

第五辑

法律书评

苏力主编

第五卷

法律书评



LAW BOOK REVIEW

法律书评

第五辑

苏力主编
张芝梅执行主编

图为藏书票被缚的普罗米修斯

图书在版编目(CIP)数据

法律书评.第5辑/苏力主编. —北京:北京大学出版社,2007.6
ISBN 978-7-301-12464-2

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(2007)第093067号

书 名: 法律书评(第5辑)

著作责任者: 苏 力 主编

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 978-7-301-12464-2/D·1804

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 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 16印张 256千字

2007年6月第1版 2007年6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,侵权必究

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

法律书评第5辑

苏 力 主编
张芝梅 执行主编

目 录 CONTENTS

深度解读

- 1 / 评“苏力评冯象” 李斯特

本土墨香

- 17 / 《名公书判清明集》中的逻辑问题 胡 凌

- 28 / 原来法律也可这般“戏说”
——评《法律与文学：以中国传统戏剧为材料》 方 鹏

- 37 / 中国法律近代化历程之新叙述
——评强世功的《法制与治理》 陈柏峰

- 56 / 社会学大师眼中的法律
——《乡土中国》中的法律观 胡欣诣
黄永锋

- 70 / 从边缘处发掘真实世界的隐秘
85 / 儒家礼法思想的理想类型解读
——《知识、信仰与超越》评介 杜 金

异域书品

- 89 / 政治——法律互动的国际视阈
——熊玠《无政府状态与世界秩序》述评 喻 锋

- 100 / “二元角色”认知框架下的律师
——评《诉讼掮客：律师与普通诉讼》 鄢本强

- 108 / 专业化的行为证据分析艺术
——《犯罪心理画像》掩卷余味 谢 杰

- 114 / 财产理论的多元主义视角 彭诚信

- 122 / 反潮流的历史之声
——《论立法与法学的当代使命》以及
作为对照的语境论 金自宁

- 140 / 法律移植中的制度选择标准
——关于《比较法律经济学》 宁红丽

- 145 / 论《公法与政治理论》的方法论意义 魏 迪

法律书评第5辑

苏 力 主编
张芝梅 执行主编

目 录 CONTENTS

- 155 / 《法理学的范围》抑或《法理学范围之确定》
——兼与刘星先生商榷 张 帆
- 163 / 民主时代如何认识大共和国代议制方案？
——托克维尔与联邦党人的对话 白 麟
- 172 / 揭开美国制宪会议的面纱
——“辩论”成功的法则 李松锋
- 186 / 重新认识哈特
——《哈特的一生：噩梦与美梦》读后 胡永恒
- 其人其书**
- 199 / 中国乡村的法秩序 邓建鹏
- 206 / 现实的历史与历史的现实 刘志松
- 第一本书**
- 213 / 我的第一本书
——对“坚持”和“创新”的一点体会 朱景文
- 名师典藏**
- 220 / 作为中国发展的中国农村
社会保障制度 苏 力
- 223 / 探求中国传统法 高旭晨
- 译事评点**
- 235 / 认真地对待翻译
——《法理学问题》译评 刘 红
- 书香早识**
- 250 / 《人民——真实的抑或虚构的主权者》等
- 253 / 《法律书评》稿约

评“苏力评冯象”

李斯特*

题目图好玩,缘起于苏力老师在《法律书评》(第4辑)上的文章《法律与文学的开拓与整合——冯象对法律与文学的贡献》^①(以下简称《整合》),但有点不知天高地厚。好在自己知道自己,从没有过敢与这二位并列的意思。尽管《整合》一文已经读过数遍,但动笔之前又看了一遍后,心中颇有点怯怯,我的那点东西,值得说吗?想起冯象老师说的,做学问要跟权威较劲,法学院的可以从苏力老师开刀。^②借上面的话壮胆,还是上路吧。

我认为,苏力对冯象思想的梳理和阐释是中肯和深入的。基于其本人对法律与文学的研究,以及对冯象作品的熟悉,苏力准确地指出,由于学兼中西,身处中西,冯象超越了滥觞于北美大陆的法律与文学运动,将中国语境带进我们的视野,开拓和重构了法律与文学的疆域。这些都无需赘言,本文将聚焦于《整合》的第五、第六部分,针对苏力的若干观点进行评述,并提出我的看法。

