



韋伯

論中國傳統法律

——韋伯比較社會學的批判

林 端 著



三民書局



韋伯

論中國傳統法律

—— 韋伯比較社會學的批判

林 端

國立臺灣大學社會學系學士（輔系：歷史學系），德國哥廷根大學社會學暨民族學碩士，德國海德堡大學社會學博士。現任國立臺灣大學社會學系專任副教授、國立政治大學宗教研究所兼任副教授，專長為：社會學理論、法律社會學與宗教社會學。著有《儒家倫理與法律文化：社會學觀點的探索》（臺北：巨流，1994初版；北京：中國政法大學，2002增訂版）、*Konfuzianische Ethik und Legitimation der Herrschaft im alten China: Eine Auseinandersetzung mit der vergleichenden Soziologie Max Webers* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997)（《古代中國儒家倫理與支配的正當化：韋伯比較社會學的批判》，此書廣獲好評，有德文、英文書評近十篇）與期刊論文二十多篇。

 三民書局

國家圖書館出版品預行編目資料

韋伯論中國傳統法律:韋伯比較社會學的批判 / 林端
著. -- 初版二刷. -- 臺北市:三民, 2004
面: 公分

ISBN 957-14-3490-6 (平裝)

1. 韋伯(Weber, Max, 1864-1920)－學術思想－法律
2. 法制史－中國
3. 法律與社會

580.163

92017194

網路書店位址 <http://www.sanmin.com.tw>

© **韋伯論中國傳統法律**
——韋伯比較社會學的批判

著作人 林 端
發行人 劉振強
發行所 三民書局股份有限公司
地址 / 臺北市復興北路386號
電話 / (02)25006600
郵撥 / 0009998-5
印刷所 三民書局股份有限公司
門市部 復北店 / 臺北市復興北路386號
重南店 / 臺北市重慶南路一段61號
初版一刷 2003年10月
初版二刷 2004年5月
編 號 S 541230

基本定價 柒元陸角

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權 不准假冒

ISBN 957-14-3490-6 (平裝)

自序與導論

這本書的出版代表我個人研究工作一個小小的里程碑，倒不是因為它直接跟自己的學術進階有關，而是因為它跟我之所以走上學術生涯兩個重要的關注點息息相關。

一、學術生涯第一個關注點

第一個關注點是：究竟中華文化在現代民主法治社會的特色與命運為何？十九世紀鴉片戰爭以來，西風壓倒東風，因為歷史經驗的不同，中華文化在所有的華人地區（臺灣、大陸、港澳，甚至海外華人地區）都遭遇空前的挑戰，如何向西方人學習進步的科學與技術（船堅炮利）之外，更進一步學習西方人的民主法治社會（典章制度），這是許多海內外的華人共同的心願。因此，落實來看，有著幾千年固有歷史的中國傳統法律文化，在我們努力地繼受(reception)西方現代的法典、法律制度、法律思想、司法審判制度等之後，中國法律文化究竟會產生怎麼樣具體的變化？是否可以跟外來的、移殖來的西方現代法律制度在建立民主法治社會的過程中兩相調和？變成是我赴德求學不斷念茲在茲第一個關注點。

猶記得近二十年前，我跟愛華在臺灣毅然辭去了相當穩定的工作，冒險地飄洋過海到歐洲舊大陸西方文化的核心之一的德國留學的時候，第一站是到啟蒙時代非常著名的哥廷根(Göttingen)大學。這是一所出過大數學家高斯以及編寫格林童話的格林兄弟的著名大學，二十世紀物理學界，更有所謂的哥廷根學派。在那裡，我們第一次見識到西方民主與法治、自然科學與文化科學、科技與人文齊頭並進的穩定社會。那美麗的小小城市只有十三萬人口，是個典型的大學城，寒暑假當三萬多個學生陸續返回家中時，城內的老街，就會顯得安靜很多。

