

樊山“情理外无法律”试绎

霍存福*

内容摘要 樊山的法律思想首推其“情理法”观。樊山发现了“情理”作为网络结构而存在这一事实,实际是区分了上位情理、下位情理;樊山喊出了“情理外无法律”,堪与沈家本“不能舍情理而别为法也”相媲美,都是对“情理法”关系的深刻揭示。樊山与他官不同,为令长、为臬藩时,皆“自治文牒”,不假手僚属。故其“情理法”观是通过批语判词的零星的、连续的方式表达出来的。樊山入仕前读律三年,知法、也遵法,但更主张变通法、活用法、突破法;他论“法”,多有“情”“理”参与;主张婚田争讼适用情理断案,刑案虽须遵守例案,但也得情理通顺,故他断案,“专补律意所不及”。樊山之“理”,多指法理:有刑事法规、民间交易规则、程序法规及行政惯例,但也指事物规律之事理、日常行为逻辑、对官员或百姓行为原理的推测等;樊山的许多“理”,不古板、却活泼,又不和稀泥、恪守界限,一些事理经抽象即可提升为法律原则;“理”包含“罚恶”,也兼寓“赏善”;其“人情、事理”之“理”,往往与人性相关联;有的“理”,已被“法”所限定,不再无条件使用。“情”具有多层面性,“情节”意义上的“情”,讲求“情罪相符”,变通为“原情而略法”;“人情”意义上的“情”,讲求“情法兼尽”,变通为“体谅人情”;“情法两欠”时,主要指“人情”未尽。樊山言“情、理与法三者皆讲不去”,可能是今人“情理法”并提的源头之一。

关键词 樊山情理 法律 法官 箴言

樊山的法律思想首推其“情理法”观。2018年,笔者以薛允升、樊山为比较对象,因选题限制,当时涉及樊山者,相对粗略,没有展开。^①作为旧学体系养成的官僚精英,樊增祥对传统法律精神的理解是深邃的。以“情理法”而言,他以为:“天下事皆论情理,尽人皆知。至情理中又有情理,则非天资高、才识敏者不知也。”^②实际上,他发现了“情理”是作为网络结构而存在的这样一个事实,这样一种特征。这一点,无人能及。同时,他又是通达的。是他也唯有他喊出了“情理外无法律”,以为“抱旧本者不知,讲西例者亦未合也”^③。这一命题,堪与沈家本“不能舍情理而别为法也”相媲美。^④

仅此两点,樊山对“情理法”关系的认识,就已经是那个时代的经典,在某些方面不输沈家本;但在时代性、开放性上,他又不如沈家本。这源于樊山的经历、职任与沈家本不同,机遇也异。本文拟就

* 沈阳师范大学法律文化研究中心教授。

本文系国家社科基金重点项目“古代法官箴言及其传承与创新研究”(项目批准号:19AFX003)阶段性研究成果。

① 霍存福:《沈家本“情理法”观所代表的近代转捩——与薛允升、樊增祥的比较》,载《华东政法大学学报》2018年第6期。

② 樊增祥:《樊山政书》卷十三《批华阴县词讼册》,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第372页。下引该书仅出具书名、卷数、批词名及所在页码。

③ 前注②,樊增祥文,第556页。

④ 沈家本:《寄谳文存》卷六《法学名著序》,载《历代刑法考》(附《寄谳文存》),中华书局1985年版,第4册,第2240页。

樊山的“情理法”观,作一个较为全面的分析,以就正于方家。

一、樊山其人其事其书

樊山(1846-1931),名增祥,字嘉父,号云门,别署樊山,晚又号蝶翁、天琴老人,湖北恩施人。年少发愤苦读,考秀才、中举人,光绪三年(1877)中进士,继点翰林。四年(1878)秋,入荆州知府倪文蔚幕;冬,入武昌知府方大湜幕。散馆后,外放以知县用。八年(1882)夏,入湖北按察使黄彭年幕;光绪十年(1884)正月至十三年(1898)十一月,先后出任陕西宜川(1年10个月)、咸宁(9个月)、富平(10个月)、长安(6个月)等县知县,因丁母忧解任。十五年(1889)秋至翌年七月,入总督张之洞(先广州、后武昌)幕;十七年(1891)底题补咸宁(1年1个月)知县;十九年(1893)二月至二十四年(1898)八月任渭南(6年)知县;二十五年(1899)二月以道员衔在直隶总督荣禄府,参武卫军事;二十七年(1901)六月升为陕西按察使,八月署理陕西布政使;二十八年(1902)初回陕西按察使本任,十二月调任浙江按察使;二十九年(1903)九月赴浙江任途中奉朝命回陕西按察使任,并署理布政使;三十年(1904)十一月实授陕西布政使,三十二年(1906)十月因陕甘总督升允弹劾而免职;三十四年(1908)六月开复江宁布政使,宣统元年(1909)五月护理两江总督(7个月)。宣统三年(1911)九月,新军攻南京城,樊山携布政使关防,弃职避至沪上租界。袁世凯执政时,官参政院参政。

樊山文学、政事皆佳。文学上,他师事张之洞、李慈铭,诗作颇丰,为同光时期的著名诗人。已经整理点校出版者,逾七千首;有待整理者尚有数千。据传,其遗篇则有三万。以致其“治名为词章所掩”^⑤。政事上,樊山受张之洞影响最大,张是其为官为政的楷模。

樊山为官的两个时期,第一阶段任知县时的行迹,他的学生兼姻亲余诚格,所作叙文记述较详。^⑥樊山为官的第二时期,也即其任按察使、布政使阶段,诸书记载不多。《清史稿》无樊山专传,只在《贻穀传》^⑦和《李瑞清传》^⑧中有相关记载。

樊山任官的这两个时期,都有相应的官牍存在。反映其知县时治事情况的是《樊山批判》,光绪二十三年(1897)县衙刊刻。他因“服官十年,凡有讼牒,皆手自批答,先后殆以万计”^⑨。任渭南知县之次年,遂集历年批词、判词为《批判》十四卷付梓。反映其臬藩时治事情况的为《樊山政书》。任秦臬、秦藩、江藩期间,樊山仍以批复府州县民人呈词、控词及官吏禀、详等的书面形式,处理公务及参与案件审理,宣统二年(1910)他汇集其秦臬以来十年的公牍,成《樊山政书》二十卷,付梓刊行。^⑩

《樊山批判》显示了樊山躬亲政事的工作方式。最初任宜川、咸宁、富平、长安等4县知县期间,樊山就养成了“凡有讼牒,皆手自批答”的习惯;数量最多的“批”,皆樊山亲手创为。在数量上,“所存批多判少,良由批词随来随答;至案经讯结,则由吏人叙供拟判,苟大意不相背谬,即亦不复润饰。惟案情较重及近怪者,乃据案手自作判。”当然,在樊山,对批词的功能是认识明确的:“大率讼牒之来,不外准驳两途,讼师即持是以覘官之能否。每一批出,能抉摘纰漏,动中窳要,使无情者不得肆其诗张,而冤结者先有伸理之望,未经讯鞫,而人心震动矣。至升堂判决,平情断事,枉直分明,使观者同声称快,固亦居官之一乐也。”当然,其中“以批为判者,正自不乏”,实际已经包含了具体的处理意见。^⑪

《樊山政书》是《樊山批判》的延续。做臬司、藩司的樊山,“其自治文牍,一如为令长时”;而其影

⑤ 钱海岳:《樊山方伯事状》,载樊增祥:《樊山诗集》(下册),附录二《序跋传记资料选辑》,涂晓马、陈宇俊校点,上海古籍出版社2004年版,第2053页。下引该书仅出具书名、册数及所在页码。

⑥ 余诚格:《樊山集》叙,载樊增祥:《樊山诗集》(下册),第2029-2030页。

⑦ 参见《清史稿》卷四三三《贻穀传》,中华书局1977年版,第41册,第12604页。

⑧ 参见《清史稿》卷四八六《文苑三·何维朴传附李瑞清传》,中华书局1977年版,第44册,第13437页。

⑨ 《樊山批判·自序》,载徐立志整理:《樊山批判》,载杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》,中国社会科学出版社2005年版,第11册,第1页。

⑩ 另外樊山尚有《樊山公牍》三卷,光绪二十年(1894)县衙刻本,收录所作示、禀(包括通禀、会禀)、状稿、详、申、移、启、复等,行政类内容较多。

⑪ 参见前注⑨,樊增祥文,第1页。

响,也如前一样,“每一批词挂发,吏民传写殆遍”,甚至“秦中官报”也以其“公牍为资料”。^⑫只不过,省级司法的特点,不再需要他躬亲升堂听讼,而主要是通过“或批复府州县文禀,或判决百姓讼案,或者申详部院,或者访查民隐”,按樊山的说法,主要是作“纸上判断”,即以书面形式参与事务处理与案件审理了。^⑬

本文以《樊山政书》所收批、书后、札、详等文书为对象,对从光绪二十七年(1901)至宣统二年(1910)共10年间的樊山“情理法”思想,进行一个专门的考察。就樊山的经历而言,他“少为名士,中为强干吏,晚殆跻封圻”,^⑭知县时期的《樊山批判》相应于“强干吏”,臬藩时期的《樊山政书》相应于“跻封圻”,后者也是他思想的成熟期,相对稳定,值得探讨。

学界研究樊山的不多,仅有几篇博硕论文,而涉及他“情理法”观的就更少。何勤华教授曾就收文455件的《樊山判牍》,从其“尚无判决意见的禀词、呈词”中,看出“樊增祥在受理各案时的法律意识和法律观念是很强的”。因为即使“在处理家庭赡养、婚姻、继承、时效、立嗣、借贷、民事诉讼、土地纠纷等一系列民事案件时,适用的准则几乎都是《大清律例》上有规定的条文”,并列举了樊山在15个判牍中所适用的许多具体法律规定、一系列法律原则的细节。^⑮这是樊山之“法”。那么,“情理”如何呢?滋贺秀三在揭示“情理”含义时曾列举了13个案例,何勤华教授认为,这“虽然使我们对情理的认识更为直观,但在把握‘情理’一词时仍嫌单薄和笼统”,故他的进一步研究,除了揭示清代雍正、乾隆、道光、同治间的8个案件所涉“情理”的具体含义外,更详细列示了《樊山判牍》中樊增祥诠释“情理”内容的14例,以为补充和修正。^⑯这对我们的后续研究,很有启发。虽然这种具体指出“情理”内涵的研究方式,繁琐、辛苦也略嫌笨拙,但却是揭示其真谛的唯一办法。因为樊山的“情理法”观,主要来自于其司法过程中的触动与感悟,星星点点,只言片语,散见于其批词、判词中,不去穷尽罗列,就无法得其全貌。

二、樊山的“法”观念

(一) 剥离“情理”看法律

剥离“情、理”以呈现其“法”观念的单纯,可以作为分析樊山“情理法”观的逻辑起点。剥离本身,当然是一种假设。实际情况是,樊山并无孤立的、单纯的法观念,多是与“情、理”相连的。

考察樊山的法观念、法意识,可以从两个方面进行。一是从他对下属的要求中考察,二是分析他本人的说法与态度。角度也有两个,一是他对法律的知悉和遵守,二是他的法可变通、法可活用的说法和态度,其核心是突破法律规定。

