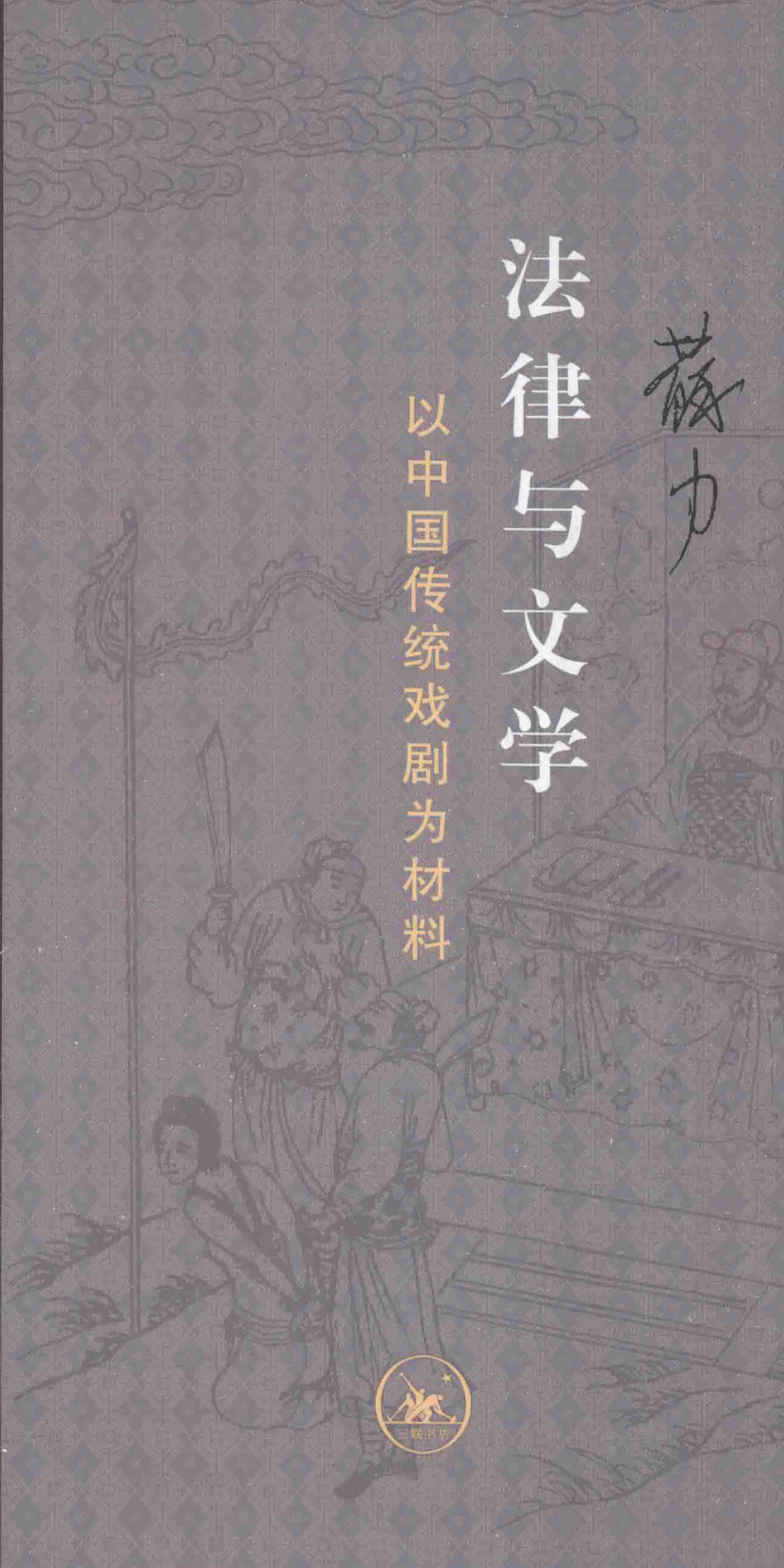


敬力

# 法律与文学

以中国传统戏剧为材料



---

# 法律与文学

以中国传统戏剧为材料

---



生活·讀書·新知 三联书店

Copyright © 2017 by SDX Joint Publishing Company.

All Rights Reserved.

