

民族自治地方

法律变通研究

MINZU ZIZHI DIFANG FALU BIAOTONG YANJIU

张殿军 著



人民
教
出
社

民族自治地方

法律变通研究

MINZU ZIZHI DIFANG FALU BIAOTONG YANJIU

张殿军 著



人
民
出
版
社

文字编辑：李琳娜

责任编辑：洪 琼

图书在版编目（CIP）数据

民族自治地方法律变通研究 / 张殿军 著，—北京：人民出版社，2016.8

ISBN 978-7-01-016321-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2016）第 128933 号

民族自治地方法律变通研究

MINZU ZIZHI DIFANG FALÜ BIAN TONG YANJIU

张殿军 著

人民出版社 出版发行

（100706 北京市东城区隆福寺街 99 号）

北京中科印刷有限公司印刷 新华书店经销

2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月北京第 1 次印刷

开本：710 毫米 × 1000 毫米 1/16 印张：17.75

字数：300 千字

ISBN 978-7-01-016321-5 定价：59.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话（010）65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书，如有印制质量问题，我社负责调换。

服务电话：（010）65250042

本书为教育部人文社会科学研究规划基金项目

“民族自治地方法律变通研究”

（项目编号：11YJA850029）的最终成果。

序

吴大华^①

我国是一个统一的多民族国家，地域广阔，人口众多，少数民族人口占有相当比重。2010年人口普查数据显示，各少数民族人口近1.14亿人，占全国总人数的8.49%。在55个少数民族中，有44个建立了民族区域自治地方。从我国民族分布格局的历史形成过程来看，我国自古就是一个多民族国家，中华各民族、各地区之间形成了不可分割的相互依存关系。先秦时期分属不同族系、聚居各地的众多民族，历经秦汉魏晋南北朝时期八百余年的民族大迁徙和大流动以及隋唐宋元时期民族分布格局的不断变化调整，逐渐形成“大杂居、小聚居”的民族分布格局。迨至清朝，这种民族分布的格局和态势趋于定型和稳固。作为我国基本政治制度之一的民族区域自治制度就是紧密结合我国统一多民族国家历史发展的客观实际和现实多民族分布格局而确立的。民族区域自治制度坚持统一和自治相结合、民族因素和区域因素相结合，是中国特色解决民族问题的正确道路的重要内容。各民族的差异性以及近代以来民主和民族意

① 贵州省社会科学院院长，法学博士后、经济学博士后，二级研究员，华南理工大学、中央民族大学、云南大学、贵州民族大学博士生导师。中国法学会常务理事、中国世界民族学会副会长、中国民族法学研究会常务副会长、中国人类学民族学研究会副会长暨法律人类学专业委员会主任等。第三届全国十大杰出中青年法学家，全国首届杰出专业技术人才，教育部第四届“高校优秀青年教师奖”获得者，2007年被评为“新世纪百千万人才工程国家级人选”，2008年和2011年入选“中国杰出人文社会科学家”。

识的增强,决定了中国实行单一制必须充分考虑各民族的特点和具体利益。但各民族在语言文化、风俗习惯、心理认同等方面仍存在一定差异,在自然条件和经济社会发展程度上有着很大的不同。因此,在中国实行单一制的国家结构形式,必须充分尊重和照顾少数民族的特点与利益,否则会给民族团结和国家统一带来不利影响。

