·司法文化·执法文化·

“用法恒得法外意”①

——魏晋玄学所追求的司法、执法境界

霍存福*

摘　要:“陶公虽用法,而恒得法外意”,东晋谢安概括陶侃行事的这句话语,后被略加改造成“用法而得法外意”、“用法贵得法外意”、“行法当得法外意”、“用法宜得法外意”,由原初的司法、执法领域,推而广之应用于佛教原理说解、篆刻与作画等艺术创造、诗词创作、医药学及临床疗治甚至京剧艺术表演等方面,追求“法外意”因此而获得了普遍意义,成为通用于所有存在规则运用的场合,且具有中国哲学意味的典型句式。由司法、执法扩展开来的既“能不守法”、“亦不离法”的以“至法无法”的境界追求,与老庄旨趣相近,显示了其玄学来源之一的道家背景。“用法而得法外意”哲学内涵及思想渊源,来源于道家关于“法”与“道”、“法”与“言”的关系这两个哲学问题。从“道”、“法”关系看对“法外意”的追求,在终极原因上,是由于法律规范的规约对象或事项的有限性;从“言意之辨”看“法外意”,又与法律语言、法律文本表达的有限性相关。“用法恒得法外意”是一种玄妙的境界。中国人由此找到了“法”的辩证,是一种对“法”的理解的极致。

关键词:用法;法外意;魏晋玄学;陶侃;谢安;司法;执法

目　　次

一、陶侃“用法恒得法外意”之本事
（一）行政措置的通权达变
（二）执法、司法的宽严有别
（三）“能吏”的发奸擿伏如神
（四）诛除不轨、问罪衅由的原则性
（五）用兵策略与兵法运用
（六）远虑与激赏
（七）“通儒”式的待人接物与人物品藻

①基金项目:本文是国家社会科学基金重点项目“传统中国的情理法研究”(10AFX004)的阶段性成果。

* 作者简介:霍存福,沈阳师范大学特聘教授、法律文化研究中心主任、吉林大学博士生导师。

（八）开脱旧交，报答恩人
二、“用法恒得法外意”在后世之传流播布
（一）“用法恒得法外意”频被提及的情况
（二）能“得法外意”被用作官员评价的场合
（三）官员行事主动追求“法外意”之实例
（四）对法度之“法外意”的理解和解释
三、“用法恒得法外意”被普遍借用的情形
（一）佛理之“得法外意”
（二）篆刻之“妙得法外意”
（三）诗文创作之“贵得法外意”
（四）画作之“用法而得法外意”
（五）医学之“当思法外意”
四、谢安“用法恒得法外意”之法哲学意味
（一）谢安其人其事
（二）“法外意”的道家哲理：道与法
（三）“法外意”与“言意之辨”：语言、文字表达的有限性

“陶公虽用法，而恒得法外意”，东晋谢安概括陶侃行事的这句话语，后被略加改造成“用法而得法外意”、“用法贵得法外意”、“行法当得法外意”、“用法宜得法外意”，由原初的司法、执法领域，推而广之应用于佛教原理说解、篆刻与作画等艺术创造、诗词创作、医药学及临床疗治等方面，追求“法外意”因此而获得了普遍性意义，成为通用于所有存在规则运用的场合，且具有中国哲学意味的典型句式。[①] 这一精练而深刻的概括，也成了一个没有固定使用场域的格言。而在司法及执法领域，“用法恒得法外意”，在后世也频繁地表现，赞赏及效仿者不绝如缕。尽管后世再无玄学盛行的大环境。

对于这样一个饶有意味的话题，目前学术界还没有真正讨论过。因此，从行事者、评价者以及仿效者等角度，追寻一下原委，探讨一下影响，还是有重要意义的。它会向我们展示中国法律哲学的不应被忽略的一面，及司法、执法的一种特别的样态。

一、陶侃“用法恒得法外意”之本事

“用法”或“行法”而得“法外意”，似乎是个悖论。“用法”或“行法”原指司法、执法，本应依法而断。因为，法律的本意是“法之意”或“法内意”，它才应该是司法、执法追求的极则；而寻求“法外意”，即法律规范或法律文本并不显见，甚至未必包含的含义或意义，有脱离、抛开法律之嫌。但在中国古代，这却被视为一种聪敏的、高妙的、卓越的追求。

《晋书·陶侃传》载：“尚书梅陶与亲人曹识书曰：‘陶公机神明鉴似魏武，忠顺勤劳

①凡事必有规则，故“法外意”可用于一切有规则的事物。举凡佛、篆、画、诗、医药、戏剧均如此。

似孔明,陆抗诸人不能及也。’谢安每言:‘陶公虽用法,而恒得法外意。’其为世所重如此。”这是当时人对陶侃的两个重要评价。前一个是将陶侃与曹操、诸葛亮进行比较,以为他兼有曹操的“机神明鉴”、诸葛亮的“忠顺勤劳”等优秀品质;后一个是说陶侃在司法或执法中,虽然用法,但经常能实现法律文本之外的用意。来自谢安的这后一个评价,颇有玄学味道。谢安是清谈家,但陶侃不是。

陶侃不是清谈家,所以他的“用法恒得法外意”,不是出自玄学的清谈。陶侃反对清谈,他曾说:“《老》、《庄》浮华,非先王之法言,不可行也。君子当正其衣冠,摄其威仪,何有乱头养望、自谓宏达邪!”可见,他对魏晋玄学是颇有微词的。为此,他做事“勤于吏职”,“罔有遗漏”,凡“远近书疏,莫不手答,笔翰如流,未尝壅滞;引接疏远,门无停客”,表现出与当时清虚养望者的绝大区别。① 他先后做过县吏、郡督邮,以军功累迁江夏太守、武昌太守,荆州、广州、江州、湘州刺史,侍中、太尉,都督荆、雍、梁、益、交、广、宁、江八州军事,重实际而戒浮华,甚有时誉。

那么,陶侃在哪些事情上“用法而恒得法外意”?根据《晋书·陶侃传》、《世说新语》及《资治通鉴》所述陶侃事迹,谢安所概括的是手握雄权时的陶侃,其青年时期的事迹可以排除。这些事迹反映,陶侃是个多面的人,既“机神明鉴”,也“忠顺勤劳”,更重要的是,他是个集“能吏”、“通儒”于一身的人。

(一)行政措置的通权达变

《晋书·陶侃传》载:陈敏叛乱,陶侃为江夏太守。陈敏派遣其弟陈恢,来寇武昌,陶侃出兵御之。当时陶侃的措置之一是:

> (陶)侃乃以运船为战舰,或言不可。侃曰:“用官物讨官贼,但须列上有本末耳。”

“以运船为战舰”,这当然是用途的变通,是灵活性。部下提出否定意见,担心出问题。因为运船虽属官置,但运物、运人,仍系民用;战舰运兵、上阵,则为军用。而且,作为战舰使用,可能会有个战斗中的损失问题。但陶侃说“用官物讨官贼”,并没有越出“官用”范畴;唯一需要的是,向朝廷报告征用的来历以及具体使用情形,当然也包括损失情况。这种措置,自然是合理的。

史称陶侃“明悟善决断”,当与他类似的通变有关。

(二)执法、司法的宽严有别

《晋书·陶侃传》记载两件鞭笞事,属于陶侃执法或司法范畴的事务。

陶侃对部下的总体态度,是严于约束:

> 诸参佐或以谈、戏废事者,乃命取其酒器、蒱博之具,悉投之于江;吏将则加鞭扑。曰:“樗蒱者,牧猪奴戏耳!”

对参与清谈、游戏而使职务有所废阙的高级僚佐,他一律将其助谈的酒器及赌博工具投之于江;如果是吏胥、将领有犯,则直接加以鞭扑之刑。上下有别,宽严有差,使上

①陶侃与卞壸、应詹、何充、庾翼等行事略同。参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第396~402页。另外,对清谈提出批评的人,先后有陶侃、应詹、卞壸、江惇及王羲之、桓温等人。

知耻,而下有诫,这是他在该事上秉承儒家“礼义以治君子,刑罚加于小人”礼治原则的表现。

对普通百姓,陶侃注重执法的示范效应和象征意义,这也是当时大吏的普遍做法:

> 尝出游,见人持一把未熟稻,(陶)侃问:“用此何为?”人云:“行道所见,聊取之耳。”(陶)侃大怒曰:“汝既不田,而戏贼人稻!”执而鞭之。

或许对该人而言,多少有点冤。因为只以手持一把未熟的稻子,就推测该人“戏贼人稻”,未确定究竟是路上“拾”取,还是田中“拔”取,有不察之嫌。但陶侃要的是象征意义,颇类曹操的割发示罚之类的智慧。这对造成“是以百姓勤于农殖,家给人足”,以及“数千里中,路不拾遗”[①]的盛况,可能有示范意义。

(三)“能吏”的发奸擿伏如神

《晋书·陶侃传》记载一件识盗事,反映陶侃“明毅善断,识察纤密,人不能欺”[②]的一面:

> (陶)侃性纤密好问,颇类赵广汉。尝课诸营种柳,都尉夏施盗官柳,植之于己门。(陶)侃后见,驻车问曰:“此是武昌西门前柳,何因盗来此种?”(夏)施惶怖谢罪。

陶侃的“勤于吏职”与赵广汉的“精于吏职”,确实有许多相似。而其“纤密好问”,也如赵广汉。西汉赵广汉,“发奸擿伏如神”,“尤善为钩距,以得事情”,以故“郡中盗贼,闾里轻侠,其根株窟穴所在,及吏受取请求铢两之奸,皆知之”。[③] 陶侃一眼看出都尉自家门前的柳树是武昌西门前的柳树,正是其作为“能吏”的发奸擿伏功夫。在明察的官员那里,这往往是执法的前提。

(四)诛除不轨、问罪衅由的原则性

在重大军事、政治问题上,陶侃是坚持原则的。

《晋书·陶侃传》载:

> 将军郭默矫诏袭杀平南将军刘胤,辄领江州。(陶)侃闻之曰:“此必诈也。”遣将军宋夏、陈修率兵据湓口,(陶)侃以大军继进。(郭)默遣使送妓婢、绢百匹,写中诏呈(陶)侃。参佐多谏曰:“(郭)默不被诏,岂敢为此事?若进军,宜待诏报。”(陶)侃厉色曰:“国家年小,不出胸怀。且刘胤为朝廷所礼,虽方任非才,何缘猥加极刑!郭默虓勇,所在暴掠,以大难新除,威网宽简,欲因隙会骋其从横耳。”发使上表讨(郭)默。与王导书曰:“郭默杀方州,即用为方州;害宰相,便为宰相乎?”(王)导答曰:“(郭)默居上流之势,加有船舰成资,故苞含隐忍,使其有地。一月潜严,足下军到,是以得风发相赴,岂非遵养时晦以定大事者邪!”(陶)侃省书笑曰:“是乃遵养时贼也。”(陶)侃既至,(郭)默将宗侯缚(郭)默父子五人及(郭)默将张丑诣(陶)侃降,(陶)侃斩(郭)默等。

此事的处理,显示出陶侃的原则性,以及料事的准确。郭默矫诏杀害地方大员,自

①《资治通鉴》卷九十五晋纪十七显宗成皇帝中之上咸和九年六月。
②《资治通鉴》卷九十五晋纪十七显宗成皇帝中之上咸和九年六月。
③《汉书·赵广汉传》。

然是重罪;即便是奉诏书而行,陶侃以为皇帝年少,主意不出自他。何况,不论刘胤是否胜任其职,也不应被处以极刑,更不能鼓励杀人而取而代之的行为。所以陶侃对宰相王导也没客气,对他姑息养奸给予尖锐批评。陶侃果断地派兵占据险要,自己亲率大军跟进。最终迫使对方内讧而降,陶侃也斩杀郭默等主犯。

又,《世说新语》的《容止》和《假谲》两篇,都讲到陶侃主张杀掉庾亮之事。一则说:

石头事故,朝廷倾覆。温忠武与庾文康投陶公求救,陶公云:“肃祖顾命不见及。且苏峻作乱,衅由诸庾,诛其兄弟,不足以谢天下。”

二则说:

陶公自上流来,赴苏峻之难,令诛庾公。谓必戮庾,可以谢(苏)峻。

苏峻造反,陶侃以为是庾亮所激而发。诛除启衅之由,这是陶侃最初的想法,但后来改变了主意。据说一是因为庾亮“风姿神貌”让陶侃一见倾心,二是因为庾亮态度引咎自责、十分谦恭,使陶侃感觉释然,三是因为其“非唯风流,兼有治实”。[①] 无论如何,陶侃在这类事情上是以守正见长的。

(五)用兵策略与兵法运用

宋代张预《十七史百将传》卷六,曾就陶侃用兵的六件事,一一与《孙子兵法》相对应,指出陶侃明显地遵循了兵法。例如,陶侃因山夷劫掠而诈作商船为诱饵,生擒劫盗,是“因利而制权”;以贼保冷口而先备武昌,中途设伏歼敌,是“守其所不攻”;知贼伪降而为之备,追击破敌轻兵,是“无约而请和者,谋也”;侃威名已著,不遣兵而仅以一纸文书就使敌人逃遁,是“屈人之兵而非战”;侃攻石头城而解大业之围,使敌弃大业而救石头,是“攻其所必救”;侃不守邾城,是“地有所不争”。这六件事,除第五项出自部下建议外,其余均出自陶侃自己的主意。谢安是军事家,他评价陶侃“用法恒得法外意”,对兵法的使用,可能也是一个评论的角度。

那么,陶侃是谨守兵法呢,还是超越了兵法?张预的结论,未必与谢安的看法一致。陶侃是灵活的,频繁使用计谋取胜。他命诸将伪装成商船以作诱饵生擒劫盗,是诈术,所谓兵不厌诈;对起义军杜弢的将领王贡,他使用了离间计,阵前他高喊:“杜弢为益州小吏,盗用库钱,父死不奔丧。卿本佳人,何为随之!天下宁有白头贼邪!”王贡本来“横脚马上”,作冲锋状;闻听陶侃之言,不觉“敛容下脚,辞色甚顺”。陶侃观其意动,亲笔写了一封劝降信,并剪去自己的一截头发为誓约。王贡见状,再无犹疑,马上率众归降。

