

理性对待中国的无法、 有法、反法与超法

——“法律东方主义”的启示

程金华*

摘要 关于中国法律的“东方主义”认知是一种对中国治理模式非常系统化的误读，一种根深蒂固的情绪化偏见。它提醒我们警惕这样一种长期以来存在、也将继续长期存在的现象：因为观察和研究的情感化，使得人们对于中国治理模式（包括中国法律体系）的了解和理解常常处在一种盲人摸象的褊狭状态，即简单地用“无法”“反法”或者“超法”来概括中国的法律制度实践，而无视“有法”才是中国社会治理的基本形态。法律的“东方主义”不仅仅在知识上让我们误读了中国，也在政策上误导了中外的政治家。本文呼吁理性对待中国法律制度实践中无法、有法、反法与超法四种现象共存的状态。

关键词 法律东方主义 中国研究 法学研究 法治建设

尽管国内外观察中国治理模式的学者一直在努力做到价值中立，或者声称价值中立，但是相当一部分关于中国治理模式的概括还是情感的表达多于科学的认知。美国学者络德睦（Teemu Ruskola）教授的近著《法律东方主义——中国、美国与现代法》在很大程度上是对这种关于中国治理模式的情感化表达的反思性批判。这本专著的英文版最初由哈佛大学出版社在2013年出版，^{〔1〕}自面世以来便备受关注。正如耶鲁大学法学院的布鲁斯·阿克曼（Bruce Ackerman）教授在推荐这本书时讲到的，法律东方主义的研究在中西法律关系领域是开拓性的。近期，美国法学院协会东亚法律与社会部授予该书“首届杰出著作奖”。鉴于该书的思想性与潜在

* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

〔1〕 Teemu Ruskola, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law* (Harvard University Press, 2013).

影响,中国政法大学出版社很快就出版了由魏磊杰博士翻译的中文版。^{〔2〕}也在意料之中,该书得到了中国学界同仁的高度关切。^{〔3〕}

在2017年初,借用络德睦教授陪同其母亲大人造访上海的良机,《交大法学》编辑部组织了几位非常关切法律东方主义这个概念的中国学者同其进行了面对面的对话。这篇文章是在这次对话的基础上形成的,既是部分学界同仁对法律东方主义的解读,也是络德睦教授本人对这个概念的进一步思考。常言道,有一千个读者,便有一千个哈姆雷特。也正如络德睦教授本人在本期文章中提到的,著作一旦发表,作者已经“死”了。对于法律东方主义这个概念,完全可以有多种理解,也事实上存在多种理解。这篇文章再次印证了这个道理。作为本次对话和本组文章的协调者,我本人理应对《法律东方主义》这本书及本组文章有个系统的导读。但正因为“忠实于原著”是如此之难,我在这里并不打算做这项吃力不讨好的工作。

毋宁,这篇短文只聚焦于这样一个看法:络德睦教授提出法律东方主义这个概念,将其定义为“关于何谓法、何谓非法以及谁为其合适主体、谁非其合适主体的一套环环相扣的叙事”,^{〔4〕}并对这种现象进行批评性反思,是非常必要也及时的。在我看来,关于中国法律的“东方主义”认知是一种对中国治理模式非常系统化的误读,一种根深蒂固的情绪化偏见,它提醒我们警惕这样一种长期以来存在、也将继续长期存在的现象:因为观察和研究的感情化,使得人们对于中国治理模式(包括中国法律体系)的了解和理解常常处在一种盲人摸象的褊狭状态,不仅仅在知识上让我们误读了中国,也在政策上误导了中外的政治家。

韦伯早就提醒我们,在社会科学研究中,应当尽量做到价值无涉,避开感情的影响。然而,在实践操作中,情感以及更为深层次的价值观,却又往往是我们的心魔。一方面,对某种事物的强烈喜恶情感是我们去认知这个事物的最原始欲望与动力。在我看来,就是韦伯本人,他的诸多经典巨著也是在一个巨大的情感驱动下完成的,因为他的脑海中时刻闪现着“如何让德意志在险恶的国际竞争环境下实现伟大的民族复兴,罗马、中国等国家的历史提供了什么样的经验与教训”这样一些充满民族情感的深层次问题。一个学术研究,如果缺乏情感与价值观做支撑,常常显得无趣、空洞、无聊,甚至毫无灵魂可言。但是,在另一方面,情感因素和先入为主的价值观又无时无刻不诱导着我们走入火魔,并以褊狭和极端的方式来表达我们对事物现象的理解。

