

韋伯論中國傳統法律(下): 韋伯比較社會學的批判*

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←→“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。

三 “官方審判”與“民間調解”：中國傳統法律的多值邏輯之三（以黃宗智的研究為出發點）

在上一節中，我們綜合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，藉著對它們的分析，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，使用它們來刻化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。

我們進一步認為，“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。近年來，華裔美國歷史學家黃宗智，在美國加州大學洛杉磯分校，進行了清代法律的歷史研究，¹ 其代表作為《民事審判與民間調解：清代的表達與實踐》，由於他這本書在很多地方也與韋伯作對話，所以我們有必要在此根據他的研究成果，回過頭來分析韋伯的中國法律觀。我們之所以選擇黃宗智最近有關清代民事司法審判的傑出研究，作為中國傳統法律文化多值邏輯的另一面向之探討的出發點，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瞭解，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！

1 清代民事法制的“表達”與“實踐”

黃宗智在《民事審判與民間調解：清代的表達與實踐》一書裏，開宗明義地說：“本書的出發點是這樣一個問題：在何種程度上，新近開放的法律案件可以印證清代國家對它自己法律制度的表達？譬如，清代法庭是不是真的很少審理民事糾紛？好人是不是不打官司，而法律訴訟的增多只是由於奸詐之徒和邪惡的衙門胥吏的無中生有，挑唆漁利？再譬如，縣官是不是偏向道德訓誡而非法律條文，在審理民事案件時他是否更像一個調停者，而不像一個法官？……本書試圖用清代法律的實踐來檢驗它的官方表達，其目的是要理解清代法律制度的真正面目。”²

他認為，清代民事(所謂“戶婚田土細事”)法律制度的主觀主義的表達(representation, 所說的)與客觀主義的實踐(practice, 所做的), 彼此既是相互矛盾(paradox), 但卻又共同組成一個不可分割的整體, 這是黃宗智論清代民事法律制度的重點所在, 藉此, 他也企圖進一步掌握中國傳統法律文化的特色來。清代民事法律制度的主觀表達, 主要在《大清律例》中的“戶律”與相關的“例”、皇帝的聖諭以及出仕為官的讀書人的《牧令書》和《幕學舉要》之類的手冊裏。而有關清代民事審判的客觀實踐, 他所主要根據的是三個近年來被逐漸重視的清代地方州縣(四川巴縣、直隸寶坻縣與台灣淡水新竹)司法審判檔案。在研究領域上, 他從過去社會經濟史的研究, 擴充到法律的社會史、經濟史與文化史的研究, 透過歷史學、社會學與法學等的科際整合, 來進行中華帝國晚期法律實際運作的



重建工作。在研究方法上，歷史學家關注“貫時性”(diachronic)的問題意識(事實上，他一向關注的主題是由清代到民國、再到中共建政的歷史社會變遷的問題)融合了社會科學家分析“共時性”(synchronic)的社會結構的研究取向，除了採用統計法之外，還參考引用韋伯二元對立之理念型的比較研究方法，最後再以詮釋性的理解方法，主張清代民事法制所代表的中國傳統法律文化，其表達與實踐之間，官方審判與民間調解之間，存在著既矛盾對立、又互相倚賴的綜合運作。

黃宗智強調，在地方負責實際行政與司法的縣官，其所可能做的抉擇和行動，只有在“表達”與“實踐”相互背離的關係中才能得到理解：一方面縣官是皇帝代理人 and 百姓父母官，在處理民事糾紛時似乎可以專斷獨行；但另一方面，縣官又處在一個官僚系統的底層，受到嚴密的監督與成文法律的制約，即使在民事案中也有上訴和覆審的制約，因此大部分的縣官，雖然會聲稱道德比較重要，但在實務上，卻都會選擇按律例來判案，這種矛盾也要從“表達”與“實踐”的緊張關係中才可以理解。³

2 “官方審判”、“民間調解”與“第三領域”

韋伯是他最重要的對話對象，因為如前所述，清代刑事審判受到法條拘束甚嚴，與韋伯所稱中國法官的自由裁量與擅斷的“卡迪審判”相去甚遠；⁴但是民事審判呢？受理大量民事案件的清代州縣官，是否也是受到法條的拘束呢？他寫道：

“此外，由於清代法律主要關心的是刑事和行政事務而不是民事，如果縣官們真的傾向於法外調解而非拘守法律條文，那麼他們在處理民事時就更是如此。用中國傳統的政治話語來說，清代的民法比刑法更強調道德化的‘人治’而非嚴苛的‘法



治’。在西方的理論話語中，按照馬克斯·韋伯 (Max Weber) 的說法，這種建築在縣官個人意志之上的清代民法更接近於專斷隨意的‘卡地法’，而非‘理性的’現代法律……反過來說，如果我們的流行看法對民事案件來說是不正確的話，那麼，它們對刑事案件也必然是錯的。”⁵

他把成文的官方民事法律制度稱之為民法 (civil law)，但因為多數法律糾紛並未成為官方訴訟案件，而是由宗族與鄰里來調解的，所以他用“民事調判” (civil justice) 這樣一個涵蓋性的術語，⁶ 來同時包括非官方的 (unofficial) 和非正式的 (informal)，也即民間的調解，與官方的 (official) 和正式的 (formal) 審判；然後在哈伯瑪斯 (Jürgen Habermas) 討論“國家／公共領域／社會”的三元結構的影響下，他認為清代官民之間，也存在所謂中間領域或“第三領域調判” (third-realm justice)，指的是前兩者之間交搭的空間，民間調解和法庭意見在這裏相互作用：“一個訴訟案件在未經堂審之前通過法庭外調解而獲解決，一般是在縣官初步批示意見的影響之下而進行的調解。”⁷

他認為，中國的司法制度和現代西方司法制度可能最大的差別所在，就是相當倚賴民間調解制度，但這民間調解還是在官方審判存在的前提下進行的；他根據檔案表示，過去被誤解為不管民事的州縣官，其實民事案件佔州縣法庭承辦案件的三分之一；而且滋賀秀三所說的，縣官的裁判像是一種“教諭的調停”，縣官扮演像一個調停子女的仁愛父母角色，而非執法嚴厲的裁判官，這樣的說法需要修正，因為即使是處理民事糾紛，他也並非沒有根據而作處理，事實上是嚴格按照清律的規定來作的，雖然他會先鼓勵庭外的民間調解，但是一旦進入正式的法庭審理，他們總會按律例來審斷，這時他們是法官，而非調停者。⁸



黃宗智認為，在官方正式的“堂斷”或“調處”與民間非正式的宗族、鄰里的“調處”之間，存在著由官方衙門與民間社群互動下產生的“第三領域”，它不能與前兩者混為一談，因為這種“第三領域”產生的“和息”，是政府司法制度和民間司法制度協商而成，縣官依循著朝廷律例審判，而民間的公親調解則以息事和妥協為要，兩者之間的互動，在清代已經得到半制度化的保障；清代社會政治制度裏，像堆起來的三層結構，上面較小的一塊是國家機器，下面較大的一塊是社會，中間不大不小的就是“第三領域”：裏面有官民互動下的“和息”，有鄉保和牌長的管理，有仕紳和官員合作推動地方公共建設。⁹ 換句話說，司法的“第三領域”是與社會、政治與經濟的“第三領域”息息相關的。

經過統計之後，他從寶坻縣、巴縣與淡水新竹等司法檔案六百二十八宗民事案件中，歸納出二百二十一宗，最後是由衙門正式審判（“堂斷”），其餘四百多件都在訴狀已呈之後、庭審之前解決（“和息”）。這種“和息”結案的方式，是衙門和社群／氏族半制度性的對話而成：“訴狀呈遞衙門後，社群／宗族會加倍主動地爭取庭外解決糾紛，而縣官也會對兩造的訴狀進行批示，並把批詞以佈告、宣讀等方式告知兩造。衙門這種初步意見會直接影響到社群中正在進行的調解。同時，縣官本身一般也希望以民間調解和息而非‘堂斷’來解決民間訴訟”。¹⁰

在黃宗智的描述下，清代的法律訴訟的當事人，即使對這套制度心存恐懼，都會利用正式的和非正式的“調判系統”，告官是為施壓，在法庭與社區調解之間反覆取捨，人們就在這兩套系統的相輔相成中擁有了操作利用的空間。由此來看，由清代法律到中國法律文化，同時據有官方的和民間的、道德的和實用的這兩層面，把這整套制度等同於只是其中一層面是

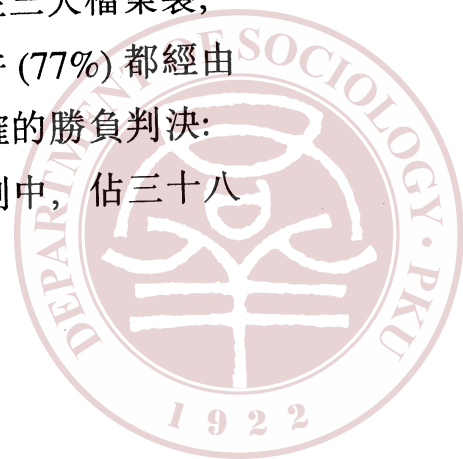


錯誤的。黃宗智進一步將寶坻和巴縣的模式與淡水新竹的模式區分開來，前者通常一次開庭就能迅速結案，而後者是在較高度商業化的地方，常常纏訟不絕。¹¹

黃宗智的研究，掌握到官方正式的“堂斷”或“調處”與民間非正式的宗族、鄰里的“調處”之間，彼此不是二元對立的、“非此即彼”的“互斥”關係，相反的，它是由官方衙門與民間社群互動下產生的“和息”過程，是政府司法制度和民間司法制度協商而成。這種發現是很有意義的，因為他掌握到中國傳統法律文化的多值邏輯的一個面向，只是當他創造出一個“第三領域”的概念來涵蓋它的時候，卻又掉入二元對立的概念範疇之內，因為“第三領域”的概念，預設了前面兩個互斥的二元領域的存在，這並不合乎官方正式的“堂斷”與民間非正式的“調處”之間“既此且彼”、“既分且合”的互動關係。也許是因為這個概念是受到哈伯瑪斯“國家／公共領域／社會”的三元結構的啓發而創造出來的，並不適合來描繪分析清代民事官方審判與民間調解相輔相成的關係。“第三領域”是“非此即彼”的二值邏輯下的思想建構，並不適合用來形容中國傳統法律文化的多值邏輯在官方正式的“堂斷”與民間非正式的“調處”之間的具體呈現，黃宗智這個創舉，不無“畫蛇添足”之嫌；也許，一個“連續體”(continuum)的概念，會比“第三領域”來得適當些。¹²

3 官方審判(“堂斷”)：依律例審判？依情理調解？

黃宗智強調，州縣官不只是一個調停者，在三大檔案裏，二百二十一件經過庭審的案子中，有一百七十件(77%)都經由知縣依《大清律例》，對一方或另一方做出明確的勝負判決：巴縣的九十八例裏，有六十九例；寶坻四十五例中，佔三十八



例；而淡新七十八例中，佔六十三例，這是所謂單方勝訴。而至於無人勝訴的案子也大都依據律例做判決，三十三例中佔二十二例，與單方勝訴相加，依法判決有一百九十二例，佔總數二百二十一例的87%。至於剩下的二十九件，除了交還宗族鄰里處理等外，只有十一件的確是知縣依據法律之外的原則仲裁處理，佔總數的5%。以土地案件為例，七十四件單方勝訴的土地案例中，有三十一件歸屬“盜賣田宅”（律九十三條），六件屬於“典賣田宅”（律九十五條），六件歸屬“違禁取利”（律一四九條），有十四件則歸屬“威力制縛人”（律三一二條）；還有十四件“誣控”（律三三六條）。此外，在債務、婚姻等等案件也一樣可以歸屬到相關的條文。¹³

由此來看，黃宗智的結論，顯然在清代司法事件的實際實踐過程中，法官非常重視律例，即使針對當事人、當庭宣讀而撰寫的堂諭判詞並不適宜具體引用律例，“但只要仔細研讀一下這些判詞，並同時參照大清律例的有關條文，便會發現，它們的法律依據是無可懷疑的。各個案件歸屬的律例雖然在判詞中未經言明，但事實上大都是顯而易見的。”¹⁴ 這結論也是黃宗智（“審判說”）與前述滋賀秀三（“調解說”）的觀點最大的差異所在。後者的學生寺田浩明指出，雖然兩者都強調檔案史料等經驗證據的重要性，但是兩者的差異所在，主要是對同樣的事實，所作的不同理解所致：滋賀秀三立基在現代歐洲法官依法判決的確定力的概念前提，認為中國清代州縣官堂諭是依情理，而非律例來作決定，是一種“調解”（“教諭的調停”）；黃宗智則強調儘管堂諭形式上很少引用律例，但在判決內容上來看，卻是依據國家律例與民間情理共通的法律規範，而且在功能上，也達到依據法律規範來保護當事人權利的的作用，所以也是一種“審判”。¹⁵



寺田浩明比較傾向其師的看法，對黃宗智的“審判說”多所批評，但是他在總結兩說的論戰時，很清楚意識到介於“普遍性”與“特殊性”，“西方中心主義”與“文化相對主義”之間的兩難問題，因為我們接受的是西方社會科學的訓練，常常不自覺地會掉入西方的概念與方法論的窠臼裏，再藉著它來認識理解清代的歷史時，西方式的偏見是很難豁免的，他強調：“我們只能始終留意，不要忘記自己只是以一種尺度來衡量另一種尺度。不斷地來回調整兩個尺度——也許，這就是歷史學家所能作的工作”。¹⁶

王泰升則根據他對“淡新檔案”的研究，檢討堂諭與律例之間的相關性問題。他很正確地指出，除《大清律例》之外，還有地方法規，如《福建省例》，需要納入考量；此外，他也認為一般來說，堂諭並不會完全忽視律例的存在，但他質疑黃宗智有關“淡新檔案”民事案件官方審判的七十八件中，有七十六件依律例判決（比例達97.4%）的結論，除了指出枉曲律例的例子外，他進一步認為是否依照律例來判決，必須劃分不同層次來加以討論：“寬鬆說”與“嚴格說”，前者是指只要是“合法”的，縣官會將“系爭利益”歸於“合法”的人，在此意義下，堂諭原則上是依律例規定來作成判斷的；後者指的是要完全依照律例所規定來作判斷；採前者容易忽略堂諭恣意性與人民對於律例的“可預測性”的問題；採用後者，則可能會得到縣官並未依照律例來作判斷的傳統見解，但它也忽略到律例本身提供的法律規範不足的問題，縱然縣官想要嚴格地依律例堂斷，很可能無法可依，形成不是“不為”，而是“不能”的困境。¹⁷

同樣研究“淡新檔案”的美國學者艾樂 (Mark Allee) 則指出，二百二十二宗民事案件裏，只有四宗提到律例，而且其中



只有兩宗引用律例與作出堂斷的結果有直接關係，兩宗則涉及枝節問題；縣官很少直接引用律例的原因，除了官司常常庭外解決之外，對上級長官需要交代律例，對堂下的當事人作出堂諭時，則無需如此；至於“暗示地”引用律例的說法，他同意律例是堂斷的基礎，不必然要明示才能發揮其功能，但因而強調“暗示地”引用律例，也未必適當，因為當事人也並不會要求絕對地依法判決，而且律例時有所窮，無法應付十九世紀台灣社會的需要。¹⁸ 大略而言，在滋賀秀三“調解說”與黃宗智的“審判說”之間，王泰升與艾樂採取比較折衷的立場，所以會有“寬鬆說”與“嚴格說”兩種層次的提出，以及律例時有所窮的看法。

