

海耶克論自由與法治

• 石元康

一

海耶克 (Friedrich A. von Hayek) 在《自由的構成》(*The Constitution of Liberty*) 的導言指出，他寫這本書的目的，就是要作一個對「自由哲學之基本原理的全盤性的重述」^①。從任何一個角度來看，對自由哲學的基本原則作一個全盤性的重述，都不可以說不是一個龐大且艱巨的工作，因此，海耶克指出，雖然「我仍把自己主要視為一經濟學家，但我日益深切地體認到，對我們這個時代諸多迫切的社會問題的答案，最終須取決於對於一些基本原則的認識，而這些原則實超出了專論的經濟學或任何其他專門學科的範圍」(頁3，中譯4)。

這個龐大的工作主要分成三個部分。第一是最基礎的工作，它嘗試闡述自由的性質，以及它與其他一些理念及概念的關係。其次，海耶克討論的主要問題是自由的基礎是甚麼。這裏他提出了法治 (rule of law) 的理論。最後一部分所作的則是上述的理論基礎如何應用到福利社會中的問題。

海耶克的這本巨著雖然已經出版了將近四十年了，但是，我認為對它作一個討論仍然有相當的必要性。這個必要性我認為是由於它與絕大部分的自由主義理論對於自由基礎有着截然不同的看法。70年代以來，西方世界所提出的幾個有名的自由主義理論，都是德我肯 (Ronald Dworkin) 所謂的奠基在權利上的理論 (rights-based theory)。例如羅爾斯 (John Rawls) 的公平式的公正，諾錫克 (Robert Nozick) 的洛克式的自然權利理論，以及德我肯自己的理論。這些理論都認為，自由是一種自然權利，只有建立起人的權利這個概念，自由的基礎才能確立。這個想法當然可以追溯到洛克等自由主義的創始者去。海耶克與他們卻大不相同。在自由的基礎這個問題上，他背離了這個自由主義的正統。他認為權利只是衍生的 (derived)，自由的真正基礎是在法治。在他的理論中，保障自由所依靠的不是權利而是法治，所以我以為有必要對他的理論作一個檢討。我這篇文章將主要集中討論海耶克對於自由這個概念的了

70年代以來，西方世界所提出的幾個有名的自由主義理論，都是奠基在權利上的理論，但海耶克背離了這個自由主義的正統。他認為權利只是衍生的，自由的真正基礎是在法治。在他的理論中，保障自由所依靠的不是權利而是法治。

* 本文在由殷海光先生學術基金會所辦紀念殷海光先生逝世三十周年之「自由、平等與社會正義」學術研討會上宣讀(1999年9月)。

解，以及他所提出的自由的基礎——法治的理論。海耶克的自由概念不是很清楚，甚至是相當含混不清。他認為他的自由概念是一種消極性的概念 (negative concept)。這個看法與其他自由主義者是一樣的。但是，格雷 (John Gray) 與貝利 (Norman Barry) 卻說，他的自由概念並非全然是消極的，而是含有積極的成分^②。對於自由基礎的問題，我主要討論的是海耶克能否成功地規避以權利作為它的基礎這個想法。我認為他實際上是不成功的。

二

海耶克對自由下了這樣一個定義：

一個人不受制於另一個人或另一些人因專斷意志 (arbitrary will) 而產生的強制 (coercion) 狀態，亦常被稱為「個人」自由 (individual freedom) 或「人身」自由 (personal freedom) 的狀態 (頁11，中譯4)。

這個「自由」的定義說：一個人是自由的，若且唯若他不受到別人的專斷意志所控制。根據這個定義，奴隸是最典型的不自由的人，因為他完全受控於主人的意志，他的一切行為都得受命於主人。但是，要對海耶克這個自由概念有清楚的了解的前提是，我們必須知道甚麼叫強制。海耶克把「強制」定義為：

所謂「強制」，我們意指一個人的環境或情境為他人所控制，以致為了避免更大的災害，他被迫無法按照他自己一貫性的計劃去做，而要為他人的目

的去服務 (頁20-21，中譯16-17。相同的意思見頁133，中譯164)。

根據上面兩個定義，對一個人而言，自由可以說是一種沒有強制 (absence of coercion) 的狀態，因此，就這個意義上來說，它由於是以缺乏 (absence) 這個概念來界定的，所以是一種消極的概念 (頁19、425)。但是強制卻與別的人的專斷意志及目的連在一起，它所指的是自然界以外的純粹人為的因素。也就是說，除了人之外，沒有其他的東西可以構成強制，因此，只有別人才可以構成對一個人不自由的要素。像魯賓遜一個人住在荒島上，就不會有強制出現，因此，他是自由的。我們一般會認為自由所蘊含的是，人可以做自己想作的事情。但是，即使像魯賓遜一個人在荒島上，他仍受着自然的限制，因此，也不是自由的。自由主義者如柏林 (Isaiah Berlin) 及海耶克都把自然對我們的限制叫做迫使 (compulsion)，以別於強制。我們受到自然的限制，無法像鳥一樣在天空中飛翔，但是這並非不自由，而是無能力 (inability)，只有在限制我們自由的來源是別的人的時候，我們才是不自由的。從這個分析我們可以得出的結論是，自由是一種人與人之間的關係。人在沒有強制關係之下是自由的，而在有強制的情況下，受制的一方就失去了自由。

由於將自由界定為一種純粹只是人與人的關係，而與自然無涉，因此，雖然自然的因素可以使得我們的選擇大為減少，海耶克卻過了頭且相當違背常識地把自由與選擇的多少完全分開。他認為，一個人在某一個情境下有多少選擇與他是否自由是完全無涉的。他說：

海耶克認為他的自由概念是一種消極性的概念，但格雷與貝利卻說，他的自由概念並非全然是消極的，而是含有積極的成分。想要對海耶克的自由概念有清楚的了解，我們必須要知道甚麼叫強制。

個人是否自由，並不取決於他可選擇的範圍大小，而取決於他是否能期望按其現有的意圖形成自己的行動途徑，或者取決於他人是否有權力操縱各種條件以使他按照他人的意志而非行動者本人的意志行事（頁13，中譯6）。

