



新疆大学“211工程”优秀学术著作出版基金资助出版

新疆少数民族 民商事习惯与民事法律研究

——以新疆维吾尔族和哈萨克族为视角

Xinjiang Shaoshu Minzu
Minshangshi Xiguan
yu Minshi Falü Yanjiu

王芳◎著



兰州大学出版社

* 法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

新疆少数民族

民商事习惯与民事法律研究

——以新疆维吾尔族和哈萨克族为视角

Xinjiang Shaoshu Minzu

Minshangshi Xiguan

yu Minshi Falü Yanjiu

王芳◎著



兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

新疆少数民族民商事习惯与民事法律研究:以新疆维吾尔族和哈萨克族为视角/王芳著. —兰州:兰州大学出版社,2012. 12

ISBN 978-7-311-04037-6

I. ①新… II. ①王… III. ①维吾尔族—民法—习惯法—研究—新疆 ②哈萨克族—民法—习惯法—研究—新疆 ③维吾尔族—商法—习惯法—研究—新疆 ④哈萨克族—商法—习惯法—研究—新疆 IV. ①D927.450.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 320531 号

策划编辑 宋 婷
责任编辑 宋 婷 王颖瑾
封面设计 管军伟

书 名	新疆少数民族民商事习惯与民事法律研究 ——以新疆维吾尔族和哈萨克族为视角
作 者	王 芳 著
出版发行	兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000)
电 话	0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心) 0931-8914298(读者服务部)
网 址	http://www.onbook.com.cn
电子信箱	press@lzu.edu.cn
印 刷	兰州奥林印刷有限责任公司
开 本	880 mm × 1230 mm 1/32
印 张	7.125
字 数	145 千
版 次	2012 年 12 月第 1 版
印 次	2012 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-311-04037-6
定 价	12.00 元

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

序 言

国家法律的制定和实施离不开民众的认同与支持,多数民众深知习惯却不了解法律,这就需要法律与地方习惯,尤其是少数民族地方的习惯进行沟通和融合,并形成良性的互动关系。民法是与人民生活关系最为密切的法律,未来民法典在规定、调整人民生活所涉及的民事法律关系的同时,必须及时、准确地反映人民生活所涉的民事法律关系之原貌;而要想使未来之民法典能够真正走进民众的生活,并成为民众的生活习惯,发掘各民族、各地区固有的民事习惯就显得尤为必要。

新疆,作为中华人民共和国领土神圣且不可分割的一部分,各族人民在这块广袤富饶的土地上共同创造了灿烂悠久的文化,这里的地理环境、气候条件、人文历史、宗教信仰等,都在无时无刻地影响着人们的生产和生活方式以及行为习惯,这里是民族的大融合,同时也是各民族、各地方民事习惯的大粮仓。而且,随着经济与社会的发展,法律的普及和法治建设的深入进行,新疆各少数民族也在不断前进,但是在进步的同时,各少数民族依然保留着一些传统的民事习惯。现行民事法律具有普适性,它的生命在于它能

够得到正确的适用。而民事法律在适用过程中很可能会遇到具有地方性、民族性的民事习惯(尤其是在多民族国家),并且难免产生冲突,它们之间能否协调、融合,关系到民事法律关系中当事人权利及义务能否得到实现。因此,探讨少数民族民事习惯与民法的关系,寻找它们冲突及融合的场景,并分析解决冲突的对策,对促进民法的正确适用具有深远意义。

少数民族习惯法是少数民族文化的主要载体,习惯法世代相传的过程,也是民族文化保存、继承、传递的过程。少数民族习惯法是特定社会群体一致性的体现,其目的主要是维护这些特定群体的共同利益。少数民族习惯法独立于国家制定法之外,其内容、效力范围、作用、执行等自成体系,有其独立存在的价值,与国家制定法相比,习惯法以其生动、具体的独特形式在实际生活中弥补了国家制定法宏观和抽象之下的一些空白。研究少数民族习惯法,探讨少数民族社会生活中的各种民商事习惯法,对于拓宽法学研究领域,丰富法学理论,深化法学研究,正确处理现代化发展中的固有法律文化具有一定的现实意义,这正是本课题的研究意义之一。本课题的研究意义之二是为国家将来制定统一的民法典提供些许本土性资料。研究意义之三是研究少数民族民商事习惯法,不仅能够正确认识少数民族民商事方面习惯法所具有的规范功能,而且能够在此研究过程中对少数民族民商事习惯法的内容予以梳理并进行甄别,以促进国家制定的民商事法律在司法实践过程中与民族地方的习惯贯通融合,努力消除国家法律文化与地方文化的阻隔,共创法治、和谐、安定的社会局面。

