

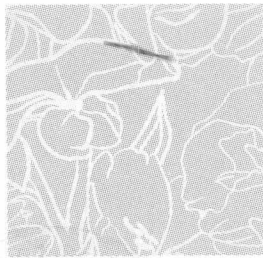


孙丽君 著

法律变通问题研究

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书得到教育部人文社科项目兰州财经大学配套资金。



孙丽君 著

法律变通问题研究

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律变通问题研究 / 孙丽君著. —北京: 法律出版社, 2015. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7950 - 9

I. ①法… II. ①孙… III. ①法理学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 099621 号

法律变通问题研究

孙丽君 著

责任编辑 易明群 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 9.5 字数 223 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7950-9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

俗话说：“十里不同风，百里不同俗。”我国是一个幅员辽阔、人口众多的多民族国家。因此，在我国不同民族、不同地区的风俗习惯千差万别。这些风俗习惯至今仍然影响着人们的思维，规范着人们的行为。其实，它们就是一种埃里希意义上的“活法”，是与正式国家法相对的“民间法”。由于这些规则源于人们的生活，贴近人们的实践，因此它们往往更有生命力，对人们实际行为更有拘束力。我国广大的西北地区，由于受其特殊的地理环境和民族分布特点的决定，这种“活法”和“民间法”更有其生存的土壤。因此，在那里，“现代国家法”与“少数民族的民间法”之间的冲突注定非常突出和显著。正因如此，当我的学生孙丽君关于她的博士论文选题向我征求意见时我便提议她做“法律变通”方面的研究。

孙丽君于20世纪90年代毕业于兰州大学法学院，毕业后分配到兰州商学院法学院任教，后来又

在自己的母校攻读法学硕士。2005年9月以优异的成绩考入吉林大学法学院攻读法学理论专业的博士学位,于是我有缘结识此君并成为她的导师。求学期间,她的求知精神着实让人感动。当时她的孩子不满3岁,但为了求学她毅然放下孩子和家庭,来到东北读书。这一读便是四年。虽然是在职攻读学位,虽然学位课只有一年的时间,但是,在这四年中,除寒暑假之外,她一直留在校园读书。“老牛自知夕阳短,不用扬鞭自奋蹄!”一直是她的座右铭。“功夫不负有心人”,刚入学时她的法理学的功底较弱,但经过四年的学习,她进步显著,顺利完成博士论文并通过答辩取得博士学位。

毕业后她以博士论文为基础,申请了教育部人文社会科学研究一般项目。她在原有博士论文的基础上,对法律变通问题做了更深层次的研究。同时,结合西北实际情况,做了大量的实证研究,获得许多一手的文献和资料。相较于博士论文,在该项目研究中她不仅继续沿用实证主义的视角对我国民族地区法律变通的制度与实践进行了实证考察和分析,而且在一种关系性的视角下,分析了我国少数民族地区法律变通规范与实践之间的关系。她借用了法国社会学家布迪厄知识社会学中的基本概念框架:场域、惯习以及场域与惯习之间的关联性关系,考察、分析了我国民族地区法律变通现象,发现我国民族地区法律变通的根本问题是规范与实践的背离问题。她在关系性视角下通过多变量因素分析方法,认为导致我国民族地区法律变通根本性问题的原因是我国特有的权力结构体系与少数民族地区法律实践主体的行为惯习之间的相互作用的复杂机制产生了我国法律变通实践中的特有问题。因此,在关系性视角下要从根本上解决我国少数民族地区的法律变通问题,必须在法治中国理念下,以交往行动理性为基础重构我国的权力结构体系和民族地区法律实践主体的行为惯习。通过重构我国民族地区法律变通实践行为产生于其中的复杂机制,解决