海耶克認為一個人是否自由並不取決於他是否有選擇，因為即使一個受強制的人也仍然有選擇，只是強制者將他的選擇範圍變得如下的一個情況：

強制意謂着我仍然進行選擇，只是我的心智已被迫淪為他人的工具，因為我所面臨的種種選擇已被強制者操控，他所要我做的事對我而言變成是最少痛苦的事了（頁133，中譯164）。

既然海耶克先不把自由等同於選擇，那麼他怎麼了解自由呢？他說：

有多少行動途徑可供一個人選擇的問題，固然很重要，但是，它卻與下述問題不同：個人在多大程度上能按照他自己的計劃和意圖行事，他的行動模式在多大程度上出於他自己的構設，亦即指向他一貫努力追求的目的，而非指向他人為使他做他們想讓他做的事而創設的必要境況（頁13，中譯6）。

一個人是否能按照自己的意志行事當然是自由的一個重要因素，但是把選擇從自由概念中完全剔除出去，一方面是違背常識，另一方面也使得海耶克的自由概念變為非純粹消極性的概念。正如泰勒（Charles Taylor）所說的，消極自由的概念是一種機會概念（opportunity concept），機會當然與

選擇的多寡連在一起。如果把自由概念與選擇完全分開來，並像海耶克那樣將它與自我引導（self-direction）連在一起的話，那麼它就變成了一個泰勒所說的履行概念（exercise concept）^③。

把自由與選擇分開之後，海耶克接着指出其他幾種我們一般所說的自由，並指出它們與他心目中的個人自由的差別。首先是政治自由（political liberty），也就是人們參與政治活動的自由。他認為政治自由是個人自由在選擇政府或政治領導人上的一種應用。但是，政治自由卻把自由這個本來是屬於個人的屬性，應用到團體身上去，而成為一種團體的屬性。政治自由所指的是人們作為一個團體，有自由決定他們的政府。海耶克認為這是一種對自由的誤用。自由永遠只能是個人性的，因此，即使人們作為一個團體擁有政治自由來決定他們的政府，這也不表示他們都是自由人。用他的話來說，一個自由的人民（a free people）並不蘊涵着它是由自由人所構成的人民（a people of free man）。而一個缺乏政治自由的人，例如一個外國人在香港沒有投票權，因而不能參與決定政府，也不表示他不是一個自由人。這個說法當然有很大的問題。

第二種我們常說而海耶克認為是有別於個人自由的自由，是他所謂的內在自由（inner freedom）或形而上的自由（metaphysical freedom）。談這種自由的人常將自我分為兩部分，一方面是由欲望、衝動等所構成的虛幻的或假的自我，另一方面是由理性所構成的真我。當一個人被欲望、衝動等驅策而去行事時，他是身不由己的，因此，也是不自由的。只有當理性的真我能控制欲望而採取行動時，真我才顯現出來。由於理性能對不同的行為途徑作考量，然後做出選擇，因

政治自由所指的是人們作為一個團體，有自由決定他們的政府。海耶克認為這是一種對自由的誤用。自由永遠只能是個人性的，因此，即使人們作為一個團體擁有政治自由來決定他們的政府，這也不表示他們都是自由人。用他的話來說，一個自由的人民並不蘊涵着它是由自由人所構成的人民。

此，只有在理性的我掌控的情況下，一個人才自由。這種對自由的想法有很大的可能會走上強制甚至是極權的路上去。柏林在批評積極自由的概念時，對它提出了嚴重的警告。但是積極自由是否在概念上與自我的二分論必然連在一起這個問題，海耶克與柏林都沒有提出任何有力的論證來支持自己的立場④。

第三種海耶克所反對的自由概念是將自由與能力 (power) 等同起來的說法。由於自由有兩個面相：一方面，當我們從某些束縛或障礙中解放出來時，我們會說自己是自由了，這是所謂免於……的自由 (free from)；另一方面，自由也意謂着能去做甚麼，這叫做去做……的自由 (free to)。因此，當強調第二個面相時，我們往往會認為即使解脫了束縛也並不就等於真的自由了，只有在你能夠真正做到你想作的事情時，你才有自由可言。這樣很容易就把自由與能力連在一起。海耶克與柏林都極力反對把自由與能力連在一起。一方面能力與大自然對我們的限制有關，例如我沒有能力像鳥一樣飛翔，這與我是否自由完全是兩回事；另一方面，如果把自然限制的因素剔除而仍把自由與能力連在一起，那麼就很容易會把財富的問題牽扯進來，因為沒有能力做一件事幾乎總是由於缺乏財富所引起的。然而，財富與自由卻是不同的兩個概念。同時，如果把財富與自由連在一起，很容易引起政府可以藉增加某些人的自由，而對別人進行干預。這種由政府進行財富再分配的工作，是自由主義者不願意看到的。為了解決這個問題，柏林提出了一個區分——自由與自由的條件，亦即非自然性的因素所造成的無能力並非自由的缺乏，而是缺乏行使自由的條件⑤。

將個人自由從上述三種自由概念區分開來之後，我們對海耶克的自由概念的把握應該更加清楚了。他所謂的自由就是指一個私人的領域 (a private sphere)，在這個領域中人們可以完全不受強制地做他想做的事情，只有這樣一個領域的建立，我們才可以說一個人是有自由的。

三

但是，這樣的一個私人領域如何能夠建立起來？甚麼東西可以保障這樣一個私人領域？海耶克認為私人領域的建立所依靠的是一組普遍而抽象的規則，也就是法治。法治雖然是自由的保障，但是，法治本身也須要有東西來保障它。這個保障法治的東西，是政府所擁有的強制的威脅 (threat of coercion) (頁121、142) 以及懲罰權 (頁206) ⑥。強制雖然是壞的東西，但是為了每個社會成員的自由，政府必須握有強制的威脅及懲罰權才能達成一個自由的社會。

甚麼是法治？它如何能夠為自由提供基礎？海耶克說：

從法治乃是對一切立法的限制這個事實出發，跟着來的結論便是法治本身是一種絕不同於立法者所制訂之法律那種意義上的法。無疑，憲法性規定 (constitutional provisions) 可以使侵犯法治變得更加困難，也可能有助影響阻止普通立法對法治的非故意侵犯。但是，最高立法者絕不可能用法律來限制他自己的權力，這是因為他隨時可以廢除他自己制訂的法律。法治因此不是一條法律中的規則 (not a rule of the law)，而是一條有關法律應當是甚麼的規則，它是一種後設法律的理論

