

聚焦“法律东方主义”

编者按:由美国新锐学者络德睦所著《法律东方主义》一书,在2016年由魏磊杰译成中文并出版后,引发了我国法学界的热议,“法律东方主义”这一表达日渐进入中国法律学人的日常修辞之中。之所以产生如此重大的影响力,原因大体有二:其一,作为一种话语的“法律东方主义”,因为涉及面宏大,议题性强,既能突破部门法的知识区隔引发法律人群体的讨论,亦可为不同立场之学人所借用,以资表达自身的政治偏好与倾向;其二,中国硬实力的不断提升,客观上也要求在软实力层面与之匹配,在知识生产中,更多地彰显自身文明的主体性,而作为“法律东方主义”之反题的“东方法律主义”在很大程度上可堪与这种时代的诉求相契合。法律东方主义造就的结果往往是作为主体的西方人可以不自知地声称拥有对中国法的最终解释权。对于这样一种垄断性的话语霸权,不对其进行反驳是不可能的,但反思甚至反驳并不等于就是简单地否定。之于未来中国,这种“重置法律现代性”的问题,就是如何实现从“法律东方主义”迈向“东方法律主义”的话语反转问题,究其根本就是在现有基础之上如何建构中国新法治体系话语的问题。建构中国新法治体系话语,绝非鼓吹学术义和团式的自我差异化,借此否定法治本身的“内在规定性”而填塞进其他东西,而只是意在既有的褊狭的原教旨主义的西方法治观念进行检讨与反思,以期为人类法治文明之精进开启另一种可能。本专题包含5位学者的短评,大体是对这一议题最新思考之结果,虽彼此之间论述视角与阐释逻辑各异,但最终的理论导向可谓异曲同工。诚愿这些点滴思索发挥抛砖引玉之效果,促发我辈学人能为中国法治之未来贡献更多的心力与激情。

关键词:法律东方主义;中国法重塑;法治中国化;比较法

中图分类号:DF11.4 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-9502(2018)02-011-13

东方法律主义的中国进路

魏磊杰

法律东方主义对何谓“法律”总体抱持一种本质化的理解,基于此等理解,并依托西方强悍的经济与军事实力,东西之间不对等的权力格局同时在智识层面也获得了水到渠成般的证成。尤有进者,这种观念为东方人所认识并内化后,往往会促发一种自动服膺于该定见并将其自觉运用于实践的“法律自我东方主义”。

当然,任何一种文明皆有他者,文明主体性往往是以弱势的他者作为基础而得以建构的。“上海人”主体性之确立便是典型。最初的“上海人”仅指浦西一隅的居民,而浦东人乃不折不扣的“乡下人”。伴随上海市政区域范围的渐趋拓展,浦东人这一弱势的他者成为了“上海人”,苏州人与无锡人开始成为临近的“乡下人”,而更远的苏北人似乎永远扮演着“野蛮人”的角色。这便是一种内部版的东方主义叙事。相应的,即便为上海人所轻视,但苏北人内心却往往追求有朝一日通过“翻身”而成为“上海人”,就如备受西方蔑视的东方在意识到自身的确存在缺陷后努力“无缝接轨”而意欲成为第二个西方一样,在很大程度上,两者都是一种所谓的自我东方主义的行为表现。

作者:厦门大学副教授,《法律东方主义》中译者。

这恰好满足了安东尼奥·葛兰西对于意识形态“霸权”所作的基本描述:既要你永远受到这种智识支配,而且还要让你心甘情愿地永远接受这种支配。此等霸权本身是一种垄断性的体系构造,不对其进行反思甚至反抗是不可能的,但这并不等于简单的否定。借用阿里夫·德里克的表述,就是“批判欧洲中心主义霸权的目的,是拯救那些遗忘的文化遗产,这样做并不是为了将这些文化遗产具体化,而是在追求民主、自由、社会与经济正义的革命斗争过程中,为思考人类的未来打开新的思路”。之于当下中国,此类“重置现代性”的问题就是如何实现从“法律东方主义”迈向“东方法律主义”的话语反转问题。何谓东方法律主义?简单地讲就是重新建构一种新的理解与阐释法律与法治的话语与观念,唤醒东方,使其重新获得主体性,在世界法治文明的演进中发出自己的声音,以此作为一种超越法律东方主义的可能路径。

究其根本,迈向“东方法律主义”便是在现有基础之上如何建构中国新法治话语体系的问题。就此,可从认识论与方法论两个维度进行阐释。一方面,中国新法治话语体系之建构需要基于中国的国情。其实,对于这个问题,我们可以换一种提法,即为何社会主义的法治建设不能走全盘西化的路子?大约30年前,有过一部《河殇》的纪录片,主旨是鼓吹作为黄色文明的中华文明早已过时,彼时的当务之急就是要全面投向西方蓝色文明的怀抱,并力求成为该文明的一员。这可谓一种典型的“全盘西化”论:将全球的多元文明“化”为单一的西方文明。而之所以此条路径不通而社会主义法治话语体系的建构需要根植于中国土壤,主要在于过往历史之经验所示以及现今中国所处的国际格局使然。对此,可从政治行为主体的“客观不能”与“主观不愿”两个维度予以剖析。

