

中国泛珠三角合作与发展法治论坛论文集

当代法学论坛

DANGDAI FAXUE LUNTAN

二〇〇九年第3辑（总第21辑）

主编：赖梁盟

中国方正出版社

中国泛珠三角合作与发展法治论坛论文集

当代法学论坛

二〇〇九年第三辑(总第21辑)

赖梁盟 主编

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代法学论坛/赖梁盟主编. —北京: 中国方正出版社, 2009. 7

ISBN 978 - 7 - 80216 - 461 - 1

I. 当… II. 赖… III. 法学—文集 IV. D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 011101 号

当代法学论坛

责任编辑: 安乐明

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 66562733

编辑部: (010) 59596602 出版部: (010) 66250958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: anleming@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 贵阳快捷彩印有限公司

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张: 24.5

字 数: 494 千字

版 次: 2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 461 - 1

定价: 40.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

目 录

区域经济法比较与对策

贵州省在区域合作框架下坚持“环境权”理念之必要	潘 弘 王亚楠(3)
民族婚俗与婚姻法律冲突的司法调整	
——论贵州世居少数民族婚姻案件审理的规范化方向	张德昌 石修华(9)
浅析我国现代区际法律冲突的立法解决途径	陈治铁(19)
贵州与泛珠三角区域劳务合作的法律问题研究	冯小山(26)
当前地方立法技术存在的问题及几点建议	冯袁冰(32)
区域经济一体化社会保障与外来人员劳务合法权益法律问题研究	洪 泓(38)
土地出让过程中的政府角色冲突和转变	马良全 王慧芳(43)
区域经济一体化背景下的劳务合作中的劳动维权路径探析	邓 峰(50)
浅析中国“市场经济地位”问题	李 浩(55)
加强和完善泛珠三角九省区食品药品监管的法律思考	李 季(61)
泛珠三角地区与海峡西岸经济区经济融合法律问题研究	李 良 林 欣(71)
经济特区与民族自治区立法制度的特点比较研究	李鹏程(79)
再论我国精神损害赔偿制度的立法完善	李小红(85)
金融业公司高管薪酬的法律规制	李有星 李 鹏(92)
试论我国民族区域自治地方经济立法的基本经验	
——以自治区经济立法为例	马绍红(99)
我市当前涉农职务犯罪新动向及原因分析	施丹莹(109)
试论我国民族区域自治地方经济立法的依据	王 鑫(113)
基于 SWOT 分析中的泛珠三角区域经济合作法律模式构建的战略选择	
.....	魏 佳 李连博(122)

WTO 体制下两岸四地区域经济合作模式的法律选择·····	潘 艳(129)
试论建造人对违章建筑物的权利·····	薛朝阳(137)
关于在我国建立行政公益诉讼制度的思考·····	杨 波(143)
泛珠三角地区促进科技发展的税收合作法律问题初探·····	姚雅丹 陈剑梅(147)
欧盟反倾销与中国企业的对策·····	朱孟婷(155)
经济特区和民族自治区立法制度比较研究·····	朱卓慧(161)
商标产品平行进口准与禁的探析·····	钟 刚(168)
区域合作下内地与香港劳动争议处理机制探析·····	章 群 邓君韬(172)
泛珠三角区域循环经济发展法制保障问题研究·····	杨 武 张 朝(183)

区域旅游生态资源法治建设

关于构建我国环境公益诉讼制度的思考·····	李卫国(193)
区域环境资源保护经济补偿法律问题研究·····	詹道巨(201)
珠江流域地区公益林生态补偿的困难与对策研究	
——以贵州省为例·····	林 苇 王占洲(204)
环境公益诉讼主体问题探析·····	曲 妍(211)
区域经济一体化建设中自然资源合理使用与补偿法律问题研究·····	王建平(218)
泛珠三角区域自然资源生态补偿制度的法学探讨·····	丁学坤(224)
西部地区生态保护与资源开发补偿问题研究·····	陈璐映(233)
“生态四川”的法制诉求·····	何 真(239)
劳务派遣法律规制的不足及立法建议·····	方维忠(246)
运用协调发展原则和利益与责任公平原则进行环境保护·····	卢宇鸣(253)
西部旅游开发中生态资源环境法制保障问题研究·····	岳金所(257)
加快我国旅游法制建设的思考·····	周 全(264)
泛珠三角区域合作中生态补偿机制的探讨·····	蓝 晨 赵伟胜(271)
游离在司法救济边缘的环境公益诉讼	
——以诉讼主体与诉讼模式为视角·····	邱阳平 唐佩莹(277)
西部旅游开发中生态环境的法律保护问题研究·····	黄 倪(287)

