

# 迈向东方法律主义？

——评络德睦《法律东方主义》

鲁楠\*

---

## 目次

- 一、法律东方主义产生的比较法学背景
- 二、南橘北枳之忧：法律东方主义的自我异化
- 三、中国应当走向何种新比较法学？

**摘要** 络德睦教授的《法律东方主义》一书选择被美国妖魔化、贬值化和非法化的中国法进行讨论，试图揭示在对中国法进行异化过程中暗含的种族主义、霸权主义和殖民主义，是20世纪90年代以后在美国兴起的批判主义比较法研究的重要体现。但是，络德睦所提炼的“法律东方主义”现象内涵可疑，外延模糊，被“移植”到中国语境，会出现违背批判主义比较法学初衷的异化。而“东方法律主义”并不足以成为取代传统比较法范式的新范式。

**关键词** 法律东方主义 东方法律主义 批判主义比较法 话语—权力分析法

---

络德睦教授的《法律东方主义：中国、美国与现代法》自面世以来，在太平洋两岸都收获了可观的荣誉和赞美，成为近年来在比较法学领域最受关注的一本书。此书扎根于自20世纪90年代以来在美国兴起的批判比较法学(critical comparative law)，是批判法学在比较法领域发展和扩张的新动向。

## 一、法律东方主义产生的比较法学背景

为了更好地理解络德睦教授这本书产生的学术语境，我们有必要对西方比较法学在第二次世界大战以后的变化做一简要回顾。第二次世界大战期间，以施莱辛格(Schlesinger)、勒内·卡辛为代表的欧洲比较法学者流亡美国，并将欧洲比较法学带入了北美，推动了比较法学在美国的发展。

---

\* 清华大学法学院助理教授、法学博士。

其中较有代表性者,是施莱辛格主持的“共同核心计划”(common core approach),在这一计划中,功能主义比较方法得到了应用,并兼采意大利比较法学家萨科的“法律共振峰”(legal formants)理论,<sup>〔1〕</sup>推动了欧洲政治和法律整合。战后一代比较法学家继承了施莱辛格和萨科等人的比较法思想,发展功能比较的方法论,到20世纪80年代达到顶峰,其代表作品就是著名的两部名著和四部经典教科书。两部名著分别是法国学者勒内·达维的《当代主要法律体系》,德国学者茨威格特与克茨的《比较法总论》;四部经典教科书则为施莱辛格主编的《施莱辛格比较法》(Schlesinger's comparative law: Cases, Text, Materials),玛丽·安·格伦顿(Mary Ann Glendon)等人主编的《比较法律传统》(Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law),梅伦(Mehren)与歌德利(J. R. Gordley)主编的《大陆法系》(The Civil Law System),以及梅利曼(J. H. Merryman)等人主编的《大陆法传统》(The Civil Law Tradition: Europe, Latin American and East Asia)。<sup>〔2〕</sup>雷曼(M. Reimann)认为,以上这些著作构成了美国比较法研究“经典大厦”的基础。<sup>〔3〕</sup>但这一经典大厦的地基深深地扎根于欧洲的比较法学术传统当中,患有“比较法的欧洲依赖症”<sup>〔4〕</sup>,缺乏美国本土的特点和关注。这导致1996年和1997年在美国围绕比较法的发展方向先后进行了两次大规模的主题讨论。一次是1996年来自美国、加拿大、德国、意大利等国的学者,围绕“比较法的新方法”展开的讨论,其后发表在《犹他法律评论》1997年第2期上;一次是1997年以“比较法的新方向”为题召开的专题讨论会,有关文章发表在《犹他法律评论》1998年第4期上。<sup>〔5〕</sup>两次围绕比较法发展方向的讨论会都对20世纪80年代以来的传统比较法范式进行了批判和反思,但是,两次讨论会的侧重点有所不同。在1996年的讨论会上,批判法学的话语、理论和方法开始进入比较法领域,对传统比较法的本体论预设进行了深刻批判,甚至有学者指出,比较法本身也是西方殖民主义的遗留,是霸权主义思维的体现。而在1997年的讨论会上,则更多是对传统比较法的方法论偏差进行反思,认为比较法在本体论上的定位和初衷并无严重问题。由此,在美国学术界便形成两股在今天看来有些针锋相对的比较法研究路径。一种是批判主义的比较法,是对传统比较法范式的颠覆;一种则是改良主义的比较法,是在传统比较法的既有成就基础上的升级和改良。