本项目完成的研究报告,主要内容涉及五个方面的问题:

一是对少数民族民商事习惯法概述研究。对习惯法与少数民族习惯法的概念进行了界定,提出课题组的看法,以新疆少数民族的民商事习惯法为例展开研究,使得课题具有民族性和区域代表性,完成了民商事习惯法的前置理论研究,包括“习惯法与少数民族习惯法”在现代政治国家及社会生活中的存在空间以及对“习惯法”概念的界定。所谓习惯法是指独立于国家制定法,并在人们长期的社会生活中形成,依据有别于政治国家所确立的强制力之外的社会权威,通过其内心认同的心理模式表现出来,以此作为处理私人之间民商事权利义务关系,不为国家制定法所禁止的行为规范。这一观点与目前国内以社会学方法研究“习惯法”的范式有所区分,这对整篇研究报告起到了提纲挈领的作用。同时,课题探讨了研究少数民族民商事习惯法的意义与方法,明确了研究思路。

二是对新疆少数民族民商事习惯法的产生和发展。主要针对新疆维吾尔族、哈萨克族民商事习惯法的历史流变进行研究,梳理出从远古之禁忌到形成相应的习惯以及最后形成习惯法这样一个路径及过程,第一次对新疆维吾尔族和哈萨克族民商事习惯法的产生和发展进行了系统的研究。

三是课题重点研究了新疆少数民族民商事习惯法的内容。主要是维吾尔族和哈萨克族在财产所有权方面、生产及分配方面、债权债务方面、婚姻家庭财产继承方面的习惯法,将之作为研究的历史背景,为之后论述社会主义政治国家的建立对少数民族民商事

习惯法所产生的深刻影响以及习惯法本身的研究奠定基础,极大地丰富了法治建设的视野和空间,充实了民法理论。

四是研究了新疆少数民族民事习惯与民法的冲突。在分析新疆少数民族民事习惯之特点的基础上,论证了新疆少数民族民事习惯与现行民法冲突的各类表现。例如,天然孳息归属的习惯与《物权法》规定之间的冲突,民间借贷利息的习惯与《合同法》规定之间的冲突,财产继承习惯与《继承法》规定之间的冲突等,进而阐释了新疆少数民族民事习惯与现行民法冲突的实质,提出民事习惯对于民法的功能与作用,即民事习惯可以增强民众对于民法的认同感,运用民事习惯有利于确认民事法律事实,民事习惯可以填补法律漏洞,确定民事习惯在制定法中的地位亦可约束法官的自由裁量权。

五是研究了新疆少数民族民事习惯与民法的融合。通过分析现行民法对新疆少数民族民事习惯的包容,新疆少数民族民事习惯对民法的接纳,进而探寻出新疆少数民族民事习惯与民法融合的途径。建议在国家立法层面上将民事习惯确立为法的正式渊源,在民事案件的裁判过程中运用调解程序将民事习惯与民法规范结合,可以适当进行变通及补充立法,从而促进民事法律与民事习惯之间的融合。