经济全球化背景下国际经贸争端应对策略	黄 微(292)
论环境公平	姜素红(300)
泛珠框架下可持续发展环保法律保障机制初探	王 萌(306)

区域经济合作与发展法治建设

泛珠三角区域经济合作的法律思考	邱房贵(317)
泛珠三角区域经济合作中的警惕	
——知识产权垄断强度之比较分析	李 健 黄 佳(322)
司法裁判吸纳民意机制之建构	傅贤国(329)
平等保护原则的规定及其意义	刘远宏(337)
市场经济下政府的权力与能力	赵 毅(346)
区域经济合作与地方保护主义	
——以泛珠三角区域合作为例	杨 威(353)
我国公务员行政惩戒法律救济的问题及对策	韦寸乔 阮 毅(359)
直面中国法律人才培养	周昌发(364)
浅析泛珠三角地区流动人口的治安管理	安顺市开发区政法委(370)
国内区域经济合作与发展宏观机制法律问题研究	陈 凡(374)
金融危机下维企稳定发展法律政策探析	张 涛 张 印(381)

区域经济法比较与对策

贵州省在区域合作框架下坚持 “环境权”理念之必要

The Necessity of Guizhou Province cooperates under t regional cooperation
framework to insist the idea of " the environmental right"

潘 弘 王亚楠*

内容摘要：环境权的理念体现了人与自然的和谐与共进。引入国外环境权理念和先进的立法经验，在我们的实际工作中加以贯彻，是坚持科学发展观在法制层面上的具体体现。特别是对于贵州这一具有生态环境优势，亟待融入区域合作实现跨越式发展的省份，就显得非常有现实意义，是非常必要的

关键词：环境权 区域合作 可持续发展 环境事前评价机制

泛珠三角区域合作（即“9+2”）模式自创立以来，已历五载。作为在我国具有相当影响力的区域一体化合作模式，泛珠三角区域合作（以下简称“泛珠合作”）在党和国家的正确指导和大力支持下，运行良好，渐出成效，已基本形成了合作互动、优势互补、互利共赢、共同发展的格局。作为“9+2”成员中发展较为滞后的西部省份，贵州若要跟上其他先进省份的发展步伐，实现又好又快发展，首先就要做到合理定位，发挥优势。其次，如何在推进经济全面发展中坚持“环境权”的理念，加快建立生态资源开发的法制保障，促进可持续发展，同样是我们需要给与高度重视的方面。笔者拟对这一问题予以论述。

一、环境权概述

（一）“环境权”的提出。

“环境权”为人们所重视，始于上世纪六七十年代。随着工业化的不断推进和经济的高速发展，人类对自然的要求和改造越来越强烈。人类在得到物质上巨大满足的同时，也为自己对自然的过度开发而不断付出高额的代价。随着环境的日益恶化，“公害问题”不断出现，经济增长所带来的利益与环境污染致害所付出代价之

* 作者：潘 弘，女，贵州师范大学副院长教授

作者：王亚楠，贵州师范大学硕士研究生。

间的大量抵消,使人类不得不正视“环境”的价值意义。正如日本著名环境法学家原田尚彦所言:“在法律的世界,良好的环境也早已不是无价值的东西,作为国民的基本权利,要求确保国民的每一个人能够在清洁的空气……的环境环绕之下健康而安全的生活,这就是‘环境权’的主张。”^①

