

美丽的邂逅

——从苏力《窦娥的悲剧》透视我国的法律与文学运动

王大鹏*

“法律与文学”运动兴起于美国上世纪七十年代。这个交叉学科似乎并不着急于对“什么是法律”这一关乎整个理论体系构建的元问题给出自己的解读，而更关心的是“法律究竟属于什么”：是社会科学还是人文科学——或者更准确地说是人文学科。因为与法经济学在相近时段内正式起步而被互称为“孪生兄弟”的“法律与文学”，甚至其最初的理论形态就被视为是针对经济学、社会学等社会科学对传统法学领域的入侵而构筑的防御性堡垒。它认为法学作为一门自给自足的人文学科，无需也没有必要借助社会科学的研究成果，主张“用文学的‘想象’来抵抗经济学的‘分析’。”^①然而随着时间的发展，法经济学不仅在法学院成为研究的热点，得到追捧；而且在实务界也呈燎原之势，迅速风靡。而“法律与文学”却始终缺乏完整的理论基础与研究范式而相形见绌。这一运动发展至今仍然缺乏统一的谱系，所以直到现在为止我们仍然很难将其称之为一个法学流派，而只能笼统的把这些努力归结为一场“运动”。凡是能够与文学——不论是表达、修辞还是文艺理论等等——产生某种关系的法学问题，都可以堂而皇之的标榜自己为这场运动中的一员，所以也无怪乎讨论判词中的文学修辞的卡多佐莫名其妙地成了这个学派的鼻祖。^②其实，从文学作品中挖掘法律理论的主题，主张“是艺术而非技术”的基本思想才是这一运动最为本初的目的与用意、希冀与追求。

“法律与文学”并不只是一个“西方故事”。在我国，通过解读文学作品而做法律问题研究的尝试很早就已出现。^③但是受到西方“法律与文学”运动的影响，并且自觉

* 农业部管理干部学院农业法律研究中心，法学博士。

^① 波斯纳：《法律与文学》，李国庆译，中国政法大学出版社 2002 年版。

^② 翻开现在介绍这场运动的所有综述我们会发现，经典的四分法几乎已经成了不得不说的共识。即法律与文学运动包括有四个方面的分支：“文学中的法律”（law in literature），“作为文学的法律”（law as literature），“有关文学的法律”（law of literature）以及“通过文学的法律”（law through literature）。

^③ 贺卫方曾撰文分析古代“法官”的判词，尤其提到那些笔墨刀吏明显追求判决书文学色彩的“花判”的倾向，参见贺卫方：“中国古代司法判决的风格与精神——以宋代为基本依据兼与英国比较”，载《中国社会科学》1990 年第 6 期。梁治平以古代文人的私家笔记、坊间故事为材料，用细腻的笔触透视其中所反映出来的法律问题，并在一定的程度上做了中西方文化比较的尝试，参见梁治平：《法意与人情》，海天出版社 1992 年版。徐忠明多年来一直秉承清代学者章学诚所谓的“六经皆史”的思想，恪守“诗史互证”，“以文证史”的方法路径，进行了不懈的研究，他认为：“中国传统文学作品当中有着极为丰富和多姿多彩的法律文化史研究资料可资利用。这对于我们理解中国古代法律文化有着无比重要的学术价值与意义。”徐忠明：《法律与文学之间》中国政法大学出版社 1999 年版，页 28。还有不得不提的被苏力誉之为“最早并且可能是最系统的涉猎这一领域的中文作者之一”的冯象，他的《木腿正义》就

地践行其理论路径的最初努力当然还是苏力。他的《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，^①也堪称国内目前为止在这个领域内最为精要和透彻的成果。《窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题》一文的发表，在法理学界和诉讼法学界引起了巨大的回应，由于其带着“法律与文学”的一种尝试，也因此文学界掀起了一番波澜。然而种种的回击与质疑，固然不乏真知灼见，但是也有或者是自说自话，没有理解作者论说的背景和理论的落脚点，所划的根本不是同一套拳；或者是隔靴搔痒，难以作出有深度的评价。本文并不纠缠于对《窦娥冤》所展现的法律场景再解读，而是围绕西方“法律与文学”运动所彰显的后现代特征，回到苏力所试图倡导的理论起点，对这个在东方邂逅的“法律”与“文学”给出自己的解读。

一、法律与文学，如何可能

最初作为与法经济学对抗的法律与文学研究，为了突出法律中的人文气质而把目光聚焦在了文学尤其是经典文学作品的分析解读上。它排斥科学性的界定和技术般的生存，对那些大量打着某某学等旗号的入侵法学的现象深感忧虑。但它并不是想当然地固守自封，恰恰相反，它一开始就以“反传统”的姿态，裹挟着一股浓烈的后学之风扑面而来，它甚至是站在一种反基础主义的阵营中，意图打破“法律确定性”这一不可动摇的神话。它执意于纠正启蒙的傲慢偏见和理性的狂妄自大，在“非理性”的基础上不断地扩展这自己的边界。^②然而，当我们将理性的法律与浪漫的文学联系在一起的时候，面对着逻辑与幻想，严谨与灵感，抽象思维与具象体悟之间天然冲突，我们怎能从这些对立中求得统一。而这种冷峻与热烈的碰撞将会弹奏出怎样的一场壮丽的“冰与火之歌”（借用当下流行的一部奇幻小说的名字）。

当我们走向历史悠远的深处，探微智慧奥妙的时候。我们也许会恍然大悟，原来这两者曾是如此的亲密无间。历史久远造成的朦胧感，遮蔽了我们目光，但也正因为如此，这种灯火阑珊的韵味，却给我们提供了另外一种审美的味道。在人类文明开始留下印记的最初，诸如像《荷马史诗》这样伟大的文学作品，成了描述当时希腊之政治、法律、经济文化等生活全貌的最有价值的作品。这些无愧于史诗称号的文字，其对当时乃至是

是一个很好的例证。参见冯象：《木腿正义》，北京大学出版社 2007 年版。另外比较有意义的作品还有强世功：“安提戈涅、窦娥与鲍西亚：文学中的法律——女权主义视角及其批评”，载《比较法研究》1995 年第 2 期；余晓明：“文学与法律之间——以《白毛女》的文本演替为例”，（载《南京师范大学文学院学报》2004 年第 1 期。

^① 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，生活·读书·新知三联书店 2006 年版。

^② 波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社 2001 年版，页 540。

后世的影响力，远非那些早已淹没在历史尘埃中，当时具体的法律规章制度所能比的。甚至可以说这些诗已经获得了法律的地位乃至这时候的法律无不都是诗化了的。古印度的《摩奴法论》便与《古兰经》、《圣经》一起是“用文学方式记录和解释宗教教义和法律规范的奇书”^①。所以说“诗和法相互诞生于同一张温床……诗中蕴含有法的因素，正像法中也蕴含有诗的因素”。^②无怪乎千百年后的雪莱仍然发出“诗人是未被承认的世界立法者”这样的感慨。18世纪意大利科学家维科，在科学技术腾飞发展给人们带来无比骄傲荣耀的时代，用细腻的笔触重新为我们找到了那种不同于技术理性与科技方法的“诗性智慧”。在谈论到法律的时候他讲到：“古代法学全部都是诗性的……古罗马法是一篇严肃认真的诗，是由古罗马人在罗马广场表演的，而古代法律是一种严峻的诗创作。”^③长期致力于英国法律史研究的梅特兰，站在法律史专业的角度，也曾一语中的地指出：“只要法律不是成文的，它就必定被戏剧化和表演。正义必须呈现出生动形象的外表，否则人们就看不见他”^④。

