

韋伯論中國傳統法律： 韋伯比較社會學的批判(中)*

林端

台灣大學社會學系

摘要 長久以來，西方人對中國的看法，一直受到韋伯比較社會學裏對比中西社會與文化的影響：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、經濟與政治等秩序的發展階段便被等同成西方中世紀的發展階段，明顯落後西方現代社會。本文以中國傳統法律為例，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裏二元對立式的理念型比較（“形式的—理性的”西方現代法律的類型 \leftrightarrow “實質的—不理性的”中國傳統法律的對比類型）的局限；在實質分析上，立基在全球最近對清代法律與司法審判的豐碩研究成果，說明了韋伯對中國傳統法律與司法審判的看法的誤解與限制。

3 中國傳統法律多值邏輯的實際運作：以清代州縣司法審判為例

韋伯終其一生對純方法論的論述力持保留態度，對他而言，方法論的討論本身沒有固有的意義，它的存在，為的只是促使實質社會學的分析更加明確化。我們前面對他的理念型的、比較社會學的方法論之討論，也是在這個意義下進行的，它為我們這一部分的實質社會學分析奠下一定的基礎：透過對



韋伯的二元對立式的研究方法的批判，我們力圖說明它對理解中國傳統法律所可能產生的局限性，而在這一部分的實質社會學分析裏，我們將進一步說明，擺脫了他的二元對立的思維模式之後，中國傳統法律的實際運作，將會以另一番面貌被客觀呈現出來。

如前所述，韋伯對中國傳統法律的實際運作的分析焦點，集中在“卡迪審判”這個理念型的核心概念之上。在這個概念下，中國傳統社會的法官被等同於西方中古社會的家產制法官，以實質的公道、而非形式的法律來斷案：相對於西方現代專業法官，處處依無漏洞的“形式的—理性的”法律來判決，中國傳統社會的法官，是典型的非專業的卡迪法官，以具體個案為考量，處處展現其“實質的—不理性的”特性。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、台灣、中國、德國等），在大量審判檔案與契約文書被整理出來後，累積了相當多的研究成果，不僅是刑事審判部分，就連以前相當缺乏的民事審判部分，也有很多我們值得徵引的研究出現。¹ 站在巨人的肩膀上，我們會看得更遠，將韋伯與這些戰後的傑出研究學者相提並論，將有助於我們對（以清代司法審判為代表的）中國傳統法律與司法裏多值邏輯的實際運作，有更清楚的認識與理解。

我們以下的討論，將從各方面來探討中國傳統法律與司法的實際運作裏，所具體突顯出中國式多值邏輯的各種面向：在（1）裏，先在清代國家制定法的層次上，討論“律”與“例”互補並存的事實；在（2）裏，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事實；在（3）裏，將韋伯與華裔美籍學者黃宗智相對比，並探討“官方審判”、“民間調解”與後者所謂“第三領域”，



同為訴訟爭端、衝突解決的並行策略的問題；在(4)裏，則立基在對大陸學者梁治平對清代民間習慣法的研究，來說明“國家法律”與“民間習慣”同為重要法源的事實；在(5)裏，則綜合瞿同祖、康豹與筆者等人的研究，說明在“國家法律”、“民間習慣”之外，民間宗教影響下“神判”所具有的實際功能，其對中國傳統社會法律的運作，具有不可忽視的重要性；在(6)裏，則立基在筆者對《淡新檔案》的實地研究，對韋伯的看法提出案例式的檢討。（由於篇幅過長，本期先探討[1]與[2]的部分）。

綜合這些方面的研究，我們應該可以清楚掌握到，在中國傳統法律與司法的實際運作裏，所具體突顯出中國式多值邏輯的各種面向。與韋伯二值邏輯、二元對立下的思維相對比，我們可進一步掌握中國傳統法律與司法的真貌，並賦予其適當的說明與定位。

(1) 以“例”補“律”：中國傳統法律的多值邏輯之一

清代(1644–1911)是中華帝國最後一個朝代，在清末一九〇二年清廷因列強欺凌而下詔變法，放棄中華法系、繼受(reception, Rezeption)西方大陸法系之前，²《大清律例》是當時實際有效的國家制定法，朝野無人懷疑它的權威性。學者認為，它可能是當時世界上最古老的、且持續運作中的法律體系。³《大清律例》大體上繼承《大明律》，而明律深受唐律的影響，但在術語與邏輯結構等方面都有很多進步，清律甚少將之更動，只是將其四六〇條改為四三六條，一七四〇年(乾隆五年)修訂後成為清律的定本，後來除了對其中的“例”定期修纂之外，律文本身沒有再變動，一直適用到清代的覆亡(一九一一年)。



律文不變，歷史社會變遷則靠“例”的修訂來加以因應。

“例”是一種“亞律”(sub-statute)，具有“判例”的意義，屬於過去的某個判決，對後來的審判具有參考價值：一方面，作為國家制定的法律規範的一種，“例”是對基本法律規範“律”的補充，兩者是補充法與基本法的關係。另一方面，它是作為普通法的“律”的特別法，有例則置其律，特別法優於普通法。⁴乾隆四十四年(1779)部議確立此原則：“既有定例，則用例不用律”。 “例”的來源有二，一是皇帝的詔令，二是內外官員條奏，經議決編為條例的，到同治年間的高峰共有一八九二條(清末法學大師薛允升的《讀例存疑》則有一九〇七條)。

為什麼會需要比基本法(“律”)多四倍的補充法(“例”)來提供法官作為判案的準據呢？(其實除了中央的“例”通行全國之外，各省亦有其例[地方法規]，如福建省例等。)這是基於現實的需要。一方面“律”是祖宗聖法，不宜更動，但是歷史社會變遷不斷，各種新的案例層出不窮，“例”有助於這些具體案例的解決；另一方面也可維持法律政策的靈活性，使法律政策在仁慈與嚴厲之間保持彈性。⁵但更重要的原因，瞿同祖認為是來自中國傳統法律力求“罰必當罪”、“情罪相當”的指導思想：“古人認為罰必當罪，各種情況，各種身分，特別是服制，必須加以區別，而定罪名，力求確切不移，情罪相當，以便執法者依律例判罪，不致有出入分歧，不採概括主義，而採列舉主義。但情偽無窮，而法典中的律文不足以包羅萬象，恐法外遺奸，或情罪不當，因此針對不同情況而有例”。⁶而所謂情罪相當，指的是“實情”(實際的案情)與“罪刑”(法定的罪刑)要確切地相互符合。這是中國意義的“罪刑法定主義”(*nulla poena sine lege*)使然，無正條不為罪，以防止有司的專斷裁判。同樣的，戴炎輝也指出，中國傳統法律對

犯罪的刑罰，不從主觀的、概括的主義，而採取客觀的、具體的主義。⁷ 這樣看來，前述韋伯認為中國傳統法律的運作是考慮具體案情的，似乎有些正確，但是要注意的是，差以毫釐，失之千里，韋伯是把考慮具體案情與建立（概括）法律看成對反的方向，二元對立地思考它們之間的矛盾，所以立刻得出“考慮具體實情” = “不受（概括）法律拘束”的結果，並進一步推出類似“卡迪審判”的自由裁量與專制擅斷。這樣的評斷，正好與前述中國傳統法律的立法精神——情罪相當、無正條不為罪、力求避免專斷的“罪刑法定主義”——兩相對反，究竟原因何在？很可能習慣二元對立思考的韋伯看不懂這種中國式的立法原意，難怪結論也正好相反。但是，尋求“有限之律例”與“無窮之情偽”整合的中國傳統法律，卻不會像韋伯一樣，認為普遍的法律與特殊的案情之間，一定是兩相對反而無從對應的；相反的，“客觀具體主義”的立法精神與實際運用法律時考慮具體案情，是被同一個思維模式所貫通的，亦即這是中國式的多值邏輯的一個體現，這個我們下面還會詳加說明。

當然，我們也不是說，這樣的律例就沒有毛病，或者說，這樣的整合真的很成功、很有效率。事實上，不用概括主義，採用列舉主義的結果，新例一直跟着不斷出現的案情走，例越來越多，也越來越支離破碎，產生適用上的困難。以例補律的結果，某種程度的確影響了法律的實際運作。⁸ 但是，學者指出，清律上承明律，兩代（《大明律》頒佈於一三九七年，清律實施到一九一一年）五百多年持續運作，比同時期的法國或英國法有更大的穩定性，它的實際運作也不是韋伯所說的“卡迪審判”。⁹ 究竟清代司法實際運作是否具有“卡迪審判”的特色？我們下面就針對它來作進一步分析。



有關“律”和“例”的相關性，黃宗智也提出他的看法，他強調“律”傾向是原則性的規定，黃氏考察清代縣官對民事案件實際的判決，認為只有透過實際判決，才能真正掌握清代法律規定中在有限的“律”下運用最頻繁的“例”，而這些例文通常被埋藏在使人誤導的律文之下，換言之，律文是較抽象的原則性規定，而例則不斷地跟着時代變遷作調整。¹⁰ 另一方面黃氏也特別強調“律”和“例”的另一種區分，這牽涉中國傳統法律揉合法家與儒家傳統的特性。中國傳統法律，開始以法家思想為主幹的行政刑事法典，後來揉合了儒家社會的等級觀念與道德觀念，直到清律，法律條文一樣也突顯了這樣的特色，具有多重的層面：相對不變的“律”反映道德和行政法與刑法上的原則；動態變遷的“例”隨時代改變不斷增加，反映法律對社會變遷與政治現實的調適。透過案件記錄人們發現最為頻繁應用的“例”常依附在看上去並不相干的律文下，黃宗智強調清律的實際運作，同時包括操作性的條例和道德化的律文，¹¹ 他的研究也說明了我們前面強調的中國傳統法律的特色，也就是尋求普遍的法律與特殊案情間作實質上融合的企圖。進而言之，中國傳統法律對“律”與“例”的整合，其實也是對中國式的“成文法”與中國式的“判例法”的整合，是其多值邏輯的具體呈現的面向之一。¹²

另一方面，黃氏也在進一步研究中指出，州縣官的著作（類似州縣筆記手冊）裏，常強調法律條文應該是判決的重要依據（斷罪皆須具引律例，依法判決）。本來在州縣官的道德文化裏，民間細事根本不該上縣衙打官司，但黃氏認為州縣的實用文化裏，事實上承認訴訟案件的存在現實，並要求依照法律作出明確的判決，而這兩種觀點同時並存，是以正式的庭審與民間調解並存為依據的。同時這種並存的關係也與“律”和“例”的並存一致：律是道德化的條文，例是實用性的規定，



兩者既矛盾又結合。¹³ 徒法不足以自行，法律的特徵與實際執行法律的司法活動(審判或調解)的特徵密不可分，這一點法律社會學創始人之一的韋伯注意到了，清代法律史的研究者黃宗智也注意到了。

因此，討論完成文法典裏“律”與“例”並存的多值邏輯之後，我們的焦點要由成文法典的問題轉到司法審判的實際運作裏，州縣官審判時所依循的多元的法律規範(多元的法源)的問題：“情”、“理”、“法”。因為它們之間的調和、並行與互補，也體現了中國傳統法律的多值邏輯的另一個面向。這一方面的討論，我們將以日本學者滋賀秀三對清代民事審判的傑出研究為出發點，嘗試在把他與韋伯的作對比的研究中，彰顯“情”、“理”、“法”所具有的多值邏輯的特色。

(2) “情”、“理”、“法”：中國傳統法律的多值邏輯之二 (以滋賀秀三的研究為出發點)

(a) 清代司法審判制度的特色與分類

有關清代司法制度的研究顯示，清代司法審判制度，根據過錯與量刑的輕重，在程序上對刑事案件(命盜重案)與民事案件(戶婚田土錢債等細事)作了清楚的區分。過去對中國傳統法律的編纂體例有“諸法合體，民刑不分”的評價，其實主要是以西方法律體系的劃分為出發點所提出的看法，較適當的說法是中國傳統法律體系具有“諸法並存，民刑有分”的特色。¹⁴ 相對於較具“權利本位”的羅馬法系，較具“義務本位”的中國固有法系裏民法沒有單獨完整的民法典，¹⁵ 以清代為例，民法方面的成文規定散見於《大清律例》、《大清會典》、《戶部則例》、《六部則例》及其他法規中。因此，在實體法上，民刑的劃分不像西方法律那麼明顯，而在程序法上，由司法審



判制度來看，劃分就比較清楚，但其劃分標準仍與西方法律體系有明顯的差異。《周禮》中秋官“大司寇”鄭注有云：“訟謂以財貨相告者，獄謂相告以罪名者。”因此有爭財曰“訟”（民案）、爭罪曰“獄”（刑案）的區別。後來的朝代也有針對戶婚、田土與錢貸等細事，以及命盜重案作區分。但是其區分並不是“質”的差異，而是“量”的分別，依犯罪程度的大小，罪名的輕重來作劃分。¹⁶主要是民事的過錯亦被看成是犯罪的一種，但罪責罪名較輕，其刑罰亦較輕。這種將民事與刑事不硬作“本質”上二元對立式之區分的作法，其實與法律、刑罰與道德、禮教之間沒有嚴格區分息息相關，我們此地無法細論。¹⁷

