

亚当·斯密的法理思想：从个人伦理导向社会协调

陈卫国

内容提要：在斯密的法理思想中，法律权利是一种完全权利，意味着有名义强求他人显现出某种美德。基于人的本性，法律不强求“仁”，也不拒绝承认“智”，但应该保证“义”，同时“义”也因守法而显。由此，法律顺应个体诉求，促使其约束力内化于人心，并能导向社会的整体协调。时至今日，斯密的法理思想仍然既有助于理解英美法的哲学理据，也在一定程度上具有启发中国法律构建思路的意义。在斯密法理思想的参照下，可以发现中国向市场化转型的过程中存在着的根本性的问题：对个体生产创造加以有效保护和促进的力度、深度和广度不足，引导市场参与者在法律框架下解决对私及对公权益纠纷的激励手段不足。

关键词：亚当·斯密 仁智义三美德 完全权利 个人伦理 社会协调

陈卫国，国际关系学院国际经济系副教授。

亚当·斯密(Adam Smith, 1723 ~ 90)尽管不以法理研究闻名，但他在这一领域同样深有思考并有着详细论述；而他建立在其经济哲学和伦理学之上的法理思想，直到今天，也仍然有助于对英格兰法律和以英格兰法律为基本渊源的整个英美法的全面理解，并进一步在哲学层面对中国经济转轨过程中的法律体系构建和顺利运行有着一定的启发。在总结和对照了斯密的法理思想之后可以发现，中国的政治、经济和法律体制中存在着两个根本性的问题：第一是，对社会成员自主创造和生产性活动的深层激励和保障不足；第二是，社会成员通过法律框架解决潜在权益冲突的习惯尤其是信心远远不足。这两个层面的同时完善，既是法治理念所自然要求的，也是中国社会的现代化转型需要逐步尝试的。仍然是在斯密法理思想的参照下，这两方面问题的根本成因以及相应的完善途径，都可以归结到：中国到底该如何结合自身传统与现代诉求，而把对个体美德的期望转化为法律要求。

一 斯密的学术身份和思想背景

斯密经常被人视作思想家、政治经济学的开创者、人之自利行为的鼓吹者和敏锐的社

会观察者。他是苏格兰人,29 岁时出任哥拉斯哥大学道德哲学教授。^[1] 作为哲学家的斯密,其思想的主体部分是包括经济学、伦理学和法学理论在内的道德哲学。^[2] 斯密的著作中,《国富论》(1776)主要讨论经济学,^[3] 主要讨论伦理学的则是《道德情操论》(1759/90)。^[4] 斯密之所以把他的伦理学著作称作“道德情操论”,是因为他把特别的感情视作对道德进行定位的认知能力;这和“知性派(intellectual school)”的观点不同。^[5] 更通俗地说,这种“情操论”所形成的,更多的是基于情感的道德观,或者叫“着重于感性的道德观”。情操论的道德哲学更直接着眼于人的细微情感,更强调获得好的心理感受而非以其他标准(典型如宗教戒条、科学理性或非科学迷信等)来衡量是非善恶。《国富论》和《道德情操论》这两部书应该算他最重要的作品。在法学理论方面,斯密生前并没有出版大部头的专门著作,但他的学生则记有相关课程的笔记;两百年后,哥拉斯哥大学组织专家学者,把这些笔记整理成书,并加上《法理讲义》的标题出版,^[6] 其内容则按年份分成甲乙两篇。该书是考察斯密法理思想的重要依据。斯密的法学理论并不是单纯其经济思想的推论,而是整体的道德哲学的有机部分;他的道德哲学又不是纯粹的推理,而是建立在对社会的精密观察之上。斯密法理思想的内核,必须要放置在他独特的道德哲学的框架之内,尤其是要和其伦理学联系起来,才能真正加以深入全面的理解。这就需要斯密的各种著述原文文本作出综合的细读,并结合探查相关的思想渊源。

斯密生活的年代和地点,即 18 世纪的不列颠,道德哲学正处于高峰,可以称得上群星闪耀。其中最耀眼的几颗都是苏格兰人,且跟斯密关系密切:^[7] 他的密友休谟(D. Hume)、老师哈奇逊(F. Hutcheson),较早的提拔者、休谟的远房亲戚凯姆斯勋爵(Lord Kames)。总体来说,斯密的包括了法学理论在内的道德哲学,有着对罗马法和英格兰法的深刻了解,有他自身的独特而有说服力的观察方法,也有着斯多葛哲学^[8] 以及 18 世纪苏格兰道德哲学的综合影响。斯密的道德哲学观中,尤其注重观察和体谅一个社会那些日常以至“庸俗”的诉求,而这正跟那时苏格兰哲学基于常识的思路相呼应。^[9] 斯密作为

[1] John Rae, *Life of Adam Smith* (London: Macmillan, 1895), ch. v.

[2] See generally, Knud Haakonssen (ed.), *The Cambridge Companion to Adam Smith* (Cambridge University Press, 2006).

[3] Adam Smith, *Wealth of Nations*, Glasgow edition (Oxford University Press, 1976). 后面引用的《国富论》译文,大体录自商务印书馆 1965 年版的郭大力、王亚南译本,但有的地方根据原文略有修改。另,这里引用的其他外文句段,除了特别注明外,都是作者的翻译,翻译的原则是尽量直译,意思不达之处尚希指正。

[4] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition, Glasgow edition (Oxford University Press, 1979). 后面所引用的《道德情操论》译文,大体录自商务印书馆 1997 年版的蒋自强等人的译本,但有的地方根据原文略有修改。

[5] L. A. Selby-Bigge (ed.), *British Moralists: Being Selections from Writers Principally of the Eighteenth Century* (Oxford: Clarendon Press, 1897), introduction, ss. 12 ~ 17.

[6] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, 1762 - 63 (LJA) & 1763 - 64 (?) (LJB), Glasgow edition (Oxford University Press, 1978). 这部《法理讲义》汇编的乙篇(LJB),此前曾经单独出版过(*Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms*, Edwin Cannan, ed., Clarendon Press, 1896),汉语中则有陈福生、陈振骅翻译的《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》,商务印书馆 1962 年版。

[7] See generally, John Rae, *Life of Adam Smith* (London: Macmillan, 1895), especially chapters iv-xx.

[8] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VII. ii. 1. 15 ff, pp. 272 ff; see Marcus Aurelius, *Meditations*, Francis Hutcheson (tr.), (Liberty Fund, 2008), p. 1742.

[9] L. A. Selby-Bigge (ed.), *British Moralists: Being Selections from Writers Principally of the Eighteenth Century* (Oxford: Clarendon Press, 1897), introduction, s. 5, pp. xvii-xviii; cf. s. 6, p. xix.

一个现实主义者,偏好“接地气”而非高玄的理论。当然,这不是说斯密的理论就是单薄的了;正相反,从后面的论述可以看出,如果拿音乐来比较的话,那大概能够说,斯密的整个道德哲学,其实是对位严谨、织体丰富、各旋律线相当清晰的复调乐曲,而“常识”则充当着这首曲子的通奏低音。

二 斯密法理思想的起点:伦理学与人的美德

(一) 斯密的人性观

斯密的人性观如何呢?斯密最广为人知的观点,应该是《国富论》和《道德情操论》中都曾提及的“看不见的手”;^[10] 这只手,让每个人的追逐自我利益的行为,最终有效地促进了社会的利益。这个在现代的经济和政治哲学中已经成为基本知识的理念,生动地描述了一个社会中所能自发形成的个体间的分工和有效合作。在这一描述中,实际上预设了人的“自我逐利”。确实,斯密明确而且似乎“乐于”承认人性的自利;在其道德哲学中,重要的用语之一就是“自爱(self-love)”。尽管斯密特别强调,在不同情境中,人的行为会有所不同,但他仍认可人之“常性(constant nature)”;^[11] 此种常性的一个方面就是自爱,^[12] 即人在本能上总是追求自身利益、以自我为首要的关注点的。^[13]

从斯密的描述看,他所称的自爱,或许也不妨用后来边沁(J. Bentham)和密尔(J. S. Mill)都曾经提到过的“自我关注(self-regarding)”或称“自顾”一词来表达;^[14] 相对而言,字面上“自我关注”比“自爱”包括的范围更广。用现在的术语说,这种自我关注甚至可能是生物通过基因而决定的本能。^[15] 这里姑且把斯密等人的这一观察,简称为“人的自顾本性说”。这个说法,在经济学上经常会用“经济人”(homo-oeconomicus)这一术语来加以讨论,^[16] 而该术语实际上是现代经济学理论的基本假设和出发点。确实,对于常人来说,人的自我关注固然会因为群体生活的需要或道德、信仰等的力量而得到相当程度的自愿抑制,却也不可能因此而消失。但,这是意味着人只关注自己么?