我們在城內的講堂裡，知道最景仰的韋伯 (Max Weber, 1864–1920) 百年前在哥廷根大學準備司法官考試時，他在那古老的講堂裡，也聽過一個學期的課。當社會學教授在那傳統氛圍裡津津樂道韋伯的時候，我們的確見識到一個民主法治的社會，一個科學與藝術同樣在「一切都上軌道」(alles in Ordnung, all in order) 的社會秩序中，被鞏固、被堅持、被鼓勵，我們不由得感到十分震撼。

這麼一個「一切都上軌道」的西方社會，究竟對我們這些東方學子，具有什麼樣的意義呢？熱心地到火車站來接我們的學長，是個公法專家（最近剛以不到五十歲的年齡，出任大法官），對我們繼受法律的母國（中華民國法律主要以德國法為依歸）相當推崇：這是一個「一切都上軌道」的社會。而這樣的社會，其背後堅實的基礎，就是西方法律制度的傳統。德國法繼承了西方歐陸法律制度的幾個重要源頭：羅馬法、教會法，甚至啟蒙主義之後，法國大革命所孕育的拿破崙法典。到了二十世紀下半葉，德國「法律多如牛毛」，確保了我們所看到的「一切都上軌道」的社會。

唯其「多如牛毛的法律」，才能徹底保證一個「一切都上軌道」的社會。在這樣的背景之下，好多次我們在茶餘飯後，在哥廷根的大學食堂 (Mensa)、宿舍、或者花園般的校園裡，法學院旁邊就是社會科學院，法學家與社會學家的辯論持續不斷下去，我們討論的焦點在於：這個一切都上軌道，法律多如牛毛的德國社會，是否就是人世間的理想社會？因為在這裡個人的權利義務獲得確保，公共的秩序有條不紊，繁榮的經濟加上平均的社會福利，使得任何流血的社會革命不再成為可能，法學家說，這真是人世間穩定的良好社會，是我們華人應該認真學習的對象。社會學家則一方面驚豔於西方社會的文明昌盛，但另一方面也回頭來思考，這麼保障個人權利義務與集體社會秩序的「多如牛毛」的法律制度，到底是不是我們心目中理想的法治社會的必要手段？這是一個「理想國」？還是一個公權力藉著法律的力量，伸展進入每個公共與私人領域的「警察國家」？

我們記得很清楚，帶著沈重的行李飄洋過海，第一次踏入歐洲領土的時候，在法蘭克福的機場裡，看到戒備深嚴、高頭大馬的警察，牽著一隻隻孔武有力的德國狼犬，在機場內外認真地巡視著。德國警察的紀律、認真確實的執法精神，確實讓我們感到十分震撼。在後來的日子裡，我們跟幾個漢學系的德國學生，一起溜到東西德邊境去「田野考察」。位於中德的哥廷根，其實是個邊界城市，那時東西德還在對峙，我們每天除了在天空看到不少飛機巡防之外，我們也會感受到東西德的邊境，其實是在強而有力的國防軍事力量的保護之下鞏固起來的。當我們溜到邊境，想要去看看那所謂的邊界鐵絲網、空無一人的房舍、荒涼的土地。一邊是自由世界，一邊是鐵幕，民主與共產的對比，這對於來自臺灣的我們，就像海峽兩岸的對比一樣，令人既關心又好奇。離真正的鐵絲網還有幾百公尺的時候，我們就被西德的邊防軍發現了，很快地他就把我們這些毛頭小子通通喝住，問清楚我們並沒有惡意，只是好奇之後，軍服筆挺的軍人們，把我們狠狠地訓斥一頓，叫我們立刻驅車離去。我們的邊境探險，看到的是德國軍人已經擺脫希特勒軍國主義的陰影，他們徹底服從民主憲政體制，努力捍衛國家的安全與人民的福祉。是什麼能夠把他們如此約束起來？說到最後，靠的也是既剛強又有力的德國法律。所以，法學家終於得到一個結論：只有多如牛毛的法律，才能確保一個上軌道的法治社會，不會再變成一個警察國家或軍事國家。當時的西德，應該就是一個這樣的理想的法治社會。

