

日戰爭勝利後的典價糾紛時就忽視了《復員時期辦理民事訴訟補充條例》中所規定之「公平裁量」原則。在具體的司法實踐中，這一原則經歷了由地方司法機關任意裁量到全國整齊劃一的複雜過程。

毋庸置疑，黃宗智的關於清代與國民民法的比較研究是近來「新法制史」研究最突出的成果之一，而他關於國民黨民法的研究也無疑會引起後來者的高度重視，成為新的研究成果不可跨越的基礎。

憲政的法律之維

● 聶智琪

哈耶克與其他思想家的主要不同就在於，他將政治問題提升為法律問題，並致力於憲法新模式的制度創新的研究，其理論在解決自由主義理論的價值危機方面具有獨創性。在哈耶克的理論脈絡裏，對於自由主義諸多問題的解決起着關鍵作用的，正是他獨特的法律觀。



高全喜：《法律秩序與自由正義——哈耶克的法律與憲政思想》（北京：北京大學出版社，2003）。

中國的哈耶克熱依然沒有結束，隨着哈耶克(Friedrich A. Hayek)主要著作的中譯本在國內相繼出版，有關哈耶克思想的研究也日趨深入。其間，鄧正來對哈耶克晚期提出的法律理論進行了富有價值的探究，但與此相關的哈耶克憲政思想以及哈耶克法律理論與政治理論的勾連，卻並未得到有系統的研究。直到2003年8月高全喜的專著《法律秩序與自由正義——哈耶克的法律與憲政思想》出版，我們才看到對哈耶克法律及憲政思想作系統而全面研究的著作。高全喜認為，哈耶克與其他思想家的主要不同就在於，他將政治問題提升為法律問題，並以此致力於憲法新模式的制度創新，最終信服地

證明了哈耶克理論在解決自由主義理論的價值危機方面所具有的獨創性。

作者首先深入闡釋了哈耶克晚期提出的法律理論。與其他學者不同，他認為在哈耶克理論中發揮基石性的內核作用的，既不是自生自發秩序的社會理論，也不是無知的知識論，而是法律理論。因為在哈耶克的理論脈絡裏，對於自由主義諸多問題的解決起着關鍵作用的，正是他獨特的法律觀；而在哈耶克法律理論中，正當行為規則又起着基石性作用。哈耶克認為，正當行為規則才是維護自由社會的真正法律。哈耶克對正當行為規則的發現，直接來源於他對英國普通法的研究。與大陸法相比，普通法的抽象性及其體現出的技藝理性，無疑能更好地抵禦哈耶克所一貫反對的建構理性。因此在哈耶克看來，普通法的關鍵實際上就是正當行為規則。值得指出的是，作者對哈耶克常用的、用以表達何為真正的法律的不同術語進行了一番理論考辨，認為內部規則、普通法以及私法其實大體都等同於哈耶克的正當行為規則。而其中的普通法和私法概念已經經過了哈耶克的改造以適應正當行為規則的要求。就私法而言，哈耶克把原本在羅馬法中屬於公法範疇的刑法劃入私法之列，並指出那種把私法與個人利益和公法與公共利益直接相關聯的看法極具誤導性。就普通法而言，哈耶克把原本包括公法內容的普通法轉變成等同於私法的普通法。可見來自兩大法

系的不同術語在哈耶克那裏實現了奇妙的融合。作者認為哈耶克的這種創新體現了哈耶克試圖整合大陸法與普通法的獨創性貢獻。私法和普通法的共同對立面是建構性的公法即組織規則，這種組織規則的特性就是以命令的形式表達立法機構的意志，其所關注的目標都是特定的，缺乏正當行為規則的本質屬性，因而不是真正的法律。公法在現代社會的擴張及其導致的組織秩序日益威脅着遵循正當行為規則形成的自生秩序。因此哈耶克認為有必要重申私法（普通法）之於維護一個自由社會的根本性價值。

需要提到的是，哈耶克並沒有說清楚組織秩序和自生秩序的關係，自生秩序和組織秩序似乎是截然對立的，因此早有論者質疑哈耶克所劃分的這兩種秩序是否有意義。但是作者提出了不同看法，認為在哈耶克的理論脈絡裏，私法和公法及其導致的兩種秩序之間並不存在直接衝突，哈耶克反對的只是公法至上主義及其導致的私法衰微。哈耶克實際上認為，對保障正當行為規則的實施這方面而言，公法的存在是必要的。據此作者總結道，哈耶克真正的意圖乃是為了實現「私法的公法之治」也即「普通法的法治國」，其間私法和公法能夠達成分界調適下的融合。

