

【名家论坛】

纪昀《阅微草堂笔记》中的“情理法”观

霍存福

(沈阳师范大学 辽宁 沈阳 110034)

〔摘要〕《阅微草堂笔记》展现的“情理法”观,有的虽为纪昀亲友所阐发,但经其记录和整理,可以当作纪昀思想来研究。《笔记》中的“情理法”之间,“法”“理”、“理”“情”、“情”“法”有时一致,有时冲突。“法”呈现了其所包含的客观情节属性,“情(心)”呈现了其主观情感属性。“情”“理”冲突,有时表现为情感与理智在第三人身上的冲突,有时表现为情感与理智在不同行为人身上的偏缺。“情”“法”冲突,源于“法”的固定化与“情”的多层面性、多义性、复杂性。《笔记》中的“情理法”观,以纪昀对“法令”“刑”的总体观念与其亲友圈的法律实践为基础,虽有局限,但也有创获;并以“处事宽”与“论人恕”的宽恕原则为基调,对为人处事迂腐、拘泥于礼法、空谈心性的讲学家们多予批判和嘲讽,在当时的环境下,无疑具有积极的社会意义。

〔关键词〕纪昀;阅微草堂笔记;情理法

〔基金项目〕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”(项目编号:19AFX003)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕霍存福(1958—),男,河北康保人,沈阳师范大学法律文化研究中心主任、教授,法学博士,主要从事法律史、法律文化研究。

〔收稿日期〕2021-11-10

〔中图分类号〕D90〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2022)01-001-18

纪昀(1724-1805年),字晓岚,别字春帆,号石云,清直隶河间府献县(今河北省沧县)人。乾隆十九年(1754年)进士,改庶吉士,散馆授编修,擢侍读学士,坐泄机事谪戍乌鲁木齐。三年后召还,授编修,擢侍读。总纂四库全书,掌书局十三年,一生精力,悉注于《四库提要》及《目录》中。后至礼部尚书,充经筵讲官,五次出任左都御史,三次任礼部尚书。终于协办大学士,加太子少保,管国子监事。死,谥文达。

纪昀著作中影响最大的,自然是《四库全书总目提要》。史称其“进退百家,钩深摘隐,各得其要指,始终条理,蔚为巨观”,在目录学和文学上的贡献巨大,是他“学问渊通”的表现^①。但他的一部另类著作《阅微草堂笔记》——描写神灵

鬼狐木魅花妖的“小《聊斋》”,作为清代最流行的三大小说之一,同样有着广泛的影响。该书共二十四卷,包括《滦阳消夏录》六卷,《如是我闻》四卷,《槐西杂志》四卷,《姑妄听之》四卷,《滦阳续录》六卷,是他70岁前后用10年时间陆续写成,随写随刻。嘉庆五年(1800年),由其门人盛时彦合刊印行。本文要探讨的,就是《阅微草堂笔记》在故事讲述中所展现的“情理法”观。

民国间《〈阅微草堂笔记〉提要》云:“文达著述不多。自言一生精力,专注于《四库全书提要》,而以其余力,成《阅微草堂笔记》一书。虽谈狐说鬼,不脱旧时迷信之惯习,而结构谨严,论断精切,每事下一评语。说理之确,衡情之当,措词之典雅简赅,能于《聊斋》外别树一帜。后有作

^①参见赵尔巽等撰《清史稿·纪昀传》,北京:中华书局1976年版。

者,难乎为继矣”^①。这是“情理”的文学评价。《阅微草堂笔记》的“情理法”世界,确乎是一个包罗了天、地、神、人、畜、鬼等万事万物的世界。这里有自然界,有人类世界;有宗教,有现世;有可以认识的事物,有不可认识的事物。神有神法,即“天律”“科律”;人有人法,即“阳律”、王法、律例;阴间有“阴法”或“冥律”。神人之间相通,人妖之间相通,阴阳之间也相通。神理、妖理、冥理也即人理,神理、妖理、冥理只是人理的折射。而其作为重点显示的,还是人世间法律,以及与人间法律密切相关的阴律。虽以人畜、人鬼诸界事论理,但重点在人,其关注点始终在人间。我们的分析,也将避开《阅微草堂笔记》中的鬼神,聚焦于其人事部分。

一、《笔记》所展现的“情理法”之间的主要关系

“情理法”是一个关系范畴或关系概念,多指三者相互之间如情法、情理、理法之间的关系;有时也将“情理”连用,作为考察事物的范畴。它们既有相一致的方面,也时常有相矛盾、相冲突的一面。纪昀故事所展示的,也是如此。

(一)“情理法”之一致

1. “法”“理”一致,“情(心)”“理”不一致

纪昀《槐西杂志》(一)记载了王岳芳所讲的一个熟人的故事。

杨生习武,十六七岁时,可敌数十人。应试暂住京城,游陶然亭时,“遇二人,强邀入酒肆”。杨生心知其意,二人引其“至空寺。左右挟坐,遽拥于怀”。不成想,杨生开始反击:

(杨)生一手按一人,并踏于地,以足踏背,各解带反接,抽刀拟颈曰“敢动者死。”褫其下衣并淫之。且数之曰“尔辈年近三十,岂足供狎呢!然尔辈污人多矣,吾为孱弱童子复仇也。”徐释其

缚,掉臂径出。

两人欲鸡奸杨生,反被杨生所奸。而且杨生推断这两人祸害少年不在少数,所以他声称是为“孱弱童子复仇”。杨生后来向王岳芳讲述了这一遭遇,王岳芳不赞成他的做法,评价说:

戕命者使还命,攘财者使还财,律也,此当相偿者也;惟淫人者有治罪之律,无还使受淫之律,此不当偿者也。子之所为,谓之快心则可,谓之合理则未也。^②

王岳芳懂“法”,也懂“情、理”。他揭示了刑法在报应刑方面的限度或范围——“应当相偿”的情形和“不应当相偿”的情形:前者即杀人偿命、劫夺还财(财物即使已经被消费或挥霍了,也要追偿)之类,这是法律明确规定的范围,具有同态复仇——剥夺相同的内容的意味,属于同害刑,且在一定意义上可以理解为是绝对同害刑;后者则只治罪,不剥夺相同的内容,不属于同害刑。法律上,不存在奸淫人者也使其本人或其妻女受奸的做法^③。这样的立制原则,古今皆有,今古皆同。清代律例,鸡奸者处以斩绞等死刑与发遣,依“伙众”“一人”即共犯、单独犯,以及强奸、和奸并是否杀人伤人等情形分别处理^④,规定细密。

从“法”的角度,王岳芳这里揭示的,一方面是“法”中有“理”,或“理”在“法”中。杀人偿命,是“法”;攘财使偿还,是“法”;淫人者治罪,也是“法”;其“当偿”就是“理”。准确些说,也即“律”中蕴含着法律的适当报应之“理”。另一方面,王岳芳也揭示了既然法律中没有淫人者使其还受淫的规定,就表明不存在此“理”,其“不当偿”也是“理”。后者也可以表述为:无此“法”,即无此“理”。

从杨生行为的角度,王岳芳同时指出了合情

^①参见《〈阅微草堂笔记〉提要》,载《笔记小说大观》第20册,江苏广陵古籍刻印社1983年影印民国间上海进步书局版,第229页。

^②参见【清】纪晓岚著《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十一《槐西杂志》(一)第64则,吴波等辑校,南京:凤凰出版社2012年版,上册,第546-547页。

^③参见霍存福著《复仇·报复刑·报应说:中国人法律观念的文化解说》,长春:吉林人民出版社2005年版,第141页以下。

^④《大清律例》卷三十三《刑律·犯奸》“犯奸”条第3条例文“恶徒伙众,将良人子弟抢去强行鸡奸者,无论曾否杀人,仍照光棍例,为首者,拟斩立决;为从,若同奸者,俱拟绞监候;余犯,问拟发遣。其虽未伙众,因奸将良人子弟杀死,及将未至十岁之幼童诱去强行鸡奸者,亦照光棍为首例斩决。如强奸十二岁以下、十岁以上幼童者,拟斩监候;和奸者,照奸幼女虽和同强论律,拟绞监候。若止一人强行鸡奸,并未伤人,拟绞监候;如伤人未死,拟斩监候;其强奸未成者,杖一百、流三千里。如和同鸡奸者,照军民相奸例,枷号一个月、杖一百。倘有指称鸡奸诬害等弊,审实,依所诬之罪反坐,至死减一等;罪至斩决者,照恶徒生事行凶例发遣”。参见田涛,郑秦点校《大清律例》,北京:法律出版社1999年版,第522-523页。

与合理的关系。“快心”只是情感满足,可以是杨生个人的情感,也可以是众多的被玷污的“孱弱童子”们的情感;尤其对被玷污童子而言,具有为他们“复仇”的意味。但那都不是理智,是不合理的。其间关系,可以概括为:合“情”,未必合“理”。

2. “理”“情”一致,“法”的客观情节属性

纪昀《如是我闻》(二)讲述了一个集宗教报应、法律报应于一体的故事。

雍正间,交河苏斗南,参加会试归,遇一朋友于酒肆。朋友刚罢官,喝醉后,牢骚抑郁,“恨善恶之无报”。恰好一个赶路人在对面坐,侧听良久。也许十分反感这样的说法,对其朋友作揖之后,长篇大论地讲起来:

君疑因果有爽耶?夫好色者必病,嗜博者必败,势也;劫财者必诛,杀人者必抵,理也。同好色而禀有强弱,同嗜博而技有工拙,则势不能齐;同劫财而有首、有从,同杀人而有误、有故,则理宜别论。此中之消息微矣。其间功过互偿,或以无报为报;罪福未尽,或有报而不即报。毫厘比较,益微乎微矣。君执目前所见,而疑天道难明,岂不颠乎?且君亦何可怨天道,君命本当以流外出身,官至七品。以君机械多端,伺察多术,工于趋避,而深于挤排,遂削减为八品;君迁八品之时,自谓以心计巧密,由九品而升,不知正以心计巧密,由七品而降也。

该人说到这里,又附在那朋友脑袋边上作耳语,语罢,大声说道“君忘之乎?”朋友大骇,汗流浃背,问何以能“知微”,对方笑曰“岂独我知,三界孰不知?”掉头上马,疾驰而去^①。

这个说话人被描写成了神乎其神的人,可能是笃信佛道二教报应之理的熟人。他讲出了“天道好还”的报应之理的精细之处。

该人说到好色、嗜赌、抢劫、杀人等行为的报应,从不良行为到犯罪行为,因果报应相应为必病、必败、必诛、必抵。但其间,病有迟速、败有

先后,是“势不能齐”的问题;劫有首从、杀有故误,是“理宜别论”的问题。这后一个“理”,区分的实际是“情”:首从是“情”,故误是“情”。夏朝“歼厥渠魁,胁从罔治”^②,唐律“造意为首,余为从坐”^③,解决的是“首、从”两情之别;而“眚灾肆赦,怙终贼刑”^④,“故贼加增,过误减损”^⑤,解决的是“故、误”二情之差。所以“理宜别论”,实际是因“情”而论。在律学家眼里,“首从”“故误”皆是“情”,前者反映其人在犯罪中所起的作用,后者反映其人行为时的恶性或过错程度。