我們將把分析焦點集中在清代民事案件的審判程序之上。之所以特別要討論民事案件，主要是對於刑事案件的審判，各級法官都受到相當嚴格的法條限制，自由裁量權相當有限，幾無恣意專斷之可能，與韋伯所謂“卡迪審判”相去甚遠，但如果我們根據這個事實，而認為立刻可以完全駁倒了韋伯，沒有進一步探討民事案件的審判，則是劃地自限，忽略了數量更為龐大、成文法條規定較少、與民間情理、風俗、習慣關係較密切的民事爭端，不但與韋伯的對話不夠深入，同時也會坐失對話後，進一步發現中國傳統法律文化裏多值邏輯特色的絕佳機會。透過對清代民事審判制度的研究，我們發現，即使《大清律例》等成文法典對民事規定相當有限，但是州縣官的民事審判也不是韋伯筆下的“卡迪審判”，可以隨意自由裁量，他還是受到“情”、“理”、“法”等多元的法律規範的重重制約，不可任意而行。

根據相關律例的規定，清代地方第一線的基層司法審判機關是州縣。州縣官除了全權處理民事詞訟之外，還要對輕微刑事案件（處刑不過笞杖與枷號）加以審判定案，通稱為“自理詞



訟”。¹⁸ 換句話說，州縣官對這些詞訟有“定案權”（確定的判決），而對“徒”以上的罪只有“定擬權”（暫定的擬罪）。¹⁹ 自理的詞訟雖然在州縣官手中定案，不需要上級長官的覆審，但他必須要按月向上司以“循環簿”匯報他所經手的已結（包括如何結案）與未結的案件，分巡道到了地方，也會審查是否按期結案與是否將所有案件納入紀錄（用現在的名稱來說，是否會“吃案”）。²⁰

清代規定“官非正印者，不得受民詞”，因此州縣官負有審理轄區內大小案件的全權，而且也要對其所有判決承擔法律責任。²¹ 至於州縣官在作判決時需要受到哪些法律規定的約束，綜合起來，大抵包括下列方面的限制：²²

- (一) **斷罪依新頒律例：**《大清律例》第四十三條規定：“凡律自頒降日爲始，若犯在已前者，並依新律擬斷。”亦即律例頒佈後，州縣官應適用新律例。
- (二) **斷罪具引律例：**《大清律例》第四一五條規定：“凡斷罪，皆須具引律例，違者，笞三十。”這一條是否真正貫徹實施，至爲關鍵。
- (三) **允許援引比附：**《大清律例》第四十四條規定：“凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者援引他律比附，應加應減，定擬罪名，議定奏聞。若輒斷決，致罪有出入，以故失論。”律例有限，情偽無窮，有犯罪應加以處罰時，可以援引比附，類推解釋，但須三法司議定奏聞。此外，比較輕微的案件，還可引“不應爲律”，加以處罰。《大清律例》第三八六條規定：“凡不應得爲而爲之者，笞四十，事理重者，杖八十。”前述“斷罪具引律例”是基本原則，而此“援引比附”與“不應爲”則屬例外狀況。



(四) 審判獨立原則：《大清律例》第五十八條規定：“若刑部及大小各衙門官吏，不執法律，聽從上司主使，出入人罪者，罪亦如之。若有不避權勢，明具實跡，親赴御前，執法陳訴者，罪坐姦臣。言告之人，與免本罪；仍將犯人財產均給充實；有官者，陞二等；無官者，量與一官；或賞銀二千兩。”。另外，前面提到《大清會典》中也規定：“官非正印者，不得受民詞。”這意思也就是說只有正印官是主管官員，他獨自承擔審判的責任。

一旦違反這些規定者，會受到相當嚴厲的處分。州縣官的審判必須公平正確，一旦錯判，就會被課以相當沉重的責任。

《大清律例》第四〇九條規定審判枉法的刑事責任：“凡官司故出入人罪，全出入者，以全罪論。若增輕作重，減重作輕，以所增減論；至死者，坐以死罪。”同條後段又規定審判錯誤之刑事責任：“若斷罪失於入者，各減三等；失於出者，各減五等；並以吏典爲首，首領官減吏典一等，佐貳官減首領官一等，長官減佐貳官一等科罪。若囚未決放，及放而還獲，若囚自死，各聽減一等。”²³意思是說，在法律上，失出（重罪輕判）和失入（輕罪重判）都要受到法律的處分。²⁴失入者通常是罰俸一年、降級或撤職；失出者，則由罰俸六月至降級不等；而其上級的覆審官員則需受到紀律處分。換句話說，州縣官誤判，其責任相當沉重，輕則罰俸，重則也有喪命的可能。²⁵

問題是這種中國式的“罪刑法定主義”(*nulla poena sine lege*，“斷罪引律”爲主要原則，“比附援引”與“不應爲”爲可允許的例外)，²⁶以及隨之而來的審判責任的嚴苛規定，是否真正發揮作用，被整個清代政府上下所實際貫徹執行，而不流於空洞的紙上立法(paper law)？在刑事案件上，各家看法相去不遠，州縣官必須要按律例規定斷案，否則後果堪慮。但在



戶婚田土等民事案件與笞杖輕罪之上，所謂“自理詞訟”的範圍，是否也必須嚴格按照律例斷案，各家看法不一。因此，對於州縣自理的民事案件的實際審判過程的釐清，便是本文與韋伯對話的核心議題。如果清代州縣官的民事審判與韋伯所說的“卡迪審判”的確有明顯的差異，我們也要找出其所代表的法律文化特色，亦即其所彰顯的中國傳統法律的多值邏輯來。為了進行這樣的論證，我們以下將先把韋伯與日本學者滋賀秀三相提並論，並從後者對清代民事審判的傑出研究出發，探討“情”、“理”、“法”同為法律規範的來源，皆為州縣官所應用來判決的實際運作過程。²⁷

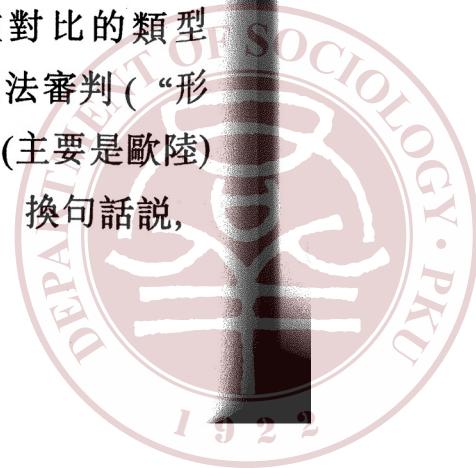
(b) 中西法律文化的對比：韋伯與滋賀秀三的比較

一旦把他們作對比，我們會發現，滋賀秀三所採取的研究策略，其出發點居然與韋伯有驚人的類似性：²⁸ 把歐洲的與中國的法律文化看作對極性的兩端，二元對立地來看待他們，並且立基在現代(歐洲)嚴格的法律概念的基礎上，來掌握中國傳統法律文化所具有的特色。滋賀秀三在他一篇名為〈中國法文化的考察——以訴訟的形態為素材〉裏，開宗明義就以“歐洲與中國在法文化上的對極性”來進行論證，受到另一位學者野田良之的影響，他將這兩個法律文化在不同面向上作對比，最後歸本在訴訟的形態的差別(他認為這是法律的社會事實的核心)之上，他的觀點我們可以用下表來描繪之：²⁹



法律文化的類型 法律對極性的 的比較點	歐洲法	中國法
法律的主要類別	私法、民法	刑法、官僚組織法、行政法
法學的發展	獨立的法學蓬勃發展	律學(國家成文制定法)
訴訟的類型	競技型訴訟	父母官訴訟
法律概念	正義與權利(Recht)	國家權力的體現(Gesetz)
判決的性質	兩造為爭執主體，依法判決(判定)，被動而獨立，與神喻、學術相通	重罪是依法(官僚制的法)判決，州縣自理案件則依“情理”，幾乎不受法律約束
判決的依據	證據主義	口供主義
判決的目標	個人權利與正義	社會關係的和諧與重建

一方面，我們發現上述滋賀秀三對比中西法律文化的比較點大致類似，二方面他將訴訟形態看成法律的核心社會事實的作法，也跟韋伯相類似，這說明了同是經驗科學家，法律史學者與法律社會學家研究法律，其出發點是把法律看成是一個實然 (is, Sein) 的經驗現象，研究法律在歷史社會中的實際運作過程，而且因為訴訟程序的形態是這種法律實際運作最具體的呈現，所以會被不約而同地看成是法律的核心社會事實，被當作是為不同法律文化作對比的關鍵點：當韋伯稱中國傳統司法審判為“卡迪審判”之時，他把它看成是中國傳統法律文化（“實質的–不理性的法律”）的體現，是一種對比的類型 (Gegentypus)，是作為“主要類型”的西方現代司法審判（“形式的–理性的審判”）的對反面，而後者則是西方（主要是歐陸）法律文化（“形式的–理性的法律”）的具體呈現。換句話說，



要比較不同類型的法律文化，最簡捷的方法就是比較它們不同的訴訟形態。

滋賀秀三所採行的法律文化比較的策略，也跟這個做法雷同。當他跟隨野田良之的分類，將中國傳統法律文化與歐洲（歐陸）法律文化作對極性的比較時，其比較點的重心擺在雙方法律文化具體呈現出來的訴訟形態之上，中國的被稱為“父母官訴訟”，相對於歐洲的“競技型訴訟”。細究下去，我們可以問說：介於卡迪審判 \leftrightarrow 形式的-理性的審判，以及父母官訴訟 \leftrightarrow 競技型訴訟，這兩組對比之間，是否有一對一的相對應的關係呢？研究結果顯示，因為它們都是以歐陸法律文化為出發點（“主要類型”），然後來看作為“對比類型”的中國法律文化（亦即帶著西方法律文化的眼光，來看中國傳統法律文化），所以當“形式的-理性的審判”與“競技型訴訟”所描繪的歐陸法律文化大致相同時，用以描繪中國傳統法律文化的“卡迪審判”與“父母官訴訟”所掌握經驗事實亦是類似的：中國傳統法官（韋伯稱為家產制或家父長制的法官、野田與滋賀稱為父母官）的司法審判（尤其是民事審判），其所訴求的是實質的公道正義，而非形式的法律，可以幾乎完全不受法律的約束，進行自由裁量，對具體的個別案件，按照“情理”（滋賀稱為“中國型的正義衡平感覺”，韋伯稱為“實質的正義公道”）來判決。對此，黃宗智有完全不同的看法，我們將在下一節對他的觀點作進一步的討論。

這一節中，我們要強調的是：即使根據“情理”來判決，他也並不是任意而行的，而是根據與“法”相通的人情事理（中國式的正義衡平感）而調處或審判，此時“法”（無論是成文的國法或不成文的習慣法），與“情理”並不是相對反的兩種東西；相反的，它們都是同樣受到儒家倫理影響下的法律規範的不同形式，也是中國傳統法律文化多值邏輯的體現，而這



樣的法律規範，重視的是社會關係的和諧與關係中個人的義務，而不是獨立自主的個人權利。

滋賀秀三認為，命盜重罪等的刑事案件確實是依法進行審判的，但是他強調這裏是“官僚制的法”，是其內規，是以皇帝的意志為唯一源泉並作為制約官僚的手段而建立的法，並不存在（歐洲法）對相互爭議的主張，由權威的第三人（法官）來作評斷的構造。³⁰

相對於命盜重案必須嚴格地依法審判，他認為在民事州縣自理的“聽訟”程序的範圍內，知州知縣幾乎完全不受法律拘束，無須援用《大清律例》，因為一方面在戶婚田土等輕罪細事裏，州縣官以笞杖執行懲罰管理即可，無須引用律例；另一方面，相關條文既少又缺乏體系性，想要依法判決但卻無可依照的情形很多，不如根據“情理”來解決爭端，而融通無礙地根據“情理”來尋求具體妥當的解決，就是地方官的職分。³¹

一方面，滋賀秀三對所謂“情理”的詮釋，很能掌握中國傳統法律文化的特色，他說它是常識性的正義衡平感覺，也是中國型的正義衡平感覺。而且進一步說明，比起西方人來說，中國人的觀念更顧及人的全部與整體，不把爭議的標的孤立看成兩造個人的問題，而將對立的雙方及週遭人的社會關係全面考慮在內；而且中國人還喜歡相對的思維方式，傾向於從對立的雙方各承受一點損失中找出均衡點來。³² 這種雙方各讓一步（give a little, take a little），勝者不是全得，敗者不是全輸的衡平感，以及在審判過程中，社會關係的重建比個人權利的伸張還要重要的思維模式，的確是中國傳統思維模式在法律意識（legal consciousness, Rechtsbewußsein）上的體現，滋賀秀三掌握了中國傳統法律文化的這個特色。³³ 但是另一方面，滋賀秀三在此敏銳的觀察下，進一步所作的推論，卻因為他深受日本近代從西方（主要是歐陸的德國）繼受過來的法學教育的影

