无效。随后,乡镇府干事找来他们“哲玛其”的“族老”、“阿訇”,并将当事人召在一起商量着怎么解决。大家一致认为应按照东乡族习惯法来处理,对于偷窃行为的要被处以“游街”。最后,马向成被处以“游街”,并写下保证下次不再犯的字条。那个时代,不管是国家司法干部还是村里的族老、清真寺的“阿訇”,在裁断纠纷时,都是完全依照东乡族的习惯法来处理的,东乡族习惯法和国家的法基本没什么关系。^[1]

与马志祥老人通过对典型案例的讲述来认识当时的东乡族刑事习惯法不同,在东乡族自治县北岭乡司法所,常年从事东乡族习惯法研究的马所长从实践与理论两个方面对于东乡族刑事习惯法的特征予以了说明:

那个年代我虽然没有经历过,但听我“阿太”(东乡语意为曾祖父)说,以前在建国之初,我们东乡人对于东乡族传统的刑事习惯法是特别尊重的,什么都按习惯法来处理,习惯法里基本都是我们东乡族的民俗、习惯,不会有什么国家法内容包

含在内的。比如,村中有人犯了盗窃罪,按照我们的习惯法,是首先要让盗窃的人赔偿损失,然后还要带他去附近清真寺的“阿訇”那里忏悔,当然,还有一些盗窃数额特别大的,往往除了赔偿、忏悔之外还要“拉羊上门”,请村中邻里吃一顿,以让大家看到他的改过。国家法怎样规定的,基本大家都不知道。^[2]

但是,相较于上述二位对于建国初期东乡族刑事习惯法与国家刑事立法状况之间关系的讲述,检察官汪翠霞的分析更为细致:

我认为我们东乡族刑事习惯法也好、民事习惯法也好,那要分清楚适用区域。像县上与农村,同样都是东乡族,县上人的法律意识要强不少。

你知道,我们东乡这个地方山又高、沟又深,当时出一趟村子往往要花上一天的时间。再加上大家都信仰真主“安拉”,只有“安拉”是这个世界上最公正的,这些都让那个时代国家法的那些东西很难进入咱们东乡人的脑中。何况,那时国家还没有真正的刑法,定罪也没个啥标准,民众的知识水平有限,就是想借用一下国家刑事政策,也不知道该借哪个啊。

哎,怎么说呢?我就是觉得那个年代,我们东乡族处理犯罪的那些习惯法就是他们唯一的选择。^[3]

从司法实践的层面来审视,那个年代的东乡族纠纷解决完全是以东乡族刑事习惯法为渊源的。究其根本,建国初期,东乡族地区生产方式的落后、经济基础的薄弱,使得东乡族刑事犯罪的行为种类不多,主要就是盗窃罪、抢劫罪、私通罪、酗酒罪等,而对这些犯罪行为的处罚基本可在真主“安拉”的启示(主要表现为《古兰经》)中找到答案。此外,从外部原因来看,交通不发达,与外界联系不多,文化交融的程度不高,使得东乡族的刑事习惯法难以与“国家法”之间有所交汇,何况当时整个国家刑事立法还没有形成气候。

(二)国家刑事立法起步期的东乡族刑事习惯法——契合与兼容

1979年7月1日,第五届全国人民代表大会第二次会议上我国第一部《刑法典》终于获得通过,并于1980年1月1日起正式施行,它结束了建国后我国刑法无成文法典的历史,开创了一个崭新的刑法典时代。

但是,就东乡族刑事习惯法这一特殊的民族

刑事法文化而言,伴随着此一阶段所呈现出现来的国家刑事立法情形,它不再坚守“封闭与保守”这一传统特征,而是不断显现出与国家刑事立法的“契合与兼容”之势。这其中,除了东乡地区经济水平的不断提高以及基础交通的渐进改善,使得其与外界的交流日益频繁外,还有两个理论层面的原因值得关注:一是刑事立法的成文规定使得东乡族刑事习惯法与国家法之间的契合有了可依之本;二是“两少一宽”的刑事政策为演进中的东乡族刑事习惯法提供了兼容的实践空间。具体言之如下:

