

## はじめに

アダム・スミスが『法学講義』で同感理論を通して法の基礎付けとその歴史的発展を解説したというのはスミス解釈において一応の共通理解が得られていると思う。だが、従来のほぼすべての研究は「所有」という言葉でスミスの法体系を読み解こうとしている。本報告では従来軽視されがちだった対人権をローマ法を手掛かりに読み解くというアプローチを採用する。そして、その結果得られたいくつかの知見をここに報告したい<sup>1</sup>。

## I. 契約について

契約とは約束により生まれるものである。そして、スミスは契約を結んだ当事者の約束実行の平明な「宣言」に対する合理的な期待とそれが実行されなかったときの失望への観察者の同感により、契約の法的義務が生じるとしている(Cf. LJ(A), ii.42 - 45)<sup>2</sup>。このスミスの契約論解釈は、契約は双方の自由意思により結んだから義務が生じるというグロティウス以来の契約意思説を否定している点で独自性を保有するものである(Cf. LJ(A), ii.59)。

### ① 所有権と対人権の分離

さて、契約を考えるにあたって「所有」という視点からでは、所有権が移転しない貸借や委託が無視されてしまうきらいがある。そこで、急いで田舎に帰る必要があるが徒歩しか移動手段がなく途方に暮れている隣人に善意から無償で細かい条件なしに馬を貸し与えたという場合を考えてみよう【例①】。まずはこのケースを通して、借主が貸主に馬を返すという法的義務が成立するために必要な法的条件を考えたい。

借りた馬を返さなかったことが所有の侵害になるためには、まず、自己の手を離れたものであってもそれは彼のものであるという所有と占有の分離がおこなわれていなければならない。だから、当然、貸し借りは未開社会では存在できない(Cf. LJ(A), i.44, LJ(B), 150.)。

【仮説①：『国富論』において未開社会で利潤や賃金が生じないのは、契約法が成立していないからではないか？】だが、貸主の側が貸した馬を返してもらうためには、たんに所有権が拡大し所有と占有が分離しただけでは足りない。それに加えて、馬を貸すという行為が馬を与えたという所有権の移転を伴う行為と法理論上分離していなければならない。

---

<sup>1</sup> 『法学講義』がローマ法の解説を行うことを企図しなければいけなかったことについて、拙稿（「アダム・スミス，グラスゴウ大学『法学講義』 police 論における経済学的議論の集中の原因について」『経済学論集』神戸学院大学，第38巻(3・4)，2007年，第3節）を参照。また、『法学講義』の財産体系については田中正司（『アダム・スミスの自然法学：スコットランド啓蒙と経済学の誕生』，第2版，御茶の水書房，2003年，223ページ）を，ローマ債権法の体系についてはゲオルグ・クリンゲンベルグ（『ローマ債権法講義』瀧澤栄治訳，大学教育出版，43ページ）を参照。

<sup>2</sup> 以下、『道徳感情論』（TMS），『法学講義』（LJ(A)/(B)）の番号はグラスゴウ版のスミス全集のインデックスを指示している。訳文等はすべて水田洋訳（岩波文庫）に依拠した。

例①において借主は馬小屋から勝手に馬を持ち出したわけではない。貸主は自らの意思で馬を手放している。もし、引き渡しによって所有権が移転したとすると、馬の所有権を元の持ち主に再度引き渡すかどうかは、借りた人の気分（借主の慈恵的行動）に依存すると解釈ができるからだ。

これは、引き渡しがある所有権の移転を生むと考えたローマ人にとっても非常に理不尽に思えたようである。そこで、引き渡しの法的効果は正当な原因、売買、贈与などがない場合生じないとするので貸主の救済を行った。その結果、引き渡しによる所有権の移転は対物権の範疇で議論され、ある人へののみ請求できる対人権という新しい法分類が誕生することになった。【小結論①、「すべてのあと」に契約が来るとは、所有権が成立したあとに所有の単なる移転とは違う権利である対人権がうまれることを表している (Cf. TMS, II.ii.2.2)】

## ② 契約の履行義務が期待と失望に対する同感から生じるのはなぜか？

次に、同感理論を用いて、契約の履行義務が行為者の期待と失望への第 3 者の同感から生じる理由を解釈しよう。そのために、貸借という契約が訴訟を起こすのに十分となっていると仮定する。だが、馬を返してもらいはしたが、酷使のあまりやせ衰えてもう使い物にならない状態で帰ってきた場合を考えてみよう【例②】。この場合では、馬という物は帰ってきたのだから所有の侵害は発生していない。観察者が宣言にそのような文言を入れないのに、勝手に期待して失望した人物に同感をする理由を考えなければならない。

