



中央民族大学青年学者文库
China Minzu University Young Scholars' Series

◎ 田 艳 / 著

少数民族 习惯权利研究

Customary Rights
of Minorities

中央民族大学出版社
China Minzu University Press



中央民族大学青年学者文库
China Minzu University Young Scholars' Series

◎ 田 艳 / 著

少数民族 习惯权利研究

Customary Rights
of Minorities



中央民族大学出版社
China Minzu University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

少数民族习惯权利研究/田艳著. —北京: 中央民族大学出版社, 2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5660 - 0475 - 8

I. ①少… II. ①田… III. ①少数民族—习惯法—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 158594 号

少数民族习惯权利研究

作 者 田 艳

责任编辑 伍隆萱

封面设计 布拉格

出 版 者 中央民族大学出版社

北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编: 100081

电话: 68472815(发行部) 传真: 68932751(发行部)

68932218(总编室) 68932447(办公室)

发 行 者 全国各地新华书店

印 刷 厂 北京宏伟双华印刷有限公司

开 本 880 × 1230 (毫米) 1/32 印张: 9.25

字 数 230 千字

版 次 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5660 - 0475 - 8

定 价 25.00 元

版权所有 翻印必究

总 序

中央民族大学是我们党为解决民族问题、培养少数民族干部和高级专门人才而创办的高等学府。建校六十多年来，中央民族大学认真贯彻党的教育方针和民族政策，坚持社会主义办学方向，坚持为少数民族和民族地区发展服务的办学宗旨，培养了成千上万的优秀人才，取得了许多具有开创性意义的科研成果，创建和发展了一批民族类的重点学科，走出了一条民族高等教育又好又快发展的成功之路。

今天，荟萃了56个民族英才的中央民族大学，学科门类齐全、民族学科特色突出，跻身于国家“211工程”和“985工程”重点建设大学的行列。中央民族大学已经成为我国民族工作的人才摇篮，民族问题研究的学术重镇，民族理论政策的创新基地，民族文化保护和传承的重要阵地。

教师是学校的核心和灵魂。办好中央民族大学，关键是要有一支高素质的教师队伍。为建设一支能够为实现几代民大人孜孜以求的建成国际知名的、高水平的研究型大学提供坚实支撑的教师队伍，2012年4月，学校做出决定，从“985工程”队伍建设专项经费中拨出专款，设立“中央民族大学青年学者文库”基金，持续、择优支持新近来校工作的博士、博士后出站人员以及新近取得博士学位或博士后出站资格的在教教职工出版高水平的博士学位论文和博士后出站报告。希望通过实施这一学术成果出版支持计划，不断打造学术精品，促进学术探究，助推中央民

族大学年轻教师成长，形成长江后浪推前浪、一代更比一代强的教师队伍蓬勃壮大的良好局面。

青年教师正值学术的少年期。诚如梁启超先生脍炙人口的名言所祈愿：少年智则国智，少年富则国富，少年强则国强，少年独立则国独立，少年自由则国自由，少年进步则国进步，少年胜于欧洲，则国胜于欧洲，少年雄于地球，则国雄于地球。希望在各方面的共同努力下，在广大青年教师的积极参与下，《中央民族大学青年学者文库》能够展示出我校年青教师的学术实力，坚定青年教师的学术自信，激发青年教师的学术热忱，激励广大青年教师向更高远的学术目标攀登。唯有青年教师自强不息，中央民族大学的事业才能蒸蒸日上！

中央民族大学青年教师学术著作出版

编审委员会

2013年6月19日

内容摘要

本文的第1章到第5章是本项研究的主体部分，内容概述如下：

第1章主要介绍本项研究的理论出发点，由于学者们对习惯权利的界定都比较宽泛，本文重新对这一概念进行了界定，采用的是狭义的习惯权利的概念，即少数民族基于资源的习惯权利。在此基础上，详细分析了习惯权利的内涵、习惯权利的构成要素、习惯权利的历史追溯以及习惯权利的理论基础。

第2章主要介绍了习惯权利的类型化分析，将理想类型等类型化理论范式应用到习惯权利的分析上，将习惯权利分为基于自然资源的习惯权利和基于文化资源的习惯权利两种，并分别进行了阐述。

第3章主要介绍了中国习惯权利的运行现状，大体上从政治、经济和文化三个角度来论述了习惯权利目前的现实状态及存在的问题，分别是行政区划对习惯权利实现的影响、现代发展观对习惯权利实现的影响及主流文化对习惯权利实现的影响。在本章中，采用实证研究方法，深入分析了中国基层社会中现代性因素与当地社区的习惯权利实现的矛盾与冲突，并从多角度揭示了当前存在的问题。

