

# “想象”他者与“虚构” 自我的学理表达

——有关《法律东方主义》及其中国反响

马剑银\*

---

## 目次

- 一、自我与他者的认知方式
  - 二、他者“想象”的普遍存在
  - 三、“法律东方主义”理论仍是西方话语
  - 四、自我东方化的“想象”与“虚构”
- 尾论

**摘要** 《法律东方主义》一书是美国学者络德睦近年来的一部比较法论著,翻译成中文后引起了中国法学界的高度关注,此书将前人“东方主义”“中国中心论”等理论应用于法律领域,提出了“法律东方主义”的概念,虽然理论的原创性不算太强,但也对不同文化比较中的自我与他者的认知进行了反思,这种反思对于西方人对世界的重新认知,尤其是对“东方”的重新认知具有很强的警醒作用,对于东方世界存在的“自我东方化”现象同样有警醒作用。然而这种作用不能夸大,更不能政治化,在特殊的社会情境中成为“政治消费品”。因此,对此书在中国的讨论和可能的“政治化”应该保持警惕。

**关键词** 法律东方主义 自我东方化 认知 他者

---

知人者智,自知者明。

——《老子》

子非鱼,安知鱼之乐?

——《庄子·秋水》

不识庐山真面目,只缘身在此山中。

——苏轼:《题西林壁》

---

\* 北京师范大学法学院副教授、法学博士。感谢两位匿名评审人真诚的批评意见,当然文责由作者自负。

美国埃默里大学络德睦 (Teemu Ruskola) 教授的 *Legal Orientalism* 一书〔1〕出版不到三年即被译为中文,虽然“最初为欧美读者群撰写”,但墙里开花墙外更香,又是二十位学者联袂推荐,又是作者译者巡回讲演,又是出版社优质营销,在中国好不热闹。作者与译者在行文用语、遣词造句上,属于读者友好型,我几乎是一口气读下来的,作为一位在中国从事比较法学研究的青年后进,自然感触良多。作者研究的领域与讨论的话题,恰恰也是我这些年所关心的,因此内心中对书中的不少论述及观点产生不少共鸣,对于他所提到的“法律东方主义”“自我东方化”的现象也深有体会。但读过几遍之后,同时又听到国内同仁关于本书的一些评论,又感到一丝隐忧。在当下中国以民族复兴与国家崛起为核心话语的社会情境中,中译本《法律东方主义》〔2〕来到中国并非巧合,似乎“适逢其时”,但是否“应其所应”呢?有些话不吐不快,承蒙《交大法学》厚爱,约写本文,此为缘起。

## 一、自我与他者的认知方式

《法律东方主义》在中国引起不少学者高度关注,赞誉颇多,但有些评论只不过借鸡下蛋。21 世纪第二个十年,中国所处的社会情境非常的微妙,因此,在这种情境中去解读《法律东方主义》一书所涉及的主题,需要非常小心,必须将该书置于整个西方思想史的脉络中,放置于不同文明相互认知的历史情境中,而不能因为他讨论的是“东方”“法律”“主义”这些能引发意识形态争议的高频词,而被人过度消费。

《法律东方主义》一书最核心的主题是展现中西文明相互碰撞几百年来相互认知的基本状态。虽然美国与中国的关系是否可以典型地代表东西方关系,可能会有一些方法论的争议,但跨文化交流,确实从自我与他者的相互认知开始。认知过程本身就是一个非常复杂的社会现象,无论在哲学上还是在科学上都有丰富的理论资源。认识论 (Epistemology) 和认知科学 (Cognitive Science) 是人类认知世界的两种相互联系又彼此区别的知识体系。“真(实)”是认知的最高标准,但何谓真实,真实是否存在,思想史上也争议不断。在哲学中,出现了将人类认识限制在一个狭小圈子之内,而将圈子以外的领域交给信仰的观点,从而出现先验与经验、知识与信仰的区分;〔3〕在历史学中,对于过去发生的事情是否可以“真实”认知也有争议,于是出现了“一切历史都是思想史”的论断,历史真实无非思想家头脑中的“想象”与“重演”而已;〔4〕在法学中,面对法官审判所依据证据的真实性,出现了与“客观真实”相对应的“法律真实”,客观真实也被认为是“事实的乌托邦”。〔5〕因此,人类认知世界的“真实”具有极大的难度;同时,人类认知世界时往往又能够以“共同想象”的方式“虚构故事”,即“表达从来没有见过、碰过或嗅过的事物”,而且讲得栩栩如生,煞有其事。〔6〕

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

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

〔3〕 关于先验与经验的区分,可参见[德] 康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,人民出版社 2004 年版;关于知识与信仰之分,可参见 M. S. Khine (ed.), *Knowing, Knowledge and Beliefs: Epistemological Studies across Diverse Cultures* (Springer, 2008).

〔4〕 See R. G. Collingwood, “Outlines of a Philosophy of History”, in *The Idea of History* (revised edn., Oxford University Press, 1994), pp.426 - 497.

