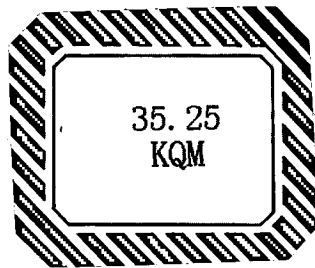


国家教委人文社会科学八五规划项目

中国民法史

孔庆明 胡留元 孙季平 编著



吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

中国民法史

孔庆明 胡留元 孙季平 编著

*

吉林人民出版社出版发行

吉林市文汇印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 22.25 印张 插页 4 500 000 字

1996 年 1 月第 1 版 1996 年 1 月第 1 次印刷

印数:1—2,200 册

ISBN 7—206—02408—4

D·692 定价:25.00 元

各章编著者：

绪论、第一、二章，第五、六、七章，孔庆明撰写；第三、四章，胡留元撰写；第八章，孙季平撰写；第九章，孔庆明、孙季平合写。全书由孔庆明统稿。

序

中国是法制文明发达很早的东方古国。早在公元前二十几世纪便建立了国家，形成了法制。随着社会关系的发展，决定了法律关系的复杂性与法律调整方式的多样性，因此从先秦时起，便逐渐形成了“诸法并存，民刑有分”的法律体系。值得提出的是中国封建时代代表性的法典，大都采取“诸法合体，民刑不分”的编纂体例，这种编纂体例有它的时代依据和历史的必然性，它同“诸法并存，民刑有分”的法律体系是两个不同的概念，不能混淆。正因为如此，构成中国古代法律体系的各个部门法，都有它相对独立的发展过程。刑法、行政法、经济法、诉讼法，虽有成熟程度的差异，但各领风骚，各有其特殊的发展规律。中国古代民法也是如此，它经历了由简单到复杂，由综合到趋于单一法典化的发展过程。构成中国古代国情的诸因素，如自然经济长期占统治地位；社会结构上的良贱对立，缺乏西方式的“私人平等”；家族主义的深远影响；专制制度的长期统治，都为中国古代民法的发展打上了深刻的烙印，使得中国古代民法饶有特色。

虽然中国古代民法在不同的历史阶段都留下了前进的标志，但是在相当长的时期里中外学者中都有人认为中国古代重刑轻民，或者武断地说中国古代只有刑法没有民法。这种认识混淆了中国古代法律体系与代表性法典的编纂体例的区别，忽视了中国民事法律的特殊性，因而不符合中国法制历史发展的实际。但是这种认识拘囿了人们对部门法史特别是民法史的研究，限制了人们的思路，以至到了二十世纪八十年代才有些学者冲破了旧观念的网罗，把研究的视野投向民法史领域，并且出版了专著和论文，但总的说来，成果仍嫌寥寥，内容较为粗疏，这是由于过去对基础资料研究薄弱所不可避免的。但是这些迈出最初脚步的学者们的努力是值得肯定和尊敬的。

《中国民法史》一书，是由孔庆明教授与胡留元教授等共同撰著的，是中国民法史的最新著作。该书以丰富的史料为基础，以扎实的研究为依托，精心设计了框架结构，系统揭示了几千年的发展脉络，观点鲜明，内容丰富，气势博大，宏微咸备。它的出版恢复了中国古代民法的风貌，充实了部门法史的书列，对于整个中国法制史的发展也是一个有力的推动。余受命撰序，先睹为快，获益非浅，欣然命笔。

张晋藩

1994年2月

绪论

在五千年的中国文化史中，法律文化是独开一朵的奇葩。中国古代有高度发达的刑事法律制度，它的科学和周密程度在世界上是首屈一指的。但是，中国古代的民事法律制度，一向被认为是一个空白。这给中国的法律文化蒙上了残酷、阴暗和消极的阴影。

但是，根据社会发展的客观规律，凡是有财产流转和商品交换的地方，必然有民事法律制度，只是这种法律制度的存在形式和发展程度不同而已。中国古代的财产流转关系和商品货币经济也有过繁华茂盛的时期。

