



21世纪法学系列教材

特色课系列

民族法学

熊文钊 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

特色课系列

民族法学



田 艳 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民族法学/熊文钊主编. —北京:北京大学出版社,2012.9

(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-16279-8

I. ①民… II. ①熊… III. ①民族事务-法学-中国-高等学校-教材
IV. ①D922.154

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第197790号

书 名: 民族法学

著作责任者: 熊文钊 主编

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 978-7-301-16279-8/D·3163

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62757785 出版部 62754962

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 31.75印张 600千字

2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷

定 价: 56.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

绪论	(1)
----------	-----

第一编 民族法学基础理论

第一章 民族法现象及其基本理论	(17)
第一节 民族法概论	(17)
第二节 民族关系的法律调整	(25)
第三节 民族法基本原则	(37)
第四节 民族法的表现形式	(44)
第二章 民族法的制定	(51)
第一节 民族立法概述	(51)
第二节 中央民族立法	(62)
第三节 民族自治地方立法	(72)
第四节 一般地方的民族立法	(80)
第三章 民族法的实施	(84)
第一节 民族法实施的主体	(84)
第二节 民族法实施的措施	(87)
第三节 民族纠纷及其处理	(94)
第四节 民族法的监督保障机制	(104)
第五节 民族法律责任	(108)
第四章 中国历史上的民族法	(111)
第一节 中国古代民族法	(111)
第二节 中国近代民族法	(120)
第三节 中国当代民族法	(129)

第二编 民族区域自治制度

第五章 民族区域自治制度概述	(139)
第一节 民族区域自治的概念	(139)
第二节 民族自治地方	(145)
第三节 民族自治地方的自治机关	(152)
第六章 民族自治地方的自治权	(156)
第一节 民族区域自治权概述	(156)

第二节	政治类自治权	(161)
第三节	经济类自治权	(167)
第四节	文化类自治权	(174)
第五节	其他类自治权	(181)
第七章	上级国家机关的职责	(187)
第一节	上级国家机关职责的概述	(187)
第二节	上级国家机关的职责原则	(190)
第三节	上级国家机关的职责的方式	(193)
第三编 少数民族人权保障		
第八章	中国少数民族政治权利	(213)
第一节	少数民族政治权利概述	(213)
第二节	少数民族的平等权	(217)
第三节	少数民族的选举权和被选举权	(219)
第四节	少数民族的参政权	(222)
第九章	中国少数民族经济权利	(226)
第一节	少数民族经济权利一般理论	(226)
第二节	少数民族经济权利体系的基本构成	(229)
第三节	少数民族经济权利的法律保障	(240)
第十章	中国少数民族文化权利	(244)
第一节	少数民族文化权利概述	(244)
第二节	少数民族文化权利的立法保障	(251)
第三节	少数民族文化权利的司法保障	(256)
第四节	少数民族文化权利的行政保障	(259)
第十一章	中国少数民族语言权利	(263)
第一节	少数民族语言权利概述	(263)
第二节	少数民族语言权利的法律保障	(268)
第十二章	中国少数民族宗教权利	(279)
第一节	少数民族宗教权利立法保护	(279)
第二节	少数民族宗教权利司法保护	(285)
第三节	少数民族宗教权利行政保障	(288)
第十三章	中国少数民族受教育权	(291)
第一节	少数民族受教育权概述	(291)
第二节	少数民族受教育权保护的现状	(293)
第三节	我国少数民族受教育权保障完善的路径分析	(298)

第十四章 中国散居少数民族法律制度	(307)
第一节 散居少数民族法律制度概述	(307)
第二节 散居少数民族的合法权益及其保护	(310)
第三节 城市散居少数民族工作法制建设	(318)
第四节 民族乡散居少数民族法制工作建设	(324)

第四编 少数民族习惯法

第十五章 少数民族习惯法概述	(335)
第一节 少数民族习惯法的表现形式	(335)
第二节 少数民族习惯法的形成	(337)
第三节 少数民族习惯法的特点	(340)
第四节 少数民族习惯法的功能	(343)
第十六章 少数民族习惯法的内容	(347)
第一节 社会组织与头领习惯法	(347)
第二节 生产习惯法	(353)
第三节 民事习惯法	(356)
第四节 宗教及社会交往习惯法	(364)
第五节 纠纷解决习惯法	(368)
第十七章 少数民族习惯法的当代变迁	(375)
第一节 少数民族习惯法和国家制定法的融合与发展	(375)
第二节 少数民族习惯法与国家法的冲突	(381)