我国民族地区的法律变通问题。

她现在的研究成果相较于其博士论文进步非常明显。首先,她能以一种更加微观的视角观察法律变通问题,开始善于借用数据、案例、图表、官方文件、人物访谈等方式方法阐释问题,使论证“接地气”“有生活”,使整个研究充满活力和灵性。其次,她开始善于从具体制度和现象背后思考问题,这种思考或是来自法哲学方面的,或是来自社会文化方面的,总之能够达到一种对表象的超越。最后,她开始善于利用法哲学、社会学上的一些经典的理论模型阐释问题,从而大大地提升了研究的学术品位。看到她的这些进步,作为老师由衷地为她感到高兴!作为一名女同志,在完成博士学位论文之后,仍然能够克服种种繁杂事务的阻力,继续潜心研究那些枯燥的、令人头痛的国家和社会治理问题实属不易。祖国西北的环境孕育了她的吃苦耐劳、求真务实的性格,祖国西北的风土人情又给她的研究提供了不竭的源泉。真心地希望她能够在这片沃土中再接再厉,再谱新篇!我愿为之序!

姚建宗

2015年1月于长春

目 录

导论 / 001

第一章 法律变通制度的本体论阐释 / 023

第一节 法律变通的概念界定 / 024

一、法律变通概念的几种学说及评述 / 025

二、法律变通的基本语义分析 / 030

三、法律多元语境下法律变通概念的界定 / 038

第二节 法律变通的本质属性 / 043

一、法律变通的本质属性的几种学说 / 043

二、规范层面的法律变通的本质属性 / 047

三、民族地区法治建设实践中法律变通的本质属性 / 052

第三节 法律变通的特征 / 058

一、规范层面的法律变通特征 / 058

二、法律变通实践的特征 / 061

第二章 法律变通的正当性论证 / 069

第一节 法律变通制度道德上的正当性 / 070

一、西方少数民族法律自治权正当性的理论基础 / 071

二、我国法律变通权正当性的理论基础 / 082

第二节 法律变通制度法律上的正当性 / 088

一、民族自治地方法律变通规范的合法性 / 088

二、民族自治地方法律变通行为的合法性 / 089

第三节 法律变通制度社会上的合法性 / 094

一、社会学意义上的合法性概念界定 / 094

二、法律变通制度的合法性 / 097

第三章 实证主义视角下法律变通制度与实践的实证分析 / 117

第一节 法律变通制度的实证分析 / 117

一、法律变通的正式制度 / 118

二、法律变通的非正式制度 / 130

第二节 法律变通实践的实证分析 / 136

一、国外法律变通实践概览 / 136

二、我国法律变通实践的考察 / 142

第四章 关系性视角下法律变通的话语与实践 / 163

第一节 社会实践理论的一般原理 / 164

一、社会实践理论的理论立场 / 165

二、社会实践理论的方法论——关系主义 / 168

第二节 关系性视角下法律变通的话语与实践 / 173

- 一、超越形式主义与现实主义——法律变通实践
话语 / 173
- 二、关系性视角下法律变通的话语与实践 / 181

第五章 我国法律变通存在的问题、原因及 出路 / 190

第一节 实证主义视角下法律变通的问题、原 因、对策 / 191

- 一、实证主义视角下法律变通存在的问题 / 191
- 二、实证主义视角下法律变通问题的原因 / 202
- 三、实证主义视角下解决法律变通问题的对策 / 211

