

D9-53

F65



“巨嘴鸟”学术之林

木腿正义

送于法信与立金学

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

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¹，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。他顺手翻开桌上的一本《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，毫未见怪。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（很可能是誊写者搀入的）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，说人要是生得早老得快才好；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

第一輯
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。末了，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，“盗贼再快，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 Sœur: *Admiranda historia de pseudo martino Tholosae damnato, etc.* Lyon, 1561.

Michel de maraigue: *Essais*, Paris, 1588. III.2, "Des boytenx."

Gaybt 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》^①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应，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