



法



李志敏 著

法

中国古代法

法



法律出版社

法



法

中国古代民法

李志敏 著

法律出版社出版 新华书店经销

法律出版社印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 6.625印张 176,000字

1988年6月第一版 1988年6月第一次印刷

印数0,001—3,700

ISBN 7-5036-0285-6/D·193

书号6004·1175 定价2.90元

前 言

我很早就对中国古代民法感兴趣，想写点什么，但是深感难度大，迟迟不敢动手。1983年招收民法硕士研究生之后，才下了决心。1985年第一次讲授了这门课程。本书就是根据自己对中国古代民法的研究写成的。

本书所称古代，包括自夏启开始的奴隶社会和自战国开始的封建社会。历史是老的，知古方能通今。了解民法史的主要目的仍在于为社会主义法制建设服务。以继承法为例，如果我们对我国古代继承制度有系统的知识，必将大大有助于对新中国继承法的理解和贯彻。所以，研究我国古代民法史，不仅对高等学校在校的学生是必要的，对司法实际工作者也是不可缺少的。

本书注意运用历史唯物主义的方法，力求实事求是正确地反映我国古代民法的各项制度及其产生、发展过程。但是，由于作者能力有限，有的地方阐述较薄弱，剖析不深，不足及谬误之处在所难免，抛砖是为了引玉，恳请读者予以批评、指正。

写完本书之后，我更加深切地感到，我国古代民法为中华古代法系中一个非常重要的组成部分，内容相当丰富。我国古代民法中细致周密的民事法律规范，带有民事性质的法律规范，以及涉及民事内容的法律规范，都表现了我国古人的智慧，体现着整个中华民族的优良传统。其中有许多东西可以借鉴，有不少东西应该发扬。如物权制度中对待官物私物既一视同仁又加以区别的态度，对善意取得者的保护；契约制度中对书契的重视，对产品质量的注意；侵权行为制度中对致害原因的分析；婚姻家庭制度中对伦理道德作用的充分估计等等，都值得参考。此外，如契约关系上注重诚信，坚

持两和，亲属乃至整个社会关系上注意尊老爱幼，夫妇关系上主张相敬如宾、爱而不淫，侵权行为制度上提倡见难相救，民事纠纷的处理上强调调解等等，都应继续发扬。还应指出，早在西周，契约形式已有多种；早在秦代，已反对用人质债；早在唐代，两愿离婚已定为律条，这些在当时都走在世界的前列。当然，我们在看到我国古代民法可以借鉴、继承的一面的同时，也不应忽视其鲜明的阶级性和夹杂其间的封建糟粕。唯有正确认识我国古代民法的所长所短，才能真正从中得到教益，从而有助于我们全面地开展民法学的研究，为建设高度的社会主义物质文明和精神文明作出应有的贡献。

应该感谢研究古代史、包括我国法制史在内的老先生们，他们已经为探索中国古代民法做了许多有益的工作，给本书许多启示。感谢我的老同学蒲坚、马南等同志的热情帮助。特别要感谢我的老同事祝总斌同志，除平素给我的耐心帮助外，在本书付梓之前，他又牺牲了虎年春节前后不少假日，对全稿提出了不少宝贵意见。还要感谢我的学友钱明星、王小能、杨静芳、钟元茂、张明月、王文珍、潘雅然、陈雪、王歌雅、周久才、张永祥、龚家炎等同志对书稿所作的细心校核。

李志敏

1986年春节于北京大学

目 录

第一章 中国古代民法的范围、渊源、体系 and 特点	(1)
第一节 我国古代“民事”的含义和古代民法的范围	(1)
第二节 我国古代民法的渊源	(3)
一、礼	(3)
二、法律	(5)
三、经义	(9)
四、习惯	(9)
第三节 我国古代民法的体系	(10)
第四节 我国古代民法的特点	(13)
第二章 中国古代民法中的主体	(20)
第一节 我国古代民事主体概说	(20)
第二节 我国古代民事主体的分类	(21)
一、组织	(22)
二、个人	(24)
第三节 户籍、住所、成丁年龄	(28)
第三章 中国古代民法中的婚姻家庭制度	(30)
第一节 我国古代宗法制度与婚姻家庭制度	(30)
第二节 我国古代的结婚制度	(31)
一、一夫一妻制的起源	(31)
二、一夫一妻多妾制的形成和发展	(32)
三、聘娶婚的由来和实质	(33)
四、公开的买卖婚姻	(36)
五、入赘、童养媳、冥婚	(37)

