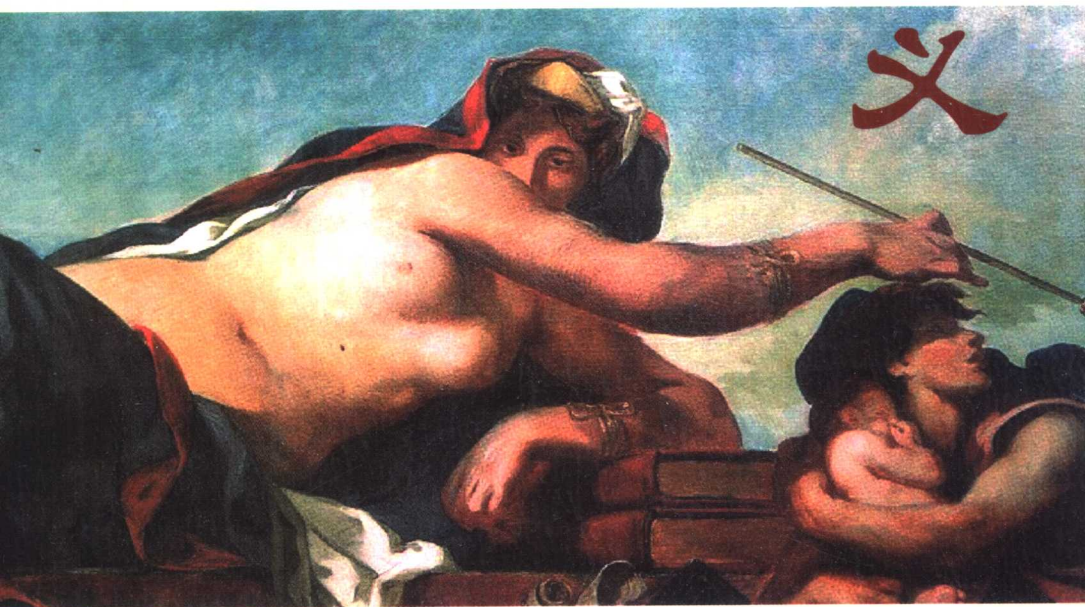


WOODEN-LEGGED
JUSTICE

木腿正义

冯象
著



Revised and enlarged edition

增
订
版



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

增订版

木腿正义

冯象 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

木腿正义 / 冯象 著. —北京: 北京大学出版社, 2007.1

ISBN 978-7-301-11404-9

I. 木… II. 冯… III. ①法律—文集 ②文学评论—世界—文集
IV. ①D9-53 ②I106-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 155232 号

书 名: 木腿正义

著作责任者: 冯象 著

责任编辑: 杨剑虹

装帧支持: 智识书坊 ideobook@gmail.com

标准书号: ISBN 978-7-301-11404-9/D·1654

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://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62117788 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京市宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

880mm×1230mm 32 开本 10.5 印张 275 千字

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 4 月第 3 次印刷

定 价: 26.00 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, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 **电子邮箱:** fd@pup.pku.edu.cn

目 录

增订版前言	1
第一版前言	3
法律与文学(代序)	9

上 编

木腿正义	37
法文化三题	44
秋菊的困惑和织女星文明	52
“生活中的美好事物永存不移”	60
鸡生蛋还是蛋生鸡或中国干人权何事	66
法学的理想与现实	76
一九九七年香港知识产权法改革与台商权益	86
功亏一簣	96
论证过程中论据的真实性和相关性	113
法学方法与法治的困境	118
我是呆账我怕谁	134
推荐书目、编案例与“判例法”	141
贵得肆志,纵心无悔	147
临盆的是大山,产下的却是条耗子	155
为什么“法律与人文”	162
致《北大法律评论》编辑部(二)	168

下 编

- “他选择了上帝的光明” 173
“去地狱里找他爸爸” 198
“神不愿意，谁守得贞洁？” 218
脸红什么？ 242
“奥维德的书” 250
墙与诗 269
大红果果剥皮皮——好人担了个赖名誉 279