而且,就张预所述的第六事而言,《晋书·陶侃传》载:

议者以武昌北岸有邾城,宜分兵镇之。(陶)侃每不答,而言者不已。(陶)侃乃渡水猎,引将佐语之曰:“我所以设险而御寇,正以长江耳。邾城在江北,内无所

①《世说新语》之《容止第十四》、《假谲第二十七》、《俭啬第二十九》。《晋书·庾亮传》称“陶侃尝欲起兵废(王)导”,原因是“王导辅政,主幼时艰,务存大纲,不拘细目,委任赵胤、贾宁等诸将,并不奉法,大臣患之”,证之以陶侃前述那句“国家年幼,诏令不出胸怀”,可知其与王导的政治冲突不可调和。出身寒门的陶侃瞧不起浮华的士族们,却又抱有些许的自卑感,这造成了他对待士族的两种不同态度。其出言讽刺王导的“失节”,想来是由于陶侃不满虚夸之人高居庙堂;而他能够谅解引咎自责的庾亮,除了后者“风姿神貌”的风止可观外,也不无“非唯风流,兼有治实”即为政之实行的因素。所以,若说陶侃意图废黜王导,还政于君,应该是属实的。

倚,外接群夷。夷中利深,晋人贪利,夷不堪命,必引寇虏,乃致祸之由,非御寇也。且吴时此城乃三万兵守,今纵有兵守之,亦无益于江南。若羯虏有可乘之会,此又非所资也。”后庾亮戍之,果大败。

陶侃不止一次受到劝诫,在江北分兵镇守邾城。这些建议未必不是依据兵法,比如犬牙掎角之势的考虑、前哨御敌的考虑,等等。缘在兵法有许多宏观的套路,但具体运用须得根据实际情况而定,否则就是纸上谈兵。熟悉兵法,战国时的赵括即是,最终败给了秦将白起。① 这在过去是有教训的。陶侃料事,包括了邾城“内无所倚,外接群夷”的大环境,以及群夷引导寇虏前来的可能性。采取兵法的这一条而不用另一条,正是善用兵法。陶侃成竹在胸,故多次不回应部下的建议,直到他认为有必要向部下们讲清利害时,才渡江来个现场说明。而后来庾亮的失败,正证明陶侃的正确。不固执地据守“兵法”之“常”,适当地寻找其“变”,可能就是谢安所谓陶侃能“得法外意”之处,而非张预所谓的符合《孙子兵法》。这可能就像诗家论兵法,“诗犹兵也,无法而有法,有法而无法,微矣”,“黄篇、太公遗书,孤虚背攻,鬼神莫测”,“孙、吴,奇正相生,不可端倪,虽有若无”,②兵法,其要旨在变化,不在框框。

(六)远虑与激赏

《世说新语·政事》载:

陶公性检厉,勤于事。作荆州时,敕船官悉录锯木屑,不限多少,咸不解此意。后正会,值积雪始晴,听事前除雪后犹湿,于是悉用木屑覆之,都无所妨。官用竹皆令录厚头,积之如山。后桓宣武伐蜀,装船,悉以作钉。

又云:尝发所在竹篙,有一官长连根取之,仍当足,乃超两阶用之。

木屑用来铺垫官厅前滑湿的道路,竹根后来被桓温用作造船的竹钉,平时以为是废物的,有远虑就成为了将来的宝物。成语“木屑竹钉”,就是来自陶侃勤于事、敏于事的这个典故。他更能奖励有远虑的部下,竹根留下待用,他就超资提拔他。激赏不必循规蹈矩,泥于规矩带不来导人向上的激励作用。这大概也包含了对“法外意”的认识。《世说新语·附录》“世说新语序目”云“陶荆州之勤敏,谢东山之恬镇”,被认为是二人的重要特征。谢安做不到勤敏,却不妨欣赏。法律与职责,并没有对这类琐屑废料的用途作何规定;作“法之外”的料想,则是留心与远虑。它们大多出自幼年贫寒者的节俭习惯。

(七)“通儒”式的待人接物与人物品藻

陶侃不是仅显“吏能”的法家类人物,他也通人情:

有奉馈者,皆问其所由。若力作所致,虽微必喜,慰赐参倍;若非理得之,则切厉诃辱,还其所馈。

他接受礼物,但必须是其人“力作所致”,而且回礼丰厚;但对不是正道得来的东

①《史记·廉颇蔺相如传》,载“赵括自少时学兵法,言兵事,以天下莫能当。尝与其父奢言兵事,奢不能难,然不谓善。”

②(清)屈复:“唐诗成法序”,载陈伯海:《历代唐诗论评选》,河北大学出版社2002年版,第814页。转引自胡建次:“中国古代文论中的至法无法论”,载《五邑大学学报(社会科学版)》2006年第4期。

西,则不仅拒绝,还要训斥一番。这有点类似对送收礼物采取宏达态度的东汉通儒卓茂,能得“律设大法,礼顺人情”之蕴意。①

谢安“用法”一语,可能也包括陶侃对他人的评价一层。在人物品藻方面,陶侃无疑是儒者味道十分浓厚的人。

苏峻之役,庾亮轻进失利。庾亮的司马殷融诣侃谢罪曰:“将军为此,非融等所裁。”将军王章至,曰:“章自为之,将军不知也。”陶侃曰:“昔殷融为君子,王章为小人;今王章为君子,殷融为小人。”在当时,品藻人物是大事。陶侃显然更欣赏“推功与人,揽罪于己”的人物,而厌恶“推罪与人,揽功于己”者。梅陶说“陶公机神明鉴似魏武”,可能陶侃也欣赏曹操善于“推功”与人;同时他也应当熟悉司马昭之能推功、司马师之能揽罪。② 对他来说,这些都是近事,用以评价他人是可能的。

(八)开脱旧交,报答恩人

《世说新语》所载二事,显示陶侃对待司法、执法问题的另一面。

《世说新语·政事》载,苏峻叛乱,其部将任让,不听晋成帝的话,并当着晋成帝的面,杀死了侍中钟雅、右卫将军刘超。这当然是忤旨重罪。事平之后,“陶公与让有旧,欲宥之”,但终因皇帝以为“不可宥”而使之受刑。显然,陶侃欲施加影响,宽宥旧交之罪。

《世说新语·方正》载:梅颐为豫章太守,“有事,王丞相遣收之”。但因“梅颐尝有惠于陶公”,陶侃插手了这件事,并说:“天子富于春秋,万机自诸侯出。王公既得录,陶公何为不可放?”于是“乃遣人于江口夺之”。夺放于己有恩的旧交,这件事比前一件事情更重大。如果丞相王导是在履行职务而不是在发泄私怨,那陶侃的问题就大了。

这两件事,陶侃偏袒旧交,原则性看不到了。而据史载,陶侃确实具有浓厚的报恩情结:

> (陶)侃命张夔子(张)隐为参军,范达子(范)珧为湘东太守,辟刘弘曾孙(刘)安为掾属,表论梅陶,凡微时所荷,一餐咸报。

微贱时的恩人子孙及旧交,或入职,或加官,或上奏请赏,一一得到了报答。称职与否不清楚,只给人以任人唯亲的印象。或许,这就是谢安说陶侃“恒得法外意”即经常“得法外意”,而不是每事都能“得法外意”的原因罢。因为在这里,“法内意”或“法之意”尚且未能坚守,更遑论“法外意”了。谢安大概不会就这类严重违规事,给予褒评的。

综括上述陶侃事迹,其所谓“得法外意”的,有几件事比较明显。一是将运船作战舰。就运船的使用而言,“法内意”或“法之意”是运输普通官物、普通人员;而作战舰这一军事用途,自然在“法外”。但陶侃说“用官物讨官贼”,并没有越出“官用”范畴。可以理解为:民用在平日,是“法之意”或“法内意”;军用在战时,是“法外意”。“法外意”不拘泥于对平时的一般规定,体现灵活性,是变通适用。在“官用”的范畴内,并不违

①参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第338~339页。

②参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第331~333页。

法,还是种创造。

二是处理郭默矫诏袭杀刘胤之事。郭默“写中诏呈侃”,说自己是奉君命行事的。致使陶侃的部下犯了难,故他们对陶侃说:一者,“默不被诏,岂敢为此事”,在情理上,没诏书的话,郭默不敢杀人;二者,“若进军,宜待诏报”,围剿郭默,得有诏命同意才行。部下的担忧有道理。奉诏杀人,自然合法;而兴军征讨,自然也得有朝命。陶侃没理这一套,他以为“国家年小,不出胸怀”——皇帝年少,主意不是出自他。即使有诏书,也是其他人的意见——不出自君主意图的诏书,不是诏书。这样的想法,当然只有陶侃这样的人才敢想、才敢说。当然陶侃不会鲁莽行事,故他一方面“发使上表讨默”,履行报告皇帝的正当程序;另一方面,立即给王导写信,指责王导优容郭默,逼迫他同意讨伐郭默之事。王导就坡下驴,解释说:过去优容是条件不成熟,现在可以讨伐了。

谢安为相,斡旋于君主与其他重臣之间,很可能他也欣赏陶侃“不出自于君主意图的诏书,不是诏书”的看法。这种实质正当性而非形式合理性[①]的追求,正是具有大抱负的政治家的卓见。当然敢于这样想的人,须得具有陶侃那样的能与宰相平起平坐的地位、敢于与其叫板的胆气。这样去看的话,陶侃夺放梅颐之事,道理仍然是——皇帝年少,事情都由大僚做主;王导可以逮捕人,我陶侃也可以夺放人。这样的“法外意”,颇类强词夺理,但陶侃能做得,谢安也能想得。

其余如兵法之守“常”与处“变”、超资用人、馈赠之收与拒等等,莫不反映着陶侃对于规则的豁如态度。

自然,谢安的评价,出于自己玄学理解的成分多,未必是陶侃自觉的追求。但所言确有依据。在陶侃那里,制度、法度、法律是被作着灵活理解的,是不必拘泥的;他看重的是更大的问题,根本的问题,本质问题。通过陶侃事迹,我们看到了是他识大体、通权变,明察果敢、而又洞悉人情,大事有主见,“小事”重细节,有时甚至有点像玄学家的“清通”,等等。[②] 当然,对于“用法恒得法外意”,是否符合陶侃行事,或者说,它究竟是更多地出自谢安,还是出自陶侃,都已经不是问题。无论如何,它成为了当时的标杆之一。在后世,无论人们对这句话是否领悟,以及领悟多少,也都已经不是一个问题,人们都还要争相征引。

---

①形式合理性的追求,在古代也有。武则天时,宰相刘祎之抵制武则天命令,云“不经凤阁鸾台,何名为敕”?见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第207~208页。宰相的署敕权,是程序,主要体现的是形式合理性或正当性的满足;当然也包含了同意意见副署的实质合理性的成分。

②就玄学内部而言,有的评价与此类似。比如,通老、周的裴楷,在当时有清明通达的称誉。《世说新语·德行第一》载:“梁王、赵王,国之近属,贵重当时。裴令公岁请二国租钱数百万,以恤中表之贫者。或讥之曰:‘何以乞物行惠?’裴曰:‘损有余,补不足,天之道也。’”裴楷这种损有余以补不足的举动,践行着道家哲学。学者以为这是其“清通”的表现。所谓清通,即手段、途径、渠道无所谓,关键是规律、道理的实现,目标、目的才是应关注的。这种“清通”的事例,恰如陶侃之“用法恒得法外意”。裴楷之清通,见《世说新语·赏誉第八》:“钟士季目王安丰:阿戎了了解人意。谓裴公之谈,经日不竭。吏部郎阙,文帝问其人于钟会。会曰:‘裴楷清通,王戎简要,皆其选也。’于是用裴。”

二、“用法恒得法外意”在后世之传流播布

《晋书·陶侃传》的这一句话,由于行事者是名人,评价者是名流,自然也使其成为了名言,在后世影响颇大。

(一)“用法恒得法外意”频被提及的情况

《晋书》之后,谢安对陶侃的评价,每被他书转述。如宋代王钦若《册府元龟》(卷六百八十八《牧守部》)、张预《十七史百将传》、明代杨尔增《两晋秘史》等。这里要说的是另外一种引述和使用的情况。

1. 形诸歌咏

元徐瑞《偶题》诗,首句就是陶侃:

> 陶公恒得法外意,张颠独悟书中神。
> 口耳不到方是妙,言动可拟皆非真。
> 寒泉泠泠出空谷,幽鸟噩噩鸣阳春。
> 政索解人不可得,举似俗子翻成嗔。①

据《旧唐书·文苑贺知章传》载:“(张)旭善草书,而好酒,每醉后号呼狂走,索笔挥洒,变化无穷,若有神助,时人号为‘张颠’。”但陶侃事属政事,而张旭则是书法艺术,徐瑞将两件事放到一起,一法“外”、一书“中”,只是为了对仗,并不说明二者能共同到那里去。不过,二者的可比性在于:陶、张二人在各自的事情上,都已经达到了极致。一旦让常人的视、听、言、动参与进来,“妙”与“真”就不存在了。此诗的主旨是讲政事,所谓“政索解人”不可能得到,俗人的举动会被嗤之以鼻。这当然是高要求。

按,徐瑞属于“鄱阳五家”之一,这些人“皆宋元遗老。丁时末造,不得已而托诗词以见志,亦皋羽齐山之流也”。② 徐瑞在南宋度宗咸淳间,至杭州“应举,不第,遂以科举之习、功名之念夺人清思,不复认以为真”。曾作《自省》诗,人以为“盖伤宋之亡于帝昺也”。元延祐时,以经明行修,被推为本邑书院山长,不久就“归隐于家”。③ 巢居松下,与师友觥筹交错,更相唱和。作为亡宋之臣,在宋时就已消极;入元也不积极。他是冷眼看政事、看时局的。最终就像玄学盛行时的竹林七贤一般,喝酒唱和了。