紧接着是“功过互偿”,这来自于另一种“情理”计算,也是另一个法律原则——将功折罪、计功补过^⑥。作恶或为不善,固然受恶报,但该人做过善事,又当受善报,在外人看起来就是“以无报为报”。还有“罪福未尽”,待到福气享尽,或罪孽遭尽,才可能得到恶报或善报。这个时间差,在外人看来就是“有报而不即报”。

因而,不是“天道难明”,而是“天道好还”。当然,该人谈到的“势”,实际上也是包含着“理”,只不过反映的是自然之“理”或社会之“理”,与法之“理”有区别也有联系。纪昀不是律学家,但他所关注的“理”,实际包含了“情节”之“情”,因而可以说“理”中有“情”,“理宜别论”实即因“情”而论;并且“法”分“首从、故误”,这些“情”已经作为法律原则或规则,成为“法”的一部分。

法律报应之“理”,区分不同情节,在报应过程中实行功过相抵,都是“情”。

3. “理”“情”一致,“情(心)”的主观情感属性

纪昀记载了岳父与父亲谈论的一个伦理故事。《槐西杂志(二)》第34则载:

雍正末年,乞丐儿媳一手抱儿,一手扶患病婆婆,过河。至河水中间,婆婆跌倒落水,儿媳弃儿于水,努力背负婆婆上了岸。婆婆大骂儿媳:“我七十老姬,死何害!张氏数世,待此儿延香

^①参见【清】纪晓岚著《阅微草堂笔记会校会注会评》卷八《如是我闻》(二)第59则,吴波等辑校,南京:凤凰出版社2012年版,上册,第375-376页。

^②见《尚书·胤征》。

^③参见【唐】长孙无忌等撰《唐律疏议》卷二十五《诈伪》“保任不如所任”条,刘俊文点校,北京:中华书局1983年版,第475页。

^④参见《尚书·尧典》,王世舜、王翠叶译注,北京:中华书局2011年版。

^⑤【汉】王充《论衡·答佞》:“故曰:刑故无小,宥过无大。圣君原心省意,故诛故赏。故贼加增,过误减损”。

^⑥【汉】荀悦《汉纪·元帝纪》:“齐桓先有匡周之功,后有来项之罪,君子计功补过”。

火尔胡弃儿以拯我? 斩祖宗之祀者尔也。”儿媳哭泣着不敢说话,长跪而已。两日后,婆婆以哭孙不食而死。儿媳呜咽不成声,痴坐数日,也死了。

这是一个古老的两难话题。有人记述并评论此事,谓:

儿与姑较,则姑重;姑与祖宗较,则祖宗重。使妇或有夫,或尚有兄弟,则弃儿是;既两世穷嫠,止一线之孤子,则姑所责者是。妇虽死有余悔焉。

纪昀父亲纪容舒反驳说:

讲学家责人无已时。夫急流汹涌,少纵即逝,此岂能深思长计时哉! 势不两全,弃儿救姑,此天理之正,而人心之所安也。使姑死而儿存,终身宁不耿耿耶? 不又有责以爱儿弃姑者耶? 且儿方提抱,育不育未可知,使姑死而儿又不育,悔更何如耶? 此妇所为,超出恒情已万万,不幸而其姑自殒,以死殉之,其亦可哀矣。犹沾沾焉而动其喙,以为精义之学,毋乃白骨衔冤,黄泉赍恨乎? 孙复作《春秋尊王发微》,二百四十年内,有贬无褒;胡致堂作《读史管见》,三代以下无完人。辨则辨矣,非吾之所欲闻也。^①

纪容舒的分析有三层。其一,情况紧急,不容深思熟虑,紧急之中,又面临不能两全,“弃儿救姑,此天理之正,而人心之所安也”,既符合“天理”之正,又能使“人心”得“安”;“人心”即“人情”,也即是说“天理”“人情”在此都满足了。其二,如果作另一种选择,弃姑救儿,从而把结果颠倒过来,“使姑死而儿存”,难道儿媳的一生就不会耿耿于心吗? 是不是还会受到人们“爱儿弃姑”的指责呢? 其三,小儿尚在怀抱,能不能扶养长大,还是未知数。如果婆婆死了,小儿又养不大,儿媳的后悔又会如何呢? 因此,就儿媳的行为而言,已经超出大多数人的正常、冷静的处理万万倍了,已不啻“人之常情”了。不幸其婆婆死掉,自己又殉葬,多可怜啊! 讲学家干吗摇动唇舌、说长道短? 太刻薄了!

纪容舒的评论,讲“天理”“人心”,被后人认

为“论极平允”;其肯定“弃儿救姑”,也被认为是合理的,因为“即使可以深思熟计,亦万无舍姑存儿之理”。还有人从“儿死尚可生,姑死不能续”角度,为之作出理由的补充^②。纪昀当然不能看到这些晚出的评论,但他父亲的说法,正是他的看法。他父亲厌恶“讲学家”,纪昀也是;^③他父亲批评宋人孙复、胡致堂苛刻不情,纪昀撰《四库全书总目提要》也如此。《提要》卷二十六《经部二十六·春秋类一》谓:孙复《春秋尊王发微》,“复之论,上祖陆淳,而下开胡安国,谓《春秋》有贬无褒,大抵以深刻为主”;“后来说《春秋》者,深文锻炼之学,大抵用此书为根柢”。《提要》卷八十九《史部四十五·史评类存目一》谓:胡寅撰《读史管见》三十卷,其父胡安国奉诏修《春秋传》,“亦颇伤于深刻”。“寅作是书,因其父说,弥用严苛。大抵其论人也,人人责以孔、颜、思、孟;其论事也,事事绳以虞、夏、商、周。名为存天理,遏人欲,崇王道,贱霸功,而不近人情,不揆事势,卒至于窒碍而难行”。

纪昀赞成父亲“天理”“人心”、理“正”、心“安”之说,也即承认合理、合情可以并存。而“心之所安”,实际即“情之所安”,“人心”也即“人情”,是情感、感情,属于主观性较强的“情”,已经不是客观的“情节”之“情”了。

(二) “情理法”之冲突

“情、理”之间的一致性,是事物的常态。纪昀多次提到“衡量情理”“情理所必至”。但“情、理”之间常有冲突。

1. “情”“理”冲突,选择与评价上的两难

(1) “情”“理”选择上的两难——情感与理智在第三人身上的冲突

“情”与“理”在选择上的两难,指情感与理智的冲突。它们表现为外在的、两个行为各取其一的情况,或取“情”,或取“理”。纪昀说:

天下事,情、理而已,然情、理有时而互妨。里有姑虐其养媳者,残酷无人理,遁归母家。母怜而匿别所,诡云“未见”,因涉讼。姑以朱老与比

^① 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十二《槐西杂志》(二)第34则,下册,第589-590页。

^② 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十二《槐西杂志》(二)第34则,下册,第589-590页。

^③ 纪昀的“情理法”观,受其父亲影响颇深。如纪容舒曾劝同僚,不要延请道人治狐媚,曰“狐自游戏,何预于人,无故击之,曲不在彼,袒曲而攻直,于理不顺。”参见《阅微草堂笔记》卷十《如是我闻(四)》。

邻,当见其来往,引为证。朱私念“言女已归,则驱人死;言女未归,则助人离婚。”疑不能决,乞签于神。举筒屡摇,签不出;奋力再摇,签乃全出。是神亦不能决也。辛彤甫先生闻之曰“神殊愤愤!十岁幼女,而日日加炮烙,恩义绝矣。听其逃死不为过”^①。

纪晓岚说的“情、理”互妨,是指邻居朱老所陷入的“情”“理”矛盾的两难窘境。对于朱老来说,“情”指据实作证,“言女已归”,这等于让婆家发现女孩行踪,使女孩归婆家重受婆婆虐待——驱人死,“情”有不忍;“理”指作证说谎,“言女未归”,这等于助长女家气势,激化两家争竞——助人离婚,“理”又不顺。此“情”也即“心”,即“心”有不忍,是情感;“理”即理智,进一步是道理:不能破人婚姻,是做人的道理。中国一直有“宁拆一座庙,不拆一桩婚”“宁拆十座庙,不拆一门亲”,即是此意。何况街坊邻居,低头不见抬头见,更是如此。这一对“情、理”的互相妨碍,不仅使邻居这个第三人犯难,被求助的神灵,其立场竟然也犹豫难决、无从选择。

在纪家任馆师的辛彤甫,没有指责朱老,却以为这个“神”太昏聩了:他虽神明,却没能解决朱老的“情不忍”“理不顺”的“情、理”冲突。辛彤甫讲出了另一番“情理”——婆婆既然对一个十岁幼女施加酷刑,表明婆媳之间“恩义”已绝;既然“恩义”已绝,不维持这种婆媳关系也不为过。

按,“恩”指家庭家族中因天然的血缘而产生的生育、养长与扶助关系及其亲情,如父母与子女之间、祖父母与孙子女之间;“义”指非血缘因素而形成的关系及相应情感,如“夫妇以义合”“朋友以义合”等。前者具有天然属性,不可选择,也断绝不得;后者则具有可选择性,适用“义合则留,不合则去”^②的相处原则。

《大清律例·刑律十三·斗殴下》“殴祖父母

父母”条一款云“若(祖父母、父母、嫡、继、慈、养母)非理殴子孙之妇(此‘妇’字,乞养者同),及乞养异姓子孙(折伤以下,勿论),致令废残疾者,杖八十;笃疾者,加一等。(子孙之妇,及乞养子孙)并令归宗”^③。其中原理,沈子奇《大清律辑注》谓“子孙之妇,以义合者也;乞养子孙,以恩合者也,皆属异姓之人,均与子孙‘天性之亲’不同。若殴至残废、笃疾,则义绝、恩绝矣”^④。这是专家的精微区分。

而辛彤甫讲“恩义绝”,“义”则指婆媳之间的非血缘联系及相处之道,本来婆媳之间仅有“义”;但因是童养媳,也就有了“恩”,这里的“恩”指公婆养长童养媳的特定关系,用来比拟血缘关系及其亲情。此时讲“恩义”俱“绝”,也说得通。“义绝”是个法律概念,“夫妇以义合,义绝则离之”^⑤,但其范围较宽,不仅指夫妻双方之间,更兼及重要亲属之间。这个故事中,没有出现丈夫,他应该也是个孩子,故其与童养媳的关系及情感,可以忽略不计。看来,辛彤甫是个明白的讲者,纪昀也是个明白的听者,他们对诸人之间关系及其伦理,把握得清楚而准确。显示出听者与讲者、常人与专家之间没有距离。

