



# 清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

第二辑



清华大学出版社

# 清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

第三卷

# 清华法学

---

TSINGHUA LAW JOURNAL

第二辑

清华大学出版社

北 京

## 内 容 简 介

本书辑刊的一组文章,内容包括法理和法史研究,以及民事法、刑事法和国际法学诸领域,以对于各自论题的比较研究和理论探索为特色。作者中既有像已故的约翰·M. 萨芒德、弗里德利希·冯·哈耶克、朗·L. 富勒教授这样的大家,亦有当今汉语法学界的新锐。特别是本书编刊的一组演讲和书评,兼容思想性与可读性,想必读者多有共鸣。

本书适合法学研究者和法科学生阅读,对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家,以及关心法学的其他学科人士,亦有参考价值。

### 图书在版编目(CIP)数据

清华法学·第二辑/许章润主编. —北京:清华大学出版社,2003

ISBN 7-302-06653-1

I. 清… II. 许… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 037986 号

出 版 者: 清华大学出版社(北京清华大学学研大厦,邮编 100084)

<http://www.tup.com.cn>

责任编辑:方 洁

版式设计:刘 路

印 刷 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 787×1092 1/16 印张: 27 字数: 527 千字

版 次: 2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-06653-1/D·63

印 数: 0001~4000

定 价: 38.00 元

## 征 稿 简 则

---

1. 《清华法学》由清华大学法学院主办,面向整个汉语学术界,以建设中国文明的法律智慧为职志。
2. 《清华法学》鼓励对于法学的原创性研究,尤其注重对于法律的法理探索和比较研究。
3. 《清华法学》每年出版二辑,每辑四十万字。来稿体裁、题材和字数不限,举凡论文、译文、评论、述评和书评,均在欢迎之列。文稿一律采用脚注,每页连续编号,并请附作者简介。
4. 所有文稿在分科编委初审通过后,由编辑部聘请一至两位评审人,实行双向匿名评审;文稿最终采用与否,由主编根据评审报告、学术论题的总体设计和本刊宗旨,做最后决定。编辑部将于收到稿件六周内通报评审结果。稿件一经刊用,即致稿酬。
5. 来稿请寄《清华法学》编辑部,地址:北京清华大学法学院;邮编:100084;电话:(010)62785628;电邮地址:qhfx@dns. law. tsinghua. edu. cn。

# 清华法学

第二辑

## 目 录

### 本刊特稿

- 1 弗里德利希·冯·哈耶克著 邓正来译/政治思想中的语言混淆  
29 [美]安东尼·斯卡利亚/论法治和司法独立的重要性

### 论 文

- 33 陈聪富/韦伯论形式理性之法律  
65 吴冠军/罗尔斯与康德主义事业——悼念一代思想巨匠罗尔斯  
77 邓少岭/法律：仪式与戏剧  
94 王冠奎/清代公文书及清初对台奏折研析  
110 高其才/论中国少数民族习惯法与国家制定法的关系  
122 洪永红 贺鉴/全球化与中东伊斯兰国家的法律现代化  
130 龙卫球/论自然人人格权及其当代发展进路——兼论宪法秩序与民法实证主义  
164 王钧/国有资产产权界定的规则、权力和游戏  
184 张谷/论提存  
221 冯亚东 刘凤科/刑法因果关系新论  
237 周立英 程春华/人民陪审员制的改革趋向——兼谈陪审制的废除  
249 余民才/跨界海洋石油储藏联合开发的法律分析

### 译 文

- 258 [美]朗·L. 富勒著 郭琛译/两种道德性  
276 [新]约翰·M. 萨芒德爵士著 无斋译/论法律的性质

## 评 论

- 323 李勇/上帝的抑或恺撒的?——美国“国旗效忠宣誓”违宪事件  
329 徐昕/民事诉讼法的国际协调:在努力与浪漫之间——《跨国民事诉讼原则和规则》评价  
342 范春燕/网络环境下的最低限度联系原则——美国司法案例评析  
350 郭万里/清代的两种民间习惯

## 判例研析

- 355 黄立/台湾台中地院 87 重诉字第 724 号有关错误的出生判决的评论

## 访谈、演讲

- 368 [美]张伟仁/林纪东老师谈读书、写作和司法  
372 雅克·德里达 迈克尔·罗森菲尔德/雅克·德里达与法律:一次访谈  
377 何美欢/法律的制定:从参与制定 H 股法律框架的经验说起

## 书 评

- 388 朱伟一/乔尔·斯里格曼:《华尔街变革》  
396 郑戈/奥利弗·文德尔·霍姆斯:《普通法》  
404 凌斌/理查德·A.波斯纳:《性与理性》  
424 屠凯/伍廷芳:《美国观察记》



## 政治思想中的语言混淆\*

[英]弗里德利希·冯·哈耶克 著 邓正来 译

Homo non intelligendo fit omnia

—— 维柯(G. Vico)