第4章主要介绍了域外尊重习惯权利的实践，其中包括全球视野中尊重习惯权利的相关法律文件、国外对土著人习惯权利的承认、各个层级的国际人权保护实践对习惯权利的尊重，此后重

点分析了域外尊重习惯权利的实践对中国的诸多启示,主要包括将习惯权利与法定权利并存、推动习惯权利保障的制度建设、承认社区居民对特定资源的共有、促进国际人权公约在中国的实施等。

第5章主要介绍了我国尊重习惯权利的可能路径,主要包括国家立法将尊重习惯权利作为基本原则,司法自由裁量权在行使过程中可以通过法源引入法、价值衡量法、指导性案例法来尊重习惯权利,行政执法理念创新可以通过软法治理模式的运用、促进社区居民的有效参与、加强对作为习惯权利基础的资源的保护等方式来尊重习惯权利,在特定情况下,如果无法尊重习惯权利,则在事先知情同意程序下通过利益补偿的方式来维护社区居民的习惯权利。

关键词:习惯权利;自然资源;文化资源;基本人权

Abstract

This introductory part of this report is the origin, significance, status and methods of the study. Further, Chapter 2 to Chapter 6 is the main part of this study, summarized below:

Chapter 1 introduces the theoretical starting point of this study. Because the scholars of the customary rights are using more broadly definition about this subject, the paper re - defines the concept of customary rights, using the narrow concept of customary rights, namely customary rights of the resource - based by ethnic minorities. On this basis, a detailed analysis is showed about the content of customary rights, the constituent elements of customary rights, the history of customary rights and the theory of customary rights.

Chapter 2 introduces the classified analysis of customary rights. The ideal type of paradigm theory is applied to the analysis of customary rights. Customary rights of the resource - based will be divided into two categories, namely customary rights of the natural resource - based and customary rights of the cultural resource - based. Chapter 3 elaborates them individually.

Chapter 3 introduces the Current Status of customary rights in China. The author largely from the political, economic and cultural point of view discussed the reality and problems of the current state of customary rights, which are the influence of administrative divisions to the implementation of customary rights, the influence of the modern development ideal to the implementation of customary rights and the

influence of the mainstream culture on the impact of implementation of customary rights. In this chapter, using field work research methods, the author in - depth analyzes the contradictions and conflicts between China's modern factors of primary society and the realization of customary rights of local communities, and at the foundation of it reveals the current problems from multiple perspectives.

Chapter 4 introduces the respecting practice of extra - territorial customary rights, including the relevant legal documents of respecting customary rights in the global perspective, the recognition of indigenous people rights and respecting the customary rights practice of the various levels of protection of international human rights. Then the report focus on analyzes of China's many inspirations from the practice of extra - territorial respecting customary rights, including the coexistence of customary rights and legal rights, erecting customary rights protection system, admitting community residents altogether owning certain resources, and promoting the implementation of international human rights conventions and other conventions in China.

Chapter 5 introduces the possibility path in China respecting customary rights, including respecting for customary rights as the basic principles during national legislation, respecting for customary rights during the exercise of judicial discretion in the process of law by the introduction of sources of law, value measurement method, guiding case law, administrative law concept of innovation governance model through the use of soft law, promoting effective participation of community residents, strengthening the basis of customary rights as the protection of natural resources, etc. In certain circumstances, if we can not respect the customary rights, we should take measure to the interests of compensation by way of prior informed consent procedures

to maintain the customary rights of community residents.

Keywords: customary rights, natural resource, cultural resource, basic human rights.

目 录

导 论	(1)
一、研究的缘起	(1)
二、研究意义	(6)
三、研究现状述评	(10)
四、研究方法	(13)
第一章 少数民族习惯权利的界定	(18)
第一节 习惯权利的内涵	(18)
一、习惯权利的词源释义	(18)
二、少数民族基于资源的习惯权利的界定	(26)
三、少数民族习惯权利的特征	(33)
四、少数民族习惯权利的性质	(38)
五、少数民族习惯权利的功能	(41)
第二节 少数民族习惯权利的构成要素	(45)
一、少数民族习惯权利的主体	(45)
二、少数民族习惯权利的客体	(50)
三、少数民族习惯权利的内容	(58)
第三节 少数民族习惯权利的历史追溯	(62)
一、初民社会的习惯权利	(63)
二、习惯法对少数民族习惯权利的保护	(65)
三、各国立法对习惯权利的确认	(68)
第四节 少数民族习惯权利的理论基础	(70)

