

超越法律东方主义：一种欧洲视角

——评络德睦《法律东方主义：中国、美国与现代法》

[瑞士] 康允德(Thomas Coendet)* 高一宁**译

目次

一、看待法律东方主义的一种欧洲视角
二、解构法律东方主义

三、超越法律东方主义

摘要 不论是在西方,还是中国的法律学界,有关法律东方主义的争论都备受关注。而当下,络德睦的《法律东方主义》一书,则成为了该研究领域的参照物。尽管络德睦的作品聚焦于美国、中国,以及现代法,但本文提议从一种欧洲视角出发,重新诠释其观点。因此,本文首先审视了,从欧洲视角出发是否是恰当的;进而论证,法律东方主义为我们提供了一种解构主义式观点,因此也暗示了在东方主义式法律论说之中,还剩下什么内容可供我们思考。很显然,剩下的内容就是“东方法律主义”这一概念——它暗示了某些超越法律东方主义的内涵。因此,在结尾部分中,本文评述了这一概念,并且探索了从欧洲视角出发的其他方式,以重新思考法律东方主义。本文的主要观点是:我们应当修正络德睦对于法律东方主义的概念分析,以及他对于“西方”式论述起点的呈现。

关键词 法律东方主义 东方法律主义 解构 系统论

一、看待法律东方主义的一种欧洲视角

“我将会把东方主义称为一种,基于东方世界在欧洲-西方经验中的特殊位置而产生的,容纳东方世界的方式。”^[1]爱德华·萨义德正是用这一定义作为他论述东方主义的开创性著作的起

* 上海交通大学凯原法学院特别研究员、法学博士。本文受上海高校特聘教授(东方学者)项目岗位计划资助。

** 美国纽约大学法学院 2018 级硕士研究生。

[1] Edward Said, *Orientalism* (New York: Pantheon, 1978), p. 1. 中译本参见[美]萨义德:《东方学》,王宇根译,生活·读书·新知三联书店 2007 年版。

始。由此延伸至法律东方主义,络德睦(Teemu Ruskola)则着手为这一东方主义叙事添加法律成分。延续萨义德的论说,他将东方主义理解为“用以建构西方理解东方的话语”,并且进一步开始研究设想中的“东方主义之法律形式”。〔2〕络德睦将他的法律东方主义研究聚焦于更为具体的内容——这些内容分别代表了西方、东方和法律三个方面。针对西方,他聚焦于美国;针对东方则关注中国;而针对法律,他将内容限缩至法治这一概念。“这种显示中国、美国与法三角关系的粗略文化图谱制造了诸多假定。”〔3〕而此书正要着手对这些“假定”详加评述。

尽管书中大部分论证都严格地在上述三角结构中进行推演,但并非没有借助于一种欧洲的视角。基于历史原因,作者必然要依赖欧洲的“源头活水”来勾画出(法律)东方主义的形成脉络——他也确实完成了这一工作。他同时尖锐地指出:“欧洲分析范畴(analytic categories)并非普世的”,但作为“帝国主义存续的遗产”,其“在帮助我们彻底想清楚非西方国家政治现代性的经历方面,既必不可少,但又不甚充分”。〔4〕就法律方面而言,此种欧洲元素在“欧洲-美国法”这一概念中显得尤为清晰。贯穿此书始终的是,作者正是使用这一概念得以使美国法律东方主义的欧洲根源变得清晰可见。最后一点在于,络德睦选择了使用一系列从欧洲传统中发展出来的分析方法——这其中对论证具有核心价值的是福柯的话语分析理论和伽达默尔的诠释学。基于上述背景,若本文透过一种欧洲视角,而非三角结构中的中国和美国视角,对法律东方主义进行观察研究,应具有学理上的合理性。我将在下文中以方法论和具体研究素材来呈现这种欧洲视角。

二、解构法律东方主义

作者对于法律与政治现代性的认识论在很大程度上依赖于国家与个人之间的区分。毫无疑问,他希望将现代法律话语化约为两种参与者:那种“受限的当代政治观念在本质上仅仅认同两种真正的主体:国家与个人”。〔5〕在一个更为重要的概念选择过程中,用与罗伯特·戈登(Robert Gordon)相似的方式,络德睦将法律“融入”了社会这一概念之中。他更为确切地将这一过程称为解构法律与社会之间的“双重对立”。〔6〕

