



教育部人文社科百所重点研究基地
兰州大学 新疆大学西北少数民族研究中心
西北少数民族学术研究文库

杨建新 ◆ 主编

民族经济法 研究

MINZU JINGJIFA YANJIU

李占荣 / 著



民族出版社

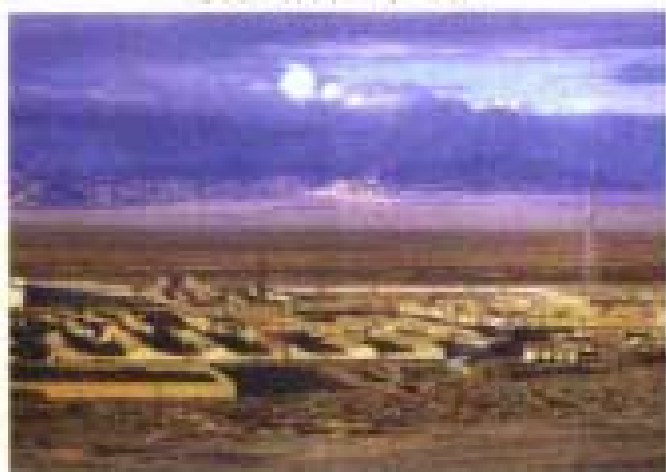


MINZU JINGJIFA YANJIU

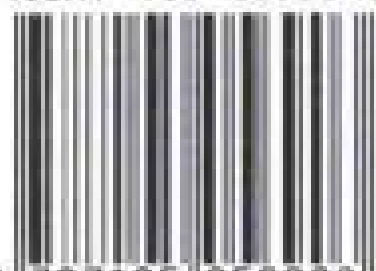
西北少数民族学术研究文库

民族经济法研究

责任编辑 / 李志荣



ISBN7-105-05690-8



9 787105 056903 >

ISBN7-105-05690-8/D·1037

(汉153)

定价：18.00 元

0411224

D923.70.1

4



201112241

民族经济法研究

李占荣◆著

民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民族经济法研究/李占荣著. - 北京: 民族出版社, 2003.10

ISBN 7-105-05690-8

I. 民… II. 李… III. 少数民族-民族经济-经济法-研究-中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 095173 号

民族出版社出版发行

<http://www.e56.com.cn>

北京市和平里北街 14 号 邮编 100013

若龙文化工作室微机照排 迪鑫印刷厂印刷

各地新华书店经销

2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月北京第 1 次印刷

开本: 850mm×1168mm 1/32 印张: 9.875 字数: 250 千字

印数: 0001-1500 册 定价: 18.00 元

该书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换

(汉文一室电话: 010-64271909; 发行部电话: 64211734)

《西北少数民族学术研究文库》编委会名单

主 任：杨建新

副主任：马曼丽 王铁志 吴福环

编 委：牛汝极 王希隆 王洲塔
杨 青 孟 楠 高永久
徐黎丽 黄显辟

序

序

杨建新

早在上个世纪的60年代，兰州大学几位青年教师就开始了西北少数民族历史和西北地方史的教学和研究。那时候搞这方面研究的人很少，资料缺，经费更缺，形不成力量，但几个年轻人对此兴趣很浓，抱着咬住青山不放松的劲头，拳打脚踢，立志要在民族研究方面做出一番事来。好日子不长，没过几年，一场文化浩劫袭来，一折腾就是十年。在这十年中，我们遇到了一个机会：那是70年代初，由于当时中苏关系紧张，国务院安排一些学校抽人力组织编写沙皇俄国侵略中国的史书，西北几个院校接受了这一任务，着手编写一部《沙皇俄国侵略西北边疆史》，兰州大学承担了1840年以前中国西北边疆历史、民族、边界等问题的研究。这个任务促使学校抽调一些原来搞过西北少数民族研究的教师及有关人员，在“文革”中，投入了研究工作。以此为契机，兰州大学的西北少数民族研究工作，在中断了六七年之后，再次得以恢复。中共十一届三中全会后，兰州大学西北少数民族研究驾着改革开放的风帆，激流勇进，驶入了民族研究的主航道。1986年，经国务院学位委员会批准，取得了民族学硕士学位授权点，1990年经国务院学位委员会批准，获得了民族学博士学位授权点，2001年兰州大学成立西北少数民族研究中心，并被教育部批准，与新疆大学联合建立“教育部人文社科百所重

点研究基地”——兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心。2002年西北少数民族研究又被列入兰州大学第二期“211工程”建设项目。

研究基地的建立和入选“211工程”，为兰州大学少数民族问题的教学与研究，提供了十分优厚的环境和条件，使兰州大学少数民族问题的研究工作有了长足的发展。至今已经建立起了一支结构合理的专兼职科研队伍；形成了培养本科生、硕士、博士研究生的教学体系，每年仅在校博士生即达50余位；形成了以研究西北少数民族历史为特长，全面研究西北少数民族问题为特色，以及研究民族学、民族理论各方面问题的学科群体。

随着学科的发展，我中心专兼职研究人员的成果日益增多。目前我中心已经组织了《西北少数民族通史》（共13部）、《中国西北跨国民族研究丛书》（共10部）、《中国民族学丛书》（共6部）等系列专著，并已陆续出版。根据我中心目前情况，我们又组织了另一套丛书——《西北少数民族学术研究文库》，拟将中心专兼职研究人员的有关学术著作及博士研究生的毕业论文，经过筛选，编入《文库》正式出版。本《文库》是一个研究性的、开放性的学术丛书，她有起始的时间，但不一定有终结的时间，只要兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心在学术上繁荣昌盛并长期存在，我们这个《文库》就会不断有新著加入。我们希望《文库》能为中国民族学学术繁荣和创新做出贡献，既是展示兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心学术成就的一个平台，同时也能成为培养民族学新生力量的摇篮。

祝愿兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心不断发展壮大！祝愿中国民族学学术研究繁荣昌盛！

2003年6月于兰州大学

目 录

绪 论	(1)
一、选题意义	(1)
二、研究现状	(4)
三、使用资料	(14)
第一章 基本范畴和方法	(16)
第一节 市民社会——政治国家二元结构中的民族	(16)
一、民族在市民社会与政治国家中产生的 一般理论	(18)
二、民族文化与政治文化及市民社会中的 民族文化	(22)
三、市民社会与政治国家二元结构中的民族	(27)
第二节 民族经济	(31)
一、民族发展的经济动因分析	(31)
二、民族经济范畴的内涵	(35)
第三节 民族经济法的确立	(35)
一、历史上的民族经济法	(36)
二、现代的民族经济法	(37)
第四节 历史探源法	(40)

一、民族学中的历史方法	(41)
二、经济学中的历史方法	(43)
三、法学中的历史方法	(44)
四、民族经济法的历史探源方法	(45)
第五节 经济分析的方法	(49)
一、经济分析方法的内容	(49)
二、经济分析方法的必要性	(51)
三、经济分析方法的可能性	(60)
第二章 民族经济法的历史形态	(64)
第一节 法与民族——以法的历史起源视角的考察	(64)
一、从习惯与习惯法的起源考察	(65)
二、从国家制定法的起源考察	(69)
三、从具体法律制度的开创考察	(76)
第二节 民族经济法的一般历史形态	(78)
一、汉族中央政权的民族经济法	(79)
二、少数民族中央政权的民族经济法	(95)
第三节 民族经济法的特殊历史形态	(105)
一、少数民族经济法	(106)
二、民族经济习惯法	(113)
第三章 民族经济立法	(128)
第一节 作为民族经济利益分配机制的民族经济法	(128)
一、民族经济利益的相对独立性	(129)
二、民族经济法的公正价值	(135)
三、民族经济利益与民族经济法益的互动过程	(139)
第二节 民族经济立法的基本原则	(145)
一、民族经济立法的含义	(145)

二、民族经济立法的合法性原则	(147)
三、民族经济立法的民主性原则	(148)
四、民族经济立法的民族经济利益原则	(150)
第三节 民族经济立法体制	(154)
一、民族经济立法体制的内涵	(154)
二、民族经济立法主体的立法权限	(155)
三、民族经济立法程序探讨	(161)
第四节 民族经济立法的效益——经济分析方法的 应用	(167)
一、国家民族经济立法的效益分析	(167)
二、地方民族经济立法的效益分析	(169)
三、提高民族经济立法效益的现实途径	(171)
第四章 民族经济法的基本内容	(174)
第一节 民族经济法的主体	(174)
一、民族经济主体法所规定的主体结构	(175)
二、民族经济法主体的法理基础	(181)
三、民族经济法主体的职权、权利和义务	(184)
第二节 民族经济体制法	(194)
一、民族经济体制法的必要性	(195)
二、民族经济体制法的内容	(196)
三、当前亟须配置的民族经济体制法资源	(206)
第三节 民族经济宏观调控法律制度	(211)
一、民族经济宏观调控法律制度的对象与本质	(212)
二、民族经济宏观调控法律制度的价值求证	(213)
三、民族经济宏观调控法律制度的内容	(216)
第四节 民族地区自然资源法律制度	(232)
一、土地资源法律制度	(232)

二、草原法律制度	(233)
三、矿产资源法律制度	(237)
第五节 民族地区市场经济管理法律制度	(240)
一、民族地区经济与市场经济	(241)
二、民族地区市场经济管理法律制度的理论基础	(242)
三、民族地区市场经济管理法律制度的内容	(245)
第五章 民族经济法的实践环节	(256)
第一节 民族经济法的执行	(256)
一、民族经济法执行的内涵	(257)
二、民族经济法执行的形式	(259)
三、民族经济法执行中的处罚行为	(262)
四、民族经济法执行的经济因素分析	(263)
第二节 民族经济法的适用	(266)
一、民族经济法适用的内涵和特点	(266)
二、司法独立与民族经济权利的保护	(270)
三、影响民族经济法适用的不利因素	(274)
四、民族经济法的协调适用	(278)
第三节 民族经济法的遵守	(282)
一、民族经济法遵守的特征	(283)
二、民族法律意识的培育	(287)
三、影响民族经济法遵守的现实因素分析	(291)
参考文献	(296)
后 记	(304)



教育部人文社科百所重点研究基地
兰州大学 新疆大学西北少数民族研究中心
西北少数民族学术研究文库

杨建新 ◆ 主编

民族经济法 研究

MINZU JINGJIFA YANJIU

李占荣 / 著



民族出版社

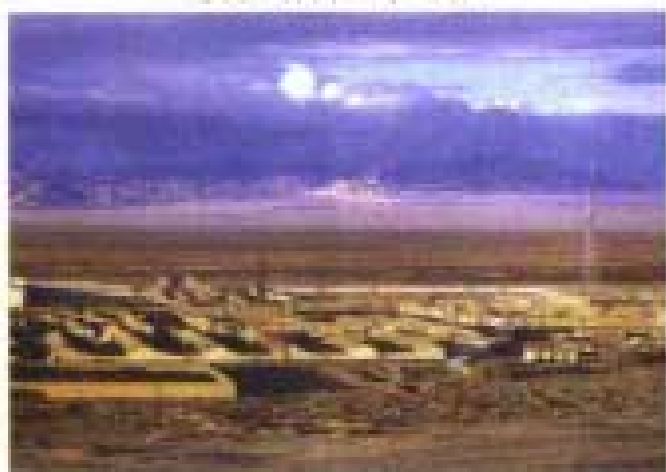


MINZU JINGJIFA YANJIU

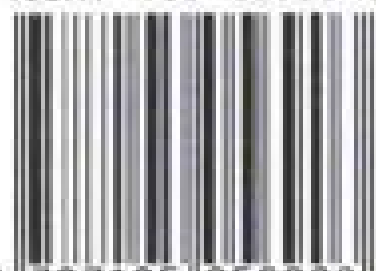
西北少数民族学术研究文库

民族经济法研究

责任编辑 / 李志荣



ISBN7-105-05690-8



9 787105 056903 >

ISBN7-105-05690-8/D·1037

(汉153)

定价：18.00 元

0411224

D923.70.1

4



201112241

民族经济法研究

李占荣◆著

民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民族经济法研究/李占荣著. - 北京: 民族出版社, 2003.10

ISBN 7-105-05690-8

I. 民… II. 李… III. 少数民族-民族经济-经济法-研究-中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 095173 号

民族出版社出版发行

<http://www.e56.com.cn>

北京市和平里北街 14 号 邮编 100013

若龙文化工作室微机照排 迪鑫印刷厂印刷

各地新华书店经销

2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月北京第 1 次印刷

开本: 850mm×1168mm 1/32 印张: 9.875 字数: 250 千字

印数: 0001-1500 册 定价: 18.00 元

该书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换

(汉文一室电话: 010-64271909; 发行部电话: 64211734)

《西北少数民族学术研究文库》编委会名单

主 任：杨建新

副主任：马曼丽 王铁志 吴福环

编 委：牛汝极 王希隆 王洲塔
杨 青 孟 楠 高永久
徐黎丽 黄显辟

序

杨建新

早在上个世纪的60年代，兰州大学几位青年教师就开始了西北少数民族历史和西北地方史的教学和研究。那时候搞这方面研究的人很少，资料缺，经费更缺，形不成力量，但几个年轻人对此兴趣很浓，抱着咬住青山不放松的劲头，拳打脚踢，立志要在民族研究方面做出一番事来。好日子不长，没过几年，一场文化浩劫袭来，一折腾就是十年。在这十年中，我们遇到了一个机会：那是70年代初，由于当时中苏关系紧张，国务院安排一些学校抽人力组织编写沙皇俄国侵略中国的史书，西北几个院校接受了这一任务，着手编写一部《沙皇俄国侵略西北边疆史》，兰州大学承担了1840年以前中国西北边疆历史、民族、边界等问题的研究。这个任务促使学校抽调一些原来搞过西北少数民族研究的教师及有关人员，在“文革”中，投入了研究工作。以此为契机，兰州大学的西北少数民族研究工作，在中断了六七年之后，再次得以恢复。中共十一届三中全会后，兰州大学西北少数民族研究驾着改革开放的风帆，激流勇进，驶入了民族研究的主航道。1986年，经国务院学位委员会批准，取得了民族学硕士学位授权点，1990年经国务院学位委员会批准，获得了民族学博士学位授权点，2001年兰州大学成立西北少数民族研究中心，并被教育部批准，与新疆大学联合建立“教育部人文社科百所重

点研究基地”——兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心。2002年西北少数民族研究又被列入兰州大学第二期“211工程”建设项目。

研究基地的建立和入选“211工程”，为兰州大学少数民族问题的教学与研究，提供了十分优厚的环境和条件，使兰州大学少数民族问题的研究工作有了长足的发展。至今已经建立起了一支结构合理的专兼职科研队伍；形成了培养本科生、硕士、博士研究生的教学体系，每年仅在校博士生即达50余位；形成了以研究西北少数民族历史为特长，全面研究西北少数民族问题为特色，以及研究民族学、民族理论各方面问题的学科群体。

随着学科的发展，我中心专兼职研究人员的成果日益增多。目前我中心已经组织了《西北少数民族通史》（共13部）、《中国西北跨国民族研究丛书》（共10部）、《中国民族学丛书》（共6部）等系列专著，并已陆续出版。根据我中心目前情况，我们又组织了另一套丛书——《西北少数民族学术研究文库》，拟将中心专兼职研究人员的有关学术著作及博士研究生的毕业论文，经过筛选，编入《文库》正式出版。本《文库》是一个研究性的、开放性的学术丛书，她有起始的时间，但不一定有终结的时间，只要兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心在学术上繁荣昌盛并长期存在，我们这个《文库》就会不断有新著加入。我们希望《文库》能为中国民族学学术繁荣和创新做出贡献，既是展示兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心学术成就的一个平台，同时也能成为培养民族学新生力量的摇篮。

祝愿兰州大学、新疆大学西北少数民族研究中心不断发展壮大！祝愿中国民族学学术研究繁荣昌盛！

2003年6月于兰州大学

目 录

绪 论	(1)
一、选题意义	(1)
二、研究现状	(4)
三、使用资料	(14)
第一章 基本范畴和方法	(16)
第一节 市民社会——政治国家二元结构中的民族	(16)
一、民族在市民社会与政治国家中产生的 一般理论	(18)
二、民族文化与政治文化及市民社会中的 民族文化	(22)
三、市民社会与政治国家二元结构中的民族	(27)
第二节 民族经济	(31)
一、民族发展的经济动因分析	(31)
二、民族经济范畴的内涵	(35)
第三节 民族经济法的确立	(35)
一、历史上的民族经济法	(36)
二、现代的民族经济法	(37)
第四节 历史探源法	(40)

一、民族学中的历史方法	(41)
二、经济学中的历史方法	(43)
三、法学中的历史方法	(44)
四、民族经济法的历史探源方法	(45)
第五节 经济分析的方法	(49)
一、经济分析方法的内容	(49)
二、经济分析方法的必要性	(51)
三、经济分析方法的可能性	(60)
第二章 民族经济法的历史形态	(64)
第一节 法与民族——以法的历史起源视角的考察	(64)
一、从习惯与习惯法的起源考察	(65)
二、从国家制定法的起源考察	(69)
三、从具体法律制度的开创考察	(76)
第二节 民族经济法的一般历史形态	(78)
一、汉族中央政权的民族经济法	(79)
二、少数民族中央政权的民族经济法	(95)
第三节 民族经济法的特殊历史形态	(105)
一、少数民族经济法	(106)
二、民族经济习惯法	(113)
第三章 民族经济立法	(128)
第一节 作为民族经济利益分配机制的民族经济法	(128)
一、民族经济利益的相对独立性	(129)
二、民族经济法的公正价值	(135)
三、民族经济利益与民族经济法益的互动过程	(139)
第二节 民族经济立法的基本原则	(145)
一、民族经济立法的含义	(145)

二、民族经济立法的合法性原则	(147)
三、民族经济立法的民主性原则	(148)
四、民族经济立法的民族经济利益原则	(150)
第三节 民族经济立法体制	(154)
一、民族经济立法体制的内涵	(154)
二、民族经济立法主体的立法权限	(155)
三、民族经济立法程序探讨	(161)
第四节 民族经济立法的效益——经济分析方法的 应用	(167)
一、国家民族经济立法的效益分析	(167)
二、地方民族经济立法的效益分析	(169)
三、提高民族经济立法效益的现实途径	(171)
第四章 民族经济法的基本内容	(174)
第一节 民族经济法的主体	(174)
一、民族经济主体法所规定的主体结构	(175)
二、民族经济法主体的法理基础	(181)
三、民族经济法主体的职权、权利和义务	(184)
第二节 民族经济体制法	(194)
一、民族经济体制法的必要性	(195)
二、民族经济体制法的内容	(196)
三、当前亟须配置的民族经济体制法资源	(206)
第三节 民族经济宏观调控法律制度	(211)
一、民族经济宏观调控法律制度的对象与本质	(212)
二、民族经济宏观调控法律制度的价值求证	(213)
三、民族经济宏观调控法律制度的内容	(216)
第四节 民族地区自然资源法律制度	(232)
一、土地资源法律制度	(232)

二、草原法律制度	(233)
三、矿产资源法律制度	(237)
第五节 民族地区市场经济管理法律制度	(240)
一、民族地区经济与市场经济	(241)
二、民族地区市场经济管理法律制度的理论基础	(242)
三、民族地区市场经济管理法律制度的内容	(245)
第五章 民族经济法的实践环节	(256)
第一节 民族经济法的执行	(256)
一、民族经济法执行的内涵	(257)
二、民族经济法执行的形式	(259)
三、民族经济法执行中的处罚行为	(262)
四、民族经济法执行的经济因素分析	(263)
第二节 民族经济法的适用	(266)
一、民族经济法适用的内涵和特点	(266)
二、司法独立与民族经济权利的保护	(270)
三、影响民族经济法适用的不利因素	(274)
四、民族经济法的协调适用	(278)
第三节 民族经济法的遵守	(282)
一、民族经济法遵守的特征	(283)
二、民族法律意识的培育	(287)
三、影响民族经济法遵守的现实因素分析	(291)
参考文献	(296)
后 记	(304)

绪 论

一、选题意义

当前，民族经济法已经成为民族研究和法律研究的重要内容，是一个重要而特殊的研究领域。

（一）理论意义

作为有一个半世纪历史的社会科学中的一门独立学科，民族学研究的范围在不断地扩展和深化。民族经济法正是民族学扩展与深化的产物。一方面，民族学不但研究民族的起源、发展以及消亡的过程，而且研究各民族的生产力和生产关系、经济基础和上层建筑。^①这当然包括了对民族经济法的涉足。另一方面，各学科之间联系更加紧密，呈现出分化与综合两种趋势。民族学与法学的结合，产生了民族法学，民族学与经济学的交叉，产生了民族经济学，民族法学与民族经济学是广义民族学的重要组成部分。而民族法学与民族经济学的进一步综合分化，才产生了一个特殊的研究领域——民族经济法，从而展示了民族学学科的开放性，而且正是这种开放性，是克服学术研究“各自为政”、“闭门造车”、“盲人摸象”等现象的基本力量。事实上，任何一门社会

^① 参见林耀华主编：《民族学通论》，中央民族大学出版社，1997年版，第10页。

科学都只不过是从一个特定的视角运用特定的方法对社会历史的一种反映。例如在民族学家们（爱德华·泰勒、刘易斯·亨利·摩尔根）看来，社会历史的发展就是从“野蛮状态”向“文明”的进化，而在经济学家们（休谟、斯图亚特）看来，那只是从“自然经济”向“货币经济”的过渡，在社会学家（斯宾塞）看来却是从“军事社会”向“工业社会”的发展，法学家（亨利·梅因）则认为那是一场“从身份到契约”的运动。^①可以说，视角的差异才形成了学科的分野。王希恩研究员认为，中国民族理论的发展，就目前而言基于三个生长点，其中之一就是与相邻学科的理论吸纳。^②民族经济法研究正是吸收了民族学、经济学和法学的理论与方法，从一个崭新的学科视角展示特定社会历史条件下民族经济法的实然与应然结构，从而丰富了民族学理论与方法体系。

我们早已注意到，经济学已经有数百个学科分支，法学也有近百个学科分支，而民族学仅有数十门分支学科，而且尚处于探索之中。民族学的发展，一方面有赖于其研究范围的扩大，另一方面取决于研究内容的深化，从而实现民族学根深、枝繁、叶茂。毫无疑问，民族经济法研究拓宽了民族学研究的界域，深化了民族学研究的内容，对丰富民族学的理论体系，加强民族学的学科建设有着积极意义。

（二）实践意义

从某种意义上讲，学术研究就是知识与权力的对话。如果说国家是立法者，那么知识分子就是阐释者。毫无疑问，知识分子

^① 参见[英]彼得·伯克著，姚朋、周玉鹏等译：《历史学与社会理论》，上海人民出版社，2001年版，第9页。

^② 参见王希恩：《中国民族理论的三个生长点》，载《满族研究》2002年第1期，第3页。

的阐释活动主要在两个层次上展开。就拿本文的选题“民族经济法研究”来说，阐释的第一个层次是民族经济法的实然性，亦即自古及今我国民族经济法的实际状态，只有全面把握了它，才能找到这种实然的缺憾，然后基于一定的价值观，进入民族经济法的第二个层次——应然性研究，建立自己的理论模型和价值尺度，力图从理论上修正和补充民族经济法的实际缺憾，为国家的民族经济法实践服务。

民族经济法是我国社会主义法律体系的重要组成部分。1982年12月第五届全国人大五次会议通过了《全国人大常委会工作报告》，其中指出：“加强和推动民族立法工作，是我国社会主义法制建设的一个重要方面。”^①江泽民同志在1992年1月召开的中央民族工作会议上讲话中指出：“到本世纪末，要形成比较完备的社会主义民族法规体系和监督机制。”^②经过近二十年努力，我国的民族立法取得了长足的发展，以民族区域自治法为龙头，以民族经济法、民族教育法、民族语言文字法、民族宗教法等为基本内容的民族法体系已经建立。可以说，民族法体系中，民族经济法数量上讲是占据优势地位的。以宁夏回族自治区为例，从1980年到2000年，共颁布地方性法规505件，其中经济法占80%以上，主要涉及了民族自治地方的财政税收、民族贸易、民族自治地方的资源开发、民族特需商品的生产与供应、民族企业的发展、民族经济体制改革等内容。随着国家倡导的西部大开发和发展民族地区经济战略的实施，民族经济法对民族经济的确认、保障和规范作用日显重要，加强民族经济法研究是民族经济

^① 《中华人民共和国第五届人民代表大会第五次会议文件》，人民出版社，1983年版，第210页。

^② 参见杨侯第等主编：《民族法制教程》，中国社会出版社，1994年版，第239页。

法实践的客观要求。当前,民族经济法实践中出现了许多问题,这些问题是其固有的,一时难以解决的,诸如:民族经济立法权限的划分问题、无法可据问题、不同层次民族经济法之间的冲突问题、少数民族习惯法与国家制定法的协调问题、少数民族地区有“法权”而无“合法权”问题、少数民族地区自然资源的分配问题、公平发展权问题等,不一而足。只有通过民族经济法立法、执法、司法、守法等实践环节的全而审视,才能从理论上找到解决这些问题的办法,以完善民族经济法,提高其立法水平,使立法、执法、司法、守法和法律监督环环相扣,促进少数民族社会的全面进步和少数民族利益的有效保障。

二、研究现状

民族法自古就已经存在了。“一般来说,民族法律这一概念在国外还没有使用,欧美国家使用的民族概念是种族、族群、少数人团体或异文化群体等。虽然他们通过立法和法律手段来调整民族(种族)关系,但在法律上并没有明确把少数民族作为平等的法律主体对待;虽然也承认多元文化存在,却不承认异质文化的载体——民族的存在,而且非主流文化与主流文化的地位是不平等的”^①。也有一些学者认为“民族法在欧洲地区源远流长,如恩格斯论述的远古时代的‘雅典民族法’,就是欧洲地区最早的民族法之一”^②。其实,恩格斯使用的“民族法”概念,是指雅典国家形态产生以后,出现的国家法,是国家形成的标志之一。恩格斯在《雅典国家的产生》中说:“相邻的各部落的单纯的联盟,已经由这些部落融合为统一的民族[Volk]所代替了。

^① 张文山:《论中国民族法律体系的构架》,载《民族研究》1998年第3期,第12页。

^② 吴宗金主编:《中国民族法学》,法律出版社,1997年版,第90页。

于是就产生了凌驾于各个部落和民族的法权习惯上的一般的雅典民族法；……”^① 这里的雅典民族法，毋宁说是雅典国家法。恩格斯通过对从部落、氏族到国家“这种形式更替的经济内容”^②的分析，得出了“最终的结果是雅典国家”^③而不是雅典民族的结论。但是，我们应当承认，把民族法学作为部门法提出来，是在中国这块古老的土地上孕育的^④，建立“民族法律”的自身体系，是我国社会主义法制建设中的首创。^⑤

中国的民族经济法研究不能脱离特定的时间和空间。由于中国民族学的发展经历了从西方移植到逐渐中国化的过程（中国的法学也是如此），中国的民族经济法尽管在历史上已有其存在的实然形态，但它只能是中国民族学和中国法学的历史材料。同样，当代中国民族经济法自新中国成立以后产生，其理论上的归纳和系统化尚未完成，那么，它只能依托于中国的民族学理论和法学理论。正是由于中国民族经济法在时空上的局限，本文的研究无法实现与国外现有相关理论的衔接，即使国外已经有了与中国的“民族法学”极其相近的“法人类学”（law and Anthropology）研究界域，笔者也认为它与中国民族经济法研究大异其趣，不可搭界。因此，以下主要论述民族经济法在国内的研究状况。

（一）民族经济法教学研究机构及队伍

目前，民族法的研究在国内已受到广泛的关注，1997年6月，“中国法学会民族法学研究会”在北京成立，标志着民族法学的发展有了一个新的起点。之后，贵州省民族法学研究会和四

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社，1972年版，第106页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社，1972年版，第105页。

③ 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社，1972年版，第114页。

④ 吴宗金主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997年版，第29页。

⑤ 张文山：《中国民族法律体系的构架》，载《民族研究》1998年第3期，第12页。

川省民族法学研究会相继成立了。目前，中央民族大学、西南政法大学、云南大学、贵州民族学院等高校都成立了民族法学研究所，许多大学还建立了民族法研究室，民族法研究呈现出学术繁荣的迹象。2001年1月，西南民族学院在原法学系民族法研究室的基础上，成立了民族法学研究所，与法学院实行“院所合一”的机构设置形式，加大了包括民族经济法在内的民族法的研究力度，提高了民族法学的学科地位。

在教学与专业设置方面，国内有三个学科的博士点，可以涵盖民族经济法，它们分别是兰州大学民族学专业民族理论与法制方向，导师：杨建新教授、王希隆教授，该校还开办了经济法专业“民族经济法制”方向硕士点，这也是全国第一个民族经济法方向的硕士点；中央民族大学中国少数民族经济专业民族经济法律制度研究方向，导师：宋才发教授；云南大学民族学专业民族法学方向，导师：张晓辉教授、方慧教授。

从民族经济法研究的学科发展来说，兰州大学有着优越的条件，该校已有近二十年的经济法本科教学经历和十年的经济法硕士研究生教学经历及十多年民族理论与法制硕士研究生和博士研究生教学经历，从民族经济与法制的理论的衔接和学术梯队的建设方面大有潜力可挖，加上学校与民族地区的地缘关系，笔者相信，民族经济法研究将会在这里得到很大的发展。

中央民族大学成立了民族法研究所，吴宗金教授为学术带头人，事实上，他也是全国民族法研究的带头人，著述颇丰。中央民族大学在经济学院的“中国少数民族经济专业”下设“民族经济法律制度”研究方向，其侧重点和优势在民族经济法制的宏观理论方面。宋才发教授作为国内著名的经济法学家，其研究的侧重点在法学、政治学以及少数民族的经济法制。

云南大学的民族法学研究有着优良的传统，其学术带头人张晓辉教授和方慧教授虽没有专门进行“民族经济法”研究，但他

们在民族法学方面的建树是有目共睹的，张晓辉教授主编的《中国法律在少数民族地区的实施》一书颇具影响，其内容与民族经济法不无关联。

除此以外，笔者不得不特别指出为民族经济法研究做出了贡献的以下教授，他们都从总体上或局部研究民族法。他们是：已故的北京大学史筠教授，他是中国民族法学研究会的第一任常务副会长，他的《民族法制研究》（民族出版社 1986 年版）和《民族法律法规概述》（民族出版社 1988 年版）是中国民族法学研究的开山之作。

原贵州民族学院的吴大华教授，他于 1990 年 2 月在民族出版社出版了其第一本专著《民族与法律》，首次将民族与法律两个不同的学科范畴联系起来考察，并展望了中国民族法学的前景。他还发起成立了贵州民族学院民族法学研究所，开始了以“民族习惯法”为主要课题的专题研究，产生了一批成果。同时，还开展了与国内外的学术交流。1998 年，吴大华教授赴美国、中国香港等地，就“中国民族习惯法的历史功能与现实意义”进行学术交流。1999 年，与日本国北原会计师事务所所长北原康司教授开展“黔湘桂交界地区少数民族习惯法调查研究”的课题合作。

徐晓光教授系著名法制史专家张晋藩教授的博士，现为贵州民族学院民族法学研究所所长。其代表作《藏族法制史研究》（法律出版社 2001 年版）是藏族法制史研究方面的第一部专题研究成果。

另一位以族别法史为研究对象的学者是北京师范大学哲学系的吴海航教授，他是北京大学法律系饶鑫贤教授的博士。其著作《元代法文化研究》从文化的角度检视了元朝法律现象，展示了“蒙古法”的历史面貌。

西南民族学院民族法研究所所长王允武教授、广西大学的张

文山教授长期从事民族法研究，他们在民族法学体系的构架、民族法的监督、民族经济法律制度等方面的研究成果不少，而且站在理论的前沿，本文论证中将引证他们的观点。

更加难能可贵的是，当前已有一大批具法学、民族学学科背景或兼而有之的年轻学子加入民族经济法研究队伍当中，可喜可贺，然而，他们与笔者一样，只是站在这个研究领域的门槛上，一切才刚刚开始，需要前辈和学长们的鼓励、指引和责纠。

民族经济法是民族法的重要组成部分，与其母学科民族法学和上位概念民族法一样，它是土生土长于国内的一个民族法学与民族经济学的交叉范畴。

（二）民族经济法的专题研究现状

1. 民族经济立法方面的研究现状

在我国，民族经济法的研究基本上从改革开放的 20 世纪 80 年代初开始，其研究的切入点是“少数民族地区的经济立法”。布赫曾于 1985 年在《实践》上发表《努力开创自治区经济法制建设的新局面》一文，标志着改革开放以后民族经济法律实践受到国家的重视。学术界的研究也由此开始：吴大华教授于 1985 年在《经济问题探索》第 7 期上发表了《少数民族地区经济立法刍议》一文，对少数民族地区经济立法的一些基本问题进行了探索，随后，关于民族经济立法的研究成果相继出现，主要有：陆莲香的《浅谈民族自治地方经济立法》（载《中南民族学院学报》1990 年第 2 期）、刘翔玲、田建华的《民族经济立法刍议》（载《民族研究》1990 年第 4 期）、马学林的《略论加强民族地区经济立法》（载《民族团结》1990 年第 1 期）。随着改革开放的顺利推进和民族社会经济的进步和发展，民族经济立法问题一直作为一个重要问题受到学术界关注。到目前为止，这方面的主要成果还有：武中俐的《略论民族经济立法的基本问题》（载《内蒙古社会科学》1994 年第 6 期）、蔡涑日、张春阳的《体制转换时

期的民族经济立法》(载《民族法制通讯》1995年第4期)、张国模的《关于市场经济条件下民族经济立法的几个问题》(载《民族工作》1995年第10期)、王万里等的《浅谈市场经济的民族立法》(载《法学论文集》,中国人事出版社1996年版)、白明政的《浅论市场经济条件下的民族经济立法》(载《贵州民族学院学报》1996年第3期)、杨润新、陈顺坤的《关于云南民族经济立法工作的几个问题》(载《民族工作》1996年第12期)、徐世学的《对加强民族自治地方经济立法几个问题的探索》(载《民族法制通讯》1996年第5期)、覃万德的《论建设社会主义市场经济体制法与地方立法》(载《民族法制通讯》1996年第9期)。

关于民族经济立法问题的研究,主要集中在经济体制发生较大变化的时期,如20世纪80年代初,90年代初。目前,国家倡导的西部大开发战略使民族经济的发展获得了良好的发展机遇,民族经济立法问题又一次成为研究的热点。又有一些重要的研究成果,它们是:陈绍凡的《我国民族经济立法刍议》(载《广西民族研究》1997年第3期)、李高生的《刍议市场经济下的民族经济立法》(载《中央检察官管理学院学报》1997年第4期)。值得一提的是吴大华教授在《贵州民族研究》1997年第4期上发表了《民族法观念更新与民族自治地方立法》一文,又提出了一些新的见解。另外,刘庆华、王成潮在《满族研究》1997年第3期上发表了《浅议民族经济立法是当前民族立法工作的重点》一文,论证了民族经济立法的重要性。同年的《青海民族研究》上刊登了张廉的《民族自治地方经济立法探析》一文,对民族经济立法进行了有益探索。近期一个重要的研究成果是韩小兵副教授的《西部大开发中的贵州法制建设》(载《民族研究》2001年第6期),这是一项建立在实地调研基础上的成果,其中涉及了“少数民族权益保障立法”问题,其他关于贵州法制建设

的论述对民族经济法制建设也有借鉴意义。另外,有许多学者在“民族立法”的范畴下涉及了民族经济立法问题,大多数是泛泛而谈。

总之,以上研究基本上围绕民族经济立法的重要性、必要性、原则等问题展开讨论,并未从深层次上探讨当前民族经济立法薄弱的根本原因和制约因素,也没有从立法理论上进一步探索民族经济立法的特殊性和技术要求。

迄今还没有民族经济立法的专著出版。

2. 其他方面的专题研究现状

从现有的研究成果看,民族经济法其他方面的专题研究在数量上来讲是比较少的。这方面尚无专著出版,只有一些零星的论文。从内容上讲,包括以下几个方面:

(1) 经济自治权研究

经济自治权是民族自治地方自治权的主要内容,这方面有王戈柳的《关于自治权与优惠政策探析》(载《民族研究》1997年第5期),该文特别指出:在改革开放以来,随着社会主义市场经济的发展,国家各项改革政策、法规和措施的不断出台,使民族自治地方过去依法享有的一些优惠政策失效,这无疑是符合实际的观点。

戴小明教授的《自治权:地方自治的核心内容——香港特别行政区与民族自治地方自治权比较》(载《民族论坛》1997年第3期)、《民族自治地方财政自治简论》(载《中南民族学院学报》哲学社会科学版,1998年第3期)、《关于民族自治地方财政自治及其法律问题》(载《民族研究》1997年第6期)、《论财政自治权的法律保护》(载《贵州民族研究》1999年第3期)和《财政自治及其在中国的实践》(载《民族研究》2001年第5期)共五篇论文,前后衔接,逐渐深入,论述了经济自治权的一个重要内容——财政自治的内涵、在中国的实现形式、实践类型以及加

强相关研究的理论和实践意义。无疑，他的研究已经相当深入。吴宗金教授在与笔者交谈时，特别称赞了戴小明教授的这种专题研究方法。

另外，刘惊海的《民族自治地方经济自治权问题》（载《内蒙古社会科学》汉文版，2001年第2期）对经济自治权问题也进行了有益探讨。

（2）生态环境保护、民族政策法律化、法律实施监督等方面的研究

民族经济法涉及民族经济法律规制的方方面面，以上三个方面是其应有内容，但目前这些方面的研究十分薄弱，主要体现在数量少上。

在生态环境保护法制建设方面，论述较多的是通过完善环境立法和严格执法来保护和改善民族地区的生态环境的重要性问题。内蒙古师范大学的特力尔宝力道副教授在《西部大开发中的生态环境法制建设》（载《内蒙古师大学报》哲学社会科学版，2001年第5期）一文中比较全面地论述了生态环境法制建设的问题。目前尚无民族经济政策法律化的研究成果发表。但是，在“民族政策法律化”的命题下，实际上已经涉及了这个问题。这方面的成果有彭谦的《关于民族政策法律化问题》（载《黑龙江民族丛刊》1997年第4期），夏骏的《试论民族政策与民族法律的关系》（载《民族研究》人大复印资料，1997年第10期）。这些成果为我们进行民族经济政策法律化研究有启发作用。在民族经济法实施的监督方面，王允武教授的《试论我国民族法实施监督机制的现状、问题及对策》（载《西南民族学院学报》哲学社会科学版，1998年第1期）一文提出：“增强民族法制和接受监督的观念，树立民族法的权威，健全民族法实施监督系统，确立明确的监督标准和准则，完善审查监督机制和实施争议解决机制”等观点。淡乐蓉的《关于建立和完善我国民族法监督机制的

思考》(载《青海民族学院学报》社会科学版,2000年第2期)一文,通过对民族法监督机制的分析,揭示出其中存在的弊病,并提出了完善的措施。这些研究成果都有一定的学术意义和实践价值,值得珍视。

在民族经济法的其他方面,诸如获得帮助权、依法享有优惠权等,也有一些零星的研究论文发表,鉴于其数量极少,缺乏系统性理论,在此不再赘述。

(三) 民族经济法的概括性研究

民族经济法的概括性研究从现有的成果看基本围绕着“民族经济与法制”和“市场经济与民族法制”的主题来进行的。

杨健吾在《黑龙江民族丛刊》1989年第2期发表了《运用民族法律机制促进民族经济发展》一文,论述了民族法律机制对促进民族经济发展的必要性和重要性。如果说杨健吾最早关注了民族法律机制与民族经济之间的关系的话,那么,蔡伟在《宁夏社会科学》1992年第2期发表的《论民族地区的经济法制建设》一文和金河禄在《延边大学学报》1992年第4期上发表的《关于延边州民族经济法制建设问题》一文则首先从民族法制系统中抽出了民族经济法制的范畴,并通过总体通例和延边州特例进行了较系统的论证。这些研究成果的意义是不言而喻的。

其后有三个重要的研究成果,首先是著名的民族法学专家吴宗金教授在《天府新论》1996年第3期上发表的《市场经济与民族法制建设》一文,首次系统地从市场经济的高度论证了民族法建设问题,对民族经济法的研究具有指导意义。其次是王允武教授在《西南民族学院学报》1996年第3期上发表的《试论完善民族经济法律制度》一文,明确提出了对民族经济法律制度诸方面的缺憾进行完善的问题,有较大学术影响。第三是陈虹在《民族研究》1998年第1期发表的《民族区域自治与我国的政治法律制度》一文,尽管该文不是关于民族经济法的专论,但是,

作者提出了民族地区的具体法律制度主要是经济法律制度（如税收制度、财政制度、资源开发制度、援助制度等）的论点。该文观点鲜明，从侧面说明了民族经济法在民族法体系中的主导地位 and 重要作用，有利于避免在民族法研究上主次不分、“胡子眉毛一把抓”的现象。

另外，伍华权的《市场经济条件下民族法制建设的指导思想和基本原则》（载《贵州民族研究》1997年第4期），施文正、戴燕的《加快西部少数民族地区经济发展的法律问题》（载《广播电视大学学报》哲学版，2001年第6期），两文都涉及了民族经济法的一些基本问题，值得注意。

目前这方面的论文集有两本，一是《民族政法工作研究》（二），贵州民族出版社，1993年11月出版。其中有几篇与民族经济法制建设相关的论文。另一本是《光辉的历程辉煌的成就》，贵州民族出版社，1994年12月出版。其中收录以下一些比较重要的论文：吴大华教授的《少数民族地区市场经济体制与法制建设同步协调的思考》、黄逢贵的《贵州民族经济与民族法制》、田永东的《法令与民族地区经济建设概述》，他们都较早探索了市场经济条件下民族经济法制建设这一新课题，在当时是站在学术前沿阵地的。

吴宗金教授是系统论述民族经济法的第一人。1997年1月，他主编的《中国民族法学》由法律出版社出版。其中第十五章是“少数民族经济法律制度”（该部分由西南民族学院王允武教授撰稿）论述了国家在财税制度上、经济制度方面、外贸边贸方面对少数民族地区的特别规定以及违反财经贸特别规定的法律救济途径，但仍属概括性的研究。1998年4月，吴宗金教授出版了专著《民族法制的理论与实践》（中国民主法制出版社1998年版），其中第九章为“民族经济法律制度”。尽管这是只有14000余字的概述，但是，文中第一次提出了“民族经济法”范畴并予以界

定。然后论述了民族经济法律制度的体系问题、基本内容、市场经济条件下的民族经济法建设以及民族经济权利的涵义与侵权救济问题。之后,吴教授于1998年8月出版了《中国民族立法的理论与实践》(吴宗金、敖俊德主编,中国民主法制出版社1998年版),其中也涉及了少数民族经济法律制度及其法规体系,大约有5000字左右的概述。

关于民族经济法的历史形态,目前尚没有专门的研究成果问世。而吴宗金教授在以上著作中,有民族法方面的论述,当然也涉及了历史上的民族经济法,而像笔者这样专章系统研究尚属首例。在少数民族习惯法研究方面,已有一些重要的研究成果,诸如范宏贵先生的《中国少数民族习惯法》(吉林教育出版社1990年版)、高其才先生的《中国习惯法研究》(湖南出版社1995年版)等一百余部著作,虽然不是关于民族经济习惯法的专著,但也有所涉及,本文在论述中主要参考这些著作进行了概括。

三、使用资料

本文使用的资料基本可以分为三大块,详细使用情况见文末参考文献部分。第一块是史料,基本上集中在“民族经济法的历史形态”一章中。使用的史料一般限于成熟的有定论的,有争议的史料尽量回避不用。这方面的史料主要在各朝史书的刑法志和食货志等部分,如《汉书·刑法志》、《魏书·刑法志》、《魏书·食货志》、《旧唐书·刑法志》、《宋史·蛮夷》、《宋史·食货志》、《辽史·刑法志》、《辽史·食货志》、《金史·食货》以及《元史》、《明史》、《清史稿》等典籍。旧史料的运用都是为了说明新问题:即历史上民族经济法的实然结构。为了表明这些史料的成熟性,文中往往通过一些现代法制史、法律史或法律思想史著作进行印证。第二块是古今中外的一些学术著作及重要论文,这些研究成果是本文得以立足的基础,从其学科性质看,涉及了法学、经济

学、历史学等一级学科以及一些交叉学科。如果没有这些学科的基本理论作为铺垫，民族经济法研究将是空中楼阁式的“自言自语”。第二块是现行民族经济法律、法规和规章。由于民族经济法研究属于对正式制度的研究，因此现行民族经济法律、法规和规章是直接的研究对象。写作过程中涉及的法律达几十部，主要是宪法、民族区域自治法、立法法、草原法、矿产资源法、税法、森林法、产品质量法、消费者权益保护法、公司法、土地法、刑法、民法通则和五大民族自治区、部分民族自治州、自治县（旗）颁布的自治条例和单行条例以及国务院颁布的民族经济法规。张晓辉教授曾提醒我：目前专门的民族经济立法还不多，这的确是一个事实。不过，如果把民族经济法作为经济法的二级部门看待的话，以上法律、法规和规章都包含了大量的民族经济法规范。事实上，任何法律部门都是法律规范的系统，法律部门的划分并不是以专门法典的颁布为标志。因此，从法律规范总和的意义上看，民族经济法已形成了相当规模，这正是我们进行民族经济法研究的基础。当然，在民族经济法的许多领域，还存在着研究的空白，诸如法源考据、研究方法、立法理论、系统化内容及实践环节等，诚然，这正是笔者在本文中要做的工作。

第一章 基本范畴和方法

民族经济法绝不是民族、经济与法三个概念的简单相加，它依赖于从这三个基础范畴中抽象出合乎历史实际和社会现实状况的要素，进而建立能够自圆其说的逻辑系统。

第一节 市民社会——政治 国家二元结构中的民族

民族是什么？这个问题在民族学界的学术争诉犹如政治之于政治学界、法之于法学界一样难以完全统一。但是，正是这种追求“统一”的不懈努力成为推动民族学发展的重要力量。对于像笔者这样的初学者，如果仅仅局限于对前辈学术成果“囫囵吞枣”式的汲取，于情于理都不会心安理得。有鉴于此，笔者将从市民社会与政治国家的二元结构中把握民族的本质和属性。那么，为什么非要把民族置于市民社会与政治国家的范式中进行审视呢？原因在于：其一，市民社会与政治国家的对立统一结构涵盖了古今中外人类生活的全部方面，这种二元对立统一的结构是人类生活的基本形式。其二，民族作为社会历史活动的主体之一与市民社会和政治国家之间有着极其密切的联系。因此，笔者试

图通过这种研究揭开民族的神秘面纱，为民族经济法的确立提供基础范畴。

“在政治国家真正发达的地方，人不仅在思想中、在意识中，而且在现实中、在生活中，都过着双重的生活——天国的生活和尘世的生活。前一种是政治共同体中的生活……后一种是市民社会中的生活……”^① 在马克思看来，随着社会利益分化为两大相对独立的系统——私人利益和公共利益，整个社会就分裂为两个相对独立的领域——市民社会和政治国家。因而，每一个社会成员既是市民社会的一分子——私人，过着“尘世”的生活，又是政治国家的一员——公民，过着“天国”的生活。然而，无论是“天国的人”还是“尘世的人”，都是属于一定民族的人。而且，民族与市民社会和政治国家之间的关系十分复杂，在学界尚无系统的研究。单从学科意义上看，市民社会、政治国家和民族可以分属不同的范围，比如民族就可以分别从法学、社会学、政治学等意义上理解。毫无疑问，这将给研究带来一些学术界限上的不便。然而，这并不足以使人对这方面的研究望而却步，甚至不能影响我们从另一个角度分析问题的效果。诚如美国著名社会学家亚历克斯·英克尔斯所言：“给学术领域划分界限的任何企图，都是注定要失败的。无论我们划什么界限，都不可避免地会遗漏一些人，而他们的著作是应当包括进来的……有些东西今日对我们来说似乎是我们小社区牢不可分的一部分，但它昨日可能曾是一块格格不入的飞地，而明日它也许会作为一门独立的学科与我们分离……要明确一项研究领域的界限，到头来可能只是一个姿态而已……如果我们牢记我们划定的任何界限都只是为了帮助理

^① 参见《论犹太人问题》，《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1972年版，第428～431页。

解，那么危险的确不会很大……”^① 因此，把民族置于市民社会与政治国家的天平上进行解读，非但不是一种越位，反而是一种到位，是一种新的研究思路。

一、民族在市民社会与政治国家中产生的一般理论

研究市民社会的逻辑起点是：市民社会与民族和政治国家一样，是社会生产发展到一定历史阶段的产物。“市民”在现代汉语中专指城市居民，从地域意义上讲与“村民”相对应。市民社会一词译自英文 civil society，在古罗马法学家、政治家西塞罗看来，市民社会是指业已发达到出现城市文明政治共同体的生活状况。在古希腊和古罗马时期，出现了城邦。城邦就是城市国家，生活在城邦里的市民，过着优雅、高贵和道德的生活，难怪罗马法有市民法与万民法之分别。卢梭在其《社会契约论》中有一个主导思想：根据公意、契约形成的国家就是市民社会。至少在18世纪以前，市民社会实际上就是政治国家，二者的逻辑一致性也是后来的理论家们研究的基础。黑格尔通过《法哲学原理》一书提出了政治国家决定市民社会的观点。他说：“市民社会是处在家庭和国家之间的差别阶段。”^② 显然，他承认市民社会与政治国家之间逻辑上的一致性，进一步导出政治国家与市民社会都有“相对独立的自我规定性”^③。他通过“正反合”的三一式辩证结构，站在客观唯心主义的立场上使这种“决定”得以完备的逻辑论证，即家庭（正）代表普遍性，是直接的伦理精神，市

^① [美] 亚历克斯·英克尔斯著，陈胜观、李培荣译：《社会学是什么》，中国社会科学出版社，1981年版，第1页。

^② 转引自黄伊梅：《市民社会的现代意义》，《学术研究》2000年第9期，第68页。

^③ 转引自黄伊梅：《市民社会的现代意义》《学术研究》2000年第9期，第68页

民社会（反）则代表特殊性，政治国家（合）则是这种普遍性和特殊性的统一。显然，这种从伦理、法律和逻辑的角度来说明问题的方法必然得出：国家是伦理理论的现实、是绝对自在自为的理性东西，独立的个人利益是市民社会的核心等等这样的结论，从而遮挡了人们用社会、经济、历史的视角进行研究的视线。之后，马克思对黑格尔的批判是深刻的：“理念变成了独立的主体，而家庭和市民社会对国家的现实关系变成了理念所具有的想象的内部活动。实际上，家庭和市民社会是国家的前提，它们才是真正的活动者；而思辨的思维却把这一切头足倒置……家庭和市民社会是国家的真正构成部分，是意志所具有的现实的精神实在性，它们是国家存在的方式。家庭和市民社会本身把自己变成国家。它们才是原动力。”^① 马克思之所以能够清楚地发现黑格尔的理性国家观与现实国家观的矛盾，并且毫不费力地推倒重来，得益于他运用哲学的方法，从哲学领域里找到了批判现实社会的武器，并运用逻辑的力量把黑格尔颠倒了的关系又恢复本位。从西塞罗到卢梭，再从黑格尔到马克思，“每一代人只能在前人之上求得些许进步”^②，因此奠定了市民社会与政治国家理论的基础渊源，也使我们对民族的研究有了一个基本的参照。

民族的产生是一个十分复杂的问题。但经典作家和民族学家们的研究成果足以帮助我们从理论上理清这一头绪。恩格斯在《劳动在从猿到人的转变过程中的作用》一文中指出：“从部落发展成了民族和国家。”^③人类的起源，经历了漫长的原始社会，随

① 参见《黑格尔法哲学批判（手稿）》，《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1979年版，第250～251页，第19～20页。

② 慕槐先生语，转引自胡舟：《注释别议》，见《法学研究》1996年第3期，第108页。

③ 转引自牙含章：《民族形成问题研究》，四川民族出版社，1980年版，第17页。

着生产力的发展，人类从“血缘家庭”过渡到“群婚家庭”，又形成氏族，氏族的分化形成胞族，胞族的联合形成部落，部落的进一步发展，即部落联盟的扩大形成了民族，这是民族形成的一般规律。摩尔根在讲到希腊民族时说：“氏族整个地加入胞族、胞族整个地加入部族、部族整个地加入民族。”^①基本上反映了这个规律。然而，是什么力量推动这种联合的呢？或者说，是什么力量推动了民族的最终形成呢？马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中做了明确的回答：“比方在古代，所有民族原是由许多不同部落由于物质关系和利益……而结成的。”这说明民族是部落发展的高级阶段，是具有特定结构和功能的组织体，物质制约性才是其决定性的力量。马克思、恩格斯在论述国家和法同所有制的关系时指出：“在古代民族中，由于一个城市里同时居住着几个部落，因此部落所有制就具有国家所有制的形式……因为国家是属于统治阶级的各个个人借以实现其共同利益的形式，是该时代的整个市民社会获得集中表现的形式……”^②说明在经典作家的研究中，民族已经同市民社会和政治国家一体存在了。无论是希腊人、罗马人，还是汉族的前身，其最初的兴起莫不是以城邦或特定的地域为活动范围，在共和制或王制、帝制的政治形式中存在并发展。城邦是生产力发展到一定阶段的产物，是以一定的民族为基础，为满足自身的生存、生产、交换之需要而产生的，它既是市民社会的早期形态，还是民族存在的依托，也是政治国家的初级形式——城市国家。

民族的形成，既是一种自然的过程，也是一种社会历史过程。民族形成的自然过程充分体现了民族作为市民社会基础的整体属性：市民社会中的每一私人与该社会的其他私人首先必须拥

^① 马克思：《摩尔根古代社会一书摘要》，人民出版社，1965年版，第96页。

^② 《马克思恩格斯选集》第1卷上，人民出版社，1972年版，第68～69页。

有共同地域——城邦，该空间范围是民族繁衍生息的最重要条件，是确保同一族体的每个成员之间以及与其他利益集团之间进行经济联系的物质基础，也是市民社会、民族和政治国家共生、共存、共进的物质基础。其次，他们必须有共同的语言，这是该市民社会中每个私人与其他私人一致性的可靠标志，也是一民族区别于“非我族类”的自然界限。共同的语言，不但使族体认同感得到加强，也使得一切交往变的更加容易，也使得民族的历史文化得以传承。同样，共同的语言使得市民社会的一体化背景更加明显，文明的政治共同体——国家更加巩固。某民族的语言往往是以该民族为主体的市民社会的通用语言，也是由此形成的政治国家的官方语言。再次，他们必须拥有共同的经济生活。共同的经济生活既是市民社会得以形成的原动力，也是这种动力导致的必然结果。早期的交易及其他市场活动总是带有个别的色彩或特征。市民社会的市场总有一种开放的性质和扩张力，它不但要容纳市场活动的一切个别主体，而且要在很大程度上对这些个别的主体加以塑造使之成为具有某些共同特征的市场人。而这些共同的特征比如语言和交易习惯在一个族性共同体——民族那里是早已形成了的。而且，民族成员们还会在市场互动中逐渐形成一些交易规则，使之朝着强制性规范——法律靠拢。能够直接赋予法律这种强制力的机构，无论是用传统法学还是现代法学的眼光看，除了国家，别的什么组织都是无能为力的，而作为市民社会基础的民族在不知不觉中完成了这一切，这就是意味着：市民社会、民族与政治国家有共生性、共存性和共进性，它们的产生、存在与发展融合在历史的连续性中。这也从另一角度印证了民族形成的社会历史过程。这一过程表明，民族是在历史上形成的，它属于社会历史的范畴。同一民族的人们一方面过着“尘世”的私人生活，生生不息，另一方而由于共同的经历，共同的使命而过着“天国”的公民生活，享受着政治国家的甘露，也履行着相

之一时力图摆脱其他两者的努力变成徒劳。事实上，市民社会、民族和政治国家的连续性和统一性是显而易见的。它们的相互并存和层次划分尽管展现了一定的错综复杂关系，但它们简朴的复合性和统一性使我们能够想象它们的产生、存在和发展更多地表现为一种平稳的历史进程而不是突变和猛烈的转折。马克思在批判黑格尔哲学思想时认为：是市民社会决定政治国家而非反然，即市民社会是政治国家的前提，一个市民社会所达到的政治国家的水平反映着该政体和构成该政体的各种社会势力之间的关系，这种社会势力就是市民社会的各种力量，主要是民族、阶级、家庭、个人以及部落。按照霍布斯的理论，政治国家就是市民社会各种力量之间进行无情斗争的战场，也是各层文化冲突融合的场所，而这恰恰反映了政治国家的文化意义并与市民社会相联系。

其一，民族文化—政治文化模式的建立。

从一定意义上讲，国家也是文化的一种要素，它是文化结构中的某一个层面。国家作为一种人们的政治共同体与民族作为一种人们的族性共同体一样，两者通过一种特殊的文化模式即民族文化—政治文化模式相联系。民族文化是民族的标志，是政治文化的重要内容。任何一个民族，由于其所处的地理环境和人文环境不同，其文化总是带有民族的特质，反映在它的民族结构上，其繁衍结构、生产结构、民族意识结构、政治和社会结构与他族不尽相同。民族文化中的社会管理制度、政权组织形式、首脑产生的方式、法制状况以及民主化程度构成该民族政治文化的核心。如果该民族建立了独立的民族国家，那么其民族文化中的政治文化就可以直接成为民族国家的政治文化。历史是求证现实的公理。在中国历史上，汉民族及其前身华夏族建立的国家莫不是以本民族的政治文化作为引导民族国家前进的政治火炬。比如历代封建统治者的“大同”理想，千年不衰，为巩固民族国家的存在、促进民族国家的发展起到了很大作用。如果一民族尚未建立独立的民族国家，那

么其民族文化中的政治文化是影响该民族所在政治国家政治文化的因子。中国历史上，无论是汉族政权还是少数民族政权，“因俗而治”是一种传统的政治文化。为什么统治者不在全国“一刀切”呢？显然，各少数民族（准确地讲是被统治民族）本身有一套关于本民族治理的政治结构和政治文化，统治者对它的漠视必然于己不利。自古以来，伴随着人对自由的渴望和追求，民族从来就没有停止追求自由的步伐。这种自治的要求作为一种价值观，是民族政治文化的表现形式，也是民族文化普遍性的反映。然而，在业已形成的多民族国家里，比如我国，各民族都是中华民族大家庭的一员，民族文化—政治文化模式的建立始终贯穿着民族统一和国家统一的价值取向，民族文化体现出的合力是国家统一（如蒙古族建立的元朝和满族建立的清朝就是最好的例证）而非国家分裂。

其二，市民社会中的民族文化。

显然，本文有关市民社会的话题建立在这样一个逻辑结构基础之上：自然状态（natural state）—社会契约（social compact）—市民社会（civil society）。这当然与中国传统的臣民文化结构中寻求集体主义、淡化个人与国家对立的情况迥然不同；也与传统革命理论中将国家视为阶级压迫的工具而非市民（公民）享受权利，分摊义务的共同体的观点大异其趣。这里的探讨完全是一种纯粹的求知过程。有了这样的铺垫，以下个案的验证才被看做具有普遍意义，笔者欲以罗马城邦为例进行验证分析。

社会是文化的前提，市民社会是民族文化的前提，这种“前提”基于这样的哲学逻辑：社会存在决定社会意识，同时基于这样的历史逻辑：人首先是一种自然存在，其次才是一种社会存在和文化存在。市民社会与民族文化的关系，就像一枚硬币的两面，相互证实对方的存在。传统说法认为罗马城最初源于帕拉蒂诺，史称“方罗马”，“罗马在历史上表现为城邦（citta - stata）

的结论。按照古典的意义，它被理解为参与城市生活和防卫的自由人的组织……”^① 根据众所周知的传说，罗马城是由拉丁人罗莫洛（Romolo）于公元前 8 世纪建立的。其城邦划分为三个部落，即 Ramnes 部落，Tities 部落和 Luceres 部落，每一部落又划分为 10 个库里亚。那么在罗马城之前到底存在一些什么样的组织，它的成分和变迁如何呢？尽管史学界的争议很大，但其中一种说法是令人信服的，即“罗马城是通过划定地界、修筑城堡将不同的乡落统一起来的，建立罗马城的目的主要是为了实现稳定和防卫……罗马城的统一最初必定首先表现为确立一位首领的权力，即王（rex）的权力，并且表现为这种权力的稳定”^②。欧洲最伟大的法学家之一朱塞佩·格罗索（Giuseppe Grosso）认为，家庭和氏族在最早时代表现为必定先于城邦而存在的政治组织……相对于罗马，在意大利的各民族中存在着城市或联盟，以及一些尚未组织成城市的、较为广大的同宗组织（比如萨尼蒂人 sanniti）。^③ 既然在罗马之前存在着家庭，氏族和一些部落联盟甚至较小的拉丁城市，我们可以肯定地说，古罗马民族的形成也必定是这样一个过程，这与民族形成的一般理论是相符合的。由于罗马城从一开始就带有联盟的特点，它的划界仪式、政治组织和首脑的权力（即王权 rex），使我们发现了那种类于“国家”的市民社会或政治社会。在罗马城这里，市民社会、民族社会、政治国家、民族共同体的实际界限已经很难划分了。地域的一体化、语言的统一性、共同的经济生活和共同的心理倾向和文化基础使得

① [意] 朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社，1996 年版，第 11 页。

② [意] 朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社，1996 年版，第 28 页。

③ 参见 [意] 朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社，1996 年版，第 19 页。

古罗马城市国家，古罗马市民社会，古罗马民族的共生、共存和共进的特性得以完美体现。那么，在古罗马市民社会中，古罗马民族文化有何体现呢？

一方面，王制的建立创造了令人惊叹的政治文化。罗马城市共同体形成的基础是王的权力和民族的组织。王权（rex）在许多当代学者的眼里，认为是基于“能力信仰”而产生的，其标志是“指导王”（rexductor）的出现。在那个人类饱受自然力折磨和暴力充斥的时代，古罗马城这一特定地域的人们对那些个人能力非凡、能够用智慧和力量给城民们安全感的人自然十分敬佩。“能力信仰”的发展导致了“权力观念”的萌芽，也使人们共同体意识和族体意识得到加强，这种政治文化就是古罗马民族文化的一部分，它产生于该市民社会，生长于该市民社会。另一方面，传统的民法文化在古罗马市民社会已经肇始。罗马城的形成，元老院的建立，使法律的产生有了依赖的条件：平民和贵族两大集团相互妥协，家庭法和王权相得益彰，使得从王制向共和制的过渡成为必然。随着时代的进步，市民社会的生活、劳动都以不同形式表现出使个人服从生产和交换一般条件的共同规则。从这个意义上讲，各民族国家，包括古罗马城邦，已有自己的民事法律规范，其民法文化已渐露头角。这些民事法律规范不仅规定着市民社会，而且规定着政治国家，规定着政治国家将最终统一于市民社会。从历史的角度看，古罗马市民社会的民法文化是古罗马民族文化的社会化和时代投影，正是因为“市民法”的发达，才使得“万民法”作为“各民族共有”的法律具有独特的地位，它们共同开启了传统民法文化的历史源头。后来，罗马扩张的历史也证明罗马国家的扩张带来了罗马疆界的扩大，使市民社会的范围进一步扩大，相应地，民族文化逐渐远播。可以毫不夸张地说，罗马民族是古典传统的集大成者，也是近代、现代法律体系的开拓者，这个特例的研究也表明：民族文化产生、存在、

发展于市民社会，同时也催生和巩固了市民社会应有的各种关系，这犹如骨与肉的关系：不可分离。

三、市民社会与政治国家二元结构中的民族

民族作为一种特殊的范畴，在市民社会和政治国家的天平上处于一种什么样的地位呢？我们考察一下当今世界三者关系的实际结构：

首先，民族是市民社会的基础。市民社会的自然基础是自然人，这些人基于自然产生，是实在的生命有机体。每一个自然人都直接产生于一个家庭（或者虚拟家庭，这适宜于解释诸如私生子、收养等诸多特例）；同样，每一自然人也都从属于一定的民族或种族。民族和家庭一样是自然人血统和文化认同的基本组织。市民社会的主体是市民，市民与该社会的自然人之间没有本质上的差别，只是称谓的角度不同。正是由于市民们的民族归属的既定性，决定了他们在市民社会活动的规则和方式有别于异族。民族作为一种市民们的族性共同体，构成了市民社会的自然基础。在丰富多彩的市民社会生活中，许多时候，市民们以民族的形式进行生产和交换，甚至个体间的行为，也带有一定的民族特点。因此，民族是市民社会的自然基础。同时，任何民族，无不处在一定的社会之中，而且，许多民族可以形成自己独特的民族社会。社会人类学的研究业已表明，社会是人本性的必然要求，人天生就是一种社会存在，在这一点上，亚里士多德、费希特和马克思的看法是一致的。民族社会也是一种一定意义上的市民社会。在现代生活中，纯粹的民族国家里，民族、社会与国家不但外延相同，内涵也大致相当。因此，自然人与市民社会的联系根本无法绕开民族这个带有根本性的中介或标志。民族不但是市民社会的自然基础，而且是其社会基础。我国是一个统一的多民族国家，少数民族聚居区一般就是一个小规模民族社会，比

如西藏自治区，临夏回族自治州等。单位越小，民族特点就越明显，社会的民族化程度就越高，这也是我国市民社会（有人认为我国尚无市民社会与政治国家之分野，有人认为有，而且丰富多彩，甚至有学者提出以“公民社会”取代市民社会……笔者认为，有丰富的市民生活，就有相应的市民社会）的多层次结构特色。

其次，民族是政治国家的政治基础。民族在政治国家里是作为一个利益集团而存在的。在多民族的国家里，尽管由于阶级的存在冲淡了民族问题甚至掩盖了民族问题，而且每个民族上层分子都在一定层次上参与了国家政治生活，他们从一定意义上讲是统治阶级的一员。但无论如何，他们总是以本民族利益代言人的面目出现的。一个民族是否被一个政治国家认同，是这个民族生存发展的大事。我国历史上许多统治者都实行了民族同化政策，抹煞民族界限，从政治上否认少数民族的存在。国民党统治时期试图把所有民族统一于一个名称之下就是例证。我国在解放后进行了大规模的民族识别工作，识别有 55 个少数民族，这当然是从法律上对少数民族的一种确认。事实上，世界上绝大多数国家都不进行“民族登记”，因为在他们看来，人天生平等，无论进行市民社会的交易还是政治国家的生活，与族性无涉。但是，由于我国特殊的历史和现实，少数民族总体上处于弱势群体之地位。因此，进行“民族登记”是制度性保障的需要。只要民族间发展上的差别存在，区别待遇的存在不但是必要的，甚至可能是长期的。在民族结构单一的国家，比如朝鲜、日本和爱尔兰，这些国家的民族都建立了自己的民族国家，民族作为政治国家政治基础的特点就更加明显。

最后，民族是市民社会——政治国家天平上的砝码。市民是谋求自己利益的自然人，是本来的人，真正的人，他们属于一定的民族，形成市民社会，适用私法调整，适用平等、自由和意思

自治等原则。市民参加国家政治生活，则谓之公民，公民组成政治国家，适用公法调整，强调个人对公共利益的服从。公民同样具有特定的属性。任何民族的人，当他生活在市民社会里，过着丰富多彩的市民生活时，它享受的是“尘世”的生活。同时，当他参加政治国家的活动时，则过着“天国”的生活。在这里，人的主体性没有变，但无论是“市民”还是“公民”，无论是赶集的还是拉选票的，他们都从一个特定的门框——民族里走出来，去他们应该去的地方。如果把市民社会——政治国家看做天平，民族——人的类存在，则是这架天平上的砝码，它的微小的举动都会导致天平失衡。由于市民社会与政治国家的价值取向是根本不同的，在市民社会，民法（私法）以慈母般的眼光看待每一个人，给每一个个人以他应得部分，在这里，个人本位是其价值取向，政治国家只是实现市民福祉的一种手段而已，尽管它被赋予一定的正义。而在政治国家里，国家法（公法）犹如严父一般，注视着市民社会的“孩子们”的一举一动，它不但确保每个人得到其应得部分，而且还对私权利进行诸多公权力干预，以保证公共利益和社会稳定。在此，国家本位是其价值取向。应当注意，从应然性来讲，市民社会的个人本位与政治国家的国家本位应当统一于一个更大更高的价值系统中，才能实现这一天平的永恒的平衡。然而，是什么原因导致了该天平失衡，使斗争和矛盾以“民族问题”的形式表现出来了呢？根本的原因是“公权力私化”。我们知道，在市民社会，任何民族的人都恪守本分、产权主体是确定无疑的，私权利的行使在私法的主导下进行。然而，当国家作为公共利益的代表出现以后，国家从一无所有到无所不有，私权利的一部分被让渡出来，交给国家保管，这就造成了一种事实上的产权主体虚位。在这块飞地，任何挤进国家行列的公务人员都不得不依靠这些由权利变成权力的财产客体生活。当国家制度日益完备之后，这种依赖性就加强了，直到最后，原来的