1979年《刑法典》第八十条规定:民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的国家权力机关根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。

这是我们国家首次以刑事立法的方式对少数民族地区刑事立法变通权的确认与肯定,从在东乡族地区的实证调查得到的结果来看,虽然当时东乡族地区并没有在立法实践中真正行使这项变通权。但是,这一规定还是对当时东乡族刑事习惯法的特征变迁产生了重要影响。

首先,它在一定程度上对于东乡族的刑事习惯法的特殊性予以了肯定;其次,它在一定程度上为当时的刑事司法工作指明了方向。至少,司法人员在实际司法过程中会较为注重东乡族的刑事习惯,开始注重并寻找国家成文法与东乡族传统刑事习惯法之间的契合点。

东乡族北岭乡司法所的马文强举了个例子,他说:

1979年《刑法典》第一百八十二条规定:虐待家庭成员,情节恶劣的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪,引起被害人重伤、死亡的,处二年以上七年以下有期徒刑。第一款罪,告诉的才处理。在该规定还没出来之前,东乡族的刑事习惯法中关于虐待家庭成员的行为,一般会给予训诫、鞭打,严重的往往会将其赶出“哲玛其”。但是在《刑法典》颁行后,东乡族司法人员在审理同类案件时,首先会以国家法的相关规定为依据,适当考虑“哲玛其”成员的意见,综合权衡后再予以犯罪行为入刑。这样的处理方式,既体现了对于国家法的尊重,又体现了对于东乡族习惯法的认可,真正实现了两种“法”的结合。^[4]

关于东乡族刑事习惯法在1979年《刑法典》颁行后,受其直接、间接影响而表现出来的特征变迁,东乡族自治县法制办公室的汪副主任给予了充分肯定:

早在80年代初期,我们县法院恢复时,就针对建国后一段时间以来的冤案、错案进行复查,之所以对这些案子进行复查,一方面乃是因为刑法典颁布了,我们就有法可依了;另一方面呢,主要还是当时这些案子中有不少是按照东乡族的民俗、习惯来处理的,但是又明显不符合国家(刑法典)的规定。

刑法典的颁布,使得我们东乡族的不少刑事习惯法都在改变,比如,以前在我们东乡不少地方,强奸不会被认为是个严重的违法行为,在一些边远地区,如河滩乡、董岭乡就发生过这样的事情,一个男娃娃(男孩)强奸了一个女娃(女孩),女方家知道了,也不来法院告他,这主要是因为那啥呢,还不是因为咱们东乡族重视“家庭观念”,觉得一旦将这些事都说出来,不仅“阿太”(曾祖父)、“阿爷”(爷爷),就连“巴巴”(叔父)、“阿哥”(哥哥)也都觉得是给“家伍”丢脸了。作为男娃娃那边家里人,他们知道了这件事,都是按照东乡族的习惯法,要么赔偿,要么就把那个女娃给娶了。但是从八十年代中后期开始,在东乡族的民俗习惯中也渐渐将强奸作为一种“违法”行为来看待了,要将犯罪人赶出村子。^[5]

1984年初,彭真委员长在一次讲话中提到:“对于少数民族中的犯罪分子在处理上一般要从宽。1984年中央5号文件上也提到,对于少数民族中的犯罪分子要坚持‘少捕少杀’,在处理上一般要从宽。处理从宽包括司法上的从宽和刑事立法上的从宽。在刑事司法上的从宽,包括刑事诉讼程序上从宽、定罪上从宽、量刑上从宽和刑罚执行上从宽。”^[6]

无论是从立罪方面来看,还是从配刑方面来看,东乡族的刑事立法与司法都有着若干“从宽”的权力,这个具有较为模糊色彩的“从宽”规定,为东乡族刑事习惯法与国家刑事制定法之间的契合创造了一定的空间,为国家刑事立法渗入东乡族习惯法,以及在司法实践中,司法人员更好地运用东乡族刑事习惯法提供了制度保障。

