

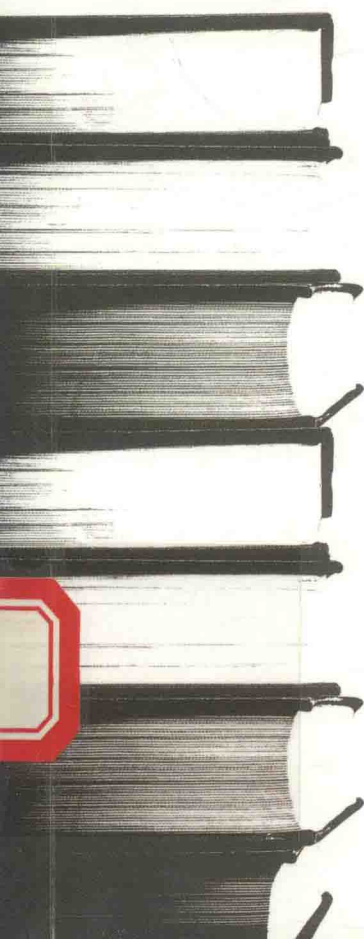
云南民族大学研究生精品课程建设项目资助



MINZU FAXUE QIJIANG

民族法学七讲

刘 华 游志能 / 著



民族出版社

云南民族大学研究生精品课程建设项目资助

MINZU FAXUE QIJIANG

民族法学七讲

刘 华 游志能 / 著

民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

民族法学七讲/刘华,游志能著. —北京:民族出版社,2016.9

ISBN 978-7-105-14571-3

I. ①民… II. ①刘… ②游… III. ①民族法学—研究—中国
IV. ①D921.804

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第248660号

民族法学七讲

责任编辑:刘海涛

封面设计:金 晔

出版发行:民族出版社

地 址:北京市和平里北街14号

邮 编:100013

网 址:<http://www.mzpub.com>

印 刷:北京彩云龙印刷有限公司

经 销:各地新华书店

版 次:2016年9月第1版 2016年9月北京第1次印刷

开 本:787毫米×1092毫米 1/16

字 数:240千字

印 张:12.5

定 价:35.00元

ISBN 978-7-105-14571-3/D·2819(汉444)

该书如有印装质量问题,请与本社发行部联系退换

编辑室电话:010-64228001;发行部电话:010-64224782

目 录

绪 论	(1)
第一讲 民族法学的基本原理	(7)
第一节 民族法学学科体系	(7)
第二节 民族法学的基本原则	(14)
第三节 多元文化主义	(24)
第二讲 民族法学的研究方法	(32)
第一节 规范分析方法	(33)
第二节 法人类学方法	(35)
第三节 法社会学方法	(38)
第四节 法经济学方法	(44)
第三讲 少数民族法制史	(53)
第一节 历代中央王朝民族法制史简述	(53)
第二节 少数民族习惯法史概述	(66)
第三节 赫哲族习惯法	(70)
第四讲 少数民族习惯法	(81)
第一节 习惯法的一般理论	(81)
第二节 法典中的习惯法	(87)
第三节 少数民族习惯法研究中的几组基本问题	(90)
第四节 当代少数民族习惯法简述	(93)
第五讲 民族区域自治制度	(99)
第一节 民族区域自治制度的确立	(99)

第二节 民族区域自治中的“民族”与“自治”	(103)
第三节 自治权的主要内容	(108)
第六讲 少数民族的权利（上）	(116)
第一节 少数民族权利概说	(116)
第二节 少数民族宗教权利	(124)
第三节 少数民族文化权利	(131)
第七讲 少数民族的权利（下）	(138)
第一节 城市散居少数民族权益保障	(138)
第二节 人口较少民族权益保障	(143)
第三节 跨境少数民族权益保障	(148)
附 录	
法治是勐腊（磨憨）试验区可持续发展的制度动力	(158)
河口县外籍非法务工人员调研报告	(167)
民族习惯法产生、发展中的经济理性	
——以“赔命价”制度的产生、发展为主要考察对象	(176)
从流血复仇到损害赔偿制度	
——拉法格“正义思想的起源”探究	(189)
后 记	(197)