公权力渐渐地“私化”了。这必然导致市民社会与政治国家关系的紧张，现实中的冲突便出现了。由于国家手中有无穷无尽的制度资源，制度性的“公权力私化”最容易激起市民社会的涟漪。民族作为人的一种类存在，与其他团体相比，具有更强的凝聚力，因为任何民族成员不但无法从现实上脱离其族体，而且从理论上也不可能，这种强有力的纽带很容易把全体成员召集起来（而且另一个重要的原因在于，民族利益的客观存在加强了这种凝聚力，关于民族利益问题，容后详论），因而使市民社会与政治国家的对立以民族矛盾的形成表现出来，如果政治国家中有制度性的歧视，那么几乎可以肯定地说，民族运动是不可避免的。

当然，民族的砝码将放在天平的哪一边完全取决于该民族的经济、文化生活状况和政治参与程度。在政党政治成为政治时尚、建立民族国家成为许多民族的近乎狂热的追求的当今世界，市民社会、政治国家、民族国家、政党政治、多民族国家等诸多范畴已成为理论界急需清理的一团乱麻。

不存在一个先验的民族标准。民族与市民社会和政治国家具有共生性、共存性和共进性，这种产生、存在与发展融合在历史的延续性之中。民族文化是民族的标志、是民族所在国家政治文化的重要内容，它产生、存在、发展于一定的市民社会，同时也催生和巩固了市民社会应有的其他关系，民族是市民社会的自然基础，也是政治国家的政治基础。显然，笔者对民族范畴的界定凸现了民族的社会历史属性。如果将民族范畴局限于一定社会发展历史阶段，那么，民族学科中就无法容纳民族史、民族学史等重要的学科，这样一来，所谓民族政策学、民族法学、民族经济学、民族文化学、民族教育学，甚至包括民族学都成了无源之水、无本之木，从而导致民族学科系统中的历史虚无主义。事实上，民族的社会历史属性，不单纯表现出“民族的历史雏形”与民族之间的一脉相承关系，而且使人们在解决当代民族问题时，

不得不考虑该民族的历史状况，这也是一种历史唯物主义的态度。

第二节 民族经济

在经济研究中，民族经济已经成为一个特殊的备受关注的研究领域。在民族学的界域，民族经济学作为一门新兴的学科已经基本建立。民族经济概念的界定和范畴的确立都有赖于从民族与经济的相互联系中来把握。

一、民族发展的经济动因分析

在市民社会与政治国家的二元结构中，民族是一个极其重要的主体。维持民族主体性存在的因素很多，比如政治因素、经济因素、法律因素、语言因素、文化因素、心理因素等。其中经济因素是基础性因素，经济对于民族，犹如水之于鱼，它贯穿于民族发展的全过程。

民族有其自身的发展阶段和发展规律，我们认为民族有以下几个发展阶段：即形成和巩固阶段、发展和繁荣阶段、趋同和融化阶段、消亡阶段。^① 在每个阶段中，经济因素都起着基础性甚至决定性的作用。

在民族的形成和巩固阶段，“共同的地域和共同的经济生活是民族形成的基础和重要条件”^②，也是民族巩固的物质前提。

① 参见杨建新：《关于民族发展和民族关系中的几个问题》，载《西北民族研究》2002年第1期，第116页。

② 施正一主编：《民族经济学教程》，中央民族大学出版社，2001年版，第50页。

根据马克思主义的民族形成理论，从氏族、部落、部族发展成为民族，经历了漫长的历史岁月。共同的地域和经济生活保证了民族的存在有其物质基础。甚至在民族的历史雏形——部落那里，“每一部落除了自己实际居住的地方外，还占有广大的地区供打猎和捕鱼之用。在这个地区之外，还有一块广阔的中立地带，一直延伸到邻近部落的地区边上……”^①显然，在这个特定地域里从事经济活动不但从形式上而且从内容上加强了民族共同体自身成员间的联系，形成了一种难以割裂的经济生活方式，并且随着时间的推移日益巩固。

在民族的发展和繁荣阶段，经济因素一如既往起着主导作用。一个民族经济水平的高低决定着其政治、文化、人口等发展的状况和程度，经济的发展和繁荣是民族发展的主要标志。古今中外的历史证明，一个民族的经济发展和繁荣了，其政治才能稳定、文化才能发达、人口才能兴旺。这也充分说明物质资料的生产方式是民族发展与繁荣的决定性因素。诚然，在这个阶段，民族文化和民族意识的作用也是不可忽视的。

在民族的趋同和融化阶段，经济因素是推动和促进趋同和融化的重要动力。民族的趋同和融化归根到底是一种民族社会过程，它与“民族族体过程不尽相同，由于社会经济现象的多变性，使得民族社会过程的变动速率要快于族体过程，这个过程同样极为复杂，实质上可等同于民族社会的文化变迁与社会演进过程，其中包括有经济、政治和意识形态等各个方面，既可以表现为生产关系、经济形态、阶级结构与职业构成上的变化，也可以表现为民族性格的变化”^②。一般地，一个民族经济发展的水平直接影响着本民族与其他民族进行交往的广度和深度，而且，不

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷上，人民出版社，1972年版，第87页。

^② 周星：《民族政治学》，中国社会科学出版社，1993年版，第26页。

同民族间的交流往往伴随着经济交往，有的甚至以经济交往为主要内容。就连民族交往的非正常形式——战争，也经常包含着极大的经济动因。中国历史上少数民族南下进攻中原王朝就是很好的例证。毫无疑问，以经济为内容的交往可以促进民族间其他方面的交往，诸如族际通婚、语言、服饰、习俗方面的趋同与融化，这也就是我们的民族理论中所说的民族融合，即“两个以上的民族或其中的一部分，在长期的过程中，互相吸收对方的特点，从而不同程度地改变了各自的一些民族特性或者逐渐形成另一个新的民族共同体的现象”^①。它突出地反映了民族发展的趋同和融化状况，而隐藏在其后的经济因素起着重要作用。

我们知道，“推动民族共同体发展阶段不断向前的动力是民族关系，是民族之间的交往，也可以说是趋同和融合”^②。关于中国历史上民族关系的实然状况，学者们的观点可谓见仁见智。^③笔者认为，不管是各民族劳动人民之间的关系，还是各民族统治者之间的关系，都包含着具体的经济内容。历史上各民族劳动人民之间的经济交往一刻也没有停止过，中原王朝统治者和少数民族统治者之间的朝贡、赋税和绢马贸易等活动虽然反映了双方的政治关系，但也是以经济为重要内容的。事实上，无论是历史上的民族关系还是现代的民族关系，究其根本都包含着一定的民族经济关系，即不同民族基于不同的生产方式对资源、能量、商品、信息、技术、资金的占有和分配以及与其他民族所进行的关于这些经济要素的交换关系。

① 杨建新、贺卫光：《也论历史上民族融合的“良性发展模式”——与钱国旗同志商榷》，载《民族研究》2000年第5期，第43～44页。

② 杨建新：《关于民族发展和民族关系中的几个问题》，载《西北民族研究》2002年第1期，第116页。

③ 参见贾东海主编：《马克思主义民族理论与政策五十年研究回顾》，甘肃人民出版社，2000年版，第305～327页。

民族发展的第四个阶段是消亡阶段。中国历史上，有许许多多的民族经过历史的变迁都已经消亡，如鲜卑族和氐族等。从一定程度上讲，民族消亡既是一个漫长的历史过程，也是民族发展的必然结果。诚然，这种消亡并非消灭或消失，而是指随着民族交往程度的加深，该民族丧失了民族特性和民族主体性资格。在民族交往中，经济交往必不可少，它既是民族交往的重要形式，也是民族交往的一个重要目的。“通过经济交往，各民族之间不仅实现了产品的以有易无，而且在生产的技术手段上达到了互补，在生产的社会组织形式上出现了趋同。如中原地区许多牲畜与作物品种是从周边民族传来的，而中原的许多生产和手工业制造技术也传入了周边民族。经济上的互补与趋同过程就是民族经济融合过程，经济融合使得民族差别逐渐缩小，族缘关系逐渐为地缘关系所代替，从而为民族间的进一步合作乃至融合奠定了基础”^①。当民族间的经济交往达到相互依赖、不可或缺的程度时，民族趋同和融化就成为必然，这样，有些民族就自然同化到其他民族之中去了。而在另外一些民族那里，强制同化便成为一种选择，“北魏后期的鲜汉民族间所发生的就属于‘以汉化为特征’的强制性同化现象”^②。当然，有些通过民族融合而形成了新的民族。

由此可见，在民族发展的各个阶段，都有其深刻的经济动因，这充分说明经济因素渗透到了民族发展的各个方面。反过来，作为人们共同体的民族是任何社会中经济活动的主体，经济活动从生产、分配、交换到消费的每一个环节都离不开民族的参

① 施正一主编：《民族经济学教程》，中央民族大学出版社，2001年版，第344页。

② 杨建新、贺卫光：《也论历史上民族融合的“良性发展模式”——与钱国旗同志商榷》，载《民族研究》2000年第5期，第44页。

与，这在统一的多民族国家的表现尤其明显。

二、民族经济范畴的内涵

如前所述，经济始终伴随着民族经历了漫长的历史过程，使得“民族经济”不仅仅是人们观念中的一个印象，而且也是一种在历史上和现实中独立存在的客观现象，即一种社会历史范畴。一般情况下，人们从三种意义上使用“民族经济”，一是指国民经济，即建立了独立的民族国家的经济，许多统一的多民族国家也称其国民经济为“民族经济”，以区别于外国经济。二是指少数民族经济，也就是多民族国家中处于少数的那些民族的社会生产与经济生活，在我国是指除汉族以外的所有其他少数民族的社会生产与经济生活。三是指少数民族地区经济，就是多民族国家中少数民族居住地区的各种经济建设与社会经济生活。^①因此，对民族经济范畴多种含义的甄别是确立民族经济法的逻辑前提。显然本文是在第二和第三种意义上使用民族经济范畴的，它包括少数民族经济和民族地区经济两部分。

第三节 民族经济法的确立

民族经济的客观性要求有特定的法律规范来调整相应的民族经济关系。这种调整民族经济关系的法律规范的总和就是广义的民族经济法，它主要由以下两部分组成。

^① 参见施正一主编：《民族经济学教程》，本文参考部分由刘晓春执笔。中央民族大学出版社，2001年版，第77页。

一、历史上的民族经济法

在古代中国，调整民族经济关系的法律数量之多，规范之完备堪称世界典范。从世界范围来看，还没有一个与中国一样的有五千年文明史、民族林立、法文化延绵不断而又基本统一的国家延续下来。

在中国历史上，“各民族都在自己的区域通过对各自区域的开发，为我国的经济发展做出了卓越的贡献”^①，同时，“少数民族有特色的经济，如畜牧业的发展，与中原地区的农业经济，实际上形成了相互支持、相互依存、相互促进的密切关系，并在此基础上，形成了我国历史上传统的内地与边疆、汉族与各少数民族之间经济交流的网络”^②。在汉族建立的所谓“正统”的中央政权之下，一部分少数民族直接被统治在国家的政权之下，而另外一些建立了局部政权的少数民族，一方面，它们从政治上表示臣服中央王朝之统治，另一方面与中央王朝保持着经济上的联系（有时是依赖）。对此，在调整民族经济关系方面，不但有中央政权制定的经济法，而且还有民族政权的经济法。在少数民族建立了统一的全国政权以后，它们对其他民族制定的经济法凸现出其民族性，所以也纳入民族经济法的范畴。另外，每一个少数民族，都有自己在历史上形成并流传下来的经济习惯法，也应该纳入民族经济法的范畴（对历史上民族经济法的述评，将在下一章进行）。由此看来，历史上的民族经济法范畴包含了关于少数民族经济法律制度的一切形态。

① 《论各民族共创中华》序二，载韩效文、杨建新主编：《各民族共创中华》（丛书），甘肃人民出版社，1999年版，第6页。

② 《论各民族共创中华》序二，载韩效文、杨建新主编：《各民族共创中华》（丛书），甘肃人民出版社，1999年版，第7页。

二、现代的民族经济法

在我国现代法律体系中，经济法是一个独立而重要的法律部门。经济法是一个独立的法律部门主要取决于它有其特定的调整对象和调整范围，可以与其他法律部门区别开来。它的重要性主要体现在它是促进经济发展必不可少的法制保障。尽管国内对经济法的定义尚存争议，但比较一致的看法是：“经济法是调整在国家协调本国经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称”。^①由此可见，经济法所调整的经济关系是有一定范围的，即“在国家协调本国经济运行过程中发生的经济关系”，而非一切经济关系。在我国法律体系中，民法、商法也调整经济关系，但它们所调整的经济关系的范围和性质甚至方法与经济法的调整大异其趣。

在我国当前的经济实践中，民族经济已成为一个热点研究领域和实践对象，与此相对应的现代民族经济法范畴是如何确立的呢？它与经济法的状况又如何呢？

与民族经济的三种内涵相对应，可以有三种意义上的民族经济法。其一是调整一国经济的民族经济法，它在我国基本上等同于经济法这个法律部门。其二是少数民族经济法。其三是少数民族地区经济法。目前国内对民族经济法下定义的学者仅吴宗金教授一人，他认为，“民族经济法是指由国家机关制定和批准、规范和调整加速发展少数民族和少数民族地区经济建设、保障少数民族和少数民族地区经济权益的特殊法律规范的总称”^②。显然，

^① 杨紫煊主编：《经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社，1999年版，第35页。

^② 吴宗金：《民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第220页。

这个定义是从少数民族经济的法律规制和少数民族地区经济的法律规制两个方面来界定的，而且仅仅包括了由国家制定的专对少数民族和少数民族地区经济发展的特殊考虑和特殊规范，以及法律规定由民族自治地方的自治机关依法制定的并上报上级国家机关批准的经济自治条例和单行条例，简单地讲，民族经济法仅包括国家制定的民族经济法律法规和民族自治地方制定的民族经济法规。它的局限性在于：一方面，未能包括历史上形成并流传下来并在民族社会经济生活中为国家所认可的民族经济习惯法。我们知道，法是由国家制定或认可的行为规范系统，只要民族经济习惯法与国家法律不冲突，未被法律明文禁止，它当然可以与现行法并行不悖。另一方面，该定义忽视了非民族自治地方制定的民族经济法规。在社会流动日益频繁的今天，许多少数民族成员散居在其他民族尤其是汉族传统聚居地区的现象早已司空见惯，甚至成为一种趋势和需要，它标志着社会的开放进步与和谐。对散居少数民族经济利益的法律保护（如清真食品的生产与销售），当然是不可缺少的。最后，该定义把“国家机关”和法的“制定”做了缩小解释。事实上，国家机关不但包括中央国家机关，而且包括地方国家机关，民族自治地方的自治机关也是国家机关的构成部分。另外在我国当前的立法体系和立法理论中，民族自治机关制定自治条例和单行条例的活动也是属于行使国家立法权，因此，将“批准”作为与“制定”并列的法律术语使用似乎还有商榷的余地。有鉴于此，笔者认为，现代民族经济法的范畴应当在排除第一种意义上的国家经济法之后从广义上予以厘定，它既包括与少数民族经济生活方式和生产经营方式有密切联系的经济法即少数民族经济法也包括少数民族地区经济法。更进一步讲，它涉及了国家针对少数民族制定的经济法律，针对民族自治地区制定的经济法律，民族自治地方制定的经济法规，非民族自治地方制定的少数民族经济法规以及在实践中运行的、为国家法

律所许可的少数民族经济习惯法。

因此，对现代的民族经济法（除历史上民族经济法外，本文论述的民族经济法当指现代的民族经济法）可作如下定义：民族经济法是指由国家制定或认可的、并由国家的强制力来保证其实施的、调整民族经济关系的法律规范的总和。这里的民族经济关系是指民族经济发展过程中所涉及的符合民族经济法规定的民族经济权利和民族经济义务关系。

在我国这样一个统一的多民族的社会主义国家里，民族经济法与国家经济法之间的关系并非简单的从属关系，而是呈现出一定的复杂性，主要表现在两个方面：

第一，从总体上来讲，经济法是我国法律体系中的一个独立的基本法律部门，它与民法、刑法、行政法、商法、诉讼法等法律部门共同构成主导法律部门——宪法效力之下的基本法律部门。而民族经济法是隶属于经济法的一个二级部门法，但是，又不以此为限。也就是说，民族经济法中的有些法律规范虽具有经济性，但由于其民族性的特点十分明显，比如民族经济体制法和民族经济习惯，无法完全纳入经济法的体系。目前，法学界有相当一部分学者认为提出民族经济法后，会不会有泛化倾向？人们是否还可以提出民族刑法、民族民法等术语？笔者认为，刑法、民法在少数民族或民族地区中实施与在其他地区的实施基本一致，它们是普遍适用的法律，这完全取决于刑事关系的同质性与民事关系的同质性和法制统一性的要求。而这些法律也从一定程度上给少数民族地区以变通适用的权利。民族经济法则不同，一方面，民族经济关系和民族经济利益具有民族性和地域性特点，国家也颁布了一些相关法律来规制，民族经济的落后现状目前已经成为制约国民经济发展的重要因素，因此，民族经济法有其存在的特殊经济条件，是经济法中的特殊性质的法律。而且，经济生活的基础作用是十分重要的，因此，民族经济法的保障是必要

的。

第二，如同民族法作为一个基本的法律部门从宪法中溢出一样，随着民族经济关系在社会经济生活与国家政治生活中地位的提高，民族经济法会从经济法中溢出而成为一个独立的法律部门，与民族教育法、民族宗教法、民族文化法、民族语言文字法、民族干部法、散居少数民族权益保障法等共同构成民族法的二级法律部门，成为民族法学的基本范畴，从而推动民族学研究日益走向广泛和深入。

总之，从民族——民族经济——民族经济法的逻辑演进说明民族经济法并不是凭空产生的，它是民族（包括现代的民族地区）这一主体社会经济生活的客观要求，这种法的关系是由它所表现的民族经济关系的内容所决定的。每个时代都有其民族经济法的存在形态，只是由于各个时代经济关系的内容和性质不同，因而历史上的民族经济法才表现出与现代民族经济法截然不同的旨趣和特点。这势必导致研究方法上的泾渭分明：对于历史上的民族经济法研究，其基本的方法是历史探源的方法，而现代的民族经济法研究的基本方法则是经济分析的方法。研究方法与研究对象、理论观点三者一同构成一门学科体系的基本框架。对于民族经济法这样一个法律部门，由于尚未形成“民族经济法学”这样一门学科，所以，在如何探索民族经济法的起源与流变，如何从民族、经济与法的关系的角度进行研究就成为这门学科的奠基工作。

第四节 历史探源法

任何事物都有自己的历史，自然界如此，人类社会也是如此。“历史一名词，常代表着历史之客观的存在与历史之文字的

表现”^①。由于“历史之客观的存在”早已消失在时间的长河之中，因此，研究“历史之文字表现”——史料就成为历史研究的起点，这也就是历史学所谓的“历史方法”，它是一种“专门研究历史事实之方法，其工作有二：（一）研究这种资料，以为确立何者为过去之特殊事实，而这些事实的资料，就是痕迹，看这种事实，是否靠得住？（二）证明这些事实以后，便拿他们汇集类别于一种合法构造之下，以为发现这些在他们彼此间之关系”^②。在“历史无用论”占有很大市场的中国学术界，已暴露出由于历史底蕴薄弱而导致的“空中楼阁”式的学术阵地沦陷现象。民族经济法作为一个特殊的全新的研究领域，应当重视自己的历史，这种方法，当为历史方法。然而，这种方法绝不是突降人间的“空中来客”，事实上，在民族经济法的学科母体中，早已形成了各自独特的历史方法。

一、民族学中的历史方法

一般认为，民族学的研究材料主要是通过田野调查来获取，它“主要是研究当代的不同民族、集团或社区的文化特点，以及这些特点的形成原因”^③。毫无疑问，要研究这些“特点”及其“形成原因”，必然要涉及其历史，当然要运用历史方法进行探索。黑格尔认为，“历史对于一个民族永远是非常重要的；因为它们靠了历史，才能意识到他们自己的‘精神’表现在‘法律’、‘礼节’、‘风俗’和‘事功’上的发展历程。……假如没有历

^① 周谷城：《历史完形论》，载蒋大椿主编：《史学探渊》，吉林教育出版社，1991年版，第437页。

^② 李絮非：《论历史方法》，载蒋大椿主编：《史学探渊》，吉林教育出版社，1991年版，第882页。

^③ 宋蜀华、白振声主编：《民族学理论与方法》，中央民族大学出版社，1998年版，第243页。

史，他们在时间上的生存，在本身中便是盲目的——任性在多种形式下重复表演而已。历史使这种偶然性停止”^①。尽管任何一个民族都有自己的历史，但有些民族并没有以文字材料形式流传下来的历史记载，这无疑为民族学的研究造成了极大的不方便。而对于有文字记载历史的民族而言，这些历史文献成为极好的民族学材料，因此，在民族学领域，早已形成了人们常说的“民族学中的历史主义”，其典型是美国的以博厄斯（Franz Boas 1858 ~ 1942）为代表的历史学派和苏联的苏维埃学派。

中国是一个有着悠久历史传统的多民族国家，民族史的研究无论从历史学角度还是从民族学角度来讲都是必不可少的。如果没有少数民族的历史存在与历史活动，就不可能有一部完备的中国历史。当前，国内“有许多以马克思主义为指导的史学工作者，都很重视以可信的史实阐述中国自古以来，一步一步如何走向更加统一，阐述全国各民族如何共同创造祖国的历史，历史上各民族关系的加强为何是民族关系的主流，发掘历史上民族之间联系加强和友好相处的有积极意义的史实”^②，这极大地丰富了民族关系史的研究。当然，从民族学的角度看，很难想象一位民族学家不是一位民族史学家的状况。同样，历史方法已经成为民族学研究中的基本方法，民族学史、民族史、民族关系史、民族经济史、民族法制史、民族宗教史……诸多学科分支逐渐形成并发展。毫不夸张地说，从方法论意义上讲，历史方法具有了奠基的作用。

① 黑格尔著，王造时译：《历史哲学》，三联书店，1956年版，第205页，第206页。

② 陈其泰：《史学与民族精神》，学苑出版社，1999年版，第118页。

二、经济学中的历史方法

历史方法同样也渗透到经济学中。早在 19 世纪 40 年代，德国就产生了一个经济学流派，人们称之为“旧历史学派”。该学派的先驱者为亚当·李斯特等人，之后的主要代表人物有罗雪儿、希尔德布兰德和克尼斯。该学派主张依靠历史归纳方法来建立反映民族和历史特点的国民经济学。它也十分重视法律、宗教和道德在社会经济发展中所起的作用。总的看来，历史学派最具根本性的特征在于它的“历史的方法”，即它总是致力于收集、整理和描述众多的历史资料，试图用历史过程的描述来代替理论研究。在它的影响下，美国的制度学派和英国的历史学派产生并发展起来了。^①

历史方法的运用在“新历史学派”那里又获得了长足的发展。“新历史学派”受“旧历史学派”的直接影响，仍然产生于德国。其代表人物是瓦格纳、布伦坦诺、韦伯和桑巴特等人。该学派“一方面承袭了旧历史学派的基本观点，另一方面又将旧历史学派的原先观念和做法进一步推向极端。他们采用所谓的‘历史统计法’搜集、罗列和描述琐碎的历史统计资料……主张从伦理道德和心理出发去研究历史资料，并由此归纳出经济发展的历史过程和民族特点”^②。由此可见，历史方法在经济学中的运用已有时日。我国的经济学在解放后尤其是近 20 年才获得了初步建立和发展的机会。在研究方法上，一方面受西方国家经济学派（包括历史学派）之影响，另一方面也十分重视中国经济史的源流探讨。尤其是在经济制度和经济史的研究中，历史方法已成为基本研究方法。

① 参见梁小民等编：《经济学大辞典》，团结出版社，1994 年版，第 94 页。

② 梁小民等编：《经济学大辞典》，团结出版社，1994 年版，第 782 页。

三、法学中的历史方法

当自然法学派醉心于“理性”的时候，他们只关心法律的最终目的和意图，而忽视了法律的历史起源和历史发展。时至今日，我们仍然对包括古典自然法和新康德自然法在内的自然法所倡导的“自然理性”和“人的绝对价值”感到茫然。法律到底是什么？是否存在一种超越一切的“自然理性”或者“人的绝对价值”？正是因为其虚无缥缈的“先验”性使人不得要领。而历史法学派的兴起给了我们一定的启示。

历史法学派运用历史方法来研究法律。这种方法通过研究法律制度以及法律思想的起源和发展变化来求证法律的精神和基本原则。其代表人物是弗里德里希·卡尔·萨维尼（Friedrich Carl Von Savigny），他认为，法律乃是那些内在地、默默地起决定作用的力量之产物，它深深地根植于一个民族的历史之中，而且其真正的源泉乃是普遍的信念、习惯和“民族的共同意识”（the common consciousness of the people）。就像一个民族的语言、构成和举止一样，法律也首先是由一个民族的特性，亦即“民族精神”决定的。每个民族都逐渐形成了一些传统和习惯，而通过对这些传统和习惯的不断运用，它们才逐渐变成了法律规则^①，因此，只有对一个民族传统和习惯的历史进行全面的探索，才能把握和发现法律的真正内容。

萨维尼同时强调，法律并不是孤立存在的，而是整个民族生活中的一种功能。它随着民族的成长而成长，随着民族强大而强大，最后随着民族个性的消灭而消灭。当然，笔者认为，将法律与民族在产生、发展和消亡的同步性绝对化是不可取的，因为法

^① 参见〔美〕E. 博登海默著，邓正来译：《法理学法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，1999年版，第88页。

律作为一种上层建筑或文化是可以继承和移植的。况且，任何一个民族的消亡也是相对的，有条件的。英国历史法学派的奠基人和主要代表人物是亨利·萨姆纳·梅因（Henry Sumner Maine）教授，其主要作品有《古代法》、《古代法制史》和《古代法律与习惯》，尤其以《古代法》一书著名。在该著作中，他研究了古代法典、法律拟制、自然法与衡平法、自然法的现代史、原始社会与古代法、遗嘱继承的早期史及思想、财产的早期史、契约的早期史以及侵权和犯罪的早期史。他的研究表明，反映于古代法中的人类最早的某些观念，同现代法律思想之间存在着一定关系。这些研究使他相信，各民族的法律发展史表明，一些进化模式会在不同的民族社会呈现出相同的特点，“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动”^①。显然历史方法的运用，成功地解决了两个问题：一是关于法律的起源，即每一种现行法律制度的历史起点和最初表现。二是法律制度变迁的历史进程。对民族经济法的母体民族学、经济学和法学如此，对民族经济法也是如此。可以说，正是历史方法在民族学、经济学和法学中的确立，才使民族经济法历史方法的运用具备了现实性的基础。

四、民族经济法的历史探源方法

历史方法的广泛使用使其获得了方法论上的基础地位，从而也推动了其他研究方法的应用。马克思和恩格斯认为，“我们仅仅知道一门惟一的科学，即历史科学”^②，因此，他们在研究任何事物时，都考察它的历史起源和前提。事实上，“历史起源法

^① 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆，1984年版，第97页。

^② 《马克思恩格斯选集》第2卷上，人民出版社，1972年版，第117页。

被认为是人类认识一切事物和现象的基本方法”^①，这对民族经济法尤其如此。

（一）历史探源法是寻找“历史化石”的工具

民族经济法的现代表现可谓丰富多彩，然而，每一项具体的法律制度是从何而来呢？历史探源法的运用，可以使我们“逆流而上”，寻找湮没在历史长河中的宝贵化石。例如，民族区域自治制度是我国的一项基本的政治制度和法律制度，“经济自治权”是一项重要的民族经济法权利，为什么会有这样一个“经济自治权”呢？于是，我们沿着它的历史回溯，探究到孙中山先生的“五族共和”及“三民主义”，甚至与西方资本主义的“民族自决”相联系，以及中国古代的“因俗而治”、“土司制度”、“臣服”、“纳贡”、“分封”等一系列政治和法律制度。当然，历史探源不仅仅是为了解决民族经济法的历史源流和历史变迁问题，更重要的是通过对历史上民族经济法律制度的实际状况的研究，阐明民族经济法产生、发展和消亡的经验和教训。

（二）历史探源法在逻辑上与历史上的一致性

历史探源的方法总是从现实的前提开始的。民族经济法历史探源的方法首先从具体的实际开始，然后在具体的历史分析中找出一些具有决定意义的抽象的一般关系，例如民族经济利益、民族经济立法、执法、司法等，再将它们经历一番从抽象到具体的演绎，逐步形成民族经济法的一些范畴。这种从思维上来讲具有自我深化的结果，反映了从抽象到具体的思维过程。而“历史的发展总是建立在这样的基础上的：最后的形式总是把过去的形式看成是向着自己发展的各个阶段，并且因为它很少而且只是在特定的条件下才能够进行自我批评……所以总是对过去的形式作片

^① 周长龄：《法律的起源》，中国人民公安大学出版社，1997年版，第2页。

面的理解”^①。所以，我们所研究的民族经济法，无论是古代的还是现代的，都只是该范畴的一个侧面而不是它的全部。从逻辑上讲，我们研究民族经济法经历了具体——抽象——具体的认识过程，从历史上看，民族经济法作为一种具体的存在是毫无疑问的，然而对它的研究只能借助历史探源的方法抽象出一般面貌（尽管它肯定不是原貌），再以这种规律性的认识为工具，来研究现代的民族经济法——因为我们坚信，现代的民族经济法是由历史上的民族经济法发展演变而来的，它可以受历史因果规律和历史连续性规律的支配。这反映出历史探源法在逻辑与历史上具有一致性。它也符合马克思主义历史唯物论和认识论的原理。

（三）历史探源法的具体方法

首先，用历史探源法研究历史上的民族经济法和现代的民族经济法的历史表现具有得天独厚的条件。这主要是因为民族经济法方面的历史文献资料十分丰富，这些史料主要包括律、格、命令、条约、判例、司法记载、布告、例等正式成文规范，这些史料的内容相对而言是比较真实可靠的。尤其是以法典的形式颁布的含有民族经济法的内容，如唐代的《唐律疏议》，西夏王朝颁布的《天盛年改旧新定律令》，元朝颁布的《大元通制》，其内容详备，有很高的史料价值。这部分史料我们可以将它称为“规范性史料”，亦即它一般是由规范性法律文件构成，具有成文法的形式，内容完备、真实可靠。对于这一部分史料，在研究的过程中，侧重运用法律研究中的规范分析的方法，探究这些法律后而所包含的价值取向和目的。

其次，尽管有些法典内容也因历史原因有所缺损，但经后世方家考据补正后，亦成为重要的民族经济法史料。由于在中国历史上，无论是汉族建立的政权还是少数民族建立的政权，都十分

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷上，人民出版社，1972年版，第108页。

重视“正统”地位的取得，反映在对前代文明成果（包括法律）的态度上，往往是借鉴和继承，又根据民族力量的对比关系加以改造和创新，形成本朝代的法律制度。所以，我们经常能够从后一代法律制度的身上看到前一代法律制度的影子。事实上，后一朝代直接运用前一朝代的法律或借鉴前一朝代的法律并构建自己的法律系统的事例是屡见不鲜的。例如在辽代，所谓的“以国制治契丹，以汉制待汉人”实际上就是对汉人、渤海人适用《唐律》，而对契丹人及各部落适用《神册律》。而元朝在经济法上继承宋代的“禁榷制度”，明代朱元璋的“法贵简当”思想继承唐朝李世民的“法须简约”的思想，有清一代的“参汉酌金”都是最好的历史佐证。因此，在民族经济法研究中，必须重视民族经济法制史的研究，因为法制史包含着法律制度的起源和流变关系、继承与发展关系。这种历史研究方法可谓之源流追述的方法。

最后，在中国历史上，有许多民族都创造了辉煌灿烂的民族经济法文明，它们或表现为一部“诸法合体”的法典，或表现为一个民族的某个法学家或思想家的法律思想，或表现为一个民族的政治家或统治者的某项政治措施，或表现为在一个民族中占主导地位的民族经济法律意识。这就要求我们用整体方法而不是个别方法去研究它。这个整体方法的基本要求是将某个民族作为一个独立的主体加以全面研究（笔者在研究民族经济法的历史形态时将藏族作为一个整体进行研究），而不是将它“肢解”开来，企图与从其他民族那里“肢解”来的材料合并起来，拼凑出一幅民族法制的画面。因为在现实的民族经济关系中，民族经济法往往是以民族（主要是民族地区）作为一个整体而配置法律资源的，整体的研究方法有利于产生合乎民族经济关系实际状况的法律理论，这种理论正是民族经济法从立法到执法和司法、守法等实践环节的指南。

总之，历史探源法的具体方法因研究对象和史料的不同而有所不同，而且，各个具体的研究方法并不是孑然孤立的，有些时候，需要借助其他方法的辅助作用来完成自己的任务。

第五节 经济分析的方法^①

民族经济法研究是以民族经济法律现象及其发展规律作为对象的。它具有二重学科属性，一方面，它属于民族学的范畴，进一步讲，它是民族法学的重要组成部分。另一方面，它属于法学的范畴，是从属于经济法学的一个学科分支。从学科渊源上看，它是民族学、法学和经济学三门学科历史发展的结果，是三者的综合与分化。同时，作为一个独立的研究领域，民族经济法研究有其基本的研究方法，即经济分析的方法。

一、经济分析方法的内容

（一）成本—效益分析法

民族经济法是一种稀缺性的法律资源，它以调整民族经济关系为己任并且带有强烈的经济性。在民族经济实践中，不但存在着资本市场、人力市场和技术市场，而且存在着作为民族经济发展内在变量的民族经济法的市场——民族经济法市场。在这个市场上，民族经济法律关系的主体（包括国家、地方、政府、民族经济组织及其他单位）都作为自身利益的最忠实代表选择使用相

^① 引领我进入法经济学领域的是我读硕士时的导师、著名青年法学家、中山大学法学院周林彬教授，本文可以说是笔者秉承周先生法经济学思想并将其延伸到民族经济法领域的一种尝试。本节全文发表在《民族研究》2002年第1期，第19～25页。非常感谢郝时远研究员的指导帮助。

关的民族经济法律，并尽可能地选择效益最大化和成本最小化的交易路径。因此，成本—效益分析法成为民族经济法经济分析的基本方法。由于效益总是由经济效益和非经济效益两部分构成的，因而成本—效益分析法将不可避免地分解为成本—收益分析法和成本—效益分析法。前者属于市场经济的基本方法，通过对净收益的计算来进行分析。即净收益等于总收益减去总成本。该收益并非民族经济法实际的生产所得，但是，它预防了损失的进一步扩大，并将失衡的经济关系恢复原位，实现了民族经济关系中经济权利和经济义务的双向平衡。诚然，对民族经济法律效益的评价除了净收益的分析之外，还应当考虑机会成本的大小。民族经济法的选择性规范的存在以及民族经济法律关系主体超越法律界限的选择表明在不可兼得的条件制约下，选择任何一种行为都意味着不可能选择另一行为，亦即以另一行为作为机会成本的，所以主体往往选择直观看来效益最大的行为以求得利益的获取。成本—效益分析法因其不可量化显得难以操作，因此并未作为民族经济法经济分析的主要方法。但是，非经济效益不但可以在经济效益上反映出来，而且还有诸多的现实表现。如果由于民族经济法的实施而使得民族地区经济滑坡，那势必会引起民族地区秩序、安全、公平等价值的扭曲，这当然是一种反面效果，应当从立法、执法、司法、守法等法律实践的某一个环节上找出原因，解决问题。如果由于民族经济法的实施使得民族地区经济繁荣、社会稳定、人民安居乐业，那么它的经济效益和非经济效益都得到体现。如果经济发展了，却带来了社会道德沦丧、环境污染、资源破坏，那就说明机会成本太大或者民族经济法制不健全，需要进行彻底的反省。

（二）规范分析与实证分析相结合的方法

在法学史上，规范分析法和实证分析法经常存在某种程度的对立。规范主义总是以既定的价值标准作为出发点，对法律行为

的选择做出伦理判断，并力图通过这种价值来矫正法律行为，使之与法律的目标相一致。实证主义则不然，它作为一种科学的态度，反对任何先验的思辨，并力图将其自身限定在经验材料的范围内，从而把学术研究的对象限定在“给定事实”的范围之内，这实际是把价值排除在法学研究之外，把法学的任务局限在分析和剖析实在的法律制度的范围之中。作为一门新兴的边缘学科领域，脱胎于法学、经济学的母体，民族经济法研究首先应当确立一定的价值，这种价值就是实现民族经济的发展和民族社会的全而公正，这就耦合了法学的规范主义方法。同时，由于这种价值的核心是经济的世界观和公平的世界观的结合，它也和经济学的要求相一致。这样，规范分析对民族经济法的研究是必不可少的。同样由于民族经济法研究与民族学之间的“血缘”关系，民族学强调的田野调查方法是实证主义方法论的重要组成部分，民族经济法的研究必然要继承这种传统，并将它发扬光大。具体地讲，应当通过对民族经济法律问题基本事实和现象的再现和描述，揭示民族经济法律运行过程中实体法和程序法的实然而貌，并对影响它的主客观因素进行分析和综合，以说明民族经济法律现象背后的经济逻辑。如果说规范主义为民族经济法设立了价值目标，实证主义则通过实然性研究以便更好地实现民族经济法的应然性。从这个意义上讲，民族经济法的研究必须抛弃传统法学“即此非彼”式的方法论上的一元论，为民族经济法研究的方法论开辟一片新的天地。

二、经济分析方法的必要性

研究方法是学科水平的标志。巴甫洛夫认为，科学是随着研究法所获得的成就而前进的，研究方法每前进一步，我们就更提高一步，随之在我们面前也就开拓了一个充满某种新鲜事物的更

辽阔的远景。^① 将经济分析的方法引入民族经济法的研究可能会招致两方面的诘难：一是认为这种“不伦不类”会混淆学科之间的界限甚至会造成某种“领地”的混乱。我以为，经济分析作为一种研究方法，虽来自经济学，但是，它能够较好地将法学的实证方法和规范分析方法连接起来，从而达到法学研究方法的更新。另一种诘难也许来自那些崇尚正义价值的法学家。他们认为经济分析方法的应用将导致法的正义价值的削弱。笔者认为将正义与效率对立起来的观念是不可取的。事实上，任何法都包含着正义和效率，只不过这种正义和效率都是有限度的。经济分析方法的必要性体现在以下两方面：

（一）经济分析的历史必然性

把法作为一种经济现象来分析，解析法律现象的社会经济根源，有着悠久的历史渊源。自然法学派的代表人物之一法国的孟德斯鸠研究了法的精神和古罗马民族兴衰的原因，揭示了法律现象的经济逻辑：“法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形势与面积有关系；和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗习惯相适应”^②。德国著名法学家历史法学派代表萨维尼认为，法并不是立法者创造的，而是民族精神和民族意识的体现。他认为法律的存在同民族的存在和民族的特征是有机联系在一起的。在人类的早期阶段，法律已经有了某个民族所固有的特征……他们只不过是自然地、不可分割地联系在一起的、某个民族所独有的才能和取

^① 参见欧阳康：《哲学研究方法论》，武汉大学出版社，1998年版，第53页。

^② [法]孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》上册，商务印书馆，1963年版，第7页。

向。它们只是特定属性的表象。^① 梅因教授运用历史的、对比的研究方法,考察了法律的发展史。他对雅利安民族的各个不同支系,尤其是罗马人、英国人、爱尔兰人、斯拉夫人以及印度人的古代法律制度进行了比较研究,较为系统地分析了这些民族法律制度中的诸多经济因子:财产、契约、遗嘱,并提出了与之相对应的法律范畴:所有权、债和继承权,从而形成了一系列贯穿着这些特定民族的带有普遍意义的经济法律范畴:财产——所有权,契约——债,遗嘱——继承权。^② 功利主义法学派的代表人物边沁的思想大概是法律的经济分析的最早萌芽。边沁认为:人类的规律就是“避苦求乐”,正是它支配着人的行为,是人生的目的。无论是从人性还是从自然出发来看,减轻痛苦并增加快乐的行为在道德上是善良的,在政治上是优越的,在法律上是有权利的(正义的^③)。在他看来,增进人类幸福的办法,应从立法开始。在论述法律的经济逻辑时,边沁认为财产和法律是同生同死的,法律产生以前是没有财产的,而一旦消灭了法律,财产也不会存在。^④ 边沁的法律思想,直接被后世的学者所继承。

以上法学家对法律这一现象的研究均以某一特定民族作为对象。孟德斯鸠重点研究了罗马民族的兴衰,萨维尼的重点在德意志民族,梅因则全面考察雅利安民族的各个支系,边沁则以英吉利、法兰西、意大利及俄罗斯民族为嚆矢。他们研究的共同点在于:以法律现象为研究对象,研究特定民族主体法律的经济因素和民族因子。不管他们的研究结论如何,都是民族经济法经济分

① 参见[美]E. 博登海墨著,邓正来译:《法理学法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社,1997年版,第89页。

② 参见[英]梅因著,沈景一译:《古代法》,商务印书馆,1959年版第6~9章有关民事法理思想的论述。

③ 笔者注:法理上的权利是该法所持的正义的体现,当然是有限度的,是相对的。

④ 参见张宏生主编:《西方法理思想史》,北京大学出版社,1983年版,第352页。

析的历史开创者。

真正开创民族经济法律经济分析先河的是亚当·斯密和马克思。亚当·斯密首次将经济分析的方法应用于法律领域，以此来研究自然法学的经济理性。马克思创立的历史唯物论和政治经济学不仅分析了法律这一上层建筑的经济基础，而且以资本主义为例，剖析了其经济基础的全貌并将古典经济分析所遗漏的相关法律因素如产权^①、制度、国家和意识形态统统包括进去，进而指出了资本主义国家形式的本质在于便于资产阶级攫取最高额利润，三权分立的本质在于便于各种资本家分享平均资本收益，资本主义法律体系的本质是资产阶级私有财产权的体现等结论。亚当·斯密和马克思与孟德斯鸠、萨维尼、梅因、边沁等人一样，考察的是欧洲国家和民族的经济法律制度，他们在批判地吸收前人成果的基础上，提出和论证了自己的理论，使得每一种理论都在前人理论的基础上更进一步，19世纪末20世纪初，在美国兴起了制度经济学派，他们对本国民族经济法律的分析更趋于系统化。其代表人物凡勃伦创造了一套完整的制度经济学体系，重点强调对古典经济学重市场轻制度的批判和修正，建立以研究制度演进过程为基本内容的经济理论。主张从制度上修正资本主义的经济法律结构。该学派的其他人物如康芒斯和米契尔还强调从法律制度发展的角度论述特定国家和民族法律经济发展的关系，并进一步强调法律对经济的作用。上世纪60年代末到70年代初，伴随着跨国公司的涌现以及全世界的企业兼并浪潮，各国为发展本国本民族经济大量立法，1973年，美国波斯纳教授出版了《法律的经济分析》^②一书，将经济分析的视角由经济领域扩大到非经济领域，完成了经济学对法学的全面渗透。就像经济是法

^① 在《资本论》和《马克思恩格斯全集》中被译为“财产权”。

^② 此书中译本已由中国大百科全书出版社于1997年出版。

学的基本范畴一样，法律已经成为经济学的一个基本范畴，同样，法律、民族、经济是民族经济法学的基本范畴。各学科的相互渗透与接纳以及研究方法的借鉴反映了民族国家政治、经济、法律的复杂关系以及边缘学科产生的必要性，民族经济法学正是克服学术界“占山为王”现象的基本学术力量。

诚然，由于历史与文化的差异，中西方学者所使用的“民族”概念不尽相同。尤其在考证源流时，这种差异往往成为障碍。然而，正是这种差异的存在才使得“此民族”与“彼民族”的共性体现出应有的学术价值，使得理论的借鉴、移植和修正有了立足点、方向和归宿。事实上，从19世纪中叶开始，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的近现代化进程。中国法学研究作为中国法制的有机组成部分也一直致力于研究内容的更新和研究方法的借鉴。因此，把经济分析的方法引入我国民族经济法研究具有历史必然性。

（二）经济分析范畴的内在统一性

即民族、经济与法律三个范畴之间的内在统一性。这种统一性表现在两个层次上。

一方面，民族是一个社会历史范畴，它总是处于一定的经济形式之中。孟德斯鸠在他的著作《波斯人的书札》、《罗马兴衰原因论》和《法的精神》中，应用了许多民族学的材料。他认为一切社会现象的产生都有它的客观必然性，世界各民族间的一切现象，虽说千差万别，十分别致，但全是自然环境和社会环境的产物，全有规律可循。^① 这种把民族现象归为一种自然与历史过程的观点，充分展示了民族的社会历史属性。马克思、恩格斯在

^① 参见宋蜀华、白振声主编：《民族学理论与方法》，中央民族大学出版社，1998年版，第10页。

《论犹太人问题》、《英国工人的状况》、《论波兰》及《共产党宣言》中，系统阐述了马克思主义的民族观。他们论证了资产阶级民族是工业发达基础上，打破自给自足和闭关自守状态之后形成的，提出了解决民族问题的根本途径：“人对人的剥削一消灭，民族对民族的剥削就会随之消失。民族内部的阶段对立一消失，民族之间的敌对关系就会随之消失。”^① 在《德意志意识形态》中指出：“各民族之间的相互关系取决于每一个民族的生产力、分工和内部交往的发展程度”^②，这种关系就是马克思在其《政治经济学批判》序言中所描述的社会经济结构。之后，马克思创立了其历史唯物主义基本理论，并把社会形态研究与民族共同体的历史演进密切联系，甚至认为“无产阶级首先必须取得政治统治，上升为民族的阶级，把自身组织成为民族，所以它本身暂时还是民族的……”^③ 随着马克思主义民族理论的进一步发展，当代马克思主义民族理论认为：自古至今，世界上民族虽然千差万别，但各民族的发展都是沿着人类历史发展的共同规律进行的，都是由低级向高级，从一个阶段向另一个阶段前进的；同时，每一个民族在一定时期内，不管这个民族认识与否，客观上都处于一定的历史发展阶段，即属于一定的经济形态之中。^④

另一方面，民族经济与民族法律具有逻辑一致性。如前所述，马克思的历史唯物论把社会形态的研究置于民族共同体的历

① 《马克思恩格斯选集》第1卷（上），《共产党宣言》部分，人民出版社，1972年版，第270页。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷（上），《德意志意识形态》部分，人民出版社，1972年版，第25页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷（上），《共产党宣言》部分，人民出版社，1972年版，第270页。

④ 参见宋蜀华、白振声主编：《民族学理论》，中央民族大学出版社，1998年版，第87页。

史演进之中考察，提出了上层建筑与经济基础一般关系的原理。据此，我认为，任何民族的生产方式以及该民族所处的国家中的生产方式都制约着有关该民族的法律制度；特定民族的经济关系产生相关的法权关系，这些法律只是表明和记载了该经济关系的要求，并与该民族的生产关系相适应，以该民族的经济发展为基
础，并对该经济关系有反作用。由于马克思是从经济对法律的决定作用和法律对经济的反作用两个方面来论证经济与法的关系原理，于是，在理论界和社会主义建设实践中产生了重经济建设、轻法制建设的不平衡倾向。新中国成立以来，先是“以阶级斗争为纲”的政治挂帅忽视了经济建设，带来了中国经济发展长期滞缓之后果，后是“以经济建设为中心”但轻视法制建设，使得经济建设受到影响。为了克服这种不平衡性，理论界做了深刻的反思与探索。有学者指出，经济基础与上层建筑之间是一种矛盾的运动，相互决定的关系。不同的是，经济基础的决定作用具有阶段性，而上层建筑的决定作用体现于各个阶段之中。这种关系也近似体现了经济与法的关系。^①新制度经济学的理论认为，法律既不是消极被动地反映经济关系，也不是仅从经济关系的外部对经济运行产生作用，它是经济发展的内在要素，对经济运行起着极其重要的作用。显然，我们传统理论认为的“经济决定法律”在新制度经济学理论看来截然相反，如果从对立统一的辩证法看，既重视经济对法律的决定作用，也重视法律对经济的决定作用，“抛开阶级属性和意识形态的偏见，它说明了思想史上对法与经济关系的认识由片面到全面，由外部到内部、由个别到一般的理论深化过程，这符合认识论的逻辑规律”^②。这也是我们

① 胡秦来：《经济与法之学——经济法学科内涵另释》，载《政法论丛》1999年第5期，第22页。

② 周林彬：《法律经济学论纲》，北京大学出版社，1998年版，第12页。

提出民族经济法经济分析逻辑一致性的基本理论依据，这种逻辑一致性体现在以下两个方面：

根据马克思主义生产力与生产关系、经济基础与上层建筑关系的原理，民族经济法律的经济分析具有逻辑实质性。由于物质生产方式对生产关系（法权关系）及其附属的法律上层建筑具有决定作用，所以，每一时代每个民族法律的基本使命必须与同时代本民族社会经济发展的主要任务相一致。我国是一个统一的多民族国家，民族经济法律规范不但在单行的民族经济法规中存在，而且也体现在刑法、民法、民族区域自治法、基本经济法律甚至宪法当中。宪法明确规定保护、鼓励和帮助少数民族地区发展经济，民族区域自治法从第二十五条至第三十五条都是关于发展民族经济的法律规定，其他基本法律也有相应规定。在全社会倡导“西部大开发”，发展民族地区经济的今天，必须将各种错综复杂的经济关系和经济规律演变为法律逻辑，使民族经济法治贯穿于民族经济发展的全过程并与民族经济立法、执法、司法、守法等法律实践环节相适应。在我国这样一个多民族长期受封建专制影响、目前仍奉行“政策主导”的国度，强调民族经济法与统一的多民族国家的国情相一致、与建立统一的社会主义市场经济的目标相一致、与国家的民族经济政策相一致具有十分重要的意义，这也是我国当前物质生产方式制约性的必然要求。

从新制度经济学“法律决定论”的角度看，民族经济法的经济分析具有逻辑的应然性。这种应然性是指，民族经济法的不同层次的立法者的立法行为应当在符合《立法法》的实体规定和程序规定的前提下，只能从同时代本民族的社会经济发展的主题中领悟立法的价值取向，确定法律制度的内容和结构。这些法律规范作为本民族社会经济发展的内在变量，直接影响着本民族社会经济运行的成本效益的高低。这就提出了一个民族经济法“应该是什么”的问题。在基本理论层面上，需要一批懂得民族学、经

济学和法学的复合型学者对当前民族经济法的实然性进行彻底的反思与修正,使得民族经济法获得“先入为主”的地位,为发展民族地区的经济保驾护航。当前,国内已有学者提出西部大开发应当以法律为主导的观点,在我国这样一个民商法和市场经济法律制度很不发达的国家,解析法律的经济逻辑对法律学科建设本身来讲意义也非同寻常,更不用说法律对经济运动过程和结果的决定性作用。在经济全球化和民族经济日趋国际化的今天,西方发达国家基本上认可了法律作为经济的内生变量的角色并加以重视。早在1981年,美国就通过了12291号总统令,要求所有新制定的政府规章都要符合成本—收益分析的标准。^①显然,民族经济法作为一种法律资源,其经济逻辑是不言而喻的。在民族地区经济的发展过程中,如何处理国家与民族地区以及民族地区之间、民族地区与非民族地区之间的经济关系,实际上是一个权利义务的选择和效益化设计问题。立法者只有正确地评估法律供求,合理地设计权利义务关系,建立预防冲突和消解矛盾的法律机制,才能保证民族经济法的实现。

由是观之,“经济决定论”反映了它是对民族经济法律经验分析基础上形成的,解决了民族经济法实然性的问题。而“法律决定论”则反映出它是对经济价值分析基础上形成的,解决了应然性的问题。二者的结合与相互平衡将标榜一种中立的价值观,使民族经济法的经济分析能够对实际的法律运作和经济发展提供可选择的优化方案,从而印证了从具体到抽象和从抽象到具体两种路径相结合的研究方法的逻辑一致性,也使得对民族经济法的认识上升到了一个新的统一的高度。

^① 参见[美]理查德·A.波斯纳著,蒋康兆译:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社,1997年版,第11页。

三、经济分析方法的可能性

把经济分析的方法从经济领域引入非经济领域尤其是法律领域，在法学研究上具有开拓意义。而把它引入对民族经济法的研究虽是笔者的一次尝试，但这种可能性是显然的。对于可能性问题的解决，将有利于从理论和实践结合的高度来增强理论研究成果的实践能力。民族经济法的下述特点将构成其经济分析可能性的基础。

（一）民族经济法调整对象的经济性

马克思主义认为法不是在创造经济关系，而是翻译和描述经济关系。民族经济法作为适用于经济领域的经济法下属的一个独立的次级法律部门，有着自己特定的调整对象，即市场经济条件下少数民族和民族地区经济运行过程中所发生的经济关系，具体地讲包括：民族地区企业的组织管理关系、民族市场管理关系、民族经济宏观调控关系以及民族社会保障关系。以上四种关系归结到一点，是一个关于民族经济管理问题（当然也有民族经济协作关系的因素）。这些关系的显著特点在于经济性，即每一种关系的客体（如入力、资金、政策等）都是一种资源，需要相关管理机制、调控机制和保障机制，以实现资源的优化配置、效率的最高化、成本的最低化、收益的最大化以及社会福利与个人福利的最佳平衡。实际上，从当前经济法理论研究的情况看，经济法打通了经济学与法学之间长期存在的壁垒，经济法的一些基本范畴也分别来自于经济学和法学（如效率与公平最具代表性）。尤其是近些年随着人们对经济实践和法律实践的等量齐观式的双重关注，经济学实现了向法学的全面渗透，以至于人们普遍形象地认为经济法是“三分法律，七分经济”构成。这正是经济法经济性的显著标志，而民族经济法作为经济法的子系统，其经济性当然是显而易见的。

(二) 民族经济法公平与效益价值的统一

无论是古代自然法学派、先验唯心主义法学派、历史法学派、功利主义法学派，还是马克思主义法学派以及当代西方的社会法学派和法律现实主义派别，基本都涉及了对法的价值取向的选择，也就是对法的公平理性和工具理性的认识。法律史的发展表明，简单地将二者对立起来的做法必将把法律引入死胡同。当代西方法学界基本上把法的价值概括为：自由、安全和平等。自由感鼓励人们去从事那些能够自我发展并促进个人幸福的活动，对安全的追求促使人们寻求公共保护，以抵制他人的非法侵害。对平等的追求则促使人们依据一定的公平标准与一切有悖于公平的行为抗争。^① 自由、安全与平等不但包含了人身的自由、安全与平等，也包含了人们赖以生存和发展的财产的自由、安全与平等，这恰是公平与效益两种世界观的题中之意。民族经济法同样有两种世界观：公平的世界观与效益的世界观。由于我国的民族地区地处边陲，生产力发展水平低下，与内地经济上存在一定差距，为了缩小和消除这种差距，落实民族地区的公平发展权，国家通过各层次的民族经济立法体系加强民族经济立法，使民族经济的发展在法制的轨道上进行。可以说，民族经济法正是担负着发展民族经济，实现各民族经济平等的责任，这也是民族经济法公平世界观的体现。另一方面，我国多年来倡导的改革开放和建立社会主义市场经济，指出“一切以经济建设为中心”，体现了经济建设的重要性。我国的经济法以社会为本位，强调“效益优先，兼顾公平”的价值取向。正是在这种价值观的指导下，改革开放二十多年来才出现了把政策和法律作为资源优先向东部和沿海地区配置的“不公平”现象，从而导致了东、西部经济社会差

^① 参见〔美〕E. 博登海墨著，邓正来译：《法理学法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，1999年版，第105～108页。

距的进一步扩大。西部大开发战略的提出是基于西部地区也需要发展经济这样一个客观要求。而从法制意义上讲,民族经济法正是从民族经济发展的客观要求出发,使民族法律和政策作为一种资源配置给民族地区,以弥补以往的配置失衡缺陷,达到法律配置的公平,最终实现民族地区的社会经济的全面发展,正是从这个意义上说,民族经济法的公平世界观和效益世界观是统一的。因此,用效益原理即成本效益的经济分析的规律来反思和重构我国的民族经济法具有重要意义。

(三) 民族经济法律规范的相对稀缺性

我国民族经济法律规范的相对稀缺性主要表现在:第一,没有专门的民族经济法典。专门的民族经济法典是调整民族经济关系的基本法律,它应当对民族经济关系中的基本问题做出明确的法律规定,诸如民族经济法的基本原则、民族经济法律关系、民族经济法律责任等。当然,有的学者认为,从全国经济和民族地区经济角度上看,国家很难对全国的经济问题制定一个经济法典,同样也很难制定一个民族经济法典。^①在笔者看来,制定统一的经济法典有困难的原因在于我国是一个多民族国家,而且民族地区与非民族地区的生产方式存在较大差异,诚然在法制上不能搞“一刀切”。然而,正是这种差异的存在才使得我们制定专门的民族经济法典成为需要。当前,伴随着西部大开发战略的实施,西部地区的法制环境越来越成为制约因素。为此,法学界要求制定《西部开发法》的呼声日益高涨,并有一些理论研究成果问世。这些成果完全可以作为制定民族经济法典的借鉴和原材料。第二,我国的民族经济法规范过于笼统、简单,缺乏可操作性,有些法律条文孤立无援,无法形成严密的法律规范。宪法序

^① 参见吴宗金:《民族法制的理论与实践》,中国民主法制出版社,1998年版,第227页。

言规定：“国家尽一切努力促进全国各民族共同繁荣。”第4条规定：“国家根据少数民族的特点和需要，帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展。”第一百二十二条规定：“国家从财政、物资、技术等方面帮助各少数民族加速发展经济建设和文化建设事业。”民族区域自治法第二十五条至第三十五条基本上也是相关的一些笼统性规定。如第二十六条规定：“民族自治地方的自治机关在坚持社会主义原则的前提下，根据法律规定和本地方经济发展的特点，合理调整生产关系和经济结构，努力发展社会主义市场经济。”这样的规定在其他基本法中也很多。我们知道，民族经济法作为一个法律部门，是由相关的法律规范的总和构成的。法律规范有其特定的逻辑结构：假定、处理和制裁。假定是把规范同实际状况联系起来的部分，它指出在什么情况下这一规定生效；处理是行为规则本身，指权利义务的安排；制裁是指对违反这一规则所采取的国家强制措施。上述法律规定不但从条文本身来讲不构成法律规范，而且在其他规范性法律文件中也找不到其缺失的要件。由此看来，从部门法意义上考察民族经济法，它的供应是相对稀少的。第三，从民族经济法效力等级上看，我国的民族经济法的效力较低。这主要是由于民族地区的经济发展水平低，经济关系相对简单，国家在制定统一的基本经济法律时，往往赋予民族地区一定的变通适用权，或由民族地区另外立法，制定实施细则。这种委任立法是一种从实际出发的务实做法，但却导致了民族经济法的低效力、等级低以及地方立法中所体现出来的民族本位主义、地方保护主义和无法可依、有法不依等法制混乱现象的泛滥。由此看来，在我国，民族经济法的供给相对于丰富多彩的民族经济关系来讲，具有稀缺性。为了实现对这种法律资源有效、合理、高效的配置，经济分析是一个基本的方法。

第二章 民族经济法的历史形态

民族经济法的历史形态包括一般历史形态和特殊历史形态，笔者将以法的历史起源的视角作为考察的逻辑起点。

第一节 法与民族——以法的历史起源视角的考察

近些年来，中华文明作为一个学术主题得到广泛关注，以构成中华文明的各个文化学科为基本研究单位的专门史研究方兴未艾。作为中华文明有机组成部分的中华法律文明在法制史研究中占有十分重要地位。在民族史、民族学界，已有方家提出了“各民族共创中华”的理论，并以区域和族别为线索进行了系统论述。^①然而在法制史的研究中，几乎所有的著述都侧重于汉族及其先民在中华法律文明的开启和发展中的作用，而忽视了其他民族同样是中华法律文明的缔造者和建设者这样一个基本的历史事

^① 参见韩效文、杨建新主编：《各民族共创中华》丛书，甘肃文化出版社，1998年版。

实。学界普遍认为，中华民族是一个以汉族为主的多元一体^①的民族大家庭，在汉族政权时期，少数民族的从属地位是毋庸置疑的。即或在少数民族政权时期，其“具有多元特色的法律意识和法律制度的融入，为儒家思想一统天下的华夏法制不断注入新的活力”^②。甚至有学者断言“尽管中国历史上有过多次少数民族王朝的统治，但法律的发展很少受这些少数民族习惯法的影响”^③。显然，本文在论述“各民族共创中华法律文明”这一历史主题时，无法回避与上述结论的悖理。

一、从习惯与习惯法的起源考察

关于法律的起源，对于法学家和史学家都是一道难题。法学家力图通过一套合乎逻辑的理论概括法律起源的一般规律，却常常由于一些“例外”而前功尽弃。严谨的史学家总是在为史料的罕缺而伤神，以至于“恢复历史原貌”的任何努力都是徒劳。鉴于“上古之世，若存若亡”（王国维语），传说之史，似非似是，试图从传说时代的云雾之中理出一条中国传统法律文化起源的轨迹来，实在是一件十分困难和“冒险”的事。^④前人和学长的研究为后学者奠定了一定的基础，也提出了警示，指明了方向。那么，能否根据现有的史料和法学理论勾画出中华法律文明起源的大致轮廓，概括出中华法律文明起源的一般理论呢？答案是肯定的。

在法律的起源问题上，一般认为，法律是社会经济的发展，

① 参见费孝通：《中华民族的多元一体格局》，载《北京大学学报》1989年第1期，第1-19页。

② 曾代伟主编：《中国法制史》绪论部分，法律出版社，2001年版，第9页。

③ 郭建、姚荣涛、王志强：《中国法制史》绪论部分，上海人民出版社，2001年版，第3页。

④ 武树臣等：《中国传统法律文化》，北京大学出版社，1994年版，第138页。

私有制和阶级的出现，在氏族制度瓦解的基础上，经历了一个长期的渐进的过程，同国家一道产生的。^① 其实，法律作为一种社会规范，有其自身产生和发展的规律。它的生产并非在短期完成的，而是经历了漫长的时期，同时，它的产生并不以国家的产生为必要。早在国家产生之前，已有中华法律文明的发轫，并呈现出多元性特点。夏朝是我国历史上第一个奴隶制国家，^② 这一点已是定论。然而在夏之前的远古社会，确实出现了法律的萌芽，而且，它是由古代各民族共同创造的。值得注意的是，关于法律的起源，由于西方国家的自然条件和社会历史条件与中国的截然不同，因此关于法律起源的理论也决不相同。遗憾的是学界一直有人试图用西方的法理解释并覆盖中国的社会历史和现实，由此产生的一些理论完全脱离了中国的历史和现实。诚然法律作为一种社会历史现象存在其产生、发展的一般规律，但这种共同规律是建立在个性差异基础上的，所以笔者在考察中国法律文明起源的历史实然性时，对其特殊性予以相当程度的关注。

在中国历史上，国家的产生经历了氏族——部落（部落联盟）——国家这样一个过程，法律的产生相应地经过了氏族习惯——习惯法——成文法这样三个阶段。在晚出的历史文献中有许多关于氏族和部落习惯的记载，如《左传》所言：“男女同姓，其生不蕃”，反映的是母系氏族时期内婚制局限性或弊端。甚至到了现代民族这里，黎族的“放寮”、侗族的“行歌坐月”、壮族的“歌圩”、傣族的“泼水节”、仫佬族的“走坡”、布依族的“赶表”等等，都保存了远古社会群婚制和外婚制的习惯，这是

① 参见刘金国、张贵成主编：《法理学》，中国政法大学出版社，1992年版，第54页。

② 参见史仲文、胡晓林主编：《中国全史》（百卷本）第1卷，人民出版社，1994年版，第67页。

值得我们注意的。《礼记·表记》所载：“母，亲而不尊”，反映的是父系氏族社会母亲的从属地位。到了“远古社会末期，黄河、长江流域出现了华夏、东夷、苗蛮三大集团”^①，这三大集团实际上就是三个较大的部落联盟。总体来说，这些最早的民族共同体分别直接、间接地构成现代中国境内各民族的前身。

据《尚书·吕刑》记载，“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法。杀戮无辜，爰始淫为劓、刖、椓、黥。越兹丽刑，并制，罔差有辞”。其注云“蚩尤作乱，当是作重刑以乱民，以峻法酷刑民”。《周书·吕刑》载：“王曰，若古有训，蚩尤惟始作乱，延及于平民，……苗民弗用灵，制以刑……遏绝苗民，无世在下。”说明苗族是法律文明起源最早的民族共同体，它不仅以大刑攻于外，而且以中刑，薄刑施于内。^②《墨子·尚同中》的记载也印证了这一点：“昔者圣王制为五刑，以制天下。则此其刑不善？用刑则不喜也。是以先王之书，《吕刑》之道曰：苗民否用练折则刑，惟作五杀之刑，曰法。则此言善用刑者以治民，不善用刑者以为王杀。”据载苗民的肉刑共分四类：劓、刖、椓、黥，说明苗民当时处于中华法律文明的前列，是中华法律文明的最早开创者。^③

据《史记·五帝本纪》记载：“蚩尤作乱，不用帝命。于是黄帝乃征师诸侯，与蚩尤战于涿鹿之野，遂禽杀蚩尤。”反映了远古社会各民族共同体为本族的生存与发展而进行的争斗。“三苗经过与黄帝族的长期战争，最后为华夏族的联合力量所战败。这一方面由于‘苗君久行虐刑’，使其内部矛盾尖锐，削弱了抵抗

^① 《中国古代史的传说时代》（增订本），文物出版社，1985年版，第37页。

^② 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第21～23页。

^③ 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第21～23页。

力量；另一方面通过对黄帝、炎帝、尧、舜、禹诸帝的连续战争，极大地挫伤了元气，最后遭到失败。战胜者虽然将部分苗民驱于边远地区，部分苗民降为奴隶，但并没有以自己的制度强加于苗民”^①。而是“袭用了苗族原有的肉刑，所谓‘诋其意而用其法’，并在苗民肉刑的基础上发展了夏朝的刑法”^②。

除了苗民的法律，黄帝部落的法律也在一些文献中有所反映。“上古结绳而治”^③反映的是上古时代通过结绳记事的习惯方式进行治理的情形，这应当是习惯法的雏形。到了“黄帝治天下，法令明而不暗”^④时期，可以设想，长期贯行的习惯已经随着规范性的加强而逐渐演化成习惯法了。

黄帝之后的尧舜时代，典籍中也有许多原始习惯的记载。据《竹书纪年》载：“帝舜三年，命咎陶作刑。”《尚书·尧典》载：“帝曰：皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服，五流有宅，五宅三居。”其中的“五流”之刑值得我们注意。在远古时代个人的力量是渺小的，如果一个人被流放出其部落或氏族，那无异于走上绝路。但是到了《尚书·尧典》所载“流共于幽州，放欢都于崇山，窜三苗于三危，殛鲧于羽山，四罪面天下咸服”时，流放已经成为确认氏族部落首领权力地位，调整古老民族关系的一种规范了。诚然，这种以武力为后盾的强制性规范是调整远古社会民族关系的最强有力的杠杆。到了以后的封建时代，“流刑”的适用对象也曾转移到有罪官吏、士兵等个人身上，逐步成为另外一种刑罚制度。

① 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第23页。

② 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第21页。

③ 《易·系辞》。

④ 《淮南子·汜论训》。

《新语·道基》载：“皋陶乃立狱制罪，悬赏设罚，异是非，明好恶，检奸邪，消佚乱，民知畏法。”这些记载反映了当时的原始习惯已经逐渐获得了法律的评价功能、预测功能和调整功能，它向习惯法的过渡已经成为必然。而《尚书·尧典》中有关“流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。眚灾肆赦，怙终贼刑”的记载显然表明原始的习惯法已经具有严格的规范性和强制力保障，已经具有向奴隶制习惯法升华的倾向。显然，不论是苗民部落创制的法还是黄帝部落借鉴传承和制定的法，并非国家制定意义上的法，而是停留在习惯与习惯法并存的阶段，并带有一定的规范性特点。

