

第一辑
法与文化

木腿正义

——读一个 16 世纪冒名顶替案

放假回哈佛访友，习惯上要去大学出版社展销部“泡”一会儿。准确些说，是跟进门左手的七架折价书泡。这七架书二三二围成一方天地，中间一小桌，对着览书人的背，桌上贴一纸条，写两个拉丁字“*caveat emptor*”（读作“概不退款”）。书，都是新书，只是封皮被求书的手无意折了一角，不能再卖新书的价了。规矩是人们都知道的：先标半价，半价若无人问津，则降到书架最底一格“一元书”之列。普林斯顿大学娜塔丽·戴维斯教授的力作《马丹还家》就是从一元书中捡来的。

书不厚，正文加注释 162 页。插图精美，有手绘地图一幅，大法官高拉博士作（判决书）两页，16 世纪人画的农家乐、夫妻行、真假先生、木腿正义若干。封底的宣传是这样几句：“聪明伶俐的农民阿尔诺眼看打赢了官司，不料杀出一个木腿人，当庭戳穿他的骗局，将马丹的名字、财产和妻子归了自己。本书作者乃著名历史学家，（同名法国）电影特约顾问。千古奇案，今添新说。”本文要探讨的，是新说涉及到的一个法理学问题，即程序正义与实体正义间的矛

盾。我们先介绍案情由来，而将有关文献和论著列在文末，供读者参考。

1538年，法国南方列日河谷一小村里，巴斯克人盖尔的14岁独子马丹娶了殷实人家的12岁姑娘白特兰为妻。不知中了什么邪，马丹一连八年未能行丈夫之实。直到一老妇“仿佛从天而降”（白特兰语），指点小俩口做了四次弥撒，吃了秘制圣饼，新娘才完婚怀了孕。可是儿子生下没几个月，马丹突然离家出走了。据说他偷了父亲一口袋麦子；小偷是巴斯克人最瞧不起的，偷自家人更属大逆。那是1548年的事。

白特兰母子一等就是八年。伤透了心的老盖尔夫妇一病不起。临终他们宽恕了马丹，把全部家产留给他，托叔叔彼埃尔照管。1556年夏，邻村的小旅店住进一位风尘仆仆的客人，管自己叫马丹。消息传来，马丹的四个妹妹忙推着白特兰赶去相认。起先她不敢认：当年马丹可没有那么浓的胡子。新马丹却十分亲热，而且还记着藏在衣柜底的白裤衩——他们的信物。她终于吊上了他的脖子。未了，彼埃尔叔叔拥抱了侄儿：谢谢上帝，马丹还家了。

新马丹待人和气，村里的大人他几乎全叫得出名字。碰上别人没认出他，他就讲小时候一块干过的丑事。渐渐地，大家都知道他为国王打过仗，到过西班牙。飞鸟还巢，从现在起他要一辈子跟妻儿厮守了。这老兵不愧是见过世面的，不久就开始了买卖田地的营生。有一天，他向叔叔问起老盖尔的遗产有没有收支细账，彼埃尔的脸色变了。

扯来扯去，结果侄儿告了叔叔一状，拿回了老盖尔留下

的田产。彼埃尔从此认定新马丹是个冒名顶替的骗子，只苦于找不出有力的证据。1559年夏秋之交发生了两件事：先是一个过路的士兵声称马丹被火绳枪打断了脚杆，现在是拄着木腿走路的。接着有人在旅店把新马丹叫作阿尔诺，绰号“大肚皮”，据说新马丹托那人带了两条手巾给阿尔诺的兄弟。于是彼埃尔到法院谎称自己是白特兰的监护人，开出逮捕令捉拿新马丹，并逼迫白特兰做了附加民事诉讼的原告。案子几经周折，最后移送土卢市法院刑事庭，由大法官高拉博士主审。新马丹十分沉着，将彼埃尔的证人一一驳斥。正当法庭因证据不足，准备开释被告，追究彼埃尔诬陷罪之时，一个木腿人闯进了法院。经过隔离提审、当庭对证、亲友指认，真相终于大白：新马丹被处以绞刑，焚尸灭迹。