既然婆媳之间非血缘的“义”与拟血缘的“恩”均已断“绝”,其作为“情”感的恩爱情义,已实质性的恩断义绝了,那么,相应的“理”,就是不应维持这种婆媳关系,设法让女孩逃出魔爪也不是过错——也即逃死是正当的。“不为过”就是正当。“理”也就是一种正当性,只是在表达上未用该词而已。“恩义”(情义、情感)已绝,是很接近法律术语的“义绝”的^⑥。

“天下事,情、理而已”这是纪昀对情理普遍性的认识。就该事件涉及到的人而言,每人都有自己的“情理”。女儿的母亲“怜”而匿之,是母子情,是同情;她以为受虐待是不合理的,不遣归女

①参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十六《姑妄听之》(二)第1则,下册,第806页。

②参见【清】薛允升《唐明律合编》,怀效锋、李鸣点校,北京:法律出版社1999年版,第352页。

③参见《大清律例》卷二十八《刑律·斗殴下》,田涛、郑秦点校,北京:法律出版社1999年版,第464页。

④参见【清】沈子奇撰《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,北京:法律出版社2000年版,下册,第771页。

⑤参见【宋】司马光《温公家范》,夏家善主编、王宗志注释,天津:天津古籍出版社1995年版,第157页。

⑥《大清律例》卷三十《刑律·诉讼》“干名犯义”条“若女婿与妻父母果有义绝之状,许相告言,各依常人论”。注云“义绝之状,谓如身在远方,妻父母将妻改嫁,或赶逐出外、重别招婿,及容止外人通奸;又如女婿殴妻至折伤,抑妻通奸,有妻诈称无妻、欺妄更娶妻,以妻为妾,受财将妻妾典雇,妾作姊妹嫁人之类”。田涛、郑秦点校,北京:法律出版社1999年版,第488页。

儿是合理的。朱老对“驱人就死”，“情”有不忍，也是同情。辛彤甫言幼女受炮烙，恩爱情义已“绝”。这里的三种“情”，都带有情感的成分，都属于“情感”之“情”；其实，“情节”之“情”在这里也是存在的——婆婆虐待童养媳——这样的“情节”，是确定“恩义(情义)”之“情”是否存在的依据，甚至是判断的标准。因为法律上的“义绝”，有关“殴”打者，也是通过是否存在“殴至折伤”的伤情程度而确定是否情义决裂的。

(2) “情”“理”评价上的两难——情感与理智在不同行为人身上的偏缺

“情、理”冲突，有时可以表现为“有理无情”或“有情无理”。《如是我闻》(一)第21则，载有纪昀以为律例难以穷尽“狱情”之“变”的一个案例：

狱情万变，难执一端。据余所见，事出律例之外者：……又有奸而怀孕者。决罚后，官依《律》判“生子还奸夫。”后生子，本夫恨而杀之；奸夫控“故杀其子。”虽有《律》可引，而终觉奸夫所诉，有理无情；本夫所为，有情无理，无以持其平也。不知彼地下冥官遇此等事，又作何判断耶①？

与前述的“情”“理”无从选择的两难不同，这里的“情”“理”不一的冲突，对两个行为人而言，或许并不存在；但却使得局外人纪昀感觉无所适从，无法持平。

纪昀说“有律可引”，指奸生子“责付奸夫收养”律。按《大清律例·刑律·犯奸》“犯奸”第4款律文：“其和奸、刁奸者，男女同罪。奸生男女，责付奸夫收养。奸妇从夫嫁卖，其夫愿留者，听”②。从判决看，官府确实是依照律文作出裁决的，判奸生子归奸夫；从案情看，本夫对法律赋予他“可嫁卖，可留家”的处分权，选择了后者，未嫁卖其妻而留妻在家，却杀死了奸生子。该行为，被纪昀认定为“有情无理”。这种“有情”——恨奸夫奸妇而迁怒于奸生子的感情，虽说是“人之常情”，但杀人这一行为，是过激的、“无理”的。且小孩是无辜的，杀他不合伦理，同时也不合

法理。

奸夫控本夫“故杀其子”，纪昀以为是“有理无情”。“有理”有两面：一是官府已判决该孩子归奸夫，其父子关系成立；二是故杀人在伦理上是错误，在法律上是犯罪，要求对杀人行为予以处罚，是正理、法理。“无情”指奸夫竟然嚣张到公然到官府控告，在通奸为罪的时代，时人是难以倾向于他的，故其行为也不符合人情之常理。

对于这样的“情”“理”不一的冲突，希望司法常欲“得情理之平”的纪昀(其他人也是如此)感觉无法调节，“无以持其平”即无法使“情”“理”之间得到平衡，无法使两者都得到满足。

纪昀引该案，是在讨论冥间法律时提到的。故他追问“不知彼地下冥官遇此等事，又作何判断耶”？不过，此事中的“法律”也是值得讨论的。但他只在“情理”上着眼，未注意法律问题。

《大清律例》中“奸生男女，责付奸夫收养”，相对而言是符合“情理”的规定。因考虑本夫的感受，尤其在其不“嫁卖”其妻、还得与奸妇共同生活的情景——遂来个“眼不见为净”的处理，将奸生子责付奸夫收养。此其一。其二，这种情形，一般当是以生子之后、方才发现而判决为典型。而本案明显是在怀孕后、未生前判决的，这使得本夫隐忍、等待了出生前这一时段，刺激颇大，方发生了杀婴举动。但法律只是作原则性规定，难以穷尽各种细节；法官也只能依据一般性规定进行处理，不能期望其本夫在交付婴孩前负有保护之责；而且即使法官做了这种要求，也不见得不会发生伤害婴孩之事。纪昀不是法律家，没有注意到这一层，也怪不得他。

2. “情”“法”冲突，“情别万端”与“案外情”

(1) 情法冲突——“法有一定，而情则千端”③

情法冲突，是纪昀亲见的。《如是我闻》(一)第21则云：“狱情万变，难执一端。据余所见，事出律例之外者”。有两件事颇为典型：

一人外出，讹传已死，其父母因鬻妇为人妾。

①参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷七《如是我闻》(一)第21则，上册，第292页。

②参见《大清律例》卷三十三《刑律·犯奸》，田涛、郑秦点校，北京：法律出版社1999年版，第521页。

③【清】汪辉祖《学治续说·法贵准情》：“法有一定，而情则千端。准情用法，庶不干造物之和”。参见《官箴书集成》，合肥：黄山书社1997年版，第5册，第298页。

夫归,迫于父母,弗能讼也。潜至娶者家,伺隙一见,竟携以逃,越岁缉获。以为非奸,则已别嫁;以为奸,则本其故夫。官无《律》可引。

又劫盗之中,别有一类,曰“赶蛋”,不为盗而为盗之盗。每伺盗出外,或袭其巢,或要诸路,夺所劫之财。一日互相格斗,并执至官。以为非盗,则实强掠;以为盗,则所掠乃盗赃,官亦无《律》可引也^①。

纪昀讲“狱情万变,难执一端”,因为“事出律例之外者”很多。这个认识,与他的门人汪辉祖的看法很接近,所以我们干脆用汪辉祖的说法来导入问题:即“法有一定,而情则千端”。单靠法律规定,是永远不可能涵盖尽所有情况的。

对于这两个案件,纪昀以为没有适当法律可以引用,不表明纪昀认为其行为不应被处罚。前一案,他人之妾,与故夫共逃一年,共处一处,“以为非奸,则已别嫁;以为奸,则本其故夫”。纪昀说法律没有明确规定这种情形应该如何处理,所以官府“无《律》可引”。但后来同治年间徐时栋,对该案有个评论:

徐评:此事何必引《律》哉?彼妇虽改嫁,而一见故夫,即从之而逃,是夫妇恩义皆未绝也;即其向日父母之嫁之也,以误传其子之死而嫁之,非得罪于翁姑而被出,是姑妇恩义亦未绝也。则直以此妇断归前夫,而使前夫出钱还后夫聘金而已矣!引《律》何为哉?^②

徐时栋认为,该案根本不必引什么《律》文来判断,不必在“非奸”与“奸”两个罪名上为难。言下之意,应该抛开法律,依据“恩义”是否存在而断。其一,该女子虽然改嫁,但从“一见故夫,即从之而逃”来看,可以断定其“夫妇恩义皆未绝”;其二,该女子被公婆嫁卖,是因讹传其子已死而嫁之,不是“得罪于翁姑”而犯了“七出”,可见其“姑妇恩义亦未绝也”。夫妻恩义、婆媳恩义都未绝断,不属于礼俗和法律规定的“义绝”情形,法

官可以直接将此女判断给前夫,只要将后夫的聘礼给还就可以了。

徐时栋所言有一定道理。首先,“夫妇以义合”^③,“夫妇者,义以和亲,恩以好合”,“恩义俱废,夫妇离矣”^④,“夫妇以义合,义绝则离之”^⑤,表明夫妻既非血缘,靠的是“恩义”而结合,今日人们犹称“夫妻恩爱”。其次,妻与公婆等也以“义”处。清代律学家直云“子孙之妇,以义合者也”,“属异姓之人,与子孙天性之亲不同”^⑥。因此,只要断定夫妻、姑妇(包括舅妇)之间恩义存在,婚姻就有基础,就可以断合。

需要说明的是,纪昀以为是“情法”冲突的事情,在徐时栋那里以为不过是个单纯的“情”的问题,或者用一个合成词“情理”也可以。夫妻之间是否有“恩义”,姑妇之间是否有“恩义”,用今天的话说,是考察感情是否还存在,以决定分与合。“情理法”之“情”在关涉到伦理尤其是家庭伦理时,特别关注情感、感情存在与否。存在可以是一种处断,不存在可以是另一种处断。扩大些,也可以说,有此“情理”则是一种处断,无此“情理”则是另一种处断。因此,不能认为徐时栋节外生枝,他的区别处断有道理,是当时处理“情法”矛盾或法律窘境时的有效思路。而且,他的区别处断,也有法律依据。

对第二案,“以为非盗,则实强掠;以为盗,则所掠乃盗赃”,纪昀认为法律没有明确规定,属于“情法”冲突,需要一种妥善的处理,只是他没有给出具体答案。但对抢劫盗赃应予以处罚,则是肯定的。徐时栋后来评价此案,在“以为非盗,则实强掠”句下,徐时栋曰“劫人之财即谓‘盗’,岂不问所劫之财为何如财哉”^⑦?似乎他对纪昀这句定义为“盗”的说法,并不同意;按照逻辑,他也不同意对这些“赶蛋”人予以处罚,尽管他没有明说。这是否符合徐时栋的法律观,值得探讨。

①参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷七《如是我闻》(一)第21则,上册,第292页。

②参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷七《如是我闻》(一)第21则,上册,第292-293页。

③【汉】陆贾《新语·礼乐》:“骨肉以仁亲,夫妇以义合”。

④《后汉书·列女传》载班昭《女诫·敬慎第三》:“夫为夫妇者,义以和亲,恩以好合。楚挹既行,何义之存? 讷呵既宣,何恩之有? 恩义俱废,夫妇离矣”。

⑤参见【宋】司马光《温公家范》,夏家善主编,王宗志注释,天津:天津古籍出版社1995年版,第157页。

⑥参见【清】沈子奇《大清律辑注》,北京:法律出版社2000年版,第771页。

⑦参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷七《如是我闻》(一)第21则,上册,第292页。

在这两个案件之后,纪昀有句话“不知彼地下冥官遇此等事,又作何判断耶”?因前述数案,皆因阴间判断狐狸咬杀祖母,究竟是按照寻常杀人罪处理,还是按照人间法度也科以“不孝”之罪的法律问题而引起。

这样的情法冲突,因“情”多变而引起。纪昀《姑妄听之(三)》第24则,记述了这样一个故事:

福建一女,“未嫁,卒,已葬矣”。一年多后,有人在他县见到该女,告诉其父母后,“开冢验视,果空棺”。原来,该女已有定婚婿,却私下与邻居男子交往。遂定计,将茉莉花根,以酒磨汁,饮之昏厥诈死,“待其葬而发墓共逃”。婿家告官后,捕得邻居男子,供词与该女相同。

当时吴林塘做知县,亲鞫该狱。但却在适用法律时犯了难:“欲引‘开棺见尸’律,则人实未死,事异图财;欲引‘药迷子女’例,则女本同谋,情殊掠卖”。鉴于“无正条可以拟罪,乃仍以‘奸拐’本律断”。纪昀感叹“人情变幻,亦何所不有”^①?