2. 被引用于政论中

清人吴子光,有篇政论,其中讲到:“昔人称‘陶公用法,每得法外意’”,其语言环境,一则主张为官主宽,不可急苛;行事守正,不可偏倚。二则主张为官要立大志向。仅述其前一方面:

> 吴子曰:三代下民之谫觫多矣,台地尤甚。差役之贵,过于缙绅;总董之权,重

①《松巢漫稿》卷二《七言近体》,载陶福履、胡思敬原编:《豫章丛书》集部十一《鄱阳五家集》,江西教育出版社2007年版,第572页。

②胡思敬:“跋”,载陶福履、胡思敬原编:《豫章丛书》集部十一《鄱阳五家集》,江西教育出版社2007年版,第748页。

③(清)史简:“徐瑞传”,载陶福履、胡思敬原编:《豫章丛书》集部十一《鄱阳五家集》,江西教育出版社2007年版,第751~752页。

如州县,流弊可胜言耶?吾州戴太尊者,有官廨联云:"穷秀才出身,何必十分官气?活菩萨度世,要存一点婆心"。袁简斋明府云:"恩可使人感,不可使人狎;威可使人畏,不可使人恨"数语,可补入崔寔《政论》中。求和息者,可允则允之,不矫枉以过正;陈利病者,可采则采之,毋予智以自雄。直道行乎三代,不能欺一世之人心;赏罚本诸大公,总难动南山之铁案。一人有罪,自在青天白日之中;三尺刑章,不越天理人情之至。昔人称"陶公用法,每得法外意"。①

大意是:台湾民风浇薄、地方流弊,但并没有因此得出应行急切之政的结论,相反则是提倡宽和之政。允许可以和息的案件和息,采择可以采用的陈言,是其宽政;直道行事,公以赏罚,则是其守正。这样一来,犯法者暴露于光天化日之下,无由藏匿;我之用刑,则不越天理人情之至,自合规矩。更重要的是,尚有一种"用法而得法外意"的境界可以追求。

这大抵是一篇成串编排警言炯语的文字。上下文之间有关联,但又关联不紧密。所以,"南山铁案"难以动摇的公以赏罚,加上"国法(刑章)"、"天理"、"人情"三者,与陶侃"用法每得法外意"是何关系,没有直接阐述。但是,即使不揭示其间的关系,恩威并行、赏罚施用、天理人情国法、法外意等,也构成了一个可以相互关联的观念和思想系统。

不过,后来人的政论倒是注意连贯的。徐世昌《将吏法言》卷六《知事三·狱讼·执法》云:

汉武帝之时,网密文峻,吏道杂而多端。太史公谓"非武健严酷,不能胜任",盖讥之也。为官者必有慈祥之心,而后可行武健之政,所谓"以生道杀之"也。刑乱国,用重典,盖指奸豪盗贼而言。除暴即所以安良,故曰:"为政不难,去其害马者而已"。宽以济猛,猛以济宽,为政岂一端哉!唐崔郾治虢以宽,经月不笞一人;及观察鄂岳等州,则严法峻诛,一不稍贷。或问其故,曰:"虢土瘠而民劳,吾抚之不暇,犹苦其扰;鄂土沃民剽,杂以吏俗,非用威莫能治政",所以贵知变也。总之,惩治恶人不可不严,然犹有时以德感化,开其自新之路,不专用猛;若良懦之民,宜时时怀之、保之,视同赤子,万无藉以示威之理。为治者往往借口于子产之治郑,诸葛武侯之治蜀,夫郑与蜀岂尽恶人,而一概以严治之哉?晋谢安谓陶侃"虽用法,而恒得法外意",其言最有味也。

徐世昌议论的主题,是儒家传统的宽猛相济思想。这一点,前后一以贯之。至于谢安论陶侃之行,是否符合这一宽猛相济的传统?这倒并非不可能。陶侃治吏,有宽有严,前已述及。晋朝的梅陶就说"陶侃机神明鉴似魏武,忠顺勤劳似孔明",可见,当时人就有将陶侃与诸葛亮相比较者,只是其相同点仅限于"忠顺勤劳"。而诸葛亮治蜀尚严,陶侃治州也有主严明的一面,二人在这方面也确有相似之处。只是陶侃在其严明中,更有谢安所谓的玄学味道。徐世昌所看重的是,包含于其中的陶侃之"知变"。

①(清)吴子光:《台湾纪事》附录二《与当事书》,载中国台湾银行经济研究室编:《台湾文献丛刊》第36种,中国台湾银行经济研究室1959年版,第75~76页。

3. 出现在科举考题中

徐沅、祁颂威撰《清秘述闻再续》卷一《乡会考官类》载:

光绪二十八年壬寅,补行庚子、辛丑恩正并科乡试。是科改[考]试,头场史事时务论,二场策问,三场经义。

……

江西考官:兵部左侍郎李昭炜,字鑫纯,安徽婺源,甲戌。编修顾瑗,字亚蘧,河南祥符,壬辰。

题:“和五典叙百揆论”,“孝弟力田论”,“光武帝初起太学论”,“陶侃用法恒得法外意论”,“租庸调法论”。

解元:龙元勋,字□□,泰和人。①

这次考试时间、主考、考题、中式者,均记载明确。考题中,均是历史题目,“和五典叙百揆”出自《尚书·舜典》的“慎徽五典,五典克从;纳于百揆,百揆时叙”,“孝弟力田”为西汉奖励孝悌力田事,“光武帝初起太学”属东汉建置,“租庸调法”系唐代赋役制度,“陶侃用法恒得法外意”自是晋谢安对陶侃评价事。

“陶侃用法恒得法外意”被作为头一场“史事时务论”的考题,是因这个问题本身,确实值得大论特论,其间有太多的话头在;而且,这个题目,也是学子可以驰纵其思想和笔力功夫之所在。

歌咏比兴、政论借重、科举试才之外,“用法恒得法外意”常被用作对人、对事、对制度的评价标尺,更是其主要表现。这些方面,资料颇多,以下就此分别论述。

(二)能“得法外意”被用作官员评价的场合

1. 评价人学识

《四库全书总目提要》卷四十五《史部一》:

《永徽法经》三十卷(《永乐大典》本):元郑汝翼撰。汝翼,字鹏举,河南人。乔从善跋,谓其“束发读书,学刑名家,罔不涉猎,得法外意。”中金朝律科,选官刑部检法。迨壬辰革命,徙居顺德州。节度赵公识其有平反誉,擢详议中书省,寻举授大理丞。后以奉直大夫左三部郎中致仕。是书作于中统癸亥,意主发明唐律,故名之曰《永徽法经》。

乔从善对郑汝翼的描述和评价,皆从正面进行。“学刑名家,罔不涉猎”,谓其读律学书籍多;“得法外意”,谓其理解深刻、独到。一个在量,一个在质,皆指其优长。而能够体现其“得法外意”素质的,根据上述简历,一是其任官及政绩,二是这本《永徽法经》的著作。

关于《永徽法经》一书,《提要》作者纪晓岚称其“列唐律于前,而附金律于后”,将永徽、泰和二律“随款异同者分析编类”,“每篇目下有议”,并追溯“自李悝以后,同异分合,前后之次,各析其沿革源流”,“或有或无,或同或异,或增或减,俱详为之注,颇为精密”,评价颇高。而郑汝翼之所以能写出这样的书,在金朝科举能够得中律学科,能够

①(清)法式善等撰:《清秘述闻三种》(下),张伟点校,中华书局1982年版,第992~993页。

被选任为刑部的检法官,与其前述读律学的“量”与“质”都有关系;而最能体现其读律学之“质”的,是其在金朝任检法官时“有平反誉”,并因此而在蒙元时期被推举为大理丞这一法司要职。“平反”是古代法官的职责,但只有秉性宽仁、哀矜平恕的官员才能做到,[①]能熟稔法律当然更有助益。我们不清楚郑汝翼的秉性如何、议狱详情如何,但能够在检法官职任上平反冤狱,与其“得法外意”的读律,应当呈正比例关系。无论如何,“得法外意”是对治律者学识的最高评价。

2. 评价人行事

被认为以“法外意”决事者,宋、元、清皆有其人。

其一,宋胡则“临事得法外意”。

《咸淳临安志》卷六十五《人物六·胡则列传》,系范仲淹所撰胡则墓志,云“(胡)则富宇量,笃风义,临事得法外意”。

其事迹,一是司法上轻减人罪,提举江南银铜场铸钱监的时候,“按池州永丰监,得匿铜数万斤,吏惧当死,(胡)则曰:‘昔马伏波哀重囚而纵亡之,今铜尚在,吾忍轻数人之生耶?’咸以羡余籍之,不复为坐”,以匿铜尚未入私,只登记于官帐上了事,未予惩罚。其推崇的榜样是东汉马援的纵囚之事。又,“宜州系重辟十九人,时有大水,(胡)则冒患往辨之,活者九人”,录囚而能辨冤雪诬,出九人于死罪。而出人死罪,这是宋人最看重的。再者,“福唐前郡将,被讼去官,尝延蜀儒龙昌期,与郡人讲《易》,率钱十万遗之以归,事在讼中。及(胡)则下车,昌期自益都械至。(胡)则命释之,见以宾礼,自以俸金偿其所遗,仍厚礼而归之”,不牵连儒者于罪,且又礼遇之。

二是行政上设法轻减民赋,“其签书贝州节度观察判官公事,朝廷方遣使省天下冗役,就命(胡)则行河北路,为之去籍者,几十万数,民用休息”,奉命省役,就实实在在罢去之,减轻民之负担。“任福唐,有官田数百顷,民输租,食利已久,计臣请就鬻之,责其估二十万贯,民不胜敝。(胡)则三上奏,诏减其半,而民始安”,坚持说服皇帝,终使官田减价予民。不与民争利,效法的当是公仪相鲁拔葵去织之类的事情。“领三司使,宽于财利,不以刻下为功。时上方以陕西、两京榷盐钱岁久,民鲜得食,而日犯法,命通商。有司重于改作,(胡)则首请奉诏,其事遂行”,善于推动皇帝实现既有的想法,别人以为难以推行的新政,一促即成。

三是接济受困夷人,展示大国风度,“在广南西路,有大舶困风于远海,食匮货竭,久不能进,告穷于(胡)则。(胡)则命琼州出公帑钱三百万以贷之。吏曰:‘夷本无信,又海舶遇风,无所不之。’(胡)则曰:‘远人之来,不恤其穷,岂国家意耶?’后夷人卒至,输上之货,十倍其贷”。常人以为,不救是本分。胡则却以大国形象处之,慷慨资助。因为救助落难者,是一个大国应有的道义行为。

胡则事迹,显示出他的过人之处。行政方面,职分内的,他竭力妥办;与他关系不大的,他也能挺身而出,玉成善事。对于百姓有好处的,他都能尽力为之。司法方面,他以恤刑为怀,不苛刻。尤其处理外夷遇险船舶,大义慷慨。观其问答,与陶侃处事确有几

①参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第410~412页。

分类似。

其二,元苏志道“动究法外意”。

《元诗选初集》丁集有揭傒斯《秋宜集》,载《故中宪大夫岭北行省左右司郎中苏公志道哀诗》,云:

> 苏公廊庙姿,推择起为吏。
> 论议动引经,举措必由义。
> ……
> 再命主贼曹,持平独丕蔽。
> 恒求情中实,动究法外意。
> 功罪必诛赏,义恶俱惕厉。

按《元史·苏天爵传》:“父(苏)志道,历官岭北行中书省左右司郎中。和林大饥,救荒有惠政,时称能吏。”这首哀诗历数苏天爵之父苏志道的服官事迹,涉及司法事务的,为其任法官时的诗化描述。

苏志道曾参与处理江南白云宗狱及岭北行省赈济饥民事件,颇有声誉。“持平”即“持议平”或“持法平”,是汉代黄老用政尤其后来儒家用事之后对司法者的要求,也是最理想的司法者形象。“恒求情中实”,是儒家的“得情勿喜”之“情实”;“动究法外意”,从苏志道“论议动引经,举措必由义”[①]的习惯来看,似较多地引儒家经义决狱。在儒者看来,法的刚性不足以满足司法需要,故经义决狱是必需的。只是在汉代,还没有发明“法外意”这个词,但这不妨碍儒生们寻找“法外”的经义。因为“功罪必诛赏”虽说与法家无二,而“义恶俱惕厉”更能反映儒生的道德立场。这几句不经意地杂糅了黄老道家、儒家、法家及至魏晋玄学的哀诗,实际却反映了中国司法精神与价值的发展和演变历史。

其三,清彭玉麟“治事辄得法外意”。

《清史稿·彭玉麟传》,咸丰间,彭玉麟任内湖水军将领,并先后任广东按察使、安徽巡抚等职。据载:

> 朝廷有大政,及疆吏重案,辄谘询,命按治。(彭)玉麟刚介绝俗,素厌文法,治事辄得法外意。不通权贵,而坦易直亮,无倾轧倨傲之心。历奉命按重臣疆吏被劾者,于左宗棠、刘坤一、涂宗瀛、张树声等,皆主持公道,务存大体,亦不为豁刻。每出巡,侦官吏不法辄劾惩,甚者以军法斩之然后闻,故所至官吏皆危栗。民有枉,往往盼彭公来。朝廷倾心听之,不居位而京察屡加褒奖,倚畀盖过于疆吏。

“素厌文法”、“务存大体”,与汉初黄老推崇“闷闷之政”风习相近,颇类汲黯的“治务在无为而已,弘大体,不拘文法”、“其治,责大指而已,不苛小”;[②]“治事辄得法外意”,似乎包含甚广,当包含参与按治疆吏重案的表现。而他书对此事,均谓“治军严肃,恒得法外意,所诛者必可以正民俗”,称其“所行事深感民心,庶乎不侮瘝寡者也”,

