

民族法学



云南大学出版社

目 录

绪 论	(1)
-----------	-----

第一篇 民族法学基础理论

第一章 民族法学的基本概念	(15)
第一节 民 族	(15)
第二节 民族法	(22)
第三节 民族法学	(25)
第二章 民族法的渊源	(29)
第一节 法的渊源概述	(29)
第二节 民族法的制定法渊源	(31)
第三节 民族法的非制定法渊源	(35)
第三章 民族法的基本原则	(37)
第一节 国家统一原则	(38)
第二节 民族平等原则	(40)
第三节 共同发展原则	(43)
第四章 我国历史上的民族法	(45)
第一节 秦汉及其以前的民族法	(45)
第二节 魏晋南北朝时期的民族法	(47)
第三节 唐宋时期的民族法	(48)
第四节 元明清时期的民族法	(50)

第五章 少数民族习惯法	(55)
第一节 习惯法概述	(55)
第二节 少数民族习惯法的主要内容	(60)
第三节 少数民族习惯法的功能	(68)

第二篇 民族区域自治

第六章 民族区域自治制度概述	(75)
第一节 民族区域自治制度的概念	(75)
第二节 民族区域自治制度的变迁	(79)
第三节 民族区域制度的实施	(82)
第七章 民族区域自治地方的自治权	(84)
第一节 民族区域自治权概述	(84)
第二节 政治类自治权	(88)
第三节 经济类自治权	(91)
第四节 文化类自治权	(97)
第八章 民族区域自治的组织结构	(101)
第一节 民族区域自治的自治机关	(101)
第二节 民族区域自治地方与上级国家机关的关系	(108)
第三节 少数民族干部的培养与使用	(114)

第三篇 少数民族权利

第九章 少数民族政治权利	(123)
第一节 少数民族政治权利概述	(123)
第二节 少数民族的平等权	(125)
第三节 少数民族的选举权和被选举权	(127)
第四节 少数民族的参政权	(129)

第十章 少数民族宗教权利	(131)
第一节 少数民族宗教权利概述	(131)
第二节 少数民族宗教权利的法律保护	(135)
第十一章 少数民族经济权利	(140)
第一节 经济权利的一般分析	(140)
第二节 少数民族经济权利概述	(142)
第三节 少数民族经济权利的基本内容	(144)
第四节 少数民族经济权利的法律保护	(149)
第十二章 少数民族文化权利	(155)
第一节 少数民族文化权利概述	(155)
第二节 少数民族文化权利的基本要素	(159)
第三节 尊重和保护少数民族文化权利	(162)
第十三章 散居少数民族权利	(165)
第一节 散居少数民族权利概述	(165)
第二节 城市散居少数民族权益的保护	(171)
第三节 民族乡的杂散居少数民族法制工作建设	(174)
 第四篇 少数民族权利保障与救济机制	
第十四章 国际和区域中对少数人权利的保障机制	(181)
第一节 少数人权利的国际保障机制	(181)
第二节 少数人权利的区域保障机制	(188)
第十五章 我国少数人权利保障机制	(194)
第一节 我国少数人权利保障机制概述	(194)
第二节 我国少数人权利具体救济机制	(199)

第五篇 国际视野中的民族法律

第十六章 世界民族法概述	(211)
第一节 世界民族与世界民族法	(211)
第二节 欧洲地区民族法	(216)
第三节 美大地区民族法	(220)
第四节 亚非地区民族法	(224)
第十七章 国际文件中对少数人权利的保护	(228)
第一节 少数人权利的国际保护概述	(228)
第二节 少数人的界定	(231)
第三节 少数人权利保护的意义与内容	(234)
第十八章 部分国家对少数人权利的保护	(240)
第一节 美国印第安人保留地	(240)
第二节 加拿大多元文化法律	(244)
第三节 南非促进种族和解的法律与政策	(248)
第四节 美国肯定性行动的法律与政策	(252)
后 记	(258)

绪 论

一、民族法学的时代性与必要性

民族法学相对于法学大家庭里的民法、刑法、宪法这些“老成员”来说，是一位刚刚进来的“新人”。但是，我们并不能因为他是“新人”而对其加以排斥，相反，我们应以宽阔的胸襟对其进行接纳。这是法学发展的需要，更是法学与时俱进的体现。为何这样说？

