

第四辑

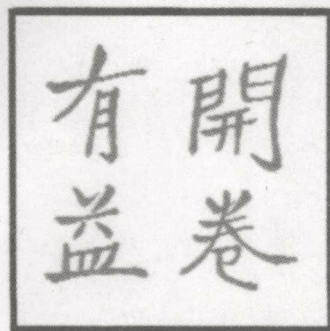
法律书评

苏力主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Gest Oriental Library
and East Asian Collections



Presented by
Princeton University Press

LAW BOOK REVIEW

法律书评

第四辑

苏力主编
张芝梅执行主编

图为普林斯顿大学图书馆藏书票
图中文字为胡适手迹

图书在版编目(CIP)数据

法律书评.第4辑/苏力主编. —北京:北京大学出版社,2006.1

ISBN 7-301-10410-3

I. 法… II. 苏… III. 法律-著作研究-世界 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 155102 号

书 名: 法律书评(第4辑)

著作责任者: 苏 力 主编

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 7-301-10410-3/D·1424

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

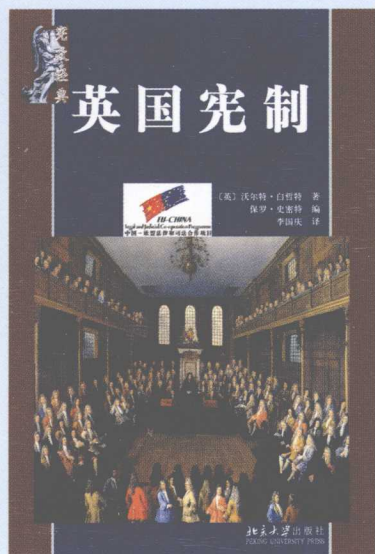
650 毫米×980 毫米 16 开本 14.5 印张 216 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 15.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究



英国宪制

[英] 沃尔特·白哲特 著

保罗·史密斯 编

李国庆 译

议会被珍视的作用根本就不是改变法律，而是防止法律被改变。而这也是它真正的用处。在早期社会中，法律要固定，这要比法律良好要重要得多。

在野蛮、痛苦、受限的生活中，不应寻找完美的立法，并且完美的立法事实上也不是被特别需要的。但是，这样的时代热烈地渴望确定性。人们应当享受自己劳动的成果、财产法应该广为人知、婚姻法应当广为人知、生命的全部过程应当被保持在一个可以计算的轨道之内，这些是早期时代的至善，是半文明状态中的人类的第一需要。

——沃尔特·白哲特

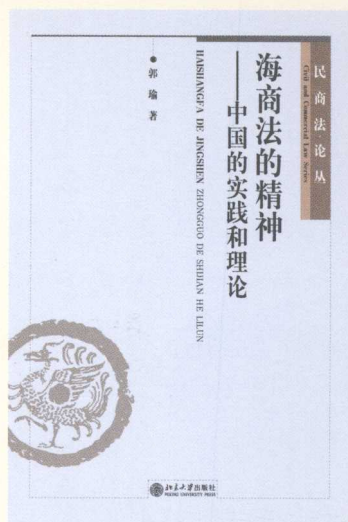


北京大学出版社 推出

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

- | | |
|---------------|-------|
| 因果关系与损害赔偿 | 陈聪富 |
| 海商法的精神 | 郭瑜 |
| 民事立法与公私法的接轨 | 苏永钦 |
| 侵权归责原则与损害赔偿 | 陈聪富 |
| 不动产登记程序的制度建构 | 李昊等 |
| 民事法理与判决研究 | 詹森林 |
| 非营利组织治理结构研究 | 金锦萍 |
| 知识产权请求权研究 | 杨明 |
| 美国物业产权制度与物业管理 | 周树基 |
| 论知识产权法的体系化 | 李琛 |
| 收养法比较研究 | 蒋新苗 |
| 中国民法典立法研究 | 谢哲胜等 |
| 中国票据制度研究 | 胡德胜等 |
| 比较担保法 | 蔡永民 |
| 英国民事司法改革 | 齐树洁主编 |
| 纯经济上损失赔偿制度研究 | 李昊 |
| 公信力的法律构造 | 叶金强 |
| 优先权制度研究 | 郭明瑞等 |



