

“十一五”国家重点图书出版规划  
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

中国传统法律文化研究

..... 总主编 曾宪义 .....

# 身份与契约： 中国传统民事法律形态

● 主编 赵晓耕

 中国人民大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划  
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

中国传统法律文化研究

..... 总主编 曾宪义 .....

# 身份与契约： 中国传统民事法律形态

• 主 编 赵晓耕

撰 稿 人 (以撰写章节先后为序)

肖洪泳

王平原

马 慧

袁兆春 李 力 周子良

柴 荣 何莉萍 李 力

春 杨

中国人民大学出版社

• 北京 •

**图书在版编目 (CIP) 数据**

身份与契约：中国传统民事法律形态/赵晓耕主编. —北京：中国人民大学出版社，2011. 12  
(中国传统法律文化研究)  
ISBN 978-7-300-15010-9

I. ①身… II. ①赵… III. ①民法-法制史-研究-中国 IV. ①D923. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 271588 号

“十一五”国家重点图书出版规划

教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

**中国传统法律文化研究**

总主编 曾宪义

**身份与契约：中国传统民事法律形态**

主 编 赵晓耕

Shenfen yu Qiyue; Zhongguo Chuantong Minshi Falü Xingtai

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州星河印刷有限公司

规 格 185 mm×240 mm 16 开本

版 次 2012 年 1 月第 1 版

印 张 42.5 插页 1

印 次 2012 年 1 月第 1 次印刷

字 数 860 000

定 价 118.00 元

---

**版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换**

# 目 录

|          |   |
|----------|---|
| 导论 ..... | 1 |
|----------|---|

## 第一编 文化根基与传统民法

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 第一章 小农经济的社会结构 .....             | 23 |
| 第一节 小农经济概述 .....                | 23 |
| 第二节 小农经济与传统中国的民事法律 .....        | 41 |
| 第二章 “义”、“利”之辩及其影响 .....         | 61 |
| 第一节 中国传统法律文化中的义利观 .....         | 61 |
| 第二节 传统义利观的影响——重农抑商政策的长期推行 ..... | 65 |
| 第三章 政治结构与法律体系的双重影响 .....        | 75 |
| 第一节 政治体制与传统民法 .....             | 75 |
| 第二节 法律体系与传统民法 .....             | 86 |

## 第二编 传统民事法律形态分述

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第四章 家族——国与家的中间形态 ..... | 107 |
| 第一节 家与族 .....          | 107 |
| 第二节 家族制度的历史考察 .....    | 128 |

|            |                                       |            |
|------------|---------------------------------------|------------|
| 第三节        | 家族法 .....                             | 151        |
| 第四节        | 家族法与国家法 .....                         | 180        |
| <b>第五章</b> | <b>婚姻——“上以事宗庙”、“下以继后世” .....</b>      | <b>206</b> |
| 第一节        | 婚姻的语义学剖析——对中国传统婚姻制度的字面解读 .....        | 206        |
| 第二节        | 传统婚姻的历史形态与制度嬗变 .....                  | 215        |
| 第三节        | 古代中国传统的婚姻观念——对中国传统婚姻制度的深层<br>解读 ..... | 221        |
| 第四节        | 传统结婚制度 .....                          | 239        |
| 第五节        | 传统婚姻中的夫妻关系 .....                      | 262        |
| 第六节        | 纳妾制度的历史演变 .....                       | 275        |
| <b>第六章</b> | <b>继承——身份与财产的二重性 .....</b>            | <b>287</b> |
| 第一节        | 传统继承法的特点 .....                        | 287        |
| 第二节        | 身份的继承——宗祧与爵位继承 .....                  | 292        |
| 第三节        | 财产的继承 .....                           | 310        |
| 第四节        | 女性的继承权 .....                          | 326        |
| <b>第七章</b> | <b>中国古代财产权的法律形态 .....</b>             | <b>334</b> |
| 第一节        | 官方成文法 .....                           | 335        |
| 第二节        | 民事习惯法 .....                           | 341        |
| 第三节        | 官方法律制度与民事习惯法的融合 .....                 | 348        |
| <b>第八章</b> | <b>家族制度下的财产权观念和财产权制度 .....</b>        | <b>354</b> |
| 第一节        | 儒家文化与财产权观念和制度的关联路径 .....              | 354        |
| 第二节        | 家族制度对古代中国财产权制度的影响 .....               | 362        |
| <b>第九章</b> | <b>户的民事主体性 .....</b>                  | <b>370</b> |
| 第一节        | 家与户 .....                             | 371        |
| 第二节        | 户的种类与名称 .....                         | 377        |
| 第三节        | 户的私法属性 .....                          | 383        |
| 第四节        | 户的财产权利 .....                          | 394        |
| 第五节        | 户的民事法律行为 .....                        | 411        |
| 第六节        | 户所遵循的民事基本原则 .....                     | 416        |
| 第七节        | 户是古代中国最主要的民事主体 .....                  | 434        |
| 第八节        | 户与中国古代民事法律文化 .....                    | 438        |

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| <b>第十章 中国古代土地权利形态</b> | 442 |
| 第一节 国家土地所有权的形成        | 442 |
| 第二节 国家土地所有权的法律保护      | 448 |
| 第三节 私有土地所有权的形成        | 464 |
| 第四节 私有土地所有权的演变及表现形态   | 468 |
| <b>第十一章 永佃制</b>       | 514 |
| 第一节 永佃制与相关概念之辨析       | 514 |
| 第二节 永佃制的历史发展          | 523 |
| 第三节 永佃制的制度分析          | 526 |
| 第四节 永佃制的法文化解读         | 530 |
| <b>第十二章 合伙制度</b>      | 535 |
| 第一节 共有意义上的伙的关系        | 536 |
| 第二节 合伙经营意义上的伙的关系      | 544 |
| 第三节 合伙投资意义上的伙的关系      | 550 |
| <b>第十三章 担保制度</b>      | 558 |
| 第一节 官方成文法中的担保制度       | 558 |
| 第二节 习惯法中的中（保）人制度      | 565 |
| 第三节 典、当、押制度           | 572 |
| <b>第十四章 契约制度（上）</b>   | 588 |
| 第一节 西周青铜器铭文所见契约概述     | 588 |
| 第二节 西周青铜器铭文所见的“治地之约”  | 592 |
| <b>第十五章 契约制度（下）</b>   | 610 |
| 第一节 中国传统契约概念的演变与发展    | 610 |
| 第二节 中国传统契约的法律意义       | 616 |
| 第三节 中国传统契约的形式         | 619 |
| 第四节 中国传统契约文书的分类       | 624 |
| 第五节 中国传统民间契约的种类       | 635 |
| <b>本卷后记</b>           | 673 |

