

元朝是我国历史上第一个由少数民族建立的统一的全国政权。由于政权下民族众多，各民族法律习惯各异，导致元代民事法律表现出传统中国法律特征和时代特点。本书通过对元代民事法律渊源、民事权利、婚姻家庭及继承和民事审判制度等分析，在充分利用元代原文资料的基础上，力求深入分析和努力还原了其民事法律制度，对内容性质和流变等，在此基础上对元代乃至我国古代民事法律制度，国内在本质进行了探讨。

元代民事

YUANDAI MINSHI FALU ZHIDU YANJIU

法律制度研究

胡兴东◎著



中国社会科学出版社

元代民事

YUANDAI MINSHI FALU ZHIDU YANJIU

法律制度研究

胡兴东◎著

D923.04

H2

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

元代民事法律制度研究/胡兴东著. —北京: 中国社会科学出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 5004 - 5893 - 7

I. 元… II. 胡… III. 民法 - 研究 - 中国 - 元代
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 132037 号

出版策划 任 明

责任编辑 周用宜

责任校对 林福国

封面设计 弓禾碧

技术编辑 张汉林

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2007 年 1 月第 1 版 印 次 2007 年 1 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 18.25 插 页 2

字 数 348 千字

定 价 35.00 元

序

云南大学法学院胡兴东博士的《元代民事法律制度研究》一书写成，让我为之作序，我十分高兴地拜读了他的这一专著。

胡兴东博士长于史学研究，早在20世纪90年代跟我攻读硕士研究生时，学的就是中国古代史专业元史研究方向。大凡研究元史的人都知道，《元典章》、《大元通制条格》（或曰《通制条格》）这样的法律史料书中，有许多文字是用元代硬译公牍文体写成的，即俗称“元代白话”，一般人较难读懂，而胡兴东博士通过学习能很好地掌握，并运用于学术论文的写作中。他的这本专著中大量引用《元典章》等原始法律材料，是以证明其史学研究功底之深厚。当年对元史的深入研究为他日后进行元代法律史（尤其是民法史）的研究奠定了扎实的史学基础。

21世纪初，胡兴东博士以优异的成绩考入云南大学法学院攻读博士学位，即师从方慧教授研习法律史。胡兴东博士在法学知识的学习上，初为自学进而在导师指导下，系统地学习有关法律知识，尤其是民法学知识。这样的求学经历为他的学术研究提供了复合型知识结构，让他能够很好地进行跨学科的研究。

胡兴东博士善于把元史和法学（尤其是民法学）二者综合起来研究，于是出现了一个交叉性很强的研究领域，即元代民事法律制度研究。我认为，纯粹研究元史的人，若欠缺法学（民法学）知识，是不可能做到这一步的；纯粹研究法学（民法学）的，若欠缺元史的功底，要把二者结合起来研究并写出高水平的成果也是很难想象的。从这个意义上说，作者恰好填补了一个学术上的空白，找到了一个新的学术生长点。

本书是胡兴东博士在硕士论文的基础上加以大量修改扩充而成的，记得当年硕士论文答辩时，著名元史学家方龄贵先生担任答辩委员会主席，评价较高，认为已经基本接近博士论文的水平。我想这话对胡兴东博士无疑是个鼓励。后来在攻博期间，他又认真加以修改、充实，才有今天这样的规模，这里应当感谢老一辈学者对他的奖掖。

该书分为10部分，30余万言。其在篇章布局上是从自己的研究体系出

发,内部结构有高度的逻辑性,是一个自成体系的研究成果。它把元代作为背景,作为舞台,而以元代发生的若干“民事”制度作为研究对象,并从制度上加以研究。有许多东西是胡兴东博士第一次从“民法学”的角度加以注意、思考和探索的,有不少独到的见解。本书系统地架构了一个历史上存在的王朝的“民法制度”,系统地解读了一个朝代的“民事制度”。公允地说,所有过去有关“中国法制史”讲到元代时,或失之简略,或语焉不详,或不疼不痒,或高度概括,尤其是“元代的民法”,没有人这样系统地梳理和研究过。元代民族众多,疆域辽阔,法律渊源多元。这些法律特征,在刑事和民事案件和纠纷中,如何加以调整和整合,如何照顾各方面的客观实际和利益,又符合作为一个统一国家的法律原则,这里大有文章可做。而且我们只能说本书仅是一个好的开头,还不能说已将这方面的题目做完、做尽,希望后来者在此基础上更加创新地加以研究,定能结出累累硕果。

