

博
學



法学系列

中国财产法史

郭 建 著



復旦大學 出版社

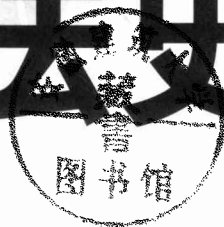
www.fudanpress.com.cn



法学系列

中国财产法史

郭建著



复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国财产法史/郭建著. —上海: 复旦大学出版社, 2018. 9
(复旦博学·法学系列)
ISBN 978-7-309-13880-1

I. ①中... II. ①郭... III. ①财产权-法制史-中国 IV. ①D923.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 196040 号

中国财产法史

郭建 著

责任编辑/张炼

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857 团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143 出版部电话: 86-21-65642845

上海春秋印刷厂

开本 787 × 1092 1/16 印张 18.25 字数 379 千

2018 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-13880-1/D · 952

定价: 55.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。

版权所有 侵权必究

目 录

导论	1
一、中国财产法史的研究对象	1
二、中国财产法史的研究现状	4
三、本书采用的研究方法	6
四、中国古代社会经济结构的基本特点	8
五、影响中国财产法发展的一些传统观念	12
六、中国古代财产法的基本演变过程	16
七、本书的结构	18
第一章 财产分类	19
第一节 田宅	19
第二节 墓田坟山	21
一、墓田的设定及限制	21
二、墓田的保护	23
三、上坟祭扫权	25
第三节 奴婢	26
一、奴婢的来源	26
二、奴婢的财产性质	27
三、奴婢的特定法律地位	28
四、奴婢身份的改变	30
第四节 马牛等大牲畜	31
第五节 财物	32
一、普通财产	33
二、货币财产	33
第六节 禁止私人拥有的违禁物	34
一、礼仪用品	35
二、“禁兵器”	35
三、违禁书籍	36
四、朝廷专卖物资	36



第二章 “有”与“名”	38
第一节 土地私有制的确立	38
一、作为“部落所有制”的“井田制”	38
二、以承担赋税而得到承认的私有土地	39
三、通过国家授予的私有土地	40
四、对于私有土地设定维护道路义务	42
第二节 历代的“限田”与“田制”	43
一、秦汉按照爵位限定田宅私有规模	43
二、西汉末年的“限民名田”与“王田”	45
三、西晋“占田制”对于私有土地的限制	45
四、北朝隋唐“均田制”对私有土地的限制	46
五、两宋的“限田”	47
六、“不立田制”的时代	49
第三节 相邻关系	49
一、地界标志	49
二、相邻关系	50
第四节 无主物、遗失物、埋藏物、添附物的处理	51
一、无主土地	52
二、逃户土地	53
三、“山野之物”	55
四、遗失物和漂流物	55
五、埋藏物	59
六、添附物	60
第五节 对私有财产的保护	63
一、窃盗罪的处罚	63
二、强盗罪的处罚	65
三、其他侵犯财产的罪名	65
第三章 继承	67
第一节 身份继承	67
一、先秦时期的“一揽子”继承	67
二、后世的嫡长子继承制	68
三、后世的爵位降等继承制度	68
四、“任子”与“袭荫”	69
五、立嗣制度	70
第二节 财产继承的开始时间	71



第三节 财产继承人的范围及其顺序	72
一、诸子	72
二、诸孙	73
三、嗣子(拟制的亲子)	73
四、女儿	73
五、寡妻	74
六、赘婿	75
七、“近亲”	75
八、继承顺序	75
第四节 财产继承的份额	76
一、诸子的继承份额	76
二、女儿的继承份额	77
三、寡妻的继承份额	78
四、赘婿的继承份额	78
第五节 遗嘱继承	78
一、汉代的“先令券书”	78
二、唐宋时期“户绝”者依遗嘱处分遗产的原则	80
三、司法实践中的遗嘱地位	81
第四章 契约	83
第一节 契约的形式及成立要件	83
一、契约的形式	84
二、契约的副署人	88
三、契约的签署方式	89
四、契约的成立要件和契约基本条款	92
第二节 买卖契约	96
一、买卖行为的合法性	96
二、买卖契约的主要内容	97
三、田宅买卖的程序	107
四、动产买卖制度	118
五、找价契约	121
第三节 借贷契约	123
一、借贷契约的分类	123
二、违契不偿的刑事责任	125
三、对于借贷利息的限制	125
四、债务担保方式	132