①据哀诗,“惟时方大旱,谓咎在冤滞。决狱天乃雨,凶年化丰岁”,指仿汉代释冤以禳灾之事。

②参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第383~384页。

所举二例皆为以军法斩杀作奸犯科的军将之事,[①]范围又比较狭窄。

其四,清叶芸士断狱而得"法外意"。

清解鉴著《益智录·于媪》,记载一起纠纷的处理过程:

> 邑东鄙某村有于媪者,自女家归,筐携粮米数升,内有京钱八百。天炎物重,首汗如珠。后路有幼妇追及之,于视之,乃邻村王氏妇,因烦代提携。王从之。王行速而于迟,王曰:"吾于前村待之可乎?"曰:"可。"王乃先行,及于媪继至,粮内之钱已无有矣。于问之,王答言未见。盖此钱乃于女纺绩零星积聚,背夫周母,数虽无多,于视之真以一当百,以百当千,忽而失去,何苦如之!遂以骂代哭,势将用武。适邑侯叶芸士先生来自东,闻媪妇口角有故,遂呼而问之。于哭诉情实,真堪怜悯。视王氏,容貌幽雅,乡村美妇人也;暑衣袗絺,腰缠青蚨,隐隐外露。欲令男役搜寻,恐致羞愧。旁有古庙一所,遂于庙中鞫此事。令役呼地方至,使沽酒四两,以杈杈之,两数不足。遂将卖酒某传至,曰:"地方沽酒,与汝钱否?"曰:"如数交给。"曰:"钱既如数,奈何分两不足?欲加重责,怜汝乡愚无知,罚汝出京钱八百,不许少数短底,可速取来!"既取至,即将此钱面给于媪曰:"汝钱或忘女家,勿向王索也。"并遣去之。问某曰:"汝生意几年矣?"曰:"五年。"曰:"有外欠否?"曰:"外欠二百余千。"邑侯曰:"讨要之不无小补。"遂按帐代索。嘱役曰:"乡农之家,恒无存项,有钱者如数清还,无钱者以粟折之。如有故违,传至重责。"未几,欠帐悉清。谓某曰:"罚出钱文,知汝负屈。今尚有怨心乎?"某呼"青天"而去。[②]

对于这样一种处理,李瑜的评价是"昔钱穆决一滞狱,苏长公曰:'所谓霹雳手也。'钱曰:'安能霹雳手,仅免葫芦蹄。'芸士先生决此狱真所谓'霹雳手'也,不得以庸吏之'葫芦蹄'目之。"马竹吾的评价是"叶公'以不忍人之心,行不忍人之政',其文亦与之俱传。盖防如此,可谓法外意。"

"霹雳手"源自唐代一典故,谓官员处理文案的下判速度快;"葫芦蹄"自然是速度慢,这里且不论。叶芸士该案处理所显示出的问题,比较表面:有明显嫌疑的王氏妇,未被鞫问就放掉,有放纵罪犯之嫌;令卖酒之人平白无故拿出八百钱,尽管帮其讨清了积欠。此"法外意"果何"意"也?如果说八百钱比之二百千钱,只是损失了1/30,就痛快地全数拿回,其人当然会感激"青天"。

但免去了妇女被搜检的羞辱,及事件确证过程及确证后的一系列麻烦。一则,搜检可能导致妇女羞愤自尽之类的情事,盗情查清了,而后果很严重。这是处理牵涉妇女案件时,必须考虑的问题。二则,不揭穿该妇女的盗行,可保全该妇女的名节。叶芸士考量她"容貌优雅",始初未必不是好人,定是一时糊涂。留有余地,该妇女不会侥幸,反而会诫励自己。三则,使失盗者得到全数补偿,以明显的假设(钱没带出来)搪塞过去,压下了张扬闺女接济老妇人的事情,省却了到闺女家查实其接济老妇的麻烦(这可能造成闺女与婆家的新矛盾);四则,使"无辜者"出钱,但也帮他追索了欠债。所有这些,

---

①(清)佚名:《名人轶事》"彭刚直之刚直";(清)葛虚存:《清代名人轶事》"彭雪琴",上海会文堂新记书局1930年版,第75页。

②(清)解鉴:《益智录:烟雨楼续聊斋志异》,王恒柱、张宗茹点校,人民文学出版社2006年版,第41~42页。

当然都是“法外意”。说白了,就是施行“法外之仁”。

3. 对官员的期待

对人、对事的评价即如此,因而,顺理成章地,对官员的期望,有时竟也是劝诫其“用法而得法外意”。清时即有其事。

《皇朝经世文续编》卷二六《吏政九·守令下》,载管同《拟与凤阳守令书》一篇云:

> 昔周武王诰康叔:“执拘群饮归于周,予其杀”;而《周礼·大司寇》有治罢民之刑。盖先王惩凶防乱,其重如此。夫奉法者,守令事也;“用法而恒得法外意”者,循吏之为也。赏一以劝百、罚一以惩众者,政之经也。伏惟急除恶之思,谨滋蔓之戒,体《康诰》、《周官》之义,防康氏奸民之起,杜斩木揭竿之萌,以安良民,以全善政。凤人幸甚!天下国家幸甚![①]

管同之所以如此说,是因为他注意到凤郡风俗“强悍刚猛,轻死生,不循法度”。除了此前的“凤台康氏、宿州奸民,相继作乱”外,“今凤之凶民,某所亲见者,纳白刃鞾裤中,坐酒肆,片言相搪突,推案而起,拔以从事;甚者养巨寇,集匪徒,称霸于一乡”,而“官吏畏懦栗缩,束手不敢一问”。他以为,对于“凶民”,应该有“豫防之计”。因为这些人“一旦小有风尘之警,斩木为兵,揭竿为旗,蜂起而云应”,会是大患。从地方官的职责而言,“守令于百姓,不惟审曲直,听断于一时;其于凶民,固当绝其本而防其蔓”。

管同说“夫奉法者,守令事也;‘用法而恒得法外意’者,循吏之为也”,“奉法”与“用法而恒得法外意”相对举,前者是地方郡守、县令的常态工作,属于“听断于一时”的常务;后者则是贤守令才可做到的,是超常思维的结果。它所要体会的,是“惩凶防乱”的远虑,是预为设防,是防微杜渐,是惩一儆百。因而是可以编入《循吏传》的行为和事迹。

(三)官员行事主动追求“法外意”之实例

被认为“得法外意”者,自是一事;期待官员能“得法外意”者,与之相近,它们都是外在的东西。而公开声言自己以“法外意”决事者,元、明、清也均有其人。盖此三者,在当时相伴而行,后者显示的明确、直接、主动,是自觉的行为,比他人的评价及期待,更为确定或确实,也更具说服力。

柯劭忞《新元史》卷二二九《循吏传》载:

> 徐泰亨,擢池州路青阳县尹。有司岁征荒田租,为田一千四百顷,人苦之。泰亨募民垦辟,因地势以为蓄泄,田熟租完,民无扰。累岁饥,有告发廪粟者,吏准强盗律,泰亨曰:“以救民而抵重禁,当用法外意可也。”笞而遣之。

徐泰亨讲“以救民而抵重禁”,则该人无论是官还是民,所发廪粟无论是官仓还是私窖,其“发廪粟”属于分民以惠的赈济行为,按强盗治罪,自然不当。徐泰亨以为应当使用“法外意”来处置,遂笞其人而遣其归家。按这个处罚幅度,当是适用了唐律以来的“理不应为”的“不应得为罪”,重者杖八十,轻者笞四十。这里大概适用了笞四十。盖“理不应为”,不罚会扰乱法纪,重罚则与其危害又不合。这是徐泰亨的考虑。自然,

①(清)盛康辑:《皇朝经世文续编》,光绪二十三年(1897年)刻本。

从这里可以看出,所谓“法外意”者,不是凭空而来,也往往可以在过往法律中找到其制度源头。

明吕坤撰《实政录》卷六《奸情》云:

> 贫家男女易杂,小民名节多轻,非若士夫之家,严内外以远别,有礼义以养心。故愚民贫民不可遽责以圣贤之道。凡决此辈奸情,不可细拘文法,当有法外之精意焉。①

吕坤主张严断士大夫家奸罪,轻纵愚民贫民家内奸罪,不能一概依法而断。理由一是客观上有“男女易杂”与“内外严别”的区隔,二是主观上有“轻名节”和“重礼义”的分野。若对贫民家奸罪也按法律处罚,等于对他们“责以圣贤之道”,所以“不可细拘文法”。而“法外意”之本质,就在“不拘文法”。“不拘文法”是汉初黄老用政时的口头禅,②因而“法外意”的追求,多少又带有黄老道家风习。

清何刚德《春明梦录》卷下,记载了他御下的办法:

> 余少时记性尚好,部例只看过两遍,其荦荦大者,时常引用,固不必言;即琐碎条例,及近十余年成案,皆能得其大意。而书吏往往摭拾琐碎例案,于稿尾挑剔数语,以“例有处分”四字,查取职名议处;一面则写信外省,吓诈取财。外官岂尽明白?动中其彀。余当掌印后,例案既熟,年力正富,颇有一目十行之能。故每日例稿,必有四五百件,应画者皆能于一时许了之。而遇有此等稿尾查笔,必取而勾之。吏每有执简争者,余曰:“汝要写信耳?我在此,岂能容汝作买卖耶!汝谓我违法,我便违法何如?行法当得法外意,此等零碎条例,无关轻重,汝谓我不知耶?!”故终余之任,部吏多有叫苦求退者。然十数年来,外官免花冤枉钱,不知有多少也。③

部吏吹毛求疵,频行勒索,积习颇深。何刚德坚持“行法外意”,目的在禁绝以“法律”为名的违法,堵塞部吏的勒索渠道。“琐碎条例”、“成案”,被其称为“琐碎例案”,被认为“无关轻重”。对“零碎条例”和“成案”这种轻蔑,以及在此之外而追求“法外意”,违法否?何刚德自认“违法”。但充其量,其所违背的只是“小法”,“大法”却得到了遵守。“大法”是“荦荦大者,时常引用”的“部例”中的要节,即那些能反映法律基本要求和精神的规则。此事正可作为黄老“责大旨,不苛细”的说解。尤其这种对立——假执法之名、实则违法索贿,与形似违法、实则合法的吊诡矛盾,使执法寻求“法外意”的必要性大为增加。而类似的理解和处置,在用人问题上,早就存在。比如北宋寇准,据《宋史》本传:“准在相位,用人不以次,同列颇不悦。它日,又除官,同列因吏持例簿以进。准曰:‘宰相所以进贤退不肖也。若用例,一吏职尔。’”这其实也有一个“不苛细”的“法外意”问题,尽管使用“例簿”的循规蹈矩是在执法而并不是借以索贿,但“小法”与“大法”的区别,仍是存在的。

(四)对法度之“法外意”的理解和解释

“法外意”频被使用,也引来了对制度之“法外意”的探求。先是解经,后是释今。

---

①(明)吕坤:“实政录”,载《吕坤全集》,王国轩、王秀梅整理,中华书局2008年版,第1099页。

②参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第383~384页。

③(清)何刚德:《春明梦录》(卷下),上海古籍书店1983年影印版,第33~34页。

1. 对古制之解读

清阎若璩《四书释地三续》卷中:

《晋书·陶侃传》:“谢安每言:‘陶公虽用法,而恒得法外意’”,最称妙语。“颜渊问为邦”注:“张子曰:礼乐,治之法也;放郑声、远佞人,法外意也”,语尤令人深长思。盖必有《关雎》、《麟趾》之意,然后可以行《周官》之法度,此存乎其先者;“放郑声、远佞人”,此持乎其后者。

阎若璩引张子注,正表明将《论语》解释与陶侃联系起来的,首先是张载。《张载集》有《张子语录》,其《语录上》云:

“颜子问为邦”云云,三代之文章,颜渊固皆知之,故于其所知而去取之曰:“行夏之时,乘殷之辂,服周之冕。”又曰:“放郑声,远佞人”,此则法外意,如“道千乘之国”之意,不与已举行者故事相干。郑声、佞人最为治之害,亦人之所难。①

《四书章句集注》中《论语集注》卷八《卫灵公》篇,更详细记述了张载之语:

张子曰:“礼乐,治之法也。放郑声,远佞人,法外意也。一日不谨,则法坏矣。虞夏君臣更相饬戒,意盖如此。”又曰:“法立而能守,则德可久,业可大。郑声、佞人,能使人丧其所守,故放、远之。”②

张载之前,还没有人将“法外意”用于解释“放郑声、远佞人”一事。“郑声”即郑、卫之声,虽是乐,但“郑声淫”,不是先王之乐;孔子所钟情的是“乐则《韶舞》”,《韶》是舜乐,尽善尽美,是雅乐。“佞人”即“辨佞”之人,与“贤人”相对,“佞人殆”,使人危殆。“郑、卫之声”、“佞人”使人淫乱危殆,让人丧失其礼乐法度,故当放远之。按阎若璩的说法,对于“治之法”的“礼乐”,在态度和顺序上,要“存乎其先”;对于“法外意”的“放郑声、远佞人”,在态度和顺序上,要“持乎其后”。注意到“法度”与“法外意”及其先后顺序,这是玄学成就对儒学发展的启发和贡献。

2. 对今制之解读

明何瑭撰《栢斋集》卷六《均徭私论》,通过设问的方法,对当时的差役科征依据,进行了讨论。其中,就挖掘了“法外意”:

或问:近日有司审编均徭,以田土为主,其法如何?

曰:此非祖宗之法也,盖流俗相传之误也。祖宗之法,具在《诸司职掌·户部职掌》……由是观之,则田土纳税粮、户口当差徭,③其不相混也明矣。今乃照田土当差,是岂祖宗之法哉?

