

■ 中国法律史学文丛 ■

汉代民事经济法律制度研究

——汉简及文献所见

冯卓慧 著



商务印书馆
The Commercial Press

014043336

D923.02

16

中国法律史学文丛

汉代民事经济法律制度研究

——汉简及文献所见

冯卓慧 著



北航

C1731505



商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

D923.02
16

014043338

图书在版编目(CIP)数据

汉代民事经济法律制度研究——汉简及文献所见/冯卓慧
著. —北京:商务印书馆, 2014
(中国法律史学文丛)
ISBN 978-7-100-09915-8

I. ①汉… II. ①冯… III. ①民法—司法制度—研究—
中国—汉代 IV. ①D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 072635 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

此书系 2007 年国家社科基金西部项目(批准号为 07XFX008)。

本书的出版得到西北政法大學科研出版基金、
学科科研基金及校長基金的資助。

中国法律史学文丛
汉代民事经济法律制度研究
——汉简及文献所见
冯卓慧 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09915-8

2014年5月第1版

开本 880×1230 1/32

2014年5月北京第1次印刷

印张 8%

定价: 28.00 元

总序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流者流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责无旁贷。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上拾遗补阙。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历30年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人注目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作始终是他们追求的目标。遥想当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作,务实创新,把商务做成享誉世界的中国品牌。

抗战风烟使之几遭灭顶,商务人上下斡旋,辗转跋涉到重庆、沪上,艰难困苦中还不断推出各个学科的著述,中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来,商务印书馆在法律类图书的出版上,致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创作品十余部,涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本,重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》(1901—1911)点校本,全面梳理清末法律改革的立法成果,为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦,为现代中国的法制文明溯源探路,为21世纪中国法治国家理想追寻近代蓝本,并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》,拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书,通过结集成套出版,推崇用历史、社会的方法研究中国法律,以期拓展法学规范研究的多元路径,提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究,避免宏大叙事与纯粹演绎的范式,以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的媚外作品,使中国法律学术回归本土法的精神。

何勤华

2010年6月22日于上海

自序

一本六十余万字的《商、周、汉、唐民事法律制度的架构及演进——卜辞、金文、汉简、唐代出土民事法律资料研究》一书初稿脱稿了，这是我2007年申报被批准的国家社会科学基金项目(07XFX008)在经三年多的个人努力而完成。因为全书均为一人之独立完成，老实说，是很累的。脱稿后我整整躺了两天，昏昏睡去，又昏昏醒来。虽然醒来，然而躺在床上一丝丝都不想动。真如大病一场。我想这大约是我的一位成为著名医生的中学同学所曾告诉我的，在当时(我未完成课时)，我全身的白细胞都被调动起来了，如同卫士般荷枪实弹为我站岗，故而几年间它们支撑着我。当课题完成时，我的卫士们都放了假，所以我真正如同散了架似地躺了两天，一丝丝也不能动了。也如同晴雯带病支撑着一夜补好了宝玉那被烧了一个洞的俄罗斯国进贡的毛毡披风，最后说了一句：“就是这样了，我再也动弹不得了！”便直挺挺地倒卧床上。只有在我的书中，我想说这几句真实的感受，只是说说感受！

一、我为什么选择这样的课题研究

我1959年毕业于陕西师大历史系，此后被分配于甘肃天水市的中学，任教二十一年，教授中学历史(中外历史，从古到今)，“文革”时期，历史课停授，我改教中学语文。这二十一年的从教经历，使我具有了较好的历史与古典文字的素养。

1981年2月我被调到西北政法大学法制史教研室，从事法制史课

的教学,教授本科生、研究生,至今年,整整三十年。三十年前,教研室要每位教师确定自己的研究方向,我确定自己的研究方向为中外法制史比较研究。因为当时我的俄语较好,教研室安排我从事外国法制史的教学。我那时的想法是我们搞法制史研究的目的应当是古为今用,洋为中用。至少,在研究中要起到史鉴的作用。我虽然从事外国法制史的教学,但由于语种、环境等等因素的影响我不可能将其所有方面均研究到比外国学者还透彻,但我可以从中拓宽我的视野和思维方式。而对之研究的目的是要洋为中用。既要“为中用”,我必须要了解中国法。中国是个历史悠久的国家,五千年的有文字记载的历史,对中华民族法律文化的影响是巨大的,至今无法抹去,所以,我的研究必得中外比较才能有所收益。又因为我的先生与我同在一教研室,他的研究方向是中国古代法制尤其是先秦法制。这也因为我校地处西安,是周、秦、汉、唐几个大朝代古都所在地,地下文存不断出土,所以古代法制尤其先秦法制是他首先的着眼点。而西周法制资料中大量的金文文献的识读与研究一个人是很难做的,连争论与研讨的同事都很难找,而学术问题中的争论与研讨是要并存的,我自然必得承担起与他合作的第一对象之责。