没有人知道，也没有人尊崇地纪念 284
“蜜与蜡”的回忆 292
通过写作，加入前人未竟的事业 301
向“思想史上的失踪者”致敬 308
致友人 313
日记一则 315
西洋人养 cow 吃 beef？ 317
雅各之井的大石 319

增订版前言

《木腿正义》初版印数不多，三千，似乎面世不久就脱售了，一直未重印。常有读者来信问起。现在终于再版，趁机做了四件我认为要紧的事。一是订正手民之误。我的原稿是手写的繁体字（小时候临帖养成的习惯），输入排版容易看错。这次请南京大学杨君全强帮助，整理了一份简体字 Word 稿，修订和编辑都方便了。二是找了三十多幅插图，增加阅读趣味，同时也希望对读者理解或欣赏书中论及的一些政法策略、神话传说和外国文学作品有所启迪。

第三，添加新的内容。我素来不爱作“孤文”，老觉得书稿计划外的零星文字犹如下围棋走出孤子，是“子力”不足甚至“恶手”的表现。可是习惯挡不住形势，每年都会“破例”写上几篇。五月底长周末（阵亡军人纪念日），把近年发表的孤文捡拢来看了一遍，发现多数可同《木腿正义》的两个题目法律跟文学衔接。于是有了“增订版”的想法。体例不变，仍旧分上下编，上编研究法律（包括法律教育、法学方法），下编讨论语言文学、宗教神话等。这样，一共增补了十五篇，在目录中以一空行跟初版的文章隔开。而全书的内容，自一九八七年迄今，恰好二十年，大略可算一份读书心得和思想轨迹的记录。

第四，旧文的缘起，初版没有说明，我想应该补上。上编开头的四篇，原载《读书》杂志，是沈公昌文先生和赵丽雅（扬之水）女士多次来信关心督促的结果；回头再看，有点像《政法笔记》的预习。《鸡生蛋还是蛋生鸡》等五篇，先后发表于（英文）《香港法律学刊》、《二十一世纪》、《中国书评》、《北大法律评论》和《中国文化》，侧重法学方法。下编《他选择了上帝的光明》等六篇，本是为郑培凯教授创办的《九州学刊》作的书评。《九州》可能是八十年代海外华人学界惟一的汉语人文学刊，郑先生把在美国大学执教的前辈学者几乎全请到了。他们也大力支持，不仅赐文争鸣，还多次在哈佛燕京礼堂以学刊名义举办讲座；记得有王浩、张光直、杜维明、余英时、许倬云、高友工、张充和与傅汉思先生。李耀宗老师把我介绍给郑先生。我问郑先生写什么好，他说缺书评。我就写了五篇一组，借书评的形式，结合当时在哈佛的学习，介绍一点欧洲中世纪文学和晚近的研究。写到第六篇（评友人哈金的诗集），考取了法学院，才停了笔。

新增添的文章，写作背景各篇自有交待，此处不赘。

除了上述诸位友人和各篇尾注提及的法学界同仁，我还要特别感谢彭伦、陈佳勇、汪庆华、沈明四位先生，谢谢他们就拙著《玻璃岛》、《政法笔记》和《创世记》所做的采访。彭伦先生另有一篇《创世记》采访，已经收在我的新书《宽宽信箱与出埃及记》（北京三联，2006），这儿就不重复了。

内子抽空通读了全书，并提出若干修改意见（但尽量不动原稿文字和语气），使得增订版增色不少。

最后，这本小书也是对所有那些“没有人知道，也没有人尊崇地纪念”的高贵灵魂的一个纪念。

二〇〇六年六月于麻省新伯利港铁盒斋

第一版前言

编这本书是中山大学刘星教授的主意，靠苗燕兄热心张罗，出版社舒宝明女士大力协助，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），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 Henry 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——当然是开玩笑。