《整合》第五部分认为,冯象的努力可能为法律与文学研究提供一个新的整合框架,但这个整合框架的基础不是文学,甚至也不是法学,

* 北京大学法学院 2005 级博士生。

① 苏力主编:《法律书评》第4辑,北京大学出版社2006年版,页2—28。以下凡引自此文,只在正文括号内注明页码。

② 冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社2004版,页251。

而是一种广义的社会学或法律社会学(页18—21)。首先的问题是:所谓“广义的社会学或法律社会学”究竟是什么?苏力认为,“作为文学的法律”的理论前景,在中国的语境里尤其不被看好。他更为看重的是“文学中的法律”,而且很大程度上接受了波斯纳的进路,也就是他在《整合》第五部分中所提出的运用广义的(法)社会学(包括法经济学)的理论框架整合的“文学中的法律”。^① 我以为,《整合》虽然没有给出广义(法)社会学的清晰界定,但从第五部分对冯象和波斯纳的比较以及苏力有关法律与文学的作品可以看出,广义的(法)社会学与历史唯物主义有亲缘性,“力图在社会生产力水平、经济基础、社会结构中考察文学作品中反映出来的法律制度问题,考察法律与文学在社会中的关系格局”,包括对新制度经济学、信息经济学和社会生物学、心理学的运用和倚重。这些都为苏力所身体力行。^② 因此,所谓广义的(法)社会学也就可理解为狭义的(法)社会科学,即不包括广义的社会科学中的人文科学。^③ 它的提出,也就需要社会科学和人文科学的分殊作为预设。这一说法隐隐透露了苏力重社会科学轻人文科学的倾向,他把传统的文学理论文学研究排除在广义的社会学之外,更看重社会生物学、心理学和经济学此类带有自然科学气息的社会学科。写到这里,我得马上加以解释,否则有人会认为我指出苏力的研究缺乏人文关怀。完全不涉及这一点,我们讨论的是方法。

根据这一概括,苏力把冯象的研究归为广义法社会学的根据是:冯象是在宏观地考察法律和文学现象。理论来源不同,但都可归为一种广义的社会学视角;从总体上看,其结论都是一种社会学的概括;他想回答的是转型中国社会的问题,而不是一般的文本问题;他关心后果,不注重语义,这是社会科学的论证逻辑(页19)。不过苏力明确地指出,这是一种理论的构建,是一个读者所理解的冯象,而不是冯象本人(页3、4)。即便如此,我认为,回到文本,寻找另一个冯象,依然是展开讨论的首要出发点。冯象曾言:“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

① 苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,三联书店2006年版,页19—29。

② 同上书,页4、35、36。

③ 因为社会科学有时相对于自然科学而言,有时相对于人文科学而言。本文将前者称为广义的社会科学,后者称为狭义的社会科学。

经济学家聚餐,知道他们的口味及胃口好坏而已)。”^①他还说过:“法律社会学我是外行。”^②这两处虽然有谦逊的成分,但还是大致表明了冯象的学术兴趣和着力点不在法律社会科学上。还有,他曾提到:“苏力对基层制度或权力关系‘边缘地带’的关注,特别是他的理论分析的‘进路’,常常在具体办法(着重号为笔者所加)之上给我启迪。”^③冯象遣词用字的精炼是人所熟知的,他在“给我启迪”之前的状语“在具体办法之上”不会是无的放矢,而应该有所强调。我的理解是冯象清楚地了解他和苏力在整体进路上的距离,而我们知道,后者的整体进路正是广义的(法)社会学。

这些当然还不能有力地挑战《整合》第五部分的论断,因为苏力所言说的是他构建或整合的冯象,他认为,冯象很可能是不自觉地采取了社会学的进路。但我们至少可以初步判断,整体进路的差异,肯定将影响到二位学者对待法律与文学的态度。