二、从国家制定法的起源考察

国家制定法与国家具有孪生关系。从其起源看，夏、商、周时代是我国历史上国家制定法的肇始。夏商周三个古民族从制定法的角度对中华法律文明的贡献主要体现在以下两个方面。

（一）夏、商、周民族的刑法

夏王朝是姒姓为主体的多部族国家，笔者将它统称为夏族。而且它与“九夷”^①有密切关系。在夏代近500年的时间里，夏族与九夷共存，虽以夏族为主导，但在“少康中兴前”，也有夷人把持夏朝的历史，这反映出古代社会民族关系的复杂态势，既有融合与协调的一面，也有对立与斗争的一面。而且，由于史料的缺罕，我们根本无法想象当时民族社会生活的生动景象。所以，有夏一代的法律文明，也是许多古代民族共同创造的结晶。

根据《史记·夏本纪》：“禹之父曰鲧，鲧之父曰颛顼，颛顼之父曰昌意，昌意之父曰黄帝。禹者，黄帝之玄孙而帝颛顼之孙

^① 据《后汉书·东夷传》载，九夷曰畎夷、于夷、方夷、黄夷、白夷、赤夷、玄夷、风夷、阳夷。

也。”晚出文献与传说虽不甚可靠，但这也从一定程度上说明了夏族与黄帝部落的族源关系比较密切。从夏代开始的整个中国奴隶制时代，都有“五刑”的记载，只是在夏代被称为“禹刑”。那么，禹刑从何而来呢？它是夏族的独创吗？根据《魏书·刑法志》记载：“夏刑大辟二百，劓辟三百，宫辟五百，髡、墨各千，殷因于夏，盖有损益。”显然，它吸收了前文所述苗民的“五虐之刑”并加以发展，将“椓”改为“宫”，将“劓”改为“髡”和“刖”。改“椓”为“宫”即由苗民的“割去生殖器”之刑到夏族的“阉割”之刑，刑罚的严酷程度有所降低，相对来讲其刑法的文明程度略有不同。但是，改“劓”为“髡”和“刖”，却加强了刑罚的严酷性。结合当时夏族与苗民的战争情况，我们基本上可以肯定夏族刑法中的刑罚继承和发展了苗民的“五虐之刑”。这说明，从国家制定法的最早起源考察，创制法律的民族主体是多元的。

商汤灭夏，一方面反映了商族对夏族的军事征服，另一方面反映了朝代的更替，而不是一个古代民族消灭另一个古代民族。目前中国史关于朝代的述论排列，事实上是史学家们追求“正统”和“大一统”的主观意志。从民族学的角度看，客观地讲，历史上存在许许多多的古代民族，它们为了各自的生存发展面与他族进行竞争与合作，而许多朝代只是这种民族竞争与合作的产物和标志。商族灭夏以后，一方面继承了夏族的法律文明，另一方面创造了本民族的法律文明。据《左传》载：“商有乱政，而作汤刑。”根据典籍记载，商族创制的刑罚吸收了夏五刑。“夏后氏之王天下也，则五刑之属三千，殷周于夏，有所损益”。只不过汤五刑又发展为：墨、劓、刖、宫、大辟。这与禹刑相比，改“髡”、“刖”、为“刖”和改“辟”为“大辟”基本上与禹刑毫无二致，只是刑名上稍有不同。

另外，商族也创造了灿烂的法律文明。在商朝，已经有了关

于货币、税赋以及土地管理等方面的法律。也产生了法律文明的结晶——《尚书·洪范》^①，由于商朝法制已粗具规模，并处于继往开来的历史地位，因此，周族在取代商族以后，周初政治家周公旦在训诫诸弟如何统治商族遗民时，一再提到“惟殷先人，有册有典”^②。战国时荀况在谈到法律的发展沿革时，特别指出：“刑名从商”。汉时董仲舒也有“殷人执五刑以督奸，伤肌肤以惩罚”^③的论断。

周民族刑法的主要渊源是周初的《九刑》和系统反映周朝法制状况的《吕刑》。

如果说礼制是调整周代统治阶级内部关系和周王朝与其他民族关系的主要手段的话，那么刑法则是调整社会关系主要保障，其主要适用对象为广大的庶民百姓。与夏商制刑的出发点一样，“周有乱政，而作九刑”^④。可以说，周民族《九刑》是以夏族的《禹刑》和商族的《汤刑》为基础并吸收了其若干内容而创制的。《九刑》的主要内容可以从古文献中找到：“毁则为贼，掩贼为藏，窃贿为盗，盗器为奸。主藏之名，赖奸之用，为大凶德，有常无赦，在《九刑》不忘。”^⑤这段文字反映了周民族通过建立“毁”、“掩”、“藏”、“窃”、“贿”、“盗”、“奸”等若干法律范畴，产生了朴素的简单的犯罪构成观念，说明周民族在共创中华法律文明中的作用是不容忽视的。当然，《九刑》在周代也是不断发展的，它经过多次修订基本形成了一个刑罚体系，即由墨、劓、宫、刖、辟、流、赎、鞭、扑等九种刑罚组成。

① 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第27页。

② 《尚书·多方》。

③ 《荀子·正名》。

④ 《左传》昭公六年。

⑤ 《尚书·费誓》。

《吕刑》在中华法律文明史上具有重要作用，它系统反映了周代的法律思想，是我国奴隶制法制的集大成者和成熟形态。根据《尚书正义》记载，吕侯为穆王时司寇，奉命作刑书，成《吕刑》。《吕刑》的贡献主要体现在以下几个方面。其一，从理论上论证了刑法的起源问题。《吕刑》认为，刑法起源于治乱。^①其二，它继承了周初期“明德慎刑”的思想，“以苗民无德滥刑遭受亡国绝祀的史例，论证了敬德以刑，以刑教德的重要性”^②。其三，发展并完善了中国古代刑名制度。据晚出文献记载，《吕刑》中规定了违反王命罪、侵犯人身罪、侵犯财产罪、破坏婚姻家庭罪、官吏违法罪、妨害社会秩序罪等方面罪犯，并形成了较为明确和严格的刑罚制度。^③

（二）夏、商、周民族的礼制

研究古代民族法制史，不能回避礼。“礼，履也，所以事神致福也”^④。可见它起源于宗教活动，也许夏族在氏族部落时期就已经有信奉天命等原始习惯性宗教活动了，只是在其建立了奴隶制国家以后，将这些原始习惯进一步明确化，规范化了而已。根据传说，早在黄帝时代已经开始制礼。当然，此时的礼，是以习惯为基础制定，当它的实现以一定的外在强制力为后盾时，它已经由原始的习惯上升为习惯法了。而夏礼正是继承并发展了原始时期的礼而自成一制的。当然，夏族崇尚“天命”，信奉神权

① 参见刘泽华主编：《中国政治思想史》（先秦卷），浙江人民出版社，1996年版，第36页。

② 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第46页。

③ 例如：《国语·周语》载：“犯王命者必诛。”《周礼》载：“凡杀人者，路诸市，肆之三日。”《尚书·费誓》云：“窃牛马，诱臣妾，汝则有常刑。”《尚书·吕刑》载：“五过之庇，惟官、惟反、惟内、惟货、惟来。其罪惟均，其克审之。”《周礼·秋官·争鬻》载：“凡杀其亲者，焚之”等等都说明了这一点。

④ 《说文解字》。

是有历史根据的,《尚书·召诰》就有“有夏服天命”,“有殷受天命”的记载。就连夏启征伐有扈氏时也要找个“受命于天”的借口:“予誓告汝,有扈氏威侮五行,怠弃三正。天用剿灭其命,今予惟恭行天之罚。”^①我们也完全可以将这一场战争理解为一个宏大的礼仪场景。至于夏代礼制的内容,我们只能从历史文献的片言只语中获得一点信息,如《礼记·礼运》有“礼义以为纪,以正君臣,以笃父子,以睦兄弟,以和夫妇,以设制度”的记载,结合《左传》“(夏)贡金九牧,铸鼎象物”的记载,我们认为,夏礼的功能有二,其一是政治功能,“鼎”作为礼的物质载体,是奴隶制时代王权的象征和标志。而夏礼的首要功能就是维护王权,也就是前文所引“以正君臣,以设制度”。其二是社会功能。夏族是一个重视宗族的民族,在那个方国林立的时代,宗族关系是最强有力的社会联系纽带,所以夏礼中出现调整宗法关系的规范“以笃父子,以睦兄弟,以和夫妇”。王权与宗法权力相互支撑建构了夏族的国家大厦。

商族对礼制的继承和发展也做出了贡献。虽然有关商代礼制的文献资料极少,但是我们可以设想,从商汤至纣亡历时近500年间,如果夏族开创的礼制不被继承和发展,能有以后的“周公测礼”和整个中国封建时代的高度发达的礼治体系吗?应当说明的是商礼甚至后文将要论述的周礼有相当大一部分内容属于习惯法的范畴,但下文将在制定法的意义上进行探讨。

一些文献也反映了商礼的存在。据《周书·君奭》记载:“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。”^②说明夏族礼制、商族礼制和周族礼制之间一脉相承的历史联系。由于礼与天命、神鬼崇拜等密不可分,所以商族统治者经常用活人

^① 《尚书·甘誓》。

^② 《论语·为政》。

来祭祀神鬼，仅商代后期，“按目前掌握的甲骨资料，共用人牲13000余人，其中尚未包括1000余条未记人数的有关人牲的卜辞”^①。可以说，商人最大的礼就是把人献给神鬼。而其中的牺牲者，主要是外服的古代少数民族，如羌人、鬼方、亡方、吉方。“据甲骨卜辞可知，商王祭祀所用人牲的来源，以羌人最多”^②。由此可知，有商一代的礼制已经成为一种强制性规范，它已成为调整王权与其他民族之间关系的工具，同时也是商民族宗教信仰的价值所在。

从整个商代民族关系来看，东有东夷，西有狄、戎、羌、昆夷等民族，南有楚、古越等民族，北有土方、鬼方、御方等民族。《竹书纪年》、《后汉书·东夷列传》、《左传》、《周易·未济》等历史文献中都有商伐诸族的记载，^③因此，把征伐所得的俘虏用来祭祀是合乎历史实际的。而王朝与四方民族的关系，一般为“外服”关系，主要表现为诸侯对王朝纳贡，以示臣服，在军事活动中，“以殷为统帅，相互配合，相互救援”^④。从调整民族关系的角度看，商礼起着举足轻重作用。

对于广大的商族臣民而言，他们同样受到商礼的规制。史载“殷人尊神，率民以事神，先鬼而后礼，先罚而后赏，尊而不亲”^⑤是这种情形的真实写照。事实上，在日常的社会生活中，礼仪渗透到了生活的各个方面，祖先崇拜的必然导致对父、兄的尊重，即对现行宗法关系的维护，而对宗法关系的维护必然会推

① 转引自胡厚宣：《中国奴隶社会的人殉和人祭》，《文物》1974年第8期。

② 史仲文：《中国全史》第1卷《中国远古及三代政治史》部分，人民出版社，1994年版，第110页。

③ 《左传》载：“纣克东夷而陨其身。”《竹书纪年》载：“帝乙三年，王命南仲西拘昆克之，遂征荆降。”《周易·未济》载：“高宗伐鬼方，三年克之。”

④ 王冠英：《殷周的外服及其演变》，《历史研究》1984年第5期。

⑤ 《礼记》。

及到父兄亡后对其亡灵的崇拜，所以，礼与宗法关系密不可分。而且，由于商代的刑罚已经相当完备，对礼和宗法关系的破坏也必然会招致刑法的处罚，从这个意义上讲，商民族所继承和开创的礼，就是礼法之治，这一制度在西周社会最终成为体系。

历史上所称的“周公制礼”^①是周族统治者周公旦在辅政成王时，以周族的原始习惯法为基础，并吸收了夏商以来的礼文化传统，经过系统化的加工整理，厘定成一系列礼仪和典章制度。由于它内容庞杂广博，数量繁多，有所谓“经礼三百”，“曲礼三千”，“礼仪三百”，“威仪三千”之说。《礼记·曲礼》载“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；君臣上下，父子兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军，莅宦行法，非礼威严不行。”由此可见，礼在周民族那里，调整着社会生活的各个方面，显然，它已经成为社会生活的调整规范了，所以，后人称之为“礼法”，恰好反映出中国法律与礼之间的渊源关系。实际上，在周民族那里，礼与刑相结合，相当于后世的“法”，它是人们必须遵守的具有普遍约束力和国家强制力保证其实施的规范。正如《礼记·王制》所载：“山川神祇，有不举祭者为不敬，不敬者，君削以地；宗庙有不顺者为不孝，不孝者，君缡（黜）以爵；变礼易乐者为不从，不从者，君流之；革制度衣服者为畔（叛），畔者，君讨。”在这里，礼被赋予了严格的规范性，并有国家（王权）的强制力保证其实施。所以，周民族所创之礼，实际上是古代法治的化身。这一点从《周礼》中可以反映出来。关于《周礼》的成书年代，自古以来聚讼纷纭。然面从其内容来看，它系统论述了天官、冢宰、地官司徒、春官宗伯、夏官司马和秋官司寇等王卿的职责，是一部实实

^① 《尚书·大传》。

在在的行政法^①。甚至在现在的法学家看来,“礼既是道德又是法律”^②。

由此看来,作为国家制定法的组成部分的刑法和礼法,从其起源看,是夏商周古代民族共同创造的。

三、从具体法律制度的开创考察

事实上,法律文明的发展是一个不间断的历史过程,在这个过程中,中国古代各民族基于自身所处的地理环境、人口状况、周边民族力量对比以及经济关系和历史文化而创造了诸多法律制度。这些带有民族特点的法律制度从历史的进程看促进了中华法律文明的发育,而它们本身也在开启中华法律文明的同时而成为其固有的一部分。例如:鲜卑族的代表人物北魏孝文帝在“法为治要”^③的基础上创制了存留养亲的法律,其中规定:“诸犯死刑者,父母、祖父母年老、更无成人子孙,旁无期亲者,具状以闻。”^④之后又对流犯返乡作了规定:“诸北城(徙)人,年满七十以上及废疾之徒,校其元犯,以准新律。事当从坐者听一身还乡,又令一子抚养。终命之后,乃遣归边;自余之处,如此之犯,年八十以上皆听还。”^⑤这种全新的法律制度,虽然从一定程度上受到汉民族法律文明的影响,但它毕竟是第一次以成文法的形式予以颁行,是其后有关“存留养亲”法律制度的源头。

同样,北朝法律系统从北魏律首开端绪,至北齐律已经蔚然

① 参见韩国磐:《中国古代法制史研究》,人民出版社,1993年版,第43~63页。

② 梁治平:《寻求自然秩序的和谐》,中国政法大学出版社,1997年版,第21页。

③ 《魏书·刑罚志》。

④ 《魏书·高祖记》。

⑤ 《魏书·高祖记》。

可观，并创制了新的法律形式“格”、“式”。又如我国封建社会后期分别由契丹、党项和女真三个民族建立的辽、夏、金政权都创制了自己的法典《重熙新定条例》、《天盛律令》和《皇统新制》，这三个民族所制定的各自的成文法典在中华法律文明史上具有重要作用。

成文法的制定总是伴随着国家政权。蒙古族建立元朝以后，结束了西藏地区四百余年的混乱状态。但是，如何统治这个少数民族地区成为一个重大问题。为了加强对藏民族地区的控制，元王朝设立宣政院，负责管理西藏地区的事务，并派宣慰使一人进驻西藏，负责征收赋税，收纳贡物，调查户口，管理驿站等。在对藏区的经济立法方面，主要制定了籍户法、置驿法和茶马互市法。这些法律都比以往具有开创性。同时，以少临众的蒙古族统治者第一次根据民族标准将全国人分为四个民族等级，即蒙古人、色目人、汉人（包括北方汉人、契丹人、女真人、高丽人等）和南人（南方汉族人和其他各族人），可以说，元朝首次公开地以成文的民族法形式开创了民族不平等的先河。

有清一代，满族对中华法律文明的开创也做出了重大贡献。首先，创制了包括行政法、民法、刑法、经济法、诉讼法等法律部门在内的比较完整的法律体系。其次，民族立法取得很大成就。主要有《蒙古律例》、《理藩院则例》、《回疆则例》、《西藏章程》、《西宁青海番夷成例》、《苗例》等法典，反映了满族贵族对其他少数民族从实际出发因俗而治的法治原则。最后，清代的涉外法律开创了我国涉外法律制度的先河。这主要体现在中国与英、法、俄、荷、日等国的关系条约方面。虽然历史上中国各少数民族朝代对中国封建的法制建设倾注心力，但或因年代久远，或因统治的时间短暂而致使其法制史料缺乏完整性，只有以满族为主体的清朝法制，从关外一隅，发展到整个中国，史料详备，

脉络清晰，是研究中国少数民族法制史的主臬。^①清代以降，伴随着孙中山先生的“五族共和”和中华各民族反抗外族侵略，悠久的中华法律文明开始了艰难的近代化历程，各民族都为这一伟大的历史进程做出了自己的贡献。

应当指出的是，无论是建立了自己政权的民族，还是没有建立自己政权的民族，无论是建立了局部政权的民族，还是建立了统一的全国性政权的民族，他们的法律文明都是中华法律文明的有机组成部分。从具体的历史过程看，少数民族政权的建立使得皇权统治延绵不绝，也使得包括中华法律文明在内的中国政治历史文化传统得以维系和传承。而且，从历史上看，我国的任何一个民族都不是“铁板一块”，他们在“族体上相互吸纳”，使得各民族之间形成“你中有我，我中有你”的景象。所以，任何一个民族所创造的法律文明都可以说是中华各民族共同智慧的产物。

总之，从中华法律文明起源看，无论是其习惯、习惯法，还是国家制定法和具体的法律制度，都是历史上各民族共同智慧的结晶，共同创造的结果。从法的历史起源视角进行的考察，充分印证了各民族在共创中华法制文明中的作用。民族经济法作为中华法律文明的重要组成部分，也是各民族共同法律实践的结果。考察民族经济法的历史形态将有助于我们全面认识历史上各民族经济法律实践的概貌，为现代民族经济法律实践提供历史经验教训和理论支持。

第二节 民族经济法的一般历史形态

民族经济法作为调整民族经济关系的法律规范之总和，是由

^① 参见张晋藩主编：《清朝法制史》绪论部分，中华书局，1998年版，第3页。

国家制定的，我们将这种统一的多民族国家政权制定的法律规范的总和称为民族经济法的一般历史形态。它由汉族中央政权的民族经济法和少数民族中央政权的民族经济法两部分构成。

一、汉族中央政权的民族经济法

汉族中央政权的民族经济法的创制主体是以汉族为主体建立了统一的中央政权为标志的国家。在中国历史上，尽管有许多统一的中央集权制国家建立，然而，它们统治的地域范围是有一定差异的，例如元代以前，藏族居住的西藏地区并未纳入中央政权的统治地域，加上许多历史时期政权对峙的事实，似乎在“中央政权”的认识上会节外生枝。所以，中国历史上的统一和分裂从一定意义上讲是相对的。笔者遵循历史学界关于国家统一的主流观点：即秦、汉、隋、唐、宋、元、明、清时期属于建立了中央政权的统一的多民族国家时期。因此，这也是分析国家制定法层面的民族经济法的时间界域。

（一）秦汉隋唐四代民族经济法概述

自秦代中国历史上第一个统一的多民族国家的建立至唐代它的繁荣鼎盛，由中央政权创制的民族经济法经历了从最初的萌芽到逐步发育的历程。它主要包括秦汉和隋唐两个重要的历史时期。这两个时期有一个共同的特点就是前一个王朝即秦朝和隋朝的统治相对短暂，而后一个王朝统治时期相对较长，并创造出了“文景之治”和“贞观之治”的繁荣昌盛局面。而正是在汉唐两代，才使民族经济法在当时的历史条件下获得了应有的发展。概括地讲，唐代以前的民族经济法主要涉及经济开发法、经济安抚法、经济贸易法、贡赐法、赋税法等内容。

1. 秦代民族经济法

统一的多民族国家的建立，是社会历史发展的必然结果，并且是以军事征服结果的形式表现出来的。军事征服作为最后的保

障，排除了经常使用的可能性，从而使民族经济法作为一项重要的法律措施，成为维持国家统一与安定的有效保障。秦王朝在征服了诸国之后，即将郡县制推及少数民族地区，史称“设道”，使之成为与郡县制相对应的一个独立的行政单位。在那个皇帝的意志就是法律的时代，“天下事无大小皆决于上”^①，其“命为制，令为诏”^②。通过颁布“郡县令”并将其推广到少数民族地区，有利于民族经济法的贯彻执行。为了加强对南方越族的控制，秦王朝修筑“新道”加强联系；为防止匈奴掠侵，修筑了从咸阳到九原长约 1800 余里的直道，这对促进少数民族地区的经济开发起到了一定作用。“迁徙法”是秦朝“移民实边”政策的具体化和法律化。据《史记·秦始皇本纪》载，前 214 年，使蒙恬北逐匈奴，在沿黄河一带设 44 县，“徙谪实之”。据《汉书·高帝记》载，“秦徙中县之民……与百越杂处”。另据《越绝书》载，“徙天下有罪谪吏民置海南故大越处，以备东海外越”。当然，这些只是史料散记的一些情况，由于没有一部完整的《秦律》法典流传下来，所以关于秦代民族经济法的内容更多地表现为“片言只语”或“断章取义”式的扩充解释。

根据 1975 年在湖北云梦出土的《秦简》^③，可以看出秦朝法制已具备相当完备之内容，其中有《属邦律》，即少数民族事务管理方面的法律，而《垦草律》、《仓律》、《藏律》、《关市律》、《牛羊课律》、《金布律》、《工律》、《工人程律》、《均工律》和《司空律》，可以看做是经济法律的各部门。《法律答问》是官方对秦律中刑法条款的解释说明，涉及了民族经济法的一个重要内容：口赋制度。《法律答问》曰：“臣邦人不安其族长而欲去夏

① 《史记·秦始皇本纪》。

② 《史记·秦始皇本纪》。

③ 出土竹简经加工整理成书《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社，1978 年版。

者，勿许。”这里的“臣邦人”当然指少数民族。由于口赋是按人口收取赋税的一种方式，所以限制或禁止少数民族人口流动完全为了秦王朝的经济利益。当然，秦代的法制继承了先秦法家的“法治”思想并加以发展，其经济法突出地反映出它继承了战国以来的国家主义思潮，其“所有或者说几乎所有的有关经济的法律规定都以国家利益为重，很少或者说比较少关注国家利益以外的经济活动”^①，所以它对少数民族的经济法律制度并没有反映少数民族独立的利益与价值。秦代的民族经济法还包括秦王朝对于与少数民族进行经济贸易方面的法律。根据张中秋教授的研究，少数民族要到秦地进行经济贸易，首先必须换取官府的通行证并予以登记，这谓之“布吏”。如果秦人与“未布吏”的邦客进行贸易，就是一种违法行为，应当受到“罚一甲”的制裁，这就是所谓的“客未布吏而与贾，赍一甲”。同时，在《法律答问》中，有这样的规定：“盗出朱（珠）玉邦关及买（卖）于客者，上朱（珠）玉内史，内史材鼠（予）购。可（何）以购之？其耐罪以上，购如捕它罪人；赍罪，不购。”这是一条答问律文，具有法律效力。它的意思表明，将珠玉偷运出境以及卖给少数民族的，应将珠玉上交管财政的内史，内史酌情给予奖励。如何奖励呢？如被捕犯人应处“耐罪”以上，与捕获其他罪犯同样奖赏；如应处罚款，则不予奖赏。^②这实际上是一条关于民族经济贸易方面的法律规定。

总的来看，秦代的民族经济法尚处于萌芽发端时期，它完全被淹没在以刑法为主体的诸法律之中。其法律规定呈现出简约、

^① 张中秋：《经济与法律——传统中国经济法律分析》（1），南京大学出版社，1995年版，第140页。

^② 张中秋：《经济与法律——传统中国经济法律分析》（1），南京大学出版社，1995年版，第134页。

粗疏的特点，与整个秦代法律的精确严密不可同日而语，这也是民族经济关系尚未发育的法律表现。

2. 汉代的民族经济法

汉王朝继承秦王朝的统一事业，建立了一个更为强大的统一的多民族的封建制国家。社会经济的恢复与发展，一方面促进了民族经济关系的发展，另一方面也为实施民族法制奠定了物质基础。

汉朝继承了秦朝的郡县制，继续在少数民族地区设道。据史料记载，在汉平帝时期，全国设有 32 个道，属郡管辖。^① 为了有效地控制少数民族地区，汉王朝实施了移民屯边的边疆经济开发法律，通过军屯和自愿性的移民实边，使小农经济的模式与先进的农业生产技术和经验得以在少数民族地区推广和辐射。公元前 119 年，西汉打败匈奴以后，在“上郡、朔方、西河、河西开田官，斥塞率六十万人戍田之”^②。之后，汉王朝在西域的天山南北也开展了大规模的军屯。屯田戍守法的实施对边疆的巩固发展起到了一定作用。同时，汉王朝制定和实施了迁徙法，主要通过迁徙内地汉族到边疆少数民族地区。如公元前 127 年，卫青领兵击败匈奴取得河套地区并设置朔方郡以后，即于同年夏天募民十万徙于朔方。公元前 121 年，大败匈奴之后，又迁徙 72 万余口充实陇西、北地、西河、上郡等与匈奴交错之地。^③ 当然，民族经济开发法的实施不仅仅是带有经济目的，它也带有政治上的目的和军事上的目的。但无论如何，汉代对少数民族地区实施经济开发法这一点是可以肯定的。

① 参见《汉书·地理志下》。

② 《汉书·食货志》。

③ 吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998 年版，第 26～27 页。

汉代的民族经济法还包括经济安抚法，这突出表现在汉与匈奴的关系上。迫于匈奴的军事压力，汉朝“使刘敬奉宗室女翁主为单于阏氏，岁奉匈奴絮缯酒食物各有数，约为兄弟以和亲”^①。和亲政策中包含着一定的经济内容，即赠送给匈奴一定数量的酒、米、金帛、丝絮等物。汉代也有一系列规范汉族地区与少数民族地区进行经济贸易的法律。再以与匈奴的关系为例，匈奴作为古代的游牧民族，其农业、手工业等均不发达，而汉族地区的农产品、丝织品等正好可以满足匈奴的需要，于是才有匈奴一次次要求汉朝开放“关市”或直接以武力相掠。所以，从这个意义上讲，摧毁汉长城的不是武力，而是来自经济的力量。汉朝在对少数民族经济贸易上的方法，基本上是以限制或禁止这种经济要求为内容的。例如在出入关卡时，要有通行证，史载“两行书赠帛，分持其一，出入关合之乃得过，谓之传也”^②，这里的“传”，就是通行的许可证。违反者以“阑出入关罪”论处。当然，这种限制是双向的，一方面，汉朝的重要物品如马匹、武器、粮食、丝絮不得轻易出关流入少数民族地区，另一方面，“塞外禁物”也不得擅自流入汉朝之地。贸易的进行，必须在遵守法律规定的交易客体的范围：“胡市，吏民不得持兵器出关，虽于京师市买，其法一也”^③。“毋予蛮夷外粤金铁田器；马牛羊即予，予牡，毋予牝”^④。由此可见，汉王朝明确禁止的贸易客体包括：兵器、黄金、铁质农具、雌性马牛羊。其立法的本意在于遏制少数民族的军事力量、农业技术和畜牧业方面取得进步，从而维护汉王朝自身的安全，反映出汉代民族经济法的历史局限

① 《汉书·匈奴传》。

② 《汉书·文帝记》。

③ 《史记·汲郑列传》。

④ 《史记·西南夷列传》。

性。当然，在对少数民族地区的赋税方面，法律规定了许多减免优惠和轻徭薄赋措施。但是，从总体看，这是与汉王朝为少数民族地区采取“因俗而治”的背景分不开的。由于汉王朝对少数民族的首领往往采取受爵封册制度，使得少数民族首领取得了对本民族进行实际统治的特权，所以少数民族的下层人民仍然需要承受本民族统治者强加的沉重的经济负担和法律义务。所以，他们并没有因为汉王朝轻赋税徭役的“法律保护”而使自己的处境有所改善。

3. 隋唐的民族经济法

秦汉之后，中国又进入了分裂和民族布局发生较大变动的时代。一方面，北方少数民族大量进入中原地区，另一方面，中原的汉族也大量南迁到南方少数民族居住地区，形成了一种由北方向南方的“挤压”态势，这也反映出当时政治斗争、政权间战争和民族关系的实际状况。在此背景下，民族经济法主要以割据政权制定法的形式展现出来，并带有一定的地缘性特点（容后论证）。因此，这一段历史上的民族经济法前承秦汉后接隋唐，基本的法制脉络并未中断。只是鉴于论证的需要，笔者在秦汉之后，立即转入对隋唐相关主题的研究。

（1）隋唐法制的重要历史地位

隋朝的法制与它的短暂一样闻名于史。它强调“取适于时”，不拘泥于一族之偏见，因而在博采南北两朝法文化精髓的基础上开创了辉煌灿烂的隋代法文明。《开皇律》出现以后，标志着中国封建法律基本原则和基本制度已经成型。^① 在隋王朝的统治阶层中，虽以汉族地主阶级为主，但吸收了以鲜卑族为代表的许多少数民族成员，其中心任务是巩固政权。为此，进行了以“均田

^① 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第242～252页。

法”和“赋税法”为核心的经济法制改革。继《开皇律》之后，又颁布了《开皇令》三十卷，其中涉及了官品、诸省、诸寺、诸卫、东宫、行台、诸州、祠、户、学、选举、考课、衣服、关市、丧葬等篇名，表明隋朝法制已经渗透到社会关系的各个方面，从国家到社会、从重臣到市民，无不处在严密的封建“法网”之中。另外，隋朝法制也开启了民族经济法相关制度之先河。尽管隋朝仅存三十多年便消亡了，但是，它的法律制度却为后世继承和发扬，尤其以唐朝为甚。可以说，如果没有隋朝法制的奠基，就没有唐朝法制的兴旺。这也是笔者将隋唐民族经济法一体研究的原因。因此，后世人才有“隋亡而法不亡”之说。

唐朝是中国历史上著名的强盛王朝。唐朝的法制揭开了中华法律文明史上辉煌的一页，其历史地位主要表现在：第一，以《唐律疏议》为代表的唐朝法律，是前代法文化的集大成者。《唐律疏议》是我国迄今为止发现的保存下来最早、最完整的封建法典。所以通过研究它，不仅可以了解包括民族经济法在内的各种法律制度的起源，而且可以掌握其流变关系。第二，唐朝法制以繁荣的唐代政治、经济、文化为依托，建立、完善和发展出了一系列法律制度和思想，并为后世继承、发扬。比如“援法断罪”的规定：“诸断罪皆须引律令格式正文，违者笞三十”，是当代刑法中“罪刑法定”原则的历史雏形。又如李世民倡导的“人有所犯，一一于法”的思想，是近现代“法律面前人人平等原则”的历史原型，这对于皇权凌驾于法律之上的封建时代的皇帝来讲，实在是难能可贵的法律智慧。事实上，自唐以降，宋元明清的法制莫不对唐法制顶礼膜拜，移植照搬。甚至日本的《大宝律》，朝鲜的《高丽律》也是以《唐律》为蓝本订立的。日本著名的中国法律史学家仁井田升对唐朝法制予以高度评价：“七世纪的唐律比十六世纪的神圣罗马帝国的卡罗林纳法典有过之而无不及，

同时也可以与十七世纪德意志刑法典相媲美”^①。自唐以后,“中华法系”作为一个重要的法系而耸立在世界法制之林。

(2) 隋唐民族经济法的主要内容

隋唐两代,国家制定的民族经济法主要包括经济安抚法、经济贸易法、赋税法等内容。

隋唐统治者对少数民族经济安抚法总是与政治上的招抚、封册和和亲以及羁縻政策相联系。招抚所遵循的是“以理绥静”的原则,可以达到“不劳兵而定”的效果。^②陈之以理只是一方面,理背后的利也是必不可少的。因此,统治者总是辅之以物质利益,使其权衡利害,归附王朝。王朝也大力推行封册之法,给少数民族的首领以爵位,如隋朝封契丹首领为大将军勋爵,唐朝封西安厥处罗为归义郡王。封册同时意味着给少数民族首领以经济上的特权,也意味着该民族在国家制定法意义上享有一定的经济利益。和亲是隋唐两朝继承汉代遗风的结果。史载隋王朝“以兴化公主妻伏”^③,就是将兴化公主嫁于吐谷浑的首领伏为妻。唐代与少数民族的和亲约几十次,“和亲对象涉及吐谷浑、突厥、回纥、契丹、吐蕃、于阗、奚、南诏、宁远国等九个少数民族权”^④。和亲时带去大批的嫁妆和礼物,已成为王朝之累。对少数民族的羁縻不但是一项政策,而且已上升为法律制度。唐代在少数民族地区推行府、州、县制度是一次伟大的创举。例如唐朝在边疆地区陆续设置的安西、安北、单于、安东、安南、北庭都

① 转引自曾代伟主编:《中国法制史》,法律出版社,2001年版,第156页。

② 参见《资治通鉴》卷一百七十五《陈纪九》:隋主召汾州刺史韦冲为兼散骑常侍。时发稽胡筑长城,汾州胡千余人,在涂亡叛。帝召冲问计,对曰:“夷狄之性,易为反覆,皆由牧宰不称之所致。臣请以理绥静,可不劳兵而定”的记载。

③ 《隋书·吐谷浑传》。

④ 吴宗金、敖俊德主编:《中国民族立法的理论与实践》,中国民主法制出版社,1998年版,第40页。

护府，统辖少数民族诸部。都护府的统治，主要通过羁縻州来实现。法律规定，“以其首领为都督、刺史，皆得世袭”，他们虽不向王朝交纳贡赋，但必须为“边州都督；都护所领”^①。此时，王朝对少数民族的众多政策中体现着基本的民族经济法内容，即经济安抚法。当然，这种性质的民族经济法只是笔者在史料中归纳演绎的结果，因为它们事实上存在于各种政策与其他法律之中，尚未独立出来。

关于民族经济贸易法在隋唐两代已初具形态。有的学者将它总结为“互市”、“茶马贸易”、“绢马贸易”等经济贸易形式，其实这些都是民族经济贸易法的内容，亦即少数民族利用马、牛、羊、驼、骡等牲畜与汉族的丝织品、茶叶、粮食做交易。其中所谓的“茶马贸易”和“绢马贸易”只是“互市”的一种法律许可的形式。隋炀帝于大业三年，修改了《开皇律》，制定了《大业律》，其中增加了“关市”篇，《开皇令》中也设立了“关市”篇目。这完全是当时社会工商业日益发展、隋朝与包括西域在内的各少数民族地区进行经济贸易的客观要求，是民族经济关系在法律上的体现。到了唐代，与欧亚各国的贸易以及与少数民族之间的经济往来日益兴旺发达，史载有七条道路通往国内外贸易场所：“其人四夷之路，与关戍走集，最要者七：一曰营州入安东道；二曰登州海行人高丽渤海道；三曰夏州塞外通大同云中道；四曰中受降城入回鹘道；五曰安西入西域道；六曰安南通天竺道；七曰广州通海夷道。”^② 规范民族经济贸易关系的法律主要是《关市令》（当然《关市令》并非专门规范民族经济贸易关系之法，它还包括对外贸易）。其中规定：“诸外蕃与缘边互市，皆令互官司检校，其市四面穿堑及立篱院，遣人守门；市易之日，

^① 《新唐书》卷43，下。

^② 《新唐书·地理志》。

卯后，各将货物畜产，俱赴市所，官司先与蕃人对物定价，然后交易”^①。又据《大唐六典·诸互市监》载“诸互市监，监各一人。汉魏以降，缘边郡国皆有互市，与夷狄交易……至隋，诸缘边州置交易监……光宅中，改为通书监，反复旧，为互市监。诸互市监各掌诸蕃交易之事”。这反映出唐代的经济贸易无论从规模、贸易对象和贸易主体范围上都较隋代有了较大发展。在民族经济贸易法方面，唐朝还继承了秦代的“布吏”和汉代的“传”，创立了“过所”制度。“过所”作为一种市场准人许可证，由政府颁发，未经许可而擅自入市贸易者，将予治罪。法律进而规定：“诸赍禁物私度关者，坐赃论；赃轻者，从私造，私有法。若私家之物，禁约不合度关而私度者，减三等”^②，该条文的疏议详细解释了“禁物”的范围，“坐赃”的处罚期限以及“私有法”的范围；依《关市令》，锦、绫、罗、棉、绢、丝、布、牦、珍珠、金、银、铁，并不得度西边、北边诸关及至缘边诸州兴易。唐朝通过对这些物品的限制，使其免于流向吐蕃、突厥、吐谷浑、回纥、党项等少数民族那里。这样一方面可以遏制其经济实力和战斗力，二则可以维持强化这些少数民族对唐王朝的依赖，确保帝国的远大利益。^③

赋税向来是统治者赖以存在的物质基础。少数民族无论是被武力征服，还是自愿归纳唐朝的，从法律上讲都有向王朝进贡的经济义务。后世学者多不把进贡与赏赐纳入赋税法中研究。在笔者看来，进贡与赏赐，与当代的赋税与财政拨款有相同的地方，只不过在古代带有强制的政治伦理色彩，而在现代更加倚重其法

① 《唐令拾遗·关市令》，转引自张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1999年版，第296页。

② 《唐律疏议·卫禁》。

③ 参见张中秋：《法律与经济——传统中国经济的法律分析》，南京大学出版社，1995年版，第379-380页。

总之，唐代以前中央政权制定的民族经济法仅仅处于萌芽时期，它主要被包含在诸法合体的封建法典和单行的法律之中。尤其在“皇言即法”的历史时期，它经常以“诏”、“令”等形式出现。另外，这一时期的国家制定法层面上的民族经济法由于民族经济关系的不发达而受到制约，同时，法律在整个专制社会的辅助角色也妨碍了民族经济法的成长。在许多时候，民族经济法措施的贯彻完全取决于王权与少数民族政权军事力量 and 综合力量的对比关系。当然，这并不妨碍我们对这些民族经济法材料和元素的探索，相反，它有助于我们了解其历史原貌，理清其流变关系，为进一步的研究打下基础。

（二）宋明两代民族经济法概述

盛唐之后，经过了五代十国的磨砺，民族关系呈现出复杂的局面，突出地表现为少数民族力量的壮大，民族矛盾的扩大和加深。北宋建立以后，首先面对辽和西夏的挑战，南宋时，金和西夏与之对峙，同时，各民族政权间也连绵征战，民族矛盾错综复杂。之后元朝与清朝两个少数民族统一政权的建立，凸现了少数民族在中国历史上的地位。

1. 宋代民族经济法

宋代的科技进步和农业恢复使社会经济呈现出繁荣的趋势，而民族关系的多样化、复杂化使民族经济法的发展获得了客观条件。宋代的民族经济法依民族对象不同分两个方面：

（1）对直接管辖的少数民族的经济法

商品经济的发展，促进了民族经济关系的规范化。宋朝对其直接管辖的少数民族地区实施了一系列民族经济法。在赋税方面，基本沿用唐代的“薄赋轻徭”法律制度，给少数民族地区以赋税方面的优惠。例如在广西地区，“令郡县之外羁縻地，犹近

总之，唐代以前中央政权制定的民族经济法仅仅处于萌芽时期，它主要被包含在诸法合体的封建法典和单行的法律之中。尤其在“皇言即法”的历史时期，它经常以“诏”、“令”等形式出现。另外，这一时期的国家制定法层面上的民族经济法由于民族经济关系的不发达而受到制约，同时，法律在整个专制社会的辅助角色也妨碍了民族经济法的成长。在许多时候，民族经济法措施的贯彻完全取决于王权与少数民族政权军事力量 and 综合力量的对比关系。当然，这并不妨碍我们对这些民族经济法材料和元素的探索，相反，它有助于我们了解其历史原貌，理清其流变关系，为进一步的研究打下基础。

（二）宋明两代民族经济法概述

盛唐之后，经过了五代十国的磨砺，民族关系呈现出复杂的局面，突出地表现为少数民族力量的壮大，民族矛盾的扩大和加深。北宋建立以后，首先面对辽和西夏的挑战，南宋时，金和西夏与之对峙，同时，各民族政权间也连绵征战，民族矛盾错综复杂。之后元朝与清朝两个少数民族统一政权的建立，凸现了少数民族在中国历史上的地位。

1. 宋代民族经济法

宋代的科技进步和农业恢复使社会经济呈现出繁荣的趋势，而民族关系的多样化、复杂化使民族经济法的发展获得了客观条件。宋代的民族经济法依民族对象不同分两个方面：

（1）对直接管辖的少数民族的经济法

商品经济的发展，促进了民族经济关系的规范化。宋朝对其直接管辖的少数民族地区实施了一系列民族经济法。在赋税方面，基本沿用唐代的“薄赋轻徭”法律制度，给少数民族地区以赋税方面的优惠。例如在广西地区，“令郡县之外羁縻地，犹近

地区广设交易场所，发展民族经济贸易，使宋代的商品经济日益发达。宋王朝还在四川地区设置茶马司，将茶叶运往少数民族地区，换取马匹。同时，法律明确禁止私卖私贩行为，并规定了严酷的刑事处罚。其次，贸易客体的范围缩小了。经济的发展，民族贸易的加强，理应使流通物的范围扩大。但是，基于民族经济贸易的特殊性——民族性的存在，王朝时刻考虑着自身的“经济安全”和“政治安全”。所以，在宋代，随着贸易的日益繁荣，法律规定贸易客体的范围却受到了限制。这主要体现在专项经济法“盐茶专卖法”上。它涉及的范围不止茶盐，还有酒、矾、香药、铁、石炭、醋等民间消费品，立法可谓详尽严苛。最后，在市场管理方面，宋代沿用唐代的“关市令”和《唐律疏议》中的相关规定，虽然它是对全国市场的普遍适用之法，但对其直接统辖的少数民族，有直接适用的效力。

贡赐法前代已有，到了宋代进一步规范化了。有学者经过研究，认为宋王朝的贡赐法有一定的法定程序^①，即申请、持驿卷和皇帝召见、恩赐。其实唐代已有王朝为“贡赐”所累的头头，到宋朝进一步加剧了。少数民族首领经常利用朝贡的机会，以小博大，在“浩瀚的皇恩普照”下，获取巨大的经济利益。所以，设立这种法律程序限制了朝贡的时间、地点、规模等，使其处于一种可控制的状态。一直到了后世王朝，仍有这种现象存在。

（2）对与之形成对峙政权的少数民族的经济法

经济法应当是维护统治者经济利益的重要工具，在封建时代，尤应如此。然而，宋王朝在对待与之形成对峙的少数民族政权时，实施了违背其经济利益的民族经济法。宋景德元年，迫于契丹族强大的军事压力，宋与契丹政权议和，签订了带有当今

^① 参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第55～56页。

地区广设交易场所，发展民族经济贸易，使宋代的商品经济日益发达。宋王朝还在四川地区设置茶马司，将茶叶运往少数民族地区，换取马匹。同时，法律明确禁止私卖私贩行为，并规定了严酷的刑事处罚。其次，贸易客体的范围缩小了。经济的发展，民族贸易的加强，理应使流通物的范围扩大。但是，基于民族经济贸易的特殊性——民族性的存在，王朝时刻考虑着自身的“经济安全”和“政治安全”。所以，在宋代，随着贸易的日益繁荣，法律规定贸易客体的范围却受到了限制。这主要体现在专项经济法“盐茶专卖法”上。它涉及的范围不止茶盐，还有酒、矾、香药、铁、石炭、醋等民间消费品，立法可谓详尽严苛。最后，在市场管理方面，宋代沿用唐代的“关市令”和《唐律疏议》中的相关规定，虽然它是对全国市场的普遍适用之法，但对其直接统辖的少数民族，有直接适用的效力。

贡赐法前代已有，到了宋代进一步规范化了。有学者经过研究，认为宋王朝的贡赐法有一定的法定程序^①，即申请、持驿卷和皇帝召见、恩赐。其实唐代已有王朝为“贡赐”所累的头，到宋朝进一步加剧了。少数民族首领经常利用朝贡的机会，以小博大，在“浩瀚的皇恩普照”下，获取巨大的经济利益。所以，设立这种法律程序限制了朝贡的时间、地点、规模等，使其处于一种可控制的状态。一直到了后世王朝，仍有这种现象存在。

（2）对与之形成对峙政权的少数民族的经济法

经济法应当是维护统治者经济利益的重要工具，在封建时代，尤应如此。然而，宋王朝在对待与之形成对峙的少数民族政权时，实施了违背其经济利益的民族经济法。宋景德元年，迫于契丹族强大的军事压力，宋与契丹政权议和，签订了带有当今

^① 参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第55～56页。

“国际法”性质的“澶渊之盟”。按此盟约规定，宋每年向契丹政权输银 10 万两，绢 20 万匹^①，后又约定，宋向契丹政权“每年增绢 10 万匹，银 10 万两”^②。在与党项族政权西夏议和时，宋每年“赐”西夏银 72 000 两，茶 30 000 斤，开放边境榷场，撤消禁止青盐内输命令。^③在对女真族建立的金政权的议和中，岁币增至银 30 万两，绢 30 万匹，犒军钱 300 万贯，且随着女真人的反复敲诈，增加无常。这反映出民族矛盾尖锐时期民族经济关系在法律上的不平等性。当然，换个角度看，这当是苟且偷生之术，似乎于法无涉，见仁见智罢了。

2. 明代民族经济法

明朝是我国封建社会后期的鼎盛王朝，明朝中叶出现了资本主义生产关系的萌芽，在科学技术上也有了很大进步，这一切为明法制的辉煌奠定了基础。明王朝统治的一个显著特征是对已经臣服的少数民族实行有效的专制性质的法治，而对与王朝处于对立状态的少数民族如鞑靼、瓦剌等蒙古诸部，则采取防范、收缩战略，反映在民族经济法上，前者以明确的法律上的经济权利和义务关系为纽带，后者则带有平等交易的性质，所以，前者侧重贡赏、赋税等方面，后者侧重在互市方面。

(1) 对政权管辖范围内少数民族的经济法

明王朝对政权管辖范围内的少数民族，地处于北方和乌思藏地区的，以羁縻为主，建立羁縻卫所，在经济上对其适用朝贡法，使其按期朝贡，然后王朝根据情况予以赏赐。当然，在乌思藏地区也制定了赋税法 and 茶马互市法（由于章节安排的原因，容后以特别详述）。对南方少数民族地区，承元土司制度。土司制

① 参见《宋史纪事本末·契丹盟好》及《宋文鉴》卷四十二。

② 《契丹国志》卷 20《澶渊誓书》。

③ 《续资治通鉴长编》卷 142，《西夏书事》卷 16。

度中，其民族经济法上的体现即为朝贡法与赋税法并存。据《大明会典·礼部六十六》载：“湖广、广西、四川、云南、贵州腹里土官，遇三朝觐，差人进贡一次，俱布政司给文书起送，限本年十二月终到京……”可见，在朝贡的时间上有明确的法律规定。该史料同时记载：“其三年朝觐，每司只许二人”，这反映人数上的限制。人贡之物，以“方物”为限，不允许以次充好。赋税法规定，各土司掌握之地必须交纳一定数额的赋税，以尽其经济义务。当然，赋税的数额一般比较小，洪武时，管辖面积较大的水西宣慰每年纳赋约三千石，即使整个贵州地区的赋额，也抵不上东南小郡之赋额^①，说明了中央王朝对少数民族地区的赋税总体上讲是与其经济条件相适应的，当然也许有政治抚慰的意义。在有些极端贫困之地，也曾有过“赋税听自输纳”^②的情形。

（2）对与之对立的少数民族的经济法

明朝建立以后，游牧于蒙古地区的鞑靼、瓦剌各部长处于分裂割据状态中，从而与明政权长期对立。游牧经济与农业经济的天然互补性，决定了汉民族与鞑靼、瓦剌部进行经济贸易的历史必然性。事实上，“内蒙地区与内地的商业关系一直没有中断，到了明代后期，商业关系更加频繁”^③。据《明史·食货志》记载：“国初，东有马市，西有茶市。”马市主要集中在长城沿线，与蒙古、女真诸部进行贸易。除去茶马互市以外，“市集上‘贾店鳞比，各有名称’，南京罗缎铺，苏杭绸缎铺，潞州绸铺，泽州帕铺，临清布帛铺、绒线铺、杂货铺，各行交易，铺沿长四五

① 参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第75页。

② 参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第75页。

③ 葛伯赞主编：《中国史纲要》（下），人民出版社，1983年版，第234页。

里许，商业极为繁盛”^①。为了牵制瓦剌、鞑靼的力量，明朝下令在辽东设立马市，与女真贸易，“令参将，布政司官各一人监之”^②。马市依法分为“官市”和“民市”两类。在“官市”上，蒙古、女真各部送来的马匹，由明王朝定价，每匹马的价值用金、银、绢、布等进行衡量，并有明确的法定标准数额。在民市上，广招商贩，听令贸易。明王朝对马市的开放时间和交易物品种均有法律规定，不是互市的日子，不得靠近边境。对交易物品的限制主要是硝磺、铜铁、盔甲、弓箭、刀刃等与作战和农业有关的物资。直到1574年，才允许铁锅、铁制农具进入市场^③，这反映出明王朝继承前代“民族遏制”策略，维护自身安全的良苦用心。

（三）汉族中央政权民族经济法的特点总结

通过对历史上汉族中央政权民族经济法的考察，可知它有鲜明的怀柔性、强迫性和价值缺失性。历史上汉族中央政权对少数民族的经济安抚法、贡赐法、赋税法，反映出其鲜明的怀柔性。而经济贸易法和宋代对契丹、党项、女真政权议和法带有明显的强迫性。从立法的目的和适用的结果来看，它们缺少作为民族经济法应有的独立价值取向，而沦为一个民族政权对付其他民族的政治工具，这也是封建专制统治之下不平等的民族关系和不平等的民族观在民族经济法上的表现。

二、少数民族中央政权的民族经济法

在我国历史上，汉族始终在数量上占据绝对优势。无论是汉

① 翦伯赞主编：《中国史纲要》（下），人民出版社，1983年版，第235页。

② 《明史·食货志五》。

③ 参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第81页。

族中央政权还是少数民族中央政权制定的针对汉族的经济法律通常具有在全国普遍适用的效力，除非有其他特别的法律规定。因此，少数民族中央政权制定主要针对汉族的经济法并不能划入民族经济法的范畴，在现代的民族经济法中也是如此。鉴于此，本文探讨的“少数民族中央政权的民族经济法”仅指针对其他少数民族而制定的经济法。元朝和清朝是我国历史上仅有的建立了大一统政权的少数民族王朝，从法律制度和法律文化进化的意义上讲，为中华法制文明做出了巨大贡献，而民族经济法也是该贡献的有机组成部分，不容忽视。

（一）元代民族经济法

蒙古族统一中国以后，元王朝对少数民族的经济法大致可以分为三个层次：

其一是对本民族适用的经济法。作为以蒙古族为主体的统一政权，公开标榜民族的不平等性，其按民族标准将全国人民强制划分为蒙古人、色目人、汉人（北方汉人、契丹人、女真人、高丽人）、南人（南方汉人和其他各族人）四个等级的做法早已使人耳熟能详。所以蒙古族因其特殊的政治法律地位而有别于其他民族。反映在民族经济法上，法律主要确保蒙古族人的经济利益，而这方面的法律规定往往包含在刑法、行政法等法律之中，甚至渗透在各民族人们的法律意识之中，往往不具有直接的规范意义，因而本文不去做深究。

其二是对东北、西北等边疆少数民族实施的经济法。元王朝对这些少数民族“皆赋役之，比于内地”^①，说明对这些少数民族适用了全国统一的经济法。这些少数民族与汉族一样，需要向王朝缴纳税赋，进贡“方物”。史载女真人为建造战船出征日本，

^① 《元史》卷58《地理志》序。

“工役繁甚”^①，“圣元十六年……命畏吾尔计亩输税”^②，“至元十七年（1280年）……哈刺所部和州等城为叛兵所掠者，赐钞给之，仍免其民差役三年”^③。根据这些记载可知，元王朝早在1279年灭南宋后就开始了对边疆少数民族与汉族一体适用经济法的实践，鉴于对这些这所适用的经济法总体上的普遍效力，也不属于本文讨论的范围。

其三是对南方少数民族适用的经济法。这主要包括两部分，一部分是对藏族适用的经济法，另一部分是对除藏族以外的其他南方少数民族适用的经济法。西藏自元始，属于中央政权直接行使行政管辖权之范围，正式纳入中国版图，成为中国领土之不可分割部分。鉴于其特殊性，本文将在“特殊文化地缘范围内的民族经济法”一节详论。

元王朝对西南少数民族地区实行土官制度，即通过各民族的土著豪酋推行“以夷制夷”的策略。这是“朝廷设置于边远少数民族地区的一种特殊的地方政权形式，是同当地民族社会发展大体相适应的一种上层建筑”^④。民族经济法在此主要包括三个方面。

1. 赋税法

元初实行的赋税法律制度的宗旨主要在于为蒙古帝国的军事扩张提供物质基础，因此，从当时实行的赋税制度来看，在征收数量上不断增长，其赋税法和其他各种制度一样，基本上是在元初忽必烈统治时期奠定的。^⑤ 对于西南少数民族地区，法律规

① 《元史》卷13《世祖本纪》。

② 《元史》卷10《世祖本纪》。

③ 《元史》卷11《世祖本纪》。

④ 罗贤佑：《元代民族史》，四川民族出版社，1996年版，第387页。

⑤ 参见杨建新、马曼丽：《成吉思汗忽必烈评传》，南京大学出版社，2002年版，第393～394页。

定，土官的赋税种类有三。第一是输金银钞。云南行省是当时实行土官制度的主要地区，史载“云南民岁输金银”^①，通过土官向朝廷纳赋税。史载至顺二年（1331年）云南景甸蛮官乞升甸为景东军民府，“常赋外岁增输金五千两、银七百两，许之”^②。第二是输粮食。元朝的赋税，在南北是不同的，北方主要是税粮科差，而在南方主要沿用宋制，征收夏、秋两税。夏税一般按秋税粮额为基数，按一定比率折输实物或钞币。^③说明在输粮输钞上，可以选择替代。另外，元王朝实行统一的货币法，在全国范围内只有云南地区可以因俗有异，特许钞贝参用。贝的计算单位是“以一枚为庄，四庄为手，四手为苗，五苗为索”^④，每金一钱直（值）贝子二十索^⑤。如果遇到年成欠佳，还可以减免。《元史·世祖本纪十四》记载：“敕以海南新附四川洞寨五百一十九，民二万余户，……免其田租三年”。第三是输布。根据少数民族的经济情况，有生产布料条件的，当然可以通过输布来完成纳赋税之义务，同时，输布在很多场合也是表示臣服王朝统治的象征，史载泰定三年（1326年），“八番岩霞洞蛮来降，愿岁输布二千五百匹”^⑥。由于少数民族地区对中央王朝时叛时服，所以双方经济法关系也呈现出跌宕起伏之势，时无常态。

2. 朝贡法

元代的土官制度，涉及对白人、罗罗、末些、金齿百夷、斡

① 《元史·刘正传》。

② 《续文献通考·土贡一》。

③ 张国华总主编：《中国法律思想通史》辽夏金元部分，山西人民出版社，2001年版，第161～162页。

④ 《云南志略》。

⑤ 《元史》卷12，《世祖本纪》。

⑥ 《续文献通考·土贡一》，以上参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第66～67页。

泥、野蛮、蒲蛮、土僚蛮、卢人、撬人、峨昌、苗、蕃、峒、仡佬、徭人、僮人、黎人等 18 个少数民族的统治。元王朝下令在这些地方兴修水利、实行屯田、修设驿站驿道，使这些民族的社会经济得到了一定程度的发展。经济开发的另一个直接好处是稳定王朝在这些地区的统治。这些民族除负担赋税之外，还须依朝贡法进行朝贡。朝贡作为一项经济法制度在元朝仍被沿用，并且赋予新的内容。在元代，由于王朝与少数民族地区在统治关系上日益紧密，因而朝贡具备了严格意义上的法律上的权利与义务性质。法律不但规定了朝贡物的品种、数量，甚至还有“免贡”“减贡”方面的程序性规定，“同时，在朝贡的同时，元王朝与历代王朝一样给予回赐，或赐金、银等物，或赐衣服、帽、靴、袜、帛，以及鞍勒、兵器等物，以增加土官的财富，显示中央王朝给予的荣宠”^①。

除赋税法与朝贡法之外，元代民族经济法规范还大量散见于《元典章》中，其中有户部钞法、钱粮、课程、租税、赋役、科役等内容。《元史·刑法志》刑法三食货和刑法四禁令，《通制条格》中有关于倒换、烧毁昏钞，赋役、关市的规定，《元史·食货志》中也有大量可以适用于少数民族地区的法律规范。而且，在法制受制于专制的封建时代，法律的适用带有极大的随意性，在民族经济关系无法可依的情况下，元王朝往往通过皇帝的命令或将普遍适用的经济法推及少数民族地区加以适用，于理于法都算说得过去。而元朝作为少数民族政权所开创的诸多民族经济法律制度，也为后世所承袭。

（二）清代民族经济法

清代的法制，既是中国整个封建时代法制的集大成者和总结

^① 吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998 年版，第 67 页。

者，也是中国近现代法制的开启者和传承者。与前朝法制资料失散、匮乏之状况相比，清代法制资料浩瀚如海，“史料详备，脉络清晰，是研究中国少数民族法制史的圭臬”^①。鉴于此，限于本文的侧重及本人的学力局限，笔者拟仅就清代民族经济法的状况进行概括述评。研究清代民族经济法，应将它置于三个大时段进行解析。

1. 入关前的民族经济法

以入关前作为时间界限的意义在于：其一，统一的全国政权未建立，但已经制定了一系列促进满族社会经济发展的法律，这些法律是清代法制的有机组成部分。因此纳入少数民族中央政权民族经济法的范畴予以论证。其二，这些法律主要适用于本民族，尽管它体现在对其他民族的经济关系方面。这一时期的民族经济法主要包括以下几方面：

(1) 经济发展法

满族统治者有着远大的政治抱负，深谙经济发展是立国之根本。为此，早在努尔哈齐时代，就十分重视用法律手段保护新生的经济关系，促进满族社会经济的发展，这一方面的法律规范之总和，就是经济发展法。法律规定，“有滥役民夫，致妨农务者，该官牛录章京，小拨什库等俱治罪”。禁止王公贵族“扰害人民，蹂践田园，伤残牲畜”^②；禁止随意宰杀牛马骡驴，以保护农业生产。实行按丁分配国有土地的制度，“每丁给田五日，一家衣食，凡百差徭，皆从此出”^③。允许粮食自由买卖，并实行纳粟赎罪制度。“获罪之人，无银纳赎，愿输粮者，准依时价算收。

① 张晋藩主编：《清代法制史》之绪论，中华书局，1998年版，第2页。

② 《清太祖武皇帝实录》卷58。

③ 《天聪朝臣工奏议》。

有余粮愿助者，量给奖赏。愿卖者许其自巢”^①。这些法律规定，对保障农业经济发展有积极作用，当然，它们也是社会大变动的产物，它表明和记载着封建经济关系的要求。^②

（2）经济贸易法

后金政权为了规制日益发展的商业经济贸易，规定了一系列经济贸易法。在市场管理方面，下令开店的诸申和尼基，要把店主的姓名刻在石头或木头上，立在店前，否则，将予以治罪。同时，禁止“行商”游走，扰乱秩序。为此谕令户部：“自今以后，若别旗地方贸易及街市往来贸易等人有为盗者，昔令本主连坐。既为贸易之主，即有约束之责，……自八家以下，满州、蒙古、汉人官员人等，各令家中闲散人俱归屯居住，牛录章京及家长各严加稽察。”^③ 在贸易价格和税收方面，命令给各种贸易物品定价，对于蒙古人贩的牲畜、皮毛、布匹的价格，规定违背价格，多给的钱不能私收，否则，将没收多给的部分，并给当事人定罪处罚。表明后金政权加强了对贸易活动的干预。同时，对于市场上贸易的对象，抽取税收，并规定了严格的处罚。^④

总之，入关之前实施经济法律措施，取得了显著的效果，从某种意义上讲，它为清入关统一全国起到了一定作用。

2. 统一稳定期间的民族经济法

从1644年清军入关到1840年鸦片战争，为清代统一的多民族国家的稳定时期，王朝在全国建立了统一的法制，其民族经济立法也达到了前所未有的高度。

从立法数量上看，许多重要法典和单行法中都包含有民族经

① 《清太祖武皇帝实录》卷58

② 参见张晋藩主编：《清代法制史》之绪论，中华书局，1998年版，第5页。

③ 《清太宗实录》，卷55。

④ 参见张晋藩主编：《清代法制史》，中华书局，1998年版，第67~69页。

济法规范。清朝统一全国以来，十分重视用统一的法制来实施专制统治。在统治者看来，“中国之一统始于秦，塞外之一统始于元，而极盛于我朝。自古中外一家……”^①，反映在法制上，普遍适用的法律如《大清律例》之户律、刑律，《康熙令典》中关于贡赋、钱币之规定，《钦定户部漕运全书》等法律中，均有关于民族经济法之规定。反映了清王朝努力推进统一法制之努力。清王朝还制定了许多专门的民族法，这些民族法针对不同的少数民族作出法律规制，内容详备，其中相当一部分内容属于民族经济法范畴。《蒙古律例》主要适用于蒙古族居住的地区，其中的“户口差徭门”对差役徭役和户口管理作出规定，“朝贡门”有关于朝贡的事项，“边境卡哨门”对贸易往来作出规定。《理藩院则例》以《蒙古律例》为基础修订而成，其中有关于户口管理、地亩、仓储、征赋、朝觐、贡输等民族经济法内容，而且将其由原来的仅适用于蒙古地区的蒙古族扩大到适用于西藏、青海地区的蒙古族以及藏族，这也反映出清王朝在千差万别的客观条件下追求法制统一的决心，实属难得。《回疆则例》继承了清初确认的“伯克”制度，对回疆地区的度量衡、货币、贸易和赋税、差役作了专门规定。另外，《西宁青海番夷成例》和《苗例》中均包含大量的民族经济法规定。从内容看，以经济发展法、赋税法和经济贸易法为主。

清初，为了保护“国家肇兴之地”——东北，清王朝颁布了一系列封禁令，禁止汉族人进入东北垦殖。但对蒙古地区，则极力发展农业生产，清圣祖谕曰：“朕巡幸所经，贝教汉及奈曼诸部田土甚嘉，百谷可种……其向种谷之地不可牧马，未曾垦耕者，今教汉、奈曼蒙古捕鱼为业者众，教之以引水灌田，彼亦易

^① 《清世宗实录》卷 83。

从”^①。由于“教彼耕种，亦甚紧要”^②，于是派人教蒙古人从事农业生产。其实，清兵南征后，迫使大批汉民逃往蒙古地区，带去了先进的生产技术，一些蒙古王公，也招募汉族农民开垦种植，收取地租，使蒙古地区的农业经济得到了较大发展。而清王朝的发展农业经济之法律，顺应了这种客观要求。到嘉庆十九年（1814年），颁行《试垦章程》，说明法律在保障经济发展方面的作用日渐重要，清王朝也更加重视对经济法手段的适用。在赋税方面，清王朝对落后贫困的南方少数民族地区实行减免赋税和赈济制度。康熙二十二年（1683年），谕户部曰：“黔省为滇南孔道，地瘠民贫……所有本年秋冬及来年春夏应征地丁正项钱粮，尽行蠲免。”康熙三十二年（1693年），谕户部曰：“广西、四川、云贵四省属边地，土壤硗瘠……所有三十三年四省应征地丁粮米，着通行蠲免。”康熙四十一年（1702年），谕曰：“朕欲将四省四十三年钱粮悉行蠲免。”康熙五十一年，又将四省“地丁钱粮一概蠲免，历年旧欠钱粮一并免征”^③。乾隆元年（1736年），颁布了《永除贵州古州等处苗赋令》。对东北各族来说，却没有那么轻松，仅“贡貂”义务，就成为世代之累。^④在贸易方面，王朝统一稳定期间，贸易发展很快。互市法秉承前代惯例得以广行，但开市地点仍然受到清王朝的严格控制。清王朝有时主动暂时将一些地方设为互市地点，称“暂令贸易”。一般情况下，只有在少数民族申请，清政府批准之后，才增设贸易场所。史载鄂尔多贝勒松阿喇布乞于定边、花马池、平罗三处，令诸蒙古就近贸易，获清政府同意，使蒙古族与内地贸易进一步扩大。对新

① 《清史稿·藩部二·散汉》。

② 《清圣祖实录》卷203。

③ 《清圣祖仁宗皇帝圣训》。

④ 参见张晋藩主编：《清朝法制史》，中华书局，1998年版，第532页。

疆地区，除 1744 年开辟肃州互市外，还在乌鲁木齐、伊犁、塔城等地开设互市。^① 值得注意的是，到了清代，清王朝与少数民族之间的朝贡——赏赐关系已经不同于前代的象征意义和政治功能，而是确实成为少数民族经济生活的一件大事，确切地讲，它已经蜕变为一种贸易形式了。因此，清王朝关于朝贡的法律当属民族经济法的内容。

3. 步入近代之后民族经济法的停滞

1840 年是一个历史转折点。

外敌的入侵将“天朝大国”的荣耀一扫而光。这不仅仅是帝国政治、经济生命的衰微，也是封建专制型法制的衰微。事实上，“在鸦片战争前的几十年里，在国家管理上已经完全脱离了既定的章法”^②。尽管那是封建的法、专制的法、残暴的法，但毁法的结果是自毁前程。历史的教训是深刻的。晚清以降，开始了由古代封建法制向近代资产阶级法制的历史转型。这一时期出现的新兴的经济关系，完全不同于以往的经济关系。就晚清经济法的形式而言，出现了独立的经济法典和单行经济法规，这是以往所没有的。从内容上讲，经济法的调整对象初具现代形态，主要调整工业和商业领域的经济关系，光绪二十九年，《商人通例》颁布，之后又制定了《公司律》，与《商人通例》合称《钦定大清商律》。光绪三十二年颁行《破产律》，之后相继颁布了《票据法》、《海船法草案》、《矿务章程》等。在这个特殊的历史时期。由于外敌的侵入，国内民族关系退居其次地位，所以，包括民族经济法在内的民族立法基本上停滞下来了。甚至到 1949 年以前，中国基本上处于战乱状态，所以，民族经济法在中国近代并没有

^① 参见吴宗金、敖俊德主编：《中国民族立法的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998 年版，第 103 页。

^② 张晋藩主编：《清朝法制史》，中华书局，1998 年版，第 656 页。

获得应有的发育。

晚清民族经济法主要体现在两部法典之中。一是《钦定理藩部则例》。它是根据嘉庆二十二年（1817年）公布的《理藩院则例》修订的。它的重心是处理对蒙古族的民族事务，因此涉及关于赋税的规定属于民族经济法的内容。二是《回疆则例》。这部法律虽制定于乾隆年间，但经过两次修订之后，才于道光二十二年（1842年）颁行。它主要是针对西北地区少数民族而定，其中也包含了一些民族经济法规范。

（三）少数民族中央政权民族经济法的特点总结

元清两代民族经济法与汉族中央政权的民族经济法相比，有两个鲜明的特点：其一是主动性。中央政权对少数民族的经济立法完全是在中央政权的主导下进行的主动行为，并不带有如同汉族中央政权民族经济法的强迫特征。其二是价值关联性。蒙古族和满族都是以少临众而建立了其中央政权的民族，为了实施对数量巨大的汉民族的统治，必然在政治上、经济上和军事上与其他主要少数民族形成利益联盟，表现在民族经济法上，法律的内容具有价值上的关联性。也就是说立法的目的在于维持本民族与其他少数民族经济利益上的某种平衡，从而有利于对全国实施有效的统治。

第三节 民族经济法的特殊历史形态

一般而言，民族经济法总是与国家政权紧密联系在一起的，其调整对象主要是民族经济关系。民族经济关系的主体应当是多元的，而不是惟一的。然而，历史上确实存在一些民族建立了局部的统治政权、创立了适用于本民族的经济法律，以促进本民族社会经济的发展。这些法律就是民族经济法的特殊形态之一——

