

维谢格拉迪·安道尔 (*Visegrády Antal*)

# 主要监管和导向性法律文化中的 替代性争端解决方式



## 概述

本文在澄清法律文化的意义后，讨论（包括英国和匈牙利在内的）六大欧洲以及伊斯兰教、非洲、印度教和远东（中国和日本）法律体系中的替代性争端解决方式的运作和效率。本论文的最终结论是，自20世纪开始，法律文化领域发生了明显的重组。这个重组主要有两个发展方向。一方面，是公民对司法系统的不满一类的各种原因，西方法律文化正在探索并对替代性争端解决方式越来越开放。另一方面，在东方法律文化中，法律在解决纠纷中的作用正在逐渐增强。

**关键词：**法律文化、替代性争端解决方式、欧洲法律、非洲和亚洲法律

---

## 法律的功能

众所周知，法律的功能之一是帮助形成公民和组织之间以及他们与国家之间的关系，并且帮助解决这些关系中产生的矛盾。法律只是社会处理矛盾和争端的手段之一。几乎在世界各地，在解决争端时都有绕过法律和执法机构的趋势，而且越来越多地使用所谓的非正式机制。其原因很多，包括非正式争端解决的灵活性和效用。在法律体系中，处理矛盾和纠纷的最重要机构是法院。然而，从历史上看，也形成了另外两种类型的争端解决程序（第二种形式）。一种是双方通过直接谈判达成一致，可能的话，在助手或专家的帮助下。另一种解决矛盾的方式

---

维谢格拉迪·安道尔博士教授 (Prof. Dr. Dr. Hc. Visegrády Antal) 荣誉博士，讲座教授，匈牙利科学院博士 ([visegrady.antal@ajk.pte.hu](mailto:visegrady.antal@ajk.pte.hu))。

基于第三方的引进。最后,在某些情况下,双方没有选择,必须求助于第三人或组织,后者根据预先确定的规则(法规)作出决定。

法律参与矛盾的解决并不意味着法律垄断了矛盾的解决。一个社会的传统法律文化决定解决矛盾的最有效手段,以及双方选择哪一种手段。在这种背景下,我们结合理论和经验探索,并大力利用法律比较研究欧洲、中国、日本、印度教、伊斯兰教和非洲法律文化中的矛盾解决方式及其效用。

替代性争议解决(alternative dispute resolution,简称ADR)“运动”是在上个世纪70年代,在美国发起。旨在提供比诉讼更有效的争端处理方式。近来,ADR在蓬勃发展,因为在许多方面已被证明,这不止是处理争端的一种新的工具,更已经成为世界许多国家法院和司法体制的一部分。随着ADR的发展,调解已成为一种广泛使用和受人欢迎的争端处理方法,因为其程序不那么复杂,而且能确保更高度的灵活性。目标不是让双方受制于“外部”规范体系,而是在双方共同重新解释的矛盾局势中找到双方都能接受的解决方案。

## 法律文化的性质

法律文化的主题非常广泛和全面。它的丰富思想无法在一篇文章中让人感知到。将法律与文化的概念联系起来是一个相对较新的现象。根据在19世纪中叶形成,并至今仍然接受的文化概念解释,文化指的是人类社会通过体力和智力劳动创造的一切。在20世纪初,德国的科勒(Kohler,1909)认为,法律和法学最重要的任务是促进文化的发展。对他而言,法律是在其产生的空间和时间中的一部分文化的组成部分和产物。根据科勒(1909)的理论,法律的变化也是在普遍文化的变化中和背景下发生的。同样是德国籍的拉德布鲁赫教授(Radbruch,1978)将法律定义为一种文化力量,是文化的一个组成部分。齐特尔曼(Zitelmann,1900)则认为,法律比较的主要价值在于它能让人理解法律是一种文化现象。

法律文化仍然是一个被深入研究的术语,其观念至少可以分为三种类型。弗里德曼(Friedman,1997)将“内部”法律文化(即法律界人士的态度和价值观集)与“外部”法律文化(即外行、社会对法律的态度和价值观集)分开。

另一组作者,如内尔肯(Nelken,1997),主张采用更广泛的定义。所以将法规和诉讼倾向引进在概念中。然而,也有人建议使用与“法律文化”不同的概念。例如科特雷尔(Cotterrell,1997)以“法律意识形态”的概念取代了这个概念。他认为,“法律意识形态是由法学理论在法律体系中发展、解释和应用的实践过程中假定、表达和形成的价值要素和认知观念组成的”。

乌彭德拉·巴希(Baxi,1991)区分了“残余”、“新兴”和“主流文化”。第一种是过去的遗留物,但也积极地参与到当前的文化进程中。新兴文化与新兴阶层或群体有关,但通常难以融入主流文化,而且融入的过程也缓慢,并且服从于主流文化。将这个理论应用于法律文化,笔者强调,残余的元素是活跃的,能表达生活经验甚至是价值。与其他两种文化相比,主流文化的情况不稳定,情

况可能会发生变化。还有一种观点认为，法律文化在法律中引入难以界定的人类学因素是一种危险。

至于最近的发展，“法律文化比较”的概念已出现。据其代表称，这个概念可以作为一种主要手段，通过它可以更深入地探索法律这一多因素现象的出现和持续运作中的联系和相互关联。这种新趋势的评估是“两面型”的：一方面可以为法律比较领域的范式转变的不确定状况提供一条出路，另一方面也有助于将法律比较融入法律史、法律民族学或法律社会学的大框架内。