本作品版权由生活·读书·新知三联书店所有。

未经许可，不得翻印。

### 图书在版编目 (CIP) 数据

法律与文学：以中国传统戏剧为材料 / 苏力著. —北京：生活·  
读书·新知三联书店，2017.5

(当代学术)

ISBN 978-7-108-05884-3

I. ①法… II. ①苏… III. ①法律—关系—文学—研究  
IV. ① D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 013794 号

责任编辑 冯金红

装帧设计 宁成春

责任印制 宋 家

出版发行 生活·读书·新知 三联书店

(北京市东城区美术馆东街 22 号 100010)

网 址 [www.sdxjpc.com](http://www.sdxjpc.com)

经 销 新华书店

印 刷 北京隆昌伟业印刷有限公司

版 次 2017 年 5 月北京第 1 版

2017 年 5 月北京第 1 次印刷

开 本 635 毫米 × 965 毫米 1/16 印张 27.75

字 数 395 千字

印 数 0,001—5,000 册

定 价 68.00 元

(印装查询：01064002715；邮购查询：01084010542)

## 当代学术

### 总序

生活·读书·新知三联书店从1986年恢复独立建制以来，就与当代中国知识界同感共生，全力参与当代学术思想传统的重建和发展。三十年来，我们一方面整理出版了陈寅恪、钱锺书等重要学者的代表性学术论著，强调学术传统的积累与传承；另一方面也积极出版当代中青年学人的原创、新锐之作，力求推动中国学术思想的创造发展。在知识界的大力支持下，通过多年的努力，我们已出版众多引领学术前沿、对知识界影响广泛的论著，形成了三联书店特有的当代学术出版风貌。

为了较为系统地呈现中国当代学术的发展和成果，我们以上世纪八十年代以来刊行的学术成果为主，遴选其中若干著作重予刊行，其中以人文学科为主，兼及社会科学；以国内学人的作品为主，兼及海外学人的论著。

我们相信，随着当代中国社会的繁荣发展，中国学术传统正逐渐走向成熟，从而为百余年来中国学人共同的目标——文化自主与学术独立，奠定坚实的基础。三联书店愿为此竭尽绵薄。谨序。

生活·读书·新知三联书店

2017年3月

献给我的父亲和母亲

我用我们民族的母语写诗

母语中出现土地 森林

和最简单的火

有些字令我感动

但我读不出声

.....

我是活在我们民族母语中的

一个象形文字

.....

——梁小斌·《母语》

# 序

大约是1993年底或1994年初的一个深夜，留学刚回国不久的我住在北大26楼，一边写作，一边听着电影频道里播放的《秋菊打官司》……

秋菊的孩子已经生下来了，正欢天喜地忙着给孩子过百日；秋菊与村长事实上已经和解了……突然，电视中响起了秋菊那土土的陕北方言：“我只是讨一个说法，怎么把人给抓了呢？”一句话就让我转过身看起电影来了；第二天上午我又再一次观看了重播，一些先前略有感触但没有认真思考过的问题挤进了我的脑海。此后大约两年间，我又几次看了电视播放；几乎每一次都有一些细节引起了我的注意，给我一些新的启发。我总是不能忘记影片最后，独自伫立雪地中秋菊的那双困惑的眼睛。终于有一天，在一种冲动下，我在计算机上敲下了“我将从近年中国的两部颇为上座的、反映当代中国农村法制建设的电影谈起……”。仅仅几个小时，就完成了文章的初稿。数月后，略作改动，我把这篇文章交给了约稿的《东方》杂志的编辑。

这篇文章很快引起了不少人的关注。有支持，也有批评。但无论如何，这是一个中国的现实问题；否则的话，人们不会关心。如果说先前人们还更多是从理念上追求“法治”或“法制”，对它的面目还是雾中看花，而这一次人们似乎从秋菊身上感受到了作为理念追求的“法律”或“法治”隐含了许多复杂的信息。直至今日，“秋菊”仍然是一个浓缩了很多当代中国基本法学理论问题的符号，众多学者的解说令这部电影成了有关当代中国法律与社会的一个经典

