

张晋藩 主编

zhongguominfatongshi

中国民法通

史

● 福建人民出版社

zhongguominfatongshi

中国民法通史

张晋藩 主编



福建人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民法通史/张晋藩主编. —福州:福建人民出版社, 2003. 2

ISBN 7-211-04364-4

I. 中… II. 张… III. 民法 历史 中国
IV. D923. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 004596 号

中国民法通史

ZHONGGUO MINFA TONGSHI

张晋藩 主编

*

福建人民出版社出版发行

(福州东水路 76 号 邮编:350001)

福州屏山印刷厂印刷

(福州市铜盘路 278 号 邮编:350003)

开本 850 毫米×1168 毫米 1/32 42.125 印张 4 插页 1017 千字

2003 年 1 月第 1 版

2003 年 1 月第 1 次印刷

印数:1—1000

ISBN 7-211-04364-4

D·389 定价:63.20 元

本书如有印装质量问题,影响阅读,请直接向承印厂调换

作者简介

张晋藩，男，汉族，1930年生，沈阳市人。曾任中国人民大学法律系教授、博士生导师，中国政法大学副校长兼研究生院院长，现为中国政法大学终身教授、博士生导师。

曾任社会兼职：国务院学位委员会法学评议组成员，全国人大内务司法委员会特约研究员，中国法学会理事，中国法律史学会常务副会长、名誉会长等。

出版个人专著：《中国法制史》(第一卷)、《中国法律史论》、《法史鉴略》、《中国古代法制制度》、《中国法律的传统与近代转型》、《中华法制文明的演进》、《清代民法综论》、《中国近代社会与法制文明》等十余部。主编与合著专著：《中国法制通史》(十卷本)、《中国古代民事诉讼制度史》、《中国政治制度史》等二十余部。

主 编：张晋藩

撰稿人：张晋藩（绪论）

孙镇平（第一章）

南玉泉（第二章）

徐世虹（第三章）

徐晓光（第四章）

张中秋 金 眉（第五章）

屈超立 季怀银（第六章）

徐晓光（第七章）

童光政（第八章）

张晋藩（第九章）

张 生（第十章）

顾 元（第十一章）

张希坡（第十二章）

学术秘书：孙镇平

目 录

绪 论	(1)
第一章 先秦民事法律	(25)
第一节 概述	(25)
第二节 民事权利主体和权利客体	(44)
第三节 所有权	(48)
第四节 债权	(55)
第五节 婚姻与家庭	(69)
第六节 继承	(76)
第七节 民事诉讼	(81)
第二章 秦代民事法律	(95)
第一节 概述	(96)
第二节 民事权利主体和权利客体	(97)
第三节 所有权	(108)
第四节 债权	(112)
第五节 婚姻与家庭	(119)
第六节 继承	(123)
第七节 民事诉讼	(126)
第三章 汉代民事法律	(135)
第一节 概述	(135)
第二节 民事权利主体和权利客体	(147)
第三节 物权	(162)

第四节	债权·····	(179)
第五节	婚姻与家庭·····	(209)
第六节	继承·····	(223)
第七节	民事诉讼·····	(234)
第四章	魏晋南北朝民事法律·····	(253)
第一节	概述·····	(253)
第二节	民事权利主体和权利客体·····	(256)
第三节	物权·····	(260)
第四节	债权·····	(274)
第五节	婚姻与家庭·····	(300)
第六节	继承·····	(305)
第七节	民事诉讼·····	(309)
第五章	隋唐民事法律·····	(313)
第一节	概述·····	(313)
第二节	民事权利主体和权利客体·····	(323)
第三节	物权·····	(328)
第四节	债权·····	(344)
第五节	婚姻与家庭·····	(370)
第六节	继承·····	(419)
第七节	民事诉讼·····	(428)
第六章	宋代民事法律·····	(439)
第一节	概述·····	(439)
第二节	民事权利主体和权利客体·····	(441)
第三节	物权·····	(462)
第四节	债权·····	(487)
第五节	婚姻与家庭·····	(572)
第六节	继承·····	(596)

