



中央民族大学“985工程”

中国当代民族问题战略研究哲学社会科学创新基地

民族法理论探索丛书

游牧者的财产法

——蒙古族苏鲁克民事习惯研究

YOUmuzhe de Caichanfa Mengguzu Suluke Minshi Xiguan Yanjiu

■ 戴双喜 著

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

游牧者的财产法

——蒙古族苏鲁克民事习惯研究

戴双喜 著

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

图书在版编目(CIP)数据

游牧者的财产法——蒙古族苏鲁克民事习惯研究/戴双喜著.
—北京:中央民族大学出版社,2009.5
ISBN 978-7-81108-667-6

I. 游… II. 戴… III. 蒙古族—民法:习惯法—研究—内蒙古
IV. D922.154

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 062279 号

游牧者的财产法——蒙古族苏鲁克民事习惯研究

作 者 戴双喜

责任编辑 白立元

封面设计 李 海

出 版 者 中央民族大学出版社

北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编:100081

电话:68472815(发行部) 传真:68932751(发行部)

68932218(总编室) 68932447(办公室)

发 行 者 全国各地新华书店

印 刷 者 北京宏伟双华印刷有限公司

开 本 880×1230(毫米) 1/32 印张:10.5

字 数 266 千字

版 次 2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-81108-667-6

定 价 27.00 元

版权所有 翻印必究

总 序

《民族法理论探索》丛书是中央民族大学“985 工程”中国当代民族问题战略研究哲学社会科学创新基地民族法研究中心的主要研究成果，并且由国家“985 工程”专项经费资助出版。我们立足于将民族法学的基础理论与当前国家关于民族问题的相关立法、民族政策以及民族地区社会主义法制建设实际相联系，既注重理论的丰富与发展，也关注民族地区法制建设实际。在研究过程中，我们邀请了国内民族法学界较有影响力的专家、学者共同开展项目研究。

国内民族法理论研究已有 20 余年，有了一定的学术积累，产生了一批有影响的成果，也形成了一支专业学术队伍。中国已经建立起具有中国特色的民族区域自治法律制度和民族区域自治理论体系。目前我们面临着在全球化、现代化背景下如何应对发展与创新的挑战，如何应对全球化和城市化进程中出现的新问题，如何结合形势发展，实现我国民族区域自治理论研究的与时俱进，如何通过推出高水平的研究成果，为国家民族法制建设提供政策咨询意见，如何通过研究和交流，增进世界各国对中国民族政策和民族法制建设的了解，这既是民族法研究中心的重要任

务，也是本丛书的基本价值取向。

本丛书主要涉及如下研究方向：（一）民族区域自治法的实践与民族区域自治制度创新研究，主要包括：西部大开发与民族地区经济法制建设，民族自治地方刑事法律制度研究，民族自治地方财政法制建设研究，民族自治地方环境资源法制研究，广西瑶族地区的自治制度研究，民族经济法律制度研究，俄罗斯民族文化自治与人权保障、自治条例和单行条例研究；（二）中国少数民族自治历史研究，主要包括：中国古代至清代少数民族“自治”研究，近代少数民族“自治”研究，新中国成立以后民族区域自治制度的历史发展研究；（三）少数民族权益保障研究，主要包括：少数民族权益保障基础理论研究，以及民族教育、少数民族文化保护和对少数民族权利的司法保护等具体的少数民族权益保障研究。

长期以来，中央民族大学一直以研究民族问题见长，但是，如何使学科优势转化为社会效益，为将中央民族大学建设成为世界一流的民族大学，成为促进我国各项民族事业发展的重要理论研究基地以及党和国家民族问题决策的思想库，通过改革管理体制和运行机制做到资源整合、学科整合、人才整合、项目整合，提升科研创新能力和核心竞争力，依然需要更多的投入和做更多的努力。

中央民族大学有着良好的学术传统、深厚的人文底蕴，在国内外有广泛的学术影响，应当肩负起中国民族法学的教学、科研重任；应当支撑起民族法学学科在中国法学学科中的应有地位，并在国际人权（特别是少数人权利保障）、国际上民族纠纷的法律解决机制、民族区域自治与其他类型自治的比较研究等方面展

