

# 中国民族区域自治的文本表达与实施逻辑

## ——以“优惠照顾理论”为视角

沈寿文<sup>1</sup>

**【摘要】**中国民族区域自治既不是“地方自治制度”，也不是“民族自治制度”，而是“优惠照顾制度”。这种优惠照顾主要体现在“国家机关（尤其是民族自治地方国家机关）组成人员的少数民族名额照顾”“自治机关所行使的职权的优惠照顾”和“少数民族语言文字、风俗习惯等的优惠照顾”，其存在的政法前提是“坚持中国共产党的领导、坚持社会主义道路、维护国家统一（包括法制统一）”，二者是辩证统一的。民族区域自治“优惠照顾”的本质，决定了法律文本的框架结构和实施的执法能动的耦合。

**【关键词】**民族区域自治 优惠照顾 集中统一领导 国家统一 铸牢中华民族共同体意识

**【中图分类号】** D921.8、C957 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-8691（2022）02-0051-10

### 一、问题的缘起

任何一个法律制度的建立均有其时代背景和社会条件，任何一个富有生命力的法律制度，均需要随着时代的发展，形势的变迁以及社会条件的变化进行相应的发展和完善。作为已经实施七十多年的中国民族区域自治制度也不例外，现行《宪法》规定其为中国基本政治制度之一，当然是不断适应时代的发展，形势的变迁，社会条件的变化的。汪洋指出：实施民族区域自治制度的具体政策举措和实现形式要“与时俱进”。<sup>1</sup>从法治思维的角度，“与时俱进”的目的正是对民族区域自治制度的发展和完善。

习近平总书记在2021<sup>2</sup>年8月召开的中央民族工作会议上的讲话强调，以铸牢中华民族共同体意识为主线，推动新时代党的民族工作高质量发展。<sup>3</sup>民族区域自治制度的“与时俱进”，就是要围绕“铸牢中华民族共同体意识”这一主线，坚持各民族一律平等，保证各民族共同当家作主、参与国家事务管理，保障各族群众合法权益；确保党中央政令畅通，确保国家法律法规实施，支持各民族发展经济、改善民生，实现共同发展、共同富裕；坚持依法治理民族事务，推进民族事务治理体系和治理能力现代化。有学者指出，“文革”结束后在批判“阶级斗争”的同时，也从制度和政策上强化了少数民族的“民族意识”，所以中央强调今后应当努力把握民族交往交流交融的历史方向。<sup>4</sup>因而，实现上述“与时俱进”目标，首先要求对作为这一制度根基的现行法律文本及其实施进行符合新形势的客观评估和法律解释。

尽管当前国内许多学者同样是站在维护国家统一、民族团结的良好立场上解读现行《民族区域自治法》和民族区域自治制度，但由于有意无意地站在“地方自治”和“民族自治”的立场上理解《民族区域自治法》及其实践，用“地方自治理论”或“民族自治理论”为解读工具，从“地方自治”和“民族自治”角度来解释民族区域自治中的“自治”，因而，在客观上仍然在突出民族区域自治制度中的“差异性”要素，淡化民族区域自治制度中的“共用性”要素，强化少数民族精英和民众中的“民族意识”；这种解读也与现行《民族区域自治法》的基本精神和民族区域自治制度的法制实践相悖。鉴于这一局面，有必要从“优惠照顾理论”视角<sup>5</sup>，正本清源，对民族区域自治的法律文本及其实施进行全面的解读，还原民族区域自治“优惠照顾”的

<sup>1</sup>作者简介：沈寿文，男，吉林人权研究中心、吉林大学法学院教授，主要从事宪法学研究。

<sup>2</sup>基金项目：教育部人文社会科学重点研究基地项目“国家通用语言文字推广与少数民族经济社会文化权利发展研究”（项目编号：21JJD820013）的阶段性成果

本质，促进民族区域自治制度的健康发展。

## 二、“优惠照顾”的文本表达：结构与内容的融合

从现行法律文本的结构和内容考察，民族区域自治既不是以中央和民族自治地方的“分权”（decentralization）为基础排除中央领导的“地方自治制度”，也不是民族自治地方可以排除汉族的少数民族（特别是实行区域自治的“主体民族”）的“民族自治制度”；而是一种在中央统一领导下，为了维护国家团结统一，保障各族人民共同当家作主，协调区域发展、促进各民族共同繁荣，实现民族平等团结互助和谐，国家在考虑“地方”（区域）因素和“民族”因素、“差异性”因素和“共同性”因素基础上，给予民族地区和少数民族特别支持（优惠照顾）的制度。

### （一）“地方自治”与“民族自治”解读法律文本之检讨

由于整部法律是有机的整体，对法律文本的解读，不能断章取义，而应当对整部法律的文本做系统解释，即将条文内容放置到整部法律甚至整个法律体系中加以理解。<sup>6</sup>当前，将民族区域自治权理解为中央与民族自治地方“分权”（decentralization）为基础的地方自治权，或者理解为排除民族自治地方汉族公民的少数民族公民（特别是实行区域自治的“主体民族”公民）的民族自治权，在一定程度上就是对《民族区域自治法》第三章“自治机关的自治权”孤立解读的结果。如果以体系解释的方法，对《民族区域自治法》进行整体考察，上述两种误读是完全可以避免的。从文本结构上看，《民族区域自治法》包括“序言”“总则”“民族自治地方的建立和自治机关的组成”“自治机关的自治权”“民族自治地方的人民法院和人民检察院”“民族自治地方内的民族关系”“上级国家机关的职责”“附则”8个逻辑结构清晰的部分。