如果说上古民风淳朴，郁郁乎文哉，在诗的国度里，“亦法亦歌”。但是随着三R运动的号角吹散了中世纪最后的雾霭，这个老人在黄昏的夕阳下踉踉跄跄地消失在远处的地平线。加冕于上帝头上那顶世俗的皇冠终于也随着消逝的阳光黯然褪色，而为这场长达千年之久的大剧落下帷幕并且取而代之的便是启蒙运动呼之欲出的理性。从此，“人开始占据舞台的中心。他的选择自由成为他走向拯救过程中的决定因素。”^⑤宗教变成一种私人事务，“自由意志”等新贵开始大行其道并催生了近代学科的划分和产生。法律职业阶层的出现伴随着民族国家的兴起教会权威的落寞，国家法的统一也形成了一套完整的现代法律系统。结合那场学科划分的大潮，法学也得以摆脱了宗教、哲学以及政治学等的控制，变成了一门独立的学科。从此，法学与那些高贵的哲学经典命题越来越远，而经世致用的品格特质却使之形成了特定的论域。“我不懂得什么是罗马法，我只讲授《拿破仑法典》”^⑥，布伦特的这句名言成为当时法律职业阶层的自豪，他们狂热的斩断了历史的脐带的同时。却遗忘了没有对炼狱的恐惧和对最后审判的希望，他们的法律传统就不会存在。^⑦技术取代了智慧，对法律操作技艺熟稔的强调使人们淡忘了对它的敬

^① 余宗其：《外国文学与外国法律》中国政法大学出版社2003年版，页27。

^② 雅可布·格林：《论法之诗》，转引自舒国滢：“从美学的观点看法律”，载《北大法律评论》第3卷第2辑，法律出版社2000年版，页303。

^③ 维科：《新科学》，朱光潜译，商务印书馆1989年版，页563。

^④ 哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1999年版，页69。

^⑤ 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社1999年版，页208。

^⑥ 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，页154。

^⑦ 哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命》，页665。

仰。霍姆斯在其著名的《法律的道路》演讲中，开口就提到：“当我们研究法律时，我们不是在研究一个神秘莫测的事物，而是在研究一项众所周知的职业。”^①这种强调形式理性的职业思维虽然在后来遭遇到了“纽伦堡审判”的质疑与“告密者困境”的考验。法律与道德的关系这个 19 世纪法学著作中三大突出主题之一的论战，虽未最终达成一致，但也已尘埃落定。尽管表面上看似水火不容的争斗，却在暗地里不谋而合地达成了一致妥协。^②

“将正义建立在程序之上，将道德消解于技术之中，将政治圈养到法律之维”^③，这些现代法律所梦寐以求的解决方案最终堂而皇之地登上了时代的舞台。尽管无论是对于思考还是实践，“我们将会失去有关诸多历史的化石记录以及源自道德观念的最高权威，但通过摆脱某种不必要的（法律）与道德的混淆，我们却可以在思想的清晰上受益匪浅”^④。随着法律共同体慢慢走向成熟，法律活动愈来愈趋向专门化和职业化，独特的法律语言系统经过长时间的提炼、加工也慢慢的脱离我们的“日常语言”，成了这个行业的“黑话”。在维护自己统一性的同时，也带来了思考上的简洁和便利，以及所要求的准确性。拉德布鲁赫曾经谈到法律语言的这一特点，他认为：“法律的语言是冷静的：它排除了任何情感的声调；法律的语言是刚硬的：它排除了任何说理；法律的语言是简洁的：它排除了任何学究之气”^⑤但是对人们多姿多彩，丰富活泼的感性生活的“距离间隔”，使得现代所谓的“法学家的法”越来越丧失了那种亲和愉悦的直观和趣味，甚至会压抑人们自由的追逐“终极愉悦”的渴望和冲动。这或许是造成当年为了“寻找一份体面职业”而报考法学院的那些才华横溢的学子们——诸如歌德，卡夫卡等——不堪承受法律所带给心灵的那种痛苦的折磨，最终放弃了法律的职业，重新将自己的想象力驰骋在文学天空上的缘故。于是便有了拉德布鲁赫的那句名言：很多诗人，都是法学院逃逸的学生。

其实，对那场启蒙运动的清算早已开始，对那个大写理性的质疑也不乏洞见之语。在尼采的笔下，我们的“真实的世界”变成了“寓言”，那些被创造出来的偶像成为我们心中的“他我”，而遮蔽了自己。法官、警察、医生、监狱官等将国家的宏观的法律权力或者国家权力转化为日常生活的“毛细血管”的权力。监狱、学校、工厂、家庭等

^① 霍姆斯：《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》，明辉译，清华大学出版社 2007 年版，页 207。

^② 关于法律与道德的这场瞩目的论战，“这场现代法律以反讽的方式展开的自我表演”，请参见强世功：《法律的现代性剧场：哈特与福勒的论战》，法律出版社 2009 年版。

^③ 强世功：《立法者的法理学》，三联书店 2007 年版，页 3。

^④ 霍姆斯：《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》，页 215。

^⑤ Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie, S.206 转引自舒国滢，同前注，页 302。

成为按照理性的法律模型成批地生产或复制现代法律秩序所需要的人。^①哈耶克认为这是一种“致命的自负”，马尔库塞痛心由此带来的奴役，海德格尔更是挺身而出，呼唤“良心”，并找寻那“诗意的栖居”。这些助燃剂终于在上个世纪二三十年代点燃了后现代主义，而这场热潮也在这个世纪晚期达到了“沸点”。这个以“怀疑、批判、解构、否定”为特质的理论形态难以定义，甚至它本身就反对任何下定义的努力，我们也很难找到它的理论范式，只因为它本身就反对现代主义的本质或者核心。这场热潮势不可挡，而“法学似乎是现代主义的最后堡垒之一，这可能是由于现代法律制度所强调的秩序在西方社会始终维持着稳定的结构和与之相适应的理念的缘故。”^②

