

图书在版编目(CIP)数据

法律秩序与自由正义:哈耶克的法律与宪政思想/高全喜著.—北京:北京大学出版社,2003.6

(法学论丛.公法系列)

ISBN 7-301-06295-8

I.法… II.高… III.哈耶克,F. A.-法律-思想-研究 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 029447 号

书 名:法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想

著作责任者:高全喜 著

责任编辑:刘金海

标准书号:ISBN 7-301-06295-8/D·0736

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:zpup@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者:

经 销 者:新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 12.25 印张 362 千字

2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

定 价:23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

内 容 简 介

本书是研究现代自由主义的重镇——哈耶克思想的一部学术专著，它系统而全面地阐释了哈耶克的法律与宪政理论，不但揭示了哈耶克古典自由主义政治价值的法学依据，而且还在分析施特劳斯、施米特、伯林、罗尔斯在理论上的不同路径的张力场中，令人信服地证明了哈耶克理论在解决自由主义理论的价值危机方面所具有的独创性。哈耶克将政治问题提升为法律问题，并以此致力于宪法新模式的制度创新，本书深入地剖析了哈耶克的宪法新模式的具体结构，展示了哈耶克法律秩序理论中的正义价值，是一种政治哲学意义上的法学研究。哈耶克思想的形成与德语学术圈的关系密切，本书长于德国式的逻辑分析，视野广阔，结构严谨，文字绵密，具有较高的学术水准。

目 录

绪 言	(1)
第一章 正当行为规则	(11)
一、法律规则	(12)
1. 法律是一种规则	(12)
2. 规则与合法预期	(21)
二、抽象规则	(25)
1. 抽象规则	(25)
2. 分界与保护	(30)
三、私利与公益	(34)
1. 私利与公益	(34)
2. 大陆理性的机巧	(38)
3. 英国的技艺理性	(42)
四、正当行为规则	(50)
1. 人的行为与行动结构	(50)
2. 规则正义	(54)
3. 规则与权利	(61)
4. 正当行为规则在哈耶克理论中的地位	(67)
第二章 法律秩序	(78)
一、从法律规则到法律秩序	(78)
1. 自生秩序	(78)
2. 从规则到秩序	(84)
3. 法律规则与法律秩序	(91)
二、抽象整体秩序	(97)
1. 抽象整体秩序	(97)
2. 意见与知识	(104)
3. 与抽象社会理论比较	(109)

三、私法制度在经济秩序中的作用	(114)
1. 私法与公法的划分	(114)
2. 私法制度与交换学	(119)
四、政制秩序	(126)
1. 立法与组织规则	(126)
2. 政制秩序及其双重特性	(128)
第三章 法律、自由与正义	(135)
一、法律与自由	(135)
1. 自由与强制	(135)
2. 法律与自由	(140)
二、权利问题与法律正义	(149)
1. 权利问题	(149)
2. 从正当权利到法律正义	(157)
三、否定性问题	(163)
1. 否定性概念	(163)
2. 正当行为规则的否定性特征	(167)
四、哈耶克的自由正义论	(173)
1. 客观正义的预设	(173)
2. 从自由到正义的两种路径	(179)
3. 法律规则与自由正义	(184)
4. 自由正义的否定性价值及其论证	(189)
第四章 法治与宪政思想	(198)
一、哈耶克的法治思想	(198)
1. 《自由秩序原理》时期的法治观	(198)
2. 普通法的法治国	(207)
3. 以公法形式实施正当行为规则	(212)
二、自由政制的双重特性	(219)
1. 《自由秩序原理》时期的宪政观	(219)
2. 自由政制的双重特性	(223)
三、现代民主制与社会正义	(232)
1. 民主政制与立法扩张	(232)

2. 社会正义的幻象	(239)
3. 立宪民主及其蜕变	(249)
第五章 宪法新模式	(260)
一、哈耶克的新宪政观	(260)
1. 国家与主权问题	(260)
2. 宪法地位问题	(267)
3. 宪法的吊诡性	(272)
4. 现行宪法模式及其弊端	(278)
二、三权五层的宪政模式	(288)
1. 新宪法的基本原则	(288)
2. 两种议会	(299)
3. 独立的司法权问题	(308)
4. 三权五层的模式架构	(311)
第六章 哈耶克与现代自由主义	(321)
一、自由主义是否存在价值危机	(322)
1. 伯林的问题	(322)
2. 罗尔斯的解决方法	(333)
3. 哈耶克自由主义的独创性	(338)
二、对哈耶克自由主义的挑战	(347)
1. 格雷及其挑战	(347)
2. 三种否定性价值理想	(355)
三、弱势的政治哲学	(360)
1. 政治的去中心化	(360)
2. 强势逻辑与弱势逻辑	(366)
主要参考文献	(375)
后 记	(380)