一方面，就“地方自治”的误读分析，尽管第三章（第19—45条）规定了民族自治地方的人民代表大会“在一定条件下”有权制定自治条例和单行条例，自治机关“在一定条件下”有权变通执行或者停止执行上级的决策和命令等行为；但是，这些“自治权”绝不是“分权”（decentralization）意义上可以排除中央和上级机关的领导（指导、监督）的“地方自治”意义上的“自治权”，因为本部法律其他章的条文已经规定得很清楚。比如，第一章“总则”规定“自治机关是国家的一级地方政权机关”，意味着自治机关与其他地方政权机关一样应当服从上级机关的领导（指导、监督），应当履行上级机关交办的任务（第7条）；又如，第六章“上级国家机关的职责”规定了上级国家机关应当“帮助”“扶持”“照顾”民族自治地方（第54—71条）——如果民族区域自治权属于地方自治权的话，由于地方自治以分权（decentralization）为前提，便不存在行政上有隶属关系的“上级国家机关”，由于地方自治的基本内涵是实行地方自治的地方“以地方之人、地方之财、独立办地方之事（法律规定权限范围内之事）”<sup>7</sup>，因而更不存在“上级国家机关的帮助、扶持和照顾”。而且，即使是《民族区域自治法》第三章规定的“自治权”，自治机关同样必须接受中央和上级机关的领导（指导、监督）。比如，自治条例和单行条例制定中的批准要求（第19条），变通执行或者停止执行上级的决策和命令等的批准要求（第20条），组织本地方维护社会治安的公安部队的批准要求（第24条），开辟对外贸易口岸、开展边境贸易的批准要求（第31条第一、二款），对本地方的各项开支标准、定员、定额制定补充规定和具体办法的备案或批准要求（第33条），自治州、自治县决定减税或者免税的批准要求（第34条），等等。因此，将第四章“自治机关的自治权”解读为地方自治意义上的自治权，与其他章的规定明显相悖，也与本章内部其他条文的规定相悖。

另一方面，就“民族自治”的误读分析，有的学者以《民族区域自治法》“序言”第二自然段提到的“充分尊重和保障各少数民族管理本民族内部事务权利”为依据，认为“本民族内部事务”是客观存在的，包括“本民族文化事务”“本民族经济事务”“本民族政治事务”“本民族社会事务”；<sup>8</sup>民族自治地方的少数民族是“本民族内部事务”的权利主体；<sup>9</sup>“民族区域自治权的归属主体是民族自治地方所有聚居少数民族”<sup>10</sup>。按照这种解读，有多少个法定的少数民族，就有多少种少数民族内部事务（中国有法定的55个少数民族，相应地就有55种少数民族内部事务）；既然民族自治地方的少数民族是“本民族内部事务”的权利主体，那么，这种排除民族自治地方汉族公民共同享有民族区域自治权的观点，意味着自治机关不是民族自治地方汉族的自治机关，民族自治地方仅仅是聚居的少数民族的自治地方。这种“民族自治”的解读，同样与《民族区域自治法》的立法精神和其他规定相背离。首先，就行使“自治权”的自治机关的规定来看，无论是自治机关（自治区、自治州和自治县的人大和人民政

府)的性质、地位、产生、组成人员等(法律依据除了《民族区域自治法》外,还有《地方各级人民代表大会和人民政府组织法》等),都不是某一个民族或某几个民族(公民们)专有的国家机关,而是民族自治地方所有民族(公民们)共同的国家机关,与一般地方一样“属于一级地方政权机关”,在人民代表大会制度下按照民主集中制原则组织政权(第3条)。其次,既然自治机关实际上是所有民族(公民们)共同的国家机关,那么,民族自治地方的公共事务便是包括施行区域自治的少数民族在内的所有民族(公民们)“共同”的公共事务,而非某一个民族的公民们“专有”的公共事务。显然,现行法律的规定很明确,民族自治地方的所有公民(不管是少数民族还是汉族)均是民族区域自治权的行使主体。在这一问题上,中央也已经做了明确的表态。

学术界之所以会造成“民族自治”的误读,根源之一是《民族区域自治法》“序言”第二自然段提到“各少数民族管理本民族内部事务权利”。针对这一提法,有学者站在“地方自治”和“民族自治”的立场上,认为民族区域自治权存在的必要性前提是用以保障少数民族管理“本民族内部事务的权利”;<sup>11</sup>并从“原旨主义”解释方法出发,通过寻求从20世纪40年代到80年代的党的一些文件和一些国家领导人的讲话来证明今天这种“本民族内部事务”及“自治权”的归属主体<sup>12</sup>。然而,作为一种诉诸当年制度缔造者和法律制定者“立法意图”的主观解释论的“原旨主义”(Originalism),尽管有其部分真理,即在某些较为明确的领域可以理解立法目的,<sup>13</sup>可以有效解释法律文本的某些内容,但本身有其局限。由于当年法律制定者往往是一个群体,而非某个人,而且他们之间(甚至某个人)的观点可能存在前后不协调状况,因而,就最现实的层面而言,今天的人往往难以发现原初理解是什么;即便能够发现原初理解,人们还面临如何将那些理解加以转化为能够解决当今问题的理解的难题。<sup>14</sup>为了弥补单纯的“原旨主义”解释方法的缺陷,法律解释理想状态下应当是以客观解释论为主,同时结合主观解释论进行解释。