首先,先看日本与俄国的惨痛经验。20世纪70年代末,日本经济实力提升,超过当时的联邦德国,跃居仅次于美国的世界第二强国,恰如现在的中国。伴随日本的崛起,日本人开始叫嚣“买下整个美国”,当时甚至出版了一本名为《日本可以说不》的畅销书。然而,当其经济实力严重威胁到美国霸权之时,还是遭受了《广场协议》的沉重打击,经济遂陷入20年的停滞。苏联解体后,原有的社会主义体制被基本废弃,时任总统叶利钦倾力向西靠拢,梦想以此一朝之后成为欧洲文明体的一员。在西方经济学家的引导下,彼时推行的所谓“休克疗法”,本质就是践行全盘西化。然而这些努力最终换来的是什么?叶利钦时代,是俄罗斯综合国力大幅沦落的时代。西方文明体非但没有接受这个“主动输诚”的国家,而且还变本加厉利用这种千载难逢之契机,虚与委蛇,落井下石,最大限度地压缩俄罗斯的战略纵深空间。进入21世纪,先后发生的格鲁吉亚战争、克里米亚战争,导因主要就是北约与欧盟背弃承诺,毫无底线地东扩,招致俄罗斯忍无可忍的触底反弹。在很大程度上,日俄经验可堪说明,一个块头太大的独立政治体,即便虚心承认自己是“学渣”,对于领导“文明世界”的“导师委员会”来说,这也是一个天生就会威胁“导师”们饭碗的学生,需要先“去势”才能通过其答辩。试想,在世界资源总体有限的情势下,以中国较之西方发达国家人口总和还大的人口规模,要按照西方列强认可的方式发展并最终加入其俱乐部,成为像西方那样富裕的国家,几乎是不太可能被允许发生的事情。

其次,再看当下中国的整体国家战略考量。伴随中国硬实力的不断壮大,其主体意识自然抬升,在主观上似乎也不愿继续仰人鼻息,惟西方国家设定的游戏规则马首是瞻。1996年,中美元首会晤,同意加快中国入世谈判。所谓“入世”,就是加入以美国为代表的西方主宰的世界体系。原因无他,彼时中国GDP位居世界第7,美国的1/10,不到英国的2/3。然而不过20年,2016年,中国GDP已名列世界第二,接近美国的2/3,是英国的4倍,成为世界第一贸易大国。此时,中国

开始大张旗鼓地践行“一带一路”倡议。与之相关的一系列重起炉灶式的重大举措(亚投行的创设、《区域全面经济伙伴关系协定》的签署以及中国与中东欧“16+1”机制的确立等)说明,不断崛起的中国不会如以往那般继续选择融入西方主宰的资本主义世界体系,它要另起炉灶,制定自己的标准,依托远大的战略规划,以支撑起强汉盛唐式的伟大复兴。同时,非西方国家经济实力的提升(如印度、土耳其、巴西等),自然会促发自身民族主体性的张扬(中国追求“中国梦”,而印度也有自身更为宏大的“印度梦”),乃是过去30年全球意识形态转变的典型体现,而绝非中国的个案,这可谓当下建构中国式法治话语体系的大时代背景。在此内外情势下,中国对于人类法治文明贡献的方式,似乎不太可能以全盘认同西式法治模式为基础参与对法治主题的泛化讨论,而更可能意在谋求创造一种崭新的法治样态,以求成就与西方文明对等商谈的主体资格。

另一方面,新法治话语体系的建构需要摒除褊狭的法律自我东方主义情结。作为新自由主义全球化的结果,东方主义话语无疑在中国获得了普遍认受:西方并非外在于中国人意识的参照框架,而是就在意识内部。尽管中国传统与现代性之间的关系绝非简单的一厢情愿,自我东方主义与民族中心主义之间的张力始终存在,但不可否认,主要以部门法学人为代表的一些法学者,基于知识吸纳与思维训练的泛西化导向,往往内在执拗地抱持着一种浪漫的“法治中心主义”情结(绝对自我东方主义)。此等东西之争,之于百年中国,在每个历史阶段,自有不同侧重之解读,于今更是如此。然而,悠久的历史传承、厚重的革命传统以及影响日隆的国际地位,决定了中国新法治观念的生成、法治话语领导权之确立,不可能照搬已然呈现诸多流弊的西方模式,而只可能建基于中国现有的同时也在不断调适与完善的政法体制之上。这绝非一个“应否”的理论问题,而是一个“能否”的政治问题。在很大程度上,中国真正重要的不同之处,也即那些其他地方无法复制的东西,就是中国这一特殊情境下的产物,以及改革开放前30年革命运动所取得的成就。即使中国自20世纪70年代已经摒弃了革命历史,但这些或隐或现的革命遗产对20世纪80年代以来的发展无疑起到了关键的形塑作用。鉴此,一种理想的中道策略似乎在于接续后现代主义对具有单一性“元叙事”的反抗传统,避免在“法治”与“人治”之间进行一种准神学的二元对比,并尽量采用更为适中与更可界定的概念取代它们,以此来规划自身的法律改革实践。而作为一种智识准备,这就要求,我们现在需要将目光更多地投向对“物”——政法体制——的关注,而不只是单向度地聚焦于对“词”——法治话语——的研究,以此似乎才有可能于不远之将来在确保法治“内在规定性”的基础之上真正酿造出一种可堪贯通儒家、革命及西方传统的“通三统”式的法治鸡尾酒。

再次,在西法东渐一个半世纪后的今天,普世性与独特性的全球分布正在重新调整,而未来新的国际权力格局与博弈结果无疑将深刻影响法律东方主义业已创造的这个世界。或许总有一天中国将会屈从于现代欧美形式的法治,从而确认其普世性;当然,另一种情形亦会可能:中国能够将发展的成功转化为某种意识形态领导权,采用一种正在演进中的中国普世主义(一种东方法律主义)重新塑造法治。也就是说,如果法律可以重新定义中国,那么我们未来必须准备接受中国亦可将法律中国化这一可能。毕竟,较之西方,中国更倾向于撇开政治与文化问题,而只考虑经济活动和建立关系,在这个坚持文化差异、摒弃普世政治和文化标准的世界中,这或许会形成某种程度的共鸣。同时,在中国的政治与文化精英看来,西方价值并非天生优越,这些价值之所以能保持主导地位,是因为西方取得了胜利,而且能掌握那么多的财富、科学知识和权力。由此他们确信,如果拥有权力和财富,一种新的中国文明也能够最终达到类似的高度。

