

民族地区刑事变通立法的若干问题

屈学武

我国刑法第80条明文规定,民族自治地方不能全部适用刑法的,可由自治区、省级国家权力机关制定变通或补充规定。刑法在民族地区的数年运行实践表明,在一些民族地区全部适用刑法确有相当困难。故此,1984年,中央发布了“两少一宽”的刑事政策,即“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”的政策。在这一正确刑事政策的指导下,几年来不少民族自治地方已经在刑事司法工作中对刑法有所灵活变通适用,并积累了不少经验。但是,迄今为止,尚不见一个省、自治区发布实施刑法的变通规定,学术界在这方面的研究也甚少。本文特就此问题作一初探,以期有益于我国民族地区刑事变通立法理论的探讨和法律的创制、完善。

刑法在民族地区运行现状浅析

我国是由56个民族组成的多民族国家。建国前,为数不少的民族尚滞于前封建社会阶段,甚至前国家时期。而今,各民族虽已直接过渡到社会主义,但其传统文化特别是以法文化为中心的民族习惯的传承性、延续性及其对民族心理、民族意识的深刻影响,仍以内聚一个民族特有的强度渗溶于各民族政治、经济、文化发展现状的方方面面。当然,我们确认,在我国55个少数民族以及汉民族的整个文化构架中,其本质、主流方面仍属精华性的;但任何事物都有其两面性,民族文化也一样,也难免有其属于糟粕的一面。正因为如此,现行刑法在民族地区的运行现状也相应地表现为两方面:第一,现行刑法在总体上、本质上、原则上能适应我国各民族的需要——这是现行刑法运行的主流和方向;第二,勿庸讳言,由于民族特质、特情的不同以及渗融于民族文化中的种种负因子的影响,一些民族地区,特别是经济、文化相对落后的民族地区还难以全部适用刑法。换言之,刑法的某些具体规定、具体法条,无论在定罪上还是量刑上,在这些地区都呈现出不良运行状态。

(一) 阻滞刑法良性运行的主要因素

总括起来看,在一些民族地区,影响刑法正常运行的因素如下:第一,以风习为法的积习。例如,至今仍在我国某些民族聚居区公开或暗里流行的“赔命价”、“倒骨价”、“赔血价”的习俗^①。很显然,以向杀人犯或伤害犯索要命价或血价的方法来私下调和公诉罪的

^① 范宏贵:《中国少数民族习惯法》,吉林教育出版社1990年版,第204页。

作法,一方面违背了刑诉法的公诉原则,另一方面阻滞了刑法相关法条的正常运行。第二,在一定程度上体现群婚制残余的性习俗、婚姻习俗及原始宗教迷信思想的影响。前者往往有可能程度不同地触犯了我国刑法有关奸幼罪、流氓罪、重婚罪的禁止性规定。对此,当地司法机关一般采取正面宣传教育的办法,除对后果特别严重者绳以刑法外,一般采取不告不理的原则。后者由于原始宗教迷信思想的影响,一些居于深山僻地的少数民族公民常被指认或卦定为招来天灾人祸的“鬼怪”,从而可能引发表现为“捉鬼、驱鬼”形式的、众多寨民参加的共同杀、伤案。对此,当地司法机关也只能惩罚其中手段极其恶劣的首犯或蓄意借迷信杀人报私仇者,对一般群众仍是以宣传教育为主。第三,民族积怨、纠纷导致的民族(家支)之间的敌对行为。这类行为多肇端于祖、父辈遗留下来的积世旧怨或山水权属争端。对此类共同犯罪案,无论是刑法第22条至26条关于共犯的规定,还是分则相关法条的规定都难以不折不扣地贯彻到底。对它的处理,也只能按上述案件的处理原则一样——对广大群众,务以教育为主,首恶、真凶必办。第四,由于社会经济基础薄弱及聚居地理环境的偏远所导致的种种民族行为。虽然建国以来特别是在改革大潮中,民族地区的经济较过去得到了快速发展,但是由于民族地区的经济起点较低等种种原因,使得民族地区与全国平均水平比,差距有拉大的趋势^①。基于此,主要用于调整社会主义商品经济社会中个人与国家冲突的刑法规范就很难全部适用于此地。例如一些世代聚居深山密林中的山地民族迄今袭用的“毁林开荒”的原始耕作方法,与刑法第128条盗伐、滥伐林木罪的规定难免冲撞;此外,在一些民族地区,由于物质经济条件的后进,加之聚居地理环境的僻塞、边远等,所有这些客观条件的不足,都反过来影响和制约预防犯罪、遏止犯罪的教育机构、宣传机构的发展或兴建,因而,刺激、诱发犯罪的因素便不能有效平抑。