或曰:人户有上、中、下三等,盖以其贫富不同也。贫富难明,田土多者必富,少者必贫,则照田土编差,盖法外意也,似无不可。

---

①(宋)张载:《张载集》,章锡琛点校,中华书局1978年版,第308页。

②(宋)朱熹:《四书章句集注》,中华书局1983年版,第164页。

③《诸司职掌·户部职掌》“田土”项下,云:“凡各州县田土,必须开豁各户若干,及条段四至,系官田者,照依官田则例起科;系民田者,照依民田则例征敛,务要编入黄册,以凭征收税粮。如有出卖,其买者听令增收,其卖者即当过割,不许洒派诡寄,犯者律有常宪。”“户口”项下云:“凡各处户口,每十年,各布政司、府州县攒造黄册,编排里甲,分豁上中下三等人户,遇有差役,以凭点差。”“赋役”项下云:“凡各处有司十年一造黄册,分豁上中下三等人户,仍分军民灶匠等籍,除排年里甲,依次充当外,其大小杂泛差役,各照所分上中下三等人户点差。”

曰:户有上、中、下三等,盖通较其田宅、赀畜而定之,非专指田土也。若专指田土,则施于农民可矣,工商之家及放债居积者,皆不及矣。古人立法,厚本抑末;今人立法,厚末抑本,岂知治道者哉?况差役以人丁为主,以上、中、下三等较其贫富,以为派差之重轻,此法意也。今舍人丁而论田土,盖失其本矣,夫岂可哉?

通过"法外意"与"法意"的对比,何瑭为我们层层剥茧,解决了当时官府举措偏离基本制度的情形。"法外意"指土地毕竟是衡量贫富的主要标准,尽管它不能完全反映贫富差别,但不失为一个区分户等的简单办法。但这一"法外意"的探求,显然不如对"法意"的挖掘更准确、更合理。因为,"差役以人丁为主",这是原则,不能脱离人丁而摊派差役;然后,再于其中区分户等,根据户等的上中下来确定差役的轻重,这是"法意"。如果专以土地为标准,赀畜等其他财产就无法包含其中,所谓的贫富差别反映不全面,自然不妥;同时,以土地为标准,农民自然还可以,但工商之家及放债之人,就漏掉了,也不妥。何况这里又有一个惠商抑农还是重农抑商的大的制度背景问题。所以,"审编均徭,以田土为主",其"舍人丁而论田土,盖失其本矣",违背了原初的"法意",无论从技术上、道理上还是精神原则上,都是不可取的。

对法度的"法外意"之探讨或铺陈,明显形成了习惯。这一习惯,延至清并一直保持至清末。

清洪弃生在《寄鹤斋选集·问民间疾苦对》中,详述县衙门丁、吏役之害,建议县官加以制御,不宜放纵。文云:

丁役宜戢也。县令之官,率多太阿倒持,事权付之下属:内付之幕宾、中付之门丁、外付之吏役。而门丁舞弊为尤甚,役胥倚势为尤横……其役之厉民,每查覆一事,或数十人,或二三十人,少亦十余人——乘舆带众,堂堂皇皇,名为四差、六差,不啻四五十差;每移寸步,舆轿随之。无论需索如何,即此可知民之不堪病矣!夫差役者,皂隶之徒;皂隶,法不得衣白衣,列于畴民。明知此辈作福作威,易于狐假,所以困辱之,使降心下气如奴仆之属,以不敢为厉于民:犹汉高祖愤商人之僭越,故使不得衣丝乘骑以挫辱之也。夫不得衣丝者不获乘骑,岂不得衣白者犹可以乘舆乎?且一差役而从者如云,亦非制也。故昔人有悬之厉禁,限以几里、发钱几何,不得肩舆。往昔嘉邑差役有骑牛者。噫!"得法外意"矣。今县令逞其丁役,岂不以城狐社鼠!丁役,皆县令之属;卑之,是卑县令也。曾亦思门丁者,吾之奴也;差役者,吾之仆也;百姓者,吾之子孙也。奴仆不可以凌子孙,丁役不可以厉百姓也?迩来各处相习成风,官不加呵、吏不思检,丁役不知畏是非。莅其上者,严厉戒饬,立予施惩,此风伊胡底乎![①]

洪弃生认为过去嘉邑县差役有骑牛的,表明县令对其约束之严,这正是古来"皂隶不得衣白衣"及地方"吏役不得肩舆"规定之挫辱此辈的结果。这表明,往往有些官员能够体会"皂隶不得衣白衣"的深意,做出相应的规定,理解了这深意,就是"得法外

①(清)洪弃生:"寄鹤斋选集",载中国台湾银行经济研究室编:《台湾文献丛刊》第304种,中国台湾银行经济研究室1972年版,第37~38页。

意”;这深意潜藏于规定的表面之下,只要探求就能得到。

清吴庆坻《蕉廊脞录》卷二,有《张之洞电驳更张官制》一文。该文的核心是劝阻执事大臣不要更改官制,但其中却谈到了“法外意”:

> 窃惟今日国事多艰,宵旰焦劳,贵大臣公忠体国,故求治之心不自觉其过亟。特是度德量力,善俗以渐,经典明训;用法宜得法外意,史册良规。①

张之洞担心“改变太骤”,造成乱局,故特别作出了提醒。事情得当与否,暂且不论,其理由是值得关注的。

又《时务分类文编》卷八《兵政·炮台·海军兵制》,有汪康年论中国商人之境遇,其文云:

> 缚勇士之手足,而使与人斗,得乎?桎梏勇将,絷维健卒,而使与人战,可乎?今置商人于牵掣拘挛之地、抑郁之乡,欲其能与各国之商争胜,是犹南行而北辕也。夫以中国之商,受中国之法,以理论之,固当尽行折阅,无可牟利矣。顾环观华商,亦颇有积日月之力以获赀者。盖华商性能俭约刻苦,无多求利,不敢效西人之奢阔,故拾遗掇剩,稍能步西人之后尘。且又有意外之幸焉。盖法不准情,于是所司有行法外意,而潜减货值者;又有因比较严切,两卡争厘,因减厘以致商者;又有船户与司役通同,或减名数,或常年包贿若干,以漏厘者;又有托官船试船夹带,以邀免者;又有挂洋旂,托洋人报关,以免苛政者。呜呼!使商人失利于彼,而得策于此,此岂谋国者所忍闻乎?然则今日欲振商务,必自设商部始,必自裁厘并征始。②

其中,官府私下所行“法外意”,“潜减货值”以减少厘金、关卡争税以致“减厘”、“减名数,包贿”以致漏厘、“托官船夹带”以致免厘、“挂洋旂,托洋人报关”以免厘金,种种减厘、漏厘、免厘的做法,是否合法?值得推敲。除第一项关卡可能具有怜悯之意(但不能排除之后得到好处)外,第二项为关卡争税肥私,第三项为公私勾结偷漏关税,第四项假托官船夹带私货,第五项托洋人报关,均为漏税偷税行为。如果说税政苛刻,借此以和缓,但难说其与“法意”相合。看来,“法外意”的探求,即使为了改革,竟也有时会走入歧路。尽管起因是由于“法不准情”,即法律没有满足另外一个重要价值,以至于问题丛生。但无论如何,“法外意”是正价值、正能量,它不能也不应是违法、坏法的借口。

三、“用法恒得法外意”被普遍借用的情形

追求“法外意”,虽多少让人有些意外,但每一件都有它各自的道理在。在各别分析之后,我们还得旁及“法外意”被借用到司法、执法以外这个外围问题。因为在这里,事情有时反而比它出典的地方,更进一步地展开了,阐发也更周密、详尽,从而更容易让我们接近并理解它的本质。

“法外意”常被借用到其他领域,包括佛理解说、艺术创造、文学创作、医药医疗。

---

①(清)吴庆坻:《蕉廊脞录》,张文其、刘德麟点校,中华书局1990年版,第56~57页。

②(清)求是斋校辑:《皇朝经世文编五集》。

以时间而论,对“法外意”的借用,最早始于南宋讲佛理,之后是明代和尚论篆刻,再后是清代的诗、画、医。现依时间顺序叙述之。

(一)佛理之“得法外意”

“用法而得法外意”最早被借用在佛学上。南宋吕潇《〈如净禅师语录〉序》云:

> 五家宗派中,曹洞则机关不露,临济则棒喝分明。苟得其由,门户易入。虽取舍少异,作用弗同,要之殊涂(途)一致耳。惟天童净禅师,不流不倚,兼而有之;自成一家,八面受敌。始以竹篦子,久知痛痒;后因一滴水,渐至澎冲。断堑悬崖,斩钉截铁,所谓“用法得法外意”,得鱼忘筌、得兔忘蹄者也。观其登宝华座,若猛虎踞;击大法鼓,作狮子吼。直使人天赞仰,魔鬼归降。至于一偈、一颂、一话、一言,呼风吐云,轰雷掣电,千态万貌,不可穷尽。近世尊宿,绝无仅有者。凡历四大宝刹,孤云野鹤,去住自如,皆于是见焉。故勇猛精进者得之,犹入暗室,遇大光明见种种色;退缩未谕者畏之,如子弟之对严父师。殊不知药瞑眩而厥疾瘳,终有益矣。师之得力处、出生入死处,固难以形迹求、作实法会。然观水必观澜,涉大海从津涯。故舍其言,无以求其奥也。

这是宋理宗赵昀绍定二年(1229年)吕潇所作序。吕潇自称与如净禅师“为乡国人,为道谊友”,且“心眼相照”,故受托付作序。

按五家宗派,指佛教南宗禅宗五宗,包括沩仰、临济、曹洞、云门、法眼五个宗派。曹洞宗、临济宗为其中的二宗。而天童净禅师,属于临济宗。《五灯会元》卷二十有“天童净全禅师”事迹,全称为“庆元府天童无用净全禅师”,系“越州翁氏子”。所谓“竹篦”,指其到灵隐(所谓“凡历四大宝刹”之一),作一颂,云:“适来松源和尚举竹篦话,令天童纳败缺。诸人要知么?听取一颂:‘黑漆竹篦握起,迅雷不及掩耳。德山临济茫然,懵底如何插嘴?’”所谓“一滴水”,当指其所语“白浪起时抛一钓,任教鱼鳖竞头争”。吕潇认为,如净禅师能够对曹洞、临济二宗“兼而有之,自成一家”,贵在其“用法得法外意,得鱼忘筌、得兔忘蹄”,能够用其手段而达目的、用其方法而能得其方法之外的境界。

按,“得鱼忘筌、得兔忘蹄”,语出《庄子·外物》:“筌者所以在鱼,得鱼而忘筌;蹄者所以在兔,得兔而忘蹄;言者所以在意,得意而忘言。”意思是:捕到了鱼,忘掉了筌;抓住了兔,忘掉了蹄;表达了意思,忘掉了话,比喻事情成功以后就忘了本来依靠的东西,今义含有贬义。但庄子的意思,本来,筌、蹄、言皆为工具,目标还是鱼、兔、意,只要得到或领会了精神实质,那么这些工具都可以忘掉了。吕潇将道家庄子之语与魏晋玄学之言套接在一起,来形容禅宗机锋,正表明道、释二家的互通互用。值得注意的是,吕潇没有引用“得意忘言”一层,说的却是“忘言”之事。忘言之人就是指已得到和领会精神实质的人。[①] “用法而得法外意”,“法外意”既得,是劳不着去记得是根据何法、来历如何、

①与忘言之人言,是不言之言。《庄子》中谈到两位圣人相见而不言,因为“目击而道存矣”(《田子方》)。照道家说,道不可道,只可暗示。言透露道,是靠言的暗示,不是靠言的固定的外延和内涵。言一旦达到了目的,就该忘掉。既然再不需要了,何必用言来自寻烦恼呢?诗的文字和音韵是如此,画的线条和颜色也是如此。故此语也有用来表示互相默契、心照不宣的意思。

原来语境等“法内意”怎样了。

在清规戒律的遵循与变通方面,佛教也如此解释。元释德辉重辑《敕修百丈清规》卷七《节腊章第八》云:

> 僧不序齿而序腊,以别俗也。西域三时以一时为安居,出入有禁止。凡禅、诵、行、坐,依受戒先后为次。而制以九旬策勋于道,以三旬营资身之具,使内外均养,身心俱安也。克期进修,不舍寸阴,护惜生命,行兼慈忍。旨哉圣训,万世永遵。而五竺地广,暑寒霖潦,气候之弗齐,故结制有以四月、五月、十二月,然皆始以十六日。所谓雨安居者,因地随时,惟适之安。或曰坐夏,或曰坐腊,戒腊之义始此。如言验蜡人冰以坐腊之人,验其行犹冰洁;或谓埋蜡人于地,以验所修之成亏者,类淫巫俚语,庸非相传之讹耶?且吾所修证,圣不能窥,岂外物可测其进退哉!今禅林结制以四月望,解以七月望者,若先一日讲行礼仪,而期内得专志于道,故略繁文,亦随方毗尼。或议不如法,而不知其“得法外意”也。中土以冬为一阳之始,岁为四序之端。物时维新,人情胥庆。礼贵同俗,化在随宜。故以结解冬、年,为四大节。周旋规矩,耸观龙象之筵;主宾唱酬,兼闻狮子之吼。礼文秩秩,猗欤盛哉![①]

“节腊”也即“戒腊”,指受过“具足戒”的佛教中的僧人,从阴历四月十五日到七月十五日的“结夏”这段时间“安居”(即结夏安居,亦称结制;到期为“解夏”,亦称解制)后,受戒的僧人年龄就上涨一岁,佛教称其为“一腊”,犹如出家人之年资。寺院中之僧人等级或排班先后,往往依戒腊为序。

这一制度,是经过了改造的。在印度,夏季的雨季长达三个月,佛陀乃定四月十六日至七月十五日为安居之期,在此期间,出家人禁止外出,聚居一处精进修行,称为安居。因雨季期间草木、虫蚁繁殖最多,恐外出时误蹈,伤害生灵,故而禁止外出。中国宋元时,“结夏”由十六日改为十五日,提前一日,德辉以为“先一日讲行礼仪,而期内得专志于道”。提前虽未遵释迦牟尼之法,但已得其精神,即“法外意”。德辉更认为,所谓“四大节”,即每年结夏、解夏、冬至、年朝,也是适应中土岁时的。因为在中国,结夏、解夏,系遵印度原制;冬至、年朝,则依中土风俗。这又是制度的大背景。