戴维斯新说的出发点，是不满意电影为保持悬念而将历史事件作了简化处理。她在序言中说，历史留下的“声音”里，不但掩藏了事实，还叙述着“可能”和“或许”，使学者得以提出种种历史的假设。例如，原始文献（高拉的《判决书》和乐悉尔律师的《马丹传》）未提白特兰合谋的可能，因为照法律看来，女人的“脆弱本性”很容易给恶人以可乘之机。女人和儿童、残疾一样，不具有完全行为能力，也不承担完全责任。后世论者（如毕塔瓦和路易丝）虽然提出了不同看法，却无详实论证。戴维斯深入列日河谷地区，搜集调查了大量16世纪婚约、遗嘱、土地买卖合同、教堂和法庭档案，尽量逼近案件当事人的生活和心态，提出白特兰完全有可能为了摆脱活守寡、争取有夫之妇的社会地位和经济

利益，主动接受新马丹，与他共建新生活、新身份。这就妥善解释了为什么白特兰一方面能不顾家人反对，坚持与马丹完婚（按教会法，婚后三年未结合者，可请求作废婚姻）；另一方面又敢于抓住机会，与阿尔诺合谋，直至木腿人的到来。

笔者的兴趣，却是在戴维斯进而提出的一个历史假设：如果阿尔诺不跟彼埃尔争遗产，两人和平共处，骗局会不会戳穿？她拿这个问题去请教小村的农民，他们笑道：“那傻小子行是行，可他骗了人！”戴维斯同意这个朴实的看法。她解释道，恶人假事长不了，并非因为假马丹是村里唯一撒谎的人，（彼埃尔不是冒充白特兰的监护人吗？）甚至也不取决于真马丹回家；而是这个大谎得一直说下去。假造的夫妻，心里必不踏实，迟早露出可疑的行迹，影响亲戚感情和社会关系。这不像（十日谈）里装扮丈夫摸黑偷情的大学生，只求好事一场。新马丹要当真丈夫，每天晚上都回到妻子的婚床，令起了疑心的村里人难以忍受。一句话，阿、白共同塑造的新家庭虽出于自愿，且有爱情支持，但他们终归是负疚的，有悖于伦理和正义，免不了演成悲剧。

这个假设的结局不能说不可能。可是从心理（负疚）推行为（可疑行迹），再推行为结果（引发纠纷、戳穿骗局），中间环节太多而难以一一证明，颇有循环论之嫌。

不过小村农民的看法，却是法律必须考虑的。他们说的实即西方传统上所谓“蹒跚的复仇神”（*hysteropous Nemesis*）或“跟踪而至的正义裁判”（*opisthopous Dikē*），也就是真善合一的信念。按照这个传统，正义固然拄着木腿，却像

贺拉斯所说，“ 蠢贼再快，逃不脱跛足的惩罚（Poena）”。法律的职责在于确保正义的落实。无怪乎戴维斯问道，如果高拉博士追求的是真善统一，为什么他一面判焚尸灭迹，令人们永远忘却恶人；另一面却两个月不回家休息，用（读者面较广的）法文而非通行的拉丁文赶写出《判决书》，使假马丹的故事留“芳”千古呢？

这里，我们有必要讨论一下法庭审判规则。伦理上的是非善恶之分要成为司法上的真假之辨，必须通过对于案件当事人的具体行为、资格或关系的确认，而严格的确认规则往往不尽合情合理。例如本案中，农民一无肖像，二不识字（无笔迹可验），马丹的长相和身体特征就难有客观的衡量标准。法庭于是检查被告的知识（回答）是否与证人提供的有关马丹的知识（证词）相符，审判成为对被告的记忆、口才和应变能力的考验。事实上，提审对证时真马丹的记录反不如早有准备、训练有素的假马丹好。法庭当然知道有这种可能，因此决定侧重亲友相认（四个妹妹最后都认了木腿人），而不发用刑令（*question préalable*）；用刑在这类案件中会使原告、被告和证人都乱供一气，搅混本已渐趋分明的阵线。