1. 知法、遵法。以臬司、藩司的上官身份俯瞰下属府县的樊山,对“深知律意”从而“判断精审”的知县,赞赏有加,如临潼县李令、华阴县崔令;对熟悉例案、“律意精通”襄助知府的幕宾(刑名师爷),他也深表敬意。樊山所理解的吏才、吏干,包括了熟悉律例、处事合法——他欣赏知府、知县们“才明例熟”,因为知晓“例有明禁”,^⑰是治事理政的前提;他也乐见知县们办事“吏干日增”,尤其是做事“俱能合法”。^⑱所以,樊山在批示中,一再要求下属依法审理案件,如“按律定拟”。^⑲

樊山本人是熟悉法律的。他熟悉当时的一些行政类规矩,“邑绅禀留本官,例有明禁”,^⑳“例载:官员迁调,不准百姓乞留”。^㉑同时,有个刑事案件的批复,樊山辨别高焦氏推跌妯娌致死,系“过失杀

^⑫ 《樊山政书·自序》,载樊增祥:《樊山政书》,第1页。

^⑬ 参见樊增祥:《樊山政书》卷五《批华州李令嘉绩禀》,第116页。

^⑭ 前注⑤,钱海岳文,第2054页。

^⑮ 参见何勤华:《清代法律渊源考》,载《中国社会科学》2001年第2期。

^⑯ 参见前注⑮,何勤华文。

^⑰ 樊增祥:《樊山政书》卷五《批兴安府金守禀》,第117页。

^⑱ 樊增祥:《樊山政书》卷十七《批略阳县刘令赓年禀》,第491页。

^⑲ 樊增祥:《樊山政书》卷三《批同官县孀妇孙杨氏控词》,第70页。

^⑳ 樊增祥:《樊山政书》卷十《批华阴县举人李兆鹏等禀词》,第262页。

^㉑ 樊增祥:《樊山政书》卷十七《批东关商民禀词》,第493页。

人”而非“斗殴杀人”，从地方拟罪之绞监候改为赎刑，表明其深悉《大清律例》中“斗殴律”“过失（杀伤）律”的差别，^②尤其能反映他在司法上也是强项，而非仅仅擅长诗词。所以，我们能看到，樊山在批复中，每每用法律精神或法律规定，衡量府县申上的案件。凡笼统或粗略地提及法意者，用抽象的“法”字较多：比如，“借赈营私，法当惩究”，^③“此等淫僻无耻之人，法无可贷”，^④“动手打人，法宜惩责”；^⑤樊山甚至有时会指出应判处的具体刑罚，如“庇护赌匪，指父疯痰”，“不孝之尤，法当杖毙”；^⑥“法当分别枷杖，斥革记过”。^⑦另有一些，樊山则能指出具体的律文或例文：如“签、会各匪，罪本当诛；而又持械拒捕，例得格杀勿论”；^⑧又如，“诬告反坐，例有明文。至以强劫诬人，尤为险恶”。^⑨

樊山“法”观念的这一部分，可以概括为法应遵守、（违）法不可逃两方面。前者主要对官员而言，他们应知晓律例、通晓律例，且应遵守法；后者则对所有作奸犯科的违法犯罪者而言，无论官、民，违法即应受处罚，无可逃刑。

2.变通法、活用法、突破法。但在樊山那里，一则，出于对法律（规则）本身特性的认识，他又对遵守法律（规则）一事提出灵活性的要求，反对“以死法制生人”或“以生人而拘于死法”；再则，进入司法过程的樊山，主张“死法活用之”“缓狱速成之”，并希图“于不合例之中”，求得司法者意图的贯彻。这可以抽象为法可变通、法可活用，构成樊山“法”观念的第二个层面。

（1）不“以死法制生人”，不“以生人而拘于死法”。樊山之法，较为广泛，既包括国家律例、诸部章程，也包括地方长官行政上所定的规矩。樊山曾为陕西义仓定下了“专收谷、豆而不收麦”的规矩，考虑的是“麦性不耐久储（三年必须出易）”而“豆、谷可储十年”；但遇到环境变化，比如“邠州地性高寒”，“储麦亦可耐十年之久”，则过去所虑之事即可折中，也就是应当允许这些地方的义仓“专储麦石”。为此，樊山批准邠州“每亩三升，专储麦石”，^⑩以及凤翔县义仓也可“收麦”的请求，^⑪而打破了自己所定的规矩。

这其中的道理是：法的特性，或规则所具有的共性，是其不能范围一切。即使其在立法时尽可能周详地考虑了一切，仍然不能范围一切。因之，“法应被遵守”的这种刚性的原则性，并不意味着不允许变通，否则这种原则性的刚性就成了“死法”；允许变通就意味着应当具有柔性、灵活性，原来的“法”也就成了“活法”。“死法”与“生人（活人）”的关系——不“以死法制生人”，或不“以生人而拘于死法”，就是樊山的立场。

（2）“死法活用之”，“缓狱速成之”。法律（规则）既然不能范围一切，其变成“死法”后，就有个“活用”的问题，这是一个当然的逻辑。对于像国家律例、诸部章程这样的法，樊山以为“若照例详办”，问题就来了——司法上的任意一个环节，都适成制约，这使得地方官不能依照己意做事，尤其不能快意做事。他在批复渭南张令的禀词中说：刀匪王有善聚赌、抢杀，多年未归案。一旦抓获，就应严惩。樊山说，他本人一贯的“治刀匪之法，重则杖毙，轻则系石”，简单明了。之所以不去按部就班地“照例详办”，就是担心“宪幕之驳斥，罪犯之翻供，案证之拖累，招解之繁费”等这些在申上、复审、转场、定案过程中，前两个环节容易出现，后两个环节则令人担忧。与其受制约，不如不找事。他欣赏渭南张令对该刀匪“锁系十年，以惩奸慝”的处理，并自许自己“死法而活用之，缓狱而速成之”，“往往于不合例之中而有极快心之举”，以为该县令属于这样的“老手灵心”，可与道及。^⑫

对于“定章”是否必须遵守，樊山反问：“夫办事有一定之章程哉？”他以为如果事事时时守规矩，

② 樊增祥：《樊山政书》卷四《批西安府张守详》，第96页。

③ 樊增祥：《樊山政书》卷一《批咸宁县生员刘德潜控词》，第3页。

④ 樊增祥：《樊山政书》卷十三《批泾阳县禀》，第366页。

⑤ 樊增祥：《樊山政书》卷二十《批仪征县禀》，第570页。

⑥ 樊增祥：《樊山政书》卷四《批长安县民定清桂禀词》，第104页。

⑦ 樊增祥：《樊山政书》卷一《批富平县周令丕绅禀》，第23页。

⑧ 前注⑦，樊增祥书，第117-118页。

⑨ 樊增祥：《樊山政书》卷八《批临潼县李令禀》，第217页。

⑩ 樊增祥：《樊山政书》卷九《批邠州唐牧沛霖禀》，第246页。

⑪ 樊增祥：《樊山政书》卷九《批凤翔县周令禀》，第247页。

⑫ 樊增祥：《樊山政书》卷十三《批渭南张令禀》，第361页。

那种“拘文牵义，乃胥吏缚制焚财之法”。^③今日官场，“以生人而拘于死法”，“因循以玩误粉饰”，“上下相蒙，成为胥吏之天下”。^④特别是那些“刑幕，专以死法绳生人，则胥吏所为而通儒所耻也”。^⑤樊山谈到这个问题时，三次提到了“胥吏”，因而，他的“死法不得拘活人”的看法，也是对胥吏政治、官场积弊的深刻认识使然。所以，很多时候，他宣称“本司在此提刑，决不拘牵文法”，表示对“地方缉获匪徒，量其情罪，立予重惩”的支持。^⑥因此，樊山沾沾自喜于“往往于不合例之中而有极快心之举”，其实是有来历、有由头的。他常以通儒自许。

(二)“情”“理”参与其间的“法”事务

1.“法”之事，其实有“情”“理”参与。其实，前述樊山在陕西规定的义仓收谷、豆的“定章”是否必须遵守，与各地“情(情形)”的差异及对“理”的认识有关，有“情”与“理”的参与，就不是一个单纯的“法”的问题。

同样，凤翔县的应用，也是此理。当时，“夏麦已收，秋谷丰歉尚不可必。与其待谷，不如收麦”。这样，首先可以解决不“失时”的问题。其次，原来规定义仓“每亩捐豆若谷三升”，但凤翔县“地分五等”，每等缴纳田税不等，一律缴纳三升，上与下等无别，“事属不公”，应“按粮收捐”即按总纳粮数收纳为好。樊山说“所言皆切中事理”，“事理”即“理”。樊山因此又批准了凤翔县义仓不“计亩(每亩三升)”而“按粮(总租数量)”收纳义仓的请求。为此，他强调“各属情形不同，仍赖贤有司自行酌量办理”。突出“情形”不同之“情”，是不同的“事理”产生或存在的基础。他本人甚至对“户部通行天下之章程，其不合本省情形者”，他也“每具详顶覆”，给予变通，理由就是“情形”之“情”的不同。他反对“生人而拘于死法”。^⑦

“法”包含“情、理”，应当因应“情”的变化而改变，“法”之“理”不是一成不变的。一句话，就是因地制宜、因时制宜。

2.律例断案与“情理”断案。在这方面，大而别之，可分为刑事案件与情理、民事案件与情理两方面。

民事案件方面，樊山以为用不着适用律例处断，使用情理断案即可。他说：“州县终年听讼，其按律详办之案至多不过十余起，中简州县有终年不办一案者，其所听之讼皆户婚田土、诈伪欺愚”。而对这两类案件，“贵在酌理准情，片言立断，不但不能照西法，亦并不必用中律。”^⑧可见“户婚田土、诈伪欺愚”等案件的性质，是“酌理准情”也即适用情理断案的原因。当听讼范围集中在“户婚田土、诈伪欺愚”等民事案件领域时，存在两个问题，一是律例是否有规定，从而可资使用；二是是否用得着，即不必劳律例大驾就能妥当解决。这两个问题，前者属于情理断案的“法之内”的原因，后者属于情理断案的“法之外”的原因。

刑事案件方面，樊山以为，情理与例案的关系之一，是欲符合例案，须得先符合情理，反映例案的基础是“情理”。他说：“办谋杀重案，先须情理通顺，方与例案符合。”“例案”即例与成案，属于“法”的范畴。“情理通顺”，即知州、知县等地方官，对谋杀这类重大案件的认识——对案情的把握、理解，案件发生顺序、要节等，都应确实、无疑，从“案情揣度”，经得起推敲，没有不合情理(“情理所无”)之处，也即排除了合理怀疑，然后才可以叙述清晰，才不会遭到刑部驳斥。否则“案情近于离奇，供词亦复踳驳”，^⑨不仅走不到督抚、刑部那里，在臬、藩二司那里就通不过。

例案与“情理”的另一层关系，是“例案”中所包含的“理”为法理。樊山说：一个县令攻讦原籍的吏胥，“衅起于借贷不遂，而迹涉于诬告挟嫌”，后又欲销案。樊山以为“以公事论，不能起灭自由；以例案言，理应诬告反坐”，诉讼程序一旦启动，就不得任由告发者随意撤销；而条例与成案，对诬告均

