

服制命案、 干分嫁娶 与 清代衡平司法

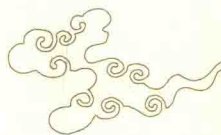
顾 元 —— 著

By Gu Yuan

本书重点选取清代司法文化中若干独特的面相作为研究专题，以服制命案、婚姻禁忌、幕学名著、自然天道等问题为切入点，以其与衡平司法的关系为面，以点带面，史论结合，阐释帝制中国立法、司法及其与国家、社会之间的互动关系。

本书各部分有独立的问题意识及理论方法取向，但在整体上具有内在统一的研究旨趣，即以“衡平”作为基本理论进路，探讨传统司法的价值特征及其现代适应性，并凸显一定的学术自主性和本土意识。

本书是作者《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法相比较》一书的延续。



本书获国家社会科学基金项目资助

服制命案、
干分嫁娶
与
清代衡平司法

顾 元——著

By Gu Yuan



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

服制命案、干分嫁娶与清代衡平司法 / 顾元著. --
北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2325 - 5

I. ①服… II. ①顾… III. ①司法制度—法制史—研究—中国—清代 IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 125936 号

服制命案、干分嫁娶与清代衡平司法

FUZHIMING'AN, GANFENJIAQU YU QINGDAI HENGPING SIFA

顾元著

策划编辑 似玉

责任编辑 似玉

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 马丽

责任印制 张健伟

编辑统筹 法研工作室

开本 A5

印张 14.25

字数 360 千

版本 2018 年 6 月第 1 版

印次 2018 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ liuwenke0467@sina.com

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2325 - 5

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



目 录

导 论 中国司法史研究之省思与衡平的进路	1
----------------------------	---

- 一、问题：理论危机与范式重构的困境 / 1
- 二、意义：悖反中的比较方法与省思重构 / 4
- 三、如何对待西方研究的范式和进路：以马克斯·韦伯为例的反思与批评 / 9
- 四、中国传统司法的特性：以滋贺秀三为对象的检视和辩证 / 21
- 五、本土性的自觉与比较法的研究 / 29
- 六、法律移植与中国司法近代化 / 34
- 七、比较的视野与本土的语境：中国司法史研究可能的进路 / 39
- 八、衡平：传统中国司法的核心价值观与本书的进路 / 41
- 九、结语 / 53

第一章 清代命案中的服制

——以“听从尊长主使”等例的立法变迁和司法 适用为中心	54
--------------------------------------	----

- 一、问题与方法 / 54
- 二、“殴期亲尊长”律及其附“期亲卑幼听从尊长主使共殴以次尊长、尊属致死”例 / 58

- 三、“殴大功以下尊长”律及其附“听从尊长主使”例 / 87
- 四、“威逼人致死”律及附“子孙不孝致祖父母、父母自尽”例 / 105
- 五、结语 / 147

第二章 名分攸关与夹签声请：清代服制命案中的严格责任与

衡平机制 149

- 一、严格责任主义及其他：服制因素于清代命案相关立法和司法的影响 / 150
- 二、夹签声请：清代服制命案中的衡平机制 / 182
- 三、结语 / 213

第三章 “干分嫁娶”及其衡平司法实践：传统中国国家与社会

二元结构下的规则之治 215

- 一、问题与方法 / 215
- 二、同姓不婚 / 222
- 三、中（内）表不婚 / 241
- 四、宗亲妻妾不婚（收继婚禁） / 246
- 五、其他干分嫁娶的类型 / 264
- 六、司法衡平与制度变革：国家律法与民间风习的博弈和互动 / 267
- 七、结语 / 273

