



# 政法笔记

zhengfabiji

冯象 / 著

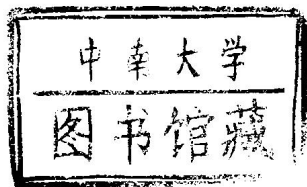
江苏人民出版社

# 政法笔记



冯象 著

江苏人民出版社



LA033|06

**图书在版编目(CIP)数据**

政法笔记 / 冯象著. —南京: 江苏人民出版社,  
2004.2

ISBN 7-214-03650-9

I. 政... II. 冯... III. 法律-研究-中国-文集  
IV. D920.4—53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第101962号

书 名 政法笔记  
著 者 冯 象  
责任编辑 杨全强 丁嫣霞  
出版发行 江苏人民出版社(南京中央路165号 210009)  
网 址 <http://www.book-wind.com>  
集团地址 江苏出版集团(南京中央路165号 210009)  
集团网址 凤凰出版传媒网 <http://www.ppm.cn>  
经 销 江苏省新华书店  
照 排 南京展望文化发展有限公司  
印 刷 者 南京五四印刷厂  
开 本 880 × 1230 毫米 1/32  
印 张 10.125 插页 1  
印 数 1-8130册  
字 数 200千字  
版 次 2004年1月第1版 2004年1月第1次印刷  
标准书号 ISBN 7-214-03650-9/D·548  
定 价 26.00元  
(江苏人民出版社图书凡印装错误可向本社调换)

## 三 月

——致丁阿姨

回去吧，阿姨，我不冷  
我全记住了

    你要我一路上当心

    以后写信

    写信

我全记住了

我们五个人，也不是头一趟出门  
回去吧，天都亮了，那么多人

    我不冷，还有

    鞭炮锣鼓大红花大标语还有

    人人人的脸上

    的泪好像

是我们抄他们家

    贴他们大字报打倒打倒

    跟谁决裂看谁忠不忠

回去吧，别挤在红旗下

喇叭叫了，那么多人

也不是头一趟

我全记住了

只没想到，阿姨

    我一路上当心以后写信

    我不冷

你回到家

依旧哭了一场

# 目 录

献辞

弁言 1

从前没有律师的时候 7

腐败会不会成为权利 10

它没宪法 21

案子为什么难办 32

公证婚前财产、标价拾金不昧之类 45

法官与版权 58

鲁迅肖像权问题 71

从卡拉OK与人体写真想到的 87

性贿赂为什么不算贿赂 101

送法下乡与教鱼游泳 116

所多玛的末日 130

正义的蒙眼布	144
好律师能不能也是好人	160
县委书记的名誉权	174
孔夫子享有名誉权否	185
诽谤与创作	191
小头一硬，大头着粪	196
取名用生僻字该不该管	211
葛流帕福音——电邮五通	219
法学院往何处去	235
致《北大法律评论》编辑部	250
修宪与戏仿——答记者问	253
中国要律师干嘛	268
不上书架的书	272
大选 2000	279
参考书目	301

## 弁言

有一年，香港大学法学院的老同事陈弘毅先生来访，问哈佛广场有哪几家书店可看。我推荐了号称“全美最佳学术书店”的哈佛书店（按：此书店实际与大学无任何隶属挂靠关系，只因店名起在大学申请“哈佛”商标、成立商标授权管理办公室之前，故得以免费继续使用“哈佛”二字，包括注册含金量极高的互联网域名：[www.harvard.com](http://www.harvard.com)）。陈先生进了书店即来到“Law”字下面，发现法学书籍仅占了一只书架，远少于周围其他科目（宗教、神话、哲学、政治）的陈列面积，甚为惊讶，问什么道理。我一下答不上来：实在是老主顾了，熟视无睹，竟从未留意过法学的这一“窘境”。上世纪八十年代，哈佛书店后门街角旮旯里还缩着一间法律书店，窗口粘些“收购旧课本”的黄纸条。后来不知什么缘故关闭或迁走了，哈佛书店却也并不乘机扩展法学的面积。回到家里，又想了想，觉得事出有因，似可这样解释：

法律在美国是一门谋生赚钱的职业（故放在研究生阶段学习，

见下文《法学院往何处去》),需要设一道挡人唬人的门槛。传授法律知识的书包括教材,便不是为门槛外的读者写的,所以法律出版社自有一套面向法学院和律师楼的发行渠道,不通过综合性书店。入选哈佛书店那一只书架的法学书籍,大都属于法学理论和跨学科研究的著作。这类书本来就不多,而且要店主估计,能够吸引非法律专业的读者(又名“法盲”)浏览掏钱,他才肯进书。难怪法学类的书目和面积有限了。

