

雅理译丛

LEGAL
ORIENTALISM

法律
东方主义

中国、美国与现代法

[美] 络德睦 (Teemu Ruskola) 著 魏磊杰 译

China, the United States,
And Modern Law

中国政法大学出版社

LEGAL
ORIENTALISM

CHINA, THE UNITED STATES,
AND MODERN LAW



法律
东方主义
中国、美国与现代法

〔美〕络德睦 (Ternu Ruskola) 著 魏磊杰 译

· 法律 · 法学 · 理论 · 研究 · 著作

中国政法大学出版社

2016 · 北京

法律东方主义：

中国、美国与现代法

LEGAL ORIENTALISM:

China, the United States, and Modern Law

by Teemu Ruskola

Copyright © 2013 by the President and Fellows of Harvard College

Published by arrangement with Harvard University Press

through Bardon – Chinese Media Agency

Simplified Chinese translation copyright © 2016

by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd.

ALL RIGHTS RESERVED

版权登记号：图字 01 - 2015 - 2980 号

本书出版得到北京大学法治研究中心·丽达研究基金的支持

雅理译丛

编委会

(按汉语拼音排序)

丁晓东 甘阳 胡晓进

黄宗智 强世功 刘东

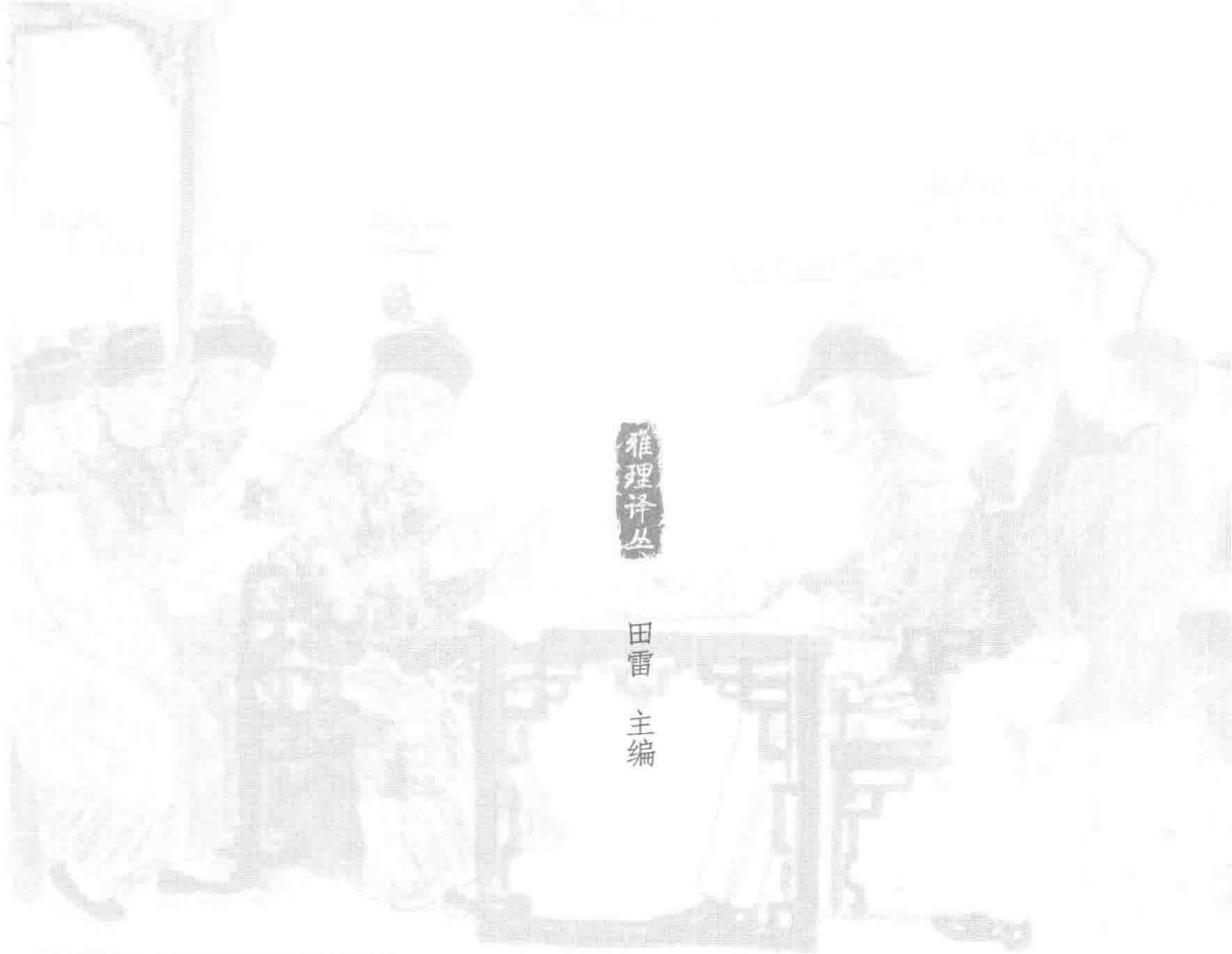
刘晗 刘海光 乔仕彤

宋华琳 田雷 王希

王志强 阎天 于明

张泰苏 章永乐 赵晓力

郑戈 左亦鲁



雅理译丛

田雷
主编

雅理

其理正，其言雅

理正言雅

即将至正之理以至雅之言所表达

是谓，雅理译丛

内容简介

冷战结束以降，中国往往被西方贬斥为忽视人权的全球典型而饱受批判，相反，美国则被奉为首要的法治出口国而广受膜拜。那么，无法性是如何成为界定中国性的一项自明之理，而非一个需要实证检验的事实？同时，美国又是如何担负起教化众生的“重任”而成为法律普世价值的全球“传教士”的？为回答这些问题，本书考察了“法律东方主义”——一套界定什么是法律以及谁拥有法律的全球性叙事——的历史，并最终揭示出一项针对中国法的欧洲哲学偏见传统是如何演变成为一种独特且影响至今的美利坚帝国意识形态的。中美缔结的首份条约授权美国法可在假定无法的中国适用。早在美西战争之后美国推行领土殖民主义之前，这种法律帝国主义的做法便已肇端，并在领属“中国辖区”的美国驻华法院的实际运作中达到极致。不唯如此，法律东方主义仍然存活于 19 世纪反华移民法对美国宪法造成的持久破坏以及当下中国法自我东方化的改革当中，并因而具有迫切的当代意义。在基于贸易与人权的全球政治中，它依然强悍有力且不为人知地塑造着现代的主体性、制度与地缘政治。