开积极的对话，为我国党和政府正确处理国内民族问题提供切合国情的理论依据和有益借鉴。中央民族大学法学院在未来几年内将具备更加良好的办学条件，形成一支结构合理、教学科研力量雄厚的师资队伍，培养出一批民族法制理论研究和应用的高级人才，为推进民族法理论建设做出应有的贡献。

在研究方法上，本丛书力图将人类学（民族学）的田野调查、社会学定量分析等社会科学研究方法与法学的规范实证分析方法相结合，充分发挥我校人类学、民族学和社会学研究的优良传统，并将其相关研究成果应用到法学研究上，既注重田野调查第一手材料的搜集，也加强从法学角度对人类学（民族学）田野调查材料进行分析，力图使本丛书的研究建立在坚实而丰富的资料基础上，做到立足中国实际，理论与实际相结合。

本丛书在当前和今后一个时期具有广阔的应用前景。第一，力求探索一条适合我国国情的坚持和完善我国民族区域自治与少数民族权益保障制度的道路，为解决中国当前民族工作面临的各种问题做出理论尝试，而这对各民族长期的、稳定的、可持续发展，促进民族团结、维护国家统一具有重要的意义。第二，有助于向世界展示我国各少数民族在社会主义现代化建设中政治、经济、生活方面的成就，展示我国各少数民族所享有的权利和自由，展示我国党和政府为促进少数民族发展与保障人权方面所做的努力，使外国人民，尤其是相关领域的专家、学者和国际组织了解中国包括少数民族在内的人权的真实状况，有力回击某些西方国家的无端攻击。第三，有利于加强民族法学学科的自身建设，培养造就一支有较高理论素养、较强科研能力和敬业精神的科学研究队伍，并将形成广泛的国际、国内学术联系，能持续

地为国家输送高质量人才，以及为国家和政府各部门提供决策和咨询服务等，其效益、持续力是广泛久远的。第四，本丛书努力突出理论和需求的适应性，其对民族区域自治与少数民族权益保障等重大现实问题的研究，将直接为立法、司法、执法部门提供决策和咨询服务，提供参考意见和材料。第五，通过本丛书的出版和发行，整合有利资源，突出学科优势，提升学科的核心竞争力，同时强化基础设施建设和办学条件的改善，使我校学生能够将强烈的使命感、对民族问题研究的浓厚兴趣与自身的学术功底相结合，为我国各民族的共同繁荣提供法律人才保证和智力支持。

徐中起

2008年5月

目 录

导论	(1)
(一) 问题的提出	(1)
(二) 主要内容	(9)
(三) 创新与不足之处	(9)
1. 论著的创新之处	(9)
2. 论著的不足之处	(10)
(四) 范畴	(10)
1. 民事习惯与习惯法	(10)
2. 近代民法中的民事习惯	(19)
3. 现代民法中的民事习惯	(24)
(五) 路径选择与研究方法	(31)
1. 路径选择	(31)
2. 研究方法	(46)
一、蒙古游牧法文化及其财产法律表达	(49)
(一) 蒙古族法文化及其形态	(49)
1. 蒙古族法文化及其存续、传承形态	(49)
2. 游牧经济的游动性与蒙古民族法文化传承	(54)
3. 畜牧业传统知识与蒙古族法文化传承	(60)
(二) 蒙古族游牧文化与财产	(65)
1. “umqi” 及其范围	(65)
2. “umqi” 取得方式民法理论分析	(71)

3. 畜群管理结构与财产法	(77)
4. 特殊物权客体——畜群	(82)
二、游牧文化中用益物权的传统表达方法	(89)
(一) 范畴	(89)
1. 语言学中的“苏鲁克”	(89)
2. 社会学语境中的“苏鲁克”	(90)
3. 法学语境中的“苏鲁克”	(93)
(二) 苏鲁克民事习惯的历史追述	(98)
1. 苏鲁克民事习惯起源与早期功能	(98)
2. 苏鲁克民事习惯发展与变迁	(109)
3. 苏鲁克民事习惯早期调控功能的回归	(115)
4. 苏鲁克民事习惯断裂与连续	(125)
(三) 游牧烙印文化与财产权——物权变动模式	(132)
1. 传统烙印文化起源与发展	(132)
2. 传统烙印权能与法律意义	(137)
3. 苏鲁克用益权与烙印文化	(144)
三、比较视野下的苏鲁克民事习惯	(153)
(一) 租佃说、雇佣说、租赁说	(153)
1. 租佃说	(153)
2. 雇佣说	(157)
3. 租赁说	(160)
(二) 家畜寄养说	(165)
1. 起源与方法	(165)
2. 寄托制度与苏鲁克民事习惯	(167)
(三) 家畜信托说	(172)
1. 信托说与方法	(172)
2. 信托与苏鲁克民事习惯	(174)
(四) 苏鲁克民事习惯的物权性质分析	(182)

