

比较与借鉴

东亚法典的形成^x(日) 仁井田陞^{xx} 著 霍存福 丁相顺^{xxx} 译

前言

本文所讲的东亚律令法主要从固有法与继受法着眼。

在东西方法的历史中,法的继受主要是指:缅甸以及其他东南亚各国法律史上对印度法的继受;亚洲、非洲各国法律史上对伊斯兰法的继受;日耳曼法律史上对罗马法的继受;以及东亚各国法律史上对中国法的继受等。虽然对各种继受的政治、社会、经济各个条件不能作同等看待,但是这些法律继受都是各自历史上发生的重大事件。

但是,即使在两个相邻的法领域中,如果没有共同基础和互相需要,也不会产生法的继受。例如,中国和蒙古虽然相邻,但双方的(法律制度)也只不过停留在某种程度上的影响关系而已。在继受成为可能的共同基础中,必须要有经济基础,并且要有共同的需要。可以说,继受是根据需要的程度而产生的。虽然日本在继受隋唐律令以前就开始和其他各种文化一道不断地继受中国法,但是我认为(日本)在某一个时期中通过大量的立法,继受了中国法。也就是,日本在新经济体制的基础上,出现了统一国家的要求,这大大促进了对中国法,特别是隋唐法的继受。朝鲜和越南也或多或少地存在同样的因素。从文献中可以看到,日本、朝鲜、越南三国都有古老的继受法,但是我认为(隋唐时期)是三个国家中资料最为丰富的时期。日本是以大宝律令为中心;朝鲜是唐亡以后十世纪后开始建国的高丽法以及在此基础上出现的李氏朝鲜法,特别是十五世纪的经国大典;越南主要是以据说为现存最古老的法典——十五世纪的黎朝刑律为中心。高丽也好,越南(黎朝)也罢,都是在唐亡国后建立的,都受到了宋元以及明代法的影响,并且直接或间接地受到了唐代法的影响。

以下记述的只不过是问题的一部分而已——没有涉及田制和税制——用一句话来概括记述的目标的话,就是以唐代为首的法律对东亚各国产生了很大的影响。不过,虽然可以在刑法和交易法的层面上作如此说明,而在亲属法和继承法的层面上东亚各民族并没有抛弃自己的固有法而完全臣服在中国法面前。这样,就出现了在亲属法和继承法方面没有贯彻(唐代继受法),抑或没有完全贯彻(唐代继受法)的问题。本文就对这一继受和拒受的曲折过程加以探讨。从近代亚洲在欧美入侵以前都面临共同的课题这一角度上来讲,是“亚洲一体”的。这时,亚洲各国各民族拥有不同的法律、经济、社会和文化环境,在这方面“亚洲一体”是不矛盾的。现在,中国有五十余个少数民族,各个少数民族拥有各自的固有法——只要不与体制相矛盾——就得到承认。这种情况与“统一的中国”没有任何矛盾。这里就要回顾一下在同一东亚区域内,日本、朝鲜、越南三国与中国之间曾经具有何种程度的异质法,这三国又是在何种程度上继受了中国法。

X 本文出自日本东京大学名誉教授、创价大学教授池田温主持编写的《唐令拾遗补》一书(东京大学出版会,1997年3月25日),也是译者正在翻译该书的阶段性成果。全书以及本文的翻译得到了池田温教授的许可和帮助,谨致谢意。

XX (1904—1966) 已故东京大学教授。主要研究方向:中国法制史。代表性著作有《唐令拾遗》、《唐宋法律文书研究》、《中国法制史研究——法与习惯、法与道德》等,曾获得日本学术界最高奖——日本学士院奖。

XXX 霍存福,法学博士,吉林大学法学院教授,博士研究生导师。邮编:130012;丁相顺,法学博士,中国人民大学法学院讲师。邮编:100872。

一、武力统治与权威主义法律体系——律令格式

所谓武力英雄就是尽量掌握“武力统治”并将其隐藏起来，依靠这种潜在的“武力”来轻而易举地维系稳定的统治。当然，这并不是意味着在需要使用武力的时候不使用武力。法是现实中由掌权者制定的，但是，君主自己制定法律并不能掩盖法的统治与被统治关系的对立。根据儒教的观点“天生民，作之君，作之师。”也就是说，君主是受天的付托——根据天命来行使政治，法是接受天的付托由君主制定的。总而言之，这是在标榜实体法的正当性。如果法单纯地为君主恣意的话，将是难以维持的。旧中国权威主义法思想的根源就是天对制定法律的君主的一种付托。