第五编 比较民族法

第十八章 比较民族法概述	(389)
第一节 美洲和大洋洲民族立法	(389)
第二节 俄罗斯民族立法	(396)
第三节 亚非民族立法	(399)
第十九章 国际文件中的少数人权利保护	(402)
第一节 国际上少数人权利保护的法律效力文件	(402)
第二节 种族平等权利的国际保护	(406)
第三节 国际法上少数人权利保护的内容	(410)
第四节 少数人权利保障机制和救济机制	(416)
第二十章 保留地	(422)
第一节 保留地制度概述	(422)
第二节 发达国家的保留地制度	(424)

第三节	发展中国家的保留地制度	(435)
第二十一章	世界各地的多元文化主义	(439)
第一节	多元文化主义理念	(439)
第二节	加拿大多元文化主义	(443)
第三节	美国多元文化主义	(451)
第四节	澳大利亚多元文化主义	(454)
第二十二章	世界各地的肯定性行动	(462)
第一节	肯定性行动相关理论	(462)
第二节	肯定性行动在各国的实践	(466)
第三节	中国特色的“肯定性行动”	(477)
第二十三章	世界各地的民族自治	(480)
第一节	民族自治理论	(480)
第二节	民族自治的实践	(485)
后记		(496)

绪 论

一、民族法学的性质

民族法学是什么?这是每一个初学民族法学的人首先会遇到的问题。事实上,民族法学的定义科学与否,直接关系到整个民族法学学科的基础与发展——至少本学科内绝大多数重要学术问题的回答要以此为基础,当然也包括回答“民族法学性质为何”的问题。对于民族法学的定义,学界的观点大同小异。有学者认为:“民族法学是研究一切多民族国家内部如何用法律手段处理和调整民族关系的学科。”^①也有学者认为:“民族法学是以调整民族关系的法律现象为研究对象的科学。”^②简言之,一国以法律的手段对民族关系及其相关问题进行调整,以这一现象为研究对象的法学学科就是民族法学。^③

对于民族法学的性质,与其进行通常的语言描述,不如通过学界一个著名的争论来呈现更为生动。长久以来,学界对于民族法学的独立性问题展开了旷日持久的争鸣,从学科耆宿到术业新兵,许多人都曾加入到这场大讨论之中。有学者认为:“民族法仅是一个法域范畴,而并非调整某一特定性质的社会关系的部门法”^④。也有学者认为民族法是一个独立的部门法。“民族法以一个独立的部门法的面貌出现,使它在我国社会主义法律体系中占有一席之地,从而一门以民族法为研究对象的新兴学科民族法学即应运而生。”^⑤“民族法是以民族关系为主要调整对象的法律部门。”^⑥

从民族法学发展的角度而言,我们可以深切体会民族法学者对于民族法作为一个独立法律部门、民族法学作为一门独立法学学科的渴望。但是,抛开狭隘学科门户视角来看,民族法或者民族法学独立性的争论的关键在于厘清对法律部门和法学学科两个基本概念的认知。有学者认为:“在法学体系之中,有在部门法基础之上建立的法学学科,也有在其他部门法的法域范畴基础之上建立的法学学科,如经济法、民族法、军事法等,或是在其他法学范畴基础之上建立的法

