



少数民族习惯法与国家制定法的调适——以藏族“赔命价”习惯法为例

发布日期：2007-10-18 16:31:55 作者：邹敏

(中央民族大学法学院，北京 100081)

摘要：坚持法制统一是我国宪法的基本原则。而在一些民族地区，发生了杀人、伤人案件时，依照“赔命价”习惯法处理的方式客观存在着。这种情况下，调整基层社会秩序的行为规则除了国家法外，少数民族习惯法在很大程度上也发挥着现实的作用。文章以藏族“赔命价”习惯法为例，探讨了在维护国家法制统一的前提下，如何来调适少数民族习惯法和国家法律的关系。

关键词：“赔命价”习惯法；国家法；调适

中图分类号：D633 文献标志码：A 文章编号：1008-2883(2007)04-0079-05

在一些民族地区发生了杀人、伤人案件时，依照“赔命价”习惯法处理的方式客观存在着，“赔命价”案件不是作为历史问题，而是作为现实问题出现在司法领域。这种情况下，调整基层社会秩序的行为规则除了国家制定法外，少数民族习惯法在很大程度上也发挥着现实的作用。就藏族“赔命价”习惯法而言，它与国家制定法之间既有冲突，又有交融。如何在国家法制统一的原则之下，摒弃“赔命价”习惯法的落后因素，使其中的积极因素过渡或转化为制定法的内容？在维护国家法制统一的前提下，二者的调适无疑是一个应该引起我们关注的、兼具理论性和实践性的课题。

一、“赔命价”是一种古老而影响至今的少数民族习惯法

所谓“赔命价”，是指在发生杀人案件后，受害人家属向侵害人或其家属索要一定数量的财物或是金钱的赔偿；侵害人或其家属则以给付相应的财物或金钱，并就此达成双方的和解。“命价”在此可以理解为是与被害人生命价值相当的等价钱财。与“赔命价”性质相当的做法还有“赔血价”，即发生人身伤害案件后，受伤害方，向侵害一方提出的伤害钱财赔偿。这两种做法广泛存在于我国少数民族地区，是一种长期以来形成的解决杀人、伤害纠纷事件的习俗、习惯方法^①。“赔命价”习惯法由来已久，我国古代各少数民族曾广泛使用“赔命价”来解决杀人、伤人纠纷。“赔命价”习惯法表现最为突出、影响最为广泛的是藏族习惯法中的“赔命价”。

西藏的命价制度早在吐蕃时期就已产生。吐蕃统一时期的基本法律《吐蕃基础三十六制》，确立了人等制度和命价制度^[1]。吐蕃时期法律所确定的人等和命价制度，为后世封建农奴制法律所继承。藏族的“赔命价”习惯法不但历史悠久，而且内容相当完整、系统。从现有的资料来看，历史上“赔命价”习惯法还曾作为藏族的制定法存在过^[2]。藏族历代的地方法律，如元代帕竹政权绛曲坚赞时期制定的《十五法》、明末清初噶玛丹迥旺布统治时期制定的《十六法》、清朝时期的《十三法典》中都有“赔命价”的内容。这些法律使“赔命价”由习惯上升为法律，并伴随着法律的权威而更加深入人心^[3]。千百年来，它在藏区扎下了深厚的根基，它是藏民族世代相传，根深蒂固的习惯法、传统法。它广为流传，并逐渐成为整个藏区包括西藏、甘肃、青海、四川、云南等藏族居住地的藏族部落之间、个人之间处理杀人、伤害等纠纷的一种习惯法。

二、“赔命价”习惯法与国家法在理念和实践中的冲突

藏区“赔命价”习惯法存在，直接或间接地影响着国家法律的正确有效实施，这是一个客观事实。要承认它，才能逐步改变它^[4]。改革开放以来，尤其是近年来，青海藏区的赔命价制度有复兴的趋势。当前，“赔命价”的表现特点是：

1. 地区范围广，牧区比农区更明显。近年来，“赔命价”的现象又在青海省各藏族自治州的纯牧业区蔓延，而且在西藏和甘肃、四川等藏族地区也普遍流行。据调查，命价的赔偿数额最低的2000元，最高的竟达20余万元^[5]。在牧区，“赔命价”现象比农区表现得更加明显。