作为严肃的思想家,斯密鼓吹的并不是那种极端自利(egoism)。极端自利的结果通常是承认人可以丝毫不顾及他人的感受和反应。斯密既隐晦地把这种极端自利贬称为

[10] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), IV. i. 10, p. 184; Adam Smith, *Wealth of Nations* (Oxford University Press, 1976), IV. ii. 9 at p. 456, cf. I. ii. 2 at pp. 26–27.

[11] Peter Stein, Adam Smith's Jurisprudence-between Morality and Economics, 64 *Cornell Law Review* 621, 622 (1979).

[12] See Eugene Heath, Adam Smith and Self-interest, in C. J. Berry et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Adam Smith* (Oxford University Press, 2013), ch. 12, pp. 241–264.

[13] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VII. i. 4 & VII. ii. 1. 1 at p. 266, VII. ii. 1. 15 at p. 272, II. ii. 2. 1 at p. 82; cf. Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Barbeyrac edition (Liberty Fund, 2005), prolegomena to 1st edition, pp. 1747–48.

[14] Jeremy Bentham, *An Introduction to Principles of Morals and Legislation* (Oxford: Clarendon Press, 1907), s. 5. 32, p. 41; John S. Mill, Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy, in F. E. L. Priestley (general ed.), *Works of J. S. Mill*, vol. 4 (University of Toronto Press, 1967), p. 319.

[15] See, e. g., Richard Dawkins, *The Selfish Gene* (Oxford University Press, 1979).

[16] See, e. g., Ken Binmore & Larry Samuelson, An Economist's Perspective on the Evolution of Norms, 150 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 45 (1994).

“自私”和“贪婪”并加以指责，^[17]也明确地通过正面论述，在人的本性中加入了“对他人的关注”这一因素。在《道德情操论》这部大著中，斯密开篇就说到：^[18]

“无论是谁，不管他显得怎样自私，在他的天赋中总是明显地有着一些原动力 (principle)，这些原动力促使他关心别人的命运，让别人的幸福成为他自身的需要，虽然他除了看到别人幸福而感到高兴以外，一无所得。”

尽管如此，人的自我关注无疑是更为基础的。如果过份地压抑了一个人的正常自顾本性，尤其是通过外在的强力压抑，典型如以集体生活为由而强求每个人随时主动顾及他人，这最终只会让大多数人更为封闭地自顾。这样，吊诡的是，如果一个社会长期以集体主义（尤其是全局性的集体主义）和家长主义为主导诉求，反倒容易激起人的反感，从而促使各个社会成员愿意从心底鄙弃对他人的应有关注，而变成普遍性地对极端自利更为赞同。注意，在“情操论”的道德哲学思路下，人的心理感受是基础性的判断标准。

（二）公正的观察者与道德感

人既然既自我关注又关注他人，那小到一个人，大到一个社会，如何妥善地处理这两种不同指向的关注呢？这主要依赖于像你我一样的常人的日常知识和感受了。这里，必须提到斯密思想中的两个重要用语，“不偏的”或称“公正的观察者 (impartial spectator/observer)”和人的“同情”心；人作为公正的观察者而有的同情心，让人发生了道德感，而道德感又是为人处世的基础。

首先，人的“自我关注”和“对他人的关注”之所以能够并存，可以用斯密所称的“同情”解释。^[19]所谓同情，指通过他人的喜怒悲欣来“认同”或曰“识别 (identify)”自身的一种意愿，^[20]换句话说，是一个人愿意把别人的情绪由自己加以体会、并由此而感觉到自身同样是作为一个活生生的人而存在的。从斯密在《道德情操论》的细密描述中，可以很容易地看出来，这种同情不是空的理论推导，而是通过生活常识和细致观察而总结出的。那同情来自何处呢？来自设身处地的推测，即《道德情操论》中所说的：“由于我们对别人的感受没有直接经验，所以除了设身处地的想象外，我们无法知道别人的感受”。^[21]

其次，与这个“设身处地”相关，斯密还使用“公正而善知 (well-informed) 的观察者”这一用语，^[22]来探讨建立在同情之上的人际交往。在同情的基础上，人能进一步认识到各个人的行为之间会产生交互的作用，即类似“我对你的感觉有同情，同理，你对我的感觉也会有同情”这样的效果。^[23]汉语中，这个过程可以总结为“推己及人”、“感同身受”。

[17] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), III. 3.4 at pp. 136 – 137, III. 5.4 at p. 164, & VII. ii. 2.13 at p. 298.

[18] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), I. i. 1.1, p. 9.

[19] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), I. i. 1.4 & 5, p. 10.

[20] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), I. i. 1.1 at p. 9, III. 3.28 at p. 148.

[21] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), I. i. 1.2, p. 9.

[22] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VII. ii. 1.49, p. 294.

[23] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), III. 1.5 at p. 112, III. 3.11 at pp. 140 – 141, & II. i. 2.2 at p. 69.

在这个“人已互推”式的假设下，一个人在自顾之时，会以旁观者的角色反躬自照，从而对自身行为的后果及恰当性，也就是对他人而言的可接受性，有所认识。^[24] 这个过程其实就是良知在起作用。这也就意味着，人在行为时，能听得到其内心的判断，能意识到所谓的良知；而这种良知实际体现为一种道德感。^[25] 比如，很简单地，一个人很容易认识到，应该至少不去故意伤害他人，因为他若处在受害者的地位，也会不愿意接受这样的后果的；此时，“不伤害他人”就成为其“良知”，或者说其“道德感”。由这种良知的存在也可以知道，人的“自爱”，并不意味着完全无法顾及他人的感受和反应。

由此，基于对公正观察者的设想和在此基础上的反躬自照，人能切实地理解和体会美德的可能和必要，并由此而形成一定的道德感。生活中的人都会有道德感，而且道德感确实可以为人的善言嘉行提供动机，但实际生活中的问题在于，道德感并不是道德；^[26] 有道德感的人现实中却不见得总是都真的讲道德——这里面的原因恐较复杂，此处不赘，而是关注这一问题：人到底应该讲什么道德，有总该讲的道德么？而由此可引出斯密的“三美德”说。

（三）斯密的“三美德”说

人既是自我关注的，有时也会关注他人的利益；这个两重性是人的常性。在对人性的这一认知基础上，斯密总结了人的几种伦理美德。斯密以为，人在相互交往时，有“三个美德”皆可称赞，即其在《情操论》中所称的：^[27]“凡行事时依凭智、义和仁的指令的，可以称为完人”；其中，“智”受制于人对自己利益的关注，而“义”和“仁”则主要受制于人对其他人的关注。

斯密的这个观点容易让人想起中国儒家传统的说法，尤其是孟子对人性的论述。整体而言，孟子对人性的态度是较为中庸的，没到墨子的兼爱，也没到杨朱的纯粹自私；而其论述最系统的人性观应该是“四端”说（《孟子·公孙丑上》）：是人都有的恻隐、羞恶、辞让、是非之心，分别是仁、义、礼、智的“端绪”即起头。^[28]

那斯密所称的三美德到底含义如何呢？

1. 智

斯密所特别看重的美德之一叫“智”或曰“明智”（perfect ‘prudence’），^[29] 其大体含

[24] See David Hume, *Treatise of Human Nature*, L. A. Selby-Bigge (ed.) (Oxford: Clarendon Press, 1896), II. i. xi at pp. 316 ff, II. ii. v at pp. 357 ff.

[25] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), III. 2. 32 at pp. 130 – 131, III. 4. 5 at p. 158; see Thomas E. Hill Jr, Four Conceptions of Conscience, 40 *Nomos* 13 (1998).

[26] Cf. Luigi Turco, Moral Sense and the Foundations of Morals, in Alexander Broadie (ed.), *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment* (Cambridge University Press, 2003), ch. 7, pp. 136 ff.

[27] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VI. iii. 1 at p. 237, VI. concl. 1 at p. 262; cf. David Hume, *Treatise of Human Nature* (Oxford: Clarendon Press, 1896), III. iii. iv, pp. 606 ff.

