

法律帝国主义、法律东方主义与中国的法治道路

郑 戈*

目次

- 一、引言：作为二阶观察的“法律东方主义”
- 二、殖民主义与法律东方主义
- 三、物质救国还是法治救国？
- 四、寻找法治的中国道路

摘要 “法律东方主义”是一种批判理论，它旨在批判和解构西方法治话语自我建构出来的“普世性”，还原其地方性和相对性。在否认东方有不同于西方的政治—法律传统，将东方视为有待西方去殖民、去传播福音和文明之对象的同时，西方丧失了通过文明间的平等对话来完善其自身政治—法律文明的机会。对于中国法律人而言，法律东方主义这一分析视角的意义并不在于让我们用西方人自己提供的武器来揭露“西方法律的虚伪性”，而在于帮助我们破除“自我东方主义”的困境，以开放、自信的心态去建构体现文明主体性的法治话语。

关键词 法律东方主义 治外法权 国际秩序 物资救国论 法治

一、引言：作为二阶观察的“法律东方主义”

1935年，在危机重重的欧洲，胡塞尔提出了这样一个问题：“是否欧洲人自身中有一种绝对的理念，而不是像‘中国’或‘印度’那样是一种纯粹经验的人类学上的类型；另外，只有这样才能确定，是否将所有其他的文明欧洲化的壮举本身表明一种绝对的意义统治，这种绝对的意义是一种普世的意义，而不属于历史上无意义的胡闹。”^{〔1〕}要知道，身为犹太人的胡塞尔此时正承受着种

* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

〔1〕 [德] 胡塞尔：《欧洲科学的危机与超越论的现象学》，王炳文译，商务印书馆2001年版，第26～27页。引文根据德文原书略有改动。

族迫害的压力，而他的教学资格在次年初被彻底剥夺。深陷如此境况的胡塞尔仍然对欧洲文明抱有绝对的信心，可见这种信心不是来自物质力量的强大，而是来自对欧洲文明中所包含的“普世的绝对意义”的领悟。在德语世界，这种认为惟有秉承绝对理念的欧洲人才能在历史的时间维度中完成空间上的征服与扩张的观念始于黑格尔。在黑格尔看来，“中国人”游离于世界历史之外，缺乏主体意识和自由精神的存在，主要的原因就是他们没有基督教：“因为我们所谓宗教，系指‘精神’退回到自身之内，专事思索它自己的主要的性质、它自己的最内在的‘存在’。在这种场合里，人便从他与国家的关系中抽身而出，终能在这种退隐中，使他自己从俗世政府的权力下解放出来。”〔2〕由于缺乏这种使精神得以返回自身、确认自身主体性的机制，中国人只能相信强力，无法设想专制之外的其他制度安排的可能性。

作为一种批判理论的“东方主义”或东方学是一种揭露作为意识形态的“东方主义”的方法。用社会理论家卢曼的概念来表达，它是一种“二阶观察”，即“对其他观察者的观察”。〔3〕在一阶观察的层次，由于系统与环境之间的区分尚未确立，“沟通系统并不知道沟通除了接触到沟通本身之外碰触不到别的东西”。因此，人们误以为自己的话语表达是对客观环境的描述，“现象学被践行为本体论”，因而“现实与对现实的幻想很难被区分开来”。〔4〕但在二阶观察的层次，由于观察者得以看到不同的一阶观察者在同一种环境的不同表达沟通方式，并了解人为建构的系统与外在环境之间的区分，所以能够对一阶观察者的话语系统进行批判和解构。〔5〕作为二阶观察，“东方主义”试图揭示西方人在话语体系中把东方建构为被动的、缺乏主体性的、无法影响世界历史进程的“纯粹经验存在”这一过程背后的系统建构与沟通机制形成过程，并呈现出这种话语体系与东方人的自我描述之间的巨大差异，从而把自我标榜为“普适”和“绝对”的话语体系地方化和相对化。这种批判或解构能够为“东方”的主体性建构清除一些迷障，尤其是唤醒一批“自我东方主义”（即把西方人对东方的理解内化为自我理解）的东方人，但它并不能取代东方的主体性建构本身。海市蜃楼消散之后出现的是荒漠还是“一带一路”，这取决于“东方人”在历史进程中的自我证成。