在以中原儒家法律文化为核心的中华法系多元一体的格局中,中国历史上的各少数民族,由于自然地理、风俗习惯、文化发展、经济状况、历史与宗教传统的差异,在长期的社会生活实践中形成了内容各异、各有特征的法文化与法观念,与华夏民族文化之间呈现明显的差别。在现实生活中,民族自治地方在政治、经济和文化方面具有自身的特点,法律适用的对象、情境存在着一定程度的差异,法律的普遍性和统一性始终面临着各种差异性要求的挑战。如何因应国家法的统一性与民族自治地方差异性,就成为民族区域自治制度必须要面对的问题。现代社会绝大多数国家都注重奉行法律面前一律平等的原则,在法律上承认不同民族、不同性别、不同群体的平等法律地位,但是却普遍忽略了少数人的差别性和特殊性,忽略了多民族国家如何协调分歧包容多样与差异的制度设计与运行机制,在某种意义上容易导致以形式上的平等掩盖实质的不平等。只有充分考虑到少数民族的特点和权利需求,保证他们和大多数人的权利一样受到保护,才能逐步实现真正的平等。民族自治地方的法律变通正是在国家统一法律框架下,实现尊重差异、包容多样的创造性制度设计。

法律变通主要是指民族自治地方的立法机关依据宪法、民族区域自治法和立法法的基本原则和相关规定,根据当地民族的政治、经济和文化特点,对于法律、行政法规不适合于民族自治地方的部分作出适当变更或补充使之符合民族自治地方的立法活动。宪法和法律不但赋予民族自治地方制定自治条例和单行条例的立法自治权,通过对法律和行政法规的变通以更好地实现自治,而且还明确规定,上级国家机关的决议、决定、命令和指示,如有不适合民族自治地方实际情况的,自治机关可以经法定程序变通执行或者停止执行。法律变通能够解决法律、行政法规个别条款的适用可能会给民族自治地方个案造成的实质不公平,使统一性和差异性得以有机和谐统一。当然,法律变通并不意味着民族自治地方可以完全抛开国家法另起炉灶,我国宪法明确规定,国家维护社

会主义法制的统一和尊严，一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。法律变通也是有限度和底线的，法律变通不能破坏我国社会主义法制的尊严和统一。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，但不得违背法律和行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所做的规定作出变通规定。变通执行或者停止执行上级国家机关不适合民族自治地方实际情况的决议、决定、命令和指示，自治机关也必须报经该上级国家机关批准。

法律变通是我国民族法的“中国特色”和“民族特色”的具体体现。保有和加强民族法上的“中国特色”，就是要以宪法和民族区域自治法为根本准则，制定民族法律时，既要符合中国多民族的国情，又要符合民族自治地方的特点；既要符合全国各族人民的共同意志和利益，又最集中地反映少数民族的特殊利益和特殊要求。民族法制建设的实践是中国特色民族法律体系形成与完善的基础，民族立法的规范化与系统化是中国特色民族法律体系形成与完善的途径。民族自治地方的变通与补充规定是我国民族法律法规体系的重要组成部分，是最能集中反映少数民族的特殊利益和特殊要求，突出和凸显地方特色与民族特色的内容，因而也是更好地体现“因地制宜”“因俗而治”的关键所在。当然，这种变通和古代的羁縻治策对少数民族用军事和政治手段加以控制，以经济和物质利益给以抚慰笼络有着本质的区别。

党的十八届四中全会提出，全面推进依法治国，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。要形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系。对于民族法治来讲，就是要建立以民族区域自治法为核心的更加完备的民族法律法规体系，推动民族事务治理走上法治化道路，实现民族事务治理体系与治理能力现代化。具有中国特色的民族法律法规体系已初步形成，拓展了我国社会主义法律体系的实践内涵和理论空间，极大地调动了少数民族和民族地区的积极性和创造性，有力地促进了少数民族和民族地区的发展，切实保障了少数民族的各项权益。但是我们也必须看到，这个体系是初步的，不完善的，民族法律法规体系在内容的完备性、系统性和可操作性方面，与少数民族和民

族地区加快发展的迫切要求和现实需要,尚有一定的距离。加强民族法制建设,以法治思维和法治方式解决民族矛盾和问题,推动民族工作走上法治化道路,离不开完备的民族法律法规体系。只有形成完备的民族法律法规体系,民族团结才有保障,民族关系才会牢固。就民族自治地方法律变通这个具体的内容而言,学者们关注的不多,研究的还不够深不够透,综合性、系统性的研究成果尚不多见。从立法层面来看,民族自治地方往往还存在着“一刀切”的思维模式,没有用足用好国家法律赋予民族自治地方的变通权。