(三)国家刑事立法发展期的东乡族刑事习惯法——开放与转型

1997年新《刑法典》的颁行,以及紧随其后通过的8个刑法修正案,使得我国的刑法典更加具有国际性、开放性。

通过田野调查可看出,1997年《刑法典》的颁行以及其后表现出来的现代趋向对于东乡族刑事习惯法有着很大的影响。其影响主要表现在如下两个方面:一是东乡族刑事习惯法在保留自己基本“特质”的同时,随着现代刑事立法的发展而大力吸收其适于自己发展的内容,其中包括许多新型犯罪的吸收,如走私、贩毒罪等;二是相较于现代刑事立法中对罪刑法定原则及其他相关原则的强调,东乡族刑事习惯法中的不少传统理念也实现了合理转型,对于罪与非罪的界定比以前更加科学化、理性化。

在东乡族自治县春台乡司法所,工作三年多的大学生干部小李对于当下东乡族的刑事习惯法与国家法之间的关系谈了谈自己的看法:

前年咱们下边村里,有一个年轻人将毒品带回来,并准备带到兰州去转手,后来被他的“尕舅子”(东乡语意为妻弟)发现了,“尕舅子”认为这是犯罪行为,就向县上公安局报案了,后来,这个准备贩卖毒品的年轻人也受到了应有的处罚。

走私、贩卖毒品的社会危害很大,乡里邻里的差不多比较谨慎,以前大家不知道贩毒是犯罪行为,但是现在就是在东乡族习惯法中,对于贩毒者往往都要将其直接驱逐出“哲玛其”,然后再将其送到公安局。^[7]

此外,在中国刑事立法不断迈向国际化的过程中,许多现代刑法理念也不断渗入东乡族民众的脑中,如罪行法定原则、证据规则等。这对于东乡族刑事习惯法的转型间接上起到了一定的推动作用。比如,就“酗酒是否是犯罪行为”这一问题,在东乡族自治县河滩乡访谈几位年轻人时,其中两位的回答具有一定的代表性:

我们东乡族都信仰伊斯兰教,《古兰经》里是规定不准喝酒的,按照咱们东乡族习惯法,喝酒要受到一定惩罚的。但是,现在我们一些年轻人在一块的时候,为了热闹,偶尔也会喝点酒。国家法律中对于喝酒好像没有什么处罚吧,感觉我们东乡的很多民俗、习惯都变了,变得慢慢和国家的规定差不多了。^[8]

作为一个虔诚的穆斯林,是绝对不能碰酒的。但是,现在有很多人喝酒,其他人也都觉得没啥,大家的观念都变了,有时候家里年纪大的人会说

几句,毕竟也没听说国家会对喝酒多的要惩罚啊,关键还是靠自己去约束。我觉得现在我们东乡的民俗、习惯慢慢都把国家的规定给吸收进来了。^[9]

当代东乡族刑事习惯法一直以其独立、保守以及契合、兼容之姿态在历史的长河中不断发展,现今,在面对全球化背景下的经济、政治、文化一体化不断加速的趋势之下,传统的东乡族刑事习惯法不断合理吸收国家刑事制定法的内容、理念,既呈现出了它的传统韵味,又凸现出了它的现代特征。

处于中国现代社会转型中的刑事立法,势必会对传统的东乡族传统刑事习惯法从内容到形式等各方面都会产生影响,也会从根本上不断推进东乡族刑事习惯法的现代转型,从而最终为现代民族刑事法制乃至整个法制体系的构建起到一定的积极作用。

二、国家刑事立法进程中东乡族刑事习惯法特征变迁的原因

(一)普法运动是推进东乡族刑事习惯法特征变迁的外在原因

1985年11月,中共中央、国务院转发了中宣部、司法部《关于向全体公民基本普及法律常识的五年规划》。同年12月,全国人大常委会作出了《关于在公民中基本普及法律常识的决定》。由此,一场旨在计划经济体制下开展的全民普法运动完全开展起来。自“一五”普法活动之后,我国又相继开展了“二五”、“三五”、“四五”、“五五”等普法工作,“六五”普法现今也正在有条不紊地进行着。