从原始公社解体，经过采邑制；采邑解体之后中国古代社会也进入了古典商品经济发展时期。这个时期是从西周末年开始，经过春秋到战国中期。商鞅变法和秦王朝的专制一统，使中国古代的古典商品经济受到抑制和破坏。汉初这种古典商品经济又有一段复兴时期，但很快就被封建专制主义制度扼杀了。经过封建社会的长期发展，在封建制度内部逐步滋长出新的生产和经济因素，到宋代，特别是南宋时期，封建社会内部的商品货币经济开始活跃。由于外部和内部的原因，这种新的商品经济仍然没有发展起来。一直到明中叶之后，特别是清朝中后期，中国开始向近代意义的商品经济转化。总之，中国古代社

也会有过三个商品经济比较兴旺发达的时期，即古典商品经济发展时期、封建社会内部的商品经济发展时期、向近代意义转化的商品经济时期。这三个时期也正是中国的民事法律制度兴盛发展时期。中国古代的民事法律是通过如下形式表现出来的：判例、礼法、诸法合体的法典、诏书条令、契约。其中以要式存在的契约形式占重要的比重。这种民法形式和它调整的财产关系、人身关系的内容，构成了中国古代具有特色的民法体系。中国春秋时期就有“争财”之讼的法律概念。到了南宋有了明确的“民讼”法概念，这是中国民法概念的肇始。同时民事法律关系中的物权、债、契约、主体客体概念也都齐备无遗。可以断言，说中国古代没有民法是不符合事实的。中国的封建统治阶级造成了一种法律观念，就是把法与刑等同起来，刑就是法，法就是刑。好像世间只有刑法这一种法律，这种法律观念和以刑代民的法律传统，掩盖了中国古代实际存在的民事法律关系。

当然，与罗马法相比较，与后来的大陆法系相比较，中国古代的民法确实不够发达，它还没有形成系统、完整和严密的体系，中国还没有独立的民法典；中国古代的民事法律制度调整的权利义务内容多半是房地产这些不动产权关系，商业债权占的比重比较少。造成民法不发达的原因何在呢？

第一，始终占统治地位的自给自足的自然经济，这是产生中国一切政治、法律制度的基础。从一个农户到一个地区一直到全国，都保持着生产消费的自给自足状态，经济是狭窄的低效益的循环。

第二，封建统治者为了稳固家族的专制主义的统治，非常需要这种自给自足的自然经济。它通过“制民之产”造成一个稳定的社会，让人民永远拘禁在“以食为天”的藩篱中。这个

“天”就是皇权与农业小生产的结合。中国人始终难以摆脱“以食为天”这个牢笼。与古希腊和古罗马一样，中国历史上也出现过工商奴隶主与土地奴隶主、工商封建主与土地封建主之间的权力之争，结果每次都是工商奴隶主或工商封建主遭到失败。这是值得考察的历史现象。自从商鞅变法之后，中国的封建统治者始终采取重农抑商和打击摧残商贾的政策。

第三，封建的大一统的专制政体，把立法的着眼点主要放在维护专制皇权上，即放在维护家天下上。他们把一切违法行为都视为对家天下的侵犯，对宗法等级秩序的破坏，对封建伦理道德的亵渎，所以都必须加以惩处。为了皇朝的利益，他们可以任意没收私人财产，对于私人之间的权利关系，视为无足轻重的“细故”。

第四，封建国家实行国家垄断的管榷专卖制度，并且地方割据，广设关卡，控制市场，扼制贸易。对外则闭关锁国，封锁和限制海外贸易。

第五，封建的家法宗规与国法并行。“举宗之事，责成宗长”。族内的财产婚姻之争由族长解决。宗规甚至规定此类案件不许诉之官法。

第六，独尊儒术，实行文化专制，视法学为“衰世之学”。中国古代缺少真正的法学家，缺乏对法律的分门别类的研究。对于私法更为冷漠。

对于中国古代民事法律关系和民事法律制度的特色及其存在和发展的规律；对于这种法律制度与中国古代社会的相互作用的关系；对于这种民事法律制度所反映的中国古代社会发展的特点；对于这种法律制度对中国今天和未来的社会发展以及法制建设将产生什么影响，我们从中应吸取哪些经验教训，是本书研讨的中心课题。