此种概念设置使得分析法律东方主义的叙事将要如何展开变得非常明确:美国的国家、社会以及个人,都能够服从于法治;然而中国在这三个层面上都只剩下“无法”状态。这种含有对立要素的法律话语一经建立,络德睦便发展出对于这套话语的精妙解构——他最终揭示出对于中国“无法”状态的论断只是一种基于种族中心主义的偏见。尽管作者并没有明显地运用某种解构主义方法,但一些不经意的引注仍显示出他对解构主义理论的熟悉程度。例如,“正是这些处在自由民主国家边缘的法律界定了其中心”,〔7〕此论点可以很容易地被理解为对德里达《哲学的边缘》

〔2〕 Teemu Ruskola, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 4 f. 译文摘自中译本: [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,第4页。

〔3〕 Ibid., at 6. 中译本第5页。

〔4〕 Ibid., at 15. 中译本第16页。引文的后半部分,络德睦借用了迪皮什·查克拉巴蒂(Dipesh Chakrabarty)的理论框架。

〔5〕 Ibid., at 21; cf. also at 2, 99, 109, 209. 中译本第21页。

〔6〕 Ibid., at 36. 中译本第36页。

〔7〕 Ibid., at 8. 中译本第8页。

(*Margins of Philosophy*)^[8]一书所做的隐秘引用。而更为重要的是,通过挑战简单的二元对立论说(最明显的就是美国守法/中国无法的对立),《法律东方主义》实实在在地遵循了解构主义的模式。

有人可能会由此发问:书中所使用的认识论概念以及对立的要素是不是过于简单了?将现代政治与法律话语化简为国家、个人、法律、“无法”状态,以及法治中的法等要素,这能站得住脚吗?我认为,基于下述理由,我们必须接受这些简化。作者自己既意识到某种对立,例如国家和个人的对立,只是提供了一种“尤显多余的现代国家的本体论”;也认识到法治与人治之间的对立是“夸大与过度简化”的。^[9]而此书的要点更在于去展示这种简化的对立如何,以及为何曾经、并且仍然“对中国法的研究具有破坏性的分析后果”;同时此种简化的对立在法律东方主义的全球式话语中,甚至在某些情形下会使其使用者伤及自身。^[10]相应的,此书不应被理解为一种对于中国法的辩护。相反,作者公开承认“将法律东方主义作为一种话语进行分析的意义,显然既非为了证明、亦非为了证伪中国法的历史存在或理论存在”。^[11]作者同样也清楚他“绝非反对中国的法律改革”,而是寻求“在更为宏大的层面上理解中国法律改革的性质、历史及其政治意义与文化意义”。^[12]而为了使这种“理解”变得可能,对于简单的对立及概念的“解构”是必要且正当的。因为正是这些概念和对立在很大程度上构成了西方(更确切地说是美国)有关中国及中国法(或说无法状态)的观念。^[13]

不过,在《有限公司》(*Limited Inc*)一书中,德里达提醒我们解构(deconstruction)并不意味着摧毁(destruction),而是表达对于超越毁灭主义者和建构主义者计划之外,仍留待我们进一步思考的那些内容的“预告”。^[14]在《法律东方主义》的结语中,络德睦使用了“东方法律主义”(Oriental legalism)这一术语,来指涉那些可能超越了法律东方主义的内容。^[15]因此,我将进一步聚焦于该书与此相关的部分,对其论说与观点展开进一步论述。我的主要论点是:我们应当进一步提炼书中的概念分析(conceptual analysis)以及它的“西方式”出发点,以期在现代法的全球式话语所具有的历史深度和广泛影响之下,为我们更完整地理解此种话语提供一些启发。

三、超越法律东方主义

为了进一步思考法律东方主义这一命题,消除那些支撑起此书基本情节的简化主义式的设定是十分重要的。出于作者论证的需要,上文所提到的那些简化的确具有合理性,但为了推进研究,我们仍应进一步对这些术语加以辨别。

我们不妨首先来看看“尤显多余的现代国家的本体论”。这种本体论将法律的认识论简化至作为法律过程主要“行动者”的国家和个人。在我看来,此书在这一方面实际上并没有完成它的解构工作。

[8] Jacques Derrida, *Margins of Philosophy* (Brighton: Harvester, 1982).