文化和法律之间有着不断的互动，是一种错综复杂的关系。这可以归纳为两个基本命题：一方面，法律是社会文化的一个组成部分，另一方面，没有不受社会文化任何影响的法律或法律制度。<sup>1</sup>

法律文化是由以下要素组成的：

- 书面上的法律和现实中的法律（“law in books”和“law in action”）；
- 制度的基础设施（司法系统、法律事业）；
- 与法律有关的重要行为模式（如诉讼），以及
- 法律意识。<sup>2</sup>

大体上可以区分所谓的监管性和导向性法律文化两大类。前者涵盖了西方文化。在那里，接受法律作为行为规则确实是规范性的，但其程度有很大差别。例如，在普通法体系中，法院的威望比其他国家大得多。然而，所谓的欧洲大陆法律文化也并不统一。让我们举两个例子：德国的法律文化传统上重视法律，并且在欧洲的民事诉讼中处于最前沿。与此相反，荷兰的法律文化可用“beleid”（即“政策”）一词来描述。这意味着既要遵循有利的法律，又要避免（规避）不利的法律。这方面的一个很好的例子是，在1993年的安乐死法产生之前（根据该法律，在特殊情况下允许医疗协助自杀，而且不受惩罚），虽然《刑法》禁止，但医疗实践中还是使用了协助性死亡。此外，荷兰人还尽量在法庭外解决他们的纠纷。

在指导性法律文化中（如亚洲和非洲的法律文化）法律不一定是真正意义上的规范，社会也不认为它是规范。它们在传统上具有指向性、导向性的意义，而这种社会态度只会因无法执行的、往往随着象征性的法规的数量增加而加强。一个独立的学派，即“法律与发展派”（“Law and Development”）研究，从监管法律文化中引入/采用的现代法律和法律机制如何在这些法律文化中发挥作用。中东欧地区法律文化是以历史上形成的法律思维为特征，其核心是对法律监管的信任，也是对法律监管的过度依赖。随之而来的是对社会问题采取（了）一种法学或法律框架内的看法。另外影响法律的有效性的因素，是无法跟上节奏的立法导致实际过程中形成的行为规范变得越来越重要。

然而，匈牙利社会的法律文化研究表明，匈牙利对反映传统价值观的法律普遍认识和认可（例如，在1976年，83%的受访者认为，离婚率上升是一件“坏事”）（Sajó, 1976）。尽管如此，我国离婚率还是很高。所有这些都点明法律文化中的矛盾。

总而言之,与法规目标一致地塑造组织和公民行为的法律文化提高法律的效率,反之则会将其降低。没有一个具有单一、统一的法律文化的国家。这是因为在不同的国家有许多不同的文化,社会(社会阶层、群体)的复杂性而造成的。另一种观点甚至谈到法律“亚文化”。作为例子提到罪犯的法律反文化(Noll, 1972)和执法的法律文化。很好地说明后者的是,挪威北部和南部的法院将出于良知原因拒服兵役者定罪,而在挪威西部和中部则宣告无罪。虽然同一社会的法律文化会导致不同的态度,但相关研究也表明,年龄、性别、收入、民族、种族等都会影响到人对法律的态度。

从历史上看,法律文化与政治文化的发展方式相同,后者影响甚至可以形成前者的特点和体现。法律文化始终处于传统与创新之间。法律文化的发展是一个较长的过程,其中不仅有有机增长,还有培育现有文化的任务。因此,法律文化不仅仅是坚持已形成的状况,也不仅仅是为了改变而改变。

阿兰·沃森(Watson, 1974)的所谓法律移植论对法律文化的发展提供了一个有趣而有价值的解释。许多案例分析表明,从古代中东到今天的新西兰,各种社会经济形态和法律制度在法律发展方面的相似性的秘密和新颖性,不在于原创中,而在于对其他地方已经知道的知识的采用和最多是进一步的发展。因此,法律移植是一个发展法律的普遍性因素。在最近的一部作品中(Watson, 1978)解释说,他的法律历史研究使他相信,由于西方世界的统治者对私法的立法兴趣不大,这项任务逐渐转移给没有立法权的法学家精英(如罗马法学家、中世纪英国法官和欧洲大陆的法律教授)。随后,这些法律开发者发展了自己的(脱离了社会现实的)法律文化。这一方面决定了他们法律思维的特征,另一方面影响了他们认为值得借鉴的法律制度的性质以及借鉴的程度。这种文化因社会而异,但确实有共同的历史特征。因此,法律和法律文化并不是从经济、社会和政治条件中机械地发展出来的!我们也可以举一现代的例子来说明这一切。1977年,奥地利从斯堪的纳维亚法律体系中引进了监察专员制度,并根据其政治制度,将其转变为一个名为“人民代理人”的议会控制机构。虽然条件不同,但被顺利“植入”奥地利的法律体系中,并被证明是很成功的。

### 欧洲的法律文化<sup>3</sup>

在下文中,我们概述包括匈牙利在内的六个欧洲国家的替代性争端解决方式(ADR)的运作情况,并且顺便提到,家庭调解和仲裁是由其他专家研究的。

在捷克共和国,现行法律对仲裁、调解以及和解的概念都进行了界定和规定。根据捷克法律,在民事或刑事案件中没有强制性调解。唯一法律强制规定的是第一次会议。这个会议最多可持续3个小时,并且由注册调解员主持。法律规定了注册调解员应当通过的强制性考试。在捷克,一种替代性争端解决文化正在形成。越来越多的民事和行政案件以及严重的社会矛盾促使ADR和调解得到更



