

法律秩序与自由正义

——哈耶克的法律与宪政思想

(修订版)

高全喜摇著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

理论拿到中国,都不可能是原汁原味的,我们只能按照我们的理解和我们的国情来吸收和消化先哲们的思想义理。马克思如此,哈耶克如此,休谟、黑格尔也是如此。

具体落实到我对于哈耶克的研究,需要说明的是,在写完本书之后,我又研究了休谟和黑格尔的法哲学,此外还撰写了诸如《论民族主义》、《论国家利益》、《论宪法政治》和《论政治社会》等几篇很长的文章。在进行上述问题的思考、研究和写作的时候,哈耶克一直是我的理论指导,直到今天,我还是可以说,我的全部的学术精神是以哈耶克的古典自由主义为归依的,古典自由主义的自由宪政是我的价值诉求。但是,也需要说明的是,我确实并没有固守哈耶克的理论,对于他的某些理论主张,我也提出了自己的批评和质疑,这些都体现在我的那些书和文章之中。在本书再版时,我并没有把我现在有关哈耶克的认识以修订的方式体现在新版书中,而是仅仅校订了一些错别字。我感到,我不是在某个观点上与以前有了不同的看法,而是在对于诸如宪政国家等一些关键问题上,与哈耶克的政治理论有了歧见,但我仍然相信,即便我对于诸如宪政国家等新认识与哈耶克不同,甚至把这个问题的视阈添加在对于哈耶克思想的研究中,仍然不会影响到我的古典自由主义的价值立场。因为,自由主义不应该回避国家问题,而在我看来,古典的自由主义恰恰是比现代的自由主义更好地解决了这个宪政国家的问题,特别值得一提的是,这个自由宪政的国家问题,对于当前的中国更为攸关。

为了交代这些年我对于哈耶克研究上的思想转变,我把自己前不久参加“第一届华人哈耶克学术研讨会”提交的论文《宪法、民主与国家——哈耶克宪法理论中的几个问题》中的有关部分简单地介绍一二。在我看来,哈耶克宪法理论的基本观点大体上可以概括为两个要点:一是通过一种新的宪法制度模式来解决西方社会的现代民主之病,二是用三权五层的法律制度来化解现代民族国家这个巨大的“利维坦”。总的来说,上述两个方面又都可以集中归结为一个路径,即把政治问题转化为法律问题,在哈耶克看来,民主政治和国家政治都能够而且应该化约为法律之治,他精心揭示的宪法新模式即可以解决现代民主之病和国家之迷雾。

应该指出,哈耶克的这种把政治转化为法律的理论路径具有重大的意义,它确实为解决现代社会的一系列重大的问题提供了指导性的意见。哈耶克如此强调法律之治的重要性,这一点无疑抓住了社会秩序的核心,任何一个开放的社会形态,如果要维持稳定和持续扩展下去,必须首先建立在法律规则的基础之上,否则,就不可能是一个健康、公正、充满活力的社会,就会注定要衰落和崩溃。对此,哈耶克在他的一系列著作中,尤其是《致命的自负》一书中曾经给予过全面的论述,他的宪法理论,不过是把他的社会自生秩序理论所内含的法律观展示出来。其中最具有原创性的是他提出了一个双层的法律之治,即私法的公法之治或“普通法的法治国”,这个理论把一个社会形态的自由(法律下的自由)、秩序(法律的权威)和正义(正当行为规则)三个最核心的要素结合在一起。哈耶克顽强地认为,现代社会中的任何问题,民主政治催生的所谓社会正义的诉求也好,国家主权的神圣要求也罢,它们都不能损坏这个基本的法律秩序,都不能以牺牲正当行为规则为前提。我们看到,这是哈耶克宪法思想的最后的堡垒,也是他的自由主义政治理论的底线,从这里构建出他的宪法新模式,或所谓的普通法宪政主义。对此,本文并没有什么疑义。但是,哈耶克的宪法理论也存在着一些问题,按照哈耶克的制度设置果真能够解决现代社会的积弊吗?为此,我主要在如下两个方面提出了质疑,一个是有关民主问题的,一个是有关国家问题的。

