



法律的隐喻

刘星
著

增订版

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

法律的隐喻 / 刘星著. —增订本. —桂林: 广西师范大学出版社, 2019.6 ISBN 978-7-5598-1789-1

I. ①法... II. ①刘... III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2019）第095554号

广西师范大学出版社出版发行（广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：7.25 字数：150千字

2019年6月第1版2019年6月第1次印刷

定价：45.00元

目 录

[版权信息](#)

[增订版序](#)

[前言](#)

[“法律审判”背后的谱系\[2\]](#)

[读《听来的故事》——掀开现代性法律的另一面\[9\]](#)

[从《水浒》的翻译看\[14\]](#)

[有产阶级的法律——新游学纪闻在美国（一）\[21\]](#)

[意识形态的分裂——新游学纪闻在美国（二）\[24\]](#)

[小额官司——几类思考的理路\[26\]](#)

[“法学家”在近代\[29\]](#)

[民国法学家的“一种生活”和其法学\[35\]](#)

[村学乡学——一种乡村制度的话语构建\[55\]](#)

[域外沉默权一瞥\[81\]](#)

[法治·分权制衡·法律现代性的困境——从腓特烈大帝过问阿诺德案说起
\[88\]](#)

[法律解释与“法律民主”\[108\]](#)

[法律科学？ \[117\]](#)

[美国人手里的牛津大学法理学教授职位——德沃金的革命\[132\]](#)

[法律话语与法律活动的关系——以中国的叙事为例 \[150\]](#)

增订版序

十年前，本书以《有产阶级的法律》为书名出版。当然更早，1999年便用《法律的隐喻》书名。陆续有学者对这本书作了评论。回头看，近二十年，我觉得本书写作的思想和叙事策略依然有益。中国一直处在重要的社会转型时期，我们的观念和话语还有分化之势，或许还要更长时间。同时对法律而言，不仅专业人士而且社会大众也越来越感到必须关注其到底为谁服务，其背后到底想要表达什么。仔细考量，不难发现法律——无论是明说的还是含蓄的，都有深层的意识形态及价值的展望，这或许就是“隐喻”。由此，我们便不应停留在法律的表象，而是需要阅读、潜入、搜寻、挖掘、揭示，将内在不易言明的展现出来。

在这一版本，文章内容稍作订正。另要说明，书名再用《法律的隐喻》，是刘峰先生的建议，他认为如此可更好体现全书的用意和风格，我尊重他的想法。“法律的隐喻”包含了“有产阶级的法律”的意思，当然也更广泛。

本书的写作缘起、基本思路、叙事策略，《前言》中均有详细交代，请读者参阅。

要感谢广西师范大学出版社。能在这个出版社出版，实为荣幸。当然还要感谢刘峰先生引荐。希望本书能为读者带来阅读的意趣和乐趣。

刘 星

2017年冬于北京

前 言

礼让：我看过不少林肯当律师时的故事。审判到了的时候，他找不到法院，而且不只一次！

史努比：要是这样的话，生活倒变得简单多了^[1]。

这本书的所有文章，都是研究性的，力求法律的深入理解。

首先，应当说，法学研究的功能大致有如下几个：其一是实务性，也即思考怎样解决具体的实际问题，展开实用的思路，辨别方法，剥离可能，提出建议，检视结果；其二是理论化，就是在思考具体实际问题的基础上将法律的较为抽象的层面凸显出来，用一般的叙述展开分析，提示想象空间，进行知识分类，推进认识，形成话语传统；其三是批判性，也即实施反思，从正常理解的法律的对立面进入，将内在的深层态度问题揭露出来，也即追问立场，然后暗示“应当”。当然，法学研究的功能可能还有其他……

本书的文章研究，有一点的实务性，多一点的理论化，更多一点的批判性。这就是，从实际问题入手，在人们熟悉的法律实践中提出问题，层层考察，由简入繁，最后着重地提示研究者的“批判意识”。

自然，现在中国的法治（法制）建设正在迅速发展，人们对法律的期待是热烈的，这也是正确的，唯有此才是清醒。中国面临重要的乃至前所未有的历史转型时期，问题很多，思想分化，的确需要制度上的务实努力，使得中国现代化建设尽可能地统一发展。所以，欲提“批判意识”，似有不妥。很多人都说，什么事件先做起来，然后再多想一层，这对法律建设是重要的，否则拖了后腿，于人于己无益。但是，我们都

知道，很多次的中国法治（法制）事件的出现，比如，近些年的“四川二奶继承”案、孙志刚案、刘涌案、李慧娟案、佘祥林案、邱兴华案，包括“一个馒头血案”，还有养路费的征集、《物权法》的审议通过，等等，无一不爆发了激烈的争论，这似乎显得中国的许多事情是“摇摆地”向前发展的，是一部分人“战胜”另外一部分人的结果。这反映了什么？不想想也不行。单纯地说，这是人们对法律调整对象的争论，是对政治经济利益的分配的争论，法律仅仅是个手段，法律本身无可厚非，这样，可能还是将问题简单化了。另一方面，法学的知识分子，作为“知识分子”，需要多想，否则也恰恰没有实现自己的社会分工性的“身份认同”。在这个意义上，将“务实性”往“理论化”上推，然后将“理论化”往“批判性”上推，是有用的，而且是不可逃避的，这意味着需要将法律本身的内在立场问题揭示出来，对其深入讨论。而准确地说，这不会影响法治（法制）建设的向前推进，恰恰是为了其更为健康地推进。

还要说的是，“批判性”，不仅是“批判”，其也是某种意义的“知识推进”，因为，如果对法律多了一层理解，将其中深层内容不断地揭发出来，实际上也是积累认识；如果予以系统的理论编织，这就是“知识化”。这种知识化，自然也有助于实践。我们都知道，很多时候，我们的思想在引导我们，尽管，我们总是在社会实践博弈中进行选择。思想，尤其是激发性的思想，更尤其是来源于反思的思想，具有强烈的支配欲望，即支配实践，支配身边的生活，试图改造自己甚至改造他者。如果思想不是这样，有时就不能恰如其分地解释同一个生活圈子里为什么会有不同的行动策略。因此，来自批判性的知识提炼，可以产生“警醒”“同情”“关怀”，当然还有“谨慎”，进而有助于实践。这些，对法律建设具有极为重要的意义。

这本书的文章，大体来说是这个意思的展开。

其中几篇文章，讨论法律、法学、法学教育的双面性，以及由此而来的“实践焦虑”。其中有些曲折的讨论、分析，使法律、法学、法学教育显得“复杂”，然后引向一个暂时的结论，暗示一个建议；当然我也结合了一些当下的现实过程和过去的历史事件，以其为平台，最重要的是在其中凸显其本身的结构、路向，以及由此而来的带有批判性的知识问题。另外一些文章，讨论法律与其外在事物的关系——比如，进入审判到底为了什么外在目的——将法律和社会现象的他者联系起来，使其互动，然后，转入较为广泛的多学科性质的讨论，当然，我又结合了一些现实过程和历史事件。

每篇文章，相互之间，是有逻辑联系的，一方面是意思的层层深入，另一方面是问题的逐渐打开。在此，我有这样的想法：说明了一个意思，或者解释了一个想法，不意味着就一定解决了问题，因为，其可能恰恰会引出新的问题，而对于知识理解来说，新问题的呈现，又是重要的，在法律领域里这可能是更有启发性的；而如果可以将每篇文章的意思联系起来，看见思考的相互性，问题的相互性，这就有价值了。