法律书评第4辑

苏 力 主编
张芝梅 执行主编

目 录 CONTENTS

卷首语

1 / 到前方去

苏 力

深度解读

2 / 法律与文学的开拓与整合

——冯象对法律与文学的贡献

苏 力

本土墨香

29 / “行动中的”与“纸面上的”

——评《宪法学》教科书“司法机构”一章

刘 忠

61 / 辩证看待违宪审查热

——读刘松山的《违宪审查热的冷思考》

邓周和军

67 / 浅评《刑法的基本立场》

付维国

异域书品

73 / 大法官的政治智慧

——从布朗案的判决中所读到的

李松锋

80 / 革命、改革与制度建设

——《旧制度与大革命》中的宪政思想评述

李志强

91 / 裁量抑或规则？

——K. C. 戴维斯《裁量正义：一个初步的考察》

高春燕

101 / 民主与正义的统一体

——读詹姆斯·戈伯特的《正义、民主与陪审团》

张剑虹

109 / 为什么国际法

——《国际公法原理》评述兼论我国研究现状

宣海林

117 / 和而不同

——读梅利曼的《大陆法系》

齐 汇

135 / 社会系统中的法律自创生

——读托依布纳《法律：一个自创生系统》

李燕涛

法律书评第4辑

苏 力 主编
张芝梅 执行主编

目 录 CONTENTS

- 143 / 网络社会的宪法政治
——评劳伦斯·莱斯格《代码》 张晓颖
- 151 / 源远流长的宪政史
——读麦基文《宪政古今》 刘 韬
- 168 / 永恒的光彩
——读《论犯罪与刑罚》 田思露
- 其人其书
- 175 / 他是这样说的
——读《也许正在发生》(兼评《道路通向城市》) 戴 昕
- 189 / 道路通向什么样的城市? 谢鸿飞
- 196 / 这就是我看到的
——评《也许正在发生——转型中国的法学》 郭晓飞
- 第一本书
- 209 / 我的第一本书 陈兴良
- 名师典藏
- 216 / 《中国法律与中国社会》 马小红
- 译事评点
- 218 / 《经济学与法律》的翻译问题 张芝梅
- 书香早识
- 225 / 《偏颇的宪法》等
- 228 / 《法律书评》稿约

到前方去

1959年,当时还算不上知名的科斯教授撰写了后来蜚声学界的《联邦通讯委员会》一文。《法律与经济学杂志》的主编迪莱克特读后认为该文虽然错了,但错得有趣,因此决定全文一字不改予以发表;交换的条件之一是,当时在弗吉利亚大学任教的科斯必须到芝加哥大学就此文作一个说明(路费和住宿则均由芝大支付)。一天晚上,在迪莱克特的家中,科斯与芝大的九位著名学者一直辩论到半夜,大家一致认为科斯错了,甚至科斯自己也怀疑自己了。这时,芝加哥学派的领袖、后来的经济学诺贝尔奖得主弗里德曼恍然大悟,他站了起来,接过了科斯的论证。在他的“机枪扫射”之下,所有的反对派都倒下了,唯一屹立的是科斯……

此后,这次辩论中科斯的另一对手,又一位后来的经济学诺贝尔奖得主斯蒂格勒,将科斯在此文中阐述的思想概括为著名的“科斯定理”,并作了极为精炼的表达——尽管科斯未必完全赞同这一表达……

说这两件学界轶事,只在于展示:学术的发展需要学界展开平等、真诚的批评和争论,需要相互的支持和欣赏,包括对真假“错误”的审美的或直觉的欣赏,有时还需要新的阐述和表达;以及身边的细小问题同样会引发学术的创造,或许更能引发切实的讨论。而所有这些都是目前中国法学界还比较缺乏的。

因此,在本刊改版之际,我们再一次表达本刊的追求:为了中国法学的繁荣和健康发展,为了中国文化的应当且必定到来的伟大复兴,我们必须持久地展开认真的学术批评,尤其是更多展开对中国学术的批评。