还有一点需要发问。文章的题目是《法律与文学的开拓与整合——冯象对法律与文学的贡献》,苏力在文章开头将分析对象主要界定为冯象的一本半著作——《政法笔记》和半本《木腿正义》(页3、4)。这一本半著作的部分内容确实直接涉猎法律与文学,却不是法律与文学的专著。苏力对此没有更多地说明。苏力可以辩称,他在涉及这一本半著作时只引用和法律与文学相关的篇章内容。但我们看到,篇章不能独立于全书,从前面所引的把冯象的研究归为广义法社会学的根据来看,苏力的举证还是可能从这一本半文本的整体中“不当得利”,因为当讨论方法的时候我们常常是从整体着眼的。如苏力认为,冯象真正想回答的问题不是一般的文本问题,而是转型中国社会的问题,最重要的证据是《政法笔记》这一书名。但《政法笔记》只是部分涉猎而非全部关于法律与文学。冯象在弁言中道得明白:“谈谈新旧政法体制衔接转型中的一些法律问题。”^④这样,《政法笔记》当然更倾向于成为苏力的证据,宏观地考察法律和文学现象,采广

① 冯象:“法律与文学(代序)”,载《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,页9。

② 冯象:“秋菊的困惑与织女星文明”,载《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,页19。

③ 冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,页117。

④ 同上书,页2、3。

义的社会学视角,关心转型中国社会的问题,等等。但这似乎不应全归到法律与文学的头上。

既然证据不是绝对妥当,我们也大可另觅归宿。我认为,冯象的法律与文学,在整体方法上更应归入“法律的文化研究”(这截然不同于早期的法律文化的研究,和法律与文化的研究^①)。这里说的“文化研究”,是一专门术语,指称源自法兰克福学派的一个学术潮流。文化研究的研究对象和研究范围庞杂,也缺乏统一的方法,不是严格意义上的学科,但它还是有着一些可辨的特征。首先,它的方法取向具有策略性,是自我反思的与语境取向的,文本分析、语义学、解构、社会科学的统计分析、人类学的田野调查、心理分析等都可以成为文化研究的分析工具;其次,文化研究集中关注文化与其他社会活动领域之间的联系,要阐释文化与社会之间的关系,以及文化与权力、文化与意识形态霸权的关系,并把它运用到各个经验研究领域;再次,文化研究关注弱势群体的利益,解构精英主义的文化概念,批判主流文化在再生产社会不平等中的作用。^②结合这些特征来看,比起把冯象的法律与文学整合为广义的法社会学,把冯象的法律与文学纳入法律的文化研究至少同样恰当。在法律与文学的研究中,冯象专注于对现代法治意识形态的批判(不一定是反对),回溯它的发生(程序如何是正义的蒙眼布^③),揭示它的再生产作用(版权回溯历史^④、秋菊们成为法盲^⑤),并直言他的理论抱负:趁中国的法律尚未完全职业化,我们当仔细发现它那暴露在外的红嫩爪牙,“这是一个历史的机遇,因此也是一代学人和批判者肩头的重任”^⑥。在理论渊源和研究方法上,冯象更多借鉴的是新文学批评常常使用的理论与方法,如阿尔都塞的意识形态机器理论、鲍德里亚的仿真理论,还包括马克思主义对资本主义的批判、

① 所谓法律文化的研究,或者法律与文化的研究,是指随八十年代文化热兴起的用一民族的文化现象来解释一民族的法律现象这一学术思潮,典型代表为梁治平、高鸿钧、张中秋诸先生的有关研究成果。

② 荣长海:《文化研究》第1辑,前言部分,天津社会科学院出版社2000年版,页1—4。

③ 冯象:“正义的蒙眼布”,载《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,页144—159。

④ 冯象:“法盲与版权”,载《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,页58—70。

⑤ 冯象:“送法下乡与教鱼游泳”,载《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,页116—129;冯象:“秋菊的困惑与织女星文明”,载《木腿正义——关于法律与文学》,中山大学出版社1999年版,页18—26。

⑥ 冯象:《政法笔记》,弁言部分,江苏人民出版社2004年版,页3。

福柯的权力理论、布迪厄关于语言与象征性权力的论述。这可以从《政法笔记》的参考书目中看出。^① 其实冯象所借鉴的这些学术资源和方法,都具有极大的辐射性和穿透力,不仅仅限于社会科学或人文科学,我们很难就此把他的研究归为广义法社会学。由此观之,把冯象的法律与文学归于法律的文化研究,更符合作者整体上的理论抱负和研究风格。