身份即身分，指人的出身、地位或资格。身在古汉语中乃会意成字，从人，主体结构形似人体脊骨，指人的身体以及自我、自身，因此，《尔雅·训诂》谓之“朕、余、躬，身也”。分，《说文解字》释曰：“别也。”“身”与“分”结合成“身分”一词，就是能把某一人与其他人区别开来的出身、地位以及资格等等，北齐颜之推在《颜氏家训·省事》中就自叙：“吾自南及北，未尝一言与时人论身分也。”

契约，通常地讲，就是证明出卖、抵押、租赁等的文书。契，原为古代在龟甲、兽骨上篆刻文字的行为以及篆刻文字的刀具，后来代指契约、文卷。《说文解字》释：“大约也。”这里的约是“缠束之义”。即契在古代即有我们今天的“契约”所含之义，它的法律意义，古人也说得明白：“凡簿书之最目、狱讼之要辞，皆曰契。”<sup>①</sup>“契”有契约之义，“约”也早有契约之义。《汉书·冯奉世传》载：“前莎车王杀汉使者，约诸国背叛。”唐颜师古注曰：“约，谓共为契约。”<sup>②</sup>契约二字联合成词，最早见《魏书·鹿念传》“契约既固，未旬，综果降。”<sup>③</sup>这里，契约的意思已经与今之契约基本相同，即指双方或多方同意订立的条款、文书。

“身分”与“契约”，均是中国古代早已有之的概念，但把身份与契约这两个名词在学术上如此紧密地结合在一起，与英国法学家梅因在其代表作《古代法》中的重要观点有莫大关系：

所有进步社会的运动，到此处为止，是一个从“身份到契约”的运动。<sup>④</sup>

身份和契约是否能够作为社会进步的标识？对这一问题可能仁者见仁，智者见智。但身份与契约在法律史研究中的重要性则不容否认。研究中国传统法律中的身份与契约问题，是本卷的中心任务。而确定身份与契约为本卷的主题并把身份、契约与中国传统民事法律联系起来，则是受到梅因《古代法》影响的更直接证据。梅因在研究了以罗马法为主要标

①（清）段玉裁：《说文解字段注》，2版，522页，成都，成都古籍书店，1990。

②《二十五史》（一），296页，上海，上海书店、上海古籍书店，1986。

③《二十五史》（三），2373页，上海，上海书店、上海古籍书店，1986。

④[英]梅因：《古代法》，沈景一译，97页，北京，商务印书馆，1959。

本的众多古代法的身份、家族、继承、财产、契约等制度以及侵权与犯罪等规定之后，得出结论：“法典愈古老，它的刑事立法就愈详细、愈完备。”<sup>①</sup> 梅因的这一观点深深地影响了学者对中国法制史的研究，以至于1959年商务印书馆出版梅因《古代法》的中文译本时不得不特别在正文前面印上著名民法学家李祖荫的小引，声明：

梅因在他的著作中有这样的错误论调：一个国家文化的高低，看它的民法和刑法的比例就知道。大凡半开化的国家，民法少而刑法多，进化的国家，民法多而刑法少。他这几句话被资产阶级学者奉为至理名言。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。事实上，古代法律大抵都是诸法合体，并没有什么民法、刑法的分别，中国古代是这样，外国古代也是这样。国家的先进和落后要具体地历史地考察，主要从其社会制度是否适合当时生产力的发展来衡量，而不能单以作为国家上层建筑之一的法律制度之完善与否为尺度，至于民法与刑法的比例则更不是一种什么准则。<sup>②</sup>

由于特殊的历史环境，李祖荫的这段话带有浓厚的意识形态味道，把一些学术上的讨论简单地加上了政治标签，但它却反映了梅因的思想已经深深地影响了学者对中国法制史的研究这一历史事实。

自从近代西方法学被引入中国并占据主导地位之后，不论我们愿意与否，中国学者都不得不在西方法学的语境中研究中国传统法律文化。我们所面临的对象是中国传统法律文化，我们也许能够尽可能地追求用中国传统的方法进行研究，但我们所处的时代已经发生了根本性变化，我们无论如何也无法回复到过去。我们可能并不赞成梅因的观点，我们得出的结论可能与梅因的结论迥然不同，所有这些都无法否认梅因对我们研究的影响。历史学的基本特征就是对已经发生过的事件进行研究，以期认识过去事件的原貌。然而，历史事件的原貌是后人难以真正认识的。任何看似公允的历史学研究，都无法逃脱研究者想象的影响。而研究者的想象又无不带来自他所生存时代的特征和他个人理解力的烙印。每个时代、每个民族都有一批批的历史研究者从事着繁杂的历史研究，但都深深打上时代的烙印。因此，意大利历史学家克罗奇告诉我们：“所有的历史都是当代史。”我们反对把历史与现实简单地加以联系，但我们也明白：我们通过史实考证、史料辨析等多种方法追寻历史真实，我们通过文化解释、比较法学等方法研究中国传统法律文化，其目的在于探讨它对当代的影响以及探求未来的走向，正如雅斯贝斯所指出的那样：

历史指导我们超越所有的历史而进入至高无上的全面理解综合（the Comprehensive）——那是最终目标。思想虽然永远不能达到这个目标，然而却可以接近它。<sup>③</sup>