另要交代的是，如上所述，这本书特别利用了“事例”，而且运用了较为轻松的叙事方法。我想说的是，这未必是“通俗”的企图、表现。这点需要解释。

对于法律问题而言，“事例”其实就是“实际”，离开实际讨论法律，是没有多大意义的，至少，意义是非常有限的。“事例”有其本身的结构、逻辑路向，反映了特定的实际事物性质，而且因其“具体”，更有法律分析的价值。毕竟，法律问题的最终解决是“具体”的。而采用较为轻松的叙事方法，也是为了使分析变得具有吸引力进而更为清晰（可以想想，现在有多少法律论文没有吸引力，同时不清晰）；法律问题是需要清晰分析的，不能含糊，不清晰而又含糊的分析也就使分析者失去了法律人的同样是社会分工性的“身份认同”。在现代，这更加明显。同时，

最重要的是，“事例”，尤其是带有“故事性”的事例，以及较为轻松的叙事方法，特别是那类试图使问题显得清晰的叙事，是“法律与文学”（Law and Literature）的一种学术实践。在这里，“法律与文学”提出的问题是：经过人们更易感兴趣的“故事性”的事例，以及人们更易接受的轻松叙事方式，文本表达的法律意识如何在社会阅读中夺取了思想领导权？谁都知道，易感兴趣，才更易接受，也就更为容易引发思想召唤的响应，从而同意一种思想拒绝另外一种思想，在法律实践中，自觉或不自觉地站在一个立场，赞同或者反对一个法律意见。这里，进而深入的问题则是：为什么不利用“类文学”的方法展开法律话语领导权的争夺，以及法律的行动，如果我们自认为一个法律思想是正确的？或者，法律是否显然需要与“文学”合作，如果我们承认法律最终关乎立场？

再有一个方面，就是“事例”永远是个性丰富的，也即有着无穷的多样性和复杂性，而较为轻松的叙事方法总会带来语言的不断联想，进而带来思路的不断开拓，这就是想象；于是，两者结合起来就使我们变得更为敏感，还有敏锐，从而更为容易“进入”法律的复杂多面，以及法律思路的复杂多面。接下来，我们也就更易意识到：很多法律问题，以及人们的利益欲望，因为种种原因被遮蔽了甚至被消灭了。因此，“文学”的启动具有重要的“法律认识再生产”的功能。今天，很多人已经知道了，看见法律问题的复杂再复杂，对于我们的法治（法制）事业是多么的重要，因为，我们不仅需要知道自己，还要知道别人，更要知道许多未曾想到的更多人，更多阶层，尽可能地知道大家都在想什么，否则，我们就会没有了“关怀”，进而也就失去了“关怀”。也是因此，文学，在这里具有法律问题上的亲和作用。

概括来说，需要重新理解法学叙述中的“事例”和“轻松叙事”的文学路线。

这本书的文章，基本上刊载了《天涯》《比较法研究》《书城》

《法学家茶座》等书刊。原书名为《法律的隐喻》（中山大学出版社，1999年版）。现删掉原书一些文章，补充了新的文章，目的是让它较为连贯。书名的改变，是为了让其实在点、明确点。

最后，说点感谢。文章写作时，曾与一些朋友交谈过，受过他们的启发，写完后也得到了他们的批评，要感谢他们，但是为了避免给人“撑门面”的印象，故而不提尊称大名了；当然，这也是为了让读者知道书中的不足，实际上是作者自己的责任。要感谢《清华法学》的徐雨衡编辑，其提议修订本书并为此书出版做出了努力和辛勤劳动。另要特别感谢北京大学出版社的蒋浩先生，他总是以多种方式鼓励、支持我，力促本书以令人向往的方式出版，这是重要的动力。非常感谢！

在题记中，我使用了“史努比伙伴”（the Peanuts Gang）一个对话。我认为，其中包含了与法律相关的丰富的、可想象的内容。我的确认为，在历史时间和现实空间两个方面去不断触摸、把握法律问题，既是必要的，也是可能的。

刘 星

2007年秋于广州

“法律审判”背后的谱系^[2]

对当事人来说法律是什么？对这一问题的回答无可争辩。……有关的法律是一回事，制定出来的法律则是另外一回事。有关的法律意见……完全见于法院大多数人的意见，而且完全是由这一意见构成的。^[3]

本文讨论一个案件的审判，并从中有所发挥。先说事情经过。从1736年到1885年，是大清帝国风光、式微、颓衰的年月。

在那些年里，发生了许多案子，其中，不少还被提交到刑部这个最高司法机构。此间，有两个人物，一个叫祝庆祺，一个叫鲍书芸，可能还有其他人。他们对那些案子，尤其是被提交到刑部的案子，特别感兴趣，于是，编出了有点类似西方人“判例汇编”（law reports）的案子“集锦”——《刑案汇览》。

《刑案汇览》的来龙去脉、个中缘由，应该交给法律史学家去研究。这里，我们关心其中一个小案的审判记录——婆婆通奸杀人案的察断。

案子，本身大致出在乾隆五十七年。那年，有一婆婆，人称老焦刘氏。身为婆婆，情性本应有所节制，不可再风流起事。但是，老焦刘氏人老心不老，仿佛自己依然是年轻的，居然，时常与人偷情。凡事日久必露。一次，老焦刘氏与一个叫作焦菊弟的男人寻欢作乐，被媳妇小焦刘氏清楚地看见了。稍后，老焦刘氏的夫君焦更生，也是对此蛛丝马迹而疑窦丛生。没过几日，焦更生便追问盘查老焦刘氏。小焦刘氏，则在一边旁观。盘问之时，老焦刘氏担心站立一边的媳妇小焦刘氏说出奸

情，于是抡起铁叉左右挥舞，以示恐吓。可小焦刘氏看不过眼，心想，身为婆婆本应“作出表率”，不能放纵自己的情欲，如今，更不应对自己这个“证人”用叉威胁，随即，说出许多义正词严的“道德指责”的字词，痛斥婆婆，并将婆婆的丑事全部讲了出来。这个老焦刘氏，颇为“可恶”，不对自己反省一二，反怪小焦刘氏多管闲事，倚仗“婆道尊严”，抡起一铁叉直向媳妇打去。媳妇奋起自卫，抓住铁叉另一端，又拉又扯。两人交手数个回合。结果，十分不幸，小焦刘氏终究不敌老焦刘氏，被后者结实地戳中了胸膛要害，当即死亡。

案子发了。

婆婆老焦刘氏被官人带到了官府。

案情十分清楚，没有什么疑点。

不过，翻遍大清例律，似乎没有可直接适用的法律词句。有一段法律文字称：凡“非理殴子孙之妇致死”者，处徒刑三年。另有两处看上去相关的法律文字。其一说：婆婆犯奸被媳妇发现而为灭口谋杀媳妇者，处斩监候刑。其二说：婆婆无正当理由故意殴打媳妇致死并事先有谋者，处流刑。

当时，初审案子的官吏是安徽巡抚。巡抚大人发愁，因为，两相对照，硬是不易对法律文字和案子的关系做出判断。最后，巡抚拟了个判决意见，连同案子一起递交刑部请示。判决意见称：老焦刘氏，犯有奸情，所以，不应比照“非理殴打”律处刑，而另外两处法律文字都已提到“故意兼蓄谋”的意思，故而，也不好直用；现准备在“非理殴子孙之妇、致死，满徒”之律上外加一等，杖打一百，流二千里，不准收赎。

刑部安徽司的官人此番下了大功夫，查阅以往法律文字，以期出个权威性的“司法批示”。查来查去，到底找到相关说法。安徽司讲：

例载：尊长故杀卑幼案内，如有与人通奸，因媳碍眼、抑令同陷邪淫不从、商谋致死灭口者，俱照“平人谋杀”之律，分别首从，拟以斩，绞监候。

又，上年八月内，本部议奏浙江省张云隆与邱方玉之母汤氏通奸、商同勒死伊子邱方玉案内声明，嗣后因奸将子女致死灭口者，无论是否起意，如系亲母，拟绞监候。准奏通行，在案。是杀死子女及媳、例应抵命者，系专指因奸碍眼、谋故致死之案而言。若因子媳窥破奸情，两相争闹、邂逅致毙，审无谋故别情，自不便概拟重辟^[4]。