就像我們在前面討論滋賀秀三的章節時所強調的，¹⁹ 我們認為，如果考慮到成文化的律例與未成文化的情理這些不同的法源的共通性時（它們之間的關係，不是“非此即彼”的互斥關係，而是“既此且彼”的互補關係），是否明白引用律例便不會成為問題的關鍵處。所謂中國傳統法律文化中情理和律例的多值邏輯，在堂斷中實際運作時，不同法源之間不是以“互斥”為前提的概念範疇與法律規範，因此所謂“依律例審判”，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，州縣官將情理與律例融通為一，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”），他就是“依律例審判”了，這時儘管所依據的是以“情理”為基準的“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，它們是融通為一，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“依律例審判”了。在中國人的思維模式裏，律例與情理的概念應該是相互依存，而不是相互對立的說



明對清代州縣官而言，律例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作堂斷時，心中未必無律例，同樣的，依律例審判時，心中未必無情理。在這個意義下，黃宗智強調儘管堂諭形式上很少引用律例，但在判決內容上來看，卻是依據國家律例與民間情理共通的法律規範作出堂斷的說法，是可以接受的，我們採取比較寬鬆的“依律例判決”的看法，但是因為律例與情理是相通的，縣官的恣意性會受到限制；同樣的，人民對於律例的“可預測性”的問題也未必是偏低的。

4 黃宗智論韋伯

黃宗智在他《民事審判與民間調解：清代的表達與實踐》的書中，第九章是與韋伯作對話，章名為〈馬克斯·韋伯和清代法律及政治制度〉，從這個章名來看，我們發現黃宗智的確把韋伯當作相當重要的對話對象來看待。在這一章的開宗明義裏，他寫道：“那麼，我們應該如何來理解清代法律制度的性質？如何用現在西方學術話語來刻畫它的特徵呢？本章以當今仍具影響的馬克斯·韋伯的觀點為出發點來對清代法律作一理論上的探討，並將帝制後期的中國，與西方作一比較考察。”²⁰

如此看來，黃宗智的確把韋伯（兼具文化內與文化間的）比較法律社會學裏所使用的概念、觀點與分析方法，作為西方現代學術話語的代表。藉著與韋伯的對話，研究者同時也可以刻畫出清代的法律制度跟西方的法律制度彼此之間的異同來。黃宗智如此的嘗試，其實跟筆者的嘗試是類似的：藉著對韋伯有關中國傳統法律之描述的批判與修正，進一步彰顯清代所集大成的中國傳統法律與司法制度的獨特性來。如我們在前面的討論裏所指出的，²¹ 這是因為韋伯本身在作完西方文化內的對



比之後，進一步透過文化間對比式的研究，尤其是司法制度的文化對比，來凸顯西方現代法律制度的獨特性：實質的—不理性的 (material-nichtrational) 中國傳統司法審判 (“卡迪審判”) ←→ 形式的—理性的 (formal-rational) 西方現代司法審判。我們在前面已經作了很深入的分析，此地不再重複。我們在這裏所要進一步指出的，不再只是韋伯觀點的偏差，相反的，我們還要進一步指出，黃宗智對韋伯原有的分析架構，也存在著一些誤解。儘管他對韋伯有所誤解，但在這個誤解之上，他其實也藉著與韋伯的對話，提出一些有關清代法律制度的一些有其獨特觀點的、值得加以肯定的結論。換句話說，我們有些地方，要立基於韋伯的原著，指出黃氏誤解韋伯的一面；但是在另外一方面，我們也會贊同黃氏對清代法律與政治制度的一些精彩考察。

我們贊同黃宗智的研究結論：“誠然，清代法律制度不是韋伯意義上的形式主義和理性化的，但它顯然也不是卡地 [卡迪] 法。我希望我已經證明，它不是專橫武斷，反復無常和非理性的。”²² 但是黃宗智對韋伯原有的分析架構，也存在著一些誤解。

首先，在有關韋伯理念型的 (idealtypisch) 比較法律制度的分析上，我們在前面已經很清楚地指出，為了彰顯西方現代法律的獨特性，韋伯使用兩組概念的對比，亦即“形式的←→實質的” (formal-material)、還有“理性的←→不理性的” (rational-nichtrational) 這兩組對比的關係，然後作排列組合，對於西方法律的發展，作了理念型的概念分析。換句話說，

“形式的”相對於“實質的”，“理性的”相對於“不理性的”，其所依據的原則，隸屬於不同的概念範疇，不可以完全混淆一體來加以看待。黃宗智認為，韋伯所使用的一個概念“實體理性” (我們譯為實質理性，materiale Rationalität，



substantive rationality), 是理解中國傳統法律的關鍵概念:

“……韋伯本人實際上超越了這個簡單的二元對立, 另外提出了一個嘗試性的命題, 他稱之為‘實體理性’……因為他把形式主義等同於理性主義, 而實體法等同於非理性, 實體理性這個詞顯然暗示這兩個對立面的矛盾統一”。²³ 黃宗智進一步認為, 很適合把這個概念應用在對中國傳統法律的分析之上, 因為它可能包含“多種理性和法律, 多種不同的現代化發展方向”, 避免了原有二元對立的理念型分析所具有的“目的論與西方中心論”。²⁴ 這是一種以韋伯之矛, 攻韋伯之盾 (mit Weber gegen Weber) 的作法, 是韋伯詮釋者(包括筆者在內) 有時也會使用的研究方法, 但是以韋伯對韋伯的批判, 仍然必須立基在韋伯原有的、自相矛盾的不同觀點的論證架構上來立論, 不能作過多的擴充解釋與過急的援引類推, 以免產生更多的誤解。

當黃宗智認為韋伯把“形式主義等同於理性主義, 而實體法等同於非理性”之時, 實際上就把韋伯原本比較分明的兩組概念範疇, 作了過度快速的轉換與誤解。因為韋伯使用的“形式的←→實質的”(formal-material)、還有“理性的←→不理性的”(rational-nichtrational) 這兩組對比的概念, 並不是認為它們只是同一組內容相同的對比概念。韋伯根據這兩組對比概念所建構出來的四種法律類型, 我們在前面已經分析過:²⁵ 首先在天啓法的階段, 是一種“形式的-不理性的”法律; 其次在傳統法的階段, 是一種“實質的-不理性的”法律; 第三在推定法(自然法)的階段, 是一種“實質的-理性的”法律; 最後到制定法的階段, 則是一種“形式的-理性的”法律。根據義大利學者費伯拉鳩(Alberto Febbrajo)的研究,²⁶ 他認為韋伯所討論的法律的“形式面向”, 不可以跟法律的“理性面向”混同起來, 因為後者(理性與否)所主要指涉的, 主要是與在作法



律實踐(司法判決)時,其判準的相互主體的可檢測性(intersubjektive Überprüfbarkeit der Entscheidungskriterien),亦即是否根據普遍承認的規則來作判決息息相關;而前者(形式與否)則主要在作法律實踐(司法判決)時,其判準系統化的特性(systematische Spezifität der Entscheidungskriterien),亦即其相關審判機制所具有的技術與特性,法律技術是否系統化抽象化發展出來。就這樣來看,理性與否與形式與否是兩個很重要的指標,根據它們作排列組合,來對各種不同的法律制度加以歸檔與分類。我們進一步來說,理性與不理性的二元對立式的劃分,主要指涉的是在一個特定的判決的過程裏,其結果的可檢測性,換句話說,是否具有相互主體的、普遍承認與否的可檢測的面向。而另外一個二元對立的區分,形式的與實質的劃分,則主要指涉在這樣的過程裏,是否涉及一個特定的系統,是否立基在一個嚴格的、系統化的法律技術的面向之上。

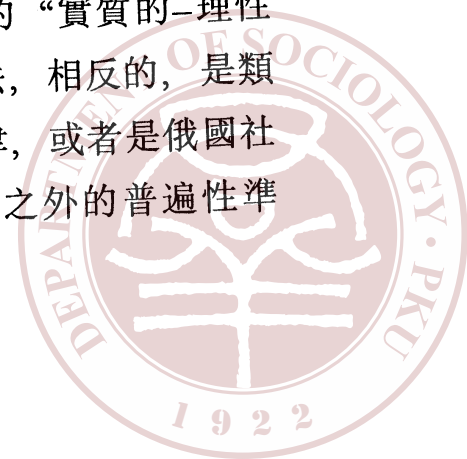
我們進一步再加以綜合來看,理性化的程度由低到高,所探討的是法律實踐(司法判決)所依據的判決標準是否具有相互主體的、普遍承認的可檢測性,可檢測性越高,理性化的程度就越高。至於在形式化的程度上,由低到高,所指涉的是法律實踐(司法判決)所依據的判決標準,所具有系統性的特性,愈系統化,形式化的程度就愈高。首先在天啓法的階段,因為它有較高的法律技術(形式的面向),但有較低的相互主體的、普遍承認的可檢測性(不理性的面向),所以是一種“形式的-不理性的”法律;其次在傳統法的階段,因為根據個案與倫理公道而行,具有較低的法律的技術(實質的面向)與較低的相互主體的、普遍承認的可檢測性(不理性的面向),所以是一種“實質的-不理性的”法律;第三在推定法(自然法)的階段,因為政治與宗教等意識形態在高度的法律技術裏作用,具有較低的法律的技術(實質的面向)與較高的



相互主體的、普遍承認的可檢測性(理性的面向), 所以是一種“實質的-理性的”法律; 最後到制定法的階段, 因為法律外的意識形態不再起作用, 具有較高的法律的技術(形式的面向)與較高的相互主體的、普遍承認的可檢測性(理性的面向), 所以是一種“形式的-理性的”法律。

由費伯拉鳩這樣的分析來看, 其實韋伯眼中的形式性與理性, 在這裏還是有某種程度的差異的。黃宗智在這裏很簡單地把“形式主義等同於理性主義, 而實體法等同於非理性”, 把韋伯的兩組概念的對比, 混合成一組, 把兩組排列組合出來的四種法律制度的歸類, 簡化成兩種法律制度的歸類, 所以他認為韋伯是以形式主義的理性為一方, 以工具主義和非理性為另一方, 對不同的法律制作了二元的區分。²⁷ 如此一來, 變成西方現代的法律是一種所謂形式主義的、理性主義的、自由主義的法律, 跟這樣子截然對立的是所謂實體性的和工具性的法律, 充其量是所羅門式的(Solomonic, 他譯為包青天式的)法律, 不然就是專橫的法律, 完全是統治者意志的產物, 是一種卡迪法律(審判), 他很正確地說明, 韋伯傾向把它具有一種“非理性的”特性。這也是我們前面所謂的傳統法(“實質的-不理性的”法律)。

黃宗智所要證明的是, 清代法律當然不是西方現代“形式的-理性的”法律, 但顯然也不是“實質的-不理性的”傳統法律。但是黃宗智進一步認為, 韋伯談到英美習慣法的陪審團, 兼有形式主義和實體主義(實質主義)兩方面的特徵, 因此具有這種矛盾的統一的特性。事實上, 我們從韋伯的概念範疇對西方法律發展史的分析裏, 我們看到所謂的“實質的-理性的”法律, 其實韋伯指涉的並不是英美習慣法, 相反的, 是類似法國大革命啓蒙主義的自然法影響下的法律, 或者是俄國社會主義革命後的法律, 這種法律由超越法律之外的普遍性準



則(宗教的、倫理的、功利主義等意識形態意義的假設),衝破了形式上的決定。所以“實質的-理性的”法律在一定程度上,它被看成是理性的法律,因為在法律判決時,它還是根據普遍的原則來加以判定的。換句話說,以前面義大利學者費伯拉鳩的看法來看,其判決的標準,具有高度的相互主體的、普遍承認的可檢測性。然而在形式性的這個面向上,因為法律之外的倫理準則,衝破了法律內在的規定,就使得判決標準的系統性的特性,相對來說呈現比較低度的狀態。法律之外的普遍準則如倫理的或價值的準則,會影響到法律的判決,法律系統的內在自主性沒有辦法完全確立。因此,這裏“實質的-理性的”的法律,韋伯事實上是具有其特定指涉的,指涉的是拿破崙法典或俄國社會主義法典,一方面已經具有高度理性的特徵,但是另外一方面,啓蒙主義自然法的或社會主義思想還是深深籠罩這種法典之上。²⁸

5 中國傳統法律是“實體理性的”(“實質的-理性的”)法律嗎?

黃宗智明顯忽略掉這一方面有關“實質的-理性的”的法律的論證,在韋伯比較法律社會學所具有特殊意義,卻單獨將“實質理性”(materiale Rationalität,他譯為“實體理性”)的概念擷取出來,認為這種概念對於理解中國傳統法律制度是一個很有用的概念:“我認為‘實體理性’對理解中國法律制度是一個有用的概念,如果我們承認理性是多元的,並把‘實體理性’解釋為一個包含矛盾的概念。首先‘實體’一詞可以用來刻化統治者的意志在法律中所起的作用。這種作用表現為官方表達堅持皇帝是一切法律合法權力的來源……由此,‘實體’這個概念可用來刻畫清代法律制度的第二重要特徵:即法



律應受道德原則指導的觀念，皇帝的意志應體現這樣的原則……國法要同情理，即天理與人情，相配合。此外，‘實體’還可以刻畫清代司法程序對於事實真相的強調，而不是滿足於用形式主義的程序在法庭中建立起來的真實的近似。理論上，清代法律不承認存在著統治者／法官所不能認識的更高的真實，因此從來沒有形成這樣的認識，及滿足於獲得作為他的近似物或替代物的法庭真實。因此也沒有發展出一套精緻的關於證據的規則，像近代西方形式主義中法律的程序主義規則。例如，道聽途說和面部表情都可被縣官用來作為他判案的工具有……如果我們把‘理性’含意限定於形式主義邏輯的法律，那麼‘實體理性’這一概念確實刻畫了韋伯兩大對立類型間的一種張力……，因此，‘實體理性’可以用來抓住中國法制中實體和理性的兩個方面，同時又能刻畫韋伯要我們注意的‘實體法’與‘形式理性’之間的張力。和韋伯一樣，我們在考慮一個活生生的法律制度時，沒有必要局限在卡地法和理性法這樣過分簡化的兩極對立中。我們可以保留它抽象類型中的理論洞見，而不曲解明清時代中國法律中的現實。”²⁹

做出這樣的論斷之後，黃宗智進一步指出，韋伯本人沒有明確地把“實體主義的法律”跟政治上的家產官僚制聯繫起來討論。³⁰ 這一點其實是很大的誤解，事實上韋伯在他的法律社會學與支配社會學裏，很多章節都是在討論家產制的支配以及家父長制，其所呈現出來的傳統法與傳統型支配之間，存在著一種“選擇性的親近”的關係，亦即“實質的—不理性的家產制法律”（黃宗智視之為所謂的“實體主義的法律”）是與“傳統型支配”（家產制支配以及家父長制）息息相關的。³¹ 換句話說，相對於西方現代的“法制型支配”，以及“形式的—理性的法律”之間，存在著“選擇性的親近關係”，他認為西方中世紀



的家產制支配與家產制法律(傳統法)之間，中國家產制支配與家產制法律(傳統法)之間，也存在著“選擇性的親近關係”。

在這樣對韋伯的誤解之下，黃氏進一步論證說，實體主義和理性主義，還有官方審判與民間調解在清代民法中取得了矛盾結合，可以看做是對韋伯很具啓發性的“實體理性”的概念的一種進一步發展。黃氏甚至強調，這樣的命題比韋伯二元對立的兩個抽象類型中的任何一個，都更能抓住中國法制的特徵：“它使我們從以近代西方理性法爲一方，而以非西方世界的卡地法爲另一方這樣一個簡單的兩極對立的歐洲中心論和目的論的觀念中解放出來。它可能打破在一個非此即彼、兩極對立的命題中爭辯的陷阱，也打破把近現代西方作爲標準來衡量一切現代化和發展的做法。但它仍然允許我們對中國和西方作有意義的比較”。³²

