

东亚普通法论

崔钟库*

内容提要：东亚普通法是以古代中国法为质地、中韩日三国独特的交涉为背景而形成的概念。东亚普通法由法典化、儒教法文化、乡约村落法和法学四种要素组成。东亚普通法的发展有赖于东亚人的自觉与成熟态度。

关键词：东亚法 普通法 法制史 儒家思想

笔者对东亚法史和法思想的关心是从在两年举行一次的世界法哲学会议（IVR）上阐发以东亚为主题的文章开始的〔1〕。1987年神户大会以后，东亚法哲学会议在东京和京都（1996年）举行。第二次会议在汉城的延世大学举行。在这里，笔者阐发了以“东亚法文化和法哲学”为题的文章〔2〕。1992年，笔者开始研究韩日比较法，并在韩日比较法文化研究会上受到很大启发〔3〕。在研究过程中，笔者着眼于研究韩、中、日法史和法思想基础中含有的普通法（*ius commune*, *gemeines recht*, *common Law*）概念。去年6月16日—19日在波兰LuBlin大学举行的世界法制史研讨会上，笔者阐发了以“至19世纪末东亚法的发展”（*The Development of East Asian Law until the end of 18th Century in Search an East Asian Common Law*）为题的文章〔4〕，接着，7月8日在哈佛大学法学院阐发了以“东亚法史上有普通法吗？”（*Was there a common Law in East Asian legal History?*）为题的论文〔5〕。通过一系列的阐发观点，笔者试想提出东亚普通法的概念。首先，应赋予法哲学或法思想积极的意义。但是笔者觉得，

* 汉城大学教授。原稿为韩文，由中国政法大学博士研究生金珍庆译为中文。

〔1〕 Chongko Choi, *The Asian Concept of Right and Duty*, IVR-Congress in Edinburgh (July 22, 1989); *Law and Practical Reason from the Asian Viewpoint*, IVR-Congress in Göttingen (Oct. 18—22, 1991); *Ancient and New Sources of Law: An East Asian Perspective*, IVR-Congress in Bologna (June 16—20, 1995); *Human Rights and Human Responsibilities: An East Asian Perspective*, IVR-Congress in New York (June 24—30, 1999) .

〔2〕 崔钟库：《东亚法文化与法哲学的课题—在东亚多元社会的役割》，东亚法哲学研讨会，汉城延世大学，1998. 10. pp. 26—30

〔3〕 该研究会上笔者曾经发表过3次，题目为《韩国法思想与法哲学的课题》（高丽大学、1992. 9. 15，法哲学与社会哲学第三集，1993，日文，北大法学论集44集1992）；《东亚的近代化和西方法的收容》（汉城大学校湖岩馆，1994. 1. 23）；《在韩国儒教与法》（延世大学 Allen 馆，1996. 10，法制研究12号，1997英文；*Asian Jurisprudence in the World*, Seoul, 1997. pp. 99—125，日文；地大法学论集48集、4号、1997）

〔4〕 Chongko Choi, *The Development of East Asian Law until the End of 18th Century: In Search of an East Asian Common Law*, LuBlin Conference of Legal Historians, June 16—19, 1999.

〔5〕 Chongko Choi, *Was There a Common Law in East Asian Legal History?* Center for East Asian Legal Studies, Harvard Law School, July 8, 1999.

法哲学和法思想应建立在历史事实基础上，因此有必要对东亚普通法历史作进一步明确地阐释〔6〕。本稿想表明，东亚普通法实体即历史事实。如想分辨普通法的存否，多方面综合地研究才行。本稿是从上述的认识上研究的试论。

一、普通法的概念

首先，东亚普通法（East Asian Common Law）提出两种序论前提。

一种是东亚的概念，另一种是普通法的概念。

东亚的概念一般是指中国、韩国、日本三国〔7〕。但是从法制史和法思想的观点来看越南也属于东亚，与中国法史有关的蒙古也属于东亚，这样一来，的确很难确定东亚的概念〔8〕。做每件事望而却步，那将是一大损失。东亚的法律家和学者们对自身的传统法不感兴趣，甚至达不到西方比较法学者对东亚法范畴的关心程度〔9〕，近来世界法学界（包括了比较法学）高度地关注东亚法系。对他们最有说服力的就是东亚学者们的课题〔10〕。

