

令人生疑的哈耶克法律理论

黄金荣

摘要：由于哈耶克的法律理论是完全为他关于自由的社会理论服务的，所以它既显得独树一帜，又有些极端。他提出的关于传统可以自发演化出保证自由的法律的理论自身具有许多不可克服的矛盾；并且这种理论也并不具有普遍的适用性，对于像中国这样的转型国家更谈不上有理论说服力。哈耶克提出的法律三个特征实际上将法律与道德禁忌等同起来了，完全经不起实证的分析。另外，哈耶克提出的对分析实证主义法学的批判也完全是一种自然法式的批判，因此也不可能对分析实证主义法学构成实质性威胁。

关键词：哈耶克 法律 自由 实证主义法学

哈耶克作为一个自由主义理论家，其在西方的影响力虽然远不及罗尔斯，但是作为一个坚持不懈极力反对计划经济的社会理论家，他却因为证明了计划经济的不可行性而获得了广泛的声誉。苏联的解体、东欧的巨变使得他那本早在 1944 年就出版的《通往奴役之路》成了一种先知般的预言，西方所谓“福利国家”开始面临的种种社会问题和绝大多数计划经济国家向市场经济的转型也似乎一再验证了哈耶克的理论断言：只有自生自发秩序才能既保证个人的自由又保证经济的效率，而以计划经济为典型表现的建构论理性主义却根本只是一种“致命的自负”，最终必然只能导致“通往奴役之路”。为此哈耶克的社会理论从各个角度出发竭力维护能够保证个人自由和社会进步的“私域”的重要性，极力排斥国家权力对这一“确获保障的自由领域”的干预。哈耶克的法律理论既是建立在这种自由主义的社会理论基础上的，同时也完全是为这种自由理论主张提供进一步论证。¹但是也正是这种强烈的目的性，使得哈耶克的法律理论既显得独树一帜，又不免让人感到有些极端。本文并不想对哈耶克法律理论作一个全面的评述，本文只对其法律理论中的几个问题提出自己的一点疑问。

一、传统就能演化出自由的法律？

哈耶克从其关于自由的社会理论出发，坚持在法律与立法二元划分的基础上使用法律的概念。哈耶克将社会秩序划分为内部秩序和外部秩序，内部秩序是一种自生自发的社会秩序，而外部秩序则是一种人为建构的秩序，也可以称为一种“组织”或“人造的秩序”。与这两种秩序相适应的是两类截然不同的规则：内部秩序中适用的是内部规则，哈耶克称之为“自由的法律”，外部秩序适用的是外部规则，哈耶克称之为“立法的法律”。内部规则就是哈耶克推崇的真正的法律，因为只有它才是最终保证自由的法律；这种法律就像语言、货币、习俗和惯例一样是社会逐步进化的产物。那么这种进化的法律就一定是能够保证是自由的法律吗？哈耶克总的来说对此深信不疑，根据他的道德和文化的进化观，他认为在进化的过程中，通过不同群体之间的规则的竞争，只有适合社会发展的规则才能生存下来，因此他非常相信遵守传统对

自由的重大意义。“一个成功的自由社会，在很大程度上将永远是一个与传统紧密相连并受传统制约的社会”，这是因为传统这种“历经数代人的实践和尝试而达致的成就，包含着超过了任何个人所能拥有的丰富经验。”²

哈耶克之所以如此推崇传统就在于它蕴含着自然演化而致的一般性规则（即内在规则），这种一般性规则在哈耶克看来是自由得以存在的必要条件，并且是有助于自生自发秩序形成的必要和充分条件。³按照哈耶克的逻辑推理，传统的演化必然会产生一般性规则，只要人们尊重传统，遵守一般规则，自生自发秩序也就会自然形成；自由的市场经济就是这样的一种自生自发秩序，它能实现经济效率与自由的有机统一。在法律上，保证自由和经济效率的条件就是要确保人们能够按照自然形成的一般规则（即哈耶克认为的真正的“法律”）追求自己的目的，国家的作用就是以外部规则（即立法）来保障内部规则（即一般规则）的实施，而不是以立法来取代法律，对哈耶克而言，权力“统治”“仅意味着一般性规则的实施，即不考虑特定情形且须平等适用于所有的人的一般性规则的实施”。⁴只要做到这一点，保证自由的法治就在其中矣。