2. 涉及群众多，牧主、头人后裔及宗教上层人士起主要作用。“赔命价”不仅牧民群众信奉，而且部分干部、党员也极力主张

“命价是不能不赔的”。受害人和致害人双方，一个索赔，一个愿赔，认为这是“合情、合理、合法”的事情。并且教主、头人后裔及宗教上层人士在其中起主要作用。

3. 兴师动众，财产赔付数额有增长趋势。“赔命价”中伴随着大量的宗教活动，一般要为男性死者念经50天，为女性死者念经49天。期间，请活佛念经4次，请阿卡6至12名，天天念经，点酥油灯6000至10000盏，耗酥油400余斤，挂经布2000至3000尺。20世纪80年代，“赔命价”最低的6000元左右，中等的10000元左右，最高的40000元左右。随着牧区经济的发展，进入90年代后，最低也不少于10000元，一般在30000元左右，高的达到60000元以上^[6]，如果涉及到跨州、跨县，数额更大。

4. 与现行国家法律相抵触。“赔命价”现象的存在和贯彻执行国家法律，既是时代的矛盾，又存在执法上的冲突。人民法院依据刑法规定对被告判处死刑或徒刑后，原告又要按照“赔命价”习惯法索赔命价，出现了两种法并行，两种观念并存的现象；索赔命价后，死者一方又拿着“赔命价判决书”或“协议书”向人民法院请愿、上书，为被告说情，不让给被告判刑。这种做法，客观上起到了用习惯法抵消国家法的负面作用。

5. 不考虑现行法是否作过处理，唯以习惯法为主。“赔命价”不问案件事由，不分罪与非罪及犯罪与合法行为的界限，只要致人死亡，就要赔偿命价。对人民法院认定是正当防卫、不负刑事责任的案件，也要索赔命价。同时，在“赔命价”和“迁居”中还要株连家庭、亲戚等不少无辜人员。这严重影响了国家法律在民族地区的贯彻执行，损害了国家法律的尊严。

由此，我们看到“赔命价”习惯法与国家法，尤其是国家刑事法律方面存在着一些冲突。第一，犯罪本质属性的理解上存在相斥。现代意义上的刑法认为：犯罪既是对社会中个体人的侵害，也是对整体社会的侵害，而且犯罪主要被认为是对社会集体意识和利益的侵害。而在古代社会却并非如此，正如梅因在《古代法》中所说：“我们现在认为属于犯罪的窃盗、强盗等，在古代社会都可以用金钱支付以为赔偿。”^[7]（208）就“赔命价”习惯法而言，也存在类似的情形，其中所隐含的关于犯罪本质属性的判断却是：犯罪是对个体人的侵害，充其量也涉及到对家庭、家族利益的侵害，但主要还是对个人的侵害。第二，纠纷裁判方式上的相斥。刑法和民法通则中对刑事案件中因杀人、伤害造成被害人经济损失的，通过刑事附带民事诉讼的程序予以解决，是完全按照一定法律程序进行，并由专门机关的专门司法工作人员进行。而在民族地区的“赔命价”习惯法意识当中，对各种因犯罪侵害引起的纠纷却主要由双方当事人及其亲族，在村社长老、头人或是宗教领袖的介入支持下解决。其中，被害人或其家属、亲族享有绝对的处分权，往往私下赔偿命价，这种裁判方式形成了对国家司法权的侵越。第三，关于责任形式。我国刑法对于故意杀人，故意伤害致人轻伤、重伤、致人死亡及过失伤害致人重伤、死亡的行为，构成犯罪的，适用的刑罚种类有死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制。刑罚种类都是主刑，并无附加刑中的罚金、没收财产这样的财产刑。可见，惩罚是刑法的主要手段，惩罚的目的在于预防犯罪和教育罪犯。在藏族习惯法中，命价是杀人行为的主要责任形式，其主要用于填补受害人的损失。其适用并不取决于是否实际上造成“损失”这一条件的限制，而现行法中附带民事诉讼的适用则严格受到“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失”这一条件的限制。在无物质损失的案件中，当事人要求财产补偿的请求就不会得到法律的支持。所以，现行法和传统习惯法对待杀人的态度并不完全一致。