自由有兩個面相：一方面，當我們從某些束縛或障礙中解放出來時，我們會說自己是自由了，這是所謂免於……的自由；另一方面，自由也意謂着能去做甚麼，這叫做去做……的自由。當強調第二個面相時，很容易就把自由與能力連在一起。然而，海耶克與柏林都極力反對把兩者連在一起。

(a meta-legal doctrine) 或是一種政治理想(頁205-206, 中譯261)。

法治是法理學(jurisprudence)或法律哲學中的一個概念, 它所牽涉到的及所處理的是法律究竟應該是甚麼樣的東西, 也就是法律的理念究竟是甚麼的問題。其次, 海耶克對法治的觀念與法律實證論者們的想法有着根本的差異。法律實證論是一種程序主義(proceduralism)的立場。根據這種理論, 任何規範(norm)只要被立法機構按規定的程序頒布(enacted), 就是法律。海耶克反對這種程序主義或形式主義的看法, 他說:「……並非立法機構所頒布的每一項法規都是此意義上的法。當下的實際情況是, 任何由立法機關以適當方式或通過的東西, 都被稱之為法。」(頁207, 中譯263)由於對實證論的反對, 海耶克認為法治並非只是純粹形式的, 而是有實質性的東西。海耶克反對法律的形式主義的主要目的, 是希望能避免立法權變為至上而無人可抑止它的情況出現。因此, 須要有一些原則來限制它。

法治既然是確定法律的特質的一種後設理論, 那麼究竟法律有那些特質呢? 它又如何能保障自由? 海耶克指出了三個法律所應具備的特質。第一是普遍性(generality)及抽象性(abstractedness), 第二是平等地應用在所有人身上(to apply equally to all people), 第三是確定性(certainty)。法律是一組規則, 它能夠為人們劃出一個私人的領域, 在這個領域中, 我們不會受到別人的強制, 因此, 也就是自由的。他在第十章的第一段一開始就引用了薩維格尼(F. C. Von Savigny)的一句話:「法律即是這樣的規則, 由於它, 一個看不見的邊界線被確立下來, 在它的範圍內, 每一個人的存在

及活動獲得了一個安全且自由的領域。」(頁148, 中譯183)由於法律有創造及保障自由的這種功能, 所以海耶克將它稱為自由之學問(science of liberty)。但是, 為了要能夠保障自由, 並非任何規則都有這種能力, 只有當一項規則或一組規則符合上述三項特質時, 它才具有保障自由的作用, 也就是說, 它才符合法律的理念。

法律所具備的第一個特質是抽象性及普遍性。抽象與普遍的意含包括, 基本上它是長期的措施, 指涉着未知的情形, 同時也不對任何特定的人、地、物做出任何指涉, 因而, 法律永遠是前涉而不能溯及既往(頁204, 中譯264)。為了達成這個特質, 法律就必須不提到任何的專有名詞(proper names)。然而, 只有普遍性並不能真正地保障每個人的自由, 因為一項法律可能只指涉相關的人的形式特徵, 因而在這個意義上具有完全的普遍性, 然而它卻仍舊可以對不同階層的人做出不同的規定(頁209, 中譯266)。海耶克在一個註中提到一條完全用普遍的詞語所寫出來的法, 它的動機及效果卻完全是優惠性的。這是1920年德國的一條關稅法。為了規避最惠國的義務, 它提供了一個給予「棕色的有圓形斑點的牛, 在至少海拔300呎以上長大的, 並且每年夏天至少有一個月在800呎以上的地方」特別的稅率, 這條法律完全沒有用到任何專有名詞, 但很顯然的, 它是為了一些特定的對象而設的。所以, 漢默威(R. Hamowy)指出⑦:

一條法律中不提及專有名詞並不能為一些特定的人或群體提供不受法律侵擾的保護……我們只須要設定一個如此的描述; 用來勾劃這個或這群

由於海耶克反對法律實證論的程序主義或形式主義的看法, 他認為法治並非只是純粹形式的, 而是有實質性的東西。海耶克反對法律的形式主義的主要目的, 是希望能避免立法權變為至上而無人可抑止它的情況出現。因此, 須要有一些原則來限制它。

人的特點以及它所擁有的特徵既不過多也不過少地具包含性 (over or under-inclusive)，也就是說，我們只須要創造一個只有一個成員的類就行了。

由於有上述的可能性，一個規則只具有普遍性顯然不足以用來保障個人的自由，因為我們可以在滿足普遍性的要求下對某些人或群體作出自由的限制。所以除了普遍性之外，海耶克提到了法治的第二項要求，這就是必須對任何人平等地行使法律。平等性在這裏所指的是對不同的人不應該有不同的法律，也就是日常我們所說的法律面前人人平等。但是，法律不可能完全不對人們做分類的工作，例如有些法律只能應用在女性身上，像有關產假時是否應該領全薪的問題。因此，所謂法律只有平等性也並不一定能完全保障所有人及群體的自由。有些人認為平等的意義是不做任何不相干的區別 (irrelevant distinctions)。但是，甚麼是相干的，甚麼是不相干的又如何決定呢？海耶克認為這種講法只是規避問題。為了解決這個困難，他提出了一個辦法。他指出，如果法律不得不做區分時，則只要及只有當根據這個區分，內在與外在於這個區分的雙方都贊成時，則這種區分就沒有危害到法律的平等性 (頁154、209)。

法律的第三個特色是，它應該具有確定性。法律的確定性所防止的，當然是有權者肆意的意志。確定性之所以重要，可以從海耶克對「自由」一詞的定義中清楚地顯現出來。一個自由人是不受他人的專斷或肆意的意志 (arbitrary will) 所支配的人。只有在存在着確定性的法律的社會中，人們才可以避免遭到別人的肆意意志的操控。在一個具有確定性的法律的社會