第二节 关系性视角下法律变通的问题、原因、 对策 / 213

- 一、关系性视角下法律变通问题 / 214
- 二、关系性视角下法律变通问题的原因 / 216
- 三、关系性视角下法律变通问题的解决对策 / 238

第六章 全球化语境下我国法律变通理论的 重构 / 243

第一节 全球化的本质属性及其对民族国家的 影响 / 244

- 一、全球化的本质属性 / 244
- 二、全球化对民族国家的影响 / 247
- 三、全球化对我国民族国家建构影响 / 248

第二节 全球化语境下重构法律变通理论的必 要性 / 261

- 一、既有法律变通理论研究视角的缺陷 / 262
- 二、既有法律变通理论的功能缺陷 / 264

第三节 全球化语境下重构法律变通理论的方法 / 267

一、社会科学理论的构成要素及建构方法 / 267

二、全球化背景下我国法律变通理论的重构 / 270

结语 / 275

参考文献 / 279

后记 / 292

导 论

一、研究对象的建构

(一) 研究对象的确定

民族法学家们通过自己在民族地区的人类学考察发现：一方面，在少数民族地区存在诸多的习惯法；这些习惯法有的在价值取向上是与我国国家制定法的精神是一致的，因而能够成为我国制定法的补充并对我国民族地区法治秩序的建构发挥着重要作用。^{〔1〕} 另一方面，在少数民族地区还存在大量的习惯法规范，这部分习惯法规范作为一种基于特殊的经验而形成的地方性知识体系与基于普遍理性而形成知识体系的国家制定法存在差异。这种差异正是导致少数民族地区习惯法规范与国家

〔1〕 近年来，随着民间法研究的深入展开，一些法学家和民族法学家通过人类学的研究方法研究民族地区历史上曾经存在并且被少数民族地区人民内化为习惯的习惯法规范。这些成果参见高其才的《中国少数民族的习惯法研究》，陈金全的《西南少数民族习惯法研究》，杨经德的《回族伊斯兰习惯法研究》等。

制定法规范之间竞争和冲突的直接根源。而国家法与少数民族地区习惯法规范的竞争与冲突正是国家制定法在少数民族地区贯彻实施为目的的民族地区法治建设,乃至整个现代中国法治建设的最大障碍。在法治中国建设的大背景下,面对这样的问题,我们该如何确保民族地区法治建设的顺利进行呢?是以惩罚的弥散化,以通过运动的形式在民族地区强制推行国家的制定法?还是让“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒”,让国家法从民族地区退出,由民族地区的习惯法来建构和维护民族地区的社会秩序呢?任何非此即彼的选择都不是民族地区法律实践或民族地区法治建设实践的逻辑。民族地区法治建设或法律实践的逻辑是变通即在国家法与少数民族地区习惯法之间进行调适和变通。这种调适和变通遵循的是实践理性或者我们称为实用主义理性。如同强世功先生所言,“任何非此即彼的解决方案仅仅具有形式逻辑的有效性,现实生活的发展往往遵守的是辩证法或者实践理性”。〔1〕“法律变通”作为协调国家制定法与民族地区习惯法规范的技术工具,作为民族地区法律实践、法治建设的技术在实践中主要表现为两种形式:立法变通和司法变通。然而从我国现有有关法律变通的正式制度的规定来看,我国现行正式的法律变通制度只承认民族地区法律实践过程中的立法变通,不承认法律实践中的司法变通。我国大多数研究法律变通问题的学者也认为,只有立法变通才具有正当性与合法性,民族地区法律实践中存在的司法变通行为因缺乏法律依据且与现代法治精神相悖,所以应当从立法上予以禁止或取缔。

(二)问题的形成

针对民族地区法治建设实践中的这些现象和学者们对这些现象的认知和看法,论者产生了这样一些困惑:为什么会出现有关法律变

〔1〕 强世功:《法制与治理——国家转型中的法律》,中国政法大学出版社2003年版,第96页。

通的话语与变通实践之间的背离?作为协调国家制定法与民族地区习惯法规范的工具,作为民族地区法治建设技术的法律变通到底应当是什么样的?作为协调国家法律与民族地区习惯法规范之间冲突的手段法律变通是否应当包括司法变通?亦即法律变通的主体到底应当是谁?在确定了作为民族地区法治建设技术的法律变通是什么之后,接下来我们需要追问的是,我们为什么需要这种变通即作为法治建设的技术和手段的法律变通的正当性与合理性基础是什么?既然我们关注的是作为协调民族地区国家法与少数民族地区习惯法之间关系的手段和民族地区法治建设技术法律变通,那么其主要的问题是在法律实践和法治建设实践中究竟应当如何做的问题?也就是说,我们在民族地区法治建设实践中究竟应当如何变通的问题即法律变通的原则、方法以及程度的问题。关于法律变通的话语问题有哪些?这些话语又发挥了怎样一种作用?法律变通的实践如何?法律变通的话语与实践之间存在怎样的关系呢?在现代法治国家的理念下,我们该如何对法律变通的实践进行规范和引导呢?亦即法律变通制度建构问题。在全球化语境下,我们该如何重构影响我国法律变通实践的法律变通的话语体系?

