

2006 年中华人民共和国司法部
国家法治与法学理论研究项目专项任务课题

中国民族自治地方 立法研究

康耀坤 马洪雨 梁亚民 著

民族出版社

2006 年中华人民共和国司法部
国家法治与法学理论研究项目专项任务课题

中国民族自治地方 立法研究

康耀坤 马洪雨 梁亚民 著

民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民族自治地方立法研究/康耀坤, 马洪雨, 梁亚民著.
—北京: 民族出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 105 - 08344 - 2

I. 中… II. ①康…②马…③梁… III. 民族区域自治—立法—研究—中国 IV. D921. 84

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 084261 号

民族出版社出版发行

<http://www.mzcbs.com>

北京市和平里北街 14 号 邮编 100013

北京金若龙公司微机照排 北京艺辉印刷厂印刷

各地新华书店经销

2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月北京第 1 次印刷

开本: 880mm × 1230mm 1/32 印张: 10 字数: 260 千字

印数: 0001 - 1500 册 定价: 20.00 元

ISBN 978 - 7 - 105 - 08344 - 2/D · 1311 (汉 214)

该书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换
(汉编一室电话: 010 - 64271909; 发行部电话: 010 - 64211734)

前言

本书是2006年中华人民共和国司法部国家法治与法学理论研究项目专项任务课题——《中国民族自治地方立法研究》(06SFB5003)的最终研究成果。

民族自治地方立法是我国立法体制中一个特色鲜明的重要组成部分,在民族自治地方的社会生活中发挥着越来越重要的作用。但本课题就国内研究现状来看,尚未形成比较系统的研究成果,专著类研究成果还属空白。有关民族自治地方立法的论文涉及内容比较广泛,包括对民族自治地方立法的概念、价值、内容、地位等的论述,但总体缺乏系统研究。就国外研究来看,因为民族区域自治制度是我国特有的政治制度,故关于民族自治地方立法的研究成果主要以评论为主,其次大量是关于西方国家民族立法和民族政策的介绍。因此我们认为就中国民族自治地方立法这一课题的研究应主要依托本土资源。

本课题的研究在学科上属于民族法学的范畴,而在法学研究领域,民族法学是一门新兴的法学学科。由于民族法学在我国整个法学体系中处于一个非常薄弱的环节,其学科建设、师资建设相对投入不足,再加上其跨学科、交叉研究特点突出,故民族法学在研究领域、研究方法上还亟待加强。对中国民族自治地方立法的研究,在理论上,可以拓宽民族法学的研究领域,使民族法学理论研究能够植根于不断发展变化的民族社会现实,奠定进一步研究的学术基础。在实践上,有助于认识民族自治地方立法在我国立法体系中的

相对特殊性和复杂性,有利于指导民族自治地方进一步加强和完善立法实践。在研究目的上,通过吸收借鉴学界前贤的研究成果和田野调查,力图通过课题组的努力实现法学研究与民族学在研究方法上的结合,以促进对民族自治地方立法的研究能够走向规范化和实用化。对此我们尽可能地结合国内外学术界的相关研究成果,运用民族学、法学、历史学、社会学、政治学等多学科的研究方法,较为系统地对我国民族自治地方立法问题进行了全面、系统的阐述和总结。

本课题研究以我国历史上的民族关系和多民族国家的形成过程为背景,结合中国共产党从大革命时期到社会主义现代化建设的伟大实践,在民族区域自治制度下,具体以我国现行的立法体制为出发点,分析民族自治地方立法的产生、发展和进一步完善,解决民族自治地方立法的概念、特征、地位等基本理论问题,以法学分析研究方法,探讨民族自治地方立法的指导思想和基本原则,明确民族自治地方立法的具体权限和范围,并通过立法程序研究,使本课题结构基本丰满。同时,以扎实的田野工作调查为基础,结合民族自治地方的立法实践,分析和批判我国民族自治地方立法的不足和出路。