[9] Ruskola, *supra* note[2], at 209 and 14, respectively. 中译本第 209 及第 14 页。

[10] *Ibid.*, at 14 and 141 ff. 中译本第 14 页,及 142 页以下。

[11] *Ibid.*, at 22. 中译本第 22 页。

[12] *Ibid.* 中译本第 21、22 页。

[13] 与此颇为类似的解构性实践的出发点和目标,也存在于另外一个比较研究领域中,即研究比较式论证是否与国内的法律推理相关联。为了更好地理解比较式论证在法律推理过程中扮演的角色,首先要去解构的就是国内法与外国法之间的对立。[See Thomas Coendet, “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, 102 *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* (ARSP) 476 - 507, 479 ff. (2016).]

[14] Jacques Derrida, *Limited Inc* (Wien: Passagen, 2001), p. 227.

[15] Ruskola, *supra* note [2], at 232. 中译本第 231 页。

相关的叙述仍囿于这一对立之中。作者甚至尝试在中国公司法的领域中为这一对立寻找“新的主体”。^[16]然而,一种真正的解构主义式方法不会去寻找新的主体,而是要去追问:有什么东西完全逃出了主体的视角?提供这样一种视角的首选理论,必然是尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)的系统论。^[17]因为在这一理论中,主体并不重要,唯有社会沟通(social communication)才具有意义。由此,络德睦的许多论述都能够在这一系统性的认识论之下得到更有力的论证。例如,若将其极富洞见且具有说服力的观点“现代美国的治理(法治)已然变成了一种‘没有殖民者的殖民主义’(colonialism without colonizers)”^[18],放置在系统论的概念下加以审视,此观点将变得更为激进——美国版本的法律东方主义式话语所产生的影响,其波及范围远远超过政治体或个人主体的单一性行为。换句话说,由于这些影响是系统性的,它们不再需要依赖于某些具体的殖民者,由此便能够殖民中国人的生活世界。^[19]

通过系统论,我们也能够获得一幅更细致多元的现代社会图谱,因为它并非简单地让所有法律解体并融入社会中去。^[20]这使得我们不去破坏作者所用方法的价值,同时也能够获致一些“其他的”(other)观察。而这些观察将会反过来在某一点上导向“其他的”结论。系统论持有这样的观点,即现代社会在功能意义上分化为诸多进行社会沟通的子系统(sub-systems of social communication)——最为明显的就是法律、经济、政治、宗教、家庭、媒体,以及科学。在这一套认识论中,社会活动的“不法”(illegal)或者“法律没有规定的”(nonlegal)领域并非特别,^[21]而作者认为这正是中国独有的特征。法律与现代国家的“权力意志(它坚持将其管辖范围内的所有事物皆以合法或者非法进行描述)”^[22],很久之前就已然在系统论中被解构了。无论在西方或在东方,都是如此。^[23]在系统论中,法律同样经由“合法/非法”这个二元行为规则来发挥其功能。^[24]但系统论也为其他社会系统中的“不法”内容提供了充足的空间,比如政治、宗教或是经济系统。这种观点是有价值的,因为借此将无需再竭尽所能地将所有东西都塞进法律之中。进一步而言,这亦能在缓和规范性评价压力的同时,使得对中国法及其在全球法律话语中所扮演角色的规范性评价与观点变得更为尖锐。因此,如果在中国的公司结构中发现中国的家庭结构,那就跟法律并不相关了。因而,从作者用以提出上述观点的例子:中国的乡镇企业(TVE)^[25]之中,我们或许不见

[16] Ibid., at 213 ff.中译本第212页。

[17] 系统论的基础性著作包括: Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1984; *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997. 络德睦仅有一次提到了系统论。他将这一理论定位在德国,因此也是在欧洲范围内(cf. *ibid.*, p. 305)(中译本见第292页,注释184)。

[18] Ruskola, *supra* note [2], Chapter 6.中译本第六章。

[19] Cf., *ibid.*, at 207 ff.中译本第207页以下。

[20] (书中内容——译者)与功能分化(functional differentiation)理论的冲突并不令人吃惊。我们应当记得罗伯特·戈登批评法律和社会之间遭到割裂时,其主要靶子就是功能主义理论。而络德睦正是重申了这一批评。[cf. Robert Gordon, “Critical Legal Histories”, 36 *Stanford Law Review* 57-125, 59 ff.(1984).]

[21] Ibid., at 220.中译本第219页。

[22] Ibid.中译本第219页。

[23] 只需参见: Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993, Chapter 9 and 12.

