

アダム・スミスの不法行為論

——厳格責任の道徳的基礎——

山 本 陽 一

はじめに

- 1 公平な観察者の二面性
- 2 非行の性質
 - (1) 罪責と「非難に値する資質」の区分
 - (2) けがれの感覚
- 3 責任を負うモノ
 - (1) 運動する物体としての「行為者」
 - (2) 贖罪物と厳格責任——ハウムズとの違い
- 4 結び——社会の一般的利益？

はじめに

不法行為法の根底にある目的が、「人または財産への侵害に対する正義にかなった賠償を定めること」だとすれば¹⁾、アダム・スミスの『道徳感情論』第Ⅱ部は、不法行為の基礎理論である²⁾。それは、いわゆる「公平な観察者の共感」によって不法行為責任の基礎づけをおこなう。本稿は、スミスの理論が、「公平な観察者」の合理的な心性に歴史的感覚——けがれ——を統合することによって厳格責任を基礎づけたことを明

1) N. マコーミック『判決理由の法理論』（亀本ほか訳、2009年）成文堂、180ページ。

2) 『法学講義』における不法行為の扱いについては、クヌート・ホーコンセン『立法者の科学』（永井義雄ほか訳、ミネルヴァ書房）2001年、176-189ページ参照。なお、本稿で使用する『道徳感情論』第Ⅱ部の訳文は、『香川法学』第32巻3・4号（平成25年3月）27-94ページの拙訳による。『道徳感情論』の参照箇所は、部・編・章・パラグラフの順で、例えば、(II.i.2.3)のように表記する。

らかにする。

「公平な観察者」の理論が、不法行為の一般理論として読まれる場合、過失を認定する現代の基準の「合理人」と比較される。スミスのいう観察者は、「わたしたちのだれとも特定の関係をもたず、わたしたちの間に立って公平に判断を下す第三者」（III.3.3）である。それは「間主観的」であり、現代の客観的な基準よりも過酷ではないと評価される³⁾。このような評価は、ハウムズの議論と比較すればよくわかる。

人間が社会に住むならば、しかるべき平均的な行為を設定し、そこから逸脱する個人の特異性を犠牲にすることが社会の一般的幸福には不可欠である。たとえば、生まれつき早とちりで不器用な人がいて、いつも事故を起こして自分自身や隣人を傷つけているとしよう。この人の生まれつきの欠点は、天上の法廷では考慮されるであろうが、隣人の目から見れば、彼の失態は、それが生まれつきの欠点から発生しようと責められるべき不注意によって発生しようと、迷惑という点では何ら異ならない。したがって、隣人は、彼一人の責任において隣人たちの水準にまで到達するように要求し、隣人らの打ち立てた裁判所は、この人の個人的な素因を考慮することを拒絶する⁴⁾。

しかし、スミス自身は過失責任主義に立っていない。この点を顧慮しないで現代的関心からスミスの「公平な観察者」を過失の認定基準として参照すれば、公平な観察者の意義が見失われるように思われる。スミスの基準が現代の基準よりも過酷でないのは、不法行為責任を受容しやすくするメカニズムのためである。そこには、単に共感の間主観性・公

3) K..A..B. Mackinnon (1999) "Adam Smith on Delictual Liability," in *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics* eds. R. P. Malloy, J. Evensky, Kluwer Academic Publishers, p. 102.

4) O. W. Holmes Jr. (1881) *The Common Law*, Macmillan & Co., London, p. 108. ホウムズの不法行為論を歴史的コンテクストのなかで論じたものとして、モートン・J・ホーウィッツ『現代アメリカ法の歴史』（樋口範雄訳、平成12年）弘文堂、第4章。ホーウィッツによると、『コモン・ロー』は「有機体的な慣習という原理」に基づいていたが、のちにこの考えは放棄される。同書 163, 177 ページ。

平性にとどまらない面が含まれている。

この問題を考えるうえであまり図式的にならないほうがよいが、一応つぎのように考えることができる。現代の議論、とりわけ、ホウムズの理論は、自然法的な要素を払拭したところに成り立ち、合理性と効率性の達成に関心をよせるのに対し、スミスのモデルは、いわゆる自然法学を構築するキー概念であり、美德の実現を指向する⁵⁾。ただし、スミスの「観察者」に合理性や効率性への関心がまったくないとはいえず、また、美德の実現を指向するといっても、正義より慈恵を優先しているとはいえない。実際、スミスの理論は、被害者への補償、違法行為の抑止、懲罰、効用の増加といったすべての原理を許容し、いずれかに力点を置くとスミスの考えをゆがめるともいわれる⁶⁾。

しかし、スミスの不法行為論にはこの枠組みからはみ出る部分があり、本稿はそこに注目する。スミスは、不法行為にともなう罪責感覚を掘り下げていったとき、合理性、効率性、美德の観点からは論じることのできない問題に突き当たった。それは、近代人の合理性とは相容れない側面であった。スミスはそれを切り捨てることなく「公平な観察者」の性格に組み込み、根源的な責任概念を論じた。それがスミスの不法行為論に際立った特色を与えている。

1 公平な観察者の二面性

不法行為は、そこから発生した損害に対して賠償責任が生じる非行である。殺人のような例では、行為の非行性の判断は、比較的簡単であるように見える。しかし、そうでない場合は多く、その判定方法が問題になる。

ある行為の非行性を判断することを難しくするのは、行為そのものよりもそれにまつわる状況である。スミスは、引き金を引くという行為は同じでも、標的が人間であるか鳥であるかによってその評価は違ってく

5) H. L. Feldman (2000) "Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law", 74 *Ch.-Kent L. Rev.* 1431-1466. は概ねこうした区分によって不法行為論を分類し、限定的であるがスミスに言及している。 *Ibid.* pp. 1441, 1443, 1444-1446, 1448.