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，207页，北京，商务印书馆，1959。

② [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，小引，北京，商务印书馆，1959。

③ [德] 卡尔·雅斯贝斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，序言第2页，北京，华夏出版社，1989。

## (一)

梅因在《古代法》中提出了古代法典民法与刑法的比例问题,而近代中国对中国传统民商事法律的探讨则首先在中国古代有没有民商事法这一问题上形成高潮。近代思想界的巨子梁启超最早提出中国无私法、无民法的观点。他说:“我国法律之发达,垂三千年,法典之文,万牛可汗,而关于私法之规定,殆绝无之。”“我国法律界最不幸者,则私法部分全付阙如之一事也。”<sup>①</sup>王伯琦不仅支持梁启超的观点,而且还对中国几千年来为什么没有民法,从民法规范的对象与经济社会的关系的角度进行了论证。他认为,中国古代是一个农耕社会,而在农耕社会里,民法所调整的身份和财产关系并不发达,付与习惯加以调整即可。国家只需用刑罚维持社会秩序。“观之唐律以至《大清律例》之内容,仍未脱政事法及刑事法之范围……公法与私法,民法与刑法等名词,原系来自西洋,如其意义在吾国未有变更,则谓吾国在清末以前,无民事法之可言,谅无大谬。”<sup>②</sup>对于散见于历代律令中的户役、田宅、婚姻、钱债等方面的规定,王伯琦认为,其目的仍只在于维护社会秩序,与现代民法的目的完全不同。“（历代律令中）户役、田宅、婚姻、钱债等篇,虽亦含有个人与个人间应遵循之规范,但其所以制裁者,仍为刑罚,究其目的,仍在以政府之政治力量,完成安定秩序之作用。其间之关系,仍为公权力与人民间之关系,仍属公法之范畴,与所谓民事法之趣旨,不可同日而语。如现行刑法有侵占、诈欺、背信、重利等罪之规定,其中无不含有民事上债权物权关系之规范在内,但其为刑事法而非民事法,固不待言也。”<sup>③</sup>

与否定者旗帜鲜明不同,最先肯定中国古代有民法、认为“礼”就是中国古代的民法的梅仲协则显得不那么理直气壮。梅先生认为,“我国春秋之世,礼与刑相对立……礼所规定之人事与亲属二事,周详备至,远非粗陋残酷之罗马十二表法所敢望其项背者。依余所信,礼为世界最古最完备之民事法规也。”但面对春秋之后礼崩乐坏的历史事实,梅先生不得不承认,自商鞅变法、礼与刑之间的分界泯灭之后,只在律典的户婚、杂律之中还残留着些许民法规定,“故中华旧法,以唐律为最完备。惜乎民刑合一,其民事部分,唯户婚、杂律中,见其梗概耳”<sup>④</sup>。

与否定说和肯定说的针锋相对不同,杨鸿烈、戴炎辉、胡长清、杨幼炯、徐道邻、张镜影、林咏荣等法学名家皆持此民刑合一说。如,杨鸿烈先生说:“以中国上下几千年长久的历史和几百种的成文法典而论,公法典占绝大的部分,纯粹的私法典简直寻找不出一部。在现时应该算是私法典规定的事项也包含在这些公法典里面,从来没有以为是特种法典而独立编纂的。并且这些公法典里的私法的规定也是很为鲜少,如《亲族法》的婚姻、离婚、养子、承继,《物权法》的所有权、质权和《债权法》的买卖、借贷、受寄财物等事也不过只规定个大纲而已,简略已极。”<sup>⑤</sup>胡长清先生也说:“中国古无所谓法典,有之,自

① 梁启超:《论中国成文法编制之沿革得失》,载《饮冰室合集·文集之十六》,52~53页,北京,中华书局,1989。

② 王伯琦:《民法总则》,15页,台北,“国立编译馆”,1963。

③ 王伯琦:《民法总则》,15页,台北,“国立编译馆”,1963。

④ 梅仲协:《民法要义》,15~16页,北京,中国政法大学出版社,1998。

⑤ 杨鸿烈:《中国法律思想史(下)》,250~251页,上海,上海书店,1984。

李悝之《法经》始。《法经》计分六编（盗法、贼法、囚法、捕法、杂法、具法），然皆属于刑事。商鞅传之，改法为律。汉相萧何更加悝所造户、兴、厩三篇，谓之九章之律。于是户婚之事亦入于律……《大清律例》仍首名例，次《吏律》二卷，《户律》七卷，《礼律》二卷，《兵律》五卷，《刑律》十一卷，《工律》二卷，《户律》分列七目，共 81 条，虽散见杂出于《刑律》之中，然所谓户役、田宅、婚姻、钱债者，皆民法也。谓我国自古无形式的民法则可，谓无实质的民法则厚诬矣。”<sup>①</sup> 无论是杨鸿烈的民事与刑事糅杂，还是胡长清的形式民法与实质的民法，其本质上都是变相的肯定说。

此外，还有民法与礼合一说。潘维和先生说：“吾人宁可认为民法与礼合一说，或习惯法（礼俗惯例）较能赅固法系中民事法之形成、发展或其本质、作用。唯持此说之学者，在观察之角度上颇有出入，即所谓礼书为民法法源。有认为民法为礼制之一部分，有认为民法包涵于礼之中即所谓礼与民法混合，有认为民法为另一形态之礼，即所谓民法独见于礼。要之，若谓古来民刑区分，民法并无专典，而礼中之一部分，除刑事、政事外，即为民事规范，或无大误。”<sup>②</sup> 史尚宽教授也持相同观点：“太古时代之事迹，书阙有间，不可得而征矣。溯自唐虞以迄前清，其间历年数千，势有弛张，而法书亦遂有多少之变革。惟其中最可令人注意者，即其编纂之精神，数千年皆一贯是也。盖吾国法书，本义辅翼礼教，礼教所不能藩篱者，然后以法律正之。清之律令，渊源于明，明之律令，渊源于唐，唐之律令，渊源于隋，隋本于北齐、后周，卒皆形式稍变，而用意不变。偏重于公法之制度，而私法关系，大抵包括于礼制之中。然亦有私法关系为法书规定之内容者。如所谓户律、婚律、户婚、户役、田宅、婚姻、钱债等篇目是也。此种法条之规定，且有随时代增详之趋势。可谓皆民法也，不过混杂于刑法之中，且未见其发达耳。谓我国无形式的、完善的民法则可，若谓无实质的民法，则厚诬矣。”<sup>③</sup>

