

中国传统法律文化：“卡迪审判” 或“第三领域”？

——韦伯与黄宗智的比较

林 端^{*}

一、韦伯“卡迪审判”的命题

在过去的研究里，我曾经综合对清代司法审判制度（主要是民事审判）的探讨，在将韦伯与滋贺秀三作对比之后，发现“情、理、法”同为法源（它们彼此既分且合，共同立基在“人情”的基础之上），正是中国传统法律文化多值逻辑（既此且彼）特色具体呈现的一个方面。借着对它们的分析，我在批判韦伯“卡迪审判”的错误命题的同时，同样也对滋贺秀三没有放弃西方现代法学对“实定法”、“习惯法”、“判例法”等的框架，使用它们来刻画清代司法审判制度之特色的做法，提出我对此的批评。^{〔1〕} 韦伯强调，中国传统社会非专业化的行政官与法

^{*} 作者系德国海德堡大学社会学博士，台湾大学社会学系教授。

〔1〕 参见林端：《中西法律文化的对比——韦伯与滋贺秀三的比较》，载《法制与社会发展》2004年第6期。

官（州县官身兼这两者），具有明显的“实质的一不理性的”特质，重视具体案例的实质的公道与正义，忽略实定法的形式理性与拘束性，容易流于“卡迪审判”式的自由裁量：

中国的法官——典型的家产制法官——以彻底的家父长制的方式来审案断狱。也就是说，只要他是在神圣传统所赋予的权衡余地，他绝对不会根据形式的规则，即“不考虑涉案者为何人”（ohne Ansehen der Person）来加以审判。情形大多相反，他会根据被审者的实际身分以及实际的情况，即实际的结果的公平与妥当来判决。这种“所罗门式的”卡迪审判也不像伊斯兰教那样有一本神圣的法典为依据。系统编纂而成的皇朝法令集成，只因为它是由强制性的巫术传统所支撑的，所以才被认为是不可触犯的。^{〔2〕}

换句话说，不是“不考虑涉案者为何人”，相反的，中国法律与司法的运作，韦伯认为恰恰是建立在“考虑涉案者为何人”（in Ansehung der Person）的原则之上，像所罗门王审判一样，用伦理道德式的智慧与公正感（典型的“卡迪审判”），考虑具体个人实况，而不是根据概括的、形式的法条来判案。

韦伯惯用二元对立的二值逻辑（非此即彼）来思考中国传统法律文化，以为中国法官一旦诉诸“情理”，便会弃“王法”于不顾。殊不知“王法”与“情理”并行，正是中国传统法律文化多值逻辑（既此且彼）特色具体呈现的一个方面。进一步来说，“王法”与“情理”并行，其实是与“审判”与“调解”

〔2〕 Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* I, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1988, p. 437.

并行同时发生的，我认为后者也是中国传统法律文化多值逻辑特色的另一个重要方面，在下面的讨论中，将作深入的探讨。

我也认为，“审判”与“调解”并行，并不会导致韦伯所谓“卡迪审判”的结果；相反的，它仍是中国传统法律文化多值逻辑特色的具体呈现。近年来，华裔美国历史学家黄宗智，在美国加州大学洛杉矶分校进行了清代法律史的历史研究^{〔3〕}，其代表作为《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》。由于他这本书在很多地方也与韦伯作对话，所以我们有必要在此根据他的研究成果，回过头来分析韦伯的中国法律观。我之所以选择黄宗智最近有关清代民事司法审判的杰出研究，作为探讨中国传统法律文化多值逻辑的另一方面的出发点，并非偶然：第一，他提出介于“官府审判”与“民间调解”之间的“第三领域”概念；第二，他又划分所谓清代民事司法审判的“表象”与“实践”；第三，他与滋贺秀三等人看法截然不同，根据司法档案，他认为清代州县官的大多数的民事审判，都是“依法判决”的；第四（也可能是最重要的原因），他直接把他的研究成果拿来与韦伯“卡迪审判”作比较，既批判了韦伯，也建构了他自己有关中国传统法律文化的理论。讨论他的作品，相当有助于我们对这些问

〔3〕 黄宗智有关中国法律的著作，主要参见 Philip C. C. Huang（黄宗智），*Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford: Stanford University Press, 1996，中文版为黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，中国社会科学出版社 1998 年版；Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang（黄宗智），eds.，*Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford: Stanford University Press, 1994；黄宗智：《国家与社会之间的第三领域》，收于甘阳主编：《社会主义——后冷战时代的思索》，香港牛津大学出版社 1995 年版，第 71—95 页；黄宗智：《中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究》，载《北大法律评论》第 2 卷第 1 辑，法律出版社 1999 年版，第 358—383 页；Philip C. C. Huang（黄宗智），*Code, Custom, and Legal Practice in China*, Stanford: Stanford University Press, 2001.

题的澄清与了解，然后更进一步指出：中国传统司法制度里“审判”与“调解”并行，并不会导致韦伯所谓“卡迪审判”的结果；相反的，它是中国传统法律文化具体呈现其多值逻辑的另一个方面！

二、清代民事法制的“表达”与“实践”

黄宗智在《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》一书里，开宗明义地说：“本书的出发点是这样一个问题：在何种程度上，新近开放的法律案件可以印证清代国家对它自己法律制度的表达？譬如，清代法庭是不是真的很少审理民事纠纷？好人是不是不打官司，而法律诉讼的增多只是由于奸诈之徒和邪恶的衙门胥吏的无中生有，挑唆渔利？再譬如，县官是不是偏向道德训诫而非法律条文，在审理民事案件时他是否更像一个调停者，而不像一个法官？……本书试图用清代法律的实践来检验它的官方表达，其目的是要理解清代法律制度的真正面目。”〔4〕

他认为，清代民事（所谓“户婚田土细事”）法律制度的主观主义的表达（representation，所说的）与客观主义的实践（practice，所做的），彼此既是相互矛盾（paradox），但却又共同组成一个不可分割的整体，这是黄宗智论清代民事法律制度的重点所在。借此，他也企图进一步掌握中国传统法律文化的特色。清代民事法律制度的主观表达，主要在《大清律例》中的“户律”与相关的“例”、皇帝的圣谕以及出仕为官的读书人的《牧令书》和《幕学举要》之类的手册里。而有关清代民事审判的客观实践，他所主要根据的是三个近年来被逐渐重视的清代地

〔4〕 Huang, *Civil Justice in China*, p. 1; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第1页。