可见,环境权的提出是人类危机化的产物,是人类对外在环境变化的一种主观反映。最早的环境权提出首见于1970年3月于日本新泻市召开的由日本律师协会举办的维护人权大会上,仁藤、池尾二位律师所做的报告。^②另有学者认为,“环境权”最早见于1972年的《人类环境宣言》——“人类有权在一种能够过尊严和福利的生活的环境中,享有自由、平等和充足的生活条件的基本权利,并且负有保护和改善这一代和将来的世世代代的环境的庄严责任。”^③

这些不同的观点,笔者认为只是时间先后不同而已。其核心内容都是在体现人类对自身周边环境的关注与对环境权利的要求。就我国而言,在各种立法中还没有出现直接规定“环境权”的相关法条。环境权的概念,更多的是相关学者依据现有法律和司法实践所做出的推论和解释。但是纵观各国立法,将“环境权”上升到法律高度的国家已为数不少。例如,“日本《东京都防止公害条例》规定,所有市民都有过健康、安全以及舒适的生活的权利,这种权利不因公害而受到侵害。”再如,“韩国1980年《宪法》第33条规定:国民有生活于清洁环境的权利…”而我国宪法第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害,”也可以理解为对公民环境权利的一种肯定。

(二) 环境权的性质的界定。

对于环境权性质的界定,学界一直存在争议。对于其性质的争论主要集中于以下几点:第一,环境权是不是人权;第二,环境权是不是宪法基本权利;第三,环境权是不是私权。^④也就是说,在人类对环境权这一权利的存在达成共识之后,如何在理论上给与其一个合理的定位,使我们对其有一个更加清晰的认识,是进一步研究环境权的基础。

首先,按照现代人权理论,人权分为三代:第一代人权是法国大革命时代倡导的公民不受政府的侵扰,也称为“消极的权利”;第二代人权是垄断资本主义时期出现的普遍的社会权利,主要是指俄国革命和西方福利国家所提出的经济、社会和文化权利,也称为“积极的权利”;第三代人权是全球合作以维护和平、保护环境和促进发展的“连带权”,这类人权是社会性、集体性的权利,包括环境权 and 和平

① 原田尚彦.《环境法》.于敏译.北京.法律出版社1999:66

② 原田尚彦.《环境法》.于敏译.北京.法律出版社1999:66

③ 郭英华.《环境权还是环境法益?——权利泛化背景下对环境权的反思》.内蒙古社会科学(汉文版),2008(6)

④ 齐树洁、林建文主编.《环境纠纷解决机制研究》.厦门,厦门大学出版社2005:108

权等。^⑤ 由此,笔者认为,结合学者们对“人权”的分类描述以及对环境权产生的回顾,我们可以深刻的认识到,环境权之所以能够站上人类历史的舞台,就是环境对人类的重要性和环境与人类的一体性。正是由于人类对环境保护的忽视,导致了人类生存条件的恶化,促使人类认识到了环境权是人类所必须加以重视的权利,是与生存权、独立权同等重要的人类基本权利之一。对环境权的漠视与遗忘,同样会直接危及人类的生存与发展。所以,环境权作为人权的一种是毋庸置疑的。

其次,依前文所述,随着全球环境的加剧恶化,越来越多的国家和立法者认识到了环境权对一个国家和民族的重要意义。环境权入宪已不是个别化现象。同时,环境权作为人权的一种被人们所接受,也为环境权入宪提供了很好的理论基础。环境权也只有通过宪法的根本法地位,才能保障其在社会生活中被较好的享有和实现,真正的为国家和社会所重视。所以,环境权应当被视为宪法权利之一,其作为宪法性权利体现着现代社会中对人权的尊重和关怀,也能够为下位法真正的在法律实践中保护公民的环境权益提供立法渊源。世界上越来越多的国家将环境权入宪,从而使对环境权是否能作为宪法性权利的讨论变得不再有意义。我国也应该顺应时代潮流的发展,坚持以人为本,尽快将环境权明确纳入到宪法性权利的范围中来。