第四节 寄存契约	139
一、唐代有关寄存的法律	139
二、明清时期有关寄存的法律	140
第五节 租赁契约	141
一、租佃契约	142
二、房屋租赁契约	147
三、树木、山林的租赁契约	149
四、牲畜租赁契约	153
第六节 雇佣契约	154
一、雇佣劳动者的身份	154
二、雇佣契约的报酬约定	157
三、风险的承担	160
四、雇佣经理人的契约	161
第七节 合伙契约及“会”	163
一、商业合伙契约	163
二、农业合伙契约	165
三、盐井合伙契约	168
四、合会契约	171
第八节 中介契约	173
一、牙行经纪	173
二、中人居间	174
 第五章 财产担保	 177
第一节 有关用字的字义演变	177
一、表示担保的“质”“贄”“贴”	177
二、典字字义的演变	179
三、“典”与“质”“贴”的合流	179
四、关于“当”	182
五、关于“抵”	183
六、关于“押”	183
第二节 动产的质押	183
一、唐以前的民间质押惯例	183
二、唐代有关质押的法令	184
三、宋代有关官营质库的设置与有关质押的制度	185
四、金元有关质押的法律	187
五、明清时期的质押制度	188

六、民国初年民间的质押惯例	190
第三节 与近代抵押权相似的“指抵”	190
一、汉唐时期的“悬券”	191
二、唐代的“指质”	192
三、宋代禁止以田宅抵折计息债务	193
四、明清时的“抵”	194
五、民国初年民间“指”“抵”习惯	197
第四节 以指定田宅的收益为债权担保的“抵当”	199
一、抵当的字义	200
二、宋代的官营抵当制度	200
三、宋代民间的抵当	205
四、后世类似于抵当的民间习惯	206
第六章 财产用益	210
第一节 不动产的典权	210
一、典权制度的出现	210
二、宋代确立的典权基本制度	215
三、清代的典权制度	218
四、民国初年的典权制度和民间典权习惯	225
五、典权制度的评析	227
第二节 唐宋的“贴赁”与“倚当”	229
一、贴赁与倚当的形成	229
二、北宋初年的倚当制度	232
三、倚当制度的废止	234
四、后世类似倚当的民间交易习惯	236
第三节 “田皮”“田面”	238
一、“田皮”的发生	238
二、“田皮”的设定与转让	240
三、清朝地方法规对于“田皮”的限制	244
四、民国初年民间“田皮”习惯	245
五、“田皮”的评析	247
第七章 损害赔偿	249
第一节 侵损财产行为的损害赔偿	249
一、窃盗、强盗行为的惩罚性赔偿	250
二、普通侵损财产行为的赔偿	253

三、侵损财产行为的其他补偿方式	257
第二节 侵损人身行为的损害赔偿	258
一、“保辜”	258
二、“赎铜入受害者之家”	260
第三节 元明清时期附加刑性质的损害赔偿	262
一、元代法律对于人身伤害确立赔偿原则	262
二、明清法律中的人身伤害损害赔偿内容	264
第八章 规律与特征	266
第一节 一般规律	266
一、财产法律随商品经济的兴衰而变化	266
二、身份法的改变带动财产法律的发展	267
三、朝廷财政举措直接影响到财产立法	268
第二节 有限的财产制定法的主要特点	268
一、缺乏独立的法律形式	268
二、财产立法往往滞后于社会经济的发展	269
三、民事违法行为多处以刑罚	269
四、没有单独的民事诉讼程序	271
五、通过确认义务默认私有财产	272
第三节 民间民事习惯的特色	273
一、相对的观念	273
二、自保自助	274
三、长远观念	275
四、“利用”法律的观念	276
第四节 基本特征	277
一、制定法与民间民事习惯脱节	277
二、名分优先	278
三、对于财产权利注重于收益的获得与分割	279
后记	281
附录 《中国财产法史稿·后记》	283