现代民主政治。哈耶克试图通过一个双层议会制度的设想,特别是建立一个纯粹的立法议会,来克服现代民主政治的弊端。哈耶克的这个设想应该说是大胆的,尽管对于纯粹立法议会的职责、功能乃至议员的年龄、选举程序与资格等等,哈耶克都有所论述,但他的这个设想无论在理论还是在现实方面都没有得到积极的回应。为什么呢?因为时代变了,现代社会已经是一个日趋平等化的社会,哈耶克的精英主义的社会政治观即便是触及到现代社会的病症,但也很难为广大的民众所接受。我所要质疑的并非哈耶克的双层议会制度之现实的不可行,而是理论本身的问题,即是否需要这样一个纯粹的立法议会,这个议会存在的理据是审核大量的正当行为规则,并且协调它们与政府治理议会所制定的大量法案的关系。问题在于,在没有出现司法纠纷特别是行

政诉讼的情况下,单纯就法律条文,如何能够搞清楚哪些是属于正当行为规则,以及政府立法与它们的关系是如何的这样的问题呢?从这个意义来看,还是现行的由法院的司法制度来解决这个问题可能更可行一些。哈耶克搞出一个双层的议会制度,希望在议会内部来解决问题,理论上是可以成立的,但操作起来不但非常困难,而且效果未必可欲,从理论乃至西方国家的实践上看,强化司法对于公法泛滥和民主政治的制约作用,可能是目前较为可取的,也是行之有效的。哈耶克的宪法新模式的基本倾向是以立法为中心的,虽然这个立法的焦点在于纯粹立法议会对于正当行为规则的“过滤”,但仍然是立法中心主义的。然而实际上,西方的法治主义一直是以司法为中心的,通过司法中的法官来“过滤”正当行为规则,是否要比纯粹立法议会的议员更有效呢?如果前者已经在议会内部承担了法官的职责,那么后者还有存在的必要吗?看来,用纯粹立法议会这座墙来防范政府立法的肆虐是不牢靠的。

那么哈耶克有关纯粹立法议会的设想是否就没有什么价值了?我并不这样认为。应该指出,大量的政府立法,其动因在于民主政治的利益机制,现代议会民主为各种各样的利益群体谋求私利提供了广阔的空间,单纯通过司法是很难防范了的,哈耶克不是不知道司法的重要性,但他仍然坚持设立一个纯粹立法议会,其目的也是为了减轻司法抵抗民主政治之利益博弈中的压力,在司法之外再建立一个屏障。纯粹立法议会的制度设想固然有些想当然,但如何在现代大众民主的浪潮中树起精英主义的旗帜,在私利主义的政治市场中加强公共利益的声音,呼吁一个忠诚于公共利益的群体,并在宪法制度上面安排这样一个公共利益代言者的设置,是哈耶克议会理论中蕴涵的诉求。因为,现代多元民主政治,已经对于传统的代议制理论产生了冲击,现代的议会很难说是公共利益的维护者,而是沦为选票的奴隶,成为各种群体、部门、阶层等特殊利益的代表者。那么,由谁来充当公共利益的代言者呢?如何能够沟通各个特殊利益群体的诉求并达到一种共同的利益共识呢?现今出现的审议性民主理论试图在这个方面提出新的设想,我认为,哈耶克的纯粹立法议会的理论对于审议性民主具有建设性的启发作用。

哈耶克的国家理论。显然,哈耶克对于国家问题是回避的,或者说

是把国家问题化约为法律问题,通过他的宪法模式抽空了国家的实体内容,变成了一具空壳,甚至连空壳他都不愿意保留,认为国家连同主权等仅仅是一些理论家们臆想出来的词汇,是空虚的迷雾。对于哈耶克上述简单的乃至无视现实的言论,我持有重大的质疑。