《民族区域自治法》作为一部“活的法律”,民族区域自治制度作为一个“活的制度”,“与时俱进”是其生命力。法治思维要求人们必须尊重现行宪法和法律秩序,必须正视法律文本的漏洞以及法律术语含义的变迁,而“概念变化往往是政治变迁的结果”<sup>15</sup>。因此,在解释《民族区域自治法》和民族区域自治制度时,以客观解释论为主,结合主观解释,更有助于当前民族区域自治制度的发展和完善。比如,关于“本民族内部事务”,从实践上看,其存在根源于中华人民共和国建立之初新旧政权交替的背景下,一些民族地区存在“国家→少数民族上层→少数民族群众”的统治结构;这一结构随着民族地区民主改革的完成,已经演变为“国家→公民”的现代国家治理模式;而中国各民族公民居住的“大杂居、小聚居、交错杂居”的特点,决定了少数民族管理“本民族内部事务”缺乏存在的客观依据;从理论上讲,“本民族内部事务”提法是典型的将“中华民族”意义上的“民族”被误用到“少数民族”意义上的“民族”问题上。因而,建议今后修改《民族区域自治法》时,删除这一表述。<sup>16</sup>又如,在“自治”的理解上,应当根据现行宪法和法律秩序,将“地方自治”和“民族自治”意义上的“自治”的理解转化为“优惠照顾”意义上的“自治”的理解。<sup>17</sup>在这一问题上,即使以“原旨主义”解释方法,将其放置在中华人民共和国成立之初的宪法秩序下考察,民族区域自治也并非“地方自治”和“民族自治”,而是“优惠照顾”。就所谓“地方自治”看,如果从所谓“原旨主义”寻求立宪意图,1954年宪法起草过程中,当时党和国家主要领导人毛泽东说得很明白,“我们是中央集权,不是地方分权”<sup>18</sup>;如果根据1954年宪法的规定,中国的地方权力来自中央,没有什么地方事务是中央无权介入(统一领导)的。就所谓“民族自治”看,这种排除汉族公民的“民族自治”主张同样是不能成立的,1954年6月11日,毛泽东在1954年宪法起草委员会第七次全体会议上针对少数民族的“自治”有一个讲话,这个讲话很明白,并不是强调民族区域自治是排除汉族公民的少数民族自治;他实际上是说,在新中国,不管是汉族还是少数民族(公民),都“站起来了”,都共同参与国家和地方的管理,实现了当家作主。<sup>19</sup>2021年中央民族工作会议上,习近平总书记强调“必须坚持各民族一律平等,保证各民族共同当家作主、参与国家事务管理,保障各族群众合法权益”<sup>2</sup>,也表明了当前中央的同一立场。

## (二)“优惠照顾”的法律文本依据

从国家机关的设置上看,除了特别行政区之外,中国大陆地区无论是一般地方还是民族自治地方均实行人民代表大会制度。地方国家机关遵循民主集中制原则,县级以上地方国家权力机关是地方各级人民代表大会,由人民代表大会产生出其他国家机关(人民政府、监察委员会、人民法院和人民检察院);这种国家机关的设置,有《宪法》和《地方各级人民代表大会和地方政府组织法》《监察法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》等法律的明确规定。这些规定意味着,民族自治地方的国家机关与一般地方国家机关一样,无论是国家机关人员的产生、组成、职权及其运作,均应遵循共同的规则。在此前提下,现行宪法和法律主要从以下三个方面规定了针对特殊地方(民族地区)和特殊群体(少数民族)的优惠照顾:

一是国家机关（尤其是民族自治地方国家机关）组成人员的少数民族名额照顾。首先，就人大及其常委会组成人员看，人大代表和常委会委员的少数民族名额照顾，有特别的规定，这些规定散见在《选举法》第 11 条第三款、第 17 条、第 18 条、第 19 条、第 20 条、第 21 条等条文中；其中，“行政建制意义上的民族自治地方”<sup>20</sup>人大常委会“中应当有实行区域自治的民族的公民担任主任或者副主任”（《民族区域自治法》第 16 条第三款）。其次，就“行政建制意义上的民族自治地方”的人民政府及相关工作人员看，行政长官“由实行区域自治的民族的公民担任”，政府的其他组成人员和政府所属工作部门的干部均应当合理配备少数民族人员（《民族区域自治法》第 17 条第一款、第 18 条）。再次，就民族自治地方法院和检察院的领导成员和工作人员看，同样也应当配备实行区域自治的民族的人员（《民族区域自治法》第 46 条第三款）。

二是自治机关所行使的职权的优惠照顾。这些优惠照顾，在《宪法》若干条文（第 4 条第二款、第 89 条第十一项、第 115 条至第 120 条、第 122 条）中有所体现，并集中体现在《民族区域自治法》第三章“自治机关的自治权”（第 19 条至第 45 条）和第六章“上级国家机关的职责”（第 54 条至第 71 条）中。无论是在一定条件下制定自治条例和单行条例（第 19 条），在一定条件下变通执行或者停止执行上级的决策和命令等（第 20 条），还是民族自治地方的企业、事业单位优先招收少数民族人员（第 23 条），或者是“经国务院批准，可以组织本地方维护社会治安的公安部队”（第 24 条），开辟对外贸易口岸、开展边境贸易、对外经济贸易活动享受优惠政策（第 31 条）或财政、税收等的优惠照顾（第 32 条至第 34 条），以及第三章其他条文，均是在比较其他一般地方和其他一般地方国家机关基础上的优惠照顾。第六章“上级国家机关的职责”，更是专门就可以获得上级国家机关在财政、经济、教育、科学技术、文化、卫生、体育事业、人才培养等方面面的帮助、扶持等优惠照顾做了专门的规定。