[28] 有趣的是，在理雅各著名的《孟子》英译中（James Legge, *The Life and Works of Mencius*, London: Trübner & Co., 1875），这个“端”字译成了 principle（II. i. vi. 5），而前面引到的《情操论》开篇中（I. i. 1. 1），斯密同样用了 principle 这个字来表达人天赋中的“对他人的关注”；那里，将该字译成“原动力”也许是合适的。

[29] See, e. g., Francis Hutcheson, *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue* (Liberty Fund, 2007), II. iii. 15, pp. 133 – 134.

义是对趋利避害的知晓。^[30] 这种“知趋避”跟人的理性和理解力有关,有人(如阿奎那^[31])归之于“知性美德(virtutem intellectualem)”。依《情操论》中所说,^[32]人明智,故能判断苦乐,并得以寻获更多的乐、逃避更多的苦,或者说,明智让人通过算计而增进其幸福。这其实是久远的亚里士多德-阿奎那传统的观点。^[33] “智”这一德性,在人际交往中主要体现为正常的自利行为。尽管如《情操论》中提到的,这一美德或许不怎么受人敬重,^[34]但关键的是,有了此种“明智”及因明智而来的物质财富等,人方才有可能让自身处于可以帮助他人的位置,^[35]并且甚至会从实际效果上促进整体的社会福利。如上述,斯密通过“看不见的手”这一用语,对此有过广为人知的经典论述。用经济学的术语来说,在斯密所论述的这个机制下,实际意味着“智”这一美德在现实中会具有一定的正外部性。

2. 仁

“仁”,或仁慈、仁爱(proper ‘benevolence’/‘beneficence’),即“怜他人”,^[36]依《情操论》中的描述,^[37]要求人更多关注他人而更少关注自身,要求人克制其自私;这就意味着,在人际交往中,仁爱是对他人的关注和照顾,主要体现为有意识的利他行为。^[38] 这种美德可能会随亲疏远近而有程度的变化,^[39]但整体上得算是最高的美德。按斯密在《道德情操论》中的说法,^[40]仁爱应该只是人的向往,出于自愿,而不能“以力相逼”;不仁即使会让人厌烦,也不应该招致惩处,因为这不会生出“实有的真恶”。斯密对“仁”的这个定位,让人想起孔子所说的“为仁由己”(《论语·颜渊》)。用经济学的术语说,斯密所称的

[30] See Samuel Johnson, *A Dictionary of the English Language* (London, 1756): prudent (‘foreseeing by natural instinct’); *Oxford English Dictionary*, 2nd edition (Oxford University Press, 1989): prudence (‘ability to discern the most suitable, politic, or profitable course of action, esp. as regards conduct’).

[31] St Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (1265-1272): i-II, 57.5, 57.6, & 58.4.

[32] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), IV.2.6, p.189.

[33] See Aristotle (d.322 bc), *Politics*, VII. i 1323a, V. vii; *idem*, *Ethics*: VI. v, IV. xi; Aquinas, *Summa Theologica* (1265-72): ii-II, 47.2, 49.2.

[34] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VI. i.14, p.216.

[35] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), III.3.37 at p.153, V.2.9 at p.205, & VI. i.12 at p.215.

[36] 之所以用“仁”来对应斯密所称的这一“关注他人”的美德,是因为在汉语中,二人为仁(参考《说文解字》八篇上,《人部》),其中包含着关注他人的内在要求。《韩非子·解老》,“仁者,谓其中心欣然爱人也。……非求其报也。”当然,汉、英语中的这一对应肯定不是完全贴切的。比如,以《论语》中的记述看,孔子所称的仁,既包括“己欲立则立人,己欲达则达人”(《雍也》)、“爱人”(《颜渊》),也包括“己所不欲,勿施于人”(《颜渊》)。但在斯密的伦理体系中,后面的这层含义,却更近于另外一种美德即“义”。不过,话又说回来,既然在汉语中,不同甚至同一个人使用同一个概念,都会有不同的理解或界定,典型的就像这里的“仁”字,那用这样的概念来翻译外来语,其实最坏也不过相当于为它又多添了一个新的界定而已。如果这样的翻译,只是相当于从该概念原来就有的不同解释中选出一两个来表达这个外来词的含义,则恐怕不是不可接受的。毕竟,汉语中“仁”字的最核心含义,指向的是对他人的关注。

[37] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), I. i.5.5, p.25.

[38] Cf. Francis Hutcheson, *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue* (Liberty Fund, 2007), II. iii.10, pp.126-128; David Hume, *Treatise of Human Nature* (Oxford: Clarendon Press, 1896), III. ii. i, pp.477 ff; Lord Kames, *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, 3rd edition (Liberty Fund, 2005), II. v, pp.185-186.

[39] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VI. ii, pp.218 ff.

[40] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), II. ii.1.3, pp.78-79.

“不仁”，并不会破坏福利经济学中常用的帕累托改善标准，^[41]因为理论上它不会让社会中任何人的福利状态变得比原先更差。相反，如果“仁”成了对某一特定个体而言的固定强制要求，则实际意味着别人可以不用付出成本而坐享其成，这其实反倒是一定程度上的“成本外部化”。

3. 义

斯密所称的“义”(strict 'justice')的基本要求,是“有不为”或“宜所为”。^[42]作为一种美德,“义”会给人的“追逐自我利益的行为”设限。在人际交往中,义主要体现为不对他人作出“无正当理由(cause)的损害”,^[43]或者体现为对他人的应当的、适宜的责任担当。典型的“没有正当理由”情形是,某一行为损伤了他人身体或财物等,却未作出相应的、适当的补偿,从而形成类似“风险或损失均沾”的效果。用经济学的术语说,这会涉及外部性问题:斯密式的“不义”,即对他人的无故损害,实际意味着行为者的成本(包括相关风险)没有内部化;^[44]很明显,由此而形成的带有负外部性的社会变化,不合乎帕累托改善标准,因而不是一个最优的福利配置。按斯密在《道德情操论》中的说法,义主要是一种消极的德性;很多时候,袖手闲坐就足以称义。所以,义是一种“自制(self-command)”倾向的要求。^[45]这是和仁爱的重要区别;这种区别容易让人想起孔子所讲的“己所不欲,勿施于人”(《论语·颜渊》)和“己欲立则立人,己欲达则达人”(《论语·雍也》)这两种“仁”德。但这里用汉语字“义”来表达前一种的消极德性(justice),而用“仁”来表达后一种积极的德性(benevolence)。

如上述,斯密的体系中,对他人的损害是衡量“义”是否达成的关键。人受的损害可以是各种各样的。比如,按斯密的分类,一个人可以分别作为个体、家庭成员和国家一分子而受到伤害;^[46]再如,损害也可能是所谓“自然的”,像对人身和名誉的破坏,无论何时何地出现,都会自然地被认为是有损害发生的。^[47]但问题是,到底有什么一般标准或方法,去用于判断行为中“损”还是“没损”、这“损”是否有正当理由呢?毕竟,“义”是一种可以而且应该得到践行的美德。这仍然要用到“我”所设想出的那个“公正的观察者”了。把这个概念用到某人是否受到损害的考察上,就是要看,行为者(“我”)所设想的

[41] See James M. Buchanan, Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy, 2 *Journal of Law & Economics* 124, 124 - 125 (1959).

[42] 在后面的论述中会看到,这一消极的美德是斯密法理思想的核心,极为重要,因此这里对为什么把其翻译成“义”再稍作解说。《说文解字》十二篇下《我部》,义(義)，“己之威义也”。又三篇上《誥部》,善,“此与義美同意”;段玉裁《说文解字注》,“按,羊、祥也,故此三字从羊”;朱骏声《说文通训定声》,“会意”。故義者(上羊下我)，“美”“我”或曰“自美”也。自美者何?自重自尊,自获其祥,有所为,有所不为也。又《盐铁论·刑德》,“义者,事之宜也”;《释名·释言语》,“义,宜也。裁制事物,使合宜也”;《中庸》,“义者,宜也”。宜,宜所为也。《荀子·正名》,“约定俗成谓之宜”,虽系指“名”而言,固不失为于“宜”字之妙解。总之,出于“自我”、而又“宜”于人情世事是“义”字中所包含的意思。而斯密所称的那种指向“自制”的基本美德,实际也有这两点的含义。

[43] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i. 10 at p. 7.

[44] See William F. Campbell, Adam Smith's Theory of Justice, Prudence, and Beneficence, 57 *American Economic Review* 571, 574 - 575 (1967).

