

法律與文學

以中國傳統戲劇為材料

蘇力 著

*Law and
Literature*



元照出版

法律與文學

—以中國傳統戲劇為材料



蘇力 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法律與文學：以中國傳統戲劇為材料 / 蘇力著.

-- 初版. -- 臺北市：元照，2006[民95]

面：公分

參考書目：面

含索引

ISBN 978-986-7279-57-6 (平裝)

1. 法律 - 論文, 講詞等

580.7

95006089

法律與文學

——以中國傳統戲劇為材料

56MEE00101

2006年9月 初版第1刷

作者 蘇力

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 380 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN-10 986-7279-57-3

ISBN-13 978-986-7279-57-6

獻給我的父親和母親

我用我們民族的母語寫詩
母語中出現土地 森林
和最簡單的火
有些字令我感動
但我讀不出聲

.....

我是活在我們民族母語中的
一個象形文字

.....

梁小斌·《母語》

臺灣版序言

法律與文學是一個比較晚近發展起來的研究領域。在英美國家，這類研究已經不少。儘管美國法官波斯納的《法律與文學》的兩種中文譯本同年(2002)分別在中國大陸和臺灣出版，但在中文世界，獨立的系統研究還甚少，水平也比較低。

阻礙法律與文學在中文世界中開展有諸多因素。最主要的是市場。如今所有的研究成果都必須有消費市場；在法律這個高度商業化、職業化的領域內，即使是純法律的研究都已很難紮根，更談不上文學這個奢侈的消費品了。

其次，可能是研究的模範。法律與文學是從英美國家中發展起來的，因此其研究的文學文本和法律文本以及相關的理論都是高度地方性的。要在中文學術世界中紮根、發展，法律與文學從一開始就必須是創造的，而不可能是模仿的。

第三，可能是研究的材料。英美國家的法律與文學研究，儘管也有流行作品，但主要是一些已經融入人們日常生活的經典敘事作品。而在中文世界中，中國古代敘事作品就不夠發達；由於20世紀的文化變革，少量的古代敘事作品已經成為古典，與人們日常生活距離頗遠，甚至連語言也有了很大的變化，另一方面則還很少全民共享的現代經典。即使有市場和創新的動力，也很難展開有效的法律與文學的研究。

最後，自然就是研究者了。而這個變數從根本上看還是受制於市場、理論和材料。

這些問題在中國大陸和臺灣都同樣存在；但是相對來說，大陸卻有一些有利的條件。其中最主要的變數可能就是大陸的人口眾多，由此可以有一個總量足夠大的讀者群體，一個可能不至於令出版商無利可圖的消費市場；更多的學術人口也必定導致更細緻的學術分工，因此可能容納有更多樣化學術偏好的研究者。

當然，僅僅有這樣一個基本的外部制度條件還不夠；還必須有行動者，要有眼光、勇氣和能力去開拓、創造，哪怕是失敗。

對於中國來說，這一點在未來的年月裏會變得日益重要。作為一個古老且不斷新生的文明，作為一個有10多億人口的文化，中國必須在所有的學術領域都有所發展。

本書是我多年來研究的結果。我非常感謝元照出版公司將它在臺灣地區出版。我期待臺灣讀者和學者的批評和交流，因為批評和交流會促成一個真正繁榮並全面發展的中文學術共同體。

蘇 力

2006年於北大法學院

序 言

大約是1993年底或1994年初的一個深夜，留學剛回國不久的我住在北大26樓，一邊寫作，一邊聽著電影頻道裏播放的《秋菊打官司》……。

秋菊的孩子已經生下來了，正歡天喜地忙著給孩子過百日；秋菊與村長事實上已經和解了……。突然，電視中響起了秋菊那土土的陝北方言：「我只是討一個說法，怎麼把人給抓了呢？」一句話就讓我轉過身看起電影來了；第二天上午我又再一次觀看了重播，一些先前略有感觸但沒有認真思考過的問題擠進了我的腦海。此後大約兩年間，我又幾次看了電視播放；幾乎每一次都有一些細節引起了我的注意，給我一些新的啓發。我總是不能忘記影片最後，獨自佇立雪地中秋菊的那雙困惑的眼睛。終於有一天，在一種衝動下，我在電腦上敲下了「我將從近年中國的兩部頗為賣座的、反映當代中國農村法制建設的電影談起……」。僅僅幾個小時，就完成了文章的初稿。數月後，略作改動，我把這篇文章交給了約稿的《東方》雜誌的編輯。