接着，刑部安徽司仔细琢磨，觉得安徽巡抚的意见还说得过去，便批下“同意”两字。

有一小问题，应稍加解释。“非理殴子孙之妇”一律，在其他别国法律文字那边屈指可数，甚至可说，那是我们中华法律文字的一道独特风景线。婆媳关系紧张，直至婆婆在儿子面前与媳妇争风吃醋，原本是见惯不怪的事情，中外皆然。但是，在中国这里，婆媳关系似乎显得更为紧张。“非理殴子孙之妇”一律，大体是对此而来的。换言之，尽管国人习惯以为，婆婆对媳妇频频发威理所当然，但是，国人又相信，什么事情不能过分，婆婆对媳妇无论怎样都是不能往死里下手的。所以，那条律，是想管束一下婆婆“权力”的滥用。如果这样看待这条法律文字，老焦刘氏的“动作”，也就不能非常清晰地适用该律文字加以判断了。毕竟，老焦刘氏的当时动机，十分复杂，不单是想发发婆婆之威，起码，她又想隐蔽奸情、威吓媳妇闭嘴，直至动叉殴打媳妇，等等。这后面之类的动机，是靠近了“奸情谋杀”的另一法律文字。

所以，这案子好像也就在上述三处法律文字之间摇摆了，不好断定。

现在，安徽巡抚判了，刑部也点头了，一个“法律判决”，因而也就

出现了。

—

说来，这类看上去并非死死拘泥于法律文字的审判是不少见的。问题是，怎样“解读”这类审判。

刚才，提到这是一个“法律审判”。对此，大概没有多少人会否认。自然，巡抚大人和刑部都有一个审案断狱的权力职责，打其手里出来的任何审判，倘若没有法律的性质，倒是一件奇怪的事情。既然是个“法律审判”，那么，其中必有“法律”。可是，显然又可问问：“法律”在何处？老焦刘氏左右挥舞铁叉，目的在于恐吓，最后动了殴打的心思，但事先并无“谋杀”的“蓄意兼故意”，有关谋杀的法律文字，也就不好用了。另一方面，那婆婆也难说是纯粹的“殴打”，因为，案子里面总是掺杂了“奸情”的乱事，有关“殴打”的法律文字，同样，不得不放在一旁。安徽巡抚和刑部以及其他许多人都是这样看的。如此，此案审判中的“法律”，显然就不在我们说到的三条法律文字里面。

不在法律文字里面，难道，在安徽巡抚和刑部的“大笔一挥”里面？

这是一个思路。

20世纪 30年代，英语世界那边出现了一场法学运动——现实主义法学运动（Legal Realism Movement）。这场运动，将这个思路发挥得淋漓尽致。运动中的法学家，几乎都在断定，“法律”恰恰在安徽巡抚和刑部那班法律执行者的“大笔一挥”里；要想知道“法律”在哪里，就需看看那些执行者的一举一动。他们，还拿出两个言之凿凿的理由，去说明这点。第一，法律文字难免要由法律执行者来解释；谁解释，谁就可以“说了算”。第二，法律执行者有最后的执行权力，无论立法者怎样排列法律文字，执行者，有实际的权力，决定案子的命运，决定当事人的

权利和义务。

头一点是讲，法律文字在“老焦刘氏案”中的意义，要由安徽巡抚，尤其是刑部来决定。他们说了是什么意思，就是什么意思。当然，作为立法象征符号的乾隆皇帝，出来说声“意义如何如何”，可以压过巡抚、刑部的意思。但是，这时的皇上，已是执行者的角色了。后一点是讲，要将老焦刘氏“杖打一百，流二千里，并不得收赎”，最终还得靠安徽巡抚或刑部。如果有人把这些人物和衙门的“法律解释”错了，这绝对没有意义。他（它）们运用自己的“法律解释”和判决，是一定要将老焦刘氏杖打一百，流二千里的。看上去，案子是这么结的。

显然，认定“老焦刘氏案”是“法律审判”，前边的结论，也就顺理成章了。至少，在那类有争议的案子中，法律执行者是起到了决定性的作用。

可问题又在于：“法律”怎么可以出现在安徽巡抚和刑部的“大笔一挥”里？在那“一挥”里的“法律”，究竟是普遍的，还是具体的？

有人会讲，将“老焦刘氏案”的审判说成“法律审判”，是一种方便的说法。其实，这审判是一类酌情处理，见机行事。在法律运作中，这是不得已而为之的“边角辅料”。一来，不大可能将所有头疼的案子，上交立法者请示。二来，那般请示还会让执行者脸上无甚光彩；因为，执行者简直就是太机械了，而什么事情都有个灵活才对。所以，严格说，“老焦刘氏案的审判”，不是“法律审判”。

如果这样讲，自然是道破了天机。然而，人们的法律语言习惯，还是使人不大容易接受这个讲法。怎么法律机构的审判，可以不是“法律审判”？怎么他们可以做出“非法律”的事情？很清楚，不能接受这个讲法。

既然不能接受那个讲法，接下去，就得承认，“法律”可以出现在安徽巡抚或刑部的“大笔一挥”里，而且，从中浮出的所谓“法律”，不是普遍的，而是具体的。因为，我们没有看到和“普遍性”的法律文字一样的东西。

现实主义法学运动，恰是以类似方式推断的。

二

在“老焦刘氏案”的审判这个标本里，现实主义法学运动的推断，很难推翻。不过，我们还是可以发现许多没有争议的案子。而有人会提到这些案子，发难现实主义法学的思路。

假设一下，在“老焦刘氏案”里，那婆婆道德操守极好，没有奸情，只是“婆道尊严”的感觉膨胀了一些，时时动手虐待媳妇小焦刘氏，最后，性子上来，动了铁叉，将其戮死。或者，婆婆实在是个淫妇，时不时地招惹野男人入屋，一次竟被小焦刘氏撞个正着，事情败露，而后婆婆和野男人商定杀人灭口，并且动下手去。在这两种情况下，前面提到的三条法律文字，似乎都是可以直接派上用场的。因为，大家可能不会有什么争议。

在这类没有争议的案子中，能说“法律”存在于巡抚或刑部的“大笔一挥”里？能说法律就是“具体”的，而不是“普遍”的？

这似乎不行。因为，安徽巡抚或刑部，显然可以将案子直接“塞进”三条法律文字里。这时的审判式“大笔一挥”，是“依法断案”。法律文字是大前提，老焦刘氏的所作所为是小前提，“大笔一挥”是结论了。如此，“法律”是在三条法律文字里面，而不是在法律执行者的判决里面。也因此，法律是“普遍”的，而不是“具体”的。现实主义法学运动的断言，在此是说不通的。

但是，现在需要注意一个问题。在此处的叙述中，我们使用了“没有争议”四个字。对“没有争议”的案子，过去，人们习惯称之为“简易案件”（simple case）。可“没有争议”，毕竟和“简易”有些重要的区别。“简易”似乎在暗指案子“本身”如何。这是说，这语汇在说明案子自己相对法律文字有个“客观存在”的简单。至于“没有争议”，似乎在说，观看或阅读案子的人，因为没有不同的意见，所以，没有争议。这等“没有争议”，表现了人头脑里的“主观”的“简单”，和案子本身没什么关系。

这个重要的区别，十分要害。我们应该注意。因为，它可能会指示另一进路，表明“法律”到底是在哪里，表明那决定人们身家性命的东西到底是“普遍”的，还是“具体”的，从而又让现实主义法学运动的思路，“柳暗花明”。