中，即使有權力的人在下命令時，他也得依照法律所規定的去做。在這種情況下，受命者所服從的是法律而不是統治者。韋伯 (Max Weber) 認為這是現代法治型權威的特徵之一^⑥。海耶克花了很多篇幅來討論法律的確定性的問題。這牽涉到酌量 (discretion) 的問題，海耶克借用兩個法官的話來對兩種法律理論作一個對比。首席大法官馬歇爾 (Chief Justice John Marshall) 的一句話所代表的是將法官的酌量權減到最低程度的看法，也就是說，法官並沒有甚麼權力作自己的判斷。他說：「那種與法律的權力 (the power of laws) 相區別的司法權力 (judicial power)，是根本不存在的。法院只是法律的工具，毫無自己的意志可言。」與此相對反的觀點是霍姆斯大法官 (O. W. Holmes) 的看法，他說：「普遍性的法律並不能裁定具體的案件。」(頁156，中譯194) 海耶克認為要確保法律的確定性，馬歇爾對法律及司法的看法是他較能接受的，所以他希望能把酌量權，尤其是屬於行政系統的，減至最低。但是，事實上這種要求與對法律的普遍性的要求是背道而馳的。任何具有普遍性的法律或規則，在具體的事件中一定須要解釋 (interpretation)。普遍性越高，解釋的餘地就越大，這是不能兩全其美的事情。普遍性與確定性之間，只能求一個調和的中庸之道。

法治如何作為自由的基礎呢？它如何能為自由提供保障？法律的確定性可以防止統治者的肆意意志是顯而易見的。海耶克對這個問題的討論，主要還是集中在普遍性及平等性這兩個特質上。他認為自由是由法律所創造出來的成果，而不是前於法律就存在的東西。他認為符合法治理念的法律並非不自由，因為當一個人服從這

法律不可能完全不對人們做分類的工作，因此，所謂法律只有平等性也並不一定能完全保障所有人及群體的自由。為了解決這個困難，海耶克指出，如果法律不得不做區分時，則只要及只有當根據這個區分，內在與外在於這個區分的雙方都贊成時，則這種區分就沒有危害到法律的平等性。

海耶克認為符合法治理念的法律並非不自由，因為當一個人服從這種法律時，他並不受別人專斷意志的強制，所以，海耶克極力反對邊沁 (Jeremy Bentham) 的一句名言：「每一條法律都是對自由的一種侵害。」(頁60)但是，這句話正是消極自由概念的提倡者對自由的了解所必須要接受的。

種法律時，他並不受到別人專斷意志的強制，所以，海耶克極力反對邊沁 (Jeremy Bentham) 的一句名言：「每一條法律都是對自由的一種侵害。」(頁60)但是，這句話正是消極自由概念的提倡者對自由的了解所必須要接受的。海耶克拒絕了這句話，然而他一方面又承認他的自由概念是消極的，這就引起了觀念的混亂。我這裏只指出這點，在後面對他的自由概念作批評時，我將做較詳盡的討論。法律如何創造自由呢？我們可以舉一個例子來說明。在沒有選舉制度的社會中，人們沒有投票這種自由。只有在設立了選舉制度及其相關的法律之後，人們才能享有這種自由。這是一個很明顯的由法律創造出自由的例子。但是是否所有自由都是這種建制內 (institutional) 的自由呢？我想答案是否定的。

法律的普遍性如何能夠為自由提供基礎？為了處理這個問題，海耶克將抽象及普遍的法律與命令 (command) 做了一個對比。命令是由一個或一群人下達的。一般而言，命令是指令一個人或一群人去完成某一件具體的事情。軍隊中命令是上級與下屬之間的正常關係，一個上級下命令總是要他的下屬去完成某一項特定的任務。但是，命令當然不止在軍隊中才存在，日常生活中隨時隨地都充滿着命令的現象。媽媽叫小孩去買東西、老師叫學生交功課，都是命令的現象。就海耶克對自由的定義，命令當然就產生了強制，因而也造就了不自由。抽象的普遍規則則不然，它並不是要人們去完成某一項下命令者所要達到的目的。在人們遵循抽象規則行事時，他們所遇到的是一組規定他們在完成自己的目的時所必須遵循的程序及規範。行動者在這裏所做的是

他自己想要做的事，而不是完成別人的意志，因而，他是自由的。法律就好像自然律一樣，它構成了環境的一部分，但是它卻不構成強制。海耶克一再地將法律比為自然律 (頁142、153)，並指出兩者相同之處就在於它們都只是人們生活情境中的一部分，但卻沒有指定人們去做甚麼具體的事情，因而也不是強制。當然，我們可以說自然律及自然環境是人們無法避免的。但人制訂的法律卻不是天生的，因而並非不可避免。然而，由於世界的構成使得我們不得不有一套規則來規範我們的行為，所以雖然法律不一定是自然的一部分，我們仍舊無法避免它。

平等性又如何能保障自由呢？前面已經說過，法律在有些情況下不得不進行分類及區分，所以完全的平等性這個理念並沒有實現的可能。但是，如果人們在制訂法律時，知道法律也一樣地可以應用到自己的身上時，為了自利起見，他們也不會制訂出一些對人們不利的及限制人們自由的法律，因為它也可能應用到他們自己身上。再加上前面提過的，如果法律對人們所做的分類是兩方面都能夠接受的時候，那麼即使有些區分會造成一些不平等，它也不會構成甚麼禍害。由於上述的理由，平等性雖然不能完全實現，法治仍能給人們提供最高的自由。

四

對於海耶克的自由理論，我將從兩方面作出批評。第一項批評是針對它的自由概念的含混不清，以及由此所引起的不一致性。第二項批評則是針對法治作為自由的基礎究竟是否足

夠，以及海耶克是否能真正的規避訴諸自然權利作為自由的基礎的問題。

(1) 海耶克將自由界定為不受他人專斷及肆意的意志操控而變成別人的工具，以去完成他人的目的。在這個定義下，自由與選擇是不同的東西。即使在受他人強制的情況下，一個人仍然有選擇，但是，他卻喪失了自由。其次，海耶克認為自由是由法律所創造而非前於法律就存在的東西，只要法律符合法治的要求具有普遍性等特質，自由就得到保障。我想這兩種講法都是錯誤的。