目 录

绪 论	1
第一章 夏、商、周奴隶制民事法律制度的产生和发展	
第一节 最早的有关财产私有权的文献资料	1
第二节 周代的礼法制度	6
第三节 神兽裁判法的性质	12
第四节 西周金鼎铭文记载的民事法律关系	14
第五节 从《周礼》等文献中看西周迄战国民法制度 ..	30
第二章 封建制社会早期民事法律关系的窒息	
第一节 商鞅的“事本禁末”与齐法家的“官山海” ..	72
第二节 秦王朝民事法律关系的消沉及其特点	75
第三节 《秦简》中有关民法的资料	79
第三章 汉代民事法律制度	
第一节 民法的基本原则	106
第二节 民事权利主体和权利客体	107
第三节 物权法律关系	118
第四节 继承权	131
第五节 债权关系	132
第六节 契约制度	147
第七节 民事诉讼	169
第四章 三国两晋南北朝的民事法律制度	

第一节	民法的基本原则	187
第二节	民事权利主体与权利客体	189
第三节	物权关系	196
第四节	对所有权的法律保护及民事责任	210
第五节	债权关系	211
第六节	契约制度	215
第七节	民事诉讼	233
第五章 隋唐五代民事法律关系		
第一节	民事权利主体与权利客体	241
第二节	物权关系	244
第三节	债的关系	253
第四节	契约制度	274
第五节	继承与析产	329
第六节	民事法律责任及救济	334
第七节	民事诉讼	344
第六章 宋朝民事法律制度		
北 宋		
第一节	权利主体与权利客体	349
第二节	物权关系	353
第三节	债的关系	359
第四节	契约制度	390
第五节	继承与析产	392
第六节	民事法律责任及救济	401
第七节	民事诉讼与司法责任	407
南 宋		
第一节	南宋商品货币经济发展的状况	411
第二节	南宋的书判与民法	415

第三节	民法总原则	418
第四节	权利主体与客体	420
第五节	财产监护权	425
第六节	物权关系	425
第七节	地役权与相邻权	432
第八节	债的关系	432
第九节	契约制度	449
第十节	继承与析产	454
第十一节	民事法律责任及救济	456
第十二节	民事诉讼与诉请时限	459
第七章 元朝民事法律制度		
第一节	权利主体与客体	462
第二节	所有权与占有权	465
第三节	债的关系	469
第四节	契约制度	488
第五节	继承与析产	499
第六节	民事法律责任及救济	502
第七节	民事诉讼	504
第八章 明朝民事法律制度		
第一节	民事法律关系主体与客体	514
第二节	物权关系	524
第三节	债权关系	536
第四节	契约制度	559
第五节	继承关系	563
第六节	侵权行为的民事法律责任	569
第七节	民事诉讼与司法	580
第九章 清代民事法律制度		

第一节	民事法律关系主体与客体·····	582
第二节	关于物权的法律制度·····	590
第三节	债权关系·····	613
第四节	契约制度·····	636
第五节	专利权·····	659
第六节	商标权·····	663
第七节	票据·····	665
第八节	继承关系·····	685
第九节	民事法律责任·····	689
第十节	民事诉讼与司法·····	693

第一章

夏、商、周奴隶制民事

法律制度的产生和发展

第一节 最早的有关财产私有权的文献资料

殷虚墓葬西北冈大墓中有大量的贝，一般墓里少者一枚，多者二十余枚。还发现少量的铜制贝。殷虚卜辞有曰：“庚戌□，□贞，锡多女有贝朋。”又“丁亥卜，先取贝二朋，在正月取。”殷虚卜辞还有：“又鬻于父丁：百犬，百豕，卯百牛。”“惠牛三百。”“鬻五百牛，伐百□。”“登羊三百。”“五百宰。”“□三百犬。”“鬻千牛。”“□于父丁：犬百，羊百，卯十牛。”这是有关财产私有权的明显记录。

《尚书·盘庚》篇是记载商代中期盘庚王发布政令法度的一个可信的文字材料。《盘庚（中）》有言：“兹予有乱政同位，具乃贝玉。乃祖乃父丕乃告我高后曰：‘作丕刑于朕孙。’迪高后丕乃崇降弗祥。”和盘庚在一起执掌政权的是原来部落联盟各个氏族部落首长的后代，现在他们开始“乱政”，最大的不规是聚敛财货。这是在财产占有和分配上出现了权利界限的混乱，原来的比较均平的等级关系被破坏了，本来应该建立一种新的权利关系，以防止某些人利用权势过分地侵夺财富。原来以习俗形式存在的礼法，现在已经不足用了，盘庚王以刑杀相威慑。《盘庚（下）》又说：“无总于货宝”。总于货宝就是聚集财富。这