二、研究目的及意义

(一) 研究目的

之所以选择法律变通问题作为自己的研究对象,是因为法律变通问题是关涉民族地区法律实践进而关系到民族地区的法治建设乃至我国作为现代国家的法治建设的一个重要问题。民族地区的法治建设作为中国法治建设的重要组成部分,对于一个拥有众多族群的现代民族国家的建构来说具有十分重要的意义。因此论者选择法律变通问题作为本书的研究对象,就具有十分重要的政治意义和社会意义。

本书选取法律变通作为自己的研究对象,是希望通过自己的研究在一种全新的视角下观察法律变通现象,试图发现法律变通的话语与实践之间的关联性关系,在此基础上揭示出影响法律变通实践的机制。并在一种公认的价值理念现代法治理念的指引下,通过改变有关法律变通的话语进而改变法律变通实践行为的发生、运作机制,达到完善法律变通制度、引导法律变通实践的目的。

(二) 研究意义

研究意义问题在本书中主要是对上述法律变通问题的研究究竟具有什么样的价值即具有什么样的学术价值和实践价值。

1. 研究的学术价值

从学术价值来看,如果一项研究能够使我们发现未发现的问题,从而能够使我们的知识有所增量,那么从认知的角度而言这项研究自然是具有价值的。如果某项研究虽然不能使我们发现新问题,但它能够使我们克服自身认知的局限性并日趋理性化,从而改变我们对某些问题的偏见或误识,使我们对某一问题或某一现象的认知趋于客观,那么这种研究也是有价值的。如同布迪厄所言,“当一种思维方式能够把在社会上不引人注目的对象建构成科学的对象,或者能从一个意想不到的新奇角度重新审视某个社会上备受瞩目的显赫话题时,它的力量表现得淋漓尽致”。^[1] 本书对法律变通问题的研究不属于将社会上不引人注目的对象建构成科学的对象从而发现新问题,而是采用全新的视角来重新审视法律变通的实践、法律变通的规范、法律变通的话语以及它们之间的关系。在一种关系的视角下重新审视法律变通问题,这种视角的转换也许能够使我们发现那些被已有法律变通理论所遮蔽的问题,从而改变我们对法律变通问题的一些偏见,可以使得

[1] [美]华康德:《迈向社会实践理论:布迪厄社会学的结构和逻辑》,李猛、李康译,载《实践与反思》,中央编译出版社2004年版,第337页。

我们对于法律变通问题的认知更为客观。这本身便是一件有意义的事情。

2. 研究的实践价值

从实践价值的角度来讲,任何重要的有价值的研究所获得的知识体系(即理论)都应当具有一定的实践价值,否则这样的研究、这样的理论即会变成空洞说教,从而失去其根本性意义。如同马克思在《关于费尔巴哈的提纲》中那句脍炙人口的名言所说,“哲学家们只是用不同的方式解释世界,而问题在于改造世界”。所以理论的意义不仅在于解释世界,更重要的在于它能够改造世界。正是本着这样的认识,论者研究上述法律变通问题的目的不仅仅在于改变我们对法律变通问题的成见,更是通过这种研究揭示出影响法律变通实践发挥其功能的可能性因素(这些因素在以前的理论中可能是隐而不彰的),在此基础上通过改变相关的因素进而达到规范、控制法律实践行为的目的,从而使法律变通行为日趋规范化并发挥其应当发挥的功能。