^③ 前注^①，樊增祥书，第246页。

^④ 前注^①，樊增祥书，第246-247页。

^⑤ 前注^②，樊增祥书，第361页。

^⑥ 前注^⑦，樊增祥书，第118页。

^⑦ 前注^③，樊增祥书，第246页。

^⑧ 樊增祥：《樊山政书》卷二十《批拣选知县马象雍等禀》，第595页。

^⑨ 樊增祥：《樊山政书》卷七《批商州杨牧详》，第185-186页。

实行反坐原则,这是确定的法理。樊山要求西安府“提集人证,迅速讯明,秉公断结,详请核办”,竟然“不准”告发者销案。^⑩

但依照例案判断与依照“情理”判断,有时可能仍然是冲突的。经过了法司判断,可能会出现“有例案而无情理”,即名义上根据律例断罪了,实际上却不合情理。樊山说:“引例科罪”,“引例”是依法,自然是好事,但不能“不顾事理之不平”,因而依法的终极衡量标准是“公平”。因而,樊山本人更为习惯的,是他在批示府县时,经常“但言情理,未查律例”。对案件、对纠纷,他的第一反应多是“情理”而并非法律。而“情理”与“律例”之间,可能会不一致。

宝鸡县王汰奎,想与已经分家的寡居弟媳一起过日子,当然这是伦理大忌。弟媳交出财产,回娘家守节。王汰奎怀疑是胞兄王汰香指使,对王汰香欺讹昧债,又赖债不还。王汰香请族长评理,王汰奎竟然持刀逼迫王汰香,致使王汰香“情急”,“夺刀回砍致毙”。在今天属于典型正当防卫的这一案件,当时的樊山,是以死者有严重过错为缘由(当然是以道德语言如“淫心”“禽兽”),得出“人人得而诛之”的结论。他有一句话是“以昭公允而正伦常”,言下之意,王汰香作为兄长杀王汰奎,使该“禽兽”“淫心”不逞,不过是完成了一件重要的伦理任务而已,所谓“正伦常”一层,意义在此;虽云“人人得而诛之”,毕竟其他人无此伦理义务。另一层“昭公允”,则是关注王汰香承当何种罪名以及刑罚轻重的考量问题。樊山认为宝鸡县最初“拟故杀”,刑罪之间“太不允协”,所以指示按“斗杀”罪“从轻问拟”。宝鸡县得到批示,感觉为难:如果按樊山批示,依照“斗杀”处罚,应“照斗杀例拟杖一百、流二千里”,刑罚并不轻;而“照殴死有罪卑幼,按例拟流减徒”,这相当于在“故杀上量减一等”,虽然比较合适,但不符合樊山批示。

樊山说:不必担心!他批示说:我之前“但言情理,未查律例”。之所以批示按“斗杀”拟罪,只为刑罪相符,使二者允协;地方既然详查了律例,就按地方拟定的办。樊山说,“此案照殴死有罪卑幼例,拟流减徒,情罪适相符合”。樊山还对帮助王汰香的从犯王锁银拟杖,比主犯减一等治罪,并主动承担了向上级报告该案的任务。^⑪

樊山“但言情理,未查律例”,是他的习惯,也是他自信的表现。他自认“情理”抓得准确。该案中死者有重大过错,此“情”是排除其兄故杀的关键所在。一错在欲收继其寡弟媳,犯了大伦,有错在先;二错在持刀逼兄,竟然被反杀。后“照殴死有罪卑幼例”减刑,其“罪”两者皆有。因其逼寡弟媳同居,未成事实,后者便成了主“罪”。樊山未查律例,实际上,清律“若兄亡收嫂,弟亡收弟媳者,(不问被出、改嫁,俱坐)各绞”;附例第2条:规定“弟亡收弟媳”,男女酌情“各拟绞决、绞监候”;亲族、地保“知情不阻,照不应重律杖八十”。^⑫一旦既遂,王汰奎是死罪,故其也可以叫“应死罪人”,罪行不小。

三、樊山之“理”的内容、范围及其特质

樊山的“理”,有时也作“公理”,与“私心”相对,并与“公德”连用;有时又与“私情”相对。这两种用法,含义相同。但因“公理”这一概念有比较明显的来自西方的舶来品特征,樊山使用也不很普遍,我们看重的,仍是他传统意义上使用的“情理”或“情理法”概念。

樊山之“理”的“内容”,这里是指具有法律意义的,可以直接考量、揭示其具体含义的规则、规范类的那部分“理”;“范围”是指其使用或存在的空间,以及其与其他范畴比如“情”相关联的情形;“特质”指其特点与性质。

(一)“理”的内容

“理”有许多用法,但较多的场合,是指能对应于刑、民、商事及程序法的法律规则。故樊山的“理”,多指法理。

^⑩ 樊增祥:《樊山政书》卷二《批在籍直隶知县汝汝作枚呈词》,第55-56页。

^⑪ 樊增祥:《樊山政书》卷六《批凤翔府转宝鸡县详册》,第165-166页。

^⑫ 参见薛允升:《读例存疑》(重刊本),黄静嘉编校,成文出版社1970年版,第299-300页。

“理”是刑法规则。首先是杀人偿命的抵命规则,“命案已办,岂有一命四抵之理”?^⑬因为《大清律例》的基本规则是一命一抵;且应抵命者,被殴者如果“死于病,非死于伤”,所谓殴人者就“无问抵理,亦不得作命案办”,^⑭也即要求行为与死亡之间必须有直接因果关系,否则不可。其次是诬告反坐规则,一个县令挟嫌诬告吏胥,樊山以为“理应诬告反坐”。^⑮诬告即使不反坐,如渭南一个生员,诬告差役“辱矜诈赃”,又“捏约赖业”,也“理应坐诬斥革”。^⑯在这方面,“理应”体现的实体规则,主要是惩罚规则,指示的主要是惩罚与否及惩罚的程度或限度,比如“王五丁等事外无干,蔑节擄物、唆讼欺孀,理应立毙杖下”。^⑰这种“理”,法理的味道很浓。

“理”是民事上的交易规则。“欠债还钱,一定之理”,对此,不仅县民须得“迅速清还”,^⑱而且典史这样的胥吏,“尔所欠……钱,自应归结了事”,“遵断还钱,以后可保无事”,“若不具结还钱,……本司不能恕也”,^⑲无论吏民都得遵守这一规矩。“理”也是处理婚姻关系的规则,尤其离婚,必须慎之又慎,“此等事,苟可不离,决无断离之理”。樊山遇到的案情是,作为麟游县学官丁效仪继室的女方“未犯‘七出’之条”,男方“纵妾凌妻”;凤翔府尹曾经打算“揭参、断离”,因丁效仪哀求改正,就顺水推舟,作罢了事。这是府尹为官“严而仁”的两面。后来,女方两次赴县控诉,县令力劝丁效仪,不听。女方也归宁不回。如今,双方均愿离异,属县以“强合又有两伤之势”,请示樊山定夺。樊山了解了府、县处理经过,以为“罪不在李(女)而在丁(男)”,所以,他要“为李姓(女家)少雪沉冤”,“勒令(男方)出钱五百串以助学堂经费”。“如敢抗违,即将该革教锁系三年,罚做苦工”。^⑳这是作为藩司的樊山,对属县请示直接下判,而未指令下属进一步办理。这种情形,比较少见。

“理”是程序法上的规则。首先是审理规则,“细故固无提讯之理”,^㉑不构成犯罪的不能提讯;“老年寡妇,钱债细情,岂有办罪之理?”^㉒妇人受人指使而兴讼,樊山认为追责不得,钱债细故,达不到刑事案件的标准。其次是羁押规则,对证人的关押,“(梁)洪举诚为要证,亦无永远管押之理”,道理在“万一逃犯无获,此案永不成招,为见证者不将死于押所耶?”^㉓最后是作证权利或义务,“刘文瑞等系九娃原媒,理应作证”,^㉔媒妁要对婚姻成立负举证责任,这是程序规则。这里的“理应”,一方面指法律程序规则,另一方面又指个人日常行为逻辑。比如,被未来女婿殴打侮辱,典史寻汝德“既将尔殴辱至此,理应实时喊控,何以迟延一月之久,始递此禀?”^㉕“理应”这样的逻辑,意指其行为不合常理。这时,日常行为逻辑与法律程序规则,是重合的。

“理”是行政法规则。其一,是官府之间的通报规则,“荆州驻防旗兵,既未奉差,又未告假,无端远涉千余里,在本司案下滋事讹人,理应禀请荆州将军销除旗档,责递管束。”^㉖其二,“理”也是行政考量中的公平原则。“两县争田,官各子其民,民各欲辟其地”,这一陋习,有时障蔽公平。比如三原县与富平县争地,“三原坐收余地,而富平永纳赔粮,事之不公,无逾于此”。樊山认为“据理而断,富平返连城之璧,三原归盗窃之弓,最为爽捷”,故断令“著李枝茂、李发将所种张家里一二甲内诡混富

⑬ 樊增祥:《樊山政书》卷三《批镇安县民程齐志控词》,第74页。

⑭ 前注⑮,樊增祥书,第570页。

⑮ 前注⑯,樊增祥书,第56页。

⑯ 樊增祥:《樊山政书》卷十一《批渭南县详》,第139页。

⑰ 樊增祥:《樊山政书》卷五《批临潼县黄令禀》,第114页。

⑱ 樊增祥:《樊山政书》卷一《批咸宁县民薛源顺呈词》,第8页。

⑲ 樊增祥:《樊山政书》卷三《批海典史禀》,第73页。

⑳ 樊增祥:《樊山政书》卷十九《批麟游县魏令立禀》,第531页。

㉑ 樊增祥:《樊山政书》卷一《批凤翔县武生严桂芳控词》,第2页。

㉒ 前注⑲,樊增祥书,第73页。

㉓ 樊增祥:《樊山政书》卷十五《批紫阳县禀》,第406页。

㉔ 樊增祥:《樊山政书》卷四《批华州印委刘张会禀》,第94页。

㉕ 樊增祥:《樊山政书》卷五《批命妇张杨氏呈词》,第122页。

㉖ 樊增祥:《樊山政书》卷一《批荆州驻防迎安等呈词》,第15页。

民之地,拨出二十亩归富平盘龙里五甲经收,以补赔纳之数。三原鱼鳞册续注十四亩字样,即日涂销”。⁵⁷

有些规则,是通过否定方式道出来的,比如樊山谓交易“本无兄卖业而弟取赎之理”,⁵⁸则民事方面无此规则;监狱管押方面,刑事的“土棍、积窃”,民事的“户婚、田土、钱债细故”争讼具结后应“交钱、交人、交房、交地”等,均需要管押。当宝鸡县令表白“在押者不敢令过十人”,樊山批示:“天下凡事无一定格式。果吾民皆善良,虽报‘狱空’可矣;如其民多刁劣,即押至二十人不为多,岂有永远不过十人之理?”⁵⁹“无……理”“岂有……理”,都通过否定句而表达了肯定的意思。

(二)“理”的范围

虽然,通俗的“有理、无理”一类用词,仍是樊山对世俗事务的评判标准,比如,争水之事,告状者之“有理、无理”;⁶⁰批评知县断案,使“有理者吃亏、无理者便宜”;⁶¹甚至于案件的审判,有些府县竟然形成了“无理者薄责而厚赉,有理者受累而折财”的断案陋习;⁶²樊山责问某知府,“该守为有理乎?无理乎?”⁶³但这类用法,毕竟太生活化而缺乏专业或职业色彩,故与前述樊山所用的规则之“理”有差别。“情理太亏”指无理,樊山的“理”,个别指事物规律,如“私碱充斥,则官碱滞销,一定之理”。⁶⁴这类的“理”,可概括为“事理”,有属于经济或商业的,有属于其他领域的。因而,“理”有时也指民间长期以来形成的规则,如“民间无论何项生理,行头抽用钱铺家帮行用,乃闾阎通例也”⁶⁵，“闾阎通例”即民间规则。它们虽与法律规则类似,但毕竟不同。