儘管黃宗智對韋伯充滿誤解，而且在以韋伯之矛，攻韋伯之盾的時候，對“實體理性”這個概念作了自己方便的詮釋。但他的的確確掌握到清代民法既矛盾又統一的特性(這也是我們一再強調的中國傳統法律的多值邏輯)，而且可以藉著與韋伯的對話，從傳統落後的中國←→現代進步的西方，這樣二元對立的歐洲中心論與目的論解放出來。而且他將清代司法制度與清代政治制度結合起來的考察方式，也是韋伯前述“選擇性的親近”的研究方式。某個意義來說，他對韋伯的誤解中夾著正解，而且透過與韋伯的對話，將中國和西方作了很有意義的比較，而且沒有過度曲解清代中國傳統法律中的現實。

他很正確地指出，通過清代的案件記錄，人們一方面看到了法律制度的實際運作，另一方面，也同時洞視了當時政治制度的實際面向。黃宗智強調，中國的國家是家產君主制(他譯爲世襲君主制)和官僚制矛盾結合的一種國家制度，中國歷朝帝王很聰明地選擇兩者的結合，這種矛盾體系的一面是世襲的



皇帝權力，而另外一面則是具有悠久歷史的韋伯式的官僚制，他強調說，清律主要是行政法規並不是偶然的，而且遠在西方官僚制度確立前，中國就有文官考試制度這也不是偶然的。所以他論證說：“既不是簡單的家產君主制，也不是官僚制，而是兩者的矛盾結合決定了帝制後期中國的國家的特徵。誠然，儒家關於聖賢仁政的政治的理想可以看作是世襲君主制的統治理想。它造成了政治制度和家庭制度之間的以及君主和家長之間的明顯類似。統治的合法性和正當性是建立在道德優越的基礎之上的。另一方面，法家的‘法治’則可以看做是官僚制的意識形態，它所強調的是常規化的行政管理和規章制度。帝制國家當然非簡單儒家亦非簡單法家，既不單純依靠人治也不單純依靠法治。中國帝制國家的堅韌和長壽是同時結合這兩者的結果。”³³

說明了儒法並存，人治與法治並行，是中華帝國長治久安之道之後，往下他進一步推論，由中央的皇帝到地方州縣官，皆為家父長制的統治的實行者，地方官作為百姓的“父母官”，是儒家人治與仁政的意識形態的體現者。對地方官而言，要具有人治的色彩，但在此之外，必須輔以官僚的法治，所以，胥吏對他來說，是很重要的法治的官僚機器。地方官道德化的人治仁政，與胥吏操作化的法治相反相成，州縣官希望訟案越少越好，而胥吏們為了收入，卻希望訟案越多越好；這種既矛盾又相互倚賴的情形，也在“表達”與“實踐”既背離又並存的情形出現，最後也在法律糾紛的解決程序上，“官方審判”和“民間調解”矛盾並存的情形裏出現，因為家產君主的統治，一方面希望官僚機器儘量簡單，因此官方審判不得不依賴民間的調解制度，但另一方面，官僚制要求制度的成文化和規範化，導致官方司法制度的建立，於是“民間調解和官方審判的合作與緊張，是世襲君主制和官僚制之間合作與緊張的



一個直接表現。”³⁴ 換句話說，他下結論道：清代法律制度的實體理性，是同它的世襲君主官僚制（我們譯為家產官僚制）的政治制度內在相關的，法律在後者產生，也體現了它。這種有甚麼樣的制度，就有甚麼樣的法律制度的結論，與韋伯對“家產制法律”與“家產官僚制”之間的“選擇性的親近關係”的論斷是一致的，只是黃宗智認為其間的法律具有“實體理性的”（實質理性的）特色，韋伯則首尾一貫地認為它有“實質的—不理性的”特色。

黃宗智顯然意識到自己的論點跟韋伯原來的觀點是有差異的，他認為他的討論是受到韋伯的啟發，但是，跟韋伯的重點是不一樣的，韋伯關心的是支配關係及其方式，黃宗智認為（官與民之間的）政治權力與社會正義並不是清代法律的重點所在，所以他所謂中國傳統法律的“實體理性”的特點，其實主要指涉的是清代中國有關（民與民之間的）財產、契約和繼承的民事權利，但卻沒有政治和社會的民事權利，前者的權利是為世襲君主的權威所容許，而不是民間社會從專制統治那裏爭取來的。他進一步說明，同樣關心民事權利，韋伯關心的垂直支配之下的權利關係，而他自己比較關心民間橫向的權利關係，因為他認為清代法律並不像近代西方的民法宣稱法律之前人人平等，相反的，清代法律堅持和強化社會等級秩序，其結果是官方法律和民間調解都無助於人們反抗權勢。³⁵

透過韋伯說的啟發，他認為“實體理性”矛盾性的命題是有用的：“清代的法律和政治制度可以看作是‘世襲君主—實體的’表達 (patrimonial-substantive representation) 和‘官僚的—理性的’實踐 (bureaucratic-rational practices) 的一個結合。道德主義和實用主義糾結在清律、縣官和地方政府的實踐中，權利在理論上被否定但在實踐中得到保護。二十世紀的法律改革者們將同時面對這份遺產的局限和實績。”³⁶ 在此，他似乎



是模仿了韋伯，作了幾個二分的、矛盾的概念範疇：³⁷ 世襲君主制←→官僚制、實體主義←→理性、表達←→實踐、主觀主義←→客觀主義、道德主義←→實用主義與民間調解←→官方審判等的對比，然後將它們綜合起來，成爲“世襲君主-實體的”表達←→“官僚的-理性的”實踐之間的矛盾對比，然後不同於韋伯，又認爲它們是既矛盾又可以結合起來的。

我們之所以不厭其煩地，在前面大量重新建構黃宗智引用韋伯、並進一步自我發揮的種種面向，主要是想要釐清黃宗智對韋伯的誤解，另外也希望進一步說明，儘管黃宗智多處誤用韋伯的命題與概念，但他對於清代法律的實際運作所做的分析與描述，在很多方面卻是值得我們加以肯定與參考的。

首先我們要說明的，所謂的“實體理性”(實質理性)的概念，韋伯不只在法律社會學中使用這個概念，事實上在他的經濟社會學，還有一部分支配社會學裏，也都引用這個概念。而且比較明確的定義，其實是落在經濟社會學之上，所謂的“實質理性”，它在經濟社會學中的定義是相當明確的(相對於講究工具性跟可預計性的“形式理性”)，他在經濟社會學中如此定義：“一個經濟的形式理性，事實上，強調的是其技術上的可能性，以及實際上能夠運用的計算，稱之爲形式理性；相反的，一個經濟的實質理性，它所要表達的是一種程度，一個特定的人群透過財貨，將一種經濟取向的社會行動，以一種特定價值取向的立場來加以分配。”³⁸ 換句話說，一種“實質理性”的確牽涉到一種特定價值判斷，而且不是純粹技術性考量的，例如說：相對於“形式理性”發達的資本主義，社會主義的經濟比較具有“實質理性”上的考量。

所以，“實質理性”在韋伯概念範疇中，基本上並不是黃宗智認爲的一組矛盾組合，但是正如我們前面指出的，韋伯在支配、法律與經濟等的社會學分析裏，著墨較多的是“形式理



性”，而不是“實質理性”。³⁹對韋伯而言，“實質理性”與“形式理性”這一組對比的概念，指涉的是鉅視層次的秩序與結構的不同面向的理性化，而與此相呼應的是，在微視的個人行動層次的“價值理性”與“目的理性”之間的對比。在“價值理性”與“實質理性”這一端，相對於“目的理性”與“形式理性”的另外一端，同樣都是理性的行為，但由這一端看另一端，都會認為對方是非理性的，這就是韋伯理性的多元觀與相對觀。

就韋伯文本來看，他提到“實質理性的”法律與“實質理性的”經濟，但是他並沒有談到所謂“實質理性的”支配（他提到的“法制型”支配，他只稱之為“理性的”支配），而且就其理念型概念範疇的分析來看，我們實在不太適合將韋伯“實質理性”的概念看成是一種矛盾對立的綜合。

其次，黃宗智認為“實體理性”一詞，體現了介於世襲君主制←→官僚制、實體主義←→理性、表達←→實踐、主觀主義←→客觀主義、道德主義←→實用主義與民間調解←→官方審判等的對比，然後將它們綜合起來，成為“世襲君主-實體的”表達←→“官僚的-理性的”實踐之間的矛盾對比，然後不同於韋伯，又認為它們是既矛盾又可以結合起來的。

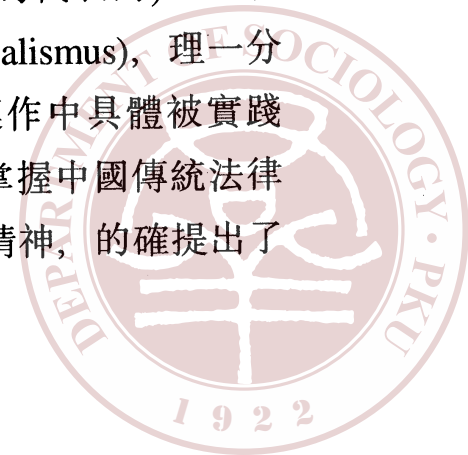
因此，他提到的“實體理性”裏的實體面，指的是統治者的意志、道德主義的主張、事實真相的強調、主觀主義與表達等面向，乍看之下，是與韋伯強調法律外的價值取向的影響是有些類似的。但評價與定位不同，法律受到法律外的政治的、宗教的與倫理道德的原則指導，如法國大革命後的自然法，對韋伯而言，是“實質的-理性的”法律，但如果是中國皇帝與包青天的審判，國法要受統治者意志、天理與人情的指導，他則認為是有太多的個案特殊考量，在相互主體的、普遍承認的可檢測性較低，所以只是“實質的-不理性的”法律。如果黃



宗智證明了清代民事審判在考慮個案之時，的確也擁有相互主體的、普遍承認的可檢測性特性時，似乎他稱之為一種“實質理性”的法律也不為過。他確的傾向說明皇帝、州縣官與民間調解的公親，都不是恣意而為的，都具有一定的相互主體的、普遍承認的可檢測性，但即使如此，韋伯也不是把它看作是既矛盾對立又綜合的概念組合。因此，黃宗智在這裏的確多的是他自己的推演，已經離開了韋伯概念範疇的原意。

6 清代民事審判與民間調解：中國傳統法律文化的多值邏輯與“脈絡化的普遍主義”的體現

但是對韋伯的誤解，卻帶來對清代法律與政治的正解，他所強調的清代法律與政治制度既矛盾又結合的多重面向（儒與法、人治與法治、道德與法律、表達與實踐、調解與審判等），如果換一個角度來加以詮釋，其實便是我們所強調的中國傳統法律文化的多值邏輯（既此且彼）的體現，既避免了韋伯以下西方多位學者二值邏輯（非此即彼）般的思考盲點，且注意到在既此且彼的多值邏輯的思維模式之下，中國法律文化解決法律紛爭與衝突的多元機制，情、理、法等法源是多元的，官方審判與民間調解等法律程序也是多元的，它們彼此間既矛盾、又並存。筆者在過去十幾年的研究，將這種中國法律文化多元並存的情形，稱之為“中國傳統社會的法律多元主義”，⁴⁰而將這種（以儒家倫理為代表的）兼容並蓄的、既此且彼中國文化的精神，稱之為“脈絡化的普遍主義”（kontextualisierter Universalismus），以對比於西方（以新教倫理為代表的）“去脈絡化的普遍主義”（dekontextualisierter Universalismus），理一分殊、一多相融的精神在中國傳統法律實際運作中具體被實踐出來。⁴¹由此來看，瑕不掩瑜，黃宗智對於掌握中國傳統法律文化的多值邏輯與“脈絡化的普遍主義”的精神，的確提出了



他獨到的見解來。某個意義來說，在克服目的論、單線演化論與歐洲中心主義，從而體現多元法律文化、多元理性與多元現代並存的努力上，他提出了他的貢獻來。

四 “官方審判”、“民間調解”與“神判”的互補：中國傳統法律的多值邏輯之四⁴²

有關中國傳統的司法實際運作的分析，大部分集中在官方正式的審判，以及民間非正式的調解，彼此之間如何相互補充的討論。但是很少人注意中國人注重天人合一、注重陽間與陰間司法活動的整合，以及在因果報應的觀念之下，有關陰陽兩界互動下的司法正義的問題。所謂“明有王法，幽有鬼神”的既二元分殊又統一互補的現象：“普天之下，後土之上，無不有人，無不有鬼神。人鬼之道，幽明雖殊，其理則一。”⁴³事實上，在官方的法庭審判與民間的道德風俗的譴責，還有宗族鄰里的調處之外，官老爺與老百姓們還有最後一招，也就是透過鬼神崇拜來斷案，要嘛是天神，要嘛是陰鬼，透過他們的規範力，甚至是制裁的力量，來對於不公平、不正義的事情進行批判：“神判”(ordeal, Gottesurteil)。“神判”，是古往今來世界性的文化現象，法律人類學與宗教人類學裏有關這方面的研究相當多，限於篇幅，我們在此只能簡單加以討論。⁴⁴韋伯所謂的“天啓法”指的也是初民社會倚賴神鬼巫師來作司法判決的情形，在(西方)法律發展史上，是最早出現的法律形式，被歸為“形式的-不理性的”法律。但在法律發展逐漸理性化之後，雖然偶爾還會有男人為女人或榮譽而作“決斗”(Zweikampf, 也是神判之一)，但其作用已逐漸微不足道，為後來的法律類型所取代。“神判”常被認為是在初民社會審判



程序的重要手段，有“火判”(Feuerordalien)，“水判”(Wasserordalien)，“決斗”與“毒判”(Giftordalien)等，也有分成撈沸湯、發誓、動物神判、植物神判、食物審判、沒水神判、投射神判、熱鐵神判、占卜與意力神判等九種者。⁴⁵ 藉著最近有關中國人的相關研究，⁴⁶ 我們發現事實上，神判與官府審判、民間調解之間，其實也有一種相互補充的作用。目前為止對清代司法運作的研究，都比較忽略這一方面的重要功能，所以我們在這裏要把它列出來，因為它是體現中國傳統法律文化的多值邏輯的一個重要面向，在中國傳統司法制度的實際運作上，具有不可忽視的的實際作用。

瞿同祖在他的《中國法律與中國社會》裏強調：類似神判的現象應該是初民社會的階段所常使用的法律形式，在中國因為歷史進展的緣故(法律世俗化與理性化的發展較早)，法律規範已經脫離宗教規範而單獨存在；“法律制裁”與“宗教制裁”或“儀式制裁”是分開的，所以神判法在中國，顯得比較不受重視，甚至可以說，神判法在中國傳統法律裏已經喪失其蹤跡。他提到古代在刑訊以前，也有神判的階段：古代的神獸名叫“獬豸”，是一種獨角的羊，如果罪犯有罪，這隻羊就會去碰他；如果沒罪，這隻羊就不會去碰他。這種神獸到了後代已經絕跡，但漢朝以來法官都以獬豸為冠服，這是神判的遺跡。因此，他斷定神判法在歷史上已經絕跡。官方司法程序上，不會引用神判法，但是他認定神判法還有潛在的功能。官吏常常疑獄不決而求夢於神，這是因為人們相信作奸犯科可以逃過人間的耳目，卻不能欺瞞神明；“天網恢恢，疏而不漏”，鬼神能夠補救世間法網的疏漏，懲治不法，保障公平正義。⁴⁷ 其實如果將中國傳統法律文化綜合來看，“神判”應該在審判程序上，與“官方審判”與“民間調解”扮演同等重要的功能，並不因為它的隱藏性或補助性而失去其重要性。這就



是“神道設教”的精神，⁴⁸ 神明具有教化的功能，各地方陽間州縣官為父母官，陰間則有城隍為民申冤，自三國吳國以來，千餘年來意義不絕。“功過格”與“太上感應篇”等的善書普遍流行，成為民間社會重要的社會教化與社會控制的根源。