社會學家一方面思索西方法治社會的根源，另一方面，又回頭思考中國傳統固有的法律文化，深深感受到重視權利、重視個人、重視自由與財產的西方法律文化，跟中國固有的法律文化裡面重視義務、重視社會人倫關係與重視家族、宗族，以及倫理綱常的固有傳統，兩者存在著相當程度的差異，當我們或被迫或主動學習西方現代的法治社會時，我們是否要放棄固有的法律文化，而完全要學習西方的法律文化呢？甚至這也不是一個「要不要？」的問題，而是你必須要如此做

的時候，下一個更重要的問題就是，「能不能？」的問題，或者說是把「能不能？」的問題也放在一邊，直接去問「要如何做？」的問題。

作了這樣的思考以後，社會學家的態度，就會比法學家保留一些。十九世紀以來（在普法戰爭，他們戰勝了法國之後），德國法成為日本、中國、韓國等東亞諸國的母法，日、中、韓成為德國法的繼受國與後進國之後，紛紛放棄原來的固有法，改以德國法為移植模仿的對象：放棄固有的法律文化，接受德國法為主的西方法律文化，成為這些國家學習典章制度，想要努力迎頭趕上的主要途徑（師夷之技以制夷）。在這種情形下，中西法律文化的差異為何？我們有沒有可能完全棄中就西，完全以德國法為馬首是瞻？對社會學家來說，即使我們想做，在不同的法律文化相遭遇之後，就算一方完全向另外一方學習，它也可能會產生新的變異體，既不是傳統的那樣，也不是別人的那個樣，所以身為社會學家與人類學家，在社會科學的訓練之下，討論如何在現代華人社會建立一個民主法治的堅實基礎的問題，便會覺得茲事體大，這不是抄抄幾部法典，搬幾個法院制度、警察制度或審判制度進來，就可以達到其功效的。相反的，它是一個相當艱鉅的工程，需要科際整合，集思廣義，多方思考，才能夠掌握問題的全貌。這不是法學家所能單獨做到的，所以我在哥廷根大學就讀時，就花很多工夫在法律社會學、法律人類學、法理學與法律史的研究之上，這些學科在臺灣被統稱為「基礎法學」，既基礎又重要，但卻是今天在臺灣法學院與社會科學院裡最被忽略的冷門領域，爹爹不疼、娘娘不愛，因為律師與司法官考試根本不考，而且沒有任何實用性可言。

二、學術生涯第二個關注點

要探究這樣似乎毫無實用性的基礎法學問題，把「法律」不只是看成法條，而是看成整體社會文化的一部份時，我就必須要在學術傳承上、學術思想脈絡上，找到一個自己可以認同而且努力躬行學習的對象。討論的焦點便轉到我學術生涯第二個關注點：古典社會學大師

韋伯。百年前，當他參與創立社會學同時，他也同時參與創立了法律社會學。出身法學家的他，令人相當驚喜的是，他的法律社會學，也是一種文化比較的法律社會學，就像他的宗教社會學，是一種文化比較的宗教社會學一樣。一般來說，我們非常關心他比較基督新教倫理與儒家倫理的異同，我們比較沒有注意到，其實他也對西方現代的法律與司法制度跟中國傳統的法律與司法制度做了相當完整的、細緻的比較。對他來說，光比較（宗教等）精神層面的東西，對於文化對比是不夠的。對於物質的、制度的層面的東西，像經濟制度、法律制度與政治制度，也都是他廣泛比較的對象。所以當我們一頭鑽進韋伯的法律社會學時，我們就看到他系統性的理念型社會學分析方式。它是一種歷史社會學，把法律制度的發展分成四個不同的歷史發展階段與類型，當西方現代進入所謂的實證法、實定法的階段，是一種「形式的一理性的法律」，而中國傳統法律，是一種跟西方中世紀法律一樣的傳統法，是一種「實質的一不理性的法律」。就這樣，韋伯的法律社會學，是一種法律發展的歷史社會學，當法律在西方由天啟法→傳統法→自然法→實定法，不同階段地演變時，中國傳統法則一直停留在傳統法的階段。換句話說，韋伯一方面做了文化內的比較，比較西方中古封建侯國法律與西方現代法律；另一方面，則是文化間的比較，比較中國固有法與西方現代法；然後有意無意地，把兩種比較混同起來。其結果是：中國固有法一直到1911年都還實施的《大清律例》，以及固有的縣官兼任司法官的審判制度，就被韋伯看作是落後於西方現代的、跟西方中古時代類似的傳統法階段。在這種情形之下，我們可以看到韋伯是如何定位中西法律文化的異同。