文本。<sup>[1]</sup>

但也是这篇文章使我不小心走进了法学研究的一个新领域——法律与文学。尽管文章关注的是当代中国社会转型中法律的问题,但在写作《秋菊》一文时和写作其他论文一样,我总会思考一些研究的前提和方法问题,并在理论上做一些预辩。例如,为什么我可以借助显然是虚构的电影故事来讨论当代中国法律或法治建设的现实问题?这种讨论在多大程度上与现实相关(或不相关)?文学作品与生活究竟是什么关系?一个具体、特殊的故事能否以及为什么有可能提出具有一般性的理论问题?这个问题是如何提出来的?故事是怎样打动我的?是什么细节打动了我?为什么对这个故事人们曾作出不同的解释——最初许多法律人和社评人认为这个故事表明了中国农民法治意识的觉醒,而我看到的却是理想化的法律与社会生活的冲突?这种文学文本的开放性对于法学讨论有什么意义?乃至,为什么这篇并不深刻、论证也不细密的文章会受到读者更多关注?什么样的社会条件造成了这种现象?对于法律研究和论文写作有什么启发?说的更开一点,对于法律教学又能否有什么启发,以及是什么样的启发?思考的部分结果是一篇短文;在编辑《法治及其本土资源》一书时,作为《秋菊的困惑》一文的附录。更多的问题则继续留在思考中。

随着时间的推移,针对目前中国大学内法学研究方式的一些弱点和

---

[1] 许多学者都对该电影进行了独到的分析。请看,苏力:“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”,发表时编辑改名为“现代法治的合理性和局限性”,《东方》1996年3期;冯象:“秋菊的困惑”,《读书》1998年1期;凌斌:“普法、法官与法治”,《法制与社会发展》,2004年2期;赵晓龙:“要命的地方:《秋菊打官司》再解读”,《北大法律评论》6卷2辑,法律出版社,2005年;以及谌洪果:“秋菊在路上——也说《秋菊打官司》”,<http://www.dooranddoor.com/news/32/200567201237.htm>。一些美国法学院教授曾告诉我,在讲授中国法律问题时,他们往往用《秋菊》作为基本材料;在一部有关美国电影与法律的著作中,一位美国法官也曾提到《秋菊打官司》(伯格曼、艾斯默:《影像中的正义:从电影故事看美国法律文化》,朱靖江译,海南出版社,2003年,页4)。关于该电影提出的法律实践和理论的问题,请看,苏力:《送法下乡》,中国政法大学出版社,2000年,页11,注16。



不足,我感到有必要写一本《法律与文学》的书。借助于年轻时对文学曾有过的爱好,以及当年在高校园外“野路子出身”获得的对文学作品的敏感,我开始反复思考我所熟悉的一些文学作品。在同朋友的交谈中,也在教学过程中,基本观点和分析路数逐渐形成。1999年当去哈佛燕京学社作访问学者的机会来临时,我决定借此机会做一个相对系统的研究,写一部有关《法律与文学》的书。

看似容易成却难。即使是思考了多年,一旦要落在纸上,要形成一部思想逻辑融贯、风格基本一致的专著,而不是仅仅就几个问题一般地谈谈看法,就非常不容易了。它不仅涉及到对一些作品的分析,还势必涉及到一系列更广、更深的问题。例如,这一领域的构建——究竟法律与文学应当且可能研究哪些问题?在中国应当且可能研究哪些问题?其意义何在?如何限定或超越现有的主要由美国学者构建的法律与文学运动的边界,从而使得这一研究不仅是材料运用,而且要对这个领域有所贡献?虽然是交叉学科的研究,但如何不照搬其他学科(文学、历史)的研究成果,而力求从法律学科角度对文学以及相关历史研究也有所贡献或启发?甚或有没有这种可能:依据我在法学和社会科学知识上的比较优势,对文学甚或历史的研究也提出一些可能有意义的具体分析和论证?我所分析的问题或作品应如何贯穿起来?什么是全书的主题线索?我阅读分析的基本进路和方法是什么?其正当性和合理性是什么?不仅要将这些问题想或整理得比较清楚,更重要的是要将这些理论思考贯穿全书,而不是作为一个装饰甚或蛇足。我曾在不少法学的以及其他学科的研究著作中看见过那种“骨肉分离”的结构和文字,常常为作者以及作者使用的材料感到惋惜。在我看来,理论研究本身是一个将理论付诸实践问题,应当追求的是理论和材料的水乳交融,而不应站出来表白自己知道多少或某些理论命题。用王朔的话来说,我们已经有太多的“知道分子”。

既然理论研究是一个实践问题,因此更多的时候,最大的障碍还不是能否意识到并提出上述的问题,而是如何“中庸”的问题,即如何保持适度。例如,什么样的解说才不是过度的解说?在文学和历史之间,在此文本与彼文本之间,什么样的关联才是不牵强的,才是有说服力的,无论在