城隍信仰貫通官方與民間，具有半官方的色彩，明清時代相當發達，是司法神，也是府城縣城的守護神，具有護城保民、祛災除患、懲治惡鬼、護善懲惡與督官懾民等功能，換句話說，不管行政與司法，不管刑事與民事，都在其管轄的範圍之內，⁴⁹ 明代《會典》九四〈有司祀典〉裏面有一篇官府規定州縣官祭厲（即是祭拜鬼神）的祭文：“凡我一府境內人民，倘有忤逆不孝，不敬六親者；有奸盜詐偽，不畏公法者……是此頑惡奸邪不良之徒，神必報於城隍，發漏其事，使遭官府……如有孝順父母……遵守禮法，不作非為，良善正直之人，神必達之城隍，陰加護佑……我等闔府官吏如有上欺朝廷，下枉良善……一體昭報……。”⁵⁰ 《大清會典》也有類似的規定。

因此國家法律借助於鬼神，世俗的法律制裁借助於神聖的宗教制裁，兩者相互配合，是相當完備的設計。瞿同祖認為只有在罪狀沒有揭發的狀況下，才請求鬼神予以陰譴，亦即法律制裁是主體，宗教制裁則居於輔助的地位。⁵¹

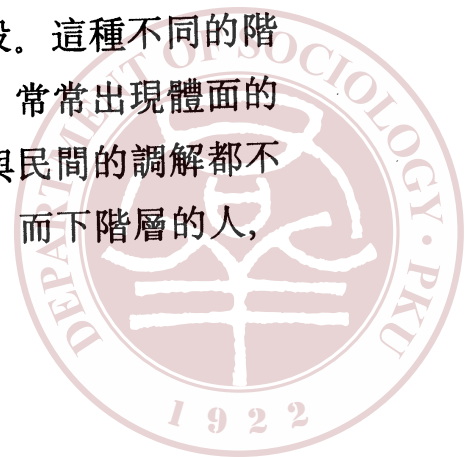
明清兩代，規定“吏始至，齋三日，祠以少牢，而後臨民視事”，備牲禮到城隍祭拜。⁵² 官與民皆在城隍爺的監督之下，尤其新官上任，神前誓約，意義格外重大。府州縣官，莫不如此。有資料顯示，一個縣官一年要耗掉一個多月在各種大小不等的祭祀之上。⁵³ 刑名師爺出身的清代名吏汪輝祖，在他的重要著作《學治臆說》中特別強調，⁵⁴ 無論是縣太爺，或幕府師爺到任的時候，一定要禮拜城隍。他在書中〈敬城隍神〉一節裏特別強調：“朝廷廟市之神，無一不當敬禮，而城隍神尤為本敬之祖。余向就幕館，次日必齋誠詣廟焚香。將不能不



治刑名，及恐有冤抑，不敢不潔己佐治之故，一一摠誠默禱，所館之處，類皆寧謐……凡四年祈禱必應，審理命案多叨神庇……。”⁵⁵

汪輝祖進一步強調說，不只要禮拜城隍，而且要禮拜地方的土神。他在其他兩則，一則叫〈敬土神〉，另一則稱爲〈各鄉土地神與土神有別〉，在這兩則中，他強調，地方土神爲地方老百姓所崇拜敬仰，這一定是有功德於人民才會被祭拜，所以雖然在官方的祀典裏沒有記載，但作縣官的仍應加以禮拜。因爲“升斗小民多不畏官法，而畏神誅；且畏土神甚於畏廟祀之神。神不自靈，靈於祀神者之心，及其敬畏神之一念，司土者爲之擴而充之，必知遷善改過，詎非神道設教之意乎？”⁵⁶ 所以，城隍廟與各地方土神，其影響力可見一斑。在〈各鄉土地神與土神有別〉這則中，他進一步說明，所謂土神，是四境共事之神也；而各鄉土地神，他認爲跟這有所區別，他強調，做官行禮應該禮拜土神；而對於各鄉土地神，則分與地方的地保。拜神也有其位份差等，縣官禮拜城隍及四境共事的土神，而地保則禮拜各鄉的土地神。

在這裏，我們要進一步討論的是，不但官方正式的司法體系考慮到神判的問題，其實社會各階層，尤其是民間，對於神判更有其一定的尊重。因此，神判這種世界各地皆有的現象，在傳統中國的實際運作，並不一定像瞿同祖所稱的“只扮演輔助性的角色”，這可能是針對官僚體系與仕紳階層而言。對官僚體系與仕紳階層來說，“神道設教”，主要會把神判作爲教化刑罰的輔助性的措施；而對於廣大的升斗小民來說，則不一定會把神判只當作追求公平正義的輔助性手段。這種不同的階層使用不同的司法體系，出現了分工的情況，常常出現體面的人是先透過人間的司法體系，當官方的審判與民間的調解都不行的時候，才去訴求民間的地域的司法體系；而下階層的人，



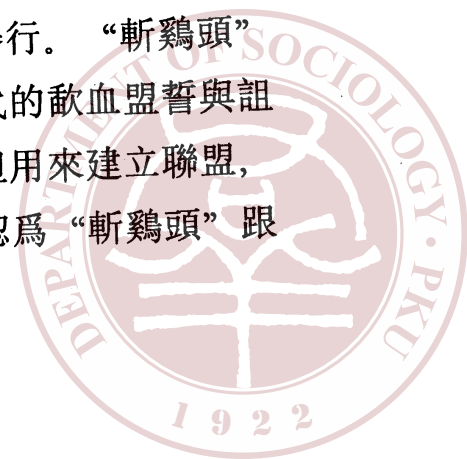
一旦有法律糾紛，這種神判或民間的司法體系，到廟裏去解決的策略，則常常可能比官方的司法體系更早被採納。所以，神判與民間司法體系在司法程序上被引用的過程，會因為社會階層的不同，而在程序上有一定的差異。在這裏我們可以看出來，我們透過超自然力來排難解紛，也因為廟宇的不同而有所差異。廟宇可以分官廟、陽神廟、陰神廟以及宗祠等等，這些廟宇的不同，也因它背後所代表的不同超自然力(官方神、陽神、陰神與祖先)的不同，而有一定的差異。換句話說，其強制機構不同，其神判上的效力也可能有所差異。

因此，我們要考慮傳統中國司法審判的實際運作，不可忽視“神判”實際的排難解紛的社會功能。我們會發現，在“官府審判”與“民間調解”之外的第三種選擇，其實未必是黃宗智所謂的“第三領域”；事實上，很可能是天人之際、人鬼之際的“神判”及其相關機制所發揮的實際排難解紛的功能。由巫仁恕所做的研究〈節慶、信仰與民變明清城隍信仰與城市群衆的集體抗議行爲〉，⁵⁷他分析江南城隍在明清時代的信仰變遷：城隍神由官方的祀典逐漸人格化，而成爲陰間的司法審判官；其社會功能變成士民公議的場所。城隍廟在廟會節慶的時候，信徒聚集，成爲商人小販集中的商業場所。因此，其社會功能，如宗教信仰、商業交易、司法審判之外，明代末年也逐漸變成地方仕紳跟地方官吏議論公衆事物的重要場所。這種地方鄉紳參與公衆事務，在城隍廟與地方官吏公開討論的情形，一般稱爲“市民公議”或“地方公議”，甚至明清時代，城隍神已成爲一般百姓在觀念與行動裏，抗衡陽間官方或者豪強鄉紳的最佳象徵。藉著向神告狀、擡神遊街或者模仿審判等等的動作，一方面強化抗議社會不公的現象；另外一方面也透過城隍神明，將它們的抗爭行動正當化。除了城隍神之外，東岳大帝也具有陰間司法審判官的形象，廟會節慶裏也有所謂的“放

告”與“夜審”的儀式，放告跟夜審一樣，皆可以制衡官府的司法審判。所以我們要考慮明清以來漢人社會的公共領域時，不可忽視寺廟和廟會的重要性，對升斗小民來說，民間信仰與廟會節慶，在政治與法律方面具有一定的實際作用，是官方審判與民間調解之外的另外一套機制，也是升斗小民參與公共事務與表達意見的公共空間。

另外一位學者康豹研究漢人社會的神判儀式，從閩南與台灣地區三種重要的神判儀式，包括“斬鷄頭”、“放告”（又叫“告陰狀”）和“審瘋子”（比較接近精神治療，司法神的功能之延伸）這三種，⁵⁸他認為這三種神判儀式具有一些共同的特徵：其一，這些神判儀式反映出漢人社會的正義觀與報應觀的普遍性和現世性（現世報）；其二，神判儀式雖然也與天地諸神有關，但大多數神判儀式和地獄司法體系有密切的關係，其舉行的場所往往是城隍爺、東岳大帝、地藏王菩薩和大眾爺的寺廟；其三，這些神判儀式表面上是宗教活動，但主要處理的是社會問題，包括民事、刑事等案件，以及疾病、精神病等等。

台灣選舉時常常有清代以來流傳的“斬鷄頭”的現象。其實漢人社會有糾紛而私下調解失敗後，還沒告上法庭之前，人們會在一個地獄司法體系的廟宇來舉行“斬鷄頭”的儀式。康豹認為，一般來講，可分為兩種：第一種是透過斬鷄頭來發誓，由神明扮演見證人的角色，但它也有事後判決與執行懲處的能力；第二種是祈求神明像判官的角色一樣，判斷人的是非。“斬鷄頭”的確像一些人類學家弗雷則（James G. Frazer）所說的“相似律”的儀式如發誓不真，願和鷄一樣身受宰割。因為它是審判儀式，所以要當著司法神面前舉行。“斬鷄頭”裏面牽涉到發誓（咒詛）還有動物祭祀，跟古代的歃血盟誓與詛咒有些類似。古代的血盟與詛咒的盟誓，不但用來建立聯盟，有時也可用來解決如訴訟等法律問題。康豹認為“斬鷄頭”跟



“盟誓”還有“獬豸決獄”具有一些共同的特徵：三者都包括發誓或詛咒，以及祭祀動物的行爲。進一步分析，他認爲“斬雞頭”包括祭祀用的犧牲、代罪羊、神判和發誓等成分。斬雞頭儀式常常用來擺平一些難以調解的民事或刑事案件，一旦這個儀式無法解決問題，才會送到官府。所以國法、民間調解和神判，共同組成中國司法實際運作的各個部分。

康豹指出，所謂“放告”或“告陰狀”也是老百姓有理無處說、有冤無處訴的時候，求助於陰間神明的方法。“告陰狀”有兩種作法，一種是公開地在民衆面前放告，另一種則是私下的放告。在廟會中公開放告的儀式，在中國東南沿海似乎相當流行，據說被告人雖然沒有出庭，但常常會生病，甚至死亡。另一種告陰狀的方式是私下進行的，如台灣新莊地藏庵的信徒如果遭受冤曲，無處可訴時，可請廟方代他寫一份訴狀，向王爺報告原委，替信徒懲治惡人。目前幾乎每天都在廟中舉行此一儀式，每次收取新台幣四百元，每年廟方要替信徒準備三千多份的訴狀；如果信徒感受到文武大衆爺的顯靈幫助，則會在地藏庵大門旁貼一張紅紙的感謝狀。在傳統中國，這種告陰狀的例子相當流行，宋朝即有這種記載。

孔復禮(Philip Kuhn)的傑作《叫魂》也提到，乾隆年間，浙江人民如覺得蒙受冤曲或被欺負時，也會到廟裏去告陰狀。⁵⁹一直到今天，據說所謂的世華銀行搶案，警察局長也是在文武大衆廟的指示下，偵破此案；又如宏棋公司失竊案，據說也是在范將軍的指示下偵破；又有所謂板橋縱火案，檢察官將嫌犯押往地藏庵，向文武大衆爺投訴狀，嫌犯便據實供出案情。⁶⁰

綜合來說，神判儀式的民間宗教信仰對於中國傳統法律文化與司法訴訟程序，產生相當重要的影響。黃宗智所謂的“中國式的公共領域”與“市民社會”，強調介於國家與社會之



間，互動交流的第三領域，並沒有提到這個面向。事實上，與神判儀式的民間信仰息息相關的寺廟活動，是官方審判與民間調解之外的另一抉擇，而且不是與前兩者截然二分的，這是我們在考慮中國傳統法律文化的多值邏輯所不能忽略的面向。

換句話說，中國人特有的天人合一觀，以及特有的正義與報應觀念，“明有王法，幽有鬼神”的既二元分殊又統一互補的現象，影響到我們要透過司法訴訟來追求所謂排難解紛與公平正義的時候，除了世俗世界的官府審判與民間公親的調解之外，我們還會進一步考慮到鬼神的影響力，尤其是所謂的陰神、民間司法神所具有的規範力與制裁力。如此綜合起來考量，我們才能掌握有關中國傳統法律文化的多值邏輯的全貌。

五 “國家法律”與“民間習慣”：中國傳統法律的多值邏輯之五(以“淡新檔案”的研究為出發點)

在上一節中，“明有王法，幽有鬼神”的既二元分殊又統一互補(既此且彼)的現象，它所體現的就是一種中國法律文化的多值邏輯，而不是西方式的(非此即彼)的二值邏輯。掌握住這樣的文化特性，我們回過頭來理解中國傳統法律的實際運作，才不會做出扭曲的判斷，帶著西方人的眼鏡來看傳統中國文化的特性。在這樣的基礎之上，以下將舉我們從清代司法審判的實際運作，台灣大學所藏的重要檔案淡新檔案裏面有關“公業”的一些具體例子來作一些比較與說明，這些案例的研究，因為是筆者在國科會補助下，最近幾年實地考察(目前仍甚活躍的)清代留下來的台灣“祭祀公業”(宗族內專供祭祀祖先的公共財產)，⁶¹ 在研究計畫裏附帶進行的，選擇它具有有一時的方便性。以下我會先從檔案中一般的民事案件的“批語”



和“堂諭”開始討論，然後再針對有關“公業”的一些具體個案，作進一步的分析。

1 批語和堂諭有引律例嗎？

韋伯強調西方現代社會的法官是依法審判的法官，他拘束在沒有漏洞的法律的基礎之上，跟這個相對比的是中國傳統社會的審判，縣官幾乎不受任何形式法律的拘束，具有所謂“卡迪審判”的特性。因此，縣官的自由裁量權有多大，他是否具體引用律例，便成了與韋伯對話的關鍵議題。在刑事審判上，縣官被層層法律束縛著，學者們多不支持韋伯的看法，但在民事審判上，因為律例規定較少，戶婚田土細事縣官也可自理詞訟，所以諸說不一，大抵滋賀秀三的“調解說”較接近韋伯的看法，縣官沒有依律例審判，而是依情理作“教諭式的調停”；而黃宗智的“審判說”則依據三大檔案，認為縣官即使沒有明文徵引律例，但從判決結果的實際功能來看，大抵保護了權益受損者，合乎了律例的規定。我們以下的討論，先從淡新檔案一般民事案件中的“批語”和“堂諭”中著手，看看州縣官是否有引用律例。

前面提到，美國學者艾樂指出，在淡新檔案二百二十二宗民事案件裏，只有四宗提到律例，而且其中只有兩宗(21402、22703)引用律例與作出堂斷的結果有直接關係，兩宗(22221、22419)則涉及枝節問題。⁶²如前所述，縣官很少直接引用律例的原因，其中一個原因是堂諭是當庭宣讀給當事人聽的，對上級長官需要交代律例，對堂下的當事人作出堂諭時，則無需如此。根據我們對淡新檔案的民事案件的批語和堂諭所作的初步考察，我們過濾了所有二百二十二宗民事案件，看看縣官提到“律”、“例”等字的頻率，我們發現艾樂這個四宗的數字明顯有誤，事實上要比他說的多很多(35宗，53件次)：