首先,哈耶克极力回避历史和现实中的国家形态这个真实的东西,简单地把它视为理论家们的臆想,这样的态度是不可取的,也是没有意义的。谁都知道,国家形态或国家的制度架构是客观存在的事实,尽管国家有不同的形式,古典的城邦国家、现代的民族国家,专制君主国家、宪政共和国,单一制国家、联邦制国家,等等,显然,国家、国家主权、国家间关系、世界秩序、帝国、帝国主义、资本主义、全球经济秩序,等等,这些都与国家问题相关,哈耶克如此简单地论断国家以及国家主权问题,属于矫枉过正,作为一个严肃的理论体系,不能不说是一个重大的遗憾。一种法律政治理论可以不把国家问题视为中心问题,但不能遮蔽或消除这个问题。

其次,也是理论上十分重要的,那就是国家是否就一定与宪政、法治乃至宪法新模式对立呢?是否一个宪政主义的政治体就一定要采取非国家的形态出现呢?是否国家权威、国家主权就一定与专制、极权捆绑在一起呢?实际上,在人类历史特别是西方政治历史中,从来就没有一个非国家形态的宪政制度,难道普通法系的政治体,如英国、美国等不首先是一个政治上的国家吗?本文认为,哈耶克在国家问题上,是犯了简单化和教条主义的错误。它表现在如下几个方面:

第一,一个社会的政治与法律的问题是互动的。把政治问题转化为法律问题,这固然是哈耶克的理论贡献,但这个转化并不意味着全部政治问题都可以转化为法律问题,同样在有些时候,法律问题也可能转化为政治问题,例如国家问题,国家主权、对外关系乃至一个社会的中立的法律权威的确立、实施等等,都是政治问题,都依赖于国家。即便是司法,如果没有国家权威,能够运作起来吗?

第二,是日常政治与非常政治的关系问题。其实哈耶克也多次指出,他的法律理论是在宪法之下的理论,也就是说属于日常政治的法律秩序安排,但是,他没有指出立宪政治的法律理论,或者说,是否存在一种非常政治时期即创建宪法的时期呢?在这样一个时期内的国家政

治是无法消解的,甚至相反是要强调的。哈耶克显然是遮蔽了这个问题,他的宪法理论,他的去政治中心主义和去国家主义,都是基于一个常态的政治形态,在这个日常状态下,哈耶克的理论是可以接受的,在此确实需要减弱国家权力对于正常的法律秩序与程序运行的干预和损害,即便如此,国家这样一个权力形态仍然是必要的,如果没有国家,谁来保证法律的强制执行?只不过这个国家必须是中立的、形式性的,权力受到严格约束的。但是,自由主义的宪法政治是否排斥非常政治呢?是否无视宪法创建时期乃至宪法危机时期的政治性呢?当然,像施米特那样把任何政治都归结为非常政治,把政治决断永远抬高在法律乃至宪法之上,认为政治就是区分敌友无疑是错误的,但是,像哈耶克那样完全无视非常时期的政治,无视国家因素也是片面的。在这个问题上,我认为美国宪法学家阿克曼的有关两种政治的二元民主理论是富有建设性的,也是属于自由主义的路径的。他从日常法治政治的基本模式出发,在认同对于社会采取法律治理的同时,也承认非常政治,承认在宪法危机时期通过政治精英与广大人民的二元互动,从而实现一个国家的政治转型,在宪政国家的凝聚力之下,重新恢复日常政治,即弱化国家对于社会的法治治理。

第三,如此看来,国家政治与法律秩序并非是绝对对立的,自由主义或立宪民主理论,并不需要彻底排斥国家形态,遮蔽国家问题,关键是如何理解国家。在这个问题上,哈耶克犯了一个错误,即把国家的至高无上的权力或权威与无限制、无约束的权力混淆起来了,这样就曲解了国家的本性。其实,国家权力是可以既至高无上又受到限制和约束的,一个无所限制的高高在上的国家主权无疑是专制主义的,甚至是极权主义的,但是,一个高高在上的受到限制的强有力的国家权力却是可欲的,也是自由宪政主义的国家制度,实际上英美国家就是这样一类强大的主权完整但权力受到限制的国家。如此看来,国家作为一种中立的、形式化的、强有力的政治形态,与宪法制度、法治主义的秩序架构并非水火不容,哈耶克的宪法模式中的宪法第一层级,是可以容纳国家这个主权形态的,而且在日常的宪法秩序面临危机的时候,国家这个宪法第一层级中的政治机制可以超越宪法的程序约束,启动非常政治的运作,与人民(而非政党)一起重建新的国家。

