

宋代物权 关系研究

陈志英 著

中国社会科学出版社



宋代物权 关系研究

陈志英 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宋代物权关系研究/陈志英著. —北京:中国社会科学出版社,
2006. 11

ISBN 7-5004-5898-3

I. 宋… II. 陈… III. 物权—关系—研究—中国—宋代
IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 133173 号

责任编辑 丁玉灵

责任校对 修广平

封面设计 王 华

版式设计 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029453 传 真 010-84017153

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 华审印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2006 年 11 月第 1 版 印 次 2006 年 11 月第 1 次印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 8.125 插 页 2

字 数 220 千字

定 价 22.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

《宋代物权关系研究》是陈志英同志在她的博士论文基础上，经过认真修订，充实之后成书的。

物权是近代西方的一个私法概念，是指人对物直接管领和支配的权利，其核心是所有权制度。物权关系则是在物的占有、使用、收益、处分中发生的权利和义务的关系。在中国古代虽然没有物权和所有权等概念，但在事实上和法律规定上都是存在的，尤其是商品经济高速发展的宋代，其物权种类和物权关系都呈现出多样性和复杂性的特征，在中国古代物权关系中颇具代表性和典型性。陈志英博士从宋代物权状况的实际出发，运用现代的法理学理论，对宋代所有权及各种他物权的形态，关联及特征进行了比较系统深入的研究，客观求实地揭示了宋代物权关系的运行轨迹。

陈志英博士在探讨宋代物权关系中，没有照搬西方的法律原则，也没有简单地将宋代物权限定在现代的法理学理论框架内，而是从宋代物权实际存在的状况出发，将宋代国有财产、团体财产、私人财产及其相互关系都作为物权关系的内容进行了探讨，这既符合中国传统物权关系的实际情况，也突破了西方法学所做的分类的局限。这无疑对构建有中国特色的物权法具有现实的启迪意义。

陈志英博士虽长于现代民法的研究，但她为弘扬中国传统法律文化而孜孜以求的进取精神和取得的初步成就，使我深感欣慰。在本书稿即将初版之际，特作此序，以示祝贺。

郭东旭

2006年10月于河北大学紫园

目 录

导 论	(1)
一 正视中国传统法律文化	(1)
二 对中国古代民事法的再认识	(7)
三 关于物权及物权关系的概念界定	(24)
四 立论缘由	(27)
五 宋代物权关系问题的研究现状	(30)
六 研究方法	(41)
 第一章 宋代物权关系发展的社会基础	(43)
第一节 宋代农业生产方式的变革及商品经济的 发展——宋代物权关系发展的经济基础	(44)
第二节 宋代阶级结构的变化——宋代物权关系 发展的主体条件	(49)
第三节 宋代财产管理政策的变化——宋代物权 关系发展的政治基础	(60)
第四节 传统义利观的变化——宋代物权关系发 展的思想基础	(67)

第二章 宋代物权关系类型	(80)
第一节 宋代物权关系的基本分类	(80)
第二节 宋代物权类型的几个相关概念	(85)
 第三章 宋代所有权关系	(92)
第一节 宋代国家财产所有权	(93)
第二节 宋代团体财产所有权	(110)
第三节 宋代私人财产所有权	(118)
 第四章 宋代他物权关系	(131)
第一节 宋代永佃权	(131)
第二节 宋代占佃权	(136)
第三节 宋代典权	(140)
第三节 宋代倚当与抵当	(148)
 第五章 宋代物权关系的法律调整	(156)
第一节 宋代物权的确认形式	(157)
第二节 宋代土地所有权的取得方式	(161)
第三节 宋代动产所有权的取得方式	(171)
第四节 宋代物权的保护	(178)
 第六章 宋代物权关系的特征 ——以土地权利为中心的探讨	(190)
第一节 土地私有权关系趋于深化	(190)
第二节 土地所有权频繁移转	(194)
第三节 土地权利关系复杂化	(197)