第七节	民事诉讼	(611)
第七章	元代民事法律	(643)
第一节	概述	(643)
第二节	民事权利主体和权利客体	(645)
第三节	物权	(651)
第四节	债权	(676)
第五节	婚姻与家庭	(740)
第六节	继承	(762)
第七节	民事诉讼	(767)
第八章	明代民事法律	(779)
第一节	概述	(779)
第二节	民事权利主体和权利客体	(787)
第三节	物权	(811)
第四节	债权	(843)
第五节	婚姻与家庭	(882)
第六节	继承	(901)
第七节	民事诉讼	(909)
第九章	清代民事法律	(918)
第一节	概述	(918)
第二节	关外时期的民事法律规范	(922)
第三节	国家制定法与习惯法中的民事法律规范	(926)
第四节	民事权利主体和权利客体	(936)
第五节	物权	(950)
第六节	债权	(976)
第七节	婚姻、家庭与继承	(1022)
第八节	民事诉讼	(1070)
第九节	《大清民律草案》的产生	(1104)

第十节	《民事诉讼律草案》的产生	(1134)
第十章	北洋政府民事法律	(1143)
第一节	概述	(1144)
第二节	民事权利主体和权利客体	(1155)
第三节	物权	(1160)
第四节	债权	(1169)
第五节	婚姻与家庭	(1172)
第六节	继承	(1177)
第七节	民事诉讼	(1180)
第八节	民事法律现代化的成就与偏误	(1184)
第十一章	南京国民政府民事法律	(1192)
第一节	概述	(1193)
第二节	民事权利主体和权利客体	(1213)
第三节	物权	(1219)
第四节	债权	(1233)
第五节	婚姻、家庭与继承	(1260)
第六节	民事诉讼	(1270)
第十二章	解放区政权民事法律	(1278)
第一节	概述	(1280)
第二节	物权	(1284)
第三节	债权	(1299)
第四节	婚姻与家庭	(1307)
第五节	继承	(1324)
第六节	民事诉讼	(1332)
后 记		(1342)

绪 论

一、中国古代的法律体系与法典体例

中国是法制文明发达很早的古国。中国法文化积淀之深厚，法律系统之完整，法律规范之详密，都是世界其他文明古国所少有的，而且以其鲜明的特色和深广的影响，而被公认为独树一帜的中华法系。

早在战国时期，社会经济的发展导致了土地（最主要的生产资料）私有制的确立，出现了按等级分层的社会结构，由此而引起了法律关系的复杂化。在以刑为主的法律体系中，开始容纳了调整财产关系与人身关系的民事法律与确认官僚政治的行政法律。在诉讼制度中也出现了刑事诉讼与民事诉讼的最初分野。如果说战国时期是封建法律体系的初建，那么经过 2000 多年的发展，封建法律体系日趋严密，内容更加丰富。

由于任何一种类型的法律都是特定的社会关系的产物，社会关系是复杂多样的，因此，反映社会关系的法律规范的内容和法律调整方式也是复杂多样的。特别是构成一个独立形态的法律体系的法律规范，一方面需要具有内在的统一性，形成不可分割的整体，另一方面基于调整对象的差别，又划分成若干不同的法律部门，它们是既有区别而又不可分割的。这个法理学上的共同理论基础，也适用于中国古代的法律体系。事实上中国古代的法律

体系，既包含有各种实体法，也包含有程序法；既融合诸法于一体，又分别作用于不同领域，这是基于社会关系的多样性客观地、历史地形成的，并不取决于统治者的意愿。

至于中国古代代表性的国家基本法典——从战国时期李悝作《法经》到清代颁行《大清律例》，其编纂体例，都是以刑为主，同时也融合民事、行政、经济、诉讼等法律规范于其中。直到20世纪初沈家本修律，仿照大陆法系分别制定了刑律、民律、商律、诉讼法和法院编制法等部门法，才最终打破了延续2000余年的传统的法典编纂体例。这种诸法合体的法典编纂体例，是立法者立法经验的体现，它决定于特定的社会条件，也是反映立法技术水平的主观能动性的产物。由于中国古代专制制度下重公权轻私权，使得刑事法律相对发达，刑事调整手段逐渐泛化，以致挤压了民事法律的生存空间，加深了民刑不分的印象。由此而产生了一种误解，即“中国古代只有刑法，没有民法”。这是不符合中国法律历史的实际的，是混淆了法律体系与法典体例的区别而导致的结果。光绪三十三年（1907年）五月，民政部在奏章中说：“中国律例，民刑不分……历代律文户婚诸条，实近民法。”^①虽然这也是从法典体例着眼的，但也确认了一个事实，即中国古代存在着民法。