第四章 清代幕学与司法审判制度运行

——以《办案要略》为视角和中心 275

- 一、问题与材料：王又槐及其《办案要略》 / 275
- 二、幕学与律学背景下的《办案要略》 / 284
- 三、如何定罪——以辨明犯罪构成为中心 / 294

四、如何审案——以司法公文制作为中心 / 310

五、结语 / 342

第五章 为幕之道与衡平司法

——以《办案要略》为中心的考察 343

一、《办案要略》与中国传统司法伦理和审判意识 / 343

二、关于清代幕友与幕学的再认识 / 378

三、关于传统中国法律职业化的一点思考 / 395

四、结语 / 401

第六章 天道与中国传统衡平司法 403

一、绪论 / 403

二、“极乎天而蟠乎地”：自然天道与天人合一的宇宙观、秩序观 / 405

三、“天灾地异”之“谴告”：自然主义与中国传统司法审判 / 410

四、“行乎阴阳而通乎鬼神”：神鬼观念与中国传统司法文化 / 416

五、“片言可以折狱”：天道和谐与司法衡平 / 420

六、结语 / 437

主要参考文献 438

导论 中国司法史研究之省思与 衡平的进路

一、问题：理论危机与范式重构的困境

近年来，在法律史学科渐趋边缘化的忧患中，中国司法史的研究却似乎方兴未艾，大有闯出一条新路、成为冷门之中的“热点”的趋势。司法史之研究范式和进路，无论是中国司法制度史还是中国司法文化史，甚至比较司法史，都出现了一些值得注意的变化，学术的反思与自省正日益受到重视。应当说，中国司法史的研究，无论是问题、材料，还是理论、方法，皆有很大程度的突破。这在一定程度上悄然引领着法律史学科研究的蜕变。

治中国司法史和传统法律文化史的一些优秀中青年学者，以其深厚的学养、宽阔的视野，推出了颇具影响力的作品，其研究范式和进路的转向引人注目。如一直致力于明清司法文化研究的徐忠明教授，其视野逐渐从原先的法典条例、司法档案和诉讼文书，转向地方志、谚语、传记、竹枝词甚至笑话等更为广阔的领域，以此来解读传统中国民间大众和基层司法精英的法律意识、法律心态和法律诉求。这种由“大传统”向“小传统”的转向，重视“众声喧哗”和采用“复调叙事”，可能更加体贴古人的情感和心态，也更加契合古人的问题。他重视挖掘和运用新史料，尤其注重

吸收新社会史和新文化史的理论资源,显然有助于增强对中国传统法律文化和司法历史的多样性和复杂性的解释力,也在一定程度上质疑乃至改变了以往相关研究“单调”或“扁平”的结论。不懈的努力和高效的产出,使他成为传统司法史领域最具影响力的研究者之一。¹ 而青年学者们的司法史研究,则更多地融入了法社会学、人类学等学科新知识、理论与方法。如近年来一直专注于明清诉讼与社会研究的尤陈俊、² 孙家红³ 等人,成为青年才俊中的翘楚。

- 1 参见徐忠明:《众声喧哗:明清法律文化的复调叙事》,清华大学出版社2007年版。徐氏近年来在司法文化领域的丰富著述还包括:《法学与文学之间》,中国政法大学出版社2000年版;《包公故事:一个考察中国法律文化的视角》,中国政法大学出版社2002年版;《案例、故事与明清时期的司法文化》,法律出版社2006年版;《情感、循吏与明清时期司法实践》,上海三联书店2009年版;《传播与阅读:明清法律知识史》(与杜金合著),北京大学出版社2012年版;《〈老乞大〉与〈朴通事〉:蒙元时期庶民的日常法律生活》,上海三联书店2012年版;《谁是真凶——清代命案的政治法律分析》(与杜金合著),广西师范大学出版社2014年版;《明镜高悬:中国法律文化的多维关照》,广西师范大学出版社2014年版;等等。除此之外,还有为数众多的专门研究司法文化的学术论文。
- 2 参见尤陈俊:《明清日常生活中的讼学传播——以讼师秘本与日用类书为中心的考察》,载《法学》2007年第3期;《清代简约型司法体制下的“健讼”问题研究——从财政制约的角度切入》,载《法商研究》2012年第2期;《“厌讼”幻象之下的“健讼”实相?重思明清中国的诉讼与社会》,载《中外法学》2012年第4期;《清代讼师贪利形象的多重建构》,载《法学研究》2015年第5期;等等。
- 3 参见孙家红:《清代的死刑监候》,社会科学文献出版社2007年版;《关于“子孙违犯教令”的历史考察——一个微观法史学的尝试》,社会科学文献出版社2013年版;《清代“秋审文类”述论》,载《法制史研究》2007年第11辑;《视野放宽:对清代秋审和朝审结果的新考察》,载《清史研究》2007年第3期;《批判与反思:百年以来中国有关秋审之研究》,载《中国史研究》(韩)2008年版;《走近讼师秘本的世界——对夫马进〈讼师秘本《萧曹遗笔》的出现〉一文若干论点的驳论》,载《比较法研究》2008年第4期;《情罪允协:试论清代〈刑案汇编〉中的“子孙违犯教令”案件》,载《法制史研究》2012年第21期;等等。