这其实是一种我们熟悉的竞赛制举证原则：赢家总是先赢了多数（往往有利益牵扯的）亲友，联合起来迫使对手回答难以反驳的指控。回到戴维斯的假设，在民事方针以家族利益为重，大可应用罗马法“先人不如先出”原则的情况下，只要阿、白合谋，阿、彼和睦，木腿人即使回来控告，恐怕也只落到小炉匠斗假胡彪的下场：巴掌打在自己嘴巴上。

还是散文家蒙田看到了深一层的问题。他觉得高拉依据的理智判断，运作生杀大权的司法程序，实在是不甚可靠的工具。“真与假，两副面孔相差无几，我们却只有同样的眼睛看它。”木腿人有哪一点比阿尔诺更像八年前的马丹，有哪一样凭据不是某人主观想象的结果呢？为什么大法官不能像古代雅典战神山上的法官那样老老实实宣布：“本庭不懂此案，过一百年再审？”

这确是极有意义的一个问题，因为它实际指出了法律程序有不止一个目标：一方面从审判技术着眼，必须看到跛足的正义来得太慢、太偶然、不可预料，只是一条木腿的保证，所以要靠理智（à raison cède）操作规则，防备正义出错而求较小的损害；另一方面，程序又必须能够提供一种信念，即正义必胜、真善统一的传统说法。而戴维斯没有意识到，这两个目标虽然相互矛盾，却都是法律致力于达到的。

因此，高拉的《判决书》讨论罪行起因、恶人的坦白和灭亡，就不止是一个疑案的学理分析；它同时也表达了法律的实体正义对程序正义的妥协。通过这一妥协，理智规则的胜利获得了信念仪式的认可。在这个意义上，高拉的判决和著书并不矛盾：让灰土复归灰土，一如正义来自神明。《判决书》这么告诉我们：

判决下达后第四天，那间放着白特兰婚床的小屋门口，竖起了绞架。“谢罪仪式”（amende honorable）从教堂的台阶上开始。犯人光头赤足，只穿一件白衬衣，双手高举火炬。他首先恢复自己的真名连同绰号，然后高声请求饶恕，向上帝、国王、法庭、马丹、白特兰、彼埃尔道歉，向四面

八方汇拢来观看行刑的人们承认：他，“大肚皮”阿尔诺，无耻的恶人，冒名顶替霸占了别人的财产，玷污了别人妻子的名誉。为此，他要特意表扬土卢市大法官高拉博士，感谢他的英明裁判恢复了正义。他一面踏上绞架，一面回头恳求站在家门口的马丹不要迁怒于妻子——村里人都可以证明她的忠贞不渝。他一一列举白特兰的美德；从这给他生了两个女儿（存活一个）的女人那里，他不敢希冀完全的宽宥。就这样，坦白一句接着一句，直至赤脚悬空，火炬落上柴堆，点燃了行将吞噬他的纯净的火焰。

注释

Jean de Coras: *Arrest memorable du Parlement de Tolose*, etc. Lyon, 1561; 2nd ed. 1565.

Guillaume le Sueur: *Admiranda historia de pseudo martino Tholosae damnato*, etc. Lyon, 1561.

Michel de marthaigue: *Essais*, Paris, 1588. III. 2, “Des boytenx.”

Gayot de Pitaval: *Causes célèbres et intéressantes*, Paris, 1734. I. 1.

Janet lewis, *The Wife of Martin Guerre*, San Francisco, 1941.

Natalie Z. Davis: *The Return of martin Guerre*, Cambridge: Harvard University Press, 1983.