再次,哈耶克在陈述中一再回避国家问题,视为一个虚假的问题,要去国家化,但是,他的宪法理论果真如他所说的那样,完全没有一星点的国家色彩,没有政治的因素在起作用吗?我的回答是否定的。哈耶克的法治理论一直强调私法的公法之治,也就是说,通过公法来强制实施私法规则,所以说是普通法的法治国,但强制实施正当行为规则的公法之强制力,显然不可能单纯从私法或普通法自身产生出来,必须是出自一个政治和宪法上拟制的主体,即国家,是法治国而不是市民社会,关于这一点,自由主义的古典理论,如洛克、斯密、休谟、孟德斯鸠、黑格尔等理论家们早就指出了国家权威对于市民社会的法律保障作用,没有一个垄断权力的法治的国家,市民社会的规则体系是不可能自身形成一个良性的社会的。古典自由主义从来没有排斥国家,只是诉求对于国家权力的约束,一个强大的法治的国家是市民社会和法律秩序的后盾。哈耶克的三权五层的宪法模式也显示出了这个法治国家的必要性。但奇怪的是,一贯自我标榜古典自由主义者的哈耶克却得出了一个国家虚无主义的结论,这与他的法治理论是不一致的。我只能说,他的理论要祛除的不是国家乃至主权,而是不受限制的国家权力,但一个强有力的且职责明确、有限的国家乃是哈耶克的宪法理论,乃至自由的宪政主义所必不可少的。

最后,我谈一下哈耶克宪法理论对于现时代中国的相关性意义。不可否认,哈耶克的法治主义主导的宪法学说对于一直缺乏法治秩序和法治精神的中国社会来说,是十分必要和迫切的,他提出的宪法模式对于处于政党政治的中国来说无疑是一剂解毒的良药。但是,由于中国现时代并非一个类似于西方那样的常态社会,而是一个非常态的立宪政治时代,所以,把政治问题转化为法律问题和把法律问题提升为政治问题这两个方面的理论建设都是必要的,而哈耶克相对说来,只是为我们提供了前一个方面的指导性理论,而后一个方面的问题却被他遮蔽起来了。因此,如何处理非常政治时期的宪法问题,如何建设一个自由主义的宪政国家制度,需要我们学习新的理论资源,并把它们与哈耶克的理论结合起来。一方面我们迫切需要日常的法治,以此摆脱政党政治的控制,把社会治理纳入法律秩序的轨道上,另一方面我们又面临创建新的宪法政治的非常任务,同样需要摆脱政党政治的牢笼,把新型的

国家融入当今的国际秩序之中。所以,日常的社会治理与非常的立宪建国,是我们面临的双层任务,这是中国现时代的时代课题。因此,就需要我们创造性的理解法律、宪法、国家、主权等,把日常政治与非常政治结合起来,建立一个自由的社会和强大的国家。其实,这个双层任务对于历史上的英美国家的建国者们都曾经出现过,幸运的是他们都把自由主义的原理与各自国家和时代的特殊情况结合起来了,高度智慧地解决了各自的问题,从而实现了他们的社会的繁荣和国家的强大,中国现在似乎也同样出现了这样的契机,理论上如何给予回应,这是我们的时代课题。

高全喜

圆缘年 员月 缘日

于北京西山古月园

CONTENTS 目 录

绪 言	(1)
第一章 正当行为规则	(10)
一、法律规则	(11)
1. 法律是一种规则	(11)
2. 规则与合法预期	(20)
二、抽象规则	(24)
1. 抽象规则	(24)
2. 分界与保护	(28)
三、私利与公益	(33)
1. 私利与公益	(33)
2. 大陆理性的机巧	(36)
3. 英国的技艺理性	(41)
四、正当行为规则	(48)
1. 人的行为与行动结构	(48)
2. 规则正义	(53)
3. 规则与权利	(58)
4. 正当行为规则在哈耶克理论中的地位	(64)
第二章 法律秩序	(75)
一、从法律规则到法律秩序	(75)
1. 自生秩序	(75)
2. 从规则到秩序	(81)
3. 法律规则与法律秩序	(87)
二、抽象整体秩序	(94)