在这里我似乎是三国里的许褚,只顾奋勇出击,忘了自己也是赤膊上阵,刚批评别人证据使用不当,又用同样的办法自我论证。不过,我只是提出另一个说法,以此证明仅凭《整合》第五部分提出的根据,未必能充分证明冯象的法律与文学采取了广义法社会学的进路。然而,苏力仍然可以反攻一着,将传统文学批评向文化研究的转型看作广义社会学理论对传统人文学科的大举入侵^②,更将冯象未能更自觉地运用社会科学方法视为缺陷。如果这能成立的话,冯象的法律与文学被整合到广义的法社会学麾下只是小菜一碟。这正是下一轮较量的竞技场。

二

只有先在第五部分把冯象的研究归入广义的(法)社会学研究里面,《整合》才得以在第六部分指出冯象的研究可以更进一步,吸收社会学的研究方法,深入探讨促成当代中国政法策略转变的社会因素(页21—26)。前面对文本的解读说到,冯象很可能不同意这一归类,他未必全然赞同“波斯纳—苏力”的法律与文学进路,因而未必赞同广义的(法)社会学研究进路优于人文研究进路。撇开这一点不谈,前面提到,整合的前提是承认广义的社会学与人文学科的对峙,只要我们能瓦解广义的(法)社会学对于传统人文科学在方法上的优越性,和模

① 参考书目部分,参见冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,页301—314。我们应当在书目中区分作为材料来源使用的参考书目和作为理论来源使用的参考书目,而在作为理论来源使用的参考书目中还应区分作为借鉴使用的理论和作为批判使用的理论。只有作为借鉴使用的理论这一部分最能体现作者的方法。通观《政法笔记》全书,本文提到的这些理论,是对冯象的研究方法影响最大的。

② 事实上,确有学者持这一观点,参见珍妮特·沃尔芙:“文化研究与文化社会学”,载《文化研究》第4辑,陶东风、金元浦、高丙中主编,中央编译出版社2003年版,页84—93。

糊两者间的边界,我们就能宣称,《整合》第六部分指出的问题,可以不成其为问题。

先看方法优劣的比较。冯象对于材料的这种处理,是不是更容易出错?或者说,广义法社会学的方法是不是更利于逼近客观真实?如果并不如此,那社会科学的经验考察未必就是洒满阳光的坦途,它对人文研究的优越性也无从说起。迎面而来的第一关是:事物/事件本身有没有一个最为本质客观的状态?这是一个哲学命题,在此只作必要的交代。尼采的哲学思想、维特根斯坦的语言学、福柯的知识与权力关系理论、后现代主义者的反本质主义和反基础主义,都对下面观点作了深刻的批评,即认为事物/事件本身存在一个最为本质的客观属性。这些学者大多强调只有在具体的背景和条件下,我们能暂时地把握事物/事件的真实状态。这也是苏力所同意的,他的著作也广泛吸收了这些理论资源,坚持实用主义、功能主义,运用语境论的方法,否弃大写的、普世的法律正义。所以以上的话不是就《整合》而言,只是意在澄清可能的理论误会,也交代了简单认为广义社会学的方法比人文学科更利于探求客观真实的观点站不住脚。

接下来我们以《整合》中使用的文本《从卡拉 OK 与人体写真相到的》^①作为战场。《整合》第六部分以该文为例,从经验层面上提出质疑:人体写真和卡拉 OK 是否仿真消费?冯象的经验证据不能令人信服,他仅仅浏览了新浪网上的一条新闻——“广州靓女挤爆影楼”,和他了解到国内民众 K 歌的癖好。苏力先对靓女写真提出质疑,认为那有多种可能性,或者是自恋,或者是犯禁,或者是自恋加犯禁(页 22)。但这与冯象的论说似乎没有冲突。自恋也好,犯禁也罢,都与行动的目的有关,问题是靓女们为什么采取了写真的表达形式而不是其他?在日常生活中,我们行动的具体目的千千万万,然而我们常常采取的是一种或数种常见的行为形式,所以目的常常与形式有关但不是决定性的关系。这还是可以归结为偶像生产对生活方式的引导,即解释为何我们基于自恋、犯禁等各种目的的所作所为会落在人体写真上。再看 K 歌。苏力认为,K 歌的目的极为复杂,用偶像崇拜来概括至少是过于简单了。还是刚才的问题,动机或目的是复杂的,但人们为什么