(二) 如何调适刑法与民族刑事习惯法的关系

首先我们应当明确,任何文化传统不仅有其传承性、延续性,而且具有优与劣、有益或有害的不同层面相互交融、浑然一体的特征。就是说,精华与糟粕,并不是盛放在两个不同的盆子里,可由我们任意弃取的。民族刑事习惯法也一样,无论其正面、负面都已交融为一体并且深植于各民族有机体之中,它已作为一种深溶于民族血液中的心理积淀在发挥作用,一朝一夕是难以从中剔劣存优的。有鉴于此,对某些民族残存至今的箴规风习,即便是不良的、有害的,也不能不加区别地强行任何行政的或法律的手段悉数废弃之。这样作是不符合我国宪法所确认的、多民族国家必须由多民族共同管理的社会主义基本原则的。当然,这更不是一个辩证唯物主义和历史唯物主义者应取的民族观。

马克思主义认为,法权关系或国家意志关系的内容,归根结底,是由相应的经济关系决定的。正因为如此,我国宪法、刑法才特别授权民族自治地方享有区域自治和刑事变通、补充立法权。也正因为如此,对民族箴规风习,哪怕它确有陋旧落后的一面,我们也必须本着借旧利新、改废结合的原则来处理。其具体原则是,第一,对于意识的载体——旧有的经济根基“已被摧毁”,仅仅由于意识落后于存在而残存的不良伦理、道德和法文化习俗,由于其生存下去的物质经济条件已经丧失,自治立法上可逐步废止。当然,意识有其相对独立性,因此,仅用法律的手段是不能奏效的,还必须综合采用文化教育、科技卫生、学习参观、政策法规宣传等等手段,来推促本民族自身文化心理素质的提高,从而通过本民族自身

^① 伍精华,《为巩固和发展民族团结进步事业而奋斗》,《民族团结》1991年第6期。

的思维转轨、观念更新走向革陋习、开新风之路。第二，对尚未丧失存在条件的旧陋风习，即便其不利于本民族的发展和进步，现阶段也不宜一下子禁绝。相反，根据本民族的实际情况，一些民族自治地方还可以通过自治区、省级国家权力机关制定的刑事变通、补充立法，来确认对一些民族刑事习惯法在一定程度、一定范围内的适当照顾、暂行认可。这就如同西藏等地在制订婚姻变通立法时，在一定范围内认可了本民族旧有的婚习一样。当然，我们并不是主张不分青红皂白的狭隘的文化保护主义。这是因为，大力发展社会生产力，尽快铲除旧陋风习赖以生长的千年经济根基，才是革除落后风习的根本途径。

那末，刑法到底应如何变通呢？回答是：第一，依据刑法第80条所明定的“根据”和“基本原则”。其“根据”是各民族自治地方的“政治、经济和文化的特点”，这就要求我们深入地，加强民族特点、民族风习以及刑法在当地运行现状的调查研究；其“基本原则”是刑法基本原则，即罪刑法定、罪刑相适应等调整个人与国家的刑事法律关系的原则。第二，依据党和国家的“两少一宽”刑事政策及其它相关民族政策。第三，依据多年来各自治地方依上述政策的司法实践经验。据了解，几年来，不少民族地方的司法部门，已经或正在学会不仅仅依靠政策办案，而且学会因俗、因地、因民族制宜；学会了既坚持刑事法制的原则性、统一性；又能坚持实事求是的灵活原则。因此，应当说，将党的民族刑事政策法律化，将民族地区行之有效的司法经验升华为理论并进而创制出民族地区刑事变通法律的工作，已经摆到了刑法学理论工作者和刑事自治立法者面前。笔者下面对其中的几个问题略抒管见。

