

# 《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2022 年第 1 期 ( 总第 20 卷 )

## 大陆韦伯“卡迪司法”研究述评<sup>\*</sup>

须 露

**摘 要** | 中国古代司法是否如同马克斯·韦伯所言为典型的“卡迪司法”，对这一论题，在国内学界已经论战长达三十多年，通过对大陆学者关于这一问题论辩过程的整理，并加以反思，再结合中国古代司法实体与程序相分离的特点，从实体与程序的角度对其进行分析，在得出的四种情形中，只有当法官在做出裁判时均不遵守程序规则与实体规则，才可以算得上是韦伯所言的纯粹的“实质非理性”的“卡迪司法”。因此，中国古代司法在多数情况下，其都不应该属于韦伯所言的“卡迪司法”。

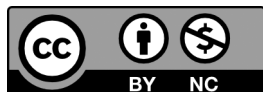
**关键词** | 中国古代司法；卡迪司法；实体法；程序法

**作者简介** | 须露，甘肃政法大学在读硕士研究生，研究方向：民事诉讼法学。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、引言

20 世纪 80 年代以前，关于马克斯·韦伯的学说和思想，受种种原因的限，在大陆的传播之路可谓异常坎坷。改革开放以后，迎来了空前的思想解放运动和文化热，1985 年《读书》杂志在召开了一场“马克斯·韦伯：一位思想家的肖像”座谈会后，大陆关于韦伯的研究便拉开了帷幕。1987 年由于晓等人翻译的《新教伦理与资本主义精神》出版，瞬间激起大陆学者对于韦伯学说理论的关注与探讨。这一时期，韦伯著作中的理性化、制度化，以及通过新教所提出的伦理原则，满足了大陆学者们对新时期新思想、新模式的渴求。其学说被大陆学者当作中国进入现代化的不二法门，并提出了中国问题要靠宗教才能得到解决的观点。此一时期，韦伯的

学说在大陆就如同“神话”一般的存在。

到了 20 世纪 90 年代，韦伯的学说进一步在大陆发展，1997 年由林荣远翻译的《经济与社会》在商务印书馆出版，该书在阐述了基本的社会学概念后，又分别阐述了他关于经济社会学、法律社会学、政治社会学和宗教社会学的思想。沿着韦伯的进路，昂格尔、滋贺秀三、寺田浩明等学者进行了拓展性的考察，提出了传统中国法律和司法的新类型和新解释。这些作者的相关作品亦被引进国内，为国内学者研究中国司法提供了新的视野。

<sup>\*</sup> 基金项目：本研究受 2021 年度甘肃省高等学校青年博士基金项目“社会—法律”视角下的大国司法研究（项目批准号：2021QB-100）资助。

2000年以后,中国大陆经济有了快速发展,在这个过程中,知识的积累与视野的开阔,使得大陆的学者们对很多问题有了自己的反思。在这种背景下,便产生了对韦伯作品的批判性的解读,甚至是直接的质疑。比如,在法学界里,韦伯的《经济与社会》第二卷(上册)第八章“法律社会学”中将人类法律分为了四种理想类型,而他认为中国古代司法为其理想类型中典型的“实质非理性”的“卡迪司法”,由此,在这一时期关于中国古代司法究竟是否如韦伯所言为“卡迪司法”成为了大陆学者们讨论的热衷话题之一。清华大学法学院在2006年召开了“传统中国法制”的座谈会,会上贺卫方、高鸿钧、张伟仁三位关于韦伯所言中国古代司法属于“卡迪司法”的论断进行了激烈讨论。除此之外,在2016年,由弘道书院联合开放时代杂志社,在北京举办题为“走出韦伯神话”研讨会。其中苏国勋、黄万盛、吴飞、何蓉、梁治平、马小红、泮伟江、赖骏楠、等多位对韦伯已有所反思的学者参与了此会,关于中国古代司法是否呈现出“实质非理性”的特点,学者们也在会上表达了各自的观点。<sup>[1]</sup>

有关中国古代司法是否为“卡迪司法”的讨论如果说从黄宗智发表《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》时算起已经持续二十有余,到现今仍未达成共识。关于学界对此问题的探讨过程笔者将其分为了“理性寻求说”“实质维护说”和“情法衡平说”三种观点。对于中国传统司法究竟是否属于“卡迪司法”这一辩题的讨论,笔者认为,不应该单从理论或史料的角度去探讨,也不应该简单地使用“二元论”的方法去考究,而是应该更为深入地从其本质入手,明晰“理性与非理性”的界定标准,深入探讨中国古代法官在审理案件时是否遵守了“实体上与程序上”的规则的问题。

## 二、“实质非理性”的“卡迪司法”

马克斯·韦伯在《法律社会学》中,以“法创制”与“法发现”为判准,将人类法律分为了以下四种理想类型:形式非理性的法律、实质非理性的法律、实质理性的法律和形式理性的法律。<sup>[2]</sup>第一种类型的典型是氏族社会的神明裁判,最后一种类型是资本主义社会的法律,中间两种类型的法律流行于氏族社会之后和资本主义社会之前的各种社会。其中,对于中国古代传统司法,韦伯认为应该属于“实

质非理性”的“卡迪司法”。

### (一) 两个对立面向:“形式”与“实质”

根据马克斯·韦伯在其《法律社会学》一书中的定义,所谓“形式”就是指使用“法内标准”,同案同判,即在法官裁判的过程中所援用的为“法律”,所追求实现的价值为同等案件同等对待与同等的裁判结果,如现代西方的法律。而“实质”是指使用是“法外标准”,如诉诸法律之外的伦理关怀、道德、宗教、政治或抽象的社会正义观的裁决,这种“实质”的考量“必然拒斥形式理性,所偏好的不是形式裁判,而是‘卡迪裁判’”。

### (二) “理性”与“非理性”的界定标准

关于“理性”与“非理性”的讨论,当追溯到古希腊哲学产生之初,起源于人们对主体和客体的认识。运用哲学的思维来讲,“理性”就是知道自己不应为故而不为;“非理性”就是知道自己不应为仍为之。起初,学者们关于“合理性”对现代社会的作用有着不同的看法,举例来说:对帕森斯而言,现代社会是历来社会发展中最理性的一个体系,而对于赫伯特·马尔库塞来说,高度工业化的社会却正是历来的社会形态中最不理性的一个。德国的施路赫特将理性主义概括为以下三种意涵,首先,他认为理性主义意指一种通过计算来支配事物的能力,这种理性主义乃是经验知识及技能的成果。其次,他认为理性主义意味着(思想层次上)意义关联的系统化,即把“意义目的”加以知性探讨和刻意升华的成果。最后,他认为理性主义也代表一种有系统的、有方法的生活态度,由于它乃是意义关联及利害关系制度化的结果,可称为实际的理性主义。<sup>[3]</sup>

