

民族区域自治 地方自治立法研究

吉雅 著

MINZU QUYU ZIZHI
DIFANG ZIZHI LIFA YANJIU

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

国家社会科学基金项目（批准号05BFX001）

民族区域自治 地方自治立法研究

MINZU QUYU ZIZHI
DIFANG ZIZHI LIFA YANJIU

吉雅 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民族区域自治地方自治立法研究 / 吉雅著. —北京:
法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1795 - 2

I. ①民… II. ①吉… III. ①民族区域自治—立法—
研究—中国 IV. ①D921. 84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 020437 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/14 字数/201 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1795 - 2

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

吉雅的《民族区域自治地方自治立法研究》书成出版,令人欣喜。

改革开放以来,我国以宪法和民族区域自治法为基础的民族区域自治法规体系已基本形成,但关于民族区域自治地方自治立法的研究却是立法研究的薄弱环节,如何检视、评价三十余年来自治立法的成就,发现其缺失与不足,分析其发展走向,提出完善建议,以期提高自治立法的数量、质量和社会效益,促进民族区域自治地方经济发展和社会进步,维护国家的统一和稳定,是立法研究的一个重要方面。尤其是随着我国社会主义市场经济的发展和西部大开发战略的实施,区域经济增长与各民族共同发展、资源开发与少数民族权益保护、环境利用与少数民族可持续发展、市场经济导向与少数民族交易平等之间的矛盾日益突出,就法律层面而言,为解决这些矛盾,不仅需要中央立法和一般地方立法的调整,也更需要自治立法的调整。在这方面,更显出民族区域自治地方自治立法的缺失和相关研究的阙如,远远滞后于现实需要。

可喜的是吉雅凭借身处民族区域自治地方的独特优势,更依仗她的理论功底和严谨细致的科研作风,在民族区域自治地方自治立法研究这一领域,取得了可喜的成果。

《民族区域自治地方自治立法研究》针对自治立法的现状,从理论和实践两方面进行了深入的探讨,全书以七章的篇幅,从自治立法的基本原理到自治立法的具体制度,较为全面、细致地论说了立法观念、立法权限范围、立法程序与技术、立法监督、立法质量的评价保障机制,以及立法投入等问题,林林总总,方方面面,对自治立法的既有现状、发展前瞻做了总盘点。与此同时,还开展了典型调查,形成两个调查报告,作为

本书的附录,即“延边朝鲜族自治州自治立法及实施调研报告”和“鄂温克族自治旗的自治立法及实施调研报告”。全书有宏观研究,有典型分析,在点面结合中成功地完成了民族区域自治地方自治立法这一重要课题。

我认为,本书特别值得称道的是科研创新的视角和深度:

首先,在现有研究成就的基础上,进一步界定了自治立法的民族性、自治性内涵,辩证地提出了正确处理和协调维护国家法制统一与民族区域自治的关系、民族政策与自治立法的关系、少数民族习惯法与自治立法的关系、自治立法的数量、质量、效率与效益关系的原则,从合法性、自治性、正当性、科学性、适应性五个方面提出了自治立法的质量标准。

在此基础上立足于现有立法,进一步明确了自治立法的立法事项、具体程序和效力等级,从评估的主体、对象、标准、方式及其结论的效力等方面,探讨了自治立法质量评估制度。

其次,本书十分重视实证研究.对1984年至2009年我国各民族区域自治地方制定的137部自治条例、510部单行条例、74部变通补充规定文本进行了较系统的分析,梳理澄清了有关单行条例、变通规定的理论分歧,探析了自治区自治条例难以出台的“瓶颈”,并提出为完善自治立法而应关注和解决的关键问题。

同时,本书注意从典型着手进行剖析,如“延边朝鲜族自治州自治立法及实施调研报告”分析了自治条例和单行条例的实施成效、立法及实施中的问题和成因、立法技术、立法监督等问题,“鄂温克族自治旗的自治立法及实施调研报告”分析了自治条例、单行条例所体现的民族特点、自治特点和地方特点,并通过问卷调查,研究提出修订该自治条例的建议,从而观照和辐射了我国各民族区域自治地方自治条例的修订工程。