刑事责任能力上的变通立法

根据中央“两少一宽”刑事政策，结合民族地区司法实践经验考虑，我们认为，在一些政治、经济、法律文化发展相对缓慢的民族地区，有必要在刑法总则有关刑事责任的章节中，明文变通少数民族公民为法定得减刑事责任能力人。其理由如下：

（一）基于公平原则考虑。虽然我国宪法明文规定凡中国公民不分种族、民族一律平等，但现实生活中，从综合视角看，由于物质、经济水平的低下，地理的偏塞，通讯、交通的不便，语言的阻隔，人文环境的不良以及民族觥觥风习、宗教信仰的不同等等原因，致使我国一些后进少数民族公民在享受权利方面，与汉族地区、先进民族地区（如延边朝鲜族）处于事实上不平等的地位；加之历史和社会在事实上赋予他们接受教育、提高辨别能力的机会不均等情况客观存在，那末，国家法律对他们的行为约束也应与汉族地区、较先进民族地区予以区别对待。一句话，他们享受的权利不充分，在承负义务时也应相对宽松。这才符合法律的权利与义务相统一原则。

（二）基于充分尊重少数民族风俗习惯的考虑。我国宪法明文规定各民族都有保持或者改革自己风俗习惯的自由。但勿庸讳言，民族风习中除了居于主体地位的、值得保持和发扬的有益风习及部分无益也无害的中性风习外，总免不了渗有一些不利本民族自身根本利益的与现行刑法相悖逆的陋旧风习。然而，社会主义刑法要反映多民族国家的共同意志，就不可能不顾实际地“一刀”剜出那已经与有益、中性风习根茎一体的陋旧根枝根茎来。为要多少缓解这不可避免的陋习与刑法的矛盾，在变通立法的省、自治区，规定民族地区公民为得减刑事责任能力人的建议是值得参考的。

（三）在刑法学理论上，我们认为，国外一些刑法学家力主的“社会相当性阻却违法”

的观点，也可作为规定民族地区的少数民族公民为得减刑事责任能力人的立法参考。所谓社会相当性，是指社会人既然生活在历史形成的既定社会伦理秩序之中，一般而言，人的行为就不可能超出社会生活常规和社会俗常观念允许的范畴。因此，符合这种伦理秩序的行为，不应规制为违法或犯罪行为。例如拳斗士的比赛不同于一般的互殴行为，应阻却违法。对此，我们认为其可资借鉴的基本点正在于：对民族地区公民沿袭其既定伦理风俗而为的一些（非全部）与现行刑法悖逆的行为，自治变通立法时可酌情考虑阻却责任或减轻刑事责任。具体地说：

第一，对一些已经依靠司法解释或刑事政策规定为不违法或不犯罪的行为，可直接变通为阻却违法或阻却责任。例如对一些民族地区公民为狩猎、护身、畜牧等需要而好持刀带枪的行为、相互交易金银饰品的行为等等。

第二，对一些刑事政策明确为减轻刑事责任的行为，因民族风习、特情、纠纷导致的行为而根据“两少一宽”政策应予从宽的种种犯罪行为，都可通过变通其为法定得减刑事责任能力人的办法来解决。这里，在操作技术方面，所谓“得不得”减的原则，主要在于是否因民族风俗、特性、纠纷引发的罪案，是则“得减”，不是则原则上“不得减”。

共同犯罪人的变通立法

与汉族地区相比，共同犯罪在民族地区发案率更高，例如前文述及的因民族械斗等导致的共同杀伤、抢劫、非法绑架、非法拘禁、共同盗伐滥伐林木等等。通过对上述一些案件的共性研究，我们认为，刑法第25条关于胁从犯的规定，在一些民族地区意义不大，宜于取消，其理由和意义如下：

