

中西民事法律的异同与合一

黄宗智

现代西方的,特别是现当代中国所有意模仿的大陆法系(尤其是德国的),要求法律成为一个演绎逻辑上完全整合的、前后一贯的体系。它的民事法律从几个基本前提设定出发,以个人、权利、对错为其关键要点,据此得出其体系的整体框架和细节。其基本思路类似欧几里得几何学,也和牛顿力学及其所处理的机械世界相似,在几个给定的前提设定下,将其演绎为普适律条。据此,建立了一个高度专业化和自我封闭的体系。其关键人员(法官、律师)乃是法律“专家”,一般人不能问津。

中国的传统法律体系则十分不同,它的基本出发点不是可以完全逻辑化的欧几里得几何学或机械世界,而是不可演绎逻辑化的人间世界。其中,二元并存互动而不是对立推拉乃是关键。其主要对象不是个人而是家庭及其人际关系。主要关乎“民法”(“细事”)的基本出发点不是个人权利而是人际间的“仁”道德理念,不是对错而是“和”,来源不是几何学或牛顿的机器世界观,而是人间的世界。人员不是法律专家而是来自儒学的道德化人士。

进入现当代,中国法律受到西方法律的强烈冲击,逐步纳入了越来越多的西方民事法律要点。虽然如此,其基本思维迄今仍然是一种源自人间的 worldview,是个二元和多元互动合一的世界,不是单一元的、逻辑化的几何学世界或二元对立、非此即彼的推拉机械世界。固然,在西方民法的冲击和影响下,中国如今的民法也采纳了诸多西方的法理和准则,包括个人权利和专业化法律体系和人士等要点。

我们首先要识别传统中国法律体系与西方的不同。中国传统的法律人士从来就不是一种“专业”人士,而是儒家的以道德修养为关键要点的人士。它同时更是一个扎根于全社会人际关系的广义“正义体系”,而不是范围狭窄的法庭专业体系。这方面,即便相比英美“普通法”系,也差别显著。

要认识中国的广义正义体系,我们首先要关注到,即便是其正规司法部门(当代的法院、古代的衙门),也惯常从事调解,过去如此,如今仍然如此,与西方法院十分不同。在西方法院的实际运作中,基本谈不上调解。这里我们须要区别西方正规法院体系之内常见的“庭外协议”out of court settlement 和真正意义的“调解”:前者是由双方律师和

当事人面对法院案件进程胜负概率而达成的协议，鲜有第三方参与，更不用说主持，不该称作调解；后者则是主要由第三方主持和协调而达成的和解。两者实际性质十分不同，不可笼统等同。在当代中国的改革初期，司法调解结案的案件在法院处理的所有案件中，占到高达 70%的比例，如今则仍然占比 30%以上，与西方法院截然不同。

更有进者，在中国传统中的正规衙门之外，还连带着宽广的、渗透全社会的广义正义体系。它是一个从正式化（衙门、法院）的司法，到半正式的（笔者称作）“第三领域”——譬如，由半正式的基层“乡保”或“村长”“会首”等主持的，或一方投诉之后而激发的更积极的、考虑到正规法律的非正式调解——再到纯粹民间的非正式调解的连续体。这是“中华法系”一个特别重要的特点，与现代西方法律主要依赖正式化的法庭制度十分不同。西方民事法律体系的主要历史趋势是越来越正式化和专业化，即便可以按需要纳入由非专业人士组成的陪审团的美国普通法民事法律体系也如此。

如今在普通法的美国，由第三方主持的真正意义的调解只可见于正规法院体系之外，并仅仅处理所有有记录的纠纷中的微少 0.7%；至于欧洲的大陆法系，调解占比最高的荷兰也仅仅 3%。相比中国如今在正规体系以外的调解今天仍然占到 40%上下的比例差别悬殊，截然不同。

中国的法院体系在现代之前的历史上依赖的主要是受到以道德教育和修养为重的儒家官员，而不是受到专业法律培训的法官和律师。固然，中国传统司法中也带有一定程度的“专业”人士的参与，但其性质与西方很不一样的。那些以法律为其“专业”的人员多是相对低级的、县令们的（“钱谷”和）“刑名”“幕友”。此外则大多仅是不被人们看好的“讼师”或“讼棍”。这方面，中国和西方形成鲜明的对照。