[45] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), II. ii. 1. 10 at p. 82, VI. iii. 11 at p. 241.

[46] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i. 10 at pp. 7 - 8.

[47] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i. 12 at p. 8.

公正观察者,是不是也认为该人确实受伤、而且会对此感同身受。^[48] 因此,在考察何为“义”或“不义(不宜)”,何为有或没有正当原因的损害的时候,人对相关行为的感知态度就是关键的。

照这个思路推衍下去,则或许可以使用这样的一个参照:如果特定行为的行为人会意识到,假设自己处在相对方的同样位置时,也会对该行为及其结果持一种拒绝的态度,则该行为至少对相对方而言就是不义的;行为人此种拒绝的同感越强烈,则不义的程度通常就应越高,以至可能成为对社会普遍而言的不义。对“义”的这样一种判断思路,应该是不在斯密的分析框架之外的。这也可以看作是斯密的道德哲学思想对现代社会的启发之一。

三 斯密法理思想的核心:据于义

斯密的法理思想是在其精细观察的研究方法、对人的自我关注本性的认知和三种美德的区分这些基础上形成的;这些思想构成一个有机的整体,也就是他的道德哲学。整体而言,他的法理思想的核心,与其经济学思想中所表现出来的思路是一致的;同时,也体现了英格兰普通法中的深层关注、理据和出发点。斯密和英格兰法的杰出总结者、写有煌煌四卷《英格兰法释义》^[49]的布莱克斯通(W. Blackstone)同庚,享寿则长十年,二人生活时段重合,但在两个人的主要作品中,互相没有提及对方。不过,斯密无疑应该是知晓布氏其人其作的,这从亲友和他的尺牍往来中可以看出,而且二人曾经有过共同的出版商。^[50]

(一) 斯密法理思想的核心问题

在人都是自我关注的假设下,必须解决这一问题:具有自顾本性的个人,如何在社会关系中控制自己的感情和行为、尤其是自私的感情和行为,从而能在个人之间和之上,形成并保持一个有秩序、顺滑运行的社会?更重要的是,法律在这一控制过程中能发挥多少,又应如何发挥作用?这些,也正可以看作是斯密法理思想的核心问题;总结之即:如何在给定的人之本性和个体伦理基础上,顺利地让一个社会导向良好而协调的秩序。斯密的法理思想,如同其整个道德哲学,直接着眼于社会的变革、人民生活的进步和改善,其思路是基于对不同社会实际体系的考察。斯密深刻地意识到,法学理论应能阐释法律变化,而法律变化是社会变化的一部分;任何社会从长期来看都是变动不居的。^[51] 不难预期,合乎斯密法理思想的法律规范,整体上是不应在人情之外的。重视社会情境这一点增加了把斯密的道德哲学应用到法律领域的说服潜力:因为他所论述和考察的道德是内嵌于

[48] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i.38 at p. 18.

[49] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 volumes (Oxford: Clarendon Press, 1765-69).

[50] See, e.g., E. C. Mossner & I. S. Ross (eds.), *Correspondence of Adam Smith*, Glasgow edition (Oxford University Press, 1987), letter from G. Elliot 14 xi 1758 (no. 27); letter from Fitzmaurice 2 ii 1762 (no. 64); fn. 1 to letter to W. Strahan 4 iv 1760 (no. 50).

[51] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VII. iv. 37, p. 342; Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJB 339 at p. 545; cf., e.g., Craig Smith, Adam Smith's 'Collateral' Inquiry, 45 *History of Political Economy* 505 (2013).

活生生的社会中的，则法律如何处置这些道德就会在社会生活本身产生内在的影响。

(二) 斯密对两种权利的区别

对上述核心问题，斯密入手点，是去考察人是不是有“完全的权利”来要求他人表现出某种美德。

在斯密的法理思想中，严格区分两种权利：^[52]一是法律权利，斯密亦视之为“完全的权利(perfect right)”；一是道德权利，斯密亦视之为“不完全的权利”。这种区分其实渊源有自，如普芬道夫(S. Pufendorf)跟哈奇逊都曾类似观点。^[53]所谓完全与否，是说是否有名义强求(a title to demand)：完全的权利是那些可以强迫他人必须做的、包括让他人显现出某种美德；而不完全的权利能否兑现，则一出于其他人的自愿。这两者的界限不容模糊，而斯密更关注前者即法律权利。

(三) 法律对不同美德的不同处理

那么，法律作为事实上的足以产生完全权利的强制规范，应该如何处理三种美德呢？

从上面对斯密区分三种道德的考察中已经可以知道，因为人的天性是自我关注的，也就是斯密所称的自爱，故而一个人不应被迫去做仁爱的事情；不仁也并非实在之恶。这就意味着，某人的“仁”对其他人而言，并不构成后者在法律上的权利，或者说法律不要求“仁”。同样的道理，法律也不拒绝承认“智”。但如《情操论》中所论述的，^[54]法律应该保证“义”。孔子曾经自道说，“志于道，据于德，依于仁，游于艺”(《论语·述而》)；仿照孔子的这个说法，用稍嫌拗口但更节省的汉语，结合斯密对三种美德的论述，可以把上边的三点总结为“据于义，依于智，向于仁”。明智与否得你个人“心机自出”，是否仁慈更应一出本心，但正义必须由法律强制。正义是人类社会的必要基础，可能也是最基础的美德。这种把美德“分层”加以法律化的观点，看上去没什么惊人之处，但应该说是极有见地且可行的。在这点上，尽管没有直接提及名字，斯密应该似乎是承袭了凯姆斯勋爵的观点。^[55]而这样一种“仁”、“智”分层式的思路，在后来的哲学思想中，比如康德(I. Kant)那里，也有所回响。^[56]这就是斯密以保证“义”为核心的法理思想；合乎这样理想的法律，既照顾到了人的本性，也至少不会过分地负面干扰人类社会的顺利运行。

这里或许值得特别一提的是，斯密的英格兰前辈洛克(J. Locke)曾经论述说，人的自利不能成为自然法的“根基(fundamentum)”，恰恰相反，私利是守法的后果(obsequii

[52] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i. 14 – 15 at p. 9.

[53] See, e. g., Pufendorf, *Of Law of Nature and Nations* (Oxford, 1703), I. i. 19 at p. 9, I. vii. 7 at p. 61; Francis Hutcheson, *Philosophiae Moralis Institutio Compendiaria* (Liberty Fund, 2007), II. ii. 3 at p. 113, II. iv. 3 at p. 129.

[54] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), II. ii. 3, pp. 85 ff.

[55] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), II. ii. 1. 5, fn 1 at p. 80; Lord Kames, *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, 3rd edition (Liberty Fund, 2005), I. ii. 3, p. 33.

[56] See Thomas E. Hill (ed.), *Human Welfare and Moral Worth: Kantian Perspectives* (Oxford University Press, 2002), chapters 7 & 8, pp. 201 ff; M. Baron, Sympathy and Coldness: Kant on the Stoic and the Sage, & J. E. Atwell, Kant and the Duty to Promote Others' Happiness, both in Hoke Robinson (ed.), *Proceedings of the Eighth International Kant Congress: Memphis, 1995* (Marquette University Press, 1995).

consequentia)。^[57] 在这层意义上,斯密的法理思想中,人的“自爱”或曰“智”,如果套用洛克的用语,同样不能构成法律规则等的制度“根基”;但这个“智”的美德,却为“法律应合乎义”这一斯密法理思想的核心主张提供了一个哲学根基。何以如此说呢?在斯密的分层处理不同美德的法理思想中,如果说“义”这一美德是归宿和标准的话,那么“智”这一美德在某种程度上可以看作是斯密的一个基本思考“出发”点和背景。一来,法不强求仁,是因为人都是“自顾”的或曰“智”的;再来,法要保证义,固然是义这一美德自身的要求,但同时也跟“智”有部分的重叠:智,本来就包含“知晓趋利避害”这一意思,如果法律不能控制人对他人的损害,那么本身就与人都知晓“避害”这一点相冲突。“智”在这里作为其法理思考的根本出发点,跟作为《国富论》作者的斯密的观点相互照映。也是在这一点上,斯密的论述,其实深化了洛克的上述观察。