对哈耶克这一系列的逻辑推理过程，曾被哈耶克视为学术知音的约翰·格雷对此提出了强烈的质疑⁵。他首先提出的一个问题是，“自生自发秩序的思想本身就包含着自由的内容吗？”⁶格雷的回答是否定的，他认为哈耶克通常都是在“价值无涉”的意义上用“自生自发秩序”来称谓和解释所有非设计的、相对稳定的自我调节系统的，既然如此，“自生自发秩序”结果就既可能是好的，也可能是不好的，既可能导向自由，也可能走向专制，因为无论黑社会组织还是市场经济都可以说是一种“自生自发秩序”。但是哈耶克在用“自生自发秩序”来描述法律和市场秩序的产生时，显然不仅只是进行一种实证的描述，这种描述还带有一种强烈的规范性内容（normative content）：自生自发的市场秩序由于能够充分利用默会知识，一般规则能够得到遵守，因而效率和自由都是有保障的。这样本来有可能好也可能坏的自生自发秩序就变成只要是自生自发秩序就都是好的了。

由于哈耶克总是将自由经济的自生自发性秩序视为传统本身自然演化的结果，所以传统也成了自由的有力保障。但是格雷指出，哈耶克“完全没有理解自由市场会怎样弱化自由文化中的社会凝聚力”，没有看到“自由市场改变甚至颠覆传统”的一面。⁷哈耶克将传统视为保护自由的深厚土壤，但是他却没有看到，恰恰是市场经济的力量正在迅速瓦解一个社会的传统，没有看到市场经济和传统并不是一定是相容的；不仅如此，在市场经济的条件下，自由与传统也经常发生冲突，例如，现代妇女的经济解放对于保存传统的家庭却是非常不利的。哈耶克将传统视为经历长期自然选择的珍贵知识宝库，因此认为传统也是实现经济效率的保证。但是现实却往往是许多市场经济恰恰是在无视社会传统的基础上发展起来的；并且在全球化背景下，在传统职业和生活方式迅速消失和更新的情况下，传统的默会知识对于人们经济生活的指导作用只会日渐式微，许多人也因此在现代社会的面前感到无所适从。更进一步说，“如果一个社会的传统是一个敌视自由市场出现的传统会怎么样？如果有些社会的传统是社会主义传统又会如何？”⁸哈耶克对此类问题却根本没有加以考虑。

哈耶克将市场经济看作是一个自生自发的秩序，很自然也就将维系市场经济运行的法律规则也视为是一个自然的演化过程。哈耶克对这种观点的自信主要来自于对英国的市场经济和普通法法治传统形成过程的考察。在哈耶克眼中，英国的社会传统似乎确实自然演化出了理想

的市场经济和法律秩序，所以得出应该对传统加以积极维护的结论。但是即使是这一点，格雷也认为这是哈耶克对资本主义原生过程产生错误理解所致，他认为实际情况是，19世纪英国的自由市场是国会专制主义的产物，是通过强权政府通过法令建构出来的。⁹另外一方面，哈耶克所奉行的“政府管得越少越好”的古典教条早已被现代的市场经济发展所抛弃，国家使用包括法律在内的手段适当干预市场经济已经被视为保障市场经济发展一个必不可少的途径。进一步说，即使哈耶克的观点适用于对英国市场经济和法治发展过程的描绘，这种单一的实践也不足以成为放之四海而皆准的模式。这种模式对苏格兰不适用，对欧洲大陆国家也不适用，对于包括土耳其在内的许多亚洲国家更不适用，虽然它们都同样实行市场经济。