虽然我们完成了课题的研究框架以及具体研究问题,但仍然有许多遗憾和不足之处。有些问题我们提出了自己的主张和建议;有些问题我们还停留在提出问题或只作一些初步的研究层面,有待于以后深入研究;有些研究结论和理论分析,也可能存在错误之处。对所有这些不足和遗憾,希望能得到学界前辈和同仁的教诲和批评。

著者

目 录

第一章 我国民族自治地方立法的基本理论问题	1
第一节 民族自治地方立法概念的界定	1
第二节 我国的民族自治地方	13
第三节 民族自治地方的自治机关	26
第四节 民族自治地方立法的历史	30
第五节 民族自治地方立法的作用	36
第二章 民族自治地方的立法权研究	56
第一节 对我国现行立法体制的分析	56
第二节 立法权	64
第三节 我国民族自治地方的立法权	73
第四节 我国民族自治地方立法权的地位	91
第三章 民族自治地方立法的指导思想和基本原则	99
第一节 民族自治地方立法的指导思想	99
第二节 民族自治地方立法的基本原则	110
第三节 立法统一性原则	115
第四节 体现民族特点和地方特色的原则	124
第五节 正确行使变通权原则	136
第六节 保障自治机关充分行使自治权的原则	143
第七节 民主原则	150

第八节 科学原则·····	158
第四章 自治条例·····	162
第一节 自治条例概述·····	162
第二节 自治条例的监督机制·····	172
第三节 关于制定自治区自治条例问题的思考·····	190
第四节 自治条例完善问题研究·····	205
第五章 单行条例·····	215
第一节 单行条例概述·····	215
第二节 制定单行条例的法定程序·····	225
第三节 单行条例完善问题研究·····	228
第六章 变通或补充规定·····	241
第一节 变通或补充规定概述·····	241
第二节 变通或补充规定的定位及完善·····	253
第七章 自治机关变通执行和停止执行的自治权·····	258
第一节 变通执行和停止执行自治权的概念·····	258
第二节 自治机关行使变通执行或者停止 执行自治权的程序·····	261
第八章 甘肃省民族自治地方立法调查·····	263
第一节 天祝藏族自治县人民法院现状调查·····	263
第二节 临夏回族自治州民族立法调研·····	293
第三节 甘南藏族自治州民族立法调研·····	297
参考文献·····	306
后 记·····	314

第一章 我国民族自治地方立法的基本理论问题

第一节 民族自治地方立法概念的界定

一、民族自治地方立法的概念

立法是现代法治国家广泛而频繁进行的治国活动。在我国倡行依法治国,建设社会主义法治国家这一方略的今天,立法正以其基础性、紧迫性而受到国家与社会的普遍关注。民族自治地方立法是我国立法体制中一个特色鲜明的组成部分,在民族自治地方的社会生活中发挥着越来越重要的作用。

对于“民族自治地方立法”这一概念的含义,我国立法界、民族法学界在两种意义上理解它:一是狭义上把“民族自治地方制定自治法规称之为民族自治地方立法”;^①二是广义上指民族自治地方凡是有立法权的国家机关,依照各自的立法权限,按照一定的立法程序制定法律规范的活动。^②广义上的民族自治地方

① 参见敖俊德:《民族自治地方立法问题》,见吴大华主编:《民族法学讲座》,55页,北京,民族出版社,1997;吴宗金,敖俊德主编:《中国民族立法理论与实践》,382页,北京,中国法制出版社,1998;周旺生:《立法学》,231页,北京,法律出版社,2004;田成有:《地方立法的理论与实践》,130页,北京,中国法制出版社,2004。

② 陈绍凡:《我国民族自治地方立法若干问题新探》,载《民族研究》,2005(1)。

立法不仅包括民族自治地方制定自治法规,还包括自治区、自治州政府所在地的市制定地方性法规和地方政府规章的行为。但是,鉴于民族自治地方与一般地方相区别的角度来看,民族自治地方的立法应只限于制定自治法规,而不包括制定地方性法规和地方政府规章。

