



“巨嘴鸟”学术之林

木腿正义

关于法律与文学

冯象 著

中山大学出版社
· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目(CIP)数据

木腿正义——关于法律与文学/冯象著. —广州:中山大学出版社,1999.9

(“巨嘴鸟”学术之林)

ISBN 7-306-01581-8

I. 木… II. 冯… III. ①法律-文集 ②文学评论-世界文集 IV. ①D90-53 ②I106-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 46200 号

中山大学出版社出版发行

(地址:广州市新港西路 135 号 邮编:510275

电话:020-84111998、84037215)

广东省新华书店经销

广东省番禺市市桥印刷厂印刷

(地址:广东番禺市市桥环城西路 201 号 邮编:511400 电话:020-84881937)

850 毫米×1168 毫米 32 开本 8.125 印张 170 千字

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—3000 册 定价:15.50 元

如发现因印装质量问题影响阅读,请与承印厂联系调换

又梦奶妈

这一次，她扶着春风
去了不能再青翠的山岗
专门打扮了，我一张
留在县照相馆的笑容

再听不到了，那醇厚的乡音
那世上最美的双臂，只剩模糊的片断
连那安详的呼吸，也告别了我的前额
而明明记得，依偎在她的怀抱
谁敢碰一碰我的温馨舒适！

但她的乳汁
早已灌注于我周身的脉络
神经末梢的每一次刺激
每一个细胞的意欲和行动

连这几行诗
也不过在延续某一个夏夜
她坐上凉席，蒲扇
轻轻摇，教我数一遍
天上升起了几颗星

高高山岗，她放着那一天
陌生人从书架上取下一本书
念出她的名字，蓦然领悟
一种无言的恩典

目 录

前言 /

法律与文学（代序） /

第一辑 法与文化

木腿正义 /2

法文化三题 /9

秋菊的困惑和织女星文明 /18

“生活中的美好事物永存不移” /27

鸡生蛋还是蛋生鸡或中国干人权何事 /33

法学的理想与现实 /46

1997 香港知识产权法改革与台商权益 /56

功亏一篑 /67

论证过程中论据的真实性和相关性 /87

第二辑 神与文学

“他选择了上帝的光明” /93

“去地狱里找他爸爸” /121

“神不愿意，谁守得贞洁？” /142

“脸红什么？” /168

“奥维德的书” /176

墙与诗 /198

大红果果剥皮皮——好人担了个赖名誉 /211

前 言

编这本书是中山大学刘星教授的主意，靠苗燕兄热心张罗，出版社舒宝明小姐大力协助，现在终于问世。我首先要谢谢这三位朋友。

书中收十六篇中文旧作，九篇谈法律，属杂文；七篇研究文学，严肃一些。题目大致代表了作者平时关注的专业之外的两个领域。专业，在我们这个分专业考试、读书、求职、谋生乃至找对象的社会里，是个令人又爱又恨、常常引起误解的词。例如鄙人的专业叫“知识产权”，行外人士有时会莫名其妙地称赞它很热门、好赚钱云云。同行中也有沾沾自喜的，以为这四个字跟下一千年的知识经济攀了亲家。其实，知识产权既不出产知识，也非知识产出。版权、专利、商标、域名之属，不过是抄袭、盗版、仿制、假冒的另一副面孔——先抄先盗先仿先冒的那位不许后来的这位免费学他的样，这么一种越来越美国化了的制度而已。美国化也

称全球化，美国的制度又名 WTO 世贸组织，是各国人民都在掏腰包买门票加入的。所以法国人要求，选举美国总统应该全世界一人一票，否则太不公平。有朝一日实现这英特纳雄耐尔，很可能美国总统轮到咱中国人当呢。

可恨的是，知识产权的第一条规矩就叫先来后到。根据这条规矩，你晚到一步，人家占先，你就该让着忍着，别盗版假冒，连克隆一个美国总统让莫尼卡玩都不成！这个道理，我准备写一本书，此地预先做个广告（注意：广告也是知识产权），北京三联出版，有兴趣的读者敬请留意。

言归正传。为了编这本书，圣诞节回美国搜底稿，一边读一边眼前浮现几位恩师久违的身影。景行行止，高山仰止；几件小事萦绕心头，忍不住写下来与读者共勉。

第一位恩师是北大西语系（现已分作英语、西语两系）的李赋宁先生。北大的老习惯，教授不称教授，叫先生（北京话“先儿”一个音节）。李先生大家都说是菩萨，慈眉善目，普渡众生（学生的生）。他有个习惯，外文书买两本搁着，一本自己用，一本伺机馈赠友朋。我投在他的门下做硕士论文，题目是英国文学之父乔叟的四步抑扬格对偶体诗。第一天到他家谈话，他便送了两本书：牛津版《乔叟研究目录》和英伦大儒 Sweet 编的《古英语入门》。《目录》刊载的著作国内未必收藏，但一遍读下来开阔了眼界，乔学的历史、现状，方方面面晓得个大概。后来到哈佛读博士，查资