その手掛かりは『道徳感情論』の義務論にある。我々は生きていくうえで他者の是認と尊敬を得たいという、一種の喝采願望を保有している。そのためには人類にとって快適なものとなる自然な尺度にそった行動をとる必要がある (Cf. TMS, III.2.4)。自然な尺度に沿い、中立的な観察者が是認する行動をとることによってしか、我々の本当の快適さをえられないからである (TMS, III.2.5)。ただし、その自然な尺度は現在社会を構成する人々が抱くであろう感情であるがゆえに、歴史性を保有するものである (Cf. TMS, III.1.2)。

ここで、貸借の法的ルールが定まる前に、例②のトラブルを中立的な観察者が目撃したとしよう。そのとき、観察者は馬を元の状態で返すという法的な義務はないと認めるだろう。だが、観察者は借主の行動を賞賛しない。我々は、自らの愛着のある物が破損すれば悲しみを覚える。もし、自分の貸した物が使い物にならずに帰ってくれば悲しみを覚えるだろう。やがて、時間を通して、社会には借りたものは元の状態で返すべきだという道徳的な一般的諸規則が形成されるだろう (Cf. TMS, III.4.7)。我々は神よりも前に同じ社会を構成する同胞に責任あるものと考え。そして我々は責任がある存在とみなされるためには、他人の好みに応じて我々の行動を規制しなければならない (Cf. TMS, III.3.1)。つまり、社会の同胞から物を借りたときには返さなければならないという行動規範が生まれる。だから、物を貸す時には、当然、相手もその行動規範に従って行動するだろうと期待できる。【小結論②：我々は相手が規則に正義の従う義務の感覚、すなわち誠実や正直という行動原則を持っていることを信頼するから契約を結ぶ】

## II. 準契約と慈恵の徳

### ① 債権の消滅

さて、契約から生じた義務を適切な履行時期に履行することによって債務は消滅する。履行によって消滅する点は、所有と所有の交換によっても消え去らない所有権と異なる。消滅の仕方にはこのような弁済以外に、債権者の債権放棄、時効による消滅がある。この3種の解説は基本的にはローマ法の分類に沿っている。だが、この配列の行われ方が異なる。ローマ法では、契約、準契約から生じる債務の消滅の方法を解説した後不法行為がくる。だが、スミスは契約、準契約、そして不法行為と犯罪を解説したのちに、不法行為の中で債務の消滅を解説している(Cf. LJ(A), ii.163. LJ(B), 199).

この配置転換の理由として、ローマ帝国崩壊後の封建国家群で発生した平和や刑法概念の発展があげられる。また、ハチスン、あるいは近代自然法学者たちがこの順序で解説しているという理由も挙げられよう。だが、前者の場合には、なぜ刑法を独自の分野として取り扱わないのかという疑問が残る。そして、後者の場合にはスミスの独自性を主張するためには、スミスの同感理論を通して解釈する必要がある。

### ② 賠償の義務？

さて、スミスが言うように、なされた事実を原因にあたかも契約がなされたかのように債務が発生するという準契約はローマ法にしか規定が存在しない。そして、スミスによれば、準契約の債務の発生原因は「賠償の義務(duty of restitution)」(LJ(A), ii.85. LJ(B), 182)である。もう一方の不法行為はその人が保有する権利が侵害された事実により債務が発生する。スミスの説明でもローマ法でも、不法行為は非難すべき意図があるときには悪意によって生じたものとされ、「過失のある怠慢」による場合は過失によって生じたものとされる(Cf. LJ(A), ii.88)。そして観察者は侵害行為に憤慨し処罰を求める。だが、自然はその処罰を無制限に認めたものではなく、憤慨の程度に応じた処罰の様式を指示する。これはスミス研究者にとってはおなじみの議論であるのはいうまでもない。だが、「賠償の義務」とはなんだろうか。これは『道徳感情論』では1度だけしか登場しない言葉である。

決疑論者たちの諸著作の主要な諸問題は、正義の諸規則にたいして良心がはらうべき顧慮、どこまでわれわれは、われわれの隣人の生命と財産を尊重すべきか、賠償の義務、貞節および節制の諸法と、かれらの言語で淫欲の罪とよばれるものがどの点にあるかということ、真実遵守の諸規則と、あらゆる種類の誓約、約束、契約の責務である。(TMS,VII. iv. 32)

以上は決議論批判の文章である。「賠償の義務」はあいまいな規則の中で述べられているから慈恵か慎慮の規則といえる。次に、正義論の憤慨と処罰に対応する慈恵論の感謝と報償についての議論を見てみよう。

### ③ 準契約と不法行為の対比

処罰と感謝は同じく、相手の行為によって与えられた事実から導き出されるものである。

だが、感謝は受け取った善に対して善を返すことであり、処罰は受け取った害悪に対して害悪を返すという違いがある(Cf. TMS, II.i.1.4). そして、準契約も不法行為も発生した事実を元に生み出される権利である。処罰の感情が不法行為と結びつくならば、準契約は感謝の感情と結びつくはずである。