① 史筠:《关于民族法学问题》,载《中国法学》1991年第5期,第38页。

② 吴宗金:《民族法学导论》,广西民族出版社1990年版,第7页。

③ 需要注意的是,民族法学与民族法在学界被混用的状况比较明显,但两者在实质上是完全不同的概念。我们将在本书第一章第一节详细论述二者的区别。

④ 熊文钊:《论民族法学的性质问题》,载《中央民族大学学报》2000年第2期,第128页。

⑤ 吴大华:《试论民族法学的研究对象方法和任务》,载《贵州民族研究》1990年第1期,第112页。

⑥ 吴宗金、张晓辉主编:《中国民族法学》,法律出版社2004年版,第5页。

学学科,或边缘学科,如法理学、法史学、证据学、法医学等。我们应当将法律体系与法学体系、法律部门与法学学科等区分开来,使法律体系、法学体系、法律部门与法学学科遵从各自的内在发展规律。”^①这可以说是对民族法学性质问题极为客观的描述。因为就法律部门与法学学科的关系而言,主要有如下几点:其一,法律部门的存在是以制定法规范的存在为前提的,对法律关系加以规制的法律规范共同构成统一的法律部门,而法学学科是对于特定法律关系进行深入研究理论集合,其划分虽然在许多时候与特定的法律部门相对应,但却并非完全的一一对应关系。例如,与作为法律部门的民法(在我国以《民法通则》为代表)相对应的是民法学,而所谓的经济法学所研究的经济法律关系,其法律规范则散见于民商法和行政法规规范的序列之中。其二,法律部门的独立性和法学学科的独立性是两个不同的概念。法律部门的划分除了以所调整的法律关系的区分为要素之外,还常常与一国的法制框架和法律传统有关。而法学学科的独立性则更多地由学科发展规律所决定,只要具备了共同的理论基础、法域范畴等基本要素,并经过严密的论证,作为法学学科的独立就能够基本实现。民族法学的研究虽然起步较晚,但是早在20世纪90年代初就成立了国家级的学术研究团体——中国法学会民族法学研究会,随后获得了国务院的正式承认,明确载入《中国法律年鉴》的法学学科目录之中,并于2003年创建了博士授权点,可见,民族法学事实上已经成为一个独立法学学科而客观存在了。其三,我国一直沿用大陆法系的法理传统,而大陆法系之所以又被称之为法典法系,其根本原因就在于依据不同的调整对象、分析框架将不同的法律关系及其调整规范明晰化、类型化,从而形成了较为严格的法律部门的划分。这种划分进行了长期的法学实践而逐渐被确定下来,具有极强的稳定性。其民法、刑法、行政法三大实体法律部门的分野,在可以预见的相当长的一段时期内是不会发生改变的。因此,法学学科可以随着实践的发展逐渐形成,然而却未必能够由此导致与之相对应的法律部门的出现。经济法的发展史就是这一论断的生动注脚。反言之,没有独立的法律部门相对应,并不影响相关法学学科的独立性的证成。综上,民族法学是一门独立的法学学科,而非独立的法律部门。

就民族法学而言,否认其作为一个独立的法律部门存在恰恰能够使之摆脱不必要的束缚,充分发挥其作为具有开放式理论框架的交叉学科的综合优势。作为民族法学主要研究对象的民族关系,在实践中几乎同所有法律关系都具有交叉存在的可能,因此,不论是民法、刑法、行政法还是诉讼法,其中都或多或少地包含了一些调整民族关系的法律规范。这些法律规范虽然分属不同的法律部门,却无一例外地都属于民族法学的研究对象。可见,作为一个独立法学部门的

^① 熊文钊:《论民族法学的性质问题》,载《中央民族大学学报》2000年第2期,第127页。

民族法学,其研究的样本除了通常意义上理解的以民族区域自治法为代表的民族法律规范之外,还包括其他各法律部门中涉及民族关系调整的法律规范,因而是一个宏大的、开放的综合性学科体系。倘若出于狭隘的立场强调民族法学作为一门独立的法律部门而与既有的各法律部门并行存在,势必将在民族法与其他部门法之间划出一道明确界分的鸿沟,这反而限制了民族法学对相当一部分寄身于其他部门法中的民族关系调整规范的研究,不论是对于民族法学本身还是其他部门法而言,都是有百害而无一利的。

因此,本书的结论是,民族法学的性质在于:民族法学是一门综合性的法学学科。

二、民族法学的理论体系

(一) 现有观点列举

由于学科建立时间不长,许多基本问题共识的达成还需要研究的进一步拓展和深化。因此,目前学界对于民族法学理论体系的总结归纳都不尽相同。

观点一:民族法学应注重研究我国边疆、闭塞山区、牧区的少数民族特点与现代化法制之间的相互对立与统一,民族法学应把民族区域自治、民族自治地方的法制建设以及各民族的成文法和习惯法作为一个整体进行认识和研究。^①

观点二:民族法学的研究既包括特殊群体和区域的法律问题,又要研究涉及法律的民族问题。

观点三:民族法学既是应用学科又是民族法文化学科,应在学科研究中把应用服务与传统法文化的整理服务功能结合起来。因此包括应用的民族法学科和文化的民族大学科。前者又可细分为民族法律法规、民族法律制度、民族法律规范、民族法律实施、民族纠纷处理、民族法律关系、民族法制原则等;后者则可包括民族习惯法学和民族法律史学两个部分。