本书所言的“财产法”是一个泛称,主要是指调整财产关系的法律,包括调整静态状态下财产关系的法律(比如有关财产所有权以及具有占有、使用、收益权利的财产形态的法律)和调整动态状态下财产关系的法律(比如有关契约、担保、继承等财产转移或被设定负担的形态及其过程的法律)。财产法当然应该属于法学中的民法的范畴。但是中国古代并不存在今天这样的民法体系,如果套用今天的民法体系和术语来描述并分析古代有关财产方面的法律,会遇到很多语义上的困难甚至混乱。所以为了叙述和分析的方便,本书采用“财产法”这个泛称。

一、中国财产法史的研究对象

如果把财产定义为满足人类生存需要的生产资料和生活资料,那么自从人类开始社会生活,就应该具有与今天的民法相近的原始规范,用以调整个体之间的生存关系。私有财产出现后,这些原始规范逐步打上阶级的烙印,被赋予以国家为代表的公共强制力,经过漫长的演变,形成财产法律。人类文明在世界的不同地区出现并发展,无论何种文明,只要存在私有财产,就会有各具特色的财产法律文化传统。

恩格斯曾指出:“在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样的一种需要,把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为,用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^①我们完全可以将这里所说的从习惯到法律的“共同规则”视为财产法,它是人类最早形成的需要以公共强制力加以保护的规范。

在商品经济占主导的地方,生产的直接目的不仅仅是为了满足生产者本身的消费,而主要是为了在市场上进行交换,用自己的产品和服务交换到自己所需要的生活必需品。从社会角度来看,在广泛的交换过程中实现了分配。在市场交换优先的前提下,由于生产者可以专注于某一些专业的生产,在效率和质量等方面可以做得更好,这样就促进了社会分工,社会财富可以得到较快的增长。如果这种经济达到一定的规模,并有较好的公共强

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第538~539页。

制力加以维护,生产和消费都可以呈现不断发展的趋势。因此,在商品经济条件下有关财产的“共同规则”就是一种以“交换”为主的规则。在世界历史上,早在两千年前,罗马帝国统治下的环地中海地区就已形成一个统一的大市场,市场经济已经发展到相当发达的水平。在此基础上形成的罗马私法体系就是这种商品经济的产物。正如恩格斯所指出的:“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法,但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系。”^①资本主义社会是一种成熟的商品经济社会,因此继承了罗马法的精神,形成了近代的财产法体系。并随着世界市场的扩大,影响到世界其他国家的财产法律,成为现代民商法律的来源。

而在古代世界其他的地区,比如古代中国,商品经济一直没有能够占据主导地位,自给自足的自然经济状态长期维持。因此在生产资料和生活资料的生产、分配、交换、消费各个环节中,交换环节并不能起到主导的地位。在从习惯到法律的“共同规则”中,传统强调的是按照人们的社会等级身份进行财产的分配,分配环节成为财产法律的中心焦点。即使实际上商品经济正在逐渐起着越来越大的作用,但立法的理念却依然故我,仍然没能及时建立起基于交换的财产法律体系。长此以往,形成了具有独特色彩的财产法体系。

中国财产法史的主要研究对象,就是这一特有的民事法律文化传统,研究中国历史上曾经存在过的财产法律制度,以及在这一制度下的现实的民间财产关系、财产行为的一般规则。前者是历代皇朝制定法中涉及民事方面的内容;后者主要是民间的民事行为惯例“乡规俗例”。通过研究其发生、发展、演变的过程,或许可以探索其规律,能够揭示其对于今天中国社会生活的影响。在建设具有中国特色的社会主义民法体系的过程中,这项研究对于搞清“中国特色”应该会有一些帮助。

中国古代法律体系包含多种法典法规形式,如秦汉时期有律、令、科、式,隋唐有律、令、格、式,两宋有律、敕、令、格、式,明清有律、条例、事例,等等。在这些众多的法典法规中,一般都可以分辨出两大系统:其一是从消极的角度禁止臣民不得做什么,或在哪些情况下必须做什么,否则就会受到何等严厉的处罚;另一个系统则从正面、从积极的角度要求人们应该做什么、如何去做。按现代的法律部门划分,前者大致与近代的刑法部门法相当,而后者则主要和现代的行政法相似,并包含不少和现代民法相近的内容。如汉朝以后确立律、令两大法律体系。所谓“律以正罪名,令以存事制”,^②“律以正刑定罪,令以设范立制”^③都表达了这两大法律系统的不同性质。令的条文数目远多于律,如唐《开元律》仅502条,而同时制定的《开元令》有1546条之多。这些众多的令文中,有不少是涉及财产关系的财产法。然而历代立法的重点在于维持政治统治的律典,律典受到高度重视,因此流传到后代的大多为律典,而令典大多已散失亡佚。明清时期令典的重要性下降,《大明令》是流传至今唯一一部完整的令典,但是在编制体例、编制的原则等方面却已经不是传统的严格意义上的令典。清朝颁布的条例(刑事单行法规)、数量成千上万的朝廷“事例”