法文化三题

——文化解释·兵家传统·法发神经

《法律的文化解释》共收七篇论文。作者三篇：《法律的文化解释》，《法辩》，《礼法文化》；西方学者三篇：吉尔兹《地方性知识：事实与法律的比较透视》，弗兰肯伯格《批判性比较：重新思考比较法》，安守廉《知识产权还是思想控制：对中国古代法的透视》；还有一篇作者综述的《格雷·多西及其“法文化”概念》。这本书中西合璧，第一个好处是一册在手方便我们的学习和研究，第二可以和另一本一流的论文集《美国学者论中国法律传统》^②对照着读，相互发明。不过最重要的是第三，如果这本书提出的一系列方法论问题能够得到中国同道专文专著的回答，展开批评，则中国法律史和法文化研究“有福了”。

我想就“文化解释”这一术语作三题发挥，为作者倡导的法文化研究小小的鼓噪一下。

文化解释

法律的文化解释不是用法律解释文化的意思。文化是庞

然大物，从法律摸文化如同瞎子摸象。法律加上一科，如法律人类学、法律社会学、法律与经济学，也不见得好多少。所以毋宁说文化解释是提出一种做研究的立场和方法。用作者的话说，就是把法律当作“人生活于其中的人造世界的一个部分”（第4页）。可以理解为法律不仅能解决问题，同时还制造问题，还免不了赋予“问题”以法律的意义，而我们所谓“文化”，正是由这样那样的“意义”构成的。对于法律来说，我们每个人不啻这“人造世界”中大大小小的问题之一。这是因为法律虽然是“人造世界”的产物，实际上却又反过来支配造它的那个世界的想象和创造，规定并利用那个世界的想像力和创造力的种种表现。在这个意义上，法律无非是有关某一特定“人造世界”的“地方性知识”（吉尔兹语）；或者换一个角度，用福柯的口气说，是疏导知识的地方性生产和流通的“节俭原则”（principle of thrift）之一。正是靠着法律和其他类似制度的实践，知识才得以划分并占有它的“本土”。这样看来，法律的文化解释倒是一场危险的游戏了。因为解释者除了那经过法律疏导、想象和构造出来的知识，并无其他手段可供想象和构造法律的文化性格。换言之，他除了一个解释者独有的立场或距离，一无所有。所有传统的和新造的概念，都是他的解释对象抛出的诱饵，为的是勾引他放弃解释者的立场，接近解释的对象。然后，解释的游戏便可以收场，解释者变成了解释对象的影子。

指出以上两点（法律对知识生产的渗透和解释者的危险处境），我以为对于探讨法文化研究的方法论是极有必要的。唯有充分意识到解释对象对解释者的诱惑，相互间稍微疏忽

即可发生的重合或模仿，才有可能建立文化解释的立场。文化解释因而不是我们熟悉的那种法制史或法律思想史式的描述和记载，而是对这些描述和记载的全部前提条件的调查。不是例如重新考证“体用之辩”的来龙去脉，也不是再一次登记近世某一主义或思潮向“德先生”所作的历史性抗争。文化解释乃是解释的解释，是追究各种解释背后的立场和态度，而不是取代别种解释；是质问例如为什么关于某次政治运动或权力斗争的某派解释能够最终获得“文化”的待遇，从而名正言顺地表述为法律的规定、概念或原理。

在这一点上，文化解释对于国人来说并不是什么新奇的舶来品。它其实很像为我们政治生活把关的那道手续——政审。政审的目的，不是要搞清楚政审对象关于某项政策、某个口号和观点具备什么样的知识；政审调查的是他的立场和态度。因为所谓“知识”不过是调查者成批生产、成批解释，再强加于调查对象（让他学习掌握）的东西；态度、立场才真正关系到对象和调查者之间对抗性或非对抗性的政治距离及其克服。同理，在文化解释的危险游戏中，关键不是问“什么是法”这样经典的法理学问题，而是问“什么态度”、“什么立场”——某时某地某个群体对于它奉之为法的那些制度和实践，采取了什么态度，那态度何以成为可能，又如何影响了“人造世界”的“本土”性格，等等。