绪 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在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，这个问题在哈耶克的理论中拥有着重大的理论意义。哈耶克的全部政治理论，其关键首先在于建立起一个真正的属于自由主义的法律观，这个法律观的基石他称之为正当行为规则。在对于何为法律的认识方面，哈耶克与施米特意外地在对待凯尔森的看法上碰过面，并显露出一种似是而非的情形。笼统地说，哈耶克和施米特都把凯尔森的纯粹法学视为批判的靶子，他们两人不约而同地都把凯尔森那种取消价值属性的法律规则理论视为错误的法律观，并且认为正是这种与价值无涉的纯粹法律规则的实施，导致了现代社会的一系列问题，如果法律不包含客观的价值，只是体现立法者的意志，其结果必然是为民主政治的泛滥和经济平等主义的盛行大开方便之门。对于以凯尔森为代表的实证法学，施米特和哈耶克两人都持批判态度。有意思的是，施米特是把凯尔森视为自由主义法律理论的代表来加以批判的，认为凯尔森的法律理论是现代政治体制的自由主义表述，自由主义法律的突出特性就是不分敌友，形式平等。因此，他要把这种自由主义的法律问题上升到他的政治问题上来，并以分清敌友的政治方法来解决自由主义的价值中立和平等对待所导致的一系列弊端。而哈耶克却认为，凯尔森根本就不是自由主义，相反凯尔森法学所代表的乃是一种国家权力意志的法律表述，这种公法至上的法律理论又与施米特所赞同的国家主义的法律政治同属一个形态。在哈耶克看来，凯尔森和施米特就其内在的政治逻辑是完全一致的，他们都把国家的立法意志视为法律规则的立论根基，只不过在凯尔森那里国家是一种享有法律资格的实体，而在施米特那里更多的则是超越了个人乃至全体人民的国家神话而已。

关于凯尔森的法律观，我们在此暂且不论，现在的关键问题在于无论从施米特还是从哈耶克的角度来看，都面临一个问题需要深究，那就是究竟法律是什么？这个问题的探究使他们对于凯尔森的批判显示出表面的一致，他们都认为不可能像凯尔森那样排除正当性或价值性，只把法律仅视为一种强制的由国家授权的普遍规则。在他们看来，法律必须具有一种内在的支撑，一种隐藏在规则背后的价值，不过也正是在这一点上，施米特与哈耶克又表现出了根本性的差别

和对立。在施米特那里,这种价值问题乃是实证法律所无法承担的,而是政治,特别是他的国家政治才具有的,因此,施米特要把法律问题提升到政治问题,乃至神学问题,从而建立起他的一整套与法律相对立的政治神学。而哈耶克与此相反,他认为施米特的所谓政治理论不过是政治中心主义的体现,在他看来,法律并非如施米特认为的那样就与价值绝缘,固然凯尔森把法律的价值取消了,但这并不等于法律本身是无价值的,他的法律观正是通过对于凯尔森法律观的批判而建立起一种新的自由主义的法律与秩序理论。

哈耶克的上述理论也正是本书着重展开探讨的内容。本书从法律秩序与自由正义这两个方面对于哈耶克的法律与宪政思想展开了系统的分析研究,从而梳理出一个哈耶克自由主义的理论和逻辑形态。从结构上来说,本书大致分为三个层面。

本书先是在法律基础的层面上分析和研究哈耶克有关法律的基本理论及其内在的意义。这个层面由本书的前三章组成,它们分别是“正当行为规则”、“法律秩序”和“法律、自由与正义”。我认为哈耶克的基本法律观为我们展示了一个古典自由主义的法律理论体系。在他看来,法律就其根本的意义上来说并不是凯尔森意义上的国家立法或一般人所理解的社会规则,而是社会自生秩序中的内部规则,他称之为“正当行为规则”。在本书的这一章我集中论述了哈耶克有关正当行为规则的理论。在第二章“法律秩序”中,我重点讨论了社会自生秩序是如何通过遵循一个正当行为规则的体系而演化为一种正当的法治秩序的,这其中又涉及哈耶克意义上的内部规则与外部规则的互动关系。在哈耶克看来,自由政制的本质存在于法律作为一种内部规则与由它演变出来的一个外部秩序两者之间的复杂关系之中,为此,他通过阐释古典自由主义的法律思想,特别是英国普通法的演进模式,揭示出一个以市场交换秩序为基本形态的自由社会,一个规则统治的法治秩序。在上述两章,哈耶克实际上已经论述到他的法律观的一个根本性问题,即自由主义意义下的法律与正义问题,因此,在第三章“法律、自由与正义”,我集中探讨了它们三者之间的关系。在很多人看来,自由主义所面临的巨大挑战乃是它的价值中立立场,对此哈耶克是有疑义的。他认为自由主义的法律并非像凯尔森、施米