① 《马克思恩格斯全集》第36卷,人民出版社1975年版,第169页。

② 《太平御览》卷六三八载(晋)杜预《律序》语。

③ 《唐六典》卷六《尚书刑部》。

(办事细则)以及政府制度汇编“则例”中也包含有很多财产方面的规范。这些都是财产法史研究的重要资料来源。

财产法史研究的另一重要资料来源是实际案例。在历史上的某些时期,除了各类制定法之外,朝廷最高司法机构的判例具有法律的性质,可以被各下级官府援引为判案的根据。如秦代的“廷行事”、汉代的“决事比”、宋元时的“断例”等都曾是由判例累积概括形成的当时司法机关的裁判依据。另外,法律只有在社会实际生活中得到遵守和适用才是完整意义上的法律,而中国古代立法往往是被当作民间行为的一种舆论导向工具,不少法律具有浓重的导向宣传性质、往往具有理想化的特点。要深入了解古代财产法的真实情况,就必须研究实际的案例。再则,由于很多朝代的民事立法原貌已无法恢复,往往只能从当时的案例来倒推出当时的法律,这也是必须研究民事案例的主要原因。可惜古代垄断知识界的士大夫阶层轻视民事诉讼,在汗牛充栋的经、史、子、集文献里,记载的这类案例实在太少。不过这些被记录下来的案例,往往是因为记录者认为这些案例能够充分体现立法精神,是善于贯彻统治者治世方针的样板,因此具有典型意义。这对我们理解古代民事法律的特色、剖析民事法律传统,仍具有很高的研究价值。现存的各地官府档案,^①明清两代朝廷档案,各代编辑的“书判集”以及各代士大夫文集中的“判语”,都是进行这一方面研究的主要资料。

民间种种有关财产方面的习惯^②与惯例,称之为“乡规俗例”,是中国古代社会民事行为为最直接的准则,其中有少量被国家法律承认并被规范化为制定法;也有不少有可能得到官府裁判的认可或默认。但是总体而言,在中国古代,法律主要被定义为朝廷的统治手段,与民间的民事习惯是脱节的,民事习惯也并不总是能够得到司法裁判的稳定的支持。因此本书仅将财产方面的“乡规俗例”称之为民间民事习惯或惯例,并不直接称为“习惯法”。我们认为,“大家一般都如此行事”的规则,与能够“稳定地得到裁判的确认与支持”的规则,还是有本质上的区别。如果将所有的民间行事惯例都称之为“习惯法”,那么就有必要修正法律的最基本的概念,首先需要否认法律是“以国家为代表的公共强制力保证实施的规范体系”这一通行的定义。

“乡规俗例”在形式上具有以下几个特点:首先是高度的分散性。所谓“五里不同风,三里不同俗”^③“入乡随俗”等俗谚就表示了这种分散性。这可能是由于古代商品经济不发达、各地缺乏物资及人员和信息的频繁交流、基本上处于闭塞状态所导致的。

由以上特点又引发出第二个特点,即高度的复杂性。各地的“乡规俗例”往往不一致,即使是同样的民事行为,各地的称呼也不尽相同。比如同样的质押行为,宋代时南方称之为“质”,而北方称之为“解”;清代士大夫称之为“质”,而民间或称“典”、或称“当”、或称“押”。而且即使是在同一个徽州,同样一个“当”字,既可以指以财产质押的借贷,也可以指

① 保存至今的明清地方官府档案主要有四川巴县档案、直隶宝坻县档案、台湾新竹县档案、黑龙江双城县档案等。

② “习惯”一词系近代汉语词汇,在清末为翻译“custom”等西洋语言而生造的。

③ 《俗谚》,中国民间文艺出版社1983年版,第55页。



以收益抵充债务利息的“抵当”，还可以指以不动产为债务担保的“指抵”，或者和不动产的出典混称。^①因此在检视各类民间契约文书时必须仔细鉴别交易的实质性内容，不能简单地看契约的名称就作出交易性质的判断。清末民初进行的两次民商事习惯调查都是仓促进行的，调查的标准、调查的范围、调查人员的素质都不尽如人意，但仍能从其报告中看到各地民事习惯的高度分散及复杂性。^②