再次,对环境权是公共权利还是私人权利的讨论,笔者认为,其实质是在为环境权的保护提供具体的立法方向和司法操作框架。只有确定了环境权的具体法律意义上的性质,才能够在法律层面上找到对其合理保护的路径。而这一问题正是学界争论的焦点之一。有的学者从环境权的实现途径出发,认为环境权是一种全体人民的环境公益,是一种共享权。^⑥ 从而推出环境权是一种集体权利,而不是私人权利的结论。但是如果认为环境权是公共权利,那么就不得不面对在具体诉讼中谁来主张权利的问题。依据现有的司法模式,是很难对每个环境权诉讼进行完美的解决的。因此,就有学者主张,应该在可能的范围内论证和完善环境权,使其融入到现有的民事权利体系中去。^⑦ 这些争论使环境权的权利性质始终没有一个确切的定论。但是无论结果如何,环境权保障体系的建立是势在必行的,同时也是必须以合理保护公民的基本权利为目的的。

综上所述,环境权作为二十世纪新兴权利形态,其科学性和必要性已为世界所公认。加强环境权理念和保障环境权的实现,是协调人与自然和谐相处,做到可持续发展的重要一环。尤其是对于我们这样一个发展中国家尤为重要。贵州作为泛珠三角区域合作机制中的一员,在合理定位,凸显自身生态优势的同时,在加快开发中坚持环境权的理念,更是具有强大的现实意义。

^⑤ [法] 卡雷尔·瓦萨克著,张丽萍、程春明译:人权的不同类型,载郑永流主编:《法国哲学与社会学论丛》(四),中国政法大学出版社2001:467-471

^⑥ 参见周训芳:《环境法论》,法律出版社,2003.152-153

^⑦ 参见齐树洁、林建文主编:《环境纠纷解决机制研究》,厦门,厦门大学出版社2005:116

二、贵州在泛珠区域合作机制中的合理定位与坚持环境权理念的结合

(一) 泛珠区域合作机制下贵州省的合理定位。

泛珠区域合作(即“9+2”)模式包括东部、中部、西部省(区)和香港、澳门特别行政区在内的十一个省区,占全国面积的1/5、人口1/3强、经济总量占全国的比重超过1/3(不含港澳)。如此广阔的区域间合作,如何做到合理定位,充分发挥自身优势,取长补短,是每一个成员都必须首先解决的问题。

作为贵州省来说,自身地处西南腹地,既不靠东又不沿海不沿边,交通不便,经济发展滞后,属于欠开发、欠发达地区。作为区域合作开发的一员,自身发展的相对滞后对我们来说既是挑战也是机遇。挑战就是我们如何能够合理的利用兄弟省份的资源,加快自身的发展,跟上“大部队”的发展步伐,机遇就是我们还有很大的发展潜力等着我们去发掘。正如有学者指出的:“泛珠三角内地9省区可分为明显的两大层次。广东、福建、湖南、四川在经济、科技和运输发展水平较高,贵州、云南、湖南、广西则在自然、人力资源和旅游资源具有优势,这种差异性和比较优势是泛珠三角区域合作中应加以注意并利用的。”^⑧所以,我们应该清醒的认识到这种定位的合理性,立足于贵州良好的生态环境和自然资源,将本省的目标定位在建设生态文明,加快发展生态经济上来。正如贵州省委副书记王富玉同志指出的,“推进生态文明建设是我省增强环境竞争力,实现‘后来居上’的根本保证”。

环境是生产力、生命力,也是核心竞争力。^⑨我们贵州在区域合作中的优势就是我们良好的环境与生态资源。但是贵州现在还只是生态大省而非生态强省。综合全省的情况,我们的生态开发和环境保护还有很长的路要走,部分地区的生态质量是十分脆弱的,生态环境的不平衡性还很明显。正如胡锦涛总书记在2005年2月视察贵州时指出的:“贵州资源丰富、环境优美,但总体上生态环境十分脆弱,极易受到破坏而难以修复,因此,节约能源资源、保护生态环境的工作丝毫不能放松,要抓的紧而又紧、实而又实。”在这一精神的指引下,贵州省的发展道路就应该是在开发建设中牢牢树立“环境权”理念,立足自身环境优势,珍惜生态资源,合理开发利用,走可持续发展道路。