響，不自覺地站在西方法律文化與法律概念的基礎上，來對中國傳統文化作評價，這便使得他的立場與韋伯的立場相接近，我們來聽聽他的說法：

無論如何，所謂情理是深藏於各人心中的感覺而不具有實定性，但它卻引導聽訟者的判斷。在民事的領域難道不是習慣法在支配嗎？——當然也可能出現這樣的質問。但筆者的看法卻是不能設想有與“情理”不同而作為實定法存在的習慣法。在西洋，法庭採用習慣法成為促進實定的習慣法生成的重要原因，在中國卻沒有這樣的事。從未見到過當事者在法庭上就習慣法的存在進行舉證的現象。無論是私家還是官方都沒有編纂過習慣法典籍。總而言之，在中國並不存在習慣法逐漸地獲得實定性的機制。唯一可以說的是，所謂情理就是作為習慣的價值判斷標準，而且“情理”概念中含有充分注意和尊重各地不同的風俗習慣的要求……如上所述，如果要把聽訟稱為清代的民事審判，那就是沒有實定法依據的，而且不能以判例的形式來生成法的審判。之所以這樣看，其理由在於，聽訟類似於日本的警察實際上也在從事的民事調解，儘管由作為法官的知州、知縣發動強制性權力來實施，從最終來看卻是一種靠說服當事者來平息紛爭的程序。³⁴

我們前面才在為滋賀秀三敏銳掌握中國傳統法律文化的特色喝采，但是看到他這樣作進一步的推論時，不禁感到十分惋惜。因為他心中那把比較的尺，還是歐陸法學打造出來的，跟韋伯沒有兩樣。韋伯強調西方現代“形式的—理性的法律”是一種成文的實定法 (positive law, positives Recht)，是西方現代“形式的—理性的審判”依法判決的基礎，其所對比出來的



“卡迪審判”（中國傳統審判亦屬之）則不是將實定的、概括的法律應用在個案上來判決，而是取決於裁判者對一個具體個案的公正感與價值判斷。同樣的，滋賀秀三在這裏也強調，西方意義的實定法或實定化的習慣法在中國傳統民事審判上並不存在，州縣官所依據的“情理”，其實是深藏於各人心中的感覺而不具有實定性，但它卻引導聽訟者的判斷；而且聽訟以平息爭訟為目的，當事人對事實不再爭執時即告終結，不是透過它來發現甚麼是“法律與正義”（他用德文Recht以包括之）。如此一來，州縣官不需要形式的、理性的、實定的“判決理由”（Urteilsgründe），只需依心中的公道感與正義感（情理）來審判，因此韋伯會稱之為自由裁量擅斷的“卡迪審判”，滋賀秀三則稱之為“父母官訴訟”或“教喻式的調停”（didactic conciliation），根本缺乏“判決之確定力”（確定判決，*res judicata*）的觀念。³⁵

在這樣的論證裏，成文的、實定的“法”，與不成文的、非實定的“情理”被滋賀秀三以二元對立的方式加以看待，無形之中，“西方現代實定法”與“中國傳統國家制定法”似乎都被看成中國“情理”的對立面，介於它們之間的實際差異卻被突然忽略了。³⁶因此，我們在此想要先來回答：到底中國傳統社會中成文的“法”是否真的與不成文的、心中的“情理”是二元對立的？還是他們都是法源，都是同樣受到儒家倫理影響下的法律規範的不同形式，都是中國傳統法律文化裏多值邏輯的不同體現？我們在此先藉着與滋賀秀三對“情”、“理”、“法”的細膩深入之研究的對話裏，進一步來分析這個課題。

至於其他重要課題，如：到底州縣官民事審判是否真的不必依法判決？甚至無法可依？到底西方意義的（實定化的）習慣法存不存在？到底州縣官是個裁判者還是調停者？這在下兩節

有關黃宗智與梁治平的研究的討論裏，我們將作進一步的分析。

(c) “情”、“理”、“法”：中國傳統法律文化的多值邏輯之二

滋賀秀三對中國傳統法律文化的研究，最精彩的部分之一，就是他對不同民事法源，亦即“情”、“理”、“法”的深入分析之上。一方面他有類似的法律文化作背景（日本與中國的傳統法律文化大同而小異，都深受儒家化的《唐律》的深厚影響），容易作同情式的理解（*understanding, Verstehen*），二方面法律邏輯訓練使他在作概念分析時，比較能掌握概念與概念之間的合（重疊）與分（劃分）的問題，這對於中國傳統法律文化中的各種概念的綜合與分析（合中有分，分中有合），如“情”、“理”、“法”之間的分合問題，有比其他學者更清晰更切中要害之處。換句話說，他對“情”、“理”、“法”之間的分合問題的研究，開展了我們掌握中國傳統法律文化的多值邏輯的另一個面向。

他對這個問題的研究，主要在〈民事的法源之概括的檢討——情、理、法〉與其續篇³⁷ 呈現出來。對“情”、“理”、“法”同為法源的分合問題，他在西方法律文化的對比下，建構了一個相當生動的隱喻：

情理不過是一種修辭，並非具有明確定義的術語。法官並非只是根據某種特殊的意圖，在某些場合使用這一用語，而在其他場合避免使用。無論口頭上說與不說，情理經常在法官心中起作用。在這個意義上，應該說判語集都是充滿這種情理的文章。國家的法律或許可以比喻為是情理的大海上時而可見的漂浮的冰



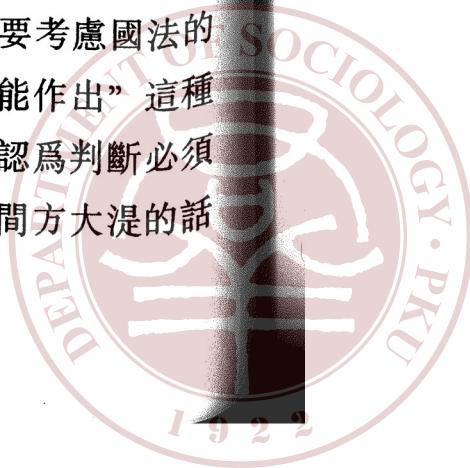
山。而與此相對，西歐傳統的法秩序卻總是意圖以冰覆蓋整個大海，當鋪滿的冰面上出現洞穴的時候，則試圖努力通過條理來擴張冰面，以覆蓋這些洞穴。這就是二者最根本性的差別。³⁸

國家的法律是情理的部分實定化，一般而言，情理所起的作用具有提供線索的性質。因此，法律的條文還需要通過情理加以解釋或變通。徐士林對關於婚約中信義誠實問題的律例進行解釋時，開宗明義地指出：

“夫律國法也。即人情也”。大海與冰山的比喻，在此意上也十分貼切。由情理之水的一部分所凝聚成形的冰山，恰恰是法律。³⁹

考察清代民政相關文獻，滋賀秀三發現“情”、“理”、“法”或“人情”、“天理”、“國法”常常是為政者決策判案的準則，這並不以民事為限，即使刑事案件也一樣有所提及。確定這三者常常為人提及後，他先進一步說明“國法”實際被引用的情況：雖然判語常引用律例，但是沒引用的案件比引用者還多，尤其是州縣自理的民事案件；而且引用的國法，大體僅限《大清律例》，一旦引照國法，也未必意味着法官嚴格地受到法律條文的拘束，即使是依照法應處徒以上刑罰的事件（刑案），也有可能被從輕發落；此外，將律例的刑罰規定限於笞杖枷號的刑種正確擬律的（民事）案例，在判語中只有極少的數例，而且是上級交辦的；因此，何種行為應受何種懲罰，最終是聽任州縣官裁量決定的。⁴⁰

在這種情形下，州縣官聽訟下判斷時的確需要考慮國法的規定，但“所有判斷都必須根據對國法的解釋才能作出”這種思想方法，從根本上是不存在的，⁴¹而且，並不認為判斷必須受每一條法律條文的嚴格制約。⁴²他引用光緒年間方大湜的話



來說明這實際狀況：“自理詞訟，原不必事事照例，但本案情節，應用何律何例，必須考究明白。再就本地風俗，準情酌理而變通之。庶不與律例十分相背。否則上控之後，奉批錄案，無詞可措矣”。⁴³

於是引用“法”的過程，事實上也會考慮到“理”與“情”，而後兩者常常是在上述方大湜所說的“準情酌理”(或大同小異的“準情度理”、“衡情酌理”等)這類用語中，以名詞“情理”出現。滋賀秀三在分別討論“情”與“理”個別的概念前，先談“情理”合用的狀況，而且引用具體的事例，而不是抽象的定義出發，來加以說明。總體而言，他認為“情理”只能理解為一種社會生活中規範性的價值判斷，特別是一種衡平的感覺。但除此之外，“情理”也是在一件訴訟中，關於某一部分事實性的判斷或中間性判斷，也就是經驗法則的意義。

而且他還立基現代西方的法律概念的分類標準，認為“情理”並不被作為習慣、也不是能夠進行實證性論證的東西(不是西方意義的“習慣法”)。國法是成文的、實定性的判斷基準，與此相對，情理則既沒有成文、先例或習慣等任何實證基礎，也完全不具有實定性，在這個意義上，只是自然的判斷基準。⁴⁴ “情理”中體現出來的是，給予每個當事人各自面臨的具體情況以細緻入微的考慮及盡可能的照顧，試圖全面調整人與人之間關係的整體。⁴⁵

“國法”與“情理”既分且合，分者在於前者是實定的、成文的，後者不是；合者在於“國法”不是孤零零的存在，而是立基在“情理”之上的，是後者的實定化(王法本乎人情)，是“由情理之水的一部分所凝聚成形的冰山”。因此，

“情理”是“國法”的基礎，它們之間應該是一致的，如果必要，也有依“情理”變通“國法”的情況。接下來，他進一步



將“情”與“理”分開來作分析，然後再與“法”綜合作討論。

將“情理”兩個字分開，“理”是指思考事物時所遵循的、也是對同類事普遍適用的道理，如“有借必還，一定之理”，“父在子不得自專，理也”等所說的。而且在判語中所見的“理”字，並沒有朱子理學中的那種哲學性意味。因此，在聽訟的場合，並沒有表現出“嚴格主義”，一定要人遵守。

更重要的字在“情”之上，其含義與作用則頗具多面性，這也正是解明“情理”一詞之關鍵所在。首先，情字指涉情節、情況等事實關係（事實判斷的含義，譯為circumstances）。

“情罪未協”（犯罪情節與刑罰略有不合）等所說的“情”，就有這方面的意思。但是這種含義的“情”，實際上與作為價值判斷基準的、規範性的“情”，有着深刻的聯繫：“也就是說，在判斷之際，不能將作為直接對象的事實和現象孤立起來，而必須將其置於與作為背景的各種事實和現象的具體關聯中，加以同情的理解和評價，這種要求就體現在‘情理’一詞的‘情’中。判語中所說的‘夫大小之獄，必以其情，戴氏悔婚矣。亦察其悔婚者何情耶’等，就可以看作是這種作為溝通事實與規範評價之間橋樑的用語之例。”⁴⁶

進一步他還提到“情”本來有“心”的意思（“心情”），所以“人情”也是指活生生的平凡人之心，是人們可以估計對方如何思考與行動，如何相互期待與體諒，違反了就是“不近人情”。⁴⁷ 相關的意義，如“情面”，“情誼”等，人際之間禮尚往來的友好關係，“情面”是指“給面子”、“看面子”所說的臉面，而作為禮物及贈答品本身，也被稱為“人情”。⁴⁸

然後，再把“法”、“理”、“情”三者之間綜合起來討論：一方面，他把“法”是實定的、人為的，而“情”、“理”則是非實定的、自然的，加以對比起來；但另一方面，



“法”和“理”所相對具有的普遍性、客觀性，對比於“情”所具有的具體性和心情性，正如“雖於法不無寬貨，而於情似可曲全”、“該氏理論固有不合，論情亦尚可原”、“故以人情通理法之窮耳”等所說的那樣，情具有修正、緩和法與理的嚴格性的作用。“理”與“情”既是對立的概念，同時又相聯繫、相互補充形成“情理”，他認為這是中國式的理智（良知）。因此，可以說這是一種最普遍的審判基準。進一步來看，其中，滋賀秀三很正確地指出，“人情”被當成這些法源的最根本的準則。不但“王道本乎人情”、“王法本乎人情”，而且連皇帝與儒者都很看重的“禮”，也是體現“人情”的。⁴⁹

最後再談到“情理”或更簡明的“人情”與“習慣”之間的問題，滋賀秀三再度堅持歐陸嚴格的法律概念，認為作為法律實定化的源頭之“判例法”與“習慣法”（雖然不成文卻能夠得到實定化的具體規範），在“聽訟”時對“情理”的考量裏，並不存在。“習慣”（風俗、土例）實際上也就是“情理”的一部分。他認為，“習慣”因為具體的妥當性只能在每一個案件的特殊情境中去追求，但總體上都歸結到“情理”這一具有普遍含義的詞語中去。而“國法”與“情理”也是相互親合的，之所以有那麼多的研究說兩者是相互衝突（如鄉土社會是一個“反訴訟的社會”[anti-litigation-societies]等結論，像范·德·史布蓮克[van der Sprenkel]、費孝通等人提出來的），他認為都是民國以後的研究，繼受來的西法與原有的“情理”失去親合性所致。⁵⁰

滋賀秀三的弟子寺田浩明認為滋賀秀三在說明“國法”與“情理”的關係時，賦予其內在邏輯的統一說明：成文法不過就是漂浮在“情理”大海中的一座冰山而已，而且在這樣的世界上，尊重存在於每個人胸中的“情理”就體現了“法”的精