当我们谈到这里,不难发现,络德睦教授的《法律东方主义》一书其实受到了批判主义比较法研究的影响。<sup>〔6〕</sup>在这股研究的潮流中,美国有几位学术健将影响颇大,其中包括邓肯·肯尼迪(Duncan Kennedy)、戴维·肯尼迪(David Kennedy)、乌戈·马太(Ugo Mattei)等人。邓肯·肯尼迪在其名文《法律与法律思想的三次全球化:1850—2000》中,对自1850年以来法律全球化过程的话语和权力转换进行了透彻分析,而戴维·肯尼迪则批评“二战”以后的比

〔1〕 R. Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I)”, 39 (1) American Journal of Comparative Law 1 - 34 (1992); “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (II)”, 39 (2) American Journal of Comparative Law 343 - 401 (1992).

〔2〕 相关信息,参见高鸿钧:《比较法研究的反思:当代挑战与范式转换》,载高鸿钧:《全球视野的比较法与法律文化》,清华大学出版社2015年版,第189页。

〔3〕 M. Reimann, “Stepping out the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda”, 46 (4) American Journal of Comparative Law 638 - 639 (1998).

〔4〕 David Kennedy, “New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance”, 1997 (2) Utah Law Review 590 (1997).

〔5〕 具体介绍,参见前注〔2〕,高鸿钧文,第192页。

〔6〕 络德睦教授最初提出这一理念是在2002年,具体参见 T. Ruskola, “Legal Orientalism”, 101 (1) Michigan Law Review 179 - 234 (2002).

较法学家都不约而同地出现了“学术性撤退”(Academic Retreat)的倾向,对比较法学术话语背后的意识形态预设和治理谋划避而不谈。<sup>〔7〕</sup> 乌戈·马太则再进一步,一方面他批评比较法的发展不应简单集中到对全球化现象的分析,另一方面主张应有意识地运用社会理论方法,对比较法的基础理论预设进行批判性检验。非常有趣的是,马太最初曾经源自施莱辛格主持的“康奈尔计划”(Cornell Project),后期发展为“共同核心计划”的参与者,<sup>〔8〕</sup>但到了近些年,他却对西方比较法的理论预设展开了系统批判。在其晚近与劳拉·纳德合写的著作《西方的掠夺:当法治非法时》中,指出西方法治话语的某些侧面是霸权主义的体现。<sup>〔9〕</sup> 在批判主义的比较法研究中,不同的学者研究的侧重点各有差异,但我们能够发现他们的一些共性:(1) 都有意识地采纳和吸收批判法学的话语—权力分析方法;(2) 都对西方比较法传统进行批判,认为暗藏着霸权主义和新殖民主义;(3) 都选择站在弱者一边,为受到西方强势话语和权力压制的非西方法律传统说话。而以上这些与批判法学站在穷人、女性、有色人种等弱势群体一方的基本立场一脉相承。<sup>〔10〕</sup>

在《法律东方主义》一书中,络德睦教授选择被美国妖魔化、贬值化和非法化的中国法进行讨论,试图揭示在对中国法进行异化过程中暗含的种族主义、霸权主义和殖民主义,恰是这种批判主义比较法研究的重要体现。不得不指出的是,自1996年以来,批判法学在美国比较法学界安营扎寨,到今天取得了引人注目的成就。笔者发现,2009年出版的《施莱辛格比较法》教材的第七版的体例、结构和主体内容发生了天翻地覆的变化,络德睦教授的《法律东方主义》已经作为该书第一部分第一章的第五个重要文献列入这部经典教材当中。<sup>〔11〕</sup> 这是一个值得重视的现象,说明批判主义的比较法学已经打入了传统比较法“经典大厦”的内部。