(二) 坚持环境权理念在区域合作机制发展中的体现。

1. 在区域合作机制中加快基础建设要坚持环境权理念

贵州省作为经济欠发达、欠开发的省份融入泛珠合作机制中,势必会加快引入投资的步伐、加开基础建设的步伐。同时,作为沿海经济发达地区,也会加快产业结构调整、转型,将部分资源消耗大,劳动力需求量大的企业内移。正如有学者提出的:“注重区域内产业结构的合理调整与布局是泛珠三角区域合作发展中的一个

^⑧ 转引自彭春华,《泛珠三角区域合作研究述评》,《岭南学刊》2008,(5)

^⑨ 王富玉:《推进贵州生态文明建设实现经济社会发展的历史性跨越》,《当代贵州》2009,(10) 35

重点,因此,泛珠三角区域的产业转移和产业合作应是在加强珠三角核心层的整合和提升的同时,实行产业梯度转移。^⑩而贵州省作为资源大省,最容易吸收消化的正是资源密集型和劳动力密集型的产业。我省虽是资源大省,但生态状况并不乐观。众所周知,我省是全国石漠化面积最大、等级最齐、程度最深、危害最严重的省份。在这样的生态环境下继续走拼资源、拼消耗,先污染后治理的老路是绝对行不通的。另外,我们还应该注意到,在引入开发的过程中,盲目开发,重复开发导致环境被严重破坏的现象还时有发生。例如,在矿产开发和交通建设过程中的毁林、毁草等行为。这些不合理的开发显然都是没有坚持环境权的理念。所以,坚持环境权的理念对于我们做到科学发展、合理开发是非常重要的。

2. 在区域合作机制中加快发展应注重对民族环境权的合理保护

贵州省是生态大省,也是民族大省,蕴含着丰富的民族文化和历史文化资源。在融入区域合作机制的过程中,发挥民族特色旅游与文化资源也是我们的优势之一。但是,在开发的过程中,如何坚持环境权的理念,尊重少数民族的环境权利,做到既体现民族特色又能保护环境,对我们来说是一个全新的课题。

据统计,贵州省有苗、布依、仡佬、侗等49个少数民族,约占全省总人口的35%,被称为“不是自治区的自治区”。这些民族在长期的发展过程中,产生了很多本民族所特有的生活习俗与文化资源。这些习俗与文化是与这些民族生活的环境息息相关的。例如,侗族的风水林、仡佬族的“祭树”风俗等。脱离了特定环境或者人为导致环境的改变,就会对这些民族的发展产生重大的影响。在我国现有的开发体制下,合理的协调开发布局与尊重少数民族权利是较为困难的,开发过程中所出现的环境问题正日益凸显。“这种经济发展格局和资源开发模式,决定了少数民族区域的生态环境问题和少数民族群体的环境权问题,正在逐步上升为我国生态安全问题的一个重要方面。”^⑪而少数民族在这一开发模式中,是处于弱势地位的。他们的经济发展状况较为落后,对环境和资源的依赖较为强烈。所以,在对民族地区开发的过程中更要坚持环境权的理念,依托少数民族文化和风情,将民族旅游与生态旅游紧密的结合在一起,真正实现在开发中保护,保护中开发的理念。

3. 在区域合作开发中坚持环境权理念应引入“环境事前评价机制”

“环境事前评价机制”兴起于上世纪七十年代。最具代表性的是美国和日本两国的环境评价模式。其可以被界定为:“当计划开发的时候,要事先从开发行为给环境方面带来的所有的影响的角度进行调查、预测,公开其结果并听取关系人的意见,在此基础上评价开发计划的当否,决定是否实施开发的过程和技术手段。”^⑫美日之所以引入环境事前评价机制,也正是处于经济高速发展的过程中,由于盲目的

⑩ 左连村:《发展泛珠三角经济区的思考》,《广东社会科学》2004(4)

⑪ 吴贤静:《论我国少数民族环境权》,《云南社会科学》2009(1)