当然,诚如历史昭示的那样,此等转化成功与否有赖于未来中国兼济软硬两面的所谓综合国力所能达致的强劲程度。软实力的建构与投射虽依托硬实力的提升与张扬但却遵循着与之截然不同的内在逻辑。之于当下中国,意欲依循何种之世界观塑造世界,最明显的证明,便是你一直在采用何种中国观塑造中国。世界观是中国观的自然延伸与同心放大,两者内外同构,有区别但却没有本质区别。揆诸当下不令人满意之现实种种,以此角度研判,中国现今无疑已是一个强大的国家,但仍需继续努力造就一个更加伟大的社会。回望历史,看这么多个世纪以来,仁人志士无数次地为提升我们自身传统所成就的事业,我们就会坚信,我们能够创造性地回应全球范围内正在发生的深刻变化,再度重新锻造我们伟大的中华文明。

向世界贡献中国的法律智慧

支振锋

虽然地理分布不同、历史时期殊异,但多元文化与多样文明,始终是全人类所创造的宝贵财富。而作为治理体系和治理能力的重要体现,法律文明不仅是人类为维系社会、和谐共处所进行的优良治理机制探索的一部分,也是世界万国文明竞进的重要内容。高歌低吟、粗陋雅致、文明残暴、简约复杂,不同法律文明之间的竞争、斗争甚至抗争,谱写了人类社会的独特诗篇。而通过西方公司法来对帝制中国的儒家亲属法进行理解,通过考察 20 世纪早期美国所谓驻华“法院”在上海适用美国革命之前普通法的“西洋景儿”,通过考察波士顿倾茶事件与鸦片战争来对中国与美国国际法地位进行的比较,以及对 19 世纪 80 年代美国“排华法案”和 1978 年之后中国重启法律改革的思考,美国学者络德睦 (Teemu Ruskola) 以其《法律东方主义》一书所进行的观察与反思,也许是这部诗篇中有趣的段落。

一、文明的秩序构建

仅仅在数百年前,地球上各主要人口聚居区,还因广袤海洋的分割而星星点点地孤立存在着,很少受到“异邦”或“他者”的影响。不同地区的文明之间有差异但无秩序。是欧洲皇室资助的一批批海盗性质的冒险者,在香料、黄金等财富的引诱下,打通了曾将地球割裂的海上航道,是谓“海通”,也即欧洲人所谓的“地理大发现”。打通航道、联通地球,无论如何都是欧洲人的伟大贡献。但随着工业革命所提供的澎湃动能,商业拓展、军事扩张、宗教侵袭、文化侵略直至殖民征服,西方的掠夺事业如火如荼,世界各地都逐渐被纳入到以西欧和北美为中心的资本主义掠夺体系之中。尤其是,通过经济秩序、政治秩序、军事秩序的层层努力,西方还建立了宰制全球的文化秩序、心灵秩序与精神秩序。

在这个过程之中,最关键的一步,就是在文明层面上进行的西方与东方之间主体与对象、自

作者:中国社会科学院法学研究所研究员,《环球法律评论》杂志副主编。

我与他者、中心与边缘、现代与传统、先进与落后、文明与野蛮的步步精心的精神构造。西方与东方地理上的分布关系被转化为时间上的先后关系,实力对比上的强弱关系被转化为道路选择上的正误关系,文化表现上各有特色的形式关系被转化为道德是非上的实质关系。西方强大,故而“伟大”,因而“正确”,从而“道德”;东方孱弱,故而“渺小”,因而“错误”,从而“野蛮”。就这样,宰制变成了帮助,压迫变成了拯救,侵略者成了救世主。

特别是在两次世界大战与大屠杀所暴露出的西方现代性危机之后,正是这套隐秘的文明秩序,从心灵与精神上继续支撑着西方对东方军事、政治与经济上的掠夺与支配,甚至将这种不正常的国际关系正当化。以法律全球化为皮相,以法律西方化为实质的“西法东渐”,也成为海通以来人类法律文明最常见的现象。与西式的价值观上的自由、政治制度上的民主一样,法治也是这个隐秘文明秩序大厦阶前最显耀的大理石柱石之一,并成为其重要的正当化机制和宏伟装饰。从此,东方不再是自主和自足的东方,而是作为西方他者,为西方所构建的东方。法律东方主义,就成了东西方文明秩序构建的收官之作,或者说主体结构完成之后的装修工作。

二、法治的神话与现实

“二战”之后,尤其是冷战结束之后,西方文明以美国为代表,自我加冕,达到历史最高点。西方对东方及整个非西方的政治、经济与军事支配,在达到史无前例高度的同时,也变得更为隐秘,成了看不见的“骨架”。而自由、平等、法治、人权等自有人类始,便成为全人类以不同形式、在不同程度上追求的良善价值,也被西方贪天之功以为己有,先是被包装成所谓“西方价值观”,然后又作为西方价值向全世界推广,成了所谓源于西方、为西方所垄断的“普世价值”。但实际上,这不过是西方支配非西方秩序框架的“血肉”或“外表”而已。这是人类历史上罕见的精巧策略与宣传,也是人类历史上极其有效的洗脑。

半个世纪以来,以美国为首的西方世界,在全世界大肆进行制度和价值观输出,开展种种形式的“法律与发展运动”。但讽刺的是,即便按照西方人自己的标准,无论是世界银行的治理指标、“世界正义工程”的所谓“法治指数”,成绩都非常难看。以世界银行所谓的215个经济体为基础,大约有20个传统西方国家在法治方面表现最好,约占全球的9.3%;东亚、中东欧和非洲有15个左右的国家和地区法治转型情况不错,约占全球的6.9%,如果计算转型成功率的话,大约为7.7%,而其他约83.8%的转型国家和地区在历经半个世纪的法治建设之后,与西方的差距在整体上并没有缩小。整体未成功率达92.3%。轰轰烈烈的法治输出,结果却是一地鸡毛。