6) Mackinnon, *supra* note 3, p. 107.

ると述べている（II.iii.intro.2）。行為をその内心だけによらず、それにまつわる諸状況との関係でとらえると、状況の複雑さに応じて判断は難しくなる⁷⁾。ちなみに、ホウムズは、指を曲げるという行為が、装填されたピストルの引き金の横でなされるのとそうでないのとでは、そこから生じる結果は全く違うものになることを指摘し、「損害の直接的原因として一つの行為を挙げたとしても、それは、責任認定の十分な根拠ではない⁸⁾」と述べている。

では、非行であるか否かはどのようにして判定されるのか。スミスは、共感能力をもつ「公平な観察者」を想定し、これを判定基準にした。権利侵害の有無は、公平な観察者が被害者の「憤り」に共感するか否かにかかっており、損害賠償の請求も、公平な観察者の共感を得られるかぎりで権利として認められる⁹⁾。

スミスの公平な観察者は、内的法廷（良心）の裁判官であり、「半人半神」（demigod）と言われる。この観察者は、「胸裏の住人」、「胸の内側の人」（III.3.4）とも呼ばれる自己意識の一つである。それは、「検証し判定する者としてのわたし」であって、「ふるまいを検証に付され・判定される者としてのもうひとりのわたし」とは区別される（III.1.6）。このようにみずからを対象化して評価する「自律」は「近代人」の特色のひとつであろう¹⁰⁾。

しかし、スミスは、これとは違う心性を公平な観察者に見出した。近代人の自律は、公平な観察者の「神」としての半面であり、正義を貫こうとする。それは、「自分はこんなにも不当に譴責をくらうのがふさわしい対象では断じてない、とわたしたちに請け合ってくれる」（III.2.32）。

7) 「行為の適宜性」は『道徳感情論』の各版でつねに劈頭で論じられ、それが実際は「状況的適宜性」としてスミスの社会認識の原点をなすといわれる。山崎怜『アダム・スミス』（2005年、研究社）74-82 ページ。

8) Holmes, *supra* note 4, p. 54.

9) ホーコンセン、前掲注2、176 ページ。

10) 17世紀の神学者ロウソンは、良心を「法」「裁判官」「証人」としてとらえているが、「魂の救済」という宗教上の目的を前提とし、国民教会による良心の統制を認めた。拙著『立憲主義の法思想——ホッブズへの応答——』（2010年）成文堂、116-119 ページ。これに比べると、スミスの「良心」には宗教的制約はなく、自律性が高い。とくに、スミスの『感情論』第6版は、「自己是認」の原理の確立を主題とし、「道徳的自律」論の構築を意図していた。田中正司『スミスの倫理学』下巻（1997年）御茶の水書房、154 ページ。

これに対し、「人」としての半面は、「同胞市民がみな大声でわたしたちを有罪だと叫んでいる様子」のときに、わが身の免責を宣言することははばかられる」と感じる (III.2.32)。

彼の判断が、賛辞に値する資質と非難に値する資質についての感覚に導かれてゆるぎなく力強く下されるとき、彼は、その神々しい血筋を継ぐものに似つかわしく行動するように思われます。ところが、無知・無力な人間がくだす判断になすすべもなくぎよっとし・おろおろするとき、彼は自分がいつか衰え死ぬ境涯にある血筋であることを露呈し、彼の素性の神々しい半面よりもむしろ人間的な半面に似つかわしく行動していると映ります。(III.2.32)

要するに、公平な観察者の「人」としての側面は、道徳的自律の不完全さ、自己承認感情 (the sentiment of self-approbation) の弱さであるが、不法行為との関連では、つぎのようなかたちで現れる。

情け深い人が偶然、しかも非難に値する過失はひとつもないのに、他人の死の原因になった場合、有罪 (guilty) とは感じませんが、けがれた身の上である (piacular) と感じます。彼は生涯を通じ、この偶発事故を自分に降りかかる可能性のあった最大の非運に数えます。亡くなった被害者の家族が貧しく、一方、自分自身はまずまずの暮らしをしていれば、彼は、すぐさまその家族を庇護し、その家族には他になんの功勞もないが、万般にわたって好意と親切を受けられる資格があると考えます。……彼が相手の家族に加えてしまった侵害は思いがけなくも生じた結果であるとはいえ重大であり、これに対して家族がいだく憤りが不当きままることは確かであるが、おそらく自然に湧くものであって、彼はこの憤りを手を尽くして宥める努力をするわけです。(II.iii.3.4) (傍点は引用者)

被害者に「功勞」はなく、加害者に「罪責」はない。それゆえ、被害者の憤りは「不当きまる」。この判断は、合理的である。一方、加害者には、「有罪」という感じはないが、悪しき結果への恐怖と嫌忌が入り

混じった「けがれた身の上である」という感じがある。それゆえ、贖罪が必要とされる。この判断は、ある意味では不合理である。

スミスは、「公平な観察者でさえも、ともかくながしにかその〔被害者の不当な〕憤りにひたっている」（II.iii.2.10）（〔 〕は引用者）と述べ、この贖罪を承認する。このことは、観察者が加害者あるいは加害者としての自分の「けがれた身の上」に反感をもっていることを示唆する（本稿第3章（2））。この感覚は、有罪の感覚とは異質であるが、それにもかかわらず、公平な観察者は、この異質な二つの感覚をともに受け入れる。