第二是普通法的概念。传统的东方法史没有普通法这个用语，而是从西方翻译使用（common Law）的。严格来讲，这在西方法史上也是非常复杂和模糊的概念〔11〕。在英美法系国家使用 Common law 之前，先有了 Ius Commune, Gemeinnes Recht 之概念〔12〕。人们往往以为 Common Law 是由英国最初开始使用的。严格来讲，它是 1066 年日耳曼人征服英格兰开始使用的，所以 Common law 的传统在大约 900 年左右〔13〕。然而早在 533 年，优士丁尼完成了民法大全（Corpus Juris Civilis），比英国的普通法领先近五个世纪。

西方法史上这种普通法的概念形成基础广为流传。德国的马克思弗兰克欧洲法史研究所（Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte）至今还在广泛地进行研究，其结果发表在 Ius commune 刊物上。

由此可见，相对于英国法使用的 Common law 和欧洲大陆法使用的 ius commune 概念，本文使用的普通法概念更贴近于后者。因为 common law 概念，1. 表现大陆法（Civil Law）与英美法。2. 制定法（Statutory law）与判例法即法官造法（Judge-made law）之对立的意思很强。

从现在趋势看，美国把 common law 当成 law for common people 的学生特别多，因此被教授们当作笑话来讲。美国有逐渐忘掉 American common law 是从英国受用的历史，还说 Ameri-

〔6〕对法史学方法论作者的拙著有：《法史与法思想》，博英社，1981；《法思想史》，博英社，1986（初版），1999（增版）；《韩国法思想史》，Seoul 出版社，1989；拙文有：《法史学的方法论》，汉城国立大法学 28 卷，1 号，1987，33—45 页。

〔7〕东北亚（North-East Asia）的概念是更准确的，但它被认为是与东南亚（South-East Asia）对立的、狭义的概念，远东（Far East Asia）概念是西方中心的表现方式，使用要慎重。这方面的研究书籍有杨鸿烈，《中国法律在东亚诸国之影响》，上海，1937；岛田正郎《东洋法史》，东京，1978。

〔8〕Samuel Huntington, *The Clash of the Civilizations and the Remaking of World Order*, N. Y., 1996.

〔9〕对东亚法系积极评价的法学者为 K. Zweigert, R. David, Arthur Kaufmanns, W. Fikentscher 等人，在哲学或者思想领域上，De Bary, Tu Weimin, R. Ames 等人对儒学为东亚文明的中心是积极参与者。比如 De Bary/ Tu Weiming, *Confucianism and Human Right*, Columbia Univ. Press 1997. Chong ko Choi, Book review, *Philosophy East and West*, V01 49, No. 3, 1999.

〔10〕该意义上东亚法哲学学会的作用十分重要，1999 年在 IVR New York 大会上讨论过。

〔11〕Oliver Holmes, *The Common Law*, 1881, Dover Edition 1991; Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard Univ. Press, 1988.

〔12〕Helmut Coing, *Der europäischen Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, Ius Commune, Bd. 1, 1967, SS. 1—23.

〔13〕John H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 2nd ed., 1985, Stanford Univ. Press, p. 4.

can National Common Law 在每州都处于不同的使用状态, 不管怎样, 本文中笔者所讲的普通法与英美法讲的 common law 多少有些距离。

如 R.Jhering 的话那样, “罗马用武力、教会、法统治过三次欧洲”, 东亚普通法也是以古代中国法为质地, 中、韩、日独特的交涉为背景形成的概念。

二、东亚普通法论

东亚普通法组成要素是什么? 这是本文将要广泛研究的课题, 笔者大致分为: 法典化、儒教法文化、乡约村落法和法学四种。

1. 法典化

东方也像西方一样, 广泛地形成了法典化。权力者制订王朝的政权制度后, 必须编法典。编法典是不断地将权力正当化, 而且是对祖宗业绩的赞扬^[14]。虽然编纂法典依赖古典文献并需要引用先王的事例, 但对法典的认识是解释的根据即法源 (source of law)。

东亚人的思维方式是归纳还是演绎呢? 难以用一句话断定。

法典是用演绎来解释, 事例是用归纳来解释的, 西方也使用同样的方法。但法的概念一般化、抽象化之前使用了对具体事件提供对策的决疑论 (casuistic), 因而东亚人在判断问题上与西方相比缺乏逻辑依据的判旨。当然, 这是由于东方与西方思维方式、权力、司法的结构不同, 造成了法律家阶层 (Juristenstand) 不发达。因此无法保障与政治对抗的合乎法逻辑之自律性^[15]。

法典化中普通法的特征是法典化的连续性。法制史家们认为从中国的唐律、宋律、明律到清律为止, 法典化过程明显具有连续性。不仅如此, 《唐律疏议》还发行了古典注释书, 因此, 临近国家如朝鲜、越南、日本也受到影响^[16]。