这跟中国的情形刚好相反。改革开放以来,“有法必依”、“依法治国”诚然是天天宣传的大政方针,在现实生活中,法律却并无令人尊敬的权威,也没有严格的职业门槛,法官律师差不多是人人都能胜任的工作。不然,文凭证书怎么会搞得到处非法非法地贱卖?与此相关,另外一个重要因素是,没有几个读书识字的干部群众愿意承认并且安心于自己的“法盲”地位。秋菊的同类还在天真地期待,通过读书看报或想别的办法,摘掉“法盲”的帽子——好比笑话里说的那只掉进奶油罐儿的老鼠,拼命挣扎,不肯绝望,最后居然把奶油搅拌凝固成一块黄油,站在黄油上跳出了罐儿!所以,书店里满满当当的法律《汇编》《详解》《问答》,其实是法治尚未成功的一个症状。至少,在中国法治脱离“初级阶段”与“国际”亦即美国接轨之前,法律书刊还不会卖不动而被迫撤出主流书店。于是陈先生对哈佛书店的观感给了我一个启迪,让我想到跨出门槛去,为中国的普通读者写一本书,谈谈新



旧政法体制衔接转型中的一些法律问题。

不过我这个计划，还有深一层的原因。目前国内书店宣传出售的法律书刊，多半是统编教材或普法手册式的，内容以法条的文字和“学理”解释为主。或者虽然也编写案例，却是用来说明法条的“正确适用”的。而法条，我们知道，跟各级衙门接的电话批的条子，和法院大厦里打牌喝酒、“三陪律师”进进出出那一套，完全是两码事。换言之，法治之法，基本上是不按照本本行事的；后者只是前者的一件漂亮新衣，所以才必须按时更换，“日日新又日新”，写真了再写真。这，才是值得我们认真讨论的问题。而且我们这一场讨论，应当从门槛外开始。因为法治在理论上，是全体公民无分阶级性别身份贵贱都有发言权的；因为其中几乎每一项改革，私有产权每一天“神圣”的攫取，资本再临中国，每留下一个深深的脚印，都是以许许多多人的贫困、伤痛和流离失所为代价的。而上面说过，中国正处于法治建设的蜜月期，法律尚未完全职业化，还在努力学习争取成为资本的语言和权势的工具，还暴露着它的红嫩的爪牙。这是一个历史的机遇，因而也是一代学人和批判者肩头的重任。将来法治建成——我想这要不了太久，不过是资本帝国新设一路行省而已，不是什么了不起的功业——格局就该接近哈佛书店的“窘境”了：法律，只给一只书架。

千禧年春，汪晖先生重访剑桥，约请为《读书》杂志写一专栏。便决意实现这个计划，取名《政法笔记》。当时我在哈佛法学院兼课，往往是讲到什么题目，就写什么；只是注意不说一般读者不会感兴趣的太技术性的内容，专为美国学生准备的背景资料也不谈。文章多数刊载在《读书》，少数在《南方周末》、《万象》及香港《信报》，也有未及发表的，共二十五篇。因杂志体例的限制，发表时略去了参考书目，个别文句标点亦有变动。现在全部恢复原状，连同参考书目，俾便检索。结尾两篇原非“笔记”，稍作交代：《不上书架的书》是应《南方周末》刘小磊先生之邀作的。有学生读了，说要把文章谈论的那四本“对我影响最大的书”找来“学习学习”。这让我非常高兴：当老师的幸福，莫过于看到学生读书上进（虽然他成材与否，不归我的功劳或失败；师生之间，除非谈恋爱做夫妻，我以为不应有任何实际利益的考虑）。所以附上供读者参考。《大选2000》讲的是美国大选期间此地发生的真实故事，因为跟本书的主旨有些关系，或可刺激读者独立思考问题，就一块收了。书名“政法”，常有学生问起，说感觉老派陌生。其实这两个字是地道的官方术语，如中央和地方各级党委设政法委员会，主管全国及各省市的政法工作。北京、上海等地有政法学院（大学），为政法战线培养人才。这校名本来十分得体，译成英文，却作“政治学与法律学院”（institute of political science and law），未免误导老外。各民族文化传统的精华，往往是不易准确