三、国内外研究文献综述

(一) 国外研究法律变通的文献及评述

1. 国外研究法律变通的文献综述

论者通过查阅有关法律变通的国内、国外的研究文献发现:国外以法律变通为题的研究文献几乎没有。但是论者在法律人类学家研究法律多元的文献中发现:这些关于法律多元的论述涉及关于法律变通的论述。从研究对象上来划分,这些研究法律多元的文献共有两类:经典的法律多元主义和新法律多元主义。经典的法律多元主义理论主要阐述了在殖民地外来移植法与殖民本土法之间的调适和变通问题。如日本法律人类学家千叶正士先生研究了日本移植的法律制度与日本本土法律制度在一种变形虫式的思维方式下的一种调适和

变通模式及实践。而新法律多元主义者则研究了在现代法治国家中,在法律多元的结构下作为主流意识形态的国家法与非主流意识形态的民间法之间的调适和变通。如新法律多元主义者莎莉·恩格尔·玛丽(Sally Engle Merry)和沃德曼(Woodman)认为:“法律多元主义已经从对殖民者和被殖民者之间关系的关注,扩展到了对社会中占主导地位群体与不占主导地位群体之间关系的关注。后者诸如宗教、种族、文化上的少数群体、移民群体以及社会中没有被官方承认的其他群体。”〔1〕新法律多元主义者在国家法和非国家法的多元结构中关注了国家法律与非国家法律之间的调适互动关系。再如,加拿大人类学家、社会学家查尔斯·泰勒在《承认的政治》一书中分析了作为加拿大少数民族的魁北克人的政府对加拿大联邦宪法的变通。从这些研究法律变通的文献来看,这些研究要么是站在实证主义的立场,通过外在观察的方式,描述移植法律与本土法律之间、国家正式法律制度与民间非正式法律制度之间是如何博弈、调适与变通的,试图发现这些变通现象之间的规律性;要么是站在文化多元主义的立场,从文化的角度阐释这些博弈、调适与变通行为发生的可能性原因。

2. 对国外研究法律变通文献的评价

实证主义立场下的法律变通理论能够使我们发现在法律多元的结构体系下法律变通的实践究竟是怎样发生的,在法律多元的结构下不同文化类型的法律是被如何变通的,这些法律变通现象之间存在怎样的关联性关系。但是这些研究存在的一个共同问题是这些研究者以一个外在观察者的角色观察这种变通行为是如何发生的。但是它在一种实体主义视角下所观察的法律变通行为以及影响法律变通行为的客观性因素以及法律变通行为的后果等,不过是特定时空中的一

〔1〕 张钧:《法律多元理论及其在中国的新发展》,载《法学评论》2010年第4期。

种现象而已。而实证主义者却把这种特定时空中的特殊现象误认为是在一种客观的、价值中立的立场上来观察法律变通现象所发现的普遍规律,误以为其研究从过程到结果都是客观的、无任何偏见的,误以为其所观察到的就是一种普遍的现象、误以为其研究发现就是一种普遍的法则。这种实证主义立场能够使研究者发现法律变通的一些普遍性的、共性的因素,但是由于其研究立场的局限性却使其无法发现这种不同的国家、不同的地区的法律变通行为背后的历史性文化因素。

文化多元主义研究立场下的法律变通理论则从内在参与者的视角来描述和解释法律变通现象,这种视角能够使我们发现法律多元现象和法律变通行为本身也是多元的。在不同的文化类型的国家,由于其法律多元的类型不同,其处理多元法律之间冲突的方式和方法也不同。的确,在文化多元主义者的眼里,不同的国家、不同的地区法律多元和法律变通行为有不同的表现。文化多元主义立场下的法律变通理论可以使我们发现影响法律变通行为的历史文化因素。但是由于文化多元主义立场自身的缺陷即忽视人类行为共性的存在和基本人性的存在,容易导致文化相对主义和社会世界碎片化从而不利于社会整合。因此在文化相对主义立场下研究法律变通行为,这种理论容易忽视影响法律变通行为的结构因素。

因此,无论是实证主义者还是文化多元论者的法律变通理论对于本文将要研究的多民族国家基于现代法治理念下的法律变通理论的建构仅具有有限的参考价值。这些研究成果中的研究立场、研究思路和研究方法都有论者值得借鉴的地方,也有值得论者警醒的地方。