⑫ 原田尚彦:《环境法》,于敏译,北京:法律出版社1999:128

开发所导致的公害事件不断发生,给生态环境和人类健康造成了严重的危害。为了避免严重公害事件的出现,使经济开发对环境的危害降低到最小化,政府通过立法的方式将环境事前评价机制引入到了大规模开发的过程中来,同时在评价过程中重视公民的主体地位,邀请居民代表参与评价。这一整套机制的实行,较为有效的遏制了开发过程中的盲目性,收到了较好的环境效益。

这一机制对于泛珠区域合作机制、对于贵州省同样是值得借鉴的。胡锦涛同志曾经指出:“加强能源资源节约和生态环境保护,是我国建设生态文明必须着力抓好的战略任务。”因此,贵州在泛珠合作机制下,应该坚持环境权理念,坚持以人为本,积极建立和完善相关的环境评价机制,从引入到建设、到管理都做好相应的评价和审批,理性的选择合作伙伴,坚决杜绝非理性化的引资与招商,从而将环境的危害发生的可能性降到最低点。其次,贵州省在自身立足于主打“环境牌”的同时,应在泛珠区域合作机制中推行环境评价机制,力争建立统一的,面向整个泛珠区域内的环境开发评价机制。从而对生态环境进行全方位的保护与开发,形成区域合力,共建生态文明。

三、结语:环境权的理念体现了人与自然的和谐与共进。

引入国外环境权理念和先进的立法经验,在我们的实际工作中加以贯彻,是坚持科学发展观在法制层面上的具体体现。特别是对于贵州这一具有生态环境优势,亟待融入区域合作实现跨越式发展的省份,就显得非常有现实意义,是非常必要的。

参考文献:

- [1] 原田尚彦.《环境法》[M].于敏译.北京:法律出版社,1999
- [2] 郭英华.《环境权还是环境法益?——权利泛化背景下对环境权的反思》[J].内蒙古社会科学(汉文版),2008,(6)
- [3] 齐树洁、林建文主编.《环境纠纷解决机制研究》[M].厦门,厦门大学出版社,2005
- [4] [法]卡雷尔·瓦萨克著.《人权的不同类型》[M].张丽萍、程春明译.载郑永流主编.《法国哲学与社会学论丛》(四)[C].北京:中国政法大学出版社,2001
- [5] 周训芳.《环境法论》.北京:法律出版社,2003.
- [6] 彭春华.《泛珠三角区域合作研究述评》[J].岭南学刊,2008,(5)
- [7] 王富玉.《推进贵州生态文明建设实现经济社会发展的历史性跨越》[J].《当代贵州》,2009,(10)
- [8] 左连村.《发展泛珠三角经济区的思考》[J].《广东社会科学》,2004,(4)
- [9] 吴贤静.《论我国少数民族环境权》[J].云南社会科学,2009,(1)
- [10] 张梓太主编.《环境纠纷处理前沿问题研究——中日韩学者谈》[M].北京:清华大学出版社,2007.

民族婚俗与婚姻法律 冲突的司法调整

——论贵州世居少数民族婚姻案件审理的规范化方向

Judicial adjustment of the nationality marries vulgarly and marital law conflict

——Occupies the standardized direction which by Guizhou world the ethnic marriage case tries

