

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13620101150144

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

法律与文学运动基本问题研究

On Essential Issues of Law and Literature Movement

汤韶松

指导教师姓名: 周赞 副教授

专业名称: 法学理论

论文提交日期: 2013年4月

论文答辩时间: 2013年 月

学位授予日期: 2013年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为()课题(组)的研究成果，获得()课题(组)经费或实验室的资助，在()实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

法律与文学运动兴起于 20 世纪 70 年代的美国，至今已有整整 40 年的历程。在这 40 年里，法律与文学运动呈现出不同的面向，有解释学面向、叙事学面向、伦理学面向等等。它主要的批判对象是法律与经济学，二者交锋可谓火力十足。本文是在跨学科研究的视野下来研究法律与文学运动，试图回答法律与文学运动的基本问题：法律是什么？文学可以为法律提供什么？以及法律与文学研究为了什么？

第一章主要考察法律与文学运动的学术渊源——历时性渊源和共时性渊源。历时性渊源是指在法律与文学运动之前，理论家关于法律与文学二者关系的讨论。共时性渊源是考察与法律与文学运动差不多同时产生的学术流派或学术思潮。处于同一时空下的它们会有怎样摩擦碰撞、交融吸收？

第二章详细论述法律与文学运动的发展状况以及思想内容，在经典理论分支的框架下，逐一分析法律与文学运动主要学者的观点。

众所周知，法律与文学和法律与经济学一直处在对抗之中。因此在第三章，笔者将阐述作为法律与经济学领军人物的波斯纳是如何对法律与文学进行批判的，并同时针对他的批判进行批判，从而为法律与文学辩护。

第四章是对法律与文学运动基本问题进行分析。是什么原因导致这场运动呈现关系模糊、跨学科不够充分的现状？第一节从法律与文学的定义出发，通过揭示文学的不同定义来揭示法律的不同定义，从中得出结论：呈现如此现状是因为每个分支所使用的文学定义不同，但是不同的定义之间有逻辑的关联，通过这样的关联可以将看似松散的分支整合在一起。第二节探讨在当前的伦理、历史以及意识形态条件下法律与文学运动持续发展的可能进路，即人文主义进路。这个进路应该算作法律与文学对未来的一种宣言或理论雄心。

关键词：跨学科研究；法律与文学；人文主义

ABSTRACT

Law and literature movement sprung up in America in 1970s. She has lived through 40 years so far, during which she has presented some different directions such as the hermeneutic, the narrative and the ethical and so on. Her criticizing of law and economics face to face was always on fire. This thesis aims at researching law and literature from the vision of interdisciplinary study and attempts to answer the following essential issues: What is law in law and literature? What can literature provide to law? What does law and literature aim at?

Chapter 1 mainly examines the academic origins of law and literature movement, including diachronic origins and synchronic origins. The diachronic origins are theorists' discussion of law and literature from which Plato to modern American scholars before the movement. And the synchronic origins refer to some academic schools or trends which generated around the same time as the movement and supported or opposed her.

Chapter 2 describes in detail the history and thoughts of the movement, attempting to analyze the viewpoints of main scholars in the movement in the framework of theoretical branches.

As we know, the two movements, law and literature and law and economics, have been being in battle. Therefore, in chapter 3, I will show how Posner, the representative personage in law and economics movement, criticized law and literature, and present my own criticism of his criticism to defend law and literature.

Chapter 4 analyzes the essential issues of the movement. What can account for the movement which is called "insufficient interdisciplinary study" or has "elusive connection between law and literature"? Subchapter 1 reveals that the different definitions of literature determine the different definitions of law in

the movement. Among the different definitions, there are logical relationships, by which the elusive branches can be integrated effectively. Subchapter 2 explores the feasible path of law and literature under the currently ethical, historical and ideological conditions, namely, a humanistic approach. This approach might count as a manifesto or a theoretical ambition of law and literature.