2 非行の性質

以上のとおり、「半人半神」である公平な観察者は、合理的な心性と不合理な心性をあわせもつ。ここでいう合理的な心性とは正義であり、不合理な心性とは「けがれ」である。前者は、アリストテレスの匡正的正義に当たる。後者も、古代・中世的な起源をもつが、正義とは異なり古典的社会道徳とはなりえず、西欧社会ではキリスト教の普及とともに消えていった。

（1）罪責と「非難に値する資質」の区分

スミスは、感情分析という手法で正義を考察し、それを「罪責の感覚」（the sense of demerit）として論じた。それは、「行為者〔加害者〕の諸感情に向けられる直接的反感、および、被害者の憤りによせられる間接的共感」の「複合的な感覚」である（II.i.5.5）。端的に言えば、直接的反感とは、加害行為に「罪」があるという判断であり、間接的共感とは、処罰感情である。それらが、「複合的である」とは、罪とそれを埋め合わせる罰が一体であり、「罪責の感覚」には罪の認定だけでなく、それと釣り合う相応の評価が含まれることを意味する。

「罪責」がある行為は明らかに非行である。しかし、それだけが非行ではない。ここで、「罪責」と「非難に値する資質」の区別について注意しておきたい。「罪責」は、「懲罰に値する」（ill desert）資質であり、明確なサンクション（たとえば、自由や財産の剥奪）を伴う。殺人や強

盗はその典型であり、それに対する賠償請求は、公平な観察者の憤りによって完全に正当化される。

非難に値する資質には二つの種類がある。ひとつは、「経験の教示に従ってわたしたちが万人に期待する水準」の「慈恵」(beneficence)に達しない資質である(II.ii.1.6)。家族内の薄情はその一例である。これは、政府により扶養義務として強制されうるが、同僚市民によっては強制されない(II.ii.1.8)。同僚市民はそんな薄情を見て非難はしても、憤りまでは感じないのである。その意味で、慈恵によって正当化される権利は、「不完全」であり、適切には権利とは呼べない¹¹⁾。

慈恵が実践されないからといって、世人が歩調を合わせるような憤りが、にわかには呼び覚まされることはよもやありますまい。恩人に返礼をしようと思えばできるのに、また、その恩人が手助けを必要としているのに、返礼をしない人は、きわめてあくどい恩知らずな行いをしたことについて、たしかに有罪です。公平な観察者ならだれしも、この人の動機の身勝手さに一切の同類感情を拒絶する心持ちであって、彼はこの上ない否認感情を差し向けられるのが適切な対象です。しかし、彼はまだ積極的な傷害をだれにも加えていません。(II.ii.1.3) (傍点は引用者)

もうひとつの非難に値する資質として「非難に値する過失」がある(II.iii.2.9)。上で述べた「非難に値する資質」は、一般的水準に到達しない「慈恵」であったが、「非難に値する過失」は、一般的水準に到達しない「予見注意力(慎慮)」(prudence)である。それは、「いわゆる外面的な財貨を保持・増進する技術」を形成する適切な「注意力と予見能力」(care and foresight)である(VI.i.2)。慈恵が他者の利益を図るのに対し、予見注意力は自己の利益を図る。そして、「非難に値する過失」は、自己の利益を追求する活動中に、故意ではないが他者への危害を伴い、憤りを掻き立てるから、「罪責」と密接な関係を生ずる。この問題の処理が、スミスの不法行為論の核心にある(次章)。

11) A. Smith (1982) *Lectures on Jurisprudence*, R. L. Meek et als. (eds.), Liberty Classics, p. 9.

この人の罪状は、そのふるまいに際して本来そうすべきほどには注意深くも用意周到でもなく、その点ではともかくある程度の非難と譴責に値するが、いかなる処罰にも値することはない、というものです。けれども、この種の過失 *Culpa levis* によって他人になんらかの損害を与える場合には、加害者はそれを賠償する義務を負わされるのであって、すべての国の法律ではそうなっているとわたしは思います。……しかし、法律がこのように取り決めていることは、人類すべての自然な感情によって是認されます。人は他人の不注意によって苦しむべきではないということ、また、非難に値する過失によって引き起こされた損害はその過失について有罪であった人物により賠償されなければならないということ、これら以上に正当なことはないとわたしたちは思います。(II.iii.2.9) (傍点は引用者)

(2) けがれの感覚

では、「非難に値する過失」はないが、他人に危害をもたらした行為は非行だろうか。ここで、偶発事故の例に現れた、「けがれ」(*piacular*)と「有罪」(*guilty*)の区別が問題になる(前章)¹²⁾。「有罪」とは、正邪の基準をそれと知りつつ破った身の上を示す。通常、この基準は、教会や国家の権威によって公にされた道徳や法律であり、それを知っていることを推定されるから、「知らなかった」ということは成人には言い訳にならない。そこで、違反者は、罪の自覚を強制される。

このような罪の自覚の強制は、裁判制度や告解制度によって行われたが¹³⁾、スミスは後者についてつぎのように述べている。

12) ホーコンセン教授によると、英語の“*piacular*”は、ラテン語の“*piaculum*”(神とあがめられる存在に加えられた侵害行為を贖罪する犠牲的行為の意)に由来し、贖罪が必要な侵害行為をなしたという意味であり、キリスト教に取り込まれた。Adam Smith (2002) *The Theory of Moral Sentiments*, Knud Haakonssen (ed.), Cambridge University Press, p. 126, n. 30.