但是，为了实现君主的统治，发挥权威主义的法实效，还需要帝王君主的外在表现行为。中国的帝

格式是弘仁格式，其后编纂了贞观格式、延喜格式。今天的格是通过会聚三代格的形式流传下来的，而式则只存在着延喜式。

可以从高丽史中看到高丽法律与唐法律的关系。但是，因为高丽是唐亡后十年建国的，在宋元明期间存续了近五百年（918 - 1392），因此也受到了宋元明法律的影响。

《高丽史》谈到了高丽使用过的律（律令）的篇目和条数：

11 狱官令二条； 21 名例律十二条； 31 卫禁四条； 41 职制律十四条； 51 户婚律四条； 61 厩库律三条； 71 擅兴律三条； 81 盗贼律六条； 91 斗讼律七条； 10、1 诈伪律二条； 111 杂律二条； 121 捕亡律八条； 131 断狱律四条。共十三篇七十一条。

而且，高丽史所引的高丽法律中有很多被认为属于唐律令体系。浅见博士汇集了这些引文，认为属于高丽的律还不到七十一条。而且，从高丽史中我还可以指出许多源自唐令的条文。列举一下来自唐令篇名的话，有：

三、外国人——属人主义与属地主义

(一) 外国人与其归化

在罗马上，外国人没有任何权利，无论在身体上、还是在财产上都得不到任何保护。“Hostis”这个词是“敌”的意思，同时也是“外国人”的意思。无论是谁，只要抓到 Hostis，就属于无主物的财产。将外国人看作劣等人种，几乎不承认他们的任何权利和得不到任何保护。古代的希腊也不例外。在中国古代文献的范围内，未将外国人看作“敌”，并且在同一个词语中也不表示这一意思。但是，中国从古代开始将外国人称作化外人、蕃夷、外蕃人、胡人等。如果是商人，就称作胡商、商胡等。华夷相分的意识表现在“化外”这样的用语中。外国或者外国人，中国或者中国人并不是相提并论的，（中外之间）可以见到不对等、不等质的内容。这与中华意识、天下意识是不可相分的。唐代称为“波斯”、“胡商”等的外国商人大多称为玉商，善于名玉的鉴别。当然，即使被称为外国人的并不仅仅局限于化外人，也就是所谓的西域人，北方、东方的的各国人或者外来于中国的化外人也为外国人。化外人的规定在继受唐代法的日本高丽以及越南法中也有同样表述。我国养老令的注释书——《令集解》中将唐人、唐国以外的人也列入夷狄之列。

根据唐代法，外国人与中国政府互市，与一般的老百姓进行私人交易，互相缔结交易契约；得到公许的情况下，还可以与中国人通婚。但是，禁止外国人与所娶妇人结伴回国。因此，“唐代法之下只要没有特别法令予以禁止，原则上享有 commercium et connubium”。在庆元条法事类中有蜚夷门一篇，收录了南宋时代的外国人以及归化的规定。当时也存在外国人与中国人交易，也允许雇佣中国人，允许与中国人通婚，但是禁止与所娶的中国人、所雇佣的中国人或者与中国人之间所生的孩子一起到国外（宋《卫禁律》）。

唐代还允许外国人归化。归化也被称为“投化”、“归朝”；而且，对于归化人还可以免除十年间课役。宋代也与唐代一样允许外国人归化。宋代的归化也叫做“归明”。归化人也就是归明人在制度上免除土地缴纳公课的优待。还有，在外国奴隶，也就是化外奴婢归化时，全部解放为良民。即使外国主人已经先此而归化，也不能将奴隶再次纳为奴隶（宋代户令）。唐令的原文虽然还不是明确，根据日本令与宋令的类似点来看，也大体上可以想见得到唐令的原形。“欧洲中世的 Wildfangsrecht，国王或者领主在某一期间内享有对在其领域内停留的外国人强制地纳为自己的隶民 serfs 的权利，而唐代法中则没有与此相当的东西。”宋代在这一点上也是如此。

(二) 属人法主义与属地法主义

四、五世纪的时候，在欧亚大陆展开了东西民族大转移。中国北方民族大规模南迁以后，进入了南北两朝对立时期。由于当时的北方民族侵入到中国的北半部，法律的属人对立就不可避免。但是，当今对属人法主义以及属地法主义的规定最明确的是在唐代以后。不仅唐代，其他朝代也发生了在中国聚居的外国人、异民族之间以及他们同中国人之间发生的法律冲突。当时处理涉外法律关系的原则是属人法主义以及属地法主义。人们居何处就随此人适用的法律称为属人法，对于涉外各种法律关系适用属人法的原则为属人法主义。与之相对，对于地域内任何人都适用的法律称为属地法，涉外法律关系适用属地法的原则称为属地法主义。