（一）与时俱进的法学必须关注民族问题

法学是一门与时俱进的学科。法学作为一门调整人与人之间行为的学科，其研究内容必须同人们的行为特征相联系。当人类社会出现新问题、新现象的时候，法学必须紧随其后，对这些问题、现象展开研究，为解决问题提出自己的见解。这既是法学这门学科超越道德、宗教成为规范人类行为的主要规则的重要原因，也是法学能够永葆青春的“法门”。众所周知，民族问题伴随着人类历史发展的全过程。就近现代历史来看，民族问题在全球范围内产生了重要而又深远的影响。从德国法西斯对犹太人的大屠杀到非洲“卢旺达大屠杀”，从美国的“民权运动”到2005年法国骚乱，从南非的种族和解到加拿大的“多元文化”政策，这些均说明民族问题处理是否恰当，对一国、对人类都是一件影响巨大的事情。一个好的民族政策或法律能带来民族的和平相处，能带来国家的繁荣昌盛；而一个坏的民族政策或法律能带来社会动荡，甚至是国家解体。全世界各个国家在解决民族问题过程中，均有其值得借鉴的经验，但是也存在这样那样的问题。在一些国家，这些问题还诱发了流血冲突，严重的还导致国家战乱和分裂，给人民的生命财产造成难以弥补的损失，给国家造成难以弥补的创伤。

中国当前的民族问题亦是十分复杂的。除了极端的疆独、藏独问题以外，在我国其他少数民族地方的民族平等、民族团结、民族共同繁荣的问题，是我国当前社会主义现代化建设中不能回避和必须解决好的现实问题。根据第六次全国人口普查数据，我国少数民族虽然从人口上讲仅占总人口的8.49%，但我国五大自治区所占国土面积却占到整个国土面积的44.48%。整个西部都是少数民族集中的地区，其国土面积更是占全国国土面积的71.4%。由此可见，没有广大少数民族和少数民族地区的繁荣与现代化，就没有整个中国的繁荣和现代化。从人文状况看，这些地方更是复杂。各个民族在其长期的历史发展过程中均形成了自己独特的民族文化。从宗教信仰来看，世界五大宗教在这片土地上均有信徒。同时很多民族还有自己的本土宗教。不同的宗教、同一宗教的不同教派都在中华大地上存在、传播，对国家、社会产生着各种直接、间接的影响。从地理环境来看，有些民族居住在西南山地，有些民族居住在青藏高原，也有民族居住在黄土高原，

还有民族居住在沙漠绿洲之中。如此复杂的人文地理环境,决定了在这些地方推进社会主义现代化建设的复杂性和艰巨性。

正因为民族问题在当今的世界政治经济文化中的重要影响,在我国社会主义现代化建设中的重要地位,它才成为众多社会科学关注的热点和焦点。但是,遗憾的是,法学作为一门与时俱进、密切联系实际学科,对该问题的关注却远远不够。比如,对民族区域自治的研究就比较欠缺。民族区域自治制度作为我国三大基本政治制度,在我国的法学,特别是宪法学,研究中本应占有重要地位,但是其成果相对于宪法学的其他研究成果而言,可谓凤毛麟角。如果说以前法学领域对民族问题关注不够是因为法学学科固有的研究视角存在盲点的话,那么在当今民族问题如此凸显的背景下,法学不能对这一热点社会现象视而不见,而应该积极参与到民族问题研究中,为国家的长治久安贡献自己的力量。

(二) 民族问题的解决需要法治的思维

从历史发展过程来看,解决民族问题有多种方式。我国古代在这方面就有很多尝试。从夏、商、周的“五服”制度到秦朝的《属邦律》,从汉匈之间的和亲到魏晋南北朝的“胡汉分治”,从唐宋时期的“羁縻府州”到元朝以后的土司制度,除此之外,中央王朝与少数民族之间的战争亦是每个王朝均不断上演的政治“剧情”。可以说,历代中央王朝在如何治理边疆、治理少数民族问题上绞尽脑汁,费尽心力。这其中有很多成功的经验值得我们学习,但也有失败的教训需要我们引以为鉴。例如,元朝施行的“民族分化政策”所引发的社会对立,就是我们必须引以为鉴的例子。对于这些经验教训,我们需要不断地研究和探讨,以便古为今用。

当今的中国与历史各朝各代的国情相比,甚至与新中国成立之初相比,已经发生了翻天覆地的变化。如今的中国早已不是以前那个一穷二白、落后挨打的国家了。中国经济总量已跃居世界第二,其整个经济体系已被深深地嵌在世界经济一体化之中,中国与世界的交流已经十分紧密,难以分开。特别是改革开放三十多年以来,中国社会发生的深刻变化有目共睹。即使东西部之间的差距在不断扩大,但是从纵向比较来看,少数民族地方还是取得了巨大的发展成就。例如,2013年“民族8省区GDP总计64533亿元,增速为10.7%”^①。经济的发展为民族地区带来的不仅仅是冷冰冰的数字,同时也意味着民族地区的社会经济等形势发生着深刻的变化。民族地区社会经济形势的变化,必然对与民族有关的法律政策提出新的要求、新的期盼。如果我们的民族法律和政策不能适应时代的需要,积极、正确地做出应变,必然使相关法律、政策与现实脱节,更有可能成为阻碍民族地方社会、经济进一步发展的障碍。

从人类历史发展进程来看,国家和社会的治理手段主要采用了道德、宗教和法律三种手段。“在近代世界,法律成了社会控制的主要手段。在当前的社会中,我们主要依靠的是政治组织社会的强力。我们力图通过有秩序地和系统地适用能力,来调整关系和安