绪 论

一、民族法学研究生教材编写的目的

(一) 民族地区社会的发展, 需要展开相关法律问题研究

“中华人民共和国是全国各族人民共同缔造的统一的多民族国家。”^① 多民族国家的基本国情, 决定了我们在国家治理过程中, 必然要面对复杂的民族问题。民族问题能否得到较好的处理, 少数民族的利益能否得到较好的保障, 是国家能否长治久安的重要条件。从历史上看, 任何一个王朝的兴旺发达, 均与其能否较好地处理与周边少数民族的关系有莫大的关系。新中国成立以来, 中国共产党在探索民族地区治理问题上, 结合马克思主义的普遍原理和中国民族的实际情况, 提出了民族区域自治制度。该制度“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”^②。民族区域自治制度是实践证明了的、符合中国实际的, 能解决中国民族问题的制度。

与此同时, 我们也要看到, 中国经过六十多年的发展, 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、闭关锁国和落后挨打的国家。中国经济已跃居世界第二, 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。不仅是东部、中部区域经济取得了显著的发展, 即使是西部, 哪怕是最边缘的边疆地区, 经济发展的成就也是有目共睹的。例如, 2013年“民族8省区GDP总计64533亿元, 增速为10.7%”^③。经济的发展为民族地区带来的不仅仅是冷冰冰的数字, 同时也意味着少数民族同胞生活质量的提

① 《中华人民共和国民族区域自治法·序言》。

② 《中华人民共和国民族区域自治法·序言》。

③ 《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。

高,民族地区社会结构的变化。这些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用时代的需要,不能积极、正确、及时对少数民族地区的需求做出回应,就会使相关法律、政策与现实脱节,成为阻碍民族地方社会、经济进一步发展的藩篱,更有可能影响民族地区的稳定和长治久安。

正因如此,加强民族法律问题研究,探讨民族治理法治化、规范化的路径,在国家全面推进依法治国的今天,尤具现实性、必要性和紧迫性。法学研究者作为一个关注现实问题的群体,十分关心民族法律问题。他们纷纷从民族区域自治制度、少数人权利保障、少数民族非物质文化遗产保护、少数民族生态环境保护、少数民族经济权利等多角度进行了研究,也发表了不少的论文,出版了不少的著作,使得我们的民族法律问题研究不断深入不断进取。但是,我们同时也要看到,随着民族地区发展步伐的不断推进,民族地区的法律问题将越来越多,也越来越需要我们加强相关民族法律问题研究。

(二) 国家新战略的推进需要拓宽民族法学的教学研究视野

当前,国家正在大力推进“一带一路”战略。“一带一路”战略是党中央在我国经济发展新常态的背景下,做出的伟大决策。其所经之地必然对该地区的社会、经济、文化、法律产生深刻、深远的影响。我国边疆地区,聚居了众多少数民族,他们很多同时又是跨境民族,如西南地区的傣族、苗族、景颇族等,西北地区的哈萨克族、柯尔克孜族、塔吉克族、俄罗斯族等。新形态下的新背景给民族法学提供了新的平台,也提出了新的研究命题。例如,随着一带一路建设的推进,沿边经济开放程度不断深化,边境地区人文交流、经贸往来更加紧密,跨境经济技术开发区建设不断推进。这些都给传统的民族法学研究带来新的问题。

