



西南政法大学

六十周年校庆系列文库·西南政法大学学子文库

·己未·

民族法学前沿问题研究

The Frontiers of Nationality Law

吴大华·著

法律出版社



西南政法大学

六十周年校庆系列文库

民族法学前沿问题研究

吴大华 著

法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民族法学前沿问题研究 / 吴大华著. —北京: 法律出版社, 2010. 8

(西南政法大学学子文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1078 - 6

I. ①民… II. ①吴… III. ①民族事务—法学—研究—中国 IV. ①D922. 154

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 149194 号

西南政法大学
学子文库

民族法学前沿问题研究

吴大华 著

责任编辑 易明群 董 飞

装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 720×960 毫米 1/16

版本 2010 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 20.25 字数 280 千

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1078 - 6

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学六十周年校庆系列文库

总 序

六十周年,六十部作品。

2010年是西南政法大学六十华诞。为总结办学经验,醇化学术氛围,凝聚西政情缘,学校定于2010年9月19日至20日举行六十周年校庆活动。经过认真筹备和严格筛选,我们谨向学术界和社会公众呈上自己的作业——西南政法大学六十周年校庆系列文库。

这六十部作品,集中体现了西政学术的传承和创新。全套文库共分为四个系列和两个单品,简称为“4+2模式”:即西南政法大学学术文库(此次共收录15部)、西南政法大学博士文库(此次共收录15部)、西南政法大学学子文库(此次共收录15部)和西南学术大讲坛(此次共收录13部)四个系列,共计58部作品;另有《西南政法大学校史(1950—2010)》和《当代中国转型期的法学教育发展之路》各1部。各个品牌项目在持续性出版中通过六十周年校庆活动得到整合和提升。其中,“学术文库”涉及法学、经济学、管理学和哲学等多个领域;“博士文库”则集中展示我校近年来的博士研究生培养水准,此次入选的15部作品皆为各自学科和领域中具有问题性、前瞻性、深刻性和现实性的研究成果;“学子文库”的作者主要来自1980级西政校友,意在同时纪念他们入学三十周年;“学术大讲坛”则汇集了西南法学论坛、金开名家讲坛、名人论坛及我校教师的精彩讲座,将声音固化为文字,将瞬间凝结成历史。《西南政法大学校史(1950—2010)》和《当代中国转型期的法学教育发展之路》两书,是西政对于自己及中国法学教育发展历史的一次认真整理和回顾。

这六十部作品,是我校学术实力的又一次整体亮相,也是对我校新近学术成就的一次盘点。她既是法学名家和新锐指点江山、激扬文字的历史见证,也承载着西政校友回报母校、奖携后学的温热期许。尤其是,鉴于西政目前已由法学单科性院校转向为“以法学为主多学科发展”的综合性大学,因此就学术成果展示而言,今年校庆较之以往的校庆最大的不同就在于学科成果多元化,而不再仅限于原来法学单科性院校视阈中的学术成果之展示。

这六十部作品,刻录下在我国改革开放的历史进程中,特别是在我国社会主义民主法治建设进程中,西南法学及其他相关学科发出的一种声音、沉淀的一种思考,与时人共鸣,更让后人知晓并体悟一代又一代西政人为国家的发展、社会的进步与人民的福祉,负责任地思考过什么、呼吁过什么。这是西南政法大学为建校六十周年所提交的一份学术答卷,也是西政人为中国民主法治发展献上的累累教研果实和片片赤诚之心!

我们真切地期待着学术界对西南政法大学六十周年校庆系列文库进行庄重批阅,更真切地期盼当下和未来的读者们细细品味、神思交游,一同探索、领悟中国法学教育、中国法治建设、中国社会发展的理念和正道!

