

西南民族大学法学院学术文库

中国民族法学

理论热点



王允武 主编
李 剑

民族出版社

西南民族大学研究生学位点建设项目（2012XWD-S0301）

中国民族法学 理论与热点

王允武 主编
李 剑

民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民族法学：理论与热点 / 王允武，李剑主编. —北京：民族出版社，2012.8

ISBN 978-7-105-12351-3

I. ①中... II. ①王... ②李... III. ①民族事务—法学—研究—中国 IV. ①D922.154

中国版本图书馆CIP数据核字（2012）第194661号

中国民族法学：理论与热点

责任编辑 李燕妮

封面设计 金 晔

出版发行 民族出版社

地 址 北京市和平里北街14号

邮 编 100013

网 址 <http://www.e56.com.cn>

印 刷 北京迪鑫印刷厂

经 销 各地新华书店

版 次 2012年10月第1版 2012年10月北京第1次印刷

开 本 880毫米×1230毫米 1/32

字 数 390千字

印 张 15.25

定 价 40.00元

书 号 ISBN 978-7-105-12351-3/D·2431(汉348)

该书若有印装质量问题，请与本社发行部联系退换
编辑室电话：010-64228001 发行部电话：010-64224782

前 言

民族法学是我国法学体系中以民族法制为主要研究对象的独立学科，是以法律手段调整民族关系的部门法学。民族法学于20世纪80年代逐步发展形成，它为民族法制建设实践提供了理论依据和理论指导。开展民族法学研究，是推进国家民族法制建设的需要，是做好民族工作的需要，也是法学理论发展的需要。民族法学的研究领域广泛，它包括对民族法之基础理论的研究，对民族区域自治法制的研究，对少数民族权利保障问题的研究，对中国历代民族法制的研究，对少数民族习惯法及其纠纷解决方式的研究等。

近年来，我国民族法学发展迅速，相关成果无论在数量或质量上均有较大提升。根据研究对象不同，这些成果大致可分为理论阐述、文本分析、历史叙述、实证调查、批判反思等类型。而在取得成就的同时，与法学或民族学其他学科做横向比较，民族法学研究总体上尚显得疏浅、稚嫩，具体表现如理论深度不足，逻辑性、系统性不强，问题意识匮乏，缺乏前瞻性等。为促进本学科的进一步发展，我们应在充分借鉴前人研究的基础上，运用一些新的理论和方法，力求有所突破和创新。

具体而言，我们有以下几点主张：一是突出“问题”，淡化“学科”，开展跨学科综合研究。民族法学本身即为交叉边缘学科，超越“画地为牢”的思维方式，强调问题意识，打破存在于政策学、政治学、法学、民族学等学科之间的壁垒，综合运用各学科的理论和方法，既有利于拓宽研究者的视角，又能够提升相关研究的针对性和实用价值。二是深化学科的基础理论研究。作为一门年轻的学科，民族法学的诸多基本理论问题仍有待深入阐释，如关于民族法制体系的

理论基础、法律渊源、基本概念、基本原则、体系结构、发展规律等重大问题，均需进一步分析探讨，从而形成更具科学性和理论深度，更被学术界和实践部门认可的普遍结论和共识。三是强化实地调查和实证研究。民族法学研究必须立足于民族地区的政治、经济、社会和文化现状，必须基于长期、深入、细致的实地调查，在理论建构时应避免“闭门造车”，做到理论源于实践又落脚于实践，密切联系国家民族立法、司法、执法工作中的具体问题，密切关注各族民众的法律生活和权利诉求。

基于以上共识，近年来，西南民族大学法学院作为一个研究团队，始终密切关注民族法学科的发展动向及学术前沿问题，并在科研的过程中锻造了一支长期从事民族法制理论与实践研究的学术队伍。我们建立了院所合一的西南民族大学民族法学研究所，并以此为依托定期开展学术交流，组织田野调查。我们同时拥有国家级特色专业“法学专业”、国家级人才培养基地“西部法律人才教育培养基地”及四川省和国家民委重点学科“法学理论”，上述学科（专业）将民族法学作为教学、科研的重点与特色，形成了较为合理的学术梯队。相关老师参加了国家社科基金重大项目的研究，多位老师主持国家社科基金及省部级研究项目。我们收获了较丰硕的科研成果，并在国内享有较高声誉，近年来，我院共出版相关学术专著 20 余部，发表相关学术论文 150 余篇，获省部级以上科研成果奖 10 余项，民族法学和民族地区法治问题研究已成为学院的研究特色，其中某些领域在全国具有相对优势。同时，法学院高度重视学科（专业）建设，现有“民族地区经济发展与法治保障”和“民族区域自治制度研究”博士培养方向及法学硕士一级学科点和法律硕士授权点。学科培养的多名优秀硕、博士生也加入到民族法学研究的队伍当中，并在参与科研的过程中迅速成长。