（一）一些少数民族公民囿于社会物质经济条件的限制，加之陈规陋习及原始宗教迷信思想的影响，既定了他们滞后的文化心态，因而他们更容易受骗上当、参与某些类的共同犯罪。

另一方面，客观上，从地形学上看，我国少数民族多聚居在边疆或山区。因此，我国少数民族聚居地与祖国内地不仅语言阻隔，且通讯、交通不便。这种困难和不便与人们在蒙受主犯的诱骗（包括以旧风习、宗教信仰相骗）时难以辨识谬误的高难度成正比。愈是深山峡谷、漠野雪原，人愈是难以辨明事实真象（例如难以通过广播、电话、电视、报纸等查知事实真象），从而愈易于不明是非、稀里糊涂地跟着主犯参与共同作案，进而成为现行刑法上的“胁从犯”。此外，民族箴规风习、宗教信仰的约束，也多少限制了人们“自由意志”的实现，有时可谓“身不由己”。承负刑事责任的根据在于主、客观方面的统一。既然不少胁从参与犯罪的行为人，主观上难以查识其行为后果的社会危害性甚至身不由己，法律也就失去了确认其应负刑事责任的重要根据。

（二）取消胁从犯规定，有利于刑罚功能的实现。惩罚、改造、警戒、教育是刑罚的四大功能。其中，惩罚、警戒是手段，教育、改造才是目的。既然相当数量的受胁迫、诱骗的行为人主观意识上并无危害社会的明确认识，刑罚改造也就无从谈起。因为刑罚改造不是针对愚昧、迷信、落后风习的改造，而是对反社会意识、对蓄意危害社会的“主观恶性”的改造。例如，一些寨民在参与本寨的“捉鬼”、“驱鬼”活动时，他们本人非但不以为自己的行为有害，反而误以为自己正在造福于大家，在“为民除害”。再从刑法的警戒功能看，要惩罚胁从犯，就很可能惩罚者众——因为举凡带有民族特点的共同作案，受胁迫、诱骗参与

犯罪者往往人数众多。如此，刑罚也就难以收到“以一儆百”的警戒效果了。相反，长此惩罚众多人数，反可能引起不利民族团结和民族地区社会治安秩序的政治、心理负效应。因而这是不足取的。

（三）从党和国家的“两少一宽”刑事政策看，应当说，“两少”中的“少捕”实质上就是少定罪。我们理解，它完全可以视作一些民族自治地方酌情变通、取消胁从犯规定、不认定其为犯罪的政策依据。

（四）为刑法的性质和重视社会主义刑法的权威所必需。我们认为，对一些因民族陈规陋习引发的共同犯罪案，一般不绳以刑法，只在案情严重时，对其中首要分子、主犯、教唆犯科以刑罚的办法是符合当地实际及其有关民族、刑事政策的。但另一方面，它又与刑法第25条的规定相悖逆。因为按照第25条，对胁从犯即便不处罚，也是“有罪免诉”或“有罪免罚”，而不是“不犯罪”，因而干脆不起诉、不判决的作法有损法律的强制性和权威性。

谈及此，有人可能质疑：民族地区总还有些与民族风习、特情乃至民族纠纷完全无干的共同犯罪案吧，难道对那些胁从犯也不处理吗？对此，我们的回答是：留还是废，要看哪一个适用比例大，进而权其利弊。制而不用或很少用，看来灵活方便，实则大大损害了法制的尊严。因为刑法第25条作为禁止性法律规范，在性质上完全不同于可自主选择的授权性法规。禁止性法规一旦号令颁布，则须全民皆守、不得违误，法典上既有胁从犯的规定，一俟共犯案发则须对号“入座”。假如长此虚设其位而不令其归位，就叫有法不依。

（五）从国外刑事立法例看，当今世界上许多国家在共同犯罪人的分类上，都没有胁从犯（而只有从犯或帮助犯）规定。英美、德国、加拿大、日本、前苏联、南斯拉夫等等不同法系的国家均如此。我们认为，国外刑事立法例，对我国某些民族自治地方的刑事变通自治立法有一定借鉴意义。

故意杀人罪的变通立法

故意杀人罪，根据现行刑法第132条的规定，可分为一般故意杀人罪和情节较轻的故意杀人罪。但132条是简单罪状，对两大类犯罪既无罪状叙明又无列举规定，这就导致了司法适用上的一系列困难。基于此，我国刑事立法、司法、刑法学界人士均提出了应加以明确具体规定的修改意见。笔者认为对一些自治地方来说，仅仅对故意杀人罪加以列举式的规定尚不够，还应对其法定刑有所调整，从而制定出与汉族地区有所区别的变通规定来。这里，特提出如下几点：