淡新檔案民事批語和堂諭提到“律”或“例”的初步整理

案號 案類	年	月	日	正堂 姓氏	批語和堂諭的內容
21401 (2) 收養	同治十一	九月		向	異姓亂宗，本干律禁，吳邊既又不服管束……
21401 (6) 收養	同治十三	正	二十八	陳	……亂宗祧且違例制
21402 (4) 收養	光緒元	九	十八	陳	義係螟蛉之子，即例所謂義男也，……可以不必控訟……
21402 (10) 收養	光緒二	三	二十四	陳	因而具訟，查例義子酌分田產……
22101 (25) 租借	同治四	十二	二十五	王	敢再率混遺漏，定照隱匿田糧例，將該通事……
22102 (19) 租借	同治十三	四	初三	陳	……照例反坐
22102 (42) 租借	同治十三	十一	二十八	陳	所以前三年內減納大租，葉○青即執完單以為例，郭何氏不允，因而興訟……
22107 (18) 租借	光緒十九	四	初三	葉	案懸半載有餘，例應注銷……
22107 (25-1) 租借	光緒十九	十二	二十七	葉	每年當應完大租六十石，斷令照俗例，每元捌升……



案號 案類	年	月	日	正堂 姓氏	批語和堂諭的內容
22107 (25-2) 租借	光緒二十	十二	二十八	范	照俗例，以每元八升爲準
22202 (82) 抗租	咸豐七	四	十五	秋	欠租押返，偶然患病，例應取保醫治……
22211 (1) 抗租	同治十三	十二	初三	陳	即遵例補報，否則欺隱田糧，照例究辦醫治……
22213 (13) 抗租	光緒四	十二	二十七	陳	查公業原不准一人獨賣醫治……惟念該民等不諳例典醫治……從寬免究
22302 (20) 霸收	光緒四	五	初三	林	爾亦兩年不催案，經廳中照例注銷
22406 (31) 霸佔	光緒七	十	十五	周	枷號尚不足以悔過，必欲照例究誣耶，其審思之
22410 (5) 霸佔	光緒元	五	初三	陳	藉圖纏訟，本分府惟有提案訊究，照例詳辦，毋悔
22410 (109) 霸佔	光緒四	不詳	不詳	不詳	如必逞其訟技，再作無理之爭，定即飭衆查檢各案，治以積案健訟之罪，並查其新墾有租無糧之田埔，照例課辦入官……
22419 (6) 霸佔	光緒八	四	初一	徐	今匿契不稅，其二段地業，照例充公，充入明志書院，作爲生童膏伙，以爲匿契者戒
22419 (35) 霸佔	光緒八	六	二十七	周	許國因白契不稅，照例充公……



案號 案類	年	月	日	正堂 姓氏	批語和堂諭的內容
22419 (54) 霸佔	光緒十	五	二十六	徐	本應照例追究，念其認非，寬予申斥……
22425 (24) 霸佔	光緒十三	七	初八	彭	凡案逾二月，未據呈催，即應照例注銷，今爾先則拖延一年，繼復遲延數月，而謂不合定例，不應注銷乎？
22431 (23) 霸佔	光緒十三	六	二十一	方	分別辦理……歸水○廢例，用此有加
22434 (29) 霸佔	光緒十五	三	初八	方	案久不催，例應注銷
22435 (13) 霸佔	光緒十五	四	初三	方	案已照例注銷，毋再架詞纏訟
22435 (14) 霸佔	光緒十五	五	初八	方	傳訊而延不呈催，例應照銷，前批已明
22501 (12) 爭界	同治十三	四	初七	陳	惟有照例詳辦，以儆儆尤
22506 (5) 爭界	光緒五	閏三	初二	劉	現經丈明，六甲三分八厘八毫八忽，例應陞科，取具依結完案
22506 (71) 爭界	光緒六	四	十五	李	本案如因例支不敷，暫以此項田租據濟……
22513 (40) 爭界	光緒十一	二	十三	彭	此案久無呈催，業經照例注銷，著即知照



案號 案類	年	月	日	正堂 姓氏	批語和堂諭的內容
22514 (13) 爭界	光緒十一	八	二十五	彭	若不按律懲辦，何以儆儆尤？候會營親臨嚴拏，盡法嚴辦，此諭
22514 (130) 爭界	光緒十二	五	初五	方	獨子苗養，固屬例有明文……何得援司苗養之例，率請保領，本難照准
22605 (1) 爭財	光緒四	七	二十八	陳	螟子例得酌分財產
22609 (22) 爭財	光緒九	三	初十	徐	如敢再行翻控，定即照例究辦
22609 (71) 財	光緒十一	十二	十一	方	周春科貪饕無厭，屢生反噬之心，例應重責，姑念其伏案認罪非，情難輕懲，立予以當堂申斥
22610 (35) 爭財	光緒十五	十一	十二	張	案已一年之久，並無呈催，早經按例注銷，毋庸纏訟，違式並斥
22614 (44) 爭財	光緒十九	十一	初八	葉	切勿再行遲延，致干律辦，此諭
22703 (6) 公業	光緒三	七	初五	陳	前驗蔡文生○屬受傷，但亦不重究，屬彼此互鬥所致，依律二此均應責處，惟混爭之間，情可掩法，姑寬亦免深究……
22703 (15) 公業	光緒四	二	十三	陳	查例載祀產不准典賣，蔡曾氏以祀田向人借錢，殊屬非是。惟念婦女無知，從寬免咎既往……批明祀產不准典賣給蔡國品等領收，以度異日爭端。



案號 案類	年	月	日	正堂 姓氏	批語和堂諭的內容
23312 (19) 胎借	光緒十四	三	二十八	方	此案久未呈催，案經照例注銷，以清塵牘
23402 (36) 借貸	同治十	十一	二十八	甯	應照例注銷，以清案牘
23407 (2) 借貸	光緒四	五	初三	林	六十二元之借款，果其叔親筆登記證據，何不檢據呈驗請追？餘控無憑，例不准理
23410 (44) 借貸	光緒十	四	初八	徐	此案八月有餘，未據呈催，業經照例注銷，毋再興訟
23410 (45) 借貸	光緒十	四	二十三	徐	案經照例注銷，毋庸多瀆
23419 (7) 借貸	光緒十三	六	二十八	方	此案自去冬迄今，未據呈催，業已照例注銷，所請應無庸議
23420 (33) 借貸	光緒十六	二	初三	方	此案半載有餘，未據呈催，本已照例注銷
23601 (12) 討物	光緒八	二	二十八	徐	此案前據原差稟稱，因爾避匿不到，無從報審，將案照例注銷，現在事隔八月，復來呈催，殊屬任意自由，不准
23801 (18) 抗算	光緒十	四	二十	徐	衆口一詞，自應照例究誣，以儆刁頑
23802 (9) 抗算	光緒十二	八	十三	方	此案久不呈催，業經照例注銷，所請應毋庸議



案號 案類	年	月	日	正堂 姓氏	批語和堂諭的內容
23802 (13) 抗算	光緒十三	三	二十三	方	此案久不呈催，業已照例注銷，毋庸纏訟
23802 (14) 抗算	光緒十三	四	初八	方	照例三月未據呈催，即應注銷以清塵牘，今此案已餘半載，久經注銷，毋庸瑣牘
24301 (14) 倒閉	光緒七	九	初一	陳	例應完至繳銷
24301 (20) 倒閉	光緒七	十	二十九	陳	藩憲又須照例加完稅銀一年，毋稍挨延，致干賠完，切切此繳
24301 (34) 倒閉	光緒十二	二	十八	方	卷查該典舖於光緒六年歇業，扣計至八年限滿，逾限不贖，照例發賣

艾樂提到的有引用律例的21402、22703、22419與22221等四宗案件，其中22221雖然沒有提到“律”或“例”字，但有提到“充公”字眼，他也認為這是引用律例的案件，我們進一步研究發現，其實艾樂沒注意到22222也提到“充公”的字眼，但因為這兩宗案件(22221、22222)都沒有直接出現“律”或“例”字，我們暫不列入前表之中。其他艾樂提到的三宗(21402、22703、22419)因為也有提及“例”字，我們也列在前表中。根據我們整理的上表之中，在民事二百二十二宗案件中，我們總共找出三十五宗案件(每案檔案分件有多有少)，總共五十三件次，提到“律”或“例”字。其中有四件次提到“律”，四十九件次提到“例”。在“律”方面，一件次提到的“異姓亂宗，本干律禁……”(21401)，這是引用有關宗祧繼



承的實體法的規定，《大清律例》七十八條〈立嫡子違法〉規定：“其乞養異姓義子以亂宗族者，杖六十”。其他三件次有“律”字者，分別是22514(13)提到的“按律懲辦……盡法嚴辦”以及22614(44)的“致干律辦”，還有22703(6)提到的“前驗蔡文生○屬受傷，但亦不重究，屬彼此互鬥所致，依律二此均應責處，惟混爭之間，情可掩法，姑寬亦免深究……”，這是根據《大清律例》三百條〈鬥毆〉中(七)規定加以處罰：“若因鬥互相毆傷者，各驗其傷之輕重定罪……”，另外須依彼此親屬尊卑關係，受到三一五至三二三條規定的制約，卑毆尊加重其刑。

在“例”中，最多的是程序法的規定，如“照例注銷”有十七件次，這牽涉到《大清律例》三三六條〈誣告〉附例五提到的“赴各衙門告言人罪，一經批准，即令原告到案投審……兩月不到案聽審者……其所告之事，不予審理；拿獲原告，專治以誣告之罪。”在實務上，時間常是三四月為準，我們根據這十七件次來看，其中23802(14)講得最明：“照例三月未據呈催，即應注銷以清塵牘，今此案已餘半載，久經注銷，毋庸瑣瀆”。亦即原告超過三個月的呈催期限，視同撤回告訴，且若依前引附例，還會被治以誣告罪。⁶³

其次，強調“照例究辦”、“照例究誣”、“照例詳辦”與“照例追究”也有六件次，展現了縣官依照律例規定，要求涉案當事人的配合堂斷要求的決心。還有“取保就醫”有一件(22202)，這是根據《大清律例》三九八條〈陵虐罪囚〉附例九：“徒罪以下人犯患病者…取具的保，保出調治，俟病痊即送監審結。”

其餘出現“例”字者，多是有關繼承、田租、公業等戶婚田土民事的實體法規定。21401與21402兩宗收養異姓螟蛉子的案件，提到“亂宗祧且違例制”、“即例所謂義男也”與“查



例義子酌分田產”，根據的是《大清律例》七十八條〈立嫡子違法〉規定：“其乞養異姓義子以亂宗族者，杖六十”，以及其附例三：“……若義男、女婿爲所後之親喜悅者……仍酌分給財產。”

22101與22211兩宗案件，前者提及“隱匿田糧例”，後者提到“欺隱田糧，照例究辦”，其所根據的都是《大清律例》九十條〈欺隱田糧〉：“凡欺隱田糧，脫漏版籍者，……其田入官，所隱稅糧，依數徵納。”以清代台灣新墾之田地甚多的情形，此例之規定，攸關清廷在台賦稅徵收成效，對公權力之行使相當重要。22410裏提到：“並查其新墾有租無糧之田埔，照例課辦入官”，應該也是引用此例。

22102與24301，前者提到“即執完單以爲例”，後者提到“例應完至繳銷”、“照例加完稅銀一年”，這二宗案件都跟《大清律例》九十條〈欺隱田糧〉附例五〈州縣徵收糧米完納給票〉有關：“州縣增收糧米之實，預將各里各甲花戶額數的名填定聯三版串：一給納戶執照，一發經承銷冊，一存州縣查對。按戶徵收，對冊完納，即行截給歸農……若遇有糧無票、有票無糧等情，即係胥吏侵蝕，嚴比治罪。”以及九十五條〈典買田宅〉附例八有關：“凡州縣官徵收田房契稅，照徵收錢糧別立一櫃，令業戶親自齎契投稅。該州縣即黏司印契尾，給發收執。”

22419提到：“今匿契不稅，其二段地業，照例充公，充入明志書院，作爲生童膏伙，以爲匿者戒”，“許國因白契不稅，照例充公”，這二個充公的例子，其所根據的《大清律例》九十五條〈典買田宅〉：“凡典買田宅，不稅契者，答五十；契內田宅價錢一半入官。不過割者，一畝至五畝，答四十；每五畝加一等，罪止杖一百。其田入官”。民間的私契



(白契)，因為沒有繳稅，相對於官方稅過的紅契，在訴訟中，常常不被承認其法律效力。

22506提到：“現經丈明，六甲三分八厘八毫八忽，例應陞科，取具依完案”，其所根據是《大清律例》九十一條〈檢踏災傷田糧〉附例十：“凡開墾水田六年，旱田十年，將屈陞科之期，該督撫委員復加履畝丈勘……。”

22102裏面提到：“照例反坐”，這個是根據唐代以來誣告反坐其罪的規定，《大清律例》三三六條〈誣告〉規定：“凡誣告人笞罪者，加所誣罪二等。流徒杖罪，加所誣罪三等，各罪止杖一百，流三千里。若所誣徒罪人已役，流罪人已配，雖經改正放回，驗日，於犯人名下追徵用過路費，給還；若曾經典賣田宅者，著落犯人備價取贖，因而致死隨行有服親屬一人者，絞；將犯人財產一半斷付被誣之人。至死罪所誣之人，已決者，反坐以死；未決者，杖一百，流三千里，加徒役三年。”

23407強調證據法則，“六十二元之借款，果其叔親筆登記證據，何不檢據呈驗請追？餘控無憑，例不准理”，這是《大清律例》同治十二年後通行的條款：“田土無地鄰，債負無中保及不黏連契據者，不准”。⁶⁴此外，22107提到：“照俗例以每元八升為準”，這裏特別提到所謂的“俗例”，指的就是地方的習慣，可見當時清代在台的州縣官，不只要注意到《大清律例》與《福建省例》，還要注意到台灣地區的民事習慣，以作為審判堂斷的依據。

24301提到：“卷查該典舖於光緒六年歇業，扣計至八年限滿，逾限不贖，照例發賣”，這應該是依據《大清律例》九十五條〈典買田宅〉：“其所典田宅園林碾磨等物，年限已滿，業主備價取贖。若典主託故不肯放贖者，笞四十。……其年限雖滿，業主無力取贖者，不拘此律”。



此外，22213與22703都提到共有的財產——公業與祀產的問題，前者提到：“查公業原不准一人獨賣”，後者提到：“查例載祀產不准典賣”，這是《大清律例》九十三條〈盜賣田宅〉附例四的規定，我們後面會有更詳盡的討論。

由此來看，艾樂顯然高度低估了淡新民事案件檔案裏，縣官實際引用律例的數目。儘管縣官未必百分之百運用所提及的律例，作為最終的法律規範依據來加以審判，但是如前所述，其所提及的程序與實體法規，就包括：七十八條〈立嫡子違法〉、三九八條〈陵虐罪囚〉附例九、九十條〈欺隱田糧〉、九十條〈欺隱田糧〉附例五、九十五條〈典買田宅〉、九十五條〈典買田宅〉附例八、九十一條〈檢踏災傷田糧〉附例十、九十三條〈盜賣田宅〉附例四、三三六條〈誣告〉、三三六條〈誣告〉附例五、同治十二年後通行的有關“不准”的條款，還有台灣當地的俗例等等。因此，律例等國家法律，在清代縣官民事斷案時所扮演的角色，其實是需要我們重新加以評估的。

2 “國家法律”與“民間習慣”的相輔相成：以淡新檔案“公業”案件為例

細究其實，律例扮演一定的角色毋庸置疑，縣官無論是明白引用律例，或者是潛在或間接引用，在民事案件的堂斷裏都會發揮作用。只不過採取“調解說”的滋賀秀三等，會強調縣官“王法中的人情”的一面，如前面“惟念該民不諳例典……從寬免究”(22213)、“枷號尚不足以悔過，必欲照例究誣耶，其審思之”(22406)、“本應照例追究，念其認非，寬予申斥……”(22419)、“周春科貪饕無厭，屢生反噬之心，例應重責，姑念其伏案認非，情難輕懲，立予以當堂申斥”(22609)