中国古代有无民法这一问题自 20 世纪初提出，在 20 世纪 30 年代形成一个讨论高潮。分析诸家观点，有学者归纳为“两类三种”：“一类为否定说，一类为肯定说。肯定说分两种，一种认为中国古代民法存在于国家颁布的正式律典中，即‘肯定说’与‘民刑合一说’；一种认为中国古代民法除了存在于国家正式的典章或礼制中外，尚有以礼俗习惯为表现的存在形态，即所谓的‘民法与礼合一说’。其共通处在于认为不能否定中国古代存在有实质民法。”<sup>④</sup> 20 世纪 80 年代，围绕古代中国是否有民法又一次展开了热烈讨论。这次讨论，虽然在论据与论证方面与 30 年代的讨论有了很多不同，但讨论者所持的观点仍基本可归为上述三类。经过讨论，至少在大陆学界形成了一个共识：“从广义来看，无疑在我国古代是存在调整民事财产关系和人身关系的民事法律规范的，亦即是存在民法的。”<sup>⑤</sup>

开篇之初即回顾对中国古代是否有民法这一差不多持续百年的讨论，我们的目的不只是想以一个共识来为本卷确定研究范围，而是我们认识到：中国古代是否有民法这样一个

① 胡长清：《中国民法总论》，15～16 页，北京，中国政法大学出版社，1997。

② 潘维和：《中国近代民法史》，54 页，台北，汉林出版社，1982。

③ 史尚宽：《民法总论》，47 页，台北，正大印书馆，1980。

④ 俞江：《关于“古代中国有无民法”问题的再思考》，载《现代法学》，2001（6）。

⑤ 陈嘉梁：《“民法”一词探源》，载《法学研究》，1986（1）；李龙：《中国民法沿革考略》，载《法学研究》，1986（4）。

看似简单的问题不仅关系到什么是民法、什么是划分民法的标准等问题，更是关系到怎样认识中国传统民事法律以及中国传统民事法律特点等问题，它还涉及中国传统法律的特征以及中国传统社会的本质等更高层次问题。因此，我们认为这一问题是研究中国传统民事法律的元问题。对这一问题的百年左右的探讨，表面上看来，共识似乎已经形成，答案似乎已经找到。但我们更相信，对这个元问题的探索是无穷尽的。表面的平静正预示着更大的突破，而对这一问题的更深入探讨还将带动我们更深刻地认识中国传统民法、中国传统法律甚至中国传统社会。

## (二)

对中国古代是否有民法这一问题的讨论，并非仅仅是得出一个“有”或者“无”的结论。更重要的是，学者们通过对这一问题的回答与论证，解决了一些基本的理论问题。例如，从哪里去寻找中国古代的民事法律这一基本问题就被放到了很重要的位置加以考虑。通过讨论，学者们更倾向于把那些实质上起到规范作用的一系列原则、规则的总和当做法，而抛弃了法仅仅是国家颁布的成文法的观点。从这个角度来看，就没有必要再强调礼与律例的界限，而对古代民法的探讨也不应再局限于包括律典在内的一切静态的法，而应越来越关注动态的法，中国传统社会中的买卖、典、佃、抵押、婚姻、继承等民事习惯及具体运作形态都应在研究范围之内。梁治平等学者把它称为习惯法并为习惯法下了定义：“习惯法乃是由乡民长期生活与劳作过程中逐渐形成的一套地方性规范；它被用来分配乡民之间的权利、义务，调整 and 解决他们之间的利益冲突；习惯法并未形诸文字，但并不因此而缺乏效力和确定性，它被在一套关系网络中实施，其效力来源于乡民对于此种‘地方性知识’的熟悉和信赖……官府的认可和支持有助于加强其效力，但是它们并非习惯法所以为‘法’的最根本特征。”<sup>①</sup> 所谓的“内在的”或“自然的”民事规则，实际上，也间接地证明了中国古代有民法这一结论。

一部分学者用法律文化解释方法来回答中国古代有无民法这一问题，还有部分学者用历史考察方法来回答这一问题。有关中国古代民商事法规的史料，随着考古发现和法律古籍整理的长足发展，已是日有所增。已出版的以史料为主的著述也是越来越多，这为我们从事进一步研究提供了难得的条件，也为我们阐明自己的观点与看法奠定了史料基础。在分析史料的基础上，有学者将中国古代漫长的民事法律发展过程划分为三个阶段：初创阶段——夏、商、周，发展阶段——秦汉至唐，完备阶段——宋、元、明、清，并且还总结出了各个不同发展阶段所具有的一些特征。<sup>②</sup> 更进一步的研究则摆脱了历史分期方法而更多地使用法学研究方法、更宏观整体地把握中国传统民事法律的特征，他们认为：中国古代通过对公权力的规定而相对界定了私权活动的范围——固有民法强调禁与罚而非正面地肯定权利，古代法典是在实定性的私法体系外设想和构筑民事法律秩序——正律仅仅是一种作为民事活动底线的最基本的要求，中国古代民法是由多种法律渊源构成的法律规范体系——中国古代固有的广义的实质意义上的民法，了解中国古代民法的多种渊源，是理解中国固有民法的关键，中国固有民法是在一个包含有多个法律规范系统的层面之中、实施