再假设一下，在“老焦刘氏案”里，案情就是我们开始描述的那样“摇摆不定”，可是安徽巡抚、刑部，以及其他什么人士，实际上并没有表达不同的意见。他们都断定，老焦刘氏要么是“殴打”，要么是“奸情败露谋杀”。案情在法律上是非常清楚的。这样，我们说它是“没有争议”的案子，更为准确。因为，此处不是案子“简易”，而是“观看”案子的巡抚、刑部，以及其他什么人士没有异议。

或者反过来，案子不是这样，而是像再前面假设的，老焦刘氏没有“奸情蓄谋”，而是纯粹地虐待殴打媳妇，要么有奸情而且有“杀人蓄谋”，但是，安徽巡抚、刑部和其他人物以及衙门之类的，或者在头一种情形里争得非常激烈，或者在后一种情形里各执己见，反正，依然没有让案子变得看上去“简易”。这时，案子的“复杂”，便是因为人们的“主观”争议了。

当然，有人会说，实际情形不可能像这里又假设的那样，完全成了“主观”的问题。巡抚、刑部之类的人物或衙门，不可能该争议的时候

不争议，不该争议的时候反而争议。在人们日常生活中，总有些东西“本身”是不可争议的，有些才可争议。

不过，我们应该小心，有两个证据似乎可以显示，争议不争议，实在可以划归“主观”一类。

先说第一个证据。

同一件事情，放在不同的地方，便有可能产生不同的意见反响。比如，婚前性行为，放在我们中国 20世纪初的农村，那可是伤风败俗的天大事情，即便在那个时期的中国城市，也是不可忍受。但在一些西方人那里，就没什么大不了的。一些西方人觉得，这种事虽讲不是“善”事，可也不属“恶”事。这样，在中国这里，“大家 ”（都是中国人）不会有“争议 ”，在那些西方人那里，“大家 ”（都是西方人）也没争议。这里的要害意思，换句话讲，就是不圈定地方的话，在地球上说同样一件事情，实在可能得出不同的意见。因为地球太大了，呈现不同意见，易如反掌。然而，如果圈定一个地方，比如圈在中国或者西方某个区域，那么，同样一件事情可能就是没人争议的。

这暗示，当我们就一个案子来讨论时，似乎时常不自觉地圈定了一个地方，比如中国，而在这个地方没有出现人的争议，我们便会不自觉地认为案子本身是“不可争议”的。可是，毕竟在其他较远的地方，不同的意见照样可能出现，就像站在“婚前性行为”这一事件面前。

再说后一个证据。

同一件事情，放在不同的时间段，依然可能产生不同的意见反响。还用那个“婚前性行为”来讲。在 20世纪初的中国人这里，不论是农村还是城市，大家都会没什么争议，对其注定大加谴责。而在 20世纪的80年代，人们就有争议了，有人依然说“那叫伤风败俗 ”；有人说“没什

么大惊小怪”；有人则说“这是自由权利”。我们完全可以想象，说不定在 21 世纪的什么年月，中国人就会像西方人那样，对其又没争议了，尽管这时的“没有争议”完全是“没所谓”的意思。而且，即便是在西方人那边，曾几何时，“婚前性行为”也是“可争议”的，甚至对其还有否定性的“没有争议”，否则，“贞操带”的象征物品为何存在，就难解释了。

这后一证据暗示，当人们在一个时间段内说案时，极为容易不自觉地将时间段向“过去”和“将来”两个向度扩展开来，而且，在这个时间段内没争议时，人们就会不自觉地想象在过去和将来都是没争议的，案子本身，定是“不可争议”的。但时过境迁，不同的情形就会出现，案子从没有争议变得有争议，又从有争议变得没有争议……循环往复，以至无穷。

再看“老焦刘氏案”。

我们设想了，不论案情如何，巡抚大人和刑部衙门都有可能争议，或者没争议，至少从理论上说是如此，虽然《刑案汇览》的记录是“有争议”。既然这样，显然有理由认为，不是“老焦刘氏案”本身是否可争议，而是因为，如果巡抚或刑部或其他什么人物衙门争起来，它就是可争议的；如果没争起来，它就是不可争议的。如此，进一步结论出现的可能性也是难以躲开的：在审判中不论有无争议，“法律”，是在巡抚或刑部那类法律执行人物或衙门的“大笔一挥”里，因为，他们掌握了“可争议或不可不争议”的权力，而法律文字和案子之间的“可否争议”的关系，被控制在他们的股掌之中。假如“老焦刘氏案”真是不像《刑案汇览》所记录的“摇摆不定”，而是单纯的要么“殴打”，要么“有奸情兼谋杀”，那么即使巡抚和刑部“没有争议地”将案子塞进三条法律文字之中的任何一条，这也并不表明“法律”就在三条法律文字里。

断案之中的“法律”，究竟在哪里？是“普遍”的，还是“具体”的？

答案恐怕会接向法学现实主义运动的思路。

三

将思考推进。

断案中的“法律”，极可能在巡抚大人和刑部的“大笔一挥”里，又极可能是“具体”的，这有什么理论后果？

我们先引入一对家喻户晓的概念：“法治”与“人治”。“法治”，经典解释说它是法律的统治。法律是什么？人们乐意以为它就是前面说过的那类“一般性”的“法律文字”。人们把法律文字写出来，对其顶礼膜拜，而且人人凡事唯其是举，“法治”便实现了。撇开大清那个时期的“皇权”问题来说，巡抚大人或刑部，照着法律文字裁断老焦刘氏，正是“法治”的一种表现了。如果乾隆皇帝也是这般，那更不用说了。人们总是这样认为。

“人治”，通常解释说是人的统治。在“老焦刘氏案”里，假如根本没有什么法律文字，而是巡抚大人依着自己主意断案，或者，刑部将自己的意思压在巡抚大人的头上，再或者，乾隆皇帝自己非要一锤定音，那么，这便是人们常说的“人治”的表现了。或者，有法律文字摆在一旁，可没人对其有个“敬”字，那也是“人治”的表现。“人治”与“法治”的区别，在于后者有个外在的文字东西放在那里；而在前者，除了随意随机的意志之外，没有旁边的东西管束着。一般的说法，正是如此。

此外，对照“普遍”和“具体”来说“法治”与“人治”，可讲，“法治”表现了用“普遍”统治“具体”，比如，用一般性的法律文字统摄具体的案子或者事件。而“人治”则表现了用“具体”统治“具体”，比如，用“具体问题具体分析”得出的答案，来统摄具体的案子或者事件。

如果“法治”与“人治”的意思是这般，上面说的“老焦刘氏案”审判—

—其中不论是有争议还是没争议——到底是“法治”的活动，还是“人治”的活动？

经过前面一节的分析剥离，我们似乎只能认为：那是“人治”的活动。因为，至少在理论上，“法律”总是在巡抚大人或刑部之类的人物或衙门的“大笔一挥”里，它是具体的。到了这步，一方面，我们不得不说它是“法律审判”，另一方面，又不得不说它暗藏了“人治”的谱系。由此，在审判中，“法”是表而“人”是里了。现实主义法学家说过，“那种根据规则审判的理论，看来在整整一个世纪内，不仅愚弄了学究，而且愚弄了法官^[5]”；那些白纸黑字的制定法，或者判例，“仅仅是法官就具体案件作出法律判决的许多渊源中的一些渊源”，而不是人们认为的法律规则^[6]。

这里，笔者并不打算吹捧现实主义法学运动的理路。那个运动中的成员，特别抓住了“老焦刘氏案”里的“争议因素”，对“没有争议因素”，只字不提。这是以偏概全。所以难怪有人讲：他们是“对个别判决的狂热崇拜”^[7]。不过，我们应该注意此运动的思路指向。它提醒，在有争议的案子里，难说法律文字“一统到底”。从这出发，我们就该思考在没有争议的案子里，是否依然难说法律文字“贯穿始终”，而前边，我们这样思考了，现实主义运动的参加者则是“太懒了”，没有继续思考下去。接下来，我们还要更进一步想想：如果在审判中，“法律”是在巡抚大人或刑部那班人物或衙门的手里，那么，这背后还有什么更为值得警惕的文化？

四

民国时期，学者费孝通说过一段话，十分警醒，现摘录如下：

如果人治是法治的对面，意思应当是“不依法律的统治”了。统治如果是指社会秩序的维持，我们很难想象一个社会的秩序可以不必依靠什

么力量就可以维持，人和人的关系可以不根据什么规定而自行配合的。如果不根据法律，根据什么呢？望文生义地说来，人治好像是指有权力的人任凭一己的好恶来规定社会上人和人的关系的意思。我很怀疑这种“人治”是可能发生的。如果共同生活的人们，相互的行为、权利和义务，没有一定规范可守，依着统治者好恶来决定。而好恶也无法预测的话，社会必然混乱，人们会不知道怎样行动，那是不可能的，因之也说不上“治”了。

所谓人治和法治之别，不在人和法这两个字上，而是在维持秩序时所用的力量^[8].....