纵观二十多年来的“普法运动”,在国家建构的意义上,为审视现代民族国家的应然法理,提供了一个值得多方位探讨的样本。置于百年中国的长程历史中,一言以蔽之,这是一种不期然间意图将当下中国整合为法律共同体的政治动员,一种表现为法权主义努力的自上而下的秩序重构,也是一次民族心智的现代洗礼。^[10]普法运动的根本目的在于通过政府主导来提高民众对于法律的“信仰”,在整个普法进程中,东乡族民众对于国家法的认知发生了质的变化。应该说,普法运动是东乡族刑事习惯法发生特征变迁的最为重要的外部原因。在东乡族自治县司法局,司法干事汪成结合工作实践谈了谈普法运动对于东乡族刑事习

惯法的影响。

这些年来,我们基本每周都要去几次乡下,主要都是为了普法,应该说普法运动对于提高村民们的法治观念有着很大的作用,像去年我们在高山乡就遇到不少村民说到重婚罪的事,他们都认为重婚应该是犯法的,重婚是犯罪行为不仅是国家法明确规定的,也似乎变成他们内心认可的习惯法了,这在以往是不可能的,普法运动让东乡族的刑事习惯法发生了重大改变。^[11]

(二)经济、教育的不断发展是推进东乡族刑事习惯法特征变迁的根本原因

经济基础决定上层建筑,经济形态决定法律的根本特质。改革开放以来,东乡族的经济取得了巨大进步,经济的不断发展,必然会导致新的矛盾的出现。在实地调查中,近几年在东乡族的刑事案件中,其中关涉贩毒罪的案件占了一定的比例。新的犯罪的出现,必然要有与之相对应的裁决手段、方法与结果。这无形中对于东乡族刑事习惯法的发展提出了新的要求,吸收国家法内容为习惯法内容的一部分也就自在情理之中了。只是,需要注意的是,这里只是对于“罪名”的吸收,亦即承认贩毒是一种犯罪行为,但具体裁决还要留待国家法律。

此外,教育的不断发展,让更多的东乡族民众知道国家法的规定。1982年东乡族文盲率为87%,高于当时全国32%的平均水平55个百分点。到1999年虽然降低到了82.6%,但仍居全国之首,而且又拉大了与全国平均水平的距离,高出60多个百分点之多,直到1999年适龄儿童入学率还只有75%,低于甘肃省适龄儿童入学率98.2%近24个百分点;小学辍学率全省仅为1.73%,而东乡族却达10%。^[12]现今,虽然东乡族的文盲率已经下降到80%以下了,总体比例仍然偏高,但相较于以往还是有了较大的发展变化。在对东乡族自治县司法局王干事的访谈中,他肯定了教育对于东乡族刑事习惯法特征变迁的影响。

现在我们东乡族的不少民俗、习惯并不是不存在了,而是与国家法渐渐同化了。以往在东乡族的民俗、习惯中,觉得诈骗属于道德问题,但是现在有很多东乡族民众会将诈骗当做“法律”问题来考虑,毕竟,接受教育更多了,对于很多问题的理解也不同了。^[13]

(三)多民族法文化的不断融合是推进东乡族刑事习惯法特征变迁的内在原因

文化是历史的产物,也决定着历史的进程。中国法律文化中既有汉族法律文化,也有少数民族法律文化,既有官方法律文化,也有民间法律文化。从文化发展的视角来看,各少数民族法律文化在发展进程中必然要与其他法律文化发生交融。东乡族刑事习惯法作为一种“小传统”,其代表的是一种民族习惯法文化,或者可以称之为民间法文化,而刑法典所代表的则是一种“大传统”,或可称之为国家法文化,两种文化之所以能发生融合、交流,主要还在于二者都共生于中华法系的文化土壤之上。