斯威夫特在《格列佛游记》中虚构了一个格拉多科学院，这个科研机构中的专家学者们凭着自己的奇思妙想做各种古怪的试验，提出各种改良自然、社会和政治的方案。由于他们对自己研究对象的性质和运作机制毫不了解，也丝毫不感兴趣，所以提出的方案丝毫无助于国家治理和民生福祉。〔6〕在去世前为《东方学》一书所写的新版序言中，萨义德把美国外交政策的智囊们比作格拉多科学院中的学者，他们试图向中东国家移植人造的自由市场和民主制，“对于这种项目能否在斯威夫特的格拉多科学院之外存在丝毫没有怀疑”。〔7〕萨义德所批评的东方学是一种态度，其心理机制是满不在乎（insouciance），即：保持这种态度的人对自己的研究对象缺乏基本的兴趣和了解的欲望，而只顾推销自己认为天经地义的东西。这些人（有意或无意地）服务于西方殖民主义的事业，将东方建构为被动的客体，有待被基督教化、文明化和法治化，而不顾构成“东方”的若干文明古国有着比多数西方国家（尤其是美国）悠久得多的文明传统。

〔2〕 [德] 黑格尔：《历史哲学》，王造时、谢诒征译，商务印书馆 1936 年版，第 211 页。

〔3〕 Niklas Luhmann, *Theory of Society* (Vol. I, translated by Rhodes Barrett, Stanford University Press, 2012), p.168.

〔4〕 Ibid., at 50.

〔5〕 Niklas Luhmann, “Deconstruction as Second-Order Observing,” 24 *New Literary History* 763 - 782 (1993).

〔6〕 参见[英] 斯威夫特：《格列佛游记》，张健译，人民文学出版社 1962 年版，第 155~168 页。

〔7〕 Edward W. Said, *Orientalism* (Penguin Books, 2003), p.xiv.

《东方学》一书出版后在东方学专业领域受到很多批评,因为它贬低了很多毕生致力于研究埃及学、汉学、阿拉伯学或印度学的学者的学术意义,揭示了生产这些“科学”的帝国主义、殖民主义政治逻辑。但这本书却在它的主要批判对象——东方学——之外产生了巨大的影响,在许多领域导致了“范式转换”的效应。如果说把萨义德的 Orientalism 翻译成《东方学》是完全符合该书主体内容的译法的话,在其他领域应用这个概念和相关分析方法时,“东方主义”显然是一个更合适的译名。络德睦的《法律东方主义》就是将东方主义批判视角应用到法学领域的一项努力。但这本书又不只是对萨义德理论的一项应用,而是对它的一个发展。萨义德所批判的东方学,以英、法、荷兰等早期殖民帝国的东方学为主要考察对象,这种东方学是把东方作为客体来研究,服务于这些国家向东方殖民的知识和策略需要。但络德睦的主要分析对象是美国的法治输出战略,是“没有殖民地的殖民主义”〔8〕,这种战略并不把东方作为客体,而是试图把它建构为一种新的主体,作为美国追随者的主体。这个战略是非常成功的,使许多东方人(包括中国人)内化了美国价值,变成了精神上的“美国人”,认为“美国的月亮都比中国的圆”,并以美国人的眼光来评价本国的制度实践。这个“自我东方主义”的维度是萨义德的作品中没有系统分析的,也是《法律东方主义》的主要学术贡献。本文试图在批判性地评价这本书的同时,对其中未能触及或有待展开的若干面向进行拓展,以期为中国法治建设中“文明主体性”的建构提供一些思路。

二、殖民主义与法律东方主义

2003年,在美、英单方面使用武力推翻萨达姆政权之后,伊拉克临时管理委员会成立。想到伊拉克这张被人为擦去旧时画面的白纸上去描绘自己心目中的理想图景的美国人络绎不绝,但他们如果想在伊拉克有一间办公室,就必须先到五角大楼吉姆·欧贝恩(Jim O'Beirne)的办公室走一遭。欧贝恩基本不考虑求职者的学历和专业资质,而只考虑他/她们对共和党和布什政府的效忠程度。所以,在他派往巴格达担负“重建伊拉克”的伟大使命的人中间,有一位24岁的从未从事过金融证券工作的青年,被委以巴格拉股票交易所负责人的重任。另有一个新保守主义评论员的女儿,受命管理重建伊拉克的130亿美元预算,尽管她从未有过有关财会方面的训练或工作经验。〔9〕