第三个特点是“乡规俗例”是动态的、逐渐演化的，影响这种演化的因素也极为复杂。像政治的变革、经济的发展、人口的迁移、国法的修订、文化的普及等都会影响民间习惯或惯例的演变。“乡规俗例”演化的速度当然是以几代人为尺度的，我们今天在进行“压缩时空”式的研究和表述时，需要时时注意到这种演变。

由于“乡规俗例”具有分散性、复杂性以及动态演变的特点，研究的难度极高。历史上的民商事习惯可以说只是偶尔被蔑视“贩夫走卒”的士大夫当作茶余饭后闲谈资料记录在他们的笔记小说里，很少见诸官方的正史政书。因此各地的地方志、文人士大夫的笔记杂谈、考古发现及传世的民间各类契约文书以及戏曲、小说等等都是进行这一方面研究的重要资料。清末民初进行的两次民商事习惯调查保留下来的民国初年的习惯调查资料仍然是一个基本的材料。限于篇幅的关系，本书一般仅将其作为一种参考资料加以引用，在法律没有规定的情况下作为一种补充材料。

二、中国财产法史的研究现状

中国法制史的研究历来重视刑法史而忽视民法史。这主要是因为古代立法高度重视刑法，刑法方面的历史经验教训经常得到及时的整理和总结，因此有较为完整的史料积累。而古代民法没有形成完整的体系及理论，而且士大夫阶层也不愿意就民间“蝇头小利”多花费心思和笔墨。由于流传下来的史料零碎而难于检索，以致中国法制史的研究著作通常都忽略了对于古代民法内容的介绍。如沈家本所著《历代刑法考》等中国法制史方面的系列名著，几乎没有涉及民事方面的立法。薛允升所著《唐明律合编》，对于唐、明两代在财产制度方面立法显而易见的差别也没有予以足够重视。

近代杨鸿烈所著《中国法律发达史》（商务印书馆 1936 年），按照历史朝代分章，每章列“民法”专题，有“物之法”（下分所有权、债、赁贷、买卖等目）标题。以后一些法制史著作如林咏荣《中国法制史》（台北 1976 年）、陈顾远《中国法制史概要》（台北三民书局 1977 年）、戴炎辉《中国法制史》（台北三民书局 1979 年）等对于古代财产法制略有涉及。1979 年后出版的为数众多的中国法制史专著及教材中，则大多没有这方面内容。较早为此设置专题的有曾宪义的《新编中国法制史》（山东人民出版社 1987 年），叶孝信的《中国

① 参见刘森：《明清间徽州的房地产交易》，《平准学刊》第五辑上册，光明日报出版社 1989 年版，第 203～207 页。

② 清末民事调查报告已散失，民国初年的民事调查资料于 1924 年由上海法政学社按专题编为《中国民事习惯大全》，广益书局出版（有台北文星书局 1962 年影印本，上海书店出版社 2000 年影印本）。1930 年南京国民政府司法行政部又基本按照民国初年报告原样编为《民商事习惯调查报告录》，当年印行（有台北进源书局 1969 年影印本，中国政法大学出版社 1999 年排印本）。

法制史》(全国高等教育自学考试教材,北京大学出版社 1989 年,该书 1996 年新编本对民法史内容作了较多增补),陈鹏生的《中国古代法律三百题》(上海古籍出版社 1991 年),梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(中国政法大学出版社 1996 年)等。