胡兴东博士做事踏实稳重,文如其人。故在其书中充分体现了前人所提出的学术进路,即“大胆假设,小心求证”。此外,书中一些内容是作者在长期的学术研究中独立进行过研究的问题,经改写和扩充放在本书的适当位置中,使本书形成了一个完整的体系。比如“元代社制研究”、“元代约会制度”、“斡脱”等问题。

通过以上介绍,我们对本书研究的深度和特点有了一个大致的认识。希望通过本书的出版,让喜欢研究民法制度、法律史、元史的学人能早日见到它,为学术研究增加一块砖。

由于我曾为胡兴东博士的硕士导师,有幸先拜读其书稿,高兴之余,多说了几句,是为序。

自序

环视中国今天法学知识构成上，也许我们已经陷入了严重的“本土知识”贫血症。因为对中国法律史的研究中，近代以来主要方式就是批判，目的是在西方法律模式下构建“现代化”的法律体系。于是在中国法律研究中，很多法学家对外国法律的发展史了解十分深厚，但对中国古代法律史的了解却十分有限。环视今天中国法史学界，乃至法学界，扪心自问，我们对中国古代社会了解多少，我们看过哪些重要的典籍，我们对中国文化的运作了解多少。到现在，对中国法律在古代社会的运作情况进行全面解读的研究成果有些什么呢？若我们认真思考，才发现我们对自己过去的了解原来是十分不足的。过去读国内学者研究中国法律史的著作，一直感到不解，中国古代社会法律若真是如此，为什么社会还不解体，秩序还没有消失，甚至常常出现二三百年的相对稳定，难道社会中就没有纠纷和诉讼吗？但常识告诉我们，只要是一个有不同利益分层的社会中，绝对不可能没有纠纷和诉讼。后来发现我们在对自己过去的法律知识了解上原来是十分不足的。我们现在的法学其实是建立在海市蜃楼之上。

想想过去，没有一个民族仅在完全借用中成为具有原创性的民族。欧洲近代的法学是在对过去的研究中，同时考察世界其他民族的法律基础上建立起来的。中国也许需要更多像孟德斯鸠、萨维尼那样的学者，在了解自己民族的同时也对其他民族的法律有深入的了解。孟德斯鸠在写《论法的精神》时，他先写了《风俗论》这一在当时是研究全人类的社会风俗史的著作。也许我们在放眼世界的同时，也要回视自己的过去！中国法学界需要更多熟知世界也熟知中国过去的法学家。

在中国法律史的研究中，我们一直在宏观中进行，没有对具体的司法运作和法律运作进行研究。现在仍然很少有专门研究，哪怕是断代史的法律运作研究，我们只有那些宏观的、文本的分析著作。没有一个对中国古代司法设计中是如何相互制约进行深入研究的。我们的法学传统是缺少像古希腊、古罗马法学家那样的归类式的反思。我们在学术中不承认人性的“恶”，不是努力去遏制“恶”。我们把法学当成伦理学，想把整个社会通过“善”来达到和谐。我

们不承认一个社会中若仅是关注富人的利益,漠视穷人的利益,最后一定会导致社会的“解体”。同时我们不是努力解决这两者之间利益上的相对平衡,而是想让两者在道德上取得平衡。中国古代的法学史从不以一个社会中两个极端的群体利益进行协调为己任,我们要么是强者的帮凶,要么是煽动弱者进行暴动的鼓手。这让中国古代的社会只好在“王朝更替”中进行破坏性的循环调整,其实“王朝更替史”就是中国古代社会中极富和极穷阶层间相互暴政的循环史。这从王朝更替时的口号“均贫富”中就可以看出。中国古代的法学家不去思考这些问题。他们要么纠缠于“道德”的空洞中,不关心法律作为一个社会秩序的生成方式其实是对社会主体利益的一种人为调整。既然法律与人的利益有关,法学家就必须把不同群体的利益进行统合考虑,因为法律上的正义其实就是让不同群体在社会利益分配中得到正当存在的“正义”。而今天我们的法学家却过早地逃进解释学的研究中,在学术的快意中失去了与中国现在整体发展相适应的学术取向。一个充满生机、处于上升的社会,不需过多的相对主义下的“意义”之类的繁琐学术,它需要的是那些具有规律性探索的乐观主义法学。