简明地翻译的，故有“翻译为叛逆”之说（*traduttore traditore*）。“政法”即一现例。

写作期间，北大法学院苏力、清华法学院王振民、中国政法大学方流芳三位教授先后来哈佛访学，时时切磋，受益匪浅。承北大法学院汪庆华同学（后考入哈佛法学院学习）热情协助，多次为我选购邮寄法律书籍。哈佛法学院安守廉（*William Alford*）与雪城法学院周熙乐（*Hilary Josephs*）两位教授，曾就我写的反腐败和性贿赂问题组织讨论并赠阅论文。《县委书记的名誉权》以下三篇和《葛流帕福音》、《修宪与戏仿》，是今年三月在北大和清华所做的三次公开演讲的脚本（非实际演讲内容）。其中北大法学院的演讲由法律出版社鼎力襄助，苏力与葛云松教授评论，深感荣幸。《法学院往何处去》是在清华讲授知识产权的结束语，故保留了讲课的口吻。就以上四个题目，与清华、北大以及湘潭大学、浙江大学、华东师大和上海师大的同仁学子均有愉快的讨论。返美后，中山大学法学院刘星教授及姜勤峰、武增、杨海峰、冷静、沈明、张薇薇、汪庆华、徐昕诸君，先后耐心回答了我的问题。谨此一并鸣谢。

所有文章，照例由内子通读了提出修改意见，“挑刺”质疑辩论澄清，直至定稿。

这本书献给丁幼媛阿姨。她四十年如一日，无微不至地照料了我们全家三代，特别是在文革期间最困难的日子里。她从小山

里带来的那些斫柴刺虎水井沉冤的故事，最先开启了我的文学心扉。我十五岁穿着她亲手扎的布鞋去到云南农村，从此，慢慢懂得了她的智慧、她的勇气、她的美德以及我报答不尽的她的爱。

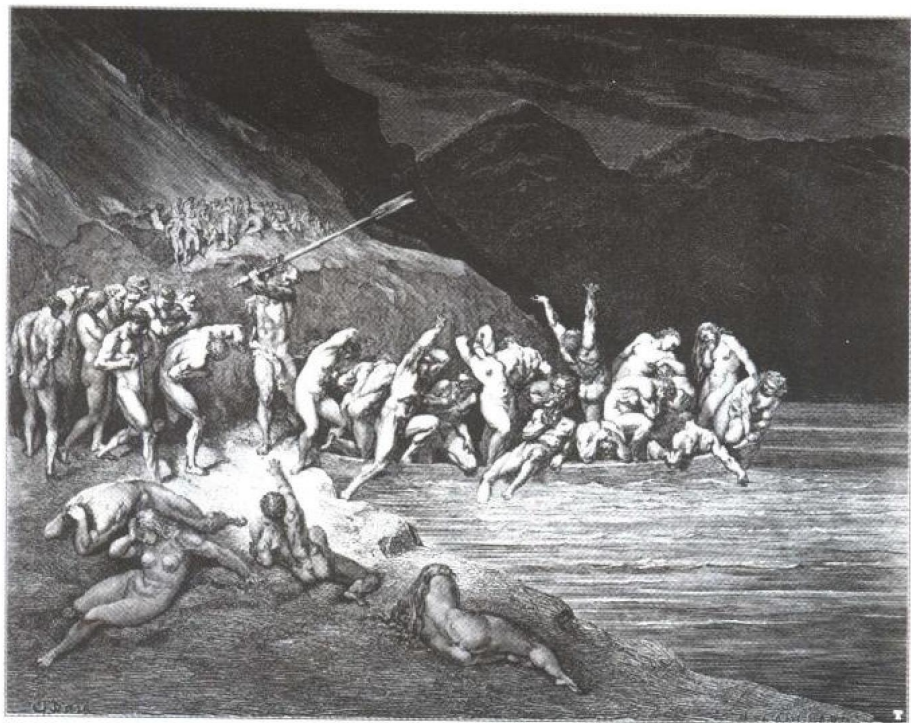
二〇〇三年七月于麻省新伯利港铁盆斋

## 从前没有律师的时候

从前没有律师的时候，制度极不健全。吃饭要粮票，穿衣要布票，副食品凭证供应，仅限于城市户口。那个火红年代的人，鼻子灵敏得大山背面寨子里杀猪他能闻见肉香。不过干部比现在廉洁，官僚主义才冒头便揪出来割了。而且晓得身体是革命的本钱：忠字舞跳完，打鸡血针，还时兴喝凉水憋尿练气功。后来风气变了。记得首先是为解决子女参军和知青病退回城等问题，纷纷送礼托人走后门。现在学者认为，这和当时没有律师有直接的关系。