^① 《国家民委向中央媒体通报2013年民族地区经济社会发展情况和民族工作成绩》, http://www.seac.gov.cn/art/2014/2/25/art_38_199835.html, 2014年3月3日访问。

排行为。此刻人们最坚持的就是法律的这一方面，即法律对强力的依赖。”^①因此，将法律作为治国理政的主要手段，是当前国家治理体系现代化的重要标志。正如党的十八大报告指出的那样，“法治是治国理政的基本方式”。落实到民族地区的治理上来，就是要求民族地方的社会治理、经济发展、少数民族权益保障，均需在法治这个统一的旗帜下不断开拓进取，不断发现问题、解决问题。

采取法治的方式治理民族地方，而不是简单地延续以前依靠政策、会议的方式治理民族地方，是有其深刻的内在原因的。法律作为社会控制的工具，具有道德、宗教所不可比拟的优越性。首先，法律所提倡的公平、正义的价值，是几乎所有民族共同认同的价值。法律在价值取向上追求公平、正义。尽管对公平、正义的具体内涵有各种各样的解读，但是，这并不妨碍大家在法律这面旗帜下共同地探讨问题，协商规则。相反，道德和宗教的具体内容与民族性格具有紧密的联系。不同民族有不同的道德规范，不同民族之间的道德规定甚至可能相互冲突。宗教与民族更是紧密相连。不同民族信仰不同的宗教，同一宗教之中又可能有不同教派，不同教派之间又可能因对教义的不同理解而发生激烈的冲突。在一个全球化的时代，在人口流动如此频繁的时代，在文化交流如此广泛的时代，我们不可将地域色彩、民族色彩如此浓厚的道德、宗教作为治国理政的基本手段。其次，法律提倡的相互尊重、互不侵犯的价值理念，是处理民族争端的可行标准。在当今社会，任何一个民族群体都不可能在一个封闭的、隔绝的环境中生存发展，它必须同周边民族、世界民族发生各个领域、各个层面的交流。由于价值理念、人生态度等不同，各民族之间的交往存在潜在冲突的可能性。面对这种情况，法律提倡的相互包容、相互尊重、互不侵犯的价值理念，是缓和潜在的民族冲突，化解即将发生的民族矛盾的可行标准。最后，法律提倡的谈判、协商、判决等纠纷解决手段，是和平处理民族问题的最好办法。各民族之间有可能存在这样那样的矛盾，在所难免。关键是出现矛盾后，我们能够以一种和平的方式进行解决，这是维护平等、团结、共同繁荣的民族关系的重要手段。法律提倡理性，主张纠纷矛盾通过合法机制进行处理。这样可以避免暴力事件等不理性社会现象的出现。法律提倡的协商、谈判、审判等纠纷解决机制，就是让当事人双方能各自阐明自己的立场、主张和见解，在不同的利益和观点中，发现彼此之间的“交集”，寻求问题解决的结合点。

（三）民族法治的发展对民族法学提出了新的要求

随着国家对法治的不断重视，针对少数民族的立法也不断加强。1984年我国根据自身民族地区的实际情况，制定了《民族区域自治法》。该法在运行16年之后，全国人大常委会于2001年对其进行了修订。由于社会的发展，原有的一些规定已经落后于时代，脱离了现实。《民族区域自治法》的修订就是为了弥补这些缺陷。与此相关的其他行政法规、地方性法规等也在不断地修订和颁布。2005年，国务院发布《国务院实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉若干规定》，明确规定上级人民政府支持和帮助民族自治地方的职责。在各个自治地方，自治条例、单行条例不断颁布。据统计，“截至2011年8月

^① [美] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵等译，商务印书馆1984年版，第10页。

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。这些自治条例和单行条例大多针对民族地方的新问题、新情况而制定。这对保障民族自治地方的自治权以及少数民族的权益具有重要影响和积极意义。上述情况表明,我们的民族法制建设在不断进步和发展。相应的,我们的民族法学研究也必须跟上时代的步伐,为我国的民族法治建设、为民族地方的发展做出相应的贡献。

首先,民族法学需要对当前民族法治建设中的相关成就进行归纳总结。我国民族法律制度的不断完善和发展,其现状需要我们掌握并进行研究。例如,民族地方在行使立法权的过程中,哪些地方进行了变通规定?这些规定是如何与该地区的实际情况进行结合的?民族自治地方行使其自治权的程序如何?有何地方特色?其协商机制、决策机制和执行机制之间是如何进行配合的?如此等等问题,均需要民族法学的研究者们,深入实际进行调查研究、归纳总结。