两人的学术研究大目标确定之后,我必须同步进行中外法史的研究。我的史学功底,使我一直坚信“史学就是史科学”的治史的基本方法,即一切结论得站立在原始资料的基础上。从事外法史教学中,罗马法学是很重要的内容,而教材中只显现结论,这无法说服我,我想知道罗马法学家当初是怎样得出那些著名结论的。恰巧,1987—1988年我有幸作为公派访问学者,在圣彼得堡大学法律系访学一年,期间曾访问莫斯科大学法律系,获得俄译本的盖尤斯《法学阶梯》的节译本。我回国后,以我国原已译出的《十二表法》、查士丁尼《法学阶梯》及我带回的俄文本盖尤斯《法学阶梯》三部分最重要的原始资料为依据写出了《罗

马私法进化论》(独著,陕西人民出版社 1992 年版)以及与汪世荣、许晓瑛君三人合著《罗马私法》(陕西人民出版社 1999 年版)及系列相关论文。又在给研究生开设《英美契约法》的基础上写出了《殊途同归——从两大法系契约法理论的发展演进看契约法的发展》一文(台湾《法令月刊》第 59 卷第 5 期)。同时自己任主编编著了《外国法律制度史教程》(陕西师范大学出版社 1990 年版),也参编了司法部统编教材《外国法制史新编》(群众出版社 1993 年版,自己承担古印度法、中世纪欧洲的城市法和商法、海商法、苏联法三章的撰写)以及相关论文。在研究外法史中特别关注了有关民、商法律制度及理论。而对中国古代法律制度的研究中,也关注了从地下出土的金文资料中法制尤其是民事法律制度的研究,先后与先夫胡留元合作出版了《长安文物与古代法制》(法律出版社 1989 年版)、《西周法制史》(陕西人民出版社 1988 年版)和《夏商西周法制史》(商务印书馆 2006 年版)及系列相关论文。所著各书均获省级科研奖,《夏商西周法制史》2009 年获司法部科研一等奖。可以看出,在这种中外比较的法制史研究中,我一直将着力点侧重到民事法律制度。这也有两方面的原因:一是在罗马法的研究中,罗马私法,即有关私人利益的法律,也即包括民事权利能力,财产关系,婚姻、家庭、继承关系是学界传统的关注点;同时,在中国古代法研究中,从出土的西周金文资料看,物权、债法资料颇多。二是从个人感情方面分析,我是女性,本能地对刑法有抗拒感,而乐于研究有关民生方面的法律制度。所以,在与先夫的合作研究中,涉及民事法律方面的,便分工给我了。经过了上述数十年的研究后,我发现,其实在出土文存中,涉及中国古代法中民事法律制度的资料很多,只是它们不是集中在某一部法典或类似法典化的东西中,而是需要研究者耐下心性去寻搜、去整理、去剖析、去归纳。同时,我也认识到必须要有人去做这项研究,而我是很合适的一个人。因为我在先前数十年的研究中已具有这方面的

基础,同时,在先前的研究中,我已认识到梅因在《古代法》一书中的一个理论是错误的。那就是梅因说:“在法典时代开始后,静止的社会和进步的社会之间的区分已开始暴露出来的事实。”而这种区别就是是否对民事法律制度给予关注与完善。梅因说:“世界有物质文明,但不是文明发展法律,而是法律限制着文明。研究现在处在原始状态下的各民族,使我们得到了某些社会之所以停止发展的线索。我们可以看到,婆罗门教的印度还没有超过所有人类各民族历史都发生过的阶段,就是法律的统治尚未从宗教的统治中区分出来的那个阶段。……在中国,这一点是过去了,但进步又似乎就到此为止了,因为在它的民事法律中,同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念。静止的和进步的社会之间的差别,是还须继续加以探究的大秘密之一。”^①梅因这种对古代社会中各国法律是静止还是进步社会的分类标准,特别是将中国列为静止社会的分类标准,在西方社会影响至深,对我国当代研究者也影响极深。甚至如李祖荫先生说:“日本有的资产阶级法学家更据此对我国大肆诬蔑,说中国古代只有刑法而没有民法,是一个半开化的、文化低落的国家。就在我国,也有一些资产阶级法学家像鹦鹉学舌一样,把自己的祖先辱骂一顿。”^②这是1959年李祖荫先生所说过的话,而笔者本人1988年在莫斯科大学法律系访问时,该校著名的外法史教授克拉舍尼尼柯娃教授(当时苏联《外法史》统编教材的主编)直到听到我对中国西周金文民法的介绍后,说她及苏联外法史界此前均在教材编写中受梅因及日本学者影响,认为中国古代无民法,此后,当以史实为证,改变看法。而1994年在中国北京召开的《罗马法·中国与民法法典化》的国际学术研讨会上,我提交了论文《罗马法与中国古