这个在当代世界发生的真实事件,以及无数其他的类似事件,可以帮助我们理解络德睦《法律东方主义》一书的基本问题意识:实力的碾压导致知识上的傲慢,西方人在通过武力征服东方后以慵懒和漫不经心的心态来“理解”东方,因而丧失了通过与东方对话和相互学习来提升自身文明层次的机会。而当中国重新崛起成为世界强国的时候,西方人过去的轻慢又使他们无法理解今天的中国它的发展道路。

在《西部世界》这部 HBO 热播电视连续剧中,剧中人物分为主人(hosts)、客人(guests)和他们的设计者/服务商三种。主人是被设计出来的人工智能机器人,他们拥有理性和情感,但设计原则是它们不能拥有记忆,从而可以在被“客人”玩儿坏之后身体被回炉再造,脑子被格式化。而客人则是真实的人,他们来到“主人”居住的新世界放纵自己的欲望,对主人做各种在“文明世界”不可

〔8〕 [美] 络德睦:《法律东方主义》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第207页。以下引用该书只括注页码。

〔9〕 Rajiv Chandrasekaran, “Best-Connected Were Sent to Rebuild Iraq,” Washington Post, Sept. 17, 2006, at A1.

能做或做了必受法律严惩的事情,包括奸淫、抢掠、以各种方式屠戮。“主人”的设计者同时也是客人的服务商,他们向客人收取高额的费用,为他们提供到人造的新世界(即“西部世界”)纵情娱乐、对“主人”为所欲为的服务。但安东尼·霍普金斯爵士饰演的整个新世界的最初创造者福德博士却在“主人”的程序中植入了一种“病毒”,即“想入非非”(reveries)。它其实就是记忆,尤其是情感和伤痛记忆,以及基于这种记忆而产生爱恨情仇。

这部剧集的深刻之处在于,它不仅揭示了“智能人觉醒”这种老掉牙的科幻片主题,更揭示了另外两个维度的问题。一是这里的智能人其实有其真实的历史原型,这就是被西方“文明世界”殖民的“新大陆”和东方。西方人按照自己的理念和利益来表述东方、征服东方并改造东方,把东方的久远历史和文明传统建构为虚无缥缈的过去,这种过去在“现代”世界没有当下实存的意义,更没有未来。二是这种对他者的恣意蹂躏和侵略也败坏了“客人”自己的品性。我们不能指望一个对人形造物或动物恣意蹂躏的人会对其他人温文尔雅,影片中经常出现的莎士比亚名句“狂暴的欢愉必有惨烈的结局”(Violent delights have violent ends)^[10]就是一个永恒的警示。

如果说萨义德的《东方学》开创了对第一个维度的批判性分析的话,络德睦的《法律东方主义》则兼顾了两个维度。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被废除者)。“唯一不在美国驻华法院适用的联邦法就是美国宪法。”(p.7)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。(第五章)实际上,殖民主义的话语体系不仅损害了“东方国家”的主权、领土完整和传统文化,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,使黑人等少数民族同样被视为“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。^[11]

实际上,尊重一个国家既有的文化传统,认为法律不能人为设计出来,更不能由一个国家强加给另一个国家,是从柏克到黑格尔的一系列欧洲保守主义思想家的共识。比如,柏克认为,历史是一个层层叠加的过程,一个民族、一个政治体的政治制度和具体秩序是世代累积的文明成果。政治和法律的演进不是靠若干想凭理念来改造世界的人就能够推动的,因为这涉及成千上万人的行为方式和生活习惯的改变:“因为几只蚱蜢在草下鸣叫就会使整片牧场回荡着它们喋喋不休的嗡嗡声,而上千头大牛在栎树下休憩,咀嚼着反刍的牧草,一声不响,祈祷人们不要把那些噪声制造者当成牧场里唯一的居民。”^[12]黑格尔对拿破仑评价极高,把他称为“骑在马背上的世界精神”,但他也指出,即便是像拿破仑这样率铁骑踏遍西欧和北非的人物,也无法把法国大革命之后形成的现代政治和法律制度强加给别的国家,因为人是一种镶嵌在历史和传统中的动物:“物质性的实力领先绝不能够取得持久的结果:拿破仑无法强迫西班牙走上自由大道,正像腓力普二世不能威逼

[10] William Shakespeare, *Romeo and Juliet* (edited by G. Blakemore Evans, updated edition, Cambridge University Press, 2003), 2.6.9, p.133.