当然，进入现当代，中国相当程度上采纳、引进了西方的制度，包括其专业化法学教育和培训、正规法院、专业法官和律师等的制度。但是，虽然如此，其民事正义体系整体仍然保留了诸多传统的惯习和“特色”，包括西方基本没有的法院调解，也包括西方少有的民间和半民间的广义正义体系的调解（譬如，如今的民间、社区、单位、基层司法服务、公安局等的调解）。

更有进者，即便在中国似乎最高度引进和模仿西方的正式成文法律领域中，实际上今天仍然包含着众多中国的“特色”。譬如，在继承法中，虽然采纳了男女（个人）平等的基本原则，但是在细化的条文层面上，仍然照顾到中国社会生活的实际——纳入了远比西

方重视赡养双亲责任的道德与实用考量。子女继承中，赡养老人者可以依法多得，不赡养者少得。特别是相对农村社会的实际来说，作出了偏重肩负赡养责任的、实际上多是男子一方，可以多得的继承规定。

又譬如，在离婚法方面，并没有采纳西方的，先是偏重必分对错的过错原则，而后是由于不可持续的长期昂贵离婚争执，在1960到1980年期间决定采纳之后不再考虑过错，单方要求便可离婚的原则。而是，采用了中国特色的“夫妻感情是否破裂”的准则，将婚姻问题视作一种人际关系问题，而非两个分别个人的对错或权利问题。

更有进者，在侵权法方面，也没有简单采纳西方设定的逻辑化的、没有过错便没有赔偿责任的基本原则，而是采纳了即便没有过错，鉴于实际情况，仍然可以由相关当事人负担一定程度的民事责任的条文。藉此，允许法院适当纳入对错之外的道德或实用考量。

也就是说，我们决不可简单认定，中国的正式成文民事法律已经完全照抄了西方的模式，而是要认识到即便是在成文法的层面，不仅是实际操作层面上，新的中国民事法律仍然较多根据中国的不同客观实际和思维而纳入了不同于西方的、适应中国社会具体情况的方方面面的法律条文，绝对不是简单的全盘移植。其中，最根本的也许是，没有完全接纳西方以个人权利为主和简单必分对错的基本法理及其逻辑化演绎。

如今的中国正义体系处于一种两种逻辑兼有的既合一又带有张力的状态。其中既有明确的取舍，也有合一，更有并存和拉锯。西方的法律思维强烈要求逻辑上前后一贯，而中国的则多倾向二元并立，甚至矛盾并存。前者要求非此即彼，后者则容纳二元共立和相互作用。

展望未来，我们可以说，虽然中国如今已经相当程度上采纳了西方的正式民事法律制度——包括专业化的法学院、法院和律师等制度和体系，也包括一定程度的西方法理，但我们绝对不可将其简单理解为必定会逐渐成为西方那样的紧密逻辑化、正式化、专业化，强烈倾向必分胜负对错的体系。中国的正义体系仍然是一个结合长期以来的中国法律的一些基本要点，包括其以人际关系而不是个人权利为主的倾向，实际与实用而非演绎逻辑化的考量，更包括其相对偏重调解的传统，从非正式到半正式到正式的调解连续体。

至于未来，中国如今已经日益摆脱之前曾经有过一定影响的想要简单全盘模仿西方的倾向。我们可以预期，在广义的正式、半正式与非正式的民事正义体系连续体中，中国将

会仍然较多融入传统的法理以及调解而非必分对错的非此即彼进路。那样的正义体系将会是结合、磨合中西的体系，类似历史上汉代以来结合儒家与法家的“中华法系”那样。

本文是作者根据自己的四卷本专著——《清代的法律、社会与文化》（2001）《法典、习俗与司法实践：清代于民国的比较》（2003）《过去和现在：中国民事法律实践的探索》（2014）以及《中国的新型正义体系》（2020）——的高度简单化介绍和总结。读者如果要挑出单一两篇文章的话，也许可以考虑《中国古今的民刑事正义体系——全球视野下的中华法系》以及《中西法律如何融合：道德、权利与实用》。