（一）在民族自治地方，故意杀人罪的规定宜细不宜粗。这是因为民族自治地方故意杀人案量多质差大，法条规定愈是粗疏，适用难度愈大，有法不依、法外私了的情况就会愈加严重。

（二）结合民族自治地方的故意杀人罪发案特点及其有关社会风习，我们认为，一些自治地方的故意杀人罪可分类如下：1.情节特别严重的故意杀人；2.迷信杀人；3.民族（宗支）械斗杀人；4.激怒杀人；5.其他情节轻微的故意杀人。

（三）对上述五种类别，原则上应明确其表现特征，或运用列举方式加以一定限制。例如，1.情节特别严重的故意杀人，主要指实施不法行为杀人、实施犯罪行为杀人，罪后窝赃、灭赃、拒捕杀人，其他贪利卑鄙动机杀人，杀死多人以及杀人手段特别残酷者。2.迷信杀人，指某些笃信鬼神迷信的少数民族公民，为确保本族、本宗支或村寨的人畜“安生”

而共同或单个作案，杀死被指认或卦定为“鬼”的活人案。3.民族（家支）械斗杀人，指不同民族、家支、村寨间因积世旧怨、草林山水权属争端引发的聚众斗殴、致死人命案。4.激怒杀人，指行为人因受侮辱、诽谤、虐待、激惹、挑逗而陡生杀心、猝发杀人案。此类案件中，被害人往往有程度不同的言行过错。5.其他情节较轻的故意杀人，主要指大义灭亲杀人、防卫过当杀人、避险过当杀人、受托杀人（助人安乐死）及其他因民族陋习引发的情节轻微的故意杀人。

（四）在法定刑的调整上，鉴于民族地区的社会实际，其刑罚界定可考虑低于汉族地区。其中，对于情节特别严重的故意杀人犯，可保留原有刑罚：处以死刑、无期徒刑和10年以上有期徒刑。对迷信杀人、民族械斗杀人，可以3年以上、10年以下有期徒刑为其量刑单位；对后两种杀人，不妨一概视为情节较轻的故意杀人，宜处较轻的刑罚。例如，将其法定刑修订为5年以下有期徒刑。这样大幅度的削减主要基于以下几点理由：

其一，基于前文述及的“权利、义务相统一原则”，享受权利不充分，行为约束也应相对宽松。这种宽松不仅应表现在某些总则条文上，而且应表现在某些与民族习俗、特情有关的分则条文中。

其二，上述后四种故意杀人案，就民族地区来看，多属动机起因简单，主观恶性较小，社会危害性相对不大的故意杀人案，理应从轻处罚。

第三，降低法定刑，还可以有效地缓解前文所述及的由于赔命价等习俗导致的立法与司法的矛盾。这是因为，法定刑界定在3年以上10年以下或5年以下，则相当部分另有法定从轻情节的迷信、械斗杀人或情节较轻的故意杀人罪犯可判3年以下有期徒刑。从而对相当部分犯人，根据其具体情况，还可以适用缓刑，这就不但为其提供了一次自新时机，而且为被告提供了补偿受害人家庭一定损失费用的机会。当然，我们并不一般地赞成“赔命价”的作法，恰恰相反，从根本上讲，它阻却了法律的实施，有损于国家刑事法制的尊严，应予革除。但是，任何事物都有一个渐进过程，“赔命价”作为观念的东西更是如此。更何况即便是改革落后风习，也不能单靠几道法令、几次宣传，而有待于经济基础的进一步发展和本民族自身的内省和觉醒。所以，在民族经济尚未得到充分发展的现阶段，我们还不得不综合考虑少数民族中的受害人家庭老小生活实际。即是说，我们赞成对民族地区的故意杀人案，一般应通过刑事附带民事诉讼的办法，责成罪犯为被害人亲属提供相当数量的抚恤、丧葬费用，以此来补偿受害人家庭的惨重损失，并在一定程度上抚慰、平衡其失亲伤痛心理。