在实在法意义上,斯密所理解的“义”似乎较为狭义,即把义和遵守法律规范相等同:法应保证义,而义复依守法而显,^[58]亦即,不法即不义。正是这样在实践中得到了遵奉的法律规范,保护着公民最基础的生命、自由和财产,让每个人都能产生对法律的信心;当事人也应该习惯于通过法律兑现自身的权利、弥补自身所遭受的损害。由此,“义”以及“基于义的法”构成了人类社会的根基。这样,依斯密的道德哲学,“义”既是一种美德,也是一种法律要求。《法理讲义》中的这段话说得相当明白:

“一切的民众政府第一位和首要的目标,在我看来,是去保全该国组成人员之间的‘义’、并让其中的个体免遭同一社会其他人的一切侵犯。也就是说,去维护每个个体于其完全的权利之中。一旦某人被剥夺他本来享有权利并可以正当地从他人那里所强求者,或者说,我们让他经受任何没有理由的伤害或痛楚,‘义’即遭触犯。”^[59]

可见,法律上的、完全的“权利”和道德上的、不完全的“权利”,在“义”这一点上重合;而“仁”则未必具有法律意义。用经济学术语来表述,因为“不义”实际意味着一种带有负外部性的社会变化、直接有悖于帕累托改善,为着社会各个成员的福利计,不论法律还是道德规则的成型中,都不应鼓励此种变化;而“不仁”理论上并不背离帕累托改善,因而其需要经由法律来强力防止的急迫性和正当性明显相对较弱。

总之,斯密主张的实际是一种“分层”的伦理观和法理观,其中法理观建基在伦理观上:义是基础的美德,而仁则是高尚的美德。在“人是自我关注”的假设下,斯密并不主张法律应该强制人去主动利他,而只是要能保证人不去无缘无故地伤害他人就可以了。在不触犯“合义之法”的前提下(这一前提意味着行为成本和风险的内部化),每个人都应该有完全的自由,利用自身的才智去跟人竞争、去追逐自身利益;^[60]同时,当事人也都能对

[57] John Locke, *Essays on the Law of Nature* (Oxford: Clarendon Press, 1954), essay VIII, pp. f105 & f118.

[58] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), III. 5.6 at pp. 165 - 166, II. ii. 1. 8 at p. 81.

[59] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i.9 at p. 7.

[60] Adam Smith, *Wealth of Nations* (Oxford University Press, 1976), IV. ix. 51, p. 687.

在法律框架下维护自身权益保有足够的信心。一定程度上可以说，斯密的这一思路，实际把合义之法看成了规范人行为的最低标准。这可以称为一种基于“义”这一“个人美德”的法学理论思路。该思路与18世纪苏格兰的道德哲学框架相符合。有观点指出，^[61]18世纪苏格兰法学理论中用到了“义”这个术语，而“对苏格兰理论家来说，‘义’主要是一个个人美德”；这句话正点到了关窍所在。

联系到《韩非子·显学》的这段话，“夫圣人之治国，不恃人之为吾善，而用其不得为非也”，容易发现，斯密法理思想“据于义”、重在防止伤害他人而非强求他人关照的思想内核，跟韩子的这个讲法有相通之处。

（四）斯密法理思想与英格兰法传统的相通

斯密的法理思想不是空的理论，而是有着坚实的现实制度基础。他的思想与英格兰法，尤其是普通法（“通例”）传统的思路，有相当多的相通相容之处。^[62]斯密的理论，事实上很好地反映了英格兰法及以英格兰法为最初渊源的整个英美法系中的一些核心理念。^[63]

比如，以社会运行中至关重要的合同机制为例；于此，斯密作有相当详细的阐述。^[64]英格兰合同法在几百年间的一贯态度是，合同约束力的判断，要注重受允诺人“因为信赖对方允诺而有的损害”这一因素；如果在允诺时受允诺人并未因对允诺的信赖而发生损害，则允诺人是否兑现允诺原则上应随其自愿。^[65]实务中这主要通过对待价制度和逐渐发展定型的“允诺禁止反言（promissory estoppel）”加以实施。此外，在违约的救济上，英格兰法以损害赔偿为首要救济；这相当于，在受允诺人可以求取相应的赔偿以弥补其因对方违约而有的损失的前提下，给了允诺人视情选择违约与否的机会，尽管这可能会剥夺受允诺人通过合同而本可得到的一些附带好处（因而或会有“不仁”之疑）。现代的法和经济学领域中，通过“有效率违约”这一概念，于此有较多论述。^[66]英格兰法（以及后来的整个英美法系）这样的态度，跟西欧大陆的主流观点和原则做法，其核心是所谓的“合意说”再加上以特定履行为首要救济，形成鲜明对照。这些差别，在斯密的法理思想之下都很容易理解，即：英美合同法关注的核心，是避免让受允诺人受到没有补偿的损害（“据于义”）；在这个核心要求得到满足的基础上，又大体上承认了允诺人追求自身利益的正当

[61] Knud Haakonssen, *Natural Jurisprudence and the Theory of Justice*, in Alexander Broadie (ed.), in *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment* (Cambridge University Press, 2003), ch. 10, text to endnote 2, p. 205.

[62] See generally, e. g., Robin Malloy & Jerry Evensky (eds.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics* (Springer Science, 1995), pt I, pp. 1 ff.

[63] See John R. Commons, *Value in Law and Economics*, in Alison Reppy (ed.), *Law: a Century of Progress, 1835 - 1935*, vol. II (New York University Press, 1937), p. 334.

[64] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJB 175 - 201 at pp. 472 ff, LJA ii. 41 - 84 at pp. 86 ff.

[65] *Slade's Case* (1602) 4 Coke Rep. 92b; Morton J. Horwitz, *Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 *Harvard Law Review* 917 (1974).

[66] Robert L. Birmingham, *Damage Measures and Economic Rationality*, 18 *Duke Law Journal* 49 (1969); Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle*, 77 *Columbia Law Review* 554 (1977).

性和可能性(“依于智”)。限于篇幅,这里不作展开论述。总之,在合同法上,从斯密的法理思想所推导出的结论,跟英格兰久有传承的司法实践做法,互相映照、契合无间。其实,很大程度上可以说,斯密法理思想跟英美法的核心思路,^[67]都建基在以个体为基本出发点的个体主义之上。^[68]真正的个体主义(individualism)包含着两层不可分割的含义,第一层意思指的是,充分认可与尊重个人(包括由个人所自愿或无意中形成的各种组织、集团等)的自主选择及其自身利益,第二层意思则指人应对其行为负责,如同人可自身决定自身之行动。斯密法理思想中作为基础的“义”,本来就是一种个人美德,其本质正是人各负其责、保证行为成本的内部化。“个体主义的含义和内容”这一问题的具体展开超出这里的讨论范围,不赘。

再以斯密的观点和罗马法的态度相比较。斯密主张法应以“义”为核心、不排斥人明智(即趋利避害)行为的想法,跟罗马法中所宣称的(良)法(ius)的基本原则^[69]“信诚处世、义不损人、人得其直”相比,虽然不无相通之处,但差别也是可见的,典型比如在“单纯的隐瞒是否会构成欺诈”的判断上。斯密不仅懂英格兰这块地方以及英格兰的法律,也精通罗马法;这从他的法理作品中对罗马法传统的娴熟引用就可见一斑。斯密观察到,在欧洲,相比其他地方,英格兰法是借鉴罗马法及教会法最少的;也正是因为此,如其在《法理讲义》中所说的,^[70]斯密觉得英格兰法“对眼快心明的人来说更值得关注,因为是更多成型于人类的自然情操之上的”。^[71]如上述,在斯密的情操论道德哲学中,需要极其敏锐、精密的观察,用以深切地体认人的细微情感、通晓人情世故;斯密本人恰恰无疑当得起是这样眼快心明、善察敏思的人。也正因为这样,斯密就英格兰法的这个评论是一个相当重要的判断,包含着对英格兰法尤其贴近世故人情、不过份追求高尚美德这一点的基本认知。

确实,12 和 13 世纪,罗马法以学者研究的方式开始在欧洲大陆缓慢“复兴”,并逐渐在这样研究的推动下全面地渗透进日常生活;这一过程前后共约五、六百年,中间还掺有教会法的普及。在这段时间里,相对更关注人的自然情操的英格兰法,日益跟相对更为学者化的大陆法拉开距离,经过积累而形成了如今有着奇特吸引力的体系,并与欧洲和其他地方的各法律体系一起,表示着人类经验的结晶,为人类生活的多样性和包括中国在内的各国人民观察、体验这种多样性提供了绝好的参照。作为事实上深刻地反映着英格兰普通法传统核心理念的斯密法理思想,其意义也就此而进一步突显。可以说,斯密的法理思想和其背后所代表的道德哲学及文化、法律传统,对英美法系以至整个世界而言,也许仍

[67] Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, 18 *Green Bag* 17, 20 & 22 (1906); cf. David Hume, *On the Independence of Parliament*, in *idem, Essays: Moral, Political, and Literary*, Revised edition (Liberty Fund, 1987), I. vi, p. 42.