方州县（四川巴县、直隶宝坻县与台湾淡水新竹）司法审判档案。在研究领域上，他从过去社会经济史的研究，扩充到法律的社会史、经济史与文化史的研究，透过历史学、社会学与法学等的科际整合，来进行中华帝国晚期法律实际运作的重建工作。在研究方法上，历史学家关注“贯时性”（diachronic）的问题意识（事实上，他一向关注的主题是由清代到民国、再到中共建政的历史社会变迁的问题）融合了社会科学家分析“共时性”（synchronic）的社会结构的研究取向，除了采用统计法之外，还参考引用韦伯二元对立之理念型的比较研究方法，最后再以诠释性的理解方法，主张清代民事法制所代表的中国传统法律文化，其表达与实践之间，官方审判与民间调解之间，存在着既矛盾对立、又互相倚赖的综合运作。

黄宗智强调，在地方负责实际行政与司法的县官，其所可能做的抉择和行动，只有在“表达”与“实践”相互背离的关系中才能得到理解：一方面县官是皇帝代理人 and 百姓父母官，在处理民事纠纷时似乎可以专断独行；但另一方面，县官又处在一个官僚系统的底层，受到严密的监督与成文法律的制约，即使在民事案中也有上诉和复审的制约，因此大部分的县官，虽然会声称道德比较重要，但在实务上，却都会选择按律例来判案，这种矛盾也要从“表达”与“实践”的紧张关系中才可以理解。^{〔5〕}

三、“官方审判”、“民间调解”与“第三领域”

韦伯是黄宗智最重要的对话对象。清代刑事审判受到法条拘束甚严，与韦伯所称中国法官的自由裁量与擅断的“卡迪审判”

〔5〕 Huang, *Civil Justice in China*, p. 17; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第17页。

相去甚远；但是民事审判呢？受理大量民事案件的清代州县官，是否也是受到法条的拘束呢？他写道：“此外，由于清代法律主要关心的是刑事和行政事务而不是民事，如果县官们真的倾向于法外调解而非拘守法律条文，那么他们在处理民事时就更是如此。用中国传统的政治话语来说，清代的民法比刑法更强调道德化的‘人治’而非严苛的‘法治’。在西方的理论话语中，按照马克斯·韦伯（Max Weber）的说法，这种建筑在县官个人意志之上的清代民法更接近于专断随意的‘卡迪法’，而非‘理性的’现代法律……反过来说，如果我们的流行看法对民事案件来说是不正确的话，那么，它们对刑事案件也必然是错的。”〔6〕

他把成文的官方民事法律制度称为民法（civil law），但因为多数法律纠纷并未成为官方诉讼案件，而是由宗族与邻里来调解的，所以他用“民事调判”（civil justice）这样一个涵盖性的术语〔7〕，来同时包括非官方的（unofficial）和非正式的（informal），也即民间的调解，与官方的（official）和正式的（formal）审判；然后在哈贝马斯（Jürgen Habermas）讨论“国家/公共领域/社会”的三元结构的影响下，他认为清代官民之间，也存在所谓中间领域或“第三领域调判”（third-realm justice），指的是前两者之间交搭的空间，民间调解和法庭意见在这里相互作用：“一个诉讼案件在未经堂审之前通过法庭外调解而获解决，一般是在县官初步批示意见的影响之下而进行的

〔6〕 Huang, *Civil Justice in China*, p. 2；黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第2页。

〔7〕 把 civil justice 译成“民事调判”，这是指涉中国传统民事法律制度所具有的特色译法，为黄宗智所独创，本文虽然没有跟着采用这种译法，但肯定这种重视文化脉络特殊性的考虑。

调解。”〔8〕

他认为，中国的司法制度和现代西方司法制度可能最大的差别所在，就是相当倚赖民间调解制度，但这民间调解还是在官方审判存在的前提下进行的；他根据对档案的研究表示，州县官过去被误解为不管民事，但其实民事案件占州县法庭承办案件的三分之一；而且滋贺秀三所说的，县官的裁判像是一种“教谕的调停”，县官扮演像一个调停子女的仁爱父母角色，而非执法严厉的裁判官，这样的说法需要修正，因为即使是处理民事纠纷，他也不是没有根据而作处理，事实上是严格按照清律的规定来作的，虽然他会先鼓励庭外的民间调解，但是一旦进入正式的法庭审理，他们总会按律例来审断，这时他们是法官，而非调停者。〔9〕

黄宗智认为，在官方正式的“堂断”或“调处”与民间非正式的宗族、邻里的“调处”之间，存在着由官方衙门与民间社群互动下产生的“第三领域”，它不能与前两者混为一谈，因为这种“第三领域”产生的“和息”，是政府司法制度和民间司法制度协商而成，县官依循着朝廷律例审判，而民间的公亲调解则以息事和妥协为要，两者之间的互动，在清代已经得到半制度化的保障。清代社会政治制度里，像堆起来的三层结构，上面较小的一块是国家机器，下面较大的一块是社会，中间不大不小的就是“第三领域”：里面有官民互动下的“和息”，有乡保和牌长的管理，有士绅和官员合作推动地方公共建设。〔10〕换句话说，司

〔8〕 Huang, *Civil Justice in China*, pp. 9-10; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第9—10页。

〔9〕 Huang, *Civil Justice in China*, p. 12; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第12页。

〔10〕 黄宗智：《国家与社会之间的第三领域》，第81—83页。

法的“第三领域”是与社会、政治与经济的“第三领域”息息相关的。

经过统计之后，他从宝坻县、巴县与淡水新竹等司法档案六百二十八宗民事案件中，归纳出二百二十一宗，最后是由衙门正式审判（“堂断”），其余四百多件都在诉状已呈之后、庭审之前解决（“和息”）。这种“和息”结案的方式，是衙门和社群/氏族半制度性的对话而成：“诉状呈递衙门后，社群/宗族会加倍主动地争取庭外解决纠纷，而县官也会对两造的诉状进行批示，并把批词以布告、宣读等方式告知两造。衙门这种初步意见会直接影响到社群中正在进行的调解。同时，县官本身一般也希望以民间调解和息而非‘堂断’来解决民间诉讼。”^[11]