其次,民族法学需要研究当前民族法治建设中的新情况、新问题。当前如此丰富的民族法律条文,说明民族地区对法治建设的重视,同时也表明民族地区在发展过程中遇到了新情况、新问题。对于这些问题,相关法律的颁布,虽能说明该问题得到了相关部门的重视,已经通过法律途径进行了解决,但还不能简单地认为只要颁布了一部法律,这个问题就得到了圆满的解决。对于立法中针对的问题,以及民族地区确实存在又未提上立法计划的问题,需要民族法学的研究者们进行研究。一是为完善相关立法建言献策,二是为地方发展提供咨询意见。

最后,民族法学需要研究民族法制的未来发展趋势。未来民族法制建设应当如何推进,是民族法学必须面对的问题。我们的民族法治建设虽然取得了辉煌的成就,但其中的问题也不少。最明显的就是全国五大自治区至今尚无自治条例。自治条例无法颁布,主要还是这里面涉及很多复杂的、深层次的问题,目前尚无良好的解决办法。需要集思广益,征求各方意见,合力解决。因此,未来的民族法治建设的发展趋势也是我们民族法学研究应当注意的问题。

二、民族法学的几个理论问题

民族法学作为一门课程在高等院校开设大致始于 20 世纪 90 年代。之后,一些院校又增设了民族法学的博士点、硕士点。而对于民族法律问题的研究,随着近年国家、社会对民族地区发展的重视不断加强,其研究成果也逐渐丰富。即使如此,民族法学这一最年轻的法学学科仍然面临作为一个学科所必须解决的一些基本理论问题。

(一) 民族法学、民族法的独立性

民族法学,这个突然闯进法学大家庭的新成员能否得到承认,首先是其自身是否真的是一门法学学科。那么,何谓学科?学科是根据相对独立的知识体系而形成的。学科的划分标准如何确定?这需要我们进一步地认识。一般而言,划分学科的标准主要依据其研究对象、研究特征和研究方法来综合考虑。民族法学是否是一个独立的法学学科,也应该综合考虑这些标准进行确定。就目前学界的观点来看,大多数学者均认为民族法

^① 中华人民共和国国务院办公厅:《中国特色社会主义法律体系》,2010 年 10 月。

学是一门独立的法学学科,但对民族法这个部门法是否存在却存在争议。

肯定论认为,民族法学作为一门独立的法学学科是不争的事实。其主要观点有如下几种:第一种观点认为民族区域自治法的存在使得民族法学具备了相应的政治基础、实践基础、理论基础和法律基础。^①第二种观点认为,民族法“由于其调整对象的独特性、相应法律规范的规模化,已经成为一个独立的法律部门”^②,相应的,也就必然有独立的民族法学存在。第三种观点认为,上述三种观点的相同点在于均认为民族法学是一门独立的法学学科,其区别在于作为一门法学学科其对应的民族法部门的内容。

否定论认为民族法学不应作为一门独立的法律部门存在。这方面的论述较为少见,主要原因还是在于当前法学界对于民族法学这一现象的关注较少。现有的观点主要认为:“民族法并不是一个独立的法律部门,而民族法学则是一门综合性的法学学科”^③。相关研究者认为:“民族法学以调整民族关系的全部法律规范为研究对象,运用法理学、宪法学、刑法学、民法学、行政法学、诉讼法学、人类学、社会学、哲学以及系统科学等多个学科的理论、知识和方法来进行研究。”^④

笔者认为,上述观点均有一定的道理。这些学者从自己的角度对民族法学、民族法这一基本概念进行了梳理,对我们了解民族法学的基本问题具有重要的理论参考价值。就笔者观点认为,民族法学作为一门独立的法学学科已经是不争的事实,无须过多地讨论。至于民族法作为一门部门法是否存在,需要从以下几个方面进行考虑。

首先,是否有一部主要的法典不能作为判断民族法是否是部门法的标准。作为法律部门的基本要素为法律制度与相关法律规范。这些制度与规范是否集中表现在一部法律中,与法律部门是否存在并无必然联系。事实上,像熟悉的行政法就没有一部轴心法律或者法典。同理,法律制度本身也具有交叉性和综合性。同一个法律制度可能有几个部门法均对其进行规范,如所有权制度在宪法、民法、商法中均有规定。因此,我们不能因有了《民族区域自治法》就当然地认为存在民族法这一法律部门,也不能因为民族法律规范的零散,就简单地否认民族法作为部门法存在的可能性。

其次,是否有利于人们了解和掌握民族法律制度应作为民族法能否作为部门法的一个重要参考标准。诚然,主要的法学教科书认为,划分部门法的主要标准为调整的社会关系和调整方法。^⑤但是这些看似明确的标准本身却并不明确。何谓“社会关系”?不同的角度自然有不同的标准。这些都不是固定不变的。同时,法律本身也不是生活在真空中的东西,它必须及时回应社会对法律的关注和期望。所以,人们是否重视并了解相关问题是部门法是否存在的现实基础,并且也是最重要的前提条件。因为划分部门法的目的之一,就在于便于人们了解相关法律问题。就我国实际情况看,当前人们渴望全面了解、关注民族法制的愿望是强烈的,心情是急迫的。对于如何通过法律手段解决当前我国面临的民族问题迫切需要我们法律理论、法理制度等方面进行探索和解答。从这一