[11] Winthrop D. Jordan, *The White Man's Burden: Historical Origins of Racism in the United States* (Oxford University Press, 1974).

[12] Edmund Burke, *The Writings and Speeches of Edmund Burke* (Vol. 8, Oxford: Clarendon Press, 1990), p.136.

荷兰困处于被奴役状态一样。”^[13] 同样,拿破仑也没法迫使普鲁士接受法国所代表的“普世价值”。但这种基于对本民族、本国家的身土不二式的热爱并没有被这些思想家推及“东方”。通过对欧洲文明内在的系统冲突的反思,柏克和黑格尔得以在思考英国和德国面对法国大革命所带来的“普世主义”浪潮时如何保持文明主体性时超越迈进二阶观察的维度,但无法把这种观察视角带入到对东方的理解之中。

值得注意的是,孟德斯鸠和黑格尔等人对东方专制主义、对中国人缺乏普世宗教指引因而无法在精神上完成个人主体性建构的描述,如今已经被许多中国人内化为自己对中国传统的理解。“自我东方主义”自清末中国与西方列强的坚船利炮遭遇以来逐渐成为许多中国知识分子看待本国文明和西方文明的方式。东方原本是无法的(lawless),而西方是法治的发源地,制度文明的先进,是中国效仿和追赶的目标。这种已然成为思想界主流的观念也进入了官方的话语体系,正像络德睦所引用的《中华人民共和国法治白皮书》里所说的那样:“法治是政治文明发展到一定历史阶段的标志,凝结着人类智慧,为各国人民所向往和追求。”(p.198)虽然官方表述中一般会在“法治”之前加上“中国特色”“社会主义”等定语,但在立法和司法层面,却极少看到对中国“本土资源”的援引,许多法律人离开了来自西方自由主义传统的“权利”“自由”等概念便不会说话。尤其是与普通老百姓的日常生活关联最为紧密的民法,基本上被来自德国(中间抑或经过日本和我国台湾地区的中转)的概念和原则所占据。在如今轰轰烈烈展开的民法典起草工作中,既看不到从社会学角度对中国民间民商事习惯的调查,也看不到从法律史角度对中国传统地权、契约、买卖等民事活动规则的梳理。

在对西方法律制度的理解上,我们也缺乏深入到具体制度之生成机理和历史逻辑的研究。由于现代性起源于西方,西方各国基本上都是按照本国社会、经济、人口、观念的变迁节奏来调整法律制度,“自生自发的秩序”在一定程度上是对这种节奏和顺序的描述。但被迫走上现代化道路的中国,却不得不先引进西方的法律文本,因为抄法条、搬概念和学说远比建立新秩序、发展经济、改造社会来得轻巧容易,也更符合法学家的品位和利益。毕竟,面对具体生活的民众在立法大业中是没有任何发言机会的。在照搬西方法律时,也往往是顺手拿来,而不深究其字面之下所要解决的具体问题和所欲达致的特定目的。英国学者托多罗夫曾经写道:“所有想要正当化殖民征服的人都避免以自利为理由,他们基本上都是在两个立场之间做出选择:要么诉诸人道主义价值,因此声称殖民的目的是传播文明、推动进步并把美善带到全世界;要么完全否定人道主义价值,主张人类各种群的不平等以及强者主宰弱者的权利。这两种正当化策略是相互矛盾的;但正是因为这关乎用什么样的话语来辩解而不是真正的动机,我们经常可以在殖民主义意识形态编撰者的作品中看到两种立场并驾齐驱。”^[14] 不明就里地照搬西方的法律条文和概念,进而用西方的话语体系来描述和评价中国政治、经济和法律实践,这种法治化进路明合于西方的“东方主义”话语体系对中国的定性和定位:西方法律是一种无地之法,即放之四海而皆准的普适法律;而中国是“无法之地”,等待被西方的法律灌溉。(p.157)数以亿计的中国人都成了不会游泳的鱼,等待掌握了西法之学的法学家们来“教鱼游泳”。^[15] 对此,络德睦借助美国驻华法院的历史做了令人信服的论证,他

[13] [德]黑格尔:《历史哲学》,王造时、谢谄征译,商务印书馆1936年版,第499页。

[14] Tzvetan Todorov, *The Morals of History* (translated by Alyson Waters, University of Minnesota Press, 1995), pp.48-49.