从研究的方法来看,当今法律史学同历史学一样,正越来越趋向于社会科学化,社会学、经济学、人类学等社会科学的研究方法不断受到法律史学者的重视,新的跨学科理论和方法正不断被尝试。不过,受历史学基本特性的制约,法律史学在研究方法层面仍具有一些自己的显著特点。中国司法史的研究也同样如此。

毋庸置疑的是,中国司法史的研究正处在一个转型的时期,其传统的研究范式和进路正经历着前所未有的反省和挑战,新的范式和进路可能刚刚肇始,而远未形成成熟而稳定的体系。如果说史学界有学者将自20世纪80年代以来中国古代史领域的理论范式未见更新的状态,描述为一种“理论危机”,¹那么中国司法史乃至法律史学科,亦存在用以指导学术研究的理论方法不足的问题,对新的理论方法的渴望甚至演变成为一种焦虑的心态。传统理论研究的模式化和教条主义,造成了新一代学者对它产生疏远感。在寻找新的理论和方法时,他们自然而然地将眼光投向西方,因而在研究的问题、方向、取径甚至材料等方面,不能不深受西方学术界的影响。21世纪以来,这种趋向越来越明显,甚至在很大程度上可以说,西方学界在不断地重构我们的法律史之学术。

从某种意义上说,中国司法史的研究成果,也是一定程度上法律史学科对于当下建设法治国家和推进司法改革之话语和实践的一种回应。在复兴民族文化的语境下,司法制度和司法文化的研究也不断地面临为现实社会提供有益的历史资源和智识支持的压力。

于是,下述问题日益呈现为“问题”:如何在中国的语境下研究中国司法史?如何使中国司法史的研究成为真正中国化的学术?如何通过司法史的研究凝练出中国本土的经验?如何在强调学术自觉的同时又能使中国

1 参见李华瑞:《“唐宋变革”论的由来与发展(代绪论)》,载李华瑞主编:《“唐宋变革”论的由来与发展》,天津古籍出版社2010年版,第33~34页。

司法史的研究具有更广阔而深刻的比较或者国际的视野?虽然新的学术成果不断问世,新的理论和方法也因不断被尝试而“范式化”,但是这些问题仍在不时困扰着我们。可以说,在笔者的相关研究开展的过程中,这种情结一直萦绕于心,不能释怀。

因此,本书既然围绕着中国司法的传统展开,首先就有必要对于中国司法史研究的现状,尤其是其方法、范式、进路做一定的省思。同时也是在一定程度上对自己研究的思路 and 模式作出解释和说明。当然,笔者对所谓的研究范式和进路只是有所感悟而已,并未有成熟的思想 and 理论;另外,自己的研究更非所谓新的范式的拓进者,可能仅是某种意义或层面的尝试而已。这是必须特别予以说明的。

二、意义:悖反中的比较方法与省思重构

从司法文化的发展历史来看,世界各国既有共同性又有特殊性,并且在各自的发展过程中形成了既联结又冲突的相互关系,不同程度的相互影响在所难免。因此,中国司法制度史和司法文化史的研究应当具有国际的视野,或者说,应当力争建立国际共同学术话语系统下具有沟通能力的平台。

如何在前人的基础上,推动中国司法史的研究使其更具国际的视野,实乃一个极重要的课题。国际的视野是要以共同的话语系统为平台,以一定的比较研究为基础。而只有互相认识和理解,才可能互相沟通与交流,也才可能构建共同的话语系统平台。以中国司法文化史为例,有选择地同其他国家进行宏观和整体上的比较,结合特定制度上的微观比较,并给予综合评论,是可行和必要的研究路径。司法文化史的比较研究不仅要说明中外司法文化史发展的异同,更要以此为进路,阐释造成这种异同的社会历史、政治经济、思想文化、地理环境、民族习俗和心理状态等背景与根