证据上还是在理论论证上？而什么又是我所使用的那个“文本”？在多大程度上，理论的推论可以替代证据？在多大程度上，证据又可以印证假说？如果在某个具体的问题上，我的解说与传统的解说不一样，究竟是他人错了还是我自己错了，特别是当这个他人是公认的权威时？

我历来不是那么自信的。在本书初稿完成将近六年之后，我才敢将之交付出版社，就是一个证据。但我认为，无论在学术上还是社会实践上，这种不自信都不是一个弱点，甚或它是一个优点。它的核心在于你必须慎重地对待前人——其实就是他人——的智慧，因此有助于同情地理解和运用已有的学术累积，有助于开掘研究的深度。这既是自由主义的，也是保守主义的。但另一方面，我也认为，当有充分材料和论证支持时，即使是像我这样不入门的学者也应当尊重自己研究的结论（不是没有研究、未加论证的判断），不能搞“乡愿”，随大流，搞“政治正确”。这同样既是自由主义的，也是保守主义的。这些道理说起来都很容易，原则也很简单，难的是分寸和得当，令自己信服和问心无愧。而且，这种分寸感，这种“中庸”，并不是从道理上搞明白就可以做到的，而必须长期浸染于材料和思考，逐渐获得。这是一种“无言之知”（tacit knowledge），一种实践理性，只有从干中才能学到。

终于可以暂时结束这一旅程了。我将本书交给读者，不仅是法学界的，而且希望有文学或其他学界的，来评判乃至批判。可批评的地方一定不会少，跃跃欲试者也大有人在。但我并不忐忑不安，至少这不是此刻的主要心境。更多的是愉悦和自信，就如同当年作为测绘兵的我，登上峰巅，大汗淋漓，回首来路，瞭望群山时一样。

人需要一点自我欣赏，不只是为了生命的快乐，更为了明天的跋涉！

苏力

2000年8月19日于北大蔚秀园

2006年4月5日改定于北大蓝旗营

# 致 谢

本书的研究和写作得到了教育部跨世纪优秀人才研究基金以及北京大学 985 项目的资助；美国哈佛燕京学社提供的访问学者机会使本书初稿得以成形。

多年来，我曾经同许多学友谈论过本书的一些观点，从他们的批评、评论或鼓励中获得过启发。他们是陈兴良、陈瑞华、陈永生、邓峰、丁利、葛云松、贺卫方、强世功、梁根林、梁治平、刘星、刘燕、彭冰、沈岿、汪晖、吴志攀、张芝梅、张志铭、赵晓力、郑戈、朱苏人、邹斌（已故）等。北大法学院研究生王晴、凌斌等同学曾为本书的写作提供了一些协助，提出过一些意见，在此一并致谢。

必须感谢的还有当时担任北大法学院院长的吴志攀教授以及法学院的其他领导，他们分担了我的行政工作，使我在访问美国的九个月间得以集中精力和时间研究写作，包括本书的初稿。我还要感谢哈佛燕京学社及其社长杜维明教授，他对中国传统文化持久不懈的兴趣和支持使我可以以访问学者的身份成行。

我还要感谢与我同期在哈佛燕京学社访问的两位中国学者：复旦大学中文系的陈引驰博士和南开大学金融系的范晓云博士。他们都曾经受了我的“摧残”，听取了我对有关问题的唠叨。陈引驰博士阅读了本书最早的一章，从文学人的角度坦率地提出了他的看法以及对特定问题的关注；他对文学理论、文艺批评理论以及中国古典文史资料的熟悉都给了我很多帮助。范晓云博士则运用其专长的经济学知识对本书中运用的一些具有经济学意味的分析提出了非常珍贵的批评和建议。

在本书写作中,我最应感谢的是冯象博士。在我访美的九个月间,我们曾多次交谈,他广博深厚的文学理论、文学批评知识功底、法律功底以及严密的思维使我获益匪浅。本书的一些基本主题就来自同他交谈的启发。他曾最早阅读了本书的一章;我还同他仔细探讨了本书的基本结构,美国法律与文学的问题和局限,在中国研究法律与文学的可能、必要和意义以及哪些问题可能进入法律与文学的研究领域等。他的许多意见和观点都已以不同形式进入了本书的正文。他给予的鼓励和赞扬更增强了我这个文学门外汉的勇气。