三、韋伯論中西法律文化的異同

以下，我們可以列表整理一下，韋伯討論中西法律文化異同的觀點：

法律文化的 類型 比較點	歐陸法	中國法
法律發展的階段	實定法（形式的一理性的法律）	傳統法（實質的一不理性的法律）
法律貫徹的程度	國家法律深入民間	官民各有所司，公權力只到縣衙門，縣以下是宗族鄰里自治
法律與行政的特色	形式的一理性的國家與形式的一理性的法律	家產制的國家與家產制的法律（有時候稱之為家父長制的國家與法律）
司法審判的特色	完全依法審判，專家的法官	自由裁量的、不可預計的「卡迪審判」（非專家的法官）
行政與司法的區分	行政官與司法官二分，司法官獨立審判	行政官與司法官合一，縣官兼任法官
法學教育	專門的法學教育（大學教育）	毫無法學教育可言（縣官在職進修，或者依靠懂得法律的師爺）
法律人階層	專業的法律人階層力量龐大，壟斷法律的職業	缺乏專業的法律人階層（如紹興師爺等都是業餘的、非正式的訓練出身，無法形成一個有力的階層）
法律規範的特性	重視個人自由權與私有財產權，換句話說，民法與私法的規定相當完備	行政法與刑法為重，缺乏個人自由權與私有財產制度的規定，換句話說，缺乏民法與私法的法律規範
法律思想的特色	強而有力的自然法思想	缺乏（西方意義的）自然法思想
法律的形式邏輯	法律的形式邏輯沛然大備，理想的法律是完全沒有漏洞，法官只要依法判決就可以	法律不重視形式邏輯，重視的是實質的公道，倫理教化的色彩很濃，法律處處漏洞，法規不夠完備
法律的程序性	程序法不管是刑事訴訟法或民事訴訟法都相當完備，以程序正義來保障實質正義	缺乏完備的程序法規定，民法缺乏的情況下，民事訴訟程序更是缺乏，給予法官很多自由裁量的空間

法律衝突解決的主要手段（審判或調解）	法院審判重於民間調解	民間調解重於官府審判
法律與道德的關係	法律獨立於倫理道德之外	法律深受倫理道德的影響
法律與司法的獨立性與自主性	有獨立自主的法律與司法制度	法律與司法缺乏獨立性與自主性
法律發展與變遷	法律發展由傳統到現代，愈來愈形式化、愈來愈理性化，不斷地蓬勃發展	法律發展停滯不前，兩千年中華帝國的法律，由秦朝到清朝都是傳統法的階段，是一種實質的—不理性的法律
司法發展與變遷	司法發展由傳統到現代，愈來愈形式化、愈來愈理性化，不斷地蓬勃發展	司法發展停滯不前，兩千年中華帝國的司法，由秦朝到清朝都是傳統法的階段，是一種實質的—不理性的司法

我們簡單整理一下韋伯對於中國傳統法律與司法的看法。在官民各有所司的家產制的中華帝國裡，官方的行政與司法的審判特性是：帝王具有絕對的自由裁量權，近代的工業與資本主義發展所需要的理性的、可預計的行政與法律並不存在，自由裁量高於一般法，民事的私法相當缺乏，沒有個人自由權與私有財產權的規定，行政與司法定位分離，家父長制的法律與司法，停留在卡迪審判的階段，追求的總是實質的公道，而不是形式的法律，沒有專業的法律人階層，沒有系統的法學思想（如自然法思想），法律外的道德與政治的考量，始終超越法律內部的思考。由秦漢一直到明清，中國傳統法律一直都沒有多少改變，民間的調解與長老的審判，倫理的考量重於法律的考量，而在官方的家產制審判，重視的同樣是實質的正義而不是形式的法律，為官者應視百姓為赤子，做個人民的父母官，所謂的「卡迪審判」，說明了父母官主導的中國法律與司法的運作，恰恰是建立在「考慮個案牽涉的人是誰」的原則之上，像所羅門王的審判一樣，重視的是法律