## 二、南橘北枳之忧:法律东方主义的自我异化

平心而论,笔者对于《法律东方主义》一书,乃至整个批判主义的比较法研究都颇为敬佩。因为,面对西方传统比较法学所积累下来的巨大理论遗产,进行颠覆式的反叛和重构需要勇气。这体现了美国学术界代际更新和范式跨越的理论雄心,值得我们学习。

而且,自16世纪以来,西方文明一直处于支配地位,将非西方文明及其法律传统纷纷打入人类学的博物馆,在这一现象的背后,存在霸权主义是不争的事实。这一事实或明或暗地进入似乎“价值无涉”的学术研究领域,造成西方话语对非西方话语的凌压之势,也是受到很多有识之士关注的现象。因此,络德睦教授的文章和专著出现在美国法学界,不啻一股清流。必须承

---

〔7〕 David Kennedy, “The Methods and the Politics”, in Legrand and Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 349ff. 另参见 H. M. Watt, “Globalization and Comparative Law”, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 593.

〔8〕 关于康奈尔计划的整个目标、方法、组织、理论源头和后期变化,参见 M. Bussani, U. Mattei, “The Common Core Approach to the European Private Law”, 3 *Columbia Journal of European Law* 339 - 356 (1997).

〔9〕 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。

〔10〕 R. M. Unger, “The Critical Legal Studies Movement”, 96 (3) *Harvard Law Review* 561 - 675 (1983).

〔11〕 Ugo A. Mattei et al. (eds.), *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials* (7th edn., Foundation Press, 2009), pp. 42 - 47.

认,直到今天,仍然不乏西方学者抱着种族主义和霸权主义的态度看待非西方国家,试图用一把尺子衡量天下,对其他的文明及其法律传统缺乏应有的尊重。络德睦教授对此展开批判,具有十足的正当性。

但另一方面,笔者又感到,络德睦教授所提炼归纳的“法律东方主义”现象内涵可疑,外延模糊,它所覆盖的现象如此之多,它所批判的对象如此之庞杂,以至于我们很难对他的相关叙述照单全收,更重要的是,这种理论提炼被“移植”到中国语境,会转化为作者原本未能料想的解读的异化。

首先,什么是法律东方主义?这是一个十分可疑的提法。恰如中国人谈论“西方”一样,美国学者谈论“东方”的时候,究竟所指为何物,令人困惑不解。中国是否足以代表东方?印度、伊斯兰文明是否属于东方文明的组成部分?当我们谈论“法律东方主义”的时候,如果仅仅谈论中国,这种法律东方主义是否本身就不完整?甚至存在缺陷?在反对法律东方主义的过程中,依然按照东方一西方的二元模式来理解法律的多样性,是否自我也陷入了旧的陷阱?这些问题值得思考。如果络德睦教授在一部畅销书中提出法律东方主义的话语,笔者认为十分吸引人,而如果在一部严肃的比较法学著作中,提出这样的概念,难免令人心生疑窦。如果我们不对法律东方主义进行严格界定,那么,是否只要对非西方的法律传统进行严厉批判,对西方法律传统进行赞美,就是所谓的法律东方主义?所谓的法律东方主义,究竟是以事实来评定,还是立场和偏好先行?当然,笔者丝毫不否认络德睦教授所提供的大量法律殖民主义的历史事例,实际上这些事例早已被列入中国教科书中,以并不算细致的表述被学生们代代学习,但它更多地被视为中国旧有的政治法律体制与现代社会不相适应,以致被他国欺凌的一种沉痛教训。或许在不少中国人看来,殖民主义者的凌辱固然可恨,强者对过去恶性的自我忏悔值得赞赏,但被欺辱者自我反思便是另外一回事——将两个国家所发生的不同的思想意识归为法律东方主义的不同表现,有点令人难以坦然接受。