法律东方主义：

中国、美国与现代法

LEGAL ORIENTALISM:

China, the United States, and Modern Law

by Teemu Ruskola

Copyright © 2013 by the President and Fellows of Harvard College

Published by arrangement with Harvard University Press

through Bardonia – Chinese Media Agency

Simplified Chinese translation copyright © 2016

by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd.

ALL RIGHTS RESERVED

版权登记号：图字 01 - 2015 - 2980 号

本书出版得到北京大学法治研究中心·丽达研究基金的支持

献给我的母亲：丽莎·斯约恩特德

既然存在确定何谓文学、何谓非文学的一种文学上的标准，那么也存在着确定何谓法律、何谓非法律的一种法律上的标准。

——〔葡〕波阿凡图拉·德索萨·桑托斯：《法律：一张误读的地图》

中文版序言

《法律东方主义》一书最初为欧美读者群撰写。较之西方读者，中国读者无疑更为熟悉书中的一些历史描述。举例而言，本书的写作乃是基于这样一项假定，即许多原初预设的读者可能并不了解欧美国家在中国治外法权的历史。话虽如此，但即便是熟识治外法权的中国学者，也往往更为了解上海公共租界的会审公廨与英国的领事法庭，而较少关注本书第五章集中探讨的美国驻华法院的具体运作。与此同时，通过阅读本书，许多中国读者将会惊讶地了解到法律东方主义——在我对这一术语界定的意义上——对于美国法与国际法的发展所产生的影响。当然，本书论证的理论性与分析性并不亚于其历史性。我希望这一特征能够有助于它成功完成这次跨太平洋的概念转换。事实上，本书的主要目标之一便是鼓励对于（常被视作相互隔绝的）美国、欧洲以及中国的法律现象进行一种真正的跨国分析。我希望，这部中译本将会有助于推动此等集体联动的交谈。

当然，毋庸置疑，任何文本的意义必然取决于其政治、文化以及历史语境。显然，较之欧美读者，中国读者在《法律东方主义》一书中的所得将会有所不同。事情本该如此，而我甚至不会尝试设想此书在中国甚至在更为广泛的华语读者群中将会被如何阅读。自从2013年在英国与美国问世，此书业已获得了其自己的生命，我期待它在中国亦能如此。