### 导 论

现代文明之所以赋予了人们梦想不到的力量,在很大程度上是因为在人们并不理解它的情况下发展出了若干能够使多于任何一个心智所能意识到的知识和资源得到利用的方法。有关社会活动秩序的任何知识讨论都应当以这样一项基本条件作为出发点,即无论是行动者还是研究这种秩序的科学家,对于那些繁复多样的存在于人之活动这种秩序之中的特定且具体的事实,都有一种固有的和不可救济的无知(the constitutional and irremediable ignorance),因为这些事实只是这种秩序中的某些成员所知道的。正如本文开篇征引的那一箴言所指出的那样:“人在还没有理解发生什么事情的情况下就已经变成了他现在这个样

---

\* 本文译自哈耶克: *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, The University of Chicago Press, 1978, pp. 71~97. 本文是哈耶克于1967年在德国弗莱堡大学瓦尔特·奥肯研究所演讲的文稿,1968年由伦敦经济事务研究所作为“临时论文”发表。



子。”<sup>①</sup>这个洞见不应当成为人们感到羞愧的一个缘由,反而应当是人们感到自豪的一种渊源,因为我们发现了一种使我们能够克服个人知识各种局限性的方法。再者,它也是一种激励因素,推动着人们去刻意培育各种业已展示出那些可能性的制度。

18世纪社会哲学家所取得的一项伟大成就,就是用一种批判的和进化论的

① 维柯这段文字引自 *Opere*, ed. G. Ferrari, 2nd ed. Milan, 1854, vol. V, p. 183.

这里需要指出的是,哈耶克关于“无知观”的达致,乃是在这样一个过程中实现的,即哈耶克从“分立的个人知识”经“知道如何”(know how)的默会知识再到“无知”概念的转换过程;因为正是在这个过程中,哈耶克达致了从“知”意义上的主观知识观向“无知”意义上的“超验”知识观的转化——这可以典型地表述为从“观念依赖”到“观念决定”再转向“必然无知”或“理性不及”的发展过程。我认为,哈耶克社会理论所达致的一系列重要命题也都是在我称之为哈耶克关于“知与无知的知识观”的转换的逻辑脉络中展开的,而且也是在其间得以实现的。哈耶克在知识观方面所发生的转变以及因此而对他真正建构其社会理论的实质性意义或影响,我认为大体上可以见之于下述三个紧密勾连的方面:首先,哈耶克从“知”向“无知”观转换的知识努力,里程碑似的标示着哈耶克在1960年以后对他此前设定的理论命题的转换,亦即从提出“整体性社会秩序乃是由个人行动者间的互动和协调而达致的”命题,转向确立“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”命题的转换;显而易见,前者所关注的乃是行动者是如何在“知”的情形下始动其行动,进而继续社会秩序的问题;而后者则关注行动者如何可能在“必然无知”的情形下依旧进行其行动和应对这种无知而继续社会秩序的问题。其次,哈耶克立足于“无知”意义上的默会知识观而引发的自生自发秩序问题的转换,其核心要点就在于那些原本为行动者所“知”的社会行为规则现在却在性质上转换成了独立于这些行动者对它们的辨识或“知”而存在的规则。这里需要强调的是,不仅行动者所遵循的社会行为规则,而且由这些社会行为规则所增进或促成的行动者的行动本身,也往往是他们本人所不知的。再次,哈耶克经由上述命题的提出,还致使他在社会理论的分析过程中发展出了另一个与此相关的重要命题,即“人的社会生活,甚或社会动物的群体生活,之所以可能,乃是因为个体依照某些规则行事”。这个命题的关键之处乃在于行动者在很大的程度上是通过遵循社会行为规则而把握他们在社会世界中的行事方式的,并且是通过这种方式而在与其他行动者的互动过程中继续和扩展社会秩序的。

这里还要指出的是,除了苏格兰启蒙思想的渊源以外,哈耶克的“无知观”还受到了奥地利经济学派主观价值理论代表人物门格尔的重要影响(参见 S. Kresge & L. Wenar, *Hayek on Hayek*, London: Routledge, 1994, pp. 13~14),因为门格尔早在《经济学和社会学诸问题》(*Problems of Economics and Sociology*, 由 L. Schneider 撰写译本导论,由 F. J. Nock 翻译,并由 Urbana 于1963年出版)一书中就论及了行动者的无知问题。一如 Schneider 在该书的译序中所指出的,“正是哈耶克花费了最大力气运用了门格尔这一独特的洞见”,并且解释了为什么在某些情势下“无知”比“知”更有效的问题(参见 S. Kresge & L. Wenar, *Hayek on Hayek*, London: Routledge, 1994, p. 16)。当然,哈耶克这一知识观的转化过程极为繁复,较为详尽的讨论,请参见拙文《知与无知的知识观——哈耶克社会理论的再研究》(载《邓正来自选集》,237~296页,南宁,广西师范大学出版社,2000);另请参见哈耶克于1964年发表的《复杂现象理论》、于1965年发表的《理性主义的种类》,以及于1974年撰写的《知识的僭妄》等论文。——译者按