朝鲜王朝的经国大典中刑典律条采用了大明律, 实现了大明律的现代适用 (usus modernus pandectarum)^[17]。

分析越南黎朝刑律的内容, 可见它包含着唐律的第 261 条和明律的 53 项条款, 除了几条法条之外, 都与中国法的法条一样^[18]。一般中国法是由律令格式组成, 因此也叫律令体制。所有这样体制的国家称为律令国家。朝鲜半岛高句丽小林王小兽林三年采用了律令, 新罗时代, 法兴王七年颁布了律令^[19]。高句丽有模仿了中国晋代的泰始律令的观点^[20], 新罗模仿了唐和高句丽, 1953 年在日本正仓院发现了《新罗民政文书》, 分析结果表明新罗的律令不仅仅是一种形式上的记载而是实际存在的一种法 (lebendes recht), 可以确认它是律规百姓生活的实定法^[21]。日本 7、8 世纪采用了律令, 当然不是原原本本的中国律令, 也主张性质比中国律令

[14] 田凤德:《朝鲜法的构造与性格》, 韩国法制史研究, 汉城国立大学出版社, 1968, 116—191 页。

[15] Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, 1958, p. 354.

[16] “唐律疏议”, Wallace Johnson, *The Tang Code*, vol. I, 1979, vol. II, 1999, Prince ton Univ. Press. 韩文版, 金锡敬、任大熙注释:《译注唐律疏议》, 韩国法制研究院, 1994—1995。

[17] 《经国大典》, 韩国法制研究院, 1993, 456 页。

[18] 关于“黎朝刑律”, Tà Van Tái (trans and ed), *The Le code*, 3 vols, 1994, In sun Yu, *Law and Society in Seventeenth and Eighteenth Century Vietnam*, Korea Univ. Press, 1990.

[19] 田凤德:《新罗的律令考》, 韩国法制史研究, 汉城国立大学出版社, 1968, 257—316。

[20] 杨鸿烈:《中国法律发达史》, 1939, 217; 鲁镇坤:《关于高句丽的研究》, 法史学研究 12, 1991, 11—32 页。

[21] 田凤德:《新罗的律令考》, 载《韩国法制史研究》, 汉城国立大学出版社, 1968 年版, 第 271 页。首次发表“新罗民政文书”的是东京大学的野村正夫教授, 载于日本史学杂志第 62 卷 4 号, 1953 年 4 月号。1993 年在正仓院打开收藏品时发现了共 62 行的文书。估计在新罗时代, 地方政府向中央政府上交的公文书编纂为“经帙制本”, 该经帙自新罗王时赠与日本政府, 日本王室再赠给奈良的东大寺正仓院。过了一千年后, 该文书成为能够证明新罗的律令体制的珍贵史料。

强一些；另一方面，有不少研究结果表明律令记载着古代中国、朝鲜、日本有广泛的交流^[22]。日本的法制史学家中田熏说，从汉到清，律令法系的年数保持了二千年的历史，从地域上来讲，遍及东亚南北东方一代。在比较法中有很多的观点值得去研究^[23]。

东方制法追求法的安定性 (Rechtssicherheit) 理念。

西方五编体制 (Pandekten system) 或三编体制 (institutionen system) 与东方式行政制度是有区别的，立足于东方式行政制度的六分体制，即吏典、户典、刑典、礼典、兵典、工典组成，即东方共同点。虽然祖宗成宪主义和旧法优先主义僵化了东方法典化的一面，但为东亚法的普通法打下了基础也是事实^[24]。

2. 儒教法文化

东亚法起到理念性和内容性普通法的作用归因于儒学以及新儒学。当然，佛教、神道等宗教对国家和时代的影响不同，但从社会的角度看对法与政治影响最深的是儒教。儒教的兴否不是问题，重要的是儒教的世界观、价值观、人生观在东亚形成了共同的呼吸器，因为有了这种呼吸器人们才能生存下去，此东亚强制于法。^[25]借用法哲学的表现可以说“儒教支配道德之强制法” (Legal enforcement of Confucian dominant morals) 得到实践^[26]，同时形成了与西方法和道德不同的类型，特别是礼的广泛作用^[27]，在儒教的法文化或法思想的领域上，让我联想西方法史家的话。“教会法覆盖中世纪的天空。”东亚法典中有以儒教为理念基础的十恶、八义等法原则^[28]。孝，不单纯是伦理道德，还是强制于法的义务。日本的大宝律 Daihoyol，第702条中规定行孝的人们免赋役和租税。在朝鲜，朱子家礼规律了冠婚丧祭，所以被称为“东方礼义之国”^[29]。在法典的解释和法的运用中，儒教的作用很大，特别是依照情、理、法的三节拍式法的推论 (legal reasoning) 起支配作用^[30]，只要有就会通过赦免形成恤刑。中国法史家 Brian McKnight 教授用儒教的表现方式 (仁慈的品德: Quality of Mercy) 说明此种情形^[31]。日本的类聚国史记载着708年至886年间在日本实行的123种赦

