论中华法系的形成和发展条件

杨振洪*

历史悠久、地域广袤的中华法系的形成和发展是诸多因素综合作用的结果。它和其它法系一样，是在发源地国的法律基本成熟以后，通过法律传播和法律移植所形成的法律文化圈。这种传播和移植有着深厚的社会、历史、文化等背景。以往研究这些条件的方家学者不仅寥若晨星，而且其研究往往囿于古代中国一隅之视野。本文试图探赜索隐，揭示中华法系形成和发展的历史前提条件、自然地理条件和思想基础，探讨在其形成发展过程中必不可少、功不可没的法律移植者和传播媒介。

一、中国奴隶制法和早期封建制法为中华法系的形成提供了历史前提条件

中华法系是由中国汉朝以后的中国封建制法和朝鲜、日本、越南的封建制法构筑的世界法系。在汉朝以前，中国就出现了相对发达的物质文明、先进的思想文化和法律制度，但汉朝时中国封建制法才基本定型，周边国家才开始移植中国封建制法，因此中华法系此时才问世。

中华法系与其他法系一样，不是无源之水。任何法系都有历史渊源。印度法系以古代南亚次大陆奴隶制法——婆罗门法为历史渊源，阿拉伯法系以早期伊斯兰法为历史渊源，大陆法系以罗马法及其在中世纪的继承者——“欧洲普通法”为历史渊源，英美法系以日耳曼法和英国中世纪的法律为历史渊源。中华法系则是以中国奴隶制法和早期封建制法为历史渊源，其中奴隶制法主要是西周奴隶制法中的“礼”，早期封建制法主要是“律”——刑法，它们是中华法系历史渊源中的两大源流。作为中华法系的历史渊源或历史传统，它们构筑了中华法系的始基，为中华法系的形成发展提供了“遗传基因”。这种基因虽未决定后来中华法系形成发展的具体过程，却为其发展的可能性做了种种质的规定和限制，决定了中华法系的基本式样。

中华法系国家都是在氏族制度没有充分解体就跨进阶级社会门槛的。中国在氏族公社解体和国家形成的过程中，原有以血缘关系为基础的父系大家族的外壳和传统被改造成奴隶制的宗法制度，家族自治纪律变成了宗族法，家国一体，亲贵合一。西周时周公依据宗法制度的嫡庶、长幼、亲疏等项关系，吸收夏商的典章制度和周人原来的习惯法，确立了“亲亲”“尊尊”的立法原则。有的学者认为，对后代法律思想和法制影响最大的中国早期法律或法学著作“一为《周礼》，另一为李悝的《法经》”。[1]中国《唐六典》、《元典章》、《明会典》和《清会典》，朝鲜李朝《经

* 华南师大政法系副教授。

〔1〕陈朝璧：《中华法系特点初探》，《法学研究》1980年第1期。

国大典》,日本《大宝令》,立法时都参照了《周礼》。

中国早期封建制法是指秦律及其以前的封建制法,许多学者把李悝的《法经》不视为中华法系的历史渊源,而是视为中华法系的组成部分。这势必会自相矛盾,因为法学界公认儒家的法律思想是中华法系的理论基础,而包括《法经》在内的中国早期封建制法与儒家法律思想方枘圆凿。春秋战国是礼崩乐坏、群雄争霸的时代,两种社会制度新旧交替,阶级斗争异常剧烈。在这种时代背景下制定的法律必然以镇压、防范敌对阶级的反抗和破坏活动,维护封建统治秩序为己任。因而从《法经》到秦律这些早期封建制法都是刑法典。这种立法模式和法典编纂体例对中华法系发生了深远影响,中华法系国家的法典几乎都是刑法典。

二、特殊的地理环境为中华法系的形成发展提供了得天独厚的自然地理条件

一个法系往往是以发源地国为中心,中心国法律向周边地区和国家传播辐射,从而形成和扩展法律文化圈。在亚洲地区出现的三个大法系——中华法系、印度法系和伊斯兰法系概莫能外。

在东亚,直到清初,中国的社会发展水平高于周边国家和地区,中国长期是东亚文化中心。其相对先进的社会制度和优秀的法律文化成了周边国家学习和移植的对象。而中国具有半封闭的温带大陆型地理环境,东濒茫茫沧海,北连大漠,西南耸立着世界最高的山脉喜玛拉雅山,这种地理环境促使其法律文化传播的走向为向东、向东北、向东南。