〔5〕 参见陈端洪:《法律程序价值观》,载《中外法学》1997 年第 6 期,第 47~51 页。

〔6〕 参见[以色列] 尤瓦尔·赫拉利:《人类简史——从动物到上帝》,中信出版社 2014 年版,第 25 页。

因此,作为确定的、终极的、客观的存在真实并不能与人类主观的、经验的、有限的认知产生唯一性联系,人类认知世界的过程显得有些相对主义,认知的唯一性与普遍性一直受到怀疑。人类的认知过程有以下的特点:虽然对自然客观世界存在真实性的认知能力有限,但是因为具有“想象”与“虚构”的能力,创造出有别于自然客观世界的社会世界,而“社会”世界就是一个“不存在的存在”,人与人之间的交往的外观依然属于自然客观世界的一部分,但是人与人之间的交往的内容则由于人类的“想象”与“虚构”,具有了一种有别于自然世界真实性的独特的“真实性”,即作为主观共识的真实性。有学者将人类独特认知能力的出现表述为人类历史的起点,即“认知革命”。〔7〕人类社会的历史演进,是人类认知过程中“想象”与“虚构”相互交织的过程。社会领域中的“存在”与自然世界的存在有所差别,社会认知本身就是一种带有创造性的思维活动,也就是说,社会的客观存在带有主观活动的痕迹,社会是在人类通过语言进行沟通的过程中创造出来的,沟通就是认知与理解。〔8〕但毕竟人类认知的能力有限,社会认知的过程由近及远,其中不可避免地出现了“自我”与“他者”的区分,不过这种区分的文化类型并不同一。

“自我”与“他者”之分在西方思想史上有独特的意义。在进行社会认知与社会建构的过程中,古希腊的思想家开始意识到自然世界与社会领域的区别。当希腊人开疆拓土,接触到其他人类共同体的时候,发现了两种现象,一种是所有人都吃饭、喝酒、生殖,而另一种现象是,不同共同体的法则与习俗并不相同,因此出现了自然(physis)与社会(nomos)的两分。同时,对不同共同体法则与习俗的观察,产生了最初意义的“批判性的思想”:自然是人力无法改变的,是“神定的”,而社会却是人类自己建构的,可以评判,使之改变。〔9〕无论是希腊,还是后续的罗马,对于不同共同体法则与习俗的观察,同样是自我优位的。罗马市民法与万民法的区分,在某种意义上,不仅仅体现自我与他者的区分,而且还是自我优位主义的体现。当然,自我优位主义也会有不同的结果,就传统中国来说,是用我之优位去改变他者,即所谓“王化”“文化”、以夏化夷;而古印度文化却用固化种姓制度的方式去区分自我与他者,以此固化不同共同体的法则与习俗。古罗马则采取了更为复杂的方法,一方面,承认不同的社会共同体有不同的法则与习俗,即各有各的“市民法”,但不同共同体相处,可以抽象出一些基本的规则,这就是万民法;之所以万民法可以合理存在,因为这一部分法更多地体现自然法(physis),而不是社会领域的规则(nomos)。

## 二、他者“想象”的普遍存在

因此,从人类社会历史的发展过程来看,“法律东方主义”理论及其所批判的对象,常常以不同的形态和面目出现,并不稀奇,思想史上也并不陌生。

对“自我”与“他者”的分别认知,都是从熟悉的自我与陌生的他者开始的,这不可避免会产生自我优位主义,亲疏有别,远近有分。号称民主制度之源头的雅典,其公民权也并不赋予外邦人,

〔7〕 参见前注〔6〕,尤瓦尔·赫拉利书,第3、38页。

〔8〕 这样的社会观念,在哈贝马斯的理论中被称为“生活世界”,也就是说,生活世界是人们借用日常语言而达致沟通的行动的那个“场所”或“空间”,“沟通行动者总是在他们的生活世界的视野内运动,他们不能脱离这种视野”,生活世界是人们以语言为媒介进行沟通的环境。See J. Habermas, *The Theory of Communicative Action (Vol. II): Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason* (trans. T. McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987).

〔9〕 参见〔法〕菲利普·内莫:《民主与城邦的衰落——古希腊政治思想史讲稿》,华东师范大学出版社2011年版,第34页。

这与后续罗马的市民法观念一脉相承，一直沿用到现代主权国家的国籍与国民观念。人类最初的认知，对他者的认知是认知的极限，也就是说，“他者”刚出现的时候，人类的认知从一无所知开始，无论东西方，均是如此。所以想象与虚构成为摆脱一无所知的他者认知之开始。

在中国的历史上，对异域的想象非常“发达”，自《史记》开始的历代史书中均有记载，但多有想象成分，更不用说像《山海经》《穆天子传》《十洲记》等半神话的记载，“真实性”更弱。当然，也存在不少旅行记，似乎据实记录。按照葛兆光的论述，即使是中西方初遇的明代，依然是“想象加上想象，故事加上故事”。即使对于异域的记载已经有不少相当准确和清楚的内容，主流世界对异域世界的认知依旧以“想象”为主，甚至这种想象并不以当时的经验记述为参考，而是仍以古代以来的各种神话传说、寓言想象为依据，“传闻经过了历史的记载和时间的积淀，便在古代这种尊重历史文字的习惯中，仿佛成了真实的故事”。<sup>[10]</sup> 正史写作中，将传闻当作真实认知的现象非常之多，由于自我优位主义的先见，对异域的观察常常以想象来代替，并往往是对四夷的蔑视、嘲讽或拒斥，以显示“天朝上国”的地大物博、文化昌荣。