按“开棺见尸律”,指《大清律例·刑律·贼盗下》“发冢”条“凡发掘(他人)坟墓见棺槨者,杖一百、流三千里;已开棺槨见尸者,绞(监候);发而未至棺槨者,杖一百、徒三年”^②。对男犯处罚可以依照此律,但不符合“见尸”之“人已死”的情节,此时该女“人实未死”;而且更重要的是,“发冢”的目的是“图财”,本案却缺乏这一要件,不是图财。

另外比较典型的是“药迷子女例”。民国初年谢璿、陆钟涓《详注阅微草堂笔记》云:“《清刑律》:‘用药及一切邪术,迷拐幼小子女,为首者绞立决,为从发极边足四千里充军’”。又沈禹钟《分类广注阅微草堂笔记五种》云:“药迷子女例:《清刑律》条例‘以药饼迷拐子女,为首者绞立决,为从发极边四千里充军’”^③。查薛允升《读例存疑》卷二十六《刑律·贼盗上》“强盗”条第37条例文“用药及一切邪术迷拐幼小子女,如人

药并获,即比照用药迷人已经得财例,将起意为首,及下手用药迷人,并迷拐为从,已至二次,及首先传授药方之犯,俱照强盗律,拟斩立决。其余为从,均发新疆给官兵为奴……”。薛按语云:“诱拐例云:若以药饼及一切邪术迷拐幼小子女,为首者拟绞立决,为从极边足四千里充军”^④。则注释者所引《清刑律》及条例,分别为“药迷子女例”“诱拐例”。

但“以药迷人图财”本属强盗之一种,“药迷子女”是欲将来变卖而得财;因“药迷”剥夺其抗拒能力,是强制的一种。但本案中,“药迷”是女子同意的,是二人共谋,又不符合强制使得接受的“掠卖”之要件。所谓“情殊掠卖”,此“情”指情节,掠卖本为违背对方意志,在本案中却为同谋。

这样,既无律可引,又无例可引,县官不得不“仍以奸拐本律断”。这当是指《大清律例·刑律·贼盗下》“略人略卖人”条“凡设方略而诱取良人……为妻妾、子孙者,(造意)杖一百、徒三年。……若和同相诱(取在己)……为妻妾、子孙者,杖九十、徒二年半;被诱之人,减一等(仍改正给亲)……”^⑤。这是凡人诱拐律。本案似乎不能适用奸夫诱拐奸妇例,因此前只是讲“女已有婿,而私与邻子狎”。

纪昀这里讲“人情变幻”,实际是“案情”变幻,指人们的机巧、动机无法揣知。这仍然是“法有一定,而情则千端”^⑥,所以才需要司法者“准情用法”的“衡情”以处。

(2) 情法冲突——对“案外情”的体察与照顾

纪昀《如是我闻》(四),记载了他们生汪辉祖撰《续佐治要言》中“囚关绝嗣”一事:

平湖杨研耕,在虞乡县幕时,主人兼署临晋,有疑狱久未决。后鞫实为弟殴兄死,夜拟讞牒毕,未及灭烛而寝。忽闻床上钩鸣,帐微启,以为风也。少顷复鸣,则帐悬钩上,有白须老人跪床

① 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十七《姑妄听之(三)》第24则,下册,第876页。

② 参见《大清律例》卷二十五《刑律·贼盗下》,田涛、郑秦点校,北京:法律出版社1999年版,第409页。

③ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十七《姑妄听之(三)》第24则,下册,第876-877页。

④ 参见【清】薛允升撰《读例存疑》卷二十六《刑律·贼盗上》“强盗”条,载黄静嘉编校《读例存疑》重刊本,中国台北:台北成文出版社1970年版,第3册,第613页。

⑤ 参见《大清律例》卷二十五《刑律·贼盗下》,田涛、郑秦点校,北京:法律出版社1999年版,第404-405页。

⑥ 【清】汪辉祖《学治续说·法贵准情》:“法有一定,而情则千端。准情用法,庶不干造物之和”。

前叩头 此之不见 而几上纸翻动有声。急起视 则所拟讞牒也。反覆详审 罪实无枉 惟其家四世单传 至其父始生二子 一死非命 一又伏辜 则五世之祀斩矣。因毁稿 存疑如故。盖以“存疑”为是也^①。

这个灵异故事 汪辉祖以为实有 纪昀也如是。它给汪辉祖的启示是 以后“凡遇父子兄弟共犯者 尤加意审慎焉”^②。纪昀却因此作出一大段评论 以为“颇足以资法戒” 并提出了“情法冲突”问题。他说:

余谓以王法论 灭伦者必诛; 以人情论 绝祀者亦可悯。生与杀皆碍 仁与义竟两妨矣。如必委曲以求通 则谓“杀人者抵 以申死者之冤也。申己之冤 以绝祖父之祀 其兄有知 必不愿; 使其竟愿 是无人心矣。虽不抵不为枉”。是一说也。或又谓“情者一人之事 法者天下之事也。使凡仅兄弟二人者 弟杀其兄 哀其绝祀皆不抵 则夺产杀兄者多矣。何法以正伦纪乎”? 是又未尝非一说也。不有皋陶 此狱实为难断 存以待明理者之论定可矣^③。

弟殴兄死 不是一般的杀人罪 且以卑犯尊 所以“以王法论 灭伦者必诛”; 但“其家四世单传” 今又“一死非命 一又伏罪” 其家面临绝祀局面 值得同情。所以纪昀说“以人情论 绝祀者亦可悯”。生不可 杀又不可 “王法”与“人情”的冲突 表现为“义”与“仁”的难以兼容。“义”是原则性 是法律原则的“杀人者死” 尤其以卑犯尊 不抵命则破坏这个原则 “仁”是同情心 是对个案情节的考量——当然是“案外”情节 抵命就使得一门绝了嗣 无人再承继一家香火——这在当时是个绝大的事情。

纪昀设想了“两说”。“一说”以死者角度考

虑 弟弟偿命就伸了自己的被杀之冤 但伦理矛盾是“伸己之冤以绝祖父之祀” 兄长如果是正常人 不会同意家族绝祀; 若愿意家族绝祀 兄长就不是人了。照这个“理” “虽不抵不为枉” 即不抵命也算不得冤枉。“另一说”站在社会或国家的角度 首先区分了“公”与“私”——“情者一人之事 法者天下之事也”。如果天平偏向“私” 放过弟弟杀兄之罪不处 一旦其起了连锁反应 “使凡仅兄弟二人者 弟杀其兄 哀其绝祀皆不抵” 将会导致“夺产杀兄者多矣”。尤其是这样一来 “何法以正伦纪乎”?

纪昀没有给出具体答案 他感叹“不有皋陶 此狱实为难断 存以待明理者之论定可矣”。

实际上 纪昀这里的“人情” 最初是包含了两个互相关联的“情”在内的。一是对“绝祀者亦可悯”的怜悯之“情” 或称“怜悯之心”; 另一个是“四世单传”又临绝祀之“情” 此是客观“情”、案外“情” 不属于案内“情节”。后者是引起前者发生的原因或理由。但纪昀后来又讲“情者一人之事” 就只剩下了后者而不包含前者了; 法官及听闻者的怜悯之“情” 既然不被考虑 那账目就好算了。按正常逻辑 “一人”之私 自然得服从“天下”之公。所以 纪昀在行文中间 还是表达了他的思想倾向的 并未等待明理人来断案。

纪昀就是这样。他以文学的手法 为我们直白白、赤裸裸地展示戏剧般的矛盾和冲突。当然 它们也是现实的冲突和矛盾。

也许是因为纪昀处理得对 同治间徐时栋没有批评他 而是另外讲了一个故事来附和。徐评曰“闻昔有循吏悯死囚绝嗣 因密令囚妻入狱中同宿 既而妇得生子 而后治囚之罪。法外之仁 是亦一道也”^④。这是指《后汉书·吴祐传》所记

①参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第20则 上册 第449页。

②【清】汪辉祖《续佐治要言·囚关绝祀者尤宜详审》：“外舅王坦人先生(讳)宗闵 令金山时 余初入幕平湖。杨君砚耕为外舅故交 时从山西来。言雍正年间尝馆虞乡 主人兼署临晋县。有疑狱久未决 主人素负能名 不数日 鞠实 乃弟殴胞兄至死 遂秉烛拟罪。属稿毕 夜已过半 未及灭烛而寝。忽闻床上钩鸣 帐微启 以为风也 复寐。少顷 钩复鸣 惊寤 则帐悬钩上 有白须老人跪床前叩头 此之不见。几上纸翻动有声。急起视 即拟讞稿也。反覆细审 罪实无枉。惟凶手四世单传 其父始生二子 一死非命 一又伏辜 则五世之祀绝矣。狱无可疑 而以疑久宕 殆老人长为乞怜耳。因毁稿 存疑如故。后闻今皇帝御极大赦 是案竟以疑宥。余闻而谨识之。故凡遇父子兄弟共犯者 尤加意审慎焉”。载《官箴书集成》,合肥:黄山书社1997年版 第5册 第331页。

③参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第20则 上册 第449-450页。

④参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第20则 上册 第451页。

的安丘男子毋丘长杀死辱母醉汉而被刑的故事^①。

二、《笔记》中“情理法”观的基础——观念与实践

《笔记》中的“情理法”观,有些并非纪昀本人的,而是他的亲属、朋友、同事所阐发,且有一些还有比较系统的看法。由于这些都是纪昀所记录 and 整理的,可以认为是纪昀赞成的。因此,我们可以将它们当作纪昀的思想来研究。这样的“情理法观”,是以纪昀的总体观念与实践为基础。

