



法学新前沿 New Law Frontiers

Comparing research
on sino-west ancient
property law in
the view of culture

中西古代财产法律制度 比较之文化进路

周立胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书由扬州大学出版基金资助

Comparing research
on sino-west ancient
property law in
the view of culture

中西古代财产法律制度 比较之文化进路

周立胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中西古代财产法律制度比较之文化进路 / 周立胜著.
—北京:法律出版社,2016.12

ISBN 978-7-5197-0512-1

I. ①中… II. ①周… III. ①财产权—对比研究—中
国、西方国家—古代 IV. ①D923.22②D950.32

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 323464 号

中西古代财产法律制度比较之文化进路
——以《唐律疏议》与《民法大全》为分析样本

周立胜 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 16.25 字数 196 千

印次 2016 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0512-1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

臣闻三才既分，法星着于玄象；六位斯列，习坎彰于易经。故知出震乘时，开物成务，莫不作训以临函夏，垂教以牧黎元。

——《唐律疏议》

正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望；法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学。

——《民法大全——法学阶梯》

摘 要

“天人观”探讨物我关系,其兼具宇宙观与伦理观之原型,为传统文化之核心。“天人观”虽为中国传统文化之范畴,但其所涵盖之议题在西方传统文化中同样存在。“天人观”在中国传统文化中为天人合一观,在西方传统文化中则为天人二分观。天人合一观历经神话、巫术、卜与筮、阴阳、五行、中庸、道、儒等从具象到抽象之表达方式的演进,完成其“神—巫—史”之过程,其内容为天人相通、天人相类、天人相依、天人相生、天人相胜。天人二分观历经了神人二分、自然哲学之自然与人二分、宗教之神人二分及哲学之理性与存在二分几种表达方式,形成自己之“变体行为链”,其内容包括天人相异、天人有界、天人有分、天人平等、天人对立。天人合一观与天人二分观因其文化地位相似而具有比较意义,二者存在天人关系结构之合与分及天人关系之同一与平等、感应与界分、相类与相异、相依与对立等差异。

中西天人观之上述差别,与通过比较《唐律疏议》《民法大全》二样本所发现的中西古代财产法之下列差异存在关联性:主体上之“虚家长实家户与虚家庭实家父”差异、一元范型与二元范型差异、集体倾向与个人倾向差异;客体上分类标准静与动差异、“人”客体之等级与平等差异、债客体之债务债权差异;财产权利在表达方式上之义务性间接表达与权

利性直接表达差异、权利结构上之一元与二元及以利用权为中心与以所有权为中心之差异、权利附人与权利附物差异、权利之确定性与模糊性差异;所有权制度之“财产法核心地位”与“所有权制度之不兴”差异;他物权制度之完备与否、公共化调整与私人化调整、典权特色与用益权特色等差异;“债”制度之体系性精细与粗朴差异、“债”之“债权”取向与“负债”取向、契约之设权与凭信功能差异、“侵权”之债在其宗旨上之“保护个体财产”与“惩罚贪欲”差异及其在立场上之“权利主体个人立场”与“国家公共立场”差异。可以说,天人观实为中西古代财产差异之文化密码。

目 录

第1章 绪论	(1)
1.1 题解与论域之界定	(2)
1.1.1 关于财产与财物之选择	(2)
1.1.2 天人观与传统文化	(3)
1.1.3 《唐律疏议》与《民法大全》之样本意义	(4)
1.1.4 本书之论域	(5)
1.2 论题研究现状之述评	(6)
1.2.1 论题之研究现状	(6)
1.2.2 现有研究之成就与不足	(10)
1.2.3 本书之突破	(11)
1.3 研究方法之检讨	(12)
1.3.1 比较方法之实践意义	(12)
1.3.2 历史分析方法之实证意义	(13)
1.4 中西古代财产法引述	(13)
1.4.1 《唐律疏议》、中国古代法之内部结构与中国古代财产法	(14)
1.4.2 《民法大全》与西方古代财产法	(22)