“理”更指人们的日常行为逻辑,适用于官、民。通过“无……理”“岂有……之理”句式,指明不存在这样的“理”或“情理”;通过“理应”“理宜”,指出存在这样的“理”。这是对案件或事件中的情理、情节、道理的推测。

比如,对官员行为的推测,樊山批复县民控词云:你所控的县令虽属颀硕,“然决无故纵正凶、自担四参处分之理”;且作为地方官,抓到正凶,他“岂有当堂教令翻供之理?”⁶⁶

对百姓行为揣测,一是纯粹日常行为问题,多为案情中的关连问题,如批刘高娃因索欠掐死表叔强德芳案,樊山对淳化县详文提出了14个问题,其中一个“强德芳之往泾阳为探亲也,岂有不带盘费之理”?⁶⁷他认定该案是刘高娃“预伏中途图财谋命”,而之所以搞成斗杀,是因落入“牧令不谙律例,幕友狃于积习,恒持‘救生不救死’之说,将谋故重情,一律改为斗杀”的窠臼,要求该县令“悉心推鞠,务在得情”,以“成信谳”。这种日常行为,可能就是案情的发展逻辑。

二是对所谓违法行为的推测,如稽查委员诘问当事人:“尔身坐房内,王喜岂有当面行窃之理?”⁶⁸则任何查案人皆会提出这样的问题。三是对案犯行为的预测,“大凡光棍就逮,万无直捷认供之理”,⁶⁹这涉及到案犯心理。四是应当出现的法律行为,没有实时出现,是个疑窦。比如,蓝田县民黄九田呈词,说他发妻王氏不见,后发于梁村张薛娃家。樊山一连提了5个问题,指出其发妻若被拐

⁵⁷ 前注²⁷,樊增祥书,第22-23页。

⁵⁸ 樊增祥:《樊山政书》卷五《批蒲城县详》,第126页。

⁵⁹ 樊增祥:《樊山政书》卷一《批宝鸡县杨令调元禀》,第14页。

⁶⁰ 樊增祥:《樊山政书》卷四《批白河县生员钱福清呈词》,第105页。

⁶¹ 前注⁵⁸,樊增祥书,第126页。

⁶² 樊增祥:《樊山政书》卷十《批西安府详》,第264页。

⁶³ 樊增祥:《樊山政书》卷九《批兴安府禀》,第259页。

⁶⁴ 樊增祥:《樊山政书》卷十六《批神木县张令禀》,第435页。

⁶⁵ 前注⁵¹,樊增祥书,第2页。

⁶⁶ 樊增祥:《樊山政书》卷一《批石泉县民吴兴武控词》,第4页。

⁶⁷ 樊增祥:《樊山政书》卷一《批淳化县详》,第18页。

⁶⁸ 樊增祥:《樊山政书》卷五《详抚部院》,第128页。

⁶⁹ 樊增祥:《樊山政书》卷二十《批江都县详》,第594页。

卖,他应“情不可以终日”,“理宜速控”,“而讼乃缓至三年”。怀疑其是“自卖发妻,控人奸拐”。^⑦

“理”也指情节,这是“情”与“理”发生联系、二者含义相同的场合之一。对合阳县乔福定误杀贺坤平一案,樊山怀疑“乔福定夺刀走开之供”的真实性。县令详文中有诸处矛盾——刀尖外向,刀尖碰卷,两人对面猛碰,故樊山连问三个“断无……之理”,指出其叙供“情节”不“符合”,或“情节不对”。樊山说,“凡办命案,以情节符合为主。情节不对,万难照转。”^⑧“断无……之理”,即不可能存在这样的“情节”,“无其理”与“无其情节”二者相等。

(三)“理”的特质

1. 不古板,而活泼。从以上的列举可以看出,樊山之“理”不是僵硬的“纲常”“名分”等古板教条,而是活泼的、建立在对案情深入洞察基础上的活动的概念。

三纲五常在古中国,是“理”;而且,尊卑之纲常之“理”,是少有人敢于在其上做文章的。但在樊山眼里,个案之理不一定都在长辈那里。首先是婆媳之间。

《樊山政书》卷十三《批朝邑县曾令词讼册》云:

通阅四案,各有诿张隐幻之情。贤令尹眼明口刚,每就其症结之处指穿说破,使矫伪者俯首无词。于是公道大彰,葛藤立断。吁,不易也!岳李氏姑媳兴讼一案,罪在李万瑞一人,一千板、一面枷,可谓沉着、痛快。若遇胡涂官长,伸姑抑媳,势必酿成冤狱,而犹自以为扶植纲常。此等谬人,吾见亦多矣,不中与该令作奴。^⑨

纲常是众人讲求的,“天下没有不是的父母”,这是当时的“理”。而樊山表扬曾县令对婆媳诉讼案的处理,他没有像常人那样“伸姑抑媳”,而是找出祸首李万瑞——这显然是岳李氏的婆家人,很可能是娘舅。婆家人挑拨,致使婆媳不和,枷杖一人而事了。若挑儿媳之错,名分是讲究了,但酿成冤狱是可能的。

樊山之“理”不套用名分,而是宏达并充满人情关照的。名分这种尊卑纲常,常与人情对垒。樊山讲断案“最患泥一定之名分,而不谅人情”^⑩,这涉及到“情理”关系。他认为名分与“理”并没有必然联系。

这样一种宏达,对弱者命运的关心,和对案情、事件可能的发展倾向的关注,那种设身处地的“顾虑”,是“理”,也关乎“情”。它反对“迂腐”、迟缓,主张严猛断割。

2. 不和稀泥,恪守界限。樊山的“理”,也不是不分是非的和稀泥,他谨守着“有理、无理”并区分是非的严格界限。

樊山对“妇女无识,戚族教唆,涉讼公庭”而“经官断”的案件处理结果,大为不满。因为那些“自命循良”“自以为厚道、为明允”的问官,断案时“往往无理者薄责而厚贲,有理者受累而折财”。原因是他们“于被讹之家劝令忍让,曰全骨肉也;于诬告之人酌断财产,曰恤贫寡也”。而“此等断法,几于人人如是”,樊山却颇“恨之,较贪赃枉法者更加一倍”。他认为最好的办法是“照例批饬调处”。这是他对西安府“张张氏呈控张倅”一案批词中,所发的一大感慨。

该案案情是:赵氏、张倅母子收留了丧父之叔子张鹤寿,“同居共食,视侄如子”,却遭妯娌张氏及其子鹤寿告发。官断赵氏出银二千两,赵氏不肯;后经乡里调处给三千金,永绝瓜葛。但一年后复来,再次诬讹。樊山以为,一是找出“觊产刁唆”的张氏胞弟牙佺张大丙,“拘案,笞八百板,枷号一月”;二

^⑦ 樊增祥:《樊山政书》卷六《批蓝田县民黄九田呈词》,第152页。

^⑧ 樊增祥:《樊山政书》卷四《批合阳县记令详》,第97页。

^⑨ 樊增祥:《樊山政书》卷十三《批朝邑县曾令词讼册》,第357页。

^⑩ 樊增祥:《樊山政书》卷五《批蒲城县陈令禀》,第138页。

是将张氏母子传案,“痛加责骂”,勒令其“照原立‘葛藤’字据息案”,令其“出具切实甘结,永远不登张倅之门”。倘若敢于违抗,就“将鹤寿发县管押”,加重处罚力度。他以为,过去官员处理该案,“庸人漫无是非”,如果一开始就痛加扑责张大丙,将张氏严予谴诃,令其母子自己向赵氏乞求,多寡唯命,不遵则答其弟张大丙,再不遵则押其子鹤寿。此案早就结了。

樊山的“理”,明确地说出来了,且道理十分简单:张氏开始“恳乞收留”,赵氏母子“为好而成仇”,张氏则“逞诬而兴讼”;张倅母子“忍气挥金,含冤控府,养雏被啄,蓄犬发狂”,好心人竟然成了东郭先生。官府“不分曲直、不论是非”,但令赵氏“出资以谢诬讹”,等于鼓励诬讹;得了三千金,不到一年,张氏母子又来,“再肆欺讹”,樊山说“此皆当日不讲是非曲直”的恶果。樊山特别交待:“原审此案者”,不可再让他审讯案件了,这种“漫无是非”之人,再接案件,“恐其复害他人也”。^④

3.事理抽象,可提升为法律原则。樊山之“理”,有一些可以提升为法律原则,比如利害一致原则。

樊山说:“断案须通达事理,不通人未足与议也。”蓝田县王姓有绝户地一顷三十亩,地荒,税粮无着落。开始由户首王从首赔纳;后来,王从首无力赔交,则由粮差傅金垫纳。因傅金垫款无着,王从首就于绝地内选择腴田二十一亩给他,让他纳粮。其余无人耕种的一顷多瘠薄荒地,则诬称临潼县人王兆智是绝户的近门,应承担粮差。蓝田县胡姓署县令,“将(王)兆智之子既枷且打,勒令具结认粮”。王兆智不服,上控。新任蓝田县令覆讯后,“断令:粮差傅金将一百三十亩绝地一齐领种,承纳此粮”。樊山说:断得好!批语中点明了县断明鉴,与胡县令恰成鲜明对比:

胡涂的胡县令“竟令临潼之百姓纳蓝田之荒粮”,有类笑话,且不去说;回头来看蓝田人的税粮分担,有无问题。新任县令肯定注意到了这一现象:过去“傅金取腴留瘠,永食二十亩肥田之利,而荒粮之害贻之他人”,这在“事理”上不通。用今天的话说,是不符合“利害一致原则”。经现任县令判断后,“傅金承垦,则肥瘠、利害全归一人”,^⑤“事理”可通,也即符合了“利害一致原则”。

实际上,如果说“情理法”存在某种“原则”的话,有一些是可以归纳为“利害一致原则”的。就是说:仅得其利,而不受其弊,不可;仅受其弊,而不得其利,也不可。要点或要害在于利弊或利害的平衡。在当时,它对许多礼制及法律问题的解决,提供了可以付之操作的理由和方案。

(四)“理”的功能

樊山批词所揭示的“理”,其功能颇多。

一则,“理”包含着“罚恶”,也兼寓着“赏善”。长安县刘文涛诬卖孀居侄妇刘董氏,知县断令刘董氏回娘家守节,而令刘文涛出钱四十串;此外,又将串娶之赵连富财礼八十串,一并归刘董氏,以为其养贍之资。

樊山说:断得好!那些“拘墟庸腐”的州县官,必然会为赵连富叫屈,谓其“罪减于文涛,而罚反较重也”。殊不知开始谋娶时,赵连富是“御轮而归”——暗行“亲迎之礼”,将刘董氏带到自己家的——就此而言,已“情同串拐”,与刘文涛是同谋。到家后,骗婚事露,董氏“矢死不从”,赵连富又捆绑刘董氏。若不是刘董氏因智脱身,诬其入城,寻机解脱,可能就被其霸占了。因此樊山说:“是此八十串之财礼,断无归赵之理,而以断归董氏为心安而理得也。”^⑥“理得”之后,而又“心安”,这是法官之心安。一案而惩两恶,既含惩恶之“理”,兼寓赔偿之意。刘董氏回娘家守节,又有养贍之资,一劳永逸之善后之法也。董氏当时被骗,无过错;后矢死不从,是贞妇,理应归宗,且应得善终,有养济之资最好——罚恶之物正好可以作为“赏善”的赐与。

二则,“理”可以称之为“人情、事理”,是理解和解释人与事的枢机,包括案件、事件中的人与事。后者当然也就影响着对案件、事件的处理方向和结果。

^④ 前注^②,樊增祥书,第264-265页。

^⑤ 樊增祥:《樊山政书》卷十五《批蓝田县详》,第413-414页。

^⑥ 樊增祥:《樊山政书》卷十八《批长安县胡令启虞词讼册》,第506-507页。

樊山以为,在这方面,“理”具有绝对的普遍性,他曾言“天下岂有‘理’不可解之事”?因为“理”就在事中。岐山县徐县令,对“哨官敖忠荣”的倔强,很是生气,将一个案情基本清楚的所谓武弁诱拐民女案件,拖延不决,请求提省根究。樊山觉得,“此案既无人命,又无奸情,有何重大之处”,而必欲如此?