“尽管法律和文学之间的重合自古就有”，但在此之前，“法律与文学”作为有组织的研究领域还不存在。^③现代西方的“法律与文学”从后现代主义的思潮中继承了那种对永恒真理的怀疑和对启蒙故事的批判，那种对“元叙事的不信任”在这场运动中被阐释为反基础主义和反内部视角。现代主义认为真理是一元的，可知的，这在法律上更是表达为确定的，统一的，并且对规则的信任与崇拜构成了现代法律大厦的基础。“‘法律与文学’论者认为，法律的制定、解释、适用不能完全陷入‘客观’的‘理性’分析和经济成本核算，而必须考虑当事人和社区公众主观上的阶级、种族、性别等意识导向和心理承担。”^④所谓的真理和理性并非是一种普遍的、永恒的存在，恰如罗蒂所言：“离开了对某社会（我们的社会）在某一领域中使用的熟悉的证明方法的描述，就不可能谈论真理或合理性。”^⑤在他们眼中，无论是法律基本原则、实证主义法理、以及通行的惯例都不能为我们提供一个非语境化的中立。所以必须把法律理解为一个开放的，没有标准的特殊对话形式，而不存在所谓真正的法治。这些漂亮的为公众所熟知并且深深印在自己身体里的语词背后，蛰伏的是错综复杂的权力结构。平等的权利，剥去它闪耀着“人人平等”图案的“皇帝的新衣”，说到底“按照原则仍然是资产阶级的权利”，“这些空洞的词语是随便怎么摆弄都可以的。”^⑥对基础主义的颠覆也伴随着多元视角的审视。因为“强调任何一种视角，任何一种思维方式和思维方法都是有限的，都仅仅是认识世界的一种方式，所得到的认识也仅仅是对世界某一方面、某一层面、某一部分、某一片段

^① 参见米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版。

^② 信春鹰：“后现代法学：为法治探索未来”，《中国社会科学》2000 年第 5 期。

^③ 波斯纳：《法律与文学》，页 5。

^④ 冯象：《木腿正义》，页 22。

^⑤ 罗蒂：《哲学和自然之镜》，李幼蒸译，生活·读书·新知三联书店 1987 年版，页 410。

^⑥ 马克思：《哥达纲领批判》，《马克思恩格斯全集》第二十五卷，人民出版社 2001 年版，页 14，19。

的认识，而不是一种包罗万象的绝对真理。”^①每一个群体甚至个体都有自己独特的视角，之前表现在法律上仅仅是法官或者律师这些法律职业共同体严格的内部视角。而被压抑、被忽视的往往都是那些局外人的叙事和弱者的声音，后现代主义法学坚决主张以多元视角来彰显“小型话语”与“异类声音”，意图恢复与重塑对多元性和开放性的追求。

由此不难看出为什么“法律与文学”运动与法律的经济分析如此的针尖对麦芒。前者要从根本上消解掉由后者合法化了的乃至是立论基础的“理性经济人”的假设。深受后现代法学影响的话语“使法律和经济学运动丑态百出”，“法律与文学”运动的“中心主题是使社会组织回归人类关怀、回归较少受到异化的社会生活和人类交往的形式。相反，法律和经济学的倡导者都倾向于要求法理学只能用经济力量（金钱）所理解的语言来论述问题。经济学是一种与计算机最友好的语言，在它的主张中最少人性的关怀。”^②他们对涉及法律的文学作品进行法律人视角的解读，希望以此来挖掘文学作品中的所蕴含的法律尤其是法理学的意义，去安慰那些为了完成现代主义法治这一宏大叙事而牺牲掉的生动而鲜活的生命，去探微那些被遗忘在角落，为主流意识形态所忽视的事实。在他们看来法经济学的那种类型化的构造忽略掉了很多丰富的主观性因子，而这些因子在阐述法律问题的时候却是至关重要的。但是“通过文学艺术，我们可以超越理性和客观主义，触及感觉与直觉这些更加重要的现实，它是与感情、直觉、想想、人情味、艺术、‘高级’现实为伍。人们了解世界是通过想象，而不是推理。”^③“文学是我们以一种伦理的方式了解法律的一种活生生的、可以接受的媒介，”^④文学作品作为人类智慧的结晶所蕴含着丰富的人性资源宝藏，而这些是平时标榜严谨理性的法律所欠缺的。“换言之，文学之所以能抵法律的不足，乃是因为它上演的是具体、生动而典型的，直接诉诸读者的伦理意识和同情心的一幕幕‘人间喜剧’。”^⑤

另外，后现代主义法学打破法律统一的霸权话语，揭穿法律中立原则的虚伪之后，那些偶然与断裂得以展现，带着多元与差异，挣脱带有压迫性“共识”的束缚。重视像福柯笔下的精神病人，同性恋者等等这些经过大写理性的产品检验程序，而被打上“残次品”的标签遭到社会的放逐的边缘者。重新邀请这些“他者”的回归，摆脱“理性”的从属地位，成为自己真正的主人。正如刘小枫先生所言：“任何价值理念都不是抽象

^① 王治河：《后现代哲学思潮研究（增补本）》，北京大学出版社 2006 年版，页 185。

^② 维恩·莫里森：《法理学——从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、侯建、郑云瑞译，武汉大学出版社 2004 年版，页 552。

^③ 王之光：“萨德主义：最终的理性与自由”，萨德：《索多玛 120 天》译序，商周出版社 2004 年版，页 12。

^④ R.H.Weisberg, Poethics: And Other Strategies of Law and Literature, Columbia University Press, 1992, p.5, p.46. 转

引自胡水君：“法律与文学”载《法理学论丛》第 3 卷，法律出版社 2002 年版，页 8。

^⑤ 冯象：“法律与文学”，载《北大法律评论》第 2 卷第 2 辑，法律出版社 1999 年版，页 687-711。

的，社会制度中的大理念也体现为具体的个体私生活事件。要想知道生活制度的伦理大理念的味道，最恰当的办法是体味在这个生活制度中生活的个人眼里噙着的泪水。”^①关注经验生动个体的喜怒哀乐，不仅仅是文学创作的要求，甚至在文学叙事与法律规则这两者之间的比较之中，文学自身就是处在整个社会官方意识形态中暗弱的一方。试看看古今中外法律工作者在文学作品的形象，基本上都是助纣为虐的丑恶嘴脸，鲜有正面高大的光辉伟岸，最振聋发聩的莫过于莎士比亚的那句“我们该做的第一件事就是把所有的律师杀光”。在中国，更有学者将讼师列入“流氓”的范畴予以研究。^②也正是这种不同于上层法庭中那些冠冕堂皇的表演，在褪去他们这层虚伪的外衣之后，我们或许能够更加深刻地了解司法运行的本来面目。正如冯象所评价的：“没有哪一部法律论著或法律史可以像狄更斯的《荒凉山庄》那样，深刻揭露、批判19世纪英国大法官法庭(Chancery)那令律师百般钻营而当事人家毁人亡的繁复程序。”^③

文学不仅为我们提供了另外一种有别于法律冷峻思维的视角，而且也为我们打开了另外一扇通往有别于高高处在庙堂之上庄严法律文本的底层法律实践故事。而这正是法律与文学在后现代主义的联姻下开始的最初故事。