目 录

第一章 少数民族民商事习惯法概述 / 1

第一节 习惯法、少数民族习惯法与少数民族民商事习惯法 / 1

一、习惯法的考察与界定 / 1

二、概念的界定 / 13

第二节 研究少数民族民商事习惯法的意义与方法 / 19

一、研究少数民族民商事习惯法的意义 / 19

二、研究少数民族民商事习惯法的方法 / 24

第三节 以新疆为例研究少数民族民商事习惯法的原因 / 28

一、新疆少数民族民商事习惯法源远流长,内容较为丰富 / 28

二、以新疆主体少数民族的民商事习惯法为例展开研究,具有民族性和区域代表性 / 29

三、国内对新疆少数民族民商事习惯法研究相对薄弱 / 30

第二章 维吾尔族、哈萨克族民商事习惯法的历史 流变 / 32

第一节 维吾尔族、哈萨克族的族源 / 32

第二节 不同历史时期维吾尔族、哈萨克族民商事习惯法的 演进 / 37

第三章 新疆少数民族民商事习惯法的内容 / 53

第一节 生产及分配方面的习惯法 / 54

一、维吾尔族生产及分配习惯法 / 54

二、哈萨克族生产及分配习惯法 / 62

第二节 财产所有、占有及使用方面的习惯法 / 67

一、维吾尔族财产所有、占有及使用方面的习惯法 / 67

二、哈萨克族财产所有、占有及使用方面的习惯法 / 73

三、其他有关占有、所有权方面的习惯法 / 77

第三节 债权债务方面的习惯法 / 79

一、维吾尔族债权债务习惯法 / 79

二、哈萨克族债权债务习惯法 / 89

第四节 新疆少数民族婚姻家庭继承方面的习惯法 / 93

一、维吾尔族婚姻家庭继承方面的习惯法 / 93

二、哈萨克族婚姻家庭继承方面的习惯法 / 98

第四章 新疆少数民族民事习惯与民法的冲突 / 109

第一节 新疆少数民族民事习惯的特点 / 109

一、民族性 / 109

二、宗教性 / 110

三、地方性 / 110

四、精确性 / 111

五、分散性 / 111

第二节 新疆少数民族民事习惯与现行民法冲突的表现 / 111

一、天然孳息归属的习惯与《物权法》规定之间的冲突 / 111

二、猎物分配的习惯与民事法律规定缺失之间的冲突 / 112

三、草场使用习惯与土地承包经营权人权利之间的

冲突 / 112

四、买卖活动地点限制的习惯与民事法律之间的冲突 / 113

五、民间借贷利息的习惯与《合同法》规定之间的冲突 / 113

六、结婚对象限制的习惯与《婚姻法》规定之间的冲突 / 114

七、嫁妆取回、彩礼返还的习惯与民事法律之间的冲突 / 115

八、妇女再婚时关于“待婚期”的习惯与民事法律之间的

冲突 / 116

九、共有财产分割的习惯与民事法律之间的冲突 / 116

十、财产继承习惯与《继承法》规定之间的冲突 / 117

第三节 新疆少数民族民事习惯与现行民法冲突的

实质 / 119

第四节 民事习惯与民法理论意义上的冲突 / 122

一、对民法私法性的分析 / 123

二、对裁判规范的分析 / 126

三、对民事习惯的分析 / 128

第五节 民事习惯之于民法的功能与作用 / 131

一、民事习惯的运用有利于增强民众对于民法的

认同感 / 132

二、民事习惯的运用有利于确认民事法律事实 / 133

三、民事习惯的运用有利于填补法律漏洞 / 133

四、民事习惯在制定法中地位的确定有利于约束法官的自由

裁量权 / 134

第五章 新疆少数民族民事习惯与民法的融合 / 138

第一节 现行民法对新疆少数民族民事习惯的包容 / 138

一、买卖标的物受到限制的习惯与民族工作条例中的民事规

则相融合 / 138

二、《物权法》对相邻关系之习惯的包容 / 139

三、合同意思表示之习惯与《合同法》的融合 / 140

四、《合同法》对代牧合同中的习惯的包容 / 140

五、婚姻对象限制的习惯与《婚姻法》补充规定之间的

融合 / 141

六、离婚限制及离婚时子女抚养的习惯与《婚姻法》的

融合 / 141

七、继承之前债务须清偿的习惯与《继承法》的融合 / 142

第二节 新疆少数民族民事习惯对民法的接纳 / 142

一、草场使用习惯对民事法律的接纳 / 143

二、证婚习惯对《婚姻法》的接纳 / 143

三、婚姻限制对《婚姻法》的接纳 / 144

四、财产继承方面对《继承法》的接纳 / 144