料就按图索骥，不觉得太费事。《入门》则作课本，每周两晚到先生家坐读。先将先生指定的课文（《圣经》和史传）一节节译为现代英语，不明白处再由先生讲解。先生通希腊、拉丁、德、法诸语。为我解惑时纵横捭阖，真是无一字无来历。这严格的历史语言学训练，显然给我的哈佛导师班生（Larry D. Benson）教授很深的印象。他常对人说，他的中国学生天生就会古英语和中古英语，在哈佛只是跟他搞计算机词汇统计而已。

第二位也是北大西语系的教授：先师杨周翰先生。杨先生读清华外文系时就是出名的才子。给我们开的课是17世纪英国文学，从钦定英译《圣经》、玄学派诗歌一路讲到巴洛克散文、皮普斯日记，一口纯正的牛津音（杨先生牛津留学）而对襟布衫圆口布鞋，连旁听的美国老师都说佩服。我那时同法语专业的研究生一起，跟法国老师贝尔娜小姐念拉丁语，对杨先生翻译的奥维德《变形记》、维吉尔《埃尼阿斯记》等尤感兴趣。《变形记》我上初中时就读过，译文那么优雅含蓄（记得王小波讲在农场读《变形记》的乐趣，众人手上一圈走过，书已弄得海带般乌黑卷曲）；而实则奥维德写神与人的性爱颇露骨无忌。杨先生听了这意见笑道：国情不同，岂可原味原汁端出？翻译如烹饪，译者唯恐十六方人客仙宾朵颐不快也。他顺手翻开桌上一本《变形记》，只见天头地角密密麻麻的批改、增补，还插了不少纸条。原

来，他一直在根据权威的版本、参考英译修订呢。后来我译古英语史诗《贝奥武甫》向他请教的情形，在拙文《他选择了上帝的光明》的“重刊小记”中谈到，这里不赘。

第三位即上文提到的班生教授。我在哈佛六年，前三年拿燕京学社的奖学金，后三年便给班先生做助教。班先生是老派学者，嗜烟酒，但不讲究品牌。英语系每星期四下午举行中世纪文学学术报告会，各国（主要是英美加德法意六国，偶尔也有日本）同行谈自己的研究；他总是一成不变撬开两瓶雪莉酒，人手一杯。我告诉他下乡时“饿酒”，曾把医用酒精兑水喝，他连声称善，毫不见怪。原来他星期天常去教堂为拉美难民服务，知道那“火水”是穷人的命根子。我选的论文题目，是想了结一场打了几个世纪的官司：古法语长诗《玫瑰传奇》中古英语译本残卷乔叟手笔真伪考。在报告会上讲过两次，每次下来，班先生都将论据逐一评析、指出疑点，书面的批改、订正就更细致了。末了，残稿首尾两段的译者已可确证为乔叟，只有六个（很可能是誊写者掺入的）乔叟从未用过的北英格兰方言词解释不够圆满。班先生改了我一句话，我一辈子忘不了。他把我强硬的正面主张变作举证责任的转移，大意谓：鉴于作者呈压倒之势的（overwhelming）文字考据成果和计算机统计数据，举证责任（onus probandi）自此该由反对乔译的一方承担。这是委婉而十分有力的说法。因为事实上历史文献早已穷尽，反对

者是不可能提出反证而继续坚持己见的了。这举证责任的转移，也逼得我的副导师英国人皮尔索（Derek Pearsall）教授“返工”，在他当时刚刚脱稿的《乔叟传》里又改了几处。

第四位是教我《贝奥武甫》的诗人、百老汇剧作家、史诗的英译者阿尔弗雷德（William Alfred）教授。我在哈佛的那几年，阿先生、皮先生，加上后来得诺贝尔文学奖的爱尔兰诗人希尼（Seamus Heaney，教修辞学），经常一块儿开诗歌朗诵会。三位老师都善表演，但我最喜欢的还是阿先生背诵《贝奥武甫》。听他一堂课，学生绝对大脑充血、揉眼伸腰，一个个仿佛从电影院里出来。他老先生为了让学生体会史诗的口头传统，讲完一章就背诵一章，把舌根和舌面摩擦音（部分保留在现代德语和苏格兰方言中）发得又重又长；一双大手紧按椅背，驼得挺利害的背脊微微摇晃，好像驾驭起北欧海盗的“曲颈之舟”；而眼睛突然直视我们的时候，放射出异样的金属般的色泽，一下就把我们带到那火龙、人狼、怪物统治的世界里去了。我译史诗每逢难题，便去他家讨论（参见“重刊小记”）。几乎每次都遇上年轻演员或作家登门求教，而他总是热心指点，从不推托。问他烦不烦，他摇摇头，说人要生得早老得快才好；他29岁申请哈佛终身教席（tenure），一个星期赶出四篇论文便万事大吉，从此不需为学术烦恼。而现在的助理教授，孜孜矻矻好多年憋出两本没人看的专著，还保不准被撵到他这个“纽约客”看来不可思议的中西部“玉米地头”的学校