法学家应当把法学当成实践的正义学科,其目的是把社会中不同利益者在人为的调整中进行协调和平衡,防止富人和穷人的“暴政”同样是法学家应当在法学研究中考虑的问题。对于这方面的思考,也许我们真的得回到亚里士多德那里去。

也许我们应遵循南美著名诗人胡安·雷蒙·西蒙内斯的呼唤:“立足于祖国土地,思想和心灵翱翔于世界的天空!”

胡兴东

2006年10月9日于昆明翠园斋

目 录

序	(1)
自序	(3)
第一章 导论	(1)
第一节 问题的提出	(1)
第二节 中国古代民事法律的特点	(3)
第三节 元代法律的特点	(8)
第四节 本书研究选择和安排	(14)
一 本书研究中的一些问题	(14)
二 全书结构安排	(18)
第二章 元代民事法律渊源	(22)
第一节 元代民事立法指导思想	(22)
一 各依本俗	(22)
二 酌古准今	(24)
第二节 元代民事法律渊源	(26)
一 成文法	(26)
二 习惯法或各民族的固有法	(28)
三 判例法	(33)
第三章 元代民事主体	(35)
第一节 社会主体在民事上的划分标准	(36)
第二节 社会主体在民事活动中的类别	(38)
第三节 民事主体的分类	(39)
第四节 民事主体资格取得方式	(46)
第五节 民事主体的特点	(47)
第四章 元代“物”的法律制度	(49)
第一节 物与物权	(50)
一 物的种类	(50)

二 物权	(54)
第二节 所有权	(55)
一 所有权的内容	(55)
二 所有权的取得	(59)
三 所有权的保护	(62)
第三节 用益物权	(67)
一 佃权	(68)
二 典权	(69)
第四节 担保物权	(72)
第五章 元朝“债”的法律制度	(75)
第一节 债的发生	(75)
一 元代契约之债	(75)
二 无因管理之债	(81)
三 不当得利之债	(82)
四 行政过失、过错之债	(82)
五 侵害财产之债	(83)
第二节 契约种类	(84)
一 买卖契约	(85)
二 借贷契约	(99)
三 租赁契约	(106)
四 雇佣契约	(111)
五 婚姻契约	(116)
第三节 债的担保	(117)
一 债的担保概述	(117)
二 债的担保种类	(118)
第四节 债的履行	(121)
一 用典、质、当的物抵偿	(122)
二 申请国家强制债务人履行	(122)
三 担保人代为履行	(123)
第五节 侵权之债	(124)
一 侵权之债的概述	(124)
二 侵权行为的种类及民事责任	(125)
第六章 元朝婚姻家庭和继承民事法律制度	(131)
第一节 元朝婚姻家庭和继承法总则	(131)

第二节 元朝婚姻类别和内容	(132)
一 正常婚姻	(133)
二 赘婚和收继婚	(148)
第三节 元朝家庭和继承法	(156)
一 以蒙古族为中心的少数民族家庭和继承法律问题	(156)
二 汉族家庭和继承的法律问题	(158)
第七章 元代民事审判制度	(165)
第一节 元代民事审判机构	(165)
一 路、府、州、县	(166)
二 刑部和礼部	(166)
三 行中书省	(167)
四 大宗正府	(169)
五 奥鲁	(170)
六 宣政院	(170)
七 都护府	(171)
八 其他有关机构	(171)
第二节 元代民事诉讼程序	(172)
一 民事诉讼的一般问题	(172)
二 民事诉讼中的诉讼代理制度	(174)
三 民事诉讼中的停务制度	(175)
四 人际法律冲突的解决	(177)
五 民事纠纷中调解和和解问题	(177)
第三节 元代民事判决运作机制	(180)
一 民事法律运作的思想机制	(180)
二 民事司法中法律适用机制	(182)
第四节 元代民事诉讼的特点	(187)
第八章 元代法律中的几个问题	(192)
第一节 元代社制	(192)
一 民事调解的职能	(192)
二 社的设置及组成	(195)
三 社长民事调解职能产生的社会背景	(196)
四 民事“繁诉”解决的机制	(197)
五 社长在民事调解中的作用	(198)
六 社长在民事调解中的效力	(200)