是财产权利关系的紊乱。新的财产私有化急剧形成。

《易经》是反映西周初期政治、法律和思想文化的文献。西周实行土地国有制，但从西周初开始，一切动产都成为私有财产，包括臣、妾、童、仆、牛、马、羊、猪、农作物、猎获物、日常生活用品和货币等。《易经》中的许多筮辞，反映的是这种所有权关系和维护所有权的原则。如《易·颐》：“观颐，自求口实。”颐，两腮，食物在口，两腮隆起。观人之颐，不能饱，勿羨于人，宜求于己。“舍尔灵龟，观我朵颐，凶。”古人食龟，龟甲宜卜，灵龟可谓财宝，舍弃可以得到的财宝，眼馋人家口中的美食，这既是不道德的，也是走上违法的先兆，其后果自然是凶恶的。这是以占卜的神秘采色，象征性地确立财产所有权。凶，包含着宗教的、道义的和法律的后果。

《易经》中的许多筮辞，反映了财产权利纠纷。如：

“有孚挛如，富以其邻。”（《小畜》）高亨注：孚，罚也。挛，系也。拘系而囚之。富以其邻，盗劫邻之财以富其家，当受拘囚之罚。“不富以其邻，利用侵伐，无不利。”（《谦》）高亨注：因邻人盗劫其财物而家贫，或因邻国寇掠其财物而国贫。有邻如此，侵伐之，名正言顺（《周易古经今注》中华书局1984年版。下同）武树臣教授认为：“不富以其邻”（读“不——富以其邻”），意思是不能以侵害邻人的手段来致富。这是一条古老的道德准则。《易经》中有许多反映保护私有财产的筮辞，如“用黄牛之革”“系豚”（《遯》）。《易经》还借殷部落酋长亥“丧羊于易”、“丧牛于易”的故事作筮辞。据《山海经大荒东经》、《竹书纪年》、《吕氏春秋·勿躬》、《楚辞·天问》记载，殷先王亥宾于有易之国，牧养牛羊，后被有易之君所杀，丧其牛羊。殷王甲征兵伐有易，杀其君取回牛羊。殷王亥世次在成汤之前。这个故事是殷部落早期的一个传说。周易引以为辞，说明周代的

物权观念。《易经·解》：“田获三狐，得黄矢”，“负且乘，致寇至”，“解而拇朋到斯，孚”，“君子维有解，吉，有孚于小人”。黄矢，铜箭头，是确认猎获物归属的凭证。拇，手提。朋，古以贝为货币，一串为一朋。这是一个物权争执和交往的故事。即畋猎时捡到三只受伤的狐，身上带着箭头，把它们放在马背上载回，因而招致了一场争斗。捡狐的一方自知理亏，手提货币来到射狐的一方，愿以赔偿结束争斗。对方接过货币拴在自己腰间表示和解。这对贪利的小人是一个教育（从武树臣解）。

《易经》关于“迷逋复归”的筮辞，武树臣教授作了这样的解释：迷，指牛、马、羊跑失，或遗失其他财物。逋，指臣、妾、童、仆等奴隶逃亡。复归，指归还原主。按当时的习惯法，凡得上述财物或奴隶的，应呈报专门机关，归还原主，并可从原主那里得到偿金，否则将引起诉讼。《旅》有这样的联辞：“怀其资〔布〕，得童仆。”“丧其童仆”。“得其资布，我心不快。”意思是，用货币买得童仆，后来童仆逃亡，得到童仆的人补偿他货币，他心中不快（从高亨、武树臣两说）。《震》：“亿丧贝，跻于九陵，勿逐，七日得”，“震行，无眚”，“亿无丧，有事”。跻，登。陵，关隘。震，起、举、发。行，即中行，行人、行师，专门执掌民事诉讼的职官。眚，过错。事，报酬。就是说：有人遗失巨额货币，赶往几个关口要道去通报，回答是：不必追寻，七天内可以找到。捡到货币的人通报到官府，经过查验，没有差错，全部归还，得到报酬。《既济》：“妇丧其茀，勿逐，七日得”。茀是装饰品。《睽》：“丧马，勿逐，行，复。”丢了马匹，不必追寻，向“行”报告，以待归还。《泰》：“不遐遗朋，亡得，尚（偿）于中行”。说的是因为匆忙遗失货币，没有找到，可预先向“中行”交纳一笔酬金，以报答拾者（均从武树臣说）。《复》：“迷、复、凶，有灾眚，有行师，终有大败”。归还拾物，