把自由與選擇的多寡視為是不相干的目的，主要是要把強制性的操控 (coercive manipulation) 與別人為我們服務而設定的條件作出區分。這兩者之間的區別當然存在，而且是重要的。但是，把後者視為與自由無關的話，就會把自由以及強制這兩個概念所具有的程度性這個特點完全抹殺掉。

海耶克之所以要對強制性的操控與別人為我們服務而設訂的條件之間作出區別，主要的目的是為了證明市場這種機制並不會對別人的自由構成限制，因為在非壟斷性的市場中，人們並不會被一個服務或商品的提供者所控制。如果你不滿意甲的服務或他所賣的商品，那你可以光顧別人。但是，就這個意義而言，一個壟斷者 (monopolist) 還是對你構成了強制，因為除了他之外，你不可能光顧別人。海耶克自己也指出：「如果某個壟斷者是沙漠綠洲中一水泉的所有者，那麼他就有可能實施真正的強制。」(頁136，中譯167) 雖然在這種情況下，你仍有選擇不買他的水的自由而寧願口渴而死，但是，我們會認為這種選擇是沒有任何意義的。就像俗語中強盜拿着刀對你說「要錢要命」一樣的是

沒有選擇一樣。自由及強制都是等級性的概念，它們有程度的多少之分，海耶克也承認這點(頁138、146)，但是他的強制概念卻把這個特性消滅了。強制變成只有在我被迫去做某一件我所不願意做的事情的時候才發生。我想這一切混亂都是由於海耶克違反常識地把自由與選擇區分開來的後果，如果自由是有程度之別的話，那麼它就必然與選擇連在一起。選擇越多就表示越自由，反之則越不自由。強制也一樣是一個程度性的概念。強制度越高就越不自由。壟斷者之所以構成不自由，事實上就是因為他讓你沒有選擇的緣故。如果他所獨佔的東西是生命所不可少的東西的話，像是水或空氣，那麼你不屈服在他的條件之下的唯一可能就是死。把自由了解成一個有程度性的概念時，我們很自然地就會想到市場並不一定就是能保證自由的完美機制。因為市場在不同的程度上是可以被控制的。壟斷者固然完全操控市場，但是寡頭式 (oligopoly) 的情況也同樣地可以對自由構成限制。海耶克也不得不承認，別人為我們服務所設定的條件，在某些情況下，也會對我們構成強制。他說：「只要某個特定的人的服務對於我的生存或是我所珍惜的價值之保有並非關鍵性的，那麼他就提供這些服務而設定的種種條件，在適當的意義上講，也就不能被稱為強制。」(頁136，中譯167) 這句話所蘊含的是，如果他所設定的條件，對我的生存或我所珍惜的價值具有關鍵性的話，則那些條件就可能對我構成強制^⑨。海耶克為了維護市場這種機制，不惜違背常識將自由與選擇完全分開來，以致得出只有當別人強制你去做一件為他自己的目的的事才算構成不自由這種古怪的結論^⑩。

市場並不一定就是能保證自由的完美機制。因為市場在不同的程度上是可以被控制的。海耶克為了維護市場這種機制，不惜違背常識將自由與選擇完全分開來，以致得出只有當別人強制你去做一件為他自己的目的的事才算構成不自由這種古怪的結論。

事實上，海耶克在談自由時，也無法完全避免選擇這個概念。他在說明人類社會須要強制的威脅 (threat of coercion) 以保障自由時指出，這種由法律所構成的威脅並不等於實際上的威脅，因為它是可以避免的 (avoidable)。它就像自然律一樣，只是環境中的一部分。他說：

強制的威脅，如果僅指向那些眾所周知的而且因此可以為任何人(有可能成為強制的對象的人)所避免，則它的影響就與那些實在且無可避免的強制 (unavoidable coercion) 的影響有着巨大的區別(頁142，中譯176)。

只要我事先知道如果我將自己置放在一個位置時，我將受到強制，同時，如果我能夠避免將自己置於這樣一種境況之中，我就永遠不會受到強制(同上)。

這兩段話的主要目的當然是要證明法律並不構成強制，因為它及它所構成的強制性的威脅並沒有規定我們要做某一項特定的事情。然而，在這個為法定性的論說中，海耶克不得不用到可避免性 (avoidability) 這個概念，而可避免性與選擇卻正好是不可分割的。如果沒有選擇的話，一個人怎麼可能避免某種境況呢？當我們說，某一個人無可避免地一定得這樣做的時候，它所表示的，正是他在那種情況下沒有別的選擇。海耶克把自由、別人的肆意意志及對自己構成最少災害這些概念連在一起，是一項不必要的複雜化，而這種複雜化又引起了概念上的混淆。一方面他把自由與選擇完全分開，另一方面他又從後門把可避免性這個與選擇不可分割的概念引了進來。

(2) 法律真的對人們的自由不造

成限制嗎？當然，海耶克也可以說，並非所有的法律都不會對自由構成限制，只有合乎法治理念的法律才有這種功能。

但是，一條具有普遍性的抽象法律，平等地使用在每個人的身上，又有確定性時，同樣地也可以限制我的行為。在這種情況下，我們會說它限制了我的自由。例如，禁酒令就符合了上述法治理念的條件，它是普遍確定的，同時對大家一視同仁。它當然限制了人的自由，因為在沒有這條法律之前，一個人可以賣酒或喝酒，這條法律使得人們失去了上述的自由。同時，它不是針對個別的人的，也不是某個特定的人意志的體現。如果硬要說它是意志的體現的話，則在民主政體下，它是所有人民的意志之體現。再進一步說，如果它造成了不自由，則邊沁的理論就變成了不可否認的真理——每一條法律都是意志的體現，要人去怎麼做或不怎麼做，而不能違反它。

海耶克的狹窄的自由概念，加上他認為自由的基礎是法治這兩個因素，使得他得出法律不會對自由作出任何限制這種古怪的結論，同時，也使得他的自由概念變得不是純粹的消極概念。