二、认真对待《窦娥冤》

(一) 漫不经心的“想象”阅读

苏文颠覆了已经是格式化地沉淀在我们脑中的判断——“窦娥或者窦娥之类的冤屈是贪官污吏腐败、刑讯逼供和昏庸无能造成的”^④，他通过对这出杂剧中那场朝堂争论的细致分析，展现了证据所具有的社会属性，从而认为“窦娥的悲剧与‘无心正法’的‘贪官污吏’其实关系不大”^⑤，而是因为“古代审判者可能获取证据的手段和渠道极为罕有”^⑥，囿于当时科技的不发达而造成的取证上的障碍而导致的。同时他借助古希腊意义上悲剧的分析，认为“关汉卿（或者是这一故事原型的记录着或创作者）没有像同时代的一般文人将类似的冤案仅仅归结为官吏的贪污无能”^⑦，而也正是如此，不仅让《窦娥冤》获得了一种真正悲剧的崇高感而使得它“即列于世界大悲剧中，亦无愧色

^① 刘小枫：《沉重的肉身——现代性伦理的叙事纬语》，上海人民出版社1999年版，页233。

^② 参见陈宝良：《中国流氓史》，中国社会科学出版社1993年版，页116-120。

^③ 冯象：“法律与文学”

^④ 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，页121。

^⑤ 同上注，页122。

^⑥ 同上注，页145

^⑦ 同上注，页125

也”^①，而且“为我们留下了从法律制度角度切入，深入思考一系列有关法学理论和法律制度重要问题的空间”。^②也正是这样，这部作品才显得“更为深刻，更有力量，更有生命力”^③。此论一出，评论争议滔滔，褒贬顿飞扬。^④事实上，从目前来看，我国学者对《窦娥冤》的分析，如果按照西方这场运动的评价标准来看的话，还有很大的不足。

苏力强调精读的方法，重视语境，采用分析哲学的进路，不关心语词表述，而关心词语所提及的那个人、事的实际效用。^⑤然而在文章的许多地方，苏力却选择了有条件的精读。为了论证他最后的结论，对一些材料或者采取了刻意的处理，或者片面的选择。例如，原剧中张驴儿说蔡婆婆是他的后母，不然怎么会住在她家。苏力的认为这合乎当时人们的情理，因为在中国古代这样一个礼教社会，断不会有别家的男子跟这素不相识的一对寡妇住在一起。在这里，证据的社会属性中的礼教色彩展露无疑，而为了阐述刑讯作为一种合法的取证手段，亦拿出多个朝代的法典论证，^⑥乃至说这种做法受到了当时人们的普遍认同。^⑦当然苏力是不可能认同不分青红皂白的就动用刑讯的，他也承认事实在一定程度上得到了确认，而没有进一步取证的可能的时候才使用这一手段。似乎我国古代的礼法人情统统考虑到了。然而却在动用刑讯的程序上，以及讨论诉讼两造证明力上忽略不计。乃至最后对窦娥行刑的时候也丝毫不见了当时人物的语境何在，毫不考虑当时具有上诉条件的可能，以及死刑执行的客观实践，仿佛这个语境只是在需要的时候才会出现。如果精读的话，太守桃杌判处窦娥死刑不待奏报第二天便予处决与法不合，那么这个尽职尽责的“法官”就要打上疑问了。建元诏书内有一款规定：“凡

^① 王国维：《宋元戏曲史》，上海古籍出版社1998年版。页99。

^② 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，页126。

^③ 同上注，页126

^④ 这些学界的评论大致可以分为三类：第一是站在纯粹的文学角度上的评述，比如像向彪的《视角错位导致的解读错误——对苏力〈窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题〉一文的几点文学辩证》，严孚良的《从叙事学的行动元模式看窦娥之冤——兼评苏力先生的“冤案”观》等，他们立足于对元曲的文学叙事解读，通过对元杂剧中戏剧结构、人物安排以及脸谱化的舞台表演需要的分析，对苏力的结论提出质疑，并且从文学的角度对这一苏力所努力的“法律与文学”的方向给出自己的意见：把文学的给文学，把法律的归法律，过分执着于文学作品中的法律场景只会带来视角的错位，从而导致失败的解读。第二为结合法律与文学，对这一篇文章所建构的法理意义进行解读。如康保成的《如何面对窦娥的悲剧——与苏力先生商榷》。文章重新对窦娥和张驴儿双方的证据进行了解析，并且结合元代的法律制度，认为苏力对证据的理解过于个人化。窦娥的悲剧归根结底还是在黑暗司法审判制度下，昏庸的法官不公正审理的结果。并且对“法律与文学”在分析运用的时候提供了自己的一点建议：虽然法律与文学具有剪不断、理还乱的复杂关系，有着共同之处和交叉的地方，但是他们之间的区别也一样重要。所以在对文学作品进行解读的时候除了要具备相当的力透纸背的功夫之外，还要慎重地选择将要分析的经典文学作品。第三为更为细致的站在专业领域，主要是针对文中苏力所分析的证据问题，以诉讼法学者的视角进行解读。比如像易延友的《冤狱是怎样炼成的——从〈窦娥冤〉的举证责任谈起》。文章立足于现代刑事诉讼中的无罪推定原则，细致分析了在我国古代由于缺乏这一诉讼原则，而且又特别注重口供的作用，所以在很多案件上造成了屈打成招的悲剧。并且认为刑事诉讼中的当务之急还是要确立并且具体落实无罪推定的制度。

^⑤ 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，页36。

^⑥ 苏力在文章中列举了唐律和宋律作为佐证。例如《唐律疏议》中断狱律规定：“不以情审查及反复参验，而辄考者，合杖六十。”参见同上注，页132。

^⑦ 例如在其他剧目中，清官也有类似的手段。被人们称之为青天的包拯也曾讲过：“人是贱虫，不打不招”。（见《包特制三勘蝴蝶梦》）。参见同上注，页132。

犯罪至死者，如府州审问，狱成便行处断，则死者不可复生，断者不可复续；案牍繁冗，须臾断决，万一差误，人命至重，悔将何及？朕实哀之！今后凡有死刑，仰所在有司推问得实，具情事始末，及断定招款，申宣抚司，再行审复，无疑，呈中书省奏闻，待报处决。”^①苏力笔下这个“称职”的法官若隐若现，出现在戏剧舞台上的他，展现的仿佛全部是在作者制造的镁光灯下鲜明的“尽职尽责”形象，给读者观众以强烈的视觉冲击。与此相对的是其他与作者意图无关紧要甚至是矛盾的地方，都沉隐在光环外延那最漆黑的暗影中。