综上所述,本文采用狭义的民族自治地方立法说。所谓民族自治地方立法,是指民族自治地方的自治机关根据宪法和法律的规定,依照当地民族的政治、经济和文化的特点,通过一定程序制定、修改和废止自治条例、单行条例、变通规定和补充规定等自治法规的活动的总称。这是我国地方立法的一种特殊形式,也是我国社会主义立法体制的重要组成部分。

二、民族自治地方立法的特征

民族自治地方立法是我国社会主义立法体制中的重要组成部分,从性质上说,它属于地方立法的范畴,但由于民族自治地方立法在我国社会主义立法体系中的特殊地位与作用,其又具有与一般地方立法、经济特区和特别行政区立法不完全相同的一些特征。这些特征主要是:

1. 地方性

所谓地方性,一是指享有民族自治地方立法权的主体只能是实施民族区域自治的各级地方国家权力机关;二是指民族自治地方立法的内容是适应地方的实际情况,是为解决地方的事务而制定的;三是指民族自治地方立法的效力只限于本行政区域,超过本行政区域即没有约束力。

我国民族自治地方立法有特定的区域,它只存在于民族自治地方。民族自治地方,是根据当地民族关系、经济发展等条件,并参酌历史情况,所建立的以一个或几个少数民族聚居区为基础的少数民族聚居的地方。民族自治地方在地理范围上有大小之别,分为自治区、自治州、自治县三级。截止到 2003 年年底,

我国共建立了155个民族自治地方，其中包括5个自治区、30个自治州、120个自治县（旗）。我国各民族自治地方都有权立法，而一般地方并不都有立法权。我国现行民族自治地方立法的层次结构有两点不同于一般地方立法。其一，自治县都有立法权，而一般地方的县没有立法权；其二，相当于下设区、县的市的自治州都有地方立法权，而一般地方不是所有下设区、县的市都有地方立法权。^①

民族自治地方在制定自治法规的过程中，应当努力把握这一重要特性。民族自治地方立法的目的是要依法解决民族自治地方的实际需要和特殊问题，要有针对性地立法。那种在民族自治地方立法中贪大求全的倾向，是不可取的。所以，民族自治地方必须在研究自身的实际情况上下功夫，在吃透地方实际情况的基础上，着力处理好几个关系：一是处理好必要性和可行性的关系，在进行立法时既要考虑自身的需要，又要充分分析是否可行及可行的程度。二是处理好针对性与操作性的关系，民族自治地方立法条文不在多少，关键在于是否解决实际问题，针对性是否突出，否则眉毛胡子一把抓，立法的效益就会大打折扣。而针对性的重要体现就在于可操作性是否强，由于我国现在执法体制较为混乱，多头管理现象严重，如果民族自治地方立法不注重可操作性，就会导致好的立法意图无法贯彻和实施。三是处理好现实性与超前性的关系。民族自治地方立法的基点就要放在对改革开放经验教训的总结和如何依法加快民族经济发展步伐的问题之上，但同时也要把眼光放远一些，适度超前。特别是面对日新月异的发展形势，立足自治地方经济社会发展的需要，主动的超前立法。

2. 民族性

我国的民族区域自治是中国共产党解决国内民族问题的基本政

^① 田成有：《地方立法的理论与实践》，130页，北京，中国法制出版社，2004。

策，是中华人民共和国的一项基本政治制度。民族自治地方立法制度是民族区域自治制度的有机组成部分，其民族性主要体现在以下方面：一是民族自治地方立法体现了国家充分尊重和保障各少数民族管理本民族内部事务权利的精神，体现了国家坚持实行各民族平等、团结和共同繁荣的原则；二是在内容上民族自治地方立法要体现当地民族的政治、经济和文化的特点，要以解决本自治区域内的民族问题为己任。三是自治条例、单行条例在对国家法律和行政法规的规定作出变通时必须依照当地民族的特点。