第2章 中西古代财产法律制度的文化内核比较	(37)
2.1 中国传统文化中的天人合一观	(38)
2.1.1 天人合一观之源流小考	(38)
2.1.2 天人合一观之主要内容	(45)
2.1.3 天人合一观在中国传统文化中之地位	(49)
2.2 西方传统文化中的天人二分观	(53)
2.2.1 天人二分观之源流考辨	(53)
2.2.2 天人二分观之主要内容	(61)
2.2.3 天人二分观在西方传统文化中之地位	(69)
2.3 比较天人合一观与天人二分观	(73)
2.3.1 文化地位之相似性与比较意义	(73)
2.3.2 天人关系结构之“合”与“分”	(74)
2.3.3 “天”与“人”关系之“同一”与“平等”	(76)
2.3.4 “天”与“人”关系之“感应”与“界分”	(77)
2.3.5 “天”与“人”关系之“相通、相类”与“相异”	(79)
2.3.6 “天”与“人”关系之“相依、相胜”与“对立”	(80)
第3章 中西古代财产法律关系比较	(82)
3.1 天人观与中西古代财产法之主体差异	(83)
3.1.1 中西古代财产法主体之主要差异	(84)
3.1.2 天人观与中西古代财产法之主体差异	(106)
3.2 天人观与中西古代财产法之客体差异	(113)
3.2.1 中西古代财产法客体之主要差异	(114)
3.2.2 天人观与中西古代财产法客体差异	(121)
3.3 天人观与中西古代财产法之权利差异	(129)
3.3.1 中西古代财产法之权利差异	(129)
3.3.2 天人观与中西古代财产法之权利差异	(134)
第4章 中西古代财产法在所有权制度上之差异	(138)
4.1 中国古代之财产及其保有权利制度	(138)

4.1.1 中国古代之财产及其分类	(139)
4.1.2 中国古代之财产保有权利制度	(144)
4.2 西方古代之物及其所有权制度	(159)
4.2.1 西方古代财产法之物及其分类	(159)
4.2.2 西方古代财产法之权利体系	(164)
4.3 中西古代财产法在所有权制度上之差异	(168)
4.4 天人观与中西古代财产法在所有权制度上之差异	(173)
4.4.1 天人合一观与中国古代财产观	(173)
4.4.2 天人二分观与西方古代财产观	(176)
4.4.3 天人观与中西古代财产法在所有权制度上之差异	(178)
第5章 中西古代财产法在他物权制度上之差异	(181)
5.1 中国古代财产法与他物权制度	(182)
5.1.1 永佃制度	(183)
5.1.2 “典”制度	(186)
5.1.3 相邻制度	(190)
5.2 西方古代财产法之他物权制度	(196)
5.2.1 役权	(196)
5.2.2 关于永佃权与地上权	(198)
5.2.3 担保物权	(200)
5.2.4 占有与准占有	(201)
5.3 中西古代财产法之他物权制度差异	(203)
5.3.1 中西古代财产法中的“他物权”制度之总体特征差异	(204)
5.3.2 中西古代财产法之相邻制度差异	(206)
5.3.3 中西古代财产法之永佃权制度差异	(207)
5.3.4 中西古代财产法之“担保物权”制度之差异	(208)
5.4 天人观与中西古代财产法之他物权制度差异	(209)

- 5.4.1 天人观与中西古代“他物权”制度之总体特征差异 (209)
- 5.4.2 天人观与中西古代“他物权”之具体制度差异 (211)
- 5.4.3 天人观与中西古代“他物权”之特色制度差异 (212)
- 第6章 中西古代财产法之“债”制度比较 (214)
- 6.1 中国古代财产法之“债”制度 (215)
- 6.1.1 中国古代财产法中债之含义 (215)
- 6.1.2 中国古代财产法中的契约之债 (218)
- 6.1.3 中国古代财产法中的侵权之债 (222)
- 6.2 西方古代财产法之“债”制度 (225)
- 6.2.1 西方古代财产法中债之含义 (225)
- 6.2.2 西方古代财产法中的契约之债与准契约之债 (227)
- 6.2.3 西方古代财产法中的侵权之债 (230)
- 6.3 中西古代财产法之“债”制度差异 (232)
- 6.3.1 中西古代财产法中“债”之内涵与总体特征差异 (232)
- 6.3.2 中西古代财产法的契约之债差异 (233)
- 6.3.3 中西古代财产法的侵权之债差异 (234)
- 6.4 天人观与中西古代财产法之“债”制度差异 (235)
- 6.4.1 天人观与中西古代财产法关于“债”之内涵与总体
特征差异 (236)
- 6.4.2 天人观与中西古代契约之债之差异 (238)
- 6.4.3 天人观与中西古代“侵权”之债之差异 (239)
- 结论 (241)