三是少数民族语言文字、风俗习惯等的优惠照顾。这种优惠照顾主要体现在相互关联的两个方面：一方面，是具有防御功能的少数民族语言文字的自由和风俗习惯的自由。这种规定体现在《宪法》第 4 条第四款上。按照这一规定，这些自由可以对抗公权力的非法干预，以及当遭到其他个人和组织的非法干预时，有“权利救济权”。<sup>21</sup>另一方面，是具有受益权功能的少数民族语言文字的自由和风俗习惯的自由。这种规定，体现在《宪法》第 121 条和《民族区域自治法》第 10 条规定的民族自治地方自治机关的积极作为义务，《选举法》第 22 条规定的自治区、自治州、自治县相关选举组织机构的积极作为义务，《民族区域自治法》第 47 条、《民事诉讼法》（2017）第 11 条、《行政诉讼法》（2017）第 9 条和《刑事诉讼法》（2018）第 9 条规定的民族自治地方的法院和检察院的积极作为义务。

当然，上述优惠照顾内容是交叉重叠、相互支撑的。比如，民族自治地方人大在一定条件下制定的自治条例和单行条例可以对法律、行政法规的某些条款做“变通规定”，而风俗习惯往往是这种“变通规定”背后的重要原因。此外，原《婚姻法》等法律赋予民族自治地方变通规定的权力，风俗习惯往往也是其中的重要原因。

### （三）“优惠照顾”的辩证统一：集中统一与优惠照顾的结合

法律文本关于民族区域自治这种“优惠照顾”的规定，是民族自治地方（少数民族公民）相比较一般地方（公民），民族自治地方自治机关相比较一般地方国家机关的基础上加以体现的。这种“优惠照顾”与中央集权（而不是地方分权）、国家（中央）统一领导的体制密切相关，即没有中央集权和国家（中央）统一领导，就不可能实施“优惠照顾”，也不可能有效实施“优惠照顾”。同时，这种“优惠照顾”与坚持中国共产党的领导、走社会主义道路密切相关。民族自治地方与其他一般地方一样，必须坚持中国共产党的领导，走社会主义道路。

一方面，在立宪者和立法者看来，民族区域自治的“优惠照顾”有其政法前提，即坚持中国共产党的领导、坚持社会主义道路、维护国家统一（包括法制统一）。<sup>22</sup>这一政法前提，无论是在民族区域自治制度建立之初的 20 世纪 50 年代，还是进入“新时代”的今天，均有明确的法律文本依据。1952 年《民族区域自治实施纲要》第 2 条便明确规定了自治机关是中央人民政府统一领导下的一级地方政权，并受上级人民政府的领导。此外，在涉及“自治权利”的条文上，均以维护国家统一、接受国家（中央）领导为前提，比如第 20 条自治机关经济建设、第 22 条组织本地方公安部队和民兵、第 23 条制定“单行法规”等。

现行《民族区域自治法》无论是“序言”还是各章，均贯穿着“坚持中国共产党的领导、坚持社会主义道路、维护国家统一（包括法制统一）”这一主题。<sup>23</sup>比如，维护国家统一在“序言”第一、第二和第四自然段均有所体现，“总则”部分“维护国家统一”这一主题同样处于核心位置，《民族区域自治法》第3条第一款、第4条、第5条、第7条均对此作了进一步规定。此外，在第三章“自治机关的自治权”部分，主要在第19条、第20条、第24—26条、第29条、第31条第一款、第33—34条等条文中加以体现，在第五章“上级机关的职责”，特别是第72条明确规定了上级国家机关对遵守和执行民族政策和法律的职责。又如，在坚持社会主义道路这一规定上，“序言”部分第三、第四、第五自然段均强调了民族自治地方的社会主义性质，第一章“总纲”部分在第6条第一、第四款，第8条，第9条等条文中也强调了“社会主义”内容，第三章“自治机关的自治权”在第22条第一款、第26条等条文中同样点出了“社会主义”内容。

另一方面，坚持中国共产党的领导、坚持社会主义道路、维护国家统一（包括法制统一），在立宪者和立法者，以及制度的实施者看来，也是民族区域自治“优惠照顾”的保障。在现行宪法秩序之下，坚持党的领导和社会主义道路，维护中央集中统一领导（实行中央集权），是维护国家统一的基础。而维护国家统一，又是实行民族区域自治的前提。用有的学者的话，民族区域自治权（实质是“优惠照顾”——引者）的真正落实，“又怎能离开一个统一强大的主权独立国家的支持！”<sup>24</sup>诚然，无论资金的投入、资源的调配、技术的扶持、人才的培养和使用，还是中央给予特殊地方“差别化的区域性政策”，抑或是转移支付体制机制，以及发达省份对口支援民族自治地方的机制，均离不开中央的集中统一领导（中央集权）。

显然，之所以在少数民族聚居的地方建立民族自治地方，之所以规定自治地方国家机关（包括作为自治机关的人大和人民政府）的组成人员中要有少数民族身份的公民担任相应职务，之所以规定自治地方（自治机关）拥有一般地方（一般地方国家机关）所没有的权利（权力），之所以规定上级国家机关的帮助、扶持、照顾职责，甚至规定其他地方的对口支援义务，均是对少数民族和民族地区的优惠照顾。这种优惠照顾，在现行宪法秩序下，必须以中央集权（中央集中统一领导）为前提，也只有中央集权（中央集中统一领导）的体制下，才可能加以实施。