在研究方法上突出理论分析、实证研究、对策研究三者的结合,是本书获得成功的原因之一。

《民族区域自治地方自治立法研究》是一部很有价值的著作！著作所探索、提出的较为科学系统的、具有指导意义的自治立法的理论意见，深化了民族区域自治地方自治立法的理论研究，丰富了民族区域自治地方自治立法的一般原理，进而为完善宪法学、民族区域自治法学、立法学理论体系提供了研究成果；著作所论说、构建的自治立法质量的评估制度，为提高自治立法的质量和社会效益提供了理论指导和立法建议，有利于促进民族区域自治地方的民主法治建设，加快民族区域自治地方的发展和社会转型。因此，本书的问世，有利于完善我国的民族区域自治制度，促进民族区域自治地方立法自治权的有效行使，切实落实民族区域自治法。

从本书的内容、特色、深度可以看出，完成这一著作是一项浩繁工程，我们从中感受到的不仅仅是作者的勤奋、严谨、科研魄力，还有一个学者的社会担当和责任感，我为吉雅给立法研究领域奉献了这朵奇葩感到由衷的喜悦，庆贺之际，乐为之序。

2010年初冬于北京世纪城
应松年

第一章 民族区域自治地方自治立法的基本原理	1
一、自治立法的内涵及特点	1
二、自治立法的基本理念	7
三、自治立法中应处理和协调的重大关系	14
四、自治立法的质量标准	18
第二章 民族区域自治地方自治立法的具体制度	25
一、自治立法的主体	25
二、自治立法的权限(事项)	28
三、自治立法的程序	37
四、自治立法的效力等级	44
第三章 民族区域自治地方自治条例	45
一、自治条例的界定	45
二、自治条例的立法现状与实施成效	52
三、自治条例立法存在的缺失	61
四、自治条例立法的完善对策	69
第四章 民族区域自治地方单行条例	78
一、单行条例的界定	78
二、单行条例的立法现状	83
三、单行条例的主要内容	85
四、单行条例的实施成效	93
五、单行条例立法存在的缺失	96
六、单行条例立法的完善对策	99
第五章 民族区域自治地方变通规定	115
一、变通规定的界定	115

二、变通规定的立法现状	120
三、变通规定的实施成效	126
四、变通规定立法存在的问题	127
五、变通规定立法的完善对策	131
第六章 民族区域自治地方自治立法的监督	138
一、自治立法监督的界定及特征	138
二、自治立法监督的主体	142
三、自治立法监督的种类和方式	144
四、自治立法监督中存在的问题及对策	147
第七章 民族区域自治地方自治立法的质量保障机制	155
一、自治立法质量的评估	156
二、自治立法质量的主体保障	164
三、自治立法质量的物质保障	167
附录一 延边朝鲜族自治州自治立法及实施调研报告	171
附录二 鄂温克族自治旗自治立法及实施调研报告	197
参考文献	212
后记	214

第一章 民族区域自治地方自治立法的基本原理

一、自治立法的内涵及特点

“自治”(autonomy)一词来源于希腊语,“auto”意即自我“self”,“nomy”意即规则“law”,因此自治即自我管理。地方自治则是指“国家特定区域内的人民,基于国家授权或依据国家法令,在国家监督之下,自组法人团体,以地方之人及地方之财,自行处理各该区域内公共事务的一种政治制度。”^{〔1〕}在现代,所谓“立法”,不仅包括立法机关的立法,还包括行政机关和司法机关的制定具有普遍约束力的规范性文件的活动。地方为实现自治,行使立法自治权是其途径之一。故自治立法一般是指实行自治地方的立法机关制定具有普遍约束力的强制性规范的活动。实行自治地方的自治立法有多种方式,在我国单一制的国家结构中,按照宪法及有关法律的规定,既有民族区域自治地方的自治立法,也有特别行政区的自治立法。在民族区域自治地方自治机关行使立法自治权,是确保其各项自治权得以实现的重要方式。

在我国,民族区域自治地方自治立法是在借鉴国外对地方自治定义的基础上确定的一个概念。学界对民族区域自治地方自治立法概念的界定问题已有较多的研究成果,基本将这一概念界定为:民族区域自治地方的自治立法机关依照宪法和法律的规定,根据当地的民族特点制定在本地区适用的自治法规活动的总称。民族区域自治地方自治立法的表现形式包括自治条例、单行条例和对国家法律法规的变通或者补充规定。民族区域自治地方自治立法与中央立法、一般地方立法、经济特区立法以及特别行政区立法相比较,除了具有主体的特定性(只有民族区域自治地方的人民