观点四:民族法学学科包括三个方面的研究范围:一是原始社会的法;二是中国特色的民族区域自治法律制度;三是中国法律在少数民族地区的实施。^②

观点五:民族法学是关于多民族国家调整国内民族关系法律规范的学说,其研究核心是民族区域自治法学建设,民族法学应以民族关系的法律现象为其主要研究对象。^③

所谓“有一千个观众就有一千个哈姆雷特”,这一现象也是学科发展过程中的必经阶段,无须过分苛求。但是,对既有的观点进行分析,找出它们的优劣得

① 吴大华:《民族法学通论》,中国方正出版社1997年版。转引自潘恽晗:《略论我国民族法学学科体系的构建》,载《铜仁学院学报》2007年第1期,第15页。

② 徐中起:《民族法学研究的理论意义》,载《思想战线》1994年第4期,第57页。

③ 宋才发:《论我国民族法学学科体系的构建》,载《民族研究》2004年第5期,第4—6页。

失,无疑对我们科学归纳民族法学的学科体系具有重要的价值。

(二) 民族法学理论体系构建应当注意的问题——兼评既有观点

对一门学科体系的归纳其实是一个见仁见智的问题,特别是在学科的初创时期。本书认为,对民族法学学科体系的归纳应当注意如下几个方面的问题:

第一,从范围的概括上,应当准确描述民族法学的研究领域与学科边界,既不能过大,又不能过小,这是构建民族法学学科体系的首要目标。从这一角度而言,一方面,观点四对于“原始社会的法”的表述有将民族法学科体系边界人为扩大之嫌。我们知道,中国的第一部民族法规范《属邦律》出现在秦代,在此之前甚至连存在民族法的证据都尚未找到,又何来民族法学的研究?另一方面,观点一对民族法学包括“民族区域自治”、“民族自治地方的法制建设”和“各民族的成文法和习惯法”的表述则远不能周延民族法学的应然范畴,因为将民族法学基本理论、民族法律史等作为学科基础研究范畴的重要内容就被排斥在外,很难称得上是科学的结论。

第二,从内在组成部分的相互逻辑上,应当彼此间具有严密的关联和相对清晰的界分,即各组成要素之间避免内涵上的交叉。从学科体系构建而言,各构成要素之间的内在关联也是我们必须严加考量的问题。要素之间应当是既紧密联系又明显区别。一方面,各个构成要素之所以都被纳入到民族法学的框架之下,说明它们之间具有紧密的内在关联;另一方面,各个要素又是彼此独立的,因此它们各具独特的内涵和相对明晰的边界。而观点三就没有很好地体现这一要求,原因如下:其一,民族法律法规与民族法律规范两者之间并无本质的区别。其二,民族法律法规与民族法律规范事实上同属于民族法律制度的二次细分,而吴宗金研究员却将三者并列处理。同理,民族纠纷处理和民族法制原则的表述也存在类似问题。其三,民族法律关系是整个民族法的直接调整对象,即其他并列要素的共同作用对象,显然不能简单地将其与别的要素简单并列。此外,观点四将“中国特色的民族区域自治法律制度”和“中国法律在少数民族地区的实施”的并列处理亦为不妥。因为这两种表述存在一定理论和制度上的交叉,如“全国性法律在民族自治地方的变通适用”问题。

第三,每一个构成民族法学理论体系的要素都应当有自身明确的内涵和概念。民族法学体系是由不同的要素有机结合而成的,因此,从某种意义上说,只有明确了各个要素的内涵,才有可能对整个民族法学体系进行准确、深入的了解。基于此,观点二就值得推敲。“特殊群体和区域的法律问题”和“涉及法律的民族问题”两点归纳充其量只是指出了一个大体的方向和轮廓,却没有对其进行准确的进一步表述,使得读者极易对如下问题产生迷惑:“特殊群体和区域”是否是指少数民族和民族区域?除此外有无其他的指代?“涉及法律的民族问题”究竟有哪些?判断是否属于这类问题的标准为何?其与“特殊群体和