① 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，166页，北京，中国政法大学出版社，1996。

② 参见张晋藩主编：《中国民法通史》，4~22页，福州，福建人民出版社，2003。

多种法律渊源综合调整的法律规制方法。<sup>①</sup>

上述研究启发我们反思早先因中国古代无独立民法典而得出的中国古代漠视民事法律关系的结论。例如，中国传统社会以农业经济为主，作为农业基本生产资料的土地就成为传统法律调整的主要内容。中国人对地产、田宅的关心源远流长，至今仍不见衰减。内地城乡的盖房热，香港房地产的飙升，海外华侨购买不动产的高比例，都是这一古老传统对中国人影响的现代形态。产生于其中的许多法律关系及其调整手段，不说是独一无二的，也可谓是特色颇具。以往认为古代官府疏于涉足“田土之事”，视其为细故。但古语中亦有：“杀人偿命，欠债还钱”，“清官难断家务事”等说法。说明古人视欠债与杀人同属重要，清官必常断“家务事”才有“难断”之叹。而且，历代大小官吏皆以“民之父母官”自居，事实上，地方官吏的首要任务即为“亲民”。正常社会状况下，杀人越货究属非常，恰恰是须臾关乎民命的田土细故之争成为官吏们日常需要处理的事务。所以，那种以为古代官吏更注重田土之事的观点，甚或由此推论古代官方不能、不愿规范出一套相应的调整制度的观点是传统儒家学说对官吏理想人格的一种理论期求，而非历史上官吏的实际行为状况。事实上，历代王朝对田土之事不是不重视，而是注重的方式方法和体现出的法律形式以及指导司法实践的思想观念与今天大异其趣罢了。

田土之事本是民事法律调整的重要领域，而传统中国对此的调整方法与西方也有很大差异。传统中国血缘伦理的政治结构、安土重迁的小农经济均视土地为终极的财富象征，故土难离，祖宗留下的家业难以舍弃。正因为其在中国人的社会生活中占据着如此重要的地位，因而国家一直将其作为自己权力调控的重要领域。自汉以降，占田、均田也好，魏晋隋唐的口分、永业也罢，直到宋元以后的不抑兼并，以至近代革命的根本目的——土地的再分配，这一传统观念的深入人心，比之于基督教对西方人的影响，也不逊色。即使在当今的经济改革中也是一个不可忽视的重要因素。从1950年前后的“土改”，到1980年前后的“土地承包”，都体现着国人对土地权益的关心，以致几度凉热的房地产，也莫不反映着国家权力对这一领域控制力度的强弱。而为了调整因土地而衍生的庞大利益体系，也就生产了一套繁杂的法律体系。官府对土地的控制，通过家庭来实现，故有家长权的特殊规定，进而形成一系列家族法规。随之而来的户籍、税收、借贷、租赁、典当等法律规范，莫不彼此相关。官府收税，要核对户籍；因缴税，由于年景好坏收成多少不同，农民不免借贷；因借贷不成，不免典卖田宅，出当动产；因动产、不动产的丧失，不免租赁他人土地；如此等等。而官商、官绅的彼此勾结，更是操纵上述种种法律关系中的一种或数种来从中渔利。以中国传统社会的户籍法规为例，户籍是税收的基础，历代皆有官户与私属之争，实则是皇家与中小地主的财富分割之争，因此户籍法不可不严，而历代此类法规的发达有目共睹，存在大量有关户籍、户等、立户、分户等等法律规范。在传统社会的借贷方面，官绅、官商勾结的高利贷，向以中国特色著称于史，其中的相关法律规定自是不厌其详。历史上的许多次所谓改革，相当部分都是为了纠正这一时弊。但是“道高一尺，魔高

<sup>①</sup> 参见李显冬：《中国古代民事法律调整的独到之处》，载《晋阳学刊》，2005（5）；《从〈大清律例〉到〈民法典〉的转型——兼论中国古代固有民法的开放性体系》，北京，中国人民公安大学出版社，2003；叶孝信主编：《中国民法史》，31～33页，上海，上海人民出版社，1993。

一丈”，高利贷虽有死刑相胁，仍是屡禁不绝，而借贷方面的法律调整，则是日有所进。而在最具中国古代特色的典当这一特殊的买卖形态中，离开了传统的商业信誉和基于血缘的权利移转及私有观念，便很难理解这一交换方式。不仅物可典可当，人、妻、子女皆可典可当，其中不乏古人的“期货意识”。在这一独特的买卖形态中，尤以土地的典卖最为复杂最有特色，其繁复程度大出今人的意料之外。自然，在传统的私有观念和经济形态中，历代官府对私有形态的存在方式是有选择和限制的。进而言之，任何一个特定的社会形态，其所认可的私有形态都有其历史的特殊性。统治者出于现实统治的需要，只会选择有利于其统治的私有观念和私有制度，并通过法律手段来强化这一选择。

宏观上的归纳总结落实到微观上，首先必须解决鉴别中国古代民商事法律标准这一问题。中国古代某一具体法律规范是否属于古代民商事法律范畴？其主要或说第一位的标准就是考察它所调整的对象是否是财产和人身关系。对于这一标准，学者们没有多大异议。问题的关键或者说争议的焦点集中于第二个标准，即如何看待这些法律规范所采取的调整手段。一般认为，中国古代民商事法律的调整手段分为三类：第一类调整手段指纯粹的或者说大致符合今天民商事法律概念的法律调整手段。对这一类调整手段，没有多大争议，很自然地将其划入古代民商事法律范畴。虽然这类法律规范在中华法系中凤毛麟角，但也不能说就没有，如关于时效和典卖，古代民商事法律规定：“如是典当限外，经三十年后并无文契，及虽执文契，或难辨真伪者，不在论理收赎之限”<sup>①</sup>；关于相邻关系，规定：“居住原有出入行路，在见出卖地者，特与存留”，“地原从官地上出入者，买者不得阻障……”<sup>②</sup>；还有关于添附的规定：“今后，如元（原）典地栽木，年满收赎之时，两家商量。要，即交还价值；不要，取便斫伐，业主不得占吝”<sup>③</sup>；等等。这些规定，在今天的民商事法律中仍然可以找到相应或相类似的规定。第二类是既有民事，又有刑事或行政的法律调整手段。在中华法系中，这类法律规范占绝大部分。对第二类调整手段，由于情况比较复杂，因而不能将其作简单划分。对那些调整对象虽属民事性质、调整手段明显属行政性质的法律规范，则不应全部纳入古代民商事法律范畴。对那些法律调整对象显属民事性质、调整手段带有刑罚内容的法律规范，应划入古代民商事法律范畴。如有关买卖契约，规定：“卖物及买物人，两不和同而较固取者……杖八十。”<sup>④</sup>再如有关债的发生，宋代律典就规定：“其有用功修造之物，而故毁损者……计庸坐赃论，各令修立；误损毁者，但令修之，不坐。”<sup>⑤</sup>同时，《宋刑统》也有债的履行的规定：“诸负债，违契不偿，一匹以上，违二十日，笞二十……各令备偿。”<sup>⑥</sup>对这类法律规范，虽然它在中国古代是规定在刑律中，我们今天进行研究时，也应将其划入民商事法律的范围。第三类是礼的调整手段。礼这一类调整手段与前两类有重合的部分，这类法律规范在中华法系中占相当比例，它们一般都应划入古代民商事法律的范畴，如关于宗祧继承、妇人“七出”的规定等等。当然，以上三类鉴别方法