张殿军博士敏锐地捕捉到了这个“学术资源”,近年来潜心于民族法学的教学与科研工作,对法律变通的相关议题多有心得并笔耕不辍,在《民族研究》等权威、核心期刊上发表了一系列论文,获批了国家社科基金、教育部人文社科等科研项目,是我国民族法学界近几年涌现的比较突出的青年才俊之一。2013年12月在北京参加中国民族法学研究会年会期间,殿军博士索序于我,我欣然应允。书稿即将付梓,可喜可贺。目前专门研究法律变通的成果还不多见,殿军博士独辟蹊径的研究为民族法学打开了一片别有洞天的学术空间。书中对民族自治地方法律变通的本体问题、法律变通制度基础与价值蕴含、民族自治地方立法现状及问题、变通执行与停止执行、能动司法与法律变通关系、少数民族习惯法经由法律变通上升为国家法等诸多问题做了较为详尽的描述、论证和探索,本书的选题和研究有助于拓展民族法学研究的广度和深度,具有很强的理论意义和实践价值。

作为国内研究民族自治地方法律变通的第一本学术专著,本书不可能尽善尽美,还存在着一些不足,对法律变通有关问题的研究还不够全面和深入。如对变通立法的实施还没有用足笔墨专门加以研究、对变通立法的实证分析也仅仅停留在文本方面。从法律变通的范围来看,本书只关注了刑法和婚姻法的变通,对其他的实体法和程序法则没有涉及等。然而,瑕不掩瑜,本书存在的不足也恰好表明对法律变通的研究尚有继续探讨的空间。希望殿军博士百尺竿头,更进一步,在今后的学术生涯中对有关问题继续加以深入探究,取得更多更好的成果。

是为序。

2015年12月18日

目 录

序.....	吴大华	1
导 言.....		1
第一章 民族自治地方自治立法.....		4
第一节 自治立法的制度基础.....		4
第二节 我国的立法体制与民族立法体制.....		10
第三节 民族自治地方一般性地方立法与自治立法比较.....		15
第二章 民族自治地方法律变通的基本问题.....		23
第一节 法律变通概述.....		23
第二节 法律变通的性质.....		28
第三节 变通立法的制定.....		47
第四节 民族自治地方立法变通与经济特区立法变通比较.....		59
第三章 民族自治地方法律变通的价值与基础.....		66
第一节 法律变通的价值蕴含.....		66
第二节 因俗而治的历史传统.....		78

第三节 变通立法的文化阐释·····	86
第四章 我国民族区域自治地方变通立法实证分析·····	105
第一节 变通立法实证分析的相关背景·····	105
第二节 我国民族自治地方变通立法概况与存在的问题·····	107
第三节 完善我国民族区域自治地方变通立法的对策建议·····	123
第五章 我国民族自治地方刑法变通的反思与重构·····	129
第一节 民族自治地方刑法变通的性质及依据·····	129
第二节 我国刑事变通立法缺失的深层原因·····	134
第三节 刑法变通缺失下的基层刑事司法实践·····	141
第四节 现行制度的空间以及刑法变通的规范设计·····	147
第六章 婚姻法变通及其适用·····	167
第一节 婚姻法变通的内容及其适用·····	168
第二节 婚姻法变通存在的主要问题·····	172
第三节 完善我国婚姻法变通的对策措施·····	174
第七章 变通执行与停止执行·····	179
第一节 变通执行与停止执行的性质及对象·····	179
第二节 变通规定与变通执行或者停止执行的关系·····	182
第三节 变通执行与停止执行的程序·····	184
第四节 变通执行与申请执行的完善·····	186
第八章 民族自治地方能动司法与法律变通·····	190
第一节 能动司法的内涵·····	190
第二节 民族自治地方司法能动的现实理由·····	193
第三节 民族自治地方能动司法的路径及制约·····	197
第四节 寻求民族自治地方能动司法与法律变通的良性互动·····	203

