

中国民法史

叶孝信 主编

上海人民出版社

(沪)新登字 101 号

责任编辑 陈敬山
封面装帧 华珏

中国民法史

叶孝信 主编

上海人民出版社出版·发行

(上海绍兴路 54 号)

新华书店上海发行所经销 常熟新华印刷厂印刷

开本 850×1156 1/32 印张 21 插页 2 字数 494,000

1993 年 7 月第 1 版 1993 年 7 月第 1 次印刷

印数 1—2,000

ISBN7—208—01566—X/D·334

定价: 19.35 元

主 编：叶孝信

副主编：姚荣涛 郭 建

撰稿人：叶孝信（绪论、全书统稿）
程天权（第一、第二、第四章之第四节）
姚荣涛（第三、第五、第六、第七章之第四节
及第一章至第七章之第五节）
郭 建（第一章至第七章之第一、第二、第
三节）
李益强（第一章至第七章之第六节，第八
章）

目 录

绪 论	1
第一节 中国民法史研究的对象和现状	1
一、中国民法史研究的对象和范围	1
二、中国民法史研究的现状	7
第二节 中国传统民法与礼	11
一、民事行为与礼的起源	11
二、礼的实质和发展演变	14
三、中国传统民法与礼	22
四、礼与宗族法	27
第三节 中国传统民法的基本特点及其发展迟缓的主要原因	30
一、中国传统民法的基本特点	30
二、制约中国传统民法发展的主要因素	31
第一章 先秦民法	34
第一节 历史背景与法制概况	34
一、历史背景	34
二、法制概况	37

2 目 录

三、有关先秦民法的若干问题·····	39
第二节 所有权·····	46
一、私有财产的出现·····	46
二、动产私有权·····	48
三、“井田制”与三代时期土地占有形态·····	50
四、土地私有权的确立·····	55
五、矿产资源所有权·····	59
第三节 债·····	61
一、契约形式与成立要件·····	62
二、主要契约种类·····	65
第四节 婚姻与亲属·····	73
一、商周以前的婚姻形式·····	74
二、婚姻目的和一夫一妻多妾制的确立·····	76
三、周礼的婚姻成立条件·····	77
四、婚姻的禁止·····	79
五、婚姻的终止·····	81
第五节 继承·····	82
一、兄终弟及与父死子继·····	84
二、作为继承法的宗法·····	87
第六节 民事诉讼·····	92
一、司法审判组织·····	92
二、诉讼当事人及其代理·····	96
三、诉讼程序·····	97
第二章 秦汉民法 ·····	103
第一节 历史背景和法制概况·····	103
一、历史背景·····	103

二、法制概况	106
三、有关秦汉民法的若干问题	109
第二节 所有权	114
一、土地私有权的确认与保护	114
二、土地私有权的限制	117
三、国有土地及其占有形态	119
四、关于遗失物和埋藏物	124
五、矿产的所有权	126
第三节 债	127
一、契约的形式与成立要件	127
二、主要契约种类	129
三、损害赔偿之债	144
第四节 婚姻与亲属	146
一、秦代婚姻成立的条件	146
二、秦律有关夫妻地位的规定	148
三、汉代婚姻制度的变化	150
四、家庭的纲常伦理关系	152
五、家庭成员的法律连带责任	152
第五节 继承	155
一、财产继承与身份继承的分离	155
二、“生前继承”的一般化	157
三、为中央集权制服务的爵位继承制	160
第六节 民事诉讼	162
一、司法审判组织	163
二、诉讼程序	167
三、裁判依据	170

4 目 录

第三章 三国两晋南北朝民法	173
第一节 历史背景与法制概况	173
一、历史背景	173
二、法制概况	175
三、有关三国两晋南北朝民法的若干问题	177
第二节 所有权	182
一、对土地私有权的限制	182
二、国有土地的占有形态	186
三、北朝“均田制”	190
四、关于无主物的归属	195
五、寺产的出现与保护	196
第三节 债	198
一、契约形式与成立要件	198
二、主要契约种类	200
第四节 婚姻与亲属	212
一、亲等关系的标尺——五服制度	212
二、门第婚的盛行	216
三、聘财掩盖下的买卖婚姻	218
四、一夫一妻多妾制的发展	220
第五节 继承	221
一、“生前继承”法律地位的变化	221
二、妇女实际继承地位的提高	223
第六节 民事诉讼	227
第四章 隋唐民法	235
第一节 历史背景与法制概况	235
一、历史背景	235