等等，似乎是以人情之寬，迂迴法律之嚴。但是如前所述，王法其實是與人情事理相通的，順乎人情，未必立刻得到枉法擅斷的二元對立式的結論，我們毋寧要把它當作是法官斷案的適度裁量的領域，其實這也是現代法官也擁有的判案心證的裁量空間與技巧。換句話說，黃宗智的“審判說”，在這個意義下，應該是可以被接受的。正如王法與人情事理相通，王法與民間習慣也是相輔相成的，⁶⁵ 我們可以在下面的討論看到。

在一六八三至一八九五年的兩百多年間，台灣被納入在清廷的管轄範圍之內，《大清律例》(理論上還包括《福建省例》)便是這段時間在台灣實施的國家制定法。一波波閩粵先民由唐山渡海來台，開疆闢地，逐步走向“土著化”與“在地化”，爲了在台灣團結自保，地方宗族與相關的祭祀用的族產“祭祀公業”於焉蓬勃發展。祭祀公業可說是台灣漢人民間社會、宗族組織的宗教習慣(祖先崇拜)與法律習慣(身分法與財產法)的綜合產物，清廷的國家制定法大抵採取不干涉它在台灣發展的態度。

如前所述，在中國傳統法律的多值邏輯影響之下，清代地方的縣官在他們受理實際訴訟案件的時候，他所要考量的法律規範的依據，並不只是單純清代官方的法律——《大清律例》，換句話說，《大清律例》這種國家的成文法典，並不是法官審判的唯一依據，在儒家思想的影響之下，法官會認爲：律例的規定，應該是與人情事理融會貫通的。換句話說，成文法典與人情事理，還有地方的風俗習慣都是法官受理案件所考量的規範來源，法官並不會認爲它們彼此之間是真正衝突的。相反的，在司法審判的過程裏，他會把這些加以調和，然後做出一個他認爲最適當和諧的處理，而這種處理不一定是法官的堂斷，而很可能是訴訟前的由公親人進行的調解(古稱“調處”)，或者調解不成，到了縣官面前，縣官也希望作個和事



佬，促成他們彼此之間的和解，但如果這些程序都沒有發揮作用的時候，縣官也會發揮他的公權力來作一定程度的判決。

清代台灣的“祭祀公業”是民間設立的團體，清廷相關的法律政策是聽任其自行設立與發展。換句話說，清代台灣的祭祀公業除了內部設定規約之外，對外而言是否有向官府申報（聞官、報官），以現在資料來看，並不明朗。《大清律例》有關祀產的規定，九十三條〈盜賣田宅〉附例四中記載：

凡子孫盜賣祖遺祀產至五十畝者，照投獻捏賣祖墳山地例，發邊遠充軍。不及前數，及盜賣義田，應照盜賣官田律治罪。其盜賣歷久宗祠，一間以下，杖七十；每三間加一等，罪止杖一百，徒三年。以上知情謀買之人，各與犯人同罪。房產收回，給族長收管，賣價入官。不知者，不坐。其祀產義田，令勒石報官，或族黨自立單公據，方准按例治罪。⁶⁶

此外，《戶部則例》裏〈盜賣盜耕〉中規定：“凡盜賣祖遺祀產義田宗祠等項，將盜賣與知情謀買者分別治罪，房產收回給族長收管，賣價入官。”⁶⁷

兩部法典的規定大抵類似，聞官、報官就是要向官府申報，但是本身利益並非絕對的被保護。有人認為：這則清律附例中，說明了公據議單是公業設定所必要的，可是報官似乎是可作可不作的事情。⁶⁸換句話說，祭祀公業依據民間宗族習慣即告確立，備案並非必要條件，官府採取被動承認的立場。

“官有正條，民有私約”，漢人法律文化裏“國家制定法”與“民間習慣”的相輔相成，使清代祭祀公業的發展十分蓬勃。

我們在淡新檔案民事“公業”（22701-22710），還有刑事“盜賣”（33801-33807）這兩部分的案例，都與祀產意義的



“祭祀公業”有關，⁶⁹ 我們發現〈公業〉22703案與〈盜賣〉33802案其實是同一個案子。22701是一件背約抗贖等事，黃受續具告劉立宗等抗贖田業，官司歷經二十多年，不了了之。22705是家族三房吳天澤告吳應恬、吳正端等霸收分肥三房溫記公租公厝的事，與祀產無關。22708有一百零一個分件，洪石傳祖父合買一田，伯父無後，遂為祀業，被水沖壞後又恢復出現，官九和等拒不納租等事，案情未見完結。22709彭阿木兄弟恃強，將牧養之地，擅行開闢栽種。22710則是明善堂收支，應是案件附檔。這五個案件暫且略過，以下討論其餘五件(22703最完整，擺在最後討論)。

22702的案由是竹南三保苑裏街民陳明員告稱，公業典謝克培，被堂弟陳明珍等私授盜賣張松燕(即張貽謀等)，呈請究追由。

這是一件審結的案子，由縣官直接介入陳家公業的分配，查明原由後判決分法，由各方“遵依結狀”審理完畢。事情起因於同治十年，住在苑裏街的陳明員在十一月和十二月各上了一張狀子，狀告堂弟陳明珍、陳明懷、陳明合等人“私相授受，膽聽陳石頭為中，將公業荒埔契卷盜賣與張松燕等人”，他前去阻止，反被擄禁，因此希望追究張等的罪行，俾使“煙祀有歸”。

此事所指是位於大甲土城莊，陳家祖先遺下六房共治的公業三段，早在同治四年十月，就以“家資不敷”為由，六房相議典與生員謝克培，每年只留下租穀三十餘石以為忌辰祭祀之費，而後又發生盜賣的事。當時主事的淡水分府周縣官以人情事理兩次均駁回了陳明員的告狀，前一次是問“何時典與謝克培，何時賣與張松燕，均未敘明，已難憑信”；而且既然是公



業，當陳明珍要賣的時候，爲何不邀同族房的人一起去阻止？

“其他各房默無一言，獨爾一人出頭具呈”，所以認爲“所呈顯有別故，不准！”後一次說：“祭產即屬公共，如果陳明珍有盜賣情事，何以大衆並不指控？前據具呈已明晰批斥，今仍爾一人具呈，其爲換嫌混瀆可知，不准！”如果陳明珍真的盜賣了公業，各房利害攸關，應該群起指控才對，只有陳明員一人具呈，顯然另有隱情。後來縣官禁不住陳明員一再上告，遂下令“飭差傳集察訊”，而且“如虛究誣”，若所告非是實情，就要給陳明員一個誣告的罪名。因爲根據大甲巡檢(申)在二月十四上的驗文(分件五)，事件對陳明員並不利，大甲巡檢調查出來的是謝克培“貪田肥美厚利，遂串謀陳明員私相授受藉以阻擋爲詞將定鯨吞，將田抗贖”；而且隔月陳家長房陳翫、二房陳明合、三房陳明新、四房陳明懷、五房陳明珍聯合上一僉呈(分件八)說：“父兄弟五房自前承祖遺，置本處安甯莊公田十二甲五分，於同治四年，五房之人因乏公費將公田出典後龍勢衿謝克培”，“時立字定限五年，爲滿聽贖”是“長房之次子陳明員心存外向”，兩人私相授受，還與外親同謀抗贖，五房人衆數十口盡賴此業，旦遭抗霸，死心奚厥，所以連名僉叩。如此一來，縣官似乎更加確定陳明員是誣告，其實另有居心，但兩造各說各話，“除分別批示外，合行催傳集訊”(11. 票催)以明案情。

到了四月二十八，陳明員又說陳家其他房之人聯合張松燕等人追打他(12. 催呈)，後來愈說愈嚴重，指稱陳明珍還糾集內山案匪，近日要與典主謝克培搶割等等情事，時淡水分府已經換了一位姓向的縣官，縣官半信半疑，但除了不斷“催差甲契察訊”(14.)外，也是別無他法。在傳訊過程中，還因張松燕抗傳脫逃，使得差役陳科、羅津、陳賢等人受到處罰。到了十一月初五，原告陳明員、被告陳明合及陳明懷終於被提訊到



案，開堂審理，陳明員供稱陳家兄弟本是六人，六房叔父未成年身故，未有娶妻，他把自己的次子過繼到六房；但陳明合和陳明懷都說只有五房，當時謝家典契是寫五房，所以並無六房，縣官也認為“並未成房，原不得立嗣”，所以推斷只有五房(21. 口供)。問明緣由之後，諭令“謝克培承典之外，尚有餘埔可收租參拾餘石，斷令先行提出作為五房香祀之用”；至於謝克培承典之業，“作五房鬮分定議，願賣願守，各管各業”；“另有陳明合承繼未嫁之姑之業，尚存餘租，無論多少，著五服均分，以杜後患等情。”(20. 諭)並要三人遵依結狀，遵斷息訟，不能翻異。至於陳明合收取了張貽謀定銀的事，由於陳明員未收分文，狀令陳明合自行清理，與他人無涉。兩造三人遵依結狀，案子就此審結。

在這裏國家法律與民間習慣都在縣官考量的範圍之內。律例規定祀產不得盜賣，但量情度勢，陳家不賣土地無以為繼，所以著重在是否經過合議，不是貪盜之舉，以及哪些人有房份資格等問題上。至於謝克培承典之業，作五房鬮分定議，願賣願守，各管各業，讓陳家兄弟可以各自處分，但並不一定就是主張祭產可以拿去典賣。至於五服均分未嫁之姑之業，而不以過繼者(陳明合)繼承，謹守並未成房，原不得立嗣的主張。

22704的案由是新社莊結首周孫畏等，僉稟例貢生周希文網霸祀租，縱子周秋欲將祀田變賣，黨眾釀禍，叩請諭止拘訊。

在新社莊有個公業“周東興號”，是周家先人“來台共聚一方，公鳩(鬮?)捐血資，共祀一神‘張公聖君’，除年祀奉神誕之外，存留生息，以為各家不虞之需”。這個公業到了光緒三年，被周家族人周孫畏、周嘉錐、周來成等人發現了問題，因而控告掌管公業的周希文廢棄嘗祀、糾眾釀禍，他本來



說要將年積祀銀存留公，蓋一祖祠，衆等亦思起蓋祠固屬善舉因此把十多年的餘租將近三千餘元都給他管理，結果他買了木料磚頭以後，沒有蓋祖祠，卻叫其子周秋拿去轉賣；然後又發生他要將先人公置祀田假以轉僕新佃(1. 稟)的事，周孫畏等人和他意見不合，所以告官請求公道。

周孫畏等人主要告周希文父子恃蠻將先人公置嘗祀之業生心廢棄、強將舊佃起耕、將田強賣，而不顧族人的反對(2. 呈)。九月初八告到淡水分府正堂陳姓縣官那兒，被告周希文很快就在同月十八也反告回去，說自己和年邁的叔叔掌辦(公業)歷四十餘年無鉢，不料去年邁叔病故，僕耕佃農鄭意和宗侄赤漢周水(周孫畏)等藉端……意圖廢公利己，不得已而辭耕，鄭意拿回了定銀之後還是吵鬧不休，爲不使田廢耕，希望縣官做主讓田可以另租他人起耕。對於他的請求，縣官的態度倒是十分強硬：“祖遺祀田既無印契檢驗，僕佃抗租又無佃批呈繳，似此一面之言，試問憑何核追？不准！”(4. 呈)周希文被斥了之後反而愈挫愈勇，不斷以同樣的理由告狀，還找了侄子，肄業生周萱培接力，周萱培一面說因爲鄭意繼奪周孫畏有夫侄女爲妾，致文忿辱，欲起耕別僕，一面又說周孫畏等人爲赤漢非親，半爲螟蛉半屬贅，承別姓廢祀(10. 催呈)，而田契寄在鄭意的親戚鄭恆升那裏，鄭意和周孫畏等人串通，想霸佔田地。周萱培用親屬關係來主張自己處理公業事務的合法性，甚至說曾祖艱難創置，遺孤三房，培居次，文居三，長房無嗣，與畏等素無干涉，衆所共知(10. 催呈)，但縣官顯然對周萱培的多事行爲十分反感，批了個“庭質自有公斷，該生毋庸扛幫插訟也。”(7. 催呈)駁回。前前後後五個月內，周希文父、子、侄讀書人一派(周希文爲例貢生、周萱培爲肄業生)告了將近十張狀子，另一方周孫畏等人則告了三次，陳縣官的態度是要他們等待，不要隨便寫狀子來混瀆，“孰虛孰實，候勒



集訊明察斷，即檢以核呈驗，毋庸飾瀆……”。到了光緒四年三月，案子還沒解決，分府正堂卻換了人，兩造連忙向新來的林姓縣官寫狀子報到，周萱培還是老話，周孫畏等人則除了“藉端弔佃、圖變祀田等情”，另外要求縣官代追討周希文“久吞公置嘗租”所積欠的叁千餘元。四月十五，差役將兩造一千人提訊到案說明，鄭意供稱他承僕的周家業田，每年租穀均交給周希文經收，周希文另外還向他借銀一百元，扣租穀十石抵利；周孫畏等人看到周希文經收公業多年，卻沒有剩留分文，還要借錢，爲此感到很不平，議斷要公同收租料理；周希文眼見大勢已去，遂也說願意把公業交給其他族人去經收，只要自己生活有著就好了。想這應該是官府居中協調的結果，每個人各退一步，就能得到自己想要的結果。堂諭如下：“查諭審得周孫畏等網霸祀業一案，據周希文供稱，伊於道光十三年入學以後，即管理周姓祀租，迄今已四十餘年。每年收租穀一百九十九石，又收利銀五十四元，每年用銀約須一百二三十元；祠堂尚未修建，亦未有積存祀租；又曾向佃人鄭意借銀一百元，每年劃抵祀租十石，以爲利穀等語。查周家祀租每年收穀收銀約近三百元之數，而用款不及其半，周希文霸收四十餘年，任意侵蝕，既不創建祠堂，又不積租增產，且復向佃借銀百元，顯係恃衿恃老、目無族人，視祖嘗之租同一己之產，尤復縱子周秋藉起佃爲名，希圖變賣公業，實屬欺祖蔑族，出乎情理之外，宜周孫畏等聚族而攻，懼而協謀也。周希文雖名爲讀書之人，然只知有己，不知有人；只知有利，不知有義，斷令嗣議周姓祀租不准周希文經管。查呈鄭姓僕耕字即給周孫畏等收執，既有伊族公業，概由周孫畏等妥議管理，周希文、周秋父子不得把持。惟周希文年近七十，著飭周孫畏等每年於祀租內提給租穀十石，以爲奉老之資；仍於其歿時，再幫穀卅石，以供殯葬之用。所借佃銀一百元亦應由周孫畏等認還，庶



鄭姓不致吃周姓之虧。即為具結完案，堂呈簿契各件均發還。”(25.口供及堂諭)

審訊完畢，兩造遵依結狀，縣官認為“周希文霸公產任意侵蝕屬實，斷令自本年(光緒四年)始將此公業”歸周孫畏、周來成等承掌辦祭，又念“周希文秀才年老，每年給希文租穀拾石，以為養贍之資”，將來周希文身故，仍給予喪費；而周希文向佃人鄭意借的一百銀元，由公業承坐，兩造聲明“甘願息訟、不敢異言滋事”。(26-29.遵依結狀)但是這甘願息訟，不敢異言滋事的話彷彿是徒具虛文而已，因為到了四月二十八，就有周士桃、周孫雲等人聲稱周孫畏等七人“螟蛉赤漢，且有贅承別姓裡祀，浮居無室家，一旦將四千金付掌，勢必瓜分不及之輩……”而周萱培“有子有孫，誠實可靠，堪以掌理”。這些話在縣官眼中，認為是周希文主使來纏訟的，大筆一揮駁回。另一方面，周來成等人接了公業管理之權，苦於對族人公信力不足，遂於五月二十八提議將掌理情況立公約章程，明言“每年租粟，將小佃收交大佃存儲，應用之日，依時共同按額議糶，其出入條目仍交周孫畏掌記；凡社內公事，歸周嘉錐等共同幫理，每年用費若干，俟來年聖君祝壽筵集族眾開條獻視，如有盈餘，從公酌議，以積建祖祠之要。倘敢獨自偏涉、存意侵漁，闔族鳴鼓而攻……”，並請官府為其背書，官府也願意“准予立案存查，以垂永久”。