基於對如何實施私法的公法之治的探究，哈耶克提出了一個與西方現行憲政架構不同的新模式。因

在哈耶克的理論脈絡裏，私法和公法及其導致的兩種秩序之間並不存在直接衝突，他反對的只是公法至上主義及其導致的私法衰微。哈耶克認為，對於保障正當行為規則的實施，公法是必要的。哈耶克真正的意圖乃是為了實現「私法的公法之治」，也即「普通法的法治國」，其間私法和公法能夠達成分界調適下的融合。

哈耶克着力構建的憲法新模式，其核心的制度安排是規定兩個議會分別負責私法的頒布和公法的制訂以及設置憲法法院解決兩個議會間的權力糾紛。作者把哈耶克的憲法模式總結為「三權五層的權力架構」，其中立法、行政和司法三權分立，而憲法、純粹立法議會、政府治理議會、狹義上的政府和行政官僚機構構成權力譜系上的第一至五層。

此作者的闡釋從抽象的法律理論轉向了具體的憲政安排。作者認為哈耶克憲政思想的突出特徵在於將政治問題上升為法律問題，其憲政安排的最終目標乃是為了實施正當行為規則。根據這種獨特的法律理論，哈耶克認為當今西方的民主制度導致了公法的擴張和私法的衰微。具體而言，就是把真正的立法職能（私法的確立）和政府的治理（公法的頒布）兩種截然不同的任務賦予了同一個代議機構，由此導致議會的行為脫離正當行為規則的約束。因為民主選舉產生的議員，必然會為了討好選民而主要關注如何滿足特定利益，而不是沒有特定目的的私法的頒布，即使後者在形式上有所體現，議會就某個具體問題所作的任何決定，也會自動地使它所違反的任何先已存在的私法規則失去效力。

作者在此特別提到哈耶克晚期的憲政思想已經不滿足於對大陸式的人民民主理論的批判，而是進一步批判英美立憲民主制。這一轉變突出體現在哈耶克對古典分權學說的重新解釋。哈耶克認為，分權的真正要義在於政府的每一項強制行為都必須得到某項普遍的正當行為規則的授權，而這種普遍的正當行為規則則是由一個並不關注特定目的的機構所頒布的。如果我們把議會針對政府治理所作的命令也稱為「法律」的話，那麼這種「立法」就不是分權理論所意指的那種立法。可見即使是當今英美的立憲民主也沒有真正實現分權。基於這種對西方

民主體制的批判，為了保障私法的實施和分權理想的實現，哈耶克着力於構建一個新的憲法模式，其核心的制度安排在於實現民主權力的分立，即規定兩個獨立不同的議會分別負責私法的頒布和公法的制訂，前者稱為純粹立法議會，後者則是政府治理議會。政府治理議會所發布的任何帶有強制性的命令，都必須符合前者所頒布的正當行為規則的要求。此外，哈耶克還專門設置憲法法院用以解決兩個議會之間的權力糾紛。在哈耶克的憲法模式中，其他制度安排基本上沿襲當今西方的憲政制度，如保留狹義上的政府（即政府治理議會的執行機構）和行政官僚機構。據此作者把哈耶克的憲法模式總結為「三權五層的權力架構」，其中立法、行政和司法實現了三權分立，而憲法、純粹立法議會、政府治理議會、狹義上的政府和行政官僚機構構成權力譜系上的第一至五層。經由憲法新模式的提出，哈耶克最終完成了把政治問題提升為法律問題的過程。當然，哈耶克的憲法模式在具體設計上不無烏托邦性質，但是作者強調這種模式為自由主義在現代社會中的制度發展提供了一種新的可能性，因此具有深刻的啟示意義。

最後，作者從現代自由主義面臨的困境以及其他重要思想家所給予的應對來理解哈耶克的法律與憲政思想。自由主義的困境來源於所謂的「伯林問題」，即自由主義價值的一元性和多元性的衝突問題。在

簡要考察了伯林 (Isaiah Berlin)、施特勞斯 (Leo Strauss)、施密特 (Carl Schmitt) 和羅爾斯 (John Rawls) 等思想家的相關論述後，作者指出，哈耶克通過把政治問題轉換成法律問題，認為自由主義的危機乃在於公法對私法的壓制，從而在根本上消解了所謂的一元和多元相衝突的問題，並由此提示了一條經由憲政改革來挽救自由主義危機的獨特進路。

在《法律秩序與自由正義》一書中，作者以邏輯嚴謹的文字對哈耶克法律與憲政思想進行了全面深入的闡釋，提出了很多富有價值的見解，推進了國內學界對哈耶克思想的研究，這些長處不一而足。不過在通讀該書之後，筆者感到作者的闡述基本上是停留在為哈耶克作辯護，缺乏必要的批判性。就哈耶克晚期的法律與憲政思想而言，正如作者理解的那樣，其本質特徵乃在於把政治問題提升為法律問題。但是這種獨特進路是否簡單化了現實中法律與政治之間的複雜關係？是否有可能導致法律對政治的宰制？普通法的法治國理論是否真的已經成功解決了大陸法與普通法在當今時代的整合？這些問題無疑需要認真思考。