[22] Mitsusada, *The Ritsuryo System in Japan*, Acta Asiatica, No. 31, 1977; Kozo Yamamura, *The Decline of the Ritsuryo System*, Journal of Japanese Studies, vol. 1, No. 1, 1974; 林纪昭:《日本的律令研究与我的问题关心》, 法史学研究 11, 1990, 175—186页。

[23] 中田熏:《支那法令法系的发达》, 法制史论集 4, 岩波书店 1964年, 69页。

[24] 高承济:《唐朝律令体制的形成与良贱制度的特殊性》, 大韩民国学术院论文集, 20辑, 1981, 277—304页。Tung-Tsu Chiu, *Law and Society in Traditional China*, Paris, 1960; Oskar Weggel, *Chinesische Rechtsgeschichte*, Leiden, 1980.

[25] Martina Deuchler, *The Confucian Transformation of Korea*, Harvard Univ. Press, 1995; James Palais, *Confucian Statcraft and Korean Institutions*, Seattle, 1996.

[26] Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford Univ. Press, 1965.

[27] 崔大权:《韩中日的社会规范和变化, 韩国的规范文化》, 韩国精神文化研究院, 1983, 89—137页; 崔钟库:《韩国传统社会的法 道德 礼》, 同书 143—192页; 拙著:《韩国法思想史》, 汉城国立大出版部, 1989。

[28] 十恶源自汉代。具备法条文形式时是规定于北齐律之中。北齐律经过随开皇律, 发展到宋刑统、大明律。其内容包括: 反逆、大逆、叛、降、恶逆、不道、不敬、不孝、不义、内乱。隋律之后, 不睦代替了降, 将不睦写入条文。在日本, 没有内乱和不睦。“八议”指议亲, 议故, 议贤, 议能, 议功, 议贵, 议勤, 议宾。在这八种场合, 可以酌情处罚。在朝鲜是从高丽律开始出现的。日本的大宝律和养老律, 继承了唐永徽律, 删除不睦和内乱这两项, 称之为“八虐”。尹载秀, “十恶论”, 载《法史学研究》1981年第6集。

[29] 郑肯植:《朝鲜初期朱子家礼规范的受容》, 汉城国立大学硕士论文 1988; 高英津:《15, 16世纪朱子家礼的施行与其意义》, 韩国史论 21, 1989。

[30] William Shaw, *Social and Intellectual Aspect of Traditional Korean Law 1392—1910*, Bong duck Chun (ed), *Traditional Korean Legal Attitudes*, Berkeley 1980.

[31] Brian McKnight, *The Quality of Mercy, Amnesties and Traditional Chinese Justice*, Univ. of Hawaii, 1981.

免^[32]。在朝鲜审判相当于死刑的重罪时，国王会亲自出马，审判时频繁地引用中国圣人的故事形成了广泛的赦免^[33]，用一句话来概括，儒教在东亚超越国境为适用普通法打下了精神价值的基础^[34]，该基础成为东亚法的实际和有效的证据。

3. 乡约和村落法

用法典化和儒教的理念，很难说清普通法的正体。真正的实体应该看在民众基础（grass root）中（lebendes Recht）的作用。这里主要的概念有乡约（Community Compact）和村落法（Village law, Dorfrecht）。乡约是1077年中国宋代（916—1234）吕氏兄弟创立的，后来被朱熹补充并修改为增损吕氏乡约。那是根据“德业相劝，过失相规，礼俗相交，患难相恤”的原理，规范百姓生活的一种自治法。幸亏儒家学者们为了引导乡约积极地参与了教育活动。心学者王阳明1518年也制定了乡约^[35]。在朝鲜，金世濂、金安国主张从庆尚道地方开始实施，李退溪、李栗谷等儒学者制定了礼安乡约、清州乡约等^[36]。从笔者的故乡尚州传下来的南村乡约是李媿、李竣兄弟制定的，为了让南村乡约适合尚州地方，他们把李退溪制定的礼安乡约改编为南村乡约。后来演变成自治法规，效果很好^[37]。