根据唐时来到广州的阿拉伯商人（Soleyman）的旅行日记记载，在广州发生的伊斯兰教徒的诉讼是由教徒担任法官，组成特别裁判所适用教徒的本国法进行审判。唐代时期，当同类外国人相互之间犯罪时，根据属人法主义依据其本国法处理；异类的外国人，例如高丽人与百济人之间的犯罪，则根据属地法主义适用中国法律（唐律）。这一原则为从唐代以后的中国各个王朝以及周边的各国，辽、宋、金、高丽、黎氏安南、日本等所采用。日本律和黎律都原文照搬。现在，列举唐律以下相关的条文：

唐律：诸化外人、同类自相犯者、各依本俗法，异类相犯者、以法律论（宋刑统相同）。

辽制：凡四姓相犯、皆用汉法；本类自相犯者，用本国法。

金律：诸同类自相犯者，各从本俗法。（诸字依意补充）。

高丽律：诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法。

安南黎律：诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法，异类相犯者，以法律论。

日本律：凡化外人，同类自相犯者，各依本俗法，异类相犯者，以法律论。

其中，辽法所说的四姓是指契丹、渤海、奚以及汉人。该法与唐律不同，并不使用“化外人”这一用语。虽然契丹人是统治民族，但是自己也适用该法，例如对于契丹人与渤海人之间的犯罪不是适用契丹法，而是适用中国法（汉法）。而且，契丹人之间的犯罪、渤海人之间的犯罪、以及中国人之间的犯罪分别适用各自的本国法律。金律对于统治阶级的女真族人之间的犯罪、对于被统治民族的中国人之间的犯罪以及契丹人之间的犯罪也分别适用其本俗法。但是女真人的情况也好、中国人的情况也好，这里所说的本俗法都是指金律，而未必是女真人自己的、本来的乡土法。但是，因为很难强迫女真人适用与中国人一样的法律，所以在金律（或者是金律令）的条文中规定了针对女真人按照女真固有法、适用于同中国人不同的法律的规定。例如女真人就与汉人不同，不禁止女真人在父祖生前别籍；还有，禁止汉人和渤海人迎娶死去的有服兄弟的妻子，也就是禁止 *levirate*，而只对于女真人则不予禁止。宋代法律对于国内异民族之间的问题，有时也适用异民族法律。

另外，明清律中也有化外人适用中国法律的规定，可以看出过去的属人法主义被废止了。但是，这里的化外人与唐律不同，明律中的化外人是指“来降”的化外人，而不是指化外人本身。清律也是如此，只是对蒙古人单独适用蒙古律例这样的特别法规。

四、刑法诸原则

（一）犯罪的外部行为与内部心理

与世界其他民族、其他国家的法律比较起来，中国刑法从很古老的时候就发展到了一定的水平。欧洲在进入十六世纪以前，其刑法还是未开发的状态。据说，中国七世纪的刑法典“即使是唐律，比起欧洲十九世纪的刑法典来也毫不逊色”。例举中国刑法典优秀性一面的话，与希腊、罗马、日尔曼古代法体系不同，中国古代法律从古代开始原则上对于没有犯罪意思的行为就不予处罚。日尔曼古谚说“行为杀人”，法只是处理结果的问题，不问主观的责任。无论是故意还是过失，只是根据发生的结果。其后的刑法在很长时间内都是以这种行为的客观结果为基准的。行为与其说是自由意思作用的，莫如说是鬼神的力量导致的命运；与其说是责任，莫如说是宿命。过失与偶然也没有作出区分。而且，没有在行为中表现出的意思不具有法律意义。因此，不能够处罚未遂、教唆、帮助等（行为）。进入法兰克福时代以后，在教会忏悔习俗的影响下，更多地开始考虑意思的要素。一般地看来，法兰克福时代仍然是建立在结果责任的基础上，这似乎是在很晚的时候，看到了中国刑法的发达以后，加以借鉴的结果。

