

中国

古代物权法研究

——以土地关系为研究视角



柴荣·著

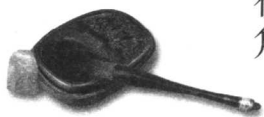
ZHONGGUO GUDAI WUQUANFA YANJIU

中国检察出版社

中国

古代物权法研究

——以土地关系为研究视角



柴荣·著

ZHONGGUO GUDAI WUQUANFA YANJIU

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国古代物权法研究：以土地关系为研究视角/柴荣著.

—北京：中国检察出版社，2007. 10

ISBN 978 - 7 - 80185 - 823 - 8

I. 中… II. 柴… III. 物权法 - 研究 - 中国 - 古代

IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 152895 号

中国古代物权法研究

——以土地关系为研究视角

柴荣 著

出 版 人：袁其国

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱：zgjccbs@vip.sina.com

电 话：(010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销：新华书店

印 刷：保定市 中画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：11 印张

字 数：252 千字

版 次：2007 年 11 月第一版 2007 年 11 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 80185 - 823 - 8/D · 1799

定 价：25.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前言

中国近现代民法观念的更新更多的是受外力的影响，当时急迫的救亡图存拯救民族危机的现实压力，使民众的民法理念和社会生活中的民法思想没有经过充分的发育，制度层面与实践环节的整合仍然需要时间，即便是当下司法实践中民众的民法理念与民法制度层面的规定仍有距离。西方一些伟大的思想家、法学家在构建法律的时候都无不考虑本民族的传统和习惯等固有资源对法律的影响。早在古希腊时期的亚里士多德就说过：“积习所成的不成文法比成文法实际上更有权威，所涉及的事情也更为重要。”^① 也正如马小红教授所言：“事实证明，西方文化必须经过传统的选择方能有效

^① 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1965年版，第169～170页。



地发挥作用。”^①西方民法也只有充分地考虑中国民法资源的固有因子才能本土化。

中国古代物权法的研究是中国古代民法研究最为重要的一部分，因为“与我国古代以农业经济为主的自然经济相适应，我国古代物权制度较债权制度发达，而且物权形成了一个以所有权为核心，以土地及其附着物，如宅、山林、作物等的权利为基本形态的完整的物权体系”。^②

一、选题意义

物权法的起草工作始于1993年，全国人大常委会对制定物权法高度重视。2002年12月，九届全国人大常委会对民法草案的物权法编进行了初次审议。为了把这部法律制定好，全国人大常委会坚持民主立法、科学立法。2005年7月将物权法草案向社会全文公布，共收到人民群众提出的意见1万多件；并先后召开100多次座谈会和几次论证会，还到一些地方进行专题调研，充分听取部分全国人大代表、基层群众、专家学者、中央有关部门等各方面的意见。在征求意见过程中，各方面提出了许多意见和建议。

全国人大常委会高度重视各方面的意见，对草案进

① 马小红：《中国古代法律思想史》，法律出版社2004年版，第319页。

② 钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社1994年版，第67页。



行了六次审议，审议次数之多在我国立法史上是空前的，现在《物权法》终于在2007年10月1日要实施了。围绕着物权法的实施，法学工作者在积极地做着各个方面的准备。我作为硕士为民商法背景、博士毕业于法律史专业的一名高校教师，多年来一直对中国古代的民法非常感兴趣，对中国古代的土地问题尤其关注。中国古代有着丰富的物权法资源，在物权法起草过程中，传统习惯中的典权等内容是否要保留仍然是争论的焦点，新物权法对典权虽然没有作明确的规定，但是仍然为“典权”在民间的存在留下了一定的空间。

整个书稿资料翔实，既有历朝历代有关土地这一物权的法律规定，也有民间契约和司法实践中的判词，以土地为研究中心深入分析中国古代的物权关系。在这些资料的基础上，与西方以及近现代中国的物权法律关系进行了法理上的比较分析，以期新出台的物权法在实施的过程中，充分地考虑中国民法资源的固有因子使其本土化，这样会对新物权法的理解和实施有所裨益。