二、法制概况	238
三、有关隋唐民法的若干问题	240
第二节 所有权	247
一、对土地私有权的限制	247
二、隋唐均田制下的土地占有关系	250
三、无主物归属的认定	255
四、关于矿产、山林的所有权	258
第三节 债	259
一、契约形式与成立要件	259
二、主要契约种类	263
三、损害赔偿之债	287
第四节 婚姻与亲属	289
一、婚书、私约和聘财	290
二、婚姻的限制——对违律为婚的处罚	293
三、婚姻的限制——对嫁娶违律的处理	296
四、婚姻的终止——离和断离	297
五、夫妻地位和以妻为妾	300
第五节 继承	303
一、继承份额上的平均主义	303
二、代位继承和越位继承	307
三、女儿的继承权	309
第六节 民事诉讼	313
一、司法审判组织	313
二、诉讼程序	316
五章 两宋民法	323
第一节 历史背景与法制概况	323

一、历史背景	323
二、法制概况	326
三、有关两宋民法的若干问题	327
第二节 所有权	330
一、对土地私有权的若干限制	330
二、国有土地的占有形态	333
三、无主物的归属	334
四、族产的出现	338
第三节 债	342
一、契约形式与成立要件	342
二、主要契约种类	345
第四节 婚姻与亲属	366
一、指腹婚和童养媳	366
二、中表不婚和禁止族际通婚	371
三、守贞和守节	380
四、典雇妻妾	393
第五节 继承	397
一、拟制亲子的继承权	397
二、赘婿的继承权	405
三、妇女继承权	409
四、死商遗产的继承	422
五、遗嘱继承	426
第六节 民事诉讼	436
一、司法审判组织	436
二、诉讼当事人及其代理	440
三、告诉的受理与证据的审查	443
四、调解与审判	448

第六章 元代民法	453
第一节 历史背景与法制概况	453
一、历史背景	453
二、法制概况	455
三、有关元代民法的若干问题	456
第二节 所有权	461
一、对土地私有权干预的松弛	461
二、国有土地的占有状况及私人占有权	461
三、无主物的归属	463
第三节 债	466
一、主要契约种类	466
二、损害赔偿之债	478
第四节 婚姻与亲属	480
一、法定婚书制度	480
二、媒妁的管理和职业化	485
三、赘婿类别和入赘限制	488
四、收继婚的泛起	491
第五节 继承	497
一、寡妇改嫁不准带产	497
二、守志寡妇财产处分权的扩大	499
三、绝户在室女继承权与招婿的关系	502
四、绝户出嫁女继承权与归宗年限女婿	505
第六节 民事诉讼	507
一、司法审判组织	507
二、诉讼程序	511
 第七章 明清民法	 517

8 目 录

第一节 历史背景与法制概况	517
一、历史背景	517
二、法制概况	519
三、与明清民法有关的若干问题	521
第二节 所有权	526
一、国有土地的占有形态	526
二、无主物的归属	529
三、对族产的保护	532
第三节 债	534
一、契约形式与成立要件	534
二、主要契约种类	536
三、损害赔偿之债	556
第四节 婚姻与亲属	559
一、家长的资格和权力	559
二、三父八母	563
三、嫡庶诸子	566
四、父母子女的法律关系	569
第五节 继承	572
一、“兼祧”的出现	572
二、奸生子继承权的上升	578
三、赘婿(养老女婿)继承权的巩固	580
第六节 民事诉讼	582
一、司法审判组织	582
二、告诉及其代理	587
三、调解与审判	590
四、裁判依据	595

第八章 民国民法	600
第一节 历史背景与法制概况	600
一、历史背景	600
二、清末法制	601
三、民初法制	603
四、南京国民政府法制	604
第二节 民法典的编纂	605
一、《大清民律草案》	605
二、民初第二部民法典草案	608
三、《中华民国民法》	609
第三节 中华民国民法的主要内容	615
一、总则	615
二、债	617
三、物权	625
四、亲属	634
五、继承	639
第四节 民事诉讼	641
一、民事诉讼法规沿革	641
二、司法审判组织的沿革	643
三、南京国民政府民事诉讼制度的主要特点	644
四、诉讼程序	645
 后 记	 653

绪 论

第一节 中国民法史研究的对象和现状

一、中国民法史研究的对象和范围

民法，是调整民事法律关系，即特定财产关系和人身关系的法律。因为财产关系、人身关系一般发生在私人之间，所以又称民法为“私法”。中国古代调整特定财产关系和人身关系的法律规范，不称“民法”，虽然《尚书孔氏传》中已出现“民法”一词^①，但那并不是近代意义上的民法。有的中国法制史著作在述及民事法制时，或定名为“家族制度”、“婚姻制度”、“食货制度”^②，或规划为“身份法史”、“财产法史”^③。