广泛的实际应用，而且有数量足够的专业人员已准备好积极支持这个进程。

在斯洛伐克的法律体系中，没有关于ADR的具体定义。有几项不同的法规包括庭外争端解决方式，如调解或仲裁。根据第2004/420号法律，调解是一种庭外活动，其中有关当事人有在合同或其他法律关系中产生的争议，并且在调解员的协助下解决。第2003/550号法律提供刑事案件中适用调解的法律定义。根据定义，在这种情况下，调解是被害者和被告方之间的庭外争端解决过程。

为了应对突然激增的离婚和近年来不断恶化的家庭关系，通过法律规定了另一种形式的调解。第2004/420号法律规定了调解、民事纠纷、家庭关系引起的纠纷、商业和劳工纠纷以及跨境纠纷，在所有已经提到的法律案件中。在斯洛伐克或国际上发生的财产（包括商业和司法）案件中，如果诉讼在斯洛伐克共和国境内进行，允许进行仲裁。

只有由斯洛伐克司法部注册的自然人，即调解人，以自己的名义和风险，以营利为目的，专业地，在适用法规框架内才可以开展调解活动。目前，约有740名调解员和25个中心在司法部注册。行为能力没有被限制的，拥有大学文凭或持有经公证的文件证明，在国外接受过同等培训的，没有犯罪记录并且完成了特殊调解培训的人都可以注册。为了能够从事调解工作并注册为调解员，仅仅拥有大学毕业证是不够的。此外，还必须在有权提供此类培训的培训机构完成经认可的调解课程，并且通过特殊的结业考试。在斯洛伐克，调解的使用情况远非令人满意。似乎斯洛伐克公民更愿意在法庭上而不是在法庭外解决他们的争端。他们认为通过调解达成的协议不如可以被制裁和执行的法院判决可靠。

在立陶宛，ADR的使用正变得越来越普及。认为法院是解决争议方之间纠纷的唯一途径的观念正在逐渐消失。在这个国家，庭内和庭外调解都是可能的。调解被定义为一种民事纠纷解决程序。在其过程中，一个或多个调解人帮助争议方友好解决争议。调解服务机构指定调解人，通过提供费用和物质资源的方式，确保适当的监管框架。在双方的调解过程中，需要一个独立的，不偏护任何一方的第三人参加。调解员须满足调解员的专业经验要求、应该保密和遵守《欧洲调解员行为准则》。在立陶宛，ADR在消费者权益保护纠纷中也得到广泛应用。

在意大利，家庭调解以其独创性在和解、仲裁和调解方式中突出。另一种模式已在意大利各地广泛流行，并完全脱离了法院环境，大体上等同于咨询。在意大利，在民事案件中还没有大规模采用家庭调解，而且这种情况不太可能改变，因为意大利人的这种保守态度是不可动摇的。然而，合作法是意大利在ADR领域的一个真正的突破。这种法律程序的意义是，争端各方与他们的律师以及在特定情况下与其他专家（如财务专家）参加谈判，以避免法庭程序不确定的结果，并且达成最符合双方个人期望的解决方案。

在匈牙利，根据2002年关于调解的第五十五号法律，调解是一种独特的争端预防、冲突处理和争端解决程序。其目的是在争端各方相互同意的基础上，在没有参与争议的第三方（调解员）的参与下，争端各方达成含有争端解决方案的书面协议。2006年关于刑事案件中可适用调解的第一百二十三号法律规定了不同情

况下调解的定义和目的。“调解人的职责是在调解过程中,不偏护任何一方地,认真、尽其所能地帮助争端各方达成解决争端的协议”。自然人或法人实体的员工有权自其正式注册之日起开展调解程序。根据《调解法》的规定,司法部负责管理调解员的名册。列入名册的申请人必须符合以下条件:具有高等教育学历,取得毕业证后至少有五年(被证明的)相关专业经验,须完成调解专业培训,必须没有犯罪记录,并且不得能处于禁止从事调解员活动的禁令效力下。根据司法与公安部第63/2009(17.XII.)IRM号法令,要列入调解员名册,需要完成以下专业培训:60小时的规定内容的理论培训和一个完整的实践单元,即完成一个完整的、由培训师反馈评估的调解案例。自然人必须不断地参加专业培训。进修是一个连续五年的培训期。

匈牙利使用ADR的几种形式,例如在社区问题、儿童保护和家庭事务、教育系统争议、劳工和商业纠纷以及在刑事案件中。除了自下而上发起的活动之外,还需要自上而下发起的举措从社会层面上支持ADR文化。还需要采取进一步措施来协调不同的ADR标准和服务,以促进它们的综合使用。尽管在匈牙利有历史上ADR有先例(如:扩大的家庭裁判、吉普赛人法庭),但匈牙利法律文化中有一种强烈的诉讼倾向。这表明法院作为一个参与解决争端的机构的重要性。所有这些引起对教育的关注,因为还需要争端“参与者”的社会文化适宜性。

接下来我们看看英国的替代性争端解决方法。司法部(Ministry of Justice)负责(仅适用于英格兰和威尔士的)民事和家庭调解政策以及调解的推广。为了确保法院提交调解的民事纠纷的调解质量(英格兰和威尔士管辖下的家庭纠纷除外),司法部和女王陛下法院及审裁处事务局(Her Majesty's Courts and Tribunals Service)建立了两个民事调解程序,以使各方能够根据索赔的价值解决纠纷。小额调解服务(Small Claims Mediation Service)是由HMCTS为小额(通常低于一万英镑)索赔提供的内部服务。对于价值较高的案件(一万英镑以上),司法部与民法调解委员会合作推出了一个认证系统。提供调解服务的组织可以通过该系统可以被申请列入民法调解名册,而法院将适当的案件当事人转介给他们。CMC是代表民事和商业法律调解员的组织。家事调解是自我监管的,调解员可以加入许多会员制的组织或认证机构。