后来平地一声春雷，拨乱反正，恢复了律师，叫作“国家法律工作者”，吃国家粮。人们生活一天比一天富裕，市场上一样不缺，狸猫人乳没有吃不到的。外国的高档名牌满街走，不全是假冒。只有贪污腐败的风气制止不了，大案要案层出不穷；犯罪分子通过种种手段把国有资产往自己的兜里塞，一天一个亿不止。揭露出来逃不了的，就逮捕法办了。

于是地狱里灵魂大增。那些从前因贪图资本主义吃了枪子儿



“下地狱血淋淋的队伍里居然有了律师。”

[法] 多雷 (1832—1883): 《神曲》插图《灵魂登舟下地狱》

的，见到新来的后脑带窟窿的，听说他们犯的这样那样的罪状，差点妒忌死了。可是那些新灵魂叹着气说：我们算什么呀，真正了得的人不会来！老灵魂问什么意思。新灵魂说：他们有律师！

再后来，下地狱血淋淋的队伍里居然有了律师。说是阳世律师太多，职业化不够，门槛低，农民都考得上；客户却越来越难拉了，吃不饱还恶性竞争，不得不铤而走险。大家听了，默默无

语。不久，地狱里打架咬脖子的现象明显减少。有权有势的都雇了律师代理；没钱的每人发一本《阎罗六法》手册，让他们请律师打官司维护灵魂权利。阎王爷还下诏办法学院培训判官宣传法治，接下来还准备延聘专家起草宪法。

一开始，人间禁止报道地狱改革，凡捏造、散布或听信谣言者一律收容审查，知情不举者追究责任。然而不出仨月，还是透露出一点风声。一说网上可以查到；互联网接通地狱，是中央情报局的阴谋。一说阎王爷出了大价钱，要挖人间的法律人才。总之，现在明里不说，但圈内人士已经在传：一旦地狱建成法治，下不下地狱便无所谓了。

二〇〇三年六月

## 腐败会不会成为权利

提出这个问题，不是耸人听闻。腐败是我们这个时代的商标。好些年了，每次社会调查都说，老百姓最关心、反对的事，就是腐败。下岗也关心，但那是害怕多于反对，领域也没那么广。性质不同。再过二十年，如果腐败仍旧大盘高企，牛市不衰，会不会成为从业者的一项权利？这是一个很现实的问题。不光法律工作者要考虑（比方说经济犯罪案子养活了多少律师、会计，还有其他的人？），大家都应当考虑。先说权利。

权利是现代（西方式）法律的基础。这至少有两层意思：假设您花半价买一件名牌皮夹克，回家先生/太太/朋友一看，断定是假冒伪劣，觉得上当受骗了，要求法律为您讨回公道。法律（通过有关部门/人员）问：您说的假冒伪劣侵犯了您什么权利？要是您说不上、写不出那个权利，法律就很可能：“对不起。喂，下一位！”——法律可不是秋菊的“说法”，人家得讲效率——当然，



受贿徇情枉法的不算。原来，权利是一种资格、能力、特许、豁免，有了它（再加上其他必要的条件，例如金钱、知识、时间），才能劳法律的大驾，保护或促进以权利命名的各种利益。这是第一层意思。第二层，假设您说出了自己主张的权利，法律却仍不能还您公道。例如您要求像“王海打假”那样，按照《消费者权益保护法》双倍赔偿，法律却不承认您是“消费者”，因为据调查您是“知假买假”。这条理由，背后的那通理论、那场辩论、那杆标准，偏偏就有某项据说跟您冲突、比您重要的权利作依据。宣传出去，很多人都同意：法律没错，为索赔而“消费”，动机不纯，哪能鼓励呀？这么看，权利还是用来解释、宣传、生产和消灭（上述第一层意思的）权利的那一套套理由、理论、辩论和标准的总归宿。通俗地说，就是意识形态。特指马克思批判过的那部掩盖着矛盾的和倒置的现实的法权神话：“那座人的固有权利的伊甸园，那个大写的自由、平等、物权同边沁（**Bentham**）的唯一领地”（《资本论》卷一章六）。注：边沁（1748—1832）是英国法学家，神童（四岁通拉丁语），善改革，创功利派哲学及“全视”无死角环形监狱（**panopticon**）。死后遵其嘱咐，遗体（蜡头肉身玻璃棺）存伦敦大学学院。

举一个有名的案例说明：

一九九一年十二月二十三日，倪培璐和王颖到北京国贸中心下属的惠康超级市场购物。在糖果柜台前看了一会，然后到另一