海耶克如果要證明自由是法律所創造出來的結果的話，那麼他就必須證明所有的法律規則都是色爾 (John Searle) 所說的創構性的規則 (constitutive rules)，而非規範性的規則 (regulative rules)。創構性的規則創造出一種實踐 (practice)，它在沒有這種規則之前是不存在的。例如象棋規則就是創構性的規則。在象棋這種遊戲及它的規則未被發明之前，世界上不存在下象棋這種活動，是象棋的規則使得這種活動得以出現。而在下棋

海耶克把自由、別人的肆意意志及對自己構成最少災害這些概念連在一起，是一項不必要的複雜化，而這種複雜化又引起了概念上的混淆。一方面他把自由與選擇完全分開，另一方面他又從後門把可避免性這個與選擇不可分割的概念引了進來。

活動中，根據規則去玩時，我們可以說它們使得我們有了指標去行動，給我們創造了一個活動的天地。當然，這種活動中也會對我們怎麼做作出限制，但這是任何人類活動所不可避免的。規範性的規則所規定的對象則是一個已經存在的活動，這種規則規定人們應該遵循一些甚麼規則去做。例如用膳這種活動本來已存在，一條規範性的規則可以規定用膳時不可說話。這一類的規則並沒有創造一種新的活動，而只是對已經存在的活動給了一些規範^①。

要證明任何法律都不會對自由作出限制，海耶克必須指出所有法律都是創構性的規則。在它們存在之前，人們並沒有法律規定中的行為。這當然是完全錯誤的。雖然有些法律是創構性的，例如前面所舉的選舉法，但也有許多法律所針對的卻是在法律存在之前就有的行為，例如，「除了自衛，不准殺人」。沒有法律之前人類世界中就存在着殺人的行為，「不准殺人」這一類的法律是對這種行為的限制，它當然構成了不自由。除非海耶克把所有規則都視為是創構性的，不然他所主張的法律不會限制人的自由就是一個站不住腳的看法。

(3) 最後，我想簡略的指出海耶克自由概念的一個特點，那就是它並非純粹的消極概念。正如格雷所說的，消極自由的提倡者總是把自由視為是獨立於公正、福利等概念的一種政治價值。但是海耶克的自由概念卻並不完全獨立於這些概念。事實上，它不但不獨立於它們，而是與它們交織在一起的^②。諾錫克在討論自由時把權利帶進來也是犯了同樣的毛病，他說：「別人的行動對一個人可獲得的機會構成限制，這點是否對於一個人因此而來的行動造成非自願性的這個

問題，要視乎那些其他的人是否有權利做他們做的事情。」^③這種將別人的干預是否構成對一個人的自由的限制奠基在別人是否有權利那樣做的想法，會引起極為奇怪的後果。柯亨(Gerald Cohen)指出，這種想法引致的後果是一個被合法地定了罪的坐牢者並沒有失去自由^④。消極自由是相當簡單的概念，它所指的只是沒有束縛而已，至於甚麼構成束縛，就消極論者而言，只有別人的刻意行為才算束縛。這點當然有討論的餘地。許多反對消極論的人都指出，這種束縛概念過於狹隘及不夠清楚。消極論者自己卻對這界說沒有甚麼懷疑。從表面上看起來，海耶克對自由的定義好像是一個消極概念，它是一種不存在強制的狀況。但是他對強制下定義時，把別人的目的及意志加進去之後，就不必要地把這個概念複雜化了。

海耶克在《自由的構成》開始不久有一段談論自由時所引用的話，幾乎與柏林在勾劃積極自由時所用的如出一轍。當我們看到海耶克這段文字時，還會以為他是一個積極論者。現在我將這兩段文字都引在下面，做一個對比。

自由這個詞的積極意義來自於個人希望能夠做自己的主人。我希望我的生命及決定是依靠自己的，而不是依靠任何外在的力量。我希望成為自己的工具，而不是受別人的意志行為所支配的。我希望自己是一個主體，而不是一個對象；我希望我是由自己的理性及有意識的目的所推動的，而不是被外來的原因所影響。我希望自己……；成為一個行動者——決定，而不是被決定；自我引導而不是被外在的大自然或其他人對我有所施為，好像我只是一項物件，或一個動物，

海耶克如果要證明自由是法律所創造出來的結果的話，那麼他就必須證明所有的法律規則都是色爾所說的創構性的規則，而非規範性的規則。也就是說，在存在之前，人們並沒有法律規定中的行為。這當然是完全錯誤的。

或是一個沒有能力扮演一個人的角色的奴隸那樣無法構作我自己的目標及政策，並且將它們付諸實現……。當我相信這是真的時候，我會感覺到我是自由的；當我了解到這不是真的時候，我會覺得自己是被奴役的^⑮。

有多少行動途徑可供一個人選擇的問題，固然很重要，但是，它卻與下述問題不同：個人在多大程度上能按他自己的計劃和意圖行事，他的行為模式在多大程度上出於自己的構設，亦即指向他一貫努力追求的目的，而非指向他人為使他們想讓他做的事而創設的必要境況。個人是否自由，並不取決於他可選擇的範圍大小，而取決於他能否期望按其現有意圖形成自己的行動徑途，或者取決於他人是否有權力操縱各種條件以使他按照他人的意志而非行動者本人的意志行事（頁13，中譯6）。

雖然緊接着上面所引的話，海耶克就說：「因此自由預設了個人具有某種確獲保障的私域，亦預設了他的生活環境中存有一組情境是他人所不能干涉的。」（頁13，中譯6）我想這句話與上引的在此之前的話所代表的是兩個自由概念。前者是積極自由而後者是消極自由。海耶克把它們混在一起，因而造成了他的自由概念的混淆。