不是所有的努力都有成果,但也不会是所有的努力都没有结果。

我们只是要到一个叫做“前方”的地方去。

苏 力

2005年11月26日于深圳大学城

法律与文学的开拓与整合

——冯象对法律与文学的贡献*

苏 力**

不是一切努力都没有结果，
也不是一切努力都有结果；
不是最努力的就一定最有结果，
更不是努力就有一个确定的结果。

——旧作^①

冯象是近年来中国法学界，但不限于法学界，引人关注的一位学者。^② 迄今为止，他已经出版了一本译著，一本英文著作，四本中文

* 本文为提交浙江大学法学院、北京大学法学院和《中国社会科学》编辑部(2005年10月20—30日于浙江杭州)联合召开的“法律与人文”研讨会的论文。

** 北京大学法学院教授、院长，教育部宪法、行政法研究基地研究员，博士。Email: su-lizhu@law.pku.edu.cn。中山大学的刘星教授、中国人民大学的张芝梅博士、耶鲁大学的凌斌博士、北京大学博士生沈明、李国庆以及本科生戴昕等曾阅读本文初稿，并提出过一些很有价值的批评和建议。我在此一并致谢，尽管责任是我的。

① 苏力：“法学研究规范化、法学传统和本土化”，载《中国书评》1995年总第4期(文字略有改动)。

② 《政法笔记》出版后有一系列评论；例如，苏力：“从政法的视角切入”，载《文汇报》2004年3月5日，版9；刘星：“政法实践的故事——读冯象《政法笔记》”，载《南方周末》2004年4月1日；谌红果：“槛内槛外的叙说——冯象《政法笔记》读后”，载《法律书评》第3辑，法律出版社2005年版；王怡：“从‘政法’到宪法——读冯象《政法笔记》”，载《新京报》，转引自 http://www.law-lib.com/flsp/sp_view.asp?id=948，最后访问日期：2005年10月13日；陈永苗：“送美国法下乡？”，载《新京报》，转引自 http://www.law-lib.com/flsp/sp_view.asp?id=949，最后访问日期：2005年10月13日。《创世纪：传说与译注》于2004年10月出版后，很快就登上了学术类图书的排行榜(2004/11/2—11/8) (“《新京报》图书排行榜”，载《新京报》2004年11月19日)。

著作。^① 这六本著作中,除了最早的译著,有五本都关注或涉猎了法律与文学这个领域。

我曾在一些地方,针对我所关心的法律与文学的理论问题,就冯象的研究有所评论^②,但这些零散的分析评论不足以充分展示冯象的法学思考及其贡献。首先,冯象的写作领域相当广泛^③,但他的一些主要著作似乎与法律没有什么明显的外在关系,甚至他的许多著述,无论是题材还是领域,相互之间似乎也没有直接的关系。^④ 其次,冯象在法学领域的研究发现,相对于当代中国的主流法学研究,是比较新颖的。不仅他的理论思考的深度超越了许多学者,其理论命题之表达也与主流的表达方式有相当的区别,除了文学化的表达(例如寓言、隐喻)外,甚或为了追求一种有效交流,他似乎有意采取了一种距离化和陌生化的叙述论证策略,因此,令不少读者在赞美之余,又感到其著述过于凝练乃至有些艰涩,甚至“有些失败”^⑤。但是,尽管讨论的问题很广泛,但与许多专长于某一领域的法学人不同的是,冯象是一位有开阔学术视野以及系统的理论追求和融贯、深入的思考的作者。如果要理解冯象的法学思考和学术贡献,就必须把这些论著作为一个整体来考察,努力发现隐含在这一系列著述中的基本理论线索。

这就需要一种理论的构建。因此,本文的分析不是对冯象在著作中明确表达的观点的重述和归纳,而是一个读者对冯象思想的梳理和阐释。我将集中关注冯象直接涉猎法律与文学的一本半著作,《政法

① 译著:《贝奥武甫:古英语史诗》,三联书店 1992 年版;英文著作: *Intellectual Property in China*, Sweet & Maxwell Asia, 1997, 2003; 四本中文著作分别是:《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社 1999 年版;《玻璃岛——亚瑟与我三千年》,三联书店 2003 年版;《政法笔记》,江苏人民出版社 2004 年版(下文引自该书除非特别说明,仅在正文括号内标注页码)和《创世记:传说与译注》,江苏人民出版社 2004 年版。

② 苏力:“从政法的视角切入”,载《文汇报书周报》2004 年 3 月 5 日,版 9。以及《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,三联书店 2005 年即将出版。

③ 注 2 所列冯象的书及其内容,都是证据。但常为人们忽视的一点是,冯象其实还是法学界最早展开严肃学术批评的学者之一。他对龚祥瑞先生主编的《法治的理想和现实》以及对郑成思先生的英文著作《中国知识产权的实施:主要案例与评论》的批评(均见于《木腿正义》)不仅有理有据,锋芒犀利,是严格的学术批评,而不是学术道德或政治的批评;最重要的是,批评的对象都是当时或当今中国法学界的顶尖人物。这一点在法学界是开了先例的。