Key Words: Interdisciplinary Study; Law and Literature; Humanism

厦门大学博硕士论文摘要库

目录

引 言	1
一、法学跨学科研究的问题	1
二、法律与文学研究的问题	4
三、研究对象与国内研究现状	6
四、研究方法 with 篇章结构	13
第一章 法律与文学运动的学术渊源	16
第一节 历时性渊源	16
一、柏拉图：诗歌与城邦	16
二、威格莫尔：小说与法律人	19
三、卡多佐：文学与判决	20
四、霍尔兹沃思：狄更斯与法律史	21
第二节 共时性渊源	22
一、支持渊源：批判法学与后现代主义	23
二、对立渊源：法律与经济学	25
第二章 法律与文学运动的基本思想	28
第一节 法律与文学运动概况	28
第二节 法律与文学运动的理论分支	30
一、文学中的法律	30
二、作为文学的法律	33
三、法律的文学教化	36
第三章 对法律与文学运动的审查与辩护	39
第一节 对法律与文学运动的审查：波斯纳的观点	39

第二节 对法律与文学运动的辩护：回应波斯纳	45
第四章 法律与文学运动基本问题分析	49
第一节 法律与文学运动的基本问题	49
一、法律是什么	50
二、文学可以为法律提供什么	51
三、法律与文学为了什么	53
第二节 法律与文学的人文主义进路	54
结论	58
参考文献	60
后记	66

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Introduction.....	1
Section 1 The Question of Interdisciplinary Research of Law	1
Section 2 The Question of Law and Literature Research	4
Section 3 Research Object and Summary	6
Section 4 Research Approach and Structure.....	13
Chapter 1 Academic Origins of Law and Literature Movement	16
Subchapter 1 Diachronic Origins	16
Section 1 Plato: Poetry and City	16
Section 2 Wigmore: Fiction and Lawyer	19
Section 3 Cardozo: Literature and Judgement	20
Section 4 Holdsworth: Dickens and Legal History.....	21
Subchapter 2 Synchronic Origins	22
Section 1 Support Origins: Critical Legal Studies and Postmodernism	23
Section 2 Opposition Origin: Law and Economics.....	25
Chapter 2 Basic Thoughts of Law and Literature Movement	28
Subchapter 1 General Situation of Law and Literature Movement	28
Subchapter 1 Theoretical Branches of Law and Literature Movement.....	30
Section 1 Law in Literature.....	30
Section 2 Law as Literature	33
Section 3 Literary Humanization of Law.....	36
Chapter 3 Criticism and Defense of Law and Literature Movement	
.....	39
Subchapter 1 Criticism of Law and Literature Movement: Posner's Points ...	39

Subchapter 2	Defense of Law and Literature Movement: Response to Posner	45
Chapter 4	The Analysis of Essential Issues of Law and Literature	49
Subchapter 1	Essential Issues of Law and Literature	49
Section 1	What is Law	49
Section 2	What can Literature Provide to Law	51
Section 3	What does Law and Literature aim at	53
Subchapter 2	A Humanistic Approach of Law and Literature	54
Conclusion		58
Bibliography		60
Acknowledgements		66

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引 言

分而治之。（Divide et impera）

——西方古谚语

在所有的学问里，法学是最崇高、最全面的；并且，在其一般含义上，法学包括所有的一切，不论是人事抑或神事。

——哥伦比亚大学 D.T.布莱克（Blake）教授^①

一、法学跨学科研究的问题

法律与文学研究是一项跨学科的研究工作，它试图在法律与文学之间搭建沟通的桥梁，为法学研究提供文学资源。这个领域的研究首先要从法学的跨学科研究的背景开始谈起：纯粹的法律是否是价值与意义的来源（法学学科自主性问题），亦即是否应该从其他学科来赋予法律以意义？而就法律与文学的跨学科研究而言，我们要问的是，文学是否能够赋予法律以意义？赋予什么意义？

在亚里士多德之前，人类只有一门学问，即哲学，研究人所能感知到的所有问题，包括自然的和社会的。亚里士多德根据他对对象的本质的区分，将这门包罗万象的学问进行学科分类。他将学问（最广义的科学）分为三类：理论的科学（数学、自然科学和形而上学）、实践的科学（伦理学、政治学、经济学、战略学和修辞学）、创造的科学（诗学）。^②为什么分类？意义何在？量子论的创立者，德国物理学家马克斯·普朗克（Max Planck）说：“科学是内在的统一体，它被分解为单独的部分，不是由于事物的本质，而是由于人类认识能力的局限性。”^③亦即，人之所以要分析、

^① [美]菲尔德曼. 从前现代主义到后现代主义的美国法律思想：一次思想航行[M]. 李国庆译, 北京: 中国政法大学出版社, 2005. 扉页.