1. 苏鲁克民事习惯的物权特质分析	(182)
2. 大陆法系传统民法视域中的苏鲁克制度	(188)
3. 苏鲁克民事习惯的法律价值	(204)
(五) 苏鲁克用益权的设立、消灭和内容	(211)
1. 苏鲁克用益权的设立	(211)
2. 苏鲁克用益权的消灭	(213)
3. 苏鲁克用益权的内容	(218)
4. 小结	(233)
四、迷失的知识传统及其解决进路选择	(235)
(一) 苏鲁克用益权新动向	(236)
1. 苏鲁克标的变化	(236)
2. 苏鲁克内容变化	(245)
3. 苏鲁克民事习惯功能变化	(251)
4. 传统公示习惯法的弱化	(260)
(二) 当代司法中的苏鲁克民事习惯	(266)
1. “事实”与“法律”之间	(267)
2. 司法公正与民事习惯	(277)
(三) 传统问题与规则选择	(282)
1. 传统规则与传统问题	(283)
2. 传统问题与现代规则	(287)
3. 传统问题与司法能动	(303)
结语	(310)
参考文献	(312)
后记	(327)

导 论

（一）问题的提出

游牧文化作为中华文明的源头之一，在北方草原延续至今已有几千年历史了。北方草原即蒙古高原，是亚洲内陆最大的草原。北方草原的范围大致东起小兴安岭，西至帕米尔高原，南起中国长城，北至西伯利亚森林的广大区域。北方草原地带的气候属高原大陆性气候，大部分地区属中温带干旱或半干旱区，还有部分地区为寒带湿润区。北方草原的年降雨量大部分地区为 300~400 毫米，从东向西降雨量逐渐减少。内蒙古西部的阿拉善地区大多不足 100 毫米。^① 北方草原的西部地区主要是以绿洲为主，中部和东部地区则以草地为主。蒙古高原有众多的山川、河流、湖泊、草地，地势相对较平坦，有的地方是一望无际的绿草地，典型的温带草地是蒙古高原显著的特点。蒙古高原是蒙古人祖祖辈辈繁衍生息的摇篮，这个特殊的地理环境和自然条件也是蒙古族独特的历史文化产生和发展的沃土。蒙古地区从地理环境和自然条件来看，尤其是降雨量少、四季分明、草质的特点、河流灌溉系统的不发达等原因，决定了这一地区主要适合游牧生产，部分地区可以农耕和狩猎。地理环境和自然条件，决定了北方草原经济生活以游牧、畜牧业为主导，产生了高度发达的游牧文明。游牧文明是在其发展壮大过程中，通过不断地与其他文明相互