其次,络德睦教授认为,法律东方主义有着久远的学术渊源。自18世纪以来的诸多思想家,包括孟德斯鸠、黑格尔、梅因、韦伯等在内,都是不同程度的法律东方主义者。这又是一个颇为令人惊讶的论断。尽管我们承认,孟德斯鸠和黑格尔在各自的著作中,对中国的法律状况评定不佳,但像梅因(Henry Maine)和韦伯(Max Weber)这样拥有极为丰富的跨文化比较经验的学者,他们是否是所谓的法律东方主义者,尚需要严谨的分析和谨慎的判断。梅因生前曾经对印度社会与印度法律有过细致的考察和精深的研究,其著作《东西方乡村社会》至今对我们了解印度社会的村社法都不无借鉴意义,<sup>[12]</sup>而韦伯在1904年以后,以宗教为线索,对近东、印度、中国进行的比较研究至今都被人们反复的讨论。梅因著名的“从身份到契约”的论断,并非意指传统社会只有身份而无契约,也非意指现代社会只要契约而无身份,而是指出,传统社会与现代社会的差异在于,两个社会法律制度的主导原则存在差异。<sup>[13]</sup>络德睦教授在书中对传统中国“家族—公司”的讨论,<sup>[14]</sup>并没有在根本上颠覆梅因的基本判断,因为传统中国建立在宗族基础上的经济活动,仍然无法摆脱家族身份伦理对经济活动的约束,否则我们就无法理解,为什么宗族内部要通过种种复杂的身

[12] 梅因对印度乡村社会的分析,参见 H. S. Maine, *Village-Communities in the East and West* (H. Holt, 1876).

[13] 参见[英]亨利·梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第110~112页。

[14] 参见[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3章。

份安排去婉转地追求经济目标。而现代社会的经济,则以契约所代表的非身份性经济关系作为支柱,在此基础上,作为次要原则,可以将身份性的考量重新引入。但传统中国的宗族和现代社会的公司绝非是在功能上等量齐观的社会组织。络德睦教授提出,在法律东方主义者看来,中国是一个“无法”之地。但众所周知,韦伯曾经指出,在人类历史上曾经出现过四种法律的理想类型,分别是形式非理性法,实质非理性法,实质合理性法与形式合理性法,<sup>[15]</sup>在传统中国,特别是基层社会,法律往往表现为实质非理性法的面貌,而在家产官僚制的推动之下,至少在立法的层面,会出现一定的实质合理性法的迹象。韦伯从未主张,古代中国是一个“无法”之地,相反,韦伯认为,传统中国的法律曾经取得了极高的成就,尽管这一成就并非是与现代工商业社会相得益彰的那种法律和法律思维模式。<sup>[16]</sup>络德睦教授在对所有这些学者进行标签化的批判时,却未能综合全面地把握这些学者分析的复杂性,这难免令人稍感遗憾。而且,不论是梅因,还是韦伯,他们的经典论断都并非带着鄙视的眼光打量非西方的法律传统,单从态度来讲,似乎也谈不上所谓的法律东方主义。

复次,络德睦教授在对美国学术语境中的法律东方主义进行严厉批判的过程中,进而提到中国法律改革者和法学家群体中存在的“自我东方化”,这再次令笔者感到心惊。络德睦教授似乎并未深入了解美国与中国当下所处的政治和社会情况,以及法学家所处地位的根本差异。如果说,络德睦教授的批判主义比较法研究所针对的对象,是掌握政治、经济资源,抱持着霸权主义和种族主义态度的在位者,他体现了知识分子永远站在弱者一方,伸张正义的学术良知,那么,同样的立场和姿态“移植”到中国来,就很容易发生颠倒,因为这种反西方的叙事,恰好迎合了某些政治力量调动民族主义情绪的意图,从而利用美国法学家的学术良知,作为一种推动中国走向政治保守主义,并抵制现代法治改革的话语资源。络德睦教授虽然研究中国近代法律史,却似乎对百年来中国人的经历缺少直接的体认。自近代以来,沈家本、康有为、梁启超、孙中山等知识分子,身经千年未有之变局,对西方文明压倒东方文明的深层次原因,都有过痛切的反思。学习西方,进行政治法律改革,拥抱法治,不仅仅是西方威压和殖民的结果,更是在威压和殖民之下,谋求自救自强的选择。1949年之后,中国更是经历了长达十年的浩劫,从这场悲剧性的社会动荡中,中国人总结惨痛的教训,意识到唯有走上民主法治的道路,才能实现国家长治久安和人民尊严幸福,这也不是络德睦教授所说的自我的东方化,而是有着实实在在的经验教训,是痛定思痛的结论。当作者谈论现代民主和法治之时,似乎认为这种民主法治模式是西方的专利,而中国更应该遵循古训,依从古法,按照传统帝制的法律及其传统进行社会安排,这样才算不自我东方化。而问题的关键在于,既是好的政治法律经验,符合现代社会需要的模式,非西方文明为什么就不应、不能学习、借鉴和吸收?难道非要“祖述尧舜,宪章文武”才算是非法律东方主义?我们不妨换个角度来观察,络德睦教授所极力反对的那种东方主义,即使在它所产生的19世纪,也并非如作者所想象的那样,全然是西方人自我生造的他者,旨在为其殖民主义的霸权实践加以正当化。在美国学者克拉克(J. J. Clarke)的《东方启蒙:东西方思想的遭遇》一书中,作者便指出:“东方主义不能仅仅被定义为帝国主义统治的意识形态,因为它在西方语境中还扮演着反向运动和颠覆动力的角色,虽然尚未出现一致性、自觉有组织性的事物,但它已经试图以不同方式颠覆(而非巩固)散漫的