### 三、“优惠照顾”的实施逻辑：法律文本的框架结构与执法能动的耦合

作为一种国家（中央）对特殊地方（民族自治地方）的优惠照顾制度，民族区域自治有其自身的实施逻辑，这种实施逻辑与《民族区域自治法》作为一种与“司法适用导向的法律”不同的“行政执法导向的法律”<sup>25</sup>的框架结构相匹配。

#### （一）《民族区域自治法》文本的框架结构特征

《民族区域自治法》与《刑法》《民法典》《行政处罚法》等可直接作为司法裁判依据的“司法适用导向的法律”不同，属于典型的依赖立法裁量和行政裁量来具体化立法意图的“行政执法导向的法律”。这种法律在文本结构上必定是“框架”（Rahmen）式的，这种特征，从逻辑上看，以基础规范（宪法）为前提，高级规范创造了低级规范，低级规范创造了另一个更低级的规范，依此类推；从法律规范的正当性看，低级规范的正当性来源于高级规范的授权，这种正当性一直可以回溯（regressus）到基础规范（宪法）；<sup>26</sup>从规范内容看，高级规范本身并不预先提供了低级规范的具体内容，而是在高级规范确定的目标和框架之内，赋予了低级规范意志（政策）形成空间。<sup>27</sup>《民族区域自治法》的框架结构特征反映在如下两个方面：

从立法目的看，它既为了“实施宪法规定的民族区域自治制度”（“序言”最后一个自然段），也为了给低位阶的法律性文件（行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章）和行政执法行为的贯彻实施提供目标和框架（空间）。这种框架结构，也反映了中国当前宪法（民族区域自治制度）实施“非司法化”的制度安排，正如有学者指出的，“中国宪法更像一个政治纲领式的宣言”<sup>28</sup>，“中国将宪法视为一种需要普通法律加以具体化的根本法”<sup>29</sup>。与之匹配，《民族区域自治法》同样看起来“好像是一本权利‘宣言书’”<sup>30</sup>，“大多数篇幅集中体现为宣示性条款”<sup>31</sup>；这种“纲领式宣言”“宣言书”式的宪法和民族区域自治法律文本，服务于上述通过低位阶的法律性文件和行政执法行为加以贯彻实施的目标。这种实施的思路是：《宪法》是“母法”，可以为《民族区域自治法》这样的“子法”提供立法依据，反过来也靠《民族区域自治法》这样的“子法”进一步具体化；与之

类似,《民族区域自治法》这一“子法”又可以为《国务院实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉若干规定》这样的行政法规、《吉林省实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉办法》这样的地方性法规、《云南省西双版纳傣族自治州自治条例》这样的自治条例和《云南省红河哈尼族彝族自治州异龙湖保护管理条例》这样的单行条例,以及规章、规范性文件等“孙法”和“曾孙法”提供立法和制定依据,反过来也得靠这些“孙法”和“曾孙法”进一步具体化(贯彻实施)。这种立法目的能够实现的前提是,宪法和法律文本规定的是侧重于需要国家采取积极措施加以保障的积极权利(社会权)内容。<sup>32</sup>民族区域自治制度作为国家(中央)对特殊地方(民族自治地方)“自上而下”采取积极措施加以实现的优惠照顾本质,恰恰契合了这一前提。

从文本内容看,《民族区域自治法》这种“纲领式宣言”“宣言书”法律文本,规定的是与“条件模式”(亦即规定一定的构成要件与法律效果,如果构成要件被满足,则一定的法律效果便会发生)相对的“目的模式”<sup>33</sup>;这种法律规定模式由大量的没有指明人们可以达致可欲目标的具体方式,而是直接指示取得那个可欲目标的“愿景性条款”(aspirational norms)构成。之所以采用这种立法模式,乃是因为立法者在制定法律时因“理性不足”、无法预见未来实现立法目标等各种情形,只能确立一个个具体的目标,但实现目标的具体手段、方式、程序、内容,只能留给低位阶的法律文件制定机关和行政执法部门灵活应对。在这种情况下,由于规则制定者没有能力给行政机关的执行发出明确的指令,因而,留给行政机关高度的自由裁量权是不可避免的。<sup>34</sup>这种侧重保障积极权利,以实现基本权利客观价值秩序功能为导向的功能体系,决定了中国行政为中心的权力体制格局。<sup>35</sup>在民族区域自治制度这一国家(中央)给予特殊地方(民族自治地方)优惠照顾制度的实施上,更是与“司法适用导向的法律”注重司法裁判为中心的路径不同,必定采取以行政为中心,以行政决策、执法能动为要务的实施路径。

## (二)《民族区域自治法》的执法能动模式

民族区域自治制度“自上而下”采取积极措施加以实现优惠照顾的本质,决定了《宪法》和《民族区域自治法》所规定的“义务主体”<sup>36</sup>——国家机关(包括民族自治地方的“上级国家机关”和民族自治地方内的国家机关)是贯彻实施的主力军。与上述立法“目的模式”下的框架结构相一致,在实施路径上,民族区域自治制度的实施是一种赋予实施机关和执行部门有较大意志形成空间的执法能动模式。

首先,就民族区域自治的行政决策机关考察,民族自治地方的“上级国家机关”(尤其是中央政府)对如何贯彻实施《民族区域自治法》起到了决定性作用。无论是西部大开发战略的决策,还是国家制定并实施少数民族事业的规划<sup>37</sup>,抑或是“支持民族地区全面深化改革开放”,“加大对民族地区基础设施建设、产业结构调整支持力度,优化经济社会发展和生态文明建设整体布局”,“补齐就业、教育、医疗等社会事业发展短板,缩小公共服务水平方面差距”,“推动民族地区主动对接国家区域重大战略,与其他地方一道,在国家的统筹安排下更好利用国内国际两个市场两种资源,深化东西部协作和定点帮扶工作,优化转移支付”,“支持民族地区实现巩固脱贫攻坚成果同乡村振兴有效衔接,优化乡村产业结构”,“完善沿边开发开放政策体系,深入推进固边兴边富民行动”,<sup>38</sup>均是贯彻实施《民族区域自治法》的措施,也是中央履行职责的体现。