首先,我们需要既懂民族又懂边疆同时还懂境外民族境外法律的复合型人才。边境地区形势复杂,在以前开放不足的情况下,我们可以通过“围”“堵”的方式治理边疆地区,但是在开放的背景下,必须改变以前的治理策略,注意用规则进行治理。什么样的规则有利于开放边疆的可持续发展,这是以前没有遇见的新课题。相关政策制定者、研究者,不仅要掌握我国边境地区的民族、治安、经济等问题,还需要对境外的民族、治安、经济等问题了如指掌。但以笔者近几年对边境地区的调研来看,这样的人才是十分稀缺的。如何培养具有区域视野的民族法律人才,是民族法学教学必须考虑的问题。

其次,日益频繁的边境交往会使民族纠纷民族矛盾呈高发态势,给民族法学提供了新的研究领域。沿边开放,将极大地促进边境地区不同民族之间的来往,

同时也会增加不同民族之间、境内外民族之间矛盾纠纷的数量和种类。这些矛盾往往是复杂的、敏感的。从法律层面讲,一些可能是国内法调整的范围,一些则可能需要通过国际法进行调整。从矛盾内容看,一些矛盾可能仅仅是民商经济类矛盾,而一些矛盾则可能涉及民族问题,还有一些矛盾甚至可能涉及国家安全等敏感事务。面对这些矛盾纠纷我们不能回避,但是通过何种方式合法合规、高效便捷地处理相关问题,却是考验我们法治水平的试金石。对此,我们首先需要提高我们的法治理论水平,站在法治的高度,运用法治思维提高依法办事能力,将边境地区的纠纷矛盾尽快解决,将其社会影响控制在最小范围内。

最后,用法治方式协调经济发展与社会发展、生态保护的关系需要法治人才。民族地区的发展需要协调经济、社会、生态等各方面的利益,需要摒弃以牺牲生态来发展经济的落后发展模式。实践已经证明,经济发展必须与社会建设、生态文明建设同步推进,才能取得各方面的协同发展。如果片面追求经济和 GDP 数据,最终结果可能是经济虽然上去了,社会矛盾却突出了,社会冲突也增加了。这将违背我们发展的初衷。而要协调这些复杂的关系,不仅要有完备的立法体系,还需要精通法律的人才去巧妙地运用法律,运用法治思维和法治方法去协调经济发展、社会建设与生态文明建设等各方面的关系。如此,我们才能使民族地区的发展更上一层楼,才能真正全面实现小康社会。

二、对教材编写的一些说明

本书是研究生精品课程研究的成果之一。作为研究生课程,在讲解过程中与本科课程是有区别的。本科课程授课对象为本科生,他们的相关法律知识体系还不健全,法治理念也不够成熟,因此教材编写主要注重教材的体系化、规范化,着重将国家相关基本法律制度介绍清楚,让他们掌握基本法律知识,对于相关法律知识的深化等教学任务是难以在本科阶段通过课堂教学的方式完成的。而研究生教学则与本科生教学存在本质区别,研究生教学着重培养学生独立思考和独立写作等学习研究能力。且作为研究生,经过四年的法学本科学习,理应掌握了基本的法律理论体系,因此,研究生教学没有必要像本科教学那样面面俱到,而应通过对某一问题的深入探讨,训练其独立的思维能力、动手能力和写作能力。研究生教学用书的编写也是在这一理念下,注重对民族法学中的一些重点问题的探讨,或者详细列出相关法律文本,或者对相关理论争论进行较为全面的介绍,或者在一些地方列出笔者自己的观点,同时这些观点也是可以讨论、争论的。教材编写在体例方面大体上仍遵循民族法学教材编写的一般规则,由基本原理、民族区域自治制度、少数民族法律制度(习惯法)、少数民族权利等几个部分组成。

但是,在每个部分中,并不强求要将所有讨论的理论、现实热点问题均写入。一来这些理论与热点随时处于变化之中的,一些热点在当下是热点,但是经过一段时间之后可能就不是热点。二来受篇幅的限制,民族法学研究内容庞杂,我们不可能穷尽所有热点研究。因此,我们根据自己对相关知识的认知,有选择性地介绍了民族法学研究中的一些重要内容。不求全面周到,但求重点突出、内容精简。本书由七讲构成,其内容简介如下:

第一讲为“民族法学的基本原理”。民族法学作为法学大家庭中的年轻成员,首先需要解决的问题就是学科的独立性问题。民族法学是否是一门独立的学科,对于民族法学未来的发展十分重要,因此,首先对民族法学是否是一门独立的学科进行了讨论。其次就民族法学的基本原则进行了介绍。多元文化在民族法学研究中具有十分重要的地位,尤其在今天世界民族问题如此突出的背景下,多元文化主义及其相关政策能否较好地解决民族问题,是必须面对的问题。因此,本书专门开辟一部分介绍多元文化主义及其与民族法学的关系。

第二讲为“民族法学的研究方法”。民族法学的特色之一就是研究方法的广泛。早在20世纪80年代末,民族法学就注重把法社会学和法人类学的理念和研究方法引入到民族法律问题研究中来,并取得了良好的研究效果。本书编写过程中,也注重对研究方法的介绍。我们着重介绍了规范分析方法、法人类学方法、法社会学方法和法经济学方法四种方法。这四种研究方法均是当前民族法学或者法学领域中重要的研究方法。学习和了解这些研究方法对于学生未来的学习是有一定意义和作用的。

第三讲为“少数民族法律史”。少数民族法律史的撰写是一项难度很大的任务。首先,时间跨度很长,前后几千年,就其内容写一部专著也是足够的。其次,几千年的时间跨度,如何编排体例对作者也是一个考验。再次,内容庞杂。历史上我国的少数民族很多,有些民族曾经出现过,但已经消失。有些民族不断迁徙行踪难定。有些少数民族建立了自己的政权并颁布相关法律制度,而有些则没有建立自己的政权也没有相关成文的法律制度。再有,这些民族法制既包括了中央王朝治理民族地区的制度,也包括了少数民族政权内部的相关制度。因此,作者将此段内容分为三部分介绍,一部分是中央王朝治理民族地方的相关法律制度,一部分是少数民族自身的法律制度,最后单独介绍了赫哲族的相关法律制度。

第四讲为“少数民族习惯法”。少数民族习惯法是民族法学研究的重要内容。其中又分为民事习惯法、生态习惯法、刑事习惯法等,但是这些分类是否科学合理,却是有必要探讨的。再有,习惯法的研究在当前有什么现实意义也是需

要回答的问题。本讲由四部分构成：一是探索习惯法的一般理论，主要是梳理各法学流派视野下的习惯法概念及基本观点。二是对一些法典中的习惯进行介绍。历史法律文献、其他国家和地区的法典中是如何看待习惯法的，这些主要做法对于我们今天研究国家法对习惯法的吸收认可问题具有重要的借鉴意义。三是习惯法研究中的几个基本问题。四是通过两个典型案例探讨习惯法的当代变迁。

第五讲为“民族区域自治制度”。民族区域自治制度是我国政府保障少数民族当家做主的重要政治制度。学习、理解民族区域自治制度是学习民族法学的基本内容之一。本部分首先对民族区域自治制度的确立过程进行了梳理，从民族自决理论以及我国的民族区域自治制度的探索与实践等方面进行了介绍，同时对“民族”与“自治”这两个关键性概念进行了阐述。对于自治权的基本内容也进行了介绍，特别是对“本民族内部事务”“法律变通实施权”进行了梳理、分析。