只不过有一点和政审不同，文化解释者拷问的，到头来却是他自己的态度和立场。这点不同，使我常常想起在耶鲁法学院写过的一个题目和法理学课堂上的一场争论。

兵家传统

西方学者研究中国法律传统，一般只谈儒法两家。我以为兵家被忽略了。其实中国人的斗争哲学，从卧房到胡同口，从战场到炼丹炉，都是兵家一套。正好法学院规定的写作要求包括交一篇 80 页的论文，我就请法理学教授李士曼 (Michael Reisman) 先生做我的指导老师，题目定作“中国法的兵家传统”。李先生说英文“law”，这个词无法表达非西方传统中法的文化含义，甚至译成大陆欧洲的语言有时都闹别扭，“rule of law”（法治）是法语的“le règne du droit”，还是“le règne de la Loi”？你准备怎么讲？我说古人说兵刑同制，甲兵为大刑，用兵之道和用刑之道本来是相通的；可以从《孙子·计篇》谈起。《计篇》第一句话“兵者，国之大事，死生之地，存亡之道，不可不察也”，也可以说是古人对刑政的总看法。孙子提出五计，即道、天、地、将、法。“道”，Giles 译作“Moral Law”，显然拿“道”的多义和歧义没办法，但西方人发明的“道德法”与兵家的解释迥异。“道者，令民与上同意也，故可与之死，可与之生，而民不畏危”，讲的是组织动员宣传鼓动之道，民心和士气由此而来。兵家讲“诡道”，讲“上将杀士”，以克敌制胜为唯一目标，视道德仁义如草狗。但 Giles 译“法”为“method and discipline”却是不错的。“法者，曲制官道主用也”，即军队的编制、训练、后勤的章法纪律之类。孙子所谓道、法，纯粹是将军视野里的东西，并无任何抽象的理念和教条附会其

上。“将”才是抽象品质和理想的承载者，“智信仁勇严”便是他的领导艺术的高度概括。他的主观能动性集中表现在他能及时抓住客观条件和形势朝着对己有利、对敌不利的方向转化的时机，因利制权为势的灵活态度。这样一种“知胜”的态度，显然影响了后世的政治哲学和统治策略。因此，在传统中国占主导地位的话语实践中，“法治”、“人治”之争的关键词不是“法”和“人”（什么是法，什么是人），而是“治”（怎么治，谁来治，等等）。而归根结蒂，统治者和被统治者信的、干的，都是“枪杆子里面出政权”。

李先生说很好，你去写吧。

但是他的法理学讲到“枪杆子里面出政权”这一章时，引起了学生的争论。有几位来自第三世界的同学读过《毛选》，提出这么一个问题：为什么五角大楼没有向白宫和国会山开枪夺权？李先生让全班讨论，结果信兵家的和不信兵家的，谁也说服不了谁。首先，不能说是二百多年前制定的美国宪法的功劳，那张纸吓不了真正的起义者。也不能说美国人民忘了枪杆子的威力。事实上，美国人的持枪率远远高出全世界任何一个没在打内战的国家。一个大街教会或一个“激进”民兵组织拥有的武器，据说足够装备一个拉美小国的军队。美国也是全世界暴力犯罪最多的国家（耶鲁所在地纽黑文就是最好的见证）。那么为什么美国军方，这支人类有史以来武器最精良，号称能够摧毁地球文明好几遍的部队，至今还不动手？我们更不能天真地以为美国人不懂得“武器的批判”。肯尼迪和马丁·路德·金的刺客从哪里来的？（不久前奥克拉荷马市大爆炸又是谁指使谁干的？）但是，他