不用说中国，七、八世纪的唐律，即便在更早的时候实际上就开始区分故意和过失。对于未遂与着手前的预备（准备行为）、阴谋（犯罪的合意）以及对于教唆等也给予处罚。因此，例如唐律将九十岁以上、以及七岁以下的人作为绝对无行为能力人，对其行为不追究刑事责任。八十岁以上十岁以下、以及七十岁以上十五岁以下的，作为限制责任能力人给予减轻处罚。中国古代刑法的责任论考虑犯罪人的犯罪意思（恶意），这是以一种道义责任论为核心的。中国古代刑法重视犯罪人的内心，但是并非不考虑犯罪人的外部行为。也就是，犯罪人要对自己所选择的行为负责任。这种责任是对行为量的比例的报应（等量的报应）。法律规定，即使是同样的伤害罪，殴打他人损伤人的一枚牙齿、或者折断一根手指、或者打瞎人的一只眼睛处以徒刑一年；损伤他人的两只牙齿、或者两根手指时处以徒刑一年半；打瞎人的两只眼睛时是处以徒刑二年；拔掉人的头发一寸以上时，处以杖八十，如果拔人头发以致于不能够形成发髻程度的话，处以徒刑一年半。

中国古代刑法很早就是权力统治的最极端方式，对于君父的犯罪科处最高刑。只要是阴谋杀害君父——在着手以前的预备阴谋阶段——就已经可以处罚。宋代以后，对于君亲犯罪科处极刑——凌迟处死，也就是活生生地剥掉、切碎犯人的骨肉，或者活生生地切掉手足以及胸腹、露出内脏，最终割首处死；而且禁止埋葬处死的犯人。不能从使用这种刑罚的中国人的国民性来理解中国古代的刑法。对于反

逆拥有无限恩情的君父的，就要科处无限的制裁。在这种情况下，责任就是行为量的比例——无限对无限——的科刑。

这样，在承认犯罪外部行为的现实意义的同时，也重视内部的心理动机的中国刑法的观点也在日本、朝鲜以及越南的法律中继承下来。也就是说，我国的律、高丽初期的法、以及越南的黎律基本上都继承了中国古代刑法区分故意和过失，对于未完成行为的未遂、以及着手以前的预备，对阴谋的处罚法，关于责任能力的规定，按照责任与行为量的比例采取报应刑主义等内容。还有，养老律也好、越南的黎律也好，都处罚教唆行为，由于受到唐代以后的中国刑法的影响，越南法甚至还继承了凌迟之法。

(二) 自由刑制度的发展

作为中国古代刑法优秀性的一面，自由刑（劳役刑）在刑罚体系中所占的地位很重要，必须说明自由刑的发展程度。从古代开始，中国自由刑的发展程度就是世界其他国家所无法比拟的。即使在被称为欧洲划时代的十六世纪德国刑法典中，也规定了车刑（用车撕裂）、串刺刑、断手刑、断指刑、抉目刑（挖眼睛）、断耳刑、断鼻刑、断舌刑等，死刑的执行方法也是多种多样的，大量存在流血的刑罚。中国也不是没有流血刑罚的历史时期，也实行过黥刑、劓刑、刖刑、以及宫刑（男子去势）。但是，这一历史时期是在公元前，也就是在汉代以前的历史时期中存在。而且，与之相反，取而代之的是笞杖刑这样的身体刑。国刑的发展汉唐以前自由刑。但是，即使是自由刑，中国也不是为了进行道德教育。中国自由刑

治的意图。因此，加上对人民力量的评价认识，虽然中国也不能无视人民的力量，但是中国与欧洲刑法思想的基础中存在着历史性的、质的差别。

上述中国的法定主义的主张正如从晋律和唐律中所规定的那样：断罪必依律令正条，就清楚地体现

n

天在中国和日本实行的保证制度中，保证人是从债务人，负有保证人或者与主债务人一样的债务。但是，在唐代的杂令中有“如负债者逃，保人代偿”的规定，这里的保人（保证人）负有保证债务人不得逃亡，注意防止债务人不逃亡的注意义务，如果债务人逃亡的话，应该加以搜索，并将其送回原地。而且，万一搜索不到或者不能将其带回原地的话，保证人应该负代偿义务。这里的保证就是学者们所说的留住保证（Stillesitzburgschaft），从中也可以看到对债务（Schuld）以及责任（Haftung）的区分。当然，在不存在债务的前提下，也不存在责任。一般地，债务人负有债务履行的义务，这里的保人则不同，要担保债务人不得逃亡、停留在原地，也就是担保债务人的行为和不行为。保人与债务人并不负担同一债务，而是要负担独立的单独债务这一点是与近世法律保证制度相区别的特色。而且，在库木吐喇和和阗发现的唐代借钱文书中，在唐令和对其相互印证的保证文书中可以看到“如举钱后，东西逃避，一仰保人代还”，“如身东西不在，一仰同取保人代还”等内容。这种保证也可以在巴伐利亚和荷马的奥德塞的史料中看到。