日本没有实施乡约，因而引进了社仓制度。17世纪末，山崎闇齐（Yamajaki Arsai 1618—82）制定“朱子社仓法”之后，在广岛、风山等地实施^[38]。这种自治法并没反映理念的共同性，而是反映该实施地区的特殊情况。

保甲制度在中国起到了重要的作用。但日本和朝鲜尚未采用。为了保障社会安全，朝鲜制定并实施了“五家作统法”，日本实施了“五人组制度”。特别是实际规范地方社会的村落法起到很强的作用。在日本，称它为村落法（Village rules）。日本法研究家John Wignore教授和Dan Henderson教授共同整理并翻译有关德川时代村落法。结果进一步证实了与西方社会不同的东方式的和解（Reconciliation）和调整（Mediation）有着独特的纠纷解决方式^[39]。如今的法史学界脱离以刑法史为主的历史，加速研究出新的成果^[40]。

从私法的观点来看，虽然东亚三国的国情不同，但不能忽视三国以农耕社会和渔村社会为背景的私法秩序为普通法的性质的大前提。对此，法史学验证是将来要进行的课题。

4. 法学

[32] 《类聚国史》，1986，501—510。

[33] 沈义基：《李朝后期的刑事判例研究》，法史学研究7，1983；李钟吉：《关于朝鲜初赦免制度考察》，法史学研究9，1988。

[34] 关于东亚文化的儒教的最近研究是指（Tu Weiming, *Family, Nation and the World: The Global Ethic as a Modern Confucian Quest, Challenges of the 12th Century, The Response of Eastern Ethics*），亚山财团创立20周年国际学术大会上黑住真（日语）发表的论文。其主题是日本宗教文化和社会体制，由汉城国立大学国际地域院主持。

[35] Kandice Hauf, *The Community Covenant in 16th Century Jian Prefecture, Jiangxi, Late Imperial China*, vol. 17, No. 2, 1996, pp. 11—50.

[36] 金裕赫：《乡约的类型的考察》，法史学研究3，1976；李泰镇：《士林派的乡约普及运动》，韩国文化4，1983；Sakai Tadao, *Yi Yulgok and the Community Compact*, W. De Bary/Jahyun Knn Haboush (ed) ., *The Rise of Neo Confucianism in Korea*, 1985.

[37] 崔钟库：《尚州乡约的法思想》，韩国法思想史，汉城国立大出版部，1989。

[38] Miyamoto Youen, *The Acceptance of Chinese Neo Confucianism in Japan in the Early Tokugawa Period*, Irene Bloom/J. Fogel (ed), *Meeting of Minds: Intellectual and Religious Interaction in East Asian Tradition of Thought*, N. Y., 1997, pp. 238—277.

[39] John Henry Wignore, *Law and Justice in Tokugawa Japan*, Tokyo, 1975; Dan Henderson, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, Univ. of Tokyo Press, 1965.

[40] 朴秉濂：《韩国法制史》，法文社，1974；Kathryn Bernhardt (ed), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford Univ. Press, 1994.

中国和朝鲜有着传统的律学，与儒学经典中的经学相比较，处于落后的技术学或杂学地位。日本的明法道家学一样，被特定的家门继承下来^[41]。西方的罗马学是从神官保密后被暴露后开始成为学问的，从东亚学问的法学来讲，其本质上无法被视为完全开放的。按解释成文化法典的技术性逻辑来讲是有所发展的。只是没有形成权力、所有权、时效等抽象的法概念，在规范的法学领域中没有得到很大发展是事实。

像西方罗马学出自于法典的注释一样，东亚法典的注释起到了重要的作用。“唐律疏议”、“律解辩疑”、“律学解颐”等注释书不仅在中国而且还传到朝鲜和日本发行。朝鲜把这种法律注释书采用作为科举律科试验的教科书，后来认为太难逐渐地免除了。日本通过中国古籍的进口接触到了法学书籍^[42]。日本从8世纪采用了中国律令，到了中世和近世初期，形成了独特的武士制度和封建制度，因此法律展开了非常复杂的形式。法的存在形式的发展也是非常复杂的。各地方有势力的将军和大名的割据，使中央职权的律令体制统制起来非常困难，就这样律令体制成为边缘，但历史家们并没觉得律令体制从此消失^[43]。