调解可以解决许多日常民事和商业纠纷,包括住房、商业和单位内纠纷、小额索赔和其他索赔、土地分割线纠纷、就业和合同纠纷、人身伤害和过失索赔以及社区内部纠纷,如扰乱或骚扰问题。民事调解不受法律约束,也不是法院程序的先决条件。然而,民事诉讼的各当事方必须在打官司之前认真考虑调解的可能性。

上诉法院(Court of Appeal)、高等法院(High Court)和县法院(County Courts)民事法庭的实践和程序受《民事诉讼规则》(CPR)的约束。CPR《程序准则》的主要目标是帮助法院公平裁判案件。这一主要目标的一部分是法院应积极处理案件。在此范围内,如果法院认为替代性争端解决方式是特定案件的适当程序,应该鼓励有关当事人采用这个方式。

虽然采用调解是完全自愿的,但民事诉讼法规定在决定赔偿费用时应注意到

的标准。法院必须考虑到在诉讼前和诉讼期间为解决争端所作的任何努力。因此，如果胜诉方本来拒绝了接受使用调解的合理建议，法官可以决定，败诉方没有必须要偿还胜诉方的费用。英格兰和威尔士的调解员不受他们国家行为准则的约束。然而，CMC认证的前提是民法调解员遵守行为准则，该准则是以欧盟行为准则为基础的。这个行业是自我规制的，而政府的任务并不是鼓励遵守任何自愿守则。英格兰和威尔士民事调解员，没有本地的培训机构。民事调解员的培训是在私营部门以自我规制的方式进行的。这个行业对自己进行控制，并且培训其成员。

如果法院审理的民事纠纷的当事人在调解后达成了协议，他们可以要求法院批准他们的协议。如果法院认为，所达成的协议是公平的，就会核准该协议。因此这个协议成为具有法律约束力的并且成为可执行的“协议”。

## 穆斯林法律文化<sup>4</sup>

伊斯兰教法作为宗教法的渊源体系往往与其他类似法律体系（主要是犹太法和袄教法）有较强的相似和相同度，但其基础也与印度教的法律渊源体系相同。这些法律体系的共同特点是，基本规则都源于宗教的圣书。传统的伊斯兰教法（sharia）由卡迪通过其裁定执行，但是同时还有其他争端解决程序。

在早期伊斯兰教中，市场监督员（muhtasib）的程序很重要，他负责调查市场上的欺诈、滥用和不还债的案件。他的程序在两个重要方面与卡迪的不同。市场监督员可以依职权行事，其程序的目的是威吓，所以在程序中采用暴力并不构成侵权或越权。后来，市场监督员的职责被扩展到对社区生活的道德监督，并且对违反伊斯兰教规范的行为可以采取行动。所以，尽管他与宗教法有联系，但是并没有按照卡迪的程序规则来行事。伊斯兰法律中另一个长期存在的人物是穆夫提。穆夫提可以被定义为法学家，其任务是做出理论上的裁决，发布伊斯兰教令（法特瓦，fatwa）任何对某一具体事情是正确（halal）还是禁止（haram）不确定的人都可以求助于穆夫提。穆夫提的程序也与卡迪的程序有几个重要区别：卡迪只能是身体健康、自由的穆斯林男子担任，而穆夫提也可以是残疾人、奴隶或妇女。另一个区别是，穆夫提的裁决并没有直接强制力，而卡迪的裁决则有。穆夫提在法律领域仍然发挥重要角色，他们的裁决可以使国家行为合法化或阻止国家行为。由于任何人都可以向他们提问，现在互联网论坛上也可以发布案件并阅读答案，从而使穆斯林教徒更容易寻求法律资讯。

在以安拉的启示为基础的法律体系中，《古兰经》在法律渊源的等级中居于首位。《古兰经》不认为自己是一部法典，只是一个指南。伊斯兰教的这本圣书包含约350句具有法律内容的经文。同时，《古兰经》已出现了解调。“如果你们怕夫妻不睦，那么，你们当从他们俩的亲戚中各推一个公正人，如果两个公正人欲加以和解，那么，真主必使夫妻和睦。”（《古兰经》4,35.）“如果两伙信士相斗，你们应当居间调停。如果这伙压迫那伙，你们应当讨伐压迫的这伙，直到他们归顺真主的命令。如果他们归顺，你们应当秉公调停，主持公道；真主确

是喜爱公道者的。信士们皆为教胞,故你们应当排解教胞间的纷争,你们应当敬畏真主,以便你们蒙主的怜悯。”(《古兰经》49,9-10.)。

隋芬之战是阿拉伯和伊斯兰历史上最重要的战役之一。这个战役不仅用武器打的,而且仲裁员也参加了。主要在上埃及和西奈半岛,至今仍有一些大家庭社区。如果他们之间发生或大或小的矛盾,如果不想找国家机构、警察局或法院来处理这些问题,他们要求家庭中最年长、最聪明的成员通过谈判解决些问题。当社区的一个成员对另一个成员犯下国家必须制裁的罪行时(比如杀人),问题就出现了。在这种情况下,犯人根据国家法律受到惩罚(监禁),但是社区还是根据(至今仍在使用的)“以眼还眼”的原则对敌对的社区采取行动,无休止的流血冲突这样就开始。如果犯下杀人罪的犯人社区中有人“献出自己的灵魂”,也就是说,这个人带着白色的裹尸布来到敌对社区(实际上他们可以杀死他,但他们不这样做),两个社区之间的冲突就可以结束,但是献出灵魂的人再也不能当社区有价值、受尊重的成员。这是一种古老的、传统的,但仍然存在的调解形式。