张德昌 石修华*

内容摘要：婚姻纠纷历来是人民法院民事案件的重中之重，如何审理好婚姻纠纷案件是人民法院的永恒课题。每一个民族均有自己独特的婚姻习俗，比如贵州省世居少数民族聚居区，仍大量保留有氏族社会的遗风，其婚姻家庭习俗，至今仍“其俗不移”，保存着极大的生命力。人民法院在行使审判权的过程中，经历着法律与习俗不断相冲突的深刻体验，研究少数民族婚姻习俗与审判权行使之间既难兼容又须共处的两难关系，探究在审理少数民族婚姻案件时审判的规范方向，以符合少数民族认同标准的审判规范来实践于少数民族婚姻案件的审理，才能得到公众的认可。需规范的内容有实体和程序两方面，实体方面应做到：1. 应特别注意民族禁忌对婚姻案件处理的影响；2. 对违法、无效婚姻的处理应适当从宽掌握；3. 在离婚标准的掌握上应尽量与少数民族离婚习惯吻合；4. 在婚约纠纷及离婚时的彩礼返还和财产分割上，应适当突破《婚姻法》的规定。程序方面应实现：1. 调解应当邀请当地寨老参与；2. 离婚的诉讼程序应更简化；3. 庭审程序应更加人性化，更符合少数民族的程序需求。胡锦涛总书记说：发展是第一要务，稳定是第一责任。审判作为社会稳定的重要手段，在定纷止争方面具有不可替代的重要地位。审判行为只有自觉地与社情民意相结合，努力实现规范化，才能为整个社会理解，审判结果才能为全社会接受并自觉遵从。本文以传统的少数民族民俗社会为蓝本，试图论述在少数

* 作者：张德昌（1965—），男，黔东南州中级人民法院，曾担任贵州省高级人民法院基层法院副院长（挂职）、贵州省高级人民法院刑事审判庭副庭长、研究室主任、黔东南州中级人民法院副院长等职，邮编：556000。

作者：石修华（1973—），男，侗族，贵州锦屏人，黔东南州中级人民法院民二庭副庭长，曾任黔东南州人民法院院办公室、告申庭、审监庭任秘书、书记员、助审员及民一庭审判长、民一庭副庭长，邮编：556000。

民族婚姻案件审理过程中审判的规范方向。

关键词：民族婚俗 婚姻法律冲突 司法调整

一、引言

婚姻纠纷历来是人民法院民事案件的重中之重，如何审理好婚姻纠纷案件是人民法院的永恒课题。我国是多民族国家，每一个民族均有自己独特的婚姻习俗，比如贵州省世居少数民族聚居区，仍大量保留有氏族社会的遗风，至今仍在影响着当地少数民族的日常生活，以风俗习惯为外在表现形式，特立独行于国家法制体系中，尤其是婚姻家庭习俗，至今仍“其俗不移”，保存着极大的生命力。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中说：“在原始氏族社会会中，没有军队、宪兵和警察，没有贵族、国家、总督地方官，没有监狱，没有诉讼，而且一切都是有条不紊的，一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族和部落来解决，或者由各个氏族相互解决，——所有问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的风俗把一切都调整好了。”随着国家法制建设的整体推进，在法律实施过程中法律与少数民族风俗习惯产生不可避免的冲突，尤其是人民法院在行使审判权的过程中，经历着法律与习俗不断相冲突的深刻体验。研究少数民族习俗与审判权行使之间既难兼容又须共处的两难关系，探究二者和谐共处之道，是摆在人民法院面前的一道难题。孟德斯鸠曾说：“司法工作不仅判决有关生命和财产的事，而且也判决有关荣辱的事，所以需要谨慎的查讯，当法官的责任越大，当裁决所涉及的利益越重要时，他便要更加细心。”^①当审判的对象为与民族习俗相关的案件时，基于审判权与民族习俗的自然冲突性，对其必须进行有效的控制与规范，需确立一些比较独特的审判准则，使之成为审判所应遵循的基本规律，目的是让该审判行为能为少数民族地区的人们认同并给予正面评价。本文旨在探究民族婚俗与婚姻法律冲突时的审判行为规范化问题，以贵州世居少数民族婚姻案件的审理为切入点。

二、贵州少数民族婚俗作为习惯法存在的现状及世俗影响

“婚姻”是世间最美好的字眼之一，婚姻关系联系了一对男女间的一切人身与财产关系，连接着各自的家庭甚至宗族，是人类繁育后代延续历史的最基本社会关系。《礼记·婚义》说“婚礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后代也”，我国各民族，在长期生产生活等社会活动中，受所在地域居住环境、生存条件、生产状况、生活方式的影响和制约，经过世世代代的传承和发展，形成了特色各异的民族婚姻习俗，规范着人们的婚姻生活。贵州是我国世居少数民族的聚居集中区之一，苗族、侗族、布依族、土家族、瑶族、水族、仡佬族等少数民族，在贵州高原上，依山为寨、邻水结庐、聚族而居，依赖习惯、惯例、族规、宗教规程、禁忌等