不可否认，哈耶克的理论在证明计划经济不可行这一点上极具说服力，但是如果将其用来说明在中国这样的转型国家进行的市场经济和法治建设问题就会很令人困惑。哈耶克让我们看到了自生自发秩序对于实现社会进步和自由所具有的巨大魅力，但是让我们到哪里去寻找其赖以演化的自由的传统呢？中国古代的传统社会孕育的是自然经济和专制法律，计划经济体制时代的传统横行的是哈耶克所厌恶的权力经济和公法吞噬私法现象，这里不仅找不到哈耶克理想的、能保障自由的法律影子，而且连那些传统本身也都因为被视为社会进步的障碍而成为改造的对象。如果说哈耶克的理论试图说明传统会逐步自然演化出美妙的市场经济和法治，那么我们现在不得不做的却是试图培育这种美妙的市场经济和法治社会，从而最终形成能够保证我们自由和经济发展的新的传统。

二、法律就等同于道德禁忌？

哈耶克已经告诉我们什么是真正的保障自由的法律，这个法律就是那些在自生自发秩序中形成的、实际为人们所遵守的内在规则。但是这种内在规则具有什么样不同于外在规则的特征呢？哈耶克总结出了内部规则的三个特征：第一个特征是抽象性。即它们所涉及的对象是非特定的人和物，指向的是不特定情形。第二个特征是目的独立性。即内部规则不指向任何特定的目的，而只是服务于或有助于人们在尽可能的范围内追求不尽相同的个人目的，哈耶克将具有这种目的独立性的内部规则也称之为“正当行为规则”；第三个特征是否定性。“正当行为规则一般都是对不正当行为的禁令”，¹⁰因此其规则的表现形式总是“禁止……”。就是说内部规则不告诉你必须或应当做什么，而只是从否定性的角度告诉你绝对不能做什么；内部规则只是给你划定你可以追求自己目的的行为边界，保障你“确获保障的领域”。

但是哈耶克对内部规则的三个区别于外部规则的特征是很成问题的。首先，既然作为规则，无论内部规则还是外部规则，都应该具有一定程度的抽象性。我们可以设想存在一条对于哈耶克来说是典型的外部规则：“纳税人未按照规定的期限办理纳税申报的，由税务机关责令限期改正，可以处以2000元以下的罚款”。对所有的纳税人而言，“按照规定的期限办理纳税申报”都是适用的，即使对于立法者本身也是如此，因此其抽象性并没有疑问；但是哈耶克认为，外部规则是一种“组织规则”，“有着这样一个显著的特征，即它们必定是履行组织所分派的任务的规则”，¹¹因此哈耶克似乎将外部规则仅仅限于“由税务机关责令限期改正，可以处以2000元以下的罚款”这条“命令”上，但是他显然没有看到上述法律中实际也包含着“纳税人应该按照规定的期限办理纳税申报”这个对普通公民的行为规范，因此哈耶克所谓的

外部规则也仅仅只是对政府职员命令的说法并不符合事实。事实上，大部分外部规则（公法规则¹²）都既包含着调整公民行为的规范内容也包含着调整政府行为规范的内容。

其次，依照哈耶克的思路，所谓的“目的独立性”也只为内部规则所具有，因为作为组织规则的外部规则必然具有很强的目的性。如果按照哈耶克将公法规则仅仅理解为政府内部的组织命令的观点，这似乎还有点道理；但是很显然哈耶克对公法规则的理解过于狭隘，以至于忽视了公法规则中不仅存在调整公民行为的规范部分而且公法规则还包含着大量限制权力行使的规则这个事实。对于外部规则（公法）中存在的调整公民行为的规则如“禁止闯红灯”与被哈耶克视为内部规则的“禁止偷窃他人的财产”规则，不知道将两者分别视为具有“目的依附性”和“目的独立性”的特征其根据究竟在哪里？更重要的是，与其他两个特征不同，“目的独立性”特征并不是一个形式性特征，这使得对一条规则目的的判断必然具有不可避免的主观性。第三个特征“否定性”最具有新意，它几乎排除了我们通常意义上的权利性规则的内在规则特性。但是这个特征也同样是成问题的，因为法律规则中除了禁止性规则外还必然存在规定积极义务的规则。“禁止杀人”、“禁止偷窃”固然构成内在规则，“欠债还钱”，“故意损坏他人财产应该赔偿”难道就不是内在规则？对这一点，哈耶克在《法律、立法与自由》第二卷的一节小标题对此作了说明，“正当行为规则保护的只是物权领域而不是市场价值”，¹³但让人不解的是，对债权领域难道正当行为规则就不提供保护了？