五

在指出了海耶克自由概念的混淆之後，我這節將討論他對自由基礎的討論是否能夠站得住腳的問題。在檢視這個問題時，我將提出的看法及論證是：把法治作為自由的唯一基礎是

不足夠的。正如漢默威所說的，法治只是自由的必要條件，而非它的充分條件^⑯。沒有法治，固然沒有自由，有法治卻不一定能保障自由。許多批評家都指出，海耶克的自由主義理論是一個失敗，其中一個原因就是他的自由基礎理論不夠堅實。但是，在對海耶克的自由基礎理論作批評時，我卻想從另一個角度來展開。我想指出，雖然海耶克自認為權利是一個衍生的 (derived) 概念，它由法治而導出，但事實上在提供自由的基礎時，他的理論卻隱含着權利是先於法治而存在的。表面上看來，他的自由主義好像是非正統的，因為它不把自由奠基在權利上，而以法治作為它的基礎，但實際上他還是不得不把權利作為自由的最後根據。雖然他自己沒有發覺這一點，但這不表示在理論結構上權利不是最根本的概念。我的這個講法如果成立的話，它所蘊含的是，權利是所有自由主義的最終極的概念這種想法又再一次得到了印證。如果不能提出一套好的權利理論，以證明它的存在論上 (ontological) 的地位，則自由主義的基礎也就岌岌可危。

首先讓我們先簡略地檢視一下，法治為甚麼不能作為自由的基礎。關於這個問題，我在前面討論法治的特點時其實已經簡單地勾劃了其中的困難。法治下的法律主要具有普遍性、平等應用性及確定性三點特質。首先要指出的是，普遍的法律雖然不像命令那樣規定着我們必須接受別人的命令去實現他的目的，但它一樣可以構成限制。前面所提到過的禁酒法律當然是對自由的限制。任何自由理論如果得出的結論是說這條法律沒有限制人們的自由的話，那麼這理論一定有問題。普遍地對所有人都作出限

許多批評家都指出，海耶克的自由主義理論是一個失敗，其中一個原因就是他的自由基礎理論不夠堅實。但我卻想指出，雖然海耶克自認為權利是一個衍生的概念，它由法治而導出，但事實上在提供自由的基礎時，他的理論卻隱含着權利是先於法治而存在的。

制的法律，並不會由於它具有普遍性就不構成對自由的限制。海耶克把法律與命令視為是截然不同的東西，可能是有點過了頭。那些贊成命令論 (command theory of law) 的人，就將法律視為是主權者 (sovereign) 的命令。正如華特金斯 (J. W. N Watkins) 所說的，海耶克過度地強調了命令與禁令 (prohibition) 之間的分別，使得他否認了任何禁令的強制性格^⑩。

有關普遍性為自由基礎的第二個困難是，我們總是有辦法將非普遍性的法律以普遍的形式陳構出來。海耶克自己也了解到這點。一條不含有任何專有名詞的法律，一樣可以只適用於某一個或一群特定的人的身上。普遍性的形式不足以構成普遍性的實質，這是顯而易見的事情。但是，比較令人費解的是，這與對自由的保障有甚麼邏輯上的關係呢？即使實質上具有普遍性的法律，對於每個人還是一樣地可以構成限制，只不過它的限制是對人人都適用吧了。所以，事實上法治理念中的普遍性所能保障的是平等而非自由，一個社會也可以大家都平等地缺少某些自由。我這個論證也就同時顯出法治的第二個特點——平等應用性——也一樣不足以做為自由的基礎。

至於法律的確定性這個特質就更不足以為自由提供堅實的基礎了。雖然確定性可以在很高的程度上防止肆意及專斷的意志，但是確定性極高的法律也一樣可以很確定地限制人的自由。商鞅的改革以極為確定的法律來治理國家，但是，我們無論如何也不能把法家的社會視為是一個自由的社會。

在批評海耶克的自由基礎理論時，我要談的第二個問題是：他能避免以權利作為自由的基礎嗎？雖然他

表面上清楚地說權利只是衍生的，但事實上，他是否仍不得不訴諸權利作為建立他的自由理論的最根本概念？我認為答案是肯定的。海耶克認為，要防止強制就必須劃出一個別人或政府都不得干涉的私人領域 (private sphere)，而法治是這個私人領域的基礎。也就是說，符合普遍性等特質的法律為我們提供這樣一個領域，自由才能得到保障。權利則是在這個私人領域之中的東西。只有在這個私人領域被勾劃出來之後，我們才能說對權利的侵犯這種話。所以，海耶克認為權利並非自然的，因為把甚麼權利劃進私人領域之中，要視乎經驗世界而定。所以他說：「對於這種權利所做的任何特定界說，根本不存在甚麼『自然的』特性，……。」(頁158，中譯197)

如果私人領域並不由自然權利構成，那我們該怎麼勾劃這個領域呢？由誰來勾劃這個領域呢？在這裏，海耶克雖然沒有提到自然權利，但是，他事實上卻不得不隱然地訴諸自然權利。對於自然權利的訴求，在兩個地方出現：第一個是在劃定私人領域時必須取得所有人的同意；第二是在制訂法律時，如果這條法律不得不對人們作出區分或分類，則該法律必須得到該區分所劃定出來之內及之外的人們的接受，也就是得到所有人的接受。他說：

如果關於何者應當被包括在個人領域中的問題可以由某個人或某些人的意志所確定，那麼這實際上僅僅是將強制的權力轉變成了那種意志而已，其實質依舊是強制。同樣，試圖一勞永逸地確定一個人私域的特定內容，也是極不可欲的。如果欲使人們最為充分地運用他們的知識，能力及預見力，那麼可欲的做法便是：在決

海耶克能避免以權利作為自由的基礎嗎？雖然他表面上說權利只是衍生的，但事實上海耶克認為，要防止強制就必須劃出一個別人或政府都不得干涉的私人領域。那麼由誰來勾劃這個領域呢？海耶克不得不隱然地訴諸自然權利。

定何者將被包括在其確獲保障的個人領域中的問題時，他們自己應當擁有某種發言權(頁139，中譯172)。

如果這樣的界分為該群體中的人和該群體外的人同時認為是有道理的，那麼這類界分就不是專斷的，也不會使某一群體中的人受制於其他人的意志(頁154，中譯192)。

我們可以從這兩段引文中看出，要制訂合乎法治的法律以勾劃出一個私人的領域，最後所依據的是每個人的同意。海耶克借用梅恩(Henry Maine)的名句指出，現代社會乃是由契約取代身份的一種轉變。他在接受了這個論旨之後，就等於是把法治本身的基礎放在同意(consent)這個概念之上了^⑥。