费先生讲这段话，是想说明乡土中国虽然不是法治，可也不是人治，而且，在人的背后，总有一种力量默默地起着操纵作用。我们自然关心后边的意思。换言之，顺后边意思的理路，如果再回到婆婆通奸案子的审判上，可以深一步地认为，尽管巡抚大人和刑部官人在法律上能够体现出个“具体处理性质”的“人治”，但是，那后面，依然有个力量在指使、控制、支撑。这个力量，可以提供一套可预测的东西，叫人们知道可以做什么，叫社会有个“治”。

现实主义法学家的思路比较窄。因为，他们觉得，法律语境里的“人治”是纯粹的人的因素使然。这人想做什么，便可照直去做；主观意志是决定性的东西。然而，我们可以发现，人总是生活在社会中的，打小生来长来，就要在一个文化染缸里浸泡、滋润，吸取话语质素。如此，体现出的“人治”里面便不主要是个人的意志，而主要是个人的“文化履历表”。在这些“履历表”中，就可清晰地分辨在人背后起操纵作用的社会文化“力量”的谱系。而不看到这些，所谓的“人治”，本身又是说不清的。

社会文化“力量”，是个大概念。其中可说无所不包。

不过，在老焦刘氏的案子里，巡抚大人或刑部，喜好运用“推理”审视问题。他们总在考虑案情和法律文字的关系，甚至在潜意识中，搜寻案情和道德情理的联系，试图建立某个逻辑桥梁。这样一种推理的偏好，是类意识形态话语的表层符号。换个讲法，那推理表现了意识形态话语的操纵。意识形态话语，锻造了巡抚大人和刑部官人的观念、知识、论理方式和价值趋向。所以，在法律语境中，尤其在案子审判实践中，意识形态话语的要素，最为重要。其他社会文化“力量”的要素，莫不通过它来彰显神通。

当然，讨论至此，有人可能会提出这样一个诘难：巡抚大人和刑部官人，以及其他这大人那官人，其背后的意识形态话语大体一致，鉴于此种背景的熏陶，他们应该不会“争论”老焦刘氏的法律命运，因为，意识形态话语的一致，自然导出法律判断的一致，故而，他们的法律结论应是一致的。可是，另外的这大人或那官人还是争论了，其中有人非说老焦刘氏属通奸后蓄谋杀人，或说老焦刘氏“非理故杀”。如果不是这样，刑部安徽司就不会那么绕弯子说明解释大清律例了。这，不正表明还是有些“人的自主意志”在起作用？而且，即便巡抚大人和刑部官人当时没争论婆婆通奸杀人的问题，他们此前此后，都有可能对别的案子争论一二，或者，具有不同的意见，这也不表明有时人是很“自主”的？

在此，应注意，意识形态话语的操纵是指示一个方向，而不是指示一个具体结论。它会左右巡抚大人、刑部官人以及其他大人、官人的推论方向，倒不会注定显示一个具体的“老焦刘氏生杀”的说法，放在那里。这是讲，大人官人们会在一个“知识圈子”里兜来兜去，他们也许“四书五经”“大清律例”读得多了，故而在这类话语背景中，或者同一腔调说话，或者就其争个精义要义是什么，但是，不会也不大可能跳出其外，捧住诸如民间神话、小道俗理另一种类的话语，来说三说四。如此，就算有个“自主意志”，它也是“知识圈子”之内的小打小闹、“你争我夺”。

意识形态话语，是“批判理论”的一个关键词。它直指了巡抚大人和刑部一班官人背后的“精神力量”，揭露在法律实践的深处，并无客观中立的“法律知识”，并无所谓“依法判决”（即法律文字有自己的固定含义，法律执行者依此断案）的踪迹。此外，如果引入法律社会学的一个概念——“活的法律”（lebendes Recht，埃利希 [Eugen Ehrlich] 用语），那么这一“精神力量”的外在形式便是“行动中的活法”。“活法”与“话语”互为表里。“活法”是自然形成的，可终究是“话语”牵引、提升、推动的结果。这样，所谓的“人治”，不论是常说的，还是“法律中的”，实在都是“活法”的“治”，而最终是意识形态话语的“治”。

于是，讨论巡抚大人和刑部官人的审判活动，自是剥离其中的“活法”，看看法律审判中的行动谱系，最后也是最为重要的，揭示“话语权力”是如何通过“法律面纱”，游离于“老焦刘氏生杀”的判词之中的。

读《听来的故事》——掀开现代性法律的另一面^[9]

……真正的政治任务是抨击那些表面上看来中立或独立的机构的作用，把在其中暗中作祟的政治暴力揭示出来，以便大家共同与之斗争^[10]。

喜欢读文学作品。虽说是外行，但不免有点附庸风雅的趋向。说到文学作品，常听人讲，其触觉敏感，时时于不经意之际切入了社会的某部分要害。原以为，这是“往大了说”，可一日读《听来的故事》，发觉震撼，便深信有时是这么回事。

自己平日研习法律，脑子“前结构”布满了法学话语。所以，读《听来的故事》，自然会不自觉地朝“法理意识形态”的荆棘场域进发。

一

《听来的故事》，是作家贾平凹的作品，几百来字，登在 1999年 3月 17日的一家报纸上^[11]。

“故事”前半部分讲了三个故事，属于听来的《听来的故事》。因为，作品里的第一人称“我”，从别人那里听来了《听来的故事》。

头一个故事，有点神话传说的味道。它讲，非常久远的时候，有位英雄十分了得，而且喜好为民除害。他来到一个村庄，问村民有什么麻烦。村民说，山上有虎，这虎祸害无穷。英雄二话不说，立即上山将虎除掉，并将虎皮剥下回到村子，继续问还有什么麻烦。村民乐得头昏眼花，大声说，海里有条龙，赶快把它消灭了。英雄歇息片刻就跳进海里，和龙大战七天七夜，接着，龙头便被英雄提回到村子。村民笑了，

摆下酒席，给英雄灌下一壶酒。可英雄念念不忘自己的“职责”，又问有什么别的麻烦。村民说，现在只有一个麻烦了，消除掉，天下必然太平。英雄问：谁？村民说：你。英雄大为不解，问村民为什么这般想。村民讲，很简单，因为你是英雄！英雄低头不语，慢慢离席走开，但没走两步就倒在地上了。酒里有毒。

第二个故事离我们近点，讲抗战时的事情。一人渡河时溺水，另一人把他救起。事后，溺水者认了后者为干爹。没过多久，溺水者经过一山道，发现一人被狼追咬，便奋勇向前，赶走了狼。被追咬者认溺水者为干爹。几年间，这对干爹干儿子日子过得算是乐融融。可后来，一个日子，日本鬼子和游击队作战时将三人抓住，并要其中一人去蹚雷开路。日本人指溺水者，叫他说谁去蹚雷。溺水者的手指最后指向了自己的干爹。