另外回到全部剧本本身，我们也可以从桃机身上看到一丝端倪。首当其冲的便是关汉卿对这个太守取名上的选择。《史记·五帝本纪》记云：“颡项氏有不才子，不可教训，不知话言，天下谓之桀杌。”而这个桀杌与浑敦、穷奇、饕餮一起被成为上古“四凶”，后世就用“桀杌”来比喻顽固不化态度凶恶之人。虽然与这位太守一字之差，但是我们依然可以大胆的窥测作者的寓意。另外，我们看桃机出场时的唱词：“我做官人胜别人，告状来的要金银；若是上司当刷卷，在家推病不出门”，而且当张驴儿拖着窦娥婆媳来到衙门告状，跪在太守面前的时候，这个桃机竟然也恬不知耻地赶忙下跪，并且的嘴中振振有词：“但来告状的，就是我衣食父母。”这些事实在苏文之中无声无息的就被消解掉了，于是轻松的就把矛盾从桃机，包括他的判断，以及影响他的判断的我国古代的司法思想，与窦娥的紧张对立中，四两拨千斤般的就绕开了，而直面微观的刑讯逼供。最后得出结论是取证技术的不发达这个客观的因素。很明显的怀疑就是如果是技术的原因，那么冤案的发生就是随机产生而人力无法控制了。如果按照苏力的解释，桃机是一个忠于职守，尽到了作为一个中立裁判者的智能的合格的法官。那是不是我国古代的正义观如同水审火审时期的人们一样，将其寄托为一种信仰呢？

文学作品并不排斥想象阅读，甚至在一定意义上说，所有我们带着“前见”——并不含有贬义——的阅读都是一种想象。但是当我们直面一个具体的案件，并且信以为真地当做一个客观存在的案例来分析，尤其是涉及到“剧场化”司法庭审的时候，需要的就不在是感觉。综观他们所争论的“证据可信度”以及“刑讯逼供”的焦点，无疑都是需要一个亲身经历诉讼现场以及具备一定的专业知识的人才能准确把握的，甚至在仅仅是判断认知意义上的事实真伪。这也正是为什么强调法官独立，以及陪审团在面对事实审判时一再被告知凭借自己的内心的确信断案，避免与外界接触的应有之义。而苏力在这里展开了漫不经心的想象，他用自己主观的能动性，用富有诗意的语言为这场案件的

^① 《元史·刑法志》

其余部分补充涂抹，于是一个粉饰的庭审和光鲜的桃机就出现在我们大众的眼前。主观的想象并不必然周全，而且在很多的情况下会漏洞百出矛盾重重。然而更重要的在于对个人想象的评价必然会是莫衷一是的，于是苏力树立的这个虚构的靶子招致了更多的建立在虚构之上虚妄的炮弹。

（二）抛砖引玉还是借鸡生蛋？

其实问题并不仅仅局限于此，在想象细节上的漫不经心导致的漏洞如果说可以用专业的思维以及耐心细致的考虑来加以避免的话，那么对《窦娥冤》审判现场的想象一开始就走向了歧途，在这个念头一经形成的时候，就已经预示着这将走向一条不归路。

对文学作品的解读基本上都是集中于经典作品上。经典作品是我们“正在重读”而不是“我正在读”的书，每次重读都想初读那样带来发现，而即使我们初读也好像是在重温。^①因为经典作品“是一个民族……长期以来决心阅读的书籍，仿佛它的全部内容像宇宙一般深邃、不可避免、经过深思熟虑，并且可以做出无穷无尽的解释”。^②对于经典作品的评价，时间的检验标准虽然不是完美的，但是并不存在更好的检验。对文学作品的品读，实难确认一个一劳永逸毫无争议的标准。即使是承认在棘手的政治和道德问题上都有可能通过理性的商谈而达成一致意见的哈贝马斯，在美学批评面前，也收敛了他的锋芒。他承认，即使以很高的理性标准来衡量它，美学批评也不可能达成一致。虽然时间的检验标准无法克服道德和政治的干预，难以消隐美学霸权的残留，^③也不乏专业文学批评家对时间民主检验标准上的漠不关心，冷眼相对。^④但是时间检验是就“伟大性而进行的操作性检验”，“能够说明问题的……是读者文化的多样性。读者群越为多样性，可能的反对和批评的范围就越广，如果作品能克服所有这些而生存下来，那么这就是其价值的强有力证明。”^⑤

苏力的确是这么做的“真正的关注点更多的是传统中国社会戏剧文学中与法律相关的现象……而不是单个戏剧或某个朝代的戏剧或法律”。而他所要挖掘的核心观点意

^① 参见伊塔洛·卡尔维诺：《为什么读经典》黄灿然、李桂蜜译，译林出版社 2006 年版，页 1-4。

^② 博尔赫斯“论古典”，《博尔赫斯文集》，王永年等译，海南国际新闻出版中心 1996 年版，页 7。

^③ 冯象曾经用两个例证形象地说明了这一点。《金瓶梅》固然为一部“奇书”，不乏深刻人性的描写。但是偏偏使一些人生出了不健康地想法，于是为道德所禁；反之，《雷锋日记》也许算不上是文学佳作，也不知几百年后能否赢得“民主选举”，但是为了达到特定的事业目标，在特定的政治、经济、文化条件下，其道德教化之功曾泽被六亿神州，这也是不争的事实。参见冯象：“法律与文学”。

^④ “把批评者想象成裁判者，这无异于把死人再次杀死，或者对着大活人进行人工呼吸……我想问一问，究竟是批评家们建立了但丁、莎士比亚或者米开朗琪罗的伟大地位呢，还是相反，是由读者和观众的数量决定的。”Benedotto Croce, *Guide to Aesthetics* 68(1965[1963])，转引自波斯纳：《法律与文学》，页 16。

^⑤ 同上注，页 23, 17。

思就是证据的社会属性问题，对证据的真伪认识并不仅仅是简单的人类认知能力所能控制的。“证据的证明力从来都是一个社会文化共同体的创造。证据本身并不具有证明任何事实的力量，除非我们首先接受了一个关于世界是如何联系的世界观，并把这个世界观当做是理所当然天经地义。”^①古代熟人社会，彼此了解熟悉。一农户家丢失一只鸡，而在同村的懒汉的餐桌上出现了鸡肉美食。没有现代那么复杂的举证责任的思考，也没有大陆法系中“权利发生要件”，“权利妨碍要件”的辨析，也没有诸如英美法系的“证据距离”，“证据所持”等的比较。人们很容易得出结论，是那懒汉偷得鸡。原因很简单，懒汉并没有养鸡，而他也没有讲出鸡的来源，但更重要的是人们对他“懒汉”的称号。“懒汉”一词已经代表了村人的一种“共识”。当地居民在本案最大的经验常识就是这个人为“懒汉”。即使是真的冤枉了“懒汉”，这也并不妨碍当地“司法”制度的运作，因为从当时的熟人社会来看，司法制度的主要功能，甚至是唯一功能便是“定分止争”。而假如“懒汉”真的被冤枉了，他也只能默默的承受“多数人的暴政”。而这也就是苏力所引用魏晋郁郁才子曹植的诗词：“君子防未然，不处嫌疑间；瓜田不纳履，李下不整冠”^②来阐释“这其中凝结了多少血的教训”^③的意图所在。瓜田纳履，李下整冠，人们对此的一般共识便是下一步的行为是偷瓜摘李。单单这两个动作并不具有展示出自身某种固有证明力的作用，而只有放在具体的“瓜田”、“李园”这个社会场域中才有意义。由于行为人的这一客观动作发生的背景，使的人们更加相信他要偷瓜摘李，而不是简单的纳履整冠。用现代的证明责任语言来说就是说对他要偷瓜摘李的错判率要低于，甚至是远远低于认为他仅仅是纳履整冠的错误估率。处于这样的环境之下的举证责任已经转移到了行为人的身上，即他必须做出令人合理的解释，排除人们对于他要偷瓜摘李行为的确信。如果不能举证或者举出的证据不足以让人信服，那么他只能承受被宣判为“预谋偷瓜摘李”或者是“偷瓜摘李未遂”的“罪名”了。