第九章 法律变通：少数民族习惯法的制度空间·····	205
第一节 少数民族习惯法概述·····	206
第二节 少数民族习惯法与国家法的关系·····	220
第三节 少数民族习惯法的制度空间·····	232
第四节 少数民族习惯法的制度化命运·····	239
第五节 少数民族习惯法的合法化路径·····	241
主要参考文献·····	248
民族区域自治地方变通补充规定目录·····	258
后 记·····	274

导 言

民族自治地方法律变通是实施民族区域自治制度的自治权之一，是指民族自治地方的权力机关和行政执法部门，根据法律法规的授权和当地民族的政治、经济、文化等特点，以变通立法或变通执行的形式，保证国家法律法规在本地区正确贯彻实施的一种地方性民族自治权。它一方面注意到了国家法律的统一性对于现代民族国家的建构的重要意义，另一方面也注意到少数民族的特殊性，通过变通国家法律的形式对少数民族人民特殊的权利和利益给予了特别的保护。法律变通的规定和实践给我国民族区域自治制度的落实和完善提供了有力的工具和广阔的空间，保证了少数民族人民权益的切实实现和机会平等。重视法律变通的价值，加强变通立法的理论研究，完善变通立法，是深入贯彻落实民族区域自治制度，实现民族平等，保证各民族共同团结奋斗、共同繁荣发展的重要途径。

我国现行宪法和民族区域自治法对变通立法做了原则规定，立法法明确规定了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。刑法、民法通则、民事诉讼法、婚姻法等多部法律规定了变通立法的授权条款。我国初步建立起了较为完备的民族法律法规体系，其中变通补充规定对于少数民族地区的特殊情况“拾遗补缺”，起到了沟通国家法的统一性、普遍性与少数民族政治、经济和文化特点的多样性与特殊性之间的桥梁和纽带作用，是统一的多民族国家实现社会治理的有效手段。但是，无论在理论还是实践上都存在着各种各样的问题。

首先,具体立法方面存在着明显不足。截至2011年8月底,民族自治地方共制定现行有效的自治条例和单行条例780多部,^①其中对婚姻法、继承法、选举法、土地法、草原法等法律的变通和补充规定约70余件。从变通规定的内容看,变通立法较为单一,对重要的部门法——刑法、民法、民事诉讼法等的变通至今阙如,浪费了极其稀缺的立法资源。以刑法为例,我国刑法自1979年颁布至今已30余年,尚没有任何一个民族自治地方对刑法做过变通或补充规定,这就难以避免特定案件无法可依的状况,使罪刑法定原则无法彻底贯彻落实。

其次,民族自治地方认识不到位。由于中国两千多年的封建社会大一统的思想和新中国成立后高度集中的政治体制和传统的计划经济体制的影响,无论是行使自治权的民族地方的立法机关,还是民族自治地方的上级国家机关,对变通权行使的必要性和紧迫性都缺乏足够的认识。特别是在民族自治地方的上级国家机关中,强调统一、稳定的多,重视各民族自治地方特点的少,“一刀切”的思维定式还有着强大的惯性。而民族自治地方则谨小慎微,对变通权的行使缺乏主动性和创造性,导致民族区域自治法律法规贯彻不力、难以落实,使得民族区域自治法配套法规的制定和实施缺乏行之有效的机制作保证。理论研究的薄弱和欠缺,也使得法律变通权的行使缺少理论和智力上的支持。因此,变通法律规定作为民族自治地方法律体系的重要组成部分,要发挥其应有的作用,要从理论上给予其有力的支撑,从制度上加以不断优化和完善。