由于我国的民族区域自治不是单纯的民族自治或者区域自治，而是民族自治与区域自治的正确结合，所以民族自治地方立法的地方性和民族性也不是相互分离的，二者是有机的结合在民族自治地方立法中的，特别是自治条例更是对民族自治地方的政治、经济、文化起全面的综合性调整，是地方性和民族性的完整结合。当然从单行条例、变通补充规定的制定来看，其民族性和地方性也可能有所侧重。比如甘南藏族自治州矿产资源和自然资源相当丰富，但是由于自治州经济基础薄弱，生产力发展水平较低，资源开发利用不够。所以自治州人大从这一实际出发，先后制定了《甘南藏族自治州草原管理办法》、《甘南藏族自治州保护野生动物若干规定》、《甘南藏族自治州草原防火条例》、《甘南藏族自治州矿产资源管理条例》、《甘南藏族自治州土地管理办法》、《甘南藏族自治州天然林保护条例》等一批管理和开发自然资源方面的单行条例，对加速自治州经济发展发挥了积极作用。可以说上述单行条例突出体现了甘南藏族自治州的地区性特点。当然《甘南藏族自治州发展藏医药条例》、《甘南藏族自治州藏语言文字工作条例》、《甘南藏族自治州实行〈中华人民共和国婚姻法〉结婚年龄变通规定》、《甘南藏族自治州实施〈甘肃省计划生育条例〉变通规定》就侧重于甘南的民族实际情况。

3. 民族自治地方立法具有从属与自主两重性

民族自治地方立法的从属性表现在：从法的位阶上看，法

律、行政法规是上位法，民族自治地方法规是它们的下位法，处于相对次要的地位。虽然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自治地方所作的规定做出变通规定，否则无效。《中华人民共和国民族区域自治法》（以下简称《民族区域自治法》）第五条明确规定，民族自治地方的自治机关必须维护国家的统一，保证宪法和法律在本地方的遵守和执行。在立法功能方面，民族自治地方立法负有贯彻实施法律、行政法规的责任，同时还要补充细化法律、行政法规以及先行一步为中央立法积累经验的任务。我国的立法体制和法制统一性原则要求民族自治地方立法必然从属于中央立法并与其保持一定的协调性。另一方面，我国的民族自治地方立法也有相对独立的地位。民族自治地方立法存在的原因之一，就是要以自治法规的形式调整地方内民族关系、解决地方问题，它完全可以在《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第六十六条规定的范围内独立自主地立法，积极地解决应当由自己解决的问题。民族自治地方立法可以在坚持法制统一的前提下，在法的体系、法的形式及其他方面自主地形成自己的风格。在我国现阶段，民族自治地方立法对中央立法的从属性，下级地方立法对上级地方立法的从属性，是更主要的属性。认清民族自治地方立法具有从属与自主两重性，就要防止两种片面性：一是只看到民族自治地方立法从属于中央立法的一面，把民族自治地方立法仅仅当作是为执行、补充中央立法和为中央立法积累经验存在的，因而在民族自治地方立法中不能用足、用活自治权，视野狭窄，认识保守，缺乏应有的主动性、积极性。二是过于强调民族自治地方立法的特殊性，把民族自治地方立法看成是可以脱离国家法制大局的一种纯粹的地方性活动，从而陷入褊狭的地方主义泥潭。

4. 民族自治地方立法有特定的表现形式

民族自治地方其自治法规的表现形式,主要有自治条例、单行条例、变通和补充规定、变通执行和停止执行等规范性文件。民族自治地方除有权制定上述自治法规外,有的民族自治地方如自治区和自治区政府所在地的市,还可以制定地方性法规、地方政府规章。但作为同一般地方立法相对应的特殊地方立法,在民族自治地方便是以自治条例和单行条例以及变通规定和补充规定、变通执行和停止执行等规范性文件为表现形式。