所以苏力大费周折的解释如何张驴儿的言辞在“想象出来的一般人”看来更具有说服力，更把握住了“他们”的心理，所表达的问题核心即是在此。当然苏力在阐释证据的社会属性的透彻明晰是值得肯定的，他借助传统剧本的法律与文学的尝试的努力也是令人敬佩的。可是论述证据背后的社会认同以及在此之上的证明责任的流转而借助的《窦娥冤》这一载体却显得有点多少令人失望。且不说因为剧本的长度的原因，很多细节性的证据没有展现出来，即便是所含有的证据，苏力文中也是采用了一种切割的手段，

^① 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，页 131。

^② 《乐府·君子行》。

^③ 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，页 146。

为了证明文章的主旨而任意剪裁。而最后苏力竟然将“天也，你错勘贤愚枉作天”与马致远的“断肠人在天涯”武断的联系到一起，认为窦娥指控的并不是封建当局，否则后面的诗即为反诗，并以此来展示法律与文学结合研究所能透视出的更深层次的含义。这看来就有点无稽之谈了，明显的是两者表达的怎能是同一意思。

这就是我国目前法律与文学研究状况中存在的明显的“两张皮”现象。仅仅是为了讨论一个案例而从一些经典文学作品中提炼裁割。现实生活中也存在着大量的案例，也不乏经典的案例。比如这个证据分配以及证据背后的社会意义完全可以讨论“彭宇案”这样著名的案例。^①而且发生于当代的这个案件，关于案件事实的描述以及双方法庭上的举证资料也更加完备丰富，更加便于展开讨论。这种舍近求远，哗众取宠的选择文学作品中的案例在很多情况下却是漏洞重重。

其实，波斯纳对这种现象早就有所惊醒。他对美国“法律与文学”运动选择的作品中，几乎都会含有审判，法律职业人等场景或者角色的出现提出质疑。并用自己那深厚的文学素养对这些作品重新做出了解读。卡夫卡的《审判》历来是被重点分析关注的，人们可以从里面提出许多有关法律的命题，法律人对它的解读也就充满了形形色色的司法形式主义，乃至司法的黑暗等等观点。对此，波斯纳一针见血的指出，法律人在解读文学作品的时候可能会过分的依赖于自己的专业背景知识，或者因为无心插柳或者为了凸显与众不同，而戴上了有色眼镜遮蔽了文学作品原来的魅力以及根本的思想内核。他详细讨论了卡夫卡的诸多作品，在这里面贯穿一致的是卡夫卡对于人性最基本、最永恒真理的探讨，这个“自觉地生活在刀锋上的诗人，代表全人类揭示着人的真实处境”，那高贵的感知分度激励着我们在“暗夜里孤身起程”^②。《审判》的主题是关于人类对自己命运不确定的挣扎以及难以把握的痛苦，阐明人们如何实践自己的自由，如何从内在强制性的阴暗冲动的屈从当中挣脱出来。《拒绝》的背影使得“对权威的渴望、对改变的惧怕以及受虐狂似的顺从都让人感到触手可及。”^③而审判法庭仅仅是他用来借用的道具而已。而一些学者却是热衷于比附延伸，将审判的黑暗法庭比拟成纳粹时期德国黑暗的司法制度，这种南辕北辙的努力，不仅会浪费大量学术精力最终也会竹篮打水。

这与国内在《窦娥冤》上的纠缠何其相似乃尔。将已经沉睡的窦娥再次搅上时代学术的前台。毫无疑问，导致窦娥冤屈的直接的原因还是司法审判的错判。这也是吸引大量法学目光的主要原因。但是当我们把目光重新落到到这出剧本的时候，当我们天真的

^① 国内对“彭宇案”的讨论也曾经火爆一时，并且一直延续到现在。从中国知网上用关键词搜寻出来的结果就可见一斑。

^② 残雪：《艺术的复仇——残雪文学笔记》，广西师范大学出版社 2003 年版，页 157。

^③ 波斯纳：《法律与文学》，页 266。

研究这场庭审现场的时候，是否顾及到作为作者铺展窦娥悲剧结局的一幕，是为了推向最后窦娥咒怨天地的剧目高潮，关汉卿或许仅仅是为了后文做的一个交代，一种背景知识的交代。综观全剧，窦娥跟张驴儿的诉讼辩词加起来也不过是几句而已，而一个丰富的庭审过程怎可能仅仅只有这些片段。所以当我们的有些学者煞有其事的将《元典》等当时通行于帝国的法律搬出来之后，可曾想到“认真我们就输了”。当我们的目光往来回转于元代法律与我们自己理解的证词之后，最后认为，按照当时的法律，桃杌的做法是错误的，所以窦娥冤屈在一场错误的司法判决中。当然我们不能说这些作者的结论是错误的，可是这样的案子古今中外数不胜数，缘何这一桩在我们中国人们的心理上留下了如此深深的暗影，为何从庶女到东海孝妇一直到现在我们所熟知的窦娥冤，几乎已经成了冤枉的代名词。窦娥在经历刑讯逼供之下，并没有“屈服”，在桃杌再次将刑具高高举起，准备苛问蔡婆婆的时候，窦娥才做出了招供的表示。这与我们许多学者所纠结的“无罪推定”“禁止刑讯逼供”等主题实在是相去甚远。如果简简单单的分析这个庭审现场，或者阐明桃杌玩忽职守，没有遵守法律，滥施刑讯，终于酿造冤案，或者说明桃杌已经尽力，刑讯为不得不采用之手段，我们一厢情愿的纠结在这短短的几段文字中，这样的分析的窦娥悲剧还会有如此震撼效果么。

元曲作为一种戏剧的表演形式，有着严格的时段折子的划分，受到表演场景以及时间的限制。而且为了营造一种与观众互动的场景，从而可以收到很好的“票房成绩”，不得不在某些地方做一些夸张的分析。所以元曲才会有思想简陋，故事矛盾等“残缺”。但是文学作品作为一种艺术表达形式，从美学上讲，无论强调作者最初的视角，还是加入后来读者的预期，在共同营造的这个场域中存在一种值得关注的精神状态。这也是法律与文学得以展开的可能，不过我们要注意的却是对这种精神的把握。但是显然在这里，细致入微的品读这幕庭审戏剧，我们无法从中得出任何可以超越这个庭审本身而升华出的意义，或者这场诉讼仅仅成为了一个可以替代的道具，一个漂亮的幌子，与原作却是皮肉分离。本想借着古典文学作品抛砖引玉，结果貌合神离，刻意地将法律与文学凑合到一起，最终只是借鸡生蛋而已。