从指标及权重的设计方面看,非常明显,全球治理指标在整体上重视控制政府权力,其法治指数侧重于司法体系的独立程度和运行情况,“世界正义工程”法治指数所侧重的也是政府权力控制、司法体系的独立运行及公民权利保护,而“全球竞争力论坛”法制指数则重视财产权利保护、政府对社会安全的维护以及企业对伦理和社会责任的承担。从这些指标可以看出,三大指数的考察重点实际上都放在法治的运行层面,但“全球竞争力论坛”法制指数更为务实,它同时还侧重于政府权力对社会与经济的服务能力。

而也正是在这个细微的差异上,却体现出重要的不同,中国在“全球竞争力论坛”法制指数中的表现,却相当靓丽。这是因为,通观全球,只有那些具备经济发达、政治稳定、社会有序、政府有力等各项条件的国家和地区,才有不错的法治,或者法治能够转型成功。而这几个方面,都

属于国家能力的范畴。故而可以说,国家能力是法治成功者共享的必要条件,算得上是法治转型的成功之道。法治转型成功的前提,还是政治的成功。没有稳定的政治就没有稳定的法治。虽然各个方面之间相互影响和缠结,但整体上可以说,法治是一个国家政治、经济、社会发展的果,而不是因。

三、向世界贡献中国的法律智慧

实际上,正如络德睦《法律东方主义》所考察的,无论是美国破坏中国司法主权的所谓驻华“法院”,还是极其野蛮的“排华法案”,以及美国立国以来长达两个世纪在政治和法律制度设计上对黑人等有色人种的蓄意的、刻意的、制度化的歧视和羞辱,凡此种种,都说明西方法治在逻辑上并不是一致的,某种意义上也是压迫秩序的一环。

而如果我们不是以非历史的态度来研究英美等西方国家的法治历程,也可以清晰地发现,法治固然是西方社会在发展过程中取得的文明进步,但在更大的程度上,它仍然是西方政治、经济、社会进步之后的一个文明之“果”,然后才是推动西方社会继续进步的“因”。以非历史的态度,在非西方社会政治、经济、社会尚未达至系统性进步的情况下,强行输出或移植西式法治,只能是南橘北枳。

从法治在西方的发展来看,尽管其不断地自我加冕,但越来越教条化、越来越昂贵、越来越与其初衷相背离,已经是一个显见的趋势。在美国这样的西式法治“灯塔国”,绝大部分的刑事和民事诉讼已经不是通过审判,而是通过替代性纠纷解决机制或者辩诉交易来解决,美国学者不断地发出“审判死亡”的惊呼。就连其作为法治名片的司法独立和司法审查,因金钱对司法的堂而皇之的影响,也不断遭到质疑,甚至有美国学者发出追寻“人民法院”的呼吁。

因为,实事求是地讲,法治不过是治理机制的一个环节、一个部分。正如中国与其他转型地区的对比所表明的,政治失败下不可能有法治的成功,法治成功只能是政治、经济、社会系统性成功的一部分。而即便成功的法治,也各有各的特色与道路,并没有一定之规。强行将西式法治在全球推广,在政治上不过是西方霸权的体现,在理论上则是西方对非西方在法治上的理论围剿。

本质上讲,作为社会治理机制的一部分,正如任何两个文明的法治一样,中西法治也是同中有异、异中有同。中国法治实践的价值就在于,它不仅打破了西方法治的话语垄断,还作为第三世界国家法治建设或转型的典型范例,为所有不发达地区的法治建设提供了体现中国智慧的中国方案。但与西方对霸权的谋求不同的是,中国并不是要建立自己的法治话语霸权,并不是否定或排斥包括西方在内的其他法律文明,而是打破西方垄断,为人类再探索一条优良治理机制之路,丰富人类的治理智慧和道路选择。

从中国法治化到法治中国化

——《法律东方主义》给我们的启示

郑戈

《法律东方主义》的问题意识来自作者络德睦本人在美国一所大学讲授“中国法”课程和从事“中国法”研究的经历。不止一次,在听说他的专业领域之后,有人会问:“存在中国法这种东西吗?”这个问题有几层含义:第一,在最浅薄的意义上,提问的人可能会想:作为一个缺乏司法独立和三权分立等法治基本要素的国家,中国有真正意义上的现代法律体系吗?美国著名中国法专家陆思礼(Stanley Lubman)就曾写过一篇题为“在中国寻找法律”的文章,其基本观点就是,即使说中国有法律,也需要费很大劲才能找到。第二,中国有自己固有的和独特的法律吗?如果中国的现代法律体系完全继受自西方国家,尤其是大陆法系国家,那么还有必要专门去研究“中国法”吗?要知道绝大多数美国法学院连罗马法、德国法、法国法这样的课程都不会开设,那么有什么必要在一所美国法学院讲授作为移植品种的中国法呢?第三,当然,有些法律继受国家,比如日本,在全面移植了来自欧陆(尤其是德国)的法律制度之后,又努力使之与本国的文化传统和社会环境相适应,在大陆法系中成为独具一格的品种,但中国对西方法律的态度直到今天还是模棱两可,甚至在是否需要发展出具有独立品格的、自治的法律系统这个基础问题上还争论不休,以至于另一位中国法专家明克胜专门写了一篇题为“中国转向敌视法律”的文章,质疑中国建设法治社会的诚意。在这种情况下,在美国研究中国法的意义显然远不如研究中国政治。这些问题都是如此根本,如此挑战着西方的中国法研究者的存在意义,为此,络德睦专门写了这本书来加以回答。