二、选题主要内容

我国古代物权制度较债权制度发达，与我国古代以农业经济为主的自然经济相适应，土地在整个物权法体系中居于重要的地位，形成了一个以所有权为核心，以土地及其附着物，如宅、山林、作物等的权利为基本形态的完整的物权体系。

中国古代物权法是中国古代民法研究最为重要的一



部分，纵观中国古代法，虽无物权之名，但有物权之实。虽然从未出现独立的物权立法，甚至没有“物权”一词，但等同或类似于现代物权制度的实质性内容则散见于历代的律、令等法律及民间习惯之中。大体来说，我国古代法上的物权制度主要包括动产与不动产的所有权、永佃制以及典、质、押等，这些物权制度构成了传统“民法”的重要组成部分。

因为物权法是民法的组成部分，要论证中国古代有无物权法就应先论证中国古代有无民法这个大前提。所以，第一章详细分析了中国古代有无“民法”这一论题。第二章，所有权是最充分的物权，是对物的绝对支配权，以土地这一最为重要的客体为研究对象，能让我们全面了解土地所有权在中国的动态演变过程。第三章，中国古代更重视土地的使用权问题，因此，在土地的使用权上有世界上最为灵活的永佃权制度，值得我们深入分析。第四章，典权是中国物权法上对现代法律生活最有影响的一种担保物权，在物权法起草过程中，曾引起广泛的争议。第五章，土地交易在中国古代有着严格的规范，既有与西方相同的要式契约和物权公示制度，也有独具特色的亲邻优先购买权的制度要求。

总之，“民法”一词虽然在中国很早就出现过，^①但部门法概念的“民法”、“民律”则是近代中国吸收西方

^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。”

法律体系的产物，中国古代没有独立的体系化的民法，但中华法系中存在着民法资源是不容置疑的。这时我忍不住想起马克思所说：“人们创造自己的历史，并不是随心所欲地创造，并不是他们在选定的条件下的创造。而是在直接碰到的、既定的、从过去继承下来的条件下的创造。”^①当我们进行法律移植时，尤其是要建立与人们的生活息息相关的民法物权体系时，脱离了我们千百年的传统、抛弃了与我们现代生活与生俱来的中国民法的固有资源而建立起来的所谓民法体系，只能是“水中月”、“镜中花”！

柴荣

2007年8月

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1972年版，第603页。

目录

前 言 / 1

第一章 重新认识中国古代“民法” / 1

第一节 中国古代有无“民法” / 2

一、中国古代有民法的观点 / 2

二、中国古代无民法的观点 / 6

(一) 追寻西方民法思想产生的背景 / 8

(二) 论证古代中国无西方民法思想 生存的环境 / 10

第二节 有关中国古代民法的研究成果 / 14

一、近现代有关民法档案资料的收集与 整理点校 / 15

二、近现代有关民法发展的著述 / 16

(一) 民国时期的著述论文 / 16

(二) 当代学者的相关著述论文 / 20

第三节 中国古代“物权法”存在的思想基础 / 22

一、儒家“信”“诚”思想与民法的“诚实 信用原则” / 23

(一) 诚实信用原则在西方民法中的发展 / 25



(二) 儒家“信”“诚”思想 / 27

二、儒家义利观与“诚实信用原则” / 35

第二章 中国古代土地所有权 / 41

第一节 国家土地所有权 / 43

一、国家土地所有权的形成 / 43

(一) 原始社会氏族公社土地公有制 / 44

(二) 夏商西周时期的土地王有制 / 47

二、国家土地所有权的演变 / 52

(一) 秦汉时期国有土地所有权的保护 / 53

(二) 魏晋南北朝时期土地所有权的复杂化和
国家土地所有权的强化 / 56

(三) 隋唐前期国有土地所有权的延续 / 60

(四) 宋代强调对公田的管理，防止其私有化 / 63

(五) 具有北方少数民族特点的辽金元土地
国有权 / 68

(六) 相对弱化的明清土地国有权 / 76

第二节 私有土地所有权 / 80

一、私有土地所有权的形成 / 80

(一) 春秋战国时期井田制的破坏与土地私有权的
过渡 / 81

(二) 秦汉时期土地私有制的确立 / 83

二、私有土地所有权的演变 / 85

(一) 三国两晋时期大土地私有权的极度膨胀与
法律限制 / 85

(二) 唐中后期开始——私有土地所有权占据主导
地位 / 93

- (三) 宋代渐趋完备的土地私有权机制 / 104
- (四) 辽金元时期贵族私人土地所有权的扩大 / 110
- (五) 明清时期土地私有权更加明晰 / 120