雖然後來還有個周光厚兩次控告周孫畏將田分佃、變租胎借侵蝕等事，縣官依然站在周孫畏那一方，認為周光厚是來“裝點情節，捏作新詞朦混翻控”的刁民。顯然能夠自行運作的公業，官方比較願意提供幫助，但能自行運作並不代表全體意見一致，官府的作用除了當有爭端時居中解決之外，還負有給予公業管理者合法地位的功能，使公業的經營方式得到其他族人的信服，而能維持公平合理的狀態。



22706案由是竹北二保咸菜甕莊民鄭吉慶，呈告鄭六昌抗吞嘗祀(祀產)。

竹北二保咸菜甕一位莊民，在光緒十年以“鄭吉慶”的名字向新竹縣狀告他長房功兄鄭六昌多年來抗吞四房公租，並列舉了被霸吞祖產的明細，新竹縣正堂徐認為原告和被告既是一家人，應該“著邀族房公親妥為理處，毋遽興訟。”(3. 催呈)

詎料一個月後，婦人鄭張氏自稱是告狀者的母親，呈狀說她的兒子叫鄭慶升，平時就多行不義，因為她先向長房收了金蘭會銀四元來家用，觸怒了鄭慶升，且他從前屢次向鄭六昌借錢未果，便假借公嘗“鄭吉慶號”之名挾恨報復。新任縣官彭正堂知道了以後，本來再次下令族長以家法處治，後來因為看鄭慶升屢屢遞狀，絮絮叨叨呈說各種理由，顯然殊無悔意，便飭差要將他拘提到案。

提訊後，情況更加複雜，所有曾經遞過訴呈的人都改了口，有的說鄭慶升告鄭六昌吞掉的公租銀，實是花在祖母的喪葬費上了；又有張氏的狀子說之前的狀子不能算數，那是她被誑去做了告兒子的摹結狀；其他房的子孫也來混告一氣；原告鄭慶升還說鄭六昌把鬮約改了，過佃換單云云……，各執一詞。此時新竹縣主事者又換成方正堂，當他正準備再度提訊審理此案時，鄭家族親，貢生鄭維錦，和童生鍾如毓合上了一稟(45.)，因不忍坐視，遂自願理息，以全骨肉，希望官府能將案注銷息訟，方正堂聞言表示對此舉十分嘉許，於是讓原告被告遵依結狀，放他們私下去處置。

到底處理結果為何，檔案中沒有記載。要從近五十張文件中看出實情，衆口紛紜，也實在令人費解，縣官要從相同的文件中找出誰是誰非，做個公斷，其困難可想而知。可能就是因為不容易秉公處理，所以一開始徐正堂的意思，就不希望他們



告到官裏，多次在批語中說讓族長以家法族規處置即可；其間因為實在看不慣族親對鄭慶升的指控，才下令跟拿他到案。但後來由方正堂署理，他的態度在19.催呈中就表現得很清楚：

“祖置祀田原為蒸嘗起見。為子孫者，何不共體此意，互相和協，乃竟視為仇讎，纏訟不休，使宗祖而有靈，得不痛哭地下乎？且鄭六昌與爾誼同一本，即使果有侵吞，盡可邀同族房妥理；理之不遵，懲以家法。若稍有人心者，焉得不俯首貼伏乎？此皆由於該民之計不出，此小題大作之故耳。”子孫不該為祀產起糾紛，即使有，族房以家法族規懲處就可以解決了；而在族長們所上的20.催呈中更為強烈：“以至親而涉公庭，本縣不勝痛恨，若鄭氏宗祖有靈，能不含忿地下乎？爾等既為族長，理宜勸其息事，乃反聯名扛訟，大屬荒謬！”明顯認為族長有失職之罪。當鄭維錦呈稟要息訟，在族中理處，方正堂馬上就應允，並批示“殊屬可嘉”，也不問為什麼眾人前後供詞不一致，就把案子注銷了事。

可見對家族宗族中的事，縣官們顯然認為族長、房長應負起協調族中糾紛的責任。有時族長可以逕自以家法處罰違反家族規定的人，而不會入罪，效果相當於一個家族的法官，如果事情複雜到這群人無法處理時，再讓更上一層的法制機構——官府來處置。所以當鄭維錦自願調息爭端，縣官一方面尊重家族族規，不願介入他家務事，一方面欣見大事化小，既然私下能解決，就不必到衙門來訴訟了。

22707案由是竹北一保崙仔莊民潘奇材具告潘沛圖霸祀業產，請提訊追究。

“木之盛也，其枝必分，其於人也亦然”，但樹木分枝後各自生長，家族分爨後卻不見得能安寧度日。竹北一保崙仔莊



的潘奇材狀告功兄潘(維)沛圖霸業產，他說當年因為“父兼祧二房，父故，家業祭祀係祖母經理，祖父亦故，將家業託於功兄沛料理”(1. 呈)，而潘(維)沛竟然據為己有；至於潘(維)沛方面另有一套說法，認為自己名正言順：“叔祖母劉氏思子已故，無人奉祀，則將二房歸沛長房承繼，沛敢不凜遵。”(4. 訴呈)兩造的說詞似乎都很有理，新竹縣正堂本來諭斥交由房親處理，卻沒有結果，只得出面由官府來公斷。

光緒十二年四月初七，第一次提訊，縣官斷令“照舊分管所有；乏嗣之二房應著各繼一子，以承宗祀，其應得之租亦各對半均分，不准再行混爭纏訟，致干究辦。此諭。”(16. 諭)，但潘(維)沛以潘奇材“尚未生育一子，苟生一子，亦例長子不出嗣”(19. 訴呈)為由，不服判決，新竹縣便對潘(維)沛加以覆訊，把他教訓了一頓，仍維持原判。最後，官府還是動用公權力，飭差往崙仔莊執行二房業租均分的堂斷諭令。

本來一房絕嗣，從其他房過繼一子來承祀，是很平常的事，只是過繼沒有明確的儀式，大多是私底下的約定，祭祀時也都一起拜，拜同一批祖先，單憑口頭承諾，很少會留下甚麼證據，但涉及到分家產時，繼祀之事就顯得很尖銳了。麻煩的是，通常承諾的當事人不在世以後，那一家的孩子過繼給那一家的事才會無法舉證，而演變為各說各話，甚至是難以解決的衝突。引起爭議的那一房業產，原來在鬮書上皆由原告繼承，鬮書也是由原告提出；被告則有管理的事實，且聲稱是已去世的長輩所交管的。方正堂在批語中明確指示二房各以一人承繼：“訊得潘奇等互控祀業，斷令照舊分管所有；乏嗣之二房應著各繼一子，以承宗祀，其應得之租亦各對半均分，不准再行混爭纏訟，致干究辦。此諭。”(16. 諭)方正堂顯然尊重民間習慣“分管”祀業，希望因此堂斷，以杜訟源。



22703案由是蔡曾氏具控蔡國卿等恃尊欺寡、扛毆蔡文生，叩請驗究。

這個案子擁有是相當完整的審理過程，很合乎中國傳統法律文化的精神：先調解，後判決；先情理道德，要求和息，一旦不成，然後按律例斷案。

1. 第一階段 (1. - 11.): 批銷息訟。
2. 第二階段 (12. - 19.): 明令祀產不得典賣 (應也不可質借)、追繳公契授核批輪管。

(第一階段) 光緒三年七月初二，淡水分府大爺街上蔡姓一家人打了起來，起因是蔡家兄弟分家時抽出的公店契券，爲了歸哪一房管理而發生的爭執。四房的蔡國卿和其他幾房的兄弟侄媳們對抗。七月初三日，當時管理公店契券的蔡曾氏就上堂向淡水分府陳姓官員告了夫叔的狀 (1. 喊呈)，說蔡國卿已經私業廢盡，竟把腦筋動到公業上，想逼她交出契券好拿去變賣花銷；堂叔蔡文生看不過去，上前和他理論，竟被他率領幾個朋友給打傷了，本來只有民事糾紛，又加上刑事責任，所以懇請縣老爺非追究不可。

過了二天，另一房的蔡國資 (可能和三房蔡國品是同一人) 聯合長房的兒子蔡祖棟等打蛇隨棍上，也跟著告了蔡國卿一狀 (5. 呈)。說他看長、二、三房孤寡可欺，又打傷堂弟。蔡國卿則反告蔡曾氏將契券拿去借銀花用 (6. 訴呈)。兩造都說對方要公店契券是爲了可以換錢，弄得官府一頭霧水，只覺得兩邊都有不老實的地方，遂打圓場，在訴呈後批示道：“昆弟之間，情可掩法”。認爲訴訟終究是不吉利的“兇”事，爲“息事安生起見”，不應該因爲稍有誤會而影響兄弟感情，對簿公堂，應存著修好之心，不要再因細故爭吵纏訟。以親情曉以大義，希望想讓案子就此了斷。



其實爭公店契券屬那一房管理的問題其來有自(前訟)，蔡家兄弟早就爲此事鬧上公堂過了。根據蔡國卿的訴呈中說：

“前幼時父兄淪亡所遺業產契項，寡嫂暫交堂兄國炎代掌被存，不測匿換鬪字、盜壞花銷其多，及卿長大渡塹查悉，力較被毆，登赴陳周兩前憲控驗在案。”所以在蔡國炎掌理契券之時，就已經有過爭執，當時官府判定仍交蔡國炎掌管。蔡國炎於光緒二年十二月死了，這個問題因此必須換個對象。蔡國賚在(續)呈上則說公店“所有契券議交胞兄國治收存續，治兄及子祖欣均故，而公契仍交媳婦曾氏收存多無異詎。”所以公店契券在蔡曾氏手上管理，由於“長二三等房俱故，僅存孤兒寡婦”，因而認爲蔡國卿想藉故把公店契券管理權拿到手，好變賣公業(9.催呈)。蔡家因爲公店契券該給誰管才好而分爲兩派：長二三房以蔡國賚、曾氏爲首，主張依照成例，且曾氏收存公契多年都沒有出問題；另一派是四房蔡國卿，他認爲這些小輩把公契握在手內，其實有異樣心思，他做長輩的接管業務實屬應該。侄子侄媳們說叔叔私業變盡，滋鬧公業，欺負孤兒寡婦，不念骨肉至親；叔叔說侄子侄媳不尊長輩，違反倫常風化。兩派各執一詞，相互爭奪，不惜大打出手。

原以爲官府批示下來，蔡家兩兄弟便不會再來擾亂公堂，不料七月十三和二十八日，蔡國賚又連上了兩個催呈(9.11.)，指蔡國卿霸佔牛埔莊佃農吳烏的公田租谷，不准其他房收益，連著蔡國炎留下的私業收銀也被他覆吞；還說堂叔的傷延醫治療卻未見效，其母耽心恐有不測云云，請求追究蔡國卿的過失。這下可恰恰反了官府的本意，原先沒有叫曾氏把公契交出是“因該契向交蔡曾氏收存，歷年既久，仍交蔡曾氏存執提驗。”而且蔡文生的傷不甚重，希望大家念在親戚一場，不要計較。而蔡曾氏等竟不心存感激，反而混稱蔡文生傷醫無效，實屬節外生枝，意圖纏訟，實堪恨。官府最討厭想要纏

訟，不以和爲貴的人，且該項田租今年究輪何房收納，該佃吳烏等自有舊事可循，自己去和佃農對質就可以解決了，叫他們不要再來興訟干咎。至此整個“本城民婦蔡曾氏具控蔡國卿等恃尊欺寡、扛毆蔡文生，叩請驗究由”的案子，看起來總算是告一段落。兩造都說了謊話，被大老爺訓斥了一頓，黨覆公租的事也有方法可解，兄弟相爭於德有損，兩方應該自知理虧，從此老老實實過日子去。

(第二階段)到了光緒四年二月十三，已有在案的事件又被炒出來，蔡家人私下協調不成，自己人又打成了一團，這次兩造同一天遞交了新的喊呈(12.13.)，由淡水分府同一位陳姓官員受理。原來是蔡國卿終於捉到二房侄媳曾氏和長房侄孫蔡丁私自以五房公契十宗盜借銀元的小辮子，他前往阻止時與蔡丁打了一架，因此把蔡丁扭送到官府，告他一個“盜借毆辱”，想藉此要求官府，使公契的歸屬“批明”，“仍付蔡曾氏存收，以杜私借”。蔡曾氏則還是老話，惡叔“遊手好閒”、“恃尊凌卑”，把蔡國卿如何糾黨執械擁毆蔡丁的情形描述得繪聲繪影，十分可憐。兩張狀子相較起來，曾氏使的仍是“苦肉計”，重點在處理刑事部分；蔡國卿的行文看來比較有理可循，而且末了還“很明理地”請求縣官將公契還給曾氏收好，以免被他人拿去私用，全然看不出要奪取公契的意思。經提訊澈查的結果是“蔡曾氏等(即)執該田契向人借銀，蔡國卿不願，與蔡曾氏等爭執。蔡丁、蔡國品幫同蔡曾氏與蔡國卿滋鬧”，所以蔡國卿才會控告蔡丁，蔡丁等人拿公契去借錢的事是實情，所以當堂“著令蔡國品、蔡丁微案，給該五房輪管，所有堂繳公共○契，批以祀產不准典賣，給蔡國品等領狀以杜異日爭論。”(15.諭)蔡丁等人有錯在先，狀子上雖然寫得可憐，說蔡丁遍身受傷，提驗結果卻只有“左肩煙袋傷乙處，何謂遍體？”(13.喊呈)顯然是說謊以騙取同情。口供



(16.) 中透露了更多的消息：蔡國卿分家時所得的私業九十石，還剩三十餘石；蔡丁也有一樣的份額九十餘石，但先前已向他人借了錢，拿租來抵利，所以只剩下十餘石，曾氏一直說蔡國卿私業變盡的事，應該也不盡然。蔡國品在口供中說“那蔡曾氏將應分公租十石向人家借銀一百餘元”是實有的事，蔡國卿具告的事因此絕非空穴來風。此外，兩造異口同聲，都希望官府作主“將公共祀業契繳案，批以不准典賣”就心甘情願了斷，不知是原意相同，還是順從官府的意思，好讓官司對自己有利。

案情至此明朗，堂上因批：“查例載祀產不准典賣，蔡曾氏以祀田向人借錢，殊原犯，是惟念婦女無知，法寬免咎既往。著令蔡國品、蔡丁繳案給該五房輪管所有堂繳公共店契，批以祀產不准典賣，給蔡國品等領收，以杜異日爭端，此諭。”

整個案子，蔡曾氏從原告變成被告，最後還被稱作“原犯”，幸虧執法者對婦女開恩，才不予追究。蔡國卿眼見還了公道，二月十八又上了個催呈(17.)，說“蔡曾氏復將堂批之契私向各銀主兌換未批之契希圖掩飾”，請求大老爺積極追繳公契批明，以免“煙祀無歸”，使“祀業有賴”。官府因批：“候飭追契授核批輪管。”二月十三時被抓來的蔡登(蔡丁)，也在二月二十九因染病而“准法外醫治”，所有人回到原居地，以後公店契券每一房都有管理權，輪流管理，一切復歸於平靜……。

不清楚訴諸法律是縣官要求，還是行動者主動的要求，但可以確定的是，一旦訴諸法律，所有行動者都受到法律具體的影響。如蔡國卿要求大老爺積極追繳沒有批明的公契，讓五分都有禁止典賣的批示，以免蔡曾氏另行典賣。我們可以明顯看到，縣官在審判過程中的確引用大清律例的相關規定：明令祀產不得典賣(應該也不可質借)，追繳公契，授核批輪管，批銷



息訟。由此來看，縣官事實上一方面兼顧了大清律例的相關規定，二方面也根據人情事理來面對案情。由這個案件來看，其實不只是民事糾紛，而且還有刑事糾紛，但是因為是同樣宗族裏發生的事，所以縣官原則上是希望息訟寧人，但他在作這樣的主張的同時，他背後其實有大清律例祀產不准典賣的精神，而這樣的主張又是跟儒家思想影響下的人情事理聲息相通的。