準契約が処罰の感情に基づかないことを明確に説明できるのが、事務管理である。たとえば、田舎に馬で帰って長期不在であると判明している隣人の家がひどい雨漏りを起こしているとしよう。そのとき、帰ってきたときに家が崩壊していると大変だろうと自らの資材をつかい隣人の家を直したとする【例③】。このような場合に、隣人は世話人に対して管理に使用した費用分を支払えとするのが事務管理である(Cf. LJ(A), i.21)。これは明らかに隣人の生命と財産に対する配慮から行われる慈恵的行為である。ここで新たに、中立な観察者はこのケースで感謝をするのが常に当然だと考えるかという問題が発生する。

#### ④ 感謝の義務

さて、慈恵の徳によって規範とされる行動のうち、感謝は特別な地位を占めるものである。なぜならば、「感謝によって我々が促される諸義務(duty)は完全無欠の責務感(obligation)に最も近い」(Cf. TMS, II.ii.1.3)からである。我々はその恩恵的行為が適切になされている場合には、その感謝を声高く要求し、そしてその恩人は報酬の正当な対象であると思われるのである(Cf. TMS, II.i.4.2)。

もちろん、慈恵は強制されてはならない(Cf. TMS, II.ii.1.2)。だが、例③では、別に隣人の家を朽ちていくにまかしてもよいのである。そして、中立な観察者は隣人の家が朽ち果てているのをただ見ているだけの人物を見たとき、彼を積極的な害悪をもたらしたとは考えないだろう。ただし、観察者は彼がなすべき善をおこなわなかったことを残念に思い、そのような人物を嫌悪するだけである(Cf. TMS, II.ii.1.2)。やがて社会の発展とともに、一般的規則が形作られる。もちろん、慈恵的行動であるから、助けるべきであるという行動規則は多数の例外が存在するゆるやかであいまいな規則である。だが、多数の例外を認めるために精密な一般規則を作るのは困難だとしても、感謝の規則は慈恵的行動の中でもっとも正確な規則を作れるのである(Cf. TMS, III.6.9)。慈恵の諸規則は優雅な文を書く規則に比喻できる。それは目指すべき完全性についての一般的観念を提示するものであり、ただ若干の諸規則が適切な慈恵をもって行動するための手助けとなる(Cf. TMS, III.6.11)。

感謝には明確な若干の規則が存在できるのであり、それが準契約であると報告者は主張する。【小結論④：準契約は慈恵を促すための慈恵の法】

### Ⅲ. 契約、不法行為と慎慮

#### ①債務の成立時期と履行時期の時間的ギャップについて

最後に、所有権と契約論において大きく異なる点として、時間の問題がある。所有と所有の交換の場合、現実には物の引き渡しが必要であり、現金その場払いであるから一瞬に終了する。だが、契約の場合には、契約の成立時期と契約の履行時期にはギャップが存在す

る。所有と所有の交換という視点では、言葉に引きずられ、これを誤解する可能性が高い。

契約の履行期に受け取れるはずだった対人権の給付(この場合は馬の返却)が受け取れないことを給付障害と呼ぶ。ここで、例②に戻り、借主が元の状態で返さなければならないという義務感を持っているとしよう。当然、乗って使用するために借りたわけだから、使用した時間分、借りた馬を返すまでには時間の開きが存在する。その間に何らかの不幸な事故によって馬が死んだり、盗まれてしまうかもしれない【例④】。貸主は貸した馬が帰ってこないのであるから、財産の侵害である。そして、財産の侵害であるから不法行為として損害賠償義務が生じる…とするのは早計である。なぜならば、「過失のある怠慢」が存在するという事は「過失のない怠慢」も存在するからである。

### ② ローマ法の過失および責任論

怠慢の程度には3種類が存在する(Cf. LJ(A), ii.78-79, 88-89.)。1つ目が「重過失(*culpa lata*)」である。2つ目が「軽過失(*culpa levis*)」である。これらはともに正常な普通人(注意深い家長)の行動態度を基準とした「抽象的過失」である。もし、正常な普通人よりも明らかに注意力に劣る行動をした場合が重過失である。重過失は故意と同様であり損害賠償に加えて罰が必要となる。従って損害賠償額の2倍や3倍の請求が成立する。だが、それよりも軽い場合には軽過失となり、原状回復のための損害賠償のみしか成立しない。そして3つ目が「最軽過失(*culpa levissima*)」であり、「無過失責任」とも訳される。