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第13—14页。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,“小引”。

代契约法》，有民法学博士问我：“中国古代非市民社会，怎么能有契约法？”因为我的论文中国契约法部分完全引证的是从汉简、唐宋帛书中所反映的当时社会中国古代契约的原件影印资料，所以我反问道：“那么，这些从汉至唐、宋的契约原件不叫契约法又叫什么？再说从汉以后开辟欧亚大陆丝绸之路上的交易契约原件叫什么法？”问者无法回答。我以为这是一个先验性的认识错误，即“只有市民社会才有契约法”，这个结论是不完整的。又过了10多年，进入新世纪，也即21世纪的今天，我在我们外国法制史研讨会议上仍能听到有研究者言：“因为中国古代非民主社会，所以，中国古代的东西，我一概不读。”我很吃惊，你不读中国古代的东西怎么就知道它有无用处，怎么就知道它与现今法律文化之源流关系。一个搞法制史的研究者，要抛掉自己民族五千年的文化史，那么，这个民族的法律是21世纪的某一天突然从天上掉下来的吗？正是积于三十年的实践研究及我所目睹之当今国内外学界对我国古代民事法律制度之错误认识，我认为自己有必要也有可能写出这样一本专著《商、周、汉、唐民事法律制度的架构及演进——卜辞、金文、汉简、唐代帛书及石刻民事法律资料研究》。2007年我以这个长长的题目申报国家社科基金项目。当年10月，得到国家批准。由于内容涉及四个大朝代，原始的一手资料要包括对卜辞、金文、汉简、唐代帛书的识读或至少要能读懂考古学界所识读出的资料，再用民法学的观点来运用评析，是一种跨学科的研究课题。其实，我申报此课题的初衷，也有一方面是考虑年轻同志们不可能像我一样再花费至少三十年去研究。而我如能将自己的研究成果提供给学界，也可为此学科的年轻研究者，作文字的铺垫及罗马法学视野的铺垫。我从教五十多年，教师的职责中就有甘为人梯一项。一个学科的研究是需要很多人不断地做人梯的。这便是我申报此课题的原因和目的。

二、研究本课题的方法

在研究的方法上,我坚持了三个基本原则:

1. 以史实为基础,尽可能利用地下出土的一手原始资料,再佐证以文献史籍,甚至包括一定时代的诗史。在史实的基础上得出结论。

如前所述,我是上世纪五十年代学历史专业出身的。记得傅斯年先生所倡导的“史学就是史科学”的治史方法对我影响很大。至今,我也不能说这是唯一的治史方法,但我坚信,它是搞史学的重要的基础方法。

我要研究的四个朝代——商、周、汉、唐,均距离今天年代久远,而它们的民事法律制度,除《唐律疏议》中能解读出唐代的一些内容外,大量的资料其实首先显现在地下文存中。所以我的课题有一个长长的副标题——“卜辞、金文、汉简、唐代帛书及石刻民事法律资料研究”,因为出土的地下文存是谁也无法否认的当时那些朝代真实情况的再现。本课题在决定出版之时,为了满足不同读者的需求,出版社决定分三册出版此课题研究成果。第一册《商周民事经济法律制度研究》,商朝的情况,我的研究主要依据的是姚孝遂任主编、肖丁任副主编的《殷墟甲骨刻辞摹释总集》(中华书局1988年影印本),再佐以其余有关原始资料;西周的情况则以郭沫若《两周金文辞大系考释》、文物出版社1984年出版之《陕西出土商周青铜器》(共四册)及此后不断新出土的金文,再佐以其他原始资料。第二册《汉代民事经济法律制度研究》,汉代主要使用汉简有《居延汉简甲编》、《居延汉简甲乙编》、《居延汉简新编》、《张家山汉墓竹简》、《敦煌悬泉置汉简释萃》、《居延新简》等。第三册《唐代民事法律制度研究》,唐代资料则主要依据中国科学院历史研究所资料室编的《敦煌资料第一辑》,王永兴编的《隋唐五代经济史料汇编校注》、《吐鲁番出土文书》,刘海年、杨一凡主编的《中国珍稀法律典籍集成》