1. 抽象整体秩序	(94)
2. 意见与知识	(100)
3. 与抽象社会理论的比较	(105)
三、私法制度在经济秩序中的作用	(109)
1. 私法与公法的划分	(109)
2. 私法制度与交换学	(115)
四、政制秩序	(121)
1. 立法与组织规则	(121)
2. 政制秩序及其双重特性	(123)
第三章 法律、自由与正义	(130)
一、法律与自由	(130)
1. 自由与强制	(130)
2. 法律与自由	(135)
二、权利问题与法律正义	(144)
1. 权利问题	(144)
2. 从正当权利到法律正义	(151)
三、否定性问题	(158)
1. 否定性概念	(158)
2. 正当行为规则的否定性特征	(161)
四、哈耶克的自由正义论	(167)
1. 客观正义的预设	(167)
2. 从自由到正义的两种路径	(173)
3. 法律规则与自由正义	(178)
4. 自由正义的否定性价值及其论证	(183)
第四章 法治与宪政思想	(192)
一、哈耶克的法治思想	(192)
1. 《自由秩序原理》时期的法治观	(192)
2. 普通法的法治国	(201)
3. 以公法形式实施正当行为规则	(205)
二、自由政制的双重特性	(212)

1. 《自由秩序原理》时期的宪政观	(212)
2. 自由政制的双重特性	(216)
三、现代民主制与社会正义	(225)
1. 民主政制与立法扩张	(225)
2. 社会正义的幻象	(231)
3. 立宪民主及其蜕变	(241)
第五章 宪法新模式	(252)
一、哈耶克的新宪政观	(252)
1. 国家与主权问题	(252)
2. 宪法地位问题	(259)
3. 宪法的吊诡性	(264)
4. 现行宪法模式及其弊端	(269)
二、三权五层的宪政模式	(280)
1. 新宪法的基本原则	(280)
2. 两种议会	(290)
3. 独立的司法权问题	(299)
4. 三权五层的模式架构	(302)
第六章 哈耶克与现代自由主义	(311)
一、自由主义是否存在价值危机	(312)
1. 伯林的问题	(312)
2. 罗尔斯的解决方法	(322)
3. 哈耶克自由主义的独创性	(327)
二、对哈耶克自由主义的挑战	(336)
1. 格雷及其挑战	(336)
2. 三种否定性价值理想	(344)
三、弱势的政治哲学	(349)
1. 政治的去中心化	(349)
2. 强势逻辑与弱势逻辑	(355)
主要参考文献	(364)
后 记	(369)

绪摇摇言

20世纪以来,自由主义在当今世界无疑取得了前所未有的胜利,但是,其危机也日见显著,它在为现代社会建立一个政治的制度框架的同时,固有的价值也随之逐渐解体,价值中立既是自由主义成功的标志,也是其失败的渊藪。面对着现代社会各种各样的复杂问题,很多人对于自由主义是否还是一种政治理论产生了疑虑,尽管当今的各派自由主义理论家都在力图做出自己的反应,但他们不得不面临着一个自身似乎难以解决的难题,即自由主义的有关价值中立性问题。正是缘于此,自由主义为其他左和右的政治理论所诟病。他们认为,自由主义无力承担现代社会的政治理论构建,其摆脱了价值关联的工具性设施无法为现代社会政治的难题提供强有力的解决方案。对此,我们不禁要问:自由主义是否就意味着单纯的工具架构?自由主义果真就与价值无涉?因此,麦金泰尔式的发问对于自由主义来说同样也是必要的:谁之自由?何种正义?