理性主义(a critical and evolutionary rationalism)<sup>①</sup>取代此前便已存在的那种幼稚的建构论唯理主义(the naive constructivistic rationalism)<sup>②</sup>;前者所探究的是有效运用有意识的理性的条件和限度,而后者则把所有的制度都解释成人们为了实现一个可预见的目的而刻意设计出来的产物。

尽管如此,我们还远远没有能够充分利用那些洞见向我们展示出来的各种可能性,而情势之所以如此,在很大程度上是因为那种反映了早期思想模式的语言仍在支配我们的思维方式。一如我们所知,一些重要的问题就是因为人们使用了那些对社会制度做拟人化或人格化解释的语词而在很大程度上被遮蔽了。这些解释诠释了那些指导着各种旨在实现特定目的的行动的一般性规则。实际上,这样的制度乃是对我们的知识所具有的无从救济的局限性所做的成功调适。这些调适之所以从其他可供选择的秩序形式中胜出,实是因为在人们应对人类注定只具有不完整且分散的知识这种状况的方面,它们被证明是更为有效的方法。

由于一些关键术语——亦即我们因缺乏更为精准的术语而又不得不常常使用的那些术语——含混不清,严肃的知识讨论一直受着严重的干扰。在过去一段时间中,我一直在对法律、立法与自由之间的关系进行研究<sup>③</sup>——而正是在这一尚不系统的研究过程中,我极为明确地认识到了严肃的讨论因这些关键术语含混不清的缘故而蒙遭危害的严重程度。在努力阐明我的想法的过程中,我不

① 关于哈耶克所指出的那种“批判的和进化论的理性主义”,乃是在与他所批判的“建构论唯理主义”的对照中凸显其自身特征的。需要指出的是,哈耶克对建构论唯理主义的批判,早年可见之于他所撰写的《知识在社会中的运用》(1945)、《个人主义:真与伪》(1946)和 *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason* (1952)等论著;然而最为集中的论述则是本书所收入的他于1970年撰写的“建构主义的谬误”一文。哈耶克认为这两个理论传统区别极大:“一为经验的且非系统的自由理论传统,另一为思辨的及唯理主义的自由理论传统。前者基于对自生自发发展的但却未被完全理解的各种传统和制度所做的解释,而后者则旨在建构一种乌托邦”(参见哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,61~62页,北京,三联书店,1997)。而这两种完全不同的思想进路则导致了J. L. Talmon所言的实际上完全不同的结论:一派“主张有机的、缓进的和并不完全意识的发展,而另一派则主张教条式的周全规划。前者主张试错程序,后者则主张一种只有经强制方能有效的模式”(J. L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, 1952, p. 71)。这两种不同的理论传统在关于社会秩序的一些基本命题方面所存在的冲突,我则将它概括为:“建构论的唯理主义传统所提出的命题之一是人生来就具有智识的和道德的禀赋,而这种禀赋能够使人根据审慎思考而形构文明,并宣称‘所有的社会制度都是,而且应当是,审慎思考之设计的产物’。然而,进化论理性主义者则明确指出,文明乃是经由不断试错、日益积累而艰难获致的结果,或者说它是经验的总和。因此,他们的命题可以表述为,文明于偶然之中获致的种种成就,实乃是人的行动的非意图的结果,而非一般人所想像的条理井然的智识或设计的产物”(参见邓正来:《自由与秩序》,15~16页,南昌,江西教育出版社,1998)。——译者按

② 参见拙著: *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London and Chicago, 1967, 尤其是其间第4、5和6章,以及我的演讲文稿:“Dr Bernard Mandeville”,重印于本书的第15章。

③ 这项长达十多年的“法律、立法与自由之间的关系”研究,最终的结果表现为哈耶克分别于1973年、1976年和1979年发表的长篇巨著《法律、立法与自由》三卷本:第1卷《规则与秩序》、第2卷《社会正义的幻象》、第3卷《自由社会的政治秩序》,邓正来等译,中国大百科全书出版社,1999—2000。——译者注

得不引入一些具有鲜明区别的成对术语,然而需要指出的是,在目前流行的语言用法中,那些得到公认的或比较容易理解的术语却无法对它们的意思做出明确的界分。因此,本文下述讨论的目的就在于:第一,揭示出我认为至关重要的这些具有明确区别的成对术语的重要性;第二,建议人们采用一些有助于我们避免目前普遍存在的语言混乱之境况的术语。

## 一、内部秩序与外部秩序

人的目的之所以有可能实现,只是因为认识到了我们生活于其间的世界是有序的。这种秩序乃是在我们所具有的这样一种能力中凸显自身的,亦即我们有能力从这个世界上学会那些能够使我们与世界其他部分形成预期的规则。再者,我们也可以期望,这些规则极可能经由各种事件而得到证明。由此可见,如果我们不知道我们生活于其间的世界所具有的这样一种秩序,那么有目的的行动就是不可能的。