中朝两国唇齿相依,山水相连,陆路直通。中国的山东半岛、辽东半岛和朝鲜沿岸隔着渤海和黄海形成不规则的半园形,彼此相距不远,水上交通亦较为方便。朝鲜半岛三面临海,只有陆地与中国相连,也具有相对封闭的地理环境。这种地理条件非常有利于中朝法律文化的交流。

中日一衣带水,隔海相望,旧石器时代中国大陆与日本列岛之间原有"陆桥"相连,后因地形变化,日本成了四面临海的太平洋上的一个群岛国家。日本邻近的国家中,当时只有中国是法制发达的国家。古代日本开始向海外学习法律文化,无疑以中国的为首选对象。

越南地处中南半岛东部,东面和南面临靠北部湾和南海,北和中国山川相连。相邻的地理条件特别有利于古代越南移植中国封建制法。

总之,中、日、朝、越四国地理位置接近,远离其他法律文化中心,这为中华法系的形成提供了得天独厚的"地缘"。

三、儒家学说的广为传播为中华法系的形成和发展奠定了思想基础

在中国春秋战国时代,百家争鸣,儒学是显学。汉武帝时,"罢黜百家,独尊儒术"。儒法合流、儒道互补以后形成的汉代儒学跃居社会意识形态中的主导地位,儒家法律思想成了近两千年封建法律的理论基础和指导思想。

朝鲜近水楼台,儒学捷足先登。儒家经典一直是达官贵人和贵族子弟必读的教科书。"封建官僚从儒教摄取了统治国家所必要的一切实际知识和封建道德标准。因此,要做官必须攻读儒教经典。封建国家兴办的学校,其教育内容都是儒教。"[2]朝鲜李朝时推行所谓全方位的"儒化

[2] 朝鲜民主主义人民共和国科学院历史研究所:《朝鲜通史》上卷第2分册,吉林人民出版社1973年版,第309页。

政治”，李太宗“有强烈的愿望用儒术来建立礼治主义的情境架构。……这里，对一个杂乱无章的社会，儒术中的名、位、令、正及礼义的概念，便显出其意义及作用”[3]。儒家思想的灌输为朝鲜封建制法沿着中华法系的发展轨道运行提供了理论导向。

四世纪末，百济博士王仁携带《论语》和《千字文》东渡日本，献于日本应神天皇，作为皇太子的教科书。六世纪中叶，百济又先后派五经博士段扬尔、汉安茂等人携带《礼》、《乐》、《论语》、《孝经》等儒家经典东渡日本。公元604年，圣德太子制定的治国根本纲领《十七条宪法》亦是以儒家学说为指导思想，其中许多条款是儒家的格言，如“以和为贵”、“以礼为本”等。律令制时代，《大宝律令》将儒学规定为一门重要课程，大学或国学中必须讲授《论语》、《孝经》，甚至以体罚制度强迫学生接受儒家思想。在相当长的一段时期中儒家经典成为唯一的教科书。757年，孝谦天皇诏令全国每家都要有一本《孝经》。当时选考官吏的试题，几乎都是儒学内容。据九世纪日本《本朝见在书目录》记载，当时日本藏有汉文书籍1568种，共16725卷，这说明中国当时的文献典籍已有一半东传日本。儒家学说的潜移默化和受官方推崇，为古代日本大规模移植中国封建制法提供了舆论导向和思想基础。

越南古时一度曾作为中国的藩属，儒家思想的影响更为直接。越南独立后也是以儒家思想作为治国的理论基础，统治者以儒学作为建国治民的典范，作为建立各种政治和社会制度的金科玉律。越南没有像周边的泰国、柬埔寨那样成为佛教国家，与儒学的广为传播具有直接的因果关系。

总之，儒家学说先声夺人，广为传播，统治者大都由儒学熏陶出来，这为东亚各国法律的儒家化，形成共同的德主刑辅的立法和司法指导思想，为古代朝鲜、日本和越南大规模移植渗透着儒家思想的中国封建制法律，未雨绸缪，奠定了必要的思想基础。