樊山以为该案事实、性质基本清楚,以“理”而言,“营勇即欲诱拐,断不能驻扎本镇,即拐本镇之女”,此其一;其二,“天下诱拐民女,决无请人作中者”,现在货铺伙计“梁耕庵等既自认作中属实”,那么,就绝不是诱拐。既然符合上述两“理”,因而,营兵买女,请人做中,契据确凿,可以坐实;何况该女被其母领回,毫发无损;加之,卖女之“张安成不知所之”,可以销案。

樊山在议论中,特别就敖忠荣的“涛张”,回应了徐县令:“敖弁既为拐儿所骗,掷银十两于前,又为高令所诬,几罹重罪于后,其情可悯。”官员若不虑及这一点,那就是不讲“理”,情怀也不够。再后来,女孩被其母领走,被告发诱拐,“敖弁遭薛冯氏齟齬,意本不平”,在藩司受礼遇,在县则遭管押,因而“其在县庭,意态忿激,语言生硬,不问可知”。^⑦人财两空,差点罹罪,这就是哨官敖忠荣的遭际。他不服前任高县令判决,又对后任徐县令拒而不见生气,其言其行,皆可以得到解释。

在这样的意义上,樊山对“理”的发掘和归结,直捣问题的本质。一个假命案,外甥诬告雇主的儿子打死舅舅,富平县令不敢直接判断,“待其亲友处和”,最后竟然判令雇主“出搬柩归葬之费,付之诬控之人”。樊山质问:“舅舅身死,而令外甥以死尸卖钱,此何理也?”^⑧这是责县令昏聩、懦弱、无能,对借尸图赖毫无办法。

至于“理”“法”关系,由于樊山的宏达,对有些“理”——尽管它们是当时社会的铁律,樊山不否定,但也会有比较妥当的处理。比如,澄城县刘祥儿聘郑银娃为妻,遭荒除外,五年不归。双方家长稟请立案,让女家另寻婆家,男家自然放弃了。对这个请求,本应照例批准,但县令又是访查,又是质讯,竟然断令“再等二年,然后别嫁”。樊山说:“查例载:‘夫逃亡三年不归者,准其另嫁。’^⑨该令独令待至七年,不知何所依据?”因为,如果按“理”从事,“必守‘从一’之义,则终身无可改移”,女家订婚就不得悔婚另嫁,这是“理”;但是,“若遵准嫁之条,则二年前已当还聘”,事情本来就有“法”在。樊山说该令此断“人情、例案,两欠斟酌”,^⑩既不合情,又不合法。

就实而论,这里的“从一而终”之“理”,已经被“法”所限定,不再是无条件的了。薛允升说该条例是明朝的令,清雍正时沿用为例。樊山的意见,有“法”就得遵“法”,何况该法体现了人情考量。明令清例顺应了“人情”:以三年为期,过三年就不必等待,可以另嫁;这个“人情”的内容就是:不让妇女空等待,让人间少怨女。樊山显然注意到女家是在五年后提出另嫁稟词的,这比法律规定已多了两年,值得体谅了。他所谓的“‘从一’之义”也只是顺嘴说说,不会拿它作为绝对原则对待的。对于类似的这些“理”,樊山一般不会去挑战,但他会设法在案件中寻找某些因素、条件,让它出现相对性,不再那么绝对。

四、樊山之“情”的多层面性与“情”“法”关系

“情、法”问题以及“情、法”关系的复杂性,源于“情”的多层面性、多义性、复杂性。樊山之“情”,或指案件或事件的情节,或指普遍的人情、常情(人类情感);在后者,有时又以审判者的个体情感的介入为内容(有时,当事人之原告、被告及见证人等的个体情感也牵涉其中)。不同的“情”,涉及“情、法”关系的不同层面,会有不同的“情、法”关系表述句式。

^⑦ 樊增祥:《樊山政书》卷八《批岐山县徐令稟》,第225-226页。

^⑧ 樊增祥:《樊山政书》卷十五《批西安府详》,第405页。

^⑨ 参见前注^⑩,薛允升书,第312页。

^⑩ 樊增祥:《樊山政书》卷十四《批澄城县杨令词讼册》,第393页。

(一) 情节——原则是“情罪相符”，变通则为“原情而略法”

1. 情罪关系之正：“情罪相符”“情法之平”“情法两平”。“情”的最基本含义是情节，从而构成“情、法”之间的最基本关系或第一重关系，处理规则是“情罪相符”，也称“情法之平”“情法两平”。作为情节的“情”，以客观之情为主，也包含主观之情；“罪”指罚，也扩张为法。“情罪相符”“情法之平”“情法两平”，主要体现为刑法上的罪刑相应要求，有时也包含民事补偿、行政处置上的相应考量。

“情节圆稳”“情节圆到”，是樊山作为臬、藩两司对地方详文、禀词叙述案件的首要要求，因为它与应得惩罚之间存在内在关联。沔县何老八杀张老么案，县署叙述案情是：张老么随何老八去家取钱还债，“行至半路，忽因脚痛斥骂，先骂后打，因相打而何老八顿起杀机，致之死地”。樊山以为，这样的叙述，“情节殊欠圆稳”。既无人知见互毆情形，仅凭凶犯供词，则“起衅、致死情由，不甚真确”。故要求县署“再细心研鞫”，使“情罪务令相符”。

“情罪务令相符”，此“情”指明是“起衅、致死情由”，主要为主观方面的动机、目的。至于客观方面的行凶者使用扁担对待徒手的一方之情，尚不是重点，虽然它们有助于确定行为人的动机。樊山较真，他对地方描述此案为临时“起杀机”即可能是“故杀”，不予苟同，更倾向于定“谋杀”，虽说“谋、故同系一抵”，就抵命而言没有差别，但为将案件搞成铁案，他仍要求“真确”之情。由于死无对证，故行凶人单方供词，不足凭信。樊山对地方报上的案件之“情节”，层层驳诘，一连四问，指出脚痛、斥骂、打架、登门取钱四个所谓情节，皆不合常情。以为这样的“供词”，上司肯定会“挑驳”。并明确提出何老八是否有谋杀可能，张老么开店设赌局，“何老八现钱、衣服已输尽”，张老么又“借钱怂赌，再赌再输，利在头家，情同局骗，何老八恨之必深。当约同取钱之时，难保无谋杀之意”。樊山要求沔县细心讯问，“务得确情”。^①

这样在“情”，虽侧重于主观层面，实际是在认定法律事实。樊山说，州县详文叙述案件，“情节必须圆到”。比如，正月寒冬半夜里，华州详文却说丈夫回家“看见奸夫、奸妇光身一头睡熟”，樊山嘲讽“可谓不怕冷矣”。“此等情节，实令人看不过去”。^②因为这样一个小细节的描述，会影响这个所谓奸所杀奸案的全部事实根基：是案发现场实情？还是假做现场的“摆拍”？

要求州县弄清情节，还在于防止刑名幕友因此而变乱案件性质，比如改故杀为斗杀。紫阳县李永隆向黄兴华借宿相毆致毙一案，樊山以为书生县令欲将该案办成斗杀，所以他的详文是在“装叙情节”。樊山以为，借宿不允，举石砸人，处处皆要害，“迹其心狼手辣，非谋即故”；且该人“既伤其命，复取其财，此岂斗杀可了耶”？故他细核该案客观、主观“情形”，以为“大类杀人越货”。^③他一口气问了7个问题，要求地方据此细心推鞫。

“情罪相符”，若用惩罚的视角看待其与罪过的关系，也叫“罚足蔽辜”。情罪重轻，以“罚足蔽辜”为原则。樊山批示一案件，一人挟嫌毆人，被毆者因伤诬讠之，“皆非善类”。官司到今天，“受伤者得钱七串、十六串不等”，得到了相应民事补偿；“而毆人者于出钱养伤外，两次重责，管押数月”，“亦属罚足蔽辜”。^④樊山以为得失相当，可以销案了。

2. 情罪关系之反：“情罪相乖”“情浮于法”“情法失平”“法重情轻”。凡是不能做到“情罪相符”的，比如“情罪相乖”“情浮于法”“情法失平”“法重情轻”“情罪未协”“情罪两歧”等，樊山批词都一再指出应予纠正。

“情罪相乖”，一种是法重情轻。西安府对高焦氏推跌妯娌高张氏倒地身死一案，引《斗殴律》“勿论手足、金刃、他物伤，并绞”，拟罪绞监候；樊山以为“律以斗殴，情、罪相乖”，“似未允协”。他认为，应当按照《大清律例·刑律·人命》“过失杀伤人者，各准斗杀伤罪，依律收赎”，“本司持平论断，只宜

^① 参见樊增祥：《樊山政书》卷十二《批沔县详》，第326-327页。

^② 樊增祥：《樊山政书》卷十七《批华州褚牧详》，第467页。

^③ 樊增祥：《樊山政书》卷八《批紫阳县详》，第222页。

^④ 参见樊增祥：《樊山政书》卷十七《批咸宁县易令详》，第485页。

以过失(杀人)论”。樊山详细对照了“斗殴”本义与该案有无吻合度的问题:“两人对殴,彼来此往”,叫做“斗殴”;该案高焦氏“不但不与其姒斗,亦未与其叔斗也”,不存在斗殴情节。因而“张氏扶病拢劝,非帮打也;焦氏随手推开,非打人也;尸格内填‘脑后磕伤二点’,非打伤也”,这是就行为而言。就动机看,“论焦氏之心,往寻其叔,非往寻其姒”,高张氏“随推倒地,震跌而死,此焦氏意料所不及也”,只能律以过失杀人。其法律上的因果关系,“倒地而震跌而死”,系“由于病弱”;当然,常识上的前因后果,则是“其肇衅由于尸夫”,“张氏之死,不死于其嫂,而死于其夫”,这就涉及另一套论证系统了。

按“情罪相乖”,其反面即“情罪相符”,也即“持平”。其意为不畸重,当然理论上也不畸轻。樊山论以过失杀人,除了严格的法律意义上的斗殴本义、行为、动机的考察外——这比较专业,只有樊山能做到——更对案件前因后果的经验层面,讲述行为人行为的合理性。寡嫂高焦氏屡次“推财帮顾”高有林,一次遭拒,即被骂“无情”,摔破锅、瓮——打破人家饭锅,这是很忌讳的;高有林“无理”在先,高焦氏寻其理论,“此亦人情”。若重惩对兄弟有“姻恤之情”的高焦氏,等于“做好人于前,反得奇祸于后,亦可悯矣”。这个“可悯”,首先是审案者的心态。樊山尤其提醒人们注意到更多的“案外情”,他连发三问:“诸君子独不为遗孤计乎?母在狱中,两女一子,何人照看?薄田破屋,谁为经营?”若母死子孤,幼小子女照看,田地种收,都成问题,很可能会家破人亡;还有,如果高有林乘机“更肆其鲸吞之计”,将田房据为己有——他作为遗孤的叔叔,有机会、有资格这样做,那我们这些断案者所作的孽就更大了!^⑤能顾虑及此,更是樊山的不寻常处。