类似的，西方视野中的中国形象和中国法律形象，一直以来也都带有“想象”的成分。中国可以是天堂，也可以是地狱。在文艺复兴和启蒙运动之前，中国形象和中国法律形象，是西方人所构造的他们自身“伊甸园”或“理想国”的“文化梦想”。<sup>[11]</sup> 宗教、哲学、历史与地理的四种不同的叙事方式，在西方人对中国的想象中，奇迹般地融合在一起，“对中国的描述，哪怕是最客观现实的，也带有一些天堂的色彩”。<sup>[12]</sup> 随着蒙古骑兵打通亚欧大陆以及欧洲传教士、商人和旅行者纷纷来到中国，更为实在的旅行记录传到欧洲，向欧洲证明中国就是古代传说中的那个理想国、伊甸园的落地版本，甚至无论是旅行家游记体的《马可·波罗行纪》还是传教士笔记体的《利玛窦中国札记》，在叙事方式和文本模式上与《乌托邦》《太阳城》《新大西洋岛》《鲁滨逊漂流记》等著作几乎如出一辙，西方发现与描述中国形象的过程，与文学作品中发现和描述乌托邦的过程非常相似。<sup>[13]</sup> 在虔诚的耶稣会士笔下，中国政治稳定、司法严明，科举制度给每个人提供均等的进取机会，《利玛窦中国札记》中就详细地描绘了孔子的儒家学说与中国的文官制度；<sup>[14]</sup> 中国是一个道德理想国，以孔子道德思想为基础的政治制度是中国最有价值的制度。<sup>[15]</sup>

但在欧洲启蒙运动的中后期，对中国的描述则出现了截然不同的面向。虽然莱布尼茨、魁奈、伏尔泰依然钟情于中国的开明专制，伏尔泰认为中国的“帝国组织的确是世界上最好的”，<sup>[16]</sup> 莱布尼茨和魁奈甚至还去游说法国国王仿效中国的制度。<sup>[17]</sup> 甚至还有人将康熙皇帝作为“哲学王”的典范，“这位世间最伟大的君王，乃是帝国里的鸿儒”。<sup>[18]</sup> 但同时，以孟德斯鸠、黑格尔、赫尔德等

[10] 参见葛兆光：《宅兹中国——重建有关“中国”的历史论述》，中华书局 2011 年版，第 72~74 页。

[11] 有学者研究，早期西方人眼中的中国，是“伊甸园”和“理想国”的落地版本，与其说是在地理学上的描述，不如说是文化梦想的翻版，参见周宁：《永远的乌托邦——西方的中国形象》，湖北教育出版社 2000 年版，第 1~28 页。

[12] 见注[11]，周宁书，第 56~57 页。

[13] 周宁：《想像中国——从“孔教乌托邦”到“红色圣地”》，中华书局 2004 年版，第 9~11 页。

[14] 参见[意]利玛窦、金尼阁：《利玛窦中国札记》，何高济等译，中华书局 1983 年版，第 27~44 页。

[15] 类似的言论标志性地出现在柏应理神父等的《孔夫子：中国哲学家》(1687)等著作中。参见前注[11]，周宁书，第 121 页以下。

[16] [法]伏尔泰：《哲学辞典》，王燕生译，商务印书馆 1991 年版，第 330 页。

[17] [法]弗朗斯瓦·魁奈：《中华帝国的专制制度》，谈敏译，商务印书馆，1992 年版；[德]莱布尼茨编：《中国近事：为了照亮我们这个时代的历史》，梅谦立、杨保筠译，大象出版社 2005 年版。

[18] 参见[法]艾田蒲：《中国之欧洲》，下卷，钱林森、许钧译，河南人民出版社 1994 年版，第 274~277 页。

人为代表,则认为中国是以恐怖为原则的专制国家,<sup>[19]</sup>是幼稚的幼年文化,在历史之外,<sup>[20]</sup>甚至是“一具木乃伊”。<sup>[21]</sup>当英国马戛尔尼勋爵率领大英帝国使团在中国度过非常不愉快的旅行时光之后,这种中国的负面形象日益加深,这就是历史上著名的“中西礼仪之争”。马戛尔尼不仅披露了他的出使日记,还授意出版了《英使谒见乾隆纪实》<sup>[22]</sup>,使得中国的形象声名扫地,也彻底改变了千年的中国神话。

当然,究其根本原因,西方人对中国与中法形象转变,只是西方人认知的主观投射,西方人认识中国、关注中国、研究中国,重要的不是想证实或者描述这个国家的存在以及存在的状态,而是这样的国家存在对欧洲有什么意义。近代西方崛起,成为世界的成功者,因此,他们对世界的认知发生了改变,在某种意义上说,作为认知客体的世界并没有改变,但是西方人的认知标准却已然改变,尤其是进步史观,先进与落后、文明与野蛮、传统与现代成为认知世界,尤其是认知非西方世界的前提。“18、19世纪被先进概念浸染的欧洲思想家完全接受耶稣会士急于传递给欧洲的中国印象,即无时间限制地建立在伦理有序而无变化的儒家基础上的社会。他们仅仅改换了解释。”<sup>[23]</sup>因此,一种以“现代性”为名的新型话语开始出现,带有强烈的居高临下态度的比较视野之学——汉学注定了浓重的西方中心主义色彩。<sup>[24]</sup>

这种现代性的话语,投射到对他者的认知上,往往创造出一些符号性的概念来进行表达,而这些符号往往变成了想象与虚构的基础,例如西方人对中国认知的三大符号“病夫”“黄祸”与“睡狮”,一直影响到现在。<sup>[25]</sup>

认知中国的学理表达,充满着想象,在这种想象中,中国就是一个庞大的“停滞的帝国”,而且这种停滞是绝对的,惟一可能使它产生变化的只有外来的冲击和刺激,<sup>[26]</sup>也正是在这个命题上,20世纪出现了柯文所批判的有关中国近代史上社会变迁的“冲击-回应”“传统-现代”和“帝国主义”三种模式,<sup>[27]</sup>这几种模式是“异域想象”在20世纪最典型的代表,哪怕他们穿上了多么显赫的“学术”外衣。在某种意义上来说,直到20世纪后半叶,这种西方中心主义式的中国想象在方法论上才有所转变。<sup>[28]</sup>即便如此,这种想象他者的“东方主义”传统依旧没有完全消除,无论是在学者

[19] 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,张雁深译,商务印书馆1987年版,第129页。