本书是我院民族法学研究团队近三年来最新研究成果的一个小

结，全书依照内容分为三个板块，一是国家民族法制与政策研究，二是少数民族权利的法律保障问题研究，三是少数民族习惯法及纠纷解决研究。本书内容既体现了我们在研究旨趣或方法上的一些共识，同时也有理论和观点的争鸣，其中，西部大开发与民族法制建设、城市少数民族权益保障、少数民族非物质文化遗产的法律保护、少数民族受教育权、少数民族习惯法及纠纷解决方式等论题均为我院研究之所长，它们既是我们长期调查研究工作的积累，也是对理论或现实热点问题的回应。当然，书中的诸多肤浅与不足之处，还请各位专家学者批评指正。

编者

2012年9月

第 1 部分：国家民族法制与政策研究及展望	1
引言	2
2010—2011 中国民族法学研究综述	4
近年来中国民族政策（法制）研究检视及其创新思考 ——基于法律政策学的研究	27
论民族自治地方自治机关协商民主决策机制的完善	43
依法规范民族自治法规批准权的若干思考	63
WTO 环境规则与我国西部民族地区环境保护制度的完善	73
少数民族高等教育招生优惠政策价值辨正与制度完善	82
少数民族高考加分政策的公正性探究	95
西部民族地区经济与生态协调发展的理念转换与制度建构	118
“后体系时代”民族自治立法创新研究 ——以四川省民族自治立法为实证	128
完善民族区域自治法制的若干思考	144
第 2 部分：少数民族权利的法律保障问题研究	157
引言	158
我国少数民族权利的法律保护综述	160

目 录

论少数民族权利法律保护的正当性·····	169
城市流动少数民族人口的社会保障权及其实现·····	179
少数民族传统文化保护立法现状与完善·····	194
完善民族地区非物质文化遗产知识产权保护的法律思考·····	204
少数民族非物质文化遗产保护的民族自治立法模式研究 ——以北川羌族自治县为实证·····	213
少数民族非物质文化遗产保护自治立法的基本问题·····	225
新时期人口较少民族权益保障的理论与实践研究·····	238
国际人权法对少数民族人权的平等保障·····	283
第3部分：少数民族习惯法及纠纷解决研究 ·····	294
引 言·····	296
习惯法资源化路径探析·····	298
西南少数民族刑事习惯法及其现代价值·····	307
超越二元对立——再论国家法与习惯法的关系·····	317
藏族习惯法的现实表现与处理建议·····	332
川滇毗邻藏区习惯法对国家法的影响及启示 ——以凉山州木里藏族自治县为例·····	347

彝族传统婚姻法文化的变迁

- 新中国成立到改革开放初期·····362

本地人视角下的习惯法规范与纠纷

- 以凉山彝族为例·····371

论纠纷中的“事实”问题

- 基于彝区两个案例的思考·····394

乡村地区刑事和解探析

- 以四川石棉彝区为例·····404

彝族民间德古调解在劳动争议纠纷解决中的适用：

- 乡土逻辑与司法场域·····413

权力领地的争夺与解纷方式的选择

- 以当代凉山彝区的“坎上法庭”与“坎下法庭”为例·····426

构建多元化的纠纷解决机制

- 以当代彝区的法律实践为例·····438

附录：中国法律年鉴·民族法学（2010年、2011年）·····451

2010年·····452

2011年·····468

后记·····482

第1部分

国家民族法制与政策研究及展望

引 言

国家民族法制与政策，是一国调整民族关系、处理民族问题的法律及政策规范的统称。我国民族法制与政策以民族区域自治为核心，是我国的三大基本政治制度之一，是解决国内民族问题的基石。20世纪末以来，世界性的民族主义形势张扬，与此同时，中国的经济转型与社会改革不断深入，内外两个方面的因素造成了国内民族关系的新变化，也出现了许多新问题。这亟待我们从学理上做出正确的回应，对国家民族法制与政策的改革与完善提出具体、实在的建议。

本部分内容主要探讨以下几方面的问题：

一是对国家民族法制与政策较宏观的考察、检视与思考。我们结合相关研究，提出了一些新的思路和方法，例如主张更新视角，打破存在于政策和法律研究之间的学科壁垒，辨明民族法制与政策各自的特点及相互关系，注重两者的综合研究。同时，我们认为，相关研究不仅应关注法律或政策的制度文本，还需关注引导二者制定的价值基础及法律、政策实施的社会效果。国家民族法制的完善和发展，应适应各种外部条件的变迁，适应建设法治国家的要求，体现各少数民族在经济、社会、文化等各方面的实际需求，同时借鉴国际民族立法的有益经验。