① 宋才发:《论我国民族法学学科体系的构建》,《民族研究》2004年第5期。

② 张文香:《论民族法学的几个基本问题》,《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2009年第3期。

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

④ 熊文钊:《关于民族法学的性质问题》,《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2000年第2期。

⑤ 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2011年版,第82页。

角度讲,我们有将民族法作为法律部门的现实需要。

最后,民族法作为部门法的调整范围不宜过于宽泛,应保持它与其他部门法之间的一定平衡。在现有观点中,一些学者认为民族法涵盖了宪法、刑法、民法、行政法等传统法学学科的内容,若将民族法认为是法律部门将会“带来法学部门分类的理论危机”^①,因此拒绝将民族法认为是法律部门。这种观点过于强调维持其他部门法的平衡,而未能考虑到法律现实需求。笔者并不认同。如前所述,同一法律制度不同法律对其进行规范是正常的立法现象。所以,笔者认为,从法律到行政法规、从地方性法规到规章以及自治条例单行条例等专门针对少数民族在政治、经济、文化方面的立法,均应成为民族法这一法律部门的组成要素。

综上所述,笔者认为,民族法作为法律部门存在在理论上和现实上是行得通的,对此我们应当大胆地接纳民族法为新兴的部门法律。

(二) 民族法学具有完备的理论体系

一门法学学科,必须具备相应的学科体系。没有学科体系的支撑,相关法律制度与理论就是零散的。其内部的逻辑关系就无法体现。相关研究也就难以深入。那么,何谓理论体系?理论体系就是一个事物的各个组成部分之间的逻辑框架。就民族法学而言,其包括民族法学的研究对象、研究范围,以及各个对象之间的内在逻辑关系。

1. 现有观点简要评述

关于民族法学的理论体系,不同的学者从不同的角度进行了研究。可谓“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”。学者们的研究都有其道理,但是又都存在一些偏差。这些观点概括起来主要有如下内容:

第一,民族关系论。该观点认为,民族法学调整的是民族关系。例如,宋才发教授认为:“民族法学是以民族区域自治法学为基本学科、以民族法为主要研究对象的一门新兴法学学科,而民族法又是以民族关系为主要调整对象的部门法。”^②

第二,法律规范论。该观点认为:“民族法体系,乃民族法律规范。……由民族法律、民族法规和宪法及其他法律法规的民族性条款构成的民族法律规范,就是民族法体系。”^③

第二,折中论。该观点认为,民族法学的调整由民族法律制度和民族文化两部分构成。马继军研究员认为民族法学的研究包括了特殊群体和区域两个部分。^④ 吴宗金研究员认为民族法学由民族法学科和文化的民族大学科组成。前者又可分为民族法律法规、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、民族法律原则等;后者包括民族习惯法学和民族法律史学两个部分。^⑤ “民族法学由民族法基本理论研究和具体问题研究构成其体系,称为民族法学体系。”^⑥

① 熊文钊:《关于民族法学的性质问题》,《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2000年第2期。

② 宋才发:《论我国民族法学科体系的构建》,《民族研究》2004年第5期。

③ 彭谦:《再论民族法学的构建》,《西南民族学院学报》(哲学社会科学版)2002年第7期。

④ 马继军:《关于加强民族法学的思考》,《青海民族研究》2005年第6期。

⑤ 参见吴宗金《略论中国民族法学的命运与使命》,《西南民族大学学报》2005年第5期。

⑥ 张文香:《论民族法学的几个基本问题》,《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2009年第3期。

笔者认为上述观点的不足之处是明显的。正如前面所述,所谓“体系”,研究的是一个系统之中各个部门的组合关系。民族法学的学科体系,在明确其研究内容之后,应明确各个部分之间的关系如何,才是学科体系应该研究的内容。因此,探讨民族法学的体系,并不是简单地指出民族法学研究民族关系的法律调整方式即可。这种论述仅是指明了民族法学的调整对象而已。同理,我们也不能简单的罗列民族法学的研究内容就算说明其体系。各个内容之间如何摆放、在体系中的地位、相互之间的内在逻辑关系才是我们需要认真探讨的。

2. 民族法学的理论体系

探讨民族法学的理论体系,首先需要关注民族法学的研究内容。关于这一问题,经过民族法学者的不断研究与关注,这一问题已基本达成共识,即其内容由民族法基本理论、民族区域自治等相关民族法律制度、少数民族权利三部分组成。这三部分的内在逻辑关系是怎样的呢?