一、法律多元理论	(70)
二、洛克的劳动财产理论	(73)
三、马克思的劳动价值理论	(74)
四、让利于民的执政理念	(76)
第二章 少数民族习惯权利的类型化分析	(78)
第一节 少数民族习惯权利类型化分析的基础	(79)
一、类型化理论	(79)
二、类型化理论在少数民族习惯权利分类中的 运用	(81)
三、少数民族习惯权利的具体分类	(84)
第二节 基于自然资源的习惯权利	(87)
一、基于自然资源的习惯权利的实证分析	(89)
二、基于自然资源的习惯权利的实现方式	(96)
第三节 基于文化资源的习惯权利	(102)
一、文化资源的法律地位	(102)
二、风险社会与文化风险	(107)
三、基于文化资源的习惯权利的实证分析	(118)
四、基于资源的习惯权利有效规避文化风险	(123)
第三章 中国少数民族习惯权利运行的现状	(126)
第一节 行政区划对少数民族习惯权利实现的 影响	(126)
一、鄂伦春族基于森林资源的习惯权利	(127)
二、“一旗分治”影响鄂伦春族习惯权利的实现	(132)
三、结束“一旗分治”的可能路径	(135)
第二节 现代发展观对少数民族习惯权利实现的 影响	(138)
一、工程移民使少数民族的习惯权利难以实现	(140)
二、旅游开发使少数民族的习惯权利面临挑战	(144)

第三节 主流文化对少数民族习惯权利实现的影响	(148)
一、《云南映像》对少数民族传统舞蹈文化的保护	(149)
二、杨丽萍模式的积极意义	(151)
三、对杨丽萍模式的反思	(152)
第四章 域外尊重少数民族习惯权利的实践	(156)
第一节 关于少数民族习惯权利的法律文件	(157)
一、国际法律文件	(157)
二、其他国家和地区的立法	(162)
第二节 国外对土著人习惯权利的态度	(166)
一、加拿大资源开发过程中对土著人习惯权利的尊重	(166)
二、其他国家资源开发过程中对土著人习惯权利的确认	(169)
三、部分国家忽视土著人习惯权利的不利影响	(171)
第三节 国际人权保护实践对习惯权利的尊重	(173)
一、卢比康湖部落诉加拿大案	(174)
二、条约机构通过准司法程序尊重习惯权利	(177)
三、欧洲人权法院通过司法程序尊重习惯权利	(179)
第四节 域外尊重习惯权利的经验对中国的启示	(182)
一、习惯权利与法定权利同时并存	(182)
二、推动习惯权利保障的制度建设	(184)
三、承认少数民族对特定资源的共有	(185)
四、促进国际人权公约在中国的实施	(187)
第五章 中国尊重少数民族习惯权利的路径选择	(191)
第一节 基本人权视角下的少数民族习惯权利	(192)
一、少数民族习惯权利与生存权	(193)

二、少数民族习惯权利与环境权	(195)
三、少数民族习惯权利与少数民族基本文化 权利	(197)
第二节 国家立法对少数民族习惯权利的尊重	(201)
一、中央立法将尊重少数民族习惯权利 作为基本原则	(201)
二、地方立法中的少数民族习惯权利	(206)
三、项目立法中的少数民族习惯权利	(209)
第三节 司法自由裁量对少数民族习惯权利的 尊重	(213)
一、法源引入法	(214)
二、价值衡量法	(216)
三、指导性案例法	(221)
第四节 行政执法理念创新对少数民族习惯权利的 尊重	(225)
一、将尊重少数民族习惯权利作为政府的 执政理念	(225)
二、引入软法治理模式	(227)
三、促进少数民族的有效参与	(236)
四、加强对作为习惯权利基础的资源的保护	(240)
第五节 对少数民族习惯权利的补偿	(252)
一、关于利益分享的相关域外立法	(253)
二、我国关于利益补偿的相关立法	(256)
三、少数民族习惯权利补偿的实现方式	(258)
四、以事先知情同意为核心的程序制度	(262)
结 论	(266)
参考文献	(268)
致 谢	(282)