^① 王少南编：《审判学》，人民法院出版社2003年版，第56页。

形式，将婚姻习俗世代相传至今，有的保留在传说中，有的保存的歌谣中，有的反映在石刻碑文里，更多的反映在人们的生活习惯中，散发着山区农业社会独有的原始乡土气息。“而夷狄殊俗之国，辽绝异党之地，舟舆不通，人迹罕至，政教未加，流风犹微，”古代中原人们的描述正是贵州世居少数民族生活的真实写照。纵观贵州世居少数民族的独特婚俗，主要特点为大量保留了原始氏族社会的遗风。如，在恋爱过程中，沉淀了部分氏族社会群婚制的特点，性爱自由度比较开放。苗族青年的恋爱过程为“游方”“摇马郎”等，在村边寨脚、风景树下、林木丛中，到处都是男女青年“游方”的身影，用吹木叶、打口哨为传递爱意的信号，男女合意，则避开众人独处，不忌性爱。土家族则有花朝节、女儿会等恋爱场所，以歌为媒、集体相亲，恋爱确立的信物为手巾。侗族男女恋爱为“玩山”、“赶歌场”，在歌场，附近村寨青年聚集，集体对歌欢娱相亲，在贵州黎平、从江、榕江等地，“行歌坐月”是男女青年交往的方式，几个要好的姑娘聚集在其中一位姑娘家的堂屋里纺纱、绣花，等待男青年的到来，以歌为媒、以歌传情，女青年的父母主动回避。明代《百苗图》记载：在天柱境内的西溪苗“未婚男子携笙、女子携馐，相聚戏学谑，所欢者约饮于旷野，歌舞苟合，随而奔之，生子后方过聘，聘礼以牛”，又记载：六洞夷人“新郎每夜潜入女家，与妇同宿，生子方过聘，归夫家”。充分表明了少数民族婚恋的自由恋。又如，在婚姻对象的选择及婚姻程序的操作上，沉淀了父系氏族的男性权威和氏族社会对神的崇拜。表现在姑舅表优先婚制、通婚禁忌及婚期神定等。再如，在婚姻仪式的财物支出看，保留有氏族社会财产匮乏的影响。中原汉族婚姻仪式讲究铺张，而贵州台江、雷山等地的苗族，在说合、定亲、迎亲几个婚礼环节，几乎少有财物支出，在说亲时，男方上女方家说媒，不用带礼物，女方如同意，则给男方家一只母鸡，表示同意；在定亲（议姜）时，男方带公鸡一只、田鱼五至七条、酒一坛、糯米饭一包去则可；在迎亲时，男方带公鸡一只、鱼五至七条、酒一坛、糯米饭一挑就足以作为婚姻礼物。

英国史学家古奇曾说：“一切法律本来是从风俗与舆论而不是从法理学形成，即从不知不觉的活动力量而不是从立法者的武断意志形成，法律不是凭空想象出来脱离于社会、风俗、传统的东西，它不过是对社会主体既有的道德习惯权力要求的记载与认可，法律也只有以此为基础，方能获得普遍遵从的效力。”贵州世居少数民族地区历史以来均处于国家权力的边缘地带，既是国家权力能力的边缘，也是抵制国家权力的力量的边缘，唐、宋以来中央均采用羁摩政策，给这些地区以自治的权力。这些地区是以村寨为单位，以土地为依附，以群体为本位，以熟人社会为模式的与法治社会相对应的社会，其婚姻规范源于习惯、宗教、宗法的权威，为民众遵守，在国家法制进程中，处于国家法制秩序与人治秩序、宗法秩序交混并存的状态。国家法律作为精英的理性设计，在向少数民族乡土社会深入过程中，会与民族习俗碰撞，不符合民族习惯法的国家法往往会在推行过程中失效，民族习惯法的存