六、肯定的结婚条件	(39)
七、否定的结婚条件	(42)
第三节 我国古代的离婚制度	(43)
一、离婚制度的由来和发展	(43)
二、七出	(45)
三、义绝	(46)
四、和离	(47)
五、其他原因的离婚	(48)
六、离婚后的复婚问题	(49)
第四节 我国古代的家庭制度	(50)
一、处理家庭关系的指导原则	(50)
二、父母子女关系	(52)
三、夫妻关系	(54)
第五节 我国古代的继承制度	(56)
一、宗祧继承 立嫡与立嗣	(56)
二、爵位继承	(58)
三、财产继承	(58)
第六节 儒、道、释三教对我国古代婚姻家庭制度的影响	(66)
一、儒教	(66)
二、道教	(68)
三、佛教	(69)
第四章 中国古代民法中的物权制度	(72)
第一节 我国古代土地所有权的形成及其发展	(72)
一、所有制与所有权	(72)
二、如何理解土地所有权	(73)
三、土地所有权的历史发展	(75)
第二节 我国古代的物权体系	(83)
第三节 我国古代物权制度的特点	(84)

第四节 我国古代民法对物权的保护	(87)
第五节 所有权	(94)
一、所有权总述	(94)
二、所有权的取得方法	(96)
第六节 占有权	(99)
第七节 永佃权	(100)
一、永佃权的产生和发展	(100)
二、永佃权关系的权利和义务	(101)
第八节 地基权、地上权、地役权	(102)
第九节 质权	(103)
第十节 典权	(106)
一、典权制度的产生和发展	(106)
二、典权的设立	(107)
三、典权关系的权利与义务	(108)
四、典权的消灭	(108)
第十一节 抵押权	(110)
第十二节 共有	(111)
第五章 中国古代民法中的契约制度	(115)
第一节 我国古代契约制度的形成和发展	(115)
一、契约制度的形成	(115)
二、契约的定义和契约形式的发展	(117)
三、契约的签名画押	(121)
第二节 我国古代契约的种类	(123)
第三节 我国古代契约的特点	(125)
第四节 我国古代契约的原则	(129)
一、交易必须立契，禁止伪契	(129)
二、强调两和、禁止强制	(130)
三、要求诚信、禁止欺诈	(131)
第五节 我国古代契约责任	(132)

一、契约责任的特点	(132)
二、立券责任	(134)
三、违约责任	(135)
四、违法契约责任	(143)
五、保人责任	(144)
六、牙人、邻人、契约上署名人的陪填责任	(145)
七、亲属的代偿责任	(145)
八、官吏、徒众的代偿责任	(146)
九、承担债务者的偿还责任	(146)
十、契约责任的免除	(147)
第六节 租佃契约	(148)
一、租佃关系	(148)
二、租佃契约的出现和发展	(148)
三、租佃契约的内容	(150)
第七节 雇佣契约	(151)
一、雇佣契约的产生和发展	(151)
二、雇佣契约的内容	(153)
第八节 租赁契约	(154)
第九节 买卖契约	(156)
一、买卖契约总述	(156)
二、关于买卖契约的原则性要求	(158)
三、卖方的担保责任	(161)
四、买地券	(162)
五、田宅买卖手续	(167)
六、土地的活卖与绝卖	(172)
第十节 借贷契约	(173)
一、借贷契约总述	(173)
二、消费借贷	(176)
三、使用借贷	(182)