西南毓秀,桃李芬芳。

西南政法大学一直被誉为“中国政法界的黄埔军校”。其学术成就和人才群体,是新中国法学教育、法治建设和社会发展的一个重要推动力之一。

西南政法大学原名西南政法学院,其前身是1950年成立的由刘伯承元帅担任校长的西南人民革命大学。“革大”的爱国情怀是西政精神的源头。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院(系),正式挂牌成立西南政法学院。建院伊始,学校得到了时任西南局负责人邓小平、刘伯承等老一辈无产阶级革命家的亲切关怀,原东北抗日联军第二路军总指挥周保中将军出任西南政法学院首任院长。西南政法学院建院之初即选择歌乐山下红岩烈士殉难之所作为校址,更是为着“以先烈们的革命精神教育青年、培养政法干部”。1958年,中央公安学院重庆分院又并入西政。特殊的建校背景,使我校既会聚了法学名流又吸纳了实务精英,既秉承了深厚的法学传统又融入了公安教学的特色。学校也因此被誉为新中国法学教育的

“西南联大”。

学校先后经历了由西南大区、司法部、四川省、最高人民法院、司法部、重庆市等多次管理隶属关系的变更。回首往昔,“文革”期间曾一度被迫停办,1977年经中央批准率先恢复招生。1978年,经国务院批准为全国重点大学,是司法部部属政法院校中唯一的重点大学。1995年,学校更名为西南政法大学。2000年,由司法部直属划转重庆市人民政府管理,实行“中央与地方共建、以地方为主”的管理模式。2008年,成为教育部和重庆市重点建设高校。

六十年来,西南人民革命大学、西南政法学院、西南政法大学一脉相承,生生不息;

六十年来,创业的艰辛、曲折的磨难、探索的迷惑,起伏跌宕;

六十年来,从化龙桥、歌乐山披荆斩棘到渝北校区破土拓荒,从复办的艰苦卓绝到三次创业的宏图大展,几代西政人薪火相继,矢志前行,一次次成就骄人的辉煌,共同书写了中国法学教育史上浓墨重彩的一页;

六十年来,西南政法大学发展中的每一个点滴和大小时刻,凝聚、塑造了独特的西政学人风格与学术品格;

六十年来,变化的是历史,不变的是精神。

——心系天下的责任意识。《老子》曰:“圣人无常心,以百姓心为心。”西政人对国家、对社会始终有着强烈的责任感和使命感。巍巍歌乐山,激发了西政人昂扬的浩然正气;泱泱嘉陵水,滋养了西政人强烈的家国情怀。他们或悉心研究,探求法魂,传播法义;或积极践履,敢为人先,奔走在法治实践的第一线;或运送正义,为社会进步鼓与呼。在众多的西政校友中,既有偏居基层或边远地区任劳任怨、默默奉献的法律工作者,也有为人类和平民众平安勇于献身的时代英烈。在诸多历史关头,西政人总是挺身而出,不畏艰险,为国分忧,为民请命。西政人爱校如家,对学校深厚的感情和强烈的凝聚力常令他人感叹不已。西政发展曾屡遭磨难,“文革”期间更是一度停办,但老一辈西政人奔走呼号,反对撤校,为保留西政家园而不屈斗争终获胜利,为后来的“西政现象”奠定了基础。六十年来,西政人风雨同舟,和衷共济,挺过无数难关,熔铸了西政品牌。当学校遇到波折或困难时,西政学子总是发出“天佑西政,生生不息”的共同

呼声。心系天下又爱校如家,这种家国情怀是西政人奉献国家社会的动力源泉,也是学校发展的宝贵财富。

——自强不息的克艰气魄。西政的发展历程,是一部百折不回、逆境崛起的拓荒史,也是一部披荆斩棘、克服万难的励志片。初创时期,在荒山野地上建校,西政人以拓荒者的精神,筚路蓝缕,以启山林。十年浩劫,学校面临灭顶之灾,险被撤销,西政人通过不屈不挠的斗争,赢得率先复办的先机,并成为全国重点大学。刚从“牛棚”中返归讲坛的老师,怀着对国家命运的忧患意识和学术虔诚,将压抑了十多年的激情转化为传道授业的热心,学生们则为了弥补失去的青春,与时间赛跑,共同创造了“西政现象”;20世纪90年代末管理体制的突然划转和改变,让学校的发展出现波折,但西政人在逆境中不屈服,不气馁、不言败,百折不挠,把困难当磨练,视危机为转机,克服各种困难和不利因素,锐意推动学校发展进步。在任何困难面前,西政人始终表现出一种不屈的抗争精神,一种百折不回的浩然正气。这种勇于面对问题、直面挑战竞争的气魄,这种自强不息、励精图治的奋斗精神,成为一代又一代西政人传承的优良传统,成为西政继续发展的不竭动力和源泉。我们偏居西南一隅,并无太多地利可言,环境条件也曾落后于不少兄弟院校。但莘莘学子正是在偏远之地祛除浮躁之气,砥砺气节情操,潜心研习学问。虽处江湖之远,反得学问之先。这亦是孕育产生光耀中国法学界的“西政现象”的重要因素。