七 社长在民事调解中的意义	(201)
第二节 元约会制度	(201)
一 “约会”制度的含义	(202)
二 “约会”制度产生原因考述	(203)
三 “约会”制度适用范围	(204)
四 “约会”制度调整的对象	(205)
五 “约会”制度的变迁	(207)
六 “约会”制度的评价	(207)
第三节 元代民事制度：斡脱	(209)
一 “斡脱”语义辨析	(209)
二 斡脱是什么民事关系	(215)
三 斡脱民事行为——信托的评价	(218)
第四节 元朝法律中的习惯法因素	(219)
一 元朝法律中的习惯法内容	(219)
二 元朝法律中对习惯法广泛认可的作用及价值	(235)
第九章 结语	(237)
第一节 元代民事法律制度的特点及成因	(237)
一 民事法律制度渊源的多元性	(237)
二 民事法律适用中的属人法原则	(239)
三 民事权利上有明显歧视	(239)
四 民事法律制度对弱者有明显的保护	(240)
五 政府主动调整民事活动	(241)
六 民事法律制度体现出两种法律文化的价值冲突和融合	(243)
七 民事法律制度融合了唐朝后期形成的两种发展趋势	(243)
八 以判例法为中心的法律发展构成了民事法律发展的新冲动	(243)
第二节 元代民事法律制度的评价	(247)
参考文献	(249)
附录：元代刑事审判制度	(255)
第一节 元代对诉讼案件的划分	(257)
第二节 元代刑事审判程序问题	(259)
一 司县级	(260)
二 路府州级	(260)
三 肃政廉访司	(261)

四 行省	(262)
五 刑部	(264)
六 中书省 (或尚书省)	(266)
七 皇帝	(266)
第三节 元代刑事案件管辖问题	(266)
第四节 元代刑事判决运作机制	(269)
一 适用的相关法律	(270)
二 依判例判决	(271)
三 没有法律和判例时的法律适用	(273)
第五节 元代刑事判决书的形式	(274)
第六节 元代刑事审判制度的演变	(275)
第七节 元代刑事审判制度的评价	(277)
后记	(281)

第一章 导 论

第一节 问题的提出

在中国古代法律史上中外学者多认为是没有民法的，尤其是蒙古族统治下的元王朝更是如此。这也许更多的是从历史的表象来推理，其实一个社会的运行，有着无法改变的内在规律。特别作为一个社会秩序形成的重要途径的法律更是不可缺少，而民法^①作为一种调整特定领域社会行为关系的领域，同样也是不可缺少的。

一个国家、一个民族、一个团体只要存在于一个有机的社会中，他们之间肯定要发生各式各样的相互交往，在相互交往中会存在着除刑法调整以外的各种行为，如土地买卖、借贷关系、婚姻继承等等。这些行为由于各个主体有不同的利益，便会产生冲突。为了维持整个社会的秩序，就得对这些活动做出未然规范（预先规范）和已然调整（发生冲突后）。当然，对这种社会秩序的规范有些民族在历史发展中较早就使之成文化，制定出调整刑事冲突以外的各种法律规范，并且使这些规范法典化，从而形成民法典。其中古罗马帝国就是其中的代表。与此相比，其他很多民族却没有在现实生活中规定出体系化的调整民事行为的规范体系，即没有民法典，如中国古代。但后者在现实生活中存在着没有法典化的民法，而不能说没有民法。因为社会主体的存在是以社会性为核心，社会性决定社会主体的生存满足必须通过不同层次的交往，交往决定各主体的冲突不可避免地存在，进而决定调整此种冲突规范的必然存在。

在研究中国古代民法历史时，往往是用西方的民法历史作为参照物，但由于中国文化的内核与西方有所不同，中华文化传统中对个人的关注是个人不作为一个体的自然人而存在，他只不过是某一社会团体的组成分子之一，个人只有作为这个社会团体的缩影而存在时，才成为真正的“人”。而西方却呈现了与此相反的文化传统。这样两者对个人在社会中的关注方式就必然会不同，也就