第十一节 其他契约.....	(183)
第六章 中国古代民法中的侵权行为制度	(186)
第一节 我国古代侵权行为制度总述.....	(186)
一、侵权行为制度的发展	(186)
二、侵权行为制度的特点	(187)
三、侵权行为者担负民事责任的根据	(189)
四、对侵权行为的民事制裁	(191)
五、民事责任的免除	(194)
第二节 侵权行为的种类及其民事后果	(195)
一、致害人身	(195)
二、致害财物	(195)
第七章 中国古代民法中的时效制度	(200)
第一节 我国古代民法中的期限	(200)
第二节 时效	(201)

第一章

中国古代民法的范围、渊源、 体系和特点

第一节 我国古代“民事”的含义 和古代民法的范围

国内外不少法学家认为，中国古代只有刑法，没有民法。的确，象西方那样的民法，即从罗马法到拿破仑法典，我国古代并没有与之相称的专门法规汇编。但是决不能因此就否认中国古代存在民法，更不能因为“民法”一词来源于古罗马的“市民法”就断定“民法”不是中国固有的法律。英国至今也没有“民法”部门，而英美法系的法学家惯常把西欧大陆国家称为“民法国家”。但是没有人会否认英美存在与西欧大陆民法相当的普通法。问题不在是否使用了“民法”这个词，而要剖析法律的性质是不是民法。

从民法的实质意义上说，不能否认，在中华古代法系中也有民法。恩格斯指出：“民法不过是所有制发展的一定阶段，即生产发展的一定阶段的表现。”（《马克思恩格斯全集》第4卷，人民出版社1958年版第87页）这个定义是从西欧民法的历史发展中得出的正确结论，适用于古今各个国家的民法。中国古代民法也不例外。

马克思主义经典作家把所有制看作是生产的同义语，这里，生产是指生产关系。广义上的所有制是一定历史阶段上生产关系的总和，包括生产、分配、交换、消费整个生产过程诸关系。民法就是调整整个生产过程中诸关系法律规范的总和。当然，无论古今，生

产关系不仅由民法调整，还由其他法律部门调整。而且，民法不仅调整作为生产关系的财产关系，还调整人身关系。

我国古代法律，和任何其他国家的古代法律一样，作为维护自己经济基础的上层建筑，对自己的经济基础不可能漠不关心，对于维护一定的所有制和对所有制中可能产生的商品关系必须作出法律规定。中华文明古国，在社会经济结构、政治制度、民族习俗、思想文化上都有自己的特色，因而在民法上亦有自己的特点。

中国古代没有“民法”一词，但有“民事”这个概念。为了正确地确定我国古代民法的范围，必须对我国古籍中广泛使用的“民事”一词作一简略考察。

我国上古文献《尚书》已有“民事”一词。如《商书·太甲下》：“无轻民事，惟难。”这里，“民事”乃指“为力役之事”。在其他不少古籍中，“民事”一词亦不罕见，但是另有含义。如《孟子·滕文公上》：“民事不可缓也。”“民事”指“农事”。“力役之事”、“农事”，都不能与民法无关，但并非完全属于民法。再如《礼记·月令》：“是月也（指仲秋之月），易关市，来商旅，纳货贿，以便民事。”“民事”的部分内容与现代理解的“民事”相同和相近。特别值得注意的是《周礼》一书。《周礼》多处使用“民事”这个概念，含义更广。如《周礼·天官·小宰》：“以官府之八成经邦治：一曰听政役以比居，二曰听师田以简稽，三曰听闾里以版图，四曰听称责以傅别，五曰听禄位以礼命，六曰听取予以书契，七曰听买卖以质剂，八曰听出入以要会。”据《周礼》注释，这八项事情皆为“民事”。比我们现在理解的“民事”要广泛得多。涉及案件管辖问题，实体权利问题，包括军、政、赋、役、财物出入、借贷、买卖许多方面，其中“称责”、“取予”、“买卖”、“出入”均与现代理解的“民事”相同或相似。

因此，我国古代“民事”一词，其范围相当广阔，从近代法律部门来看，横跨行政法、财政法、经济法、民法等许多领域，而民法只是其中的一个部分。古代民法中的“民事”只是礼法中民事