神，反過來看，作為“情理”核心部分的法律在適用於具體案件時，總需要根據“情理”來解釋或變通，與“法”本身的要求絕不相悖。他進一步強調，滋賀秀三以西方法律與審判來對比中國傳統法律與審判的作法，是為了更清楚掌握後者的特性。⁵¹ 他清楚表明以西方法律文化的標準來臧否月旦中國傳統法律文化的缺失，要避免過度“歐洲中心主義”(eurocentrism, Eurozentrismus)來研究中國傳統法律文化：“換言之，無論在西洋法秩序的觀念下否定舊中國的‘法’能夠發揮作用，還是以西洋的價值體系為標準來試圖找出舊中國的法現象中，也存在着與西洋同等性質但程度不同的東西，可能都是沒有多少意義的做法。”⁵² 但是，在我們前面的敘述裏，我們可以看到，在堅持法源的實定化的立場下，滋賀秀三雖然掌握了中國傳統法律文化“情、理、法”這些法源皆以“情”為其基礎準則的特色，但是他還是不厭其煩地告訴我們，“情理”與其相關的“習慣”，甚至缺乏民事法規的事實，都無法跟西方一樣，以一種實定化的過程，形成西方意義的“判例法”與“習慣法”，所以“聽訟”還是具有很強的不確定性，父母官自由裁量的空間還是很大。這樣的論斷，其實跟韋伯以“卡迪審判”的擅斷與“不可預計性”來論斷中國的家產制法官，相去又已不遠矣！就某個意義來說，這是“方出龍潭，又入虎穴”，令人相當惋惜。

細究其實，當滋賀秀三以西方式的二元對立的思維模式，嚴格劃分“實然”(is, Sein)與“應然”(ought to, Sollen), “事實判斷”(fact judgement, Tatsachenurteil)與“價值判斷”(value judgement, Werturteil), “事實上的規則”與“規範上的規則”的時候，他就不免落入中國傳統法律文化作為西方法律文化的對立面的思考窠臼裏，把“情理”看成只是非實定的規則，不具多大的約束力，其實與“事實上的規則”沒有多大差異，作

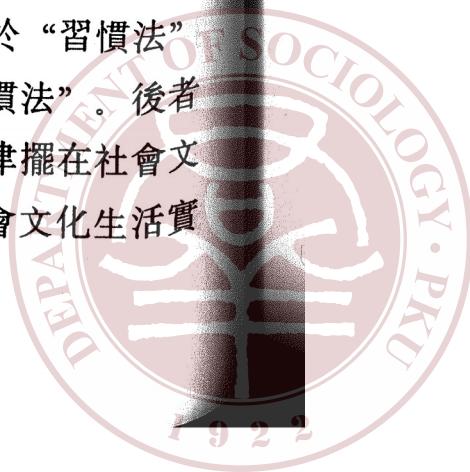


爲非實定的規則，其規範性是相當有限的。這不僅有以西論中的嫌疑，其實也是模糊了“法律史”作爲一門經驗科學 (empirical science, Erfahrungswissenschaft)，研究實然的法律現象之歷史的學問，與“法解釋學”作爲一門規範科學 (normative science, normative Wissenschaft) 之間的分際，而以後者(如民法解釋學)的某些觀點爲判準(如是否具有實定性)，來評斷中國傳統法律文化的經驗事實。⁵³

其實對中國人而言，“情”與“理”應該跟“法”不是處於一種二元對立的關係，它們之間的區分也不應該是以是否有實定化的可能來加以論斷的。儘管我們可以使用 law in action ↔ law in book、living law ↔ enacted law 等概念來加以對比，但並不代表我們想把它們之間的關係，絕對性地對立起來看待。所謂“依法判決”，也並不能把它狹窄化看成只是依成文的實定法來判決而已，可能對清代朝野上下而言，民事訴訟案件的處理，州縣官將“情理法”融通爲一，綜合地追求中國式的衡平正義感(是“仁義”或“情義”，而非西方人的“正義”，Recht)，他就是“依法判決”了，這時儘管所依據的是以“情理”爲基準的“活生生的法律”(living law)，而不是“成文法”(enacted law)，但是前者並不是後者的對立面，相反的，它們是融通爲一，既分且合的法律規範，州縣官依照它們共同相通的精神來判決(甚或調解)，就是所謂“依法判決”了。在中國人的思維模式裏，“法”與“情理”的概念應該是相互依存，而不是相互對立的。⁵⁴換句話說，正因爲“法”與“情理”不是完全對立而互斥的、競合的(選擇一個就不能選擇另一個)法律規範，州縣官依“法”判決與依“情理”判決也並不是相對立的判決形式，很可能同一個判決裏，“法”與“情理”都是他綜攝考量的法律規範，希望融通地考量之後再進行審判。



如果我們進一步探討非實定的“情理”與“習慣”，被滋賀秀三看成不是西方意義的“習慣法”，那麼我們就要追問：何謂西方意義的“習慣法”呢？其實西方法學有關“習慣法”的看法衆訟紛紜，以德國來說，德國歷史法學派裏的兩大分支，“羅馬法學派”(Romanisten)與“日耳曼法學派”(Germanisten)的意見就有很大的不同，它們後來各自進一步發展成的“概念法學”(Begriffsjurisprudenz)與“自由法學”(Freirechtslehre)，前者(羅馬法學派與概念法學)重視法律的專業化、抽象化、邏輯化、概念化與實定化，具有濃厚的“法律實定主義”(Rechtspositivismus)，甚至是“制定法實定主義”(Gesetzespositivismus)的色彩，以及“法源實定主義”(Quellenpositivismus)的特色，他們對於“習慣法”(Gewohnheitsrecht)自然採取相當嚴苛的定義，甚至認為只有成文的、實定的“制定法”(Gesetz)才是法律(Recht)，“習慣法”只有被法律人採納轉化成為“制定法”，它才是法律(如前所述，韋伯深受這樣的法學思想的影響，建構了他的西方現代“形式的-理性的法律”的理念型)；後者(日耳曼法學派與自由法學)則強調“制定法”與“法律”是不同的，“制定法”對於法律判決來說，從來不是唯一的法源，法律與時俱進，“習慣法”是民族精神(Volksgeist)的體現，不但不能忽略，反而是最重要的法源，而且國家制定法的法條有時而窮，法官必須隨時根據社會裏實際存在的“活生生的習慣法”(das lebende Gewohnheitsrecht)，對法條存在的漏洞加以填補。⁵⁵因此，前者重視法律的專業性，不但會狹窄化法律的定義，以實定的、成文的“制定法”為唯一重要的法源，對於“習慣法”不是嚴加排斥，便是只承認有實定化過後的“習慣法”。後者則相反，重視的是法律的社會性與文化性，將法律擺在社會文化生活的背景之下，寬鬆看待法律的定義，以社會文化生活實



際存在的“習慣法”為重要法源，特別重視民間實際存在的“活生生的法律”(living law, das lebende Recht)、善良風俗(gute Sitten)等“習慣法”制約人心的重要性。

由上可見，滋賀秀三以是否實定化、是否具有實定性來作為中國人的“情理”與“習慣”是否是西方意義的“習慣法”的判準，其實他採用的立場接近韋伯、羅馬法學派與概念法學，採取較嚴格的“習慣法”定義，那麼中國人的“情理”與“習慣”自然就不是“習慣法”了，我們如果換成日耳曼法學派與自由法學的立場與判準，我們能說它們不是“活生生的習慣法”與“善良風俗”嗎？換句話說，要對中國傳統法律與司法審判的“法、理、情”的多元法源作同情式的理解(understanding, Verstehen)，採取日耳曼法學派與自由法學的立場與判準遠比前者來得適當，儘管同樣要避免過度“以西論中”，但是相對來說，因為後者重視法律所源起的社會文化背景，所以比較能讓人擺脫“歐洲中心主義”的立場。

因此，我們也可進一步探究滋賀秀三念茲在茲的課題：中國人的“情理”與“習慣”是否應該被看成“習慣法”？在清末民初繼受西法的時候，這個問題便浮上檯面。民國二年大理院(上字第三號判例)針對吉林舊慣有關本族、本旗、本屯人賣地時有“先買權”的規定，對此習慣是否有法之效力，作了如下的判決：⁵⁶

凡習慣法成立之要件有四：

- (一) 要有內部要素，即人人有法之確信心；
- (二) 要有外部要素，即於一定期間內，就同一事項，反覆為同一之行為；
- (三) 要係法令所未規定者；
- (四) 要無悖於公共秩序利益。



大理院作這項判決時，中國境內《民法典》尚未頒佈實施，但此判例已相當明顯受到西方現代法學的影響。細分之，後兩項為消極要件，前兩項為積極要件，第一項為社會中人内心之確信與承認（有如日耳曼法學派所說的“民族精神”），第二項為社會中人在外顯的日常生活中的確不斷重複此一行為，兩者互為表裏。法國學者謝尼（Francois Geny）認為内心的確信不易查明，但其實從外在的慣行，即可推知在當事人心目中，的確確認它是習慣而加以奉行，因此内心的確認是直接依附在外在的慣行之上的，在這種情形下，內外具備，並無須國家公權力進一步的判例的承認（後者只不過是更足以表達其法律效力而已）。這其實與德國學者耶利奈克（Georg Jellinek）所謂的“事實所具有的規範力”⁵⁷（normative Kraft des Faktischen）相類似的，他們都接近習慣法的效力學說裏強調（前述第二項）外在慣行即可的“慣行說”（Übungstheorie）。

這種“慣行說”以及強調（前述第一項）內在確信的不可或缺的“確信說”（Überzeugungstheorien），是習慣法的效力學說裏相當重要的兩個，它們皆不以國家公權力進一步的實定化之判例的承認為要件。當然，國民政府繼受西法之後，正式頒佈《中華民國民法》後，並不是無條件承認習慣的法律效力，其所採取的是“相對有效說”，習慣法只是成文法的補充法，與奧地利、瑞士、日本類似，清末《大清民律草案》、民國《民法草案》，以至現行的《中華民國民法》第一條規定：“民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。”，都規定成文法的效力的優先性，以及習慣法的補充性與不完備性（需要前者的承認才有法的效力）。⁵⁸ 但這是以繼受來的西法為國家制定法之前提下所導致的結論（仍在“概念法學”的傳統之下，有將“制定法”與“習慣法”二元對立的傾向），對於中國傳統法律文化中的“王法”與“情理”、“習慣”之間



的關係，實在不適合用這樣的分類標準來加以看待。相反的，前面的“慣行說”與“確信說”反而較能掌握“情理”與“習慣”。既有內在確信，又有外在慣行的風貌，它們與“王法”並行，都是州縣官判決或調解所依據的法源，且以“人情”統合之，在法官心目中（與一般社會大眾沒有多大不同），根據它們來追求中國式的正義衡平的感覺。我們實在没有必要像滋賀秀三一樣，以是否實定化、是否具有實定性來作為判準，來說中國人的“情理”與“習慣”並不是（西方意義的）“習慣法”，因為這樣並無助於我們對中國人的“情理”與“習慣”作更進一步的理解，反而會為不必要的概念糾纏，而失去貼緊社會事實，就事論事地加以深入論證的焦點。

進而言之，滋賀秀三對於它們是否合乎“習慣法”之概念的堅持，這是與他對“判決之確定力”（確定判決，*res judicata*）之概念的使用息息相關的。其強調重點，無非是州縣官民事審判所依據的法律規範，究竟有沒有拘束力，有沒有“確定性”（certainty）與“普遍性”（generality）？⁵⁹ 這跟韋伯一再強調的“可預計性”（Berechenbarkeit）其實是類似的，問的還是：跟西方司法審判（他們認定有明顯的確定性與普遍性）比較起來，清代州縣官是否因為欠缺實定的法律規範，而流於自由裁量與擅斷主義呢？清代州縣官被韋伯看成“卡迪法官”，被滋賀秀三看成“調解的父母官”，強調的都是他過度自由裁量，沒有根據確定的法律規範而行的一面。但是我們要問的是：難道中國人的“情理”與“習慣”，裏面就不包含確定性、普遍性或可預計性嗎？它們必然與這些特性是相對反的關係嗎？以前面的“慣行說”來說，慣行包含着一定的外在的普遍性，同時也因“事實的規範力”內在化，產生一定的內在的確定性，在此意義下，州縣官即使依情理判決或調解，他一定程度會落在自己、協助他的師爺與社會大眾所大致公認的合情合理的範圍之



下，這難道不是中國式的普遍性、確定性與可預計性嗎？民事案件處理不好，當事人一樣可以上訴，因此，州縣官應該不至於流於過度的自由裁量與擅斷主義。所以，我們不可能一方面說“情、理、法”彼此聲息相通，都是要追求合情合理的中國式的正義衡平感，另一方面又說它們是缺乏追求這種正義衡平感的確定性與普遍性的。在此意義下，滋賀秀三只能說它們缺乏追求西方式的正義衡平感所必要的實定性前提，但這豈不是又像在問：“為甚麼蘋果樹長不出橘子？”一樣的問題嗎？⁶⁰這種問題，無論得到肯定或否定的答案，似乎都沒進一步說明了甚麼。