^① 民法，在现代法学中，具有多重意义。如作为法律领域中一个特殊的领域；作为社会法律关系一种特殊的社会关系；作为法学体系中一个法律的子系统等。这与研究者使用的立场有关。

导致两者在具体规范社会主体权利和义务时选择方式上的不同,而这种规范则是民法的核心任务。

此外,我们也不能用现代民法观去评价中国古代的民法。因为今人无法用现代民法观去评价古代人类社会中的民法历史。英国著名法律史学家梅因指出“从身份到契约”是人类社会进入近代社会的标志。这说明用近代民法观去考察古代民法是行不通的。在近代以前,人在社会中是以“身份”为前提,“在‘人法’中所提到的一切形式的‘身份’都起源于古代属于‘家族’所有的权力和特权”^①。“身份”的存在永远不会出现法律上的平等主体,即使存在平等也仅在同一特权集团内部,而不是所有阶层的社会主体之间。这在古罗马社会中同样如此,奴隶不是“人”,平民、贵族之间也并非平等主体。所以民法在进入“契约”社会以前,应该是调整特定社会中各种主体间的财产权和法律上身份的规范。这当中“特定社会”有广义和狭义两种,广义上指奴隶社会、封建社会;狭义如中国封建社会中的特定历史阶段,如中国的秦、汉、唐、元等王朝。各种主体,指在特定的历史时期内,社会上为社会秩序的存在所关心的群体或个人。这些主体在权利义务上相互间可以是不平等的,但又是社会秩序存在所必须关注的,如中国古代不同户籍下的“人”。财产权是指能给主体带来利益的有关客体。法律身份是因为在任何社会中,生物个体上的“人”在社会生活中的各种权利往往由法律规定。如中国古代不同的人规定他们在纳税、从事职业、家庭中的地位、结婚对象的选择上都不同,等等。从这个定义上,我们可得出结论:中国古代存在民事规范,但与近代西方相比,没有成文系统的民法典。

元朝在中国私法发展史上,从国家立法数量与质量、司法介入程度、案件判决中对法律引用等方面上看都是中国古代法律史上最为发达和积极的王朝之一。这一法律现象的出现,主要由两个方面的因素相互作用而形成:一是因为元朝在中国历史上,疆域辽阔,民族众多,风俗各异,在帝国统一后,各民族相互交往空间大为扩大。同时蒙古统治者为了自身利益,进行大规模的民事活动,特别是商业活动,形成了中国历史上最有特色的商人特权时期,即形成政府的商业代理人——斡脱商人。^②同时,由于蒙古统治者对中国古代传统法律价值接受不深,对民事问题的立法和司法并不认为是与国家“盛世”无讼价值相冲突。从法律史料来看,元朝民事活动的内容更趋繁杂。加上元代统治者

① [英] 梅因著,沈景一译:《古代法》,商务印书馆1980年版,第97页。

② 对此可以参看拙文《斡脱:蒙元时期民事制度的一个创新》,载《云南师范大学学报》2003年第5期。

实行“日出至没，尽收诸国，各依风俗”^①的统治策略，使元朝统治下的各民族在民事交往中出现不同法律习惯冲突现象十分突出，为此导致国家必须立法干预。如在服饰色彩上，蒙古人尚白色，以白为贵，常在喜庆时穿，但南方汉人却认为白色是不吉利，是死人时穿。^②此外在丧葬、守制、官员丁忧等方面，不同民族都有不同的法律实践和风俗习惯。但在元朝，这些民事行为都在同一政权下出现，国家必须为此立法干预。这样使元朝的民事法律在发展中受到了时代特征的影响。另一方面，元朝在私法发展中，受到唐朝后期以来发展起来的法律传统影响，那就是国家对民事立法进行相对积极的干预。元朝在中国历史上，从现存下来的《元典章》、《通制条格》等法律资料看，当时私法得到了长足发展。这种发展是中国私法发展史上唐朝后期以来的私法发展趋势的沿袭。为了说明元朝私法发达的现象和原因，本书拟从元代的民事法律渊源、民事法律主体、物权法律制度、债权法律制度、婚姻家庭和继承法律制度、民事法律审判制度和民事法律运作的机制等方面对元代民事法律制度进行实证分析，以揭示元代民事法律制度的运作“事实”。