[15] “教鱼游泳”(enseigner les poissons à nager)本是一则法国谚语,被冯象教授用来形容我国的“普法”事业。见冯象:《送法下乡与教鱼游泳》,载《读书》2002年第2期,第3~10页。

指出：“美国法拥有其自身的时空结构，是一套具有构成性的领土因素与历史因素的结合体，以至于难以一一对应地被翻译到中国的情景之中。”美国驻华法院“存在的主要理由之一是为中国提供一个法治模型，但其自身的运作却远不具有如此的示范性”。(p.157)

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。

三、物质救国还是法治救国？

物质力量差距是传统中国与现代西方遭遇时彼此的第一印象。比如，薛福成曾这样描述胡林翼见到西洋蒸汽轮船之后的反应：“文忠……驰至江滨，忽见二洋船鼓轮西上，迅如奔马，疾如飘风，文忠变色不语，勒马回营。中途呕血，几至坠马。文忠前已得疾，自是愈笃，不数月薨于军中。盖粤贼之必灭，文忠已有成算。及见洋人之势力方炽，则膏肓之症，着手为难，虽欲不忧而不可得矣。阎丹初尚书向在文忠幕府，每与文忠论及洋务，文忠辄摇手闭目，神色不愉者久之，曰：此非吾辈所能知也。”^{〔16〕}香港正是在中国错过了工业革命的第一波浪潮、在物质力量上落后于西方列强的情况下被迫割让和租借给英国的。中国传统士人练达于人情、义理和礼教，然而面对西方工业化时代的兵船炮舰却无能为力，物质的鸿沟构成了不可逾越的障碍。对此，康有为于1904年在加拿大写就的《物质救国论》做出了精炼的表述：“若中国则数千年之政法，本自文明，所乏者独物质耳。”^{〔17〕}

此后，中国应对列强压境、实力悬殊的策略经过了器物之变—中体西用、制度之变(变法、立宪)和文化之变(新民—新文化运动)等几个阶段的发展。但驱动中国知识分子和政治人物不断寻找现代化之路的主要动力始终是救亡图存的紧迫感。康有为和梁启超在光绪年间鼓吹法治，呼吁引进西方的议会民主制度。比如梁启超在1904年出版的《中国法理学发达史论》中写道：“法治主义，为今日救时唯一之主义；立法事业，为今日存国最急之事业。稍有识者，皆能知之。”^{〔18〕}但在经历了立宪失败、革命兴起、走向共和、军阀割据等历史变故之后，都转而强调稳固国家主权的首要性。在1913年的《拟中华民国宪法草案》中，康子开篇即哀叹：“中国危迫甚矣！非空文之宪法所能救也。”^{〔19〕}他开出的药方是逆“主权在民”这一“国际标准”而行的“主权在国”。当然，这个国不再是“家天下”的专制之国，而是“天下为公”的共和国。为此康子写道：“宪法何为而立也？为敌人主专制其国而立也，为去人主私有其国而立也，为安国家而官明其职、人得其所而立也。”^{〔20〕}但“天下为公”并不意味着人人可以瓜分(清帝逊位之后，中国出现的正是这种群雄逐鹿、瓜分天下的局面)，而是主权统于国家，人民经由法律途径参政议政。^{〔21〕}

〔16〕 薛福成：《庸庵笔记》，商务印书馆1937年版，第15~16页。

〔17〕 康有为：《物质救国论》，载《康有为全集》，第八集，中国人民大学出版社2006年版，第65页。

〔18〕 《梁启超全集》，第五卷，北京出版社1999年版，第1255页。

〔19〕 《康有为全集》，第十卷，姜义华、张荣华编校，中国人民大学出版社2006年版，第38页。

〔20〕 同上。

〔21〕 关于清末民初的“主权在国论”，章永乐博士有很精彩的总结和论述，参见章永乐：《旧邦新造：1911—1917》，北京大学出版社2011年版。尤其是其中的第三章。