這篇文章很快引起了不少人的關注。有支援，也有批評。但無論如何，這是一個中國的現實問題；否則的話，人們不會關心。如果說先前人們還更多是從理念上追求「法治」或「法制」，對它的面目還是霧中看花，而這一次人們似乎從秋菊身上感受到了作為理念追求的「法律」或「法治」隱含了許多複雜的資訊。直至今日，「秋菊」仍然是一個濃縮了很多當代中國基本法學理論問題的符號，眾多學者

的解說令這部電影成了有關當代中國法律與社會的一個經典文本。¹

但也是這篇文章使我不小心走進了法學研究的一個新領域——法律與文學。儘管文章關注的是當代中國社會轉型中法律的問題，但在寫作《秋菊》一文時，和寫作其他論文一樣，我總會思考一些研究的前提和方法問題，並在理論上做一些預辯。例如，**爲什麼**我可以借助顯然是虛構的電影故事來討論當代中國法律或法治建設的現實問題？這種討論在多大程度上與現實相關（或不相關）？文學作品與生活究竟是什麼關係？一個具體、特殊的故事能否以及為什麼有可能提出具有一般性的理論問題？這個問題是如何提出來的？故事是怎樣打動我的？是什麼細節打動了我？為什麼對這個故事人們曾作出不同的解釋——最初許多法律人和社評人，認為這個故事表明了中國農民法治意識的覺醒，而我看到的卻是理想化的法律與社會生活的衝突？這種文學的開放性對於法學討論有什麼意義？乃至，為什麼這篇並不深刻，論證也不細密的文章會受到讀者更多關注？什麼樣的社會條件造成了這種現象？對於法律研究和論文寫作有什麼啓發？說的更開一點，對法律教學又能否有什麼啓發，以及是什麼樣的啓發？思

¹ 許多學者都對該電影進行了獨到的分析。請看，蘇力：「秋菊的困惑和山杠爺的悲劇」，發表時編輯改名爲「現代法治的合理性和局限性」，《東方》，1996年3期；馮象：「秋菊的困惑」，《讀書》，1998年1期；凌斌：「普法、法盲與法治」，《法制與社會發展》，2004年2期；趙曉力：「要命的地方：《秋菊打官司》再解讀」，《北大法律評論》，法律出版社，2005年春季號；以及譚洪果：「秋菊在路上——也說《秋菊打官司》」，<http://www.dooranddoor.com/news/32/200567201237.htm>。一些美國法學院教授曾告訴我，在講授中國法律問題時，他們往往用《秋菊》作爲基本材料；在一部有關美國電影與法律的著作中，一位美國法官也曾提到《秋菊打官司》。（伯格曼、艾斯默：《影像中的正義：從電影故事看美國法律文化》，朱靖江譯，海南出版社，2003年，頁4。）關於該電影提出的法律實踐和理論的問題，請看，蘇力：《送法下鄉》，中國政法大學出版社，2000年，頁11註16。

考的部分結果是一篇短文；在編輯《法治及其本土資源》一書時，作為《秋菊的困惑》一文的附錄。更多的問題則繼續留在思考中。

隨著時間的推移，針對目前中國大學內法學研究方式的一些弱點和不足，我感到有必要寫一本《法律與文學》的書。借助於年輕時對文學曾有過的愛好，以及當年在大學校園外「野路子出身」獲得的對文學作品的敏感，我開始反覆思考我所熟悉的一些文學作品。在同朋友的交談中，也在教學過程中，基本觀點和分析路數逐漸形成。1999年，當去哈佛燕京學社作訪問學者的機會來臨時，我決定做一個相對系統的研究，寫一部有關《法律與文學》的書。

看似容易成卻難。即使是思考了多年，一旦要落在紙上，要形成一部思想邏輯融貫、風格基本一致的專著，而不是僅僅就幾個問題一般地談談看法，就非常不容易了。它不僅涉及到對一些作品的分析，還勢必涉及到一系列更廣、更深的問題。例如，這一領域的構建——究竟法律與文學應當且可能研究哪些問題？在中國應當且可能研究哪些問題？其意義何在？如何限定或超越現有的主要由美國學者構建的法律與文學運動的邊界，從而使得這一研究不僅在材料運用上，而且在對這個領域有所貢獻？雖然是交叉學科的研究，但如何不照搬其他學科（文學、歷史）的研究成果，而力求從法律學科角度對文學以及相關歷史研究也有所貢獻或啓發？甚或有沒有這種可能：依據我在法學和社會科學知識上的比較優勢，對文學甚或歷史的研究也提出一些可能有意義的具體分析和論證？我所分析的問題或作品應如何貫穿起來？什麼是全書的主題線索？我閱讀分析的基本途徑和方法是什麼？其正當性和合理性是什麼？不僅要將這些問題想或整理得比較清楚，更重要的是要將這些理論思考貫穿全書，而不是作為一個裝飾甚或蛇足。我曾在不少法學的以及其他學科的研究著作中看