（三）慎重选择“经典”

其实同样是作为悲剧，古希腊的安提戈涅的故事或者是《悲惨世界》的史诗巨著更值得法律人去分析。这里面凸显的人类命运的永恒紧张，人们用自己的理性对外部既定规则的怀疑与反抗而最后彰显的挣扎、无奈与悲剧崇高的矗立在人类前行的轨迹上。国

内学者将《窦娥冤》奉为元曲的经典，乃至中国古典文学的经典，多由于王国维先生的“列于世界大悲剧中，亦无愧色也”的论断。但是根据有的学者研究，杂剧《窦娥冤》在中国传统戏曲评论里，地位并不高，甚至不被提及。^①还有学者套用现代西方的悲剧理论，尤其是黑格尔对悲剧的定义认为，窦娥身上所凸显的高尚道德品性所对抗的桃机他所代表的黑暗封建势力在属性上并不相同。前者属于悲剧对撞中的有价值的东西，而后者却恰恰是我们反对的东西。^②当然我们可以忽略这些文学曲艺理论上的评价，不论这出戏剧是否有很高的悲剧艺术成就，但是一个内容是不可忽略的，那便是当我们的视角一接触到《窦娥冤》的时候，就会神经反射般的由内心深处升出一股“冤枉”感受。可是这种冤屈的根本原因能否用一种法律的视角去审视，或者从中得出可以有启发性的令人深思的法学理论的结论却还是值得重新考虑的问题。尤其是仅仅局限在那场庭审现场，停留在那些仅仅占全文的四分之一不到的几段对白，甚至连体现元曲“自然”，“意境”的唱词都给忽略掉。因为并不是所有的经典文学作品或者涉及法律因素的文学作品都值得这种“法律与文学”运动的尝试。其实“我们读《红与黑》也好，《罪与罚》也好，得到的与其说是有关法国或俄国的某人某时处理某法律难题的知识，不如说是两位文学大师斯汤达和陀思妥耶夫斯基通过人物性格的塑造、心理事件的刻画等等，为我们揭露的人性的根本问题。而正因为这些问题是超越一时一地的，源于人类普遍的困境，那些赋予它们以真实而艺术的表现的作品，才可能世代流传，不受文化习俗和社会制度的隔阂，获得经典的地位。”^③

当然，一如既往的，苏力给出的结论依然很漂亮：关汉卿创造的这个窦娥悲剧超越了“中国传统悲苦剧中的人物的形象”，升华了“对人类悲剧性命运的思考，对于人类探求或重构事实真相的能力之局限以及由此带来的宿命的思考”，它带来了一种“令人战栗的崇高”。^④苏力对于关汉卿“大胆的假设”着实令人望而却步。苏力眼中的关汉卿并没有与同时代的普通剧作家一样，他没有将悲剧的原因落脚在司法审判上，从而使得《窦娥冤》获得了一种古希腊意义上悲剧——人的努力无法避免命运——的崇高感。翩然一个先知者的形象矗立在了我们的面前，除了可以增长一点虚无的甚至是自欺欺人的民族自豪感以外，剩下的就是我们手足无措的膜拜。这其实也不新鲜，早在1957年关汉卿被评为世界文化名人的时候，国内外的学者就已经为此忙碌了一番，最后将其定格

^① 参见荣世臣：“窦娥冤的‘接受历史’”，载陈平原、陈国球主编：《文学史》（第一辑），北京大学出版社1993年版，页215-241。

^② 参见陈蕾：“浅谈《窦娥冤》的悲剧美”，载《戏剧文学》2006年第3期。

^③ 冯象：《木腿正义》，页18。

^④ 苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，页149-150。

成为了一个一脸正气，勇于挑战权威的斗士形象。我们后人过多的粉饰已经将原来的画像涂抹得面目全非。

其实关汉卿“生而倜傥，博学能文，滑稽多智，蕴藉风流”^①，他曾自嘲自己“蒸不烂、煮不熟”的一个“浪子班头”^②。“他对我们说：看戏很好玩，写戏很好玩。他对我们说：看我的戏认不得真。”^③在这里我并没有贬抑先贤的意思，而只想摘去那个盲目崇拜的有色眼镜，站在一个普通的怀疑者的角度上，我认为关汉卿作为一个时代文人，甚至那种有意地、自觉地“反封建”、反对民族压迫的普通定位也是很难站得住脚的。在我看来，关汉卿甚至连当朝的皇权都是认可的，他揭露批判的，如果有的话，是以桃机为代表的贪官庸吏。最后窦天章的出现，却是真正代表皇权的正面形象。从窦娥的唱词中我们也可见一斑：“从今后把金牌势剑从头摆，将滥官污吏都杀坏，与天子分忧，万民除害。”这与我国古代的“清官”崇拜也是一脉相承的，我们看到元明公案剧中对那种刚正不阿，不畏权势的清官的描述，是官吏明察秋毫的才能，以及人们对朗朗乾坤的企盼。“青天”就是“王法”的守护者，但是在中国古代的政治运作和社会生活中，“王法”成了皇帝个人私意的体现，或者是象征意义上皇权的正当彰显。所以将关汉卿素描成一种斗士的形象，或者诗化成为具有穿越历史的远见卓识之士，是很值得重新思考的。当然，作为历史行动者的我们在品读古典作品的时候，不可能不夹带着我们的意识形态在里面，这也就是哲学阐释学所说的“前见”，也因如此，才有“作者死了”这样惊人的结论。所以我们可以同情并且理解人们，尤其是五四时期的进步青年，对于窦娥这种反对封建势力进行不屈斗争意味的解读。甚至在有时候，为了一定的政治化服务，会故意对某些文学作品进行脱离原文的“误读”。^④所以无怪乎今天流行的人权也开始强奸《赵氏孤儿》了。当然我并不是简单的反对借古喻今或者以今度古，甚至可以说“一切历史都是现代史”，然而即是强调“前见”，我们同样不能忽视了“视域融合”，如果过分的天马行空，抛开作者任意阐释，很有可能最后的结果仅仅是为了标新立异，哗众取宠。

（四）可能的道路：诗史互证

显然《窦娥冤》并不具隐含有那种可以超越时间、历史、意识形态的永恒问题，或

^① 《析津志》

^② 《南吕一枝花·不伏老》

^③ 翁敏华：《关汉卿戏曲评选》，上海古籍出版社 2002 年版，导言，页 4。

^④ 参见刘东：“什么才是‘孺子牛’——鲁迅的〈自嘲〉诗与毛泽东的解读”，载《开放时代》2005 年第 3 期，文章分析了现在“孺子牛”的含义已经悄然而无声的发生了改变。这与原来鲁迅在引用这个典故时候的用意相去甚远。而造成这一现象的主要原因却是毛泽东个人政治化的解读。