[68] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765-69), I. i, pp. 122-123; see Martin W. Littleton, 1911, *Law and Economics*, available in Warren J. Samuels (ed.), *Law and Economics: the Early Journal Literature* (London: Pickering & Chatto Publishers, 1998), vol. I, no. 9, p. 205.

[69] Justiniani Institutiones (533): I. i. 3; Dig. (533): I. i. 10. 1.

[70] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA ii. 75 at p. 98.

[71] Cf. Shaun Nichols, *Sentimental Rules: On the Natural Foundations of Moral Judgment* (Oxford University Press, 2004), chapters 4 & 5, pp. 83 ff.

然是“活”的而非僵尸。比如,单以美国为例来说,有统计称,^[72]从美国建国以来直到1910年,联邦法院共有162份案例报告正文直接提及斯密,而且这样的案件数在1980年代后呈显著增多并一直维持。在不以引用学者学说为习惯的美国司法实务中,这样的援引频次还是很可注意的。

(五) 斯密法理思想的政策内涵: 导向社会协调

斯密包含着其法理思想在内的、建基于常人和常识的道德哲学,还能提醒一点:在法律当中,引入(过)高的道德标准,真的是合适且可行的么?于此,斯密在《道德情操论》中的这段论述相当有启发性——尤其对于像中国这样一个有着家长主义(paternalism)和泛道德化传统的社会而言:

“在人类社会这个大棋盘上,每个棋子都有它自己的行动原动力,最终有别于立法者可能选用来指导它的那种。如果这两种原动力协调而且行动方向相同,人类社会这盘棋就可以顺利和谐地走下去,并且很可能是巧妙的和结局良好的。如果它们彼此抵触或不一致,这盘棋就会下得很恼人,而人类社会必然时刻处在最高度的混乱之中。”^[73]

这段话放到现代主流的法和经济学文献中,恐怕也不会显得有多少突兀之处罢。^[74]由此,斯密的法理思想,从对个人伦理的观察和体认,导向了如何在一个社会中寻求到整体的协调秩序:法律中如果没有对个体诉求的同情与尊重,也难以造就一种良好的社会生活。每个人的自主逐利行为,只要没有损害他人,那通过那只“看不见的手”,这样“合义”前提下的分工和自由竞争,就会最终有助于社会的整体福利和秩序;相反,如果法律不适当地限制人的“合义”逐利行为或不恰当地强求人的利他行为,那会有悖人的本性,从而在根本上让社会的生产和创造活动激励不足,也很难形成一个安定富足的生活秩序。这如同有观点所说的,作为斯密法理思想基础来源的《道德情操论》,可以解读成是对自由商业式社会的一个礼赞;因为,恰恰是这样的自由商业,能够带来最便于道德发展的社会环境。^[75]是以,斯密所深刻赞同的苏格兰18世纪的基于常人、常识的哲学观,能提醒立法和司法者这样一点:在法律当中,引入(过)高的道德标准,很可能既不合适又不可行。在追求社会正义的背景下,这一点其实很容易受到忽视甚至敌视。而斯密的主张是,就像古希腊的伟大立法者梭伦所做的,对立法者来说,“如果不能建起最好的律例体系,则要努力建立‘人民所能承受的最好’”。^[76]

[72] Robin P. Malloy, Adam Smith in the Courts of the United States, 56 *Loyola Law Review* 33 (2010).

[73] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VI. ii. 2. 17, p. 234.

[74] See, e. g., Ejan Mackaay, History of Law and Economics, in B. Bouckaert & De Geest (general eds.), *Encyclopaedia of Law & Economics* (Edward Elgar, 1999), ch. 200, pp. 67–68; but cf. Neil MacCormick, Adam Smith on Law, 15 *Valparaiso University Law Review* 243, 262–263 (1981); Fabrizio Simon, Adam Smith and the Law, in C. J. Berry et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Adam Smith* (Oxford University Press, 2013), ch. 19, pp. 408 ff.

[75] Maria Pia Paganelli, The Moralizing Role of Distance in Adam Smith: the *Theory of Moral Sentiments* as Possible Praise of Commerce, 42 *History of Political Economy* (2010), p. 425.

[76] Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, 6th edition (Oxford University Press, 1979), VI. ii. 2. 16, p. 233; see Plutarch (d. c. 120), *Lives*, B. Perrin (tr.) (Harvard University Press, 1910, Loeb Classical), Solon, XV. 2, p. 443.

事实上,斯密在《国富论》中,就年成不佳时的政府粮食价格管制问题作了精细的论述,正可以看作是对上面那个“棋局譬喻”的恰当展开:

“如果政府为救济粮食不足所造成的困顿,命令一切商人,以政府认为合理的价格售卖他们的谷麦,这或者会阻挡他们把谷麦带向市场,以致有时甚至在收获当季之初就产生饥馑,或者(设若他们把谷麦带向市场)会使人民有能力、并因而鼓励人民如此迅速地消费,以致在收获当季之末,必然产生饥馑。无限制无拘束的谷麦贸易自由,既是防止饥馑之苦的唯一有效方法,所以亦是缓解粮食不足之困的最好方法。”^[77]

歉收时平抑粮价、旨在让穷人有糊口之粮的法律,反倒会导致粮食的流通受阻或过度浪费并最终促成饥馑。这里的关键是,看上去是如此美好高尚的管制,却因为会跟每个人的自顾本性潜相牴牾,而最终极易恰得其反:^[78] 否认“智”、强求“仁”,却最终连基本的“义”,即尽量保证每个人都不受到无缘故的损害,都容易受到冲击。斯密同时所给出的更“终极”的方案,即,保护每个人的财产权利^[79] 和保证贸易自由是救济穷人、促进社会繁荣的更好渠道,^[80] 其实意味着,法律应该(至少原则上)准许一个人自愿地从一个“利他主义社群”或曰“由利他主义而形成的理性者体系”中退出^[81] (“我不是非得按政府限价卖粮不可的”)。因此,作为一般原则,法应尊重个人之自主选择和智慧。在每个人所面临的人为环境大体上同质的条件下,即每个人都处在跟他人相同或尽量相近的可控环境下时(无疑这要求法律规范的足够透明和确定),则每个人都有权自身判断并决定自身的状态,自主行动;——前提是,这是个不能打折扣的前提,只要他能对自身行动的一切后果承担完全的责任,或者用经济学术语说,只要行动的一切成本(包括相关风险)都能内部化于相应成本的自愿承担人(voluntary cost-bearer)。也正是在其总结英格兰法的巨著中,布莱克斯通明确地论述了这种“各担其责”。^[82] 一个成熟社会的重要表现之一是,它有一个稳定的激励机制,能促使每个个体在逐利的同时又在给定的规范面前各担其责。如上述,斯密法理思想中的“据于义”,指向的实际就是这样一个各担其责,即通过法律规范促使社会中每个个体选择的成本得以内部化,这为社会基本秩序提供了根本保障;而“依于智”,指向的则是法律对社会中个体逐利选择的必要认可,这又为社会的活力和创造活动提供了激励和平台。

[77] Adam Smith, *Wealth of Nations* (Oxford University Press, 1976), IV. v. b. 7, p. 527.

[78] 当然,这决不意味着政府只能袖手旁观。比如,政府完全可以维持一种类似储备金或储备粮的制度,去在歉收时保障口粮的供给;但无论如何,单一的价格管制大概总不是最优选择。

[79] Cf. Aquinas, *Summa Theologica* (1265-72): ii-II, 66.2 (人更关注私有而非共有之物;私产可息讼)。

[80] Adam Smith, *Wealth of Nations* (Oxford University Press, 1976), IV. v. b. 16 at p. 530 & 43 at p. 540, V. i. b at pp. 708 ff, II. i. 30 f. at p. 285; see David Lieberman, Adam Smith on Justice, Rights and Law, in Knud Haakonssen (ed.), *The Cambridge Companion to Adam Smith* (Cambridge University Press, 2006), s. 8. X, pp. 239-243.