^② 维基百科. 亚里士多德[Z]. <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%BA%9E%E9%87%8C%E5%A3%AB%E5%A4%9A%E5%BE%B7>, 2013-03-29.

^③ [德]普朗克世界物理图景的统一性[A]. 科学学基础[C]. 北京: 科学出版社, 1983. 转引自: 曾军. 关于“人文科学”的几点辨析[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2001, (2): 121.

逻辑，之所以要分类，是因为人的思维无法直接把握真理，意志也受到局限。西方有句古老的拉丁文谚语也可印证这个观点，即“Divide et impera”，意思是“分而治之”。因此学科的分类是用，解决问题、获得真知才是体。

19世纪末20世纪初，学科的分类走向了极端，各个学科力求自我的独立性，与其他学科无涉性。以法学为例，这个时期的法学霸权话语是形式主义法学的话语，分析形式主义法学试图以形式逻辑为方法建构自给自足的规范大厦，即法教义学。20世纪中叶，在历史事件的残酷逼迫下，这个闭门造车的法学理论走进了死胡同。一部分学者开始反思，将法学体系向其他学科开放，在内容与形式上开放，法学在此时与社会学、经济学、政治学、历史学、人类学、文学艺术学等等相交叉，法学便开始在知识上有了增量，在方法上有了创新，形成了丰富的交叉学科。

法学是一门规则之学。万物皆有法，一切皆有规则，人类即便是游戏一番，也须由规则来支配，否则无法存在。因此，D. T. 布莱克(D. T. Blake)教授才说：“法学包括所有的一切，不论是人事抑或神事。”既然法学的对象是错综复杂的社会生活（包括人事抑或神事），而且社会生活还有很多未知的领域，那么无法单以一种视角或一种方法来探讨社会生活方方面面。德国法学家阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)认为：“这是不可能的：将所有的法律哲学题目放置于一个‘完整’（封闭）体系内，在此加以探讨。——这不再可能，因为在我们错综复杂的社会里，法律哲学只可能有一个‘开放的’体系存在。”^①考夫曼在这里的主要意思是要建立开放体系的实质法律哲学（与形式特征的法律哲学相对），关注内容特征的题目。笔者以为当法律哲学的内容向整个社会开放的时候，必然会与其他的学科产生关联，跨学科就是必然的。法学作为一门实践性的学问，必然应具有了解与引导社会生活方方面面的综合能力，这样的能力不是来自神明的力量，更不是来自于分析建构的力量，而来自于其法学本身的开放性，对各种学科的知识与方法兼容并蓄，在其他学科中去发现问题，探讨问题，找到新的方法。不过，这里有一个当前法学界热门的话题，即法学的学科

^① [德]考夫曼. 法律哲学[M], 刘幸义等译, 北京: 法律出版社, 2004. 4.

独立性或自主性。法学的开放性是否会让法学依赖于其他学科而生存，无法用自己的脚站立在学科之林中？甚至最终让法学消失在众学科之中，最后灭亡？答案是否定的，正如上文提到，学科的分类是用，解决问题才是体。只要法学关注的问题还在，法学就会一直存在，亚里士多德不正是以对象来划分学科的吗？独立或自给自足，是一种狭隘的提法。“海纳百川，有容乃大”，以开放的姿态吸收其他学科的知识与方法，这些知识与方法则会在法学问题领域之中发酵，让法学释放出巨大的能量，回馈其他学科，如此才是真正的自主。而提出自给自足的法学而反对跨学科研究的学者，抑或为眼前的饭碗考虑，抑或有学科的分别之见。试图以形式逻辑构建法学体系，产生所谓的自给自足的法学，势必因其话语的霸权、狭隘与僵化，“妨碍其他学科的学者有效地研究法律”^①，也给社会造成或隐或显的痛苦与灾难，历史已有前车之鉴。总而言之，法学的个性在于开放性，法学研究当莫忘其本而执着其用。具体言之，“法学吸收其他学科的认识成果来说明自己的问题，从而能够深入到法的本质和价值基础中，并且能够解答法的外在方面（如法的政治方面、经济方面、社会方面）和客观倾向，同时也以自己的认识成果推动其他学科的发展和新学科的产生。特别是有关法律现象的许多问题属于法学与其他学科的双边问题或多边问题，这更使法学与其他学科密不可分。”^②