而在马克斯·韦伯的观点中法律中的“理性”是指法官裁决案件时的依据明确可察,合理可喻。

[1] 苏国勋、黄万盛、吴飞等:《走出韦伯神话——〈儒教与道教〉发表百年后之反思》,载《开放时代》2016年第3期。

[2] [德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第28页。

[3] [德]施路赫特:《理性化与官僚化:对韦伯之研究与诠释》,顾忠华译,广西师范大学出版社2004年版,第5页。

“非理性”则与之相反，多指法官在裁决案件时如诉诸灵魅、情感或未经反思的传统等，实际是没有一个具体的确定的依据和标准，带有具体权衡的特色和个案裁量的特性。

### （三）“实质非理性”的卡迪司法

按照上述分类，韦伯认为西方法律是形式理性的，而中国传统法律属于在“家产官僚制”支配之下的一种“实质非理性”的“卡迪司法”。因此，这种“实质非理性”的“卡迪司法”具体而言是指：“全然以个案的具体评价——无论其为伦理的、感情的或政治的价值判断——来作为决定的基准，而非一般的规范”。<sup>[1]</sup>通俗来讲就是指那种就事论事，完全不考虑规则以及依据规则的判决的确定性的司法。

关于中国古代司法是否属于“卡迪司法”的判断标准辨明：

#### 1. 是否遵守法律

关于中国古代传统司法是否属于“卡迪司法”的论辩，分析法学派认为，该结论得出的主要之处便在于：法官是否遵守当时代的法律，如果法官在做出裁判时援用了当时代的法律，那么这便是“理性的”裁判，与韦伯所言的“非理性”的“卡迪司法”便割据开来；反之如若法官在审理案件和做出裁判时均未能遵守法律的相关规定，而是诉诸感情、伦理、宗教等任意而为之，那么即为韦伯所言的“卡迪司法”。这一学派的判别关键就在于“遵守”二字，有没有遵守，怎样遵守？因此，是否遵守法律为判断“理性”与“非理性”司法的关键所在。

#### 2. 该法律是否为善法

这一观点需要法官在遵照法律做出判决的基础之上，还要求法官所遵守的法律皆为善法。这一观点认为，恶法不能认为是构成“理性”的基础，甚至于恶法是否能够称之为“法律”都应另为一谈。因此，这一观点认为在中国古代法官的裁判行为以及裁判依据上必须是理性且正确的，否则即使法官遵守了法律但该法律若不能称之为“善法”，那么做出的裁判也不一定是理性的裁判。

#### 3. 是否维护了统治阶级的利益

在古代中央集权制的领导之下，统治阶级的利益代表了一切的行为准则，同样，古代的法律也无不带有浓烈的维护统治阶级利益的色彩，法律遵从

者也多为被统治阶级（平民居多），法律的制定者也多为统治阶级。因此，法官做出裁判时是否维护了统治阶级的利益成为了又一判标。

介于上述的三种判标，关乎法律与政治，而中国古代的法制所呈现出来也无不是法律与政治相互交融、相互影响的特征。关于大陆学者对于中国古代司法是否属于“实质非理性”的“卡迪司法”这一论题的讨论，其出发点大多是从古代案件裁决者做出裁决时是否遵守了法律（即上述第一种）来进行讨论。本文所论证的出发点也基于此。

## 三、大陆韦伯“卡迪司法”探究历程

韦伯思潮传入中国后，其关于“中国古代司法属于‘实质非理性’的‘卡迪司法’”的论断迅速引起了众多学者的讨论，该讨论以黄宗智在其《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》一书中对这一观点提出全面质疑拉开帷幕，其后由贺卫方、日本的滋贺秀三、林端、高鸿钧之间的对话，又把讨论引入高潮。笔者将大陆相关学者的论说加以整理，分为了以黄宗智为代表的对韦伯论断持反对意见的“理性寻求说”、以贺卫方为代表的对该学说持赞同观点的“实质维护说”以及认为中国古代司法其实是情理与法理相互作用的“情法衡平说”三种观点。

### （一）理性寻求说

1998年，黄宗智在其书中通过对清代的法律史研究，全面质疑韦伯的中国古代属于“卡迪司法”一说。在黄宗智的研究中，他通过对清代数百桩案件的梳理，得出“县官是皇帝代理人 and 百姓父母官，在处理民事纠纷时似乎可以专断独行；但另一方面，县官又受到严密的监督与成文法律的制约。”<sup>[2]</sup>的结论。他认为“地方法庭是常规地和一贯地在处理民事纠纷，而县官们事实上按照法律在审判案件。”<sup>[3]</sup>随后其通过对清代的628件民事案件的

[1] [德] 马克斯·韦伯：《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2005年版，第28页。

[2] 转引自林端：《韦伯论中国传统法律：韦伯比较社会学的批判》，中国政法大学出版社2014年版，第94页。

[3] [美] 黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第129页。

研究,认为民间调解在解决纠纷中占据了很重要的位置,但是无论如何“国法始终是民间调解中的一个重要因素。”<sup>[1]</sup>因此,他认为,就算清代法律制度不是韦伯所言及的“形式理性”的法律,但它显然也不是如韦伯所断定的专横武断、反复无常和非理性的法律。<sup>[2]</sup>

2002年林端在中国政法大学所作的演讲中对中国属于“卡迪司法”这一论题也提出了自己的观点,他认为无论是韦伯的“卡迪司法”说还是滋贺秀三的“父母官诉讼”说,这两者都将“诉讼形态”看成法律的核心社会事实、且带着规范性的欧洲中心主义色彩的“以西论中”,其无可避免地对中华文化有一定的偏见。2014年林端的《儒家伦理与法律文化》与《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》两书再版,目的就是为在最近几十年全球重要的清代法律与司法审判的杰出研究成果之上,进一步说明受当年的材料限制与研究方法、研究视野的限制,韦伯对于中国传统法律与司法审判产生的不必要的误解与错误的认知。<sup>[3]</sup>他在该书中还通过对《大清律例》中1907条律令的梳理,认为在清代的司法审判制度中已经对刑民案件作出了区分,针对刑事案件“命盗重案”各级法官都受到了严格的法条限制,自由裁量权也相当有限,他认为这与韦伯所言的肆意专断的“卡迪审判”相去甚远。

张伟仁也认为中国古代司法属于“卡迪司法”此一说法并无确切的根据。他分别引用了大量的批判我们的传统司法的西方历史资料并进行了深入的研究与反驳。其谈到,中国司法制度实行了一两千年,这种比较成熟的制度里法官都不会任意而为。说他们翻云覆雨,任性判断,是不妥当,不确实的。我们应思考一条自己的路。<sup>[4]</sup>同时,西北工业大

学韩伟也在其文章中提到中国传统司法同样蕴含着“理性”的因子,只是这种理性不是只注重形式规则的形式理性,而是更注重背后伦理价值的实质理性。<sup>[5]</sup>因此其也认为一概而论地讲“中国传统司法是非理性的”的观点有待考究。

为进一步反对韦伯“卡迪司法”说,陈景良曾撰文写道:“宋代法官是依法判案,而不是随心所欲,宋代的司法传统是成文法传统,判决具有客观性与确定性,而不是‘卡迪司法’”。<sup>[6]</sup>华志强、魏文超两位学者也曾专门撰文讲述宋代的书证制度,其认为中国古代的书证制度在宋代达到了鼎盛阶段,以宋代书证制度为理据,不难看出中国传统法难以归入韦伯所论的“卡迪司法”即“实质非理性”法之“类型”<sup>[7]</sup>中国政法大学安庞靖也在其博士毕业论文中通过对北宋诗人李觏的理论及其他的法制言论,例如:“三支”“四名”“刑禁”等观点的研究,再加以史料证明宋代的司法特点,以此来反驳韦伯对于中国古代司法属于“卡迪司法”的论断。<sup>[8]</sup>接着,其又以南宋《名公书判清明集·户婚门》中的186宗民事案件为例,对占案件总数最多的土地案件进行数据额分析,发现其中82.7%的案件都是严格按照法律与敕令条文做出处断的,仅有10.6%的案件按照礼俗处断。(如表1)<sup>[9]</sup>