由于以上理念，笔者坚信元代存在着自己的“民法”，虽然这种“民法”与现代的民法有很大的差别。元代在中国历史上，疆域辽阔，民族众多，风俗各异，在相互交往中民事活动的内容更趋繁杂，加之元代实行各依本俗的法制原则，使元代的民事法律制度既具有中国古代传统社会的一贯特征，同时又具有它的时代特色。对元代民事法律制度的研究，对了解中国古代民事法律制度和统一的多民族国家的民事法律制度的安排具有十分有益和重要的意义。

第二节 中国古代民事法律的特点

既然中国古代存在着“民法”，那么中国民法在自己的文化传统中与西方相比有哪些特点呢？对此，一些研究中国民法史的专家进行过归纳。如李志敏在《中国古代民法》一书中认为中国古代民法有以下特点：第一是从属于宗法制度；第二是重礼制伦理；第三是诸法合体；第四是儒法两家思想于民法既

^① 《元典章》（元刻影印本）卷五十七，《刑部十九·诸禁·禁回回抹杀羊做速纳》，中国广播电视出版社1998年版。

^② 对此可以参见《元典章·礼部一·礼制（二）·进表·南北士服各从其便》卷二十九和《元典章·礼部三·礼制（三）·丧礼·丧服各从本俗》卷三十。郑介夫在《上奏一纲二十目》中说：“古代者定服色，所以明贵贱，陈卑高。今衣冠一体，贵贱不分，服色混殽，尊卑无别。”在此奏议“厚俗”一目下，可以看到多方面民事法律的冲突。《元代奏议集录》（下），浙江古籍出版社1998年版，第77页。

起过积极作用,又起过消极作用,儒家的作用大于法家的作用;第五是在一定程度上受宗教迷信的影响。^①叶孝信主编的《中国民法史》(上册)一书认为中国古代民法特点有:第一无独立的民法典;第二漠视民事法律关系;第三家族本位;第四民事法律责任与刑事责任紧密联系。^②对他们的归纳,笔者有不同的看法。通过研究,笔者认为中国古代民法的特点可以分为以下六个方面。

第一,中国古代民事立法的被动性、非专门化性。说中国古代民事立法的被动性是把它与中国古代刑事立法相比。中国古代在刑事立法上很早就法典化。战国时李悝制定的《法经》可以说是中国古代刑事立法法典化的开始。但是中国古代民事立法一直寄生在刑法当中。这是因为中国古代民事调整在先秦时主要是以“礼”作为手段。在秦朝以后,虽然民事规范广泛存在于各种“令”当中,如《田令》、《户令》、《婚令》,但这些“令”在实质上是“律”下面的一种规范。民事纠纷的解决仍然以“礼”的价值取向作为指导,很多民事纠纷在解决时通过“礼”来“衡平”。在民间社会中由家族和家庭进行干预和解决,导致民事纠纷在非国家强制力的干预下就能得到解决。明代政府在颁行《新颁教民榜文》中规定“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事,须要经由本里老人、里甲断决,若系奸盗、诈伪、人命重事,方许赴官陈告”,并且明确规定里老可以审理的民间纠纷范围,即“户婚,田土,斗殴,争占,失火,窝盗,骂詈,钱债,赌博,擅食田园瓜果等,私宰耕牛,弃毁器物稼穡等,畜产咬杀人,卑幼私擅用财,亵渎神明,子孙违反教令,师巫邪祈,六畜践食禾稼等,均分水利”^③。从这里可以看出很多民事纠纷国家在法律上就直接规定让民间基层社会自己处理。这些人在处理民事纠纷时所依据的只好是长期形成的“礼教”价值规范。清代正式承认“族长”等家族首领对族众的民事调解权,“凡劝道风化,以及户婚田土争竞之事,其长(族长)与副先听之,而事之大者,方许之官”^④。这种民事纠纷解决机制的存在,造成了民事立法的被动,而这种民事立法的被动又导致民事立法的非专门化。民事立法非专门化决定了中国民事立法无法走向法典化。中国古代民事立法有这一特点是因为中国古代民事纠纷的解决机制中有另一规范体系——“礼”。当然要指出的是,这里是从宏观上比较的结果,其实在现实中民事立法可能也有相对的规范体系,只是没有形成单独的法典形式而已。因为中国古代在社会纠纷的解决