最后，我要感谢中国政法大学出版社出版拙著的中文版；更要感谢魏磊杰博士——为破除依然隔绝比较法学者的藩篱，他作出了非凡的贡献，是本书的理想译者。后殖民理论批评家佳亚特里·斯皮瓦克（Gayatri Spivak）曾将翻译这项艰巨的工作描述成“必要的但却不可能的”任务。然而，这种不可能必然不能阻碍跨文化的沟通与学术间的交融。

络德睦

2016年3月于赫尔辛基

目 录

I		中文版序言	
I		第一章 引言：法律东方主义	
		法律东方主义的全球传播	2
		独特卓异帝国与普世卓异帝国	8
		法治、人治与东方专制主义	11
		跨学科导向	16
		法律东方主义地图	23
29		第二章 在历史中创制法律主体与非法律主体	
		如何（不）比较	31
		创制法律的主体	36
		构想美国的法律主体	40
		构想中国的无法律非主体	42
		在东方主义的世界中进行比较	51
61		第三章 讲述公司与家族的故事	
		公司拟制	64
		家户的道德秩序	68
		宗族—公司，宗谱拟制	74
		实际运行中的公司法	87
		不平等的合法化	92
		解中心化美国公司法	100
		两者择一还是两者皆是	105

110 | 第四章 广州并非波士顿

治外法权帝国114

美国与中国：简短的法律史119

中国与英国：贩卖鸦片的自由125

中国和美国：“特殊的朋友”127

广州并非波士顿：美国帝国主权的建构132

东方专制主义的宪法化142

美利坚帝国与盎格鲁—撒克逊种族主义的兴起149

153 | 第五章 中国辖区不是哥伦比亚特区

“我们联邦法院系统的最大辖区”158

“美国”在中国辖区的法律建构163

法律帝国：如何开化在华的美国人175

公共租界会审公廨：一个浮动的中国法世界185

198 | 第六章 结语：没有殖民者的殖民主义

后帝制时代中国主权的祛魅200

当下美国法的域外帝国203

中国人生活世界的法律化207

寻找新主体212

中国问题：不法性的理论化218

使用法律理论做武器221

当下美国的法律东方主义228

法律东方主义抑或东方法律主义231

235 | 注释

304 | 致谢

309 | 索引

325 | 译后记

332 | 《雅理译丛》编后记

第一章

引言：法律东方主义

“法律”……是构想现实世界的一种独特方式的组成部分。

——克利福德·吉尔兹：《地方性知识：比较视角下的事实与法律》

可以说，通过中国法……我们可被送回到这样一种位置之上，以此我们能够考察一个仍旧活着的过去，并与活化石人类交流。

——爱德华·哈玻·帕克：《比较中国亲属法》

法律的东方构成了一个宽泛且参差不齐的领域。本书意在描述跨越¹这一领域的独特旅程的路线，聚焦的中心为中国与美国。法律是当代世界政治本体论的关键层面。如若脱离国家框架来思考政治，或脱离法律来思考国家，对我们而言，不能说不可能，但也极为困难。同时，如果不考虑中国在其间的位置，那么就无法完全理解当今世界。然而，当我们意图把中国的观察与对法律的观察加以结合时，将会出现一系列困难。在法律的世界中，中国身处何方？为何美国是这一问题答案的重要组成部分？

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。与此同时，美国亦开始扮演这个

- 2 世界主要的法律执行者与法律输出者的角色，在包括中国在内的世界各地推行旨在提升法治的各种项目。

中美之间存在复杂与多变的关系；而法律现代性具有极为重要的全球意义。为描述这种关系，本书将法律视作现代世界观的一个基本元素，这一世界观将个人（单独的人类个体）设想为具有示范意义的存在性的、政治的以及法律的主体，而将国家设想为通过法律将其普世价值实体化的特权媒介。远非纯粹调整行为的一套规则，法律在更大意义上乃是政治构想（political imagination）的一种结构：采用克利福德·吉尔兹（Clifford Geertz）的话说，就是“构想现实世界的一种独特方式”。被构想的最重要的他者之一便是东方，而法律东方主义便是对其构想所采用的话语。

- 3 本书余下的部分意在描述此等话语的关键构成因素，及其全球演进的历史轨迹。这是一项关于中国法与美国法观念的比较研究与历史研究，并旨在阐释这些观念如何产生出了不同的主体性、明晰的社会关系以及特定的地缘政治条件。就其历史叙事而言，本书的核心在于展示一个奇特但却几乎被遗忘的故事：在整个 19 世纪，欧洲人对中国法所持的一套驳杂的偏见如何发展成为一种美国的意识形态与帝国实践，从而使得美国法在缺乏法律的截然不同的东方实施治外法权成为必要。纯粹借助理论与历史的视角，我们便可理解东方主义对中国法与美国法以及更为一般意义上的国际法与中美关系所产生的影响。