属于穆斯林法律文化的马来西亚习惯法试图阻止或使离婚困难,特别是那些为时过早的。因此,如果一个男人想离婚,他应该先举办一个小型仪式(称为besuarang),邀请他自己和夫人的亲戚参加。在这里,他可以解释他的不满和导致他要离婚的原因。这时候,被邀请者,特别是老年人加入到谈话中并且通过双方之间的调解试图恢复和谐,避免离婚。只有在调解没有产生任何结果时,才能离婚。

## 非洲的法律文化<sup>5</sup>

当今非洲撒哈拉以南的地区法律体系是多元化的,因为它们中的大多数都有三个并存的法律渊源:

- 部落习惯法,
- 殖民时期的法律(英国、法国、荷兰、比利时、葡萄牙、西班牙法律),以及
- 他们自独立以来创立的法律(例如,前法国殖民地已经发布了100多部法典)。

三者中“最坚固耐用的”是部落习惯法。它口口相传,以对超自然力量和公众舆论的恐惧为基础。违反习俗的人有可能招致“土地的愤怒”,其最严重的后果是被社区排斥在外。重点在于团体而不是个人,团体的凝聚力是最重要的目标,比如说,义务比主体的权利更重要。

一个非洲部落的成员一生都与同样的人(通常是近亲或远亲)生活在一起,只有与他们合作才能实现他的所有目标。他们共同抚养、教育孩子们,确保生计,并组成同一个政治和宗教团体。任何人违反“法律”,哪怕是很小的事情,也会对所有其他活动产生连锁反应。

如果两个人因占有某一块土地或一头牛而发生争吵,那么在这样一个小群体中,可能会动摇整个社会关系,在最坏的情况下,可能会导致团体的解散。部落



法官的任务不仅是确定谁是正确的，而且一般还要恢复被破坏的社会平衡，以确保部落的生存。他们不仅要裁判他们面前的案件，还要调和双方，同时完整地维护法律的一般原则。执行法律和调和这双重目标是自然正义原则在非洲确实存在的最好证明。

所有这些可以通过尼日利亚蒂夫（Tiv）部落发生的一个案例来说明。有一次，一个人从树上掉下来，摔在另一个部族成员身上，那个人被压死了，但摔下的人却没受太大伤。肇事者的部族立即提出补偿，但受害者的部族拒绝接受，坚持要杀死肇事者。由于他们没有放弃他们的要求，这一权利得到了部落法官的承认；但根据以眼还眼以牙还牙的原则，有罪的一方必须与他犯罪相同的方式受到惩罚。于是，法官命令肇事者在树下走来走去，而受害者的亲属则被命令爬上树，并让他一次又一次地摔到树下，直到他杀死凶手。虽然这种判决没有给原告带来太多的安慰，（...）被害人的亲属本这时候表示宁可选择补偿也没有用，因为法官说他们已经丧失了获得补偿的权利。一旦拒绝了更宽松的法律补救方法，当形势变得对他们不利的时候，也不能指望宽大处理。

据最权威的学者称，80-90%的非洲人口仍然过着旧的生活方式，并与任何现代化运动保持距离。其实，他们依然遵循昔时的习惯法，与国立法院相比，更喜欢传统的仲裁，甚至更欢迎调解。

## 印度教法律文化<sup>6</sup>

印度教法是印度和东南亚其他国家中自称属于印度教的人的法律。对于印度教来说，只有由所属的社会类别决定的“人”。属于不同种姓的人有特定的权利、义务甚至道德，这还意味着不同类别之间有一定的等级制度。

人类行为的规则为印度教圣典（Shastra），其中之一是“达摩”（Dharma）。这是基于这样的信念：在万事的本质中存在着一种普遍的秩序，这是维护世界的必要条件，而诸神也只是这种秩序的守护者。达摩表达维持这个世界的永恒法则。达摩的核心是责任，而不是法律。给每个人规定，如果想成为一个体面的人并关心来世，应该如何做人。因此，这样规定的义务根据每个人的情况和年龄而异，对地位较高的人尤为严格。

“达摩”（Dharma）的解释可以在所谓的达摩·沙斯特拉（Dharma Shastra）的事典以及其释文“Nibandha”中找到。由于达摩无法单独规范世俗生活，所以印度教法律还另外有两个法律渊源：习惯和公道。在达摩和印度教理论中，立法和法院判例不被视为法律渊源。诚然，在印度教法律中建立了司法机构，但即使在传统时代的王国和帝国，调解和和解仍然是解决争端的主要手段。这个特点与东方传统大文化正是为了保持不受干扰的和谐的关系，对个人的重视程度较低，将责任的优先级置于权利之上。

在民事案件中，作为法院行事的众多机构可以自行判决，而不是根据统治者授予的权利进行裁判。库拉（kula）大家庭也可以起到一种法庭的作用，裁判了

家庭成员之间的纠纷。公司行会(sreni)是为从事同一行业的人担任法庭作用,对其成员有管辖权。工匠、农民、放债人、舞蹈演员等都有这种法庭。这些机构很可能主要处理了成员之间的仲裁,它们的决定应被视为一项妥协建议而不是法院判决。在不服裁决的情况下,任何一方都有权向君主提出上诉,而君主很少亲自行事。