[20] 参见[德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,商务印书馆1963年版,第151、161页。

[21] 参见[德]赫尔德:《中国》,载[德]夏瑞春编:《德国思想家论中国》,陈爱政等译,江苏人民出版社1998年版,第89页。

[22] 中译本参见[英]斯当东:《英使谒见乾隆纪实》,叶笃义译,上海书店出版社2005年版。

[23] [法]巴斯蒂:《19、20世纪欧洲中国史研究的几个主题》,载《国际汉学》,第8辑。

[24] 参见马剑银:《他者的言说:〈美国学者论中国法律传统〉简评》,载《中国社会科学评论》第4卷,法律出版社2005年版。

[25] 参见杨瑞松:《病夫、黄祸与睡狮:“西方”视野的中国形象与近代中国国族论述想象》,台湾政治大学出版社2010年版。

[26] 例如魏特夫就认为,建立于治水工程基础上的专制系统,导致中国成为一个停滞的国家,只有外来的冲击才能打破这一系统。他的理论是孟德斯鸠地理环境决定论与马克思亚细亚生产方式和东方专制主义理论的延伸和发展。参见[美]魏特夫:《东方专制主义》,徐式谷等译,中国社会科学出版社1989年版。

[27] 参见[美]柯文:《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》,增订版,林同奇译,中华书局2002年版。

[28] 这种转变的代表人物例如柯文与萨义德,前者以“中国中心观”来反思汉学研究的方法论与立场,而后者则集中批判了西方学者以西方中心主义的视角来建构所谓的“东方主义”。参见前注[27],柯文书,Edward W. Said, *Orientalism* (Vintage Books, 1979)(中译本参见[美]萨义德:《东方学》,王宇根译,北京,生活·读书·新知三联书店1999年版)。

的学术上还是普通西方人的认识上。

在更为广泛的哲学的语言学转向过程中,认知的观念自身也有了后现代化的趋势,语言作为人类意义生产的构成性要素,而意义生产影响了对客观世界的表述,或者说,世界存在的方式,是意义生产的人类认知所生产的。<sup>[29]</sup> 因此,作为认知对象的社会存在的客观性被消解,认知的创造性功能凸显,通过话语表现出来的认知不可避免地影响历史重现的方式,在某种意义上来说,再现历史的陈述都只是通过认知的阐释而已;哪怕是回应后现代主义而重建现代性的哈贝马斯,对社会存在确定性的解释也是建基于人类为了相互理解而进行的沟通过程中。人类创造了社会,又通过认知去影响社会的重塑。因此,社会认知是多元的,是具有差异性的。

根据吉尔兹论述,作为社会一部分的法律,本身就是人类“想象现实世界的一种特定方式的组成部分”。<sup>[30]</sup> 不同的文明语境体现着人类不同群体生存的不同意义维度,而法律是人类生活的不同方式,法或法秩序是不同文明创制者(人类不同群体)世界观的核心体现与浓缩精华。因此,不同文明对“法”的理解并不相同。络德睦说,在法律东方主义者看来,因为采用西方的视角,中国具有非法律性(non-legality),是“无法的世界”,是法律上的“高级野蛮人”,这自然是很正常的历史现象;同样,西方的法观念同样难以使东方人所理解,只不过在历史上中国与西方的冲突,使中国不得不面对西方这一成功者,从而艰难地去认知这个对自己影响深远的“他者”。但即使如此,这种认知依旧充满着想象与虚构。络德睦用美国人的“东方主义”和中国人的“自我东方化”来描述中美双方认知对方及对方法律的特征,在思想史上,似乎并不是那么新鲜的话语。

### 三、“法律东方主义”理论仍是西方话语

《法律东方主义》一书中论述的最重要的两种认知模式实际上就是“东方主义”与“自我东方化”,后者属于“东方主义”的一种表现形式,前者源自萨义德,而后者则源自对萨义德的批评。络德睦以这些思想史的内容为基础,将东方主义应用在中美两大人群对彼此法律的认知与解释上。然而,无论是萨义德的“东方主义”及其批评,还是柯文的“中国中心观”,从美国的学术史上体现着对几百年来西方中心主义的反动,但它们依旧立基于西方的学术与话语传统之中,当然,络德睦沿着这个进路向前迈了一步。

柯文的“中国中心观”,所对话的对象非常明确,主要针对 20 世纪美国的三种中国研究(学理认知)模式:即以费正清为代表的“冲击-回应”模式,以列文森为代表的现代化模式和以詹姆斯·佩克为代表的帝国主义模式。这几种模式都是基于西方学者他者想象的研究模式,缺乏对中国内在因素的考量。因此他强调将中国历史研究的中心放在中国,用中国内部的标准来研究中国,让中国历史自身的“剧情主线”更加清晰,力图按照中国人自己的体验去理解中国历史,也就是以“移情”的方式认知他者。<sup>[31]</sup> 柯文认为,20 世纪 70 年代以来,美国的中国研究中已经出现了这种趋向,但他也强调,作为美国人,无论如何竭力钻入中国历史的“内部”,依然会将美国的词语与概念暗中引入历史,“局外人永远无法形成真正的内部观点”。<sup>[32]</sup>

[29] See N. Goodman, *Problems and Projects* (Bobbs Merrill, 1972), pp.24 - 32.

[30] C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology* (Basicbooks, Inc., 1983), p.184.