——和衷共济的团队情怀。西政人之间情深义重,亲如家人。西政校友“聚成一团火,散为满天星”,他们虽散布于大江南北,但都有着同一个名字——“西政人”,有着同一份情怀,那就是“爱西政”!无论岁月流逝,无论天南海北,他们情系母校,矢志不渝。聚散离合处,西政情永存。每当母校发展的关键时刻,西政人都会发扬团结协作、和衷共济、共度难关、奋力拼搏、敢为人先的团队精神,“西政精神”就会得到令人感动的彰显,迸发出强大的精神和物质力量。特别是2003年,经过全校上下的共同努力,西政在全国首批获得法学一级学科博士学位授予权,从此我校所有的法学二级学科均可以招收博士研究生;同时我校法学以外的所有学科也都获得硕士学位授予权,均可以招收硕士研究生;也是在这一年,为迎接西政校庆(当时仍以1953年西南政法学院为建校起点,故为五十年

校庆),全国各地各年级校友众志成城,在短时间内一举推出“西南政法大学学子学术文库”五十部,形式之创新,品质之高端,赢得各界一片好评。2004年,我们在西部地区率先设立法学博士后科研流动站。2005年,整合众多学科的力量,强强联合,集体攻关,获得了国家社科基金A级重大项目“改革发展成果分享法律机制研究”,成为重庆市第一所承担此类项目的高校。2007年,全校上下精诚团结,奋勇争先,在教育部本科教学工作水平评估中获得“优秀”成绩,教育部专家对我校办学成就和办学特色给予了高度评价,进一步鼓舞了士气,增强了凝聚力。2008年,学校成为教育部和重庆市重点建设高校,再次赢得发展机遇,并且借“恢复招生三十年”的契机举办了一系列活动;2009年、2010年,我们将“转型升级”提炼为全体西政人的共识和奋斗目标,开启了创建研究型高水平大学的新征程。

——严谨求实的诚信校风。当年“西南革大”蕴蓄的艰苦朴素的作风、严谨扎实的教风,在西政的发展过程中逐步凝结为“论辩文化”和“实务教育”两个鲜明的办学特色。其源于学校特殊的建校背景,在学校长期的办学过程中积淀形成,又融入了现代教育观念。它看似两个方向,实则高度统一:尚思善辩,才能目光高远;厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式,也是“西政人”的一个标签。“严谨求实、知行合一”,成为是西政的教学特色,赢得了社会的广泛赞誉。学校历来将以“务实”为基点的学生思想素质教育作为提高教学质量和人才培养质量的首要任务。在改革大潮和依法治国方略的大背景下,学校秉承“务实”的学术传统,将学术研究、人才培养与社会服务密切结合,将培养符合社会需要、社会适应能力强的“务实创新”型高素质专门人才作为育人目标。学校地处西南,偏居一隅的地缘劣势却辩证地造就了一方学术净土。《论语·卫灵公第十五》云:“主忠信,行笃敬。”正是厚德、尚思、笃行的理念,培育了西政人严谨诚信、厚积薄发的学术精神和做人风格。

此次隆重推出的这套西南政法大学六十周年校庆系列文库,正是上述“西政精神”的再一次体现。这种精神,很多人追寻过,希望论证清楚、阐释明白,然而,只有真正拥抱过这片土地和被西政拥抱过的人,才能真

正体悟。“西政精神”——在每一个爱西政的人心中。

总结历史的意义,既在于反思过去,更在于指引未来。

今日的西政人,正走在“第三次创业”的大道上,承继西南革大传统,弘扬“西政精神”,推进高水平大学建设。

六十周年纪念,标志着西政历史的首卷已然浓墨重彩,同时意味着一轴新卷正徐徐展开。我们有理由相信,西政人所拥有的,不仅是六十年无比辉煌的历史让我们自豪;更重要的是,还有着无限美好的未来让我们期待并等待我们描绘!

西政雄风犹在!