区域的法律问题”又有何内在关联?等等。

第四,体系的归纳应当具备一定的开放性。随着研究的深入和国际交流的加深,民族法学的学科体系应当体现为一种动态的稳定,即一方面能够保持自身学科构架的相对稳定,另一方面又不排斥对新兴研究领域和新研究成果的随时吸纳。上述几种观点中,除了观点二之外,其他表述都或多或少地将民族法学的体系严格限定了,并无明显的开放性处理的痕迹。然而,根据上文的论证,观点二的“开放性”却又是以牺牲了概念的明确性为代价的。从目前看来,国际民族法、比较民族法、外国民族法等研究视角的加入无疑对民族法学理论体系产生了新的影响。

(三) 应然的民族法学体系

本书认为,民族法学的理论体系主要由三大部分组成,即民族法学理论、民族法律制度和民族法文化。

1. 民族法学理论

我们认为,民族法学理论主要是指构成民族法学的学科基础、阐释学科特点、描述学科发展路径等相关内容。这主要包括民族法学的基本理论问题和民族法律史。

第一,民族法学的基本理论问题。民族法学的基本理论问题是关于民族法学作为一门法学学科所必备的客观存在要素,既是民族法学研究的起点,又是民族法学研究的最高升华;既是对民族法现象的理论回应,又是对民族法制度发展的基础指导。一般说来,本书在绪论部分探讨的民族法学的内涵、性质、理论体系、发展历程、同其他学科的关系以及研究方法等,都属于民族法学基本理论的范畴。^①

第二,民族法律史的研究目的在于归纳、描述和总结民族法现象、民族法律制度乃至民族法学科产生、发展的基本历史脉络,一方面为民族法学研究提供历史上的参照与借鉴,另一方面使得我们能够较为科学地总结过去的发展规律最终预测未来的发展趋势。对于民族法律史,首先,从时间上可以分为古代民族法、近代民族法和现代民族法。本书第四章内容将对此做一相对清晰的梳理。其次,从研究视角上可以将民族法律史分为国家制定法、地区制定法和民族习惯法。国家制定法是指由国家中央机关对全国范围的民族法制度所做的确认和规定,我国最早的关于民族法律制度的国家制定法可以追溯到秦代的《属邦律》;地区制定法是指国家内部某一区域内实施的民族法律制度;而民族习惯法是指某个民族内部根据本民族的生产、生活特点所总结并代代流传的处理特定法律

^① 部分归纳可参见张文香:《论民族法学的几个基本问题》,载《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2009年第3期,第8页。

问题的习惯性制度,习惯法具有悠久的历史,迄今仍在许多民族聚居区扮演着重要的定纷止争的角色。值得一提的是,许多人对于民族法律史研究的重要性认识不足。事实上,当前许多面临实践困境的制度空白在民族法律史中都具有可资借鉴的珍贵样本。^①

2. 民族法律制度

民族法律制度指的是现行的民族法律规范有机结合而成的统一的框架体系,主要指向我们通常所说的民族类“实定法”。鉴于其重大的时间作用,这是使它也成为当前我国民族法学的主要研究对象。^②

第一,从纵向的角度来说,主要包括宪法、基本法律、法律、行政法规、地方性法规、地方政府规章以及自治法规等。^③这一体系是与我国当前的法制体系完全对应的。也就是说,当前的民族法律制度规范已经呈现出完整的层级性特征。根据宪法和立法法的规定,这些民族法律规范层级有异,侧重有别,彼此间互相配合、协调,共同构成了今天我们看到的框架较为完整的民族法律制度体系。

第二,从横向的角度来说,包括民族区域自治法律制度和散居少数民族权益保障法律制度。有学者认为与以上两点相并列的类型至少还包括少数民族经济法律制度、少数民族干部法律制度等^④,我们认为是有问题的。首先,从我国当前少数民族的分布状态而言,主要有聚居和散居^⑤两种类型,与之分别对应的民族法律制度就是民族区域自治制度和散居少数民族权益保障制度。其中前者已经于20世纪80年代就出台了全国性的基本法律《民族区域自治法》,而后者目前仅表现为以国务院相关条例为首的法律规范汇总,统一的立法尚在酝酿之中。其次,所谓的少数民族经济法律制度和少数民族干部法律制度等专项法律制度无论是在民族区域自治制度中还是散居少数民族权益保障制度中均有涉及,因此它们属于民族区域自治法律制度和散居少数民族权益保障法律制度分类项下的综合分类细目,不宜与前两种主要的横向分类相并列。