第三个故事几乎就是眼前的事。有个人叫来子。他经常打扫厕所。年终，单位里的人们就把“先进分子”的牌子挂在了他名下。这样一来，来子天天都往厕所方向走去，以至厕所稍有不净，人们就喊起“来子，来子！来子呢？”一次，厕所的下水道堵塞，大家认定，这该是来子的工作，于是，来子就下去了。结果，来子永远没上来，沼气把他熏死了。

这三个故事的路数差不多，无非都在讲人的“缺德相”，本身没什么奇特。在社会上穿来穿去，这些见惯不怪。

问题是，第一人称“我”，从哪里听来的这三个故事。

二

《听来的故事》说，是从一个颇为斯文的人那里听来的。这个斯文的人，当过刑警队长。而刑警队长，又是从一个罪犯那里听来的。

有意思。

现在，我们可以主观先行地想到，在法律语境中，刑警队长是个“执法”的符号。如果《听来的故事》中的人物具有象征意义，那么，刑警队长不妨解读为“法律”代码。毕竟，罪犯的“罪”字，通常是相对“法律”而言的。没有法律，大致也就没有犯罪这回事。更为重要的是，《听来的故事》的确还交代，罪犯是被刑警队长毙掉的：“那个罪犯后来判为死刑，被他亲自执行枪决^[12]。”这暗喻：法律战胜了犯罪。

接下来，我们可能会关心，为什么罪犯对刑警队长讲出了那些“尖刻”的故事？

《听来的故事》没说。

猜来，大概有几解。第一，罪犯时常混迹于社会黑暗角落，偏狭的心态，促使其仅关心人的“缺德相”。而罪犯知道多了，在临死之前就会展现一下自己的“愤世嫉俗”，叫刑警队长警醒警醒。联系到第一个故事，兴许，罪犯还有这个念头：刑警队长像英雄一样除害，最后自己可能也没什么好下场，因为，村民一类的百姓，不仅警惕祸害，而且警惕扫除祸害的“祸害”。这世道从来都是惰性的。往深了说，百姓想要象征意义的法律惩罚，可最后还会担心这个惩罚带来别的“惩罚”。

这一解，讲得过去。

第二，罪犯也许不过是个一般的罪犯，犯了杀人的事，才被关进死牢。牢中有狱友，狱友之间除了相互欺辱，偶尔，也会谈论彼此的经历和故事，象征性地进行你我安慰。讲故事的罪犯，可能正是从别的罪犯那里听来了三个故事。我们知道，这死刑执行前，有个不成文的规矩：一要让罪犯吃饱喝足，二要问问罪犯有什么最后的言语。这也算是最后的仁慈吧。于是，罪犯要被刑警队长毙掉时，觉得没什么可说，便将牢

中听来的最令他“茅塞顿开”的三个故事递给了刑警队长。此解引申的话，可讲，人们终将既会明白做坏人的可怜下场，又会明白做好人的可悲下场。三个故事里讲的，都是好人的可悲下场。

这一解，当然也行。

第三，可能罪犯是个既明白又清白的人。他关心社会，时时展露“国家有难、匹夫有责”的风范，看到不顺眼的事，就要唠叨一下，唠叨之际却忘掉了“言多必失”。一次说话，大水冲了龙王庙，接着便被打入死牢。末了临刑，世态炎凉仍然揪着他的心。这样，还是“老毛病”驱着让他讲出了象征国家有难的三个故事，即使，面对的是“法律代码”的执法刑警队长。此解侧面的隐喻，可说是，关心社会的结果是善有恶报，但是，人还是需要“痴心不改”。

这一解，同样是可以的。

……

自然，还可以想出其他解。不过已经足够了。

无论提出何解，《听来的故事》的一个进路是清楚的，罪犯讲出的是警世大实话，至少，罪犯清醒地明晓三个故事的意思，并且要传播它。不管出于何故，罪犯总是把它捅出来了，不像某些人，一边做着坑害“英雄”“救命恩人”“来子”的事，一边站在一旁看热闹，或者一声不吭。当然，令人遗憾的是，无论如何，法律代码时常不会震慑后面那些人。

三

眼下处死罪犯简单，一般是一个枪子儿打出去结事。《听来的故事》接下来说，罪犯是挨了一枪才赴九泉的。可是，它编了一个细节：

枪响之后，他（指刑警队长）离开现场，脚下踩了什么东西，软软的，以为是香蕉皮，又踩了一下，还是软软的，低头一看，是一条舌头。他说，枪子从脑后打进去怎么偏巧就打飞了舌根，足足五寸长啊，这长舌男^[13]！

读《听来的故事》，至此深觉震撼。震撼之时，也就忘掉了为什么法律代码不会震慑“后面那些人”这一问题了。起码，觉得那是不重要的事情，还有更紧要的问题。

一名斯文的刑警队长，执行枪决的时候竟然打飞了舌根，舌头掉了出来，还被踩了几下，不知不觉！而正是这条舌头，讲出了三个时间跨度很长的警世故事。这里兴许有一个《听来的故事》的深层进路。

再瞧三个故事的时间排列。

这排列有个历史顺序。第一个是久远的，第二个是较近的，第三个干脆是眼前的。如果又提“法律代码”，那么，法律的暴力惩罚在这个历史顺序中则显得“由粗鲁到文明”。久远之时是古代，那个时候，英雄与虎斗与龙斗，其乐无穷，而执法者胸毛粗硬，手抡利刃，处决死犯犹如屠宰。较近之时，已有“现代文明”的征兆，救人者虽是要么在河里奋勇斗龙，要么在山里拼死驱狼，而执法者却粗细兼有，不会彻底地有如屠宰，可有时也会喊声“拉出去！”眼前，就是文明时代了。来子是被“沼气”熏死的。“沼气”主要成分是甲烷，“甲烷”一词纯粹是科学的语汇。科学有“文明”的意思。而开枪的刑警队长是“斯文”的，并且，事后还会“有文化地”讲述自己听来的故事。

舌根被打飞，是在眼前的文明时代。

而文明在人的风貌上，就是“斯文”。

说到“斯文”，那不仅是不粗鲁，更是有知识。这知识有时是所谓

的“科学知识”。在法学专业的话语里，“刑警队长”被列入“科层”谱系。他有业务专长，业务知识是系统的。科层是“现代科举”的成品。讲起科层，人们则是容易想起现代性法律设计的一个方面。在历史上，法律的发展，经由了一个理性化、复杂化、专业化的阶段。因为，人们曾经大体以为，法治如能实现，当是首先有个规则罗列一旁，以便凡事可以“依法决断”。规则，不能粗线条，应该入微细致，否则，引起公说公的婆说婆的，还是等于没有规则。而规则具备了，便要大批的具有法学学科知识的人士操持运作。法律科层，由此而出。

刑警队长的“斯文”，暗示了这一点。

到这，便引出一个头痛的问题：怎么就是“斯文”的法律科层代码打飞了“长舌男”的舌根？

试着解释一下。

舌头是“思想言语”的象征。罪犯的舌头讲出了许多东西，最为重要的是，讲出了社会的“惰性秩序”不太喜欢的言辞。不论怎样，不少人做了一类事，自觉不光彩，可也不愿意被人无情地撩开面纱。于是，这类人需要一种东西，震慑不无顾忌的思想言语。都说法律是管行为的，法律名义的惩罚也是朝行为而来的，与思想言语无关。可《听来的故事》已经暗喻：法律的暴力不仅可以割断舌头，而且可以打飞舌根。

进一步联想下去。

舌头从中间割断了，也许是在暗喻轻度的一般人的“失语症”。法律有时可以凭借暴力，硬将对立面的思想言语压制下去，这是古代乃至近代，常常可以发现的情形。此种“失语症”，是由恐惧引发的病症。恐惧引发的病症，治愈不难。到了现代已有证据显示这点。