[81] L. A. Selby-Bigge (ed.), *British Moralists: Being Selections from Writers Principally of the Eighteenth Century* (Oxford: Clarendon Press, 1897), introduction, s. 27, p. lv; see Francis Hutcheson, *An Inquiry into the Original of Our Ideas of Beauty and Virtue* (Liberty Fund, 2007), II. iii. 6, pp. 122-124.

[82] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765-69), I. 1, p. 120.

其实,个体与他人、个体与社会之间的关系,还涉及一个极其重大的基本问题,即所谓的公私分眚。至少在像英格兰这样一个其社会结构及法律理念整体而言都更偏向自由主义和个体主义的地方,公和私并非截然相对、势同水火,而是相辅相成、互为依存。一方面,公并不必然高于私,而是立足于私、以私为出发点和归宿。毕竟,任何多数人的利益并不必然地高于某个个人的利益。如同布莱克斯通在其巨著《英格兰法释义》的开篇中总结英格兰法时所说的,任何绝对而不受控的力量,最终都会让每个个体的甚至生命安全都无法保障,更何谈一个协调有序、充满活力的社会生活。这样,公共利益蕴于法律对私权的保护之中。^[83] 这方面的一个实例是,就在《国富论》出版前的十几年,当时尚未就任英格兰首相的老皮特(W. Pitt, Sr.),据传为了反对拟议的果酒特别销售税,在下议院作了一段陈辞,即“风雨可侵之破屋,英王及其武力不得擅入”云云。^[84] 这段话本身虽然并不具备什么法律效果,但毕竟美国最高法院援引了它、把它视作权利法案第四条“搜捕条款”的根源;^[85] 说它是现代法治理念当中的重要成份,大概也不为过。据历史记录,皮特说这番话,实际上主要表达了他这样的一个担心:这个销售税的征收,难免会出现政府人员需要进入私人家庭搜查的局面,时间一长,必然会引起每家每户的反感和反对。因此,这样的恶例不宜开启。^[86] 皮特这个担心背后所隐藏的理念,其实相当直接:作为公共财政主要收入来源的税赋,其征管过程本身不能过份侵入私人生活、扰乱他们的平静,否则,在纳税人的普遍反对之下,这样的税收最终是没有保障的。恐怕不是巧合,也正是斯密自己首先在《国富论》里加以系统论述、并得到后世财政学界普遍认可的“良税”的几个准则之中,就包括有这样一条:^[87] 政府征税的实际过程,应合理而不给人民造成痛苦。以上是“公”不必然高于“私”的一方面。另一方面,私也不必然悖离于公,而是需要借助“公”去促成并稳固一个可预期且足够透明的秩序、从而能让私人更为便利地安排生活和各种创造性活动。这就像一篇分析布莱克斯通《英格兰法释义》的著名长文所得出的结论,^[88] 布氏《释义》一书的结构安排,很好地体现了这样一个事实:在英格兰,所谓“不同私人权利之间的冲突”其实是虚幻的;真正的冲突,存在于私人权利和政府权力之间,并且是一个法律问题。这是因为,私人权利之间的冲突,是需要靠引入政府和法治(the rule of law)来加以解决的;权利冲突中的私人当事人,各自面对的其实都不是对方,而都是由公共权力机关加以实施的法律规范。这是法治理念得以落实的自然效果。

对这里的话题而言重要的是,可以发现,上述这些基于英格兰法下的“公私分眚”而有的观察结论,如果拿在斯密的法理思想下加以烛照的话,那是相当容易看透的。毕竟,如前述,在斯密的法理思想中,义和法紧密相关。一方面,法律须保证义,或曰须保证任何

[83] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765 - 69), I. 1, pp. 121 & 135.

[84] Lord Brougham, *Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III*, vol. 1 (London: Charles Knight & Co., 1839), Lord Chatham, pp. 41 - 42.

[85] *Miller v US*, 357 U.S. 301 (1958) at 307; *Payton v New York*, 445 U.S. 573 (1980), fn. 54 at 601.

[86] *Parliamentary History of England*, vol. 15 (1753 - 1765) (London: TC Hansard, 1813), column 1307.

[87] Adam Smith, *Wealth of Nations* (Oxford University Press, 1976), V. ii. b. 5, p. 826.

[88] Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo Law Review* 205, 381 - 382 (1979).

个人不受任何他人、包括公共机构的无故侵害,并由此而最终保护着那些让社会繁荣的根本动力,^[89]即私人的主动创造和他们之间事实上的有效合作。另一方面,义复因守法而显,不法即意味着不义,这又要求私人间冲突同样要经由公共步骤、循法而得以解决;^[90]这实际是“法治”的自然含义之一。这层意思,也正跟前引洛克所说“私利是守法的后果”相通。因此,如同前面已经见到的例子,这里再一次发现了斯密法理思想跟英格兰法律传统的深层相合;这当然该是在意料之内的。注意,与布莱克斯通精心建构的巨著和斯密缜密论述的法理思想有所不同的是,大概汉语经籍中很难让人记起有多少权威而流行之论,能从上述层面去这样透彻地厘清公私之分。倒是《韩非子·五蠹》从字源角度所提及的“自环为△(私)、背△为公”一说,在上千年里能时时听到回响。很大程度上,这实在是代表了哲学和价值观层面的立场差异以及文化传统的各自流变和沉积。

总结而言,在斯密的法理思想中,其内核是,法应以“义”为底线、且不排斥人的逐利动机(“智”),而这个“义”的含义更多地是基于个人伦理和情感(从而跟亚里士多德-阿奎那传统的、指向公平的正义观在着眼点上有所区别?),其中蕴含着相当大的容纳个体经济理性、体认和尊重个体选择的空间,因为在避免对人的损害这一点上,“义”跟“智”是相通的。这样的法理思想,体现了斯密对人的自我关注本性的大方承认,也体现了他的“社会运行宜以个体自主决策为根本单位”的市场化哲学观;整体而言,这些思想都是偏向自由主义和个体主义的。由此还可以进一步说,斯密的法理思想其实既是以代表着经济理性的“智”为基础和出发点、最后又同时回到了“义”和“智”,并由此而构成了一个自洽而有说服力的体系。而如果认可斯密所赞同的“人的自顾本性说”,那么在同样是斯密式的“据于义、依于智、向于仁”的法理思想及整体上与此种思想相契合的法律体系下,人的遵法动机无疑会更为强烈、守法行为也会更为自觉,或者说,法律规范起作用的方式会相对更为“内化”,^[91]从而能让法律的落实更加既有效果又有效率;此时,一个社会中能活力和秩序兼致的前景,无疑也是更为切近的。

也许是一种比附,但斯密的作为其整体道德哲学一部分的法理观点,确实跟中国传为老子传承的某些说法有极多的相通之处。据李唐初年编纂的《艺文类聚》卷五四“刑法部”引《文子》:

“法安所生?曰,法生于义,义生于众,适合乎人心也。此治之要也。法非从天下,非从地出,发于人间,及己自正”。

斯密的法理思想和伦理学,大面上跟这段话何其相似。问题是,斯密的主张,可以在英格兰法律和以英格兰法律为基础的英美法系中见到清晰且相当一贯的展现,而上引《文子》中的说法,在中国的很多时候,是否更多地仅仅只是一种主张而已?其实,包括这里前后

[89] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford University Press, 1978), LJA i. 131 at p. 55.

[90] Adam Smith, *Wealth of Nations* (Oxford University Press, 1976), IV. ix. 51 at p. 687, V. i. b. 1 at pp. 708 - 709; Fabrizio Simon, Adam Smith and the Law, in C. J. Berry et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of Adam Smith* (Oxford University Press, 2013), ch. 19, p. 405.