二是对国家民族政策和法制一些理论或现实“热点问题”的回应。我们的研究始终密切关注理论及实践问题的新动向，如近年来民族法制理论界探讨较多的民族区域自治的性质、民族区域自治权的实现问题、民族区域自治地方立法问题等。再如，在实践领域，

针对近年来争议较多的少数民族高考招生优惠政策问题，我们立足于不同的视角，围绕该项优惠政策的价值基础、公正性及制度完善等问题进行了探讨，同时对学界的相关观点作出了回应。

三是西部大开发与民族法制建设问题研究。我们的研究立足于西部，并长期关注西部大开发与民族法制建设、尤其是与经济和环境立法之间的关系问题。如在西部开发的背景下，开发政策与民族地区经济法律制度的冲突与协调问题；国家宏观调控、财政税收、金融投资、资源开发、生态环境保护等方面的政策、立法与民族自治地方相关自治立法的关系问题等。同时，在民族地区经济法制建设、WTO 规则与西部民族地区自治立法、西部民族地区经济发展与生态环境保护立法等方面，我们也已积累了较丰富的研究成果。

2010—2011 中国民族法学研究综述

一、概况

2010—2011 年的中国民族法学研究，继续呈现繁荣的景象。笔者从中国学术期刊网上所查到的研究成果约有 220 篇。经过筛选鉴别，本文介绍了 100 余篇较有价值的研究成果。总体来说，本年度中国民族法学研究主要呈现以下特点：

（一）研究内容特点

一是内容较为全面，涉及民族法学基本理论、民族权利保护、民族区域自治、民族法制建设、民族习惯法、民族法制史、民族司法等方面，具体结构见下表；二是出现了一些梳理性研究成果；三是应用性研究成果增多。

类别	民族法学基本理论	民族权利保护	民族区域自治	民族法制建设	民族习惯法	民族法制史	民族司法
数量	4	52	35	51	53	13	11

（二）研究方法特点

一是研究视角的多元化，注重将哲学、人类学、社会学、政治学、经济学等其他社会科学理论与法学理论相结合；二是注重民族法学的实证研究；三是注重民族法学的比较研究。

二、关于民族法学基本理论的研究

（一）关于学科性质、体系、调整对象、研究方法等基本问题的研究

郑毅认为，民族法学应当是一门独立的综合性法学学科，并非一门独立的部门法。当前学界关于民族法学理论体系的观点于内在逻辑上矛盾颇多，民族法学应当是由民族法学理论、民族法律制度、民族法文化以及作为特殊构成因素的国际民族法共同构成的。民族法的调整对象，不仅包括通说认定的民族关系，还应当包括国家与民族地区之间的关系。^①

（二）关于民族法治理论的研究

薛成有认为，民族地区全面落实依法治国基本方略，必须要处理好促进民族经济发展与健全法治建设、保持民族个性与培养公民意识、弘扬民族法律文化与树立社会主义法治理念、宗教信仰自由与维护法律权威以及保障民族区域自治权与国家法制统一等五大关系。^②

三、关于民族权利保护的研究

（一）关于少数民族权利的基础性研究

张敏从平等与特殊保护、发展权及文化多样性三个方面对少数民族权利法律保护的正当性进行了解读。^③周晓军分析了西部少数民族权益法治保障的时代价值、理论依据、宪政依据、现实依据和路

^① 郑毅：《试论民族法学的性质、理论体系及其调整对象》，载《广西民族研究》，2010（3）。

^② 薛成有：《民族地区落实依法治国要处理好五大关系》，载《青海民族大学学报》（教育科学版），2010（2）。

^③ 张敏：《论少数民族权利法律保护的正当性》，载《西南民族大学学报》（人文社会科学版），2010（2）。

径选择。^①吴双全对中国少数人权利法律保护的实践进行了评析。^②

（二）关于少数民族人权保障的研究

郎维伟运用人类学和民族法学的理论与方法，针对以村落为代表的藏族小规模社会进行了考察，分析了藏族农牧民人权享有的真实性特征。^③黄秋丰对照国际人权法的相关规定，论证了中国对西藏少数民族在宗教信仰自由、文化保护、使用和发展语言文字的权利方面实施了最充分的保护，以法律和事实揭穿了西方媒体的谎言。^④王平结合少数民族地区扶贫情况，研究了少数民族人权保障问题。^⑤

（三）关于散居少数民族权益保障的研究

学者们普遍认为，制定以《散居少数民族权益保障法》为核心的法律保障体系，是解决散居少数民族权益保障问题的根本之路，并分别就城市散居少数民族的平等权、劳动权、宗教信仰权益的保障问题进行了研究。王亚彬、王次富以济南市为例，从政治、经济、文化三个方面研究了少数民族农民工权利保障问题。^⑥