[31] 参见前注[27],柯文书。

[32] 参见前注[27],柯文书,第 212 页。

萨义德的“东方主义”受到了福柯话语理论的影响,他将东方主义视为西方用以控制、重构和统治东方的一种方式。“东方”这一概念就是西方创造的,是西方人以“政治的、社会学的、军事的、意识形态的、科学的以及想象的方式来处理——甚至创造——东方的”。<sup>[33]</sup> 虽然,他所指的东方主要是指代中东,他所指代的东方学也只是后启蒙时代的西方人对东方的想象。但是这本书一出版,“东方主义”就已经被扩展到西方人认知整个“非西方”世界的过程中。虽然也有一些学者并不满意萨义德对东方主义的论述,或者有一些学者对东方主义的用法进行了修正,但这一学脉基本上还是清晰的,络德睦使用“法律东方主义”的概念,也正是从萨义德的话语脉络下进行扩展使用的。

当然,正如我在前文中所述,“中国中心观”与“东方主义”理论所批判的对象,作为一种他者认知,主要还是指代西方世界崛起,成为全球意义的成功者之后,认知标准变化后的他者认知,本质上与其他的“他者想象”并没有区别,只是西方认知他者的一个阶段,这个阶段在文艺复兴和启蒙运动之前有内容上的变化,而在非西方世界纷纷兴起,尤其是多极化趋势加强的当代世界中,内容也有变化。他们所要对话的主要对象,依然是西方人,西方的知识分子。同样,在萨义德的“东方主义”话语体系下扩展到法律领域的“法律东方主义”,是三十年后络德睦的一项创新,故事的场景从中东变换到中国,登场的主角由英吉利、法兰西换成了美利坚。<sup>[34]</sup> 同时,络德睦的“法律东方主义”也借鉴了“中国中心观”,他在前两章两次引用了柯文的著作。<sup>[35]</sup> 络德睦最终提出了一种“东方法律主义”的提法,虽然他并未对此进行更多的解释,但他认为这是一种重塑法治的“正在演进中的中国普世主义”形式,<sup>[36]</sup> 也就是说他并没有像柯文那样,从“认知”本身入手,以“移情”的方式去理解中国法,而是期待中国成为成功者之后作为中国式法观念的阐释者,使得美国人(西方人)可以接受这种阐释,这一观点虽然体现了文化多元的理念,但同时也不自觉地诠释了“成功者著史”的理论。

萨义德与柯文并未直接讨论法律问题,虽然在广义的视角下,法律意味着秩序建构方式,萨义德和柯文不可避免地会涉及非西方世界的秩序、制度与规则。络德睦的著作在方法论上与两者具有密切的联系。如果将视野聚焦到西方世界对非西方世界法律的认知上,那么,“法律东方主义”理论同样是它所批判的“法律东方主义”学统的延续。

从比较法的视角来看,现代西方世界崛起时产生了西方的法律体系,其内部可以区分为民法法系(欧陆法系)和普通法系(英美法系),《东方法律主义》一书并没有涉及这种区分,因为它以“美国”与“中国”的关系来指称西方与东方,但这实际上并不完全合适。西方并不是铁板一块,而东方同样是多种多样。中国、印度和阿拉伯,只在“非西方”的意义上具有其共同性,而在比较文化的视角中,它们之间的差异不会比它们各自与西方世界的差异来得小。类似的,西方作为整体,与非西方世界相对应的情境中,似乎具有共通性,但英美与欧陆之间的差异依然不可小觑,因此它们之间同样有竞争,尤其在法律制度上,甚至比较法学在西方的主要内容是西方两大法系之间的比较研究,尤其是美国的比较法学,例如格伦顿等的《比较法律传统》、<sup>[37]</sup> 埃尔曼的《比较法律文化》、<sup>[38]</sup>

[33] Edward W. Said, *Orientalism* (Vintage Books, 1979), pp.3,4.

[34] 参见梁治平:《有法与无法》,载《东方早报·上海书评》第401期,2016年10月9日。

[35] 参见前注[2],络德睦书,第17、32页。

[36] 参见前注[2],络德睦书,第232页。

[37] M. A. Glendon, et al. (eds.), *Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law* (3rd edn., Thomson/West, 2007).

[38] 参见[美] 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版。

斯莱辛格的《比较法》<sup>[39]</sup>等。

“二战”以前，西方法律市场的主导是在欧洲，英国与欧陆分别将它们法律扩散到世界各地，形成了普通法系和民法法系。而英国、法国与德国一直在争夺世界法律市场的主导权，这种主导权与殖民主义联系在一起，也与各国的经济发展联系在一起，19世纪后期，德国经济崛起，使得德国法显现出全球化的趋势，甚至影响到普通法世界。<sup>[40]</sup>而德国的宿敌法国则不满于德国法的扩张，因此，法国主导举行了1900年的巴黎国际比较法大会。<sup>[41]</sup>根据美国法学家邓肯·肯尼迪的观点，德国与法国相继主导了前后两次法律全球化运动，<sup>[42]</sup>比较法的经典著作是德国茨威格特和克茨的《比较法总论》与法国勒内·达维的《当代主要法律体系》。而第三次法律全球化的主导权则转到了美国手中。即使如此，20世纪90年代以前，美国比较法依然具有“欧洲依赖症”，无法摆脱欧陆比较法研究范式的阴影。<sup>[43]</sup>当然因为冷战的二元体系，美国与欧洲之间互相抱团，关系也比较紧密。但随着苏联解体与东欧剧变，一超多强的国际多极化趋势加强，美国与欧洲之间的分歧就开始明显起来。美国法的全球化趋势也非常明显，不仅在全球法律市场上的主导优势明显，例如在国际仲裁中美国律师代替欧洲的法学家成为主要的仲裁员群体，而且还对欧洲法发起了反攻，影响了欧洲法的发展趋势。<sup>[44]</sup>