第三,从载体形式的角度来说,民族法律规范主要由专门的民族法律规范和散见于其他法律规范之中的民族法律规范组成。所谓专门的民族法律规范,是指专门针对民族法律问题的规制所制定的法律规范,虽然形式上统一,但是数量

① 如2009年勇救落水儿童的三名大学生因船家见死不救而罹难的事件所引发的关于见死不救入罪和见义勇为为立法问题的讨论,就可以在一千多年前的吐蕃立法中找到制度参照。参见郑毅:《吐蕃“见死不救制度”立法经验的借鉴与启示——从大学生因“见死不救”溺亡的事件说起》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第5期,第136—140页。

② 目前学界有部分学者认为民族法律制度等同于民族法学的研究对象,其视角无疑过于狭隘。

③ 杨剑波、鱼波:《民族法概述》,载《今日民族》2004年第8期,第55页。

④ 彭谦:《论董必武的法制思想及其对我国民族法体系的影响》,载《满族研究》2003年第4期,第15页。

⑤ 通常所谓的“散杂居”是“散居”和“杂居”的合称,但事实上“杂居”也是属于“散居”的一种特定表现。因此本书第十四章也才只是采用“散居”这种单一的表述。

不多,通常立法位阶也不高;而所谓散见于其他法律规范之中的民族法律规范,是指没有统一、完整的立法形式,只是不同的部门法中对所涉及的民族性法律制度进行部分规制的法律规范,形式上非常分散,但是数量众多。截至2011年底,除宪法和民族区域自治法外,其他227件现行有效的法律中涉及民族区域自治制度及其相关规定的为69件;近600件现行有效的行政法规中涉及民族问题规定的为67件;民族自治地方已制定了139个自治条例,777个单行条例、76个变通和补充法律法规的规定;辖有自治州、自治县的省和直辖市也制定了22个实施民族区域自治法的地方性法规和规章。其中,民族区域自治法、自治条例、单行条例和变通规定属于专门的民族法律规范,其他规定则属于散见于其他法律规范之中的民族法律规范。

3. 民族法文化

民族法文化主要是民族法意识和民族习惯法。第一,民族法意识是指人们在民族法律体系中对于民族法本身的理解、认知等主观印象的综合。它涉及民族法的权威、价值、内核等较为根本性的要素。和其他文化现象一样,民族法文化对于特定区域内人们关于民族法律制度的思维、行为都产生了深远的影响。其一般是由外在的氛围逐步内化为内心的一种确认乃至于信仰。如许多早期的民族法现象反映出的其实是特定民族传统道德的制度化并以外在强制为实施方式的、不同于传统道德作用发生机理的质变过程。第二,民族习惯法是少数民族在发展过程中逐渐将一些风俗、习惯以法律的形式(不一定是成文法的方式)固定下来,并在实践中发挥法律规范作用的民族法现象。如纳西族的《东巴经》、彝族的老彝文经典中有习惯法规范的记录,傣族的《奴隶法规》、《司法文簿》、《民刑法规》、《孟连宣抚司法规》等。^①正如法国著名思想家卢梭所说:“除了根本法、公民法和刑事法之外,还存在着第四种法,而且是最重要的法;它既没有铭刻在大理石上,也没有铭刻在铜表上,而是铭刻在公民们的内心里;它是国家真正的宪法;它每天都在获得新的力量;当其他法律过时或消亡时,它会使它们恢复活力或代替它们,它会维持人民的法律意识,逐渐用习惯的力量取代权威的力量。我们说的就是风俗、习惯,尤其是舆论;这是我们的政治家所不认识的部分,但其他所有部分的成功却又依赖于它。它正是伟大的立法家似乎局限于制定具体规章时内心所注意到的部分。具体的规章不过是拱顶上的拱梁,而缓慢诞生的风俗习惯才是拱顶上难以撼动的基石”。^②