(甲编)第三、四册等所能收集到之文存。在地下文存基础上,我再佐以历史典籍。故《尚书》、《周易》、《周礼》、《礼记》、《仪礼》、《诗经》、《史记》、《汉书》、《后汉书》、《汉书补注》、《旧唐书》、《新唐书》、《唐六典》、《通典》、《太平御览》等是必得反复参读的。另外,先秦部分,如陈梦家的《殷墟卜辞综述》,郭沫若的《考古编》、《金文丛考》,容庚的《金文编》,高明的《古文字类编》,张政烺的《古文字研究》,胡厚宣的《甲骨学商史论丛》,也是必得不断参考的,同时还参考的有徐中舒的《甲骨文字典》,吴浩坤、潘悠的《中国甲骨学史》,陈初生编的《金文常用字典》、《十三经注疏》等。唐的部分,参考了钱大群的《唐律疏义新注》,《唐律疏议》,王昶的《金石萃编》,及《天一阁藏明钞本天圣令校证(附唐令复原研究)》中有关之唐令复原研究等。总之,我主观上努力做到以第一手地下文存印证史学古籍文献,在占有资料的基础上得出自己的分析结论。当然,也会有挂一漏万之不足,但愿有人能继续做下去。

2. 以罗马法学的私法观念为纲,确定本书写作的基本体系。

罗马法在世界的影响是巨大的,正如澳大利亚民法学家瑞安在他的《民法导论》一书中肯定地指出:“近代民法是三大法律系统的产物。”这三大法系就是罗马法、日耳曼习惯法和教会法。他特别指出“罗马法有 2700 多年的历史……而后才发展成为一个拥有广大领土和多种民族的商业社会的完备的法律制度”。他指出 19 世纪德国的“罗马法学派的理想是建立一种法律制度,在这个制度中,所有的具体规定都源于某些基本概念,并根据这些基本概念来对它们进行分类。对罗马法的研究使他们确信(的确有理由这样确信),简明和抽象是古典及以后罗马法的两个最突出的特点”。^① 这点和恩格斯对罗马法的评价是一致

^① 《外国民法资料选编》,法律出版社 1983 年版,1986 年第 3 次印刷,第 1—39 页。

的。恩格斯说罗马法是“以私有制为基础的法律的最完备形式”，^①“它也包含了资本主义时期的大多数法律关系”。^② 古典的罗马法学，当资本主义经济发展一开始时，便发挥了其影响力，因之恩格斯说：“当工业和商业首先刚刚在意大利，稍后在其他国家发展起来时，也就进而发展了私人所有制，与此同时，经过仔细加工的罗马私法又复兴起来并重新获得了权威力。”^③ 罗马法的简明以及其所抽象出的概括性理念正是中国古代民事法律制度所缺乏的，但正好借用其权威性的理念为纲目让我能清晰地将中国古代民事法律制度的资料整理分类出来。我想也正由于此原因，中国在法制近代化过程是继受和借鉴了大陆法系，而非是英美法系的。因此，我在本书的写作体例上是以借鉴罗马私法为主的，也就是以民事权利能力、物权、债、家庭婚姻继承、民事诉讼制度为基本纲目分类去写。这样，我觉得清楚得多了。

3. 以中国国情为出发点。

我在多年研究中国古代民事法律制度的过程中，存在一个基本的信念：我觉得中国古代以农耕文明为主，即奴隶制或封建制时期，统治者要维持一个王朝的长治久安，必须要将民生问题放在重要地位来思考。否则，其统治不可能长久。秦朝的短暂，正是明证。而商、周、汉、唐却是各有数百年的统治期，而这种长期统治中，保障民生，至少不让生民飞速地被暴政窒虐而死是很重要的。事实上，从西周开始的明德慎罚，敬天保民，至汉代的天人合一，唐代的德礼为政教之本，刑罚为政教之用，其统治者治国的主导思想是以生民、保民，维持国家长治久安为主流的。而不是以刑罚杀戮为主的。即使是有了完整的法典以后，法典虽在总则部分显示了罪与罚，而具体内容仍多涉及民生。所以，我