在法律领域,因为受到情感和价值观因素影响而褊狭地认知中国治理模式的显著表现是,把中国的规则体系简单化为一种“无法”“反法”或者“超法”的状态。“无法”的中国,是指依赖法律之外的游戏规则进行治理的中国,这些游戏规则包括人治、德治、关系之治、金钱之治、暴力之治、政策之治等,但就是不包括法律之治。“反法”的中国,是指依赖违反人权、践踏财产权利的游戏规则进行治理的中国。反法的中国与无法的中国相关,但前者更具价值上的负面性。“超法”的中国,指的是依赖一套超越法律之上的、神秘的、有效的规则体系进行治理的中国。那些被视为超法的规则通常与儒家的、权威的治理方式相关,比起无法和反法而言,显然更具价值上的正面性。

毫无疑问,上述三种治理状态,在中国历史上或多或少存在,不容否认。但是,它们之中的

〔2〕 [美] 络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代化》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版。

〔3〕 除了本组文章以外,还可参见梁治平:《有法与无法》,载《东方早报·上海书评》2016年10月9日;章永乐:《从萨义德到中国——〈法律东方主义〉的一种读法》,载《中国法律评论》2016年第4期。

〔4〕 前注〔2〕,络德睦书,第4页。

一种或者多种同时存在,并不能否认另外一个事实:除了少数极端的历史阶段(比如“和尚打伞、无法无天”的年代),千百年来中国人基本上生活在一套庞大繁杂的法律规则体系之下,按照各种成文或者不成文的法律行动着。我们不妨将其称为“有法”的中国。在我看来,中国的治理模式,或多或少地包含了上述所有的无法、有法、反法、超法这四种状态。只不过在不同的历史阶段,它们的比重构成不一样而已。但不管怎样,唐宋以来,有法之治一直是中国社会的基本制度框架。也正是依赖一套相对成熟的“有法”之治,古代中国成功地被建设成了人类历史上第一个现代国家。^{〔5〕}至于这里的“法”是否符合现代西方或者美国标准的定义,是否符合“现代的法”,则是另外的问题。

不仅如此,除了中国,可以说所有国家的治理秩序都或多或少地包含了上述无法、有法、反法、超法的多种要素。以“法治楷模”美国为例,我们耳熟能详的“无需法律的秩序”正是对加州夏斯塔县的经典描述;^{〔6〕}而《法律东方主义》一书中所讲到的“实际上唯一不在美国驻华法院适用的联邦法就是美国宪法”又是对美国治理秩序中反法特性的鲜活描述。^{〔7〕}

然而,正如络德睦教授在其书中开宗明义所明示的,“无法”和“反法”似乎一直是烙在中国脸颊上的标识,至今还未能摆脱。冷战之后,中国替代苏联成为当今世界里与“法治国家”相抗衡的最耀眼“他者”。而在中国国内,反过来,无论是因为儒家传统的“复辟”还是共产主义新传统的“加冕”,超法中国却受到异乎寻常的追捧。但凡西方(尤其是美国)发生了某些彰显民主、法治、自由受挫的大小事件,中国治理模式的优越性以及弯道超车的可能性就会时不时被拿出来兜售一下。相反,在“有法”治理的框架下,冷静思考中国法律体系优劣得失的作品尽管数量不少,但是并没有得到应有的重视。把中国的治理模式视为无法、反法或者超法,尽管在思想与政治立场的坐标轴上处于明显不同的位置,但却在认识论上同出一脉,即,用先入为主的情感和价值观去归纳中国的治理模式。挑喜欢的讲,不喜欢的不讲,这似乎是部分国人和洋人的共同立场。在这个意义上讲,把中国标识为无法/反法的法律东方主义认识观是一种非常典型的情绪化偏见——当然,法律领域里对中国治理模式的情绪化偏见不仅仅包括法律东方主义认识观,还包括对中国的规则体系过于褒奖的错爱。