① 马雁:《我国西南地区的民族法学研究》,载《云南民族大学学报》(哲学社会科学版)2006年第4期,第52页。

② 转引自张晓辉:《民族法律文化论》,见张晓辉主编:《中国法律在少数民族地区的实施》,云南大学出版社1994年版,第270—271页。

值得一提的是,国际民族法的逐渐兴起已经引起了学界的关注。^①一方面,由于改革开放的需要,外国民族法制、比较民族法制的研究开始进入我们的视野;另一方面,由于民族问题的国际化趋势的发展,加之我国先后加入了《消除一切形式种族歧视国际公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》等一系列有民族问题和人权保障规定的公约,承担了有关国际人权保护、反对种族歧视的义务,而且我国民族法学界已有一些学者加入了国际人类学协会,参加该协会组织的一些学术活动,由此逐渐对域外民族法有了一定的认知。因此,国际民族法、外国民族法、域外民族法、比较民族法等概念也逐渐为学界所接受。由于这类研究成果往往兼涉基本理论、法律制度、文化等多方面的领域,因此特将其与以上三类并列表述。但在事实上,其与以上三类的类型化基础是截然不同的。

根据上述分析,本书将编章安排如下:绪论主要介绍民族法学的前提性问题,作为全书的导言。第一编民族法理论将为全书的分析介绍提供理论基础。第二编和第三编分别为民族区域自治制度和少数民族人权保障,是民族法制度内容的主干。第四编安排介绍少数民族习惯法的问题。最后第五编为比较民族法的内容。因此,全书的结构基本按照应然的民族法学体系编排,但是考虑到一些章节容量的基本均衡等具体的技术性因素,在细节上做了略微调整。

三、民族法学的发展历程

虽然我国最早的民族法可以追溯到秦代的《属邦律》,而“民族法”的正式称谓则是源于恩格斯 1884 年在《家庭、私有制和国家的起源》一文中提及的“英雄时代”的“雅典民族立法”^②,但是与民族法相对悠久的历史不同,民族法学作为一门学科出现则只有短短几十年的历史,而且“民族法学”的学科概念也是在我国最早产生的。

这里读者或许有个疑问,本书第四章专章探讨了“中国历史上的民族法”的问题,这和本章的部分有何区别呢?归根结底,其区别就在于“民族法”和“民族法学”两个概念的关系。所谓民族法,大致是指关于民族问题的法律规范与法律制度的总称,属于国家立法的层面。因此可以说,只要有了相关民族关系的国家立法(即使只是一个条文)出现,民族法的发展历程也就展开了。而民族法学是以民族法律规范和法律制度为研究对象的法学学科,属于社会科学的门类,它的开端要远晚于作为其研究对象的民族法。这是由于,法学作为一门具有深刻理论基础的社会科学学科,其产生和发展需要有一定的社会发展程度背景为基

① 吴大华:《中国民族法学:历史、现状与展望》,载《法学家》1997年第4期,第25页。

② 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,载《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1992年版,第105—106页。

础,亦即只有在特定的法现象具备了一定的规模 and 影响后,才有可能引发人们对其进行研究并进而确立为独立的社会科学门类。而我国古代早期的民族法,虽然有关的规范自先秦就已出现,但这只是当时人们对处理民族关系与民族问题的一种经验的反映,很难说已经具备了“学”的要素,更遑论以完备的理论研究转化为指导民族法实践的助推器。因此,至少在新中国成立之前,民族法的实践充其量只能称为民族法制,很难上升到“民族法学”的学科与理论高度。

对于民族法学创立的初衷,有学者认为主要有二:一是以服务于民族法制建设即民族法律制度和民族法律法规体系建设的需要而孕育;二是以服务于民族法律法规运行实施和依法治国与民族法治化的需要为动力。^①至于民族法学的发展历程,可分为如下阶段逐一表述。^②

第一阶段(1949—1956),创立与发展时期。这是新中国民族法学历史上极为重要的一个时期,它既为以后民族法学的发展奠定了基础,又为民族法学曲折的命运埋下了伏笔。这一时期又可分为两个阶段:第一,从1949年到1952年,是新中国民族法学的创建阶段。1949年9月,共同纲领就把中国共产党的民族政策以法律形式加以固定,成为新中国成立初期民族立法的法律基础,标志着新中国民族法学开始迈步。这一阶段,由于中苏关系处于“蜜月期”,因此翻译出版了一些苏联民族学、法学教科书,正是通过这些教科书,我们学习了马克思主义民族与法律理论。第二,从1952年至1956年,是新中国民族法学初步发展的阶段。1952年,中央人民政府委员会颁布了《中华人民共和国民族区域自治实施纲要》,标志着民族区域自治驶入法制轨道。而1954年宪法根据新中国成立以来废除民族压迫制度和建立各民族平等、友爱、互助的关系,以及少数民族地区政治、经济和文化事业开始逐步发展的经验,对民族区域自治和少数民族的政治、经济及文化的建设,做了比共同纲领更进一步的规定。