特等法学家所指出的那样,是与正义价值无涉的一套纯粹的规则体系,而是相反。自由主义的法律理论具有着正义的价值,或者说自由主义本身就是一种具有着政治正义立场的政治理论,其核心的特性便是体现为一种法律的正义。

那么,如何理解哈耶克所说的法律的正义呢?这当然对于哈耶克是一个重大的理论挑战,也正在此,我认为哈耶克提出了他的思想理论中最具有创造性的一个观点,那就是通过对于自由与法律的否定性解释,他提出了一种自由主义的新的正义理论,即自由正义的理论,或者说是一种有关法律的否定性的价值理论。可以说,本书前面三章所要解决的主要问题集中地体现为哈耶克对于法律、自由以及法律的正义的新的认识,或者说哈耶克通过正当行为规则、免于强制的自由和否定性的正义这三个方面的论述,从而建立起一个基于古典自由主义传统之上的有关法律秩序和自由正义的理论。在哈耶克那里,法律、自由与正义三者 in 古典自由主义的坐标之下结合在一起,自由主义意义上的法律乃是一种否定性的法律,这种法律所给予人的乃是一种否定性的自由,否定性的法律和否定性的自由并不意味着与价值分离,与价值无涉,而是具有内在的正当性,或正义的价值。不过,哈耶克强调的是,这种正义价值并不是现代的自由主义所理解的那种肯定性的价值,并不是那种试图通过外部法律的强制实施予以实现的所谓社会正义,而是一种否定性的正义,一种通过把人的行为限制在合法预期之制度保障上面的正义价值。所以,否定性正义在哈耶克那里又是一种规则的正义或自由的正义,它所提供给人的并非多少现实的社会功利内容,而是一种自由的规则,一种保障自由状况的法律制度,一种使人能够自由地实现自己合法预期的制度性设施。

本书的第二个层面由第四章和第五章组成,在此我重点论述了哈耶克的法治与宪政思想,特别是哈耶克的宪法新模式。这两章所涉及的问题,既可以说是前三章所讨论的哈耶克法律理论的进一步延伸,又可以说是其在政制领域的深化。在哈耶克看来,一般的法律规则,特别是涉及社会经济生活的私法体系,早已在以英国普通法为代表的法律秩序中得到了非常系统的展示,对此似乎并没有太多的东

西需要加以补充。英国的普通法传统以及欧洲大陆的私法制度已经为我们提供了一个自由秩序的最好的样板,他所要做的只是把它们的自由与正当的本性揭示出来而已。然而,在政制领域,在法治与宪政的层面上,自由主义在现当代却面临重大的问题,它们是传统的古典自由主义在过去所未曾遭遇到的,而在 20 世纪以来,自由政制却越来越成为问题,以至于出现了自由主义的危机。这个危机用哈耶克的话来说,主要表现为法律的公法化扩张,它伴随着现代的民主政治和社会正义的诉求一同产生。因此,哈耶克感到有必要对于何为法治、何为宪政进行一番理论的考辨。可以说,他后半生所全力以赴所进行的主要工作,便是致力于自由主义的法治与宪政理论的建设,以弥补古典自由主义在这方面的缺失。

在本书的第四章我集中论述了哈耶克的法治与宪政思想,特别是他的有关法治的新观点。在哈耶克看来,单纯的私法规则已无力调整现代社会所出现的各种各样的问题,民主政治和现代经济需要一种新的法治模式,这显然是对传统法治主义的一种挑战。为了回应现代社会的问题,哈耶克在古典自由主义的法治理论的基础之上,提出了一个企图把英国普通法传统与大陆的法治理论结合在一起的新的法治观,用他的话来说,法治即意味着通过公法的形式来实施正当行为规则。我们看到,哈耶克这一被约翰·格雷称之为“普通法的法治观”的新法治观,是他对于自由主义政治理论的一个重大贡献,也是哈耶克思想理论中最有争议的难点之一。在本书的这一章我大致考察了哈耶克法治理论的演变过程,并指出自由主义的社会政治问题,从根本性来说只有纳入法治的框架之内才能加以解决,而这种解决的最有效途径便是宪政。从这个角度来看,哈耶克的宪政理论既是他的整个社会政治理论或法治理论的上层形态,又是其根本性的一个形态。说它属于上层,是因为按照哈耶克的理论,宪法本身并不是最终的目的,宪法乃至宪政都要从属于基本的法律规则,作为一种工具性的制度架构,它们的目的只是为了实施正当行为规则。然而,现代社会的政治问题又体现出一个有别于过去的特性,那就是它们总是以宪法为枢纽,这样一来,宪政作为一种上层架构却又具有根本性的法律制度的意义。这是现代社会的宪法之吊诡,也是自由主义所要