第三节 新疆少数民族民事习惯与民法融合的途径 / 145

一、民事习惯的调查是寻求民事习惯与民法融合途径的基础 / 145

二、在国家立法层面上将民事习惯确立为法的正式渊源 / 146

三、在民事案件的裁判过程中运用调解程序将民事习惯与民法规范结合 / 147

四、适当进行变通及补充立法以促进民事法律与民事习惯之间的融合 / 149

五、民法的宣传普及使少数民族在法律框架内形成新的习惯 / 150

结论 / 151

参考文献 / 153

附录 / 161

后记 / 215

第一章 少数民族民商事 习惯法概述

第一节 习惯法、少数民族习惯法与 少数民族民商事习惯法

一、习惯法的考察与界定

民国时期的权威辞书《辞源》认为“习惯法是指经国家承认，具有法律效力的社会习惯……一国之风尚礼俗，为法律所承认，不必有条文之制定者，为之习惯法。”^①在实证主义法学家奥斯丁看来，“那些所谓的习惯法本身并不存在内在的法律强制性，也即它并不独立于国家之外”，他坚持认为“习惯法不是某一类独特的、更神圣或建立在另一种权威基础上的法律，它的后面体现国家意

^①《辞源》，上海：商务印书馆，1915年版，转引自李可《习惯法——一个正在发生的制度性事实》，长沙：中南大学出版社，2005年第1版，第47页。

志并且依赖国家”。^① 受实证主义法学思潮的影响,《中国大百科全书·法学卷》这样界定习惯法“习惯法反映国家认可和由国家强制力保障实施的习惯。……在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质。”^②

然而,由于近些年来人类学、社会学等学科在国内法学领域的兴起及深入,国内法学学者对习惯法的研究方法已逐渐摆脱了实证主义法学的单方面影响,进而从法人类学、法社会学以及法律史学等角度出发,对我国古往今来所存在的习惯法进行了广泛且深入的研究。那么,站在社会学以及历史学的立场,何谓习惯法?对概念的界定通常是法学家们展开论述的逻辑起点,不过在此先不急于给习惯法作出界定,而是通过考察习惯法在现实中可能存在的空间、性质、作用的范围以及它产生作用的方式,以此展开对习惯法这一概念的阐述。

(一) 习惯法的存在空间、个性、范围及作用方式

1. 习惯法的存在空间: 国家与社会的二元分离决定了习惯法的社会性

当今所通用的“国家”一词是与“主权”概念的出现及发展结合在一起的,而“主权在政治实体内公众与私人之间确定了一个明确的界限,它也在此政治实体与彼政治实体之间限定了各自的

①[美]庞德《法理学》(第3卷),廖德宇译,北京:法律出版社,2007年第1版,第301-302页。

②中国大百科全书编委会《中国大百科全书·法学卷》,北京:中国大百科全书出版社,1984年版,第87页。

范围。它意味着政治实体内的法律比以往更为实在,或更多的是由统治者所制定”。^① 因此,一般说来,“国家”通常指的是政治实体和政治共同体。“社会”一词的汉语解释,则泛指那些由于共同物质条件而互相联系起来的人群。^② “社会”这个概念作为一种与国家相区分的实体概念是在17世纪~18世纪的西方世界才出现的,当时的西方思想家运用社会契约理论作为手段之一,将“社会视为明显先于国家和外于国家的状况”。^③ 直至黑格尔,他才在学理上将市民社会作为政治社会相对应的概念进而与“国家”作出真正的区分,他强调市民社会“受制于自身的因果规律而明确了它与政治社会或国家的区别,亦即关注特殊利益的非政治化的私域与关注普遍利益的政治化的公域的区别”。^④ 因此,对“国家”与“社会”之间的关系的认识,一般都认为“是将市民的、经济的、私人的特性归诸于‘社会’,使之与国家相对峙”。^⑤ 尽管在马克思看来,“西方资产阶级革命所完成的政治生活同市民社会分离的过

①M. G. 福赛思《国家》,载邓正来《布莱克维尔政治学百科全书》,北京:中国政法大学出版社,1992年版,第741页。

②《现代汉语词典》,北京:商务印书馆,1996年第3版。

③邓正来《市民社会与国家——学理上的分野与两种构架》,载邓正来等《国家与市民社会:一种社会理论的研究路径》,上海:世纪出版集团,上海人民出版社,2006年版,第90页。

④邓正来《市民社会与国家——学理上的分野与两种构架》,载邓正来等《国家与市民社会:一种社会理论的研究路径》,上海:世纪出版集团,上海人民出版社,2006年版,第96页。