第二阶段(1957—1976),萧条与停滞时期。这一时期也可以分为两个阶段:第一,1957年到1965年,我国民族法学经历了一个从暂时繁荣到萧条的变化过程。这一阶段民族立法的特点是,虽然时间较长但立法数量不多,而且内容涉及范围也比较狭窄,除涉及民族自治地方财政管理的内容外,其他大都是内容上基本雷同的民族自治地方组织条例。此外,这一阶段在“左倾”思想影响下,一些重要的民族立法工作被迫停顿下来。第二,1966年至1976年10月。这一阶段是我国民族工作被取消、民族立法工作处于全面停止时期。1975年宪法如

① 吴宗金:《略论中国民族法学的命运与使命》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2005年第3期,第32—34页。

② 前三个阶段的归纳可参见吴大华:《中国民族法学:历史、现状与展望》,载《法学家》1997年第4期,第19—20页。

实地记录了我国民族区域自治制度被破坏的实际状况。它虽然保留了“民族区域自治”和“民族自治地方的自治机关”的条款,但是取消了1954年宪法规定的各项自治权的具体内容。很明显,取消了自治权等于取消了自治机关,也就等于取消了民族自治地方。

第三阶段(1976—1991),复苏与繁荣时期。以1976年10月粉碎“四人帮”为标志,我国开始进入了一个新的历史时期,民族法学研究也出现了新的转机。这一时期仍可分为二个阶段:第一,从1976年10月粉碎“四人帮”以后至1978年社会主义法制逐渐恢复,我国民族法学研究开始复苏。第二阶段,从1979年至1991年,是新中国民族法学研究的鼎盛阶段。党的十一届三中全会的召开,为民族立法提供了思想上、理论上和组织上的保证。1982年宪法继承和发展了1954年宪法关于民族问题的基本原则,全面奠定了新时期民族立法的法律基础;民族区域自治法的制定和施行,民族区域自治法草案从1980年开始起草,经过大量调查研究,广泛征求意见,反复研究修改,于1984年10月1日起正式施行。此后,民族立法逐步增加,民族法制体系也逐步完善。1991年中国法学会民族法学研究会在北京正式成立,民族法学终于有了正式的、全国性的研究团体,此后,多民族省份也陆续建立了民族法学或民族法制的学会或研究会。

第四阶段(1992至今),进一步发展时期。1992年中国民族法学会举行第一届年会,全国的民族法学者集聚一堂,共同研讨中国民族法学的发展大计。中央民族大学、云南大学、西南政法大学、内蒙古大学、贵州民族学院、西南民族学院等高等院校成立了民族法学研究所或民族法学研究室。1996年8月,由司法部、国家民委联合举办了首届全国民族法师资培训班,来自各政法院校、民族院校和司法、民族工作部门的54名学员参加了系统培训。此后,民族法学研究成果、著作如雨后春笋般涌现,民族法学研究呈现出一派从未有过的盛世图景。此间,国务院正式承认了民族法学作为一门法学学科的独立地位,隶属于中国法学会的中国法律年鉴社出版的《中国法律年鉴》在法学学科建设部分也依据官方态度把“民族法学”列为独立学科。2003年4月,中央民族大学和云南大学获得民族法学博士学位授予点,标志着中国的民族法学及其学科建设已经驶入了跨越式发展的快车道。据学者的不完全统计,截止到2008年,我国已经培养民族法学(或民族法学相关方向)博士91人,硕士215人,有两位博士后(分别来自中国人民大学和华东师范大学)的出站报告以民族法学为方向。这些论文、报告除了来自于中央民族大学、云南大学、中南民族大学、广西民族大学等设有民族法学专业学位点的高校,还来自于北京大学、中国人民大学、中共中央党校、中国社会科学院、中国政法大学、外交学院、西南政法大学、华东政法大学、南京大学、复旦大学、武汉大学、中山大学、吉林大学、山东大学、厦门大学、兰州大学、