13) スミスは、裁判制度が罪の自覚を強制する装置として確立する以前の神判に着目している。「未開時代の審理方法として手を煮え湯につけるといふのはよく行われたやり方である。……このように神判が選択されたということは、裁判所における法が弱体であった証である。決闘裁判はイングランドではエリザベス1世の時まで行われていたことが知られている。それは感じられないほどゆっくりと行われなくなってきたが、決闘に異議を唱えるほどの判決を裁判所

この制度によって、各人のきわめて内密な行動、また、その思想でさえ、ごくわずかでもキリスト者の純正さにかかわる準則から離れていっているのではないかという嫌疑をかけられる心配があったので、聴罪司祭に打ち明けられるところとなったのです。聴罪司祭は告解者たちに、彼らとその義務に違反したのかどうか、どのような点で違反したのか、また、どんな贖罪行為を彼らが引き受けなければならないかを告げ、そのあとで、侵害された神性の名において彼らの免罪を宣告しました。(VII.iv.16)

告解制度によって、教会は、各自の内面を当人に検査させ、有罪か無罪かといった意識を浮かび上がらせ、道徳的あるいは法的な責任を負う「個人」を作った¹⁴⁾。スミスの道徳学・法学もこのような個人を前提としている。「加害者は、わたしたちにおこなったまさにその特定の悪事を理由として悲痛を味わうのでなければなりません。加害者は、まさしくこの行為について悔い・謝罪するように仕向けられねばなりません。」(II.1.1.6; cf. II.iii.1.5) スミスにおける道徳的基準は、国家からも教会からも独立しているが、罪の自覚を強制する点では同じである。

さて、このような個人が基準を破りはしたが偶然であり、罪の自覚を強制される余地がない場合、加害者は「有罪」ではなく、「けがれた身の上」になる。スミスがこの感覚に言及するのは、死と性にかかわる重大な結果を偶然もたらす局面に関係する。たとえば、前章で挙げた偶発事故のほか、それとは知らぬまま父を殺し、母と通じたオイディプスの悲劇が言及されている(II.iii.3.5)。また、恐るべき重大な結果をもたらす古代の異教の例が以下のように述べられる。

古代の異教徒の宗教では、なにがしかの神のために聖別されていた神聖な土地は、厳粛かつやむをえない時を除いて足を踏み入れてはならないとされ、そこに侵入する者は、知らずにそうした場合でも、

は出していない。」Smith, *supra* note 11, p. 406. スミスは決闘と神判を別のものとして扱っているが、決闘も神判のひとつである。

14) 阿部謹也『ヨーロッパを見る視角』(2006年、岩波書店) 103-116 ページ。
阿部謹也『西洋中世の罪と罰』(平成元年) 弘文堂、特に第 6 章参照。

その瞬間からけがれた身の上となり、適切な贖罪がなされるまでは、その土地を捧げられていた強力で見えざる存在の仕置きを招きました。(II.iii.3.4) (傍点は引用者)

このような「強力で見えざる存在」は、世俗の管轄には服さない独自の領域をもつ。この存在は、スミスの理解によると、人間の情念が仮託されたものである。「どんな国にでもさしたる理由はないけれども宗教的な畏怖の対象になっている不可思議な存在がありますが、人間は、それがどんなものであっても、自分の胸のすべての感情・情念をそんな不可思議な存在に事寄せて説明するように自然に促されます。」(III.5.4) 人間の情念のなかでも死と性にかかわるものは最も強力で度し難いから、それが仮託された存在は、人間にとって予測も制御も不可能であり、その支配領域にたまたま入るだけで重苦しい「けがれ」を感じる。

やがて、このような存在は、キリスト教によって否定されていく。世界は一神が創造した一元的なものであり、全知全能の神にとって不可解・制御不能なものはどこにもないという公式見解が成立する。スミスは、そんなキリスト教が形成した新たな罪責感覚に言及する。

人は、自分が有罪とされた無数の義務違反のために、嫌悪の情をぶつけられ、処罰されるのが適切な対象に変わり果てていく、そんな様子をたやすく心にいただくことができます。自分のすがたはまこと悪質な虫けらとして映るにきまっている、と自分でも気づいているほどですから、そんな虫けらの上に神々しい怒りが止め処なく浴びせられてはならない理由など彼には見当たりません。彼がそれでもなお幸せを望むならば、自分には神の正義に訴えてそれを請求する資格はなく、神の恩寵にすがってそれを懇請しなければならないと意識します。……彼の想像するところでは、自分の力では行なうことのできない次元の、何か別のとりなし、何か別の犠牲、何か別の贖罪がともかくわが身のために行なわれなければ、神々しい純粋な正義とわが身の度重なる侵害行為とは折り合えません¹⁵⁾。

15) これは、第6版 II.ii.3.12 に該当する初版の部分である。この箇所については、キリスト教的贖罪説の正統的な見解というのが通説的理解であるが、こうした

このキリスト教の贖罪論は、異教の習俗・民間伝承を否定するものだった。人間はすべて非行者であり、「自分の力では行なうことのできない次元の…何か別の贖罪」を必要とする。この贖罪とは、キリストの死である。こうして贖罪の意味が、神々に触れた「けがれ」を雪ぐことから、一神と万人との普遍的な和解へと改められていく。しかし、スミスは炯眼にも、キリスト教支配のなかで「本当は有罪ではないのに誤ってそのように受け取られているこの感覚」(this fallacious sense of guilt) (II. iii.3.5)、すなわち、「けがれ」の重要性に着目した。この感覚は、神の正義とも、キリストの贖罪とも相容れないものだったが、『感情論』第六版で加筆された。