① 薛梅卿点校：《宋刑统》，231页，北京，法律出版社，1999。

② （清）徐松：《宋会要辑稿》（五），4874页，北京，中华书局，1957。

③ （清）徐松：《宋会要辑稿》（五），4814页，北京，中华书局，1957。

④ 薛梅卿点校：《宋刑统》，485页，北京，法律出版社，1999。

⑤ 薛梅卿点校：《宋刑统》，501页，北京，法律出版社，1999。

⑥ 薛梅卿点校：《宋刑统》，467页，北京，法律出版社，1999。

仍然不很精确。我们据此鉴别古代法律规范时,仍会遇到许多法律规范介乎几者之间,即亦刑、亦民、亦行政的情况。但同样的情况在今天也仍然存在,今天也仍有许多归属说法不一的法律规范乃至单行法规。法律规范的划分在任何时候都只具有相对的意义,而不是绝对的。就今天的情况来说,一些新制定的法律特别是单行法规,其“诸法合体”的特点不是在减弱,而是在加强。这也许是文化融合、法系融合分久必合的一种趋势。

### (三)

法律作为上层建筑,必然体现国家意志。中国是世界四大文明古国之一,国家政权形成较早,但这个“早产儿”也把氏族制度下的许多做法以宗法形式保留了下来。中文用“国”和“家”这两个字组成了“国家”这一概念,这实际上也反映了中国这个东方古国的“国家”演变的历史。中国早期的国家就是由氏族组织蜕变而来、以血缘宗族关系为基础建立起来的。它经过夏、商的逐步完善,到了西周时期已完全把“国”与“家”紧密结合起来、构成一体。周天子在宗法上是天下的大宗,在政治上则为同姓诸侯的共主,亡国即是亡家。而中国自进入阶级社会时起,便在国情因素作用下实行专制主义政体。权与法紧密结合,皇帝居于至高无上的地位,拥有无限的权力,口含天宪,言出法随。公权渗透到私人生活的各个领域,融家于国并以家族本位吞没个体利益。在古人心目中,国是家的放大,家是国的缩小。家族本位的观念形成了极其复杂的亲属制度,成为中国传统民法的一个主要内容,朝廷的法律希望民间民事权利的维护和行使能由权利人自行解决,不要过多烦扰官府。<sup>①</sup> 众多学者探讨中国古代的政治制度与中国古代民法的关系,认为在严酷的专制统治下人身依附关系长期存在,不能广泛提供法律上权利与义务关系的人格平等,家国一体的政治格局,限制和扼杀了人的平等、自由权利,法律附庸于王权,不可能产生维护人民平等地位、自由意志的民法。总之,中国独特的政治结构是中国古代没有民法或中国古代民法发展缓慢的原因。这一结论当然是正确的,但如果仅仅局限于这一结论也是不恰当的。如果以“市民社会、具备形式理性的私法规范体系、独立的民事诉讼程序”这一法律标准来衡量,中国古代是没有民法的。但如果我们在社会结构与规范功能意义上定义中国古代民法时,我们会看到,在社会结构方面,对私人或私人团体之间的关系,国家干涉的范围比较小,干涉的强度也比较低;在规范功能上,涉及财产和人身关系的私人问题都归属于“民事”范畴,其规范的表现形式包括国家律典、例规,以及礼制、家法族规、风俗、民约等习惯性规范。<sup>②</sup> 在此基础上来看中国古代民法与中国传统的政治结构的关系,中国古代民法的宗法制特征便特别清楚地凸显出来。古代中国自上而下遍及每一个角落的宗法制组织形式,深深地决定着中国的传统法观念。无论是纵向的组织还是横向的组织,都是家庭这种组织形式的原则在别的领域的适用,法律以全力维护“家国一体”模式为己任。国家之内的一切层次、一切类型的社会组织都不过是直接或间接的、原态或变相的宗法组织,宗法伦理是古代中国法观念的基石、核心。这集中体现在以下各方面:一是国的家化,君的家化;二是官民关系的父子格局;三是其他一切社会关系的宗法化;四是为宗法化服务的其他行政制度。从民事方面的规定看,中国传统法律关于民事问题的规范,更特别注意从

① 参见郭建、邱立波等:《中国民事传统观念略论》,载《华东政法学院学报》,1999(2)。

② 参见张生:《中国“古代民法”三题》,载《法学家》,2007(5)。

细微的角度维护宗法伦理秩序,捍卫宗法社会组织结构,防止对它的任何破坏。<sup>①</sup>中国古代法律很大程度上向宗法伦理倾斜:法律规范就靠于亲情关系,往往因为法律关系人的亲情身份的变化而改变。其表现在:第一,尊卑长幼及夫妻之间在法律上具有明显的不平等地位;第二,法律确认家庭为国家统治下的基本单元,并强制保护家庭内部的伦理凝聚力。<sup>②</sup>所有这些,都影响到了人们对中国古代传统民法文化特征的概括与总结。