第四节	财产权利的主体范围扩大·····	(201)
第五节	官府对土地所有权的限制·····	(205)
第七章	宋代物权关系的家族主义特征·····	(208)
第一节	家庭是基本的物权关系主体·····	(209)
第二节	田宅交易中亲邻优先权的渐弱趋势·····	(215)
第三节	宋代法律对族产的积极维护·····	(221)
第八章	宋代物权法的历史地位·····	(224)
第一节	宋代同时期西方土地所有权及法律状况·····	(224)
第二节	宋代同时期中西方民法的不同发展·····	(227)
第三节	宋代物权法发展概观·····	(231)
参考文献 ·····		(239)
后 记 ·····		(252)

导 论

一 正视中国传统法律文化

中国传统法律文化属于历史学研究的范畴，同时，正如我们无法否认法律文化的传承性一样，也无法将其置于法学研究的视野之外。中国传统法律文化是我国当前法制建设的历史和文化基础，“传统是历史和文化的积淀，只能更新，不能铲除；失去传统就失去了民族文化的特点，就失去了前进的历史和文化的基础”^①。研究并推进传统法律文化与现代法制的科学、合理承接是时代赋予我们的重大课题。

传统法律文化是自古以来逐步形成的，可谓渊源久远，根深蒂固；并有着强大的生命力，是“活”的东西，表现在传统法律文化的形成及其产生的影响有着割不断的历史，每个历史时期都会受业已形成的法律文化传统的影响，使其法律规范、法律制度从精神到具体内容都或多或少地承继前世、影响后世。今天中国社会同样处于中国法律文化传统的氛围之中，其影响时常表现在当代中国人的思想观念、行为方式之中。正如梁治平教授在《法辩》中所讲：“法律文化中以刑去刑的法律观、无讼思想、身份观念、等级思想和权力意识，哪一种不见于今天的社会？虽然这

^① 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 2005 年版，第 1 页。

这些东西不符合今天的历史进程，在现代社会格局中没有‘合法’地位，但它的存在是真实的，不容否认的，这就是传统。”^①应当看到，闪耀着古代文明光辉的中国传统法律文化，也带有灰暗的负面影响。传统的中国法作为法律制度，随着清末的法制改革、法律体系的全盘西化早已成为近现代法制的对立物，但它却以浓厚的中国历史文化为底蕴形成对当今社会的影响力，特别是法制改革的潜在影响力。中国传统法律文化有其积极的一面，蕴涵着深刻的人文价值，对社会经济、文化的发展起到了推进作用；同时也有其消极的一面，时而表现出与现时制度抗衡的一种力量，成为法制改革的某种障碍。对于传统的这种消极影响，学者已做了许多研究，甚至有学者针对我国法治建设中存在的问题指出，中国社会这一百年来实际的、现实的变迁，已根本不是什么中学为体还是西学为体的问题，而是全面移植了西方的各种制度，在中国原有社会之上依据西方模式重新构建了一个新的社会，但这一新的社会并未能够彻底取代中国原有社会，从而形成了一个“双重社会”的模式。依法律而论，虽然法律制度、法律体系乃至法律形式均已是西方的模式，但法律的运作及其法律所赖以存在的社会文化环境却无一不体现并受制于中国的传统。^②当今社会，随着世界经济的一体化，崇尚狭隘的民族主义是十分有害的，而“移植”国外的现代法制有着明显的必要性；但为了避免形成“双重社会”的模式或出现规避法律使“国家法和民间法在文化上的阻隔，最终将伤害到国家法的实施”^③，也需要认真地研究中国的本土环境立足于本民族的实际，借助本民族资

① 梁治平：《法辩》，贵州人民出版社1992年版，第15页。

② 参见尹伊君《社会变迁的法律解释》，商务印书馆2003年版，第15—16页。

③ 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

源，并考虑本土与西方文化的差异。随着法制建设的发展，我们的认识就越来越深刻。既然无法人为地将今天与传统断裂，我们就必须研究它，借助它的“积极”因素进行法制建设，同时针对当代中国人思想观念、行为方式中反映出的“消极”传统影响，寻求解决途径，即从对传统的“痼疾”到拿出今日的良方。正如张晋藩先生所讲，“我们需要从固有的法律传统中，引出滋润了五千年中国的源头活水，需要科学地总结和吸收有价值的因素。经验证明，对传统的反思越深刻、越彻底，越能准确地撷其精华，弃其糟粕，从而创造出反映新时代特色的中华法系”^①。