在這樣的情形之下，我們可以發現清代縣官斷案，的確是情理法並重，先調解後判決，尤其是在家族、宗族的血緣團體裏發生的事情，訟則終兇，息訟為貴的觀念，在他處理這件事情上起了相當明顯的功用。但是《大清律例》有關祀產不能典賣的規定，就是他貫徹這樣的規範與文化規定的最後保障。如此看來，律例與人情事理，並不一定是二元對立式的非此即彼的關係，而是律例的規定雖然是通則性的規定，但與一般的人情事理有著相輔相成的關係。

此外，縣官相當強調原有家族鬮分書的重要性，因為鬮分書的規則是族中參與者所規定的，縣官希望參酌鬮分書的規定，而且希望由族中內部的調處來解決這個糾紛。因此，在此，縣官一定程度希望公權力不要介入宗族內的法律糾紛，一定程度希望尊重族內原有鬮分書規則的重要性，而希望不要透過縣官的堂斷來解決他們的糾紛，而希望當事人能夠在縣官的指示下“遵依結狀”。如此看來，這個案子的第一個階段，雖然沒有引用任何一條《大清律例》，但實際上，尊重人情事理，希望以調處來解決糾紛的精神，其實是很具體的。由此來看，他的審判邏輯以及處理糾紛的規範準據還是很清晰的，亦即宗族自理、調處為先，而且客觀的鬮分書、輪管的民事習慣，都是他要支持背書的東西。由此來看，我們要對中國傳統法律文化作一個更詳細的理解，才不會像韋伯這樣站在西方現



代形式的－理性的立足點上，動輒強調中國傳統法律實質的－不理性的一面的。

五 結論：超越韋伯理解傳統

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：爲了彰顯現代西方的獨特類型，韋伯將中國作爲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爲例，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←→“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。

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，以具體個案爲考量，處處展現其“實質的－不理性的”特性。爲了分析方便，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）作爲主要目標，因爲近年來分佈全球各地的學者，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。將韋伯與這些戰後的傑出研究學者相提並論，相當有助於我們對(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，所具體凸顯出中國式多值邏輯的種種面向：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，則綜合瞿同祖、康豹與巫仁恕與筆者等人的研究，說明在“官方審判”與“民間調解”之外，民間宗教影響下“神判”所具有的實際功能，“明有王法，幽有鬼神”的既二元分殊又統一互補，其對中國傳統社會法律的運作，具有不可忽視的重要性；在(5)裏，則立基在筆者對“淡新檔案”的實地研究，來說明清代“國家法律”與“民間習慣”同為重要法源，對韋伯的看法提出案例式的檢討。

綜合這些方面的研究，站在巨人的肩膀上，我們會看得更遠，與韋伯二值邏輯、二元對立下的思維相對比之後，我們應該比較可以清楚掌握到，在中國傳統法律與司法的實際運作裏，所具體凸顯出中國式多值邏輯的各種面向來。中國傳統法律文化的多值邏輯(既此且彼)的體現，既避免了韋伯以下西方多位學者二值邏輯(非此即彼)般的思考盲點，且注意到在既此且彼的多值邏輯的思維模式之下，中國法律文化解決法律紛爭與衝突的多元機制，情、理、法等法源是多元的，官方審判、



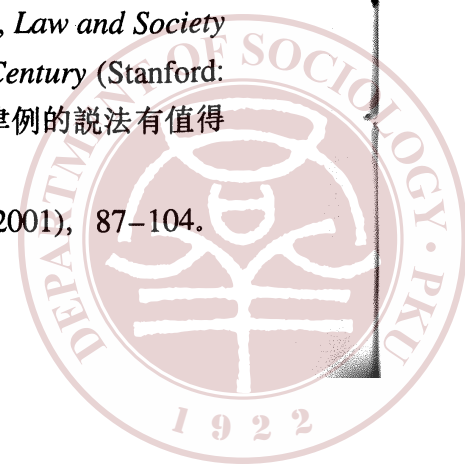
民間調解與神判等法律程序是多元的，國家法律與民間習慣也是多元的，它們彼此間既矛盾、又並存。它一方面體現了“中國傳統社會的法律多元主義”，另一方面也彰顯了兼容並蓄的、既此且彼中國文化的精神（“脈絡化的普遍主義”），理一分殊、一多相融的精神在中國傳統法律實際運作中具體被實踐出來。某個意義來說，這樣對中國傳統法律文化的反省，或許可以對體現當代多元法律文化、多元理性與多元現代並存的努力，提出了一些新的思考方向來。

注釋

- * 本文共分上、中、下三部分，(上)的部分刊於本學報第二卷第二期（一九九九年秋季號），221-265頁；(中)的部分刊於本學報第四卷第一期（二〇〇一年春季號），71-119頁。
- 1 黃宗智有關中國法律的著作，主要參見 Philip C.C. Huang (黃宗智), *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford: Stanford University Press, 1996), 中文版: 黃宗智, 《民事審判與民間調解》(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); 黃宗智, 〈國家與社會之間的第三領域〉, 收於《社會主義後冷戰時代的思索》, 甘陽編(香港: 牛津大學出版社, 1995), 71-95; 黃宗智, 〈中國法律制度的經濟史、社會史、文化史研究〉, 《北大法律評論》第二卷第一期(1999), 358-383; Philip C.C. Huang (黃宗智), *Code, Custom, and Legal Practice in China* (Stanford: Stanford University Press, 2001).
 - 2 Huang, *Civil Justice in China*, 1; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 1.
 - 3 Huang, *Civil Justice in China*, 17; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 17.
 - 4 參見本文的(中)篇, 《社會理論學報》第四卷第一期(2001), 77-81.
 - 5 Huang, *Civil Justice in China*, 2; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 2.



- 6 把civil justice譯成“民事調判”，這是指涉中國傳統民事法律制度所具有的特色的譯法，為黃宗智所獨創，本文雖然沒有跟著採用這種譯法，但肯定這種重視文化脈絡特殊性的考量。
- 7 Huang, *Civil Justice in China*, 9-10; 黃宗智，《民事審判與民間調解》，9-10。
- 8 Huang, *Civil Justice in China*, 12; 黃宗智，《民事審判與民間調解》，12。
- 9 黃宗智，〈國家與社會之間的第三領域〉，81-83。
- 10 黃宗智，〈國家與社會之間的第三領域〉，81；亦參見Huang, *Civil Justice in China*, 110-137; 黃宗智，《民事審判與民間調解》，108-132。
- 11 Huang, *Civil Justice in China*, 138-171; 黃宗智，《民事審判與民間調解》，133-163。
- 12 參見梁治平，《清代習慣法：社會與國家》(北京：中國政法大學出版社，1996)，9-20，他對此點與筆者有同樣的批評意見。
- 13 Huang, *Civil Justice in China*, 76-109; 黃宗智，《民事審判與民間調解》，76-107。
- 14 Huang, *Civil Justice in China*, 87; 黃宗智，《民事審判與民間調解》，87。
- 15 寺田浩明，〈清代民事審判：性質及意義日美兩國學者之間的爭辯〉，《北大法律評論》第一卷第二期(1999)，603-617；有關滋賀修三的觀點，參見本文的(中)篇，《社會理論學報》第四卷第一期(2001)，71-119。
- 16 寺田浩明，〈清代民事審判〉，616-617。
- 17 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)，45-49；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，《台灣法律史概論》(台北：元照，2001)，80。
- 18 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, 122-141; Mark A. Allee, *Law and Society in Late Imperial China: North Taiwan in the Nineteenth Century* (Stanford: Stanford University Press, 1994)，艾樂有關只有四件提到律例的說法有值得商榷之處，參見後面筆者對淡新檔案的研究。
- 19 參見本文的(中)篇，《社會理論學報》第四卷第一期(2001)，87-104。



- 20 Huang, *Civil Justice in China*, 223; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 213.
- 21 參見本文的(上)篇, 《社會理論學報》第二卷第二期(1999), 221-265.
- 22 Huang, *Civil Justice in China*, 224; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 214.
- 23 Huang, *Civil Justice in China*, 224; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 214.
- 24 Huang, *Civil Justice in China*, 224-225; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 214-215.
- 25 參見本文的(上)篇, 《社會理論學報》第二卷第二期(1999), 225-227.
- 26 參見 Alberto Febbrajo, "Kapitalismus, moderner Staat und rational-formales Recht," in *Max Weber als Rechtssoziologe*, hg. Manfred Rehbinder und Klaus-Peter Tieck (Berlin: Duncker & Humboldt, 1987), 55-78.
- 27 Huang, *Civil Justice in China*, 223; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 213.
- 28 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5 Aufl. (Tübingen: J.C.B.Mohr, 1976), 496-503.
- 29 Huang, *Civil Justice in China*, 225-227; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 215-217.
- 30 Huang, *Civil Justice in China*, 227; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 217.
- 31 我在前面章節已有清楚的說明, 參見本文的(上)篇, 《社會理論學報》第二卷第二期(1999), 239-243.
- 32 Huang, *Civil Justice in China*, 231; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 219.
- 33 Huang, *Civil Justice in China*, 231; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 221-222.
- 34 Huang, *Civil Justice in China*, 232-234; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 222-224.
- 35 參見 Huang, *Civil Justice in China*, 234-236; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 224-226。他認為清代法律維護既定社會階級的看法與瞿同祖接近, 後者強調其首重家族與階級, 參見瞿同祖, 《中國法律與中國社會》(北京: 商務印書館, 1947), 1; 另外, 法律無法對抗權貴這一方



- 面，史布蓮克 (Vander Sprenkel) 也認為：“……而且它 [指整個法律體系] 的目的，與其說是保護國民，不如說是維護秩序。官方法庭與民間的下級法庭都不對壓制 (強壓弱) 提供任何制止行動，前者正由負責壓制的同樣權力所管理，後者則是強者手中的工具。”參見 Sybille Vander Sprenkel, *Legal Institution in Manchu China: A Sociological Analysis* (London: University of London, 1962), 123, 史布蓮克把民間的宗族、行會與鄰里看成官方的下級法庭，比黃宗智強調其形式化的一面。
- 36 Huang, *Civil Justice in China*, 236; 黃宗智, 《民事審判與民間調解》, 226.
- 37 參見 Huang, *Civil Justice in China*, 267, 索引中的 “paradox” 一字所列的各面向。
- 38 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 44.
- 39 參見本文的 (上) 篇, 《社會理論學報》第二卷第二期 (1999), 227.
- 40 參見林端, 《儒家倫理與法律文化: 社會學觀點的探索》(台北: 巨流, 1994初版; 北京: 中國政法大學出版社, 2002增訂版), 書中處處可見。
- 41 參見 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), 56–58.
- 42 因為篇幅所限, 有關大陸學者梁治平對清代 “國家法律” 與 “民間習慣” 的討論, 將暫時略去, 未來在修訂本文時再補進來。
- 43 高拱乾纂, 〈卷六: 典秩誌〉, 收於《台灣府誌》(台北: 台灣銀行, 1960), 181; 這種說法, 似乎有張載 “理一分殊” 的意味。
- 44 筆者在德國留學時, 曾撰成一篇 “神判概說” 的論文, 亦即 Duan Lin (林端), *Zum Gottesurteil* (Göttingen, 1987), 唯尚未整理正式發表。
- 45 參見夏之乾編著, 《神意審判》(北京: 團結出版社, 1993), 他採比較廣義的作法, 把發誓、占卜等都涵蓋進來。
- 46 有關中國神判的相關研究, 參見夏之乾, 同上注; 瞿同祖, 《中國法律與中國社會》(北京: 商務, 1947); 鄭有土等, 《中國城隍信仰》(上海: 三聯, 1994); 康豹, 《台灣的王爺信仰》(台北: 商鼎, 1997); 康豹, 〈漢人社會的神判儀式初探從斬鷄頭說起〉, 《中研院民族所集刊》第八十八期 (2000), 173–202; 巫仁恕, 〈節慶、信仰與抗爭——明清城隍信仰與城市群眾的集體抗議行爲〉, 《中研院近史所集刊》第三十四期, 145–210; 仁井田升, 《中國法制史研究(刑法)》(東京: 東大出版會, 1959); 郝鐵川, 《中華法系研究》(上海: 復旦大學出版社, 1997); 馬作武, 《中國法律思想史綱》(廣州: 中山大學出



- 版社, 1998); 滋賀秀三, 〈中國上古刑罰考以盟誓為線索〉, 收於《日本學者研究中國史論著選譯》第八卷(法律制度), 劉俊文編(北京: 中華書局, 1992), 1-30。
- 47 瞿同祖, 《中國法律與中國社會》, 197-201。
- 48 參見梁治平, 《法意與人情》(深圳: 海天出版社, 1992), 19-27, 對“神明審判”、“神道設教”所作的說明。
- 49 鄭有土等, 《中國城隍信仰》, 1-17; 馬書田, 《中國冥界諸神》(北京: 團結出版社, 1998), 145-163。
- 50 轉引自瞿同祖, 《中國法律與中國社會》, 200。
- 51 瞿同祖, 《中國法律與中國社會》, 201。
- 52 鄭有土等, 《中國城隍信仰》, 173。
- 53 《上海研究資料》(上海: 上海書店影本, 1984), 534。
- 54 汪輝祖, 《學治臆說》, 收於《入幕須知五種》, 張廷驥編(台北: 文海出版社影印出版, 1968), 295-301。
- 55 同上注, 295-296。
- 56 同上注, 298-301。
- 57 巫仁恕, 〈節慶、信仰與抗爭明清城隍信仰與城市群衆的集體抗議行為〉, 145-210, 本段文字主要參考他這篇文章整理而成。
- 58 康豹, 〈漢人社會的神判儀式初探從斬雞頭說起〉, 173-202, 以下文字主要參考他這篇文章整理而成。
- 59 孔復禮, 《叫魂: 乾隆盛世的妖術大恐慌》, 陳兼、劉昶譯(台北: 時英出版社, 2000)。
- 60 相關報導幾乎每年都會在台灣各地出現。
- 61 有關台灣“祭祀公業”的過去、現在與未來, 參見林端的四篇文章: 〈“國家制定法”與“民間習慣”: 台灣“祭祀公業”的歷史社會學分析(I)〉, 《法制史研究》第一期(2000), 117-151; 〈“國家制定法”與“民間習慣”: 台灣“祭祀公業”的歷史社會學分析(II)〉, 《法制史研究》第二期(2001) 183-216; 〈再論全球化下的儒家倫理: 社會學觀點的考察〉, 《思與言》第三十九卷第四期(2001), 107-128; 〈徘徊在傳統與現代之間: 台灣“祭祀公業”管理人的社會學分析〉(台灣社會學會2001年年會暨“生活/社會新視界: 理論與實踐的對話”學術研討會論文, 2002年11月3日)。
- 62 同注18。
- 63 對這一點, 戴炎輝也有注意到, 參見他的《中國法制史》(台北: 三民書局, 1987七版), 178-179。



- 64 參見那思陸，《清代州縣衙門審判制度》(台北：文史哲出版社，1982)，81。
- 65 清代國家法律與民間習慣的互動關係，除前面滋賀秀三、黃宗智等人作品外，參見梁治平的傑作《清代習慣法：社會與國家》，(北京：中國政法大學出版社，1996)。
- 66 薛允升，《讀例存疑(重刊本)》(台北：成文出版社，1970)，277。
- 67 承啓等纂，《欽定戶部則例(二)》(台北，成文出版社，1968)，771-772。
- 68 金根植，《中韓祭祀公業法制與土地產權問題之比較研究》，國立政治大學地政研究所博士論文，1996，60。
- 69 因此，戴炎輝對檔案作的“行政”、“民事”與“刑事”的分類，有時無法嚴格區分，必須機動調整，不能刻板地局限在這樣的分類中。