① 冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社 2004 年版,页 87—100。

要采取 K 歌的形式? 这一点很重要。根据我们这种 K 过歌的人的判断, 尽管有时因为好坏心情的发泄, 有时因为同学朋友的聚会, 有时因为对异性的追求, 有时因为社会关系的拉拢, 有时因为行贿的方便, 但引发我们采取 K 歌这种形式的, 还是源于那一位位由唱片公司不计成本苦心包装的流行歌手, 以及他们那一首首被精心打造的流行歌曲。摹仿不完全等同于直接的、赤裸裸的“歌星崇拜”, 而在于唱片公司针对大众推出的, 歌星背后所代表的生活态度、生活格调和生活方式。这种背后的文化与我们自己的生活世界并不精确却从未缺失的联系, 是仿真消费的原动力。在 K 歌的时候, 冯象所言的“跨越那摹仿者和歌星之间的物理、生理和心理距离, 登上一座虚拟的舞台”, “在摹仿中表现自己、感觉自己”^①, 在我的经验里是十分真实的。为了证明冯象的“轻率”, 苏力试图将冯象所用的材料在经验层面上予以复杂化。但这似乎未能有力地击倒冯象的解释, 因为苏力的问题自身面临问题: 各种复杂的目的和动机老早就有, 为什么在近一二十年才落实到人体写真和卡拉 OK 的形式上?

这只是对具体思路的比较, 尚未触及广义法社会学的方法与形而上的、逻辑的方法两者之间的优劣。我注意到, 苏力老师也有“小小的露一点怯”的时候。他承认他是极少 K 歌的, 他对卡拉 OK 的了解, 也是建立在“观察和听说”之上。他之所以会相信社会科学的研究方法更有价值, 与他内心固有的某些确信——如更相信统计分析、效益成本计算——分不开。这就涉及广义(法)社会学同样离不开想象。这一点稍后谈。我在这里先利用在 K 歌上的知识优势, 打打嘴皮战。苏力判断, 虽然冯象和他都几乎没有 K 过歌, 但可能因为他生活在国内, 所以对卡拉 OK 的经验了解会稍多一点, 这是对冯象的文章中关于卡拉 OK 的简单化处理的一个质疑。然后苏力提倡“应当更多吸纳社会科学的经验性考察, 这会令更多言之成理的研究更持之有故”^②。但经验信息从来不是可以穷尽的。以卡拉 OK 为例, 我的经验又多于苏力。因为我 K 歌还可算不少, 而我认识的人里不乏“K 歌之王”, 我曾留意到不同的卡拉 OK 场所是满足不同的功能的, 譬如苏力提到的

① 冯象:《政法笔记》, 江苏人民出版社 2004 年版, 页 93。

② 同上书, 页 25。

“找三陪”，或者现实中会有的（性）贿赂，都可能发生在卡拉 OK 中，但往往是在一些较偏僻的小店，或者是豪华高档的星级酒店和夜总会里。在我们大多数人（尤其是学生群体）所去的连锁经营的卡拉 OK 专门场所，常常不属于上述情况。在许多占主流地位的正规 OK 场所，OK 房的房门上都有透明的玻璃小窗，房间不设暗格，服务生会间隔地经过，向里面瞄上一眼。我猜测这不时的一眼既是随时留意顾客的需要，同时也是预防部分顾客有营业所不允许的行为（如嫖娼、吸毒等）。这样，更充分的经验似乎又有利于冯象的判断。但我的这些经验，跟 K 歌的老手们比，又十分的幼稚了，他们的经验可能又支持别的看法。因此，在经验无法穷尽的前提下，我们需要谨慎了，一不小心就有五十步笑百步的危险。究竟走到哪一步才算是合适的？