“情浮于法”,则是情重法轻。华阴县田主王年娃,强逼寡妇佃户张高氏给还所欠租课四串,先一日逼得张高氏“投井”,经救得生;次日又前往其地“强割麦禾”,致使张高氏“吞烟殒命”。樊山以为,田主“如此凶恶,愍不畏法”,该县令“照寻常威逼致死之案,杖责完结”,显然“情浮于法”,情重法轻,故要求该县令对此案的刑事处理,增加枷号——主犯王年娃加枷号一个月,从犯翟祥儿枷号半个月,以示惩戒。樊山说,张高氏“当地认稞”,历年并无拖欠,只因年荒灾重,才欠钱四串。区区四串钱,就逼死一命。该县除了从轻杖决王年娃,又断决张孟氏“即日丢地”。樊山责问:“张家之人,命何其轻;王姓之侥幸,何其甚也!”责令地方“此地著仍归张孟氏佃种,每年减去稞钱两串,以恤死者之家”,作为补偿。刑事、民事处理两部分,皆作了改变。^⑥樊山要求该县令今后断案要“细心审度,一意持平”,即情法须平衡。

“情法失平”,须竭力补正。袁枚曾提出一个可以称之为“情重法无(惩)”的情况,樊山以为有的案件须留意此语。富平县田贡生妻子田王氏虐待儿媳,“致李氏母女受伤如鳞”,告官请直后,田贡生又为妻求情。而田贡生在家,也“被该泼妇闭门毒打,狂呼救命”。樊山说:“悍姑虐媳,虽无治罪明条;而泼妇逞凶,理合当堂决杖,”故将田王氏提至省里候审所管押,“再加枷赎、杖决之刑”,这是官罚;至于私家处理,虽然“贡生不能齐其家”,但“殴夫岂可姑容”?所以,“应即勒令贡生照例出之”,休妻了事。

樊山同意袁枚感叹司法中儿媳与小妾被“悍姑、泼妇擄虐至死,而不之罪,亦情法之失平者”的看法,赞成对虐待儿媳的婆婆给予相应惩罚,以填补法律空白,这也符合他标榜自己“本司判事,专补律意所不及”的自信和自负。因“悍姑虐媳,无治罪明条”,樊山遂治其“殴夫”罪,官罚予以“枷赎、杖决”,家法勒令其丈夫休弃该恶妇,“照例出之”即依法休弃之,在道理上也是循法而行的行为。值得注意的是,袁枚感叹“儿媳与小妾”被“悍姑、泼妇擄虐至死,而不之罪,亦情法之失平者”的认识基础,是“媳与妾,分虽卑贱,而在天地,俱为赤子;在国家,俱为苍生”,^⑦颇有平等意识。估计樊山也是承认这一点的。

^⑤ 参见前注②,樊增祥书,第95-96页。

^⑥ 参见樊增祥:《樊山政书》卷四《批华阴县详》,第98-99页。

^⑦ 樊增祥:《樊山政书》卷五《批富平县印委梁徐会禀》,第120页。

当然,“法重情轻”必须是真实存在的,不能以此为借口对案件任意改从轻判。在这个问题上,樊山是慎重的。宝应县新任知县改判了前任县令对贫民聚众至绅富之家打砸闹米的两个案件的判决,军遣改为监禁五年,满徒改为监禁三年。樊山说,如果前任“拟办过刻”,现任从轻拟结,倒“不失为仁人之用心”。但如果因为各犯狡供而故意宽纵其罪,则问题就大了。现任县令在案发两年以后接审案件,“以‘畏刑妄认’四字为聚众滋事之匪徒开脱”,这等于说“绅富为诬赖,万令为刑求矣”。且该令一方面禀称“各犯均称并无冤屈”,另一方面又“均称法重情轻”,“实属自相矛盾”。⁸⁸所以,樊山不认为该案属于“法重情轻”,以为其既称“并无冤屈”,就说明“情”是实,没必要改重罚为轻判。

3.情法关系之变:“执法原情”“原情而略法”。“原情而略法”,蕴涵着对“情法”关系的特殊考量。“原”指推原,“原情”即推原其本情,实际指推原其本心,包括动机及故意过失之心理状态。在“原其罪”的用法上,“原”又指除去、全部免除处罚的意思。樊山有“执法原情”的说法,详情难得知见,只知道他这样说的时候,表扬了县令处理教唆瞎子告状案、聘请疯子教书案“惩断得宜”,对离婚案办理“尤属允协”。⁸⁹其是否也如汪辉祖那样主张“原情而略法”,⁹⁰不清楚;但遇到“情有可原”“有情可原”时,樊山明显还是主张舍法原情、舍法存情的。

我们知道,“情法相符”“情法之平”“情法两平”,皆强调二者的一致,即法宜适情,罪刑(罚)相一致,这是常态。但由于“情”的特别性需要考虑并需要认真对待,会出现对于“法”的执行的放松或打折扣,“情法”关系出现变化。这是“情法”关系消长变化的情形之一。

麟游县典史吴骏烈于正月二十三日因事前往武功县,李县令以其擅离职守禀告上司。樊山说:越境离职,要“视其私事为何如事”,无故擅自离任,自然不可;但事出有因,则另论。实际情形是:吴骏烈长子武功县行车,“坠车压毙”。吴骏烈正月二十三日出发,李县令二十七日禀揭。即使确属擅离职守,“仅仅五日,既不愆其所遭之可哀,又不计其为日之无几。居心险刻,浑不似读书人”。樊山结论:“典史有子之丧而越境,其情可原;该令乐人之祸而乘危,其心太忍。”此“情”所指情节,既有越境或离职的客观外在的行为,尤其有越境或离职的原因或理由等主观性范畴。李县令因此被樊山撤任。在这里,“官无大小,均不容擅自离任”是“法”,应处理;但“其情可原”,就不应处罚。樊山以典史“情”可原、县令“心”太忍对仗,形成强烈反差。因为这里还有一层“人情”,儿子死了,路人“闻其事者,犹应矜悯”,何况县令、典史俱在县署办公,近在咫尺却无丝毫同情之心!樊山要求凤翔府调查二人是否有矛盾,以及吴典史何时回县等情。⁹¹在没有具体搞清细节之前,樊山对吴典史的越境离职,处理是“舍法原情”,颇接近成语“略迹原情”的意义。

但是,“情有可原”的前提,是必须有“可原”之情,如果“无情可原”,丧失了该前提,自然要回到“情罪相符”“情法两平”的立场或起点上。

樊山遇到一起案件,西安府刘撈狮白天窃取刘成才家的麦袋,被刘成才十一岁的幼女刘冬英撞见,声喊捉贼。刘撈狮“起意致死灭口,当即揪按倒地,擦伤咽喉,致口鼻流血而死”。樊山说该案“其情惨毒已极”,刘撈狮“欺幼毙命,心狠手毒,尚有何情可原乎”?前任司官“但听该贼一面之虚词,而不思冬英稚年之惨毙”,欲为其网开一面,理由不通。所以,该案既然复审无出入,就应该按照原来的详文批转,“以伸宪典而慰幽魂”。这是说,该案因其“情”甚重,主观之“心狠”、客观之“手毒”,二情俱恶,既无可原之情,就得杀人抵命了。樊山特别指出其犯罪客观方面之“成人”对“幼女”,将其与拒捕杀人进行了比较:“盖事主捕贼,势均力敌,胜负尚未可知;若幼女身小力微,该贼先操必能致死之权,而该女已处于不能不死之势”。⁹²“稚年”“惨毙”皆在这一情节中。

⁸⁸ 参见樊增祥:《樊山政书》卷二十《批宝应县禀》,第558-559页。

⁸⁹ 樊增祥:《樊山政书》卷十五《批山阳县刘令赈年词讼册》,第418页。

⁹⁰ 参见汪辉祖:《学治续说·能反身则恕》,载《官箴书集成》,黄山书社1997年版,第5册,第298页。

⁹¹ 樊增祥:《樊山政书》卷十一《批麟游县李令禀》,第314-315页。

⁹² 樊增祥:《樊山政书》卷二《批西安府张守禀》,第85页。

自然,樊山为该女“伸宪典”是“法”,而“慰幽魂”则是“情”,是生者(尤其审判者)对死者情感的满足。这属于审判者的情感介入,很多时候也在“情法”关系范畴内。

(二)人情——原则是“情法兼尽”,变通为“体谅人情”

在“情”指称“人情”的时候,樊山不再提“情法相符”,而是注目于“情法兼尽”“情法交尽”。但“尽法”与“尽情”之间,从一开始就有所偏重——偏重“尽情”而非“尽法”。再进一步,一旦强调“协于人情”“谅人情”“体人情”时,樊山往往批评部下拘泥于死法的刻板、无情,“情法”关系再度发生因变通而变化的情况。

1.“通情”以照顾“情”,“法”在其次。比如,关于各州里局运输之事,邠州指控乾州之车越站运输。樊山以为,上级官府不得不“按例”,即坚持“法”度,因为“上站之车不准下站打越,此例也”,规定不好逾越;而下级在处理这种相互关系时,“上下站彼此接递,不妨通情”。此“情”一指“上站车夫自愿过站”,二指“坐车者亦省倒换之劳”。车夫“自愿”(情愿),包含在其“图利”的“常情”之中;乘车者的愿望,“省倒换之劳”也是人情之常。这都属于主观意愿,是主观之“情”。对于此“情”的照顾是,对车夫“薄责可也,不责亦可也”,小惩也可,不处罚也可,因为自愿多走路,与“逃役避差”比较,自然不同,即主动做事与被动逃避不能等同。至于各州差繁车少的矛盾,只可劝其车夫尽量不越站运送。⁹⁸在“按例”与“通情”之间,希望下级选择“通情”,源于法律的刚性;在上级不好违反的情况下,建议下属作出变通,等于将“法”虚置。

2.“尽情”以满足“宽”,“严”在其次。樊山讲“情法兼尽,宽严得中”,出现于他对榆林刘知府查办神木张县令命下属勘灾失察一案。

神木县高家堡等处发生霜雹,尚未成灾。县令将勘灾任务交给丁役,马姓门丁借机诈银七十两。樊山说,刘知府查办该案,“情法兼尽,宽严得中”。就“法”的角度讲,张县令的行为“律以失察私罪,撤、参不屈”;就“情”而言,略有三种:张县令“老病清贫”,是客观之“情”,属于案外情,此“情”之一;刘知府“怜老恤贫”,审案者有情感介入,属于主观之情,是“情”之二;张县令事前虽少防备,但“事后尚无徇庇”,已经将门丁交出,刘知府得以对其“追还赃银,重责枷号”,同时将该县令的“不肖子弟驱逐回籍”。这是现状,正在消除后果,追究责任者,也是“情”之三。有鉴于此,刘知府请求对张县令“撤而不参”。

樊山赏识刘知府的,是其“于‘明法敕罚’之中,寓怜老恤贫之意”,前者是“尽法”,对应于撤职;后者是“尽情”,对应于不参劾,故谓“情法兼尽”,二者都满足了。但仔细分析,“情法兼尽”,未必二者都能“尽”,先是在“尽法”方面打了折扣:本来是“撤、参不屈”,现在“只撤不参”,未“尽法”以惩。因此,樊山所谓的“情法兼尽”,只是“尽”了“法”的一部分,其三种“情”倒是都“尽”了;同样,“宽严得中”,“撤”以体现“严”,“不参”以体现“宽”,“严”而不残苛、“宽”而有惩戒,可以讲是“得其中(道)”。自然,从宽处理必有可以宽惩的情节,这就是张县令尚无徇庇、交出门丁,使刘知府得以追赃、枷责。一个没有细交代的情节,是县令有“不肖子弟”被“驱逐回籍”,估计他们在马姓门丁诈银事件中,起过作用,不过没有渲染,所以被不留痕迹地处理掉了。这几层,显示了“法家之笔,仁人之心”,前者是“法”,后者是“情”,二者组合构成该案的具体“情法”关系。自然,“情法兼尽,宽严得中”,其根本是“尽情”、从宽。