是为序。

付子堂

2010年7月31日

于重庆歌乐山下

自序

我国是一个统一的多民族国家,在漫长的历史发展过程中,各民族通过自己的勤劳和智慧,共同缔造了伟大的祖国,创造了辉煌灿烂的物质文明和精神文明。然而受历史和现实因素的影响,当前民族地区的发展不尽人意,法治发展障碍较多,经济发展速度较慢。在笔者看来,民族因素的考量、传统文化的继承、经济发展的滞后等都是推进民族法治、振兴民族经济,促进民族地区的发展和繁荣所必须兼顾的实践背景。这样,基于民族与法治这一主题,民族法学研究就不能不思考下述一些问题:如何贯彻党的民族政策,实施民族区域自治制度,使其更好地与民族地区的经济与社会发展紧密结合起来?如何将少数民族习惯法与国家法制的统一协调起来,维护民族地区的稳定与秩序,促进民族地区的繁荣与发展?如何深入地推进西部大开发战略,从而更好地全面建设小康社会,协调民族关系,维护少数民族利益,促进各民族的共同繁荣发展和民族地区稳定?等等。围绕上述问题,近年来笔者加以思考,现汇集成本书。

—

中国共产党和政府一直很重视民族问题,针对不

同历史时期民族问题的不同内容和表现形式,积极探索解决民族问题的不同途径和方法,成功地制定了一系列符合中国基本国情的民族工作路线、方针、政策和法律,较为有效地解决了民族矛盾。对此,笔者在《民族与法律》、《民族法学通论》、《民族法律文化散论》和《知易行难——法治演讲录》等论著的研究基础上,继续沿着民族法学的研究视角作了进一步的探索。

(一)民族法制思想研究

中国民族法制思想是在中国共产党领导下,以马克思主义关于民族和民族问题的基本原理为指导,在长期的革命、建设与改革开放的实践中形成和发展起来的。自1921年中国共产党成立以来,相继产生了毛泽东思想民族理论和邓小平思想民族理论及“三个代表”重要思想民族理论三大理论成果。在进入新世纪阶段,胡锦涛同志的民族法制思想是建设社会主义法治国家理论的重要组成部分,是协调民族关系,做好民族工作,促进民族发展的重要途径和重要手段。通过胡锦涛同志有关民族工作的多次重要讲话,我们可以发现如下一些民族法制思想:一是坚持民族平等、团结与互助,建立和深化和谐民族关系;二是加快民族发展和民族地区经济社会发展;三是进一步坚持和完善民族区域自治制度;四是培养少数民族干部和人才资源开发。胡锦涛同志的民族法制思想是我们新时期加强民族法制建设的重要指南。

(二)民族法律体系研究

在中国特色的法律体系中,中国特色的民族法治是重要组成部分,是民族问题与法治问题的交汇点。中国的民族法治已经初步形成以民族区域自治制度为核心的民族法律体系,但在民族法治观念的革新和民族法律体系的完善上仍待进一步加强。

一方面,要实现民族法治改革的观念转型。首先,推进中国特色的民族法治建设必须坚持以民族区域自治制度为核心。民族问题作为世界各国比较棘手的难题,制定良法形成一个“制度的治理”局面非常重要。长期的实践证实,民族法上的“中国特色”,最大的特色就是中国的民族区域自治。中国民族区域自治制度是历史形成的,是以法律的形式巩固和发展民族区域自治的制度保证,为依法治国方略的全面实施作出了贡献,对

推动民族区域经济发展,维护边疆地区稳定发挥着不可或缺的重要作用。其次,在坚持民族区域自治的前提下,要实现民族法治观念的转变。时下民族法治正在改革之中,如何从理念上确立改革的指针与方向,需要反思既往的民族法治理念。其中关键在于实现三个民族法治的观念转型,即重视民族法治的经济导向、人权维护的人本观念以及民族政策向民族法律的转型。

另一方面,要建立健全中国特色的民族法律体系。形成并完善中国特色的民族法律体系,是我国当前和今后相当长一段时期内的民族立法和民族理论研究的重点。中国特色民族法律体系是以民族区域自治法为核心,全部现行民族法律规范按照其性质分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的统一整体。就民族法律体系建设的关键点而言,笔者根据对民族地区的长期观察和实地调研,认为民族法律体系的建设重点主要有两个:一是民族法律体系的建立和完善;二是杂居、散居少数民族的法律保障。其中,中国特色民族法律体系的形成和完善,要立足于中国民族法制建设的实践,通过民族立法的规范化和系统化途径来实现。