在黄宗智的描述下，清代的法律诉讼的当事人，即使对这套制度心存恐惧，都会利用正式的和非正式的“调判系统”，告官是为了施压，在法庭与小区调解之间反复取舍，人们就在这两套系统的相辅相成中拥有了操作利用的空间。由此来看，由清代法律到中国法律文化，同时据有官方的和民间的、道德的和实用的这两层面，把这整套制度等同于只是其中一层面是错误的。黄宗智进一步将宝坻和巴县的模式与淡水新竹的模式区分开来，前者通常一次开庭就能迅速结案，而后者是在较高度商业化的地方，常常缠讼不绝。^[12]

黄宗智的研究，掌握到官方正式的“堂断”或“调处”与民间非正式的宗族、邻里的“调处”之间，彼此不是二元对立

[11] 黄宗智：《国家与社会之间的第三领域》，第81页；亦参见Huang, *Civil Justice in China*, pp. 110-137；黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第108—132页。

[12] Huang, *Civil Justice in China*, pp. 138-171；黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第133—163页。

的、“非此即彼”的“互斥”关系；相反的，它是由官方衙门与民间社群互动下产生的“和息”过程，是政府司法制度和民间司法制度协商而成的。这种发现是很有意义的，因为他掌握到中国传统法律文化的多值逻辑的一个方面，只是当他创造出一个“第三领域”的概念来涵盖它的时候，却又掉入二元对立的概念范畴之内，因为“第三领域”的概念，预设了前面两个互斥的二元领域的存在，这并不合乎官方正式的“堂断”与民间非正式的“调处”之间“既此且彼”、“既分且合”的互动关系。这也许是因为这个概念是受到哈贝马斯“国家/公共领域/社会”的三元结构的启发而创造出来的，并不适合来描绘分析清代民事官方审判与民间调解相辅相成的关系。“第三领域”是“非此即彼”的二值逻辑下的思想建构，并不适合用来形容中国传统法律文化的多值逻辑在官方正式的“堂断”与民间非正式的“调处”之间的具体呈现，黄宗智这个创举，不无“画蛇添足”之嫌；也许，一个“连续体”（continuum）的概念，还会比“第三领域”来得适当些。^[13] 进一步来说，我们所强调的中国传统法律文化既此且彼的多值逻辑概念，应该更能体现中国法律文化的特色来。

四、官方审判（“堂断”）：依律例审判？依情理调解？

黄宗智强调，州县官不只是一个调停者，在三大档案里，二百二十一件经过庭审的案子中，有一百七十件（77%）都经由知县依《大清律例》，对一方或另一方作出明确的胜负判决：巴县的九十八例里，有六十九例；宝坻四十五例中，占三十八例；

[13] 参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第9—20页。他对此点与笔者有同样的批评意见。

而淡新七十八例中，占六十三例。这是所谓单方胜诉。而至于无人胜诉的案子，也大都依据律例作判决，三十三例中占二十二例，与单方胜诉相加，依法判决有一百九十二例，占总数二百二十一例的87%。至于剩下的二十九件，除了交还宗族邻里处理等外，只有十一件的确是知县依据法律之外的原则仲裁处理，占总数的5%。以土地案件为例，七十四件单方胜诉的土地案例中，有三十一件归属“盗卖田宅”（律第九十三条），六件属于“典卖田宅”（律第九十五条），六件归属“违禁取利”（律第一百四九条），有十四件则归属“威力制缚人”（律第三一二条）；还有十四件“诬控”（律第三三六条）。此外，在债务、婚姻等案件也一样可以归属到相关的条文。^[14]

由此来看，黄宗智的结论，显然是说在清代司法事件的实际实践过程中，法官非常重视律例，即使针对当事人、当庭宣读而撰写的堂谕判词并不适宜具体引用律例，“但只要仔细研读一下这些判词，并同时参照大清律例的有关条文，便会发现，它们的法律依据是无可怀疑的。各个案件归属的律例虽然在判词中未经言明，但事实上大都是显而易见的”^[15]。这一结论也是黄宗智（“审判说”）与前述滋贺秀三（“调解说”）的观点最大的差异所在。后者的学生寺田浩明指出，虽然两者都强调档案史料等经验证据的重要性，但是两者的差异所在，主要是对同样的事实，所作的不同理解所致：滋贺秀三立基在现代欧洲法官依法判决的确定力的概念前提，认为中国清代州县官堂谕是依情理，而非律例来作决定，是一种“调解”（“教谕的调停”）；黄宗智则强调

[14] Huang, *Civil Justice in China*, pp. 76-109; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第76—107页。

[15] Huang, *Civil Justice in China*, p. 87; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第87页。

尽管堂谕形式上很少引用律例，但在判决内容上来看，却是依据国家律例与民间情理共通的法律规范，而且在功能上，也达到依据法律规范来保护当事人权利的作用，所以也是一种“审判”。〔16〕

寺田浩明比较倾向其师的看法，对黄宗智的“审判说”多所批评，但是他在总结两说的论战时，很清楚意识到介于“普遍性”与“特殊性”、“西方中心主义”与“文化相对主义”之间的两难问题，因为我们接受的是西方社会科学的训练，常常不自觉地会掉入西方的概念与方法论的窠臼里，再借着它来认识理解清代的历史时，西方式的偏见是很难豁免的，他强调：“我们只能始终留意，不要忘记自己只是以一种尺度来衡量另一种尺度。不断地来回调整两个尺度——也许，这就是历史学家所能作的工作。”〔17〕

王泰升则根据他对“淡新档案”的研究，检讨堂谕与律例之间的相关性问题。他很正确地指出，除《大清律例》之外，还有地方法规，如《福建省例》，需要纳入考虑；此外，他也认为一般来说，堂谕并不会完全忽视律例的存在，但他质疑黄宗智有关“淡新档案”民事案件官方审判的七十八件中，有七十六件依律例判决（比例达97.4%）的结论，除了指出枉曲律例的例子外，他进一步认为是否依照律例来判决，必须划分不同层次来加以讨论：“宽松说”与“严格说”，前者是指只要是“合法”的，县官会将“系争利益”归于“合法”的人，在此意义下，

〔16〕 寺田浩明：《清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争辩》，载《北大法律评论》第1卷第2辑，法律出版社1999年版，第603—617页；有关滋贺秀三的观点，参见作者前注1文章。

〔17〕 寺田浩明：《清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争辩》，第616—617页。

堂谕原则上是依律例规定来作成判断的；后者指的是要完全依照律例所规定来作判断。采前者容易忽略堂谕恣意性与人民对于律例的“可预测性”的问题；采用后者，则可能会得到县官并未依照律例来作判断的传统见解，但它也忽略了律例本身提供的法律规范不足的问题，纵然县官想要严格地依律例堂断，很可能无法可依，形成不是“不为”、而是“不能”的困境。^[18]