本书的内容基本可以分为批判和建设两个部分。在批判部分,络德睦追溯了这些当代疑问的历史根源。在欧洲人率先展开“地理大发现”和工业化进程之前,乃至一直到他们有能力展开帝国主义扩张之前,他们对中国的想象都是非常美好的。但到了18、19世纪,“东方专制主义”的政治想象就开始占据主流,从孟德斯鸠到黑格尔,一系列重要的欧洲思想家都开始把中国描述为完全不同于、而且远远落后于西欧各国的文明体系。这种转变在思想史的层面得不到解释,其背后的原因其实很简单,就是欧洲和中国实力对比的变化以及欧洲殖民主义进程的展开。当然,为了体现欧洲在“文明程度”而不仅仅是物质实力上的优越性,殖民主义者往往给侵略和殖民披上一层法治的外衣,并顺带归咎于被殖民者。

络德睦在本书中所举的主要例子是“美国驻华法院”。他一方面讲述了美国把中国作为一个联邦司法管辖区、在中国设立“美国驻华法院”以行使治外法权的历史,分析了这种殖民主义活动对中国主权造成的损害,另一方面又分析这种以强力来输出“法治”的做法对美国法治本身的败坏。这个法院对在华美国人、被美国殖民的菲律宾的美国(属民)乃至(在某些案件中)从未涉足中国的美国人行使司法管辖权,其裁判标准则包括美国独立之前的英国普通法、一般性国会立法、哥伦比亚特区市政法典以及阿拉斯加领地法典(包括其中在阿拉斯加已经被废除的部分)。

作者:上海交通大学教授。

“唯一不在美国驻华法院适用的联邦法就是美国宪法。”在美国驻华法院受审的美国刑事案件被告不享有美国宪法所保障的一些基本权利,包括要求陪审团审判的权利。实际上,殖民主义的话语体系不仅损害了“东方国家”的主权、领土完整和文化传统,也损害着殖民帝国自身的宪法原则和公民权利。比如,把东方视为“白人的负担”这样的东方主义思路也固化着美国国内的种族主义,使黑人等少数族群同样被视为“白人的负担”,其中虽然蕴涵着帮助和教化的道德义务,但更多地体现着一种居高临下的蔑视姿态。

由此可见,络德睦所描绘的法律东方主义有两副面孔,一面是对作为“他者”的东方的人为建构,另一面是“西方”自身的主体性建构,这两幅面孔的对映既导致了对东方的简单化理解、对东方内在复杂性和文明传统的压制和消解,又导致了西方自我理解的扭曲和极端化。当中国人把这种“东方主义”镜像内化为理解自身的视角的时候,同样导致了自我否定和缺乏对西方的深入理解之下的全盘西化。

在建设性的部分,《法律东方主义》一书的精彩之处在于成功地应用了伽达默尔所言的“视域融合”式阐释方法,即用中国视角观察美国,同时又用美国视角观察中国,在两种视角的交汇处找到一些有助于理解两种不同法律制度的一般性因素。这种方法的意义和潜力在第三章“讲述公司与家族的故事”中展现得最为淋漓尽致。

络德睦认为,“中国亲属法在历史上发挥了现代公司法在当下所发挥的许多功能”(该书第63页),其中包括现代公司法最核心的功能,即所有权与管理权的分离和管理者的信义义务。一个家族财产的所有者包括死去的成员、在世的成员以及未出生的成员,而管理者则是在世的家长。管理者一方面要确保祖先香火不绝,祭祀不断(祭祀公业),另一方面又要考虑家族的未来发展、子孙教育(宗亲会、“教育基金”),他和整个家族的关系非常类似于信托制度中受托人与受益人之间的关系。在社会主义中国,“单位”在很长一段时间充当着家族的替代物,照管个人的生老病死,成为“伦理经济”中的基础主体。反观美国,公司法在很大程度上也体现着亲属法的特制,比如公司的人格化、管理者对股东负有的信义义务、体现父权主义的“强制披露条款”等等。如果我们放弃对法律教义的执著,就会发现,在功能主义的意义上,亲属法和公司法有很大的相似性,在很多时候可以相互进行功能替代。

用公司法原理来解释中国传统中的宗祠制度以及用中国的宗祠制度原理去重新审视当代美国的公司法,有助于使我们看到经济组织的社会、文化功能以及家庭、社会组织的功能,丰富我们对法律本身的理解。有中国学者指出了宗祠和公司两种文化传统和社会结构中的根源,认为两者没有任何可比性,从而否定了络德睦此种研究的意义。这种批评看似有理,但却无视了以下几个结构性的因素。首先,在1492年哥伦布发现“新大陆”之前,世界是由若干个互相没有频繁往来的中心构成的,每个中心所代表的政治、经济和文化体系都自成一体,各有其内在的机理和逻辑。但自此以后渐次展开的全球化进程却使得跨体系的冲突、比较和相互借鉴变得不可避免。可以说,比较主义是全球化必然带来的知识效应,而比较必然要求将某些制度或文化要素适当剥离出它的本土根源,进行功能主义层面的比对。其次,正像西方的公司制度已经远离了它的教会法根源,中国的婚姻家庭制度也已经被改造得完全不同于它在传统社会的样子,在有些方面,我们的历史并不比外国离我们更近。对于必须回应当代问题的法律而言,通过参照外国经验来理解本国历史形成的,但其历史已经无法正当化其当下存在意义的规则模式,是一项十分有意义的工作。最后,在如今这个功能分化的社会,将家庭、社会、文化、法律、政治熔于一炉的

整合机制已经不存在了。即使在尚未充分实现现代化的中国,法律也获得了相对于其他社会系统的一定程度的自治性。硬要强调某种中国法律元素的文化根源,反倒对今天的现实缺乏解释力。我们可以批评络德睦在应用交互视角来进行法律比较时做得还不够细致和深入,但不能全盘否定他从事的这项工作的意义。