四、移民和留学为中华法系的形成发展造就了法律移植人才

法系的形成发展过程是法律信息传递、加工、整理和接收的过程。在这个过程中，法律的传播和移植不是自发地进行的，而是在一批独具匠心的法律人才的主持下自觉进行的，须有一批既对本国国情了如指掌又通晓“母法国”法律的人才穿针引线，鸣锣开道。在古代东亚，这种法律人才基本上是通过移民和留学来提供的。虽然由发源地国移居迁徙周边国家的人和到发源地国留学的人中多数不是法律专家，但是不乏其人。“明法”是中国唐宋科举常设科目之一，来华留学的朝、日、越三国的部分学子参加过“明法”科的学习和科举。

部分迁徙到朝鲜的中国移民和留学中国的古代朝鲜贵族子弟将中国先进的生产技术和中国的法律文化带到了朝鲜，他们是移植中国封建制法律的主要理论骨干和实际运作者。《汉书•地理志》燕地条关于“箕子去之朝鲜，教其民以礼义田桑织作”的记载虽尚无法证实，但不容置疑的是，战国时邻近朝鲜的中国燕、齐两地的民众成批地迁徙到朝鲜去，西汉初燕人卫满等千余人又迁徙朝鲜，汉武帝还曾以古朝鲜王右渠(卫满孙子)“诱汉亡人滋多”[4]等为由派人责备之。有的学者认为，“从《汉书》的记载可以看出，古朝鲜的统治阶层是来自中国。也就是说《乐浪

[3] 黄枝莲：《亚洲的华夏秩序》，中国人民大学出版社1992年版，第63页。

[4] 《史记•朝鲜列传》

朝鲜民犯禁八条》是来自中国的流民集团制定的。”[5]朝鲜曾派遣大批学生到中国留学,中国唐、宋、元、明各朝均有朝鲜贵族子弟入学。唐朝时外国来华留学的人员以新罗人为最多,多达二百六十名。五代两宋时,高丽也多次派留学生、留学僧到中国留学。这些留学人员长期居住在中国,成了中国通,有的还在中国成了达官贵人,如新罗留唐学生金文蔚在唐曾官至工部员外郎,并曾担任唐朝派往新罗的册命使。

越南民族的祖先是百越民族中的雒越一支,越南学者自己也承认“现今越南北部的雒越人应是由福建的骆越人迁徙来的”。[6]秦时,秦始皇往百越地区大量移民,其中有一部分人迁徙到了越南。越南独立前后,都有中国内地的人迁徙到越南。这些移民中有些人熟悉中国封建制法律,他们在传播和移植中国封建制法中穿针引线。值得一提的是,越南历史上的九个王朝,多系华裔创建,开国者或为中国移民,或为中国移民的后裔。如丁朝的丁部领,可能是炎黄子孙,因丁氏后裔保存的汉文族谱自称为“炎帝神农之后”;前黎朝的黎桓,父母是今广西人;李朝的李公蕴,先祖为闽人;胡朝的胡季嫠是浙江人后裔。作为中国移民或其后裔,其法律意识无疑打上了中国封建制法的烙印。越南独立前有贵族子弟在中国当时的京城读书深造,越南独立后留学中国的学子亦不乏其人。越南历代王朝均仿中国律书颁布法典,部分留学人员在其中发挥了突出的作用,直接参与起草制定法律的工作。

日本史书中称之为“秦汉归化人”的移民中不乏中日法律文化交流事业的先驱者和奠基人。公元前一世纪时,日本列岛上分布着百多个部落国家。其中有30余个曾派遣使者向朝鲜半岛上汉朝管辖的乐浪郡朝贡。这些会讲汉语和会使用汉字的人很可能是中国移民或是接触过中国文化的渡来人。日本学者认为“渡来人会对原住民族产生决定性影响。”“日后在日本列岛上吸收大陆文化的,与大陆和朝鲜半岛来往的,向中国皇帝朝贡的,无一不是熟悉大陆和朝鲜半岛情况的渡来人以及由渡来人建立起的国家”,“古代日本对来自中国和朝鲜的文化的吸收,都是由这样从海外迁徙来的所谓渡来人完成的。对于故乡中国和朝鲜的眷恋之心,使得他们全力以赴地投身于吸收母国文化的事业中去。”[7]成书于815年的日本《姓氏录》曰:“秦氏流徙各处,天皇使人搜索鸠集,得九十二部一万八千七百十人”。据日本天皇政府编纂的史料记载,归化人约占日本全部姓氏的百分之三十。东晋南北朝时,不少中国人先后经朝鲜移居日本,移民中有一批知识分子还在大和朝廷任职,掌管记录,起草外交文件。“中国法律著作早在公元五世纪就传到日本”。[8]据《日本书纪》卷二二记载,608年,“是时,遣于唐国学生倭汉直福因,奈罗译语惠明、高向汉人玄理、新汉人大国,学问僧新汉人　、南渊汉人请安、志贺汉人惠隐、新汉人广齐等并八人也。”这八名留学生绝大多数是汉人或新汉人,后来都是大化革新运动的栋梁之材。608—614年间日本派留学生和学问僧到中国求学。遣唐使团中有不少是来中国留学的,这些人归国后,积极“传播儒学的政治思想,介绍隋唐的政治制度,大力推动政治改革。”[9]这些留学人员回国时带回不少儒家经典和法律书籍,如吉备真备734年回国时携带了《唐礼》等书。回国后他们积极传播中国的法律文化,并利用他们参政议政的有利条件积极促成最高统治者