見過那種「骨肉分離」的結構和文字，常常為作者以及作者使用的材料感到惋惜。在我看來，理論研究本身是一個將理論付諸實踐問題，應當追求的是理論和材料的水乳交融，而不應站出來表白自己知道多少或某些理論命題。用王朔的話來說，我們已經有太多的「知道分子」。

既然理論研究是一個實踐問題，因此更多的時候，最大的障礙不是能否意識到並提出上述的問題，而是如何「中庸」的問題，即如何保持適度。例如，什麼樣的解說才不是過度的解說？在文學和歷史之間，在此文本與彼文本之間，什麼樣的關聯才是不牽強的，才是有說服力的，無論在證據上還是在理論論證上？而什麼又是我所使用的那個「文本」？在多大程度上，理論的推論可以替代證據？在多大程度上，證據又可以印證假說？如果在某個具體的問題上，我的解說與傳統的解說不一樣，究竟是他人錯了還是我自己錯了，特別是當這個他人是公認的權威時？

我歷來不是那麼自信的。在本書初稿完成6年之後，我才敢將之交付出版社，就是一個證據。但我認為，無論在學術上還是社會實踐上，這種不自信都不是一個弱點，甚或它是一個優點。它的核心在於你必須慎重地對待前人——其實就是他人——的智慧，因此有助於同情地理解和運用已有的學術累積，有助於開掘研究的深度。這既是自由主義的，也是保守主義的。但另一方面，我也認為，當有充分材料和論證支援時，即使是像我這樣不入門的學者也應當尊重自己**研究的**結論（不是沒有研究、未加論證的判斷），不能搞「鄉愿」隨主流，搞「政治正確」。這同樣既是自由主義的，也是保守主義的。這些道理說起來都很容易，原則也很簡單，難的是分寸和得當，令自己信服和問心無愧。而且，這種分寸感，這種「中庸」，並不是從道

理上搞明白就可以做到的，而必須長期浸染於材料和思考，逐漸獲得。這是一種「無言之知」（tacit knowledge），一種實踐理性，只有從做才能學到。

終於可以暫時結束這一旅程了。我將本書交給讀者，不僅是法學界的，而且希望有文學或其他學界的，來評判乃至批判。可批評的地方一定不會少，躍躍欲試者也大有人在。但我並不忐忑不安，至少這不是此刻的主要心境。更多的是愉悅和自信，就如同當年作為測繪兵的我，登上峰巔，大汗淋漓，回首來路，瞭望群山時一樣。

人需要一點自我欣賞，不只是為了生命的快樂，更為了明天的跋涉！

蘇 力

2000年8月19日於北大蔚秀園
2006年4月2日改定於北大藍旗營

致 謝

本書的研究和寫作得到了教育部跨世紀優秀人才研究基金以及北京大學985專案的資助；美國哈佛燕京學社提供的訪問學者機會使本書初稿得以成形。

多年來，我曾經同許多學友談論過本書的一些觀點，從他們的批評、評論或鼓勵中獲得過啓發。他們是陳興良、陳瑞華、陳永生、鄧峰、丁利、葛雲松、賀衛方、強世功、梁根林、梁治平、劉星、劉燕、彭冰、沈巋、汪暉、吳志攀、張芝梅、張志銘、趙曉力、鄭戈、朱蘇人、鄒斌（已故）等。北大法學院研究生王晴、凌斌等同學曾為本書的寫作提供了一些協助，提出過一些意見，在此一併致謝。

必須感謝的還有當時擔任北大法學院院長的吳志攀教授以及法學院的其他領導，他們分擔了我的行政工作，使我在訪問美國的9個月間得以集中精力和時間研究寫作，包括本書的初稿。我還要感謝哈佛燕京學社及其社長杜維明教授，他對中國傳統文化持久不懈的興趣和支援使我得以以訪問學者的身分成行。