① 王建革：《农业生态与传统蒙古社会》，第 15 页，山东人民出版社，2006 年。

磨合、交流、冲突等调适的过程中积淀下来的。由于地理环境、自然条件、生产方式等原因，游牧文明具有强烈的个性特质。对游牧文明的评介和解读，往往也是与其他文明作为参照系展开的，其中，主要与农耕文明的比较更多一些。我们可以确定，草原社会的统治者不像中原地区那样，他是以土地所有权为基准的。没有一个单独的牧场是有价值的，除非使用它的人可以随时转移到另外的牧场上，因为没有一个牧场经得起长时间的放牧。移动权比居住权更加重要，而“所有权”实际上就是循环移动的权利。^① 公元前 209 年，匈奴（匈奴是蒙古地区第一个见于史籍的民族共同体，从战国时期开始实力逐渐强大。公元前 3 世纪，匈奴开始称雄蒙古高原，活跃于内蒙古阴山及河套一带，南邻中原秦、赵等国。匈奴族源复杂，应包括荤粥、鬼方、獫狁、戎、狄在内的原先活动于大漠南北的各族，经过长期分合聚散，因“匈奴”于其中居于主导地位，形成了以匈奴为称号的游牧部族。他们控制了长城以北的广大地区，公元 3 世纪末建立了蒙古高原上的第一个游牧民族国家。到了公元 1 世纪末，鲜卑人取代了匈奴对该地区的统治。至此，匈奴一部分进入中原；一部分并入鲜卑；一部分西去中亚。其族属和语言，学术界仍有争论）冒顿弑其父头曼单于自立，在北方草原上第一次建立了强大的游牧民族政权，统一了草原诸部。匈奴人统一草原后，继承和发展了草原游牧文明，在亚洲游牧民族历史上成为游牧文化的主要先驱者之一。蒙古族（中国蒙古族主要分布在内蒙古自治区、辽宁省、吉林省、黑龙江省、新疆维吾尔自治区、青海省、河北省、甘肃省中国北部八省区，其他省市自治区零星散布。这里讲的民事习惯在地域上主要以内蒙古自治区为范围）作为民族共同体，

^① [美] 拉铁木尔著，唐晓峰译：《中国的亚洲内陆边疆》，第 44 页，江苏人民出版社，2005 年。

登上历史舞台之前，东起兴安岭，西至阿尔泰山脉以西，南达长城，北抵贝加尔湖一带广袤的北方草原上，除匈奴之外，曾经先后出现过东胡〔东胡也是较早出现于汉文史籍的古代北方民族，东胡大约与匈奴同时见于史书记载。是战国时期中原华夏族对活动在匈奴（胡）以东族属、语言、习俗相同或相近各部落的统称。《史记·匈奴传·索引》卷一一载：“东胡‘在匈奴东，故曰东胡’。”属于蒙古人种，语言是古老的阿尔泰语系语言。东胡位于战国燕国的北部，赵国的东北部，与燕、赵诸国长期时战时和。汉初，东胡强盛，曾迫使匈奴冒顿单于贡奉千里马和阏氏（单于妻）。后来，冒顿领兵出击东胡，东胡大败，一部分部众及牲畜财产被掳，余众散为乌桓、鲜卑等部属。所以东胡人就是历史上的鲜卑人和乌桓人。《史记》载：“东胡，乌丸（乌桓）之先，后为鲜卑。”《三国志》载：“乌丸、鲜卑，即古所谓东胡也。”《魏书》载：“乌桓者，古东胡也”，“鲜卑者，东胡之余种也。”东胡人及其后裔的居地大体上就是内蒙古东部地区〕。乌桓〔乌桓，汉文史书也记作“乌丸”、“古丸”，原为东胡后裔的一支。匈奴击破东胡以后，其部分余众居于乌桓山，因山名族。乌桓初游牧于饶乐水（今西拉木伦河）一带，后来分布在东起大凌河、西至鄂尔多斯高原的狭长地带。汉献帝初平年间，蹋顿统一乌桓各部，公元207年被曹操击破，部分并入鲜卑，一部分迁入内地〕、鲜卑〔鲜卑亦东胡别种，其语言与乌桓同。鲜卑作为族名，最早见于《后汉书》，是东胡后裔。公元2世纪中叶起，乘匈奴的衰败兴起，占据了蒙古高原，以今乌兰察布高原一带为中心，纠合各式各样的民族部落，建立了大联盟，分东、中、西三大部，有12大人，强盛一时。其中强大的有拓跋部、慕容部以及宇文部。在“五胡十六国”时期，鲜卑人进入了内地，鲜卑贵族建立了几个割据政权，后来拓跋鲜卑统一了黄河流域，建立了北魏王朝。公元7世纪以后，进入内地的所有鲜卑人最终同