去熬一辈子。

自从学法律,就再没有遇上这样学富五车而风流倜傥的老师和同道了。耶鲁法学院的风气,出名的自由散漫。有一本介绍美国法学院的书开玩笑,说在耶鲁教授可以不待学生交卷便给考试分数。然而真有其事,我就遇上过。课是二年级的法哲学,教授是我的导师、哲学家科尔曼(Jules Coleman)先生。论文作什么早忘了,因为根本没写完,已经得了“A”。毕业论文跟法理学教授理士曼(W.M.Reisman)先生作,论中国的兵家思想(详见《法文化三题》)。理先生虽然老夸我,却从来记不住我的名字。我最欣赏的,还是宪法学家费斯(Owen Fiss)先生。他有句名言,很多人听不懂:法学院雇教授;绝非要他教法律;教授教授,教他碰巧想到的不论什么问题而已。这话的意思,说白了就是:法律压根儿是一门技能或社会经验,跟走街串巷修伞补锅一样,不算学问(当然,用学问钻研它是另一回事,比如科先生、理先生用哲学,费先生自己用政治学、经济学)。所以在美国,法律属于研究生阶段的三年职业教育,要求先学一门知识(本科以上学位)才让报考。打个比方,您要是造化高来世变个神童,13岁进大学,您敢学法律?17岁法律系毕业,谁愿意(谁放心)聘您去讨债、取证、陪法官吃喝?人要是年纪轻轻就往脑子里装那根法律的发条,一拧紧,再别想学其他文化科目了。

这个问题我在清华讲过,和这儿香港大学的学生也常

讲：法学院真正的训练，就是辨析问题、推演论点，只在第一年的那五门基础课。二三年级（港大仿英式三年制本科）就开始拧发条了。故能逃课请尽量逃，想法子多听些外系的课。港大实行填鸭式教育，考试考抄讲义的本领。一门课，花一个星期背要点背案例，应该就能对付下来。内地的体制就合理多了，国家规定，考律师、读法律研究生不要求法律本科学历。那么干嘛本科还读法律？

我这个说法，不是拿莘莘学子寻开心，是费先生点了头的。他说美国直到帝国主义初级阶段，考律师也不要法学院学历。林肯总统当年就是自学成才当上律师的。上面说过，美国人讲话、定的规矩，往往即是国际标准。现在好像干什么事都要考虑国际这个、国际那个（知识产权方面这问题尤其突出）。所以不同意我这个说法，要承担举证责任。

大白话到此为止。

我把这本书献给我的诸暨奶妈郭文雅女士。Dixi et animam meam servavi（我的灵魂因呼唤她的名字而得救）。

冯 象

1999年6月于香港豫苑

法律与文学（代序）

有四样东西，人若认真去想，不如干脆不出娘胎：天上、地下、过去、未来。

Talmud, Hagigah, 2.1

世上本没有抽象的原型，只有她的身体；而身体最美的部位，在她肚子里面。为什么？因为宝宝怀在那儿，你亮堂堂的甜鸡巴乐在那儿，美味佳肴统统落在那儿。难怪人觉得美，觉得了不起。还有迷宫，不就是照着咱们那根九曲回肠的样子造的？……所以高比低好，因为头朝下的时候，脑子会充血难受；因为脚臭，头发不那么臭；因为上树摘果子比钻土里喂虫子好……。所以天使住天上，魔鬼住地下。

Umberto Eco, *Foucault's Pendulum*, 63

“法律与文学”是滥觞于美国法学院的一个激进的法理学派或运动。一般把创始人的荣誉归于密执安大学的怀特（James B. White）教授。怀氏在 1973 年出版了后来称之为法律与文学运动的奠基之作的《法律的想象：法律思想与法