本书的大部分曾作为论文发表于《北大法律评论》、《比较法研究》、《法商研究》、《法学》、《法学前沿》、《法学研究》、《法制与社会发展》、《国家检察官学院学报》、《政法论坛》、《中国社会科学》等杂志,我感谢这些杂志刊物的编辑。本书的主要内容曾多次在北大法学院的本科生、研究生中讲授,部分章节曾在北大法学院的学术工作坊以及各种研讨班发表过,也在一些高校做过学术讲演。许多听众和与会者曾提出一些批评,指出了一些疏漏。我在此表示感谢。还要感谢三联书店的舒炜,他的耐心等待使得我无法拖下去了。

自然我还应感谢我的妻子周云博士和女儿乐乐,她们陪伴我度过了在哈佛写作本书初稿的那一段黑白颠倒的日子。

最后,我要感谢我的父母。在我少年时期,他们并不愿意我喜好文学;但在文革后期,我在服役期间回家探望父母,偶尔提及自己业余时间自学写诗,他们,特别是我父亲,给了我很大的鼓励;1977年恢复高考后,他们又敦促和说服当时因迷恋文学而试图放弃北大法律系的我走进了北大。因此,无论是在文学还是在法律方面,没有他们当年的鼓励和督促,都不可能今天有这本书。我将此书献给我的母亲和我已故的父亲。

一如既往,本书所有的责任和错误都将是我个人的。

苏力

2000年8月19日初稿

2005年7月24日修订

# 目 录

序 1

致谢 1

## 导 论

在中国思考法律与文学	3
现状和回顾	4
意义	14
难题	19
论域	26
意义再探讨	29
材料、进路和方法	31
本书的结构	36

## 第一编 历史变迁

第一章 复仇与法律	43
问题、学术背景与材料	43
报复和复仇	48
从报复到复仇,文明的发展	51
残酷性的升级,群体问题	54

	制度化的复仇,一种精制的文化	60
	复仇制度的弱点和衰落	66
	复仇的消亡?	73
	复仇与刑法	76
	附录:赵氏孤儿	81
<b>第二章</b>	<b>制度变迁中的行动者</b>	<b>84</b>
	悲剧何在?	88
	梁祝二人的年龄	92
	早婚与包办婚姻	95
	包办婚姻中的财富问题	100
	悲剧因素之一:自然与社会	104
	悲剧因素之二:常规与例外	106
	悲剧之三:何时改变制度?	109
	结语	112
<b>第二编 “司法”制度</b>		
<b>第三章</b>	<b>窦娥的悲剧</b>	<b>117</b>
	悲剧是如何发生的?	120
	谁的话更可信?	126
	证据问题	129
	证据问题的背后	138
	超自然证据和鬼魂的意义	147
	小结	151
<b>第四章</b>	<b>制度角色和制度能力</b>	<b>155</b>
	裁判者的双重制度角色	156

司法独立的论证	165
制度角色:官员和胥吏的能力	171
审判作为专门的技术知识	177
“官人清似水,外郎白如面”	186
<b>第五章 清官与司法的人治模式</b>	<b>191</b>
两种清官	192
智慧的限度	199
勤政的限度	207
“司法”的人治模式	213
严格责任制的有效性——一个理论分析	217
小结	223
附录:《元曲选》中另外九出包公戏梗概	225

### 第三编 法律“文化”

<b>第六章 德主刑辅的政法制度</b>	<b>231</b>
道德的世界	233
意识形态作为治理制度	239
“不关风化体,纵好也枉然”	243
例证:道德对戏剧素材的重塑	251
道德主义进路的批判	261
附录:中、西法学语境中的“法律道德性”	265
<b>第七章 戏剧空间与正义观之塑造</b>	<b>272</b>
中国戏剧的叙事	273
传统戏剧的艺术空间之构建	283
想起了《哈姆雷特》	291

另一种《窦娥冤》	297
小结	299

## 第四编 方法问题

第八章 这是一篇史学论文？	303
问题	303
文学与历史	308
想象、理论与历史	313
诗史互证？	317
第九章 自然法、家庭伦理和女权主义？	323
三种解读	324
什么样的自然？——情境化的解读	328
最高的伦理？——历史变迁的解读	337
为什么“女性”？——社会分工的解读	345
“中国的”解读？	351
儒家的思路及其原生意义	357
结语	361

## 附 录

附录1 秋菊的困惑和山杠爷的悲剧	371
附录2 从文学艺术作品来研究法律与社会？	384
附录3 孪生兄弟的不同命运	387
参考文献	399
索引	417



---

# 导 论