(二)篆刻之“妙得法外意”

明澹归和尚《遍行堂集》卷四《序部》,有《〈印确〉序》,文云:

> 予于字学,不习古文,然篆法佳恶。意所揣摩,略得三四,盖与楷法同一理也。嗜古或拙,趋时大纤。恃天资者,手滑执成,格者神死。譬如刑官,妙得法外意。印者以刀为笔,亦近于刑。《记》曰:“刑者,型也;型者,成也,一成而不可变,故君子尽心焉。”刑有律、有例,例为时,律为古,以意而舞文,守令而不察于情,皆非能治狱者。邵子又绝妙于印章,目其所集曰《印确》,则有一成而不变、“南山可移,此判不改”者矣。今之人有意见奇、至诡、故不经,矫之者,常过于正。正不见正,奇不见奇,神行乎其间,而后入化。诸葛武侯作《八阵图》于蜀江平沙之上,徒见卵石漫漫,六十四蔟卒,无由测其门户。桓温曰:“此常山蛇势也。”春江水发,转石奔雷,

①(元)释德辉重辑:《敕修百丈清规》(明刊本)。

一切荡然，无复存者。及其水落沙还，而漫漫卵石，不移一步，不失一拳，是之谓“确”。然则奇正无形，始叶潜德；六龙之德，不出一潜。识此意也，可以学《易》，可以用兵，可以能文，可以经世。呜呼！又节之、学之，行亦从此远矣。

这是就刑官用法而讨论篆刻。他以为，篆刻之人“以刀为笔”，就如刑官下笔判断以治狱一样。刑官须“妙得法外意”，篆刻者也须在“嗜古”与“趋时”之间也即在“古法”和“今法”之间作出选择。古法是循旧，今法是创新。篆者只有“妙得法外意”，才能将篆刻做到极致。二者的相同处，被刻画得淋漓尽致。

我们重点关注的，当然是他讨论刑官的问题。按他的说法，刑官用法断狱，涉及律和例的适用：律是过去的规定，例是当今的规定，但重要的不是在旧律和新例两者之间的选择，而是在“妙得法外意”。这里有两种情形是影响“法”的适用的：一是“以意而舞文”，即掺杂私意、故意错乱地使用法律条文，是对法律的玩弄；二是“守令而不察于情”，即拘泥条文（令）却不考察案件的具体情状（情），貌似守法实则背离。前者没坚守适用正当法律的底线，在两种或多种法律条文之间上下其手；[①]后者没摆正“法”、“情”之间的关系，知“法”而不知“情”。“情”是真情、实情之意。澹归和尚所引的另一句话，或可作其注解。“南山可移，此判不改”是个典故。按《新唐书·李元纮传》：“（李）元纮，早修谨，仕为雍州司户参军。时太平公主势震天下，百司顺望风指，尝与民竞碾硙，（李）元纮还之民。长史窦怀贞大惊，趣改之，（李）元纮大署判后曰：‘南山可移，判不可摇也。’”澹归和尚用它，正是“能治狱”的那种刑官类型。

澹归和尚是较早引用“法外意”来说明司法执法之外事务的例子。之后，我们看到了更大范围的扩展。[②]

（三）诗文创作之“贵得法外意”

宋朝陈与义的诗，是较早被认定“得法外意”者。刘辰翁《〈陈去非集〉序》论述黄庭坚、陈师道（后山）、陈与义（简斋）诸诗家的传承关系，云：

后山（陈师道）自谓黄（庭坚）出，理实胜黄（庭坚）。其陈言妙语，乃可称“破万卷”者。然外示枯槁，又如息夫人，绝世一笑自难。惟陈简斋以后山体用后山，望之苍然，而光景明丽，肌骨匀称。古称“陶公用兵得法外意”，以简斋视黄（庭坚）、陈（师道），节制亮无不及；则后山比简斋，刻削尚似，矜持未尽去也。此诗之至也。[③]

---

①“舞文弄法”之舞、弄，指耍弄、玩弄；文、法，皆指法律。指耍弄、玩弄法律条文，上下其手。汉代武帝两廷尉，都是善于揣摸君主内心的好手，略近舞文弄法。张汤治狱，“所治即上（皇帝）意所欲罪，予监史深祸者；即上意所欲释，与监史轻平者”。因为张汤知道，廷尉监、史中阴鸷、猜忌、乐人得祸的下属们，肯定会深文峻诋去办理的；而那些持平、轻恕的监、史，肯定也会用轻法守中的办法处理狱案的，这从他们的工作惯例中可以推知而得。还有杜周，“上所欲挤者，因而陷之；上所欲释者，久系（关押）待问而微见其冤状”，拖延之后. 自然就用不着处置了。当时有人就指责杜周说：你做廷尉，“为天子决平”，却不遵循法律，“专以人主意指为狱”，难道说办理狱案就应该是这样的吗？杜周有个巧妙辩解，道出了这层人的心理：三尺法律是从哪里来的？“前主（皇帝）所是著为律，后主所是疏为令”，当时都是应当遵行的，何必非得用过去的法才叫守法呢？均见《史记·酷吏列传》。

②篆无止境，书也无止境。楷书四大家，欧阳询法度谨严、笔力险峻，颜真卿端庄雄伟、气势开张，柳公权清健遒劲、结构严谨，赵孟頫圆润清秀、端正严谨。赵孟頫若遵守规范，就不能超越欧、颜、柳所开创之唐代高峰。

③（宋）刘辰翁：“序”，载（宋）陈与义：《陈与义集》，吴书荫、金德厚点校，中华书局1982年版，第3页。

刘辰翁以人的形体、神态和性格为喻,认定陈与义的诗达到了宋诗之至,“苍然”、“明丽”、“匀称”、“刻削”、“去矜持”(比陈师道),“节制”(比黄庭坚、陈师道),超过黄庭坚、陈师道;尤其他之“以后山体用后山”,用其“体”而又超越之,颇类“陶公用兵得法外意”之风骨。只是刘辰翁将古来的“陶公用法而得法外意”说成“陶公用兵得法外意”,文中还言“世间用事之妙,韩淮阴所谓是在兵法”,似乎又自成一系,但未知何所本。

清许印芳《诗法萃编·序》,[①]将追寻“法外意”确定为诗词创作的最高阶段、最高层次,而其之前的“法之意”、“法之迹”,分别是创作中相对较低的阶段和层次。许印芳云:

> “妙取筌蹄弃,高宜百万层”。诗文高妙之境,迥出绳墨、蹊径之外;然舍绳墨以求高妙,未有不堕入恶道者。故知诗文不可泥乎法之迹,要贵得乎法之意,[②]且贵得乎法外意,乃善用法而不为法所困耳。

这是说,在诗文创作上,遵守规矩(绳墨)、循用套路(蹊径)者,大多不会高妙;具有高妙境界的,反而是那些在规矩、套路之外的作品。但若抛弃了规矩、套路而求高妙,则又必不可免地落入恶套。许印芳巧用杜甫诗“妙取筌蹄弃,高宜百万层”,[③]道出“妙”的境界在于“得鱼忘筌”、“得兔忘蹄”、“得意忘言”,达到目的而忘记了手段;“高”的境界在于层次迭出,上百成千累万,从而又引出“诗法”的诸多层次。“法外意”被借用,“诗法”也被区分为三个层次:“法之迹”、“法之意”、“法外意”,划分颇细,道理也颇深。

许印芳的“法之迹”,指诗歌的具体作法,比如,古体诗之格律自由,不拘对仗、平仄,押韵较宽,篇幅长短不限;而近体诗(绝句、律诗)则字数、句数、平仄、对仗和押韵都有严格规定,因而这类格律、声调、对偶、平仄等的讲究,是作诗的“绳墨蹊径”,属于诗歌创作中以“不得、不可(禁止性规范)”及“允许、可以(授权性规范)”而体现的文本,具有规则或规定的内容。但创作不仅是遵循这些规则或规定,而是要弄清制定这些规则或规定的意图、理由、原因、背景,这就是“法之意”;“法之意”是“法之迹”的升华,是通过“法之迹”要达到的目的,应当反映创作主体对诗的本体、性质、功能的认识与把握

---

①(清)许印芳:《诗法萃编·自序》,《丛书集成续编》第二〇二册,新文丰出版公司,第227~228页。按,许印芳(1832—1901),字茆山,一字麟篆,又号五塘,云南石屏人。同治庚午(1870年)举乡试第二。曾任昆明学正、永善教谕、大理教授,后在五华书院、经正书院讲学。著有《诗法萃编》十五卷、《诗谱详说》八卷、《律髓辑要》八卷、《五塘诗草》六卷、《五塘杂俎》三卷、《陶诗汇注》六卷。

②“法之迹”、“法之意”当借鉴了北宋沈括“视迹求意”的认识路径与方法。沈括《梦溪笔谈》卷二《权智》云:“观古人者,当求其意,不徒视其迹”。“迹”是事物具体、外在、现象的描述,“意”则是抽象、内在、本质的描述。具体的“迹”与抽象的“意”之间存在着辩证关系,只有实现从“视其迹”到“求其意”的转变,才能真正认识、掌握事物的客观规律。又,《梦溪笔谈》卷十一《官政一》云:“《律》累降虽多,各不得过四等。此止法者,不徒为之,盖有所碍,不得不止。据《律》:“更犯,有历任官者,仍累降之;所降虽多,各不得过四等。”注:“各,谓二官各降,不在通计之限。”二官,谓职事官、散官、卫官为一官,勋官为一官。二官各四等,不得通计,乃是共降八等而止。予考其议,盖除名叙法:正四品于正七品下叙,从四品于正八品上叙,即是降先品九等。免官、官当若降五等,则反重于除名,此不得不止也。此《律》今虽不用,然用法者须知立法之意,则于新《格》无所抵牾。予检正刑房公事日,曾遍询老法官,无一人晓此意者。”其“用法者须知立法之意”,也沈括所关注。

③《全唐诗》卷二百三十《杜甫》十六《寄刘峡州伯华使君四十韵》。

等内容。不过,到这里还不够,还要在此之上寻找“法外意”,即能够被发现的意图、理由、原因、背景之外的东西。这个东西,只有精神、灵魂才足以当之,它是“法”的精神实质。“法外意”又是对“法之意”的超越,是对“法”的自由运用的最高境界。

许印芳的主旨在“善用法而不为法所困”。无疑,“法之迹”作为规矩,反映了创作规律,创作者应该遵守,但不应拘泥。这里有个既遵守规则又超越规则的问题:仅知遵守,墨守成规、因袭俗套,那是拘泥,是“为法所困”;能够超越,那才叫“善用法”,才能得到真正的创造性。而超越之道,在于两步:一是“贵得乎法之意”,二是“贵得乎法外意”。每一次的超越,都是一种新高度的追求。“法之意”是对“法之迹”的超越,“法外意”是对“法之意”的超越。只有到了精神或灵魂层面,才有境界高、手法妙的创造性。但超越不是脱离,许印芳说:“夫文章犹易道,乘机入化,惟变所适,所谓‘法之意’、‘法外意’者,悉由法变,而(非?)与之相反即与之相成。”“法之意”超越“法之迹”,不是脱离“法之迹”;“法外意”超越“法之意”,也不是抛弃“法之意”。许印芳希望创作者能“神明于法之中,挥霍于法之外”,在“法之中”活动,自然不能离开“法之迹”和“法之意”;在“法之外”挥洒,也不能脱离前两者的基础。而要做到这些,创作者必须经历对“诗法”“习之察之,熟之复之,渐进顿悟”的学习过程,练就“化裁变通”的功夫。

学者以为,“法之意”、“法外意”属于形上的层面;“法之迹”属于形下的层面。许印芳的《诗法萃编》一书,主要是从形上的层面着眼的,其《诗谱详说》、《律髓辑要》等著作则主要着眼于形下的层面。① 尤其前一方面,许印芳通过比拟,将法律规则(文本)、立法意图背景(意义)、法律精神(深意)诸项,被鲜活地套用在了诗歌创作上,成了他所谓的“诗法”。追求高妙,达至卓越,成了他所希望的诗歌创作的极则。

(四)画作之“用法而得法外意”

在画界,自称或被他人赞许“得法外意”者,在清代比较普遍。

比如,达曾,号竺峰,震泽人,南浔东藏寺僧。“画梅,师煮石山农,疏峭历落,得法外意。有《香影庵集》”。②

清黄慎初(名盛,字公懋),康熙、雍正时人。在《蛟湖诗抄·王已山序》中,自称:“某幼年孤,母苦节,辛勤万状,抚某成人。念无以存活,命某学画。又念唯写真易谐俗,遂专为之。已旁及诸家,差解古人法外意。”人物画是其一大特色。

徐珂《清稗类钞》第九册《鉴赏类》有《董询五藏〈柳阴消夏图〉》云:

> 周均,字平畦,桐乡人,家青镇。善画山水,宗倪、黄,出笔苍老,有虚实兼到之妙。晚年气益古茂,其所画《柳阴消夏图》,为秀水董询五龌尹宗善所藏。有德清蔡谷山学士题句,注云:“平畦之画,能用法而得法外意。”信然。其子钰,字坚庵,又字小畦,邑增生,工诗画,有渊源,克承家学。③