表1 土地案件数据统计

处断方式	案件数量/宗	占土地案件总数百分比
依法令处断	86	82.7%
依礼俗处断	11	10.6%
依交易习惯处断	5	4.8%
无胜负案件	2	1.9%
总计	104	100%

[1] [美]黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社2007年版,第128页。

[2] [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第180页。

[3] 林端:《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社2014年版,第5页。

[4] 张伟仁:《中国传统的司法和法学》,载《现代法学》2006年第5期,第61页。

[5] 韩伟、黄俊雄:《中国传统司法蕴含的理性因子》,《检察日报》2021年4月27日,第3版。

[6] 陈景良:《宋代司法传统的叙事及其意义——立足于南宋民事审判的考察》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2008年第4期,第142页。

[7] 华志强、魏文超:《论宋代的书证制度》,载《滁州学院学报》2013年第3期,第47页。

[8] 安庞靖:《中国传统司法的形式化追求——基于李觏法制思想为个案的研究》,中国政法大学2019年博士学位论文。

[9] 《名公书判清明集·户婚门》卷之五。



因此,从他们的研究里可以得出,至少在宋朝用韦伯的“卡迪司法”这一观点来概括其司法特征是无法使人信服的。

除了典型的宋代法律之外,刘盈丰又谈到清代的法律,他以清末的两江总督马新贻遇刺一案为例,得出在清代刑事司法的过程中也都贯穿了法律理性思维。西南政法大学的赵天宝也举例了西汉大臣张释之断案执法的过程,分析了张释之断案的成功之处及其成功的理由,进而揭示了张释之断案背后所蕴含的法律的正义及价值,为反驳韦伯所言的“中国传统司法为卡迪司法”的论断提供一个鲜明的反例。对于儒家在中国司法中的作用,张玲玉又谈到,儒家展现出来的伦理理性使得法律亦具有高度的伦理性,因而更接近其理想类型分类中实质理性的法律。<sup>[1]</sup>

通过以上学者的论述,其对于中国古代司法是否属于“卡迪司法”这一问题进行了详细深刻的反思,他们不约而同地通过寻求中国古代司法中所蕴含的理性因子,以反驳韦伯的“卡迪司法”说,因此笔者将此学派的讨论称之为“理性寻求说”。

## (二) 实质维护说

针对上述黄宗智的观点,贺卫方在其2001年发表的一篇文章中提出了与其完全相反的观点。贺卫方在文章中谈到中国古代司法时他直言中国古代的司法裁判不注重“同案同判”,加之天理与人情的高度不确定性使得裁判者在判决时可以“翻手为云,覆手为雨。”<sup>[2]</sup>因此,他认为中国古代司法的纠纷处理的方式正可以成为“卡迪司法”的一个活生生的例证。<sup>[2]</sup>贺卫方为了加强自己的这一观点,他还引用了日本学者滋贺秀三的观点。滋贺秀三谈到中国文化时他认为中国是距离法治最为遥远的一种,因此在中国根本无处可寻像欧洲一样的法学历史。同时,滋贺在谈及中国法学的历史时,他说道:“几乎有点无话可谈的感觉。”<sup>[3]</sup>对于中国古代司法所呈现出来的特征,滋贺秀三提出了中国古代司法为“情理”式的“父母官诉讼”类型的论断,他断言“情理”就是“中国型的正义衡平感觉”。因此,在两位的观点里,中国古代司法裁判过程中始终带有着不可磨灭的“非理性”因素,这也是韦伯所言中国属于“卡迪司法”的主要原因。

前述“理性寻求派”的张伟仁在其《中国传统

的司法和法学》一文中对贺卫方的观点提出了质疑。随后,贺卫方在《中国司法传统的再解释》一文中也对张伟仁的质疑作出了回应,他认为“政府权力的这种单一性,当然给人们一种恐惧,它可能是专横的,恣意的,这种恣意在传统社会里可以说是肯定存在的。”<sup>[4]</sup>与此同时,针对张伟仁的观点,高鸿均在《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生〈中国传统司法和法学〉》一文中,以伊斯兰教的史实回应了张伟仁文章中的历史材料。他引用了伊斯兰教的历史来对张伟仁的某些观点进行反驳,他说伊斯兰教中的“卡迪”不是如张伟仁所言的“当地若干部族里处理族人纠纷的长老”,而是古代伊斯兰教国家的正式法官。<sup>[5]</sup>他认为就中国古代的实际情况而言,“法官超越实在法的具体规定而诉诸‘天理’是完全可能的。”<sup>[6]</sup>而且他认为这种现象在现代仍有一定的表现。周永坤认为像林端与陈景良一样的否定论者把列举实证材料作为证明其观点的方法,并不是韦伯立论的基点。他言道,如果在正确理解了韦伯社会学思想的核心概念——理想类型——及其衍生的卡迪司法真谛的之后,再运用整体的思维来评价中国古代司法,则韦伯命题的成立是无可置疑的。

关于中国古代的刑事司法这一问题,翟志伟认为虽然中国古代刑事司法总体上如林端所说的追求依律裁判且确实有着较为丰富的成文法律规范,但仍存在韦伯所说的卡迪司法迹象。<sup>[7]</sup>在中国传统

[1] 张玲玉:《理性之辩:韦伯论中国传统法的批判性反思》,载《西南政法大学学报》2018年第4期,第3页。

[2] 贺卫方:《法律职业化的难题》,《人民法院报》2001年12月7日,第3版。

[3] [日]滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平编,法律出版社1998年版,第17页,注释2。

[4] 贺卫方:《中国司法传统的再解释》,载《南京大学法律评论》2000年第2期,第201页。

[5] 高鸿钧:《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生〈中国传统司法和法学〉》,载《政法论坛》2006年第5期,第100页。

[6] 同上注,第104页。

[7] 崔志伟:《“卡迪”模式与刑事公正司法的实现》,载《交大法学》2021年第2期,第12页。

法律文化中,“情理”作用于司法审判场域及定罪处刑的各个角度,因此,韦伯将其定性为“实质非理性”是大体合适的,但应实现“情理”作用场域由“全方位”向“单维度”的转换。<sup>[1]</sup>同时,张仁善也明确提出了“性情司法”的概念,<sup>[2]</sup>李勤通也在其论文中提到法律儒家化是中国式“卡迪司法”模式形成的基础。<sup>[3]</sup>

此部分的诸多学者跟随贺卫方均对韦伯的“卡迪司法”论说持有赞同的观点,他们对于中国古代司法中的“实质非理性”的特点深信不疑,并且相当部分学者认为,即使是在今日,中国的司法中仍然存在如韦伯所言的“卡迪司法”的身影。基于上述学者的观点,笔者故将此学派称之为维护韦伯关于中国的古代司法“实质非理性”论说的“实质维护说”。