縱然滋賀秀三的研究有上述的缺點，但是整體來說，他對清代司法審判制度的精彩分析，畢竟是瑕不掩瑜的，他對“情”、“理”、“法”的分析，我們認為，正是中國傳統法律文化之多值邏輯的具體呈現的面向之一，三者皆為法源，又統攝在“情”的共同基礎之上，三者之間既有所分，又有所合，彼此相互依存，而不是二元對立的。⁶¹一方面，我們可以立基在他的研究成果之上，說明對清代州縣官而言，“國法”並不是與“情理”相互對立的，王法不外人情，州縣官依“情理”自理詞訟時，心中未必無“國法”，同樣的，依“國法”審判時，心中未必無“情理”。他在作刑事審判時，受“國法”束縛程度較重，而在作民事審判時，則受“情理”影響較多，但無論民事刑事，它們之間的差異是“量”上的，而非“質”上的，州縣官所依循的法律規範，“情”、“理”、“法”等諸種法源，它們彼此之間是相通的，都深受儒家倫理的影響，同中有異，而且其差異亦不是二元對立，截然劃分開來的。州縣官聽訟斷案，追求的是中國式的衡平正義的“法感”（“仁義”或“情義”），而不是西方式的個人權利的伸張（“正義”，Recht），他有一定的裁量斷案的空間，但是不管他被看成“教

喻式的調解者”或“判決者”，他都受到與他的“法感”相通的、社會大眾所共同擁有的“情理”的制約與牽制，就這意義上，他的調解或判決，絕非韋伯立基在二值邏輯的思維模式，又以西方現代“形式的—理性的審判”為主要類型，所對照出來的、任作裁量的對比類型——“卡迪審判”。

在另一方面，我們可以結合“法律史”與“法律社會學”這兩門學科，以滋賀秀三對“情”、“理”、“法”的分析為基礎，進一步來探討中國人在歷史的與當代的不同時空中，人際關係的各種互動原則。筆者在過去已嘗試撰寫出四篇相關的文章，⁶² 尤其是對“情”字的多重意義的分析，以及“情理法”對“法理情”的不同法律意識的頡頏之上有所討論，下面就簡述一下筆者最近的對“情”字的研究心得。

身為法律社會學家，對中國傳統與現代法律文化的研究，特別會注意到“情”相對於“法”與“理”的情況，即所謂“情、理、法”的問題。筆者發現“情”這個概念，除了“感情”面向、“人情”面向之外，還有所謂“事情”這個面向。由“感情”到“人情”到“事情”都和情字有關，但所涵攝的內容，以及所指涉的人際交往的法則或規範也各自不同。在此先把“感情”擺在一邊，集中焦點討論“人情”與“事情”之間的差異。

首先，情如果就“事情”這種使用方式的時候，情有所謂“情結”、“情況”等事實關係（法律訴訟稱“案情”，circumstances）的含意。這個“情”，是一個客觀的、具體的實際情況。以“事情”來說，我們問的是相關的、實際的狀況，如果用韋伯的說法來說，牽涉到的是一個“事實判斷”的問題。但是這個“情”，跟事實相關的“情”，與作為判斷基準的——“規範判斷”的“情”（用韋伯的說法，是“價值判斷”的“情”），其實有着深刻的聯繫。意思是說，我們要作法律



審判的規範性判斷的時候，我們不能將作為直接對象的事實和現象孤立起來，而必須將它擺在具體關聯的社會文化背景下，來加以同情式的理解和評價。滋賀秀三認為這種情況，體現在“情理”一詞中的“情”字裏。於是乎“情”字不但牽涉到法律上的價值判斷，一種“規範上的情”的概念，而且也牽涉到規範背後的具體關聯的社會文化背景，一種“事實上的情”的概念：“事實上的情”跟“規範上的情”兩者，既相關，又相異，但又彼此相互援引，相互溝通。進而言之，“事實上的情”指的是“事情”，“規範上的情”指的是“人情”，介於“事情”與“人情”之間，既相關，又相異，而且相互融通，這就是中國傳統法律文化裏“情”字的特色。

楊中芳談到所謂人際交往的“合情合理”法則，她認為這就是人情規範的體現。⁶³ 在工具性層面來說，“合情合理”是指雙方在一個交往場合中，不管目的是互依存的，還是維繫的，對於這一場合中所應盡的角色行為義務，及情感義務為交往法則；而在感情層面的交流合情合理法則，裏面的理就是指上述的義務之人情，這種人情可以被看成是工具交換層面中的“理中之情”，也可被視為感情交換層面中的“情中之理”。我們雖然不太容易在概念上掌握清楚楊教授所謂的“理中之情”，或“情中之理”的真正意涵，但是她的情理並稱，情與理相互補充，這一層面的強調事實上跟前面滋賀秀三有關“衡情論理”的討論是有些類似的，楊教授是以“工具性／感情性”作為互補的兩面，而滋賀秀三以“普遍性／特殊性”與“抽象性／具體性”來作為互補的兩面。

進而言之，前述“事情”與“人情”的區別，也可看成“事情之理”與“人情之理”的區別，它們之間，有可能“事情”牽涉到比較客觀的、外在的層面；而“人情”比較牽涉到內在的、主觀的層面。它們彼此有一定的差異，又有相互溝通



的一面，都是“情”的不同面向，卻讓我們能夠更繁複地來思考中國人在“事實／規範”、“客觀／主觀”、“普遍／特殊”、“外在／內在”、“抽象／具體”等等不同指標下的劃分。我們可以很明顯看得出來，這樣概念組合的對比，並不是二元對立思考下的產物，要將它們截然二分；相反的，中國人總是要用一個貫通兩端的、一種比較圓融、比較綜合的思維模式來加以包含整合。楊中芳所謂的“理中之情”、“情中之理”其實就是想要把“情”與“理”作一定的綜合。我們如果把分析焦點放在“情”之上，那“情”的“客觀的事情面向”跟“主觀的人情面向”、“外在的事情面向”與“內在的人情面向”，在這裏基本上也不是相互對立的。因為主觀的、內在的“人情”，它會外在化(externalization)，形成客觀的事實或規範，甚至客觀的東西(如把禮物也稱為“人情”)；相反的，客觀的、外在的“事情”，也會內在化(internalization)，形成主觀的、內在的“人情”。常常一件事或一種情況，以“人情”說得通，以“事情”也說得通，便會被大家所公認是適當的處理方式，此時這兩個面向既相異又相容，不是二元對立的關係(有時甚至可以互換：“人情”即“事情”也，反之亦然)。⁶⁴

同樣的，在“事實”與“規範”之間，“實然”與“應然”之間，應該也不是二元對立地截然二分的。事實意義的“事情”，久而久之會形成習慣，而有其規範人心的作用，變成規範意義的“人情”，這就是耶利奈克(Georg Jellinek)所謂的“事實所具有的規範力”(normative Kraft des Faktischen)；相反的，規範意義的“人情”，久而久之會產生具體事實上的影響，變成事實意義的“事情”，這就是瑞賓德(Manfred Rehbinder)所謂的“規範所具有的事實力”(faktische Kraft des Normativen)。⁶⁵ 這樣來看，“人情”與“事情”既相異又相容，前者有規範面又有事實面，後者則有事實面又有規範面，兩者



並不是二元對立的，其差異看情況與場合而定，但絕非“質”上的差異，而是“量”上的程度差別。

前述滋賀秀三從西方法學(傾向概念法學)立場出發，一再強調規範的實定性的重要性，將“人情”看成非實定的規範，只是具體實際運作時判斷的規則，其實他作這樣解釋的時候，已把它看成與事實上的“事情”沒有太大差異的東西，並且認為它不是西方意義的“判例法”與“習慣法”，這是把中國傳統社會的法律規範作過度二元對立地考量，以其是否實定化、成文化來判定它是否是法律規範的“純粹類型”(reiner Typus，借用韋伯說明“理念型”的另一個概念)，進而將人情事理看成純度不夠的法律規範，以與純粹類型般的實定的“國家制定法”及其前身的“習慣法”相對比。事實上，我們只要考慮到“王法不外人情”，我們就可以知道，中國人的思維模式裏，法律規範的規範面與事實面並不是那麼截然二分的，在這個概念脈絡裏，“王法”的規範面較多，代表法律的規範層面，而“人情”則事實面較多，代表法律的事實面，但它們並不是截然二元對立的關係(因為“王法”也有事實面，“人情”也有規範面，彼此是相通的)。因此，法律規範是否抽象化、實定化與成文化，不應被看成是劃分法律規範的判準，因為在中國人的思維模式裏，成文的法律也應通達人情，同樣的，不成文的人情事理最好也不要違背成文的法律。換言之，各法律規範之間是否實定化的差別，應該也是一個“量”上的、程度上的差異，而不是“質”上的、本質性的差異。

我們與其去追究“人情”究竟是否是西方意義的“判例法”或“習慣法”，我們不如去探究：在中國傳統社會裏，人際衝突與訴訟紛爭究竟是如何透過“人情”這個規範體系而被解決的？它實際發揮怎樣的功能與作用？法律社會學與法律人類學的研究告訴我們，與其去追究“何者是法律？”(以及伴



之而來的“何者不是法律？”)的問題，不如從各社會文化實際發揮排難解紛的規範體系去加以考察，一旦發現具有這種功能的機制，它就具有“法律”的意義。⁶⁶

接下來的問題便是：如果在清代民事審判的實際運作上是“情、理、法”兼顧，而且不嚴格要求以實定的法律規範為依歸的話，那麼它又如何與清代刑事審判(比較具有依法審判的特色)連接起來，共同組成一個清代司法審判的完整形貌呢？這是寺田浩明很適切地提出來的問題。⁶⁷ 筆者認為，這個問題的確需要進一步仔細爬梳清楚，個人的初步看法如下：

如果從“法”與“情”、“理”都受到儒家倫理的影響，法律與人情事理應該相互調和，以追求中國式的衡平正義感來看，這兩種案件劃分之後的整合應該不是問題，因為它們都在同一種法律文化之中，是中國傳統法律的多值邏輯的體現的一種面向，一方面它們彼此之間不是本質上的差異，而是同一本質的東西在數量上與程度上(過錯程度與相對應的量刑輕重)的差異而被劃分開來的；另一方面，在審判過程中，它們之間的差異也不是本質上的，而是係出同源的“法”與“情”、

“理”在審判上被引用的比重(也是量的問題)不同所致，刑事(命盜重案)將比重擺在“法”，而民事(州縣自理的詞訟)則將比重擺在“情”與“理”之上，但因為“法”與後兩者係出同源，並不是二元對立的完全不同質的東西，所以刑事(命盜重案)與民事(州縣自理的詞訟)之間也應該被看成係出同源，並不是二元對立的完全不同質的東西。如此一來，要替它們劃分之後再作整合，理論上應該是可行的，未來應該在經驗證據上加以補強，繼續加以深入探討。⁶⁸

綜合我們上面對清代司法審判制度(主要是民事審判)的探討，在把韋伯與滋賀秀三作對比之後，我們發現“情、理、法”同為法源(它們彼此既分且合，共同立基在“人情”的基



礎之上)，正是中國傳統法律的多值邏輯之具體呈現的另一個面向，藉着對它們的分析，我們在批判韋伯“卡迪審判”的錯誤命題的同時，同樣也對滋賀秀三沒有放棄西方現代法學對“實定法”、“習慣法”、“判例法”等的框架，使用它們來刻畫清代司法審判制度之特色的作法，提出我們的批評。正如我們前面已經指出來的，“王法”與“情理”並行，其實是與“審判”與“調解”並行同時發生的，我們認為後者也是中國傳統法律的多值邏輯的另一個重要面向，在下一節中我們將作深入的探討。

我們認為，“審判”與“調解”並行，並不會導致韋伯所謂“卡迪審判”的結果，相反的，它仍是中國傳統法律文化具體呈現其多值邏輯的另一個面向。美籍華裔的歷史學家黃宗智最近有關清代民事司法審判的傑出研究，⁶⁹ 是我們討論這個面向的出發點，這不是偶然的：一方面他提出介於“官府審判”與“民間調解”之間的“第三領域”概念；二方面他又劃分所謂清代民事司法審判的“表象”與“實踐”；三方面他與滋賀秀三等人看法截然不同，根據司法檔案，他認為清代州縣官的大多數的民事審判，都是“依法判決”的；四方面（也可能是最重要的原因），他直接把他的研究成果拿來與韋伯/“卡迪審判”作比較，既批判了韋伯，也建構了他自己有關中國傳統法律文化的理論。討論他的作品，相當有助於我們對這些問題的澄清與了解，然後更進一步指出：中國傳統司法制度裏“審判”與“調解”並行，並不會導致韋伯所謂“卡迪審判”的結果，相反的，它是中國傳統法律文化具體呈現其多值邏輯的另一個面向！