同时，以英美法学家群体为主导，对欧洲传统的比较法研究范式进行了批判，分别在1996年、1997年和2000年召开了几次重要的会议，反对普适主义、国家主义、功能主义和殖民主义传统，强调法律多元、文化导向、行动之法、社会实证研究以及公法导向等。比较法学与后殖民主义、批判法学、后现代主义结合在一起，看似产生了一种全球范围的新比较法运动，但是在这个运动中，美国主导的痕迹浓重，在某种意义上，是美国试图联合发展中国家（非西方国家）而遏制能够与之相抗衡的欧盟国家。

络德睦的《法律东方主义》写作显然是与战后美国法学尤其是比较法学的这种趋向结合在一起的。他在书中批判自孟德斯鸠以降，包括黑格尔、马克思和韦伯都是经典的欧洲东方主义者，<sup>[45]</sup>他对东方主义的批判性认知，与萨义德的差别并不是很大（当然他吸取了一些针对萨义德东方主义的批评性意见），在某种意义上来说，他的《法律东方主义》是“东方主义”理论（包括“中国中心观”）与美国20世纪90年代之后的比较法学转向结合起来的产物，这种对他者的认知在某种意义上来说依然是美国学术传统的一个环节，依然是西方的学术话语，虽然代表着一种批判与解构。

[39] R. B. Schlesinger, et al. (eds.), *Comparative Law* (6th edn., Foundation Press, 1998). 不过，该书第7版改由马太主编，有了显著变化，也加入了非西方世界的法律内容。See U. A. Mattei, *Schlesinger's Comparative Law* (7th edn., Foundation Press, 2009).

[40] M. Reimann, *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820 - 1920* (Duncker & Humblot, 2013).

[41] P. Legrand & L. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2003), pp.3 - 8.

[42] [美] 邓肯·肯尼迪：《法律与法律思想的三次全球化：1850—2000》，高鸿钧译，载《清华法治论衡》第12辑，第47~117页。

[43] 参见高鸿钧：《比较法研究的反思：当代挑战与范式转换》，载《中国社会科学》2009年第6期，第161~170页。

[44] 参见高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，载《中国法学》2011年第1期，第5~45页。

[45] 见前注[2]，络德睦书，第44页。



#### 四、自我东方化的“想象”与“虚构”

当然,无论是“东方主义”“中国中心观”,还是美国的新比较法学,确实对传统西方学术中的“西方中心主义”进行了批判,对于想象东方的傲慢进行了剖析。因此《法律东方主义》一书与这些思潮一样,收到包括中国在内的非西方世界的一片欢呼声,也在情理之中,甚至这本来就是一种正确的方向。

络德睦在书中提到了中国人对中国法认知的“自我东方化”(self-Orientalize),<sup>[46]</sup>这个概念也一直被人提及。阿里夫·德里克在其《中国历史与东方主义问题》(1996)一文中使用了“东方人的东方主义”(The Orientalism of the Orientals),<sup>[47]</sup>他认为,东方主义并不是西方人在认知东方时独立创造的,而是西方人与东方人共同创造的,他批评萨义德在《东方主义》一书中忽视东方社会的知识分子如何促成作为概念与实践的东方主义的出现,而这一东方人对东方本身的认知,恰恰是东方主义得以存在的重要组成部分。

如前文所述,在西方人想象东方的过程中,中国人对于异域的认知同样是带有极大的想象,在天朝上国的自我优位思维下,西方被夷狄化,被排斥,这从中西早期的交通史上就可以看到很多资料。即使第一批开眼看世界的知识分子已经开始主动认知西方,但是西方人异于黄种人的形象,在普通人眼里,依然是野蛮人,凶狠、残忍、邪恶,甚至被想象成魔鬼,视为非人类。哪怕是鸦片战争后英国人用坚船利炮打开国门,仍然有很多人将西方人视为异类,斥之为鬼子、鬼佬、番鬼。当然,因为军事的失利不得不用另一种视角观察与认知西方,中国人开始了探索西方为何成功而中国为何落后的思考。也是从那时候开始,出现了接受西方人东方想象而对自我重新认知,甚至为了迎合西方人的东方想象主动地自我虚构,为西方人提供“异域想象”的消费品。

这种自我东方化在价值观上很难进行判断,既有对中国爱之愈深责之愈切的民族主义情怀,也有怒其不争、哀其不幸的爱国主义热诚。近代以来,中国在军事领域的失败,导致了国人对整个传统进行批判性反思,这种批判性反思加上西方人视野中的中国形象,于是一场旷古未有的带有“自我虚构”式的清算就开始了。清算传统是和学习西方联系在一起的,但是近代中国的落后与失败,使得这种清算和学习很大程度上带有整体性的情绪化特征。在一个多世纪多次的运动中,持续而大规模地对传统中国的“虚构”出现了,传统中国的一切规则、制度、文化乃至于符号象征都成了近代中国落后于欧美的原因,都需要打倒、推翻、重构。

在文化界,对于自我东方化的批判比较系统,例如对张艺谋的电影的批判,《红高粱》《菊豆》《大红灯笼高高挂》等,频频在西方获奖,但在文化界,却存在这样的评论,即张艺谋在西方电影界的成功在于其创造了一种别有风味的东方场景,为西方世界“提供了‘他性’的消费”,向他们呈现出“一个陌生的、野蛮的东方,一个梦想中的奇异的社会和民族”<sup>[48]</sup>,这是一种“自觉的边缘地位的选取,一种话语/历史主体自知的客体化过程”。<sup>[49]</sup>导致这种现象的原因,在于张艺谋们认识到西方世界“不需要自身文化的复制品,不需要东方的关于现代文明的任何一种表述”,<sup>[50]</sup>“张艺谋式”

[46] 见前注[2],络德睦书,第52页。

[47] A. Dirlik, “Chinese History and the Question of Orientalism”, 35(4) History and Theory 96-118 (1996).