第二位也是北大西语系的教授：先师杨周翰先生。杨先生念北大外文系时就是出名的才子。给我们开的课是“十七世纪英国文学”，从钦定本《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《埃涅阿斯记》等罗马文学尤感兴趣。《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，岂可原汁原味端出？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、史诗的现代英语译者阿尔弗雷德（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演唱传统，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。他二十九岁申请哈佛终身教席（tenure），一星期赶出四篇论文便万事大吉，从此无须为学术烦恼。而现在的助理教授，孜孜矻矻好多年，憋出两部没人看的专著，还保不准被撵到在他这个“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，就再没有遇上那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，十三岁进大学，您敢学法律？十七岁法律系毕业，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，考律师也不要求法学院学历。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（知识产权领域这问题尤其突出）。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）。

一九九九年六月于香港豫苑

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，不就是照着我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。因其批判性立场，论者更愿意把它称作一场“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，而把他编的一本教材《法律的想象》（1973）尊为该运动的奠基之作。¹但直到八十年代中，“法律与文学”在美国法学院才站住了脚跟，并逐渐向英国和其他普通法国家的法学院传布开去。²

我是一九八九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”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”学报《卡度佐法律与文学研究》（*Cardozo Studies in Law and Literature*）。而在耶鲁（记得也是威氏的母校），则刚刚出版了由学生主编的《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。于是我恰好赶上了这运动开始兴旺发达的时候。

大约因为我的文学兼法律的背景，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七十年代“批判法学”而起，以批判在美国法学院占主流

¹ James B. White, *Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown & Co., 1973. 以下带引号的“法律与文学”特指学派或运动，以与普通名词区别。

² 波斯纳法官认为，八十年代中替“法律与文学”运动打开局面的有五本书，即：Robert Ferguson, *Law and Letters in American Culture*, Harvard University Press, 1984; Richard H. Weisberg, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, Yale University Press, 1984; J. B. White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, University Of Chicago Press, 1984; J. B. White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Wisconsin Press, 1985; Brook Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge University Press, 1987. 见 Richard A. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988, pp. ix, 13. 关于八十年代该运动的发展，参见 Brook Thomas, “Reflections on the Law and Literature Revival,” 17 *Critical Inquiry* 510-537 (1991); C. Dunlop, “Literature Studies in Law Schools,” 3 *Cardozo Studies in Law and Literature* 63-110 (1991).

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（只是按时跟几个经济学家聚餐，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）等法国后现代主义思潮的影响，学术游戏的“玩”味极浓，跟我所关心的中国的法制改革很难“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斯纳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（1998），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，运动本身也分化了。其左翼与女权主义和族裔研究合流，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（以及大多数非西方社会）的传统的社会控制策略和政法实践所要求的人们对文学同法律的态度。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，将反思西方本身的法治实践推到了运动的前沿。

所以，当苗燕兄来信，提议结集出版我谈论文学和法律的旧文，我就动了心。苗燕在影视界从事创作和评论多年，她的思考、实践及自我定位跟法治本土化的关系，依我看，正是今天“法律与文学”的核心问题之一。

³ Richard A. Posner, *Law and Literature*, revised and enlarged ed., Harvard University Press, 1998.

两个问题

法律同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、法人或社团组织运用法律手段干预并限制文学创作、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因此，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和文学的内容，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”的研究也就相应地围绕着两个问题展开：文学中的法律（law in literature）和作为文学的法律（law as literature）。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（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》（*Der Prozess*, 1913）⁷，加缪的《局

4 例如苏力：《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》，载《法学研究》1996年第3期；张新宝：《言论表述和新闻出版自由与隐私权保护》，载《法学研究》1996年第6期。参见苏力的另一篇论文：《秋菊的困惑和山杠爷的悲剧》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。该文的附录《从文学艺术作品来研究法律与社会》讨论了“以文学艺术作品为素材进行法社会学研究的可能性”（第37页）。

5 所以波斯纳《法律与文学》（1998）第四部分对诽谤和版权的讨论，尽管也是法律经济学的路子，通常是不受批判的。

6 参见 Ian Ward, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995.

7 中译见《卡夫卡小说选》（孙坤荣等译），人民文学出版社1994年版。