建国以来,特别是改革开放后,随着我国立法技术的不断提高、立法水平的不断改善,东乡族习惯法文化与国家法文化之间的交流日益密切。一方面,在立法实践中,《宪法》、《立法法》、《民族区域自治法》等国家法对于民族法文化的存在、作用、功能都给予了一定的认可与肯定。另一方面,在司法实践中,东乡族司法人员既不违背国家法的根本原则、基本精神,又不脱离东乡族本土的习惯、风俗,灵活、高效地将国家法与东乡族习惯法有机协调起来。通过立法与司法的诸多实践,在东乡族刑事习惯法文化中,越来越多地体现着国家刑事法的内容,这不仅是法律文化本身发展的客观规律,也是法律文化发展的必然结果。

三、余论

长期以来,在刑法的理论以及实践层面上,对于少数民族刑事习惯法给予不同程度上的否定或是排斥,认为它与国家法是格格不入的,甚至有些人还根本否定少数民族刑事习惯法的能动性,觉得它是僵硬的、原始的、封闭的,但是通过审视当代甘肃东乡族刑事习惯法在国家刑事立法进程中所表现出来的特征变迁,就会发现,一方面,少数民族刑事习惯法随着国家刑事立法的种种变迁而不断呈现出新的特征。另一方面,国家刑事立法在其演进过程中,不仅肯定了少数民族刑事习惯法的客观存在,而且还通过条文的规定来肯定少数民族刑事习惯法在司法、执法方面的能动作用。

必须注意的是,包括东乡族刑事习惯法在内的各少数民族刑事习惯法都有着自己的发展轨迹,不能一味强调少数民族习惯法是保守的、封闭

的、是排斥国家法的,这不仅不符合少数民族刑事习惯法发展的历史实践,更不切合现代转型中国家刑事立法赋予少数民族刑事习惯法的应有担当。

在我国刑事立法不断合理、完善的过程中,一方面,要求立法者们要从本土资源出发,考虑到各民族地区刑事法制的实践、刑事习惯法的功能作

用,综合权量,尊重少数民族刑事习惯法中的积极内容,灵活发挥刑事习惯法的补充作用。另一方面,各少数民族刑事习惯法在其不断发展的过程中,应科学合理地吸收国家刑事立法中有利于本民族社会发展、秩序稳定、文化遗产的规范,从观念上、内容上、形式上真正实现刑事习惯法的现代转型。

参考文献:

- [1]马志祥访谈录,2011-11-12.
- [2]马强成访谈录,2011-11-12.
- [3]汪小霞访谈录,2011-11-14.
- [4]马文强访谈录,2011-11-16.
- [5]汪文武访谈录,2011-11-18.
- [6]马克昌.中国刑事政策学[M].武汉:武汉大学出版社,1992:428
- [7]李朝建访谈录,2012-7-10.
- [8]马向前访谈录,2012-7-11.
- [9]马友苏夫访谈录,2012-7-13.
- [10]许章润.普法运动[M].北京:清华大学出版社,2011:1
- [11]汪成访谈录,2012-7-12.
- [12]妥进荣.东乡族经济社会发展研究[M].兰州:甘肃人民出版社,2000:135
- [13]王宇洁访谈录,2012-7-12.

A Positive Analysis on Feature Changes of the Criminal Customary Law in Gansu Dongxiang

——Reference on the Contemporary National Criminal Legislative Progression

YU Yu-he, LIU Shun-feng

(Law School, Nankai University, Tianjin 300071, China)

Abstract: The feature of Gansu Dongxiang Criminal customary law has been changing all the time. At the stage of germination of national criminal legislation, The Gansu Dongxiang criminal customary law was not only very conservative but also excluded the national criminal policies. At the stage of starting of national criminal legislation, The Gansu Dongxiang criminal customary law was going to absorb the principles of national criminal law. At the stage of developing of national criminal legislation, the Gansu Dongxiang criminal customary law was almost overlaid by national criminal law. During the stages of national criminal legislation, the Dongxiang Criminal customary law has experienced conservatism, compatibility and transformation. The movement of popularizing laws, the development of economy and education and the fusion of cultures have been the reasons which made the Dongxiang criminal customary law change. The modern national criminal legislations should pay more attention to the criminal customary Laws of minority nationalities.

Key words: Gansu Dongxiang criminal customary law; national criminal legislation; feature Changes; positive analysis; reasons of changes

(责任编辑 王丽娟)