[15] 参见[德] 马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第28页。

[16] 参见[德] 马克斯·韦伯:《中国的宗教 宗教与世界》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第137~162页。

帝国权力结构。”<sup>[17]</sup>若是如此,在某种特定的语境下,对东方的刻意美化或丑化,其用力点也可能是批判式的。例如,欧洲在19世纪70年代对印度文化的重新发现,旨在反对基督教的世界观念,向现代资本主义发展过程中对生命的压抑提出反抗,这导致印度哲学借助叔本华、尼采进入了西方世界,掀起了一场生命哲学运动。无论如何,我们也无法认为,这种东方学是全然所谓的东方主义。另举一例,印度佛教自公元一世纪传入中国,这种异域文化最初受到本土儒家和道家文化的坚决抵制,那个时代,信奉佛教,钟情佛教文化的学者,也可能是一种“东方主义”,但经过长久的碰撞与交融,这种所谓的“东方主义”使印度佛教文化成为中国文化的有机组成部分。从以上事例来看,问题的关键并非所谓东方化还是西方化,而是一国之民众,一国之知识精英在充分把握本国历史、现实和人类发展趋势的基础上做出选择的内在合理性。

最后,如果笔者的猜测不谬,络德睦教授似乎暗示,中国在发展自身的法律模式过程中,应当考虑法律应扎根于中国自身的文化传统和意义世界,而不应一味盲从西方话语,失去对中国本土资源的敏锐认识。对此笔者深表赞同。近些年来,随着全球化过程的扩展和深入,西方法律和学术话语的地位不仅没有衰减,反而更显强势。特别是自20世纪90年代以来,美国法的全球输出引人注目,美国法学学术市场已经变成了全球法学学术产品的集散地。这引起了中国一批有识之士的忧虑,毕竟作为一古老的文明,若无法发展出属于自己的法学学术体系,一味跟从欧风美雨,不仅有失尊严,而且不利于本国法制和法学的发展。若超越法律范畴,大到整个文化领域,我们也能看到,自近代以来,很多学者都提出,应保留和恢复中国文化的主体性,唐君毅先生便曾谈到,中国文化应当“灵根自植”<sup>[18]</sup>。但是,追求中国法治乃至整个文化的自主性,并不等于枉顾人类文明发展的趋势,枉顾传统与现代社会在基本组织方式上的差异,将传统与现代问题统统归结为东方—西方的文化差异问题。同样,在近代以来东西方遭遇的历史过程中,传统向现代社会的转型与殖民主义交织在一起,使我们往往出于对殖民主义的愤恨,而模糊了对现代社会性质的认识和判断。应该说,对内清醒、理性地学习西方,包括美国在内的良法美政,与对外批判霸权主义、种族主义和新殖民主义,对内充分认识本国法律传统的独特性,不仅并不矛盾冲突,而且相得益彰。而这种平衡性的考量,恰好是作为比较法理论核心的,“普遍性”与“特殊性”关系的一个侧面。与此相反,强调本土资源、祖宗家法,对既有传统缺少清醒的认识和有深度的批判,倒有可能成为新型的话语—权力模式,是保守主义政治谋划的一种话语包装罢了。这无疑会走向批判比较法研究初衷的反面。