同时，我们应当注意中西法制的差异。作为文明古国之一，中国有悠久的历史、灿烂的文化，包括法律文化。但在现代不少人心目中，中国历来是个轻视法制的国家，而且有着重刑轻民的传统。那么究竟法律属于中国传统文化中的弱项，还是我们没有发现古人创造的法律世界？回答恐怕都不完全是。真正的原因在于我们不能恰当地“用人类先进的社会知识去认识自己的历史”^②，对中国传统法律的认定因时常机械地套用一种现代的认识范式而不能形成对历史的足够理解。长期以来，由于“法律与社会意识”没能真实地反映历史事实，以至于人们在观念上漠视中国历史上曾有过的法律传统及其辉煌并失去了应有的自信，甚至深怨古人、批判中国的法律传统数十年。面对历史科学、法律科学和法制建设，要求我们不能简单地以西方的概念、理论、观点为标准苛求古人，而应当抛弃不必要的情绪和情结，在尊重历史的前提下，选择客观合理的标准，遵循古代法制发展的历史逻辑，从而全面、深刻地分析传统，认识传统，理解传统，弘扬传

① 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2005年版，第1页。

② 赵晓耕：《宋代法制研究》，中国政法大学出版社1994年版，第42页。

统的人文价值。

西方社会法律调整所形成的秩序与以礼为主要法度形成的中国古代文明特有的秩序明显属于不同的社会治理体系。从法律传统上看,法律是西方社会主要的社会控制力量,是独立于道德规范、习惯和行政权力而自成一体的一个社会控制体系。^①《牛津法律大词典》将“法”界定为运用社会组织的力量来调节和调整各种利益关系、规范人们的行为的一种社会控制手段。在西方社会,法律一直被认为是一种指导和控制私人和官方行为的标准和规则。

历史告诉我们,中国古代并非没有法制。法制不仅存在,而且一向作为历代社会阶级统治的工具。宋仁宗庆历时枢密副使富弼讲:“自古帝王理天下,未有不以法制为首务。法制立,然后万事有经,而治道可必。”^②司马光也认为:“王者所以治天下,惟在法令。”^③中国四千多年的法律传统,源远流长,制度沿革的脉络清晰可见,法律文献浩如烟海,而且影响深远,成为周边国家制定法律的蓝本,形成区域性法律体系。中华法系在世界法制史上占有重要地位。^④只是古今中外在法的内涵与外延上存在一些差异,特别是在中国四千多年未曾中断的法律传统中,引礼入法,礼法结合,礼制是中国古代法的核心和主要精神所在。

① 参见陈剩勇《法、礼、刑的社会属性》(上),载《浙江社会科学》2002年第5期。

② 李焘:《续资治通鉴长编》(以下简称《长编》)卷一四三,庆历三年九月丙戌,中华书局2004年点校本。

③ 《司马光奏议》卷三三《乞不贷故斗杀札子》,山西人民出版社1986年版。

④ 中华法系产生于中国的法律体系,以中国封建法律制度为内涵,成为周边国家制定法律的蓝本,中华法系和英美法系、大陆法系、伊斯兰法系、印度法系并列为世界上公认的5大法系。

中国古代文明特有的秩序主要是以礼为法度形成的，中国古代，礼是专制君主统治臣民的法度，是宗族社会的制度和秩序。儒家经典记载：“夫礼，天之经也，地之义也，民之行也”^①；“礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也”^②。“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；君臣上下、父子兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军、莅官行法，非礼威严不行；祷祠祭祀、供给鬼神，非礼不诚不庄。”^③说明礼已经渗透到中国古代社会政治、经济等各个领域，成为人们衣、食、住、行等各方面的行为准则。礼大致有三层涵义：第一，制度层面，礼包括政治、经济、法律等方面的制度性安排；第二，道德、伦理层面，礼是道德、伦理规范，调整君臣、父子等人伦秩序；第三，礼典、礼仪、仪式习俗层面。^④礼包括统治者制定的成文法和由习惯演变发展而来的习惯法以及两者相互渗透形成的规范。礼集中体现宗族社会的道德伦理价值，但又不仅仅具有伦理道德性质，与一般伦理道德不同，还具有法律性质，以国家强制力作后盾。礼与一般法律相比，在自律性上又有特殊的道德要求，表现在礼试图通过个人的修养、借助道德和良心甚至敬畏心理约束人的行为。中国古代统治者正是依靠政治权威，运用道德、伦理手段，维护“家天下”的封建等级秩序，从而形成中国古代社会礼治秩序。不正视这一点就无法客观、合理解说中国传统法制。