④ 例如,《玻璃岛》和《创世记》。

⑤ 例如,苏力:“从政法的视角切入”,载《文汇报书周报》2004 年 3 月 5 日,版 9。湛红果:“槛内槛外的叙说”,载《法律书评》第 3 辑,法律出版社 2005 年版。

笔记》和半本《木腿正义》，偶尔，我也会涉猎《玻璃岛》和《创世纪》。我还不打算展开讨论冯象研究的一些具体结论或他的评论，而只是试图在中西的法律与文学研究中，讨论冯象的贡献以及不足。这种建构自然难免误解，甚至可能有某些强加。尽管如此，我还是认为这一工作是值得的。它将不仅系统化冯象的学术贡献，而且就这种系统化本身，对于当代中国法学研究和学术批评也会具有某种示范的意义。

一、双重语境

要理解一个人的学术贡献，必须将之置于一个学术传统或学术语境中。

由于历史的原因，对于冯象来说，乃至对于与他同代中国法律人来说，这个学术语境一定是双重的。一是冯象与我们的研究和写作共同分享的当代中国法学语境，在转型中国社会中正在发展并不断回应社会需求的法学传统。对于本文的读者来说，这个语境是我们熟悉的，尽管由于过去近三十年的改革开放，今天中国的法学语境在一定程度上已经同国外的法学，近年来特别是美国的法律和法学，交织在一起。外国法学不仅构成了中国法学发展的一个重要背景，同时也是刺激中国法学想像力的一个重要来源。^① 但我不打算从分析这个传统的现状切入，否则会使本文离题万里。但必须在此提一笔的是，冯象的学术首先是在这一传统中展开的，并汇入了中国当代法学的传统。

作为本文实质分析的切入口是冯象置身的另外一个传统，一个更为具体的语境，即美国的法律与文学这个领域。冯象在美国学习生活多年，广泛游走于各个学术流派，在我看来，对冯象法律学术思想影响最大的是批判法学^②；但由于他之前的学术训练和背景，有学术贡献的却是在法律与文学的领域。鉴于法律与文学总体而言不为中国学者所熟悉，要看清这一点，并经此进而看清冯象在当代中国法学语境中

① 有关过去二十多年来法学著作的中文翻译一个回顾，可参见苏力：《也许正在发生——转型中国的法学》，法律出版社2004年版，第3章。

② 参见后文冯象相关注释以及相关正文。此外，冯象对法律经济学也是熟悉和了解的（《木腿正义》，页2）。

的意义,因此,我就必须,尽管在其他地方我已经有所介绍^①,再次简单勾勒美国法律与文学这一领域的现状。

法律与文学是1970年代初期在美国兴起的一个学术运动。^②经过三十多年的努力,到目前为止,这一领域大致形成了四个亚领域。第一是“文学中的法律”;主要研究文学作品中的法律故事,探讨其中隐含的一般性的和部门法的法理问题。在我看来,这方面的研究成果是最具启发性,并且成果最丰富的。^③第二是“作为文学的法律”;这又可以分为几个方向,一是研究司法判决书和法律故事,将之视为一个文本,研究其中的修辞和结构;另一是在法律解释中适用诸多文学解释理论,试图发展一种统一有效的法律解释理论。第三是“有关文学的法律”;这主要涉及有关文学的言论自由、诽谤侵权和知识产权问题。这其实是一个涉及文学作品规制的传统法律领域。第四是“通过文学的法律”。除了强调文学作品的教化作用外,这一领域主要试图运用文学的手段来强化法律的表达,“从分析转向叙事和比喻”,作为一种新型法学文献的基础。^④按照波斯纳的分类,其中大致可以分为叙事体法学和有关司法的传记作品两类。

这四个亚领域都取得了重大进展。但法律与文学运动存在一些重大缺陷或疏漏。

首先,法律与文学直到目前为止基本还只是一个领域,缺乏一种有效的理论整合。“文学中的法律”的主要分析框架往往是传统的法理学和广义法社会学(law and social sciences);“作为文学的法律”主要倚重的是文学批评理论和解释学;“有关文学的法律”借助的则主要是传统的法律教义学和法理学;而“通过文学的法律”则主要倚重了叙事学和修辞学。因此法律与文学是一个非常松散的领域,目前还无法作为一个学科来发展。尽管法律与文学当年是要抵抗法律经济学,但如今法律经济学的解说甚至在一定程度上侵蚀了法律与文学的领