这个问题苏力已经回答过了。他在回答梁祝一文的方法论问题时说：“没有任何信息本身是完整的；任何信息只有在一个知识的传统中，一个语境中，才能被理解，才能有意义，才能变得‘完整’。”^①而历史事实就构建在许多零散的信息之上，不是历史本身；信息的可靠，也不在于信息本身，而在于集体的共识和确信；于是历史真实常常是理论和概念的想象（我更愿意说是内心确信的想象）。在他的文章中所引用的贝克尔的《什么是历史事实》一文也详细论证关于历史事实的问题。^②可能有人认为不应把历史的研究与当下的研究混同起来，但过去与现在并不是那么泾渭分明，任何现在的事情为我们意识到的时候都可以是已成过去。而且，我们在这里只需强调一点：哪怕一个最简单的事件都包含了无法穷尽的信息，它都是一个象征，一个对更多的更简单事实的概括。

那么，冯象对于人体写真和卡拉 OK 的使用是否“轻率”，要看知识传统。苏力从社会科学的知识传统看，是“轻率”，因为当下的社会科学研究注重社会调查，注重数据统计和分析，这也是苏力所提倡的。但前面的分析已经指出了，哪怕再大范围的社会调查，再详细的数据统计和分析，都无法穷尽所有的信息。相对于全部事实而言，它同样

① 苏力：“这是一篇史学论文吗”，载《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，三联书店 2006 年版，页 310。

② 卡尔·贝克尔：“什么是历史事实”，载《历史的话语》，汤因比等著，张文杰等编，广西师范大学出版社 2003 年版，页 282—299。

且永远是“轻率”的。以泰坦尼克号事件的数据分析为例,长期以来,人们根据成年男性乘客的生还率低于妇孺这一数据,赞颂乘客的崇高人格;但最近的数据表明,白人乘客的生还率要远高于有色人种,头等舱乘客的生还率要远高于其他舱乘客,这支持了截然不同的结论。原因在于,平等信念的破产与种族主义的兴起打破了原有意识形态对人们想象力的垄断。这个例子用在此处不尽恰当,因为它似乎还是肯定了社会科学研究方法的优越性。但是,只要承认先前论证过的信息永远无法穷尽,再加上这个例子本身说明的——社会科学研究无法摆脱意识形态作用,我们就得承认,社会学研究方法绝不是接近客观真实的捷径;相反,它之所以获得优越性,而这种优越性得以支配我们的全部想象力,得以全然不受它的失误的影响(失误反而成为要作进一步努力和改进的理由),在于它是与现代自然科学的强势地位捆绑在一起的。因此,无论是广义(法)社会学研究,还是人文科学研究,都可以被看作讲故事,因为两者都是在无法穷尽的信息流中取一瓢饮,然后在截取的信息之上编织先后次序与因果关系,这必定需要想象的调动。由此两者又都可以被视为一种法律的想象。这一点是作为文学的法律的一个重要主张。^①我们发现,广义社会学与人文科学的界线变得渐渐模糊。

写到这里,我发现自己陷入了一个危险的境地,那就是认识上的虚无论。既然全部事实从来无法穷尽,那么对事实的恣意使用是否也应当被允许?这不符合我们的常识,也不是我的本意。毛主席的教导——“没有调查就没有发言权”——是无论什么时候都应遵守的。现在我们需要做的,是进入另一个学术传统,重新审视广义社会学与人文科学之间的关系。

三

苏力所说的“轻率”,针对的是冯象所用的卡拉 OK 和人体写真的经验例子与仿真消费的理论猜想之间的脱节,他认为如果吸纳社会科

^① James Boyd White, “Imagining the Law”, in *The Rhetoric of Law*, ed. by Austin Sarat and Thomas R. Kearns, the University of Michigan Press, 1994.