导 论

一、研究的缘起

“现代性”是一个宽泛的概念，包含诸多方面的内容，主要的有：经济结构的工业化、社会结构的城市化、生活形态的世俗化、文明教养的知识化、思维方式与行动方式的理性化和个性化、社会组织形式的功能专门化以及社会成员关系在横向和纵向中的自由流动性等。在现代性视阈中的发展，就是谋求实现现代化，即打破传统、获得现代性的过程。众所周知，在文艺复兴以来的相当长的历史时期里，全球范围内的现代化进程是与“西方文化中心论”相伴随的，以至于不少西化派人士曾经得出了“现代化即西方化”的结论。在一定意义上，“现代化即西方化”的理论范式是以下述判断为前提的：西方现代文化是圆满俱足的，仅仅依靠西方文化的指引，人类就能走上通向未来的坦途。毫无疑问，西方现代化所表现出来的巨大的生命活力、在西方文化的主导下现代人类社会相比传统社会而言所取得的巨大的历史性进步是不容否认的。一言以蔽之，西方的现代化模式是可以复制的。但是，在今天，这一论断不能不被打上重重问号。在西方文化精神主导下的现代化在取得了巨大的历史性成就的同时，也给人类社会带来了深重的问题乃至危机。

随着现代化进程的不断推进，人类固然享受到了前所未有的

文明成就,但资源衰竭、环境污染、生态破坏、个人与社会对立、国家与国家的战争以至信仰的迷失等也给人类造成了空前的问题与危机,严重地威胁到当代人类的发展乃至生存。正是在这样的背景之下,从20世纪中叶起,在西方兴起了后现代主义思潮,其最基本的理论特质就是立足于现时代而重新审视现代化历程,力图通过对作为现代化之精神结晶的“现代性”的批判性反省,探寻人类的“现代之后”即“后现代”的道路。在这样的语境中,当代中国的“启蒙反思”就具有重要的时代意义。概括而言,它可以说是代表了一种力图在充分吸纳西方现代文化之优长的基础上,充分突显中国文化自身的民族特质,通过面向未来的“综合创造”,在实现中国文化由传统向现代转化的同时,而又超胜于西方,成就一个与“传统”相对应的,更为合理、合时、合宜的现代性的理论努力。之所以如此,一方面是由于当代人类的存在境遇使中国文化面向未来的综合创造成为必要,另一方面也是由于中国文化内在的生命力为其面向未来的进一步发展提供了可能性。^①

在法学界同样面临着反思“现代性法律”的历史重任。德国著名的社会学家韦伯将“现代性法律”解释为一种形式理性化的法律,这种法律是高度自主的、抽象的、普适的。按照学界通说,现代性法律的特点包括公开性、自治性、普遍性、层次性、确定性、可诉性、合理性、权威性几个因素。^②除了“形式理性”的特征以外,现代性法律还有独特的国家体制和社会结构的特征。每一个法律都预设了独特的人性观、社会结构和国

^① 李翔海:《启蒙反思与当代中国现代性的建构》,载《学海》,2010年第5期。

^② 葛洪义:《法律与理性——法的现代性问题解读》,北京:法律出版社,2001年,第5—6页。

家观念。现代性法律立基于现代社会，而现代社会的建构原则和组织原则是个人主义和自由主义。现代性法律将社会中的人视为一个个独立的、平等的、自由的个人，具有最高价值——正是这一人性观，使得现代性法律具有“法律面前，人人平等”和“对所有人不加区别地普遍适用”的特征；个人主义的人性观导致了自由主义理论：社会结构是建立在自由合意基础上的平等关系，国家权力是用来服务于个人、“以人为本”的；由于国家权力对个人自由的威胁最大，所以要千方百计地限制国家权力、防止其侵犯个人权益。个人主义和自由主义是一种追求普遍有效的政治理论，力图在最大限度地尊重个人差异的基础上，把平等、独立、自由、分散的个体组织成一个有机的社会共同体，由此一劳永逸地解决政治秩序的合法性问题或正当问题。^① 中国的体制和社会结构却并非如此，其特殊性和复杂性远远超过理论的概括。传统、现代和后现代的成分在中国同时并存。因而，“现代性法律”是否适用于中国这样一个政治、经济和文化发展极不平衡的大国就不能不引起我们的深思。

从道德到法律：法律的后现代进路。从法律的进化史考察，道德的法律化是法律发展史上的重要特征之一。^② 后现代法学对法律的消解、怀疑，源于对现代社会和现代法律的弊端的担忧，出于对人的生存状态的关怀和对人类发展前途的关注，关注的是所有人的真正自由、平等和幸福。后现代法学提出的问题，诸如原子威胁、臭氧层破坏、基因工程等都是人类发展亟待解决的问题。后现代法学运用的策略，“是对传统、对理性、对观念等提

^① [美] 施特劳斯著，彭刚译：《自然权利与历史》，北京：生活·读书·新知三联书店，2000年，第194-197页。

^② 陈泉生：《科学发展观与法律发展：法学方法论的生态化》，北京：法律出版社，2008年，第134-138页。