在今天的中国,存在普遍主义和特殊主义两种关于中国政治未来的想象,这两种想象给中国法律的未来安顿了不同的位置。在普遍主义的想象中,西方的今天就是中国的未来,中国转型时期的特殊制度实践都是暂时的和过渡性的,“摸着石头过河”的改革思路有一个不得不承认的目标,那就是河的对岸只能是现代的,也就是西方式的制度文明。法治在中国实现之日,就是“中国特色”被消解之时。在特殊主义的想象中,为了保持中华文明的主体性,避免中国不自觉地“中了西方的圈套”,在全球竞争和分工体系中永远处于劣势,就需要发展出一套具有中国特色的制度文化,其中的法律制度必须是中国所特有。但我们应该走出这种意识形态上的二元论和由此导致的认知闭合,以文化自觉为立身之本,以开放务实为改革思路,既认识到西方法律传统背后的政治、经济含义,又避免陷入固步自封的陷阱。无论是对西方人看待中国时的“东方主义”偏见视而不见,还是看到了这种偏见之后“以偏对偏”地形成“西方主义”偏见,都是缺乏主体意识和文化自觉的体现。由于《法律东方主义》一书的预设读者是美国人,而对中国的东方主义偏见在美国人中比较普遍,所以它首先是一部纠偏式的著作。其中包含的通过换位思考和对话来形成既超越东方,也超越西方的新的知识乃至新的制度模式的思路,并未得到充分展开,但其潜质已经若隐若现。这是本书对中国读者所具有的最大意义。

像络德睦教授一样做“外国法”

——阅读《法律东方主义》的另一种思路

田雷

在向旁人解释什么是“法律东方主义”的时候,络德睦教授乐意于“现身说法”。不止一次,教授告诉好奇者,他是研究中国法为业的,但得到的答复却让他倍感尴尬,人们往往认为中国是没有法律的,是无法的,若是如此,那么这位执教于美国法学院的比较法教授显然是在“无中生有”地作研究。教授坦言,起初他对此颇为愤怒。每当读到这“段子”时,我不由得联想到冯象先生多年前的一篇名文《它没宪法》。在冯先生的笔下,那位北京“的哥”在侃完时事经纬后,脱口而出“它没宪法”,不正是法律东方主义的一个本土兼民间版本吗?

若你能对此莞尔一笑,恰恰也说明国内法学界不乏这种“东方主义”的心态和立场。有些学者会认为自己是那难为无米之炊的“巧妇”:悲观者感觉自己研习的是“屠龙术”,但却因无龙可屠而无用武之地;乐观者也许认定自己做的是一般将来时的学问,等待着未来大显身手的那一天。这种思路,经由课堂内外的言传身教,也成功地传授给下一代的法律人,每年答辩季,一篇

作者:华东师范大学教授。

篇的套路论文全是在讨论如何从外国法那里找寻启示。种种现状只能说明一点,法律东方主义作为一种文化政治的现象,在当下中国的法律话语和实践中是根深蒂固的。

很可能正因如此,这本书的中译本推出一年来,相关的讨论从未中断,其中既有如潮的好评和真诚的批评,也有质疑以及同样真诚的攻讦。无论如何,在这个注意力短缺而图书泛滥的时代,受到持续的关注已经是最大的成功所在,毕竟,“批你,也是看得起你”。

我在此并不拟讨论络德睦教授在《法律东方主义》这本书中说了些什么,也就是说,究竟应如何理解“法律东方主义”,并不是本文的关切所在。让我颇为好奇的是,作为一位任教于美国法学院的比较法/中国法教授,络德睦是如何处理并摆正自己(研究者)和中国法(研究对象)之间的关系的。在听闻到中国“无法”时,教授在愤怒之后很快冷静下来,在书中,他是这么写的:“我决定,从民族志的角度探讨中国法的概念”。如果真诚地换位思考,则我们恰恰是在同络德睦教授做同样的事情——只不过他是外国学者研究中国法,而我们则是中国学者研究外国法——殊归而同途,但相对于研究对象来说,我们都是“外来的”和尚。因此,阅读《法律东方主义》的另一种思路就在于,我们不仅要读作者在书中是如何说的,更要思考作者是如何做的,更具体地说,我们——这里具体是指国内法学界以研究外国法或比较法为业的学者——能否也从“民族志”的角度去思考外国法,如果可能的话,这种民族志方法的外国法研究,是否意味着比较法的衰微乃至死亡,这是本文所思考的问题。

以民族志为方法的外国法研究,首先要求研究者要自觉避免从外国法中寻求启示的简单套路。我们并不否认他山之石可以攻玉的古训,也始终深感中国法制有向上提升的广阔空间,但那种不问来由的“拿来主义”,是法学理论和法制建设的大害,应当为我们所杜绝。民族志的方法,要求我们坚守一种外来者的立场,既然我们是外来者,那么外国法及其生活秩序在规范意义上就是同我们“没有干系的(irrelevant)”的。耶鲁法学院卡恩教授在《法律的文化研究》一书中曾对同行提出严厉警告:“研究法律,我们却变成了法律的一部分。”我们在此要反对的是,研究外国法律,却成为了外国法的一部分。以美国宪法的研究为例,我们必须自觉意识到我们是这一整套法秩序的局外人。在此意义上,最好的外国法民族志,就是托克维尔在美国游历后所留下的经典《论美国的民主》,从外部做“鸟瞰”式的观察和思考,是我们应当保持的立场。