(1) 少数民族权利是民族法学研究的基石。

民族法学研究的关注点在于少数民族权利保障问题。该问题在整个民族法学理论体系中,处于最基本、最核心的地位。在我国,民族区域自治是三大基本政治制度之一。国家设立该制度的目的在于“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”。如此重要的法律,其目的在于保障少数民族管理本民族内部事务。由此可见,少数民族权利保障在整个制度中的基础性地位。因此,少数民族权利应该作为民族法学研究的基石。我们所有其他研究均是在这个基本点之上展开的。无论是对民族法律制度的研究,还是对域外少数人权利保障的研究,其目的都在于探讨如何保障我国少数民族的权利。同时,我们也要认识到少数民族权利是一个十分复杂的概念。我们仔细梳理这个概念的时候,至少能发现其有如下一些特征:

首先,少数民族权利的内容具有特殊性与广泛性。少数民族中的每位公民,首先的身份是中华人民共和国公民。宪法所规定的公民的基本权利,他们无一例外地均有权享有。少数民族权利的特殊性是基于其在政治、经济和文化方面的特殊性。这种特殊性既有对其历史状况的考虑,也有对其现实需求的考虑。特别是在全球一体化进程不断加快的今天,通过承认其特殊权利的方式,保护少数民族这些具有民族特色、地域特色的风俗习惯、生活习惯,既是全球主要发达社会的主要做法,对我国的少数民族发展也具有十分重要的意义。同时,少数民族的权利虽然具有特殊性,但这并不意味着其权利内容具有狭窄性。事实上,查阅我国相关立法规定,发现少数民族的权利同时也具有广泛性。它涵盖了政治、经济、文化、宗教、教育、体育等各个方面,具有十分丰富的内涵。

其次,少数民族权利的性质具有集体属性。少数民族的权利是集体性的还是个体性的,涉及不同的保护渠道和保护模式的问题。从人权理论的发展历程来看,集体权利属于第三代人权的范畴。第三代人权的主要权利是自决权,但这里的自决权是针对西方殖民统治而言的。落实到一国内部来看,显然不能简单地套用这种自决权理论。从实践来看,各国均制定了针对本国少数人权利保障的具体制度。在具体的保护模式中,各个国家针对其少数人现状,均制定了不同的保护制度,如美国的“肯定性行动”、加拿大的多元文化主义法、澳大利亚的土著民族立法、俄罗斯的民族文化自治法等。这些立法均是

针对某个基于种族、肤色、世系或民族或人种而采取的保护性制度。因此,它具有集体属性。当然,任何集体性的权利及其背后所包含的利益,必须最终被这个集体中的个体所享有,这种权利才具有实际意义。

最后,少数民族权利的对象既包括自治地方的少数民族权利,也包括散居少数民族权利。我们在研究少数民族权利的时候,对于聚居地区的少数民族权利关注较为集中,相关研究成果也较多,而对散居少数民族权利保障问题的关注,相比之下就较为薄弱一些。但是,这种现象有必要加以改善。因为,权利不分大小与轻重,均应得到同等对待和重视。我国民族分布的基本情况是“大杂居、小聚居”。很多少数民族是杂居在一起的。这里的杂居又要分为自治地方的杂居与非自治地方的杂居。2011年,我国民族自治地方的人口共有18762.34万人,少数民族人口为9003.47万人,占总人口的47.99%。^①而根据第六次全国人口普查结果,全国少数民族人口为11379万人。也就是说,全国有近2375.53万人的少数民族人口未生活在自治区内,占少数民族人口的20.87%,若考虑到人口流动的因素,这个比例只会更高。对于这两千多万的少数民族权利如何保障,通过何种途径保障,现有保障机制是否落实到位,能否真正有效地保障他们的权利,民族法学研究对此不能回避,也不应回避。两千多万人口,在一些地方都是一个国家的人口数了。因此,他们的权利保障问题,也应得到切实的关注。

(2) 民族区域自治等民族法律制度是少数民族权利保障的机制和实现途径。

民族区域自治制度和少数民族权利之间是何种关系,是我们必须研究的话题。因为,在一些学者的眼中,民族区域自治法就是民族法学的核心、民族法学的基石。笔者并不同意这样的观点。民族区域自治法和民族区域自治制度是两个既有联系又有区别的概念。民族区域自治制度是一种政治制度。任何制度安排均有目的和原因,将制度通过法律的形式确定下来,就是为了实现该制度应该实现的目的。我国实行民族区域自治制度的目的有两个,“在我们这个统一的多民族的国家内实行民族区域自治,既能保障各少数民族自主管理本民族内部事务的权利,又能保障民族的团结和国家的统一、独立,抵御外来的侵略和颠覆”^②。由此可见,民族区域自治制度的功能之一就是保障少数民族权利。在民族自治地方内部,其民族关系又包括少数民族与汉族之间的关系和实行自治的少数民族与其他少数民族之间的关系。