少数民族经济法。另外，各民族在漫长的经济法律实践中形成了一些经济习惯法，有些虽被淘汰，有些仍然在起作用，这就是民族经济法的另一种特殊形态——民族经济习惯法。

一、少数民族经济法

符合本论题的民族无疑是建立了局部政权的少数民族。为论证方便，笔者拟选取在历史上影响较大，法制水平较高的鲜卑族、契丹族、党项族和女真族作为典型进行论述。

（一）鲜卑族经济法

鲜卑族主要活动在三国两晋南北朝时期。这一时期将近四百年的分裂割据中，鲜卑族统一了北方，建立了北魏政权。长期的分裂导致了经济的衰退，经济法制也遭废弛。但是，在当时的历史条件下，鲜卑族的经济法成就是不容忽视的。

1. 均田令的颁行

史载：“[太和九年（公元485年）]十月丁未，诏曰：‘朕承乾在位，十有五年，每览先王之典，经纶百氏，储蓄既积，黎元永安……今遣使者循行州郡，与牧守均给天下之田，还受以生死为断，劝课农桑，兴富民之本’。”^① 均田令规定：“诸男夫十五以上，受露田四十亩，妇人二十亩，奴婢依良。丁牛一头受田三十亩，限四牛，所授之田率倍之，三易之田再倍之，以供耕作及还受之盈缩。”“诸桑田不在还受之限，但通人倍田分。于分虽盈，没则还田，不得以充露田之数。不足者以露田充倍。诸初受田业，男夫一人给二十亩。诸桑田皆为世业，身终不还，恒从见口。”“诸麻布之土，男夫及课，别给麻田十亩，妇人五亩，奴婢依良。皆从还授之法。”“诸宰民之官，各随地给公田，刺史十五

^① 《魏书·高祖记》。

顷，太守十顷，治中别驾各八顷，县令郡丞六顷。”^① 均田制是一种封建土地所有制的补充形式，是为了把各民族人民固定在土地，一方面榨取赋租，另一方面，减少他们对鲜卑族统治者的反抗。尽管从表面上看，均田令的颁行是为了抑制土地兼并和土地私有化的发展，实际上，它并不只是一种土地分配制度，并不能改变封建土地所有制的性质。当然，均田令的颁行以及后世对之的继承，促进了北方游牧民族经济向农耕经济的转化。

2. 赋税法

北魏鲜卑族政权建立之初，继承了前代的西晋的租庸制度。史载：“太和八年（公元484年），始准古班百官之禄，以品第各有差。先是，天下户以九品相通，户调帛二匹、絮二斤、丝一斤、粟二十石；又人帛一匹二丈，委之州库，以供调外之费。至是，户增帛三匹，粟二石九斗，以为官司之禄。后增调外帛满二匹。所调各随其土所出。”^② 在颁行了均田令以后，北魏王朝接受了魏冲的建议，制定了与均田制相适应的新的租调制。其中规定：“其民调，一夫一妇帛一匹，粟二石。民年十五以上未娶者，四人出一夫一妇之调；奴任耕，婢任织者，八口当未娶者四；耕牛二十头当奴婢八。其麻布之乡，一夫一妇布一匹，下至牛，以此为降，大率十匹为公调，二匹为调外费，三匹为内外百官俸，此外杂调，民年八十已上，听一子不从役。”^③ 可见，新的租调制是以一夫一妇的小家庭为受田纳租单位的，不再有户等的差别。

总之，由于北魏所处的大时代的割据、分裂、战乱，造成社会经济停滞不前，所以鲜卑族政权的民族经济法，只是这种封闭

① 《魏书》卷110《食货志》。

② 《魏书》卷110《食货志》。

③ 《魏书》卷110《食货志》。

的小农自然经济的直观表现。但从一个少数民族的历史贡献来讲，鲜卑族政权的均田制和租调制功不可没。

（二）契丹族经济法

契丹族是我国北方古老的民族之一，早在北魏统治时期，契丹部落已名震中原，公元916年，建立了辽政权，建元神册。整个辽代法律的总体构思在于力图建立一种能够与民族社会相适应的法律机制。由于汉族的生产方式与契丹族的生产方式有很大不同，前者“耕稼以食，城郭以居”，后者“鱼猎以食，车马为家”，从而决定了法制上的分治现实：“以国制待契丹，以汉制待汉人”的因俗而治现象。史载：“官分南、北，以国制治契丹，以汉制待汉人”^①，就是明证。其含义是指汉人、渤海人适用汉法，主要是唐代流传下来的法律，而契丹人及其关系密切的少数民族适用依据契丹习惯法而制定的《神册律》或《决狱法》，并非是说所有少数民族都适用本民族的习惯法。史载太祖神册六年（公元921年），阿保机曰：“凡国家庶务，钜细各殊，若宪度不明，则何以为治，群下亦何由知禁”，“乃诏大臣定治契丹及诸夷之法；汉人则断以《律令》，乃置钟院以达民冤”^②，这次诏定的法律就是《神册律》，或称《决狱法》，它是契丹族历史上第一部成文法典，也是将其民族习惯法中与当时社会经济生活实际相适应的部分上升为成文法，将不适应部分予以摒弃的结果。这也反映出从习惯法到成文法是法律进化发展的重要途径。

契丹族的经济法应当反映在《神册律》以及圣宗太平七年（公元1027年）制定的《条制》，兴宗重熙五年（公元1036年）制定的《重熙新定条制》，道宗清宁六年（公元1060年）制定的《清宁条制》以及道宗咸雍六年（公元1070年）制定的《咸雍重

^① 《辽史》卷45《百官志一》。

^② 《辽史》卷61《刑法志上》。

修条制》等法典中。遗憾的是，这些法典早已失传，因此，我们无法视其原貌，只能从以《辽史》为主的史料中挖掘出其部分“化石”，进行理论总结。契丹族经济法大致由以下内容构成。

其一，群牧组织法。畜牧业是契丹民族政权社会经济的基础。为发展畜牧业生产，诏令在各地设立“群牧组织”，就是在最好的牧场上建国有牧场，由国家设官统一管理，使牲畜“数岁所增不胜算”^①。太宗时，群牧组织逐渐完备，在“北面官”中设某路群牧使司，内置群牧大保，侍中等职。群牧使司下设群牧司，内置群牧使、副使。通过这种有效管理，至天祚帝时，“马犹有数万群，每群不下千匹”^②，反映了群牧组织法在发展畜牧业方面所起到的重要作用。^③

其二，农业发展法。辽政权也十分重视农业发展。在与汉族政权对立之时，抢掠是获得汉民族农产品和其他产品的有效手段，但在建立了局部政权，拥有一定数量的土地和农耕民以后，发展农业就成为统治者必须重视的一个自身的问题。据《辽史》卷59《食货志上》记载：太祖天赞元年（公元922年），“太祖平诸弟之乱，弭兵轻赋。专意于农”。会同初，“诏有司劝农桑，教纺绩。以乌古之地，水草丰美，命瓠昆石烈居之，益以海勒水之善地为农田。三年，诏以谿里河，胪朐河近地，赐南院欧董突吕、乙斯勃，北院温纳河刺三石烈人，以事耕种”。太宗会同八年（公元945年），“诏征诸道兵，仍戒敢有伤禾稼者以军法论”。圣宗统和十五年（公元997年）二月，又诏“品部旷地令民耕种”^④。取得的成效也十分显著：粮食有了剩余，不但用于酿酒，

① 《辽史》卷60《食货志下》。

② 《辽史》卷60《食货志下》。

③ 参见杨保隆：《宋辽金时期民族史》，四川民族出版社，1996年版，第32页。

④ 《辽史》卷33《营卫志下》。

甚至还接济邻国。史载：“辽地半沙碛，三时多寒，春、秋耕获及其时，黍、高下因其地，盖不得与中土同矣。然而辽自初年，农谷充羨，振济恤难，用不少靳，旁及邻国，沛然有余。”^①由此可见，法律在保障经济发展中的作用。当然，农业发展法的基本形式是“诏”，直接规定了发展农事的地区、民族以及惩处办法，具有明显的因事设法的特点。另外，契丹族经济法中还有关于经济犯罪的法律规范。如科差赋役违法擅征、贩私盐以及从事禁止的贸易等，须受刑罚。

契丹族的经济法还涉及贸易法、赋税法等内容，但从其内容的完备性、重要性而言，与群牧组织和农业发展法不可相提并论。契丹族运用法律措施发展畜牧业和农业的做法是值得我们珍视的。

（三）党项族经济法

公元1038年，以党项族为主体的西夏王朝民族政权建立，与南宋、金并立189年。仅就其法制而言，早期的党项族并无成文法可言，而是受习惯法规制。建立政权之后，采取了诸如改制礼乐、创造文字、建蕃字、定兵制、铸货币等法律措施，力图建立富有本民族特色的法律制度。史书记载党项族人“无法令”^②，应是一种误解。迄今虽然没有西夏王朝早期的法典流传下来，但是，其中后期的《天盛改旧新定律令》却得已流传。该书西夏文本现藏俄罗斯科学院东方研究所，1994年，由中国社会科学院民族研究所史金波、白滨、聂鸿音三人译成中文出版。全书共20卷，卷下分150门，1460条，除个别卷的条款有失以外，其余保存完整。它是迄今为止我国历史上由少数民族政权所修法典中惟一保存下来的一部，其价值不言而喻。

^① 《辽史》卷60《食货志下》。

^② 参见《旧唐书》卷198《党项羌传》和《新唐书》卷221《党项传》。

从内容上看,反映党项族经济法的有第15卷,关于开荒、凿渠、修桥及纳粮课税。第16卷是关于地租和租赁。第17卷是仓禀供给和度量衡。第18卷是盐务、贸易赋税。第19卷是畜牧。由于有这部完备的民族法典存在,为人们研究它提供了条件。目前,已有学者通过系统研究,基本概括了其中经济法的主要内容。^①它们是:农田水利法,其中包括春开渠法、农田水利管理法、辅助设施建设维护法。农业税法,包括征收农业税的基本制度与程序,催科地税期限及对局分人员的奖惩和减免、注销赋税之规定。役法,包括兵役、夫役、差役和其他劳役。官牧制度,包括官牧场的机构设置与生产关系、官牧场的管理制度、官牧产品分配制度。手工业法,涉及对冶矿、金银加工制造、铁器制造、铸钱、采盐、酿酒、纺织印染、毡毯制造、砖瓦陶瓷、造纸印刷、薪炭等手工业的法律规制。这些研究成果,极大地丰富了我们研究民族经济法的视野。另外,我们应当重视党项族的经济法律思想。党项人一向以畜牧业为主,建国后兼并了许多农业地区,使得部分党项族人放弃畜牧业而以农业为生。因此,党项族统治者十分重视运用法律手段促进“农牧并举”,这在《天盛改旧新定律令》中有明显反映。西夏统治者还从畜牧业与农业同等重要的实际出发,在《西夏法典》中,一方面严禁偷盗、抢劫和屠宰家畜——牛、马、骡、驼、驴,违者治罪。另一方面,严格规定退赔办法,反映了其严格保护公私畜产的法律思想。

(四) 女真族经济法

女真族于公元1115年在黑龙江领域建立金国政权,进入中原以后,吸收汉族先进的法文化,创造了富有民族特色的女真族法文化。

^① 以下参见王天顺主编:《西夏天盛律令研究》,甘肃文化出版社,1998年版,第77~114页。

女真族经济法主要体现在三个方面。

一是禁榷法。禁榷法在汉族法律中已十分盛行。女真族建立了民族政权以后，进一步完善了禁榷立法。史载“金制榷货之目有十，曰酒、曲、茶、醋、香、矾、丹、锡、铁，而盐为首称”^①。为了打击私盐活动，保证女真政权的财政收入，法律规定即使享有特权的女真族人如果犯私盐之罪，同样受到处罚。一方面说明盐是禁榷法调整的重要对象，另一方面说明禁榷法设置了严密的合乎一定公平标准的法律规范来规制相应的经济行为。二是在商业贸易方面，于大定二十年（公元1180年）颁布了《商税法》，以加强对日益发展的商业贸易的管理与规范。其中规定：商品税率为百分之三至百分之四。另外还设立了互市交易场所，作为境外其他民族进行贸易的场所。同样，法律也严禁与民生攸关的重要物资诸如粮食、铜钱、兵器等上市交易，对于违法者制定了详备的处罚措施。三是在金融立法方面，制定并颁行了一系列有关货币发行、流通和管理方面的法律，以维持女真族政权的金融秩序。这方面的单行法有《钞法》、《钱法》^②。当然，在当时的历史条件下，女真族受制于自己的历史传统与文化，面对数个民族政权鼎立的现实而产生的民族之间的贸易关系，不可能诞生较先进的经济法来规制各种经济关系。也许女真族的经济法在中华法制文明的摇篮里属九牛一毛，但作为一名重要民族成员，包括民族经济法在内的民族法制对本民族的历史成长的重要性是应当肯定的。可以说，女真族的法制贡献是后金及清法制的历史源头之一。

① 《金史·食货四》。

② 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社，1998年版，第390页。

二、民族经济习惯法

民族经济习惯法是民族经济法的特殊历史形态之一。然而，从逻辑上讲，民族经济习惯法是民族习惯法的下位概念，民族习惯法又是习惯法的下位概念。本节论述的重点在于解决以下几个问题：一是民族经济习惯法的涵义。二是我国历史上民族经济习惯法的主要内容。三是民族经济习惯法的价值。

（一）民族经济习惯法的涵义

笔者提出“民族经济习惯法”一语，旨在概括说明中国历史上客观存在的一种法的形态。它建立在前辈学者提出的习惯法和民族习惯法的基础之上。因此，理解习惯法与民族习惯法两个范畴是确立民族经济习惯法内涵的关键。

根据马克思主义法学理论，“法的形成经历了由习惯到习惯法的发展过程”^①。无论是原始社会的民族习惯，奴隶社会的习惯法，还是封建社会的国家制定法，它们都是各自社会发展阶段最主要的社会调整方式。由于马克思主义法学对法的定义是以“国家制定和认可”为前提的^②，而原始社会根本不存在国家这个机构，当然不能将民族习惯这种社会规范称之为法。只有奴隶制时代的习惯法以及国家制定法似乎可以称得上是法。然而在人类学家看来，原始社会的民族习惯就是法。马凌诺夫斯基（B. Malinowski）通过对南太平洋的一个岛屿——特鲁布里安德未开发部落的长期观察，给法下了这样一个定义：法是赋予一方以权利，另一方以责任的有约束力的义务，它是由社会结构所固有的相互性和公开性的特殊机制有效地维持的。^③显然，在他的眼

① 卢云主编：《法学基础理论》，中国政法大学出版社，1994年版，第52页。

② 参见孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版，第57页。

③ 参见孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版，第105～106页。

里，无论是文明社会还是野蛮社会，都存在着社会规范，它就是法。法学家眼中的法与人类学家眼中的法的根本分歧在于习惯是不是法的问题，从而没有对话的基础。笔者认为，既然法是由国家制定或认可的，并有国家的强制力来保证其实施的行为规范的系统，那么，它应当由两部分构成，一是国家制定的法，二是国家认可的法。所谓国家认可的法，就是国家认可的习惯或习惯法。这些习惯或习惯法是不同民族社会历史实践的产物，如果它不违背国家成文法的明确规定和基本原则，它可以在社会生活中与国家制定法同时运行。但是，由于习惯并不像习惯法一样具有强制的意义，所以，国家认可的法当然主要是指对一个民族或一个区域习惯法的认可。从这个意义上讲，经国家认可的习惯法就是法。民族习惯法也是如此，作为民族习惯法有机组成部分的民族经济习惯法也不例外。因此民族经济习惯法是指在历史上形成的，为国家所认可的调整民族经济关系的法律规范的总和。为什么说民族经济习惯法是民族经济法的特殊形态之一呢？在我国历史上，建立了统一中央政权之后，对少数民族以及少数民族地区基本采取“以夷制夷”、“因俗而治”的策略。这实际上是一种“法制分立”的治理模式。在此模式下，少数民族与中央政权之间的关系比较松弛，加之少数民族地区由于社会历史条件、自然地理条件等因素的限制，社会形态长期处于较落后的状态，在内部治理主要依靠习惯法，而且习惯法是国家认可的，因而其民族经济关系也长期由民族经济习惯法调整。对建立了本民族局部政权的少数民族来讲，例如历史上的契丹族、党项族、女真族、藏族等，在建立局部政权之前，基本上处于原始部落时代或奴隶制时代，有些民族甚至没有本民族的文字，当然谈不上制定法意义上的成文法，因而主要靠习惯法来调整社会诸关系，包括用民族经济习惯法来调整民族经济关系。局部政权的建立，往往意味着落后社会形态封建化的开始，也就表明其民族经济习惯法具有了

向国家制立法（成文法）过渡的倾向。当然，有些民族也有成文法性质的习惯法，即将民族习惯法编纂进成文法典（如蒙古族的《大札撒》）。这反映出在中国历史上，民族经济习惯法是由统一的中央集权国家或局部民族政权国家所认可的调整民族经济关系的法律规范。

（二）民族经济习惯法的主要内容——以蒙古族等为特例

习惯法以其不成文性（当然也有成文的习惯法）为表征，世代沿袭。民族经济习惯法也以其不成文性而流传后世。因此，对民族经济习惯法研究时，我们很少有成文的现成规范供作研究，而只能局限于一些调查研究和记载。我国关于民族习惯法的素材，大量来自 20 世纪 50 年代初的民族大调查时期以及 20 世纪 80 年以后的挖掘整理工作。这方面的资料主要在以下文献中收录：《青海藏区部落习惯法资料集》（张济民主编，青海人民出版社，1993 年版），《侗款》（湖南少数民族古籍办公室主编，杨锡光等整理，岳麓书社，1988 年版），《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》（杨怀英主编，四川民族出版社，1994 年版），《中国少数民族习惯法》（范洪贵著，吉林教育出版社，1990 年版），《中国习惯法论》（高其才著，湖南出版社，1995 年版）。对于北方少数民族来说，由于它们中有许多民族都有自己的语言和文字，其民族经济习惯法得以流传下来。以下将对一些有史料记载和已有研究成果的民族经济习惯法进行列举。由于少数民族社会经济的不发达历史事实，其经济关系也相对粗疏，所以，以下列举的许多经济习惯法按现代法学的眼光看当属民事法律之内容。

1. 蒙古族经济习惯法

蒙古族是我国北方重要的民族成员，创造了辉煌的法律文明。蒙古族的经济习惯法应当具有丰富的内容，而且有一部分以成文法的形式得以流传后世。

成吉思汗统一蒙古诸部落之后，首先开始了法制建设，他曾

向自己的义弟失吉忽秃忽说：“你把一切领民的分配和诉讼事宜都造青册写在上面”^①，失吉忽秃忽受命将蒙古民族习惯法汇编成册，编成《大札撒》，其内容涉及蒙古社会政治、经济、军事和社会生活等许多方面的规范。^②可以说，《大札撒》是蒙古族习惯法的总汇编。当然，《大札撒》并不以习惯法为限，它也包括相当大部分的国家立法。然而，随着军事征服范围的扩大和帝国社会经济的发展，《大札撒》经历了两次修订，第一次是在1218年西征前夕，第二次是在1225年，这些修订，都与蒙古帝国的扩大领土或为解决国内一些重大问题相联系，在这一过程中就不可避免地吸收了汉族和其他民族的法律思想。^③为了维护《大札撒》的权威性，成吉思汗曾说：“失吉忽秃忽向我建议而写在青册白纸上的，直到子孙万代不得更改，更改的人要治罪。”^④可见他对维持《大札撒》的稳定性和长期适用性上的重视程度，也反映出蒙古族社会法制对《大札撒》之依赖程度。

《大札撒》中的习惯法，基本上来自蒙古族早期的不成文的习惯法——《约孙》。与世界上其他任何一个民族一样，蒙古族在他们的国家成文立法甚至习惯法还未产生之前，所遵从的是具有蒙古族社会共识性特点的习惯。这种习惯世代相传，称为“yusun”（蒙古族音译《约孙》）。它作为蒙古族社会古老的习惯，有“理”和“道理”的含义。在元代汉语里，《约孙》又译为“体例”，是蒙古族人民用来判断是非的标准，调整社会关系的准

① 《元朝秘史》，第203页。

② 参见李光灿、张国华总主编：《中国法律思想通史》第七卷，山西人民出版社，2001年版，第97页。

③ 参见杨建新、马曼丽：《成吉思汗忽必烈评传》，南京大学出版社，2002年版，第166页。

④ 《元朝秘史》，第203页。

则和行为规范。^① 诚如美国学者埃尔曼言：“习惯是一种不仅最古老而且最普遍的法律渊源。”^② 《约孙》中的一部分被纳入国家成文法《大札撒》中，另一部分在蒙古社会发挥着调整功能，它们都是蒙古族习惯法的表现形式。根据吴海航博士的研究，印证了《大札撒》中的一些经济习惯法与《约孙》的一脉相承关系：

法条四^③：于水中……便溺者，处死刑。

法条十四：禁止人们浸手于水中，命令无论何时汲水必须用器物。

这是两条保护水资源的法律规定。由于在蒙古高原上，水资源十分缺乏，人们非常珍惜水资源。根据《史集》记载：蒙古人有这样的习惯，任何人都不能在光天化日之下坐于水中、不在河中洗手，不用金银器汲水，也不把湿衣服铺在草原上，因为按照他们的见解，这样会引来雷电大劈。打雷闪电，本是自然现象，然而在蒙古人看来，这是对人的惩罚。蒙古人利用这种特殊自然现象，将对水资源的破坏与“引来雷电大劈”联系起来，实际上是假借天的力量来实现对水资源的保护，形成了一种禁忌习惯法。^④ 这一习惯法被成吉思汗颁行的《大札撒》吸收，成为成文法。

法条二十九：盗马者，应归还原马匹，另赔偿同种马九匹，若不能赔偿时，则可以女儿代偿，若无女儿，则以屠羊之法杀

① 参见吴海航：《元代法文化研究》，北京师范大学出版社，2000年版，第41页。

② 转引自吴海航：《元代法文化研究》，北京师范大学出版社，2000年版，第41页。

③ 《大札撒》原文是否编号、分条，无从考证。参见蔡志纯等编：《蒙古族文化》，中国社会科学出版社，1993年版，第356～357页。

④ 参见吴海航著：《元代法文化研究》，北京师范大学出版社，2000年版，第43～45页。

之。

马是蒙古族社会发展繁荣的最重要的物质基础，也是军事征战的必须物品，因此，他们对马的重视是显而易见的。本法条是一条关于对马的所有权的保护法律，对盗马行为不仅规定了民事返还义务——“应归还原马匹”，而且还有财产罚——“另赔偿同种马九匹”，如果不能赔偿时，“则可以女儿代偿”的准用性规定，“若无女儿，则以屠羊之法杀之”的刑事处罚为最终保障手段。这些都吸收了之前蒙古习惯法的内容。《马可·波罗行记》中描述了古代蒙古族社会的习惯法场景：“其治理狱讼之法如下：有窃一微物者，杖七下，或十七，或二十七，或三十七，或四十七，而止于一百零七，视其罪大小而异，有时被杖致死者。设有盗马一骑或其他重要物品者，则为死罪，处以腰之刑。然应附带言及者，其罪可以买赎，偿窃物九倍则免。”显然，马可波罗所描述的习惯法与《大札撒》中法条二十九基本相符合。法条二十九规定的“另赔偿同种马九匹”，反映的是“蒙古人又崇尚九这个数目”^①。习惯总是以一定的目的，遵循着习惯——习惯法——成文法的历史轨迹前进，我们发现，《元典章》中也有类似规定，“盗人马畜者，除归还原马，另赔偿同样马九匹”^②，以至于我们才发现了《大札撒》中民族经济习惯法的历史源头是蒙古族人民长期形成的习惯和活生生的社会经济实践。

《大札撒》仅存可考的律文中还有经济法方面的规范，如法条五：购人商品后又破产，再次购人商品再度破产，重新购人商品又破产，如此三次者，处死刑。^③ 无论它能否归结为蒙古族经

① 罗贤佑：《元代民族史》，四川民族出版社，1996年版，第123页。

② 《元典章》卷49《刑部·强窃盗贼通例·达达偷头口一个赔九个》。

③ 本法条及前引法条均为吴海航博士对《蒙古习惯法の研究》（〔俄〕梁赞诺夫斯基，日本东亚经济调查局，1935.5～13）进行研究搜罗之结果。

济习惯法（梁赞诺夫斯基将其归结于蒙古族经济习惯法），都给了我们一个信息：《大札撒》中的条文，除了军事命令方面的“因事设法”性质的规范以外，其中的经济法基本上都是习惯法的照搬或含有习惯法的因素，这是因为古代社会生产方式和经济生活方式的相对单一性和稳定性决定的。事实上，在现代经济生活中，基于基本经济关系的经济法律是非常稳定的，其基本原则是不会改变的，变化的只是其枝叶，而非其主干。如财产保护制度、赋税制度和贸易制度都有千百年的历史，只是赋予了其时代特色。从这个意义上讲，梁赞诺夫斯基将上述法律纳入习惯法之范畴是有其道理的。

如果详细探究蒙古族经济习惯法之全部内容，不是本文可以容纳的，也不是笔者的学力可以胜任的。但是，它确实存在，并有一定的线索。元朝统一以后，颁布了其第一部法典《至元新格》，是诸法合体的元朝基本法律，其全文已佚，但从元人徐元瑞的《吏学指南》^①中，共有“十高”，可以发现其中的经济法律占“六高”，即理财、赋役、课税、仓库、造作、防盗，其中应当包括一些蒙古族经济习惯法。之后的《大元通例》颁行，标志着元朝由蒙古族习惯法向汉族成文法典的重大转折。但是，该法典也已散佚，现仅存《通制条格》残卷^②，共二十二卷，其中有仓库、厩牧、田令、赋役、关市等方面的经济法篇目，当有一些蒙古族经济习惯法之残余。到了明代，达延汗统一蒙古地方，其孙阿勒坦汗（俺答汗）时期，在蒙古地区颁行《阿勒坦汗法典》，该法典共有三部分，第一部分是前言，称“佛祖支配一切，万物平安”，显然是在强调宗教与法制的统一，以维护其统治。

^① 参见（元）徐元瑞：《吏学指南》杨讷点校，浙江古籍出版社，1986年版，第53～54页。

^② 1930年由国立北平图书馆影印出版。

第二部分是刑法规定，其中有“罚蓄”、“罚醵”、“九畜”等规范，带有明显的习惯法痕迹。第三部分是关于抗灾保畜、救助、救济等事项。里面涉及保护野生动物，突出了蒙古族社会生产的畜牧兼狩猎之性质，其中规定：“野驴、野马、黄羊、野牡猪、鹿、马鹿、麝、貉、獾、旱獭等有猎杀者，即应处罚，甚至猎杀兔在十只以上者，亦应加以处罚”，只有“捕杀小鱼、老鹰、乌鸦、喜鹊者无罪”，^①是蒙古族长期奉行的经济习惯法的成文化。可见，当代经济法中的“野生动植物保护法”在古代蒙古族法典中，已有了规范性规定的雏形，而且是以经济习惯法的面貌出现的。我们同样可以认为，明末喀尔喀蒙古族领主所订立的《白桦法典》^②，明末清初喀尔喀和卫拉特部的《蒙古·卫拉特法典》^③中存有大批的经济习惯法规范。这个结论的依据在于：一方面，蒙古诸部深受成吉思汗法律思想和《大札撒》的影响。成吉思汗曾叮嘱后人在他死亡之后，不能更改《大札撒》。后人也确实基本遵从了他的意愿。客观地讲，在成吉思汗的法律思想之后的蒙古族社会中，成吉思汗的法律思想“曾对蒙古帝国政治军事法律制度产生过强烈影响，由此便形成了其主要方面能世代左右千百万人的传统和习惯。这也是千百年来它对蒙古族社会能够保持影响的不可忽视的原因”^④。由于《大札撒》中有诸多经济习惯法，以致后来的法典一方面遵从了《大札撒》的基本精神，另

① 蔡志纯等编著：《蒙古族文化》，中国社会科学出版社，1993年版，第366页。

② 1970年以贝尔烈为首的“苏蒙考古学调查队”在蒙古肯特山一佛塔内发现了一批法律文书，据说是写在白桦树皮上的，因此叫《白桦法典》。

③ 1880年俄国戈尔通斯基所获，将《蒙古·卫拉特法典》公布于世，国内学者潘世宪教授认为该法典是《白桦法典》的继续。这方面可参见蔡志纯等编著：《蒙古族文化》，中国社会科学出版社，1993年版，第367~377页。

④ 杨建新、马曼丽：《成吉思汗忽必烈评传》，南京大学出版社，2002年版，第181页。

一方面重视在蒙古族社会通行的不成文的习惯法，并随着社会经济条件的变化而有所发展。其实，根据后世学者们研究，《白桦法典》和《蒙古·卫拉特法典》中都确实存在许多经济法律，并带有蒙古族习惯法的属性，如《白桦法典》中“均分所征罚畜”制度。^①《蒙古·卫拉特法典》中的对各种违法者的“罚畜从九”制度。^②另一方面，明清两代对蒙古社会的怀柔与“因俗而治”的统治为其提供了保持本民族法律文化传统的政治环境，使其在长期的自治过程中能够继承和发展本民族的法律。

由于蒙古族建立了以本民族为主体的国家政权，使它的经济习惯法得以维护并推及其他民族，所以，蒙古族经济习惯法对广大北方少数民族的影响是深远的，这也是笔者以蒙古族经济习惯法为特例的原因。

2. 羌族经济习惯法

羌族是我国最古老的民族之一，也是汉族的前身华夏族的重要组成部分。据西南政法大学龙大轩教授的研究，羌族经济习惯法的主要内容表现在对木林、田地、水利、路桥等保护方面。

羌族十分重视对森林、田地进行保护，这与其在长期历史活动中自给自足的自然经济占主导地位的情况是相符的。例如现汶川县克枯乡周达村的《小寺护林碑》乃“乾隆四年二月二日小寺村众姓人等公立”，它相当于一部“护林公约”，要求人人都有保护林木之责任，任何人不得在“封山”开禁之前进入林盘和神树中采伐，规定对滥伐林木者进行惩处。对违反者的处罚方法是将其送至宗庙绳捆吊梁上，众人持械击打，并处经济制裁，砍一棵

^① 参见蔡志纯等编著：《蒙古族文化》，中国社会科学出版社，1993年版，第368页。

^② 参见〔日〕田山茂：《清代蒙古社会制度》，“卫拉特法典译文”部分，商务印书馆，1987年版，第231～255页。

树，罚一瓮酒，一只羊。这些规范只在相对地域发生效力。茂县棉簇罗姓家族在清朝光绪六年曾立下保护森林的民约碑。规定：“立写森林永不砍伐，我村罗姓人等立。……罗姓公议，自禁文后，所惜林盘，无论谁偷砍者，罚钱四千八百文，羊一双，酒十斤以作山神宫香资，看见钱八百文作辛苦费”^①。

另外，羌族经济习惯法中也有许多保护水利、路桥的规范，例如其口头传诵的规约中就有“有树不放牛，水沟不控烂”的规定。这些规范，至今仍具有一定的影响力。

3. 侗族经济习惯法

侗族经济习惯法主要包含在以《款约法》为形式的习惯法中。《款约法》原本是一种归纳和发布侗族古代社会款组织内部规约和法律条文的款词，但随着时代的发展，也在不断地反映和体现侗族社会不同历史时期管理内部事务的基本规范。根据民间传说和汉文献记载，“唐末宋初，‘款’作为一种社会组织形式，已经普遍存在于今日黔、湘、桂边界侗族地区。约法款的最初蓝本，应当产生于唐代或者更早，迄今至少有1000年左右的历史”^②。《契约法》的形式主要表现为款条，而款条又有款碑条和款词条之分。款碑条是早期款组织起款时树立的一种特定石碑。这种石碑一般都立在款坪上，日后的讲款仪式和执法仪式都在碑前进行。早期的款碑不刻文字，属于不成文法的象征。汉字传入侗族地区以后，才以汉字刻入。款词条才是侗族习惯法的主要形式，原始的款词由款首聚众共商，款首当众发布并实施。款首们为了克服无文字记录的障碍，把它编成歌词，教人诵唱，世代相沿，汉文字被侗族人民掌握以后，就用文字将其记录下来，成为

^① 龙太轩：《羌族习惯法述论》，载《现代法学》1996年第2期，第115～121页。

^② 刘黎明：《契约·神裁·打赌》，四川人民出版社，1993年版。

著名的“手抄本”，这些资料至今流传，具有重要参考价值。^①从流传于广西三江侗族自治县的《款约法》（又称三江本）来看，共有18条750句，内容分为“六阴”、“六阳”和“六威”等部分，涉及对偷钱偷粮、毁坏田塘、毁坏森林、偷水截流等含有经济内容的行为的处罚。其中六种阴事中的经济习惯法规范为：不许偷盗耕牛，不许乱砍山林，此为重罪。六种阳事中的经济习惯法规范有不许偷放田水和不许移动界石的规定，为轻罪。^②这些民族经济习惯法规范，为侗族社会经济关系的巩固与发展起到了一定的保障作用。另外，在苗族、布依族、水族等少数民族中也有类似的款约组织和习惯法存在。

4. 瑶族经济习惯法

与南方其他许多少数民族的习惯法一样，瑶族习惯法源远流长。它是以“石碑律”为基本形式的习惯法，亦称“石碑约法”，它是指广西大瑶山的瑶族，以一个或数个村寨为单位，订立的关于人们行为的规范，并将它刻在石碑上，因此叫“石碑律”。石碑律的形成，先是由几个头人拟订如“料条”（规条），然后由一人在会上“料话”（讲话）宣布，并由到会人员默认或以欢呼的形式通过。这种石碑法也有写在纸上或木版上的。由于参加户数、村寨数量不一样，有总石碑、大石碑、小石碑之分。石碑头人是案件的裁决人，主要起调解作用，不能强行定案^③，带有一定的原始民主色彩。石碑律中有许多保护经济关系的规范，其中规定：凡因口舌、山林、田土、地界、失物等纠纷、争端、诉讼，都由石碑断处，他人不得插手。维护社会有功者，得赏银；

① 参见吴宗金主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997年版，第65页。

② 参见吴宗金：《民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第485页。

③ 参见林耀华主编：《民族学通论》，中央民族大学出版社，1997年版，第289页。

违者严惩。保护私人财产不受侵犯，不许乱挖他人房屋，不得偷盗他人财物。保护农业生产，不许乱割他人禾苗，不许乱入他人玉米地，不许盗窃各种山货、家禽，不许乱挖毁坏堤坝。^① 对于违反者，规定了诸如罚款、没收家产、株连、死刑等惩罚措施。

5. 黎族经济习惯法

黎族是生活在我国海南岛的古老民族，在其历史上曾经形成了一种经济法制度——合亩制，即“同祖人共耕祖公田”的经济生活的基本单位“合亩”出现，它是由若干有血缘关系的父系小家庭组成，有的“合亩”中还包括非血缘的外来户。它规定：土地共有，集体劳动，平均分配，带有鲜明的原始公社共同体的性质。“亩头”是其管理者，负责生产和分配。^② 合亩制度是一种与黎族社会条件相适应的一种经济法律制度，在“山高皇帝远”的海南岛有着天然的存在和发展机遇。甚至解放后才得以停止实施。

除以上列举的5个民族外，其他民族如信仰伊斯兰教的各民族及藏族都有其丰富多彩的民族经济法，以下笔者将藏族作为一个整体专节研究，信仰伊斯兰教的各民族以其经济习惯法的历史延续性强而容后例论。其他少数民族的经济习惯法如西双版纳傣族的“村社联合制”，怒江地区傈僳族的“共耕制”，黔桂边境壮族布依族的“亭目制”，黔西北彝族的“则溪制”都或多或少地反映了这些民族经济习惯法的存在，但已有学者进行了系统研究^③，不再赘言。

① 参见吴宗金：《民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998年版，第481页。

② 林耀华主编：《民族学通论》，中央民族大学出版社，1997年版，第290页。

③ 这方面情况可参见史继忠：《西南民族社会形态与经济文化类型》，云南教育出版社，1997年版。

（三）民族经济习惯法的价值

价值是主体与客体之间关系的反映，是客体能够满足主体需要的性能。作为法的有机组成部分的民族经济习惯法有着自身特殊的价值，主要表现在以下两个方面。

其一是它的工具性价值。如果说西方自由法律传统中包含了终极的法的公平正义之价值的话，那么东方专制法律传统只包含了一点朴素的公平正义观点，而它倚重的则是法的工具理性。我国历史上的民族经济习惯法是诸多古代少数民族各自经济生活的通用性规则，这些经济习惯法在本民族人民中基本表现为一种平等的财产所有关系与流转关系。而在本民族的统治者那里，主要地体现为一种维护经济资源和保护经济关系的工具。反映出民族经济习惯法的确认功能，即确认、保护和发展民族社会经济关系和经济秩序。如前所述，我国许多少数民族都有保护自然经济资源的习惯法传统，如蒙古族强调保护水源、草场，藏族保护野生动物，南方侗、苗、瑶、壮等少数民族保护林木。同时，民族经济习惯法也是经济分配的工具性规则。社会资源的合理分配和占有使用是社会秩序稳定的基本条件之一。作为人生存手段的经济资源是人们首先追求的，只有保障了人的生存，才能谈得上所谓的权力、荣誉、地位、权利、责任等。民族经济习惯法的分配涉及土地、林木、畜产、渔业组织、猎业生产等许多权益及其管理，是不可或缺的法律手段。在侗族的《款的起源》中有记载：舅王争天为大，汉王争地为重，二王相争，刀枪相杀，死伤无数，胜负难分……于是舅王断事在岩洞，汉王断事在岩上，各讲道理，断事三年不成，最后请客，奉牌请人，倒牛和款，制定款约。^① 满族和其他许多北方民族中都有“均分”习惯法存在，意

^① 参见吴宗金主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997年版，第77页。

指平均分配战利品、猎物甚至贸易所得。^① 进入阶级分化之社会形态时，发展为“等级均分制”，而在努而哈赤的家族内，为“八家均分”^②。民族经济习惯法除了其确定和分配的工具性价值外，其保护性工具价值亦十分重要。它包括两个层面：一是对被破坏的经济关系进行恢复或修复，一是对违反经济习惯法行为进行惩罚。如前所述蒙古族习惯法中对盗窃畜类的退还和惩罚（罚九）习惯法规范。事实上，民族经济习惯法随着社会的发展，经常被该民族的统治者根据实际情况和需要加以修改和发展，以适应新的经济关系或为达到统治者的目的服务。

其二是它本身的价值。民族经济习惯法本身的价值是指它本身所固有的，由其性能和特殊的调整和保护机制所反映出来的能够满足民族社会或民族集团需要的价值。对于任何一个民族来讲，其民族经济习惯法都首先来源于丰富多彩的民族经济生活，而经济生活本身并不是孤立的。无论是对民族整体还是民族成员而言，它都是在与其它民族或其他成员的关系中才能表现出来的。因此，在双方的经济关系中，这种习惯首先来自于双方的认同和惯行。而每一个民族或其成员都是自身利益的最佳判断者，如果他们相互交往的规则——民族经济习惯法的内容具有不平等性的话，经济交往将不可能持续，由此可见，民族经济习惯法从逻辑上讲包含了公平正义的价值观念，历史的实际也验证了这一点：民族的成员之所以向民族的统治者缴纳赋税，在于他们可以因此换取一种全方位的保护；民族成员之间之所以能够进行经济交往，在于对方可以满足自己的需要。其实在民族经济习惯法之外，何尝不是如此呢？民族政权之间之所以有纳贡、赋税、赏赐

① 参见《鄂伦春社会调查》，内蒙古人民出版社，1984年版，第17页。

② 参见刘小萌：《满族习惯法初探》，载王钟翰主编：《满族历史文化》，中央民族大学出版社，1996年版，第69-73页。

等关系，在于对方所能提供的利益保证；就连北宋王朝向辽、西夏等少数民族的“岁输”之盟，也完全是政治交易的经济形式。因而，我们认为，任何法都包含了一定范围和一定程度的公平，而且仅仅包含了一定范围和程度的公平，所有的公平都是有条件的，相对的。

民族经济习惯法本身价值的第二个方面在于它对民族法文化精髓的历史传承。民族经济习惯法是民族经济生活的反映，它首先在本民族中世代相传，并在传承中更加贴近它所规制和反映的社会经济生活，获得自身的发展。民族经济习惯法的内容反映着一个民族社会经济生活的水平和该民族的法制精神。当然，民族法文化的精髓和民族的法制精神并不是自足的，它应当经过历史的洗礼日渐剔除其过去的不适因素而走向未来。因此笔者认为，包括民族经济习惯法在内的所有法的传承应当是一个从历史走向未来的过程。惟如此，才有生生不息的法律源流。然而，民族经济习惯法在传承中也向其他民族传播。法律传播的总体趋势是先进的法律向落后的法律渗透，罗马法在全世界的传播造就了举世公认的罗马法文化传统，汉民族法律向其他民族的传播都是最好的注解。

以上通过对民族经济法历史形态的考察，全面展示了我国民族经济法的历史渊源。事实上，在我国这样一个有着悠久历史文化传统的统一的多民族国家里，现代的民族经济法与历史上的民族经济法之间有着一脉相承的关系，它们共同构成了我国灿烂的民族经济法文化。笔者以下将立足现代，探讨民族经济法的基本理论。

第三章 民族经济立法

民族经济立法是民族经济法律实践的逻辑起点，本章将以分析民族经济法的本质属性为基础，进而分析民族经济立法的基本原则和体制，并运用经济分析的方法提出提高民族经济立法的现实路径。

第一节 作为民族经济利益 分配机制的民族经济法

“法律的终极原因是社会的福利”^①。民族经济法从一定意义上讲就是民族经济利益分配的法律机制，它通过对民族经济利益的确认、保护和调整来实现民族的福利。民族是社会关系的主体之一，也是经济法律关系的重要参与者，民族经济利益的相对独立性要求有相应的法律来保障利益的实现。从逻辑关系上看，民族经济利益的实现过程就是利益与法益的互动过程。

^① [美] 卡多佐著，苏力译：《司法过程的性质》，商务印书馆，1998年版，第39页。

一、民族经济利益的相对独立性

法的物质制约性原理表明法律从根本上讲是调整利益关系的工具，法的公平与否完全取决于不同利益主体之间利益平衡的程度。在现代社会，尤其是在我国这样一个统一的多民族国家，经济利益主体的多元化格局要求法律不能只考虑国家经济利益，而且要考虑包括民族经济利益在内的不同群体经济利益和个人经济利益。那种忽视群体经济利益，认为只存在国家经济利益和个人经济利益的观点是不全面的。事实上，个人总是某个群体的成员，个人经济利益必须通过一个中间环节——群体经济利益来实现。民族作为人们的共同体，是一种群体，它具有自己独立的经济利益，民族经济利益具有客观性和多层次性。

（一）民族经济利益的客观性

民族经济利益就是为民族的生存和发展所不可缺少的各种经济资源、经济条件和经济机会的总和。民族经济利益的范围和方向的确立，数量、质量的增长和提高一方面受一国的生产力和生产关系状况的制约，另一方面受该国民族关系状况的制约。传统的法学理论普遍忽视了民族经济利益的存在，比如边沁就宣称“个人利益是惟一现实的利益”，庞德只承认个人利益和公共利益，并提出了著名的社会利益学说，而在当代资本主义高度发达阶段，社会公共利益作为一种独立的利益形式而成为更多人的共识。^① 就连我国当前的法学理论中，并没有民族经济利益的一席之地，而处处以国家利益、集体利益和个人利益涵盖一切。“我国法学理论和立法上通常都将国家的、集体的和个人的三者利益

^① 参见孙笑侠：《法的现象与观念》，山东人民出版社，2001年版，第66～67页。

由于存在着多个不同的民族，因而，国家政权从一定意义上讲是多民族共治政权而不是一个民族的自治政权。因此，各民族除了具有共同的经济利益的表象——国家经济利益之外，还存在着相对独立的各民族经济利益。我们所言的民族经济利益，当然是指多民族国家里不同民族的经济利益，主要是少数民族的经济利益和民族地区的经济利益。多民族国家民族经济利益的客观性反映了各民族在多民族国家里基于各自不同的自然地理条件和经济文化类型而产生的各民族经济利益上具有的对立统一辩证关系的历史实际。

其三，从现实看，我国多民族国家的实际决定了各民族经济利益的多元化格局。我国自古就是一个统一的多民族国家，当代中国是古代中国的传承继受者。当今我国民族经济利益多元化的格局表现为：一方面，全国 56 个民族根本的经济利益的统一性。民族的生存和发展离不开国家的政治保障，国家的建立使国内各民族成为一个国际政治、军事、经济和文化实体，从而也确保了各民族共同的经济利益之安全。另一方面，各民族所居住的区域不同，“区域的资源环境差异和民族的社会文化差异，不仅使不同民族经济利益活动的内容各不相同，而且使其经济活动的方式和道路选择，也表现出重大的差异”^①，因而，各民族经济利益客观上具有差异性。

最后，在我国，这种民族经济利益的多元化格局是以二元结构为表征的，突出地表现为汉族居住地区与边疆少数民族地区在经济利益上存在的差异。

民族经济利益的客观性要求国家在处理民族关系时，充分考虑民族经济利益的客观实际，运用公正有效的法律机制实现民族经济利益的分配。

^① 陈庆德：《经济人类学》，人民出版社，2001 年版，第 480 页。

（二）民族经济利益的层次

马克思主义经典作家认为，利益是个客观范畴，“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关”^①。正是利益的客观性决定着法的内容并非立法者任意的主观意志的体现，而是具有受其社会物质生活条件制约的客观内容。民族经济利益的客观内容集中地反映在以国家、民族自治地区和民族为基本主体单位的利益结构之中。

其一是国家利益层面中的民族经济利益。

在我国这样一个统一的多民族国家里，国家利益就是不同主体的共同利益，主要表现为“以工人阶级为领导的广大人民的共同利益、根本利益”^②，这种共同利益以“普遍利益”的面貌出现，它一方面反映着我国社会各种利益主体阶级力量的对比关系，另一方面体现了社会主义法制的公平正义价值，而且，随着社会主义市场经济的建立和发展，包括民族在内的各主体在基本社会公正理念的主导下，逐步实现其经济利益。因此，在国家利益中，总包含着各民族的共同利益，也包含着不同民族共同的经济利益。我国的法律从宪法到基本法律和法规都贯彻着民族平等的原则和保障全国各民族共同利益的原则，从而印证了民族经济利益不但包含在国家利益之中，而且有可靠的法制保障。

其二是以民族自治地方为单位的民族经济利益。

对民族关系和中央政权与少数民族关系历史实际的考察，有助于我们认识当代民族区域自治制度。从我国历史看，民族关系主要围绕汉族与少数民族以及主要少数民族（建立了政权）之间关系两个层面展开。从中央政权与少数民族关系的情况看，无论是以汉族为主建立的中央政权还是以某一个少数民族为主建立的

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1972年版，第82页。

② 孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版，第65页。

中央政权，对其他少数民族或少数民族地区基本采取了比较松散的联系或统治政策，无论是表面的臣服、羁縻，还是怀柔与因俗而治，基本没有脱离“民族自治”的樊篱。到中国共产党建立以后，承认了民族自决权，主张建立联邦制国家。1922年7月，中共第二次全国代表大会的《宣言》提出：“统一中国本部（东三省在内）为真正民主共和国；蒙古、西藏、回疆实行自治，成为民主自治邦；用自由联邦制，统一中国本部、蒙古、西藏、回疆建立中华联盟共和国”^①。1938年9月，毛泽东在作《论新阶级》的报告中提出：“允许蒙、藏、瑶、苗、彝、番等各族与汉族有平等权利，在共同对日原则之下，有自己管理自己事务之权，同时与汉族联合建立统一的国家”。^② 1941年5月，“《陕甘宁边区纲领》规定：依据民族平等原则，实行蒙回民族与汉族在政治经济上的平等权利，建立蒙回民族的自治区”^③，第一次提出了“民族区域自治”的设想。1949年9月29日，《中国人民政治协商会议共同纲领》规定：“各少数民族聚居的地区，应实行民族区域自治。按照民族聚居的人口多少和区域大小，分别建立各种民族自治机关。”^④ 从此以后，民族区域自治制度在我国已经确立。之后，于1952年8月中央人民政府批准了《中华人民共和国民族区域自治实施纲要》，1984年5月制定了《中华人民共和国民族区域自治法》，2001年2月，又修改了该法。

① 中共中央统战部编：《民族问题文献汇编》，中共中央党校出版社，1991年版，第18-19页。

② 中共中央统战部编：《民族问题文献汇编》，中共中央党校出版社，1991年版，第595页。

③ 转引自王戈柳主编：《民族区域自治制度的发展》，民族出版社，2001年版，第2页。

④ 中共中央统战部编：《民族问题文献汇编》，中共中央党校出版社，1991年版，第1289页。

民族区域自治制度是适合我国实际国情的基本政治制度，是对历史上民族政策的一种延续。我国的民族自治地方分为自治区、自治州和自治县三个层次，与此相对应，民族经济利益分别以自治区、自治州和自治县为单位分为三个层次。区域自治并非某一个少数民族的自治，而是在一个少数民族聚居地域以一个少数民族为主，其他民族共同参加的自治。区域自治符合历史上和现实中少数民族聚居地区各民族关系的实际情况。毫无疑问，纯粹的某一个少数民族聚居的地域是不存在的，各民族（包括汉族）共同生活、共同发展才构成了民族地区的生活画面。因此，国家实行民族区域自治正是考虑了民族和区域两个因素，一方面，该地域某一个少数民族从绝对数量或相对数量上达到一定规模，另一方面，其他民族也生活在该地域。考虑到这个区域内各民族的共同利益，才规定了民族区域自治制度，使这些不同的民族统一于区域之中，又使这个区域围绕着某个民族而实现自治。民族区域自治的一个重要内容就是经济自治，而以经济利益为客体的经济自治权是经济自治在法律上的表现。当前，我国的民族经济法以民族自治地方为最主要的主体，通过宪法、民族区域自治法和其他基本法律中的民族经济法规范、行政法规和地方法规等不同效力层次的法来保障民族自治地方的经济利益，从而实现民族经济利益，促进民族地区社会经济的全面进步和民族发展。

其三是以民族为单位的民族经济利益。

民族是由民族成员构成的。然而，构成民族的民族成员并非全部聚居于一个固定的地域，他们经常由于历史或现实的种种原因而散居在全国各地。尽管该民族也许有一个相对稳定的聚居地域，但散居的事实是不可否认的，那么，这种情况下是否存在以民族为单位的民族经济利益呢？答案是肯定的。以回族为例，尽管其聚居地有宁夏回族自治区，甘肃临夏回族自治州、新疆昌吉回族自治州，河北孟村回族自治县、河北大厂回族自治县、甘肃

张家川回族自治县、青海门源回族自治县、青海化隆回族自治县、民和回族土族自治县、大通回族土族自治县、新疆焉耆回族自治县、贵州威宁彝族回族苗族自治县和云南寻甸回族彝族自治县等一个自治区，两个自治州和十个自治县，但是，在全国各地基本都有散居的回族存在。他们以民族为单位的经济利益不但渗透在这些自治地方的经济利益当中，而且主要表现为基于其共同的宗教信仰而享有的经济利益，如清真食品的生产、销售、贸易和管理。法律应当而且已经肯定了这种经济利益的合法性并通过相应立法予以保护。在广大的汉族地区，尽管少数民族只占极少量，但是，他们的民族经济利益应当得到保护，他们的宗教信仰应当得到尊重，他们的历史文化传统同样应当得到重视，这也是人类文明的起码要求。

另外，少数民族传统聚居地区基本上地处边疆，自然地理条件和生态环境状况较差，社会生产水平低，经济发展落后，无论是从民族的角度还是从地域的角度看，他们的经济利益是一致的，需要获得同汉族或其他地区同等的经济利益。从这个意义上讲，民族经济利益与非民族地区的经济利益是相对而言的，它们的差距反映了民族经济法在立法、执法和司法、守法各个法律实践环节尚存在诸多不足，如何实现民族经济利益于法有据和将法律意义上的利益即法益转化为实实在在的经济利益是一个不可回避的法律命题。

二、民族经济法的公正价值

（一）法的公正价值

所谓公正，就是公平与正义的合称。公正不仅是一个法律问题，也是一个政治、经济甚至哲学、伦理问题。诚如庞德所言：“在伦理上，我们可以把它看成是一种个人美德或是对人类的需要或者要求的一种合理、公平的满足。在经济和政治上，我们可

以把社会正义说成是一种与社会理想相符合，足以保证人们的利益与愿望的制度。在法学上，我们可以讲的执行正义（执行法律）是指在政治有组织的社会中，通过这一社会的法院来调整人与人之间的关系及安排人们的行为。”^① 法自从它诞生的那一天起，就被赋予了一定的公正含义，而在西方法律传统中，法就是公正的化身。古罗马法学家乌尔比安认为正义是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志，西塞罗也把它描述为使每个人获得其应得的东西的人类精神取向，亚里士多德把正义分为分配的正义和矫正的正义。这些理论说明公正是法所追求的重要价值，甚至是首要价值。“另外也存在着这样一种伦理信念，按照这一信念，最高价值乃是民族的利益和尊严”^②。根据这种信念，作为民族经济利益分配机制的民族经济法首先应当维护民族的经济利益，进而维护民族的尊严。

（二）民族经济法的公正价值

民法上有句格言：无财产即无人格。当然，它所印证的是财产于民事主体权利、义务与责任上的重要性，与人身权意义上的人格无涉。但是，财产或经济利益于任何一个法律主体的重要性是不言自明的。“每一个民族都是一个利益群体，每一个民族都有争取本民族合法利益的权利”^③。民族的经济利益是民族生存与发展的基础，没有它，其他一切都是空谈。因此民族经济法的公正价值是民族经济法作为法的固有价值追求。

民族经济法的公正价值不是凭空产生的，它有其现实基础。

① [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制——法律的任务》，商务印书馆，1989年版，第5页。

② [美] E. 博登海默著，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，1999年版，第258页。

③ 马平：《西部大开发对当地民族关系的影响及对策》，载《民族问题研究》（人大复印资料）2001年第5期，第40页。

众所周知，在我国这样一个统一的多民族国家，少数民族和民族地区不但存在着绝对贫困，而且也存在着相对贫困。这种经济上的差异性和特殊性体现在三个方面：一是民族地区经济地理上的偏僻性和自然经济条件的落后性；二是工农业发展水平较低，交通运输条件不便；三是城市化水平、科技教育水平和人民生活水平较低，经济效益不高。从统计数字来看，仅西北黄土高原、青藏高原和云贵高原地区的贫困人口占全国贫困人口的一半以上^①。这种事实上的差异也就是不平等，这种现实与法律所追求的公正价值背道而驰，它也构成了民族经济法公正价值观应然性的现实基础。现实中，人们往往习惯于把这种社会不公正现象归结为“历史原因”和“自然地理原因”。除此之外，难道没有其他原因了吗？“历史原因”与“自然地理原因”既成事实无法改变，难道我们不能检讨包括法律在内的制度性原因吗？事实上，无论“历史原因”与“自然地理原因”造成的差距有多大，新中国成立以来所实行的经济法律制度从一定程度上漠视法的公正价值，从而忽视了民族经济利益。在计划经济时代，少数民族地区基本上成为全国经济和其他地区能源、资源和原材料的供应地。“而原材料与西北民族地区所需工业产品的比价又十分不合理，使民族地区在输出原材料和输入工业品时，利润双重流失”^②。我国少数民族地区地域辽阔，草原面积占全国草原面积的 89%，林木蓄积量占全国的 46%，水利蕴藏量占全国的 52%，矿产资源和动植物资源之丰富有口皆碑。然而在计划经济时代，以计划法为龙头的经济法将全国纳入“一盘棋”，使民族地区背负着许

^① 参见中华人民共和国国家计划委员会长期规划司编写，刘洪主编：《中国国情》，中共中央党校出版社，1990年版，第678～683页。

^② 施正一主编：《民族经济学与教程》，中央民族大学出版社，2001年版，第203页。

多“计划任务”为全国经济发展服务。甚至到了倡导市场经济的时代，东部发达地区利用自身的“先发展”优势和资金、技术优势，利用民族地区急于发展市场经济的迫切心情，与民族地区进行不平等的经济交换。诚然，经济法的主要功能之一就是它作为一种利益平衡法律在起作用，以修复和弥补市场机制这只“看不见的手”的固有弊端所引起的社会不公正后果。可我们的经济法律对此视而不见，在保障民族经济利益方面，不但缺少基本的法律配置，而且已有的法律法规在涉及民族经济利益的权利义务的配置上存在严重缺陷。温晓莉教授在对四川省人民政府颁行的《关于停止天然林采伐的布告》（又称《禁伐令》）及相配套的法律规范的研究中指出，中下游在“禁伐”中几乎完全是法令实施的受益方，它享受到因禁伐带来的自然灾害减少、水质水量等得到保证等益处。但是，它几乎不承担什么法律义务。从《禁伐令》实施的后果看，禁伐区内的民族自治地方财政收入、工业生产总值和农牧业收入骤然锐减，如甘孜藏族自治州全州财政收入减少60%以上，阿坝藏族自治州财政收入减少20%以上。现在这些地区因《禁伐令》的实施而导致主导产业消失，经济呈严重负增长，有的倒退到1966年甚至20世纪50年代中期的发展水平。^①可见法律在利益分配上的失衡主要体现在权利与义务的不平衡。民族地区既然为了其他地区的利益蒙受了经济上损失，那么，法律就应当课以其他地区补偿的义务。而根据权利义务之对等性原则，这也正是民族地区应当享受的权利，是民族经济利益在法律上的体现，也是民族经济法公正价值的具体反映。在当前进行西部大开发的背景下，国家应当制定保障民族经济利益的基

^① 参见温晓莉：《西部大开发与地区间权利义务的合理分担——从〈禁伐令〉实施谈起》，载《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2000年第7期，第10～15页。

本法律，切实运用法律手段促进民族地区经济的发展，使经济法的公正价值体现为实实在在的民族经济利益，从而实现社会公正。同样，如果西部大开发仅仅停留在“西气东输”、“西电东送”这样的开发层面，民族经济利益的实现恐怕任重而道远。

三、民族经济利益与民族经济法益的互动过程

“法益”是一个刑法上的概念，它肇始于西方，经过费尔巴哈、贝卡里亚、黑格尔、耶林等思想家的理论铺垫，由宾丁、李斯特确立了这一刑法概念。^①然而，我国目前的刑法理论中并没有“法益”一说。笔者所说的经济法益与西方刑法理论中的法益并无直接联系。所谓经济法益，是指经济利益在法律上的表现，亦即法律所确认和保护的经济利益。笔者提出“经济法益”这一概念，旨在将其作为分析民族经济法之有效工具。民族经济利益与民族经济法益是民族经济中的一对重要范畴，从一定意义上讲，只有合法的经济利益才构成经济法益。民族经济利益与民族经济法益是一种互动关系，只有在二者互动的过程中，才能实现作为民族经济利益分配机制的民族经济法的功能。

（一）民族经济利益到民族经济法益——程序公正的配置

利益主体的多元性与利益的客观性一样为社会所承认。然而并非所有的利益都能够得到法律的认可。民族经济利益也不例外，它必须得到法律的认可才能上升为民族经济法益，这是一个动态的实际过程，也是一个逻辑过程。

民族经济利益上升到民族经济法益是利益表达与利益综合的结果。民族是一种特殊的利益集团，它不同于政治学上所谓的因兴趣或利益结合而成的人的组合性质的利益集团。它的特殊性主要表现为它包括了“种族特征及构成民族的诸多内在的和外在的

^① 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社，2000年版。

复杂要素，如宗教、语言、习俗、心理等泛指的文化内容”^①。这些内在的和外在的复杂要素是一种黏合剂，它能够将同一民族的成员凝聚在一起，成为一个除了经济利益之外还有许多重大共同利益的人们共同体，以致使他们不可分离，相互依赖，共生共进。历史的发展已经验证了民族的主体性犹如人的主体性一样重要。因此，在先哲们提出了“人的平等”理念以后，“民族平等”的观念油然而生。法国著名哲学家皮埃尔·勒鲁认为：“只要有一天人类平等没有得到公认，战争状态必然是部落与部落之间、民族与民族之间的自然状态。”^②而人类历史上从未停息过民族之间的战争也印证了民族不平等的历史实际。伟大的哲学家康德论证了民族必须建立一个法治的社会来保障个人的权利，各个民族也应当建立一种法律秩序（在他看来是国际法），以保障各个民族的权利，从而清除战争状态，实现人类的永恒的和平。他的民族权利的原理认为，“（1）国家，作为民族来看，它们彼此间的外部关系——同没有法律的野蛮人一样——很自然地处于一种无法律的状态。（2）这种自然状态是一种战争状态，强者的权利占优势。（3）民族的联盟，依照一项原始社会的契约观念，它是为了保护每个民族免受外力侵犯和进攻所必须的结合，但这并不干涉它们内部的一些困难和争论。（4）在这个联盟中的彼此关系，必须废除一个有形的统治权力，而在文明的宪法中，必须规定这种权力。这种联盟只能采取联邦的形式，它随时可以解散，因而又必须时时更新”^③。尽管他的“民族权利原理”建立在对

① 郝时远：《Ethnos（民族）和 Ethnic group（族群）的早期含义与应用》，载《民族研究》2002年第4期，第6页。

② [法]皮埃尔·勒鲁著，王允道译：《论平等》，商务印书馆，1996年版，第71页。

③ [德]康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆，1991年版，第179～180页。

民族国家的研究基础之上，但不妨碍其理论建树对多民族国家和当代民族关系的有益启示。因此，要消除民族之间的自然状态（战争状态、对立状态），就应当确立民族平等的观点，建立包括民族经济利益平等在内的若干平等的法律制度。时至今日，“民族平等”已经与“人的平等”一样成为宪法和其他基本法律的基本原则。

首先，民族经济利益上升到民族经济法益是利益表达的结果。所谓表达，就是指“社会中各种集团表示自身要求”^①的行为。对于民族或民族自治地方来说，它们是民族经济利益的直接主体，也是进行民族经济利益表达的主体。其利益表达的方式主要有通过宗教领袖或民族上层分子作为代理人向中央政权进行（如藏族和信仰伊斯兰教各民族），通过民族自治地方的国家机构（如各民族自治地方）向中央政权进行。其次，民族经济利益上升为民族经济法益是利益综合的结果。民族经济利益的表达是一种具有信息传递功能的行为，它能够使中央政权迅速了解民族经济利益的现实要求和预期情况，并据此作出利益综合。利益综合是“把各种要求转变成重大政策选择的功能”^②。这是一个极其复杂和艰难的过程，民族经济利益综合的过程一方面取决于少数民族或民族自治地方在国家政治、经济生活中的地位，另一方面取决于国家政治的价值取向以及民族平等观念的普及和被重视程度，最后取决于民族经济利益表达的方式和激烈程度（如果以抗议、示威、游行甚至暴力方式表达，则应引起高度重视）。民族经济利益综合的结果有两种可能：一是以法律（或政策）的形式

① [美] 加布里埃尔·A. 阿尔蒙德等著，曹沛霖等译：《比较政治学：体系过程和政策》，上海译文出版社，1987年版，第228页。

② [美] 加布里埃尔·A. 阿尔蒙德等著，曹沛霖等译：《比较政治学：体系过程和政策》，上海译文出版社，1987年版，第223页。

肯定民族经济利益的合法性。二是否认那些利益表达的内容。显然，以法律形式肯定了的民族经济利益就实现了从民族经济利益向民族经济法益的上升，这一过程的完成标志着法律从程序上对民族经济利益的确认和保护。而程序公正的配置则表明民族经济利益的实现具有了可能性。而民族经济利益的现实性则有赖于另一重要的互动过程中的一环——从民族经济法益到民族经济利益。

（二）从民族经济法益到民族经济利益——实体公正的实现

透视近现代民族国家和多民族国家的历史，我们至少可以认为民族是国家的自然基础。由于“各个民族在这样一种意义上是独立的，即它们不是像领土一样处于被占有的状态之中，而是归属于它们自己的，并且根据它们自身所享有的天赋权利而拥有各种进行自我保存和自我救助的手段”，所以“普遍的同意是政府惟一真实的基础，而这样的政府也就因此通过民族，并且为着民族而存在”^①。可见，保障包括民族经济利益在内的民族利益是国家及其政府的职责。在多民族国家中，多民族共存的现实必然会凸现出不同民族经济利益上的差别，尤其是少数民族与数量上占多数的其他民族之间，往往存在经济利益上的巨大差别甚至经济利益上的冲突。消解这种差别与冲突的根本途径在于通过民族经济法这个黏合剂，确保民族经济法益作为利益从可能性转化为现实。这一过程的实现有赖于民族经济法两种功能的实现。

第一，事前调整功能的实现。

调整是法的基本功能。民族经济法的调整功能是由构成民族经济法的法律规范体系的内在结构所决定的一种固有的功用，它取决于民族经济关系的特殊性和复杂性。事前调整功能的实现，

^① 法国哲学家鲁瓦那·科拉尔语，转引自〔法〕莱昂·狄骥著，郑戈、冷静译：《公法的·法律与国家》，辽海出版社、春风出版社，1999年版，第422页。

需要确认民族经济利益的法律范围，即民族经济法益的范围。我国多民族共存的实际决定了民族经济法首先应当确认少数民族的经济公平发展权。发展权是民族作为国家自然基础的应有权利，任何权利主体和权力主体都不能剥夺。而公平发展权则是基于“民族平等”而存在的一种充分体现民族经济法公正价值的经济权利。其次，少数民族或民族地区基于特殊自然经济地理条件而应当享有的经济权利，主要包括对本民族或民族地区自然资源、能源、原材料和农牧产业的自主的经济权利，也属于民族经济法益的范围。另外，在市场经济条件下，少数民族或民族地区基于法律和政策资源的不合理配置而导致的“后发展”状态，使其处于不利的经济地位。因此，获得“先发展”利益的民族和地区应当支付相应的成本，使少数民族和民族地区得到经济利益的补偿，这体现在法益上，就是“获得经济帮助权”。事前调整功能的实现，还需要确认民族经济法各主体的经济义务和经济责任的范围。从一定意义上讲，权利、义务与责任是法律的核心范畴，有权利就有义务，有义务就有责任，充分地反映了法律的公平正义价值和强制规范性特征。民族经济利益的主体，无论是少数民族还是民族地区，在享有经济法益的同时，必须履行相应的法律义务，承担相应的法律责任，这是民族经济法的本质要求。民族经济权利与民族经济义务的平衡说明二者是互为条件的，不可偏废。而民族经济法律责任制度则是最终的强制力、约束力和保障力。少数民族或民族地区以基本的法律规范为参照，可以预测和评价自己的经济行为的合法性，并以此为指导，在法律的范围内行使经济权利、履行经济义务。如果违反了法定义务或约定义务，则应承担相应的法律责任，这就是本文下涉的内容：事后救济问题。

第二，事后救济功能的实现。

法律被制定出来，并不一定能够被执行和遵守，原因是在利

益的驱动下，人们往往在进行了充分的成本效益对比之后铤而走险（当然违法的原因是极其复杂的），在涉及经济利益时尤其如此。当违反民族经济法的行为发生以后，民族经济法将发挥其事后救济的功能。事后救济功能的实现需要经过确认违法行为和承担民族经济法律责任两个过程。从理论上讲，违反民族经济法的构成要件应当从四个方面来认定：从违法客体讲，该违法行为所侵害的必须是为民族经济法所保护的社会关系。从违法的客观方面讲，该违法必须是违反民族经济法规范的某种行为。从违法主体讲，主体必须适格，也就是说主体必须是合乎民族经济法律关系主体资格要求的法人、其他组织、国家机关以及特殊情况下的自然人。从违法的主观方面讲，实施违反民族经济法的行为时，违法主体具有故意或者过失的心理状态。这四个方面的构成要件具有统一性，不可或缺，这是发挥民族经济法救济功能的第一步。承担民族经济法律责任是事后救济的第二步。民族经济法律责任是一种崭新的经济法律责任形式，在建立社会主义市场经济秩序、大力发展民族地区经济的今天，从理论上对民族经济法律责任的一系列问题做出科学的合乎实际的回应是必要的。所谓民族经济法律责任，是指违法者违反了民族经济法的规定而依法应当承担的否定性的法律后果。民族经济法律责任的核心是经济责任，而经济责任发生的前提是民族经济法的直接规定和民族经济法律关系主体之间的合同约定。它产生的范围是由民族经济法的调整对象所决定的，它的内容就是民族经济法益和民族经济义务，承担经济责任的形式有赔偿经济损失、偿付违约金、罚款、没收财物和非法所得、返还财产、查封物资、冻结银行存款、强制收购、双倍返还定金或丧失定金、不予贷款等传统经济法律责任形式，也包括给予贷款、给予救助、减免税费、财政补贴、撤销等有利于民族经济发展的国家责任形式。总之，通过事前调整和事后救济两个途径，旨在保障民族经济利益从可能性的法益向