鸟瞰要求旁观者进行长时段(大历史)的外国法研究。也正因此,外国法的研究不能以发现民主或者法治的细节为美,“显微镜”的视角看似科学,看似追求对社会现实做细致入微的真切观测,但任何显微也在同时意味着对镜头以外更广阔空间的屏蔽,反而更容易为观测者的主观偏好或个人意识形态所操弄。在此意义上,我们应该用“广角镜”去观察外国法,与其纠缠细枝末节,不如放宽历史的视野。与之相应的,我们对外国法的理解不能只关注当下时刻的制度安排,而必须追溯每一种法律制度的来龙去脉,也就是说,我们应当用摄像机而不是照相机来记录外国法的源与流,在研究外国法时,我们应当在一种时间绵延的历史尺度上进行思考。

更进一步讲,外国法的研究应追求一种历史转向,只有在把握法律制度生成的历史语境之后,我们才能理解外国法在其发展进程中的开放性和偶然性。对于急于向西方寻求法治良策的我们来说,这种担当起批判法学的外法史研究尤其关键:从来不存在什么可供我们拿来的美国或德国法治模式,法治之路是始于足下的。也只有打开理解法治的历史/时间维度,我们才能真正理解法治是什么,它不仅是一种基于规则的治理,也不仅是一种我们想象个人和社会的认知系统,更是一种生活秩序的形成和绵延。如苏力教授多年前所言,“一个民族的生活创造它的法制”,

整个句子的重读应该落在“创造”这个字上,在民族志的视野内,中国法制的形成,一如美国法制的形成,都是在共同体政治生活中生生不息的实践事业。当然,中国的法学者——作为法制理论的创造者——往往只有在理解了外国法制的历史语境之后,才能真正讲好中国自己的故事。

在向历史转向后,外国法的叙事基调围绕的是流变过程中的复杂性和偶然性,正所谓“一切坚固的东西都烟消云散了”,比较法学者当即就面临着比较法作为一种方法是否可能的问题:当法律的故事成为了一团剪不断理还乱的乱麻,那些法律进化论的铁律也被研究者笔下的历史叙事所击碎之后,比较法从实体上还余下多少东西,还有多少空间,确实成为一个问题。在此意义上,真正有时间意识的外法史研究,在我国当下的法学版图内恰恰承担着“批判法学”的功能。但公允地讲,这种作为批判法学的外法史研究是一把双刃剑:一方面,它对培养中国学者的主体意识有着进步意义,但另一方面,批判往往是解构压倒建构的,因此,在批判过后,比较法是否还能维系其原本优雅的理论框架,前景看来并不乐观。在此意义上,一种出路在于我们今天是否应对比较法形成新的认识,事实上,这正是络德睦教授以《法律东方主义》为示范对我们的启示,因为任何跨越法域以及文化秩序的探索都构成了一种“比较”,只要我们怀有中国学者的主体意识不忘本,只要我们对外国法探索的智识兴趣不消退,最好的比较法研究往往是优秀的外国法民族志作品,比如络德睦教授的《法律东方主义》。

东方法律主义与中国法的重塑

田飞龙

“东方主义”(Orientalism)自萨义德 1978 年提出以来,迅速成为后殖民批判理论的经典范式,被多学科学者用于反思、检讨和解构西方殖民主义话语体系。萨义德有着跨文化的生活经验,且身处中东冲突的特定语境,身体力行于巴勒斯坦建国运动及巴以和平,能够相对平衡而犀利地提出“东方主义”,是对文明冲突现实及其根源的重要智识贡献。“东方主义”的核心命题是,西方对东方的整套叙事是虚构的,服务于殖民主义的特定目的。这种“东方主义”是西方中心论与种族优越论的体现,是西方全球化与殖民体系的逻辑基础,对这一真相的长期遮蔽或不自觉追随成为“东方”民族苦难和屈辱的历史来源,也成为不公正的国际政治经济秩序的深刻根源。

这里的“东方”,在古典古代主要是指中亚族群,尤其是波斯帝国。希腊人早期已经以是否会讲希腊语来区分文明与野蛮。近代以来,随着启蒙运动对西方文化自信的重新确立,包括中国在内的“东方”重新野蛮化,其逻辑结果就是,西方的殖民征服成了文化传播与开化,是一种文明福音的扩展。东西方的划分从来都不仅仅是地理的,而主要是文明的。在此类区分中,中国经历了“褒贬两极”的历史变化,其在“东方主义”脉络中的地位或明或暗:在中世纪传教士文学、启蒙初期“亲华派”(如伏尔泰)甚至美国建国之父那里,中国是文明与礼仪的典范,但在西方的政

治家、商人团体及殖民势力那里,中国则成为野蛮落后之邦。

追随萨义德的叙事逻辑,美国爱默里大学法学院络德睦教授的《法律东方主义》以“中美关系”在近代法上的变迁为主要线索,呈现了“东方主义”的法律现代性叙事及其对中国法的塑造。作者连贯性地剖析了中国的家族企业法原理、美国驻华法院体制、二战后美国法律全球化的策略以及中国法律改革的“自我东方化”逻辑。在此,中国成了“东方”族群的一个缩影和实例。“法律东方主义”的核心逻辑在于:美国有法而文明,中国无法而野蛮,法律与法治成为文明标识,于是“治外法权”便成为正当的制度安排。络德睦教授精彩呈现了自1844年中美《望厦条约》确立美国“治外法权”以来美国的“法律东方主义”对中国的殖民化建构及中国法改革的“自我东方化”努力。作者以相对客观理性的立场进行历史钩沉并对中国法的前景进行了一定的展望,给出了两种前途:其一,中国法按照“法律东方主义”逻辑完成彻底的“美国化”,成为西方法治的一个典范注脚;其二,中国法按照“东方法律主义”逻辑重新获取自主性并创制出不同于美国法的现代法律体系。