〔1〕 薄庆玖编著:《地方政府与自治》,五南图书出版有限责任公司2002年版,第5页。

代表大会才享有立法自治权)、内容的变通性(民族区域自治地方的人民代表大会可以根据当地民族的特点和实际,对法律法规作出变通规定)、效力的优先适用性(自治法规作为特别法在民族区域自治地方优先于地方性法规适用)外,其最突出的特点则是民族性和自治性。

(一) 民族性

民族区域自治制度作为解决我国民族问题的基本政治制度,是在少数民族聚居区实行的民族与区域相结合的自治,因此,自治立法的核心内容是体现其民族性,即确保本地方实行自治的民族和其他民族各项权益的实现,民族关系的和谐稳定,多元民族传统文化的保持和发扬,具有民族特点的经济、文化和社会事业的充分发展和进步。具体而言,自治立法的民族性,是指自治立法在对民族区域自治地方的社会关系进行规范时,必须结合实行自治的民族和其他少数民族的传统文化、语言文字、风俗习惯、宗教信仰,以及特定的民族关系、民族特点设定相应的权利义务和法律责任。自治立法的民族性主要体现在立法程序和立法内容两个方面:

自治立法民族性的程序保障是实行自治的民族在立法过程中实现自主决策、民主决策的基本要求和重要保障。自治立法民族性的程序保障具体体现为:在自治立法的起草、调研、审议、表决等立法程序中,必须有保障少数民族公民参与尤其保障实行自治的民族公民参与的具体程序,以确保少数民族体现其民族性的利益诉求在自治立法程序中得到体现和响应,即便是汉族在该民族区域自治地方占人口的多数,亦应如此。如《延边朝鲜族自治州自治条例》规定,自治州人民代表大会常务委员会组成人员中,朝鲜族成员可以超过半数,其他民族也应有适当名额。自治州人民代表大会常务委员会主任由朝鲜族公民担任。自治州州长由朝鲜族公民担任。在副州长、秘书长、局长、委员会主任等政府组成人员中,朝鲜族成员可以超过半数。自治州人民代表大会的朝鲜族和其他少数民族的代表名额和比例根据法律规定的原则,按吉林省人民代表大会常务委员会的有关规定确定。自治州人民代表大会制定自治州的自治条例和单行条例。自治条例须由自治州人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。自治条例的修改由自治州人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的州人

民代表大会代表提议,并由自治州人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。单行条例的制定与修改由自治州人民代表大会以全体代表的过半数通过。这些规定即体现了对自治立法民族性的程序保障。

自治立法内容的民族性也是自治立法民族性的主要体现方式。“法根植于一个民族的‘民族精神’之中,这种民族精神是在法的内部隐蔽地发挥作用的力量,法像语言、风俗一样,都是一个民族普遍精神的自发的直接的产物。”^{〔1〕}美国法学家伯尔曼认为,“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”“除非人们觉得,那是他们的法律否则他们就不会尊重法律。”^{〔2〕}目前,我国很多民族区域自治地方都制定了针对民族语言文字使用、民族教育、民族传统文化与风俗习惯等方面的单行条例。如《玉树藏族自治州藏语文工作条例》规定:“自治州召开的大型会议,必须同时使用藏汉两种语言文字;自治州的工作部门和企业事业单位召开的会议,根据需要同时或者分别使用藏汉两种语言文字”,“自治州各级人民法院和人民检察院在审理、检察案件时,同时或分别使用藏汉两种语言文字。对不通晓汉语文或藏语文的诉讼参与人,应当为他们提供翻译。自治州各级人民法院和人民检察院的起诉书、判决书、布告和其他法律文书,根据需要,同时或者分别使用藏汉两种文字”。在民族教育方面,如《红河哈尼族民族教育条例》规定:“自治州所属中专、中师,对少数民族学生给予适当降分录取;对个别边远特困村寨的考生,可特批录取。学校应对降分录取和特批录取的学生组织补习”,“自治州内的高等和中等师范学校,应增加少数民族学生的招生名额,对边疆县和内地边远山区实行定向招收少数民族学生制度,学生毕业后回本地任教。自治州内的各类成人、高等教育学校,应招收一定比例的少数民族学生,并给予适当的照顾”。在民族传统文化与风俗习惯的保护方面,如《湘西土家族苗族自治州凤凰历史名城保护条例》规定:“凤凰县文化行政主管部门及其他有关部门应当编制苗族舞蹈、民间纸扎、苗族剪纸、蜡染、刺绣等民间文化和工艺美术的保护、挖掘、收集、整理的规划,并