到了18世纪德川时代达到了关注中国法与制度的高潮。日本法学者 Dan Henderson 认为，德川时代的日本实现了中国法的“迷你收容”（amini-reception）^[44]。1700年德川将军面临着现实社会提出的人口与经济问题，把它通过什么原则解决？第八代将军德川吉宗（1716至1745年统治）试想通过新的引立法来解决上述问题，因此他加速研究中国法。为了解决问题，儒官们（具备儒学知识的官吏叫做儒官）研究了中国法和从唐律传下来的明律以及部分清律。在该研究中中国和朝鲜学者做出了很大贡献。中国的禅僧黄檗宗教授了日本的学者荻生徂徕，德川光国师从过朱舜之，名古屋地方（Nagoya）有老师吴仁显，除了这些中国学者之外，韩国的学者李真荣和他的儿子李梅溪、李一阳在和歌山县也教授过明律^[45]。壬辰倭乱时，李真荣和姜沆被日本视为战争俘虏逮捕。在恶劣的环境中，他们的汉文知识和儒学教养被认可之后，他们向藤原惺窝、林罗山等人教了儒学，同时教明律^[46]。

在日本人的帮助下，姜沆满四年后才回到朝鲜，他写的《看洋录》反映了当时韩日之间的情况，当年翻译成日文。李真荣的博大精深的学问和人品受到日本学者的尊敬，后来被推荐为和歌山县（Wakayama）文化的先驱者。在这里，我们可以看出东亚法学交流的有趣的一面。

经过中国法的学习和法学知识（以刑法为中心）的研究后，各地区开始制定法典。德川时代从事中国法研究的学者有：木神原篁洲（1656—1707），高濂喜朴（1668—1749），新井白石（1657—1725），前田纲纪（1643—1724）等人。1694年木神原篁洲撰写《大明律例直解》，1720年高濂喜朴拟定了“大明律例释义”，他们是根据中国的“《律例笺释》和参考朝鲜的《大明律直解》”写的^[47]。

[41] 布施尔平治：《明法道研究》，东京，1966。

[42] 奥野彦六：《德川幕府中国法》，创文社，1979。

[43] John W. Hall, *Government and Local Power in Japan, 500 to 1700*, Princeton Univ. Press, 1966; Ishii Ryosuke, *A History of Political Institutions in Japan*, Univ. of Tokyo Press, 1980; Carl Steenstrup, *A History of Law in Japan until 1868*, Leiden, 1991.

[44] Dan Henderson, *Chinese Legal Studies in Early 18th Century Japan*, *Journal of Asian Studies*, vol. 30. No. 1, 1970, pp. 21—56. 还有 *Chinese Influence on 18th Century Tokugawa Codes*, J. Cohen (ed.), *Essays on Chinese Legal Tradition*, 1980, pp. 270—301. 相似内容有; Osamu Oba, *Edo Period Studies on Tang, Ming and Ching*, B. Mcnight (ed.), *Law and State in Traditional East Asia*, Honolulu, 1987, pp. 111—131.

[45] 《关于李真荣父子》，李相熙，BUMOO社，1997。

[46] 阿部吉雄：《日本朱子学朝鲜》，东京大出版会，1965。

[47] 小林宏，高盐博编，高濂喜朴著：《大明律例释义》，创文社，平成元年，1—2页。

新井白石和前田纲纪在从中国和韩国引进书籍方面做出了贡献^[48]。新井白石觉得迎接朝鲜通信使方面过于浪费财政，提出了改革方案，为此开始研究朝鲜的官制和法^[49]，其中使用的书籍有“经国大典”和“大明律直”。

日本近代儒学史中有古学派鼻祖之称的伊藤仁齐（1627—1705）的长子，伊藤东涯（1670—1736）写的“朝鲜官职考”（1711）和“制度通”（1724）是关于这方面的书籍。解说“经国大典”史典之一部分的朝鲜官职考序文如下：

朝鲜是讲究礼仪的国家，明代洪武年间李氏建立的官阶和礼仪模仿了唐、宋制度。近来发现一本书，它用图片详细地记载着官职阶和禄秩的制度，这本书是根据万历以前的制度写的，我觉得虽然存在沿革，但大抵也不会超出图片上的范围，所以版刻流传下来^[50]。

这里所讲的“图”是指“经国大典”中用表格制作的部分，每格里用图来表示官职。

序文中亲切表示朝鲜是讲究礼仪的国家，“制度通”的序文也表明了对中国和朝鲜制度了解的渴望。

儒者诵法圣人之道倡导当世。世人说，儒者的道是上世的事、异方的习俗，不符合当今我国的需要。还有人说，中夏是文明的土地，礼乐的地方，我们国家夷服简陋，没有什么值得谈的。这两种观点都是错误的，从古代来看，西土（中国）神圣和人文逐渐地光明，给人们树立典、谟、训、诰，施以礼、乐、兵、刑。到了周代建立的百王大法使文化事物兴旺。如今的中夏可不是过去的中夏，现在闾阎委巷的人们不但分不清中夏的古今，提起我国古代的事都茫然自失，认为前世的礼俗和今日一样，真是让人叹惜。我国的治化兴旺，很多的功绩光辉灿烂。历史的法模仿尚书，官省中诸司的管掌模仿了三省的部寺。虽然，发掘记载的礼、乐、兵、刑，但规律度、量、衡制度都是有由来的。圣人怎能把它归结为异方或上世，不去研究它的由来呢？虽然作者知识浅薄，但是三代以来，宋到明通考了典章文物，参为本朝的制度提供给研究古代由来的人们，所以命名为制度通为序^[51]。