① 苏力:“孪生兄弟的不同命运”,载《比较法研究》2002年第2期。

② 参见波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社2002年版,特别是“引论”。

③ 波斯纳在增订版《法律与文学》中第一编“文学中的法律”就占了全书一半篇幅,而讨论其他三个亚领域的三编占了另外一半。

④ 参见波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社2002年版。

域。^①而且,随着文学的边界扩展,包括了各种艺术,这个领域变得几乎日益松散,越来越难整合。在美国,如今有一些法学院甚至设立了法律与表演的课程。^②若继续下去,就可能成为一个大杂烩。

其次,法律与文学的某些选择后来被证明是失误的,没有发展前途,并且已经,或很快,会消亡。已经证明的是运用文学解释理论来解释法律的努力。^③看来不会有前途的则是现在的“通过文学的法律”中的法律叙事学。因为,无论这种文学表达多么高超,从长远看来,都无法作为一种学术来发展,文学表达是高度个性化的,表达的内容也千奇百怪,各个表达之间很难有一个统一的框架来予以通约,难以比较,因此,很难说未来会有什么理论上的推进和发展。

再次,文学的高度地方性使得法律与文学的研究成果很难在不同文化之间予以借鉴和利用。法律与文学,特别是“文学中的法律”和“通过文学的法律”,往往涉及解说或写作具体文本;这些文本数量众多,各有文化背景,表达也高度个性化,不仅外国学者一般无法参与,本国学者也常常没有时间通读,一旦各自阅读的文本不同,相互之间必然无法展开有效讨论,许多所谓的研究因此不可能有一般的理论意义,也更难在不同文化间推广展开。法律与文学的研究就很可能局限于学者专家之间自娱自乐。

法律与文学作为一个学科面临着挑战。而在我看来,尽管一直针对的是中国问题,自觉置身于正在形成和发展的中国法学传统,冯象近年来的学术实践却自觉不自觉地为一领域,特别是当代中国的法律与文学研究和发展,创造了一种新的可能。

二、自觉的实践

在当代中国,冯象的学术实践经历使得他在法律与文学领域具有,就总体而言,任何其他法学学者都无法相比的优越学术能力。自幼的家庭教育背景使得他在进入大学之前,不仅爱好文学,熟悉大量

① 苏力:“孪生兄弟的不同命运”,载《比较法研究》2002年第2期。

② 冯家明:“提高表达能力,改善法庭形象:美国律师纷纷学表演”,载《环球时报》2005年8月19日,页22。

③ 参见波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社2002年版,页II。

中西文学作品,最重要的是,与当时相当多的文学青年相比,他已经有一种学术的兴趣。^①“文化大革命”结束后,他先后在中国和美国诸多名校经受了严格、系统的英国文学和法学的训练,不仅熟悉西方文学作品和西方文学批评理论、解释理论,对法学理论也有颇多的理解。自耶鲁法学院毕业之后,他一直在香港和美国从事知识产权法的教学和法律实务,因此长时间从事了“有关文学的法律”。冯象本人从事过文学创作,至今仍不时有少量文学评论。^②事实上,即使他近年的一些著作也仍然有文学创作的因素,例如《玻璃岛》关于亚瑟王传说的研究,以及他对《圣经》的重译和写作。这些著作不时会涉及法律问题,因此可以说是“通过文学的法律”。此外,许多学者——无论法律门槛外的读者——都感到,即使冯象的一些比较纯粹的法学论文,其叙述也带着一种很特别的味道,其意象、语言表达乃至文章结构方式都非常“西化”,与当代中国的其他法学学者有相当明显的区别。

这些因素使得冯象的研究代表了当代中国法律与文学研究的最高水平。表现的领域非常广泛。让我列举一些,

文学中的法律。对于中文学术圈来说,冯象不仅是最早并且“可能是最系统的”涉猎这一领域的中文作者之一^③,而且从一开始,由于他的学术功底,他的研究就更为深入、细致并且自觉。一个例子就是他的“秋菊的困惑和织女星文明”一文。^④此文是对我的《法治及其本土资源》^⑤的书评,但同样分析了我在书中分析过的电影《秋菊打官司》。冯象的分析是理论的和学术的;他根本没有关心许多学者曾借着这部电影展开的有关法治的意识形态争论和宏大话语^⑥,他关心的是秋菊之困惑的社会、历史和意识形态建构。因此,如果说我是无意

① 《玻璃岛》,页167;《政法笔记》,页274。

② 例如对小说《废都》以及华裔美国诗人哈金诗作的评论。均见于《木腿正义》,页198以下。

③ Zhang Wanhong, “Symposium: Failure of the Word: The Orphan of China: Law and Literature in Contemporary China”, 26 *Cardozo Law Review* 2497, 2005, p. 2507.