这一点不仅适用于自然环境,而且也可以适用于社会环境。需要指出的是,虽然自然环境的秩序是独立于人的意志而存在的——对于我们来说乃是给定的,但是社会环境的秩序却在部分上,而且也仅仅是在部分上,是人之设计的结果。那种促使人们把社会环境的秩序全部视作是人之行动的刻意产物的诱惑,实是滋生谬误的主要根源之一。一如我们所知,有一种洞见认为,并非所有源于人之行动互动关系的秩序都是设计的结果。显而易见,这一洞见才是社会理论的真正起源或出发点。<sup>①</sup>但是,“秩序”(order)这个术语所具有的拟人化含义,却

① 有关“内部秩序”与“外部秩序”的观点,我认为乃是哈耶克社会理论中最为核心的洞见之一,亦即我所认为的“社会秩序分类学的框架”。我曾经指出,在哈耶克那里,“所有社会型构的社会秩序不是生成的就是建构的:前者是指‘自生自发的秩序’(spontaneous order),而后者则是指‘组织’(organization)或者‘人造的秩序’(a made order)。然而,为了更为确切地指称这两种社会秩序,哈耶克在20世纪60年代以后开始采用两个希腊术语以强调它们之间的区别:他用cosmos(即‘内部秩序’)这个术语来指称自生自发的社会秩序,其特征是这种秩序不具有一种共同的目的序列,所具有的只是每个个人的目的;然而,那种由以确定或实现具体目的为特征的组织形式,哈耶克则把它称之为taxis(即‘外部秩序’)。哈耶克认为,人之行动可能并不严格符合刻意设计的、有意识的组织秩序这个事实,并不意味着这些行动是非理性的或者不具有可辨识的模式,事实可能正好与此相反,因为存在于这种行动中的常规性或模式就是自生自发秩序。然而在这两种社会秩序中,哈耶克指出,只有自生自发秩序才是自由主义社会理论的‘核心概念’,或者说,‘社会理论的整个任务,乃在于这样一种努力,即重构存在于社会世界中的各种自生自发的秩序’。这是因为在哈耶克的分析中,自生自发秩序与组织完全不同,它们的出现和进化以及它们演化扩展赖以为基础的规则机制所具有的非设计性质或非意图性质,必定会引发真正需要解释和理解的问题,因此只有自生自发秩序才需要有相应的社会理论的建构”(参见《法律与立法的二元观》,载邓正来:《邓正来自选集》,303~304页,南宁,广西师范大学出版社,2000);更为详尽的讨论,请参见拙文《哈耶克社会理论的研究》,载邓正来:《邓正来自选集》,179~236页,南宁,广西师范大学出版社,2000;而哈耶克本人有关这个问题的最为精确的讨论,则请参见哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷《规则与秩序》第2章“内部秩序与外部秩序”,邓正来等译,52~85页,北京,中国大百科全书出版社,1999。——译者按

往往容易掩盖这样一个基本的真相,即所有力图经由安排或组织(亦即把详尽规定的职能或工作分配给特定要素或个体的做法)而确立一种社会秩序的刻意努力,实际上都是在一个并不是人们设计之结果的更为宽泛的自生自发秩序(spontaneous order)中发生的。

虽然我们可以用“安排”(arrangement)或“组织”(organisation)这样的术语来描述一种人造的秩序(a made order),但是却没有一个独特的语词可供我们用来描述一种按照自生自发的方式形成的秩序(an order which has formed spontaneously)。就此而言,古希腊人是比较幸运的:他们把一种经由人们按照刻意的方式使众多要素或个体各就其位或把独特的工作和任务分配给它们而产生的安排称之为“外部秩序”(taxis);与此同时,他们把一种独立于任何旨在实现上述那种目的的人之意志而存在的或自我形成的秩序称之为“内部秩序”(cosmos)。虽然古希腊人一般都将“内部秩序”这个术语只限于意指自然秩序,但是它却同样适合于任何一种自生自发的社会秩序,而且也常常有论者用它来指称这种社会秩序——尽管这种做法从来就不是系统的。<sup>①</sup> 用一个明确无误的术语把这种自生自发的秩序与一种人造秩序明确区分开来的做法所具有的裨益,应当使我们在采取下述做法的时候不会再感到犹豫不决,亦即用一个表达了人类对自然这种“内部秩序”所具有的赞叹和敬畏之感的称谓来指称一种我们往往不喜欢的社会秩序。

在某种程度上讲,“秩序”这个术语本身也有同样的问题。一如我们所知,“秩序”这个术语乃是政治学理论当中最为古老的术语之一,但是晚近以来,这个术语却被认为有些过时了<sup>②</sup>。需要强调指出的是,根据我们给秩序这个术语所下的定义——亦即我们能够在其间极具成效地对未来形成各种假设和预期的一种事态,秩序所指称的乃是客观事实而非价值。由此可见,秩序这个术语实是一个不可或缺的术语。事实上,一种自生自发秩序或内部秩序与一种组织(安排)