的一个部分。另一方面，我国古代“民事”一词又没有完全包括古代民法中的“民事”。如亲族血缘关系，婚姻家庭关系这些应属于民法范围的问题，却未包括在我国古代“民事”之内。

经过这一简略考察，可以得出结论：我们不能从我国古代“民事”的含义来确定我国古代民法的范围，而必须从民法的实质上，即从民法所调整的所有制关系和反映所有制关系的人身关系去确定民法的范围。

我国古代民法是所有制发展到奴隶制阶段和封建制阶段的表现。在奴隶制阶段，调整以井田制为基础的财产关系。在封建阶段，调整以封建土地私有制为基础的财产关系。我国无论在奴隶制阶段或是封建制阶段，都实行宗法等级制度，它与各自的所有制相结合，制约着各自的财产关系。因此，我国古代民法的范围只限于调整在宗法制度的基础上产生的一定的人身关系和宗法制度制约下的一定的财产关系。欲知它的具体范围，必须探讨我国古代民法的渊源。

第二节 我国古代民法的渊源

一、礼

在礼法不分时期，我国古代民法的主要渊源为“礼”。“分争辨讼，非礼不决。”（《礼记·曲礼上》）在礼法已分之后，甚至在封建盛世已经制定比较完备的法典——《唐律疏义》之后，礼在法律中仍处于主导地位。《唐律疏义》指出：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用。”礼在律外对民事关系的调节作用更不容忽视。此外，尚有宗规、乡约、家礼，作为礼或法的补充，在一乡一族之内对某些民事关系有一定的约束力。

礼的主要典籍有三：《周礼》、《仪礼》、《礼记》，合称“三礼”。传说《周礼》为周公制定，一部分为后人补入。《周礼》

又名《周官》，可以说是周代的国法大全。《周礼》从“周官”的角度看，似乎是行政法规，但从“周官”所管理的问题以及处理的过程和结果看，则是综合性法规。周以后的法规中有不少规定可以从《周礼》找到某种根据。在民事方面，《周礼》有不少规定，对后世也有很大影响。《仪礼》传说为孔子编选的古代礼仪，专供士学习之用。《仪礼》涉及民事的，主要表现在婚姻方面。《礼记》包括《大戴礼记》和《小戴礼记》，一般指《小戴礼记》，前者是汉戴德采集儒家讲述礼的文字编辑的，后者是汉戴圣选择儒家讲述礼的文字编辑的。其中涉及民事的规则，有些直到后世还有法的约束力，有些则纯属道德规范。

“三礼”之后，礼或载于史籍中的“礼志”，或见于“典”与“礼”。如唐《六典》、《大唐开元礼》，宋《政和五礼》。礼制文献中多有关于财产关系和人身关系、婚姻家庭关系的规定。

礼作为我国古代民法渊源的特殊性在于：礼起法的作用（包括礼进入法的一部分）时，既靠国家强制，又靠神秘观念约束，而在不起法的作用时，仅靠社会舆论和神秘观念维持。

礼的起源与祭祀有关。礼的目的在于祈天降福。《说文》：“礼，履也，事神致福也。”所以礼自始就具有神秘色彩。礼制刑罚都是按天象制定的。违礼的和违法的人都会受天的惩罚。《尚书·皋陶谟》：“天叙有典，敕我五典五惇哉；天秩有礼，自我五礼有庸哉；同寅协恭，和衷哉；天命有德，五服五章哉；天讨有罪，五刑五用哉；政事，懋哉懋哉。”

及至殷代，殷人已把天命与礼联系起来。《尚书·君奭篇》：“故殷礼陟配天”。周人宣扬自己“享天之命”，借“天命”惩察。儒家认为天命能决定周礼的兴废。《论语·宪问》：“道之将行也与，命也；道之将废也与，命也。公伯寮其如命何。”可见，礼与天命关系是如此密切。后世儒家将礼的规则解释为“天道”、“天理”，增强了礼的宗教气氛。遵礼得福，违礼致祸，这一信条亦流行于民事关系。