在近代法制意义上使用汉字单词“民法”，始于明治时代的日本人。1868年津田真道在《泰西国法论》中，译荷兰语“Burgerlyk Regt”为“民法”^④。清末变法，汉字日语“民法”一词进入中国。光

① 《光绪朝东华录》三十三年五月辛丑·民政部奏文：“民法之称，见于尚书孔传。”

② 参见陈顾远的《中国法制史概要》。

③ 参见戴炎焯的《中国法制史》。

④ 《中国大百科全书(法学)》“民法”条谓：“日本明治维新时代修订法律从法语译为日语‘民法’”。

2 中国民法史

光绪三十一年(1905年)三月,修订法律大臣沈家本、伍廷芳会奏请求设立法律学堂,已提到“各国民法”如何如何^⑤。但立法时,则借鉴“民法”一词,结合“唐律”、“明律”、“清律”的传统,自创新名词“民律”,清末民初曾有两部民律草案。1929年上半年,南京国民政府制定公布《中华民国民法·总则》,同年10月10日施行,中国近代立法从此开始采用“民法”一词。

中国历史上曾经存在的民事法律制度,以及在这个制度下的现实民事法律关系,是中国民法史的研究对象。民事法律制度,指历代民事方面的制定法;现实民事法律关系,指被当时统治阶级法律意识认可的民事案例、民事习惯等。其主要内容包括所有权、债、婚姻与亲属、继承、民事诉讼等方面。

民事方面的制定法,必然要涉及中国古代法律体系结构问题。对中国古代法律体系的结构,历来有“诸法合体”、“民刑不分”的评价,如光绪三十三年(1907年)五月,民政部奏文认为:“中国律例,民刑不分,……历代律文户婚诸条,实近民法”^⑥,直至近年,有的中国法制史著作仍持此说^⑦。但如果综合观察古代中国法律体系,似可重新考虑这一定论。

西周周公制礼、吕侯制刑,“礼”与“刑”成为当时两大“部门法”。“刑”作为定罪量刑的法律形式,名称不断变化,但性质基本未

上海辞书出版社《法学辞典》“民法”条谓:“日本明治维新在修订法律时,采用汉语‘民’、‘法’两字翻译荷兰语Burgerlyk Regt,为‘民法’一词创用之始”。

[日]穗积陈重《法窗夜话》(河出书房)107~108页:“‘民法’一语,自真作麟祥博士以其翻译法语‘droit civil’以来,开始被普遍使用,所以我们原以为这是箕作博士始创的译语。但是当就此问题请教箕作博士时,博士解释说,这是采用了津田先生《泰西国法论》所收录之单词,不是自己的新发明。于是又去请教津田先生,先生回答说,这个单词是他作为荷兰语‘Burgerlyk Regt’的译语而新创的”。

⑤ 《东方杂志》第二年第八期(光绪三十一年八月二十五日)。

⑥ 《光绪朝东华录》三十三年五月辛丑。

⑦ 高等学校法学试用教材《中国法制史》第4页(群众出版社,1986年);张晋藩等《中国法制史》第1卷第4页(中国人民大学出版社,1981年)。

变；“礼”作为行为规范，名称数千年一以贯之，其性质却颇有变异。作为行为规范的“礼”，内容广泛，涵盖了包括民法在内的许多部门法。就民法而言，“礼”有“父母存，不许友以死，不有私财”^①的规定，以调整家庭财产关系；有“用器不中度，不粥于市……布帛精粗不中数，幅广狭不中量，不粥于市”^②的规定，以调整买卖关系；有“取妻不取同姓，故买妾不知其姓则卜之”^③的规定，以调整婚姻关系，等等。可以说，中国古代调整民事关系的行为规范，主要收纳在“礼”之中^④，所谓“分争、辨讼，非礼不决，君臣上下、父子兄弟，非礼不定”^⑤，权利义务、民事诉讼、人身关系，都由“礼”调整。

除了“礼”以外，还有一些以其它法律形式表现的民事规范。在商鞅“改法为律”之前，“法者所以兴功惧暴，律者所以定分止争”^⑥，“法”是制裁犯罪行为的，如《法经》六篇，“皆罪名之制也”^⑦，规定什么行为是犯罪和对犯罪者判处什么刑罚，即刑法；“律”则是规定权利义务以遏止争执的，属民法范畴。国君有时还以特别命令颁布民事法规，如越王勾践“命壮者无取老妇，令老者无取壮妻”^⑧。

商鞅“改法为律”，把原称“法”的“兴功惧暴”的法规也统称“律”，“律”从此成了中国古代刑法的专用名称。秦汉以后，出现新的法律形式“令”，“令，教也，命也”^⑨，是从正面规定应为不应为的。魏晋以后，“令”愈显独立，统治者新制定的民事法规多归于

