

哈耶克与普通法 :我们如何选择 ?

刘海波

作为一个宪政理论的研究者,普通法司法制度是我感到最值得研究也最令人困惑的。

后发展的国家,实行普通法系的,其建立的民主体制就比较稳定,民主体制运行的经济和其他后果也比较良好,这已是明显的事实。美国宪法规定了联邦主义与全国性政府的三权分立,《联邦党人文集》只以较小的篇幅讨论了司法制度,且主要是针对实行联邦制(美国或现代意义上的)所带来的特殊问题。但是这不一定意味着司法制度对于宪政不够重要,很可能它是宪政制度安排中最基础的。美国立宪者们的制度创新是建立在普通法的制度土壤上的,宪法本身就是普通法律师起草的。司法至上、通过法院判例发展宪法权利、保持陪审团制度是美国政治制度的根本特征。缺乏这些根本特征可能是那些模仿美国联邦主义和民主的国家在制度上出现失败的原因。哈耶克告诉我们:“因此,令十八世纪其他欧洲国家的人民羡慕不已的英国人所享有的那种自由,并不像英国人自己最先相信并在后来由孟德斯鸠告诉全世界的那样,原本是立法机关与行政机关进行分权的产物,而毋宁是这样一个事实的结果,即支配法院审判的法律乃是普通法,亦即一种独立于任何个人意志、而且既约束独立的法院又为这些法院所发展的法律……在英国,法律是由那些独立于指导和支配政府的权力——亦即那个被错误地称之为‘立法机关’的机构所具有的权力——的法院决定的”。(哈耶克:《法律、立法与自由》第一卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000版,第131~132页)

针对这样一个问题,我们是否可以概括出什么是普通法司法制度,或者说是对本来就重视程序的普通法具有元程序意义的制度,从而在宪法层次上进行深

思熟虑的司法制度安排呢?如果能,它是什么?这是最令人困惑的。普通法是各种在英国偶然形成的历史因素的产物;普通法具体规则是长期演进的结果,它出于无数人之手,好像是自然长成的。我接触到的普通法的著作,要么是法律史的叙述(如梅因、密尔松);要么是在普通法法官视角下提出的如何审判案件的理论与原则(如霍姆斯、卡多佐、丹宁勋爵、波斯纳);要么是具体的普通法判例(浩如烟海,且每一判例都有具体的背景)。要回答上述问题,需要的却是一种一般理论。一般理论才有希望回答这样一个问题:普通法司法过程和通过判例累积形成的实在的规则体系,如果具有某些特别良好的特性,其原因何在?其能发挥良好作用的一般条件是什么?只要这样,我们才能做到通过有意识的宪法安排设定这些条件,甚至能够改进现存的普通法司法之基础制度条件的不足之处。

但是,这一问题具有高度的复杂性,它关系到一种社会理论:重构一种规则秩序,即在隐含的元程序条件下,阐明司法过程中形成的判决和规则体系的一般特征。这一重构,同理论经济学类似,是建立在秩序中的个体行动者,如法律人的内在视角基础上的。但在个体行动者的自我理解中,他却不是一个目的追求者,即工具理性意义上的理性人,而是一个规则的遵循者和探究者,是价值理性意义上的理性人。因此这种社会理论,不是作为经济学之一个分支的法学,而是经济学作为法学的一个部分的法学。个体行动所形成的秩序,也不是我们通常在经济学中所讲的市场秩序,而是一种规则秩序,不是用商品的价格变化对其进行例证的说明,而是用规则的变化对其说明。这种社会理论,较之经济学具有更高度的抽象性,并且当然它也不是寻找规则之社会因素的所谓“法律社会学”。另外,这一问题关系到政治哲学,从苏格拉底和色拉马叙斯开始的客观正义的信奉者和法律实证主义者之间的争论。一种适当的社会秩序,不仅仅是一个经济学或伦理学的问题,如哈耶克所说的,这是一个唯有当成一个整体加以研究才能够成功得到认识的问题。(同上,第7页)

看了上段的叙述,对哈耶克的理论生涯有所了解的人们可能会说,哈耶克大概是上个世纪最适于回答上述问题的人。哈耶克一开始就是在法律学习的背景下研究经济学的,后来他激烈反对经济学和法学的分离,并抱怨为没有法律背景的学生讲授经济学的困难。哈耶克是上个世纪极少有的百科全书式的学者,年轻的时候就是当时最著名的理论经济学家,晚年则创立了一种独特的和极为精深的法理学,这集中体现在《法律、立法与自由》一书中。在我看来,对我们上面问题的回答,哈耶克已经作出了艰苦卓绝的努力,并且,不同于历史学者和普通法法官的零散的和直觉性的洞见,哈耶克给出了系统的理论性答案。在哈耶克的基础上,发展一种真正的法的社会理论,在立宪中司法制度的建立上突破传统三权分立理论的视野,可能是我们具备一种宪政理论消化英美经验而不是模仿其表