### (三) 情法衡平说

瞿同祖与前述的纯理论与史料的研究的不同,他从家族和阶级两个角度切入,对传统中国的法律形态和社会形态做了综合性、类型化的分析。<sup>[4]</sup>在其《中国法律与中国社会》一书中,他提出了“法律儒家化”的概念,称所谓法律儒家化表面上为明刑弼教,骨子里则以礼入法,将礼的精神和内容窜入法家所拟定的法律里。而“卡迪司法”论断只是一种理想类型的建构,其目的是彰显西方法律独特的形式理性特征,它不完全符合真实的历史,也很难进行历史检验。<sup>[5]</sup>因此,在其观点里,谈论中国古代司法是否为“卡迪司法”并没有一个确切的答案,至少在此处的讨论中理想模型的构建不是完

全适用的。因此,中国古代的司法风格不是简单地用“卡迪司法”所能概括的。

复旦大学的赖俊楠与瞿同祖的观点具有高度的相似性,其从韦伯的“合理性”和“家产官僚制”的理论出发,批判韦伯理论的支配社会学理论建构出现了体系性的不协调。他认为整个《法律社会学》文本都体现出韦伯将概念和观念置于经验事实之上的倾向,而这也意味着韦伯对社会科学“客观性”的背离。<sup>[6]</sup>在其这种思维的作用下,韦伯刻意自觉或不自觉地忽略了帝制中国“家产官僚制”中官僚制的面向,而刻意放大了其家产制的面向,从而使其笔下的中国法律呈现出一幅“实质非理性”的“卡迪司法”的图景。<sup>[7]</sup>因此其认为韦伯在描写中国古代法律时,不免超脱了中国古代的法律事实,所描绘的“卡迪审判”的模型也多偏向于理想主义,与中国古代的实际法律形态还是有所偏差。

张本顺在充分分析了前人观点之后,他也认为学术界对于中国传统司法的样态、模式与机理存在着较多的误读与偏见。这种误读与偏见主要体现在割裂了“法”与“情理”之间内在的融合关系,误将“法”与“情理”作为截然二元对立之物。没有看到古代语境下“情理”具有客观性、稳定性的一面,特别是没有从“情理法”的整体性、一体化的衡平艺术视角予以理性的解读。<sup>[8]</sup>马小红也认为,就现在的观点以确定性评价中国古代法律本身就是一个历史的错位。<sup>[9]</sup>

赖俊楠和瞿同祖未拘泥于对中国古代司法的是否属于“卡迪司法”的讨论,而是对于韦伯所言的“卡迪司法”一词进行了辨析,其认为“卡迪司法”

[1] 崔志伟:《情理、卡迪司法与实质出罪——刑事裁判与情理间的疏离与缝补》,载舒国滢主编:《法理——法哲学、法学方法论与人工智能》第5卷第1辑,商务印书馆2019年版,第167-176页。

[2] 张仁善:《论传统中国的“性情司法”及其实际效应》,载《法学家》2008年第6期,第22页。

[3] 李勤通:《法律儒家化、卡迪司法与礼法融合的嵌入式规范结构》,载《社会》2021年第2期,第167页。

[4] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆1981年版,第309-375页。

[5] 张玲玉:《韦伯“卡迪司法”论断辨正》,载《环球法律评论》2012年第3期,第141-143页。

[6] 赖俊楠:《马克思·韦伯“法律社会学”之重构:观念论的力量与客观性的界限》,载《中外法学》2014年第1期,第151-152页。

[7] 孙远航:《韦伯的中国法研究反思》,吉林大学2020年硕士学位论文。

[8] 张本顺:《“法意、人情,实为一体”:中国古代“情理法”整体性思维与一体化衡平艺术风格、成因及意义》,载《甘肃政法学院学报》2018年第5期,第10页。

[9] 马小红:《“确定性”与中国古代法》,载《政法论坛》2009年第1期,第14页。

一词并不符合中国的真实历史，并不能用来概括中国古代司法的特征。中山大学的徐忠明也认为韦伯的“理想典型”这种思想图像并非历史实在、甚至根本就不是什么“固有的”实在。<sup>[1]</sup>因此对于中国古代司法是否属于“卡迪司法”的讨论自然也无法得出定论。

三种不同的立场观点，从理论的分析到材料的列举再到方法的讨论，从各个维度对中国古代司法是否属于“卡迪司法”这一论题进行了论断辩证。在“理性寻求说”“实质维护说”与“情法衡平说”三种不同观点的相互博弈之下，他们的论说向我们全面展示了大陆学者对于这一论题的看法。

#### 四、大陆韦伯“卡迪司法”论辩反思

韦伯将中国的传统司法归为“实质非理性”的“卡迪司法”，他认为中国古代的裁判基准不具有理性的特点，毋庸置疑也不具有形式规范。而纵观中国古代法律制度的制定与实施，虽无法达到韦伯所言的“形式”与“理性”结合的完美法治，但是否就可以纳入其言说的“实质非理性”的类型中？介于此疑惑，笔者通过对中国古代司法下的“理性”考量与“形式”论证，最后，回归韦伯所讨论的理性与非理性的原点，来分析诸多学者的观点，并提出自己的看法。

##### （一）基于中国古代司法下的“理性”考量

在众多对韦伯“卡迪司法”说进行讨论的学者中，从理论的分析到史料的列举，到两者的结合，再到以林端为代表的对韦伯“二元对立”方法的批判，都从不同的角度表达了对韦伯“卡迪司法”学说的赞同与反对。而对于中国古代司法中是否存在“理性”的因子这一问题，不同的学派均从不同的角度表达了自己的见解，并通过理论、史料等进行了论证。

##### 1. 理论层面的论证

首先，从理论层面对韦伯学说进行讨论的典型代表为赖俊楠、张仁善、马小红三位，他们都是从理论的层面对中国古代的法律进行分析。从理论层面出发进行讨论，虽然理论之间的对话可以较为细致地阐述观点，但问题意识不够，未能真正的指向韦伯理论中中国命题的实质层面。纯理论的研究可能会导致一种流行的“东方主义”或者对“欧洲中

心主义”批判，可能会屏蔽掉韦伯理论中真正具有洞察力的部分。赖俊楠就认为韦伯刻意自觉或不自觉地忽略了帝制中国“家产官僚制”中官僚制的面向，刻意放大其家产制的面向，从而使其笔下的中国法律呈现出一幅“实质非理性”的“卡迪司法”的图景。而对于韦伯所论中国传统法律文化的特征，苏国勋也认为其带有那时期西方学者普遍具有“欧洲中心论”，马剑银也排斥“欧洲中心论”。基于对当代的中国语境的考察下，我们需要从自身的社会情境出发，建构自己的社会理论，而不是一味地用韦伯的理论进行替代，我们也可以发展自己的理论，寻找适合中国实际情况的模式对中国古代的司法进行研究，而不是一味地套用他人在基于经验事实理论的基础上进行附和与批驳。