① 《马克思恩格斯选集》第3卷，第143页。

② 《马克思恩格斯选集》第3卷，第395页。

③ 《马克思恩格斯全集》第3卷，第63页。

认为传统的研究中造成一个误点,似乎中国古代是残暴的国家,发达的是刑法。这除了有梅因、日本学界的误导外,还有中国法制史界传统认为“律”就是刑律,而事实上,以《唐律疏议》为代表,我们只要仔细地去读,对律的解释常引用令、格、式,这些过去被学界解释为行政法,它是古代官员工作的具体细则。而作为东方农耕国家,政府、官员工作的很大内容是与农业生产管理与生民息息相关的。

再者,中国自古就存在的家族制中的宗法关系使中国古代法有着很大的人情味,这又与中国大农业社会有关,与中国儒家文化有关,与礼制观念有关。再加以自古存续下来的对“天”的敬畏观,也形成中国古代民法的特殊性,如梅因所说:“在它的民事法律中,同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念。”

为了比较地认识问题,《商周民事经济法律制度研究》一书中,我加入了二节“比较上古民法”、“比较上古婚姻法”作为附录。《唐代民事法律制度研究》一书中,我加入了从“从复原的唐开元《医疾令》看唐代医疗卫生法”、“‘耳后大秦珠’到《唐律疏议》——罗马法对唐代契约法的影响”二节作为附录,其目的均在于以比较视野看中国古代民法及认识其独特的视角——以民法为出发点。

基于上述认识,我的这三本书虽以罗马私法的理论体系为纲目,却并不拘泥于它,我必须依掌握的原始资料为依据,写出中国实在的古代民事法律制度。

以上这三点是我研究本课题的基本原则和方法。

三、本课题的体系结构

依据以上思路,本课题的基本体系如下:

第一卷 商周民事经济法律制度研究

第一章:商代的民事法律制度。包括:民事权利主体——身份法;

婚姻家庭法;继承法;物权法;债法。第二章:西周的民事法律制度。包括:居民的民事法律地位;物权、所有权;债法;婚姻法;家庭与继承;经济法规;西周的民事诉讼法。

第二卷 汉代的民事经济法律制度研究

包括:民事权利能力;物和物权法;债法;婚姻、家庭、继承法;民事诉讼制度;经济立法与对外贸易法;税法。

第三卷 唐代的民事法律制度研究

包括:社会各阶级的民事权利能力;物权法;债法;婚姻、家庭、继承法;民事诉讼法。

历史和现实是不能割裂的。中国是一个有文字记载的五千年历史的文化古国。一个民族的历史愈漫长,它留下的文化包括法律文化的积淀也愈厚重。这也就形成这个民族具有某种独特特质的法律文化观。作为世界上唯一文化发展没有被完全隔断的延续至今的中华民族,对它传承下来的法律文化观,尤其深受儒家文化和天人合一思想影响的历史上的民事法律制度,特别是生民、息民观的制度作一些剖析研究,我个人觉得是很有启迪价值的。

2011年7月7日于西安

目 录

第一章 汉代的民事法律制度	1
第一节 汉代居民的民事法律权利能力	1
一、汉代“士、农、工、商”四种居民及其民事法律地位	1
二、各等居民的民事权利能力和行为能力	16
(一)完全享有民事权利能力者——“圣王”	16
(二)依等级身份制而形成的受限制权利能力者	20
(三)庶民百姓的权利能力和行为能力	25
第二节 汉代的物和物权法	32
一、汉代物的概念和分类	32
二、所有权、占有权及其保护	44
(一)所有权的概念	44
(二)占有权的法律保护	46
三、他物权	52
(一)地役权	52
(二)质权	60
第三节 汉代的债法	62
一、汉代“债”的概念	62
二、契约关系形成之债	64
(一)买卖契约	64
(二)雇佣契约	76

(三)借贷契约	81
(四)其他契约	92
三、侵权行为形成的债	95
(一)汉律中有关侵权行为之债的法律规定	96
(二)史籍记载的关于土地权利侵权的法律规定及案例	98
第四节 汉代的婚姻家庭继承法	100
一、宗法制度与汉代的婚姻家庭继承法	100
二、汉代的婚姻家庭法	102
(一)“同姓不婚”的原则	102
(二)“一夫多妻”与“一夫一妻”制	103
(三)婚姻年龄的规定	108
(四)结婚的“六礼”礼制	110
(五)父母、夫妻、子女家庭关系	116
(六)婚姻关系的终止——七去、三不去原则	123
三、汉代的继承法	129
(一)身份继承	129
(二)财产继承	132
第五节 汉代的民事诉讼制度	137
一、司法机构	137
二、诉讼程序和审判制度	141
(一)告诉	141
(二)传讯验问	143
(三)判决	146
(四)执行	146
三、上诉制度	147
四、调解制度	148