其次,就民族区域自治的实施机关考察,根据法制统一的原则,《宪法》作为国家根本大法、《民族区域自治法》作为实施《宪法》的基本法律,当然可以科处包括全国人大及其常委会在内的所有国家机关的《民族区域自治法》实施义务;而《国务院实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉若干规定》作为一部行政法规,当然可以科处包括国务院自身在内的所有行政机关(国务院各部门、各级人民政府和其他所有行政机关)的《民族区域自治法》实施义务;《吉林省实施〈中华人民共和国民族区域自治法〉办法》作为一部省级地方性法规,除“法律保留”事项外,当然可以科处包括吉林省人大及其常委会在内的本省国家机关(特别是省内各级人民政府)实施《民族区域自治法》的义务;依此类推。因此,在考察民族自治的实施机关时,不应仅仅局限于自治机关及其下属机关和部门,也不应局限于中央具体负责民族事务工作的国家机关(国家民族事务委员会)。实际上,仅就行政机关而言,在中央层面,大量的优惠照顾措施是包括国家发展和改革委员会、科学技术部、国家民族事务委员会、司法部、人力资源和社会保障部、生态环境部、交通运输部、农业农村部、文化和旅游部、教育部、工业和信息化部、民政部、财政部、自然资源部、住房和城乡建设部、水利部、商务部、国家卫生健康委员会等几乎所有的国务院部门均在贯彻实施的。在地方层面,大量的优惠照顾措施是在遵循“条块结合”<sup>39</sup>(涉及民族地区的各级地方政府及行政部门)的行政体制运行规则之下,加以贯彻实施

的。对于中央而言，贯彻实施《宪法》和《民族区域自治法》确立的民族区域自治制度，落实优惠照顾措施，国务院及其部门和地方国家机关（特别是地方人大及其常委会、地方政府及政府部门），只要优惠照顾措施由相应国家机关按照职责权限贯彻实施下去，便实现了目标；而没有必要考虑这些国家机关——特别是民族自治地方的自治机关的双重“身份”（既是一级地方政权机关，又是自治机关）和双重“职权”（自治权和一般地方相应国家机关职权）问题，这是因为，在中央看来，只要优惠照顾措施能够得到有效贯彻，立宪和立法目标便实现了。

再次，就民族区域自治的实施内容考察，针对特殊地方（民族地区）和特殊群体（少数民族）的优惠照顾措施，主要集中在上文提及的三个方面，即“国家机关（尤其是民族自治地方国家机关）组成人员的少数民族名额照顾”“自治机关所行使的职权的优惠照顾”和“少数民族语言文字、风俗习惯等的优惠照顾”三个方面，这些措施涉及少数民族干部、自治机关职权、与少数民族群体特征关系密切的语言文字和风俗习惯等内容上，其中，“民族自治地方自治机关行使职权的优惠照顾”集中包含着国家（中央）和上级国家机关“在财政、金融和教育文化等方面采取必要的特殊政策，加快民族地区经济和社会发展，促进民族团结，逐步缩小民族自治地方与其他地区的发展差距”<sup>40</sup>，给予民族地区差别化的区域政策，努力平衡民族地区与其他地区的目标。分析民族自治地方优惠照顾的内容显然应当围绕这一目标展开：只要国家（中央）和民族自治地方的上级国家机关——比如国务院及其部门——围绕这一目标，实施的措施直接或者间接考虑到民族地区和少数民族的特殊性，这些措施内容便都具备了国家（中央）对特殊地方（民族自治地方）的优惠照顾性质。这是因为，对于实现民族区域自治目标而言，这些优惠照顾措施内容是否直接贴上了“民族区域自治”的标签并不重要，重要的是这些措施内容能够真正地“缩小民族自治地方与其他地区的发展差距”。因此，在理解民族区域自治的优惠照顾措施内容时，除了对于少数民族和民族地方的特殊问题仍应保留专项扶持政策而设置的民族专项扶持内容外，其他尽管没有标明为“民族专项扶持”内容，但针对属于诸如生态保护、扶贫开发、边疆建设、教育和基础设施建设等地区性共性问题的扶持内容，同样属于民族自治地方优惠照顾的实施内容。

最后，就民族自治地方优惠照顾的实施方式和效果考察，从广度看，它是各类国家机关，尤其是政府各部门（人事、财政、经济、教育、科技、文化、卫生、体育、民政、水利、生态环境、交通运输、民族事务委员会等）各司其职，通力合作，加以贯彻实施的；从深度上看，它是自上而下，从中央政府一直到乡镇政府，通过科层制的体制，逐步落实到最基层的。其实施手段，与其他需要通过国家采取积极措施加以保障的积极权利内容类似，“依靠上下级国家机关之间内部的‘命令—服从’、‘监督—被监督’关系实施”“依靠国家机关之间的监督机制实施”“依靠相关政策手段的辅助实施”“依靠执政党的推动和监督实施”和依靠“舆论压力和制度惯性”实施。<sup>41</sup>因此，这种优惠照顾的实施方式，也是通过上级国家机关和民族自治地方的自治机关，以及民族自治地方内的其他国家机关，在日常按部就班的工作中，以“润物细无声”的方式加以实施的。而民族自治地方优惠照顾的实施效果，并不是“行为导向”，而主要是“结果导向”——由于民族区域自治的优惠照顾本质，这种优惠照顾的实施，需要国家（中央）和民族自治地方的上级国家机关在《宪法》和《民族区域自治法》的框架内，根据多种“变量”（当年国家财政收入、民族自治地方的实际需要、平衡其他地方等），综合衡量，因而，无法将其“数量”完全固定化；而优惠照顾的结果必定是一个水涨船高的过程，因而，衡量优惠照顾措施是否得到有效实施、优惠照顾效果是否良好，应当是倒过来看，即只要消极因素得到有效降低或者避免，积极因素得到有效提升，实施优惠照顾的效果就是良好的——比如贫困人口数量显著下降、民生领域得到有效保障、基础设施得到有效改善、教育水平得到提高等。