现实性的利益转化，惟如此，我们才可以说民族经济法得以实现。

通过以上对作为民族经济利益分配机制的民族经济法的探讨，揭示了民族经济法的本质。毫无疑问，任何法律都有犹如古人所言的“定分止争”的功能，而对民族经济法而言，尤其如此。

第二节 民族经济立法的基本原则

我们生活在一个法制日益昌明的时代。依法治国方略的提出与实施，使我国朝着富强、民主、文明的现代法治国家迈进。而对现代法治国家而言，立法已经成为与国家政治生活、民族社会生活甚至公民个人生活息息相关的一件大事。民族经济立法不但关系到民族自治地方和少数民族的根本经济利益，而且关系到社会主义市场经济条件下的法制建设。因此，探讨我国民族经济立法的理论与实践具有一定重要意义。

民族经济立法的基本原则是指贯穿于民族经济立法各环节的根本性准则。它是民族经济立法指导思想在立法实践中的表现，反映着立法者价值取向和法律意识以及受民族社会经济条件制约的程度。

一、民族经济立法的含义

从语源看，立法在古典文献中已经存在：“《商君》云：‘伏羲神农教而不诛，黄帝尧舜诛而不怒，乃至文武，各当时而立法’。《史记·律书》云：‘王者，制事立法’。《汉书·刑法志》云：

‘圣人制礼作教，立法设刑’。”^① 中国漫长的封建社会历史也集中印证了立法的客观历史存在。当然，古代的立法与现代意义上的立法内容不尽相同，但绝不能说古代无立法。^② 对于立法的内涵，当代法学界仍是见仁见智，概括起来有四种说法：“第一，立法是指一切国家机关依据法定权限和程序制定、修改和废止各种不同的规范性文件的活动的活动。第二，立法是指最高国家权力机关和它的常设机关依据法定权限和程序，制定、修改和废止法律这种特定的规范性文件的活动的活动。第三，立法是指一切有权制定、修改和废止法律的活动。”^③ “第四，立法是由特定主体，依据一定职权和程序，运用一定技术，制定、认可和变动法这种特定的社会规范的活动”^④。这些定义之间并无大的差异，都把立法看做是一种活动，一个动态的过程，是符合立法的实际情况的。

民族经济立法是我国这样一个多民族国家立法的具体类别和形式，它是指国家立法机关和地方立法机关依据法律规定的职权和程序，运用一定技术，制定、认可和变动民族经济法的活动。这个概念体现了民族经济立法的如下特征：从主体看，民族经济立法的主体不但包括中央立法机关，而且包括地方立法机关，中央立法机关有全国人民代表大会、全国人民代表大会常务委员会、国务院及其各部门。地方立法机关主要包括地方权力机关和地方政府机关。只有中央立法和地方立法相结合，才能制定出具有不同效力层次的民族经济法，来调整不同层次和不同范围的民族经济关系。从职权看，享有民族经济立法权的中央立法机关和地方立法机关不能任意行使该项权力，而应当依据法律规定的职

① 谢振民：《中华民国立法史》，正中书局，1937年版，第1页。

② 参见杨幼炯主编：《现代立法问题》，上海民智书局，1934年版，第412页。该书认为中国古代无立法，其实，现代学者持此观点者也有。

③ 戚渊：《论立法权》，中国法制出版社，2002年版，第11~12页。

④ 周旺生主编：《立法学》，法律出版社，2000年版，第80页。

权和程序进行民族经济立法。依照法定的职权进行立法,说明不同的立法主体享有不同的立法权限,而且只能采取特定的立法形式和法律渊源,该立法的成果只能反映和调整特定的民族经济关系。例如地方立法机关只能制定本地区的民族经济法规,而不能制定民族经济基本法律,并且该法规只能在本区域实施。民族经济立法依据一定程序进行,一方面是宪法性法律《立法法》的明确规定,另一方面也是保证民族经济立法严肃性、权威性、稳定性的要求。从内容看,民族经济立法是运用一定技术制定、认可和变动民族经济法的专门活动。所谓立法技术就是立法时所运用的科学方法和操作技巧,立法技术不但包含着立法经验的总结,而且包含着对法的结构规则的合乎科学的营造。良好的立法技术是制定、认可和变动民族经济法的重要保证。

民族经济立法既是民族立法的重要组成部分,也是经济立法的题中之意。民族经济法学学科母体的二重性决定了民族经济立法应当遵循立法法、民族立法和经济立法的指导思想和基本原则,从而总结出适合自身特点的基本原则。

二、民族经济立法的合法性原则

对合法性问题的探讨是法学研究中的基本主题。立法的合法性因立法从逻辑上优位于执法和司法、守法的特点而具有优先意义。民族经济立法是民族经济法实践的初始环节,其合法性原则要求:第一,民族经济立法权合法化。民族经济立法权是立法机关的专有权力,每一项权力诸如提案权、审议权、表决权、公布权的归属和界限都应当由法律明确规定。它反映着立法权受制约的状态,即一方面接受各民族人民的监督,另一方面受其他国家权力的制约,最重要的是,它受到法律的制约,任何不合法的立法权力的行使,都会得到法律制止。第二,民族经济立法内容的合法性。它表明:民族经济立法的内容首先要符合宪法的规定,不符合宪法精

神与规定的任何立法均为违宪法立法,是无效的立法,应当承担违宪责任。同时,各民族经济立法主体在立法时应当注意本立法所依据的法律以及本立法不得与上位阶立法相悖,否则便是无效的民族经济立法,这也是法制统一性的客观要求。第三,民族经济立法程序的合法性。民族经济立法是一项特殊的立法,由于涉及民族和经济两个带有强烈政治色彩的敏感性问题,因此,只有把立法权纳入法定程序之中才能有效防止各种人治因素、长官意志和其他因素的非法干预,才能使民族经济立法与国家统一的经济立法相协调,从而推动民族经济与市场经济的接轨与同步发展。总的来看,立法合法性原则是一项首要原则,是其他原则贯彻的前提。

三、民族经济立法的民主性原则

对人类社会而言,民主是一种观念,对于国家而言,民主是一种制度。“立法、行政、司法等国家政权活动,在现代国家,都是一个民主与集中相统一的过程。但是,立法权、行政权、司法权在权力性质、特征和运行规律等方面存在很大差异:立法权崇尚民主,行政权追求效率,司法权维护公正。比较而言,国家立法活动更强调民主”^①。尽管民主性原则是一个普遍性原则,然而对民族经济立法而言,具有特别的意义。其一,根据《立法法》第五条的规定,立法活动应当“体现人民的意志,发扬社会主义民主,保障人民通过多种途径参与立法活动”。民族经济立法的民主性原则要求体现少数民族意志,反映他们的经济利益和要求,使他们参与到立法活动中来。少数民族人民群众参与民族经济立法的形式主要有两条:一是通过民主选举各级人大代表,由人大代表在参与国家权力机关的工作中反映本民族和其代表的自治地区人民群众的意见和要求;二是有关国家机关(包括中央

^① 周旺生主编:《立法学》,法律出版社,2000年版,第127~128页。

国家机关和地方国家机关)在其立法活动中,切实采取有效措施,广泛听取少数民族人民群众的意见,既可以让少数民族群众个体参与其中,也可以让少数民族群众的代表参与其中。只有这样,才符合民族经济立法的民主性原则。

民族经济立法向来是民族立法的中心,不但五大自治区把民族经济立法作为重点来抓,其他多民族的省份如青海、甘肃、云南、贵州、四川等也在立法中突出了经济立法,以四川省为例,其颁布的8件单行条例中,经济立法占5件,它们是:《凉山彝族自治州矿产资源管理条例》、《甘孜藏族自治州矿产资源管理条例》、《凉山彝族自治州东西河飞机播种林区管理条例》、《凉山彝族自治州家禽卫生防疫条例》、《阿坝藏族羌族自治州野生药材、菌类植物保护条例》,占单行条例的60%以上。这些地方立法基本上是在熟悉本地区民族经济情况和大量调研基础上完成的,从一定程度上能够与少数民族人民群众的愿望和要求相契合,这是民族经济利益与地方经济利益相契合的必然结果。然而在中央立法的层面上,民主性原则的贯彻是受一定条件限制的:一是这一层面的民族经济法的概括性特征的局限。中央立法层面上的民族经济法一般适用于全国所有的民族地区和各少数民族,面对千差万别的民族经济生活状态,不可能针对具体区域和民族特别立法,只能制定概括性的普遍适用的法律。二是受立法观念和立法成本的限制。中央层面的民族经济立法,往往带有较强烈的自主意识,加上调查和征求民族群众意见的成本较高,因此受到了较大局限,影响了立法民主性原则的贯彻执行。以往群众参与民族经济立法的形式有两种,其一是由领导机关将民族经济立法草案经初步审议后,印发有关部门和地区征求意见,根据反馈意见进行再修改。其二是邀请专家学者和民族宗教界人员举行座谈会,进行讨论。当然也有由起草小组深入到少数民族地区和民族群众中去进行调查,收集意见和要求,经汇总后酌情修改民族经济法

草案的情况，只是这种深入细致的工作并不普及。事实上，群众对民族经济立法的参与程度反映着立法的民主化水平，也是衡量立法工作的一个重要标准。民族经济立法过程中的群众参与，本身是一个检查和检验立法的价值取向和合法性的过程。笔者认为，符合法律规定只是合法性的表象，实质意义上的合法性（无论是对行为、法律还是权威）应当是它被社会认可、遵守和拥护的程度。如果一个行为、一部法律或一个权威得不到广泛的正面反应，则其合法性就无从谈起。

四、民族经济立法的民族经济利益原则

所谓民族经济利益原则，是指民族经济立法应当充分考虑民族经济利益，以确认和保护民族经济利益为价值取向。这是一个需要十分重视的原则。

从一定意义上讲，法律就是为了调整利益关系而产生和存在的。民族经济法是调整民族经济利益的法律机制。在利益体系中，不同主体之间存在着利益反差，其表现形式之一就是少数民族及其地区与汉族和非民族地区之间的利益反差。其主要原因在于改革开放以来，市场经济的大潮席卷少数民族及其地区，迫使少数民族人民及其地区必须参与市场竞争，然而由于自身实力较弱，在强弱分明的市场竞争中反而拉大了差距，形成了更大的利益反差，目前，这种利益反差仍在扩大。民族经济立法应当以民族经济利益为价值取向，通过法律手段保护少数民族及其地区的经济，从实质意义上平衡以往既存的利益反差。邓小平同志曾经深刻地指出：“社会主义最大的优越性就是共同富裕，这是体现社会主义本质的一个东西。如果搞两极分化，情况就不同了，民族矛盾、区域间矛盾、阶级矛盾就会发展，相应地中央和地方的

矛盾也会发展，就可能出乱子。”^①《宪法》第一百一十八条明确规定：“国家在民族自治地方开发资源、建设企业的时候，应当照顾民族自治地方的利益。”可见，民族经济立法应当遵循民族经济利益原则，运用法律手段规制民族经济关系，保障民族经济的发展，努力消除民族经济利益上的反差。实际的情况是，改革开放二十多年来，民族经济利益原则并没有得到很好地贯彻。这突出地表现在三个方面。

一是缺少中央层面的民族经济立法。现代法经济学理论认为，法律作为一种制度资源，具有稀缺性。国家作为民族经济法的供应者，为什么没有供给足够数量的民族经济法呢？笔者认为，从经济分析的角度看，首先因为民族地区或少数民族作为民族经济法潜在的“消费者”，其“消费能力”有限，这完全是由民族经济的不发达、民族地区市场经济的不发育和传统民族经济的超稳定结构造成的。这些因素导致的一个直接结果便是民族经济关系相对粗疏、简单，因而对民族经济法的需求降低。另一方面，立法机关作为民族经济法的供应者，是以有理性的“经济人”的面目出现的。“经济人”的典型特征是考虑立法的成本效益，尽管这个“经济人”表面上标榜国家利益，但是，不能排除立法中的部门利益和个人利益存在。因此，立法者考虑了民族经济立法的成本与效益，宁可选择低成本、高收益的不稳定的政策为主导来替代民族经济法，从而造成民族经济政策长期以来是民族经济法律的“替代品”而成为公共选择的对象。因此，总体而言，中央层面民族经济立法的供应是不足的。

二是五大民族自治区的自治条例难以出台。

自治条例是民族自治地方行使自治权的法律标志。《宪法》第一百一十六条明确规定：“民族自治地方的人民代表大会有权

^① 《邓小平文选》第3卷，人民出版社，1993年版，第364页。

依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。”《立法法》第六十六条和《民族区域自治法》第十九条与《宪法》第一百一十六条规定完全一样。也就是说，同样的内容规定在包括宪法在内的三部法律之中，足以说明民族自治区自治条例的重要地位。然而，二十多年来，内蒙古、广西、新疆、西藏、宁夏五大自治区都没有制定出台其自治条例。为什么会出现这种情况呢？笔者认为，一个很重要的原因就是立法中的“民族经济利益原则”无法落实。自治条例属于地方综合性法规，其内容尽管要涉及政治、经济、文化教育、卫生等许多方面，然而，其主要内容仍然是经济。民族经济利益与国家经济利益分野的基础在于民族区域自治权与国家统一权的分别。在利益分配上，“蛋糕”总是有限的，分配中存在此消彼长的关系。如何协调国家的经济利益与民族经济利益是一个棘手问题。实践中，各自治区制定自治条例的热情很高，如内蒙古自治区，从1980年到1993年起草修改自治条例达22稿，但都无果而终，根本的原因在于涉及国家经济利益与民族经济利益时无法协调，因为经济这一块的内容，都要涉及国务院有关部委放权让利的事。以内蒙古自治区为例，主要是在对外经济贸易、财政金融等方面涉及上级国家机关，而需要同国务院有关部委进行协调，以取得他们对自治条例有关具体规定的认可。其具体内容包括：自主的对外贸易审批权，自治区自治机关在国家宏观调控下，在征得上级国家机关同意后，对涉及农牧民经济利益的地方农副土特产品的出口自行发放出口许可证，要求出口配额的增加与照顾，自主管理边境贸易，自主引进外资和技术，海关代征的工商税留地方，要求财政补贴逐年递增，税收优惠，要求享受低息贷款，长期贴息贷款，依法设立开发银行，并根据实际情况发行

债券和股票。^① 这些事项中，除要求自主的对外贸易审批权一项根据《对外贸易法》第四条规定：“国家实行统一的对外贸易制度”，遇到了上位阶法律障碍外，其他均涉及利益的协调问题。毫无疑问，要协调好这些问题，必须贯彻民族经济利益原则，也就是说，国家应当做出适当的让步，要求民族经济立法应当有“帕累托改变”的性质，一方面，民族经济利益的权利主体在民族经济立法中受益，另一方面，国家的经济利益并不因此有较大受损。诚然，很难做到完全的改变，但尽量减少国家经济利益的损失总是可能的，因为国家及其政府才是真正的“牧羊人”，而牧羊人是不怕羊壮的，因此归根结底，某种程度某个层面上的经济利益平衡是可能的和现实的，立法者所要做的，只是将民族经济利益原则贯彻到立法实践中去。当然，现行法中的障碍设置也是民族经济利益原则不能在立法中贯彻的原因。新中国成立以来，民族地区经济和少数民族经济发展尽管取得了很大成就，但是，无论从经济总量上还是从经济效益上，都不能与非民族地区尤其是东南沿海地区的情况相比。两者的巨大差异已经造成了一些社会后果。随着西部大开发战略的实施，全社会已开始关注民族经济利益了，然而，要在新的立法中贯彻“民族经济利益原则”尚存在诸多法律障碍，而这些法律障碍是民族经济利益被漠视的历史条件下的产物，有些法律目前对社会经济关系的规制作用仍然很大，若要厘清尚需时日。这主要表现在《税收征收管理法》、《对外贸易法》、《草原法》、《森林法》、《矿产资源法》等中央立法和部分自治地方单行条例中。比如自1993年开始的税制改革，影响了民族地区的财政收入，分税制实施以后，国家要从消费税和增值税中比过去多拿走一部分，使本来就很困难的民族

^① 参见王仁定：《关于制定自治区自治条例问题的思考》，载《内蒙古师大学报》（哲学社会科学版），2001年第4期，第40～41页。

地区更加困难。以贵州这个多民族省份为例,实行分税制前,“卷烟税收占全省财政收入的45%,实行分税制后,国家不仅要分享75%的增值税,还要拿走部分消费税”^①。五大自治区的情况也差不多如此。

由此看来,民族经济立法应当在合法性与民主性原则的基础上,着重贯彻民族经济利益原则,它是调整民族经济关系、保护民族经济利益的根本性准则,只有坚持它,制定出来的民族经济法才能够成为切实保障民族权利的基本手段,才能实现民族经济法的基本价值。

第三节 民族经济立法体制

一、民族经济立法体制的内涵

立法体制是国家立法制度的核心。然而在对立法体制的界定上,大多数学者把立法体制局限在立法权限的划分上。事实上,立法体制是关于立法权限、立法权运行和立法权载体诸方面的体系和制度所构成的有机整体,其核心是关于立法权限的体系和制度。立法权限的划分,是立法体制中的静态内容,而立法权的行使则是立法体制中的动态内容,立法体制是这种静态与动态的统一和有机结合。^②所谓民族经济立法体制,也应当是指关于民族经济立法权限、民族经济立法权运行和民族经济立法权载体等方面的体系和制度的总和。民族经济立法体制的内涵也可以从这三

^① 白明政:《浅论市场经济条件下的民族经济立法》,载《贵州民族学院学报》(社会科学版)1996年第3期,第19页。

^② 参见周旺生主编:《立法学》,法律出版社,2000年版,第188页。

个方面进行阐释，然而民族经济立法体制毕竟是我国立法体制的可以涵盖的内容。笔者之所以提出民族经济立法体制的概念，是为了从部门法和学科的意义上来研究民族经济法提供方便，并力图通过对其特殊性的研究展现民族经济立法体制的不足，从而提出有益于民族经济立法实践的法律对策。由于民族经济立法体制内涵的三个方面的相互关联性，笔者拟在厘清逻辑关系的基础上从民族经济立法主体的立法权和立法程序两个方面进行论证。

二、民族经济立法主体的立法权限

立法体制的多样性取决于国家的特殊国情，并受政治、经济和历史文化传统的影响。大体来说，主要包括由一个立法机关行使立法权的单一立法体制，由两个或两个以上立法机关行使立法权的复合立法体制以及建立在立法、司法、行政三权分立基础上的制衡立法体制。当然，这种分类只是学术研究的工具或结果，而且三种类型之间也互有联系。我国的立法体制是由我国的国情所决定的独具特色的立法体制，从立法权限划分的角度看，周旺生教授把它总结为：它是中央统一领导和一定程度分权的，多级并存、多类结合的立法权限的划分体制。^① 民族经济立法权限的划分，大体遵循这样一种规律，但又有特殊性。

(1) 宪法和基本法律效力层次的民族经济法的立法权属于全国人民代表大会及其常务委员会，它们在整个民族经济立法体制中处于领导地位。根据宪法规定，“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关”，它可以行使包括修改宪法、制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律在内的 15 项职权。全国人大常委会是全国人大的常设机关，根据宪法规定，它可以制定和修改除应由全国人大制定的法律以外的其他法律，

^① 参见周旺生主编：《立法学》，法律出版社，2000 年版，第 189 页。

在全国人大闭会期间，对全国人大制定的法律进行部分补充和修改，但不得同该法律的基本原则相抵触。可见，宪法和基本法律效力层次的民族经济法的立法权有其特殊的主体。

(2) 行政法规效力层次的民族经济法的立法权属于国务院。国务院是国家最高行政机关，根据《宪法》和《立法法》的规定享有民族经济立法权。《宪法》第八十九条规定：“国务院行使下列职权：（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”。《立法法》第二章专门就行政法规作出规定，其中第五十六条规定：“国务院根据宪法和法律，制定行政法规。”国务院行使行政法规立法权有着非常重要的意义，它所制定的民族经济法规的效力低于宪法和基本法律层次上的民族经济法，但高于一般地方性法规，具有承上启下的作用。新中国成立以来，行政法规层次上的民族经济法已有一定数量，它一般以“条例”、“规定”、“办法”、“实施细则”等形式出现。如：《关于民族自治地方财政管理暂行办法》、《边境小额贸易暂行管理办法》、《国务院关于“九五”期间民族贸易和民族用品有关问题的批复》、《矿产资源开采登记管理办法》、《矿产资源补偿征收管理规定》等。可以说，在中央立法层面的民族经济法中，民族经济法规的数量比民族经济法律的数量要大得多。国务院作为最高行政机关，也制定了许多经济法律的实施细则，这是行政法规立法权的一种特殊形式。国务院通过行使有限的民族经济立法权和执法权，可以很好地弥补民族经济法律的不足，有利于将民族经济法的立法和执法结合起来，产生良好的社会效果。在立法实践中，人们容易混淆法规与行政措施、决定、通知、命令、指示之间的区别。从狭义上讲它们之间确实存在差别，主要表现为法规具有法的性质，严格地讲，它可以归属于行政法部门，它应当根据《立法法》确定的程序制定并发布，而行政措施、决定、通知、命令、指示则并非一概要履行这一程序。但是，在实践中，

我们完全可以从广义上把它们都归结为法规，这些措施、决定、通知、命令、指示也可以经过实践的检验，将其中一些内容以法规的形式表现出来。因此，当前编纂的《法规汇编》中都将它们收录其中，并无不妥。

(3) 部门规章效力层次上的民族经济法的立法权属于国务院各部门。国务院各部门是国务院的下属部门，它们依法享有规定和变动民族经济规章的权力。国务院部门立法是具有中国特色的一种立法现实。根据《宪法》第九十条规定：“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在各部门的权限内，发布命令、指示和规章。”《立法法》第七十一条规定：“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。”《立法法》进一步规定，部门规章的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。国务院各部门之间在法律地位甚至行政级别上是同等的，所以，它们制定的民族经济规章应当具有同等的法律效力，诚然，这些民族经济方面的规章不能与宪法和法律、法规的规定相违背，否则就是无效的。应当指出的是，国家民委在民族经济规章制度方面的贡献非常大，是一个十分重要的立法主体。在我国民族经济立法实践中，国家民委的规章经常由国务院转发下达，如国家民委等部门于1991年颁布了《关于加强民族贸易和民族用品生产供应工作意见》这一规章，经国务院批转以后，演变为《国务院批转国家民委等部门关于加强民族贸易和民族用品生产供应工作意见的通知》，由部门意见到国务院“通知”，其效力的范围和等级都有所不同，这也反映了我国立法体制的特色。这种做法照顾到了国务院部门在立法的专业性、行业性、技术性方面的优势以及它们对实际情况的了解较多，执法及其监督的依赖性等因素，是一种行之有效的办法。而且，国家民

委经常通过自己的调查研究制定一些民族政策的实施措施甚至民族政策，并通过一定的程序使之上升为法律，这就是我们所说的“民族政策法律化”。

(4) 地方法规效力层次上的民族经济立法权属于省、自治区、直辖市和较大的市的人民代表大会及其常务委员会。该立法权限划分的直接法律依据是《立法法》第六十三条，其中规定：“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的情况下，可以制定地方性法规”。“较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行”。这里所称的“较大的市”是指省、自治区人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。地方法规效力层次上的民族经济立法权属于一般地方立法权的范畴，它又由三部分组成，其一是制定和变动地方性民族经济法规，从而实现对本地区民族经济活动的调整。其二是制定和变动本地区地方政府制定的民族经济规章，使其与地方法规相协调，或上升为地方性法规。其三是根据上级委托的授权立法，制定与本地实际情况相符的民族经济法规。由于少数民族基本上在全国每个省区都有分布，所以，地方法规效力层次上的民族经济立法几乎遍及每一个省、自治区、直辖市和较大的市。有些省份尽管不是自治区，但少数民族的分布十分广泛，数量也不少，比如云南、贵州、青海、甘肃、湖南、四川、吉林、黑龙江等省。其中云南的少数民族人口占全省总人口的 33%，贵州的少数民族人口占全省人口的 36.8%。因此，这些省的民族经济立法在地方性法规中占有很大比重和一定地位，尤其在涉及各民族之间的经济利益时，法律的调整是不可缺少的。

(5) 特殊的民族经济立法权属于民族自治地方的人民代表大会。民族区域自治制度是我国的一项基本的政治和法律制度。到目前为止,我国已经建立了119个自治县(旗),30个自治州和5个自治区,共154个民族自治地方。^①除自治区是相对独立的最大自治单位以外,自治州在自治区和非自治区都大量存在,同样,自治县(旗)不但在自治州设立,也可以在地、市设立。总之,民族自治地方几乎遍及全国,只不过它们存在的形式和行政级别不同罢了。《立法法》第六十六条和《民族区域自治法》第十九条明确规定:“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。”这说明法律不但赋予自治区人民代表大会以制定自治条例和单行条例的立法权,而且也赋予自治州和自治县以相应的立法权,这充分地体现了自治的法律本质和要求。《立法法》同时规定:“自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规作出变通规定,但不得违背法律和行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”对于民族自治地方来说,行使自治条例和单行条例的立法权是其依法享有自治权的体现。对于民族自治地方来说,自治条例和单行条例是实现民族经济自治权的有力手段和重要措施,尽管单行条例制定了不少,然而自治条例在自治区和一些自治州、自治县仍未颁行,这不但是法制建设的一大憾事,也妨碍了民族自治地方自治权的实现,进而影响了民族社会经济的发展。应当明确的一点是,自治条例

^① 参见王戈柳主编:《民族区域自治制度的发展》,民族出版社,2001年版,第43页

往把长期经济规划以规章的形式颁布出来，实现了民族经济政策在局部地区的法律化，为其更好地执行提供了法制保障。

由此可见，我国民族经济立法权限的划分有其明确的法律依据，法律明确规定了不同的主体享有不同的立法权限，而且立法的结果在效力上是有差别和区别的。它反映了我国民族经济立法体制的合法性、明确性、完备性和民族性的特点，标志着法治理念向民族经济生活的全面渗透。

三、民族经济立法程序探讨

民族经济立法程序是指享有民族经济立法权的主体在制定、认可、修改、补充、废止民族经济法过程中应当遵循的方法和步骤。它最显著的特点就是法定性。也就是说，与其他所有的立法一样，民族经济立法的程序是法定的。立法上的程序设置与执法和司法上的程序设置一样，具有十分重要的意义。一方面，程序本身是具有一定价值的。程序的价值是实质的价值的保障，如果没有立法的程序保障，立法活动将陷入任意和随机的状态，为人治和其他因素的侵入打开了方便之门。可以说，立法的程序是良好立法结果的前提。另一方面，从逻辑上讲，立法的程序是源，而执法和司法的程序是流。立法的程序集中体现了法律的尊严与严肃性，它必然要求执法和司法按法定程序进行，以保障社会经济关系的秩序，保证被破坏的社会关系及时得以修复和救济。民族经济立法关系到少数民族的经济利益甚至全社会和国家的根本利益，具有特殊性，因而，民族经济立法程序应当受到高度重视。

（一）民族经济法案的提出与初步审议

民族经济法案的提出，标志着立法工作的正式开始和立法程序的正式启动。它是指由有立法提案权的机关、组织和人员，按照法定的程序向有权立法的机关提出关于制定、认可、修改、补

充和废止民族经济法的专门活动。根据我国《宪法》、《立法法》、《全国人大组织法》、《全国人大议事规则》、《全国人大常委会议事规则》等法律的规定,有权向全国人民代表大会提出民族经济法案的有:大会主席团、全国人大常委会、全国人大各专门委员会、国务院、中央军委、最高法院、最高检察院、一个代表团或30名以上的代表联名。有权向全国人大常委会提出民族经济法案的有:委员长会议、全国人大各专门委员会、国务院、中央军委、最高法院、最高检察院和10名以上全国人大常委会组成人员联名。如果涉及宪法中的民族经济法条款的修改,则只有全国人大常委会或者五分之一以上的全国人大代表有权提出修改议案。地方的人大及其常委会立法,实行的是与此相类似的制度,而且,“没有明文规定行使立法提案权的机关、组织和人员应当提出与自己部门业务或职业范围相称的法案”^①。但是,在立法实践中,民族经济立法案多由国家民族事务委员会以及地方民族事务委员会提出,这也符合它们自身的业务和职业范围,有利于提高民族经济立法的质量。

民族经济法案提出以后,不一定能够列入议程加以审议,但是,立法机关应当慎重考虑并作出判断是否将其列入议程。凡是由国家机构向全国人大提出的民族经济法案,由主席团决定列入议程。凡是由国家机构向全国人大常委会提出的民族经济法案,由委员长会议决定列入常委会会议议程,也可以先交给有关的专门委员会(主要是经济委员会或民族委员会)审议,提出报告,再决定列入常委会会议议程。也就是说,凡是由国家机关提出的民族经济法案,必须列入议程。如果是一个代表团或者30名以上的代表的联名,向全国人大提出民族经济法案,根据《立法法》第十三条规定则须由主席团决定是否列入议程,或者先交有

^① 周旺生主编:《立法学》,法律出版社,2000年版,第296页。

关的专门委员会审议，提出是否列入议程的意见，再决定是否列入议程。如果是全国人大常委会 10 人以上联名向全国人大常委会提出民族经济法案，根据《立法法》第二十五条规定，须由委员长会议决定是否列入议程，或者先交有关的专门委员会审议，提出意见，再决定是否列入议程。行政法规层面的民族经济法案的提出应当由国务院自主决定，或者由国务院部门向国务院报请立项，由国务院组织起草。地方中的人大及其常委会的民族经济立法，根据《立法法》第六十八条的规定，参照国家立法制度作出具体规定。

（二）民族经济法案的统一审议

法案的统一审议是立法的关键，是由有关机关对民族经济法案运用审议权决定是否要修改以及对其加以修改的专门活动。从审议的方式来看，根据《宪法》、《全国人大组织法》、《全国人大议事规则》、《全国人大常委会议事规则》和《立法法》的规定，列入全国人民代表大会会议议程的民族经济法案，由法律委员会根据各代表团和有关的专门委员会的审议意见，对其进行统一审议，向主席团提出审议结果报告和法律草案修改稿，对重要的不同意见应当在审议结果报告中予以说明，经主席团会议审议通过后，印发会议。必要时，可以召开各代表团团长会议，就其中的重大问题听取各代表团的意见，进行讨论，并将讨论情况和意见向主席团报告。也可以就其中重大的专门性问题，召集代表团推选的有关代表（主要是民族自治地方的代表）进行讨论。对某些涉及民族经济利益的重大问题，需要进一步研究的，可以委托全国人大常委会进一步审议，也可以授权他们提出修改意见。列入全国人大常委会会议议程的民族经济法案，一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决。根据《立法法》第二十七条规定，这三次审议分别是：在全体会议上听取提案人的说明，由分组会议进行初步审议；在全体会议上听取法律委员会关于民族经济法案

修改情况和主要问题的汇报，由分组会议进一步审议；在全体会议上听取法律委员会关于民族经济法案审议结果的报告，由分组会议对修改稿进行审议。列入全国人大常委会会议议程的民族经济法案，由有关的专门委员会进行审议，提出审议意见，印发常务委员会会议。专门委员会在审议时，应当召开全体会议审议。应当明确的是，法律委员会的审议是统一审议，法案经各专门委员会审议以后，由法律委员会根据各代表团审议意见进行修改，提出法律草案表决稿，从这个意义上讲，法律委员会主要是从法案的形式上进行把关，以提高立法的水平和质量，而法案的内容如何，主要取决于各专门委员会的意见。行政法规层次的民族经济法案审议，根据《立法法》第五十九条规定，由国务院法制机构审查。地方法规层面的民族经济法的审议，根据《立法法》第六十八条的规定，参照《立法法》第二章有关规定，由本级人民代表大会规定。

（三）民族经济法案的表决与通过

表决与通过是民族经济法案能否成为民族经济法的最关键的环节，只有表决并通过后，法案才能成为法。从国际通行的表决形式看，主要有公开表决和秘密表决两种形式。公开表决是在法案的表决过程中，不掩盖表决者的赞成或反对的态度，它包括举手表决、起立表决、口头表决、行进表决、点名表决、记名投票表决、计牌表决、使用电子仪器表决等方式。秘密表决就是掩盖表决者态度的表决方式，主要实行的是无记名投票。在我国，全国人大表决民族经济法案，采用无记名投票方式，举手方式或其他方式，具体采用哪种方式，由人大主席团决定。如果涉及宪法性民族经济法条款的修改，则采用无记名投票方式表决。全国人大常委会和地方人大常委会的表决也基本采用上述形式，而且只对法案进行整体表决，而不是逐条表决。

在民族经济法案的通过方面，涉及宪法的修改时，须经全体

代表三分之二以上多数通过。普通民族经济法律、地方性法规的通过，参照基本法律的标准执行。需要特别指出的是，根据《立法法》第六十六条的规定，自治区的自治条例和单行条例，报全国人大常委会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后生效。行政法规层面的民族经济法的通过根据《立法法》第六十条的规定，依照国务院组织法的有关规定办理。部门规章层次的民族经济法案的通过依《立法法》第七十五条规定，经部务会议或委员会会议决定。地方规章应当经政府常务会议或者全体会议决定。这一系列的法律规定明确了民族经济法案作为法案的一部分的表决与通过程序，使立法的严肃性与权威性得到充分体现。

（四）民族经济法的公布

民族经济法的公布是指享有法律公布权的国家机构或人员，将立法机关通过的民族经济法以一定方式公布于众的活动。现代法理认为，如果法律通过后秘而不宣，则不具有拘束力。其实，许多国家由宪法或其他法律专门规定，任何法律在公布以前都不具有法律效力。由此可见，要将民族经济法案上升为有效力的法律，则须经过公布程序，这是行使立法权的最后一道程序。《立法法》第二十三条规定：“全国人民代表大会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。”根据《立法法》第四十一条的规定，全国人大常委会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。因此，法律效力层次的民族经济法应当由国家主席签署主席令予以公布。根据《立法法》第五十二条的规定，民族经济法律签署公布以后，及时在全国人民代表大会常务委员会公报和在全国范围内发行的报纸上刊登，并以前者为标准文本。根据《立法法》第六十一条的规定，行政法规效力层次的民族经济法应当由总理签署国务院令公布。根据《立法法》第六十九条规定，省、自治区、直辖市的人民代表大会制定的地方性法规效力层次的民族经

济法由大会主席团发布公告予以公布；省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会制定的地方性法规层面的民族经济法由常务委员会发布公告予以公布；较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规效力层次的民族经济法报经批准后，由该较大的市的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布；民族自治地方的自治条例和单行条例报经批准后，分别由自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布。《立法法》第七十条规定：“地方性法规、自治区的自治条例和单行条例公布以后，及时在本级人民代表大会常务委员会公报和在本行政区域范围内发行的报纸上刊登。在常务委员会公报上刊登的地方性法规、自治条例和单行条例文本为标准文本。”根据《立法法》第七十六条和第七十七条的规定，部门规章层次的民族经济法应由部门首长签署命令予以公布，地方规章层次的民族经济法由省长、自治区主席或者市长签署命令予以公布。而且，前者应当及时在国务院公报或者部门公报和全国范围内发行的报纸上刊登；后者应当及时在本级人民政府公报和在本行政区域范围内发行的报纸上刊登。国务院公报或者部门公报和地方人民政府公报上刊登的规章文本为标准文本。

值得指出的是，《立法法》中并没有对自治州和自治县依法制定的自治条例和单行条例在公布之后如何刊登、标准文本等作出规定，尽管实践中亦有一些通行的做法，但这种遗漏应当予以补正，毕竟自治州和自治县是民族区域自治制度规定的重要内容，其立法也是行使自治权的显著标志。

第四节 民族经济立法的 效益——经济分析方法的应用

公平与效益的关系间接地反映了法与经济的关系，是公平优先还是效益优先，并非诸如“效益优先，兼顾公平”这样的断语可以说清楚的。在民族经济法配置与民族经济发展关系上，公平与效益的关系尤其错综复杂，因此，笔者力图论证的是民族经济立法的效益价值在多大程度上能与其公平价值相均衡。显然，这是一个经济分析方法应用的范例。

一、国家民族经济立法的效益分析

效益是经济学的基本范畴。所谓效益，是指“以最少的资源（包括自然资源和人的资源）消耗取得同样多的效果，或用同样的资源消耗取得较大的效果”^①。与效益密切相关的另一个经济学基本范畴是效率，它是投入与产出的比率，与效益呈正相关关系。由于“就同一个法律而言，法学家维护的是公正，经济学家维护的是效率”^②，所以，民族经济立法的效益价值与公平价值从表面看存在一定程度的对立。然而，从法律经济学的角度来看却是另一番景象：民族经济立法的效益价值具有双重维度，国家的民族经济立法效益就是其一。

从资源优化配置的意义上讲，国家的民族经济立法也是一种经济活动，它旨在通过消耗一定的资源而获得国家的收益，在此

^① 张文显：《当代西方法哲学》，吉林大学出版社，1987年版，第242页。

^② 〔美〕罗伯特·考特、托马斯·尤伦著，张军等译：《法和经济学》，上海三联书店，上海人民出版社，1999年版，第5页。

过程中，既有直接的费用成本支出，也有间接的费用成本支出，它们包括：立法调查费用，立法文本制作费用，立法者的工资、福利、办公用品及其他维持立法人员进行立法活动所需要的全部费用，法律草案的审议费用、讨论费用、征求意见费用、表决费用、法律宣传费用、法律解释费用、法律公布费用、传播费用、信息反馈费用等，这些费用总体构成了国家民族经济立法的成本。有了这种成本的支出，立法的结果——民族经济法就诞生了。毫无疑问，立法的目的在于追求一定的收益，如果没有收益，则其效益就无从说起。既然国家在民族经济立法中支出了成本，那么，其期望的收益何在呢？从效力范围看，国家是民族经济立法的最重要主体，尽管民族经济立法是国家经济立法的特殊部分，但国家仍有全盘的考虑，也就是说国家在进行民族经济立法时，考虑的是包括少数民族和民族地区在内的不同利益主体的经济利益的平衡，使国家获得政治、经济等各方面的稳定，并在稳定的基础上寻求发展，这就是国家进行民族经济立法时所追求的效益，我们可以称之为国家的民族经济立法效益。这种效益只能从全国经济发展的总体水平和国家稳定的层面上进行定性分析，一般很难具体量化。从经济分析的角度看，国家制定出民族经济法之后，并不必然意味着保障和促进了少数民族和民族地区的经济利益。在计划经济时代的中国，民族经济立法不可谓不多，但是，与其他地区比较而言，少数民族和民族地区的利益没有得到较好地保障和促进，反而丧失了“公平发展权”，眼看着东南沿海地区在改革开放和“优先发展权”的沐浴下“先富起来”，自身的贫困却在加深……这也印证了法经济学上“立法者”的经济人角色，也就是说他们会从追求自身利益最大化角度去选择对自己最有利的立法方案。对国家而言，没有比政治、经济上的稳定更大的效益了！

但是，少数民族和民族地区毕竟是国家重要的政治、经济主

体，它们在政治上依法享有一定的自治权力，在经济上享有一定的独立利益，国家不可能放任“东西差距”进一步扩大。反映在民族经济立法上，国家首先以政策为主导，提出并实施了西部大开发的战略，并从法律资源的配置上关注民族地区经济利益和少数民族经济利益。随着时间的推移和西部大开发的进一步实施，从财政、税收、贸易、固定资产投资、企业发展、生态环境保护等各方面制定民族经济法会成为保障民族地区和少数民族经济利益的有效机制。可见国家对民族经济立法效益价值的追求，也是一个实现民族地区及少数民族与东部沿海地区和汉族之间经济公平和平等价值的过程，可以说，当前国家的民族经济立法在很大程度上兼容了效益与公平的法的价值观，使它们能够在一定层面上达到均衡。

二、地方民族经济立法的效益分析

在我国这样一个特殊的多民族国家，没有“铁板一块”的单一民族地区，而是一种类似于“你中有我，我中有你”的态势。民族区域自治制度（而非民族自治制度）较好地反映和适应了这一具体情况。因此，能够直接体现少数民族经济利益和民族地区经济利益的立法主要是自治地方的民族经济立法。地方民族经济立法从本质上讲也是一种带有资源配置性质的经济活动，它同样需要遵循成本支出与收益所得的效益法则。地方的民族经济立法权来源于国家统一法律的特别授权，其直接法律依据就是《宪法》和《立法法》中的有关规定。立法权是一种被国家垄断了的资源，中央立法权与地方立法权的分野也是权力资源分配的结果。诚如当代著名法学家、美国斯坦福大学法学教授劳伦斯·M.

弗里德曼所言：“创造法律的是表达要求的势力和利益”^①，地方的利益诉求赢得了民族经济立法权。地方民族经济立法进一步作为分配经济利益的法律资源过程而存在的。地方民族经济立法的成本构成与国家民族经济立法的成本构成基本相同，也包括诸如调查费用、立法者的工资、福利、办公用品及其维持立法人员进行立法活动所需要的全部费用等等。但总体而言，由于地方民族经济立法的规范性要求、技术要求、立法规划、立法预测等方面较国家民族经济立法要宽泛一些，加之地方民族经济立法有较多的参照范本可供参考，又拥有获得地方性知识的便利条件，所以其立法的成本是比较低的。然而低成本的支出并不影响其追求收益的愿望。从地方民族经济立法者与该法承受者关系上看，立法者基本上可以从法律供应中得到收益，最直观的表现是得到地方税收和管理费用，并从地方民族经济发展中受益。从地方立法者与中央权力机关和中央行政机关关系看，立法促进了民族经济的发展，最重要的是实现了民族地区的社会经济稳定而获得较多的财政拨款、财政补贴和财政预算最大化倾向的满足，其中的每个立法者个人也可能获得升迁机会，地方立法者的“经济人”特点同样有所表现。

但是，问题远不是想象的那么简单。地方立法者是地方利益的代理人，如果它一味置地方利益于不顾，其本身的存在便失去了基础。尤其是在民族自治地方，政府的首脑为该区域自治民族的人，“民族意识”和“民族情结”使其不得不对立法者施加影响，这必然会形成地方立法权与中央权力之间的冲突，双方的交涉互动本身就是一个经济学上的“博弈过程”。这个过程的一个直接结果是：民族自治区为制定自治条例与中央政府进行利益协

^① [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼著，李琼英、林欣译：《法律制度》，中国政法大学出版社，1994年版，第174页。

调,由于无法达成合作,所以,自治区自治条例无法出台。可以想象,经过几十年的努力,每个自治区都想制定颁布其自治条例,有的数易其稿,立法的成本不可谓不大,却没有收效。事实上,许多中央政府部门利用立法来确保自身部门利益和行政权力的现象在发展市场经济的今天有了进一步扩展的势头,行政权力与行政立法权相结合,使包括民族自治地区的地方经济处境举步维艰,行政权力被“滥法律化”和“市场化”加快“权力寻租”的步伐。因此,行政机关如何依法立法、依法执法以及国家立法权如何有效限制“委任立法”成为当务之急。毫无疑问,执法者同时又是立法者的“裁判立法”现象应当得到遏制。我们相信,随着西部大开发的实施和国家对民族地区和少数民族社会经济发展的进一步关注,会迎来民族法制建设的又一个春天。

三、提高民族经济立法效益的现实途径

由于立法效益是立法成本与立法收益之对比,所以立法者总是选择以最小的成本获得最大的收益。在判断民族经济立法效益的标准上,我们可以借鉴意大利经济学家帕累托的“帕累托优先”理论,他认为“最好的状态是不损害任何人的利益而又改善了某些人的利益或命运的状态,社会变革应以此为原则,如果这些变革都已经完成,再也没有继续变革的机会存在,社会就处于‘帕累托最优状态’”^①。从民族立法效益决策的角度看,如果一部民族经济立法产生的收益建立在不损害任何人的利益的基础之上而又改善了少数民族和民族地区的利益的话,这种立法决策无疑是最优的选择。当然,笔者所套用的这种“理想的效益”并不容易实现。而在现实中,立法者往往

^① 转引自汪全胜:《立法价值效益优先论》,载《法理学·法史学》(人大复印资料)2002年第10期,第55页。

会放弃这种最佳方案而作出“次优选择”，有时要求只要民族经济立法所产生的社会总收益能多于其所产生的社会总损失，就认为该立法是一种比较合理的选择，它符合另一个经济学标准：卡尔多——希克斯标准。长期以来，我们的民族经济立法，习惯性地限制了民族地区和少数民族经济发展的同时，试图矫正现实中对少数民族和民族地区事实上的不平等，这种“矫正的正义”过分看重了实质的结果而忽视了从立法意义上和程序正义上给予少数民族和民族地区公平发展的社会机遇和选择权利，如此便形成了一个怪圈：国家实际上一直在对少数民族和民族地区扶贫，他们却愈加贫困。殊不知，发展机会的平等才是最重要的，国家应当从民族经济立法上加以配置，才是解决问题的根本手段。那么，如何提高民族经济立法的效益呢？笔者认为，一方面，要树立民族经济立法中的效益观念。如前所述，在发展社会主义市场经济过程中，国家明确提出“效益优先、兼顾公平”的战略。该政策也是一项经济法的基本原则，它的实施发展了包括少数民族经济和民族地区经济在内的国民经济，但也造成了一个后果：少数民族经济与民族地区经济的相对滞后。面对这种事实上不平等的状况，民族经济立法高举“公正”的旗帜，追求经济平等，其实这有点“矫枉过正”了。追求公正，不能放弃效益，效益是最终的结果，公平只是效益的标志，“人人没饭吃”或“人人吃不饱”是公平，但它是没有效益的公平。民族经济立法中应当树立效益观点。这就要求立法者在立法时，要以较小成本获得良好的立法收益，同时，也要做好民族经济立法规划和立法预测，使民族经济立法的成果——民族经济法在贯彻实施中确实能够带来良好的经济效益，成为为少数民族经济和民族地区经济发展保驾护航的工具，成为民族经济法公正价值的显示器。遗憾的是，许多民族经济关系并未受到应有的重视，比如关于草场纠纷与边

界土地争议的问题。^①另一方面，要重视民族经济立法程序的建设。民族经济立法程序应当以追求立法效益的最大化为基本原则，通过合理的程序资源的配置提高立法的经济效益。民族经济立法程序的每一步都应当考虑到立法的效益问题，例如法案的提出与初步审议时，为节约时间成本，可以要求有提案权的组织在提案前应做充分的提案准备，避免因提案的不成熟影响立法的效率。在民族经济法案的统一审议、表决和通过以及公布等程序中，同样存在成本与收益的对比关系问题。针对民族自治区的自治条例的制定问题，笔者认为，既然《立法法》规定了自治区自治条例必须报全国人大常委会批准这一程序，并规定其内容不得与行政法规相冲突，那么，就应当建立自治区与中央政府部门利益协调的机制，保证双方能够充分交流，并在协商不成时有一个更高的法制调节机制予以裁判。如果有了这样的机制，自治区自治条例的出台就不会这么艰难，自治权的落实就有了可靠的保证，发展少数民族经济和民族地区经济，最终实现建立小康社会的目标就具有现实可能性。

总之，民族经济立法的效益原则应当受到国家的重视，它不但关系到立法过程中的成本效益关系，也对执法和司法等其他法律实践环节有直接影响。很难想象，一部没有效益观念的民族经济法能够为民族社会经济的发展带来效益。

^① 参见高永久、马方：《当代甘肃民族社会问题》，民族出版社，1999年版，第82～85页。

第四章 民族经济法的基本内容

确切地讲，真正现代意义上的民族经济法肇始于新中国成立以后，突出表现为通过建立包括财政、金融、农业、工业、贸易等方面的民族经济法律制度来保障和促进民族经济的发展和民族社会的进步。当然，新中国成立以来的政治、经济和社会发展并非一帆风顺，而是经历了曲折的过程，相应地，民族经济法的成长也一波三折，表现出明显的阶段性。大致说来，1949年至1957年是民族经济法的开创时期，1958年至1977年是民族经济法的停滞和遭受破坏时期，1978年至今为民族经济法的重建和大发展时期。民族经济法的基本内容包括民族经济法的主体、民族经济体制法、民族经济宏观调控法律制度、民族经济自然资源法律制度和民族地区市场管理法律制度等，下文将分别论述之。

第一节 民族经济法的主体

主体是与客观相对应的哲学范畴。有史以来，先贤哲人们一刻也没有停止对主体性的探索。法诞生以后，主体的含义和范围受到了人为的制约，这既是人类追求自由理想的不幸，也是人类走向文明的幸运。法律在调整社会关系的过程中，首先关注的是

该关系的参加者是否具有主体资格，从一定意义上讲，主体的法定性和社会性是主体最显著的标志。前者通过法律规范使特定法律关系主体与其他形式的社会关系主体之间泾渭分明，后者表明了“法律规范确定什么人和社会组织能够成为法律关系主体不是任意的，而是由一定物质生活条件所决定的”^①。民族经济法的主体同样具有法定性和隐藏于其后的物质制约性，但更重要的是，这些主体有其特定的结构，它以自治作为法理基础，同时，民族经济法主体依法享有特定的权利与义务。

一、民族经济主体法所规定的主体结构

民族经济法的主体，就是民族经济法律关系的参加者，即权利的享受者和义务的承担者。在当代中国，无论是少数民族或民族地区社会生产力发展的规模和水平，还是组织其社会生产、交换的各种形式亦或是国家对其进行的宏观调控和管理的广度和深度都是以往所不能比拟的，因此，民族经济法的主体范围呈现出日益扩大的趋势，它既包括中央国家机关，也包括地方国家机关，既包括民族地区的法人组织，也包括非法人组织和少数民族成员。这说明民族经济关系既涵盖了宏观经济关系，也涵盖了微观经济关系。其主体的结构大致如下。

（一）国家机关

国家机关由中央国家机关和地方国家机关组成，国家机关主要发挥决策功能，宏观调控功能。相应地，这些功能的发挥分别由不同的国家机关来完成。权力机关主要发挥民族经济法的决策功能。在我国，权力机关是指全国人大及其常务委员会以及地方各级人大及其常务委员会。根据《宪法》第五十七条和第五十八条规定：中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机

^① 孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版，第382页。

关，它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会，它们依法行使国家立法权。全国人大作为国家的最高权力机关，对包括少数民族经济和民族地区经济在内的全国的经济进行全面监督和管理。具体到民族经济法，权力机关主要负责立法、决策与管理、监督三项职能，亦即制定和修改民族经济管理的基本法律，审查和批准民族经济发展规划和计划、民族地区财政预算以及执行过程中的调整方案，并监督民族经济法的实施。如：全国人大已经颁布了《全国人民代表大会常务委员会关于加强经济工作监督的决定》，这一法律的颁布，直接催生了地方相关立法，如 2002 年 9 月 25 日，西藏自治区颁布了《西藏自治区人民代表大会常务委员会关于加强经济工作监督的决定》，其中明确规定：自治区人民代表大会常务委员会依法对自治区人民政府经济工作行使监督职权，自治区人民政府编制的国民经济和社会发展规划草案，五年计划草案以及长远规划草案，应当在自治区人民代表大会举行会议的 30 日前，报送自治区人民代表大会常务委员会。并规定了审查的程序和重点，而且规定拉萨市、各县（市、区）人民代表大会常务委员会对经济工作的监督可以参照本决定，无疑扩大了其效力范围。广西壮族自治区早在 2001 年 12 月 1 日就颁行了《广西壮族自治区人民代表大会常务委员会经济工作监督条例》，其中第二章规定了规划与计划的审批，第三章规定了人大常委会对自治区人民政府计划执行情况的监督，第四章规定了其他情况的监督。它充分体现了民族自治地方国家权力机关的经济监督职能。由于本民族自治区内的各其他民族自治地方也可以参照执行，所以实际上形成了一个多层次的权力机关对民族经济工作的监督体系。各级行政机关主要是指国务院及其各部门和地方各级政府及其职能部门。行政机关是民族经济法执行的主体，发挥着决策、宏观调控与管理的多重作用，是经济法主体极其重要的一极。它涉及工商行政管理、商品检验检疫、税收、物价、

环保、银行、保险、工业、农业、信息产业等许多部门和行业，是民族经济调控和管理中不可或缺的主体。行政机关的民族经济管理职权的内容和范围是由法律规定的，法律没有规定的，就无权行使，各级行政机关都不得超越法定权限范围来行使职权。同样，应当行使职权而不行使，就是失职行为。对于民族自治地方的行政机关来讲，其肩负着更加重大的社会责任。应当积极而谨慎地行使。行政机关同时也是民族经济法的监督主体，在行使该项权力过程中，它的根本任务是发现、纠正、制止一切违反民族经济法的行为和危害破坏民族地区社会主义市场经济秩序的活动，保证民族经济关系的稳定。该权力行使的范围主要是对民族经济领域中的生产、流通、消费以及分配等环节的全面系统监督。监督的方式主要是专业性监督，具体包括行政监察、技术监督和审计监督三部分。

（二）企业、个体工商户及农村承包经营户

在民族地区，国有企业、集体企业、私营企业、外资企业、个体工商户、农村承包经营户是市场经济的实际参加者，他们以自身的生产经营或者服务性活动实现经济权益，同时承担着一一定的经济义务，他们都是民族经济法的主体。企业作为民族经济法的主体有些必须具备法人条件，即依法核准登记设立，有自己的名称、组织机构和场所，有符合法律规定的资金数额，有自己的组织章程，并且能够独立地承担民事责任。这些企业的类型主要有国有企业、集体所有制企业、中外合资经营企业、部分中外合作经营企业和外商独资企业、股份合作制企业、有限责任公司、股份有限公司、私营企业等。对于这些民族经济法的主体，其主体资格是相关法律赋予的。当然，还有一些企业并不具备法人资格，这主要包括合伙企业、私营企业、部分中外合作经营企业、外资企业以及股份合作制企业。但法律赋予其民族经济法主体资格。个体工商户和农村承包经营户也是不具有法人资格的市场经

济主体，其生产经营活动、服务活动受法律保护，法律同样赋予其民族经济法主体资格。这些主体的类型及法律适用如表一。

关于企业和个体工商户、农村承包经营户的经济法主体资格和法律适用并不囿于国家立法。事实上，民族自治地方在这方面的立法数量极大、规定详备。仅以新疆维吾尔自治区为例，近几年的企业立法就有《个体私营经济条例》、《农村集体经济审计条例》、《地方各级党政机关所属经济实体脱钩改制暂行办法》、《关于加快发展乡镇企业若干问题的意见》、《民营科技企业条例》等5件，涉及个体私营企业、集体企业、全民企业、乡镇企业、民营科技企业等不同性质的主体。其他民族自治地方也有大量相关立法。由此可见，地方民族经济立法的热情和效果是值得肯定的。

（三）广大民族成员

民族成员构成民族共同体的主体，也是市场经济条件下民族经济法律关系的重要参加者。经济法的人文主义情怀关心的是社会公共利益，而脱胎于经济法母体的民族经济法同样体现着人文主义的情怀，它所关心的是社会公共利益的局部——民族经济利益，而民族经济利益的最终承载者就是广大民族成员。因此，广大民族成员无疑是民族经济法的主体。就民族经济法调整而言，无论是国家机关的调控、管理行为，还是企业和其他组织的生产、经营、服务行为，其最终目的也是为了满足广大民族成员物质文化生活的需要。社会生产和再生产四个环节之一的消费是生产、分配和交换这三个环节的目的和归宿。民族成员的生活消费主要表现为接受商业、文化教育、公共事业、卫生保健、旅游、信息等劳务服务，可以从另一个角度概括为购买商品、使用商品和接受服务三个方面。民族成员成为民族经济法的主体只是法律对其进行保护的一个层次，即国家通过民族经济法从总体上保护他们的利益。这里凸现的是整体的法益，因为民族成员的整体利

益已经是社会公共利益的一部分了，任何损害民族成员作为消费者的权益的行为都是对社会公共利益的一种侵害。而民商法层面上对民族成员经济利益的保护只是个别调整和保护，这种个人利益本位与民族经济法的公共利益本位具有截然不同的旨趣。我国的《消费者权益保护法》就是对包括广大民族成员在内的消费者进行一体保护的法律，其中第六条明确规定：“保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。”尽管消费者是个别的，但从经济法的角度总体而言，其消费行为具有普遍性、共同性和社会性，因而，经济法意义上的一体性保护正是其社会公共利益性质的表现。《消费者权益保护法》第五十四条规定：“农民购买、使用直接作用于农业生产的生产资料，参照本法执行”，说明从民族经济法的意义上讲，广大少数民族农民从事农业生产的经济性活动同样使其成为民族经济法的重要主体。其实，除了中央立法外，民族自治地方也有相关立法，保护民族成员作为消费者依法享有的合法权益。《宁夏回族自治区保护消费者合法权益条例》是一部根据《中华人民共和国消费者权益保护法》和其他有关法律、法规，并结合民族自治地方实际情况而制定的一部地方性法规，它秉承了《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定，重申了广大民族成员作为民族经济法的主体享有的人格尊严和民族风俗习惯受尊重的权利。《新疆维吾尔自治区保护消费者合法权益条例》早在1989年就颁布了，而《中华人民共和国消费者权益保护法》1994年才开始颁行。显然，民族自治地方立法先行了一步，也为统一的全国立法奠定了基础。

表一

主体类型	主体资格确认与适用的法律
国有企业	《全民所有制工业企业法》、《企业法人登记管理条例》、《全民所有制工业企业厂长工作条例》、《全民所有制工业企业职工代表大会条例》、《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》、《全民所有制小型工业企业租赁经营责任制暂行条例》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》、《企业名称登记管理规定》
集体所有制企业	《企业法人登记管理条例》、《乡村集体所有制企业条例》、《城镇集体所有制企业条例》、《企业名称登记管理规定》
中外合资经营企业	《中外合资经营企业法》、《中外合资经营企业法实施条例》、《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《公司法》、《企业名称登记管理规定》
中外合作经营企业	《中外合作经营企业法》、《企业法人登记管理条例》、《企业名称登记管理规定》、《中外合作经营企业法实施细则》
外资企业	《外资企业法》、《外资企业法实施细则》、《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《公司法》、《企业名称登记管理规定》
公司	《公司法》、《公司登记管理条例》、《股份有限公司规范意见》、《有限责任公司规范意见》、《关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》、《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》、《关于股份公司境外上市外资股的规定》
私营企业	《私营企业暂行条例》、《企业名称登记管理规定》

续表一

主体类型	主体资格确认与适用的法律
合伙企业	《合伙企业法》
个人独资企业	《个人独资企业法》
股份合作企业	《股份合作企业法》
个体工商户和农村承包经营户	主要适用《民法通则》及其实施意见的有关规定。

二、民族经济法主体的法理基础

前文阐述了民族经济法的主体结构，它是由国家机关、企业、个体工商户、农村承包经营户以及作为消费者的民族成员构成。那么，为什么它们才是民族经济法的主体呢？法律规定使然。可是法律为什么会有如此规定呢？这就是以下所讨论的民族经济法主体的法理基础问题：自治与共治。

自治是一个舶来品，是英文中的“self-government”的汉译。《布莱克维尔政治学百科全书》将其解释为是指某个人或集团管理其自身事务，并且单独对其行为和命运负责的一种状态。从公法意义上讲，从罗马法以来的传统民法强调的是个人、法人和其他组织作为民事主体的“意思自治”权力。个人与生俱来的这种“自治权力”是不可剥夺的。然而，个人的行为并不是完全独立的，他必须在与他人的社会关系中才有意义。与他人的关系必然会涉及他人的利益，因此，这种权力的绝对性应当受到制约，因此才会出现权力向权利的转变。对每一个个人而言，它总有对自己所属的群体的依附性存在，历史地看，原始群落、氏族、民族皆为如此。民族是个人的群体归宿之一，然而，民族也有它的依附性。在历史的长河里，只有一部分民族建立了自己的民族国家，而当今世界上大多数的国家是多民族国家，可见，少数民族

从政治上讲依附于多民族国家是一个不争的事实。事实上，一国的所有民族共同体都具有这种依附性。当每一个民族成员让渡出自己的权力组成“公共权力”，形成“公共利益”时，自己所剩余的权力因其必须服从“公共权力”和“公共利益”而转化成具有相对性的权利了。这时候，权利的行使受到了限制，包括与权利对应的义务和责任与之形成制约关系。此时，于个人而言，包括民族经济法中的消费者个体，因其让渡了自己的固有“权力”而只能依法享有“权利”，其主体性的法理基础是自治。企业、个体工商户与农村承包经营户因其与个体相似的法律形式，同样享有“意思自治”的私法权力，但从公法意义而言，这种自治需要受到法律的制约，以使其行使不影响其他主体行使其权利。

现代自治观念发轫于资产阶级的“自然法”学说，它假定在自然状态下，人都是自由的，所以人从本质上讲是自治的。对于一个民族而言，其自治的要求主要建立在已有的“民族自决”的理论基础上。列宁最早提出了“民族自决”的概念，并将它与“殖民地与附属国人民争取从帝国主义压迫下获得解放的问题联系在一起”^①，列宁借此表达的仍然是“民族自治”的观点：“从民族关系方面来看，民族国家无疑是保证资本主义发展的最好的条件……马克思主义者不能忽视那些产生建立民族国家趋向的强大的经济因素……马克思主义者的纲领上所谈的‘民族自决’，除了政治自决，即国家独立，建立民族国家以外，不能有什么别的意义”^②。列宁主义实践的结果是建立了多民族的苏维埃联邦国家，但它承认各民族有加入和退出联邦的自由，不能不说苏联的解体与这种理论之间有一定的关系。在我国这样一个统一的多

① 刘升平、夏勇主编：《人权与世界》，人民法院出版社，1996年版，第282页。

② 《列宁选集》第2卷，《论民族自决权》，人民出版社，1972年版，第512页。

民族国家，各民族都是祖国大家庭的一员。从逻辑上讲，各民族成员首先将其“权力”让渡于自己所属的民族，各民族经过漫长的历史岁月，共同缔造了共同的国家。我国《宪法》序言明确指出：“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。”这说明从法理上讲，各民族对国家都具有依附性，这种依附性是各民族自治与共治^①的统一。由此可见，我国的民族区域自治制度包含着民族自决的意义。与民族自决相对应的还有“地方自治”的理念。地方自治来源于卢梭的分权民主思想和托克维尔的分权民主理论，“二者都有一个共同特点，都是反对中央政府的过于集权。因此，与单一制国家结构形式相适应，产生了地方政府的自治要求”^②。我国实行的民族区域自治制度，就是“民族自决”与“地方自治”有机结合的一种政治制度，它解决了单一国家体制下多民族国家内各民族政治权利的法律界限，“它既不是民族领土单位的自治，也不是民族社会组织的自治，而是少数民族在其聚居地区实行区域自治，其基本特征是：从国家管理层面说，国家权力中既有各民族的代表，又有自治地方的代表；从自治地方管理层面说，自治地方权力机关的组成既包括自治民族的代表，又包括其他民族的代表；从自治地方的设置方面说，既可以多个民族建立同一个自治单位，又可以一个民族分属于不同的自治单位；从自治地方权力机关的性质方面说，它既是自治地方的自治权力机关，又是国家一级政权机关；从国家与

^① 关于民族共治，朱伦先生认为：所谓民族共治，就是现代多民族国家主权统一的前提下，由各民族共同造就的旨在保证民族政治民主和共和、协调各民族利益均衡发展，促进民族关系良性互动的政治工具、权力结构和制度形式。参见《论民族共治的理论基础与基本原理》，载《民族研究》2002年第2期，第8~9页。共治理论的提出，完善了民族区域自治制度与国家主权的关系理论，具有重要的价值。

^② 莫纪宏：《现代宪法的逻辑基础》，法律出版社，2001年版，第483~484页。

自治地方的关系方面说,则是领导和被领导的关系”^①。民族区域自治制度的建立过程,体现了两个层面的平等协商与自主决定,一是国家与民族自治地方之间的平等协商与自主决定,二是自治区域内各民族之间的平等协商与自主决定,只有这两个层次的协调做好了,才能共建民族自治地方。这种自治一旦形成,必须保持相对稳定。《民族区域自治法》第十四条第二款明确规定:“民族自治地方一经建立,未经法定程序,不得撤销或合并;民族自治地方的区域界线一经确定,未经法定程序,不得变动。”民族区域自治的法定属性决定了民族经济法的主体从国家机关到企业、个体工商户、农村承包经营户和民族成员个体,自治的法理基础有了明确的现实的法律依靠和保障。国家机关作为民族经济法的主体是民族区域自治制度的必然要求,国家机关只是国家主体性的具体化而已,是民族区域自治与各民族共同治理国家的权利行使者和职责承受者,有权力就有责任和义务,自治与共治的辩证统一是其主体性的法理基础。

探讨民族经济法主体性的法理基础旨在表明民族自治与共治的逻辑统一,使得民族经济利益与国家统一的经济利益的层次性与一致性,融合在国家经济法制的统一性和民族经济法制的特殊性辩证关系中,民族经济法不但维护着民族经济关系的稳定性,而且也维护着国家统一的经济法的稳定性。

三、民族经济法主体的职权、权利和义务

民族经济法主体结构的复杂性也使其职权、权利、义务呈现多样化的形态。在当前的民族经济法律关系中,国家机关、企业、个体工商户、农村承包经营户与民族成员无论从广度还是深

^① 朱伦:《论民族共治的理论基础与基本原理》,载《民族研究》2002年第2期,第3页。

度而言都是最重要的主体，而且，相关立法也比较多，因此，笔者将逐一考察这些主体的职权、权利和义务。

（一）国家机关经济职权

对于国家机关而言，它是国家意志的代言人和实施者。国家机关的民族经济职权是由法律直接规定的。根据《宪法》规定：全国人民代表大会及其常务委员会享有审查和批准国民经济和社会发展规划和计划执行情况的报告的职权，享有审查和批准国家的预算和预算执行情况报告的职权，国务院享有编制和执行国民经济和社会发展规划和国家预算，以及领导和管理包括民族经济工作在内的经济工作和城乡建设的职权，地方（包括民族自治地方）各级权力机关和行政机关享有审查、批准和管理本地区经济事务的职权。这些职权是一种专属的职务权限，其他任何组织和个人都不能拥有。同样，国家机关不能随意转让，该职权也不能被滥用，它必须在法定范围内由国家机关来行使。职权的内容涉及对少数民族及民族地区经济发展的宏观决策权（例如当前西部大开发战略的提出就是宏观决策权实施的结果），民族经济调节权（例如货币发行、基准利率的确定权、税种税率的决定、汇率的调节职权），民族经济市场的管理权（例如各级国家机关制定不同效力层次的法律对民族经济关系、主体资格和经济行为行使的命令、批准、确认、许可、禁止、撤销的权力），民族经济监督权（例如依法通过银行监督、计划监督、审计监督、会计监督、财政监督等形式行使民族经济监督职权）。当前，由于我国处于社会主义市场经济体系的建立阶段，民族立法尚不完善，民族经济立法同样存在诸多不足，因此，国家机关民族经济法职权的行使在许多情况下无法可依，这需要全社会共同努力，使其日益完善。

（二）企业的经济权利和义务

作为民族经济法主体的企业有些具有法人资格，如全民所有

制企业、集体所有制、有限责任公司、股份有限公司等，而有些则不具有法人资格，如合伙企业和独资企业，这就决定了两者的法律地位和权利义务上的差别。由于有法人资格的企业在市场经济中占主导地位，因此，本人拟以其为考察对象阐述其经济权利和义务。

从权利方面考察，它们都享有企业的一般性权利，如财产所有权、生产经营活动自主权、获得盈利权。同时，作为民族地区的企业，也依法享有与非民族地区企业不同的权利，这些权利是增强民族地区企业活力，促进其发展的重要条件，这些立法绝大多数是地方民族经济立法。以《甘肃省临夏回族自治州非公有制经济保护条例》为例，它是直接依据《宪法》和《民族区域自治法》制定的地方单行条例，其中第五条规定了非公有制企业和经营者在国家法律、法规规定的范围内享有的下列权利：