史学界和经济史学界的研究成果也有不少涉及中国古代的财产法律制度问题,如宓公干的《典当论》(商务印书馆 1936 年),研究的是当铺问题,但在很大程度上与民事法律中的质权制度有关。1949 年后这一方面的研究成果,如傅衣凌的《明清农村社会经济》(三联书店 1961 年)、赵俪生的《中国古代土地制度史》(齐鲁书社 1984 年)、陈守实的《中国古代土地关系史稿》(上海人民出版社 1984 年)、周远廉的《清代租佃制研究》(辽宁人民出版社 1986 年)、杨国桢的《明清土地契约文书研究》(人民出版社 1988 年)、叶显恩编的《清代区域社会经济研究》(中华书局 1992 年)、李文治的《明清时代封建土地关系的松解》(中国社会科学出版社 1993 年)、刘秋根的《中国典当制度史》(上海古籍出版社 1995 年)等等经济史著作对于研究古代不动产所有权及其交易、租佃、借贷等财产法律问题具有重要的意义。

经过长期的学术积累,法学界也逐渐出现中国民法史的研究专著。台湾学者潘维和所著的《中国民事法史》(东亚法律丛书),主要研究了中国近代民事法律及现代民法典的立法过程。李志敏的《中国古代民法》(法律出版社 1988 年)一书,较早成系统地探讨了中国古代民法中的物权、契约等问题。复旦大学叶孝信教授主编的《中国民法史》(上海人民出版社 1993 年,笔者作为副主编承担了债权、物权等部分的编撰,并参与了全书的统稿工作),在 1995 年获全国高校首届人文社会科学研究一等奖。此后又有孔庆明教授主编的另一本《中国民法史》出版(吉林人民出版社 1996 年),也曾获得中国图书奖。这两部著作都用了相当篇幅来讨论古代的财产法制。另有张晋藩教授主编的《中国民法通史》(福建人民出版社 2003 年)。由杨一凡教授主编的《中国法制史考证》丛书(中国社会科学出版社 2003 年)收集了中国法制史研究中的考证性论著,其中有不少涉及财产法史方面的内容,比如甲编第五卷“宋辽金元法制考”收录了笔者与姚少杰合著的论文《倚当、抵当考》,霍存福的《元代不动产买卖程序考述》。乙编第三卷“法制丛考”收有张传玺的《中国古代契约发展的四个阶段》。同样由杨一凡教授主编的《中国法制史考证续编》丛书(中国社会科学出版社 2005 年)中,笔者的《典权制度源流考》一书也收录其中。在财产法的一些专题研究方面,也有了许多的成果。最为典型的有何小平的《清代习惯法——墓地所有权研究》(人民出版社 2012 年)。

国外学术界较重视中国民法史研究的首推日本法制史界。仁井田陞的《唐宋法律文书的研究》(初版于 1937 年),有大量唐宋时期财产交易法律及习惯的研究内容,在这一方面的研究上具有开创性意义。其相当多的专论后来收录在四卷本《中国法制史研究》中的《土地法·取引法》《法と道德・法と慣习》卷。在其所著《中国法制史》(初版于 1956 年)中,也有相当多的篇幅讨论中国古代的财产法。池田温的著作也有相当多的内容涉及财产法史,有《中国古代籍账研究(概观·录文)》(日本东京大学出版会 1979 年,有龚泽銑节译本,中华书局 1984 年)、《中国古代租佃契》等论著。滋贺秀三有关清代诉讼制度的深

入研究,其成果集中体现于《清代の裁判と法》(1990年),对于进行财产法史的研究有重大学术意义。近年来寺田浩明有关中国古代契约及民事诉讼的系列论著(如1997年的《权利と冤抑——清代听讼世界の全体像》,2004年的《合意と契約——中国近世における‘契約’を手挂かりに》等),从细节入手,考证并分析中国古代财产纠纷的解决方式,有独到的见解。其他如加藤繁关于中国经济史的系列研究《中国经济史考证》(结集出版于1952~1953年,有中文译本,商务印书馆1959年)、清水盛光的《中国族产制度考》(初版于1949年)、周藤吉之的《中国土地制度史研究》(初版于1954年)、宫崎市定的《亚细亚史论考》(朝日新闻社1975年)、草野靖的《中国近世寄生地主制——田面惯行》(汲古书院1989年)等等也都具有重要的财产法史研究学术价值。杨一凡主编的《中国法制史考证》丛书丙编(日本学者考证中国法制史重要成果选译)系统地选编了日本学者中国法制史考证性的重要论文成果,其中收录了仁井田陞的《中国买卖法的沿革》(1960年)、寺田浩明的《田面田底惯例的法律性——以概念性的分析为主》(1983年)、柳田节子的《论南宋时期家产分割中的“女承分”》(1990年)、高桥芳郎的《“父母已亡”女儿的继承地位——论南宋时期的所谓女子财产权》(1995年)、岸本美绪的《明清时代的“找价回赎”问题》(1997年)。