周均山水画的笔法,学宗元代四家中的倪瓒、黄公望(另两位是吴镇、王蒙),出笔

①沈清华:“许印芳诗学思想刍论”,载《成都教育学院学报》2004年第4期。本文借鉴了其说,在理解上又有所不同。

②《清画家诗史》壬下“达曾”条,中国书店1990年版,第465页。

③(清)徐珂编撰:《清稗类钞》第九册《鉴赏类》,中华书局1986年版,第4325页。

“苍老”固然是一特点,而更重要的“有虚实兼到之妙”,甚至“气益古茂”,是其既“能用法”而又能“得法外意”的关键所在。

清盛大士《溪山卧游录》卷一,详述了作画之法。除了综论画作的“气韵”、“生气”以及作画“七忌”、“三到”、“六长”、“四难”之外,更具体述及“皴法”、“画树法”、“画石法”、“画山”、“画泉”、“画平沙远水”、“画云”、“画屋宇”、“画桥”、“画江海大船”、“画帆影”等十余种景物的技法、布局及诸般讲究。比如,“画江海大船,须有风樯奔驶之势。若溪边垂钓,一叶扁舟,只以一二笔了之。”最后,作者总结道:

> 以上数条,为初学入门第一要义。神而明之,用法而能得法外意。阳施阴设,离奇变幻,非可以一格论也。

无疑,各种具体的技法、布局及诸般讲究是“法”,是“初学”者或刚“入门”者需要知道并掌握的,但仍须超越它,仍须作画者在这些规矩之上“神而明之”、“阳施阴设,离奇变幻”。如果仅“以一格论”,就仅仅是能“用法”,而不能“得法外意”。

(五)医学之“当思法外意”

清李慈铭云,“(费伯雄)尝著《医醇》二十四卷,分六门,曰察脉,曰辨证,曰施治,曰医理,曰治法,曰法外意”。[①] 费伯雄(字晋卿),其同治年间所著《医醇剩义·自序》云:“《医醇》共二十四卷,分为六门:曰脉、症、治,首察脉,次辨症,次施治,此三者为大纲;就治字中,又分三层:曰‘理’、‘法’、‘意’,医有医理,治有治法,化裁通变,则又须得‘法外意’也。”其“法外意”单列一门,明显是对“医理”和“治法”的补充。

另外,《本草纲目·草部》第十四卷《草之三·芳草类》“香附子”下云:

> 飞霞子韩懋云:香附能推陈致新,故诸书皆云益气。而俗有耗气之说,宜于女人不宜于男子者,非矣……
>
> 懋游方外时,悬壶轻赍,治百病黄鹤丹,治妇人青囊丸,随宜用引,辄有小效。人索不已。用者当思法外意可也。

这里以香附为主药,制成一丹、一丸;而使用“药引子”,则根据症状不同而不同。比如:

> 黄鹤丹:其方用香附一斤,黄连半斤,洗晒为末,水糊丸,梧子大。假如外感,葱姜汤下;内伤,米饮下;气病,木香汤下;血病,酒下;痰病,姜汤下;火病,白汤下。余可类推。
>
> 青囊丸:方用香附略炒一斤,乌药略炮五两三钱,为末,水醋煮面糊为丸。随证用引,如头痛,茶下;痰气,姜汤下;多用酒下为妙。

医家提醒使用者不必胶柱,将其当作“法外意”理解最好。

另,魏之琇《续名医类案》卷二十七《便秘》,则记载了一个病例:

> 万密斋治庠生余光庭:年十九岁,染痘发热,五日不出,三日未更衣,脉细而数,虽有下症,元气怯弱,不可下也。以胆导之,不得通,病者烦躁。因思发热日久,毒流其中,燥粪闭塞肛门,大肠干枯,气不得行,血不得润,胆导力小,故不能通也。自

①(清)李慈铭:《越缦堂读书记·医醇剩义》,上海书店出版社2000年版,第631页。

立一法:取猪尿脬一枚,以猪胆汁半杯,清油半杯,蜜半杯,三物和匀,入脬中,如作胆导法。取下燥屎二十余枚,气通热解,神清痘出。此法外意也(虞天民亦有此法)。①

正是由于常规的"胆导法"不见效,故自创了力度更大的"胆导法",但道理是相通的。通便之后,"气通热解,神清痘出",一切迎刃而解。这种具有创造性的办法,被称为"法外意",正可见所谓"法外意",并不排斥原有法度的原理,而是在原有办法的基础上的再创造。

除此之外,到了近世,在戏剧表演艺术领域,也有了"法外意"问题。

景孤血《梨园点将录》(二)云:

(十五)浪子荀慧生

赞曰:东林浪子钱(此宜署为"浪子妇")。倾国倾城,在其一顾。谑浪笑敖,春风满路;自饶烂漫,不屑规行矩步。花弓绣弩,如意子,何处去?

慧生由秦入徽,语其明媚,一时无两。年来口角春风,自成一家,殆如画中之"逸品"。而学之者病,似之者死。良以慧生演剧,恒得法外意也。故视一切规律,几同糟粕,大有古人所谓"礼法岂为吾辈设"者之意。至其鼻上两眉之中,尤为天下至美。慧生倾人者,端在此方寸地。又其本戏中有《柳如是》,故起句云云。②

荀慧生作为"四大名旦"之一的京剧旦角表演艺术家、荀派艺术的创始人,其受欢迎的原因以及成就,当然不止上述这些。他受关注的顾盼之间、谑浪笑敖等表演细节,只是其中的小者;他之特别,在于"不屑规行矩步"、拥有"礼法岂为吾辈设者"的情愫,能跳出规矩,故其表演"恒得法外意",以至于"学之者病,似之者死",到了他人模仿不得的地步。这就是境界。

说到这里,执法、司法是否允许类似文学艺术创作、医学变通的创造性?比如,作诗要"化裁变通,神明于法之中,挥霍于法之外",作画要"神而明之"、"阳施阴设,离奇变幻",医疗要"化裁通变"。那么,执法、司法是否允许这种变通?能否将其理解为创造性执法或司法?或者是否需要创造性执法或司法?是个值得探讨的问题。一般来说,文学、艺术创作要突破陈规,才有柳暗花明,才有境界高妙;但执法与司法对法律的突破,会否必然出现创造性,则是需要探讨的。

四、谢安"用法恒得法外意"之法哲学意味

(一)谢安其人其事

谢安之评价陶侃,有两点须注意。一是二人的年龄差,这关乎其评价所依据资料的来源问题;二是谢安的评价倾向,这与谢安的学行又相关。

就前者而言,陶侃生于259年,卒于334年;谢安生于320年,卒于385年。是陶侃死时,谢安是个十四五岁的少年。他对陶侃的评价,应主要是依据父老讲述的传闻而

①(清)魏之琇编著:《续名医类案》,人民卫生出版社1982年版,第777页。

②景孤血:《梨园点将录》(二),载1940年11月30日《立言画刊》第114期,第5页。

来。当然,也不妨假设他读过有关陶侃事迹的资料(行状)。陶侃是谢安景仰、崇拜的人物。

就后者而言,谢安是当时风行的玄学中人,是大清谈家。由于玄学以老庄道家为基本资料和崇尚,故谢安行事,颇类汉代黄老道家。

一则,与汉初黄老道家一样,他对类似的事,做类似的处理,说类似的话。《世说新语·政事》载:“谢公时,兵厮逋亡,多近窜南塘,下诸舫中。或欲求一时搜索,谢公不许,云:‘若不容置此辈,何以为京都?’”①这与汉初曹参离任齐国诸侯相时嘱咐后继者“勿扰齐国狱市”以“并容奸人”的话语与行事相同。② 二则,来自于他人的评价,也表明谢安的行事是黄老式的。《晋书·谢安传》说他做“吴兴太守,在官无当时誉,去后为人所思”,这虽然比其妻兄刘惔“居官无官官之事,处事无事事之心”③似乎仍有差距,颇像西汉直不疑“惟恐人知其为吏迹”,④但无疑也是道家“法令清简”式的做法;在做宰相(尚书仆射和主持中书省)期间,他“不存小察,弘以大纲,威怀外著。人皆比之王导,谓文雅过之”,这又像汉武帝时“学黄老之言”的东海太守汲黯,“其治,责大指而已,不苛小”,做主爵都尉,他也“治务在无为而已,弘大体,不拘文法”。⑤

谢安作为大清谈家,甚至反对“清谈误国论”,并强词夺理为清谈辩护,⑥但他不是仅仅善于清谈。谢安“常疑刘牢之既不可独任,又知王味之不宜专城”,后来这两个人,一个“以乱终”,另一个“以贪败”,因而被认为“知人”;前秦苻坚大兵压境,谢安外示安静,但“指授将帅,各当其任”,终于取得淝水之战的胜利,则又是其“善任”;谢安担心桓氏子弟难制且起内讧,遂“以桓石民为荆州,改桓伊于中流,(桓)石虔为豫州”,这样“以三桓据三州,彼此无怨,各得所任”,则又是其“经远无竞”的功夫。⑦ 就连东晋的投敌者,也讲“自桓温、谢安已后,未见宽猛之中”,⑧这样一个复杂的人,他本人有事功、有实事,对他人事功、实事也并不反对。

总之,谢安清谈,但也有事功、实事。这使他对人评价时,会有事功、实事的角度,而不会纯从是否清谈以及清谈是否高雅立论。我们知道,陶侃是反对清谈的,谢安虽清谈,但对陶侃评价是积极的。对陶侃的评价,当是以事功、实事为言的。我们还知道,谢

---

①(清)汤球辑:《众家编年体晋史》辑《世说新语·政事第三》注引檀道鸾《续晋阳秋》曰:“自中原丧乱,民离本域,江左造创,豪族并兼,或客寓流离,名籍不立。太元中,外御强氐,搜简民实,三吴颇加澄检,正其里伍。其中时有山湖遁逸,往来都邑者。后将军安方接客,时人有于坐言:‘宜纠舍藏之失者。’安每以厚德化物,去其烦细。又以强寇入境,不宜加动人情。乃答之云:‘卿所忧,在于客耳! 然不尔,何以为京都?’言者有惭色。”

②《史记·曹相国世家》:参去,属其後相曰:“以齐狱市为寄,慎勿扰也。”后相曰:“治无大于此者乎?”参曰:“不然。夫狱市者,所以并容也,今君扰之,奸人安所容也? 吾是以先之。”并参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第382页。

③《晋书·刘惔传》。

④《史记·万石张叔列传》。

⑤《史记·汲郑列传》。并参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第384页。

⑥《晋书·谢安传》:“尝与王羲之登冶城,悠然遐想,有高世之志。羲之谓曰:‘夏禹勤王,手足胼胝;文王旰食,日不暇给。今四郊多垒,宜思自效,而虚谈废务,浮文妨要,恐非当今所宜。’安曰:‘秦任商鞅,二世而亡,岂清言致患邪?’”

⑦《晋书·谢安传》。

⑧《晋书·姚兴载记上》。

安“不存小察,弘以大纲”,与黄老道家一样具有“容纳”奸人的“反官吏化”倾向,就思想倾向而言,这很可能使他对陶侃的执法、司法产生抵触情绪。但他却发现了陶侃“虽用法而恒得法外意”的一面。

(二)“法外意”的道家哲理:道与法

谢安对陶侃“用法而得法外意”的概括,是基于道家的,因为他有玄学背景。其实,欲理解谢安对陶侃的评价,还需要注意玄学对人的评价角度、评价标准及方法。在玄学盛行时期,对人的行为是否符合“道”的议论,是评价角度和评价标准之一。恰好西晋王衍、东晋谢安两个大清谈家,倒有一比。据《世说新语·识鉴第七》载:

> 晋武帝讲武于宣武场,帝欲偃武修文,亲自临幸,悉召群臣。山公谓不宜尔,因与诸尚书言孙、吴用兵本意。遂究论,举坐无不咨嗟。皆曰:“山少傅乃天下名言。”后诸王骄汰,轻遘祸难,于是寇盗处处蚁合,郡国多以无备,不能制服,遂渐炽盛,皆如公言。时人以谓山涛不学孙、吴,而暗与之理会。王夷甫亦叹云:“公暗与道合。”

这是说,当事人认为山涛不学孙武、吴起的兵家理论,而暗中与之相合。王衍也赞叹说:“山公暗与道合。”案,王衍是西晋清谈领袖。喜谈老庄,虽居宰辅之位,不以治国为念,开清谈浮诞之风。桓温后来说他清谈误国,[①]石勒将要杀他时,他自己也承认如果不清谈,不至于弄坏政治。[②] 他评价山涛,直接用了“道”这个概念,比其他人对山涛的评价更明确、具体,但已经是道家角度、道家标准了。他在另一处评价山涛,也以山涛虽不读老庄,但往往与老庄义旨相合为言。可见,这已经是他评价人的一种固定的方法了。[③]

与王衍类似,谢安作为东晋的清谈领袖,他对陶侃的评价,也是基于道家理论,他的评价,“法外意”也类似“暗与道合”的逻辑。即陶侃虽不是清谈家,不喜好老庄,但其“用法”符合“道”。

说到“道”,事情就必须深入到道家的另外一对概念“道”与“法”、“道”与“术”的关系问题。

老子对法律,往往是站到其对立面来立论,“法令滋彰,盗贼多有”、“民不畏死,奈何以死惧之”。这种态度、这种立场,缘在老子有“道、法、术、器”的一系列概念,他要求“法”符合“道”。因为“道”是天道,是自然、规律、必然、真理;“法”是人定的,应遵循“天道”。因而,“法”有善恶之分,顺应天道的“法”就是善法,而违背天道的“法”就是恶法。老子抨击的是违背天道的恶法。

正如本文前述所言,“法外意”的追求,多涉及道家概念,一般可以追溯至汉初黄老道家。这是正常的。因为对“道”的坚持,在黄老道家那里,甚至主张“道生法”;[④]对

---

①《世说新语·轻诋第二十六》:“桓公入洛,过淮、泗,践北境,与诸僚属登平乘楼,眺瞩中原,慨然曰:‘遂使神州陆沈,百年丘墟,王夷甫诸人,不得不任其责!’”