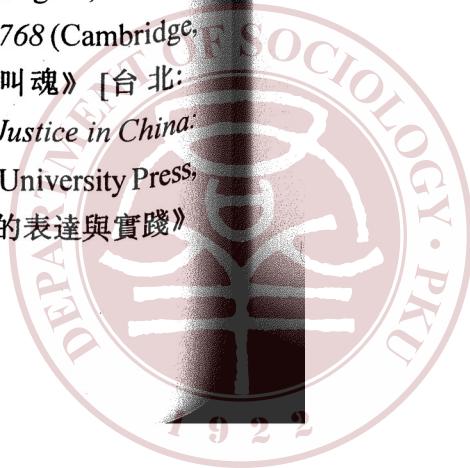
注釋

* 本文(上)的部分已刊於本學報第二卷第二期(一九九九年秋季), 221–265頁。

- 1 在此，我們主要參考的各國著作如下：滋賀秀三，《中國家族法之原理》(東京：創文社，1967)。滋賀秀三，《清代中國之法與審判》(東京：創文社，1984)。滋賀秀三，〈清代州縣衙門訴訟的若干研究心得——以淡新檔案為史料〉，載於《日本學者研究中國史論著選譯(八)》，劉俊文編(北京：中華書局，1993)，522–546。滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，王亞新等編譯(北京：法律出版社，1998)。寺田浩明，〈關於清代土地法秩序“慣例”的結構〉，載於《日本中青年學者論中國史(宋元明清卷)》，劉俊文編(上海：上海古籍出版社，1995)，651–678。王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，四版(台北：法務通訊出版社，1989)。王伯琦，《王伯琦法學論著集》(台北：三民書局，1999)。王泰升，〈清治時期的行政組織及司法運作〉，《月旦法學雜誌》第六十四期(2000)，144–156。王泰升，〈從淡新檔案觀察清治台灣官府法律之運作〉(國科會研究計畫報告，未出版，1998)。汪世榮，《中國古代判詞研究》(北京：中國政法大學出版社，1997)。梁治平，《法意與人情》(深圳：海天出版社，1992)。梁治平，《法辨——中國法的過去、現在與未來》(貴陽：貴州人民出版社，1992)。梁治平，《清代習慣法：社會與國家》(北京：中國政法大學出版社，1996)。梁治平，《尋求自然秩序中的和諧——中國傳統法律文化研究》(北京：中國政法大學出版社，1997)。武樹臣等，《中國傳統法律文化》(北京：北京大學出版社，1994)。馬作武，《中國古代法律文化》(廣州：暨南大學出版社，1998)。俞榮根，《道統與法統》(北京：法律出版社，1999)。金勇義，《中國與西方的法律觀念》，陳國平等譯(瀋陽：遼寧人民出版社，1989)。朱勇，《清代宗族法研究》(長沙：湖南教育出版社，1987)。高道蘊等編，《美國學者論中國法律傳統》(北京：中國政法大學出版社，1994)。黃宗智，〈國家與社會之間的第三領域〉，載於《社會主義——後冷戰時代的思索》，哈貝瑪斯等著(香港：牛津大學出版社，1995)，71–95。黃源盛，《中國傳統法制與思想》(台北：五南圖書公司，1998)。黃源盛，《民初法律變遷與裁判，1912–1928》(台北：國立政治大學法學叢書[47]，2000)。戴炎輝，《中國法制史》，七版(台北：三民書局，1987)。戴炎輝，《清代台灣之鄉治》(台北：聯經出版公司，1979)。瞿同祖，《中國法律與中



國社會》(北京：商務印書館，1947)。瞿同祖，《瞿同祖法學論著集》(北京：中國政法大學出版社，1998)。陳顧遠，《中國文化與中國法系》(台北：三民書局，1977)。林端，《儒家倫理與法律文化——社會學觀點的探索》(台北：巨流圖書公司，1994)。吳吉遠，《清代地方政府的司法職能研究》(北京：中國社會科學出版社，1998)。那思陸，《清代州縣衙門審判制度》(台北：文史哲出版社，1982)。張中秋，《中西法律文化比較研究》，二版(南京：南京大學出版社，1999)。張晉藩，《清代民法綜論》(北京：中國政法大學出版社，1998)。張偉仁輯著，《清代法制研究》(台北：中央研究院歷史語言研究所，1983)。張偉仁，〈傳統觀念與現行法制〉，《台大法學論叢》第十七卷一期(1987)，1–64。張偉仁，〈清代法學教育(上)(下)〉，《台大法學論叢》第十八卷一/二期(1988/9)，1–35；1–55。張溯崇，《清代刑法研究》(台北：華岡出版部，1974)。陶希望，《清代州縣衙門刑事審判制度與程序》(台北：食貨出版社，1972)。林峻立，《調處——十九世紀台灣社會民事紛爭解決途徑之研究》(台大法律研究所碩士論文，未出版，1997)。鄭秦，《清代司法審判制度研究》(長沙：湖南教育出版社，1988)。龍韶華，《明代司法初考》(廈門：廈門大學出版社，1998)。布迪與莫理斯(Derk Bodde and Clarence Morris)，《中華帝國的法律》，朱勇譯(南京：江蘇人民出版社，1995)。韓格理(Gary Hamilton)，《中國社會與經濟》，張維安等譯(台北：聯經出版公司，1990)。楊雪峰，《明代的審判制度》，三版(台北：黎明文化公司，1981)。童光政，《明代民事判牘研究》，(桂林：廣西師範大學出版社，1999)。科文(Paul A. Cohen)，《在中國發現歷史——中國中心觀在美國的興起》，林同奇譯(台北：稻鄉出版社，1991)。伯爾曼(Harold Berman)，《法律與宗教》，梁治平譯(北京：三聯書店，1991)。葉孝信編，《中國民法史》(上海：上海人民出版社，1993)。Mark Anton Allee, *Law and Society In Late Imperial China: North Taiwan in the Nineteenth Century* (Stanford: Stanford University Press, 1994). Ch'u T'ung-tsui (瞿同祖), *Local Government in China under the Ch'ing* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962). Hsiao Kung-Ch'uan (蕭公權), *Compromise in Imperial China* (Seattle: School of International Studies, University of Washington, 1979). Philip A. Kuhn, *Soulstealers: The Chinese Sorcery Scare of 1768* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), (中譯孔復禮，《叫魂》[台北：時英出版社，2000])。Philip C. C. Huang (黃宗智), *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford: Standford University Press, 1996), (中文版：黃宗智，《民事審判與民間調解：清代的表達與實踐》)



[北京：中國社會科學出版社，1998])。Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang (黃宗智), eds., *Civil Law in Qing and Republican China* (Stanford: Stanford University Press, 1994)。Tahirih V. Lee, ed., *Basic Concepts of Chinese Law* (New York: Garland Publishing, 1997)。Shuzo Shiga (滋賀秀三), “Criminal Procedure in the Ch'ing Dynasty: With Emphasis on its Administrative Character and some Allusion to its Historical Antecedents (I) (II),” *Memoirs of the Research Department of the Toyo Bunko*, 32 (1974), 1–45; 33 (1975), 115–138. Sybille Van der Sprenkel, *Legal Institution in Manchu China, A Sociological Analysis* (London: University of London, Athlone Press, 1962)。Zheng Qin (鄭秦), “Pursuing Perfection, Formation of the Qing Code,” *Modern China* 21 (1995), 310–344。

至於《大清律例》，筆者使用的的版本是：薛允升著述，黃靜嘉編校的《讀例存疑》重刊本，共五冊（台北：成文出版社，1970）；《淡新檔案》則是使用台大圖書館所藏的微縮膠卷（民事部分尚未整理成書），戴炎輝編目；還有與本文主題相關的張偉仁的重要新作《中國的法理智慧》（*The Wisdom in Chinese Jurisprudence*）與《清代司法程序》（*Qing Judicial Process*），因為仍是未完成的手稿，筆者撰寫本文時尚未有機會參閱，只好暫略。

- 2 有關清末繼受西法的問題參見林端，〈清末民初法律的繼受問題——韋伯社會學觀點的嘗試〉，載於林端，《儒家倫理與法律文化》，169–195；亦見黃源盛，《中國傳統法制與思想》。
- 3 有關《大清律例》的研究，參見瞿同祖，〈清律的繼承與變化〉，載於《瞿同祖法學論著集》，417–433；布迪與莫理斯，《中華帝國的法律》，50–72；威廉·瓊斯，〈大清律例研究〉，載於《美國學者論中國法律傳統》，高道蘊等編，353–390。
- 4 “律”與“例”的關係，參見瞿同祖，〈清律的繼承與變化〉；布迪與莫理斯，《中華帝國的法律》，60–63；亦見那思陸，〈清代州縣衙門審判制度〉，139–140。
- 5 明太祖強調：“律者常經也，條例乃一時權宜”。換句話說，律是祖宗之法，不可任意更改。同治六年王凱泰亦云：“斷法有律，而準情有例，律守一定，而例則因時而變通”（轉引自張溯崇，《清代刑法研究》，2–3）。清末法學大家薛允升在他的名著《讀例存疑》的〈總論〉裏也指出：“蓋律者，萬世之法也，例者一時之事也。萬世之法，有倫有要，無所喜怒於其間，一時之事，則人君有寬嚴之不同，卿相有仁刻之互異，而且狃於愛憎，發於倉卒，難據為準……”，這種“律”與“例”互補，調和寬嚴的功能，亦見Zheng Qin, “Pursuing Perfection, Formation of



the Qing Code," 340–342。寺田浩明則主要從皇帝作為最高的法官，他的“造法”過程來看清代“法”的整體：“作為歷代皇帝過去的意志集中體現在‘律’裏面的，皇帝過去關於犯罪和刑罰的對應關係而作出的判斷；集積在‘條’中的皇帝最近的判斷或最近的意志；以及皇帝現在就一個個具體案件作出的個別判斷或體現在這些判斷中皇帝現在的意志。構成清代‘法’的這三個層次可以比喻為一種經歷着不斷變動或逐漸在加厚的地質結構：皇帝現在關於具體案件的個別決定不斷地覆蓋在表層上，而隨時間經過現在的個別決定又會變成‘條例’。官吏們有義務遵循皇帝最近和過去所表明的意志，在此基礎上以成文法為根據的復審制度才得以維持和運轉；同時，正因為存在上奏的程序和皇帝獨佔變通法律的權力，復審制也意味着成文法不斷地產生和發展出新的內容來。”（滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，120）。

6 瞿同祖，〈清律的繼承與變化〉，422–423。

7 參見戴炎輝《中國法制史》，31。

8 《清史稿——刑法志》有云：“蓋清代定例，一如宋時之編敕：有例不用律，律既多成虛文，而例遂愈滋繁碎，其間前後抵觸，或律外加重，或因例破律，或一事設一例，或一省一地方專一例，甚且因此例而生彼例。不惟與他部則例參差，即一例分載各門者，亦不無歧異。輾轉糾紛，易滋高下。”（趙爾巽等編纂，台北：洪氏出版社，1981），4186。這樣的批評固然是正確的，但在清末作此論斷，或多或少也有為繼受西法張本的可能。

9 參見威廉·瓊斯，〈大清律例研究〉，387。對韋伯的批判亦見 Karl Bünger，“Max Webers Ansicht über Recht und Justiz im kaiserlichen China,” *Oriens Extremus* 19 (1972), 9–22。

10 黃宗智，〈民事審判與民間調解〉，13。

11 同上注，15。

12 陶希聖，〈清代州縣衙門刑事審判制度與程序〉（頁52）對於“成案”、“條例”與“法律”的互動隱喻說明了這種事實：“在形式上，據律而著例，援例以成案。律譬如樹幹，則例為枝而案是葉。但在實質上，積案而著例，積例而定律。案譬如木料磚瓦，則例為牆壁，律為屋脊。”在這隱喻裏，由“律”到“例”到“案”，是一個形式上由基本規範到派生規範的問題，而由“案”到“例”到“律”，則是實質上法律起源的問題。他進一步強調，在實質上的層次來看，州縣官的審判過程，當堂下堂諭（堂斷）很具有“判例法”的精神。他的說法很有意義，但是在我們後面談到滋賀秀三的研究裏，他否定清代民事審判有西方意義的“習慣法”與“判例法”的存在，兩者的說法我們要採納誰的呢？筆者

認為，滋賀秀三並不能據此否認有中國式的“判例法”（“例”）的存在，因此中國式的“判例法”（不僅是大清律例中的“例”，還包括各省的“省例”，各地方的“土例”）的特殊意義就是我們相當值得深入研究的課題。而要研究這個課題，應該要注意到下述事實：就像中國“成文法”與西方“成文法”是不盡相同的，補充中國“成文法”的中國“判例法”自然與西方“判例法”也是不盡相同的。

- 13 黃宗智，《民事審判與民間調解》，199。金勇義，《中國與西方的法律觀念》（頁85）則認為，在“律”與“例”的實施中，律攝大法，例順人情：“律規定了大的原則，例使這些原則順應人情。當律沒有對非正義的情形規定補救措施時，人們必須設法找到它。這時候所用的原則，就是基本人性的‘情’和‘理’。這表明了不僅要在犯罪與刑罰之間，按照成文法和基於情和理、仁和人性的正義原則之間，尋找公平和平衡的欲望。”
- 14 張晉藩，《清代民法綜論》（頁1-2）認為中國傳統法律體系是“諸法並存，民刑有分”，前者是立法者立法經驗的體現，後者是有機聯繫的客觀實在。
- 15 陳顧遠強調義務本位的中華法系缺乏單獨的民法典，就其內在原因，乃是義務本位是以“禮”（禮其實包括風俗習慣與我們後面論及的情理），而不是以“法”的形式表現出來。而比較中西法律，他強調：“（羅馬法系以）權利為本位，特別重視人與物之關係，從而課其責任於他人，而不求之於己；以義務為本位，特重視人與人之關係，課其責任於自己，而不求之於人。”（陳顧遠，《中國文化與中國法系》，55）；相關的討論亦見王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》及《王伯琦法學論著集》。
- 16 戴炎輝，《中國法制史》，137-138；陳顧遠，《中國文化與中國法系》，53-54；滋賀秀三，《清代中國之法與審判》，7-8。
- 17 某個意義來說，民刑非對立的二元，而是一個多元的過錯（犯罪）的體系裏各個不同輕重的面向，基本上分為五刑（笞、杖、徒、流、死），而每一類又細分為多種刑等，清律共分二十刑等，以“笞十”最輕，“斬”刑最重。這其實也是中國傳統法律多值邏輯的另一具體呈現，值得另文加以探討。
- 18 這方面的研究參見瞿同祖、戴炎輝、滋賀秀三、布迪與莫理斯、那思陸、張晉藩、鄭秦與吳吉遠等人的作品。包世臣有云“自理民詞，枷杖以下一切戶婚、田土、錢債、鬥毆細故，名為詞訟”，“詞訟”是輕微過錯與犯罪，與命盜“案件”等重罪相區隔（吳吉遠，《清代地方政府的司法職能研究》，116）。