④ 冯象:《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,页18—26。

⑤ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

⑥ 例如,江帆:“法治的本土化与现代化之间——也说秋菊的困惑”,载《比较法研究》1998年第2期;李立泉:“法律资源不必‘本土化’”,载《中央政法管理干部学院学报》1998年6月;以及谌洪果:“秋菊在路上——也说《秋菊打官司》”,载 <http://www.dooranddoor.com/news/32/200567201237.htm>。

间闯入了法律与文学领域,那么冯象则是有备而来,并且视野非常开阔(此文还讨论了一部美国电影《接触》)。事实上,冯象的几乎每一个重要研究都大量触及了西方文学文本。

作为文学的法律。如前所述,美国学者在这一领域本来试图将文学的解释方法运用于法律,把法律事件视为文学故事,或是把法律文本视同文学文本;并且一直到20世纪90年代初,都还比较“热”。^①冯象没有踏上这条后来证明是没有前途的法律解释之路,一种看起来很创造性但骨子里非常技术化的道路。从接受美学或读者反应理论的——一种在我看来实际是社会学的——视角出发,文学阅读和理解都已经被视为一种读者的活动^②,而延伸到法律上,由于直接的利害关系,很自然,法律的解读就更可能成为法律解释者的一种策略选择。冯象认为,由于法律的实践特点,因此,法律文本和立法者意图之间原来具有的关系实际上被消解了,法律的解释无法还原或固定立法的原意,相反解释要不断参照阅读在先的其他解释,在无穷尽的阅读延宕中获取正当性和权威性的资源。^③但冯象并没有因此走到“作者死了”和“意义消解”这一点。从福柯有关作者的社会功能主义视角和分析^④中获得启发,冯象提出了作者、立法意图以及诸多法律关键词的在社会中的制度功能:分类和驯服。例如,全国人大的立法不论其实际重要性和效力如何在法学中统称为“法律”,而国务院各部委制定的成文法不论其实际效力如何则只是“规章”,这里的“作者”不仅起了分类作用,指挥了法条主义法学家和法律家的想象,更重要的是这意味着一种权力关系和驯服。尽管冯象在这一方面没有展开细致的讨论,但这些分析都为法学研究,特别是法律解释的研究提供了一种新的可能。

冯象还敏锐地指出,“在前‘现代’和非西方的法律传统中,法理的要义几乎总是糅合着比喻和叙事而阐发的”,法律文本上的策略“都少不了讲故事”^⑤。而正因此,冯象的许多文章都坚持实践了这种作为文

① 例如, Sanford Levinson and Steven Mailloux ed., *Interpreting Law and Literature, A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, 1988.

② 费什:《读者反应批评:理论与实践》,文楚安译,中国社会科学出版社1998年版。

③ 冯象:《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,页21。

④ Michel Foucault, “What is an Author?” in *Foucault Reader*, ed. by Paul Rabinow, Pantheon Books, 1984.

⑤ 冯象:《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,页19。

学的法律。在关注当代中国法律/社会问题的前提下,冯象充分利用他对前现代文学故事和解读策略的熟悉,将当代中国的法律问题同前现代故事勾连起来,展示了对这些法律事件的一种“文学的”解读。典型的如“性贿赂为什么不是贿赂”中对“法律不干涉性道德”的解读;在“所多玛的末日”对区分道德责任与法律责任的解读,以及关于正义女神的研究(“程序是正义的蒙眼布”)。^①