第六讲、第七讲为“少数民族的权利”。少数民族权利是民族法学的核心内容。少数民族为何要享有一些特殊的权利，其享有特殊权利的法理基础是什么，以及如何实现这些权利均是这部分内容需要回答的问题。这一段共分为上下两部分进行讲解。上部主要是讲解一些基本原理和某些具体的权利。除了对少数民族权利进行一般理论分析外，重点介绍了少数民族的宗教权利和文化权利。介绍宗教权利主要是少数民族问题同宗教问题往往相互交织难以分开，特别是一些基本全民信教的少数民族，抛开宗教权利去谈其他权利，很多时候就探讨不清楚，因此有必要就宗教权利进行单独探讨。民族文化是一个民族之所以存在的重要标志，一个民族如果丧失了自身的文化，这个民族则必然消失。保护少数民族文化也就是在保护少数民族最根本的东西。该部分主要探讨了民族文化权利的主要内容，并以非物质文化遗产保护为例，介绍了当前的保护机制以及相关问题。下部则是对少数民族中一些特殊群体的权利进行探讨。这些特殊群体主要是散杂居少数民族、人口较少少数民族和跨境少数民族。基于其特殊的历史地理原因，这三部分少数民族在实现其权利的过程中具有特殊性，因此需要特别介绍。

附录部分收录两位作者撰写发表过的民族法学相关论文4篇。这些论文的内容涉及范围较为广泛，既有专门研究某个民族某方面的法律问题，也有研究当前民族地区经济社会建设的法律问题。这一方面是两位作者研究成果的体现，另一方面也说明民族法学研究范围的广泛。《法治是勐腊（磨憨）试验区可持续发展的制度动力》主要是在沿边开放体系建设背景下，以勐腊试验区建设为例，探讨了相关法治建设问题。《河口县外籍非法务工人员调研报告》是作者在实地调查基础上撰写的一份边境地区外籍务工人员状况的调研报告。报告从我国相关法

律、管理制度着眼，分析其中存在的问题，并提出了制定单行条例、树立服务意识、培养相关双语人才的建议。《民族习惯法产生、发展中的经济理性——以“赔命价”制度的产生、发展为主要考察对象》一文，作者运用经济法学的相关理论和方法，探讨了“赔命价”制度的产生、发展的过程。以此说明，在一定的资源禀赋和技术条件下，如何降低成本、提高效率在制度的产生与发展过程中有重要影响。这对我们发现习惯法产生中的某些具有规律性的东西具有一定的理论意义。《从流血复仇到损害赔偿制度——拉法格“正义思想的起源”探究》一文中，作者通过对拉法格对从流血复仇到同等报复，再到损害赔偿制度演变的分析，认为这一过程是人类理性不断增长的过程，是人类思维能力不断进步的过程。这一过程也说明损害赔偿制度在产生之初的社会意义。

第一讲 民族法学的基本原理

第一节 民族法学学科体系

学科体系问题是民族法学应当解决的重要问题。只有解决了并且解决好了这个问题，民族法学作为一门学科才能成立。若是不能很好地解决这个问题，将使民族法学难以得到学界同仁的认可，也将会给民族法学未来的发展带来一些暗淡色彩。因此，学习、了解民族法学有必要先了解民族法学的学科体系。

一、民族法学的独立性

何为学科？一种知识要成为一门学科应当具备何种条件，是研究民族法学学科独立性应当思考的东西。一种知识要作为一门学科，其相关知识应具有相对的独立性。当然，这种独立性是相对的，而不是绝对的。这门学科的知识也应成为一种体系，并在其体系中归纳出这门学科应有的一些特征。知识如何划分应有一定标准。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来确定。就目前学界的观点来看，大多数学者均认为民族法学是一门独立的法学学科，但是对民族法这个部门法是否存在却存在争议。这些观点概括起来可以分为否定论和肯定论两种。

第一，肯定论。持该观点的学者认为，民族法学是一门独立的法学学科。其理由主要有二。理由之一认为民族法学的政治基础、实践基础、理论基础和法学基础因民族区域自治法的存在而存在。^① 这部法律成为民族法产生的基本性法律文件。理由之二认为，我国民族法主要调整少数民族的相关问题，并且围绕该问题也逐渐形成了相关法律体系。因此，民族法理应成为独立的部门法。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