华裔美国学者黄宗智从中国社会经济史研究延伸至中国传统财产法律的研究,其系列成果也具有重要的意义。其原以英文撰写的专著《华北的小农经济与社会变迁》(中华书局1986年)、《民事审判与民间调解》(中国社会科学出版社1998年,2001年由上海书店出版社改名《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》重新出版)等,近年来已译成中文,对于财产法史的研究具有重要意义。同样为华裔美国学者的赵冈的《永佃制研究》(农业出版社2005年),赵冈、陈仲毅合著的《中国土地制度史》(新星出版社2006年),赵冈、陈仲毅合著的《中国经济制度史论》(新星出版社2006年)等系列著作,对于财产法史的研究有重要的意义。

虽然已经取得了相当多的研究成果,但总的来说财产法史的研究依然处于初级阶段。主要表现在资料的搜集整理尚不完整,历代制定法的材料尚未全部挖掘利用,各地旧衙门的司法审判档案尚未完整清理、公布,对于古代的民事财产诉讼具体运作过程还缺乏说明资料。尤其是缺乏各个时期、各个地区民事习惯完整的调查记录。法律史学界、民法学界对于这一研究的重视程度不够,投入的研究力量较小。整个中国民法史的脉络已经有了一个基本框架,但在个案方面的、地区方面的、专题方面的微观研究则仍付阙如。这些都需要研究者进一步努力。

三、本书采用的研究方法

中国古代的刑事法律本身自成体系,具有鲜明的特征,比较容易把握。而且其体系、概念与近代刑事法律的体系、概念相当接近,例如律典编纂所采取的“名例”为首、规定全律定罪量刑的基本准则;各篇分列罪名及其刑罚,就和近代刑法典的总则、分则编纂体例相似。因此既可以按传统的律典分门别类,也不妨比照现代刑法犯罪与刑罚的划分进行对照研究。而中国古代民事法律本身不成其为一个完整的体系,法律的规定极其零碎,尤

其是原有的传统财产法概念与现代财产法体系、概念都有相当大的冲突。因此进行研究时更需要注意研究方法。

本书主要采用的研究方法如下。

（一）历史的方法

由于中国古代并不存在与现代民法相对应的法律体系(顺便说一句,除了现代民法体系发轫地的西欧地区外,在世界其他地区的古代文明里均没有形成这样的法律体系),要进行财产法史的研究,就要尊重历史,实事求是,不必削足适履,无须强行以现在的民法概念、民法体系来衡量一切、评判一切。尊重历史事实,搞清各项财产法律制度的发展脉络,尽可能地理清细节,考证来龙去脉,尽量避免妄加断语,滥套各种“时髦”理论的定性分析和议论。理论的说明应尽可能建立在事实归纳的基础之上,防止轻率地从理论演绎出结论。尤其是要避免生造出一些“某某定律”“某某模式”的概念来进行演绎。

对于传统文化既不能妄自尊大,也不必妄自菲薄。

（二）比较的方法

没有比较就没有鉴别。要分析一项制度的特点,必须找到一个或几个参照系才能表达。进行历史研究,无论研究者从哪个角度出发,最经常的参照系总是研究者所处的时代。财产法史也是如此。不过这种比较研究还要注意到将中国古代财产法和世界其他地区古代财产法进行比较,这样才能揭示出中国传统的真正特色,才能作出恰如其分的评价。

当20世纪初中国法学界开始接触欧美法律时,欧美资本主义法律已经发展到较为成熟的阶段,以这一成果来比较中国传统法律,当然会觉得中国法律“后进”。然而这样的比较无法揭示中国财产法的真正特色。只有将中国古代的财产法与欧洲及世界其他地区同时代的财产法进行比较,才能够凸显出它的特色,从而探索其规律。以某些不同的参照系进行比较研究,还要注意研究对象和参照系之间的相对关系。任何财产法制都是当地社会经济文化的产物,财产法史的研究所要解决的是该财产法发生发展的特色和规律,并不是要简单的判定何者为愚昧、何者为科学,或何者为落后,何者为进步。任何评判性的断语都应该建立在深入的比较研究基础之上。