有关文学的法律。冯象在这方面的研究最多。除了《中国的知识产权》这本教科书外,他撰写一系列短文讨论与知识产权直接相关的或是与广义的言论表达自由相关的法律问题。例如在“案子为什么难办”中,批评了我的一篇文章^②中将言论自由视为优先的观点,认为当——比方说——言论自由与私隐权发生冲突之际,裁判者的任务是“针对具体的利益矛盾考虑权利配置的策略”,“以权利的名义划分双方背后斗争着的势力的消长范围”(页32以下)。又比如关于“孔夫子的名誉权”,关于通过文学作品诽谤(“诽谤与创作”)以及关于色情作品(“小头一硬,大头着粪”)等文章都讨论了文学作品的法律规制问题(页191—210)。此外,冯象还撰写了一批看上去仅仅有关知识产权的论文,例如关于鲁迅的肖像权,关于版权制度以及关于盗版侵权问题等(页58以下)。其实这些文章具有较多的迷惑性,如果仅仅将之视为有关文学的法律,会很不充分,我会在下一节指出其中的其他理论寓意。

通过文学的法律。这主要是一个实践问题。其系统的努力,如《玻璃岛》和《创世纪》,尽管其中涉及的并不仅仅是甚或主要不是法律的问题。但在其他直接讨论法律的著述中,冯象也一直注意文学的表达,注意故事性、意象、隐喻和叙述风格。例如,“从前没有律师的时候”就像是(或就是)一则寓言(页7—9),而“送法下乡与教鱼游泳”中教鱼游泳的意象(页129)也令人余味无穷,这些都获得了学人的好评。^③

① 均见于《政法笔记》。

② 苏力:“《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

③ 刘星:“政法实践的故事”,载《南方周末》2004年4月1日;王怡:“从‘政法’到宪法”,载《新京报》,转引自 http://www.law-lib.com/flsp/sp_view.asp?id=948;谌洪果:“槛内槛外的叙说”,载《法律书评》第3辑,法律出版社2005年版。

据此,可以说冯象是最自觉地从事了法律与文学研究的一位研究者,并且他的研究涉及该运动的每个亚领域。

但如果因此认定冯象只是一个法律与文学运动的移植者或进口商,那就是大错特错了。^①如同我一开始就指出的,中国法学语境不仅是冯象无法摆脱的,事实上也是他自觉追求置身的。只要看一看冯象的法律与文学研究,尽管有许多西方的资料和表达,却完全不像一些看起来很“本土”的法学著述——标准的外国设计(理论或理念),中国材料(问题和解决方案)。促使冯象提出问题和写作的都是中国的问题。“性贿赂”一文中运用了西方的文本,但是性贿赂却是近年中国引发人们关注的问题;正义女神来自西方,像章学也是西学,但讨论的核心问题则是中国近年来争执很多的程序和程序正义问题。冯象交杂使用了中西的材料,但他完全不是那种在中国炒外国,在外国炒中国的学者。其次,冯象的著作中运用的大量西方文学艺术材料不只是肤浅、粗略或流行的,《大宪章》或《安提戈涅》,波斯纳、霍姆斯、丹宁、德沃金或博登海默等;他使用的一些西文材料即使在美国的法律与文学的研究中恐怕也属首次,例如“性贿赂为什么不算贿赂”中涉及的皮普斯日记(页101以下),例如关于正义女神的像章学(页144)。不仅材料新,而且思路也是新的。冯象赞同法治,但没有将之高度意识形态化,相反总是持一种冷静的态度,对那些高调的“大词”或“说法”甚至不时予以简洁、机智、辛辣且令人警醒的揶揄。^②他没有学术贩子的那些学术政治策略的考虑。他的研究领域是确定的,他的关切从整体来说,是人类的,只不过触媒是中国的经验。

然而,最能说明这一点的则是,冯象对法律与文学的两个亚领域做出的——也许是不自觉的——贡献。

① 确有学者有这样的误解,请看陈永苗:“送美国法下乡?”,载《新京报》,转引自 http://www.law-lib.com/flsp/sp_view.asp?id=948。

② 例如,对法治,“一旦地狱建成法治,下不下地狱便无所谓了”(《政法笔记》,页9);对程序正义,“程序越是精巧繁复,贪官污吏约有可乘之机”(《政法笔记》,页157);对于法律职业,“法律[……]还在努力学习争取成为资本的语言和权势的工具”(《政法笔记》,弁言,页3);对法学教育,“美国直到帝国主义的初级阶段,考律师也不要求法学院学历”(《木腿正义》,页7);对普法,“教鱼游泳”,“法官……是建设法治的先决条件和必然产出,是社会法治化以后我们大多数人的名字”(《政法笔记》,页70,129;又请看《木腿正义》,页24)。