虽然马克思·韦伯（Max Weber）说：“在现代世界中，不逾越所从事的专业，不以浮士德的精神地去追求各种知识，才能产生有价值的成果。”^③但是“天下大势，合久必分，分久必合”，包括法学在内，众学科均分化已久，均已逐渐走入孤立与极端。孤立与极端的结局是筋疲力尽、黔驴技穷、无路可走。虽无路可走但又必须走下去，于是便只能寻求联合互通。而实际上也必须如此，因为众学科是一，不是二，更不是多。因此当代的各学科研究需要有一定的想象力，一定的浪漫精神去吸纳其他学科之长，

^① [美]哈罗德·伯尔曼. 法律与革命: 西方法律传统的形成[M]. 贺卫方等译, 北京: 中国大百科全书出版社, 1993. 序言.

^② 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 1996. 10.

^③ WEBER, MAX. The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism [M]. Translated by Talcott Parsons, London and New York: Taylor & Francis e-Library, 2005.123.

从而开拓新的领域、新的路径，如此才能产生有价值的成果。

通过以上简单的分析，我们就可以大致回答开头的第一个质疑：纯粹的法律可以产生价值与意义，但是这种价值与意义是单一的（形式产生法），是抽象而死板的，与现实和具体隔阂。纯粹的法律的知识体系枯燥而封闭，在司法过程中必然要折磨司法官与当事人，在法律教育过程中学生必然如卡夫卡体会到的：学习法律（纯粹的法律）就像在嚼锯木屑。法律的真正价值与意义是饱满丰富的，它来自完整的人（个体）和整个社会。因此法学研究须要从其他的学科获取研究的新主题、新视角与新方法，如此整个法学体系才会活跃起来，法学才会有兼具批判与建构的生命力。

二、法律与文学研究的问题

法律与文学研究是法学跨学科研究（“法律与XX”研究）中的一个成员。在其他的成员中，如法律与社会学、法律与经济学、法律与人类学、法律与历史学、法律与政治学、法律与自然科学、法律与神学等等，都为法学提供了新的研究主题，丰富了法学理论，为解决法律问题和法学问题提供了新的路径。尤其是强大的“法律与经济学”，经济学的理性人假设与分析模式运用在法学中看上去非常的科学、俱足理性精神，具有很强的说服力，于是成为众多法律学者的香饽饽，甚至演化成法学的经济学帝国主义。法律与文学的交叉研究可以说从上个世纪70年代开始真正兴起，她的起步不比其他的成员来的晚，但是在四十多年的历程中她的命运却不如法律与经济学般受欢迎。这是什么原因呢？人们会对法律与文学研究有所质疑：文学与法律似乎是风马牛不相及，文学到底能为法律提供怎样的思路呢？文学能够为法律带来（创造抑或重新找回本来属于法律的）怎样的意义与价值？这是本文试图梳理的问题。

“文学能够为法律提供什么？”这是法律与文学研究的核心问题。这个问题进一步讲即是：法律与文学是什么？吉林大学的刘星显博士在其博士论文《基于关系视角的法律与文学研究》开头已将这个问题提出，并试图在论文中予以回答。