们一套上军装，一加入部队大集体，归了五角大楼指挥，便似乎移民去了另一个美国，对枪杆子和政权的关系“端正”了态度。如同社会生活中男士替女士开门、拉椅子，上楼梯让她走在前、下楼梯让她随在后那样的自觉自律，五角大楼的将军们对待宪法生活，是不是也养成了规规矩矩的习惯和性格，不再“知胜”了呢？

李先生说够了，这是“文化病理学”。我这门课叫法理，不叫文化病理。

但是我想，如果这文化病理是法律在它的“人造世界”里培育的一种态度和立场，也不妨“文化解释”一下。后来，我自己的学生也给我出过类似的难题，诘问香港从宗主国搬来的“法治”，又能如何规定和利用本地的“文化无意识”（当然，这是我布置他们读法国人 Bourdieu 的“habitus”的结果）。

法发神经

有一天，我在法学院图书馆底层标出“杂类”的那几排书架上，翻到这么两本小册子：《法律发神经：不知不觉你犯过什么罪》和《法律发神经：男女大防之法》^④。看后大笑一通，却又想起了那个兵家的困惑，五角大楼不打白宫的问题——我怎么会相信，这两本小册子收集的法律是“发了神经”（祖父辈为祖母辈认真制定，后来竟不合时宜了，却一直没有作废的法律）？我从未学习过那些地方的法律，怎么就肯定某条规定已成具文，丧失了“地方性”的想像力和

创造力而变得不可理喻，仿佛在跟“真正的”严肃的法律开玩笑？我突然醒悟了，我实际上刚刚审视了自己文化解释者的角色；而且不知不觉，我已经和几条没有出处、未经注释的法律狭路相逢，对峙在一场危险的游戏里。

让我挑几条译出，结束这篇鼓噪。请读者（笑一笑）也想一想，是什么样的（无疑是反兵家的）态度或立场，竟然把如此丰富多彩的“地方性”实践、主张、理想和智慧，一律用法律作了想象（方括号内为译者所加注）——

一、纽约市：禁止男子在本市马路上回头以“那种方式”（in that way）注视女子。累犯此罪者上街，得强迫配戴马用障眼。

二、洛杉矶市：丈夫可以用皮带抽打太太，唯皮带不得宽于两寸，事先获太太准许者除外。

三、缅因州：警察不得逮捕死人。

四、奥克拉荷马州〔内陆州〕：严禁一周内任何一天在本州水域捕鲸。

五、俄亥俄州〔内陆州，距海较奥州稍近〕：禁止星期天在本州境内之江河湖泊捕鲸。

六、伊利诺州奥布朗市：结婚当天打猎或钓鱼时禁止性交。

七、明尼苏达州亚历山大市：禁止丈夫口存大蒜、洋葱或沙丁鱼味与太太作爱。

八、康涅狄克州：成年人之间禁止自愿地私下发生性行

为。

九、内布拉斯加州海士丁市：旅馆必须为旅客提供白棉布睡衣。严禁男女（包括夫妇）赤身同床。

十、俄亥俄州牛津市：女子不得在男子画像前更衣。

十一、肯塔基州：严禁女性身着泳装出现于本州任何公路，除非她由至少两名警官陪同或除非她随身携带木棍一支。

{“女性”(female)一词，实施后发现未及定义，遂增订如下：}

本法典此项规定不适用于体重九十磅以下、二百磅以上之女性，亦不适用于马中女性者。

十二、肯塔基州阿希兰市：任何人不得故意收容或留宿任何名声不好、品行不端之女子或普通妓女，但妻子、母亲和姐妹除外。

十三、田纳西州孟菲斯市：禁止青蛙在夜晚十点以后鸣叫。

注释

梁治平：《法律的文化解释》三联书店 1994年版。

高道蕴、高鸣钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994年版。

参见 R.C. Van Caenegem: *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge University Press 1987, p.4.

④R. Pelton, *Loony Laws: That You Never Knew You Were Breaking*, 1990; *Lonny Sex Laws*, 1992.