① 《礼记·曲礼上》。

② 《礼记·王制》。

③ 《礼记·曲礼上》。

④ 参见张国华等著《中国法律思想史纲》(上)第159页(甘肃人民出版社,1984年)。

⑤ 《礼记·曲礼上》。

⑥ 《管子》卷17《七臣七主》。

⑦ 《晋书》卷30《刑法志》。

⑧ 《国语·越语》。

⑨ 《唐六典》卷6《刑部》。

“令”，如唐《户令》应分条“诸应分田宅及财物，兄弟均分，……”^①，是关于财产继承方面的法规。

就法律形式而言，以上所说的“礼”、“律”（“定分止争”之“律”）、“令”，都从正面规定应为不应为，与规定何为犯罪、如何处罚的刑法不同，一般不直接规定具体制裁措施（罚则）；就其内容而言，其相当一部分则清楚地显现了民事法规的性质；此外还有现代称之为行政法、经济法等等部门法的法规，不在本书讨论范围之内，从略。

对于违反“礼”、“令”民事法规的行为，由“刑”、“律”规定制裁措施。先秦“失礼则入刑，（刑、礼）相为表里者也”^②。魏末晋初“军事、田农、酤酒，……不入律，悉以为令，违令有罪则入律”^③。唐代有“律”、“令”、“格”、“式”四种法律形式，“律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁止违邪，式以轨物程事”^④，四者各司其事，“其有所违（令、格、式）、及人之为恶而入于罪戾者，一断以律”^⑤。“律”以国家强制力保障其它三种法律形式的实施，如唐代“买奴婢、马牛驼骡驴等，依《令》并立市券”，买卖马牛驼骡驴等，必须订立书面合同；违令，则按《唐律》“诸买奴婢、马牛驼骡驴，已过价而不立市券，过三日，笞三十，卖者减一等”的规定处罚^⑥，对律文中没有明确规定罪名刑罚的违“令”行为，《唐律》还规定“诸违‘令’者，笞五十”^⑦，“诸不应得为而为之者，笞四十（谓律、令无条，理不可为者）”^⑧。这与现代立法原则是一样的，如《中华人民共和国民法通则》第103

① 《宋刑统》卷12《户婚律》“卑幼私用财”条所引唐《户令》。

② 《后汉书》卷46《陈宠传》。

③ 《晋书》卷30《刑法志》。

④ 《唐六典》卷6《刑部》。

⑤ 《新唐书》卷56《刑法志》。

⑥ 《唐律疏议》卷26《杂律》“买奴婢马牛不立券”条及疏。

⑦ 同上，《杂律》“违令”条律文。

⑧ 同上，《杂律》“不应得为”条及夹注。

条规定“公民享有婚姻自主权，禁止买卖，包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”，对严重违反这一规定的行为的处罚，则由刑法规定，《中华人民共和国刑法》第179条规定“以暴力干涉他人婚姻自由的，处二年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪，引起被害人死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。第一款罪，告诉的才处理”。这里很难因为现行刑法中规定了“妨害婚姻家庭罪”及有关罚则，就认为现行法律体系“民刑不分”，“诸法合体”。同样，也很难因为古代刑法（“律”）规定了“买卖不立市券罪”而认为那时的法律“民刑不分”，“诸法合体”。但是，由于中国古代法制历来重视刑法、轻视民法，作为留传于世的法制史文献，“律”远多于“令”，许多令文还是因被“律”引用而得以传世。所以研究中国民法史，既要明确研究对象是独立于刑法的民事法制，又必须引用历代正律（刑法），以弥补民事立法史料之不足。至近代，清末民初的两部民律草案，虽然均未实施，但在此前颁行的《大清现行刑律》中有关婚姻家庭财产犯罪的条文，民国初年政府曾予承认，除与民国国体有抵触者以及刑罚部分外，仍继续有效。1929年上半年至1930年底，南京国民政府先后制定公布的《中华民国民法》，则可称是中国近现代第一部民法典。

民事案例，对民法史研究而言，可分为两大类。一是散见于史料中的历代法官处理民事案件的具体事例。中国古代轻视民事诉讼，在汗牛充栋的经、史、子、集文献中，这种案例史料所占比例极小。但也正因如此，这些案例，多属被认为是善于贯彻统治阶级治世方针、体现统治阶级根本利益的样板。二是具有法律效力的判例，云梦秦简中的“廷行事”即属此类判例，其后汉代有“决事比”^①，

^① 《汉书》卷23《刑法志》：“孝武即位，……死罪决事比万三千四百七十二事”，唐古注：“比，以类相比况也。”