②《晋书·王戎传附衍传》:“衍将死,顾而言曰:‘呜呼! 吾曹虽不如古人,向若不祖尚浮虚,戮力以匡天下,犹可不至今日。”

③《世说新语·赏誉第八》:“人问王夷甫:‘山巨源义理何如? 是谁辈?’王曰:‘此人初不肯以谈自居,然不读老、庄,时闻其咏,往往与其旨合。’”

④马王堆汉墓帛书整理小组:《马王堆汉墓帛书〈经法〉》,文物出版社1976年版,第1页。

“法”的挑剔,也常以其是否合“道”为依归。

在谢安,就是“不存小察,弘以大纲”,就是追求“法外意”,仍然是站在法律的对面来看待司法、执法问题。道家“不拘文法”、“弘大指”,本身就包含了“法外”追求的可能。在这点上,谢安与王导类似,王导也是“务存大纲,不拘细目”,但带来的问题是“委任赵胤、贾宁等诸将,并不奉法,大臣患之”,以致“陶侃尝欲起兵废(王)导”,庾亮“又欲率众黜导”。① 因为这在道理上,不符合理想中的“法欲必奉,故令主者守文”、“理有穷塞,故使大臣释滞”、“事有时宜,故人主权断”的“君、相、官”权力分界的三分法。② 宰相可以“坐而论道”,③“不存小察,弘以大纲”、“务存大纲,不拘细目”;但有司之官必须“奉法”或“守文”,“作而行之”,④这是宰相与有司之间的界限,否则就乱了。

既然“道生法”,谨守法度是第一步;而问“道”、寻道,就可能是寻求“法外意”。后者是对前者的超越。对法不甚了了,找寻不到“法外意”;无守法之心,不能探究“法外意”。证之以前述管同所谓“夫奉法者,守令事也;‘用法而恒得法外意’者,循吏之为也”,“奉法”之“事”,与“用法而恒得法外意”之“为”相对举,前者是地方郡守、县令的常态工作,属于“听断于一时”的常务;后者则是贤知府的“循良之吏”才可以做到的,是超常才能、超常德行、超常思维的结果。

从“道”、“法”关系看对“法外意”的追求,在终极原因上,是由于法律规范的规约对象或事项的有限性。

法律规范在规约对象或事项上,总是有限的。比如,官设之船舶用于运输,这是既定的;但能用来做战船吗?原来的规范就显出有限性。而战时,所有官船都可以征用,以服务于战事要求,这就是法律原则、法律精神。它在“法”外,非明理者不能得。它并不违法。

因而,“用法而恒得法外意”,在方法上,是在寻找法律原则。“以官物讨官贼”,就是个法律原则。就像西方法官寻找“人不能从错误中获益”的法律原则一样,在法律文本之外发现“法外意”,也须得法官主动地去寻找、去发现。

无论怎样,“用法恒得法外意”是一种玄妙的境界。中国人找到了“法”的辩证,是一种对“法”的理解的极致。这一追求,从“道”、“法”关系而论,永远是无限的。

关于“道”、“法”关系,或许我们可以从诗学、绘画的另一概括“至法无法”来观察之,并以此来看待“用法”与“法外意”的问题。

诗学的内容是诗法,即关于诗歌写作的法则和技巧,具有法则和方法两层意思。“至法无法”作为艺术家对待规则和技巧的根本态度,学者以为,“中国人对法的观念实际是由法入手,经过对法的超越,最终达到无法即自然的境地,概括地说就是‘至法无法’”。⑤

清人朱庭珍《筱园诗话》云:“作诗者以我运法,而不为法用。故始则以法为法,继

①《晋书·庾亮传》。

②参见拙著《权力场》,法律出版社2008年版,第81~84页。

③《周礼·冬官·考工记》:“坐而论道,谓之三公;作而行之,谓之士大夫。”

④《周礼·冬官·考工记》:“坐而论道,谓之三公;作而行之,谓之士大夫。”

⑤蒋寅:“至法无法:中国诗学的技巧观”,载《文艺研究》2000年第6期。

则以无法为法，能不守法，亦不离法，斯为得之。盖本无定以驭有定，造诣至无法之法，则法不可胜用矣……若泥一定之法，不以人驭法，转以人从法，则死法矣。”而具体用法，则是“或以错综出之，或以变化运之；或不明用而暗用之，或不正用而反用之”，“无法之法，是为活法、妙法”。① 诗法如此，画法也如此。石涛《画语录·变化章第三》说：“至人无法，非无法也，无法而法，乃为至法。”

这里的所谓“至法”，即是道。无法以有法为前提，无法隐含着有法。其精髓是“规矩备具而能出于规矩之外，变化不测而亦不背于规矩”、②“法乎法而不废于法，法乎法而不滞于法”，③反对机械地拘泥于法，强调用法、驾驭法的能动性和灵活性，即由“有法”至于“无法”，成为中国文学理论中关于技巧的基本观念。④ 无论诗法有多少，无论人们总结了多少有关声律、结构、修辞等方面的手法与技巧，相对于需要“神而明之”的终极的“道”而言，都是可以逾越的。

（三）“法外意”与“言意之辨”：语言、文字表达的有限性

“法外意”的追求，在哲理上，也是由于法律语言在表述上，具有有限性。这导致了追求“法外意”的永恒可能性。

法律语言，无论设计了怎样的概念、范畴体系，无论如何跟随现实生活的发展，无论如何曲尽表述——在古代中国，还有个书面语的文言与通俗的口语之间的反差——总归是有限的。它可能表达不了立法者的全部想法，可能表达不了立法者的正确想法，甚至未必能反映立法者的真实想法，且不说法律条文是否跟得上法律理念的变化，如此等等。这是语言表达的局限性使然。

中国在先秦就讨论了语言、文字与思想（意义）之间的关系。《易·系辞上》：“子曰：书不尽言，言不尽意。然则圣人之意其不可见乎？子曰：圣人立象以尽意。”这是说：文字不能完全代表语言，语言不能完全表达思想（意义），于是圣人就用卦象的符号把自己的思想表达出来。汉代经学家们阐释儒家经典，皆把注意力集中在卦象和文字章句的层面，忽略了对经典的精神实质的把握，结果造成了支离烦琐的学术风气的盛行。魏晋时，人们不再用教条主义的态度和烦琐哲学的方法对待儒家经典，而是要求突破经典中文字章句的限制，把握经典的言外之意，亦即把握经典的精神实质。于是经典中的“言”和“意”的关系就成为人们讨论的话题，出现了三种不同的意见：以荀粲为代表的“言不尽意”说，以欧阳建为代表的“言尽意”说，以王弼为代表的“得意忘象（或得意忘言）”说。不过，这时以老子、庄子、《周易》为经典的学问是玄学，故该讨论更多反映道家立场。

无论“言不尽意”、“言尽意”也好，“得意忘象（或得意忘言）”也罢，它们在哲学的认识论上的意义，可以不论；在方法论上，比如王弼认为固执于“言”、“象”并不等于“得意”，真正的“得意”可以抛开“言”、“象”，因而，把握经典的精神实质比把握经典的文

①（清）朱庭珍：“筱园诗话”，载郭绍虞：《清诗话续编》，富寿荪校点，上海古籍出版社1983年版，第2327页。
②（宋）吕本中：《夏均父集序》。
③（清）游艺：《诗法入门》。
④蒋寅：“至法无法：中国诗学的技巧观”，载《文艺研究》2000年第6期。

字、符号更为重要,这意味着,把握经典的精神实质不应当受经典的文字、符号的束缚。这种认识所具有的一般方法论意义是:对于一切事物都应当把握其根本和实质,而不应被事物的细枝末节和表面现象所束缚、困惑。

因之,魏晋时期出现“用法而恒得法外意”的说法,并不奇怪。当时盛行的“言意之辨”,探讨的是:语言与意义的关系如何?语言能否表达意义?应当如何把握意义?如果说老子的“道、法”关系论,引导谢安对陶侃“法外”之“意”的追求进行评价,那么,老子、庄子的“道不可言”(老子有“道可道,非常道”,《庄子·知北游》有“道不可言,言而非也”)以及此前的“言意之辨”,又导引谢安关注法律文本之“言”对法律意图之“意”表达的正确性、准确性、全面性、有效性等的思考与考察。也许,在陶侃本人,并没有想得这么远、这么深,但谢安在想、在琢磨。

后来,唐宋文学、宋代佛教禅宗主张“意在言外”、“言有尽而意无穷”,是对魏晋时“言意之辨”的一个发展。

庄子的“得意忘言”,对手段与目的作一种“目的论”的关系理解,尽管倚重了手段,但它也仅仅是手段而已。唐宋人在诗文创作领域内,更发展为“意在言外”,[①]说话者的真正用意不去明白地说出来,而让读者仔细体会方得知道,即追求“言外之意”,崇尚所谓“言有尽而意无穷”,[②]让诗文含义深刻,令人品味不尽。这样,手段——语言表达的仅是部分意思,其他意思或全部意思尚在未表达之中。

佛教禅宗也如此。临济宗的“三玄三要”,其宗旨在于破除参禅者对“我”、“法”的执迷。在此基础上,着重指出语言文字的某种局限性,而诱导学人悟得言外之意、言外之境。[③] 临济宗大慧宗杲(1089—1163),注意到“学人泥于言句”的弊病,将所藏《碧岩录》刻版全部毁掉。他认为师父圆悟的“文字禅”,与禅宗的精神是不相一致的,从“公案”上并不能直接看到祖师的真实面貌,应该以“公案”中的某些典型语句作为“话头”(即题目强调)加以参究,不从文字上去理解,而是从言外之意去领会。这是对当时盛行的“文字禅”的反动,出现所谓“话头禅(也称看话禅)”。

如果说,“言”、“意”关系在文学领域是踵其旧的话,宋代扩展到宗教领域,就是一个新发展。此前,魏晋“言意之辨”的大环境所孕育出来的“用法恒得法外意”的概括,只是一个小小的浪花,是“言”、“意”关系在法律领域——具体地说,是在司法、执法领域的反映和表现。尽管后来“用法恒得法外意”这句话又反哺到诗词创作、佛教原理说解乃至篆刻与作画等艺术创造、医药学及临床疗治、戏剧表演等方面,追求“法外意”因

①(宋)司马光:《温公续诗话》:“古人为诗,贵于意在言外,使人思而得之。”

②(宋)严羽《沧浪诗话·诗辨》:“盛唐诸人惟在兴趣,羚羊挂角,无迹可求。故其妙处,透彻玲珑,不可凑泊,如空中之音,相中之色,水中之月,镜中之象,言有尽而意无穷。”又,宋姜夔(尧章)《白石诗话》称:“东坡云:言有尽而意无穷者,天下之至言也。”又云:“句中有余味,篇中有余意,善之善者也。”

③据《五家宗纂要》,第一玄为“体中玄”,指使用一般语句,发自于真实的心体,以显示真实的道理,参学弟子虽然明白其中道理,但因机用滞着于悟的境域,而不能得着真正的自由。第二玄为“句中玄”,指使用语意不明确的巧妙言语,不拘泥于语言本身,但能显示其中玄妙道理,意谓已进入相对自由境界。第三玄为“玄中玄”,又作“用中玄”,指离于一切相待之论理和语句等桎梏的玄妙句。所谓“于体上又不住于体,于句中又不着于句。”语言虽出自心体却又离于心体,虽有所表达却又不具体说出,参禅者只有从中体验,进入自由的领域。

此而获得了普遍性意义,但它产生的最初环境,却是一个玄学盛行时的哲学话题——“言意之辨”环境之下的意外产物。魏晋玄学涉及哲学的本体论、知识论、语言哲学、伦理学、美学等各个领域,在法律上措意并不多,但就是“虽用法而恒得法外意”这句话,却成了名言。尽管我们仍须深入思考司法与执法是否也有个法则遵守与超越的问题,因为,毕竟法律作为规则,与其他领域的规则有所不同,但司法、执法肯定也有个创造性问题,即创造性司法、创造性执法,这本身就应当超越,也值得超越。

此外,将“用法恒得法外意”与另一个中国式的法哲学范畴——“情理法”相比,在思想渊源上,“情理法”的概括更多地缘自儒家思想系统,在中国思想结构基本属于儒家的大背景下,“情理法”得到了普遍的发挥和运用;相反,玄学色彩浓厚的“用法恒得法外意”,虽发散范围更广,而在它的原发领域——司法、执法上的影响,反倒不如“情理法”。在中国,儒道互补这一思想结构的大背景,并没有更多地支持“法外意”。尽管它们所欲解决的问题,都有不拘泥于显露于外的法律规则的意味,但“情理法”是“法内”、“法外”俱包,而“用法恒得法外意”则更多地瞩目于“法外”,范围的广狭也似乎是决定它们的不同命运的因素,这是其一。其二,“情理法”欲解决“法”与其他事物的关系,具体而切实,属于“实”;但“法外意”相对概括、抽象,属于“虚”,则虚与实也可能影响着二者的不同命运。

附记:在论文写作过程中,就诗歌创作的“法之迹”、“法之意”、“法外意”问题,笔者曾与沈阳师范大学研究生处的朱爱军教授交流,他提示我李泽厚讲审美形态之“悦耳悦目”、“悦心悦意”、“悦志悦神”三层次,或可与此相应,并向我推荐了阅读书目。尽管诗歌创作与审美有同有不同,但“艺术讲究‘无法之法,是为至法’”(李泽厚:《美学四讲》,生活·读书·新知三联书店1989年版,第70页),则文学创作、艺术创作都涉及一个法则的遵守与超越的关系问题。论文草成之后,笔者循着这个线索,查阅当今学界对古代诗学及画论的研究成果,注意到蒋寅《至法无法:中国诗学的技巧观》(《文艺研究》2000年第6期),也论及“至法无法”的哲学内涵及思想渊源来源于道家关于“法”与“道”的关系以及“法”与“言”的关系这两个哲学问题;而胡建次《中国古代文论中的至法无法论》(《五邑大学学报(社会科学版)》2006年第4期),则对“至法无法”论的发展过程作了比较好的系统梳理。爱军教授的提示及启发,促我拓展了对“法外意”的“无法之法”之“至法”的理解。在此,对爱军教授深表感谢。

[责任编辑:冯学伟]