外倫理道德的智慧與公道，考慮當事人具體的個人狀況與社會關係，而不是根據概括的、形式的法條來判案，法律與道德難分之外，法律與政治、行政也難分，所以中國傳統法律司法始終沒有獨立運作的空間，具有「實質的—不理性的」特徵，充滿自由裁量與不可預計性。當西方現代法律已經逐步形式化與理性化的時候，中國傳統法律一直停留在西方中古社會的法律發展階段，具有「實質的—不理性的」特點。這些種種特徵，我們可以跟隨韋伯的腳步，概括的把分析的焦點放在「卡迪審判」作為中國傳統法律與司法的特性之上。

中國傳統的法律與司法是否真的像韋伯講的具有「卡迪審判」的「實質的—不理性的」特徵嗎？這本書就是希望順著韋伯比較法律社會學的脈絡，立基在最近幾十年全球重要的清代法律與司法審判的傑出研究成果之上，進一步來說明受限於當年的材料限制與研究方法、研究視野的限制，使韋伯對於中國傳統法律與司法審判產生不必要的誤解與錯誤的認知。中國古代的法官審判，真的不是按照法律來審判嗎？真的是自由裁量、專斷而又不考慮法條的規定嗎？這是我們要透過實證研究的資料來加以解答的課題。

為什麼我們要認真的來解答這個問題呢？主要是韋伯的影響實在太大了，其對於西方人如何看待中國，甚至對於中國人如何看待自己的中國傳統文化，都產生非常巨大的影響，如果我們對於韋伯的中國觀沒有認真加以認識與討論的話，那麼我們會跟很多西方人一樣，對中國的想法受到韋伯比較社會學裡對比中西法律文化的影響：為了彰顯現代西方的獨特類型，韋伯將中國作為對比類型的傳統社會的代表，在混同文化內的比較與文化間的比較的情況下，中國傳統宗教、法律、經濟與政治等秩序，其發展階段便被等同於西方中世紀的發展階段，明顯落後現代西方的社會。本書就是以中國傳統法律與司法制度為例，嘗試對韋伯提出批判：在方法論上，指出了他的比較法律社會學裡，二元對立式的理念型比較（形式的一理性的西方現代法律的類型 ↔ 實質的—不理性的中國傳統法律的對比類型）的局限，因為這樣子的

理念型比較，變成不是單純的事實判斷的問題，某種程度也會蘊含著價值判斷的觀點；而在歷史事實的實質分析上，立基在最近幾十年全球對於清代法律與司法審判的豐碩研究成果之上，來解答韋伯說中國是一種傳統法的階段、是一種「卡迪審判」，實際上是包含著許多誤解的結論。

以下我就簡單說明一下這本書各個章節的主要內容。

四、本書內容簡介

在第一章裡面，我們主要探討的是韋伯方法論的問題，他的比較社會學究竟有哪些特點，而且還具有哪些局限？本書作者在1997年德國柏林出版的《古代中國的儒家倫理與支配的正當化——韋伯比較社會學的批判》這本書裡，曾經對韋伯比較社會學的特點與局限作了簡明扼要的歸納。透過我們的研究發現，韋伯曾經把比較社會學的研究方法運用在各種實質的社會學的分析之上，其中以宗教與法律兩個領域最為明顯，他分別建構了他的比較宗教社會學與比較法律社會學，而且特別以中國傳統社會的宗教與法律做為他與西方比較探討的對象，1997年那本德文書主要針對的是他的比較宗教社會學，而現在出版的這本書，則主要以他的比較法律社會學為討論的對象。