##### 2. 史料层面的分析

这一典型代表为日本学者滋贺秀三、瞿同祖、张本顺、赵鼎、陈景良几位，他们分别都采用了借助了史料的方式，列举中国历史上依法断案的例子来对韦伯关于中国古代属于“卡迪司法”这一论断进行反驳，这一方法虽然在事例上很生动，但未能穷尽式的列举不免会导致个案陈述的片面性与刻板。无论是“卡迪司法”，还是“父母官诉讼”，其最核心的意涵不过就是说中国传统司法缺乏欧洲近代司法中所具有的确定性、可预见性以及形式合理性。<sup>[2]</sup>因此，学者们过度用法律史的方法检验韦伯的结论，误解了韦伯原本法律社会学方法的宗旨。且在不同的历史时期，中国古代所呈现的特点也是复杂多样的，用某一时期的某一案例或某一典型代表人物来反驳或赞成韦伯所言的“卡迪司法”，必定会引来诸多争议。

##### 3. 经验+理论的层面的综合

这一方法的典型代表为黄宗智、林端、张伟仁几位，与前两种反对者使用方法的相比较，他们在上述两者的经验基础之上，采用了经验+理论的深层的探析，对于中国的审判到底是不是像所罗门王的审判一样，重视的是法律外伦理道德的智慧与公

[1] 徐忠明：《清代中国司法类型的再思与重构——以韦伯“卡迪司法”为进路》，载《政法论坛》2019年第2期，第51页。

[2] 陈刚：《韦伯比较社会学之“中国法”问题反思》，载《长江论坛》2008年第5期，第64-67页。



道,考虑当事人具体的个人状况与社会关系,而不是概括的、形式的法条来判案的观点进行了论证。林端在其书中也谈论到他认为应该把韦伯的“形式理性”的核心意义与其连带意义分别开来。清代的法律在恒常性和可预期性的意义上显然是理性的,但在形式主义的意义上,它在实用的意义上也是理性的。紧接着又采用了清代的案例对他的观点进行了论证,提出了清代的法律虽经由皇帝修订,但是经过历代皇帝的积累,这种条文本身就成为对任何帝王个人专断独行的强有力的制衡。<sup>[1]</sup>这一方法的使用使得在说理的基础之上加以例证,使得观点的可接受度更高,就目前来讲他们采用此方法论证的观点也一度受到大家的支持与认可,同时这一方法也是现今学者分析问题的首选。

#### 4. “二元对立”方法的反思

林端在《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的研究》一书用长达一整章的内容对韦伯的比较法律社会学方法进行了全面的批判,其写到:“韦伯这种‘非此即彼’的理念建构,把西方文化里长久以来的二元对立的思考方式,发挥得淋漓尽致。”因此,他在看待韦伯对比西方现代法律与中国传统法律与对比类型之间的二元对立,他认为韦伯始终停留在“一阶观察”的层次上。除此之外,李强从方法论出发,对韦伯的整体社会理论进行批判。他认为,由于韦伯不愿意作出任何价值判断,所以他在对社会行动的主观意义进行阐释性解释时,刻意回避探寻行动者本人根据自己的价值观念赋予其行为之上的主观真实意义,在实质上采取了一种外部观察者立场。<sup>[2]</sup>同时林端也在其书中写道,韦伯以专断的卡地法为一端,而以理性的现代西方法律为另一端的二分法,对现今仍有很大的影响,但是这种二分法,很容易使得研究者们为了反对某一端,而走到该理论架构的另一端。<sup>[3]</sup>就例如前述许多的研究者们为了反驳韦伯的“卡迪司法”论,而去证明中国古代司法也是有像现代西方一样的“形式理性”法律的存在。然而,这样的方法使得所有东西都被二分开来看待,不是正就是负;不是形式的就是实质的;不是理性的就是不理性的<sup>[4]</sup>(诚如韦伯论中国古代司法为“卡迪司法”是实质非理性的司法一样);不是可预计的就是不可预计的;不是国法的就是人情的……这样的方法显然排除了第三种的可能性,也排除了包括正反双方统一的可能

性,严重局限了对中国传统社会的法律与司法审判的正确理解。在林端的《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》一书中,他认为黄宗智“简单地把韦伯的两组概念混为一组,将形式主义与理性主义看作是一个概念,实体法就等同于非理性”的“实体理性”的观点是对韦伯“卡迪司法”的误解。同时黄宗智还提及到了第三领域的概念,即认为在“官方审判”与“非正式调解”相互作用的过程中还存在一个中间领域,对案件的解决也起着很大的作用。林端认为黄宗智的观点突破了韦伯二元对立的问题意识与研究方法,对我们分析韦伯具有很大的启发意义。

## (二) 基于中国古代司法下的“形式”论证

### 1. 中央集权制下的形式立法

中国古代的法律主要采用的是“诸法合体,刑民不分,礼法结合,实体法与程序法融为一体”的立法形式,在刑事法律作为主线的脉络下杂糅着民事法律、实体与程序法律。就程序法而言,主要还是表现为以皇权政治为中心、法制相辅助的特点,法制的主要目的是为巩固天子(统治阶级)的权利。在法律的制定方面,古人均持有“君子者,法之原也”的思想,因此,中国古代没有像中国现代一样的专门的立法机关,“皇权大过天”的思想使得在古代人民的认知里,皇权是大于立法权的,立法权只是天子为彰显其权力以及巩固其统治的衍生之物。

纵观中国古代的立法程序主要可以分为以下几个步骤:一是君主直接宣布除旧律、立新律;二是由皇帝制定立法小组,该小组一般均由精通律法文史的大臣组成,最后由皇帝决定通过;三是立法人员参酌古今,制成新的法律草案;四是由皇帝直接颁布草案或者由皇帝组织集议作出通过或修改的决

[1] [美] 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第182页。

[2] 李强:《马克思·韦伯法律社会学中的方法论问题》,载《法制与社会发展》2007年第1期,第73-81页。

[3] [美] 黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社2007年版,第133页。

[4] 林端:《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社2014年版,导论部分第15页。



定；五是皇帝御批敕令天下施行。<sup>[1]</sup>在这种程序之下所制定的法律，首先反映的是皇帝的意志，维护的是皇权及统治阶级的利益，赋予贵族官僚以各种特权。中国是一个传统的宗法伦理社会，人们之间存在着浓厚的君臣之分、长幼之分、夫妻之分、嫡庶之分……身份的不同决定了等级的高低、需要履职的义务和享有的权利的多少，宋代朱熹在论述《断狱》时说到：“凡有狱讼，必先论其尊卑上下、长幼亲疏之分，而后听其曲直之辞。”在这种严格的等级制度之下，传统的程序法也始终贯彻了不同的等级、身份的人在适用法律上的不平等。在控告制度上，“亲亲得相首隐”在案件审理上皇帝是国家最高司法官员，其独立审理案件，几乎没有制约因素且皇帝“金口玉言”案件裁判结果多为一裁终局，而公开审判还是秘密审判也全凭审判人员决定。