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

部门”^①。上述两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。

第二，否定论。持该观点的学者认为，民族法学不是一门独立的法学学科。其理由主要有二。理由之一认为民族法学所研究的内容具有综合性，包含了民法、刑法、法理以及行政法的诸多内容，因此“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”^②。理由之二认为，从民族法学的研究实践来看，“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。”^③

笔者认为，民族法学作为一门独立的法学学科已经是不争的事实，无需过多的讨论。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是判断民族法是否是部门法的标准。法律部门划分的重要标准是其调整对象。至于是用一部法律还是多部法律进行调整，并不是划分部门法的主要依据。因此，相关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，在现有的部门法中，很多部门法就缺少必要的统一法典或核心法典。例如行政法就没有一部轴心法律或者法典。经济法目前也没有统一的法典或核心法典。同时，具体的法律条文本身也具有交叉性和综合性。同一个法律制度可能几个部门法均对其进行规范，如所有权在宪法、民法、商法中均有规定。少数民族权利保障的法律，在刑法、著作权法等法律中也有涉及。因此，我们不能因有了《民族区域自治法》就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。当前主流的法学教科书把法律调整的社会关系和调整方法作为划分部门法的重要标准。^④该观点本身是正确的，但也有模糊之处。何谓“社会关系”？不同的角度自然有不同的标准。社会关系的理解也是变化的，不确定的。从现实情况看，法律作为一门解决实际问题的社会科学，其必须回应社会中的现实问题和现实关切。所以，社会对相关问题的关注热度在事实上是划分

① 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（3）。

② 郑毅：《试论民族法学的性质、理论体系及其调整对象》，载《广西民族研究》，2010（3）。

③ 熊文钊：《关于民族法学的性质问题》，载《中央民族大学学报》（哲学社会科学版），2000（2）。

④ 张文显：《法理学》（第四版），82页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2011。

部门法的重要现实基础。因为,划分部门法的目的之一,就是便于人们了解相关法律问题。就我国实际情况看,随着国际格局进入深度调整期,恐怖主义、文明冲突等相关事件不断发生,民族问题在我国局部地区十分尖锐,诱发了社会对民族法律问题的关注。因此,回应社会关切,从法治角度研究民族问题,有必要将民族法作为法律部门的现实需要。

最后,民族法作为部门法应根据现实综合调整其研究范围。在反对民族法作为独立部门法的观点中,有一种观点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”,这种观点过于强调维持其他部门法的平衡,而未能考虑到法律回应现实的需要以及法律自身也需要发展的需要。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在理论上和实践上是行得通的,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

学科体系是对一门学科相关知识的体系性安排。有了这样的体系性安排,学科才会自成一体。如果没有学科体系的支撑,相关法律制度与理论就是零散的、不成逻辑的,其内部的知识点就无法串联起来构成一个整体,相关研究也就难以深入。就民族法学而言,民族法学的科学体系大致包括了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。

(一) 现有观点简要评述

关于民族法学的理论体系,应当以某部法律为基础还是以相关研究为基础进行讨论,不同的学者有不同的观点,可谓“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”。现有有必要对其进行归纳总结。这些观点概括如下:

第一,以民族关系为核心探讨民族法学学科体系。由于民族法学调整的是民族关系,因此该观点认为民族法学调整的对象是民族关系。有学者认为:“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。”^①

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

第二,以法律规范为核心探讨民族法学学科体系。该观点认为,民族法学作为一门法学学科,当然应以相关法律为基础,因此,“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”^①。

第三,折中论。该观点认为,民族法学的研究对象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。^② 吴宗金研究员认为民族法学是以民族法律规范和民族法律关系为研究对象的。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、民族法律原则等;后者包括民族习惯法学和民族法律史学两个部分。^③ “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。”^④

笔者认为上述观点均有可取之处,但也有一些不足之处。学科体系建设的要义在于使这门学科的相关知识成为一个相互关联的整体,一个知识体系,而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。探讨民族法学调整对象的研究模式仅是指明了民族法学研究什么的问题,而没有回答这些内容之间的相互关系问题。