他的比較社會學的特點如下：首先，他採取雙重的比較分析，既從事西方文化內不同發展階段的比較，這是一個發展史的問題；又作文化間的比較分析，即非西方與西方的對比問題，這是一個類型學的問題。其次，他的比較社會學是一種多角度的比較分析，透過所謂「選擇性的親近」的研究方法，在社會發展的不同階段裡，在法律秩序與宗教秩序、經濟秩序、政治秩序（支配）等等之間，存在一種選擇性親近關係，舉例來說，西方現代的社會在實定法（形式的一理性的法律）與基督新教倫理（主要是新教徒倫理）、資本主義企業（形式的一理性的經濟企業）與法制型的支配（形式的一理性的官僚制）之間存在一種選擇性的親近關係。第三，他的文化比較分析最後卻無可避免

的混淆了文化內的比較與文化間的比較問題，使得他的分析結果產生了一種「規範性的歐洲中心主義」，將非西方的發展階段等同於西方現代社會發展階段的前期，形成落後西方社會的現象。

跟本書息息相關的是，韋伯認為介於傳統型的法律秩序（實質的一不理性的法律）、傳統型的經濟秩序與傳統型的政治秩序，甚至宗教秩序之間，也存在著一種選擇性的親近關係，這不僅對於中華帝國適用，也適用於西方中世紀的封建侯國與教權國家。其結果便是中華帝國與西方中世紀都是傳統型的社會，都有傳統型的法律秩序、宗教秩序、經濟秩序與政治秩序，中國傳統社會這些秩序的發展階段，便被看成是西方中世紀社會發展階段類似的狀況，成為落後現代西方社會的現象：法律上是傳統法，宗教上無論西方的天主教倫理或中國的儒家倫理都是一種過度受限於傳統的儀式倫理，經濟上都是一種傳統經濟，政治上則是一種傳統型的支配（家產制與教權制）。在這樣的情形下，本書希望以法律秩序為例，說明韋伯這樣的作法，是有其方法論上的客觀限制與缺失的。

在第二章裡，我們想要說明的就是文化內的比較：韋伯有關西方法律發展史的理念型建構。在這樣的議題之下，我們說明了韋伯法律社會學的重點，他的法律社會學是為了彰顯西方法律文化的獨特性，為什麼只有在西方產生一種形式的一理性的法律秩序的發展？這是西方全面理性化過程的獨特性指標之一，為什麼只有在現代西方的某部份地區，朝向一個首尾一貫的法律邏輯化的現象？透過一個圖表，我們將韋伯的西方法律發展史劃分成四個階段，運用兩組概念的對比，一組是形式的與實質的，另外一組則是理性的與不理性的，作出排列組合後，西方法律發展的階段，在貫時性的分析上，便是由天啟法到傳統法，到推定法（自然法），再到實定法的階段，最後實定法的階段，是一種形式的一理性的法律，其特性是受到當時羅馬法學派與概念法學的影響，法律變成是一個沒有漏洞的抽象法規系統，人們在審判上都是運用法律邏輯，將這些抽象法規運用在具體的事實的判決上，其

重要特點就是韋伯所謂的法律與司法的「可預計性」。

然後，在共時性的分析上，形式的一理性的法律，是跟形式的一理性的資本主義企業與形式的一理性的國家官僚體系具有選擇性的親近關係，他們都是像機器一般、像數學一般可以預測、可以計算。西方現代社會中的法律，走出了西方傳統社會中的法律的窠臼，相對於西方現代社會中的法官要依據沒有漏洞的、具有高度可預計性的實定法來判決，受傳統束縛的法官，在西方傳統社會中，韋伯用一種理念型「卡迪審判」來刻化它。在此，韋伯引用一個本來描繪回教法官的司法制度，來描繪西方傳統社會的司法制度，已經為它混同文化內的比較與文化間的比較，這兩個不同分析層次的問題，留下了伏筆。