（二）宋元以及日本、越南的留住保证

然而与唐杂令相同的规定也可以在《养老杂令》中看到，在正仓院文书中也可以看到这种保证文书的存在（发现唐以及日本法中留住保证的是中田博士），其中可以看到唐法的影响。前述唐代保证文书并不单纯是从库木吐喇和和阗出土的，宋代的关市令以及金代和元代的令中也有规定。在元代的文书中也体现出相关的保证制，这种保证制即使在明清时期让位于新的保证制度以后，也在继续使用。在金瓶梅中也有这里所说的古代保证制。但是，这种留住保证制度也可以在黎氏安南的刑律看到。黎氏刑律是在中国明代（十五世纪）时期制定的。这种保证法虽然在明律中没有看到，也不能说没有宋元法律的影响，但是其来源于唐代法，至少间接地与唐代法有关系。为了参考，下面列举唐、宋、金、元、日本以及黎朝的法律：

唐令：诸公私以财物出举者，任依私契，官为不理，……家资尽者，役身折酬，役通取户内男口，……若违法积利、契外擎夺、及非出息之债者、官为理、……如负债者逃、保人代偿（参见宋刑统所引杂令）。

宋庆元令：诸负债违契不偿、官为理索、欠者逃亡、保人代偿、各不得留禁、云云（据庆元条法事类）。

金泰和令：（元至元杂令）诸以财物出举者、……若欠户全逃、保人自用代偿（据事林广记）。

日本令：凡公私以财物出举者、任依私契、官为不理、……家资尽者、役身折酬、……若违法积利、契外擎夺及非出息之债者、官为理、……如负债者逃避、保人代偿。

安南黎律：诸负债逃亡者、咱保主代偿本分、即原契、有约同伴代偿、如之、违者杖八十、若有子咱追于其子。

应该注意上述规定都是有关债务人逃亡、以及保证人代偿制度。最近，根据护雅夫的研究，从西域发现的元代维吾尔文书中也可以看到这种保证制度。

六、财产的私人扣压制度

（一）私人扣押

与保证制度一样，在东亚各国法上相关联、应该注意的一个问题是财产扣押——财产的私人扣押制度。唐代的金钱、粟帛的消费借贷中，有附利息的和无利息两种方式。在无利息消费借贷的情况下，当债务人不履行债务时，就要象唐律规定的那样，由官对之科处刑罚并强制履行。在附利息的情况下，即使不履行也不适用该法。并且，官吏对于契约的成立也不得加以干预。但是，正如中田博士指出的那样，在欧洲法律史中，同法兰克时代的 Privatpfandung 同样，唐的法律是由债务人向官府提出，对不履行债务的债务人的财产通过自力的方式牵掣（掣夺），也就是这里所说的允许进行私人进行扣压。而且，（债务人）未向官府提出时，即使扣压，当扣压金额超出债权额的时候，或者未对（债务人）处罚、但超出债权额的时候，可以根据杂律对之进行处罚。唐杂令规定在附利息的消费借贷时，在债权的范围内

也承认民间扣压。今天，根据斯坦因探险队和阆发现的唐代借钱、借粟证书中，附利息和无利息中都附载着私人扣压的特约。其文言是“如违限不还、一任僧虔英牵擎霍昕悦家资牛畜、将充粟值、有剩不追”“过月如上不付、即任牵擎家资、用充本利值”之类，扣压家资以及其他家畜（牵掣）充当原本和利息，有时，也有即使私人扣压额超出债权额、也不返还旨趣的特约。而且，这种文书也可以在斯坦因和佩理欧两探险队的敦煌发现中看到。但是，即使根据相关的财产扣压制度也不能满足债权的时候，债权人可以拘禁债务人一家中的男子；如果没有男子的话，可以拘禁债务人自身，让其通过劳务来代偿还债务。在宋刑统中援引的唐代杂令中，可以看到相关的条文中有“家资尽者、役身折酬、役通户内男口”的规定。也就是，在唐以及宋初的法律中，债权人首先就债务人的总财产实现财产偿还责任，其次享有扣压债务人或者其家族的身体、实现身体的代偿责任的权利。允许债权人在其现实的支配力量下，确保 Haftung。事实上，在唐代作为债权人强制债务人履行义务的手段，不仅仅债务人的财产、债务人自身及其家族的人身也常常被扣压。这也是与古代奴隶制相对应的制度。与之相对，在十三世纪初南宋时代的庆元令中，不仅看不到扣压规定，相反，却规定了禁止扣压规定；在法条上属于同一系统的元代法条中，没有扣压以及禁止扣压的规定；在明清律中，不仅禁止扣压身体、就是财产也禁止私人扣压。在国家制定法上，私人的执行范围经过一定的时代变得狭窄了，最后完全被禁止。但是，现实中，不能否定高利贷和地主私人扣压的事实（特别是明清时期的地主，例如，参照《皇明条法事类纂》和江苏省例。）