## 四、结语

理解民族区域自治制度的“优惠照顾”本质，是正确发展和完善民族区域自治制度的理论前提。这一理论前提有着《宪法》和《民族区域自治法》等法律的文本依据，有着诸如国务院新闻办发布的《中国的民族区域自治（白皮书）》（2005年2月）、《新疆的发展与进步（白皮书）》（2009年9月）、《西藏的发展与进步（白皮书）》（2015年10月）、《新疆人权事业的发展进步（白皮书）》（2017年6月）、《改革开放40年中国人权事业的发展进步（白皮书）》（2018年12月）、《为人民谋幸福：中国人权事业发展70年（白皮书）》（2019年9月）、《新疆的劳动就业保障（白皮书）》（2020年9月）、《西藏和平解放与繁荣发展（白皮书）》（2021年5月）、《全面建成小康社会：中国人权事业发展的光辉篇章（白皮书）》（2021年8月）等白皮书列举的大量的优惠照顾的事实依据。如果站在“地方自治”和“民族自治”的立场上理解民族区域自治制度，便无法有效解释中国现行民族区域自

治法律文本注重的与“地方分权”相反的中央集权（中央集中统一领导）的规定，也无法有效解释“大杂居、小聚居、交错杂居”居住格局下，包括民族自治地方在内的所有地方都是全体中国公民共有的地方的事实，更无法解释当前现代国家“国家→公民”治理模式下国家与公民之间直接的宪法法律关系。因此，站在优惠照顾的立场上观察，民族区域自治的制度目标、实施方式、发展前景便可豁然开朗：它是一种国家为了追求各地（以及各个群体）均衡发展的差异化政策的制度，也是一种体现党和政府对特殊地方和特殊群体关心的“父爱主义”制度，它契合了中国自上而下政策推行的党政体制和经济社会发展领域注重规划的决策思路。

在法学原理上，从横向上看，民族区域自治的区域差异化政策意味着，它是在比较民族自治地方和一般地方基础之上，对民族自治地方给予优惠照顾的。从纵向上看，民族区域自治的“父爱主义”制度，就“权利主体”观察，它意味着获得优惠照顾的特殊地方和特殊群体享有的是与具有防御功能的自由权利不同的，主要依赖国家采取积极措施加以实现的积极权利；就“义务主体”考虑，它意味着国家（中央）、上级国家机关和民族自治地方的自治机关，以及民族自治地方内的其他国家机关，应当按照《宪法》和《民族区域自治法》等法律所确定的优惠照顾目标，在《宪法》和法律所规定的框架结构之内，因地制宜，发挥主观积极性，进行能动执法。也正因如此，只要符合优惠照顾目标，并在《宪法》和法律规定的框架结构内，“义务主体”便不存在对“权利主体”违法情形，当然也就不存在应当对“权利主体”承担法律后果的后果。当然，如果“义务主体”实施的行为不符合优惠照顾目标，超越了《宪法》和法律的框架结构，自然构成了违法的情形；如果“义务主体”实施的行为尽管符合优惠照顾目标，并在《宪法》和法律的框架结构内，但实施的行为明显不合理，自然构成了违法或者不当的情形，而这种违法或不当，由于执法时，实施机关和执行部门有较大意志形成空间，司法机关难以通过司法审查机制加以救济，只能留给实施机关和执行部门通过内部机制（执政党的监督、上级机关对下级机关的监督、权力机关对行政机关的监督、监察机关的监督等）加以矫正。

#### 注释：

1 汪洋：《在广西壮族自治区成立六十周年庆祝大会上的讲话》（2018年12月10日，南宁），<http://politics.people.com.cn/n1/2018/1211/c1024-30457067.html>，2019年4月5日。

2 《习近平在中央民族工作会议上强调以铸牢中华民族共同体意识为主线推动新时代党的民族工作高质量发展》，<http://cpc.people.com.cn/shipin/n1/2021/0830/c243247-32211868.html>，2021年9月10日。

3 马戎：《习近平同志近期讲话指引我国民族工作的方向》，《中央社会主义学院学报》2018年第3期。

4(1)关于“优惠照顾理论”，参见沈寿文：《重新认识民族区域自治权的性质》，《云南大学学报（法学版）》2011年第6期；《中国民族区域自治制度的性质》，北京：法律出版社，2013年；《“优惠照顾理论”范式下的单行条例功能》，《思想战线》2016年第1期；《民族区域自治立法权与一般地方立法权的关系——以“优惠照顾理论”范式为视角》，《广西民族研究》2016年第3期；《理解“行政执法导向的法律”——一种对〈民族区域自治法〉立法思路的思考》，《政治与法律》2018年第3期。