同样研究“淡新档案”的美国学者艾乐（Mark Allee）则指出，二百二十二宗民事案件里，只有四宗提到律例，而且其中只有两宗引用律例与作出堂断的结果有直接关系，两宗则涉及枝节问题；县官很少直接引用律例的原因，除了官司常常庭外解决之外，对上级长官需要交代律例，对堂下的当事人作出堂谕时，则无需如此；至于“暗示地”引用律例的说法，他同意律例是堂断的基础，不必然要明示才能发挥其功能，但因而强调“暗示地”引用律例，也未必适当，因为当事人也并不会要求绝对地依法判决，而且律例时有所穷，无法应付 19 世纪台湾社会的需要。^[19] 大略而言，在滋贺秀三“调解说”与黄宗智的“审判说”之间，王泰升与艾乐采取比较折衷的立场，所以会有“宽

[18] 王泰升：《从淡新档案观察清治台湾官府法律之运作》，台湾“国科会”研究计划报告，未出版，1998 年，第 45—49 页；王泰升：《清治时期的行政组织及司法运作》，载《月旦法学杂志》第 64 期，2000 年出版，第 144—156 页；王泰升：《台湾法律史概论》，台湾元照图书出版有限公司 2001 年版，第 80 页。

[19] Mark A. Allee, “Code, Culture and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court,” in *Civil Law in Qing and Republican China*, ed. Bernhardt and Huang, pp. 122-141; Mark A. Allee, *Law and Society in Late Imperial China: North Taiwan in the Nineteenth Century*, Stanford: Stanford University Press, 1994. 艾乐有关只有四件提到律例的说法有值得商榷之处，参见拙著：《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》（台湾三民书局 2003 年版）一书中对“淡新档案”的研究，第 124—149 页。

松说”与“严格说”两种层次的提出，以及律例时有所穷的看法。

就像我在前面提到讨论滋贺秀三的文章时所强调的^[20]，我认为，如果考虑到成文化的律例与未成文化的情理这些不同的法源的共通性时（它们之间的关系，不是“非此即彼”的互斥关系，而是“既此且彼”的互补关系），是否明白引用律例，便不会成为问题的关键处。所谓中国传统法律文化中情理和律例的多值逻辑，在堂断中实际运作时，不同法源之间，不是以“互斥”为前提的概念范畴与法律规范，因此所谓“依律例审判”，也不能把它狭窄化看成只是依成文的实定法来判决而已，可能对清代朝野上下而言，民事诉讼案件的处理，州县官将情理与律例融通为一，综合地追求中国式的衡平正义感（是“仁义”或“情义”，而非西方人的“正义”），他就是“依律例审判”了，这时尽管所依据的是以“情理”为基准的“活生生的法律”（living law），而不是“成文法”（enacted law），但是前者并不是后者的对立面，相反的，它们是融通为一、既分且合的法律规范，州县官依照它们共同相通的精神来判决（甚或调解），就是所谓“依律例审判”了。在中国人的思维模式里，律例与情理的概念之间，应该是相互依存，而不是相互对立的。对清代州县官而言，律例并不是与情理相互对立的：王法不外人情，州县官依情理自理词讼作堂断时，心中未必无律例；同样的，依律例审判时，心中未必无情理。在这个意义下，黄宗智强调，尽管堂谕形式上很少引用律例，但在判决内容上来看，却是依据国家律例与民间情理共通的法律规范作出堂断的说法，是可以接受的。我采取比较宽松的“依律例判决”的看法，但是因为律例与情理是

[20] 参见笔者前注〔1〕的文章。

相通的，县官的恣意性会受到限制；同样的，人民对于律例的“可预测性”的问题也未必是偏低的。

五、黄宗智论韦伯

黄宗智在他《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》的专书中，第九章是与韦伯作对话，章名为“马克斯·韦伯和清代法律及政治制度”。从这个章名来看，我们发现黄宗智的确把韦伯当作相当重要的对话对象来看待。在这一章的开宗明义里，他写道：“那么，我们应该如何来理解清代法律制度的性质？如何用现在西方学术话语来刻画它的特征呢？本章以当今仍具影响的马克斯·韦伯的观点为出发点来对清代法律作一理论上的探讨，并将帝制后期的中国，与西方作一比较考察。”^[21]

如此看来，黄宗智的确把韦伯（兼具文化内与文化间的）比较法律社会学里所使用的概念、观点与分析方法，作为西方现代学术话语的代表。借着与韦伯的对话，研究者同时也可以刻画出介于清代的法律制度跟西方的法律制度彼此之间的异同来。黄宗智如此的尝试，其实跟笔者的尝试是类似的：借着对韦伯有关中国传统法律之描述的批判与修正，进一步彰显清代所集大成的中国传统法律与司法制度的独特性来。如我在前述文章的讨论里所指出的^[22]，这是因为韦伯本身在作完西方文化内的对比之后，进一步透过文化间对比式的研究，尤其是司法制度的文化对比，来凸显西方现代法律制度的独特性：实质的一不理性的（*material-nichtrational*）中国传统司法审判（“卡迪审判”） \longleftrightarrow 形式的

[21] Huang, *Civil Justice in China*, p. 223; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第213页。

[22] 参见笔者前注〔1〕的文章。

一理性的 (formal-rational) 西方现代司法审判。我在前述讨论韦伯与滋贺秀三的文章中, 已经作了很深入的分析, 此地不再重复。我在这里所要进一步指出的, 不再只是韦伯观点的偏差; 相反的, 我还要进一步指出, 黄宗智对韦伯原有的分析架构, 也存在着一些误解。尽管他对韦伯有所误解, 但在这个误解之上, 他其实也借着与韦伯的对话, 提出一些有关清代法律制度的有其独特观点的、值得加以肯定的结论。换句话说, 我们有些地方, 要立基于韦伯的原著, 指出黄氏误解韦伯的一面; 但是在另外一方面, 我们也会赞同黄氏对清代法律与政治制度的一些精彩考察。

我赞同黄宗智的研究结论: “诚然, 清代法律制度不是韦伯意义上的形式主义和理性化的, 但它显然也不是卡迪法。我希望我已经证明, 它不是专横武断、反复无常和非理性的。”^[23] 但是黄宗智对韦伯原有的分析架构, 也的确存在着一些误解。