對韋伯來說，「卡迪審判」的法官扮演父母官一樣的角色，法官受到某種法律外的、具體倫理的、或其它價值判斷所做的非形式化的判決，它不受法規的束縛，也沒有理性的判決理由，純粹是根據具體的人與個案所做的價值判斷，具體的、非形式的實質公道與倫理的考量，超過了形式的、理性的法規與法律程序。韋伯很廣泛地把西方中世紀社會的王室審判、教權政治或家產君主的審判、古雅典的人民審判、法國大革命的法庭審判與陪審制度的審判等等，都包含在這種審判類型之下，這種法律與審判是由非專家、業餘的法律人來負責的，是實質的一不理性的法律與審判。西方中世紀如此，中國傳統社會也不例外，當韋伯把問題意識由文化內的比較轉到文化間的比較時，中國傳統社會的法律與司法審判制度，便成為他做文化間比較的主要對象。

我們在第三章裡，便想要說明，韋伯選擇法律秩序做文化間的比較時，他是如何對比西方現代社會中的法律以及中國傳統社會中的法律的。在法律秩序方面，韋伯會認為西方現代社會的法律與司法審判制度，具有高度形式理性化、高度可預計性的實定法階段，是現代西方之所以成為現代西方的重要指標之一；而中國傳統社會所存在的法律與司法審判體系，正好是它做為對比類型的好目標，相對於西方現代法律與司法審判的特色，中國法律與司法審判制度都是一種像西方

中世紀傳統社會一樣，具有實質的一不理性的特點，都是一種「卡迪審判」，嚴重落後西方現代法律發展階段。

於是乎，中國傳統法律的司法審判的特色，被韋伯描述成前面圖表裡對比於西方現代法律的各種特點，我們可以用「卡迪審判」這個名詞來涵蓋它：韋伯認為中國法律與司法審判的運作，是對人不對事，像所羅門王審判一樣，用倫理道德的智慧與公正感來審判，而不是根據概括的形式法條來判斷，沒有專業法官，沒有專業律師，只有訟師訟棍，在法律上沒辦法為現代意義的理性資本主義提供保證。這種中國傳統法律與司法審判的運作，充滿了不可預計的色彩，實質的考量壓過了形式的權衡，不理性的特徵壓過了理性的特性，所以是一種實質的一不理性的法律與司法審判。在第三章裡，我們總結地將韋伯的觀點整理出來，韋伯認為中華帝國由秦漢到明清，這兩千年法律與司法審判一直停留在傳統法的階段，具有形式的一不理性的特徵，像西方中世紀的審判一樣，具有「卡迪審判」的特色。

在第四章裡，就進入本書的高峰，我們針對韋伯的比較法律社會學提出全面性的批判。首先，在第四章的開始我們先進行的是方法論上的批判，我們認為韋伯這種理念型的文化對比的觀念建構，是「非此即彼」的研究方法，把西方文化裡長久以來的二元對立的思考方式，發揮得淋漓盡致，為了彰顯西方現代社會的法律類型的獨特性，他刻意地強調作為對比類型代表的中國傳統社會的法律相對立的一面，一個是進步的、現代的「只論國法、不論人情」，另外一個則是落後的、傳統的「只論人情、罔顧國法」，形成類型與對比類型之間的極端對立，刻意強調出雙方兩極性的極大差異。雖然在概念建構上，非常有助於兩者不同特性的對比；但利之所在，弊亦隨之，韋伯這種二元對立的類型比較，雖然蘊含著深刻的洞察力，但另外一方面，也容易產生對於類型與對比類型雙方的強烈誤解。因此，我們對他這種二元對立式的理念型概念建構，進行方法論上的反省與批判。我們指出這種理念型的對比，是概念建構的產物，是對歷史事實精心整理後的結果，而