法律东方主义的全球传播

正如每一张地图一样，法律东方的地图是独特的。或许最重要的是，余下各章的比例尺度相差悬殊，这彰显出它们纵贯的法律地形学上的变化以及囊括的时间上的差别。例如，本书探究了在欧美启蒙思想家想象

中的东方专制主义的不同表达；它将帝制中国的儒家亲属法重新解释为一种公司法；它考察了所谓的美国驻华法院，这家法院谋求在 20 世纪早期的上海适用美国革命之前的普通法；通过考察波士顿倾茶事件与鸦片战争，它比较了中国与美国在国际法上的地位；它研究了 19 世纪 80 年代通过的《排华法案》对美国宪法产生的持续的破坏性影响；以及通过考量中国 1978 年之后法律改革所具有的重大政治意义与现象学意义，它将这些历史研究与当今世界的法律地理学研究勾连起来。

本书将这些不同现象汇拢在由副标题提示的复合题目之下：中国、美国与现代法。本书并不将这三个范畴的任一个作为先在的知识客体，亦不采用某种单独的学科方法，而是旨在考察中国、美国与法律之间在历史意义上、概念意义上、文化意义上以及地缘政治意义上究竟是如何彼此关联的。首先，需要意识到，三个概念之间的相互关联乃是以各种具有独特意义的方式展开，对任何观察者而言都绝非显而易见。事实上，⁴ 本书完全肇始于对一项受广泛认同之假定的考察：法律与中国之间存在一种对立的关系。最初，本项研究只意在达到一个更适中的目标，生产出“仅仅”一种关于中国法的历史分析与理论分析——就我自身而言，这肯定是一项甚为费神的工作。然而，当开始我的研究时，我发现，别无选择只能面对这一事实：中国文化与政治的一个决定性特征便是法律被假定为并不存在。事实上，当我被问及我以何等研究为业，而我的回答是以研究中国法为业时，在多数时候，我的对话者往往会告诉我并不存在此等事物，并进而礼貌性地提出（有时并非如此礼貌）：在选择学术职业时，我犯了一个范畴错误（category mistake）。

最开始，此等反应只是让我气愤，而我的回应也颇欠考量（我向法律同行们如此抗议：“研究法国法或德国法之人并不非得让人相信他们的研究对象是否存在！”）。然而，考虑到他们对于这种中国“真相”所持态度的连续性与明显的笃信，显然不可能径直将其忽视。我决定，从民族志的角度探讨中国法的概念，考察究竟是什么促发了“中国法并不

存在”的信念，以及是什么使得此等信念对许多人具有如此吸引力。较之我最初的预想，此番探究更加引人入胜同时也更为复杂。一方面，它成为一项对中国在法律现代性上所处之模棱两可地位的研究；另一方面，法治观念（中国被视作法治的对立面）当下最为美国所持续不断地鼓吹。由此，如欲就中国在法律世界中所处位置获取真正全面的理解，那么就必须考虑美国在法律现代性生产中所扮演的角色。

为探究中国、美国以及现代法之间的关系，本书的主要架构乃是一系列我称之为“法律东方主义”的观念。在其开拓性的著作中，爱德华·萨义德使用“东方主义”这个术语来表示用以建构西方理解东方的话语。他强调对于殖民时代与后殖民时代西方的认同在何种程度上是一种修辞性成就（*rhetorical achievement*）。在一系列帝国姿态（*imperial gestures*）中，我们将“东方”化约为一种被动的客体，而我们——“西方”——则是在认知意义上高人一等的主体。诚如萨义德所言，“如果
5 不将东方主义视为一种话语来考察，我们就不可能很好地理解这一具有庞大体系的学科，而在后启蒙时期，欧洲文化正是通过这一学科以政治的、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”。¹

当下存在诸多关于东方主义不同变种的研究。关于东方主义之具体法律形式——“东方”以及欧美之“西方”如何通过法律话语被生产出来——的研究，很大程度上却乏人问津。²考虑到法律对于西方政治现代性的核心意义，以及萨义德动摇东西方区分的认识论地位所采用的基本分析方式，如欲对法律世界进行通盘的研究，就不能忽视萨义德提出的挑战。

就“法律东方主义”这个术语而言，在最为一般的意义上，我用以指代关于何谓法、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。本书主要关注法律东方主义的一个独特实例；余下章节将阐释这些叙事在全球范围内如何获得传播，以及它们于包括现代