[5] 陈玉龙等:《汉文化论纲》,北京大学出版社1993年版,第195页。

[6] [越南]陶维英:《越南古代史》上册,商务印书馆1976年版,第130页。

[7] [日]山中顺雅:《法律家眼中的日本古代一千五百年史》,曹章祺译,中国社会科学出版社1994年版,第16、43页。

[8] 朱景文:《比较法导论》,中国检察出版社1992年版,第175页。

[9] 王家骅:《儒家思想与日本文化》,浙江人民出版社1990年版,第212页。

下令移植中国法律。他们对本国和中国的法律做过比较研究,移植中国法时驾轻就熟。日本古代的有些法律是留学回国者抄袭中国的,有些法典直接出自留学人员的手笔,一些留学人员直接参与起草、制定、修改和执行法律的工作。如在中国留学32年的留学生高向玄理、留学25年僧旻回国后任国博士,在天皇身边出谋划策,在大化革新中起了重要作用,并编纂了《近江令》;留唐学生伊吉博德等人编纂了《天武律令》;八世纪时,在唐留学20年的吉备真备和另一名留学生大和长冈亦曾修订过法律。

五、汉语为中华法系的形成和发展提供了传播媒介和语言文化条件

朝鲜、日本和越南开始都没有自己的文字,使用的是汉字。后来以汉字为基础创制了本民族的文字,但在很长的历史时期内,汉字仍处主导地位。日本五世纪初才开始出现"假名",七世纪出现"万叶假名",九世纪留学生吉备真备创"片假名",留学僧空海创"平假名"。朝鲜直到1443年才公布"训民正音"。1446年李世宗才发布法令,规定朝鲜文为官方用文。越南人长期使用汉字,政府曾明文规定汉字为全国通用文字,政府一切公文全用古汉文。[10]十三四世纪越南的"字喃"未能普及,十七世纪才使用拉丁文。在这种语言环境下,汉字作为中国法律文化的载体,在三大旁系国移植中国封建制法律的过程中功不可没:

第一,汉字在中华法系国家内通用,消除了朝、日、越三国人士了解中国封建制法的语言障碍,便于三大旁系国的留学人员和上层统治人物直接学习研究中国封建制法律,也便于普通民众理解中国封建制法律。

第二,在旁系国没有自己的文字的历史条件下,汉字的通用是中华法系以成文法为主要法律渊源这一特征形成的先决条件。没有文字就不可能有成文法。在中华法系里,各国开始均用汉字表述法律,记载司法判决。日本最早的一部成文法——《十七条宪法》就是用汉文表述的。[11]《弘仁格》、《贞观格式》和《延喜格式》亦都是用汉字写成的。

第三,汉语不仅加快了古代东亚地区法律文化交流的过程,而且防止了法律移植中的"走样"。如果接受国与母法国的文字不同,翻译过程中译者理解不准确,或接受国没有与之相对应的专有词汇,则往往会影响法律移植的效果。汉语作为传播媒介,如同后来英美法系形成过程中的传播媒介英语一样,为准确、快速推广母法国的法律文化提供了语言文化条件。

综上所述,中华法系是在特定的条件下形成和发展的。探讨这些条件,对于揭示中华法系的本来面目及其形成发展的历史轨迹,对于研究法系产生、发展和消亡的一般规律,都大有裨益。

[10] 参见《东方研究论集》,北京大学出版社1983年版,第330页。

[11] 参见[日]竹内理三等编:《日本历史辞典》,沈仁安等译,天津人民出版社1988年版,第14页。