哈耶克试图用上述三个特征来描绘内部规则并没有取得成功，很显然，以此来区分内部规则与外部规则的不同也必然是徒劳的。对这一点连他自己最后也不得不承认，“立法机构通过一项制定法（即外部规则）也许会具有一项内部规则所具有的全部属性，而且，如果一项制定法刻意仿效内部规则，那么它就极有可能会具备这些属性。”¹⁴不仅如此，哈耶克关于法律就是所谓内部规则的论断导致一个极为重要的问题：那就是如何区别法律与道德的不同？按照哈耶克关于法律产生的自生自发性、法律实际得到遵守性以及内部规则的三个特征，我们倒是觉得他对内部规则的描绘更符合道德规则的特征；如果他直接将他的内部规则称为道德规则，那么由此所产生的异议就会少得多。但是哈耶克仍然坚持不懈地声称这种内部规则是一种法律规则，同时又对法律和道德拒绝作出区别。当然，如果哈耶克由此认为法律与道德的区分无关紧要也就罢了，但是哈耶克一旦关注起自生自发法律的有效性时，他又不得不承认立法的必要性之一就是为有效地实施这种“正当行为规则”，那么怎么实施呢？哈耶克对此语焉不详，但是我们可以想象实施的方式必然表现为对违反禁止性规范的行为的制裁。由此可见，哈耶克的内部规则又不应该纯粹是道德规范，否则就不应该用国家的强制力进行制裁。那么他所说的内部规则又是什么呢？

如果按照现代关于法律规范的逻辑结构理论，法律规范逻辑上可分为行为模式、条件假设和后果归结三个部分，哈耶克的内部规则实际所指的只是法律规范逻辑结构中行为模式部分。如“禁止抢劫他人的财产，以暴力、威胁或者其他方法抢劫公私财物的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”这条我们通常意义上的法律规则，对哈耶克来说，内部规则实际上指的是“禁止抢劫他人的财产”这个行为模式，这个禁止性规定是自生自发产生的，但是“以暴力、威胁或者其他方法抢劫公私财物的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”的部分则是立法的产物，并且也是为了保障内部规则的有效性而刻意建构的。从上述分析可以看出，哈耶克的内部规则说到底只是我们通常所说的禁止性行为规范的行为模式部分，这就实

实际上把民法中大量存在的权利性规范和义务性规范（积极义务）都排除在外了，这不能不说与他自己将内部行为规则相当于私法规范的观点相矛盾。并且考虑到他将法律规范仅仅局限于自生自发的、并且是禁止性的规范，如“禁止杀人”，“禁止偷盗”这样的道德性禁忌，那么对于那些政府建构出来的新型行为规范如“禁止买卖文物”、“禁止私自制造枪支”也会被哈耶克排除在外。如果严格哈耶克的这种法律理论，不知道现代的法律（即使是私法）中还剩多少可以成为他心目中的法律？