化于汉民族之中]、柔然[柔然亦称蠕蠕、芮芮、茹茹，源于东胡。统治者东胡苗裔郁久闾氏，初居于乌兰察布高原，后进入漠北，附属于北魏。5世纪初，在社仑领导下逐渐强盛，与北魏抗衡，在敦煌、张掖之北的草原上建立了柔然汗国，其领土广阔，东抵朝鲜，西达中亚，多数臣民为突厥语族部落。公元552年（西魏废帝元年）为突厥所灭，语言为东胡后裔诸语言的一种方言]、突厥[“突厥”一名最早见于《周书》、《北齐书》、《北史》。突厥是游牧于金山（今阿尔泰山）山麓的游牧部落，柔然的属部。公元552年，推翻了柔然政权，建立了突厥汗国，创制了自己的文字。582年被隋朝打败，分裂成北突厥和西突厥。西突厥统治中亚一带，公元659年（唐显庆四年）为唐所破，于其地置府州。东突厥统治今蒙古地区，在公元630年（唐贞观四年）为唐太宗所破，归属于唐朝达半个世纪。公元682年（唐永淳元年）东突厥叛唐独立，恢复旧地，重建突厥汗国，控制蒙古高原又半个世纪以上，公元745年（唐天宝四年）为回鹘所灭]、回鹘[回纥为敕勒（高车）或铁勒诸部之一，公元788年更名为回鹘。铁勒即南北朝时期的敕勒（高车）。隋唐时期分布于蒙古高原上的铁勒部落主要有：色楞格河流域的回纥，土拉河流域的仆骨、同罗、拔野古、思结、契苾等，阿尔泰山西南的薛延陀等，贝加尔湖南的都波等。此外，在中亚、西亚等地也有铁勒部落活动。铁勒诸部西北的叶尼塞河上游还有黠戛斯等部。敕勒部落各有酋长。回纥与突厥同一语族，由“九姓部落”组成，受突厥汗国统治，时服时叛。公元8世纪中叶，在首领骨力裴罗领导下推翻突厥汗国统治，于鄂尔浑河流域建立了回鹘汗国。其统治的疆域，东起兴安岭，西抵阿尔泰山。公元840年，黠戛斯攻破回鹘汗国，回鹘诸部溃散，大批回鹘人西迁至今甘肃和新疆地区。黠戛斯的南迁，使古代蒙古高原的民族构成和突厥语族各部落的分布发生了显著的变化，操北部铁勒方言的人口在

蒙古高原占了优势]、室韦·达怛[室韦·达怛人原居住地在呼伦贝尔草原,大兴安岭东南,额尔古纳河与黑龙江两岸。据《魏书·失韦传》卷一载:“语言与库莫奚、契丹、豆莫娄国同。”《北史·室韦传》卷九四载:“盖契丹之类。其南者为契丹,在北者号室韦。”《新唐书·地理志》卷四二亦载:“俱伦泊(呼伦湖),泊之四面皆室韦。”在古代汉籍中常与靺鞨(达怛)互通互易。他们是原蒙古人,他们的语言还没有经历后来的突厥化历史过程,保持着东胡后裔语言和方言的特点,即原蒙古语。室韦·达怛人有好多分支,其中居住在望建河(今额尔古纳河)南的蒙兀·室韦人是蒙古人的直接祖先]等少数民族建立的政权。这些政权有的实力很强大,经常跟中原王朝产生摩擦,甚至是严重的军事冲突和对峙,但有的时候也相安无事,“和平共处”。后来又兴起契丹和东北“白山黑水”间的女真等诸民族、部落或部落联盟。这些民族和部族在蒙古高原上的活动,对蒙古族的历史发展产生了深远的影响。蒙古族的族源同北方各民族的历史有密切的联系。^①他们从蒙古高原东北部不断地向南、向西推进和迁徙,有的在蒙古高原上建立过政权,有的在这一地区的统治达数百年之久。他们的有些政治法律制度源远流长,被后来居上的民族所继承和延续。

众所周知,后继的蒙古人把游牧文化推向了世界、推向了极致。“每一个社会都要建构适合它需要的文化内蕴。”^②蒙古人在北方草原驰骋几百年的过程中,创造了与其游牧经济相适应的富有个性的“民事法律”文化。游牧文化中孕育出的“民事法律”文化在其表达方式、渊源和实践方面与农耕文化中产生的民事法