（二）日本、朝鲜、安南的私人扣压

那么，唐令中看到的私人扣压方法也被上述各国所继承。下面例举一下唐、日本、高丽以及安南黎朝的律文。

唐律：诸负债不告官司、而强牵财物、过本契者、坐赃论

日本律：凡负债不告官司、而强牵财物、过本契者、坐赃论

高丽律：负债不告官司、强牵财物、过本者、一尺笞二十、一匹三十、……十匹徒一年、……五十匹徒三年、仍勒依原契还主（顺便说明一下，高丽律的“一尺笞二十云云五十匹徒三年”与唐律的“坐赃论”意思相同。）

安南黎律：诸追偿不告官司、而强牵财物、过本契者、杖八十、计其财物偿之、余还负债者。

对于日本律令中看到的私人扣压，虽然中田博士已经与唐律作了比较并加以论述，同样，私人扣压在高丽的律和越南的律中（十五世纪）作了规定。而且，如前述那样，在中国唐代以后私人扣压制度受到限制或者干脆被禁止，黎律保存了中国古代法律的原形，也就是唐律的风貌，由此不难看出以唐律为范本制定制度的渊源。

七、亲等制度

在东西法律历史之中，计算亲族之间远近的亲等计算法有几个类型。在东亚有代表性的是中国和朝鲜。它们之间类似于日尔曼与罗马法的计算法。那么，中国的亲等制是否为毗邻的朝鲜继受下来了呢？如果继受下来的话，其形态又是如何的呢？在罗马法式、也就是日本法的情况下，关于直系亲，如果有象父子那样一代的间隔，就计算为一亲等。旁系亲等的计算法是从旁系亲二人开始追溯到其共同祖先，来计算其世代数的总数。因此，兄弟是二等亲，叔父与其侄子是三等亲，从兄弟是四等亲。与之相对，在日尔曼法中，计算旁系亲远近的方法寺院法制度是对与自己有共同祖先的同一世数的旁系亲（这种情况除去兄弟姐妹）的分类法。根据这一分类法，第一类是从兄弟、第二类是再从兄弟、第三类是三从兄弟、第四类是四从兄弟。这是与自己同一世代的横向排列。但是，对于与自己共同祖先不是同一世代的旁系亲，例如，自己与叔父之间的亲等，是根据两人到共同祖先世数的较长一方为基准来计算的。其结果，叔父也好、从兄弟也好，与自己都是同等亲。再从兄弟、其父亲，以及其祖父三者都是自己的同等

亲族分类法在中国亲族关系的各种制度，特别是五等丧服制度——五服制度中明显表现出来。

在五服制度中，说到旁系亲：11 兄弟被称为期亲，丧服期间为一年；21 从兄弟是大功亲，丧服期间为九个月；31 再从兄弟是小功亲，服丧期间是五个月；41 三从兄弟是缌麻亲，服丧期间是三个月。这种与自己同一世代的横向排列上的亲族被分成各类，并根据其亲疏来决定丧服。比缌麻亲更远的袒免亲是丧服极其简单的亲族。在旁系亲中，对于和自己是共同祖先但世数不同的，不管世数远近和自然血缘亲疏，都是按照到共同祖先长的一方来分类。但是伯叔拟作父亲，侄子拟作儿子，都是够格的期亲。还有，中国固有的亲等算法不是象罗马式和宗教法那样单纯地计算世数的世数亲等制，而是反映出家父长制的各种关系，或者说具有身份亲等制的特征（性格）。也就是，（儿子）对父亲的丧服期间和其父亲对儿子的服丧期间之间存在差异；即使同是儿子，嫡子是三年，其他众子是一年，即使同是孙子，嫡孙是一年，其他众孙服九月丧期；还有，夫和妻妾之间的丧服期间也存在差异。

与中国这种所谓的日尔曼法方式的亲等算法相对，在东亚朝鲜从很久以来使用罗马法方式的算法。在朝鲜直系亲与旁系亲中，除了兄弟姐妹用各自固有的亲族名来称呼以外，其他表示亲等时用“寸”。而且，这种旁系亲之间的亲等算法完全同罗马法一样，按照从旁系亲开始到共同祖先的世数之和。世数之和如果是四（世代），那么就是四寸亲，如果是六（世代），就是六寸亲。而且，如果甲是乙的九寸亲，甲就相当于乙的三从兄弟。再有，如果甲是乙的八寸亲，甲就相当于再从兄弟的孙子（参见