首先, 在有关韦伯理念型的 (idealtypisch) 比较法律制度的分析上, 我在前面已经很清楚地指出, 为了彰显西方现代法律的独特性, 韦伯使用两组概念的对比, 亦即“形式的 \leftrightarrow 实质的” (formal-material)、还有“理性的 \leftrightarrow 不理性的” (rational-nicht-rational) 这两组对比的概念, 然后作排列组合, 对西方法律的发展, 作了理念型的概念分析。换句话说, “形式的”相对于“实质的”, “理性的”相对于“不理性的”, 其所依据的原则, 隶属于不同的概念范畴, 不可以完全混淆一体来加以看待。黄宗智认为, 韦伯所使用的一个概念“实体理性” (我译为实质理性, *materiale Rationalität, substantive rationality*), 是理解中国传统法律的关键概念: “……韦伯本人实际上超越了这个简单的二

[23] Huang, *Civil Justice in China*, p. 224; 黄宗智:《民事审判与民间调解: 清代的表达与实践》, 第214页。

元对立，另外提出了一个尝试性的命题，他称之为‘实体理性’……因为他把形式主义等同于理性主义，而实体法等同于非理性，实体理性这个词显然暗示这两个对立面的矛盾统一”。^[24] 黄宗智进一步认为，很适合把这个概念应用在对中国传统法律的分析之上，因为它可能包含“多种理性和法律，多种不同的现代化发展方向”，避免了原有二元对立的理念型分析所具有的“目的论与西方中心论”^[25]。这是一种以韦伯之矛、攻韦伯之盾（mit Weber gegen Weber）的做法，是韦伯诠释者（包括笔者在内）有时也会使用的研究方法，但是以韦伯对韦伯的批判，仍然必须立基在韦伯原有的、自相矛盾的不同观点的论证架构上来立论，不能做过多的扩充解释与过急的援引类推，以免产生更多的误解。

当黄宗智认为韦伯把“形式主义等同于理性主义，而实体法等同于非理性”之时，实际上就把韦伯原本比较分明的两组概念范畴，作了过度快速的转换与误解。因为韦伯使用的“形式的 \leftrightarrow 实质的”（formal-material）、还有“理性的 \leftrightarrow 不理性的”（rational-nichtrational）这两组对比的概念，并不是认为他们只是同一组内容相同的对比概念。韦伯根据这两组对比概念所建构出来的四种法律类型，我在前述文章已经分析过^[26]：首先在天启法的阶段，是一种“形式的一不理性的”法律；其次在传统法的阶段，是一种“实质的一不理性的”法律；再次在推定法（自然法）的阶段，是一种“实质的一理性的”法律；最后到制

[24] Huang, *Civil Justice in China*, p. 224; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第214页。

[25] Huang, *Civil Justice in China*, pp. 224-225; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第214—215页。

[26] 参见笔者前注〔1〕的文章。

定法的阶段，则是一种“形式—理性的”法律。根据意大利学者费伯拉鸠（Alberto Febbrajo）的研究^[27]，他认为韦伯所讨论的法律的“形式方面”，不可以跟法律的“理性方面”混同起来，因为后者（理性与否）所主要指涉的，主要是与在作法律实践（司法判决）时，其判准的相互主体的可检测性（intersubjektive überprüfbarkeit der Entscheidungskriterien），亦即是否根据普遍承认的规则来作判决息息相关；而前者（形式与否）则主要在作法律实践（司法判决）时，其判准系统化的特性（systematische Spezifität der Entscheidungskriterien），亦即其相关审判机制所具有的技术与特性，法律技术是否系统化抽象化发展出来。就这样来看，理性与否与形式与否是两个很重要的指标，根据它们作排列组合，来对各种不同的法律制度加以归档与分类。我们进一步来说，理性与不理性的二元对立式的划分，主要指涉的是在一个特定的判决的过程里，其结果的可检测性，换句话说，是否具有相互主体的、普遍承认与否的可检测的方面。而另外一个二元对立的区分，形式的与实质的划分，则主要指涉在这样的过程里，是否涉及一个特定的系统，是否立基在一个严格的、系统化的法律技术的方面之上。

我们进一步再加以综合来看，理性化的程度由低到高，所探讨的是法律实践（司法判决）所依据的判决标准是否具有相互主体的、普遍承认的可检测性，可检测性越高，理性化的程度就越高。至于在形式化的程度上，由低到高，所指涉的是法律实践（司法判决）所依据的判决标准所具有系统性的特性，愈系统

[27] 参见 Alberto Febbrajo, “Kapitalismus, moderner Staat und rational-formales Recht,” in *Max Weber als Rechtssoziologe*, eds. Manfred Rehbinder und Klaus-Peter Tieck, Berlin: Duncker & Humboldt, 1987, pp. 55-78.

化，形式化的程度就愈高。首先，在天启法的阶段，因为它有较高的法律技术（形式的方面），但有较低的相互主体的、普遍承认的可检测性（不理性的方面），所以是一种“形式的一不理性的”法律；其次，在传统法的阶段，因为根据个案与伦理公道而行，具有较低的法律的技术（实质的方面）与较低的相互主体的、普遍承认的可检测性（不理性的方面），所以是一种“实质的一不理性的”法律；再次，在推定法（自然法）的阶段，因为政治与宗教等意识形态在高度的法律技术里作用，具有较低的法律的技术（实质的方面）与较高的相互主体的、普遍承认的可检测性（理性的方面），所以是一种“实质的一理性的”法律；最后，到制定法的阶段，因为法律外的意识形态不再起作用，具有较高的法律的技术（形式的方面）与较高的相互主体的、普遍承认的可检测性（理性的方面），所以是一种“形式的一理性的”法律。

由费伯拉鸠这样的分析来看，其实韦伯眼中的形式性与理性，在这里还是有某种程度的差异的。黄宗智在这里很简单地把“形式主义等同于理性主义，而实体法等同于非理性”，把韦伯的两组概念的对比，混合成一组，把两组排列组合出来的四种法律制度的归类，简化成两种法律制度的归类，所以他认为韦伯是以形式主义的理性为一方，以工具主义和非理性为另一方，对不同的法律制作了二元的区分。^[28]如此一来，变成西方现代的法律是一种所谓形式主义的、理性主义的、自由主义的法律，跟这样子截然对立的是所谓实体性的和工具性的法律，充其量是所罗门式的（Solomonic，他译为包青天式的）法律，不然就是专横的