既然偏见很明显,上述或褒或贬的褊狭认识为何有如此大的市场?这是因为,情感和价值观的背后隐含着巨大的个人与组织私利。对中国治理模式的极端化表达,既是一种情绪的表达与宣泄,也是学者、政客剑走偏锋、博取世人关注的有效手段。像其他领域一样,学术界与政界也是“演员”的舞台,学术观点与政治主张的表演性一直没有远离我们,而注以情感的学术与政治表演,通常会赢得更多的受众和更大的市场。进一步讲,无论是国人还是洋人对中国治理模式的褊狭解读,除了表演成分,还有深入到骨髓里面的民族主义的影响。极端的民族主义,不仅是很多人感情用事的直接原因,也是相当一部分极端认识与行动的正当化基础。毫无疑问,东方主义是民族主义的一种表现;法律东方主义是民族主义所误导的对于中国治理模式(法律规则体系)的狭隘理解。在情绪与民族主义的驱使下,中国被选择性地贴上无法、反法或者超法的标签。尤为值得警惕的是,民族主义经常是打着爱国主义的旗号,干着苟且之事,损害的却是真正的民族与国家的利益。在我看来,国家利益的获取从来不建立在对自己、对他人的无知与偏

〔5〕 Francis Fukuyama, *Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution* (New York: Farrar, Straus, and Giroux, 2011).

〔6〕 [美] 罗伯特·埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社2016年版,序第2页。

〔7〕 见前注〔2〕,络德睦书,第8页。

见之上。

然而,现实是,认识到感情用事的危害是易事,真正做到避免感情用事是难事。应该说,大部分中国读者在阅读《法律东方主义》时,内心感觉是很愉悦的。这本书能够在很短的时间里在中国读者那里得到很多的共鸣,情感因素不亚于知识本身。在书中,络德睦教授——一个美国学者——好像在表达一个中国学者的诉说:“中国法的研究为何最终只能提供比较性的法律知识,而非完全的法律知识?中国研究为何不能产生一手知识(理论自身),而仅仅只能产生证成或证伪异域成熟理论的二手资料?”〔8〕这种批判性反思,乍一看,有点儿像中国学者邓正来教授在寻思中国社会科学研究的主体性,探索中国法学的未来。〔9〕更甚至,无论是书中,还是给予本刊的专文中,络德睦教授对“东方法律主义”的描述与国内有关方面在近年倡导的争取国际法治话语权都有异曲同工之妙。正如梁治平教授所言:“从法律东方主义到东方法律主义,这一转变不但意味着对东方主义的超越,更意味着中国主体性的产生,而这恰也是当下中国社会内部愈来愈响亮的一种呼声。”〔10〕

在上面关于感情用事及其危害的维度上,我个人比较认同络德睦教授在如下几个方面论述中所呈现出来的相对公允的客观立场。其一,无论是在时间还是空间上,中国的治理秩序是非常复杂的组合体,无法、有法、反法或超法的成分都或多或少地存在,无须也无法将其化约为其中一种。正如他一再提及的,当代中国的公司治理就是一个典型的例子,糅杂了自由主义、儒家传统和社会主义的不同观念。其二,从1840年以来的将近两个世纪里,中国的法律制度建设和国际法地位,还没有跳出殖民、反殖民、自我殖民的过程,因此关于殖民的话语分析,至今还在一定程度上适用。但是,在批判美国中心的法律东方主义的同时,切忌走到另一端的中国中心的法律民族主义。对于中国国民的福祉建设而言,后者的危害不亚于前者。其三,美国的殖民方式,在很大程度上是与时俱进的,从20世纪之交的“门户开放”到21世纪之交的“新门户开放”,在不同程度上体现了美国柔性殖民的国家战略。事实上,美国外交在过去的一百年来,经历了从硬实力、软实力到巧实力的转变。而“巧实力”——在国际事务中充分利用法律手段和法治优势——正是希拉里在担任美国国务卿时极力推进的外交战略。如果未能认清这一点,就很难全面认清美国的法治输出战略。