5. 民族自治地方立法权是特定的立法权

民族自治立法权属于民族自治地方的自治权范畴,同时它又是其他自治权得以有效行使的非常重要的权力。我国民族自治地方的自治机关行使双重职权,一方面是普通行政区域地方国家机关的职权,另一方面行使自治权。宪法、民族区域自治法都把立法自治权放在首要位置。民族自治地方立法自治权是自治权力体系中重要的组成部分,立法自治权是否充分行使是检验自治权落实情况的重要标志。同时,民族自治地方立法为民族自治地方享有其他自治权提供必要的法律保护,为其他自治权行使提供可靠的制度环境。^①自治权十分广泛,以立法的形式使自治权得以行使的民族自治地方立法,比一般地方立法的范围也更显广泛,它可以规定的不少事项是一般地方立法涉及不到的。自治权的内容十分重要,使这些重要的权力得以通过法的形式加以实现的民族自治地方立法,比一般地方立法的内容也更显重要,许多重大的一般地方立法不能调整的事项,民族自治地方立法都可以予以调整。民族自治地方立法权的特定性还表现在其立法依据、立法程序以及与中央立法的关系方面,也呈现出不同于一般地方立法的显著特色。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政

^① 吴宗金主编:《中国民族区域自治法学》,80页,北京,法律出版社,2004。

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大常委会批准后生效,自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市人大常委会批准后生效,这种程序以及与中央立法的关系,与一般地方立法不同。自治条例和单行条例可以根据当地民族的特点,对法律和行政法规做出变通规定,但不得违背法律或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自治地方所作的规定做出变通规定,这种变通权以及中央法律、行政法规的关系,地方性法规一般是不存在的。这些情况的存在,使民族自治地方立法在它的从属性和自主性方面,与一般地方立法迥然有别。^①

6. 民族自治地方立法具有优先适用效力

自治条例和单行条例是民族自治地方的人民代表大会依照当地民族的政治、经济和文化的特点制定的,是一种特殊的地方立法。我国是一个统一的、多民族的国家,为了保护少数民族的平等权益,宪法和民族区域自治法赋予民族自治地方享有自治权,其中包括制定自治条例和单行条例的权力。自治条例和单行条例不同于一般的地方性法规,虽然它也是地方国家权力机关制定的,但它可以变通法律、行政法规。全国人大及其常委会通过的刑法、民法通则、婚姻法、继承法、收养法、民事诉讼法、妇女权益保护法等多部法律都规定民族自治地方可以对该法作变通或补充规定。《立法法》第六十六条进一步明确规定自治条例和单行条例可以根据当地民族的特点,对法律、行政法规的规定作出变通规定。由此可见,在民族自治地方,自治法规有优先适用的效力。如《立法法》第八十一条规定:“自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、

① 周旺生:《立法学》,232页,北京,法律出版社,2004。

行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。”《中华人民共和国行政诉讼法》第五十二条也规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”

目前我国有许多学者认为民族自治地方立法有特定的立法主体，它是由民族自治地方的人大所进行的立法，而不是由人大、人大常委会、政府都能进行的立法。^①对此我个人有不同理解，如果从《立法法》第六十六条来看，民族自治地方的自治条例、单行条例只能由人大来制定，这是毫无疑问的。但是在我国，民族自治地方立法的范围除了制定自治条例、单行条例以外，还包括其他法律赋予民族自治地方可以制定变通规定或补充规定的权力。如我国刑法、婚姻法、森林法、继承法、民法通则、民事诉讼法、收养法、妇女权益保障法等多部法律中，都在其附则中运用某一条款明确规定了民族自治地方的人民代表大会（有的规定常委会）可以根据该法的基本原则制定变通或着补充规定。其中森林法和国旗法规定的是民族自治地方的自治机关，而自治机关包括自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府；收养法规定的是民族自治地方的人大及其常委会；继承法、民法通则、婚姻法、民事诉讼法规定的是民族自治地方的人大；刑法规定的是自治区的人大。可以说在我国现阶段变通规定、补充规定的制定机关是比较混乱的，其既包括人大，也包括人大常委会和政府。对此我个人认为民族自治地方的人大不是惟一的立法主体，其立法主体还可以是民族自治地方的人大常委会和人民政府。