(三)民族法律制度研究

中国民族问题的解决主要是通过民族区域自治制度实现的。在民族区域自治制度的框架下,中国的民族法治取得了巨大的进步:民族区域自治政策代替了“以夷治夷”、“分而治之”的反动政策;民族团结和民族平等代替了民族压迫和民族歧视;社会主义法律代替了封建主和奴隶主的陈规旧例;科学的、民主的诉讼制度代替了封建迷信的“神明裁判”。在民族区域自治制度的修改完善上,从2001年修改通过的《民族区域自治法》来看,主要存在两方面的问题:一是在指导思想上,民族政策与民族法律应当有一个界限。民族问题是一个具有极强政策性的问题,加之在现代法治国家需要法律的贯彻和实施,这样如果政策与法律混同,既会使法律失去严肃性,也会使政策丧失宏观的高度指导作用。二是在内容规定上,关于经济方面的权利比较虚化,有待进一步完善。民族地区的经济发展决定着民族团结进步事业能否取得胜利。民族区域自治法的修改应当规定一些实在的民族自治地方经济自治权,才能为民族地区的经济发展和振兴提供强有力的制度支持。

中国是一个统一的多民族国家。这里的“统一”是前提,是框架,是政治的范畴;“多民族”是基础,是内涵,是文化的范畴。这说明在我国的单一制的统一的框架中能够实现文化的多样性,充分地保护少数民族的权益。少数民族的权利保护包含着个人权利和民族权利两个方面,前者与人权概念中个人基本的权利和自由具有共同的内涵,后者则是与同一国家内多数民族或其他民族相对而言的民族生存权、发展权和平等权。中国民族自治地方的自治权内容广泛,且有物质到制度的系列保障,特别是在民族区域自治制度下,少数民族的平等权利和特殊保护权利均获得保障。此外,中国少数民族还得到特别的刑事法律保护,不但规定有少数民族作为受害者的四项特别刑法条款,而且少数民族作为加害者的也得到了一些特别的人文关怀,这主要体现在制刑、量刑、行刑等阶段中。

从更广泛的权利保障看,我国的国内法中只有“少数民族”概念而没有“少数人”概念,前者仅指我国已经被认定的55个少数民族,其结果是那些没有被认定的少数民族的少数者较少得到法律的特别保护。考虑到这些人的权利也是不应当忽视的,有必要引入一个“少数人”的概念来保护更多的民族人口(人民共同体),同时也便于在人权领域同别的国家进行交流。少数人的客观存在是一个“不带政治偏见”的真实结论,它包括客观要素和主观要素。少数人群体的最重要的特性是它作为一种具有文化特性和认同的群体,必须强调其文化特质。如果不能体认到自身的独特性和对某一少数人群体的归宿,自然不能认定为少数人。

按照马克思主义的认识,“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化的发展”。只要民族自治地方的经济没有搞上去,那么实现少数民族权利保护就要受到影响。从当前的形势看,推动民族自治地方区域经济发展的一个极为重要之举是确保民族自治地方经济管理自治权的真正落实。笔者认为,要保证经济自治权的有效实施,其前提是要具备相应的定位恰当的实施方案,而要做到这一点离不开把握经济自治权的自治属性。民族自治地方经济自治权是一种由国家授予的不完全自治的权力,其落实要求中央及上级国家机关与自治机关之间系统协调、各司其职。因此,其实施途径为:中央及上级国家机关要通过提高观念认识、搞好配套立法和加强监督检查等措施来做到尽职尽责;民