- 19 戴炎輝，〈中國法制史〉，148。
- 20 瞿同祖，〈清律的繼承與變化〉，443—444。
- 21 張晉藩，〈清代民法綜論〉，267—268。
- 22 這個問題各研究者皆有涉及，此地主要參考那思陸，〈清代州縣衙門審判制度〉，138—142；戴炎輝，〈中國法制史〉，20—24。
- 23 參見那思陸，〈清代州縣衙門審判制度〉，160—163。
- 24 清律第四十四條亦云：“若律例本有正條，承審官任意刪減，以致情罪不符，及故意出入人罪，不行引用正條，比照別條，以致可輕可重者，該堂官查出，即將承審之司員指明題參，書吏嚴拏究審，各按本律治罪。”
- 25 參見瞿同祖，〈清律的繼承與變化〉，462—466。
- 26 參見滋賀秀三，〈清代中國之法與審判〉，74—78；英譯Shuzo Shiga, “Criminal Procedure in the Ch'ing Dynasty (II),” 124—130。他強調這種中國式的“罪刑法定主義”並不是為了保障人權，而是為了皇帝控制龐大官僚體制而設的，刑事司法具有很強的行政性格，為人主管理龐大帝國而存在，一旦失職誤判，人主可以用嚴刑加以處罰，而皇帝本身卻不受任何法律的約束（這一點值得進一步他文討論）。
- 27 至於刑事（命盜重案）與民事（州縣自理的詞訟）之間，被清楚劃分之後的整合問題，仍然是一個尚待深入研究的重要課題，滋賀秀三的學生寺田浩明很正確地指出這一點（參見滋賀秀三等，〈明清時期的民事審判與民間契約〉，127）。筆者認為，這個問題的確需要進一步仔細爬梳清楚，個人的初步看法，參見筆者在後面的討論。
- 28 兩人雖然一個是德國人，一個是日本人，但同樣都是法學訓練出身，深受西方法學傳統與嚴格的法律概念的影響，也同樣是研究法律史起家，會同樣地將中西法律文化二元對立地看待，也許不是偶然的。滋賀生於一九二一年（韋伯去世後一年），對韋伯的作品其實是熟悉的，他也在有關中國刑事審判的敘述裏，強調自己與韋伯不約而同的一面，參見Shuzo Shiga, “Criminal Procedure in the Ch'ing Dynasty (I),” 5。
- 滋賀秀三所引用韋伯的段落是《經濟與社會》中法律社會學部分裏的第六章〈官職法和家產制諸侯的立法——法典化〉，這正是韋伯論證西方中世紀封建諸侯的法律與審判，就像中國傳統社會的法律與審判一樣，具有所謂“卡迪審判”的特質，這說明了韋伯的論證跟他內心的想法其實是具有一定的親和性的。所以我們把滋賀秀三與韋伯相提並論，彼此之間作一個對比，也是具有其一定意義的，我們可以進一步來看看韋伯在這個段落裏到底說些甚麼。在那裏韋伯正好在說明“卡迪審判”特徵，他討論了所謂的“家父長制的司法審判”，西方中世紀封建諸侯



的行政官員同時也是法官，而且諸侯王公本身透過“王室審判”的途徑可以隨意干涉法律，根據一些他認為公平正義的觀點來進行判決，把法律看成是一個自由的恩賜，而這種法律的理念型就是所謂“所羅門式的卡迪審判”；在談過英國、法國王室以及羅馬的市議會等之後，提到東方的法律，認為它只要不具有神權政治的性質，基本上就是家父長制的。有關中國的傳統法律與審判的原文如下：“最後，談到中國的司法制度，這是一個家父長制混合的類型，它模糊了司法與行政的分際，皇帝的詔書其內涵一半是教誨式的，另一半則是命令式的，其對司法的干預要麼是普遍地，要麼是個案地加以干涉；而進行判決的過程，如果不是受制於巫術，便是以實質的標準，而不是形式的標準來作為取向。因此，以形式的標準，與經濟上的‘期待’來加以考量的話，中國的司法審判具有強烈非理性的，而且具體的、‘衡平的’的性質。”參見Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976), 486；中譯韋伯，《經濟與社會》下卷，林榮遠譯（北京：商務印書館，1998），170，譯文有修改。

由這個引文來看，我們不清楚滋賀秀三在撰寫他的清代司法審判制度的過程裏，受到韋伯多少的影響，但是以他自己的殊途同歸的說法來看，他是在無意間發現自己的看法與韋伯相類似。究竟滋賀秀三是否參照韋伯而發展出他對比東西法律與司法審判的分析？他是否具體受到韋伯的影響？可能已經不是重點所在；重點在於他們都深受近代歐陸嚴格的法律概念的影響，而且在這樣的基準點上來討論中西不同的法律與審判的特性。所以，雖然一個是德國人，一個是日本人，但最後有所謂殊途同歸的情形，我們其實不必感到特別意外。

當然，我們也不是想要把韋伯與滋賀秀三百分之百等同起來（他們各自的研究，各有各的風貌與成就，這是無庸殆言的），而是在作中西法律與審判的對比時，他們都把西方近代法律與司法當成“主要類型”，而把中國當成“對比類型”這一點上，他們其實是類似的。滋賀秀三自己解釋說：“筆者在此前執筆寫作一系列關於中國訴訟審判制度的論文時，内心裏一直把西歐的訴訟觀和訴訟審判制度作為參照。但是西歐的訴訟審判制度也因地域和時代而呈現出極其複雜多樣的形態，要以能夠涵蓋所有這些多樣性的眼光來進行比較是一項過於浩大的工程。筆者自覺力所不逮，因此一直不得不避免將中國與西歐進行正面的對比。幸而現在有在西歐法領域造詣深湛的野田教授把西歐法文化最為核心、最為一般的要素總結到‘競技型訴訟’這一詞語中去，筆者不禁感到這項中西比較的工作容易做多了。中國的那種‘作為行政之一環的司法’在中華文明這一同樣具有歷史普遍性的世界裏保持了兩千年以上不變的傳



統，在此意義上可以說正是與‘競技型訴訟’恰成對照的典型。”（滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，87）。進而言之，滋賀秀三在此把中國法律與司法看成兩千年沒有太多變化的傳統，這種作法也與韋伯類似，參見本文的上篇，《社會理論學報》第二卷第二期（1999），250–251。

29 滋賀秀三這篇文章的中譯收於：滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，1–18。

30 同上注，12。

31 同上注，13。王泰升，〈清治時期的行政組織及司法運作〉（頁154）雖然認為州縣自理的案件，因為仍有上控的可能，州縣官尚不敢忽視律例之存在，但跟滋賀秀三類似的是，他也認為他們並非完全堅守律例，由於律例本身對戶婚田土各種紛爭，常常欠缺明確的規定，所以州縣正堂官之未完全引用律例斷案，實在是“不能”，而非“不為”也。

32 滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，13–14。

33 滋賀秀三也特別注意到中國也有“義”的觀念，但這並不是通過競技型訴訟而得到確定並以實力加以貫徹的“正義”（Recht），而是自我修養，進而靠世人的評判和後世史家的筆下評價來確定。在筆者與黃光國有關中國“庶人倫理”的討論裏，我們也都注意到中國人的“義”的觀念，重視的是“情義”與“仁義”，而非西方式的“正義”，參見林端，〈“多元典範”的研究取向與“社會心理學”的本土化：知識社會學與科學社會學的觀點〉，《社會理論學報》第三卷第一期（2000），54，注45。

34 滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，14，黑體字為筆者所加。滋賀秀三作品的中譯者王亞新將他關於清代審判制度研究作如下的整理：

(一) 包括刑事與民事在內的審判制度本質上並不屬於司法而屬於行政，即“作為行政活動之一環的司法”。

(二) 其中的民事審判——“聽訟”或“州縣自理”案件的處理，實質上也不是審判或判定（adjudication），而是調解（mediation）的一種，即“教諭式的調停”（didactic conciliation）。

(三) 由於審判的這種性質，實定性的私法（民法）體系無從發生形成。這規定了傳統中國法的基本特性。

(四) 上述特點與西歐法與審判的傳統恰成對照，但這並不意味着中國傳統的落後性。傳統中國的法與審判可以說是人們從另一個方向上設想和構築秩序並將其發展到極為成熟精緻高度的產物，是另一種同樣具有自身內在價值的人類文明的體現。”（滋賀秀三等，《明清

時期的民事審判與民間契約》，98—99)。其中第四點筆者比較有所保留，參見下面注36。

35 參見滋賀秀三，《清代中國之法與審判》，145—182，“教喻式的調停”(didactic conciliation)一詞出自研究日本傳統法律的學者Dan Fenno Henderson。

36 其實以滋賀對清代民事審判細緻的分析，按道理不會出現這樣的矛盾現象(我們稍後看他對“情”、“理”、“法”等民事法源的綜合分析，也會得到這樣的印象)，在此之所以有把“法”與“情理”對立來看，而混同“西方現代實定法”與“中國傳統國家制定法”的嫌疑，應該是他深受現代由歐陸繼受來的法學訓練的影響，以“實定法”、“實定性”、“實定性的習慣法”與“判決之確定力”等西方法律概念來描繪性、缺乏面的特色所致。其實以他在另一篇文章〈清代民事審判(負面、缺乏面)的特色所致。其實以他在另一篇文章〈清代州縣衙門訴訟的若干研究心得——以淡新檔案為史料〉對官府“聽訟”與民間調解並非對立的兩面來看，他其實是可以避免這個問題的(既然官府“聽訟”與民間調解相通，前者所依的“法”與“情理”與後者所依的“情理”，應該也是相通的)，他在該文寫道：“同時我們也看到，官府的‘聽訟’職責與民間對糾紛的調解功能，並非冰炭不相容，所以不能把他們放在對立的位置上。把兩者對立起來，就會過分強調投訴官府之難、辦案效率之低，並把百姓之畏避對簿公堂視同習慣，認為只有民間不能自我調解的重大案件才會訴諸官府，等等，從而對官府的‘聽訟’做出消極評價。反過來，又會過份強調民間調解的作用，動輒將其理想化。正如中村茂夫氏尖銳地指出的那樣，那種在學術界風靡一時的思潮是不科學的……此外，從兩造聽從長官堂諭而遞交遵依結狀的模式來看，所謂庭審，無非是以長官為調解人達成和解。這決不是不顧當事人主觀願望而依照合適的‘法’來展開的審判。在這意義上，‘聽訟’與民間調解也是相通的，目標都是糾紛的平息，而不是運用法庭陳辯以及通過對此的判斷來發現‘法’。中國的社會秩序是建立在那種官民相互補充起作用的基礎之上的，其中不能缺少‘官’這一要素。”(滋賀秀三，〈清代州縣衙門訴訟的若干研究心得〉，539—540，黑體字為筆者所加)。

37 這兩篇文章收入滋賀秀三，《清代中國之法與審判》，263—304與305—383；中譯見滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，19—53與54—96，篇名則改為〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉與〈清代訴訟制度之民事法源的考察——作為法源的習慣〉(後文為節譯，省略原論文第一節的“經義與理”)。



- 38 滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，36，黑體為筆者所加。
- 39 同上注，40，黑體為筆者所加。
- 40 同上注，24—27。
- 41 這一點正是韋伯強調西方所獨有的現代“形式的—理性的法律”的第二個特點：“對於任何具體的事實的判決，都必須是運用法律邏輯的手段，從現行的抽象的法規所得出來的。”參見Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 397；中譯韋伯，《經濟與社會》下卷，18。亦見本文的上篇，《社會理論學報》第二卷第二期(1999)，229。
- 42 這一點正是韋伯強調西方所獨有的現代“形式的—理性的法律”的第一個特點：“任何具體的法律判決都是把一條抽象的法規‘應用’到一個具體的‘事實’之上。”參見Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 397；中譯韋伯，《經濟與社會》下卷，18；亦見本文的上篇，《社會理論學報》第二卷第二期(1999)，229。滋賀秀三在此把清代州縣官與歐陸現代法官自由裁量權加以對比的作法，與韋伯類似，不免又使其精彩的分析蒙上“以西論中”的陰影。
- 43 滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，29。
- 44 陳顧遠的看法與他不同，陳氏強調說：法學家所說的“習慣法”以及經驗法則上的“事理”就是中國人所說的“人情”，而王道不外人情，法律不出乎人身，因為人是社會生活的主體，法是社會生活的規律，所以，凡不近人情的法律會失去法律之所以為法律的道理。參見陳顧遠，〈天理、國法、人情〉，《法令月刊》第六卷第十一期(1955)，7—9。
- 45 以上三小節是綜合他的意見而成，參見滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，29—36。滋賀秀三強調“國法”的實定性與“情理”的非實定性，事實上還是立基在西方法律概念的分類標準之上，這無形中減弱了他對中國傳統法律文化的多值邏輯的特色的掌握，我們以下還會引進他的學生寺田浩明對他的詮釋，作進一步的討論。梁治平的看法與我們類似，他同樣認為滋賀秀三以在西方都顯得相當狹窄的法律概念來說明中國法律文化，有違其掌握中國法律特色的初衷：“……最後，把文化的因素考慮在內，中國古代當然不存在西洋法意義上的規範意識，但是因此認為中國社會完全不存在具有客觀意義的規範，進而斷言作為行為的判斷標準始終只存在於每個人心中，沒有任何安排和程序把這種主觀的規範制度化為客觀的、外在的或具有可視性的法，這就顯得過於極端了。實際上，客觀性有着各種不同的表現形式，只有從西洋法的單一視角去觀察問題，才可能得出上面那種極端的結論，而這種作