⑤转引自梁治平《清代习惯法:社会与国家》,北京:中国政法大学出版社,1996年版,第8页。

程,仅仅使市民社会相对独立于国家政权”,^①然而,只有这样的相对独立性,才是“市民社会活力的源泉,也是确定国家权力作用范围的依据”。^②

正是这种国家与社会的二元分离以及市民社会之于国家的相对独立性,才使得习惯法有了存在的可能,如果没有国家与社会之间二元对立的假定,那么我们只能站在两个极端,“一个极端便是严格的法律实证主义,即所有的法律都是由国家的权威机构制定的;另外一个极端就是所有的法律都是从社会中自生自成的,而国家不过是行使重述先前社会中所存在的法律职权”。^③实际上,在今天,“社会控制首先是国家的职能,并通过法律行使……它主要通过法律发生作用……可是假定政治组织社会和它用来对个人施加压力的法律,对完成目前复杂社会里的社会控制任务来说已经绰绰有余,那是错误的”。^④因此,除主要依靠法律进行的社会控制外,仍然需要其他的形式补充国家立法机关所制定的法律控制

①《马克思恩格斯全集》第1卷,北京:人民出版社,1965年版,第344页。

②于语和《民间法》,上海:复旦大学出版社,2008年版,第19页。

③在历史法学派看来“习惯自生自长,它们并不是为了治理而创造出来的,所以法律也是自生自长,而不是创制出来的。法的功能仅仅是重述、公布并提供一个更为有序、系统和调和了偶然出现之矛盾的表述。……历史法学家同样找出了一些普遍的理想原则,但这些原则并不是道德原则,而是惯常行为原则。它们不是由理性展示的,而是通过历史考察发现的。他们并不认可理性大师千辛万苦所创造的完美法典,它们在处理事务和实施争议的经验中自我构成。”参见[美]罗斯科·庞德《法律与道德》,陈林译,北京:中国政法出版社,2003年第1版,第32-33页。

④[美]庞德《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵等译,北京:商务印书馆,1984年第1版,第13页。

的不足,但是,政治国家的建立使得习惯法只能存在于自生自发的内在秩序当中,亦即“私人领域”^①当中。在公共领域,我们认为,习惯法存在的现实可能性很小,公共领域中所谓的“习惯法是指源于习惯的法律,之所以仍称为习惯法,主要是表明其历史渊源……”^②;就法的形式而言,所谓公共领域的习惯法在政治国家建立之后便消隐于国家的立法权力里面了,现在我们所讨论的习惯法,仅仅存在于政治国家之外的私人社会之中。为强调这一点,我们亦将借鉴有关公法和私法的理论去表明习惯法的性质,以及探讨如何对习惯法进行界定才是合理的。

①本文所谓的“私人领域”,即指市民社会领域,这主要是为了表述上的方便,以此区别政治国家语境下的公共社会领域。严格来讲,市民社会领域并不是真正的私人领域,而是一种有别于国家政治生活之外的另一种公共领域。“‘市民社会’是相对于‘国家’、‘家庭’而言的一个概念。人与人的交往活动领域有三种类型:一是家庭领域,这是一种私人领域;一是行政领域,通常被称为‘国家’,这是一种公共领域;三是介于国家和家庭之间的‘市民社会’领域,这也是一种公共领域。市民社会和国家是两种不同的公共领域。国家行政领域具有公共权力,具有一定的行政区划,将进入该领域的人划分为一定的行政系统和行政单位;市民社会领域则没有性质区划,没有行政权力,人们自愿地联系在一起,可以自由进出。公共领域是和私人领域相对的概念,指的是人与人在各自的私人生活空间之外所形成的一个社群空间。这个空间意味着,人除了私人生活的衣食住行外,还需要彼此间的交往与共存,这就构成了人类的公共生活。公共领域的问题,主要是政治问题,就其最主要者而言,不外民主、自由、公正、法治、宪政等。”——袁祖社:《走向“公共性自律”:“公域”与“私域”的分立与新制度价值理念孕生》,载《中国人民大学复印报刊资料·政治学》,2006年第2期。

②张坦《论习惯在民法典中的地位》,载《河北法学》,1996年第1期。