〔1〕 [德]卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第8页。

〔2〕 [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联出版社1991年版,第28页、第60页。

组织实施”,“州人民政府、凤凰县人民政府应当加强凤凰县城传统文化艺术、民间风情、民间工艺精华及著名传统产品等优秀文化艺术的保护、挖掘、收集、整理和研究工作,采取措施培养专门人才,鼓励民间艺人传徒授艺”。又如,《临夏回族自治州清真食品管理办法》规定:“生产、采购、储存清真食品的主要岗位和环节,其工作人员必须是少数民族公民。在生产、加工、屠宰、运输、储存、销售清真食品的过程中,必须使用专门的计量设施和工具。清真食品的畜禽屠宰人员,必须是符合条件的少数民族公民”,“宾馆、饭店、招待所、机关和事业单位的清真餐厅、清真灶采购、烹饪等主要岗位应当是少数民族公民,其灶具、器皿等必须专用”,“禁止将少数民族禁忌的食品(或原料)带入清真食品生产、加工、专营场所。商场、商店经销清真食品时,应固定专柜,由少数民族公民管理”。上述这些单行条例都凸显了对民族语言文字使用、民族教育、传统文化及风俗习惯的保护与发展中所体现的民族性。

(二) 自治性

自治立法的自治性,是指自治立法在对民族区域自治地方的社会关系进行规范时,应根据《宪法》、《民族区域自治法》对自治机关自治权的原则规定,结合本民族本地方的实际情况和特点,对自治机关各项自治权的充分行使作出具体规定。自治立法的自治性具体包括两方面的内容:一是民族区域自治地方的立法自治权行使主体是民族区域自治地方的自治机关——人民代表大会,该自治机关的组成应完全是由民族区域自治地方的选民直接或者间接选举产生,而非上级国家机关或者中央任命产生,其行使的权力的价值追求也是实现实行自治民族的自治及其与其他民族的共同利益。二是自治立法的内容,应根据《宪法》、《民族区域自治法》对自治机关自治权的原则规定,结合当地的民族特点、地方特点及实际情况,对民族区域自治地方自治机关各项自治权的内容及权限范围作出具体规定。

关于在单一制的国家结构形式中,民族区域自治地方立法自治权的性质,有的学者认为,民族区域自治地方的立法自治权包括职权性立法和授权立法两大类,其中职权性立法包括实施性立法、自主性立法和变通性立法三种;“授权立法是国家立法机关依据实际需要,将特定事项的立法权授

权给其他国家机关组织行使,并由被授权者制定相关法律规范的活动。”〔1〕目前,有《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《民事诉讼法》、《森林法》、《妇女权益保障法》等13部单行法律分别授权民族区域自治地方依据该法的基本原则,结合当地民族的具体情况,制定变通的或者补充的规定。〔2〕笔者不赞成该观点。虽然按照一般法理,职权立法是指根据《宪法》和《组织法》的规定进行立法活动,根据其他单行法律的规定进行的立法为授权立法。但就民族区域自治地方的自治立法而言,《立法法》第66条已明确规定了民族区域自治地方享有立法变通权,即使没有单行法律的授权,民族区域自治地方也可以依照当地民族的特点行使立法变通权。既然已有《宪法》、《民族区域自治法》和《立法法》对自治机关的立法权限的明确规定,再把自治立法中的授权立法理解为仅限于单行法律的授权,容易造成其授权范围较之上位法有所缩减,影响自治机关正常行使立法自治权。

另外,根据《宪法》、《民族区域自治法》和《立法法》的规定,民族区域自治地方自治立法的权限是确定的,《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。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,报省或者自治区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备案。”《民族区域自治法》和《立法法》也有与此一致的规定。也有人认为,从此立法规定分析,行使立法自治权的自治机关行使了“半个立法权”,全国人大常委会和省级人大常委会通过行使批准权获得了另外半个立法权。〔3〕

结合以上两点,可以得出一个初步结论:民族区域自治地方的立法自

〔1〕 黄贤宏:“关于我国授权立法制度的法律思考”,载《当代法学》1999年第3期。

〔2〕 徐合平:“浅析民族自治地方的立法权限”,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2004年第6期。