哈耶克根據他的法律理論，認為只要把正當行為規則的頒布職能賦予一個獨立的議會，就可以解決當今西方民主制度走向無限權力的弊病，這種觀點雖然獨特，卻可能忽視了政治生活的複雜性。我們可以想像純粹立法議會由於只負責普

遍性規則的頒布而免受特殊利益的影響，但是這依然不能保證其中的議員在民主程序中一定能按照自己心中關於何為正義的看法來決定正當行為規則的產生。公共選擇理論已經證明在民主投票的規則下，那些擺脫了特殊利益影響的法官仍可能會基於對不同案件的偏好順序相互進行交易，以換取自己最關注的某類案件能夠按自己的意見判決。從這個角度看，把哈耶克與布坎南 (James M. Buchanan) 對憲法層次改革所持的理由進行對照很有意義，前者關心的是在兩個不同的民主代議機構之間進行職能分配以實現私法之治，後者關注的是不同的民主規則本身所導致的不同結果這一事實所具有的意義。哈耶克對分權學說乃在於實施正當行為規則的闡釋，也偏離了古典思想家所要表達的政治智慧。實際上洛克 (John Locke) 尤其是孟德斯鳩 (Charles Montesquieu) 和聯邦黨人的分權理論包含了豐富的內容，其中權力間的制衡原則與分權原則同樣重要。因此分權理論並不像哈耶克理解的那樣要求立法與行政的絕對分開。在立法機構與行政機構之間實行權力的適當混合，反而有助保持權力結構穩定和維護政治自由。然而哈耶克憲法模式中的制度安排只注重權力的純粹分立，由此可能導致該憲政安排在政治實踐中的不穩定性，也就難以實現真正的法治。此外，哈耶克的普通法的法治國理論在整合大陸法與普通法方面也並非沒有可商榷之處。在哈耶克憲法模

哈耶克對分權學說乃在於實施正當行為規則的闡釋，偏離了古典思想家所要表達的政治智慧。實際上在孟德斯鳩和聯邦黨人的分權理論中，權力間的制衡原則與分權原則同樣重要。因此分權理論並不像哈耶克理解的那樣要求立法與行政的絕對分開。在立法機構與行政機構之間實行權力的適當混合，反而有助保持權力結構穩定和維護政治自由。

式裏，純粹立法議會擔當着正當行為規則的修改和頒布，但是普通法本身的一大特徵是法官在普通法的司法程序下來發現法律。因此哈耶克的普通法似乎缺少對程序的關注，甚至從純粹立法議會還隱約看

到大陸式的立法理性的影子。對於這些問題，我們當然不能苛求作者一一給出完滿解釋，最少作者的努力有助於我們對哈耶克思想進行更為深入的探究，尤其能讓我們更加審慎地面對其中提示的重要問題。

武鬥的結束 懷疑的開始

● 徐友漁

唐少傑這本書題為《一葉知秋——清華大學1968年「百日大武鬥」》，從時間維度立意，說的是百日大武鬥預示了文革中整個紅衛兵造反運動的衰落。其實，此書的內容也是空間上的濃縮，論述了這場運動的全面情況。用毛澤東時代常用的政治術語來說，就是「解剖麻雀」。「麻雀雖小，肝膽俱全」，從清華可以看到全國。



唐少傑：《一葉知秋——清華大學1968年「百日大武鬥」》（香港：中文大學出版社，2003）。

唐少傑這本書的題目是《一葉知秋——清華大學1968年「百日大武鬥」》，從時間維度立意，說的是

清華大學1968年百日大武鬥預示了文革中整個紅衛兵造反運動的衰落。其實，此書的內容也是空間上的濃縮，論述了這場運動的全面情況。用毛澤東時代常用的、由毛澤東本人提出的政治術語來說，就是「解剖麻雀」。「麻雀雖小，肝膽俱全」，從清華可以看到全國。不過，當我們這些親歷過文革的人想到威震全國的「清華井岡山」和聲名赫赫的「蒯司令」時，一定不想用麻雀這個意象。清華大學的造反派紅衛兵是虎，有威有勢，是毛澤東放出來咬劉少奇等人的猛虎；但另一方面，它又是毛澤東手中的提線木偶，毛的念頭一轉，一聲令下，「清華井岡山」和「蒯司令」這樣的龐然大物就頃刻瓦解、立即覆滅。

這本書以理性的口氣和分析的方法講述了一個悲劇，這遠遠不止是清華人的悲劇，它是文革這幕大悲劇的縮影。