三、“赔命价”习惯法和国家法的调适

国家主义、制定法主义意义上的法的概念对民族习惯法的存在有着天然的排斥性，但我们不能因此而把一切不具有国家法特征的非正式规范都冠以有碍于建设法治社会的恶名。“赔命价”习惯法固然与国家制定法存在着相斥的一面，但“赔命价”习惯法的存在也有相当的必然性，它本身是一种与国家法相对应的潜规则^[2]。它不是以国家制定法，而是以历来的传统习俗为根据，直接或间接地调控人们的思想和行为。它防止了暴力，恢复了平衡，千百年来能够在僻远的藏区存在下来，有它自身的某些合理因素。尽管在实践中许多“赔命价”事件极大地影响了社会秩序的安定，几近天价的强行索赔数额也对侵害一方的正当利益形成损害。但通过“赔命价”能够解决纠纷，实现冲突各方的和解功效却是不容忽视的，不能因其负面作用而一概抹杀其积极意义。合理的利用“赔命价”习惯法中的积极因素，在某种程度上是有益于真正平息争端、解决纠纷的。“赔命价”习惯法与国家法律也存在相容的一面。

当然，承认“赔命价”曾在调整社会秩序方面所起的积极作用，并不意味着“赔命价”在当今法律体系中具有合法地位。事实上，“赔命价”尊重生命的立法初衷与适用结果是相背离的。

（一）仅用刑法来解决命价案件是不够的，应将其纳入民法等更多法域现阶段，司法实务界一般将“赔命价”问题作为刑事法律问题，同刑法联系起来加以考虑。从命价制度产生发展的历史来看，这种做法并不妥当。实际上，不论是传统法律中的“赔命价”制度，还是现实生活中的赔命价现象，不仅与刑法有关，而且其中很大一部分属民法范畴，需要用民法的理念、方法解决。从这个意义上说，“赔命价”问题既涉及历史传统，也关乎现代法制；既是一个刑事法律问题，也是一个民事法律问题。藏族习惯法中的“赔命价”案，主要指杀人和伤害两类案件。从现行法的角度来讲，主要涉及刑法和民法两大法域。可分别通过刑事、民事和刑事附带民事诉讼三种方式解决。根据我国《刑法》第232条、233条、234条、235条的规定，现行法对构成犯罪的杀人和伤害行为的态度，因当事人在行为中的主观状态、损害后果、社会危害性之不同而有区别，适用的刑罚种类有死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制。《刑法》第36条第1款规定：由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。《刑事诉讼法》第77条第1款规定：被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。由此不难看出，现行法为杀人行为设置了以非财产责任为主并辅之以财产责任的混合责任体系。附带民事诉讼中的财产赔偿旨在填补受害人因加害人的侵权行为而遭受的经济损失。除了追究违法犯罪分子的上述刑事责任(管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑)外，还可通过附

带民事诉讼使其承担赔偿责任。根据《民法通则》第119条的规定，对于那些根据刑法规定尚不构成犯罪，或不需要追究刑事责任的致人伤害行为，“应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助等费用”，造成死亡的，并“应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用”。

另外，根据《治安管理处罚法》第9条的规定，对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。根据《治安管理处罚法》第43条的规定：殴打他人或者故意伤害他人身体的，处以拘留，并处一定数额的罚款。因此，仅仅用现行刑法来解决命价案件是不够的，应将其纳入民法等更多法域，应根据命价案件的性质来选择适用。

（二）“两少一宽”刑事政策的运用1980年以来，针对全国范围内犯罪活动猖獗、社会秩序混乱的局面，考虑到少数民族地区的特殊情况，中共中央于1983年制定了“两少一宽”政策，即对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。这一政策自1983年实施后，迄今并未废除，理论上应该是有效的。实际上，司法机关在处理涉及少数民族案件时，也在不同程度上执行这一政策。在现行法的框架下，在具体定罪量刑时，强调在法定的量刑幅度内，根据双方当事人的族别、案件性质、认罪态度，以及加害人和受害人的经济条件，从轻裁判。这种思路和方法实际上是将案件的民族性作为一种酌定情节来处理。来自司法实务界的意见是充分肯定继续执行的意义，并就这一政策与刑法的关系做了研究。他们认为，对中央提出的“两少一宽”政策，应明确一个出发点、一个基本原则、一个前提，即从民族团结的大局出发，从少数民族地区的安定出发；在民族地区既要坚持国家法制的统一性，又要兼顾民族地区的特殊性，在执行中可以实行“执行国家法律和党的政策相结合，有限制地保留传统习俗”的原则；“一个前提”就是“依法”，也就是依照法定的逮捕、起诉条件和量刑幅度来决定从宽，不能离开法定的条件和幅度任意决定从宽^[8]。