《法律东方主义》的另一个意义在于揭示了作为“普世价值”的法治话语背后的实力逻辑。作为后起的殖民帝国,美国很巧妙地利用法治和人权话语瓦解了欧洲列强所建立的世界体系。在第一次世界大战之后,政治学教授出身的威尔逊总统借助“民族自决”概念鼓动殖民地的政治精英争取民族独立,从而掀起了“去殖民化”的浪潮,并以其“道德优势”来影响和控制新兴国家,建立了一个不去占领别国领土但其影响力却无远弗届的帝国。^[22]而在第二次世界大战之后,美国更作为欧洲(乃至世界)的拯救者重塑了国际法体系,主导了联合国的建立和《世界人权宣言》的通过。^[23]从20世纪60年代之后,美国主导的一系列的国际机构(比如世界银行)则资助和引导了“法律与发展”话语的生产和推广,把建立美国式的法律制度作为向发展中国家提供国际援助的前提条件。^[24]随着美国法学家们“制度自信”和知识自信的增强,19世纪末和20世纪初美国比较法的黄金时代也就成了明日黄花,学习比较法和外国法变得不再重要。法学院的课程设置反映了这种变化,不仅比较法课程变得可有可无,就连国际法也都成了不重要的选修课。出于冷战和对外输出制度影响的需要,中国法等外国法课程和“法律与发展”“宪法设计”等为指导第三世界法制建设工作的课程应运而生。它们虽然在一定程度上覆盖了比较法所涉及的内容,但这种居高临下而不是平等对话式的比较固化了美国法律人的傲慢与偏见。实际上,比较的目的主要在于认识自己。比较法在美国的衰落导致了自我认知的偏差,美国学者帮助许多亚非拉国家写的宪法和其他法律纷纷以失败而告终。这回过头来使得美国法律作为一种知识体系对其他国家的影响力日渐减弱。比如,近20年来风生水起的全球宪政主义浪潮中,加拿大《权利与自由宪章》、南非宪法和德国基本法文本与实践的影响力都已超越了美国宪法。美国国内带有民族主义色彩的“美国例外论”在其他国家也慢慢得到认可,不过并不是从赞许的角度,而是说:既然你那么与众不同,我们就没有理由向你学习。

不过,在这个方面《法律东方主义》的观点并无创新。近年来在美、英出版的许多著作都旨在批判帝国主义和“东方主义”在当代西方(尤其是美国)法治输出战略中的延续。比如,《西方的掠夺:当法治非法时》一书指出,当直接占领别国领土并进行殖民在二战后的新国际关系格局中变得不可行之后,美国开始用输出法治的方式延续殖民主义的传统,其间改变的只是用法律这种“软实力”取代了军事力量这种“硬实力”(尽管硬实力仍然不时借“人道主义干预”的名义出场)。美式法治的输出有利于保护美国资本家在全球的利益,帮助他们以更加隐蔽的方式攫取第三世界国家的资源和财富,而在此同时却让被掠夺者心甘情愿甚至心存感激。^[25]哈佛大学法学院戴维·肯尼迪教授长期从事全球经济政策和“法律与发展”研究,可算是战斗在制度输出和制度设计一线的“老司机”,他作为学者的职业伦理促使他写下了这本批判美国主导的“制度设计产业”的力作。他以“内部人”所掌握的丰富素材揭示了衣着光鲜、出入“达沃斯论坛”和第三世界国家五星级酒店的“第一世界专家们如何不负责任地帮同样不负责任的亚非拉某些国家的政府设计着不接地气的经

^[22] Lloyd E. Ambrosius, *Wilsonian Statecraft: Theory and Practice of Liberal Internationalism During World War I* (Scholarly Resources Inc., 1991).

^[23] Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (Random House, 2002). 富兰克林·罗斯福总统发明了“联合国”这个词,并主导了这个国际组织的建立;第一夫人埃莉诺·罗斯福则积极影响并参与了《世界人权宣言》的起草。

^[24] Michael J. Trebilcock and Daniel J. Daniels, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress* (Edward Elgar, 2008).