最后,尽管近年来出现了一些相关的研究成果,但从总体上看,研究队伍较为薄弱,研究主体零星分散,很难入主流法学专家学者的法眼,目前的研究基本上还处于各自为政的分散研究阶段。还有一个问题是,民族法学按目前的学科分类是民族学的二级学科,而民族学理论工作者由于缺少法学专业的训练和相关知识的积累,抑或不认同目前的学科分类,民族学界对此也鲜有人关注,这也因此限制了作为民族法学研究一部分的法律变通研究的各级科研项目的立项和资助。因而研究层次有待提高,还需要进一步整合来形成系统深入

① 国务院新闻办公室:《中国特色社会主义法律体系》白皮书,2011年10月27日,见http://www.scio.gov.cn/zfbps/ndhf/2011/Document/1034943/1034943_3.html。

的、有代表性的高水平研究成果，相对于其他法律制度和法律现象而言，法律变通还没有得到学界应有的关注。从既有成果来看，从宏观角度探讨的多，关注细节的少；从法律视角研究的多，从政治学的视野研究的少；针对某一部门法考察的多，全面整体论述的少；低水平重复的成果多，透彻机理的分析少；或者仅止于政策层面的阐释，缺乏学理法理视角的深入探究。根据中国知网（CNKI）所收录的文献来看，截至2014年8月31日的资料统计，20几年来以“法律变通”为主题一些论文约有70篇，相关的硕士论文14篇，博士论文为3篇。全面、系统地对法律变通的理论和实践进行深入研究的结果尚不多见，现有的理论成果不能为变通立法提供强有力的支撑。民族自治地方法律变通的理论与实践需要更多的研究和关注。

本书力求系统地阐述我国民族自治地方变通的依据、主体、程序等基本理论，梳理相关法律文本中的矛盾与冲突，分析法律变通立法的现状及其原因以及民族自治地方的司法实践状况；通过总结分析，廓清一些理论争议和盲区，提出相关变通立法的建议和司法对策，为立法和司法部门提供有价值的参考，以期有助于推动变通立法的完善和发展。

第一章 民族自治地方自治立法

民族自治地方享有广泛的自治权，立法自治权是其中最重要的一种基础性权力。民族区域自治制度的实现需要具体的法律制度作为依托，民族自治地方立法自治权的行使实现了民族区域自治从宏观制度到可具体实施的法律规范转变。立法是指特定的国家机关，依据一定的职权和程序，制定、认可、修改、补充、废止、解释和监督法的活动。立法权是特定的国家机关依法享有的产生与变更法的一种国家权力。在我国的国家权力体系中，立法权具有极其重要的地位。在某种意义上说，国家的其他权力，如行政权、司法权、人事任免权、重大问题决定权等，都是由立法权派生出来的，因为其他国家权力都要依法确立与享有。^①法律变通是民族自治地方行使立法自治权的重要表现，民族区域自治制度是法律变通的制度基础和保障。

第一节 自治立法的制度基础

一、统一的多民族国家构建与民族区域自治

中国共产党自 1921 年成立后，就积极探索解决中国民族问题的正确道路，

^① 李步云、汪永清：《中国立法的基本原理和制度》，中国法制出版社 1998 年版，第 27 页。

成功地制定和执行了民族政策，团结并带领全国各族人民取得了新民主主义革命的胜利。1949年9月召开的中国人民政治协商会议第一届全体会议，中国各民族各民主党派共商建国大计，对国家结构形式做了认真严肃的考虑，经各民族共同讨论协商，确立了中国建立单一制的人民共和国，在各少数民族聚居的地区实行民族区域自治。^①1949年9月的中国共产党无论是在实践上还是在理论准备上都已经走向了少数民族区域自治制度。