源。这样既可以了解中外司法文明在其历史发展中的不同源流、进程和趋向，把握其各自富有特色的体系、形式、制度、演变及其内在特性；又可开阔学术眼界，推动研究深化，从世界司法文明史的发展中广泛寻求可资借鉴的“他山之石”。而研究之终极旨趣，仍在于准确地认识中华传统司法文化的特点和要义。

司法文化史的比较研究是个既富有魅力又难以把握的领域，研究者不仅需要卓越才智与敏锐目光，而且要有会通古今、融合中西的知识积累和语言修养。若仅简单类比，随起宏论，难免捉襟见肘，顾此失彼。而操之过急，率出结论，轻易做出跨时代、跨文化的价值优劣评判，无异于刻舟求剑，似是而非，皆于事无补矣。

但是，比较的视野和国际化的学术背景，并不意味着让西方学术喧宾夺主。现代学者以西方法学观念和法律制度为标准，反观中国司法史上的种种问题，为认识中西司法的差异提出了新的见解。这有助于拓展思路，更新观念，促使人们对中国司法的过去、现在和未来作更深入的思考，这甚至成为中国司法史研究的必由之路。然而，急切地套用西方法学的研究方法，一意地以西方概念和范式为圭臬，以及以西方学者的论说为标准，忽视中国司法文明的本土经验和语境，淡化中国问题意识，而期冀建构具有现代性的司法制度和文化，可能只会缘木求鱼，南辕北辙。因此，有学者甚至将对这种复杂影响的评判，提升到了文化上的“自我殖民化”这样严重的程度。¹

必须承认的是，法律史学研究首先须重构史实，其次才能在此基础上解释这些历史现象。而研究和解释中国司法史乃至中国法律史，所面临

1 参见顾明栋、钱春霞：《汉学与汉学主义：中国研究之批判》，载《南京大学学报》2010年第1期。

的最大困境在于两种不同法律知识体系之间的冲突。¹ 我们拥有的法律知识体系来自于西方，是现代性的概念和理论，而解释的对象则是遥远的中国古代。其间隔着千层面纱，时空的差异几若斗转星移。用西方的话语和工具解释中国的故事，难免如隔靴搔痒，貌合神离。而以中国固有的知识体系诠释自身法律历史，虽然“名正言顺”，亦是“为外人道”之必需，可是话语迥异，今古隔膜，犹关公战秦琼，欲言之凿凿，实难做到逻辑上的自洽和解释力的充分，譬如叶公好龙，甚至镜花水月。究其原因，是因为我们已经回不到从前——我们的法律知识已经西方化了、“现代化”了。

西方法律概念和法学理论支配下的中国司法史研究范式，乃是近代中国面临时势转移和寻求富国强兵而必须经历的阶段，是传播新知识和新思想的重要途径，它曾经的学术贡献无可抹杀。但是中国法律史包括司法史的研究，仍需有“超越西方”法律概念和法学理论支配的自觉，彰显其学术研究的自主意识，达到回归本土之目的，为此须进行批判性的学术反思和重构。

实际上，这种反思的意识在某些西方学者那里已经具有相当的自觉性。譬如，法国汉学家巩涛（Jérôme Bourgon）教授专门进行过方法论上的讨论，对于把所谓“契约”“习惯”等西方概念硬套于中国法律史研究的方法，提出了颇为严厉的批评。他指出：

没错，社会科学所使用的概念，在某种程度上永远都只是一种近似值，这与相关研究的范围与焦点有关。就此而言，像是契约或财产权这样的术语可能对描述清代社会或政府总体来说相当有帮助，但在

1 可参见徐忠明：《清代民事审判与“第三领域”及其他——黄宗智〈民事审判与民间调解〉评议》，载徐忠明：《思考与批评——解读中国法律文化》，法律出版社2000年版，第180页。