第一，对其投资形成的财产依法享有占有、使用、收益和处分权。第二，对经依法登记的企业名称、注册商标、专利技术及商业秘密拥有专用权和转让权。第三，有生产和经营的自主权。有权自主决定企业的生产经营方式、工资制度、利润分配、产品价格、机构设置和管理制度；有权依法决定企业的用工方式、用工数额、用工期限及工资数额；有权依法解除劳动合同，解雇、解聘、辞退职工。第四，有在金融机构申请贷款和贷款担保权。第五，对依法取得的土地使用权，享有继承、租赁和转让的权利；经土地行政主管部门同意后，享有对土地使用权抵押的权利。第六，有权以自有资产在国内外投资，入股兴办合资、合作企业，自主决定引进资金、技术、人才，依法购买、兼并、租赁不同所有制形式的企业。第七，申办自营进出口权。第八，有权拒绝法律、法规规定之外的收费、罚款、强行推销商品和各种摊派。第九，因行政机关和行政机关工作人员具体行政行为使非公有制企业和经营者的合法权益受到侵犯时，有权向行政机关提出

行政复议申请，或直接向人民法院提起诉讼，造成损害或损失的，有权依法请求赔偿。该条例于 2000 年 7 月 25 日经甘肃省第九届人民代表大会常务委员会第十七次会议批准施行，使该民族地区非公有制企业的权利有了明确的法律保障。其他民族地区也有类似立法。另外，2002 年 6 月 29 日，第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了《中华人民共和国中小企业促进法》，旨在改善中小企业经营环境，促进中小企业健康发展，扩大城乡就业，发挥其在国民经济中的作用。其中第二十四条规定：“在少数民族地区、贫困地区创办的中小企业，安置残疾人员达到国家规定比例的中小企业，在一定期限内减征、免征所得税，实行税收优惠。”这也是国家立法赋予少数民族地区的中小企业以税收减免权利。在西部大开发战略实施以后，民族地区普遍通过政策或法规规定新投资设立企业可以享受优惠税收，以吸收资金，促进本地区发展，这也是企业权利的体现。国务院西部开发办在《关于西部大开发若干政策措施的实施意见》中指出：“对在西部地区新办交通、电力、水利、邮政、广播电视企业，给予减免企业所得税的优惠政策，其中内资企业自生产经营之日起，第一年至第二年免征企业所得税，第三年至第五年减半征收企业所得税。外商投资企业经营期在 10 年以上的，自获利年度起，第一年至第二年免征企业所得税，第三年至第五年减半征收企业所得税。”同时规定：“对设在西部地区国家鼓励类的内资企业和外商投资企业，在 2001 年至 2010 年期间，按 15% 的税率征收企业所得税。经省级人民政府批准，民族自治地方的内资企业可以定期减征或者免征企业所得税，外商投资企业可以减征或者免征地方所得税。”这些意见已在许多地方被采纳，成为企业实在的权利。

从义务方面考察，作为民族经济法主体的企业，应当依法进行生产经营活动，主动接受中央国家机关和民族地区国家机关以

及其他上级国家机关的管理和监督,担负起企业对国家、社会和各民族人民的责任,做好环境保护工作,保证产品质量和作为消费者的广大民族成员的权益,依法进行市场活动,诚实守信,同时担负起对包括广大民族成员在内的企业职工的责任,保证他们的福利待遇,严格依法履行订立劳动合同。以《甘肃省临夏回族自治州非公有制经济保护条例》为例,其中规定企业和经营者的义务有:第一,遵守国家法律、法规,守法经营,公平竞争。第二,依法纳税。第三,遵守社会公德,信守职业道德,不损害消费者合法权益。第四,依法订立和履行合同。第五,保障受聘、受雇人员的各项合法权益。第六,加强劳动保护,禁止使用童工。第七,保护自然资源,防治环境污染。第八,接受国家行政机关依法进行的监督管理,接受消费者和社会的监督。事实上,从国家统一立法到民族自治地方局部立法都有大量关于企业的立法,对其权利义务进行了详细的规定。随着民族社会经济的发展,统一的市场经济体制的建立和法律体系的完善,企业因所有制性质不同的“身份法”将日益减少,法律的统一规制和“一视同仁”是不可避免的,表现在企业的权利义务方面,不同性质企业的权利义务会趋于一致,因此,笔者仅以以上特例说明企业权利义务的体系。

(三) 个体工商户和农村承包经营户的经济权利与义务

这方面统一的立法基本限于《民法通则》和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第四十一条至第四十四条的规定。局部立法因地制宜,但权利义务的范围大致相当。以新疆维吾尔自治区为例,《新疆维吾尔自治区发展个体私营经济条例》于2000年6月2日由自治区第九届人民代表大会第十六次会议修订通过,于同年7月1日起施行。其中规定了个体工商户和私营企业的权利:第一,对合法财产依法享有占有、使用、收益、处分和继承权。第二,依法自主经营

权。第三，享有依法核准登记的名称、字号和注册商标专用权。第四，申请生产经营用地，取得土地使用权。第五，依照国家规定自行制定产品价格和服务收费标准。第六，依法订立、履行、变更或解除合同。第七，决定企业机构设置，依法招聘和辞退职工。第八，依法决定企业职工工资和利润分配形式。第九，申报、评定专业技术职称。第十，依法取得专利权和其他知识产权。第十一，申报国家和地方科研、开发项目，申报科研成果。第十二，商业秘密不受侵犯。第十三，提出企业变更、歇业、停产、解散、破产申请。第十四，抵制、拒绝和检举各种不合法收费、重复收费和各种摊派。广西壮族自治区也于2001年12月1日颁行了《广西壮族自治区个体工商户和私营企业权益保护条例》，规定了它们享有的法律权利。内蒙古自治区的呼和浩特市于2000年6月1日颁行了《呼和浩特市私营企业权益保护条例》，其权利的基本内容也十分接近上述条目。甚至在县级的民族自治地方，也有相关立法，如湖北省的《长阳土家族自治县个体工商户和私营企业条例》早在1994年就已颁行。青海的《民和回族土族自治县发展个体私营经济条例》早在1996年已经颁行。

农村承包经营户作为民族经济法的主体，也享有一定的权利。2002年8月29日，第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过了《中华人民共和国农村土地承包法》，于2003年3月1日起施行。该法旨在稳定和完善以家庭承包经营为基础，统分结合的双层经营体制，赋予包括民族地区农民在内的广大农民长期而有保障的土地使用权，来维护农村土地承包当事人的合法权益，促进农业、农村经济发展和社会稳定，其中第十六条明确规定了承包方享有的权利：第一，依法享有承包地使用、收益和土地承包经营权流转的权利，有权自主组织生产经营和处置产品。第二，承包地被依法征用、占用的，有权依法获得

相应的补偿。第三，法律、行政法规规定的其他权利。该法第十七条规定承包方承担下列义务：第一，维持土地的农业用途，不得用于非农建设。第二，依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害。第三，法律行政法规规定的其他义务。民族自治地方立法中也有对承包经营户权利义务的法律规制，以《内蒙古自治区农牧业承包合同条例》为例，该法于2000年12月12日内蒙古自治区第九届人民代表大会常务委员会第二十次会议通过，并从即日起施行，它的直接适用对象是自治区内农村牧区集体经济组织与其成员或者嘎查村民委员会与村民之间为发包、承包集体所有制或者国家所有并依法由集体使用的土地资源和其他资产而订立的协议。其中第十条明确规定了承包方的权利和义务，其权利主要有：第一，依法对承包的土地资源和其他资源享有经营自主权，产品处分权和收益权。第二，依法流转承包经营权。第三，在承包期内承包的土地资源被依法征用和占用的，有权获得相应的补偿。第四，承包期内承包人死亡的，法定继承人可以依法继承承包经营权。第五，承包期满，在同等条件下，享有优先承包权。其义务主要有：第一，不得出卖、非法抵押、损坏承包标的或者改变其合同规定的用途。第二，依法保护建设、合理开发利用和保护自然资源，不得弃耕撂荒和荒芜承包的土地。第三，依法纳税，按合同规定交付承包费。其他许多民族自治地方也有相关的法规颁行。但是，由于《中华人民共和国农村土地承包法》刚刚颁布，其中第六十四条规定民族自治区可以根据本法，结合本行政区域的实际情况规定办法。这样，可能导致许多民族地方通过制定“实施办法”来代替原来的相关立法，使其失去法律效力。

（四）民族成员的经济权利

民族成员是民族经济法的主体，主要基于两个方面而言，其一，它们作为消费者是民族经济法的权利主体。其二，民族成员

的总体构成特定的民族，享有法律规定的经济权利。从权利义务平衡的角度而言，有权利必然有义务，但民族成员的义务与其他公民的义务具有一致性，亦即并无特别之处，因此这里只讨论其作为民族经济法主体的权利。

作为消费者的民族成员，根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第七条至第十五条的规定，享有以下权利：人身、财产、安全不受损害的权利，知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利，自主选择商品或者服务的权利，公平交易的权利，因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利，依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利，获得有关商品和服务知识的权利，人格尊严和民族风俗习惯受尊重的权利，监督、检举、控告的权利。《新疆维吾尔自治区保护消费者合法权益条例》和《宁夏回族自治区保护消费者合法权益条例》中也规定了消费者的基本权利，这对于维护广大民族成员的经济利益是十分必要的。应当指出的是，《中华人民共和国消费者权益保护法》颁布以后，一些自治区颁布了各自的实施该法的细则或办法，使得该法与民族地区和少数民族的实际情况相符合，并且更具有操作性。

作为总体的民族成员，其总和构成一个特定的少数民族，他们依法同样享有自己的经济权利，这主要体现在他们享有接受救助的权利和接受民族特需品供应的权利。在接受救助权方面，我国从20世纪70年代末开始的扶贫计划，已成为国家计划的一部分长期实施。在扶贫开发过程中，少数民族贫困地区除享受其他贫困地区扶贫开发的优惠政策外，还享受国家制定的一系列特殊政策：放宽标准，扩大对少数民族地区的扶持范围。1986年首次确定了国家重点贫困县时，将少数民族自治县列为重点贫困县的标准从全国统一的1985年人均收入低于150元放宽到200元，对牧区和民族地区的一些困难县放宽到300元。当时确定的331

个国家重点扶持县中有少数民族贫困县 141 个，占总数的 42.6%。1994 年开始实施《国家八七扶贫攻坚计划》时，重新调整了国家重点扶贫县对象，在确定的 592 个国家重点扶持贫困县中有 257 个少数民族县，占总数的 43.4%。在扶贫资金物资的分配上重点向少数民族贫困县倾斜。国家在分配扶贫资金和物资时将五个民族自治区全部视同西部省区，予以重点扶持。部分省区在分配扶贫资金时专门切出一部分资金用于扶持少数民族贫困县。据不完全统计，1996 年至 1998 年国家共向 257 个少数民族贫困县投入中央扶贫资金 169.5 亿元，占扶贫资金总数的 45%。对少数民族贫困地区安排专项扶贫资金。从 1983 年到 2002 年，中央政府每年拨出 2 亿元专款用于甘肃和宁夏少数民族比较集中的“三西”（甘肃省的定西、河西地区和宁夏回族自治区的西海固地区）干旱地区的农业建设。从 1990 年起，国家专门设立了“少数民族贫困地区温饱基金”，重点扶持全国 143 个少数民族贫困县。积极开展同国际组织在少数民族贫困地区扶贫开发的合作。1995 年以来，世界银行在中国实施了三期扶贫项目，贷款规模总计 6.1 亿美元，覆盖了广西、内蒙古、宁夏及其他省区的 43 个少数民族贫困县。组织东部省、市同少数民族地区开展扶贫协作。1996 年，中央政府决定组织 9 个沿海发达省、直辖市和 4 个计划单列市对口帮助西部 10 个贫困省、自治区，三年来共捐款捐物 10.4 亿元，实施合作项目 2074 个，投资近 40 亿元。通过十多年的扶贫开发，中国少数民族地区人民的生产和生活条件得到了明显改善。从 1995 年到 1998 年，257 个少数民族贫困县解决了 1092 万人、1514 万头牲畜饮水问题，五个民族自治区贫困人口从 835 万人下降到 473 万人，贫困发生率由 12.4% 下降到 6.9%，贫困县农民人均纯收入从 833 元增加到 1395 元。同时，少数民族地区基础建设进一步加快。1995 年到 1998 年，新修基本农田 1000 多万亩，修建公路 6.9 万公里，架设输变电线

路 11.7 万公里。^① 国家基本上采取了开发式扶贫与救济式扶贫相结合，政府扶贫与社会扶贫相结合的方式，取得了一定的效果。

1988 年底，国家民委、农业部、国务院开发办和中国农业银行联合发布了《关于进一步做好牧区扶贫工作的通报》，使扶贫工作进一步规范化、法律化。在接受民族特需品供应方面，相关的立法都有规定。《民族区域自治法》第六十三条明确规定上级国家机关在投资、金融、税收等方面扶持民族自治地方合理利用本地资源发展少数民族特需商品和传统手工业品的生产，以满足广大民族成员的经济生活需要。《城市民族工作条例》为保护少数民族的合法权益，在第十三条明确规定：“城市人民政府应当根据实际需要，合理设置清真饭店和清真食品生产加工、供应网点，并在投资、贷款、税收等方面给予扶持。”其中第十八条进一步规定：“清真饮食服务企业和食品生产、加工企业实行承包、租赁时，一般应当由有关少数民族人员承包或者租赁。清真饮食服务企业和食品生产、加工企业兼并或者被兼并时，不得随意改变其服务方向，确实需要改变服务方向的，必须征得当地城市人民政府民族事务工作部门同意。”其实早在 1973 年，财政部、商业部已发布了《关于加强少数民族特需用品生产和供应工作的报告》，1981 年国务院批转《全国民族贸易和民族用品生产工作会议纪要》和 1991 年国务院批转国家民委等部门《关于加强民族贸易和民族用品生产供应工作意见的通知》、1997 年国务院《关于九五期间民族贸易和民族用品生产有关问题的批复》，目前这一方面的全国性立法尚需要加强。地方立法为保障少数民族的此项权利义务做出了努力：甘肃省人民代表大会常务委员会

^① 国家在少数民族和民族地区的扶贫方面，基本上是以政策为主导，取得了很大成绩。以上参见国务院新闻办公室 1999 年 9 月发布的白皮书——《中国少数民族政策及其实践》。

于1999年9月26日的第十二次会议上批准了《甘肃省临夏回族自治州清真食品管理办法》，并针对原法案提出了十三条修改意见，基本上限于立法技术上的修正。其中第五条规定了从事清真食品生产、加工、经营者的条件，如规定：“生产、采购、储存清真食品的主要工作岗位和环节，其工作人员必须是少数民族公民。清真餐饮业的主要操作人员，应当是少数民族公民。”第九条规定：“禁止将少数民族禁忌的食品（或原料）带入清真食品生产、加工、专营场所。”这些规定，对保护民族成员的经济权利和民族风俗习惯起到了重要作用。宁夏回族自治区还制定了《关于认真执行牛羊肉和其他食品服务业有关民族政策尊重回民风俗习惯的指示》，《关于尊重少数民族风俗习惯的规定》，《宁夏回族自治区城乡集市贸易卫生管理规定》，《银川市清真食品管理规定》，《宁夏回族自治区生猪屠宰管理办法》等法规，在保障少数民族风俗习惯应受尊重的同时，也保护了其民族成员的经济利益。

从区域对比来看，当前我国的民族经济主体法由于区域和民族经济差别的存在而成为必要，但如前所述，随着经济的发展，市场的准入规则会趋于一致，民族经济法主体的法律规制将会纳入一般法律调整的范围。当然，这还是一项长期的任务，有很长的路要走。

第二节 民族经济体制法

民族经济体制法是由调整民族经济体制的全部法律规范构成的一个有机整体，是民族经济法的重要内容。

一、民族经济体制法的必要性

按照马克思主义法学理论，经济基础的发展变化决定着法的发展变化。而法又可以创建、确立和保护经济基础。新中国的建立，彻底摧毁了旧的政治、经济和法律制度。早在 1949 年初，中共中央就发布了《关于废除国民党（六法全书）与确定解放区原则的指示》，明确指出：“国民党的（六法全书）应该废除，人民的司法工作不能以国民党的（六法全书）为依据，而应当以人民的新的法律作依据。”旧法的废除使新法的产生成为必要，民族经济体制法作为新法的一部分，其必要性体现在以下几个方面。

（一）我国特殊的民族社会经济形态的客观要求

我国民族社会经济的发展极不平衡，仅从社会形态来讲，就有四种的类型：“第一种是封建地主所有制，主要是那些与汉族交往密切的民族，如满、回、壮、朝鲜以及蒙古、彝、黎等族的大部分和藏族的一部分。第二种是封建领主制，包括大部分藏族，部分傣、维吾尔、彝、纳西等族。第三种是奴隶制，基本上保留在四川和云南大小凉山地区的部分彝族中。第四种是保留有浓厚的原始公社制残余，这主要不同程度地存在于云南边疆山区的独龙、怒、傈僳、佤、布朗、基诺、景颇、拉祜、德昂、哈尼，西藏的珞巴，中东南地区的瑶，海南岛的黎，内蒙古和黑龙江地区的鄂温克、鄂伦春，台湾的高山等族之中（有的只是其中的一部分）。”^①面对这样一个社会形态各异，经济发展参差不齐的民族大家庭，如何过渡到社会主义是一道难题。在这个问题上，国家并没有在经济法上搞“一刀切”。解放初，国家以政策

^① 林耀华主编：《民族学通论》，中央民族大学出版社，1997 年 12 月第 1 版，第 272 页。

为主导进行调整,随后逐渐通过民族经济体制立法使一些成熟的政策上升为法律,并根据民族经济的实际创制了一些新的法律,实现民族经济体制的转变。可见,民族经济体制法是符合民族社会经济的实际的,是我国特殊的民族社会经济形态的客观要求。

(二) 它是我国经济法制建设的客观要求

我国的经济的发展基本上经历了计划经济、有计划的商品经济、商品经济和市场经济这样一个认识上逐渐深入的过程。无论在哪个阶段,经济法制建设始终是国家和社会所关注的。从经济法制的统一性看,无论是民族地区还是非民族地区,其经济法律的基本原则、基本制度和基本价值是统一的,不可分割的。但是,由于极其众多的复杂原因,经济法制也不是铁板一块,它应当从实际出发,体现其特殊性、差异性和层次性。民族地区(尤其是民族自治地方)与非民族地区具有平等的法律地位,都是中央领导下的地方,其经济法即民族经济法当然是全国统一的经济法制的重要组成部分。从这个意义上讲,加强民族经济法制建设是加强我国经济法制建设的应有内容。

二、民族经济体制法的内容

显然,只有在民族经济体制发生变化时民族经济体制法才会产生,以开创新的民族经济体制、确认新的民族经济体制的合法性和保护该新的民族经济体制。所以,这方面的立法主要集中在解放初和十一届三中全会以后的一段时间。

(一) 宪法层面的民族经济体制法

真正开启民族经济体制法先河的是 1954 年宪法,其中明确规定:“国家在经济建设和文化建设过程中将照顾各民族的需要,而在社会主义改造的问题上充分注意各民族的特点。”这种宪法性的规定具有最高的法律效力,是其后相关立法的准则。1988 年宪法修正案在第十一条增加规定:“国家允许私营经济在法律

规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。”尽管这是一个带有普遍适用性的法律规定，但是民族地区作为全国的一部分，民族地区的私营经济作为全国私营经济的一部分，其法律地位亦可依据宪法的这条规定得以确立，因此它是民族经济体制法的宪法性规范，具有最高的法律效力。

经济的发展，推动着法律制度的反思与重构。1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过了宪法修正案，将宪法第十一条又修改为：“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。”“国家保护个体经济、私营经济的合法权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”相应地，民族地区的个体经济和私营经济的法律地位也必将依此规定而发生变化，即成为社会主义市场经济的重要组成部分。

关于民族经济体制的宪法性规定还体现在1993年宪法修正案第七条中，将“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”修改为“国家实行社会主义市场经济”。“国家加强经济立法，完善宏观调控”。显然，在计划经济时代，民族经济的发展主要通过以政策为主导的经济计划手段来保障。而在社会主义市场经济条件下，民族经济的发展主要通过民族经济立法来保障。通过法律的主导作用可以使宏观调控在法制轨道上进行，有利于法律的规范性、强制性、稳定性等因素向民族经济体制全面渗透，从而使民族经济法成为确认、保障和调整民族经济关系的有力杠杆。

当前，西部开发的战略已经开始实施，民族经济获得了良好的发展机遇。可以肯定地讲，今后将会有一些在实践中取得较好

效果的政策会逐渐法制化，某些带有局部特点但对全局产生重大影响的民族经济法律规范会上升为宪法性规范。

（二）基本法律层面的民族经济体制法

基本法律层面的民族经济体制法是由国家权力机关制定的，其效力仅次于宪法性层面的民族经济体制法。由于新中国成立初国家权力机关和行政机关存在着基本上合为一体的体制，因此，政务院颁行的规范性文件也具有基本法的性质。1952年中央人民政府政务院政务会议通过并颁布实施了《中华人民共和国民族区域自治实施纲要》，是中国第一部关于民族区域自治的专项法律，具有基本法的性质。其中规定，在国家统一的经济制度和经济建设计划之下，各民族自治区的自治机关得自由发展本自治区的地方经济事业。显然，这是我国最早的基本法律层面的民族经济体制法，表现出国家既要保持经济体制的普遍性，又要考虑民族经济的特殊性。

《中华人民共和国民族区域自治法》（以下简称《民族区域自治法》）的法律地位是由宪法所确认的立法权限决定的。《宪法》第六十二条规定全国人民代表大会的职权之一是“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”，现行的《民族区域自治法》是1984年5月31日第六届全国人民代表大会第二次会议通过（2001年2月28日修改）的，当属基本法律的范围。另外，《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第七条和第八条也进一步明确《民族区域自治法》的基本法律地位。

在我国，由于经济体制方面的法律规定主要体现在宪法中，关于民族经济体制的法律规定主要体现在《民族区域自治法》中。所以，伴随着宪法关于国家计划经济体制向市场经济体制的转变，体现在区域自治法中的民族经济体制也需要相应的修改。《民族区域自治法》第二十六条对民族经济体制作出规定：“民族自治地方的自治机关在坚持社会主义原则的前提下，根据法律规

定和本地方经济发展的特点，合理调整生产关系和经济结构，努力发展社会主义市场经济。”说明民族经济体制应当符合社会主义市场经济体制的基本要求。该条第二款规定：“民族自治地方的自治机关坚持公有制为主体，多种所有制经济共同发展的基本经济制度，鼓励发展非公有制经济”，也反映了国家在经济体制方面的统一性。

（三）法规层面的民族经济体制法

它的立法主体主要是国家行政机关和地方国家机关，这个层面上的法的效力低于基本法律层面的民族经济体制法。1953年9月9日，中央人民政府政务院批转公布《中央民族事务委员会第三次（扩大）会议关于内蒙古自治区及绥远、青海、新疆等地若干牧业区畜牧生产的基本总结》是我国第一部政府法规层面的民族经济体制法，它对少数民族牧区畜牧业的重要性及其在国民经济中的地位作了明确规定：“畜牧业生产是牧区各民族人民赖以生存发展的主要经济，是我国新民主主义经济的一个重要组成部分。”它以法律的形式规定在牧区不变更原来的生产资料所有制形式，使得保护牧场，培育草原，合理使用牧场、草场等发展畜牧业的措施有了法律保障。1963年6月，国务院批准了农业部和国家民委《关于少数民族牧业区和牧业区人民公社若干政策的规定》，以中央立法的形式对民族地区经济体制的有关方面作了规定。由于新中国成立以后少数民族地区发生了两次巨大的社会变革，第一次发生在20世纪50年代和60年代，第二次发生在20世纪80年代和90年代，民族经济体制也伴随着社会变革而发生变化。因此，它在法律上的表现即民族经济体制法也呈现出相对集中的态势。少数民族地区的社会改造，基本上分为两个步骤进行：首先进行民主改革，废除旧制度，然后进行社会改造，消灭生产资料私有制，逐步向社会主义过渡。由于各少数民族社会形态存在巨大

差别，其经济文化类型也颇不相同，因此，国家很难以“一刀切”的方式规定统一适用的法律，而只能通过地方立法来保证经济体制的转变。

这方面比较典型的民族经济体制法主要有：（1）1954年3月24日，桂西壮族自治区人民政府颁布地方法规，规定对经济落后、民族关系复杂的少数民族地区采取慎重的、温和的、曲折的阶级斗争方式进行土地革命。（2）1955年底，云南西双版纳傣族自治州一届三次人民代表大会根据1954年宪法案“现在还没有完成民主改革的少数民族地区，今后也可以采取某种缓和方式完成民主改革，然后过渡到社会主义”的规定，制定了《和平协商土地改革条例》，废除了傣族领主土地所有制，实行农民土地所有制。（3）1959年夏天，西藏自治区筹委会第二次会议通过了《关于进行民主改革的决议》，决定西藏的民主改革应当分两步走：首先是充分发动群众，大力开展反对叛乱，反对乌拉差役制度，反对奴役和进行减租减息运动；第二步是进行土地分配。（4）同年西藏自治区筹委会制定《西藏地区减租减息实施方案》和《关于废除封建农奴主所有制，实行农民的土地所有制的决定》。（5）1959年8月10日，西藏自治区筹委会发布了《藏币作废的布告》，以法律的形式表明了西藏旧币的无效，标志着西藏地区经济体制的转变。（6）1959年秋，西藏自治区筹委会第三次会议通过了《西藏地区土地制度改革的实施办法》，摧毁了旧的经济基础^①，使新的经济体制逐渐得以确立。

法规层面的民族经济体制立法的另一个高峰期是20世纪80~90年代。十一届三中全会以后，我国确立了以经济建设

^① 参见吴宗金主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997年1月第1版，第335~336页。

为中心的战略，同时十分重视经济法制建设。这一时期的民族经济体制法大致分为两个层次：

第一个层次是中央政府制定的民族经济体制法规。我国的经济体制改革是以政策为主导的，具体地讲，《中共中央关于经济体制改革的决定》不但是全国统一的经济体制法的指导，也是民族经济体制法的指导。以此为依据，中央政府制定了如下民族经济体制法，见表二。

从表二统计可以看出，中央政府制定的民族经济体制法的内容基本上分为流通体制法、经济体制改革法、经济发展体制法、财政管理体制法及经济贸易和生产体制法五类。随着社会主义市场经济体制在少数民族地区的确立，民族经济体制法的保障作用日显重要。在我国倡导西部大开发的今天，一些关于民族经济体制的政策已经出台，比如对于民族地区荒山、荒地造林、种草及坡耕地退耕还林还草，实行谁造林种草、谁经营、谁就拥有土地使用权和林草所有权的政策，这与以往的政策甚至法律规定是迥然不同的。各种经济组织和个人可以依法申请使用地，进行恢复生态环境的建设，通过出让方式取得使用权，减免出让金，实行土地使用权 50 年不变，期满后可以申请续期，也可以继承或有偿转让。对于在民族地区进行探矿和采矿，一些旨在促进和培育矿业权市场的政策已变为实际。毫无疑问，这些政策性规定得到法律的许可，在时机成熟、经济关系相对稳定之时，会上升为民族经济体制法的一部分。

第二个层次是地方制定的民族经济体制法规。改革开放以来民族自治地方十分重视发展本民族、本地区的经济，依法行使民族经济立法权，制定了一些民族经济体制法规，促进民族经济与市场经济体制接轨。民族地区的生产力呈现出多样性和多层次性的特点，民族自治地方在进行经济体制的立法时应当以《民族区域自治法》第二十六条的规定即“民族自治地方的

自治机关在坚持社会主义原则的前提下,根据法律规定和本地方经济发展的特点,合理调整生产关系和经济结构,努力发展社会主义市场经济。民族自治地方的自治机关坚持公有制为主体,多种所有制经济共同发展的基本经济制度,鼓励发展非公有制经济”为指导,在所有制形式上,要兼容国有、集体、私人合股经营、个体经营以及承包经营多种形式。既可以实行联产责任制,也可以实行分片包干。在分配方式上,既可贯彻按劳分配的多种形式,也可按资、按股分息分红。总之,要从民族经济的客观实际出发,以促进民族经济发展为最终目标。

以广西壮族自治区为例,1980年初至2001年底,共颁布地方性法规887部。其中涉及经济体制的法规有21部,详见表三。

表二

序号	颁布时间	法规名称	主要内容关键词
1	1984.6.9	《国务院批转商业部关于调整茶叶购销政策和改革流通体制意见的报告》	流通体制
2	1984.10.4	《国务院批转国家计划委员会关于改进计划体制的若干暂行规定》	经济体制改革
3	1985.3.21	《国务院关于实行“划分税种、核定收支、分级包干”财政管理体制的规定的通知》	财政管理体制
4	1985.7.1	《国务院办公厅转发商业部关于进一步发展少数民族地区商业若干问题的报告》	流通体制
5	1986.3.23	《国务院关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》	经济发展体制
6	1986.6.26	《国务院贫困地区开发领导小组第二次全体会议纪要》	经济发展体制

第四章 民族经济法的基本内容

续表二

序号	颁布时间	法规名称	主要内容关键词
7	1989.2.20	《国务院办公厅关于转发国务院贫困地区经济开发领导小组第七次会议纪要》	经济发展体制
8	1989.8.28	《国务院批转国家民委、国务院贫困地区经济开发领导小组关于少数民族地区扶贫工作有关政策问题请示的通知》	经济发展体制
9	1990.2.23	《国务院批转国务院贫困地区经济开发领导小组关于 90 年代进一步加强扶贫开发工作的请示》	经济发展体制
10	1990.11.10	《国务院关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》	流通体制
11	1990.12.9	《国务院关于进一步改革和完善对外贸易体制若干问题的决定》	贸易体制
12	1991.3.25	《国务院批转国家民委等部门关于加强民族贸易和民族用品生产供应工作意见的通告》	贸易体制， 生产体制
13	1992.2.29	《国务院批转国家体改委关于 1992 年经济体制改革要点》	经济体制改革
14	1993.2.14	《国务院关于加快发展中西部地区乡镇企业的决定》	经济发展体制
15	1993.2.26	《国务院批转国家体改委关于 1993 年经济体制改革要点》	经济体制改革
16	1994.6.8	《国务院批转国家体改委关于 1994 年经济体制改革实施要点》	经济体制改革
17	1995.7.19	《国务院批转国家体改委关于 1995 年经济体制改革实施要点的通知》	经济体制改革

表三

序号	颁布时间	法规名称	主要内容关键词
1	1989.11.1	《广西壮族自治区人民政府关于稳定和完善企业承包经营责任制有关问题的通知》	经营机制
2	1990.8.29	《广西壮族自治区关于向外商有偿出让部分国有工业企业产权的暂行办法》	产权
3	1991.3.31	《广西壮族自治区人民政府关于进一步搞活大中型企业的若干规定》	经营机制
4	1991.8.2	《广西壮族自治区人民政府关于加快发展乡镇企业若干政策的规定》	经营机制
5	1992.1.14	《广西壮族自治区人民政府批转自治区体改委等部门关于进一步完善和发展企业集团的意见的通知》	企业集团
6	1992.2.18	《广西壮族自治区人民政府批转自治区体改委等部门关于进一步推动企业兼并的意见的通知》	企业兼并
7	1992.3.23	《广西壮族自治区人民政府关于在全民所有制大中型企业中进行转换经营机制综合改革试点的通知》	经营机制
8	1992.7.11	《广西壮族自治区人民政府关于扭转国营企业亏损的若干暂行规定》	经营机制
9	1992.8.17	《广西壮族自治区人民政府关于进一步发展横向经济联合的若干暂行规定》	经济发展
10	1992.9.30	《广西壮族自治区人民政府关于批转自治区体改委关于我区企业股份制试点工作若干问题意见的通知》	经营机制

第四章 民族经济法的基本内容

续表三

序号	颁布时间	法规名称	主要内容关键词
11	1992.12.12	《广西壮族自治区集体企业股份合作制试行办法》	股份制
12	1992.12.15	《广西壮族自治区南宁市农村集体经济组织承包合同管理暂行条例》	经营机制
13	1993.2.1	《广西壮族自治区全民所有制工业企业转换经营机制实施办法》	经营机制
14	1994.2.1	《广西壮族自治区人民政府关于实行分税制财政管理体制的决定》	财政管理体制
15	1995.12.11	《广西壮族自治区人民政府关于股份制企业国家股股红有偿使用问题的通知》	分配体制
16	1998.5.12	《广西壮族自治区党委办公厅自治区人民政府办公厅关于印发〈加快小型企业改革的补充规定〉的通知》	经济发展
17	1998.5.12	《广西壮族自治区党委办公厅自治区人民政府办公厅关于印发〈建立国有企业经营者经营目标责任制暂行办法〉的通知》	经营机制
18	1998.5.25	《广西壮族自治区公路桥梁经营权有偿转让暂行管理办法》	所有权
19	1999.5.24	《广西壮族自治区改革招商引资体制和机制的实施办法》	经济体制
20	2000.4.24	《广西壮族自治区人民政府办公厅印发自治区经贸委关于解决企业债转股若干问题意见的通知》	经营机制
21	2000.9.28	《广西壮族自治区人民政府关于对我区现行财政体制进行微调的通知》	财政管理体制

从以上统计可以看出，地方制定的民族经济法规主要涉及企业经营机制、产权、企业兼并、企业集团、分配体制、经济发展、财政管理体制等法律问题。其他民族自治地方的情况也大体相似。如新疆维吾尔自治区 1996 年 7 月 17 日颁布的《草场承包管理办法》进一步明确了各方经济主体的权利义务关系，深化了畜牧业经济体制的改革。又如宁夏回族自治区于 1993 年 2 月 4 日颁布的《全民所有制工业企业转换经营机制实施办法》是结合本民族地区实际，为落实国家《全民所有制工业企业转换经营机制条例》而制定的地方性法规，为促进本地区全民所有制企业经营机制的转变起到了保驾护航的作用。又如内蒙古自治区 1992 年 12 月 30 日通过的《农牧业承包合同条例》是为了稳定以家庭联产承包为主的农牧业生产责任制，完善统分结合的双层经营机制，保护农牧业承包合同当事人的合法权益而制定的，经过多年的实践证明它是行之有效的。

三、当前亟须配置的民族经济体制法资源

民族地区开发法律资源配置的关键在于制定民族地区开发的基本法律——《民族经济发展法》，同时要为民族地区国有企业的发展配置产权界定的基本法律和重组、改造、兼并的基本法律。

（一）民族经济发展法

发达国家开发其落后地区的成功经验表明，通过立法运用法律来保障开发工程的顺利实施是必要的和有效的。众所周知，美国 18 世纪建国以后，在很长一段时期内地区间经济发展很不平衡，联邦政府为了促进南部和西部的发展，早在 1933 年就通过了《马梭浅滩和田纳西流域开发法》，此后又相继推出了《地区再开发法》、《阿巴拉契亚区域开发法》、《联邦受援区和受援社会法案》，解决了美国社会经济发展的不平衡问题。20 世纪 50 年

代，日本为发展北海道地区而颁布了《北海道开发法》，其他国家也有类似成功经验。在实行依法治国，发展社会主义市场经济的今天，我们应当借鉴发达国家的成功经验，制定《民族经济发展法》，推动民族地区开发。当然，《民族经济发展法》的制定不是一朝一夕之事，它是一项复杂的法律工程，需要立法者付出艰辛的劳动才能完成。笔者认为，该法的立法设计应当涵盖以下方面：一是民族地区开发的宗旨。民族地区开发是民族地区公开发展权的具体体现，是国民经济发展的客观要求，是一项理性的法律抉择。民族地区开发的宗旨就是：摆脱民族地区贫困、消除地区间经济发展的不平衡，促进全国各民族共同发展、共同繁荣。二是民族地区开发的主体。民族地区是全国的一部分，民族地区开发需要全社会的关注和努力。当然，作为生活在民族地区的人民，应当毅然肩负起开发民族地区的任务。东南沿海地区的资金、人才、技术、经验是民族地区开发的重要外部条件，但不能包办民族地区开发，不能越俎代庖。因此，民族地区的政府和人民是民族地区开发的主体。民族地区需要积极创造条件，促进开发。三是《民族经济发展法》的原则。作为社会主义市场经济发展的一项基本法律制度，《民族经济发展法》应当贯穿这样四个基本原则，即自主发展与外部援助相结合原则、效益优化原则、可持续发展原则和生态保护原则。四是民族地区开发中的法律责任。法律责任是《民族经济发展法》贯彻实施的最有力保证和最后保障。依通说，法律责任（liability）是职责（responsibility）和义务（obligation）的对称。一般认为，法律责任有民事责任、刑事责任和行政责任之分，这种理论模式似乎十分完善。然而，《民族经济发展法》作为一部调整在民族地区开发过程中所产生的社会关系、从总体上对民族地区开发进行调整的基本法律，其经济法的性质是十分明显的。由此看来，关于《民族经济发展法》之法律责任，必须贯穿经济法律责任这一范畴，并辅之以行

政责任的形式，构筑法律责任的模型。所谓经济法律责任，是指违法者违反了包括《民族经济发展法》在内的经济法律法规而应当依法承担的否定性法律后果。它大致可以分为两类：第一是经济责任形式，是指国家行政机关、审判机关或国家授权的有关单位对违反经济法的单位或个人依法采取的经济制裁措施。责任方式包括赔偿经济损失、偿付违约金、罚款、没收违法所得、返还财产、冻结存款、查封、强制收购、定金的丧失或双倍返还、不予贷款等。第二是刑事责任形式，指国家审判机关对严重违反经济法并触犯刑法的个人或单位依法采取的刑事制裁措施。行政责任是法律责任的重要内容，《民族经济发展法》必然赋予有关机关和机构一定的职权，以实现国家对民族地区开发的有效调控，有职权就有责任，行政责任的实现，仅仅依靠行政法律关系内在的约束力和相对人的行为是没有保障的，必须依赖相应的法律途径予以追究。所以，《民族经济发展法》中必须明确行政主体在民族地区开发中的具体责任，并与相关的行政复议机制、行政诉讼程序及监督机制相衔接。另外，《民族经济发展法》应当对民族地区开发的总体规划、开发目标、发展方式、内部配合与协调、区域经济关系、生态修复、资源利用等基本层面的关系作详细的法律规定。

（二）产权界定的基本法律

民族地区贫困的一个重要表现就是非国有企业的比例小、比重轻、不发达，国有企业比重太大。而民族地区的国有企业绝大多数是计划经济时代由国家投资兴建的，其中相当一部分是军工企业，肩负着国家计划、行政职责和国防任务。事实上，中国国有企业改革面临的困境和障碍在民族地区还具有典型性。所以，从一定意义上讲，民族地区开发成功与否的两个主要标志就是民族地区国有企业摆脱困境和民族地区非公有制经济的大发展。笔者认为，制定《国有企业产权界定法》是民族地区开发法律资源

配置的重要内容。该法作为国有企业产权界定的基本法律，可以在全国实施，当然能够为民族地区开发提供法律支持。长期以来，国有企业产权主体的虚位和非人格化难以形成公正有效的国家与企业之间的控制与被控制、监督与被监督关系。法律规定的厂长（经理）制实质上是一种含有诸多人治因素治理结构。从法理上讲，厂长（经理）并非国有企业的所有权人，却行使着与所有权人几乎毫无二致的权利。例如东南沿海地区的由其他省、市投资的国有独资的有限责任公司，从本质上讲属于国有企业，然而，公司董事长、总经理及其他高级人员实际上是一个利益集团，腐败贪污、化公为私的现象屡见不鲜，一个主要原因在于产权制度没有建立、产权归属不明，企业的职工绝大多数是从当地招聘的打工者，根本谈不上对企业领导层进行监督。诚然，该现象在民族地区特定的人文环境中另有表现，推进民族地区大开发，不容忽视之。从法律上讲，改变这种人治状况的根本出路在制定《国有企业产权界定法》，该法应明确规定国有企业中职工的“准股东”地位，使他们成为国有企业产权主体的真正代表。也就是说，厂长（经理）仅仅是企业的法定代表人，企业是其产权的法人主体，而产权法人主体的人格化承担者应当是企业的全体职工而非厂长（经理），职工大会会有权选聘或解聘厂长（经理）。这样，职工大会（或职工代表大会）就成为国有企业内部的“议事机构”，它有权对企业的重大事项作出决策，成为意思自治的市场主体。除此之外，《国有企业产权界定法》中应当首先从静态上划分产权界限，包括生产资料、生活资料、资本金及无形资产等。同时，由于国有资产的流失往往发生在企业行为的运动过程之中，因此，从动态上用比较完善的法律规范系统进行规制应当是立法的重点设计对象。该法从宏观着眼，微观入手，可以解决国有企业的内部产权机制的运作问题，是国有企业发展的重要保障，也是民族地区大开发中必须正视的法律问题。

（三）国有企业重组、改建、兼并的基本法律

民族地区开发法律资源配置的另一重要内容是配置国有企业重组、改造的法律资源。民族地区国有企业是民族经济的支柱。国有企业的改革是一个全局性难题，二十多年改革开放的经验教训使法学界乃至社会各界对法律保障的重要性已有所认识。民族地区国有企业要摆脱亏损、寻求发展的途径之一就是进行企业的重组和改造。因此，以国有企业重组、改造的立法为起点，依法脱困、依法发展具有迫切性。《国有企业重组改造条例》的制定应当提上议事日程。该法应当与《国有企业产权界定法》相配套，并着重从程序上进行立法设置，具体地讲，要关注以下几个问题：一是国有企业上级主管机关即国有资产管理部门与全体职工大会的权限划分。国有资产管理部门目前是国有企业产权的合法代理人和管理者，对国有资产的保值增值及防止流失负有法律职责。而国有企业的全体职工作为“人民”的一部分，从法理上讲，既是国有企业产权的“公有人”（是否可以表述为共有人尚需探讨），即实际产权主体（尽管是一部分），也是全民的代表，同时也是企业劳方与资方的统一体。因此，国有资产管理部门与国有企业职工之间如何在法律地位上统一起来是关键。对于一个由厂长（经理）为龙头的领导班子提出的关于企业重组改造的决议，到底是以国有资产管理部门批复为准呢？还是以全体职工大会的表决为准？笔者认为，尽管这个问题尚需进行深入的分析探索，但直观地综合地考虑，只有双方一致批准通过方能生效。这无疑为国有企业产权的实现提供了一种内部制衡机制，任何一方权利的行使都是有条件的，都要受到对方的监督和约束。二是重组改造的限制与禁止。国有企业的重组、改造应当符合国家法律和产业政策，因此，《国有企业重组改造条例》应当在立法技术上做特别处理：首先在重组改造的总则中作限制与禁止的原则性规定，也可以在重组改造基本原则中作一般性规定。其次，再作

具体的法律规制，明示重组改造的限制与禁止范围。最后，应当明确规定在国有企业重组改造过程中的法律责任。这需要在立法中尽量以法律规范的形式规定相应的民事责任和行政责任。对经济责任和刑事责任的规定应当考虑与相关已有法律之间的衔接，应当着重设计构成责任的假定条件和行为模式，尤其是对厂长（经理）等高层管理人员以权谋私、贪污腐败行为予以明确的法律规制。这些法律规定，对于民族地区开发中的国企改革有着尤为重要的作用。

总之，民族经济体制法是经济体制转变的调节器，对经济体制形成、转变和发展具有保护、调整和促进作用。随着经济的发展，民族经济体制法的配置将得到加强，其体系也将日趋完善。

第三节 民族经济宏观调控法律制度

宏观调控是国家经济职能的重要表现形式，因此也称“宏观经济调控”（Macro-economic Control）。党的十六大报告中明确提出：要健全现代市场体系，加强和完善宏观调控。其含义是国家运用经济政策对国民经济中的总量（主要是总供给、总需要、总价格、总就业量等）进行调节，促进总需求和总供给的基本平衡，以实现经济的平稳增长。^①我国《宪法》第十五条规定：“国家加强经济立法，完善宏观调控”，第一次将它从经济引入法律，成为经济法的基本概念，也使得法学界提出“宏观调控法”（Macro Control Law）概念并对其进行理论探讨成为现实。当前，在我国经济法学界，宏观调控法的基本理论正在形成一些重要的

^① 参见汤在新、吴超林：《宏观调控：理论基础与政策分析》，广东经济出版社，2001年版，第3页。

共识。人们普遍认为,宏观调控法是指调整在宏观调控过程中发生的经济关系的法律规范的总称。由少数民族经济和民族地区经济构成的民族经济是我国国民经济的有机组成部分,民族经济宏观调控法作为一个低位阶的法律部门尚未形成,但是,民族经济宏观调控法律制度却是客观存在的,并且在民族经济发展实践中起着十分重要的作用。

一、民族经济宏观调控法律制度的对象与本质

作为经济法基本内容的宏观调控法基本形成并成为经济法的二级部门法。这个二级法律部门的形成意味着宏观调控法有其特定的价值取向、基本原则和调节机制。民族经济宏观调控法律制度是我国宏观调控法的重要组成部分,它的对象是国家在调整少数民族以及民族地区经济过程中发生的各种社会关系。这些社会关系的基本特点是:其一,它是国家在对少数民族和民族地区经济进行宏观调整过程中发生的,直接由宏观调控原因引起的社会关系,除此之外的其他社会关系都不能成为其调整对象。其二,它的主体的多样性。它的主体必须是国家(包括代表国家行使宏观调控权的机关和工作人员),另一方主体必须是少数民族或民族地区的某些产业、行业、企业组织或民族成员个体。其三,作为国家及其代表的主体一方与作为受控的少数民族或民族地区的产业、行业、企业组织或民族成员个体之间是管理与被管理,调控与受控的关系,尽管二者之间存在一定的以平等协商为基础的前者对后者的指导、帮助和提供服务等方式,但从宏观调控涉及的内容来看,除此之外还有计划的编制与下达、产业的调整、财政拨付、税收减免等一系列法律地位不平等的宏观调控方式。

从本质上来看,民族经济宏观调控法律制度是经济法性质的法律规范。在经济法的体系中,宏观调控法与主体法、市场管理法、社会保障法共同构成经济法的体系结构。宏观调控法的理论

基础直接来源于经济学，它以国家干预理论以及市场失灵和政府失败理论为理论基础。市场失灵理论旨在说明市场调节无法解决社会产品总供给和总需求失衡的问题；政府失败理论旨在说明在市场调节无效的前提下政府运用经济政策手段来调节社会产品总供给和总需求失衡时出现的调控失败及官僚主义问题；而宏观调控法正是在以上两种机制都失灵的前提下所采取的法律手段。与此相应，民族经济宏观调控法律制度产生的基础也是以上两种机制的失灵。但是，进一步讲，该法律制度的作用有二，一是将市场机制和政府政策机制纳入法律的范围内，使其有法可依，尤其是政府政策对少数民族经济和民族地区经济的干预应当在法制的轨道上进行。其二，民族经济宏观调控法律制度是市场失灵和政府失败后的最后保障。法制作为最终的底线可以保障宏观调控法目的的实现。由以上两方面可以说明民族经济宏观调控法律制度从本质上讲是我国宏观调控法的有机组成部分，从而也是经济法性质的法律制度。

二、民族经济宏观调控法律制度的价值求证

法的价值“是以法与人的关系作为基础的，法对于人所具有的意义，是法对于人的需要的满足，也是人关于法的绝对超越指向”^①。民族经济宏观调控法律制度的价值取向也体现着它与特殊的价值主体的关联性，这些价值主体包括国家、少数民族和民族地区以及民族成员个体。那么这些不同的主体能否将各自的价值追求协调统一在民族经济法律制度之中呢？回答是肯定的，它基于这样的逻辑：民族成员的个体构成民族共同体，民族共同体是国家的有机组成部分，是相关权力、权利和义务的物质承担者；不同民族成员个人聚居地形成民族地区，民族地区是法律意

^① 卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社，1999年版，第10页。

义和地理意义上国家的有机组成部分，它是我国统一多民族国家相关权力、权利和义务的重要的物质承担者。因此，它们各自价值的追求具有逻辑一致性。这种逻辑一致性决定了民族经济宏观调控法律制度与宏观调控法和经济法的价值取向之间的天然联系。

关于经济法的价值，有的学者认为是“公平、效率”^①，也有学者认为是“社会公平、经济民主”。笔者认为，“公平、效率”基本上较好地反映了经济法价值的实际。宏观调控法作为经济法的二级法律部门，其价值应当遵循经济法价值的一般要求，而且应当与经济法其他二级部门法的价值取向区别开来。对于这个问题的研究，国内很少有人涉及，从现有研究成果看，李昌麒教授在《中国法学》上发表的《宏观调控法若干基本范畴的法理分析》一文中指出宏观调控法的价值有两个层次：一是理性价值，即宏观调控的科学、安全与效率，二是实践价值，即宏观调控法的适用性和效果性。这种论述从现有理论来看无疑是深刻的一语中的之见。民族经济宏观调控法律制度的价值不但要与经济法的价值取向一致，也应当遵循宏观调控法的价值取向。笔者认为，民族经济宏观调控法律制度的价值取向应当着眼于民族经济利益和民族经济民主两个方面。其原因在于：第一，宏观调控在涉及对少数民族经济和民族地区经济进行调节时，应当充分考虑其受控主体的最显著特点——民族性，从而以关注民族经济利益为价值取向。少数民族经济和民族地区经济由于其长期的固有的落后性，始终是影响社会总供给和总需要平衡的重要因素，加上长期以来国家将中国区域经济发展划分为东部、中部、西部三大地带，提出以优先发展沿海地区为核心的区域非平衡发展战

^① 参见徐士英：《经济法的价值问题》，载漆多俊主编：《经济法论丛》第1卷，中国方正出版社，1999年版，第33～38页。

略,使得少数民族经济和民族地区经济宏观上处于不利的发展地位,由此进行的民族经济宏观调控必然应当考虑到这种既定的不平衡事实,以民族经济利益为价值取向,以推动少数民族经济和民族地区经济的发展,实现全国经济的均衡发展。第二,国家在进行宏观调控时充分考虑少数民族和民族地区的经济愿望,从而以关注民族经济民主为价值取向。民族经济民主实际上是经济民主的一个翻版。经济民主强调的是各经济利益主体在形式上和实质上的平等,而由于少数民族和民族地区经济处于相对不公平的地位,笔者才强调“民族经济民主”的价值取向。20世纪90年代以来,鉴于以往的“优先发展战略”忽视了公平,导致发展差距的拉大,从而提出了“协调发展战略”。为实现这一战略,国家提出了少数民族地区经济发展的总的指导方针是:要在国家的帮助下,坚持改革开放,不断增强民族地区自我发展能力,充分发挥各民族人民的聪明才智,通过艰苦的、长期的、不懈的努力,促进各民族的全面发展,逐步与全国的发展相适应,逐步缩小民族地区与全国发展水平的差距。在具体的民族经济宏观调控法律制度中,不能搞“一刀切”,而应当发扬民主,从少数民族和民族地区的实际出发,尊重他们的愿望和要求,选择相应的宏观调控措施和法律手段。因此,我们应当“重新审视少数民族地区照搬或模仿汉族地区发展战略或发展模式的传统追赶战略,反思以往资源开发导向型传统工业化战略以及长期采取以粮食生产为主导的传统农业生存战略的后果影响”^①,重新评估我们的民族经济政策,重新审视我们的民族经济宏观调控法律制度的价值取向。

^① 温军:《中国少数民族地区经济发展战略的选择》,载《民族问题研究》2002年第5期,第60页。

三、民族经济宏观调控法律制度的内容

经济法中宏观调控法的“宏观性”容易为批驳民族经济法中宏观调控法律制度的“非宏观性”提供口实。在笔者看来,少数民族经济与民族地区经济是国民经济的有机组成部分,因此,任何关于国民经济的宏观调控法必然要涉及对少数民族经济和民族地区经济的调控问题,它当然是一个全局性的宏观经济问题。另外,民族经济宏观调控法律制度从立法主体和执法主体甚至司法主体来看,它们都是国家的代表,代表国家行使民族经济宏观调控的立法权、执法权和司法权。我国的国民经济是一个由生产、分配、交换和消费四大环节中的许多部门和单位组成的以市场为纽带联系起来的相互制约的复杂系统,这就决定了民族经济宏观调控也是一个由调控目标、经济政策、法律法规制度、调控方式等构成的复杂系统。本文以下将从四个方面解析其基本内容构成。

(一) 民族经济计划法律制度

长期以来,人们总是把计划与市场对立起来。事实上,发达资本主义国家在搞市场经济的过程中,并没有放弃计划。早在二战前期和战争期间,日本就颁布和实施了《扩充生产力计划》和《物资动员计划》两部法律。日本从1956年正式实行“经济自主五年计划”开始,迄今已经编制和实施了40余个中长期计划。而“法国是二战以后进行计划立法最早,历时最长,最具特色且经济计划理论最为完备的发达国家,同时也是西欧主要资本主义国家当中惟一实行计划体制的市场经济国家”^①。在市场经济国家重视计划的同时,计划经济国家也更加重视市场,“当前,在

^① 漆多俊主编:《宏观调控法研究》,中国方正出版社,2002年版,第58~59页。

全欧洲以及国际范围内，在民主法治的国家显示出一种可觉察到的向市场经济体制转变的趋势……在引进市场经济惯例和规则方面，中欧国家如波兰、匈牙利、捷克斯洛伐克共和国取得的进步最明显。而在当时东方集团的其余国家中，建立新的经济结构只是缓慢地进行着”^①。

在民族经济计划法律制度方面，随着计划经济体制日渐式微，国家的计划从以指令性计划方向为主向以指导性计划为主转变，计划的内容和形式也发生了一些变化，其调节的对象更加看重的是市场而不是企业。从计划体系来看，既有中央计划，即由国家计委负责组织编制、国务院审定、全国人民代表大会批准的计划，也有部门计划（即由经济主管部门编制的本部门所属行业的经济发展计划）和地方计划（即省、自治区、直辖市和计划单列市、市、县等编制的计划）。一般而言，作为下位计划的地方计划应当根据上位计划（即中央计划和部门计划）来编制，对民族自治地方计划而言，还可以依法对上位计划中的部分内容作出变通性规定。

从计划运行来看，正在实现由指令性计划向广泛推行计划合同制转变。在计划经济时代，民族地方背负了太多的国家计划任务，从能源、原材料、资源的生产量、价格等方面按计划行事，权力的强制性使其处于极其不利的地位。当前，随着西部大开发战略和协调发展战略的实施，指导性计划逐渐占了主导地位，计划合同制广泛推行。其直接的法律依据是《合同法》第三十八条的规定：“国家根据需要下达指令性任务或者依照国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。”

^① 罗尔夫·斯特博著，苏颖霞、陈少康译：《德国经济行政法》，中国政法大学出版社，1999年版，第43页。

新中国成立以来，我国颁行的计划法有：《国民经济计划编制暂行办法》、《关于编制国民经济年度计划暂行办法（草案）》、《国家计划委员会暂行组织通则》、《关于改进计划管理体制的规定》、《关于加强财政计划工作的决定》、《关于改进计划体制工作的若干暂时规定》、《关于大型工业联营企业在国家计划中实行单列的暂行规定》。这些法律作为全国普遍适用的规范，其中当然包含了对民族地区的适用。除此之外，一些行政法规和规章也包含了大量的民族经济计划法律规范，比如国务院批转国家计委《关于控制基本建设规模和清理在建项目情况》，国务院批转能源部、国家计委《关于改进现行电力分配办法的请示》等。

到目前为止，我国尚没有一部法典意义上的《计划法》，而计划基本上是在政策主导下进行的，《宪法》只是做了原则性规定。《宪法》第六十二条和第六十七条规定，全国人民代表大会常务委员会在全国人民代表大会闭会期间，审查和批准国民经济和社会发展规划。而民族经济计划法相对而言要具体一些，其法律依据有：《宪法》第九十九条规定，地方各级人民代表大会在本行政区域内，审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划。《民族区域自治法》第五十五条规定：“上级机关在制定国民经济和社会发展规划时，应当照顾民族自治地方的特点和需要。”第五十六条规定：“国家根据统一规划和市场要求，优先在民族自治地方合理安排资源开发项目和基础设施建设项目。”在地方立法层而上，尽管也存在着以政策代替法律的倾向和实际，但是，地方立法中有比较完整的民族经济计划法律。以《广西壮族自治区经济工作监督条例》为例，它首先规定了计划的审议权的划分，即自治区人大常委会对五年计划草案享有初步审议权。其次，它规定了计划初步审议的程序：自治区人民政府应当在自治区人民代表大会举行会议的十五日前，将年度计划草案连同下列材料一并送自治区人大常委会，由财经委员会进行初

步审议：① 上一年度全自治区国家资产投资完成情况和自治区人民政府投资建设项目进展情况；② 自治区人民政府投资安排方案；③ 本年度自治区上报国家争取投资的主要项目；④ 对本行政区域经济社会发展、生态环境有重大影响或者特别重大的新建项目的说明材料；⑤ 其他材料。再次，它规定了人大财经委对年度计划草案进行初步审议的重点内容，主要包括：① 计划编制是否符合有关法律、法规和国家的方针、政策；② 计划编制是否符合自治区人民代表大会批准的国民经济和社会发展五年计划的总体要求；③ 主要目标和指标是否符合本自治区的实际情况，是否符合持续、稳定、协调发展国民经济的要求；④ 主要措施是否符合市场经济要求，是否体现加强宏观调控，优化经济结构，安排好重点建设，切实改善人民生活，有利于扩大就业，做好社会保障工作，促进可持续发展等要求。另外，本法还规定了对计划执行情况进行监督的内容和程序。《西藏自治区关于加强经济工作监督的决定》也于 2002 年 9 月颁行，相关地方立法出现良好的发展态势。

（二）民族经济产业法律制度

产业法律制度是调整国家产业政策制定和实施过程中发生的经济关系的法律制度的总和。它既包括实体性的产业法律制度规范，也包括程序性的产业法律规范。产业法律制度大体由四部分构成，即产业结构法、产业组织法、产业技术法以及区域经济协调发展法。

产业结构法中既有综合性的产业结构法，也有单项的产业结构法，其中有涉及民族经济的法律规范，它是产业政策法律化的产物。从静态来看，第一产业主要包括农业、林业、畜牧业和渔业等，第二产业为工业和建筑业，其中包括采掘业、制造业、自来水、电力、蒸汽、煤气的制造业和供应业，其他均为第三产业。与此相关的立法主要有：《农业法》、《保险法》、《电力法》、

《房地产法》和《建筑法》、《科技进步法》、《技术引进合同管理条例》、《关于加快科学技术进步的决定》、《关于加强技术创新、发展高科技、实现产业化的决定》、《国家高新技术产业开发区若干政策的暂行规定》、《国家重点技术创新项目》、《关于加速实施技术创新工程形成以企业为中心的技术创新体系的意见》、《关于以高新技术成果出资入股若干问题的规定》等等。这些法律法规对全国的相关产业具有普遍适用性，因此它们当然适用于民族地区的产业。另外，国家以法规的形式发布的批复也涉及民族经济产业的法律问题，例如2002年6月22日，《国家计委关于内蒙古东送电价及国华准电上网电价的批复》中规定：“核定国华准格尔电厂2002年东送到华北电网的电量（即内蒙古东送电超过68.17亿千瓦时的部分）电价（含税）为每千瓦时0.262元。核定国华准格尔电厂上网电价（含税）为每千瓦时0.228元，考虑到市场承受能力，将上述电价分步到位，2002年暂按每千瓦时0.212元执行。”该法中的电价直接与民族地区的经济利益有关，国家通过低效力层次的政策性法规来调整民族经济产业，虽具灵活性，但核准电价时应当考虑市场因素和民族地区的经济利益。同样，2002年4月执行的《国家计委南方电网西电东送价格有关问题的通知》也涉及广西壮族自治区和多民族省份云南省的经济利益。2001年11月18日，国务院办公厅转发了《关于加快畜牧业发展的意见》，充分肯定了加快畜牧业发展的重要性和紧迫性，其中规定加快发展畜牧业是农业发展新阶段的战略任务，要不失时机地加快畜牧业的发展，尽快把畜牧业发展成为一个大产业。该法明确了畜牧业调整的重点，要把研究、开发和推广畜禽优良品种，提高畜产品质量作为调整畜牧业结构的重点。该法还涉及了以下内容：第一，加强良种繁育、饲养生产和疫病防治体系建设；第二，保护和合理利用草地资源；第三，大力推进畜牧业科技进步；第四，促进畜产品加工转化增值；第五，加强畜产

品体系建设；第六，加大对发展畜牧业的领导和支持力度。该法规是综合了现有相关立法的精神，对畜牧产业进行规制的重要法律，是民族经济法中产业法律制度的重要内容。除此之外，民族地区也制定了一些地方性法规以保证地方产业符合国家产业法的协调发展要求，例如《内蒙古自治区草畜平衡暂行规定》，宁夏回族自治区人民政府《关于发展旅游业的决定》都已颁行。

在民族经济产业组织法律制度方面，由于这方面的法律旨在调整同一产业内企业的组织形态和企业关系，因此，又以国家统一的行业立法为主，延伸到对民族自治地区相关行业企业组织形态和企业关系的调整。这不但体现在综合性的法律如《国家产业政策纲要》中，而且体现在诸如《铁路法》、《保险法》、《农业法》等许多单项立法中。目前，国家层面的相关立法典型的有《中华人民共和国中小企业促进法》，该法已经于2002年6月29日颁布，2003年1月1日起实施。其中第二条规定：“本法所称中小企业，是指在中华人民共和国境内依法设立的有利于满足社会需要，增加就业，符合国家产业政策，生产经营规模属于中小型的各种所有制和各种形式的企业”，其中将“符合国家产业政策”作为一个特别条件加以规定。为了加快民族地区中小企业发展，该法第二十四条明确规定：“在少数民族地区，贫困地区创办的中小企业，安置残疾人员达到国家规定比例的中小企业，在一定期限内减征、免征所得税，实行税收优惠。”至于民族自治地方的相关立法则主要集中在产业组织保护方面，即对幼稚产业进行保护。对中小企业进行保护和促进方面，还有如宁夏回族自治区《关于促进民营科技企业发展的若干意见》，新疆维吾尔自治区《发展个体私营经济条例》。

在产业技术法律制度方面，国家颁布的《科技进步法》是调整民族经济产业技术方面关系的基本法律。此外，民族自治地方和其他省、市也都有相关的地方性法规颁行，以鼓励先进技术的

推广应用,如《广西壮族自治区人民政府关于推进科技与经济结合新突破的若干规定》、《宁夏回族自治区科学技术普及条例》、《内蒙古自治区科学技术进步条例》、《内蒙古自治区促进科技成果转化条例》等。以《内蒙古自治区科学技术进步条例》为例,其内容涉及本民族地区农牧业科学技术进步、企业科学技术进步、社会事业科学技术进步、高新技术研究和高新技术产业、研究开发机构、科学技术工作者、科学技术投入、奖励与处罚等九个方面。其中明确规定自治区各级科学技术行政部门负责本行政区域内科学技术工作的宏观管理与统筹协调,旗、县以上各级人民政府要逐步建立健全科学技术顾问组织和决策咨询制度,对经济、社会和科学技术的发展规划及重大政策的制定,实行科学论证和民主决策,从而将它们纳入法制化轨道。其他地方性法规也有大量民族经济产业技术法律规范存在,比如《甘肃省科学技术协会条例》第十七条明确规定:“加强少数民族地区和老区、贫困地区的科普工作,组织科技工作者开展科技扶贫,依靠科学技术脱贫致富;建立少数民族科普工作队,帮助少数民族地区引进科技人才,提供科技资金、器材和先进实用技术以及信息等方面的支持”,这使得少数民族的科学技术进步与发展有了可靠的可操作的法律保障。

其实,民族经济产业法律制度集中体现在我国产业法中的“区域经济协调发展法域”之中。区域经济协调发展法是区域政策的法律化。所谓区域政策是指政府旨在改善一国范围内经济的空间结构所制定的公共干预的准则及所有公共干预行为。区域经济协调发展法在改革开放之初,表现为对东南沿海地区的优惠政策倾斜和法律资源的不平衡配置,使得民族地区与东南沿海地区的差距拉大。因此,国家在“九五”期间以“坚持区域经济协调发展,逐步缩小地区发展差距”为指导方略,并将它贯穿到“十五”计划之中,以促进包括少数民族地区在内的西部

地区的经济发展。在这方面，国家应当通过立法来规制以下内容：少数民族和民族地区经济发展中的财政制度、金融制度、投资与开发制度、对外贸易制度、市场制度、劳动力制度以及总体规划和计划制度等。这方面的立法以 2000 年《国务院关于实施西部大开发政策措施的通知》和 2001 年《国务院办公厅转发国务院西部开发办关于西部大开发若干政策措施实施意见的通知》以及《十五西部开发总体规划》三部法规之中，后者明确规定：坚持以市场为导向，以企业为主体，从西部各地资源特点和自身优势出发，依靠科技进步，发展具有市场前景的特殊经济和优势产业，促进资源优势向经济优势加快转化。同时还规定要对民族地区的传统产业进行调整改造促进高新技术产业发展和旅游服务业发展。特别强调对西藏和新疆两个少数民族自治区的支持，重点支持该地区扶贫开发、特区建设、民族特需商品生产、边境贸易和经济技术合作等，并强调加大对内蒙古自治区、宁夏回族自治区、广西壮族自治区和西部其他少数民族地区经济和社会发展的支持。对设在西部地区国家鼓励类内资企业和外商投资企业，参照《当前国家重点鼓励发展的产业、产品和技术目录》、《外商投资产业指导目录》和《中西部地区外商投资优势产业目录》等给予税收优惠。

这方面的地方立法也十分薄弱。民族自治地方享有相应的立法权，然而享有立法权和落实立法权却是两回事。目前，由于宏观调控权基本掌握在中央手中，地方很难与中央协调一致，地方的产业立法基本上停留在以政策代替法律，因事制法的低水平重复之中。据笔者所掌握的材料看，目前尚没有一个民族自治地方制定出一部系统的产业法规。“因此在不违反宪法和基本法律原则的前提下，国家要通过地方一级的立法（如省级立法、特区立法、民族自治地方立法），下放必要的宏观调控权和市场规划权，使欠发达地区从本地的实际出发，制定有利于地区经济振兴的特

别法律，从中获得特殊的利益。此点是当前完善我国经济立法的一个重要课题”^①。

（三）民族财政法律制度

财政是国家和其他公共团体为满足公共利益而取得使用和管理资金和财产活动的总称，它是国家参与国民收入的分配和再分配的重要手段。财政法律制度是调整在国家为了满足公共欲望而取得使用和管理资财的过程中发生的经济关系的法律制度的总和。

民族地区财政法律制度是国家财政法律制度的有机组成部分。按照公共财政学说的观点，“政府所进行的宏观调控行为是一种‘无形’的公共产品。从层次上看，由于公共产品的受益广度和深度不同，因而它有全国性或区域性公共产品之分”^②。由此看来，受益范围局限在民族地区的公共产品就属于区域性公共产品，我们可以套称为“民族地方性公共产品”。它应当由民族地方的各级政府提供，并且可以为本民族自治区域内的每个成员享用。民族自治地方政府的职责并不排斥在本民族自治区域内的宏观调控，即民族自治地方为了落实中央政府的宏观调控法律和政策，在本区域内实施的区域性宏观调控，以促进资源的合理、高效配置，发展少数民族和民族地区经济。从这个意义上讲，凡是由中央政府对民族地区实施的宏观调控，其财政支出应由国家承担，反之由民族地方承担。民族财政收入划分的意义在于确定各级财政收支范围和管理权限。在我国，存在财政分权的基本法律机制，而且，民族自治地方也涵盖其中。自从1994年对各省、自治区、直辖市以及计划单列市实行分税制以后，不同行政级别