然而，打飞舌根，可能是在暗喻深度的一般人的“失语症”。深度

的“失语症”，与恐惧无关，倒与“心甘情愿”相联。面对一种“神圣的”“不可置疑的”“理所当然的”象征物，后种“失语症”，不是不敢说，而是不想说，由此无从谈起“说”。并且，“不由自主”，是其基本特征。“斯文”的刑警队长这一现代性法律代码，站在人们面前，容易叫人“不可置疑”，其有“客观”“中立”“形式正义”的科层外貌。故而，粗读《听来的故事》，总会不知不觉地理解“斯文”，以为这是“正当的”，具有“合法性”。所以，打这提升的法律统治，是在“根”处摧毁言语反应的能力。现代社会有时可以发现此种深度的“失语症”。

当然，如果罪犯在现代社群语境中是不折不扣的罪犯，过街老鼠，而且没有讲过三个故事，或者，讲故事时，完全像前边分析过的头两种情形那般（前面猜过三种可能的情形，以解释为什么罪犯会对刑警队长讲听来的故事），要么诅咒刑警队长，要么随便聊聊，那么，他被毙掉也就另当别议。现代性法律代码，由此，也是不可指摘。

问题恰巧在于，罪犯可能像前边分析过的“罪犯为什么讲故事给刑警队长听”的第三种情形那般，属于既明白又清白的人，时时展露“国家有难，匹夫有责”的风范，最后，没有留神，说话之间，“大水冲了龙王庙”，被毙掉了。此外，类似英雄被酒毒死，救人者被人出卖，来子被沼气熏死而旁人无动于衷的事情，总是屡见不鲜。到了现代社会，依然如此。

这样，“斯文的刑警队长”和“打飞舌根”之间相互关联的象征意义，来得颇有意蕴。起码在某些时候，它暗示，要解开“合法性”的外衣，掀开现代性法律的另一面。因为，它可能以“客观”“中立”“形式正义”的科层名义，背弃了社会一类的“正当”，而在背弃的同时，还叫“人”不可置疑。这“人”自是包括了“斯文的刑警队长”、一般人，还有“长舌男”本人。

《听来的故事》下意识地点到了要害。

最后留一句。人们都讲，文学作品读来是见仁见智，意义任由发挥。真是这样，则上面对《听来的故事》的解读，只是一种解读。

从《水浒》的翻译看^[14]

话语既可以是权力的工具，也可以是其结果.....话语传递并产生权力，它加强权力但又削弱并揭露权力，使其虚弱并能够使其挫败^[15]。

《水浒》，是中国古典文学名著。而不论在中国，还是在外国，一旦成为名著，就意味着通常需要翻译成外文，让非母语的读者可以阅读。当然，翻译有时是“主动的推销”，有时，是“积极的接纳”。前者说的是，母语的主体自己翻译，目的在于“推出”，用一种话讲就是“开拓进取世界”。后者说的是，非母语的主体也即“他者”翻译，目的在于“接入引入”，时常通称“引进吸收打开眼界”。现代性的展开，其方式之一，就是翻译。

翻译中有学问，而且是大学问，故现在对翻译颇多研究，遂促成一门显学成立，造就了新的学术分工，并引发了“翻译极为可能是种话语策略”的警惕。人们开始思索，翻译是否隐含着话语权力的运作。《水浒》的翻译，历经数次，其本身的故事，翻新不断，其中似乎就有“策略”的问题。

当然，本文只谈故事中的一个“版本”，略及“翻译策略”，主要目的是从翻译问题导向法律问题的追究。

一

“文化大革命”时期，有一个国际友人，叫沙博理（Sidney Shapiro）。此人居住中国多年，十分精通汉语，又特别喜好《水浒》。当时篡政的“四人帮”，力邀沙博理用英文翻译《水浒》，以便

“推销”，送及海外。沙博理勉强答应下来。翻译完成之际，沙博理将译稿交给“四人帮”，算是交差。可“四人帮”初读英文译本书名，立即表示了不满。英文书名是 *Heroes of the Marsh*。“四人帮”说，宋江被帝王招安了，他是叛徒，而且跟随他的相当一部分梁山泊人物，没有“阶级觉悟”，同样是叛徒。既然是一群叛徒，怎么能用 *heroes*（英雄）这个词？所以，这里的翻译之误是根本性的，有关立场。“四人帮”有想法。他们觉得，既然是“开拓世界”式的“推出”，就要有意识地通过翻译策略引导非母语的读者，让他们看出历史中人物的真正问题，特别是历史中人物和当代人物之间的隐喻关系，以明了“文化大革命”时期中国某些人物的“深层一面”。“四人帮”说，应该用与中文里的“歹徒”一词相对应的英文词，而且要求沙博理一定要准确找到这个英文词。“四人帮”指出，梁山泊人物，开始时是“造反”，可后来是叛徒，两相连贯，就有了比叛徒还要恶劣的情节，于是非用“歹徒”一词就不能揭发其实质。沙博理这时发现，“四人帮”对翻译有点在行，接着，答应找词。最后，英文书名成为 *Outlaws of the Marsh*^[16]。*outlaws*的确有中文“歹徒”的意思，而且，主要是这个意思。“四人帮”读后，觉得“爽”，遂宣布翻译“大功告成”。然而，沙博理暗自偷笑，而且在“四人帮”垮台之后，还不无得意地说，*outlaws*还有中文“好汉”的意思，通过全书的翻译，英文读者一定相信，书名在指“好汉”！^[17]沙博理似乎是“该出手时就出手”，用 *outlaws* 的双重隐意来暗中进行话语抵抗运动。他同情那些“四人帮”不喜欢的人物。

在《水浒》翻译过程中的这个“版本”故事，非常鲜明地表现了翻译的意识形态策略的斗争。

二

现在转入法律问题。在梁山泊的特定语境中，不论 *heroes*，还是 *outlaws*，都与法律有关。*heroes*针对的是法律制度，*outlaws*更是如此。

可是，作为能指的两个词，其所指向的实在对象，却是一个——一群人物群体。换言之，用中文语词来说，既可以用“英雄”来表达某一类反抗一类法律制度的人物，也可以用“歹徒”来表达某一类违反一类法律制度的人物。不同意思的语词使用，表现了对特定人物或者特定法律制度的不同立场。尽管，英文里 *outlaws*，也有“好汉”的意思——和“英雄”的意思有了点滴相通的地方。但颇为重要的是，“英雄”所对应的“反抗”，表达的是对一类制度的否定；而“歹徒”所对应的“违反”，则相反，表达了对一类制度的肯定。

在法学里，一个问题始终暗中作祟。这个问题是：为什么在某些语境中，人们总是中性地看待法律，比如，在前面的语词使用中，无论“英雄”，还是“歹徒”，无论“反抗”，还是“违反”，都没有否定法律本身的资格（尽管对法律有不同甚至相反的态度）；而在某些语境中，人们却仅仅正面地、怀有偏激道德立场地看待法律，比如，我们的语言表达习惯中总有“法律是正义的象征”“法律是人类智慧的体现”“法，平之如水”……

当然可以认为，这是法学里常说的实证主义话语和自然法学话语的“争论”现象。实证主义，从来都说，“法律的存在是一码事，法律的好坏则是另一码事”^[18]，因而，在《水浒》的翻译中，“英雄”“反抗”也好，“歹徒”“违反”也好，同时都是对法律资格的认定，但却可以表现出对法律的肯定或否定的态度。自然法学，尤其是极端的自然法学理论，则是相反，认为“法律的存在和法律的好坏从来都是一码事”，^[19]所以，在“英雄”和“反抗”的语词使用过程中，法律表面上看是存在的，实际上则并不存在。否则，英雄就可以反抗“正义的”“智慧的”“平之如水”的法律了，这会是奇怪的语言使用，而且至少是违反了一些重要的语言游戏规则。