① 例如,J. A. Schumpeter, *History of Economic Analysis*, New York, 1954, p. 67; 他在这里指出, A. A. Cournot 和 H. von Thünen 乃是最早“设想出所有经济因素之间普遍存在着彼此依赖的关系,并且认为有必要用方程式去具体呈现这种‘内部秩序’”的两位论者。

② 关于“秩序”一术语之所以为人们所弃用,哈耶克在这里仅仅指出了一个方面的原因,而当他在撰写《法律、立法与自由》第1卷《规则与秩序》时,他又做了如下补充,读者可以将他的补充陈述结合起来考虑:“再者,由于秩序已经在相当普遍的程度上被解释成了这样一种由某人做出的刻意安排,所以秩序这个概念在大多数主张自由的人士那里蒙受了冷落,然而却在相当的程度上为一些权威主义者所青睐。根据这一解释,在社会中,秩序必须以一种命令与服从的关系为基础,或者以整个社会的等级结构(a hierarchical structure)为基础。因此,在命令与服从的关系或等级结构中,优位者的意志,从而最终是某个最高权力机构的意志,决定着每个个人所必须做的事情。然而,秩序概念所具有的这种权威主义的含义,却完全源于这样一种信念,即只有系统外的或‘源于外部的’(exogenously)力量才能够创造秩序。因此,这一含义并不能适用于从内部确立起来的或‘源于内部的’(endogenously)一种均衡,正如一般市场理论所努力解释的那种均衡”(哈耶克:《法律、立法与自由》,第1卷第2章“内部秩序与外部秩序”,邓正来等译,54~55页,北京,中国大百科全书出版社,1999)。——译者注

或外部秩序之间最为重要的区别就在于：由于一种内部秩序并不是人们刻意创制出来的，所以它是没有目的的。<sup>①</sup>当然，这并不意味着内部秩序的存在对于人们追求众多目的来说是毫无用处的：不论是在自然界还是在社会中，这样一种秩序的存在对于追求任何一个目的来说实际上都是不可或缺的。需要指出的是，尽管自然秩序和社会秩序中并不是人们刻意创制出来的那些部分可以被人们用来实现诸多不尽相同的、彼此歧义的，甚至是相互冲突的目的，但是我们却依旧没有理由认为，自然秩序和社会秩序中并不是人们刻意创制出来的那些部分本身就有着任何的目的。

一如前述，一种内部秩序或自生自发秩序是没有目的的，但是每一种外部秩序（安排或组织）却都预设了一个特定目的的存在，而且那些组成这种组织的人也必须服务于相同的目的。一种内部秩序源于构成这种秩序的要素或个体的行为所表现出来的常规性。从这个意义上讲，内部秩序乃是一种源于内部的和内生的秩序，或者正如控制论者所指出的那样，它乃是一种“自我调整”或“自我组织”的系统。<sup>②</sup>然而，一种外部秩序则是由一个处于这种秩序之外的力量或机构决定的，因而是一种源于外部的或从外部强加的秩序。当然，这样一种外部因素也可以诱使或激励一种自生自发秩序的形成，而它所诉诸的方式就是把众多要素在回应其周遭事实过程中所表现出来的常规性强加给它们，进而使一种自生自发的秩序得以自我形成。这样一种确使某种秩序得以形成的间接方法，要比那种直接方法拥有更为重要的益处，因为它可以在任何人都无力从整体上知道影响该秩序的因素的情势中得到运用。内部秩序中的行为规则也未必是人们刻意创制出来的，它们也同样可以是自生自发的发展或进化的产物。

由此可见，对秩序的自生自发性质与个体行为中决定这种秩序的常规性的自发起源进行明确的界分，乃是极为重要的。一种自生自发秩序可以在部分上以那些并非自生自发的，而是由外部强加的常规性为依凭。从政策的角度看，由此也就产生了在两种确使秩序得以形成的选择方案当中何者更为可取的问题：一是采用间接的方法；二是采取直接的方法为每个要素安排一个位置并且详尽地规定其职能。

① 我所知道的包含着这种谬误——通常只是隐含得很深的一种谬误——的惟一一段文字即：“秩序假设了一个目的的存在。”极为重要的是，得到明确陈述的这段文字却可以见之于边沁的论著之中，“An essay on political tactics”，最早发表在：Works, ed. Bowring, vol. II, p. 399.