我還要感謝與我同期在哈佛燕京學社訪問的兩位中國學者：復旦大學中文系的陳引馳博士和南開大學金融系的范曉雲博士。他們都曾經受了我的「摧殘」，聽取了我對有關問題的嘮叨。陳引馳博士閱讀了本書最早的一章，從文學人的角度坦率地提出了他的看法以及對特定問題的關注；他對文學理論、文藝批評理論以及中國古典文史資料的熟悉都給了我很多幫助。范曉雲博士則運用其專長的經濟學知識對本書中運用的一些具有經濟學意味的分析提出了非常珍貴的批評和建議。

在本書寫作中，我最應感謝的是馮象博士。在我訪美的9個月間，我們曾多次交談，他廣博深厚的文學理論、文學批評知識功底、法律功底以及嚴密的思維使我獲益匪淺。本書的一些基本主題就來自他交談的啓發。他曾最早閱讀了本書的一章；我還同他仔細探討了本書的基本結構，美國法律與文學的問題和局限，在中國研究法律與文學的可能、必要和意義以及哪些問題可能進入法律與文學的研究領域等。他的許多意見和觀點都已以不同形式進入了本書的正文。他給予的鼓勵和讚揚更增強了我這個文學門外漢的勇氣。

本書的大部分曾作為論文發表於《北大法律評論》、《比較法研究》、《法商研究》、《法學》、《法學前沿》、《法學研究》、《法制與社會發展》、《國家檢察官學院學報》、《政法論壇》、《中國社會科學》等雜誌，我感謝這些雜誌刊物的編輯。本書的主要內容曾多次在北大法學院的本科生、研究生中講授，部分章節曾在北大法學院的學術工作坊以及各種研討班發表過，也在一些高校做過學術講演。許多聽眾和與會者曾提出一些批評，指出了一些疏漏。我在此一併表示感謝。

自然我還應感謝我的妻子周雲博士和女兒樂樂，她們陪伴我度過了在哈佛寫作本書初稿的那一段黑白顛倒的日子。

最後，我要感謝我的父母。在我少年時期，他們並不願意我喜好文學；但在文革後期，我在服役期間回家探望父母，偶爾提及自己業餘時間自學寫詩，他們，特別是我父親，給了我很大的鼓勵；1977

年恢復高考後，他們又敦促和說服當時因迷戀文學而試圖放棄北大法律系的我走進了北大。因此，無論是在文學還是在法律方面，沒有他們當年的鼓勵和督促，都不可能有今天這本書。我將此書獻給我的母親和我已故的父親。

一如既往，本書所有的責任和錯誤都將是我個人的。

蘇 力

2000年8月19日初稿

2005年7月24日修定

目 錄

臺灣版序言

序 言

致 謝

導論 在中國思考法律與文學

現狀和回顧.....	4
意義.....	16
難題.....	20
論域.....	28
意義再探討.....	32
材料、進路和方法.....	34
本書結構.....	40

第1編 歷史變遷

第1章 復仇與法律

——以《趙氏孤兒大報仇》為例

問題、學術背景與材料.....	47
報復和復仇.....	52
從報復到復仇，文明的發展.....	56
殘酷性的升級，群體問題.....	60

制度化的復仇，一種精製的文化	66
復仇制度的弱點和衰落	73
復仇的消亡？	80
復仇與刑法	83
附錄：趙氏孤兒	89

第2章 制度變遷中的行動者

——從梁祝的悲劇說起

悲劇何在？	97
梁祝二人的年齡	101
早婚與包辦婚姻	105
包辦婚姻中的財富問題	110
悲劇因素之一：自然與社會	114
悲劇因素之二：常規與例外	117
悲劇因素之三：何時改變制度？	121
結語	123

第2編 「司法」制度

第3章 竇娥的悲劇

悲劇是如何發生的？	130
誰的話更可信？	137
證據問題	141
證據問題的背後	151

超自然證據和鬼魂的意義	160
小結	165

第4章 制度角色和制度能力

裁判者的雙重制度角色	172
司法獨立的論證	182
制度角色：官員和胥吏的能力	188
審判作為專門的技術知識	195
「官人清似水，外郎白如面」	203

第5章 清官與司法的人治模式

兩種清官	210
智慧的限度	218
勤政的限度	227
「司法」的人治模式	233
嚴格責任制的有效性——一個理論分析	238
小結	245
附錄：《元曲選》中另外九齣包公戲梗概	247

第3編 法律「文化」

第6章 德主刑輔的政法制度

道德的世界	255
意識形態作為治理制度	262
「不關風化體，縱好也枉然」	266