### 2. 中国古代法律执行的基本模式

中国古代程序法律的特点，首先表现为明显的职权主义，在法官审理整个案件的过程中均由法官主导。其次宗法统治皇权至上，皇帝毫无疑问地成为中国古代最高一级的法官，重大案件的审理、死刑复核等均由皇帝来做出裁决。再者，中国古代程序法治观念淡薄，这与古代没有具体的程序法有关，古代的法律制定均为“诸法合体，刑民不分，礼法结合，实体法与程序法融为一体”的形式，因此无可避免地会导致对实体法的重视对程序法的忽视。另外中国古代的有关程序的法律在法官的具体职责方面具有程序明确、权责明晰的特点，在古代的法律中，许多的程序性规定都明确说明了官员的程序责任。除此之外，还对司法运行过程中的具体程序做了专门规定，如《唐律疏议》一书在《断狱律》中大量记载了关于审讯、判决、执行和监狱管理等程序性规定。另外，在证据方面，古代存在“支持口供、允许刑讯逼供”等证据性规则来获取证人证言，以便法官对案件事实的认定。

### （三）回归原点：统合考量下的三种“理性”

大陆学者运用上述方法各自表达了自己的观点，但是值得商榷的是，无论多么精彩绝伦的讨论与观点，上述均未曾离开过韦伯所设定的四种“理想类型”的范畴，总是在预设的范围里以此驳彼。因此，笔者认为对于韦伯关于中国“卡迪司法”的论断辩证，我们不妨跳出韦伯预设的模型范式，从

最初的设想基准开始进行反思：韦伯的“理性”与“形式”“实质”与“非理性”的说法对于中国古代的司法情况来讲究竟能否适用？

#### 1. 关乎法律有效性：一种实质的理性

在当今的法律体系中，韦伯关注更多的是法律的“合理性”（换句话说韦伯的论述中形式的理性与形式的合理性可以混为一谈）。因此，其所言的“合理性”与著名哲学家黑格尔所言的“现实性统一的合乎规律性”的“合理性”明显不同<sup>[2]</sup>。而在中国古代的法律体系中，对于法律制定者或裁判者而言，什么才是有效的法律规则？对于这一问题的讨论，许多学者认为，法律是由立法机构创造出来的一系列规范，所以法律更多表达的是“应然状态”，而非现实生活中的“实然状态”。同时，也有人认为，在法学的基本理论中，法律效力，可分为规范维度与经验维度。<sup>[3]</sup>但笔者以为，法律的这种有效性（或说是实质的理性）与历史时期的法律思想形式紧密相连，即逻辑形式理性。法律的修改与制定都是与社会现实情况紧密相联系的，不是孤立的、自然的产物。因此，在一定历史条件下所产生的法律，合乎正当程序制定并予以实施，都应该具有当时代的法律有效性。而我国的历史进程中，几乎从未出现过无法律的情况，即理性因素一直存在于中国古代法制中。

#### 2. 关乎社会认同感：一种事实上的理性

关于法律上认定的事实与真实的事实之间的问题，答案几乎已经明晰。法律只能无限接近事实，而无法还原事实，这就意味着法律事实和现实的事实之间必然存在着一定的偏差。以西汉黄霸察情公正断子为例：“前汉时，颍川有富室，兄弟同居，其妇俱怀妊。长妇胎伤，匿之，弟妇生男，夺为己子。论争三年不休。郡守黄霸使人抱儿于庭中，乃令娣姒竞取之。既而长妇持之甚猛，弟妇恐有所伤，情极凄怆。霸乃叱长妇曰：‘汝贪家财，固欲得儿，宁虑或有所’

[1] 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1999年版，第285页。

[2] [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆2017年版，第251-258页。

[3] 赵英男：《规范与经验：韦伯法社会学方法论的基本特征》，载鲁楠主编：《清华法治论衡》第27辑，清华大学出版社2020年版，第76页。

伤乎!此事审矣。即还弟妇儿。’长妇乃服罪。”<sup>[1]</sup>此案的解决虽在程序上存在一定的瑕疵,由于古代医疗条件的限制,无法通过现代的方式对孩子的亲人进行验证,但是郡守通过运用母亲疼爱孩儿恐孩子受伤的心理,判定出孩子的母亲为何人,此案虽未看见明显的调查程序,也欠缺翔实的证据证实,如若严格遵循法律程序的规定,此案只能不了了之,无法识别,无法判定。而县官这样的处理方式虽欠缺韦伯所言的法律上的“理性”,但是此案的裁决方式及结果应当是当时最“公正”的裁决,体现了与法律事实认定的理性不同的现实的理性。

### 3. 关乎意识的指示性:一种道德主义的理性

法律和道德都是人类社会特定经济关系的产物,法律属于社会制度范畴;道德属于意识形态范畴。在韦伯的法律社会学观点里,道德是“非理性”的因素之一;而法律却是理性的必要因素之一。这一观点显然割裂了法律与道德之间的密切的联系,两者在维护社会秩序中都发挥着重要作用,它们相辅相成,互为补充,相互渗透。从法律的最初制定与不断的修改过程中我们也不难看到道德的身影。因此,笔者认为,在理性的范畴下,“法律”与“道德”都应该被纳入其中,是法律的也是道德的理性。

从上述关于“理性”的分析,笔者认为,一旦我们开始尝试跳出韦伯预设的模型范式,单就对于中国古代司法“非理性”的概括就很难形成共识。康德指出,法治国的建立并不假定及成员为好人或天使,即使是一群魔鬼,只要有保存自己的理性,必然会在一起要求普遍的法律,建立起一个普遍法制的社会。<sup>[2]</sup>因此,对于韦伯“中国古代属于卡迪司法”的观点,基于中西文化的差异性,我们不妨从最初的设想基准开始进行反思:该概念是否适用于中国的实际?同时,对于前述学者关于韦伯的“中国属于卡迪司法”的讨论都是将中国古代司法看做一个整体,未考虑到中国古代“重刑法轻民法”“实体与程序相分离”的特点,而厘清关于中国古代司法对程序与实体的运用程度,再次思考韦伯所言的“卡迪司法”又会有新的启发。因此,以中国古代程序与实体为线,笔者拟以下篇幅提出自己的观点。

## 五、“卡迪司法”再探讨:以程序与实体展开

通过上述对已有的关于韦伯“卡迪司法”观

点的总结与反思,并结合我国古代司法的特征,针对韦伯所言的“卡迪司法”“实质”与“非理性”的两个特征再度进行分析讨论,笔者认为,中国古代司法在并不能一概而论地说它是/不是“卡迪司法”,而是要在程序与实体规则的考量下分门别类地进行讨论。借此,笔者将此类方法称为“程序实体分离说”。

### (一)“卡迪司法”:程序实体分离说

在韦伯的观点里那种就事论事,完全不考虑规则以及依据规则的判决的不确定性的司法就是“卡迪司法”(见表2),而中国古代司法正是论证其“卡迪司法”说的一个很好的例证。但笔者认为,在判定中国古代是不是“卡迪司法”的应从“规则”二字入手。根据现代汉语词典第七版的解释“规则”指的是“规定出来供大家共同遵守的制度或章程。”<sup>[3]</sup>在法律解释的过程中,法律中的“规则”二字蕴含的内容应当包括:程序性规则与实体性规则两类。讨论中国古代是不是“卡迪司法”就应当讨论中国古代执法过程是否遵循了程序性规则与实体性规则。按照中国古代法官是否遵守程序法与实体法进行分类,大致可以分为以下四种:

表2 程序实体与“卡迪司法”