^① 杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社，1999年版，第292页。

^② 漆多俊主编：《宏观调控法研究》，中国方正出版社，2002年版，第185页。

的民族自治地方的财政级次、支出范围、收入范围基本明确了。1993年国务院颁布的《关于实行分税制财政管理体制的决定》大体上分割了中央和省级地方政府之间的财政权力。而《预算法》第二条规定，我国实行一级政府一级预算，共5级预算。这样，从中央、民族自治区、民族自治州、民族自治县到民族乡都可以成为独立的财政单位。在民族自治地方和民族乡，依法应当由地方财政承担并列入地方预算的支出，包括地方本级支出和地方决定上解中央的支出。其中地方本级支出主要包括：地方行政管理费用，公安、检察院、法院费用，部分武警部队的经费，民兵事业费，地方统筹的基本建设投资，地方企业的技术改造和新产品试验费用，支农支出，城市维护和建设费用，民族教育、文化、卫生费用，价格补贴支出以及其他支出。民族自治地方和民族乡的预算收入范围主要由中央按照规定返还或者补助地方的收入，地方固定收入以及中央与民族地方共享收入三部分构成。其中民族地方固定收入主要包括：营业税、地方企业所得税、个人所得税、土地使用税、农牧业税、耕地占用税、契税、土地增值税、民族地方企业上交利润、国有土地有偿使用收入、民族地方矿产资源开采补偿费等。其实早在1958年，国家就制定了《关于民族自治地方财政管理暂行办法》，之后又陷入了政策主导的误区。当然，关于财政收入划分立法方面存在的缺陷也是显而易见的，比如立法形式缺乏效力依据，财政支付范围的划分缺乏科学性，财政收入权的分割过于偏重中央，以及法律效力适用范围过窄^①等问题。

自古以来，中央政府对少数民族或民族地区都有其特殊的财

^① 漆多俊教授详细论证了这方面的缺乏，也为我们提供了有益的启示，为立法改进提供了富有理论意义的参考，应当受到重视。参见漆多俊主编：《宏观调控法研究》，中国方正出版社，2002年版，第188页至第192页的论述。

政政策和法律或一贯的方法，如前文考述过的赏赐法、救助法。用现代法理眼光看，实际上是财政转移支付法律制度的雏形。在这方面，当前国家对民族地区以有条件财政拨款和无条件财政拨款，分类拨款与税收支出拨款相配合，根据具体情况进行，而且基本上以政策为主导，法律调整为辅助。根据分税制的“存量不动，增量调节”原则，仍然维持税收返还，只是从中央增量收入中拿出一部分用于转移支付，支付给民族地区，以缓解其财政赤字压力。根据《过渡期转移支付办法》，首先从收入增量中拿出一定数额实施新的税收返还办法。其次，核定各自治区的标准支出，然后与实有财力比较，差额部分列入转移支付对象。再次，对转移支付对象进行收入能力分析，考核组织收入的努力程度，另外，对转移支付对象困难程度分析，最后，按系数和客观因素确定给民族自治区的转移支付额。由于我国的五大民族自治区基本上都属于绝对贫困的地方，因此，根据《过渡期转移支付办法》规定的程序和条件，最终基本上都能够从中央得到财政上的转移支付。而且，除了法定的转移支付以外，中央考虑到民族地区的具体实际困难，另加了政策性的转移支付。有了这些法律上和政策上的保障，才使民族地区的经济发展和社会稳定获得了有目共睹的进步。

实际上，国家财政从 1955 年起就设立“民族地区补助费”，1964 年又设立“民族地区机动金”，并采取提高民族地区财政预备费的设置比例等优惠财政政策，帮助民族地区发展经济和提高人民生活水平。据统计，仅上述三次优惠政策，到 1998 年，国家对民族地区的累计补助达 168 亿元。1998 年，国家对五大自治区以及云南、贵州、青海三个少数民族比较集中的省实行定额补助制度。从 1980 年到 1998 年，少数民族自治地区获中央财政额外补助 1400 亿元。1995 年开始实行的过渡期转移支付办法中，对前述 8 省区及其他省的少数民族自治州专门增设了政策性转移

支付内容。仅 1998 年中央对 8 省区的一般性转移支付额近 29 亿元，占全国转移支付总额的 48%。^① 这些民族财政制度的实施，为民族社会经济的全面进步起到了重要作用。《民族区域自治法》第六十二条明确规定：“随着国民经济的发展和财政收入的增长，上级财政逐步加大对民族自治地方财政转移支付力度。通过一般性财政转移支付、专项财政转移支付、民族优惠政策财政转移支付以及国家确定的其他方式，增加对民族自治地方的资金投入，用于加快民族自治地方经济发展和社会进步，逐步缩小与发达地区的差距。”

除此之外，民族自治地方的财政立法也有相关规定，主要用于规范地方政府之间及其本民族自治地方的企业、事业单位等之间的财政关系。2002 年 3 月 1 日起实施的《宁夏回族自治区财政监督办法》明确规定，自治区各级人民政府财政部门依法对国家机关、社会团体、企业、事业单位及其他组织涉及财政收支、财务收支、会计资料和国有资本金管理等事项进行监督核查，而且还规定了具体的监督事项。广西壮族自治区还颁布了《关于对我区现行财政体制进行微调的通知》，可见，民族财政法律制度已经形成了从基本法律到地方法规和规章的体系。

（四）民族税收法律制度

普遍认为，税收是纳税主体依法向国家缴纳一定的财产以形成国家财政收入的活动。它也是国家运用法律手段对一部分社会产品进行无偿取得的分配方式。作为一种国家收入，它具有强制性、无偿性和固定性的特征。民族地区的税收法律制度反映了民族地区的纳税主体与征税机关之间的税收关系。由于税收的主体、客体、内容、税率等都是法律预先规定的，所以民族地区的

^① 参见国务院新闻办公室发布的白皮书——《中国少数民族政策及其实践》，1999 年 9 月。

税收法律制度必然遵循“税收法定主义”的原则。在现代法治国家，基于税收法定主义的宪法性原则，从逻辑上看，税收关系与税收法律关系并不具有历时性，而应当是同时产生的^①，民族地区的税收关系与税收法律关系也是如此。国家在从民族地区取得税收财政收入的同时，客观上会对民族地区经济环节、结构、部门、经济运行等具有调节功能，也就是说，它实际上具有宏观调控的作用，因此，我们将其纳入宏观调控法体系之中进行研究。

1. 新中国成立以来国家对民族地区税收优惠政策评估

新中国成立以后，民族地区首先面临着建立民族自治地方、发展区域经济、摆脱贫困、提高包括民族群众在内的民族地区广大人民群众生活水平的问题。事实上，国家长期以来十分重视通过税收优惠政策发展少数民族经济和民族地区经济，依据各民族地区的实际情况以及不同行业的特点、社会 and 经济发展阶段，对民族地区制定针对性的有差别的优惠政策，以减轻民族地区和少数民族人民群众的负担，发展其经济。从 50 年代开始到现在，国家对民族地区的基础产业、农牧业以及工商业基本采取了轻税政策。对农业长期实行“依率计征，依法减免，增产不增税”的政策。对牧业采取更加优惠的税收政策，生活困难、生产落后、交通不便的民族地区及其贫困地区实行“轻灾少减，重灾多减，特重全免”的税收政策。对边疆民族地区实行减免工商税及税收负担轻于内地的政策。但这些有利于民族地区经济发展的税收政策却使少数民族及民族地区产生了一定的依附心理，反而加重了民族地区的财政负担。20 世纪 70 年代末期，国家对民族地区实行税收减免和优惠税率的政策。改革开放以后，为调动民族地区发展经济的积极性，强增其“造血功能”，国家进一步放宽了税

^① 参见刘剑文、李刚：《税收法律关系新论》，载《法学研究》1999 年第 4 期，第 92 页至第 93 页的论述。

收优惠政策,对“老、少、边、贫”地区兴办的乡镇企业,经营确有困难的可以在一定期限内或者在一定程度上减免所得税。对民族贸易三照顾^①县商业企业自筹商业设施建设投资,免征建设税3年。对其应缴的能源交通建设资金,由省、自治区财政酌情减免。对相应的医药商业比照民贸商业,免征建设税和能源税。对民族用品定点企业生产销售民族用品,给予减免产品税、增值税及减半征收所得税。对新办企业,经法定程序批准,可以减征或者免征所得税3年。1994年,随着分税制的实施,统一的税收制度开始实行,这样,以往的绝对多数税收优惠政策基本停止执行^②,可以说,关于民族地区税收优惠的问题基本上纳入了法律的调整轨道。毫无疑问,90年代中期以前的这些政策,基本符合民族地区当时社会经济和生产力水平的客观实际,这对于维持民族地区的政治稳定、社会稳定和各系统的正常运转提供了良好的条件。但是,政策的易变性,非强制性也容易使政策的落实不能到位。正如温军先生所得出的结论一样,中国少数民族地区税收优惠政策的保证执行程度只有36%。^③从政策效用分析而言,这是一种失败的路径选择。因此,应当回到法制的道路上来。

2. 当前我国的民族地区税收法律制度

尽管与法律相比,政策有其缺陷,但“法律万能论”的思想是应当抛弃的。事实上,迄今为止,还有一些政策在适用,它们是:国家对少数民族地区的农牧业实行轻税政策,对生活困难的民族地区减征农业税,对部分民族地区减免所得税,以及规定减

① 三照顾是指:价格补贴照顾、自有资金照顾、利润留成照顾。

② 温军先生全面论述和评价了我国的民族经济政策,以上参见温军:《中国民族经济政策的形成、演变与评价》,载《民族研究》1998年第6期,第15页。

③ 参见温军:《中国民族经济政策的形成、演变与评价》,载《民族研究》1998年第6期,第16页。

免民族地区固定资产投资方向调节税。在法律制度方面，既有国家统一的立法，也有民族自治地方的立法，形成了一个多层次的体系。

《民族区域自治法》第三十四条规定：“民族自治地方的自治机关在执行国家税法的时候，除应当由国家统一审批的减免税收项目以外，对属于地方财政收入的某些需要从税收上加以照顾的，可以实行减税或者免税。自治州、自治县决定减免或者免税，须报省、自治区、直辖市人民政府批准。”可见，在对民族地区的税收减免权上是有分权的，民族自治地方只能在法定的范围内和权限内享有税收减免权。民族地区的税收关系首先应当受到全国性的法律法规如《税收征收管理法》、《个人所得税法》、《增值税暂行条例》、《消费税暂行条例》、《营业税暂行条例》、《企业所得税暂行条例》等的调整。其次，应当受到各民族自治地方税收法规和规章的调整，如宁夏回族自治区的《屠宰税征收办法》、《土地增值税征收管理办法》、《协税护税组织管理规定》、《临时经营营业性税征收规定》，新疆维吾尔自治区的《关于西部大开发税收优惠政策有关问题的实施意见》、《关于调整娱乐业营业税率的通知》、《关于2000年农村贫困户免征农牧业税和农业特产税的通知》、《契税实施办法》，广西壮族自治区的《房地产税施行细则》、《关于我区享受中西部地区有关税收优惠政策的通知》、《关于对我区加油机统一安装税控装置工作实施意见的通知》、《关于纠正地方税收违规文件严格税收管理权限的通知》、《关于贯彻国务院调整进口设备税收政策的补充通知》、《农业牧产收入征收农业税规定》、《屠宰税征收管理暂行规定》、《关于外商投资企业改征营业税后增加的税负问题的通知》。从以上例子中可以看出，民族自治地方的立法以规章为主，主要用以调整一些个别的临时性的税收关系，解决一些实际存在的问题。独立的法规相对较少，这也是税收分权限制的原因所致。西藏自治区与

内蒙古自治区的税收立法相对较少，这也与两个民族自治地方的产业结构、经济发育等有一些关系，也与其经济法律意识有关。

西部大开发的战略提出以后，根据国务院《关于实施西部大开发若干政策措施的通知》，对设在西部地区国家鼓励的内资企业和外商投资企业，在一定期限内减按 15% 的税率征收所得税。民族自治地方的企业经省级人民政府批准，可以定期减免或者免征企业所得税。西部地区新办交通、电力、广播电视等企业，企业所得税实行两年免征，三年减半征收。对保护生态环境、退耕还林还草产出的农业特产收入，自取得收入年份起 10 年内免征农业特产税。民族地区的公路国道、省道建设用地，免征耕地占有税。对民族地区内资鼓励类产业，外商投资鼓励类产业及优势产业项目在投资总额内进口自用先进技术设备国家规定不予免税的商品外，免征关税和进口环节增值税。这些法律规定的优惠政策鼓励资金和先进的技术设备向民族地区流动，客观上起到了通过税收进行宏观调控的作用。今后，应当加强这一方面的立法研究和具体立法，以通过有效的民族税收法律资源的配置实现产业结构的优化和资金、技术的流动。如何进一步拓宽税法的宏观调控功能范围，促进民族地区经济发展，是今后的一个理论课题。

在宏观调控的法域里，还应当涉及价格、会计、对外交易、金融等法律制度，但是，在民族经济宏观调控法律制度这个特殊的法域里，目前尚没有足够的法律规范形成一个法律制度体系，所以本文将不予涉及。而在传统的经济法理论中，往往将自然资源法律制度归入宏观调控法域。但在民族经济宏观调控法域内，由于其重要性的存在而应予以专门研究。

第四节 民族地区自然资源法律制度

自然资源法律制度在民族经济发展中有着极其重要的地位。民族地区的土地资源、水资源、矿产资源、森林资源和野生动植物资源是自然资源法律制度的直接客体。无论是对于可再生资源，还是不可再生资源，都应当通过法律手段加以保护和分配，以改善和增强人类生存的自然基础，实现可持续发展。

一、土地资源法律制度

土地是人类赖以生存的基础。人们在开发利用和保护土地过程中形成的专项资源管理关系就是土地制度调整的重要内容。关于民族地区土地资源法律制度，主要包含在 1986 年颁布的，1988 年和 1998 年两次修订的《土地管理法》中，2002 年 8 月 29 日颁行的《农村土地承包法》两部法律之中。其内容主要涉及土地所有权、土地使用权、土地承包经营权及其流转、土地用途管理制度、土地利用总体规划、耕地占用补偿、基本农田保护制度以及建设用地管理制度等。根据《土地管理法》第三十一条规定，国家保护耕地，严格控制耕地转为非耕地。国家实行占有耕地补偿制度。非农业建设经批准占用耕地的，按照“占多少，垦多少”的原则，由占用耕地的单位负责开垦与所占用耕地的数量和质量相当的耕地；没有条件开垦或者开垦的耕地不符合要求的，应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳耕地开垦费，专款用于开垦新的耕地。这种耕地占用补偿制度的实施，对于节约和有效利用民族地区土地资源起着较大作用，这也是农业基础地位的体现。在土地承包经营权保护方面，《农村土地承包法》第二十六条规定：“承包期内，发包方不得收回承包地。承包期内，

承包方全家迁入小城镇落户的，应当按照承包方的意愿，保留其土地承包经营权或者允许其依法进行土地承包经营权流转。”该制度对民族地区善于经商或者有意于从事其他经营活动的民族成员而言是十分有益的，它可以保证承包户选择拥有承包权还是流转承包权的权利，是符合民族地区实际的法律规定。由于我国实行的是土地的全民所有和集体所有制度，因此，关于民族地区土地资源的法律规制主要适用全国普适的法律制度。当然，对于民族地区来说，依据《农村土地承包法》第六十四条之规定，可以结合本行政区域的实际情况，制定实施办法，也可以在不与宪法和基本土地法、行政法规相违背的情况下制定地方性法规，行使民族地方立法权。如新疆维吾尔自治区于2000年12月颁布了《土地登记办法》，加强了对土地的宏观调控。宁夏回族自治区于2000年11月颁行了《基本农田保护条例》。值得一提的是新疆维吾尔自治区、广西壮族自治区、内蒙古自治区先后颁布了《实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》。该实施办法在《土地管理法》没有明确授权制定实施细则的情况下，依本区实际主动立法，是难能可贵的。而且，它突破了《土地管理法》的“保护耕地”的宗旨，结合本民族地区畜牧业的实际，明确规定严禁擅自开垦草原、林地，并且严格保护菜田，划入保护区的菜田，不经批准，一律不得改做他用。民族地方的民族经济立法应当从本地实际出发，充分行使《宪法》和《立法法》赋予的地方立法权，在不同基本法律和行政法规相冲突的情况下，制定切实的既符合国家宏观调控原则，又符合民族地区实际利益的民族经济法律制度。

二、草原法律制度

草原法律制度是调整人们在草原的所有关系和管理、保护、建设和利用草原资源过程中所发生的经济关系的法律制度。我国

民族地区经济的一大特色是长期以来形成的游牧经济，游牧经济的自然基础主要是草原。因此，从一定意义上讲，我国的草原法律制度，基本上是一种民族经济法律制度。从历史来看，虽然游牧是我国少数民族和民族地区的一种古老的生产活动，但在对草原的所有权上，基本上处于由政权角逐决定归属，在草原利用上长期处于一种原始的放任的自然状态，至多是在民族习惯法的调整之下进行利用和保护。新中国成立以后，国家开始通过成文法来规制草原关系。1985年，我国颁布了《中华人民共和国草原法》，1993年又颁布了《草原防火条例》。2002年9月国务院颁布了《关于加强草原保护与建设的若干意见》。此外，各自治地方也颁布了大量的地方性草原法规和政府规章。如《西藏自治区实施〈中华人民共和国草原法〉细则》，《新疆维吾尔自治区草场承包管理办法》，《内蒙古自治区农牧业承包合同条例》，《内蒙古自治区草原管理条例》。根据以上法律法规，可将草原法律制度的内容概括为以下几个方面：

（一）民族地区草原所有权和使用权法律制度

民族地区草原所有权是指民族地区的相关主体依法对本地区草原的占有、使用、收益和处分的权利。在我国，草原所有权划分为国家草原所有权和地方草原所有权。《草原法》第四条规定：“草原属于国家所有，即全民所有，由法律规定属于集体所有的草原除外。”根据《内蒙古自治区草原管理条例》第五条规定，旗县级以上人民政府批准拨给国有企业、事业单位使用的草原，没有开发利用的草原和其他不属于集体所有的草原，都属于全民所有。牧区、农村集体经济组织使用的草原，都属于劳动群众集体所有。草原的所有权受法律保护，任何单位和个人均不得侵犯。关于草原的使用权，《草原法》第四条规定：“全民所有的草原，可以固定地给集体长期使用。全民所有的草原、集体所有的草原和集体长期固定使用的全民所有的草原，可以由集体或者个

人承包从事畜牧业生产。”根据《草原法》第七条的规定，国家建设临时使用草原，一定的建设单位可以在一定的条件下临时使用集体所有的草原，但是，建设单位应当依法定的程序和办法取得临时使用权。国家建设在民族自治地方征用或者使用草原，应当照顾民族自治地方的利益，作出有利于民族自治地方经济建设的安排。其他地方性法规如《内蒙古自治区农牧业承包合同条例》和《内蒙古自治区草原管理条例》中详细规定了草原承包使用的法律程序，双方的权利、义务与责任等。

（二）民族地区草原保护法律制度

草原是少数民族生存之重要基础，依法加强对草原的保护是维护民族地区经济利益的根本手段。相对于草原的三大灾害即火灾、鼠虫害疫病和人为破坏目前已经形成了相应的法律机制。根据《草原法》第十三条的规定，民族自治地方的各级人民政府应当采取措施，防治草原鼠虫害，保护捕食鼠虫的益鸟益兽。《十五西部开发总体规划》中也指出，在草原区，要保护好现有的草原植被，搞好草原鼠虫害防治，制止草场过牧，禁止草原开荒种地。《内蒙古自治区草原管理条例》第二十二条明确规定：“禁止在草原上捕猎和收购鹰、雕、猫头鹰、百灵鸟、沙狐、狐狸和鼬科动物。”保护这些益鸟益兽，对减少草原的鼠虫害起着重要作用。在防止疫病发生方面，根据《草原法》第十四条的规定，民族自治地方各级人民政府应当采取措施，防治草原地区畜牧疫病和人兽共患疫病。在草原防火方面，《草原法》第十六条规定：“加强草原防火工作，贯彻‘预防为主，消防结合’的方针，建立防火责任制，制定草原防火制度和公约，规定草原防火期。在草原防火期间，应当采取安全措施，严格管理。发生草原火灾，应当迅速组织群众扑灭，查明火灾原因和损失情况，及时处理。”该法条集实体性规范与程序性规范于一身，与《草原防火条例》一起构成草原防火的基本法律制度。民族自治地方的法规中也有

相关的法律规定。在防止草原的人为破坏方面，不同效力层次的法律均有相应规定。《草原法》第十条规定：“严格保护草原植被，禁止开垦和破坏。”第十一条规定：“禁止在荒漠草原、半荒漠草原和沙化地区砍挖灌木、药材及其他固沙植被。”地方草原立法根据民族地区的实际，进一步具体化了基本法律内容，《内蒙古自治区草原管理条例》第十九条规定：“严禁任何单位和个人非法开垦草原，破坏植被。国家调整国土规划需要开垦草原的，由旗县级人民政府上报自治区人民政府批准。”第二十二条明确规定了禁止开采草原的具体情况，它包括：易沙化又没有保护措施的地区；二十度以上的坡地；年均降水量三百五十毫米以下的无灌溉地块；权属有争议的地区；主要牧道和牲畜饮水、舔碱的地区。

（三）法律责任制度

违法行为应当受到法律的追究，违反民族地区草原法律制度的也不例外。根据相关法律规定，草原所有权、使用权受到侵犯的，被侵犯人可以请求旗县级以上地方人民政府农牧业部门处理。有关农牧业部门有权责令侵权人停止侵权行为，赔偿损失。违法开垦草原，在草原上砍挖固沙植被和其他野生植物或者采土，致使草原植被遭到破坏的，民族乡、县、旗等基层政府的农牧业部门有权制止，并责令恢复植被，赔偿损失，情节严重的，处以罚款。有下列情形之一的，给予行政处分，构成犯罪的，依法追究刑事责任：① 非法占用、买卖或者非法转让草原的；② 非法开垦草原或者拒不执行对已开垦草原限期封闭决定的；③ 非法在草原上作业的；④ 超载牲畜、抢牧、滥牧严重破坏草原的；⑤ 机动车辆不按固定线路行驶，碾压破坏草原的；⑥ 违反草原防火规定，造成草原火灾的；⑦ 破坏草原水利设施和畜牧业生产设施的。

另外，对于阻挠、妨碍民族地区草原管理机关工作人员和草

原监理人员依法执行公务的，由公安机关依照《治安管理处罚条例》予以处罚，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。如果民族地区草原管理机关工作人员和草原监理人员在执行公务中滥用职权、贪污受贿、侵犯少数民族地区公民合法权益的，应当给予行政处分，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

除以上三方面以外，民族地区的草原法律制度还包括牧业规划和草原调剂等方面的法律制度。而且，其法律体系包括自治州、自治县（旗）的相关立法。甘肃省的民族草原法律制度是一个典范，目前有《天祝藏族自治县草原管理条例》、《肃北蒙古族自治县草原管理办法》、《肃南裕固族自治县草原管理条例》和《阿克塞哈萨克族自治县草原管理条例》等地方性草原立法。难能可贵的是，甘肃省人大常委会在审议批准这些民族自治地方草原法规时提出了详细的、合理的修改意见，使这些民族自治地方立法从内容到形式都达到了较高的水平。

三、矿产资源法律制度

民族地区的矿产资源是十分丰富的。广西壮族自治区素有“有色金属之乡”之称，多民族的云南省也是有名的“有色金属王国”，新疆已探明的矿种占全国的 78%，塔里木油田是我国最大的油田之一。^① 民族地区的矿产资源法律制度是调整人们在民族地区勘探、开采、利用和保护矿产资源的活动中所形成的各种经济关系的法律制度的总和。它的主要内容包括矿权、矿产资源管理以及勘探、开采、利用和保护等。

从矿产资源的所有权来看，根据《中华人民共和国矿产资源法》（以下简称《矿产资源法》）的规定：“矿产资源属于国家所

^① 参见吴宗金：《民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998 年版，第 235～236 页。

有，由国务院行使对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。”由此看来，民族自治地方从法律上讲并没有矿产资源的所有权。没有所有权并不意味着民族地区对此不享有相应的权利。根据法律规定，民族地区依然享有以下权利：

民族地区的国有矿山企业享有开采权。根据《矿产资源法》第四条规定：“国有矿山企业是开采资源的主体。国家依法保障国有矿业经济的巩固和发展。”但是，国有矿山企业并不是惟一的享有开采权的主体。民族地区的集体企业和有关个体也可以依法成为开采主体，例如《内蒙古自治区矿业资源管理条例》第六条规定：“自治区鼓励、指导和帮助苏木、乡镇集体矿山企业的发展。自治区指导、帮助和监督个体依法采挖某些矿种资源。”1995年颁布的《新疆维吾尔自治区矿产资源管理条例》、《广西壮族自治区乡镇、集体矿山企业和个体开采矿产资源管理条例》及其实施办法以及2002年1月颁布的《西藏自治区矿产资源管理条例》也有相关规定。这种准入法律制度对于发展民族地区经济意义重大。事实上，民族地区的经济在很大程度上都是依靠对本地区矿业资源的开采而获得发展的。但是，随着中国加入WTO以后，民族地区比较优势明显下降，市场竞争力不断减弱的资源，主要有以下四种类型：传统矿产资源，部分农牧业产品，如新疆的煤炭，青海的钾盐，部分农牧新鲜产品；勘探开发代价巨大，开采冶炼企业经济效益低下的重要矿产资源，如新疆和青海的石油，青海的铁矿资源，西藏的铜矿以及云南贵州的铅、锌、汞等；选矿技术水平低，开发利用困难的部分资源，如钽、铌等；国内市场已基本饱和的矿产资源，如镍矿、锡矿

等。^①

矿产资源开采利用的民族经济权利。作为调整民族关系的基本法律的《民族区域自治法》第六十五条也明确规定：“国家在民族自治地方开发资源，进行建设的时候，应当照顾民族自治地方的利益，作出有利于民族自治地方经济建设的安排，照顾当地少数民族的生产和生活。国家采取措施，对输出自然资源的民族自治地方给予一定的利益补偿。”《矿产资源法》第十条规定：“国家在民族自治地方开采矿产资源，应当照顾民族自治地方的经济利益，作出有利于民族自治地方经济建设的安排，照顾当地少数民族群众的生产和生活。”民族地方在立法中又具体明确了这一内容。根据《内蒙古自治区矿产资源管理条例》的规定，自治区在国家统一规划下，自主地开发利用区内矿产资源。国务院有关部门在自治区内开办矿山企业，应与自治区人民政府协商一致；外省、自治区、直辖市在自治区内开办矿山企业，须经自治区人民政府同意。这都是为了保护自治区的经济利益。该法规同时规定，区外矿山企业在自治区内开发矿产资源，要照顾自治区的利益，作出有利于自治区经济建设的安排，照顾当地群众的生产和生活。要尊重民族自治机关的自治权，执行自治区有关规定，接受自治区矿产资源管理部门的监督管理。《甘肃省甘南藏族自治州矿产资源管理条例》中明确规定，在自治州行政区域内开采矿山资源，应当照顾自治州的利益和当地人民群众的生产和生活。《甘肃省阿克塞哈萨克族自治县矿产资源管理办法》第四条规定了地质矿产管理部门的主要职责，其中有“依法收取矿产资源补偿费、登记费和采矿权使用费”的规定，说明矿产开采主体有履行矿产资源补偿的义务。由于矿产资源的不可再生性，民

^① 胡鞍钢、温军：《人世后民族地区的政策响应》，载《民族问题研究》2002年第2期，第20页。

族地区依法享有受补偿权是正当的要求，国家应当予以法律上的保护。另外，甘肃省天祝藏族自治县，肃北蒙古族自治县都制定了相应的矿产资源地方性法规：《天祝藏族自治县矿产资源管理条例》和《肃北蒙古族自治县矿产资源管理办法》，其中都有进行矿产资源补偿和照顾民族自治地方利益，作出有利于自治县经济建设的安排的内容。

正是由于矿产资源对民族地区经济发展和人民群众经济利益具有举足轻重的作用，许多民族自治地方都制定了单行条例以规制这方面的经济关系。据笔者目前掌握的材料看，除上文论述的外，还有以下一些民族地方制定了《矿产资源管理条例》，它们是：四川省凉山彝族自治州，青海省海北藏族自治州，云南省红河哈尼族彝族自治州，云南省怒江傈僳族自治州，湖南土家族苗族自治州，青海海西蒙古族自治州，四川省甘孜藏族自治州，辽宁省阜新蒙古族自治县，云南省西盟佤族自治县等。它们的立法基本上是《矿产资源法》及上级地方机关制定的矿产资源法规的具体化。另外，像水、石油、煤炭、电力等能源性质的自然资源对民族地区而言意义也十分重大，而且相关法律规范已有相当数量。国家基本上通过《水法》、《森林法》、《石油、天然气保护管理规定》、《煤炭生产许可证管理办法》、《乡镇煤炭管理条例》、《电力法》等一些全国普遍适用的法律法规来调整相关经济关系，民族自治地方也有一些相关的地方性立法。但总体而言，这些关系相对稳定，而且受到国家宏观经济政策的主导性调整。

第五节 民族地区市场经济管理法律制度

国家不但通过宏观调控法律制度来规制民族地区经济运行的宏观层面，而且也通过市场经济管理法律制度来规制民族地区经

济运行的微观层面。

一、民族地区经济与市场经济

解放以后，全国范围的社会主义改造使得民族地区由传统的农牧业一元经济结构转化为农牧业与现代工业并举的二元经济结构，这是一种由中央实施外控制的嵌入型经济运行机制，严重抑制了民族地区经济发展的动力与活力，产生了不少消极后果。十一届三中全会以后，经济体制改革的推行使得民族地区经济体制开始由传统的计划经济体制向有计划的商品经济转变。经济体制改革的内容之一就是实现经济运行机制的转变，力图使市场与计划两种机制能够兼容结合。但是从现实条件看，民族地区的经济发展水平尚很低，五大民族自治区在全国范围内与其他省、直辖市相比处于落后状态。从五大自治区 2000 年国民生产总值在全国的排位来看，只有广西排名第 16 位稍好一些，其他均处落后地位，其中内蒙古为第 24 位，新疆为第 25 位，宁夏为第 29 位，西藏为第 31 位。其他多民族的省份如贵州为第 26 位，云南为第 18 位，青海为第 30 位，甘肃为第 27 位。而且在各省、直辖市范围内，民族地区经济发展水平仍处于落后地位，以甘肃省为例，2000 年全省各地经济实力综合指数排名中，临夏回族自治州的综合指数为 11.38，排名为倒数第二位，甘南藏族自治州综合指数仅为 11.14，排名最后一位。^① 由此看来，“民族地区经济尚处于社会主义初级阶段的低层次”^②。当前，我国经济体制的目标在于建立社会主义市场经济，而民族地区经济作为国民经济的有

① 以上统计数字均来自《数字化甘肃·兰州》，载《兰州晚报》2001 年 2 月 23 日“新闻图解版”报道。

② 施正一主编：《民族经济学教程》，中央民族大学出版社，2001 年版，第 277 页。

机组成部分必须适应建立统一的市场经济的要求。事实上，市场经济不但在我国东南沿海地区的实践中被证明是一种有效的经济运行机制，它也应当是民族地区经济运行的有效形式。

首先，通过市场经济机制可以有效地实现民族地区经济资源的优化配置。我国的民族地区有着十分丰富的自然资源，以往受制于人力、物力、财力、技术等因素制约，往往在国家的控制下进行开发利用和利益分配，造成民族地区经济利益的多重流失。市场经济体制的引入，可以减少国家指令性计划带来的不利益，使民族地区将资源通过法律方式与国家进行权利分配，并在自主的权限范围内组织资源的开发利用和流通，形成专业化、社会化生产分工，提高劳动效率和经济效益。

其次，市场经济的竞争性会为民族地区经济发展注入活力。市场经济要求打破地域界限甚至不必要的民族界限，使各种生产力要素均处于开放状态，使资源按市场规律和价值规律自然流动，最终达到资源的有效配置。只要民族地区建立了这种开放的市场格局，各种资本总会流入利润较高的地区进行投资与开发的竞争，这势必促进民族地区经济的发展与繁荣。

最后，市场经济的法制性必然要求民族地区建立完善的市场环境，使民族地区不但要建立完善的市场管理机制，而且要建立相应的投资保护、商业竞争、金融、贸易和市场体系等制度，而这些制度的有效形式是法律，由此推动民族地区经济机制建设，也有利于提高包括广大民族成员在内的民族地区人民的市场经济法律意识。

二、民族地区市场经济管理法律制度的理论基础

法律制度演进的历史告诉我们，早在 16 世纪，西欧一些国家建立了强大的中央政权，并在“重商主义”的影响下，非常重视运用法律手段深入到市场内部对市场交换活动进行控制，以协

调利益关系,促进市场经济发展。这种规制被称为“Regulation”或“Regulatory constraint”,其最初的含义“是指依据一定的规则,对构成特定社会的个人和构成特定经济的经济主体的活动,进行限制的行为”^①。到了19世纪末20世纪初,“市场竞争的规则和机制日益受到各种不正当竞争、限制竞争和垄断行为的干扰和阻碍……于是在此背景下的市场管理法律制度建设,一方面是在传统的民法中渗透公法因素,强调权利不得滥用,确保追求私利的民事行为不违背社会公共利益,这方面的典型主要表现在有关公司、票据、证券交易等传统的民商法规范中的公法规范(如证券、票据市场的政府管理规范);另一方面寻求新的立法措施,制定专门为维护竞争和必要的行业管制以维护社会公正为己任的经济立法”^②,这直接导致了以反垄断法和反不正当竞争法为主体,其他行业管制法律为辅助的市场规制法的滥觞。时至今日,随着全球经济一体化的加强,许多社会主义国家日益卷入市场经济的大潮之中,任何局部的经济封闭都成为不理智的行为。我国提出建立包括民族地区在内的全国统一的社会主义市场经济印证了经济全球化和一体化趋势的不可避免和不可抗拒。

民族地区市场经济管理法律制度一方面属于全国统一的市场经济管理法律制度的一部分,但另一方面也有其特殊性和相对独立性。它的理论基础体现在两个层面。第一,从民族地区市场经济局部作为全国市场经济整体的一部分而言,民族地区市场经济管理法律制度的理论基础是市场失灵和政府干预失败理论。市场失灵的结果是直接导致了国家对市场经济的干预。然而,国家的

^① 汤在新、吴超林:《宏观调控:理论基础与政策分析》,广东经济出版社,2001年版,第72页。

^② 杨紫烜主编:《经济法》,北京大学出版社,高等教育出版社,1999年版,第163页。

干预只能在一定程度上深入到民族地区市场经济的微观层面，起到提高交易效率的作用。但现代市场经济理论和实践表明，国家干预在市场经济管理层面不是没有缺陷，而是存在着一定的局限性，如果国家干预失败或滥用干预权力，则可能会妨碍并不成熟的民族地区市场经济的交易秩序，这就是我们必须面对的另一个理论问题：国家干预失败的问题。以民族地区的自然资源的管理为例，民族地区有十分丰富的自然资源，由于自然资源具有稀缺性和规模经济性的作用，在竞争性的市场中，一方面国家通过设立国有大中型自然资源开发性企业来垄断经营，另一方面，国家也通过政策性优惠引导非民族地区资金和技术强大的企业来民族地区开发开采自然资源，这种双重的垄断性质直接导致了自然资源的经营与市场经济的规模背道而驰，也使民族地区的经济利益没有得到较好的保障。更为严重的是，国家在以层层行政权力为代表的政府的代表下干预民族地区市场经济的活动中，经常会出现官僚主义行为以及行政腐败现象，这些无疑都是国家干预失败的表征，它妨碍了民族地区经济的正常发育和健康成长。因此，针对国家干预的失败，应当建立规范政府行为的法律制度，其中包括约束政府以国家的名义干预经济的权力，将政府的经济管理行为纳入法律轨道，以推进国家干预的民主化和法治化。所以，民族地区的市场经济法律制度一方面建立在对市场失灵的调整基础之上，另一方面建立在对国家干预失败的调整基础之上。第二，市场经济的统一性是民族地区市场管理法律制度的又一理论基础。市场是一个由许多相互依存、相互作用的部分构成的有机联系的统一整体，是一个由各种正式制度和非正式制度规则相互交织构成的制度综合体。随着市场经济对自然经济和落后的计划经济取代程度的加深，市场管理的规则系统也在日益完善。这种统一的属性要求民族地区应当取消一切市场障碍和封闭、封锁行为，成为统一的全国性市场的一部分；它同时要求民族地区的市

场经济首先要遵循全国统一的市场规则,实现市场主体真正意义上的法律地位平等。正是基于这种统一性的要求,法制的统一性才显得更加迫切。从一定意义上讲,市场经济就是法制经济,也就是对包括民族地区经济在内的市场经济的规制应当在法律范围内依法定程序进行。诚如美国当代著名经济学家布坎南所言:“没有合适的法律和制度,市场就不会产生体现任何价值最大化意义上的效率”^①。法律不但为民族地区市场经济的管理提供了切实可行的行为参照,也是促进和保障市场经济健康发展的最有力手段。民族地区市场经济管理法律制度的调整对象是国家基于公共权力与民族地区的市场主体之间发生的市场管理关系。它对于民族地区市场经济的作用不仅表现在它可以维持现有的市场经济秩序,而且可以通过对市场主体的筛选淘汰形成对现代企业制度建立的支持上。如果说宏观调控法是一种柔性机制,则市场管理法就是一种刚性机制,它直接对准调整对象和目标,进行强制性干预,对于违法者直接课以相应的法律责任。

三、民族地区市场经济管理法律制度的内容

在经济法领域里,市场管理法有多种称谓,如“市场秩序法”、“市场秩序规制法”、“市场运行法”、“市场障碍排除法”^②等。这本是一个见仁见智的问题,笔者立足于“市场管理法”来论述。就民族地区市场经济管理法律制度的内容而言,它主要包括市场竞争法律制度、产品质量法律制度和消费者权益保护法律制度等方面。

^① 转引自张德霖:《法与市场经济》,山东人民出版社,1997年版,第138页。参见[美]布坎南:《自由市场与国家》,北京经济学院出版社,1986年版。

^② 西南政法大学李昌麒教授主张用“市场秩序法”和“市场秩序规制法”,中国人民大学潘静成、刘文华教授认为用“市场运行法”,武汉大学漆多俊教授主张用“市场障碍排除法”,北京大学杨紫烜教授主张用“市场管理法”。

（一）市场竞争法律制度

于民族地区而言，市场竞争法律制度由反不正当竞争法律制度和反垄断法律制度构成，它们集中地体现了市场经济管理的出发点和根本目的是维护公平竞争，反对不正当竞争和形形色色的垄断行为。1993年颁布的《中华人民共和国反不正当竞争法》是一部制止不正当竞争，保护公平竞争和保障社会主义市场经济健康发展，保护经营者和消费者的合法权益的重要法律，其适用范围包括民族地区。该法明确规定了不正当竞争行为的种类，可以概括为混淆行为、行贿行为、虚假广告、侵犯商业秘密、低价销售、搭售行为、不合理有奖销售、毁誉行为、串标行为等。民族地区也根据本地区的实际制定了相应的地方性法规。1994年9月，宁夏回族自治区颁布了《制止以不正当价格行为牟取暴利规定》，1996年8月，广西壮族自治区颁布了《反不正当竞争条例》，同年10月，宁夏回族自治区也制定并颁布了《反不正当竞争条例》。这些地方性法规为民族地区的市场经济的初步建立与发展提供了一定的法律保障，其作用是值得肯定的。

在反垄断法律制度方面，从理论上讲，反垄断法所规制的行为主要有：在特定的市场范围一个或极少数几个经营者取得优势地位排除竞争，或者滥用经济优势损害消费者和其他经营者（主要是竞业经营者）利益的独占行为；通过旨在取得垄断地位、减少和消除竞争对手的合并行为或通过控股、有偿转让、租赁等方式扩大市场控制力，导致竞争者减少的兼并行为；少数市场主体为了共同利益，采取协商或联合的方式订立价格协议，联合抵制或阻止竞争对手进入市场协议、划分市场协议、限定产量协议等不合法谋行为；同时兼任几个公司或企业的董事交叉行为；互相持有对方股份以保持步调一致，排除竞争对手的股份保有行为以及只允许经销商销售本企业产品，不允许其销售其他竞争对手产品的独家交易行为。在我国，目前尚没有制定出反垄断的基本法

律。但是相关的法规已有一些。早在 1980 年 10 月，国务院就颁布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，其中规定：在经济活动中，除国家指定由有关部门和单位专门经营的产品外，其余的不得进行垄断、搞独家经营，开展竞争必须打破地区封锁和部门分割，采取行政手段保护落后、抑制先进、妨碍商品流通的做法是不合法的，应当予以废止。当时我国处于改革开放之初，民族地区基本上处于封闭的单一的农牧业经济结构主导时期，竞争所需要的统一市场并不存在，反垄断的现实性便无从谈起^①。1982 年 4 月 10 日，国务院颁发了《关于在工业品购销中禁止封锁的通知》。但是，我国民族地区市场经济中的垄断现象具有特殊性，即地区封锁。这在民族地区主要表现为民族地方政府及其所属部门滥用行政权力，限制外省市商品进入本地市场，或者限制本地商品或资源流向外省市市场。其表现形式有：由民族地区的政府或政府授权的部门发布决定、命令，禁止或限制外省市商品进入民族地区市场或本地商品和资源流向外省市市场；采用不正当压价手段或抬价手段变相为正常的商品和资源流动设置障碍；附加不合理、不平等的竞争条件，试图提高本民族地区商品的竞争能力；限制本地资金对外投资或设立关卡和不正当检查检验环节限制外省市商品进入民族地区。为此国务院先于 1990 年 5 月 31 日发布了《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》，之后国务院于 2001 年 4 月 21 日又颁布实施了《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》，其中第一条明确规定：“为了建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系，禁止在市场经济活动中的地区封锁行为，破除地方保护，维护社会主义市场经济秩序。”根据该法第四条的规定，

^① 参见杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社，1999 年版，第 180～181 页。

对于民族地区和非民族地区之间，民族地区之间以及非民族地区之间，均不得实施下列地区封锁行为：① 以任何方式限定、变相限定单位或者个人只能经营、购买、使用本地生产的产品或者只能接受本地企业、指定企业、其他经济组织或者个人提供的服务；② 在道路、车站、港口、航空港或者本行政区域边界设置关卡，阻碍外地产品进入或者本地产品运出；③ 对外地产品或者服务设定歧视性收费项目、规定歧视性价格，或者实行歧视性收费标准；④ 对外地产品或者服务采取与本地同类产品或者服务不同的技术要求、检验标准，或者对外地产品或者服务采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地产品或者服务进入本地市场；⑤ 采取专门针对外地产品或者服务的专营、专卖、审批、许可等手段，实行歧视性待遇，限制外地产品或者服务进入本地市场；⑥ 通过设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式限制或者排斥外地企业、其他经济组织或者个人参加本地的招投标活动；⑦ 以采取同本地企业、其他经济组织或者个人不平等的待遇方式，限制或者排斥外地企业、其他经济组织或者个人在本地投资或者设立分支机构，或者对外地企业、其他经济组织或者个人在本地投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇，侵害其合法权益。

值得注意的是，对于民族地区而言，由于其经济实力本身较弱，所以进行垄断的能力也较弱。事实上，到目前为止，民族地区经常被其他省区作为商品倾销的市场和原材料、自然资源、能源的供应基地。民族地区的产业结构需要调整，企业规模需要扩大，中小企业需要扶持，自然资源的开发急需步入市场化和法制化轨道，这才是发展民族地区经济的当务之急。民族地区的地方立法也有个别涉及反垄断法内容的，例如价格问题，但总体而言是微不足道的。在统一的全国性《反垄断法》立法日益迫切的今天，对民族地区而言，暂时似乎是一件无关痛痒的事。

(二) 产品质量法律制度

产品质量法律制度是市场管理法的重要内容，它对于保护消费者的人身、财产安全有着极其重要的作用。国家依法对产品质量进行监督和管理，以保护用户和消费者的合法权益，平衡商品生产者、销售者与用户、消费者之间的关系，促进社会经济高质量发展。

民族地区产品质量关系首先适用《中华人民共和国产品质量法》，该法于1993年2月22日颁布实施，于2000年7月8日修改，其中明确规定了产品质量的监督，生产者、销售者的产品质量责任和义务以及损害赔偿等法律问题，是一部在全国范围内普遍适用的关于产品质量的基本法律。当然，建设工程不适用该法规定，军工产品质量监督管理办法不在此列。除《产品质量法》以外，民族地区产品质量关系也适用《民法通则》、《合同法》、《计量法》、《标准化法》、《消费者权益保护法》以及《刑法》的一些具体规定和规范。《民法通则》第一百二十二条规定：“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担责任。运输者、仓储者对此负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。”根据《合同法》有关规定，合同生效后，当事人就产品质量没有约定或约定不明的，可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定。质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准和行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同，因此而造成的产品风险由出卖人承担。因标的物主物的质量问题而解除合同，效力当然及于从物。当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物质量不符合约定的情形通知出卖人，否则，视为产品

质量合格。《计量法》和《标准化法》从各自的角度保障了产品的质量，国家设立各级质量技术监督机构，统一管理以上三项工作。《消费者权益保护法》与《产品质量法》是相互配合适用的，如《消费者权益保护法》第十六条规定：“经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。”另外，国家还制定了《药品管理法》、《食品卫生法》等产品质量特别法，以调整各种产品质量关系。在我国的《刑法》中，涉及产品质量问题的罪名有9种，它们分别是：生产、销售伪劣产品罪，生产、销售假药罪，生产、销售劣药罪，生产、销售不符合卫生标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合标准的医用器材罪，生产、销售不符合安全标准的产品罪，生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪，生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。^①通过刑法的规制，大大加强了对产品质量违法犯罪行为的打击力度，维护了正常的市场秩序。

民族地区也以地方法规或规章的形式进行了产品质量立法，实现地方国家权力对民族地区市场经济的有效管理。据不完全统计，已有以下一些民族地区有产品质量立法。新疆维吾尔自治区颁布的有：《产品质量监督条例》、《关于加强旅游购物管理禁止假冒伪劣商品出境的通知》、《棉花质量监督处罚暂行规定》、《个体食品经营者和城乡集市贸易食品卫生管理办法》、《盐业管理条例》等。从数量来看，新疆的产品质量立法在民族地区中处于前列。广西壮族自治区的产品质量立法堪称典范，一是立法数量多，二是立法覆盖面广，三是法规与规章相结合，基本形成了本民族地区的产品质量法律制度体系。按照时间顺序，其立法状况为：1992年，《农药产品准产证管理暂行办法》；1994年，《企业

^① 参见《中华人民共和国刑法》第一百四十条至第一百四十八条。

产品标准管理办法》，《关于贯彻国务院整顿边地贸易经营秩序制止假冒伪劣商品出境的通知》；1997年，《药品生产经营管理条例》，《产品质量监督管理条例》，《边境贸易进出口商品检验管理条例》；1998年，《酒类管理条例》，2000年，《饲料和饲料添加剂管理办法》；2001年，《农作物种子管理条例》，《建设工程质量管理条例》。另外，宁夏回族自治区也颁布了《产品质量监督管理条例》，《清真食品管理暂行办法》等，内蒙古自治区也颁布了《查处生产和销售假冒伪劣商品行为的规定》，《食品摊贩和城乡集市贸易食品卫生管理条例》等地方性法规。以内蒙古自治区的《查处生产和销售假冒伪劣商品行为的规定》为例。该法于1996年9月28日经区第八届人大常委会第二十二次会议通过，是在我国的《产品质量法》颁布以后，但《刑法》尚未修订之前颁布的，因此其适用范围是：凡在自治区行政区域内生产、销售假冒伪劣商品的行为，其情节尚未达到全国人大常委会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》（该法在1997年《刑法》修订后，纳入新的《刑法》典中）规定的违法所得数额标准的，均可依照本规定查处。其中规定旗县级以上人民政府工商行政管理部门和技术监督管理部门、卫生行政管理部门在各自职责范围内行使查处权力，管理市场经济。该法还明确规定了直接认定为生产、销售假冒伪劣商品行为的情节：①更改所销售商品的商标、标识、产品说明而被查获的；②商标注册厂家或者商品生产厂家直接指认不属于本厂生产的商品并提供有关证据，销售者不能证明正当来源的；③批发销售假冒伪劣商品的；④同一违法事实受到处罚后重犯的；⑤事先已被管理部门警告不改正的；⑥生产、销售假冒伪劣商品时，在发票、账目等有关凭证上弄虚作假的；⑦查封后擅自拆除封条，转移、销毁物证或者提供虚假证明、虚报情况的。以上违法行为，无疑会给广大民族群众的利益造成危害，因此，该法制定了相关的详细的处罚措施，包括警

告、勒令停止销售、罚款、没收违法所得、吊销营业执照等。

当前，民族地区的产品质量立法仍然存在诸多不足，这主要体现在两个方面：第一是国家统一立法应当进一步明确涉及少数民族风俗习惯和民族地区特殊需要的商品在进入民族地区时的质量问题，这不但包括食品，而且包括其他日常用品和其他商品。第二是民族地区的产品，如农牧产品、畜产品和其他产品在进入统一的全国市场前的质量问题。目前，带有疫病的许多畜产品在市场上盛行，是民族地区市场经济管理法律制度应当重视解决的一个问题。因此，立法不足、不成系统的问题又一次显露出来了。

（三）消费者权益保护法律制度

消费者权益保护是社会经济发展到一定阶段的特有现象，是商品经济和市场经济条件下生产者、经营者和消费者相分离的结果。关于民族地区消费者权益保护法律制度问题，本文在“民族经济法的主体”一节中已经做了论证。在此，笔者从两个方面予以补充论证。

1. 相关立法情况

1993年10月，《中华人民共和国消费者权益保护法》颁行，它是保护包括民族地区广大群众在内的消费者权益的基本法律，其宗旨在于保护消费者合法权益，维护社会经济秩序，以促进社会主义市场经济的健康发展。宁夏回族自治区和新疆维吾尔自治区都制定了《保护消费者合法权益条例》。新疆维吾尔自治区在1996年5月还颁布了《贯彻〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》，在保护消费者权益方面，走到了全国的前列。广西壮族自治区早在1989年5月31日就颁布实施了《保护消费者合法权益条例》，内蒙古自治区于1996年6月1日颁布了《实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》。从民族自治地方立法的总体来看，广西与新疆的立法早于国家统一的立法，说明这

两个民族地区在立法预测、立法规划和立法技术方面都比较超前。而内蒙古自治区和宁夏回族自治区的立法也有其特色,即比较实际、具有很强的民族特色和可操作性。本文以下将以其为例说明民族地区消费者权益保护立法的内容。

2. 民族地区消费者权益保护法律制度的内容构成

从消费者的权利方面看,主要包括保障安全权、知悉真情权、自主选择权、公平交易权、依法获得赔偿权、依法结社权、接受获得相关知识的教育权、获得尊重权、监督批评权。这些普遍的权利是《消费者权益保护法》赋予的。^①与消费者的权利相对应,经营者的义务主要有:依照法律规定或约定履行义务,听取消费者意见并接受监督、保障人身和财产安全、不作虚假宣传、出具消费凭证和单据、公平交易、不侵犯消费者人身权利、提供约定或法定的商品或服务。宁夏回族自治区《保护消费者合法权益条例》第八条明确规定:“不得生产和销售违禁商品;不得销售应当检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的商品;不得以格式合同、通知声明、店堂告示等方式,做出对消费者不公平、不合理的规定,或者推卸其损害消费者合法权益应当承担的民事责任;不得以虚假的‘有奖销售’等宣传形式欺骗消费者;尊重少数民族的消费习惯。”

在赔偿制度方面,民族地区的消费者权益保护法律制度作了明确而完整的制度设计,以《内蒙古自治区实施〈消费者权益保护法〉办法》为例,该法第十八条规定:经营者提供商品或者服务有下列行为之一的,除按照有关法律、法规承担责任外,消费者要求增加赔偿损失的,必须予以赔偿。增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。这些行为包括:

^① 参见《中华人民共和国消费者权益保护法》第七条至第十五条的规定和《宁夏回族自治区保护消费者合法权益条例》第五条规定。

雇佣他人进行欺骗性的销售诱导的；作虚假的现场演示和说明的；发布虚假广告，欺骗和误导消费者，使其合法权益受到损害的；在商品中掺杂、掺假，以假充真，以旧充新，以次充好，或者销售明知是失效、变质、受污染的商品的；销售国家明令淘汰并禁止销售的商品的；采取短斤少两等手段，变相提高商品的价格的；以虚假的“清仓价”、“甩卖价”、“最低价”、“优惠价”等骗取消费者购买的；对修理的商品故意损坏或者更换不需要更换的零部件的；以虚假的商品说明、商品标准、实物样品等方式销售商品或者提供服务的；销售“处理品”、“残次品”、“等外品”等商品而未予标明的；擅自更改食品、营养品、化妆品和其他有时限商品生产期和保质期的；骗取消费者预付款的和利用邮购销售骗取价款而不提供或者不按约定条件提供商品的，以及以虚假的“有奖销售”、“还本销售”等方式销售商品的。为了及时有效地惩处侵害民族地区消费者权益的违法犯罪行为，司法机关应当从程序法上提供方便民族群众提起诉讼的法律资源配置，包括从语言、文字方面提供具有法律保障的帮助和诉讼时的法律援助制度，切实保护广大民族群众作为消费者的合法权益。

除了竞争、产品质量和消费者权益保护三项法律制度以外，我国民族地区的市场经济管理还涉及证券市场、期货市场和城市房地产市场管理等特别交易的法律规制问题，由于这些问题的全局性较强，基本上处在统一的市场经济管理法的规制之下，民族地区很少有相匹配的权利行使管理权，所以，本文不再赘述。另外应当特别指出的是，随着我国市场经济观念日渐深入人心，民族地区市场经济日益发育，国家加强了通过统一的立法来管理市场经济的力度，例如 2001 年 5 月 8 日颁行的《国务院关于整顿和规范市场经济秩序的决定》，明确指出建立良好的市场经济秩序既是重大的经济问题，也是严肃的政治问题，既是巩固我国现代化建设成果的重大举措，也是全面推进社会文明进步的内在要

求。其中还强调了当前工作的重点包括打破地方封锁和行业垄断，彻底清除各地区、各部门制定的带有地方封锁和行业垄断内容的规章。毫无疑问，这将加快民族地区融入全国统一的市场经济体系的步伐，对发展民族地区经济、保障民族经济利益起到了巨大推动作用。

第五章 民族经济法的实践环节

民族经济法在社会生活中并不是总能够被遵守，这就是它的实现问题。如果“法律规范的要求转化成了人们的行为，权利被享受了，义务被履行了，禁令被遵守了”^①，我们才可以说法实现了。法的实现既是一个静态的结果，也是一个动态的过程，这个动态的过程就是它的实践环节。民族经济法的实践环节主要包括民族经济法执行、民族经济法适用和民族经济法遵守三方面。

第一节 民族经济法的执行

民族经济法的经济法属性决定了民族经济法执行在民族经济法实践中的重要地位。在经济法与行政法千丝万缕的联系中，人们甚至将经济法划分为行政的经济法和民事的经济法。对于民族经济法而言，也是如此。对民族经济法执行之探讨，笔者着眼于以下几个具体的理论与实践问题。

^① 孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版，第321页。

一、民族经济法执行的内涵

在目前的法学理论中，法的执行也称为执法或行政执法。我国的法治尚处于发育阶段，依法治国方略的提出正是基于我国历史上和现当代法治观念的淡漠，法治状况的混沌这样一个基本事实。迄今为止，行政的主导地位使得立法和司法相形见绌。因此，在民族经济法这个特殊的法域建立执法的一般理论有着重要意义。

民族经济法执行是指中央国家行政机关和地方（主要是民族地区）国家行政机关在对少数民族经济和民族地区经济行使管理权过程中，组织、贯彻和实施民族经济法的活动。从民族经济法执行的主体来看，包括中央国家行政机关，各级民族自治地方国家行政机关，区域内辖有民族自治州、县、旗、乡的相应的地方国家行政机关，以及法律、法规授权的组织。根据《宪法》第八十七条的规定，国务院有管理全国的经济工作和城乡建设，领导和管理民族事务，保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利。根据《宪法》第九十一条的规定，国务院设立审计机关，对包括国家民委在内的国务院各部门和包括民族自治地方在内的地方各级政府的财政收支进行审计监督管理。根据《宪法》第一百零七条规定，县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、城乡建设事业和财政、民族事务。此外，《民族区域自治法》、《反不正当竞争法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《草原法》、《土地管理法》等统一的立法中都规定了民族经济法执行的主体。例如国家和民族自治地方以及其他管辖有民族自治地方的省、市的质量技术监督部门是产品质量和技术方面民族经济法执行的主体。而依据《消费者权益保护法》和民族自治地方相关立法的规定，消费者协会作为一个法律、法规授权的组织，依法享有一定的民族经济法执行权

力，从而成为其合法的执行主体。从民族经济法执行的对象来看，包括民族经济法不同效力的各个层次。即宪法性民族经济规范、民族经济法律、民族经济法规（包括行政法规中規制民族经济关系的法规和地方法规中規制民族经济关系的法规以及民族自治地方的自治条例中的民族经济法规以及民族经济单行条例）和民族自治地方的经济规章制度和国务院各部委的民族经济规章制度。从民族经济法执行的相对人的范围来看，它不但包括民族地区的不同所有制性质的企业，还包括依照《公司法》设立的合乎现代企业制度要求的各类公司，也包括民族地区的个体工商户、农村经营承包户以及作为民族共同体组成部分的民族成员个体。民族经济法执行直接涉及这些主体的经济权利和经济义务，它通过这些主体自觉遵守和有关机关的执法来调整民族经济关系各方面的权利与义务。从民族经济法执行的性质来看，它是国家行政权力运行的一种方式，是由执行主体单方面行为所决定的一种具有明显的国家强制性的活动，相对人在执行活动中基本处于服从地位，从这个意义上讲，对执法的监督和限制是十分必要的。

在民族经济执法过程中，首先，执法主体既要坚持民主管理，又要坚持集中决策，确认和保护执法对象依法享有的权利和自由，做到法律面前人人平等，经常保持同广大民族群众的联系，倾听他们的意见和建议，接受他们的监督。其次，应当充分贯彻依法行使经济管理权原则。依法行政是现代法制的重要标志，也是一项公认的行政管理原则。它要求民族经济执法主体的设立和职权范围必须有合法的依据，特定的部门和组织只能行使特定的经济管理权力，不可超越法定的范围；它也要求执法的内容应当合法，也就是说执法的内容必须是确定的、可能的、有法律依据的，既不能背离民族经济法的原则和社会主义法制的要求，也不能违背民族经济法和其他法律的实体性规定；执法的程

序必须合法，程序合法从一定意义上讲是对实体合法的一种保障。目前我国民族经济法的实体性规范较多，而程序性立法严重不足，这是摆在我们面前的一个重大课题。如果说我国的法制观念比较淡漠的话，那么，民族地区和少数民族的法制观念更加淡漠，少数民族、民族地区与其他地区的差距是全方位的，包括法制方面的差距。因此，特别强调民族自治地方依法行使民族经济管理权具有重要意义。再次，执法主体要正确行使自由裁量权。民族经济法不能对任何事项都作出周详的规定，这就为执法主体行使自由裁量权留下了较大的空间。如何正确地行使自由裁量权呢？笔者认为，一方面，行使自由裁量权必须合乎民族经济立法的目的。民族经济法虽然从宏观上讲与国家的根本利益是一致的，但它也特别强调民族经济利益。这就要求民族经济执法中尽可能地照顾到相对人的便利，尊重他们的权利和利益，以最小的剥夺权利或设定最少义务的方式达到民族经济法执行的目的。另一方面，坚决制止各种形式的权力滥用行为。民族经济法执行的权力滥用虽表现形式多种多样，但判断的标准只有两个：一是违反公共利益和民族经济利益，追求私人利益或小集团利益的行为属于权力滥用；二是虽符合公共利益和民族经济利益原则，但不符合授予这些职权的特殊目的，也属于权力滥用。例如，在民族地区，执行主体经常将国家拨付的专款资金用于地方行政支出，就是典型的权力滥用。由于民族地区的财政吃紧，所以入不敷出的现象的普遍存在，拆东墙补西墙是一贯的做法，民族法制，任重道远矣！

二、民族经济法执行的形式

民族经济法执行的形式也就是执法主体组织、贯彻和实施民族经济法的形式，也是执法主体行使管理权的形式，具体而言，它有如下形式：

其一是许可行为。许可行为是指具有许可职权的行政机关或法律授权的组织根据民族经济法执法中相对人的申请，以颁发书面许可证或营业执照的形式，依法赋予相对人从事民族经济活动的权利或资格的行为。许可行为是一种由执法主体依法实施的行为，它必须以相对人的申请为前提，对于符合法律规定的申请条件但未提出申请的相对人，执法主体不得主动许可。许可的事项必须由法律明确规定，而且许可必须采取要式。比如在民族地区设立企业，需要由工商行政管理部门颁发营业执照，如果是三资企业，还须经自治区、州、旗（县）人民政府批准。如果在民族地区采伐森林，须经林业部门核发采伐许可证。另外，像矿山资源开采、捕猎、土地使用权、清真食品生产等，都有相关的许可制度。

其二是征收行为。征收行为是指民族经济执法主体根据民族经济法的规定，通过强制的方式无偿取得相对人一定数量的金钱或实物的行为。该行为只能由负有征收职能的执法主体来实施，相对人只能是民族地区负有相关特定义务的企业、公司、个体工商户、农牧业承包经营户、个体合伙组织和民族成员个人，征收的目的是为了国家利益、社会公共利益或民族利益，而且，征收行为受到法律的严格限制，执法主体只能依法进行，不得随意行使自由裁量权。以税收征收为例，民族地区的国家税务机关和地方税务机关只能依照法定的职权和范围按法定的征收对象、税目、税率进行征收，不可随意改变。目前，民族经济法执行中的征收行为主要有税收，管理费征收，建设资金费的征收，城市土地、矿藏、水、山岭、滩涂、草原等属于国家所有的自然资源使用费的征收，以及相对人向民族地区给予的补偿费用。《民族区域自治法》第六十五条明确规定：“国家采取措施，对输出自然资源的民族自治地方给予一定的利益补偿”，正是这种要求的法律体现。

其三是给付行为。它是指民族经济执法主体依法对特定的相对人提供物质利益方面的帮助或与物质利益有关的权益的行为。给付行为的前提是民族地区的有关公民或组织提出获得物质帮助的申请，执法主体依照法定的对象、条件、标准、项目和数额作出具体的给付。给付行为存在的民族法理论依据在于少数民族和民族地区依法享有“获得国家帮助权”，它是我国法律明确规定的一项民族经济权利，在我国法律中，一般以规定国家责任（给付职能）的形式赋予少数民族和民族地区享有获得国家帮助的权利。^①《宪法》第四条规定：“国家根据各少数民族的特点和需要，帮助少数民族地区加速经济和文化的发展。”《民族区域自治法》第五十五条规定：“上级国家机关应当帮助、指导民族自治地方经济发展战略的研究、制定和实施，从财政、金融、物资、技术和人才等方面帮助各民族自治地方加速发展经济、教育、科学技术、文化、卫生、体育等事业。国家制定优惠政策，引导和鼓励国内外资金投向民族自治地方。上级国家机关在制定国民经济和社会发展规划的时候，应当照顾民族自治地方的特点和需要。”尽管这是一种宏观上的法律规定，但涵盖了民族经济执法主体从微观层面对少数民族和民族地区相对人实施的给付行为。从民族经济法的理论视野出发，给付行为当然属于民族经济法中的社会保障制度的范畴，本文并未涉及研究。大体而言，给付行为的方式主要有对民族地区的扶贫与救济拨款、遇到自然灾害时的救灾拨款、对民族成员的最低生活保障以及民族地区的社会保险和福利制度。

其四是强制行为。它是指民族经济执法主体依法直接或申请人民法院对不履行义务的民族经济管理相对人的人身或财产采取

^① 吴宗金教授系统阐述了“获得国家帮助权”的内容。参见吴宗金主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997年版，第185～186页的论述。

强制性措施，以便促使其履行相应义务行为。其中相对人应当履行的义务可以是法律法规规定的义务，也可以是相对人不履行民族经济执法主体处理决定、经济裁决、复议、调解、裁判等规定的义务。根据我国民族经济法执行的实践，常见的强制行为主要有强制许可、强制履行、强制检验、强制拆除、强制检疫、强制退还、强制扣缴扣留、强制变卖、强制征收、强制销毁、强制划拨等。

三、民族经济法执行中的处罚行为

民族经济执法中的处罚行为，是指民族经济执法主体为了国家利益、社会公共利益和民族经济利益，保护民族地区公民、法人和其他组织的合法权益，对违反民族经济法的民族经济管理相对人给予一定处罚的行为制度。由于民族经济法的执行从一定意义上讲属于行政执法的一部分，所以它应当受到《行政处罚法》等法律的规制。处罚行为直接关系到民族经济法中部分主体的生产经营、财产权益甚至人身自由，因此，设定行政处罚，必须严格依法进行。根据《行政处罚法》第十一条的规定，民族自治地方法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，民族自治地方法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。也就是说，民族自治地方立法既可以设立一定的处罚，也可以将法律和行政法规规定的处罚具体化，使其更具可操作性。根据《行政处罚法》第十三条的规定，各级政府的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为种类和幅度的范围内作出具体化规定，尚未制定法律、法规的，可以设定警告或者一定数额的罚款的行政处罚。处罚的种类根据《行政处罚法》的规定，有以下几种：警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊

销许可证和执照、行政拘留以及法律、法规规定的其他处罚措施。

我国的《行政处罚法》规定了行政处罚的原则，它也是民族经济法中实施处罚时应当遵守的原则，这些原则主要包括：处罚法定原则，即处罚的设定权、处罚主体及其职权、受处罚的行为以及处罚种类、内容、程序均由法律明文规定；处罚公正、公开原则，即处罚不得有偏私，设定和实施处罚应当以事实为根据，与违法的事实、性质、情节以及社会危害程度相适应；处罚与教育相结合原则；保障相对人权利原则和一事不再罚原则。笔者认为，在民族经济执法中，相对的特殊性决定了处罚过程中应当特别注意两个问题：一是培养执法机关和执法人员的良好政治法律素质和思想水平，以免在处罚时因个人素质问题引起执法偏差，导致民族群众的对立情绪发生；二是贯彻严肃执法与民族经济利益原则相结合。处罚行为本身容易引起误解和对立情绪的滋生，因此，在此过程中，执法主体首先要维护法律的尊严，但同时要十分重视以最小的民族经济利益损害为代价，从民族地区和少数民族经济社会生活条件落后的实际出发，行使必要的法定的自由裁量权，使得处罚行为有法可依，合法合理，令人信服，而且充满人文关怀和民族关怀。

四、民族经济法执行的经济因素分析

民族经济法执行是我国立法、行政和司法分工协作、相互制衡的表现，它本身从属于行政执法的范畴。在我国的民族经济执法中，普遍存在着地方保护主义、执法犯法、执法不严、贪污腐败、权力寻租等现象，而且有时表现得十分严重，前不久广西壮族自治区清理出一大批贪官就是典型的例证。要解决这些问题，首先需要揭示出这些现象背后的深层根源，经济分析无疑提供了一种分析问题的方法。

根据法经济学的基本观点：执法主体具有明显的“经济人”特点，在民族经济执法中扮演着追求自身利益最大化实践者的角色。我们知道，民族经济执法主体主要是各级人民政府机关构成的一个庞大的、组织严密的行政机构系统。从表面看，可以将其划分为行业行政管理系统和地方行政管理系统，实质上，从基层某个具体的部门而言，它具有双重归属的性质。比如，族自治州的工商行政管理局，一方而由州地方人民政府领导，同时归自治区工商行政管理局领导。这样一个庞大的行政网络中，各个机关都是这个“网上”的一个“结”，而且，每一个“结”都有自己特殊的经济利益追求。表现在民族经济执法实践中，几乎所有的行政部门都在争取管理权力、追求权力最大化。有了执法权力，就可以行使管理权，使民族经济管理关系相对人被处在管理权力的控制之下。每一个市场主体不但在市场进入时需要工商管理登记，税务登记，海关备案，银行开户并会计、审计验资，环保批准等一系列市场准人程序，在进行市场经济活动过程中也随时受到来自工商、税务、交通、金融、审计、环保、卫生、技术监督等执法主体的随时“光顾”，各种乱收费、乱摊派已经使得许多管理相对人苦不堪言。毫无疑问，这些都是执法主体为追求自身利益最大化和权力最大化而滥用自由裁量权的结果。虽然自由裁量的经济执法行为可以根据民族地区和少数民族经济的具体情况作出具有灵活性的行政决定和行为，但在执法的过程中，无法克服执法主体追求本部门利益的倾向，加上执法者个人价值判断、情感因素、主观能动性以及个人偏好方面的无形因素存在，执法中的自由裁量权滥用就更容易发生。解决这个问题的办法就是从制度上截断部门利益与相对人利益之间的有形联系，不能把执法的业绩用税收和收费的数额来量化计算，而应当视执法为一项法律事业而非经济事业。另外，无论是税收还是收费、处罚等产生的执法业绩都不得归执法部门所有，当然也不能以此作为衡