根据民族区域自治制度的规定,自治机关是少数民族行使自治权的地方。从世界其他国家的相关实践来看,如何保护相关人群的权益,有多种机制,如通过诉讼机制保障其权利。这里的诉讼既可以在本国诉讼,还可以通过区域人权法院进行诉讼。另一种模式就是通过设立相应的专门机构保障其权利。专业机构又可以大致分为两种,一种是在政府内部设立专门针对少数人权利的机构进行保护,还有一种就是设立地方政府的方式进行保护。无论一个国家采取具体哪种制度与形式进行保护,都只是体现了保障少数民族权利的具体机制而已,而机制建立的前提,还是对少数民族权利的承认。

^① 数据来源:国家统计局网站, <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2013/indexch.htm>, 2014-4-10 访问。

^② 阿沛·阿旺晋美:《关于〈中华人民共和国民族区域自治法(草案)〉的说明》,《中华人民共和国国务院公报》1984年第13期。

因此,我们可以得出结论,民族区域自治制度与少数民族权利有密切关系。少数民族权利保障的重要形式就是通过民族区域自治制度实行自治权。民族区域自治制度是保护少数民族权利的具体机制和实现途径。

(3) 民族法学基本理论研究是维系民族法学的学术纽带。

一门学科均有其基本理论。在基本理论研究中,这门学科的独立性得到强化,学科的理论体系更加明确,学科的现实价值与理论意义才能凸显。

民族法学的基本理论由哪些部分构成呢?对于这个问题,我们一方面要从理论上考虑到其完整性与逻辑性,另一方面要从实际研究状况考虑其可行性与现实性。只有如此考虑,理论体系才能既有理论高度,又联系实际。可以说,本书所论述的所有内容均可以将其纳入民族法基本理论中。民族法学基本理论研究大致可以由以下几部分构成:

第一,对基本概念、原则的研究。民族法学作为一门新兴的法学学科,究竟什么是民族法学,是每一位研究者,无论是学术老兵还是新兵蛋子都要思考的问题。这里面要思考的问题主要有其是否具有独立性、其研究对象究竟是什么、其法律关系的性质如何归纳、与其他部门法律/法学的关系是什么等等一些基本问题。值得庆幸的是,这些年,通过学者们不断的研究和探索,对上述问题已经有了较为明确的答案。^①另一个关于民族法的基本原则问题,大家也有较为一致的看法,是民族法学的基本原则,包括维护国家统一原则、民族平等原则、民族团结原则和各民族共同繁荣原则。^②

第二,对历史发展脉络的研究。民族法学历史发展脉络研究就是研究民族法学、民族法律在我国的历史变迁过程。这一领域的研究又可分为两部分。一部分是民族法学的历史发展。由于我国的民族法学是在改革开放过程中逐步发展和建立起来的,也就三十多年的历史。这个历史对一个人来说,已经从婴儿时期进入到壮年时期了,但对一门学科来讲,它仍然处于婴幼儿时期。学科的很多基本问题都还需要更多的学者来共同关注。第二部分就是我国历史上的民族法律制度。这里面又由三部分组成。第一部分是我国历史上统一中央王朝对其统治辖区内的少数民族治理。例如,我们对羁縻府州、土司制度的探索,对“化外人”的关注等,就属于该范畴。第二部分是少数民族政权内部的法律制度。这部分的研究成果较为丰富。很多学者根据自己的研究兴趣,对匈奴习惯法、吐蕃、南诏、西夏、金朝等少数民族政权的法律制度进行了研究。第三部分为中央王朝与周边少数民族政权的法律关系。例如,对宋朝与周边少数民族政权的关系的研究与总结。

这里需要提及的是少数民族习惯法研究。从某种角度上讲,少数民族习惯法研究在民族法学发展的初期具有重要地位。一些院校和学者的民族法学研究就是从研究少数民族习惯法着手的,如研究傣族、彝族、瑶族等少数民族习惯法。但是,在一些学者眼中,在中国这样一个以制定法为主的国家,并没有所谓的“习惯法”,有的只是各地的“习惯做法”而已。笔者认为,这里的争论涉及何谓“法”的争论了。就笔者的观点来看,不管如何去看待这些在实际生活中运行的“活法”,这些与国家法律制度不同的社会规则存

^① 相关主要文章,在前面的论述中已有涉及,在此不再赘述。

^② 在具体研究中,也有学者提出了“重视民族特殊性原则”的一些观点。参见熊文钊主编《民族法学》,北京大学出版社2012年版,第42页。

在,是任何人不会否认的。但是,这里需要讨论的是,法学作为极具实践性、现实性的学科,研究这些习惯法的最终目的又是什么呢?笔者认为,无论如何研究,还是在国家法律这一大背景之下,探讨国家法律的运行、贯彻与实施的问题而已。这就是一个法律理论、法律规范的普遍性与法律实践中的具体性的关系问题。因此,对少数民族习惯法的研究,更应从这个角度去理解。

第三,对其研究方法的探索与总结。任何一个学科均有其研究方法。民族法学作为法学学科的一个门类,在继承了法学传统的规范分析方法以外,还将法律人类学和法律社会学的方法运用到民族法学的研究中。