(一) 纪昀对“法令”的总体看法——“刑”的观念及其局限

《四库全书总目》卷八二《史部·政书类二》云:“《唐律疏议》三十卷,……《大清律例》四十七卷,……右政书类法令之属,二部,七十七卷,皆文渊阁著录。案:法令与法家,其事相近而实不同。法家者私议其理,法令者官著为令者也。刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚。兹所录者,略存梗概而已,不求备也”^②。又,卷八四《史部·政书类存目二》:“《永徽法经》三十卷(永乐大典本)……,《至正条格》二十三卷(永乐大典本)……,《金玉新书》二十七卷(永乐大典本)……,《官民准用》七卷(永乐大典本)……,《明律》三十卷(永乐大典本)……。右‘政书类’法令之属,五部,一百十七卷,皆附《存目》”^③。则《四库全书》收录法律仅唐律、清律两部,存目也仅宋、金、元、明律或条格等五部。纪昀等人心目中的“法

令”数量着实不大,只能算是梗概,没有穷尽当时的所有;尤其其他那句“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚”的按语,把“法令”等同于“刑”,突显了法、律、刑在他心目中的地位之低——给人一种不祥之物的感觉。其中,《唐律疏议》因其时代较早且比较成熟,《大清律例》因其为本朝法律,皆得全文收入;其余如《宋刑统》之类的法典就阙如了。这对法典的传流播布,有非常不利的影响。后来沈家本将“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚”一语视为“法学日衰”的原因,认为大名鼎鼎的纪昀“今创此论于上,下之人从风而靡,此法学之所以日衰也”^④。

不屑于读法律令,轻看法律令,将“刑”等同于法令,将刑官等同于酷吏,这是中国士大夫对待法律与刑官的基本看法与态度。纪昀上述按语,或许反映了他的深层意识,也是如此。而对一个多次被委以都御史一职的人,既然不习惯于法律思维,必然重视“情理”,并刺激其“情理”思维变得突出。纪昀即是如此。他敏锐地发现了“情理”间的冲突,并赞成以两害相权取其轻的办法处理之。

纪昀《如是我闻》(四),讲述了一个“愈在情理中,乃愈不能明”的疑难案件。

纪昀从发配地新疆回京,路过其学生吴冠贤做知县的甘肃安定县,住在县衙,听到一案的梗概及审理定讞过程:

有幼女幼男,皆十六七岁,并呼冤于舆前。幼男曰“此我童养之妇,父母亡,欲弃我别嫁”。幼女曰“我故其胞妹,父母亡,欲占我为妻”。问

^①《后汉书·吴祐传》:吴祐为胶东侯相,安丘男子毋丘长与母俱行市,道遇醉客辱其母,长杀之而亡,安丘追踪于胶东得之。祐呼长谓曰:“子母见辱,人情所耻。然孝子忿必虑难,动不累亲。今若背亲逞怒,白日杀人,赦若非义,刑若不忍,将如之何?”长以械自系,曰“国家制法,囚身犯之。明府虽加哀矜,愿无所施。”祐问长“有妻、子乎?”对曰“有妻未有子也”。即移安丘逮长妻,妻到,解到桎梏,使同宿狱中,妻遂怀孕。至冬尽行刑,长泣谓母曰“负母应死,当何以报吴君乎?”乃啮指而吞之,含血言曰“妻若生子,名之‘吴生’,言我临死吞指为誓,属儿以报吴君”。因投缯而死。

^②参见【清】永瑢等撰《四库全书总目》卷八十二《史部三十八·政书类二·法令之属》,北京:中华书局1964年版,上册,第711-712页;【清】永瑢等著《四库全书简明目录》卷八《史部十三·政书类·法令之属》按语略有差异“谨案:法令与法家,其事相近而实不同。法家者私议其理,法令者官著为律也。刑为盛世所不废,而亦盛世所不尚。今载《唐律疏议》,见世轻世重之源流;并恭录《钦定大清律例》,以昭圣代之法守。其余杂帙,则率存其目焉”。上海:上海古籍出版社1985年版,第318页。

^③参见【清】永瑢等撰《四库全书总目》卷八十四《史部四十·政书类存目二》,上册,第726-727页。

^④《法学盛衰说》谓“本朝讲究此学而为世所推重者,不过数人。国无专科,群相鄙弃。纪文达编纂《四库全书》,《政书类·法令之属》仅收二部,存目仅收五部。其按语谓‘刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚,所录略存梗概,不求备也’。夫《四库目录》乃奉命撰述之书,天下趋向之所,今创此论于上,下之人从风而靡,此法学之所以日衰也”。参见【清】沈家本撰《寄谥文存》卷三,载徐世虹主编《沈家本全集》第4卷,北京:中国政法大学出版社2009年版,第690页。不过,《四库全书总目》卷一〇一《子部十一》“法家类”八部,“法家类”存目一十九部,像《疑狱集》等案例集,《刑统赋》等律学书,《洗冤录》等法医学书,《名公书判清明集》等判牍,《风宪禁约》等官箴书等,也皆收入其中。不能说纪昀等完全轻视法令、司法及法律秩序,参见《四库全书总目》,北京:中华书局1964年版,上册,第848-851页。

其姓 犹能记; 问其乡里, 则父母皆流丐, 朝朝转徙, 已不记为何处人也。问同丐者, 则曰“是到此甫数日, 即父母并亡, 未知其始末, 但闻其以兄妹称。然小家童养媳与夫亦例称兄妹, 无以别也”。

审到此处, 知县自然犯了难。这时, 一个老吏站出来, 提出了两害相权取其轻的建议:

有老吏请曰“是事如捉影捕风, 杳无实证, 又不可刑求。断离、断合, 皆难保不误。然断离而误, 不过误破婚姻, 其失小; 断合而误, 则误乱人伦, 其失大矣。盍断离乎?”

知县“推研再四, 无可处分, 竟从老吏之言”^①。也就是“断离”。

男主“童养媳”之说, 女持“胞妹”之论, 信从任何一方, 都只是“片言”或“单词”, 历来是断狱所难。此事之“在情理中”, 因兄妹相称, 一般是真兄妹, 女说“胞兄胞妹”之论可从, 此一“情理”也; 但乡俗“小家童养媳与夫, 亦例称兄妹”, 男持“童养媳”之说, 也一“情理”也。两人所说都符合“情理”, 所以纪昀说, 事情“愈在情理中, 乃愈不能明”^②, 该选择哪一个“情理”? 人们平日所谓的“意料之外, 情理之中”, 那是遇到了简单之事, 事情复杂了, 就未必如此了。

老吏说, 现在我们既不能听取任何一方说辞, 旁证又无力, 还不能刑讯以求其真, 硬断“离”与“合”, 从官府一方来说, 都可能是误判——我们不是故意错断, 但误判造成的“害处”有轻有重: 误判“离”, 不过是误破人家婚姻, 男女双方还可以再寻姻缘; 误判“合”, 可能造成亲兄妹做夫妻, 淆乱了人之大伦, 谁都担待不起。前害小, 后害大, 取害小为妥。

纪昀把该案归入“必不能断之狱”, 以为这类无法断出真情的案件, “不必在情理外也”, 即使“愈在情理中, 乃愈不能明”^③。他完全赞成“老吏”的分析。

但后来有持不同意见者。同治年间的徐时

栋, 对此评论道:

老吏之言颇通, 然谓“不可刑求”则非也。男女年各十五, 亦并有知觉。同丐者以甫到不知其详。若此二男女, 岂有不自知果夫妇、果兄妹之理? 或男以不能娶妻, 妄思乱伦, 则男狡极矣。或女以不欲嫁丐, 妄思改醮, 则女狡极矣。二人既有一狡, 何“不可刑求”之乎? 初试薄刑, 察言观色, 颇有罅隙, 即可予之严刑, 自当吐实也。若谓此事不可断, 则天下狡囚之狱, 愈不可断矣。况古人亲生骨肉可以滴血, 丐父母虽死, 其骨在也, 又何难割女臂血, 滴老丐之骨乎^④?

徐时栋以为“老吏”所说虽通达, 但认为“不可刑求”不对。15岁的少男少女, 就应该知道“男女之事”, 十六七岁的他们是应该知道自己是夫妇或兄妹的。之所以各说各理, 其中必有一个是狡猾到极点的人。那么, 既然有一人狡猾至极, 刑讯的理由就成立了。先试薄刑, 有效果就加重, 相信是可以得到真确口供的。另外, 古来滴血验亲, 可以取男女臂血, 与已死的老乞丐骨殖相验, 有何难断的呢?

该案是否值得刑讯, 是否值得滴血验亲, 这可能是纪昀还有他知县学生、老吏与徐时栋的不同处。两难推理, 一正一误, 追求正确, 可能达不到。徐时栋意见, 案件必须断明; 如果“谓此事不可断, 则天下狡囚之狱, 愈不可断矣”。纪昀等认为, 如果难保正确, 宁可选择误害小者。所以, 两种“情理”的冲突, 实际是司法上的两种价值观的冲突。而在认识基础上, 又有一个对于“刑讯”作用的估价。徐时栋认为, 刑讯是靠得住的, 可以靠它得到真情。而纪昀则未必相信刑讯。他随后讲起他父亲为官刑部时, 所遇到的三个醉酒步军黑暗中互殴致死一人却难以定讞的案件, 并引述他父亲过后的感叹之语“如必研讯为某人, 即三木严求, 亦不过妄供耳”; “此事坐罪起衅者, 亦可以成狱。然考其情词, 起衅者实不知。虽锻炼而求, 更不如随意指也。迄今反覆追思, 究不得

①参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第41则, 上册, 第470页。

②纪昀此说, 颇类似光绪时樊山所谓“情理中又有情理”, 可以分为上位情理与下位情理、大情理与小情理, “情理”是作为网络结构而存在的。参见霍存福《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, 第104页。

③参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第41则, 上册, 第470页。

④参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第41则, 上册, 第471页。

一推鞠法,刑官岂易为哉”^①!纪昀本人也讲过“滴血不足成信讫”^②。刑讯靠不住,刑官不易为,这是纪昀探讨“情理”的一大推动力。

(二) 纪昀的法律实践与其亲友圈——“刑”的观念及其影响

纪昀不是律学专家,但这并不影响这位汉学宗师提出他对“情理法”之间关系的精微剖析,具体已见前述;甚至于虽然他对“法令”“刑”有消极看法,但也不影响他提出对法律、司法、刑官等的精到看法。后一项,与其父亲、本人、朋友任职司法有相当的关系。