另一层“情法”关系,里长薛忠等以匿灾上控,其中有“诬饰”,但考虑其“因诈赃而控,因还赃而息”,“法当原恕”。所谓“法当”,实际还是“情当”,由于其事出有因、情有可原。但这一层是樊山所断,不属于知府的“情法皆尽”,而属于樊山本人的。樊山又说,如果遇到了西林制军,则门丁会被砍头,县令会被流放,就不会如此从轻处理了。⁹⁹是刘知府的一念救了他们主仆俩,樊山本人不过是顺

⁹⁸ 樊增祥:《樊山政书》卷二《批邠州李牧禀》,第39页。

⁹⁹ 樊增祥:《樊山政书》卷十三《批榆林府刘守禀》,第361-362页。

水推舟罢了。

樊山讲“判断公平,情法交尽”,是对石泉县陈维藻知县对三个案件判决的赞词。但每一案,他赞赏的与不满足的,层面不同,情况不一。

第一案,生员柯树人因浇地与李天民有纠葛,李为柯垫钱交过税,没有清还。二人“本属至亲”,因细故兴讼,县令“断令柯姓水道,照旧从李天民地中经过,不得阻拦”,考虑其相邻关系,为之排除妨害;“李姓为柯姓垫出税契钱文,清还了事”,欠债还钱,天经地义。这样判决,“小事化无”,纠葛解除,且照顾了其亲情。但柯生员“健讼图拖,欠打五十戒尺”,这又是樊山所不满足的。

第二案,张万泰独自管理四川会馆,“侵蚀会钱,抗账不算”,且“捏情上控,拖累多人”。对于这样一个既贪又赖又坏的人,该令断令“照账交钱”,“追取实收”。此举“夺棍徒之气,可称明决”。

第三案,陈国森“开挖公山肇讼”。县令亲历山沟,勘明四至,“将公山界址断明”;陈国森以军功而充代书,该县令追取其功牌,枷号示儆。但樊山以为“尚未十分痛快”。建议新县令在其枷号之后,“将陈国森锁系铁杆一年,以惩刁讼”。^⑤可能惩其既当“官代书”,又胆敢涉讼,涉嫌利用了其职业方便,导致其被加罚。

可见,樊山的所谓“情法交尽”,含义也即“情法兼尽”。但“尽法”一项,他认为第一个“健讼欠打”,第三个“刁讼”欠系,建议枷号之后再锁系一年;只有第二个尚属“明决”(明察而果决)。至于“尽情”一项,樊山瞩目于“该令此次问案,撻伏发奸,闻者足戒;而又天寒路远,往返甚劳”,是嘉赏其明敏、辛苦,符合所谓“小大之狱,虽不能察,必以情”,“尽情”的实际含义是“尽心”,即作为审判者的尽职,也就是“忠之属也”。

3.“协于人情”“体谅人情”,以改变刻板守法。在“情法”产生剧烈冲突,即合法不合情的时候,“情法”关系再度发生变化。但这时的“情”,也仍然不是案情,而是人情、人心。

“合于例案”而“未协于人情”,可能是合法不合情的一种表现形式。渭南县发生一案,王彦邦杀死与其嫂子王刘氏通奸的英秀;其家情形,王彦邦之兄王彦消已死,奸妇刘氏抱养杨氏之子。该县处理,樊山以为,是合法而不合情:“将其叔王彦邦拟徒,又为其夫王彦消立嗣,合于例案,殊未协于人情”。杀奸者王彦邦拟徒刑,这是“法”;王彦消无子,县官为其立嗣,被立者是其侄(也是杀奸者的儿子),这也符合律例或例案,也是“法”。但抚养者却是奸妇,嗣子必须与奸妇共处,也得与刘氏抱养的杨氏之子相处。这当然尴尬,也殊为拧巴。所以樊山说:“以刘氏之淫,英秀之奸,而犹令杀奸之叔抵罪、犯奸之妇抚孤,岂人情哉?”樊山之所以部分地认可这种处理,是因为“过继即(王)彦邦之子,遗业免付他人”,即“过继”这一民事处理,可保王彦消产业仍在王姓门下,免致家产落入奸妇之手,出现另一个常人难以接受之事——奸妇安享财产。该案也是有特别情况,即遇到恩赦,奸妇免去了徒刑,有个自由之身;恰好杀奸者有孤子应抚养,地方官在此真动了脑筋,努力周全。因为王彦邦的行为,在时人眼中,有为其兄王彦消报仇的成分。自然,该案可能横生枝节之处,县令也考虑到了:“抱养杨氏之子,只准家庭使唤,不准覬产读宗”;另外,“刘氏死后,所分产业概归(王)彦邦之子承受”,^⑥这是对判决主体部分的弥缝。

“于例虽合,而于情未安”可能是合法不合情的第二种形式。案件处理合法而不合情,是以审判者“情不安(即心不安)”也即通过审判者的感受而反映出来的。当然,其基础是客观之情节。

樊山对李县令的一则判决不甚满意。案情是:韩德元先卖妻舒氏,又另买孀妇岳氏出卖,共得价三百千。后因房东李添成扣留其赌博欠帐,致讼到官。李令拟判:将韩德元、李添成照“与贩人口例”拟杖一百、徒三年,自没问题。但判“岳氏、舒氏应离异归宗,财礼追还,娶主免议”,樊山以为,“此于例虽合,而于情未安也”。

^⑤ 樊增祥:《樊山政书》卷二《批陈令维藻禀》,第40-41页。

^⑥ 樊增祥:《樊山政书》卷九《批渭南县禀》,第260页。

樊山说:韩德元夫妇由皖至豫,因流落而卖休;岳氏也是襄阳孀妇,被流转贩卖。按“离异归宗”法,离异非常简单,“照例与娶主离异”就可以了;但“归宗”就复杂了,“岳氏本无夫之人,舒氏虽有夫而实无夫,若各还原籍,不知其母家有人与否”?这是必须考虑的,否则就等于又将她们推入生活无着、无依无靠的被卖境地。同时,该案的另一个情节,也应考虑:分别买走岳氏、舒氏的“娶主刘姓、徐姓,既各以百数十千买人,其如意可知,两妇得所亦可知”。这个判断虽然是樊山推断,也不是没有道理。最后,樊山说:“与其断离而仍无所归,何如断归后夫,俾各得其所之为愈也?”^⑦当然,这种断法,他强调只适合于“娶主不知情者”的场合,“若谋娶者又不在此例”。

合法不合情到了极端,就是“拘于死例,不体人情”,而不仅仅是一般的“未协于人情”及“于情未安”了。

樊山几次讲“合于例案而不合人情”之不妥的原因,也是他提出“情理法”而以“情”居先的原因。因为“法”是“死法(死例)”,须活用之。他在另一处,也讲到对于“泥一定之名分,而不谅人情”及“专打官话、不体人情”的官员应该记大过。

“情法”冲突的解决方案,在樊山,就是不拘死法,体谅人情;有时就得考虑情境如何,以及当事人的一贯表现。

《樊山政书》卷三《牌示》:奉抚院札饬:“营官赌博,文员亦有同赌者,分别摘顶、记过在案。”但樊山对涉赌的三个文员(县令)的看法是,“其中亦有区别”:

易、彭两令,新春宴集,偶作叶戏,为人牵率,迫令呼卢,责无可宽,情犹可谅。惟刘令平日专以赌博为生,五年前本司已深知之,大坏吾陕官场风气。该令倘再不知悔改,惟有详参驱逐之一法。

“责无可宽,情犹可谅”,处罚都不能变,因为那是上官定的;但“情”彼此不同,两人为逢场作戏,一人为“专以赌博为生”,前者可谅,而后者不可谅。有可原谅之“情”者,本人会自爱而改辙;对那个赌博王,只能当头棒喝了。樊山警示说:“《五代史》云:‘山东一条葛,无事莫撩拨’,本司在此,各寅僚勉旃自爱为幸,勿违。”

(三)“情法两欠”情境下的情节、人情

“情”与“法”两者,无论偏重谁,在道理上总要选择。但有时又会有其变态。比如,“情法两欠”,一个都满足不了;又比如,“于情于法”,皆“下不去”。

“情法两欠”,是从樊山说法中提炼出来的。“情法”之“两欠”,一则违反了法,二则抵牾了法中所体现的人情。“情”不是一般的情节,而是人情。

一般来说,“情法两尽”,自是圆满;满足其中一个,已属等而下之;但官员断案,人情、例案,两欠斟酌,也会存在。樊山就批评一个县令,说他搞得情法“两欠”,一个都没有满足。

刘祥儿聘郑银娃为妻,荒年外出,于今五年,渺无音信。郑、刘两家一同来县,稟请立案另嫁、另娶;县令未批,却断令再等二年,然后别嫁。樊山痛斥:“若遵准嫁之条,则二年前已当还聘”。因为清朝的“例”明明白白规定:“夫逃亡三年不归者,准其另嫁。”现在,“该令独令待至七年,不知何所依据”?判决明显违法,而没有遵循例案。同时,“三年不归准另嫁”之“法”,是顺遂人情规定的;违反了法,也同时违背了人情。这“人情”,就是不让妇女空等待,不让人间多怨女。退一步讲,即使全不考虑法的规定,而是单从人情上考量,也不至于让人再等两年吧!何况,两家都同意另嫁,只是来官府立个字据,何苦不准呢!所以樊山说“人情、例案,两欠斟酌”。^⑧

^⑦ 樊增祥:《樊山政书》卷十《阅洪李两令判语书后》,第279页。

^⑧ 前注^⑦,樊增祥书,第393页。

该官员法律水平低,对人情世故理解不透彻,是重要原因。笔者曾说过,能讲得出“情理法”者,是高水平、通人性的大才,非俗人可及者。而官场中,出现这种事情,大抵多是对法律体悟不深、对人事了解肤浅者。

“情法两欠”是“情法”两面皆违犯,它不是“情法”之间本身有何矛盾或冲突,而是司法者对两者都没有给予满足。樊山指责说,你“于情于法,下得去否”?