律表现性质之研究》^①。到了 80 年代中，法律与文学在美国法学院渐渐站住了脚跟，并且在英国和其他普通法国家的法学院传布开去^②。我是 1989 年写完哈佛的文学博士论文以后转向法律的。那一年，法律与文学运动的一员主将威斯堡（Richard H. Weisberg）教授在纽约卡度佐法学院创办了美国第一份法律与文学专业期刊《卡度佐法律与文学研究》（*Cardozo Studies in Law and Literature*）。而在我考取的耶鲁（记得也是威斯堡先生的母校），则刚刚开始出版由学生主编的《耶鲁法律与人文学刊》（*Yale Journal of Law and Humanities*），定期举办法律与文学讲座。我可以说是正好赶上了法律与文学开始兴旺发达的时候。

因为我这个文学兼法律的背景，就不断有朋友鼓动写文章介绍、评论法律与文学。但我一直不甚积极，原因有两条：一是这运动原本是继 70 年代批判法学而起，以批判在法学院占主流地位的法律经济学（亦称法律的经济分析）为己任的。我虽然在耶鲁的法律、经济与公共政策中心做过研究，却从来没有在法律经济学上用功（只是按时跟经济学家聚餐，知道他们的口味及胃口好坏而已）。既然不懂批判的对象，似乎便不好对批判者的立场和观点随便说三道四。二是当时法律与文学的路子，偏重叙事（narrative）或故事性文本，颇受文学界解构主义（如德里达）、心理分析（如拉康）等后现代主义思潮的影响，学术游戏的“玩”味极浓，很难跟我所关心的中国的法制改革接轨。

现在十年过去，情况大不同了。法律与文学挑战和争议的焦点已经大致明确。法律经济学的领袖之一波士纳

(Richard A. Posner) 法官不久前将他的力作 (也是十年来课堂上重点批判的靶子) 《法律与文学：一场误会》(1988) 彻底修改了，由哈佛大学出版社再版，全面回应法律与文学的批判^③。而再版去掉了初版标题的后半截 (“一场误会”)，似乎默认了法律与文学挑战的合法地位。另一方面，法律与文学运动本身也分化了。其左翼与女权研究和族裔研究合流，提出明确的政治目标 (至少就校园政治而言)，公开主张文学的道德和意识形态标准，变得靠近中国 (以及多数非西方社会) 的传统的社会控制策略和政法实践所要求的人们对文学和法律的态度。这样，用中文论说法律与文学，便有了具体的现实问题可言，不至于无的放矢。同时，越来越多的论者将讨论扩展到视听艺术、大众传媒、性爱、身体等 “问题化” (problematization) 领域，反思西方本身的法治实践。恰好网友苗燕兄提议出版一组文学和法律方面的旧文，我就动了心。苗燕在影视界从事创作和评论多年，她的思考、实践及自我定位和法治本土化的关系，依我看正是今天法律与文学的核心问题之一。

两个问题

法律跟文学的关系错综复杂，我们可以从各个不同的角度探讨。例如作者、报社、出版社等都十分关心的名誉权官司，就是公民和法人运用法律手段干预并限制了文学创作、出版和报道 (传播) 的自由。名誉权案件昭示的权利冲突或权利配置问题，在中国法学界已经引起广泛的讨论^④。但正如上文所说，法律与文学作为激进的法理学派，关注的并非

一般而言，文学需要怎样的法律环境或作家该享有什么权利，而是如何实现以主流西方法学理论为批判对象的、有鲜明价值取向的话语权力的伸张和实施^⑤。所以，虽然近年来不少大学在本科的人文或文化课程里加进法律与文学的内容，也有许多人文社科学者撰写相关的论文，法律与文学运动的主要阵地和政治、经济、人力资源仍然非法学院莫属。

于是法律与文学研究也就相应地围绕着两个问题展开：文学中的法律和作为文学的法律^⑥。前者问的是文学作品，特别是讲所谓“法律故事”的文学文本，于法学院的学生和法律家（即 lawyers，包括律师、法官、检察官、法学教授等法律职业人士）到底有何关系？具体说就是，大凡开法律与文学课，教授都要布置学生阅读几本讲法律故事的西洋文学名著，如卡夫卡的《判决》^⑦、加缪的《局外人》^⑧；这些小说怎么读，作何解？后者问的是文学文本的写作、解释和批判技术，对法律文本的制作、分析和法律规则的操作有何用处，怎么用？下面我先分头讨论这两个问题，然后再提出质疑和对法律与文学批判的批判^⑨。

文学中的法律 (*law in literature*)

在多数传统社会，文学修养往往是上等人之为上等人的一个标志。法律家如果想跻身绅士阶级，自然也得熟读几本那个阶级喜欢谈论、引以为荣的文学作品。不过有教养的法律家，总觉得文学还可以抵法律的不足。例如文学大师笔下的众生相，对人性的本质和矛盾的追求、探讨，无疑是法律家执业所必备的知识^⑩。威格摩教授曾经报道过本世纪初芝