解决的一个重要难题。在本书的第五章“宪法新模式”，我详细分析了哈耶克有关宪政创新的具体内容，我们看到，哈耶克通过提出一个三权五层的宪法新模式，对于古典自由主义的宪政理论，给予了大胆的具有着乌托邦性质的突破。虽然他的宪法新模式就纯法学层面来看还不够完善，甚至有些奇思异想，但其立论的价值指向以及基本的框架模式却具有深刻的启示性意义，它为自由主义在现代社会形态的制度设施提供了一种新的可能性。

从某种意义上来说，哈耶克既不是一个单纯的经济学家，更不是一个单纯的法学家，他的一整套法律理论也不属于一般的法学专论。因此，在本书的最后一章，我主要是从现代自由主义面临的问题来看待哈耶克的法律与宪政思想及其具有的意义。在我看来，哈耶克的最大贡献并不在于他在法学领域提供了某些新颖的观点，而在于他所提出的一系列新观点中所内涵的自由主义的政治正义价值。也许这些观点从一般的法学角度来看是有待推敲的，甚至是有争议的，但是它们在此却是无关紧要的，关键的问题在于哈耶克为什么提出这些新的理论，其内在的用意究竟是什么，我认为这实际上已触及自由主义在现代社会的命运。所以，第六章“哈耶克与现代自由主义”可以说是本书的第三个层面，在此我从现代自由主义面临的困境以及其他自由主义的代表人物所给予的应对来理解哈耶克的法治与宪政思想，特别是其中所呈现出来的自由正义的内在价值。在我看来，这里的关键在于哈耶克通过把社会政治问题转换为法律问题，使他不但在基本理论上揭示了法律、自由与正义的关系，提出了自由正义这样一个法律秩序背后的价值支撑，而且还使他把这种法律、自由与正义三者之间的互动关系具体地落实到法治与宪政的框架之内，提出了一个“普通法的法治国”的法治观和一个三权五层的宪法新模式。

哈耶克这样一整套新的法律与宪政观，明显有别于北美自由主义的理论形态，它不但对于西方的自由主义有着别开生面的意义，而且对于中国这样一个尚未进入法治秩序的社会来说，更具有开启性的意义。因此，选择哈耶克这样一个自由主义的边缘性代表人物，研究他的法律秩序与自由正义的思想，解读他的一系列基于古典自由主义的基本观点，对我来说并不单纯是为学，更是为了致用。我认为，

对于我们正在经历着的社会变革来说,一种既具有着宪政制度的架构,又内涵着政治正义的否定性的自由主义,也许更切合中国的正道。

第一章 正当行为规则

规则问题一直是西方法理学中的一个重要问题,哈耶克作为一个经济学家,早在维也纳时期就关注规则在市场经济中的作用,随着他的研究转向,规则问题日益成为其社会、法律与政治思想的核心问题。在哈耶克看来,“人不仅是一种追求目的的动物,而且在很大程度上是一种遵循规则的动物”^①。遵循规则使个人结成群体,并在群体生活中形成秩序,从小群体到大社会,其内在的演变是一个人们遵循规则、趋于繁荣的扩展过程,这个过程使得个人的群体生活成为开放性的,从几个人或一群人结成的小社会逐渐发展为一个更多的人结成一体的大社会,所谓进化,就其文明的内涵来说便是人类从部落群体自生演化为法治下的自由社会的过程。

这种使人遵循它便得以获得成功的规则究竟是什么?或者说,人类社会秩序下的个人自由所依据的规则究竟是什么?对此,哈耶克在他的几部主要著作中分别给予了不同论述,其中最具有核心意义的是在《法律、立法与自由》一书中有关正当行为规则的论述。本书之所以把正当行为规则置于首章来处理,这并不仅在于它对于哈耶克的理论是至关重要的,而且在我看来,哈耶克所论述的正当行为规则可以说是自由主义法律和政治理论,特别是宪政理论的一个基石。虽然“正当行为规则”(rules of just conduct)一词的提出,在哈耶克的理论发展中是较晚的事情^②,但它却是法律规则的精髓,它意味着