限于篇幅,本书在研究及叙述中不可能进行广泛的比较引证,主要是正面描述及研究中国财产法的发展过程。但是这些描述和研究中得出的若干见解仍然是建立在比较研究基础之上的。

（三）综合的方法

“就法言法”容易形成仅在一个语义平面上分析、研究问题,难以深入分析法律发展的动力及轨迹,也难以理解某项财产制度在所处时代的社会意义。财产法实质是人类经济活动的规范,要全面了解财产法的发展史,也就要了解经济活动的发展情况。因此财产法史的研究还必须要结合经济史、思想史、社会史、民俗史等等专门史学的研究方法,也要及时吸取这些学科最新的研究成果。出于上述考虑,本书尽可能吸取其他专门史学科的研究成果,力图从更多的角度分析研究财产法史问题。

（四）微观及个案的研究方法

如上所述,案例研究对于中国财产法史的研究具有重要意义,不仅可以从中发现已亡佚的法律内容,更能分析法律的实际运作过程,找到在社会生活中实际发生作用的规范,探寻财产关系的指导原则。然而也如上所述,史料里完整的案例资料实在太少,还有待于将来进一步发掘。同时,限于篇幅,也难以对案例作详尽的考证分析,只能对所提及的财产案例大多略去考证过程,直接说明其史料意义。

四、中国古代社会经济结构的基本特点

从生产、分配、交换、消费的社会经济角度出发考察,可以发现与古代西欧及环地中海地区相比,中国古代的社会经济结构有如下特征。^①

（一）单一的农业经济

至少在一百万年以前,当代中国疆域内就已有早期的人类活动。在五六千年前,黄河、长江流域的先民已经开始进入农业经济时代,在河南的仰韶,山东的大汶口,江南的河姆渡、良渚等文化遗址中,都发现了大量粟、稻积存的情况,可见原始农业已是这些先民的主要经济部门。在古代流传下来的神话传说中,也有很多神祇及英雄都是专司农业的。如被尊为华夏族及以后汉族始祖的黄帝,据说就号“神农氏”,是耒耜等农具及农业生产的创造者。传说为人类治水、创建水利的大禹,是半人半神的文化英雄,也是农业生产的保护者。周族的祖先后稷,也是播百谷、创农耕的英雄。在众多神祇和英雄人物中,找不到牧神的踪影。后来号为工匠祖师爷的鲁班、号为商人祖师爷的范蠡,则没有尊神的显赫,其事迹至战国时才开始流传。这从另一方面说明,中华民族早期社会生产部门的分化中,很早就形成了单一的、以粮食生产为主的农业经济格局,而在农业中,商品化种植业的起步和发展也较缓慢。畜牧业、手工业都作为农业的副业而发展,长期没有成为一个独立的社会生产部门。农业长期被视为“本业”,其他经济部门都相对被视为“末业”,几乎历代皇朝都推行“崇本抑末”的政策。民间观念上也以农业为人立身之本,所谓“若要富,土里做;若要饶,土里刨”之类的谚语长久流传。^②

中国传统农业以精耕细作见长,水利设施建设、采用施肥技术、农具及品种的改良等在战国时期就都有了长足的进步,粮食的单位面积产量很早就达到了很高的水平。但是精耕细作的代价是要投入大量的劳动力,因而粮食增产和人口增加呈现互为因果的现象,导致农村的人均粮食占有量长期徘徊在较低的水平。^③ 这就意味着粮食的商品化种植难于推广,粮食主要在产地被消费,能够提供给市场的商品粮不多。而在农闲时期,农村的剩余劳动力就有可能转化为家庭副业的手工生产的劳动力,加强了农村家庭经济自给自足的倾向。

^① 以下观点参考胡如雷:《中国封建社会形态研究》,三联书店1979年版;中国史研究编辑部编:《中国封建社会经济结构研究》,中国社会科学出版社1985年版;傅筑夫编:《中国经济史论丛》,三联书店1980年版;等等专著。

^② (元)无名氏:《冻苏秦衣锦还乡·楔子》,(元)无名氏:《摩利支飞刀对箭·第一折》。

^③ [美]珀金斯:《中国农业的发展》,宋海文等译,伍丹戈校,上海译文出版社1984年版,第245页。