5(2) [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，北京：法律出版社，2009年，第74页。

6(1)薄庆玖编著：《地方政府与自治》，台北：五南图书出版有限公司，1992年，第5页。

7(2)陈蒙：《“本民族内部事务”探析》，《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2017年第6期。

8(3)陈蒙：《民族区域自治法序言中“少数民族管理本民族内部事务权利”的法理分析》，《青海社会科学》2019年第1期。

9(4)潘红祥：《论民族自治地方自治立法权和地方立法权的科学界分》，《法学评论》2019年第3期。

- 
- 10(5)潘红祥：《论民族自治地方自治立法权和地方立法权的科学界分》。
- 11(6)潘红祥：《论民族自治地方自治立法权和地方立法权的科学界分》。
- 12(7)[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2005年，第198页。
- 13(1)[美]戴维·斯特劳斯：《活的宪法》，毕洪海译，北京：中国政法大学出版社，2012年，第16页。
- 14(2)[美]特伦斯·鲍尔、约翰·波考克主编：《概念变迁与美国宪法》，谈丽译，上海：华东师范大学出版社，2010年，第19页。
- 15(3)沈寿文：《“本民族内部事务”提法之反思》，《思想战线》2013年第3期。
- 16(4)沈寿文：《重新认识民族区域自治权的性质》。
- 17(5)韩大元：《1954年宪法制定过程》，北京：法律出版社，2014，第307页。
- 18(6)许崇德：《中华人民共和国宪法史（上卷）》，福州：福建人民出版社，2005年，第141页。
- 19(7)习近平总书记在2021年中央民族工作会议上的讲话（2021年8月28日），[http://www.gov.cn/xinwen/2021-08/28/content\\_5633940.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-08/28/content_5633940.htm)，2021年12月6日。
- 20(1)所谓“行政建制意义上的民族自治地方”，是与“行政辖区意义上的民族自治地方”相对应的概念；按照这种划分，“行政建制意义上的民族自治地方”的人大常委会，指的是自治区、自治州和自治县这三个层级政权机关中的人大常委会；而“行政辖区意义上的民族自治地方”的人大常委会，指的是包括自治区、自治州和自治县这三个层级政权机关中的人大常委会，以及自治区所辖范围内其他层级人大常委会，自治州所辖范围内其他县级人大常委会。参见沈寿文：《“民族自治地方”的两层涵义》，《贵州民族研究》2013年第1期。
- 21(2)张翔：《基本权利的规范建构》，北京：高等教育出版社，2008年，第52页。
- 22(1)《加强改善党的领导切实做好民族工作——三论坚持和完善民族区域自治制度》，《人民日报》2009年4月23日。
- 23(2)沈寿文、董迎轩：《对现行〈宪法〉和〈民族区域自治法〉文本之解读——基于维护国家统一、保障中央统一领导的取向》，《云南社会科学》2012年第1期。
- 24(3)常安：《统一多民族国家的宪制变迁》，北京：中国民主法制出版社，2015年，第246页。
- 25(4)沈寿文：《理解“行政执法导向的法律”——一种对我国〈民族区域自治法〉立法思路的思考》，《政治与法律》2018年第3期。
- 26(1)[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：中国大百科全书出版社，1996年，第141页、第150-154页。
- 27(2)黄舒菀：《“不确定法律概念”是一种“法律”概念吗？——从德国行政法的新近发展反思不确定法律概念的制度功

---

能》，《框架秩序下的国家权力：公法学术论文集》，台北：新学林出版股份有限公司，2013年，第125页。

28(3) 翟国强：《中国宪法实施的双轨制》，《法学研究》2014年第3期。

29(4) 翟国强：《中国宪法实施的双轨制》。

30(5) 姚俊开：《〈民族区域自治法〉的法理反思》，《西藏民族学院学报（哲学社会科学版）》2014年第5期。

31(6) 熊文钊、郑毅：《论〈民族区域自治法〉的地位、作用及其完善》，《中央民族大学学报（哲学社会科学版）》2014年第3期。

32(7) 翟国强：《中国宪法实施的双轨制》。

33(8) 张桐锐：《合作国家》，翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编辑：《当代公法新论（中）：翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》，台北：元照出版有限公司，2002年，第569页。

34(9) [美]理查德·B. 斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岷译，北京：商务印书馆，2002年，第63页。

35(10) 郑春燕：《基本权利的功能体系与行政法治的进路》，《法学研究》2015年第5期。

36(1) 《宪法》第122条规定第一款：“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。”第二款规定：“国家帮助民族自治地方从当地民族中大量培养各级干部、各种专业人才和技术工人。”《民族区域自治法》第六章“上级国家机关的职责”（第54-59条）规定了上级国家机关财政、金融、物资、技术和人才等方方面面的优惠照顾职责。

37(2) 如《中共中央、国务院关于进一步加强民族工作加快少数民族和民族地区经济社会发展的决定》（2012年8月31日）、《国务院关于印发“十三五”促进民族地区和人口较少民族发展规划的通知》（国发[2016]79号）等。

38(3) 《推动各民族共同走向社会主义现代化》，《中国民族报》2021年9月28日。

39(4) 参见周振超：《当代中国政府“条块关系”研究》，天津：天津人民出版社，2008年。

40(1) 原全国人民代表大会常务委员会副委员长铁木尔·达瓦买提：《关于〈中华人民共和国民族区域自治法修正案（草案）〉的说明——2000年10月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议上》。

41(2) 熊文钊、郑毅：《试析民族区域自治法中的软法规范》，《中央民族大学学报（哲学社会科学版）》2011年第4期。