规范分析方法是法学研究的传统研究方法。这种研究方法具有两个特点:“研究成熟的法律体系,认为法律是被制定出来的”,其运用的分析方法“是一种试图通过分析和比较找到所有法律基本原则的方法,它假设被分析的法律体系是一种稳定的状态”^①。但是,分析法学在构建逻辑的完整性的同时,也存在与现实不吻合等问题。^②因为,我们的现实生活毕竟是复杂的、多变的。试图仅用抽象的概念、条文能涵盖所有的法律问题,这是不可能的事。为了在一定程度上弥补规范分析方法中的缺陷,民族法学的研究者尝试运用法律人类学和法律社会学来研究和关注民族法律问题。这两个研究方法,最大的特点在于不将法律看成为一个独成系统的事物,而是将其与所处的社会、文化联系起来看待。我们每个人都是“悬在由他自己所编织的意义之网中的动物”^③。我们的行为与我们的选择均与这个文化和社会有着密切的关系。

尽管一些学者不断探讨法律人类学和法律社会学在民族法学研究中的优越性,但就笔者的研究体会而言,研究方法本身并无优劣之分。它只是我们探索、认识、分析事物的一个角度而已。任何方法均不可避免地存在其研究缺陷和研究的盲点,我们切不可过于迷信某一种研究方法。在这里,我们需要以问题为导向,不断地探索问题本身。研究方法就像是到达对岸的桥梁而已,而不是目的本身。

三、本书的体例安排

民族法学作为一门新兴学科,其学科体系尚在发展和完善之中。如何安排本书的体例,本书参编人员在撰写之前几经商讨,并请教多位相关领域专家,最后形成目前的体例格局。当前的体例我们借鉴了其他民族法学教材的体例,也借鉴了其他法学教科书的编写体例。在继承以前的教材好的思路的基础上,又对有些地方进行了修订。本书共分5篇18章。第一篇民族法学基础理论主要是对民族法学的一些基本概念、法律渊源和基本原则进行介绍。同时,历史上中央王朝对民族地方的治理以及少数民族习惯法等进行了探讨。第二篇为民族区域自治。民族区域自治制度是我国三大基本政治制度之一,也是保障我国少数民族当家做主的重要制度。在民族法学中,民族区域自治制度是整个民族法学的重要法律依据。因此,有必要单独作为一篇进行介绍。该篇分为三章,分别介绍

① [美] 罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),余履雪译,法律出版社2007年版,第59页。

② 具体问题可参见拙著《少数民族地区乡村治理法则研究》,民族出版社2012年版,第6~7页。

③ [美] 克利福德·格尔茨:《文化的解释》,韩莉译,译林出版社1999年版,第5页。

民族区域自治的历史变迁、自治权以及自治的组织结构。第三篇为少数民族权利。少数民族作为一个群体，它既享有宪法规定的普通公民享有的一切权利，同时又享有其作为少数民族才享有的特殊的权利。这些权利的外延与内涵有哪些是需要我们探讨的问题。我们主要依据《民族区域自治法》的相关规定，将少数民族的权利分为政治、宗教、经济、文化和散居少数民族权利五个部分进行介绍。第四篇为少数民族权利保障与救济机制。在体例讨论过程中，如何撰写这部分内容，我们有着较为激烈的争论。从我国现行实践看，对民族问题的解决机制是多层次、多渠道的，既有政治层面的解决机制，也有诉讼法律层面的解决机制，同时还有民间纠纷解决机制。这些解决机制是包含在国家的整个社会矛盾解决机制之中，很难将其简单地提取出来进行单独讨论。因此，将其单独列出来讨论是否有必要？又有老师认为，民族地方的矛盾纠纷化解机制是客观存在的，并且在社会关系复杂的民族地区，如何化解当地的社会矛盾是我们的研究必须正视的问题。同时，我们在实践中也形成了一些值得推广的经验和制度。将这些成熟的制度介绍给学生是十分必要的。最后，大家采纳了后一种观点。将这部分分为法律的保障与救济机制和社会的保障与救济机制两章来写。第五篇为比较民族法。在体例讨论过程中，有老师对该篇的名称提出疑问，认为这样的提法不够科学严谨，也有老师认为这样的提法可以接受。中国的“民族”这一概念与外国的“nation”不同，而更接近于“ethnic group”族群这一概念。但是，这种概念上的差异，是各国历史文化因素形成的。这也仅是一个概念问题。问题的关键还是在于这样一部分人群在一个国家中如何保护他们的权益。而这一现实问题是世界各国均要面对的现实问题。因此，“比较民族法”的提法也是可以成立的。最后，老师们采纳了第二种观点。该部分主要由三章组成。首先对世界的民族法进行概述，然后介绍国际文件中对少数人权利的保护，最后重点介绍部分国家保护少数人权利的具体制度和经验教训。