1. 父亲纪容舒做刑官的影响——偏于刑事重案

《阅微草堂笔记》记载了纪容舒任职刑部江苏司郎中时的3宗案件:乾隆五年(1740年)三步军酒醉互殴致一人死亡案;乾隆十五年(1750年)苑户常明调戏杀童匿尸案;少年强污幼女和解案。及有关治狱的议论4则及相应案件。纪昀笔记多记述刑狱之事,受其父亲的影响较大。

上述3案,第二案是被杀儿童魂魄附托罪犯之身而为己伸冤的鬼故事。除报应之外,无甚法律问题^③。但第一案中,一人死、二人活,纪容舒知晓当时的刑罚适用原则——“一命不必二抵”,及斗殴案件的责任原则——“坐罪起衅者”,但仍感案情疑难,找不到鞠问之法,感叹“刑官岂易为哉”^④。第三案初以强奸捕获,两家父母投词,先以误犯未婚妻,后以“调谑”供。面对“女之父母受重赂,女亦爱此子丰姿,且家富,故造此虚词以解纷”的质疑,纪容舒谓该案“不能横加锻炼,入一童子远戍也”,即不能以强奸未成罪处罚其杖一百、流三千里^⑤;实际的处理是“薄责而遣之”,

当是依据了乾隆十年(1745年)刑部议覆通政使张若霫条奏定例,也即该律条第13条例文“凡调奸、图奸未成者,……分别枷号、杖责”^⑥。这样的降格处理,被后人认为“精明而出之以浑厚”^⑦,是纪容舒的治狱的一贯作风。

纪容舒有关治狱的议论,第1则是抢劫犯落入法网的报应——屠户杀生之报,与法律关涉不大^⑧。第2则为感叹“治狱之难”,而“命案尤难”,因为在顶凶、贿和的常见情形外,竟有“被杀之人,手书供状,云非是人之所杀”者。结论是“讼情万变,何所不有!司刑者可据理率断哉”^⑨!即依据常情断案,会出现错误。第3则虽是其同僚佛伦所言,但纪容舒赞成,意谓:刑部工作的性质,是“据纸上之供词,以断生死”,也即书面审理;既然远离现场,远离当事人,故审理者宜“自傲”;其“七八人同定一讫牒”,“皆宜自傲”^⑩,反映了刑官须“慎之又慎”的要旨。第4则是和尚对官员微服私访查案的异议,纪容舒评论曰“凡狱情虚心研察,情伪乃明,信人信己皆非也。信人之弊,僧言是也;信己之弊,亦有不可胜言者。安得再一老僧,亦为说法乎”^⑪?也即微服私访会引来亲党乱供,得不到真情。

纪容舒的这些经历和议论,涉及2故意杀人、1斗殴杀人、5过失杀人、3强奸、4抢劫、7未提及案情的疑狱等案件的侦查、审理(包括6刑部审核)、判决、执行诸环节,是纪昀关注司法的源头,也是纪昀有关司法认识的有机组成部分,构成了他“情理法”观的第一重背景和底色——刑部审核案件以刑事重案为主,没有户婚田土等民事细故,这可能是纪昀以“刑”定义“法令”的由来之一;此外,父亲“浑厚”的治狱风格,“慎”狱的理

① 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第41则,上册,第470页。

② 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十一《槐西杂志》(一)第12则,上册,第503页。

③ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷二《滦阳消夏录》(二)第7则,上册,第60-61页。

④ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十《如是我闻》(四)第41则,上册,第470页。

⑤ 参见田涛、郑秦点校《大清律例》卷三十三《刑律·犯奸》“犯奸”条“凡和奸,杖八十;有夫者,杖九十;刁奸者(无夫、有夫),杖一百。强奸者,绞(监候);未成者,杖一百、流三千里”。北京:法律出版社1999年版,第521页。

⑥ 参见《读例存疑》卷四十三《刑律十九·犯奸》犯奸条第13条例文,黄静嘉编校《读例存疑重刊本》,中国台北:成文出版社1970年版,第五册,第1086页。

⑦ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十二《槐西杂志》(二)第59则,下册,第614页。

⑧ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷四《滦阳消夏录》(四)第6则,上册,第149页。

⑨ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷五《滦阳消夏录》(五)第9则,上册,第193页。

⑩ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷八《如是我闻》(二)第33则,上册,第357页。

⑪ 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十四《槐西杂志》(四)第17则,下册,第703页。

念,也构成了纪昀“情理法”观的前提和基础。

2. 纪昀本人的左都御史职任——仍以刑事重案为主

纪昀曾五度出任都察院左都御史,即李元度《国朝先正事略》卷二十谓纪昀“为总宪者五”。分别为:乾隆五十年(1785年)正月左都御史周煌致仕,补授纪昀左都御史;五十六年(1791年)正月调刘墉为礼部尚书,纪昀为左都御史;五十七年(1792年)八月礼部尚书署左都御史;六十年(1795年)四月礼部尚书兼署左都御史;嘉庆元年十月调沈初为兵部尚书,以纪昀为左都御史。其中有的是过渡性的,仅数月;有的任期跨年。

这个职务,在特别情形下需要亲临某些重大刑案现场。故他在第一任期时,就以左都御史身份受命参与“员外郎海生殴死其妻吴雅氏案”的开棺验尸。因没有看出脖子无缢痕,实际是殴踢致死,伪装自缢,纪昀被以有意回护重臣阿桂的姻亲海升而受处分。乾隆开恩,强调“纪昀于刑名事件素非谙悉,且目系短视,于检验时未能详悉阅看,其咎尚有可原,著交部议处”^①。部臣议镌职(降职),乾隆再开恩,诏改“革职留任”。

同时,这个职务,最经常的是“有法司会谏事”需要参加,故纪昀在第二任左都御史期间,特别租赁了靠近西苑的“槐西老屋”,以便于“寓直”^②。“法司会谏”指“都御史、大理卿诣部偕尚书、侍郎会鞫,各丽法议狱,曰会大三法司”^③。他书中所记的外出之“亡夫”拐走已经另嫁之故妻案,劫盗“赶蛋(强盗或窃盗他盗财物)”案,本夫杀奸生子被奸夫控告案,可能即是他数度出任都御史期间遇到的3个真实案件。前两个“无律可引”,后一个“虽有律可引”却“无以持其平”^④。但无一例外地都属于奸拐、强窃盗、杀人等刑事案件。都御史参与会审的,是地方上报的刑事重

案;其属官御史纠劾的,都是官员犯罪与不法。纪昀曾“参奏监赈御史不亲督放,玩视民瘼,治罪褫职有差”^⑤。作为长官,他有权要求属下振职。这是为数不多的纪昀左都御史之职务行为记载。

但纪昀没有正面记述他本人的司法事务,这很奇怪。或许他如古代有的官吏那样,“唯恐人知其为吏迹也”^⑥,努力匿其为吏之迹,不欲人知道。

作为“总宪”,应该对法律有一定的熟悉。《阅微草堂笔记》记述纪昀在乌鲁木齐辅佐主事者发布禁屠(牛)令、禁盗采(金)令,算是一种法律实践^⑦。这表明纪昀曾深度参与了当时的地方治理,并且对法令施用的利弊有比较全面的认识和体验。但毕竟有局限。另一件事反映,纪昀采取急用先学的方式,补足法律知识缺乏问题。在发配乌鲁木齐时就如此。

纪昀《寄从兄坦居(报告西戎近状)》的信,分析了其从兄纪易治下案件的性质“吾哥治下新出之匿尸案,据弟愚见,定系走尸,而非匿尸”。以为该案与他在京师所听到的天津富家妾自缢苏醒后,被守尸者携以共逃的案件类似,并推测说:

今案下死者,既系少妇,虽则妍媸未见,而守者亦逃匿无踪,则其为走尸也,不难按理测度。况缢死者,既属宦家买绝婢女,虽有苦主出头控告,断无偿命之理,则匿尸出自何人,反觉于情不合。至于侦骑四出,遍索无踪,亦在势所必然。盖携走尸同逃,避匿远方,深居简出,一时又安从侦缉?此案若苦主不出头严控,终作疑案,亦属仁人之心。盖论法律,淫尸偕遁,两罪俱发;论佛法,婢被虐屈死,守者设法以生之,当不为罪。愚意如此,质之我哥,亦为如何^⑧?

①参见《清高宗实录》卷1229,北京:中华书局1985年版。

②参见【清】纪晓岚著《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十一《槐西杂志》(一)序,吴波、尹海江、曾绍皇、张伟丽辑校,南京:凤凰出版社2012年版,上册,第490页。

③参见赵尔巽等撰《清史稿》卷一百十四《职官志一》,北京:中华书局1977年版,第3290页。

④参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷七《如是我闻》(一)第21则,上册,第292页。

⑤参见【清】李宗昉《闻妙香室文集》卷十四《纪文达公传略》,清道光十五年刊本。

⑥参见【汉】司马迁著《史记·万石张敖列传》,北京:中华书局1982年版。

⑦《如是我闻》(二)第60则载“余在乌鲁木齐,因牛少价昂,农颇病,遂严禁屠者,价果减。然贩牛者闻牛贱,不肯复来,次岁牛价乃倍贵。弛其禁,始渐平。又深山中盗采金者,殆数百人,捕之恐激变,听之又恐养痍,因设策断其粮道,果饥而散出。然散出之后,皆穷而为盗,巡防察缉,竟日纷纷。经理半载,始得靖。乃知天下事,但知其一,不知其二,有收目前之效,而贻日后之忧者”。

⑧转引自贺治起、吴庆荣《纪晓岚年谱》,北京:书目文献出版社1993年版,第53页。

纪昀从兄纪坦居(纪昀)曾候选州判,这当是其任职地方时向纪昀说及该案,而收到纪昀的回音。“按理测度”,“断无偿命之理”,“于情不合”反映纪昀习惯于使用“情理”分析案件;而“情理”中包含法律,如“买绝婢女自缢不偿命”就是法律。另外,其云“论法律,淫尸偕遁,两罪俱发”表明他也熟悉相关法条。即使急用先学,也足以应付局面。

3. 同年进士任刑官、姻亲任刑官——纪昀心目中的司法官正面形象

纪昀心目中的司法是儒者治狱,而非法吏治狱。而这类理想的人之中,就有他的进士同年、朋友王士棻,以及他的姻亲舒其绅。

纪昀撰《检斋王公墓志铭》,记录了王士棻的一段言论:

忆与诸同年小集钱辛楣寓,偶观《唐律疏义》,因论刑名。公语范衢州曰“刑官之弊,莫大乎成见。听讼有成见,揣度情理,逆料其必然,虽精察之吏十中八九,亦必有强人从我,不得尽其委曲者,是客气也。断罪有成见,则务博严明之名,凡不得已而犯与有所为而犯者,均不能曲原其情,是私心也。即务从宽厚之意,使凶残漏网、泉壤含冤,而自待阴德之报,亦私心也。惟平心静气,真情自出。真情出而是非明,是非明而刑罚中矣。”四十余年,言犹在耳。其斯为儒者之治狱,异乎法吏之治狱欤^①。