① 亦邻真:《中国北方民族与蒙古族族源》,载《内蒙古大学学报》,1979年第3~第4期。

② 孟驰北:《草原文化与人类历史》,第2页,国际文化出版公司,1999年。

律制度存在重大的差异性。这种差异性的原因很复杂，但其中不能忽略的一个重要因素之一就是移动的经济形态下的财产观念、意识，即“移动权比居住权更加重要，而‘所有权’实际上就是循环移动的权利”^①。这里以蒙古人的游牧经济中产生、发展和延续至今的“苏鲁克”制度为个案，展现游牧民族“民事法律制度”强烈的固有性的特点。这些特点包括：民事法律的表现形式以习惯法为主，制定法的规制相对较少；财产法的标的是围绕着游牧经济中最主要财产——畜群来展开的；财产的占有和物权的变动方式具有浓厚的游牧文化特色。这种固有性特点的梳理和展示至少有三方面的意义：一是通过其文化背景的阐释，可以给法的发展和演变过程的历史链条研究提供一个具体的法人类学个案素材；二是对当前民事法律制度中的民事习惯的“位置”安排给予启示性的经验支持；三是个案本身需要系统的民法学理论的解读，对司法实践中出现的问题给予理论指导。

苏鲁克民事习惯是蒙古族游牧经济中产生的一项畜牧经营方式。“苏鲁克”是蒙古语（suruk），原意为“群”，指畜群，本身并没有特定的何种畜群和何种制度契约的含义。“在漠南蒙古地区，很早以来就在蒙古人之间，或满、汉人与蒙古人之间流行着牲畜的寄养与代养的习惯，这种代牧畜群通称‘苏鲁克’”^②，也叫“放苏鲁克”（suruk tabihu）。其中代牧者为苏鲁克用益人（suruk uruhe），委托者为苏鲁克所有人（suruk in ejen）。“苏鲁克”从法律视角而言是一种合同关系，也是重要的，延续至今的民事习惯，是现今游牧地区重要财产用益民事习惯之一。苏鲁克

① [美] 拉铁木尔著，唐晓峰译：《中国的亚洲内陆边疆》，第44页，江苏人民出版社，2005年。

② 云慧群：《浅析清代漠南蒙古地区“苏鲁克”制》，载《经济·社会》，1988年第4期。

民事习惯在以游牧经济为主要特点的游牧文化中，创造了新的契约模式，改变了原有的单一的所有权物权体系，创造了新的用益物权模式，解决了游牧经济中的最主要财产之一——畜群的用益问题。苏鲁克民事习惯被历史学家、经济学家和社会学家关注得较多，但苏鲁克民事习惯长期没有得到法学理论的关注，尤其缺乏系统的民法学理论的分析 and 解读。苏鲁克民事习惯在内蒙古自治区建立初期，成功运用于农村牧区社会改革，从固有的民事习惯，上升为国家权力所认可的规范，为内蒙古自治区社会主义民主改革提供了重要的制度资源，并成为著名的“三不两利”政策的主要内容之一，也是内蒙古自治区对国家法律、政策做出变通规定的主要制度资源。在“文化大革命”期间作为旧制度遗留物而被否定，退出牧区。改革开放之后，苏鲁克民事习惯悄然被广大牧区重新援用，又一次对牧区牲畜家庭承包制改革提供了制度资源。伴随市场经济制度的发展和完善，苏鲁克民事习惯从政权规制逐步回缩为“纯”民间的民事习惯，继续对牲畜用益关系起到规范作用。20 世纪末畜牧业产品逐步市场化而苏鲁克合同纠纷日益增多。由于公权力规制的退出，法学理论指导的缺乏、审判活动中盛行的“法条主义”思维使得苏鲁克民事习惯的诸多问题浮出水面。这些问题突出表现在：

首先，现行民事法律制度对司法实践中的苏鲁克合同纠纷的审裁依据支持严重不足，案件事实现行法中找不到充分的根据，这种情况下如何引用传统民事习惯处理苏鲁克纠纷成为急需解决的问题。这一问题涉及整个民事法律制度中的民事习惯的“位置”安排。

其次，苏鲁克合同在文本表达上属于双方在平等、自愿基础上达成的一种“无名合同”，双方权利、义务的约定遵循以往习惯法，但对传统习惯法的民法定性模糊，使得苏鲁克合同的民法