追求对法律体系与法律文化的精致理解时，这些相同的术语则令人误解。“若看来像鸭，且叫来像鸭，那就是只鸭”可能对任何人来说都是有效的经验法则，但对鸟类学者来说就成了陷阱。法律概念并非意识形态的呈现或修辞上的装饰物；对法律史学者来说，它是“珍珠串上面的那根串线”，因为它是法律体系中各个要素——事实、实践、规范——之融贯与意义之所系。没有法律思维或法理（doctrine）就没有法律，而这些是用特定的字或概念所表达的；换句话说，在清代法律作品与判决中所表达者外别无清代法律。引入清代法律架构所陌生的重要术语、关键概念并非翻译或解释，而是为误解（misinterpretation）开了一扇大门。就将事实与实践依时人所认识的方式排列一事，原有的法律术语与概念是我们仅有的线索，这是我们猜测原有的“地毯上的图案”并重建中国法的唯一机会。当然，中国法律专家并不容易理解，他们的作品需要解释，其分类需整理，其概念需精炼，以使近代读者得以接近并理解。但这必须以诠释学的内在理解态度来做，而非外部解释——驱逐地方知识并以自身取代之。¹

这种外来视角的识见无疑是十分难得的，而对于中国学者而言，要做到这种法律史的“内在理解”并不容易很多。但是，我们看到，在力图摆脱西方中心主义的学术反思与重构的努力中，梁治平先生开创了“用法律去阐明文化，用文化去阐明法律”的法律史研究新的范式，²显然这是值

1 [美] 巩涛：《地毯上的图案：试论清代法律文化中的“习惯”与“契约”》，黄世杰译，载邱澎生、陈熙远编：《明清法律运作中的权力与文化》，广西师范大学出版社2017年版，第328～329页。

2 参见梁治平：《法辨》，载《中国社会科学》1986年第4期；《法律的文化解释》，载《中国社会科学季刊》（香港）1993年第4卷；《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版；《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社1997年版。

得肯定的，影响亦甚巨。梁氏认为，在这一点上，文化解释理论保有明显的优势：

首先，它所借取的社会科学理论本身就是破除西方中心主义（从理论上说也是任何一种种族或文化中心主义）的产物。其次，它不是一套现成的结论，而是一种可以活用和不断更新的方法。最后，也是最重要的，文化解释理论迫使我们常常回到出发点上去，检视自己的立场和前提。这样，我们就可能避免盲目搬用任何现成的概念，防止按照某一种经验去述说另一种历史。而从积极的方面看，文化解释理论为我们研究历史提供了这样一种范式，那就是时常有意识地借助于陌生的经验去了解我们“熟知”的历史。在此过程之中，各种不同类型经验的独特性在比较、对照和参证的基础上显现出来。那时，我们掌握的应当不只是一套解释的理论和技巧，而且应该有一个来源于研究对象并且与之相适应的有启发力的概念体系。我们应当就用这种方式，对于中国社会科学理论的发展和中國文化的重建做出贡献。¹

我们面对的似乎是一种悖论：一方面要时时、处处学习西方，与其交流沟通，甚至仿而效之，努力建立学术平等对话的平台，这既是眼前的实际，似乎又是将来的愿景；另一方面又要保有学术自立、自觉和自信之警醒意识，从而强调学术的本土意识和经验，不能让中国的学术西方化甚或殖民化了。中国法律史和司法史的研究只有在這種悖反中寻求平衡之路，才能获得本身的价值。

1 梁治平：《法律的文化解释》，载《中国社会科学季刊》（香港）1993年第4卷。

三、如何对待西方研究的范式和进路：以马克斯·韦伯为例的反思与批评

19 世纪后期以降，随着西学东渐，特别是西方汉学的卓越成就，令中国的知识界耳目一新，新的学科体系与知识谱系次第建立，无不效仿西学，中国法律史亦是如此。但久而久之，学术西方化的合理性、适当性乃至正当性都不断引发人们的反省，尤其是国学或与国学相关的领域，学术的自省意识、本土意识更为显著、迫切。

重建具有自主性、本土意识的社会科学理论，殊不容易。但是，千里之行，始于足下。这里尝试以反思西方学界流行的理论范式为起点，探讨比较法视野下中国司法史研究可能的目标、意义与进路。