〔3〕 此种观点为王培英所批驳,其文中提到在人大系统,“半个立法权”的观点很普遍。王培英:“论自治条例单行条例的法律地位”,载《思想战线》2000年第6期。

治权具有法定性和拟制性。^{〔1〕}民族区域自治地方的立法自治权是在国家统一的法制框架下,由中央或者上级国家机关监督的立法自治权。自治立法无论在立法权限上还是立法内容上都较其他省、直辖市有更大的自主性,而全国人大常委会在审查民族区域自治地方人大制定的自治条例或单行条例后,决定是否批准时,既要考虑全国的基本情况,又要考虑民族区域自治地方的特殊情况;既要照顾民族区域自治地方的特殊利益,又要协调中央各部门和民族区域自治地方的利益冲突,同时又要考虑民族区域自治地方的自治条例、单行条例对该地方乃至全国的影响等因素。^{〔2〕}因此,从国家法制统一角度而言,这无疑是一种有效的监督方式。但是,从理论上分析,我国现行的这种民族区域自治地方自治立法体制在运行中存在一定问题:自治法规是民族区域自治地方的人民代表大会依法根据当地民族的特点,为充分行使各项自治权,促进民族区域自治地方各项事业的发展,维护少数民族的利益和地方利益而制定的法律规范,其制定主体、内容和程序的民主性、正当性毋庸置疑,而上级国家机关的批准制度则使自治立法的自治性以及自治机关立法效力的民主性、正当性受到严重挑战。虽然单一制国家结构形式决定了民族区域自治地方作为地方行政区划存在,应当接受中央和上级国家机关的领导与监督,但是具体采取何种方式保证国家法制的统一与民族区域自治地方的自治有效结合,仍是一个值得深入探讨的问题。

目前,我国各民族区域自治地方大多根据本地方的地理条件、所拥有的自然资源、生态环境及传统生产生活方式等特点,来确定自治立法项目,并通过自治立法来保障经济发展的重点、自然资源的开发利用、生态环境保护及传统生产生活方式的保护和发展,体现了其自治性和地方特色。如《延边朝鲜族自治州自治条例》在“自治州的经济和财政管理”一章中规定,自治州自治机关在国家产业政策的指导下,以市场为导向,充分发挥图们江地区区位优势 and 长白山资源优势,不断提升传统产业,全面培育特色产

〔1〕 张文山:《自治权理论与自治条例研究》,法律出版社2005年版,第15页。

〔2〕 尚晓玲:“当前我国民族自治地方立法权限问题探析”,载《行政与法》2004年第6期。

业,积极发展高新技术产业,以信息化带动工业化,走新型工业化道路,加快工业经济发展,提高工业经济运行质量和效益。自治州自治机关在上级国家机关的帮助和支持下,积极发展朝鲜族和其他少数民族特需商品生产,以满足少数民族生产和生活的特殊需要。自治州自治机关依托长白山生态、边境、民俗等旅游资源,积极发展旅游业,并履行行政管理职能。《孟村回族自治县发展牛羊业条例》第14条规定:“发展外向型牛羊业,积极引进资金和先进技术,鼓励兴办牛羊生产和产品加工合资、合作与独资企业。积极开展与伊斯兰国家的经济贸易活动。对到自治县投资兴建牛羊生产和加工企业的外商,县人民政府应在土地、供电、通信等方面提供优惠和便利条件。”《鄂伦春自治旗环境保护条例》第9条规定:“自治旗人民政府应当对辖区内有代表性的自然生态系统区域,珍稀、濒危的野生动植物自然分布区域,重要的水源涵养区域,具有重大科学文化价值的地质构造和火山、石灰岩、矿泉等分布区域,建立保护区。对人类遗迹、古树、名木采取其他措施保护,防止破坏。”《鄂伦春自治旗旅游条例》第3条规定:“发展旅游业应当发挥自治旗的资源优势,突出‘森林生态、鄂伦春民俗、鲜卑历史’等特点,弘扬鄂伦春民族文化,坚持保护旅游资源与开发、利用旅游资源相结合,经济效益与环境效益、社会效益相统一的原则。”第5条规定:“自治旗人民政府应当加强对旅游工作的领导,把旅游业纳入国民经济和社会发展规划,增加投入,加强规划与管理,促进旅游业逐步发展成为自治旗的支柱产业。”第9条规定:“自治旗人民政府制定优惠政策,鼓励国内外组织和个人投资开发旅游资源,兴办旅游企业;鼓励和扶持发展鄂伦春民族旅游项目,开发具有鄂伦春民俗、鲜卑历史和地方特色的旅游商品。”这些规定使《民族区域自治法》赋予民族区域自治地方的经济建设自治权进一步具体化,体现了自治立法所具有的自治性。