但是,尽管我本人对《法律东方主义》的大部分观点比较认同,而就如何认识当代中国的法律改革这个问题上,我同络德睦教授有略微不同的看法。他认为:“我们将美国在华治外法权视作没有殖民地的殖民主义,在这个限度内,中国当代的许多法律改革甚至可以被视作‘没有殖民者的殖民主义’。”〔11〕换言之,络德睦教授认为当代中国对西方或者美式法治的学习是一种“自我东方化”(self-Orientalization)或者“自我殖民化”的过程。〔12〕我认为,我们应当谨慎区分主动、必要的学习过程和“自我殖民化”。当然,当代中国这场伟大的法律变革,并不能完全排除自我殖民化的因素,就像不能完全排除美国的法治输出战略的柔性殖民主义一样。但是,在本质上,正在进行的伟大法律变革,是中国朝野在经历人民共和国前三十年“无法无天”的沉重历史教训之后自我反省的结果,是有意识的自我学习、自我改造。在人类历史上,所有伟大的超级大国,无不是虚心接受其

〔8〕 见前注〔2〕,络德睦书,第220页。

〔9〕 参见邓正来:《研究与反思:中国社会科学自主性的思考》(增订版),中国政法大学出版社2004年版;邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版。

〔10〕 见前注〔3〕,梁治平文。

〔11〕 见前注〔2〕,络德睦书,第207~208页。

〔12〕 参见前注〔2〕,络德睦书,第六章“结语:没有殖民者的殖民主义”,第198~234页。

他国家或者地区的先进经验。^[13]

我更相信，近当代中国的法律变革，是一个晚清以来解决中国国家危机的内生制度需求，一项未尽的国家建设事宜，而不是或者不主要是自我殖民化。^[14] 如果把中国自唐宋以来的基本治理秩序视为有法之治，而不是无法、反法或者超法之治，那么把近代以来中国法律的自我革新视为一个内生的制度需求，一项未尽的国家建设事宜，便在逻辑上是自洽的。反过来，如果把传统中国的治理模式归纳为无法、反法或者超法之治，那么目前进行中的“全面推进依法治国”的法治中国建设，便更可能被视为被殖民/自我殖民的过程。当把这场运动贴上“自我殖民化”的标签之后，很有可能，我们会为了面子，输了里子。

稍微总结一下，对于中国人而言，关于法律东方主义或者其他褊狭的认识，最合理的态度莫过于不卑不亢：发掘我们的制度优势，继续发扬光大；承认我们的制度短板，虚心学习成长。对于过于贬低中国法律体系的，我们要一笑了之，对于过于同情甚至褒奖中国法律体系的，我们也要适当保持距离。这是大国应有的风范。近期，有位任教于美国一流法学院的华人学者到上海交通大学讲座时提到，部分华人学者针对西方关于中国儒家传统的批评采取了一种“急于辩护的”（defensive）立场。面对批评而急于辩护，是一种典型的感情用事，有时候是未加思索的情绪化表达。在我看来，这种立场，不仅仅体现在对儒家传统的批评上，在某种意义上体现为对所有“中国模式”的批评上，包括对中国法律体系和文化传统的批评。

无论是出自纯粹的情感用事，还是背后夹着个人或者组织的私利，凡事急于辩护，让我们失去了一双明亮的眼睛和开放的心灵。中国古话说得好，良药苦口，忠言逆耳。当然，并非所有的逆耳之言都是忠诚之言，但是我们应当首先冷静下来去倾听、去判断。很可惜，甚至可悲的是，关于中国法整体状态的研究和言说的最新发展，给我们判断逆耳忠言的空间越来越小。所以，我把这篇短文的标题取为“理性对待中国的无法、有法、反法与超法”，这是从法律东方主义这个概念所得到的启示，也是一个面对当下中国法学研究与批评现状的呐喊。只希望，这个呐喊不是在铁屋里的。

（责任编辑：宾凯）

[13] Amy Chua, *Day of Empire: How Hyperpowers Rise to Global Dominance — and Why They Fall* (New York: Doubleday, 2007).

[14] 关于中国法治建设的内在视角，参见梁治平：《法治：社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个内在观察》，载梁治平主编：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社2002年版，第84~153页。