第四，有关不同民族的文化心态及其心理承受力问题。“杀人偿命”的观念在许多地方被认为是天经地义、合理合法；赔命价的作法倒叫许多人百思不解，倾城之富也难以购到哪怕一刻钟生命，人生岂能用价计？殊不知一些民族地区本来地广人稀（例如四川阿坝自治州每平方公里只有8人），生产力低下，天灾人祸相对更多，加之相互间械斗殴杀事件，导致一些民族地区人口密度更稀少。倘动辄“偿命”，这类问题恐更加突出。此外，在经济相对贫困的民族聚居区，被害家庭一旦失去谋生支柱，阖家生计窘迫之状可想而知。诸此几点，大约正是一些民族形成赔命价习俗的原因之一。由此可见，降低法定刑、减少死刑有其民族心理基础。

第五，中央有关民族刑事政策中的“少杀”，自应成为降低杀人罪法定刑的政策依据。

第六，从世界刑罚发展的方向和趋势看，近年来，各国刑罚多向轻缓型、开放型发展。因此，减少其死刑，是有资可鉴的。

故意伤害罪变通立法

总体看来,故意伤害罪在民族地区同故意杀人罪的案发原因、背景、案发率高低等大体相同。为此,这里仅简单谈以下几点:

(一)故意伤害罪法条也宜细不宜粗。现行刑法把故意伤害仅仅分为故意轻伤、故意伤害重伤、故意伤害致死的分类未免过于原则。因为民族地区本来案多复杂,加之许多自治地方司法工作人员接受专业训练、进修机会少,业务素质相对较差,法条过于粗疏则易量刑失衡。

(二)对故意伤害罪的法定刑宜低于汉族地区,其基本理由与故意杀人罪相同。

(三)在一些自治地方可以考虑取消故意伤害罪的死刑。这是因为,《严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》所以将故意伤害罪的最高法定刑提高为死刑,主要基于:1.行为人的主观恶性很大;2.这种犯罪与故意杀人罪的社会危害性相当。对此,我们认为不完全与一些民族地方的实情相符。因为第一,主观恶性很大程度上取决于个人潜意识上的反社会性,而“同态复仇”、“打冤家”、“草林纠纷”等,可以说是一些少数民族传统习俗文化的组成部分,至今也没有完全平抑。就是说,这种陋习在一些民族地区还有相当“社会性”。所以,虽然我们反对并主张尽早革除这种陋习,但我们不得不承认同是故意伤害,在民族地区,其主观恶性往往小于汉族地区。第二,对社会危害性,我们赞成它是主观认识、客观评价和危害后果的统一体。既然许多伤害案在民族地区的反社会程度比之汉族地区低,行为人主观上对其危害后果认识也差,客观上社会谴责远不如汉族地区反响强烈,那末凡因民族陋习引发的故意伤害的社会危害性一般小于汉族地区。第三,这样作还可以避免死刑复盖面过大的缺陷。因为在一些民族地区,挂死刑的故意杀、伤、抢劫罪、贩毒罪等发案率相对较高,倒是不挂死刑的诈骗罪、抢夺罪及很少适用死刑的盗窃罪等往往较汉族地区少。这样一来,在民族地区,至少就案发率都较高的罪案来看,死刑复盖层面可能大于汉族地区。显然,这样做不仅有违党和国家“少杀”的民族政策,也是不利刑罚目的的实现的。

余 论

上述变通立法构想,只是就一些少数民族共同征状的宏观研究作出的总体考虑。这里有必要声明:1.在时间上,它只有限地适用于某些后进民族社会物质经济水平较低的现阶段(很可能包括整个社会主义初级阶段)。2.在空间上,由于现阶段各民族在政治、经济、文化上有很大差距,同样是少数民族,也存在相对先进和后进之分。因此,现阶段看,任何一种构想、建议都不能无一例外地适应每一民族。在刑事立法上,各民族自治地方最终只能结合本地实际,因地制宜、因民族制宜地对刑法进行变通或补充。基于此,上述构想和建议,可能只对某一些甚至某一个民族自治地方的刑事变通立法有一定参考意义。

(作者单位:中央民族学院法律系)

责任编辑:王敏远