第三章 中国古代他物权的典型——永佃权 / 131

第一节 中国古代永佃权的演变 / 133

一、宋代的永佃权 / 134

- (一) 租佃制的种类——官田租佃制与私田租佃制 / 135
- (二) 地租的形态 / 137
- (三) 铲佃与永佃权 / 145
- (四) 租佃关系的多层次化——“二地主”的出现 / 148

二、明清时期的永佃权 / 154

- (一) “一田二主”或“一田三主”的盛行 / 155
- (二) 主佃的权利义务关系 / 159
- (三) 永佃权的社会经济意义 / 165
- (四) 永佃权引发的诉讼——主佃关系的紧张 / 175

第二节 中西方“永佃权”之融合 / 183

一、西方永佃权的起源及内涵 / 184

二、中西永佃权的融合 / 188

- (一) 近代“永佃权”的模仿性 / 189
- (二) 近代“永佃权”的本土因素 / 190
- (三) 近代“永佃权”的中西融合性 / 195

三、农村土地承包经营权与中西之永佃权 / 197

- (一) 农村土地承包经营权的内涵 / 198
- (二) 土地承包经营权的性质 / 201



(三) 关于土地承经营权流转的问题 / 203

第四章 中国古代的典权及现代物权法的制定 / 209

第一节 典权在中国历史上的演变 / 209

一、中国古代立法与实践中的典权 / 210

(一) 中国古代典权的起源 / 210

(二) 典权的萌芽——唐代初期 / 211

(三) 两宋时期的典权制度 / 214

(四) 明清时期的典权制度 / 220

二、追寻典权在中国古代盛行的思想根源 / 226

(一) 以家为本位的传统伦理观念 / 226

(二) 儒家“均平”思想的体现 / 229

第二节 典权与现代物权法的制定 / 232

一、近代典权制度 / 233

(一) 近代立法层面的典权制度 / 233

(二) 近代社会实际生活中的典 / 236

二、典权的主要内容 / 240

(一) 典权的含义和性质 / 240

(二) 典权与邻近类似权利的区别 / 244

三、我国《物权法》是否保留典权的争论 / 247

(一) 肯定说 / 247

(二) 否定说 / 249

(三) 我国《物权法》的选择 / 250

第五章 中国古代土地买卖法律 / 254

第一节 历代土地买卖法律概况 / 255

- 一、秦汉时期的土地买卖法律状况 / 255
- 二、隋唐时期的土地买卖法律状况 / 258
 - (一) 土地买卖的状况 / 258
 - (二) 土地交易的法律要件 / 262
- 三、宋元时期的土地买卖法律状况 / 265
 - (一) 宋代土地交易的法律程序要件 / 266
 - (二) 宋代土地交易的法律实质要件 / 273
 - (三) 元代土地交易的法律要件 / 281
- 四、明清时期的土地买卖法律状况 / 284
 - (一) 法定土地交易要件 / 285
 - (二) 实践中土地交易的变通、灵活性 / 290

第二节 古代土地交易的本土法律要件

——“先问亲邻” / 295

- 一、“先问亲邻”的产生与演变 / 296
 - (一) 民间田土交易中出现“先问亲邻”
——唐代中后期 / 297
 - (二) 法典层面出现“先问亲邻”制度
——五代后周 / 299
 - (三) “先问亲邻”的兴盛——宋元时期 / 301
 - (四) “先问亲邻”蜕化为民间习惯
——明清时期 / 306
- 二、“先问亲邻”制度背后的根源 / 311
 - (一) 产生于宗法农业社会的必然要求 / 311
 - (二) 频繁的土地交易是其兴盛的根源 / 313
 - (三) 再次蜕变为民间习惯的原因 / 316
- 三、“先问亲邻”的法理分析 / 319