3 責任を負うモノ

罪責の概念については前述した。それは、故意による不法行為の性質である。罪責は、意図の邪悪さの認定とそれに対する処罰感情が結合したものである。だが、故意でなくとも危害が生じれば、現実には、その行為は非行として責任を問われる。故意による傷害を典型例として非行を定義することには限界がある。そこでスミスは、懲罰に値する資質・罪責だけでなく、「非難」に値する資質・過失にまで考察対象を拡大する。このとき、スミスは、罪責論の場合とは別の視座を持たねばならなくなった。

およそ行為に与えられるのがふさわしい賛辞や非難がどのようなものでありましようとも、その帰属先は以下の三つです。第一に、行為を生む内心の意図・心の動き、第二に、この心の動きが引き起こし、外部に現れた身体の行為・運動、第三に、身体の運動から実際に事実として生じた善い結果あるいは悪い結果です。以上の異なる三つのものは、行為の自然本性と行為にまつわる事情の全体を構成しており、行為に帰属するどんな資質の根底にも、上の三要素があるにちがいません。(II.iii.intro.1)

贖罪説はスミスの正義論の不可欠な前提であるというのが、田中正司『アダム・スミスの自然神学』（1993年、御茶の水書房）192-201ページ。

スミスは、罪責感覚の考察においても「行為を生む内心の意図・心の動き」に着眼していたが、さらに、運動としての行為の方向性（傾向）、この運動がもたらした現実の結果を考慮に入れて、感情——不法行為との関係では「憤り」——を分析する。

（1）運動する物体としての「行為者」

スミスは、このように広い観点から改めて憤りを分析し、憤りをぶつけられる対象として最も適切であるといえるには、三つの要件が備わっていないと結論する（II.iii.1.6）。

- ① そのモノは、憤りの対象となる場合には、苦痛の原因でなければならない。
- ② そのモノは、苦痛を味わう能力をもっていなければならない。
- ③ そのモノは、苦痛を生み出したというばかりでなく、それを意図して生み出したのでなければならない。

このうち、①の要件を備えているだけでも、そのモノは憤りの対象になる。その例が、贖罪物である（次節）。②の要件を備えている例は動物である。「動物は、生命の宿らない対象と比べれば、感謝と憤りの対象としてはそれほど不適切であるとはいえません。噛みつく犬、角で傷つける雄牛はいずれも処罰の対象です。」（II.iii.1.3）③の要件を備える対象とは人間であり、意図は、憤りをいっそう掻き立てる加重原因“an additional exciting cause”であるといわれる（II.iii.1.6）。

これら三つの要件のうち、スミスの不法行為論の根底にあるのは、ただそれだけで憤りを掻き立てる原因“the sole exciting cause”といわれる①である。スミスは、①の基底性をつぎのように述べる。「その意図になら非難に値するほどの害意は含まれないのに、その行為がひどく悪い結果を生み出すならば、…憤りを掻き立てる三要件の第一のものがそなわっています。それゆえ、…ひどく悪い結果を生み出した人に対しては、なにかの憤りが湧きがちです。」（II.iii.1.7）

要件①は、「行為者」（agent）が運動する物体であることを表現してい

るように思われる。それは、行為者の基本的な自然本性である。通常、「行為者」は、「動機」や「心の動き」を内に含み、それが行為の原因であると考えられるが、要件③でいわれるように、そのような原因は、「加重原因」にすぎない。こうした理解は、スミスにおける「行為者」の用例から見ると意外である。スミスは「行為者」の語をほとんど常に「動機」「心の動き」とセットで使っている。しかし、『感情論』第Ⅱ部セクション iii において、スミスは、動機のほかに、外部運動とその結果を重視することとし、行為の評価方法を修正した。

このような理解は、ホブズによる“agent”の定義に近い。ホブズによると、“agent”は、“patient”の存在を予定する。“agent”は、原因（ホブズにあっては「運動」である）を内に含む物体であり、他方、“patient”は、“agent”との接触を契機としてその内部に結果を宿す物体である¹⁶⁾。（“patient”に該当する概念についてスミスは、“the person who is, if I may say so, acted upon”（II.i.3.1; II.i.5.1）と述べる）。ホブズ的にとらえられた「行為者」は、その内心はともかく、それが引き起こした損害と事実上の因果関係にある。“agent”の原因は、運動のほかに「加重原因」（意図・動機）を含み、その表出が「行為」であるとしても、人間は運動する物体であるがゆえに、その意図がどうであれ、他人の身体や所有物に危害を加える客観的原因となりうる。その意味で、要件①は基本的である。

（2）贖罪物と厳格責任——ホウムズとの違い

上述のように、要件①が、スミスの不法行為論の根底にある。それが純粹なかたちで問題になるのが贖罪物の例である。

わたしたちは自分に傷を負わせた石に対してさえ、ほんの一瞬、腹を立てます。子供であればそれをぶち、犬であればそれに吠え立て、不機嫌な人はそれに向かってすぐにののしろうとします。たしかに、

16) “when one body by putting forwards another body generates motion in it, it is called the AGENT; and the body in which motion is so generated, is called the PATIENT”, *The English Works of Thomas Hobbes*, Sir William Molesworth ed., vol.1, Second Reprint, 1966, Scientia Verlag Aalen, p. 120.