樊山批评一个州牧,他放纵了前任抓获的“錠子会之首恶”,其余从犯却皆在押服刑(锁系十年)。州牧开脱该犯罪恶,仅仅称其为赌博犯。樊山注意到一个情节,“令錠子会之首恶贿差逃死”,即贿赂差人而减降其罪行,是其逃死的关键。质问说:“该牧清夜自思,于情于法,下得去否?”⁹⁹首犯与从犯,前者纵放,后者服刑。在情节上,首恶自然比从犯为重;在法律上或惯例上,从犯比首恶要减一等,“情”与“法”都不会是放纵首恶、只罚从犯。州牧是从哪里下此判断的呢?樊山以为他“情法”两者皆“下不去”。这里的“情”,不是“人情”,而是指情节。首从之别,就是最大的“情”节;而且,它往往是由法律明确规定的。这也意味着,违“情”很可能也是违“法”的。

五、樊山对“情理法”的总体认识

“情、理、法”并提,在樊增祥批札中,曾出现一例。今人所习惯的“情理法”三者并提,以及“情”居先、“理、法”居后的顺序,樊山可能也是一源。

《樊山政书》卷十七《批罪犯习艺所龙令云藻禀》,是对西安罪犯习艺所请求陕西藩司拨款支持的批复。其中所言“情、理与法三者皆讲不去”,多被人引作情理法关系的重要材料。樊批云:

查外县皆令监犯习艺,从无在司库请款者。彼咸、长两县之罪犯,何独如是之值钱耶?国计有常,库储不易,情、理与法三者皆讲不去。何敢出此无名之费,畀诸有罪之人?仰自与两县筹商,本司不管。

当时,西安所属咸阳、长安两县囚犯皆关押于该习艺所,且其开办,也与樊山首倡有关。故樊山说“兹事发端于藩署,罪犯仅止于咸、长,经费取资于留养局,而地方假借于五岳庙”。但该所成立、运作,“与通省之习艺所,渺不相关”,是个特例,这当是“情”之一;而且其归属、宗旨,后来都发生了变化,“既而归之于臬司,又属之于巡警局,而所中办法,全与本司始意不符”,这是“情”之二。罪犯习艺所请求 1800 两经费,即使算上留养局的千金,藩司仍须补贴 800 两。

樊山说,西安之外的其他各县监犯习艺,从不在藩司库藏中请款,是惯例,可以理解为法度;“国计有常”,即国库支出须有国家核准的开销项目,是“有名之费”,不得出“无名之费”,这是规矩,即法度。就是说,为咸阳、长安监犯习艺请款,首先在“法”这里就“讲不去”。樊山质问,破例为咸阳、长安两县监犯习艺请款,岂非说他们这些囚犯比其他各县的值钱?这在“理”上“讲不去”。本来,“出此无名之费”就没道理,再“畀诸有罪之人”,就更没道理,更“讲不去”。在樊山意识中,“罪犯习艺,当罚做苦工”,古人城旦鬼薪、西人罚做苦工,都是此意。“无名之费”资助“有罪之人”的强烈反差,是道理上最“讲不去”之处。

在行政事务的处理上,樊山“情、理、法”并提;在司法方面,他也赞成断案全面满足“情、理、法”各方面的要求。而且他以为,只有高明的官吏才能做到这一点,俗吏做不到。《樊山政书》云:

昔袁筒斋评赵瓯北《大石佛歌》云:“有意卖弄家资,然亦实由腹笥便便,乃能如此博

⁹⁹ 樊增祥:《樊山政书》卷十八《批宁羌州陈牧芭芬禀》,第 523 页。

丽。”此册第四案,崔阎氏被其恶姑洪氏折磨欲死,荒年逃外,改嫁张岐娃为妻,生有子女。而洪氏因为子续娶,人皆不与为婚。突于五年以后,岐娃夫妇移居崇信,而该泼妇以奸拐控案。关传质明,自应断归后夫。况阎氏昔在崔家系属童养,是归后夫为从一,而归前夫转成再醮也。判词多方设难,澜翻不穷,亦与甌北长《歌》相似,稍稍费辞矣。然于理、于例、于人情,无不推求至当,夫岂俗吏所能耶?应登秦报,以志欣赏。其余五案,亦极允协。缴。^⑩

“于理、于例、于人情,无不推求至当”,是说知县李焕堦努力满足合理、合法、合情的要求。在司法环节“推求至当”,与立法时对律例条文进行“揆诸天理,准诸人情,一本于至公而归于至当”的推敲,是一致的。在本案中,“理”是“从一而终”的婚姻原则(只用来约束妇女)，“自应断归后夫”也可作“理应断归后夫”。“例”即“法”,按律“妻背父在逃者,杖一百,从夫嫁卖;因逃而改嫁者,绞”,这“法”可不轻。很显然,李县令没有援引这一条律,而是参照了其他律例,比如,可能参照了《大清律例》卷十《户律·婚姻》“男女婚姻”条悔婚时“女归前夫”或“仍从后夫”的有关规定精神。按该条,妇女从一而终的原则之“理”,以及男方意愿的主观之情感、女方已嫁甚至生子等客观情状两方面的“情”,前者是“理”,其实被规定为“法”,后者却是“情”,两者之间,常被法律家以为是落实“情法两尽”的关键所在:前者应遵,后者也不可忽略,方为圆满。

至于“人情”,本案有三,一是崔阎氏被折磨欲死,又属荒年,逃死是人之常情,值得同情,故而其逃亡及改嫁,皆因婆婆(男家)过错在先;且婆家后来曾为其子续娶媳妇,未成功,表明婆家认可童养媳逃亡结果;二是崔阎氏虽因童养媳身份而与洪氏子有夫妻名分(称“前夫”),但终因未成婚,后嫁的张岐娃才是初婚丈夫(虽称“后夫”),故“归后夫为从一,而归前夫转成再醮”。此“情”当顺应“女子从一(夫)”之理。其三,崔阎氏已在后夫张岐娃处生子,归前夫等于拆散了这对母子,这也是很重要的“情”。樊山以为,“俗吏”是看不透“情理法”的这些要节的。当然,作为文章大家,他也欣赏该县令判词“多方设难,澜翻不穷”,文采绝佳,类似赵翼,且在论证“理”在何处、“法”谓如何、“情”之表现等方面,能“推求至当”,做得出色。所以他指令“登秦报”,供人欣赏。这种认为只有高水平的文雅吏才讲得清“情理法”的意识,在中国古代普遍存在,并不限于樊山。

这里“情”为“人情”,樊山还有“天理”“人情”并提者。《樊山政书》卷五《批商州张护牧家骥详》,针对山阳县婚姻纠纷,案情为:

此案石明顺之女向许陈维清之子为婚,未及过门,陈姓全家搬往鄜州,数年无耗。

石家女大,又值年荒,明顺乃以女改字葛成松为妻,逾年生子矣。维清于音信断绝七八年以后,忽尔还乡,欲夺石姓已嫁之女,仍为子妇。

樊山说,该案所当适用的法(例),是明确的;其间的“天理、人情”也是毫不含糊的:

查两家争娶,准先聘者得妻,诚有此例。然夫在外三年不归,并无音问;女年已长,准其父兄另行择配,亦定例也。陈维清父子七年无耗,石氏别嫁,自是天理、人情。况于归一年,生子数月;维清突出争讼,只能还从前之财礼,岂能折现在之夫妻?

问题出在知县判断上:

^⑩ 樊增祥:《樊山政书》卷十八《批长武县李令焕堦词讼册》,第512页。

山阳刘令廉年,背谬糊涂,竟将石氏断给陈门,幼子留于葛姓。夫妻、母子顷刻分离,必使妻为再醮之妻、子为无母之子。不仁不义,天理安存?

樊山赞赏商州张家驥知州对该案的纠正,及其后续处理的适当;仍不忘对刘知县记过、罚银:

幸经该护州酌理准情,平反冤讞。然子虽不离阿母之手,妻已往来两姓之间。失节败名,谁取其咎?果有天道,廉年其不免乎?来详谓妻仍归葛,石明顺退还陈姓财礼,判断极为公允。从此占石尤之风勿生波浪,看鄜州之月别有团圆。刘令应详记三大过,实缴过罚银两,以为糊涂无理、败人名节者戒,并通飭各属知照。

樊山的“天理、人情”,指男大当婚、女大当嫁之类,三年不归无音讯,即可另嫁,况该女已等待六年,“天理、人情”都已经攒足了!其后的“天理(安存)”“(果有)天道”“(糊涂)无理”,指县令违理悖情,断案不当;且该县令只遵用了法(例)的“先聘者得妻”条款,而没顾及法(例)的“夫在外三年不归,并无音问……准其父兄另行择配”条款。后例(法)更符合男女婚配时应遵循的“天理、人情”——不使男为旷夫、女为怨女。这也表明:法(例)在定立时,是准诸天理、人情的。而前例的“先聘者得妻”是“(归前夫)昭婚约之信”,其法理不过如此。而肯定该女与葛成松已成婚姻的有效性,顾及其已出嫁一年,且所生孩子也已几个月,“从后夫全妇女之节”,^⑩这个“理”是可以占定的。但刘知县的判断,“使妻为再醮之妻、子为无母之子”,搞得“不仁不义”,没有了“天理”;“妻已往来两姓之间”,致使该女“失节败名”。这样的“败人名节”行为,必须处罚。

事情仍然得回到樊山的那个著名批词:“判断各案,实获我心。情理外无法律,抱旧本者不知,讲西例者亦未合也。安得皆如韩城令乎?掷笔三叹。”^⑪细绎樊山“情理外无法律”一语,意为:一方面,不讲“情罪相符”(情罚相符,此“罪”即“罚”)“情法之平”(情法相符)的法律,不存在;凡立法、司法涉及“罪”“罚”者,必得与“情”相符合、相协调。这是古代律学的贡献,是“情理法”关系原理对刑法“罪刑相应原则”的最主要贡献之一。另一方面,情理是法律的基础,情理是法律的内容,情理是法律的技术,尤其是情理也是社会、人生乃至一切人类事务的真谛,所谓“天下事皆论情理”,“至情理中又有情理”之谓也。

Abstract: Fan Shan's legal thought is first and foremost based on his view of the *qinglifa* (情理法). Fan Shan discovered the fact that "emotion and reason" (情理) exists as a network structure, which actually distinguished superior emotion and reason from inferior emotion and reason. Fan Shan shouted "there is no law outside of emotion and reason" ("情理外无法律"), which is comparable to Shen Jiaben's "law cannot exist separately from emotion and reason" ("不能舍情理而别为法也"), and is a profound revelation of the relationship in *qinglifa*. Unlike other officials, Fan Shan "handled his own documents" when he was a county and a provincial official. Therefore, his view of "law of emotion and reason" was expressed in a sporadic and continuous manner through his judgments. Fan Shan studied law for three years before he joined the government, he knew and followed the law, but he advocated a flexible application of the law; he discussed the "law" with the involvement of "emotion" and "reason". He advo-

^⑩ 雷梦麟:《读律琐言》,法律出版社2000年版,第147页。

^⑪ 樊增祥:《樊山政书》卷十九《批韩城县词讼册》,第556页。

cated the application of emotion and reason to marriage and land cases. Although criminal cases must comply with the rules that already exist, they must also be reasonable. Therefore, he decides cases specifically to supplement the imperfections of the law (“专补律意所不及”). Fan Shan's "reason" refers mostly to legal reasoning: rules of criminal law, rules of civil transactions, rules of procedural law and administrative practices, but it also refers to the matter of the law of the common things, the logic of everyday behavior, speculation on the principles of behavior of officials or people, etc. Fan Shan's many "reasons" are not archaic, but lively, and adhere to the boundaries, and some reasons can be elevated to legal principles through abstraction. The "reason" includes "punishing evil" and also "rewarding good"; the "reason" of "human feelings and affairs" is often associated with human nature; some "reason" has been limited by the "law" and is no longer used unconditionally. The "emotion" are multidimensional. The "emotion" in the sense of "circumstance", which requires that the "fact match the crime", can be adapted to "consider the fact and omit the law" (“原情而略法”). The "emotion" in the sense of "human emotion", requires "both emotion and law" (“情法两尽”). It can be adapted to "caring about human emotion". When "emotions and laws are incomplete" (“情法两欠”), it mainly refers to the lack of attention to "human emotion". Fan Shan's statement that *qinglifa* should not be neglected" may be one of the sources of modern people's mention of *qinglifa* together.

Key words: Fan Shan; Emotion and Reason; Law; Judge's Motto

(责任编辑:李 栋)