三、又一种自然法学？

哈耶克法律理论所提出的法律概念经不起实证主义的检验，但是他对分析实证主义法学却穷追猛打，甚至不惜把他昔日的老师凯尔森当成纳粹帮凶进行攻击。哈耶克从反对建构理性主义的立场出发，坚决反对法律实证主义所持的“法律即主权者意志之产物”的观点，认为法律实证主义¹⁵所谓的法律始终是立法者意志之表示的断言根本就是谬误，因为它实际上无视正当行为规则与组织规则之间的巨大差别并且试图将它们同质化。根据哈耶克的法律与立法的二元观，他认为法律实证主义的观点只是适用于作为组织规则的公法，而不适用于作为正当行为规则的私法。并且正是因为“凯尔森之流”“把它们所持有的那种特定的法律定义宣称为唯一正当的法律定义”，“才使得纳粹的法律也被视作了法律”。¹⁶

从哈耶克关于法律二元论的法律观可以看出，他试图通过坚持公法和私法在产生方式和价值方面的异质性来维护作为正当行为规则的私法的自生自发性及其对自由的重要价值。然而哈耶克强调的这种区别固然重要，但是对于现实的法律生活来说，为人们提供一个关于“法律是什么”的统一概念也必不可少。就像我们知道法律中的许多分类如民法、刑法是什么固然重要，但是在许多时候，我们还是不得不回答作为一种区别于道德、乡规民约、门规帮规的规范类型，在一般意义上作为整体的法律究竟是什么；并且这种对统一法律概念的探求并不会妨碍在法律体系中对不同性质的法律类型的重大区别。哈耶克强调了所谓内在规则和外在规则（法律和立法）的根本不同，但是他非但无意建构一个关于法律的一般性的统一定义，反而极力反对实证主义法律寻求统一法律概念的努力，这不能不说是一种偏执。实证主义法学的态度则不同，它总是希望从实证的角度通过揭示作为统一概念的法律的特征来划定法律与道德、宗教规范等其他社会规则的界限，以此为法律确立一个统一的形式标准，从而为法学成为一门独立的学科奠定基础。无论奥斯丁认为的“法律是主权者的命令”，凯尔森关于“法律是以基础规范为基础的强制性规范秩序”的观点，还是哈特“法律是以承认规则为基础的第一性规则和第二性规则的结合”，无不体现了分析实证主义法学寻求统一说明法律概念的努力；同时正因为将法律作为一个统一的整体，奥斯丁和凯尔森都强调的法的强制性特征才可能很好地将法律与道德区别开来。但是哈耶克却一味地拒绝对内在规则中的法律和道德进行区别，这在法律现实生活中必然导致人们对他所称内在规则的实施机制产生这样的困惑：难道内在规则都必须以国家强制方式进行实施吗？但是事实上，即使是哈耶克所青睐的道德性禁忌也并不是都以国家强制的方式进行实施的，如对“禁止乱伦”这个道德禁忌在现代社会就是如此。

另外一个方面，从法律规则逻辑上至少应该是“行为模式”和“后果归结”的结合的角度看，哈耶克刻意割裂他所谓的“法律”和“立法”之间的有机联系也是不可取的。如前面的

例子中，“禁止抢劫他人的财产，以暴力、威胁或者其他方法抢劫公私财物的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金”这条规则，它实际上就是“法律”（即“禁止抢劫他人的财产”）和“立法”（即“以暴力、威胁或者其他方法抢劫公私财物的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金”）的结合。这种哈耶克意义上的“法律”和“立法”的相互联结性也从某种意义上说明，实证主义法学试图以立法统涉法律现象也至少是一种可行的方式。哈耶克之所以刻意坚持“法律”和“立法”的二元对立，其目的就在于担心一旦“法律就是立法者意志”，内在规则就会被外在规则侵蚀得干干净净，从而导致对个人的奴役和社会发展的停滞。尽管这种担心不一定就是多余的，但是实证主义也并不会否认公法和私法的重大区别，并且无论奥斯丁还是凯尔森也都没有否认习惯法的法律性质。这就是说，虽然哈耶克的法律理论不容许法律实证主义染指内在规则领域，但是法律实证主义主张的以国家立法为基础的规范秩序却仍然能够为哈耶克偏爱的内在法律规则提供了足够的生存空间。