ほんのすこし思い直してみれば、この感情は矯正することができ、感情を持たないものは復讐心の対象としてはひどく不適切であるということにわたしたちはほどなく気づきます。しかし、その危害がひどく深刻なときは、その原因となった対象はわたしたちにとって終生不快なものになり、それを燃やしたり壊したりすることにわたしたちは喜びを感じます。偶然に友人を死なせる原因となった道具を扱うわたしたちの態度もまた、こんなふうでなければならず、この種の見当はずれな置きでその道具に八つ当たりすることを怠れば、わたしたちはある種の人でなしを働いた罪が自分にあると思うことしきりででしょう。(II.iii.1.1)

一見、苦痛の原因に向けられる感情は憤りだけであるように思われるが、そうではない。スミスは、人間を死なせた道具が中世においてどのような扱いを受けたかを『法学講義』に記している。

殺人の直接的原因となった動産は、「贖罪物」(deodand)と呼ばれた。この「deodand」という言葉には、「聖別された」(consecrated)、「不浄」(unhallowed, horrible, etc.)という対照的な意味がある¹⁷⁾。「友人に死をもたらしたような物に対し、とりわけその死が偶然によるものである場合には、しかるべき恐怖と嫌悪をもってその物を見るのが自然である。¹⁸⁾」この「しかるべき恐怖と嫌悪」が「けがれ」の感情であり、わたしたちがコントロールできない偶然によって一層強く感じられる。この感情は、歴史的に古いものであり、その処理方法は神判に近く、たとえば、偶然落ちてきて人を死なせた斧は有罪の判決を受け、壮麗な行列とともに海へ運ばれ投じられた¹⁹⁾。しかし、キリスト教が普及すると、贖罪物は大自然には返されず、教会により聖別されて共同体内で再利用された²⁰⁾。そのとき対象に対する「恐怖」は消え、「嫌悪」が残った。それが贖罪物のもう一つの意味である。

ここで、贖罪物に関するハウムズの見解を見てみよう。船舶の所有者

17) Smith, *supra* note 11, p. 116.

18) *Ibid.*

19) *Ibid.* 神判については、前掲注 13 を参照。

20) 『英米法辞典』(田中英夫編集代表、1993年) 東京大学出版会、246 ページ。
Ibid., pp. 116-7.

に過失がない場合に当該船舶が起こした事故において、船舶は所有者に返還されず損害賠償に充てられるが、船舶は贖罪物として扱われた²¹⁾。ホウムズによると、この場合に船舶がそれ自体として罪を負うのは、それが「擬人化」されるからである。「学識のある人たちは、生命の宿らぬ自然物が擬人化される理由は未開人と子供に共通しているという点を躊躇なく認めてきたし、この見解を確証するものはたくさんある。そのような擬人化がなされなかったとすれば、無生物に対する怒りは、せいぜい一時的なものだっただろう。²²⁾」ホウムズは、贖罪物の事例を、スミスが呈示した要件③に引き寄せて理解するのである。

さらに、ホウムズは、このような贖罪物の扱いの背後に「隠された政策的根拠」を読み取っている。無過失の所有者に船舶を返還しないことは、たしかに、「船舶の所有者への正義を犠牲にする」。しかし、「その犠牲によって所有者以外の人たちに補償すること」には合理的な理由がある。それは、船舶がその所有者らと被害者の交渉において唯一利用可能な担保であり、また、自国の市民を見知らぬ裁判所に行かせて訴訟をさせるより自国に船舶を留めて補償に充てるほうがよい、というものである²³⁾。

一方、スミスの場合、無過失の人がみずからの所有を犠牲にして賠償しなければならない理由は、公平な観察者の共感であって、政策的考慮ではない。また、スミスにあって、無過失の人は、上の斧や船舶のような物として扱われるが、これは、ホウムズの「擬人化」とは逆の発想である。スミスによると、人は「故意でなくても同胞市民の災厄を引き起こす不幸の道具となるとき」(II.iii.3.4)、前述の要件①を満たし、贖罪

21) Holmes, *supra* note 4, pp. 25, 28.

22) *Ibid.*, p. 11. ホウムズは擬人化の契機として「運動」に着目しているが、このような推論もスミスにはない。 *Ibid.*, pp. 25-6.

23) *Ibid.*, pp. 28-30. ホウムズにおける政策的根拠は「陪審の規範感覚」であるといわれる。戒能通弘『近代英米法思想の展開』(2013)ミネルヴァ書房、219-220ページ。陪審における「政策」は、ホウムズの進化論的思考からすれば、共同体の多数者・有力者の利益であると考えられる。その延長線上に以下のような記述がある。「陪審は世間一般の偏見を一定量——私の知る限り、その量は非常に多い——評決に持ち込み、法の運用を共同社会の欲求や感情から乖離しないようにしておく」"Law in Science and Science in Law" in *The Collected Works of Justice Holmes*, vol.3, S. M. Novick (ed.), The University of Chicago Press, 1995, p. 418. 一方、スミスの「公平な観察者」の法廷は陪審の上級審であり、その判断は「社会の一般的利益」とは別の基礎をもつ(次章)。

物と同様に扱われる。加害者は、けがれた身となり、それを賠償によって雪ぎ、同時に、被害者の「不当な憤り」をなだめる。

落ち度はなかったという点でこの人とほかの見物人のあいだに分け隔てはないのに、なぜこの人は、世人すべてのなかからこうして選び出されて、他人の不運に対して賠償しなければならないのでしょうか。被害者の憤りは不当であると考えられてよいのに、公平な観察者でさえも、ともかくながしがその憤りにひたっているからこそ、きっとこの負担はこの人に押し付けられるのです。(II.iii.2.10)
(傍点は引用者)