第1章 绪 论

以宏观论之,本书之议题即为传统文化与中西古代财产法的关联性研究,实际上就是要在中西传统社会中分别寻找出具有中西可比较性的两条主线,并弄清该两主线之关联性。这两条主线则为传统文化之线与古代财产法律制度之线。所谓主线,是一种形象说法,即指在中西传统文化领域与古代财产法领域中具有时空共性之内容。应该说,历经时空检验而具有共性之古代财产法内容,其本身也为文化之组成部分。然制度只为表层文化,其主要功能也不在于文化领域,而文化本身自成系统,有其自身之发展主线。古代财产法律制度之主线处于传统文化主线的包裹之中。本书找到的传统文化主线为“天人观”,古代财产法主线由作为法律形式意义的古代财产法律关系、作为古代财产静态权属之所有权、作为古代财产权属限制之他物权以及作为古代财产的主要动态权属之债权组成。笔者的任务就是要在中西比较的基础上,探讨这两线之间的关联性,试图最终找出中西古代民事法律(包括财产法)差异之文化密码。可以说,这是一个宏大、艰巨而充满挑战之议题。该议题研究之难,在于探求中西古代财产法律之真实,在于抽取中西古代财产法差异之本质,在于掀开这些差异背后之密室。此三者,任取其一皆有诸多故事,如

任其自处则会因过于宽泛而不能成文也,故特于开篇处结合其研究现状对其论域与研究方法作一界定。

1.1 题解与论域之界定

1.1.1 关于财产与财物之选择

财物与财产概念一直被人们不那么严格地混用着,以至于笔者在行文时不知如何选择。从其严格意义上讲,财产与财物区别甚巨,只举一例以证之:理查德·派普斯(Richard Pipes)在其名著《财产论》中说,正直的财产只到资本主义社会才出现,现代财产观念中包括权利与自由内容;如此之财产,其与只为物体之财物已相去甚远。然而,在不那么严格之意义上,财产与财物似乎不容易区分。如果有人根据派普斯之理论而宣称资本主义社会以前之人没有财产,能接受的人可能不多。在西方观念中,财产之范围比财物宽泛,不但有价值之物体为财产,权利也可为财产。但是,在我国的现代观念中,财物似乎是一个概括性概念,既包括财又涵盖物。如果不作比较之用,则此两种观念只用其一,应该没有多少麻烦或混乱。然而,本议题之要则在于比较,如此,则混乱已然存在,不加选择等于胡乱比较。更有甚者,中国古代之观念又有不同。从笔者掌握的历史文献来看,中国古代对财产与财物二概念,或尔区分或尔混合。其混用者,财物被理解为财与物之和,包括田宅与什物;而财产也被理解为财与产,也包括相同之范围。其区分者,则将财物理解为田宅等产业之外的资用或财资,财产也被限定于产业。如此,则中国古代社会之财产与财物观念,其自身已经混乱,更不用说还要加以与西方同类概念比较之烦了。

出于以上之混乱,笔者选择“财产”作为表达本书议题客体论域的概念,并将其限定于不那么严格意义上之使用,即财产包括所有受主体支

配的有价值的人、物与权利,也就是罗马法中的“他权人”、“物”与“债”。当然,古人将作为财产的人也看作特别的物。这样的选择出于如下考虑:其一,如果选择“财物”作为议题客体表达之概念,则不仅面临着西方财物与财产之烦乱,更面临着中国古代财物概念自身用法矛盾之苦;其二,如果不选择财产而选择“财物”,则将其限定为“人、物、债”之合理性将大不如前者;其三,选择财产作为表达概念,至少在古代罗马法中不会存在多少疑义,为中西古代财产法之比较提供一定的方便,再通过按照罗马法理念之限制,则在中国古代同样可以找到类似之事物,如此,则比较之大功可成。

1.1.2 天人观与传统文化

天人观这一概念的详细解释已安排专门内容为之,在此只对其作一简单界定以便讨论之用并引出其文化密码意义。天人观实为中国传统文化之范畴,其主要探索物我之间、天人之际之事,并扩及物物、人我关系之内容;它介于“宇宙观”与“伦理观”之间又兼有二者之利。由于认识世界的方式不同,在西方传统文化中不存在与中国的“天人观”相对应的词汇,所谓西方传统文化中的“天人观”只不过是為了比较之方便而行借用之举。然而,对“天人观”所涵盖的议题,在西方传统文化中却实然存在。从现象上看,对中国传统文化之“天人观”所讨论的问题,西方传统文化显然没有给予太多的关注。这种现象不应理解为漠视,而应理解为不言而喻。因为,物我关系之“二分法”已成为西方传统文化的精神核心与思维前提,西方传统中的宇宙观、伦理观及其他文化基本范畴之中无不发现物我关系之身影。故为讨论与行文便利,西方传统中之物我二分观也应冠以“天人观”之称。