小农经济是构成中国传统民事法律文化的又一基础。对小农经济与传统民事法律关系的研究进程自上一世纪前半期即已经开始,而近期则又是一个成果迭出的时期。从早期的《中国田赋史》到后来的《地赋丛钞》,学者们首先关注的是史料的收集与整理,通过对先秦、汉唐、宋元、明清及近世的地制和田赋史料的收集与整理,为农业及赋税领域的研习提供了可靠的数据,从而展示中国小农经济的发展历程是学者的首要任务。<sup>③</sup>而小农经济在中国历史上的若干历史时期的发展与演变则成为不同学者的关注重点。例如,从战国到秦汉,中国的小农经济最基本的特性,就是低投入和低产出,其后则由于高额的租税剥削,低投入的情况甚至变得更加严重,中国经济史上“枣”与“桑”的并称,反映出粮食替代品生产对维持农民生活的重要性。<sup>④</sup>汉朝是中国小农经济主基调确立的时期,农业呈现出精耕细作、出现农舍工业、重视国家调节功能、形成全国性交通网络等四大特征。<sup>⑤</sup>北魏以来的均田制在唐代得到承继,这一保护小农经济的措施为整个社会变革提供了制度保障,在均田制下,小农经济独立性日益增强,乡村市场日趋繁荣,导致了社会阶层出现结构性调整,由身份等级分层向贫富分层转化,富民阶层的崛起,租佃制的盛行,不仅导致了国家政策、制度的调整,而且为乡村控制的转型提供了基础,其中一个显著的变化是乡村控制方式开始由乡官制向职役制转化。<sup>⑥</sup>用法学方法来研究宋元以来资本主义生产关系萌芽这一著名的历史问题亦是学者们关注的重点。受中国古代义利观的影响,历代颁布了许多强调农业重要性的政策与法令,同时蠲免徭役、减轻租赋,并以律法贬低商人的社会政治地位,但自宋代开始,人们对商人与经商的看法有显著改变,开始出现士人与商人、官员与商人结合的社会现象并且在法律上得到反映。两宋时商业贸易活跃频繁、商业的发展也使商事立法更加详备:主要有市场与市场管理法规、均输法与市易法、严禁走私的律法与衡器和物价管理法规、禁榷律法、对外贸易律法、商税制度等等。<sup>⑦</sup>研究明清租佃关系、雇佣关系、地主农民关系,可以看出,明清时期封建土地关系已经松懈,中国农业经济在封建社会后期呈现出独特发展道路。<sup>⑧</sup>小农自然经济向商品经济的转化是明清时期农村经济关系的

① 参见范忠信:《中国法律传统的基本精神》,89~94页、112~117页,济南,山东人民出版社,2001。

② 参见朱勇、成亚平:《冲突与统一——中国古代社会中的亲情义务与法律义务》,载《中国社会科学》,1996(1)。

③ 参见陈登原:《地赋丛钞》,北京,中国财经出版社,1985。

④ 参见程念祺:《中国历史上的小农经济——生产与生活》,载《史林》,2004(3)。

⑤ 参见许倬云:《汉代农业——中国农业经济的起源及特性》,桂林,广西师范大学出版社,2005。

⑥ 参见曹端波:《唐代小农经济的发展与乡村社会控制的转型》,载《思想战线》,2006(3)。

⑦ 参见赵晓耕:《两宋商事立法述略》,载《法学家》,1997(4);赵晓耕:《宋代官商及其法律调整》,北京,中国人民大学出版社,2001;赵晓耕等:《中国古代义利观对重农抑商法律传统的影响》,载《船山学刊》,2008(2)。

⑧ 参见李文治:《明清时代封建土地关系的松懈》,北京,中国社会科学出版社,1993。

重要变革,中国封建的小农经济是个体经济,它的个体性是生产自然性的表现,但个体经济不一定是自然经济,从历史上看,自然经济小生产和商品经济小生产都属于个体经济的范畴,而后者是前者的转化物,规模细小、经营分散是它们的共同特征,自然经济和商品经济则是它们的本质差别。<sup>①</sup>研究清代工商业碑刻资料可以发现,清朝社会各行业有关商事规范的各种制度、法令已经形成宏大的中国传统商事立法体系,它反映了中国商业发展对规范与秩序的要求,即使在重农抑商的社会大背景下,商事规则的发展也呈现出难以抗拒的历史潮流。<sup>②</sup>而黄宗智以华北平原及长江中下游平原为背景的研究,融法律与习俗、文本与实践、社会与文化于一体,对数百年来中国不同地区的农村及小农经济的演变提出了自己的看法。<sup>③</sup>包括上述研究在内的许多成果常常引起争鸣,但每一次争鸣对中国传统民事法律文化的研究都是一种推动,其进程的显著特征就是不再仅仅把小农经济作为中国古代民事法律发展缓慢的原因来研究,而是更进一步地探讨它到底给中国传统民法文化留下了什么。

中国传统义利观对中国古代民法的影响也是研究重点之一。中国传统义利观是中国传统社会伦理思想的重要组成部分,在伦理思想体系中居于显著地位,是古往今来思想家和社会大众普遍关注与思考的问题。义利之辩是独具中国特色的人生哲学,是从先秦至今规范中国社会思想和意识形态全部进程的中心议题,是每次深刻社会变革论争的焦点所在。孔子关于义、利的最初观点,儒家学者对其思想的丰富与发展,表现出了封建正统思想对中国传统文化的深远影响,儒、墨、道、法各派关于义、利的不同主张,特别是法家作为先秦诸子中颇具影响的一个学派,以人性好利自私为立论基础,主张利以生义、以利为义,对中国历史的发展产生了深远的影响。<sup>④</sup>宋明理学是儒学发展史上的高峰,理学诸儒的义利观作为理学庞大体系的一部分,影响了当世及后世对法律、官员、士人和商人与经商的看法及评价。中国古代义利观的演变是中国正统法律思想对政治、经济等的反映的演变。中国传统义利观是中国重农抑商法律传统的思想基础,其在法律规范上的具体表现则是颁布了许多强调农业重要性的政策与法令;蠲免徭役,减轻租赋;以律法贬低商人的社会政治地位;重征商税;不断改变币制等。<sup>⑤</sup>在研究重农抑商思想的形成、发展、统治、衰落、破产的演变过程时,既对消极影响进行批判,也不应回避其在传统农业经济中的积极作用。<sup>⑥</sup>