违礼行为除受天谴神罚之外，还会受到社会舆论的谴责、嘲笑。如《孟子·滕文公章句下》：“不待父母之命媒约之言，钻穴隙相窥、踰墙相从，则父母国人皆贱之。”

礼在法外时，只在有限的范围内对民事活动起调节作用，如用以调节不太重要的民事纠纷。

礼作为民法的渊源，一方面表明了我国古代民事规则的广阔性，另一方面又表明了我国古代民事规则的局限性。它广阔至无所不包，又狭窄至“列职责，序尊卑”，限于人身方面的某些关系。但无论从哪方面看，礼都是我国古代民法的一个重要来源。

二、法 律

法律为中国古代民法另一重要渊源，包括法、律、令、格、程、例多种形式。

首先应指出的是春秋晋国赵宣子的“常法”。《春秋左传》文公六年：“宣子于是乎始为国政，制事典、正法罪，辟刑狱，由质要……使行诸晋国，以为常法。”“质”为质剂，“要”是要会。用质剂就是使用契约。“事典”、“法罪”都可能涉及民事，所以我国古代民事入法应该说是自宣子“常法”始。

战国时期，魏李悝制定《法经》。《法经》有六篇：盗法、贼法、囚法、捕法、杂法、具法。因内容早已失传，无从断定有多少涉及民事的规定。但从保存下来的零星法条，结合后世法典篇名，可以推知，盗法中涉及财产命运的部分，杂律中假借等条目，至少与民事不无关系。

秦改法为律。秦律涉及民事的规定不少。商鞅变法时颁布的一些法令以及《睡虎地秦墓竹简》所载的田律、厩苑律、仓律、金布律、徭律、工律、关市律和法律问答等等，都有民事内容，涉及私有财产、国有财产、质权、买卖、债（债）、侵权、婚姻家庭关系等许多方面。

如果说在春秋战国时期，民事立法还处在创设阶段，至秦统一全国之后，民事已经多方面入律。很难说将来不会有新的资料出土，但就现有的涉及民事内容的秦律看，已经可以说，秦律有关民事的规定，标志着我国封建民法的初步确立。

汉萧何在《法经》六篇之外，增加兴律、厩律、户律，成为汉《九章律》，带有民事性质的规范显然增多。可惜在六朝之后散失。汉律并不限于九章。九章之后，律令不断增补有关民事规定，如加以搜集，数量定必相当可观。

曹魏以汉律为基础，制定新律十八篇，包括贼律、金布律、毁亡律、偿赃律等等。魏律涉及民事者除承汉制以外，较为突出的是新增的毁亡律，即关于人畜树木等的毁伤亡失的规定。

晋泰始成律二十篇，其中户、学、服制、祠、户调、医药、病痛、丧葬、杂法等都同民事有关。泰始律新增之“水火律”、“关市律”等与民事问题关系也很密切。

北齐改户律为户婚律，北周改户婚为二篇，至此，有关户婚的规定逐步走向完备。

从隋开始，封建立法进入确立时期，开皇律和大业律为唐律奠定基础，其中涉及民事的规定可从唐律中得其大体。

唐律是我国至今保存得最为完好的一个封建法典。虽然它以刑事法典的面目出现，实际上为一个综合性的法规总汇。其中涉及民事者，为我国古代民法最为完备的一个渊源。唐律在田宅、婚姻、买卖、债负、损害等方面有许多富有创造性的规定，标志着我国古代民法在唐代已经形成自己的体系。

唐律篇目十二：名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱。除捕亡、断狱两篇与民事没有直接关系外，其他各篇的规定有不少涉及民事问题。

名例律，是全部法典的概括性规定。“名者，五刑之罪名；例者，五刑之体例。”无疑是刑法总则。但是其中有些规范也是有关全部法典带有民事性质的规范、或具有民事后果的规范、或民事规