“法律与文学是什么？”是重要的问题，但还不是最根本的问题，我们可以从解释学的方法进一步往下追问。解释学是一门“理解的艺术学”（施莱尔马赫语），“它主要涉及到，语言表达的理解过程中诠释主体的角色。”^①对于解释主体（理解者）来说，客观的世界是不可能客观地认识，因为他时时刻刻都是处于解释状态中，因此这个世界是一个意义的世界，理解的世界。而且不同的解释主体对世界（文本）的理解也一定是不同的，因为他们所接受的传统不同，前见不同。在法学的跨学科研究之中，不同的学科根据自己的学科传统与前见，对法律（文本）产生不一样的解释，于是才形成了“法律与XX”的研究。这种解释常常会成为该理论的核心。具体地就以美国“法律与社会”运动的代表法学家罗斯科·庞德（Roscoe Pound）为例，他梳理了19世纪四类对法律的解释（伦理与宗教的、政治的、经济的、生物学的），形成四类法律思想，这些法律思想对19世纪的法律实践起到了重要作用。庞德自己则以一种社会化的角度，认为19世纪后的美国社会处于高度工业化的时代，社会矛盾激增，社会交流频繁，社会利益凸显，因此法律应该发挥其应有的作用，去规制社会交往，保护社会利益，在此判断的基础上提出了社会工程的解释。这种解释认为法律是一项社会工程，法律人应作为工程师去创造新的符合特定时空的文明的理性法律。他用社会工程解释了普通法的精神，解释了法律史，构成了其社会学法理学的理论起点与核心概念。^②由此可见，一套法律理论或者法律哲学的体系的灵魂是作者（解释主体）对法律（文本）的个性判断，换句话说，这个判断是法律理论或法律哲学的元问题：“法律是什么？”这个问题是从古至今所有的法学家都在思考的一个问题，并给出了“多元的、奇怪的，甚至是似是而非的”解答。法学历史上主要有三个类型的回答：经验式、先验式、综合式，^③但却没有得到一个真正成为真理的答案，争议一

^① [德]考夫曼. 类推与事物本质——兼论类型理论[M]. 吴从周译, 台湾: 学林文化事业有限公司, 1999. 中文版序言.

^② 详见庞德的两本著作: [美]罗斯科·庞德. 法律史解释[M]. 邓正来译, 北京: 中国法制出版社, 2002.; [美]罗斯科·庞德. 普通法的精神[M]. 唐前宏等译, 北京: 法律出版社, 2001.

^③ 参见周赞. 西方法哲学主题思想史论: 一种系列剧式的叙述[M]. 北京: 法律出版社, 2008. 13-105.

直在持续着，因此如哈特所说这是一个“恼人不休的问题”，^①没有终结。法律与文学研究所要回答的“法律与文学是什么？”这个问题追根到底就是“法律是什么？”亦即在文学的视角下，法律被解释为什么？也可以说“法律与文学是什么？”、“文学可以为法律提供什么？”的问题中包含着“法律是什么？”的问题。“由于目前法律与文学尚没有形成某种理论通说，没有达成理论共识（在这里文学中的法律与作为文学的法律的二分可能是受最大程度认可的一项理论共识，但也不是无可推敲的），甚至是否构成一个学派都颇受争议，所以法律与文学的面孔始终是模糊不清的——这不仅是为法律与文学深入发展的最大理论障碍，也成为法律与文学理论研究最急迫解决的问题。”^②法律与文学不仅没有形成稳定的理论共识，还受到其他学者的嘲笑，他们甚至批判法律与文学这样的关系是否存在以及如果存在是否合理都是一个值得考虑的问题。出现如此的状况都是因为学者并未在以文学的视角解释法律的问题上达成共识。在接下来的章节里，笔者将详细叙述法律与文学学者对这个问题的回答。

当然，一个理论会有它的问题意识或研究目的，因此，笔者也将对法律与文学运动的问题意识做一个简单的考察，回答第三个问题：法律与文学为了什么？

三、研究对象与国内研究现状

（一）研究对象

本文的标题是“法律与文学运动基本问题研究”，其中“法律与文学运动”是指产生于上个世纪70年代美国而一直延续至今的一场学术运动。所谓学术运动（movement）是指一群学者为达到某种学术目的而奔走钻营的理论活动。美国的法律与文学研究有很强的目的性，它试图批判科学主义的法律与经济学以及寻求法律研究的跨学科方法，增加法学学科的多样性。而其他国家的法律与文学研究则没有这样强烈的目的性或使命感，未

^① [英]H.L.A.哈特. 法律的概念[M]. 许家馨, 李冠宜译. 台北: 商周出版, 2000. 2.

^② 刘星显. 基于关系视角的法律与文学研究（博士学位论文）[D]. 长春: 吉林大学, 2012: 1.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库