虽然我们的任务不是介绍印度教宗教文化中的争端处理方式,但我们还是要简要地提一提。在处理敬虔和不敬虔的人之间的矛盾时,既是为了预防,也是为了随后对矛盾的管理,采用了许多原则。在印度教的观念中,预防争端以及这方面的教育更为重要。许多原则适用于解决不同宗教的人之间的,和同一宗教的人之间的矛盾。例如,克里希纳教徒传统认为,实际实现预防争端的主要方法在于培养教徒们之间前瞻性和相互尊重的亲热的关系。

笔者只是提一下,在属于印度教法律文化的缅甸法律观念中,调解、妥协和和平解决争端的友好处理也被认为比正式诉讼和追诉更重要。

## 远东国家的法律文化<sup>7</sup>

无论看他们的历史还是现状,远东的国家都是非常多样化的。这种多样性使我们得出结论,(至少从欧洲的角度来看)可以确定一些远东具备的整体特征。与西方不同,远东国家的社会秩序和司法并不以法律为基础。尽管那里也有法律,但它只不过是辅助性的,作用很小。人们只有在没有其他办法解决矛盾或恢复被干扰的秩序的情况下才会打官司并使用法律手段。法律的解决方案和由此产生的暴力的使用是最不被赞同的。社会秩序主要建立在劝说方法,调解程序、以及一方面是保持不断的自我批评,另一方面是节制与和解的精神上。

直到1853年,日本作为远东最重要的国家之一,与西方国家没有任何联系,但与中国的来往比较多。日本社会有许多历史上形成的,起源于礼节而不是道德的规则。它们规范了人们在生活中相互交往所有情况下的彼此行为。这些类似于中国礼仪的行为规则被称为giri(义理)。母亲、儿子、夫妇、兄弟、主人、债权人、债务人等都有自己的giri。Giri替代法律,而且在某种程度上也替代道德秩序,因为不遵守的情况下会被社会所诟病,这对日本人来说是可耻的,也是不体面的。对于一个受人尊敬的日本人来说,法律是一个不受欢迎的,甚至是卑鄙的东西,要尽可能地避免。简而言之,日本人不喜欢法律。日本人喜欢个人的、具体的、独特的东西,他们圆润的情感被法律和法庭程序的繁琐和理性所冒犯。日本社会建立在wa(和睦)和协议的精神之上。在这样的社会中,没有辩论的余地。

可能的话,日本人不打官司,因为这与日本的传统性格根本不相容。但是还有其他一些历史原因他们规避审判室。首先,社会稳定和on-giri-ninjo规则提供相对较少的需要法律干预的机会。其次,现代时代之前的日本法律书籍只提供给法院官员,他们是唯一可以查阅这些书籍的人。

在日本,甚至在法院阶段之前,就已经采用了第一种调解形式,即“jidan”,

警察在其中发挥主要作用。如果调解员不能友好地解决争端，双方将纠纷提交给法院处理。在整个审判过程中，法官应该努力让双方当事人达成协议，并退出诉讼（日本民法典第136条对此有规定）。除了这个被称为“wakai”的程序外，还有可以使用一个调解委员会，即“chotei”。后者提出友好解决的方案。出于支撑门面的考虑，该委员会的法官成员不参与洽谈，所以纠纷似乎通过两位调解员的参与下，双方以达成协议得到解决。

在目前的日本法律中，有两种调解程序：用于家庭案件的，具有一些独特特征的“kaji chotei”（家庭法院调解服务）和在所有普通法院使用的，用于民事案件的“minji chotei”（民事调解）。每年提交给法院处理的纠纷中有20%是通过调解解决的。

根据日本的专业文献，实际上“chotei”对于那些具有足够高水平的法律知识，利益代表能力的人才是一个真正的诉讼替代方案。同时，“chotei”通过其经济效率（法院的劳动力节约、诉讼费等）仍然发挥着重要的司法和政治作用。自1974年以来，律师和非法学专业人士培养后部专家资源，同时还有机会培训选定的调解员。

在中国，社会秩序的概念基于传统，并且在19世纪之前不受任何外国影响下发展，与西方的观念形成了鲜明的对比。这个概念的基本思想，不顾任何宗教教条前提，是有一个在天、地和人之间创造相互作用的宇宙秩序。天和地服从不变的法则，人则是对自己行为做主，而世界上有没有无秩序，取决于人的行为。

所需要的和睦又意味着人与人之间的和谐。在社会关系中，和好的理念必须高于一切，而且需要寻求共识。应避免谴责、任何形式的制裁和由多数人作出的决定。争端应该得到“分解”，而不是解决或决定。解决方案应该被所有人因为是公平的而自愿接受。这些解决方案不应该让任何人觉得他们在丢脸。必须放在首位的是教育和劝说，而不是暴力和权力。

中国的传统是在解决争端时，应首先考虑人性，其次是礼和理，最后才是法。如今，中国法律将人民调解委员会和最基层政府的司法行政人员进行的庭外调解与法院调解和仲裁（和解）程序中的调解区分开来。对人民调解和官方调解进行了部分区分，后者包括司法行政人员的调解和法院的调解。法庭上的调解只是离婚案件中的程序要求。如果双方都同意，调解可以作为法院程序内进行。如果人民法院的调解失败，主持调解的法官必须立即对案件作出判决。自2004年以来，在双方同意的情况下，法院可以指定一个机构或几个人对案件进行调解，如果双方达成共识，法院即予以确认。