公平な観察者が憤りの共感感情をいなく構造からすれば、加害者への「直接的反感」が、被害者の憤りに対する「間接的共感」に先行して形成される。しかも、その直接的反感と間接的共感、相互に釣り合っていないからならない。したがって、観察者が被害者の不当な憤りに共感するのであれば、加害者へのこの「反感」がすでに成立しているはずである。この反感にけがれの感情が含まれている。たしかにスミスは、この反感を「彼はそんな馬に乗るべきではなかった」「彼があえてそうしたのには許されない軽率であった」とも表現するが(II.iii.2.10)、この程度のきわめて軽微な過失だけでは、公平な観察者が被害者の憤りに共感する理由にはならない。観察者が「不当な憤り」に共感するには、「しかるべき恐怖と嫌悪」・けがれを加害者に感じていなければ釣り合いがとれない。

このように、無過失あるいはほぼそれに等しい例において、スミスは加害者の賠償責任を認める。過失なければ責任なしという過失責任主義は認められていない。たしかに、過失が「非難に値する」とき、加害者に責任ありと認められる。しかし、そんな過失がなかったとしても、上記のとおり、加害者は責任を負う。

厳格責任、とくにスミスが引き合いに出す運送人のそれは、ホウムズの時代にも続いており、ホウムズはそれを批判した。厳格責任ルールは、スミスが挙げた三つの過失（重大な過失、軽い過失、最も軽い過失）のうち、最も軽い過失にも不法行為責任を課す。この分類は、18世紀初

頭にイギリスの裁判所で用いられて以降、150年間批判されなかったが、ホウムズの時代には、鉄道などの新しい産業において「最高度の注意義務」を怠ったというわずかな過失で責任を問われるべきかどうかが問題になっていた²⁴⁾。ホウムズは言う。人はともかく活動しないわけにはいかず、その活動は社会の一般的利益になっているのに、そんな活動中、危害を予測しえない状況から損害が発生するリスクを行為者に負担させることは、「正義の感覚を逆なでする」²⁵⁾。

一方、スミスは、厳格責任を「公平な観察者」の罪責感覚の「不規則な乱れ」(irregularity)あるいは「罪責の影」(a shadow of demerit)としながらも、肯定した。もとより、スミスも、最高度の注意義務を要求する責任ルールが経済社会においてもつマイナス面を認識していた。「その小心翼翼とした用意周到さは万事について危惧するのであって、美德とは決して考えられず、むしろ、これほど活動と仕事に必要な能力をそぐ資質もないと考えられるのです。」(II.iii.2.10)しかし、スミスは、活動と仕事の能率を強化する方向には進まなかった。最後に、その理由を考えてみたい。

4 結び——社会の一般的利益？

けがれのような不合理な感覚をスミスが公平な観察者に組み込めたのは、摂理思想によるところも大きい²⁶⁾。しかし、この目的論とは別の次元で、スミスが、運動する物体としての行為者および半人半神としての観察者、この二つの概念によって不法行為の厳格責任を基礎づけた意味は大きい。スミスにおける不法行為責任は、人間の自然本性の諸相に根差したものであった。

スミスの議論の構造は、オノレ教授の「結果責任主義」と似ている。そこにおいて、加害者がみずからを悪しき結果の原因と認めて責任を引

24) ホーウィッツ、前掲注4、13ページ、143-4ページ。この過失の三分類は、中世ローマ法学の所産である。Smith, *supra* note 12, p. 121, note 26.

25) Holmes, *supra* note 4, pp. 95-6.

26) 「自然は、こうした感情の不規則な乱れを起こす種子を人間の胸裏に植え付けたとき、ほかのすべての場合にも見られるとおり、人類の幸福と完成を意図していたと思われまます。」(II.iii.3.2) また、こうしたスミスの思想的背景については、田中、前掲注15、159-186ページ参照。

き受けることは、「人格の同一性」の要請であると論じられる²⁷⁾。一方、スミスの議論では、行為者は運動する物体として因果関係に組み込まれ、その責任が、ふたつの異質な心性（正義とけがれ）を統合した人格（公平な観察者）によって認定される。いずれの議論でも、人格の統合性によって事物の因果関係が対社会的に説明可能なものに変換され、そこに根源的な責任概念が成立する。

しかし、スミスにおける人格は、各個人が形成してきたその人らしさではなく、歴史的・社会的に形成されてきた良心である²⁸⁾。この点で、J・S・ミルなどとは違う。ミルは、社会それ自体が専制者である場合に、個人が自分らしくある自由をどのようにして社会から守るかという問題を立てた²⁹⁾。

さて、スミスにおける人格が歴史性・社会性をもつことは、思想・良心の自由という観点からはいささか保守的だという評価を招きそうであるが、経済的自由の観点からはどうであろうか。

スミスは、いわゆるポリス・パワーを政府に認め、積極的義務の立法化（法律による慈恵の強制）は正当であると述べた。「政権担当者は、同僚市民のあいだでお互いの権利侵害を禁止する準則だけでなく、しかるべき程度にはお互い同士で善行を施し合いなさいと命じる準則も制定できるのです。」(II.ii.1.8) しかし、スミスはその範囲の拡張に慎重であり、基本的に消極的義務の強制が政府の役割の中心である³⁰⁾。

こうしたスミスの態度は、人間関係の歴史的変化に関する彼の理解と

27) T. Honoré (1999) "Responsibility and Luck. The Moral Basis of Strict Liability", in his *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, pp. 14-40. トニー・オノレ「責任を負うことと状況の犠牲者であること」(拙訳)『香川法学』第24巻1号51-78ページ。