族自治地方的自治机关要拿出主动实干精神,做好调研工作,改变陈旧思想,从而更多地采取主动立法形式来行使经济自治权。

此外,从总体情况看,新中国成立 60 年来,中国民族法制建设取得了辉煌的成就,同时中国民族法学研究也取得了长足的进步。在民族法制建设上,主要的成就有:一是在创建新中国的进程中,奠定民族法制建设的政治前提和法律基础;二是在改革开放的进程中,加快形成民族法律法规体系的建设步伐;三是在建立社会主义市场经济体制的进程中,初步形成比较完备的民族法规体系和监督机制;四是在全面建设小康社会的进程中,不断健全具有中国特色的民族法律法规体系和监督体系。在民族法学研究上,主要在民族法学学科建设、民族法制建设和民族法律文化考察等方面取得了突出的成绩;从今后的发展看,民族法学研究将在促成民族法学学科获得各界认可的独立地位、延续以法学为中心视角的多学科交叉的综合研究以及提升民族法学研究为社会法制建设服务的功能等方面有突破的可能。

二

当今世界正经历着空前的大变动、大调适和大融合,各个民族都面临着社会转型和文化转型的挑战。无论在过去有着多么伟大的传统,都面临着与时俱进的生存发展问题,改进、调适和转变都很重要,甚至是十分关键的。在这样的历史背景下,民族法学的研究视角应当高度重视、深入总结和发扬光大少数民族所创造的优秀智慧和优良传统。

(一) 综合研究:习惯法与民间法

任何一个群体要能生存,必须具有一套能使它延续的行为规则或知识系统。对于少数民族群体中的这种规定,学术界常常称为“习惯法”。有些少数民族的习惯法迄今已有数千年的悠久历史,随着民族社会及其文化的历史变迁,这些习惯法历经沧桑,演化蜕变,逐渐形成了较为完善、系统的习惯法体系,为维护民族地区的稳定与秩序发挥着不可替代的作用。当前民族习惯法的研究者和传承者的重要使命是选择一个客观的立场(比如,文化多样或者法律多元),发掘传统习惯法的当代价值和意蕴,因势利导,促进习惯法的吐故纳新,从而使习惯法能够真正地走上自觉发

展的道路,不断为新时期民族地区的法制建设和经济、社会的健康发展服务。

从习惯法的价值和意蕴看,民族习惯法是民族地区适用的民间法,内容丰富但形式上因民族而异,民族刑事习惯法占据其重要内容。相对于国家法而言,民族习惯法具有民族习惯路径、个体心理依赖、民族文化传承的支撑。同时,在价值功能上,民族习惯法具有裁判、教育、调整价值。在当代“依法治国”观念下,要有效地利用习惯法资源,就需要把握习惯法的基本渊源、功能及传承,整合其价值,传承民族习惯法之积极因素,协调习惯法与国家法的冲突,构建新的民族法律文化,形成现代法律文化观念,在实践中通过理念与制度的双轨推进民族地区法治,维护民族地区的社会稳定。

从文化多元的立场出发,作为一种客观存在的民族文化和制度规范,少数民族习惯法除了因其规范功能可以如众多学者所主张的“被适度存留”外,更为重要的是,从文化层面上讲,作为文化事实的少数民族习惯法应当得到相应程度的尊重,能够在相应范围内拥有自主(而不是被动)的发展权利(这种进路有别于那种简单根据与国家法律的吻合程度而“被选择”的发展路径)。同时,也要避免文化相对论的一些极端主张所带来的误区,要关注少数民族习惯法中可能存在的有违最低人权保障的因素,把确保最低限度人权的保障作为民族习惯法自主发展的前提和底线,这不会对其形成重大限制。

从法律多元的理念出发,乡土社会间的民间法与国家法在调整内容上的互动关系会因时代改变而有所不同,然而二者在外在形式上总是并存的,这说明民间法与国家法并存的法律多元态势是不容否认的客观事实现象。如果立足法律实用主义的立场,采用法律经济分析的方法,可以发现民间法与国家法“竞争”有现实合理性。因此,构建乡土基层社会的和谐不能仅靠国家法强势介入,而是国家法和民间法的“各司其职”,国家法应当依据实际情况给民间法留出相应的自主运作空间。这要求国家法既要保持自身有一种可能吸纳民间法的空间(国家法的相对灵活结构),又要适度容忍民间法对一些乡土基层社会纠纷的解决(民间法的相对独立空间)。

(二) 个案研究:侗族法文化与侗族习惯法

侗族主要分布在贵州省、湖南省、广西壮族自治区交汇处以及湖北省等地。根据2000年第五次全国人口普查统计,侗族人口数为296万。侗族有自己悠久的历史,其习惯法的起源、制定及文本都有自己的特色。侗族习惯法的内容丰富,对违法犯罪的罚则种类也比较多,集中体现在民事纠纷和刑事案件及其处理上。