（四）关于人口较少民族权益保障的研究

朱玉福认为，人口较少民族已初步形成了符合自身发展实际和

① 周晓军：《论西部少数民族权益的法治保障》，载《宁夏党校学报》，2010（3）。

② 吴双全：《中国少数人权利法律保护的实践评析》，载《甘肃社会科学》，2010（2）。

③ 郎维伟：《藏族农牧民人权享有的人类学和民族法学探析》，载《民族学刊》，2010（1）。

④ 黄秋丰：《论西藏的少数民族人权保护》，载《贵州民族学院学报》（哲学社会科学版），2010（1）。

⑤ 王平：《消除贫困与少数民族人权保障》，载《人权》，2010（5）。

⑥ 王亚彬、王次富：《济南市少数民族农民工权利保障经验研究》，载《广西青年干部学院学报》，2010（2）。

特点的政治参与机制，但从选举权行使状况、民族干部的培养、建立民族区域自治地方的情况、建立民族乡、基层自治组织建设情况等几方面来看，政治参与状况仍然存在不足，应予以加强。^①

（五）关于民族区域自治权的研究

沈寿文认为，与国际社会地方自治权不同，我国民族区域自治权在内涵上是一种一般地方国家机关所不拥有的、在民族区域自治地方独有的特殊的执行法律、法规 and 政策的权力；它在类型上包括“民族区域自治地方少数民族的自治权（权利）”、“民族区域自治地方的自治权（权利）”和“民族区域自治地方自治机关的自治权（权力）”；它在内容上本是相对于一般地方国家机关职权而言的，但有关法律却将之与一般地方国家机关职权相混；它在救济上，由于不以地方分权为条件，不存在“自治机关”将上级国家机关诉诸司法机关的可能。^②李春晖从立法保障、执法保障和司法保障三个层次分析了民族自治地方自治权的法律保障问题。^③张淑娟从民族过程的角度分析了民族族体权利发展的基本过程，认为少数民族在获得自治权利的同时，民族族体形态过程、民族经济过程和民族政治过程发展滞后，使得既定权利与实际运用水平之间存在着巨大的政治资源真空。^④韩慧、徐会平从中央与地方关系的视角进行分析，认为实践中民族区域自治制度的非内生性、民族自治地方财政的非自足性、自治机关的双重性以及自治权的非彻底化等因素，严重影响了民族区域自治

① 朱玉福、伍淑花：《人口较少民族政治参与探讨》，载《黑龙江民族丛刊》，2010（2）。

② 沈寿文：《国际视野下的中国民族区域自治权》，载《云南大学学报》（法学版），2010（1）。

③ 李春晖：《论新形势下民族自治地方自治权的法律保障》，载《科学社会主义》，2010（1）。

④ 张淑娟：《民族过程中的民族区域自治权利》，载《大连民族学院学报》，2010（2）。

权的有效行使和落实，并提出了解决这些问题的对策。^①

（六）关于民族政治权的研究

赵小锁以在云南、四川、广西、宁夏等地的调查为基础，研究了民族地区法官选任和考核须保障少数民族权益的现状和存在的问题，认为应该针对民族地区的特殊情况，制定适合民族地区实际情况的法官司法资格要求标准，并在考核制度中对非当地民族成分的法官增加对当地风俗习惯了解情况的考核事项。^②程守艳认为，非自治主体少数民族作为民族自治地方一个特殊的人群，在具体的政治参与活动中客观上处于与自治主体少数民族不平等的地位，代表性小、政治表达权和参与权缺失致使非自治主体少数民族在实际生活中远离了政治权力中心，在政府主导的利益分配体系和相关的公共政策中影响微弱。^③翟翌以广西河池市为例，认为在少数民族占多数的地区的地方公务员考试中，给在当地占多数并且社会经济地位处于优势的少数民族考生加分，对于当地占少数的汉族考生而言并不适当，不宜再给少数民族加分。在其他地区具体加分的尺度上，也应综合少数民族和汉族占当地总人口的比例和发展水平的不同情况做出决定。^④

① 韩慧、徐会平：《民族区域自治权行使的影响因素及保障对策——中央与地方关系的视角》，载《济南大学学报》（社会科学版），2010（2）。

② 赵小锁：《民族地区法官选任和考核须保障少数民族权益》，载《创造》，2010（7）。

③ 程守艳：《权利的关照：民族自治地方非自治主体少数民族政治权利试探》，载《贵州民族研究》，2010（2）。

④ 翟翌：《少数民族占多数的地区公务员考试平等权问题——以广西河池市公务员招录为例》，载《山西警官高等专科学校学报》，2010（1）。