不是歷史事實本身；其次，我們也指出二元對立式的對比，會過度強調類型與對比類型之間的差異特徵，使得西方現代法律與中國傳統法律趨向兩極化；第三，我們認為韋伯過度強調西方制定法的重要性，忽略了即使在西方社會中也存在著國法之外的民間習慣與常規，亦即所謂的活生生的法律；第四，我們也認為他過度強調西方現代法官的法規束縛性，忽略其自由裁量權，相對來說，中國傳統法官就被過度誇張其自由裁量權，而忽略其法規的束縛性；第五，最大的方法論問題則是，二元對立的分析方式，把一切問題都看成是「非此即彼」的關係，而沒有「既此且彼」的關係，既相反又互賴的並存關係，用這樣的概念範疇與思維模式，來比較一向講究天人合一、德主刑輔、國法不外人情的中國傳統法律與司法審判，難免給人隔靴搔癢、無法切中要害的感受。

為了克服韋伯的認識論與方法論上的限制，我們從德國社會學家盧曼(Niklas Luhmann, 1927-1998)得到一些啟發。我們發現韋伯的對比西方現代法律與中國傳統法律的努力，類型與對比類型之間的二元對立，始終停留在「一階觀察」的層次上：所有東西被二分開來，不是正值就是負值：要不是形式的就是實質的；要不是理性的就是不理性的；要不是可預計就是不可預計的；要不是國法的就是人情的。這樣排除了第三種的可能性，也排除了包括正反雙方統一的可能性，嚴重局限了對中國傳統社會的法律與司法審判的正確理解。我們需要進入「二階觀察」的層次來加以反省修正之，在盧曼的分析裡，我們可以看得出來，相對於一階觀察停留在單一脈絡的世界，在二階觀察裡則進入一個多元脈絡的世界，這種多元脈絡性存在著許多區別，許多不同的脈絡，他們是無法被一個阿基米德式的觀察點，安排在一起並且相互比較的，每一個觀察都可以被另一個觀察加以觀察並批判之，每一個觀察都是偶連性的建構，一旦立基在另外一種區別之上，所作出來的建構將可能有另外一種結果，進而推之，在功能分殊化的現代社會裡，整個社會不再有單一統攝全局的本體論，在觀點主義的各個

世界裡，單一脈絡性被多元脈絡性所取代，多元中心取代了單一中心，到最後揚棄了「中心主體」、「共同體」等本體論的預設，肯定與否定、統一與差異既對立又相稱、既相反又相成，二值邏輯被多值邏輯所取代，二元對立的思考被多元並存的想法所代替。在這樣的情形之下，盧曼提供了我們進一步來反省韋伯的可能性。儘管盧曼的分析主要針對現代西方的功能分殊化社會，但是，中國先秦以來，整個傳統文化的確有逐步發展出自己獨特形式的多值邏輯的現象，避免了二值邏輯下的非此即彼的邏輯，在講究「天理、國法、人情」的中國傳統法律與司法審判裡，我們要對它做適當的分析，必須要超越二值邏輯非此即彼的問題意識與研究方法，才能掌握中國傳統法律與司法制度既此且彼的特性。

在這樣的前提之下，為了分析方便，我們選擇清代法律（尤其是地方第一線受理案件的州縣民事司法審判）作為主要目標，因為近年來分佈全球各地的學者（美國、日本、臺灣與中國等等），在大量審判檔案與契約文書被整理出來之後，累積了相當多的研究成果，不管是刑事審判部份，就連以前相當缺乏的民事審判部份，也有很多我們值得引用的研究出現。

站在巨人的肩膀上，我們會看得更遠，將韋伯與這些戰後傑出的研究學者相提並論，將有助於我們對中國傳統法律與司法審判的多值邏輯的實地運作，有更清楚的認識與理解。我們在下列幾個面向討論中國傳統法律與司法審判的實地運作，所呈現出來的中國式多值邏輯的各種面向：首先，在清代國家制定法的層次上，探討「律」與「例」，既互補又並存的事實；其次，將韋伯與日本學者滋賀秀三相互比較，並探討「情、理、法」同為審判依循的法律規範的基礎；第三，將韋伯與華裔美籍的學者黃宗智相對比，探討「官方審判」、「民間調解」是訴訟爭端衝突解決的並行策略；第四，則綜合多人的研究成果，說明在國家法律、民間習慣之外，中國民間宗教影響下的「神判」，具有非常實際的功能，對中國傳統法律與司法審判的運作，具有相當的重