类型	程序	实体	是否属于“卡迪司法”
1	遵守	遵守	不属于
2	遵守	不遵守	不属于
3	不遵守	遵守	不属于
4	不遵守	不遵守	属于

从以上四种分类可以看出,属于纯粹的“卡迪司法”的情形应当是上表第4类。也就是说,只有在法官裁判案件时均不遵守程序与法律而肆意裁判的情况下才称得上韦伯所言的“卡迪司法”。换言之,只要中国古代法官在裁判过程中遵守了程序性规则或实体性规则任一,其都不应该归属到韦伯所言的“卡迪司法”一列中去。

[1] 引自《折狱龟鉴》卷六。

[2] 转引自陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社2013年版,第226页。

[3] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》(第七版),商务印书馆2016年版,第491页。

## （二）程序与实体数据分析

### 1. 实体与程序的权重

关于法官在审理案件时所遵守的程序与实体的权重问题，通过上表的分类，大致也可以分为以下四类：

#### （1）1：1（实体与程序并重）<sup>〔1〕</sup>

此种情况即为理性的、现代性的模式，法官在审理案件的过程中选择了程序与实体并重，这种行为模式也是现今法制所提倡的法律模式，即既不偏爱实体也不罔顾程序。而这种模式无疑可以作为韦伯所言的“形式非理性”一种典型体现。

#### （2）2：1（实体大于程序）

这种情况为典型的重实体轻程序，即在审判的过程当中将遵守实体性规则放在第一位，将程序性规则放在第二位，这种情况与中国现今的法制发展有所类似，虽然在建设法治国家的大背景下提倡实体与程序并重，但在实务操作的过程中难免会导致对程序的忽视，进而造成重实体轻程序的局面。

#### （3）1：0（有实体无程序）

这种情况是上述重实体轻程序的极端化，体现在法官审理案件的过程中只关注实体，而毫不论及程序。这种情况在中国古代的法制进程中也有所体现，例如在中国古代制定的众多法律的条文中，对实体的关注度更高，数量也最多，而对程序的相关法条则少之又少，且程序性规定与实体性规定很多情况下都融为一体难以分辨。

#### （4）0：1（有程序无实体）

此种情况多为上述关于“卡迪司法”的诸多论辩者所引用的观点，他们认为无论法官在审理案件时是否遵守了程序的相关规定，只要其超出了实体法中的规定而诉诸“法外标准”所做出裁决的情况下则都属于“卡迪司法”，完全未提及有关程序的遵守等相关问题。因此在中国古代司法是否属于“卡迪司法”的论辩中，论辩者们将中国古代法官是否遵守实体性规则作为是否为“卡迪司法”的判断依据，而笔者认为应从程序与实体两方面进行讨论。

### 2. 累加下的经济总和

通过上述程序与实体的权重分析，为使说理更加充分，于是笔者拟通过累加下的经济总和来进一步探讨中国古代司法是否属于“卡迪司法”这一问题。

#### （1）0-非理性

在相加情况为0的情况下，即法官在审理案件

的过程中既不遵守实体也不遵守程序，此种毫无疑问可以作为韦伯所言的“非理性”司法的例子。中国古代实行中央集权制，县官是皇帝代理人和地方百姓的父母官，他像皇帝一样，在地方上行使着绝对和不可分割的权力。在处理民事纠纷时，他更明显地可以专断独行。<sup>〔2〕</sup>因此，若中国古代裁决者在审理案件的过程中一直是任意裁判，不顾现实规则，也无畏情理诉求，仅凭个人意愿一意而为之，只在乎名利与钱财，而不顾百姓疾苦，在此种情况下定义中国古代司法属于“卡迪司法”是无可置疑的。但在中国古代司法虽存在上述情况，但更多的则是以下的两种情况。

#### （2）2/3-理性

累加相加得2或者3的情况下，只有在程序与实体均大于等于1的情况下才会出现累加大于等于2的结果，在这一层面而言，法官对程序与实体是均有遵守的，只是所占据的比例不同，要么是程序与实体并重，要么对实体的重视程度大于程序。但无论从哪一层面来说，在累加大于等于2的情况下，所呈现出来的均不是非理性的“卡迪司法”。纵观中国古代许多裁判名官，如西汉的赵广汉、唐朝的狄仁杰、宋朝张释之、寇准等都是不畏强权秉公执法的官员，其在中国古代法律史中扮演着不可磨灭的角色，也是可以用以反驳韦伯及贺卫方等人所言中国古代司法是根据裁判官员任意裁判的“卡迪司法”一个很好的例证。即在古代裁判案件的过程中，即使在程序上存在瑕疵，其也可以达到结果公正；反之，如果是程序的比重大于实体，就程序对实体正义的促进作用来讲，其结果也不可能是违反正义的，即不可能是韦伯所言的“卡迪司法”。

〔1〕该赋值的权重为作者对于实体与程序两者在裁判中所考量的轻重关系进行的赋值，只是为使说理更加的清晰明确，并不表示该赋值的大小与比例均遵从1：1对等，或2：1的两倍关系。即在考虑程序与实体两因素时：忽略该因素，赋值为0；考虑该因素时赋值为1；该因素的考虑比重大于一般情况下赋值为2。下文累加下的经济总和考量因素也参照于此。

〔2〕〔美〕黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第130页。



### (3) 1- 理性还是非理性

#### 1. 程序 0, 实体 1: 重实体轻程序

在韦伯以及诸多的学者讨论的过程中大多只注意到了实体性的规则, 对程序性的规则很少提及。他们将法官是否遵守实体性规则作为判断中国古代司法是否为“卡迪司法”的标准。

纵观我国古代法律的发展史, 我国封建社会最早的一部初具体系的法典为战国时期李悝所著的《法经》, 《法经》的体例主要涉及《盗法》《贼法》《囚法》《捕法》《杂法》《具法》六篇。到了秦代出现了以韩非子、李斯为代表的法治理论, 其中成文化的法律历史资料当属云梦秦简<sup>[1]</sup>, 其中包括的《秦律十八种》《效律》《秦律杂抄》《法律答问》等内容。汉承秦制, 董仲舒提出“罢黜百家、独尊儒术”的思想, 在此一基础上形成了一种“以儒为主、儒法合流”的特色思想。其后在三国两晋南北朝时期有《魏律》《晋律》《北魏律》《北齐律》。而到了唐朝可谓是中国古代法制发展的成熟期, 它标志着中国法系的形成, “以礼入法”“德刑并用”的思想贯穿整个立法过程, 其中《唐律》对后世宋朝的《宋刑统》、明朝的《大明律》乃至清朝的《大清律》的立法都产生了巨大的影响。在东汉时期, 光武帝的姐姐湖阳公主的家奴仗势杀人, 躲在湖阳公主府内逍遥法外, 而官兵又不敢强冲进府内抓人。等到湖阳公主外出, 此家奴陪乘, 董宣守在夏门亭等候, 待公主与家奴到达, 当着公主的面, 直接处死该家奴。<sup>[2]</sup>该案件虽未经法定审判程序定罪, 但根据汉朝的律法, 将故意杀人者判处死刑, 该案的结果在实体上是严格地遵守了该朝代律法的规定。而此种情况在我国古代常有发生, 但能说这个结果是非理性的结果吗? 是裁判者任意裁判的结果吗?