法與滋賀視中國古代法和秩序為不同於西洋法的另一種類型的初衷是相違悖的。”參見他的《清代習慣法》，190，黑體為筆者所加。

46 同上注，36–37。

47 同上注，37。用社會學的術語來說，這“情”指的是互動雙方角色扮演（role play）與角色期待（role expectation）的準則。

48 滋賀秀三這方面的研究成果，可以進一步與當代華人社會有關“人情”、“面子”、“臉面”等的研究結合起來，筆者最近正朝這一個方向在努力，參見下面的討論。

49 滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，37–39。金勇義，《中國與西方的法律觀念》（頁91）指出：對孟子來說，情是人的基本人性，善性的表露，因此跟儒家仁愛的“仁”密切相關，儒家“仁、義、理”對應於“情、理、法”的順序，這可以說明為什麼首先要訴諸情，最後才是訴諸法。

50 有關他對“習慣”與“情理”的關係，參見滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，50–96。我們後面討論到梁治平的作品時，還會回到這個議題來。至於他認為“國法”與“情理”的對抗與衝突是民國以後的事，有其一定的道理，我過去有關繼受西法的研究，稱之為“情、理、法”對抗“法、理、情”的不同法律意識的頹頹，參見林端，《儒家倫理與法律文化》，169–252。但是，滋賀秀三的觀點描繪繼受西法後的現況固然不錯，但是對於中國傳統社會中其實就存在的“畏訟”情形，卻仍然沒有明白的解釋，值得我們進一步加以爬梳清楚。

51 他進一步解釋道：“‘情理’尤其是‘情’不過是地方官意圖權威性地解決糾紛時給自己提出的一般要求或規範性的心理感受而已。所以，實際作出的裁定總是根據具體情況而呈現出千差萬別的狀態。但‘情理’其實要求的也就是不作‘一刀切’或整齊劃一的處理，每一個案件都有其特有的內容細節，而審判官的判斷隨這種具體狀況千變萬化毋寧說正是‘情理’這種基準所期待的結果。把這樣的制度結構與西洋近代的法和審判相比較的話，可以說舊中國的民事審判呈現出一種完全相反的價值指向來。西洋近代型審判的制度理念在於，將先於具體糾紛已經在社會中客觀存在的規則（無論是成文的國家制定法還是不成文的習慣法）作為法源，而發現這些規則並將其公平一律地適用於一個個具體案件以確定當事者雙方的權利義務則是審判的任務。與此相反，舊中國的民事審判卻要求細緻入微地考慮每個案件個別的情況，理解並同情普通人認為是自然的、不勉強的狀態，努力作出有助於在當事者和個別的案情來說



最為妥當的解決。不折不扣地一律適用既存的法規在這裏並不被認為是有甚麼特別價值的作法。”(寺田浩明，〈日本的清代司法制度研究與對“法”的理解〉，參見滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，112–138，引文見123–124，黑體為筆者所加)。

- 52 同上注，127。
- 53 這是法學家出身的法律史家常常具有的缺點，並不是滋賀秀三所獨有。在“法律史”這門學科誕生時，德國歷史法學派裏，“日耳曼法學派”對“羅馬法學派”的批評的重點之一就在此，參見林端，〈德國歷史法學派——兼論其與法律信實論、法律史和法律社會學的關係〉，《台大法學論叢》廿二卷二期(1993)，1–33。相對來說，寺田浩明似乎較清楚採取“文化相對論”(cultural relativism)的立場，以克服過度“以西論中”的陷阱，他寫道：“……於是，接下來必然發生的問題就是，舊中國那樣大規模的社會中究竟存在的是一種怎樣的規範秩序呢？這時候需要考察的對象已不限於成文法在官僚制內部的作用和位置這一最初的研究範圍，而涉及到舊中國的社會秩序通過甚麼樣的規範形式形成、形成的秩序又具有何種原理或特質等有關文明的根本層次問題。換言之，與西洋意義上的法在其最廣義上發揮作用的空間相對應，舊中國的廣域社會中發揮類似作用的規範採取何種樣式而存在就成為研究考察的出發點。這也就是消去了引號的法在舊中國社會中的位置問題，而上面討論過的所謂加引號的‘法’即成文法不過是這個問題不可或缺的一部分，兩種意義上的‘法’必須結合起來加以考察才有可能得到完整的結論。”(寺田浩明，〈日本的清代司法制度研究與對“法”的理解〉，131–132)。
- 54 在中國人的思維模式裏，各個概念類別並不是二元對立的，而是相互包容與相互倚賴的，這可以說明為何“法”一方面與“情理”有別，另一方面“王法不外人情”；也可以說明介於“理”與“情”之間，一方面可以相通，合意為“情理”，另一方面也可相異，“理”為普遍之理，而“情”為特殊之具體案情或人情；進而言之，“情”字可分為事實性的“事情”與規範性的“人情”，但它們之間也不是截然二分的，“事情”與“人情”亦可相通，不但人與事可藉一“情”字相通，而且事實與規範，實然與應然之間，也不是截然二分的。有關中國人的概念類別並不是二元對立的，而是相互包容與相互倚賴的說法，參見郝大維、安樂哲，《孔子哲學思微》(南京：江蘇人民出版社，1996)，34；英文版見David L. Hall and Roger T. Ames. *Thinking Through Confucius* (New York: State University of New York Press, 1987), 50。他們寫道：“……在中

國古代形而上學的溫觴和發展中，‘兩極性’ (conceptual polarity) 一直是一種主要的解釋原則。所謂‘兩極性’，是指兩個事件之間的一種關係，每一個事件都把另一個事件作為自身存在的必要條件，每一個存在都是‘本身如此’的，而不是從任何超越的力量中獲得它的意義和秩序……二元論對關係的解釋導致了本質主義。世界的要素被視為分離和獨立的。相反，對關係的兩極性解釋則是情境主義的，即認為世界上的一切事物都是互相依賴的。”翟學偉進一步解釋說：中國本土概念上的這種兩極性，並不表示中國社會與心理的構成中有二元對立的關係存在，在西方的方法論中，兩個變項之間的決定與被決定關係，是因為有在兩個獨立的要素之間出現了自變項和應變項的關係，但在中國，概念是彼此依賴的，不是獨立和分離的。參見翟學偉，〈本土心理學研究中的本土資源——從研究對象到研究方法的轉化〉，(在2000年12月8日中央研究院民族學研究所等主辦的“家人關係及其心理歷程：第五屆華人心理與行為科際學術研討會”上所發表的論文)。

55 這方面的討論參見林端，〈德國歷史法學派〉。

56 有關這個判例的討論與相關學說，中文參見王伯琦，〈近代法律思潮與中國固有文化〉及《王伯琦法學論著集》；以及黃源盛，〈大理院民事審判與民間習慣〉，載於《民初法律變遷與裁判》，359–424。楊自然，〈民法第一條研究〉，《台大法學論叢》第四卷第三期(1959)，38–43；習慣法學說方面，德文參見Hans Mokre, *Theorie des Gewohnheitsrechts* (Wien: Verlag von Julius Springer, 1932); Herbert Krüger (Hg.), *Völkerrecht-Gewohnheitsrecht-Naturrecht* (Hamburg: Alfred Metyner, 1967)。

57 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Julius Springer, 1922), 337.

58 參見黃源盛，〈大理院民事審判與民間習慣〉，405。

59 參見王伯琦，〈近代法律思潮與中國固有文化〉，8。

60 這是韓格理研究韋伯，對問“為什麼中國沒有資本主義？”這種問題的很有意思的隱喻，這樣的提問，很明顯是受到西方社會文化所主導的問題意識所支配，其問題可能跟中國本身毫無關係。參見韓格理，〈中國社會與經濟〉。

61 張偉仁很適當地指出：“在中國傳統觀念裏，社會的安寧秩序要靠許多規範的共同合作，才能夠適當地維持，其中包括自然的天理、神旨、道德、禮俗以及人為的法律、家訓、鄉約、行規等等。這些規範並不是平等的：越是合乎情理，管轄越廣博的規範，權威性越高。與尋常情理越疏遠的，或者適用範圍越偏窄的規範，權威性就越低。”(張偉仁，〈傳統觀念與現行法制〉，6)，的確，在諸多社會規範中，“情理”是被當



成共同的評量標準的。筆者曾綜合各家學說，稱這種各種法律規範協力維持社會秩序的情形為“中國傳統社會的法律多元主義”(legal pluralism, Rechtspluralismus)，並且進一步說明，儘管法律規範是多元的，但是在以儒家倫理組織社會(梁漱溟語)的情形下，各個法律規範都在儒家倫理的強烈影響下，所以與儒家倫理息息相關的“情理”，自然會被當成共同的評量標準，筆者的看法參見林端，《儒家倫理與法律文化》，79–95。

- 62 筆者這四篇文章分別是〈對於人際關係與人際情感的概念化的評論：社會學者的看法〉，《本土心理學研究》第十二期(1999)，189–202；〈“情”的兩個面向：“人情”與“事情”〉，(在2000年10月6日嘉義南華大學社會學研究所主辦的“第二屆社會科學理論與本土化研討會：全球化與本土化的省思”研討會上所發表的論文)；〈“情理法”或“法理情”：中西不同法律文化對比下的廿一世紀法治社會〉(在2000年10月27日喜馬拉雅研究發展基金會主辦的“中國傳統文化與現代價值的激盪”學術研討會上所發表的論文)；以及〈情、理、法：台灣“調解委員”的法律意識〉(在2000年12月9日中央研究院民族學研究所等主辦的“家人關係及其心理歷程：第五屆華人心理與行為科際學術研討會”上所發表的論文)。
- 63 參見楊中芳，〈人際關係與人際情感的概念化〉，《本土心理學研究》第十二期(1999)，105–179。
- 64 甚至，楊中芳提到的“工具式的交換法則”和“感情式的交流法則”對中國人而言，也不是絕對性二元對立的。我們可以看得出來往往人情關係可以是工具性的、也可以跟感情性的相匯通，中國人彼此互動如果要講究“合情合理”，常常就包含工具與感情層次，包含一起，無法劃分開來。甚至如楊中芳所指出的，“感情的面向”跟“義務的面向”其實也不是二元對立的，有真摯的感情也會發展出相當義務性的“人情”的要求。換句話說，“人情義務的對人的要求”跟“感情的對人的要求”對中國人而言，也是無法嚴格加以區別的。
- 65 Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie* (Berlin: Walter de Gruyter, 1989), 36.
- 66 有關法律社會學與法律人類學這方面的看法(以功能論觀點來克服過度本質論的立場)，參見林端，《儒家倫理與法律文化》，47–75。
- 67 參見注27。
- 68 另一個可能考慮的解釋理由是：刑事審判是皇帝統治中華帝國必須特別注意的一面，因此從統治者立場來看，將相關法律規範的規定加以實定化、成文化，對其依法統治比較有利，滋賀秀三、寺田浩明與瓊斯等人，很多地方都強調“清代法律與審判的行政性格”，前兩者的看法參

見滋賀秀三等，《明清時期的民事審判與民間契約》，書中多處提及。瓊斯的研究則強調《大清律例》的特色說：“律典是對官吏的一種指示……律典更像一種內部行政指示……如果律典的確是中華帝國法律的主體和核心，則法律只不過是皇帝的敕令而已，它的發佈只是為了實現帝國政府的目的……中國的法律是行政的一個重要組成部分，而且必須與行政結構及行政規章結合起來研究……在研究中國法律時，必須從法官並且最終皇帝的角度去觀察問題”（威廉·瓊斯，〈大清律例研究〉，364, 386, 388–389）。我們要指出的是，這並不代表我們同意韋伯“卡迪審判”的命題，因為即使實定的國法某個意義是為皇帝而設，但是他是否因此就可以任意而行，我們則持保留態度，畢竟皇帝一定程度也在儒家倫理體現的“情理”的制約之下。

- 69 黃宗智的多篇中英文作品，請參見 Philip C. C. Huang (黃宗智), *Civil Justice in China* (中文版：黃宗智，《民事審判與民間調解》；Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang (黃宗智), eds., *Civil Law in Qing and Republican China*; 及黃宗智，〈國家與社會之間的第三領域〉。