由于拾者过错使失物蒙受损害，失主诉经官府，拾者败诉。“不远复，无祗”。因路远而未及时归还拾物，这是不忠诚。“频复，厉，无咎”。不是一次而是分几次归还拾物，这不好，但是也不要追咎。“敦复，无悔”。诚实地原封不动地归还失物，值得颂扬。《否》：“其亡其亡，系于苞桑”。将无主的牲畜拴在有食物的地方妥为照管，以待失主。这也是“敦复”（从武树臣说）。这里包含了民事法律关系中的不当得利和无因管理的原则，也是古老的习俗和道德准则。

按照武树臣教授的解释，《易经》卜辞还反映了买卖交易关系。《泰》：“无平不陂，无往不复。”这是买卖交易的重要原则。平，议也，指协议契约。陂，借为贖，移于也，指把财物从此地迁至彼地。往、复，指货物、货币的交换往来。含义是：买卖双方如未达成协议，卖方则无义务送货；卖方不送货，买方也无义务交出价金。《复》：“朋来无咎，反复其道，七日来复，利有攸往。”这反映了先交付定金后分期交货的较复杂的交易。《解》：“利西南，无所往，其来复，吉，有攸往，夙吉。”反映了商业信用，达成协议，先交全部价金，然后交货。这种交往是很好的。筮辞多见“攸往”，“利有攸往”，“不利有攸往”，“利西南，不利东北”的记载，均指远出做买卖。《坤》：“西南得朋，东北丧朋”。反映的是长途贩货，此买彼卖的过程（从武树臣说）。

关于民事诉讼，武树臣教授认为：筮辞中的“行”、“中行”、“行人”是专门执掌民事诉讼的地方官。《益》：“益之，用凶事，无咎，有孚中行，告公用圭。”说的是拾物者嫌失主给的报酬太少，要求增加，并以扣留失物相要挟，这无妨，失主只要将有关证据交给“中行”，由“中行”记录在圭版上转呈国公，候候裁决。从这里看，我们认为“行”、“中行”、“行人”，是管

社会治安的官吏。他当然要处理一些民事纠纷。“迷遁”事件常常引起争讼。如《无妄》：“无妄之灾，或系之牛，行人之得，邑人之灾。”捡了别人跑失的牛而不上报，“行人”按告诉在遗失牛的地方搜查到了这头牛，这是当地人的耻辱。《讼》：“不克讼，归而逋，其邑人三百户无眚。”诉讼失败，赶快归还人家逃亡的奴隶，同邑的三百户人家没有过错（参照高亨注、武树臣说）。同卦：“不克讼，复，即命谕安”。败诉，将原物归还原主，双方就相安无事（从武树臣说）。这是处理民事纠纷的规矩。

为了证实这些解释的可靠性，武树臣教授引述了《尚书·费誓》、《周礼·秋官·朝士》和《左传·昭公七年》的材料。这些材料是我们以后要引证的。不过，为了这段文字的说服力，先抄录于此：《尚书·费誓》：“马牛其风，臣妾逋逃，无敢越逐，祗复之，我商賚汝。乃越逐不复，汝则有常刑。”就是说，得到跑失的马牛和逃亡奴隶，不能据为己有，要如数归还原主，这样可以得到酬金，否则要受到处罚。《周礼·秋官·朝士》：“凡得获货贿、人民、家畜者，委于朝，告于士，旬而举之，大者公之，小者庶民私之。”即，凡得到遗失的财物、逃亡奴隶和跑失的牲畜，应向朝士报告，由朝士招领，十日内无人认领，奴隶马牛归公，小额财物则归拾者，以资酬劳。此处的“朝士”有似筮辞中的“行人”；“旬日”则类于“七日”，是招领（或报送的）期限。《左传》昭公七年载：“周文王之法”有一条是“有亡荒阅”，即奴隶逃亡被人隐藏不交还原主，官府可举行大搜查。《左传》文公六年载：“夷蒐之法”，“董逋逃，由质要”。即处理逃跑奴隶归属的争讼，应以购买奴隶的契书为凭据。这些西周后期和春秋时期的资料，可以作为筮辞“迷遁复归”和“有孚中行”的有力印证。世界史上奴隶制的典型法典——《汉莫拉比法典》也有类似的规定：自由民在原野里捕到逃亡奴隶交还