前田纲纪日记记载着当时研究明律的日本学者出现不懂的句子就去找李真荣父子解决的情景^[52]。听法律课当中，起重要作用的学者有室鸠巢、荻生观、木下平三郎等人，除了这些学者之外，德川吉宗聘请了法律专家荻生徂徕讲课。

1723年荻生徂徕和观兄弟发行了“明律享保刊行”，其中解释了中国法的460条律和382条令，使一般人便于理解^[53]。1725年荻生徂徕再次发行了“明律国字解”。它起着使一般日本人便于理解中国法的绝对的作用。目前，笔者分析荻生徂徕的释解和朝鲜出版的大明律直解之内容，发现不少相似点。

[48] 奥野彦六：《德川幕府中国法》，创文社，1979。

[49] 李泰镇：《经国大典的德川幕府流传》，三佛金元龙教授停年退任纪念论，一志社，1987。

[50] 伊藤东涯：《韩鲜官职考》，1711，序文。

[51] 伊藤东涯：《制度通》，1724，自序。

[52] Dan Henderson, *ibid.*, p. 33.

[53] Samuel Hideo Yamashita, *Master Sorai's Responsals*, Honolulu 1994; Maruyama Masao, *Studies in the Intellectual History of Tokugawa Japan*, Univ. of Tokyo Press, 1974; 丸山真男，日本政治思想史，东京，1997。

从以上可以看出，德川时代新的法不单基于中国和朝鲜的法，那里包含着中韩两国学者的参与。甚至出生在中国的深见新吉有邻和他的儿子新吉卫门有邻，入日本籍后的 1723 年，把“清会典”翻译成日文出版^[54]。还有东亚三国共同使用的法学书籍即中国的“洗冤录”^[55]，是 1247 年中国宋代宋慈撰写的，后来修改并编纂为“无冤录”，1393 年被朝鲜的崔致云发行为“无冤录注”，1796 年被发行为“增修无冤录”，1768 年被日本的河合甚兵卫尚久翻译发行^[56]。由此可知，法律执行的唯一的科学指针书（即东方式的法医学书）是在中、韩、日共同使用过的。按照科学史家 Joseph Needham 研究表明这本书早于西方法医书，比它们发达。^[57]

结 论

以上的东亚普通法的踪迹与西方刑法和行政法公法领域比较尤为突出，但是在民法领域内还需要在可行范围内进行研究^[58]。最近，因考古学和人类学、电视等大众媒体的发达，人们可以用过去无法想像的力量研究出各个文明圈之间的交流和共同点。

根据最近的研究，法的发音，中国是 Fa，韩国是 pop，日本是 Ho，“法”字也是从古代中文“Piwap-fawp-fat-fa 演变而来的。韩国的 POP，日本的 Fa 也是从古代中国传过去的。土耳其和蒙古的发音也非常相似。古代日语“fafuri”在神教领域内，法与咒术是否有关？语言学者在研究着两者之间的关系^[59]。从某种程度来讲，东亚普通法促进了东方三国的文明，法如水一样，由高流向低，发达的法影响发展中的法向发达的文明制度发展。比较法领域中这样的现象叫做受容或继受（Reception），说明了母法和子法的形成关系。东方三国为了达到发达法的标准，不断地在摸索，从这一点来看，很难接受马克思主义（Marxism）和 K. Wittvogel 的东亚“停滞性论”。但从临近国家的角度来看，接受中国法为普通法以后却阻碍了各自的发展。对于大幅受容中国大明律的朝鲜来说有过独自编纂法典，但根本上适用了中国的事例，这种文化现象只能看作是程度差异，不能视为本质差异。

特别是将东亚普通法的共同伦理基础或者形成为价值的共通线理解为一种东亚的自然法，由此具有了阻碍更新法的保守性。

按地理位置不同，中国法对临国的影响也不同，日本与朝鲜、越南比较起来，受到了间接的影响，不过可以看出日本非常积极地接收中国法。这种文化现象只能看出程度差异，不能视为本质差异。对于该现象的评价为追寻历史史观的问题，史实本身的前提为东亚普通法的存在。

笔者在哈佛大学发表这篇文章时，一位中国学者提出了质问。说“在全球化（Globalization）潮流中的今日，为什么提出有可能预见文明冲突的东亚普通法呢？”

[54] Dan Henderson, *ibid.* p. 41.