范的原则性规定。如关于孝道、嫁娶之道、赃物的处理等等。

卫禁律，为“警卫之法”，其中“共化外人私相交易”、与化外人“共为婚姻”，就事情本身论，应属民事。

职制律，是“职司法制”，其中官吏与所部买卖、向所监临者借贷、役使所监临者，也有民事后果。

户婚律，整篇绝大部分为民事，虽然同样是从刑事角度作出规定的。如户籍、立嫡、收养、家庭财产、析产、财产继承、田宅买卖、侵害田产、婚姻，等等，差不多涉及封建宗法社会中民事的各个主要领域，因而在民法渊源中占有极其重要的地位。

厩库律，是有关牛马及其他畜产的饲养、放牧以及仓库保管、出纳官物的规定，其中官吏以官物私自借贷与人，侵害官私畜产、或官私畜产造成损害等，都有民事内容。

贼盗、斗讼、诈伪三篇，一部分规定有民事后果。

杂律，有很多同民事有关的规定。某些物权的产生、合同、侵权，这些重要的民事问题大部分汇集在杂律之中。这种情况表明，民事问题的法律至唐代才得到比较全面的发展；同时又表明，重要的民事问题的法律不仅仍处于刑律的从属地位，没有独自成为法典，甚至没有独自成篇。有人说，唐律杂律中关于钱债、买卖的规定是后世民律编纂的开端。实际上，钱债、买卖的规定应自《周礼》算起，至秦代已经入律。唐代总结了历史经验，反映了封建盛世的要求，为后世民律编纂奠定了基础。

长孙无忌等对唐律作了系统的注释，同时整理收录了唐代一些重要的令、格、式，编撰成举世闻名的《唐律疏义》。它集前世法律之大成，又是后世历代封建法典的范本。《唐律疏义》的解释，有许多在民事上具有重要意义。

五代后周的法律在民事上有许多发展，虽然已经看不到全貌，但从后世法典的引文可知，后周法律在财产典卖、继承等方面均有所前进。

《宋刑统》基本上沿用《唐律疏义》，并收录了唐律没有载入

的令、式和后周的一些敕条和宋朝现行的敕令。特别是户婚律、杂律中的收录，许多方面涉及民事问题，如户绝资产、典卖质当论竞物业、婚田入务、公私债负、得阑遗物，等等。

南宋《庆元条法事类》留有残卷，也有不少涉及民事的规定。此外，《宋本名公书判清明集》载有判例，几乎全与民事有关。从宋代的条法和审判实践看，民法至宋代又有较大发展。

元代的法律不同于唐宋的体例，但也继承了唐律。《大元通制》、《元典章》以及元史《刑法志》，其中涉及民事者，为我国古代民法渊源中一个重要组成部分；在一些问题上，如婚姻、田宅、典卖、侵权后果，无论法律要求还是法律制裁，都有所发展，如婚姻礼仪加议婚一项，田宅买卖手续进一步具体化，侵权后果中有征收烧埋银等措施。但元律所反映的某些涉及民事的问题，如有较强人身依附的主佃关系，驱口随田买卖、典雇妻女，等等，则是宋代已经开始元代大大加剧的社会倒退现象，不能归为法律上的进步。

明律承唐律，篇目一准于唐，但在具体条目的安排、损益上都有较大发展。在涉及民事问题上也有许多突破唐律的规定。

明律分七律：名例律、吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律，共三十门。就与民事问题关系最大者言，如户律，包括户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛七门，无不涉及民事。刑律中的杂犯门，不少条文涉及侵权行为。

值得注意的是：钱债、买卖，唐律载于杂律，明律则置于户律，各独立成篇。这说明，在明人眼中，有关商品流通的问题，并非“拾遗补缺”的杂事，而是户律中的重要条目。明律的前进不限于体系，更重要的是反映问题的广度和深度。在婚姻、买卖等方面，明律条文明显比唐律详尽。明律的前进绝非偶然，自宋元以来，封建社会的诸种矛盾更加突出，意识形态也有重大变化，已积累不少立法经验，特别是商品货币关系的发展，这一切就是明律涉及民事的规定更加充实的社会原因。

在明代，律之外还有条例，以补律之未备，其中有一些也涉及