[24] Cf. Ruskola, *supra* note [2], at 220; Luhmann, *ibid.*, Chapter 4.中译本第219页。

[25] Ruskola, *ibid.*, at 216 ff.中译本第215页。(“上述观点”即上句提到的中国家庭与公司的相似性——译者)

得能够学到什么有关法律的内容,而是会学到如何在法律疆域之外建立一个市场经济的更负责任的版本。^[26] 简言之,系统论为将法律变得更加重要,同时也更不重要,留下了空间。以同样的象征方式,我们也可将这种对法律的评价转移到其他社会系统。由此,作者的设想“法律世界的未来,首先是一个政治的——事实上是地缘政治的问题”^[27]便是值得商榷的。为什么政治世界的未来不是个法律问题?或者,为什么法律世界的未来不是个经济问题(反之亦然)?

至于法治这一概念,作者令人信服地论断说:“法治与人治之间的对比”应当被“更为适中与更可界定的概念”所取代。^[28] 由于这一论断是沿着如下观点得出的,这使它显得更为有趣。这些观点包括:“我们必须准备接受中国也可以将法律中国化(sinify)”,以及我们或许会目睹“一种正在演进中的中国普世主义(一种东方法律主义)”^[29]。不论此处的东方法律主义可能意味着什么,它都不能在违背此书整体观点的情况下,被合理地用以寻求另一版本的法律帝国主义。作者明确声明其意在“既不普世化中国亦不普世化美国”,而是“将两者皆解中心化”,且赞同“任何地方或任何时间,较之任何其他地方或时间具有或多或少的普适性,似乎并非特别有用”^[30]。因此,东方法律主义如果仅仅意味着将一种高傲的法律帝国主义从它的美国头脑转移到亚洲双脚上,那么这将是极其令人失望的。因而,用一些更为具体的概念来取代法治与人治的对立,对于协商美国法、中国法,以及法律世界各部分之间关系而言,将会是一个好的开端。这样一种更为具体的方法能够在不放弃法治理念所生发出的解放潜能的同时,而得到采用。^[31] 以这种方式来思考东方法律主义的理念,一定是极具吸引力的。它将自己展现得更像是一种就某些特定法律问题的理性协商,或是某种更大的“批判性的跨国(法律)话语”^[32]之一部分。

在作者围绕着东方法律主义所提出的理念之中,包含了一项更为令人困惑的声明。这一声明是:“如果我们愿意认真地对待中国政治……就必须接受这种风险:我们可能发现法律与政治制度一样,也是一种宗教。”^[33] 即便我们暂且不论这一关于法律、宗教与政治的等式不是一种系统论的进路,这一声明仍是奇怪的。此处的上下文并没有就作者如何得出这一结论给予我们更多信息。由于此书颇下了一些功夫将中国的亲属关系理念与法律联系起来,^[34]我们可以认为“作为宗教的法律”这一理念联结到了中国家庭伦理规范中的宗教元素。这样一来我们就确乎能够看到法律与宗教之间的某种关联了。但是,如果这种解读是正确的,那么,这些宗教元素是否在本质上指向了特别中国化的内容?这是需要存疑的。对“旧欧洲”的一点考察足以教给我们相似但不同的东西。仅举一个著名的事例。从多诺霍诉史蒂文森案(*Donoghue v Stevenson*)中,我们可以学习到阿特金勋爵(Lord Atkin)如何借

^[26] 不过,如果我们认同乡镇企业是一个在如何重新设计资本主义,以及如何重新构想不同于美国话语的法律意识方面有价值的事例,那么我们对于第二次世界大战之后德国的社会经济(Soziale Marktwirtschaft)所提供的事例稍加观察会得出怎样的结论?德国经验似乎告诉我们,这样一种市场经济模型与(美国式)法治之间根本无需发生冲突。

^[27] Ibid., at 233.中译本第 231~232 页。

^[28] Ibid., at 233.中译本第 232 页。

^[29] Ibid.中译本第 232 页。

^[30] Ibid., at 59 and 234, respectively.中译本第 60、233 页。

^[31] “指出这种特殊的政治救世神学(也即欧洲-美国式法治理念)具有的历史上的或然性质,并没有说出它具备的解放潜力。”(Ibid., at 234.)中译本第 233 页。