经历了数千年发展的中国传统法源远流长自成体系，远非

① 《左传·昭公二十五年》。

② 《左传·隐公十二年》。

③ 《礼记·曲礼上》《十三经注疏》（上册），中华书局1980年影印本。

④ 参见陈剩勇《法、礼、刑的社会属性》（下），载《浙江社会科学》2002年第6期。

现代西方法律标准所能衡量。一方面，我国传统法律与现今法律属于不同的制度体系，有很大差异。我们现在采用的概念、体系继受于大陆法系。一百年前，在中华民族面临亡国的危急关头，中国发生了制度转型，选择了移植大陆法系的德国法模式，西方的法文化输入中国。民国时期依然模仿西制。新中国成立后，宣布废除国民党“六法全书”转而学习和接受苏联的立法理论，而苏联的法律大体上也属继承于德国，因此，中国法仍属于大陆法系的德国式体系。从德国继受来的概念、原则、制度体系已成为中国法律传统和目前法律文化的有机组成部分。由于我国现行法与古代法在体系上的差异，法律所赖以存在的社会经济条件的差异，套用现代的认识范式则很难对中国古代的法律做出完全合理的解释。法律植根于社会经济生活之中，我们的研究也应将其置于发生发展的社会环境之中，只有在中国古代社会经济生活条件下，在中国传统法律文化中寻找标准和答案，才能发现丰富多彩的古代法律价值之所在。另一方面，以自然经济、宗法关系、专制政体及儒家文化为主流特征的中国古代社会不可能产生现代意义的民法及权利意识，也不可能形成完善的民法学说理论。尽管如此，这并不意味着古代统治者对民事关系采取放任的态度，也不意味着古代中国社会缺乏相应的行为规则。“关于民事法则之见于载籍者，不胜数举”^①，使我们无法否认传统民事法规的存在，甚至可以说：有学者将历代律令等法规中有关田产、户婚之规定直接称作“民法”^②也不无道理。

① 解振民：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第740页。

② 杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店出版社1990年重印本。

二 对中国古代民事法的再认识

关于中国古代法制的具体内容,学界普遍认为刑法居于显赫位置。正如日本学者滋贺秀三教授评价所说,中国传统法律主要是刑法与官僚机构组织法及行政执行法;即使是行政执行法也以刑法为最后的归宿。^①囿于这一认识,自然没有研究中国古代民法的必要。然而,事实并非完全如此,那么在传统法律中,民法是否存在,其内容如何表达,存在于何种形态,是否可以称得上一个法律部门,作为法律现象形成的原因及发展的态势如何?法制建设的发展和对中国法制史研究的深入,促使人们对上述问题进行反思和重新审视。由于这些问题是本书立论、研究的基础,自然这里也无法回避。

(一) 中国古代社会的民事法

“民法”是现代法学的一个基本概念,是现代法制的法律部门。民法学者普遍认为,现代民法与近代民法一脉相承,近代民法是市民社会的法,“民法”一词来自“市民法”。民法作为独立的法律部门,是在市民社会里才形成的,谢怀栻先生曾指出:“奴隶社会、封建社会都没有民法,在封建社会末期,从农民和领主两大阶级中逐渐分化出城市中的自由民,这些人叫‘市民’(资产阶级的前身)。资产阶级革命胜利后,市民不再是一个特殊的阶层,而成为广大主权国家的人民,市民法也相应的改称民法。”^②