量执法业绩的标准。国家应当通过预算法来确定民族经济执法主体的行政预算数额，通过统一的渠道和程序拨付款项款额。最后，对于没收的财产应当由专门行政机关予以拍卖，不得由执法机关处分之。

执法主体的“经济人”特点还表现在民族地方保护主义方面。地方保护主义是行政区划割裂和计划经济弊端的反映，这种遗留至今仍十分严重。一些民族地方通过制定与法律、行政法规相抵触的地方性法规、规章以及其他规范性文件来保护地方利益。有了这样一些规范性的依据，民族地方的一些执法主体便可堂而皇之地“维护本地方的经济利益”，在执法过程中，如果其他地方的市场经济主体实施了损害本民族地区经济利益的行为，就采取极其严厉的颇失公平的处罚措施，如果是本民族地区的市场经济主体对其他地区的市场经济主体实施了侵害行为，执法者便从轻处理，不了了之。事实上，这也是一个全国性的普遍问题。为此，国家颁布了《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》，明确指出与国家立法相违背的地方立法和规范性文件一律无效。当前，全国整顿规范市场经济秩序的重点是：以食品、药品、农资、棉花、拼装汽车等为重点，打击制售假冒伪劣商品违法犯罪行为；以查处规避招标、假招标和转包为重点，整顿和规范建筑市场；以查处骗税、偷税、非法减免税、逃避金融债务为重点，强化税收征管和金融信用秩序；以查处地区封锁和部门行业垄断为重点，打击地方保护主义。^①对民族地区而言，执法中必然要以此为重点，加强民族经济执法，对涉及以上相关内容的行为要坚决予以打击，摒弃地方保护主义的陈旧观念，搞好民族经济执法工作。

^① 参见中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编：《行政执法与行政审判参考》，法律出版社，2001年第1辑，第10页。

第二节 民族经济法的适用

民族经济法适用是法律适用的一种特殊形态，也是民族经济法实践的一个重要环节。

一、民族经济法适用的内涵和特点

法律是一项心灵的事业。法律所包含的公平正义是每一个有良知的人所珍视的基本价值，面对它，人的心灵得到了净化、权利能够被享受，义务能够被履行。然而，法律也是一项实践的事业，因为总有权利义务关系被破坏的情形出现，从而追究责任成为不可避免。因此，追究法律责任的国家专门机关得以设立，它所进行的活动，就属于法的适用。

关于法的适用，学界有两种不同的看法，有人认为法的适用“是国家专门机关和国家授权的社会组织，运用国家权力调整和保护具体的社会关系的活动”^①，有人认为法的适用“是指司法机关依照法定职权和程序，运用法律处理案件的专门活动”^②。两种观点的根本分歧在于前者认为法的适用包括了法的执行，而后者认为法的适用就是司法。笔者赞同后一种观点，原因有二：第一，从现有的法律规范体系来看，“法的适用”范畴是专门为审判机关设立。以《民法通则》第一百三十四条为例，规定了承担民事责任的十种方式，明确指出“以上承担民事责任的方式，

① 孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版，第325页。

② 卢云主编：《法学基础理论》，中国政法大学出版社，1994年版，第365页。另可参见刘金国主编：《法理学》，中国政法大学出版社，1992年版，第286-287页的论述。

可以单独适用，也可以合并适用”。又如《刑法》第四十九条规定：“犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑”，也是人民法院在审理案件进行裁判时“适用法律”的行为。第二，如果将行政执法也纳入法的适用的范围，无疑降低了法的适用的严肃性。我们知道，行政执法中执法主体享有很大的自由裁量权，加之我国行政执法长期以来弊端诸多、积重难返，因此，理论界应当筑起一道防止行政权力侵入司法领域、破坏司法独立性的围墙，为我国的法制建设尽一份心力。

有鉴于此，笔者认为，民族经济法适用是指司法机关及其工作人员，按照法定的职权和程序，运用民族经济法律审理案件，独立行使司法权的专门活动。这就是说，民族经济法适用是国家司法机关的职权，其他国家机关包括行政机关不得运用此项权力。我国的司法制度设计中，根据《中华人民共和国人民法院组织法》第二条规定，审判权由下列法院行使，即地方各级人民法院、军事法院等专门人民法院和最高人民法院。地方各级人民法院又可以分为：基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院，这样，对民族地区而言，行使国家审判权的机关就是最高人民法院，军事法院等专门人民法院和本民族地区的各级人民法院。由于我国实行的是两审制度，一般情况下，大多数民族经济法案件基本上在民族地区的三级法院内就可以结案。因此，民族地区的各级人民法院是本地区行使国家审判权的主要主体，它集中体现了国家的司法功能。国家司法权的特殊性决定了司法机关分级进行审判和审判监督，独立行使职权，下级法院不受上级法院指挥，不经过上诉程序和审判监督程序，上级法院无权干预下级法院正常的审判活动，以保持司法的独立性。

民族经济法适用的特征表现在四个方面。首先，民族经济法的适用是通过保护性法律关系实现它的活动。“实施是法律的生

命力所在”^①，当民族经济法在执行或正常遵守的环节出现障碍时，人民法院则以最后的保障力量的角色来进行裁判。民族经济法适用应当包括两种情况：一是当民族经济法的适格主体——公民、法人或其他组织之间因行使权力或职权发生争议时，司法机关依法作出裁判，以确认变更、解除或确立新的民族经济法律关系。二是当民族经济法的适格主体——公民、法人或其他组织违反了法律的强制性规范时，司法机关依法作出裁决，使其承担相应的法律责任。司法机关通过诉讼法律关系，对案件当事人之间的民事、经济、行政和刑事法律关系施加影响，使之恢复到原来的状态或使责任者得到惩罚，而因此所建立起来的这些法律关系，都属于保护性法律关系。

其次，民族经济法适用具有强制的经济性内容。民族经济法适用是司法机关对民族经济关系进行必要的合法干预和参与来实施的。这种民族经济关系无论是平等的市场主体之间的协作关系、交易关系，还是基于以不平等为表征的民族经济宏观调控关系或市场经济管理关系所产生的纷争，都始终牵扯到民族经济利益这一根本内容。而一旦由司法机关作出裁决，该裁决具有国家强制效力，不但民族经济法律关系的双方当事人要受其约束，就连作出裁决的审判机关非经法定程序不得随意变更之。这种既定的约束力体现了国家法律的尊严。根据相应的判决或裁定，负有义务的民族经济法律关系的当事人如不自觉履行义务，司法机关可以按照执行程序强制执行。

再次，民族经济法适用是按法定程序进行的专门活动。这也是我国司法程序性原则的表现。没有程序法的保障实体法就难以实现。民族经济法适用根据法律关系内容的性质可能会适用不同的程序法，如果是平等主体之间在市场经济关系中发生权利义务

^① [美] 庞德著：《法理学》第1卷，1959年英文版，第353页。

争议，则适用民事诉讼法；如果民族经济市场主体对民族经济的管理者国家机关的经济管理行为提起诉讼，则适用行政诉讼法；如果民族经济法的主体的行为触犯刑法，构成犯罪，则适用刑事诉讼法进行裁决。而且，在每一种具体的诉讼过程中，法律都规定了严格的程序，例如在民事诉讼过程中需要经过起诉、受理、开庭审理、法庭调解、法庭辩论、宣布裁判、裁决执行等程序。从理论上讲，民族经济法适用的过程可以分为两个阶段，一是实质意义上的适用民族经济法的行为，即用逻辑规则的“三段论”模式，从民族经济法中抽象出适用于本案的法律规范，作出新的具有法律效力的规范性法律文件——裁决书、裁定书等。二是对相应的裁决书或裁定书的具有法律效力的规定进行执行，它使整个民族经济法适用过程直接产生法律效果，所以也是民族经济法适用的重要组成部分。

最后，民族经济法适用具有一定的民族性。一方面，司法机关在适用民族经济法律规范审判案件时，在使用的语言和文字上，要受到民族性因素制约。《宪法》第四条规定：“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由”，《宪法》第一百三十四条规定：“各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院和人民检察院对于不通晓当地通用文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，应当用当地通用的语言进行审理；起诉书、判决书、布告和其他文书应当根据实际需要使用当地通用的一种或者几种文字。”《刑事诉讼法》第九条规定：“各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。”《民事诉讼法》也有类似规定，该法第十一条规定：“各民族公民都有用本民族语言、

文字进行民事诉讼的权利。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，人民法院应当用当地民族通用的语言、文字进行审理和发布法律文书。人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。”《行政诉讼法》第八条与《民事诉讼法》第十一条规定的内容只有“民事”与“行政”二字的差异，其他内容完全一致，也是规定了行政诉讼过程中少数民族使用本民族语言和文字参加诉讼的权利。另一方面，司法机关在适用民族经济法过程中，要充分考虑到当事人的宗教信仰状况和民族风俗习惯，细微体察少数民族的民族感情、民族意识和民族自尊心。尤其在涉及经济利益矛盾，如草场草地权益、边界争议等实际问题时，更要谨慎从实际出发，依法办案。在同一民族自治区域内，不同民族成分的利益主体发生经济纠纷时，尽管法律没有明确规定，但应当尽量让与争议双方之一属于同一民族的审判人员回避此案。这方面产生的实际问题是很多的，应当重视解决。总之，民族经济法适用过程的民族性特点不容忽视。

二、司法独立与民族经济权利的保护

司法独立是一项世界各国法律适用的普遍原则，它的基本含义是：国家的司法权，只能由国家的司法机关统一行使，其他任何组织和个人，都无权行使此权力；司法机关行使司法权，服从法律，不受其他任何机关（尤其是行政机关）、社会团体和个人的干涉；司法机关行使职权时，必须严格依照法律规定办事，准确适用法律，严格依法办事。^①近五十年来，人权保护在国际上

^① 司法独立的含义在学界基本达成以上共识，只是在党的领导与司法独立的关系上，尚存一些不同说法。笔者认为，目前的争论不应当是要不要党的领导问题，也不是党能否干涉司法独立权的问题。理论界应当努力探求把党的领导与干涉司法独立权区别开来，既要坚持党的领导，又要杜绝党权对司法独立的直接干涉，把一切都纳入法治化的轨道上来的理论，并形成宪法性规范。

备受重视，而且人们十分重视把人权作为一项公认的国际法准则通过司法独立原则来加以保护。《世界人权宣言》第十条明确规定：人人完全平等地有权由一个独立而不偏倚的法庭进行公正和公开的审讯，以确定的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。由此可见，司法独立原则本身就是一项人权原则。民族经济权利是民族经济利益的法律形式，也是少数民族人权的重要内容。在当前我国少数民族经济和民族地区经济绝对落后的情况下，强调作为民族生存权基本支撑的民族经济权利的人权属性更具有实际意义。中国政府在1991年11月发表的《中国的人权状况》，1995年12月发表的《中国人权事业的进展》的人权白皮书中，都列专章报告中国少数民族权利（其中包括民族经济权利）的保障情况，用大量事实和数据论证了中国政府充分尊重和保障少数民族依法享有的各项权利，重视和支持民族自治地方的政治、经济、文化的发展所取得的成绩。^①1999年9月，国务院新闻办公室又发布了《中国的少数民族政策及其实践》的白皮书，第一次系统阐述了少数民族政治、经济、文化等各个方面的发展状况和国家为此付出的努力。

司法独立是保护民族经济权利的重要手段。尽管直观来看民族经济权利具有民族整体的经济权利的性质，但是，权利的行使和最终归宿都具有个别性，都要落实到具体的主体身上。在民族经济法适用中，司法独立的目的在于保障民族经济关系主体的诉讼权利，这些权利包括辩护权、申请回避权、公开审判权、申请执行权、上诉权等，它们都以法律条款的方式包含在《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》及其相关程序单行法之中。司法独立有利于排除行政权力对民族经济法适用活动的干涉。在我国，行政权力的膨胀使司法权力处于“边缘化”的弱势

^① 参见吴宗金主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997年，第181页。

地位是一个特色，行政权力干涉司法的现象层出不穷。在民族经济司法活动中，这种现象更加普遍，行政机关对司法机关“卡脖子”，行政领导“打招呼”、“批条子”使司法机关无所适从，从而导致“关系案”、“腐败案”、“错案”的不断出现，司法独立形同虚设。加上民族因素的不可避免，民族经济司法面临着极大的困难。强调司法独立的意义在于，司法机关在审理民族经济案件过程中只服从法律，行政权力和行政领导任何形式的干涉行径都是违法的。如何从制度上解决这个实际问题呢？笔者认为，首先要针对行政机关及其领导以及其他任何机构和个人干涉司法独立的现象进行专门立法，形成一个法律规范体系，能对违法者直接依法追求责任。虽然这方面有原则性的法律规定，如《宪法》第一百二十六条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这是一条宪法性的规定，由于我国尚没有建立违宪审查制度，加上本条文并没有相匹配的法律规定与之形成一个逻辑上完整的法律规范，根本不具有可操作性，所以，专门立法是解决问题的一个途径和思路。行政干涉还往往表现为不同的民族地区之间经济利益发生争议或民族地区与非民族地区经济利益发生争议时行政机关往往采取地方保护主义的执法策略，在形成诉争之后，又往往给司法机关施加压力，形成司法中的地方保护主义倾向。这个问题的发生对司法的严肃性、公正性和统一性提出了挑战。譬如在民族地区之间，围绕着资源产生的纠纷是长期的、复杂的，难以通过一般行政手段解决的。甘肃与青海边界地区历史遗留的草场纠纷有几十处，有些达成了协议，却得不到执行，有些根本达不成协议。甘肃省甘南藏族自治州玛曲县齐哈玛与四川省阿坝藏族羌族自治州阿坝县接壤地区的草山边界纠纷也是由来已久。藏族的齐哈玛部落原在黄河以南居住和放牧，行政上属四川管辖，但群众的宗教活动在甘肃拉扑楞寺进行。由于部落头人之间斗争十分激烈，部落之间

也发生械斗，最终齐哈玛部落的大部分群众被赶到黄河以北，寄居在甘南玛曲县卓格民玛和青海省河南蒙旗境内的黄河北延线游牧，过着流离的生活，从而造成甘肃齐哈玛同四川阿坝县关于接壤地区草山边界纠纷问题。另外像甘肃肃南裕固族自治县与青海门源回族自治县的草原纠纷^①也很棘手，从司法解决的路径看，笔者认为，无论是基于行政干涉的地方保护主义还是基于司法机关本身的狭隘民族主义，解决问题的方式可以从两个方面入手：一方面，改革目前的制度缺陷，改变司法机关经费依靠财政拨款的现状，而由国家直接拨付，这样，没了利益上的联系，司法独立才有了经济上的保证。另一方面，应当改革司法机关与地方行政的对应设置制度，对于跨省区的案件，应当设立跨省区的司法机关来公正裁判，惟如此，司法公正从实质到形式方可有所改观。国外有些国家的做法可以提供有益的借鉴。“如泰国法院共设三级，即大理院（最高法院）、上诉法院和地方法院。其中地方法院设在行政二级政权的府一级（相当于我国的省），而上诉法院则完全脱离行政区划，处于中央政权与府政权之间”^②。我国完全可以先针对民族地区的特殊情况，建立相应的试点和制度，俟完善成熟以后，推广全国。

司法独立与民族经济权利的保护是手段与目的的关系。司法独立作为一项基本的司法原则贯穿在司法活动过程的始终，从而使民族自治地方的司法机关能够除了依据全国及省、自治区人大及其常委会制定的基本法律、行政法规、地方性法规办理案件外，还能够依据本民族自治地方制定的自治条例和单行条例以及

① 边界草场纠纷归根结底是经济权益之争，与地方势力和地方司法、行政中的地方保护主义和狭隘民族主义密切相关。以上举例参见《当代中国民族问题解析》，王希恩主编，民族出版社，2002年版，第246～247页。

② 刘会生：《人民法院管理体制改革的几点思考》，载《法学研究》2002年第3期，第15页。

根据法律授权民族自治地方所作的变通性和补充性规定办理案件，也使得民族自治地方司法机关的职能具有与该民族自治地方相适应的民族特点，最终实现对民族经济权利的司法保护。应当注意的是，司法独立也是一种先进的法律观念和法律文化，是在长期的历史过程中形成的，它本身也包含着一定的价值，反映着法的规律和内在要求。对民族经济司法而言，任何漠视和践踏司法独立原则的做法，必将使民族地区的法制建设遭到破坏，也使全国统一的法制要求化为泡影。

三、影响民族经济法适用的不利因素

民族经济法的适用并非一帆风顺。司法程序的每一个环节都充满障碍，即使司法者的种种努力能够使司法犹如孟德斯鸠比喻的从一个口里塞进纠纷的事实和法律条文，而从另一个口里吐出判决结果一样的“自动售货”过程，也还存在着执行难的问题。因此，分析影响民族经济法适用的不利因素并提出相应的克服措施是必要的。

第一种不利因素来自于司法者自身。司法者的构成是有一定层次的，大体可以分为三个层次，即法院、审判法庭以及审判人员，其中法院和审判法庭（合议庭）是作为独立的机构存在的，而审判人员则体现着人的独立性。从三者的统一性来看，它们共同构成司法者。司法者不同于立法者和执法者。如果说执法者（政府）是市场经济的“守夜人”，那么，司法者就是政府和市场经济的“守夜人”。司法者并非一般意义上的部门或官吏集团，而是独立存在的处于政府与市场主体之间的中立裁决人。从这个意义上讲，司法独立所追求的效果在于司法者不但要独立于政府，不受政府制约，而且也“独立于社会，即不受社会舆论的约

束，从而理智地、独立地作出法律上的判断”^①。然而在实际的审判活动中，司法者总是受到种种制约。司法者与立法者和执法者一样，具有明显的“经济人”特点，如前所论，主要表现在司法机关要维持自己的正常运转，必须要有相匹配的物质基础保障。在民族地区，自治地方政府和中央政府的财政拨款，这种基于体制原因而产生的经济上的联系为行政干涉司法提供了机遇和工具，直接导致了司法者不能完全“服从法律、独立审判”，而是往往屈服于法外权力，从而牺牲了法的正义价值。从目前民族地区人民群众对经济司法的否定性评价中就可以看出这一点。鉴于这种“权大于法”的现象普遍存在，民族经济法主体有时宁愿放弃司法诉讼途径而选择私人手段比如依据民族习惯、习惯法解决、协商、调解等方式解决争端。而在涉及对政府民族经济执法不满时，只能选择忍受和放弃权利，连行政复议这样的方便途径也置之不用。以五大自治区为例，据最新统计，2000年行政一审案件收案数分别为：广西壮族自治区1676起，比上一年下降了8.66%；内蒙古自治区1072起，比上一年下降了10.77%；新疆维吾尔自治区805起，比上一年下降了7.69%；宁夏回族自治区288起，比上一年下降了7.69%；西藏自治区20起，比上一年下降了23.08%。与此同时，全国平均的收案数高达2695起，而民族自治地方的平均收案数仅为772起，远远低于全国平均水平。通过这种“民告官”的行政案件收案数额，可以得出民族地区涉及行政执法民族经济案件数量会更少的结论。这绝不是说民族经济执法状况较好，对照民族地区群众对行政执法和司法否定性评价，笔者认为，是到了重视这个问题的时候了。

审判法庭是由法官组成，二者具有契合性。法官同样会追求

^① 胡玉鸿：《马克思恩格斯论司法独立》，载《法学研究》2002年第1期，第13页。

自己利益的最大化。按照法律经济学的观点,“经济学家们假设,法官像其他人一样,寻求的是包括金钱和非金钱因素(后者包括闲暇、声望和权力)在内的效用函数最大化”^①,虽然“司法程序规则的目标就在于防止法官在审理一个特定的案件时,以这样或那样的方法取得金钱报酬,并使有政治作用的利益集团对其判决所产生的影响最小化”^②,但是,民族地方法官的民族背景和个人感情因素等仍然会对民族经济法适用过程和结果产生不利影响。如前所述,假设法官与当事人一方为同一民族的人,而另一方当事人与他们不是同一民族的人,法官的个人感情因素肯定会在审判中有意无意地起到偏袒的作用,正如在司法实践中“拥有土地的法官会偏袒地主,步行上班的法官会偏袒步行者”^③一样,成为司法的困境。如何克服基于司法者自身而产生的这些不利因素呢?从根本上讲,一是要从法制上采取措施,使司法者的经济利益能够相对独立,不受党政和地方的制约。二是通过明确法律规定建立和完善法官异地审判制度和回避制度,杜绝因司法者自身因素产生的妨碍民族经济法适用的现象。

第二种不利因素来自于诉讼关系中的双方当事人。在民族经济诉讼法律关系中,一是民族经济执法者与市场主体之间的诉讼关系,二是不同市场主体间的诉讼关系。于前者而言,实际上是一个行政诉讼的问题,即“民告官”。由于民族经济执法者是由各级政府及其部门和工作人员组成,它们实质上在充当国家“代理人”的角色,而传统法理中否认代理人在代理活动中的独立利

① [美]理查德·A.波斯纳著,蒋兆康译:《法律的经济分析》(下),中国大百科全书出版社,1997年版,第694页。

② [美]理查德·A.波斯纳著,蒋兆康译:《法律的经济分析》(下),中国大百科全书出版社,1997年版,第694页。

③ [美]理查德·A.波斯纳著,蒋兆康译:《法律的经济分析》(下),中国大百科全书出版社,1997年版,第694页。

益，实际上并不利于调动代理人忠诚履行代理事务的积极性，于是民族经济执法者只好千方百计地在“代理”活动中寻求自身的经济利益和政治利益，这必将会导致其行为本身不合法、不合理，甚至出现权钱交易、权力寻租等现象。而且，也可能导致民族经济执法者与市场主体对司法者给予厚望，希望其能够对民族经济管理行为的合法性予以法律审查。而司法者与民族经济执法者同属于国家职能机构，二者存在千丝万缕的联系。实践中，“民告官”的诉讼多数以“民”的失败而告终，“有些地方违法设定法院受理行政案件的‘土政策’和条条框框没有废除，干扰、妨碍行政诉讼的现象时有发生，打击、迫害告状者，致使不少老百姓不敢状告行政机关”^①。可见，由于执法者的原因，不但导致司法的立案数量下降，而且影响到司法的结果。当然，在行政主导的国情下，立法者和司法者从一定程度上对执法者作出了妥协。1999年4月29日，全国人大常委会通过了《中华人民共和国行政复议法》，使得原来许多通过行政诉讼程序的争议，纳入行政复议之中去。而且，该法第三十条还明确规定了公民、法人或者其他组织对有关土地、矿藏、森林、水流、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的行政确权具体行政行为不服的，复议是必经程序，而且复议决定为终局裁决。而上述客体于民族地区而言，是大量存在的，是民族经济法律关系的最重要客体，如果相关纠纷产生以后，一直在执法者的圈子里“打转转”，司法者的最终保障作用就得不到体现，法治只能是一句空话。于市场主体之间的诉讼关系而言，由于双方的法律地位平等，因此可以

^① 最高人民法院行政审判庭：《行政执法与行政审判参考》，法律出版社，2001年第1辑，第246页。

纳入民事诉讼的程序解决纠纷。^①但是，在涉及不同地区、不同民族的市场主体之间的经济纠纷时，司法者如何公正裁判就成为一个问题。事实上，在民族经济法的适用过程中，不但存在执法上的地方保护主义，而且还存在司法上的地方保护主义和狭隘民族主义倾向，这与司法本质的独立性和统一性是不相容的。在许多纠纷中，民族群众往往集体向司法机关施加压力，加上民族问题本身的敏感性、复杂性，所以，很多时候司法者可以说是处于举步维艰，进退维谷的境地。总之，民族经济法适用会受到许多不利因素的影响，这些因素既有客观的，也有主观的，既有司法者自身存在的，也有诉讼当事人方面的，加强对这些实际问题的探讨，是促进民族经济法适用的必由之路。

四、民族经济法的协调适用

民族经济法渊源的多元性特点决定了其适用过程中应当协调好不同性质的民族经济法的关系，这主要包括协调好国家制定的民族经济法与民族经济习惯法之间的关系。宗教法性质的民族经济法，虽然在我国许多少数民族中都存在，但其典范当属伊斯兰法中民族经济法规范。虽然伊斯兰教政权的政教合一性质使得我们很难区分伊斯兰国家立法与宗教法之间的界限，但是，由于我国是一个统一的多民族国家，国家政权是 56 个民族的共同政权，因此也不存在国家制定法意义上的宗教法规范。但是，我国信仰伊斯兰教的各民族中确实存在在本民族普遍适用或某一教派所辖地区适用的宗教法性质的民族经济法律规范和制度。诚然，在广大

^① 改革开放以后，截止到 1985 年底，地方各级法院都设立了经济审判庭，其收案范围包括经济合同纠纷、涉外经济纠纷、农村承包合同纠纷、租赁纠纷、破产案件等，经济法的发展获得了良好的环境。但目前随着经济审判庭的撤销，不但使经济法、经济法的发展受到影响，而且也影响了经济司法甚至民族经济法的适用。

信仰伊斯兰教民族中，也存在其习惯和习惯法，“这些习惯和习惯法主要调整债和合同关系，并且要符合伊斯兰法的根本原则和制度，当然，它们所表现出的灵活性和实用性从一定程度上补充了伊斯兰法”^①。根据国内学者的研究成果，笔者将不同教派和门宦的宗教法性质的民族经济法分述如下：

格迪目教派所实行的制度主要有：（1）学粮学课制。即穆斯林供给清真寺阿訇满拉的薪俸和供养的制度。（2）“费特勒”钱。即在开斋节时，穆斯林按家庭人口计算向清真寺交纳的课税。（3）所得格。即施舍、布施。伊赫瓦尼教派所实行的制度主要有：（1）严格履行天课制度，其项目主要包括“扎卡特”（牧业、商业税）、“乌拉尔”（农业税，即什一税）、“费特勒”钱、“寺费捐”（供寺院教职人员，宗教活动费用）。（2）“瓦克夫”制度。来源有二，一是上无父母下无子女的人，死后其财产归清真寺作为“瓦克夫”，一是穆斯林给清真寺的自愿出散。（3）“董事会”制度^②，即在集镇和城市一些清真寺成立负责推行和贯彻其宗教性经济法律制度的组织。其负责人称为“学董”，成员称为“乡老”。西道堂^③所实行的制度主要有：（1）经济管理制度。实行教主集权制，教主之下设总经理、副总经理各一名，统管各项经营，下设农商、牧、副各业专门负责人。（2）财产所有，分配及消费制度。堂内财产集体所有，统一分配，统一安排供给，实行“堂内教民生活一律平等”的原则。（3）课献及福利制度。即西道堂从堂内教民过集体生活的实际出发，每年从商、农、林、牧等各行各业收入中，抽出适当款项用以赈灾养学。另外哲合林耶

① 《An Introduction to Islamic Law》，Joseph Schacht，Oxford University Press，1964，P78.

② 这种制度与我国企业法、公司法中的董事会制度有相似的地方，但其组成、内容、权利、行使等完全不同，只是同名而已。

③ 它是清末明初出现的一个新兴的伊斯兰教派，以回民为主，吸收撒拉、东乡等民族而形成。

作为西北回族伊斯兰教中最大的派别，实行“瓦克夫”制度和“海提耶”（施舍、奉献）制度。其他门宦以及新疆穆斯林聚居区都有相应的宗教法性质的民族经济法律制度。不同的教派门宦实行各自的制度，很难统一起来^①，因而其适用的情况是千差万别。

在民族经济法适用过程中，经常会遇到宗教法性质的民族经济法规与国家制定法之间的冲突。以财产继承为例，《中华人民共和国继承法》第三十二条规定：“无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在的集体所有制组织所有。”但根据伊斯兰教中的“瓦克夫”制度，此财产应归清真寺所有。显然，清真寺作为宗教组织，并非法律意义上的集体组织。当然，《中华人民共和国继承法》第三十五条也规定民族自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则，结合当地民族财产继承的具体情况制定变通或补充的规定。但是，迄今为止，并没有相关的变通规定或补充规定通过。在法律适用的实践中，虽然宗教性法规与国家法律规定相悖，但国家仍然没有干预民族经济生活。笔者认为，这需要民族地方通过立法予以解决。另外，根据伊斯兰法的基本原则，伊斯兰教允许穆斯林个人通过合法手段获得和拥有财富，获得财富的主要途径是劳动与继承。对于“拣拾”所得，也属于伊斯兰教中的合法所得，而且对于产权关系不予承认，认为资产归业主和雇工共同所有。^②但根据国家制定法的有关规定，“拣拾”所得的财产一般属于不当得利，应返还所有人，否则构成“不当得利之债”，而且，产权

^① 这种不统一性，与国家政权的多民族属性有关，而且，伊斯兰教各民族在区域上的划分也使这种统一很难实现。参见张永庆等：《伊斯兰教与经济》，宁夏人民出版社，1994年版，第114～129页。

^② 参见秦惠彬主编：《伊斯兰文明》，中国社会科学出版社，1999年版，第206～207页。

关系是法律所保护的，劳资关系也是泾渭分明的，同时，法律允许利息、红利、股息等非劳动收入存在。宗教法中还有许多关于“税收”的法律规范，与民族税收法律制度亦有所不同。总之，对少数民族成员而言，不但存在基于宗教权力而负担的赋税义务，而且担负着基于国家政治权力而应承担的赋税义务，这不但要求执法要协调适用，而且在司法时也要从实际出发，协调适用。

国家制定的民族经济法与民族经济习惯法的协调也是一个十分重要的问题。由于中国少数民族经济习惯法内容丰富，具有很强的民族性和区域特点，因此在法的适用过程中，如果无视它们的存在，则会引起民族群众的反对情绪。民族经济习惯法与国家制定法的冲突比比皆是。我国的少数民族都历史地形成了一些独特的与其生产方式密切联系的财产所有权和占有制度。比如独龙族的大家庭公社土地制度、怒族的原始伙有共耕制、佤族的部落土地制度等等。依照习惯法，傈僳族从土地到森林几乎全部由个体成员所有，最初的私有是通过号地（用石头、草疙瘩、树上刻痕迹等）来实现的。属于部落、家庭村社所有的只限于尚未经过垦耕的荒地和少数高山森林。瑶族习惯法规定，除公有土地、山林、河流等外，该族主要是家庭私有制，家庭占有的财产有水田、山地、林木、屋舍、园地、工具、家具、牲畜等，景颇族的土地，不论水田、旱地、大烟地、园地、竹林，基本上私有。^①然而国家的《土地法》、《森林法》、《水法》等都规定了土地、森林、水流等的国家所有制和集体所有制，司法实际中由此发生的纠纷，同样需要司法机关作协调适用。另外，像藏区长期流传下来的因财产纠纷而发生的伤亡事件，触犯《刑法》，构成犯罪的，

^① 参见张冠梓：《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的诠释》，社会科学文献出版社，2000年版，第231～232页。

习惯法处理包括“赔血价”和“赔命价”，而且至今仍是困扰司法机关的一个难题。应当说，当统一的法律适用处罪犯以刑事责任或附带民事责任以后，民族成员之间就不应当再有民间追偿的理由。但在法律适用之后，藏族老百姓仍然坚持通过习惯法予以二次追究。这就需要司法机关做好两方面的协调工作：一是调查研究“赔血价”、“赔命价”等习惯法制度的历史渊源，然后通过提请最高人民法院给出司法解释，来解决具体问题，俟时机成熟以后，由立法机关在立法中予以明示。或者可以由地方立法机关行使地方立法权，依照法律赋予的“变通权”和“补充权”从民族地区的实际出发，对经常遇到的民族经济习惯法规范的效力予以明确规定，要么承认其效力，要么限制适用，或将其纳入成文法的体系。总之，在协调适用的过程中，一定要把握好原则性和灵活性；既要维护统一的法律的尊严，也要照顾到少数民族的具体的实际。对于一些一时难以协调的情况，可以突破审判权限，交由上级法院审判。也可以考虑在人民陪审员中增加少数民族成员的份额或比例。笔者提出这个问题，希望能起到抛砖引玉的作用。

第三节 民族经济法的遵守

民族经济法遵守，从动态来看，是指负有民族经济法守法义务的一切组织和个人依法行使权利和履行义务的活动。从静态来看，是指民族经济法所规定的权利被享受，义务被履行的理想状

态。^①

一、民族经济法遵守的特征

民族经济法的遵守是我国社会主义法制建设的重要内容。由于民族经济法本身的特殊规律决定了民族经济法的遵守有其自身的法律特征。

从主体范围看，民族经济法遵守的主体与民族经济法的主体具有同一性。宏观而言，一切政党、国家机关、社会团体和个人都必须遵守法律，民族经济法是法律的重要组成部分，也应当被遵守。《宪法》第五条明确规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”具体而言，民族经济法

^① 在现代法学理论中，法的遵守也称为守法。关于守法的概念，有许多表达方式。有人认为守法“是指一切国家机关、武装力量、各政党和社会团体、企业组织及全体公民都遵守法律的规定，严格依法办事”。参见孙庆明主编：《马克思主义法理学》，山东大学出版社，1990年版，第113页。有人认为守法“是指各国家机关、社会组织（政党、团体等）和公民个人严格依照法律规定去从事各种事务和活动的行为”。参见张文显主编：《法理学》，法律出版社，1997年版，第354页。也有人认为守法“通常概指一国（或地区）范围内的所有社会成员、社会团体和政法机构均以现行法律（首先是宪法）作为指导自己行为的准则；所有的社会行为和政治行为均不能逾越法律所指示的范围”。参见张文显、李步云主编：《法理学论丛》（第1卷），法律出版社，1999年版，第669页。著名法学家沈宗灵教授认为，所谓守法，通常是指严格遵守国家的现行法律的规定，人们的活动都必须符合国家法律的要求，依法办事。参见沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社，1994年版，第422页。总体而言，以上各种定义并无实质不同，都强调了一切社会活动主体都必须依法办事这一点。但是笔者认为，守法首先是在特定的法律关系中才有意义，如果一个社会主体不参加法律关系，根本谈不上遵守法律的问题。而且，守法应当从动态和静态两个方面进行考察。以上定义强调任何社会活动主体都守法，但容易使人混淆守法与执法、司法甚至立法的界限。这种守法的理念是十分重要的，但从理论上讲不无商榷之处。

遵守的主体首先必须依法具有参加民族经济法律关系的资格，如果一社会活动主体根据民族经济法的规定不能参加民族经济法律关系，那么它就不可能成为民族经济法遵守的主体。其次，民族经济法遵守的主体必须以自己的实际行动参加到具体的民族经济法律关系中来，享受法定或特定的权利，履行法定或特定的义务，依法独立承担因不履行义务或不适当履行义务所产生的法律后果，将可能性的权利和义务关系转化为现实的民族经济关系。如果民族经济法的合法主体没有参加到实际的法律关系中来，就谈不上守法或违法。法律所调整的是行为、无行为，难以见证法律关系的存在，守法就更无从谈起。另外，民族经济法的遵守是一种可观察甚至可度量的状态。权利被享受和义务被履行是一种守法状态，同样，权利义务关系的平衡被打破，国家通过追究法律责任，使权利关系恢复到原来的平衡状态，并使违法者或违约者承担相应的否定性法律后果，也是一种守法状态，只不过这种守法付出了较高的成本，即一般诉诸诉讼。虽然违法者承担了败诉的责任，但是，从法的实现的角度而言，社会成本是加大了。我们直观可以度量到的守法状态，是通过人民法院的收案数量直接反映出来的。一般而言，法院收案数量的多少，表示纠纷数量的多少，收案越多，说明民族经济法遵守的状况越差。如果收案很少，则应一分为二地看，一是立法、执法、司法的某一环节出了问题，导致许多主体放弃诉讼，二是表明守法的状况良好。以西藏自治区为例，1999年，全区法院全年共受理各类经济纠纷案件281件。其中一审经济纠纷案件237件，审结170件，结案率为71.7%；二审经济纠纷案件58件，审结45件，结案率为77.6%。与此同时，内蒙古自治区仅审结的一审经济案件多达12581件，依法妥善处理了涉及群众切身利益的集体诉讼案件和

群众性纠纷，防止了矛盾激化。^①显然，西藏自治区年审结 170 件经济案件与内蒙古自治区年审结 12581 件经济案件是一个巨大的差异，虽然造成这种状况的原因会很多，但民族经济法遵守状况的对比是显而易见的。当然，在我们的司法实践中存在着许多影响案件数量的因素，不但有相当一部分律师在提供法律咨询时有意将纠纷导入诉讼程序，个别法院也会有“经济案件争着管”的倾向……不正当的利益驱动对法制建设的影响是巨大的。

从守法的内容看，它包括职权的正当行使、权利的享受、义务的履行以及责任的承担四个方面。民族地区的国家机关代表国家行使民族经济管理权，具体涉及工商管理、税收征收管理、财政管理、物价管理、环境保护、产品质量和技术监督、土地管理、森林管理、牧业管理、矿产资源管理、能源管理等具体经济事项。但是，职权的行使应当符合法律的实体性规定和程序性规定。行使职权本身就是一个执法的过程，正当地行使职权体现了国家机关作为民族经济法主体的守法者角色。从这个意义上讲，执法与守法具有一致性。民族经济法其他主体之间是平等的关系，它们依法进行市场经济交易活动，一方面要遵守法律的禁止性和限制性规定。另一方面可以在法律规范授权的范围内进行经济活动，约定相互之间的权利和义务关系状况。在实现权利和义务的过程中，双方当事人都有积极履行的义务，以便使对方能享受权利，从而实现双方交易的目的。反之，如果一方违背合法约定，则应当承担相应的法律责任。承担法律责任的途径如前所述是通过司法途径由司法机关进行审判，使权利义务关系符合双方的合同目的。承担法律责任的方式一般限于民事责任中的支付违约金、赔偿损失以及定金规则。

^① 参见中国法律年鉴编辑部编：《中国法律年鉴》，中国法律出版社，2000 年版，第 810 页。

从守法的范围看,要求守法主体遵守不同效力层次的民族经济法律规范以及非规范性民族经济法律文件。不同效力层次的民族经济法律规范包括:宪法层面的民族经济法、基本法律层面的民族经济法、行政法规层面的民族经济法、地方法规层面的民族经济法、民族自治地方的自治条例和单行条例以及规章层面的民族经济法,它们是民族经济法遵守的最重要内容。非规范性民族经济法律文件主要是指不能作为民族经济法的正式渊源的调解书、裁定书、判决书、执行文书等,它们是法律明确授权的审判机关在适用民族经济法过程中根据具体的民族经济法律规范和原则作出的具有法律约束力的文件,民族经济法关系的当事人必须遵守和执行,而且,在我国广大的民族地区,同样存在着生效的调解书、判决书、裁定书、执行文书得到有效执行的问题。以内蒙古自治区为例,执行率一般维持在34.5%左右。^①随着民族法制的加强,情况会逐渐好转。

^① 此数字是笔者根据《中国法律年鉴》(2000年版)的相关统计计算所得。

二、民族法律意识^①的培育

民族法律意识是法律意识^②的有机组成部分,它是指特定民族成员在一定的历史条件下对现行法律和法律现象的心理感受、价值评价等各种意识现象的总称。它包括特定民族成员对法的本质和作用的观点,对立法、执法、司法、守法等法律实践环节的理解,对法律上的权利义务关系、职权行使以及法律责任等的认识,是法律观点和法律观念的总和。

民族法律意识是民族法律文化的内核,在一定程度上决定着民族经济法遵守的状况。民族法律意识的客体是现行法律和现存法律现象。现行法律是立法的直接结果,现存法律现象主要包括

① 吴宗金教授提出并运用了“民族法律意识”这一概念,参见吴宗金、敖俊德主编:《中国民族立法的理论与实践》,中国民主法制出版社,1998年版,第668页。至于这一概念的内涵,目前尚无学者进行探讨。虽然表面看来,它与“民族意识”和“法律意识”有关,但笔者认为,民族理论中的“民族意识”有其特定的含义。王希恩先生认为民族意识(ethnic consciousness)包括族属认同(ethnic identity)和对自己所属“族群利益的感悟”两部分。参见王希恩:《民族过程与国家》,甘肃人民出版社,1999年版。马戎先生认为,它仅指一种“群体意识”,包括认同与认异。参见马戎:《关于民族研究的几个问题》,载《北京大学学报》2000年第4期,第134页。

② 关于“法律意识”的定义,目前国内大概有十多种,基本形成共识,只是表述的侧重角度不同。但国外学者的观点却与国内学者的观点有较大差异。如B.B.拉扎列夫认为:“法律意识是社会团体或个人相对独立的意识领域(与政治、道德、美学意识等并存),该领域以法律知识和对现行法律的客观评价的形式,以及通过扮有法律行为内在调节器角色的社会法律观点和目标的形式反映法的现实。”参见[俄]B.B.拉扎列夫主编,王哲等译:《法与国家的一般理论》,法律出版社,1999年版,第35页。国内学者的观点可参见张文显主编:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社,1993年版,第227页。沈宗灵主编:《法学基本理论》,北京大学出版社,1994年版,第261页。黄建武著:《法的实现——法的一种社会学分析》,中国人民大学出版社,1997年版,第114页。李龙主编:《法理学》,武汉大学出版社,1996年版,第271页。

立法现象、执法现象、司法现象和守法现象、法律教育现象等实践活动。这种支配民族法律实践活动的基础和这个基础被社会化运行的状态就是民族法律文化，显然，它是由两部分构成，一是处于支配地位的民族法律意识，二是法律实践。民族法律意识是特定民族在长期的历史实践中世代相传，不断加工思考，逐渐完善并根植于该民族的心灵深处，成为该民族精神文化的有机组成部分。这种意识一旦形成，就具有相对的稳定性，也许它在世代相传中会更加完善，但不会被消灭，以致它的生命力与该民族一样长伴长生。这种稳定性是特定民族生产方式稳定性的反映，建立在特定民族法律意识基础上的法律思想和法律规范经过长期的法律实践凝固在民族成员的行为模式之中，直接决定着民族成员是否遵守现行法律以及遵守法律的程度。民族法律意识具有相对独立性。我国是一个统一的多民族国家，在漫长的历史过程中，各民族在各自不同的地理环境中，经过长期法律实践形成了各自的民族法律意识。尽管在中国历史上各民族交往的重要形式除了和平方式的正常交往以外，非正常形式的战争也是一种交往形式。战争的结果并没有形成一个或数个民族对其他民族的“吞并”，而是令各民族都获得了不同程度的融合、同化，从而形成“你中有我、我中有你”，但又相对独立的格局。毫无疑问，民族意识得以留存，民族法律意识也得以留存，每一个民族都出于自身生存与发展的需要而形成了各自的民族法律意识。民族法律意识是一种隐性的不可直观的东西，但它完全可以通过本民族的谚语、文学作品、学术著作、法律规范甚至法律实践表现出来。例如回族宗教伦理学家王岱舆（约 1570～1660 年）所著的《正教真诠》，是一部颇有影响的伊斯兰教伦理学著作，其中有云：“昔有二人同猎山中，一见林中伏物若兽，虑其伤人，故射之，及视乃人也；一见林中行动若人，亦射之，及视乃獐也。前人误伤人，意在救人，理当断赏；后人虽获獐，意在杀人，理当断罚。”

何也？射獐、射人，虽属误中，意善意恶，理不容遁”^①。这反映了回族法律意识中的善恶观念分明，进而在执法、司法中赏罚有别。11世纪中期维吾尔族诗人优素甫·哈斯·哈吉甫所著《福乐智慧》也有相似的反映：“欲使社稷的基石巩固坚牢，你就应在执法时恪守公道”，“贤明回答说：啊，国君！凡事均因有礼法规程”。^②可见在维吾尔族的法律意识中，十分重视礼法的功能的发挥，大到社稷，小到生活琐事，一切按“规矩”办事。其实，民族法律意识最集中的体现，当在民族习惯法中。在漫长的岁月里，许多少数民族游离在国家法治之外，依靠民族习惯法调整各种社会关系已成为民族社会经济生活的常态。迄今为止，这些民族的法律意识仍在起着较大的作用。

但是，问题的另一面是在当前我国统一的多民族国家里，法制的统一性决定了民族法律意识与全社会的占主导地位的法律意识保持一致。随着民族地区和少数民族的社会经济生活与全国统一的社会经济发展一体化程度的加强，少数民族法律意识中重视习惯法、漠视国家制定法的思想应当得到纠正，与市场经济要求相冲突的一些法律意识也应当予以矫正。每一个民族如果不从深层次的民族法律意识入手加以自觉改造和适应，则民族地区经济的发展和少数民族经济生活的改善恐怕是十分困难的。比如在民族地区的开发过程中，国家鼓励向该地区投入资金、人力和技术，并以相应的经济立法形式表现出来。而一些民族地区的成员普遍认为这些法律是对民族地区资源的掠夺，是对民族生态环境的破坏，甚至认为是对少数民族的同化等等。民族法律意识在此

^① 转引自熊坤新：《民族伦理学》，中央民族大学出版社，1997年版，第483页。

^② 转引自熊坤新：《民族伦理学》，中央民族大学出版社，1997年版，第548页，第567页。

时得到了强烈的体现。民族法律意识并非民族成员个体法律意识的简单相加，而是表现出一定的整体性和普遍性，反映了一个民族对法律现象的总的看法和价值判断。当然，一方面，国家必须考虑到少数民族长期形成的民族心理、习惯、宗教等对民族法律意识的影响力和制约作用；另一方面，也必须考虑到民族地区经济、文化发展程度对法制的需求和承受程度和方式。在民族法律意识的培养过程中，随着社会经济的发展，市场经济体制和法律体系的建立，各民族间生活状态、利益、历史文化传统、价值观念等的相互冲突会日益增多，民族关系会呈现出复杂化的态势，这就要求国家正确地、充分地运用法律手段，通过立法、执法、司法等各个环节循序渐进式的反向作用，使民族法律意识逐渐发生变迁，达到良好的培育效果。其实，总体而言，民族法律意识中的经济性的意识形态是很容易整合的，它与我国统一的经济法的要求具有很大程度的一致性。在生产和物质生活方面，各少数民族十分重视保护民族经济生活资料和生产资料，比如农作物、林木、草物、牲畜和地界等。在劳动的组织形式分工设置、劳动成果的分配原则、生产和生活资料的交换、借贷、偿还等方面，通过惯行做法反映出来的民族经济法律意识是十分明显的。在这一事项中，体现出两种特征：一是由于少数民族生产力落后，生产资料相对匮乏，因此在其民族法律意识中，需要对此特别保护；二是长期以来少数民族多集体生产，共同生活，团结协作，所以财产的私有观念比较淡漠，相关纠纷较少。但对涉及集体利益的私吞、偷盗、抢劫等行为处罚十分严苛。^① 只有民族法律意识与国家法制的统一性要求相一致或大体一致了，民族经济法的

^① 这反映了在经济法律意识方面的逻辑统一性。无论经济法还是民族经济法，都十分重视法域所及的社会本位利益或集体本位利益。以上参见陈玉文：《论少数民族法俗文化》，载《内蒙古社会科学》1999年第1期，第91页。

遵守才有了内在的动力和依靠。

三、影响民族经济法遵守的现实因素分析

法人类学认为,法律“只是人类行为的结果,而并不是人类设计的结果”^①,民族经济法也不例外。这种“人类行为”在笔者看来主要可以理解为法律实施过程中实施法律的主体与法律之间的互动过程,只有现实的实施过程才可以造就立法的结果更加适合法律实施主体。民族经济法遵守是民族经济法实施的一个重要环节,这一过程与诸多现实因素有关,笔者希望通过对这些现实因素的分析,以期引起民族经济立法上的回应。

(一) 经济发展不平衡因素

民族地区与非民族地区之间,少数民族与汉族之间总体上的经济发展不平衡是有目共睹的事实,这方面的研究论述非常多。这种不平衡表现在六个方面,即人均国内生产总值小、经济增长速度慢、工农业产值增长速度慢、在国民经济中的比重下降、家庭平均收入差距逐年拉大、工资水平差距逐年拉大。^②经济发展的不平衡直接导致了民族地区和少数民族成员法制观念的重大变异,在他们看来,“新中国成立后,各少数民族地区源源不断地向国家和先进民族地区输出各种原材料和半成品,有力地支援了国家经济建设,得到的只是低廉的报酬。而发达地区通过对这些原材料和半成品的加工、深加工利用,获得了相对巨大的利润。这其实是不等价的交换”^③。法律起初鼓励和保护这种差距使民

① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,1996年版,第20页。

② 参见唐鸣:《社会主义初级阶段的民族矛盾研究》,中国社会科学出版社,2002年版,第91页~95页。

③ 吴大华主编:《民族法学讲座》,民族出版社,1997年版,第125~126页。

族地区和少数民族对法律的公平和正义价值产生了怀疑，造成法律形同虚设，屡遭破坏，法律在民族经济实践中无法发挥应有的作用，也无法赢得应有的地位。法律得不到遵守的一个直接结果是民族地区经济案件的上升，以宁夏回族自治区为例，1995年全区法院共受理经济纠纷案件2749件，1996年为3111件，1999年为3532件，呈稳定增长态势。^① 在一个法制的社会里，人们应当在法律规定的范围内进行经济活动，这样就可以减少纠纷，使法律得到自觉遵守。很难想象，一个充满纷争的社会是一个法制状况良好的社会。

事实上，经济发展不平衡是其他矛盾的根源之一，甚至是主要根源，无论是民族政治矛盾还是民族文化矛盾^②，都有它深刻的经济原因。经济发展不平衡导致的法制环境恶化已经成为妨碍民族地区和少数民族经济发展的制约因素。不要说外商非常担心其合法权益在民族地区得不到保护，就连内资也存在这种顾虑。所以，民族地区法制环境的改善已经成为吸引资金、技术和人才的关键因素。既然民族经济法得不到遵守，我们是否应当反思我们的民族经济立法呢？是否应当考虑在民族经济立法中从保护少数民族集体人权的角度看待民族地区经济和少数民族经济的发展呢？毋庸置疑，我国“制定法律的目的和价值取向，就是为了保障人权，即保障人民的生存权，民族的发展权，国家的独立权和

① 参见中国法律年鉴编辑部编：《中国法律年鉴》，中国法律年鉴社，1996年版，第763页，1997年版，第824页，2000年版，第918页。

② 唐鸣先生认为，民族政治矛盾是不同的民族在政治生活或政治交往中因政治权力的掌握、行使或运用而产生的矛盾。在我国，各民族围绕着国家政治权力的分享和分配而产生的矛盾是客观存在的。民族文化矛盾是不同的民族基于不同的语言文字、风俗习惯、甚至宗教信仰而产生的矛盾。参见唐鸣：《社会主义初级阶段的民族矛盾研究》，中国社会科学出版社，2002年版，第39页。

其他种种权利；否则，法律就失去存在的价值”^①。民族地区和少数民族的经济权利是民族生存权和发展权的基本内容，它表现为民族地区和少数民族的集权人权。鉴于其经济的落后现实，为了实现实质平等（而不仅仅是法律上的平等），民族经济立法价值取向应当着眼于民族经济利益的保护。同时，民族经济法遵守状况的不尽如人意也需要立法时充分了解民族地区的社会经济状况和民族成员的法律意识，做到有的放矢，以免使民族经济法成为一纸空文。

（二）民族因素的不当使用

民族经济法强调保护和促进民族地区和少数民族的经济利益，但这种保护和促进是有条件的。一方面，民族地区经济和少数民族经济是我国国民经济的有机组成部分，从法律上讲，保护和促进其发展必须与国民经济的总体要求相一致。另一方面，这种保护和促进并不可以牺牲其他地区和民族的经济利益为代价。其他地区和民族对民族地区和少数民族的帮助是基于法律地位平等条件下的自主行为，而不是“劫富济贫”式的“帮助”。无论是民族地区的市场主体还是非民族地区的市场主体都必须遵守民族经济法，其合法权益受法律一视同仁地保护，任何一方都不能游离之外。当前民族经济法遵守中面临的一个很大的问题就是“民族性因素”成为民族地区和少数民族获得经济利益的一个借口和讨价还价的砝码。许多民族经济法律关系主体滥用民族因素，肆意违法或者规避法律，谋取不正当利益，法制的统一性在这里被人为地割裂了。个别地区的民族贸易公司在市场经济活动中无视法律，“打民族牌”，使国有资产流失到小集体或个人手中。有些地区的民族成员甚至将极其简单而正常的民事纠纷有意

^① 李龙主编：《良法论》，武汉大学出版社，2001年版，第12页。

夸大，与民族因素联系起来，造成了很坏的影响。^① 在现实的民族经济法实施中，许多市场主体以此为借口在经营中不办营业执照，不进行税务登记，法律的实施非常困难。

（三）多元化规范冲突因素

国家制定法是一种具有国家强制力的规范系统，能够从最基本最低的层次上保障民族经济关系的有序和稳定。而前文所及的民族经济习惯法也是一种调整民族经济关系的规范。由此看来，制定法与习惯法的冲突是不可避免的。现实的民族经济生活也证实了这一点：国家制定法与民族经济习惯法的冲突比比皆是。这种“规范多元”的局面使得民族经济法的运行呈现出复杂的态势：表面看来，国家制定法占主导地位，实际上，制定法与民族经济习惯法之间存在着一种互动关系。在有些时候，如果制定法与民族社会经济生活的实际相契合，则其实施变得相对容易，反之，它会遇到规避或抵抗，这种规避和抵抗实际上就是一种对民族经济法的不遵守。在现实的民族经济关系中，市场主体在订立经济合同时，总是将“遇到合同纠纷时，协商解决”作为前置手段明文规定在合同当中，反映出当事人不到万不得已是不会诉诸法律来解决问题的。事实上，在打官司之前，许多民族经济纠纷都“私了”了。“私了”的好处在于通过双方协商可以避免“公了”带来的高成本，也有利于双方友好地解决问题，为以后的合作提供空间。但“私了”过程中一方利用经济地位优势强迫对方接受苛刻条件的做法是屡见不鲜的。多元化规范并存的局面为我们的民族经济立法提出了挑战：立法是否应该明确规定相关民族

^① 徐黎丽教授在《甘青宁地区民族关系问题的重要性和复杂性》（载《西北民族研究》2001年第1期）一文中讲到碌曲县某村一姓杨的藏族群众因要进本村的树林去扫树叶，被看护树林的汉族人许某挡住，就以不能向汉族人低头为名，纠集了一帮藏族人把许某打成重伤。

经济习惯法的地位？民族经济习惯法是少数民族在千百年的历史实践中形成和积累的法律文化，是一个民族的历史选择，必定有其存在的合理性，因此，任何形式的国家制定法都必须正视这个事实。实际上，民族经济立法通过原则性的规定认可一些合乎制定法规定的民族习惯法是一种可行的路径，“不能将国家的法律看作是与社会中其他类法律规范完全对立的，也不能只注意国家法律的运行，因为多元规范秩序是社会环境中制度的组成部分，它们总是混杂于同一社会微观的运行过程中”^①，我们很难将它们截然剥离开来。国家也可以组织专门机构和人员对民族经济习惯法进行调研甄别，只要这些规范不与制定法的具体规定和精神相违背，就可以给予效力认可；反之，则通过明示的方式予以纠正。制定法与民族经济习惯法之间的互动将是一个长期的历史过程，立法对民间法提出的挑战应当有所回应，这也是社会主义市场经济法制建设的重要组成部分。

民族经济法是调整民族经济关系、发展民族地区和少数民族经济的根本保障。事实上，诚如马克斯·韦伯所言：“如果没有一个极其独特的法律秩序——除非在公法秩序的架构内，这种法律秩序不可能发展出——经济制度，特别是现代形态的经济制度，肯定不可能存在”^②，而我们的民族经济法，正是这样一种特殊的法律秩序。

^① 赵震江主编：《法律社会学》，北京大学出版社，1998年版，第367页。

^② 马克斯·韦伯著，李强译：《经济·诸社会领域及权力》，生活·读书·新知三联书店，1998年版，第39页。

参考文献

1. 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》（1~4卷），人民出版社，1972年版。
2. 列宁：《列宁选集》（1~4卷），人民出版社，1972版。
3. [美] 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆，1984年版。
4. [美] 霍贝尔著，周勇译：《初民的法律》，中国社会科学出版社，1993年版。
5. [法] 皮埃尔·勒鲁著，王允道译：《论平等》，商务印书馆，1988年版。
6. [德] 康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆，1991年版。
7. [古罗马] 查士丁尼著，张企泰译：《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆，1989年版。
8. [美] E. 博登海默著，邓正来译：《法理学法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，1999年版。
9. [美] 弗里德曼著，李琼英、林欣译：《法律制度》，中国政法大学出版社，1994年版。
10. [德] 罗尔夫·斯特博著，苏颖霞、陈少康译：《德国经济行政法》，中国政法大学出版社，1999年版。

11. [美] 理查德·A. 波斯纳著, 苏力译:《法理学问题》, 中国政法大学出版社, 1994 年版。
12. [美] R.M. 昂格尔著, 吴玉章、周汉华译:《现代社会中的法律》, 译林出版社, 2001 年版。
13. [美] 加布里埃尔·A. 阿尔蒙德等著, 曹沛霖等译:《比较政治学: 体系过程和政策》, 上海译文出版社, 1987 年版。
14. [日] 穗积陈重著, 黄尊三等译:《法律进化论》, 中国政法大学出版社, 1997 年版。
15. [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦著, 张军译:《法和经济学》, 上海三联书店, 上海人民出版社, 1999 年版。
16. [美] 理查德·A. 波斯纳著, 蒋兆康译:《法律的经济分析》(上、下册), 中国大百科全书出版社, 1997 年版。
17. [法] 卢梭著, 何兆武译:《社会契约论》, 商务印书馆, 1987 年版。
18. [英] 安东尼·吉登斯著, 胡宗泽、赵力涛译:《民族——国家与暴力》, 生活·读书·新知三联书店, 1998 年版。
19. [美] 莱斯利·里普森著, 刘晓等译:《政治学的重大问题》, 华夏出版社, 2001 年版。
20. Leopold Pospisil: *Anthropology of law*, New York: Harper and Row, 1971.
21. Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz and Frank B. Cross: *West's Business Law (Seventh Edition)*, West Educational Publishing Company, 1998.
22. Peter Sack, and Jonathan Aleck: *Law and Anthropology*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Company Limited, 1992.
23. 司马迁撰:《史记》, 中华书局, 1959 年版。
24. 班固撰:《汉书》, 中华书局, 1962 年版。
25. 魏收撰:《魏书》, 中华书局, 1974 年版。

26. 欧阳修、宋祁撰：《新唐书》，中华书局，1975 年版。
27. 刘煦撰：《旧唐书》，中华书局，1975 年版。
28. 脱脱等撰：《宋史》，中华书局，1977 年版。
29. 司马光撰：《资治通鉴》，中华书局，1956 年版。
30. 李焘撰：《续资治通鉴长编》，清光绪七年浙江书局刻本。
31. 脱脱等撰：《金史》，中华书局，1975 年版。
32. 脱脱等撰：《元史》，中华书局，1976 年版。
33. 张廷玉等撰：《明史》，中华书局。1974 年版。
34. 赵尔修撰：《清史稿》，中华书局，1977 年版。
35. 杨建新：《中国西北少数民族史》，宁夏人民出版社，1988 年版。
36. 韩效文、杨建新主编：《各民族共创中华》丛书，甘肃文化出版社，1999 年版。
37. 杨建新、马曼丽：《成吉思汗忽必烈评传》，南京大学出版社，2002 年版。
38. 吴宗金、敖俊德：《中国民族立法的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998 年版。
39. 吴宗金、张晓辉主编：《中国民族法学》，法律出版社，1997 年版。
40. 吴宗金：《民族法制的理论与实践》，中国民主法制出版社，1998 年版。
41. 李光灿、张国华总主编：《中国法律思想通史》之三（辽夏金元），山西人民出版社，2001 年版。
42. 王尧、陈践编：《敦煌吐蕃文献选》，四川民族出版社，1983 年版。
43. 陈光国：《青海藏族史》，青海民族出版社，1997 年版。
44. 吴从众编：《西藏封建农奴制研究论文选》，中国藏学出

版社, 1991 年版。

45. 张济民主编:《青海藏族部落习惯法资料集》, 青海人民出版社, 1993 年版。

46. 徐晓光:《藏族法制史研究》, 法律出版社, 2001 年版。

47. 张晋藩:《中华法制文明的演进》, 中国政法大学出版社, 1999 年版。

48. 高其才:《中国习惯法研究》, 湖南出版社, 1995 年版。

49. 高永久、马方:《当代甘肃民族社会问题》, 民族出版社, 1998 年版。

50. 史继忠:《西南民族社会形态与经济文化类型》, 云南教育出版社, 1997 年版。

51. 田继周:《先秦民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

52. 田继周:《秦汉民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

53. 白翠琴:《魏晋南北朝民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

54. 杨保隆:《宋辽金时期民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

55. 罗贤佑:《元代民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

56. 杨绍猷、莫俊卿:《明代民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

57. 杨学琛:《清代民族史》, 四川民族出版社, 1996 年版。

58. 张晓辉主编:《中国法律在少数民族地区的实施》, 云南大学出版社, 1994 年版。

59. 王天玺:《民族法概论》, 云南大学出版社, 1988 年版。

60. 马戎:《民族与社会发展》, 民族出版社, 2001 年版。

61. 张中秋:《法律与经济——传统中国经济的法律分析》(第一卷), 南京大学出版社, 1995 年版。

62. 陈云生:《中国民族区域自治制度》, 经济管理出版社,

2001 年版。

63. 张晋藩主编：《清朝法制史》，中华书局，1998 年版。

64. 武树臣等：《中国传统法律文化》，北京大学出版社，1994 年版。

65. 熊坤新：《民族伦理学》，中央民族大学出版社，1997 年版。

66. 施正一：《民族经济学教程》，中央民族大学出版社，2001 年版。

67. 杨策、彭文麟主编：《中国近代民族关系史》，中央民族大学出版社，1999 年版。

68. 蔡志纯等编著：《蒙古族文化》，中国社会科学出版社，1993 年版。

69. 王钟翰主编：《满族历史与文化》，中央民族大学出版社，1996 年版。

70. 王天顺主编：《西夏天盛律令研究》，甘肃文化出版社，1998 年版。

71. 张冠梓：《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的诠释》，社会科学文献出版社，2000 年版。

72. 杨明前等：《甘肃民族与宗教》，甘肃人民出版社，1996 年版。

73. 王柯：《民族与国家——中国多民族统一国家思想的系谱》，中国社会科学出版社，2001 年版。

74. 沈桂萍、石亚洲：《民族政策科学导论》，中央民族大学出版社，1998 年版。

75. 陈庆德：《经济人类学》，人民出版社，2001 年版。

76. 唐鸣：《社会主义初级阶段民族矛盾的研究》，中国社会科学出版社，2002 年版。

77. 林耀华：《民族学通论》，中央民族大学出版社，1997 年

版。

78. 王戈柳：《民族区域自治制度的发展》，民族出版社，2001 年版。

79. 宋蜀华、白振声主编：《民族学理论与方法》，中央民族大学出版社，1998 年版。

80. 贾东海主编：《马克思主义民族理论与政策五十年研究回顾》，甘肃人民出版社，2000 年版。

81. 谢晖、陈金钊主编：《民间法》，山东人民出版社，2002 年版。

82. 王希恩主编：《当代中国民族问题解析》，民族出版社，2002 年版。

83. 沈林、李志荣编：《散居民族工作政策法规选编》，民族出版社，2000 年版。

84. 倪正茂：《法哲学经纬》，上海社会科学院出版社，1996 年版。

85. 蒋晓伟：《中国经济法制史》，知识出版社，1994 年版。

86. 张道军：《法的应然与实然》，山东人民出版社，1994 年版。

87. 中国社会科学杂志社编：《社会转型：多文化多民族社会》，中国社会科学文献出版社，2000 年版。

88. 曹建明主编：《公正与效率的法理研究》，人民法院出版社，2002 年版。

89. 吴仕民：《西部大开发与民族问题》，民族出版社，2001 年版。

90. 赵显人主编：《西部大开发与民族地区经济社会发展研究》，民族出版社，2002 年版。

91. 赵震江主编：《法律社会学》，北京大学出版社，1998 年版。

92. 张文勋等：《民族文化学》，中国社会科学出版社，1998年版。

93. 马明良：《伊斯兰文化新论》，宁夏人民出版社，1997年版。

94. 高鸿钧：《伊斯兰法：传统与现代化》，社会科学文献出版社，1996年版。

95. 秦惠彬主编：《伊斯兰文明》，中国社会科学出版社，1999年版。

96. 张永庆等：《伊斯兰教与经济》，宁夏人民出版社，1994年版。

97. 杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社，1999年版。

98. 孙国华主编：《法理学》，法律出版社，1995年版。

99. 高鸿钧主编：《清华法制论衡》第二辑，清华大学出版社，2002年版。

100. 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社，2000年版。

101. 黄逢贵：《民族区域自治机关制定单行条例常识》，民族出版社，2001年版。

102. 李绍明：《民族学》，四川民族出版社，1986年版。

103. 杨鸿烈：《中国法律思想史》，台湾商务印书馆，1990年版。

104. 周林彬：《法律经济学论纲》，北京大学出版社，1998年版。

105. 汤在新、吴超林：《宏观调控：理论基础与政策分析》，广东经济出版社，2001年版。

106. 漆多俊主编：《宏观调控法研究》，中国方正出版社，2002年版。

107. 周旺生主编：《立法学》，法律出版社，2000 年版。
108. 孙笑侠：《法的现象与观念》，山东人民出版社，2001 年版。
109. 中共中央统战部编：《民族问题文献汇编》，中共中央党校出版社，1991 年版。
110. 卢云主编：《法学基础理论》，中国政法大学出版社，1994 年版。
111. 李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》，法律出版社，2002 年版。
112. 中国法律年鉴编辑部编：《中国法律年鉴》（1990～2001 年）。
113. 内蒙古自治区人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《内蒙古自治区地方性法规汇编》（1980～1997 年），内蒙古人民出版社，1998 年版。
114. 甘肃省人大常委会法工委编：《甘肃省地方性法规汇编》（1999～2000 年），甘肃文化出版社，2000 年版。
115. 《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国立法法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国刑法》等法律，相关行政法规、地方性法规、行政规章和地方性等规章。

后 记

本书是在我的博士学位论文的基础上修改而成的。

当前，民族法学尚处于学科建设时期，突出表现为研究人员数量少和研究成果数量少。虽然十年前学术界已经多次做了关于民族法学分支研究的规划，但至今没有一项分支研究开展起来。我之所以选择了其中一个分支——民族经济法进行探索，主要是得到了导师杨建新教授的支持与悉心指导。记得入学不久，我就向杨先生请教论文选题事宜，以便在短短的三年内做到有的放矢。开始我们一致决定把重心放在民族法制史和民族法学基本理论方面。随着时间的推移，我感觉选题太大，而且这方面已经有了专门成果，于是缩小范围只研究民族经济法这一块。为了我的论文选题、拟定提纲和写作修正，杨先生付出了许多精力和宝贵时间。正是在他的热情鼓励、谆谆教诲以及慈父般的关怀之下，我才得以成就此文，并顺利完成了学业。感谢导师组的马曼丽教授、王希隆教授、高永久教授和徐黎丽教授多年来的关心、指导和帮助。

感谢我所在单位的领导，浙江财经学院法学院的韩灵丽院长、何立新书记、茅铭晨副院长，他们为我的学习提供了极大的便利与支持。

感谢中国社会科学院民族研究所所长郝时远研究员、中央

民族大学民族法学研究所所长吴宗金教授和云南大学法学院张晓辉教授，他们为我提供了许多关于民族经济法研究的信息，也为我的写作提出了许多宝贵的指导意见。

感谢阎丽娟博士、赵利生博士、杨文炯博士、牛海桢博士、虎有泽博士三年来的合作、交流探讨与无私的帮助，同学之情，永志不忘。

感谢我的母亲敬氏给我心灵上的安慰！感谢我的爱人任玉翠女士为家庭和我的学业作出的巨大奉献！感谢我的根儿总能原谅我的“失言”！

本书作为我近几年学习的一个总结，诸多不妥之处，恳请专家同仁批评指正。

李占荣

2003年6月30日于杭州