[48] 张颐武:《全球性后殖民语境中的张艺谋》,载《当代电影》1993年第3期。

[49] 戴锦华:《雾中风景:中国电影文化1978—1998》,北京大学出版社2006年版,第276页。

[50] 同上注,第245页。

的电影与其说“让西方世界‘看到了’中国，不如说只是颇为有力地印证并充实了他们的东方想象”。<sup>[51]</sup>

在传统中国法律的研究上，这种自我虚构同样表现在对建立在传统中国社会事实基础之上的规则、制度和秩序三位一体的法律以及法律文化和法律思想的批判，从中找寻中国近代社会落后和失败的原因，或者与西方社会相比较而言的相异之处，从相异推导决定性原因。也就是络德睦所说的，中国的自我东方化是“将中国的过去看作是无可救药的‘封建的’、迟滞的”，并期待救世主拯救的情形。<sup>[52]</sup>

还有一种自我的虚构与此相反，同样带有强烈的民族主义情结和爱国主义情怀，只是表现手法上与第一种虚构不同，例如林语堂写作《吾国与吾民》，就是带着一种局外人的视角，用文学的手法对中国形象做虚构，当他对中国现实进行批判，选择的论据几乎是现实中的事件，而对中国进行辩护或赞美时，选择的论据却不知不觉地换成了文学与艺术作品中的叙述。<sup>[53]</sup> 一种对自我的虚构，往往使人分不清何者是真实的中国，何者是想象的中国。

在法学研究方面，这种虚构体现在“你有我也有”的努力之上，在传统中国寻找西方的法律术语概念所构筑的法律现象，大到“法治”“民主”，小到“环境法”“统计法”；甚至，还有人以西方法学的部门去“重组”传统中国法，于是得出秦代统计法、汉代环境法等概念，而不顾名与实、词与物之间的差异和区别。当然，这种虚构并不是中国所独有，康有为的《孔子改制考》与中世纪欧洲的罗马法复兴，在进行某种意义上的虚构时，差别很大吗？

自我东方化不仅仅虚构自我，同样也想象他者，尤其通过阅读移译的西方文本来认知西方时，将西方人的理想文本当作现实，将西方人的“法治”“自由”“平等”的理想追求误认为现实存在，或者忽视在西方世界中表达与实践、理想与现实的差别。

在进行或倡导法律移植的过程中，同样会出现这种景象，点对点的制度移植只不过是拙劣的模仿，成功者崇拜影响下的认知常常会产生一些错觉，忽视制度背后的历史社会背景与生活意义。

21 世纪的中国，对于自我东方化，甚至对各种类型的东方主义都已然有一些警醒，包括法律东方主义，虽然是络德睦在概念上第一次明确使用了“Legal Orientalism”，但在此之前已经存在学理表达。中国的知识精英早在 20 世纪 80 年代就接触了各种后现代的学理论述，<sup>[54]</sup> 东方主义与后殖民主义、后现代主义、批判法学等思潮一起也引起了中国学者的关注，至少 20 世纪 90 年代，在中国对西方法及法律话语的学习、借鉴、移植的过程中，就有学者提出对带有西方中心主义的法律观念的批判，这种批判不同于以往以马克思主义为武器对资本主义思想的批判，而是站在中国主体的立场上，带有“中国性”。其中，梁治平的法律文化论和苏力的本土资源论是两个典型代表，这种表达更早的版本则出现在费孝通《乡土中国》(1947)的论述中。当然，络德睦还注意到夏勇、蒋庆等人的“新儒家”，甚至前最高法院院长王胜俊的“三个至上”原则。络德睦认为在中国已经出现了对法治的新型阐释，无论是阐明法治并非生活与为人的唯一可能方式，还是提出更为中国化的替代方案，都已经“使用法律理论做武器”。<sup>[55]</sup> 这一点我也非常赞成，在某种意义上讲，作为东方

[51] 戴锦华：《世纪之门·对话中国电影》，载《外国文学》1996 年第 2 期。

[52] 见前注[2]，络德睦书，第 52 页。

[53] 参见前注[11]，周宁书，第 218 页。

[54] 在“中国知网”上，最早涉及后现代主义的论文发表于 1982 年。参见吴焕加：《西方建筑艺术潮流的转变与后现代主义》，载《文艺研究》1982 年第 1 期；袁可嘉：《关于“后现代主义”思潮》，载《国外社会科学》1982 年第 11 期。

[55] 见前注[2]，络德睦书，第 221~228 页。

人的这些努力,比络德睦站在西方人的视角对西方的“东方主义”和东方的“自我东方化”进行反思更为可贵。<sup>[56]</sup>

然而我们可以从无论是梁治平、苏力,还是费孝通的论述中找到更多的西学成分,他们是借着西方对自我反省的学理表达而来反抗“东方主义”和“自我东方化”的,也就是说,这些持续不断寻求中国法学主体性的努力大都仍然仰赖西学,即使是近些年来出现的有关社科学和法教义学的争论,在知识资源上也不过体现着美国与德国的法律观念之争在中国的映射。至于络德睦提及的新儒家,试图改造传统中国思想来回应现代性命题,又何尝不是采用了西方的理论框架呢?似乎孙中山、康有为在多年以前早就已经有过类似的尝试。中国语境中反东方主义和反自我东方化的话语确实存在一些悖论,这种悖论体现在中国法及中国法律观念的演进与发展上,确实如络德睦所言,“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”。<sup>[57]</sup>