学的经验性考察,可以使这一言之有理的理论猜想更加持之有故。与此相关,我记得《从卡拉 OK 与人体写真想到的》中有这么一段文字,挺重要,不妨摘录出来。冯象在分析了执法和侵权的先后次序后,接着指出:

“诱因论”也有不足之处。它只解释了市场需求的作用,却不问需求的市场根源,即消费欲怎样形成:为什么消费者希望得到某功能某款式某型号某品牌的产品,而那些产品恰好都在知识产权保护之下,因而未经许可,复制销售便是侵权。这个问题,似乎是只要提出“诱因论”就必须接着回答的。但从何说起好呢?就一直没有动笔。转眼到了元旦,浏览“新浪网”的国内新闻,突然得了启发。^①

我们从这段文字来揣摩一下这篇文章的创作过程。联系前文看,冯象用“诱因论”从市场需求的角度解释侵权的发生是令人信服的,冯象进一步的追问也十分自然:需求本身如何形成?从上面所引的文字看出,冯象其实一直都在思考,通过他的学术训练,通过他的社会实践;一天天地,答案在他心中逐渐清晰,逐渐明朗;突然有一天,“广州靓女挤爆影楼”的新闻嗖的一下跳入眼里,于是“得了启发”,“从何说起”的问题解决了。对这一创作过程的想象十分重要。我们看到,冯象并非缺乏调查,但他的调查和现代学科体系下的社会学调查,强调经验性数据的把握不同;他一方面受到横跨法学与文学两大学科的学术训练,另一方面长期从事知识产权的法律实践,这使他对文化生产格外关注和敏感,苏力所说的经验考察欠缺,是就广义法社会学的传统而言的。如在卡拉 OK 上,冯象在文章的开头即提到,在年会、酒会、晚宴等场合提供卡拉 OK 符合国人的招待规格和娱乐爱好^②,这表明他不是不了解《整合》中提到的复杂情况,所以他的分析不是简单地从本本出发,也决不类于幼稚的主题先行。冯象的全盘分析和结论,在他的头脑中大概已经基本成型了,他在等待的可能仅仅是一个典

① 冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社 2004 年版,页 91、92。

② 同上书,页 87。

型、鲜活的具体事件。这种对材料的使用,明显有别于一般意义上的社会科学,而更像文学创作上对素材的处理。对社会现象、日常生活的细致观察和体会,逐渐形成了作者对人类社会的认识和判断,素材不是认识和判断的基石,它只是被作者高度敏感的体悟所捕捉的猎物,借以表达作者内心认知和感受的载体。这是一种文学的想象。在这一知识传统里,冯象对材料的使用便不能称之为“轻率”,因为材料的价值在于它对主题的表现力,也就是它的典型。素材是否典型,不源自全部细节上与主题的全部符合,只在于结构的相似性和内容的表现力。对素材的准确把握取决于作者对日常经验的细致观察、高度敏感和匠心独运,不以广义社会学传统的经验调查为必要。前面已经论证,作为事件,冯象笔下的人体写真及卡拉OK,确实在结构上能够体现仿真消费的含义,符合我们的日常感受。所谓真实,并不是客观意义上的,它建立于一定时期内多数社会成员的共识之上。这也是苏力在他的《法律与文学》中谈到的。^①在这个意义上,冯象讲述了一个关于人体写真和卡拉OK的好故事。

如此使用材料者,不独冯象。福柯也是出名的一例。他在《疯癫与文明》中对欧洲历史上的愚人船的描述,同样受到许多学者的诟病,被认为是生捏活造的产物。^②确实,福柯也未能在史料上有力地自我辩护。但如果依照我们刚才对材料使用的分析,福柯对愚人船的处理同为成功的典范。如果再把许多伟大的文学作品引入我们的视野,这一点将更加明显。高明的“误读”要胜过平庸的“正解”。

我们会继续发问:是否能够融两家之所长,像苏力倡导的那样,冯象的法律与文学研究“可以也应当更多吸纳社会科学的经验性考察,令更多言之成理的研究更持之有故”?这样岂不是更上一层楼?有一处值得注意,冯象在谈及法学研究方法时高度评价王亚新教授对民事诉讼所作的社会学研究,并建议法学院学生应当多学习社会科学的方法和知识,多做社会调查。这表明冯象对社会科学方法在法学研究中

^① 苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,三联书店2006年版,页308—313。

^② 米歇尔·福柯:《疯癫与文明》,刘北成、杨远婴译,三联书店2003年版,页274。