《中国人民政治协商会议共同纲领》（以下简称《共同纲领》）正式确立民族区域自治为解决中国民族问题的基本国策和政治制度，以法律的形式确认了党的民族政策，成为新中国成立初期民族立法的基础。《共同纲领》揭开了新中国民族区域自治法制建设的序幕。《共同纲领》在“总纲”中宣示：“中华人民共和国境内各民族，均有平等的权利和义务。”在第六章“民族政策”（第50—53条）中对各民族的平等地位、民族自治地方的建立、自治机关的组成做了更为详尽的规定。《共同纲领》第51条规定：“各少数民族聚居的地区，应实行民族的区域自治，按照民族聚居的人口多少和区域大小，分别建立各种民族自治机关。凡各民族杂居的地方及民族自治区内，各民族在当地政权机关中均应有相当名额的代表。”我国的少数民族不是实行民族分立或独立，不是建立民族独立政府或民族共和国，而是在统一的中华人民共和国境内，在自己的聚居地区，实行民族的区域自治，建立自治机关，行使自治权。《共同纲领》对民族区域自治的提法也加以规范，此前有时称为“自治”，有时称为“民族自治”，《共同纲领》统一规定为“民族区域自治”，使之在概念上更加准确、明晰，避免了单纯以“民族”为单位实施自治的误解，体现了我国以民族聚居区为基础实施民族自治与区域自治相结合的特点。

《共同纲领》关于民族政策的具体规定充分体现了周恩来在《人民政协共同纲领草案的特点》的说明中所指出的：“新民主主义民族政策的基本精神是使中华人民共和国成为各民族友爱合作的大家庭，必须反对各民族的内部的公敌和外部的帝国主义。而在各民族的大家庭中，又必须经常反对大民族主义和狭隘民族主义的倾向。各少数民族的区域自治、武装权利及其宗教信仰之被尊

^① 张尔驹：《中国民族区域自治的理论与实践》，中国社会科学出版社1988年版，第62—63页。

重，均在条文中加以明确的规定。”^①

民族区域自治由党的民族政策确立为现实的政治制度并取得宪法性地位以后，全面开始了相应的制度建构。^②1952年2月政务院通过、1952年8月中央人民政府委员会批准施行的《民族区域自治实施纲要》，以《共同纲领》所确立的原则为依据，就民族区域自治问题做了详细规定。该实施纲要分为总则、自治区、自治机关、自治权利、自治区内的民族关系、上级人民政府的领导原则和附则共7章、40条。其中，第2条规定：“各民族自治区统为中华人民共和国领土的不可分离的一部分。各民族自治区的自治机关统为中央人民政府统一领导下的一级地方政权，并受上级人民政府的领导。”这就明确了自治地方和自治地方政权的法律地位，自治不是独立和分立的自治，而是中央统一领导下的自治。第4条确定了各种自治区的设立标准：各少数民族聚居的地区，依据当地民族关系，经济发展条件，并参酌历史情况，得分别建立下列各种自治区：（1）以一个少数民族聚居区为基础而建立的自治区。（2）以一个大的少数民族聚居区为基础，并包括个别人口很少的其他少数民族聚居区所建立的自治区。包括在此种自治区内的各个人口很少的其他少数民族聚居区，均应实行区域自治。（3）以两个或多个少数民族聚居区为基础联合建立的自治区。此种自治区内各少数民族聚居区是否需要单独建立民族自治区，应视具体情况及有关民族的志愿而决定。在《共同纲领》和《民族区域自治实施纲要》基础上，1954年宪法总结了民族区域自治实践的经验，以国家根本大法的形式进一步肯定了民族区域自治制度。其中，总纲中第3条规定：“中华人民共和国是统一的多民族的国家。各民族一律平等。禁止对任何民族的歧视和压迫，禁止破坏民族团结的行为。……各少数民族聚居的地方实行区域自治。各民族自治地方都是中华人民共和国不可分离的部分。”1954年宪法以根本大法的形式，确定了民族区域自治的法律地位。1954年宪法对民族自治地方的自治机关做了较为详尽的规定，把自治机关确定为自治区、自治州和自治县三级体制，并

① 周恩来：《人民政协共同纲领草案的特点》，2004年12月15日，见 http://news.xinhuanet.com/ziliao/2004-12/15/content_2336979.html。

② 周平：《民族区域自治制度在中国的形成和演进》，载黄卫平、汪永成主编：《当代中国政治研究报告V》，社会科学文献出版社2007年版。