九、关于家族共产制的问题

(一) 家产分割与遗产继承

考察各个民族的历史，虽然存在不能说象罗马法这样的父子共产制的情况，但是，象印度、斯拉伯、日尔曼等这样的家族共产制明确的情况也不少。在家族共产制中，父子之间成立共产的情况与从共同继承父的财产的兄弟开始共产的情况也很多。在中国，唐代前后，在兄弟这样的旁系亲之间成立共产是很明确了，但是在唐代以前父子之间是否成立共产制则不很明确。但是，根据纪元前的儒教经典和注释书以及土地买卖证书等，我认为是否可以说在很古的时候就出现了父子之间的共产制。七、八世纪唐代法典以后，毫无疑问，兄弟之间成立财产共产制，父子之间也成立“同居共财”关系，而且禁止将家长管理的共产任意变卖和质押，让他人盗窃“己家之物”时，以“未得家产管理者家长同意山寨用财罪”处罚。也就是，家财是“己家之物”，子本人不过是其中的所有人之一，让人偷盗时，子本人并不成立犯罪。还有，根据唐代法律，妾与不是奴隶的所有人，因此也不是奴隶的主人。所以，奴隶即使奸淫家长的妾，也不能构成冒犯主人。但是，家长之妻和女儿都是奴隶的所有人和主人，奴隶奸淫家长之妻和女儿，就构成奸淫奴隶。从这一点来看，毫无疑问，在唐代法中，父子之间成立共产制，除了妾以外，妻子和女儿是家财的共有人。虽然有家父长子的阴影，即使在唐后的法律和注释书中，也难以看到应该否定这种父子间团体所有关系的根据。

上面以唐律和明律这样的法律为中心进行了论述，那么在一般社会中如何看待家产关系呢？就此，也可以看到父权专有制的观点，但是并不一定统一，父子共产制直到后世也没有被否定。关于对这一问题的理解，在财产交易的时候，由谁作为交易的主体也是断定问题的一个方法。

对外交易由家长担当，未必与家族有直接的关系。但是，根据我所调查的清代土地买卖证书的种类，可以在安徽、江西、湖北、湖南、广东等很广的范围内看到父子共同成为买主、卖主的习惯。父子作为卖主成为共同的价金受领人，如果卖掉不属于自己的土地时的责任由成为卖主的父子共同负担。这样的事情不仅仅在清代，往前追溯，汉代的土地买卖证书，从斯坦因探险队在敦煌发现的奴隶土地买卖文书中也有写明。在清代买卖证书中写有“父子合口商议”，这说明作为卖主的父子在变卖家产的时候经过商量的（事实）。在兄弟商量的基础上变卖的情况下，同样写有“兄弟合口商量”。

但是，日本的律令参考了唐律令规定了家族“同居共财”的家制。根据中田博士的看法，姑且不看规定的外形，其实质并不是以唐代那样的共产家族，而是以家父长专有主义为基础的非共产的家制度。因此，和唐令一样，也有禁止儿子任意买卖质典财产的规定，其财产在令义解中说明为“家长物”。日本律令制实质上是受到唐律令的影响，但是可以看到与唐律令不同的地方。越南法也长久地受到中国法的影响，但还有固有法的浓厚色彩。观察黎朝刑律，与唐律一样，有关于“使人盗己家财物”的规定。在唐律中，即使让人盗己物，让人盗窃的儿子也不构成盗犯，就是因为儿子也是己家的财物的所有人。但是，越南法上，让人盗（己家之物）的儿子也要受到法律的处罚。为什么呢？就是在越南法中夫妇（父母）之间也成立共产制。考察越南黎朝时期的财产继承文书的话，没有区分象唐代法这种意义上的“己家财物”，而是区分了“夫妻己物”。那么，朝鲜又是如何呢？对此的解答是很复杂的。即使让别人盗窃同样的家产，越南法作为盗罪处罚，高丽法中比照如果没有得到家长的许可而使用家财的规定来处罚。还有，高丽法中，与唐律令一样，设置了共产分割规定（应分财物条）。共产分割与继承在法律上的含义是不同的。分割共产并不是继承。继承就是将自己拥有的地位在时候传承下去。那么，高丽法的内容在实质上是否与中国法一样，是父子共产制或者不是父（或者父母）的专有财产制，对于这一问题还不能立刻作出明确的回答。调查李朝的法律并由此来类推李朝法律的沿革，这或许是研究上的一个方法。但是在各个民族的法律中，根据各个不同的历史时期的历史条件，即使象日尔曼法那样就实行父子共产制，也有在后来父子之间的共产关系消灭的事例。因此，从李朝时代开始类推是否合适，我认为还存在问题。但是可以想象的一个可能是，高丽法中唐律令的影响是很强的——或者说以唐律为据法——因此，不能说现实的法在规定的表面上隐藏了许多。与高丽时代李朝一样，我认为，被称为父母财