^[32] Ibid.中译本第 233 页。

^[33] Ibid., at 233.中译本第 232~233 页。

^[34] Ibid.特别是第三章。

助基督教的邻人原则 (*Christian neighbour principle*)^[35] 来进行论证, 而将产品责任 (*product liability*) 引入了英国法。在这一判例中, 正如在乡镇企业的例子中一样, 我们能够找到从宗教到法律的清晰联结: 我们认为乡镇企业所具有、并且作为其基础的家庭伦理规范至少在某种程度上是宗教性的。更进一步而言, 将上述两个例子进行对比是十分有趣的, 因为它们都涉及了最宽泛意义上的对他人的“注意义务” (*duty of care*): 生产者有对消费者的“注意义务”, 而乡镇企业则有对其“家庭成员”的“注意义务”。^[36] 不过, 根据作者的论述, 这种乡镇企业之下的再分配机制受制于“亲属关系……的运作逻辑: 例如, 它并不惠及来自其他乡村的打工者”。^[37] 但是, 产品责任概念下的矫正机制 (在上述事例中主要借助于邻人原则的逻辑), 其运行则确切地超越了亲属关系的逻辑。毫无疑问, 指出这些相似性和差异性既不是为了说明公司法和产品责任在任何意义上是功能相当的, 也不是为了赞同某一种特定的宗教伦理规范。这些例子应当仅仅是促使我们来甄别和说明那种同时存在于西方和东方法律传统中的复杂性。简而言之, 如果作者有关“法律作为宗教”的意见仅仅是希望沿着草拟的线索进行思考, 那么这一意见就很难算作是一种中国式特征。

不过, 至少还存在着另一种理解作者所提出的法律与宗教间等式的方法, 并且这种方法的好处在于更贴近文本。在表明了上述意见之后, 作者继续说道: “虽然这 (也即宗教和法律的等式) 是一种真正的风险, 但绝非致命, 因为任何政治体制皆不可能运作, 除非获得其统治之人信仰的支撑。正如安东尼奥·葛兰西 (*Antonio Gramsci*) 坚称的那样, 依赖纯粹宰制的政治体制不能持久。为了存活下来, 通过市民社会的霸权制度, 它必须能够生产与再生产对其提供支撑的同意……法律显然是能够生产同意之主体的一种极其重要的制度。”^[38] 有人可能会将此解读为类似于一种法律的教条, 但作者却进一步建议用法律的“批判性的跨国话语”来替代法律的“普世性”或是“独特性”话语。“而这一新话语既是普世的, 也是特殊的, 并且是普适性和特殊性形成的关键场域。”^[39] 诚然, 欧洲听众对于这种肃穆的腔调已耳熟能详——它听起来就像是一首 C 大调的圣歌: 同意、市民社会, 以及批判 (*consent, civil society and critique*)。然而, 将这种立场普世化到诸如哈贝马斯式的话语理论的程度,^[40] 却并不符合作者的核心论点。当然, 由于这些评论处于作者论述中的特别边缘之处, 它们启发了一种解构主义式解读: 或许将法律作为一种“批判性的跨国话语”这一观念, 仍旧依赖于一种十分古老的欧洲理念。因此, 与上述所言不同, 我们或许应当对于毫不犹豫地东方法律主义纳入现代法的批判式跨国话语之中有所保留, 尽管这种选择或许是十分诱人的。

(责任编辑: 宾凯)

[35] “这项规则: 你当爱你的邻居, 转变为为了一条法律: 你切勿伤害你的邻居……那么, 在法律中, 谁是你的邻居? 答案似乎是: 我的邻居是那些如此密切而又直接受到我的行为影响, 以至于我应当对其施以合理注意的人。因为当我指导我的思想去完成某些会受到质疑的作为或是疏忽时, 他们是如此剧烈地受到其影响。” (*Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562, at 580.)

[36] “采用一种熟悉的方式”, 某些乡镇企业的利润“被用于照顾作为一个集体的村民。就此, 可将珠江三角洲的成平村作为一个实例。在重组为三湾集团股份有限公司之后, 采用建立医疗中心、日托中心、小学与中学、疗养院、为大学生提供财政支持以及甚至给予生活补助与丧葬补助等形式, 该公司成为诸多福利项目的主要提供者”。 (*Ruskola, supra note [2]*, at 218.) 中译本第 216~217 页。

[37] *Ibid.* 中译本第 217 页。

[38] *Ibid.*, at 233 f. 中译本第 233 页。

[39] *Ibid.*, at 234. 中译本第 233 页。此句在中译本中并无相应译文, 本文译者直接译自英语原文。

[40] Cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5th edition, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2014.