面制度的一个途径。

值得注意的是,哈耶克的法治观在他一生中有从法典法到普通法法治观的重大转换,对此我国学者邓正来已撰有长文进行讨论。

在《通向奴役的道路》中,哈耶克说:“法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规章的约束——这种规章使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力,和根据这种了解计划他自己的个人事物”。(哈耶克《通向奴役的道路》,滕维藻、朱宗风译,商务印书馆1962,第71页)一项行动是否属于专断,取决于该项行动是否符合既已存在的一般性法律原则。已存在的法律如果没有规定,就不能进行惩罚。宪法是根本大法,必须规定一般性原则,调整和支配立法机构通过的法规法令;宪法与常规法律间的根本区别,类似于一般性法律与法院将它们适用于某个具体案件之间的区别。(哈耶克《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997版,第12章)这种法治观,是今天中国许多学者具有的。

在《法律、立法与自由》中,哈耶克发展了一种法的社会理论,在该书第一卷第6章《内部规则:自由的法律》,哈耶克运用他卓越的抽象模式建构能力,勾勒了从司法过程中生成的法律必然具有的那些属性,这可能是我见到对普通法司法制度最杰出的理论性辩护。哈耶克说,笛卡儿式观点或几何式的法律观认为,所有的法律规则都是从明确的前提中推导出来的,但即使从这种法律观所宣称的,要使司法判决更具预测性这个直接的目标来看,它也是注定要失败的。他认同伟大的普通法法官从司法过程中产生的洞见,如霍姆斯所言:“法律的生命向来不是逻辑,而是经验”。(哈耶克《法律、立法与自由》第一卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000版,第167~168页)霍姆斯的另一句话:“一般性法律命题并不裁定具体案件”,和上句话说的是同一个意思,但在《自由秩序原理》中受到哈耶克的负面评价。哈耶克认为“法无明文不为罪”,未必就是法治的一部分,只要该论式中的“法”所指的只是立法者所颁布的成文规则,而不是意指那些一经形诸于文字其约束力即刻便会得到普遍认可的规则。具有典型意义的是,英国的普通法从未在法律只是立法者所颁布的成文规则的意义上接受过“法无明文不为罪”这一原则,而始终是在法律是那些一经形诸于文字便会得到普遍认可的规则的意义上接受这一原则的。(同上,第182页)对宪法,哈耶克认为是一种上层构架,目的在于用组织的手段实施先行存在的法律系统,是纯粹形式意义的法律,不能视作其他法律的渊源。(同上,第211~213页)实际上,哈耶克提出的新宪法模式是这个意义上的宪法,是纯粹形式的建构。

我们上面对哈耶克法治观的理解,是以法律人和当事者的自我理解为基础,通过预设一系列条件,重构出一种司法过程,即普通法司法过程,从而理解此种



司法过程所产生的规则体系的一般特点。这些理解过程就构成了我们在一种宪法模式下对特定司法制度进行选择论证,并且我们还可以在宪法中安排对这种自发生成的法律的校正机制。这样我们就获得了普通司法的宪法程序含义。这一宪法程序在宪法规则中甚至要比混合政体、联邦主义更为基础。它是人类社会权利体系的生成性程序,使得我们在不必(也根本不可能)回答什么是正义的情况下,事实上拥有逐渐

逼近正义的法律。但是需要注意的是,我们并没有对制度选择的判断基础进行理性的证明,预设条件和特定司法过程之间的关系服从因果律,是标准的政治科学研究的对象,但具体的制度选择是没有可经理性清晰说明的原因,它不从属于因果律。虽然哈耶克本人没有给自己的理论做这样清晰的说明,但这样一来,哈耶克创建一种宪法模式便是自然而然的事情,尽管他当然也对其中的具体设计进行批评。

有些人喜欢从文化演进观的角度理解哈耶克。解析文化的演进过程既不预设条件,也离开了演进中人的自我理解。这样做的结果,是不仅否认了包括哈耶克宪法模式在内的,一切有意识的制度选择的努力,而且视一切现存的规则都是普通法,都具有因为存在所以具有的优良特征。不幸,上面这个观点选择“不作为”的理由却是完全理性的解析,因此便成了哈耶克所说的建构论唯理主义,而且似乎是无可救药的。由于这个原因,我认为哈耶克本人特别是其在《致命的自负》一书的某些关于自发的规则的观点,不必太重视,有些表述已和历史主义社会学观点离得不远。斯特劳斯在《自然权利与历史》中批评现代的思想人物霍布斯、洛克、卢梭和伯克。哈耶克始终对伯克推崇备至,晚年已对洛克不以为然。斯特劳斯的伯克批评对哈耶克也是适用的,可以适用于上段讲的哈耶克的文化演进观点。看来伟大的政治活动家和政治科学家,在论及政治哲学的基本问题时,也会犯一些在哲学理论层面被反驳为自相矛盾的错误。

我所提出的对哈耶克思想的理解角度,似乎是中国读者对哈耶克思想比较忽视的一面。我觉得与《哈耶克传》差不多同时期出版的《自然权利与历史》论伯克的那一章,和哈耶克是相关的,所以建议大家同时读读。也许将来会出现对哈耶克的类似攻击。我认为这部分攻击是成立和可以接受的,但我同时认为,哈耶克仍然是上个世纪最伟大的政治科学家。