28) スミスの良心概念の経験主義的側面については、D. ラフィル『アダム・スミスの道徳哲学 公平な観察者』(生越ほか訳、2009年) 昭和堂、57ページ。責任が対社会的なものとして形成される次第については、Adam Smith (1984) *The Theory of Moral Sentiments*, D.D. Raphael & A. L. Macfie (eds.), p. 111 [3] 参照。ここでは「道徳的存在は、責任を負うべき存在 an accountable being である」とされ、時系列的には神に対する責任に先行して社会に対する責任が形成されるといわれる。

29) J・S・ミル『自由論』(塩尻公明ほか訳) 岩波文庫、15-16ページ。

30) 「慈恵は、建築物を装飾する飾りであって、それを支える土台ではなく、…正義は、建物全体を維持する大黒柱です。」(II.ii.3.4)。「最良の治政は、あらゆるものをその自然の行程にゆだね、なんら補助せず、なんら水を差さないことであろう。」Smith, *supra* note 11, p. 366.

対応している。スミスによると、家族や親族は商業社会では、「利害関心や欲求がおもむくままに自然に交流を止め、離れ離れになる」(VI.ii.1.13)。これは、パターンナリスティックな関係から個人の自由を重んじる関係への変化であるといえよう。こうした変化を背景に、家族の扶養義務の範囲が狭められ、同時に、個人の自律的な経済活動を保障するルールが形成される。このルールのひとつが不法行為法である。

ここで、厳格責任ルールか、過失責任ルールかが問題になる。スミスは、歴史的・社会的に形成された良心をもつ個人が前者のルールに従うことを論証した。そこにおいてスミスは、「社会の一般的利益」(the general interest of society)による議論を後知恵・こじつけであるとして主要なものとは考えなかった(II.ii.3.6-12)。しかし、それは議論としては強力である。スミスのいう「社会の一般的利益」は、表向きは治安と防衛であるが、これは、政府による市場への不干渉を意味し、経済政策のありかたと裏腹である。したがって、「社会の一般的利益」は、市場においてしかるべき私的自治のルールが採られていることを含意する。すると、厳格責任ルールと過失責任ルールのどちらが「社会の一般的利益」に貢献するかという問いを立てることは可能である。

この問いに対するスミスの答えは、想像するしかないが、無過失の行為の有益性を理解すれば被害者の怒りは和らぐだろうから、無過失の行為のリスクを被害者に負わせるという政策的考慮をスミスは許容する、という見解もある³¹⁾。しかし、たとえそうだとしても、それによって「社会の一般的利益」は増大するのだろうか。それは計算の仕方にもよるだろうが、その後の歴史が証明したように、過失責任ルールは、スミスがあげた幸福の条件をずいぶん破壊した。「健康で・負債がなく・良心にやましいところがない人の幸福、これに付け加えるものが何かあるでしょうか。」(Liii.1.7)

では、厳格責任ルールは、「社会の一般的利益」とどのようにかわるだろうか。このルールは、事故回避の動機づけとして強く作用する(cf.

31) Mackinnon, *supra* note 3, p.101. ただし、このような見方は、スミスの公平な観察者を「古典的功利主義者」ととらえるロールズの解釈に通じ、それに対してはセンの批判がある。アマルティア・セン「開かれた不偏性と閉ざされた不偏性」(岡敬之助訳)『福祉と正義』(2008年)所収、179-180ページ。

III.3.28)。その結果、冒険的活動は控えられるが、低リスク低リターン
の活動は、上のような幸福の条件と合致する。「実力に裏づけられた手
堅い職業的技能は、目先がきき慎重で、正義に従い、不撓不屈で、抑制
がきいたふるまいと相まてば、成功をもたらさないとすることはまずあ
りません。」(I.iii.3.5)。このようにして実現する「社会の一般的利益」
は穏健なものであり、功利主義や社会進化論とは結びつかないと思われ
る。

だが、スミスの不法行為論は、つねに困難と隣り合わせであったよう
に思われる。スミスは、『感情論』第六版で第I部に一章を追加し、同
僚市民を不正に出し抜く「野心家」の不幸を力説しなければならなかっ
た(I.iii.3.8)。また、スミスは、「成り上がり者」への嫌悪も隠していな
い(I.ii.5.1)。浪費に明け暮れる野心家や成り上がり者がもてはやされ
る社会で、社会性・歴史性をもった人格・良心の存在感は薄くなり、不
法行為法を人間の自然本性に基礎づけるという方法自体がゆらく³²⁾。

32) 以下のホームズの考え方と比較。「水力施設法上の取用権に基づく財産の取得から生じる民事責任と、原状回復ができない、不法行為による財産の取得から生じる民事責任とは、……悪人の視点から支払いの強制という結果に着目すると、両者の違いは重要ではない。支払いの強制を招いた原因の行為を、称賛の言辞で語ろうと非難の言辞で語ろうと、また、法の目的をその行為の禁止であるとしても許容であるとしても、それは重要ではない。」O. W. Holmes, "The Path of the Law", in *The Collected Works of Justice Holmes*, vol.3, S. M. Novick (ed.), The University of Chicago Press, 1995, pp. 393-4. ホームズはいわゆる悪人理論によって法から道徳的性格を取り除き、法を政策 policy 実現の道具と見た。松浦好治「法道具主義と人間の尊厳——ホームズの法思想と現代——」『法思想史的地平』（今井弘道編、1990年）昭和堂、161-184 ページ。