纵观世界法律的发展史，早期的法典采取诸法合体、民刑不分的体例，是带有共同性的。从古代东方国家的《汉穆拉比法典》、《摩奴法典》，到古罗马的《十二表法》和日耳曼各部族的“蛮族法典”，都是如此。即使是以发达的罗马私法著称的《查士丁尼民法大全》，仍包含有大量的公法规范。中世纪后期，虽然编纂专门化的法典的趋势已初露端倪，但诸法合体的体例并未根本改变。1582年编纂的《教会法大全》，既包括教会的教阶制度、刑

^① 《光绪朝东华录·三十三年五月辛丑》，中华书局1958年版。

法和诉讼审判制度，又包括婚姻家庭法以及财产权、债权制度。即使内容浩繁的1794年《普鲁士民法典》，也并非全是私法，其第2部第12篇至20篇就是关于宪法、行政法和刑法的规定。西方国家近代部门法典的系统编纂，始于19世纪初的拿破仑时代。拿破仑所领导和亲自主持编纂的以民法典为代表的5部法典，开辟了人类历史上法典编纂的新纪元。近代民族和国家的独立、统一运动及法典编纂运动，更导致了近代部门法概念的形成和部门法的划分。

然而在中国，直到19世纪中叶海禁大开以后，随着西方法文化的输入与晚清按部门法修律，才最终打破了诸法合体的体例，分别起草了民法、刑法、商法、宪法与诉讼法。由此可见，在历经2000余年的中国封建社会，虽然不乏盛世，但法律的发展却是极其迟缓的，无论形式与内容都充满了保守性、因袭性和排他性，这不是偶然的，是由中国古代的特定国情条件所决定的。

为了区分法律体系与法典体例的界限，我在1983年中国法律史学会第一次年会上明确提出，“诸法合体、民刑不分是中国古代法典的体例，就法律体系而言，是诸法并存，民刑有分”的。此后不久，我在著作中又具体指出：“中国古代法律体系是由若干部门法，如刑法、民法、行政法、诉讼法所构成的，是诸法并存的，也是民刑有分的。至于一部法典所采取的体例，或者是混合编纂，即所谓‘诸法合体，民刑不分’，或者是单独编纂，则是立法技术问题，是特定时代立法者的选择，当然这种选择也受到法律调整的需要和时代的制约。”为了阐明上述观点，我不厌其烦地反复解释：“诸法并存，民刑有分”是从法律所调整的社会关系的特殊性和具体性以及由此而形成的法律体系而言的。由于形成法律体系的基础是社会关系，因此它是客观的社会发展的结果，而不是任何人主观意志的产物。至于一部法典采取哪种体例与结构形式，是

立法者主观决定的，是立法主体的立法思想、立法原则与立法技术的具体运用，是反映当时的立法水平的。因此法典的体例与法律体系是完全不同的概念，二者不能混淆，也不容混淆，否则便会产生不符合历史实际的结论。

上述观点得到法律史学界的认同，对于开拓法律史学研究的视野，特别是对部门法史的研究，以及对传统法律文化的检讨与再认识，起了一定的积极作用。十几年来，我自己撰著和主编的部门法史就有《清代民法综论》、《两宋民事法律研究》、《中国行政法史》、《中国刑法史稿》、《中国刑法史新论》、《中国民事诉讼制度史》等。

需要指出的是，中国古代虽有“诸法”的存在，但尚无“诸法”的概念。所以不能完全以现代部门法的概念加以衡量和苛求。而是须从中国法制历史的实际出发，恰当地运用现代法学知识进行具体分析。