[91] 徐立:《法律自律论》,《中国法学》2014年第6期,第57-68页。

所引到的其他诸经诸子在内,当然时有章句能在相当的程度跟斯密理论的不同切面相合且不乏洞见。但从目前所见文献看,似乎又可以说,列圣诸子中并没有任何一家,能明确地像斯密一样,详实地论述了一整套前后贯通、内在谐调,兼顾个性创造和社会秩序,又直到如今仍能兼具充足解释力、说服力和实操性的法理思想。如果可以拿音乐来比较,那这些经籍中的片言只语,就好像一段段悠扬的乐句散落在那里,等着有如椽大笔,把它们串联成华美丰瞻的丹陛大乐。

四 以转型中国为背景对斯密法理思想的评价： 道德的适当律例化？

到底该如何评价斯密的法理观点呢？尤其是,以中国这样一个既有着泛道德化、家长主义和集体主义文化传统,又在向着市场化转型的超大经济体,为潜在的思考和对照背景？

现实中,人既是“明智”的,也都有道德感;但道德感本身不是标准。某个人有道德感,并不代表一定也讲道德,尤其是,并不代表一定总能做到像“仁”,即主要表现为有意地、而不是附带地利他这样的高尚要求。那么,这是否意味着,强迫一个人,典型如通过律例去强迫,依高标准的道德行事,可能并不合乎道德感本身的功能?或者,问题之一是,法作为强制机制,是不是不能让人没有适当的“退出”途径?比如,如果在利他主义诉求之下,一个人带给他人的好,抵不过由此而让他自己身受的恶,则是不是应该准许该人退出到这个利他主义体系之外?或者再换用经济学的术语,法律是否应该尽量激励人去把各自行为的成本内部化、同时不应该诱导人去过多地指望“搭便车”?注意,对上述问题的肯定回答,都会导向“法律不能过多地强求仁”这一结论。这个结论是否意味着,道德的律例化应是有限度的或有弹性的?毕竟,道德劝服是一回事,法律强制是另一回事。正是与对上述这些问题的肯定回答相关,斯密把他的法理思想的核心归于“义”:法应保证义,义因守法而显。同时,原则上,“不义”(而非“不仁”)才应该是触发法律机制的根本因素,而所谓“义”也正是个人通过反躬自照而能体察到的、不去无故伤害他人的美德(这让行为的成本得以内部化)。在斯密看来,以“义”而非“仁”为基准的律例,才能合乎人人皆“智”这一假设,从而有助于通过法律这一机制,在分层处理不同伦理美德的基础上,最终促进每个个体事实上的有效合作和社会的协调运行。由斯密的这些思想而得出的一个可能推论是:随不义程度的提高,法律进行干涉的程度也就越深。

斯密的想法和结论是基于对现实,尤其是人类日常生活的精密观察;同时也为引入人的心理状态留下了门径,因为其观察方法是通过中立旁观者的反躬自省。这些都增加了其思想的吸引力。他的伦理学和法理思想也许“庸俗”,却有力量。当然,在现实生活中,大概没有任何一个法律体系会完全地拒绝在法律中施加“仁”的义务,但同时恐怕也没有任何一个法律体系会不加辨别地要求过多的“仁”;这也就意味着,斯密的具体法理观点对某个特定社会而言,可能并不是描述性的,同时还可能是不能或不足为法的。尽管如此,斯密建立在“人的自顾本性说”和“分层美德观”基础上的法理观念,至少可以提醒,不

要忽视一个简单到或许有点残酷的事实:社会中的每个个体,都是自由的能动行为体,各有其欲求。这个事实,不会因为对社会正义或集体福利等的追求而消失;相反,对自顾本性的全局性蔑视,还经常反倒会推动人的自我关注以至于到纯粹自私的地步。如果法律建构中过度地忽略了这个简单事实,则一个社会从长期和整体来看,或者会缺少足够的向上活力,或者会缺乏足够的社会秩序,甚至二者都会缺乏;在一个体量足够大的社会中,尤其会如此。关键的问题在于,律例中过高的道德化诉求,比如不适当地要求“仁”并因此而去容忍成本外部化,既会在很多时候形成一种让常人反感的强迫、从而反倒会减少人主动利他的动机甚至在根本上减少其生产创造的动力,也更容易让整体社会形成一种极其有害的预期,即总是预期别人会来主动地帮助照顾自己、并在一旦此种预期落空时产生完全没有正当理由的怨恨。这样,最终的效果更容易落入一个“利益独享、损失均沾”的整体状态。可以预测,那样的社会很难真正、长久繁荣,而其即使能显现出来一定的和谐,也更可能是表面上的、不稳定或不可持续的和谐。一个社会的成熟,方便的途径和重要的表现之一是,在承认个体能动性的基础上,存在着一个足够透明、稳定的激励机制(法律是其基本的构成部分),能让每个成员都既有动机去自负其责,又有机会去自主创造,并在事实上形成各个成员之间的、整个社会层面的有效合作,而且当事人相互之间都有着“权利纠纷皆可指望法律加以解决”的坚强信心。

中国在经济转型和社会发展进程中,应该而且需要构建一整套能够涵盖自身久远文化的法学理论和实践;同时,中国的法学理论和实践,事实上也是无法跟中国自身的传统相分割的。在中国古典思想对人性的严肃概括中,最著名的或许是孟子(《公孙丑上》)的“四端”说了,即,作为仁、义、礼、智四美德之“端”的恻隐、羞恶、辞让、是非之心,人人都有。如果类似斯密式的基于分层美德观、由个人伦理导向社会协调的法理思路不是不可借鉴的,那么从“四端”说中,可不可以推导出何种“道德法律化”的标准呢?比如,能否说,因为人皆有作为仁之端的恻隐之心,而且就像孔子所说的(《论语·述而》)，“吾欲仁，斯仁至矣”，故此把“仁”转为“外部义务”就是可以接受的?更一般地,就法律应该如何处置“仁”、“义”、“礼”、“智”的关系,能不能发展出一套既更贴合中国实际、又更有说服力的法学理论和法律实践?毕竟,中国文化传统中也有着由“修身”而进于“治国”的思想资源(《大学》,章一);尽管这个思想资源相当多地落脚于个人的为学之道,但说它在思路上跟斯密的法理思想有相互借鉴的余地,恐怕也不为无理。整体而言,上述这些问题固然超出了这里的讨论范围,但此处所考察的斯密的相关思路和论述,无疑是有着相当的启发性的,尤其是对中国这样一个一方面有着久远的家长主义、集体主义和道德说教传统,另一方面又面临着“三千年未有之大变局”、尝试着应对现代挑战的社会而言。

事实上,单从实在法的实践上说,可以发现,在斯密法理思想的参照下,中国现有法律体系中,如下两个层面都还有很大的完善空间:(甲)对个体生产创造加以有效保护和促进的力度、深度和广度,以及(乙)引导市场参与者在法律框架下解决对私及对公权益纠纷的激励手段。比如,可以随便举一些可供考虑且现实中具有相当可行性的安排作为例子:进一步削减经济活动中的行政性垄断和地方保护,以提供更自由的市场进入机会;调整金融市场规制思路,由后期“后果惩罚导向”转变为前期“信息监控导向”,从而为筹资

和投资双方提供更自由、更贴合其各自需求的融资机会及渠道；通过更谨慎的合同解释方法和更透明的执行机制，增强当事人对合同执行的预期；赋予经营者更多经营自主权的同时，探索更可控、更多样的市场退出机制，以从根本上鼓励对市场的有效率进入；合理配置侵权过失责任和严格责任（包括对义务救助他人行为的更宽松的过失责任），从而既从根源上减少“无原因的侵害”又减少“无效率的损失均沾”；通过更及时的情报沟通加手续简化，增加纳税人的税收遵从动机；等等。这些安排，在法理学层面，都可以通过“中国现代社会到底该如何看待各个成员对仁义礼智的认知和预期”这一视角加以考察。中国的法律构建过程中，如果能像斯密的法理主张一样，更好地奠定“义”（其核心是尽量保证行为成本内部化）的基础地位、更深地尊重每个个体的“智”（其核心是保护个体的自主选择 and 创造）、更多地激励而非强求“仁”，那中国眼下的市场化和现代化转型，无疑会进展得更顺利。

[Abstract] The jurisprudence of Adam Smith, like his theories of ethics and economics, reflects his moral philosophy, which itself is based on the close observation of the living society and on his own concepts of ‘sympathy’ and ‘impartial spectator’. The starting point of Smith’s jurisprudence is his ethics about human nature and ‘three moral virtues’. The essence of Smith’s jurisprudence is embodied in his insight as to how the law works: the law neither demands benevolence, nor rejects prudence, but shall safeguard justice. Thus, the law will bind the people more internally and keep the whole society harmonized and vigorous as it coincides with the personal virtues and provides positive solutions to all kinds of disputes. It is fair to say that Smith’s jurisprudence is still impressive and thought-provoking to Chinese culture even today: compared to the promising social development under Smith’s theory, China lacks both the incentive for individual creation and the confidence in formal dispute settlement procedures in the current process of transition towards the market economy.

（责任编辑：支振锋）