民族自治地方立法，是中国国情的要求和表现，在中国立法体

^① 周旺生：《立法学》，232页，北京，法律出版社，2004；田成有：《地方立法的理论与实践》，130页，北京，中国法制出版社，2004。

制中有不可或缺的地位和作用。中国是统一的多民族的国家,各民族在政治、经济、文化以及其他许多方面发展很不平衡,特别是汉族与少数民族发展很不平衡。实行民族区域自治,保护各少数民族的利益,是国家的一项基本政策、基本制度。民族自治地方立法制度是民族区域自治制度的有机组成部分,民族自治地方立法制度的完善推动着民族区域自治制度的发展。实行少数民族自治地方立法制度,是实现和保护各少数民族利益、促进各民族共同繁荣所必需的。

三、民族自治地方立法与相关概念的界定

1. 民族立法与民族自治地方立法

民族立法也叫民族法的制定,它是指具有立法权的国家机关依照法定程序,在法定职权的范围内制定、修改、废止有关处理民族关系的法律和其他规范性文件的活动。民族立法的内容是关于处理民族关系的法律或规范性文件,这是民族立法区别于调整其他社会关系立法的重要特点。^①

从民族立法的概念上我们可以得出这样一个结论,即民族自治地方立法属于民族立法的范畴,民族立法包含民族自治地方立法,二者属于从属关系。但是这种简单的比较并不能使我们对民族自治地方立法在民族立法中到底处于何种地位有一个比较清晰的了解,对此有必要对二者在不同层面上加以比较分析。

首先,以民族立法机关的级别为标准,有中央立法机关和地方立法机关之分。在我国现时期,中央立法机关包括全国人大及其常委会以及国务院及其所属部门。我国的地方立法机关是省、自治区、直辖市的人大及其常委会、民族自治地方的人大及其常委会和省会城市、经国务院批准的较大的市的人大及其常委会。除自治

^① 吴宗金,张晓辉主编:《中国民族法学》,133页,北京,法律出版社,2004。

州、自治县外，这些地方人民政府也属于地方立法机关的范围。由此可见，民族自治地方立法的主体首先不是中央立法机关，其次也不是所有的地方立法机关，而是民族自治地方的立法机关。

其次，以立法机关是否享有自治权为标准，地方立法机关有一般地方立法机关和民族自治地方立法机关之分。一般地方立法机关是指省、自治区、直辖市的人大及其常委会，省、自治区、直辖市的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大及其常委会。这些地方人民政府也属于一般地方立法机关的范围。作为一般地方立法机关行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关职权，一般地方立法机关也可以进行民族立法，如《甘肃省实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉若干规定》、《广东省实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉若干规定》，但一般地方立法机关的民族立法权限不包括自治权，也不能对法律和行政法规的规定作出变通规定。而民族自治地方的立法机关除了行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关职权外，同时还依照宪法、民族区域自治法和其他法律的规定行使自治权，根据《立法法》第六十六条的规定，民族自治地方的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。

最后，就民族立法的存在形式来看，其可以是独立的法律，如民族区域自治法，也可以是非独立而与其他法律合一的调整民族关系的法律条文，如存在于宪法、民法、刑法、行政法、诉讼法中的有关调整民族关系的法律条文。可以说，我国民族法的存在形式是多样化的，其渊源主要有以下几种法律形式：宪法，民族区域自治法，其他包含调整民族关系内容的基本法和法律，关于调整民族关系的行政法规，自治法规，有关调整民族关系的地方法规，国际条约中关于处理民族关系的规定。因此我们也可以看出民族自治地方的自治法规只属于民族法的一种渊源形式。

2. 地方立法与民族自治地方立法

地方立法，指特定的地方国家机关，依法制定和变动效力不