[55] Sung Tzu, tr. By Brian McKnight, *The Washing Away of Wrongs*, Ann Arbor, 1981.

[56] 金光燮译：《犯罪珍书》，现代警察文书 10，1982 年翻译出版。

[57] Joseph Needham, in: Sung Tzu, *ibid.* pp. Xi-Xiii.

[58] 朴秉濠：《韩国近世的土地所有权》，韩国法制史，1974；Hugh T. Scogin, *Civil Law in Traditional China*, in: K. Bernhardt/p. Huang (ed.), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford Univ. Press, 1994

[59] Roy Andrew Miller, *Chinese 法 (fa) in Altaic: A Further Note*, *Journal of the American Oriental Studies*, vol. 118, No. 2, April-June 1998, pp. 268—273; R. A. Miller & N. Naumann, *Altjapanisch FaFuri: Zu Priestertum und Schamanismus in vorbuddhistischen Japan*, *Mitteilungen der Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens*, vol. 116, Hamburg 1991; G. J. Ramstedt, *Studies in Korean Etymology*, Helsinki, 1949

笔者回答说 Samuel Huntington 的文明冲突论有一定的道理，可是冲突之前还需要对话的这一点，笔者不能接受，把东亚普通法论将来通过什么方式怎么使用？这就是需要东亚人考虑的微妙的政治问题，对笔者来说与政治无关，只是发现历史事实，所以想加以解释。笔者也知道“为什么提出东亚普通法？这种敏感的意见单方面来讲，担忧回复中华的世界观或者对大东亚共策（荣）圈提供历史以及理论基础。”

但是这只是将来政治的运用问题，笔者的目的在于把好象西方学者专用似的有关主要的学术概念拿出与西方法学界站在平等的立场上交流，而再解释和发展东亚法传统。

笔者认为经济史家和社会史家的研究是接近于以“一个社会具体面临的特殊性问题”为主课题，可是对法史学者来说，首先应该全面的了解构架和特点^[60]。

整体来看，在西方或其他文明圈关系中，东亚三国含有着共同公有的文化背景，该事实不用再解释。在一个事实的“同”与“异”中，东亚学者注重强调“异”的情性态度是否值得反省^[61]。该现象的出现不可避免是由于各国民族主义（Nationalism）和爱国主义起了很大作用。由此虽然东亚各国含有着不少共同点，但在某种领域中，缺乏互相联系的纽带，在国际关系上这也是罕见的。韩国、日本之间还存在着殖民统治的历史背景，由此很难互相结合和进行实际性的交流。在日本曾经主张过脱亚观点，现在回归着“脱欧入亚”的方向^[62]。

东亚的纽带与亲和力有利于三国，除了希腊、罗马文化以外，它是值得自豪的唯一保持着古代东亚文明的文化，要再整立。东亚普通法的发展有赖于东亚的自觉和成熟态度。总结起来，将来研究东亚（中国、韩国、日本、越南）法史应建立在普通法概念基础上，各自追求和分析民族的法制发展史。东亚的学者应该共同地完成此项工作。为该项工作需要东亚学者之间的共同研究，必要的话，通过与西方学者的交流加大研究的宽度和深度。

Abstract: East Asian common law is a concept developed on the basis of the ancient Chinese law and the unique characteristics of the Chinese, Korean and Japanese laws. It consists of four major elements: codification, Confucius legal culture, local rules and customary laws of villages, and legal study. The development of an East Asian common law depends on the self-consciousness and mature attitude of the East Asian people.

[60] 在经济学界也有同样的主张。森屿通夫：《亚洲经济共同体》，翰林日本学研究第1辑，1996年版，第20—33页。森屿通夫著，李基俊译：《Why has Japan succeeded》，一潮阁1982年版。

[61] 金海宗：《东亚古代文化的中心及其周边的试论》，载《东亚文化的比较史的研究》，一潮阁1976年版，第46—64页。高柄翔：《东亚国的相互疏远》，载《东亚的传统与变容》，文学和知行社1996年版，第95—112页。

[62] 福泽谕吉在其“脱亚论”中表示，我们谢绝真正亚洲东方的恶友，主张脱亚入欧的立场，不过最后受到批评。