因此，中国的争端解决制度包括传统的调解，以及官方，法院，庭外调解和诉讼。这样从数量上看，减轻了法院的巨大负担。

城乡调解委员会的机构体系结构和与政府系统的联系如下。在城市，最高级别是市政府，下设有区政府、街道办事处，而基层是居民委员会。在乡下，省是最高级别，其次是县、镇和村庄各级行政机构，等级链的基层是村委会。

中国政府定期公布调解有关的数据。根据2002年的年鉴，有4,636,139起民事

纠纷被提交给调解员。根据2003年的年鉴,尽管只有70%的当事人说他们会遵守民事协议,第一至三季度95%的调解案件是成功的。2003年,防止13.9万起纠纷激化,防止因民间纠纷引起的自杀19110件,这影响了2546人;防止因民间纠纷转化成刑事案件45 895件,这影响了126 372人;防止群体性械斗32 197起;防止群体性上访41518件,这影响了1 166 417人。伴随着现代化和传统社会的转变,这些经验显然对纠纷解决中向法律和司法程序的转变发挥了作用,除了上述美化的数据外,统计数据中也可以看到这一点。

1981年,7,805,400起调解案件同时有673,926起民事诉讼案件,而到2006年有4,628,018起调解案件和4,385,732个民事诉讼案件,也就是说,两种争端解决方式的比例几乎完全趋平。

在亚洲,中国的法律文化是一种主导文化,它形成了自己的法律、政治和社会概念,规范性结构建立在其基础上。后来,通过输出这个复杂的结构,类似的但带有当地特点的解决方案在其他地方也出现了。更具体地说,对韩国和越南的法律思想产生了深远的影响,这些思想被当地的传统细化,甚至修改,但既没有被排除也没有被超越。

纵观越南社会,它仍然没有以法律为基础的思维特征,在漫长的几个世纪里,习惯于将法律视为国家政权的命令。为了解决社会纠纷和达到目标,需要使用其他,主要是法律以外的手段。因此,现在的法律纠纷主要不是通过诉讼解决的,而是通过社会关系和网络的调解和强制执行的体系。

至于韩国,中国法律文化中的另一个国家,与日本一样,法律原来是保密的,也没有以社会成员可以接触的方式制定。因此,社会几乎没有珍视法律,珍视程度甚至比中国还低。

在刑事案件中,人们倾向于调解和排除正式程序,这导致法律规定惩罚私人协议,因为按照儒家的模式,对杀害近亲的血腥报复被认为是一种道德义务。在韩国,hyangyak是解决乡村纠纷的体制机制。其含义是一种社区契约,一种协议,其本质是严格实现儒家道德。Hyangyak(乡约)还包括社区(乡村)成员的行为和惩罚,但将司法工作留给了当地精英(两班),而不是王家官员。因此,纠纷在当地,迅速得到了解决,并留在当地,并且在很大程度上促进了普遍接受的儒家道德的广泛实现。<sup>8</sup>

我们最终结论是,自二十世纪开始,法律文化领域在两个主要方向上发生了明显的转变。一方面,公民对司法系统的不满等其它原因,西方法律文化正在发现并对替代性争端解决方式越来越开放。另一方面,在东方法律文化中,法律在解决纠纷中的作用正在逐渐增强。



## 备注

- <sup>1</sup> D.内尔肯 (D. Nelken 编) 1997年; 库尔恰尔 K. (Kulcsár K.) 1997年, 第129-148页; 佩泰利 Z. (Péteri Z.) 2010年, 第80-92页
- <sup>2</sup> 孔多洛希 F. - 毛洛什 K. - 维谢格拉迪 A. (Kondorosi F. - Maros K. - Visegrády A.) 2008年, 第12页
- <sup>3</sup> 迈尔茨 E. - 奥洛迪 E. - 波什 E. (Mercz E. - Aradi E. - Posch E.) 2011-2013年
- <sup>4</sup> R.大卫 - C.乔弗莱-斯宾诺兹尼 - M. 戈雷 2016n年, 第369-393页 (R. David - C. Jauffret-Spinozni - M. Goré); 格伦 (Glenn) 2004年, 第170-221页; 巴妮奥伊 F. - 瑙吉帕尔 S. (Bányai F. - Nagypál S.) 2014年, 第119-132页; 雅尼 J. (Jany J.) 2006年; 维谢格拉迪 A. (Visegrády A.) 2021年, 第93-96页; U. 基舍尔 (U. Kischel) 2019年, 第789-852页
- <sup>5</sup> R.大卫 - C.乔弗莱-斯宾诺兹尼 - M. 戈雷 (R. David - C. Jauffret-Spinozni - M. Goré) 2016年第481-51页; J.穆伦吉 (J. Murungi) 2013年; 沃尔高C. (Varga C.) 2000年第139-156页; 维谢格拉迪 A. (Visegrády A.) 2021年, 第101-104页; U. 基舍尔 (U. Kischel) 2019年, 第631-674页
- <sup>6</sup> R.大卫 - C.乔弗莱-斯宾诺兹尼 - M. 戈雷 2016年, 第395-428页 (R. David - C. Jauffret-Spinozni - M. Goré); 巴妮奥伊 F. - 瑙吉帕尔 S. (Bányai F. - Nagypál S.) 2014年; 雅尼 J. (Jany J.) 2006年; 维谢格拉迪 A. (Visegrády A.) 2021年第91-93页; U. 基舍尔 (U. Kischel) 2019年, 第752-773页
- <sup>7</sup> R.大卫 - C.乔弗莱-斯宾诺兹尼 - M. 戈雷 2016年, 第429-479页; J.M.Smits (ed.), 2012. 137-139.; 雅尼 J. (Jany J.) 2016年第396-521页; 约丹 Gy. (Jordán Gy.) 2008年; 孔多洛希 F. - 毛罗什 K. - 维谢格拉迪 A. (Kondorosi F. - Maros K. - Visegrády A.) 2008年第109-142页; 巴妮奥伊 F. - 瑙吉帕尔 S. (Bányai F. - Nagypál S.) 2014年; U. 基舍尔 (U. Kischel) 2019年, 第675-751页
- <sup>8</sup> C. Kuk, 2010年