研究中国古代民法必须研究上述其赖以存在的社会政治、经济与思想观念基础,但在具体研究中国古代民事法律规范及其特点时,实际上很难分清哪些是由政治、经济与思想观念分别作用而形成的,其往往是多因素综合着力的结果。氏族制度下的许多遗俗以宗法形式保留下来,到西周时期已经形成完备的宗法制度。从《周礼》等儒家经典的许多记载

① 参见柯建中:《略论明清时期小农自然经济向商品经济的转化》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》,1983(4)。

② 参见孙丽娟:《清代商业社会的规则与秩序》,北京,中国社会科学出版社,2005。

③ 参见黄宗智:《华北的小农经济与社会变迁》,北京,中华书局,2000;《长江三角洲的小农家庭与乡村发展》,北京,中华书局,2006;《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海,上海书店出版社,2001;《法律、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海,上海书店出版社,2003。

④ 参见许青春:《法家义利观探微》,载《中南大学学报(社会科学版)》,2006(6)。

⑤ 参见赵晓耕等:《中国古代义利观对重农抑商法律传统的影响》,载《船山学刊》,2008(2)。

⑥ 参见张守泽:《中国历史上的重本抑末思想》,北京,中国商业出版社,1988。

中就可以看出，西周宗法制度，最基本的就是“德以柔中国，刑以威四夷”<sup>①</sup>，即在处理与外族的敌对关系时形成了“刑”，在处理宗族贵族内部的尊卑上下关系中形成了“礼”。在这“礼”与“刑”之中，就萌芽出了许多中国最初的民事法律规范，如其中的“听取予（借贷）以书契”、“听称责（债）以傅别”、“听买卖以质剂”<sup>②</sup>等规定，以及其中体现出的“均平”、“名分”、“信义”等思想，未尝不可引为中国历史上早期的民商事法律规范和思想。但应当看到，宗法制度的发展与成熟，并不利于民商事法律的发展。宗法制度之下的礼的调节作用，并非是独立发展而是与刑相伴而存在的，民刑不分这一事实使得萌芽中的民事法律规范在最初阶段就被淹没在宗法制度下，失去了独立发展的可能。当然，这也是与当时的生产力发展状态相适应的。土地国有，生产力低下，广大民众长期固定在土地上从事着自给自足的农业生产活动，也只有这样才能生存。一些必要的产品交换也基本不超出血缘亲属关系的范围，其目的并非营利，而是基于宗法关系的互通有无，社会实际生活中民事法律关系稀少，本来就不发达的商品经济和商品交换长期处于一种十分简单的状况。

“如果说自然经济是宗法制度产生的必要前提，抑商政策则是宗法制度所要求的必然结果。”<sup>③</sup>这在秦汉以后特别明显。秦汉时期，随着封建土地私有制的发展，封建商业也获得了较大发展，但封建统治者则不是顺应其发展而变革，而是采取了一系列旨在扼制封建商业和由此产生的商品交换关系以维护、发展封建小农自然经济的政策，以达到其维护以宗法制度为核心的整套封建专制国家政权的目。其中，被历代封建统治者奉行了两千年的“重农抑商”政策对中国古代民商事法律发展阻碍最大。封建地主经济决定了封建社会的商品经济主要是表现在：封建商业，实质上，只能是一种“买贱鬻贵”的贩运贸易，与今日之商品经济有天壤之别。虽然它寄生于农业生产上，但它仍然可能侵蚀和动摇封建社会经济基础，成为威胁封建专制秩序的破坏力量，并成为封建社会变化的起点。因此，封建统治者不能不对其加以扼制。这也是其后数千年里各个朝代都“抑商”的根本原因。也正因为这种贩运贸易没有把基础建立在生产过程中，而仅仅辗转于流通之中，浮在社会的表层，故封建王朝也容易控制它，使其既能给统治者带来极大的利益又不致危害其统治基础。<sup>④</sup>这种“抑商”但又不禁商的政策，导致了封建禁榷制度的产生。它只给予商人维持商业经营活动所必需的最小限度的平等和自由，却为日益增长的封建财政最大限度地提供了支持，典型的如南宋城市商业税收几乎占了全年财政收入的三分之一。这一整套禁榷法律规范，绝大部分是关于商品流通和手工业生产的规定，主要内容就是限制商品流通和商人活动以及一些类似格式合同的契约法律规范。中国古代民商事法律的主要部分也就是禁榷法制制度之中的单行的钱、钞、茶、盐、酒、税诸法以及所有权、债权、各类契约的法律规范，这些法律规范不可避免地带有官府的直接或间接干预特征，体现着国家的意志。其目的不是保护和促进商业及商品经济发展，而是“抑商”。数千年的中国古代民商事法律始终都保持着国家干预这一特征。时至今日，虽然“抑商”的内容已几乎不存在了，但国家干预的特征仍未完全消失。改革开放以来，国家法制建设得以快速恢复与发展，这其中发展最快

①（清）阮元：《十三经注疏》，《左传·僖公二十五年》，1821页，北京，中华书局，1980。

②（清）阮元：《十三经注疏》，《周礼·天官·小宰》，654页，北京，中华书局，1980。

③ 赵晓耕：《中国古代民法的特点及其鉴别》，载《法制现代化研究》，南京，南京师范大学出版社，1997。

④ 参见傅筑夫：《中国经济史论丛》（上），北京，三联书店，1980。