(二) 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。民族法学研究对象,在几十年的学科发展与建设中,对此问题已经形成了相关的学科共识,即其内容由少数民族权利、民族区域自治等相关民族法律制度以及民族法基本理论三部分组成。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。从法学基本理论来看,权利是整个法学理论的核心内容。民族法学作为法学中的一门学科,其研究的内容自然也应以权利为核心的法律现象和法律问题。该观点在民族区域自治制度中也能得到佐证。民族区域自治制度是我国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”。少数民族当家做主,在宪政制度下,就是人民民主的重要表现内容

① 彭谦:《再论民族法学的构建》,载《西南民族学院学报》(哲学社会科学版),2002(7)。

② 马继军:《关于加强民族法学的思考》,载《青海民族研究》,2005(6)。

③ 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》,2005(5)。

④ 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(3)。

之一。由此可见,少数民族权利问题在整个制度中的基础性地位。同理,将少数民族权利作为民族法学研究的基石是恰当的,我们的相关研究也应在这个基础之上开展。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,至少能发现它有如下一些特征:

首先,少数民族权利的内容具有特殊性与广泛性。权利的特殊性是相对于权利的普遍性而言的。权利的普遍性表现在法律面前人人平等。例如宪法所规定公民应享有的政治权利、人身自由权利、宗教信仰自由权利等基本权利。权利的特殊性是指某些人或者群体基于特殊原因而享有的某些权利。就少数民族权利而言,则是基于其在政治、经济和文化方面的特殊性。这种特殊性是综合了少数民族的历史和现实作出的综合考量。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是狭窄的。事实上,根据《民族区域自治法》的相关规定,少数民族的权利是广泛的,涵盖了政治、经济、文化、宗教、教育、体育等各个方面,内容十分丰富。

其次,少数民族权利的性质具有集体属性。权利还可以分为集体权利和个人权利。个人权利是每个个体所享有的权利,集体权利则是某类人应该享有的某些权利。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。集体权利又可分为国际集体权利和国内集体权利。国内集体权利则多指少数民族、儿童、妇女、老年人、残障人等群体的权利。他们基于各种因素,在社会中处于弱势地位,因此,为了保护他们的利益,有必要对他们的权利进行特殊规定。从实践来看,为保障少数民族权利,各国均制定了针对本国少数人权利保障的具体法律制度,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。我国民族分布特点是“大杂居,小聚居”。对于小聚居的群体,只要符合相关条件,则通过民族区域自治的方式确保其权利。对于大杂居的群体,也就是通常所说的散居少数民族,则通过其他方式予以保护。在我们通常的少数民族权利研究过程中,对于居住集中的群体关注相对较多,而对于散居少数民族的权利保障问题则关注相对较少,这不得不说是我们研究中的一个遗憾,也必须加以改变。因为,权利不分大小与轻重,均应得到同等对待和重视。我国少数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。未来,随着城市化进程的推进,很多农村少数民族劳动力将转移到城市就业,这也意味着散居少数民族的人口还会不断增加。未雨绸缪,我们应从现在开始关注散居少数民族权利保障问题。

2. 民族区域自治等民族法律制度是少数民族权利保障的重要机制和实现途径

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,其民族关系又包括了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。但保障少数民族权利的却不仅仅只有民族区域自治制度,对于非自治区的少数民族而言,其权益保障则需要其他方式。

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。无论一个国家具体采取哪种制度与形式进行保护,这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。因此,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

基本理论是学科体系得以建立的基础。只有建立了坚实的基本理论,整个学科体系建设才有根基。民族法学的基本理论的组成部分,一方面要体现其完整性与逻辑性,另一方也要从实际研究状况考虑其可行性与现实性。就目前学界研究

① 数据来源: <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2013/indexch.htm>, 2014年4月10日访问。

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》,载《中华人民共和国国务院公报》,1984(13)。