当然,对于东方主义与自我东方化的反思,并不等同于排斥与抗拒西方话语。自从清末西学东渐,中国知识精英的叙事体系从经史子集四部之学向文理法商医农工七科之学转变之后,<sup>[58]</sup>脱离西学讨论现代中国的学理表达,已经几无可能。中国主体性的话语建构,与其说反西方,倒不如说重建东方。这种重建虽然是伴随着中国自身政治经济力量的增强而进行,但并不是络德睦意义上的“中国普适主义”,将西方观念中的法律“中国化”。<sup>[59]</sup>这只能产生另一种意义的“东方主义”。(西方主义?)从比较法的意义上而言,法律上的趋同,也就是中国法律的西方化并不是唯一的选项,建立在承认差异基础上的相互理解,才是未来生产“法律共识”的重要趋向,“差异”并没有那么糟糕。<sup>[60]</sup>

## 尾 论

在某种意义上而言,上文的叙述仅仅只是在铺垫,而本文所要表达的基本观点是,络德睦教授的《法律东方主义》一书,虽然无论从话语行文还是观点展示,都是一本佳作,但在学术史上,似乎没那么重要。本书将东方主义与中国中心观嫁接到法律领域进行分析,更多是一种理论的应用,而不是理论的创新。或者说,本书更像是萨义德及其批评者所讨论的“东方主义”的例证,甚至可以说是注脚。

络德睦在本书“中文版序言”中引以为豪地说“本书理论性与分析性并不亚于历史性”,<sup>[61]</sup>在我看来,正是因为他太想去讨论“东方主义”了,对东方主义的阐释篇幅显得有点过大,那么作为一部以“法律实践”与“法律观念”的历史作为研究对象的作品,其理论性与分析性与历史事实的描述与叙事之间,孰轻孰重,似乎应该有所考量。也就是说,“东方主义”在中美交通过程中有关驻华法院的实践、公司-家族的观念理解以及中美英三国之间法律观念与实践的对比研究中,是理论预

[56] 参见梁治平编:《法律的文化解释(增订本)》,生活·读书·新知三联书店1998年版;苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

[57] 见前注[2],络德睦书,第52页。

[58] 参阅左玉河:《从四部之学到七科之学:学术分科与近代中国知识系统之创建》,上海书店出版社2004年版。

[59] 见前注[2],络德睦书,第232页。

[60] 参见[英]罗杰·科特雷尔:《差异有如此糟糕吗?比较法与多样性青睐》,载[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴维·奈尔肯:《比较法新论》,马剑银等译,清华大学出版社2012年版,第151~176页。

[61] [美]络德睦:《中文版序言》,载前注[2],络德睦书,第1页。

设,还是理论归纳?如果是后者的话,我可能会读得更为津津有味,但如果只是前者,那么我要了解东方主义、后殖民主义或中国中心观甚至批判法学在法律实践与法律观念领域的展开,本书又何以成为一本不可替代的著作呢?

西方语境中的各种“后主义”或“后学”在中国一直非常有市场,学界常常用以抗拒与排斥西方主流的强势话语,尤其是模仿西方的现代性出现这样那样的问题时更为如此。随着中国学者主体性意识越来越强,“后学”也越来越受到关注。但有时候则会出现一种时空错位,在西方,后学思潮主要是对西方当下各种病症的解剖,同时展现学理表达的多样性,抵抗一切僵化的思想权威。例如,无论是萨义德的东方主义还是络德睦的法律东方主义,主要是在提醒西方人,改变认知非西方世界的方法和模式。但是进入中国语境之后,后学的主要功能让中国人改变认知西方的方法和模式,或者通过对成功者瑕疵的认知,放弃对成功者的崇拜,增强自我认知的各种自信。

当然,《法律东方主义》在中国的学术营销显然是成功的,在当下中国的民族复兴、国家崛起以及主导新型全球化——一带一路的语境中,由一个美国人叙述增强“四个自信”的故事,比起自家人絮絮叨叨反对西方中心主义、反殖民主义、反霸权主义更有宣传效应,所以我才说,《法律东方主义》的移译适逢其时。

但是,学术话语从来不是独立存在的,一旦与政治话语相结合,那么学术话语有可能成为一种政治消费品。《法律东方主义》在中国已经与国内的学理表达相结合,成为一种流行的学术话语,同时也可能成为政治话语的消费品,用于佐证政治家的英明神武,印证民族复兴和国家崛起的现实。从国内有些学者对该书的评论中已经看出一些苗头,“法治”“现代性”与“全球化”都在“东方主义”理论的审视中出现了不确定性,强调差异性的“中国法治”“中国现代性”与“中国的全球化”概念已经开始出现,一方面使用原有的概念,一方面赋予其独特的含义,与国际接轨的话语与中国特色的话语相伴共存,形成一种悖论式的和谐。

萨义德的“东方主义”理论遭人批判的一点是他忽视东方人尤其在东方主义形成过程中的作用,<sup>[62]</sup>除了“自我东方化”的现象之外,如果仅仅强调中国的独特性和不可替代性,其实依然是一种“东方主义”,因为这种抽象的观念、符号或模型的认知会代替真实的中国认知,而真实恰恰藏在具体的细节之中。在此意义上,络德睦强调“广州并非波士顿”“中国辖区不是哥伦比亚特区”以及中国式家族-公司与美国式契约公司的比较,何尝不是一种新的“东方主义”呢?

络德睦的《法律东方主义》以学理表达的方式消费了中国,在中国获得了营销上的成功;然而,在中国,又是谁会将《法律东方主义》作为一种消费品呢?

(责任编辑:宾凯)

[62] A. Dirlik, *supra* note [47], at 96 - 118.