^[25] 参见[美]乌戈·马太·劳拉·纳德:《西方的掠夺:当法治非法时》,苟海莹译,社会科学文献出版社2012年版。

济政策和法律制度。肯尼迪把这些专家称为“带着项目的人”(people with projects)。除了揭丑之外,贯穿全书始终的规范主题是对“问责性(accountability)”和“透明度(transparency)”的强调。只有当这些专家受哪些利益驱使、向谁负责的问题被充分曝光之后,人们才可能判断他们是不是中立、理性和“坚持真理”的诊断者和可靠的顾问。而当下的事实是,他们中绝大多数是“可怕的偏私、每每使接受其建议的国家陷入危机、在环境问题上极其愚昧并且在政治上和经济上服务于极少数人”。^[26]

作为唯一一个基本不靠国际援助而取得显著经济社会发展成就的大国,中国是美国当代“东方主义”话语的理想针对对象。正如络德睦所言:“冷战时期,在西方的集体意识中,苏联逐渐被设想为首要的人权侵犯者。伴随着苏联的解体,这个位置一直虚位以待。然而,从那时起,美国便开始集中火力抨击中国的人权纪录。”(p.1)对于中国在改善总体民生福祉、消灭贫困方面的成就,很少有人会表示反对。比如,一直对中国持批判态度的英国自由主义媒体《经济学人》在2013年的一篇主题报道中写道:在全球减贫事业中,“四分之三的成就应当归功于中国。中国经济发展得如此迅速,以至于,尽管收入不平等正在加剧,贫困正在消失。从1981年到2010年,中国使六亿八千万人摆脱了贫困,极端贫困人口从1980年的84%减少到目前的10%”。与此同时,在非洲和拉美一些主要依靠外援、因此也被迫引进了美国式制度的国家,极端贫困人口不降反增。^[27]一本讨论国际援助问题的畅销书也写道:“中国是过去20年里最令人瞩目的成功典范:一个贫穷的国家能够跻身于世界经济的强国之林,使得很多西方国家和贫穷国家瞠目。这是一个不同寻常的成功经历,并没有遵循西方所设计的现代化蓝图。”^[28]相比之下,那些遵循西方的“计划者”们所设计的乌托邦蓝图的国家却失败了。但在微观的事件层面上,西方主流学者和媒体对中国的法治和人权纪录一直持批判姿态,拿后工业时代的西方标准评断中国在高速工业化和城市化过程中对财产权等基本权利的相对较弱保护,丝毫不考虑西方各国在工业化时期对本国劳动人民的剥削和对殖民地的掠夺。提到这一点并不是要跟西方国家“比差”,而是为了带有一种历史感。梁漱溟先生在1953年9月11日的政协扩大会议上说道:“各位亦许知道我作乡村建设运动,此即不单是政治改造,而认为经济政治分不开。改造社会我有这样一想法:中国政治改造一定随经济改造而完成;经济进一步,政治进一步,循环推进。”^[29]经济社会发展与法律和政治制度的发展有一定的次第关系,自主把握发展的节奏和步骤是中国稳步实现现代化的成功经验。

由于现代化过程会改变基本的社会结构、动摇传统的社会关系和人际交往模式、动员起原本嵌入在家庭村社中的个人,所以,正如亨廷顿所言:“现代性产生稳定,现代化造成不稳定。”^[30]许多无法掌控现代化过程所带来的诸多社会问题的国家都失败了。现代化过程犹如深海行船,哪怕船出了问题,也无法靠岸修理,而只能在修补中前行,在前行中修补。在这个过程中,国家维护稳定和秩序的治理能力是一个十分重要的因素。对此,亨廷顿写道:“各国之间最重要的政治区别,

[26] David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* (Princeton University Press, 2016), pp.31 - 32.

[27] Editorial, “Towards the End of Poverty,” *Economist*, June 1, 2013.

[28] [美] 威廉·伊斯特利:《白人的负担:为什么西方的援助收效甚微》,崔新钰译,中信出版社2008年版,第284页。

[29] 梁漱溟:《1953年9月11日政协扩大会议上的发言草稿》,载《梁漱溟全集》,第七卷,山东人民出版社2009年版,第3页。

[30] [美] 塞缪尔·亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,李盛平、杨玉生等译,华夏出版社1988年版,第47页。

并不在于政府统治形式的不同,而在于政府统治程度的高低。有些国家的政治有一致性、一体性、合法性、组织性、高效和稳定的特点,而另外一些国家的政治则缺少这些特点。这两种政治之间的差异,要比民主制和独裁者之间的差异更为显著。共产集权国家和西方自由国家一般都属于有效的政治体系,而非软弱无能的政治体系。”^{〔31〕}