二、中国古代民法的发展阶段与相应的特征

中国古代社会虽然重刑轻民，始终未能制定出一部单一的民法典，但这并不能说明统治者忽视与统治阶级利益攸关的财产关系。相反，从西周中期以后的铜器铭文中，可以看出许多重大的民事权利的转移和民事纠纷的裁决都铭刻在铜器上。在中国古代铜器是国家权力的象征，称为重器，“惟名（铭）与器，不可假人”，反映了统治者不可动摇的权力观念。这个事实足以说明统治者对于财产关系是何等的重视。由于铭文确切地反映了所有权关系和债权关系，因而在中国古代民事法律中具有突出的重要地位，以至“两周金文民法”成了先秦民法的概称。

由于财产关系和人身关系是构成民事权利义务关系的主要内容，因此根据中国古代以土地为主要对象的财产关系的发展变动

情况，以及个人在社会上的地位和家族制度的衍化，可将中国古代漫长的民事法律发展过程划分为以下几个阶段：

（一）初期阶段——夏、商、周

夏、商、周是中国奴隶制社会的三个王朝，由于主要的生产资料土地采取国有的形式，使得财产关系较为简单。西周中叶以后，土地国有发生了动摇，出现了一系列新的民事法律关系，推动了民事法律的发展。其主要特点如下：

1. 土地由国有向私有过渡，债权较物权发达

建筑在井田制基础上的土地国有制，使得国王拥有对全国土地和奴隶的最高所有权，所谓“溥天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。^① 中国奴隶制时期土地的国有形式，虽属古代东方国家的共同特征，但它的成因却不是源于治水，而是由氏族公有制逐渐转化为奴隶主贵族的国家所有制。但在舆论上则将国王所拥有的最高所有权，渲染为“天赐”，由国王将土地分赐给奴隶主贵族。受封诸侯只享有土地的占有权和使用权，而无所有权，国王可以随时收回封地，即所谓“削地”。

西周中叶以后，地方经济的发展与诸侯的逐渐强大，使得王权衰落，宗法制度松弛，土地所有权关系也发生了明显的变化，以井田制为主干的土地国有制向着贵族土地私有制过渡，在贵族之间出现了以土地作为抵押、交换、赔偿、租赁和赠与等一系列新的民事法律行为，由此也产生了民事法律纠纷和相应的法律规范。《周礼·地官·小司徒》云“地讼，以图正之”，郑玄注“地讼，争疆界者。图谓邦国本图”。这种地讼，在周初严格维护土地国有的条件下是不可能发生的。至公元前 594 年，鲁宣公实行“初税亩”，承认土地的私有权，而一律收税，标志着土地国有制已被打

^① 《诗经·小雅·北山》，见《十三经注疏》，中华书局 1980 年影印本。

开一个缺口。从鲁“初税亩”至秦“初租禾”的180余年间，东周列国一直沿着这个方向发展，反映了历史潮流的不可阻挡。

除土地外，所有权的客体还包括奴隶、牛马及其他动产，法律均给予所有权人以保护。如同《尚书·费誓》所载：“逾垣墙，窃马牛，诱臣妾，汝则有常刑。”

西周中期以后，随着土地私有权的确立而出现的买卖、租赁、交换等民事法律行为，推动了债法的发展。铜器铭文中许多记载都反映了债权债务关系，而且呈现出向全社会辐射的趋势，借贷契约逐渐在民间流行起来。至于奴隶或其他动产，是允许买卖的，当时已经出现了买卖契约，无论“人民、牛马、兵器、珍异，凡卖债者质剂焉”。^①按郑玄注：“质剂者，为之券，藏之也。大市人民、马牛之属，用长券。小市兵器、珍异之物，用短券。”西周时的契券一分为二，各执其半。《周礼·秋官·士师》载“凡以财狱讼者，正之以傅别约剂”，郑玄注“若今时市买为券书以别之。各得其一，讼则案券以证之”。如违背契约要服墨刑。在西周的国家机构中专设“司誓”、“司约”、“司盟”等官职，监督契约的履行。在市场上还设立“质人”之官，监督买卖双方成交时订立的“质剂”。以契约为法定凭证，表现了以私有权为基础的民事法律关系的发展。它所达到的程度，可以和巴比伦的汉穆拉比法典相提并论。