中国古代社会有无“民法”概念?《光绪朝东华录》有“民法之称,见于尚书孔传”的说法,^③但学界普遍认为《孔传》“民

① 参见[日]滋贺秀三《中国法文化考究》,载《比较法研究》1998年第3期。

② 谢怀栻:《外国民法法概要》,法律出版社2002年版,第3页。

③ 参见《光绪朝东华录》三十三年五月辛丑·民政部奏文。

法”一词与现代民法概念无任何关联，因而否定了中国古代“民法”术语的存在。佟柔先生认为，我国现行“民法”一词来自明治维新时期日本学者使用汉语翻译西语的“民法”^①。考察“民法”一词的来源，具体说是1868年日本学者田真道在泰西国法论里用汉语“民法”来翻译荷兰语 *Burgerlyk Regt* 一词，或曰是箕田麟祥将法语 *droit civil* 翻译成汉语“民法”^②。我国晚清时期沈家本受命清政府修订法律，聘请日本学者松冈义正等人起草民法，于宣统三年完成《大清民律草案》，晚清以后“民法”一词逐渐成为近现代法学的一个基本概念，并成为目前一个主要的法律部门。因此，一般认为我国“民法”一词源自日本。

中国古代社会有无实质“民法”？用现代民法学理论审视中国古代社会，可见，当时虽无“民法”概念，但从功能上看、从法律渊源的角度来说，也并非没有民法相关条款，只不过应当属于实质意义上的民事法而已。自人类社会有了社会分工及私有观念以来，为了满足自身的物质、文化生活需要，人们围绕着交换而形成多种多样的财产关系、人身关系，这种没有国家权力直接参与的私人关系即民事关系，由于这种关系关乎个人切身利益，因而矛盾、冲突不可避免。无论阶级社会是何种社会形态、何种发展阶段，统治者都会以法律规范对其发生、发展、消灭进行引导、规制，我们可以称之为民事法律调整。日本学者星野英一认为：“民法是与宪法相并列的法律，宪法规定的是国家的基本理念和构造，而民法规定的是社会的基本理念和构造。”^③ 基于民

① 参见佟柔为《中国大百科全书》写的“民法”辞条，中国大百科全书出版社1984年版，第412页。

② 参见张俊浩《民法原理》，中国政法大学出版社1991年版，第1页。

③ [日]星野英一：《日本民法100年》，载《环球法律评论》2001年秋季号，第263页。

法与社会生活的关联性，先秦的典籍和铭文中已有了关于所有权、债、婚姻、家庭继承的法律规范的记载。然而，一些学者以中国古代社会没有商品生产和商品交换，也不存在劳动力买卖为由来说明中国古代社会缺乏市民社会的经济基础。试想，如果中国古代没有商品经济的繁荣，阳翟大贾吕不韦“珠玉之赢百倍”^①就无从说起。而且事实上中国古代社会很早就存在交易。西周将契约称为“判书”、“契券”、“傅别”、“约剂”、“质剂”等，并以此作为债务纠纷的评判依据。《周礼·秋官·朝士》载：“凡有责（债）者，有判书以治，则听”，“凡属责（债）者，以其地傅而听其辞”。这些都是当时商品经济的写照。到宋代，也正是由于商品经济的发展，“官中条令，惟‘田产’交易一事最为详备”。^②中国古代社会不仅有商品交换的规则，而且，西周时就有了“争财”之类的诉讼。据《芻鼎》铭，小贵族匡季使人抢芻禾十秭，由东宫判匡季赔偿。基于上述记载，我们无法简单地否定古代社会实质民法的存在。张晋藩先生指出，在丰富而悠久的中国古代法律史上，虽无现代民法概念，却有财产关系和人身关系及相应的法律调整，因而“中国古代没有民法，只有刑法的断言，显然不符合中国法制史的实际”^③。胡长清先生指出：“所谓产役、田宅、婚姻、钱债者，皆民法也。谓我国自古无形式民法则可，谓无实际的民法则厚诬矣。”^④梅仲协先生亦说：“依余所信，礼为世界最古老最完备之民事法规也。”“中国旧法，以唐律最为完备。惜

① （西汉）司马迁：《史记》卷八五《吕不韦列传》，中华书局1959年版。

② 袁采：《袁氏世范》卷三《田产宜早印契割产》，丛书集成初编本。

③ 张晋藩：《清代民法综论》绪论，中国政法大学出版社1998年版。

④ 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第16页。