二、自治立法的基本理念

立法所应遵循的基本理念或者基本原则,即立法主体据以进行立法活动的重要理论根据,是为立法活动指明方向的理性认识。它反映立法主体根据什么思想、理论进行立法和立什么样的法,是执政者法的意识在立法

上的集中体现。可以说,任何立法活动都离不开立法基本理念的指导。民族区域自治地方自治立法也不例外。正确、科学的自治立法基本理念是制定先进、良好的自治法规的前提要件。笔者认为,民族区域自治地方自治立法应遵循的基本理念包括:

(一) 坚持国家统一与民族区域自治相结合的理念

民族问题一直是国家治理过程中的敏感问题,处理得当与否直接关系到国家的统一、生存和发展。我国是各族人民共同缔造的统一的 multi-ethnic 国家,民族区域自治制度是我国解决国内民族问题的一项基本政治制度,《宪法》和《民族区域自治法》将其界定为中央统一领导下的民族自治与地方自治的结合。从立法上看,维护国家统一就是维护国家法制的统一,体现在自治立法上就是指“民族区域自治地方的立法应保持与国家法律法规的协调一致,保障国家法律、法规在民族区域自治地方的统一实施,使自治法规体系成为我国社会主义法律体系的重要组成部分”。^{〔1〕}同时,自治立法还应体现其自治性,即在坚持不抵触原则的前提下行使立法变通权我国《宪法》第115条规定:“自治区、自治州、自治县的自治机关行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关的职权,同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权,根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。”这一规定是民族区域自治地方进行立法变通的原则依据。《宪法》第116条和《民族区域自治法》第19条规定:“民族区域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条第2款规定:“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区域自治地方所作的规定作出变通规定。”《立法法》这一规定,在法律上具体确立了我国民族区域自治地方自治立法变通权及其适用范围。

〔1〕 王允武主编:《中国少数民族区域自治地方自治立法研究》,四川人民出版社2005年版,第34页。

因此,民族区域自治地方在行使立法自治权时,应坚持国家统一与民族区域自治相结合的理念及上述法律规定,在根据当地民族的特点和实际对法律和行政法规作出变通规定时,应坚持不抵触原则,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区域自治地方所作的规定作出变通,以维护国家法制的统一。

另外,应当指出的是,“不抵触”原则与“自治立法变通权”之间存在一定的紧张关系,该紧张关系背后隐藏的是尚未妥善解决的中央与地方权限的划分问题。僵硬的贯彻不抵触原则会使自治立法、特别是变通立法畏首畏尾,影响立法积极性和立法质量。事实上,《民族区域自治法》和《立法法》对“不抵触”原则和“自治立法变通权”的规定,对两者的紧张关系本身就有缓冲作用,民族区域自治地方自治立法应当在法律赋予的“自治立法变通权”范围内灵活的把握“不抵触”原则,根据当地民族的特点和实际,主要是针对经济建设自治权、财政税收自治权、人事自治权,以及自然资源的优先开发利用与利益补偿、生态环境保护、民族传统文化保护与传承等方面,用足用好自治立法变通权,充分体现自治立法的民族性、自治性和变通性,以促进民族区域自治地方的全面发展。

(二)以人为本的理念

以人为本,就是“充分尊重人性,因应人的情感,体现人文关怀,保护人的正当权益,善待全社会的每一个人,就是在每项工作中要以所有人的利益作为出发点和最后归宿。”^{〔1〕}以人为本的理念在立法中的体现主要就是对人权的确认、尊重和保障。2004年《宪法》修正案将“尊重和保障人权”写入《宪法》,是国家对以人为本理念最高形式的法律化,对人权的重视达到了应有的高度。但是对于民族区域自治地方的人权保障,除了国家的全面保护外,还有赖于民族区域自治地方主观能动性的发挥。在民族区域自治地方落实宪法的人权原则,其中最重要的就是将宪法规定的人权原则和各项公民权利具体化到有关的自治法规中,特别是在自然资源的开发利

〔1〕 万其刚:《立法理念与实践》,北京大学出版社2006年版,第28页。