这里的“成见”即先见,指先入为主的意见。有“成见”去听审,即使自以为作了符合“情理”的推测,也不可能尽得其真情;有“成见”去断狱,如果是为博取严明之名声,就不能推原两种比较特别的犯罪——“不得已而犯”与“有所为而犯”者;如果是为博取宽厚声名者,又会使得凶犯漏网、死者含冤,都有私心。无“成见”即“平心静气”。追求“精察”“严明”的,是“法吏”;一般来说,追求“宽厚”的是儒吏。但王士棻显然也不赞成法官为自己积“阴德”而一味轻纵犯罪的做法和思想。纪昀称其治狱思想是“儒者”式的,而非“法

吏”式的。

王士棻先后历官刑部主事、郎中;因事戍伊犁,还授刑部员外郎;擢江苏按察使,因事夺职纳赎,复授刑部员外郎,“司刑名三四十年”。司法上,“官刑部时,鞫狱定讞,虽小事必虚公周密”,“所平反不可以缕数”,和珅的兵役强占他人车行、和珅奴仆开矿私引水源案,都是王士棻定讞。立法上,“庚子纂修律例,斟酌损益,或累日精思”。刘统勋“于人介介,少许可,独称公为‘少年老吏’”。“官按察使时,凡鸣冤者必亲讯,以免属吏之回护;凡案有疑窦,亦必亲讯,以免驳审之往还。江苏故多积案,公莅任半载,一一廓清,盖才余于事,又多所阅历,弥练弥精也”。他是一个勤理速决而又有主见的人。

纪昀撰《兰圃舒公家传》云:

公讳其绅,字佩斯,兰圃其号也,任邱人。乾隆庚辰得四川垫江令,引见,调山东滋阳,……到官判决如老吏,然循循抚字,仍不失儒者风。……壬寅,擢浙江盐法道,浙人闻公数理剧郡,意必踔厉强干、使人凛然畏。比至,乃恂恂一书生,莫之测也。莅事后,杜绝馈遗,即蔬果亦不受。又似棱角峭厉者,益莫之测。……再署臬司,不博精明之名,亦不博宽大之名,平心推鞫,细入豪芒,秋讞狱牒,刑部讫无所改易。

舒其绅做县令,善作判词,有吏能;又安抚体恤百姓,有儒者风。做道台,恭谨温顺,又廉洁自好,不见吏迹而治。兼职臬台,行事“不博精明之名,亦不博宽大之名。平心推鞫,细入豪芒”,报到刑部的秋审案牒,竟然没有需要更正的地方。纪昀为此赞曰“公才足以能吏,然而卒以良吏著,盖公本读书人也,夫穷经以致用耳”^②。大抵也是不持“成见”去有意博取“精明”“宽大”之名声者,与王士棻的操守类似。

经由王士棻、舒其绅,纪昀树立起了自己的理想司法官形象。理想的刑官,不是任烦理剧、行严明之政的法吏、能吏^③,而是奉职循理、体人

^①参见【清】纪昀撰《纪文达公遗集》卷十六《刑部河南司员外郎前江苏按察使司按察使检斋王公墓志铭》,载《续修四库全书·集部·别集类》,第1435册,上海:上海古籍出版社2002年版,第464-465页。

^②参见【清】纪昀撰《纪文达公遗集》卷一五《兰圃舒公家传》,载《续修四库全书·集部·别集类》,第1435册,上海:上海古籍出版社2002年版,第450-451页。

^③《汉书》卷七六《张敞传》:“望之以为敞能吏,任治烦乱,材轻非师傅之器”。

恤国、不恣威严的循吏、良吏^①。

三、《笔记》中“情理法”观的基调——处事宽与论人恕

鲁迅《中国小说史略》论纪昀及其《阅微草堂笔记》云：

(纪)昀又“天性孤直,不喜以心性空谈,标榜门户(盛序语)”,其处事贵宽,论人欲恕,故于宋儒之苛察,特有违言,书中有触即发,与见于《四库总目提要》中者正等。且于不情之论,世间习而不察者,亦每设疑难,揭其拘迂,此先后诸作家所未有者也^②。

这是鲁迅针对清人俞鸿渐《印雪轩随笔》既仿效纪昀《笔记》体式、又“微嫌其中排击宋儒语过多”而从正面对纪昀的肯定。在《中国小说的历史变迁》一文中,鲁迅又说:纪昀“很有可以佩服的地方:他生在乾隆间法纪最严的时代,竟敢借文章以攻击社会上不通的礼法、荒谬的习俗,以当时的眼光看去,真算得很有魄力的一人”^③。

鲁迅指出纪昀“处事贵宽,论人欲恕”与“宋儒之苛察”适相反对,故无论《四库总目提要》还是《阅微草堂笔记》,都贯彻了这一原则。而且在写法上,对于“不情之论”即不近人情、不合情理之论,纪昀确实是“每设疑难,揭其拘迂”的。“宽恕”实际上是纪昀笔记“情理法”观的基调,或者说是最突出的一个特征。

(一) 抨击礼律压抑 彰显人情、人性的活脱

不消说,纪昀的“法”观念或规则概念,仍是传统的“礼”与“律”。但他明显认识到,用这两套规则来评价人们,有时是明显不足的“断天下之是非,据礼、据律而已矣。然有于礼不合,于律必禁,而介然孤行其志者”。他在《滦阳续录》(一)讲了一个故事:

亲戚家一个叫柳青的婢女,七八岁时,主人

指定其配给小奴益寿为妻,待其十六七时合婚。后益寿赌博输钱而逃亡。主人欲将其配给其他小奴,柳青誓死不肯;主人欲其做小妾,她也誓死不肯。主人托人说服她:可以暂时从主人,做他的侧室,让其寻找益寿,找到后仍配给你做夫妻;如果不从主人,把你卖到远方,就没有见益寿的机会了。柳青无奈,只得做主人小妾,常常督促主人寻觅益寿。三四年后,益寿自己回投主人。主人如约为他们合婚。只是此后,柳青“不复与主人交一语。稍近之,辄避去,加以鞭笞,并赂益寿,使逼胁,讫不肯从”。主人无奈,遣其夫妇出外自活。临行,柳青将主人数年私给的财物,悉数还给主母。益寿后来做小商贩,柳青缝纫,虽“拮据自活,终无悔心”。

纪昀觉得“此婢不贞不淫,亦贞亦淫,竟无可位置”^④。就是说,对于婢女这样的社会下层,用礼教上古板的贞淫观是无法衡量的,难以得出一个非此即彼的明确评价。因为,事情并不止于礼、律能否提供确定的判断标准,重要的是,礼、律对于人性、人情的满足方面,是否应有一定的节制。

对于人性、人情和礼法之间的关系,纪昀是相对开通的。《滦阳续录》(五)指出:

饮食男女,人生之大欲存焉。干名义,读伦常,败风俗,皆王法之所必禁也。若痴儿騃女,情有所钟,实非大悖于礼者,似不必苛以深文^⑤。

常言所谓“悖礼乱法”,当然要处罚。但纪昀认为,礼法尽管有禁,但涉及儿女私情,如果不是“大悖于礼者”,没必要适用严苛的法律。用法律行业的话说,“出礼入刑”的限度,是严重违礼;否则就是不必要的。尽管他针对的是“家法”,所涉之事也只是家主管束奴婢,他仍讥讽主人的“讲学家”行径。

仍然是社会下层的婢女、男奴情事:

在中央官署任职的某官,曾许诺将小婢配给

^①《史记·循吏列传》:“太史公曰:法令所以导民也,刑罚所以禁奸也。文武不备,良民惧然身修者,官未曾乱也。奉职循理,亦可以为治,何必威严哉?奉职循理,为政之先。恤人体国,良史述焉。”

^②参见《中国小说史略》第二十二篇《清之拟晋唐小说及其支流》,载《鲁迅全集》第9卷,北京:人民文学出版社1982年版,第214-215页。

^③参见《中国小说的历史变迁》第六讲《清小说之四派及其末流》,载《鲁迅全集》第9卷《中国小说史略》附录,北京:人民文学出版社1982年版,第334页。

^④参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十九《滦阳续录》(一)第7则,下册,第955-956页。

^⑤参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷二十三《滦阳续录》(五)第2则,下册,第1049页。

小奴,两小孩出入往来也不互相回避。一天,该官见二人庭院相遇,且都面带笑容,发怒说“是淫奔也,于《律》‘奸未婚妻者杖。’”喊人施杖刑。众人劝说,小孩儿嬉戏,奸情未必有,婢女的眉毛与乳房可为证验。该官说“于《律》‘谋而未行,仅减一等。’减则可,免则不可。”刑杖之下,两孩子几乎被打死。

看这位“以气节严正自任”的官员做派,观其对于“律”文的烂熟及运用自如,很可能是任职于刑部的官员。纪昀幼时所听闻的这个故事的主角,很可能就是他父亲的刑部同僚。但他捕风捉影的事实认定,上纲上线的套用法律,估计在现实的司法中,也是个酷吏式的人物。这个故事的结局是:该官此后“恶其无礼”,故意延迟他们的婚期。两孩子一同干活时,“举足越越”;没事的时候,互相躲避。“日不聊生,渐郁悒成疾”,半年之内,先后死去。双方父母乞求合葬,该官发怒说“嫁殇非礼,岂不闻耶”?仍予以拒绝。后来这位官员临死时,口中喃喃说了“非我不可,于礼不可”十几次,人们都怀疑他看到了两个小孩的冤魂找他理论。

纪昀没有透露该官的名姓,也没有讲他为官循良还是酷恶。但这不妨碍他在不指名道姓的情况下予以适度评价。

纪昀以为,若要讲“礼”,其一,“男女非有行媒,不相知名,古礼也”。该官却“于孩稚之时”,就为两奴婢“先定婚姻”,使其明知他日将成夫妇。前提既定,两人朝夕聚处,“而欲其无情,必不能也”。其二,“内言不出于阃,外言不入于阃,古礼也”。该官僮婢不多,不能使各治其事,时时“亲相授受”,这时“而欲其不通一语,又必不能也”。这样,“其本不正”故“其末不端”。也就是说二人之“越礼”,是主人成就之。主人对事情操之过急,又“处之过当”,死者心不甘,所以冤魂为厉作祟,这时还强辩“于礼不可”,真是“讲学家”行径了。后来道光年间的徐琦评价说:纪昀“‘二人之越礼,实主人有以成之’,二语洵为至论”。并顺此思路提出翁姑善处童养媳之道,“明范以礼,而隐察其情,随时酌宜,早为完配,庶几情不

拂,而礼亦不至或越耳”^①,做到情、礼协调。

之所以如此,是因为在终极上,人性、人情中有许多“情理”之事,是没必要也无法在礼、律等规则中规定的。纪昀《姑妄听之》(三)托狐狸之口,说出了“人理”中的一节:

若夫闺房燕昵,何所不有?圣人制礼,亦不能立以程限;帝王定律,亦不能设以科条。在嫡配尚属常情,在姬侍又其本分。录以为罪,窃有未甘^②。

说白了,礼、律管不到人家床上去。礼法自始就不应干预,也是无法干预的。

(二)揭露讲学家的伪善,张扬正当的人性、人情

纪昀批评讲学家,排摒其陈腐的礼法观念,与后来律学家如薛允升的意见相合。《姑妄听之》(一)讲述了一个令人愤慨也令人唏嘘的故事:

三宝、四宝为姑舅表兄妹,一同长大。乡间小家,期望二人相守,“襁褓中已结婚姻”。后因歉收,四宝、三宝先后被父母带到京师,“质四宝于陈郎中家”作婢女,“质三宝于其家”做馆僮。陈家后“转质四宝于郑氏”,三宝被辞退。十三四岁时,三宝才在郑家见到四宝,“相持痛哭”。后来家乡收成转好,双方父亲赴京赎子女,郑家才知道其原本是夫妇,“意甚惻惻,欲助之合昏而仍留服役”。这时,意外发生了:

其馆师严某,讲学家也,不知古今事异,昌言排斥曰“中表为婚礼所禁,亦律所禁,违之且有天诛。主人意虽善,然我辈读书人,当以风化为己任,见悖理乱伦而不沮,是成人之恶,非君子也。”以去就力争。郑氏故良懦,二牛(三宝父)、曹宁(四宝父)亦乡愚,闻违法罪重,皆惧而止。

据说,四宝后被卖给一个选人作妾,不数月病卒;三宝发狂走出,不知所终。又一种说法是,四宝虽被迫做妾,但毁容哭泣,并没有与选人同房帟,只是不知其详情。纪昀感叹:

果其如是,则是二人者天上人间,会当相见,定非一瞬不视者矣。惟严某作此恶业,不知何心,亦不知其究竟。然神理昭昭,当无善报。或又

^①参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷二十三《滦阳续录》(五)第2则,下册,第1050页。

^②参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十七《姑妄听之》(三)第20则,下册,第872页。

曰“是非泥古,亦非好名,殆凯觎四宝欲以自待耳。”若然,则地狱之设,正为斯人矣^①。

纪昀特别同情这两个小孩。那个作为家塾老师的讲学家被讽刺,且被怀疑动机不良,不是真正泥古,也不是博求好名,不过是阻拦以待机会自己收纳为妾而已;尤其是,他高调宣扬的“天理”之压迫性也被批评。“古今事异”,纪昀是主张变通,也注意到了礼律变化的。本来,中表婚在明代已弛禁,雍正年间又有“听从民便”之条例,奈何这个讲学家仍执旧礼旧律,且只重律文而不提例文。

对此,后来的律学家就比纪昀讲得透彻。如:乾隆五年删定的《大清律例》有关“中表婚”的规定,仍沿袭明律,采取的是禁止立场“若娶己之姑舅、两姨姊妹者(虽无尊卑之分,尚有缌麻之服)杖八十,并离异(妇女归宗,财礼入官)”。但雍正八年定例“其姑舅、两姨姊妹为婚者,听从民便”则条例又是允许的。所以,大清律《集解》说“凡条例大都严于律文,此条独揆乎情法,姑开一面,亦王道本乎人情也”。薛允升也说“姑舅、两姨姊妹为婚,较同母异父姊妹为婚,罪名虽轻,而一系有服,一系无服,亦有差等。律系均禁为婚,例则不禁此而禁彼。明洪武十七年,帝从翰林侍诏朱善言,其中表相婚,已弛禁矣。特未纂为专条,仍不免言人人殊。迨雍正年间,有‘听从民便’之例,议论始归画一矣”^②。

纪昀不是律学专家。律学家薛允升能说出来的,纪昀没能说出。他的评价角度,显然是道德的、情理的,而不是法律的。这就是他与法律专家谈论“情理法”关系时的重要区别。

四、结语

由于场合或文章体裁的缘故,《阅微草堂笔记》中的“情理法”,借由故事讲说,而显得有趣、生动,与纪昀在公文中的古板论议,是两副面孔、两种腔调。

《四库全书总目·政书类·法令之属》中,纪

昀为《大清律例》所作的提要,是一副公文模样。他照例褒扬乾隆皇帝在集中立法时的认真、圣哲“皇心钦恤,道取协中。凡谏牒奏陈,皆辨析纤微,衡量情法,随事训示,务准其平,以昭世轻、世重之义”;平日修例,乾隆也能“折以片言,悉斟酌于天理、人情之至信。圣人留心庶狱,为千古帝王之所无”^③。乾隆皇帝御制《大清律例序》也云“朕……简命大臣,取律文及递年奏定成例,详悉参定,重加编辑。揆诸天理,准诸人情,一本于至公而归于至当”^④。依据天理和人情订定法律,是事情的极致,能做到至公、至当。这是大臣和皇帝都要说的公文语。

而在《阅微草堂笔记》这种私人记述的场合,纪昀说话就不同了。正如前述,他不是像宋明以来理学家那样板着脸孔教训人,而是叨絮着鲜灵的、活生生的人与事,亲切、温暖、富于人情味,还夹杂着诙谐,让人容易接近,容易接受;兼以似小说,又充满着戏剧性,让人时出意外,有时却又“在情理之中”。《阅微草堂笔记》的“情理法”,因故事而活脱,却又不乏深刻。

纪昀有一首诗,反映了他对“人情”“天理”关系的基本看法。这首诗是应人请求而作的,起因是“休宁鲍固叔,葬其高祖母于吴塘山,而以曾祖祔焉。距山二里余,曰叶博坞,乃为两曾祖妣卜吉,复于山茝左建祠奉祀。固叔绘墓图求诗,因题二十韵”。诗云:

骨肉归于土,魂气无不之。延陵古达士,旷识无町畦。祔葬各异制,鲁合卫乃离。

准以同穴意,论又从宣尼。礼原因义起,事势多不齐。斟酌正与变,所贵权其宜。

新安富山水,地窄黄垆稀。佳城郁相望,今古坟累累。生存华屋处,没或无立锥。

欲期灵爽安,恒廑孝子思。君今营兆域,善以人情推。母子本天性,窀穸当相依。

夫妇虽别葬,近若邻相比。望衡而对宇,仅隔山之陂。柏堂新成后,逝者倘有知,

既不缺定省,亦未阻倡随。人情之所惬,天

^① 参见《阅微草堂笔记会校会注会评》卷十五《姑妄听之》(一)第7则,下册,第753页。

^② 参见【清】薛允升撰《读律存疑》卷十一《户律三·婚姻一》“尊卑为婚”条,载黄静嘉编校《读例存疑》重刊本,中国台北:台北成文出版社1970年版,第2册,第298-299页。

^③ 参见【清】永瑆等撰《四库全书总目》卷八二《史部·政书类二·法令之属》北京:中华书局1964年版,上册,第712页。

^④ 参见《御制大清律例序(乾隆五年)》,载田涛、郑秦点校《大清律例》北京:法律出版社1999年版,第4页。

理复何疑?因思天下事,通变从乎时。

反经而合道,此义未尽非。传语讲学家,高论可勿持^①。

这里的关键句有两组。一是“礼原因义起”,及“善以人情推”。前者指礼的起源,礼是因“义”而起;后者指礼的实行要善体人情、满足人情。二是“母子本天性,窀穸当相依。夫妇虽别葬,近若邻相比”,指安葬情形及其道理。高祖母与曾祖的母子血缘关系,与“父子之道,天性也”相同^②,系自然而生,因而其坟墓相依偎,符合母子情分。这是“鲍固叔葬其高祖母于吴塘山,而以曾祖祔焉”处理的合情性。这是一。其二,在二里外为两个曾祖母择地建坟祠,曾祖与两个曾祖母“夫妇虽别葬,近若邻相比”,仅隔一山陂。这样,为子的曾祖可以像活着那样对高祖母“晨昏定省”——晚间服侍就寝,早上省视问安^③;为妻

的两个曾祖母也可以像活着那样“倡随”丈夫——夫唱妇随^④。既然是“人情”之所“愜”的,当然就不必怀疑它是否符合“天理”了。讲学家也就不必高谈阔论那些合礼不合礼的大道理了。因为这里存在着变通,而变通是“反经而合道”的。

讲学家们平日执着于空谈心性的性理之学,为人处事迂腐,拘泥于礼法,纪昀的笔触多是在批判和嘲讽他们。有人说“在某种意义上说,纪昀通过《阅微草堂笔记》表达了他希图由程朱理学极端化的‘天理’回复到颇有人情味的‘情理’意愿”^⑤,这是有见地的。“人情之所愜,天理复何疑”,合乎人情也即合乎天理。这颇类似纪昀的挚友戴震所谓“理也者,情之不爽失也”的说法^⑥。满足了“情”,才叫做“理”。

【责任编辑:张虹】

Concept of “emotion, reason and law” in Ji Yun’s “Notes of Yuewei Thatched Cottage”

Huo Cunfu

(Shenyang Normal University, Shenyang Liaoning 110000, China)

Abstract: Although some of the concepts of “emotion, reason and law” displayed in “Notes of Yuewei Thatched Cottage” were expounded by Ji Yun’s relatives and friends, they can be studied as Ji Yun’s thoughts after his records and arrangements. Among the “emotion, reason and law” in “Notes”, “law” and “reason”, “reason” and “emotion”, “emotion” and “law” are sometimes consistent, sometimes conflicting. “law” presents the objective plot attributes it contains, “emotion (heart)” presents its subjective emotional attributes; the conflict between “emotion” and “reason” is sometimes manifested as the conflict between emotion and reason in a third person, and sometimes it is expressed as the bias between emotion and reason in different actors; the conflict between “emotion” and “law” stems from the immobilization of “law” and the multi-layered, ambiguous and complex nature of “emotion”. The concept of “emotion, reason and law” in “Notes” was based on Ji Yun’s general concept of “decree” and “penalty” and his legal practice in his circle of relatives and friends. Although it had limitations, it also had achievements; based on the principle of “forgiveness”, criticized and ridiculed the lecturers who were pedantic in dealing with others, adhered to etiquette and empty talk, so under the circumstances at that time, it undoubtedly had positive social significance.

Key words: Ji Yun; Notes of Yuewei Thatched Cottage; emotion, reason and law

① 参见【清】纪昀撰《纪文达公遗集·诗十六卷》卷十二,《续修四库全书·集部·别集类》,上海古籍出版社2002年版,第1435册,第624页。

② 《孝经·圣治》:“父子之道,天性也。君臣之义也”。

③ 参见《礼记·曲礼上》,【汉】郑玄注,北京:中华书局2015年版。

④ 《关尹子·三极》:“夫者倡,妇者随”。

⑤ 参见蒋小平《雍容·有益人心·儒道佛整合——〈阅微草堂笔记〉之三层解读》,载《中国文学研究》2005年第1期。

⑥ 参见《孟子字义疏证》卷上“理”,北京:中华书局1982年版,《疏证》第122页。