我々はこの3種類の過失のうち、どの程度の過失を犯せば不法行為が成立するのだろうか。逆に言えば、我々は契約を結んだ際に、どの程度の注意義務が必要なのであろうか。この点に関して、スミスは『法学講義』の契約論でも過失論でもきちんと論じてはいない。だが、ローマ法ではその契約によって利益を得るかどうかがという「利益原理」が存在する。スミスもこの議論を踏まえていたと考えられる。

たとえば、例①の場合、貸主には全くの利益が存在せず借主の側のみ利益が生じる。従って借主は細心の注意をもって管理する必要がある、ほんの少し目を離したために第三者に盗まれること(小事変)すらも許されない。だが、山崩れに巻き込まれ、債権者は助かったものの馬は死んでしまったとする。災害は借主の抗えるものではないのでこの場合は責任を負わない(不可抗力)。やがてこの利益原理は古典時代に発展し、その契約に利益を有さない場合には悪意がない単なる過失には責任を負わず、その契約から利益を獲得する場合には悪意がなくても過失に責任を負うとされた。そして、他者のものに関しては最高度の注意が必要とされるという規則が遅れて成立し、自らの手中物、たとえば乗馬中の馬が他者のものを棄損した場合には無過失でも責任を負わせるようにアクレイア法が拡充した。また、家を修理しようとしたが結果としてその家の破損が広まってしまった場合には無過失でも責任を負うとされた。そして、いくつかの典型的な「具体的過失」がユスティニアヌス法典で成立した。

### ③ 同感原理と過失責任論

以上、ローマ法による不法行為の発達を概観したわけだが、この発展をスミスは同感原

理でどう解釈したであろうか。まず、偶発的事故による場合、観察者が同感する憤慨が犯罪行為による財産の憤慨と同等であるとは思えない。詐欺などを行う意図があった場合は別だが、借主は積極的に害をなそうとしていたわけではないからである(Cf. TMS, II.iii.Intro.3)。借主の誠実な意図をただ不幸な偶然が義務の履行を妨げ、ただ、結果として害をなしてしまった。借主は自分の利益を貸主の利益よりも優先させたわけではないのである(Cf. TMS, II.iii.1.5)。犯罪の場合よりもより少ない憤慨が適切なのであり、感謝と処罰の感情には偶然性の影響が存在する(Cf. TMS, II.iii.1.7)。

さて、『道徳感情論』ではこれらの議論ののちに、意図しない損害に対しても受難者の憤慨に立ち入るケースとして3つの過失論が展開される(Cf. TMS, II.iii.2.7-10)。この過失の3つの区分はローマ法の区分と同じであり、そうであるがゆえに『法学講義』でも用いられているものと同じである。そして、過失の程度において、観察者が憤慨に同感する程度と罰や償いに是認する程度は大きく異なるのであった。これは正義の規則性とは反するように思われるが、これも自然の配慮である(Cf. TMS, II.iii.3.2)。我々は、財産を侵された被害者だけではなく、不幸にも加害者となってしまった人物に対しても過失の程度によって同感する。そして、不幸な加害者への同感とは、意図しない結果としてでも誰かを害することの恐怖を教えるのである(Cf. TMS, II.iii.3.4)。

### ③ 同感原理の過失責任論と契約論の債務の後発的不能

スミスの契約論では未来の事柄にかんして我々の誠実さは及ばないと主張する(Cf. LJ(A), ii.59)。だが、これは我々が未来の事柄に配慮しないことを意味しない。偶発性への恐怖は我々に慎慮を持って他者の財産を取り扱い、実行が難しいであろう契約を結ぶべきではないことを我々に教える。つまり、時間という不確実性にさらされる契約は、怒りに遭遇せず不幸な加害者にならないようにしたいという我々自身の幸福への配慮により自発的に守られるのである。そして、誠実に契約を実行するであろう人間が増えれば増えるほど商取引に必要な各種の契約類型が増大し、それは商業の発達をサポートする。商業の発達による法の整備は、正義という消極的徳を保証するだけではない。我々の慈恵的行動を促し、我々に慎慮を持って行動することを教えるのである。【仮説②：『国富論』の楽観論の背景には、経済発展と3つの徳の普及の相互性という観点が存在するように思える】

### むすび

以上、徹底的に「所有」という概念を使用せずに『道徳感情論』と『法学講義』の新しい読みを求めてきた。スミスの法体系が正義の徳にのみ結び付けられるものではなく、3つの徳すべてと関わる点を示せたと思う。

最後に、慈恵は「建物を美しくする装飾」(TMS, II.ii.3.4)ということで、スミス解釈で軽く見られがちである。だがスミスの言う自然、もしくはスミスの信じる神は世界が美しくなることを望まなかったのだろうか。この問いかけをもって報告を終えたいと思う。

【※報告当日，参考文献表をローマ法の法文資料等とともに配布する予定です.】