## 参考文献

- Bányai, F. - Nagypál, Sz. (2014): *Közvetítés és vitarendezés a jogi és vallási kultúrákban* 《法律和宗教文化中的调解和争端处理》 Budapest
- Baxi, U. (1991): The Conflicting Conceptions of Legal Cultures and the Conflict of Legal Culture. 《法律文化的冲突观念和法律文化的冲突》 In: Sack, Peter - Wellman, Carl P. - Yasaki, Mitsukuni (hrsg.): *Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?* Duncker&Humblot, Berlin, pp 267-282
- Cotterrel, R. (1997): The Concept of Legal Culture 《法律文化的概念》 In: Nelken, David (ed.): *Comparing Legal Cultures*. Routledge, London, 1997.
- David, R. - Jauffret-Spinozni, C. - Goré, M. (2016): *Les grands systèmes de droit contemporains* 《当代主要法律制度》 (12e éd.) Paris
- Friedman, L. (1997): The Concept of Legal Culture. In: Nelken, David (ed.): *Comparing Legal Cultures*. 《法律文化的概念》 Routledge, 33-40. London. pp 33-40
- Glenn, H. P. (2004): *Legal Traditions of the World* 《世界法律传统》 (2nd ed.) Oxford, New York. H.
- Hopt, Klaus J. - Steffek, F. (2012): *Mediation in Comparative Perspective* 《从比较的视角研究调解》 Oxford
- Jany, J. (2006): *Klasszikus iszlám jog* 《经典伊斯兰法律》 Budapest
- Jany, J. (2016): *Jogi kultúrák Ázsiában* 《亚洲法律文化》 Budapest
- Jordán, Gy. (2008): „Az ég magas, a császár messze van.” *Igazságszolgáltatás, jog és politika Kínában* 《天高皇帝远—中国司法、法律和政治》
- Kischel, U. (2019): *Comparative Law* 《比较法学》 Oxford

- Kohler, J. (1909): *Lehrbuch für Rechtsphilosophie* 《法律哲学的教科书》Berlin- Leipzig-Rotschild, passim.
- Kondorosi, F. – Maros, K. – Visegrády, A. (2008): *A világ jogi kultúrái – a jogi kultúrák világa* 《世界的法律文化 - 法律文化d的世界》 Budapest
- Kuk, C. (2010): *Litigation in Korea* 《韩国的诉讼》 Cheltenham
- Kulcsár, K. (1997): *Jogszociológia* 《法律社会学》 Budapest.
- Mercz, E. – Aradi, E. – Posch, E. (2011): *Az alternatív vitarendezés helye öt európai országban*. Készült a Redict project keretében 2011-2013. 《在五个欧洲国家的替代性争端解决方式的地位》
- Murungi, J. (2013): *An Introduction to African Legal Philosophy* 《非洲法律哲学导论》 Lanham
- Nelken, D. (1997): *Comparing Legal Cultures* 《法律文化的比较》 Aldershot
- Noll, P. (1972): Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen 《法律不具社会效力的原因》  
In: Reh binder, Manfred – Schelsky, Helmut (hrsg.): *Jahrbuch der Rechtssoziologie und Rechtstheorie*  
3. *Zur Effektivität des Rechts* 《法律社会学和理论年鉴》 Bertelsmann Universitätsverlag, Düsseldorf.  
pp259-270
- Péteri, Z. (2010): *Jogösszehasonlítás* 《法律的比较》 Budapest
- Radbruch, G. (1978): Über die Methode der Rechtsvergleichung 《法律比较的方法》 In: Zweigert, Konrad – Puttfarken, Hans-Jürgen (hrsg.): *Rechtsvergleichung* 《法律比较》 Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt
- Sajó, A. (1976): Jogi nézetek az egyéni tudatban 《个人心目中的法律观点》 ÁJT, 3. sz.
- Smits, J. M. (2012): *Elgar Encyclopedia for Comparative Law* 《埃尔加比较法百科全书》 (2nd. ed.) Cheltenham
- Tárkány Szűcs, E. (2003): *Magyar jogi népszokások* 《匈牙利的法律民俗》 Budapest
- Varga, Cs. (2000): *Összehasonlító jogi kultúrák* 《比较法律文化》 Budapest
- Visegrády, A. (2021): *Mozaikok a világ nagy jogrendszerei tükréből* 《世界主要法律体系的马赛克》 Miskolc
- Watson, A. (1974): *Legal Transplants* 《法律移植论》 University Press of Virginia, Virginia
- Watson, A. (1978): *The Nature of Law* 《法律的性质》 Columbia University
- Zitelmann, E. (1900): Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung 《法律比较的任务和意义》  
*Deutsche Juristische Zeitung*, pp 329-332