### 三、中国应当走向何种新比较法学?

在《法律东方主义》一书中,络德睦教授呼吁,应当在批判法律东方主义现象的基础上,走向东

[17] [美] J. J. 克拉克:《东方启蒙:东西方思想的遭遇》,于闽梅、曾祥波译,世纪集团、上海人民出版社2011年版,第12页;另外晚近对东方主义思想较为系统的反思,可参考[英] 杰克·古迪:《西方中的东方》,沈毅译,浙江大学出版社2012年版,特别是第5章关于“东方的家庭与商业”,作者虽然主要谈的是印度的联合家庭,但恰恰可以与《法律东方主义》一书中第3章“讲讲公司与家族的故事”相对比。与络德睦教授一样,杰克·古迪认为,不应简单认为东方(特别是中国与印度)传统社会中的家庭(家族)没有承担经济功能的灵活安排,简单认为家庭及其伦理是阻碍资本主义经济发展的根由;但古迪较谨慎地综合考虑了印度联合家庭组织内部的文化特殊性。而与此相较,《法律东方主义》一书中的类似部分,比较直接地将家族比喻为宗族公司,显得没有问题。

[18] 参见唐君毅:《说中华民族之花果飘零》,三民书局1974年版。

方法律主义。笔者对东方法律主义一词的犹疑态度,与对法律东方主义一样,并不清楚作者的理论蓝图。在笔者看来,所谓东方法律主义更像一种口号,缺乏系统性的理论思考。这又再次暴露了自20世纪末以来,人们对比较法学共有的批评:比较法学家对这门学问的理论基础缺乏应有的反思和重构。而络德睦教授的这本书似乎也没能逃脱这一经典的批评。不仅如此,笔者深感,《法律东方主义》一书的叙述虽然多有精妙之处,但在理论高度方面,似乎尚无法与茨威格特与克茨的《比较法总论》这样的作品相媲美——尽管它在诸多方面已经过时,不得不说这是美国比较法学的遗憾。

当然,必须承认,《法律东方主义》与《比较法总论》毕竟是结构和风格截然不同的两本书,对二者用一眼定高下,显得有些偏颇。但在笔者看来,真正的比较法学作品,应建立在对人类主要法律传统和法律制度进行深入比较观察的基础上,最后有公允平正的整体判断。而络德睦教授却在仅仅谈论近代中国与美国法律相互关系的基础上,抛出法律东方主义和东方法律主义这样的话语,有违西方比较法学那种朴实厚重的学术传统。

更重要的是,该书所提出的东方法律主义理念,虽然有令人警醒的作用,但似乎仍不足以成为指引未来比较法学学术研究的基本理论。一种真正堪称范式移转的大著作,必定是在对前人杰出成就进行整体吸收选择的基础上,方方面面考虑完全,做出的包罗万象之作。这样的作品,必然对比较法学研究内部暗含的一系列基本问题给予令人信服的回答。这些问题包括:(1)人类法律文明由传统社会迈向现代社会的根本原因是什么?(2)人类几大法律传统,其典章制度、日常实践和思想意识各自的文化特点是什么?(3)如何在一个高度分化,日益复杂的现代社会处理人类法律文化的多样性,以及它们之间的关系问题?(4)对法律现象进行跨文化比较的基本方法是什么?如果概念比较和功能比较各有缺陷,那么何种比较方法是更优的选择?显然,东方法律主义无力,也并不致力于回答这些问题。它只不过能激起美国学者对非西方法律文化迟到的重视,以及勾起中国法律学者对自身文化传统的怀乡意识和自我陶醉。显然,这与络德睦教授作为一位杰出学者的抱负不相匹配。