但是尽管如此，法律实证主义并不保证同样作为立法者意志表现的私法必然体现哈耶克主张的自生自发产生的内在规则。这倒绝对不是因为像凯尔森那样的法律实证主义者反对这样做，并且从个人的情感和价值角度，我们也完全有理由相信，凯尔森必然会赞同私法规范应该充分反映一个社会的道德规范和习惯这种观点；凯尔森这样的实证主义法学者只是认为这不应该是实证主义法学研究的对象，因为这涉及到“法律应该是什么的问题”。对于这种价值问题，在凯尔森看来这是一个政治问题或道德问题，因此并不是实证主义法学所关注的对象，用凯尔森的话来说，法学“这一科学的唯一目的在于认识法律而不在于形成法律”，¹⁷而对来源于立法的私法规范是否符合内在规则的问题恰恰是个“形成法律”的问题。对于实证主义法学的这种主张，哈耶克当然表示非常不满，他于是攻击凯尔森将法律规范的“存在”本身当成“有效”。在哈耶克看来，作为立法产物的规则如果不符合内在规则，除非完全依靠强制否则必然不能获得人们的自觉遵守，因此规则“存在”完全不一定“有效”。但是对凯尔森而言，一条规则只要符合关于法律的形式特征就是法，不管其善恶与否都是“有效”的规则，至于事实上是否得到了人们的遵守，那是法律的“实效”问题，在凯尔森看来，法律的“实效”问题应该是社会学研究的问题而不是纯粹法学关注的对象。

哈耶克发现，以凯尔森为代表的法律实证主义者只关心法律的形式问题，而不关心法律的实质内容，因此如果按照凯尔森的观点，“每一种法律秩序，甚至包括权力机构拥有完全不受约束之权力的那种法律秩序，都是法治的一个实例”。¹⁸这对哈耶克来说是绝对不能容忍的。哈耶克认为，法治不是一种关注法律是什么的规则，而是一种关注法律应当是什么的规则，法治的含义要求所有的法律符合一定的原则，亦即一种“元法律原则”或一种政治理想。哈耶克关于法治的观点并没有错，但问题是哈耶克在此没有认识到凯尔森的纯粹法律理论并不是一个关于“法治”的理论，它只是一种关于“法”的理论。这个区别非常重要，因为“法治”理论本身必然包含法律应当是什么的价值信念，但是纯粹法学的“法”的理论却只是说明“什么是现实存在的法或法律体系”问题，因此在凯尔森看来以此攻击实证主义法学就必然是一种政治性攻击。哈耶克对凯尔森和纯粹法学的批评实际上就是一种这样的道德或政治批判。尽管哈耶克不愿意使用“自然法”的标签，¹⁹但是显然采取的仍然是一种自然法的视角。从他坚持认为存在客观的内在规则以及它只能被发现而不能被制定的观点来看，他主张的自生自发的“法律”简直就是自然法的现代版本。