② 有关自生自发的或自我决定的秩序的类型构这个理念，就像与此相关的进化理念一样，早在自然科学采用它并发展出正文中所提到的控制论以前就已经由社会科学提出来了。一些生物学家最早注意到了这个事实。例如，G. Hardin, *Nature and Man's Fate* (1959), Mentor edn, New York, 1961, p. 54, “早在克劳德·伯纳德(Claude Bernard)、克拉克·马克斯韦尔(Clerk Maxwell)、坎农(Walter B. Cannon)或诺伯特·维纳(Norbert Wiener)提出控制论以前，亚当·斯密就已经极为明确地使用了(控制论)这个观点。显而易见，这个观点就是他所说的在一个自由的市场中，那只极为精确且恰到好处地调整着价格的‘看不见的手’(invisible hand)。斯密的意思实际上是说，在一个自由的市场中，价格乃是由负反馈因素调整的。”

当我们所关注的只是不尽相同的社会秩序的时候,对此进行明确的界分能够使我们得出这样一个最为重要的结论:在一种内部秩序中,那种指导着个人行动的有关事项的知识(knowledge of the facts)和目的乃是行动者个人的知识和目的,而在一种外部秩序中,该秩序组织者的知识和目的将决定由此产生的那种秩序。因此,在这种组织中所能使用的知识,与在自生自发秩序中所能使用的知识相比较,要有限得多;因为,在一种自生自发的秩序中,所有要素或个体所拥有的知识,在毋需先传送给中央组织者掌控的情况下,就能够在形成这种秩序的过程中都得到重视并发挥作用。那些能够被安排成一种外部秩序的活动的复杂性,必定只限于该秩序的组织者所能够知道的程度,但是在自生自发秩序中却根本不存在类似的限制。

尽管刻意地运用自生自发的有序化力量(也就是刻意地运用那些致使自生自发的一般性秩序得以形成的个人行为规则),在相当程度上扩展了那些能够被整合进某个单一秩序之中的行动的范围和复杂性,但是值得注意的是,它同时也削弱了人们在不摧毁这种秩序的情况下所能够支配这种秩序的能力。在内部秩序中,众多要素行为的常规性所决定的只是这种秩序所具有的那些最为一般且抽象的特征。这种秩序所具有的具体特性乃是由那些指导个体要素之行动的事实和目的所决定的,尽管它们会受到一般性规则的限制,只在某个特定的许可范围内行动。据此可以说,这样一种秩序的具体内容永远都是无法预见的,尽管这种内容很可能是实现一种宽泛秩序的惟一方法。必须否弃那种按照我们自己的意愿去型构其具体表现形式的权力。例如,每个个人在自生自发秩序中所占据的位置在很大程度上是由那些在我们看来必定是偶然的因素所决定的。尽管这样一种内部秩序在某种程度上服务于所有人的目的,但是它却不会赋予任何人以决定谁在其中获益多寡的权力。

从另一个方面来看,在一种安排或外部秩序中,该秩序的组织者在上述方法所能够达到的有限范围内,能够努力使种种结果在他所希望的任何程度上与其偏好相符合。一种外部秩序的目的必定是为了实现特定的目的或实现某一特定序列的目的;此外,在该秩序的组织者能够掌握有关可资运用的手段(或资源)的信息并能够有效控制这些手段(或资源)之用途的范围内,他也能够使这种安排比较彻底地与他的意愿相符合。如前所述,正是该秩序的组织者的目的支配着这种安排,所以他能够任意评价该秩序中的每个要素或个体所具有的价值,而且还能够按照他对其功过的评价来安排每个要素或个体的位置。

当如何使用该组织者所知道的有限资源以追求某个统一序列的目的成为一个问题的时候,一种安排或组织(即外部秩序)可以说是解决这个问题的比较有效的方法。但是,当问题所涉及的是如何运用那些分散在无数分立的个人手中的、而且也只有这些个人才能够获得的知识的时候,运用自生自发的有序化力量

(即内部秩序)则是解决这个问题的一种更为优越的方法。更为重要的是,那些几乎没有甚或根本就没有共同目的的人们,特别是那些彼此不认识或不了解彼此情况的人们,能够通过遵循相同的抽象规则而形成一种互利且和平的自生自发秩序。但是需要指出的是,惟有当这些人服从某个人的具体意志的时候,他们才能够组成一个组织。为了形成一种共同的内部秩序,人们只需要就抽象规则达成共识,然而为了组成一个组织,他们就必须或者赞同一个统一的目的序列,或者被迫服从一个统一的目的序列。由此可见,只有内部秩序才能建构出一种开放社会(an open society),而一种被视作是组织的政治秩序只能是一种封闭的、部落性质的社会。

## 二、内部规则与外部规则

与内部秩序或外部秩序相对应,也有两种截然不同的规则或规范。为了形成内部秩序或外部秩序,其间的要素或个体就必须遵循相应的规则或规范。<sup>①</sup>由于现代欧洲的各种语言在这个方面也缺乏能够明确无误地表达这样一种必要界分的术语,而且也由于我们已然采用了“法律”(law)一词或该词的对应术语来含混且笼统地指称这两种截然不同的规则或规范,所以我们再一次建议人们采用那些大体上能够表达出这一必要界分的古希腊术语——我们至少可以说,雅典人在公元前5世纪和公元前4世纪所采纳的那种经典性的用法大体上表达