如果文化分层理论尚有其合理性的话,则观念应为深层文化现象,其位于心理、意识层与思想、制度层之间。如果说心理、意识文化尚属文化之初始的话,则思想、制度文化已为成熟或成型文化。以文化解释功

能观之,心理、意识文化往往用来解释行为动作等与其具有直接联系之现象,对思想制度等文化现象,其很难具有单独之解释能力,必须与其他诸如环境等要素结合。对于思想、制度现象,观念文化之解释功能极强,似乎每一思想、制度都有其有待探究之观念文化根源。从此意义上讲,观念实为制度文化之密码:因其距离制度层次较远,其与制度之关系非明白可见、轻易发现,是为密;又因其对制度有解释功能,仿佛制度即为观念与事实材料之组合编码,是为码。思想文化层较制度层为深,当然对制度具有解释功能。然而,思想是一种已明确表达之文化,其已属公开明白之现象,实为观念表达之结果或成品,它明白清楚、与制度之关系一目了然,故无“密”可言;思想也是一种对观念之编码应用,不是密码本身。心理与意识只是一种出于自然或对自然之反应,尚未完成编码过程,所以不能称其为密码。另外,观念文化为内涵确定的最小表达单位,可以与不同的材料进行组合而完成编码过程,其本身所具有的“代码”特性使其适合成为密码。天人观为中西传统文化之最基本观念,称其实为中西古代财产制度差异之密码应无疑异。

1.1.3 《唐律疏议》与《民法大全》之样本意义

对于中西古代财产法之比较,《唐律疏议》与《民法大全》的样本意义在于其对中西古代法之代表性与二者性质之可比较性两个方面。从其对于中西古代法之代表性来看,《唐律疏议》代表着中国古代之最高法制成就,学界已成共识,长孙无忌谓其为“摭金匱之故事,采石室之逸书,捐彼凝脂,敦兹简要,网罗训诰,研核丘坟……实三典之隐括,信百代之准绳。铭之景钟,将二仪而并久;布之象魏,与七曜而长悬。庶一面之祝,远超于殷简;十失之叹,永弭于汉图”,此言不虚也!同时,《民法大全》在西方古代法中之权威性与代表性也不容怀疑,因为在漫长的西方古代史中,直到12世纪亨利二世时期、英国法逐渐形成自己的特点时止,罗马法在西方之法律领域可谓一枝独秀,即使在普通法系渐渐出现

后的古代史中,罗马法之地位也是包括英格兰法在内的其他法所不可比拟的,而罗马法以《民法大全》为其代表。

从其可比较性来看,《唐律疏议》与《民法大全》在特点上存有许多共同之处。其中最为重要、足以决定其具有比较意义者有二。其一,《唐律疏议》与《民法大全》都集法律、道德、习惯、理论、法律学说等为一身,唯《唐律疏议》之理论为“礼”而《民法大全》之理论为哲理、《唐律疏议》之法律学说为律学而《民法大全》之学为法学。其二,《唐律疏议》与《民法大全》都有我国学者所说的“诸法合体”之特点,然在内容上《唐律疏议》偏重于“刑”而《民法大全》偏重于民法、在调整手段上《唐律疏议》依赖于“罚”而《民法大全》钟情于“诉”。

1.1.4 本书之论域

行文至此,本书之论域可以表述如下:首先,本书讨论之财产法为现代民事法律意义上之财产法,即有关平等主体间的财产关系之法律;其次,本书所涉及之财产为古代所有受主体支配的有价值的人、物与权利,在中国古代社会其范围包括田宅资财等物、负债、契约、备偿之债及被视为财产之“贱民”等,在西方古代社会其则为罗马法中的“物”“债”“他权人”等;再次,本书仅探讨中西古代财产法之间存在的主要差异,并非对其差异面面俱到,也不对中、西古代财产法作全面论述;又次,本书将以《唐律疏议》与《民法大全》为分析样本,而不作事无巨细地通史性研究,虽然在必要时会作些许上推下延,但避免笔者所崇拜的超时空旁征博引;最后,也是最为重要的是,本书之核心在于探讨天人观与中西古代财产法差异之间的关联性,尽管其所占篇幅可能不是最多。