但是，传统的实证主义和自然法学的“笔墨官司”，已经过时，其启

发意义，可能已是大打折扣。因为，语言的使用从来都是应景式的，更为打紧的是，语言的使用者，从来都是从自我理解的角度去看自己的语言使用，并不喜欢跳出“自己的立场”，总会认为自己的语言使用，是正确的、应当的，尤其针对法律这样的社会建制问题。进而，语言游戏规则也变得是多重的、复杂的，构成了多维曲扭演化的空间。而实证主义和自然法学话语，都在从“他者的立场”来讨论问题。“他者”的立场，表现了知识理解的中立性，并且，意在表现这种中立性，展示了知识观察的“外在性”，毕竟，这种立场相信，法学知识的寻觅也是知识中立追求的一种。两种话语的这种“他者”潜意识，决定了其不可逃避的“过时”。不论实证主义认为自己怎样有道理，认为自己对法律制度的建设怎样大有裨益，不论自然法学认为自己多么“讲正气”，对法律制度的建设多么立意高远，生活在现实中的个体，还会采取自己的语言行动策略，标明观点，进行“斗争”，自我伸张，从事征服，进而构筑“法律想象”的一个方面。这就是“过时”的意思。

因此，暗中作祟的法学问题，不是实证主义和自然法学揣摩的那样，是一个“他者”可以争论清楚、论证清楚的问题。这个“暗中作祟”，是持续的、生长的，是和作为个体的我们每个人眼睛中的鲜活法律场景持续相互作用的，并在相互作用之中，凸显个体的利益、嗜好和立场。

那么，我们是否可以设想，个体化的法律话语实践决定了法律生活必定是“反普遍”的？这不一定。因为，谁都可以发现，即使是在我们个体的自我经验中，我们也能发现特定语境中的我们自己和他人的某种一致。有时，某个体，的确和他者个体分享了共同的法律体验，因而，进入同一条战壕，彼此鼓励、相互支援、一致对外，设定共同的“标靶”。就此而言，如果将法律游戏看作语言游戏的一种，那么，维特根斯坦（Ludwig Wittgenstein）的断言是不能忽略的：语言游戏是生活，生活是语言游戏，而语言游戏是有规则的，尽管规则在变化^[20]。

可是，个体化的法律话语实践，因其是从自我立场出发的，或者说从“内在实践立场”出发的，所以，法律游戏规则的变化，又和自我个体的争斗有着联系，是由自我个体的争斗加以催发的。“自我”确定着立场，谋划着策略，设计着方式，运用着权力（福柯 [Michel Foucault] 式的权力），从而在一种法律游戏规则中不断注入新鲜元素，也即导致演化可能出现的新诱因；“自我”总是轻声唱着“军号已吹响，钢枪已擦亮，部队已出发... ..”将自己的意志及热情，诉诸战场。而一种法律游戏规则和自我介入的相互关系，是无法确定的，是无法知识化的，尽管，可以小作描述。于是，法学知识的努力总是面对了无法知识化的部分对象。

这就是在一个《水浒》翻译的故事版本中可以发现的问题。

三

在“四人帮”“想象”着梁山泊时代的法律的同时，沙博理也在“想象”着，尽管他们都没有生活在那个时代。我们也会“想象”，虽然我们同样没有生活在那个时代。只要在生活中有着争斗，比如，像“四人帮”那样有着力图含沙射影的攻击意图（将宋江喻为某某），像沙博理那样有着春秋笔法方式的迂回抵制思虑，人们就会不断地“想象”法律，“砌筑”法律，不论这个法律是什么时代的，并且，为其击鼓，为其呐喊，为其披挂，为其上阵。人们不仅要争论究竟是用“英雄”“歹徒”“好汉”还是“反抗”“抵制”等语词去阐述《水浒》的故事，以及其中的翻译，而且要争论究竟是否用其他语词去阐述去翻译，从而准备设置不同的法律气氛，制造不同版本的法律故事，包括不同版本的翻译故事，使法律游戏规则变得“既在此时又不在此时”，十分辩证。

当然，我们可以自我约束地做个“旅行者”，克己复“法”，走马观花，不卷入上面所说的一切，去客观地描述法律现象，生产普适的法律知识，指出“四人帮”和沙博理都是不客观的，没有普遍的法律知识储

备，从而指出“到底是用何种语词来翻译不是个不能解决的问题”。但是，就是我们自己，恐怕都没有办法可以不生活在特定的法律制度中。毕竟，我们总是生活在一个无法自拔头发从而脱离地面的“法律地球村庄”中。

如果无法成为法律知识的“旅行者”，那么，就必定是法律知识的“角斗士”——而且是在使用文字的每一刻，包括笔者写下上述文字的这一刻。

有产阶级的法律——新游学纪闻在美国 (一)^[21]

.....社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。^[22]

本文讨论法律、法律教育与资本的关系。

2003年 3月，在美国岭南基金会惠助下，我得以再次游学美国。虽然继续以“访问学者”冠名，但是，自己始终认为是在游学。游学，意思当然是指暂留学习，而所谓暂留学习，就是“学生”的一件事情了，不论“学生”的岁数有多大。作为学生，应该“习而思之”，凡事打个问号。此番游学，真有一些疑问时常浮现脑海，问题关于美国法律事业，关于中国法律事业，总由小事引发。

一

这次游学的主要目的地，是老地方——几年前来过的美国俄亥俄州立大学法学院。这里有熟人，方便。这个法学院，在著名法学院林立的美国，时常以“小弟”自称。这是不得已的谦逊。毕竟，人们总会提到赫赫有名的哈佛、耶鲁、斯坦福、哥伦比亚、纽约大学的法学院，而不会论及“小弟”。

俄州这家法学院的大楼没有变，还是那座，1958年建成的，那年我在中国呱呱坠地。但是，大楼镶嵌的一个新的名称吸引了我——Michael E. Moritz法学院。这是说，法学院的叫法前面加上了一个人名。朋友告诉我，Michael E. Moritz是当地的一个知名人士，类似中国的“李鼎明先生”。这个 Moritz，捐助了一笔钱，所以，“法学院”几个字前面

就有人名定语修饰。钱数，是三千万美元。不小的数目，足以解决一些问题。

我特别注意朋友告诉我的四个细节。第一，Moritz先生是这所法学院的毕业生，当时学习成绩平平，没有成为学生中的亮点。第二，毕业后，Moritz先生几乎没有从事法律职业，而是做起了生意，其事业转折点是十多年前的股票操作，几个回合，一举成功，从此进入当地“富豪”排行榜，而法律职业在其心目中究竟是何地位，则不得而知。第三，说重要挺重要，说不重要也不那么重要，这就是，Moritz先生的家里人几乎都不赞同把钱捐给母校。不是不爱母校，而是觉得需要留待更重要的用途。第四，学校花了几年的工夫，运用超常规的公关手段，最后将钱“切入”学校的金库，当然，其时恰逢Moritz依然健在（现已去世）。用朋友的话说，当时学校是不达目的誓不罢休，正所谓“明知山有虎，偏向虎山行”。Moritz家里人在那里作虎状。Moritz本人也有些犹豫。

我很关心钱。其实现在人人都关心钱，美国人也好，中国也好，都不例外。谁让钱可以做成事，还能做成与法律相关的正义的大事，并且堂而皇之？此外，在高举正义大旗的时候，法律人既可从中“金榜题名”，也可从中“腰缠万贯”，这就难怪法律人总是在“钱”中乐此不疲。上述四个细节，都是围绕“钱”来转的，并且与法律事业都有关系，只是关系有远有近而已。

本文先说第一个细节，并略作发挥。

二

Moritz先生读法学院时，家境一般。谁都知道，大学毕业后，在美国要读法学院，不仅LSAT（法学院入学考试）成绩要看得过去，而且还要有相当的经济基础，除非接到全额奖学金这样的天上掉下来的馅