[28] Huang, *Civil Justice in China*, p. 223; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第213页。

法律，完全是统治者意志的产物，是一种卡迪法律（审判），他很正确地说明，韦伯倾向把它具有一种“非理性的”特性。这也是我们前面所谓的传统法（“实质的一不理性的”法律）。

黄宗智所要证明的是，清代法律当然不是西方现代“形式的一理性的”法律，但显然也不是“实质的一不理性的”传统法律。但是黄宗智进一步认为，韦伯谈到英美习惯法的陪审团，兼有形式主义和实体主义（实质主义）两方面的特征，因此具有这种矛盾的统一的特性。事实上，我们从韦伯的概念范畴对西方法律发展史的分析里，我们看到所谓的“实质的一理性的”法律，其实韦伯指涉的并不是英美习惯法，相反的，是类似法国大革命启蒙主义的自然法影响下的法律，或者是俄国社会主义革命后的法律，这种法律由超越法律之外的普遍性准则（宗教的、伦理的、功利主义等意识形态意义的假设），冲破了形式上的决定。所以“实质的一理性的”法律，在一定程度上被看成是理性的法律，因为在法律判决时，它还是根据普遍的原则来加以判定的。换句话说，以前面意大利学者费伯拉鸠的看法来看，其判决的标准，具有高度的相互主体的、普遍承认的可检测性。然而在形式性的这个方面上，因为法律之外的伦理准则，冲破了法律内在的规定，就使得判决标准的系统性的特性，相对来说呈现比较低度的状态。法律之外的普遍准则，如伦理的或价值的准则，会影响到法律的判决，法律系统的内在自主性没有办法完全确立。因此，这里“实质的一理性的”的法律，韦伯事实上是有其特定指涉的，指涉的是拿破仑法典或俄国社会主义法典，一方面已经具有高度理性的特征，但是另外一方面，启蒙主义自然法

的或社会主义思想还是深深笼罩这种法典之上。^[29]

六、中国传统法律是“实体理性的”（“实质的一理性的”）法律吗？

黄宗智明显忽略掉这一方面有关“实质的一理性的”的法律的论证在韦伯比较法律社会学所具有的特殊意义，却单独将“实质理性”（*materiale Rationalität*，他译为“实体理性”）的概念擷取出来，认为这种概念对于理解中国传统法律制度是一个很有用的概念：

“我认为‘实体理性’对理解中国法律制度是一个有用的概念，如果我们承受理性是多元的，并把‘实体理性’解释为一个包含矛盾的概念。首先，‘实体’一词可以用来刻画统治者的意志在法律中所起的作用，这种作用表现为官方表达坚持皇帝是一切法律的唯一的合法权力的来源……由此，‘实体’这个概念可用来刻画清代法律制度的第二重要特征：即法律应受道德原则指导的观念，皇帝的意志应体现这样的原则……国法要同情理，即天理与人情，相配合。此外，‘实体’还可以刻画清代司法程序对于事实真相的强调，而不是满足于用形式主义的程序在法庭中建立起来的真实的近似。理论上，清代法律不承认存在着统治者/法官所不能认识的更高的真实，因此从来没有形成这样的认识，及满足于获得作为他的近似物或替代物的法庭真实。因此，也没有发展出一套精致的关于证据的规则，像近代西方形式主

[29] Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* 5 Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976, pp. 496-503.

义中法律的程序主义规则。例如，道听途说和面部表情都可被县官用来作为他判案的工具体……如果我们把‘理性’含意限定于形式主义逻辑的法律，那么‘实体理性’这一概念确实刻画了韦伯两大对立类型间的一种张力……，因此，‘实体理性’可以用来抓住中国法制中实体和理性的两个方面，同时又能刻画韦伯要我们注意的‘实体法’与‘形式理性’之间的张力。和韦伯一样，我们在考虑一个活生生的法律制度时，没有必要局限在卡地法和理性法这样过分简化的两极对立中。我们可以保留它抽象类型中的理论洞见，而不曲解明清时代中国法律中的现实。”^[30]

作出这样的论断之后，黄宗智进一步指出，韦伯本人没有明确地把“实体主义的法律”跟政治上的家产官僚制联系起来讨论。^[31] 这一点其实是很大的误解，事实上，韦伯在他的法律社会学与支配社会学里，很多章节都是在讨论家产制的支配以及家父长制，其所呈现出来的传统法与传统型支配之间，存在着一种“选择性的亲近”的关系，亦即“实质的一不理性的家产制法律”（黄宗智视之为所谓的“实体主义的法律”）是与“传统型支配”（家产制支配以及家父长制）息息相关的。^[32] 换句话说，相对于西方现代的“法制型支配”，以及“形式的一理性的法律”之间，存在着“选择性的亲近关系”，他认为西方中世纪的

[30] Huang, *Civil Justice in China*, pp. 225-227; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第215—217页。

[31] Huang, *Civil Justice in China*, p. 227; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第217页。

[32] 笔者在《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》一书中已有所说明，第25—27页。

家产制支配与家产制法律（传统法）之间，中国家产制支配与家产制法律（传统法）之间，也存在着“选择性的亲近关系”。

在这样对韦伯的误解之下，黄宗智进一步论证说，实体主义和理性主义，还有官方审判与民间调解在清代民法中取得了矛盾结合，可以看作是对韦伯很具启发性的“实体理性”的概念的一种进一步发展。黄宗智甚至强调，这样的命题比韦伯二元对立的两个抽象类型中的任何一个，都更能抓住中国法制的特征：

“它使我们从以近代西方理性法为一方，而以非西方世界的卡迪法为另一方这样一个简单的两极对立的欧洲中心论和目的论的观念中解放出来。它可能打破在一个非此即彼、两极对立的命题中争辩的陷阱，也打破把近现代西方作为标准来衡量一切现代化和发展的做法。但它仍然允许我们对中国和西方作有意义的比较。”^{〔33〕}

尽管黄宗智对韦伯充满误解，而且在以韦伯之矛，攻韦伯之盾的时候，对“实体理性”这个概念作了自己方便的诠释。但他的的确确掌握到清代民法既矛盾又统一的特性（这也是我们一再强调的中国传统法律文化的多值逻辑特色），而且可以借着与韦伯的对话，从“传统落后的中国 \leftrightarrow 现代进步的西方”这样二元对立的欧洲中心论与目的论解放出来。而且他将清代司法制度与清代政治制度结合起来的考察方式，也是韦伯前述“选择性的亲近”的研究方式。某个意义来说，他对韦伯的误解中，夹着正解，而且透过与韦伯的对话，将中国和西方作了很有意义