哈耶克根据这种自然法的立场，对法律实证主义的现实政治后果进行了激烈的道德和政治批判。哈耶克指责凯尔森的理论体系将国家与法律秩序等而视之，根据这种理论法治国变成了一个极端形式化的概念，成了所有国家的特性，甚至也成了专制国家的特性，他认为这种理论“打开了通往法西斯主义和布尔什维主义的国家意志的胜利大门”。²⁰抓住了法律实证主义对各种政府的法律保持价值中立这一点，哈耶克恨不得将导致纳粹政权的所有罪过都加在法律实证主义身上，但是他对导致纳粹暴行的欧洲排犹传统文化却不加任何反思，似乎这种文化由于具有自生自发性的美德就可以免责似的。我们暂且抛开这些不论，哈耶克这种秉持自然法立场而对法律实证主义的批评和攻击实际上也并不新鲜，这种批判平心而论也确实揭示了法律实证主义的理论局限，但是这种外在批判却永远不可能对法律实证主义构成致命性颠覆，因为一种理论的局限性和真理性总是一个问题的两个方面。并且事实上，理论的两面性对于自然法学本身也完全适用。自然法学从道德性的立场对实在法进行的评价也总是具有两面性，自然法学从纳粹政权的废墟上的重生并不必然代表自然法学立场的永远正确性。正像凯尔森所说的，“自然法学说在性质上有时是保守的，有时是改良的或革命的。它或者是为实在法辩护，宣称它和自然的、合理的或神圣的秩序相一致，一种断定的而不是证明的一致；或者就是怀疑实在法的效力，宣称它和一个预定的绝对物是抵触的。革命的自然法学说像保守的一样，并不关心对实在法、法律现实的认识，而只关心对它的维护和攻击，只关心政治的而非科学的任务。”²¹对具有自然法性质的哈耶克法律理论而言就是如此。他的有关法律和立法二元观如果用来反对法律至上主义或法律唯意志论，那或许可被视为是“正当的”、“正确的”理论，但是如果被用来为一种处于历史危机中的传统辩护，那么哈耶克就会与昔日主张“祖宗之法不可变”的清末保守派一样成为历史的笑柄，若此，哈耶克就真的不得不成为一个自己也极端厌恶的“保守主义者”了。²²

¹ 对哈耶克法律理论的全面介绍和梳理可以参见邓正来：《法律与立法的二元观：哈耶克法律理论的研究》，《中外法学》2000年第一期，以及邓正来：《哈耶克普通法治国的建构——哈耶克法律理论的再研究》，《中国社会科学评论》（香港）2002年第一卷第一期。

² [英]弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，上海三联书店1998年版，第71页。

³ 参见邓正来：《哈耶克的社会理论——〈自由秩序原理〉代译序》，载[英]弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，上海三联书店1998年版，第27页。

⁴ 同注2，第195页。

⁵ 约翰·格雷对哈耶克理论的批评可以参见John Gray: *Hayek on Liberty*, Third Edition, London: Routledge. 尤其是第6章和后记部分。国内对约翰·格雷批判哈耶克情况的介绍可参见韦森：《约翰·格雷对哈耶克的全面挑战》，《战略与管理》2000年第3期。

⁶ John Gray: *Hayek on Liberty*, Third Edition, London: Routledge.p119.

⁷ 同注6，p147.

⁸ 同注6，p153.

⁹ 同注6，p151.

¹⁰ [英]弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第二、三卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第55页。

¹¹ [英]弗里德里希·冯·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年版，第71页。

¹² 哈耶克认为正当行为规则（内部规则）与政府组织规则（外部规则）基本上分别相当于私法和公法，并且由于刑法规则存在自生自发性，故哈耶克将之归入私法的范畴。参见[英]弗里德里希·冯·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年版，第208和209页。

¹³ 同注解，第211页。

¹⁴同注 11, 第 202 页。

¹⁵一般来说, 法律实证主义包括分析实证主义和社会实证主义, 但哈耶克所称的法律实证主义实际上只是分析实证主义。

¹⁶同注 10, 第 85 页。

¹⁷[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》, 沈宗灵译, 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 II 页。

¹⁸同注 10, 第 76 页。

¹⁹哈耶克将“自然法”称为是一个“极具误导性的标签”。参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第二、三卷), 邓正来等译, 中国大百科全书出版社 2000 年版, 第 89 页。

²⁰同注 2, 第 301 页。

²¹同注 17, 第 11 页。

²²哈耶克曾经为了摘掉人们按在他头上的“保守主义者”这项帽子而专门进行了辩护, 在《自由秩序原理》一书的跋文中专门回答了“我为什么不是一个保守主义者”这个问题, 参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》, 邓正来译, 上海三联书店 1998 年版, 第 187-206 页。

作者简介: 黄金荣, 浙江大学法学院讲师, 中国社会科学院法理学博士研究生

通讯地址: 北京 8527 信箱 2001 博士 1 班黄金荣 100102
email: huangjr127@sina.com