以同意及契約做為法治的基礎，蘊涵着人是有自然權利的。訂立契約的行為，無論是單向的，例如允諾，或是雙向的，像交換，都必須假定立約者對他願意在契約中割讓的東西，無論是物品或是服務，擁有一種權利。契約是將這種權利割讓給別人，當然，雙向契約中，別人也將他的權利割讓給我。如果我對於契約中規定應該從我這邊割讓出去的東西不具備權利的話，我怎麼可能與別人訂立契約呢？別人又有甚麼可能與我訂立契約呢？所以，契約論與自然權利的理論在概念上就有着不可分割的關係。所有契約式的社會或政治理論都必定是德我肯所說的奠基在權利上的理論^⑦。

海耶克想把自由建基在法治之上，但是法治作為自由的基礎實在太薄弱，他又不願意以權利做為基礎，因而只好訴諸同意，可是同意本身就蘊含了自然權利。所以，歸根究柢，他還是得訴諸自然權利。

對於海耶克的理論，格雷作了一個極重的斷語，他說：「我將指出，他的嘗試是注定失敗的，並且導引至一個災難性的範疇混亂(disastrous confusion of categories)。」^⑧我對海耶克的批評沒有格雷那麼嚴厲，但是，我也認為他的自由理論中的自由概念是非常含混不清的，而自由的基礎也是很穩固的。

對於海耶克的理論，格雷作了一個極重的斷語，他說：「我將指出，他的嘗試是注定失敗的，並且導引至一個災難性的範疇混亂。」我對海耶克的批評沒有格雷那麼嚴厲，但是，我也認為他的自由理論中的自由概念是非常含混不清的，而自由的基礎也是很穩固的。

註釋

① Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), 3. 我基本上採用鄧正來的中譯本《自由秩序原理》(北京：三聯書店，1997)，但有時我會對他的譯文作一些改動。以後直接引自本書的文字，我將只在文章中註明頁數。

② John Gray, "Hayek on Liberty, Rights and Justice", *Ethics* 92 (October 1981): 74; Norman Barry, "Hayek On Liberty", in *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*, ed. Zbigniew Pelczynski and John Gray (London: Athlone Press, 1984), 265.

③ Charles Taylor, "What's Wrong with Negative Liberty", in his *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), 211-29.

④ 有關這個問題，請參看我的〈柏林論自由〉。本文收在我的《當代自由主義理論》(台北：聯經出版事業公司，1995)，頁1-26。

⑤ Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), xlvii-xlix, liii, 124. 為了解決這個問題，羅爾斯也提出了一個區分——自由與自由的價值。根據這個區別，兩個人可以享有同樣的自由，但是對一個沒有經濟能力去做他想作的事的人，例如去環遊世界，自由的價值對他而言沒有

那麼大。見John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), 204。

⑥ 韋伯將國家定義為唯一擁有合法地使用武力的機構。見他的*Theory of Social and Economic Organization*, trans. T. Parsons (New York: Ever Press, 1947), 156。

⑦ R. Hamowy, "Law and the Liberal Society: F. A. Hayek's *Constitution of Liberty*", in *Friederick A. Hayek: Critical Assessments*, vol. III, ed. John Cunningham and Ronald Woods (London: Routledge, 1991), 102.

⑧ Max Weber, *Economy and Society*, vol. 1, ed. Guenther Roth and Claus Wittich (Berkeley: University of California Press, 1978), 217-18.

⑨ 漢默威認為一個人珍惜甚麼完全是主觀決定的，因而，海耶克的講法也就把自由變成為主觀的東西。他認為海耶克的陳構是完全不恰當的。見註⑦文，頁97。

⑩ 柯亨(Gerald Cohen)一再地辯稱，在資本主義的經濟制度下，無產階級由於缺乏生產工具，為了生存不得不在人力市場上出售自己的勞動力，雖然他可以有某種程度上選擇僱主的自由，但是就不得不出售勞動力這回事而言，他是沒有自由的。海耶克也說，在社會主義的國家中，因為只有國家一個僱主，人們就失去了自由。資本主義制度下，雖然有超過一個僱主，但無產者仍無可避免地要去市場上出售他的勞動力，因而也並非完全自由的。見柯亨的"Capitalism, Freedom, and the Proletarian", in *Liberty*, ed. David Miller (Oxford: Oxford University Press, 1991), 163-82，及"The Structure of Proletarian Unfreedom"，本文收在他的*History, Labor, and Freedom: Themes from Marx* (Oxford: Clarendon Press, 1988), chap. 13。

⑪ John Searle, *Speech Act* (Cambridge: Cambridge University Press, 1969), 33-42。羅爾斯也指出兩種不同的規則觀，一種他叫做實踐觀

(practice view)，另一種他叫做綜合觀(summary view)，它們與色爾的創構性與規範性的區別是相似的，見他的"Two Concepts of Rules"，in *Ethics*, ed. Judith Thomson and Gerald Dworkin (New York: Harper & Row, 1968), 104-35。色爾的想法當然可以追索到康德去，這點他自己在一篇文章中也指出來，見他的"How to Derive Ought from Is"，in *The Is/Ought Question*, ed. W. D. Hudson (New York: St. Martin's Press, 1969), 131。

⑫⑬ 見註⑫Gray，頁74-75：73。

⑭ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), 262.

⑮ 見註⑩Cohen的兩篇文章，頁171、256。

⑯ 見註⑩Berlin，頁131。

⑰ 見註⑦Hamowy，頁109。

⑱ J. W. N. Watkins, "Philosophy"，in *Agenda for a Free Society: Essays on Hayek's "The Constitution of Liberty"*, ed. Arthur Sheldon (London: Published for the Institute of Economic Affairs by Hutchison, 1961), 39.

⑲ David Gauthier指出社會契約是現代西方世界最根本的意識形態，在現代社會中，契約是社會的理據。他並且詳盡地分析了這種社會理論的諸多特色。見他的"Social Contract as Ideology"，*Philosophy and Public Affairs* 6, no. 2 (1977): 130-64。

⑳ H. L. A. Hart 在他的"Are there any Natural Rights?"這篇名著中，對這點以及權利的概念有詳盡的分析。對於海耶克的這項批評，我借用了他的講法。他的文章收在*Theories of Rights*, ed. Jeremy Waldron (Oxford: Oxford University Press, 1984), 77-90。