者更加准确的说我们无法仅仅从一场庭审中提炼出任何可以值得分析的现代法理学命题。

在这种分析的可能性被堵死之后，我们能否找到另外一条智取威虎山的捷径。王国维曾言因为元曲创作“自然”不矫作，作者又多为淡泊功名，不屑仕进，长期生活在社会底层的文人，“故能写当时政治及社会之情况，足以供史家论世之资者不少”。^①冯梦龙也曾言：“大抵唐人选言，入于文心；宋人通俗，谐于里耳。天下之文心少而里耳多，则小说之资于选言者少，而资于通俗者多……虽小诵《孝经》、《论语》，其感人未必如是之捷且深也。噫！不通俗而能之乎？”^②。清代学者章学诚在《文史通义》中开篇即语：六经皆史。后来陈寅恪先生的“诗史互证”的研究努力延续了这样的一个判断：无论是构成中国传统文化的基本经典——六经，还是着重抒发自己感怀的诗歌，都是很宝贵的留给我们的历史档案。毋庸置疑，中国人向来注重历史，不过恰如梁启超所言：“整个一部中国二十四史，都是在为帝王将相作家谱”。如果站在法律人的视角上来看，这种“单声道”的叙事更多的是对于国家正式制度的描述，而对于非正式制度则往往付诸阙如，而且鲜有国家制度实际运作中的“现实中的法”。不过随着宋元以来文化权力的下移，脱胎于历史叙事之小说的发达，市井通俗文学的兴起，为我们研究在大一统中央集权帝国法制秩序的表象下，具有丰富多彩的“民间性”、“地方性”特征法制秩序的研究提供了很好的材料。甚至有学者指出：“小说事实上比儒、道、释的‘道’和二十四史更能反映中国文化。”^③梁启超在《中国历史研究方法》中提到“善为史者，偏能于非事实中觅出事实。例如《水浒传》中鲁智深醉打山门，固非事实，然元明间犯罪之人得一度窃即可以借佛门作遁逃藪，此却为一事实。”^④正如有人调侃的，在历史中，除了名字是真的意外其余都是假的，而在文学作品中除了名字是假的，其余都是真的。这就为我们研究以《窦娥冤》为代表的古典戏曲中法律问题提供了很好的进路。^⑤但是同样需要注意的是，单单一个《窦娥冤》的本子，甚至只是抽象出其中着墨不多的诉讼场景，并不足以以展现当时法治运作的全貌。“相比之下，以市井生活为题材的小说，例如《水浒传》、《金瓶梅》、《红楼梦》，以及“三言”“二拍”中的部分作品，其法律意义更

^① 王国维：《宋元戏曲史》，页 104。

^② 冯梦龙：《古今小说》，上海古籍出版社 1992 年版，序。

^③ [美]马克梦：《吝啬鬼、泼妇、一夫多妻者——十八世纪中国小说中的性与男女关系》，王维东、杨彩霞译，人民文学出版社 2001 年版，中文版序。

^④ 梁启超：《中国历史研究方法》，上海古籍出版社 1993 年版，页 53。

^⑤ 这也并不是什么新见，国内法学界运用文学材料研究法律史的尝试早就已经开始了。例如比较有代表性的徐忠明，他的博士论文《包公故事：一个考察中国法律文化的视角》就是参考整合了数百个不同时间段的民间有关包公故事的文学作品，对其归纳整理，挖掘出一个透视中国法律文化的视角。

为显著,更值得从司法的角度解读。”^①认真看来,在“诗史互证”的道路上,《窦娥冤》并不具备独自分析的条件,他对法律史的还原理解,只是起到一个注脚的作用。所以,这也仅仅只是一条“可能”的道路。

当然,无论怎样,这已经不再是那种抵抗法经济学为代表的“科学”方法入侵的“法律中的文学”的理论形态了。法律与文学在这里又找到了新的连接点。

三、结语

波斯纳在《法律与文学》第二版中删去了“一场误会”这个惹人注目的同样也是作为结论的副标题,也正是随着运动的发展,法律中的文学在其他路径中获得了新的发展空间,并诞生了诸如“文学中的法律”,“作为文学的法律”,“有关文学的法律”等诸多新鲜分支。甚至他自己反客为主地成为了“法律与文学”运动的领军人物之一。也许在波斯纳看来,“法律与文学”运动“也许它没有改变美国的法律和司法,但它还是改变了人们对法律的一些理解,它的在场本身就已经改变了法学理论的格局”。^②如果不是刻意地强调它的后现代主义反基础的特质,它完全可以跟现代法律融合的很好。

如果说西方的“法律与文学”最终“消除了误会”,那么在中国,“法律”与“文学”则是刚刚邂逅。它没有经历后现代风波的激烈冲刷,也没有见证过那些站在时代前沿对“自我”,尤其是被社会边缘的“自我”声嘶力竭的呼喊,甚至没有怀疑过“法律统一性”这个亘古未变的“真理”。虽然还很稚嫩,但是依旧美丽。这也许就是苏力努力的贡献吧,至少我们通过他的文章,对“瓜田李下”这一习以为常的并不曾认真体会的生活经验在学理上有了更深刻同时也是更有“趣味”的理解,对由它所透视出来的证据的社会属性有所深深的思考,乃至于这些思考所带来的审慎的批判。而这不比简单“无罪推定”的草草的论调、枯燥的概念演绎更加激发人们的思考兴趣么?!虽然他只是借鸡生蛋,借用了《窦娥冤》这张皮;虽然他完全可以通过更加准确的案例来得出同样深刻的道理;虽然他执着于《窦娥冤》庭审现场的一开始就注定这是个美丽的误会。

法律与文学的相遇注定是美丽的。“与爱、成熟、事故、探险、宗教、友谊、异化、死亡、战争和艺术本身一样,法律也是人类经历中的一个永久的特征。”^③文学作品中的那种对法律的阐述,对外在于人们的规则的体悟,可以让我们从另外一个窗口来学习法理学知识,甚至好的文本可以成为传统法理学著作很好的替代。而且在法学教育中,用

^① 康保成:“如何面对窦娥的悲剧——与苏力先生商榷”,《中国社会科学》2006年第3期。

^② 苏力:“孪生兄弟的不同命运”,波斯纳:《法律与文学》,代译序

^③ 波斯纳:《法律与文学》,页24。

生动的故事阐释的法学理论或许更容易让学生印象深刻，在冉阿让偷一块面包就被判了七年刑所带给人们得思考与震撼不是远远大于我们枯燥的展示法律形式合理性与实质合理性这个法理学中永恒对立的紧张？另外，对文学作品的品读可以拓宽法律人的视野，对法律文本上修辞技艺的精妙掌握可以让法官的判决更容易的被人接受，对文学作品的研究有助于对法律伦理性的思考，让冷峻的法律人多一份伦理的关怀，而文学的思想与实践则提供了对法律中人性主题的洞察，使人们得以透视理性法律背后的那一丝的温暖。另外法律史学、法文化学以及法美学等学科方向也张开着双臂迎接着法律与文学的碰撞。

美丽的邂逅，我们可以欣赏但是不能沉湎于表面的浮华，我们要追求的是那邂逅之后交相辉映的永远辉煌。

（苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，生活·读书·新知三联书店 2006 年版）