〔33〕 Huang, *Civil Justice in China*, p. 231; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第219页。

的比较，而且没有过度曲解清代中国传统法律文化中的现实。

他很正确地指出，通过清代的案件记录，人们一方面看到了法律制度的实际运作，另一方面，也同时洞视了当时政治制度的实际方面。黄宗智强调，中国的国家是家产君主制（他译为世袭君主制）和官僚制矛盾结合的一种国家制度，中国历朝帝王很聪明地选择两者的结合，这种矛盾体系的一面是世袭的皇帝权力，而另外一面则是具有悠久历史的韦伯式的官僚制。他强调说，清律主要是行政法规并不是偶然的，而且远在西方官僚制度确立前，中国就有文官考试制度这也不是偶然的。所以他论证说：

“既不是简单的家产君主制，也不是官僚制，而是两者的矛盾结合决定了帝制后期中国的国家的特征。诚然，儒家关于圣贤仁政的政治的理想，可以看做是世袭君主制的统治理想。它造成了政治制度和家庭制度之间的以及君主和家长之间的明显类似。统治的合法性和正当性是建立在道德优越的基础之上的。另一方面，法家的‘法治’则可以看做是官僚制的意识形态，它所强调的是常规化的行政管理和规章制度。帝制国家当然非简单儒家亦非简单法家，既不单纯依靠人治也不单纯依靠法治。中国帝制国家的坚韧和长寿是同时结合这两者的结果。”^[34]

说明了儒法并存、人治与法治并行，是中华帝国长治久安之道之后，往下他进一步推论，由中央的皇帝到地方州县官，皆为

[34] Huang, *Civil Justice in China*, p. 231; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第221—222页。

家父长制的统治的实行者，地方官作为百姓的“父母官”，是儒家家人治与仁政的意识形态的体现者。对地方官而言，要具有人治的色彩，但在此之外，必须辅以官僚的法治，所以，胥吏对他来说，是很重要的法治的官僚机器。地方官道德化的人治仁政，与胥吏操作化的法治相反相成，州县官希望讼案越少越好，而胥吏们为了收入，却希望讼案越多越好；这种既矛盾又相互倚赖的情形，也在“表达”与“实践”既背离又并存的情形出现，最后也在法律纠纷的解决程序上，“官方审判”和“民间调解”矛盾并存的情形里出现，因为家产君主的统治，一方面希望官僚机器尽量简单，因此官方审判不得不依赖民间的调解制度；但另一方面，官僚制要求制度的成文化和规范化，导致官方司法制度的建立，于是“民间调解和官方审判的合作与紧张，是世袭君主制和官僚制之间合作与紧张的一个直接表现”^[35]。换句话说，他下结论道：清代法律制度的实体理性，是同它的世袭君主官僚制（我们译为家产官僚制）的政治制度内在相关的，法律在后者产生，也体现了它。

这种有什么样的政治制度，就有什么样的法律制度的结论，与韦伯对“家产制法律”与“家产官僚制”之间的“选择性的亲近关系”的论断，彼此是一致的，只是黄宗智认为其间的法律具有“实体理性的”（实质理性的）特色，韦伯则首尾一贯地认为它有“实质的一不理性的”特色。

黄宗智显然意识到自己的论点跟韦伯原来的观点是有差异的。他认为他的讨论是受到韦伯的启发，但是，跟韦伯的重点是不一样的。韦伯关心的是支配关系及其方式，黄宗智认为（官

[35] Huang, *Civil Justice in China*, pp. 232-234; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第222—224页。

与民之间的) 政治权力与社会正义, 并不是清代法律的重点所在, 所以他所谓中国传统法律的“实体理性”的特点, 其实主要指涉的是清代中国有关(民与民之间的) 财产、契约和继承的民事权利, 但却没有政治和社会的民事权利, 前者的权利是为世袭君主的权威所容许, 而不是民间社会从专制统治那里争取来的。他进一步说明, 同样是关心民事权利, 韦伯关心的垂直支配之下的权利关系, 而他自己比较关心民间横向的权利关系, 因为他认为清代法律并不像近代西方的民法一样, 宣称法律之前人人平等; 相反的, 清代法律坚持和强化社会等级秩序, 其结果是官方法律和民间调解都无助于人们反抗权势。^[36]

透过韦伯说的启发, 他认为“实体理性”矛盾性的命题是有用的: “清代的法律和政治制度可以看做是‘世袭君主—实体的’表达 (patrimonial-substantive representation) 和‘官僚的一理性的’实践 (bureaucratic-rational practices) 的一个结合。道德主义和实用主义纠结在清律、县官和地方政府的实践中, 权利在理论上被否定但在实践中得到保护。20 世纪的法律改革者们

[36] 参见 Huang, *Civil Justice in China*, pp. 234-236; 黄宗智: 《民事审判与民间调解: 清代的表达与实践》, 第 224—226 页。他认为清代法律维护既定社会阶级的看法与瞿同祖接近, 后者强调其首重家族与阶级, 参见瞿同祖: 《中国法律与中国社会》, 商务印书馆 1947 年版, 第 1 页; 另外, 法律无法对抗权贵这一方面, 史布莲克 (Van der Sprenkel) 也认为: “……而且它 (指整个法律体系) 的目的, 与其说是保护国民, 不如说是维护秩序。官方法庭与民间的下级法庭都不对压制 (强压弱) 提供任何制止行动, 前者正由负责压制的同样权力所管理, 后者则是强者手中的工具。”参见 Sybille Van der Sprenkel, *Legal Institution in Manchu China: A Sociological Analysis*, London: University of London, 1962, p. 123。史布莲克把民间的宗族、行会与邻里看成官方的下级法庭, 比黄宗智更强调其形式化的一面。

将同时面对这份遗产的局限和实绩。”^[37] 在此，他似乎是模仿了韦伯，作了几个二分的、矛盾的概念范畴：^[38] 世袭君主制←→官僚制、实体主义←→理性、表达←→实践、主观主义←→客观主义、道德主义←→实用主义与民间调解←→官方审判等的对比，然后将它们综合起来，成为“世袭君主—实体的”表达←→“官僚的一理性的”实践之间的矛盾对比，最后又不同于韦伯，又认为它们是既矛盾又可以结合起来的。