(一) 与现代民法优先购买权有相同的社会
价值追求 / 320

(二) 与现代民法亲邻权的设立有相似的
理论基础 / 322

参考文献 / 325

第一章 重新认识中国古代“民法”



物权制度作为调整人们直接支配物质财富的法律制度，历史悠久。中国古代思想家和政治家相当注重人们的社会关系，特别是秩序、等级、身份及人们的相互制约，没有形成像古罗马西方模式的系统的民法体系，尤其是涉及经济生活的物权法、债法之类的法律。然而，不能因此说中国没有民事法律，因为中国古代社会环境下，人们也同样要解决物的占有、分配、交易等问题，他们同样也需要认知自己在这些活动中的地位及彼此之间的关系，这就需要有民法的相关内容尤其是物权法来进行调整。纵观中国古代法，虽无物权之名，但有物权之实。虽然从未出现独立的物权立法，甚至没有“物权”一词，但等同或类似于现代物权制度的实质性内容则散见于历代的律、令等法律及民间习惯之中。大体来说，我国古代法上的物权制度主要包括动产与不动产的所有权、永佃制以及典、质、押等，这些物权制度构成了传统“民法”的重要组成部分。因为物权法是民法的组成部分，要论证中国古代有无物权



法就应先论证中国古代有无民法这个大前提。

第一节 中国古代有无“民法”

中国古代有无民法以及民法思想，到目前为止仍有争议。^①一种观点认为中国古代既然存在着财产方面的占有、流转关系以及人身方面的婚姻继承等关系，那么，制度层面就一定有相应的规制。另一种观点认为中国古代法学中没有产生罗马法意义上的与“公法”相对立的“私法”概念，今天，私法调整的对象，古代中国的表达是“户婚田土钱债”，中国古代不可能有现代意义上的民法和民法思想。

一、中国古代有民法的观点

代表性的人物杨鸿烈、戴炎辉、胡长清、杨幼炯、梅仲协、张晋藩、叶孝信、徐道邻、张镜影、林咏荣及浅井虎夫等持肯定说。他们都认为，中国古代虽无形式民法（formal civil law），但一定有实质意义民法（civil law in substantial sense）。

梅仲协先生曾说：“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。”但是他又认为，商鞅变法以后，中国古代的民法都只是残留在律典的户婚、杂律

^① 一般认为，肯定中国古代有民法的学说在20世纪80年代成通说，但是否定说也一直存在。

中。“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。”^① 张晋藩先生认为：“中国古代肯定没有形式意义上的民法，但‘有法制必有法典’的思维定势也显然有欠妥当，中国古代不可能没有实质意义上的民法。历朝法典中凡户婚钱债田土等事摭取入律，既然狭义的实质意义上的民法，其仅为私法之一部，故而从广义的实质意义的民法的角度来看，凡有法律实质者不问形式皆可谓之。这样，中国古代有无民法的争议因此也就迎刃而解，不应再成为问题。可见，以成文法为表现形式的民法的直接渊源之外的民法的间接渊源，即法律之外的其他法源，是我们理解中国固有民法法律渊源的多元结构的关键。”^② 他进一步指出，有关“户婚田土钱债”的内容，只有在可能危害社会公共秩序和政治秩序的时候，才被零散地规定在刑律中“户役”、“杂犯”等章节里，对其处理则与轻微的刑事案件一起局限在州县一级。而处理民事纠纷方面的规则，就像民事秩序本身一样，处于混沌模糊的自然状态，缺乏自然的分析和总结，也不能总结和提升出与“刑律”平行的概念，更不能与后者通过对立和联系，构成更为复杂的法学体系。^③

学者们在肯定中国古代有民法的同时就需要回答另外一个问题，中国古代的民法形态是怎样的？截至目前存在过的中国古代民法形态论述主要有公法私法合一观、民法

① 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社2004年版，第15~16页。

② 张晋藩：“论中国古代民法研究中的几个问题”，载《政法论坛》1985年第5期。

③ 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第34页。