① 哈耶克有关“内部规则与外部规则”的讨论,乃是在“社会秩序分类学框架”基础上进一步提出的“行动结构”与“规则系统”两分框架中的核心内容。哈耶克指出,道德、宗教、法律、语言、书写、货币、市场以及社会的整个秩序,都是自生自发社会秩序。我认为,哈耶克把所有这些自生自发的社会秩序都归属于同一范畴的预设,显然与它们生成演化的过程极其相似,更具体地说,亦就是它们都不是因计划或设计而生成的,而是“人之行动而非人之设计的结果”。然而值得我们注意的是,哈耶克又明确指出,在这种自生自发的社会秩序中,仍存在着两种无论如何不能混淆的秩序类型:一是在进行调适和遵循规则的无数参与者之间形成的互动网络的秩序(或称为行动结构),二是作为一种业已确立的规则或规范系统的秩序。他曾经明确指出,个人行为的规则系统与从个人依据它们行事而产生的行动的秩序,并不是同一事情;这个问题一经得到陈述,就应当是显而易见的,即使这两种秩序在事实上经常被混淆,因为自生自发的社会秩序并不是自然生成的,而是这些秩序的要素在回应它们的即时环境时遵循某些规则的结果,或者说,只有当个人所遵循的是那些会产生一种整体秩序的规则的时候,个人对特定情势所做的应对才会产生一种整体秩序。如果他们所遵循的规则都是这样一些会产生秩序的规则,那么即使他们各自的行为之间只具有极为有限的相似性,也足以产生一种整体秩序。显而易见,自生自发社会秩序在这里并不能够被化约成行为规则系统,因此,社会理论的任务之一就在于揭示那些只要得到遵循便会导向自生自发秩序的规则及其赖以为基础的常规性。关于这个问题的更为详尽的讨论,请参见拙文《哈耶克社会理论的研究》第2节“哈耶克的社会理论:规则系统与行动结构”,载《邓小平来自选集》,191~203页,南宁,广西师范大学出版社,2000。有关哈耶克对“内部规则”与“外部规则”所做的更为精确的讨论,则请参见哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷第5章“内部规则:自由的法律”和第6章“外部规则:立法的法律”,邓正来等译,152~232页,北京,中国大百科全书出版社,1999。——译者按

出了那种界分。<sup>①</sup>

所谓“内部规则”(nomos),我们所意指的是那些在它们所规定的客观情势中适用于无数未来事例和平等适用于所有人的普遍的正义行为规则,而不论个人在一特定情形中遵循此一规则所会导致的后果。这些规则经由使每个人或有组织的群体能够知道他们在追求他们目的时可以动用什么手段进而能够防止不同人的行动发生冲突,从而界分出了个人确获保障的领域。这些规则一般被认为是“抽象的”和独立于个人目的的规则<sup>②</sup>。它们导致了一种同样抽象的和目的独立的自生自发秩序或内部秩序。

与上述“内部规则”不同,“外部规则”(thesis)这个术语所指称的乃是那种只适用于特定之人或服务于统治者的目的的规则。尽管这种规则仍具有不同程度的一般性,而且也指涉各种各样的特定事例,但是它们仍将在不知不觉中从通常意义上的规则转变成特定的命令。它们是运作一个组织或外部秩序所必需的工具。

一个组织之所以在某种程度上必须以规则为依凭,而且无法只经由特定的命令加以支配的原因,同时也解释了为什么自生自发秩序能够达致组织所不能取得的结果。如果我们只根据一般性规则来约束个人的行动,那么个人就能够使用权力机构并不拥有的信息。再者,那些从一个组织的领导者那里接受其职能的各层行动者也只能够根据那些惟有他们自己才知道的日益变化的情势进行调整或调适,因此权力机构发布的命令在一般意义上讲也会采取一般性指示而非具体命令的形式。

然而,支配组织成员的规则必定会在下述两个重要的方面区别于自生自发秩序所依凭的规则:第一,组织规则乃是以这样一种情况为前提条件的,即组织

① 我们绝不可以把 thesis 同 thesmos 混为一谈,因为 thesmos 这个希腊术语是指比“内部规则”(nomos)更为古老的“法律”,但是至少在古典时代,它与其说是指非人力的行为规则,不如说是意指统治者制定的法律。相反,thesis 则是指确定一种安排的特定行为。重要的是,古希腊人从来就不曾明确过这个问题:由“自然”(physei)决定的东西,其恰当的对立面是由 nomos 决定的东西呢,还是由 thesis 决定的东西呢?关于这个问题,请参见上文注释中所提到的第 6 章以及演讲文稿。