我之所以不厌其烦地，在前面大量重新建构黄宗智引用韦伯、并进一步自我发挥的种种方面，主要是想要厘清黄宗智对韦伯的误解，另外也希望进一步说明，尽管黄宗智多处误用韦伯的命题与概念，但他对于清代法律的实际运作所做的分析与描述，在很多方面却是值得我们加以肯定与参考的。

首先我要说明的，所谓的“实体理性”（实质理性）的概念，韦伯不只在法律社会学中使用这个概念，事实上，在他的经济社会学，还有一部分的支配社会学里，也都引用这个概念。而且他比较明确的定义，其实是落在经济社会学之上。所谓的“实质理性”，它在经济社会学中的定义是相当明确的（相对于讲究工具性跟可预计性的“形式理性”），韦伯在经济社会学中如此定义：

“一个经济的形式理性，事实上，强调的是其技术上的可能性，以及实际上能够运用的计算，称之为形式理性；相反的，一个经济的实质理性，它所要表达的是一种程度，一

[37] Huang, *Civil Justice in China*, p. 236; 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第226页。

[38] 参见 Huang, *Civil Justice in China*, p. 267，索引中的“paradox”一字所列的各方面。

个特定的人群透过财货，将一种经济取向的社会行动，以一种特定价值取向的立场来加以分配。”^[39]

换句话说，一种“实质理性”的确牵涉到一种特定价值判断，而且不是纯粹技术性考虑的，例如，相对于“形式理性”发达的资本主义，社会主义的经济比较具有“实质理性”上的考虑。

所以，“实质理性”在韦伯概念范畴中，基本上并不是黄宗智认为的一组矛盾组合，但是正如我在前面指出的，韦伯在对支配、法律与经济等的社会学分析里，着墨较多的是“形式理性”，而不是“实质理性”。^[40]对韦伯而言，“实质理性”与“形式理性”这一组对比的概念，指涉的是巨视层次的秩序与结构的不同方面的理性化，而与此相呼应的，是在微视的个人行动层次的“价值理性”与“目的理性”之间的对比。在“价值理性”与“实质理性”这一端，相对于“目的理性”与“形式理性”的另外一端，同样都是理性的行为，但由这一端看另一端，都会认为对方是非理性的，这就是韦伯理性的多元观与相对观。

就韦伯文本来看，他提到“实质理性的”法律与“实质理性的”经济，但是他并没有谈到所谓“实质理性的”支配（他提到的“法制型”支配，他只称之为“理性的”支配），而且就其理念型概念范畴的分析来看，我们实在不太适合将韦伯“实质理性”的概念看成是一种矛盾对立的综合。

其次，黄宗智认为“实体理性”一词，体现了介于世袭君主制 \longleftrightarrow 官僚制、实体主义 \longleftrightarrow 理性、表达 \longleftrightarrow 实践、主观主义

[39] Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 44.

[40] 参见笔者前注〔1〕文章。

←→客观主义、道德主义←→实用主义与民间调解←→官方审判等的对比，然后将它们综合起来，成为“世袭君主—实体的”表达←→“官僚的一理性的”实践之间的矛盾对比，然后不同于韦伯，又认为它们是既矛盾又可以结合起来的。

因此，他提到的“实体理性”里的实体面，指的是统治者的意志、道德主义的主张、事实真相的强调、主观主义与表达等方面，乍看之下，是与韦伯强调法律外的价值取向的影响是有些类似的。但他们对此的评价与定位却大不相同：对韦伯而言，法律受到法律外的政治的、宗教的与伦理道德的普遍原则指导，如法国大革命后的自然法，是“实质的一理性的”法律；但如果是中国皇帝与包青天的审判，国法要受统治者意志、天理与人情的指导，他则认为是有太多的个案特殊考虑，在相互主体的、普遍承认的可检测性较低，所以只是“实质的一不理性的”法律。如果黄宗智证明了清代民事审判在考虑个案之时，的确也拥有相互主体的、普遍承认的可检测性特性时，似乎他称之为一种“实质理性”的法律也不为过。他也很的确倾向说明皇帝、州县官与民间调解的公亲，都不是恣意而为的，都具有一定的相互主体的、普遍承认的可检测性，但即使如此，韦伯也不把它看做是既矛盾对立又综合的概念组合。因此，黄宗智在这里的确多的是他自己的推演，已经离开了韦伯概念范畴的原意。

七、清代民事审判与民间调解：中国传统法律文化的多值逻辑与“脉络化的普遍主义”的体现

但是黄宗智对韦伯的误解，却带来对清代法律与政治的正解，他所强调的清代法律与政治制度既矛盾又结合的多重方面（儒与法、人治与法治、道德与法律、表达与实践、调解与审判等），如果换一个角度来加以诠释，其实便是我们所强调的中国

传统法律文化的多值逻辑（既此且彼）的体现，既避免了韦伯以下西方多位学者二值逻辑（非此即彼）般的思考盲点，也注意到在既此且彼的多值逻辑的思维模式之下，中国法律文化解决法律纷争与冲突的多元机制，情、理、法等法源是多元的，官方审判与民间调解等法律程序也是多元的，它们彼此间既矛盾、又并存。笔者在过去十几年的研究，将这种中国法律文化多元并存的情形，称之为“中国传统社会的法律多元主义”^{〔41〕}，而将这种（以儒家伦理为代表的）兼容并蓄的、既此且彼中国文化的精 神，称之为“脉络化的普遍主义”（kontextualisierter Universalismus），以对比于西方（以新教伦理为代表的）“去脉络化的普遍主义”（dekontextualisierter Universalismus），理一分殊、一多相融的精神在中国传统法律实际运作中被具体实践出来。^{〔42〕}由此来看，瑕不掩瑜，黄宗智对于掌握中国传统法律文化的多值逻辑与“脉络化的普遍主义”的精神，的确提出了他独到的见解来。某个意义来说，在克服目的论、单线演化论与欧洲中心主义，从而体现多元法律文化、多元理性与多元现代并存的努力上，他也提出了他的贡献来。

（本文系林端教授据其专著《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》[台湾三民书局 2003 年 10 月初版] 的部分章节改写而成。）

〔41〕 参见林端：《儒家伦理与法律文化：社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年增订版，书中处处可见。

〔42〕 参见 Duan Lin（林端），*Konfuzianische Ethik und Legitimation der Herrschaft im alten China: Eine Auseinandersetzung mit der vergleichenden Soziologie Max Webers*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, pp. 56-58。