何种前景是可能且可欲的呢?作者认为中国法的自我普世化“正在演进中”且“法律世界的未来,首先是一个政治的问题”。这是一种非常清醒而公道的学术评判。无论是基于法律的历史法学立场,还是法律属于“主权者命令”的实证主义立场,中国法就其整体而言最终都必然是本民族历史文明及代表该种文明之主权者政治决断的产物。中国法在技术理性上对西方法的精致模仿达不到一场“静悄悄革命”的程度,理由是中国的历史文明本体厚重且日益自觉,而中国立法者的政治决断大体保持着一种“根本法”意义上的清醒与高度。

当然,中国的“革命历史”决定了中国法自身结构要素的复杂性,其法律主体性的确立需要经过一个艰难的“通三统”过程,亦即最终出现作者所称的“混合式主体类型——社会主义、自由主义以及儒家思想的结合体”。这是一个正在展开的“中国法”故事,是“中国法律理想图景”(邓正来语)的生成史,必然充满矛盾分歧。作者在全书结尾处一语道破:“甚至直到今天,虽然中国对经济普世性甚至政治支配力的主张正在逐渐增强,但‘中国法’的观念受制于法律东方主义长期历史的困扰,继续给很多人一种自相矛盾的印象。”这种印象落实于诸多层面。比如2014年十八届四中全会关于依法治国的决定公布后,横看成岭侧成峰,有人从中读出了中国追寻“法治”的坚定意志,有人从中读出了“法治”形式背后的“威权”本质。但实际上,中国法之现代变迁就如同历史上任何一次“变法”一样,并非自下而上的贵族维权或资产阶级革命,而是自上而下的国家治理工程,使得法治变革在国家意志与权力的可控范围内展开,而不太可能成为反制国家的自主性规范系统。尽管中国历史不乏激烈的革命事件,但国家权力对变法强有力的领导权从来都是法治变革的基本动力与依托。这种模式或许又可被归入“法律东方主义”范畴,但却是“东方法律主义”的生命原理与正向生长机制。

因此,如果我们要列举一下改革开放近40年的中国法治成绩单,一定会有“法律东方主义”和“东方法律主义”两种版本,而若由国际法治评级机构进行指标评估,中国法在“法律东方主义”的规范性框架中可能是最大的“异数”,或可令评估者自我怀疑:一方面,中国法治指数未有显著提高,甚至在某些关键领域有所后退;另一方面,中国的经济增长、社会稳定与国际影响力快速提升。规范性的法治评估无法解释中国的治理成就,这是一个世界级的社会科学难题,其背后正是“法律东方主义”的自我局限所致。在中国积贫积弱、有待瓜分之际,“法律东方主义”有助于西方的殖民扩展和治外法权的普遍确立,其认知局限因中国的国家能力短缺而暂时无忧,但当

中国按照“东方法律主义”边学习边创造地挤入世界历史主流空间时,当中国自身成为适应现代化挑战而日益具备“主要列强”身份时,“法律东方主义”就会成为西方战略认知与利益保护的障碍。这也可以解释为何西方战略圈和学术界对规范性的“法律东方主义”话语日益不信任,以及更加重视关于中国法治与治理的“经验研究”和支撑经验的政治、历史、文化研究。当西方开始怀疑原初的主客二分而对中国法的主体性重新肯定与积极认知时,“法律东方主义”的话语霸权就已经从内部开始瓦解。认识中国,才能认识中国法,正逐步成为西方之中国法研究的基本共识。在此意义上,络德睦教授的“法律东方主义”之批判性研究,就不仅仅是一种学术多元的理论兴趣表达,也不仅仅是对中国法的“同情的理解”,而是美国法律学术内部真正具有战略眼光及世界历史前沿意义的研究,有助于矫正美国学界秉持已久的法律现代性偏见,从而有助于美国在 21 世纪全新的世界历史格局中正确认识及维护自身的战略利益。矫正“法律东方主义”的一个积极结果是,中国法有可能以其文明历史、政法传统及“一带一路”框架下的全球治理经验而获得一种真正的法律主体性,从而与以美国法为代表的西方法律主体性并驾齐驱,构成一种法律的“主体间性”,以共同应对全球性的和平与发展难题。

中国法成为一种具有自身“主体性”的法,而不是“无法”,也不是简单模仿西方的“西法”,这本身是对“法律东方主义”的深刻证伪。不过,“法律东方主义”并不会因为“中国法”的渐然正名而消失,“东方法律主义”的体系化也远未完成:

其一,西方文明仍处于衰落中的相对优势,“法律东方主义”在西方仍具有强大的生命力与影响力;

其二,中国法的主体性自觉与坚守主要由立法者或政治层面驱动,而受西方法学深刻影响的法学家群体整体上依然具有“自我东方化”的追随者心态,具有“文化自卑+知识盲信”的奇特心智结构,尚需要一场严肃的“中国法学向何处去”的学术性辩论以矫正“法律东方主义”的认知局限;

其三,中国国家发展的多层次性尚未在“法律东方主义”或“东方法律主义”的任何一种路径下获得自觉,法治发展仍然以标准民族国家范式展开,而忽略了中国之文明国家与天下体系的法秩序属性;

其四,“东方法律主义”如何避免退回到某种民族主义、文化复古主义的狭隘空间,如何发展成为一种兼容西方法律现代性合理因素的中国式普遍主义法理学,以及自由如何被真正整合入中国法价值体系已完成与西方法的价值和解,既是一项严峻的政治考验,也是一项艰难的知识工程,从而成为 21 世纪中国法乃至世界法律秩序发展的一个元命题;

其五,中国法之外的伊斯兰法正经受着“法律东方主义”的重新聚焦与批判,“专制主义”与“恐怖主义”相互叠加的“无法”性使其正名之路更加艰难,不断加码的反恐战争与特朗普移民禁令折射出“法律东方主义”残存的阴郁气息,但中国法脉络中的“一带一路”或许可能是这种“异教战争”困境的另一种实践性出路。

(责任编辑:马 斌)