① 李志敏著:《中国古代民法史》,法律出版社1988年版。

② 叶孝信主编:《中国民法史》(上册),上海人民出版社1993年版,第30—31页。

③ 《新颁教民榜文》,《皇明制书》卷八,北京图书馆古籍珍本丛刊第46册,书目文献出版社,第287—288页。

④ 张海珊著:《聚民论》,《皇朝经世文编》卷五十八。

上,国家在西周时就把它分为“狱”和“讼”两大类,对不同诉讼类型的审理上存在着不同的机制。

第二,刑、民在实践中存在区分。在立法上表现出刑事和民事法规在同一法典中,^①但在司法中自古就有刑事、民事的区分。古代在司法中有“狱讼”的区分,“狱”指的是刑事审判,“讼”是民事审判。对“狱”的审理往往有严格程序,要上报中央批准后可以执行。^②宋元以来形成州县自理案件与重罪案件的明确区分,这导致民事与刑事诉讼在制度设置上发生了重大变化。在元代,配流刑以下由路府以下官员决断,配流以上由中央决断。其中杖罪五十七以下由县一级官员决断。这一级官员所处决的诉讼多是民事纠纷。明清时期,徒以下由州县自己决断,徒以上上报中央决定。“各省户、婚、田土及笞、杖轻罪,由州县完结,例称自理。”^③州县自理案件的范围包括户籍、差役、赋税、田租、土地、婚姻、债务、水利等纠纷,以及斗殴、轻伤等案件。这可以从宋代《名公书判清明集》,元代《元典章》、《通制条例》中看出,当时很多案件都是民事案件,并且在审理这类案件时,地方官员往往用调解等方式处理,与刑事审判严格引用法律或案例不同。当然要指出的是在元代民事诉讼中,很多案件是严格依法判决,这与宋代的《名公书判清明集》上的反映是有所区别的。审判上的区分,说明中国古代民事、刑事在司法救济上存在着明确区别,这种救济方式上的区分也说明中国古代民事制度的一大特点。这一点,学者在研究中国古代法律史时必须要注意到的。

第三,民事责任有很强的刑事化。在中国古代很多民事纠纷(如婚姻、财产纷争)上诉到官时,官府在审理时往往用刑事处罚处理,有理、无理都处杖刑。在《名公书判清明集》中就有一件判例,即“吴盟诉吴锡卖田”,审理者不究吴锡卖田是否合法,而是看卖田者、起诉者各自的行为是否合

① 其实以是否在法典中形成民事法典与刑事法典的分立作为评判一个国家、一个民族民事法律的发展程度是不具有可操作性。因为严格按民法典和刑法典来立法,在人类社会法律史上是一直到1804年《拿破仑民法典》出现后才形成。在这以前各民族在法典结构上都是诸法合体作为法典的结构方式。这方面也许最主要的是看法典中民事和刑事法律规范的比例。所以说中华法系的特点之一是“诸法合体,以刑为主”时,仅有第二句有意义,因为中国古代法典中与古代罗马法相比,是刑法内容占有主导地位。古罗马的《学说汇纂》50卷中民法内容多达47卷,刑事与诉讼仅占有3卷。

② 在《周礼·秋官·大司寇》下有:“以两造禁民讼,入束矢于朝,然后听之;以两剂禁民狱,入钩金,三日,乃致于朝,然后听之。”汉代郑玄注道:“讼,谓以财货相告者。狱,谓相告以罪名者。”两者在诉讼程序上是不同的。《吕氏春秋》中更加明白,“争财曰讼,争罪曰狱”。这些都说明中国古代在民事诉讼与刑事诉讼上存在着区分。这也说明中国古代社会中并非完全对民间民事生活中以财产为中心的民事关系不关心、不干预。

③ 《清史稿》卷一百四十四,《志第一百十九·刑法志三》。