考量自由主义的一个核心问题,便是正义问题,罗尔斯的正义论和政治自由主义由此成为现代自由主义的显学。不过罗尔斯的正义论也面临着社会民主主义和社群主义的强有力挑战。看来在“公平的正义”这样一个基点之上建立自由主义的政治理论势必要冒很大的风险,因为社会正义和社会民主恰恰是左派政治理论赖以立论的场所,自由主义要在此构建自己的政治理论显然是困难的。然而,我们却在哈耶克的自由主义理论中,看到了另外一种企图重铸古典自由主义政治哲学的理论形态,虽然哈耶克的自由主义在当今的西方特别是北美还处于边缘的位置,不过它为我们提供了一个重新解读自由主义的标本。哈耶克的自由主义并非北美自由主义的理论路径,即企图在民主政治的制度设置和社会正义的价值指陈之下进一步扩展、改革穆勒以来的新自由主义政治路线,以应对现代社会特别是现代民主政治所产生的挑

战,而是采取了一种看似保守的自由主义路径,即通过重新追溯传统的古典自由主义的政治理论及其正义价值,从而为现代社会所面临的一系列复杂问题给出一个新的政治解决的原则。本书正是在这样一个背景之下,对于哈耶克自由主义的法律与宪政思想给予一个系统的研究,为哈耶克所开辟的那种古典自由主义的政治理论及其正义价值提供一种新的梳理与说明。

我们知道,哈耶克的社会政治理论从早期的经济学开始直到后期的完成,大致经历了半个多世纪的时间,涉及经济学、心理学、社会学、法学与政治学等多个领域,在此期间哈耶克的思想虽也经历了一些曲折,但基本的自由主义政治路线并没有太大的改变,在重铸古典自由主义的理论努力中,哈耶克创造性地提出了一系列独特的概念与术语,形成了自己的理论方法和一套完整的体系。因此,对于哈耶克整个思想理论的全面研究是困难的,我也无意这样做。从某种意义上来说,本书并不是对于哈耶克思想的一个全面、完整的阐释,而是通过对于哈耶克思想中的核心内容,特别是他后期思想中所集中论述的法律与宪政思想的研究,揭示哈耶克传承沿袭并又发展创新的古典自由主义的基本原则和正义价值。所以,本书并不是一部专业性的法学论著,而更多地体现为一种政治哲学意义上的法学研究,是从自由主义的制度价值层面上对于哈耶克法律与宪政思想的一种解读,其目的是通过对于哈耶克的法律与宪政思想的系统描述和内在理路的梳理与会通,展示哈耶克所提出的自由主义政治价值的法律依据。

把哈耶克的法律与宪政思想视为他的自由主义政治理论的核心部分,而不是选择其思想理论中的其他内容,这在我是有较深的考虑的,我认为这不仅符合哈耶克原本的思想,而且在当今的中国学界竟也意外地对于某些思潮颇有契合之处。固然,哈耶克的经济秩序理论和知识学方法都是他的自由主义理论赖以建立的一些重要支柱,然而最能体现哈耶克自由主义精髓的乃是他的法律与宪政思想,从发生学的角度来看,哈耶克的经济理论甚至他的知识学,早在他的法律宪政观形成之前或者同时就已经有了,可是从内在的意义来看,哈耶克思想的真正用意并不在于提供一门经济学或知识论,而在于建立一种新的自由主义的政治理论,这种新的自由主义政治理论的关键又体现在他的法律