^① 《法律、立法与自由》第一卷,第7页。另说明如下:本书所有的页下注释只标明书名、卷数和页码,其他的相关内容,如著者、出版社、出版年代等,皆在本书最后部分的“主要参考文献”中详尽标明。

^② 据我国学者邓正来的研究,哈耶克是在1960年开始大量使用“规则”(rule)一词,1967年又用“行为规则”(rules of conduct)取代了“行动规则”(rules of action),从而确立了“整体性社会秩序不仅是由个人行动者间的互动达致的,而且更是由行动者与表现为一般抽象结构的社会行为规则之间的互动而形成的”的观点(参见邓正来的“《哈耶克论文集》编译者序”)。据我的初步研究,哈耶克于1963年7月18日在弗莱堡大学所做的有关“大卫·休谟的法律哲学与政治哲学”的演讲中,通过论述休谟的“一般且不变的正义规则(rules of justice)”的思想,较为全面地阐发了他的“正当行为规则”的内涵,该文是哈耶克的一篇值得重视的文章,它对于哈耶克后来在《法律、立法与自由》系统地形成他的“正当行为规则”理论具有十分重要的意义。

正当的行为的规则,而不是其他的规则才是哈耶克所理解的法,或更精确地说,是私法,正义之法,自由之法。所以,我认为哈耶克的法律与宪政思想,其逻辑的起点是正当行为规则。

一、法律规则

1. 法律是一种规则

依据法学派家凯尔森等人的观点,作为规则的法律是一种强制性的命令,这种命令来自国家或政府组织机构,体现着作为立法者的国家意志^①。把规则与命令相等同,必然会引申出如下几个问题:第一,命令的强制性需要合法性的支撑,也就是说,如何才能区分不同

^① 参见《法与国家的一般理论》,“在我们企图解释一个规范的性质时,就让我们暂时假定规范便是命令(command)。奥斯丁就是这样来说明法律的特征的,他说:‘每一法律规则……是一个命令。或者不如说,原来所称的法律或规则,是命令的一种。’一人命令是一个人的以另一人的行为客体的意志(或愿望)的表示。如果我想要(或愿望)某个人在一定方式下行为,而且如果我在一个特殊方式下向别人表示了我这种意志(或愿望),那么,我的这种意志(或愿望)表示便构成了一个命令。命令在其形式上不同于请求,不同于单纯‘祈求’。命令是一种绝对必要形式的意志表示,某个人应在一定方式下行为。当一个人具有或者相信他自己具有对其他人的一定权力时,当他处于或者相信他处于一个能强行实现要别人服从的地位时,他就大概会特别提出这种形式的意志。但并不是每一个命令都是有效力的规范。一个命令只有在它对它所指向的人有约束力、只有这个人应当做命令所要求做的事情时,才是一个规范。”(第32页)应该说,哈耶克对于凯尔森的理论早就熟知,他早年在维也纳追随维泽尔、米瑟斯研究经济学时,凯尔森就是米瑟斯学术圈子里的朋友,哈耶克对于法律的重视,不能不说也受到了凯尔森的影响,乃至受到了整个维也纳分析学派的影响。不过值得指出的是,正像哈耶克最终无法接受米瑟斯经济学的理性主义和功利主义一样,哈耶克也拒绝了凯尔森的纯粹法学,并最终认为它们是建构理性主义的产物。但尽管如此,凯尔森有关法律是一种强制性规则体系的观点仍给予哈耶克很大的启发。参见 Boudewijn Bouckaert and Annette Godart-van der Kroon 编辑的 *Hayek Revisited* 一书, Kurt R. Leube 在“哈耶克的自生秩序与自由市场的伦理学”一文中指出:“在一种富有智识刺激的法学氛围中,同样是凯尔森首次把哈耶克引入法律哲学,并吸引他关注他的实证法学和他的《纯粹法学》一书。……像绝大多数实证主义者一样,凯尔森(以及他的许多社会主义追随者)在心中基本上是期望通过主权来达到通常所谓的那些审慎措施所致力‘分配的、社会的乃至经济的正义’目标。尽管哈耶克关注于纯粹法学是短暂的,但逻辑推论却使他记忆犹新。由于方法论的原因,哈耶克几乎从没有接受凯尔森的理论路径,甚至后来曾把他的实证法学视为‘科学谬误导致的价值的毁灭’。在此期间,即哈耶克 22 岁之际,他已经从事于 32 年之后成为他的极其重要的一部著作《感觉秩序》的写作。”(见 pp. 5—6)