1.2 论题研究现状之述评

1.2.1 论题之研究现状

在本书论域内,直接切题之研究尚不多见;但是,国内外都已存在丰硕的与本书议题某一部分相关之研究成果,为本选题之研究提供了丰富的资料与思想资源。这些研究成果,大约可以分为关于与天人观有关之中国传统文化研究成果、关于与天人观有关之西方传统文化研究成果、关于中国古代财产法之研究成果及关于西方古代财产法之研究成果。

从关于与天人观有关之中国传统文化研究来看,学者们对中国传统文化之研究由来已久,硕果累累。远者如梁启超先生在其《饮冰室合集》中就有“变法通议”“论中国与欧洲国体异同”“地理与文明之关系”“论中国国民之品格”“中国法理学发达史论”等名篇宏论,也撰写过《阴阳五行说之来历》等小文,后有梁漱溟先生之《中国文化要义》《东西文化及其哲学》等力作,今有费孝通先生之《乡土中国》、余英时先生的《士与中国文化》等名著。除这些对中国传统文化之宏观综合性研究成果外,也有不少学者主要探讨了中国传统文化中的天人观问题,如张光直先生之《考古学专题六讲》研究了巫与天人观之关系;张政烺先生在其《帛书六十四卦跋》一文中探讨了卜、筮与天人关系问题;王宇信先生在《西周甲骨探论》一书中进一步指出卜筮在商周时代有不同地位;张亚初、刘雨先生之《从商周八卦数字符号谈筮法的几个问题》则进入卜筮之技术性研究,又深入一步,但仍然讨论其天人之际之议题;冯友兰先生在《新原道》、李泽厚先生在《论语今读》、王岳川先生在《〈中庸〉在中国思想史上的地位》中都探讨了中庸思想在天人关系中的地位;杨向奎先生在《宗周社会与礼乐文明》则作了个总结,提出天人合一观有一个“神—巫—史”的发展过程;在此基础上,吴锐先生在其《我国天人关系起源与演变的历

程》又将天人合一观之历程推到儒家哲学之后;张岱年先生之《中国哲学大纲》探讨了天人合一观之内容,后来冯禹先生在《“天”与“人”——中国历史上的天人关系》、王祥云先生在《中西方传统文化比较》中又对该问题作了跟进。另外,也有外国学者对中国传统文化进行了研究,比较有影响的主要有:《美国学者论中国法律传统》(高道蕴、高鸿钧、贺卫方,1994);《中华帝国的法律》(D. 布迪、C. 莫里斯,2001);《变化中的中国人》(E. A. 罗斯,1998);弗雷泽虽然不专门研究中国传统文化,但其《金枝》一书则为研究“巫”之经典。

关于与天人观有关之西方传统文化之研究成果,就笔者目力所及,西方学者视西方历史与西方传统文化为同义语。因此,西方传统文化之研究与西方历史之研究同步,其繁荣与成熟之程度自不待言。如李伯庚先生之鸿篇巨著《欧洲文化史(上、下)》(赵复三译,2003)、克洛德·德尔马的《欧洲文明》(郑鹿年译,1988)、基佐的《欧洲文明史》(程洪逵、沉芷译,1998)。然而,值得注意的是西方学者研究西方传统文化之总体趋势——比较传统文化研究。关于天人观,其研究多为间接性的,但从这些间接性研究中可以发现丰富多彩的二分观内容。西方学者有的研究二分观之“断代史”,如 G. S. Kirk, J. E. Raven, M. Schofield 之 *The Presocratic Philosophers*, 2nd ed. (Cambridge, 1983)、[德]E. 策勒尔之《古希腊哲学史纲》研究了赫拉克利特、色若芬等希腊早期哲人之自然观,从中可以发现其天人观内核,而狄金森在《希腊的生活观》中全面描绘了希腊人对神、自然之观念,似乎对古希腊之二分观作了个总结;阿尔文·施密特之《基督教对文明的影响》则进入另一个“断代”,探讨了基督教世界中的神人观。也有人研究二分观之“通史”,如唐纳德·R. 凯利之《多面的历史:从希罗多德到赫尔德的历史》以希罗多德式之历史诉说,展现了西方世界全面的二分观现象;李伯庚在《欧洲文化史》提供大量史实,从中看到二分观之演进。关于天人二分观之文化地位,黑格尔早在其《哲学史讲演录》(第一卷)就评述了希腊哲学之历史地位,实际