② 正义行为规则的目的独立的特点,已由大卫·休谟做了明确的阐释,并由伊曼纽尔·康德做了最为系统的阐发。参见 D. Hume, “An enquiry concerning the principles of morals”, in *Essays, Moral, Political, and Literary*, ed. T. H. Green and T. H. Grose, London, 1875, vol. II, p. 273; “那种(从正义和忠诚这样的社会美德中)所产生的有益结果,并非源于每一项单独的法规,而是源于整个法律方案或法律系统,或者源于所有社会成员或绝大多数社会成员所同意的整个法律方案或法律系统。普遍的和平与秩序,只是正义或普遍禁止侵占他人财产的伴随性结果;但是,对某个个别公民的特定权利予以特定的关注,就其本身而言,常常会造成有害的后果。在许多情形中,个别法案所导致的结果会与整个行动系统的结果相抵触;尽管个别法案所导致的结果有可能是极端有害的,然而整个行动系统的结果却是最具助益的。”另参见他的 *Treatise on Human Nature* (same ed.), vol. II, p. 318; “显而易见,如果人们在这个方面依据一种特定的利益(而不论是公益还是私利)来调整他们的行为,那么他们就会陷入无穷无尽的混乱之中。”关于康德,请参见 Mary Gregor 在其所著 *Laws of Freedom* (Oxford, 1963)一书中所做的精彩介绍和阐释,尤其是 38~42 页和 81 页。



者通过命令的方式把特定的任务、目标或职责分派给了个别成员；第二，大多数组织规则只适用于那些承担着特定责任的人士。因此，组织规则在意图上不可能是普遍的或是目的独立的(end-independent)，而只能始终依附于组织所发布的那些分派职责和规定任务或目标的命令。组织规则也无助于一种抽象秩序的自发形成，因为在这种抽象的秩序中，每个个人必须自己发现自己的位置，而且还必须有能力建立起一个确受保护的领域。再者，组织或安排的目的和总体纲领，也必定是由该组织或安排的组织者决定的。

作为普遍行为规则的“内部规则”与作为组织规则的“外部规则”之间的区别，大体上也相对应于人们所熟知的私法(包括刑法)与公法(宪法和行政法)之间的区别。这两种法律规则之间存在着诸多混淆；而人们所采用的那些术语和各种极具误导性的法律实证主义理论(这也是公法学家在法理学发展过程中起支配作用的结果)则助长了这方面的混淆。人们所采用的那些术语以及各种极具误导性的法律实证主义理论都在某种意义上把公法视作是首要的法律，并且认为惟有公法是服务于公共利益的；与此同时，私法不仅被视作是从公法中派生出来的，而且私法的服务对象也被视作是个人利益而不是普遍利益，因而是次要的法律。但是，反过来说才可能更接近于真相。<sup>①</sup> 公法乃是组织的法律，亦即原本只是为了确保私法之实施而建立的政府这一上层结构的法律。正确地说，公法会变化，而私法将一直演化下去。<sup>②</sup> 不论政府结构会变成什么，立基于行为规则之上的社会基本结构则会长期持续下去。因此，政府的权力源于公民的臣服而且它也有权要求公民臣服，但条件是它必须继续社会日常生活的运作所凭凭的自生自发秩序之基础。

人们之所以认为公法具有优位性，实是因为这样一个事实所致，即公法确实是人们为了实现特定目的而经由意志行为刻意创制出来的法律，而私法则是一种进化过程的产物。在整体上讲，私法根本不是任何人发明或设计出来的法律。

① 关于这一点，我们可以在这里进一步指出哈耶克此后的补充观点。哈耶克认为，公法之所以被认为比私法更重要，实与人们所熟知的“私”法与“公”法这两个法理学术语所具有的误导性紧密相关，因为这两个术语与“私”益(private welfare)和“公”益(public welfare)间的相似性，极容易使人们错误地以为私法只服务于特定个人的利益，而惟有公法才服务于公益。然而，哈耶克却认为，所谓只有公法旨在服务于“公益”的观点，只是在“公”于某一特定狭隘的意义上被解释为那些与政府组织方面相关的利益，或与其设定的特定目标相关而不被解释为“一般福利”(general welfare)的同义词的时候才能成立，因此那种认为只有公法才服务于“一般福利”而私法只保护个人利益且次位于和渊源于公法的观点，实乃是对真相的完全颠倒，因为整个私法制度并不只是为了实现个人的利益，而且亦将经由保障个人利益而增进整个社会的真正利益。此外，哈耶克还指出，现代社会之所以盛行“公法”渗透或替代“私法”的趋势，还有一个极为重要的原因，即公法学家和法律实证主义的误导性理论在法理学的发展过程中占据了绝对的支配地位，因为哈耶克认为，几乎所有杰出的现代法律实证主义者都是公法学者，此外也包括一些社会主义者，而且18世纪思想家关于正当行为规则能够导使自生自发秩序的类型观点似乎对他们毫无作用，可言。——译者按

② H. Huber, *Recht, Staat, und Gesellschaft*, Bern, 1954, p. 5: “Staatsrecht vergeht, Privatrecht bestcht.”