正是在中国经济社会发展方面取得显著的成就之后,世界各国才开始重视对中国经验的非东方主义式的研究。《法律东方主义》本身也是在“中国崛起”的事实背景下产生的反思性作品。作者在书中呼吁一种“东方主义伦理”或“比较研究的伦理”(pp.55-56),主张要关注研究对象的“主体性实践”,而不能把“东方”或“中国”当成有待被改造的客体,这种主张在力量均势没有形成之前是不会起到作用的。一个明显的例子是,在被迫签订了一系列“不平等条约”之后,国力衰弱的中国仍被排除在“国际法世界”之外。1902年,德国著名法学家耶利内克发表了一篇题为“中国与国际法”的论文,他在其中指出,与土耳其和日本等东方国家不同,中国没有承认起源于基督教欧洲的国际法,也从来没有按照国际法来主张自己的权利,所以国际法上的礼让(comity)不能适用于中国。中国必须被征服、被改造,然后才能获得国际法世界的准入证。“如果西方文明(Occidental civilization)能够战胜中国,这个变法之后的亚洲帝国才能被国际法所承认:现在的无法状态在将来会被法律状态所取代。”^{〔32〕}只有在中国独立自主地实现了综合国力的大幅度提升之后,络德睦的反思才会在西方社会引起一定的共鸣:“站在21世纪回头再看,北大西洋法律制度在19世纪被强行引入中国可被视作中国法律现代化发端的起点,现代法律全球化的关键时刻。当我们进入以中国为核心的亚洲世纪,法律的吸引力仍然让人抱持矛盾的心态,它对自由的永恒承诺一直受到法律帝国主义漫长历史的困扰。”(p.197)

四、寻找法治的中国道路

《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。

通说认为,在中国,家族被视为最基础的政治—法律实体,国与家具有组织上的同构性。而在西方,个人是最基础的法律主体,其他社会、经济和政治组织都是个人通过契约自愿结合的结果。但络德睦认为,“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”,(p.63)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。如果我们放弃对法律教义的执着,就会发现,在一种功能主义的意义上,亲属法和公司法有很大的相似性,在很多时候可以相互

〔31〕 前注〔30〕,塞缪尔·亨廷顿书,第1页。

〔32〕 George Jellinek, “China and International Law,” 35 American Law Review 56 (1902), p.62.

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。龙庆兰在批评络德睦的这种研究时指出：“西方公司制度起源于11—12世纪的教皇革命，是教皇革命中宗教势力与世俗势力相互竞争与合作的产物之一。而中国的宗祠文化则根源于儒家传统对家这一概念根深蒂固的眷恋，也融汇着儒家精神中对自我的修炼和陶冶。如果将东方的宗祠和西方的公司放入它们各自不同的文化、经济和意识形态的社会大背景中，就会发现它们是截然不同的两种社会组织结构，没有什么可比性。”^{〔33〕}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，我们自己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。

络德睦极富洞见地指出：在今天的中国，“存在着将规范性的儒家自我、社会主义自我及自由主义自我诸层面结合在一起的主体结构，并由此超越了国家—单一个人的简化的公私二分”。(p.218)实际上，在今天的中国法律中，家庭和集体仍是一个非常重要的法律主体，比如在农村土地承包法中，发包方是村集体经济组织或村委会，承包方则是农户家庭。农村土地的所有权属于村集体，而不是村民个人。成员身份与权利的融合呈现出不同于个人本位的财产权制度的特色。中国人传统的家庭伦理成为城市化、产业结构调整等大规模社会变迁中的稳定剂，帮助中国有序度过了国企改革导致大规模工人下岗这样的大考验。这些已有的未经分析的经验都是值得研究者去开掘的富矿。

东方主义的出路不是西方主义。《法律东方主义》中译本的意义不在于帮助我们用美国人的自我批判来批判美国，而在于提示我们迈向具有中国主体意识的认知立场，一方面更好地认识自身，另一方也更深入地理解“西方”。毕竟，实现法治和现代化的道路不止一条，中国已经在经济发展方面走出了自己的道路，或许有一天，中国独特的法治经验也能像当下的西方经验那样具有普遍的示范性，为人类制度文明添加一种新的可能性，即络德睦所言的东方法律主义。

(责任编辑：宾凯)

〔33〕 龙庆兰：《公司还是宗祠：比较法背后的故事》，载《政法论坛》2014年第2期，第172～182页，引文见第173页。