产的法习惯是否在规制着现实的社会呢？对此，还有待于今后的研究。但是，李氏朝鲜时代中尽管有明代法的影响，但是，规定“父母奴婢”或者“父奴婢”继承法的经国大典是存在的。显然，这不是家产分割法，而是遗产继承法。其中并不以父子共产制为前提。

（二）遗嘱制度（遗言）

围绕东亚各国的家族共产制的问题，可以通过调查遗嘱制度得以解释。日尔曼古代法中，财产的继承人是根据血缘自然确定的，而不是象在罗马法遗嘱制度中那样指定继承人。在罗马家父长拥有的处置财产的自由并不仅仅限定在生前。罗马的家父长权力的绝对性要求在（处置）自己死后的事情的遗嘱中具有无限制的自由。在罗马，此种财产继承制是以家父长的生前处分或者遗言为前提。也就是说，家父长确定继承人是以作为被继承人的家父长的自由意思的自由继承主义为前提，在生前处分和没有遗言的情况下，才开始进行法定继承。这一点与中国的制度和原则是完全不同的。在中国虽然不能说没有遗言制度，但是遗言的内容一般在共产分割中而不是在遗产继承中。法律上的分割比例是对儿子均分，并且原则上也不能根据遗嘱加以任意改变。我国的大宝令从表面看来与唐令一样，但是到了养老令，不问财产继承制是生前处分还是遗嘱处分，其内容是由家父长对家父长个人的财产进行处分。法定继承成为补充。越南黎律也与日本一样，同中国法不同。它们都是以遗嘱继承为原则，父母可以在生前任意或者通过遗嘱处分其财产，法定继承规定是在没有遗嘱的情况下开始进行。不采取父子共产制的日本以及越南法与中国法在遗嘱制度这一点上是对立的。所以，如果不理解遗嘱制度，越南法也好，日本法也好，就难以理解继承制的重要部分。李氏朝鲜也是“按照遗嘱对子女分割财产时，一般也要相妻妾，兄弟分割财产”。所以可以说李朝时期的父母所有权，也就是除了儿子以外的父母的所有权已经很明确了。高丽时代的遗言制度还不是很清楚。其中的一个理由是在形式上继受了不将遗嘱制度作为一个重要内容的中国家产分割法而导致的结果吧。

（三）女子份额

在东亚各国中，对于孩子是不问男女，不问嫡庶，都可以占有财产。但是，关于分配额或者说分配率，各国法律是存在差别的。在革命之前的中国，对于女子的分配额是极其少的。在唐代法中家财也是在男子之间分配。不过，女子在结婚之际，可以获得所占有的财产，其数额是男子分得数额的一半。但是，女子的地位以及等级在很长的历史中一直很低，其中有一个历史时期应该给予重视。那就是十二、三世纪南宋家产法上女子的地位。这正象谚语所说的“男子是两手，女子是单手”来获取家产，也就是“女子应该承继男子的一半家产”。这里的女子分法——在后世虽然被忘记了——我认为这是建立在南宋占据的淮河或者长江流域以南地带中从很古的时候就存在的习俗。南宋时期家产法反映的女子地位在中国法史中颇有特色，但是这在以中国为核心的东亚各国中却未必珍稀。在日本养老令中，女子可以与男子一起共同继承遗产，其继承份额是男子的一半。养老令的女子分与大宝令和唐令也不同。在越南律中，为了祭祀祖先，只对长子给予增加家产二十分之一的（优遇），其他家产在兄弟姐妹之间均分。在朝鲜的高丽时代，由男子占据土地的分割份额，奴隶，父母的其他财产在男女（子女）之间平均分配，到了高丽末期，土地也是按照这种方式分配。（旗田教授）李朝初期的继承法也是规定女子与男子共同继承土地和奴隶。其继承比例是首先承认祭祀继承人享有五分之一的增额，除了增额以外，对于嫡子不问男女平等分配。还有，根据嫡庶异分主义，虽然对于妾的子女在基础上处于极其不利的地位，但是即使在这种情况下，在妾子之间，男子与女子在继承的份额上也是平等的。与继承法上男子优先的原则并行，类似于罗马继承法