通过上述梳理我国古代实在法的发展史便不难看出, 从战国时期起几乎没有一个朝代出现过无法律的情况, 法律订立的意义就是遵守与实施, 若历朝历代都处于百姓不遵守法律, 法官断案也不援引法律的情况, 那法律颁布的意义何在? 若是这样那么历朝历代仍旧乐此不疲地颁布法律的动机何在? 理想的法治国家与实际的国家现状存在一定的偏差是无可置疑的, 但也不能因为部分偏差就笃定该时代的国家为理想的对立面的非法治的国家。因此, 在中国古代法官审理案件的过程中不免存在超出法

律规定, 而诉诸“情感”“宗教”“伦理”的情况, 但这种情况在提倡“依法治国”的现代社会里也不乏存在。因此, 完全诉诸法律, 不论现实的“情感”“伦理”“宗教”等等因素而去“机械化理性”地审理案件在法律实践中是举步维艰的, 法官也是有情感和生命的, 因此在情感经验的基础上再援引法律的审判才是有价值的、理性的审判。

#### 2. 程序 1, 实体 0: 程序对实体公正的积极作用

中国古代对程序的忽视, 这与我们现代“重实体, 轻程序”的现实情况不谋而合。回溯既往对于诉讼程序与实体正义二者关系的研究, 有学者提出“实体公正本位观”, 这一观点完全忽视了程序正义本身的价值要求, 而另一“程序公正本位观”则割裂了程序与实体两者之间的关系, 这两种观点在现实生活中饱受争议, 而最终“实体正义、程序正义并重观”的观点受到了广大法学家的认可。

首先, 就“程序正义”与“实体正义”两者关系而言, 实体正义是程序正义的目标, 程序正义是实体正义的保障。程序正义具有确保实体公平的工具价值, 如果裁判过程仅依靠实体法的适用, 则容易导致裁判结果的不确定性, 所以在实现了程序正义的基础之上可以更好地保证实体正义, 从而实现司法公正。其次, 从实体法与程序法制定的目的而言, 程序法制定的目标之一就是填补实体法的缺陷, 实现从侦查起诉到判决执行过程的中立性与公正性, 因此在整个诉讼的过程中司法公正需要程序与实体共同作用才能得以实现。实体不可以罔顾, 程序也不可以缺席。而纵观古代关于诉讼程序规定, 例如: 诉讼必须逐级告状, 一般不许越级告状, 但在有重大冤情被压制无法申诉时, 可以向皇帝直接告状, 但经常要冒承担冲撞皇帝被杖责的危险。为了防止乖戾之徒诬告别人, 在告状时, 诉状上要写明事实, 不许说自己不能确定的事。同时, 如果写匿名信告别人的状, 要被流放两千里。对于民事诉讼一般是要在基层根据伦理道德进行调解, 调解不成可以到官府告状, 不经过调解私自到官府的, 要被处罚, 并被视为刁民。在清代关于起诉的程序

[1] 云梦秦简为 1975 年在湖北云梦城关睡虎地十一号秦墓中发掘的记载秦法律令的竹简。

[2] 《后汉书·董宣传》。

已经有详细的规定，黄宗智在通过对清代史实材料的考察之上得出，在起诉的最初阶段，需要提交格式正确的状纸，知县根据状纸所述决定受理或拒绝受理，然后发出传票；到了中间阶段，被告可以呈词抗辩，县令会传令双方到庭，在传案前相互对质；最后一个阶段就是涉诉双方前赴县衙接受知县堂审，最后由知县当场作出判决。<sup>[1]</sup>而实际上，在法官遵守程序性规则做出裁决的过程中，也在一定程度上促进了案件审理结果的公平正义。

综上所述，从数据分析的角度来看，只有在累加总和为“0”的情况下，即法官均不遵守实体与程序的情况之下，才构成韦伯所言的“非理性”的“卡迪司法”，在其余情况下无论是相加为“1”还是“2”或者“3”其都对司法公正具有一定的促进作用，因此，都不应被归结为“卡迪司法”一列中去。我们现今从古代的程序与实体去看，固然都存在一定的缺陷与不足，但也并不是就韦伯所言完全依靠“天理、人情”的“非理性的卡迪司法”，中国的古代司法在不断发展完善的过程，也恰恰说明了中国古代司法具有“理性”的一面。

## 六、结论

在韦伯的鸿篇巨制中，其对法律、经济、宗教文化之间复杂难辨关系的敏锐洞察力与独到的见解总是让我们不由自主地注意到他做出的每一个结论。尤其是持续讨论了多年的中国古代司法是不是“卡迪司法”的问题，如今仍未形成统一的观点。在笔者所概括的学界对这一问题的讨论中，“理性寻求说”的研究者们致力于寻求中国古代司法中的“理性”因子，以反驳韦伯所言的“非理性”的论断。“实质维护说”中的相关学者们援引了大量中国古代裁决者“非理性”任意裁判的案例，并通过与“理性寻求派”学者的论辩，极力维护韦伯所言的中国古代司法“实质非理性”的特征。而介于这

两种学派之间的“情法衡平说”则提出了中国古代其实是“情”与“法”相互作用、相互影响的司法。从上述的分析来看，他们无论是赞同或是反对韦伯的“卡迪司法”说，其分析皆未曾踏出过韦伯关于人类法律的四种“理想分类”；同时，这三种典型的观点也未曾走出如今普遍的关于是非问题的讨论范式。因此，他们极有可能存在“分析不清、说理不明、欧洲中心主义”的可能性。另外，在讲究中国传统法律与司法审判的问题时，我们必须超越二元对立的非此即彼的问题意识与研究方法，这样才能够掌握中国传统法律与司法制度且此且彼的特性。<sup>[2]</sup>才能够精确探寻出中国古代司法所呈现的真实特性。

而对于中国古代司法所展现出来的究竟是不是“卡迪司法”这一问题的讨论，笔者认为，要厘清中国古代司法是不是“卡迪司法”，应该从中国古代司法最本质的特征与其演进的规律来综合分析。因此，本文从中国古代程序与实体相分离的角度进行分析，得出中国古代在实体法的订立与内容上可能存在与韦伯所言的“理性法律”有偏差甚至完全相背离的部分，但却不能凭此“一揽子式”地概括它均为“非理性”的结论；而在程序上，中国古代司法的程序与“理性法律”的司法程序必然是不尽相同的，但在任何历史时期，中国古代都遵循着一套规定完备的程序从事着诉讼活动，只是或许有碍“天理人情”“皇权至上”等思想的影响，法官超出法律规定裁判或由皇帝个人决断也是常有的事情，且中国古代司法本就具有行政与司法合一的特点，与现今的法治水平相比还是大有差距的，我们以现今的眼光去审视过去的制度无可厚非，但以现今的标准去评价过去的制度也不免太过于苛刻。中国古代法律制度固有它不完善的一面，但纵观现今的法律也无不是基于普世的道德、礼法的观念而逐步形成，而我们能说其是任意的、非理性的吗？我想并非如此。

[1][美]黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第138-146页。

[2]林端：《韦伯论中国传统法律：韦伯比较社会学的批判》，中国政法大学出版社2014年版，导论部分第16页。