2. 婚姻与继承体现了宗法制度的强烈影响

奴隶制时期的宗法制度，实际是以血缘关系为外貌的政治制度。宗法、等级、分封三者密切联系，形成了新贵合一的国家组织原则与结构形式。宗法制度所确认的“尊尊”、“亲亲”、“长长”、“男女有别”的等级秩序，是奴隶制“礼”的核心，也是奴

^① 《周礼·地官·质人》，见《十三经注疏》，中华书局1980年影印本。

隶制民法必须遵循的指导原则。在宗法制度的支配下，实行嫡长子继承制，“立嫡以长不以贤”是任何权威也不得改变的，目的是保持贵族们的政治特权、爵位和财产权不致因继承无序而招致分散和削弱。与嫡长子继承制相适应的是提高了妻子的法律地位，以妾为妻者为国法所严禁。为了表示娶妻的严肃性，早在西周时期婚姻的成立便须有“父母之命、媒妁之言”和“六礼”（纳彩、问名、纳吉、纳币、请期、亲迎）的仪式。

3. 开始以礼调整民事行为

进入奴隶制社会以后，礼由祭神祈福的仪式演变成确认宗法等级名分与秩序的行为规范，涉及政治、经济、军事、司法、教育、婚姻、家庭等各个方面，所谓“礼，经国家、定社稷、序民人、利后嗣者也”。^①在周初制定的礼典中，就包含有较多的民事法律内容，因此以礼调整也带有以法调整的性质。譬如，民事纠纷便经常根据宗法伦序的关系加以解决，何况礼也带有一定的社会强制性质。礼的这种功能始见于奴隶制时代，而后贯串于整个封建社会，成为重要的民事法律渊源。

4. 神权法思想仍有一定影响

在奴隶制时代，统治者利用当时由于生产力水平低下而形成的人们对于自然界各种现象的迷信和畏惧，极力鼓吹神权思想，把宗教的欺骗和现实的统治结合起来，从精神上威慑广大奴隶和平民。在民事法律方面则表现为用“神意”来辩护国王最高所有权的来源，所谓“皇天既付中国民，越厥疆土，于先王肆”。^②此外，契约关系的订立和执行也要求双方对天盟誓，著名的两周青铜器《卫鼎（甲）》和《散氏盘》都载有立誓之辞，以示信守。如发生

① 《左传·隐公十一年》，见《十三经注疏》，中华书局1980年影印本。

② 《尚书·梓材》，见《十三经注疏》，中华书局1980年影印本。

民事纠纷也往往利用神意来加以仲裁。

（二）发展阶段——秦汉至唐

自秦汉至唐是中国封建社会由确立趋向于兴盛时期，民事立法也随着商品经济的发展和财产关系的日益复杂化而得到明显的发展。民事诉讼与审判活动，也由于地下文物的发现而获得确切的案例实证。

这个时期的民事立法多见于《傅律》、《仓律》、《田律》、《厩苑律》、《司空律》、《户律》、《金布律》、《傍章律》、《户婚律》、《杂律》、《户令》、《田令》、《关市令》、《杂令》之中。因此，可以说这一时期是中国古代民法的重要发展阶段。其主要特点如下：

1. 土地的私有权得到国家的普遍承认，土地所有权的获得与政治特权密切联系

秦自商鞅变法，土地私有权逐步确立，与此相联系的土地买卖也成为常见的现象。《汉书·食货志》云：“至秦则不然，用商鞅之法，改帝王之制，除井田，民得买卖。”《史记·廉颇蔺相如列传》载：“今括一旦为将……王所赐金帛，归藏于家，而日视便利田宅，可买者买之。”秦大将王翦出征前，也一再向秦王索取金钱为子孙购买良田美宅。土地买卖的盛行，是土地私有权得到法律保障的重要表现。由此而产生了侵犯所有权的法律观念和法律制裁。孟子云“非其有而取之者，盗也”，^①《云梦秦简》也有“盗徙封，赎耐”的法律条款。秦统一六国以后，颁布“令黔首自实田”之法，意味着在全国范围内普遍承认土地的私有权。

秦以后，西汉实行名田，东汉西晋实行占田，隋唐实行均田，表明这一时期国家对土地私有权的调整和对土地的管理已趋于制度化、法律化。

^① 《孟子·万章下》，见《十三经注疏》，中华书局1980年影印本。