侗款是侗族社会悠久历史文化的一部分,其渊源的深厚奠定了它在侗族人民心中神圣而不可侵犯的“法律”地位。侗款有着较为健全与完备的体制,在侗族社会生活中存在并且对当地的生产、生活与社会的稳定起着积极作用。在社会转型的背景下,要对侗族社会经济进行扶持,改革侗款中某些“消极”的内容,但不能操之过急、一哄而起,而应在充分、耐心协商的前提下,以尊重、宽容、积极的心态引导,并依靠本民族的先进人物和仁人志士,由他们去率领本民族的群众自愿地进行。

侗族习惯法罚则是侗族为了保障其民族习惯法的权威和效力,保证全体社会成员能一体遵循,维护正常的社会秩序而对违反侗族习惯法的人采取的各种处罚措施及其标准。归纳起来,侗族习惯法罚则的功能主要有惩罚功能和威慑功能。侗族习惯法罚则的特点主要有以下几点:其一,规定完备;其二,适用制度健全;其三,具有一定巫术和酷刑性;其四,具有原始朴素的民主性;其五,具有契约性。侗族习惯法罚则的种类主要有:敲锣喊寨、送串串肉、罚酒肉、放炮“洗脸”、罚款、孤立、开除寨籍、吃枪尖肉等。

侗族习惯法在近现代并没有消失殆尽,而是与时俱进地、顽强地表现着自己,继续影响着侗寨民众的思想和行为。现实生活中在定罪和刑罚上的差异导致侗族习惯法与刑事制定法之间存在冲突,其解决的途径主要有:民族区域自治法和刑法的有关规定为自治地方的立法变通提供了法律依据;“两少一宽”刑事政策为侗族习惯法提供了政策依据;相对罪刑法定主义为侗族习惯法提供了理论空间;刑事和解制度在侗族地区的运用为侗族习惯法提供了实践机遇。

三

西部大开发战略实施十余年来,作为民族区域自治地方最为集中的西部地区的发展取得了前所未有的巨大成就。然而根据市场经济的发展规律看,经济发展如果离开了法治化的轨道,就会因一时的表面繁荣而走向崩溃的深渊。在肯定成绩的同时,至今仍旧未能形成有力保障西部开发长效机制的事实值得引起民族法学研究的密切关注。此外,较之于西部众多的少数民族法律文化资源或者是较之于西部社会运作对学术研究的要求而言,民族法学研究及其学科建设无论是从广度上讲,还是从深度上说,都还是不够而有待于进一步加强的。

(一)西部开发与民族法治研究

西部大开发是中国政府在世纪之交提出的一个振兴西部欠发达地区、实现国家经济均衡发展的一个宏观战略。但众所周知,西部地区少数民族众多,民族杂居、聚居情况复杂,全国五大自治区均处于中西部地区。因此,协调民族关系、保障少数民族人权、维护少数民族利益和民族地区稳定是开发民族地区、发展民族经济必然面临的问题。这就需要从理念、制度等层面深入分析西部开发的推进与民族法治的建设。

从法治理念上讲,如何通过弘扬法治来推进西部大开发,使依法治国服务于西部经济社会发展全局,是西部地区发展的一个重要课题。西部开发必须以法律为主导形成制度体系,以法律严格规制下的政策处理具体事项,弥补立法不足,由此做到在法治轨道上运作中央与地方的各项政策。要加快构建保障西部大开发的法治体系,包括法治理念、法治原则和法治规范,通过法治实现善治,从而深入推进西部大开发。其中社会主义法治理念是基础,对法治原则和法治制度具有指导意义。

从制度构建上看,古今中外的开发经验及教训证实了法律制度治理模式对开发欠发达地区的重要性和可行性,科学发展观的思路又检验了法律制度治理模式对开发欠发达地区的必要性和效益性。为了形成西部地区的长效开发机制,应当尽快从当前的政策主导模式转变为法律主导模式,从而有力地确保西部大开发战略的深入推进。整个西部开发的法律体系是一个综合构成,应当包括西部开发的基本法(西部开发促进法)、