这些理解和建议对于处理藏区的“赔命价”案件同样是可以适用的，也颇具操作性。在当前，“赔命价”还一时难以在实际上废除。目前有的地区提出：按照“两少一宽”政策的精神，在依法处理命案的同时，由法院或政府部门牵头，会同统战人士、宗教上层人士、当地基层干部，共同组成调解小组，予以调处。对被害人所造成的损失，以当地中等生活水平户的一半财产的价值为最高限额，采取类似于“赔命价”形式进行赔偿，许多群众认为这种做法较妥^[9]（11）。但这项政策的产生和存在具有一定的历史条件，在社会条件发生变化的情况下，是否继续执行，如继续执行是否与法不符，都是值得深思的问题。

（三）民族自治地方立法是实现二者互动的有效方式长期以来，国家法制建设在全国内不断推进的过程，似乎已基本摧毁或打碎了传统的那些“旧”的规矩、惯例和习惯法。但如果仔细观察，其实不难发现，这是一个远未完成，且时时面临抵制、冲突、妥协、结合与默契的错综复杂的过程。这个过程如此艰难，除本土原有的“朝廷”（国家）律法和乡土社会自治或半自治状态之间的复杂关系外，更重要的还是由于现代中国的法制体系是以大规模的移植为特征的。移植的时间尚短，它们基本不是从中国社会及其法文化的传统生长出来的，和中国民族的生活有较大距离^[10]（288-293）。“赔命价”习惯法在藏区的客观存在以及其与国家法律的冲突，从一个侧面反映了这一问题。因此，在立法上应充分考虑法律与民族地区实际情况的协调，考虑到民族地区复杂的习惯及习惯法的相关因素，并对其积极引导，以国家法律引导民族习惯法的演变和发展。习惯法是“准法律规范”，与真正意义上的国家法律有所不同，它必须无条件地服从于国家法律。但一些民族习惯法在民族社会的一定范围内发挥作用，要想“一刀切”地将这些民族习惯法取消，既不现实也没有必要。应对“赔命价”习惯法中代表着落后、野蛮的成分进行改造和剔除，而对其中的合理部分，尤其是在特定民族地区具有一定社会维系的价值功能加以区分地吸收和利用。

我国《宪法》第116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治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。”《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治、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。”《民族区域自治法》第19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治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”我国刑法也明确地确立了这一原则。一方面，《刑法》第6条第1款规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特殊规定的以外，都适用本法。”另一方面，《刑法》第90条规定：民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或省的人民代表大会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。

以上我国宪法的有关规定以及民族区域自治法、刑法的规定，为少数民族地区制定变通和补充刑事法规、以解决“赔命价”习惯法和国家法的调适提供了立法根据。

参考文献：

[1] 孙镇平.西藏“赔命金”制度浅谈[J].政法论坛,2004(6)

[2] 衣家奇.“赔命价”——一种规则的民族表达方式[J].甘肃政法学院学报,2006(3)

[3] 杨鸿雁.在照顾民族特点与维护国家法律统一之间——从“赔命价”谈起[J].贵州民族研究,2004(3)

- [4] 张济民 藏区部落习惯法对现行执法活动的影响及对策建议 [J]·青海民族研究, 1999 (4)
- [5] 辛国祥, 毛晓杰 藏族赔命价习惯与刑事法律的冲突及立法对策 [J]·青海民族学院学报, 2001 (1)
- [6] 张致弟 新时期藏族赔命价方式及治理对策 [J]·青海民族学院学报, 1998 (4)
- [7] [英] 梅因 古代法 [M] 沈景一译 北京: 商务印书馆, 1984 [8] 华热·多杰 用现行法解决“赔命价”问题的几点思考 [J] 青海民族研究, 2004 (3)
- [9] 张济民主编 诸说求真——藏族部落习惯法专论 [C] 西宁: 青海人民出版社, 2002
- [10] 于海 西方社会思想史 [M] 上海: 复旦大学出版社, 1993

【责任编辑 刘茂海】

本网站由北方民族大学学报维护制作

All copyright © 2005