特别是宪政理论之中,在我看来,哈耶克的自由主义从根本上来说是经由他的法律与宪政思想来表达的。

哈耶克自由主义的一个重要特征在于它把社会政治问题转换为法律与宪政问题,这一趋势在哈耶克的中后期思想中尤为明显。我认为,这是理解哈耶克理论的一个前提,也是理解现代自由主义的其他理论形态以及来自左和右的思想派别对于自由主义批判的一个很好的参照点。在哈耶克看来,现代社会的一个重大问题乃是民主政治问题,这个问题的症结并不在于所谓的多元共识没有达成,而在于现代社会日益脱离法治的轨道,把一些社会问题,诸如民主参政和经济平等问题,纳入到自由主义的政治框架之内,从而颠覆了自由主义政治理论的核心要义,导致了自由主义的价值危机。哈耶克指出,现代民主政治的蜕变和政治中心化的扩张,其正当性为所谓的社会正义这个幻象所支撑,它们在法律秩序中的表现便是公法主义的盛行。因此,为了解决现代民主政治问题以及社会正义的幻象,哈耶克认为有必要对于自由主义给予重新的认识和梳理,并重新回到古典自由主义的政治路径上来。在哈耶克看来,这个路径便是社会政治问题的法律化,或者说把社会问题特别是政治问题,转换为法律问题特别是转换为法治秩序问题。传统自由主义通过法律秩序来调整社会问题的原则方案,使得现代社会中的一系列问题,特别是社会民主主义和现代自由主义所关注的有关民主政治、经济平等、社会正义等问题,都在自己的位置上获得相应的解决。也就是说,在哈耶克的法律理论中,民主政治和经济平等,这些被社会民主主义和新自由主义视为极端重要的问题,其实都不是根本性问题,它们只能在自由主义政治法律的框架之内加以解决。因此,通过这种政治问题向法律问题的转换,哈耶克便确立了法律与宪政在自由主义政治理论中的核心地位,他认为这也是古典自由主义留给我们的最主要遗产。

说到哈耶克把社会政治问题转换为法律问题,我觉得有必要在此提及目前我国学界十分热闹的有关现代性问题的讨论和对于施米特理论地发现。当然,在哈耶克的视野中,并没有什么现代性问题,在他看来,人类社会是一个自生的秩序,其发展演变本就是一个自生自发的过程,并不存在所谓现代性问题的凸显,至于现代社会的政治形态,不过

是传统社会的一种扩展的秩序。不过,哈耶克并没有因为不提现代性问题就像某些理论家们所说的那样,势必会忽视 20 世纪以来特别是现代社会政治中的一些重大问题。从某种意义上来说,这个似乎来自大陆语境的现代性话语所揭示出来的那些有关社会政治文化等方面的问题确实是普遍存在的,这个问题无论称之为现代性问题还是社会秩序的扩展所引发的问题,其实都是无所谓的,关键在于这个问题本身所具有的意义。对此,哈耶克并没有回避。以他之见,20 世纪以来自由主义面临的巨大挑战是民主政治问题以及与此相关的社会正义问题。其表现为两个形态,一个是社会主义国家的计划经济体制,另一个则是西方社会的福利国家政策,它们又都以全民国家的主权之下的极权统治为其最终归宿。哈耶克认为,之所以会出现上述情况,一个重要的原因在于它们都违背了自由社会的自生秩序,并企图人为地建构一个所谓社会正义的新制度。哈耶克在他的法律与宪政思想中所着重解决的便是重新梳理和论述古典自由主义的法律与宪政理论,通过把社会政治问题转换为法律问题,以此来纠正现代社会政治问题的症结。

值得注意的是,同样是对现代社会的民主政治所导致的问题抱有深刻的洞见,在德国思想家施米特那里所采取的却是另外一个路径,即把法律问题提升为政治问题,在这点上施米特与哈耶克恰恰是相反的。在施米特看来,现代社会政治问题的病根在于启蒙理性以及与之相关联的自由主义的基本理论。他认为,正是自由主义的法律与宪政观,即那种取消了价值的中立的自由主义的法律形式和程序,才导致了现代社会民主政治的泛滥成灾,它们的最集中表现竟然体现为可以以民主参政的多数修改宪法的基本原则。施米特认为,解决现代政治危机的有效途径就是打破自由主义的僵硬的形式主义法律,把法律问题上升到政治问题,即建立一个能够区分敌友的国家理性以克服自由主义平等对待的工具理性,并把传统国家的政治理念和罗马公教的政治神学纳入他的政治方案之中,从而耸立起一个具有着实质价值的伦理国家乃至超越国家的政治神话。

我们看到,这里实际上触及一个至关重要的问题,那就是哈耶克和施米特对于法律的理解,或者说究竟何种法律才是自由主义的法律。在我看来这是一个关键问题,也是我在本书中所要梳理的一个问题,这