在中国司法史和法律史领域，以马克斯·韦伯（Max Weber）为代表的欧洲学者，提出过“理想类型”（Ideal Type）或文化类型的理论，具有广泛影响，在西方学界甚至成为主导中国司法史和法律史研究的权威理论和方法。自 20 世纪 80 年代以来，中国学界常有人几乎言必称“韦伯”。¹ 而影响中国法学界较大的美国学者昂格尔（Roberto M. Unger），论述了中国古代官僚政治与法律以及法律职业群体的特征，其理论视野正是韦伯的延续，既是类型学的，也是“西方中心主义”的。² 以至于有学者感慨：对一个文明古国历史文化的观察与研究，局外人的“话语权”有时甚至超

1 参见 [德] 马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，甘阳等译，三联书店 1987 年版；《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社 1998 年版；《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆 1998 年版；《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆 2002 年版。

2 参见徐忠明、杜金：《清代司法官员知识结构的考察》，载《华东政法学院学报》2006 年第 5 期。

过本民族学界，不能不说是一件颇为奇异的事情。¹

就司法审判模式而言，韦伯把帝制中国的法律视为“实质非理性”的法，将其司法活动视作伊斯兰“卡迪式”（Khadi Justice）司法模式。为了彰显西方现代法律的独特性，韦伯使用两组概念“形式的、实质的”与“理性的、不理性的”的对比，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。² 依循这一进路，日本学者相继提出若干学说，如滋贺秀三将清代民事审判称为“教谕式的调停”模式；在此基础上寺田浩明认为清代民事裁判具有“首唱与唱和”特征；继而高见泽磨提出“说理一心服”模式。³ 美籍华裔学者黄宗智则鉴于传统中国法律文本与司法实

1 参见包伟民：《走出“汉学心态”：中国古代历史研究方法论刍议》，载《中国社会科学评价》2015年第3期。

2 参见林端：《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》，载中南财经政法大学法律史研究所编：《中西法律传统》（第6卷），中国政法大学出版社2008年版。

3 参见〔日〕滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》（范愉译）；〔日〕滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习俗》；滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》（王亚新译）；〔日〕寺田浩明：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》；〔日〕寺田浩明：《明清时期法秩序中“约”的性质》；〔日〕夫马进：《明清时代的讼师与诉讼制度》（范愉、王亚新译）；以上论文均载滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版。另可参见〔日〕滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，法律出版社2003年版；〔日〕寺田浩明：《清代民事审判与西欧近代型的法秩序》，潘健译，载《中外法学》1999年第2期；〔日〕寺田浩明：《清代民事审判：性质及其意义——日美两国学者之间的争论》，王亚新译，载《北大法律评论》1998年第2辑，法律出版社1999年版；〔日〕寺田浩明：《中国清代的民事诉讼与“法之构筑”——以〈淡新档案〉的一个事例作为素材》，李力译，载易继明主编：《私法》（第3辑第2卷），北京大学出版社2004年版；〔日〕高见泽磨：《现代中国的纠纷与法》，何勤华等译，法律出版社2003年版。

践充满“悖论”的现象，提出“表达与实践”的分析模式。¹ 这些理论的“西洋镜”折射出观察和研究中国问题的异种视角，其学术价值不容否认，受到关注亦属理所当然，但其意义与局限更值得深刻省思与鉴识。

在中国司法文化史的研究中如何对待这些西方式的流行概念和理论分析工具，显然具有重要的学术意义。这里试以韦伯的理论范式为例，进行简要分析和反思。按照韦伯的观点，现代法制是西方资本主义的独特产物，而资本主义作为一种制度结构乃是西方文化传统的必然结果；近代以来西方的法律是一种形式理性化的法律。即重视原则和形式（法律的内在逻辑关系和整体关系），不专注于个别案件直接的实质结果，从而可以从形式上推出结果、预测结果的法律制度……他认为这种法律是与现代资本主义的市场经济的要求相一致的。

韦伯指出：

现代资本主义的事业主要基于算度，并以这样的法律和行政制度为前提，即这一制度的运作，至少原则上，可能通过其确定的一般原则加以理性地预测，就像对机器运作的预测那样。现代资本主义的事业不能接受……法官按照衡平观念或其他昔日普遍存在的并在东方社会仍然存在的非理性的方法来决定具体案件。²

为了适应效率导向的市场运行和科层制的标准化行政管理，“形式理性”的法律将成为现代法治的主导模式，因为这种法律有助于为个人行为

1 参见[美]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；《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社2007年版。

2 转引自苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第77～78页。