在此,笔者不揣冒昧,提出中国建立自身成熟的比较法学的若干看法,供诸贤参考和批评。

第一,比较法学研究的理论主旨应致力于发展和支持人类不同法律传统之间的平等对话,这种对话既非任何一个法律传统进行自我标榜和自我神化,也非一方凌压另一方的权力运作。而是通过对话,各自开启理解和学习过程,通过法律传统之间的碰撞,谋求每一个法律传统的自我革新,最终发展出与各自的历史传统和当下民众的现实需求相衔接的崭新的法律实践。这种以平等对话为基础的比较法学,天然反对任何霸权主义和殖民主义,但也反对那种故步自封的文化保守主义和政治保守主义。

第二,在对话的基础上,比较法学既尊重各个法律传统自身的独特性,又通过比较研究发展出兼容甚至超越各法律传统独特性的普遍性。笔者反对从单一法律传统的话语当中建构普遍性,但也反对那种认为所有法律传统皆为特殊,没有普遍性的论调。其关键在于,认真倾听各个法律传统内部不同社会阶层人们的真实诉求。例如权利问题,络德睦教授认为,这是一个源自西方的,被过度使用的话语,但在现代中国,权利却成为普通民众捍卫自身尊严,要求政府认真对待他们的强话语,并非普通中国民众误解了权利,而是络德睦教授误解了中国人。因为与美德等传统话语相比,权利由于其个体性特征特别容易使小民用来捍卫其过去不被倾听的主张,因此权利作为一种西方语言,在中国不仅没有过度,反而还谈得不够,用得不多。理解这种差异,看到在法律的话语、制度和技术移植过程中,不同共同体成员各自的利益诉求所在,是比较法学的重要任务。

第三,在传统比较法学当中,功能主义比较曾经取得重要成就,但问题的确很多。最重要的问题是,无法透过功能,认真对待在法律制度的背后,人们赋予这些制度的独特意义。这导致比较法学无法与特定法律传统的文化意义资源相衔接。但话语—权力的分析方法,同样无助于解决功能主义方法的理论缺陷。在《法律东方主义》一书中,作者充分利用话语—权力分析法,试图颠覆传统比较法的那些预设,但最后提出的东方法律主义,也不过是对既有理论倾向的一种反动罢了。这说明话语—权力的分析方法,仅仅发挥反思和调节作用,却无法真正用来建构完整的新比较法理论。在此,笔者认为,应当在承认功能主义比较取得的成就基础上,结合社会理论和文化人类学等领域发展出的意义比较的方法,使功能和意义两者之间结合在一起,这样才能走出一条发展比较法理论的崭新道路。

第四,在当下中国,我们的学术面临着双重任务。我们既要继续坚定不移地发展符合现代社会要求的法治和法学,又要想方设法使这种法治和法学与中国文化对接在一起,使它符合中国人的人心和人生,这是很不容易的工作,而任何西方学者都无法代替中国人去完成这个任务。要出色地完成这一工作,就必须既要现代性有深刻的体会,又对本国文化传统的利弊得失有深刻的体认,缺失了任何一个方面,我们都会出现严重的偏差。在这一过程中,法律史学应致力于对中国古代法律实践和文化意蕴的阐释性理解,在这种阐释过程中,除旧布新,藏新于旧,让其不动声色地升级换代;而比较法学则致力于通过横向比较和文化对撞,刺激本国法律制度和传统文化的自我反思,二者结合在一起,才可望走出一条超越古今中西的新道路。显然,络德睦教授部分领会了中国学人的良苦用心,却又无法真正理解他们的忧虑和理想,他看似公正地站在中国法律文化的一边,却又由于种种隔膜,剥蚀了他立场的公正性,这多少令人有些遗憾。

作为结语,笔者衷心地表达对络德睦教授及其著作的尊重之情——尽管是以批评多于赞赏的方式。无疑,在这个世纪,东西方学者将有更多的机会进行更加充分的对话和讨论,这将帮助我们更加深刻地领会对方的怕和爱,携手去缔造一个更公正、合理、美好的世界,去创造一个摆脱了傲慢、偏见、自恋和自虐,致力于人类各主要文明之花竞相绽放,具有多样性的比较法学。

(责任编辑:宾凯)